

사기죄에서 처분의사 및 재산상 손해

—대법원 2017. 2. 16. 선고 2016도13362 전원합의체 판결—

The Disposal Awareness and Financial Loss in Case of a Fraud

—Supreme Court en banc Decision 2016Do13362

Decided February 16, 2017—

원 형 식*

Won, Hyung-Sig

목 차

- | | |
|-----------------------|-----------|
| I. 문제의 제기 | III. 처분의사 |
| II. 재산상 처분행위와 재산상의 손해 | IV. 결론 |

1. 처분행위에서 말하는 재산상 손해는 ‘재산가치에 대한 구체적 위험’도 포함한다 (다수설). 다수설이 침해범인 사기죄를 구체적 위험범으로 변질시킬 위험이 있다는 비판은 책략절도와 재물사기의 구분이 문제된 경우에는 타당하나, 이익사기의 경우에는 타당하지 않다.

2. ‘재산상 구체적 위험’은 피기망자가 위험이 현실적인 손해로 실현되는 것을 저지할 수 있는 수단이 없는 경우 또는 기망자가 ‘임의로 타인의 재산을 처분할 수 있는 상태’에 있으면 인정된다. 그러나 처분행위로 인하여 현실적인 손해가 발생하는데 장애요인이 있는 경우, 예컨대 피기망자의 처분행위로 인하여 위험을 야기하였더라도 피기망자의 추가적인 행위가 있어야 현실적인 손해가 발생할 수 있는 경우에는 구체적 위험이 발생한 것이 아니다.

3. 대상판례에서 피고인은 피해자가 기망당한 사실을 알고 이의를 제기하기 전까지는 임의로 근저당권설정등기를 경료할 수 있으므로 재산상 구체적 위험이 발생하였다

투고일 : 2017. 8. 15. / 심사외의일 : 2017. 9. 14. / 게재확정일 : 2017. 10. 11.

* 공주대학교 법학과 교수

Professor, Department of Law, Kongju National University, Ph.D. in Law

고 할 수 있다. 따라서 근저당권설정계약서의 서명·날인을 사취한 경우에 사기죄가 성립한다고 보는 대수판례의 다수의견이 타당하다고 생각한다.

4. 민법상 처분행위는 권리변동을 목적으로 하는 법률행위로서 처분의사는 처분행위의 필수적인 구성요소이다. 이에 대하여 사기죄에서 처분행위는 법률행위에 국한되지 않으며 순수한 사실행위도 포함하므로 반드시 처분의사가 있을 것을 요하지 않는다.

5. 절도죄는 탈취죄인데 대하여 사기죄는 편취죄로서, 양자는 서로 양립할 수 없는 택일관계에 있다. 따라서 절도죄와 사기죄의 구분은 점유가 점유자의 점유이전 의사, 즉 처분의사에 근거하여 이루어졌는가의 여부에 의할 수밖에 없다. 재물사기죄에서 처분의사를 재물에 대한 점유이전 의사로 이해하는 이상은 처분의사는 재물사기죄의 성립요소가 될 수밖에 없다.

6. 사기죄는 기망을 수단으로 재물을 교부받거나 재산상 이익을 취득하는 범죄이므로 본죄의 불법내용은 신뢰침해(행위반가치)와 재산침해(결과반가치)로 구성된다. 따라서 이익사기죄는 피기망자가 착오에 의하여 처분행위를 하고 이로 인하여 직접적으로 재산상 손해가 발생하면 족하며, 처분의사는 이익사기죄의 불법을 구성하는 요소가 아니다. 요컨대 재물사기죄의 성립을 위하여는 재물에 대한 점유이전 의사, 즉 처분의사를 요하지만 이익사기죄의 성립에는 처분의사를 요하지 않는다는 이원설이 타당하다.

7. 대수판례에 의하면 - 재물사기죄에서 의미하는 처분의사는 ‘점유이전의 의사’인데 대하여 - 이익사기에서 말하는 처분의사는 재산상 손해에 대한 인식이 아니라 ‘자연적 행위에 대한 인식’으로서 그 내용에 차이가 있다. 대수판례가 처분의사의 개념을 재물사기와 이익사기에 따라 이원적으로 이해하거나, 이원설이 전자에 대하여만 처분의사를 요구하고 후자에 대하여는 처분의사를 요하지 않는 것은 이론상 일관성을 결한 것이 아니라 범죄의 객체가 재물인가 재산상 이익인가, 처분행위가 재물의 교부인가 아니면 그 이외의 방법으로 재산상 손해를 초래하는 행위인가의 차이에서 나오는 자연스런 결과라고 할 수 있다.

[주제어] 사기죄, 재산상 처분행위, 처분의사, 책략절도, 처분효과의 직접성, 재산상 손해, 재산상 위험, 구체적 위험

대수판결: 대법원 2017. 2. 16. 선고 2016도13362 전원합의체 판결

[사건개요]

피고인과 공소외 1 등은 2010. 11. 29.경 및 2010. 12. 3. 토지거래허가 등에 필요한 서류라고 속여서 원심 판시 각 토지의 매도인인 피해자 공소외 2로 하여금 근저당권 설정계약서 등에 서명·날인하게 하고, 피해자의 인감증명서를 교부받은 다음, 이를 이용하여 위 피해자 소유의 위 각 토지에 관하여 피고인을 채무자로 하여 채권최

고액 합계 10억 5,000만 원인 근저당권을 공소의 3 등에게 설정하여 주고, 7억 원을 차용하였다.

[사건의 경과]

원심법원¹⁾은 피해자 공소의 2에게 그 소유 토지들에 근저당권 등을 설정하여 줄 의사가 없었다는 이유로 피해자 공소의 2의 처분행위가 없다고 보았다. 이에 대하여 대법원의 다수의견은 피해자 공소의 2의 행위는 사기죄에서 말하는 처분행위에 해당하고 피해자 공소의 2의 처분의사가 인정되므로 원심판결은 파기되어야 한다고 판단하였다.

다만 대법원의 전원합의체 가운데 대법관 6인은 “서명사취 사안의 경우에는, 비록 피기망자에게 문서에 서명 또는 날인한다는 인식이 있었더라도, 처분결과에 대해 아무런 인식이 없었으므로 처분의사와 처분행위를 인정할 수 없음이 명백하다”는 반대의견을 제시함으로써 원심판결과 입장을 같이 하였다.

[대법원 판결요지]

[1] 사기죄의 본질과 구조, 처분행위와 그 의사적 요소로서 처분의사의 기능과 역할, 기망행위와 착오의 의미 등에 비추어 보면, 비록 피기망자가 처분행위의 의미나 내용을 인식하지 못하였더라도, 피기망자의 작위 또는 부작위가 직접 재산상 손해를 초래하는 재산적 처분행위로 평가되고, 이러한 작위 또는 부작위를 피기망자가 인식하고 한 것이라면 처분행위에 상응하는 처분의사는 인정된다. 다시 말하면 피기망자가 자신의 작위 또는 부작위에 따른 결과까지 인식하여야 처분의사를 인정할 수 있는 것은 아니다.

[2] 서명사취 사안에서 피기망자가 처분문서의 내용을 제대로 인식하지 못하고 처분 문서에 서명 또는 날인함으로써 내심의 의사와 처분문서를 통하여 객관적·외부적으로 인식되는 의사가 일치하지 않게 되었더라도, 피기망자의 행위에 의하여 행위자 등이 재물이나 재산상 이익을 취득하는 결과가 초래되었다고 할 수 있는 것은 그러한 재산의 이전을 내용으로 하는 처분문서가 피기망자에 의하여 작성되었다고 볼 수 있기 때문이다. 이처럼 피기망자가 행위자의 기망행위로 인하여 착오에 빠진 결과 내심의 의사와

1) 서울고등법원 2016. 8. 17. 선고 2016노744 판결.

다른 효과를 발생시키는 내용의 처분문서에 서명 또는 날인함으로써 처분문서의 내용에 따른 재산상 손해가 초래되었다면 그와 같은 처분문서에 서명 또는 날인을 한 피기망자의 행위는 사기죄에서 말하는 처분행위에 해당한다. 아울러 비록 피기망자가 처분결과, 즉 문서의 구체적 내용과 법적 효과를 미처 인식하지 못하였더라도, 어떤 문서에 스스로 서명 또는 날인함으로써 처분문서에 서명 또는 날인하는 행위에 관한 인식이 있었던 이상 피기망자의 처분의사 역시 인정된다.

