

특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(사기)죄에서 제3조 제1항의 ‘이득액’ 산정방법*

신 이 철**

< 목 차 >

- I. 서론
- II. 이득액 산정의 기본원칙
- III. 사기죄 이득액의 구체적 산정
- IV. 결 론

I. 서론

특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률(이하 ‘특경법’이라 한다) 제3조 제1항은 특정 재산범죄를 범한 자를 이득액에 따라 가중처벌하고 있다.¹⁾ 이는 5공화국 초기 장영자·이철희 어음사기사건 등의 대형 금융비리사건이 직접적인 입법의 계기가 되었는데, 대형 경제범죄가 사회에 미치는 충격과 피해가 막심함에도 불구하고 그에 대한 형법상의 처벌규정이 너무 가벼워서 범죄예방의 실효

* 이 논문은 2025년도 원광디지털대학교의 교비 지원에 의해서 수행됨(This paper was supported by Wonkwang Digital University in 2025).

** 원광디지털대학교 경찰학과 정교수, 법학박사.

1) 범죄의 가액에 따른 형의 차등처벌이 부당하다는 견해로는 권수진, “형사특별법 정비방안 (10) 보건, 의료 마약, 생명, 윤리 분야”, 한국형사정책연구원, 2008, 52면; 안경욱, “특정경제범죄가중처벌 등에 관한 법률의 정비방안”, 「형사정책」 제17권 제2호, 한국형사정책학회, 2005, 15면 이하; 오영근, “특정범죄가중처벌 등에 관한 법률폐지의 당위성”, 「형사정책」 제17권 제2호, 한국형사정책학회, 2005, 43면 이하; 윤승은, “특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 적용상의 몇 가지 문제점과 대안”, 「형사법연구」 제26호, 한국형사법학회, 2006, 117면 이하; 황종국, “범죄의 액수에 따라 가중처벌하는 특별법의 해석에 관한 문제”, 「재판자료」 50집 (하), 법원행정처, 1990, 378면 이하.

를 거두지 못하고 있는 현실에 대한 반성적 고려에서 거액 경제범죄를 가중처벌함으로써 경제질서를 확립하고 국민경제의 발전에 기여하기 위하여 1983. 12. 31. 규정을 마련한 것이다.

여기서 먼저 첫째로 ‘특정 재산범죄를 범한 자’가 행위 주체가 된다. 여기서 ‘특정 재산범죄’는 형법 제347조(사기)·제347조의2(컴퓨터등 사용사기죄)²⁾·제350조(공갈)·제351조(제347조 및 제350조의 상습범에 한한다)·제355조(횡령, 배임) 또는 제356조(업무상의 횡령과 배임)의 죄로 제한되어 있으므로, 절도, 강도, 장물, 손괴, 권리행사방해죄는 그 대상이 아니다. 그리고 다른 한편으로는 특정재산범죄를 ‘범한 자’로 규정되어 있는 관계로, 각 범죄의 미수범 처벌규정(제352조, 제359조)은 제외되어 있으므로 특정재산범죄가 기수에 이른 때에만 가중처벌의 대상이 되고 있다. 또한 형법상 사기와 공갈, 횡령과 배임죄 등 특정재산 범죄는 친족상도례의 특례규정(제354조, 제361조)이 적용되는 반면에, 특정범에는 아무런 규정을 두고 있지 않다. 그렇지만 특경법 제3조 제1항은 특정재산범죄의 이득액에 따라 형벌이 가중될 뿐 형법상 재산범죄로서의 성질은 그대로 유지되고 있다는 점과 아울러, 별도로 친족상도례 규정의 적용을 명시적으로 배제한다는 규정이 없으므로 형법상 친족상도례 규정은 그대로 적용되고 있다(근친은 형면제, 원친은 친고죄).³⁾

둘째로는 특정재산범죄의 죄를 범하여 ‘이득액이 적어도 5억이상 내지 50억 이상’이 되어야 한다. ‘이득액’의 의미와 관련하여 대법원은 “금원 편취를 내용으로 하는 사기죄는 기망으로 인한 금원 교부가 있으면 그 자체로써 피해자의 재산침해가 되어 사기죄가 성립하고, 상당한 대가가 지급되었다거나 피해자의 전체 재산상에 손해가 없다고 하여도 사기죄의 성립에는 영향이 없으므로, 사기죄에 있어서 그 대가가 일부 지급된 경우에도 그 편취액은 피해자로부터 교부된 금원으로부터 그 대가를 공제한 차액이 아니라 교부받은 금원 전부이다”라고 판시⁴⁾하였고, “특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조 제1항 소정의 ‘이득액’이란 거기에 열거된 범죄행위로 인하여 취득하거나 제3자로 하여금 취득하게 한 불법영득의 대상이 된 재물이나 재산상 이익의 가액의 합계인 것

2) 컴퓨터등 사용사기죄는 2017. 12. 19. 개정되어 2018. 3. 20 시행으로 본조의 가중처벌 대상에 추가되었다.

3) 대법원 2000. 10. 13. 선고 99오1 판결.

4) 대법원 2012. 10. 11. 선고 2007도6012 판결; 대법원 2007. 1. 25. 선고 2006도7470 판결.

이지 궁극적으로 그와 같은 이득을 실현할 것인지, 거기에 어떠한 조건이나 부담이 붙었는지 여부는 영향이 없다고 판시⁵⁾하고 있다. 한편으로, 이득액은 범죄의 '기수' 시기를 기준으로 하여 산정하므로 그 후의 사정변경은 고려하지 않으며 사정변경의 가능성이 예견가능한 것이라고 하여도 마찬가지이다. 특정법은 이득액이 5억원 이상 50억원 미만이면 3년 이상 유기징역에 처하도록 규정함으로써, 법정형이 10년 이하 징역 또는 2천만원 이하 벌금인 형법상 사기죄보다 형량이 무겁기 때문에 사기죄에서 재산상 이득액에 대한 계산은 무엇보다 중요하다. 따라서 본 논문에서는 먼저 특정법 제3조의 이득액의 체계적 지위와 이득액의 산정기준을 정립한 다음(Ⅱ), 사기죄 이득액의 구체적 산정은 재물 편취(금원 편취와, 부동산 자체 편취)와 재산상 이익의 편취로 나누어 살펴본 다음(Ⅲ), 필요한 경우에는 이를 보완할 수 있는 방안도 제시해 나가면서 최종적 결론(Ⅳ)을 내리고자 한다.

Ⅱ. 이득액 산정의 기본원칙

1. 이득액의 체계적 지위

재산을 객체로 하는 재산범죄는 재산을 취득하면서 성립하지만, 경제적 가치⁶⁾는 있어야 한다. 다만, 이득액은 재산범죄의 결과로서의 성격을 갖게 되고 양형조건에 해당하는 범행결과(형법 제51조 제3호)는 재산범죄의 양형요소로 작용하게 된다는 점에는 의문이 없다. 문제는 특정법 제3조 제1항은 이득액에 따라 특정재산범죄의 적용법조와 법정형을 달리 규정하고 있는 관계로 - 단순한 양형요소에 머무르지 않고- 구성요건에 직접적으로 영향을 미치고 있다. 그러므로 그 이득액은 금액적으로 '특정'되어야 하고, '엄격한 증명' 방식에 의해야 한다. 다만, 이와 관련하여 제기된 학설로는 법정형 가중요소로 이득액을 명시한 특정법이 적용되는 경우는 적용법조와 법정형을 결정하는 이득액은 양형

5) 대법원 1990. 10. 16. 선고 90도1815 판결.

6) 경제적 가치가 언제나 객관적 교환가치만을 의미하는 것은 아니며, 주관적 가치가 인정되는 재산도 재산범죄의 객체에 해당할 수 있다(대법원 1976. 1. 27. 선고 74도3442 판결; 대법원 1996. 5. 10. 선고 95도3057 판결).

요소를 넘어 구성요건요소라는 견해⁷⁾와, 이득액은 그 액수에 따라 연속적인 양적 차이만 있을 뿐 단절된 질적차이가 존재하는 것이 아니라는 점과 함께 이득액은 재산범죄의 속성에 해당하므로 특경법이 적용되는지와 무관하게 구성요건 요소에 해당한다는 견해⁸⁾의 대립이 있을 뿐이다. 이에 대법원 판례는 ‘편취한 재물이나 재산상 이익의 가액이 5억원 이상 또는 50억원 이상이라는 것이 범죄 구성요건의 일부로 되어 있다’고 판시⁹⁾한 바 있는데, 이는 이득액 자체를 구성요소로 보기 보다는 이득액이 5억원 또는 50억원 이상인지 여부만을 구성요건 요소로 보고 있는 것이다.¹⁰⁾ 또한 헌법재판소는 범죄 가액에 따라 차등적으로 형 가중 방식에 대해서는 입법배경과 목적, 입법정책 이유를 주된 근거로 합헌 결정을 내린 바 있다.¹¹⁾ 생각건대 본래 재산범죄는 이득액과 관계없이 성립하지만,¹²⁾ 그 이득액에 따라 가벌성을 달리할 수 밖에 없다는 점과 특경법 제3조 위반 여부가 이득액의 가액을 기준으로 하여 가중처벌의 요건으로 규정한 점에 비추어 볼 때, 적어도 그 이득액이 5억원 이상 또는 50억원 이상인지 여부 만큼은 구성요건 요소에 해당한다고 보면서, 다만 각 구성요건 내에서의 구체적인 이득액은 양형요소로 파악하는 것이 타당하다고 생각한다.

2. 이득액 산정기준

가. 이득액 개념과 산정기준

현행 특경법 제3조 제1항은 특정경제 범죄행위로 인하여 취득한 ‘재물 또는 재산상 이익의 가액’을 ‘이득액’으로 규정하고 있다. 여기서 ‘이득액’의 기준이

-
- 7) 박성민·윤해성, “특경법 제3조 제1항의 사기죄에 있어 이득액의 의미와 기준”, 『성균관법학』 제21권 제1호, 성균관대학교 비교법연구소, 2009, 193면 이하; 이상원, “횡령죄의 이득액과 가벌적 후행행위”, 『저스티스』 제131호, 한국법학원, 2012, 178-180면; 한상훈, “형법 및 형사특별법상 재산범죄 가중처벌규정의 문제점과 개선방안”, 『형사법연구』 제26호, 한국형사법학회, 2006, 154면.
- 8) 허일태, “재산범죄에서 이득액에 관한 연구”, 『비교형사법 연구』 제15권 제2호, 2013, 300면.
- 9) 대법원 2007. 4. 19. 선고 2005도7288 전원합의체 판결.
- 10) 이학철, “특정경제범죄가중처벌 등에 관한 법률 제3조 제1항의 ‘이득액’ 개념의 합리적 해석”, 『경희법학』 제58권 제3호, 경희법학연구소, 2003, 43면.
- 11) 헌법재판소 1995. 4. 20. 선고 93헌바40 결정; 헌법재판소 1998. 5. 28. 선고 97헌바68 결정; 헌법재판소 2004. 4. 29. 선고 2003헌바118 결정.
- 12) 대법원 2009. 6. 11. 선고 2009도2880 판결.

불분명하여 혹시 죄형법정주의의 명확성 원칙에 반하는 것이 아닌가 하는 의문이 제기된 적이 있지만, 헌법재판소는 '특별한 사정이 없는 한 재산상 이익의 시장가치인 객관적 교환가치를 의미한다고 보는 게 통상의 의미에 충실한 해석이고,¹³⁾ '재물'이나 '재산상 이익'의 취득은 형법 제347조에 규정된 사기죄의 구성요건으로서 건전한 상식과 통상의 법감정을 가진 일반인이라면 무엇이 금지된 행위인지 충분히 알 수 있고, 법관의 합리적인 해석을 통하여 '재물 또는 재산상 이익'의 해당 여부가 판단될 수 있다는 점을 들어 죄형법정주의의 명확성 원칙에 위배되지 않는다'고 합헌결정¹⁴⁾을 분명하게 내린 바 있다. 문제는, 취득한 재물 또는 재산상 이익의 가액과, 당해 재산범죄로 인하여 범죄행위자가 실질적으로 취득한 이익의 가액이 언제나 일치하지 않는다는 점에 있다. 그래서 그 동안에 이루어진 대부분의 논의는 구체적으로 '이득액의 개념'보다는, 주로 '이득액의 산정기준'을 중심으로 진행되어 온 것이다. 따라서 그동안 학설은 특정경제법 제3조 제1항의 이득액을 '취득한 재물 또는 재산상 이익의 가액'으로 규정되어 있는 문언 그대로 이득액 산정을 전체적인 관점에서 취득한 재물 또는 재산상 이익 자체의 가액으로 해야 한다는 전체가치설(형식가치설)과, 전체가치설에 따라 이득액을 산정하면 실제로 취득한 이익의 가액을 초과하여 가중처벌될 수 있으므로 보다 실질적인 관점에서 특정 재산범죄의 결과 범죄행위자가 실질적으로 취득한 경제적 이득의 가액으로 산정해야 한다는 실질가치설(부분가치설, 다수설)의 대립하고 있다. 대법원 관례의 경우 종래에는 근저당권 등 제한물권이 설정된 부동산을 편취한 경우에 전체가치설에 입각하여 당해 부동산의 가액 전부를 사기로 인한 이득죄로 보았지만,¹⁵⁾ 2007. 4. 19. 전원합의체 판결을 통해 이득을 실질가치 상당액으로 보아야 한다는 견해로 입장을 변경한 바 있다.¹⁶⁾ 그럼에도 불구하고 대법원 관례는 여전히 사기대출 등이 문제된 사

13) 헌법재판소 2015. 2. 26. 2014헌바99 결정.

