형사정책연구 Korean Criminological Review
제31권 제2호(통권 제122호, 2020・여름)

채무불이행적 사기죄의 제한적 해석에 관한 연구*: ‘기망행위’에 대한 엄격해석을 중심으로

이종수**

국 | 문 | 요 | 약

사기죄는 2018년도 범죄통계 상으로 (i) 단일범죄 중 그 수가 가장 많고, (ii) 6개월을 초과하는 장기사건의 비율도 가장 높은 반면, (iii) 기소율은 25.46%로 비교적 낮은 것으로 나타났다. 아울러 사기죄는 지난 2018년 한해 동안 이루어진 전체 고소사건 중 37.87%를 차지할 정도였으니 가히 ‘재산범죄의 제왕적 지위’에 있다고 볼 수 있다. 실무상 사기죄는 (a) 민사소송에서의 증거를 확보하거나, (b) 상대방을 압박하여 경제적 이익을 취득하거나, (c) 상대방을 처벌하기 위한 목적으로 고소가 남발되는 경향이 있는데, 이와 더불어 판례가 기망행위를 지나치게 포괄적이고도 추상적으로 보고 있어 많은 문제를 낳고 있다.

계약의 일방 당사자가 계약내용을 제대로 이행하지 않은 경우 상대방은 민사상 손해배상을 청구할 수도 있다. 그러나, 민사소송은 소장 접수 이후 실제 변론기일이 진행되는데 까지 상당한 시간이 소요되는 반면, 형사사건은 형사소송법 등에서 이해관계인의 대립을 고려하여 신속하게 처리하도록 규정하고 있으며, 형사조정 제도까지 마련되어 있다. 나아가, 광범위한 변론주의가 적용되는 민사소송과 달리 형사사건의 경우 고소가 제기된 이상 형사입건에 따른 조사, 경우에 따라서는 구속과 압수수색과 같은 강제수사까지 이루어질 수 있다는 이점이 있어 계약 당사자로서는 민사상 손해배상보다는 형사고소를 제기할 유혹(?)에 빠지기 마련이다.

이와 같은 문제 의식 아래 필자는 사기죄의 객관적 구성요건으로서 ‘기망행위’와 관련하여, 채무불이행적 성격을 갖는 사기죄를 둘러싼 판례의 기본적인 태도와 함께 다수의 구체적인 사례를 분석하여 보았다. 그리고, 이에 대한 엄격해석의 필요성과 관련하여, 먼저, 부작위에 의한 사기죄에 있어 신의칙에 기한 고지의무를 인정하고 있는 판례는 형법의 보충성에 위반될 뿐만 아니라, 피고인의 방어권에도 중대한 제약을 가한다는 문제가 있기 때문에 법적인 고지의무는 원칙적으로 법령과 계약에 근거할 필요가 있다는 점을 검토하였다. 다음으로, 기망행위의 정도와 관련하여 학설과 판례가 원칙적으로 중요한 사실에 관한 기망일 것을 요구하면서도 용도를 속인 경우에는 그 예외를 인정하고 있는데, 이러한 태도는 민사상 동기의 착오도 그 취소를 제한하는 것과 비교할 때 문제가 있으며, 사기죄의 보호법익은 재산권에 한정되어야 하지, 계약에 관한 의사결정 과정까지 보호하는 것은 바람직하지 않다는 결론을 내리게 되었다.

---

* 이 논문은 필자의 석사학위 논문(“계약내용 묵비(默祕)와 부작위에 의한 사기죄”, 고려대학교 법과대학원, 2020. 2.)의 일부를 보완 및 재구성한 것이다.

** 법무법인(유한) 세종 변호사

DOI : https://doi.org/10.36889/KCR.2020.06.30.2.1

❖ 주제어 : 사기죄, 고소의 남발, 채무불이행, 형사조정, 증거수집, 기망행위, 부작위에 의한 사기죄, 차용금 사기, 신의성실의 원칙

Ⅰ. 들어가며

우리 형법은 다양한 범죄를 규정하고 있는데, 그 중 재산범죄는 연혁적으로 (a) 재산의 보유라는 '정적인 안전'을 보호하는 절도죄로 대표되는 제1세대, (b) 교환경제에 관한 재산의 활용이라는 '동적인 안전'을 보호하는 사기죄로 대표되는 제2세대, (c) 타인을 통한 조직적인 재산의 활용을 내부자로부터 보호하는 배임죄로 대표되는 제3세대로 구분할 수 있다.[1)]

사기죄는 여러 가지 재산범죄 중에서도 가장 대표적인 범죄라고 할 수 있는데, 실무적인 측면에서 (i) 지난 2018년 한해 동안 발생한 전체 범죄 988,398건(그 중에서 재산범죄는 총 576,937건) 중 사기죄는 총 278,566건으로 단일범죄 중에서 가장 많은 수를 기록하고 있고,[2)] (ii) 사건처리 기간을 기준으로 볼 때, 6개월을 초과하는 소위 장기사건[3)]이 경찰에 접수된 323,474건 중 29,084건(8.99%), 검찰에 접수된 29,084건 중 13,773건(47.36%)으로 그 처리에 상당한 기간이 소요되며,[4)] (iii) 2018년도를 기준으로 총 278,907건 중 70,997건(25.46%)이 기소,[5)] 143,344건(51.39%)은 불기소 처분이 내려져[6)] 그 수에 비하여 실제 기소가 되는 비율은 굉장히 낮은 것으로 나타났다.[7)]

---

1) 松原芳博, 刑法各論, 日本評論社, 2016, 337, 338면.

2) 대검찰청, 2019범죄분석, 대검찰청, 2019, 192~197면. 사기죄의 뒤를 이어 교통사고처리특례법위반(192,030건), 절도죄(177,458건), 도로교통법위반(음주운전)(140,515건) 순으로 나타났다. 참고로, 일본에서는 2018년 기준으로 자동차 관련 과실치사상죄(419,395명), 절도죄(91,507명), 상해죄(37,768명) 다음으로 사기죄(16,424명)로 입건된 피의자가 많은 것으로 나타났다(일본 법무성 2018년도 통계 자료; http://www.moj.go.jp/housei/toukei/housei05_00032.html; 2020. 6. 25. 최종 방문).

3) 형사소송법 제257조는 "검사가 고소 또는 고발에 의하여 범죄를 수사할 때에는 고소 또는 고발을 수리한 날로부터 3월 이내에 수사를 완료하여 공소제기여부를 결정하여야 한다"고 규정하고 있다.

4) 대검찰청, 위의 책, 212, 213면. 위 사건 수는 피의자를 기준으로 한 것인데, 참고로 전체 범죄를 기준으로 할 때 경찰 사건 1,784,831건 중 6개월을 초과하는 사건은 104,291건으로 5.8%, 검찰 사건 1,803,866건 중 6개월을 초과하는 사건은 35,904건으로 2%에 불과하다는 점에서, 사기죄는 그 처리기간까지 상당한 시간이 소요됨을 알 수 있다.

5) 구속기소는 6,196건, 불구속구공판은 34,889건, 구약식은 29,912건으로 나타났다.

6) 대검찰청, 위의 책, 226, 227면.

7) 마찬가지로, 위 사건 수는 피의자를 기준으로 한 것인데, 2018년도에 발생한 전체 범죄(1,755,435건) 중 기소가 된 사건은 704,758건으로 40.1%라는 점에서 사기죄의 기소율이 굉장히 낮음을 알 수 있다. 일본에서는 사기죄의 연간 기소율이 56.7%(2018년), 58.5%(2017년), 56.2%(2016년),

이와 같이 현대 형법에 있어 사기죄는 가히 '재산범죄의 제왕적 지위'에 있는데, 그와 동시에 다른 어떤 범죄보다도 많은 문제를 보유하고 있는 '형법의 골칫거리'라고 할 수 있다.

실무상 사기죄의 가장 큰 문제는 무엇보다 고소·고발이 지나칠 정도로 빈번하게 이루어진다는 점이다. 실제 2018년도에 이루어진 전체 고소사건(277,980건) 중 사기죄로 고소한 사건은 무려 37.87%(105,289건)에 이른다.[8] 그렇다면 시민들은 왜 사기 고소를 남발하는가? 이에 대하여는 여러 가지 해석이 나오고 있지만, 실무상으로는 크게 (i) 민사소송에서의 증거를 확보하거나, (ii) 상대방을 압박하여 경제적 이익을 취득하거나, (iii) 상대방에 대한 원한이 깊어 그 처벌을 원하기 때문이라고 분석할 수 있다.[9]

[표1] 2018년도 범죄 수사 단서 현황[10]

구분	현행범	신고				미신고	합계
		피해자신고	고소	고발	자수		
형법범죄	104,009	421,016	231,039	5,995	580	65,826	988,398
재산범죄	21,996	252,874	131,318	2,838	317	38,185	576,937
절도	5,372	145,423	3,107	93	147	19,133	177,458
장물	9	114	68	0	0	720	965
사기	8,754	31,028	105,289	1,236	72	12,213	278,566
횡령	371	33,351	15,508	899	55	3,949	57,172
배임	12	22	3,515	527	0	1,617	5,788
손괴	7,478	42,936	3,831	83	43	553	56,988

다만, 무엇보다 "사기죄의 실행행위로서의 기망은 반드시 법률행위의 중요 부분에 관한 허위표시임을 요하지 아니"한다거나,[11] "거래의 상대방이 일정한 사정에 관한 고지를 받았더라면 당해 거래에 임하지 아니하였을 것이라는 관계가 인정되면

57.2%(2015년)로서 우리의 2배가 넘는 것으로 나타났다(일본 법무성 2018년도 통계 자료; http://www.moj.go.jp/housei/toukei/housei05_00032.html; 2020. 6. 25. 최종 방문).

8) 대검찰청, 위의 책, 192, 193면

9) 김정연/이성규/이유나/조남운/박경규, "고소제도의 운영현황과 개선방안에 관한 연구", 한국형사정책연구원, 2017, 290, 291면.

10) 대검찰청, 위의 책, 192, 193면.

11) 대법원 1996. 2. 27. 선고 95도2828 판결.

고지의무가 있다고 할 것이고, 이를 위반한 경우 사기죄를 구성한다"[12]는 판례의 불명확한 태도야말로 사기죄의 고소가 남발되는 주범이 되고 있다고 하지 않을 수 없다.[13]

위와 같은 여러 가지 이유에서 거래 상대방에게 빌려주거나 투자한 돈을 받지 못한 일방 당사자는 민사상 손해배상청구와 함께 형사고소를 병행하게 되는데, 이하에서는 이러한 '채무불이행적 성격을 갖는 사기죄' 또는 '결과적 사기죄'가 문제되고 있는 현상과 관련하여 형사상 사기죄가 민사상 손해배상 제도와 어떠한 차이가 있는지를 실무적인 관점에서 살펴보고, 채무불이행적 사기죄와 관련한 판례의 태도를 특히 일본에서의 논의와 비교하며 그 문제점을 분석한 후, 이에 대한 대안으로서 기망행위에 대한 제한적인 해석에 대하여 검토해 보도록 하겠다.

