

우리나라 부동산 물권변동의 원칙이 사기죄 성립에 미치는 영향

손 동 권*

목 차

- | | |
|--|---|
| I. 머리말 | 1. 타인부동산에 대한 기망적 등기명의 취득 |
| II. 부동산 물권변동의 기본원칙 | 2. 타인부동산에 대한 기망적 처분행위와 취득행위 |
| 1. 물권의 기본특징 | 3. 부동산 거래(특히 부동산 이종매매)를 할 때의 기망적 불고지 행위 |
| 2. 公示의 原則, 특히 성립요건주의의 채택 | IV. 맺는 말 |
| 3. 公信의 原則의 불인정 | |
| III. 우리나라 부동산 물권변동의 원칙과 관련하여 사기죄의 성립이 문제되는 대표적인 유형 | |

I. 머리말

주지하는 바와 같이, 부동산 물권에는 등기라는 공시제도가 마련되어 있다. 그에 따라서 부동산에 관한 물권 내지 그 변동은 그 권리 내지 변동사항을 등기하여야 제3자에게 배타적으로 주장할 수 있는 것이다 (즉 공시의 원칙).¹⁾ 그런데 부동산 권리를 등기하는 데에는 형식적 심사가 이루어지기 때문에 무권리자라도 형식적 등기 명의를 취득할 수 있다. 이 경우에는 실질적 소유자와 형식적 등기명의인이 불일치하게 될 것이다. 그리고 부동산 거래에서는 부동산에 관한 권리가 공시되어 있는

*건국대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사

1) 그리고 등기이전이 없는 경우에는 물권변동의 효력이 당사자 상호간에도 부정되는 소위 성립요건주의(독법주의)와 제3자와의 관계에서만 부정되는 소위 대항요건주의(불법주의)의 입법론적 대립이 있는데, 우리나라는 전자에 해당한다. 이에 대해서는 본문에서 다시 소개하기로 함.

등기를 믿고 거래되는 것이 보편적이다. 그러나 본문에서 소개되겠지만 등기에 대한 신뢰는 그 등기가 실제 권리관계와 불일치하는 경우 원칙적으로 보장되지 않는다(즉 공신의 원칙은 불인정). 이러한 우리나라 등기제도와 부동산 물권변동의 원칙을 이용하여 재산적 가치가 큰 부동산을 편취하려는 유형들이 -본문에서 소개되겠지만- 실생활에서 적지 않게 발생하는데, 이 경우 세밀한 관점에서의 사기죄 성립의 문제가 대두된다. 왜냐하면 우리나라 등기제도와 부동산 물권변동의 원칙, 특히 등기이전이 형식심사로 이루어지는 점, 실질적 소유자와 형식적 등기명의자가 불일치 할 수 있는 점, 불일치할 경우에 원칙적으로 실제 권리자가 보호되고 제3자는 보호되지 않는 점 등이 사기죄 성립의 여부에 중요하게 작용할 수 있기 때문이다. 예컨대, 행위자가 부동산 편취를 시도하더라도 우리나라 물권변동의 원칙에 의하여 부동산 소유권과 같은 재산적 이익의 취득이 불가능할 수 있고, 그렇게 되면 사기죄 성립요건이 충족될 수 없는 것이다. 이러한 점에 유의하여 아래에서는 우리나라 등기제도와 부동산 물권변동의 원칙에 관련지어서 부동산 관련 사기죄의 성립 문제에 대해서 더욱 구체적으로 상론하고자 한다. 이를 위해 우리나라 물권변동의 기본원칙을 먼저 간단히 소개하고, 그 이후 이를 형법상 사기죄 성립의 문제에 구체적으로 적용하기로 한다.

Ⅱ. 부동산 물권변동의 기본원칙

1. 물권의 기본특징

채권과 대비할 때에 물권의 가장 뚜렷한 특징은 물권은 특정한 물건에 대한 지배권과 절대권이라는 데에 있다.²⁾ 먼저 지배권은 다시 직접성과 배타성(독점성)을 내용으로 한다. 물건을 ‘직접’ 지배한다는 것은 타

인의 행위를 기다리지 않고서 직접 물건으로부터 일정한 이익을 얻는다는 것을 의미한다. 예컨대 어떤 물건에 대하여 소유권을 가지고 있는 자는 그 물건을 타인의 개입 없이 자기가 직접 사용·수익·처분할 수 있는 것이다. 반면에 채권은 채무자의 행위를 내용으로 하고 그 권리내용의 실현을 위해서는 채무자의 행위가 개입되어야 한다. 그리고 어떤 물건을 배타적(독점적)으로 지배한다는 것은 하나의 물건위에 동일한 내용의 물권이 두개 이상 동시에 법률상 성립할 수 없다는 의미이다. 그러나 하나의 물건에 다른 종류의 물권은 당연히 성립할 수 있다. 예컨대 하나의 부동산에 소유권과 저당권이라는 다른 종류의 물권은 동시에 성립이 가능하다. 또한 하나의 물건에 동종의 물권도 성립할 수 있으나 그 물권 사이에는 적어도 서로 支分の 제한이 있거나 순위에 있어서 차이가 있게 된다. 이에 반하여 채권은 배타성이 없으며, 같은 내용의 채권이 동시에 두 개 이상 병존할 수 있다. 이러한 물권의 배타적 지배권이라는 본질로부터 특수한 효력이 발생한다. 그것은 동일물 위에 성립하는 물권 상호간에 있어서는 시간적으로 먼저 성립한 물권이 뒤에 성립한 물권에 우선한다(prior tempore, potior jure)는 것과 어떤 물건에 관하여 물권과 채권이 성립하는 경우에는 그 성립의 선후와는 관계없이 물권이 우선한다는 것이다.

그리고 물권은 이른바 절대권이며, 그의 보호는 절대적이다. 물권에 있어서는 특정의 상대방이라는 것이 없고, 그 효력은 모든 사람에게 미친다. 반면에, 상대권인 채권은 특정의 채권자와 채무자 사이의 채권관계로부터 생기는 권리이어서, 당사자 사이에서만 채권은 그 효력이 있고 제3자에 대하여서는 원칙적으로 아무런 효력도 없다.

2) 물권의 특징에 대해서는 곽윤직, *물권법* 제7판(박영사, 2005), 6쪽 이하; 김상용, *물권법* 전정판(법문사, 2000), 16쪽 이하; 김형배, *민법학강의* 제3판(신조사, 2003), 308쪽 이하; 송덕수, *신민법강의* 제3판(박영사, 2010), 437쪽 이하; 지원림, *민법강의* 제4판(홍문사, 2005), 366쪽 이하.

2. 公示의 原則, 특히 성립요건주의의 채택

2.1 권리의 공시

기술한 바와 같이 물건에는 배타성이 있기 때문에 어떤 물건에 관하여 어떤 사람이 하나의 물건을 취득하면 다른 사람은 그것과 양립할 수 없는 내용의 물건을 취득할 수 없게 된다. 그리고 동일한 물건 사이에는 시간적으로 먼저 성립한 물건이 우선한다. 따라서 어떤 물건에 관하여 하나의 물건을 취득하려고 하는 자는 이미 그 물건 위에 다른 누가 어떠한 내용의 물건을 가지고 있는가를 안다는 것이 필요하다. 왜냐하면 이를 모르고 새로이 물건을 취득하려고 한 자는 만약 그 물건에 대하여 다른 선순위 물건자가 있는 경우에는 자기가 의도한 내용의 물건을 취득할 수 없기 때문이다. 이렇게 되면 그는 큰 타격을 입게 된다. 여기서 거래의 안전을 위하여 물권의 귀속과 그 내용, 즉 물권의 현상을 외부에서 인식할 수 있는 일정한 표상 표지에 의하여 공시하는 것이 요청된다. 이것이 공시제도 내지 공시방법이며, 일반적으로 부동산물권에 관하여는 등기, 동산물권에 관하여는 점유를 각각 공시방법으로 인정하고 있다. 그리고 이러한 공시방법을 갖추지 않으면 물권변동의 효과는 부인된다는 원칙이 소위 공시의 원칙(Grundsatz der Offenkundigkeit)이라고 한다.

