

**부동산 관련 「특정경제범죄가중처벌 등에
관한 법률」 위반 사기죄에서
이득액 산정의 문제**
**Problems of Calculating Gains from Real
Estate Fraud in Violation of the 「Act on the
Aggravated Punishment, etc. of Specific
Economic Crimes」**

김 슬 기*

Kim, Seul-Ki

목 차

- | | |
|-------------------------|-----------------------------------|
| I. 서론 | IV. 부동산 관련 사기 사례에서 구체적 이득액 산정의 문제 |
| II. 사기죄의 보호법익 | |
| III. 사기죄의 재산상 손해발생과 이득액 | V. 결론 |

최근 대법원 판례(대법원 2019. 4. 3. 선고 2018도19772 판결)는 대출금을 상환시킬 목적으로 소위 업계약서를 금융기관에 제출하여 대출을 받은 사건에서 사기로 인한 이득액을 ‘대출금 전부’로 보아 특정경제가중처

DOI: 10.35148/ilsire.2019..19.3

투고일 : 2019. 06. 30. / 심사완료일 : 2019. 07. 19. / 게재확정일 : 2019. 08. 09.

* 대전대학교 법학과 조교수

Assistant Professor, Department of Law, Daejeon University

별 등에 관한 법률 제3조를 적용하였다.

그러나 사기죄의 보호법익을 전체 재산으로 본다면 ‘재산상 이익’과 표리 관계를 이루는 ‘재산상 손해’는 사기죄의 성립 요건으로 이해되어야 하고 이를 산정함에는 피해자의 객관적·개별적 관점이 고려되어야 한다.

이러한 전제에서 본다면 대상 사건에서 발생한 금융기관의 재산상 손해액 및 기망자의 이득액은 대출금 전액이 아닌 초과 대출금액이 되어야 할 것이며 결과적으로 특경법이 아닌 형법상 사기죄가 적용되어야 할 것이다.

특경법상 이득액에 의한 법정형 상향의 타당성에 의문이 제기되는 상황에서 일반적으로 거래 가격이 고액인 부동산 거래에 구체적 손해와 이득액의 산정 없이 특경법의 적용을 긍정하는 것은 범죄와 형벌의 비례 원칙을 위반할 위험성이 존재한다.

[주제어] 부동산 사기, 특정경제범죄가중처벌 등에 관한 법률, 재산상 손해, 이득액, 사기죄 보호법익

I. 서론

1. 대상 판례-대법원 2019. 4. 3. 선고 2018도19772 판결

1.1. 사실관계

피고인 A는 2012년 5월 11일 B로부터 이 사건 토지를 대금 16억5,000만원에 매수하기로 하면서 이 사건 토지 중 제1토지를 대금 8억4,630만원에, 제2토지를 대금 8억370만원에 각각 매수하기로 하는 내용의 매매계약서를 작성하였다.

A는 2012년 5월 28일에 제1토지를 대금 13억6,000만원에 매수한다는 내용의 매매계약서와 제2토지를 대금 12억9,000만원에 매수한다는 내용의 매매계약서(총 26억5,000만원)를 각각 작성하여 농협에 제출하였다.

2012년 6월 8일을 기준으로 이 사건 토지의 감정평가액은 제1토지

11억9,750만4천원, 제2토지 10억3,603만5천원(총 22억3,353만9천원)으로 평가되었다. 감정평가액과 매매 계약서상의 실제 매매대금 중 더 낮은 금액을 기준으로 대출가능금액을 산정하는 농협은 2012년 6월 29일 감정평가액을 기준으로 제1토지에 대해서 8억2,000만원, 제2토지에 대해서 7억7,000만원, 총 15억9,000만원을 담보대출 하였다.

1.2. 소송의 진행 및 대법원 판결

대상 사건에 대해서 1심법원(2017고합748)은 대출금액 전체(15억9,000만원)를 이득액으로 보아 A에게 특정경제가중처벌 등에 관한 법률(이하, 특정법)상 사기죄(제3조 제1항)를 인정하여 징역 2년 6월을 선고 하였다.

그러나 2심법원(2018노1547)은 A가 편취한 이익은 이 사건 대출금액과 실제 매매계약서를 제출하였을 경우 받을 수 있었던 대출가능금액의 차액인 3억9,481만5천원으로 봄이 상당하다고 판단하면서 형법상 사기(제347조) 부분만을 유죄로 인정하였다.

이에 대하여 대법원은 담보로 제공할 목적물의 가액을 허위로 부풀려 금융기관으로부터 대출을 받은 경우, 그 대출이 기망행위에 의하여 이루어진 이상 그로써 사기죄는 성립하고 이 경우 사기죄의 이득액에서 담보물의 실제 가액을 전제로 한 대출 가능금액을 공제하여야 하는 것은 아니므로 지급받은 대출금 전액을 이득액으로 보고 특정법(사기) 부분을 무죄로 판단하고 형법상 사기죄 부분만 유죄로 인정한 원심을 파기환송 하였다.

2. 쟁점의 정리

탈세 등의 목적으로 부동산 실거래 가격을 허위 신고하는 소위 부동산 업·다운계약은 일반적으로 「부동산 거래신고 등에 관한 법률」의 과태

로 부과 대상이다. 그런데 대상 판례와 같은 대출금 상환 목적의 업계약은 금융기관을 피해자로 하는 사기죄 성립이 문제될 수 있는데 일반적으로 거래 가격이 고액인 부동산 거래의 특성상 ‘이득액’에 따라 형법이 아닌 특별법 제3조¹⁾에 의한 가중처벌의 문제까지 발생한다.

이와 같이 특별법이 적용되는 특정재산범죄에서 구체적인 이득액은 단순한 양형요소로서만이 아니라 적용 법률과 그에 따른 법정형을 결정하는 요소로서 역할하게 된다. 그런데 우리 판례는 아직까지 특정재산범죄 전체를 관통하는 이득액 산정의 일관되고 통일된 기준을 확립하지 못하였다는 평가를 받고 있으며²⁾ 학계 역시 이득액 산정이 갖는 실무상의 중요성에도 불구하고 관련 판례에 관한 체계적 분석이나 검토가 미흡하다는 비판을 받고 있다.³⁾

이와 관련하여 이 논문에서는 대상 판결을 포함한 부동산 관련 사기 사례를 대상으로 판례의 태도를 검토하여 일관된 이득액 산정의 기준을 살펴보고자 한다. 이하에서는 논의의 전제로 우선, 사기죄의 보호법익과 본질을 확인하고(Ⅱ) 사기죄에 있어 재산상 손해 발생의 필요성 및 산정 기준, 이득액과의 관계를 살펴 본 후(Ⅲ), 논의를 종합하여 관련 판례 및 2019년 4월 선고된 대법원 판례에서 이득액 산정의 타당성을 검토하고자 한다(Ⅳ).

