

부동산 거래사기에서 고지의무와 보증인의무의 관계

이 진 국*

목 차

- | | |
|---|--------------------------------|
| I. 문제제기 | 3. 보증인의무의 발생근거에 관한 학설과 판례의 문제점 |
| II. 사기죄에서 기망과 보증인의무 | IV. 부작위에 의한 사기죄에서 고지의무의 성격 |
| 1. 작위범에서 일반적인 보증인의무? | 1. 부작위에 의한 사기죄에서 보증인의무의 관련점 |
| 2. 묵시적 기망에 의한 사기와 보증인의무 | 2. 부작위범의 성립요건으로서 “행위정형의 동가치성” |
| 3. 묵시적 기망과 부작위에 의한 기망의 구별 | 3. 고지의무의 성격 |
| III. 부작위에 의한 사기죄에서 보증인의무의 발생근거에 관한 학설과 판례의 태도 | V. 결론 및 함의 |
| 1. 부작위에 의한 사기죄의 성립요건 | |
| 2. 부작위에 의한 사기죄에서 보증인의무의 발생근거 | |

I. 문제제기

사기죄는 부동산 거래를 둘러싸고 형법적 가벌성이 문제되는 전형적인 범죄유형이라고 할 수 있다. 형법 제347조에 근거를 두고 있는 사기죄는 사람을 기망하여 재물을 교부받거나 재산상의 이익을 취득하거나 또는 제3자로 하여금 재물을 교부받게 하거나 재산상의 이익을 취득하게 함으로써 성립한다. 이 점에서 사기죄의 객관적 구성요건요소는 - 국내 다수설에 따르면 - 행위자의 기망행위, 피기망자의 착오, 피기망자의 처분행위, 재물의 교부 또는 재산상의 이익의 취득, 재산상 손해의

* 아주대학교 법학전문대학원 조교수, 법학박사.

발생으로 이루어져 있다. 여기서 사기죄의 가벌성 판단에 가장 기초적인 요소는 바로 “기망”¹⁾(Täuschung)이다. 기망은 사기죄의 고유한 특징임과 동시에 기망으로 인하여 사기죄의 범행이 발현되기 때문이다.

사기죄는 적극적 작위에 의해서 이루어지는 것이 일반적이지만 오늘날 독일이나 우리나라의 학설과 판례에서는 부작위에 의한 기망을 통해서도 사기죄가 성립할 수 있다는 데 견해를 같이한다. 부작위에 의한 사기죄가 성립하기 위해서는 무엇보다도 행위자가 일반적인 부작위범의 성립요건(형법 제18조)에서 요구되는 보증인의무를 부담해야 한다. 그런데 우리나라의 학설²⁾과 판례에서는 이러한 보증인의무를 고지의무와 동일하게 이해하거나 혼용해서 사용하는 것이 일반적이다. 고지의무와 보증인의무를 동일시하는 태도는 대법원이 부동산 거래와 관련하여 부작위에 의한 사기죄가 문제된 사안에서 내놓은 판례에서도 어렵지 않게 확인할 수 있다.

부동산 거래에서 특히 볼 수 있는 것과 같이, 누군가가 계약이나 신의칙에 근거하여 고지의무를 부담하고 있다면, 이에 대해서는 그 고지의무를 부담하는 자가 형법 제18조에서 전제하고 있는 보증인의무도 부담하고 있는지를 검토해보아야 한다. 만약 당사자 간의 계약에서 명시되어 있는 모든 고지의무가 동시에 형법 제18조에서 전제하고 있는 보증인의

1) 대법원 판례에 의하면, 기망이란 널리 거래관계에서 지켜야 할 신의칙에 반하는 행위로써 사람으로 하여금 착오를 일으키게 하는 것을 말한다고 판시하고 있다(대법원 1983. 6. 28. 선고 83도1013 판결). 그리고 어떤 행위가 다른 사람을 착오에 빠지게 한 기망행위에 해당하는가의 여부는 거래의 상황, 상대방의 지식, 경험, 직업 등 행위당시의 구체적 사정을 고려하여 일반적·객관적으로 결정하여야 한다고 이해한다(대법원 1988. 3. 8. 선고 87도1872 판결; 대법원 1988. 6. 28. 선고 88도740 판결; 대법원 1992. 3. 10. 선고 91도2746 판결).

2) 예컨대 김태수, “부동산 매매에 있어서 고지의무에 관한 형사법적 연구”, 중앙대학교 대학원 법학박사학위논문(2008), 6-18쪽에서는 고지의무의 발생근거를 부진정 부작위범에서 보증인지위의 발생근거에 관한 학설인 형식설, 실질설, 결합설 등과 관련지어워서 도출함으로써 고지의무를 보증인의무와 동일시하고 있다.

무의 실질을 갖추고 있다면 행위자에게 부작위에 의한 가벌성을 귀속시키는 데 문제될 것이 없다. 그러나 당사자 간의 계약이나 신의칙에 근거하여 일방 당사자가 상대방에게 고지의무를 부담한다는 이유만으로 곧장 보증인의무까지도 부담하는 것으로 이해해 버린다면 - 즉, 고지의무와 보증인의무를 동일시해 버린다면 - 이에 대해서는 형법의 과잉개입이라는 심각한 문제가 제기된다. 이 경우에는 단순한 민법상의 의무위반 행위(즉, 계약상 또는 신의칙상 고지의무 위반)를 부당이득반환이나 불법행위로 인한 손해배상청구로 대응하는 차원을 뛰어넘어 형법적으로 단죄해 버린다는 문제를 불러일으키고, 다른 한편으로 형법의 최후수단성의 정신에도 반하는 결과를 초래할 것이기 때문이다. 따라서 부작위에 의한 사기죄의 가벌성을 검토함에 있어서는 자유시장경제체제하에서 누구든지 가능한 한 많은 수익을 창출할 수 있다는 관점을 고려하여 형법이 개입하지 말아야 할 행위와 형법의 개입이 정당화되는 행위를 구분해야 한다. 이러한 문제인식하에 이 글에서는 특히 부동산 거래 분야에서 가장 많이 문제되고 있는 부작위에 의한 사기죄의 성립요건과 직접 결부되어 있는 고지의무와 보증인의무의 관계를 논의하고자 한다.

II. 사기죄에서 기망과 보증인의무

전통적인 형법의 관념에 따르면, 작위범은 행위의 금지(*Handlungsverbot*)를 규정해둔 것으로서 원칙적으로 모든 사람을 행위주체로 삼고 있다. 이에 반해, 부작위에 의한 사기죄와 같은 부진정 부작위범은 이른바 보증인적 지위에 있는 사람에 대한 행위의 요구(*Handlungsgebot*)를 내용으로 한다. 따라서 부진정 부작위범은 진정신분범이고, 보증인의무는 부진정 부작위범의 고유한 성립요소가 된다. 그러나 우리나라에서 현재 판례는 부작위에 의한 기망의 사례에서 뿐만 아니라 적극적 작위의 한

유형인 묵시적 기망의 사례에서도 고지의무를 전제로 하고 있는 경우가 많고, 독일의 학설에서는 적극적 작위에 의한 사기(특히 묵시적 기망)의 경우에도 특별한 보증인적 지위를 요구하는 견해가 적지 않다. 그러므로 작위범, 특히 묵시적 기망의 경우에도 보증인의무가 요구되는 것인지 논의해볼 필요가 있다.

1. 작위범에서 일반적인 보증인의무?

만약 적극적 기망에 의한 사기에서도 보증인의무를 요구한다면 적극적 기망과 부작위에 의한 기망을 구별할 실익은 없을 것이다. 이와 관련하여 Herzberg 교수의 소극적 행위개념(negativer Handlungsbegriff)과 Jakobs 교수의 순수 규범적 행위개념(rein normativer Handlungsbegriff)에서는 부진정 부작위범 뿐만 아니라 작위범의 경우에도 보증인의무가 요구된다고 한다.

Herzberg는 모든 범죄의 기본적 형식이 작위범이 아니라 부작위범이라고 이해한다.³⁾ 작위범과 부작위범은 모두 동일하게 구성요건적 결과의 발생을 회피하지 않은 것이기 때문에 형법적으로 중요한 모든 행위는 부작위로 나타낼 수 있다는 것이다. 즉, 부작위범의 경우에는 행위자가 요구된 작위의무를 이행하지 않음으로써 성립하는 것이고, 작위범의 경우에는 행위자가 타인에 대한 잠재적인 위험원으로서 스스로를 감시하는 것을 부작위함으로써 성립된다는 것이다. 그리고 이러한 행위방식이 형법적으로 중요한 의미를 가지기 위해서는 행위자가 보증인적 지위를 가지고 있어야 한다고 이해한다. 따라서 Herzberg의 이해에 따르면, 형법적 의미에서의 행위는 “보증인적 지위에서 회피가능한 것을 회피하지 않은 것”(das vermeidbare Nichtvermeiden in Garantenstellung)이고, 작

3) Herzberg, “Das Wollen beim Vorsatz und dessen Unterscheidung vom bewußt fahrlässigen Verhalten”, JZ(1988), 576쪽.