Ⅱ. 형사상 사기죄와 민사상 손해배상 제도의 비교

1. 사기죄의 연혁과 보호법익

우리 형법은 사람을 '기망'하여 '재물의 교부'를 받거나, '재산상의 이익을 취득'하는 자를 사기죄로 처벌하고 있는데, 이는 일본 개정형법가안 제435조 및 일본 구형법 제246조를 계수한 것으로 평가되고 있다.[14] 형법은 사기죄(제347조)를 기본적인 유형으로 하여 컴퓨터등사용사기죄(제347조의2), 편의시설부정이용죄(제348조의2), 부당이득죄(제349조)를 규정하고 있는데, 일본 형법은 제246조에서 사기죄를 규정하면서,[15] 전자계산기 사용사기죄(제246조의2), 준사기죄(제248조)를 마련하여 우리와 비슷한 체계를 갖추고 있다. 특히 우리와 일본 형법은 모두 사기죄의 구조를

12) 대법원 2004. 4. 9. 선고 2003도7828 판결.

13) 위와 같이 개방적이며 추상적인 판례들을 이용한다면, 평범한 일상을 누리고 있는 시민들을 사기죄로 고소하여 형사절차에 끌어들이는 것은 너무나 쉬운 일이라고 하지 않을 수 없다(이종수, "'소송'이란 이름의 늪", 법률신문, 2020. 2. 20.자).

14) 유기천, 형법학(인영본), 법문사, 2012, 229면.

15) 제246조 제1항은 사람을 속여 재물을 교부받는 자를, 같은 조 제2항은 재산상 이익을 취득하거나 타인으로 하여금 이를 취득하게 하는 자를 규정하고 있다.

「① 기망행위의 존재 → ② 상대방의 착오 → ③ 재물 또는 재산상 이익의 교부 내지 처분행위 → ④ 재산상 손해 발생 → ⑤ 재산상 이익의 취득」으로 이해하고 있다.[16)]

사기죄의 보호법익을 둘러싸고는, (i) 전체로서의 재산권을 보호법익으로 한다는 견해[17)]와 (ii) 재산권을 주된 보호법익으로 하되, 거래의 진실성이나 신의성실의 원칙도 포함된다는 견해,[18)] (iii) 그 외 재산처분에 있어 의사결정의 자유도 보호법익에 포함된다는 견해[19)]가 대립하고 있다. 대법원은 "형법상 사기죄의 보호법익인 재산권"이라고 보고 있는데,[20)] "사기죄의 요건으로서의 기망은 널리 재산상의 거래관계에 있어서 서로 지켜야 할 신의와 성실의 의무를 저버리는 모든 적극적 및 소극적 행위로서 사람으로 하여금 착오를 일으키게 하는 것을 말하며 사기죄의 본질은 기망에 의한 재물이나 재산상 이익의 취득에 있고, 상대방에게 현실적으로 재산상 손해가 발생함을 그 요건으로 하지 아니한다"는 판례[21)]에 대하여는 대법원이 사기죄를 거래상의 신의칙과 처분의사의 자유만을 보호하는 죄로 보고 있다는 평가도 있다.[22)]

그러나, 사기죄는 기본적으로 거래관계를 염두에 둔 것으로서, 거래의 진실성이나 신의성실이란 것은 거래관계에 있어 개인의 재산권이 보호되어 있는 상태라고 보면 족한 것이지, 이를 별도의 독립된 보호법익으로 볼 필요는 없다고 할 것이며, 특히 신의성실의 원칙과 같은 일반원칙을 보호법익으로 보는 것은 사기죄의 적용범

16) 김일수/서보학, 새로쓴 형법각론(제9판), 박영사, 2018, 337면; 배종대, 형법각론(제11전정판), 홍문사, 2020, 343면; 이재상/장영민/강동범, 형법각론(제11판), 박영사, 2019, 329면; 松宮孝明, 刑法各論講義(第5版), 成文堂, 2018, 253면; 西田典之, 刑法各論(第7版), 弘文堂, 2019, 208면; 松原芳博, 앞의 책, 264면; 김재봉, "사기죄의 본질과 처분의사의 내용", 형사법연구, 제30권 제4호, 한국형사법학회, 2018, 281면; 대법원 2000. 6. 27. 선고 2000도1155 판결.

17) 김성돈, 형법각론(제5판), 성균관대학교 출판부, 2019, 348, 349면; 김일수/서보학, 앞의 책, 336면; 이재상/장영민/강동범, 앞의 책, 326면; 하태훈, "부동산거래관계에 있어서 고지의무와 부작위에 의한 기망", 형사판례연구, 제2권, 한국형사판례연구회, 1994, 198, 199면.

18) 유기천, 앞의 책, 231면; 이상돈, 형법강론, 박영사, 2015, 1040면; 임웅, 형법각론(제9정판), 법문사, 2018, 398면.

19) 정웅석, 형법강의(제7판), 대명출판사, 2006, 1134면.

20) 대법원 2008. 11. 27. 선고 2008도7303 판결.

21) 대법원 1997. 9. 9. 선고 97도1561 판결.

22) 김일수/서보학, 앞의 책, 336면.

위를 지나치게 확장시켜 형법의 보충성에도 반할 우려가 있다는 점에서 사기죄의 보호법익은 전체로서의 재산이라고 보아야 한다.[23]

2. 채무불이행에 대한 민사상 구제수단 및 한계

계약의 일방 당사자가 계약 내용을 제대로 이행하지 않는 경우, 민사상으로는 그 상대방을 상대로 채무불이행 또는 불법행위를 원인으로 하여 손해배상을 청구할 수 있다.

먼저, 채무불이행과 관련하여, 민법은 제390조에서 "채무자가 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때에는 채권자는 손해배상을 청구할 수 있다"고 하여 채무불이행의 일반적인 효과로서 손해배상에 대하여 규정하고 있다. 채무불이행의 유형에 대하여는 종래 독일 민법상 논의를 바탕으로 이행지체, 이행불능, 그리고 불완전이행이라는 3가지 유형이 있다고 보는 것이 일반적이었으나,[24] 우리 민법 체계 아래에서는 위와 같은 민법 제390조를 채무불이행의 일반적이고도 포괄적인 규정으로, 이행지체를 규정하고 있는 제392조와 이행불능을 규정하고 있는 제390조 단서를 예시적인 규정으로 보는 것이 적절하다.[25]

채무불이행을 원인으로 한 손해배상청구권의 요건을 살펴보면, (i) 이행지체나 이행불능과 같은 채무불이행 사실이 있어야 하고, (ii) 위법성이 인정되어야 하며, (iii) 손해의 발생 및 그 손해와의 인과관계가 인정되어야 하는데, 다만 채무불이행의 위법성과 관련하여 대법원은 "채무불이행에 있어서 확정된 채무의 내용에 좇은 이행이 행하여지지 아니하였다면 그 자체가 바로 위법한 것으로 평가되는 것"이라고 하여,[26] 상대적으로 위법성의 독자적 의미를 강조하는 형사법과 차이를 보이고 있다.[27]

---

23) 同旨: 김성돈, 앞의 책, 348, 349면; 松原芳博, 앞의 책, 263면.

24) 일본에서도 과거 독일 민법의 영향을 받아 채무불이행을 위와 같이 3개의 유형으로 이해하는 것이 일반적이었으나, 최근에는 채무불이행을 하나의 구조로 이해하는 것이 타당하다는 견해가 유력하게 제기되고 있다(潮見 佳男, "債務不履行の成立要件", 민사법학, 제65호, 한국민사법학회, 2013, 135~138면).

25) 지원림, 민법강의(제12판), 홍문사, 2014, 1034면.

26) 대법원 2002. 12. 27. 선고 2000다47361 판결.

다음으로 민법은 제750조에서 “고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다”고 하여 일반적인 불법행위에 대하여 규정하고 있는데, 이에 따라 (i) 고의나 과실로 인한, (ii) 위법한 행위로 (iii) 상대방에게 손해를 가한 경우 손해배상책임이 인정된다. 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한하여 과실을 처벌하는 형법과 달리(제14조), 민사상 손해배상책임에 있어 과실은 고의와 동가치적인 것으로 평가된다.[28] 대법원은 채무불이행에 기한 손해배상청구권과 불법행위에 기한 손해배상청구권은 청구권경합의 관계에 있다고 보고 있기 때문에,[29] 당사자로서는 둘 중 어느 것을 원인으로 하여 손해배상청구를 할 수 있는데, 채무불이행에 기한 손해배상청구의 경우 사실상 문제가 되는 계약서만 확보하여 증거로 제출하면 족하다는 장점이 있는 반면, 해당 법률분쟁은 형사가 아닌 민사상 채무불이행적 성격을 갖고 있다는 점을 자인하는 꼴이 될 수도 있다는 점에서 실무상으로는 사기고소와 함께 불법행위를 원인으로 한 손해배상청구를 같이 제기하는 것이 일반적이다.[30]

3. 사기고소를 통한 문제 해결의 유혹

가. 신속한 피해 구제

민사소송법은 제199조에서 “판결은 소가 제기된 날부터 5월 이내에 선고한다”라

27) 형사법에서는 구성요건해당성과 위법성의 문제가 이론상으로는 물론 실무적으로도 큰 의미를 갖는다. 일례로, 쟁의행위와 관련하여 대법원은 종래 이를 위법성 조각의 문제로 파악하였다가(대법원 1991. 4. 23. 선고 90도2771 판결), “쟁의행위로서 파업이 언제나 업무방해죄에 해당하는 것으로 볼 것은 아니고, 전후 사정과 경위 등에 비추어 사용자가 예측할 수 없는 시기에 전격적으로 이루어져 사용자의 사업운영에 심대한 혼란 내지 막대한 손해를 초래하는 등으로 사용자의 사업계속에 관한 자유의사가 제압·혼란될 수 있다고 평가될 수 있는 경우에 비로소 집단적 노무제공의 거부가 위력에 해당하여 업무방해죄가 성립”하는 것으로 입장을 변경하였는데(대법원 2011. 3. 17. 선고 2007도482 전원합의체 판결), 이와 같이 기존 위법성 차원의 문제를 구성요건 차원의 문제로 해석한 것을 두고 정책법원으로서 진일보한 태도라는 평가가 있다(김성돈, 앞의 책, 239면).

28) 지원림, 앞의 책, 1070면.

29) 대법원 1989. 4. 11. 선고 88다카11428 판결.

30) 계약 당사자로서는 상대방의 사기를 이유로 민법 제110조에 따라 계약을 취소하고, 기지급한 대금에 대한 부당이득반환청구를 하는 방법이 있지만, 수사기관으로서는 결국 민사적으로 해결하면 충분하다는 인상을 줄 수 있다는 점에서 채무불이행에 기한 손해배상청구와 동일한 문제를 갖는다.

