

사기죄의 기망행위의 평가인자에 관한 검토*

조 광 훈

서울서부지방법검찰청 형사4부 검찰수사관
고려대학교 대학원 박사과정(형법)

< 목 차 >

- I. 머리말
- II. 사기죄의 기망행위의 공통적인 평가인자
- III. 각 유형별 기망행위의 구체적 평가인자
- IV. 맺음말

I. 머리말

사기죄를 논함에 있어 핵심사항은 ‘기망행위’이다. 기존에 사기죄를 다룬 글들은 ‘기망행위’와 ‘재산상의 손해’와 관련한 사항에 집중되어 왔다.¹⁾ 사기죄의 특성

* 투고일 : 2014. 11. 13 심사완료일 : 2014. 12. 24 게재확정일 : 2014. 12. 24. 26

- 1) 사기죄는 ① 기망 → ② 착오 → ③ 재산처분행위 → ④ 재산상의 손해발생 → ⑤ 손해와 이익의 인과관계 → ⑥ 고의(불법영득의사)가 충족되어야 사기죄의 기수가 된다. 여기에서 처분행위와 손해발생과 불법영득의사는 기술되지 않은 구성요건 요소이다. 그러나 우리 대법원은 재산상의 손해가 발생하지 않더라도 사기죄의 성립에는 영향이 없다고 보고 있다(대법원 2003. 12. 26 선고 2003도4914판결, 대법원 2004. 4. 9 선고 2003도7828판결) 사기죄에서 고의는 주관적 구성요건으로 행위자의 기망행위가 사회통념상 자신의 권리행사의 수단으로 용인할 수 없는 정도라면 그 권리행사에 속하는 행위는 사기죄를 구성한다(대법원 1997. 10. 14 선고 96도1405판결). 한편, 사기죄의 실행행위인 재물이나 재산상의 이익의 취득에 영득의 의미가 포함되어 있으므로 영득은 고의의 한 내용이므로 초과 주관적 구성요건요소

상 기망행위를 유형화하거나 정형화 하기는 쉽지 않고 기망행위의 본질상 그 판단기준도 명확히 제시하는 것도 쉽지 않다. 기망행위라는 것이 그 유형이 천차만별로 이를 일률적으로 유형화한다는 것은 사실상 불가능하여 기망행위의 속성상 그 유형화의 시도만으로 기망행위의 불명확성을 곧바로 제거할 수 있는 것도 아니다.²⁾ 또한 행위자의 기망행위로 평가할 수 있다고 해도 그 기망행위가 곧바로 행위자의 고의³⁾가 담긴 기망행위로 단정할 수도 없다.⁴⁾ 물론 사기죄에서 기망행위인지를 평가함에는 모든 사항을 종합하여 판단할 것이 요구되지만 각 사기유형별로 기망행위로 평가가 가능한 인자(因子)를 뽑아낼 수 있다면 행위자의 고의 유·무를 판단하는 것이 훨씬 수월해 질 것이다.⁵⁾ 사기죄로 처벌하려면 사기죄의 객관적 구성요건에 대한 인식과 의욕으로 기망을 인식하는 고의와 이러한 고의에 타인의 재물이나 재산상의 이익을 부당하게 취하려는 불법영득의사가 필요하다.⁶⁾ 즉, 기망 → 착오 → 처분행위 → 인과관계의 객관적 구성요건에 고의와 불법영득의사의 주관적 구성요건이 합쳐져야 사기죄를 구성하는 것이다. 객관적 구성요건을 충족한다고 하더라도 고의가 없다면 사기죄로 처벌할 수 없다는 점에서 사기죄에서 고의는 사기죄의 성부에 핵심요인이 된다. 이에 기망행위에 행위자의 고의 유·무가 담겨 있는지를 판단하기 위한 구체적 기준과 유형화를 시도하는 일은 매우 중요하다.⁷⁾

로서 불법영득의사는 필요 없다는 견해(오영근, 『형법각론』, 박영사, 2005, 409면 각주 3)도 있다.

- 2) 김현우, “사기죄의 기망행위에 대한 고찰”, 한양법학 제22권 제3집, 한양대학교 법학연구소, 2011. 8. 431면: 기망의 불법의 정도를 비교해 보면 행위 불법의 정도가 영(zero)에 가까운 것들로 불법이 형법적 반가치 판단을 받지만 행위 불법이 극히 경미한 것으로 판단되는 것들로 상술이나 상관습, know-how 따위로 표현되는 것들을 들 수 있을 것이다(박성민, “사기죄의 기망행위에 관한 연구”, 박사학위 논문, 성균관대학교 대학원, 2011. 116면).
- 3) 사기죄에서 고의는 객관적 구성요건의 실현에 필요한 모든 사실에 관련되어야 하므로 행위자는 상대방을 기망한다는 사실, 피기망자가 착오를 일으켜 처분행위를 한다는 사실, 상대방이 처분행위로 재산상 손해가 발생한다는 사실 등에 존재하는 인과관계를 인식.의욕 하여야 하며 고의는 확정적 고의나 미필적 고의를 불문한다.
- 4) 대표적으로 허위광고와 과장광고, 과대광고를 들 수 있다.
- 5) 사기 유형별로 기망행위를 유형화하는 것은 매우 어려운 작업이지만 각 기망행위에서 고의를 평가할 수 있는 공통인자를 찾아낼 수 있다면 행위자의 고의 유·무를 밝혀나가는 과정은 훨씬 수월해진다. 사기죄에서 기망행위는 모든 기망행위를 말하는 것이 아니라 행위자가 상대방(피기망자)을 속일 수 있을 정도의 행위이어야 기망행위로 평가할 수 있기 때문이다. 이렇게 기망행위의 구체적 기준을 확정할 수 없다는 한계에도 불구하고 개별사례에서는 기망행위의 불법성을 판단하고 기망행위에 행위자의 고의가 담겨 있는지, 없는지를 판단하여야 하며 기망행위로 발생한 결과를 행위자에게 객관적으로 귀속시킬 수 있는지에 대한 판단을 회피할 수는 없는 것이다.
- 6) 안경옥, “사기죄에 관한 입법론적 검토”, 형사법연구 제22호, 한국형사법연구회, 2004. 겨울호, 800면.

따라서 이 글에서는 기망행위의 평가인자를 찾는 것을 시론적(始論的)으로 검토하고자 한다. 우선 일반적인 사기죄의 기망행위의 공통적인 평가인자를 찾아보고(Ⅱ), 각 유형별 중, 발생빈도가 높은 차용사기, 투자사기, 물품대금 사기, 하도급 및 공사대금 사기에서 기망행위의 평가인자를 검토한 후(Ⅲ), 맺음말(V) 맺고자 한다.⁸⁾

Ⅱ. 사기죄의 기망행위의 공통적인 평가인자

1. 내적사실과 외적사실의 불일치

사기죄의 유형 중에서 흔한 유형은 차용금 사기와 투자금 사기이지만 이들 유형의 사기죄에서도 구체적인 기망행위와 고의 유형도 매우 다양하다.⁹⁾ 그런데 어떤 사기유형이나 행위자가 피기망자에게 기망행위를 행할 당시에 약속한 바를 이행할 의사(내적사실)와 이행할 능력(외적사실)이 없었다면 행위자의 고의가 발견되었다고 평가할 확률이 높아진다.¹⁰⁾ 사기죄의 보호법익을 거래의 진실성과 신의성실이나 경제 의사결정의 자유 등을 모두 법익으로 본다면, 행위자가 기망행위로 표시되는 내적사실과 외적사실이 상대방에 대한 신의성실이나 경제의사결정을 배신하려는 내심의 의사가 드러나기 때문이다.

기망은 상대방을 착오에 빠지게 하는 일체의 행위라고 본다면, 상대방의 착오는 진실과 관념의 불일치를 가져오고 기망은 상대방으로 하여금 진실과 합치되지 아니한 관념을 갖도록 만드는 것이다. 그 대표적 방법은 첫째, 적극적으로 진실을 알고 있는 상대방으로 하여금 진실과 합치되지 아니한 관념을 불어 넣어 진실과 다른 사실을 진

7) 하지만 현재까지 이를 구체적으로 유형화를 시도한 선행연구는 전혀 발견되지 않는다.

8) 논제에 충실하기 위하여 기망행위의 관한 해석론적 관점의 전반적인 논의는 생략하기로 한다. 또한 사기죄의 공통적인 평가인자를 검토한 후, 구체적인 사기 유형 중에서도 차용사기가 대부분을 차지하고 있다는 점에서 '차용사기' 를 중심으로 논증하였다.

9) 사기죄는 차용금 사기, 투자금 사기, 물품대금 사기, 동업사기, 분양사기, 하도급 사기, 공사대금 사기, 기획부동산 사기, 계금 사기, 대출사기, 법조브로커 사기, 딱지어음 사기, 선불금 사기, 교통사고 보험사기, 금융사기, 신용카드대금 사기, 컴퓨터 사기, 소송사기 등을 비롯하여 그 유형도 매우 다양하다.

10) 차용사기에서 행위자가 피기망자에게 1개월 후에 변제하겠다고 하면서 1,000만원을 빌렸다면 1개월 후에 변제의사의 유무가 '내적의사' 이고, 차용 당시에 1,000만원을 변제능력의 유무가 '외적사실' 에 해당한다. 따라서 행위자에게 사기죄가 인정되려면 1개월 후에 변제의사가 없는 '내적사실' 과 차용 당시에 변제능력이 없는 '외적사실' 이 인정되어야 하는 것이다.