[연 구]

I. 문제의 제기

대상판례에서 문제된 논점은 (1) 사기죄의 구성요건요소인 처분행위가 성립하기 위하여 처분의사가 있을 것을 요하는가, (2) 만일 이를 긍정한다면 처분의사는 피기망자가 자신의 행위에 관한 인식만 했으면 족한가 아니면 자신의 행위에 따른 재산상 손해발생의 결과까지 인식할 것을 요하는가 등이다. 이 점에 관하여 대법원은 변경 전의 판례와 대상판례에서 일관하여 사기죄가 성립하기 위하여 피기망자의 처분의사가 있을 것을 요한다는 입장을 유지하고 있다. 다만 변경 전 판례는 처분의사가 인정되기 위해서는 처분결과에 대한 인식이 있을 것까지 요구하였다.²⁾ 따라서 피기망자가 기망으로 인하여 재산상 손해를 초래하는 행위를 하였더라도 그로 인한 결과에 대한 인식이 없으면 처분행위가 인정되지 않으므로 사기죄는 성립하지 않는다고 보았다. 이에 대하여 대상판례에서 대법원은 기존의 입장을 변경하여 처분의사는 직접 재산상 손해를 초래하는 작위 또는 부작위에 대한 인식이 있으면 족하며, 그 행위에 의한 재산상 손해발생의 결과까지 인식할 필요는 없다고 보았다.

대법원은 “사기죄의 본질과 구조, 처분행위와 그 의사적 요소로서 처분의사의 기능과 역할, 기망행위와 착오의 의미 등”의 관점을 종합적으로 고려하여 이러한 결론에 이르고 있다. 본고에서도 이러한 관점을 중심으로 대상판례의 논거를 재검토하고, 그 논거가

2) 대법원 1987. 10. 26. 선고 87도1042 판결; 대법원 1999. 7. 9. 선고 99도1326 판결; 대법원 2011. 4. 14. 선고 2011도769 판결.

재물사기와 이익사기의 구분 없이 보편적으로 타당한 것인지에 대하여 살펴보고자 한다. 그리고 사기죄의 성립요건인 ‘재산상 손해’의 개념에 관하여 대상판례의 다수의견은 큰 비중을 두지 않고 있으나 소수의견은 어느 시점에서 재산상 손해가 발생하고 사기죄가 기수에 이르렀는지에 대한 심도있는 분석을 통하여 다수의견에 의문을 제기하고 있다. 본고에서는 이러한 문제에 대하여 우리나라와 독일의 학설 및 판례를 중심으로 논의하려고 한다.

II. 재산상 처분행위와 재산상의 손해

1. 의의 및 기능

형법 제347조는 사기죄의 구성요건을 “사람을 기망하여 재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 취득한 자”라고 규정하고 있다. 그러나 여기에는 사기죄가 성립하기 위한 중간과정이 생략되어 있다. 사기죄가 성립하는 과정을 보면 본죄는 ① 행위자의 기망행위, ② 피기망자의 착오, ③ 재산상 처분행위, ④ 재물의 교부 또는 재산상 이익의 취득, ⑤ 전체 재산상의 손해발생³⁾ 등의 순으로 진행된다. 제347조가 규정하고 있는 구성요건에는 처분행위나 전체 재산상의 손해발생 등이 생략되어 있다. 여기서 처분행위란 직접적으로 재산상의 손해를 초래하는 행위(작위 또는 부작위)로서 순수한 사실상 의미를 갖는 개념이므로 민법상 법률행위이건 순수한 사실행위이건, 그 법률행위가 민법상 유효인가 무효인가를 불문한다.⁴⁾

‘재산상 처분행위’는 제347조에 명문으로 기술되어 있지 않지만, ‘기술되지 아니한 구성요건요소’로서 사기죄의 성립요건이라는 점에 대하여는 이견이 없다. 사기죄는 편취죄로서 탈취죄인 절도죄나 강도죄와는 달리 피기망자가 재물을 교부하거나 재산상 이익을 제공하는 행위를 전제로 하므로 사기죄의 성격상 본죄의 성립을 위하여 ‘재산상

3) 전체 재산상의 손해가 사기죄의 구성요건 요소인가에 대하여 판례(대법원 1982. 6. 22. 선고 82도777 판결; 대법원 2000. 7. 7. 선고 2000도1899 판결)와 소수설(예컨대 오영근, 형법각론 제3판, 박영사, 2014, 19/47)은 부정하고 있으나 다수설(예컨대 김일수/서보학, 형법각론 제7판, 박영사, 2007, 432쪽; 배종대, 형법각론 제9판, 홍문사, 2015, 68/59; 손동권, 형법각론 제3개정판, 율곡출판사, 2010, 375쪽; 이재상, 형법각론 제9판, 박영사, 2013, 18/37)은 긍정한다.

4) 예컨대 배종대, 위의 책, 18/31; 손동권, 위의 책, 371쪽; 이재상, 위의 책, 18/32.

처분행위'는 필연적으로 요구될 수밖에 없다. 재산상 처분행위는 편취죄에서만 요구되는 요건이므로 재물사기와 절도를 구분하는 '구분기능'을 가지며, 피기망자의 착오와 재산상 손해 사이에 위치하는 연결요소로서 양자의 인과관계를 성사시키는 '연결기능'을 갖는다.⁵⁾

재산상 처분행위의 구분기능은 범죄의 객체가 재물인 경우, 즉 재물사기와 책략절도의 구분이 문제된 경우에만 의미를 지니며 이익사기의 경우에는 의미가 없다. 예컨대 갑(甲)이 을(乙)이 경영하는 금은방에서 마치 귀금속을 구입할 것처럼 가장하여 을(乙)로부터 순금목걸이 등을 건네받은 다음 화장실에 갔다 오겠다는 핑계를 대고 도주한 경우 사기죄와 절도죄 가운데 어느 범죄가 성립하는가는 피해자 을(乙)의 처분행위가 있었는가에 의하여 결정된다. 을(乙)이 순금목걸이 등을 건네준 행위가 처분행위에 해당하기 위해서는 이로 인하여 직접적인 재산상 손해, 즉 종국적인 점유의 이전이 있을 것을 요한다. 여기서 종국적 점유이전이란 순금목걸이에 대한 점유의 상실을 말하며, 을(乙)이 갑(甲)에게 잠정적으로 순금목걸이를 건네 준 경우와 같이 단순히 점유가 약화된 것만으로는 재물의 교부가 있다고 할 수 없다. 이와 같은 이유에서 대법원은 "순금목걸이 등은 도주하기 전까지는 아직 피해자의 점유 하에 있었다"는 이유로 사기죄가 아닌 절도죄의 성립을 인정하였다.⁶⁾ 목걸이에 대한 종국적인 점유이전은 갑(甲)의 추가적 행위, 즉 목걸이를 가지고 도주한 때에 이루어 졌으며, 이 시점에서 이루어진 점유이전은 피해자 을(乙)의 의사에 반하여 이루어졌으므로 절도죄(책략절도)가 성립한다. 이와 유사한 사례로서 갑(甲)이 자전거를 살 의사도 없이 가게주인 을(乙)에게 시운전을 하겠다고 거짓말을 하여 건네받은 자전거를 타고 시운전을 하는 척 하다가 그대로 도망간 경우(이하 '자전거 사례'라고 한다)에도 사기죄와 절도죄의 구분이 문제되며, 이 경우에도 자전거를 건네 준 행위가 처분행위에 해당하는가에 의하여 사기죄의 성립여부가 결정된다. 판례는 시운전을 빙자하여 자전거를 건네받은 때에 재물의 교부, 즉 처분행위가 있다고 보아 사기죄의 성립을 인정하였다.⁷⁾ 이에 대하여 반대견해는 자전거를 건네받은 후에도 점유의 이전은 없었으므로 처분행위도 없었으며, 갑(甲)이 도망간 때에 비로소 점유자의 의사에 반하여 점유가 이전된 것이므로 절도죄가 성립한다고 한다.⁸⁾ 이러한 논란은 자전거에 대한 점유이전의 시점에 대한 견해의 차이에 기인한다.

5) Wessels/Hillenkamp, *Strafrecht, Besonderer Teil*/2, 28. Aufl. C.F.Müller, 2005, S. 269.

6) 대법원 1994. 8. 12. 선고 94도1487 판결.

7) 대법원 1968. 5. 21. 선고 68도480 판결.

8) 예컨대 김일수/서보학, 앞의 책, 427쪽.