고 규정하고 있지만, 대법원은 위 규정을 단순한 훈시규정으로 보고 있다.[31] 실무상으로도 소장 접수 이후 제1회 변론기일이 지정되기까지 2~3개월 가량이 소요되고 그 이후 변론기일은 4주에 한 번꼴로 진행되며, 여기에다가 보통 항소와 상고까지 이어지면 기본적으로 몇 년이 소요되기 십상이므로, 구체적인 사건에서 재판이 언제까지 이어질지 예측하는 것은 사실상 불가능하다.[32]

이에 반하여 형사사건의 경우, '검사의 사법경찰관리에 대한 수사지휘 및 사법경찰관리의 수사준칙에 관한 규정' 제57조 제1항은 "사법경찰관은 고소나 고발에 의하여 범죄를 수사할 때에는 고소나 고발이 있는 날부터 2개월 이내에 수사를 마쳐야 한다"고 규정하고 있고, 제2항에서는 "위 기간 내에 수사를 마치지 못하였을 때에는 검사에게 수사기일 연장지휘를 건의하여야 한다"고 규정하고 있으며, 형사소송법 제257조는 검사가 고소나 고발 사건에 대하여 3개월 이내에 수사를 완료하여 공소제기여부를 결정하여야 한다고 규정하고 있는데, 실무상 고소·고발사건은 다른 사건보다 이해관계인들의 대립이 심하기 때문에 아무래도 민사사건에 비하여 신속하게 수사가 이루어지게 된다.[33]

뿐만 아니라, 피해자로서는 '형사조정' 제도를 이용할 수도 있다. 법무부에서 지난 2004. 9. 범죄피해자 보호·지원을 위한 종합대책을 발표한 이후 검찰청에서는 2006. 4.경부터 형사조정을 시범운영하였고,[34] 2010. 5. 14. 범죄피해자보호법이 개정됨에 따라 법률적 근거를 마련하게 되었다.[35] 범죄피해자보호법에 의하면, 검사는 당사자의 신청이나 직권으로 형사사건을 형사조정에 회부할 수 있는데(제41조 제1항), 구체적으로, (a) 차용금, 공사대금, 투자금 등 개인 간 금전거래로 인하여 발생한 분쟁으로서 사기, 횡령, 배임 등으로 고소된 재산범죄 사건, (b) 개인 간의

31) 대법원 2008. 2. 1. 선고 2007다9009 판결.

32) 이시윤, 신민사소송법(제8판), 박영사, 2014, 28, 29면은 민사소송의 병폐를 '오래 끌고 돈 많이 드는 것'이라고 하면서 시민들은 이러한 이유에서 민사본안소송 제도를 외면한 채 형사고소, 가압류가처분, 나아가 권력기관이나 언론 등에의 탄원이나 직소를 모색하게 된다고 지적하고 있다.

33) 사법연수원, 수사절차론, 2016, 304면.

34) 이정원, "우리나라 형사조정제도의 시행현황과 개선방향", 법조, 통권 제656호, 법조협회, 2011, 12~16면; 정지영, "현행 형사조정제도 검토", 형사소송 이론과 실무, 제5권 제2호, 한국형사소송법학회, 2013, 70, 71면.

35) 이에 따라 종래 법적인 근거가 없이 운용되고 있다는 지적(조광훈, "형사조정제도에 관한 연구", 법조, 통권 제620호, 법조협회, 2008, 360면)이 입법적으로 해결되었다.

명예훼손·모욕, 경계 침범, 지식재산권 침해, 임금체불 등 사적 분쟁에 대한 고소사건, (c) 위 사항 외에 형사조정에 회부하는 것이 분쟁 해결에 적합하다고 판단되는 고소사건, (d) 고소사건 외에 일반 형사사건 중 위 (a)~(c)에 준하는 사건(제41조 제2항, 같은 법 시행령 제46조)에 대하여 형사조정에 회부가 가능하고, 위 법 제42조에 의하여 구성된 형사조정위원회가 형사조정기일을 열어 절차를 진행하되(제43조), 형사조정이 성립되면 그 결과를 서면으로 작성하여야 한다(제45조 제1항).[36]

결국 계약의 일방으로서는 상대방의 채무불이행에 대하여 실제 피해 회복까지 장기간이 소요될 수 밖에 없는 민사소송보다는 위와 같이 신속한 피해 구제가 가능한 형사절차를 선택하기 마련이며, 특히 사기고소가 문제되는 경우는 원칙적으로 형사조정 회부가 가능하기 때문에, 계약 당사자로서는 형사조정을 통하여 보다 신속한 피해 구제를 받을 수도 있고, 설령 형사조정이 성립되지 않는다고 하더라도 (물론 범죄피해자 보호법상으로는 피의자에게 불리하게 고려하여서는 안 된다고 규정하고 있지만) 상대방에게 충분한 압박을 줄 수 있는 것이다.[37]

나. 민사재판의 증거수집

민사소송에는 변론주의가 적용되는데, 이에 따라 (i) 주요사실은 당사자가 소송에서 주장을 하여야 하며, 법원은 당사자가 주장하지 않은 사실에 대하여는 판단할 수 없고(사실의 주장책임), (ii) 당사자가 자백한 사실에 대하여 법원은 증거조사 없이 그대로 판결의 기초로 삼아야 하며(자백의 구속력), (iii) 주요사실의 입증을 위한 증거는 당사자가 그 제출 책임을 지기 때문에 법원은 특별한 사정이 없는 한 직권으

36) 형사조정의 결과와 관련하여, 검사는 형사사건을 수사하고 처리함에 있어 형사조정 결과를 고려할 수 있는데, 다만 형사조정이 성립되지 아니하였다는 사정을 피의자에게 불리하게 고려하여서는 아니된다(제45조 제3항).

37) 이러한 현행 형사조정 제도는 (i) 그 회부의 주체가 검사로 한정되어 있기 때문에 경찰에 고소된 사건의 경우 검찰에 사건이 송치되기 이전에는 형사조정 제도를 이용할 수 없는 점, (ii) 검사가 실체적인 수사를 진행함이 없이 바로 형사조정에 회부할 경우 사실상 무죄추정의 원칙에 반할 소지가 있는 점, (iii) 형사조정위원회 위원들은 대부분 검찰청에 소속된 범죄예방위원회의 위원들로 구성되어 있어 전문성은 물론 중립성이 떨어진다는 문제를 내포하고 있다(박성철, “현행 형사조정제도에 대한 비판적 소고”, 법학논문집, 제34집 제3호, 중앙대학교 법학연구원, 2010, 136~140면).

로 증거조사를 할 수 없다(증거의 제출책임).[38)]

이에 따라, 일방의 계약 불이행이 문제될 경우 당사자로서는 채무불이행 또는 불법행위에 기한 손해배상청구를 할 수 있고, 채무불이행에 기한 손해배상청구를 할 경우 사실상 소비대차계약서나 차용증만 증거로 제출하면 족하다고 할 것이나, 위와 같은 직접적인 처분문서가 존재하지 않거나, 존재한다고 하더라도 그 해석을 둘러싼 다툼이 있는 경우에는 여전히 입증의 문제가 남게 된다. 아울러 민사상 채무불이행이 아닌 불법행위에 기한 손해배상청구의 방법을 취하는 경우에는 상대방의 사기나 횡령 등 불법행위(범죄행위)를 입증하여야 하는데, 경우에 따라 핵심적인 증거를 상대방이 보유하고 있음에도 민사상으로는 그 제출이나 확보를 강제할 수가 없는 문제가 있다.[39)]

형사사건의 경우 피고인과 달리 피해자는 소송의 주체라기보다는 단순한 소송의 객체에 불과하다는 것이 지배적인 입장이나, 최근 들어 형사정책상으로는 형사절차에 있어 피해자의 인격권과 정당한 권리도 적극적으로 보장되어야 한다는 주장이 제기되고 있는데,[40)] 현행 형사소송법상으로 피해자는 공판절차에서의 진술권(제294조의2),[41)] 진행경과에 대한 정보권(제259조의2), 신뢰관계에 있는 자의 동석, 피해

38) 이시윤, 앞의 책, 313~319면; 이무상, “변론주의에 있어서 요건사실과 주요사실”, 법조, 통권 제682호, 법조협회, 2013, 6면.

39) 변론주의가 적용되는 민사소송에 있어서는 경우에 따라 일방이 손해 및 인과관계를 입증하기가 대단히 어려운데, 이러한 측면에서 대법원은 공해소송에 있어 “피해자에게 사실적인 인과관계의 존재에 관하여 과학적으로 엄밀한 증명을 요구한다는 것은 공해로 인한 사법적 구제를 사실상 거부하는 결과가 될 수 있는 반면에, 가해기업은 기술적·경제적으로 피해자보다 훨씬 원인조사가 용이한 경우가 많을 뿐만 아니라 원인을 은폐할 염려가 있기 때문에, 가해기업이 어떠한 유해한 원인물질을 배출하고 그것이 피해물건에 도달하여 손해가 발생하였다면 가해자 측에서 그것이 무해하다는 것을 증명하지 못하는 한 책임을 면할 수 없다고 보는 것이 사회형평의 관념에 적합하다”고 판시하여(대법원 2012. 1. 12. 선고 2009다84608 등 판결) 입증책임을 완화 내지 전환하고 있다(특수소송에서의 증명책임에 대하여는 이시윤, 앞의 책, 536면 이하 참조).

40) 형사소송법상 피해자의 지위가 강화되고 있지만, 피해자의 관점만 지나치게 강조할 경우 국가형벌권의 지나친 확장이 문제될 수 있다는 견해로는 배종대/홍영기, 형사정책, 홍문사, 2019, 129, 130면; 정유나, “형사절차에서 피해자 진술권과 피해자 참가제도에 대한 검토”, 법학연구 통권 제56집, 전북대학교 법학연구소, 2018, 163면.

41) 도중진/박광섭, “형사사법절차에의 범죄피해자 참여제도 실효화 방안”, 피해자학연구, 제21권 제2호, 한국피해자학회, 2013, 282면은 형사소송법 제294조의2와 같은 증인신문 형태는 위증에 대한 처벌부담으로 인하여 심리적으로 위축될 수 있다는 등의 이유로 증인신문이 아닌 독립적인 절차를 마련해야 한다고 주장하고 있다. 그러나, 피해자로서 공판절차에 의견을 개진하는 것은 위와 같은

자변호사 및 진술조력인의 조력을 받을 권리(제163조의2) 등이 인정되고 있을 뿐이다. 즉, 변론주의가 적용되는 민사사건과 달리 형사사건은 기본적으로 피고인(피의자)이 범죄를 범하였는지(즉, 구성요건해당성과 위법성 및 책임이 인정되는지), 그렇다면 어떠한 형을 받아야 하는지에 관한 문제로서 광범위한 직권주의의 지배를 받고 있다.[42] 나아가, 일방의 고소나 고발이 이루어질 경우 수사기관으로서는 반드시 형사입건 절차를 거쳐야 하고,[43] 특별한 사정이 없는 한 소환하여 조사를 하여야 하는데, 경우에 따라 압수수색과 같은 물적 강제수사나, 체포·구속과 같은 인적 강제수사까지 이루어질 수 있다.

물론, 형사사건의 피해자는 형사절차의 직접적인 당사자는 아니기 때문에 수사기관이 구체적인 수사 과정에서 확보한 증거물을 제공(열람 내지 등사) 받을 수가 없다. 그러나, 피해자로서도 구체적인 수사와 관련하여 송치 및 처분 결과를 통보받도록 되어 있고,[44] 기소가 되는 경우에는 공소장과 함께 재판 결과에 따른 판결문까지 확보할 수 있다.

