사기와 공갈의 죄 규정의 개정 연구*

이 정 원
영남대학교 법학전문대학원 교수

< 목 차 >

Ⅰ. 제347조 사기죄에서의 문제점
Ⅱ. 제347조 이외의 사기죄
Ⅲ. 그 밖의 사기죄의 장에서 함께 규정된 독립적 구성요건
Ⅳ. 신설이 검토되어야 할 사기죄
Ⅴ. 공갈죄
Ⅵ. 기타의 규정

Ⅰ. 제347조 사기죄에서의 문제점

1. 구성요건상의 문제점

현행 제347조의 사기죄에서는 객관적 구성요건 요소 중 구성요건적 결과로서 재물의 교부 또는 재산상의 이익의 취득을 요구하고 있다. 그러나 사기죄는 재산침해 범죄이다. 따라서 피해자의 재산에 대한 침해가 있으면 사기죄의 기수를 인정하는 것이 타당하며, 범인에게 재물의 교부나 재산상의 이익의 취득이라는 결과의 발생을 요할 필요는 없다. 이와 같이 사기죄의 구성요건을 변경할 경우 사기취재죄와 사기이득죄의 구별도 필요하지 않게 된다. 행위자가 재물의 교부

* 심사위원 : 성낙현, 양종모, 한인달
투고일자 : 2009. 8. 18 심사일자 : 2009. 9. 15 게재확정일자 : 2009. 9. 25

를 받든 재산상 이익을 취득하든 모두 피해자의 재산상의 손실을 초래하기 때문이다.

재산범죄인 사기죄에서는 범인이 재산상 이익을 취득하려는 의사로 행위하면 충분하므로, 범인에게 재물의 교부나 재산상의 이익의 취득이라는 부분은 초과주관적 구성요건요소로 구성하는 것이 타당하다. 피해자의 재산처분행위에 의하여 피해자에게 재산상의 손해가 발생하였으나, 이것이 아직 범인에게 도달하지 아니한 경우 또는 그 재산상 이익이 범인이 생각하지도 못했던 제3자에게 도달한 경우에도 사기죄의 기수를 인정할 필요성이 있기 때문이다. 다만 재산상 이익의 취득과 관련하여 행위자가 현실적으로 이를 취득하지 못한 경우라도 범인은 재산상 이익을 취득하려는 의사로 행위하여야 사기죄의 성립을 인정할 수 있게 된다. 범인이 불법이득의사 없이 행위 한 경우라면 재산범죄의 성립을 인정하는 것이 불가능하기 때문이다. 따라서 재산상 이익의 취득과 관련하여 사기죄에서는 이를 초과주관적 구성요건요소로 구성하는 것이 바람직하다. 이는 독일 형법[1]의 태도이기도 하다.

사기죄의 해석에서는 재산상 실해의 위험을 재산상 손해에 포함시키는 견해[2]가 있다. 그러나 사기죄에서 재산상 실해의 위험을 구성요건적 결과로 규정하는 것에 대해서는 법적 안정성의 관점에서 반대한다.[3] 재산상의 손해 발생 이전에

---

1) § 263 Betrug (1) Wer in der Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, das Vermögen eines anderen dadurch beschädigt, daß er durch Vorspiegelung falscher oder durch Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen einen Irrtum erregt oder unterhält, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.
위법한 재산상의 이익을 자신이 취득하거나 타인으로 하여금 취득하게 할 의사로 허위의 사실로 기망하거나 진실을 왜곡 또는 은폐하여 착오를 야기 또는 유지시킴으로써 타인의 재산에 손해를 가한 자는 5년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.

2) 김성돈, 형법각론, 2008, 335면, 346면; 박상기, 형법각론, 제6판, 2005, 327면, 337면; 손동권, 형법각론, 제2개정판, 2006, 376면; 이재상, 형법각론, 제6판, 2009, 347면; 이형국, 형법각론, 2007, 383면; 임웅, 형법각론, 개정판보정, 2005, 357면; 정성근/박광민, 형법각론, 제3판, 2008, 370면; 김영환, 현금자동지급기의 부정사용에 관한 형법적 문제점, 형사판례연구(6), 1998, 260면; 장영민, 자기명의의 신용카드 남용행위의 죄책, 고시연구 1997.6, 66면.同趣旨, 오영근, 형법각론, 제2판, 2009, 430면.

3) 同旨, 김일수/서보학, 형법각론, 제7판, 2007, 440면; 배종대, 형법각론, 제6전정판, 2006, 468면; 진계호, 형법각론, 제5판, 2003, 364면.