14) 헌법재판소 2015. 3. 26. 선고 2012헌바297 결정. 그리고 대형 경제범죄로 인한 피해 규모가 날로 커지고 있는 현실에 있어 사기죄로 취득한 이득액에 따라 단계적으로 가중처벌하는 것은 그 입법목적의 정당성이 인정되고, 이득액에 따른 가중처벌을 법률에 명시함으로써 일반예방 및 법적 안정성에 기여할 수 있고 법원의 양형편차를 줄여 사법에 대한 신뢰를 제고할 수도 있다. 또한 재산범죄에서 이득액은 범익침해라는 결과불법의 핵심 요소이므로 이를 기준으로 한 단계적 가중처벌은 수긍할 만한 합리적 이유가 있다. 나아가 구체적 사안에 따라서는 형법 제53조의 작량감경 조항에 따라 집행유예의 선고도 가능하므로, 이득액을 기준으로 단계적으로 가중처벌을 하여도 그 책임에 비해 형벌이 지나치게 가혹하다고 보기 어려워 책임과 형벌 간의 비례원칙에 위배된다고 볼 수 없다.

15) 대법원 2003. 9. 5. 선고 2003도1859 판결 등.

안에서 담보제공 및 그 가액을 고려하지 않은 채 대출금 전액을 이득액으로 판단하고 있다. 생각건대 특경법 제3조 제1항이 명문으로 이득액을 ‘취득한 재물 또는 재산상 이익의 가액’으로 비교적 명확하게 규정하고 있지만, 문언상으로부터 보면 여전히 ‘취득한 재물 또는 재산상 이익 그 자체의 가액’로도 이해될 수 있고, 다른 한편으로는 ‘취득한 재물 또는 재산상 이익에 내재한 특성이나 부담 등을 고려한 뒤의 가액’으로도 이해될 수 있다. 여기서 어느 쪽으로 이해를 하든 법문언의 가능한 범위를 넘었다고 보기는 어려울 것으로 보인다. 이러한 가운데 위의 학설 중 실질가치설(부분가치설)의 주장은 죄형균형원칙과 책임주의¹⁷⁾를 좀 더 관철하려는 것으로 평가된다. 대법원 판례도 이득액은 구성요건의 일부이고 그 가액에 따라 형벌도 가중되어 있으므로 이를 산정할 때에는 유의하여야 할 사항으로 범죄와 형벌사이에 적정한 균형이 이루어져야 한다는 죄형균형 원칙과, 형벌은 책임에 기초하고 그 책임에 비례하여야 한다는 책임주의 원칙이 훼손되지 않도록 해야 한다고 판시¹⁸⁾한 것도 같은 선상에서 이해될 수 있다. 결국 어떤 입장을 취하느냐에 따라 실무상 구체적 사안에서는 그 이득액 산정이 달라짐에도 불구하고 그 동안 판례는 언제나 일관적 입장을 보여 준 것만은 아니라는 점에서 다소간 혼란이 야기되었음을 부인하기는 어렵다. 이 부분에 대한 개별적 검토는 항을 바꾸어 아래서 자세히 검토해 보기로 한다.

나. 이득액 산정의 기준시점과 이득액의 산정불능

특경법 제3조 제1항은 미수범을 제외하고 있으며, 사기죄는 피해자의 하자있는 의사에 의한 재산의 처분을 요건으로 하는 침해범이므로 특정재산범죄의 기수시기를 기준으로 이득액 산정을 하여야 하며,¹⁹⁾ 그 이후의 사정변경을 고려할 것은 아니고 그와 같은 사정변경의 가능성이 예견 가능한 것이라고 하여도 마찬가지이다. 그리고 특가법 제3조 제1항 소정의 ‘이득액’은 취득대상이 된 재

16) 대법원 2007. 4. 19. 선고 2005도7288 전원합의체 판결. 이득액은 범죄의 구성요건에 해당하므로 이를 엄격하게 해석해야 한다는 원칙을 확인하면서, 엄밀히 말하면 범죄행위로 인하여 취득한 ‘재물(특정물)’의 가액을 산정하는 방식을 마련한 것이다.

17) 형사법상 책임원칙은 형벌은 범행의 경중과 행위자의 책임 사이에 비례성을 갖추어야 하고, 특별한 이유로 형을 가중하는 경우에도 형벌의 양은 행위자의 책임의 정도를 초과해서는 안 된다는 것을 의미한다(헌법재판소 2023. 2. 23. 2021헌가9 결정 등 참조).

18) 대법원 2007. 4. 19. 선고 2005도7288 전원합의체 판결.

19) 대법원 1990. 10. 16. 선고 90도1815 판결.

물이나 재산상이익의 가액의 합계인 것이지 궁극적으로 그 이득이 실현될 것인지, 거기에 어떠한 조건이나 부담이 붙어 있는지는 영향을 미치지 않는다.²⁰⁾ 따라서 그 취득이 법률상 유효함을 필요로 하지 아니하고 무효라고 하여도 외형상 취득한 것이면 족하며,²¹⁾ 약속어음이나 당좌수표를 편취한 경우 이득액은 그 유가증권의 액면가액이며²²⁾ 그 후에 발행인의 자금사정으로 지급이 거절되었다고 하여 달리 볼 것은 아니다.

한편으로 설령 재산상 손해가 발생하였더라도 이득액의 구체적 산정이 불가능한 경우는 특정법 제3조의 구성요건에 해당하지 않기 때문에 특정법이 적용될 수 없고, 형법이 적용될 수밖에 없다. 대법원 판례도 '그 이익의 가액을 구체적으로 산정할 수 없는 경우에는 재산상 이익의 가액을 기준으로 가중 처벌하는 특정경제범죄법 제3조를 적용할 수 없다'는 점을 분명히 하고 있다.²³⁾ 따라서 기존 채무의 변제조로 약속어음 또는 당좌수표를 교부한 경우 -당사자가 기존채무를 소멸시키기로 하는 특약을 하지 않는 한- 약속어음 또는 당좌수표가 교부된 때가 아니라 결제되었을 때 비로소 기존채무가 소멸하게 되는 바, 채무이행을 연기받는 것도 변제기 유예 자체로 재산상의 이익을 취득한 것이 된다.²⁴⁾ 여기서 채무자가 채권자에 대하여 소정기일까지 지급할 의사와 능력이 없음에도 종전 채무의 변제기를 늦출 목적에서 어음을 발행 교부함으로써 채무이행을 연기받은 것은 형법상 사기죄가 성립하지만,²⁵⁾ 채무이행을 연기받은 것에 의한 재산상의 이익액은 산출할 수 없으므로, 특정경제범죄법 제3조 제1항 제2호의 이득액을 계산할 때에 합산될 것은 아니다.²⁶⁾ 생각건대 채무의 면제나 감면과 달리, 채무이행의 연기는 시간적 이익으로서 재산상 이익이 된다는 점에는 틀림없지만, 재산상 이익액의 산정은 불가능하다고 해야 하므로 판례의 태도가 타당하다고 본다. 그리고 또한 피고인들이 피해자 회사에 화물자동차 운송사업을 영위하는 법인을 양도하는 계약을 체결하면서, '화물자동차 45대 관련 번호판 구입대금 반환의무'라는 우발채무의 존부와 범위 등에 관한 기망행

20) 대법원 1990. 10. 16. 선고 90도1815 판결; 대법원 2000. 2. 25. 선고 99도4305 판결.

21) 대법원 1975. 5. 27. 선고 75도760 판결.

22) 대법원 1994. 9. 9. 선고 94도2032 판결.

23) 대법원 2020. 12. 10. 선고 2016도1104 판결; 대법원 2024. 4. 25. 선고 2023도18971 판결.

24) 대법원 1997. 7. 25. 선고 97도 1095 판결.

25) 대법원 2005. 9. 15. 선고 2005도5215 판결.

26) 대법원 1998. 12. 9. 선고 98도3282 판결.

위로 인하여 1대당 2,200만 원인 변호판 구입대금 중 미지급 잔금 2억 5,400만 원을 제외한 7억 3,600만 원을 전부 취득하였음을 전제로 특정경제범죄법 위반(사기)죄로 기소된 사안에서, 대법원은, 이 사건 계약은 화물자동차 변호판만을 양도의 대상으로 삼은 계약이 아니라 법인의 영업과 자산 전체를 포괄적으로 양도하는 계약이고, 위 우발채무의 발생 여부를 단정할 수 없어 피고인들이 피해자 회사를 기망하여 취득한 이득액을 위 7억 3,600만 원 전부라고 단정할 수 없는 등 피고인들이 취득한 이득액을 구체적으로 산정할 수 없다고 판시²⁷⁾하여 특정법 제3조를 적용하는 것은 부적절하다고 한 바 있다.

다. 이득액 산정과 죄수

특경법 제3조는 그 재산 범죄의 가액만을 기준으로 차등적으로 처벌하고 있으므로 사기죄 또한 ‘사기행위에 따른 이득액’만을 기준으로 처벌의 정도를 달리함으로써, -수많은 양형인자 가운데 범익침해라는 불법요소만 지나치게 강조되고 있다는 지적이 있는 가운데-, 사기죄가 포괄일죄로 의율이 되는지 또는 경합범으로 의율이 되는지에 따라 범정형에 현저한 차이가 나게 된다.

1) 단순일죄 혹은 포괄일죄

대법원 판례는 특경법 제3조 제1항에서 말하는 ‘이득액’은 단순일죄의 이득액이나 혹은 포괄일죄가 성립되는 경우의 이득액의 합산액을 의미하는 것이라고 판시²⁸⁾하고 있다. 그리고 공소장에 범죄의 일시, 장소, 방법 등이 구체적으로 적시되지 않았더라도 공소사실을 특정하도록 한 법의 취지인 법원의 심판대상을 한정하고 피고인의 방어의 범위를 특정하여 그 방어권 행사를 쉽게 해 주기 위한 점에 반하지 아니하고 공소범죄의 성격에 비추어 개괄적 표시가 부득이한 경우에는 그 공소 내용이 특정되지 않아 공소제기가 위법하다고 할 수 없다. 특히 포괄일죄에 있어서는 그 일부를 구성하는 개개의 행위를 구체적으로 특정하지 아니하더라도 전체 범행의 시작 시기와 종기, 범행 방법, 피해자나 상대방, 범행횟수나 피해액의 합계 등을 명시하면 이로써 그 범죄사실은 특정되는 것이다.²⁹⁾ 한편, 특경법위반(상습사기)죄는 상습범으로써 포괄일죄에 해당하므

27) 대법원 2024. 4. 15. 선고 2023도18971 판결.

28) 대법원 2000. 3. 24. 선고 2000도28 판결.

로 피해자별 이득액의 합산액을 기준으로 하여 특경법을 적용해야 한다. 여기서 상습사기죄에 있어서의 '상습성'은 반복하여 사기행위를 하는 습벽으로서 행위자의 속성을 말하고, 이러한 습벽의 유무를 판단함에 있어서는 사기의 전과가 중요한 판단자료가 되나 사기의 전과가 없다고 하더라도 범행의 횟수, 수단과 방법, 동기 등 제반 사정을 참작하여 사기의 습벽이 인정되는 경우에는 상습성을 인정할 수 있다.³⁰⁾

2) 실제적 경합범의 경우

대법원 판례는 특경법 제3조 제1항에서 말하는 '이득액'은 단순일죄나 포괄일죄의 이득액의 합산액을 의미하는 것이고, 경합범으로 처벌될 수죄에 있어서 그 이득액을 합한 금액을 말한다고 볼 수 없다고 판시³¹⁾하고 있다. 예컨대 상품에 부착되어 있는 바코드를 재부착하는 방법으로 가공일자를 고쳐 고객들을 기망하여 식품을 판매한 백화점 직원처럼 다수의 피해자에 대하여 각별로 기망행위를 하여 각각 재산상 이익을 편취한 경우라면 -비록 범의가 단일하고 범행방법이 동일하더라도- 각 피해자의 피해법익은 독립한 것이므로 이를 포괄일죄로 파악할 수 없고 피해자별로 독립한 사기죄가 성립하게 되므로³²⁾ 경합범으로 처벌될 수죄에서 그 이득액을 합산한 금액으로 보면 잘못이다, 이때 공소사실은 각 피해자와 피해자별 피해액을 특정할 수 있도록 기재되어야 함은 물론이다.³³⁾ 좀 더 구체적인 예를 살펴본다면 甲이 계원들로부터 계불입금을 편

29) 대법원 2007. 1. 25. 선고 2006도7470 판결; 대법원 2011. 11. 24. 선고 2009도980 판결. 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(사기)죄의 공소사실이 전체 범행의 시작 시기와 중기, 범행 방법, 범행횟수나 피해액의 합계 등이 명시되어 있음은 물론 피해자들 및 각 피해자별 피해금액까지 특정되어 있다면 공소사실이 특정되어 있는 것이다.