1) 제3조(특정재산범죄의 가중처벌) ① 「형법」 제347조(사기), 제347조의2(컴퓨터등 사용사기), 제350조(공갈), 제350조의2(특수공갈), 제351조(제347조, 제347조의2, 제350조 및 제350조의2의 상습범만 해당한다), 제355조(횡령·배임) 또는 제356조(업무상의 횡령과 배임)의 죄를 범한 사람은 그 범죄행위로 인하여 취득하거나 제3자로 하여금 취득하게 한 재물 또는 재산상 이익의 가액(이하 이 조에서 “이득액”이라 한다)이 5억 원 이상일 때에는 다음 각 호의 구분에 따라 가중처벌 한다.

1. 이득액이 50억 원 이상일 때: 무기 또는 5년 이상의 징역
2. 이득액이 5억 원 이상 50억 원 미만일 때: 3년 이상의 유기징역

② 제1항의 경우 이득액 이하에 상당하는 벌금을 병과(併科)할 수 있다.

2) 이주원, 특별형법 제5판, 홍문사, 2018, 402쪽.

3) 안경옥, “특별법 제3조 제1항의 ‘이득액’ 평가에 대한 검토”, 경희법학 제45권 제4호, 경희대학교 법학연구소, 2010, 267쪽.

II. 사기죄의 보호법익

사기죄가 재산죄라는 데에는 이견이 없지만 보호법익으로서 재산의 개념을 어떻게 볼 것인지 그리고 재산 이외의 다른 보호법익을 인정할 것인지에 대하여는 의견이 나뉜다. 이러한 논의의 실익은 사기죄에서 재산상 손해를 성립 요건으로 인정할 것인지와 관련한 논리적 전제를 확인하는 데에 있다.

1. 견해의 대립

1.1. 전체로서의 재산이라는 견해

이 견해는 전체로서의 재산을 사기죄의 보호법익으로 보며 거래의 신의칙이나 피기망자의 의사결정의 자유는 보호법익이 아니라고 보는 입장이다.⁴⁾ 이 학설은 거래의 신의칙 위반은 사기죄의 재산침해의 태양일 뿐 보호법익이라고 볼 수 없으며 이를 보호법익에 포함시키게 되면 사기죄의 재산범죄로서의 성격을 변질시킬 수 있다는 점을 근거로 한다. 오히려 거래상 신의칙은 문제되는 행위가 기망행위인가를 가리는 표지라 할 수 있으며 그 표지를 판단하는 것은 구체적 사례에서 판례의 축적을 통해서 가능할 뿐이므로 이를 보호법익으로 삼는 것은 법관의 재량에 따라 가벌성의 범위를 확대시킬 위험이 있다는 견해⁵⁾ 역시 유사한 입장이다.

4) 김혜정/박미숙/안경옥/원혜옥/이인영, 형법각론, 피앤씨미디어, 2019, 312쪽; 박상기/전지연, 형법학, 집현재, 2018, 637쪽; 손동권/김재운, 새로운 형법각론, 율곡출판사, 2013, 361쪽; 이재상/장영민/강동범, 형법각론 제10판 보정판, 박영사, 2017, 326쪽; 정성근/정준섭, 형법강의 각론, 박영사, 2017, 229쪽.

5) 장승일, “사기죄의 불법구조와 ‘재산상 손해’ 개념의 검토”, 법학논총 제35권 제2호, 전남대학교 법학연구소, 2015, 147쪽.

또한 여기에서의 재산은 개별적인 재물이나 재산 가치를 의미하는 것이 아니라 개인이 가지고 있는 재산 전체를 의미하는 것으로 본다.

1.2. 전체로서의 재산 및 거래의 신의칙이라는 견해

이 견해는 사기죄의 기본적 보호법익을 전체로서의 재산으로 본다는 점에서는 위와 같으나 부수적으로 거래의 신의칙도 보호법익이 된다는 입장이다.⁶⁾ 이 입장은 사기죄로 인하여 거래의 신의칙은 보호받으며 거래의 진실성만을 보호법익으로 내세우지 않는 한 위 견해와의 논쟁은 큰 실익이 없다고 평가하기도 한다.

우리 판례 역시 “현대 산업화 사회에 있어 대형유통업체에 대한 소비자들의 신뢰와 기대는 보호되어야 한다”⁷⁾고 판시한 바 있어 거래의 신의칙을 부차적 보호법익으로 인정하고 있다고 평가된다.

1.3. 개별 재산 및 의사결정의 자유라는 견해

위의 두 견해와 달리 사기죄의 보호법익은 개별적인 재물 또는 재산상의 이익이며 이와 함께 개인의 의사결정의 자유가 보호법익이 된다는 입장이다.⁸⁾ 의사결정의 자유를 보호법익으로 이해하는 입장은 사기죄의 법정형이 절도죄의 법정형 보다 높으며 사기죄가 공갈죄와 부당이득죄와 같은 39장에 규정되어 있는 이유가 사기죄는 의사결정의 자유를 보호법익으로 삼기 때문이라고 설명한다.⁹⁾

6) 배종대, 형법각론 제10전정판, 홍문사, 2018, 318쪽; 임웅, 형법각론 제7정판, 법문사, 2016, 394쪽.

7) 대법원 1992. 9. 14. 선고 91도2994 판결

8) 오영근, 형법각론 제4판, 박영사, 2017, 294쪽.

