

대포통장에서의 현금인출과 전기통신금융사기죄의 성립여부

- 대법원 2016. 2. 19. 선고 2015도15101 전원합의체 판결 -

한양대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사 **吳 英 根**

■ 논문요약 ■

이 글은 대법원 2016. 2. 19. 선고 2015도15101 전원합의체 판결에 대한 평석이다.

이 판결의 쟁점은 피기망자가 대포통장에 송금한 자금을 인출한 피고인의 행위가 '전기통신금융사기 피해 방지 및 피해금 환급에 관한 특별법' 제15조의2 제1항 제2호에 해당된다고 할 수 있는냐이다. 다수의견은 부정적 입장을, 반대의견은 긍정적 입장을 취한다.

동법에 전기통신금융사기에 대한 개념정의가 없다면 반대의견이 상식에 부합하고 피고인에게 불리한 유추해석이라고 할 수 없다. 그러나 동법 제2조 제2호에서 규정하고 있는 전기통신금융사기 행위는 송금·이체행위 뿐이므로, 송금·이체된 자금을 인출하는 행위까지 전기통신금융사기 행위에 포함된다고 하는 것은 문언의 가능한 의미를 벗어나 피고인에게 불리한 해석으로서 유추해석금지원칙에 반한다고 할 수 있다.

반대의견은 “형벌법규의 해석에 있어서도 가능한 문언의 의미 내에서 해당 규정의 입법 취지와 목적 등을 고려한 법률 체계적 연관성에 따라 그 문언의 논리적 의미를 분명히 밝히는 체계적·논리적 해석방법은 그 규정의 본질적 내용에 가장 접근한 해석을 위한 것으로 오히려 죄형법정주의의 원칙에 부합한다”고 하지만,

인출은 송금·이체라는 문언의 가능한 의미를 벗어난 것이기 때문에 체계적·논리적 해석의 대상이 될 수 없다고 해야 할 것이다.

[주제어] 보이스피싱, 전기통신금융사기, 현금자동지급기, 기수시기, 현금인출, 사기피해금환급, 대포통장

Voice Phishing, Telecommunications Bank Fraud, ATM, Completion of Crime, Withdrawal of the Cash, Refund of the Damage by Fraud, Nominal Bank Account

■ 목 차 ■

- | | |
|-----------|---------------|
| I. 판결개요 | 2. 대상판결의 검토 |
| 1. 사건의 개요 | 3. 학설의 검토 |
| 2. 판결요지 | 4. 결 어 |
| II. 해 설 | III. 입법론적 문제점 |
| 1. 쟁 점 | |

* 논문접수: 2017. 4. 3. * 심사개사: 2017. 4. 11. * 게재확정: 2017. 4. 24.

I. 판결개요

1. 사건의 개요

피고인은 중국에 있는 M1 및 국내에 입국한 M2의 지시에 따라 지하철역 물품보관함에 보관된 S명의를 체크카드를 꺼내 그 카드로 전기통신금융사기 피해금을 인출하여 M1이 지정한 계좌로 입금하는 인출책 및 송금액이다.

2015. 4. 1.경 M1과 M2는 피해자 A에게 전화하여 저금리 대출을 받게 해주겠다고 기망하고 인지세와 비용 및 수수료 명목으로 S명의를 대포통장으로 2,120,000원을 이체 받았다. 피고인은 S명의를 체크

카드로 은행 ATM에서 위 돈을 인출하여 3%의 수수료를 제외한 나머지 금액을 M1이 지정한 계좌로 송금하였다. 피고인과 M1, M2는 같은 방법으로 피해자 5명으로부터 합계 11,300,000원을 교부받고 피고인은 위 금원을 인출하여 M1에게 송금하였다.

피고인은 전자금융거래법 제49조 제4항 제1호등 위반죄, 사기죄, 전기통신금융사기 피해 방지 및 피해금 환급에 관한 특별법(이하 ‘환급법’이라 한다) 제15조의2 제1항 위반죄로 기소되었다.

제1심법원은 피고인에게 전자금융거래법위반죄와 사기죄의 유죄를 인정하였으나 환급법 위반죄는 무죄라고 하고 피고인에게 징역 1년 6월을 선고하였다¹⁾. 피고인은 양형부당을 이유로, 검사는 양형부당 및 환급법 제15조의2 제1항에 대한 사실오인 및 법리오해를 이유로 항소하였다. 항소심법원은 양형부당에 대한 피고인과 검사의 항소이유를 모두 받아들이지 않았다. 또한 환급법 제15조의2 제1항 전기통신금융사기 피해자의 송금·이체행위에 해당하는 정보 등의 입력행위가 아니라 그 이후에 이루어지는 사기이용계좌 이른바 대포통장 계좌에서의 인출행위에 해당하는 정보 등의 입력행위는 이 사건 처벌조항의 구성요건에 해당하지 않는다는 이유로 항소를 모두 기각하였다.²⁾

검사가 상고하였으나 대법원은 대법관 8 대 5의 의견으로 상고를 기각하였다.

2. 판결요지

[다수의견] 전기통신금융사기 피해 방지 및 피해금 환급에 관한 특

1) 서울중앙지방법원 2015. 6. 12. 선고 2015고단2039 판결.

2) 서울중앙지법 2015. 9. 10. 선고 2015노2516 판결.

별법(이하 ‘통신사기피해환급법’이라고 한다) 제15조의2 제1항(이하 ‘처벌조항’이라고 한다)이 처벌대상으로 삼고 있는 ‘통신사기피해환급법 제2조 제2호에서 정한 전기통신금융사기(이하 ‘전기통신금융사기’라고 한다)를 목적으로 하는 정보 또는 명령의 입력’이란 ‘타인에 대한 전기통신금융사기 행위에 의하여 자금을 다른 계좌(이하 ‘사기이용계좌’라고 한다)로 송금·이체하는 것을 목적으로 하는 정보 또는 명령의 입력’을 의미한다고 해석되며, 이러한 해석은 이른바 변종 보이스피싱 행위도 처벌할 수 있도록 하기 위하여 처벌조항을 신설하였다는 통신사기피해환급법의 개정이유에 의하여서도 뒷받침된다.