형법상의 점유(Gewahrsam)는 민법상의 점유(Besitz)보다 현실적인 개념이다. 이러한 이유에서 민법상 인정되는 간접점유(민법 제197조 제1항)가 형법에서는 인정되지 않으며, 점유보조자(민법 제195조)가 민법상으로는 점유를 갖지 못하지만 형법상으로는 점유자가 될 수도 있다.⁹⁾ 이러한 점을 고려하더라도 대법원이 자전거를 건네받은 때에 점유가 이전되었다고 판단한 것은 수긍하기 어렵다. 점유개념의 사회적·규범적 요소에 따르면 형법상 점유는 사회통념에 의하여 결정된다. 따라서 점유는 반드시 재물을 몸에 지니고 있을 것을 요하지 않으며, 음식점에서 손님이 사용하는 식기에 대해서도 음식점 주인만 점유를 가지며, 그 식기를 사용 중인 손님에게는 점유가 없다는 점¹⁰⁾도 이러한 의미에서 이해할 수 있다. ‘자전거 사례’에서 가게주인 을(乙)이 갑(甲)에게 시운전을 하라고 건네준 자전거도 ‘을(乙)의 통제범위 내에 있는 이상’은 사회통념상 을(乙)의 점유에 속하므로 이를 갑(甲)이 독자적으로 지배한다고 보기 어렵다. 가게주인 을(乙)의 자전거에 대한 점유가 음식점 주인의 식기에 대한 점유에 비해 상대적으로 약화된 면은 있지만 양자의 경우 모두 주인이 점유를 상실하여 상대방에게 종국적으로 점유가 이전되었다고 보기는 어렵다는 점에서 차이가 없다. 만일 점유의 약화까지도 점유의 상실로 본다면, 이는 점유에 대한 침해의 범위를 점유에 대한 위험까지 확대하는 결과가 되며 처분행위와 재산상 손해 사이의 간접적 연관성이 처분행위와 재산상 위험 사이의 직접적 연관성으로 재구성되는 결과가 된다.¹¹⁾ 이러한 경우 처분효과의 직접성이 사기죄의 성립범위를 제한하는 역할도 약화되어 사기죄의 성립범위도 부당하게 확대될 우려가 있다. 물론 이 사례의 경우 사기죄가 성립하지 않더라도 절도죄가 성립하므로 형벌의 범위가 확대되는 것은 아니지만, 사기죄의 법정형이 절도죄의 경우보다 더 중하므로¹²⁾ 사기죄와 절도죄 가운데 양자택일이 문제된 경우에 사기죄의 인정에는 신중을 요한다.

2. 재산상의 손해와 재산상의 위험

2.1 재산상 구체적 위험

처분행위에서 말하는 재산상 손해는 재물, 청구권, 권리 등의 손실이나 재산상 의무부

9) 대법원 1968. 10. 29. 선고 68도1222 판결; 대법원 1982. 3. 9. 선고 81도3396 판결; 1986. 8. 19. 선고 86도1093 판결.

10) 이재상, 앞의 책, 16/31.

11) Arzt/Weber, *Strafrecht, Besonderer Teil, LH 3*, 3. Aufl. Gieseking Verlag, 1986, Rn. 430, 450 참조.

12) 자유형을 기준으로 비교하면 형법상 절도죄는 ‘6년 이하의 징역’, 사기죄는 ‘10년 이하의 징역’에 해당한다.

담과 같은 경제적 불이익 내지는 재산상 감소를 말한다. 이러한 재산상 감소가 상당한 대가의 지급을 통하여 상쇄되어 경제적으로 보충이 되더라도 처분행위의 성립에는 영향이 없다. 처분행위로 인한 재산상 손해, 즉 ‘재산상 감소’(Vermögensminderung)에서 그 대가로 지불된 액수를 제외한 나머지 액수를 ‘전체 재산상의 손해’(Vermögensschaden)라고 한다. 판례는 ‘전체 재산상의 손해’는 사기죄의 요건이 아니며, 본죄의 편취액도 “피해자로부터 교부된 재물의 가치로부터 그 대가를 공제한 차액이 아니라 교부받은 재물 전부”라고 한다.¹³⁾

재산상 손해의 범위와 관련하여 ‘재산상 위험’(Vermögensgefährdung)도 여기에 포함되는가에 대하여는 논란이 있다. 긍정설은 “재산가치에 대한 구체적 위험”도 재산상 손해에 해당한다고 한다.¹⁴⁾ 예컨대 지불능력이 없는 자와 금전대여계약을 체결한 것만으로도 재산에 대한 구체적 위험이 있으면 사기죄가 기수에 이를 수도 있다고 한다. 판례도 행위자가 타인명의를 빌려 예금계좌를 개설한 후, 자신은 위 계좌의 현금인출카드를 소지한 채, 명의인을 기망하여 위 예금계좌로 돈을 송금하게 한 경우, 이후에 편취금을 인출하지 않더라도 사기죄는 기수에 이른다고 한다.¹⁵⁾ 대법원은 그 이유로서 행위자는 “언제든지 카드를 이용하여 차명계좌 통장으로부터 금원을 인출할 수 있었고, 명의인을 기망하여 위 통장으로 돈을 송금 받은 이상, 이로써 송금 받은 돈을 자신의 지배하에 두게”된 것이라는 점을 든다. 행위자가 아직 금원을 인출하지 않았으므로 현실적인 침해는 없었지만 그 금원은 행위자가 언제든지 임의로 그 카드를 이용하여 인출할 수 있는 상태에 있었으므로 재산가치에 대한 구체적 위험은 인정된다. 이러한 점으로 미루어 보면 대법원도 이 사안에서는 명시적으로 표현하지는 않았지만 재산에 대한 구체적 위험만으로도 재산상 손해를 인정한 것으로 생각된다. 이에 대하여 재산상 손해는 현실의 손해발생만을 의미한다는 견해는 재산상의 위험을 재산상 손해라고 보는 것은 침해범인 사기죄를 구체적 위험범으로 변질시킬 위험이 있다고 한다.¹⁶⁾ 이러한 비판은 재물사기, 예컨대 ‘자전거 사례’에서 행위자가 잠정적으로 점유를 취득한 것은 점유의 약화, 즉 점유에 대한 구체적 위험에 불과한데도 판례가 사기죄의 성립을 인정한 사안과 같이 책략절도와 재물사기의 구분이 문제된 경우에는 타당하다. 그러나 이러한 비판이 이익사기의 경우에도 그대로 적용되는지에 대하여는 검토를 요한다.

13) 대법원 1995. 3. 24. 선고 95도203 판결.

14) 예컨대 김성천/김형준, 형법각론 제4판, 도서출판 소진, 2014, 420쪽; 이재상, 앞의 책, 18/40.

15) 대법원 2003. 7. 25. 선고 2003도2252 판결.

16) 김일수/서보학, 앞의 책, 688쪽; 배종대, 앞의 책, 68/76.

이익사기에서 재산에 대한 구체적 위험이 재산상 손해에 해당하는가를 논하기 전에 먼저 ‘구체적 위험’의 의미를 명확히 파악할 필요가 있다. 방화죄 가운데 예컨대 자기소유 일반건조물등 방화죄(제166조 제2항)가 구체적 위험범인데, 여기서 구체적 위험은 객체에 대하여 야기된 상황을 더 이상 지배할 수 없을 정도 또는 침해결과의 발생여부가 우연에 달려있을 정도의 위험을 말한다.¹⁷⁾ 따라서 통상의 방어조치만으로 쉽게 진화할 수 있는 상황이라면 객체가 독립연소 되는 상태에 있더라도 아직은 공공의 안전에 대한 구체적 위험이 있다고 할 수 없다. 재산상 구체적 위험도 이에 준해서 이해할 수 있다. 즉 ‘재산상 구체적 위험’은 피기망자가 위험이 현실적인 손해로 실현되는 것을 저지할 수 있는 수단이 없는 경우¹⁸⁾ 또는 기망자가 ‘임의로 타인의 재산을 처분할 수 있는 상태’¹⁹⁾에 있으면 인정된다. 피기망자가 위험을 저지하기 위하여 자신의 주장에 대한 거증책임을 부담하는 경우, 즉 소송위험(Prozeßrisiko)도 재산상 손해에 해당한다.²⁰⁾ 이러한 견해에 의하면 처분행위로 인하여 현실적인 손해가 발생하는데 장애요인이 있는 경우에는 구체적 위험이 없다. 따라서 피기망자가 자신의 처분행위로 인하여 위험을 야기하였더라도 피기망자의 추가적인 행위가 있어야 현실적인 손해가 발생할 수 있는 경우에는 구체적 위험이 아직 발생하였다고 할 수 없다.²¹⁾

이러한 기준에 의하면 행위자가 기망을 통하여 증거서류를 취득하는 소위 증거사기(Beweismittelbetrug)의 경우에도 일률적으로 사기죄의 기수 여부를 결정할 수 있는 것이 아니라, 행위자가 기망에 의하여 증거서류를 취득함으로써 직접적으로 피해자의 재산을 침해할 수 있는 위치에 있으면 재산상 구체적 위험이 발생했다고 볼 수 있다.²²⁾ 행위자가 피해자를 기망하여 서명을 하게하는 소위 ‘서명사취’(Erschleichen von Unterschriften)의 경우도 마찬가지다. 기망에 의하여 서명을 한 것만으로 재산상 현실적 손해가 발생하는 것은 아니지만 문서에 서명을 한 자는 기망을 이유로 이를 취소하거나 무효를 주장하는

17) Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band. I*, 4. Aufl. C.H.Beck, 2006, § 11, Rn. 151; Sch/Sch/Heine, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 26. Aufl. C.H.Beck, 2001, vor § 306 Rn. 5.