기수를 인정해야 할 필요성이 있는 영역에서는 이를 독자적인 별도의 사기죄[4]로 구축하는 것이 타당하다.

2. 법정형의 문제점

현행 일반사기죄는 그 법정형이 10년 이하의 징역이나 2,000만원 이하의 벌금형으로 규정되어 있다. 10년 이하의 징역형이라는 법정형은 그 범위가 너무 넓어 그 만큼 법관의 자의가 개입할 가능성이 많게 된다.

또한 사기죄에서는 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률[5] 이외에 별도의 가중적 사기죄를 규정하고 있지 않다. 특별히 중한 가중적 사기죄를 구성요건에서 규정하지 않았으므로, 기본적인 일반사기죄의 법정형은 단순절도죄에 비하여 무겁지만, 중한 형태의 사기범죄에 대한 법정형은 상대적으로 약할 수 있다.[6]

사기죄의 법정형에 관한 문제는 중한 사기죄와 경한 사기죄를 구성하면 해결될 수 있다. 따라서 일반사기죄의 경우는 법정형을 5년 이하 또는 절도죄와 동일하게 6년 이하로, 선택형인 벌금형은 1,000만원 이하로 구성하는 것이 합리적으로 판단된다.

3. 일반사기죄와 변형구성요건의 구축 문제

---

4) 독일 형법 제264조의 보조금사기죄(Subventionsbetrug), 제264조a의 투자사기죄(Kapitalanlagebetrug), 제265조의 보험남용죄(Versicherungsmißbrauch), 제265조b의 신용사기죄(Kreditbetrug), 제266조b의 직불카드와 신용카드 남용죄(Mißbrauch von Scheck- und Kreditkarten) 등의 경우에서는 피해자에게 재산상 손해가 발생하기 이전에 기수가 인정되는 사기죄로 구성하고 있다.

5) 제3조(특정재산범죄의 가중처벌) ① 형법 제347조(사기)·제350조(공갈)·제351조(제347조 및 제350조의 상습범에 한한다)·제355조(횡령, 배임) 또는 제356조(업무상의 횡령과 배임)의 죄를 범한 자는 그 범죄행위로 인하여 취득하거나 제3자로 하여금 취득하게 한 재물 또는 재산상 이익의 가액(이하 이 조에서 "이득액"이라 한다)이 5억원 이상인 때에는 다음의 구분에 따라 가중처벌한다. 1. 이득액이 50억원 이상인 때에는 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다. 2. 이득액이 5억원 이상 50억원미만인 때에는 3년 이상의 유기징역에 처한다. ② 제1항의 경우 이득액 이하에 상당하는 벌금을 병과할 수 있다.

6) 독일형법에서는 일반사기죄를 5년 이하의 자유형 또는 벌금형으로 처벌하며, 사기죄의 특별히 중한 경우를 6월 이상 10년 이하의 자유형으로 처벌한다.

(1) 독일 형법의 일반사기죄와 변형구성요건

1) 독일 형법 제263조 제3항의 사기죄의 특별히 중한 경우

독일 형법 제263조 제3항[7]은 Regelbeispiele로서 사기죄의 특별히 중한 경우를 규정하여 6월 이상 10년 이하의 자유형으로 처벌한다. 독일 형법 제263조 제3항의 사기죄가 특별히 중한 경우란 법률에 특별한 규정이 없는 한 다음의 경우에 해당하는 경우를 말한다.

1. 영업적으로 행위 한 경우 또는 문서위조나 사기의 계속적 수행을 목적으로 조직된 범죄조직의 구성원으로서 행위 한 경우
2. 중대한 정도의 재산손실을 야기하거나 또는 사기의 계속적인 수행으로 인하여 상당한 수인을 재산손실의 위험에 빠뜨리려는 의도로 행위 한 경우
3. 타인을 경제적인 위급에 빠뜨린 경우
4. 자신의 공무원으로서의 권한이나 지위를 남용한 경우
5. 행위자 또는 제3자가 보험사기의 목적으로 중요한 가치가 있는 물건에 불을 놓거나 방화에 의하여 전부 또는 일부를 소실시키거나 또는 배를 물속에 빠뜨리거나 난파시킨 후에 보험사례로 기망한 경우

독일 형법 제263조 제3항의 Regelbeispiele는 소위 비독자적 변형구성요건에 해당한다. 즉 동조 제3항은 동조 제1항의 가중적 구성요건이 아니라 제1항의 특