2.2 성립요건주의(독법주의)와 대항요건주의(불법주의)

공시의 원칙에는 다시 2가지로 나눌 수 있다. 공시방법을 갖추지 않으면 제3자에 대한 관계에 있어서는 물론이며 당사자 사이에서도 물권변동은 생기지 않는 것으로 하는 소위 성립요건주의와 당사자 사이에서는 물권변동이 일어나지만 공시방법을 갖추지 않은 한 그 물권변동을 제3자에게 대항하지 못하는 것으로 하는 대항요건주의가 그것이다. 전자는

독일민법의 태도이고, 후자는 불란서민법의 태도이다.³⁾ 우리나라 민법 제186조는 ‘부동산에 관한 법률행위로 인한 물권의 득실변경은 등기하여야 효력이 있다’고 규정하여 성립요건주의(독법주의)를 명시하고 있다. 다만 그 적용범위에 대해서는 다양한 문제점이 대두된다. 우선 물권행위의 원인행위인 채권행위가 무효, 취소 또는 해제된 경우에 등기말소 없이 물권변동이 될 것인가가 문제된다. 이 문제는 물권행위의 무인성 내지 유인성과 관련되고, 학설의 대립도 있지만,⁴⁾ 판례는 유인설에 입각하여 말소등기 없이도 소유권이 복귀한다고 판시하였다.⁵⁾ 이 경우 유인설에 따라 무효가 된 등기명의를 믿고 거래한 제3자는 법률에 의하여 제3자 보호의 특별규정이 없는 이상 공신의 원칙이 적용되지 않는 우리나라에서는 보호받지 못한다.

다음으로 민법 제48조는 ‘생전처분으로 재단법인을 설립하는 때에는 출연재산은 법인이 성립한 때로부터 법인의 재산이 된다’고 규정하고 있고(제1항), 유언으로 재단법인을 설립한 때에는 출연재산은 유언의 효력이 발생한 때로부터 법인에 귀속한 것으로 본다’고 규정하고 있는데(제2항), 그 객체가 부동산인 경우에는 물권변동의 시점이 제186조에 따른 등기의 시점인지, 아니면 제48조가 규정한 별도의 시점인지가 문제된다. 판례는 재산의 법인귀속시점은 제48조에 따르지만, 그것을 제3자

3) 박윤직, 앞의 책, 29쪽, 34면; 김형배, 앞의 책, 327쪽

4) 물권행위의 독자성을 부정하면서 동시에 유인성을 긍정하는 대표적 학자로는 박윤직, 앞의 책, 41쪽 이하; 79쪽 이하; 김상용, 앞의 책, 97쪽 이하; 고상용, 물권법(법문사, 2001), 71쪽 이하. 그리고 물권행위의 독자성을 긍정하면서 상대적 무인성도 긍정하는 대표적 학자로는 김기선, 한국물권법(법문사, 1972), 77쪽; 김중환, 물권법강의(박영사, 1991), 54쪽 이하. 이에 비하여 물권행위의 독자성을 인정하면서 동시에 유인성을 긍정하는 대표적 학자로는 김형배, 앞의 책, 334쪽 이하

5) 계약이 해제되면 말소등기를 하지 않았어도 소유권은 당연히 매도인에게 복귀한다는 대판 1977. 5. 24, 75다1394; 교환계약이 해제되면 목적물은 당연히 원고에게 원상회복된다는 대판 1966. 3. 22, 65다2593; 임야의 소유권자는 임목매매계약의 해제에 의하여 임목소유권을 당연히 회복한다는 대법원 1974. 6. 11, 선고 74다542 판결

에게 대항하려면 제186조에 따라 등기가 필요하다는 태도를 취하였다.⁶⁾ 다음으로 민법 제162조는 ‘소유권을 제외한 물권은 20년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성된다(제2항). 여기에 해당하는 물권은 지상권, 지역권, 전세권이다. 담보물권은 피담보채권의 소멸시효에 의존하고, 점유권과 유치권은 성질상 소멸시효의 대상이 될 수 없다. 여기서도 말소등기를 하여야 권리가 소멸하는지가 문제되는데, 판례는 실체법적으로는 소멸시효완성은 절대적으로 권리를 소멸하기 때문에 등기가 불필요한 것으로 보면서, 소송법적으로는 소멸시효의 주장이 있어야 재판할 수 있는 것으로 판시하였다.⁷⁾

2.3 등기주의의 예외

민법 제187조 본문은 ‘상속, 공용징수, 판결, 경매 기타 법률의 규정에 의한 부동산에 관한 물권의 취득은 등기를 요하지 아니한다’고 규정하여 제186조의 등기주의에 대한 예외를 두고 있다. 이를 법률의 규정에 의한 부동산물권변동이라고 한다. 그런데 제187조에 의하여 물권을 취득하였어도 그 취득을 등기하지 않는 한 목적물에 관한 물권을 처분할 수 없다(제187조 단서). 그리고 민법은 20년간 부동산을 점유한 자는 등기함으로써 소유권을 취득한다고 규정하여(제245조 제1항, 제248조) 민법 제187조의 예외를 인정하고 있다.

3. 公信의 原則의 불인정

실질적 소유자가 소유자로서 등기되어 있는 정상적인 경우에 그 소유자로부터 부동산을 매수한 자는 법적으로 보호를 받을 수 있다. 다만

6) 대법원 1979. 12. 11. 선고 78다481 판결.

7) 대법원 1991. 3. 27. 선고 90다17552 판결.

상기한 공시의 원칙에 의하여, 소유권변동의 권리관계가 등기라는 공시 방법을 갖추어야 기대한 소유권이전의 효력이 중국적으로 인정된다. 문제는 실질적 소유자와 형식적 소유자가 일치하지 않는 경우에 있어서 형식적 소유자를 공시한 등기를 믿고 선의로 부동산을 매수한 자는 법적으로 보호받는데 있다. 공시방법을 신뢰해서 거래한 자가 있는 경우에, 비록 그 공시방법이 진실한 권리관계에 일치하고 있지 않더라도 마치 그 공시된 대로 권리관계가 존재하는 것처럼 다루어서, 그 자의 신뢰를 보호하여야 한다는 것이 공신의 원칙(Grundsatz des öffentlichen Glaubens, sog. Publizitätsprinzip)이다.⁸⁾ 공신의 원칙을 인정하면 물권거래의 안전은 보호되지만, 그 반면에 진정한 권리자는 기득의 권리를 박탈당하게 된다. 결국 이른바 정적 안전을 희생하여 동적 안전을 획득하는 것이 된다. 따라서 공신의 원칙은 동적 안전 또는 정적 안전의 어느 쪽을 보호하여야 할 것인가를 비교 검토하여 전자가 중요시되는 경우에 한하여 인정될 수 있을 것이다. 동산과 같이 거래가 빈번하고, 그의 원활한 유통에 전 사회경제가 의존하고 있는 것과 같은 것에는 진정한 권리자를 희생해서라도 공신의 원칙이 채용되어야 한다. 동산의 공시방법인 점유에 공신력을 주는 것은 독일, 불란서 및 우리나라가 공통이다. 즉 우리민법 제249조는 동산의 선의취득을 규정하고 있다. 다만 도품이나 유실물에 대해서는 공신의 원칙에 대한 예외를 인정하고 있다. 이 공신의 원칙은 게르만법에서 유래한다고 일반적으로 설명한다. 즉, 동산물권에 관한 게르만법의 “사람은 자기가 신뢰를 둔 곳에서 그 신뢰를 찾아야 한다(Wo man seinen Glauben gelassen hat, da muß man ihn suchen)”라든가, “손이 손을 지켜야 한다(Hand wahre Hand)”라는 원칙, 또는 불란서 고유법의 “동산은 추급할 수 없다(Meubles n'ont pas de suite)”라는 원칙의 발전이라고 한다. 더 나아가 독일민법은 부동산의 공시방법인 등기에 대하여도

8) 아래의 공신의 원칙에 관한 기술은 광윤직, 앞의 책, 29쪽 이하; 김상용, 앞의 책, 70쪽 이하; 송덕수, 앞의 책, 462쪽 이하; 지원림, 앞의 책, 383쪽 참조

