

강제집행면탈죄에서의 ‘채권자를 해할 위험’ Risks of Damaging Creditors in Evasion of Execution

김도윤*

Kim, Do-Yoon

목 차

- | | |
|---------------------|----------------------|
| I. 여는 글 | III. 채권자를 해할 위험의 유형화 |
| II. 강제집행면탈죄의 보호의 정도 | IV. 맺는 글 |

강제집행면탈죄는 형법상 범죄이지만, 민사법리와 밀접하게 관련된 복잡한 범죄유형으로서 지금까지는 거의 실무에 맡겨져 있었다. 강제집행면탈죄는 채권자의 채권 확보를 원활히 하고 불필요한 분쟁을 막고자 추상적 위험범으로 해석하는 것이 일반적 견해와 판례의 태도이다.

대법원은 면탈행위가 있는 때는 채권자가 해할 위험이 있다고 ‘사실상’ 추정하고 있다. 그러나 민사법상 집행채권의 부존재나 당연무효 등 채권자에게 권리가 없거나, 청구권의 성격상 또는 책임재산이 충분하여 강제집행을 방해받을 수 없는 때, 진정한 거래행위로서 진의에 의한 양도인 때는 채권자를 해할 위험을 부정하고 있다. 결론적으로 대법원은 ‘채권자를 해할 위험’에 대해 민사법리를 기초로 실무감각에 기대어 대응하여 온 것으로 보인다.

위와 같은 현행 판례의 태도만으로는 다양한 채무면탈행위에 기민하게 대처하기 어렵다. 생각건대 법률상 강제집행 자체가 불가능한 경우에

투고일 : 2014. 7. 28. 심사회의일 : 2014. 8. 20. 게재확정일 : 2014. 9. 3.

* 서울출입국관리사무소 공익법무관

Public advocate of Law in Seoul immigration office

대한 대법원의 판시는 타당하다. 그러나 사실상 강제집행을 현저히 곤란하게 하는 행위로서 집행절차에서 즉시 대응할 수 없는 때에도 채권자를 해할 위험을 인정하여야 하고, 책임재산의 존부와 관련하여서는 지금처럼 제반 사정을 고려하면서 책임재산이 없거나 강제집행의 실효성을 확보할 수 없는 때에는 채권자를 해할 위험이 있다고 판단하여야 하며, 진의에 의한 양도행위도 은닉으로 평가할 수 있을 때는 강제집행면탈죄의 성립을 인정하는 것이 현행법을 개정하지 않는 한도에서 추상적 위험범의 취지에 부합한다고 본다.

[주제어] 강제집행면탈, 채권자를 해할 위험, 위험범, 채무면탈, 채권자보호

I. 여는 글

많은 분쟁들이 법원의 재판으로 종결된다. 재판의 실효성 확보를 위해서는 재판을 권원으로 한 강제집행이 뒤따르게 되는데, 강제력을 동원하는 이상 강제집행을 피하기 위한 여러 사건이 일어나고 그 중 일부는 채권자의 이익을 심각하게 해치게 된다. 강제집행면탈죄는 이를 막아 불필요한 비용-사해행위취소 등을 줄이기 위한 것으로, 채권자의 권리를 주된 보호법익으로 삼고¹⁾ 보호하게 되는 과정에서 국가의 강제집행 권한도 부차적으로 보호받게 된다.²⁾

한편 강제집행면탈죄는 개별적 강제집행절차에서 일어난 면탈행위를 처벌하는 범죄이므로, 파산과 같이 채무자 전체의 재산에 대한 집행절차에서 채권을 해하는 범죄(파산법 제366조 등)와는 구분되고, 분쟁의 핵심에 대해 좀 더 긴밀하게 접근·대응할 수 있는 범죄이기도 하다.

1) 대법원 1988. 04. 12. 선고, 88도48 판결.

2) 일본에서는 강제집행면탈죄가 공무집행을 방해하는 죄의 장에 규정되어 있다. 따라서 채권자의 채권이라는 견해와 국가작용인 강제집행의 적정한 운용이라는 견해가 대립하는데, 최고재판소가 강제집행은 채권의 실행을 위한 수단이므로 궁극적으로는 채권자의 채권보호가 주안점이라고 판시하면서 이를 지지하는 견해가 유력하다고 한다. 前田, 條解刑法, 제3판, 홍문당, 2013, 285쪽; 最高裁 昭和 35. 6. 24.

