

# 대 법 원

## 제 1 부

## 판 결

사 건 2008도11718 가. 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)

나. 사기

다. 부동산실권리자명의등기에관한법률위반

피 고 인 피고인

상 고 인 피고인

변 호 인 변호사 장철우

법무법인 길상

담당변호사 박형섭

원 심 판 결 서울고등법원 2008. 12. 5. 선고 2008노1343 판결

판 결 선 고 2009. 4. 9.

## 주 문

원심판결 중 제1심 판시 제1의 라-5, 라-6, 라-7, 라-8의 각 죄에 대한 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 서울고등법원에 환송한다.

나머지 상고를 기각한다.

## 이 유

상고이유(상고이유서 제출기간 경과 후에 제출한 상고보충이유서의 기재는 상고이유를 보충하는 범위 내에서)를 본다.

### 1. 상고이유 제1, 2점에 대하여

사기죄의 주관적 구성요건인 편취의 범의는 피고인이 자백하지 않는 이상 범행 전후의 피고인 등의 재력, 환경, 범행의 경위와 내용, 거래의 이행과정 등과 같은 객관적인 사정 등을 종합하여 판단할 수밖에 없다(대법원 2005. 10. 14. 선고 2005도12 판결 등 참조).

위 법리 및 기록에 의하여 살펴보면, 원심이 판시와 같은 이유로 피고인의 판시 각 사기범행을 모두 유죄로 인정한 조치는 정당하고, 상고이유의 주장과 같은 심리미진, 채증법칙 위반, 사기죄의 범의에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

### 2. 상고이유 제3점에 대하여

이 부분 상고이유의 주장은 당함에 이르러 비로소 하는 주장으로서 적법한 상고이유가 되지 아니할 뿐만 아니라, 관련 법리 및 기록에 의하여 살펴보더라도, 원심이 피고인이 피해자 공소외 1으로부터 10억 4,200만 원 상당의 판시 부동산을 편취하였다는 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 조치는 정당하므로, 상고이유의 주장과 같이 특정 경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(사기)죄에 있어서의 이득액에 관한 법리를 오해한 위법 등이 없다.

### 3. 상고이유 제4점에 대하여

가. 원심은, 피고인에 대한 확정판결 전후의 각 범죄에 대하여 두 개의 형을 선고한 제1심판결에 대하여, 원심에 이르러 일부 피해자들(제1심 판시 제1의 라-7죄의 피해자 공소외 2가 포함되어 있다)과 추가로 합의한 점 등 판시 사정들을 참작하여 보면 제1

심이 선고한 형이 다소 무거워 부당하다고 보인다는 이유로, 제1심판결을 전부 파기하고는 제1심판결 판시 제1의 라-5, 라-6, 라-7, 라-8의 죄에 대하여는 제1심과 동일한 징역 6월의 형을 선고하였다.

나. 항소심이 제1심의 양형이 과중하다고 인정하여 피고인의 항소이유를 받아들여 제1심판결을 파기하면서 제1심 그대로의 형을 선고하면 판결의 이유와 주문이 저촉모순되는 위법이 있고 이러한 위법은 판결 결과에 영향이 있는바, 동일 피고인의 확정판결 전후의 범죄에 대하여 주문 2개를 선고한 제1심의 항소심은 제1심판결의 하나의 주문 관련 부분과 그에 대한 항소이유, 또 하나의 주문 관련 부분과 그에 대한 항소이유를 살펴 개별적으로 항소이유가 있는지 여부를 판단하여야 하고, 제1심의 양형이 과중하다고 인정하여 제1심판결 전부를 파기한 경우에는 제1심판결의 각 주문보다 개별적으로 가벼운 형을 각 선고하여야 한다(대법원 1999. 7. 23. 선고 99도1682 판결 참조).

위 법리에 비추어 살펴보면, 원심판결 중 제1심 판시 제1의 라-5, 라-6, 라-7, 라-8의 죄에 대한 부분에는 그 이유와 주문이 저촉모순되어 판결에 영향을 미친 위법이 있고, 비록 원심이 제1심 판시 나머지 각 죄에 대하여 제1심의 징역 3년의 형보다 가벼운 징역 2년의 형을 선고하였다고 하여 위와 같은 위법이 치유된다고 볼 수도 없으므로, 이를 지적하는 이 부분 상고이유의 주장은 이유 있다.

#### 4. 결론

그러므로 원심판결 중 제1심 판시 제1의 라-5, 라-6, 라-7, 라-8의 각 죄에 대한 부분을 파기하여, 이 부분 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하고, 나머지 부분에 대한 상고를 기각하기로 관여 대법관의 의견이 일치되어 주문과 같이 판결한다.

재판장      대법관      김능환      \_\_\_\_\_

주    심      대법관      김영란      \_\_\_\_\_

                 대법관      이홍훈      \_\_\_\_\_

                 대법관      차한성      \_\_\_\_\_