공신력을 주고 있다.⁹⁾ 그러나 우리나라는 부동산등기에는 공신의 원칙이 적용되지 않는다. 즉 우리나라는 부동산에 대한 선의의 제3자를 보호하기 보다는 진정한 권리자의 보호를 우선시하고 있다. 따라서 등기부상의 형식적 소유자를 믿고 무권리자로부터 부동산을 매수한 자는 법적으로 보호받을 수 없다. 그러나 형식적 등기소유자로부터 부동산을 매수한 선의의 자가 보호받는 경우도 있다. 예컨대 실질적 소유자와 형식적 소유자 사이에 민법 제108조가 규정하는 통정허위표시에 의하여 불일치가 있는 경우에 제3자가 그 등기를 믿고 선의로 형식적 소유자로부터 부동산을 매수하였다면 그 매수인의 부동산에 대한 소유권취득은 민법 제108조 2항에 의하여 인정된다. 더 나아가 명의신탁에 의해 실질적 소유자와 형식적 소유자 사이에 불일치가 있는 경우에는 형식적 소유자(즉 등기된 명의수탁자)로부터 부동산을 매수한 제3자, 즉 명의신탁계약의 외부에 있는 자는 원칙적으로 선의 악의의 구분 없이 보호를 받는다.¹⁰⁾

9) 이를 규정한 독일 민법(BGB)의 원문을 그대로 소개하면 §892. 2 ffentlicher Glaube des Grundbuchs. (1) Zu Gunsten desjenigen, welcher ein Recht an einem Grundstück oder ein Recht an einem solchen Rechte durch Rechtsgeschäft erwirbt, gilt der Inhalt des Grundbuchs als richtig, es sei denn, daß ein Widerspruch gegen die Richtigkeit eingetragen oder die Unrichtigkeit dem Erwerber bekannt ist. Ist der Berechtigte in der Verfügung über ein im Grundbuch eingetragenes Recht zu Gunsten einer bestimmten Person beschränkt, so ist die Beschränkung dem Erwerber gegenüber nur wirksam, wenn sie aus dem Grundbuch ersichtlich oder dem Erwerber bekannt ist.

10) 김상용, 앞의 책, 449쪽; 지원림, 앞의 책, 546쪽; 손동권, “명의신탁부동산을 임의처분한 경우의 형사책임”, 형사법연구 제15호(한국형사법학회, 2001), 163쪽 이하

Ⅲ. 우리나라 부동산 물권변동의 원칙과 관련하여 사기죄의 성립이 문제되는 대표적 유형

1. 타인부동산에 대한 기망적 등기명의취득

1.1 문서의 죄의 성립

부동산의 무권리자가 기망수단을 사용하여 타인소유의 부동산을 자기의 名義로 형식상 등기할 수 있다. 대법원 판례의 대상이 된 대표적인 사례로는 무권리자가 정을 모르는 등기공무원을 이용하는 경우(대법원 1982. 2. 9. 선고 81도944 판결; 1981. 7. 28. 선고 81도529 판결), 타인부동산을 소송물로 하여 법원에 소송을 제기하여 승소판결을 얻은 후에 등기명의를 취득하는 경우(대법원 1967. 6. 27. 선고 67도723 판결; 대법원 1985. 10. 8. 선고 84도2642 판결; 대법원 1983. 10. 25. 선고 83도1566 판결; 대법원 1987. 9. 22. 선고 87도1090 판결)를 들 수 있다. 전자의 경우에는 대개 매도증서, 위임장, 인감증명 등을 위조하여 등기공무원에게 제출하는 방법으로 등기공무원을 기망하여 타인소유의 부동산에 관한 소유권이전등기를 경료하는 것이다. 이러한 행위에 대해서는 사문서 위조죄, 동행사죄, 공정증서원본부실 기재죄 등이 성립하는 것은 명백하다. 문제는 사기죄의 성립 여부에 있다. 특히 단순히 등기공무원을 기망하는 것에 그치는 것이 아니라 법원에 소송을 제기하여 사법판결의 힘을 빌리는 경우에 소송사기죄의 성립 여부가 문제된다. 이에 대하여 아래에서 살펴보기로 한다.

1.2 사기죄, 특히 소송사기죄의 성립 문제

1.2.1 단순한 등기이전의 경우

형법상 사기죄는 사람을 기망하여 재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 취득함으로써 성립하는 재산범죄이다(형법 제347조). 이를 이론적으로 분석하면 사기죄(기수)의 성립에는 객관적 구성요건으로서 기망-착오-처분행위-재물 또는 재산상 이익의 취득(재산상 손해의 발생)이라는 일련의 인과적 과정이 충족되어야 하고, 주관적 구성요건으로서 고의와 불법영득(이득)의 의사가 요구된다. 그런데 단순히 등기이전을 청구하여 등기공무원으로 하여금 소유권이전 등기를 받는 것만으로는 사기죄가 성립되지 않는다. 사기죄는 피기망자와 피해자가 반드시 일치할 필요는 없으나, 피기망자가 목적부동산을 처분할 지위나 권한을 갖지 않는 한 착오에 의한 재물의 교부, 즉 인과관계가 없어 사기죄는 성립할 수 없다. 그런데 등기공무원은 실질적 심사권 없이 형식적 심사로 등기이전을 해 주는 절차적 관여자에 불과하지 목적 부동산에 대해 처분권한은 없는 자이다. 또한 무권리자인 행위자가 설령 등기명의를 얻었다고 하여 그에게 실질적 소유권이 부여되는 것도 아니다. 따라서 타인 부동산에 대하여 등기명의를 취득하는 것만으로는 사기죄의 성립요건인 이익의 취득이나 손해의 발생은 있을 수 없다.

1.2.2 소송사기의 성립 여부

1.2.2.1 원소유자를 소송상대로 하지 않은 경우(또는 사자를 소송상대로 한 경우)

다음으로 법원을 기망하여 실질적 소유자에게 손해를 입히는 訴訟詐欺(Prozeßbetrug)가 될 것인지가 문제된다. 소송사기는 피기망자와 피해자가 일치하지 않는 三角詐欺(Dreiecksbetrug)의 형태에 해당한다. 이에

대해서는 경우를 나누어 살펴볼 필요가 있다. 가장 흔한 사례로는 타인 소유의 부동산에 관하여 아무런 이해관계 없는 자를 피고로 소유권 확인 등의 청구소송을 제기함으로써 법원에 의해 승소판결을 받고 그 확정판결에 기해 동 부동산에 대한 소유권보존등기를 경로 하는 것이다.¹¹⁾ 이러한 방법은 특히 부재자, 소재불명자 또는 그 부동산과 원거리에 거주하는 원소유자의 부동산에 관하여 흔히 이용된다. 특히 미등기된 부동산에 대하여 이러한 방법이 많이 행해진다.¹²⁾ 그런데 이러한 방법에 의한 타인 부동산에 대한 등기취득행위는 사기죄가 성립될 수 없다. 그 이유는 다음과 같다: 사기죄의 성립을 위해서는 피기망자와 재산상의 처분행위자는 반드시 일치하여야 하나 처분행위자와 재산상의 피해자가 반드시 일치할 필요가 없는 소위 三角詐欺가 가능한 것은 사실이다. 그러나 삼각사기가 성립되기 위해서는 처분행위자가 타인인 피해자의 재산을 처분한다고 볼 수 있는 정도로 그 재산에 대해 밀접한 관련성을 가지고 있어야 한다. 그 관련성이 어느 정도이어야 하는지에 대하여는 크게 두 가지 태도가 있다. 그 하나는 처분행위자가 사실적으로 기망행위자(Täter)보다 타인(피해자)의 재산에 더 가까이 있으면, 즉 피해자의 영역 속에(im Lager des Geschädigten) 있으면 된다는 견해이다.¹³⁾ 다른 하나는 처분행위자가 단순히 사실적으로 타인(피해자)의 재산에 접근되어 있는 것으로는 부족하고 타인재산을 법적으로 처분할 수 있는 권한을 가져야 한다는 견해이다.¹⁴⁾ 그런데 피해자가 소송당사자로 되어 있지

11) 원소유자가 소송제기사실을 알지 못하게 하기 위하여, 행위자는 그 자신 또는 공모자의 주거지를 원소유자의 주거지에 만든 후에 원소유자를 가장하여 소송송달서를 수령하고 이를 통해 원소유자의 출석을 불가능하게 함으로써 궤석재판으로 승소하는 방법이 가장 흔하게 사용된다. 이에 대해서는 손태봉, “부동산범죄의 원인과 그 태양”, 검찰 1호(대검찰청, 1968.5.) 182쪽.

12) 실제로 대법원 1985. 10. 8. 선고 84도2642 판결, 대법원 1983. 10. 25. 선고 83도1566 판결, 대법원 1987. 9. 22. 선고 87도1090 판결의 대상사례는 이러한 유형에 속한다.

