

[판례평석]

사기죄의 본질과 처분의사의 내용

김재봉*

대법원은 최근 연구대상판결인 전원합의체 판결을 통하여 사기죄의 처분의사와 관련하여 피기망자에게 처분결과에 대한 인식이 필요하다는 기존의 입장을 폐기하고 피기망자가 처분행위에 대한 인식이 있으면 처분의사는 인정될 수 있는 것으로 입장을 변경하였다.

사기죄에서 처분의사의 필요성 여부에 대하여 불요설, 필요설, 이원설이 대립하고 있다. 그러나 자기손상행위로서 처분행위 인정 여부는 처분결과를 피기망자에게 객관적·주관적으로 귀속시킬 수 있는지의 문제이기 때문에 처분결과에 대한 인식이나 의사는 아닐지라도 처분결과에 대한 인식가능성이라는 주관적·인적 관련성은 최소한 구비될 필요가 있다. 처분의사의 내용이 무엇인지에 대하여도 처분결과 인식설, 처분행위 인식설이 주장되고, 처분결과 인식설은 권리변동인식설, 사실상 이익변동 인식설, 재산변동 묵인설, 귀속설 등으로 나뉜다. 사기죄의 본질은 자기손상행위이며 이는 피기망자가 스스로 손실의 결과를 만들어 냈다는 의미이기 때문에 그 결과를 피기망자에게 귀속시킬 수 있는지 여부에 따라 판단하는 것이 이론적으로 타당하다. 이러한 귀속설에 의할 때 처분결과에 대한 인식뿐만 아니라 인식가능성이 있는 경우에도 사기죄로 처벌할 수 있기 때문에 처분의사 불요설이나 처분결과 인식설이라는 양 극단에 치우치지 않고 적절한 처벌범위를 설정할 수 있는 형사정책적 요청을 충족시킬 수 있다.

처분의사의 필요 여부와 그 내용을 어떻게 보느냐에 따라 사기죄의 성립범위가 달라지게 되고, 서명사취나 변종 보이스피싱사기 등 최근 논란이 되는 사건에서 사

* 한양대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사.

기죄의 성립 여부가 달라지게 될 것이기 때문에 대상판결은 매우 중요한 의미를 갖는 것이며 따라서 그에 대한 면밀한 분석과 검토가 요청된다.

차 례

- | | |
|---|---|
| <p>I. 시작글</p> <p>II. 사기죄의 구조 및 처분행위의 기능</p> <p>III. 사기죄에서 처분의사의 필요성</p> | <p>IV. 사기죄에서 처분의사의 내용</p> <p>V. 대상판결의 검토</p> <p>VI. 마침글</p> |
|---|---|
-

[연구대상판결] 대법원 2017. 2. 16. 선고 2016도13362 전원합의체 판결

[사실관계] (1) 피고인 등은 토지거래허가 등에 필요한 서류라고 속여서 토지의 소유자인 피해자 V1으로 하여금 근저당권설정계약서 등에 서명·날인하게 하고, 피해자의 인감증명서를 교부받은 다음, 이를 이용하여 위 피해자 소유의 토지에 관하여 피고인을 채무자로 하여 채권최고액 합계 10억 5,000만 원인 근저당권을 대부업자 등에게 설정하여 주고, 7억 원을 차용하였다.

(2) 피고인 등은 위와 같은 방법으로 피해자 V1, V2 소유의 각 토지에 관하여 피고인을 채무자로 하여 채권최고액 1억 8,000만 원인 근저당권을 대부업자에게 설정하여 주고, 1억 2,000만 원을 차용하였다.

(3) 피고인 등은 3,000만 원 차용에 대한 근저당권설정에 필요한 서류라고 잘못 알고 있는 피해자 V3로부터 채권최고액 3,000만 원, 채무자 피고인, 근저당권자 A를 내용으로 하는 근저당권설정계약서와 채권최고액 1억 2,000만 원, 채무자 피고인, 근저당권자 B를 내용으로 하는 근저당권설정계약서에 서명·날인을 받고, 각 근저당권설정등기신청서 및 위임장 등에 날인을 받는 한편, 피해자의 인감증명서를 교부받았으며, 이를 이용하여 위 근저당권자들에게 근저당권을 설정하여 주고, 합계 1억 원을 차용하였다.

[판결요지] (다수의견) [1] 피기망자의 의사에 기초한 어떤 행위를 통해 행위자 등이 재물 또는 재산상의 이익을 취득하였다고 평가할 수 있는 경우라면 사기죄에서 말하는 처분행위가 인정된다. 비록 피기망자가 처분행위의 의미나 내용을 인식하지 못하였더라

도, 피기망자의 작위 또는 부작위가 직접 재산상 손해를 초래하는 재산적 처분행위로 평가되고, 이러한 작위 또는 부작위를 피기망자가 인식하고 한 것이라면 처분행위에 상응하는 처분의사는 인정된다. 다시 말하면 피기망자가 자신의 작위 또는 부작위에 따른 결과까지 인식하여야 처분의사를 인정할 수 있는 것은 아니다.

[2] 기망행위에 의해 유발된 착오로 인하여 피기망자가 내심의 의사와 다른 처분문서에 서명 또는 날인함으로써 재산상 손해를 초래하는 이른바 '서명 사취' 사안에서 비록 피기망자가 처분결과, 즉 문서의 구체적 내용과 법적 효과를 미처 인식하지 못하였더라도, 어떤 문서에 스스로 서명 또는 날인함으로써 처분문서에 서명 또는 날인하는 행위에 관한 인식이 있었던 이상 피기망자의 처분의사 역시 인정된다.

(반대의견) [1] 절도는 범죄행위자의 탈취행위에 의하여 재물을 취득하는 것이고, 사기는 피해자의 처분행위에 의하여 재산을 취득하는 것으로, 양자는 처분행위를 기준으로 하여 구분된다. 이러한 의미에서 사기죄는 자기손상범죄, 절도죄는 타인손상범죄라고 설명된다. 사기죄에서 이러한 자기손상행위로서 처분행위의 본질이 충족되기 위해서는 피해자에게 자기 재산 처분에 대한 결정의사가 필수적이다. 다시 말하면 피해자의 행위가 자신의 재산권과 관련되어 있다는 인식이 기초하여 형성된 의사에 지배된 작위 또는 부작위만이 사기죄에서 말하는 처분행위에 해당한다고 규범적으로 평가할 수 있다. 처분결과에 대한 아무런 인식 또는 의사가 없는 처분행위는 그 자체로서 모순이라고 하지 않을 수 없다. 요컨대 피해자가 자신의 재산과 관련하여 무엇을 하였는지조차 전혀 인식하지 못하는 모습의 사기죄는 자기손상범죄로서의 본질에 반한다.

[2] 사기죄의 본질 및 구조에 비추어 사기죄에서 말하는 처분행위란 어디까지나 처분의사에 지배된 행위이어야 하고, 이러한 처분의사는 자신의 행위로 인한 결과에 대한 인식을 당연히 전제한다. 그 결과 피기망자가 기망행위로 인하여 문서의 내용을 오신한 채 내심의 의사와는 다른 효과를 발생시키는 문서에 서명·날인하여 행위자 등에게 교부함으로써 행위자 등이 문서의 내용에 따른 재산상의 이익을 취득하게 되는 이른바 서명사취 사안의 경우에는, 비록 피기망자에게 문서에 서명 또는 날인한다는 인식이 있었더라도, 처분결과에 대해 아무런 인식이 없었으므로 처분의사와 처분행위를 인정할 수 없음이 명백하다.

I. 시작글

사기죄의 성립요건으로서 처분행위를 인정하는 것이 일반적이며, 이 경우 처분의사가 처분행위의 요소인지가 문제된다. 처분의사를 처분행위의 요건으로 인정할 것인지, 이를 긍정할 경우 처분의사의 내용을 어떻게 파악할 것인지에 따라 처분행위의 범위 결국 사기죄의 성립범위가 달라지게 된다. 처분행위를 처분의사로부터 분리시킬수록 처벌의 범위는 넓어지고 반대로 처분행위를 처분의사와 밀접하게 관련시킬수록 처벌의 범위는 축소된다. 전자의 경우 당벌적 행위를 빠짐없이 처벌할 수 있는 장점이 있는 반면 처벌의 지나친 확대의 우려가 있다. 후자의 경우 자기손상행위로서 사기죄의 특성에 부합되는 장점이 있는 반면 처벌의 흠결의 문제가 발생할 여지가 있게 된다. 이처럼 모순·충돌하는 요구를 적절하게 조화시키는 것이 처분의사에 대한 논의의 기본과제라 할 수 있다. 아래에서는 사기죄의 본질을 바탕으로 한 적정한 처벌범위의 확보라는 관점에서 처분의사의 문제를 검토해보기로 한다. 즉 처분행위가 성립하기 위하여 처분의사가 필요한지, 그리고 이러한 처분의사의 내용으로서 구체적으로 요구되는 것은 무엇인지에 대하여 중점적으로 살펴보기로 한다.

최근 대법원은 연구대상판결인 전원합의체 판결을 통하여 사기죄의 처분의사와 관련하여 피기망자에게 처분결과에 대한 인식이 필요하다는 기존의 입장을 폐기하고 피기망자가 처분결과가 아닌 처분행위에 대한 인식이 있으면 처분의사는 인정될 수 있다고 판례의 입장을 변경하였다.¹⁾ 본 판결에서 다수의견과 반대의견이 7:6으로 대립하였고, 다수의견에 대한 보충의견이 3개, 반대의견에 대한 보충의견이 2개가 제시되는 등 보충의견의 수도 다른 판결에 비하여 많이 제시되었으며, 판결문도 상당히 길고 많은 내용을 담고 있다는 점에서 매우 치열한 법리 다툼이 전개되었음을 알 수 있다. 처분의사의 필요 여부와 그 내용을 어떻게 보느냐에 따라 사기죄의 성립범위가 달라지게 되고 실제로 최근 논란이 되는 사건들 중 그에 의해 영향을 받는 사건도 많을 것이라는 점에서

1) 대법원 2017.2.16. 선고 2016도13362 전원합의체 판결. 대법원은 본 판결에서 처음으로 처분결과인식설에서 처분행위인식설로의 입장 변경을 공식적으로 확인하였지만, 이미 그 전에 인세편취사건(대법원 2007.7.12. 선고 2005도9221 판결)에서 처분결과에 대한 인식이 없는 경우에도 부작위에 의한 처분행위를 인정함으로써 처분행위인식설 내지 처분의사 불요설의 입장을 취한 바 있다.