30) 대법원 2005. 10. 28. 선고 2005도5774 판결; 대법원 2009. 9. 10. 선고 2009도5075 판결.

31) 대법원 2000. 3. 24. 선고 2000도28 판결. 배임죄 사건에 있어서도 '피해자들에 대하여 각별로도 아파트에 관하여 소유권이전등기절차를 이행하여 주어야 할 업무상 임무가 있었다면 각 피해자의 보호법익은 독립한 것이므로, 범의가 단일하고 제3자 앞으로 각 소유권이전등기 및 근저당권설정등기를 한 각 행위시기가 근접하여 있으며 피해자들이 소유권이전등기를 받을 동일한 권리를 가진 자라고 하여도 위 범행을 포괄 1죄라고 볼 수 없고 피해자별로 독립한 수개의 업무상 배임죄가 성립된다. 따라서 각 업무상 배임죄의 이득액을 각 피해자별로 산정하면 특경법 제3조 제1항의 5억원 이상이 되지 못하는 사건에서 특경법 조항을 적용할 수 없다고 판시(대법원 1993. 6. 22. 선고 93도743 판결)한 바 있다. 그 외에도 예를 하나 들면 같은 계원들로부터 계불입금을 편취하려고 계획하고 다수의 계를 조직하여 순차적으로 A, B, C 3명을 각각 기망하여 계불입금을 편취하였다. 만약 A, B, C로부터 편취한 이득액의 합계가 5억 원 이상이라도 특경법이 적용되지 않는다.

32) 대법원 1997. 6. 27. 선고 97도508 판결.

취하려고 계획하고 다수의 계를 조직하여 순차적으로 A, B, C 3명을 각각 기망하여 계불입금을 각 2억씩 편취한 경우 A, B, C로부터 편취한 이득액의 합계가 5억원 이상이 되더라도 특경법 제3조를 적용하여 가중처벌이 되는 것이 아니라, 각 피해자별로 기망행위로 인한 이득액을 산정해야 하고 그 금액이 각 2억에 불과하기 때문에 형법상 사기죄로 처벌될 뿐이다.

이러한 사정으로 실무에서는 집단적인 피해자를 야기하는 경우(예컨대 다단계 금융사기범이나 대규모 상가분양사기범 등)에는 검사가 상습사기의 특경법 위반죄로 기소하고 있는 실정이다.³⁴⁾ 참고로 검사가 단순사기죄(형법 제347조 제1항)로 기소한 경우에는 비록 상습성이 인정되어도 공소장변경 없이는 법원이 상습사기로 인정하여 처벌할 수 없다.³⁵⁾ 문제는 상습성을 갖춘 자가 여러 개의 죄를 반복하여 저지른 경우에는 각 죄를 별죄로 보아 경합범으로 처단할 것이 아니라 그 모두를 포괄하여 상습범이라고 하는 하나의 죄로 처단하게 된다.³⁶⁾ 여기서 상습사기 포괄일죄의 관계에 있는 여러 개의 범죄사실중 일부에 대하여 유죄판결이 확정된 경우에도 사기죄의 일죄성이 그대로 유지되는가에 있다. 이는 포괄일죄에 일부에 대해 확정판결이 있는 경우 확정판결로 인한 포괄일죄의 분리여부와 관계를 맺게 된다.

대법원은 ‘상습범으로서 포괄적 일죄의 관계에 있는 여러 개의 범죄사실 중 일부에 대하여 유죄판결이 확정된 경우에, 그 확정판결의 사실심판결 선고 전에 저질러진 나머지 범죄에 대하여 새로이 공소가 제기되었다면 그 새로운 공소는 확정판결이 있었던 사건과 동일한 사건에 대하여 다시 제기된 데 해당하므로 이에 대하여는 면소판결을 선고하지만(형사소송법 제326조 제1호), 이러한 법리가 적용되기 위해서는 전의 확정판결에서 당해 피고인이 상습범으로 기소되어 처단되었을 것을 필요로 하는 것이고, 상습범 아닌 기본 구성요건의 범죄로 처단되는 데 그친 경우에는, 가사 뒤에 기소된 사건에서 비로소 드러났거나 새로 저질러진 범죄사실과 전의 판결에서 이미 유죄로 확정된 범죄사실 등을

33) 대법원 1989. 6. 13. 선고 89도582 판결; 대법원 1993. 6. 22. 선고 93도743 판결(분양권한이 없는 사람이 분양희망자 135명에게 아파트를 분양하고 함께 약47억을 편취한 경우 피해자별로 독립된 사기죄가 성립함); 대법원 1997. 6. 27. 선고 97도508 판결.

34) 양은상, “특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률과 죄수”, 『재판실무연구』 3권, 수원지방법원, 2006. 1., 351면.

35) 대법원 2000. 2. 11. 선고 99도4797 판결.

36) 대법원 1978. 2. 14. 선고 77도3564 전원합의체 판결. 이것이 상습범의 본질 또는 상습범 가중처벌규정의 입법취지에 부합한다고 판시하고 있다.

종합하여 비로소 그 모두가 상습범으로서의 포괄적 일죄에 해당하는 것으로 판단된다 하더라도 뒤늦게 앞서의 확정판결을 상습범의 일부에 대한 확정판결이라고 보아 그 기판력이 그 사실심판결 선고 전의 나머지 범죄에 미친다고 보아서는 아니된다'고 판시³⁷⁾한 바 있다.

따라서 상습성을 갖춘 甲이 계원 A, B, C를 상대로 계불입금을 편취한 사건에서 B에 대한 단순사기혐의로 약식명령을 청구하여 그 약식명령이 확정되었고, 그 후 검사가 A와 C에 대한 사기를 포괄하여 상습사기죄로 기소한 경우, A에 대한 사기는 약식명령 확정전에 그리고 C에 대한 사기는 약식명령 확정후에 범하였음이 밝혀지더라도 확정판결의 기판력이 그와 포괄일죄에 관계에 있는 부분에 미치는 것이 아니므로 면소판결이 아닌, 유무죄 실체판결을 하여야 한다. 그렇지만 피해자들이 하나의 동업체를 구성하는 등으로 피해 범익이 동일하다고 볼 수 있는 사정이 있는 경우에는 피해자가 복수이더라도 이들에 대한 사기죄를 포괄하여 일죄로 볼 수도 있다는 것이다.³⁸⁾ 또한 동일 피해자로부터 수회 편취한 경우에는 범의의 단일성과 계속성이 인정되면 1죄가 된다. 그렇지만 동일 피해자로부터 수회 편취한 경우에도 범의의 단일성과 계속성이 인정되지 않으면 수죄의 실체적 경합범이 된다.³⁹⁾ 물론 수인의 피해자에 대하여 각 피해자별로 기망행위를 하여 각각 재물을 편취한 경우에 그 범의가 단일하고 범행방법이 동일하다고 하더라도 -포괄일죄가 성립하는 것이 아니라- 피해자별로 1개씩의 죄가 성립한다.⁴⁰⁾ 이때 사기범행의 피해자들이 부부인 경우 사

37) 대법원 2004. 9. 16. 선고 2001도3206 전원합의체 판결. 따라서 과거에 상습범으로서 포괄 일죄 관계에 있는 죄 중 일부에 대하여 유죄의 확정판결이 있고, 그 나머지 부분 즉 확정판결의 사실심 선고 전에 저질러진 범행이 나중에 기소된 경우에, 그 확정판결의 죄명이 상습범이었던지 여부를 고려하지 아니하고, 단지 확정판결이 있었던 죄와 새로 기소된 죄 사이에 상습범인 관계가 인정된다는 이유만으로 확정판결의 기판력이 새로 기소된 죄에 미친다고 판시하였던 대법원의 판결들(대법원 1978. 2. 14. 선고 77도3564 전원합의체 판결, 2002. 10. 25. 선고 2002도1736 판결 등 다수)은 모두 변경되었다.

38) 대법원 2011. 4. 14. 선고 2011도769 판결.

39) 대법원 1998. 3. 13. 선고 97도2987 판결; 대법원 2000. 2. 11. 선고 99도4862 판결. 동일 피해자로부터 3차례에 걸쳐 금원을 편취하였는데, 각 시간적 간격이 2개월 정도이고, 첫 번째는 경매보증금을 마련하여 시간을 벌어주면 경매목적물을 처분하여 갚겠다고 거짓말을 하고, 두 번째는 한 번만 더 시간을 벌면 위 부동산이 처분될 수 있다고 속이고, 세 번째는 돈을 빌려주지 않으면 두 차례 빌린 돈을 갚을 수 없다고 거짓말 하여 각 금원을 사취한 경우, 각 범행의 시간적 간격과 범행수단에 미루어보면 범의의 단일성과 계속성을 인정할 수 없어 3개의 사기죄의 실체적 경합범이라는 대법원 판결(대법원 1989. 11. 28. 선고 89도1309 판결)이 있는가 하면, 2006. 9.부터 2007. 1. 25.까지의 사기 범행에 대하여 포괄일죄를 적용한 대법원 판결도 있다(대법원 2010. 10. 14. 선고 2010도8858 판결).

기죄의 죄수관계가 문제되는데, 피해자들이 부부 사이라는 사정만으로 피해자들에 대한 각 사기 행위가 포괄하여 일죄가 된다고 볼 수는 없고, 피해자들의 피해 법익이 동일하다고 볼 수 있는 사정이 있는 경우라야만 피해자들에 대한 사기죄를 포괄하여 일죄로 볼 수 있다.⁴¹⁾ 따라서 피고인이 부부인 피해자들을 기망하여 피해자별로 계약서를 작성하고 피해자별 명의 각 계좌로부터 돈을 송금받아 편취한 사건에서, 부부인 피해자들에 대한 기망행위의 공통성, 기망행위에 이르게 된 경우, 재산교부에 관한 의사결정의 공통성, 재산의 형성유지과정, 재산교부의 목적 및 방법, 비망행위 이후의 정황등을 종합적으로 고려하여 부부인 피해자들의 피해법익이 동일한 경우로 볼 수 있으면 포괄일죄가 된다.⁴²⁾

2) 상상적 경합범

1개의 기망행위에 의하여 다수의 피해자로부터 각각 재산상 이익을 편취한 경우에는 피해자별로 수 개의 사기죄가 성립하고, 그 사이에는 상상적 경합의 관계에 있는 것이다.⁴³⁾ 예컨대 피고인은 부동산의 공유자 피해자 A, B, C로부터 부동산을 매수하는 계약을 체결하고 “토지를 선담보로 제공해주면 잔금을 지급하겠다”고 거짓말하여 피해자들로 하여금 채권최고액 7억 원의 근저당권을 설정해주도록 함으로써, 재산상 이익을 취득하게 한 경우 -피해자들에 대한 각 사기죄를 포괄하여 일죄로 보고 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(사기)죄로 의율하면 잘못이고- 상상적 경합을 적용하여 이득액을 피해자별로 233,333,333원(= 7억 원 x 1/3)으로 인정되므로 형법상 사기죄를 적용해야 한다.⁴⁴⁾ 문제는 포괄일죄가 피고인에게 가혹한 양형을 회피하기 위한 것이지만 특정법의 적용에 있어서는 오히려 피고인에게 더 불리하고 경합범이 피고인에게 더 유리한 결과를 가져온다는 사실이다. 이러한 산정방법으로 인하여 범죄의 가액은 비슷함에도 불구하고 경합범으로 판단하느냐 포괄일죄로 판단하느냐에 따라 경합범이라면 형법, 포괄일죄라면 특별법에 의한 법정형 하한의 적용을 받게 되어 결과적으로 양형의 범위가 크게 달라질 수 있다.⁴⁵⁾ 그리고 일련

40) 대법원 1997. 6. 27. 선고 97도508 판결.

41) 대법원 2011. 4. 14. 선고 2011도769 판결.

42) 대법원 2023. 12. 21. 선고 2023도13514 판결.

43) 대법원 2011. 1. 13. 선고 2010도9330 판결.

44) 대법원 2015. 4. 23. 선고 2014도16980 판결.

45) 선중수, “특별법상 ‘범죄의 가액’에 따른 차등처벌에 대한 비판적 검토”, 『서울법학』 제21권

의 범죄계획 아래 집단적 피해자를 발생시킨 대형 사기범은 전체 피해액이 아무리 크더라도 피해자 별로 단순사기죄로 처벌되어 특정경제사범을 엄벌하고자 하는 입법취지에 반하는 결과가 발생한다는 비판⁴⁶⁾이 있다.