9) 박상진, “사기죄에 있어 ‘기망’과 ‘보호법익’에 대한 연구”, 홍익법학 제16권 제1호,

또한 이 입장은 의사결정의 자유를 침해당한 피기망자의 처분행위로 개별적인 재산이 침해된 것으로 보아 전체로서의 재산이 아닌 개별의 재산을 보호법익으로 이해한다. 이에 대하여 판례와 같이 재산상 손해발생을 사기죄의 요건이 아니라고 보는 태도는 사기죄를 개별재산에 대한 죄로 구성할 때 논리적 정합성을 가질 수 있다는 설명도 있다.¹⁰⁾

2. 검토

사기죄의 보호법익을 어떻게 볼 것인지 하는 문제는 재산상 손해의 발생을 사기죄의 요건에 포함시킬 것인지와 밀접한 관련이 있으며 특히 대가가 지급된 경우 사기죄 이득액 산정 문제 등과도 연결된다.

우선, 거래의 신의칙을 사기죄 처벌에 의한 반사적 이익이 아닌 부차적 보호법익으로 포함시키는 경우, 자칫 사기죄의 성격이 사회적 법익을 보호하는 경제범죄로 변질될 소지가 있다. 즉, 사기죄를 처벌함으로써 거래의 신의칙이 보호되는 효과는 인정할 수 있으나 역으로 이를 보호하기 위하여 재산죄인 사기죄로 형벌을 부과해야 한다고 보기는 어렵다.

또한 의사결정의 자유를 보호법익에 포함시키는 경우, 피기망자와 재산상의 피해자가 일치하지 않는 소위 삼각사기에서 피기망자 역시 피해자라고 보아야 한다는 결론이 나오는데 이 역시 재산죄로서 사기죄의 본질을 불분명하게 하는 결과라 생각된다. 예를 들어 강도죄(형법 제333조)의 경우에는 폭행, 협박의 피해자와 재물강취의 피해자가 다를 수 있지만 이는 ‘폭행, 협박’ 자체가 형법상 다른 개인적 법익을 보호하

홍익대학교 법학연구소, 2015, 446쪽.

10) 김준호, “재산상의 손해발생은 사기죄의 성립요건인가”, 형사법의 신통향 통권 제49호, 대검찰청, 2015, 314쪽.

는 범죄이기 때문에 결합범의 성격상 각각의 피해자를 인정할 수 있다. 그러나 ‘기망행위’ 그 자체가 형법상 범죄가 아닌 상황에서 재산죄의 성격을 갖는 사기죄의 피해자에 피기망자를 포함시킨다는 것은 타당하지 않은 결론으로 생각된다.

다음으로 사기죄의 보호법익이 전체재산인지, 개별재산인지에 관한 문제는 비교법적으로 볼 때 독일과 일본에서 그 논의 양상이 달리 나타난다.¹¹⁾ 소유권에 대한 죄(절도 및 횡령)와 전체재산에 대한 죄(사기, 배임)를 구별하여 명문으로 규정한 독일에서는 사기죄의 보호법익을 전체재산으로 보고 피해자의 재산취득과 상실을 전체로서의 재산상 손해로 평가하고 있다. 반면 이와 같은 명문의 규정이 없는 일본에서는 사기죄를 재물에 대한 피해자의 점유상실 그 자체가 재산적 손해인 개별재산에 대한 죄라고 이해하는 것이 판례 및 다수 견해이다.¹²⁾ 생각건대 우리 입법이 독일과 같이 사기죄를 전체재산에 대한 죄로 규정하지 않았다고 하여 보호법익을 전체재산으로 보지 못하는 것은 아니라고 생각된다. 개별재산을 보호법익으로 하는 절도죄의 경우, 의사에 반한 점유탈취라는 점에서 그 자체로 재산범죄의 성립이 인정될 수 있지만 하자가 있을지언정 본인의 의사에 따른 처분행위가 존재하는 사기죄에서 전체재산 상태의 손실이 없이 개별재산의 점유상실 그 자체로 범죄의 성립을 인정하는 것은 앞서 의사결정의 자유를 사기죄의 보호법익으로 인정하지 않는 입장을 일관한다면 타당하지 않기 때문이다.¹³⁾

11) 독일과 일본을 중심으로 한 이에 대한 자세한 검토는 김형만, “사기죄의 입법체계상 지위와 재산상 손해”, 법학논총 제22권 제3호, 조선대학교 법학연구소, 2015, 535-555쪽 참조.

12) 김형만, 위의 논문, 539쪽.

13) 한편 구성요건상 재산상 손해를 근거로 전체재산에 대한 죄와 개별재산에 대한 죄로 구별하는 것은 그 구별자체가 상대적일 뿐만 아니라 실익도 없다고 생각하는 입장은 김형만, 위의 논문, 550쪽.

Ⅲ. 사기죄의 재산상 손해 발생과 이득액

1. 재산상 손해 발생 요부

1.1. 견해의 대립

독일 형법(제263조)과 달리 우리 형법은 ‘재산상 손해’를 명문으로 규정하고 있지 않기 때문에 재산상 손해 발생이 사기죄의 성립 요건인지에 관하여 견해가 대립하였으며 이는 그동안 사기죄의 구성요건에 관한 논의의 주요 부분을 차지해 왔다.

1.1.1. 필요설

필요설은 사기죄가 성립하기 위해서는 재산상의 손해발생을 요건으로 한다는 입장이다.¹⁴⁾ 이 견해는 재산상 손해를 요구하지 않을 경우 사기죄는 재산권이 아닌 처분의 자유를 보호하는 범죄가 되며 재산상의 이익은 재산상 손해와 상관관계에 있어야 한다는 점을 근거로 든다.

1.1.2. 불요설

불요설은 사기죄가 성립하기 위해서는 재산상의 손해발생은 요건이 아니라는 입장이다.¹⁵⁾ 우리 형법 제347조는 재산상 손해발생을 규정하고 있지 않으며 사기죄의 본질은 기만에 의한 재물이나 재산상의 이익의 취득에 중점이 있는 것이고 절도죄나 강도죄에서 역시 대가제공이 되어 도 범죄는 성립한다는 점을 논거로 한다.

14) 김혜정/박미숙/안경옥/원혜옥/이인영, 앞의 책, 326쪽; 박상기/전지연, 앞의 책, 648쪽; 손동권/김재운, 앞의 책, 385쪽; 이재상/장영민/강동범, 앞의 책, 328쪽; 정성근/정준섭, 앞의 책, 240쪽.