위를 포함한 형법적으로 의미있는 모든 행위는 보증인적 지위를 요건으로 하게 된다.⁴⁾ 그러나 Herzberg의 소극적 행위개념에 대해서는, ① 진정 부작위범의 경우에는 모든 사람이 행위자로 될 수 있다는 점에서 보증인적 지위가 요구되지 않는다는 점을 간과했고⁵⁾, ② Herzberg가 행위를 판단함에 있어 중요한 기준으로 삼고 있는 결과발생의 “회피가능성 개념은 행위개념과 아무런 관련이 없으며 오히려 회피가능성은 형법적 행위로 인한 결과발생이 귀속될 경우에만 비로소 검토되어야 한다는 점에서 논의의 순서가 뒤바뀌었으며, ③ Herzberg는 자신의 소극적 행위개념을 정의하면서 보증인적 지위를 구성요건요소로 보고 있지만⁶⁾, 이렇게 되면 행위개념의 연결기능에 부합하지 않기 때문에, 결국 작위범도 보증인적 지위를 요건으로 한다는 Herzberg의 논지는 그 설득력이 미약하다.

한편, Jakobs는 순수 규범적인 행위개념에 기초하여 형법적 행위개념을 “규범가치의 침해에 대하여 스스로 유책하게 소관하는 것”(Sich-schuldhaft-zuständig-Machen für einen Normgeltungs-schaden)이라고 정의하고 있다.⁷⁾ Jakobs에 의하면 작위범이 형사책임을 부담하는 이유는 작위범이 자신의 소관(Zuständigkeit)을 침해하였기 때문이라고 한다.⁸⁾ 이러한 소관은 행위자 자신의 조직영역에 대한 소관에서 도출되거나 제도적으로 인정된 소관에서 도출된다.⁹⁾ 그리고 작위범에서 행위자가 소관을

4) Herzberg, a.a.O.

5) 이 문제에 대해 Herzberg은 진정부작위범의 경우에는 자신의 소극적 행위개념이 적용되지 않는다고 한다. Herzberg, a.a.O. 그러나 진정부작위범을 행위개념에 포함시키지 못한다면, Herzberg의 행위론은 전체 형법체계에 중요한 개념을 형성하는 유용한 기초로 삼기는 힘들다고 보아야 한다.

6) Roxin, AT I, §8 Rn. 35f.

7) Jakobs, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*(1992), 44쪽.

8) Jakobs, AT, 7/56ff.

9) Jakobs는 모든 형사책임의 근거를 “사회적 형상의 포기할 수 없는 요소를 유지”하는데 있다고 보고 있다. 그리고 이러한 포기할 수 없는 요소에 속하는 것으로서 조직소관(Organisationszuständigkeit)을 든다. 여기서 “조직소관”이라는 개념의 등장배경

침해하는 것은 부진정 부작위범의 경우 보증인적 지위가 발생하는 것과 같이 이해할 수 있으며, 작위범과 부작위범의 귀속근거와 요건은 동일한 원리에 있다고 이해한다. 따라서 작위범은 부진정 부작위범과 마찬가지로 행위자가 보증인적 지위를 가지고 있는 경우에 한하여 처벌될 수 있다고 본다.¹⁰⁾ 결국 Jakobs의 이해에 따르면, 보증인적 지위에 있는 자만 적극적 기망을 할 수 있게 된다. 그러나 Jakobs의 견해에 대해서는, ① “소관”이라는 개념이 불명확하고, ② 행위개념을 “규범가치의 침해에 대하여 스스로 유책하게 소관하는 것”으로 이해하게 되면, “유책성”이라는 책임요소를 이미 행위개념에서 고려하게 되어 행위개념의 연결 기능에 부합하지 못하는 흠이 있으며, ③ 행위개념을 “유책한”(schuldhaft) 침해를 전제로 하고 있기 때문에 예컨대 14세 미만의 형사책임무능력자의 행위는 형법상 행위개념에 포함시키지 못한다는 문제점을 안고 있다.¹¹⁾

에는 인간이 조직을 통하여 세계를 구성한다는 사고가 깔려있다. 따라서 개인은 인격, 즉 역할담당자(Rollenträger)로 고찰되며, 이러한 역할을 담당하는 개인은 자신의 조직영역(Organisationskreis)을 가지고 있으며, 이 조직영역을 자유롭게 관리(verwalten)할 수 있다고 한다. 그리고 법적으로 이해된 사회에서 이러한 행위자유(즉, 조직영역의 관리의 자유)의 裏面이 바로 결과책임(Folgenverantwortung)이라고 한다. 따라서 누군가가 타인의 조직영역을 고려하지 않고 작위나 부작위를 통하여 자신의 조직영역을 확대시킴으로써 자신의 조직영역을 잘못 관리한다면 그에 대하여 형사책임을 부담해야 한다고 이해한다. 예컨대 화학공장의 경영자는 화학공장을 운영할 행위의 자유와 조직의 자유가 있다. 그러나 화학공장의 주변에 살고 있는 주민의 건강이 침해되어서는 안된다. 그럼에도 불구하고 주민의 건강이 침해된 경우에는 화학공장의 경영자는 자신의 조직상의 의무를 위반한 것이고, 그 건강침해에 대하여 책임을 부담해야 한다. 이 경우 화학공장의 경영자가 적극적 작위(예컨대 공장에서 독극물질을 생산하여 건강을 침해하는 행위)에 의하여 자신의 의무를 위반하든, 부작위(예컨대 안전조치를 취하지 않음으로써 화학공장이 폭발하여 건강을 침해하는 행위)에 의하여 자신의 의무를 위반하든 형사책임의 귀속에 중요하지 않다고 한다. 상세한 내용은 Jakobs, *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*(1996), 31쪽 및 32쪽 참조.

10) Jakobs, *AT*, 7/56.

11) Baumann/Weber/Mitsch, *AT* §13 Rn. 92.

작위범의 경우에는 행위의 금지를 침해하였다는 점에서 비난의 중점이 있는 반면, 부작위범에 대한 비난의 중점은 행위의 요구를 침해했다는 점에 있다. 그러나 작위범에서 행위의 금지는 일반적으로 부작위범에서의 행위의 요구에 비하여 수범자의 행위의 자유를 덜 제한한다. 이 점에서 형법은 원칙적으로 모든 사람에 대하여 행위의 금지(즉, 작위범의 경우)를 규정하고 있는 반면, 행위의 요구(즉, 부진정 부작위범의 경우)를 특정한 사람에 대해서만 부과하고 있다. 결론적으로 작위범과 부작위범은 상이한 귀속요건을 가지고 있고, 작위범에 대해서는 원칙적으로 보증인적 지위를 요건으로 하지 않으며, 따라서 적극적 기망의 경우에는 누구나 그 행위자가 될 수 있다고 보아야 한다.

2. 묵시적 기망에 의한 사기와 보증인의무

전통적인 견해에 의하면 묵시적 기망이란 명시적인 기망과 같이 행위자의 의사표시를 요건으로 하지만 행위자가 “특정한 사실”에 관하여 명시적으로 의사표시를 하지 않고 행위자의 행위에 특정한 설명가치가 부여되는 상황을 말한다. 행위자의 이러한 행위로부터 행위자가 특정한 사실을 실제로 표현하였거나 표현하고자 했다는 점을 도출한다. 이에 관한 예는 계약체결과 관련하여 쉽게 찾아볼 수 있다. 예컨대 일반적으로 계약체결 과정에서는 계약당사자들이 계약체결에 관한 의사나 계약 이행능력에 관하여 명시적으로 말을 하지 않는다. 그럼에도 불구하고 당사자들간의 “계약체결”이라는 행위에 당사자들이 계약을 이행할 의사와 능력이 있다는 설명가치를 포함시킬 수 있다. 묵시적 기망은 명시적인 의사표시에 의한 기망이 아니라는 점에서 부작위에 의한 기망과 유사한 측면이 있다. 문제는 묵시적 기망의 경우에도 보증인적 지위와 보증인의무가 요구되는지의 여부이다.