실로 믿게 하는 경우가 있을 것이고(적극적 기망), 둘째, 소극적으로 상대방이 진실과 다른 관념을 갖고 있을 때 그 관념이 진실이라고 믿게 내버려 두는 방법이 있을 것이다(부작위 기망 또는 묵시적 기망).¹¹⁾ 이는 행위자 입장에서는 단순한 내적사실과 외적사실의 불일치로 볼 수도 있지만 상대방 입장에서 본다면 행위자로부터 행위자의 상황에 대한 진실한 사실의 은폐나 진실한 사실의 왜곡으로 엉뚱한 사실을 진실한 사실로 받아들여 인식하도록 만드는 것이다.¹²⁾

그런데 사기죄는 상대방의 행위자에 대한 신뢰를 역이용하는 경우가 많아 행위자의 기망행위가 반드시 상대방의 무지나 어리석음에 기인하는 것도 아니다.¹³⁾ 결국 행위자의 기망행위에서 허위의 의사표시가 행위자에 연관된 개념이라면 보호가치가 있는 신뢰는 피해자에 연관된 개념으로 상대방의 무지나 어리석음이 기망행위와 어우러져 사기죄의 행위반가치를 형성하는 것으로 볼 수 있다.¹⁴⁾ 이에 행위자는 상대방의 신뢰를 이용하여 스스로 내적사실과 외적사실이 일치되지 않고 이행할 수가 없다는 것을 알면서도 이행이 가능할 것처럼 적극적인 기망행위가 상대방(피기망자)에게 전달되고 피기망자는 이를 가능한 것으로 믿어 착오를 야기하여 처분행위를 발생시키는 것이다.

이러한 내적사실과 외적사실의 표출은 사기죄의 반복성·지능성·상습성·계획성·잠행성·증거인멸성의 특징과 밀접한 관련이 있고 이러한 특징이 행위자의 기망행위를 더욱 공고히 하고 합리화하는 효율적 수단이 되는 것이다. 이는 행위자의 실제의 내적사실과 일치하지 않아 피기망자로 하여금 착오를 발생시켜 어떠한 처분행위를 하도록 만들고 이에 행위자가 재물 또는 재산상 이익을 취득하려는 고의가 발견되는 기망행위로 평가할 수 있기 때문이다. 이러한 행위자의 기망행위에는 행위자의 내적요소로 고의, 과실 불법영득의사, 목적 등의 주관적 불법요소와 그 밖에 범행 동기나 이유 등을 고려할 수 있을 것이다. 이러한 내적사실은 행위자의 주관적으로 내심의 의사에 기초하고 있으므로 행위자가 스스로 자백하지 않으면 내심의 의사를 정확히 파악하기가 어렵다는 문제가 있다. 때로는 자유시장 경제체제에서는 어느 정도 자

11) 최중현, “사기죄의 성립 여부: 저당 설정된 부동산 매도인의 고지의무 범위와 관련하여”, 검찰 49권, 대검찰청 1973. 5, 81면.

12) 행위자가 진실한 사실을 왜곡하거나 진실한 사실을 은폐한다는 것은 실제로 존재하는 사실을 은폐하기도 하고 존재하지 않는 사실을 가장하거나 존재하는 사실을 은폐하는 것 등이 있을 것이다.

13) 최웅렬, “사기죄의 유형과 대응방안”, 민생치안 제15권 제4호, 사단법인 민생치안연구소, 2006. 가을, 25면.

14) 김일수, “사기죄 해석론에서 몇가지 문제점”, 법학논집 29호, 고려대학교 법학연구소, 1993. 12, 238면.

신에게 유리하게 하거나 일정한 책략은 허용되므로 관계에서 통상적으로 수반되는 정도의 과장이나 묵비가 기망행위로 평가되는 것은 아니라는 입장도 있다.¹⁵⁾

때로는 상대방(피기망자 또는 피해자)의 무지, 사행심, 이욕심(利慾心), 일확천금의 환상 등이 가미될 경우에는 행위자의 기망행위의 불법성은 약화시키는 원인이 될 수는 있지만¹⁶⁾, 그렇다고 행위자의 기망행위와 착오와의 객관적 귀속을 전면 부정할 수 있는 경우는 일반적으로 발생하지는 않을 것이다.¹⁷⁾ 이렇게 모든 사기죄에서는 내적 사실과 외적사실의 불일치가 된다는 것을 행위자는 스스로 인식하면서도 숨기고 기망행위가 상대방(피기망자)의 착오를 야기시켜 상대방의 처분행위로 이어지는 것이다. 이러한 내적사실과 외적사실은 거래의 신의칙이 기망행위의 판단기준이 되는 것이다. 여하튼, 어느 사기죄의 유형을 불문하고 기망자의 기망행위 당시의 ‘내적사실’과 ‘외적사실’이 일치하는지, 일치하지 않는지는 기망자의 기망행위로 평가함에 있어 가장 기본적인 공통인자로 가장 핵심적인 평가인자라고 볼 것이다.

2. 행위자의 ‘무능력(無能力)’과 ‘무의사(無意思)’

어느 유형의 사기죄를 불문하고 행위자의 고의 유·무가 담겨 있는 기망행위를 평가하려면 행위자가 기망행위를 이행하지 못한 원인이 중심을 이룬다. 즉 행위자의 무능력과 무의사가 기망행위와 밀접한 관련이 있는지를 평가해야 기망행위에 행위자의 고의가 담겨 있는지를 평가할 수가 있기 때문이다. 여기에서 행위자의 ‘무능력’은 민법상 법률행위에서 말하는 의사표시의 무능력이 아니라 거래관계나 신용관계에서 기망행위를 이행할 능력이 없음을 지칭하는 경제적인 관점에서 말하는 무능력을 의미한다. 그리고 ‘무의사’는 단순히 아무런 의사가 없다는 말이 아니라 자연인으로서 의사

15) 도중진, “사기죄와 경제범죄의 관계”, 형사정책연구 제20권 제1호(통권 제77호), 한국형사정책연구원, 2009. 봄호, 447면.

16) 사기죄의 성립요건을 논함에 있어 행위자의 일방적인 관점을 벗어나 피해자의 관점을 덧붙인다면 사기죄의 가치를 평가하는 작업이 입체적으로 이루어지고 사기죄에 대한 이해의 지평을 넓혀야 한다는 견해도 있다(안동준, “사기죄의 성립과 피해자 책임, 그리고 한걸음 더”, 피해자학 연구 제13권 제2호, 한국피해자학회, 2005. 10. 28면).

17) 사기죄는 신용거래와 밀접하지만 기망이라는 구성요건은 신용위험의 내부화 여부와 직결되어 있으므로 신용거래에서의 사기죄 성립 여부를 검토할 때 계약 당사자가 예상한 신용위험에 의하여 채무불이행에 이른 사안까지 사기죄로 처벌하는 것은 문제가 있으므로 채권추심형 사기고소사건은 신속하게 각하 또는 혐의없음을 해야 한다는 견해(예세민, “신용거래에 있어서의 사기죄 범리의 근본적 성찰: 미국에서의 완전보장계약과 불완전보장계약의 구별론을 중심으로 -”, 법조 제55권 제3권, 법조협회, 2006. 3. 200면)도 있다.

능력은 있지만 기망행위에서 표출된 행위를 이행할 의사가 없음을 의미한다. 이러한 행위자의 무능력과 무의사는 기망행위와 밀접한 관련이 있고 기망행위는 행위자의 고의와도 매우 밀접한 관련이 있다.¹⁸⁾ 사기죄의 고의는 주관적인 구성요건으로 행위자가 내심으로 품고 행한 사실들을 솔직히 털어 놓지 않는 한 거래의 상황, 상대방의 지식, 성격, 연령, 직업, 경험, 행위 당시의 구체적인 상황 등을 종합하여 행위자의 기망행위의 당시를 기준으로 판단할 수밖에 없다.¹⁹⁾ 이와 같이 사기죄에서 기망행위의 판단은 가장 핵심적인 부분이지만 그 모습이 다양하고 가변적이어서 단일한 판단기준을 제시할 수 없기에 사기죄가 결의론(決疑論, casuistry) 내지는 개별사례 해결의 집적이라고 고백할 수밖에 없는 영역이라는 표현되기도 한다.²⁰⁾

그런데 행위자의 기망행위에 불법성이 어느 정도 포함되어 있는지, 그러한 불법성을 위법성으로 평가하고 행위자로 인하여 발생한 결과를 행위자에게 객관적으로 귀속시킬 수 있으려면 기망행위에 고의가 담겨 있어야 한다. 기망행위를 판단함에 단일기준을 적용할 수도 없어 기존의 구체적인 사례로 집적된 준칙들을 활용하지만 이러한 준칙들로는 거래의 성립여부나 권리실현가능 여부에 초점이 맞춰진다.²¹⁾ 각 구체적 사실관계에 최소한 착오와 처분행위를 이끌어 낼 정도의 기망행위가 존재해야 하는 것이다.²²⁾ 여기에서 고의가 담겨 있는 기망행위의 중요한 불법 판단의 지표로서 행위자의 ‘무의사’와 ‘무능력’으로 표현되기도 한다.

첫째, 기망행위를 할 당시에 행위자에게 기망행위를 이행할 의사(意思)가 있었는지가 평가되어야 한다. 만일 기망행위를 이행할 의사가 있었다면 행위자의 고의가 결여된 것으로 평가할 수 있을 것이고 그렇지 않다면 고의가 있는 행위로 평가할 수 있을 것이다. 즉, 행위자가 기망행위를 이행할 의사가 있었다는 것은 행위자가 품은 내적사실을 이행할 의사가 내포되어 있으므로 사기죄의 고의를 배제할 수 있을 것이고, 이행할 의사가 없었다는 것은 행위자가 품은 내적사실을 이행할 의사가 내포되어 있으므로 고의가 내포되어 있는 행위로 평가할 수도 있을 것이다. 이러한 입장에서 행위

18) 이러한 의미에서 본다면 행위자의 무의사와 무능력은 모든 인간은 합리적 판단력과 윤리적 자율성을 갖고 있는 이성적 존재에 기초하고 있기 때문에 신뢰관계를 파괴하는 행위자의 행위반가치인 행동은 결과반가치적인 행위를 야기하는 것에 대한 비난을 자초하는 것이 된다.

19) 대법원 1999. 7. 23 선고 99도1682판결; 대법원 2003. 1. 24 선고 2002도5265판결; 대법원 1998. 1. 20 선고 97도2630판결.

20) 김성룡, “묵시적 기망 부작위를 통한 기망 및 작위와 부작위의 상응성”, 형사법연구 제23권 특집호, 2005, 22면; 박성민, 앞의 논문, 75면.

