

## 대구지법 2006.10.11.선고 2005고합694 판결 : 항소

【특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)(인정된죄명:사기)】 , [각공2006.12.10.(40),2700]

### 【판시사항】

- [1] 토지 매수인들이 매매계약 체결 과정에서 피해자에게 자신들의 자금능력을 오신하게 한 행위가 사기죄를 구성하는 기망행위로 인정된다고 한 사례
- [2] 근저당권이 설정된 부동산을 편취하는 경우 그 이득액의 산정 방법

### 【판결요지】

- [1] 토지 매수인들이 자신들의 자금능력에 대한 피해자의 절대적 신뢰를 기초로 토지 매매계약을 체결하였으나 중도금 및 잔금 지급을 담보할 방법이 계약상 마련되어 있지 않은 상황에서, 비록 매수인들이 토지를 매수하여 아파트건축공사를 시행한 후 매매대금을 실제 지급할 생각이었다고 하더라도 위 매매계약 체결 과정에서 피해자에게 자신들의 자금능력을 오신하게 한 행위는 사기죄를 구성하는 기망행위로 인정된다고 한 사례.
- [2] 근저당권이 설정된 부동산을 편취하는 경우 그 이득액을 산정함에 있어 위 부동산의 시가 즉 객관적인 재산적 가치는, 그 근저당권이 사기죄 기수 당시에 이미 환가 내지 실행될 수 없는 것이었다는 특별한 사정이 없는 한, 원래의 부동산 시가에서 그 근저당권의 채권최고액(실제 피담보채무가 그보다 적다면 피담보채무액)을 공제한 가액으로 산정함이 타당하고, 다만 매매계약의 계약금 등으로 교부한 돈은 편취의 대가로 지급된 것으로서 편취 목적물 자체의 교환가치를 제한하는 것이 아니므로 이를 공제할 수 없다.

### 【참조조문】

- [1] 형법 제347조 / [2] 형법 제347조 , 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조 제1항

### 【전문】

- 【피 고 인】 피고인 1  
외 1인
- 【검 사】 채제훈
- 【변 호 인】 변호사 류정무

## 【주문】

피고인들을 각 징역 1년 6월에 처한다.

다만, 이 판결 확정일로부터 각 3년간 피고인들에 대한 위 각 형의 집행을 유예한다.

## 【이유】

피고인들은 공동피고인 (분리)과 공모하여,

사실은 피고인들 및 공동피고인 이 피해자 공소의 1 로부터 경북 군위군 (각 상세 지번 생략) 토지 5필지(소유명의로는 피해자가 운영하는 공소의 2 주식회사 로 되어 있었다. 이하 ‘이 사건 토지’라고 한다)를 매수할 자금이 없고 피고인들이 친인척관계가 아님에도 불구하고,

2004. 5. 초순경 피해자와 이 사건 토지에 관한 매매계약 체결을 위하여 접촉하는 과정에서 공동피고인 의 지시에 따라 피고인 2 는 “누나가 식당을 크게 하고, 자형도 회사를 하나 경영하고 있어 자형의 자금력이 상당한데, 자형이 아파트건축 사업자금 2억 원을 빌려주기로 했다”라고 하며 피고인 1 로부터 자금을 받아 위 토지상에 아파트 건축 사업을 추진할 것처럼 행세하고, 피고인 1 은 “ 피고인 2 에게 2억 원 정도의 사업자금을 빌려 주려 한다”고 거짓말하여, 2004. 6. 4.경 대구 동구 (상세 주소 및 업소명 생략) 사무실에서 이에 속은 피해자와 이 사건 토지에 관하여 피고인 1 명의로 대금을 8억[계약당일 계약금 8천만 원, 같은 날 1차 중도금 2억 5천만 원(이 사건 토지에 근저당권이 설정된 북대구농협에 대한 대출채무 2억 3천만 원 인수, 현금 2천만 원), 2004. 10. 4. 2차 중도금 2억 원, 2005. 8. 4. 잔금 2억 7천만 원 지급]으로 정하여 매매계약을 체결한 다음, 2004. 6. 15.경 피해자에게 계약금 등 명목으로 1억 원을 교부함과 동시에 등기부상 이 사건 토지 소유권자인 공소의 2 주식회사 의 대표이사 변경에 필요한 서류를 교부받아 2004. 6. 16. 위 회사 법인 등기부에 대표이사를 피고인 1 로 변경함으로써 위 토지 시가 293,980,000원(위 근저당권의 피담보채무액 공제) 상당을 편취하였다.