---

7) (3) In besonders schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn der Täter 1) gewerbsmäßig oder als Mitglied einer Bande handelt, die sich zur fortgesetzten Begehung von Urkundenfälschung oder Betrug verbunden hat, 2) einen Vermögensverlust großen Ausmaßes herbeiführt oder in der Absicht handelt, durch die fortgesetzte Begehung von Betrug eine große Zahl von Menschen in die Gefahr des Verlustes von Vermögenswerten zu bringen, 3) eine andere Person in wirtschaftliche Not bringt, 4) seine Befugnisse oder seine Stellung als Amtsträger mißbraucht oder 5) einen Versicherungsfall vortäuscht, nachdem er oder ein anderer zu diesem Zweck eine Sache von bedeutendem Wert in Brand gesetzt oder durch eine Brandlegung ganz oder teilweise zerstört oder ein Schiff zum Sinken oder Stranden gebracht hat.

별히 중한 경우를 양형에서 구획해 놓은 단순한 양형규정에 해당한다.[8] 독일 형법 제263조 제3항의 추가표지는 동조 제1항의 불법의 질을 변형시키지 못하고 단지 불법의 양적 평가만을 증가시키는 등급관계를 형성할 뿐이다. 따라서 동조 3항의 추가표지에 관한 인식은 해당 범죄의 고의의 내용이 아니며, 이를 구체적으로 인식하지 못한 경우에도 동조 제3항의 처벌이 가능하게 된다.

2) 독일 형법 제263조 제5항의 가중적 구성요건

독일 형법 제263조 제5항[9]은 동조 제3항 제1호에서 규정한 두 종류의 사기죄의 특별히 중한 경우가 결합한 경우를 사기죄의 가중적 구성요건으로 규정하고 있다. 즉 문서위조나 사기의 계속적 수행을 목적으로 조직된 범죄조직의 구성원으로서 사기죄를 범하면서도, 동시에 그 사기죄를 영업적으로 범한 경우에 독일 형법 제263조 제5항의 사기죄에 해당하게 된다. 제263조 제5항의 사기죄는 사기죄의 가중적 구성요건(Qualifikaionstatbestand)[10]으로서 단순한 양형규정인 동조 제3항과는 그 성격을 달리한다.

3) 독일 형법 제263조 제4항의 경미한 재산상의 손해

독일 형법 제263조 제4항은 경미한 가치의 물건에 대한 절도죄와 횡령죄에 대해서 적용하는 제243조 제2항과 제248조a[11]의 규정을 준용한다. 이에 따라 사

8) Vgl. Cramer/Perron, S-S StGB, 27. Aufl., 2006, § 263 Rdnr. 187a, 187 ff.

9) (5) Mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren, in minder schweren Fällen mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren wird bestraft, wer den Betrug als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung von Straftaten nach den §§ 263 bis 264 oder 267 bis 269 verbunden hat, gewerbsmäßig begeht.
제263조 내지 제264조 또는 제267조 내지 제269조에 의한 범죄를 계속적으로 수행할 목적으로 조직된 범죄조직의 구성원으로서 사기를 영업적으로 범한 자는 1년 이상 10년 이하의 자유형에 처하고, 당해 행위가 중하지 아니한 경우에는 6월 이상 5년 이하의 자유형에 처한다.

10) Vgl. Cramer/Perron, S-S StGB, § 263 Rdnr. 189.

11) § 248a Diebstahl und Unterschlagung geringwertiger Sachen: Der Diebstahl und die Unterschlagung geringwertiger Sachen werden in den Fällen der §§ 242 und 246 nur auf Antrag verfolgt, es sei denn, daß die Strafverfolgungsbehörde wegen des besonderen öffentlichen Interesses an der

기죄의 피해가 경미한 재산손해에 불과한 경우에는 원칙적으로 고소권자의 고소에 의하여만 형사소추가 가능하며, 그 행위가 비록 독일 형법 제263조 제3항 제1호 내지 제5호에 해당하는 '사기죄의 특별히 중한 경우'라도 동조 제1항의 일반사기죄로 처벌된다. 그러나 사기죄의 가중적 구성요건인 독일 형법 제263조 제5항에 대해서는 경미한 재산상의 손해에 관한 동조 제4항이 적용되지 않는다.

(2) 형법의 사기죄에서 변형구성요건의 구상

1) 사기죄의 중한 경우의 구상

특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률의 규정은 독일 형법 제263조 제3항과 같이 비독자적 변형구성요건으로 해석된다. 즉 피해액에 대한 행위자의 인식 여부와 관계없이 사기피해액에 따라 처벌하는 양형규정으로 해석하는 것이 타당하다. 그렇지 않으면 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률의 적용에서는 현실적으로 거의 증명이 불가능한 범인의 사취예상액 인식 여부에 관한 불가피한 논쟁에 휩싸이게 된다.

