

경찰학연구소/경찰학논총 - 제2권 제1호(2007)

## 기망행위로 인한 소유권이전등기의 죄책

---

오 영 근

[한양대학교 법과대학 교수]



## 기망행위로 인한 소유권이전등기의 죄책

오 영 근\*

### [국문 요약]

대법원 2006. 3. 10. 선고 2005도9402 판결 [대상판결 1]과 대법원 1996. 6. 11. 선고 96도233 판결[대상판결 2] 사건의 차이점은 잔대금이 많다는 것과 적다는 차이점 밖에 없다. 그러나 매매잔대금의 차이는 두 사건에서 그리 중요한 것은 아니라고 할 수 있다. 따라서 [대상판결 1]과 [대상판결 2]의 사건은 결국 같은 성질을 가진 사건이라고 할 수 있으므로 이를 다른 것으로 파악한 대상판결들의 입장은 논리일관성이 없다고 할 수 있다. 따라서 [대상판결 1]과 [대상판결 2]의 사건에서 모두 피고인들에게 유죄를 인정해야 한다.

다만, 피고인들에 대해 공정증서원본등부실기재죄 및 동행사죄의 죄책보다는 사기죄의 죄책을 물었어야 하고, 피해자들이 사기에 의한 소유권이전등기를 취소한 경우에 비로소 공정증서원본등부실기재죄와 동행사죄의 죄책을 물었어야 했을 것이다.

만약 법무사들에게 사기죄의 처분행위를 할 수 있는 지위를 인정하지 않는다면, 부동산절도죄를 인정하여 절도죄 및 공정증서원본등부실기재죄 및 동행사죄를 인정하고, 이 경우에도 세 범죄는 상상적 경합의 관계에 있다고 해야 할 것이다.

\* 키워드 : 공정증서원본등부실기재죄, 법무사기망, 사기죄, 절도죄, 소유권이전등기

---

\* 한양대학교 법과대학 교수

## 목 차

- I. 대상판결들의 의의 및 문제점
- II. 공정증서원본등부실기재죄의 성립여부
- III. 사기죄의 성립여부
- IV. 절도죄의 성립여부
- V. 결 어

[대상판결 1] : 대법원 2006. 3. 10. 선고 2005도9402 판결

[대상판결 2] : 대법원 1996. 6. 11. 선고 96도233 판결

### 1. 사실관계 및 재판의 경과

[대상판결 1] 피고인 甲은 A로부터 부동산을 매수하고 계약금 3,500만 원을 지급하였다. 甲과 A는 중도금의 지급에 갈음하여 甲이 A의 채무를 인수하기로 하였지만 채권자의 승낙 등 인수절차가 모두 마쳐지지 않았다. 만약 甲의 채무인수가 인정된다면 甲이 A에게 지급해야 할 매매잔대금은 1억 3,260만원이었다. 2002. 11. 5. 甲과 A는 매매대금잔금에서 甲이 인수할 채무 등을 공제하여 매매잔대금 액수를 확정하였다. A는 자신이 경기도 성남에 거주하고 있어 또 다시 강원도 홍천으로 오기 곤란하였기 때문에, 다음날 甲으로부터 잔금을 지급받는 조건으로 법무사 사무실에 등기신청을 위임해 두기로 하였다. 그 날 18:00경 A는 K법무사 사무실의 사무장 B에게 연락하여 그 사무실 직원 C에게 등기신청에 관한 위임장을 작성해 주고 이 사건 부동산의 소유권이전등기에 필요한 서류 일체를 교부하여 소유권이전등기신청을 K법무사에게 위임하였다.

甲은 2002. 11. 6. 잔금을 지급하기만 하면 된다는 생각에서, A와 협의를 하거나 허락을 받은 바가 없음에도 불구하고, 사무장 B에게 “이 사건 부동산에 관하여 소유권이전등기를 먼저 마치고 위 부동산에 처당권을 설정한

후 대출을 받아 잔금을 지급하도록 A가 허락하였다.”고 거짓말을 하였다. B는 이 말을 그대로 믿고 부동산에 관한 소유권이전등기절차를 밟아 甲 앞으로 소유권이전등기를 마치게 하였다.

甲은 다음날 조흥은행을 근저당권자로 한 근저당권설정등기를 마치고 조흥은행으로부터 2억 7천만원을 대출받아 甲이 인수하기로 한 채무를 변제하고 선순위 근저당권을 말소한 다음 나머지 돈으로 A에게 잔금을 지급할 계획이었다. 그러나 선순위 근저당권자인 강원양돈축산업협동조합에서 A의 별도의 대출금 2,000만원 내지 3,000만원을 추가로 변제하여야만 위 근저당권을 말소해줄 수 있다고 하였고, 이 때문에 甲은 선순위근저당권을 말소하지 못하고 조흥은행으로부터 대출도 받지 못하게 되어 잔금을 지급하지 못하게 되었다.

甲은 공정증서원본등부실기재죄 및 동행사죄로 기소되었다. 제1심법원과 항소심법원은 甲과 A가 부동산에 관한 소유권이전등기에 필요한 서류를 K 법무사에게 교부하여 법무사와 등기신청당사자 쌍방 사이에 위임계약이 성립되어 있고, 甲과 A 사이에 소유권이전에 관한 합의도 객관적으로 존재하며 이를 무효로 볼 사유도 없으므로, 법무사가 비록 甲의 기망에 의해 소유권이전등기를 신청하였더라도 이를 허위의 신고라고 하거나 그로 인한 등기를 불실의 기재라고 할 수는 없다는 이유로 甲에게 무죄를 선고하였다(춘천지법 2005. 11. 18. 선고 2005노352 판결).

검사가 상고하였는데, 대법원은 검사의 상고를 받아들여 원심판결을 파기하고 사건을 춘천지방법원본원 합의부로 환송하였다.