이와 관련하여 독일의 학설에서는 묵시적 기망을 인정하기 위한 가장

중요한 규범적인 기준은 행위자가 법적인 고지의무를 부담하고 있는지의 여부라는 견해¹²⁾가 있다. 이에 의하면, 예컨대 물건의 매도인이 실제로는 비싼 가격으로 판매하면서 매수인에게 자신이 판매하는 물건가격이 시장에서 적정하다는 사실을 묵비했을 때 매도인의 이러한 행위는 묵시적 기망에 해당하지 않는데, 그 이유는 매도인이 자신이 판매하는 물건의 시세적정성을 설명하지 않았기 때문이 아니라 매도인이 아예 가격의 적정성에 관하여 매수인에게 고지할 의무를 부담하지 않기 때문이라고 한다.¹³⁾ 물론 묵시적 기망이 인정되기 위한 요건으로 반드시 고지의무가 필요한 것인지의 여부에 대해서는 견해가 엇갈리고 있다. 예를 들어 Lackner는 묵시적 기망의 근거가 “종종”(häufig) 고지의무에 있다고 하면서 묵시적 기망은 단지 “경우에 따라서”(unter Umstände)만 법적인 고지의무에서 도출된다고 이해하여 약간 보수적인 입장을 취하고 있다.¹⁴⁾ 이에 반해 Seelmann 교수는 묵시적 기망이 항상 고지의무를 전제로 하고 있다고 이해하면서 특별한 의무적 지위에 있는 자만 묵시적 기망을 할 수 있다고 한다.¹⁵⁾ 독일 형법 제263조의 사기죄가 전제하고 있는 기망은 명시적 기망과 묵시적 기망뿐이라는 Seelmann 교수의 견해에 의하면, 묵시적 기망이 성립하기 위해서는 부작위에 의한 기망의 경우와 같이 행위자에게 보증인의무가 인정되어야 한다.

그러나 묵시적 기망이 보증인의무나 고지의무를 항상 전제로 하는 것은 아니라고 보아야 한다. 묵시적 기망의 사례에서 법질서가 행위자에게 비난하는 것은 행위자가 상대방에 대하여 특정한 사실을 고지하지 않았다는 데 있는 것이 아니라 특정한 설명가치가 부여된 방식으로 기망적인 행위를 했다는 점에 있다. 따라서 묵시적 기망은 적극적 작위이며

12) LK¹⁰-Lackner, §263 Rn. 53.

13) Lackner/Werle, “Anmerkung zu OLG Stuttgart”, *Beschl.* v. 24. 5. 1985-1 Ss (25) 292/85(NStZ, 1985), 504쪽.

14) LK¹⁰-Lackner, §263 Rn. 53, 54.

15) Seelmann, “Betrug beim Handel mit Rohstoffoptionen”, *NJW*(1980), 2547쪽.

형법 제18조를 적용할 수 있는 대상이 아니다. 그렇지만 묵시적 기망이 존재하는지의 여부를 조사하기란 실제로 매우 어렵다. 그 이유는 우선 결론을 추론하는 행위를 확정해야 하고, 그 과정에서 사기에 해당하는 결론추론과 사기에도 해당하지 않는 결론추론을 구별해야 하기 때문이다. 특히 사기죄에서 묵시적 기망에 내재된 특별한 구조를 고려해보면, 묵시적 기망이 보증인의무는 아니지만 적어도 무엇인가 일정한 행위의무를 요건으로 삼아야 한다는 점에 대해서는 수긍이 간다. 다만, 묵시적 기망이 보증인의무가 아닌 일정한 행위의무를 요건으로 하는 경우에도 그것은 하나의 징표기능만 가진다고 보아야 할 것이다.¹⁶⁾ 행위자의 행위의무 내지 고지의무가 묵시적 기망을 인정하기 위한 필요적 요건은 아니기 때문이다.

3. 묵시적 기망과 부작위에 의한 기망의 구별

국내 학설의 지배적인 견해에 의하면, 설명가치(Erklärungswert)를 묵시적 기망과 부작위에 의한 기망을 구별하는 기준으로 제시하면서, 행위자의 전체행위 자체가 하나의 설명가치를 가지는 경우에는 묵시적 기망이 되는 반면, 부작위에 의한 기망은 묵시적 기망에 해당하지 않을 경우에 문제되며, 부작위에 의한 기망이 성립하려면 행위자가 상대방의 착오를 방지해야 할 보증인지위와 의무, 즉 고지의무가 있어야 한다고 이해한다. 다만, 피기망자가 스스로 기망에 빠져 있어야 부작위에 의한 기망이 성립하는 것인지의 여부에 관하여 다수설은 이미 착오에 빠져있을 것을 요건으로 하지 않는 것으로 보인다.¹⁷⁾ 이에 반해 판례는 부작위에

16) 예컨대 민법상 또는 계약상의 고지의무가 존재한다면, 이는 행위자가 고지의무의 대상이 되는 사실을 묵시적으로 고지하지 않았다는 중요한 징표가 된다. LK¹¹-Tiedemann, §263 Rn. 30.

17) 김성룡, “묵시적 기망부작위를 통한 기망 및 작위와 부작위의 상응성”, 형사법연구 제23호(한국형사법학회, 2005 여름), 29쪽.

의한 사기의 경우 피기망자가 이미 착오에 빠져 있을 것을 요구하고 있다. 즉, 제3자 내지 기타의 원인에 의해 피기망자가 이미 착오에 빠져 있고, 보증인이 이를 고지하지 않은 부작위의 경우에만 부작위에 의한 사기죄를 인정하고 있다.¹⁸⁾

그렇다면 묵시적 기망과 부작위에 의한 기망은 어떻게 구분되는가에 관하여 학설에서는 적지 않은 논란이 있다.¹⁹⁾ 양자의 구별기준에 관하여 독일 학설에서는 행위자의 행위를 기준으로 판단하는 입장과 피기망자의 표상을 기준으로 판단하는 입장이 있다.

행위자의 행위를 기준으로 판단하는 입장은 행위자의 설명이 존재하는지의 여부에 초점을 맞추고 있다. 이에 따르면, 행위자의 행위가 일정한 설명가치를 가지고 있는 경우에는 묵시적 기망인 반면, 이러한 설명이 흠결되어 있는 경우에는 부작위에 의한 기망이 된다. 여기서 결정적인 기준이 되는 것은 행위자가 적극적으로 상대방의 표상에 영향을 미쳤는지의 여부이다. 적극적으로 상대방의 표상에 영향을 미쳤으면 묵시적 기망이고, 그렇지 않으면 부작위에 의한 기망이 된다고 한다.²⁰⁾ 이에 반해 Lackner²¹⁾는 피기망자의 표상을 기준으로 작위에 의한 기망(즉 묵

18) 김성룡, 위의 논문, 41쪽.

19) 묵시적 기망과 부작위에 의한 기망간의 구별기준에 관한 상세한 논의는 김성룡, 위의 논문, 22-41쪽; 이정원, “부작위에 의한 사기죄에서 기망행위와 공동정범?”, 비교형사법연구 제8권 제1호(한국비교형사법학회, 2006), 338-342쪽; 이석배, “묵시적 기망행위와 부작위에 의한 기망행위”, 비교형사법연구 제10권 제1호(한국비교형사법학회, 2008), 209-222쪽 참조; 또한 독일의 논의로는 Brammsen, “Tun oder Unterlassen? Die Bestimmung der strafrechtlichen Verhaltensform”, GA 149 (2002), 193쪽 이하; Kargl, “Zur kognitiven Differenz zwischen Tun und Unterlassen”, GA 146(1999), 463쪽 이하; Walter, “Positive und negative Erfolgsdelikte-Handeln und Unterlassen”, ZStW 116(2004), 556쪽 이하 참조.

20) BGHSt 49, 17(21); BGHSt 46, 196(198); BGHSt 33, 244(248); Jeocks, §263 Rn. 37; NK²-Kindhäuser, §263, Rn. 111; S/S²⁶-Cramer, §163 Rn. 12ff.

21) LK¹⁰-Lackner, StGB, §263 Rn. 53; 이에 동조하는 견해로는 Albrecht, “Das Verkehrshindernis”, JuS(1979), 52쪽; Runte, “Strafsystematische Probleme

시적 기망)과 부작위에 의한 기망을 구별한다. 이에 따르면, 피기망자가 행위자의 의무적합성을 믿은 나머지 행위자의 행위로부터 잘못된 추론을 한 경우에는 묵시적 기망에 해당하는 반면, 피기망자가 이미 착오에 빠져있거나 다른 사유로부터 잘못된 추론을 한 경우에는 부작위에 의한 기망이 된다고 한다.