연구대상판결은 매우 중요한 것이라고 할 수 있고 따라서 그에 대한 면밀한 분석과 검토가 요청된다. 대상판결에서는 처분의사의 문제 외에 재산상 손해의 범위, 사기죄의 미수 성립시기, 사기죄와 특별법과의 관계 등 다양한 논점을 다루고 있으나 본고에서는 처분의사에 집중하여 논의를 진행하기로 한다.

II. 사기죄의 구조 및 처분행위의 기능

사기죄는 사람을 기망하여 재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 취득하는 범죄이다. 사기죄는 i) 행위자의 기망행위, ii) 피기망자의 착오, iii) 재산상 처분행위, iii) 재물의 교부받음 또는 재산상 이익의 취득, iv) 전체 재산상의 손해발생의 과정²⁾을 거쳐 범죄가 완성된다. 여기서 처분행위는 편취죄로서 사기죄의 특성을 나타내는 요소이다. 처분행위는 직접적으로 재산상 손해를 발생시키는 작위 또는 부작위 등 일체의 행위를 말한다³⁾. 사기죄에서 이러한 처분행위의 필요성에 대하여는 대체로 견해가 일치한다⁴⁾. 이처럼 사기죄의 구성요건으로서 처분행위를 요구하는 이유는 우선 사기죄의 구조로부터 나온다. 즉 처분행위는 기망에 의한 착오와 재산상 손해·재산상 이익이라는 사기죄의 성립요소를 연결하는 역할을 한다. 착오 그 자체는 재산상 손해나 재산상 이익을 발생시킬 수 없다는 점에서 양자를 매개하는 연결요소(Bindeglied)로서 어떠한 인간의 행위가 필요하고, 그 행위는 착오가 원인이 되어 행하여지는 것이어야 하므로 피기망자의 행위 즉 처분행위가 요구된다⁵⁾. 다음으로 처분행위는 편취행위인 사기와 탈취행위인 절도를 구별하여 사기죄의 성립범위를 제한하는 역할을 한다. 탈취죄인 절도는 범죄행위자

2) 전체 재산상의 손해가 사기죄의 성립요건인지에 대하여 판례는 부정하나(대판2000.7.7. 2000도1899 등) 다수설은 긍정한다.

3) 김일수, 한국형법 IV, 1994, 240면; 이재상·장영민·강동범, 형법각론, 344면; BGHSt 14, 171; Schönke/Schröder/Cramer, Strafgesetzbuch(StGB)§263 Rn. 55.

4) 다만 처분행위가 '기술되지 않은 구성요건요소'인지가 문제된다. 독일형법의 경우 기술되지 않은 구성요건요소로서 파악하고 있고(Samson/Günther, SK-StGB, §263 Rn.66), 일본의 경우는 재물사기죄에서 기술된 구성요건요소 이해하고 있다(山口厚, 詐欺罪における交付行爲, 法學教室 No. 211, 1998, 4, 94면). 우리나라의 경우 기술되지 않은 구성요건요소로 파악하는 견해(김일수, 앞의 책, 241면), 기술된 구성요건요소라고 이해하는 견해(임웅, 형법각론, 408면), 재물사기죄의 경우 기술된 구성요건요소이고 이익사기죄의 경우에는 기술되지 않은 구성요건요소로 이해하는 견해 등이 있다(오영근, 형법각론, 2005, 403면).

5) BGHSt 14, 171; Eckstein, Strafrechtliche Studien, Gerichtssaal, Bd. 78, 135.

의 행위에 의하여 재물을 취득하는 것이고, 편취죄인 사기는 피기망자의 행위에 의하여 재산을 취득하는 것이며 양자는 처분행위를 기준으로 하여 구분된다⁶⁾. 이 점에서 사기죄는 자기손상행위(Selbstschädigung)라고 하고 절도죄는 타인손상행위(Fremdschädigung)라고 한다.⁷⁾ 구체적으로 처분행위는 재산침해행위의 객체가 재물인 경우 사기죄와 절도죄를 구별하는 역할을 하고⁸⁾, 재산침해행위의 객체가 재산상 이익인 경우에는 가별적인 사기죄와 불가별인 이익절도를 구별하는 기능을 한다.

III. 사기죄에서 처분의사의 필요성

사기죄에서 위와 같은 처분행위가 인정되기 위하여 처분의사가 필요한지에 대하여 의견이 갈린다.⁹⁾¹⁰⁾

1. 처분의사 불요설

처분행위는 객관적으로 손해를 초래할 수 있는 행위이면 족하며 처분의사는 별도로 필요 없다고 한다¹¹⁾. 그 논거로서 처분행위에 처분의사를 요구할 경우 명백히 당벌적인 행위에 대하여 사기죄를 적용하지 못하게 되어 처벌의 흠결이 발생하고, 처분행위자에

6) 김일수, 앞의 책, 241면.

7) Geppert, Die Abrenzung von Betrug und Diebstahl, JuS 1977, 69, 75; Samson/Günther, SK-StGB, §263 Rn. 70.

8) 사기죄와 절도죄의 법정형이 독일(둘다 5년 이하의 자유형 또는 벌금)이나 일본(둘다 10년 이하의 징역)의 경우에는 동일하기 때문에 양자의 구별은 이론적 관심의 대상에 머물 수 있지만, 우리나라의 경우 사기죄의 법정형(10년이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금)이 절도죄(6년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금)보다 중하기 때문에 양자의 구별은 보다 중요한 의미를 갖는다.

9) 이하 독일 학설의 내용은, 김재봉, "사기죄와 처분의사", 형사판례연구 11, 한국형사판례연구회, 2003, 171면 이하를 참조한 것이며, 보다 상세한 내용은 동 논문 참조.

10) 이러한 처분의사의 문제와 구별하여야 할 것으로 재산상 손해에 대한 인식의 문제가 있다. 처분의사는 사취의 대상인 개별 재산의 이전에 대한 인식의 문제인 반면 손해에 대한 인식은 전체 재산에 대한 손실발생과 관련한 인식의 문제이다. 이 문제는 주로 구절사기나 기부금사기의 경우에 나타된다. 예컨대 A가 기부금 모금액 리스트의 상단에 실제와는 다른 고액기부자를 기재함으로써, 이후 이를 본 다른 기부자의 경쟁심을 자극하여 이것을 기준으로 기부를 한 경우에 문제된다(OLG Bayern, NJW 1952, 798).

11) 박상기, 형법각론, 2011, 315면; 이재상·장영민·강동범, 형법각론, 2017, 345면; 이정원, 형법각론, 신론사, 2012, 367면.

게 자신의 행위에 착오를 일으키게 하는 것이 바로 기망행위의 본질이므로 처분의사를 요구할 필요가 없으며¹²⁾, 처분의사를 요구할 경우 교묘한 기망행위일수록 사기죄로 처벌할 수 없는 문제가 발생한다는 점¹³⁾ 등을 들고 있다. 한편 사기죄가 피해자의 처분행위를 도구로 이용하는 점에서 간접정범과 구조가 유사하다는 것을 전제로, 간접정범에서 피이용자가 자기 행위의 의미나 결과를 인식할 필요가 없는 것과 마찬가지로 피기망자는 처분결과에 대한 인식은 필요 없으며, 재산처분변동이 재산처분으로 인한 것이기만 하면 족하다는 견해도 있다.¹⁴⁾

이러한 처분의사 불요설에 의할 때 기망행위를 통한 타인의 재산침해행위를 광범위하게 처벌할 수 있는 장점을 갖는다. 다만 이에 의하면 기망을 통하여 재물에 대한 침해가 있는 경우 절도(책략절도)와 사기의 구별이 곤란한 문제가 발생하게 된다. 이에 대하여 처분의사 불요설의 입장에서 피기망자의 주관에 의해서가 아니라 객관적 기준에 의하여 해결할 수 있다는 견해가 있다. 예컨대 행위자가 셀프판매점의 카트에 물건을 숨긴 채로 계산직원에게 계산하지 않고 계산대를 통과한 경우 사기죄가 성립되지 않는 데, 이는 계산직원의 처분의사가 결여되었기 때문이 아니라 거래관념상 객관적으로 점유이전행위로 파악될 수 있는 행위가 결여되었기 때문이라고 한다¹⁵⁾.

2. 처분의사 불요설

처분행위가 인정되기 위하여 처분의사와 같은 일정한 주관적 요건이 필요하다는 입장이다. 그 근거에 대하여 자기손상행위로서 처분행위의 본질이 충족되기 위하여는 일정한 자기재산에 대한 결정의사가 필요하다는 견해¹⁶⁾, 무의식적 처분행위는 그 자체로서 형용의 모순이며, 자신의 행위가 재산권과 관련되어 있다는 인식이 결여된 경우 사기죄의 본질인 피해자의 형식적 의사의 자유를 인식할 수 없다는 견해¹⁷⁾, 처분의사를 일반적으로 요구하면서 특히 부작위 처분행위는 피기망자가 착오의 결과 손해발생을

12) Schraft, Die Vermögensverfügung des Getäuschten als Tatbestandsmerkmal des Betrugs, 1935, 151ff.

13) Blei, Strafrecht, Bd.2, Besonderer Teil, 201.

14) 문채규, “사기죄의 본질 및 구성요건 구조와 처분의사”, 비교형사법연구 제19권 제3호, 2017, 11면 이하.

15) Samson/Günther, §263 Rn. 80, 87a.: 피기망자의 행위가 점유를 판단하는 사회규범적 척도에 따라 객관적으로 처분으로 해석되지 않으면 절도가 되고, 그렇지 않으면 사기가 된다는 견해로, 문채규, 앞의 논문, 20면 이하.

16) Hansen, Die subjektive Seite der Vermögensverfügung beim Betrug, MDR 1975, 533.

17) Jacobowitz, Vermögen, Vermögensschädigung und Vermögensdisposition beim Betrug, 1918, 80f.

저지할 수 있는 행위를 의식적으로 하지 않은 경우 즉 기망이 원인이 되어 부작위로의 의식적 결정이 있을 때 한하여 인정된다는 견해¹⁸⁾, 주관적 의사가 없는 행위는 행위라고 할 수 없으므로 처분의사가 필요하다는 견해¹⁹⁾, 절도죄와의 구별을 위하여 처분의사가 필요하다는 견해²⁰⁾, 피기망자의 하자있는 '의사에 기한' 처분행위가 있어야 하므로 처분의사가 존재하여야 한다는 견해²¹⁾ 등이 주장되고 있다. 이처럼 다양한 근거를 제시하는 처분의사 필요설도 처분의사의 내용에 대하여는 의견이 일치하지 않으며, 이러한 견해의 대립에 대하여는 항을 바꾸어 살펴보기로 한다.