특히 대법원은 민사재판에 있어 (i) 형사재판의 사실인정에 구속을 받는 것은 아니지만, (ii) 동일한 사실관계에 대하여 확정된 형사판결이 유죄로 인정한 사실은 유

형사소송법 제294조의2에 의한 증인신문 방식 외에도 서면 형식의 탄원서나 의견서를 제출하는 데에 아무런 제약이 없다는 점에서 이와 별개로 독립적인 구두변론 절차까지 부여하는 것은 형사소송을 지나치게 민사분쟁화하는 측면이 있다는 점에서 바람직하다고 보기는 어렵다. 배종대/홍영기, 앞의 책, 129면은 피해자에게도 검사나 피고인과 같은 최후진술을 할 수 있도록 하는 것은 범죄피해에 대한 강한 인상을 남겨 비합리적인 결과를 초래할 우려가 있다는 점을 지적하고 있다.

42) 이러한 측면에서, 근대 이후의 형사사법은 피해자(민사소송에서의 원고)로부터는 고개를 돌리고, 범죄행위자의 죄책을 판단하여 그에 상응하는 형벌을 부과하는 것을 목적으로 한다고 볼 수 있다(배종대/홍영기, 앞의 책, 130면).

43) 형사소송법 제238조는 “사법경찰관이 고소 또는 고발을 받은 때에는 신속히 조사하여 관계서류와 증거물을 검사에게 송부하여야 한다”고 규정하고 있고, 제257조는 “검사가 고소 또는 고발에 의하여 범죄를 수사할 때에는 고소 또는 고발을 수리한 날로부터 3개월 이내에 수사를 완료하여 공소제기여부를 결정하여야 한다”고 규정하고 있다는 점에서 현행 형사소송법은 고소나 고발이 있는 경우 전건입건 제도를 취하고 있다고 볼 수 있다. 이에 대한 비판적 논의로는 윤동호, “고소·고발사건 전건입건법제에서 선별입건법제로”, 비교형사법연구, 제22권 제1호, 한국비교형사법학회, 2020, 177면 이하 참고.

44) 형사소송법 제258조에 따라, 검사는 고소 또는 고발 사건에 관하여 공소를 제기하거나 불기소처분을 하는 경우 그 처분한 날로부터 7일 이내에 서면으로 고소인 또는 고발인에게 그 취지를 통지하여야 한다.

력한 증거가 되므로, (iii) 특별한 사정이 없는 한 이와 다른 사실을 인정할 수는 없다는 입장을 취하고 있기 때문에,[45] 형사사건에서 유죄판결이 내려질 경우, 피해자로서는 해당 형사사건뿐만 아니라, 관련 민사사건에서 강력한 증거를 확보하게 되는 것이고, 결국 계약의 일방으로서는 상대방의 채무불이행에 대하여 단순히 민사소송만을 제기하는 것보다는 사기 고소를 병행하여 진행할 유혹을 느끼지 않을 수 없게 되는 것이다.

Ⅲ. '기망행위'의 제한적 해석을 통한 한계 설정

1. 사기죄에 있어 '기망행위'의 의의

사기죄의 객관적 구성요건요소로서 기망행위란, 허위의 의사표시를 통하여 사람을 착오에 빠트리는 일체의 행위를 의미한다.[46] 일본에서는 종래 구형법상 사기죄를 규정하면서 '사람을 기망'하는 행위라고 하였으나, 현행법에서는 기망이라는 용어 대신 '사람을 속이는' 행위라고 변경하였다. 다만, 일본의 학설과 판례는 위와 같은 용어 변경에도 불구하고 여전히 기망행위라는 용어로 설명을 하고 있다.[47]

기망행위는 상대방이 어떠한 처분행위(교부행위)를 함에 있어 그 판단의 기초가 되는 '사실'을 속이는 경우에 성립하므로, 의견이나 가치판단은 기망행위의 대상이 될 수 없다는 견해가 있다.[48] 그러나, 가치판단이나 의견의 개진이라고 하더라도 그것이 사실의 주요 내용이나 전문지식을 포함하고 있다면 기망행위의 대상에 해당한다고 보아야 할 것이다.[49]

---

45) 대법원 1994. 1. 28. 선고 93다29051 판결.

46) 김성돈, 앞의 책, 353면; 김일수/서보학, 앞의 책, 339면; 배종대, 앞의 책, 345, 346면; 유기천, 앞의 책, 236면; 임웅, 앞의 책, 386면; 안경옥, "사기죄에 있어서의 기망행위", 형사판례연구, 제5권, 한국형사판례연구회, 1997, 198, 199면; 윤동호, "소송사기와 허위등기가 기능적으로 밀접하게 연관된 경우 죄수 및 경합", 형사법연구, 제28권 제1호, 한국형사법학회, 2016, 102면.

47) 西田典之, 앞의 책, 208면.

48) 이재상/장영민/강동범, 앞의 책, 332면; 배종대, 앞의 책, 347면.

49) 김성돈, 앞의 책, 353면; 김일수/서보학, 앞의 책, 340면.

2. 부작위에 의한 기망행위와 묵시적 기망행위의 구별

기망행위의 수단과 방법에는 제한이 없기 때문에 반드시 명시적으로 이루어져야 하는 것은 아니며, 언어나 동작에 의하거나, 부작위로도 가능하다.[50] 다만, 구체적인 하나의 행위를 작위로 볼 것인지, 아니면 부작위로 볼 것인지는 그리 쉬운 일이 아닌데, 예를 들어 계약을 체결함에 있어서도 계약 체결을 유인 내지 권유하면서 적극적으로 설명한 부분이나 실제 계약서를 작성하는 행위는 '작위'적인 성격이 강한 반면, 실제 계약을 체결함에 있어 계약의 대상이 되는 목적물과 관련하여 자신이 알고 있는 내용 중 일부를 알려주지 않았다는 부분은 '부작위'적 성격이 강하다고 볼 수 있으므로,[51] 그 행위를 작위 또는 부작위로 구분하는 것은 대단히 어렵다. 다만, 문제가 되는 구체적인 행위가 작위인지, 아니면 부작위에 해당하는지 여부는 구성요건 측면에서 큰 의미가 있는데, 만약 어떠한 행위가 부작위로 평가된다면 부진정부작위범의 특별한 구성요건으로서 보증인지위와 행위정형의 동가치성을 추가로 충족하여야 한다.[52]

작위와 부작위의 구별[53]과 관련하여서는 여러 가지 견해의 대립이 있지만, 대법원은 소위 보라매 병원 사건에서 "어떠한 범죄가 적극적 작위에 의하여 이루어질 수 있음은 물론 결과의 발생을 방지하지 아니하는 소극적 부작위에 의하여도 실현될 수 있는 경우에, 행위자가 자신의 신체적 활동이나 물리적·화학적 작용을 통하여 적극적으로 타인의 법익 상황을 악화시킴으로써 결국 그 타인의 법익을 침해하기에

50) 김성돈, 앞의 책, 353면; 김일수/서보학, 앞의 책, 341면; 배종대, 앞의 책, 348면; 유기천, 앞의 책, 238면; 松宮孝明, 앞의 책, 254면; 西田典之, 앞의 책, 194면; 松原芳博, 앞의 책, 265면.

51) 자본주의 시스템 아래에서 계약 당사자들로서는 자신이 가지고 있는 모든 정보를 상대방에게 알려줄 수는 없는 노릇이므로, 실제 계약 체결 과정에 있어 어느 정도의 부작위는 가미될 수밖에 없다.

52) 김성돈, 형법총론(제6판), 성균관대학교 출판부(2020), 542면; 김일수/서보학, 새로쓴 형법총론(제12판), 박영사, 2014, 354면, 배종대, 형법총론(제14판), 홍문사, 2020, 546면; 이재상/장영민/강동범, 형법총론(제10판), 박영사, 2019, 146, 147면; 前田雅英, 刑法總論講義(第7版), 東京大学出版会, 2019, 98면; 小池 信太郎, "일본의 사기죄에 관한 최근 대법원 판례의 경향에 대해서", 형사판례연구 제27권, 한국형사판례연구회, 2019, 559면.

53) 작위와 부작위의 구별에 관한 학설 대립에 대하여는 이종수, "작위와 부작위 간 공소장변경의 한계 및 필요성 연구", 비교형사법연구, 제22권 제1호, 한국비교형사법학회, 2020, 117, 118면 참고.

이르렀다면, 이는 작위에 의한 범죄로 봄이 원칙이고, 작위에 의하여 악화된 법익 상황을 다시 되돌이키지 아니한 점에 주목하여 이를 부작위범으로 볼 것은 아니"라고 판시하여 기본적으로 작위를 우선적으로 판단하여야 한다는 입장을 취하고 있다.[54)]

다만, 사기죄의 기망행위와 관련하여 다수 견해는 위와 같은 작위와 부작위에 관한 일반적인 기준이 아닌, 소위 설명가치를 기준으로 하여, 그러한 설명가치 있는 행동에 의하여 상대방이 '비로소' 착오에 빠진 것이라면 묵시적 기망행위, 그렇지 않고 상대방이 이미 착오에 빠진 상태였다면 부작위에 의한 기망행위로 보고 있다.[55)] 위와 같은 학설의 입장과는 달리 대법원은 작위에 의한 묵시적 기망행위와 부작위에 의한 기망행위의 구별이 문제되는 사안에서는 대부분 부작위로 평가하고 있다.[56)57)]

생각건대, 형법적인 측면에서의 부작위는 단순히 어떠한 것을 하지 않는 것이 아니라, 법률적으로 의미가 있는 특정한 행위를 하지 않는 것을 의미하는 점,[58)] 작위

54) 대법원 2004. 6. 24. 선고 2002도995 판결.

55) 김성돈, 형법각론(제5판), 성균관대학교 출판부(2019), 354면; 김일수/서보학, 새로쓴 형법각론(제9판), 박영사(2018), 342면; 이재상/장영민/강동범, 형법각론(제11판), 박영사(2019), 333면.

56) 구체적으로 대법원은, ① 부동산 매매목적물이 유언으로 재단법인에 출연된 사실을 숨기고 매도하여 대금을 교부 받은 사안(대법원 1992. 8. 14. 선고 91도2202 판결), ② 임대인이 임대차계약을 체결하면서 임차인에게 임대목적물이 경매진행 중인 사실을 알리지 않은 사안(대법원 1998. 12. 8. 선고 98도3263 판결), ③ 실제로 어업을 영위하지 않았음에도 영위하였던 것처럼 가장하여 보상금을 수령한 사안(대법원 2004. 6. 11. 선고 2004도1553 판결), ④ 특정 시술을 받으면 아들을 낳을 수 있을 것이라는 착오에 빠져있는 피해자들에게 그 시술의 효과와 원리에 관하여 사실대로 고지하지 아니한 채 아들을 낳을 수 있는 시술인 것처럼 가장하여 시술과 처방을 한 사안(대법원 2000. 1. 28. 선고 99도2884 판결), ⑤ 피고인이 이미 다른 저축은행에 대출을 신청하였음에도 이를 알리지 않고 대출을 받은 사안(대법원 2018. 8. 1. 선고 2017도20682 판결), ⑥ 부동산에 대하여 신탁금지약정을 체결하였음에도 불구하고 이를 은행에 알리지 않은 채 위 부동산을 담보신탁하여 대출을 받은 사안(대법원 2012. 4. 13. 선고 2011도2989 판결) 등에서 모두 부작위에 의한 기망행위를 전제로 판단하였다.