15) 박찬걸, 형법각론, 박영사, 2018, 417쪽; 오영근, 앞의 책, 306쪽.

우리 판례는 일관되게 ‘재물편취(금원편취)를 내용으로 하는 사기죄에서는 기망으로 인한 재물교부(금원 교부)가 있으면 그 자체로써 피해자의 재산침해가 되어 이로써 곧 사기죄가 성립하는 것이고 상당한 대가가 지급되었다거나 피해자의 전체 재산상에 손해가 없다 하여도 사기죄의 성립에는 그 영향이 없다’¹⁶⁾고 판시하고 있다.

1.2. 검토

사기죄 불법의 핵심은 기망으로 타인에게 재산상 손해를 입힘으로써 행위자가 재산상 이득을 취득하였다는 점이다. 따라서 재산상의 손해가 발생하지 않는 행위까지도 사기죄로 처벌하는 것은 결과불법이라는 측면에서 형법의 보충성에 반할 우려가 있다. 그리고 재산상 손해를 요건으로 하지 않는 불요설에 따르면 사기죄를 위협범의 형태로 인정하는 결과가 되는데¹⁷⁾ 이 역시 처벌의 범위를 지나치게 확장시키는 결과를 가져온다. 또한 형법이 명문으로 규정하는 요건만이 범죄의 성립 요건이 아니라는 점은 분명하므로 형법 제347조에 ‘재산상 손해’가 규정되어 있지 않다는 것은 이를 성립 요건으로 부정하는 결정적 근거라고 하기에 곤란하다.

배임죄와 관련하여 실제 손해가 발생하지 않아서 불법행위로 인한 민사상 손해배상책임이 부정되는 경우에도 형사책임(특경법에 의할 때에는 더욱 가혹한)의 가능성이 인정되는 것은 민·형사책임의 역전현상을 가중시킨다는 지적¹⁸⁾은 사기죄에 있어서도 그대로 타당성이 인정된다.

16) 대법원 2017. 12. 22. 선고 2017도12649 판결; 대법원 2007. 1. 25. 선고 2006도7470 판결 등.

17) 원혜옥, 형법각론, 도서출판 fides, 2017, 251쪽.

18) 이주원, “특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(배임)죄에서 이득액 개념의 합리적 재해석”, 인권과 정의 통권 제436권, 대한변호사협회, 2013, 63쪽.

결국 사기죄의 보호법익이 전체로서의 재산이라 한다면 사기죄의 성립에는 재산상 손해가 요구되는 것이 논리적이며 형사정책적으로도 타당한 결론일 것이다.

2. 재산상 손해의 의미

2.1. 재산의 개념

재산의 개념과 관련하여서는 크게 ① 법률상 재산개념설¹⁹⁾ ② 경제적 재산개념설²⁰⁾ ③ 법률적·경제적 재산개념설²¹⁾로 나뉘어져 있다. 이러한 견해의 대립이 실익을 가지는 지점은 법률의 보호를 받지 못하지만 거래계에서는 재산적 가치를 인정할 수 있는 재산상의 이익, 예를 들어 성매매 비용 등을 재산으로 인정할 수 있는가 하는 점이다.

재산상 손해를 법률상 권리 상실과 동일시하는 법률상 재산개념설을 취하는 국내 학자는 존재하지 않는다. 또한 법으로 보호할 가치가 없는 경제적 이익까지 형법의 보호대상으로 삼는 경제적 재산설 역시 문제가 있다. 결국 재산은 경제적 가치가 있는 이익 중에 법질서에 의하여 보호 받는 이익으로 이해하여야 하며 이 때 법질서의 보호가치는 형법의 독자적 보호가치로 해석하는 것이 타당할 것이다.

2.2. 재산상 손해의 산정 방법

이상과 같이 이해하면 재산상 손해의 산정은 소위 차감계산의 원칙(전체계산의 원칙)에 따라서 이루어진다.²²⁾ 즉, 재산처분 전후의 피해자

19) 이에 대해서 국내 학자 중 이를 지지하는 학자가 없다는 평가는 허일태, “재산범죄에서 이득액에 관한 연구”, 비교형사법연구 제15권 제2호, 비교형사법학회, 2013, 299쪽.

20) 대법원 2012. 12. 27. 선고 2012도10822 판결 등; 이재상/장영민/강동범, 앞의 책, 346쪽.

21) 배종대, 앞의 책, 344쪽.

의 전체 재산을 토대로 그 가치가 감소하였는가를 판단하여야 한다.

이 때 재산상 손해의 판단은 개별적·객관적 방법에 의하여야 한다.²³⁾ 여기서 ‘개별적’ 방법이라는 것은 피해자가 의도한 거래의 목적과 상황을 고려하는 것을 말하며 ‘객관적’ 방법이라 함은 제3의 공정한 평가자의 입장에서 판단이 이루어지는 것을 의미한다.²⁴⁾ 즉 손해의 발생은 피해자의 개별적 필요성이나 상황의 특수성을 고려하여 판단하되 피해자의 주관적 관점이 아니라 객관적 관찰자의 이성적 판단에 따라 결정되어야 한다는 것이다.²⁵⁾ 예를 들어, 오래된 향아리(시가 50만원 상당)를 미술가 A의 초기 작품이라고 속아서 50만원에 산 경우, 객관적으로 평가할 때 A의 작품이 아니면 피해자에게는 가치가 없을 것이고 따라서 기망이 없었을 경우 향아리를 사지 않았을 것이라고 인정되므로 이 사안에서는 재산상 손해가 발생했다고 보아야 하는 것이다. 즉, 이 경우 우리 판례는 재산상 손해가 없어도 사기죄가 성립한다고 판시하겠지만 이는 개별적, 객관적 판단에 따라 재산상 손해가 발생하였기 때문에 사기죄가 성립한다고 보는 것이 타당하다.

이를 수식화 하면

「재산상 손해 = 재산상 기망이 없었던 경우 전체 재산 - 기망이 있었던 경우 전체 재산」

(예) 향아리를 사지 않았을 원래 전체 재산 - 향아리를 산 현재 재산
= 50만원)

이라 할 수 있다.

22) 배종대, 위의 책, 343쪽.

23) 이재상/장영민/강동범, 앞의 책, 347면; 원혜옥, 앞의 책, 251쪽.