[대상판결 2] 1994. 2. 14. 경기 용인군 기흥읍 소재 S법무사 사무실에서 피고인 乙과 매도인 D는 D소유의 토지 약 300평을 금 6,300만원에 매매하기로 매매계약을 체결하고, 그 자리에서 계약금으로 1천만원을 수수하였다. 乙과 D는 1994. 2. 17. 중도금으로 3천만원을 각 수수하고, 1994. 3. 21. 위 법무사 사무실에서 잔금 중 1천만원을 교부하고, 나머지 잔금 1,300만원에 대하여는 위 D가 부동산소유권이전등기에 필요한 서류 일체를 위 S법무사에게 맡겨 놓고 위 잔금을 지불한 후에 위 서류들을 찾아서 乙 앞으로 소유권이전등기를 마치도록 하였다. 1994. 3. 22. 피고인 乙은 S법무사에 대하여 D에게 위 잔금을 모두 지불하였다고 거짓말하여 S법무사로 하여금 수원지방법원 용인등기소에서 성명불상 등기공무원에게 위 등기서류들을 제출하게 하여 乙 앞으로 소유권이전등기를 경료케 하였다. 乙은 공정증서원

본등부실기재죄 및 동행사죄로 기소되었다.

제1심과 항소심은 乙에게 유죄를 선고하였고(수원지법 1995. 12. 28. 선고 95노1668 판결), 乙이 상고하였다. 대법원은 D에서 乙로의 소유권이전등기가 부실의 등기라고 보고 乙에게 유죄를 선고한 항소심판결은 공정증서원본불실기재죄 및 동행사죄의 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법을 저지른 것이라는 이유로 항소심판결을 파기하고 사건을 수원지방법원 합의부로 환송하였다.

## 2. 판결요지

[대상판결 1] 형법 제228조 제1항이 규정하는 공정증서원본불실기재죄는 특별한 신빙성이 인정되는 공문서에 대한 공공의 신용을 보장함을 보호법익으로 하는 범죄로서 공무원에 대하여 진실에 반하는 허위신고를 하여 공정증서원본 또는 이와 동일한 전자기록 등 특수매체기록에 실체관계에 부합하지 아니하는 불실의 사실을 기재 또는 등록하게 함으로써 성립하는 것이므로, 공정증서원본 등에 기재된 사항이 존재하지 아니하거나 외관상 존재한다고 하더라도 무효에 해당하는 하자가 있다면 그 기재는 불실기재에 해당한다. ... 부동산 매수인이 매도인과 사이에 부동산의 소유권이전에 관한 물권적 합의가 없는 상태에서, 소유권이전등기신청에 관한 대리권이 없이 단지 소유권이전등기에 필요한 서류를 보관하고 있을 뿐인 법무사를 기망하여 매수인 명의의 소유권이전등기를 신청하게 한 경우, 이는 단지 소유권이전등기신청절차에 하자가 있는 것에 불과한 것이 아니라 허위의 사실을 신고한 것이라고 보아야 하고, 위 소유권이전등기는 원인무효의 등기로서 불실기재에 해당하므로 공정증서원본불실기재죄가 성립한다.

[대상판결 2] 피고인과 매도인과의 사이에 매매계약이 이루어졌고 그 계약금과 대부분의 중도금이 지급되었으며 매도인이 법무사에게 소유권이전등기에 필요한 서류 일체를 맡기고 나중에 잔금지급이 되면 그 등기신청을 하도록 위임하였는데, 피고인이 법무사를 기망하였고 그가 피고인에게 기망당하여 잔금이 모두 지급된 것으로 잘못 알고 등기신청을 하여 그 소유권이전등기를 경료한 것이라면 위 법무사의 등기신청 행위에 하자가 있다고 할 수는 있으나(위 신청이 무효라고는 할 수 없다), 위 소유권이전등기의 원인이 되는 법률관계인 매매 내지는 물권적 합의가 객관적으로 존재하

지 아니하는 것이라고는 할 수 없으니, 피고인이 위 범무사를 통하여 등기 공무원에게 허위의 사실을 신고하여 등기부에 부실의 사실을 기재하게 한 것이라고는 할 수 없다.

## I. 대상판결들의 의의 및 문제점

### 1. 대상판결의 의의

[대상판결 2]는 이전 판결에 비해 공정증서원본등부실기재죄에 관한 법리를 좀더 분명하게 하였다는 데에 의의가 있다. 이전의 판결 중에는 “공정증서원본에 기재된 사항이 외관상 존재하는 사실이라 하더라도 이에 무효나 부존재에 해당되는 하자가 있다면 그 기재는 불실기재에 해당되나 그것이 객관적으로 존재하는 사실이고 이에 취소사유에 해당되는 하자가 있을 뿐인 경우에는 취소되기 전에 그 결의 내용이 공정증서원본에 기재된 이상 그 기재가 공정증서원본불실기재죄를 구성하지는 않는다”고 한 것이 있었다.<sup>1)</sup> [대상판결 2]는 잔금이 얼마남지 않은 상태에서 범무사를 기망하여 소유권이전등기를 한 것은 당연무효가 아니고 등기절차상의 하자에 불과하다는 것을 분명히 하였다.

이에 대해 [대상판결 1]은 공정증서원본등에 기재된 사항이 존재하지 아니하거나 외관상 존재한다고 하더라도 무효에 해당하는 하자가 있다면 그 기재는 불실기재에 해당한다고 한 종래의 입장을 유지하면서, 이러한 법리를 甲이 매도인 A로부터 부동산등기이전의 위임을 받은 범무사 사무실직원을 기망하여 자신의 명의로 등기를 하도록 한 행위에 적용하여 이는 단순한 등기절차상의 하자가 아닌 원인무효의 등기라는 점을 처음으로 판시하였다는 데에 의의가 있다.

언뜻 보기에 [대상판결 1], [대상판결 2]는 서로 모순되는 것 같기도 한다. 그러나 [대상판결 1]이 전원합의체판결은 아니어서 종래의 입장을 변경한 것이라고 할 수는 없으므로, [대상판결 2]는 매매대금의 대부분이 지급되어 있는 사실관계에 관한 것이고 [대상판결 1]은 매매대금의 일부만이 지급되어 있는 사실관계에 관한 것이라는 점에 차이가 있다고 할 수 있다.