이와 같은 중요한 기능에도 불구하고, 강제집행면탈죄는 해석론의 사각지대에 놓여 있어 실무 운용과 대응에 거의 일임되어 있었다. 현실적으로는 악의적 채무자의 상당한 대가를 받지 않는 처분행위(사실상 강제집행의 회피 면탈)에 형사상 제재를 가하지 못함은 물론 민사소송에 의한 구제도 쉽지 않아 고소율이 폭증하고 기소율은 낮아 사법신뢰를 떨어뜨리는 요인으로 작용하기까지 한다.³⁾

이론상 형법 제327조가 열거한 강제집행면탈행위 유형에 대한 이해가 비교적 간단하고 각 행위의 독자적 의미가 크지 않다고는 하나,⁴⁾ 선결문제가 되는 민사법상의 쟁점들이나 부동산거래의 복잡함을 생각하면 실제로 강제집행면탈죄 성립여부를 판단하기는 쉽지 않다.⁵⁾ 또한 채권자를 해하였는지도 이 죄의 성립요건이므로 어떤 때 채권자를 해하는 것인지 역시 연구가 필요하며, 민사소송과 강제집행절차의 실효성에 대한 불신과 제도상 흠결 때문로 인해 민사사건의 형사사건화를 불러오는 범죄유형 중 하나이므로 이를 적정한 선에서 조절할 기준이 필요하다.⁶⁾

이 글에서는 위와 같은 강제집행면탈죄의 요건 중 ‘채권자를 해한 자’를 검토하되, 위 요건과 관련된 강제집행면탈죄의 법적 성격을 검토하고, 축적되어 있는 대법원 판례를 유형화해 그 기준을 정리해 보고자 한다.

3) 허일태, “납고소의 해소를 위한 대책”, 형사정책 제17권 제1호, 2005, 264-265쪽 참조.

4) 이정원, “강제집행면탈죄에 대한 검토와 개선방안”, 비교형사법연구 제7권 제1호, 2005, 189쪽.

5) 실제로 채권의 준부, 재산의 명의를 파악하거나, 채권자에 해를 입힐 위험이 있는가를 판단하는 과정에서 등기나 강제집행과 관련된 고도의 기술적인 쟁점을 다루고 이를 해명하여야 한다.

6) 이에 대한 지적은 허일태, 위의 글, 257, 265쪽 참조. 일선 실무자들 사이에서도 강제집행면탈죄가 적용되는 사건은 형량에 비해(3년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금) 사실관계 및 거래관계 파악도 어렵고 번거로운 사건이기도 하다.

Ⅱ. 강제집행면탈죄의 보호의 정도

형법 제327조는 “채권자를 해한 자” 라고 하여, 결과범과 같은 문언으로 되어 있지만, 보호의 정도에 대해서는 견해가 통일되어 있지 않고, 채권자를 해한 때의 의미 역시 통일되어 있지 않다.

1. 침해범설⁷⁾

침해범설은 형법 제327조를 문언 그대로 읽어 채권자를 해하는 것은 구성요건적 결과로 보고, 실제로 채권자를 해하는 결과가 발생하여야 한다고 한다. 채권자를 해하는 결과가 발생하는 시점은 채권변제를 받지 못하는 때가 아닌 행위시라고 한다.

2. 위험범설

그러나 일반적인 입장은 강제집행면탈죄를 위험범으로 파악하고 있다. 다만 위험범설도 통일되어 있는 것은 아니고, 채권자를 해할 위험을 어떻게 파악하느냐에 따라 다시 견해가 나뉜다.

2.1 구체적 위험범설⁸⁾

강제집행면탈죄는 위험범이지만 형법이 개입하려면 채권자에 대한 구체적 위험이 발생하여야 한다는 견해이다. 법문의 ‘해한 자’ 는 침해결과 내지 최소한 구체적 침해위험성을 요구하는 것으로 봄이 타당하다는 것이다. 이 견해는 판례도 ‘강제집행을 당할 구체적 위험이 있는 상태에

7) 오영근, 형법각론, 박영사, 2005, 576쪽.

8) 배종대, 형법각론 제7전정판, 홍문사, 2010, 615쪽.

서’ 라는 표현에 비추어 보면 구체적 위험범설의 입장을 따르고 있다고 한다.

2.2 추상적 위험범설

위험범설을 취하는 견해는 대부분 추상적 위험범으로 해석한다.⁹⁾ 따라서 열거된 강제집행면탈행위가 채권자를 해할 가능성이 있으면 충분하고 현실적으로 채권행사가 불가능해지거나 심히 어려워질 필요는 없다고 보게 된다.

2.3 객관적 처벌조건설

이에 대해 객관적 처벌조건설이 있다. ‘채권자를 해한다’는 문언의 의미는 일단 성립한 범죄의 가벌성만을 좌우하는 객관적 처벌조건이라는 것이다.¹⁰⁾ 위험범설과 침해범설 모두 채권자를 해하는 것까지 구성요건에 해당하는 행위임을 전제로 하는데, 이 견해는 은닉, 손괴, 허위양도나 허위의 채무부담행위만 있으면 강제집행면탈죄가 이미 성립한다고 한다.

9) 손동권, 형법각론 제3개정판, 율곡출판사, 2010, 525쪽; 이재상, 형법각론 제9판, 박영사, 2013, 484쪽; 임웅, 형법각론 제5개정판, 법문사, 2013, 564쪽; 정성근/박광민, 형법각론 개정판, 성균관대학교출판부, 2013, 539쪽; 정영일, 형법강의[각론], 학림, 2013, 345쪽; 정웅석/백승민, 형법강의 전정제2판, 대명출판사, 2009, 1308쪽; 조준현, 형법각론 제3정판, 법원사, 2012, 584쪽; 진계호/이준걸, 형법각론, 대왕출판사, 2008, 566쪽; 편집대표 박재운, 주석 형법(각칙) 5 제4판, 한국사법행정학회, 2006, 268쪽(이헌섭 집필부분); 이정원, 앞의 논문, 189쪽.