그리고 전기통신금융사기를 목적으로 타인으로 하여금 컴퓨터 등 정보처리장치에 정보 또는 명령을 입력하게 하는 행위(처벌조항 제1호, 이하 ‘제1호 행위’라고 한다)나 전기통신금융사기를 목적으로 취득한 타인의 정보를 이용하여 컴퓨터 등 정보처리장치에 정보 또는 명령을 입력하는 행위(처벌조항 제2호, 이하 ‘제2호 행위’라고 한다)에 의한 정보 또는 명령의 입력으로 자금이 사기이용계좌로 송금·이체되면 전기통신금융사기 행위는 종료되고 처벌조항 위반죄는 이미 기수에 이른 것이므로, 그 후에 사기이용계좌에서 현금을 인출하거나 다시 송금하는 행위는 범인들 내부 영역에서 그들이 관리하는 계좌를 이용하여 이루어지는 행위이어서, 이를 두고 새로 전기통신금융사기를 목적으로 하는 행위라고 할 수 없다.

또한 통신사기피해환급법 제2조 제2호에서 정한 ‘타인’은 ‘기망의 상대방으로서 전기통신금융사기의 대상이 된 사람’을 의미하고, 제1호 행위에서 정하고 있는 정보 또는 명령을 입력하는 주체인 ‘타인’ 역시 위와 같은 의미임이 분명하다. 이에 비추어 보면 제2호 행위에서 정하고 있는 정보 취득의 대상인 ‘타인’ 역시 위와 마찬가지로 ‘전기통신금융사기의 대상이 된 사람’을 의미한다고 해석함이 타당하고,

제2호 행위에 관하여서만 이와 달리 해석하여 ‘타인’에 사기이용계좌와 명의인까지 포함된다고 볼 수는 없다.

결국 구 전기통신금융사기 피해금 환급에 관한 특별법(2014. 1. 28. 법률 제12384호 통신사기피해환급법으로 개정되기 전의 것) 제2조 제2호 본문 (가)목, (나)목, 통신사기피해환급법 제2조 제2호 본문, 처벌조항의 문언과 내용 및 처벌조항의 신설 취지 등을 종합하면, 전기통신금융사기로 인하여 피해자의 자금이 사기이용계좌로 송금·이체된 후 계좌에서 현금을 인출하기 위하여 정보처리장치에 사기이용계좌 명의인의 정보 등을 입력하는 행위는 ‘전기통신금융사기를 목적으로 하는 행위’가 아닐 뿐만 아니라 ‘전기통신금융사기의 대상이 된 사람의 정보를 이용한 행위’가 아니라서, 처벌조항이 정한 구성요건에 해당하지 않는다.

[반대의견] 처벌조항 위반죄는 ‘전기통신금융사기의 목적’이라는 초과 주관적 구성요건요소를 가지고 있는 목적범에 해당한다. 처벌조항의 객관적 구성요건은 ‘타인으로 하여금 정보나 명령을 입력하게 하거나, 취득한 타인의 정보를 이용하여 정보나 명령을 입력하는 행위’이고, 구성요건적 행위가 ‘전기통신금융사기를 목적’으로 이루어진 것이라면 불법성이 인정되는데, 여기서 ‘전기통신금융사기’는 초과 주관적 구성요건인 목적의 대상일 뿐 처벌조항의 객관적 구성요건요소는 아니다.

전기통신금융사기의 목적을 달성하기 위해서는 피해자의 자금을 제3자 명의의 차명계좌인 이른바 대포통장 계좌(이하 이러한 대포통장 계좌를 ‘제3자 명의 사기이용계좌’라고 한다)로 송금·이체받는 것만으로는 부족하고, 적어도 통신사기피해환급법에 따른 지급정지 조치를 회피하여 자금을 자유롭게 처분하거나 사용할 수 있는 상태에

이르러야 한다. 따라서 제3자 명의 사기이용계좌에서 자금을 인출하는 행위는 전기통신금융사기를 목적으로 하는 행위로 보아야 하고, 전기통신금융사기의 목적을 달성한 이후의 행위라고 볼 것은 아니다.

통신사기피해환급법은 제2조 제3호에서 따로 “피해자란 전기통신금융사기로 인하여 재산상의 피해를 입은 자를 말한다.”라고 정의하고 있다. 그럼에도 처벌조항에 ‘피해자’라는 용어 대신 굳이 ‘타인’이라는 용어를 사용한 것은 문언 그대로 ‘범인 이외의 다른 사람’을 대상으로 삼겠다는 입법자의 의사로 볼 수 있다. 따라서 제3자 명의 사기이용계좌의 명의인도 처벌조항에서 말하는 ‘타인’에 해당한다.

전기통신금융사기 조직의 인출책이 범행 목적을 달성하기 위하여 피해자의 자금을 찾고자 제3자 명의 사기이용계좌의 명의인으로부터 취득한 정보 등을 정보처리장치에 입력하는 행위는 처벌조항의 문언을 굳이 확장하거나 유추하지 않더라도 문언에 그대로 들어맞는 행위이다. 이와 같이 처벌조항을 해석한다고 하여 죄형법정주의 원칙상 금지되는 확장해석이나 유추해석이라고 할 수 없다.