라. 공범과 이득액 산정

공범이 있는 경우 공범자는 자기가 받은 이득액뿐만 아니라 다른 공범자가 받은 이득액에 대하여도 그 죄책을 면할 수 없는 것이므로 특경법 제3조 제1항의 적용여부를 가리는 이득액을 정함에 있어서는 그 범행의 모든 '공범자가 받은 이득액을 합한 금액'을 기준으로 하여야 한다.⁴⁷⁾ 예컨대 사기죄의 범행으로 인하여 취득한 이득액에 있어서 피고인이 받은 3억원과 다른 공범자가 받은 2억원을 합하여 5억원이 되면 특가법이 적용되는 것이다. 판례 또한 '다른 공범들과 순차 공모하여 상습으로 당좌수표와 어음 등을 유통시키고 이를 결제하지 아니하여 재산상 이익을 편취한 경우의 이득액은 공범 중 1인이 실제로 취한 이익만을 합산하여 산정할 것이 아니라 순차 공모의 최종공범이 피해자로부터 편취한 재물 또는 재산상 이익의 가액을 합산하여 산정하여야 한다'고 판시⁴⁸⁾하고 있다.

III. 사기죄 이득액의 구체적 산정

특경법 제3조 제1항에서 사기죄로 인한 재물 또는 재산상 이익의 가액이 5억 원 이상 또는 50억 원 이상이라는 것이 범죄구성요건의 일부로 되어 있고, 그 가액에 따라 법정형도 가중되고 있기 때문에 특경법을 적용할 때는 재물 또는 재산상 이익의 가액은 '엄격하고 신중하게' 산정하여야 한다. 대법원 또한 "특경법 제3조 제1항 규정을 단순사기죄에 관한 형법 제347조의 규정과 대비하여 보면, 형법 제347조의 사기죄는 그 교부받은 재물이나 재산상 이익의 가액이

제2호, 서울시립대학교 법학연구소, 2013, 81면.

46) 김정환·김슬기, 「형사특별법」, 박영사, 2021, 396면; 박상기·신동운·손동권·신양균·오영근·전지연, 「형사특별법론」, 한국형사정책연구원, 2009, 457면.

47) 대법원 1991. 10. 8. 선고 91도1911 판결.

48) 대법원 1993. 7. 13. 선고 93도1341 판결.

얼마인지는 문제되지 아니하는 데 비하여, 사기로 인한 특경법 제3조 위반죄에 있어서는 편취한 재물이나 재산상 이익의 가액이 5억 원 이상 또는 50억 원 이상이라는 것이 범죄구성요건의 일부로 되어 있고 그 가액에 따라 그 죄에 대한 형벌도 매우 가중되어 있으므로, 이를 적용함에 있어서는 편취한 재물이나 재산상 이익의 가액을 엄격하고 신중하게 산정하여야 한다.”고 판시⁴⁹⁾하고 있다.

여기서 사기죄의 객체는 타인이 점유하는 ‘타인의’ 재물 또는 재산상의 이익이므로, ‘피해자와의 관계’에서 살펴보면 그것이 피해자 소유의 재물인지 아니면 피해자가 보유하는 재산상의 이익인지에 따라 ‘재물’이 객체인지 아니면 ‘재산상의 이익’이 객체인지 구분하여 언급할 필요가 있다. 왜냐하면 피해 객체에 따라 특정된 기망행위의 내용과 장물죄 성립여부, 처분행위의 판단기준 등 관련된 법리가 달라질 수 있기 때문이다. 여기서 재물 사기는 ‘금원’ 편취와 ‘부동산 자체’ 편취로 나누어 볼 수 있지만, 본 논문에서는 별도로 ‘부동산 사기’라는 항목을 정한 다음, 그 안에서 ‘부동산 자체 편취(재물 사기)’와 ‘재산상 이익의 편취(근저당권 편취, 재산상 이익 사기)’를 함께 다루어 보기로 한다.

1. 재물 사기 - 금원 사기

특경법 제3조 제1항에서의 ‘재물’의 교부는 사기죄에 관한 형법 제347조에서의 구성요건과 같다.⁵⁰⁾ 여기서 사기죄의 이득액은 원칙적으로 기망하여 교부받은 재물 전체 또는 취득한 재산상의 이익 전부(합계)이다.

따라서 재물 또는 금원 편취를 내용으로 하는 사기죄에서는 기망으로 인한 재물 또는 금원 교부가 있으면⁵¹⁾ 그 자체로써 피해자의 재산침해가 되어 바로

49) 대법원 2007. 4. 19. 선고 2007도7288 판결.

50) ‘재물’의 교부나 ‘재산상 이익’의 취득은 건전한 상식과 통상적인 범감정을 가진 일반인이라면 무엇이 금지된 행위인지를 충분히 알 수 있고, 그 가액에 따른 이 사건 법률조항의 해당 여부는 위와 같이 구체적 사건에서 법관의 합리적인 해석에 의하여 판단될 수 있는 것이므로 이 사건 법률조항은 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배된다고 볼 수 없다(헌법재판소 2016. 3. 31. 선고 2016헌바25 결정).

51) 사기죄에서 피기망자의 처분의사는 기망행위로 착오에 빠진 상태에서 형성된 하자 있는 의사이므로 불완전하거나 결함이 있을 수밖에 없다. 처분행위의 법적 의미나 경제적 효과 등에 대한 피기망자의 주관적 인식과 실제로 초래되는 결과가 일치하지 않는 것이 오히려 당연하고, 이 점이 사기죄의 본질적 속성이다. 따라서 처분의사는 착오에 빠진 피기망자가 어떤 행위를 한다는 인식이 있으면 충분하고, 그 행위가 가져오는 결과에 대한 인식까지 필요하다고 볼 것은 아니다(대법원 2017. 2. 16. 선고 2016도13362 전원합의체 판결).

사기죄가 성립하고, 상당한 대가가 지급되었다거나 피해자의 전체 재산상에 손해가 없다 하여도 사기죄의 성립에는 그 영향이 없다.⁵²⁾ 그러므로 사기죄에 있어서 그 대가가 일부 지급되거나 담보가 제공된 경우에도 그 편취액(이득액)은 피해자로부터 교부된 금원으로부터 그 대가 또는 담보 상당액을 공제한 차액이 아니라 '교부받은 금원 전부'라고 보아야 한다.⁵³⁾

그리고 취득한 재산에 조건이나 부담이 붙어 있는 경우에 이를 이득액 계산에서 공제해야 하는가의 문제가 있다. 이에 대법원 판례는 사기·공갈, 횡령·배임 어느 경우에도 조건 또는 부담이 부가된 반대의무의 가액을 공제하지 않고 '취득한 재물 전체 또는 재산상 이익 전부'를 이득액으로 파악하고 있다.⁵⁴⁾ 그 외에도 취득한 재산에 대하여 행위자가 본래 실체법상 정당한 권리를 갖는 경우에 그 권리상당액을 이득액 계산에서 공제해야 하는지의 문제가 있다. 이에 대법원 판례는 '기망행위를 수단으로 한 권리행사의 경우에 그 권리행사에 속하는 행위와 그 수단에 속하는 기망행위를 전체적으로 관찰하여 그와 같은 기망행위가 사회통념상 권리행사의 수단으로서 용인할 수 없는 정도라면 그 권리행사에 속하는 행위는 사기죄를 구성한다'고 판시⁵⁵⁾하고 있다. 또한 금원 편취를 내용으로 하는 사기죄에서는 기망으로 인한 금원 교부가 있으면 그 자체로써 피해자의 재산침해가 되어 바로 사기죄가 성립하고, 상당한 대가가 지급되었다거나 피해자의 전체 재산상에 손해가 없다 하여도 사기죄의 성립에는 그 영향이 없으므로 사기죄에 있어서 그 대가가 일부 지급된 경우에도 그 편취액은 피해자로부터 교부된 금원으로부터 그 대가를 공제한 차액이 아니라 '교부받은 금원 전부'이고,⁵⁶⁾ 이는 사기로 인한 특정경제범죄법 위반죄에 있어서도 마찬가지다.⁵⁷⁾ 이는 취득한 재산이 법률상 가분인지 여부를 구별하지 않고 권리행사인 행위와 그 수단인 기망행위를 전체적으로 관찰하여 그 권리행사가 사회통념상 용인되는지 여부를만 고려한다는 것이므로 권리상당액을 공제하지 않는다는 입장으로⁵⁸⁾ 결국 취득한 재산 전부가 이득액이 된다.

52) 대법원 2017. 12. 22. 선고 2017도12649 판결.

53) 대법원 2007. 1. 25. 선고 2006도7470 판결.

54) 대법원 2000. 2. 25. 선고 99도4305 판결.

55) 대법원 1997. 10. 14. 선고 96도1405 판결; 대법원 2002. 12. 24. 선고 2002도5085 판결; 대법원 2011. 3. 10. 선고 2010도14856 판결.

56) 대법원 2007. 10. 11. 선고 2007도6012 판결.

57) 대법원 2009. 1. 15. 선고 2008도6983 판결; 대법원 2018. 4. 12. 선고 2017도21196 판결; 대법원 2024. 4. 25. 선고 2023도18971 판결.

가. 대출사기

1) 용도를 속인 (주택건설자금) 부정대출 - 대출금 전액

국민주택기금은 사용용도가 관련 법령에 의하여 엄격하게 제한되어 있는데, 국민주택 건설자금을 용자받고자 하는 민간사업자가 사실은 국민주택 건설자금으로 사용할 의사가 없으면서도 국민주택 건설자금으로 사용할 것처럼 용도를 속여 자금용자 승인을 받아 국민주택 건설자금을 대출받은 경우이다. 이때 대출 받을 당시 자금의 일부를 지급받는 대신 이로써 같은 은행에 대한 기존채무의 변제에 갈음하기로 하였다 하더라도 ‘대출금 전액’에 대하여 사기죄가 성립한다. 또한, 대출받은 자금 중 일부를 나중에 국민주택 건설자금으로 사용하였다 하더라도 ‘대출금 전액’에 대하여 사기죄가 성립된다.⁵⁸⁾

2) 일부 금액에 대출권한이 있지만 대출 위임범위를 초과한 경우 - 전액

일정 금액을 수수할 권한 있는 자가 기망에 의하여 그 권한을 초과하는 금액을 대출받은 경우에, 그 이득액은 ‘편취한 금액 전액’이 되는지 아니면 ‘위임받은 범위를 초과하는 금액만을 편취액 또는 이득액’이 되는지에 대하여 논의가 있다. 대법원 판례는 ‘자금중개업자인 피고인이 대출의뢰인으로부터 5억 원을 대출해 달라는 부탁과 함께 금액란이 공란으로 되어 있는 백지어음, 영수증 등의 서류를 교부받았음에도, 개인적인 채무를 변제하기 위해 사채업자인 피해자에게 위임 범위를 초과한 10억 원의 대출의뢰를 받은 것처럼 거짓말을 하여 피해자로부터 선이자를 공제한 8억 8,000만 원을 교부받은 사안에서, 위임받은 범위를 초과하는 금액만을 편취액 또는 이득액이 아닌, 피고인이 피해자로부터

58) 부동산 소유권 이전등기절차 이행을 구하는 소를 제기하여 동시이행 조건 없이 이행을 명하는 승소 확정판결을 받은 피고인이, 부동산 소유권을 이전받더라도 매매잔금을 공탁할 의사나 능력이 없음에도 피해자에게 매매잔금을 공탁해 줄 것처럼 거짓말을 하여 그러한 내용으로 합의한 후 그에 따라 부동산 소유권을 임의로 이전받은 사안에서, 피고인의 행위는 사회통념상 권리행사의 수단으로서 용인할 수 있는 범위를 벗어난 것으로 사기죄의 기망행위에 해당한다(대법원 2011. 3. 10. 선고 2010도14856 판결).

59) 대법원 2002. 7. 26. 선고 2002도2620 판결. 여기서 용도를 속여 국민주택 건설자금을 대출받음에 있어, 기금 대출사무를 위탁받은 은행의 일선 담당 직원이 대출금이 지정된 용도에 사용되지 않을 것이라는 점을 알고 있었다 하더라도, 대출 신청액이 일정한 금액을 초과하는 경우에는 은행장이 대출 승인 여부를 결정할 권한이 있으므로, ‘은행장’을 ‘피기망자’라고 보아 사기죄의 성립이 인정된다. 즉, 피기망자는 채물 또는 재산상의 이익에 대한 처분행위를 할 권한이 있는 자를 말한다(대법원 1999. 3. 26. 선고 98도4193 판결; 대법원 2001. 4. 27. 선고 99도484 판결 등 참조).

교부받은 돈 전액을 사기죄의 편취액 또는 특경법 제3조 제1항에서 정한 “이득액”으로 보아야 한다’라고 판시⁶⁰⁾하고 있다. 생각건대 전체 대출 자체가 부정한 방법으로 이루어진 이상, 부정한 방법으로 대출받은 전체 금액을 기준으로 특경법 제3조의 이득액으로 산정해야 한다. 그렇다면 일부 금액에 대한 대출 권한이 있다 하더라도 실제 대출 가능 금액은 고려되지 않는다. 결국 정상적으로 대출받을 수 있었던 금액을 제외하고 초과 대출한 금액만을 이득액으로 보는 것이 아니므로, 판례의 사안에서 보면 피해자로부터 교부받은 8억 8,000만 원 전부가 편취액으로 인정된다.