10) 김일수/서보하, 새로 쓴 형법각론 제5판, 박영사, 2002, 533쪽.

3. 판례의 입장

대법원은 형법 제327조에 정한 행위로 인해 채권자를 해할 위험이 있으면 강제집행면탈죄가 성립하며, 반드시 현실적으로 채권자를 해하는 결과가 야기되거나 행위자가 이득을 얻어야 하는 것은 아니라고 거듭 판시하고 있고,¹¹⁾ 이 때의 강제집행을 당할 구체적인 위험은 채권자가 이행청구의 소나 보전소송을 제기하거나 제기할 태세를 보인 때라고 해석하고 있어 채권자를 해할 위험과 달리 강제집행면탈죄 성립에 필요한 일종의 전제조건으로 보고 있다.¹²⁾ 반면 채권자를 해할 위험에 관하여는 구체적인 위험의 발생을 요구하거나 특별한 요건을 실시하고 있지 않고 있다. 따라서 대법원은 추상적 위험범설을 취하는 것으로 보인다.

4. 검토

형법이 강제집행면탈죄의 문언과 달리 선제적으로 개입하기 위해서는 그와 같이 해석할 합리적인 근거와 필요성이 뒷받침되어야 할 것이다. 이러한 상황에서, 채권자를 해한다는 문언의 해석을 두고 어느 정도에 이르러야 채권자를 해한 것으로 볼 수 있는지는 구체적으로 제시된 바 없고, 채권자의 채권의 만족을 불가능하게 하거나 지연시키는 상황들

11) 대법원 1984. 3. 13. 선고, 84도18 판결; 대법원 1989. 5. 23. 선고, 88도343 판결; 대법원 1994. 10. 14. 선고, 94도2056 판결; 대법원 1996. 1. 26. 선고, 95도2526 판결; 대법원 1998. 9. 8. 선고, 98도1949 판결; 대법원 2001. 11. 27. 선고, 2001도4759판결. 배종대, 앞의 책, 615쪽과 임석원, “강제집행면탈죄의 문제점과 해결방안”, 저스티스 통권 제111호, 한국법학원, 2009. 254쪽은 판례의 이와 같은 언급을 들어 일부 판례가 구체적 위험범의 입장을 따르고 있다고 해석하지만, 판례는 구체적 위험의 발생을 요구하거나 그 요건에 대해 전혀 실시하고 있지 않고, 이는 강제집행의 객관적 상황을 밝힌 것에 불과하다.

12) 대법원 1999. 2. 9. 선고, 96도3141 판결.

을 일의적·도식적으로 단정할 수도 없다.

실제로 은닉이나 허위양도 등 형법이 열거한 행위는 법률상 효력이 부정될 수 있더라도 그 행위 자체로 집행 목적물을 찾기 어렵게 하거나, 사해행위취소 등 별개의 절차를 거쳐야 할 때도 있고, 허위로 양도받은 상대방이 강제집행정지를 구하면서 청구이의의 소(민사집행법 제44조)나 제3자이의의 소(같은 법 제48조)를 제기하기도 한다.¹³⁾ 이 경우 별도의 민사소송절차를 통해 승소한다면 처분행위의 효력을 부정하고 책임 재산을 회복할 수 있기는 하다. 그러나 복잡한 절차와 집행지연은 여전하므로 채권자를 ‘해할’ 자라는 문언을 반드시 결과발생을 필요로 한다고 읽을 수는 없다. 즉 책임재산을 회복하기 위한 민사소송에서 증명 부족이나 여러 이유로 패소할 ‘가능성’이 현존하며, 그 동안 채권자는 불안정한 지위에 빠져 있게 된다. 이러한 상황에 형법의 보충성을 이유로 개입을 자제하는 것은 분쟁을 방치하고 채권자에게 과다한 비용을 수인할 것을 강요하는 것이 되며, 형법의 보충성은 채권자를 해할 가능성이 있는 수많은 처분행위 중 형법 제327조에 열거된 행위만을 처벌하는 것으로 확보하고 있다고 볼 수 있다. 따라서 실제로 채권자가 채권을 변제받을 수 있다 해도, 위와 같은 위험이 있다면 채권자를 해하는 것에 포함하여야 한다.