1. 피고인 2 및 공동피고인 이 이 법정에서 한 각 진술

1. 피고인 1 이 이 법정에서 한 일부 진술

1. 증인 공소의 1 , 3 이 이 법정에서 한 각 진술

1. 제6회 공판조서 중 증인 공소의 1 , 3 의 진술기재

1. 검사가 작성한 공소의 3 에 대한 진술조서의 진술기재( 공소의 1 진술부분 포함)

1. 사법경찰리가 작성한 공소의 4 , 5 에 대한 각 진술조서의 진술기재

1. 공소의 6 이 작성한 통고서의 기재

1. 토지매매계약서, 법인등기부등본( 공소의 2 주식회사 ), 차용증, 공정증서, 법인등기부등본(창일주택), 부동산등기부등본(군위토지)의 각 기재

1. 범죄사실에 대한 해당 법조

각 형법 제347조 제1항 , 제30조

1. 집행유예

각 형법 제62조 제1항

피고인 및 변호인의 주장에 대한 판단

1. 주장의 요지

피고인들은 이 사건 토지를 매수하여 아파트 건설 공사를 추진하고 신축한 아파트를 분양하여 매매대금도 지급하려고 하였으므로 이 사건 토지를 편취하려 한 것은 아니고, 더구나 피고인 1 은, 동생인 공동피고인 이 이 사건 토지를 매수하여 아파트를 지으려고 하는데 자신이 신용불량자라며 명의만 빌려달라고 하여 이에 응

한 것뿐이며, 피고인 2 는 이 사건 토지를 공동피고인 에게 소개만 시켜주었을 뿐 이 사건 토지를 편취하기로 공모한 바 없다.

## 2. 판 단

### 가. 기망행위 여부에 관하여

앞서 든 증거에 의해 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 이 사건 토지는 아파트 건축을 위해 공소외 2 주식회사 명의로 사업계획승인까지 받은 상태였고 피고인들이 아파트 건축을 하는 것을 전제로 이 사건 토지에 대한 매매가 이루어 진 점, 피고인들은 아파트 건축 사업의 편의를 위해 사업계획승인 명의자이자 이 사건 토지 소유권자로 등기된 공소외 2 주식회사 도 토지와 함께 인수하기로 한 점, 그에 따라 토지에 대한 계약금 1억 원의 지급만으로 피고인들이 회사 대표이사 명의변경을 위한 서류를 교부받아 건축 사업을 시행하기로 약정한 점 등을 감안하면, 이 사건 매매계약은 피고인들의 자금능력에 대한 피해자의 절대적 신뢰를 기초로 체결된 것이라고 하겠다.

그런데 중도금 및 잔금지급을 담보할 방법이 계약상 마련되어 있지 않은 상황에서, 매수명의인인 피고인 1 은 그와 같은 자금을 지원할 능력이 없었을 뿐더러(피고인 2 의 자형도 아니었다), 피고인 2 도 처음부터 사업자금 없이 계약금마저 사채업자로부터 빌려 지급한 사정(그 담보를 위해 사채업자에게 이 사건 토지에 근저당권까지 설정해 주었다가 결국 소유권을 상실하게 되었다)에 비추어 보면, 비록 피고인들이 그 주장과 같이 이 사건 토지를 매수하여 아파트건축공사를 시행한 후 매매대금을 실제 지급할 생각이었다고 하더라도, 이러한 사정을 양형에서 고려하는 것은 별론으로 하고 피고인들이 이 사건 매매계약 체결 과정에서 피해자에게 자신들의 자금능력을 오신하게 한 행위는 사기죄를 구성하는 기망행위로 인정된다.

### 나. 공모 여부에 관하여

2인 이상이 범죄에 공동 가공하는 공범관계에서 공모는 법률상 어떤 정형을 요구하는 것이 아니고 2인 이상이 공모하여 어느 범죄에 공동 가공하여 그 범죄를 실현하려는 의사의 결합만 있으면 되는 것으로서, 비록 전체의 모의과정이 없었다고 하더라도 수인 사이에 순차적으로 또는 암묵적으로 상통하여 그 의사의 결합이 이루어지면 공모관계가 성립한다( 대법원 2000. 11. 10. 선고 2000도3483 판결 등 참조).

검사가 작성한 공동피고인 및 피고인 2 에 대한 피의자신문조서 및 사법경찰리가 작성한 공소외 4 에 대한 진술조서의 각 진술기재에 의하면, 피고인 2 는 피해자로부터 대구 남구 이천동의 주상복합아파트 부지를 매수하기 위해 돈을 빌리러 갔다가 우연히 공동피고인 을 만나 그에게 토지 매매 건에 대한 이야기를 한 사실, 이에 공동피고인 은 자신이 그 토지를 매수하겠다고 자신을 자형이라고 하고 피해자를 소개시켜 달라고 하였는데 그 후 위 이천동 토지 대신 이 사건 토지를 매수하기로 하고 그 매매교섭 과정에서 피해자에게 공동피고인 을 소개하며 자형의 동생이라고 이야기 한 사실, 피고인 2 는 공동피고인 이 아파트를 짓고 난 자투리땅에 빌라를 지어 분양하기로 하고 공동피고인 과 피해자 사이를 오가며 계약체결을 위해 노력한 사실, 그 후 피고인 2 는 사채업자인 공소외 4 에게 이 사건 토지 매입 자금을 빌려달라고 하여 위 공소외 4 로부터 다른 사채업자 공소외 7 을 소개받아 2억 원을 빌리는 데 관여한 사실, 위와 같이 빌린 돈 중 4, 5백만 원 정도를 피고인 2 가 가지고 가 개인적인 용도로 사용하기도 한 사실을 인정할 수 있다.