3) 부동산 업(UP) 계약서를 작성해 매매대금을 부풀려 대출금액을 상향받은 경우 부동산 매수인이 매매가격을 실제보다 부풀려 적는 소위 업(UP) 계약서를 작성함으로써 매매가를 높이게 되면 은행이 주택담보대출(LTV, DTI 등)을 산정할 때 좀 더 많은 자금을 대출 받는데 유리하고, 또한 매매시 양도차익을 줄여 양도소득세를 줄일 수도 있기 때문에 유혹을 받게 된다. 실제로 이러한 이유로 부동산 업(UP)계약서를 작성하여 대출금액을 상향시킨 경우에 「부동산 거래신고 등에 관한 법률」 위반 뿐만 아니라, 대출 사기로 규율되게 될 때 특가법 제3조의 이득액을 어떻게 산정할 것인가에 대하여 대출금액 전액에서 담보물의 실제 가액으로도 받을 수 있었던 대출가능금액을 공제한 것이냐, 아니면 대출금액 전체가 되는가의 문제가 있다. 이에 대하여 학설 중에는 실제 대출금에서 담보가치를 부풀리지 않았을 경우 받을 수 있었던 대출금을 공제한 금액을 이득액으로 보는 것이 실질가치설에 충실한 것이라는 견해⁶¹⁾가 있다.

그러나 대법원 판례는 ‘피고인이 토지를 대금 16억 5,000만 원에 매수하기로 하면서 금융기관에는 매수 대금을 26억 5,000만 원으로 부풀려 작성하여 제출하여 부동산담보대출을 신청하였지만, 토지의 감정평가액이 22억 3,000만 원으로 산정되자 금융기관은 감정평가액을 기준으로 대출한도를 조정하여 15억 9,000만 원의 대출을 실행한 사안에서, 대출금액 전액이 이득액이 된다’고 판시⁶²⁾하여 특경법 제3조 적용이 가능하게 된다. 생각건대 담보 부동산의 매매계

60) 대법원 1998. 4. 24. 선고 98도248 판결 등 참조.

61) 김슬기, “부동산 관련 「특정경제범죄가중처벌 등에 관한 법률」 위반 사기죄에서 이득액 산정의 문제”, 「일감부동산법학」, 제19권, 건국대학교 법학연구소, 2019, 24면.

62) 대법원 2019. 4. 3. 선고 2018도19772 판결.

약서상 매매대금은 - 물론 금융기관은 감정가액 등을 고려해 대출한도를 조정하지만- 금융기관이 대출가능 금액을 산정하는 데 기준이 될 수 있는 사항이므로 피고인이 허위로 부풀려 기재한 매매계약서를 금융기관(피해자)에게 제출한 행위는 ‘기망행위’에 해당하고, 위와 같이 부풀린 금액이 정당한 매매대금임을 전제로 하여 대출금을 교부받은 이상 ‘사기죄’가 성립한다. 이때 특경법 제3조의 이득액은 대출금 전액에서 실제 매매계약서를 제출하였을 경우 대출받을 수 있었던 금액을 공제한 나머지 금액만(부풀린 대출금액과 실제 대출 가능 금액의 차액만)을 이득액으로 인정하는 것이 아니라, ‘지급받은 대출금 전부’가 사기죄의 이득액에 해당하게 된다. 즉, 토지를 대금 16억 5,000만 원에 매수하고 실제 매수한 매매계약서로 제출하면 11억 9,000만 원을 대출받을 수 있었던 경우라고 하더라도 부동산 거래금액을 26억 5,000만 원으로 부풀린 허위계약서를 은행에 제출하여 부동산 담보대출을 신청하였고 이에 은행은 감정평가액 22억 3천만 원으로 나오자 이를 기준으로 15억 9,000만 원의 대출을 실행한 이상, 특경법 제3조상 이득액은 4억(= 실제 대출금 15억 9,000만 원 - 담보가치를 부풀리지 않았을 때 받을 수 있었던 대출금 11억 9,000만 원)을 이득액으로 볼 수 없고, 대출금 15억 9,000만 원 전액이 된다는 것이다. 전체 대출 자체가 기망행위로 이루어진 이상, 기망행위로 인해 처분된 재산상 이익 역시 은행을 속여서 받아낸 대출금 전액이 되어야 할 것으로 본다. 대법원 2016. 8. 24. 선고 2016도2251 판결에서도, 명의대여 사실과 아파트 실매입가를 숨긴 채, 아파트를 담보로 대출받은 사안에서 사기범행 당시 대가나 담보가 제공된 경우, 특정경제범죄법 제3조 제1항의 ‘이득액’은 ‘그 대가나 담보 상당액을 공제한 차액’으로 보아야 하는지 여부와 관련하여 그 대출금액 전액을 편취액으로 본 원심을 수긍한 바 있다.

나. 기망으로 부당하게 저가 재물매수 - 시가

상대방을 기망하여 부당하게 저가로 재물을 매수함으로써 편취한 경우에 그 재물가액의 평가방법이 문제된다. 이에 대하여 특별한 사정이 없는 한 그 재물의 가액은 기망행위의 결과 ‘실제로 지급된 가격’인지, 저가 매수한 재물을 ‘타에 처분함으로써 얻은 이윤’을 이득액으로 보아야 하는지, 아니면 ‘기망행위가 없었더라면 지급하였을 가격 혹은 시가’에 의하여 평가하여야 할 것이라는 견

해 등 다양하게 주장될 여지가 있다. 이에 대법원은 항만의 선박에 유류를 공급하는 회사운영자가 외국 국적선에 공급하는 유류의 종류나 양을 허위로 기재한 서류를 작성 제출하여 정유회사로부터 해상 면세유를 매입해 온 특정법 위반(사기)사건에서 그 이득액은 '편취한 유류의 가액의 합계라고 보아야 하므로, 편취한 유류를 타에 처분함으로써 얻은 이윤을 이득액으로 볼 것은 아니며', 그리고 '피해자를 기망하여 유류를 공급받으면서 실제로 지급한 면세유 가격 즉 세금과 공과금 등이 모두 공제된 가격이 아니라, 세금과 공과금 등이 모두 합산된 일반 시중가격을 기준으로 편취된 재물인 유류의 가액을 평가하여 산정해야 한다'는 입장을 취하고 있다.⁶³⁾ 예를 들면, 기망으로 면세유 2억원(시가는 6억원) 상당을 매수하여 3억원에 매도한 경우에 있어서 이득액은 기망행위의 결과 실제로 지급한 2억도 아니며, 편취한 유류를 타에 처분하여 얻은 이윤인 1억도 아닌, 기망행위가 없었더라면 지급하였을 가격 혹은 시가에 의하여 평가된 6억이 되어야 하므로 일반 형법이 아닌 특정법 제3조가 적용된다.

다. 재투자

1) 편취한 투자금을 반환(현실적 자금의 수수)한 후 재투자받는 방식 - 교부받은 투자금액의 합계

사기죄는 기망으로 인한 재물의 교부가 있으면 바로 성립하며, 특정법 제3조 제1항 소정의 '이득액'이란 거기에 열거된 범죄행위로 인하여 취득하거나 제3자로 하여금 취득하게 한 불법영득의 대상이 된 재물이나 재산상 이익의 가액 합계를 기준으로 하므로 궁극적으로 그와 같은 이득이 실현되었는지 여부는 영향이 없는 것이다.⁶⁴⁾ 따라서 피고인이 원금 및 수익금을 제대로 지불하여 줄 의사나 능력없이 피해자들로부터 투자금을 교부받아 이를 편취하였다면 그 투자금을 교부받을 때마다 각별로 사기죄가 성립하는 것이므로, 교부받은 투자금을 피해자들에게 반환하였다가 다시 그 돈을 재투자받는 방식으로 계속적으로 투자금을 수수하였다면 그 '각 편취범행으로 교부받은 투자금의 합계액'이 특정법 제3조 제1항 소정의 이득액이 되는 것이지, '반환한 원금 및 수익금'을 공제하여 이득액을 산정해야 하는 것은 아니다.⁶⁵⁾

63) 대법원 2006. 3. 10. 선고 2005도9387 판결.

64) 대법원 2000. 2. 25. 선고 99도4305 판결; 대법원 2004. 3. 26. 선고 2003도8231 판결 등 참조.

생각건대 사회통념상 허용되지 않는 기망행위를 통해 편취한 금전에 대하여는 원칙적으로 그 전액을 이득액으로 인정해야 하므로, 수 차례 투자금을 편취하는 과정에서 일부를 반환하였다고 하더라도 이를 공제할 것은 아니다. 그리고 투자금을 편취함으로써 기수에 이르고 그중 일부를 반환하였다는 사정은 범행 이후의 정황에 불과한 것이다. 그렇다면 투자금 일부를 반환한 후 다시 편취범행에 나아갔다면 투자금을 교부받을 때 마다 사기죄가 성립하고 해당 범행은 범의가 단일하고 범행방법이 동일하여 포괄일죄 관계에 있게 되는데, 새롭게 수령한 금원 전액이 편취금액이 된다. 예컨대 甲은 A에게 좋은 투자상품이 있다고 하면서 4억을 입금받은 후, 한 달 뒤에 甲은 투자수익금이라고 하여 2억을 돌려주었다. 그리고 甲은 A에게 재투자를 하면 더 큰 수익을 올릴 수 있다고 하여 A는 2억원을 그대로 다시 甲에게 투자한 경우에 편취한 이득액을 A가 반환받은 2억원을 공제한 4억원이라고 보고 형법(사기죄)을 적용하는 것은 잘못이고, 기망으로 취득한 금원인 4억원과 2억원을 모두 합쳐 6억원이 되므로 특경법(사기)위반죄가 적용되어야 한다. 피해자들이 일시적으로 투자금을 회수했다더라도 최종적으로 피해를 보게 되는 사기 구조의 본질을 제대로 파악함으로써 피해 금액 산정에서 피해자를 보호하고 있는 것으로 이해된다.

2) 현실적 자금수수 없는 장부상 재투자 방식 - 실제로 교부받은 금액의 합계 앞서 살펴본 바에 따르면, 재물을 편취한 후 예금계좌 등으로 입금해 주어 피해자가 이를 현실적으로 수령한 다음, 일정기간 후 이를 가지고 다시 재투자하였다면, 이는 현실적으로 금원이 수수된 추가 투자의 경우로서 새로운 범의의 침해가 발생한 경우라고 할 것이므로 그 재구매 금액은 편취액에서 제외할 성질의 것이 아니고 그 금액을 이득액으로 볼 수 있다.⁶⁵⁾ 그러나 문제는 피해자들을 기망하여 차입금을 유치한 다음, 다시 기망하여 원리금을 상환하는 대

65) 대법원 2006. 5. 26. 선고 2006도1614 판결.

66) 피고인들이 피해자들에게 이후에 후원수당 등을 지급하였다 하더라도, 그 수당이나 해당 물품의 가액 역시 이 사건 편취액에서 제외할 것이 아니다. 왜냐하면 재물편취를 내용으로 하는 사기죄에 있어서는 기망으로 인한 재물교부가 있으면 그 자체로써 피해자의 재산침해가 되어 이로써 곧 사기죄가 성립하는 것이고, 상당한 대가가 지급되었다거나 피해자의 전체 재산상에 손해가 없다 하여도 사기죄의 성립에는 그 영향이 없으므로 사기죄에 있어서 그 대가가 일부 지급된 경우에도 그 편취액은 피해자로부터 교부된 재물의 가치로부터 그 대가를 공제한 차액이 아니라 교부받은 재물 전부라 할 것이기 때문이다(대법원 2000. 7. 7. 선고 2000도1899 판결).

신 동액 상당을 다시 차입하는 것으로 정리하기로 하면서 그 차입금 증서를 새로이 발행한 경우이다.

이에 대하여, 종전 차입금을 만기에 원리금으로 상환하지 않고 재투자하는 것으로 하면서 차입금 증서를 교부한 경우라면 재투자 형식으로 차입금 증서가 발행될 때마다 그 액면금 상당액(투자와 재투자된 금액을 모두 합산)을 편취한 것으로 볼 수 있다는 견해와, 재물을 편취한 후 현실적인 자금의 수수 없이 형식적으로 기왕에 편취한 금원을 새로이 장부상으로만 재투자하는 것으로 처리한 경우에는 편취한 것으로 볼 수 없고 그 재투자금액은 이를 편취액의 합산에서 제외되어야 한다는 견해가 있을 수 있다. 이에 대법원은 먼저 '재물 편취를 내용으로 하는 사기죄에 있어서는 기망으로 인한 재물 교부가 있으면 그 자체로써 피해자의 재산 침해가 되어 이로써 곧 사기죄가 성립하지만,⁶⁷⁾ 그 후 피해자를 기망하여 편취한 재물의 반환을 회피할 목적으로 현실적인 자금의 수수 없이 기존 차입 원리금을 새로이 투자하는 형식을 취하였다 하더라도 이는 새로운 법익을 침해하는 것이 아니므로 별도로 사기죄를 구성하지 않는다'고 판시하면서, 이득액 산정에서도 재물을 편취한 후 현실적인 자금의 수수 없이 형식적으로 기왕에 편취한 금원을 새로이 장부상으로만 재투자하는 것으로 처리한 경우라면 그 재투자 금액은 이를 편취액의 합산에서 제외된다는 입장이다.⁶⁸⁾ 예컨대 甲은 A에게 좋은 투자상품이 있다고 하면서 4억을 입금받은 후, 한달 뒤에 甲은 투자수익금이 2억이 나왔다고 하면서도 A에게 돌려주는 등 현실적인 자금의 수수없이 말로만 '재투자 하겠다'고 말한 경우에는 새로운 법익 침해라고 볼 수 없어서 수익금을 별도로 계산하지 않고 편취한 이득액이 4억원이 됨으로써 형법(사기죄)이 적용된다.