3. 이원설

처분행위에는 원칙적으로 처분의사가 필요하지 않으나 예외적으로 재물사기의 경우에는 처분의사가 필요하다는 입장이다. 결국 재물사기의 경우 처분의사가 필요하고 이 익사기의 경우는 그것이 필요하지 않다는 것이다. 처분행위가 인정되기 위하여는 원칙적으로 의식적이든 무의식적이든 상관없으며, 객관적으로 재산감소의 작용을 하는 행위이면 족하지만,²²⁾ 이러한 원칙과는 달리 처분행위를 인정하는데 있어서 처분의사가 중요한 의미를 갖는 경우가 있다고 한다. 처분행위를 인정하는데 있어서는 피기망자의 자기손상행위 즉 재산교부행위(Gebeakt)가 있었느냐가 중요하며, 이는 피기망자의 행위가 재산감소에 인과적으로(ursächlich) 기여할 뿐만 아니라 내용적으로 재산감소를 뒷받침하는 근거(inhaltlich als ihr tragender Grund)가 있을 때 인정된다고 한다.²³⁾ 이에 따르면 재물사기죄에서는 처분의사 즉 재물의 점유이전에 대한 인식이 있어야 처분행위를 인정할 수 있는데,²⁴⁾ 그 이유는 재물의 점유자가 재물의 점유상실을 인식하지 못하는 상태에서 재물을 가져가게 하거나 재물을 넘겨준 경우 위와 같은 "교부행위"를 인정할 수 없기 때문이라고 한다²⁵⁾. 한편 우리 형법의 경우 재물에 대한 침해는 피기망자의 처분

18) Görgen, Die Vermögensverfügung durch Unterlassung beim Betrug und der Sicherungsbetrug, 1960, 35.

19) 오영근, 앞의 책, 403면.

20) 배종대, 형법각론, 2018, 467면.

21) 임웅, 앞의 책, 408면.

22) Dreher/Tröndle, Strafgesetzbuch, 1992, §263 Rn. 24; Eser, Strafrecht IV, 1993, 12 A 38; Lackner, LK, §263, Rn. 98; Maurach/Schröder/Maiwald I, §46 II A 3 a. 이에 해당하는 구체적인 사례는, 김재봉, 앞의 논문, 173면 참조.

23) Lackner, Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch(LK-StGB), 2003, §263 Rn. 95, 98.

24) Arzt/Weber, Strafrecht BT, 2000, Rn. 74.

의사가 있을 때에는 사기죄로 처벌하고 처분의사가 없을 때에는 절도죄로 처벌하고 있지만, 이익에 대한 침해의 경우는 이익절도를 처벌하고 있지 않기 때문에 피기망자에게 처분의사가 있는 경우와 없는 경우 모두를 사기죄로 처벌하는 것이 우리 형법의 적절한 해석이라고 하면서 이원설을 주장하는 견해도 있다.²⁶⁾

이처럼 이원설이 이익사기와 재물사기를 구별하여 취급하는 이유는, 우선 이익사기에서 처벌의 공백을 메워 피해자를 보호하려는데 있으며,²⁷⁾ 또한 재물에 대한 사기와 절도의 구별을 처분의사를 통하여 하기 위한 것이다²⁸⁾. 특히 피기망자의 외부적 행위가 없는 경우 양자를 객관적으로 구별하기는 곤란하므로 주관적 기준에 따를 수밖에 없다고 한다²⁹⁾. 또한 예전부터 많은 논란이 되고 있는 점유이완(Gewahrsamslockerung)와 점유이전(Gewahrsamsverschiebung)의 구별에 있어서도 피기망자의 주관적 태도가 중요한 구별기준이 된다고 한다³⁰⁾.

4. 학설의 검토

처분의사 불요설에 의하면 처벌흡결의 문제는 발생하지 않지만, 재산이전에 객관적으

25) Lackner, LK, §263 Rn. 101. 따라서 이 경우에는 절도죄가 성립할 뿐이라고 한다(Arzt/Weber, aaO).

26) 서보학, “사기죄에 있어서 처분의사의 필요성 여부와 처분의사의 내용”, 경희법학 제52권 제4호, 2017, 218면. 범죄의 객체가 재물인가 재산상 이익인가에 따라 처분행위도 재물의 교부인가 아니면 그 외의 방법으로 재산상 손해를 초래하는 행위가 차이가 있으므로 양자는 처분의사의 요부에 있어서 취급을 달리해야 한다는 견해로는, 원형식, “사기죄에서 처분 의사 및 재산상 손해”, 일감법학 제 38호, 건국대 법학연구소, 2017, 526면.

27) 서보학, 위의 논문, 218면.

28) Joecks, Zur Vermögensverfügung beim Betrug, 1982, 25.

29) Schröder, Über die Abgrenzung des Diebstahls von Betrug und Erpressung, ZStW 60, 1941, 45 ; RG HRR 1934 Nr. 1259.

30) 예컨대 A가 보험회사건물의 현관에서 그의 자켓에서 담배를 찾으려 할 때 옆에 있던 피고인에게 돈을 든 지갑을 잠깐 들고 있으라고 하자, 피고인이 지갑을 가지고 달아날 마음을 먹고 잠깐 전화를 하고 오겠다고 A에게 말한 후 허락을 받고 그대로 도주한 경우에 있어서, A는 피고인이 근처에 머물고 있다는 것을 예상하고 있으므로 자신의 점유를 유지하며 피고인의 도주에 의하여 비로소 점유가 침탈되는 것으로 이 경우는 소위 점유이완에 해당한다(OLG Köln MDR 1973, 866ff). 반면 만일 A가 피고인을 건물밖의 거리로 나가는 것을 허락한 경우라면 자신이 개입할 수 있는 범위 밖으로 나가는 것을 예상하고 있으므로 이미 피고인은 점유를 상실한 것으로서 점유의 이전이 되어 사기죄가 인정된다고 한다(Vgl. Miehe, Unbewußte Verfügungen, 1987, 40). 양자의 경우 A가 지갑을 건네 준 것과 피고인이 지갑을 가지고 달아난 객관적 상황은 동일하고 다만 피고인이 어떠한 생각을 가지고 피고인이 자리를 떠나는 것을 허락했느냐에 차이가 있을 뿐이므로 주관적 요건이 양자의 성격을 결정하는데 중요한 역할을 하는 것이다(김재봉, 앞의 논문, 174면).

로 기여하는 피기망자의 모든 행위 즉 재산이전과 (조건적)인과관계가 있는 행위는 모두 처분행위로 인정하게 되어,³¹⁾ 처분행위의 범위를 지나치게 넓히고 처벌의 확대로 이어지게 된다. 처분의사 불요설에 의하더라도 처분효과의 직접성에 의해 처분행위를 제한할 수 있는 경우가 있지만 그렇지 못한 사례들도 존재한다. 전술한 점유이완과 점유이전의 구별에 상응하는 책략절도와 사기의 사례들이 이에 해당한다. 금방에서 목걸이를 구입할 것처럼 가장하여 금방주인으로부터 목걸이를 건네받은 후 화장실에 다녀오겠다고 하면서 나간 뒤 그대로 도주한 경우,³²⁾ 피해자가 가지고 있는 책을 잠깐 보겠다고 하며 동인이 있는 자리에서 보는 척하다가 가져 간 경우³³⁾ 피기망자는 물건에 대한 점유의사를 계속 가지고 있으므로 점유이전이 아닌 점유이완이 되어 사기죄가 아닌 절도죄가 성립한다. 이 경우 외형적으로는 피기망자의 처분행위가 있는 것으로 볼 수 있지만 처분의사가 부정되어 사기죄를 인정할 수 없다. 이처럼 손해발생 여부에 있어서 피기망자의 주관적 의사를 고려해야 하는 사례들이 있기 때문에 처분효과의 직접성만으로는 사기죄의 성립범위를 충분히 제한할 수 없게 된다. 그리고 간접정범과의 구조적 유사성을 근거로 처분의사를 요구하지 않는 견해는 간접정범과의 유사성만을 강조하여 편취죄 및 자기손상범죄로서 사기죄의 특성을 간과하는 문제점이 있다. 사기죄는 간접정범으로만 실현할 수 있는 범죄가 아니기 때문에 간접정범이론에 종속될 필요가 없다. 사기죄의 경우 재산권과 처분의 자유도 보호법익으로 파악하는 입장에 의하면 객관적인 재산침해뿐만 아니라 피해자의 의사자유의 침해도 함께 고려해야 한다.³⁴⁾ 간접정범의 경우 의사지배가 인정되어야 하는데 사기죄에서 기망의 정도는 다양한데 그 모든 경우에 피기망자가 기망자에 의해 지배·조종되는 경우에 해당하는지도 의문이다. 아울러 부작위사기는 일반적으로 인정되는데 부작위에 의한 간접정범의 성립 여부에 대하여는 많은 논란이 있다.³⁵⁾ 또한 이 견해는 처분행위는 재산변동을 초래하는 착오에 기인한

31) 가스검침원이라고 하여 문을 열어주었는데 그가 집안의 물건을 가져 간 경우에 문을 열어주는 행위 또는 기망자에게 속아서 차를 빌려주고 그 차로 피기망자의 재물을 몰래 싣고 가는 경우 차를 빌려주는 행위도 처분행위로 파악될 여지가 있다(김재봉, 앞의 논문, 174면).

32) 대판1994.8.12. 94도1487; 1983.2.22., 82도315.

33) 대판1983.2.22. 82도3115.

34) 기망에 의해 피기망자가 진심으로는 '하기 싫은' 처분행위를 한 경우 처분의 자유를 침해당한 것이고 이 점을 반영하여 사기죄는 절도죄보다 법정형을 높게 설정한 것이라 할 수 있다. 또한 공갈죄의 경우 하자있는 의사에 의하여 재산을 처분하는 편취죄라는 점에서 사기죄와 동일한 성격을 갖고 있는데, 공갈죄의 경우 의사의 자유를 보호법익으로 인정하고 있다는 점을 고려해도 처분의 자유를 사기죄의 보호법익으로 인정하는 것이 타당하다(오영근, 앞의 책, 465면).