이처럼 위험범설의 입장을 취하더라도 구성요건에 명시된 요소를 특별한 근거 없이 객관적 처벌조건으로 볼 수는 없고, 객관적 처벌조건설에 따르더라도 마찬가지로 유죄판결이 선고되므로 형벌권을 축소하는

13) 법인격부인의 리딩케이스로 꼽히는 대법원 1988. 11. 22. 선고, 87다카1671 판결은 선박집행에 관한 것이지만, 이러한 구조를 명확히 보여준다. 선박에 대한 기압류집행의 불허를 구하기 위해 명의상 제3자인 회사를 앞세워 제3자이의의 소를 제기한 것인데, 이 사례에서 선박을 부동산으로 치환하면 전형적인 제3자이의에 의한 강제집행면탈행위가 된다. 실제로 하급심에서도 임대차보증금에 대한 제3자의 강제집행을 회피하기 위하여 외형상 별개의 회사를 임차인으로 내세워 제3자이의의 소를 제기한 예가 있는데 그 역시 법인격이 부인되었다(대구지방법원 2002. 10. 30. 선고, 2002나6454 판결).

해석으로서도 큰 효과가 없다. 또한 구체적 위협범설이 논거로 드는 판례의 ‘강제집행을 당할 구체적 위협’은 밀접한 법익침해의 가능성이 예견되는 것과는 거리가 먼 강제집행의 객관적 상황에 불과하다. 면탈행위로 인한 채권자의 법익침해를 방어하려는 취지를 고려하면 추상적 위협범설을 따르는 것이 타당하고, 구체적 위협범설이나 객관적 처벌조건설은 해석론보다는 강제집행절차의 상황이나 채권자의 궁극적 목적인 채권의 만족을 반영한 입법론으로 고려해볼 수 있을 것이다.

Ⅲ. 채권자를 해할 위협의 유형화

1. 유형화의 중요성

현재 강제집행면탈죄의 해석·적용과 관련하여서는, 법적 성질론 못지 않게 채권자를 해할 위협의 판단기준을 찾거나 유형화하는 것이 중요하다. 강제집행면탈죄의 구성요건은 명확성을 결여하여 추상적 규범으로 변질될 우려가 있다는 비판을 받고 있으므로,¹⁴⁾ 최소한의 명확성을 확보할 수 있는 대안이기도 하다. 처벌법규의 명확성은 각 구성요건의 특수성과 그러한 법적 규제의 원인이 된 여건이나 처벌의 정도 등을 고려하여 종합적으로 판단할 문제이고,¹⁵⁾ 위반행위에 대한 형사소송에서 법관의 통상적인 해석·적용에 의하여 보완될 수 있기 때문이다.¹⁶⁾ 다만 이 부분은 이론적인 고찰이나 연구보다는 대법원 판결로 나타난 사례만이 축적되어 있으므로 이를 중심으로 검토하기로 한다.

14) 임석원, 앞의 논문, 254쪽.

15) 헌법재판소 1994. 7. 29. 선고, 93헌가4·6(병합) 전원재판부 결정.

16) 헌법재판소 2012. 3. 29. 선고, 2010헌바83 전원재판부 결정.

2. 대법원의 판시

대법원의 판시는 부동산 강제집행에 국한되지 않고, 특별히 이를 구분하지도 않고 있다. 따라서 아래에 제시된 기준은 특별한 사정이 없는 한 부동산 강제집행면탈행위에 대해서도 그대로 적용될 수 있다.

2.1 채권자를 해할 위험이 인정되는 경우 - 일반적 기준

대법원은 채권자를 해할 위험과 관련하여, 현실적으로 강제집행을 받을 우려가 있는 상태에서 강제집행을 면탈할 목적으로 허위의 채무를 부담하는 등의 행위를 하는 때는 특별한 사정이 없는 한 채권자를 해할 위험이 있다고 보아야 한다고 판시하고,¹⁷⁾ 채권이 존재하는 경우에도 채무자의 재산은닉 등 행위를 기준으로 채무자에게 채권자의 집행을 확보하기에 충분한 다른 재산이 있었다면 채권자를 해하였거나 해할 우려가 있다고 쉽사리 단정할 것이 아니라고 판시하고 있다.¹⁸⁾

즉 구성요건에 해당하는 면탈행위는 채권자를 해할 위험을 징표하는 것으로 보고,¹⁹⁾ 면탈행위 당시 채무자에게 채권자의 집행을 확보하기에 충분한 재산이 있을 때는 위와 같은 사실상 추정을 복명시키는 것이다. 이와 같은 판시들은 사해행위취소소송에서 수익자가 악의로 추정되는 것과 같은 맥락이며,²⁰⁾ 채권자를 해할 위험에 대한 일반적 기준으로

17) 대법원 1996. 1. 26. 선고, 95도2526 판결; 대법원 2008. 6. 26. 선고, 2008도3184 판결.

18) 대법원 2011. 9. 8. 선고, 2011도5165 판결. 이 사건은 아직 이혼으로 인한 재산분할청구권이 발생하지 않았다는 판시 외에도, 피고인에게 위자료채권 4,000만 원을 훨씬 상회하는 재산이 남아 있어 채권자를 해할 위험이 없다고 보았다.

19) 이 판시가 법률상 추정을 뜻하는 것은 아니므로 반증이나 탄핵증거를 통해 복명시키면 된다.