21) 박성민, 앞의 논문, 116면.

22) 박성민, 앞의 논문, 141면.

자의 기망행위에 상대방의 합리적 이유 없는 경솔함이 더해진다면 행위자의 기망행위와 상대방의 착오가 발생하고 착오와 처분행위에 인과관계가 인정되어도 그 결과를 행위자에게 객관적으로 귀속시킬 것인지가 논란²³⁾이 되기도 한다.²⁴⁾

둘째, 행위자가 기망행위를 이행할 능력이 있었는지도 평가되어야 한다. 이것도 기망행위에 이행할 의사가 있었는지 유·무를 평가할 수 있는 것과 마찬가지로 만일 기망행위를 이행할 능력이 있었다면 기망행위에 고의가 숨어 있지 않는 행위로 평가할 수 있을 것이고, 그렇지 않다면 고의가 숨어 있는 행위로 평가할 수 있을 것이다. 즉 행위자의 기망행위를 이행할 능력이 있었다는 것은 행위자가 품은 외적사실을 이행할 능력이 내포된 행위로 사기죄의 고의를 배제할 수 있을 것이고 이행할 능력이 없었다는 것은 행위자가 품은 외적사실을 이행할 능력이 없는 행위로 평가할 수 있을 것이다. 다만, 이러한 행위자의 외적사실은 행위자의 주관적 내심 의사에 기초하는 의사를 정확히 파악하기가 어려운 내적사실과는 달리 기망행위에 해당하는지를 평가하는데 훨씬 수월한 측면이 있을 것이다.²⁵⁾ 이렇듯 행위자의 무능력과 무의사도 행위자의 적극적인 기망행위 내지는 부작위에 의한 기망행위로 상대방에게 상대방의 착오를 야기시키는 것이다.

따라서, 첫 번째로 검토한 행위자의 ‘내적사실’ 과 ‘외적사실’ 을 일치 또는 불일치는 두 번째로 검토한 행위자의 ‘무능력’ 과 ‘무의사’ 와도 매우 밀접한 연관이 있음을 알 수 있는 것이다. 즉 행위자가 내적사실과 외적사실이 일치한다면 행위자의 기망행위에서 언급한 행위들을 ‘이행할 의사’ 나 ‘능력이 있음’ 으로 평가될 확률이 높아지고 반대로 내적사실과 외적사실이 일치하지 않는다면 ‘이행할 의사’ 나 ‘능력이 없음’ 으로 평가될 확률이 높아지는 것이다.

23) 사기죄의 본질적 요소는 피해자의 경솔한 신뢰이지 결코 범죄자의 특별히 교묘한 능수능란성이 아니며 더욱이 피해자의 경신성의 근거는 종종 과도한 이윤 추구욕에서 찾을 수 있고, 피해자 스스로가 범죄적 형태에 접근하거나 그 한계를 넘어가는 경우도 많다는 점에서 피해자에게도 행위자와 공동책임이 있다는 견해도 있다(김일수, 앞의 논문, 240-241면).

24) 관례는 “피해자가 이 사건 임대차 계약 당시 입차할 여관 건물에 관하여 법원의 경매개시 결정에 따른 경매절차가 이미 진행 중인 사실을 알았다면 그 건물에 관한 임대차 계약을 체결하지 않았을 것이 명백한 이상, 피고인은 신의칙상 피해자에게 이를 고지할 의무가 있다 할 것이고, 피해자 스스로 그 건물에 관한 등기부를 확인 또는 열람하는 것이 가능하다고 하여 결론을 달리할 것은 아니” 라고 하여 상대방의 과실유·무는 행위자의 기망행위의 성립에는 지장이 없는 것으로 보아 사기죄의 성립을 긍정하는 입장을 취한다(대법원 1998. 12. 8 선고 98도3263판결).

25) 그래서 차용사기에서는 행위자의 내적의사인 변제의사의 유·무보다는 외적의사인 변제능력의 유·무로 편취범의를 판단하는 것이 일반적이다.

3. 행위자의 경제적 빈곤

행위자의 기망행위에 고의가 발견되어 있는지를 평가함에는 기망행위 당시의 행위자의 경제적 빈곤과 상당인과관계가 있는지를 파악하는 것도 중요하다. 사기죄는 이욕범(利慾犯)이므로 대부분의 사기죄에서도 행위자의 경제적 빈곤이 기망행위로 발견되는 경우가 많다.²⁶⁾ 행위자의 경제적 빈곤은 행위자의 결과반가치와 침해 태양의 측면인 행위반가치가 모두 기망행위로 발견되는 것이다. 경제적 빈곤으로 재물 또는 재산상 이익을 취하려는 강한 범행 동기는 고의를 숨긴채 기망행위로 나타나기 때문이다. 예컨대, 차용사기에서는 행위자가 생활비가 부족하거나 제3자에 대한 채무변제금이 모자라서 이를 갚기 위하여 상대방으로부터 돈을 빌리는 경우가 많고, 투자금 사기에서도 자신의 경제적 어려움으로 투자를 빙자하여 높은 투자수익을 창출할 수 있도록 해 주겠다고 하면서 돈을 가로채는 경우도 많다. 따라서 어느 사기 유형을 불문하고 행위자의 경제적 상태를 파악하는 것은 사기죄의 기망행위의 중요한 평가인자가 된다. 이때 행위자의 경제적 빈곤은 기망행위로 발견될 가능성이 매우 높을 것이다.²⁷⁾ 일반적인 차용사기에서 행위자의 경제적 빈곤의 유·무를 파악하기 위해서는 행위자의 예금, 부동산 보유현황, 월수입, 채권·채무상황, 예금상황 등의 자료를 종합하여 경제적 빈곤 여부를 판단한다. 따라서 재물이나 재산상의 이익이 어떻게 흘러갔는지를 파악하면 고의 유·무를 파악이 용이하게 된다. 또한 행위자가 수명인 사건은 각 행위자별로 경제적 이득 여부를 확인하여 만일 어떤 행위자가 재산상 이득을 취한 사실이 없다면 고의가 발견되는 기망행위로 평가하기가 곤란하므로 행위자가 어떤 이득을 취하였는지, 만일, 행위자가 이득을 취한 사실이 전혀 없다면 그 행위자의 고의 유·무를 다시 검토하여야 하고 기망행위의 평가인자를 다시 찾아야 한다. 따라서 기망자(또는 행위자)의 경제적 빈곤은 모든 사기죄의 유형에서 기망행위를 평가하는데 중요한 평가인자가 된다.

4. 자금의 용도전용

행위자가 취득한 금전이나 교부받은 재물의 용도를 전용(轉用)하였을 경우에도 기

26) 그런 측면에서 본다면 사기죄는 곤궁범(困窮犯)의 성격이 있다고 볼 수도 있다.

27) 행위자가 경제적으로 힘들어 다른 사람으로부터 돈을 빌리고 돈을 빌리기 위하여 적극적인 기망(작위)을 하는 것을 심리적으로 파악하고 돈을 왜 빌렸는지(차용동기)를 파악하면 행위자의 사기죄의 고의를 쉽게 파악할 수도 있을 것이다.

망행위로 평가될 확률은 높아진다. 차용금 사기를 예로 든다면, 행위자가 피기망자에게 A용도로 빌린 후, B용도로 사용하거나 C용도로 빌린 후, D용도로 사용하는 것이 대표적이다. 기존의 자신의 제3자에 대한 채무를 변제한다거나, 자신의 생활비로 사용한다거나 투자금 명목으로 받아 생활비나 기존의 채무를 변제하는 등으로 용도전용을 하는 경우를 들 수 있다. 따라서 용도를 속이고 돈을 빌린 경우에 만일 진정한 용도를 고지하였더라면 상대방이 빌려주지 않았을 것으로 판단되는 경우에는 심리적 사실에 관한 기망행위로 평가되는 경우가 많다.²⁸⁾ 하지만 용도를 전용하였다고 반드시 기망행위로 평가되는 것은 아니다.²⁹⁾

일반적인 차용사기에서는 용도사기가 가미되어 있는 경우가 많다. 따라서 행위자가 교부받은 재물 또는 취득한 이득금을 언제, 어느 용도로 사용하였는지, 계약과 관련한 분쟁에서 계약이행으로써 금품 등 교부과정(처분행위)이 존재하므로 돈이나 재산상 이득의 흐름을 파악하여 경제적인 관점에서 누가 이득과 손해를 보았는지도 기망행위의 중요한 평가인자가 된다. 따라서 용도전용은 대부분 차용사기에서 많이 발생하지만 그렇다고 차용사기에서만 용도전용이 발생하는 것이 아니라 투자금 사기 등을 비롯한 다른 유형의 사기유형에서 일반적으로 나타나므로 자금의 사용처를 객관적 자료로 확인하는 것이 행위자의 기망행위로 평가할 수 있는 공통적인 평가인자로 볼 수 있는 것이다. 또한 앞서 검토한 바와 같이 행위자가 내적사실과 외적사실의 '불일치' 하거나 행위자의 무능력과 무의사가 '인정' 되고 행위자의 '경제적 빈곤'의 상황까지 가미되어 있다면 자금의 용도전용은 쉽게 발생하고 이로써 행위자를 사기죄로 평가할 기망행위로 평가할 확률은 확고해 질 것이다.

5. 행위자의 동종전과와 동종수법

행위자가 동종수법의 사기죄로 처벌받은 전력의 유·무도 기망행위의 평가인자가 된다. 행위자가 기존에 사기죄로 입건된 전력이 있다면 행위자의 기망행위에 고의가 발현되어 있을 가능성이 매우 높고 입건된 전력이 없다면 그렇지 않을 경우가 많을 것이다. 기존에 사기죄를 범한 행위자는 상대방을 기망하여 재물 또는 재산상 이익을

28) 배종대, 앞의 책, 448면.