1) <http://www.melbourne.vic.gov.au/infocfm?top>

즉, [대상판결 1], [대상판결 2]를 종합하여 보면, ① 매도인이 법무사에게 등기이전에 필요한 서류를 맡겨놓은 상태에서 매수인이 법무사를 기망하여 소유권이전등기를 하도록 한 경우 양자 사이에 물권적 합의가 있다고 볼 수 있는 경우에는 공정증서원본등부실기재죄가 성립하지 않지만, 양자 사이에 물권적 합의가 있다고 볼 수 없는 경우에는 공정증서원본등부실기재죄가 성립하고, ② 물권적 합의의 존재여부의 판단에서 지급해야 할 매매대금의 잔액이 얼마인가가 중요한 기준이 된다는 입장을 취하고 있다고 해석할 수 있다.

## 2. 대상판결의 문제점

그러나 [대상판결 1], 2와 관련하여 다음과 같은 의문이 제기된다.

첫째, [대상판결 2]에서 乙과 D 사이에 물권적 합의가 존재한다고 할 수 있는가, 물권적 합의가 존재한다고 하여도 이 물권적 합의를 객관적으로 실현하는 물권행위(인도행위)가 존재한다고 할 수 있는가 의문이 있다. 만약 이 경우 물권행위(인도행위)가 존재하지 않는다고 한다면 이 상황에서 소유권이전등기를 한 것은 여전히 부실의 등기를 하게 한 것이 아닌가 하는 의문이다.

둘째, [대상판결 2]에서 위와 같은 의문에 모두 부정적인 답을 하여 공정증서원본등부실기재죄를 인정하지 않았다면, [대상판결 1]에서도 같은 원리가 지배하므로 공정증서원본등부실기재죄를 부정해야 하는 것은 아닌가 하는 의문이다. 왜냐하면 매매대금의 일부만이 지급되었지만, 중도금은 甲이 매도인 A의 채무를 인수하는 것으로 대체하기로 하였고, [대상판결 1]에서와 마찬가지로 A가 등기이전에 필요한 서류를 K법무사에게 맡겨 놓았기 때문이다.

셋째, 만약 [대상판결 1], [대상판결 2]에서 물권행위(인도행위)가 없다고 한다면 피고인 甲, 乙이 법무사를 기망하여 자신의 명의로 소유권이전등기를 하게 한 행위에 대해 사기죄의 성립여부를 검토해야 하는 것은 아닌가 하는 의문이다. 그리고 만약 사기죄가 성립한다면 공정증서원본등부실기재죄가 성립할 수 있는가 하는 점도 검토해야 할 필요가 있다. 사기죄가 성립한다면 이에 기한 등기가 허위사실의 신고에 해당된다고 할 수 없거나 피고인 甲, 乙에게 허위사실신고에 대한 고의가 존재하지 않는다고 할 수도 있기 때문이다.

넷째, 피고인들로부터 기망당한 법무사사무실 직원들이 부동산을 처분할 수 있는 지위에 있지 않기 때문에 사기죄가 부정된다고 한다면 부동산에 대한 절도죄의 성립을 검토해야 하는 것은 아닌가 하는 의문이다. 부동산 절도에 대해서는 긍정설과 부정설이 대립하지만, 만약 긍정설을 취한다면 이 경우 부동산절도가 성립할 수 있는 여지가 있기 때문이다.

## II. 공정증서원본등부실기재죄의 성립여부

### 1. 문제의 소재

공정증서원본등부실기재죄란 공무원에 대하여 허위신고를 하여 공정증서원본 또는 이와 동일한 전자기록등 특수매체기록, 면허증, 허가증, 등록증 또는 여권에 부실의 사실을 기재하게 하는 죄이다(형법 제228조).

부동산등기부가 공정증서원본에 해당된다는 것에 대해서는 의문이 없다. 부실기재를 하게 한다는 것은 공무원으로 하여금 객관적 진실에 반하는 사실을 기록하게 하는 것을 말한다. 부실기재 여부는 전체적으로 판단하여야 한다. 부분적으로 허위가 있다 하더라도 전체적으로 진실하다고 할 수 있는 경우에는 부실기재라고 할 수 없다. 예를 들어 소유권보존등기나 소유권이전등기에 절차상 하자가 있거나 등기원인이 실제와 다르다 하더라도 그 등기가 실체적 권리관계에 부합하게 하기 위한 것이거나 실체적 권리관계에 부합하는 유효한 등기인 경우에는 본죄가 성립되지 않는다. 부실기재인지의 여부는 기재시점을 기준으로 해야 한다. 공정증서원본 불실기재가 성립한 후, 사후에 피해자의 동의 또는 추인 등의 사정으로 문서에 기재된 대로 효과의 승인을 받거나, 등기가 실체적 권리관계에 부합하게 되었다 하더라도, 이미 성립한 범죄에는 아무런 영향이 없다<sup>2)</sup>.

대법원은 [대상판결 1]의 사건에서는 물권적 합의가 존재하지 않으므로 공정증서원본등부실기재죄가 성립하고, [대상판결 2]의 사건에서는 물권적 합의가 존재하므로 공정증서원본등부실기재죄가 성립하지 않는다고 하였다. 이는 피고인 甲, 乙과 양도인 A, B 사이에 물권적 합의가 있으면 피고인 甲, 乙이 등기공무원에 대해 허위신고를 한 것이라고 할 수 없고, 부실

2) 대법원 2001. 11. 9. 선고 2001도3959 판결.

의 기재를 하게 한 것이라고 할 수도 없다는 의미일 것이다.