18) LK(Schünemann), *Strafgesetzbuch*, 11. Aufl. De Gruyter Recht, 1992, § 266, Rn. 146; LK(Tiedemann), *StGB*, § 263, Rn. 168; Wessels/Hillenkamp, *BT/2*, S. 291. 피기망자의 추가행위 없이 재산이전이 가능하다면 재산상 손해가 발생한 것이라는 견해(장승일, “사기죄의 불법구조와 ‘재산상 손해’개념의 검토”, 법학논총 제35집 제2호, 전남대학교 법학연구소, 2015, 159쪽)도 같은 취지이다.

19) Otto, *Grundkurs Strafrecht, Besonderer Teil*, 7. Aufl. De Gruyter Recht, 2005, S. 247.

20) Wessels/Hillenkamp, *BT/2*, S. 292.

21) Sch/Sch, *StGB*, 17. Aufl. 1974, Rn. 100.

22) Sch/Sch/Cramer, *StGB*, 26. Aufl. § 263, Rn. 146.

등의 행위를 통하여 그 문서를 무효화하기 전까지는 그 문서의 효력을 부정할 수는 없으며, 문서의 효력을 부정하기 위한 증거책임도 피기망자가 부담한다. 이러한 증거책임에 수반되는 재산상 위험은 구체적 위험으로서 경제적 관점에서 보면 재산상 손해에 해당한다.²³⁾

이처럼 구체적 위험을 ‘손해와 동일한 재산상 위험’(Schadensgleiche Vermögensgefährdung)²⁴⁾으로서 ‘재산상 손해’에 해당한다는 견해는 - 독일의 경우 연혁적으로 보면 - ‘경제적 재산개념’의 영향을 받은 것이다.²⁵⁾ 자신의 재산에 위험이 부가된다는 것은 경제적 관점에서 보면 자신의 재산가치가 감소된 것이며, 지불능력이 없는 채무자에 대한 채권 1억 원은 경제적 관점에서 보면 현금 1억의 가치를 갖지는 못하므로 경제적 관점에서 재산적 가치가 떨어진다고 할 수 있다. 경제적 재산설에 의하건 법률적·경제적 재산설에 의하건 재산개념을 경제적 이익으로 파악하는 이상은 재산에 대한 구체적 위험을 재산상 손해에 포함되는 것으로 해석하는 것은 죄형법정주의에 반하지 않는다.²⁶⁾ 요컨대 재산상 손해는 현실적인 재산의 상실뿐만이 아니라 그 재산의 가치감소, 즉 재산가치에 대한 구체적 위험도 포함하는 개념으로 이해할 수 있다.²⁷⁾

2.2 신용카드의 발급과 재산상 손해

사기죄에서 재산상 구체적 위험이 재산상 손해에 해당하는가에 관한 논의는 주로 카드사용으로 인한 대금결재의 의사와 능력이 없는 자가 카드회사를 기망하여 카드를 발급받아 사용한 경우에 카드를 발급받는 행위 자체가 사기죄를 구성하는가와 관련하여 이루어진다. 이 점에 대하여 대법원은 “카드사용으로 인한 카드회사의 손해는 그것이 자동지급기에 의한 인출행위이든 가맹점을 통한 물품구입행위이든 불문하고 모두가 피해자인 카드회사의 기망당한 의사표시에 따른 카드발급에 터잡아 이루어지는 사기의 포괄일죄”²⁸⁾라고 함으로써 사기죄의 성립을 인정하였는데, 이 판례만으로는 대법원이

23) MK(Hefendehl), *Strafgesetzbuch*, C.H.Beck, 2006, § 263 Rn. 615.

24) BGHSt 21, 112.

25) Arzt/Weber, *BT, LH* 3, S. 165.

26) 헌법재판소(헌재 2015. 2. 26. 2014헌바99)는 업무상배임죄의 성립요건인 ‘재산상 손해’라는 개념은 합리적으로 명확하게 파악될 수 있으므로 명확성의 원칙에 반하지 않는다고 결정하였다. 이 결정은 사기죄에 대하여도 그대로 타당하다. 이에 대한 반대견해는 이정원, “사기죄에서의 ‘재산상 손해’의 개념에 관한 연구”, 비교형사법연구 제2호, 한국비교형사법학회, 2000, 133쪽 참조.

27) Otto, *BT*, S. 247.

카드를 발급받은 것 자체만으로도 재산상 손해를 인정한 것인지 분명하지 않다.²⁹⁾ 이 판례와 관련하여 학설은 카드를 취득함과 동시에 카드회사에 대하여 재상상의 손해의 위험을 발생시키므로 사기죄가 성립한다는 견해³⁰⁾와 카드회사가 가맹점에 대금을 지급함으로써 재산상 손해가 발생하므로 카드의 취득만으로 재산상 손해가 발생하였다고 볼 수 없다는 견해로 나뉜다.³¹⁾ 본고 II. 2. 2.1에서 설명한 기준에 의하면 ‘재산상 구체적 위험’은 피기망자가 위험이 현실적인 손해로 실현되는 것을 저지할 수 있는 수단이 없는 경우, 즉 기망자가 ‘임의로 타인의 재산을 처분할 수 있는 상태’에 있으면 인정되는데, 카드를 부정발급 받은 경우 카드의 사용여부는 이를 발급받은 자의 의사에 달려 있으며, 피기망자인 카드회사는 부정발급의 사실을 알기 전까지는 현실적인 손해의 발생을 사실상 저지할 수 없으므로 카드를 부정발급 받은 자에게 지불능력과 의사가 없는 이상은 그가 카드를 수령하면 이로써 재산가치에 대한 구체적 위험, 즉 재산상 손해가 발생하는 것이다. 따라서 카드를 취득함과 동시에 사기죄가 성립한다는 견해에 찬성한다.

2.3 대상판례에서 재산상 손해와 사기죄의 기수시점

대상판례에서 대법원이 주된 논점으로 삼은 것은 피해자 공소외 2가 기망에 의하여 근저당권설정계약서 등에 서명·날인한 경우에도 처분의사가 인정되는가이다. 어느 시점에서 재산상 손해가 발생하고 사기죄가 기수에 이르는가에 대하여는 다수의견은 비교적 간략하게 결론만 언급하고 있다. 이에 대하여 반대의견은 이 문제에 관하여 정교하게 검토를 하면서 다수의견을 비판하고 있다.

대상판례에서 범행이 이루어진 과정을 보면 피고인의 기망행위는 ① 토지의 매도인인 피해자 공소외 2를 기망하여 근저당권설정계약서의 서명·날인을 사취하고, ② 등기공무원을 기망하여 근저당권설정등기를 경료하고, ③ 근저당권을 설정하여 주고, 차용금 교부자를 기망하여 7억 원을 차용한 행위 등이다. 다수의견은 “토지거래허가 등에 필요한 서류로 잘못 알고 처분문서인 근저당권설정계약서 등에 서명 또는 날인함으로써

28) 대법원 1996. 4. 9. 선고 95도2466 판결.

29) 배종대, 앞의 책, 68/79.

30) 김영환, “현금자동지급기의 부정사용에 관한 형법적인 문제점”, 형사판례연구 제6호, 한국형사판례연구회, 1999, 260쪽; 박상기, 형법각론 제8판, 박영사, 2011, 337쪽; 장영민, “자기명의를 신용카드 남용행위의 죄책”, 고시연구, 고시연구사, 1997.6, 66쪽; 독일의 연방대법원(BGHSt 33, 244)도 신용카드의 교부로 인하여 재산상 위험이 발생하므로 사기죄가 성립한다고 한다.

31) 김일수/서보하, 앞의 책, 448쪽; 배종대, 앞의 책, 68/78.

재산상 손해를 초래하는 행위를 한 것”이라고 함으로써 ①의 경우에 사기죄가 성립한다고 본다. 이에 대하여 반대이견은 “근저당권설정계약서 작성만으로는 물권변동의 효력이 생기지 않고, 등기에 필요한 서류를 갖추어 등기를 경료하여야만 재산상 이익이 취득될 수 있다”³²⁾고 함으로써 ②의 경우에 사기죄가 성립한다고 하거나, 근저당권설정등기를 경료한 것만으로는 사기는 미수에 그치고 대여금의 교부가 있어야 기수에 이른다³³⁾고 함으로써 ③의 경우에 사기죄가 성립한다고 한다.