생각건대 편취한 차입금의 원리금 변제를 위하여 그 피해자들에게 실제로는 그 차입금이 수수되지 않고 출자금 증서를 발행하여 준 것에 불과하다. 그렇다면 형식적으로는 별도의 차입에 해당하지만, 실질적으로는 기존 차입금에 대한 사기 범행을 은폐하거나 그 편취금의 반환을 회피하기 위한 방편에 불과할 뿐

67) 대법원 1995. 6. 30. 선고 95도825 판결; 대법원 2000. 7. 7. 선고 2000도1899 판결.

68) 대법원 2000. 11. 10. 선고 2000도3483 판결; 대법원 2005. 10. 28. 선고 2005도5774 판결. 이에 대한 평석으로는 민중기, "피해자를 기망하여 재물을 편취한 후 그 반환을 회피할 목적으로 현실적인 자금의 수수 없이 기존 차입원리금을 새로이 차입하는 형식을 취한 경우 별도의 사기죄를 구성하는지 여부", 「대법원판례해설」 35호, 법원도서관, 2001. 6., 947-959면 참조.

이고, 기존 차입금의 편취 범행과 별도의 사기죄를 구성하는 것은 아니기 때문에 그 재투자금액은 이를 편취액의 합산에서 제외함이 타당하다.

라. 어음수표 할인 - 실제 수령한 현금액

수표나 어음이 지급기일에 결제되지 않으리라는 점을 예견하였거나 지급기일에 지급될 수 있다는 확신이 없으면서도 그러한 내용을 수취인에게 고지하지 아니하고 이를 속여서 할인을 받으면 사기죄가 성립한다.⁶⁹⁾ 여기서 대개 어음 할인의 경우 할인받은 이는 어음 액면금보다 적은 금액을 할인금으로 받는 것이 통례이므로 이를 ‘어음 할인’이라고 부른다. 이와 같은 어음·수표의 할인에 의한 사기죄에 있어서 피고인이 피해자로부터 수령한 현금액이 피고인이 피해자에게 교부한 어음·수표의 액면금보다 적을 경우, 피고인이 취득한 재산상의 이익액은 위 어음·수표의 액면금이 아니라 ‘실제 수령한 현금액’이 된다.⁷⁰⁾ 다만, 이와 달리 당사자가 선이자와 비용을 공제한 현금액만을 실제로 수수하면서도 선이자와 비용을 합한 금액을 대여원금으로 하기로 하고 대여이율을 정하는 등의 소비대차 특약을 한 경우는 ‘액면금’이 이득액으로 된다.

마. 원리금 약정 - 실제 수령한 원금액

변제의사나 능력도 없으면서 기망행위를 통해 피해자에게 ‘4억 원을 빌려주면 이자 1억 원까지 합하여 총 5억 원을 변제하겠다’고 거짓말하여 이에 속은 피해자로부터 4억 원을 송금받은 경우, 이자 1억 원 부분은 피해자의 처분행위가 없어 이득액 계산에서 제외되므로 이득액은 ‘실제 수령한 원금액 4억’이 된다. 여기서 그 금원을 차용하는 과정에서 이자의 지급을 약정하였다 하더라도 이자 부분에 대하여 피해자들이 별도의 처분행위를 하지 않는 한 기망행위와 이자발생 사이에 인과관계가 없어서 그 부분에 대해서는 사기죄가 성립하지 않는다. 따라서 약정이자 1억 원은 이득액에 포함되지 않으므로 차용금(4억)과 약정이자(1억)의 합계 5억원의 이득액으로 특경법 위반(사기)죄로 기소된 경우, 약정이자(1억)에 대한 처분행위가 있었다고 볼 증거가 없는 때에 해당하여 무

69) 대법원 1997. 7. 25. 선고 97도1095 판결.

70) 대법원 1998. 12. 9. 선고 98도3282 판결.

죄판결(제325조 후단) 선고의 대상이 되고, 그 축소사실인 차용금(4억)에 대한 사기죄는 피고인의 방어권 행사에 실질적 불이익이 없으므로 공소장변경이 없이도 단순 사기죄로 유죄판결의 선고 대상이 된다. 마찬가지로 대법원은 피고인이 피해자들을 기망하여 투자금 명목의 돈을 편취하는 과정에서 대여금을 교부받았으나 이자를 지급하지 않은 경우, 이자부분에 대하여 사기죄가 성립하기 위해서는 피고인의 기망행위로 인해 이자부분에 관한 '별도의 처분행위'가 있어야 한다.⁷¹⁾

2. 이익 사기

가. 합자회사 지분양수 - 지분권의 양도가액

기망에 의하여 합자회사의 지분을 양수함으로써 회사를 실질적으로 지배하게 된 경우에, 그 이득액은 회사의 재산 전체인가 아니면 지분권이 표창하는 객관적인 재산가치(지분권의 양도가액)인가에 대한 논의가 있다. 원래 특정법 제3조 제1항 소정의 '이득액'이란 거기에 열거된 범죄행위로 인하여 취득하거나 제3자로 하여금 취득하게 한 불법영득의 대상이 된 재물이나 재산상 이익의 가액의 합계인 것이지 궁극적으로 그와 같은 이득을 실현할 것인지, 거기에 어떠한 조건이나 부담이 붙었는지 여부는 영향이 없다.⁷²⁾ 그러나 대법원은 '합자회사에서의 지분의 양도는 사원으로서의 지위의 양도를 가리키는 것으로, 합자회사의 지분의 양도로 인하여 취득하는 것은 지분권, 즉 사원권이므로 그 이득액은 '지분권이 표창하는 객관적인 재산적 가치'라고 보아야 할 것이고, 그러한 객관적인 재산적 가치는 감정 등을 통하여 객관적으로 확정할 것이지만 거래약정 당사자 사이에 양도가액이 정해져 있으면-그것이 객관적인 재산적 가치를 평가하였다고 볼 수 없는 특별한 사정이 없는 한-그 '양도가액'을 지분권이 갖는 객관적인 재산적 가치로 봄이 상당하다'고 판시⁷³⁾한 바 있다. 결국, 기망에 의한

71) 대법원 2011. 4. 14. 선고 2011도769 판결.

72) 대법원 1990. 10. 16. 선고 90도1815 판결.

73) 대법원 2000. 2. 25. 선고 99도4305 판결. 원심이 지분자체의 부채까지도 감안된 객관적인 재산적 가치가 아닌 합자회사가 소유하는 적극자산에 대한 취득당시의 감정가를 지분의 가액으로 보아 편취이득액이라고 판시한 부분은 이득액에 대한 범리오해한 위법이 있다고 판시하였다.

지분을 양수하여 회사를 실질적으로 지배한 경우 그 이득액은 회사재산 전체가 아니라, 지분권이 표창하는 객관적인 재산가치(지분권의 양도가액)이 된다.

나. 보증서 발급 - 보증채무의 부담

1) 건설업자가 건설산업기본법에 의한 건설공제조합을 기망하여 선급금보증 계약을 체결하고 선급금보증서를 발급받아 건설공사 발주자에게 제출한 경우, 그로 인하여 건설업자가 취득하는 재산상 이익은 건설공제조합이 선급금보증계약에 의하여 부담한 선급금 반환 보증채무를 자신의 건설공사 계약을 위한 담보로 이용할 수 있는 이익이고 그 이득액은 원칙적으로 '선급금 반환채무 보증 한도액 상당'이다.⁷⁴⁾

2) 주식회사가 금융기관을 기망하여 회사채 등에 대한 지급보증을 받은 경우 그로 인하여 회사가 취득하는 재산상 이익은 금융기관이 지급보증에 의하여 부담한 회사채 등에 대한 보증채무를 자신의 회사채 발행을 위한 담보로 이용할 수 있는 이익이고 그 이득액은 원칙적으로 '지급보증의 대상이 된 회사채 등의 원리금 상당액'이다. 3) 신용보증기금의 신용보증서 발급이 피고인의 기망행위에 의하여 이루어진 경우, 그로써 곧 사기죄는 성립하는 것이고, 그로 인하여 피고인이 취득한 재산상 이익은 '신용보증금액 상당액'이다.⁷⁵⁾ 이때 담보권의 설정이 있었다 하여 결론을 달리하지 않으며, 그러한 경우 사기죄의 이득액에서 담보물의 가액을 공제하여야 하는 것이 아니다.⁷⁶⁾ 마찬가지로 대한주택보증의 임대보증금 보증서 발급이 피고인 등의 기망행위에 의하여 이루어졌다면 그로써 사기죄는 성립하고, 피고인 등이 취득한 재산상 이익은 대한주택보증의 보증한 임대보증금 상당액이 된다.⁷⁷⁾

74) 대법원 1995. 8. 25. 선고 94도2132 판결; 2000. 4. 25. 선고 2000도137 판결; 대법원 2006. 11. 24. 선고 2005도5567 판결.

75) 대법원 2002. 6. 28. 선고 2002도1848 판결, 2005. 11. 10. 선고 2005도6026 판결; 대법원 2007. 4. 26. 선고 2007도1274 판결.

76) 대법원 1983. 4. 26. 선고 82도3088 판결.

77) 대법원 2013. 11. 28. 선고 2011도7229 판결.

다. 신용장 개설

1) 특정법 제3조 제1항의 이득액이란 거기에 열거된 범죄행위로 인하여 취득하거나 제3자로 하여금 취득하게 한 불법영득의 대상이 된 재물이나 재산상 이익의 가액을 말하는 것이고 궁극적으로 그와 같은 이득이 실현되었는지 여부는 영향이 없는 것이다.⁷⁸⁾ 따라서 건설업자가 건설산업기본법에 의한 건설공제조합을 기망하여 선급금보증계약을 체결하고 선급금보증서를 발급받아 건설공사 발주자에게 제출한 경우, 그로 인하여 건설업자가 취득하는 재산상 이익은 건설공제조합이 선급금보증계약에 의하여 부담한 선급금 반환 보증채무를 자신의 건설공사 계약을 위한 담보로 이용할 수 있는 이익이고 그 이득액은 원칙적으로 선급금 반환채무 보증한도액 상당이다.⁷⁹⁾ 예를 들면 주식회사가 건설공제조합으로부터 보증한도액을 30억 8천만 원으로 하는 선급금 보증서를 발급받아 교회에 제출한 뒤 선급금 중 일부로 29억 원을 지급받음으로써 선급금 반환채무 보증한도액인 30억 8천만 원 상당의 재산상 이익에 대한 사기죄는 이미 기수에 이르렀다. 그렇기 때문에 이 경우에 재산상 이익의 가액을 산정할 수 없는 경우도 아니고, 교회가 건설공제조합을 상대로 한 선급금 보증금 청구소송에서 패소하였다고하여 사기미수로 볼 수도 없다.

2) 석유를 수입하는 것처럼 가장하여 신용장 개설은행들로 하여금 신용장을 개설하게 하고 신용장 대금 상당액의 지급을 보증하게 함으로써 동액 상당의 재산상 이익을 취득한 행위는 피해자들인 신용장 개설은행별로 각각 포괄하여 1죄가 성립하고, 분식회계에 의한 재무제표 및 감사보고서 등으로 은행으로 하여금 신용장을 개설하게 하여 신용장 대금 상당액의 지급을 보증하게 함으로써 동액 상당의 재산상 이익을 취득한 행위도 포괄하여 1죄가 성립한다고 할 것이나, 위와 같이 '가장거래에 의한 사기죄'와 '분식회계에 의한 사기죄'는 범행 방법이 동일하지 않아 그 피해자가 동일하더라도 포괄일죄가 성립한다고 할 수 없다. 그렇다면 甲 회사의 임원인 피고인들의 사기행위로 신용장 개설은행들이 수회에 걸쳐 신용장을 개설하여 甲 회사가 각 신용장 대금 상당액의 지급보증

78) 대법원 2006. 5. 26. 선고 2006도1614 판결.

79) 대법원 1995. 8. 25. 선고 94도2132 판결; 2000. 4. 25. 선고 2000도137 판결; 대법원 2006. 11. 24. 선고 2005도5567 판결.

을 받음으로써 재산상 이익을 취득하였다면, 그 편취범행으로 취득한 재산상 이익의 가액으로 볼 수 있는 ‘신용장 대금의 합계액’이 특경법 제3조 제1항이 정한 이득액이 되는 것이지, 甲 회사가 이후 신용장 대금을 결제하였다고 하여 그 결제한 대금을 공제하여 이득액을 산정해야 하는 것은 아니다.⁸⁰⁾

3. 부동산 사기

가. 부동산 자체 편취 - ‘채물’ 편취

1) 물적 부담없는 부동산 편취

사람을 기망하여 부동산의 소유권을 이전받거나 제3자로 하여금 이전받게 함으로써 이를 편취한 경우에 특경법 제3조의 적용을 전제로 하여 그 부동산의 가액을 산정함에 있어서는, 그 부동산에 아무런 부담이 없는 때에는 그 ‘부동산의 시가 상당액’이 곧 그 가액이라고 볼 것이라는 점에 의문이 없다.