결론적으로, 피해자의 자금이 제3자 명의 사기이용계좌로 송금·이체된 후 계좌에서 현금을 인출하기 위하여 계좌 명의인의 정보를 이용하여 정보처리장치에 정보 등을 입력하는 행위는 처벌조항 제2호의 구성요건에 해당한다.

II. 해 설

1. 쟁 점

가. 전기통신금융사기죄의 도입경위와 개념

(1) 전기통신금융사기죄의 도입경위

소위 ‘보이스피싱’에 의한 사기 등이 사회문제가 되자 이에 대한 대응책을 마련하기 위해 2011년 ‘전기통신금융사기 피해금 환급에 관한 특별법’이 제정되었다. 동법의 목적은 전기통신수단을 이용한 금융사기의 피해자가 소송절차를 거치지 않고 피해금을 신속히 돌려받을 수 있도록 하여 피해자를 구제하려는 것이었다.³⁾

그러나 동법이 피해금 환급 절차위주로 규정되어 있어 적극적인 전기통신금융사기 피해 방지를 위한 제도적 조치가 미흡하여 그 보완이 필요하다는 이유로 2014년 동법의 이름을 ‘전기통신금융사기 피해 방지 및 피해금 환급에 관한 특별법’(이하 단순히 ‘환급법’이라 한다)으로 변경하였다. 그리고 전기통신금융사기 피해방지를 위한 조치로서 제15조의2에서 형법상 사기죄와 징역형은 동일하지만 벌금형이 1억원 이하로 가중된 전기통신금융사기죄를 신설하는 규정을 두었다(제15조의2).⁴⁾

(2) 전기통신금융사기죄의 개념

(가) 관련규정

환급법 제2조 제2호. ‘전기통신금융사기’란 「전기통신기본법」 제2조제1호에 따른 전기통신을 이용하여 타인을 기망·공갈함으로써 재산상의 이익을 취하거나 제3자에게 재산상의 이익을 취하게 하는 다음 각 목의 행위를 말한다. 다만, 재화의 공급 또는 용역의 제공 등을 가장한 행위는 제외하되, 대출의 제공·알선·중개를 가장한 행위

3) 동법이 제정되기 이전 피해금환급에 대한 제안으로, 강구민/윤혜성, “보이스피싱 범죄에 대한 쟁점과 대책”, 성신법학(제9호), (2009), 35면 이하.

4) 전기통신금융사기죄의 도입경위에 대한 자세한 설명으로, 고재성, “통신사기피해 환급법 제15조의2 제1항에서 말하는 ‘정보 또는 명령의 입력행위’의 의미”, 사법(제36호), (2016), 378~382면.

는 포함한다.

가. 자금을 송금·이체하도록 하는 행위

나. 개인정보를 알아내어 자금을 송금·이체하는 행위

환급법 제15조의2(벌칙) ①전기통신금융사기를 목적으로 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 자는 10년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금에 처한다.

1. 타인으로 하여금 컴퓨터 등 정보처리장치에 정보 또는 명령을 입력하게 하는 행위

2. 취득한 타인의 정보를 이용하여 컴퓨터 등 정보처리장치에 정보 또는 명령을 입력하는 행위

(나) 전기통신금융사기행위의 개념

환급법 제2조 제2호의 전기통신금융사기 행위는 형법상 사기죄(제347조), 컴퓨터등사용사기죄(제347조의2)나 공갈죄(제350조)에 해당될 수 있다. 형법에는 사기죄나 공갈죄에 처분행위가 명시적으로 규정되어 있지 않지만(처분행위는 소위 ‘서술되어 있지 않은 구성요건요소’라는 것이다; *undeskriptive Tatbestandmerkmal*), 제2조 제2호 가목의 ‘자금을 송금·이체하도록 하는 행위’는 피기망·공갈자의 처분행위라고 할 수 있는데 전기통신금융사기행위에는 이러한 형태의 처분행위가 명문화되어 있다.

그러나 전기통신금융사기행위에는 송금·이체 행위만이 규정되어 있으므로 재물을 취득하거나 제3자로 하여금 취득하게 한 경우에는 사기죄나 공갈죄에 해당될 수 있지만, 전기통신금융사기 행위에는 해당되지 않는다는 점에서 차이가 있다.

전기통신금융사기행위 중 제2조 제2호 나목의 행위는 사기죄나 컴퓨터등사용사기죄에 해당될 수 있을 것이다. 예컨대 범인이 피기망자

에게 승낙을 받고 자금을 송금·이체한 경우에는 이 행위 자체가 피
기망자의 처분행위라고 할 수 있다. 그리고 범인이 피해자에게 승낙
을 받지 않고 자금을 송금·이체한 경우에는 부당한 명령이나 권한없
는 정보의 입력 등으로 컴퓨터등사용사기죄에 해당될 수 있다.

그러나 송금·이체된 자금을 인출하거나 인출된 자금을 다시 송금·
이체하는 행위는 전기통신금융사기행위에는 포함되어 있지 않다.

(다) 전기통신금융사기죄의 개념

환급법에는 전기통신금융사기 행위 그 자체를 처벌하는 규정은 없
고 제15조의2 제1항에서 처벌행위를 규정하고 있는데, 이하에서는 이
를 ‘전기통신금융사기죄’라고 한다. 동범죄는 위와 같이 제한된 형태
의 사기·공갈죄 또는 컴퓨터등사용사기죄 등을 범할 목적으로 타인
으로 하여금 컴퓨터등 정보처리장치에 정보 또는 명령을 입력하게
하는 행위나 취득한 타인의 정보를 이용하여 컴퓨터등 정보처리장치
에 정보 또는 명령을 입력하는 행위 등을 하는 죄이다.