이러한 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률의 비독자적 변형구성요건은 형법 안으로 편입시키는 것이 타당하다. 다만 이를 현행 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률과 같이 일정한 액수로 정하는 것 보다는 독일 형법과 같이 '중대한 정도의 재산손실의 야기'와 같은 규범적 법률개념을 사용하는 것이 전반적인 사정을 고려할 수 있는 탄력 있는 입법이 될 것으로 판단한다.

영업적으로 범죄를 범하는 경우는 일반적으로 동일한 범죄를 반복적으로 범하려는 행위자의 의도를 의미한다.[12] 이와 같이 영업적으로 사기죄를 범하는 경우와 범죄단체의 구성원으로서 사기죄를 범하는 경우도 일반적으로 사기죄의 중한 경우로 규정할 필요성이 인정된다.

Strafverfolgung ein Einschreiten von Amts wegen für geboten hält.
제242조 및 제246조의 경우에 경미한 가치의 재물에 대한 절도 및 횡령은 형사소추기관이 형사소추에 대한 특별한 공익을 이유로 직무상 개입이 허용된다고 확정하는 경우가 아니라면 고소가 있어야만 형사소추된다.

12) Vgl. Stree/Sternberg-Lieben, S-S StGB, Vorbem. §§ 52 ff., Rdnr. 95.

최근 연쇄살인범 사건과 관련하여 보험사기에 대한 가중처벌의 필요성이 거론되고 있다. 독일 형법도 제263조 제3항 제5호의 보험사기를 사기죄의 특별히 중한 경우 중 하나로 규정하고 있다. 그러나 보험사기를 일반적으로 사기죄의 중한 경우로 정하는 것이 합리적인지에 관하여는 의문이 제기된다. 우선 독일 형법 제263조 제3항 제5호의 보험사기와 비교한다면, 형법은 방화죄와 일수죄에서 타인의 권리대상이 된 자기의 물건을 타인의 물건으로 간주(형법 제176조, 제179조 제3항)하여 처벌하고 있다. 이러한 처벌에 의하여 독일 형법 제263조 제3항 제5호가 추구하려는 목적은 충분히 달성된 것으로 보여 진다. 또한 생명보험에 의한 사기죄는 살인죄에 의한 처벌이 예정되어 있으므로, 이러한 사정을 특별히 사기죄에서 고려할 필요는 없다. 이러한 경우를 제외하면 자동차보험이나 일반 손해보험 등에 의한 보험사기의 경우인데, 이러한 보험사기의 경우에 대해서는 중한 처벌에 관한 문제보다 가벌성을 좀 더 일찍 인정하는 문제가 더욱 중요하다.[13]

2) 경미한 재산침해를 야기하는 사기의 경우

사기죄 이외에도 경미한 침해의 재산범죄에 대해서는 독일 형법과 같이 이를 친고죄로 규정하여 가해자-피해자 사이의 화해를 통한 종결을 모색하는 것이 바람직하다.

[제347조 개정안]

제347조 (사기) ① 자기 또는 제3자를 위한 불법이득의 의사로 사람을 기망하여 타인에게 재산상 손해를 가한 자는 6년 이하의 징역 또는 1,000만원 이하의 벌금에 처한다.[14]

② 제1항의 사기죄가 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 1년 이상 10년 이하의 징역에 처한다.

1. 중대한 정도의 재산상 손해를 야기하거나 또는 상당한 수인에게 재산상 손해를 야기한 경우

---

13) 보험사기의 문제는 기망행위 이전의 가벌성의 문제로 다시 논하기로 한다.

14) 법정형에서 단순절도죄와 균형을 이루고자 함.

2. 영업적으로 사기죄를 범하는 경우 또는 사기나 문서위조를 범할 목적의 범죄단체의 구성원으로서 사기죄를 범한 경우

제354의2 (경미한 재산침해와 고소) 제347조 제1항의 죄가 단지 경미한 재산상 손해를 야기한 경우에는 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있다.

II. 제347조 이외의 사기죄

1. 컴퓨터사기죄

(1) 구성요건에서의 문제점

사기죄에서 구성요건상의 문제점은 대부분 컴퓨터사기죄에서도 고려될 필요가 있다. 특히 구성요건적 결과를 피해자에게 재산상 손해의 야기로 구성한다면, 본죄가 재산상 이익의 취득만 규정하고 재물의 취득을 제외함으로써 나타나는 문제점도 해결될 수 있다. 또한 컴퓨터사기죄도 재산범죄인 한 초과주관적 구성요건 요소로서 불법이득의사를 요구하는 것은 당연하다.