29) 관례도 용도를 속이고 돈을 빌린 경우, 진정한 용도를 고지하였더라면 돈을 빌려주지 않았을 것이라고 인정될 때에는 사기죄를 인정하기도 하고(대법원 1996. 2. 27 선고 95도2828판결; 대법원 1995. 9. 125 선고 95도707판결), 부정하기도 한다(대법원 1993. 1. 15 선고 92도2588판결; 대법원 1984. 1. 17 선고 83도2818판결).

취한 달콤함에서 쉽게 벗어나기 어렵고 이러한 동종수법을 동원하여 타인을 속이고자 하는 심리를 떨쳐버리기도 어렵기 때문이다. 특히 행위자가 범한 해당 사건과 시간적 간격이 매우 짧다면 기망행위에 고의가 발현되어 있을 확률은 더 높아진다. 이렇게 다수의 동종수법을 확인하는 것은 행위자의 범행수법 뿐만 아니라 고의가 발현된 기망행위로 평가될 가능성이 높아 질 것이다.

따라서 행위자의 기망행위에 고의가 발현되어 있는지를 파악하기 위해서는 행위자의 기망행위의 동일수법 여부, 기망행위의 중복, 해당 사건과 동일한 변명인지, 기존 사건의 피해자에 대한 피해변제 여부, 해당 사건에 대한 다른 채권자의 평가가 어떠한지를 분석하는 것이 필요하다. 만일, 행위자가 사업가라면 돈을 빌릴 무렵에 부도난 사실이 있었거나, 법인의 설립과 폐업을 반복하였거나, 설립당시의 자본금이 남아 있지 않았거나, 가장납입으로 회사를 설립하였다거나, 행위자가 과거에 사기죄로 고소당한 사건이 있었다거나³⁰⁾, 고소당한 사건이 혐의없음 처분을 받은 사실이 있었다거나, 무혐의 받은 사건과 해당 사건과 관련성은 있다거나, 차용시기가 비슷하다거나, 기존의 다른 사건과 차용방법의 동일성하다거나, 돌려막기 등도 기망행위의 중요한 평가인자가 된다. 따라서 기존의 동종전과와 동종수법이 많은 행위자일수록 내적사실과 외적사실이 일치되고, 행위자의 피기망자에 대한 기망행위의 무능력과 무의사를 인정하지 않고, 경제적 빈곤도 인정하지 않는 경향이 짙다. 그리고 자금의 용도전용도 없었다고 주장하는 경우가 많다. 즉 행위자가 피기망자에게 기망행위를 하지 않았다고 주장하는 경우가 많다. 이러한 경우에는 기존의 동종전과나 동종수법을 확인하기 위하여 기존의 판결문이나 사건기록(형사소송기록) 등을 검토하여 기존에 동종수법이 또 다시 기망행위로 발현되었는지를 평가하여야 한다. 이하에서는 항목을 바꾸어 차용사기를 비롯한 각 유형별 기망행위의 구체적인 평가인자를 검토해 보기로 한다.

III. 각 유형별 기망행위의 구체적 평가인자

1. 차용사기

가. 차용사기의 고의에 대한 평가인자

차용사기에서 행위자의 고의 유·무는 변제능력의 유·무와 연결된다. 변제의사는

30) 최웅렬, 앞의 논문, 29면.

행위자의 주관적인 관념이기 때문에 실무에서는 변제의사는 별다른 평가요소로 작용하지 않는다. 따라서 행위자의 기망행위에 고의가 발견되어 있다면 변제능력과 변제의사가 없는 경우가 될 것이고, 고의가 발견되어 있지 않다면 변제능력과 변제의사가 있는 기망행위로 평가할 수 있을 것이다. 우리 형법에서 사기죄는 재산범죄로서 고의 이외에 초과 주관적 구성요건요소인 불법영득의 의사를 그 성립요건으로 하기 때문에 행위자의 고의는 대부분은 불법영득 의사가 내포된 것으로 평가된다.³¹⁾ 일반적으로 차용사기에서는 행위자가 피기망자에게 “~ 하면 ~ 하겠다.” 라는 언어에 의한 명시적 기망행위로 나타나는 경우가 대부분이다.³²⁾ 이렇게 행위자가 기망행위를 해결할 능력이 있었는지, 없었는지는 사기죄의 고의와 직접적으로 연결되고 최종적으로는 법관에 의하여 규범적 판단으로 확정된다. 사기죄는 기망행위 중에서는 “~ 하면 ~ 하겠다.” 는 내용은 고의와 연결되고, ‘약속을 이행하지 못한 이유’ 에서 고의가 구체화되고 확정되는 것이다. 즉 ‘편취범의 = 약속불이행 = 기망행위의 목적달성 = 재물 또는 재산상 이익의 취득’ 으로 연결되는 것이다. 여기에서 고의와 불법영득의 의사가 발견되는 것이다. 예를 들면, 행위자는 상대방에게 기망행위를 하여 돈을 빌린 것은 사실이지만 상대방으로부터 돈을 빌릴 당시에는 충분한 변제자력이 있었으므로 빌린 돈을 충분히 갚을 능력이나 의사는 있었으나 돈을 빌린 이후에 경제적 사정이 급격히 나빠져 갚지 못하였다고 주장한다면 행위자의 기망행위가 곧 변제능력의 유·무와 연결되므로 변제능력이 있었는지, 없었는지가 기망행위에 고의가 발견되어 있는지를 밝히는

31) 우리 형법에서는 독일 형법의 사기죄와는 달리 불법영득의 의사가 명문화되어 있지 않다. 그러나 대부분의 견해들이 사기죄의 성립에는 고의 이외에도 불법영득의사를 필요로 하는 것으로 이해하고 있다. 그런데 여기에서 불법영득의사는 정당한 권한 없이 재물을 교부받거나 재산상의 이익을 취득하려는 의사를 의미한다. 재물을 교부받을 정당한 권한이 있거나 재산상의 이익을 취득할 정당한 권한이 있는 경우에는 불법영득 의사가 부정된다. 사기죄가 재산범죄인 한 타인의 재산권을 침해하려는 의도가 없는 경우까지 사기죄로 처벌할 수는 없기 때문이다. 따라서 행위자가 기망행위를 통하여 재물을 교부받거나 재산상 이익을 취득(편취의 불법)하면 사기죄의 모든 불법이 인정되는 것이 아니라 그때 취득된 재산상 이익은 모든 이익이 아니라 불법한 이익(이익의 불법)이어야 한다. 예컨대, 교부 또는 취득할 정당한 권한 없는 이익이 그러할 것이다(류석준, “기망행위를 수단으로 한 권리행사와 사기죄의 성부”, 비교형사법연구 제11권 제2호, 한국비교형사법학회, 2009. 12, 246면과 각주 38 참조). 예외적으로 행위자가 정당한 권한에 의한 채권의 회복일 경우에도 사기죄의 성립을 방해할 것이지만 정당한 권한에 의한 채권의 회복일지라도 그 권한의 행사가 사회 통념상 권리행사의 수단으로서 용인할 수 없는 정도라면 사기죄를 구성한다는 것이 판례(대법원 1997. 10. 14 선고 96도1405판결; 대법원 2007. 5. 10 선고 2007도1780판결)의 태도이다.

32) 물론 기망행위의 수단과 방법에 제한이 없으므로 묵시적 기망행위, 명시적 기망행위, 부작위에 의한 기망행위 등을 가리지 않는다. 따라서 언어와 행동의 적극적인 행동으로 나타나는 명시적 기망행위와 상대방에게 당연한 사실을 고지해야 할 의무가 있음에도 불구하고 이를 고지하지 않아 착오에 빠뜨리는 묵시적 기망행위가 결합되어 성립하는 경우도 흔하게 발생한다.

것이 핵심이 된다. 이는 채무불이행에 있어 채무자가 돈을 빌릴 시점의 변제자력과 변제사의 본질적인 부분을 이룬다는 점에서 민사상 채무불이행과 형법상 사기죄의 기망행위로 평가할 수 있는 구분점이라고 할 수 있다.³³⁾ 차용사기에서 보면, 많은 행위자들은 “돈을 빌릴 당시에는 충분히 갚을 수 있었으나 나중에 경제적 사정이 나빠져서 갚지 못한 것뿐이다”, “돈을 빌릴 당시에도 그렇고 지금도 충분히 변제할 능력이 되지만 고소인이 하는 행동이 패썹해서 일부러 갚지 않고 있다”, “나는 상대방과 많은 돈거래를 하였기 때문에 내가 기존에 빌려주고 받지 못한 돈이 더 많기 때문에 나는 갚지 않아도 된다.”, “내가 고소인으로부터 빌린 돈을 홍길동에게 모두 가져갔는데 홍길동이 행방불명이 되어 나도 홍길동으로부터 사기를 당해서 어쩔 수 없이 갚지 못하고 있다… 등” 으로 편취 범의를 부인하는 경우가 많다. 그런데 사기죄에서는 이러한 행위자의 변명을 확인해 나가는 것이 실체적 진실을 밝혀나가는 핵심 절차가 되고 수사의 핵심 방향이 되는 것이다.

나. 차용사기의 고의(편취고의) 입증상의 난제

어느 사기죄의 유형을 불문하고 행위자의 고의를 입증하는 것은 쉽지 않다. 이는 행위자가 비록 기망행위를 사용하더라도 상대방을 착오에 빠지게 하는 행위가 존재하지 않으면 사기죄의 기망행위로 평가하기 어렵기 때문이다.³⁴⁾ 앞서 잠깐 언급한 바와 같이 사기죄에서 기망행위의 중요성에도 불구하고 기망의 판단기준은 명확히 설정하기가 어렵기 때문이다.³⁵⁾ 그래서 차용사기에서 고의가 인정되지 않는다는 것은 민사책임과 형사책임을 구분할 수밖에 없는 현대의 법체계에서 민사상 채무불이행의 책임에 그치게 된다. 행위자가 상대방을 착오에 빠뜨리기 위하여 나는 대화에서 사술을 사용하였다고 곧바로 그 사술이 기망행위라고 할 수는 없다. 기망행위로 평가하기 위해서는 기망행위에 고의가 발현되어야 하기 때문에 행위자와 상대방의 일상적인 대화에서 통상적으로 수반되는 정도의 거짓과 과장만으로는 고의가 발현되어 있다고 볼 수 없다. 여기에 장래의 사실, 가치판단이 가미되어 있다면 더욱 그러하다. 행위자의 불법의 척도로 평가하고 기망행위로 평가할 수 있을 만큼의 질과 양을 갖추었는지를 판단해야 하는 것이다. 행위자의 기망이 상대방을 착오에 빠뜨릴 수 있는 정도인가 하는 기망의 정도에 논의의 초점이 맞춰질 수밖에 없는 상황에서 결국에는 행위자가

33) 박성민, 앞의 논문, 233-234면.