여기에서 먼저 [대상판결 1], [대상판결 2]의 사건에서 각각 물권적 합의를 존재를 달리 인정한 것이 타당한가에 대해 살펴볼 필요가 있다. 나아가 물권적 합의가 존재한다 하더라도 피고인들이 유효하게 소유권을 취득하기 위해서는 양도인 A와 D의 소유권이전을 위한 물권행위(인도행위)가 존재해야 한다. 그런데 대상판결의 사건들에서 물권행위(인도행위)가 있었다고 할 수 있는가, 있다면 언제 물권행위(인도행위)가 있었는가를 살펴보아야 할 필요가 있다.

## 2. 물권적 합의의 존재여부

### 1) 대상판결들의 입장

대법원은 [대상판결 2]의 사건에서는 물권적 합의가 존재하고, [대상판결 1]의 사건에서는 물권적 합의가 존재하지 않는 것으로 보았다. [대상판결 1]에서 물권적 합의가 존재하지 않는다고 판단한 중요한 이유는 甲이 현실적으로 지급한 매매대금이 3,500만원에 불과하고, 중도금은 채무인수 형식으로 이루어졌지만 채무인수에 대한 채권자의 승인이 없었고, 채무인수가 유효하더라도 잔대금이 1억 3천여 만원이 된다는 것이었다.

그런데 [대상판결 1]의 사건에서 아파트에 담보권이 설정되어 있기 때문에 채권자가 채무인수를 승인하지 않을 가능성은 별로 없다고 해야 할 것이다. 그렇다면 [대상판결 1]과 [대상판결 2]에서 대법원이 물권적 합의 존재 여부를 달리 판단한 것은 후자에서는 잔대금이 1,300만원에 불과하다는 것이고, 전자에서는 잔대금이 1억 3천여 만원이 된다는 것을 중시했기 때문이라고 해야 할 것이다.

### 2) [대상판결 1], [대상판결 2]의 비교

[대상판결 1]은 ① A가 2002. 11. 5. 법무사 사무실 직원에게 소유권이전 등기에 필요한 서류를 교부하면서 자신으로부터 전화연락을 받은 후에야 비로소 소유권이전등기신청을 하도록 함으로써 소유권이전등기를 하려면 자신으로부터 별도의 승낙을 얻어야 한다는 점을 분명히 해둔 점, ② 매매잔대금이 1억 3,260만원이나 되는 터에 A가 소유권을 상실할 수도 있는 위

협을 감수하면서까지 피고인 명의로 먼저 소유권이전등기를 마쳐 주어야 할 특별한 사정이 보이지 않는 점, ③ 일반적으로 말하여, 부동산매도인이 잔금을 모두 지급받기 전에 먼저 매수인에게 소유권이전등기를 마쳐 주었다가 매수인이 잔금을 지급하지 않은 채 그 부동산을 제3자에게 처분하여 버리면 매도인은 잔금을 지급받지 못하면서도 매매목적물의 소유권은 상실해버리는 손해를 입게 될 위험이 크므로, 잔금을 지급받기에 앞서 매도인이 매수인에게 먼저 소유권이전등기를 하여 주기로 약정한다는 것이 그리 흔하지 않은 점, ④ A가 소유권이전등기를 신청하는 데 필요한 위임장을 법무사 사무실 사무원에게 작성하여 주고 소유권이전등기에 필요한 모든 서류를 그에게 보관시키기는 하였지만 이는 그 다음날 甲으로부터 잔금을 지급받은 후에 법무사에게 작성하여 주거나 교부하여 주어야 할 서류를 본인이 다시 오기에 불편하다는 이유로 미리 작성 및 보관시킨 것에 불과할 뿐이라고 보아야 한다는 점 등도 근거를 들고 있다.

그러나 이러한 사정은 [대상판결 2]에서도 존재한다고 할 수 있다. ① 잔대금이 1,300만원이 있는 경우에도 매도인은 매수인으로부터 잔금을 받은 후에야 소유권이전등기를 허락할 의사가 있다고 할 수 있고, ② 매도인 D가 특별히 소유권상실의 위험을 무릅쓸 필요가 없을 것이며, ③ 일반적으로 보아 D도 1,300만원의 잔금을 받기 전에 소유권이전등기를 하여 주기로 약정하지는 않을 것이며, ④ D 역시 법무사 사무실에 다시 오기 싫기 때문에 필요한 서류를 법무사 사무실에 맡겨놓았다고 할 수 있기 때문이다.

따라서 [대상판결 2]에서는 물권적 합의가 존재한다고 하고, [대상판결 1]에서는 물권적 합의가 존재하지 않는다는 대법원의 입장은 논리일관성을 유지한다고 보기 어렵다. 그리고 [대상판결 1]과 [대상판결 2] 중에서는 물권적 합의의 존재를 인정하는 [대상판결 2]의 입장이 더 타당하다고 할 수 있다. 민법에서는 물권행위의 독자성을 부인하여 채권행위시에 물권적 합의가 존재한다는 견해도 있고, 물권행위의 독자성을 인정하는 견해(김상용, 2003; 김상용, 1994; 이은영, 1997)에 의하더라도 매도인 A가 법무사에게 등기이전에 필요한 서류를 맡겨놓은 점 등을 고려한다면 [대상판결 1]의 사건에서도 甲과 A 사이에 물권적 합의가 존재한다고 보아야 하기 때문이다.

다만, 이 때의 물권적 합의는 잔대금이 모두 지급되었을 때에 부동산을 인도한다는 조건부 합의라고 할 수 있을 것이다. [대상판결 1], [대상판결 2]의 사건에서 모두 조건부 물권적 합의가 있었고, 이 조건이 충족되지 않

은 상태에서 이전등기가 이루어졌다는 점에서는 같다. 조건부 물권적 합의의 경우 물권적 합의가 있다고 하든 없다고 하든 [대상판결 1], [대상판결 2]의 사건에서는 물권적 합의의 존재여부에 대해서는 동일한 결론이 내려져야 했을 것이다.