24) 배종대, 앞의 책, 343쪽.

25) 이정원, “사기죄에서 ‘재산상 손해’의 개념에 관한 연구”, 비교형사법연구 제2호, 비교형사법학회, 2000, 117쪽.

한편 손해의 발생은 궁극적인 재산상의 손실을 묻는 것과는 차이가 있으므로 기수 이후 사실 관계의 변동이나 재산상 구제 방법의 존재는 재산상 손해의 산정에 고려될 수 없음은 다른 재산 범죄의 경우와 동일하다. 따라서 위의 예에서 시가 50만원의 향아리를 다시 되팔 수 있다는 사실은 재산상 손해 인정에 영향을 미칠 수 없다.

한편 현실적 손해는 아니지만 경제적 관점에서 재산상태가 악화되었다고 볼 수 있는 재산가치에 대한 구체적 위험 역시 손해산정에 포함시켜야 한다.²⁶⁾ 이는 단순한 손해 발생의 가능성과는 구별되는 것으로 구체적 위험이 현실화 된 경우에는 경제적으로 현실적인 재산상태의 가치 감소를 인정할 수 있기 때문이다. 예를 들어 대금 결제 능력과 의사가 없음에도 카드회사를 기망하여 카드를 발급받은 경우, 비록 아직 카드를 한도액만큼 쓰지 않았다 하더라도 발급 즉시 제공된 신용한도만큼의 손해는 현실화 되었다고 볼 수 있다.

3. 이득(재물 또는 재산상 이익)과 특경법상 이득액

3.1. 이득과 이득액의 의미

사기행위자가 얻는 이득은 피해자가 입은 재산상 손해에서 직접 비롯된 것이어야 한다(손해와 이익의 자료동질성).²⁷⁾ 이렇듯 기망으로 인하여 재산상 손해가 발생하고 이로부터 얻었다고 인정될 수 있는 재물이나 재산상 이익의 가액을 이득액이라 할 수 있으며 이 이득액 역시 객관적인 가치에 근거하여야 한다.

이득 즉, 재물 또는 재산상 이익 그 자체는 사기죄의 구성요건이지만 구체적 이득액은 양형 요소로 보는 것이 일반적이다. 그러나 일정 이득

26) 김혜정/박미숙/안경옥/원혜옥/이인영, 앞의 책, 327쪽.

27) 배종대, 앞의 책, 359쪽.

액을 기준으로 법정형을 가중하여 규정하고 있는 특경법의 경우 법적 의미를 어떻게 이해할 것인지의 문제가 발생한다.

3.2. 특경법상 이득액의 의미

우리 판례는 “형법 제347조의 사기죄는 사람을 기망하여 재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 재물의 교부를 받게 하거나 재산상의 이익을 취득하게 함으로써 성립하고, 그 교부받은 재물이나 재산상 이익의 가액이 얼마인지는 문제되지 아니하는 데 비하여, 사기로 인한 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반죄에 있어서는 편취한 재물이나 재산상 이익의 가액이 5억 원 이상 또는 50억 원 이상이라는 것이 범죄구성요건의 일부로 되어 있다.”²⁸⁾고 판시하여 그 경계를 이루는 5억, 50억원 이상인지 여부는 구성요건요소로 이해하면서 그 내부에서의 금액은 양형요소로 이해하고 있다.²⁹⁾

한편 이에 대해서 이득액이 그 다과에 따라 불연속적인 질적 차이를 갖는 것은 아니기 때문에 그 경계선을 이루는 금액뿐 아니라 이득액 자체를 구성요건 요소로 보아야 한다는 견해도 있는데 그 실익은 재산죄 성립 이후 불가별적 사후행위의 인정 여부에 있다고 한다.³⁰⁾

생각건대 이득액 자체를 구성요건요소로 볼 것인지의 문제는 구성요건으로 인정하는 실익이 어디에 있는지를 보아 판단하여야 할 것이다. 이득액 자체를 구성요건요소로 보는 입장 역시 이득액에 따라 같은 경계선 내에서 이종의 구성요건이 될 수 있다고 보는 것은 아니다.³¹⁾ 단지 이득액이 구성요건이라면 이득액은 특정되어야 하며 엄격한 증명에 의

28) 대법원 2007. 4. 19. 선고 2005도7288 전원합의체 판결

29) 이주원, 앞의 논문, 59쪽.

30) 이상원, “횡령죄의 이득액과 가벌적 후해행위”, 저스티스 제131호, 한국법학원, 2012, 178쪽.

31) 이상원, 위의 논문, 178쪽.

하여 증명되어야 한다는 점에서 의의가 있다. 그런데 이득액을 구체적으로 확정하기 전에는 경계선 내외부의 판단은 불가능하므로 이득액을 구성요건요소인 재물에 부착된 속성으로 이해하여도 무방할 것으로 보인다. 따라서 사기죄의 이득액은 엄격한 증명으로 특정되어야 하며 이때 판례가 강조하고 있는 바와 같이 특히 죄형균형의 원칙과 책임주의 원칙이 고려되어야 할 것이다.

또한 이 논문의 논의에는 포함시키지 않았지만 궁극적으로는 이득액에 의한 가중처벌을 규정한 특경법의 폐지와 대안의 모색 역시 함께 검토되어야 할 문제이다.³²⁾

3.3. 이득액의 산정 기준

구체적 이득액의 산정과 관련해서는 ① 전체적인 관점에서 취득한 재물 또는 재산상 이익 전체를 하나로 인식하여 그 가액을 이득액으로 평가하는 방법(형식가치설 또는 전체가치설) ② 실질적인 관점에서 공적 부담이나 제한물권 등에 의하여 줄어든 가치를 제외하거나 실질적으로 취득한 경제적 이익에 한정하여 그 가액을 이득액으로 평가하는 방법(실질가치설 내지 부분가치설)을 생각해 볼 수 있다.³³⁾

기존의 우리 판례는 재산범죄 전체의 이득액 산정에서 형식가치설에 입각해 있었고 사기죄에서도 이후 살펴볼 2007년 전원합의체 판결³⁴⁾이 나오기까지 이 입장이 주류를 이루었다. 그리고 2007년 전원합의체 판결을 기점으로 대법원이 실질가치설을 받아들인 이후에도 여전히 재물편

32) 이에 대한 3가지 입법적 대안을 제시한 논문은 박성민/윤해성, “특경법 제3조 제1항의 사기죄에 있어 이득액의 의미와 기준”, 성균관법학 제21권 제1호, 성균관대학교 법학연구소, 2009, 198쪽.