법정형의 조절도 문제된다. 일반 컴퓨터사기죄와 컴퓨터사기죄의 특별히 중한 경우 및 경미한 재산침해를 야기한 경우를 추가하여 사기죄에서 제안한 개정안과 동일하게 법정형의 분할을 고려할 필요가 있다.

(2) 예비행위에 대한 가벌성의 확대

대량의 피해자가 예상되는 컴퓨터사기죄에 있어서는 아직 피해자에게 직접적인 재산상의 손해의 발생(기수)이나 또는 컴퓨터사기 행위의 시작(미수) 전이라도 그러한 컴퓨터사기를 가능하게 하는 프로그램의 제작이나 배포 등에 대해서도 형벌의 부과가 필요하다. 독일 형법 제 263조a 제3항은 컴퓨터사기의 예비죄[15]를 규정하고 있으며, 이는 우리 형법에도 적극적으로 도입해야 한다.

15) § 263a Computerbetrug (3) Wer eine Straftat nach Absatz 1 vorbereitet, indem er Computerprogramme, deren Zweck die Begehung einer solchen Tat

[제347조의2 개정안]
제347조의2 (컴퓨터등 사용사기) ① 자기 또는 제3자를 위한 불법이득의 의사로 컴퓨터등 정보처리장치에 허위의 정보 또는 부정한 명령을 입력하거나 권한 없이 정보를 입력·변경하여 정보처리를 하게 함으로써 타인에게 재산상 손해를 가한 자는 6년 이하의 징역 또는 1,000만원 이하의 벌금에 처한다.
② 제347조 제2항의 규정은 본조에 준용한다.

제347조의3 (컴퓨터사기 프로그램의 제작 등) 컴퓨터사기를 목적으로 하는 컴퓨터프로그램의 제작, 취득, 양도, 보관한 자는 3년 이하의 징역 또는 1,000만원 이하의 벌금에 처한다.

제354의2 (경미한 재산침해와 고소)

2. 준사기죄

(1) 준사기죄의 존치에 대한 의문점

미성년자의 지려천박 또는 사람의 심신장애를 이용하는 경우라도 이들에 대한 기망행위와 피기망자의 착오 및 착오에 의한 재산처분행위가 존재하면 제347조의 사기죄에 해당한다. 상대방에 대한 기망행위 없이 상대방(지려천박의 미성년자 또는 심신장애자)의 처분행위가 자신에게 향하여진 경우, 이를 거부함으로써 상대방의 재산상 손해를 방지해야 할 의무 있는 자가 이를 수령하는 경우라면 배임죄가 되는 것은 별론으로 하고, 사기죄의 성립을 인정할 여지가 없다. 이에 반하여 상대방의 재산상의 손해를 방지해야 할 의무 없는 자가 이를 수령하는 경우라면 원칙적으로 민사법상의 문제 외에 형사법이 개입할 성질의 영역이 아니다. 따라서 준사기죄는 폐지하는 것이 타당하다.[16]

---

ist, herstellt, sich oder einem anderen verschafft, feilhält, verwahrt oder einem anderen überlässt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.
컴퓨터사기를 목적으로 하는 컴퓨터프로그램을 제작하거나, 자신이 또는 제3자로 하여금 취득하게 하거나, 팔려고 내놓거나, 보존하거나 또는 타인에게 양도함으로써 제1항의 범죄를 예비한 자는 3년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.

다만 행위자의 기망행위는 없었지만 행위자가 상대방의 지려천박 또는 심신장애를 이용하여 그의 처분행위를 유발하고, 이를 통하여 행위자가 이득을 챙긴 경우라면 형법적으로 문제가 될 수 있다. 물론 이러한 경우라도 누구나 감수해야 하는 일반적인 거래위험의 범위 내에서 발생한 상대방(미성년자 또는 심신장애자)의 손해라면 보충성의 원리에 의하여 형법이 개입할 여지는 없다. 이러한 경우를 대비하여 민법은 한정치산자 내지 금치산자 제도를 두어 이들을 민사거래의 위험으로부터 보호하고 있기 때문이다.

이에 반하여 행위자가 상대방의 지려천박 또는 심신장애를 이용하여 그의 처분행위를 유발하고, 이를 통하여 행위자가 현저하게 공정성을 잃은 부당한 이득을 챙긴 경우라면 형벌의 대상이 될 수 있다. 그러나 이러한 행위라면 이는 사기죄의 특성 보다 부당이득의 특성을 가진 범죄로 파악하는 것이 타당하다. 즉 행위자의 이득이 "일반 거래관계에서도 인정될 수 있는 일반적인 이득인가" 아니면 "현저하게 공정성을 잃은 부당한 이득인가"에 의하여 범죄의 성립 여부가 결정되기 때문이다.