### 3) 물권행위(인도행위)의 존재여부

[대상판결 1], [대상판결 2]에서 모두 물권적 합의가 존재한다고 보더라도 A, D가 甲, 乙에게 부동산의 소유권을 넘기는 행위인 물권행위 혹은 인도행위가 존재한다고 보아야 할 것인가가 문제된다. 당사자 사이에 의사의 합치가 있다고 하더라도 그것이 객관적 행위로 표현되어야 유효한 물권행위(인도행위)가 있다고 할 수 있기 때문이다.

채권행위시에 물권행위가 존재한다고 한다면 당연히 물권행위가 존재한다고 보아야 할 것이다. 그러나 채권행위와 물권행위가 별도로 행해지고, 매도인이 매수인에게 등기에 필요한 서류를 인도할 때에 물권행위가 있다고 하게 되면, A, D가 甲, 乙에게 등기에 필요한 서류를 교부하지 않고 법무사 사무실에 등기에 필요한 서류를 보관시킨 것만으로는 A, D가 甲, 乙에게 등기에 필요한 서류를 교부하는 행위 즉, 물권행위가 있다고 보기 어렵기 때문이다.

[대상판결 1]의 사건에서 A는 자신이 경기도 성남에 거주하고 있어 또 다시 강원도 홍천으로 오기 곤란하였기 때문에, 다음날 甲으로부터 잔금을 지급받는 조건으로 법무사 사무실에 등기신청을 위임해 두기로 하고, K법무사 사무실의 사무장 B에게 연락하여 그 사무실 직원 C에게 등기신청에 관한 위임장을 작성해주고 이 사건 부동산의 소유권이전등기에 필요한 서류 일체를 교부하였다. 이는 조건부 물권행위(인도행위)라고 할 수 있다. 조건부 물권행위가 유효하게 성립하기 위해서는 조건이 충족되어야 하는데, 조건이 충족되지 않았으므로 유효한 물권행위가 존재한다고 할 수 없다.

[대상판결 2]의 사건에서 乙과 D는 법무사 사무실에서 중도금과 잔금 중 1천만원을 수수하고, 나머지 잔금 1,300만원에 대하여는 위 D가 부동산소유권이전등기에 필요한 서류 일체를 위 S법무사에게 맡겨 놓고 위 잔금을 지불한 후에 위 서류들을 찾아서 乙 앞으로 소유권이전등기를 마치도록 하였다. D가 S법무사에게 부동산소유권이전등기에 필요한 서류일체를 맡겨놓

은 것은 물권행위(인도행위)라고 할 수 있다. 다만, 잔금을 지불한 후에 소유권이전등기를 하도록 한 것은 조건부 물권행위(인도행위)라고 할 수 있다. [대상판결 2]에서도 조건부 물권행위가 있었지만 역시 조건이 충족되지 않은 상태에서 소유권이전등기가 이루어졌다는 점은 [대상판결 1]의 사건에서와 마찬가지로 할 수 있다. 따라서 조건부 인도행위에 따른 소유권이전등기를 유효하다고 하든 하지 않든 [대상판결 1]과 [대상판결 2]의 사건에서는 동일한 결론이 내려져야 했을 것이다.

이와 같이 [대상판결 1]의 사건이나 [대상판결 2]의 사건에서 물권적 합의가 있었다는 점 및 조건부 물권행위(인도행위)가 있었고, 이 조건이 충족되지 않은 상태에서 소유권이전등기가 이루어졌다는 점에서는 동일하다. 따라서 [대상판결 1]에서는 공정증서원본등부실기재죄가 성립하고, [대상판결 2]에서는 공정증서원본등부실기재죄가 성립하지 않는다고 한 것은 그 논리적 일관성이 있다고 할 수 없다.

### III. 사기죄의 성립여부

#### 1. 문제의 소재

[대상판결 1], [대상판결 2]에서 물권적 합의는 있지만 유효한 물권행위가 있다고 보기 어렵다면, 甲, 乙이 법무사를 기망하여 소유권이전등기를 하도록 한 행위가 사기죄에 해당되는가가 문제될 수 있다.

사기죄가 성립하기 위해서는 ① 신의칙에 반하는 기망행위가 있고, ② 피기망자가 착오에 빠지고, ③ 피기망자의 처분행위가 있고, ④ 그 처분행위에 기하여 재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 취득하고, ⑤ 기망과 착오 및 처분행위 사이에 인과관계가 있어야 한다. [대상판결 1], [대상판결 2]에서 피고인 甲, 乙의 행위가 신의칙에 반하는 기망행위이고, 이로 인해 피기망자인 법무사사무실 직원들이 착오에 빠졌고, 이 착오에 기해 소유권이전등기를 하였고, 기망행위와 피기망자의 착오, 피기망자의 착오와 처분행위 사이에 인과관계가 인정된다. 사기죄의 성립에 재산상의 손해가 발생하여야 하는가에 대해 긍정설과 부정설<sup>3)</sup> 및 이분설이 대립하지만, [대상판

3) 판례는 부정설을 취하고 있다(대법원 2004. 4. 9. 선고 2003도7828 판결; 대법원 2003. 12.

결 1], [대상판결 2]의 사례에서 재산상의 손해가 발생하였으므로 어떤 견해에 의해도 사기죄의 성립에는 지장이 없다.

여기에서의 문제는 피기망자인 법무사사무실의 직원들이 소유권이전등기를 하도록 한 행위가 사기죄의 처분행위가 될 수 있는가이다. 처분행위란 피기망자가 재물을 교부하거나 기망자에게 재산상의 이익을 취득하게 하는 행위를 말하는데, 사기죄의 처분행위가 되기 위해서는 처분할 수 있는 지위나 권능이 있는 자의 처분행위여야 하기 때문이다<sup>4)</sup>.