2) 물적 부담 있는 부동산 편취

문제는 그 부동산에 근저당권설정등기가 경료되어 있거나 압류 또는 가압류 등이 이루어져 있는 때이다. 이는 채물 등의 편취과정에서 반대급부로 지급한 대가가 존재하는 경우와는 다르게, 취득한 채물 ‘자체’에 물적 담보가 존재하는 경우이다.

대법원 판례는 ‘특별한 사정이 없는 한 아무런 부담이 없는 상태에서의 그 부동산의 시가 상당액에서 근저당권의 채권최고액 범위 내에서의 피담보채권액, 압류에 걸린 집행채권액, 가압류에 걸린 청구금액 범위 내에서의 피보전채권액⁸¹⁾ 등을 뺀 실제의 교환가치를 그 부동산의 가액으로 보아야 한다’고 판시⁸²⁾하고 있다.⁸³⁾ 이러한 대법원 판례의 입장은 부동산의 - 형식가치설(전체가

80) 대법원 2010. 5. 27. 선고 2007도10056 판결.

81) ‘가압류의 청구금액’은 채권자가 가압류 신청 시 법원에 기재하는 금액으로, 채권자가 채무자로부터 변제받을 것으로 예상되는 금액을 의미하며, 채권자가 나중에 본안소송에서 승소했을 때 배당받을 금액의 상한선이 될 수 있다. 반면에 ‘피보전채권’은 가압류를 통해 보전하고자 하는 채권으로, 채권자가 나중에 본안소송을 통해 법원으로부터 승소 판결을 받아 확정받아야 할 실제 채권을 말한다.

82) 대법원 2007. 4. 19. 선고 2005도7288 전원합의체 판결.

83) 처분금지가처분 또는 단순한 순위보전의 가등기 등은 부동산 그 자체의 교환가치에 직접

치설)이 아닌- 실제 교환가치를 기준으로 이득액을 산정한다는 것을 의미하게 된다.

예컨대 피고인이 피해자를 기망하여 시가 6억 5,000만 원의 토지를 편취하였는데, 당시 토지에는 채권최고액 1억 5,000만 원의 근저당권 설정등기가 경료되어 있었지만 실제 피담보채권액은 1억 3,000만 원이며, 한편으로 가압류 청구금액 4,000만 원에 피보전채권액 3,000만 원의 가압류 등기가 경료되어 있는 경우이다. 이때 피해자를 속여 토지의 소유권을 이전받은 이상 '사기죄'에 해당하고, 본건 사기죄로 취득한 것은 '부동산 그 자체'이다. 여기서 선순위의 부담액이 있는 부동산의 경우인데, 선순위 부담액을 공제한 부동산의 실제 교환가치가 이득액이 된다. 그렇다면 그 이득액은 4억 9,000만 원(= 6억 5,000만 원 - 채권최고액 범위 내의 피담보채권액인 1억 3,000만 원 - 가압류 청구금액내 실제 피보전채권액 3,000만 원)이므로 이득액 '5억 이상'이 되지 못하여 특정법위반(사기)을 적용할 수 없고 형법상 사기죄가 성립된다. 이때 만약 피담보채권액이 채권최고액(1억 5천만 원)을 초과하는 경우라면 피고인이 편취한 가액을 산정할 때 시가에서 '근저당권의 피담보채권액이 아닌 채권최고액'을 공제하여 나머지 금액이 가액이 된다.

생각건대 물적부담이 없는 부동산과 물적 부담이 있는 부동산이 가지는 객관적 교환가치가 동일할 수는 없다는 점, 그리고 책임주의와 특정법 제3조의 이득액이 갖는 중요성을 비추어 볼 때 시장가치에서 실질적인 관점에서 실제 교환가치로 산정하는 것이 바람직하다고 본다. 그렇다면 2007년 대법원 판례가 기존 형식가치설의 주류로부터 실질가치설의 입장으로 선회한 것은 매우 타당하다고 생각된다.

나. 근저당권 편취 - '재산상 이익' 편취

타인을 기망하여 타인 소유의 부동산에 관하여 근저당권을 '설정'하도록 하거나, 타인 소유에 설정된 근저당권을 '말소'하도록 한 경우, 이때 행위자가 취득한 것은 해당 부동산 자체(재물)이 아니라, 그 부동산을 담보로 이용할 수 있는 이익(재산상 이익)이 된다. 따라서 '근저당권' 사기인 근저당권 설정이나 말소의

영향을 미치는 사유는 아니므로 부동산의 가액 산정에 있어 이를 고려할 것은 아니며, 그 가등기에 관한 가압류 등도 마찬가지이다(대법원 2011.6.30. 선고 2011도1651 판결).

경우에는 근저당권 자체의 가치에 중점을 두기 때문에 ‘부동산 자체’의 사기와 차이가 있다. 물론, 이때 외관상 재물의 가액에서 일부를 공제한 것처럼 보이지만 실제로는 공제를 인정한 것이라기 보다는, 근저당권 설정의 이익을 객관적으로 파악한 것으로 이해된다.

1) 근저당권 취득

근저당권은 금전채권의 담보권이므로 설정만으로 바로 돈을 가져가는 것은 아니지만 채권자는 채무자가 변제하지 않으면 경매 등으로 담보 목적물을 환가하여 변제를 받을 수 있는 지위를 취득하게 된다. 여기서 특경법 제3조 제1항의 “이득액”은 편취 당시 근저당권이 담보하는 채권액 상당액 전부로 볼 것인지, 아니면 실제로 실행될 수 있는 금액(담보가치, 채무액, 설정금액 범위)을 고려할지가 문제된다.

가) 부담이 없을 때

판례는 기망을 통하여 타인의 부동산에 근저당권을 설정하게 한 경우 이로 인하여 취득하는 재산상 이득은 이 부동산을 담보로 이용할 수 있는 이익이고,⁸⁴⁾ 그 이득액은 원칙적으로 그 ‘부동산의 시가범위 내의 채권최고액 상당’이 된다.⁸⁵⁾ 즉, 제3자로부터 금원을 용자받거나 물품을 외상으로 공급받을 목적으로 타인을 기망하여 그 타인 소유의 부동산에 제3자 앞으로 근저당권을 설정하게 한 자는 그로 인하여 그 타인 소유의 부동산을 자신의 제3자와의 거래에 대한 담보로 이용할 수 있는 재산상 이익을 취득한 것으로 볼 수 있다, 다만 범죄구성요건 요소로 특별히 규정한 특경법 제3조를 적용함에 있어서의 구체적인 가액(이득액)은 원칙적으로 그 ‘부동산의 시가 범위 내의 채권최고액 상당’이 된다. 결국 부동산의 ‘시가총액’이 아니라 ‘담보가치’만이 이득액이 되며, 단지 부동산의 시가를 초과하지 못한다는 것이다.

나) 선순위 근저당이 있는 경우

부동산에 이미 다른 근저당권이 설정되어 있는 경우에, 그 부동산에 대하여 후순위 근저당권을 취득하는 자로서는 선순위 근저당권의 채권 최고액만큼의

84) 대법원 1984. 4. 10. 선고 84도119 판결; 대법원 1996. 3. 22. 선고 96도384 판결.

85) 대법원 2000. 4. 25. 선고 2000도137 판결.

담보가치가 이미 선순위 근저당권자에 의하여 파악되고 있는 것으로 인정하고 거래하는 것이 보통이다. 따라서 사기죄에서 특경법 제3조 제1항 소정의 '이득액'은, 피고인이 편취한 근저당권의 채권최고액 전부가 아니라, 피담보채권액과 담보 목적 부동산의 시가, 선순위 담보권액 등을 종합적으로 고려하여 실제로 취득할 수 있는 재산상 이익의 가액으로 보아야 한다.⁸⁶⁾ 그렇다면 원칙적으로 그 '부동산의 시가에서 다시 선순위 근저당권의 채권 최고액을 공제한 잔액 상당액'을 기망자가 얻는 이득액의 한도로 보아야 하며, 담보가치가 채권최고액보다 적은 경우에는 담보가치까지만 이득액이 인정된다.

예를 들면 피고인이 허위 채권을 내세워 피해자 소유 부동산에 근저당권을 설정받은 사건으로, 피고인이 피해자 소유의 부동산에 채권최고액 5억 원, 2억 원, 합계 7억 원의 근저당권을 설정받은 경우에, 해당 부동산의 시가는 9억 2,500만 원이고, 이미 설정된 선순위 근저당권의 채권최고액은 5억 4,600만 원이었다면 특경법상의 '이득액'은 근저당권의 채권최고액 전체가 아니라, "부동산의 시가에서 선순위 채권액을 공제한 금액"을 의미하므로 9억 2,500만 원 - 5억 4,600만 원 = 3억 7,900만 원이 이득액으로 인정되어 결국 이득액은 특경법 제3조 적용기준(5억 원)에 미달하여 특경법 제3조 제1항의 가중처벌 규정은 적용되지 않는다. 다만, 만약 예외적으로 선순위 근저당권의 담보가치가 실제 피담보채권액만큼만 파악되고 있는 것으로 인정하였다고 볼 수 있는 특별한 사정이 있는 경우, 예컨대 이미 변제 기타 사유로 그 저당권이 형해화되어 있거나 실제 그 피담보채무가 얼마인지 여부를 조사하여 그 피담보채무가 증가할 여지가 없어 사실상의 저당권으로 파악한 다음 그 점들까지 고려하여 후순위 채권 최고액을 결정하였다고 볼 사정이 있는 경우에는 근저당권 설정 당시의 그 '부동산의 시가에서 그 선순위 근저당권의 실제 피담보채권액을 공제한 잔액' 상당액을 그 이득액의 한도로 볼 수 있다.⁸⁷⁾

2) 근저당권 말소

타인의 담보권(근저당권)을 사기적 방법으로 말소시킴으로써, 대상 부동산을 자신의 거래에 유리하게 담보로 활용할 수 있게 하는 경우가 있다. 여기서 근저당권은 금전적 가치가 있는 재산권이므로 기망으로 말소시킨 경우에 사기죄

86) 대법원 2007. 12. 27. 선고 2007도6301 판결.

87) 대법원 2000. 4. 25. 선고 2000도137 판결; 대법원 2010. 12. 9. 선고 2010도12928 판결.

의 객체가 된다는 점에 의문이 없다. 그리고 기망행위자(피고인)가 부동산에 적법하게 근저당권을 보유하고 있는 근저당권자(피해자)를 속여 근저당권 말소등기를 하게 한 경우라면 근저당권자(피해자)는 담보권이 상실되어 손해가 발생되고, 피고인이나 제3자는 부당한 재산상 이익(채무면탈 등 소극적 이익도 포함)을 취득한 것으로 평가된다.

여기서 문제는 타인을 기망하여 타인 명의의 근저당권을 말소하게 한 경우 특정법상 재산상 이익이 무엇으로 평가되는가에 있다. 판례는 타인을 기망하여 그 타인 명의의 근저당권을 말소한 자가 취득하는 재산상의 이익은 ‘그 담보가치 상당액’이고, 그 가액(이득액)은 원칙적으로 담보부동산의 ‘시가범위 내의 채권최고액 상당’이며, 근저당권 말소 당시 실제 채권액이 채권최고액에 미치지 아니하는 경우 ‘근저당권말소 당시 실제 채권액’이 한도라고 판시⁸⁸⁾하고 있다. 예를 들면 피해자가 부동산(시가는 4억 원, 선순위 근저당권 없음)에 근저당권(채권최고액 5억, 피담보채권액 3억)을 가지고 있었는데, 피고인이 피해자를 속여 근저당권을 말소시킨 경우라면 피담보채권액은 3억원, 담보가치(시가 4억 - 선순위 0)는 4억원이지만 이득액은 “피담보채권액”과 “담보가치” 중 작은 금액이 되므로 피고인은 3억원의 재산상 이익을 편취한 것으로 평가되어, 이득액은 3억이 된다.

다만, 판례 중에는 제3자로부터 돈을 융자받을 목적으로 타인을 기망하여 그 타인 소유의 부동산에 제3자 앞으로 근저당권을 설정하게 한 사안에서, 이미 그 부동산에 선순위 근저당권이 설정되어 있었고 그 이득액 산정에서 ‘선순위 근저당권을 말소하기 위해 선순위 채권자에게 변제한 금액’을 공제한 사례가 보이는데,⁸⁹⁾ -여전히 ‘재물’사기에서는 대가를 공제하지 않는 법리가 거듭 확인되고 있는 상황에서-⁹⁰⁾ 이 판례가 이익사기에서 전체적으로 대가를 공제한다

88) 대법원 2006. 3. 24. 선고 2006도208 판결. 담보부동산에 대하여 2003. 10. 10. 채권최고액 5억 8,240만 원의 근저당권이 설정되었다가 2003. 10. 16. 채권최고액을 4억 9천만 원으로 변경하는 등기를 마친 사실이 인정된 사안에서, 피고인의 피해자에 대한 사기범행으로 인한 이득액은 원칙적으로 채권최고액인 4억 9천만 원을 초과할 수 없다. 따라서 원심이 근저당권말소 당시의 채권액인 5억 1,425만 원을 이득액으로 본 것은 잘못이다.