33) 박길성, “부동산을 편취한 경우에 특정경제범죄가중처벌등에관한법률 제3조의 적용을 전제로 그 부동산의 가액”, 대법원 판례해설, 70호, 대법원, 2007, 636쪽; 이주원, 앞의 책, 402쪽.

34) 대법원 2007. 4. 19. 선고 2005도7288 전원합의체 판결

취에 관해서는 종래의 전체가치설에 입각한 판시가 계속되고 있다. 예를 들어 재물편취를 내용으로 하는 사기죄에서 선이자나 수수료 등의 명목으로 대가가 일부 지급된 경우에도 그 이득액은 피해자로부터 교부받은 재물 전부라고 보는 것이 판례의 입장이다.³⁵⁾

생각건대 재물 또는 재산상 이익이 형법적 비난을 받는 근거는 타인에게 재산상 손해를 끼치고 얻어낸 이득이라는 점에 있다. 그렇다면 이득액의 산정 역시 형식 가치가 아닌 실질 가치에 근거하는 것이 책임주의에 부합하는 입장이라 할 것이다. 더구나 특경법의 이득액이 갖는 중요성을 고려하면 객관적인 재물 또는 재산상 이득액은 시장가치 내지 교환가치를 전제로 실질적인 관점에서 판단함이 타당하다 할 것이다.³⁶⁾ 이득액을 근거로 한 형벌 가중으로 특경법에 대해 비례성 원칙 위반의 위험적 요소가 지적되는 상황 역시도 실질가치설을 취해야 할 필요성을 더 강화시켜 준다고 생각된다.

IV. 부동산 관련 사기에서 구체적 이득액 산정

1. 관련 판례 검토

1.1. 물적 부담 있는 부동산 편취 사례-대법원 2007. 4. 19. 선고 2005도7288 전원합의체 판결

1.1.1. 판결 요지

사람을 기망하여 부동산의 소유권을 이전받거나 제3자로 하여금 이전받게 함으로써 이를 편취한 경우에 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한

35) 대법원 2017. 10. 26. 선고 2017도10601 판결

36) 같은 의견으로는 안경옥, 앞의 논문, 280쪽; 허일태, 앞의 논문, 309쪽.

법률 제3조의 적용을 전제로 하여 그 부동산의 가액을 산정함에 있어서는, 그 부동산에 아무런 부담이 없는 때에는 그 부동산의 시가 상당액이 곧 그 가액이라고 볼 것이지만, 그 부동산에 근저당권설정등기가 경료되어 있거나 압류 또는 가압류 등이 이루어져 있는 때에는 특별한 사정이 없는 한 아무런 부담이 없는 상태에서의 그 부동산의 시가 상당액에서 근저당권의 채권최고액 범위 내에서의 피담보채권액, 압류에 걸린 집행채권액, 가압류에 걸린 청구금액 범위 내에서의 피보전채권액 등을 뺀 실제의 교환가치를 그 부동산의 가액으로 보아야 한다.

1.1.2. 검토

이 사안에서 피해자는 기망으로 인하여 양도하지 않았을 부동산을 양도하였고 행위자는 그로 인하여 부동산을 편취하였다. 이 때

$$\begin{aligned} \text{「재산상 손해} &= \text{기망이 없었던 경우의 전체 재산} - \text{기망이 있었기 때문에} \\ &\quad \text{부동산을 양도한 상태의 전체 재산} \\ &= \text{부동산} \end{aligned}$$

이 된다.

그리고 여기에서 손해액 및 이득액은 부동산의 실질가치 즉, 시가에서 피담보채권액(채권최고액 범위 내), 압류의 집행채권액, 가압류의 피보전채권액 등을 공제한 금액이라 할 수 있다.

〈표 IV-1〉 물적 부담 있는 부동산 편취 사례에서의 이득액

기망의 내용	편취의 대상	개별적·객관적 판단 -기망이 없었던 경우	손해액	이득액
다양	부동산 자체	부동산 양도행위 없었을 것	부동산의 실질가치	부동산 시가 - 피담보채권액 (채권최고액 한도) - 압류채권액 - 가압류채권액 (채권최고액 한도)

대법원이 그동안 취해 왔던 형식가치설의 입장이 아닌 실질가치설의 법리에 따라 이득액을 산정한 판례로 타당한 입장 변화라 평가된다.

1.2. 기망에 의한 부동산 근저당권 설정 사례-

대법원 2010. 12. 9. 선고 2010도12928 판결

1.2.1. 판결 요지

타인을 기망하여 그 타인 소유의 부동산에 제3자 앞으로 근저당권을 설정하게 한 자는 그로 인하여 그 타인 소유의 부동산을 자신의 제3자와의 거래에 대한 담보로 이용할 수 있는 재산상 이익을 취득하였다고 할 것인데, 다만 그 구체적 이득액을 범죄구성요건요소로 특별히 규정한 「특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률」 제3조를 적용함에 있어서는 그 가액(이득액)은 원칙적으로 그 부동산의 시가 범위 내의 채권최고액 상당이라 할 것이고, 그 부동산에 이미 다른 근저당권이 설정되어 있는 경우에 그 부동산에 대하여 후순위 근저당권을 취득하는 자로서는 원칙적으로 그 부동산의 시가에서 다시 선순위 근저당권의 채권최고액을 공제한 잔액 상당액을 기망자가 얻는 이득액의 한도로 보아야 할 것이나, 예외적으로 선순위 근저당권의 담보가치가 실제 피담보채권액만큼만 파악되고 있는 것으로 인정하였다고 볼 수 있는 특별한 사정이 있는 경우에는 근저당권 설정 당시의 그 부동산의 시가에서 그 선순위 근저당권의 실제 피담보채권액을 공제한 잔액 상당액을 그 이득액의 한도로 보아, 위 이득액에 대한 증거가 있는지를 살펴서 그 범죄의 성립 여부를 따져야 할 뿐이다.