피해자가 근저당권설정계약서 등에 서명·날인하여 주고, 자신의 인감증명서를 교부한 행위가 처분행위에 해당하기 위해서는 이로 인하여 직접적으로 재산상 손해가 발생할 것을 요한다(처분효과의 직접성). 피해자의 처분행위, 즉 서류의 교부와 근저당권 설정 사이에는 근저당권설정을 위한 피고인의 행위가 중간에 개입되어 있으므로 근저당권설정은 피해자의 처분행위로 인하여 직접적으로 발생한 손해가 아니다. 재산상 손해를 현실적 손해에 국한하는 견해에 의한다면 피해자의 처분행위로 인하여 직접적으로 손해가 발생하지 않았으므로 서명사취만으로는 사기죄 기수는 성립하지 않는다. 이에 대하여 재산상 구체적 위험도 재산상 손해에 해당한다는 견해에 의하면 사기죄의 성립여부는 근저당권설정에 필요한 서류의 교부만으로도 구체적 위험이 발생하였는가에 달려 있다. 본고 II. 2. 2.1 및 2.2에서 설명한 바와 같이 ‘재산상 구체적 위험’은 피기망자가 위험이 현실적인 손해로 실현되는 것을 저지할 수 있는 수단이 없는 경우, 즉 기망자가 ‘임의로 타인의 재산을 처분할 수 있는 상태’에 있으면 인정된다. 따라서 행위자가 기망에 의하여 근저당권설정에 필요한 서류를 취득함으로써 임의로 피해자의 재산을 침해할 수 있는 위치에 있다면 재산상 구체적 위험이 발생하였다고 볼 수 있지만, 피기망자에게 아직 이의제기의 기회가 남아있어서 현실적 손해가 발생하는 것을 저지할 수 있다면 아직 재산상 구체적 위험이 발생하였다고 할 수는 없다. 대상판례에서 피고인은 피해자가 기망당한 사실을 알고 이의를 제기하기 전까지는 임의로 근저당권설정등기를 경료할 수 있으므로 재산상 구체적 위험이 발생하였다고 할 수 있다. 따라서 ① 근저당권설정계약서의 서명·날인을 사취한 경우에 사기죄가 성립한다고 보는 다수의견이 타당하다고 생각한다.

② 등기공무원을 기망하여 근저당권설정등기를 경료한 경우에 기수가 된다는 견해에 대하여는 피기망자가 등기공무원인 경우와 피해자 공소의 2인 경우로 나누어 검토하기

32) 반대이견에 대한 대법관 조희대의 보충의견.

33) 반대이견에 대한 대법관 김용덕, 대법관 김소영, 대법관 박상옥의 보충의견.

로 한다. 등기공무원을 기망하여 근저당권설정등기를 경료한 행위에 대하여는 처음부터 사기죄가 문제되지 않는다. 왜냐하면 피기망자인 등기공무원과 재산상 피해자가 다르므로 삼각사기의 성립여부가 문제되는데, 등기공무원은 ‘부동산의 처분권한’이 없으므로 삼각사기의 성립은 불가능하기 때문이다.³⁴⁾ 피기망자를 토지매도인인 피해자 공소외 2로 보더라도 결론은 같다. 공소외 2로부터 서명·날인을 사취하더라도 근저당권설정등기를 경료하기 위해서는 등기공무원을 기망하는 행위가 중간에 개입되므로 처분효과의 직접성이 부정되어 사기죄는 성립하지 않는다.

③ 근저당권을 설정하여 주고, 차용금 교부자를 기망하여 7억 원을 차용한 경우에 사기죄 기수가 된다는 견해는 재산상 손해의 개념을 ‘현실적인 재산의 상실’에 국한하고, 서명사취와 같은 ‘재산가치에 대한 구체적 위협’만으로는 재산상 손해에 해당하지 않는다는 입장과 일치한다. 이러한 입장은 “재산가치에 대한 구체적 위협”을 재산상 손해에 포함시키는 다수설³⁵⁾ 및 본고의 입장과 일치하지 않으며, 대법원의 일관된 입장과도 일치하지 않는다. 기존 판례에 의하면 재산상 손해는 현실적인 손해가 발생한 경우뿐만 아니라 “경제적인 관점에서 보아 본인에게 손해가 발생한 것과 같은 정도로 구체적인 위협이 있는 경우”를 말한다.³⁶⁾ 본고 II. 2. 2.1에서 설명한 바와 같이 ‘행위자가 기망에 의하여 증거서류를 취득함으로써 직접적으로 피해자의 재산을 침해할 수 있는 위치에 있다면 재산상 구체적 위협이 발생’한다. 대법판례에서 피고인이 토지매도인을 기망하여 근저당권설정계약서의 서명·날인을 사취하면 더 이상 토지매도인의 협조 없이도 임의로 근저당권설정을 종료하고 대여금을 교부받을 수 있으므로 직접적으로 재산상 구체적 위협이 발생하였다고 볼 수 있다. 만일 피고인이 서명·날인의 사취 후 사기사실이 발각되어 근저당권설정등기를 경료하거나 근저당권설정등기를 경료했다라도 대여금의 교부가 이루어지지 않아 현실적으로 손해가 발생하지 않더라도 이미 성립한 사기죄 기수에는 영향이 없다.³⁷⁾

34) 대법원 1981. 7. 28. 선고 81도529 판결.

35) 앞의 주 14) 참조.

36) 대법원 2015. 9. 10. 선고 2015도6745 판결; 대법원 2017. 2. 3. 선고 2016도3674 판결.

37) 반대의견에 대한 대법관 김용덕, 대법관 김소영, 대법관 박상옥의 보충의견에 의하면 사기미수만 성립한다고 한다.

III. 처분의사

1. 개념

본고 II. 1.에서 언급한 바와 같이 사기죄의 성립요건인 처분행위는 순수한 사실상의 의미를 갖는 개념으로서 민법상 처분행위와는 다르다. 민법상 처분행위는 권리변동을 목적으로 하는 법률행위로서 처분의사는 처분행위의 필수적인 구성요소이다. 이에 대하여 사기죄에서 처분행위는 법률행위에 국한되지 않으며 순수한 사실행위도 포함하므로 반드시 처분의사가 있을 것을 요하지 않는다. 민법상 처분행위와는 달리 사기죄에서 처분행위는 재물사기와 절도를 구분하는 구분기능과 피기망자의 착오와 재산상 손해 사이에 위치하는 연결요소로서 양자의 인과관계를 성사시키는 연결기능을 가질 뿐이며, 그 처분행위가 민법상 처분의사에 따라 일정한 법률효과를 갖는가는 형법에서는 아무런 의미가 없다.³⁸⁾ 그 처분행위에 하자가 있어서 민법상 취소가능하거나 무효인 경우에도 형법상 처분행위의 성립에는 지장이 없다. 오히려 처분행위에 하자가 있어야 사기죄의 성립이 가능하다. 이처럼 처분행위의 개념이 민법과 형법에서 달리 해석되는 것은 그 개념의 기능이 각자 다른데서 기인한 것이므로 법질서통일의 원칙에 반하는 것은 아니다. 이는 마치 ‘사람의 시기’나 ‘점유’가 민법과 형법에서 각각 달리 해석되는 것과 같은 이치이다. 요컨대 사기죄에서 처분의사는 처분행위의 필수적인 구성요소가 아니며, 사기죄의 성립을 위하여 처분의사가 요구되는가의 여부는 처분의사가 사기죄의 불법내용을 구성하는데 필요한 요소인가의 여부에 의하여 형법에서 독자적으로 결정될 문제이며, 민법상 처분행위의 개념에 종속되는 것은 아니다.³⁹⁾

2. 학설 및 판례

2.1 학설

사기죄의 성립을 위하여 처분의사를 요하는가에 관하여는⁴⁰⁾ ① 이를 긍정하는 적극

38) 다수의견에 대한 대법관 김신의 보충의견 참조.

39) 이에 대하여 대법관에서 대법관 이상훈, 대법관 김용덕, 대법관 김소영, 대법관 조희대, 대법관 박상옥, 대법관 이기택의 반대의견이 “재산적 처분행위나 그 요소로서의 처분의사”라고 표현한 부분으로 미루어보면 처분의사를 처분행위의 개념요소로 파악한 것으로 생각된다.

설,⁴¹⁾ ② 객관적으로 손해를 초래할 수 있는 행위이면 족하며 처분의사가 있을 것을 요하지는 않는다는 소극설,⁴²⁾ ③ 이익사기죄의 경우에는 처분의사를 요하지 않지만 재물사기죄의 경우에는 처분의사를 요한다고 보는 이원설⁴³⁾ 등이 있다. 그리고 적극설 내에서는 ① 처분결과, 즉 손해의 발생에 대한 인식까지 요하는 견해,⁴⁴⁾ ② 처분행위에 따른 손해발생의 결과에 대한 인식까지는 요하지 않으며 처분행위에 대한 인식으로 족하다는 견해,⁴⁵⁾ ③ 타인의 재산에 영향을 준다는 인식⁴⁶⁾으로 족하다는 견해, ④ 재산이전의 결과에 대한 인식이 있는 경우는 물론 인식가능한 경우도 포함한다는 견해⁴⁷⁾ 등이 있다.