작위에 의한 기망(즉, 묵시적 기망)과 부작위에 의한 기망을 구별하는 기준으로 피기망자의 표상에 초점을 맞추는 것은 적절하지 못하다. 원래 작위와 부작위는 에너지투입설을 취하든 비난가능성에 초점을 맞추든 전통적으로 행위자의 행위에 따라 구분된다. 물론 사기죄의 경우 일정한 행동이 설명(Erklärung)을 내포하고 있는 것인지의 여부가 매우 중요하고, 이러한 설명을 해석하기 위해서는 피기망자의 관점도 고려해야 한다. 그러나 사기죄에서 기망의 경우에는 피기망자가 잘못된 추론을 했는지가 중요한 것이 아니라 행위자의 태도가 피기망자로 하여금 그러한 잘못된 추론을 허용했는지의 여부가 중요한 것이다.²²⁾ 따라서 행위자의 행위를 기준으로(즉, 행위자의 행위가 일정한 설명을 포함하고 있는지의 여부에 따라) 판단하는 입장이 더 타당하다고 본다. 그렇다면, 행위자의 행위가 일정한 설명가치를 가지는 경우에는 묵시적 기망에 해당하고, 명시적 표현이나 묵시적 설명도 존재하지 않는 경우에 한하여 부작위에 의한 기망을 검토해야 할 것이다.

me des 'Betrugs durch Unterlassen (§§263, 13 StGB)' ", *Jura*(1989), 129쪽.
 22) Volk, "Täuschung durch Unterlassen beim Betrug - OLG Köln", *NJW*(1980), 2336쪽, *JuS*(1981), 882쪽.

Ⅲ. 부작위에 의한 사기죄에서 보증인의무의 발생근거에 관한 학설과 판례의 태도

부작위에 의한 사기죄의 가벌성을 검토할 경우에는 사기죄의 구성요건 이외에 부작위범의 일반적 요건을 규정하고 있는 형법 제18조의 규범도 고려해야 한다. 형법 제18조에 따라서 부작위범이 성립하기 위해서는 무엇보다도 행위자가 결과발생을 방지할 법적 의무를 부담하고 있어야 하고(보증인의무), 행위자의 부작위에 의한 기망이 적극적 작위에 의한 기망과 상응한 것이어야 한다(행위정형의 동가치성)는 요건이 충족되어야 한다.

1. 부작위에 의한 사기죄의 성립요건

국내 다수설에 의하면, 부작위에 의한 사기죄가 성립되기 위해서는 무엇보다도 행위자가 보증인의무를 가지고 있어야 할 뿐만 아니라 그 부작위가 작위에 의한 적극적 기망행위와 같은 가치를 가지는 것으로 판단되어야 한다.²³⁾ 그러나 국내 다수설은 부작위범의 도그마틱에서는 보증인의무의 발생근거에 관하여 실질설 또는 결합설을 취하면서, 부작위에 의한 사기죄의 도그마틱에서는 실질설에 따른 보증인의무의 발생근거를 상세하게 논의하지 않고 있어 마치 형식설을 취하고 있는 것처럼 보인다. 또한 다수설은 부작위범의 일반적 성립요건으로서 “행위정형의 동가치성”의 필요성을 언급하면서도 부작위에 의한 사기죄의 가벌성을 검토함에 있어서는 그 고유한 척도를 상세하게 제시하지 않고 있다. 다만, “행위정형의 동가치성”의 요건과 관련하여 소수설은 현행 형법 제18조가 독일 형법 제13조 제1항과 같이 “.....그 부작위가 작위에 의한

23) 김성돈, 형법각론(성균관대학교 출판부, 2008), 323쪽; 배종대, 형법각론(홍문사, 2004), 443쪽; 이재상, 형법각론(박영사, 2004), 330쪽.

법적 구성요건의 실현과 상응하는 경우.....”라는 요건을 명시해두고 있지 않기 때문에 굳이 행위정형의 동가치성을 부작위범의 요건으로 설정할 필요가 없다는 견해²⁴⁾가 있고, 행위정형의 동가치성의 요건이 양형의 요소로 작용할 수 있는 경우 외에 범죄성립을 근거·변경하는 요소가 될 수 없다는 견해²⁵⁾도 있다.

대법원 판례도 부작위범이 성립되기 위해서는 보증인의무와 “행위정형의 동가치성”이 필요하다는 입장을 취하고 있다.²⁶⁾ 그러나 대법원은 정작 사기죄의 가벌성을 검토함에 있어서는 행위정형의 동가치성에 관하여 아무런 언급을 하지 않고 있다.²⁷⁾

2. 부작위에 의한 사기죄에서 보증인의무의 발생근거

또한 국내 학설의 지배적인 견해와 판례는 부작위에 의한 사기죄의 보증인의무를 고지의무와 엄격하게 구별하지 않고 있다. 다만, 대법원은 작위에 의한 사기죄(즉, 묵시적 기망에 의한 사기)에서 뿐만 아니라 부작위에 의한 사기죄를 검토함에 있어에서도 고지의무라는 용어를 사용하고 있다. 보증인의무의 발생근거에 관하여 학설의 지배적인 견해와 판례는

24) 한정환, “부작위범의 불법”, 형사법연구 제23호(한국형사법학회, 2005 여름), 10쪽.

25) 김성룡, 앞의 논문, 41쪽.

26) 대법원 1997. 3. 14. 선고 96도1639 판결에서는 백화점 입점점포가 위조상표를 부착하여 상품을 판매한 사실을 알고도 이를 방치한 백화점 직원에 대하여 부작위에 의한 상표법위반 방조 및 부정경쟁방지법위반 방조의 성립을 인정한 것이다. 이 판례에서 대법원은 “형법상 부작위범이 인정되기 위하여는 형법이 금지하고 있는 법익침해의 결과발생을 방지할 법적인 작위의무를 지고 있는 자가 그 의무를 이행함으로써 결과발생을 쉽게 방지할 수 있었음에도 불구하고 그 결과의 발생을 용인하고 이를 방관한 채 그 의무를 이행하지 아니한 경우에, 그 부작위가 작위에 의한 법익침해와 동등한 형법적 가치가 있는 것이어서 그 범죄의 실행행위로 평가될 만한 것이라면, 작위에 의한 실행행위와 동일하게 부작위범으로 처벌할 수 있다”고 판시하여 부작위범의 성립요건으로 “행위정형의 동가치성”을 요구하고 있다.

27) 김성룡, 위의 논문, 41쪽.

법령(예: 상법 제651조 보험계약상의 고지의무), (사실고지가 명시된) 계약, 선행행위, 신의성실의 원칙 등을 언급하고 있다. 다만, 신의성실의 원칙 그 자체를 보증인의무 내지 고지의무의 발생근거로 볼 수 있는지의 여부에 관해서는 학설과 판례의 입장에 차이가 있다.

학설의 지배적인 견해에 의하면, 신의성실의 원칙 그 자체를 보증인의무(고지의무)의 발생근거로 보는 데 부정적이다. 자유시장경제체제 하에서 거래행위에 따른 위험의 부담은 기본적으로 당사자의 몫이기 때문에 이를 상대방에게 이전시키는 것은 타당하지 못하며²⁸⁾, 그 자체 불명확한 신의성실의 원칙에 기초하여 고지의무(보증인의무)를 부과하는 것은 사기죄의 가벌성을 확장시킬 위험을 초래하기 때문이라는 것이다.²⁹⁾ 이와 관련하여 학설에서는 특히 부동산거래에서 법률이나 계약에 신의칙 그 이상의 명시적 고지의무를 규정한 내용이 있는 경우에 한하여 부작위에 의한 사기죄가 성립된다는 견해³⁰⁾, 신의성실의 원칙은 (사실 고지가 명시되지 아니한) 계약관계에 있는 당사자들 간에 “특별한 신뢰 관계”나 “특별히 고지해야 할 예외적 상황”이 존재하는 경우에 고지의무를 인정할 간접적인 근거로 인정될 수 있을 뿐이라는 견해³¹⁾ 등이 있다.

한편, 판례는 “.....부작위에 의한 기망은 법률상 고지의무 있는 자가 일정한 사실에 관하여 상대방이 착오에 빠져 있음을 알면서도 그 사실을 고지하지 아니함을 말하는 것으로서, 일반거래의 경험칙상 상대방이

28) 이러한 취지로는 김성돈, 형법각론(성균관대학교 출판부, 2008), 323쪽.