## 2. 처분행위의 존재여부

사기죄의 처분행위에서 처분할 수 있는 지위에 대해서는 처분할 수 있는 법률상의 권한이 있어야 한다는 권한설과 사실상 처분할 수 있는 지위에 있으면 족하다고 하는 지위설이 대립하는데 통설, 판례<sup>5)</sup>는 지위설을 따르고 있다. 재산범죄가 사법상의 권리가 있는 재산만을 보호하는 것이 아니라 사실상의 재물 또는 재산상의 이익을 보호한다는 점을 고려하면 지위설

---

26. 선고 2003도4914 판결. 사기죄는 타인을 기망하여 그로 인한 하자 있는 의사에 기하여 재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 취득함으로써 성립되는 범죄로서 그 본질은 기망행위에 의한 재산이나 재산상 이익의 취득에 있는 것이고 상대방에게 현실적으로 재산상 손해가 발생함을 요건으로 하지 아니한다).

- 4) 이는 사기죄와 책략절도죄를 구별하는 기준이 된다. 예를 들어, 甲이 가게에 들어가 손님 A에게 B의 물건을 자기의 물건이니 집어달라고 하고 이에 속은 A가 그 물건을 집어주자 가지고 간 경우 甲의 행위는 사기죄가 되지 않고 절도죄의 간접정범이 된다. 그러나 甲이 B의 물건을 보관하고 있는 가게점원 C에게 자신이 B라고 속이고 그 물건을 받아간 경우에는 절도죄가 아닌 사기죄가 성립한다. 그 이유는 A는 그 물건을 처분할 지위에 있지 않으나 C는 그 물건을 처분할 지위에 있기 때문이다. 즉, 사기죄가 성립하기 위해서는 피기망자가 자신이 점유하고 있는 물건을 처분할 수 있는 지위에 있어야 한다. 이러한 지위에 있지 않은 사람을 기망하여 재물의 교부를 받은 경우에는 절도죄가 될 수 있을 뿐이다. 따라서 판례는 “타인 명의의 등기서류를 위조하여 등기공무원에게 제출함으로써 피고인 명의로 소유권이전등기를 마쳤다고 하여도 피해자의 처분행위가 없을 뿐 아니라 등기공무원에게는 위 부동산의 처분권한이 있다고 볼 수 없어 사기죄가 성립하지 않는다”고 한다(대법원 1982. 3. 9. 선고 81도1732 판결 외 다수판결).
- 5) 대법원 1994. 10. 11. 선고 94도1575 판결. 피기망자와 재산상의 피해자가 같은 사람이 아닌 경우에는 피기망자가 피해자를 위하여 그 재산을 처분할 수 있는 권능을 갖거나 그 지위에 있어야 하지만, 여기에서 피해자를 위하여 재산을 처분할 수 있는 권능이나 지위라 함은 반드시 사법상의 위임이나 대리권의 범위와 일치하여야 하는 것은 아니고 피해자의 의사에 기하여 재산을 처분할 수 있는 서류 등이 교부된 경우에는 피기망자의 처분행위가 설사 피해자의 진정한 의도와 어긋나는 경우라고 할지라도 위와 같은 권능을 갖거나 그 지위에 있는 것으로 보아야 한다.

이 타당함은 물론이다.

여기에서 소유권이전등기에 필요한 A와 D의 서류를 보관하고 있는 법무사나 그 직원들이 사기죄에서 타인의 재물을 처분할 수 있는 권능 내지 지위에 있는 자라고 할 수 있는지 문제될 수 있는데 이를 긍정해야 할 것이다. 등기에 필요한 타인의 서류를 보관하고 있는 자는 횡령죄의 주체는 될 수 없다고 할 수도 있지만<sup>6)</sup>, 사기죄에서의 처분행위를 할 수 있는 사실상의 지위나 권능은 가진 자라고 할 수 있기 때문이다. 대상판결들의 사건에서 甲, 乙이 법무사들을 기망한 행위는 거래의 신의칙에 반하는 기망행위라고 할 수 있고, 소유권이전등기를 하도록 한 것은 재물을 취득한 것이라고 할 수 있다.

따라서 甲, 乙의 행위는 사기죄에 해당된다고 할 수 있다.

### 3. 편취한 부동산에 대한 공정증서원본등부실기재죄

판례는 법원을 기망하여 승소판결을 받고 그 판결에 따라 허위신고를 하여 소유권이전등기를 경료한 경우는 사기죄와 공정증서원본등부실기재죄의 경합범이 된다고 한다<sup>7)</sup>. 그러나 판례는 “공정증서원본에 기재된 사항이 외관상 존재하는 사실이라 하더라도 이에 무효나 부존재에 해당되는 하자가 있다면 그 기재는 불실기재에 해당되나 그것이 객관적으로 존재하는 사실이고 이에 취소사유에 해당되는 하자가 있을 뿐인 경우에는 취소되기 전에 그 결의 내용이 공정증서원본에 기재된 이상 그 기재가 공정증서원본불실기재죄를 구성하지는 않는다”고도 한다<sup>8)</sup>.

6) 판례는 “횡령죄가 성립하기 위하여서는 우선 타인의 재물을 보관하는 자의 지위에 있어야 하고 부동산에 대한 보관자의 지위는 동산의 경우에 있어서와는 달리 그 부동산에 대한 점유를 기준으로 할 것이 아니라 그 부동산을 제3자에게 유효하게 처분할 수 있는 권능의 유무를 기준으로 하여 결정할 것이므로 타인 소유의 토지에 관하여 그 소유권이전등기를 경료받음이 없이 그 경작관리권만을 위임받아 이를 점유해 온 자는 그 토지 자체에 대한 보관자의 지위에 있다고는 할 수 없고 그 후 동인이 허위의 보증서와 확인서를 발급받아 부동산소유권이전등기등에관한특별조치법에 의한 소유권이전등기를 임의로 경료하였다 하더라도 그와 같은 원인무효의 등기에 의하여 그 토지에 대한 처분권능이 새로이 발생하는 것이 아니므로 마찬가지로 할 것이다”라고 한다(대법원 1987. 2.10. 선고 86도1607 판결). 이는 횡령죄에서는 처분할 수 있는 사실상의 지위에 있는 것만으로 부족하고 처분할 수 있는 법률상의 권능까지 필요하지만, 사기죄에서는 처분할 수 있는 사실상의 지위에 있으면 족하다는 의미라고 할 수 있다.