전기통신금융사기죄는 사기죄, 컴퓨터등사용사기나 공갈죄에서는
객관적 구성요건요소인 재산상 이익을 취득하거나 제3자로 하여금
취득하게 하는 것을 초과주관적 구성요건요소인 목적으로 규정하고
있다. 전기통신금융사기죄의 행위태양은 제1호나 제2호의 행위이고,
전기통신금융사기죄의 고의는 제1호나 제2호에 대한 의욕이나 인용
이고 재산상 이익의 취득은 고의의 요소가 아닌 목적의 요소이다. 사
기죄보다는 전기통신금융사기죄와 구성요건이 비슷한 컴퓨터등사용
사기죄와 전기통신금융사기죄의 구성요건을 비교하면 다음과 같다.

| | |
|------------------------|---------------------------|
| 컴퓨터등사용사기죄 (제347조의2) | 전기통신금융사기죄 (제15조의2 제1항) |
| 컴퓨터등 정보처리장치에 허위의 | <u>전기통신금융사기를 목적으로</u> 다음 |

| | |
|--|---|
| <p>정보 또는 부정한 명령을 입력하거나 권한 없이 정보를 입력·변경하여 정보처리를 하게 함으로써 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 취득하게 한 자는 10년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.</p> | <p>각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 자는 10년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금에 처한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 타인으로 하여금 컴퓨터등 정보처리장치에 정보 또는 명령을 입력하게 하는 행위 2. 취득한 타인의 정보를 이용하여 컴퓨터등 정보처리장치에 정보 또는 명령을 입력하는 행위 |
|--|---|

따라서 사기죄, 컴퓨터등사용사기죄 및 공갈죄와 전기통신금융사기죄는 다음과 같은 차이점이 있다.

첫째, 목적범에서 목적의 달성 여부는 범죄성립에 영향이 없으므로 사기죄, 컴퓨터등사용사기죄 및 공갈죄에서는 재산상 이익의 취득등이 있어야 기수가 되고 정보 또는 명령의 입력 행위만이 있는 단계에서는 미수에 그치지만, 전기통신금융사기죄에서는 정보 또는 명령을 입력케 하거나 입력하는 행위가 있으면 재산상 이익의 취득이 없더라도 기수가 된다. 예컨대 전산장애등으로 인해 송금·이체가 이루어지지 않는 경우 사기죄, 컴퓨터등사용사기죄 등은 미수에 그치지만 전기통신금융사기죄는 기수가 된다.

둘째, 전기통신금융사기죄의 형벌이 10년 이하 징역 또는 1억원 이하의 벌금이므로 위 세 범죄에 비해 징역형은 동일하지만 벌금형이 사기죄등의 2천만원에서 1억원으로 가중된다.

셋째, 전기통신금융사기행위는 사기죄, 컴퓨터등사용사기죄나 공갈죄 등에 해당되지 않을 수도 있다. 예컨대 피해자에게 세금을 환급하여 주겠다고 기망하고 개인정보를 알아내어 범인 스스로 컴퓨터등 정보처리장치에서 피해자의 자금을 송금·이체하는 경우에는 피기망자의 처분행위가 없어 사기죄가 성립할 수 없기 때문이다.⁵⁾

나. 이 사건의 쟁점

보이스피싱에는 다양한 형태가 있지만,⁶⁾ 가장 일반적인 형태의 보이스피싱 범죄는 ① 범인 중 일부가 피해자를 기망 또는 공갈하여 피해자로 하여금 컴퓨터등 정보처리 장치에 정보나 명령을 입력하여 자금을 대포통장에 이체·송금하게 하는 행위 또는 ② 피해자로부터 정보를 알아내어 범인 스스로 컴퓨터등 정보처리장치에 정보나 명령을 입력하여 대포통장에 송금·이체하는 행위(제1행위)와 대포통장에 이체·송금된 금전을 인출하는 행위(제2행위)로 이루어져 있다.⁷⁾ 여기에서 제1행위와 제2행위는 범인, 시간 및 장소 등에 차이가 있는 분업적 형태로 이루어지는 것이 보통이고, 제1행위를 실행하는 범인과 제2행위를 실행하는 범인들 사이에는 의사연락의 존재를 인정할 수 없는 경우도 있고, 명시적 혹은 순차적·묵시적 의사연락의 존재를 인

-
- 5) 다만, 이 경우 컴퓨터등사용사기죄가 성립할 수는 있겠지만, 범인이 송금·이체를 하지 않고 현금을 인출한 경우에는 판례에 의하면 컴퓨터등사용사기죄는 성립할 수 없고 절도죄가 성립할 수 있을 뿐이다(대법원 2003. 5. 13. 선고 2003도1178 판결).
- 6) 보이스피싱의 유형에 대해서는, 오영근/정정원, 보이스피싱 근절을 위한 입법적 대응방안 연구, 법무부 연구용역보고서, (2012), 13~15면; 강성복/윤종민, “전기통신금융사기 범제에 관한 분석적 고찰”, 과학기술과 법(제3권 제2호), (2012), 4~6면; 윤해성, “보이스피싱 사기범죄의 국제적 동향과 법제도적 방향 모색”, 형사정책(제25권 제2호), (2013), 245~267면.
- 7) 서주연, “전기통신금융사기 피해방지 및 피해금 환급에 관한 특별법과 미국의 신원사기 처벌법제의 비교고찰”, 경찰학논총(제10권 제2호), (2015), 120면; 전윤경, “일명 ‘보이스피싱’ 범죄에 가담한 대포통장 양도인의 방조범의 인정여부”, 형사법의 신동향(제52호), (2016), 80면 이하. 그러나 제1행위만으로 보이스피싱을 정의하기도 한다. 강성복/윤종민, 위의 논문, 3면 참조; 경찰청도 피싱(phishing)을 피해자로 하여금 가짜 은행사이트로 접속을 유도하여 범행계좌로 이체하도록 하는 행위라고 하여 대포통장으로부터의 현금인출은 언급하지 않고 있다 (<http://www.police.go.kr/portal/main/contents.do?menuNo=200289>, 2017. 3. 28. 검색).