29) 김일수/서보학, 형법각론(새로 쓴), 제6판(박영사, 2005), 421쪽; 배종대, 앞의 책, 417쪽; 정성근/박광민, 형법각론(삼지원, 2002), 363쪽; 안경옥, “부작위에 의한 기망행위”, 영남법학 제8권 1·2호(영남대학교 법학연구소, 2002), 284쪽; 하태훈, “부동산거래관계에 있어서 고지의무와 부작위에 의한 기망”, 형사판례연구 2(형사판례연구회, 1994), 207쪽; 한정환, “사기죄에의 기망과 재산상의 이익취득”, 형사법연구 제12호(한국형사법학회, 1999.11), 342쪽.

30) 김일수/서보학, 위의 책, 421쪽; 배종대, 앞의 책, 418쪽.

31) 김성돈, 위의 책, 323쪽; 이재상, 앞의 책, 330쪽.

그 사실을 알았더라면 당해 법률행위를 하지 않았을 것이 명백한 경우에는 신의칙에 비추어 그 사실을 고지할 법률상 의무가 인정된다.....”³²⁾고 판시하고 있다. 부동산 매매관계에서 지금까지 대법원³³⁾이 고지의무가 성립함에 필요한 요건을 요약해보면, ① 매매에 관련된 구체적인 사정을 고지하지 아니함으로써 매수인이 매매목적물에 대한 권리를 확보하지 못할 위험이 있는 사정, 즉 법률관계의 효력에 영향을 미치거나 매수인의 권리실현에 장애가 되는 사유가 있을 것, ② 행위자가 이와 같은 사정을 알고 있을 것, ③ 상대방이 위와 같은 사정을 고지받았더라면 당해계약을 체결하지 않았거나 재산상의 처분행위를 하지 않았을 것이 경험칙상 분명한 경우 등이다.³⁴⁾ 이러한 판례의 입장에 따르면, 계약체결단계에서 당사자에게 고지의무가 인정되는 경우에는 이는 곧 보증인의무가 되고, 따라서 보증인의무로서 고지의무를 위반한 경우에는 행위자에게 부작위에 의한 사기죄의 가벌성이 귀속된다.

32) 유사한 판결로는 대법원 1998. 12. 8. 선고 98도3263 판결; 대법원 2000. 1. 28. 선고 99도2884 판결; 대법원 2004. 5. 27. 선고 2003도4531 판결; 대법원 2006. 1. 26. 선고 2005도1160 판결 등 참조

33) 고지의무를 이행하지 아니하여 사기죄가 성립한다고 판시한 판례의 유형을 분석한 것으로는 손동권, 형법각론(울곡출판사, 2005), 360-365쪽 참조.

34) 하태훈, “부동산거래관계에 있어서 고지의무와 부작위에 의한 기망”, 형사판례연구 2(형사판례연구회, 1994), 193쪽; 그 밖에 대법원이 고지의무 위반으로 부작위에 의한 사기죄의 가벌성을 인정한 판례로는 예컨대 전대차금지, 제소전화해성립과 점유권이전금지가처분결정이 있는 사실을 고지하지 않은 경우(대법원 1980. 7. 8. 선고 79도2734 판결), 매매목적물에 대한 소송계속사실을 고지하지 않은 경우(대법원 1983. 3. 22. 선고 82도2837 판결), 매매목적물에 대한 명도소송의 계속과 점유이전금지가처분이 되어 있는 사실을 고지하지 않은 경우(대법원 1985. 3. 26. 선고 84도301 판결), 매매목적물에 관한 재심소송이 계속중인 사정을 고지하지 않은 경우(대법원 1986. 9. 9. 선고 86도956 판결), 매매목적물에 관하여 유언으로 재단법인에 출연되었는지 여부가 문제되고 다른 부동산에 관해서는 이미 위 유언이 유효하다는 판결이 있었다는 사실을 고지하지 않은 경우(대법원 1992. 8. 14. 선고 91도2201 판결) 등이 있다. 하태훈, 앞의 논문, 194쪽에서 재인용.

3. 보증인의무의 발생근거에 관한 학설과 판례의 문제점

그러나 보증인의무의 발생근거에 관한 학설과 판례의 태도가 이론상 타당한 것인지 의문이 제기된다.

우선, 학설과 판례가 전개하고 있는 형법외적 작위의무(예: 민법, 계약, 신의성실의 원칙 등)가 형법상의 보증인의무를 충분하게 근거지우는 것인지에 대하여 논란이 제기될 수 있다. 이 문제는 사기죄에 국한된 물음이라기 보다는 부진정 부작위범의 성립요건에 관한 일반적인 물음이기도 하다. 부진정 부작위범의 경우 행위자가 보증인의무를 가지고 있는 경우에 한하여 그 가벌성이 인정된다는 지침은 오로지 형법 제18조에서만 도출된다. 이와 관련하여 형법 제18조는 선행행위로 인한 보증인의무 이외에 별도로 보증인지위를 구체적으로 열거하지 않고 해석의 여지를 주고 있다. 그러나 오늘날 보증인의무의 발생근거에 관한 학설의 일반적인 경향에 의하면, 보증인의무가 형법외적인 작위의무(예컨대 계약상의 작위의무)로부터 곧바로 도출되는 것이 아니라는 점을 알 수 있다. 이것은 계약상의 작위의무를 보면 어렵지 않게 확인할 수 있다. 예컨대 계약이 무효·취소된 때, 계약의 유효기간이 종료한 후라도 적어도 사실상 보호기능을 맡고 있으면 형법상 보증인지위는 계약의 유효와 관계없이 계속되고 이에 따라 보증인의무를 근거지울 수 있다.³⁵⁾

물론 특정한 행위를 형법적으로 판단함에 있어 형법외적인 법적 상황(예: 계약 등)을 무시해서는 안되며, 사안에 따라서는 형법외적인 법적 상황(예: 계약의 내용)을 원용해야만 하는 경우도 있다. 그러나 형법은 독자적인 법영역으로서 형법의 독자적인 지침에 따라 고유한 과제를 수행한다. 형법적 평가와 민법적 평가가 항상 동일한 것은 아니며 형법과 민법은 상호간에 엄격한 종속적 관계에 있는 것도 아니다. 바로 이점

35) Jeocks, §13 Rn. 28ff; Kühl, AT, §18 Rn. 68ff; Lackner/Kühl, §13 Rn. 9; NK²-Wohlers, §13 Rn. 31; Roxin, AT II, §32 Rn. 13; S/S²⁷-Stree, StGB, §13 Rn. 28.

에서 형법상 보증인의 책임이 형법외적인 작위의무를 통하여 곧바로 정당화된다고 “일반화시켜서” 이해해서는 안된다. 특히 부작용에 의한 사기에서 보증인의무를 법률상 고지의무나 계약상 고지의무에서 도출하는 경우에는 가벌성이 확장될 위험이 있다. 오히려 형법은 계약과 같은 형법외적인 의무위반으로부터 형법적으로 중요한 실질적 기준을 설정하여 형법상의 책임귀속이 가능한 사례를 걸러내야 한다. 따라서 부작용에 의한 사기죄에서 보증인의무를 충분히 근거지우기 위해서는 이러한 형법외적인 고지의무를 대신하여 어떠한 실질적 기준을 적용할 것인지가 확정되어 있어야 한다.

결국 부작용에 의한 사기죄에서 형법상 보증인책임을 묻기 위해서는 보증인의무를 실질적으로 근거지울 수 있는 기준이 마련되어야 한다. 보증인의무의 발생근거에 관한 형식설을 취할 수 없는 이유도 바로 여기에 있다. 이러한 의미에서 학설이 신의칙에 의한 고지의무(보증인의무)를 인정함에 있어 추가적인 요건으로 당사자간의 “특별한 신뢰관계”라는 기준을 설정하는 것은 모든 사례에 보편적으로 타당한 귀속기준을 제시할 수 없다는 문제점이 있으며, 다른 한편으로 “특별한 신뢰관계”를 추가적으로 요구한다는 사실 자체가 “고지의무는 보증인의무를 직접적으로 근거지우지 못한다”는 사실을 고백한 것이라고 이해할 수 있다. 한편, 대법원 판례가 제시하고 있는 “상대방이 그와 같은 사정에 관한 고지를 받았더라면 당해 거래관계를 맺지 아니하였을 것이요 경험칙상 명백한 경우”라는 기준도 너무 광범위하고 불명확하여 적절한 기준으로 작용하지 못한다. 판례가 제시하는 이러한 기준은 자유시장경제 하에서 거래행위에 참가하여 손해가 발생하면 거의 모든 거래당사자가 형사책임을 부담해야 한다는 위험을 낳게 된다. 이러한 문제를 사기죄의 “주관적” 구성요건을 통하여 해결하고자 한다면 심정형법이라는 또 다른 비판에 부딪히게 된다.