행위로 정의할 수 있다고 하는데, 어느 경우에 재산변동이 초래되는지에 대한 판단기준을 제공하지 않고 있다. 결국 처분 의사 불요설은 이익사기에서는 처벌이 지나치게 확대되고 재물사기에서는 사기죄와 절도죄의 법정형을 고려할 때 처벌의 지나친 강화를 초래하게 된다는 비판을 받을 수 있다.

한편 이원설은 재물사기죄와 이익사기죄를 달리 취급함으로써 처분행위를 별개로 이해하는 문제점이 있다. 즉 재물사기죄와 이익사기죄는 객체가 재물이나 이익이냐의 차이만 있을 뿐 그 본질에 있어서는 동일한 것이므로³⁵⁾ 처분 의사에 관하여도 동일하게 취급하는 것이 논리적이다³⁷⁾. 우리 형법이 이원설의 입장에서 서 있다는 것도 동의하기 곤란하다. 객체가 재물인 경우 우리 형법이 사기죄와 절도죄를 구별하여 규정하기 때문에 양자를 구별하기 위하여 전자의 경우 처분 의사가 필요하다는 것은 옳다고 볼 수 있다. 그러나 객체가 이익인 경우 이익절도를 규정하고 있지 않기 때문에 사기죄로 처벌해야 한다는 것은 무리한 해석으로 보인다. 이 경우는 처벌을 하지 않는 것이 죄형법정주의에 충실한 것이기 때문이다. 이원설의 논리에 따르면 객체가 재물인 경우에도 피해자보호를 위해 처분 의사를 요구하지 않으면서 법정형이 높은 사기죄로 처벌하는 것이 자연스러운 것이 될 것이다. 결국 이익사기의 경우 처벌의 필요성에만 초점을 맞추어 입법의 흠결을 해석으로서 보완하려는 것으로 바람직한 것으로 볼 수 없다³⁸⁾.

마지막으로 처분 의사 필요설에 대하여는 처분 의사에 의하여 처분행위의 범위를 제한함으로써 당벌적 행위를 처벌하지 못할 수 있다는 비판이 가능하다. 그러나 이 문제는 처분 의사의 내용을 어떻게 파악하느냐에 따라 상당히 완화되거나 제거될 수 있다. 후술하는 바와 같이 자기손상행위로서 처분행위 인정 여부는 처분결과를 피기망자에게 객관적·주관적으로 귀속시킬 수 있는지의 문제이기 때문에 처분결과에 대한 인식이나 의사는 아닐지라도 처분결과에 대한 인식가능성이라는 주관적·인적 관련성은 최소한 구비될 필요가 있다. 처분 의사의 내용을 어떻게 파악할 것인지는 항을 바꾸어 살펴보기로 한다.

35) 긍정설(이정원, 형법총론, 신문사, 2012, 428면)도 있지만 부정설(신동운, 형법총론, 법문사, 2017, 686면)이 다수설이다.

36) 김일수, 앞의 책, 423면.

37) 김선복, 사기죄에 있어서 처분 의사의 필요성, 형사법연구 제13호, 2000, 177면.

38) 독일의 경우 이원설이 판례와 다수설의 입장인데, 이러한 이원설의 입장에서 서면서도 재물사기죄와 이익사기죄에 있어서 단일한 기준을 제시하지 못하는 것은 만족스러운 것은 아니며 실제 문제를 해결하는데 어려움을 주고 있다는 것을 인정하는 견해도 있다(Lackner, LK-StGB, §263 Rn. 101).

IV. 사기죄에서 처분의사의 내용

1. 개 관

처분행위에 처분의사를 요구하는 경우에도 그 내용에 대하여는 다양한 견해가 제시되고 있다. 즉 인식의 대상과 인식의 정도에 따라 엄격하게 파악하는 입장과 완화시켜 파악하는 입장이 있다. 먼저 인식의 대상에 있어서 처분행위 외에 처분결과까지 인식을 요하는지 그리고 처분결과에 있어서도 권리변동으로 한정할 것인지 사실상 이익의 변동도 포함할 것인지에 대하여 견해가 나뉜다. 그리고 인식의 정도에 있어서도 가장 좁게 확정적 인식을 요구하는 견해 외에 인식의 정도를 완화시켜 묵인 등 미필적 인식을 요구하는 견해와 더 나아가 인식가능성으로 족하다는 입장도 제시되고 있다. 이러한 기준에 따르면 권리변동인식설이 가장 좁게 처분의사의 내용을 이해하는 입장이고 귀속설이 처분의사의 내용을 가장 넓게 이해하는 입장이다. 그리고 그 중간에 사실상 인식변동 인식설, 처분행위인식설, 묵인설 등이 있다. 이러한 견해의 대립은 처분의사의 내용에 따라 사기죄의 성립 범위가 달라지기 때문에 적절한 처벌의 범위를 확보하려는 노력의 일환으로 볼 수 있다.³⁹⁾

2. 처분결과 인식설

(1) 권리변동 인식설

피기망자가 의식적으로 자신의 재산으로부터 재물을 분리하여 상대방의 재산에 속하도록 하는 경우 즉 재물이 상대방의 소유에 속하는 것을 인식한 경우에 처분의사를 인정하는 견해이다. 이는 인식의 대상을 권리변동으로, 인식의 정도를 확정적 인식으로 한정하여 처분의사의 범위를 가장 좁게 파악하는 입장이다. 이에 의하면 물건을 돌려줄

39) 이하 학설의 내용은, 김재봉, 앞의 논문, 178면 이하를 참조한 것이며, 보다 상세한 내용은 동 논문 참조.

의사 없이 빌려달라고 하는 자에 대하여 물건을 교부한 경우에는 처분의사를 인정할 수 없게 되지만, 대가의 지불의사 없이 물건을 구입한 자의 경우나 구걸사기·기부금사기의 경우에는 처분의사가 인정된다⁴⁰⁾. 법률적 재산개념을 따르면서 단순한 사실상 이익의 이전으로는 부족하고 법률적으로 재산이나 권리가 상대방에게 속하는 것을 인식하는 것을 요구하여 처분의사의 내용을 이처럼 엄격하게 이해하는 입장도 있다⁴¹⁾.

(2) 사실상 이익변동 인식설

인식의 대상을 소유권 등과 같은 권리의 이전으로 한정하지 않고 사실상 이익(손실)의 변동에 대한 인식을 처분의사의 내용으로 이해하는 견해이다. 처분행위가 인정되기 위하여 피기망자의 '사실상'의 처분의사가 존재하여야 한다거나 자신의 행위로 인하여 재물의 점유나 기타 권리가 타인에게 이전되거나 또는 거꾸로 채무와 같은 재산상 부담이 자신에게 옮겨온다는 점에 대한 인식이 요구된다는 견해⁴²⁾ 등이 여기에 속한다.

(3) 재산변동 묵인설

이 입장은 인식의 대상과 인식의 정도를 모두 완화시키는 입장이다. 우선 피기망자에게 재산이전에 대한 인식과 의사를 요구하는데, 여기서 재산이전은 사실상 재산의 이전을 의미하고 그 점에서 위의 사실상 이익 인식설과 동일하다. 또한 처분의사의 내용인 인식이나 의사의 정도를 낮추고 있다. 독일의 미에(Miehe)는 사기죄에서 처분행위가 인정되기 위하여는 피해자가 손해발생과정에 최소한의 인적 관여를 하여야 한다고 한다. 우선 사기죄의 불법내용(Unrechtsgehalt)은 기망과 착오에 의하여 주로 결정되는데, 이점을 강조하면 기망과 착오에 조건적으로 연결되는 경우 사기죄는 성립되게 된다고 한다. 그러나 다른 한편에서 사기죄는 동기범죄(Motivationsdelikt)로서의 특성상 피기망자에게 손실유발행위에 대한 의사결정 즉 자기손상행위를 할 것을 요구한다고 한다. 이러한 상반되는 두 가지 요구 중 전자는 구성요건에 규정되어 있기 때문에 후자보다 우선시켜야 하며, 따라서 피해자의 인적 관여(personaler Beteiligung)는 최소한으로 요구된다고 한

40) 독일의 박만(Backmann)은 사기죄와 영득죄(절도, 횡령)를 대비시키고 권리자가 소유권 이전 즉 영득에 대한 인식이 없는 경우에 영득죄를 인정하기 때문에 처분행위나 처분의사도 이러한 제한적인 개념으로 설정하고 있다(Backmann, Die Abgrenzung des Betrugs von Diebstahl und Unterschlagung, 1974, 21, 28ff.).

41) Binding, Lehrbuch des gemeinen Deutschen Strafrechts, BT 1, 1902, 354 f.

42) 배종대, 앞의 책, 467면.

다⁴³). 이러한 최소한의 인적 관여가 충족되기 위하여는 재산이전의 외적 사태(äußerer Vorgang)에 대한 인식과 재산이전행위가 자신이 처분할 수 있는 재산에 관련되거나 관련될 수 있다는 인식 외에 피기망자에게 재산이전에 대한 의사가 있어야 한다고 한다⁴⁴). 이러한 의사는 넓은 의미로 파악되며 적극적으로 재산이전을 의욕하는 것뿐만 아니라 소극적으로 재산이전을 방치·묵인하는 것도 포함된다고 한다⁴⁵). 결국 자신 또는 타인의 재산이전의 가능성을 인식하면서 이에 무관심하거나 묵인하는 태도를 나타낼 때 처분행위의 주관적 요건을 충족하는 것으로 이해하는 것이며 인식의 정도를 미필적 인식의 정도 낮추어 파악하는 것이다.

3. 처분행위 인식설

이 견해는 재산변동을 일으키는 행위나 그 상황에 대한 인식이 있으면 처분의사는 인정되고, 처분행위의 결과인 재산상 손해에 대한 인식까지는 요구되지 않는다는 입장이다.⁴⁶ 사기죄는 본래 피기망자로 하여금 처분행위의 결과를 모르게 속이는 것을 핵심적인 내용으로 하는 것으로서 자신의 행위가 가져올 결과를 정확하게 인식한다는 것은 결국 기망을 당하지 않았음을 의미하는 것이기 때문에 처분의사는 처분행위 자체에 대한 인식으로 개념을 좁게 이해하는 것이 타당하다고 한다.⁴⁷ 독일의 한젠(Hansen)은 처분행위가 되기 위하여는 피기망자가 일정한 입장표명이 요구되는 상황 즉 의사결정상황(Entscheidungssituation)을 인식하면서 일정한 손해발생행위를 하는 것이 요구된다고 한다. 따라서 자신 또는 제3자의 손해발생과 관련한 의사결정(Entscheidung)에 대한 인식과 의사가 처분행위의 주관적 요건이 된다고 한다⁴⁸). 그는 구체적인 예를 들어 설명

43) Miehe, aaO, 54ff.