[제348조 폐지안]
제348조 (준사기) - 폐지

Ⅲ. 그 밖의 사기죄의 장에서 함께 규정된 독립적 구성요건

1. 편의시설부정이용죄

편의시설부정이용죄에서는 구성요건 구성의 불정확성이 문제된다. 편의시설물의 부정한 방법으로 이용함으로써 그 대가의 지급을 면하는 행위가 처벌대상이 되어야 하며, 제3자로 하여금 그 대가의 지급을 면하도록 한 행위도 포함시켜야

16) 대법원 법률정보시스템 형법 제348조 적용 판례의 검색에서도 "사기 범행에 대하여 제1심이 형법 제348조 제1항으로 잘못 적용한 것을 항소심이 이를 바로 잡아 형법 제347조 제1항을 적용한 조치는 정당하다"는 대법원 1986.10.14, 86도1580 1개만 검색된다.

한다. 또한 본죄는 불법내용에 비하여 법정형의 과중이 문제된다. 이와 더불어 총칙규정상 단기자유형 폐지의 문제과 재산형 통합의 문제도 함께 검토되어야 한다. 경미한 재산침해를 야기한 경우에 대해서도 특별한 취급이 필요하다.

[제348조의2 개정안]
제348조의2 (편의시설부정이용) 자동판매기, 공중전화 기타 유료자동설비를 부정한 방법으로 이용함으로써 그 대가의 지급을 면하거나 제3자로 하여금 이를 면하게 한 자는 1년 이하의 징역, 500만원 이하의 벌금에 처한다.

제354의2 (경미한 재산침해와 고소)

2. 부당이득죄

사람의 궁박한 상태를 이용하는 경우 외에, 준사기죄에서 살펴 본 바와 같이 미성년자의 지려천박 또는 사람의 심신장애를 이용하여 현저하게 부당한 이익을 취득하는 경우도 부당이득의 범위에 포함시키는 것이 타당하다. 따라서 부당이득죄는 그 적용범위가 확장될 필요가 있다.

부당위득죄는 부당한 이익의 취득을 구성요건적 결과로 규정하고 있으나, 행위자가 부당한 이익의 취득하기 이전에도 본죄의 기수를 인정할 필요성이 인정된다. 특히 일반사기죄 등에서 제안하였던 피해자에게 재산상 손해의 발생보다도 그 이전으로 기수시기를 앞당길 필요가 있다. 즉 재산상 손해의 발생 이전에 피해자에게 재산상 손해의 위험이 인정되는 시기, 예컨대 계약의 체결이나 약속만으로도 기수를 인정할 필요가 있다는 것이다. 피해자에게 특별한 사정이 인정되더라도 일반적으로는 피해자의 처분행위에 의하여 민사법적인 효력이 발생되거나, 또는 피해자가 한정치산자 내지 금치산자인 경우라고 하더라도 이를 극복하기 위해서 불편하고 번잡한 민사법상의 구제수단을 강구해야 하기 때문이다. 또한 행위자가 부당한 이득을 취득하는 시점을 부당이득죄의 기수시기로 구성한다면, 예컨대 고리의 착취 소비대차의 경우 계속 이자가 쌓여가는 시기에도 본죄의 기수를 인정하지 못하는 결함이 발생한다.

부당이득죄의 표제가 해당 범죄의 불법성을 표시하는데 너무 약한 감이 있다. 폭리적 착취죄의 표제를 제안한다.

부당이득죄에 대해서는 그 법정형에서도 문제가 있다. 사람의 궁박학 상태, 미성년자의 지려천박, 사람의 심신장애를 이용하여 폭리적 착취행위를 한 경우라면 그 법정형이 일반 사기죄에 비하여 경할 이유가 없기 때문이다. 또한 일반 사기죄의 개정안 제2항의 사기죄의 특별히 중한 경우를 준용할 필요가 있다.

[제349조 개정안]
제349조 (폭리적 착취) ① 사람의 궁박한 상태를 이용하거나 18세미만자의 미성숙 또는 사람의 정신장애를 이용하여 자기 또는 제3자에게 현저하게 부당한 이익을 공여하게 하거나 약속하게 한 자는 6년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.
② 제347조 제2항의 규정은 본조에 준용한다.