소극설의 논거를 정리하면 ① 피기망자가 자신의 행위로 인하여 재산상 손해가 발생한다는 사실을 인식하지 못하는 것이 사기죄의 전형적인 모습이며, ② 처분의사를 요하는 경우 중대한 처벌의 결함이 발생한다는 점 등이다. 적극설의 주된 논거는 ① 사기죄는 자기침해적 범죄(편취죄)로서 피해자가 최소한 처분행위를 한다는 사실에 대한 인식이 있을 것을 전제로 하며,⁴⁸⁾ ② 소극설이나 이원설이 재물사기죄에서는 피기망자의 처분의사를 기준으로 절도와 사기를 구분하면서 이익사기죄의 경우에는 처분의사의 중요성을 부정하는 것은 개념의 일관성을 결한 것으로서 모순이라는 점⁴⁹⁾ 등이다.

40) 독일의 학설 및 판례에 대한 자세한 설명은 김선복, “사기죄에 있어서 처분의사의 필요성”, 형사법연구 제13호, 한국형사법학회, 2000, 168쪽 이하, 176쪽 이하; 김재봉, “사기죄와 처분의사”, 형사판례연구 제11호, 한국형사법학회, 2003, 178쪽 이하 참조.

41) 예컨대 배종대, 앞의 책, 68/45; 임웅, 형법각론 제5판, 법문사, 2013, 350쪽; 대법원 1987. 10. 26. 선고 87도1042 판결; 변경된 판례: 대법원 2017. 2. 16. 선고 2016도13362 전원합의체 판결.

42) 예컨대 박상기, 앞의 책, 314쪽 이하; 이재상, 앞의 책, 18/31; 이정원, 형법각론, 신론사, 2012, 366쪽.

43) 김일수/서보하, 앞의 책, 431쪽 이하; NK(Kindhäuser), *StGB*, § 263 Rn. 223; BGHSt 18, 223; BGH NSIZ 1995, 593.

44) 변경 전 판례: 대법원 2001. 7. 13. 선고 2001도1289 판결.

45) 김성천/김형준, 앞의 책, 412쪽; 변경된 판례: 대법원 2017. 2. 16. 선고 2016도13362 전원합의체 판결.

46) 김선복, 앞의 논문, 180쪽. ‘재산이전의 인식’으로 족하다는 견해(Miehe, *Unbewußte Verfügungen*, 1987, S. 54 ff.)나 피기망자의 행위가 성격상 재산과 중요한 연관성이 있다는 것, 즉 재산연관적 성격(vermögensrelevanter Charakter)에 대한 인식으로 족하다는 견해(SK(Hoyer), *Strafgesetzbuch, Besonderer Teil, Bd. II*, Carl Heymanns Verlag, 2004 § 263 Rn. 181; Otto, BT, 239)도 사실상 같다(Otto, BT, 239쪽의 주 323 참조).

47) 김재봉, 앞의 논문, 188쪽. 결과인식의 결과에 영향을 준 요소를 종합적으로 고려하여 처분의사의 인정여부를 결정하여야 한다는 입장에서 이 견해에 동의하는 견해는 황태정, 앞의 논문, 841쪽.

48) 대상판례에서 대법관 이상훈, 대법관 김용덕, 대법관 김소영, 대법관 조희대, 대법관 박상옥, 대법관 이기택의 반대의견.

49) 김선복, 앞의 논문, 177쪽.

2.2 학설의 검토

재산상 처분행위로 인하여 행위자는 재물의 교부, 즉 재물에 대한 점유를 취득하거나 재산상 이익을 취득하게 되므로 처분행위로 인한 재산상 손해는 재물사기의 경우에는 점유의 상실이며 이익사기의 경우에는 재산의 감소이다. 처분의사도 전자의 경우에는 점유의 이전에 대한 인식을 의미하며, 후자의 경우에는 학설에 따라 차이는 있지만 처분행위에 대한 인식 또는 재산감소에 대한 인식을 말한다. 따라서 사기죄의 성립을 위하여 처분의사가 요구되는가도 재물사기와 이익사기로 나누어 검토할 필요가 있다.

절도죄는 점유자의 의사에 반하여 점유가 이전되는 탈취죄인데 대하여 사기죄는 점유자의 하자있는 의사에 의하여 점유가 이전되는 편취죄로서, 양자는 서로 양립할 수 없는 택일관계에 있다. 따라서 절도죄와 사기죄의 구분은 점유가 점유자의 점유이전 의사에 근거하여 이루어졌는가의 여부에 의할 수밖에 없다. 재물사기죄에서 처분의사를 재물에 대한 점유이전 의사로 이해하는 이상은 처분의사는 사기죄의 성립요소가 될 수밖에 없다. 재물사기죄에서 처분의사가 요구되는 이유는 사기죄가 편취죄이고 그 객체가 재물이기 때문이지 처분의사가 처분행위의 개념요소로서 그 안에 포함되어 있기 때문은 아니다.⁵⁰⁾ 따라서 재물사기죄에서 처분의사를 요한다는 이론을 이익사기죄에 대하여도 그대로 적용할 수는 없다.

사기죄의 성립에 처분의사가 요구되는가에 대한 논란은 이익사기를 중심으로 이루어 지는데, 여러 차례 강조한 바와 같이 사기죄에서 처분의사는 민법상 처분행위와는 달리 처분행위의 개념요소가 아니므로 재물사기죄에서는 처분의사를 기준으로 절도와 사기를 구분하면서 이익사기죄의 경우에는 처분의사를 요하지 않는다고 하는 것은 개념의 통일성을 결한 것으로서 모순이라는 소극설의 주장은 타당하지 않다. 그보다는 처분의사가 사기죄의 불법을 구성하는 요소인지를 중심으로 논할 필요가 있다. 만일 이를 긍정한다면 사기죄의 성립에 처분의사를 요하지 않는다는 견해는 처벌범위를 부당하게 확대하는 결과가 되겠지만, 이를 부정한다면 이익사기죄에 처분의사를 요한다는 견해는 처벌범위를 부당하게 축소시켜 처벌의 공백을 초래하게 될 것이다

사기죄에서 기망은 거래상의 신의칙에 반하는 행위로서 사람으로 하여금 착오를 일으키는 행위를 말한다. 사기죄는 기망을 수단으로 재산상 이익을 취득하는 범죄이므로 본죄의 불법내용은 신뢰침해(행위반가치)와 재산침해(결과반가치)로 구성된다고 할 수

50) 본고 III. 1.

있다.⁵¹⁾ 그리고 재산침해는 기망행위에 의한 착오에 의하여 이루어지므로 피기망자의 착오와 재산상 손해 사이에 위치하는 연결요소로서 처분행위가 사기죄의 불법을 구성하는 요소가 된다. 요컨대 이익사기죄는 피기망자가 착오에 의하여 처분행위를 하고 이로 인하여 직접적으로 재산상 손해가 발생하면 족하며, 처분의사는 사기죄의 불법을 구성하는 요소가 아니다. 예컨대 ① 대상판례에서 피고인이 토지거래허가 등에 필요한 서류라고 속여서 토지의 매도인으로 하여금 근저당권설정계약서에 서명·날인하게 한 경우, ② 유명인에게 기념사인을 해달라고 속여서 근저당권설정계약서에 서명·날인하게 한 경우(단순 서명사취), ③ 토지의 소유자에게 근저당권설정을 하여주면 높은 이자를 주겠다고 기망을 하여 그로 하여금 근저당권설정계약서에 서명·날인하게 한 경우를 비교해 보자. 처분의사를 손해발생에 대한 인식으로 이해하는 견해에 의하면 사례 ①, ②의 경우 모두 처분의사의 결여를 이유로 사기죄가 성립하지 않고, ③의 경우에만 사기죄가 성립할 것이다. ‘타인의 재산에 영향을 준다는 인식’⁵²⁾으로 족하다는 견해에 의하면 ①, ③의 경우에는 처분의사가 인정되지만 ② ‘단순 서명사취’의 경우에는 처분의사를 부정할 것이다. 그러나 사례 ①, ②, ③의 경우 모두 행위자는 재산상 이익을 취득할 목적으로 기망을 하였고, 이로 인하여 피해자는 서명·날인을 하여 재산상 손해를 입었다는 점에서 차이가 없다. 피기망자가 자신의 서명·날인이 재산과 연관이 없다고 인식을 하였는가의 여부나 재산상 손해가 발생한다는 인식을 하였는가의 여부는 불법내용면에서는 중요한 차이가 없다. 오히려 기망의 정도나 그 기망으로 인하여 피기망자의 의사결정의 자유가 침해된 정도로 보면 그에게 처분결과에 대한 인식이 있는 ③의 경우보다 그러한 인식이 없는 ①, ②의 경우가 더 심각할 수도 있다⁵³⁾ 요컨대 손해발생에 대한 인식이나 재산관련성에 대한 인식은 사기죄의 불법을 구성하는 요소가 아니며, 이러한 처분의사를 사기죄의 성립요건으로 추가하는 것은 가벌적 불법에 이른 행위를 불가별로 되돌림으로써 처벌의 공백을 발생시키는 결과에 이른다.