1.2.2. 검토

이 사안은 편취의 대상이 부동산 자체가 아니라 근저당권인 경우다.

이 때

$$\begin{aligned} \text{「재산상 손해} &= \text{기망이 없었던 경우의 전체 재산} - \text{기망이 있었기 때문에} \\ &\quad \text{부동산에 근저당권을 설정한 상태의 전체 재산} \\ &= \text{근저당권} \end{aligned}$$

이 된다.

그리고 여기에서 손해액 및 이득액은 현실화된 부동산의 담보가치라고 할 것이며 이를 실질적으로 판단하면 시가 범위 내의 채권최고액이라고 할 수 있다.

〈표 IV-2〉 기망에 의한 부동산 근저당권 설정 사례에서의 이득액

기망의 내용	편취의 대상	개별적·객관적 판단 -기망이 없었던 경우	손해액	이득액
다양	근저당권	근저당권 설정행위 없었을 것	현실화된 부동산의 담보가치	시가 범위 내 채권최고액

2. 대상 판례 검토

대상판결은 기망으로 인하여 시가 보다 더 높은 담보가치만큼의 대출을 시행한 경우로 개별적·객관적으로 살펴보면 금융기관은 기망이 없었을 경우, 대출을 시행하지 않았을 것이 아니라 원래의 담보가치만큼만을 대출하였을 것으로 판단된다. 그렇다면 이 사안에서는

$$\begin{aligned} \text{「재산상 손해} &= \text{기망이 없었던 경우의 대출해 주었을 재산} - \text{기망이} \\ &\quad \text{있었기 때문에 대출해 준 재산} \\ &= \text{담보가치 초과 대출금} \end{aligned}$$

이 된다.

따라서 원래의 담보가치를 초과한 금액만큼의 손해액이 인정될 것이

고 그로 인한 피해자의 이득액 역시 대출금 전액에서 실제 담보가치에 근거한 대출금만큼이 공제되어야 할 것이다.

〈표 IV-3〉 업계약서를 이용한 대출금 편취에서 이득액 산정

기망의 내용	편취의 대상	개별적·객관적 판단 -기망이 없었던 경우	손해액	이득액
부동산 담보가치	대출금	실제 담보가치만큼의 금액만 대출했을 것	담보가치를 초과하는 대출금	전체 대출금 - 실제 담보가치에 근거한 대출금

앞서 살펴 본 부동산 관련 사기에서 실질가치 산정의 기본 취지는 비단 편취의 대상이 부동산 소유권이나 근저당권인 경우뿐만 아니라 부동산의 담보 가치 상당 재물(금전)인 경우에도 유지되어야 할 것이다.

또한 기망이 없어도 11억9천만원을 대출받을 수 있었던 사람이 기망으로 시가를 부풀려 3억9천여만원을 추가 대출받았는데 이득액은 15억9천만원 전부라고 보는 것은 국민의 법감정에도 부합하지 않는 결과라 생각된다. 만약 이 사건 부동산의 시가가 훨씬 고가여서 총 대출금액은 51억원이지만 기망으로 부풀린 시가에 의한 추가 대출받은 금액은 2억원인 경우를 가정해 보면 이득액이 2억원이 아닌 51억원으로 산정되어 법정형이 무기 또는 5년 이상의 징역으로까지 상향된다. 행위자가 비난받아야 할 행위는 51억원을 대출받은 행위가 아니라 기망으로 2억원의 추가대출을 받은 행위이며 그렇다면 이 사기행위에 대한 평가는 2억원을 기준으로 이루어지는 것이 타당할 것이다.

V. 나가며

우리 판례는 기본적으로 기망행위로 인한 처분행위가 인정되면 재산상 손해의 발생 여부와 관계없이 사기죄가 성립된다고 보면서 재산상

이득액은 대가의 지급을 공제하지 않은 교부받은 재물 전체로 이해한다. 그러나 재산상 손해가 없는 재산범죄란 존재의의를 찾기 곤란하며 재산상 손해를 통하지 않은 재산상 이득이란 논리적으로 납득하기 어렵다. 따라서 한 논문이 들고 있는 예시와 같이 사람을 기망하여 4억9천만원의 대가를 지불하고 5억원을 취득한 경우 특경법 제3조는 적용되어서는 안 되는 것³⁷⁾임에도 대상 판결은 이와 유사한 결론을 내려 특경법 제3조를 적용한 것으로 판단된다.

특경법상 사기죄의 이득액은 특경법 적용을 결정짓는 구성요건의 일부이면서 형의 가중(특경법 내에서 5억원 이상과 50억원 이상)을 결정짓는 요소라 할 수 있다. 따라서 이득액의 산정은 엄격하고 신중하게 이루어져 형법상 죄형균형의 원칙 및 책임주의 원칙이 훼손되지 않도록 유의하여야 한다는 점은 판례 역시 강조하고 있는 바이다.³⁸⁾ 이러한 취지에서 물적 부담 있는 부동산 편취 사례는 판례가 부동산의 실질가치를 이득액 산정의 기준으로 삼아 기존 판례의 문제점을 수정한 합리적인 판결이라 판단된다. 또한 기망에 의한 부동산 근저당권 설정 사례 역시 실질적인 손해액과 이득액의 산정이라는 점에서 수궁이 가는 판례이다. 그러나 2019년 대상 판결이 내린 결론은 이득액 산정의 근본 원칙인 비례성 및 책임주의에 반하는 것으로 평가된다.

사기죄의 ‘보호법익’, ‘손해 발생 요부’, ‘손해 산정 기준’, ‘이득액 산정 기준’에 관한 판단은 모두 사기죄의 본질과 불법성에 상응하는 범죄인정과 형벌부과라는 형법의 대원칙을 전제로 이루어져야 할 것이다.

이를 위해서는 첫째, 재산죄라고 하는 사기죄의 본질에 부합하게 사기죄의 보호법익은 ‘전체로서의 재산’으로 이해되어야 하며 여기에 신의칙이나 의사결정의 자유는 포함하지 않는 것이 타당하다.

37) 이정원, 앞의 논문, 118쪽.