Ⅳ. 신설이 검토되어야 할 사기죄

독일 형법은 제264조에서 보조금사기죄(Subventionsbetrug), 제264조a에서 투자사기죄(Kapitalanlagebetrug), 제265조에서 보험남용죄(Versicherungsmißbrauch), 제265조b에서 신용사기죄(Kreditbetrug), 제266조b에서 직불카드와 신용카드 남용죄(Mißbrauch von Scheck- und Kreditkarten) 등을 규정하고 있다. 이들 범죄들은 피해자에게 재산상 손해가 발생하기 이전에 기수가 인정되는 범죄로 규정되어 있다.

1. 보조금사기죄의 신설 여부 검토

독일 형법 제264조 제1항[17]에서는 보조금사기죄의 기본적인 구성요건을 규정

17) § 264 Subventionsbetrug (1) Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer 1.einer für die Bewilligung einer Subvention zuständigen Behörde oder einer anderen in das Subventionsverfahren

한다. 여기서는 보조금승인을 관할하는 관청 또는 기타 보조금지급절차에 관여하는 관서나 사람(보조금지급자)에 대하여 보조금지급에 있어서 자기 또는 타인에게 유리한 중요한 사실을 자기 또는 타인을 위하여 부정확한 또는 불충분한 진술을 한 자(제1호), 보조금지급과 관련하여 법률규정 또는 보조금지급자에 의해서 용도가 정해진 물건 또는 금전급부를 사용제한에 반하여 사용한 자(제2호), 보조금지급에 관한 법률규정에 위반하여 보조금지급에 있어서의 중요한 사실을 보조금지급자에게 고지하지 아니한 자(제3호), 보조금의 수혜자격에 관하여 또는 보조금지급에서 중요한 사실에 관하여 부정확한 또는 불충분한 진술에 의해서 만들어진 증명서를 보조금지급절차에서 사용한 자(제4호)를 5년 이하의 자유형 또는 벌금형으로 처벌하며, 동조 제2항[18]에서는 보조금사기의 특별히 중한 경우를 6월 이상 10년 이하의 징역형으로 처벌한다.

동조 제4항에서는 동조 제1항 제1호 내지 제3호의 경우에 중과실로 행위 한 자를 3년 이하의 자유형 또는 벌금형으로 처벌한다. 동조 제5항에서는 보조금사기의 중지에 관하여 규정하고 있으며, 제6항에서는 부가형 및 몰수에 관하여 규정하고 있다. 동조 제7항에서는 보조금에 대한 개념정의, 제8항에서는 보조금지급에 있어서 중요한 사실에 대한 개념정의를 규정하고 있다.

---

eingeschalteten Stelle oder Person (Subventionsgeber) über subventionserhebliche Tatsachen für sich oder einen anderen unrichtige oder unvollständige Angaben macht, die für ihn oder den anderen vorteilhaft sind, 2.einen Gegenstand oder eine Geldleistung, deren Verwendung durch Rechtsvorschriften oder durch den Subventionsgeber im Hinblick auf eine Subvention beschränkt ist, entgegen der Verwendungsbeschränkung verwendet, 3.den Subventionsgeber entgegen den Rechtsvorschriften über die Subventionsvergabe über subventionserhebliche Tatsachen in Unkenntnis läßt oder 4.in einem Subventionsverfahren eine durch unrichtige oder unvollständige Angaben erlangte Bescheinigung über eine Subventionsberechtigung oder über subventionserhebliche Tatsachen gebraucht.

18) § 264 Subventionsbetrug (2) In besonders schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn der Täter 1.aus grobem Eigennutz oder unter Verwendung nachgemachter oder verfälschter Belege für sich oder einen anderen eine nicht gerechtfertigte Subvention großen Ausmaßes erlangt, 2.seine Befugnisse oder seine Stellung als Amtsträger mißbraucht oder 3.die Mithilfe eines Amtsträgers ausnutzt, der seine Befugnisse oder seine Stellung mißbraucht.

이와 같이 독일 형법은 보조금사기에 관하여 개념정의를 포함하여 전반적인 내용을 제264조 한 개의 조문에서 통합적으로 규정하고 있다. 그러나 이러한 규정의 형식은 "보조금사기죄가 아직 일반화 될 수 있을 정도의 보편성을 확보하지 못하고 있다"는 표시로 보여 진다. 즉 해당 법조문에서 보조금에 대한 개념정의를 필요로 할 정도로 일반화·보편화되어 있지 못한 것이기 때문이다. 어쨌든 독일 형법에서는 형법전에 보조금사기죄를 편입시킬 수 있을 정도의 역사를 가지고 있다.