IV. 부작위에 의한 사기죄에서 고지의무의 성격

부작위에 의한 사기죄의 가벌성과 관련하여 학설과 판례의 불충분한 논증은 모두 고지의무를 보증인의무와 동일하게 이해한 데서 나온다. 이 점에서 부작위에 의한 사기죄에서 보증인의무의 관련점이 무엇이며, 고지의무는 성격이 무엇인지를 검토해보아야 한다.

1. 부작위에 의한 사기죄에서 보증인의무의 관련점

부작위에 의한 사기죄의 가벌성을 심사하기 위해서는 반드시 형법 제18조와 제347조를 결합해서 검토해야 한다. 고지의무의 위반이 부작위에 의한 사기죄의 성립요건(정확하게는 보증인의무)에 해당하는지의 여부도 형법 제18조와 제347조를 통합적으로 해석함으로써 밝혀낼 수 있다.

형법 제18조에 따라서 보증인적 지위에 있는 자는 위험발생을 방지할 법적인 의무를 가지고 있어야 한다. 형법 제18조에 명시된 “위험발생”에서 “위험”은 보호법익에 대한 위태화 내지 침해로 이해된다.³⁶⁾ 물론 판례³⁷⁾는 사기죄의 성립에 재산상의 손해발생을 요건으로 하지 않기 때문

36) 신동운, 형법총론(법문사, 2009), 130쪽; 한편, 오병두, “부진정부작위범의 입법형식과 형법 제18조의 성립경위”, 형사법연구 제23호(한국형사법학회, 2005년 여름), 57쪽 이하에 의하면, 형법 제18조의 “위험발생”의 개념은 입법사적 맥락에서 볼 때 “결과발생”과는 구별되는 의미이며, 이 경우 “위험”은 일정한 결과의 발생 내지 범죄의 성립과 관련된 요소로서 이미 발생한 위험을 말한다고 한다. 그러나 필자의 생각으로는 “위험의 발생”은 일반적으로 “결과발생”으로 이해되어야 한다. 입법적 논의에서도 “위험의 발생”은 “결과발생”으로 수정해야 한다는 것이 일반적인 입장이다.

37) 대법원 2007. 1. 25. 선고 2006도7470 판결(재물편취를 내용으로 하는 사기죄에서는 기망으로 인한 재물교부기가 있으면 그 자체로써 피해자의 재산침해가 되어 이로써 곧 사기죄가 성립하는 것이고, 상당한 대가가 지급되었다거나 피해자의 전체 재산상에 손해가 없다 하여도 사기죄의 성립에는 그 영향이 없으므로 사기죄에 있어서

에 사기죄를 위험범으로 볼 여지도 있다. 하지만 사기죄를 침해결과범으로 이해하는 통설³⁸⁾에 따르면, 사기죄와 관련한 형법 제18조의 “위험”은 “결과”³⁹⁾로 이해되어야 한다. 그렇다면, 형법 제18조에서 전제하고 있는 “결과”개념을 사기죄의 구성요건과 관련하여 어떻게 이해할 것인지의 문이 제기된다. 사기죄를 침해결과범으로 이해하는 통설에 따르면, “결과”개념은 “(피해자의) 재산상 손해발생”과 관련되어 있고, 따라서 보증인적 지위에 있는 자는 이러한 재산상 손해발생을 방지해야 할 의무가 있다는 점에 의문의 여지가 없다. 사기죄는 재산상 손해가 발생한 때 기수가 되기 때문이다. 문제는 부작위에 의한 사기죄에서 형법 제18조에서 의미하는 “결과”개념에 재산상 손해발생만 관련되어 있는 것인지, 아니면 “착오”와도 관련되어 있는 것인지의 여부이다. 만약 형법 제18조에서 의미하는 “결과”개념이 사기죄에서의 “착오”와도 관련되어 있다면, 행위자는 상대방의 “착오”를 제거해야 할 의무를 부담하게 되고, 따라서 이러한 “착오”를 제거하는 것을 본질로 하는 고지의무는 부진정 부작위범의 성립요건이 된다. 그러나 이렇게 되기 위해서는 착오로부터의 자유 내지 의사결정의 자유가 사기죄의 독자적인 법익이거나 적어도 부수적인 법익이어야 한다.

사기죄의 보호법익에 관하여 국내 학설에서는 전체로서 재산을 보호

그 대가가 일부 지급된 경우에도 그 편취액은 피해자로부터 교부된 재물의 가치로부터 그 대가를 공제한 차액이 아니라 교부받은 재물 전부이다. 그러나 판례의 입장은 사기죄를 일종의 위험범으로 취급하여 그 가벌성을 확대시킬 위험이 있다. 사기죄의 보호법익을 전체로서의 재산으로 보고, 보호법익의 정도를 침해결과범으로 이해하는 한, 사기죄의 기수를 인정하기 위해서는 재산상의 손해발생이 필요하다고 보아야 한다.

- 38) 통설은 사기죄의 위험범화를 방지하기 위하여 피기망자의 재산처분행위로 현실적인 손해가 발생해야 사기죄가 성립한다고 이해한다. 김일수/서보학, 앞의 책, 432쪽; 박상기, 형법각론(박영사, 2005), 326쪽; 배종대, 앞의 책, 434쪽; 손동권, 앞의 책, 376쪽; 임웅, 형법각론(법문사, 2005), 357쪽; 정성근/박광민, 앞의 책, 371쪽.
- 39) 한정환, “부작위범의 불법”, 형사법연구 제23호(한국형사법학회, 2005 여름), 15쪽.

법익으로 한다는 견해(전체재산설), 전체로서의 재산 이외에 부차적으로 거래의 진실성이나 신의성실도 보호법익이 된다는 견해(거래의 진실성과 신의성실설), 개개의 재산과 의사결정의 자유가 보호법익이라는 견해(개별재산설)가 대립하고 있다. 이 중에서 다수설인 전체재산설에 따르면, 타인의 재산에 대한 침해만 형법 제18조에서 의미하는 “결과”개념에 포섭되고, 부작위범은 이러한 결과(즉, 타인의 재산에 대한 침해)를 방지해야 할 의무를 부담하게 된다.⁴⁰⁾ 따라서 부작위에 의한 사기죄의 경우 “결과”는 “재산상 손해의 발생”을 의미하는 것일 뿐 “착오”와 관련되어 있는 것이 아니다. 즉, 부작위에 의한 사기죄에서 보증인의무는 오로지 피해자의 전체재산과 관련되어 있을 뿐 착오의 방지나 제거를 내용으로 하는 고지의무에 관련되어 있는 것이 아니다.⁴¹⁾ 기망과 착오는 사기죄의 객관적 구성요건요소는 되어도 사기죄의 보호법익(전체재산의 보호)에는 아무런 역할을 하지 못하기 때문이다. 그렇다면, 다수설과 같이 사기죄의 보호법익을 전체재산설로 이해하는 한, 부작위에 의한 사기죄의 성립요건이 되는 보증인의무의 발생을 일차적으로 형법 이외의 법률, 계약, 신의성실의 원칙 등에서 유래하는 고지의무에서 근거지을 수 없다고 보아야 한다.

2. 부작위범의 성립요건으로서 “행위정형의 동가치성”

현행 형법상 사기죄는 그 형식상 “기망”에 의한 침해행위만을 가벌성의 대상으로 삼고 있다. 그런데 만약 이 글이 취하고 있는 태도와 같이,

40) Roxin, AT II, §32 Rn. 231에 의하면, 보증인의무는 “당연히” 당해 범죄구성요건이 전제하고 있는 결과를 저지(Verhinderung)하는 것이라고 언급하고 있다.

41) 이러한 의미에서 “사기죄에서는 기망에 의한 착오의 유발이나 착오의 유지에 그 가벌성이 있는 것이 아니라 그로 인한 피해자재산의 침해에 있기 때문에 단순한 고지의무 위반만으로는 부작위에 의한 사기죄의 성립을 인정할 수 없다”는 지적(박상기, 앞의 책, 311쪽)은 매우 설득력이 있다.