또한, 검사가 작성한 피고인 1 에 대한 피의자신문조서의 진술기재에 의하면, 피고인 1 은 동생 공동피고인 이 신용불량자여서 매매계약을 체결할 수 없다며 명의를 빌려 달라고 하여 피해자를 만나 매수인으로 계약을 체결하였고, 2004. 6. 15. 공소외 2 주식회사 의 대표이사로 취임하고, 2004. 6. 28. 이 사건 토지의 소유권을 공소외 8 주식회사 로 이전해 준 사실, 2003.경 공동피고인 이 대구 달서구 장기동 소재 태영빌라아파트의 대지를 구입할 때에도 그 명의를 빌려주면서 약 1억 원의 공사비도 빌려 주었으나 아직까지 돌려받지 못하고 있는 사실이 인정된다.

이러한 인정 사실을 종합하면, 피고인들은 공동피고인 의 재정 상태나 사업추진능력 등을 파악할 수 있는 위치에 있었고 실제로도 그 사정을 잘 알고 있었음에도 공동피고인 이 지시하는 대로 계약체결과정에 가담한 사실이 인정되므로, 결국 피고인들 간에는 설령 전체의 모의과정이 없었다 하더라도 순차적으로 또는 암묵적으로 상통하여 이 사건 범행에 공동가공하여 그 범죄를 실현하려는 의사, 즉 공모의 의사가 있었다고 충분히 인정된다.

### 1. 공소의 요지

검사는 피고인들이 판시 범죄사실 기재와 같이 피해자를 기망하여 시가 8억 원 상당의 이 사건 토지를 편취하였다는 공소사실에 기초하여 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조 제1항 제2호를 적용하였다.

## 2. 판 단

가. 사기죄의 이득액 산정에서 근저당권 피담보채무액의 공제 여부

(1) 형법 제347조의 사기죄와 관련하여 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률(이하 ‘특경법’이라고만 한다) 제3조 제1항이 적용되기 위해서는 그 죄를 범한 자가 그 범죄행위로 인하여 취득한 재물 또는 재산상 이익의 가액(위 법률에서 ‘이득액’이라고 한다)이 5억 원 이상이어야 하고, 이러한 재물 등의 가액은 그 범죄행위의 기수 당시 시가에 따른다.

그런데 이미 실행된 금융기관의 대출채무 담보를 위하여 근저당권이 설정된 부동산을 편취한 경우에 그러한 근저당권은 불법영득의 대상이 된 재물에 부착된 조건이나 부담이 아니라 그 재물 자체의 객관적인 재산적 가치를 제한하는 것일뿐더러 사회통념상 그 제한의 실현가능성이 확정적이다(일반적 부동산거래에서도 근저당권이 설정되어 있는 경우에 그 근저당권의 채권최고액만큼의 담보가치가 이미 근저당권자에 의하여 파악되고 있는 것으로 인정하고 거래하는 것이 보통이고, 이에 따라 거래목적물의 교환가치 하락을 가져오는 명백하다).

(2) 또한, 특경법에서 규정한 ‘범죄행위로 인한 이득액’은 그 범죄자가 취득한 실질적인 이득액으로 평가되어야 하며(대법원 2001. 4. 10. 선고 2001도661 판결 참조), 그 불법영득의 대상물이 재물이라는 이유만으로, 재산상 이득을 취득한 경우(근저당권의 피담보채무액을 공제함에 의문이 없는 듯하다; 대법원 2002. 2. 26. 선고 2001도6522 판결 참조)와 다르게 ‘범죄행위로 인한 이득액’을 해석하여야 할 합리적 근거를 찾기 어렵다.