57) 학설상으로는 위와 같은 판례의 태도를 비판하며, 위에서 문제된 사안은 대부분 작위에 의한 묵시적 기망행위로 보아야 한다는 견해로는, 이석배, "묵시적 기망행위와 부작위에 의한 기망행위", 비교형사법연구, 제10권 제1호, 한국비교형사법학회, 2008, 220면; 이정원, "의학적 권고에 반한 퇴원으로 사망한 환자에 대한 형사책임", 비교형사법연구, 제6권 제2호, 한국비교형사법학회, 2004, 343~345면.

58) 김일수/서보학, 새로쓴 형법총론(제12판), 박영사(2014), 347면; 배종대, 앞의 책, 542면; 이재상/장영민/강동범, 형법총론(제10판), 박영사(2019), 131면; 松原芳博, 刑法總論(第2版), 日本評論社

가 아닌 부작위로 이론구성을 할 경우 보증인지위와 행위정형의 동가치성이라는 추가적인 구성요건을 충족하여야 하므로[59] 부작위를 작위의 보충적·열위적 관계에 있다고 보기는 어려운 점, 법률적인 평가는 배제한 채 행위 자체의 측면만 고려할 경우 작위와 부작위가 문제되는 대부분의 경우 작위로 볼 수밖에 없는 점 등을 고려할 때, 형법상 작위와 부작위는 행위 자체가 아닌 범죄구성요건의 해당 여부를 기준으로 구별하여야 할 것이며, 사기죄에 있어서도 이러한 규범적인 기준을 바탕으로, (i) 피고인이 변제의사나 능력 또는 지불의사나 능력이 없음에도 불구하고 상대방으로 하여금 이에 대한 착오를 불러 일으킨 것으로 평가된다면 작위의 묵시적 기망행위, (ii) 거래내용의 중요한 부분을 알리지 않은 채 계약을 체결한 경우에는 부작위에 의한 기망행위로 보는 것이 타당하다고 할 것이다.

3. 채무불이행의 기망성을 둘러싼 판례 분석

대법원은 차용금 사기에 대하여 기본적으로 "차용금의 편취에 의한 사기죄의 성립 여부는 차용 당시를 기준으로 판단하여야 하므로, 피고인이 차용 당시에는 변제할 의사와 능력이 있었다면 그 후에 차용금을 변제하지 못하였다고 하더라도 이는 단순한 민사상의 채무불이행에 불과할 뿐 형사상 사기죄가 성립한다고 할 수 없고, 한편 사기죄의 주관적 구성요건인 편취의 범의의 존부는 피고인이 자백하지 아니하는 한 범행 전후의 피고인의 재력, 환경, 범행의 내용, 거래의 이행과정, 피해자와의 관계 등과 같은 객관적인 사정을 종합하여 판단하여야 한다"는 입장을 취하고 있다.[60]

이러한 측면에서, ① 차용인이 대여인으로부터 관광버스 구입자금을 차용한 후 계속된 사업실패로 파산신청을 하여 면책허가결정이 확정된 사안,[61] ② 3,000~4,000만

(2017), 87면; 山口厚, 刑法總論(第2版), 有斐閣, 2007, 77면.

59) 이러한 측면에서 오히려 의심스러울 경우에는 부작위로 보는 것이 법치국가적 요청에 부합한다는 지적으로는 이상돈, 앞의 책, 226면.

60) 대법원 2008. 2. 14. 선고 2007도10770 판결.

61) 위 2007도10770 판결. 위 판결에서 대법원은 "개인파산·면책제도를 통하여 면책을 받은 채무자에 대한 차용금 사기죄의 인정 여부는 그 사기로 인한 손해배상채무가 면책대상에서 제외되어 경제적 회생을 도모하려는 채무자의 의지를 꺾는 결과가 될 수 있다는 점을 감안하여 보다 신중한 판단을

원 상당의 채무를 부담하는 반면 특별한 재산이 없는 상태에서 2,000만 원을 차용하였으나 당시 의류사업이나 보험설계사로서의 영업을 하면서 지속적으로 소득을 얻고 있었고, 비교적 꾸준하게 월 60만 원 상당의 이자를 지급한 사안[62] 등에서 사기죄의 성립을 부정하였다.

다만, 자금의 용도를 속이고 금전을 차용한 경우에 있어 대법원은 종래 사기죄의 성립을 부인하였으나,[63] 그 이후 "사기죄의 실행행위로서 기망은 반드시 법률행위의 중요부분에 관한 허위표시임을 요하지 아니하고 상대방을 착오에 빠지게 하여 행위자가 희망하는 재산적 처분행위를 하도록 하기 위한 판단의 기초가 되는 사실에 관한 것이면 족한 것이므로, 용도를 속이고 돈을 빌린 경우에 있어서 만일 진정한 용도를 고지하였더라면 상대방이 돈을 빌려주지 않았을 것이라는 관계가 있는 때에는 기망행위가 있는 것으로 보아야 한다"는 입장을 취하고 있다.[64] 이에 따라, 차용사기에 있어 차용금의 용도를 속인 경우에는 사기죄를 인정하고 있는데, 사실은 대법관에게 사용할 의사가 없음에도 대법관 로비자금으로 1억 5천만 원이 필요하다며 이를 차용한 후 1,000만 원만 변호사 선임비로 사용하고 나머지는 자신의 사업자금으로 사용한 사안,[65] 개발제한구역 지정의 해제는 물론 그 해제로 인하여 얻게 될 재산상 이익을 나누어 줄 의사나 능력이 없음에도 "2,000만 원을 빌려주면 이를 접대 비용으로 사용하여 2개월 내에 위 토지에 대한 개발제한구역 지정을 해제받고 토지소유자로부터 상당한 금액의 커미션을 받아 그 중 일부를 위 차용금과 함께 돌려주겠다"고 한 사안,[66] 피고인이 상가 전기요금으로 납부할 것이 아니라 자신의 개인용도로 사용할 의도였음에도 불구하고 피해자에게 "상가관리비가 연체

요한다"고 하였다.

62) 대법원 2016. 4. 28. 선고 2012도14516 판결.

63) 대법원 1960. 9. 4. 선고 4292형상656 판결.

64) 대법원 1996. 2. 27. 선고 95도2828 판결. 일본 판례도 "영득의 의사를 가지고 기망수단을 사용하여 타인을 착오에 빠뜨리고, 금전의 점유를 자기에게 이전함으로써 사기죄는 성립하는 것으로서, 차용금을 변제하겠다는 의사의 유무 또는 착오가 법률행위의 요소라는 점은 묻지 않으며, 행위자의 행위 속에는 기망적인 요소가 있었고, 결과에 있어 피해자가 기망을 당하여 재물의 교부를 하였다면 사기죄는 완성"되는 것이라고 하여 용도를 속인 차용의 경우에 사기죄를 인정하고 있다{大審院 大正12年(1923)11月2日 刑集2券744頁}.

65) 대법원 1995. 9. 15. 선고 95도707 판결.

66) 대법원 1996. 2. 27. 선고 95도2828 판결.

된 것이 많아 전기요금을 납부하지 못하고 있다. 전기요금을 납부하지 않으면 단전될 처지에 있으니 1,000만 원만 빌려달라. 월 4부의 이자를 주고 3개월 후에 틀림없이 변제하겠다"고 한 사안,[67] 명의상으로만 학원 원장인 자가 대출금 중 일부를 개인적인 용도로 사용할 생각이었음에도 불구하고 학원 운전자금으로 사용하겠다면서 생계형 창업특별보증을 신청한 사안,[68] 피고인이 농지구입자금을 융자받아 농지구입과는 무관한 다른 채무 변제에 사용할 생각이면서도 농지 매매대금에 충달할 것처럼 허위의 매매계약서를 작성하여 농지구입자금을 융자받은 사안[69]에서 사기죄의 성립을 인정하였다.

나아가, 대법원은 물품거래에 있어서는 "거래 당시를 기준으로 피고인에게 납품대금을 변제할 의사나 능력이 없음에도 피해자에게 납품대금을 변제할 것처럼 거짓말을 하여 피해자로부터 물품 등을 편취할 고의가 있었는지의 여부에 의하여 판단하여야 하므로, 납품 후 경제사정 등의 변화로 납품대금을 변제할 수 없게 되었다고 하여 사기죄에 해당한다고 볼 수 없다"는 입장을 취하고 있다.[70]

4. 기망행위에 대한 엄격해석의 방안

가. 신의칙에 기한 고지의무의 제한

(1) 학설 및 대법원의 입장

부작위에 의한 사기죄에 있어 고지의무의 근거로서 신의성실의 원칙을 인정할 수 있는지 여부와 관련하여, 긍정설[71]은 계약 당사자 사이에 특별한 신임관계가 있거나, 이를 고지하지 아니하면 상대방에게 현저한 손해가 발생하거나, 상대방에게 무경험 내지 경험부족이 인정된다면 신의성실의 원칙을 근거로 한 고지의무를 인정할

67) 대법원 2005. 9. 15. 선고 2003도5382 판결.
68) 대법원 2003. 12. 12. 선고 2003도4450 판결.
69) 대법원 2005. 5. 26. 선고 2002도5566 판결.
70) 대법원 2003. 1. 24. 선고 2002도5265 판결; 대법원 2005. 11. 24. 선고 2005도7481 판결.
71) 김성돈, 형법각론(제5판), 성균관대학교 출판부, 2019, 356면; 김일수/서보학, 새로 쓴 형법각론(제9판), 2018, 343면; 이재상/장영민/강동범, 형법각론(제11판), 박영사, 2019, 336면.

수 있다고 본다. 이에 반하여, 부정설[72]은, 신의성실의 원칙은 일반조항으로서 법률 적용자에 따라 자의적으로 해석될 가능성이 있고, 사기죄의 성립범위가 지나치게 확장될 우려가 있으며, 자본주의 시스템 아래에서 거래 내용을 자세하게 확인하지 않은 잘못이 있는 자를 형법이 무제한적으로 보호해 줄 필요가 없다고 주장한다. 특히 법률개념인 보증인의무를 신의성실의 원칙이라는 일반개념을 근거로 인정하는 것은 죄형법정주의에 위배되는 것으로서, 자유시장 경제체계 아래에서 거래 당사자는 자유로운 경쟁을 통해 지식이나 경험을 습득하여 자기의 이익을 극대화하는 것이 당연한데, 그 정보나 지식에 대한 고지의무를 부과하여 형사처벌하는 것은 부당하다고 지적한다.[73]

대법원은 특히 부작위에 의한 사기죄의 작위의무와 관련하여, "법령, 법률행위, 선행행위로 인한 경우는 물론, 기타 신의성실의 원칙이나 사회상규 혹은 조리상 작위의무가 기대되는 경우에도 인정된다"고 하여 신의성실의 원칙이나 조리에 근거한 작위의무를 인정하고 있다.[74] 구체적으로 신의성실에 근거한 고지의무를 인정한 경우를 살펴보면, ① 전대차가 금지되고 제소전 화해가 성립된 사실을 알리지 않고 건물을 임대한 사안,[75] ② 채무담보를 위한 가등기와 근저당권설정등기가 마쳐진 사실을 알리지 않고 토지를 매도한 사안,[76] ③ 소유권 귀속에 관한 소송이 계속 중인 사실을 알리지 않은 채 매도한 사안,[77] ④ 공장을 이전하지 않고서는 계속 가동할 수 없는 사실을 알리지 않고 공장을 매도한 사안,[78] ⑤ 도시계획이 입안되어 있어 장차 협의매수되거나 수용될 것이라는 사정을 알리지 않은 채 매도한 사안,[79] ⑥ 토지소유자로 등기되어 있을 뿐 진정한 소유자가 아님에도 이러한 사실을 알리지 않은 채 수용보상금으로 공탁된 공탁금의 출급을 신청한 사안,[80] ⑦ 임대인이

72) 임웅, 형법총론(제11정판), 법문사, 2019, 590면; 안경옥, "부작위에 의한 기망행위", 영남법학, 제8권 제1·2호, 영남대학교 법학연구소, 2002, 284면.