44) 이 요건이 적용되지 않는 점으로 다음과 같은 예를 든다. 셀프판매점 계산직원이 계산대 앞에서 부랑자의 불룩 튀어나온 호주머니를 보고 계산할 물건이 없냐고 묻자 부랑자가 없다고 하여 계산대를 통과시킨 경우이다. 여기서 계산직원은 재산이전 행위의 외형적 사태를 인식하고 셀프판매점 물건에 대한 관심을 보였으므로 첫 번째와 두 번째 요건은 충족시키지만, 재산이전을 방치하거나 무관심한 태도를 보인 것은 아니므로 세 번째 요건은 충족시키지 못한다고 한다(Miehe, aaO, 68f.).

45) Miehe, aaO, 66ff., 77.

46) 김선복, 앞의 논문, 169면 이하; 송승은, “사기죄의 처분행위와 처분의사”, 법이론실무연구, 법이론실무연구회, 제6권 제3호, 2017, 217면 이하.; 오영근, 형법각론, 2017, 302면; 임웅, 앞의 책, 408면

47) 이경철, “사기죄의 구성요건으로서의 처분행위”, 법학논고 제38집, 경북대학교 법학연구원, 2012.2., 113면.

48) Hansen, aaO, 537 ff.

을 한다.⁴⁹⁾ 채권자 B가 채무자 A에게 채무이행을 요구하자, A 자신이 채무자가 아니라고 B를 속여 B가 더 이상 채권행사를 포기한 사례에 있어서, A가 채무자가 아니라고 했을 때 B는 자신의 물건을 찾아내든지 아니면 그 말을 그대로 받아들여 채권행사를 하지 않든지 등의 여러 선택의 가능성이 있는 상황 즉 '의사결정상황'에 놓이게 되는데 여기서 후자에 대한 '의사결정'을 '의식'적으로 한 것이며, 이때는 그로 인하여 자신에게 손해가 발생한다는 인식은 필요 없다고 한다. 또한 B가 A의 부탁으로 물건을 판매하여 200마르크를 받고서 A에게 100마르크밖에 받지 못했다고 하면서 건네주는 돈을 A가 받은 경우⁵⁰⁾에도, 더 이상 돈을 받지 않겠다는 A의 의식적 의사결정이 인정되며 손해발생에 대한 인식은 불필요하다고 한다⁵¹⁾. 한젠은 위의 사례에서 채권자가 자신의 채권을 청구하지 않은 것을 무의식적 부작위로 따로 파악할 것이 아니라 의식적으로 이루어진 묵시적 의사표시로 이해해야 한다고 한다. 그리고 이러한 상황은 재물사기에서도 마찬가지로 한다. 즉 과일장수 A가 각각의 딸기바구니에 2kg씩 넣어 판매하는데, B가 몰래 하나의 바구니에서 300g의 딸기를 다른 바구니에 넣고, 그 바구니를 2kg의 가격을 지불하면서 사가지고 간 경우, 2kg에 대한 의식적 점유이전과 300g에 대한 무의식적 점유이전을 나누어서 파악하는 것이 아니라 전체로서 하나의 처분행위가 있고 다만 그 행위의 손실유발적 성격을 인식하지 못한 것으로 이해한다. 따라서 300g의 가격청구에 대한 무의식적 부작위가 아니라 그에 대하여 더 이상 가격을 청구하지 않겠다는 의식적 행위로 파악할 수 있다고 한다⁵²⁾. 이와는 달리 무의식적 부작위 사례의 경우에는 처분행위를 인정할 수 없다고 한다. 예컨대 피보험자 A가 화재를 당하여 보험회사에 시계와 결혼반지를 포함한 피해물품을 신고하고 보험금을 지급받고 나서 한참 지난 뒤 시계와 결혼반지를 발견하고도 보험회사에 신고를 하지 않은 경우⁵³⁾, 보험회사의 무의식적 부작위에 의한 처분행위가 문제될 수 있으나 이 경우에는 일정한 의사결정이 요구되는 '특정한 상황'에서 의사결정을 한다는 인식이 보험회사에 결여되어 있기 때문에 처분행위를 인정할 수 없다고 한다.

49) 김재봉, 앞의 논문, 182면 이하 참조.

50) Vgl. RGSt 65, 99

51) Hansen, aaO, 538.

52) Hansen, aaO, 538.

53) RGSt 70, 225. 이 사례에서 제국법원은 사기죄를 인정하였다.

4. 귀속설

이 견해는 자기손상행위로서 사기죄의 본질에 주목하여 처분행위의 결과를 피기망자에게 '귀속'시킬 수 있는 경우에 처분의사와 처분행위를 인정하려는 입장이다. 여기서 귀속의 기준은 피기망자가 처분결과인 손실(이익)의 발생 또는 재산이전을 회피할 수 있었는지 여부, 즉 회피가능성(예전가능성)이라고 한다. 이에 따르면 피기망자에게 처분결과에 대한 인식이 있었던 경우는 물론 이러한 인식이 가능했던 경우에도 처분의사를 인정할 수 있다.⁵⁴⁾ 이 견해는 처분행위의 유무를 피기망자의 결과인식 여부와 상관없이 외부적으로 드러난 행위로만 판단하거나 반대로 피기망자가 인식한 부분에만 전적으로 의존하고자 하는 것은 문제가 있다고 한다. 따라서 기본적으로 사기죄의 성립범위를 제한한다는 입장에 서면서도 다른 한편 가해자·피해자의 책임과 함께 양자간의 위험배분의 관점을 고려하므로 다른 학설들에 비해 비교적 합리적 결과를 도출할 수 있다고 한다. 완전 인식설(처분결과인식설)과 불완전 인식설(처분행위인식설)이라는 양극단에서 벗어나 인식사실과 발생결과 간의 불일치 및 피기망자가 처분결과를 인식하지 못하게 된 원인 등 다양한 문제 상황에 대해 보다 유연한 접근이 가능하다고 한다.⁵⁵⁾ 이 입장에 의하면 귀중품이 든 가방을 빈가방으로 속인 경우 또는 고액수표가 든 봉투를 빈봉투로 속인 경우에 귀중품이나 고액수표의 인식가능성이 있었다면 처분행위를 인정할 수 있다. 채권불행사나 서명사취의 경우에도 피기망자가 자신의 행위로 인한 손실(이익)의 발생을 인식할 수 있었는데도 경솔하게 행동하여 그러한 결과가 발생하였다면 결과를 피기망자에게 귀속시켜 처분행위를 인정할 수 있게 된다.⁵⁶⁾

5. 학설의 검토

이처럼 처분의사의 내용에 대하여 다양한 의견이 대립하지만 각 학설은 모두 문제점

54) 김재봉, 앞의 논문, 187면 이하. 사기죄와 절도죄의 구별을 위해서 사기죄의 성립범위를 제한하는 요소로서 처분행위의 직접성이나 그와 연결되는 객관적 귀속의 기준을 도입하여 문제를 해결하는 편이 체계정합적이라는 견해로, 최준혁, "사기죄의 처분행위와 처분의사에 관한 대법원 2016도13362 전원합의체판결의 의미", 법학연구 제21집 제3호, 인하대 법학연구소, 2018, 265면 이하.

55) 황태정, "사기죄의 처분행위와 처분의사 - 대법원 2017.2.16. 선고 2016도13362 전원합의체 판결 -", 법조, 통권 제723호, 법조협회, 2017, 832면 이하.

56) 김재봉, 앞의 논문, 188면.

을 내포하고 있다. 먼저 권리변동인식설은 박만(Backmann)의 독특한 재산죄 체계나 법률적 재산설을 전제로 하는 것이기 때문에 이를 따르지 않는 경우 수용할 수 없다. 무엇보다도 이에 의하면 사기죄의 성립범위가 지나치게 축소되는 약점이 있다. 사실상 이 익변동 인식설은 인식의 대상을 넓힘으로써 당벌적 행위의 처벌을 확보하는 장점이 있으나 인식의 정도에 대한 구체적 설명이 없다는 점에서 문제가 있으며, 또한 사실상이 익변동에 대한 인식이 없는 경우에 처벌혐결의 문제가 발생할 수 있다. 재산변동에 대한 묵인설은 인식의 정도를 낮춤으로써 처벌범위를 확보할 수 있는 장점이 있지만 그러한 최소한의 인식이 없는 경우에는 처벌할 수 없는 문제점이 있다. 종래 논란이 되었던 많은 사례들은 인식이 없는 작위·부작위의 경우라는 점에 주목할 필요가 있다. 귀속설에 대하여는 인식가능성의 판단기준이 명확하지 않으며 피기망자 개인의 예견가능성인지 평균인의 일반적 예견가능성인지 분명하지 않다는 지적이 있다. 또한 예견가능성이 높은 사람은 처벌되고 낮은 사람은 처벌되지 않는 것은 법감정에 반하며, 책략절도사태에서 점유침탈에 대한 인식가능성이 있는 경우에는 절도죄로 처벌하는 것이 합리적이라는 비판도 제기된다.⁵⁷⁾

한편 처분행위인식설의 경우 처분결과 인식설보다는 당벌적 행위의 처벌가능성을 높이는 점에서 장점이 있다. 그러나 처분결과와 단절되어 처분의사를 파악하기 때문에 자기손상행위로서 처분행위 중 '자기'손상에는 충실한 해석이 될 수 있지만 자기'손상'의 성격을 충분히 파악하지 못하는 문제가 있다. 또한 의사결정인식설에 의하면 고액수표가 들어있는 봉투를 빈 봉투로 속여 취득하는 경우, 귀중품이 들어있는 낡은 가방을 빈 가방으로 속여 취득하는 경우, 셀프판매점에서 계산직원의 관심을 다른 데로 돌리면서 신발 속에 고가품을 숨기고 나온 경우 숨긴 물건에 대한 의사결정을 인정하기도 곤란하다. 이러한 사례들에 있어서 의사결정을 인정하지 않는다면 사기죄의 범위를 지나치게 축소시키는 것이 되고, 반대로 의사결정을 인정하여 사기죄로 처벌하는 것은 무리한 추론을 바탕으로 하는 것이다. 이밖에 딸기사취사태에서처럼 사취한 것은 재물(300g 딸기)인데 이를 이익사기로 이해하는 것도 부자연스럽고, 사취한 300g 딸기에 의식적 청구포기를 인정하는 것도 지나치게 기교적인 설명이라고 할 수 있다.

