

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】

【피고인】 피고인 1

외 1인

【검사】 채제훈

【변호인】 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 공소외 1로부터 경북 군위군(각 상세 지번 생략) 토지 5필지(소유명의는 피해자가 운영하는 공소외 2 주식회사로 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 공동피고인의 지시에 따라 피고인 2는 "누나가 식당을 크게 하고, 자형도 회사를 하나 경영하고 있어 자형의 자금력이 상당한데, 자형이 아파트건축 사업자금 2억 원을 빌려주기로 했다"라고 하며 피고인 1로부터 자금을 받아 위 토지상에 아파트 건축 사업을 추진할 것처럼 행세하고, 피고인 1은 "피고인 2에게 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 공소외 2 주식회사의 대표이사 변경에 필요한 서류를 교부받아 2004. 6. 16. 위 회사 법인 등기부에 대표이사를 피고인 1로 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 공소외 1, 3 이 이 법정에서 한 각 진술

1. 제6회 공판조서 중 증인 공소외 1, 3 의 진술기재

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

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

1. 공소외 6 이 작성한 통고서의 기재

1. 토지매매계약서, 법인등기부등본(공소외 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 1은, 동생인 공동피고인 이이 사건 토지를 매수하여 아파트를 지으려고 하는데 자신이 신용불량자라며 명의만 빌려달라고 하여 이에 응

한 것뿐이며, 피고인 2 는 이 사건 토지를 공동피고인에게 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 사업자금이 없어 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 빌리려 갔다가 우연히 공동피고인 을 만나 그에게 토지 매매 건에 대한 이야기를 한 사실, 이에 공동피고인 은 자신이 그 토지를 매수하겠다며 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 개인적인 용도로 사용하기도 한 사실을 인정할 수 있다.

또한, 검사가 작성한 피고인 1 에 대한 피의자신문조서의 진술기재에 의하면, 피고인 1 은 동생 공동피고인이 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 소유권 을 공소외 8 주식회사 로 이전해 준 사실, 2003.경 공동피고인 이 대구 달서구 장기동 소재 태영빌라아파트 의 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 편취 하였다는 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'이라고 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 가져옴은 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 제3조 가 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; 현법재판소 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 주식회사의 경영권을 취득한 시점인 2004. 6. 16.경 이미 북대구농협의 대출채무 230,000,000원이 제1순위 근저당권(채권최고액은 322,000,000원이었다)에 의하여 담보되어 있었고, 공동피고인의 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 많아도 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 염중한 처벌이 불가피하다.

다만, 피고인 1은 동생인 공동피고인의 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 공동피고인의 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