“착오를 제거할” 고지의무가 아니라 “타인의 재산”을 보호할 보증인의무가 부작위에 의한 사기죄의 성립요건이라고 이해하는 경우에는 사기죄의 행위정형인 “기망에 의한 침해”라는 행위태양을 무시해버리는 결과를 가져올 수 있다. 고지의무가 곧 보증인의무가 아니라면 마치 살인죄와 같이 어떠한 행위방식을 통해서도 사기죄가 될 수 있다는 결론이 도출되고, 이로 인하여 부작위에 의한 사기죄의 가벌성이 적극적 작위에 의한 사기죄의 가벌성에 비하여 부당하게 확대되어 버리는 문제가 발생하게 된다. 이러한 문제를 해결하기 위하여 부작위범 도그마틱에서는 부작위범의 성립요건으로 보증인의무 이외에 행위정형의 동가치성을 요구하고 있다. 그렇다면 부작위에 의한 사기죄의 가벌성을 검토함에 있어 “행위정형의 동가치성”이라는 요건이 필요한 것인가?

통설에 의하면 사기죄는 침해결과범이다. 결과범은 순수결과범과 행태의존적 결과범으로 구분된다. 예컨대 살인죄(형법 제250조)와 같은 순수결과범은 구성요건이 구성요건적 결과를 야기하는 모든 행위를 포함하고 있다. 이에 반해 행태의존적 결과범(verhaltensgebundene Erfolgsdelikte)이란 구성요건상 행위수단이나 방법이 특정되어 있어 일정한 행위정형에 의해서만 구성요건적 결과가 발생하도록 되어 있는 범죄를 말한다. 예컨대 강요죄(형법 제324조)는 타인에게 폭행 또는 협박을 행사하여 강요한 경우에만 구성요건이 충족된다. 이 점에서 적극적 작위에서 행태의존적 범죄의 불법내용은 결과야기의 특별한 방식(예: 폭행 또는 협박에 의한 강요, 기망 등)에 의하여 특징지워진다.

행태의존적 결과범의 경우 부작위범의 불법내용이 적극적 작위와 동등한 가치를 가져야 하고, 이를 위해서는 부작위범의 경우에도 작위범의 경우와 동등하게 결과야기의 방식이 고려되어야 한다. 이를 보장하기 위하여 우리나라의 지배적인 학설은 부진정 부작위범의 성립요건으로서 이른바 “행위정형의 동가치성” 내지 “상응성”을 요구하고 있다. 여기서 행위정형의 동가치성은 구성요건이 특별한 결과야기를 요구하는 경

우에 부작위의 불법내용을 적극적 작위와 동등하게 해주는 역할을 담당한다.⁴²⁾

사기죄는 그 불법내용이 결과야기의 특별한 방식에 의하여 결정된다는 점에서 전형적인 행태의존적 범죄에 해당한다. 행태의존적 범죄에서는 부작위가 작위범의 구성요건적 행위정형에 상응하는 것일 때 비로소 구성요건적 부작위가 될 수 있다. 따라서 부작위에 의한 기망은 사회적 의미내용에 따라 적극적 기망에 상응해야 하고, 부작위에 의한 사기죄의 가벌성을 검토함에 있어서는 행위정형의 동가치성이 적용되어야 한다.⁴³⁾

3. 고지의무의 성격

사기죄의 전형적인 불법내용은 “재산상 손해발생”이라는 결과야기의 방법이 “기망”을 사용한다는 데 있다. 따라서 “기망”이라는 핵심적인 구성요건요소를 무시해버린 채 단순히 결과적으로 재산상 손해가 발생했다고 해서 사기죄의 불법내용을 인정하면 안된다. 이는 거래행위에 참가한 누구라도 자신의 수익과 재산을 가능한 한 올리고자 하는 것을 보장하고 있는 시장경제체제에서 당연히 도출되는 귀결이다.

그러므로 부작위에 의한 기망은 그 사회적 의미에 따라 작위에 의한 기망에 상응해야 한다. 즉, 작위에 의한 기망의 경우 행위자가 사람의 관념에 영향을 미쳐서 사실에 관한 의사표시에 의하여 사람을 착오에

42) 이에 반해 순수거동범에서는 결과발생을 저지하지 않은 것이 이미 보증인적 지위로 인하여 동등하게 되어버리기 때문에 행위정형의 동가치성이 그 의미를 가지지 못한다. Baumann/Weber/Mitsch, AT, §15 Rn. 77; Kindhäuser, AT, §36 Rn. 2f; NK²-Wohlers, §13 Rn.19; Wessels/Beulke, AT, §16 Rn. 730.

43) Gropp, AT, §11 Rn. 79; Joecks, §13 Rn. 45; Kühl, AT, §18 Rn. 123; S/S²⁷-Stree, §13 Rn. 4; Wessels/Beulke, AT, §16 Rn. 730; 이에 반해 Baumann/Weber/Mitsch, AT, §15 Rn. 79에서는 독일 형법상 사기죄(제263조)를 행태의존적 범죄로 볼 수 없다고 한다. 사기죄의 구성요건요소들을 선행행위의 결과나 부작위의 결과로 볼 수 있기 때문이라는 것이 그 이유이다.

빠지게 하는 것을 내용으로 하는 것과 상응하게 부작위범도 일정한 기망의 방식으로 사람을 착오에 빠트려야 한다. 그렇다면 행위정형의 동가치성으로부터 부작위에 의한 기망이 작위에 의한 기망과 동등한 가치를 가지기 위해서는 최소한 요건이 필요한데, 그것이 바로 고지의무이다.⁴⁴⁾ 즉 행위자가 고지의무를 부담하고 있는 경우에 한하여 부작위에 의한 기망이 문제될 수 있다. 이 점에서 고지의무는 부작위범의 또 다른 성립요건인 행위정형의 동가치성에서 도출된다. 만약 행위자의 고지의무를 행위정형의 동가치성에서 도출하지 않는 경우에는 “행위정형의 동가치성”이라는 요소는 고지의무 이외에 작위와의 동가치성을 인정하기 위한 또 다른 요건이 요구되는 경우에만 그 의미를 가질 수 있다. 그러나 고지의무 이외에 또 다른 요건을 요구한다는 것은 사실상 불가능하므로 결국 행위정형의 동가치성은 그 의미를 상실하게 될 것이다.

종합해보면, 부진정 부작위범이 성립하기 위해서는 보증인적 지위 및 보증인의무 이외에 “행위정형의 동가치성”도 요구된다. 행위정형의 동가치성은 행태의존적 범죄에서 의미를 가지고 있고, 사기죄는 대표적인 행태의존적 범죄이다. 이러한 행위정형의 동가치성으로부터 부작위에 의한 사기죄가 작위에 의한 사기죄와 행위태양이 동등해야 하고, 이렇게 동등하다고 볼 수 있기 위한 “최소한”의 요건은 바로 행위자가 법적인 고지의무를 반드시 가지고 있어야 한다는 점이다. 결국 고지의무는 부진정 부작위범의 성립요건인 보증인의무가 아니라 행위태양의 동가치성에서 도출될 뿐이다.

44) LK¹⁰-Lackner, §263 Rn. 69.

V. 결론 및 합의

지금까지 서술한 내용을 요약하여 결론지우면서 그 합의를 제시하면 다음과 같다.

부작위에 의한 사기죄가 성립하기 위해서는 무엇보다도 부작위범의 성립요건인 보증인의무와 사기죄와 같은 행태의존적 범죄에 요구되는 행위정형의 동가치성이 충족되었는지를 검토해보아야 한다. 보증인의 무는 사기죄의 보호법익인 타인의 재산과 관련을 가지고 있다. 따라서 보증인은 타인의 재산을 보호하고 재산상 손해발생을 저지할 의무를 부담한다. 이에 반해 피기망자의 착오는 사기죄의 보호법익이 아니므로 착오의 제거에 초점이 맞추어진 고지의무는 보증인의무와 아무런 관련이 없고, 단지 행위태양의 동가치성과 관련되어 있을 뿐이다. 따라서 고지의무와 보증인의무를 동일시하는 것은 타당하지 못하다. 행위정형의 동가치성의 요건으로부터 고지의무(즉, 부작위에 의한 사기죄를 인정하기 위한 최소한의 요건으로서 고지의무)를 도출함으로써 타인의 재산에 대한 부작위에 의한 사기죄의 가벌성이 작위에 의한 가벌성보다 확장되는 것을 방지할 수 있다.