결국 모든 학설은 나름대로의 문제점을 지니고 있다. 여기서 사기죄 본질의 고려라는 이론적 관점과 적절한 처벌범위의 설정이라는 형사정책적 관점에서 가장 문제가 적은

57) 서보학, 앞의 논문, 225면.

방안이 모색되어야 한다. 이러한 기준에 따를 때 귀속설이 가장 적합한 해결방안이라고 할 수 있다. 사기죄의 본질은 자기손상행위이며 이는 피기망자가 스스로 손실의 결과를 만들어 냈다는 의미이기 때문에 그 결과를 피기망자에게 귀속시킬 수 있는지 여부에 따라 판단하는 것이 이론적으로 타당하다. 또한 귀속설에 의할 때 처분결과에 대한 인식뿐만 아니라 인식가능성이 있는 경우에도 사기죄로 처벌할 수 있기 때문에 처분의사 불요설이나 처분결과 인식설이라는 양 극단에 치우치지 않고 적절한 처벌범위를 설정할 수 있는 형사정책적 요청을 충족시킬 수 있다. 귀속설에 가해지는 비판 중 인식가능성이라는 기준이 불명확하다는 점은 개념상 불가피한 것이라고 할 수 있다. 이는 인식·예견가능성을 내용으로 하는 범죄성립요소로서 과실에도 공통되는 것이다. 판단이 곤란하다고 과실을 포기할 수 없듯이 처분의사의 내용으로서 인식가능성도 동일하게 다루어야 하며, 앞으로 유형화를 통한 구체화작업이 진행될 때 불명확성의 문제는 많이 해소될 수 있을 것이다. 또한 예견가능성이 높은 사람과 낮은 사람을 구별하는 것이 법감정에 반한다는 주장도 타당하지 않아 보인다. 예견가능성이 있어 결과를 회피할 수 있었던 경우에는 결과를 행위자에게 귀속시키는 것이 당연하기 때문이다.⁵⁸⁾ 그리고 책략 절도사례에서 점유침탈에 대한 인식가능성이 있는 경우 절도죄로 처벌하는 것이 합리적이라는 비판도 수용하기 곤란한데, 귀속의 관점에서 처분행위를 인정할 수 있는 이론적 근거가 충분하기 때문이다. 한편 귀속설이 처분결과에 귀속을 통하여 피해자에게 규범적 비난을 가하는 것은 적절하지 않다는 지적이 있다.⁵⁹⁾ 그러나 이는 귀속설에 대한 오해에서 나온 것이다. 귀속설에서 주장하는 귀속은 책임비난과는 무관하게 중립적 입장에서 결과를 행위자가 만들어 낸 것으로 평가할 수 있는지를 판단하는 과정이다. 이는 구성요건해당성 판단에서 객관적 귀속이론이 책임비난과는 무관한 것과 같은 이치이다.⁶⁰⁾ 귀속설의 근거와 내용에 대하여는 대상판결에 대한 검토를 한 후에 뒤에서 좀 더 상세히 살펴보기로 한다.

58) 특히 이원설의 입장에서 재물사기의 경우 손해에 대한 인식 여부에 따라 사기죄와 절도죄를 구별하면서 이러한 비판을 가하는 것은 논리적이지 않다. 이 경우에도 차별문제는 발생할 수 있기 때문이다.

59) 문채규, 앞의 논문, 10면.

60) 문채규 교수는 앞의 논문에서 자기손상은 피해자의 재산손상이 행위자의 행위가 아니라 피해자의 행위를 통하여 초래된다는 의미일 뿐이라고 한다. 귀속설은 바로 어느 경우에 재산손상의 결과가 피해자의 행위를 통하여 초래된 것인지를 판단하기 위한 이론이라고 할 수 있다.

V. 대상판결의 검토

대상판결의 다수의견과 반대의견은 표현상의 차이는 있지만 사기죄는 재산의 변동에 피기망자의 행위가 개입되어야 하는 자기손상범죄로서 절도죄 등과 같이 오로지 행위자가 재산변동을 초래하는 타인손상범죄와 구별된다고 한다. 그리고 자기손상범죄로서 사기죄에서는 자기손상행위인 처분행위가 필요하다고 한다. 이처럼 처분행위의 주관적 요건으로서 처분의사가 필요하다는 점은 모두 인정하지만 처분의사의 내용에 대하여는 입장을 달리하며, 아래에서 구체적으로 살펴보기로 한다.⁶¹⁾

1. 다수의견의 내용과 검토

다수의견에 의하면 사기죄에서 피기망자에게 처분결과에 대한 인식이 없더라도 처분행위로 평가되는 행위 자체에 대한 인식이 있는 이상, 처분의사를 인정할 수 있다고 한다. 그리고 서명사취 사안에서 비록 피기망자가 처분결과를 미처 인식하지 못하였다고 하더라도, 어떤 문서에 스스로 서명·날인함으로써 그 처분문서에 서명 또는 날인하는 행위에 관한 인식이 있으면 피기망자에게 처분의사를 인정할 수 있다고 한다. 이에 대하여 다음과 같은 근거를 제시한다. 피해자의 처분행위에 처분의사가 필요하다고 보는 근거는 처분행위를 피해자가 인식하고 한 것이라는 점이 인정될 때 피해자가 한 행위라고 볼 수 있고, 사기죄에서 피해자의 처분의사가 갖는 기능은 피해자의 처분행위가 존재한다는 객관적 측면에 상응하여 이를 주관적 측면에서 확인하는 역할을 하는 것일 뿐이라고 한다. 따라서 처분행위라고 평가되는 어떤 행위를 피해자가 인식하고 한 것이라면 그 처분행위를 피해자가 한 행위라고 할 수 있고 이 때 피해자의 처분의사가 인정된다고 한다.

그러나 이러한 입장에 대하여는 다음과 같은 의문이 제기된다. 우선 다수의견은 객관적인 처분행위에 상응하여 주관적으로 이를 인식하여야 처분의사가 인정된다고 한다. 이는 일종의 행위귀속의 측면을 언급한 것을 볼 수 있다. 그렇지만 행위뿐만 아니라 결

61) 이하 판례의 검토 내용은 2017.7.17. 대법원 형사실무연구회에서 토론한 내용을 수정·보완한 것이다.

과의 귀속까지 인정될 수 있어야 처분결과를 피기망자에게 완전히 귀속시킬 수 있다. 객관적 귀속이론에서 위협의 창출을 통한 행위귀속뿐만 아니라 위협의 실현을 통한 결과귀속까지 있어야 결과가 행위자에게 완전히 귀속되는 것과 같은 이치이다. 재산처분 결과와 단절하여 단지 행위만을 인식한 경우 이를 행위자에게 귀속시키는 것은 처분행위와 관련하여 별다른 의미가 없다. 처분행위에서 문제가 되는 것은 피해자의 행위에 의하여 재산의 변동이 있다는 것이고 이를 행위자에게 귀속시킬 수 있는지 여부이기 때문이다. 만일 지문의 모습을 확인한다고 하기에 무언가 적혀 있는 종이에 무인을 찍었는데 그것이 매매계약서인 경우, 또한 용도를 모르면서 버튼을 눌렀는데 그에 의해 매매계약서에 인장이 찍히는 경우, 행위 자체에 대한 인식이 있는 것은 분명하지만 이를 '재산적' 행위로서 행위자에게 귀속시키는 것이 타당한 것인지 의문이다. 결국 이러한 문제는 처분결과와 무관하게 처분의사를 인정하는데서 비롯되는 것으로 볼 수 있다. 이 점에서 '처분문서 작성 행위를 처분행위로 본다고 하더라도 적어도 처분문서의 내용에 상응하는 인식은 있어야 처분의사가 있다고 할 것인데, 다수의견은 처분문서의 내용에 상응하는 의사가 없고 단순히 어떤 문서에 서명·날인한다는 인식만 있으면 처분의사가 있다는 것이어서 논리적으로 납득하기 어렵다'는 지적⁶²⁾은 처분결과와 분리된 처분의사의 파악은 공허한 것이라는 점을 적절히 지적한 것이라고 할 수 있다.

또한 다수의견에서는 어느 경우에 처분행위를 인식했다고 할 수 있는지가 문제된다. 귀중품이 든 가방을 빈가방으로 속여 건네 받는 경우 또는 고액수표가 든 봉투를 빈봉투로 속여 건네받는 경우 처분행위에 대한 인식이 있는 것인지가 불명확하다. 다수의견이 행위객체에 대한 인식은 필요 없고 피기망자가 단지 움직인다는 것에 대한 인식만 있으면 처분의사를 인정하는 것이라면 처분행위가 객관적으로 인정되는 상황에서 처분의사가 부정되는 경우는 거의 없을 것이다. 마찬가지로 부작위 처분행위 사례의 경우 행위자는 아무것도 하지 않는다는 인식만 있으면 처분의사는 인정되게 되며, 객관적으로 부작위 처분행위가 인정되는 경우 처분의사가 부정되는 경우는 없다고 할 수 있다. 이는 마치 인과적 행위론에서 모종의 의사에 의한 거동이 있으면 행위를 인정하는 것과 같다고 할 수 있다. 이 경우 인과적 행위론과 인과관계에 있어서 조건설에 대한 비판이 다수의견에도 그대로 가해질 수 있다. 결국 다수의견은 처분의사 불요설과 같은 입장이라고 할 수 있다.⁶³⁾ 다수의견은 의사무능력자의 행위나 무의식적 행위의 경우 처분의사

62) 반대의견에 대한 보충의견(대법관 조희대).

가 부정된다고 하여 처분의사의 역할을 인정하고자 한다. 그러나 의사무능력자의 행위에서 행위에 대한 인식이 없다고 할 것인지는 논란이 여지가 있다. 그리고 무의식적 행위의 경우 행위에 대한 인식은 부정되지만 이는 행위 자체가 부정되는 경우이지 행위가 인정되는 것을 전제로 처분의사가 부정되는 경우는 아니라고 할 수 있다.⁶⁴⁾ 그리고 다수의견에 따르면 책략절도사례에서 기존 판례의 입장과 배치되는 결론이 나오게 된다. 예컨대 금목걸이 사례의 경우 물건을 구매하고 대금을 나중에 갚겠다고 속이고 물건을 받아 도주하는 경우나 단지 물건을 살펴보고 돌려주겠다고 속이고 물건을 받아 도주한 경우 어느 경우나 교부행위에 대한 인식은 있기 때문에 다수의견에 의하면 모두 사기죄가 성립하기 때문이다.⁶⁵⁾ 이처럼 다수의견은 여러 문제와 해결과제를 내포하고 있다고 할 수 있다.