34) 배종대, 『형법각론(제8전정판)』, 홍문사, 2012, 448면.

35) 김현우, 앞의 논문, 429면.

차용당시의 행위자의 재산관계, 직업, 소득, 신용정보 등을 종합하여 판단할 수밖에 없는 입증상의 난제에 직면하는 것이다.

다. 기망행위 당시의 고의 유·무에 관한 평가인자

사기죄에서 기망행위는 통상적으로 언어, 문서, 행동 등이 혼합되어 작위에 의한 기망행위로 나타난다. 예를 들면 “내가 매월 임대료 수익만 1,000만원이 넘는다.”, “다음 달에 보험료를 탄다.”, “갯돈을 탄다.”, “투자금을 주면 사업지를 매입하여 개발하려 한다.”, “다음 달에 금융기관으로부터 PF 대출이 예정되어 있다” 는 취지로 상대방에 대한 적극적인 기망행위(명시적 기망행위)를 수반하여 “~ 하면 ~ 하겠다.” 는 취지로 나타난다. 물론 적극적인 작위뿐만 아니라 묵시적 기망과 부작위에 기망이 혼합된 기망행위를 구성하기도 한다.³⁶⁾ 어떤 유형을 불문하고 대부분의 사기죄는 행위자가 기망행위를 해결(이행)할 능력이 있었느냐에 달려있고, 행위자가 약속한 바를 해결할 능력이 있었다면 기망행위가 아닐 것이며, 해결할 능력이 되지 않는다면 기망행위로 평가할 수 있을 것이다.

차용사기에서 행위자는 변제의사는 있었지만 돈을 빌린 후, 사정변경으로 변제하지 못하였다고 변명하는 경우가 많아 이런 경우에는 행위자의 고의 유·무를 판단하는 것이 쟁점이 된다. 그리고 사기죄에서 고의는 처분행위 당시를 기준으로 해야 하므로 금전을 차용할 당시 변제의사와 변제능력이 없는 경우에는 사기죄의 고의를 인정할 수 있겠으나 행위 후의 경제사정의 변화로 차용금의 변제 등 그 의무를 이행할 수 없게 되었다면 고의를 인정하기 어렵다.³⁷⁾ 결국 사기죄의 고의가 담긴 기망행위인지 여부는 행위자가 자백하지 않는 한 거래 상황, 상대방의 지식, 경험, 직업 등의 행위 당시의 구체적 사정을 고려하여 객관적으로 결정할 수밖에 없는 한계가 존재하는 것이다.³⁸⁾

36) 대부분의 학설과 판례가 작위, 부작위, 묵시적 기망에 의한 사기죄의 성립을 긍정하고 있으나 기존에 학설과 판례에 의하여 부작위에 의한 사기죄로 인정된 사례는 예외 없이 작위에 의한 사기죄로 해결이 가능한 것이었으며 명시적 기망행위와 묵시적 기망행위로 나누는 법적 구별실익이 없으므로 작위에 의한 기망행위라는 단일 개념으로만 사기죄의 모든 기망행위를 포섭할 수 있다는 견해가 있다(김준혁, “부작위에 의한 사기죄의 성립가능성에 대한 새로운 접근”, 법학연구 제18권 제2호, 연세대학교 법학연구소, 2008. 6, 259면).

37) 대법원 2003. 1. 24 선고 2002도5265판결; 대법원 1999. 7. 23 선고 99도1682판결; 대법원 1998. 3. 10 선고 98도180판결; 대법원 1998. 2. 10 선고 97도3040판결; 대법원 1997. 4. 11 선고 97도249판결 등

38) 대법원 1992. 3. 10 선고 91도2746판결 외 다수.

라. 차용사기에서 고의 유·무의 입증

(1) 차용 당시의 변제능력의 유·무의 평가인자

차용사기에서 변제의사는 행위자의 내심이기 때문에 즉, 행위자가 변제의사가 없었다고 인정하더라도 변제의사가 없다는 것만으로는 사기죄의 고의를 인정함에는 무리가 따른다. 적지 않은 경우에서 행위자의 외적사실인 변제능력 유·무에 따라 행위자의 고의가 발현된 기망행위인지 여부를 판단할 수밖에 없는 상황에 놓이게 된다. 따라서 변제능력의 유·무와 관련한 자료를 토대로 판단할 수 밖에 없는데, 변제능력 유·무는 차용당시의 행위자의 재산관계, 채무관계, 직업, 소득, 신용정보 등 객관적 자료로 종합적으로 판단하여야 한다.³⁹⁾ 만일 행위자가 상대방으로부터 돈을 차용할 당시의 채무(소극 재산)가 자신이 가진 채권과 재산(적극 재산)을 초과하고 있었다면 그 사실을 상대방에게 고지할 의무를 부담한다고 볼 수 있는데, 이를 고지하지 않았다면 부작위에 의한 기망행위로 평가될 확률은 높아진다.⁴⁰⁾

(2) 용도사기

행위자가 피기망자로부터 돈을 빌릴 때 지정한 용도 이외로 다른 용도로 사용된 경우에는 피기망자에게 사전에 고지하여 승낙을 받았는지, 실제 용도로 사용할 것을 미리 고지하였더라도 피기망자가 돈을 빌려줄 상황이었는지도 기망행위의 평가인자가 된다. 그러나 차용금의 용도가 소비대차 성립의 유일한 계기가 아닌 때에는 고의를 인정하기는 어렵다.⁴¹⁾ 행위자가 제3자로부터 채무변제를 독촉받자, 채무를 변제하기 위하여 피기망자에게는 사업자금이 필요하다고 기망하여 돈을 빌렸다면 용도사기의

39) 원형문, “사기죄에서 변제능력과 변제의사에 관하여 다투는 사안에서 공소유지를 위하여 필요한 입증의 정도와 증거 수집방법,” 검찰 제118호, 대검찰청, 2007, 125면.

40) 왜냐하면, 행위자는 상대방에게 자신의 채무가 채권보다 더 많다는 사실을 고지하여 상대방의 착오를 방지해야 할 보증인의 의무와 그로부터 발생하는 작위의무(고지의무)가 있기 때문에 당연히 알려야 할 의무(작위에 의한 기망)와 이러한 의무를 다하지 않은 부작위에 의한 기망의 동가치성이 인정되기 때문이다.

41) 행위자가 말한 차용금 용도가 거짓이었다고 하더라도 기망행위와 피해자의 재산적 처분행위와의 사이에 상당인과관계가 있다고 보기 어렵고 돈을 빌린 것에 불과하고 처음부터 변제할 의사나 능력 없이 차용한 것이라고 인정되지 않는 한 사기죄를 구성하지 않는다(대법원 1984. 1. 17 선고 83도2818).

고의가 인정될 가능성은 매우 높아진다.⁴²⁾ 행위자가 차용금을 투자금으로 사용하였다고 주장하면 행위자가 투자처로부터 투자원금 이상의 금원을 회수하여 차용금을 변제하겠다는 것이 현실적으로 가능한 계획이었는지, 행위자가 차용금을 운영자금으로 사용하였다고 주장하면 차용당시 행위자가 운영하던 업체 및 가계의 매출액과 수익금액, 채무금과 월이자, 수표와 어음의 정지여부 등을 확인하여 행위자의 변제계획의 타당성 여부를 확인할 수밖에 없다.⁴³⁾ 행위자가 차용금을 타인에게 빌려주었다고 주장한다면 행위자로부터 빌려간 사람에게 이를 확인하고, 행위자가 타인에게 빌려준 조건과 이를 피해자에게 고지하였는지, 알리지 않은 경우 등은 용도사기에서 중요한 평가인자가 된다.

(3) 차용 당시의 변제능력의 유·무에 관한 평가인자

차용사기에서 변제능력의 유무를 판단할 수 있는 객관적 자료들에는 대체로 다음과 같은 것들이 있다. 개인별 토지 소유현황에는 토지소재지, 지목, 면적, 공유인수, 변동일자/원인, 소유자 주소, 개별지가, 용도지역/지구 등이 기재되어 있고 행정자치부(행위자의 주소지 관할 지방자치단체)로부터 사실조회 회신의 형태로 제공받을 수 있다.⁴⁴⁾ 토지의 소재지가 확인되면 부동산등기부 등본을 발급받아 지당권 등 담보물권 설정사실을 확인할 수 있다. 만일 해당 부동산의 담보가치가 실질가치를 초과하거나 더 이상 담보가치가 없을 경우에는 기망행위의 중요한 평가인자가 된다. 신용정보조회서⁴⁵⁾, 은행거래내역서, 대차대조표, 부동산등기부등본, 법인세납세신고서, 건강보험

42) 금전차용에 있어서 단순히 차용금의 진실한 용도를 고지하지 아니하였다는 것만으로는 사기죄가 성립된다 할 수 없으나 이미 과도한 부채의 누적으로 변제의 능력이나 의사마저 극히 의심스러운 상황에 처하고서도 이러한 사실을 숨긴 채 피해자들에게 사업에의 투자로 큰 이익을 볼 수 있다고 속여 금전을 차용한 후 이를 주로 상환이 급박해진 기존 채무변제를 위한 용도에 사용한 사실이 인정된다면 금전차용에 있어서 편취의 범의가 있었다고 볼 수 있다(대법원 1993. 1. 15 선고 92도2588판결).