13) S./S./Cramer, §263 Rn.66; Lackner, *LK*, §263 Rn.113 ff.

14) Otto, “Zur Abgrenzung vom Diebstahl, Betrug und Erpressung bei der deliktis

아니하는 상기의 소송사례에서는 어떠한 견해에 따르든 법원은 피해자의 재산에 대한 처분행위자가 될 수는 없다. 왜냐하면 이 경우에 판결의 효력은 소송당사자들 사이에만 미치고 제3자인 부동산 소유자에게는 미치지 아니하여 동 판결로 위 부동산에 대한 소유권이 제소자에게 이전 되는 것도 아니기 때문이다. 우리나라 판례도 동일한 태도를 취하고 있다.¹⁵⁾

똑같은 원리가 死者를 상대로 한 소송의 경우에도 적용된다. 즉 이 경우에도 사기죄(기수)의 성립은 부정되어야 한다. 왜냐하면 사망한 자

chen Verschaffung fremder Sachen”, *ZStW* 79(1967), 59(84 f.); Schünemann, “Methodenprobleme bei der Abgrenzung von Betrug und Diebstahl in mittelbar er Täterschaft”, *GA*(1969), 46.

15) 판례에 나타난 구체적 유형을 소개하면 다음과 같다. (1) 피고인이 타인과 공모하여 그 공모자를 상대로 제소하여 의제자백의 판결을 받아 이에 기하여 부동산의 소유권 이전등기를 하였다고 하더라도 이는 소송 상대방의 의사에 부합하는 것으로서 착오에 의한 재산적 처분행위가 있다고 할 수 없어 동인으로부터 부동산을 편취한 것이라고 볼 수 없고, 또 그 부동산의 진정한 소유자가 따로 있다고 하더라도 피고인이 의제자백판결에 기하여 그 진정한 소유자로부터 소유권을 이전받은 것이 아니므로 그 소유자로부터 부동산을 편취한 것이라고 볼 여지도 없다(대법원 1997. 12. 23. 97도2430 판결; 대법원 1996. 8. 23. 선고 96도1265 판결; 대법원 1986. 7. 22. 선고 85도2189 판결; 대법원 1983. 10. 25. 선고 83도1566 판결). (2) 국가 등의 소유인 토지들이 미등기입을 기회로 두 사람이 공모하여 소유권이전등기절차이행의 소를 제기하고 소송 진행 중 쌍방에게 화해하도록 하여 재판부로 하여금 소유자라고 주장하는 자가 다른 자에게 그 토지들에 대한 소유권이전등기절차를 이행한다는 취지의 화해조서를 작성하게 하였다고 하더라도, 이와 같은 소송상 화해의 효력은 소송 당사자들 사이에만 미치고 제3자인 토지소유자에게는 미치지 아니하며 그 화해조서에 기하여 위 토지들에 대한 제3자의 소유권이 이전되는 것도 아니므로 피고인의 위와 같은 행위가 사기죄를 구성한다고 할 수 없다(대법원 1987. 8. 18. 선고 87도1153 판결; 인낙조서를 작성한 경우에도 마찬가지로 판시한 대법원 1984. 4. 10. 선고 83도2289 판결). (3) 타인 소유의 부동산에 관하여 아무런 권한이 없는 사람을 상대로 소유권확인 등의 청구소송을 제기함으로써 법원을 기망하여 승소판결을 받고 그 확정판결을 이용하여 동 부동산에 대한 소유권보존등기를 마쳤다고 하여도, 위 판결의 효력은 소송당사자들 사이에만 미치고 제3자인 부동산소유자에게는 미치지 아니하여 위 판결로 인하여 위 부동산에 대한 제3자의 소유권이 피고인에게 이전되는 것도 아니므로 사기죄를 구성하지 않는다(대법원 1985. 10. 8. 선고 84도2642 판결).

를 상대로 소송을 제기하여 비록 승소판결을 받는다 하더라도 그 판결은 피해자의 처분행위에 갈음하는 내용과 효력을 인정할 수 없으므로 상속인에게 그 효력이 미치지 아니하기 때문이다.¹⁶⁾ 판례도 이러한 태도를 취하고 있다.¹⁷⁾ 다만 死者를 상대로 소송을 제기하였기 때문에 不能未遂의 성립이 문제될 수 있다. 이에 대해서는 경우를 나누어 살펴보는 것이 정확하다. 우선 사망자인 사실을 알고서 그를 상대로 소송을 제기한 경우에는 개념적으로 불능미수가 부정되어야 한다. 왜냐하면 불능미수는 상황에 관한 적극적 착오(즉 사실의 착오의 반대형태)인데, 사망자인 사실을 안 경우에는 상황에 대한 적극적 착오 없이 오직 법률적으로 불가능한 것을 시도하였을 뿐이기 때문이다. 이 경우에는 적극적인 법률의 착오로서 처벌되지 않는 소위 환각범에 불과한 것이다. 판례도 피고인이 부동산의 등기명의자가 사망한 사실을 알면서 그 등기명의자를 상대로 소유권이전등기청구 소송을 제기하여 그 주소를 허위로 기재하고 자신이 변론기일 소환장을 수령하는 등의 방법으로 법원을 기망하여 승소판결을 받았다고 하더라도 피고인의 행위가 소송사기의 불능미수에 해당한다고 볼 수 없다고 판시하였는데,¹⁸⁾ 이 결론은 이론적으로 처벌되지 않는 환각범을 인정한 것으로 판단된다.

그런데 사망자인 사실을 모르고 소를 제기한 경우(즉 상황에 대한 적극적 착오가 있는 경우)에는 개념적으로는 처벌되지 않는 불능범 내

16) 대법원 1987. 12. 22. 선고 87도852 판결; 대법원 1992. 12. 11. 선고 92도743 판결

17) 부동산 소유자로 되어 있는 사망한 자를 상대로 제소하여 비록 승소 판결을 받았다고 하더라도 사망한 자에 대한 판결은 그 내용에 따른 효력이 생기지 아니하여 상속인에게 그 효력이 미치지 아니하고 따라서 착오에 의한 재물의 교부행위를 상정할 수 없는 것이므로 사기죄를 구성한다고 할 수 없다(대법원 2002. 1. 11. 선고 2001도2869 판결; 대법원 1997. 7. 8. 선고 97도632 판결; 대법원 1992. 12. 11. 선고 92도743 판결; 대법원 1987. 12. 22. 선고 87도852 판결; 대법원 1986. 10. 28. 선고 84도2386 판결; 실재하지 아니한 단체에 대한 판결을 받은 경우도 같다는 대법원 1992. 12. 11. 선고 92도743 판결).

18) 대법원 2002. 1. 11. 선고 2001도2869 판결.

지 처벌이 가능한 불능미수가 인정되어야 한다. 그리고 양자 중 어느 것에 해당할 것인가는 형법 제27조가 규정하고 있는 위험성의 유무에 달려 있다. 이에 대해서는 상대방의 사망사실을 모르고 제소한 경우 실행의 수단에 착오가 있을 뿐 아니라 제소당시를 기준으로 보면 결과발생의 위험성도 있기 때문에 불능미수의 성립을 긍정하여야 한다는 견해,¹⁹⁾ 행위당시뿐 아니라 행위 후에 밝혀진 사정도 포함하여 결과발생의 위험성이 없다고 볼 것이므로 불능미수의 성립을 부정하여야 한다는 견해²⁰⁾ 사이의 대립이 있다. 생각건대, 우리나라 물권변동의 원칙이 사자를 상대로 소송을 제기하여 승소판결을 받더라도 물권변동의 효과까지 인정하는 것이 아니라면 위험성의 인정도 부정하여 위험성 있는 불능 미수가 아니라 위험성 조차 없는(즉 처벌되지 않는) 불능범으로 처리하는 것이 타당할 것이다.