20) 수익자의 악의추정은 대법원 1998. 2. 13. 선고, 97다6711 판결 등 참조. 실제로도 강제집행면탈행위는 채권자가 채무자의 재산을 조회해보던 중 뒤늦게 알아차리는

보인다.

2.2 채권자를 해할 위험이 부정되는 경우 - 개별적 기준

2.2.1 법률상 불능

우선 대법원은 법률상 채권자에 대한 위험이 절대 발생할 수 없는 때는 강제집행면탈죄가 성립하지 않는다는 입장을 취하고 있다. 최소한 강제집행의 전제가 되는 집행권원이나 채권은 있어야 하는 것이다. 따라서 집행채권의 부존재나²¹⁾ 집행권원의 당연무효 등 채권자 쪽에 법률상 흠결이 있다면 강제집행면탈죄는 성립할 수 없고, 법질서 통일의 관점에 비추어 볼 때 민사절차에서 이미 채권이 존재하지 않는 것으로 판명되었다면 특별한 사정이 없는 한 이와 모순·저촉되는 판단을 할 수는 없으므로 강제집행면탈죄도 성립할 수 없다.²²⁾ 특히 채권의 존재는 적극적 요건으로 판시하고 있으므로²³⁾ 검사는 채권자가 강제집행을 통해 만족을 얻고자 하는 채권이 있음을 적극적으로 증명하여야 한다.

그 외에도 법률상 효력이 부여될 수 없는 행위는 채권자를 해할 위험이 없다고 보고 있다.

구체적으로 살펴보면, 가압류결정의 처분금지효로 인해 가압류결정 이후 후행 처분행위의 효력을 부정할 수 있다면 채권자를 해할 위험이 있다고 볼 수 없고,²⁴⁾ 채권자의 채권이 소송상 상계항변이 받아들여져

것이 보통이고, 사해행위취소소송 등 책임재산 보전조치를 취하는 과정에서 강제집행면탈죄로 고소하는 일도 적지 않다.

21) 대법원 1988. 4. 12. 선고, 88도48 판결; 대법원 2007. 7. 12. 선고, 2007도3005 판결; 대법원 2010. 12. 9. 선고, 2010도11015 판결; 대법원 2012. 6. 28. 선고, 2012도3999 판결; 대법원 2012. 8. 30. 선고, 2011도2252 판결.

22) 대법원 2012. 8. 30. 선고, 2011도2252 판결.

23) 대법원 2008. 5. 8. 선고, 2008도198 판결.

24) 대법원 2008. 5. 29. 선고, 2008도2476 판결. 채권자의 법률상 지위에는 영향이 없기 때문이다.

상계할 수 있는 때로 소급하여 대등액에서 소멸한 때는 강제집행면탈죄가 성립할 수 없으며,²⁵⁾ 계약명의신탁관계의 명의신탁자는 거래상대방의 선·악의와 관계없이 신탁토지의 소유권을 취득할 수 없으므로 명의신탁자는 처분권도 없고 신탁토지가 강제집행이나 보전처분의 대상이 될 수 없어 채권자를 해할 위험이 없다.²⁶⁾ 또한 수분양권 매매에 따라 집행 목적물인 아파트의 소유권이전등기청구권만을 취득하였을 뿐 소유권을 취득한 것이 아니라면 피고인에 대한 강제집행의 대상도 되지 않으므로 무죄가 된다.²⁷⁾

2.2.2 진의에 의한 양도

진의에 의한 재산양도로 책임재산을 상실하여 채권자를 해하는 결과를 불러오더라도 강제집행면탈죄는 성립하지 않는다. 이는 허위양도가 아니므로 구성요건에 해당하지도 않고, 이러한 상황은 채권자평등의 원칙상 당연한 것이어서 법률상 채권자를 해한다고 평가할 수 없기 때문이다.

구체적으로는 신탁자가 명의신탁계약을 해지하고 제3자에게 명의신탁 목적으로 소유권이전등기를 경료하였다면 정당한 권리행사로서 강제집행면탈죄가 성립하지 아니하고,²⁸⁾ 부동산 양도담보를 제공한 상태에서 강제집행이 개시되자 매매예약을 완결시키고 소유권이전등기를 하였거나,²⁹⁾ 채무이행을 독촉받기 전에 매수인에게 인도한 토지의 소유권

25) 대법원 2012. 8. 30. 선고, 2011도2252 판결. 이 경우 상계항변으로 인해 채권자가 사실상의 우선변제를 받게 되어 채권의 만족을 얻었으므로 채권자를 해할 위험조차 없는 것이다.

26) 대법원 2009. 5. 14. 선고, 2007도2168 판결; 대법원 2011. 12. 8. 선고, 2010도4129 판결. 특히 후자는 원심이 유죄로 인정한 대지 허위양도 부분을 무죄 취지로 파기환송하였다.

27) 대법원 2013. 4. 26. 선고, 2013도2034 판결.

28) 대법원 1983. 7. 26. 선고, 82도1524 판결.

29) 대법원 1982. 7. 27. 선고, 80도382 판결.