43) 행위자가 빈껍데기의 회사를 설립하여 당좌와 어음을 이용하여 고의 부도사범의 경우에는 금융결제원 인터넷 사이트상의 당좌거래정보란을 접속하여 사업자등록(주민등록번호), 사업자 이름을 클릭하여 부도 시점을 확인하여 기망행위에 해당하는지 평가하여야 할 것이다.

44) 원형문, 앞의 논문, 126면.

45) 신용정보조회서상의 내용을 확인하여 이를 변제능력의 유무도 확인해 보는 것이 좋다. 개인 신용정보조회 내역서상에는 각 회사마다 차이는 있을지라도 대체로, 대상자의 은행 및 신용정보회사의 채무불이행정보, 특수정보기록, 공공기록정보, CB 연체정보, 신용 평점정보, 신용 개설정보, 신용 정보조회 등의 사항이 등록사유, 발생일자, 접수일자, 등록금액, 연체금액, 발생기관명 등이 기록되어 있어 대상자의 채무발생시기 및 연체시기를 쉽게 알 수 있다.

료의 납부 유·무⁴⁶⁾, 세금자료⁴⁷⁾, 부동산 소유권변동관계, 담보물권 및 제한물권의 설정 여부, 부동산의 채권자(담보물권자)들의 연락처를 확보하여 물권 및 채권이 성립한 경위, 행위자와의 채권·채무관계, 행위자 등의 개인별 토지소유현황, 지방세 부과 내역, 부동산등기부 등본의 권리내역, 자동차등록원부의 권리내역⁴⁸⁾ 등이 기망행위의 평가인자가 된다. 또한 행위자의 직업과 소득에 관한 구체적인 자료는 건강보험료 산출 근거자료와 세적자료, 행위자가 피기망자나 제3자와 채권·채무관계가 있었다고 주장한다면 채무금의 변제기간, 매월의 이자 누적, 회수가 가능한 채권인지의 여부, 차용 당시의 수입과 지출관계, 변제가가능성, 사업전망 등을 확인하거나 대차대조표, 손익계산서 등의 회계장부, 법인통장, 어음 및 수표의 발행 및 결제 현황 등의 법인관계서류, 행위자가 피기망자로부터 돈을 차용할 당시에 제1금융권, 제2금융권을 비롯한 제3자들이 근저당권설정, 국가 및 지방자치단체의 압류(대부분의 지방세 체납이다), 가등기, 가압류 등이 설정되어 있었다면 그 채무발생원인, 채무금액, 차용조건, 이유, 액면 가치와 실질가치(담보가치 등)⁴⁹⁾ 등도 평가인자가 되며, 행위자가 운영하는 가게나 업체의 운영이 잘 안되어 변제하지 못했다고 변명한다면 사업기간, 차용 전·후의 수입, 지출 내역 등을 은행거래내역서, 대차대조표, 손익계산서, 지출서류, 폐업 유·무, 적극재산(채권)이 소극재산(채무)보다 많았다고 주장한다면, 행위자의 재산상태, 행위자가 자신이 기존에 가지고 있던 채권을 회수하지 못하여 변제하지 못하였다고 주장하면 행위자의 기존의 채권의 발생경위, 금액, 변제기간, 이자의 회수 여부 등으로 차용 당시에 이미 회수가 불가능하였는지도 차용금 사기에서 행위자가 돈을 차용할 당시의 변제능력의 유·무와 관련하여 기망행위의 중요한 평가인자로 거론할 수 있다.

(4) 차용 당시에 구체적인 변제계획의 유·무에 관한 평가인자

46) 행위자가 지역보험자인 경우에는 세대 보험료 및 산출근거, 직장보험자의 경우 보험료, 산출근거, 국민건강보험관리공단으로 제공받아 행위자의 직업과 소득을 확인할 수 있다.

47) 행위자의 주소지를 관할하는 세무서로부터 제세 신고 자료나 주소지 관할 지방자치단체로부터 재산세 부과내역을 제공받아 세적자료와 제세 신고 자료에는 사업자/주민등록번호, 상호/성명, 개업/폐업일, 업태/종목, 사업장소재지 등의 세적자료와 소득세, 법인세, 부가가치세 등을 확인할 수도 있을 것이다.

48) 원형문, 앞의 논문, 121면.

49) 소위 '빚잔치' 하고 나면 잉여가치가 없는 부동산은 있으나 마나한 부동산이다. 행위자의 거래처로부터 (납품)대금으로 받은 어음 등이 부도나서 변제하지 못하였다고 주장하면, 행위자와 어음발행자 간의 평소 거래금액과 부도발생 전·후의 급격한 변화 등을 조사하여 미리 부도를 예상하였는지도 확인할 필요가 있을 것이다.

행위자가 피기망자에게 돈을 빌려주면 언제까지 이율 몇%를 계산하여 틀림없이 갚겠다고 약속하였을 경우에는 행위자가 변제하겠다는 기일에 어떻게 돈을 마련하여 갚으려고 한 것인지, 행위자의 자력에 의한 변제가 아니고 타인으로부터 다시 돈을 빌리지 않으면 안 될 경우 등 특단의 조치를 취하여야만 가능할 경우, 그러한 능력이 되었는지, 되었다면 그렇게 하지 않고 채무이행을 하지 못한 사유도 기망행위의 평가인자가 된다.⁵⁰⁾

(5) 채무변제를 가장한 돌려막기와 관련한 평가인자

돌려 막기의 수법은 다수의 사기죄의 전력이 있는 행위자들이 즐겨 사용하는 범행을 은폐하기 위한 전형적인 수법이다. 예를 들어, 행위자 甲은 과거에도 차용금 사기로 수도 없이 고소당하였으나 대부분 ‘혐의 없음’으로 처분 받은 사실이 있는 사람으로, 피기망자 A로부터 1억원을 빌렸으나 원금은 변제기일까지 갚지 못하였으나 제3자들로부터 빌려 조금씩 이자(또는 일부의 원금)를 지급한다. 때로는 지극히 적은 액수의 원금도 갚는 형식을 취하기도 한다. 그러나 행위자 甲은 A가 자신을 사기죄로 고소하여 형사처벌을 받게 될 처지에 놓이면, 행위자 甲은 또 다른 B로부터 7,000만원 정도를 빌려 그중에서 3,000만원 정도만 갚으면서 나머지 4,000만원은 나중에 꼭 갚겠으니 합의서(고소취하서)를 써 달라고 하고 때로는 “당신은 돈을 받을 목적으로 고소한 것이 아니냐!, 내가 구속되면 돈은 어떻게 받느냐”고 하면서 피해자 A는 행위자 甲으로부터 돈을 변제받는 것이 주목적이므로 대부분 행위자 甲의 요구를 들어주는 경우가 많다. 이에 행위자 甲은 고소 취하서를 제출하면 수사기관은 행위자가 이자와 일부 원금을 변제하였고 이자도 지급하였으므로 ‘혐의 없음’을 결정하는 경우가 많다. 이에 또 다른 피해자 B는 행위자가 7,000만원을 갚지 않자 행위자 甲을 사기죄로 고소한다. 그러면 행위자는 또 다시 또 다른 피해자 C로부터 5,000만원을 빌려 그중에서 3,000만원을 B에게 갚고 나머지 2,000만원은 나중에 준다고 하면서 같은 방법으로 고소취하를 받는다. 이에 또 다시 ‘혐의 없음’ 처분 받을 확률이 높다. 이런 식으

50) 행위자가 피기망자에게 35-50%의 고율의 이자를 주겠다고 하는 등으로 비상식적인 고율의 이자를 주겠다고 하는 것은 행위자의 경제적 사정이 그만큼 고율의 이자를 주면서 까지도 돈을 빌려야 할 급박한 사정(즉, 경제적 빈곤으로 인하여 생활비 마련 등)이 있었다는 것을 반증하고, 고율의 이자를 지급하겠다고 유혹(미끼)하여 편취하려는 기망행위로 행위자들이 이를 해결할 능력이 없는 경우가 많고, 비록 이자를 지급하더라도 대부분 돌려막기로 지급하므로 실질적으로 정상적인 이자를 지급하였다고 평가하기는 어렵다고 볼 것이다.

로 계속하여 ‘돌려 막기’로 변제의 형식을 띠게 되지만 실제로는 행위자의 순수한 돈으로 변제하는 것이 아니라 제3자로부터 편취한 돈으로 변제하는 구조를 띤다.

행위자들이 돌려 막기의 방법으로 변제하는 것은 실제로 차용금을 변제하겠다는 의사보다는 채무변제를 가장하여 돈을 교부(기존의 채무금을 변제하는 것으로 가장)함으로써 피기망자는 채무를 변제받았다는 심리를 갖도록 만든다. 이에 피해자를 안심시켜 피해자로부터 계속하여 돈을 편취하기 위한 기망행위의 평가인자로 볼 수 있다. 이렇게 행위자가 돌려 막기를 하였다면 행위자가 기존에 사용하였던 은행거래내역서를 토대로 자금의 흐름을 확인하는 것도 중요한 평가인자가 된다.⁵¹⁾

(6) 계속적 거래관계에서 고의 유·무에 관한 평가인자

계속적 거래관계는 대부분이 물품공급계약에서 발생하는 경우가 많다. 하지만 차용관계에서도 나타나는 경우도 있다. 계속적 거래관계에서는 행위자는 상대방이 그와 같은 사정에 관하여 고지를 받았더라면 당해 거래관계를 맺지 않거나 지속하지 않았을 것이 경험법칙상 명백한 경우에 해당하는 경우가 많아 행위자가 상대방의 특별한 신뢰관계를 악용하여 계속적 거래관계를 지속하면서 기망행위를 하게 되는 것이다.⁵²⁾ 이는 신뢰관계를 악용하여 행위수단이 교활하여 행위불법이 더욱 가중되는 경우이다.⁵³⁾

다수의 사기죄의 전력이 있는 행위자가 선의의 피해자를 유혹하여 계속적 거래관계를 이용하여 돌려막기 수법을 동원한다. 처음부터 계획적이고 치밀하게 돈을 편취하고도 자신은 빌린 돈의 이자와 원금을 갚았다고 주장하면서 은행거래내역서 등을 제출하는 경우가 많다. 행위자가 피기망자에게 이자와 원금의 일부를 변제하였다고

51) 다수의 사기죄의 전력이 있는 행위자가 선의의 피해자를 유혹하여 계속적 거래관계를 이용하여 돌려막기 수법을 동원한다. 처음부터 계획적이고 치밀하게 돈을 편취하고도 자신은 빌린 돈의 이자와 원금을 갚았다고 주장하면서 은행거래내역서 등을 제출하는 경우가 많다. 행위자가 피기망자에게 이자와 원금의 일부를 변제하였다고 주장한다면 반드시 변제자금의 출처를 확인하여 돌려 막기를 위하여 제3자로부터 다시 빌린 것은 아닌지(피해자로부터 빌린 돈으로 다시 이자와 원금을 변제한 것은 아닌지)가 기망행위의 판단인자가 될 것이다.