1.2.2.2 원소유자(등기명의인)를 상대로 소를 제기한 경우

상기한 사례와는 달리 살아있는 실제 소유자를 상대로 소유권이전소송을 제기하여 승소판결을 받은 경우에는 소송 사기죄의 성립이 긍정될 수 있다. 예컨대 법원에 대해 허위의 증거를 제출하여 법원을 기망하고 승소판결을 받아 이에 기하여 타인의 부동산에 관한 소유권이전등기를 경료하면 사기죄가 성립된다. 왜냐하면 이러한 경우에는 법원은 판결로 강제집행을 할 수 있으므로 처분권한을 가진다고 볼 수 있기 때문이다. 판례도 동일하게 판시하였다.²¹⁾ 문제는 실권리자를 상대로 소송을 제기하는 경우에도 그 소송이 단순히 등기말소를 구하는 것인 경우에 사기죄

19) 신동운, “불능범에 관한 형법 제27조의 성립경위”, 서울대학교 법학 제41권 4호(통권 117호)(서울대학교 법학연구소, 2001) 74쪽 이하

20) 김형천, “사망자를 상대로 한 제소와 소송사기의 불능미수”, 대법원 판례해설 제41호, (법원도서관, 2002), 633쪽; 천진호, “사자를 상대로 한 소송사기의 형사책임”, 저스티스 통권67호(한국법학원, 2002), 218쪽 이하

21) 대법원 1967. 6. 27. 선고 67도723 판결.

가 성립될 수 있는가에 있다. 이에 대해서는 경우를 나누어 살펴볼 필요가 있다. 우선 부동산의 매도인이 매수인을 상대로 한 등기말소청구소송에서 소유권이전등기는 문서위조와 인감위조 등에 의하여 이루어진 원인무효의 등기라고 허위로 주장한 경우에는 사기죄의 기망행위가 된다. 이 경우에는 등기말소로 인하여 매수인은 소유권을 잃고 매도인은 소유권을 회복할 수 있기 때문이다.²²⁾ 또한 부동산등기부상 소유자로 등기된 적이 있는 자가 자신 이후에 소유권이전등기를 경료한 등기명의인들을 상대로 허위의 사실을 주장하면서 그들 명의의 소유권이전등기의 말소를 구하는 소송을 제기한 경우에는 그 소송에서 승소한다면 등기명의인들의 등기가 말소됨으로써 그 소송을 제기한 자의 등기명의가 회복되는 것이므로 이는 법원을 기망하여 재산상 이익을 편취한 것이다.²³⁾

어려운 문제는 피고인이 등기명의인들을 상대로 그들 명의의 소유권 보존등기 및 이전등기의 말소등기 소송을 제기한 경우에 발생한다. 이에 대해 종래 판례는 피고인이 승소한다고 가정하더라도 등기명의인의 등기가 말소될 뿐이고 이로써 피고인이 위 부동산에 대하여 어떠한 권리를 회복 또는 취득하거나 의무를 면하는 것은 아니므로 법원을 기망하여 재물이나 재산상 이익을 편취한 것이라고 볼 수는 없다는 취지로 판시하였다.²⁴⁾ 그러나 이 태도를 변경하는 전원합의체 판례는 소송에서 토지가 피고인의 소유임을 인정하여 보존등기 말소를 명하는 내용의 승소확정판결을 받는다면, 이에 더 잡아 언제든지 단독으로 상대방의 소유권보

22) 동일한 취지로 판시한 대법원 1990. 1. 23. 선고 89도607 판결.

23) 동일한 취지로 판시한 대법원 2003. 7. 22. 선고 2003도1951 판결; 참고로 이 판례의 원심은 피고인이 이 사건 소송에서 승소한다고 하더라도 등기명의인들의 소유권이전등기가 말소될 뿐이고, 공소외인 명의의 소유권이전등기는 여전히 남게 되어 피고인이 이 사건 부동산에 관한 소유권을 회복하거나 취득하는 것은 아니므로 법원을 기망하여 재물이나 재산상 이익을 편취한 것이라고 볼 수 없다고 하였음.

24) 대법원 1983. 10. 25. 선고 83도1566 판결; 대법원 1981. 12. 8. 선고 81도1451 판결.

존등기를 말소시킨 후 위 판결을 부동산등기법 제130조 제2호 소정의 소유권을 증명하는 판결로 하여 자기 앞으로의 소유권보존등기를 신청하여 그 등기를 마칠 수 있게 되므로, 이는 법원을 기망하여 유리한 판결을 얻음으로써 ‘대상 토지의 소유권에 대한 방해를 제거하고 그 소유명의를 얻을 수 있는 지위’라는 재산상 이익을 취득한 것이고, 그 경우 기수시키는 위 판결이 확정된 때이라는 취지로 판시하였다.²⁵⁾ 생각건대, 원소유자를 상대로 등기말소를 청구하는 소송을 제기하여 승소 판결을 받은 경우에는 단순히 제3자 또는 사자를 상대로 소송을 제기하여 승소판결을 받는 경우와는 구별하여 재산상 이익의 취득과 사기죄의 성립이 가능한 것으로 해석하는 것이 타당하다. 사기죄는 재산범죄이기 때문에 재산상 이익의 취득이 가능한 경우와 그것이 불가능한 경우와는 구별되어야 하기 때문이다. 문제는 소유권보존등기의 말소의 승소판결을 받는 것만으로 이미 소송 사기죄의 기수를 인정할 수 있는가에 있다. 이에 대해서는 아래에서 별도로 살펴보기로 한다.

1.3 기수와 미수의 문제

사기죄의 미수범은 처벌된다(제352조). 실행의 착수 시기는 편취의 의사로 기망행위를 개시한 때이다. 구체적으로 보험금편취의 경우에는 회사에 보험금지급을 청구한 때, 소송사기의 경우에는 법원에 소장을 제기한 때이다.²⁶⁾ 다만 소송사기에서 범죄행위의 종료 시기는 소송이 종료된 때이므로 그때부터 소송사기 미수죄(예컨대, 패소판결을 받은 경우)의 공소시효는 기산된다. 따라서 법원을 기망하여 유리한 판결을 얻어내고 이에 터 잡아 상대방으로부터 재물이나 재산상 이익을 취득하려고 소송을 제기하였다가 법원으로부터 패소의 중국판결을 선고 받고

25) 대법원 2006. 4. 7. 선고 2005도9858 전원합의체판결.

26) 대법원 1993. 9. 14. 선고 93도915 판결.

그 판결이 확정되는 등 법원으로부터 유리한 판결을 받지 못하고 소송이 종료됨으로써 미수에 그친 경우에, 그러한 소송사기미수죄에 있어서 범죄행위의 종료 시기는 위와 같이 소송이 종료된 때라고 할 것이다.²⁷⁾ 그리고 사기죄의 기수 시기는 재산상의 손해가 발생한 것으로 평가되는 때이다(그런데 판례는 손해발생을 성립요소로 보지 않기 때문에 기수결정의 기준은 이익취득시가 된다). 구체적으로 보험사기의 경우는 보험금을 교부받은 때, 유가증권의 편취인 경우에는 유가증권을 교부받은 때²⁸⁾에 기수가 인정된다. 그리고 편취한 재물을 반환한다고 하여 기수가 부정되는 것은 아니다.²⁹⁾ 소송사기의 경우는 재판이 확정된 때 기수가 인정된다는 것이 판례³⁰⁾ 및 다수설에 해당한다. 그러나 부동산 소송사기의 경우 확정판결에 근거하여 부동산을 현실로 지배하거나 소유권이전등기를 경료한 때 비로소 기수가 된다고 보는 견해도 있다.³¹⁾ 상기한 대판 2006.4.7, 2005도9858 전원합의체에서도 다수의견은 자신이 토지의 소유자라고 허위의 주장을 하면서 소유권보존등기 명의자를 상대로 보존등기의 말소를 구하는 소송을 제기한 경우 그 소송에서 토지가 피고인의 소유임을 확정하는 내용으로 승소확정판결을 받는다면 이에 터 잡아 상대방의 소유권보존등기를 말소시킨 후 위 판결을 부동산등기법 제130조 제2호 소정의 소유권을 증명하는 판결로 하여 언제든지 단독으로 자기 앞으로의 소유권보존등기를 신청하여 그 등기를 마칠 수 있게 되므로 이는 법원을 기망하여 유리한 판결을 얻음으로써 ‘토지 소유권에 대한 방해’를 제거하고 그 소유 명의를 얻을 수 있는 지위라는 재산상 이익을 취득한 것이므로 판결이 확정된 이미 기수가 되는 것으로 보았

27) 대법원 2000. 2. 11. 선고 99도4459 판결.

28) 대법원 1985. 12. 24. 선고 85도2317 판결.

29) 오히려 금원전체에 대해 사기죄가 성립한다는 대법원 1998. 4. 24. 선고 98도248 판결.