정할 수 있는 경우도 있다.

대상판결에서도 M1, M2와 피고인의 행위는 일반적인 형태의 보이 스피싱에 해당되는 행위이다. 여기에서 제1행위 중 ①의 행위만을 실행한 M1, M2에게는 처벌조항 제1호 뿐만 아니라 형법상의 사기죄(제347조)도 인정할 수 있다. 이들의 기망행위로 인해 피기망자 A가 착오를 일으켰고, 이 착오로 인해 피기망자 A가 정보와 명령을 입력하여 대포통장으로 송금하는 처분행위를 하였고, 대포통장에 입금된 순간 스스로 혹은 제3자인 S가 재산상 이익을 취득하였다고 할 수 있기 때문이다⁸⁾.

제1행위 중 ②의 행위를 실행한 범인들에게는 처벌조항 제2호 뿐만 아니라 사기죄나 컴퓨터등사용사기죄를 인정할 수 있다.⁹⁾ 또한 사기죄나 공갈죄를 인정할 수도 있을 것이다. 이들 범죄는 재물 또는 재산상 이익의 취득이 행위대양으로 되어 있으므로 기망·공갈행위를 하지 않고 ②의 행위만을 한 범인도 재물 또는 재산상 이익의 취득이라는 실행행위를 분담하였다고 할 수 있기 때문이다.¹⁰⁾

8) 피기망자가 정보만을 알려주고 범인들이 송금·이체를 허용하지 않았음에도 불구하고 범인들이 송금·이체를 하였다면 부정한 명령을 입력하거나 권한없이 정보를 입력한 것으로서 컴퓨터등사용사기죄에 해당될 것이다. 그러나 피기망자가 정보를 알려주고 범인들이 송금·이체하는 행위까지 허용하였을 경우에는 이러한 행위를 사기죄의 처분행위라고 할 수도 있을 것이다.

9) 예컨대 피기망자가 대포통장에 송금·이체한다는 것을 알면서 범인에게 정보처리 장치에 정보나 명령을 입력하게 한 경우에는 피기망자의 행위를 사기죄의 처분 행위라고 할 수 있다. 피기망자가 단순히 개인정보만을 알려주었을 뿐인데 범인이 이를 이용하여 정보처리장치에 정보 또는 명령을 입력한 경우에는 피기망자의 처분행위가 있다고 할 수 없지만, 범인의 행위는 부정한 명령의 입력이나 권한없는 정보의 입력이라고 할 수 있기 때문에 컴퓨터등사용사기죄가 성립할 수 있다.

10) 제2행위를 한 사람을 사기죄의 방조범으로 처벌할 수 있는가에 대해, 김성규, “전기통신금융사기죄의 현상과 그 가벌성”, 법학논총(제32권 제2호), 전남대학교

따라서 이 사건에서도 검사는 피고인을 사기죄의 공동정범으로도 기소하였다. 그런데 검사는 피고인을 처벌조항 제2호 위반죄로도 기소하였다. 이는 일반적으로 보이스피싱 범죄는 대포통장에 입금된 현금을 인출하는 행위까지 포함하는 것으로 이해되고 있기 때문일 것이다. 그리고 검사는 피고인의 행위가 보이스피싱에 해당하는 행위이고 처벌조항 제2호는 피고인의 행위와 같은 행위를 처벌하기 위한 규정이고, 처벌조항 제2호 위반죄의 형벌이 사기죄보다 무거우므로 당연히 동범죄로도 기소하여야 한다고 판단하였을 것이다.

그러나 제1심과 항소심 판결은 처벌조항 제2호의 행위는 전형적인 보이스피싱에서 제2행위가 아닌 제1행위 중 ②의 행위를 규정한 것이라고 하였다. 즉, 처벌조항 제1, 2호 모두 전형적인 보이스피싱에서 제1행위만을 규정한 것이고, 제2행위를 처벌하는 규정은 두고 있지 않다는 것이다. 따라서 전형적인 보이스피싱에서 제2행위에 해당되는 피고인의 행위는 처벌조항 제2호로 처벌할 수 없다고 하였다.

대상판결의 다수의견은 제1심과 항소심 판결과 같은 입장을, 반대의견은 처벌조항 제2호의 행위는 전형적인 보이스피싱의 제2행위를 규정한 것이므로 이를 적용하여 피고인을 처벌할 수 있다고 하는 입장을 취하고 있다.

2. 대상판결의 검토

가. 반대의견의 논거

대상판결 이외에는 다른 판례가 없으므로 여기에서는 반대의견만의 타당성 여부를 검토하기로 한다.

법률행정연구소(2012), 357면.

피고인의 행위가 처벌조항 제2호의 행위에 해당된다고 하는 반대 의견의 중요 논거는 ① 환급법 제15조의2 제1항(이하 ‘처벌조항’이라 한다)에서 전기통신금융사기는 초과 주관적 구성요건인 목적의 대상 일 뿐 처벌조항의 객관적 구성요건요소는 아닌데, 대포통장에서 자금을 인출하거나 송금·이체하는 행위는 전기통신사기의 목적을 달성하기 위해 본질적 부분이므로 이를 처벌해야 할 필요가 있고, ② 환급법 제2조 제2항은 피해자를 피기망·공갈자가 아닌 재산상의 피해자라고 정의하고 처벌조항 제2호가 피해자라는 용어 대신에 타인이라는 용어를 사용하고 있는 취지는 피기망·공갈자 뿐만 아니라 범인 이외에 다른 사람 즉, 이 사건에서는 대포통장의 명의자를 포함한다는 입법자의 의사로 볼 수 있고, ③ 이러한 해석이 피고인에게 불리한 유추해석 내지 확장해석이 아니라는 것 등이다.