7) 대법원 1996. 5. 31. 선고 95도1967 판결.

8) 대법원 1993. 9. 10. 선고 93도698 판결. 따라서 “협의상 이혼의 의사표시가 기망에 의하

이는 타인을 기망하여 재물을 취득하고 이에 기해 소유권이전등기를 한 경우에는 공정증서원본등부실기재죄는 성립하지 않는다는 취지라고 해석할 수 있다. 두 판결 중에서는 후자가 더 타당하다고 생각된다. 따라서 甲, 乙에게 사기죄를 인정한다면 피해자인 A와 D가 취소하기 전까지는 공정증서원본등부실기재죄 및 동행사죄는 성립하지 않는다고 해야 할 것이다.

## IV. 절도죄의 성립여부

### 1. 문제의 소재

만약 법무사사무실의 직원이 사기죄의 처분행위자로서의 지위를 가지고 있지 않은 경우에는 부동산에 대한 절도죄의 성립여부가 문제될 수 있다. 여기에서는 다음과 같은 두가지가 문제된다.

첫째, 부동산에 대한 절도죄가 성립할 수 있는가가 문제된다. 만약 부동산절도죄를 부정한다면 절도죄는 성립하지 않게 된다.

둘째, 부동산절도죄를 인정할 경우에는 절취행위가 있다고 할 수 있는가가 문제된다.

### 2. 부동산절도죄의 인정여부

부동산이 절도죄의 객체가 될 수 있는가에 대해서는 다음과 같이 견해가 대립한다.

#### 1) 부정설

이 견해에 따르면 절도죄의 객체는 동산에 한정되고 부동산은 포함되지 않고, 그 근거는 다음과 같다(김성천·김형준, 2006: 363; 김일수·서보학,

---

여 이루어진 것일지라도 그것이 취소되기까지는 유효하게 존재하는 것이므로, 협의상 이혼의사의 합치에 따라 이혼신고를 하여 호적에 그 협의상 이혼사실이 기재되었다면, 이는 공정증서원본불실기재죄에 정한 불실의 사실에 해당하지 않는다"고 한다(대법원 1997. 1. 24. 선고 95도448 판결).

2005: 275; 박상기, 2005: 246; 배종대, 2006: 64/15; 백형구, 2002: 128; 유기천, 1992: 187면; 이재상, 2006: 16/17; 이정원, 2003: 302; 이형국, 2005: 386; 진계호, 2003: 262).

첫째, 역사적으로 절도죄의 객체는 로마법 이래 동산에 국한되어 왔다.

둘째, 절도죄는 탈취죄로서 점유의 이전을 요하는데 부동산은 가동성(可動性)이 없으므로 점유이전이 불가능하다.

셋째, 부동산은 절도죄로부터 보호할 가치는 있으나 보호할 필요가 없기 때문에 부동산절도를 인정할 필요가 없다. 즉, 부동산절도로 생각할 수 있는 방법은 ①부동산명의를 절취하는 방법, ②타인의 경계를 침범하는 방법 등이 있는데, ①의 경우에는 공문서나 사문서위조 및 동행사죄, 공정증서원본등부실기재죄 등으로 처리하면 족하고, ②의 경우에는 경계침범죄(제370조)나 주거침입죄(제319조)로 처벌하면 족하다고 한다.

## 2) 긍정설

이 견해에 따르면 동산 뿐만 아니라 부동산도 절도죄의 객체가 될 수 있고, 그 근거는 다음과 같다(오영근, 1999: 201-203; 임웅, 2005: 267-268).

첫째, 절도죄의 객체를 '동산(bewegliche Sache)'에 한정하고 있는 독일형법과 달리 우리 형법은 단순히 '재물'이라고 하고 있고, 재물에는 동산과 부동산이 있으므로 부동산을 절도죄의 객체에서 배제할 이유가 없다.

둘째, 부동산명의를 절취하는 경우에도 문서위조죄 등과 절도죄의 상상적 경합이라고 해도 부당할 것이 없다.

셋째, 경계침범죄는 기본적으로는 영득죄가 아니고 손괴죄의 일종이어서, 그 행위도 타인의 경계를 손괴하거나 인식불가능하게 하는 행위를 벌하는 것이고 침범된 경계를 영득하는 행위를 벌하는 것은 아니다. 타인의 토지를 영득할 목적으로 경계를 침범하는 행위에 대해서는 경계침범죄와 절도죄의 상상적 경합으로 해석하여 중한 죄인 절도죄로 벌해야 하고 경계침범죄로만 벌하는 것은 다른 범죄의 처벌과 균형이 맞지 않는다.

넷째, 명인방법으로 부동산소유권을 공시하는 수목(樹木) 또는 미분리의 과실(果實)에 대해 명인방법의 개서 등을 통해 절취하는 행위를 절도죄로 처벌할 실익이 있다.

## 3) 결어

부정설은 부동산의 객체를 동산으로 규정한 독일형법의 해석론을 무비판적으로 수용한 것이라고 할 수 있다. 따라서 입법론적으로는 몰라도 해석론적으로는 부동산을 절도죄의 객체에서 제외해야 할 이유가 없다. 독일형법에서는 강도죄의 객체도 동산에 한정하고 있으므로 부동산강도죄가 성립할 수 없다. 그러나 우리 형법에서는 부동산강도죄를 인정한다. 부동산강도죄를 인정하면서 부동산절도죄를 부인할 이유는 없을 것이다.

## 2. 절취행위의 존재여부

통설, 판례<sup>9)</sup>는 “절취란 타인이 점유하고 있는 점유를 점유자의 의사에 반하여 그 점유를 배제하고 재물을 자기 또는 제3자의 점유로 옮기는 것”으로서 타인의 점유의 배제와 새로운 점유의 취득을 내용으로 한다고 한다. 여기에서 타인의 소유명의를 자기의 소유명의로 옮기는 것이 절취에 해당되는가 문제될 수 있다.