30) 대법원 1997. 7. 11. 선고 95도1874 판결.

31) 정성근/ 박광민, 형법각론(삼지사, 2002), 342쪽; 대법원 2006. 4. 7. 선고 2005도98

58 전원합의체판결에서 대법관 김황식의 반대의견

다. 그러나 동 전원합의체 판결에서 반대의견은 금전의 지급을 명하거나 소유권이전등기를 명하는 승소 확정판결의 경우에는 그 기판력 및 집행력이 미치는 주문의 내용에 비추어 볼 때 판결의 확정 자체에 의하여 앞서 본 재물 혹은 재산상 이익 취득의 개연성이 발생하며, 따라서 그 자체를 피해자의 처분행위와 동일시 할 여지는 있겠으나, 소유권보존등기의 말소를 명하는 확정판결의 경우에는 그 자체의 효력에 의해서는 등기명의인의 보존등기가 말소될 뿐이고 이로써 피고인 또는 그 공모자가 부동산에 대하여 어떠한 권리를 취득하거나 의무를 면하는 것이 아니라서 그 자체만으로는 법원을 기망하여 재물이나 재산상 이익을 편취한 것이라고 볼 수 없다고 보아야 할 것이므로 미수가 아닌 기수까지 인정할 수 없는 것으로 보았다.³²⁾ 생각건대, 법원의 확정판결은 원칙적으로 다룰 수 없는 기판력이 발생하고, 그러한 효과가 있는 등기말소의 확정판결에 근거하여 행위자가 등기신청을 하게 되면 별다른 사정이 없는 한 등기이전이 이루어지기 때문에 등기말소의 확정판결이 있는 시점에서 사기죄에서 말하는 재산상 이익(또는 재산상 손해)도 있는 것으로 해석하는 것이 타당하다.³³⁾

32) 특히 반대의견은 “다수의견의 논지에 따르면, 애초에는 자기 명의의 소유권보존등기를 경로함으로써 재물인 부동산을 편취할 범의가 있었으나, 상대방 소유권보존등기 말소를 명하는 승소확정판결을 얻은 후 범행이 발각되는 등의 사정으로 더 이상의 범행이 불가능해진 경우는 물론, 피고인 스스로 더 이상의 범행을 포기하고 결과의 발생을 방지한 경우에도 현실적으로 소유권보존등기를 경로한 것과 마찬가지로 미수가 아닌 기수로 의율할 수밖에 없게 되어 이는 부당하며, 더구나 재물 또는 재산상 이익의 가액에 따른 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률의 적용에 있어서는 부동산을 실제로 취득함이 없이도 기수로서 가중 처단할 수밖에 없게 되는데, 이 점 역시 가혹하다고 아니할 수 없다”고 개진하였다.

33) 동일한 취지로는 조국, “부동산소유권 보존등기말소청구를 통한 소송사기 실행의 착수시기와 기수시기”, 법률저널 2006년 10월 9일 판례평석

2. 타인부동산에 대한 기망적 처분행위와 취득행위

2.1 형식적 등기명의자에 의한 경우

무권리자가 타인의 부동산을 자기의 것으로 오인시키고 제3자에게 처분할 수 있다. 다만 등기된 부동산에 관해서는 매수인등이 매도인의 소유권 유무를 조사해 보는 것이 통례이므로, 매도인이 상대방을 오인시키기 위해서는 등기부상의 형식적 권리자인 외관을 만드는 것이 보통이다. 그 방법으로 허위의 문서를 만들어 이를 등기공무원에 제출하여 자기 이름으로 등기하는 것이다. 이 경우에는 전술한 바와 같이 대개 사문서위조죄, 동행사죄 및 공정증서원본부실기재죄가 성립한다. 그리고 법원을 기망하여 승소판결을 받은 후 자기이름으로 등기하는 방법도 위에서 살펴보았다. 이러한 실질적 권리관계와 어긋나는 등기명의를 이용하여 타인부동산을 선의의 상대방에게 처분할 수 있다. 그리고 행위자가 직접 위조된 등기권리증, 등기부 등본 등을 상대방에게 제시한다든가, 등기 원인된 법률행위가 무효·취소·해제로 효력을 상실하였지만 이미 경료된 소유권이전등기의 명의를 그대로 방치된 경우를 이용하여 처분할 수도 있다.³⁴⁾ 그밖에 팔려고 하는 부동산의 근처에 토지를 가지고 있는 자가 등기부상의 지목이 오기된 것을 이용하여 매매계약을 체결한 후 계약금, 중도금 등을 편취하는 경우도 있다. 이와 같이 무권리자가 부당하게 형성된 자기명의를 형식적 등기를 이용하여 매수인으로부터 금원을 취득하는 경우에는 사기죄의 기망행위를 인정하여야 한다. 왜냐하면 부동산의 거래는 대개 공시된 등기명의를 기초로 이루어지기 때문에 매수인이 상당한 주의를 다 하더라도 매도인의 권리흠결을 가려내기 극히 곤란한데 반하여, 부동산등기에는 공신의 원칙이 적용되지 않으므로 등기명의를 믿고 매수한 자의 피해는 엄청나게 크기 때문이다.

34) 이원형, “부동산거래에 따르는 범죄양상”, 검찰 48호(대검찰청, 1972.12.), 171쪽

2.2 제3자 소유의 부동산에 대한 처분행위

부당하게 형성된 등기명의를 이용하는 상기의 경우와는 달리, 정식으로 타인의 부동산을 매매계약의 대상으로 하는 경우에는 원칙적으로 사기죄의 성립이 부정되어야 한다. 왜냐하면 이 경우에는 타인의 부동산을 자기 것 같이 매도하는 상기의 경우와는 달리 정당한 거래행위로써 매도인은 목적부동산의 소유권을 취득하여 이를 매수인에게 이전하여 줄 의무를 부담하는 관계만이 성립되기 때문이다.³⁵⁾ 그리고 매매계약 이후에 소유자로부터 그 부동산을 취득하여 이전해 주는 것이 불가능하게 되어 매도인이 이미 받은 계약금 등을 반환하지 않는다 하더라도 이것 역시 사기죄가 성립되지 않는다. 왜냐하면 詐欺의 犯意는 행위시에 존재하여야 하기 때문이다. 그러나 매도인이 소유자로부터 목적부동산을 취득하여 매수인에게 이전해 주는 것이 불가능하다는 것을 처음부터 알았음에도 불구하고 가능한 듯이 매수인을 속여 계약금, 중도금 등을 받은 경우에는 당연히 사기죄가 성립한다.

2.3 소유자에 대한 기망적 취득행위

부동산을 매수하고자 하는 자는 종종 소유자인 매도인을 기망하는 방법을 사용하여 매도인에게 피해를 입히는 경우가 있다. 우리나라 대법원 판례에 나타난 예로는 매수인이 계약금만 지불하고 매도인으로부터 등기서류를 교부받아 소유권이전등기를 마친 경우를 들 수 있다. 이러한 경우에 사기죄가 성립하는 여부는 매수인이 우리나라 대법원 판례가³⁶⁾ 요구하는 ‘널리 거래관계에서 지켜야 할 신의칙에 반하는 정도의 기망 행위’를 매도인에게 하였는가에 의하여 결정된다. 여기서 널리 거래관

35) 이원형, 앞의 글, 173쪽

36) 대법원 1984. 2. 14. 선고 83도2995 판결.

계에서 지켜야 할 신의칙에 반하는 정도의 기망행위라 함은 단순한 약간의 책략(Trick)을 사용하였다는 것만으로는 충족되지 않는다. 만약 상당한 대가를 지불하고 매수했다면 매수인이 약간의 책략을 사용했더라도 매도인에게 현실적으로 손해가 발생하지 않으므로 거래의 신의칙에 반하는 기망행위로 볼 수 없다. 오히려 상기와 같은 행위는 그 후 매수인이 중도금과 잔금을 지불할 의사와 능력이 있었느냐에 의하여 사기죄의 성립여부가 결정된다.³⁷⁾ 따라서 예컨대 진실은 퇴폐영업소, 유원지, 오락시설에 사용하기 위하여 敷地를 구입하면서 토지소유자에게 학교나 공공시설의 부지를 구한다고 속여 매수에 성공한 경우에 토지소유자가 그 일대가 퇴폐유흥가로 변모하는 것을 원하지 않아 이를 알았다면 팔지 않았을 것이라 하더라도 매수인이 매도인에게 시가에 상당하는 대가를 정한 이상 그 매수행위는 원칙적으로 신의칙에 반하는 기망행위로 볼 수 없다.³⁸⁾ 다만 대가를 지불할 의사 없이 부도될 것을 충분히 예견하면서 수표나 어음으로 대금을 지불하고 소유권이전등기를 마친 경우에는 구체적인 경우에 따라 사기죄가 성립할 수 있다. 상기와 같이 적극적으로 기망행위를 하지 않고 매수인이 소극적으로 매도인에게 일정한 사항을 고지하지 아니하는 경우도 있다. 예컨대 도로확장, 상가개발, 철도부설, 고속도로건설 등의 정보를 재빨리 입수한 者가 장래 지가 상승이 예상되는 토지를 그러한 사실을 매도인에게 고지하지 않고 토지를 현

37) 대법원 1986. 3. 11. 선고 85도2815 판결.