이러한 결론으로부터 부작위에 의한 사기죄를 검토함에 있어 보증인 의무의 발생요건을 새롭게 근거지워야 한다는 합의가 도출된다. 지금까지 우리나라 학설에서는 특히 신의성실의 원칙에 근거한 고지의무가 부작위에 의한 사기죄를 근거지우기 위해서는 “특별한 신뢰관계” 등을 요구하여 고지의무가 언제 보증인의무로서의 “질”을 갖추어야 하는지에 관하여 논의를 집중해왔다. 그러나 이는 법적인 고지의무 그 자체만으로는 보증인의무를 근거지울 수 없다는 반증이기도 하다. 또한 판례가 제시하는 부작위에 의한 사기죄의 판단기준은 너무 막연하여 시장경제 체제하에서의 거래행위의 자유와 수익창출의 자유를 무시한 측면이 있

다. 이 점에서 부작위에 의한 사기죄를 인정하기 위한 최소요건으로서 고지의무 이외에 보증인의무의 발생요건을 실질설에 따라 근거지워야 할 것이다. 그렇지만 이 글은 부작위에 의한 사기죄와 관련한 고지의무와 보증인의무의 관계에 치중한 나머지 부작위에 의한 사기죄의 영역에서 보증인의무의 발생요건을 검토하지 못했다. 추후에 이에 관한 논의가 있어야 할 것으로 본다. 다만, 여기서 일응의 기준을 제시해보면, 피해자의 상황이 극도로 열악한 경우(예: 미성년자와의 거래 등), 당해 거래가 당사자에게 중요한 의미를 가지는 경우 또는 당사자간에 장기간의 긴밀한 사업관계에 있는 경우가 아닌 일반적인 사례(특히 부동산 거래의 영역)에서는 거래대상 부동산이 잠정적인 재산가치를 가지는 것인지, 투자수익을 얻을 수 있을 것인지의 여부는 원칙적으로 당사자 스스로가 그 정보를 구해야 하고 그에 따른 형사책임을 행위자 측에 돌리는 것은 바람직하지 못하다는 것이다. 형사사법기관은 부작위에 의한 사기죄가 문제되는 사안에서 형법적 가벌성을 우선적으로 검토하기 보다는 민법상 부당이득청구나 불법행위로 인한 손해배상청구로 해결될 가능성을 검토해보아야 할 것이다.

(투고일 2010년 5월 14일, 심사일 2010년 5월 20일, 게재확정일 2010년 7월 13일)

주제어 : 부동산사기, 부진정 부작위범, 고지의무, 보증인의무, 행태의존적 결과범

참고문헌

1. 단행본

- 김성돈, 형법각론, 성균관대학교 출판부, 2008.
- 김일수/서보학, 형법각론(새로 쓴), 제6판, 박영사, 2005.
- 박상기, 형법각론, 박영사, 2004.
- 배종대, 형법각론, 홍문사, 2004.
- 손동권, 형법각론, 율곡출판사, 2005.
- 신동운, 형법총론, 법문사, 2009.
- 이재상, 형법각론, 박영사, 2004.
- 임 우, 형법각론, 법문사, 2005.
- 정성근/박광민, 형법각론, 삼지원, 2002.
- Albrecht, Elke: *Das Verkehrshindernis*, JuS, 1979.
- Baumann, Jürgen/Weber, Ulrich/Mitsch, Wolfgang, *Strafrecht*, 11. Aufl., 2003.
- Gropp, Walter, *Strafrecht*, s. Aufl., 2005.
- Jakobs, Günther, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, 1992.
- _____, *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*, 1996., *Strafrecht*, 2. Aufl., 1991.
- Jeocks, Wolfgang, *Strafgesetzbuch*, 6. Aufl., 2005.
- Kindhäuser, Urs, *Strafrecht*, 2005.
- Kühl, Kristian, *Strafrecht*, 2005.
- Lackner, Karl/Kühl, Kristian, *Strafgesetzbuch*, 25. Aufl, 2004.
- LK-(Bearbeiter), *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 10 Aufl.(1988), 11.Aufl., 2000.
- NK-(Bearbeiter), *Nomoskommentar zum Strafgesetzbuch*, 2. Aufl., 2005.

Roxin, Claus, *Strafrecht* I, 4. Aufl., 2006.

_____, *Strafrecht* II, 2003.

Wessels, Johannes/Beulke, Werner, *Strafrecht* AT, 25.Aufl., 2005.

2. 논문

김성룡, “묵시적 기망·부작위를 통한 기망 및 작위와 부작위의 상응성”, 형사법연구 제23호, 한국형사법학회, 2005 여름.

김태수, “부동산 매매에 있어서 고지의무에 관한 형사법적 연구”, 중앙대학교대학원 법학박사학위논문, 2008.

안경옥, “부작위에 의한 기망행위”, 영남법학 제8권 1·2호, 영남대학교 법학연구소, 2002.

오병두, “부진정부작위범의 입법형식과 형법 제18조의 성립경위”, 형사법연구 제23호, 한국형사법학회, 2005년 여름.

이석배, “묵시적 기망행위와 부작위에 의한 기망행위”, 비교형사법연구 제10권 제1호, 한국비교형사법학회, 2008.

이정원, “부작위에 의한 사기죄에서 기망행위와 공동정범?”, 비교형사법연구 제8권 제1호, 한국비교형사법학회, 2006.

하태훈, “부동산거래관계에 있어서 고지의무와 부작위에 의한 기망”, 형사판례연구 2, 형사판례연구회, 1994.

한정환, “부작위범의 불법”, 형사법연구 제23호, 한국형사법학회, 2005 여름.

_____, “사기죄에의 기망과 재산상의 이익취득”, 형사법연구 제12호, 1999.11.

Brammsen, Jörg, “Tun oder Unterlassen? Die Bestimmung der strafrechtlichen Verhaltensform”, *GA* 149, 2002.

Herzberg, Rolf Dietrich, “Das Wollen beim Vorsatz und dessen Unterschei

dung vom bewußt fahrlässigen Verhalten”, *JZ*, 1988.

Kargl, Walter, “Zur kognitiven Differenz zwischen Tun und Unterlassen”, *GA* 146, 1999.

Lackner, Karl/Werle, Gerhard, “Anmerkung zu OLG Stuttgart”, *Beschl.* v. 24. 5. 1985 - 1 Ss(25) 292/85, *NSZ*, 1985.

Runte, Rainer, “Strafsystematische Probleme des ‘Betrugs durch Unterlassen (§§263, 13 StGB)’”, *Jura*, 1989.

S/S-(Bearbeiter), Schönke, Adolf/Schröder, Horst (Hrsg.), “Strafgesetzbuch”, 26. Aufl., 2001.

Seelmann, Kurt, “Betrug beim Handel mit Rohstoffoptionen”, *NJW* 1980.

Volk, Klaus: “Täuschung durch Unterlassen beim Betrug - OLG Köln”, *NJW* 1980, 2336, *JuS*, 1981,.

Walter, Tonio, “Positive und negative Erfolgsdelikte - Handeln und Unterlassen”, *ZStW* 116, 2004.

[Zusammenfassung]

Das Verhältnis zwischen Aufklärungs- und Garantenpflicht beim Immobilienbetrug

Jin-Kuk Lee*

Die Vorspiegelung durch Unterlassen setzt eine Garantenpflicht voraus. Die Garantenpflicht ist keine Garantenpflicht zur Aufklärung. Ein Garant hat die Pflicht, den Erfolg im Sinne des §18 korStGB abzuwenden. Darunter ist die Beeinträchtigung des jeweiligen tatbestandlichen Rechtsguts zu verstehen. Da §347 kor StGB allein fremdes Vermögen schützt, ist der Bezugspunkt der Garantenpflicht ausschließlich das Opfervermögen. Allerdings ist ebenfalls zu beachten, dass der Betrug einen vorspiegelungsbedingten Angriff auf fremdes Vermögen voraussetzt. Daher muss der Täter auch eine Aufklärungspflicht besitzen. Dieses Erfordernis folgt aber allein aus der Entsprechungsklausel, die eine weitere Voraussetzung der unechten Unterlassungsdelikte darstellt, nicht hingegen aus Garantenpflicht im Sinne §18 korStGB. Die Aufklärungspflicht muss somit nicht die Qualität einer Garantenpflicht haben und folgt auch nicht automatisch aus der Garantenstellung, sondern ist unabhängig von dieser nach ausserstrafrechtlichen Kriterien zu bestimmen.

Key Words : Immobilienbetrug, unechte Unterlassungsdelikte,
Aufklärungspflicht, Garantenpflicht, verhaltensgebundene
Erfolgsdelikte

* Professor an der Law School der Universität Ajou, Dr. iur.(LL.M./Halle)