이전등기만 뒤늦게 경료한 경우³⁰⁾ 등은 모두 진의가 인정되므로 채권자를 해할 위험과 관계없이 강제집행면탈죄의 성립을 배척하고 있다.

2.2.3 채무자의 충분한 책임재산

대법원은 채무자의 강제집행면탈행위를 기준으로 채무자에게 채권자의 강제집행을 확보할 충분한 재산이 있다면 강제집행면탈죄가 성립하지 않지만, 약간의 재산이 남아 있다고 해서 채권자를 해할 위험이 없다고 볼 수는 없다고 판시하고 있다.³¹⁾ 이는 일견 엇갈리는 판시로 보이지만, 채권액 관련 계산에 착오를 일으킬 가능성과 근저당권의 피담보채무액 증감변동의 가능성, 경매절차에서 목적물의 가격이 상당히 떨어질 우려 등 피고인의 재산상황에 대해 경험칙상 쉽게 예측할 수 있는 장래의 변화 가능성을 모두 고려한 판시이므로 모순되는 것은 아니다. 따라서 채무자에게 강제집행을 확보할 충분한 책임재산이 있고, 피담보채무액의 증감변동이나 여러 변수에 좌우되지 않을 정도라면 채권자를 해할 위험도 인정되지 않는다.

2.2.4 채권자가 갖는 청구권의 성격

채권자가 가진 청구권이 무엇이나에 따라서도 위험 판단이 달라진다. 우선 가등기에 관하여 몇 가지 엇갈리는 판결이 있는데, 허위의 금전채무를 담보할 목적의 가등기는 순위보전의 효력밖에 없고 건물인도청구권의 강제집행을 불가능하게 할 수 없어 무죄를 선고한 것과,³²⁾ 이혼에 의한 재산분할청구권의 집행을 면탈할 목적으로 허위의 채무를 부담하고 소유권이전청구권보전가등기를 경료한 때나³³⁾ 담보목적의 가등

30) 대법원 1986. 8. 19. 선고, 86도1191 판결.

31) 대법원 1990. 3. 23. 선고, 89도2506 판결; 대법원 2008. 4. 24. 선고, 2007도4585 판결.

32) 대법원 1984. 2. 14. 선고, 83도708 판결; 대법원 1987. 8. 18. 선고, 87도1260 판결.

33) 대법원 2008. 6. 26. 선고, 2008도3184 판결.

기권자가 다른 채권자들의 강제집행을 불가능하게 할 목적으로 채무자와 공모하여 정확한 청산절차도 거치지 않은 채 의제자백판결을 통하여 본등기를 경로함과 동시에 가등기 이후에 경로된 가압류등기 등을 모두 직권말소하게 한 때,³⁴⁾ 공사대금채권의 강제집행을 면탈하기 위해 허위의 담보가등기 설정 후 다시 가등기를 양도하여 본등기를 경로하게 한 행위에³⁵⁾ 대해 강제집행면탈죄가 성립한다는 사례가 있다. 채권자를 해할 위험이 있다고 본 두 판결은 모두 금전채권에 관한 것이다.

허위의 채무를 부담하고 근저당권설정등기까지 마쳐준 때도 마찬가지로, 토지 소유자가 그 지상 건물 소유자에 대하여 건물철거 및 토지인도청구권을 갖는 때는 근저당권설정등기가 있더라도 토지소유자의 위 방해배제청구권 강제집행을 불가능하게 할 수 없으므로 강제집행면탈죄가 성립하지 않는다.³⁶⁾

3. 검토

위와 같은 대법원의 판시들은 채권자를 해하는 것은 채권자가 만족을 받지 못하게 되거나 일부만 만족을 받게 되는 경우 또는 지체된 만족을 받게 되는 경우라는 전제에 서 있다.³⁷⁾ 이를 분석하면 다음과 같다.

우선, 대법원은 채권자를 해할 위험을 객관적·법률적으로 판단하고 있다. 채권자의 법률상 지위나 채권의 존부에 영향이 없을 때는 채권자를 해할 위험도 없다고 보고, 법률상 불능인 경우 채권자를 해할 위험이 없다고 본다. 사실상 채권자가 채권을 확보할 수 없게 되더라도 민사법리상 강제집행면탈행위의 열거된 유형·특히 허위양도·으로 평가되지 않

34) 대법원 2000. 7. 28. 선고, 98도4558 판결.

35) 대법원 2008. 5. 8. 선고, 2008도198 판결.

36) 대법원 2008. 6. 12. 선고, 2008도2279 판결.

37) 주석 형법(각칙) 5, 268쪽.

을 때는 강제집행면탈죄의 성립을 부정하고, 그 위험은 채권자의 주관적인 사정에 불과하다고 보는 것이다. 즉 민사법상 쟁점이 강제집행면탈죄 성립의 선결문제가 되는데,³⁸⁾ 이러한 태도는 진의에 의한 양도가 피해자가 된 채권자를 해할 경우 처벌의 공백이 생겨 강제집행면탈죄의 실효성이 떨어진다는 비판을 받고 있고,³⁹⁾ 판례가 허위양도도 넓은 의미의 은닉으로 보는 점에 비추어 볼 때⁴⁰⁾ 허위양도가 부정된다고 하여 곧바로 채권자에 대한 위험이 없다고 평가하는 것은 ‘소유관계를 불명하게 하는 것’을 포함시키고 있는 은닉의 정의와도 상충되는 것으로 보인다.