38) 이원형, 앞의 글, 176쪽 이하; 이 경우에 매도인의 착오는 거래의 중요부분에 대한 착오가 아니라 동기의 착오에 불과하다. 우리나라 대법원판례에 의하면 기망행위는 사실에 관한 것이거나 법률관계에 관한 것이거나 법률효과에 관한 것이거나를 묻지 않고 반드시 법률행위의 내용의 중요부분에 관한 것일 필요도 없으며 그 수단과 방법에도 아무런 제한이 없다고 한다(대법원 1984. 2. 14. 선고 83도2995 판결). 따라서 단순한 동기의 착오를 야기하는 행위도 기망행위에 포섭될 가능성은 있다(반대 견해로는 이재상, 형법각론 제5판(박영사, 2004), 333쪽). 그러나 매수인이 부동산의 현 시가에 상응하는 대가를 매도인에게 지불하였다면, 단순히 동기의 착오를 유발하였다는 이유만으로 거래의 신의칙에 반하는 기망행위라고 종국적으로 평가할 수는 없다.

시가대로 매수하는 경우가 그것이다. 이러한 경우에도 지가에 상응하는 대가가 지불된 이상 매수인에게 장래에 유리한 정보를 매도인에게 고지할 의무가 없는 것으로 보아야 한다.

3. 부동산 거래(특히 부동산 이중매매)를 할 때의 기망적 불고지 행위

부동산소유자가 그 부동산을 거래하면서 상대방에게 고지하여야 할 사항을 불이행함으로써 상대방에 대한 사기죄의 성립여부가 문제되는 유형은 상당히 다양하다.³⁹⁾ 거래상 요구되는 사실을 고지하지 않는 것도 묵시적 기망행위 또는 부작위에 의한 기망행위가 될 수 있다. 그러나 거래의 상대방에게 아무런 피해를 주지 않는 사항이라면 이를 고지할 의무를 인정할 필요가 없다. 따라서 사기죄의 기망행위가 될 수 있는 고지의무는 거래에 관련된 구체적인 사정을 고지하지 아니함으로써 상대방이 그 목적물에 대한 권리를 확보하지 못할 위험이 있는 사정, 즉 법률관계의 효력에 영향을 미치거나 상대방의 권리실현에 장애가 되는 사유가 있을 때에만 인정되어야 한다.⁴⁰⁾ 그러나 거래에 따라서는 상대방이 권리실현의 장애사유가 있더라도 이를 감수하고 계약을 체결하는 경우도 있을 수 있다. 따라서 상대방이 권리실현의 장애사유가 있더라도 이를 감수하고 거래하였을 것이 인정된다면 그 불고지 행위는 사기죄의 기망행위라 할 수 있다.⁴¹⁾ 이를 역으로 정의하면 어느 불고지 행위가

39) 더 자세한 소개로는 손동권, 형법각론 제2개정판(울곡출판사, 2006), 358쪽

40) 손동권, 앞의 책, 360쪽; 그러나 부작위에 의한 사기는 착오의 생성 및 강화를 방지하지 않는 것(Nichthinderung einer Irrtumsentstehung oder -verfestigung)으로서는 가능하나 기존착오를 제거하지 않는 것만으로는 불가능하다고 제한적으로 보는 견해로는 Bockelmann, "Betrug verübt durch Schweigen", *E. Schmidt-FS*(1961), S.441 ff.

41) 동일한 취지의 판례: 사기죄의 요건으로서의 기망은 널리 재산상의 거래관계에 있어 서로 지켜야 할 신의와 성실의 의무를 저버리는 모든 적극적 또는 소극적 행위를

사기죄의 기망행위가 되기 위해서는 상대방이 권리실현의 장애사유를 고지 받았더라면 당해계약을 체결하지 않았거나 재산상의 처분행위를 하지 않았을 것이 경험칙 상 분명하여야 한다. 그러나 이러한 객관적 사유만으로 불고지자가 사기죄가 되는 것이 아니다. 사기죄가 성립되기 위해서는 행위자에게 기망의 고의가 있어야 한다. 따라서 행위자는 상기의 객관적 사정을 알면서도 이를 숨기고 거래하였을 때에만 사기죄의 고의가 인정될 수 있다. 행위자 조차도 상대방의 권리실현에 장애가 있다는 객관적 사정을 몰랐다면 사기죄의 고의를 인정할 수 없다. 부동산 이중매매의 경우에도⁴²⁾ 부동산물권변동의 원칙에 의한 사기죄 성립이 문제된다. 처음부터 이중매매의 의사를 가지고 부동산을 이중매매하여 종국적으로 제2 매수인에게 등기이전을 한 경우에 매도인에게 제1 매수인에 대한 사기죄가 성립하는 것은 명백하다. 전술한 바와 같이 우리나라는 부동산 물권변동에 있어서 형식주의(독법주의) 및 성립요건주의를 취하고 있는데,⁴³⁾ 이에 따르면 제1매수인은 부동산 소유권을 취득하지 못하여 재산상 손해를 크게 입기 때문이다. 문제는 처음에는 그러한 의사가 없이 부동산에 대한 1차 매매계약 사실을 불고지하고 이중매매한 경우인데, 이 경우에는 제1 매수인에 대한 기망행위는 없었기 때문에 그에 대한 사기죄의 성립은 문제될 수 없고, 이중으로 매수한 상대방에 대하여 제1차 매매계약사실을 불고지한 것에 대해 사기죄의 성립을 인정할 것인지의 문제만 발생한다. 판단건대, 원칙적으로 이 경우에는 제2매수인에 대한 기망행위를 부정하는 것이 타당하다. 그 이유

말하는 것이고, 그 중 소극적 행위로서의 부작위에 의한 기망은 법률상 고지의무 있는 자가 일정한 사실에 관하여 상대방이 착오에 빠져 있음을 알면서도 그 사실을 고지하지 아니함을 말하는 것으로서, 일반거래의 경험칙상 상대방이 그 사실을 알았더라면 당해 법률행위를 하지 않았을 것이 명백한 경우에는 신의칙에 비추어 그 사실을 고지할 법률상 의무가 인정된다(대법원 2004. 5. 27. 선고 2003도4531 판결).