나. 반대의견에 대한 비판

환급법에 전기통신금융사기에 대한 개념정의가 없다면 반대의견이 상식에 부합하고 피고인에게 불리한 유추해석이라고 할 수 없다. 그러나 동법 제2조 제2호에서 규정하고 있는 전기통신금융사기 행위는 송금·이체행위 뿐이므로, 만약에 송금·이체된 자금을 인출하는 행위까지 전기통신금융사기 행위에 포함된다고 하는 것은 문언의 가능한 의미를 벗어나 피고인에게 불리한 해석으로서 유추해석금지원칙에 반한다고 할 수 있다.

대상판결의 사건에서 피고인은 대포통장에 송금된 자금을 직접 송금·이체할 목적을 가졌다기 보다는 일단 현금으로 인출할 목적을 가지고 있었고, 현실적으로도 현금을 인출한 후 공범인 M1에게 송금하였다. 따라서 환급법 제2조 제2호의 전기통신금융사기의 목적을 가지

고 있었다고 할 수 없고, 피고인이 M1에게 송금한 행위를 어떻게 해석하더라도 처벌조항 제2호의 ‘취득한 타인의 정보를 이용하여 컴퓨터등 정보처리장치에 정보 또는 명령을 입력하는 행위’라고 할 수는 없기 때문이다.

반대의견은 처벌조항에 ‘피해자’라는 용어 대신 굳이 ‘타인’이라는 용어를 사용한 것은 문언 그대로 ‘범인 이외의 다른 사람’을 대상으로 삼겠다는 입법자의 의사로 볼 수 있다고 한다. 그러나 재산상 피해자와 피기망자가 다른 소위 ‘삼각사기’의 경우 처분행위자는 피해자가 아닌 피기망자이다. 따라서 처벌조항에 피해자라는 용어를 사용할 수 없기 때문에 타인이라는 용어를 사용한 것이 입법자의 의사라고 할 수도 있다. 반대의견이 말하는 입법자의 의사는 객관적으로 보이는 입법자의 의사라고 하기 보다는 반대의견이 주관적으로 원하는 입법자의 의사라고 할 수 있다.

반대의견은 “형벌법규의 해석에 있어서도 가능한 문언의 의미 내에서 해당 규정의 입법 취지와 목적 등을 고려한 법률 체계적 연관성에 따라 그 문언의 논리적 의미를 분명히 밝히는 체계적·논리적 해석방법은 그 규정의 본질적 내용에 가장 접근한 해석을 위한 것으로 오히려 죄형법정주의의 원칙에 부합한다”고 하지만 인출은 송금·이체라는 문언의 가능한 의미를 벗어난 것이라기 때문에¹¹⁾ 체계적·논리적 해석의 대상이 될 수 없다고 해야 할 것이다.

반대의견은 피고인의 행위를 처벌해야 하고 이를 처벌하지 않는 것은 정의에 반한다는 법감정에 따른 이지만, 유추해석금지의 원칙은

11) 특히 권한없이 타인의 예금통장에서 현금을 인출한 경우와 계좌이체를 한 경우 각각 절도죄와 컴퓨터등사용사기죄라는 서로 다른 형법적 효과를 인정하는 판례의 입장(대법원 2003. 5. 13. 선고 2003도1178 판결; 대법원 2008. 6. 12. 선고 2008도2440 판결)을 고려한다면 더욱 전기통신금융사기 목적을 인정하기 어렵다.

바로 이러한 해석태도를 경계하는 것이라고 할 수 있다. 이러한 의미에서 전기통신금융사기는 초과주관적 구성요건요소로서 목적이지 구성요건적 행위가 아니라는 반대의견의 논거 역시 전기통신금융사기라는 목적이라는 문언의 가능한 의미를 넘어서는 것으로서 설득력을 갖기 어렵다고 할 수 있다.

3. 학설의 검토

대상판결에 대한 직접적 평석으로는 현재 1편의 논문밖에 나와 있지 않지만, 여기에서도 피고인을 처벌조항 제2호에 의해 처벌할 수 없다고 한다¹²⁾.

다만 이 사건에서 피고인에게 처벌조항 제2호를 적용할 수 없다면 제1호의 공범 즉, M1, M2의 범행의 공동정범 또는 방조범으로 처벌할 수 있을지 검토해볼 수 있다.

먼저 통설, 판례¹³⁾는 사후종범을 인정하지 않는다. 그런데 이 사건에서 피기망자이며 재산상의 피해자인 A가 송금행위를 종료한 시점에서 M1, M2의 제1호의 범죄가 기수에 이르고, 기수 이후에 피고인의 행위가 이루어졌으므로 피고인을 종범으로 처벌할 수는 없다.

공동정범이 성립하기 위해서는 의사연락과 공동실행이 있어야 한다. 이 사건에서 제1호의 행위와 제2호의 행위가 별개의 범죄로 규정

12) 이창섭, “통신사기피해환급법 제15조의2 제1항 위반죄에 관한 고찰”, 법학연구 (제57권 제4호), (2016), 101면. 다만, 이 견해는 다수의견이 제2호의 타인에 사기이용계좌 명의인까지 포함될 수 없다고 한다면서 이것은 부당한 축소해석이라고 비판한다.

13) 종범은 정범의 실행행위 전이나 실행행위 중에 정범을 방조하여 그 실행행위를 용이하게 하는 것을 말하므로 정범의 범죄종료 후의 이른바 사후방조를 종범이라고 볼 수 없다(대법원 2009. 6. 11. 선고 2009도1518 판결; 대법원 1982. 4. 27. 선고 82도122 판결 참조).