통설, 판례의 절취개념은 절도죄의 객체를 동산으로 한정하고 있는 독일형법상의 취거(wegnehmen)개념과 동일하게 파악하는 것이라고 할 수 있다. 그러나 부동산절도를 인정하는 경우에는 절취개념이 달라져야 할 것이다. 우리 형법은 권리행사방해죄에서는 취거라는 개념을 사용하고 있지만 절도죄에서는 절취라는 개념을 사용하고 있다. 법률이 명확하게 다른 표현을 사용하고 있는 경우에는 두 개념이 다르다고 해야 할 것이다. 여기에서 취거와 절취는 전자에서는 점유의 배제 및 점유의 이전만이 포함되고 있지만, 후자에서는 취거 이외에 영득의 개념도 포함하고 있는 것이라고 해석할 수 있다.

따라서 우리 형법상 부동산절도를 인정하는 경우 등기명의를 변경하는 것도 절취라는 개념에 포함시켜야 할 것이다. 등기명의를 변경하는 행위는 영득행위라고 할 수 있고, 부동산절도에서는 현실적 점유의 배제와 점유의 이전이라는 요소보다는 법률적 관점에서 평가한 점유의 배제와 점유의 이전이 더 중요하다고 할 수 있다. 이렇게 본다면 등기명의를 이전은 법률적 의미의 영득과 취거 모두를 포함하는 개념이라고 할 수 있다.

9) 대법원 2001. 10. 26. 선고 2001도4546 판결; 대법원 1999. 11. 12. 선고 99도3801 판결.

### 3. 공정증서원본등부실기재죄의 성립여부

소유명의를 변경하는 형태의 부동산 절도를 인정하는 경우에는 영득의 의사로 소유명의를 변경하는 경우 절도죄와 공정증서원본등부실기재죄의 상상적 경합범이 성립한다고 해야 할 것이다.

## V. 결 어

앞에서도 언급한 것과 같이 [대상판결 1], [대상판결 2]의 사건에서 ①매도인이 매수인으로부터 잔금을 받은 후에야 소유권이전등기를 허락할 의사가 있었고, ②매도인 A와 D가 특별히 소유권상실의 위험을 무릅쓸 필요가 없을 것이며, ③일반적으로 보아 A와 D 모두 잔금의 다과를 불문하고 잔금을 받기 전에 소유권이전등기를 하여 주기로 약정하지는 않을 것이며, ④A와 D 모두 법무사 사무실에 다시 오기 싫기 때문에 필요한 서류를 법무사 사무실에 맡겨놓았다는 점에서 동일하다고 할 수 있다. [대상판결 1], 2의 사건에서의 차이점은 잔대금이 많다는 것과 적다는 차이점 밖에 없다.

그러나 매매잔대금의 차이는 두 사건에서 그리 중요한 것은 아니라고 할 수 있다. 따라서 [대상판결 1], [대상판결 2]의 사건은 결국 같은 성질을 가진 사건이라고 할 수 있으므로 이를 다른 것으로 파악한 대상판결들의 입장은 논리일관성이 없다고 할 수 있다.

따라서 [대상판결 1], [대상판결 2]의 사건에서 모두 피고인들에게 유죄를 인정해야 한다. 다만, 피고인들에 대해 공정증서원본등부실기재죄 및 동행사죄의 죄책보다는 사기죄의 죄책을 물었어야 하고, 피해자들이 사기에 의한 소유권이전등기를 취소한 경우에 비로소 공정증서원본등부실기재죄와 동행사죄의 죄책을 물었어야 했을 것이다.

만약 법무사들에게 사기죄의 처분행위를 할 수 있는 지위를 인정하지 않는다면, 부동산절도죄를 인정하여 절도죄 및 공정증서원본등부실기재죄 및 동행사죄를 인정하고, 이 경우에도 세 범죄는 상상적 경합의 관계에 있다고 해야 할 것이다.

## [참고문헌]

- 김상용(2003), 물권법, 법문사.
- \_\_\_\_\_(1994), “물권행위 및 물권행위의 독자성에 관한 한·독비교”, 「민사재판의 제문제」 제8권.
- 김성천·김형준(2006), 형법각론, 동현출판사.
- 김일수·서보학(2005), 형법각론, 박영사.
- 박상기(2005), 형법각론, 박영사.
- 배중대(2006), 형법각론, 홍문사.
- 백형구(2002), 형법각론, 청림출판사.
- 오영근(1999), “재산범죄의 체계에 관한 한·독 형법의 비교연구”, 「형사법연구」 제11호, 한국형사법학회.
- 유기천(1992), 형법강의(각론I), 일조각.
- 이재상(2006), 형법각론, 박영사.
- 이정원(2003), 형법각론, 법지사.
- 이은영(1997), “물권행위에 관한 연구”, 「한국외대 외법논집」 제4집(계산성시탁교수정년퇴임기념논문집).
- 이형국(2005), 형법각론, 법문사.
- 임 응(2005), 형법각론, 법문사.
- 진계호(2003), 형법각론, 대왕사.

**【Abstract】**

**Charge with a Cheating Offense at the Transfer of  
the Ownership**

**Oh, Young-Kuen**

The Supreme Court of Korea judgment 2005do9402(case1) and The Supreme Court of Korea judgment 96do233(case2) is the same case but, the only point of difference of that is earnest money of large and small. Judgment of two case is not coherence that is difference. Therefore, the accused should be declared their guilty in both case 1 and case 2.

The accused, however, should be accused of fraud rather than the untrue entry of officially authenticated instrument principal. If the victims cancel the registration of transfer for ownership caused by the fraud, then, the accused can be accused of the untrue entry of officially authenticated instrument principal.

If the position in which judicial scrivener can dispose the fraud is unaccepted, the theft and the untrue entry of officially authenticated instrument principal can be accepted because the theft of real property can be accepted. This can be said that three of these offenses are related to the crimes charged as single crime.

**\* Key words :** the untrue entry of officially authenticated instrument principal, the cheating on judicial scrivener, fraud, theft, the registration of transfer for ownership.