42) 비전형적인 이중매매를 포함한 부동산 이중매매의 형사책임에 대한 더 자세한 소개로는 손동권, 앞의 책, 463쪽 이하

43) 김형배, 앞의 책, 327쪽

또한 우리나라 부동산 물권변동의 원칙에 있다. 이에 따르면, 부동산 매도인이 제1차 매매계약을 체결한 매수인에게 소유권이전등기를 하기 이전에는 제3자에 대한 관계(즉 대외적 관계)는 물론이고 대내적 관계에서도 여전히 매도인 소유이고 그 매도인으로부터 이중으로 매수한 자는 소유권이전등기를 받는 한 아무런 피해를 입지 않는다. 이와 같이 제2매수인의 권리실현에 객관적 장애사유가 없는 이상 매도인의 이중매매행위는 제2매수인에 대하여 사기죄가 성립될 수는 없다. 이중매매의 경우에 제2의 매수인은 자신의 이름으로 소유권의 등기를 경로받기 때문에 우리 민법의 물권변동에 관한 원칙상(즉 등기를 요하는 형식주의 및 성립요건주의) 유효한 소유권을 취득하게 되므로 아무런 손해를 입지 않기 때문이다. 판례도 이중매매의 경우와 마찬가지로 아파트 신축분양업자가 미완성 아파트를 채권담보의 목적으로 채권자들에게 분양한 후 소유권이전등기의 경로 전에 다시 제3자에게 위 분양사실을 고지하지 않고 임대차계약을 체결한 사례에서, “아파트신축분양업자가 임차인으로 하여금 해당 아파트를 실제로 입주 사용하게 하였다면 현행 민법이 물권변동에 관하여 형식주의를 취하고 있는 이상 분양받은 채권자에게 소유권이전등기를 하기 이전에는 신축분양업자가 그 부동산을 원시취득한 법률상 소유자로서 이를 처분할 수 있을 뿐만 아니라 분양에 따른 소유권이전등기가 경로되기 이전에는 피담보채무를 면할 수도 있으니 신축분양업자가 임대차계약을 체결할 때에 위 분양사실을 임차인에게 고지하지 아니하였다는 사실만으로는 그를 기망한 것으로 볼 수 없다”고 판시하였다.⁴⁴⁾ 그리고 설령 기망행위를 인정한다고 하여도 피기망자(여기서는 제2의 매수인)는 피해자의 재산을 처분할 수 있는 법적 권한 내지 사실상의 지위에 있어야 하는데, 피기망자가 그러한 지위에 있었다고 평가할 수도 없다. 결국 이중매매의 사실을 단순히 불고지한 매도인에게 제2매수인에 대한 사기죄의 성립은 인정될 수 없다.

44) 대법원 1987. 12. 8. 선고 87도1839 판결.

IV. 맺는 말

상기한 본문에서 밝힌 바와 같이, 우리나라는 부동산 물권변동에 있어서 공시의 원칙을 채택하였지만, 공신의 원칙은 채택하지 않았다. 그리고 채택된 공시의 원칙을 위해 요구되는 부동산 등기는 형식심사로 이루어지는 반면에 법적 소유권은 -등기된 거짓의 형식적 소유자가 아닌- 실질적 소유자에게 인정되고 있다. 이러한 구조에 따라서 무권리자는 타인소유의 부동산을 자기 명의로 그다지 어렵지 않게 형식상 등기할 수 있고, 이를 위한 허위의 서류처리를 통해 형법상 문서의 죄가 발생할 수 있다. 그렇지만 타인 부동산에 대하여 등기명의를 취득하는 것만으로는 사기죄의 성립요건인 이익의 취득이나 손해의 발생은 있을 수 없기 때문에 재산범죄인 사기죄의 성립은 부정된다. 동일한 논리로 타인소유의 부동산에 관하여 아무런 이해관계 없는 자 또는 사자를 상대로 소유권 확인 등의 청구소송을 제기함으로써 법원에 의해 승소판결을 받고 그 확정판결에 기해 동 부동산에 대한 소유권보존등기를 경료 하는 경우에도 사기죄가 성립될 수 없다. 다만 살아있는 실제 소유자를 상대로 소유권이전소송을 제기하여 승소판결을 받은 경우에는 소송 사기죄의 성립이 긍정될 수 있다. 왜냐하면 이러한 경우에는 법원은 판결로 강제 집행을 할 수 있으므로 그에 따라 재산상 이익의 취득도 인정될 수 있기 때문이다. 그리고 부동산 소유자가 그 부동산을 거래하면서 상대방에게 고지하여야 할 사항을 고지하지 않는 경우에도 상기한 물권변동의 원칙에 따라 상대방의 권리실현에 장애가 되는 사유가 있을 때에만 사기죄의 성립이 긍정되어야 한다. 이러한 원리에 따르면 이중매매의 사실을 고지하지 않고 부동산을 이중매매한 자에게는 제2매수인에 대한 사기죄의 성립은 부정되어야 한다. 이중매매의 사실을 고지 받지 않았더라도 소유권 이전등기를 경료 받은 경우 제2매수인은 우리나라 물권변동의 원칙에 따라 정당한 소유권을 취득하기 때문이다. 이와 같이 민사법 원리는

형사법 문제의 해결에도 최대한 원용되어야 한다. 법질서의 통일성이라는 관점에서 민사 질서와 형사 질서는 최대한 일치하여야 하기 때문이다. 본고에서 다룬 사기죄 이외에 부동산을 객체로 한 기타 재산범죄 성립 문제에서 민사법 원리가 어떻게 작용하여야 할 것인지는 계속적인 연구과제로서 남겨 두기로 한다.

(투고일 2010년 6월 30일, 심사일 2010년 7월 7일, 게재확정일 2010년 7월 13일)

주제어: 부동산 범죄, 사기죄, 물건변동의 원칙, 공시의 원칙, 공신의 원칙

참고문헌

1. 단행본

- 곽윤직, 물권법 제7판, 박영사, 2005.
김기선, 한국물권법, 법문사, 1972.
김상용, 물권법 전정판, 법문사, 2000.
김중환, 물권법강의, 박영사, 1991.
김형배, 민법학강의 제3판, 신조사, 2003.
손동권, 형법각론 제2개정판, 율곡출판사, 2006.
송덕수, 신민법강의 제3판, 박영사, 2010.
이재상, 형법각론 제5판, 박영사, 2004.
정성근/ 박광민, 형법각론, 삼지사, 2002.
지원림, 민법강의 제4판, 홍문사, 2005.

2. 논문

- 김형천, “사망자를 상대로 한 제소와 소송사기의 불능미수”, 대법원 판례해설 제41호, 법원도서관, 2002.
손동권, “명의신탁부동산을 임의처분한 경우의 형사책임”, 형사법연구 제15호, 한국형사법학회, 2001.
손태봉, “부동산범죄의 원인과 그 태양”, 검찰 1호, 대검찰청, 1968년 5월.
신동운, “불능범에 관한 형법 제27조의 성립경위”, 서울대학교 법학 제41권 4호, 통권 117호, 서울대학교법학연구소, 2001.
이원형, “부동산거래에 따르는 범죄양상”, 검찰 48호, 대검찰청, 1972.12.
조국, “부동산소유권 보존등기말소청구를 통한 소송사기 실행의 착

수시기와 기수시기”, 법률저널 2006년 10월 9일 판례평석
천진호, “사자를 상대로 한 소송사기의 형사책임”, 저스티스 통권67
호, 한국법학원, 2002.

Bockelmann, “Betrug verübt durch Schweigen”, *E. Schmidt-FS*, 1961
Otto, “Zur Abgrenzung vom Diebstahl, Betrug und Erpressung bei der
deliktischen Verschaffung fremder Sachen”, *ZStW* 79, 1967.

Schünemann, “Methodenprobleme bei der Abgrenzung von Betrug und
Diebstahl in mittelbarer Täterschaft”, *GA*, 1969.

[Zusammenfassung]

Das Prinzip der Sachenrechtsänderung und Die Erfuellung des Betrugstatbestands

Dong-Kwun Son*

Im bürgerlichen Sachenrecht gilt das Offenkundigkeitsprinzip für die Sachenrechtsänderung. So ist die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch erforderlich, etwa zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstück. Im koreanischen Zivilrecht ist aber öffentlicher Glaube des Grundbuchs zugunsten des redlichen Erwerbers nicht giltig. Daraus kann sicher die Feststellung sein, daß der gutgläubige Erwerber für den Inhalt des Grundbuchs in Prinzip schutzlos bleibt und der daraus folgende Schaden zu groß ist. Schon nur aus diesem Fehlen am öffentlichen Glaube des Grundbuchs kommen in Korea viele Fälle der Vermögensdelikte am Grundstück vor. Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich gerade mit diesen Vermögensdelikte, deren Tatobjekt Grundstück ist, im Hinblick auf die Einheit der Rechtsordnung. Insbesondere betrifft diese Arbeit den Betrug. Unter Betrug versteht man im strafrechtlichen Sinn ein Vermögensdelikt, bei dem der Täter in rechtswidriger Bereicherungsgabsicht das Opfer durch Vorspiegelung oder Unterdrückung von Tatsachen gezielt so irreführt, dass es sich selbst oder einen Dritten am Vermögen schädigt, d.h. materiellen Schaden zufügt.

* Juristische Fakultät an der Law School der Kon-Kuk Universität.

Key words : Das Prinzip der Sachenrechtsänderung, Der Betrugstatbestands,
Grundsatz des öffentlichen Glaubens, sog. Publizitätsprinzipm,
Grundsatz der Offenkundigkeit

특 집 II
상법 특집