2.3 판례

판례는 사기죄의 성립을 위하여 처분의사를 요한다는 적극설을 취하고 있다. 다만

51) 김일수/서보하, 앞의 책, 413쪽.

52) 본고의 주 46).

53) 다수의견에 대한 대법관 김창석, 대법관 권순일의 보충의견 참조.

처분의사의 내용과 관련하여 이전에는 처분결과, 즉 손해의 발생에 대한 인식을 요한다고 보았으나,⁵⁴⁾ 대상판례에서 기존의 입장을 변경하여 처분행위에 따른 손해발생의 결과에 대한 인식까지는 요하지 않으며 “처분행위라고 평가되는 어떤 행위를 피해자가 인식”하면 족하다고 보았다.⁵⁵⁾ 대법원이 ‘결과발생’에 대한 인식까지 요하지는 않는다는 점은 명확히 표현하였으나, 재산과 연관성이 있는 행위라는 것에 대한 인식은 있어야 하는지의 여부에 대하여는 직접적으로 판단하고 있지 않다. 다만 판결문 가운데 “사기죄에서 피해자의 처분의사가 갖는 기능은 피해자의 처분행위가 존재한다는 객관적 측면에 상응하여 이를 주관적 측면에서 확인하는 역할을 하는 것일 뿐이다”라는 다수의견이나 “피기망자가 처분결과, 즉 문서의 구체적 내용과 그 법적 효과를 미쳐 인식하지 못하였다고 하더라도, 어떤 문서에 스스로 서명 또는 날인함으로써 그 처분문서에 서명 또는 날인하는 행위에 관한 인식이 있었던 이상 피기망자의 처분 의사 역시 인정된다”는 다수의견의 보충의견⁵⁶⁾으로 미루어보면 행위의 ‘재산연관적 성격’(vermögensrelevanter Charakter)에 대한 인식⁵⁷⁾은 요구하지 않은 것으로 사료된다.⁵⁸⁾

대상판례는 사기죄의 성립을 위하여 처분의사를 요구하지만 손해발생에 대한 인식이나 재산연관성에 대한 인식을 요구하는 견해와는 달리 “자연적 행위 자체에 대한 피기망자의 인식”⁵⁹⁾만을 요구하므로 기존의 판례⁶⁰⁾에서 처분의사가 부정되어 부당한 처벌의 공백이 발생하는 경우는 ‘거의’ 없을 것으로 예상된다. 행위 자체에 대한 인식이 결여된 경우로는 예컨대 ‘무의식적인 행동’⁶¹⁾이나 자신에게 청구권이 있다는 사실 자체를 인식하지 못하여 청구권을 행사하지 않은 경우⁶²⁾ 등을 생각할 수 있다. 무의식적인 행동에는 행위론에서 말하는 ‘유의성’(有意性)이 결여되어 있으므로 처분 ‘행위’ 자체가 존재하지

54) 대법원 2001. 7. 13. 선고 2001도1289 판결.

55) 대법원 2017. 2. 16. 선고 2016도13362 전원합의체 판결.

56) 다수의견에 대한 대법관 김창석, 대법관 권순일의 보충의견.

57) 본고의 주 46).

58) 대상판례에서 대법관 이상훈, 대법관 김용덕, 대법관 김소영, 대법관 조희대, 대법관 박상옥, 대법관 이기택의 반대의견도 대법원의 다수의견을 “의사무능력자의 행위나 무의식적 행위와 구분할 수 있을 정도의 사실적 행위 의사만 있으면 된다는 취지”로 이해한다.

59) 다수의견에 대한 대법관 김신의 보충의견.

60) 예컨대 대법원 2001. 7. 13. 선고 2001도1289 판결.

61) 다수의견에 대한 대법관 김신의 보충의견.

62) 부작위에 의한 기망의 경우 피기망자는 통상 자신이 청구권을 행사하지 않는다는 사실을 인식을 하지 못하므로 “자연적 행위 자체에 대한 인식”도 없다. 따라서 대상판례의 변경된 견해에 의하더라도 부작위에 의한 기망의 경우에는 처벌의 공백이 여전히 잔존하게 된다.

않으므로 처분의사의 존부와 관계없이 사기죄가 문제되지 않는다. 그리고 청구권이 있다는 사실 자체를 인식하지 못한 경우에는 처분행위 이전에 기망행위나 기망에 의한 착오 자체가 부정될 여지가 크다. 예컨대 영화관람권을 구입하지 않고 영화관에 몰래 잠입하여 영화를 관람한 경우 검표직원이 이를 저지하거나 청구권을 행사하지 않은 것은 아무런 이성의 작용이 없는 소위 ‘순수한 무지’(ignorantia facti)에 의한 것으로서 착오에 해당하지 않으므로 굳이 처분의사의 결여를 원용(援用)하지 않더라도 사기죄는 성립하지 않는다. 요컨대 처분의사를 “자연적 행위 자체에 대한 피기망자의 인식”으로 이해하는 대법원의 견해는 사기죄의 성립에 처분의사를 요하지 않는다는 소극설과 차이가 거의 없다.

대법원은 이익사기죄의 성립이 문제된 대상판례에서 처분의사의 성립을 위하여 손해 발생에 대한 인식을 요하지 않는다는 입장을 취하면서도 자연적 행위 자체에 대한 인식은 요한다고 함으로써 적극설의 입장을 그대로 고수하고 있다. 그럼으로써 재물사기와 이익사기의 구분 없이 처분의사가 요구된다는 일관성을 유지하고 있다. 그러나 전자에서 의미하는 처분의사는 ‘점유이전의 의사’인데 대하여, 후자에서 말하는 처분의사는 대상판례에 의하면 재산상 손해에 대한 인식이 아니라 ‘자연적 행위에 대한 인식’으로서 그 내용에 차이가 있다. 만일 이익사기에서 의미하는 처분의사를 그대로 재물사기에도 적용하여 재물을 건네주는 자연적 행위 자체에 대한 인식만으로도 처분의사가 인정된다고 한다면 이익사기와 책략절도의 구분이 불명확해진다.⁶³⁾ 예컨대 앞에서 언급한 금목걸이사건⁶⁴⁾에서 금은방 주인 을(乙)은 금목걸이를 갑(甲)에게 건네주는 행위 자체에 대한 인식은 있었으므로 처분의사가 인정되어 사기죄가 성립한다는 부당한 결과에 이를 수도 있다. 대법원은 책략절도와 재물사기죄의 구분을 위해서는 처분의사의 개념을 재물사기와 이익사기에 따라 이원적으로 해석할 수밖에 없으므로 처분의사의 내용면에서 일관성을 유지하기는 어려울 것으로 생각된다. 이에 대하여 “처분행위의 존재를 인정할 수 있는지에 따라 사기죄의 성립 여부를 가릴 수 있으므로”, 사기죄와 책략절도죄를 구별하는데 ‘처분결과에 대한 인식’이 반드시 필요한 것이 아니라는 견해가 있다.⁶⁵⁾ 그러나 금목걸이사건에서 금은방 주인 을(乙)은 금목걸이를 갑(甲)에게 건네주는 행위가 처분행위에 해당하는가를 판단하는데 ‘행위 자체에 대한 인식’이나 ‘잠정적 점유이전의

63) 황태정, “사기죄의 처분행위와 처분의사 - 대법원 2017. 2. 16. 선고 2016도13362 전원합의체 판결”, 법조통권 제723호 최신판례분석 제6호, 법조협회, 2017.6, 837쪽.

64) 본고의 주 7).

65) 다수의견에 대한 대법관 김창석, 대법관 권순일의 보충의견.

의사'는 기준이 되지 못하며 '중국적 점유이전의 의사'가 있었는가에 따라서 판단하여야 하는데 이러한 의사는 재물사기죄에서는 '처분결과에 대한 인식'을 의미한다. 따라서 처분 의사라는 기준이 없이 책략절도와 재물사기를 구분하는 것은 곤란할 것으로 생각된다.

대상판례가 처분행위의 개념을 재물사기와 이익사기에 따라 이원적으로 이해하거나 이원설이 전자에 대하여만 처분의사를 요구하는 것은 이론상 일관성을 결한 것이 아니라 범죄의 객체가 재물인가 재산상 이익인가, 처분행위가 재물의 교부인가 아니면 그 이외의 방법으로 재산상 손해를 초래하는 행위인가의 차이에 따른 자연스런 결과라고 할 수 있다.

IV. 결론

1. 처분행위에서 말하는 재산상 손해는 '재산가치에 대한 구체적 위협'도 포함한다(다수설). 다수설이 침해범인 사기죄를 구체적 위협범으로 변질시킬 위험이 있다는 비판은 책략절도와 재물사기의 구분이 문제된 경우에는 타당하나, 이익사기의 경우에는 타당하지 않다.