(3) 나아가 채권자는 근저당권이 설정되어 있더라도 피해자의 일반재산에 추급할 수 있으므로 피해자의 피해액을 산정함에 있어 근저당권의 피담보채무액을 공제할 수 없다는 점에 관해서도, 근저당권에 의하여 담보되는 채권에 관하여 그 실행에 특별한 장애가 없음에도 피해자의 일반재산에까지 추급하는 경우를 상정하여 그 피해액을 산정하는 것은 일반의 관념에 부합되지 않으며, 특히 특경법 제3조가 사기나 횡령 등의 특정재산범죄에 관하여 그 법정형을 높여 가중처벌하고 있는 이상 위 규정의 요건은 엄격한 해석이 요구되는데, 위 법률의 법문에 ‘그 죄를 범한 자가 그 범죄행위로 인하여 취득한 재물의 가액’으로 규정하고 있음을 감안할 때, 위와 같이 피해자의 관점에서 상정 가능한 모든 피해상황을 고려하여 위 법률의 ‘이득액’을 산정하는 것은 타당하지 않다(극단적으로는 범죄행위 당시 시세하락으로 시가를 초과하는 채권최고액의 근저당권이 설정되어 있었다면 그 부동산의 취득으로 실질적 이득이 전혀 없는 경우도 상정할 수 있으며, 이러한 경우에 사기죄에서 현실적 손해발생을 요건으로 하지 않는다는 견지에서 사기죄의 성립은 부정할 수는 없으나, 적어도 건전한 국민경제윤리에 반하는 거액의 경제범죄 등에 엄정하게 대처하기 위하여 제정된 특경법의 적용은 부당하다; 헌법재판소 전원재판부 2001. 3. 21. 선고 99헌바7 결정 참조).

(4) 따라서 근저당권이 설정된 부동산의 시가 즉 객관적인 재산적 가치는, 그 근저당권이 사기죄 기수 당시에 이미 환가 내지 실행될 수 없는 것이었다는 특별한 사정이 없는 한, 원래의 부동산 시가에서 그 근저당권의 채권최고액(실제 피담보채무가 그보다 적다면 피담보채무액)을 공제한 가액으로 산정함이 타당하다.

다만, 피고인들이 이 사건 매매계약의 계약금 등으로 교부한 계약금 1억 원은 편취의 대가로 지급된 것으로서 편취 목적물 자체의 교환가치를 제한하는 것이 아니므로 이를 공제할 수 없다.

나. 이 사건 사기죄의 이득액

이 사건에서 피고인들이 이 사건 토지의 소유명의자인 공소외 2 주식회사에 경영권을 취득한 시점인 2004. 6. 16.경 이미 북대구농협의 대출채무 230,000,000원이 제1순위 근저당권(채권최고액은 322,000,000원이었다)에 의하여 담보되어 있었고, 공동피고인인 변호인이 제출한 참고자료 중 경매사건진행표의 2005. 6. 21. 기준 감정가가 523,980,000원이므로(매매계약 체결 이후 위 감정시점에 이르기까지 이 사건 토지의 시세가 급락하였다는 볼 만한 사정은 없다), 이 사건 사기 범죄로 피고인들이 취득한 부동산의 재산상 가액은 많어도 293,980,000(523,980,000-230,000,000)원 이상이라고는 볼 수 없다.

다. 결 론

그렇다면 피고인들의 이 사건 사기범행으로 취득한 이득액이 5억 이상에 해당되지 않아 피고인들에게는 특경법 제3조 제1항을 적용할 수 없으므로, 이 사건 공소사실은 범죄의 증명이 없는 경우에 해당하여 형사소송법

제325조 후단에 의하여 무죄를 선고하여야 할 것이나, 이와 단일죄의 관계에 있는 사기죄를 유죄로 인정한 이상, 주문에서 따로 무죄의 선고를 하지 아니 한다.

이 사건 기록상 피고인들이 이 사건 토지상에 아파트 공사를 추진할 생각이 실제로 전혀 없었다고는 보이지 않으나, 그러한 점을 감안하더라도 이 사건 범행은 토지 매수 자금이 없는 피고인들이 피해자를 적극적으로 기망하여 피해자로부터 시가가 수억 원대에 이르는 이 사건 토지의 소유권을 이전받아 이를 편취한 것으로 그 죄질이 좋지 아니한 점, 피해가 아직까지 회복되지 않고 있는 점에 비추어 보면 피고인들에게는 그에 상응한 엄중한 처벌이 불가피하다.

다만, 피고인 1 은 동생인 공동피고인 의 부탁을 거절하지 못하여 이 사건 범행에 나아간 것으로 보이는 점, 이 사건 범행으로 인하여 취득한 이익이 전혀 없는 것으로 보이는 점, 아무런 전과가 없는 점 등을 유리한 정상으로 고려하고, 피고인 2 또한 공동피고인 의 지시에 따라 이 사건 범행에 나아갔고, 이 사건 범행으로 자신이 취한 이익은 약 500만 원 정도인 것으로 보이는 점, 벌금 전과 외에는 특별한 처벌 전력이 없는 점 등을 고려하여 형을 정한다.

판사 이원범(재판장) 김장훈 이준영