73) 하태훈, 앞의 논문, 204면; 허일태, "보험계약상 고지의무와 보험금 사기의 고의", 동아법학, 제52호, 동아대학교 법학연구소, 2011, 429면.

74) 대법원 2015. 11. 12. 선고 2015도6809 판결.

75) 대법원 1980. 7. 8. 선고 79도2734 판결.

76) 대법원 1981. 8. 20. 선고 81도1638 판결.

77) 대법원 1986. 9. 9. 선고 86도956 판결.

78) 대법원 1991. 7. 23. 선고 91도458 판결.

79) 대법원 1993. 7. 13. 선고 93도14 판결.

임차인에게 임대목적물이 경매 진행 중인 사실을 알리지 않은 사안,[81] ⑧ 특정 시술을 받으면 아들을 낳을 수 있는 시술인 것처럼 가장하여 일련의 시술과 처방을 행한 사안,[82] ⑨ 주식매도인이 매수인에게 주식거래의 목적물이 증자 전의 주식이 아니라 증자 후의 주식이라는 사실을 제대로 알리지 않은 사안,[83] ⑩ 피고인이 A보험회사와 보험대리점 계약을 체결한 B대리점의 보험상담원으로 근무하면서 보험료를 대납하였음에도 이를 알리지 않은 채 A보험회사로부터 보험계약 체결에 따른 수수료 명목으로 합계 약 3,200만 원을 지급받은 사안,[84] ⑪ 다른 저축은행에 대출을 신청한 상태임에도 불구하고 그런 사실이 없다고 답변한 사안[85]에서 명시적 또는 묵시적으로 신의성실의 원칙에 근거한 고지의무가 인정된다고 하였다.

이에 반하여, ⓐ 아파트를 전매함에 있어 분양회사 대표이사가 그 분양업무와 관련하여 유죄판결을 받은 사실,[86] ⓑ 부동산 이중매매에 있어 제1 매매계약을 일방적으로 해제할 수 없다는 사실,[87] ⓒ 중고 자동차 매매에 있어 할부금 채무가 존재한다는 사실,[88] ⓓ 나머지 공유자들로부터 그들의 소유지분에 관한 처분권한을 위임받고 이를 매도한 사안에서 실제로 매도한 가격,[89] ⓔ 은행에 예금반환을 청구함에 있어 사실 그 돈의 원인이 되는 법률관계가 존재하지 않는 사실,[90] ⓕ 아파트 입주권을 매도함에 있어 그 입주권을 2억 5,000만 원에 확보하여 2억 9,500만 원에 전매하려는 사실,[91] ⓖ 부동산을 담보신탁하여 대출을 받음에 있어 그 부동산에 대하여 다른 사람과 신탁금지약정을 체결한 사실[92]은 일반거래의 경험칙상 '상대방이

80) 대법원 1994. 10. 14. 선고 94도1911 판결.
81) 대법원 1998. 12. 8. 선고 98도3263 판결.
82) 대법원 2000. 1. 28. 선고 99도2884 판결.
83) 대법원 2006. 10. 27. 선고 2004도6503 판결.
84) 대법원 2014. 1. 16. 선고 2013도9644 판결.
85) 대법원 2018. 8. 1. 선고 2017도20682 판결.
86) 대법원 1983. 9. 13. 선고 83도823 판결.
87) 대법원 1991. 12. 24. 선고 91도2698 판결.
88) 대법원 1998. 4. 14. 선고 98도231 판결.
89) 대법원 1999. 5. 25. 선고 98도2792 판결.
90) 대법원 2010. 5. 27. 선고 2010도3498 판결.
91) 대법원 2011. 1. 27. 선고 2010도5124 판결.
92) 대법원 2012. 4. 13. 선고 2011도2989 판결.

그 사실을 알았더라면 당해 법률행위를 하지 않았을 것이 명백한 경우'에 해당한다고 볼 수 없다는 이유로 설령 이러한 사실을 고지하지 않았다고 하더라도 사기죄의 성립을 부정하였다.

고지의무와 관련한 일본 판례 중에는, 국립공원에 위치한 부동산을 소유한 피고인들이 위 토지에 7층짜리 멘션을 짓고자 한 피해자에게 그 규제내용을 정확하게 알리지 않은 채 매매계약을 체결하여 계약금으로 5,000만 엔을 지급받아 편취하였다고 기소된 사안에서, 제1심[93]은 피고인들로서는 피해자들이 위 토지에 7층짜리 맨션을 짓고자 하는 사실을 알았음에도 그 규제내용에 대하여 알려주지 않았다는 이유에서 유죄를 선고하였으나, 제2심[94]에서 현대사회에서는 어떠한 토지라도 크고 작은 각종 법적 규제를 받고 있는 것이 주지의 사실이고, 특히 이 사건과 같은 국립공원 내 토지에 대하여는 엄격한 규제가 이루어지는 것이 일반적이며, 나아가 그 토지에 대한 규제 내용은 주무관청에 문의하면 쉽게 확인할 수 있기 때문에 매도인으로서는 어느 정도로만 그 내용을 이야기하면 고지의무를 다 한 것으로 볼 수 있다는 이유에서 무죄를 선고한 것이 있다.

(2) 검토 - 일반조항으로서 신의성실의 원칙의 배제 필요성

판례는 사기죄의 기망행위를 "널리 거래관계에서 지켜야 하는 신의칙에 반하는 행위"[95]라고 하여 사기죄의 보호법익을 지나치게 넓게 보는 한편 고지의무는 신의칙이라는 일반원칙에서 도출하고 있는데,[96] 이러한 대법원의 태도는 사기고소의 남발로 대표되는 민사문제의 형사범죄화를 초래하는 주범이 되고 있다.[97] 특히 '경험칙상 상대방이 그 사실을 알았더라면 당해 법률행위를 하지 않았을 것이 명백한 경우'라는 것은,[98] 민법상 계약해제의 인정여부를 판단하는 기준은 될 수 있어도, 형

93) 静岡地裁(沼津支部) 昭和62年(1987)3月20日.
94) 東京高裁 平成1年(1989)3月14日 判タ700号266頁.
95) 대법원 1984. 2. 14. 선고 83도2995 판결.
96) 윤종행, "작위와 부작위의 구별", 연세법학연구, 연세법학회, 2005, 201면; 하태훈, 앞의 논문, 206면.
97) 허일태, 앞의 논문, 428면.
98) 대법원 1983. 9. 13. 선고 83도823 판결; 대법원 1998. 12. 8. 선고 98도3263 판결; 대법원 2000. 1. 28. 선고 99도2884 판결 등.

벌권 발동의 기준이 될 수는 없으며, 결과적으로 범죄의 성립여부를 상대방의 의사에 맡겨놓게 되는 불합리를 초래하게 되는 것이다.[99] 나아가, 고지의무의 근거를 신의성실의 원칙에서 찾는 판례의 태도는 피고인의 방어권 행사에도 영향을 미치게 되는데, 실제 사기죄의 기망행위를 부인하고 있는 피고인으로서는 기망행위의 근거가 되는 고지의무가 없었다가나 그러한 의무를 이행하였음을 주장해야 하지만, 현재 판례의 태도와 같이 그 의무의 근거를 신의성실의 원칙에서 찾는 것은 사실상 모든 거래 내용에 대하여 고지의무를 인정하고, 이에 대한 기망성을 인정하는 것과 다름 없는 결과가 되는 것이다.

더구나, 민사법에서도 당사자 간 법률관계를 해석함에 있어 바로 신의성실의 원칙에서 그 근거를 찾는 것은 일반조항으로 도피하는 것과 다름 없기 때문에 최후수단으로서 의미를 갖는다고 보고 있고,[100] 대법원 역시 "근저당권자가 임차인의 주민등록상 주소가 등기부상 표시와 다르다는 이유로 임대차의 대항력을 부정하는 주장이 신의칙에 비추어 용납될 수 없는 경우에는 예외적으로 그 주장을 배척할 수 있으나, 이는 주택임대차보호법에 의하여 인정되는 법률관계를 신의칙과 같은 일반원칙에 의하여 제한하는 것이어서 법적 안정성을 해할 수 있으므로 그 적용에 있어 신중을 기하여야 할 것"이라고 판시하여[101] 신의성실의 원칙이 갖는 최후수단성을 인정하고 있음을 고려한다면, 형벌을 통하여 개인의 기본권을 제한할 수 있는 형사법에서는 신의성실의 원칙을 적용함에 있어 민사법보다 더욱 신중을 가할 필요가 있다.

이에 대하여, 고지의무의 근거로서 신의성실의 원칙을 배제할 경우 가벌성의 범위가 지나치게 축소될 수 있다는 지적이 있을 수 있지만, 일반조항인 신의성실의 원칙이 아니더라도 법령이나 계약의 구체적인 해석에 따른 고지의무를 인정할 수 있다는 점을 주목할 필요가 있다. 실제 문제가 되는 계약은 구체적인 법률관계를 규율하는 계약(서)은 물론 관련 법령의 해석을 통하여 계약의 중요한 내용을 도출해 낼 수 있는 것인데, 판례는 신의성실의 원칙을 원용함으로써 사실은 법률이나 계약

99) 김준혁, "부작위에 의한 사기죄의 성부", 한양법학, 제27권 제1집, 한양법학회, 2016, 205면.
100) 지원림, 앞의 책, 46면.
101) 대법원 2008. 2. 14. 선고 2007다33224 판결.

의 해석에 따라 고지의무를 인정할 수 있는 사안에서도 만연히 신의성실의 원칙에 기한 고지의무를 인정해 버리고 있는 것이다. 이와 달리, 법령이나 계약에 따른 고지의무가 인정되지 않는다고 하더라도 구체적인 사안에 따라 해당 행위자에 대하여는 배임죄나 배임수증재죄 등이 적용될 여지가 있고, 민사상 손해배상청구 등의 구제수단이 있기 때문에 당사자 간 계약 분쟁에 사기죄가 현행처럼 마치 '전가의 보도'처럼 사용될 필요는 없다고 할 것이다.