2. 반대의견의 내용과 검토

대상판결의 반대의견은 절도죄와 구분되는 사기죄의 본질에 비추어 처분의사가 인정되기 위해서는 피기망자에게 처분결과에 대한 인식이 있어야 한다고 한다. 서명사취사안의 경우 피기망자에게 그와 같은 내용의 처분문서를 작성한다는 내심의 의사가 전혀 없어 처분결과에 대한 인식이 없으므로 처분의사를 인정할 수 없다고 한다. 그 근거를 다음과 같이 제시한다. 자기손상행위로서 사기죄에서 처분행위의 본질이 충족되기 위해서는 피해자에게 자기 재산 처분에 대한 결정의사가 필수적이며, 피해자의 행위가 자신의 재산권과 관련되어 있다는 인식에 기초하여 형성된 의사에 지배된 작위 또는 부작위만이 사기죄에서 말하는 처분행위에 해당한다고 규범적으로 평가할 수 있다고 한다. 피해자가 자신의 재산과 관련하여 무엇을 하였는지조차 전혀 인식하지 못하는 모습의 사기죄는 자기손상범죄로서의 본질에 반한다는 것이다.

이처럼 반대의견이 처분행위로서 인정받기 위한 피해자의 주관적 의사 즉 처분의사를 처분결과와 연관지워 설명하는 것은 일단 타당하다고 할 수 있다. 앞서 언급한 바와 같이 처분행위는 재산의 변동을 초래하는 행위로서 의미가 있는 것이고 행위자의 주관적 태도도 이와 연관되어야 그 의사나 행위를 처분행위로서 평가할 수 있기 때문이다.

63) 서보학, 앞의 논문, 223면.; 원형식, 앞의 논문, 525면.

64) 원형식, 앞의 논문, 523면.

65) 서보학, 앞의 논문, 223면 이하.; 원형식, 앞의 논문, 525면.

다만 반대의견이 피해자의 주관적 의사를 처분결과를 '인식'한 경우로 한정하는 것은 처분의사의 범위를 너무 좁게 파악한 것으로 볼 수 있다. 후술하는 바와 같이 처분결과를 인식한 경우뿐만 인식가능한 경우도 재산적 처분행위로서 행위자에게 귀속시킬 수 있기 때문이다. 한편 반대의견은 세금환급을 해 준다고 속이고 피해자를 현금인출기로 유인해 피해자로 하여금 자신의 계좌에서 보이스피싱 계좌로 돈을 송금 또는 이체하도록 하는 변종 보이스피싱 범죄의 경우 재산처분에 대한 인식이 결여되어 사기죄로 처벌할 수 없으며 이러한 경우를 처벌하기 위해 특별히 입법된 '전기통신금융사기 피해 방지 및 피해금 환급에 관한 특별법'(통신사기피해환급법)에 의해 처벌된다고 한다. 그리고 이처럼 처분결과에 대한 인식이 결여된 경우를 처벌하는 통신사기피해환급법의 제정은 처분결과에 대한 인식이 있는 경우에만 사기죄로 처벌할 수 있다는 반대해석을 통해 처분결과인식설을 뒷받침하는 근거가 된다고 한다.⁶⁶⁾ 그러나 통신사기피해환급법이 제정된 것은 종래 판례가 확고하게 처분결과인식설을 따랐기 때문에 처벌할 수 없었던 처분결과에 대한 인식이 없는 경우를 특별히 처벌하기 위한 것이다. 특별법이 있다고 사기죄의 해석을 고수할 필요는 없으며 이론적·정책적 근거가 있으면 그 해석은 얼마든지 바뀔 수 있다.⁶⁷⁾

3. 처분의사의 내용과 귀속이론

연구대상판결의 다수의견과 소수의견은 처분행위나 처분의사의 본질이나 내용 중에서 일부분만을 파악한 것으로 볼 수 있다. 다수의견은 처분의사의 범위를 지나치게 넓게 파악함으로써 처분행위와 처분의사에 재산적 행위로서의 의미를 부여하지 못하고 있다. 반면에 반대의견은 처분의사를 처분결과와 연관시킴으로써 재산적 행위로서 처분행위의 의미는 살리고 있으나 그 범위를 지나치게 좁게 파악하여 사기죄의 성립범위를 부당하게 좁히고 있다. 결국 처분행위를 재산적 행위로서 파악하는 동시에 그 범위를 적절히 파악할 수 있는 방법이 모색될 필요가 있다. 여기서 처분의사의 문제는 귀속의 관점에서 접근하는 것이 타당하다고 생각한다. 어떤 행위와 결과가 존재할 때 그 행위와 결과를 행위자가 만들어 낸 작품(Werk) 또는 산물로서 평가할 수 있는지가 귀속의 문제이다. 처분행위의 경우에도 처분행위나 처분결과가 어떠한 경우에 행위자에게 귀속

66) 같은 입장으로, 이창섭, "사기죄와 처분행위", 법학연구, 부산대 법학연구소, 2017, 21면.

67) 다수의견에 대한 보충의견(김창석, 권순일 대법관) 참조.

될 수 있는지가 문제된다. 발생된 손해가 어느 경우에 행위자가 만들어 낸 산물로서 평가할 수 있는지, 즉 피기망자 스스로 손해를 초래하는 자기손상행위로 파악할 수 있는지의 문제이다. 여기서 종래 범죄성립요건의 검토에 있어서 제시된 귀속의 기준을 참고할 필요가 있다. 귀속의 기준으로는 다양한 내용으로 제시되지만 가장 일반적인 것이 인식가능성 또는 예견가능성이다.⁶⁸⁾ 즉 일정한 결과를 행위자에게 귀속시키기 위하여는 최소한 행위자가 그 결과를 회피할 수 있어야 하며 이는 결과에 대한 인식이 있는 경우뿐만 아니라 인식이 가능한 경우에도 인정될 수 있다. 이러한 귀속은 객관적 귀속과 주관적 귀속의 두 단계를 거쳐서 이루어진다. 객관적 귀속은 일반인을 기준으로 결과가 예견가능한 것인지를 검토하는 객관적 예견가능성의 판단이다. 그리고 주관적 귀속은 행위자를 기준으로 결과가 예견가능한 것인지를 묻는 주관적 예견가능성의 판단이다.⁶⁹⁾

이러한 귀속이론의 판단기준을 처분행위에 원용하면 처분결과에 대한 객관적 예견가능성과 주관적 예견가능성이 존재할 때 처분결과를 피기망자에게 귀속시킬 수 있고 이때 자기손상행위로서 처분행위가 존재한다. 즉 일반인과 피기망자가 처분결과를 인식한 경우뿐만 아니라 인식가능한 경우 처분행위를 행위자에게 귀속시킬 수 있다.⁷⁰⁾ 이에 따를 때 재산적 행위로서 처분행위의 의미를 살릴 수 있고, 또한 처분행위의 범위가 지나치게 확대되거나 축소되는 것을 방지할 수 있다. 이러한 귀속이론에 의하면 대상판결의 다수의견의 경우와 실제 결론에 있어서 일치하는 경우가 많을 것으로 보인다. 처분행위

68) 김성돈, 형법총론, 191면, 543면.; Frister, Strafrecht AT, 8.Aufl. 2018, 12. Kapitel, Rn. 1 ff. 이밖에 지배가능성, 회피가능성 등이 제시된다(임웅, 형법총론, 2017, 154면).

69) 종래 예견가능성을 내용으로 하는 과실의 체계적 지위에 대하여, 책임요소설, 위법성 요소설, 구성요건요소설, 구성요건과 책임의 이중지위설 등이 주장되었고, 현재는 이중지위설이 통설이라고 할 수 있다. 이중지위설의 경우 객관적 주의의무위반(예견가능성)은 구성요건요소이고, 주관적 주의의무위반(예견가능성)은 책임요소로 파악하는 입장(오영근, 형법총론, 2018, 128면), 객관적 주의의무위반(예견가능성)과 주관적 주의의무위반(예견가능성)을 모두 구성요건요소에 포함시키고, 심정반가치로서 법태만적 태도를 책임요소로 파악하는 입장(김일수, 한국형법 III, 500면)이 대립한다. 어느 입장에 의하든 행위자에게 결과를 귀속시키기 위해서는 객관적 예견가능성과 주관적 예견가능성이 인정되어야 한다.

70) 김재봉, 앞의 논문, 190면. 대상판결의 다수의견이 '처분행위를 피해자가 인식하고 한 것이라는 점이 인정될 때 처분행위를 피해자가 한 행위라고 볼 수 있다'거나, 반대의견이 '피해자의 행위가 재산권과 관련되어 있다는 인식에 기초하여 형성된 의사에 지배된 작위 또는 부작위만이 사기죄에서 말하는 처분행위에 해당한다고 규범적으로 평가할 수 있다'고 실시한 것은 귀속의 문제를 언급한 것으로 볼 수 있다.

에 대한 인식이 있는 경우 처분결과에 대한 인식이 결여될 수 있지만 그에 대한 인식가능성은 인정되는 경우가 많을 것이기 때문이다.⁷¹⁾ 그러나 객관적으로 손실을 초래하는 처분행위가 인정되는 경우라도 그에 대한 인식이나 인식가능성이 부정되는 경우가 있을 수 있기 때문에 항상 동일한 결론이 나오는 것은 아니다.⁷²⁾

VI. 마침글

처분의사의 문제는 처분행위의 직접성의 문제와 결부되면서 사기죄에서 논란이 심한 영역의 하나이다. 앞에서 살펴본 바와 같이 처분의사의 필요성 여부와 그 내용에 대하여 다양한 견해들이 제시되고 있다. 그러나 사기죄를 자기손상행위로서 파악하는 한 재산이전의 결과 내지 사실상 이익의 발생에 대한 피기망자의 인적·주관적 관련을 포기할 수 없다. 이러한 주관적 요건을 무시함으로써 처벌이 지나치게 확대되는 것은 바람직하지 않다. 다른 한편으로 처분결과에 대한 인적·주관적 관련성은 객체가 재물이나 이익이나에 따라 달라질 수 없고 모든 사기죄에서 일관되게 유지되어야 한다. 이에 따라 처분의사와 같은 주관적 요건을 처분행위의 요건으로 받아들이는 경우에도 이를 너무 엄격하게 설정하여 당벌적인 행위를 처벌하지 못하는 것은 피하여야 한다. 결국 처분행위의 인적·주관적 요건의 기준은 손실(이익)발생이나 재산이전의 결과를 피기망자에게 귀속시킬 수 있느냐의 관점에서 접근하여, 이러한 결과에 대한 인식(의사)이 있는 경우뿐만 아니라 그에 대한 인식가능성이 있는 경우에도 처분행위의 주관적 요건을 충족하는 것으로 이해하는 것이 타당할 것이다. 이러한 기준에 따르는 것이 자기손상행위로서 처분행위의 본질에도 부합하고 처벌범위의 적정한 획정에서도 바람직한 결과를 기대할 수 있을 것이다.