2. '재산상 구체적 위협'은 피기망자가 위험이 현실적인 손해로 실현되는 것을 저지할 수 있는 수단이 없는 경우 또는 기망자가 '임의로 타인의 재산을 처분할 수 있는 상태'에 있으면 인정된다. 그러나 처분행위로 인하여 현실적인 손해가 발생하는데 장애요인이 있는 경우, 예컨대 피기망자의 처분행위로 인하여 위험을 야기하였더라도 피기망자의 추가적인 행위가 있어야 현실적인 손해가 발생할 수 있는 경우에는 구체적 위협이 발생한 것이 아니다.

3. 대상판례에서 피고인은 피해자가 기망당한 사실을 알고 이의를 제기하기 전까지는 임의로 근저당권설정등기를 경료할 수 있으므로 재산상 구체적 위협이 발생하였다고 할 수 있다. 따라서 근저당권설정계약서의 서명·날인을 사취한 경우에 사기죄가 성립한다고 보는 대상판례의 다수의견이 타당하다고 생각한다.

4. 민법상 처분행위는 권리변동을 목적으로 하는 법률행위로서 처분의사는 처분행위의 필수적인 구성요소이다. 이에 대하여 사기죄에서 처분행위는 법률행위에 국한되지 않으며 순수한 사실행위도 포함하므로 반드시 처분의사가 있을 것을 요하지 않는다.

5. 절도죄는 탈취죄인데 대하여 사기죄는 편취죄로서, 양자는 서로 양립할 수 없는

택일관계에 있다. 따라서 절도죄와 사기죄의 구분은 점유가 점유자의 점유이전 의사, 즉 처분의사에 근거하여 이루어졌는가의 여부에 의할 수밖에 없다. 재물사기죄에서 처분의사를 재물에 대한 점유이전 의사로 이해하는 이상은 처분의사는 재물사기죄의 성립 요소가 될 수밖에 없다.

6. 사기죄는 기망을 수단으로 재물을 교부받거나 재산상 이익을 취득하는 범죄이므로 본죄의 불법내용은 신뢰침해(행위반가치)와 재산침해(결과반가치)로 구성된다. 따라서 이익사기죄는 피기망자가 착오에 의하여 처분행위를 하고 이로 인하여 직접적으로 재산상 손해가 발생하면 족하며, 처분의사는 이익사기죄의 불법을 구성하는 요소가 아니다. 요컨대 재물사기죄의 성립을 위하여는 재물에 대한 점유이전 의사, 즉 처분의사를 요하지만 이익사기죄의 성립에는 처분의사를 요하지 않는다는 이원설이 타당하다.

7. 대상판례에 의하면 - 재물사기죄에서 의미하는 처분의사는 ‘점유이전의 의사’인데 대하여 - 이익사기에서 말하는 처분의사는 재산상 손해에 대한 인식이 아니라 ‘자연적 행위에 대한 인식’으로서 그 내용에 차이가 있다. 대상판례가 처분의사의 개념을 재물사기와 이익사기에 따라 이원적으로 이해하거나, 이원설이 전자에 대하여만 처분의사를 요구하고 후자에 대하여는 처분의사를 요하지 않는 것은 이론상 일관성을 결한 것이 아니라 범죄의 객체가 재물인가 재산상 이익인가, 처분행위가 재물의 교부인가 아니면 그 이외의 방법으로 재산상 손해를 초래하는 행위인가의 차이에서 나오는 자연스런 결과라고 할 수 있다.

참고문헌

1. 단행본

- 김성천/김형준, 형법각론 제4판, 도서출판 소진, 2014.
- 김일수/서보학, 형법각론 제7판, 박영사, 2007.
- 박상기, 형법각론 제8판, 박영사, 2011.
- 배종대, 형법각론 제9판, 홍문사, 2015.
- 손동권, 형법각론 제3개정판, 율곡출판사, 2010.
- 오영근, 형법각론 제3판, 박영사, 2014.
- 이재상, 형법각론 제9판, 박영사, 2013.
- 이정원, 형법각론, 신론사, 2012.
- 임 응, 형법각론 제5판, 법문사, 2013.
- Arzt/Weber, *Strafrecht, Besonderer Teil, LH 3*, 3. Aufl. Gieseking Verlag, 1986.
- Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch*, 11. Aufl. C.H.Beck, 1992(인용: LK(저자), StGB).
- Miehe, *Unbewußte Verfügungen. Zur Spannung zwischen Unrechtsgehalt und Tatbild des Betrugers*, v. Decker & Müller, 1987.
- Münchener Kommentar, Strafgesetzbuch*, C.H.Beck, 2006(인용: MK-저자, StGB).
- Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, 3. Aufl. Nomos Verlag, 2010(인용: NK(저자), StGB).
- Otto, *Grundkurs Strafrecht, Besonderer Teil*, 7. Aufl. De Gruyter Recht, 2005.
- Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band. I*, 4. Aufl. C.H.Beck, 2006.
- Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 17. Aufl. C.H.Beck, 1974(인용: Sch/Sch/저자, StGB, 17. Aufl.).
- Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 26. Aufl. C.H.Beck, 2001(인용: Sch/Sch/저자, StGB, 26. Aufl.).
- Systematischer Kommentar, Strafgesetzbuch, BT, Bd. II*, Carl Heymanns Verlag, 2004(인용: SK(저자), StGB).
- Wessels/Hillenkamp, *Strafrecht, BT/2*, 28. Aufl. C.F.Müller, 2005.

2. 학술지

- 김선복, “사기죄에 있어서 처분의사의 필요성”, 형사법연구 제13호, 한국형사법학회, 2000, 163-182쪽.
- 김영환, “현금자동지급기의 부정사용에 관한 형법적인 문제점”, 형사판례연구 제6호, 한국형사판례연구회, 1999, 239-265쪽.
- 김재봉, “사기죄와 처분의사”, 형사판례연구 제11호, 한국형사판례연구회, 2003, 166-190쪽.
- 이경철, “사기죄의 구성요건으로서의 처분행위”, 법학논고 제38집, 경북대학교 법학연구원, 2012.2, 107-130쪽.
- 이정원, “사기죄에서의 ‘재산상 손해’의 개념에 관한 연구”, 비교형사법연구 제2호, 한국 비교형사법학회, 2000, 113-135쪽.
- 장승일, “사기죄의 불법구조와 ‘재산상 손해’개념의 검토”, 법학논총 제35집 제2호, 전남대학교 법학연구소, 2015, 145-168쪽.
- 장영민, “자기명의의 신용카드 남용행위의 죄책”, 고시연구, 고시연구사, 1997.6, 63-72쪽.
- 천진호, “소취하와 사기죄에 있어서 재산적 처분행위”, 비교형사법연구 제5권 제1호 한국 비교형사법학회, 2003, 593-617쪽.
- 황태정, “사기죄의 처분행위와 처분의사 - 대법원 2017. 2. 16. 선고 2016도13362 전원합의체 판결 -”, 법조 통권 제723호 최신판례분석 제6호, 법조협회, 2017.6, 809-845쪽.

[Abstract]

**The Disposal Awareness and
Financial Loss in Case of a Fraud**
-Supreme Court en banc Decision 2016Do13362
Decided February 16, 2017-

Won, Hyung-Sig*

1. According to the majority opinion the financial loss in sense of a property disposition involves ‘concrete risk against property values’. The criticism that this opinion transforms the fraud as a injury offense into a indangering offense. Such a criticism can be justified so long as it concerns with the problem of distinguishing between theft by a deception and a fraud of movable property, but no more with regard to a fraud of profit.

2. ‘Concrete risk against property values’ exists when a deceived person is not capable to prevent that a financial risk turns into a real damage or when a deceiver can dispose another’s property at his discretion.

3. In this case of the Supreme Coury ‘a concrete risk against property values’ can be accepted, because the accused can carry out the registration of a establishment of the right to collateral security. Therefore the majority opinion in this precedent of the Supreme Coury that the obtaining a signature by deception in a contract to establish the right to collateral security conforms to fraud(Article 347 of the Penal Code) has right.

4. In case of a fraud of movable property the awareness of property disposition is a element of a fraud. On the other hand it is not so in case of a fraud of profit.

5. According to the precedent of the Supreme Coury the awareness of property disposition means the awareness of transfer of occupation in case of a fraud of movable property. But in case of a fraud of profit it means the awareness of the action itself. Such a dualistic interpretation of the meaning of awareness of property disposition is not a lack of consistency,

* Professor, Department of Law, Kongju National University, Ph.D. in Law

but an inevitable result that comes from the differences of objects and criminal acts between two types of frauds.

[Key Words] Fraud, Property disposition, Awareness of property disposition, Theft by deception, Directness of disposition of property, Financial loss, Financial risk, Concrete risk