52) 판례도 거래의 상대방이 미래의 거래 관계의 효력 또는 채무의 이행에 장애를 가져와 계약상의 채권을 확보하지 못할 위험도 신의성실에서 인정되는 고지의무라고 보고 있다(대법원 1984. 9. 25 선고 84도882판결).

53) 기망행위 중에서도 비윤리적이고 악의적인 방법으로 상대방을 기망한 것으로 상대방과의 신뢰관계를 악용하거나 가족 간의 사랑, 남녀 간의 애정, 상대방의 무경험을 기망의 수단으로 악용하는 경우 교활한 기망행위라고 볼 수 있을 것이다(박성민, 앞의 논문, 153면).

주장한다면 반드시 변제자금의 출처를 확인하여 돌려 막기를 위하여 제3자로부터 다시 빌린 것은 아닌지(피해자로부터 빌린 돈으로 다시 이자와 원금을 변제한 것은 아닌지)가 기망행위의 판단인자가 될 것이다.

2. 투자사기

투자금 사기는 행위자가 부동산 개발투자, 금융상품 투자, 주식투자 등을 비롯하여 일정한 사업과 관련하여 발생하는 경우가 많다. 예를 들면 기획부동산을 빙자한 투자금 사기라든지, 유수수신업체에서 고이율, 고배당을 빙자한 금융투자 사기라든지, 해외개발과 관련한 투자사기 등을 비롯하여 행위자들이 사실상 페이지 컴퍼니를 설립하여 투자자를 끌어모으는 경우가 많다. 그리고 국가가 추진하는 대형 국책사업이나 지방자치단체에서 추진하는 공공사업의 개발사업과 관련한 정보를 행위자가 자신의 사업체와 결부시켜 시중에 떠도는 자료를 짜깁기 하여 그럴듯한 사업계획서를 만들어 이용하여 투자금을 받는 경우도 많다. 따라서 언론매체 등에 광고로 투자자를 유인하기도 하여 투자자들에게 투자약정서를 작성해주는 경우가 많다. 투자사기에서는 행위자가 운영하는 회사의 과거의 영업실적(수익)이나 사업능력을 부풀리는 경우도 많기 때문에 행위자의 운영한다는 법인의 영업실적이나 사업계획과 관련한 실현가능성의 유·무가 기망행위로 평가할 수 있는 중요한 인자가 된다. 또한 행위자는 기존에 동종전과나 유사한 수법을 계속 동원하는 경우도 있고 계속 그 수법을 교묘하게 진화시키는 경우도 많다. 따라서 투자사기에서는 행위자의 투자사업과 관련하여 구체적인 사업계획이 있는지, 행위자가 이를 실현이 가능한 사업인지, 불투명한 사업인지를 객관적인 자료를 통하여 평가하고 확인하는 것이 중요하다. 따라서 행위자가 추진한 사업이 매우 추상적이거나 구체적인 실현방안이 불가능하다면 내적사실과 외적사실을 불일치가 될 것이고, 이러한 불일치가 행위자가 무능력과 무의사와 합치되어 기망행위로 평가될 확률이 매우 높아진다.

또한 투자금사기는 행위자가 투자금 명목으로 계좌로 돈을 받았다면 투자금으로 사용하여야 하지만 대부분 기존의 자신의 채무변제, 생활비 등으로 사용하는 경우가 많이 볼 수 있다. 즉 용도사기를 저지르는 경우가 많다는 점에서 투자금 명목으로 계좌로 받았다면 거래내역서로 명목으로 사용하였는지, 행위자의 주장대로 실제로 투자회사의 투자금이 입금되는 계좌로 입금되었는지, 실제로 투자회사의 관계자들에게 다시 송금되었다면 그 사용처가 투자금 사기에서 기망행위의 중요한 평가인자가 된다.

3. 물품거래 사기

물품공급계약에 납품대금 사기는 계속적 거래관계와 밀접한 관계가 있다. 계속적 물품거래와 관련한 사기죄의 주관적 구성요건인 편취 범의도 피고인이 자백하지 않는 이상, 범행 전·후 피고인의 재력, 환경, 범행내용, 거래의 이행과정 등의 같은 객관적인 사정 등을 종합하여 판단할 수밖에 없다. 따라서 행위자가 피기망자뿐만 아니라 다른 거래업체와 거래를 시작한 시기, 거래금액, 결제금액, 결제종류, 미지급금 금액, 부도이유, 자금이 경색되기 시작한 시기, 어음 및 수표의 발행 및 결제정도, 미지급금의 비율, 자수 및 타수어음의 발행 정도, 납품량 증가 유·무, 폐업일시, 유사한 업체의 수회에 걸쳐 설립과 폐업을 반복하였는지, 대차대조표, 손익계산서, 잉여금계산서 및 기타 회계 관련 서류의 확인으로 자금의 변동의 추이와 납품량 변동, 당좌수표나 약속어음의 발행일자, 지급기일이 수차에 걸쳐 정정되었는지, 배서인이 담보력이 현저히 떨어지는 경우, 수표나 어음의 발행의 남발 여부, 물품을 납품받아 오면서 어느 특정한 시기에 매출사정이 좋지 않음에도 불구하고 매입금액을 늘려 덤핑 판매하였는지, 어음대장, 자금일보, 약속어음 발행내역, 월별 결제할 내역, 자금 변동 상황 등도 계속적 거래관계에서 발생하는 사기죄의 기망행위를 판단할 모두 중요한 평가인자가 된다.

행위자가 부도날 시점에 피기망자로부터 물품을 계속하여 공급을 받고도 물품대금을 지불하지 않았는지를 비롯하여 행위자의 개인 채무상황은 물론, 행위자가 운영하는 회사 전체 거래상황, 보유 자산상황, 채권·채무현황, 물건처분현황, 회사의 경영 악화가 된 원인과 부도나기 전·후의 피기망자에게 지속적으로 물품대금을 결제하였는지, 고소인의 회사와 거래를 유지하기 위하여 최선을 다하였는지, 행위자가 경영하던 회사가 과도한 금융채무의 부담, 덤핑판매로 인한 재무구조의 악화 등으로 특별한 금융혜택을 받지 않은 한 부도가 불가피한 상황에 이르렀음에도 불구하고 이를 숨기고 물품을 공급받았는지도 중요한 평가인자가 된다. 판례는 계속적 거래관계에서 편취에 의한 사기죄의 성립 여부는 거래 당시를 기준으로 판단하여 어음을 할인하더라도 어음의 지급 기일에 결제되지 않을 수도 있다는 확신이 없으면서도 그러한 내용을 수취인에게 고지하지 않고 할인을 받았다면 미필적 고의도 인정된다고 보기도 하였고⁵⁴⁾, 부도 이후 물품을 계속 공급하여 주면, 영업을 재개하여 부도 당시의 이미 발생한 물품대금 채무를 줄여가겠다고 약속하여 피해자들이 계속하여 물품을 공급하였고, 그 후 다시 거래가 중단되었으나 중단 당시의 잔존 물품 대금 액이 부도 당시의 이미 발생한 물품 대금 액

54) 대법원 2008. 2. 28. 선고 2007도10416판결.

보다 줄어든 경우, 부도 이후에 공급받은 물품에 대해서는 피고인에게 기망의 의사나 불법영득의 의사가 있었다고 보기 어렵다고 보기도 하였다.⁵⁵⁾

4. 하도급 사기 및 공사대금 사기

가. 하도급 사기

하도급 사기는 다수의 동종전과를 가진 행위자가 많으므로 반드시 행위자가 과거에 처벌받은 전력이나 페이퍼컴퍼니를 가장납입으로 설립과 폐업의 반복여부, 법인의 과거 공사수급 실적, 회사 운영상태, 임차료 체불, 직원의 임금 미지급, 자본잠식, 당좌거래정지, 대표이사의 신용불량 상태, 폐업일시, 대표이사와 상호를 수시로 변경하였는지, 법인등기부 등본상의 상호가 자주 변경되었는지, 법인의 목적, 이사, 감사가 행위자와 친인척인 경우인지, 계약서의 위·변조의 유·무, 자본구조의 정도, 영업 실적(분양실적, 공사실적, 공사수주실적 등)도 기망행위의 평가인자가 된다.

그리고 행위자의 회사가 도급회사와 접촉한 과정, 접촉했다는 도급회사 직원이 공사를 줄만한 지위에 있는지, 피기망자에게 말을 한 내용과 상호·비교하여 단순한 과정에 불과한 것인지, 행위자로부터 공사이행보증금 명목으로 금품을 수회에 걸쳐 교부받는 것이 보통이므로 공사이행보증금 명목으로 수취한 돈을 어디에 사용하였는지, 원 도급회사에 이행보증금으로 입금하였는지, 딱지수표와 딱지어음에 의한 공사대금의 고의 미지급이 아닌지도 확인하고 은행이나 피의자를 상대로 당좌수표 및 어음을 발행한 경위, 수표 및 어음용지를 취득한 경위, 금융기관에 당좌 및 수표계정을 개설한 경위 등도 기망행위의 평가인자가 될 수 있다.