나. 중요사실에 관한 기망 제한

(1) 기망행위의 정도를 둘러싼 학설 및 대법원의 입장

기망행위는 행위 당시의 구체적인 상황을 전제로 하여 상대방을 착오에 빠지게 하여야 하지만, 단순한 과장이나 흥정과 같이 허용된 위험의 범위 안에 있는 정도를 두고 사기죄에서의 기망이라고 볼 수는 없다.[102] 이러한 측면에서 사기죄에 있어 기망행위는, 거래의 상대방이 진실을 알았다면 재산상 처분행위를 하지 않았을 정도의 중요한 사실일 것을 요구한다. 따라서, 단순히 거짓말을 하였거나 기망을 하였다고 하더라도 그로 인하여 거래의 목적을 달성하는데 지장이 없다면 사기죄가 성립하지 않는다.[103] 예를 들어, 물품의 명칭을 속였다고 하더라도, 그 품질이나 가격에 변함이 없고, 구매자 역시 그 물품의 명칭에 구애받지 않고 물품을 구매한 경우,[104] 담보로 제공된 그림이 위조품이라고 하더라도 그로써 충분한 담보가치를 갖는 경우[105]에는 사기죄가 성립하지 않는다.

기망행위의 정도에 관하여 다수의 견해는 사기죄의 기망행위가 객관적으로 일반인을 착오에 빠뜨릴 정도의 비난가능성이 있는 것이어야 하고 단순히 사실을 과장

102) 松原芳博, 刑法各論, 日本評論社, 2016, 265면.

103) 김성돈, 앞의 책, 358면; 김일수/서보학, 앞의 책, 344면; 배종대, 형법각론(제11전정판), 홍문사, 2020, 350면; 이재상/장영민/강동범, 앞의 책, 337, 338면. 형법각칙상 '허위사실'을 구성요건으로 하고 있는 개별 범죄에 대한 판례의 입장에 대하여는, 이종수, "당선 목적 허위사실공표죄의 '미필적 고의'에 관한 연구", 서울대학교 법학, 제61권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2020, 258~261면 참고.

104) 大審院 大正8年(1919)3月27日 刑錄25輯396頁.

105) 大審院 大正4年(1915)10月25日 新聞1049号34頁.

하거나 추상적으로 사실과 다른 내용을 이야기한 것만으로는 사기죄가 성립하지 않는다고 하면서도,[106] 동기나 용도를 기망한 경우에 있어서는 사기죄에 해당한다고 보는 것이 일반적이다.[107]

(2) 일본 판례의 입장

일본 최고재판소 역시 기본적으로 기망의 내용이 되는 사실이 거래내용에 있어 어느 정도로 중요하고 결정적인 의미를 갖는지를 기준으로 사기죄의 성립여부를 판단하고 있다. 구체적으로, (i) 상당한 가격으로 물품을 판매한 것과 관련하여, ⓐ 피고인이 의사가 지정한 전기의료판매업자인 것처럼 하며 사실은 평범한 전기안마기를 마치 중풍 등에 효과가 있다고 속이고 판매한 사안에서 "가격 상당의 상품을 제공하였다고 하더라도, (진정한) 사실을 고지하였다면 상대방이 금원을 교부하지 않았을 경우로서, 특히 상품의 효능 등에 관하여 사실에 반하는 과대한 사실을 고지하여 상대방을 오인시켜 금원을 교부받은 경우에는 사기죄가 성립한다"고 하였는데,[108] ⓑ 의사라고 사칭하여 환자를 진찰하면서 약을 정가로 판매한 사안에서는, 상대방에게 재산상 손해가 발생하지 않았다는 이유로 사기죄의 성립을 부정하였다.[109] (ii) 상당한 대가로 근저당권을 말소시킨 사안에서는 "문제된 각 부동산이 제3자에게 합법적으로 판매되는 것으로 오신하지 않았으면 (근저당권자인) 주관기구가 이 사건 근저당권 포기에 응하지 않았을 것"이라는 이유로 사기죄의 성립을 긍정하였다.[110]

기망행위와 관련한 유명한 판례로 소위 '탑승권 양도 사건'이 있는데, A가 사실은 캐나다에 밀입국하기 위한 B에게 교부를 할 목적이었음에도 불구하고 이러한 사실을 알리지 않고 탑승권을 발급받은 사안에서, 최고재판소는 항공권과 탑승권에는 모두 승객의 이름이 기재되어 있는데, 항공사로서는 탑승권의 교부를 청구하는 자에 대하여 여권에 기재된 성명이나 사진 등을 통해 엄격하게 본인 확인 절차를 한

106) 김성돈, 앞의 책, 358면; 김일수/서보학, 앞의 책, 344면; 배종대, 앞의 책, 350면.
107) 김성돈, 앞의 책, 353면.
108) 最高裁 昭和34年(1959)9月28日 刑集13卷11号2993頁.
109) 大審院 昭和3年(1928)12月21日 刑集7卷772頁.
110) 最高裁 平成16年(2004)7月7日 刑集58卷5号309頁.

후 탑승권을 교부하고 있는 점, 이와 같이 엄격하게 본인 확인 절차를 거치는 것은 항공권에 이름이 기재된 승객이 아닌 자가 항공기에 탑승할 경우 항공기의 안전에 심각한 폐해를 가져올 위험이 있음을 고려한 것인 점, 항공사로서는 캐나다 정부에 대한 불법입국을 방지하기 위하여 탑승권 발권을 제대로 할 의무가 있는 점 등을 고려할 때, 해당 승객 이외의 자를 항공기에 탑승하지 못하도록 하는 것은 이 사건 항공사의 항공운송 사업의 경영상 중요한 내용이라 할 것이며, 항공사로서는 탑승권의 교부를 청구하는 자가 이를 다른 사람에게 전달하여 그 사람으로 하여금 항공기에 탑승시킬 의도라는 것을 알았다면 그 교부에 응하지 않을 것이라는 이유로 사기죄의 성립을 인정하였다.[111]

(3) 검토 - 중요사실에 관한 기망에 한정될 필요성

그러나, 앞에서 살펴본 바와 같이 사기죄의 보호법익은 재산권에 한정되어야 한다는 측면에서,[112] 거래 상대방이 대여나 매매 같은 계약에 관한 의사결정 과정에 일부 영향을 미쳤다고 하여 사기죄로 단정할 수는 없다고 할 것이다. 나아가, 민법도 제109조에서 착오에 의한 의사표시의 취소를 규정하면서도, 단순한 동기의 착오를 이유로 한 취소는 인정하고 있지 않으며, 대법원 역시 의사결정 과정에서의 착오, 즉 동기의 착오를 이유로 법률행위를 취소하기 위하여는 (i) 그 동기를 당해 의사표시의 내용으로 삼을 것을 상대방에게 표시되어야 하고, (ii) 그 내용의 착오가 보통 일반인의 입장에서 중요한 부분에 관한 것이어야 한다고 판시하고 있는데,[113] 민사 영역에서도 보호하지 않는 동기의 착오[114]를 형법에서 보호하는 것은 형법의 최후수단성에 위반된다고 하지 않을 수 없다. 또한, 앞서 살펴본 바와 같이 실무상으로 위와 같은 판례의 태도는 사기죄의 고소가 남용되는 문제를 야기하고 있는데, 대여인의 입장에서는 민사상 대여금반환청구를 통해 해결할 수 있는 문제임에도 불

111) 最高裁 平成22年(2010)7月29日 刑集64卷5号829頁. 다만, 위 결정은 국제선 사안이라는 특수성이 있었기 때문에 국내선에서는 다른 결론이 내려질 수 있다는 것이 해당 결정 조사관의 설명이다(小池 信太郎, 앞의 논문, 569면).

112) 김성돈, 앞의 책, 348, 349면; 松原芳博, 앞의 책, 263면.

113) 대법원 2000. 5. 12. 선고 2000다12259 판결.

114) 민사상 동기의 착오에 관한 취소 논의에 대하여는 지원림, 앞의 책, 247면 참조.

구하고, 차용인이 대여금을 일부 애초 대여인에게 고지한 내용과 다르게 사용하였다고 하여, 만약 그와 같은 용도로 사용할 것임을 알았다면 처음부터 빌려주지 않았을 것이라고 주장하면서 사기죄로 고소하는 등 남용의 문제를 야기할 수 있는 점[115] 등을 두루 감안할 때, 거래관계에 있어서 중요한 내용이라고 볼 수 없는 단순한 동기의 착오는 사기죄의 기망행위에 해당한다고 볼 수 없다.[116]

우리 대법원처럼 '중요사실에 관한 기망'인지 여부를 기준으로 기망행위를 판단하는 최고재판소의 입장에 대하여 松原芳博 교수는 예를 들어, 미성년자가 자신의 연력을 속이고 성인용 잡지를 구매한 경우, "가게주인은 손님이 미성년자임을 알았다면 잡지를 팔지 않았을 것"이라는 이유로 사기죄를 긍정할 수도 있는 것인데, 이는 사기죄를 재산권뿐만 아니라 청소년의 건전한 육성과 가게주인의 의사결정의 자유까지 보호하는 범죄로 보는 것과 다름 없어 부당하다고 지적하고 있다.[117]

결국, '경험칙상 상대방이 그 사실을 알았더라면 당해 법률행위를 하지 않았을 것이 명백한 경우'라는 것은,[118] 민법상 계약해제의 인정여부를 판단하는 기준은 될 수 있어도, 형벌권 발동의 기준이 될 수는 없으며, 결과적으로 범죄의 성립여부를 상대방의 의사에 맡겨놓게 되는 불합리를 초래하게 되는 것이다.[119] 이러한 측면에서 최근 대법원은 대작(代作) 사실을 알리지 않고 다른 사람에게 그림을 판매한 가수 조영남의 사기 사건에서 "미술작품 거래에서 기망 여부를 판단할 때에는 미술작

115) 물론 이러한 경우 위 95도2828 판결 등을 이유로 기소가 이루어질 수도 있으나, 이중매매사실을 고지하지 않았더라도 사기죄가 성립하지 않는다고 판시한 위 71도1480 판결을 근거로 중요한 내용에 관한 기망이 아니라는 이유로 불기소가 내려질 수도 있다. 다만, 고소인의 입장에서는 자신의 피해를 회복하는 것과 무관하게 오로지 상대방을 처벌하거나 문제해결에 대한 시간 단축 또는 괴롭히기 위한 목적으로 고소를 하는 경우가 적지 않으므로(김정연/이성규/이유나/조남운/박경규, 앞의 책, 290, 291면 참조), 실무상 고소남용의 문제가 생기는 것이다.

116) 이재상/장영민/강동범, 앞의 책, 339면. 안경옥, "사기죄에 있어서의 기망행위", 형사판례연구, 제5권, 한국형사판례연구회, 1997, 212면은 차용금의 용도를 두 가지로 나누어, (i) 차용금 용도의 허위 고지가 행위자의 변제의사 및 능력에 대한 기망인 경우에는 재산상 손해가 인정되므로 사기죄를 인정하여야 하나, (ii) 차용금 반환의 의사 및 능력이 있는데 다만 그 용도에 대한 기망만 있는 경우에는 직접 손해를 야기하는 기망행위라고 볼 수 없으므로 사기죄에 해당하지 않는 것으로 보고 있다.