89) 대법원 2005. 2. 18. 선고 2004도8216 판결. “부동산 시가 범위내의 채권최고액인 6억 5,000만 원에서 피고인들이 그 부동산에 이미 경료되어 있던 근저당권설정등기 등을 말소시키기 위하여 근저당권자 등 선순위 채권자들에게 변제한 1억 2,000만 원을 공제한 5억 3,000만 원이라고 판단한 것은 정당한 것이다”고 판시한 바 있다.

90) 대법원 10. 25. 선고 2007도6241 판결; 대법원 2005. 10. 28. 선고 2005도5774 판결; 대법원 2007.1. 25. 선고 2006도7470 판결.

는 취지인지는 분명하지 않다.

그 외에도 -근저당권 말소의 경우와 유사하게-, 타인을 기망하여 장차 본등기를 통해 소유권·물권을 취득할 수 있는 권리를 보전케 하는 가등기를 말소하게 한 경우에, 먼저 가등기에는 장래 본등기를 할 수 있는 권리 보전의 효력이 있고, 그 자체로도 재산적 가치가 있는 권리이므로 사기죄의 객체가 당연히 되고 가등기권자는 장래 본등기를 통해 소유권을 취득할 가능성이라는 재산적 가치를 상실하고 가해자 또는 제3자는 그 부동산을 자유롭게 이용·처분할 수 있는 재산상 이익을 취득하므로 사기죄가 성립한다. 이때 특경법 제3조 적용 여부와 관련하여 가등기 말소로 취득한 이익은 가등기에 의해 확보되는 권리의 경제적 가치에 따라 산정하게 된다 즉, 가등기의 피보전권리가 매매계약에 기한 소유권이전청구권이면 해당 부동산 소유권 취득 가능성이므로 그 부동산 시가 상당액 또는 그에 준하는 계약금 기준, 채권담보 가등기라면 담보된 채권액과 담보가치 중 작은 금액, 다만 선순위 권리가 있는 경우는 담보가치(시가 - 선순위 권리액)만 인정하게 된다. 이때 가등기 말소사기 사건에서도 이득액은 각 피해자별로 독립적으로 계산하므로 여러 피해자의 피해액을 합산해 하나의 이득액으로 볼 수는 없다. 특경법 제3조 제1항의 이득액은 단순한 한 범죄당의 이득액을 뜻하므로 여러 피해자로부터 각각 이익을 편취한 경우에는 피해법익이 독립적으로 평가되어야 하므로 이득액을 합산해서 한 범죄로 볼 수 없다는 의미이다.

IV. 결론

특경법 제3조 제1항의 이득액이 처벌의 근거가 되는 구성요건요소에 해당하므로 동종의 범죄임에도 불구하고 범죄의 가액에 따라 차등적으로 처벌하도록 규정하고 있기 때문에 매우 엄격하고 신중하게 이득액을 산정하여야 한다는 점에는 의문의 여지가 없다. 다만, 특경법은 수많은 양형인자 가운데 범죄의 액수만으로 법정형의 범위를 한정하고 있다는 비판이 없지 않지만, 재산범죄의 피해액은 결과반가치의 핵심을 이루기 때문에 이론적으로만 본다면 범죄액에 따라 가중처벌을 하는 그 자체가 막바로 부당하다고 할 것은 아니다. 문제는 특경법이 취득한 재물 또는 재산상 이익의 가액을 '이득액'으로 규정함에 따라 재

산범죄의 객체인 재물 또는 재산상의 이익의 가액과 당해 범죄로 인하여 행위자가 실질적으로 취득한 이득의 가액이 일치하지 않는 경우가 발생하게 된다는 점에 있다. 이에 학설은 형식가치설 이외에, 실질적으로 취득한 이득의 가액으로 평가하는 실질가치설이 주장되고 있는 가운데, 판례 또한 비록 일부 사례이기는 하지만 실질가치설을 취하고 있다. 물론 이러한 문제를 해결하기 위하여 ‘취득한 재물 또는 재산상의 이익의 가액’과 ‘이득액’을 개념적으로 구분할 필요가 있다는 견해⁹¹⁾가 제기되어 있는 가운데, 현행 특경법 문언 하에서는 죄형균형과 책임주의에 입각한 헌법합치적 법률 해석을 통해 ‘취득한 재물 또는 재산상 이익의 가액’을 ‘실제 범죄행위로 인해 취득한 이득액’의 범위를 한도로 이해될 수 있으며, 궁극적으로는 특경법 제3조 제1항에서 ‘실제 이득액’을 기준으로 개정을 하게 되면 그동안의 혼란스러움을 극복하고 통일적인 기준이 마련될 것으로 보인다. 그리고 한편으로 양형위원회 양형기준에서 일반사기는 그 유형을 피해액 규모에 따라 유형 1 내지 5로 구별하여 그에 따른 각 선고형의 범위를 규정하고 있다. 이때 피해액을 범죄 성립 단계에서의 판단처럼 ‘외형상 피해액’을 기준으로 할 것인지 혹은 범죄 성립단계에서의 판단과는 달리 양형 단계에서는 ‘실질적 피해액’을 기준으로 할 것인지가 여전히 문제될 소지가 있다. 생각건대 범죄 성립 단계에서는 ‘외형상 피해액’을 기준으로 그 적용 범주를 판단할 수 밖에 없겠지만, 외형상 피해금액으로만 양형을 판단한다면 설령 실질적인 피해를 모두 회복하고 피해자들로부터 처벌불원의사를 확인받더라도 권고형량 범위 적용에 따른 제약으로 집행유예 자체가 원천적으로 차단되어 불합리한 결과가 발생할 수 있다. 따라서 양형기준상 그 금액이 외형상 금액인지 실질적인 피해금액 인지에 관하여는 별도의 명문의 규정이 존재하지 않는 상황에서는, 책임에 비례하여 형벌이 부과되어야 한다는 형사사법에서의 책임주의 원칙이 제대로 구현되기 위하여는 양형 단계에서는 ‘실질적 피해액’을 기준으로 양형을 판단하는 것이 바람직하다고 본다.

투고일 : 2025.11.17. / 심사완료일 : 2025.12.12. / 게재확정일 : 2025.12.16.

91) 이학철, 앞의 논문, 59면.

[참고문헌]

- 김정환·김슬기, 「형사특별법」, 박영사, 2021.
- 박상기·신동운·손동권·신양균·오영근·전지연, 「형사특별법론」, 한국형사정책연구원, 2009.
- 이주원, 「특별형법」 제9판, 홍문사, 2023.
- 권수진, “형사특별법 정비방안(10) 보건, 의료 마약, 생명, 윤리 분야”, 한국형사정책연구원, 2008.
- 김슬기, “부동산 관련 「특정경제범죄가중처벌 등에 관한 법률」 위반 사기죄에서 이득액 산정의 문제”, 「일감부동산법학」 제19권, 건국대학교 법학연구소, 2019.
- 민중기, “피해자를 기망하여 재물을 편취한 후 그 반환을 회피할 목적으로 현실적인 자금의 수수 없이 기존 차입원리금을 새로이 차입하는 형식을 취한 경우 별도의 사기죄를 구성하는지 여부”, 「대법원판례해설」 35호, 법원도서관, 2001.
- 박성민·윤해성, “특정법 제3조 제1항의 사기죄에 있어 이득액의 의미와 기준”, 「성균관법학」 제21권 제1호, 성균관대학교 비교법연구소, 2009.
- 선종수, “특별법상 ‘범죄의 가액’에 따른 차등처벌에 대한 비판적 검토”, 「서울법학」 제21권 제2호, 서울시립대학교 법학연구소, 2013.
- 안경옥, “특정경제범죄가중처벌 등에 관한 법률의 정비방안”, 「형사정책」 제17권 제2호, 한국형사정책학회, 2005.
- 양은상, “특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률과 죄수”, 「재판실무연구」 3권, 수원지방법원, 2006.
- 오영근, “특정범죄가중처벌 등에 관한 법률폐지의 당위성”, 「형사정책」 제17권 제2호, 한국형사정책학회, 2005.
- 윤승은, “특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 적용상의 몇 가지 문제점과 대안”, 「형사법연구」 제26호, 한국형사법학회, 2006.
- 이상원, “횡령죄의 이득액과 가벌적 후행행위”, 「저스티스」 제131호, 한국법학원, 2012.
- 이학철, “특정경제범죄가중처벌 등에 관한 법률 제3조 제1항의 ‘이득액’ 개념의 합리적 해석”, 「경희법학」 제58권 제3호, 경희법학연구소, 2003.
- 한상훈, “형법 및 형사특별법상 재산범죄 가중처벌규정의 문제점과 개선방안”, 「형

사법연구」 제26호, 한국형사법학회, 2006.

허일태, “재산범죄에서 이득액에 관한 연구”, 『비교형사법 연구』 제15권 제2호, 2013.

황종국, “범죄의 액수에 따라 가중처벌하는 특별법의해석에 관한 문제”, 『재판자료』 50집 (하), 법원행정처, 1990.

[국문초록]

특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(사기)죄에서 제3조 제1항의 '이득액' 산정방법

신 이 철

특경법 제3조 제1항의 이득액이 처벌의 근거가 되는 구성요건요소에 해당하므로 동종의 범죄임에도 불구하고 범죄의 가액에 따라 차등적으로 처벌하도록 규정하고 있기 때문에 매우 엄격하고 신중하게 이득액을 산정하여야 한다는 점에는 의문의 여지가 없다. 다만, 특경법이 취득한 재물 또는 재산상 이익의 가액을 '이득액'으로 규정함에 따라 재산범죄의 객체인 재물 또는 재산상의 이익의 가액과 당해 범죄로 인하여 행위자가 실질적으로 취득한 이득의 가액이 일치하지 않는 경우가 발생하게 된다는 점에 있다. 이에 학설은 형식가치설 이외에, 실질적으로 취득한 이득의 가액으로 평가하는 실질가치설이 주장되고 있는 가운데, 판례 또한 비록 일부 사례이기는 하지만 실질가치설을 취하고 있다. 물론 이러한 문제를 해결하기 위하여 '취득한 재물 또는 재산상의 이익의 가액'과 '이득액'을 개념적으로 구분할 필요가 있다는 견해가 제기되어 있는 가운데, 현행 특경법 문언 하에서는 죄형균형과 책임주의에 입각한 헌법합치적 법률 해석을 통해 '취득한 재물 또는 재산상 이익의 가액'을 '실제 범죄행위로 인해 취득한 이득액'의 범위를 한도로 이해될 수 있으며, 궁극적으로는 특경법 제3조 제1항에서 '실제 이득액'을 기준으로 개정을 하게 되면 그동안의 혼란스러움을 극복하고 통일적인 기준이 마련될 것으로 보인다.

그리고 양형위원회 양형기준에 있어서 범죄성립 단계에서는 '외형상 피해액'을 기준으로 그 적용 범주를 판단할 수 밖에 없겠지만, 외형상 피해금액으로만 양형을 판단한다면 설령 실질적인 피해를 모두 회복하고 피해자들로부터 처벌 불원 의사를 확인받더라도 권고형량 범위 적용에 따른 제약으로 집행유예 자체가 원천적으로 차단되어 불합리한 결과가 발생할 수 있다. 따라서 책임에 비례하여 형벌이 부과되어야 한다는 형사사법에서의 책임주의 원칙이 제대로 구현되기 위하여는 양형 단계에서는 '실질적 피해액'을 기준으로 양형을 판단하는

206 영남법학 제61호 (2025.12.)

것이 바람직하다고 본다.

주제어 : 이득액, 특경법 제3조 제1항, 실질가치설, 부동산 사기, 담보제공

[Abstract]

Method of calculating the "amount of gain" under Article 3 (1)
in violation of the Act on Aggravated Punishment, etc. of
Specific Economic Crimes

Shin Yi-Chul*

There is no question that the amount of gain under Article 3, Paragraph 1 of the Special Economic Act should be calculated very strictly and carefully because it is a constituent element on which punishment is based. Under the current text of the Special Economic Act, the "value of property or property gains acquired" can be understood as the limit of the "value of gains obtained from actual criminal acts" through constitutional interpretation based on the balance of crime and responsibility. Ultimately, if Article 3, Paragraph 1 of the Special Economic Act is revised based on the "actual amount of gains," it is expected to overcome the confusion and establish a unified standard.

And in the crime establishment stage, it is inevitable to judge the applicable laws based on the amount of external damage, but if the sentencing is judged only by the amount of external damage, unreasonable results may occur. Therefore, in situations where there is no separate prestigious regulation on whether the amount is an external amount or an actual amount of damage according to the sentencing criteria, it is desirable to judge sentencing based on the "substantial amount of damage" in the sentencing stage in order to properly implement the principle of responsibility that punishment should be imposed in proportion to responsibility.

* Professor, department of police administration, Wonkwang Digital University.

Key words : The amount of gains, Article 3 (1) of the Special Economic Act,
The real value theory, real estate fraud, collateral provision