나. 공사대금 사기

행위자가 기존의 동종전과, 기망행위가 있을 비슷한 시기에 다른 공사현장에 공사대금을 연체한 사실이 있고 그 공사대금을 행위자가 감당할 수 없는 대금인 경우, 행위자가 운영한 건설회사인 경우 공사대금을 조달할 능력이 부족한 경우, 행위자의 회사의 재정상태가 매우 열악하여 약속어음이나 당좌수표를 더 이상 발행할 수 없었던

55) 대법원 2002. 9. 24. 선고 2002도3488판결.

경우, 법인 대표가 금융거래불량자인지 여부, 대표이사와 실제 운영자가 일치하는지 여부, 법인의 과거의 공사수주 실적, 법인계좌의 잔고, 법인의 운영실적과 공사수주실적, 공사계약서의 이행할 능력, 회사자금의 운용상황, 법인의 재무구조 및 자금조달 능력, 해당공사의 수주할 능력이나 진행할 능력, 공사계약서(도급계약서 및 하도급계약서)의 위조 여부 등이 공사대금 사기의 기망행위의 중요한 평가인자로 볼 수 있을 것이다. 그런데 공사대금 사기에서 기망행위가 단 일회적으로 기망행위가 발현되는 경우도 있지만 계속적 거래관계처럼 수개월에 걸쳐 기망행위가 수회에 걸쳐 이루어지는 경우도 있으므로 행위자가 운영하였다는 법인체가 있다면 행위자가 피기망자에 대한 기망행위를 한 기간의 법인의 운용상황이나 영업실적(공사실적)도 중요하지만 그 이전 단계에서 이미 사실상의 페이퍼 컴퍼니에 불과한 법인이 아닌지를 평가하는 것이 매우 중요하다. 또한 행위자가 감당하지 못할 공사를 빙자하여 공사대금을 교부받은 후 용도를 전용하는 경우(예; 공사자금을 전용하여 기존의 제3자에 대한 채무변제 용도로 사용하는 경우)도 중요한 기망행위의 평가인자가 될 수 있다.

IV. 맺음말

이상 검토한 바와 같이 사기죄의 구성요건에서 핵심적 구성요건표지가 되는 기망행위의 평가인자에 관하여 시론적으로 검토해 보았다. 특히 차용사기를 비롯한 주요 사기유형들 중에서 기망행위의 평가인자들에는 무엇이 있는지를 실무적 관점에서 검토해 보았다. 현재까지 기망행위의 평가인자를 다루거나 이를 구체적으로 객관화하거나 유형화를 시도한 선행연구가 전무한 상태에서 논제를 완벽하게 논증한다는 것도 사실상 쉽지 않다고 본다. 그런 상황에서 본고에서 사기죄의 기망행위의 유형화를 시도하는 것은 어쩌면 무모한 시도가 될 수도 있을 것이다. 만일 기망행위에 대한 객관화 내지는 유형화를 시도한다면 이론적으로는 한계가 있고 실무적 관점에서 고찰되고 시도될 수 밖에 없다. 사회가 다변화되면서 거래관행도 매우 가변적인 상황에서 기망의 수단이나 방법도 비례하여 가변적이라는 점에서 사기죄에서 다루어야 하는 기망행위의 평가인자도 매우 다양할 수 밖에 없다. 사기죄에서 사전에 정형화된 법적 잣대로 기망행위의 평가인자를 뽑아낸다는 것 자체가 어려울 수밖에 없는 구조적인 한계가 있다. 하지만 그러한 작업이 세밀하고 어려운 작업일 수밖에 없고, 결코 쉬운 일이 아닐뿐더러, 어쩌면 불가능한 작업일지라도 기망행위를 효율적으로 분석하고 평가하기 위한 객관적 평가인자를 찾아내는 작업은 필요하고 그러한 시도는 계속되어야 한다. 이러한 점에서 이글이 사기죄의 기망행위의 평가인자를 최대한 도출을 해 봄으로

써 기망행위를 유형별로 객관화하는데 하나의 단초를 제공하였다고 본다. 하지만 하나의 단초를 제공하였다는 것으로는 만족할 수는 없으며, 앞으로 사기죄와 관련하여 고전적인 기망행위나 재산상 손해를 중심으로 논하는 틀에서 탈피하여 사기죄와 관련한 좀 더 나아간 발전적인 논의가 필요하다고 본다. 필자는 그것이 바로 사기죄의 기망행위와 유형화 내지는 객관화하는 작업이라고 생각된다. 앞으로 기망행위를 유형화 내지는 정형화와 관련한 후속 연구가 활발히 진행된다면 최소한 사기죄와 관련한 범죄수사와 재판을 담당하는 경찰, 검찰, 법원의 실제적 진실발견의 수고는 훨씬 경감되고 더 한층 수월해 질 것이라고 생각된다. 물론 이는 실무자들이 보다 많은 관심을 가져야겠지만 실무자들이나 이론가들이 함께 극복하고 헤쳐 나가야 할 영역일 것이다.

참 고 문 헌

1. 단행본

배종대, 『형법각론(제8전정판)』, 홍문사, 2012.

오영근, 『형법각론』, 박영사, 2005.

2. 논 문

김일수, “사기죄 해석론에서 몇가지 문제점”, 법학논집 29호, 고려대학교 법학연구소, 1993, 12.

김준혁, “부작위에 의한 사기죄의 성립가능성에 대한 새로운 접근”, 법학연구 제18권 제2호, 연세대학교 법학연구소, 2008, 6.

김성룡, “묵시적 기망 부작위를 통한 기망 및 작위와 부작위의 상응성”, 형사법연구 제23권 특집호, 2005.

김현우, “사기죄의 기망행위에 대한 고찰”, 한양법학 제22권 제3집, 한양대학교 법학연구소, 2011, 8.

도중진, “사기죄와 경제범죄의 관계”, 형사정책연구 제20권 제1호, 한국형사정책연구원, 2009.봄호.

류석준, “기망행위를 수단으로 한 권리행사와 사기죄의 성부”, 비교형사법연구 제11권 제2호, 한국비교형사법학회, 2009, 12.

박성민, “사기죄의 기망행위에 관한 연구”, 박사학위 논문, 성균관대학교 대학원, 2011.

예세민, “신용거래에 있어서의 사기죄 범리의 근본적 성찰: 미국에서의 완전보장계약과 불완전보장계약의 구별론을 중심으로 -,” 법조 제55권 제3권, 법조협회, 2006, 3.

안경옥, “사기죄에 관한 입법론적 검토”, 형사법연구 제22호, 한국형사법연구회, 2004겨울호

안동준, “사기죄의 성립과 피해자 책임, 그리고 한걸음 더”, 피해자학 연구 제13권 제

2호, 한국피해자학회, 2005, 10.

- 원형문, “사기죄에서 변제능력과 변제의사에 관하여 다투는 사안에서 공소유지를 위하여 필요한 입증의 정도와 증거수집방법,” 검찰 제118호, 대검찰청 2007.
- 최응렬, “사기죄의 유형과 대응방안”, 민생치안 제15권 제4호, 사단법인 민생치안연구소, 2006가을호
- 최중현, “사기죄의 성립 여부; 저당 설정된 부동산 매도인의 고지의무 범위와 관련하여”, 검찰 49권, 대검찰청 1973, 5.
- 황만성, “형법상 사기죄 관련 규정의 제개정방안”, 형사정책연구 제20권 제1호, 한국형사정책연구원, 2009.봄호.

[국문초록]

사기죄의 기망행위의 평가인자에 관한 검토

조 광 훈

서울서부지방검찰청 형사4부 검찰수사관
고려대학교 대학원 박사과정(형법)

사기죄에서 기망행위는 사기죄의 성부를 가름하는 중요한 평가요소이며, 무엇이 기망행위인지는 종합적으로 평가할 수 밖에 없고 사전에 이를 정형적으로 유형화할 수 없는 한계가 존재한다. 하지만 사기죄의 기망행위로 평가할 수 있는 공통인자는 추출하는 것은 어느 정도 가능하다. 우선 대부분의 사기죄에서 일반적으로 추출할 수 있는 공통인자로는 행위자의 내적사실과 외적사실의 불일치, 행위자의 무능력(無能力)과 무의사(無意思), 행위자의 경제적 빈곤, 자금의 용도전용, 행위자의 동종전과와 동종수범 등을 들 수 있다. 그리고 사기죄의 각 유형별 기망행위의 구체적 평가인자로는 차용금 사기는 편취고의의 입증상의 난제가 존재하지만 차용 당시의 변제능력의 유무를 확인하기 위한 재산관계, 직업, 소득, 신용정보, 변제계획, 돌려막기, 계속적 거래관계에서 각종 자료 등을 고려할 수 있다. 그리고 투자금 사기, 물품대금 사기, 하도급 사기, 공사대금의 사기에서도 핵심적인 평가인자를 고려하여 기망행위인지를 판단하여야 한다.

주제어 ; 사기죄, 기망행위, 변제능력, 변제의사, 평가요인, 차용사기, 공사대금 사기

[Abstract]

A study on the evaluation factors on a deceitful deed in fraud

Jo Gwang-Hun

Prosecution Investigation Officer Criminal Cases Division 4
Seoul Western District Prosecutor's Office

A deceitful deed is an important evaluation factor in determining the establishment of fraud. However, what is a deceitful deed can be only evaluated in comprehensive way; while there is a limitation that it is not possible to formally stereotype a deceitful deed. However, it is possible to draw common factors, by which the deceitful deed in fraud can be evaluated, to some extent. The common factors which can be generally drawn from most frauds are; disagreement between the internal fact and external fact of a doer, doer's not having ability and intention, doer's economic poverty, conversion of fund use, same criminal record and same criminal method. Though it is difficult to prove intentional defraudation in borrowed-money fraud, the concrete evaluation factors of deceitful deeds in each type of fraud are; property status to confirm whether the doer had repayment ability at the time of borrowing, job, income, credit information, repayment plan, robbing Peter to pay Paul and continuous transaction relation. The judgment on a deceitful deed in investment fund fraud, goods payment fraud, subcontract fraud and construction payment fraud should be also made by considering the key evaluation factors.

Key words : fraud, deceitful deed, repayment ability, repayment intention, evaluation factor, money-borrowing fraud, construction payment fraud