38) 대법원 2007. 4. 19. 선고 2005도7288 전원합의체 판결

둘째, 전체로서의 재산을 보호법익으로 하는 사기죄의 성립을 위해서는 재산상 손해의 발생이 필요하다. 그동안 재산상 손해 발생 요부를 둘러싼 논의 상황을 본다면 재산상 손해발생을 구성요건으로 명문화하는 입법적 해결방법을 고려할 필요가 있다.³⁹⁾

셋째, 재산상 손해의 산정은 재산 처분 전후의 피해자의 전체 재산을 토대로 그 가치가 감소하였는가를 판단하여야 하며 이 때에는 피해자가 거래를 통하여 의도한 목적 등 피해자의 개별적 필요성이나 상황의 특수성이 객관적 관점에서 고려되어야 한다.

넷째, 재산상 손해에서 비롯된 이득액의 산정은 실질가치설을 기준으로 하여야 하며 특히 이득액이 구성요건요소인 특경법 사건에서는 실질가치설의 취지가 정확히 관철되어야 한다.

이상과 같은 판단을 종합한다면 대상 판례에서의 이득액은 실제 대출금에서 담보가치를 부풀리지 않았을 경우 받을 수 있었던 대출금을 공제한 금액이 되어야 하며 결과적으로 특경법이 아닌 형법상 사기죄만을 인정하는 것이 타당한 결론으로 생각된다.

이상 부동산이 관련된 사기죄 판례를 중심으로 이득액의 산정 문제를 검토하였으나 특경법에 관해서는 사기죄 이외에 횡령죄, 배임죄 등에도 유사한 문제가 존재한다. 특경법 제3조의 적용대상이 되는 재산범죄를 통괄하는 합리적이고 일관된 기준의 확립이 요구되는 시점이다.

39) 같은 취지, 황만성, “형법상 사기죄 관련규정의 제·개정 방안”, 형사정책연구 제20권 제1호, 형사정책연구원, 2009, 479쪽.

참고문헌

1. 단행본

- 김혜정/박미숙/안경옥/원혜욱/이인영, 형법각론, 피앤씨미디어, 2019.
박상기/전지연, 형법학, 집현재, 2018.
박찬걸, 형법각론, 박영사, 2018.
배종대, 형법각론 제10전정판, 홍문사, 2018.
손동권/김재운, 새로운 형법각론, 을곡출판사, 2013.
오영근, 형법각론 제4판, 박영사, 2017.
원혜욱, 형법각론, 도서출판 fides, 2017.
이재상/장영민/강동범, 형법각론 제10판 보정판, 박영사, 2017.
이주원, 특별형법 제5판, 홍문사, 2018.
임 응, 형법각론 제7정판, 법문사, 2016.
정성근/정준섭, 형법강의 각론, 박영사, 2017.

2. 학술지

- 김준호, “재산상의 손해발생은 사기죄의 성립요건인가”, 형사법의 신동향 통권 제49호, 대검찰청, 2015, 309-342쪽.
김형만, “사기죄의 입법체계상 지위와 재산상 손해”, 법학논총 제22권 제3호, 조선대학교 법학연구소, 2015, 535-555쪽.
박길성, “부동산을 편취한 경우에 특정경제범죄가중처벌등에관한법률 제3조의 적용을 전제로 그 부동산의 가액”, 대법원 판례해설 통권 제70호, 대법원, 2007, 619-650쪽.
박상진, “사기죄에 있어 ‘기망’과 ‘보호법익’에 대한 연구”, 홍익법학 제16권 제1호, 홍익대학교 법학연구소, 2015, 431-450쪽.

- 박성민/윤해성, “특경법 제3조 제1항의 사기죄에 있어 이득액의 의미와 기준”, 성균관법학 제21권 제1호, 성균관대학교 법학연구소, 2009, 189-207쪽.
- 안경옥, “특경법 제3조 제1항의 ‘이득액’ 평가에 대한 검토”, 경희법학 제45권 제4호, 경희대학교 법학연구소, 2010, 261-285쪽.
- 이주원, “특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(배임)죄에서 이득액 개념의 합리적 재해석”, 인권과 정의 통권 제436권, 대한변호사협회, 2013, 47-69쪽.
- 장승일, “사기죄의 불법구조와 ‘재산상 손해’ 개념의 검토”, 법학논총 제35권 제2호, 전남대학교 법학연구소, 2015, 145-168쪽.
- 허일태, “재산범죄에서 이득액에 관한 연구”, 비교형사법연구 제15권 제2호, 비교형사법학회, 2013, 295-312쪽.
- 이상원, “횡령죄의 이득액과 가벌적 후행행위”, 저스티스 제131호, 한국법학원, 2012, 179-201쪽.
- 이정원, “사기죄에서 ‘재산상 손해’의 개념에 관한 연구”, 비교형사법연구 제2호, 비교형사법학회, 2000, 113-135쪽.
- 황만성, “형법상 사기죄 관련규정의 제·개정 방안”, 형사정책연구 제20권 제1호, 형사정책연구원, 2009, 471-497쪽.

[Abstract]

Problems of Calculating Gains from Real Estate Fraud in Violation of the 「Act on the Aggravated Punishment, etc. of Specific Economic Crimes」

Kim, Seul-Ki*

The recent Supreme Court ruling(2018do19772) applied Article 3 of the 「Act on the Aggravated Punishment, etc. of Specific Economic Crimes」, which considers the gain from fraud to be ‘all of the loan’ in the case taking out a loan by submitting a so-called ‘up contract’ to a financial institution for the purpose of raising the loan.

However, if the legal interest of fraud is considered as a whole property, the ‘property damages’ should be understood as a requirement of fraud and the calculation of benefit amount in property should take into account the objective and individual viewpoints of the expected act.

On this premise, property damages incurred to the financial institution and gains of the accused would have to be ‘the exceeded amount’, not the entire amount of the loan. As a result, fraud will have to be applied to the Criminal Law, not to the special law.

In a situation where questions are raised about the validity of aggravated

* Assistant Professor, Department of Law, Daejeon University

punishment by gains, affirming the application of the special law without the calculation of specific damages and benefits to real estate transactions, which are generally high transaction prices, has the potential to violate the proportionality of crime and punishment.

[Key Words] Real Estate Fraud, Act on the Aggravated Punishment, etc. of Specific Economic Crimes, Property Damages, Benefit Amount in Property, Fraud Action