되어 있으므로 제2호의 행위를 실행한 피고인이 제1호의 실행행위를 분담하였다고 할 수는 없다. 그러나 보이스포싱이라는 조직적 범죄의 특성상 피고인과 M1, M2 사이에 암묵적 의사연락은 있었다고 할 수 있다¹⁴⁾. 따라서 피고인에게 제1호의 범죄에 대한 범행지배 혹은 행위 지배(Tatherrschaft)가 인정되거나 공동의사주체설에 의한 공모공동정범을 인정한다면 피고인을 공동정범으로 처벌할 수 있을 것이다.

그러나 범행지배가 인정되기 위해서는 실행지배나 의사지배 또는 기능적 범행지배가 인정되어야 하는데, 피고인이 제1호의 실행행위를 지배하였다고 할 수 없고, M1, M2에 대한 의사지배도 인정되지 않으며, 제1호의 범죄와 제2호의 범죄는 서로 독립된 범죄이기 때문에 제1호의 범죄에 대한 기능적 범행지배를 인정할 여지가 없다.

피고인에게 M1, M2의 범행에 대한 공모공동정범 역시 인정하기 불가능할 것이다. 왜냐하면 공모를 하면 범인들이 일심동체가 된다는 공동의사주체설 자체가 황당한 이론이고,¹⁵⁾ 설사 공모공동정범이라는 개념을 인정한다고 하더라도 판례는 “공모가 공모공동정범에서의 ‘범죄 될 사실’인 이상, 범죄에 공동가공하여 범죄를 실현하려는 의사결합이 있었다는 것은, 실행행위에 직접 관여하지 아니한 자에게 다른 공범자의 행위에 대하여 공동정범으로서의 형사책임을 지울 수 있을 정도로 특정되어야 한다”고 한다.¹⁶⁾ 그런데 이 사건에서 피고인이

14) 2인 이상이 공모하여 범죄에 공동 가공하는 공범관계의 경우 공모는 법률상 어떤 정형을 요구하는 것이 아니고 공범자 상호 간에 직접 또는 간접으로 범죄의 공동실행에 관한 암묵적인 의사연락이 있으면 충분하다(대법원 2014. 2. 27. 선고 2011도48 판결; 대법원 2002. 6. 28. 선고 2002도868 판결; 대법원 2005. 9. 9. 선고 2005도2014 판결 등)

15) 부부는 일심동체라는 말도 부부가 일심동체라는 사실적 표현이 아니라 부부는 일심동체가 되어야 한다는 당위적 표현이다.

16) 대법원 2016. 4. 2. 선고 2016도2696 판결.

M1, M2의 행위에 일시, 장소, 구체적 행위태양 등에 대한 의사결합을 인정할 수는 없을 것이다.¹⁷⁾

4. 결 어

이상을 종합하여 볼 때 반대의견보다는 다수의견의 입장이 타당하다고 할 수 있다. 특히 처벌조항과 같이 형벌을 가중하는 조항은 제한적으로 해석해야 한다. 그런데 보이스피싱 범죄에서 가장 중요한 것은 상대방을 기망·공갈하여 자금을 송금·이체하도록 하는 행위이고, 대포통장에서 현금을 인출하거나 송금·이체하는 행위는 기망·공갈행위의 사후종범적 성격이 강하다. 따라서 가중처벌을 규정하고 있는 처벌조항 제2호에 의해 처벌하기 보다는 사기죄의 공동정범 내지 방조범으로 처벌하는 것이 바람직하다고 할 수 있다.

III. 입법론적 문제점

대상판결의 반대의견이나 다수의견 모두 피고인의 행위를 처벌할 필요성이 있다는 데에는 견해가 일치한다. 그런데 피고인을 형법상 사기죄로 처벌하는 것은 가능하다. 형법상 사기죄의 구성요건은 재산상 이익의 취득까지 규정되어 있기 때문에, 대포통장에서 현금을 인출하는 행위까지 포함할 수 있고, 피고인과 M1, M2의 사이에 순차적·암묵적 공모관계를 인정할 수 있어서 본질적 행위기여를 통해 사

17) 대법원 2015. 7. 23. 선고 2014도13397 판결(이에 대해서는 전윤경, 앞의 논문, 102면 이하)은 피고인과 같은 인출책에게 보이스피싱의 공동정범의 죄책을 인정하고 있다. 그러나 이는 처벌조항 제1호의 공동정범을 인정한 것이 아니라 사기죄나 컴퓨터등사용사기죄의 공동정범을 인정한 것이라고 할 수 있다.

기범행을 지배하였다고 할 수도 있기 때문이다. 그리고 대상판결의 사건에서도 피고인은 사기죄의 공동정범으로 처벌되었다.

이렇게 형법상 사기죄로 처벌할 수 있다고 한다면 처벌조항과 같은 별도의 처벌규정은 불필요하다고 할 수 있다. 처벌조항은 보이스 피싱 피해를 방지한다는 이유로 법률명을 바꾸면서 신설된 규정이다. 2013년 2월의 금융위원회의 개정법률 입법예고안에서는 “전기통신금융사기행위를 한 자는 10년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다”로 규정되어 있었다.¹⁸⁾ 이는 형법상 사기죄와 다를 것이 없는데, 형법상 사기죄와 별도로 특별법에서 동일한 내용의 처벌규정을 두는 것은 중복이고 혼란만을 초래하는 것이라고 할 수 있다.

이 때문인지 국회에서 사기죄에 비해 벌금을 1억원으로 가중하도록 규정하였는데, 보이스피싱이 조직적·계획적 범죄이고 대규모의 피해를 발생시키는 범죄라는 점을 감안한다면 범인들이 벌금형 보다는 징역형에 처해질 가능성이 큰 범죄이다. 따라서 사기죄와 별도로 굳이 이러한 형태의 처벌규정을 둘 필요는 없을 것이다. 범인들의 취득한 이득은 몰수나 추징하면 되는 것이고, 벌금형이 범인들의 이득 박탈의 목적을 가질 필요까지는 없다.