두 번째로, 책임재산의 존부를 확인하고 채권자를 해할 위험을 판단하는데, 아직 위험발생을 인정하는 기준이 명확한 것은 아니다. 채무자의 책임재산이 없을 때는 당연히 채권자를 해할 위험을 인정하지만, 제반 사정을 종합하여 볼 때 충분한 책임재산이 확보되지 않고 책임재산이 없을 가능성이 있을 때도 채권자를 해할 위험이 있다고 보기 때문이다. 채권자를 해할 위험을 행위시를 기준으로 하여 구체적 사정을 고려하여 판단한다는 견해는⁴¹⁾ 이러한 상황을 잘 설명하는 것이다. 그러나 잔여재산만으로 채권자의 집행을 확보하기 충분한가를 따져 책임을 부정하는 데는 대단한 어려움이 있고 형사책임을 매우 불안정한 조건에 내맡기는 결과가 될 수 있어 신중하게 판단할 문제라는 비판이 뒤따르고 있으므로,⁴²⁾ 추후 이론과 판례에 따라 명확한 기준이 제시되어야 한다. 이 때는 소송법적 관점도 고려해야 할 것이다.

38) 소송상 상계항변의 효력과 관련한 대법원 2012. 8. 30. 선고, 2011도2252 판결 참조.

39) 이정원, 앞의 논문, 191쪽 참조. 이정원 교수는 입법론상 강제집행면탈죄에서 진의에 의한 양도라도 악의적인 채무면탈행위로 채권자를 해하는 결과를 불러올 때는 처벌대상으로 삼아야 한다고 주장한다.

40) 대법원 2001. 11. 27. 선고, 2001도4759 판결.

41) 손동권, 앞의 책, 524쪽; 이재상, 앞의 책, 485쪽; 임웅, 앞의 책, 565쪽; 정성근/박광민, 앞의 책, 540쪽.

42) 大河佐古 외, 大コメンタル 刑法, 제2판, 194쪽[주석 형법(각칙) 5, 269쪽에서 재인용].

세 번째로, 채권자가 강제집행을 하려는 청구권의 성질에 따라 판단을 달리하고 있다. 피고인의 면탈행위가 강제집행에 별다른 법률상 장애가 될 수 없을 때는 채권자를 해한 것으로 평가하지 않는다.⁴³⁾ 사실상 장애를 발생시키는 것은 고려하지 않는다.

종합하면, 대법원은 강제집행을 불가능하게 하거나 현저한 곤란을 초래하여 승소 후 집행의 확실성을 떨어뜨리게 된 때 채권자를 해한 것으로 보고 있고,⁴⁴⁾ 이를 법률적으로 판단한다. 검사가 법문상 열거된 강제집행면탈행위를 증명하면 채권자를 해할 위험이 사실상 추정되고, 피고인은 채권자의 강제집행을 통한 채권 만족에는 법률상 지장이 없거나 책임재산이 충분함을 밝혀 위 사실상 추정을 깨뜨려야 하는 것이다.⁴⁵⁾ 이러한 상황은 사실상 피고인이 형사법원에서 자신의 거래가 정당함을 역설해야 하는 것이 될 우려가 있어 형식논리에 좌우된다는 반발과 더불어 사법정책적 면에서 문제가 있고,⁴⁶⁾ 형법의 독자적 위험성 판단도 약화되어 강제집행면탈죄를 추상적 위험범으로 보려는 취지도 맞지 않을 수 있다.

따라서 위험성을 판단할 때는 법률상 채권의 부존재나 집행권원의 무효와 같은 경우는 법률상 문제될 것이 없으므로 채권자를 해할 위험을 부정하여야겠지만, 사실상 강제집행에 현저한 장애를 불러일으키는 행위로서 집행절차에서 즉시 대응할 수 없는 경우에도 채권자를 해할 위험을 인정하는 것이 타당하다고 보인다.⁴⁷⁾

43) 대법원이 판시한 것처럼, 허위로라도 금전채무를 부담하고 책임재산인 부동산을 담보로 제공하더라도 부동산 인도 및 퇴거집행에는 아무 지장이 없다.

44) 손동권, 앞의 책, 524쪽.

45) 증명책임 면에서는 검사가 법률상 지장이 있음을 증명하여야 할 것이므로, 무죄를 받으려는 피고인 입장에서는 검사가 제출한 증거의 신빙성을 탄핵하거나 반대사실에 대한 증거를 제출하게 될 것이고, 드물게는 민사법상 법리주장을 통해 법률상 장애가 없음을 밝히고자 할 것이다.

46) 이는 재산죄 전반에서 민사사건의 형사사건화 경향과 맞물려 흔한 현상이지만, 그만큼 또 피고인의 입장에서는 법체계에 대한 불신이나 억울함을 심어줄 우려가 있다.