117) 松原芳博, 刑法各論, 日本評論社, 2016, 275면.

118) 대법원 1983. 9. 13. 선고 83도823 판결; 대법원 1998. 12. 8. 선고 98도3263 판결; 대법원 2000. 1. 28. 선고 99도2884 판결 등.

119) 김준혁, 앞의 논문, 205면.

품에 위작 여부나 저작권에 관한 다툼이 있는 등 특별한 사정이 없는 한 법원은 미술작품의 가치 평가 등에 대하여 전문가의 의견을 존중하는 사법자제의 원칙을 지켜야 하며, 이러한 측면에서 볼 때 미술작품 거래에 있어 그 작품이 친작(親作)인지 또는 보조자를 사용하여 제작되었는지 여부가 작품 구매자들에게 반드시 필요하거나 중요한 정보라고 단정할 수 없다"고 하여 기망행위를 인정할 수 없다고 하였는데,[120] 이는 그 동안 대법원이 단순히 신의칙에 근거하여 기망행위 여부를 판단하는 데에서 벗어나, 일반 거래에 있어 사기죄의 기망행위는 보다 제한적으로 해석할 필요가 있음을 밝혔다는 측면에서 중요한 선례로서의 의미를 갖는다고 평가할 수 있다.

Ⅳ. 마치며

이상에서 실무상 사기고소의 남발이 이루어지는 실태와 함께 그와 같은 현상이 이루어지고 있는 원인에 대하여 살펴 보았는데, 필자는 그 중에서도 사기죄의 구성요건으로서 기망행위의 의미와 그 범위를 지나치게 추상적이고도 포괄적으로 보고 있는 판례의 태도가 주된 원인이 되고 있음을 검토하여 보았다.

물론, 형법규정에 사용되는 언어나 개념은 다의적이기 때문에 어느 정도 추상성과 불명확성을 내포할 수밖에 없는 것이 사실이다. 그러나, 특히 사기죄에 있어서는 그 구성요건이 대단히 추상적일 뿐만 아니라 고지의무의 내용이나 행위정형의 동가치성에 대하여는 아무런 언급을 하고 있지 않기 때문에 수사기관이나 법관으로서는 구성요건의 해당 여부에 대한 판단보다는 '처벌의 당위성'을 기준으로 하는 등 구성요건에 대한 해석의 재량을 지나치게 넓게 인정할 우려가 있다.[121]

---

120) 대법원 2020. 6. 25. 선고 2018도13696 판결. 검찰은 "구매자로서 고액을 주고 조영남의 그림을 구매한 이유는 유명 연예인인 조영남이 직접 그렸으리라는 기대 때문이므로 대작 화가가 그렸다는 사실을 숨기고 판매한 행위는 사기에 해당한다"라고 주장하였고, 1심은 조영남에 대하여 징역 10월에 집행유예 2년의 유죄를 선고하였으나, 2심에서 파기되었고, 대법원에서 공개변론을 통해 위와 같은 판단을 내렸다.

121) 하태훈, "형벌법규의 해석과 죄형법정원칙", 형사판례연구, 제11권, 한국형사판례연구회, 2003, 4면.

특히 대법원은 기망행위를 작위로 구성할 경우에는 '계약내용의 중요한 사항을 속였는지 여부'를, 부작위로 구성할 경우에는 '신의성실의 원칙을 기준으로 할 때 중요한 사항을 알려주지 않았는지 여부'라는 지극히 추상적인 기준을 제시함으로써 가벌성의 영역을 지나치게 확장하고 있다. 이러한 판례의 태도야말로 실무상 사기 고소의 남발이라는 문제를 야기하는 것이므로, 신의성실의 원칙과 같은 일반조항을 기준으로 사기죄의 성립여부를 판단하는 대법원의 입장은 재고될 필요가 있다.

참고문헌

I. 단행본

김성돈, 형법총론(제6판), 성균관대학교 출판부, 2020.
_____, 형법각론(제5판), 성균관대학교 출판부, 2019.
김일수/서보학, 새로쓴 형법총론(제12판), 박영사, 2014.
김일수/서보학, 새로쓴 형법각론(제9판), 박영사, 2018.
김정연/이성규/이유나/조남운/박경규, 고소제도의 운영현황과 개선방안에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 2017.
대검찰청, 2019범죄분석, 대검찰청, 2019.
배종대, 형법총론(제14판), 홍문사, 2020.
_____, 형법각론(제11전정판), 홍문사, 2020.
배종대/홍영기, 형사정책, 홍문사, 2019.
사법연수원, 수사절차론, 2016.
유기천, 형법학(인영본), 법문사, 2012.
이상돈, 형법강론, 박영사, 2015.
이시윤, 신민사소송법(제8판), 박영사, 2014.
이재상/장영민/강동범, 형법총론(제10판), 박영사, 2019.
이재상/장영민/강동범, 형법각론(제11판), 박영사, 2019.
임웅, 형법총론(제11정판), 법문사, 2019.
임웅, 형법각론(제9정판), 법문사, 2018.
정웅석, 형법강의(제7판), 대명출판사, 2006.
지원림, 민법강의(제12판), 홍문사, 2014.
松宮孝明, 刑法各論講義(第5版), 成文堂, 2018.
前田雅英, 刑法總論講義(第7版), 東京大學出版會, 2019,
松原芳博, 刑法總論(第2版), 日本評論社, 2017.
_____, 刑法各論, 日本評論社, 2016.

西田典之, 刑法各論(第7版), 弘文堂, 2019.
山口厚, 刑法總論(第2版), 有斐閣, 2007.

II. 논문

김재봉, “사기죄의 본질과 처분의사의 내용”, 형사법연구, 제30권 제4호, 한국형사법학회, 2018.
김준혁, “부작위에 의한 사기죄의 성부”, 한양법학, 제27권 제1집, 한양법학회, 2016.
도중진/박광섭, “형사사법절차에의 범죄피해자 참여제도 실효화 방안”, 피해자학연구, 제21권 제2호, 한국피해자학회, 2013.
박성철, “현행 형사조정제도에 대한 비판적 소고”, 법학논문집, 제34집 제3호, 중앙대학교 법학연구원, 2010.
안경옥, “부작위에 의한 기망행위”, 영남법학, 제8권 제1 · 2호, 영남대학교 법학연구소, 2002.
_____, “사기죄에 있어서의 기망행위”, 형사판례연구, 제5권, 한국형사판례연구회, 1997.
윤동호, “고소 · 고발사건 전건입건법제에서 선별입건법제로”, 비교형사법연구, 제22권 제1호, 한국비교형사법학회, 2020.
_____, “소송사기와 허위등기가 기능적으로 밀접하게 연관된 경우 죄수 및 경합”, 형사법연구, 제28권 제1호, 한국형사법학회, 2016.
윤종행, “작위와 부작위의 구별”, 연세법학연구, 2005.
이무상, “변론주의에 있어서 요건사실과 주요사실”, 법조, 통권 제682호, 법조협회, 2013.
이석배, “묵시적 기망행위와 부작위에 의한 기망행위”, 비교형사법연구, 제10권 제1호, 한국비교형사법학회, 2008.
이정원, “우리나라 형사조정제도의 시행현황과 개선방향”, 법조, 통권 제656호, 법조협회, 2011.

_____, “의학적 권고에 반한 퇴원으로 사망한 환자에 대한 형사책임”, 비교형사법연구, 제6권 제2호, 한국비교형사법학회, 2004.

이종수, “당선 목적 허위사실공표죄의 ‘미필적 고의’에 관한 연구”, 서울대학교 법학, 제61권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2020.

_____, “작위와 부작위 간 공소장변경의 한계 및 필요성 연구”, 비교형사법연구, 제22권 제1호, 한국비교형사법학회, 2020.

정유나, “형사절차에서 피해자 진술권과 피해자 참가제도에 대한 검토”, 법학연구, 통권 제56집, 전북대학교 법학연구소, 2018.

정지영, “현행 형사조정제도 검토”, 형사소송 이론과 실무, 제5권 제2호, 한국형사소송법학회, 2013.

조광훈, “형사조정제도에 관한 연구”, 법조, 통권 제620호, 법조협회, 2008.

하태훈, “부동산거래관계에 있어서 고지의무와 부작위에 의한 기망”, 형사판례연구, 제2권, 한국형사판례연구회, 1994.

_____, “형벌법규의 해석과 죄형법정원칙”, 형사판례연구, 제11권, 한국형사판례연구회, 2003.

허일태, “보험계약상 고지의무와 보험금 사기의 고의”, 동아법학, 제52호, 동아대학교 법학연구소, 2011.

潮見 佳男, “債務不履行の成立要件”, 민사법학, 제65호, 한국민사법학회, 2013.

小池 信太郎, “일본의 사기죄에 관한 최근 대법원 판례의 경향에 대해서”, 형사판례연구 제27권, 한국형사판례연구회, 2019.

A Study On The Limited Interpretation of Delinquent Fraud

Lee, Jong-soo*

According to crime statistics in 2018, Fraud is (i) the highest number of single crimes in 2018, and (ii) the highest percentage of ling-term cases exceeding six months, while (iii) the indictment rate is relatively low at 25.46%. In addition, Fraud accounted for 37.87% of all accusations made in 2018, which can be said to be in the ‘crowned status of properity crimes’. In practice, Fraud tends to be overstated for the purpose of (a) securing evidence in civil litigation, (b) pressuring the other party to obtain economic benefits, or (c) punishing the other party, and in addition, the Courts see the defrauding too comprehensive and abstract, causing many problems.

If one party fails to properly perform the terms of the contract, the other party may seek civil damages. However, it takes a considerable amount of time for a civil lawsuit to take place after bringing criminal charges, while the criminal procedure should promptly handle the case in consideration of conflicts between interested parties, and even the Criminal Conciliation System can be used. Furthermore, unlike civil cases adversarial system applied, criminal cases have the advantages of being subject to compulsory investigation, such as arrest and seizure, so the contracting parties are tempted to file criminal charges rather than civil damages.

In this regard, I analyzed a number of specific cases with the Court’s basic attitude of the case surrounding fraud with a default nature in relation to defrauding as an objective component of Fraud. And, regarding the need for strict analysis, it was first considered that the legal obligation to notify the defendant of the obligation to notify the principle of good faith in the crime of Fraud by omission should be

* Attorney at Law, Shin&Kim, LLC.

based on Acts and contracts in principle, because there are problems in terms of not only supplementation of the criminal law but also impeding the defendant's right to defend himself. Next, the Court rules the exception when it demands defrauding be a symbol of important facts in principle, but deceives its uses, which has led to the conclusion that there is a problem compared to limiting the cancellation of a civil law, that the protection of Fraud should be limited to propery rights, and that it is not desirable to protect the decision-making process on a contract.

❖ key words: Fraud, Abuse of Criminal Charges, Default, Criminal Conciliation, Collection of Evidence, Defrauding, Fraud by Omission, Loan Fraud, The Good Faith Principle

투고일 : 4월 29일 / 심사일 : 6월 24일 / 게재확정일 : 6월 24일