연구대상판결은 처분의사의 인정 여부에 대한 새로운 기준을 제시함으로써 종래 처벌할 수 없던 행위를 처벌가능하게 하여 처벌흡결의 문제는 어느 정도 해소할 수 있게 되었다.⁷³⁾ 그러나 처벌필요성에 매몰되어 처벌의 근거를 합리적 제시하지 못하는 것은

71) 김재봉, “사기죄와 처분의사”, 『형법판례 150선』, 2016, 255면.

72) 피기망자가 보유하는 광석이 귀중한 가치가 있다는 것을 행위자만 알고 피기망자나 일반인들은 알 수 없는 상태에서 행위자에게 넘겨준 경우 처분의사는 부정될 것이다. 반면 다수의견에 의하면 이 경우 처분의사를 인정하게 될 것이다.

죄형법정주의의 관점에서 바람직하지 않다. 반면 기망을 통해 재산을 취득하고 이를 처벌할 필요성이 있는 행위를 사기죄 규정을 합리적으로 해석하여 처벌하는 한 이러한 문제는 발생하지 않는다. 변경된 판례의 입장이 새로운 문제의 시작이 아니라 종래의 문제를 해결하는 역할을 충실히 하려면 그에 대한 합리적 설명이 뒷받침되어야 할 것이다. 필자는 객관적 귀속의 관점에서 처분행위와 처분의사의 판단기준을 제시하였다. 최근 독일에서도 이러한 시도가 이루어지고 있다. 앞으로 판단기준을 보다 세분화하고 개별 사례에의 적용을 통하여 그 타당성에 대한 검증이 필요하다고 할 수 있다.

* 주제어 : 사기죄, 처분행위, 처분의사, 자기손실행위, 객관적 귀속

* 논문접수 : 2018.12.05. * 심사개시 : 2018.12.06. * 게재확정 : 2018.12.15.

73) 대상판결에서는 처분결과 인식설을 따르던 때의 판결들 즉, 대법원 1987.10.26. 선고 87도1042 판결, 대법원 1999.7.9. 선고 99도1326 판결, 대법원 2011.4.14. 선고 2011도769 판결 등을 대상판결과 배치되는 범위에서 변경하는 것으로 실시하고 있다. 그러나 열거된 판결 중에서 서명사취 사안으로서 문제가 되는 것은 87도1042판결이며, 변경된 판례의 입장에 의하면 처분의사가 인정되어 결론이 달라질 수 있다. 그러나 99도1326 판결과 2011도769 판결은 처분행위 자체가 인정되지 않는 경우로서 처분의사의 내용에 따라 결론이 달라질 사안은 아니며, 다만 처분의사를 처분결과에 대한 인식이라고 실시한 부분을 변경한다는 의미를 갖는다고 할 수 있다(김재봉, 앞의 책, 255면; 최준혁, 앞의 논문, 267면 이하).

[참고문헌]

〈국내문헌〉

■ 단행본

- 김성돈, 「형법총론」, SKKUP, 2017.
- 김일수, 「한국형법 II」, 박영사, 1992.
- 김일수, 「한국형법 IV」, 박영사, 1994.
- 김재봉 외, 「형법판례 150선」, 박영사, 2016.
- 박상기, 「형법각론」, 박영사, 2011.
- 배종대, 「형법각론」, 홍문사, 2018.
- 신동운, 「형법총론」, 법문사, 2017.
- 오영근, 「형법총론」, 박영사, 2018.
- 오영근, 「형법각론」, 박영사, 2005.
- 오영근, 「형법각론」, 박영사, 2017.
- 이재상·장영민·강동범, 「형법각론」, 박영사, 2017.
- 이정원, 「형법각론」, 신론사, 2012.
- 이정원, 「형법총론」, 신론사, 2012.
- 임 응, 「형법각론」, 법문사, 2017.

■ 논 문

- 김선복, “사기죄에 있어서 처분의사의 필요성”, 형사법연구 제13호, 2000.
- 김재봉, “사기죄와 처분의사”, 형사판례연구 11, 한국형사판례연구회, 2003.
- 문채규, “사기죄의 본질 및 구성요건 구조와 처분의사”, 비교형사법연구 제19권 제3호, 2017.
- 서보하, “사기죄에 있어서 처분의사의 필요성 여부와 처분의사의 내용”, 경희법학 제52권 제4호, 2017.
- 송승은, “사기죄의 처분행위와 처분의사”, 법이론실무연구, 법이론실무연구회, 제6권 제3호, 2017.
- 원형식, “사기죄에서 처분의사 및 재산상 손해”, 일감법학 제38호, 건국대 법학연구소, 2017.
- 이경철, “사기죄의 구성요건으로서의 처분행위”, 법학논고 제38집, 경북대학교 법학연구원, 2012.
- 최준혁, “사기죄의 처분행위와 처분의사에 관한 대법원 2016도13362 전원합의체판결의 의미”, 법

- 학연구 제21집 제3호, 인하대 법학연구소, 2018.
- 황태정, “사기죄의 처분행위와 처분의사- 대법원 2017.2.16. 선고 2016도13362 전원합의체 판결 -”, 법조, 통권 제723호, 법조협회, 2017.

〈외국문헌〉

- Arzt/Weber, Strafrecht BT, C.H.Beck, 2000.
- Backmann, Die Abgrenzung des Betrugs von Diebstahl und Unterschlagung, 1974.
- Binding, Lehrbuch des gemeinen Deutschen Strafrechts, BT 1, 1902.
- Blei, Strafrecht, 2 Bde, Bd.2, Besonderer Teil, 1983.
- Dreher/Tröndle, Strafgesetzbuch, C.H.Beck, 1992.
- Eckstein, Strafrechtliche Studien, Gerichtssaal, Bd. 78, 1994.
- Eser, Strafrecht IV, C.H. Beck, 1993.
- Frister, Strafrecht AT, 8.Aufl. C.H. Beck, 2018.
- Geppert, Die Abrenzung von Betrug und Diebstahl, JuS 1977.
- Görgen, Die Vermögensverfügung durch Unterlassung beim Betrug und der Sicherungsbetrug, 1960.
- Hansen, Die subjektive Seite der Vermögensverfügung beim Betrug, MDR 1975.
- Jacobowitz, Vermögen, Vermögensschädigung und Vermögensdisposition beim Betrug, 1918.
- Joecks, Zur Vermögensverfügung beim Betrug, 1982.
- Lackner, Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch(LK-StGB), Band 6., CH. Beck, 2003.
- Miehe, Unbewußte Verfügungen, 1987.
- Samson/Günther, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch(SK-StGB), CH. Beck, 2001.
- Schönke/Schröder/Crmer, StGB, C.H. Beck, 29. Aufl. 2014.
- Schraft, Die Vermögensverfügung des Getäuschten als Tatbestandsmerkmal des Betrugs, 1935.
- Schröder, Über die Abgrenzung des Diebstahls von Betrug und Erpressung, ZStW 60, 1941.
- 山口厚, 詐欺罪における交付行爲, 法學教室 No. 211, 1998.

[Zusammenfassung]

Natur des Betruges und Inhalt des Verfügungsbebusstseins

Kim, Jae-Bong*

Das oberste Gericht entschied vor kurzem in dem Grosser Senat, dass die Getauschten muss in Bezug auf das Verfügungsbebusstsein von Betrug nicht den Erfolg, sondern Handlung der Vermögensverfügung erkennen. Das Urteil verursacht eine hitzige Auseinandersetzung über das Verfügungsbebusstsein.

Beim Betrug gibt es die vier objektiven Tatbestandsmerkmale, die für eine strafbare Betrugshandlung vorliegen müssen, d.h. Täuschung, Irrtum, Vermögensverfügung, und Vermögensschaden. Unter diese Elemente herstellt Vermögensverfügung einen Zusammenhang zwischen Irrtumserregung und Schädigung des Opfers herstellt. Dieser Zusammenhang liegt darin, dass sich das Opfer durch eigenes Handeln im Vermögen schädigt. Es heisst die Bindeglied. Die Vermögensverfügung funktioniert auch als Abgrenzungskriterium. Die Vermögensverfügung dient daher der Abgrenzung zwischen dem Selbstschädigungsdelikt Betrug und anderen Delikten, insbesondere dem Diebstahl.

Bislang ist es umstritten, ob das Verfügungsbebusstsein nötig als Verfügungselement ist, was der Inhalt des Verfügungsbebusstseins ist. Die hM akzeptiert die Notwendigkeit der Vermögensverfügung. Es gibt verschiedene Meinungen über den Inhalt das Verfügungsbebusstsein.

Nach meiner Meinung müssen wir aus der Natur des Betrugs ausgehen, um das Problem des Verfügungsbebusstseins zu erledigen. Überhaupt beachtet man den Charakter des Betrugs als Selbstschädigungsdelikt, das bedeutet, selbst

* Hanyang University, School of Law.

Vermögensschaden zu verursachen. Hier handelt sich es um Zurechnung, darin die Voraussehbarkeit als generalles und wichtiges Kriterim funktioniert. Zurechenbar ist ein Verfügungsrfolg dann, wenn der Getäuschte objektiv und subjektiv ein Verfügungsrfolg voraussehen oder erkennen kann. Deshalb man akzeptiert die Voraussehbarkeit oder Erkennbarkeit als das Inhalt des Verfügungsbebusstsein.

* Key Words : Betrug, Vermögensverfügung, Verfügungsbebusstsein, Selbstschädigung, Objektivke Zurechnung