IV. 맺는 글

강제집행면탈죄는 형법범이지만, 민사법리와 밀접한 관련을 맺고 있어 그만큼 복잡한 범죄유형으로, 지금까지 실무에 거의 일임되어 있었다. 따라서 채권자를 해할 위험에 대한 판단 역시 민사법리를 기초로 실무 감각에 기대어 대응하여 온 것으로 보인다.

그러나 강제집행면탈죄를 추상적 위험범으로 해석하는 이유는 채권자의 채권 확보를 원활히 하고 불필요한 분쟁의 여지를 차단하기 위한 것이다. 따라서 채권자의 채권 만족에 민사법리를 주된 기준으로 삼아 법률상 장애가 있는지 판단하는 현행 판례의 태도만으로는 다양한 채무면탈행위에 기민하게 대처하기 어렵다. 생각건대 법률상 강제집행 자체가 불가능한 채권의 부존재나 집행권원의 무효와 같은 법률상 기준 외에도, 사실상 강제집행을 현저히 곤란하게 하는 행위로서 집행절차에서 즉시 대응할 수 없는 경우도 채권자를 해할 위험을 인정하는 것이 타당하다. 또한 책임재산의 존부와 관련하여서는 현행과 같이 제반 사정을 고려하면서 책임재산이 없거나 강제집행의 실효성을 확보할 수 없는 경우 채권자를 해할 위험이 있다고 판단하여야 하며, 진의에 의한 양도 행위도 은닉으로 평가할 수 있을 때는 강제집행면탈죄의 성립을 인정하는 것이 현행법을 개정하지 않는 한도에서 추상적 위험범의 취지에 부합한다고 본다.

47) 강제집행절차에서 실행행사를 통해 강제집행을 방해할 때는 공무집행방해죄나 공무상표시무효죄 등이 성립할 수 있으므로 그에 맞기면 될 것이다.

참고문헌

1. 단행본

- 김일수/서보화, 새로 쓴 형법각론 제5판, 박영사, 2002.
- 배종대, 형법각론 제7전정판, 홍문사, 2010.
- 손동권, 형법각론 제3개정판, 율곡출판사, 2010.
- 오영근, 형법각론, 박영사, 2005.
- 이재상, 형법각론 제9판, 박영사, 2013.
- 임웅, 형법각론 제5전정판, 법문사, 2013.
- 정성근/박광민, 형법각론 전정판, 성균관대학교출판부, 2013.
- 정영일, 형법강의[각론], 학림, 2013.
- 정웅석/백승민, 형법강의 전정제2판, 대명출판사, 2009.
- 조준현, 형법각론 제3정판, 법원사, 2012.
- 진계호/이준걸, 형법각론, 대왕출판사, 2008.
- 편집대표 박재운, 주석 형법(각칙) 5 제4판, 한국사법행정학회, 2006.
- 前田, 條解刑法 제3판, 홍문당, 2013.

2. 학술지

- 이정원, “강제집행면탈죄에 대한 검토와 개선방안”, 비교형사법연구 제7권 제1호, 2005, 181~201쪽.
- 임석원, “강제집행면탈죄의 문제점과 해결방안”, 저스티스 통권 제111호, 한국법학원, 2009, 246~269쪽.
- 허일태, “남고소의 해소를 위한 대책”, 형사정책 제17권 제1호, 2005, 253~277쪽.

[Abstract]

Risks of Damaging Creditors in Evasion of Execution

Kim, Do-Yoon*

Evasion of Execution is a penal offense, but it is a complex case of crime that is closely related to the civil law, which has been mostly left for the field-level decisions so far. Evasion of Execution is understood as abstract endangering offense, in order to enable smooth securing of credit for creditors and avoid unnecessary disputes. The Supreme Court ‘practically’ assumes that when act of evasion takes place, there are risks of damaging creditors. However, it denies the risks in the following cases: When creditors do not have the right in terms of civil law; the characteristics of claim or the amount of liability property are enough to ensure civil execution to take place without hindrance; or when transaction is authentic. It seems, therefore, the Supreme Court has been reacting to ‘risks of damaging creditors’ based on the civil law and relying on field-level senses.

However, it is difficult to quickly react to various cases of Evasion of Execution with such attitudes in current judicial precedents. Judgments of the Supreme Court can be considered appropriate where legal civil execution is impossible. However, risks of damaging creditors must be acknowledged for cases when the act significantly hinders civil execution but cannot be

* Public advocate of Law in Seoul immigration office

cut off during civil execution process. Moreover, regarding existence and inexistence of liability property, all circumstances should be considered as the current practice; risks of damaging the creditors must be acknowledged when there is no liability property or when effectiveness of civil execution cannot be ensured, and even in cases of authentic transaction, Evasion of Execution should be established if such transaction can be evaluated as ‘concealment,’ to correspond with understanding the crime to be abstract endangering offense.

[Key Words] Evasion of Execution, Risks of damaging creditors, endangering offense