이와 같이 일정한 범죄가 사회문제로 등장하면 형법상의 범죄로 충분히 처벌할 수 있음에도 불구하고 가중처벌하는 특별법을 마구 만들어 무언가 대책을 세웠다고 선전하고 또한 스스로도 대책을 세운 것으로 착각하는 것은 오히려 문제해결을 더 어렵게 만들 뿐이다.¹⁹⁾

18) 이에 대해서는 고제성, 앞의 논문, 378~382면 참조.

19) 형사처벌 이전에 전화금융사기에 대한 올바른 대책을 세우기 위한 사실적 연구로서, 조수현/이유우/ 최명길, “전기 통신 금융사기에 영향을 미치는 요인에 관한 연구 : 전화 금융사기를 중심으로”, 한국IT서비스학회지(제15권 제2호), (2016),

특별법을 제정한 이후 그 법률의 보완책에 대해서는 무관심한 것도 문제이다. 처벌조항 제2호를 적용할 수 없다는 대법원판결이 나왔지만 그럼에도 불구하고 자금 인출책을 처벌할 필요성이 있다면 예컨대 전기통신금융사기를 정의한 환급법 제2조 제2호에 다목을 신설하여 ‘가목 또는 나목의 행위로 송금·이체된 자금을 인출하거나 송금·이체하는 행위’, 정신통신금융사기죄 처벌조항에 제3호를 신설하여 ‘전기통신금융사기로 타인의 계좌에 입금된 자금을 인출, 송금 또는 이체하는 행위’를 추가해야 했을 것이다. 그러나 대상판결이 선고된지 1년이 넘었어도 이러한 입법적 보완책은 이루어지지 않고 있다.

마지막으로 환급법의 적용범위도 재고해 볼 필요가 있다. 예컨대 구두나 편지로 기망·공갈행위를 하는 경우와 같이 전기통신을 이용하지 않고 기망·공갈행위를 하고 피기망·공갈자 등이 대포통장에 자금을 송금·이체하게 하거나 전화로 기망행위를 하고 피기망자가 은행 현금자동지급기가 아니라 은행창구에서 대포통장으로 송금·이체한 경우에는 동법이 적용되지 않을 것이다. 그러나 이러한 경우의 피해자 나아가 사기죄의 모든 피해자도 보호해야 할 필요가 있다.

이러한 의미에서 환급법에서 처벌조항은 삭제하고 보이스피싱 뿐만 아니라 타인의 계좌 또는 차명계좌로 자금을 송금·이체한 모든 사기피해자들 나아가 모든 사기피해자들이 신속하게 보호받을 수 있는 법률을 만들어야 할 것이다.

The Cash Withdrawal from the ATM and the Telecommunications Bank Fraud

Oh Youngkeun

This paper is a case review on the Korean Supreme Court's Criminal Case sentenced on 19. Feb. 2016, the number of which is 2015㉟15101. The contents of this paper is as follows;

I. The Outline of the Case

1. The Fact Relevance
2. The Summary of the Majority Opinion and the Dissenting Opinion

II. The Review

1. The Issue of the Case
2. The Critics against the Dissenting Opinion
3. The Examination of the Theoretical Reviews
4. Conclusion

III. The Problems from the Legislative Perspective

The issue of this case is that the first clause Article 15-2 of 'The SPECIAL ACT ON REFUND OF AMOUNT OF DAMAGE CAUSED BY TELECOMMUNICATIONS BANK FRAUD' can be applied to the defendant who withdraws the cash from the ATM which was sent by the victims of fraud to the nominal bank account.

While the majority opinion takes a contrary position on the issue,

the dissenting opinion is favorable to the issue. Considering the general principles of the criminal law hermeneutics such as ‘nulla poena sine lege’ or the prohibition of the analogical interpretation, the majority opinion is more persuasive than the dissenting opinion.

【참고문헌】

논문

- 강구민/윤해성, “보이스피싱 범죄에 대한 쟁점과 대책”, 성신법학(제9호), (2009).
- 강성복/윤종민, “전기통신금융사기 법제에 관한 분석적 고찰”, 과학기술과 법(제3권 제2호), (2012).
- 고제성, “통신사기피해환급법 제15조의2 제1항에서 말하는 ‘정보 또는 명령의 입력행위’의 의미”, 사법(제36호), (2016).
- 김성규, “전기통신금융사기죄의 현상과 그 가벌성”, 법학논총(제32권 제2호), 전남대학교 법률행정연구소(2012).
- 서주연, “전기통신금융사기 피해방지 및 피해금 환급에 관한 특별법과 미국의 신원사기 처벌법제의 비교고찰”, 경찰학논총(제10권 제2호), (2015).
- 윤해성, “보이스피싱 사기범죄의 국제적 동향과 법제도적 방향 모색”, 형사정책(제25권 제2호), (2013).
- 이창섭, “통신사기피해환급법 제15조의2 제1항 위반죄에 관한 고찰”, 법학연구(제57권 제4호), (2016).
- 전윤경, “일명 ‘보이스피싱’ 범죄에 가담한 대포통장 양도인의 방조범의 인정여부”, 형사법의 신동향(제52호), (2016).
- 조수현/이유우/ 최명길, “전기 통신 금융사기에 영향을 미치는 요인에 관한 연구 : 전화 금융사기를 중심으로”, 한국IT서비스학회지(제15권 제2호), (2016).

기 타

- 오영근/정정원, 보이스피싱 근절을 위한 입법적 대응방안 연구, 법무부 연구용역보고서, (2012).