형법에서 보조금사기죄의 신설 여부에 대해서는 다음과 같은 단계적 절차를 거쳐야 할 것으로 판단된다. 우선 1차적으로는 개별적인 보조금지급과 관련하여 개별 법률(행정법규)에서 예상되는 불법행위에 대한 벌칙조항을 통하여 개별적으로 대처해야 한다. 그 다음 단계로는 각각의 보조금지급에서 나타날 수 있는 공통된 형법상 불법행위를 구축하여 규율(특별형법)하는 것이 가능한지 검토해야 한다. 마지막으로 이러한 공통된 불법행위가 일반화·보편화되어 형법의 일반규정으로 편입시킬 수 있는지 검토되어야 한다. 형법에서 보조금사기에 대한 규제는 기껏해야 제2의 단계, 즉 특별형법으로 규율해야 하는지가 검토되어야 할 것이며, 아직 일반화된 범죄형태로서 형법으로 편입이 고려되어야 할 시점은 아닌 것으로 판단된다.

2. 신용사기죄의 신설 여부

독일 형법 제265조b 제1항[19]은 신용사기죄에 관하여 "공장이나 기업 또는 피

19) § 265b Kreditbetrug (1) Wer einem Betrieb oder Unternehmen im Zusammenhang mit einem Antrag auf Gewährung, Belassung oder Veränderung der Bedingungen eines Kredits für einen Betrieb oder ein Unternehmen oder einen vorgetäuschten Betrieb oder ein vorgetäuschtes Unternehmen 1.über wirtschaftliche Verhältnisse a)unrichtige oder unvollständige Unterlagen, namentlich Bilanzen, Gewinn- und Verlustrechnungen, Vermögensübersichten oder Gutachten vorlegt oder b)schriftlich unrichtige oder unvollständige Angaben macht, die für den Kreditnehmer vorteilhaft und für die Entscheidung über einen solchen Antrag erheblich sind, oder 2.solche Verschlechterungen der in den Unterlagen oder Angaben dargestellten wirtschaftlichen Verhältnisse bei der Vorlage nicht mitteilt, die für die Entscheidung über einen solchen Antrag erheblich sind, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

기망 공장이나 피기망 기업을 위한 신용대출의 허가나 기간연기 또는 조건변경의 신청과 관련하여 공장이나 기업에게 1. 신용대출 수급자에게 유리하고, 당해 신청에 대한 결정에서 중요한 경제적 관계에 대하여 a) 부정확하거나 불충분한 문서 특히 대차대조표, 손익계산서, 재산명세서 또는 평가서를 제출하거나, b) 서면에 부정확하거나 불충분하게 기재하거나, 2. 당해 신청에 대한 결정에서 중요하고 문서나 서면의 기재에도 적시된 경제상황이 악화된 사실을 문서나 서면의 제출 당시 고지하지 아니한 자는 3년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다"고 규정하고 있다. 동조 제2항에서는 신용사기의 중지에 관하여 규정하고 있으며, 동조 제3항에서는 신용사기죄에 관한 제1항의 규정에서 공장과 기업 및 신용에 대한 개념정의를 규정하고 있다.

형법에서 신용사기죄의 신설 여부에 대한 판단은 상기의 보조금사기죄의 신설 여부에 관한 판단과 동일한 관점에서 이해될 수 있다. 따라서 신용사기죄도 아직 일반화된 범죄형태로서 형법으로 편입이 고려되어야 할 시점은 아닌 것으로 판단된다.

3. 투자사기죄의 신설 여부 검토

독일 형법 제264조a 제1항[20]은 투자사기죄를 규정하고 있다. 동조 제2항[21]에

20) § 264a Kapitalanlagebetrug (1) Wer im Zusammenhang mit 1.dem Vertrieb von Wertpapieren, Bezugsrechten oder von Anteilen, die eine Beteiligung an dem Ergebnis eines Unternehmens gewähren sollen, oder 2.dem Angebot, die Einlage auf solche Anteile zu erhöhen, in Prospekten oder in Darstellungen oder Übersichten über den Vermögensstand hinsichtlich der für die Entscheidung über den Erwerb oder die Erhöhung erheblichen Umstände gegenüber einem größeren Kreis von Personen unrichtige vorteilhafte Angaben macht oder nachteilige Tatsachen verschweigt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.
① 유가증권, 신주인수권, 배당참가를 보증하는 지분의 판매(제1호) 또는 그러한 지분에의 출자확대의 제안(제2호)과 관련하여, 상당한 수인에 대하여 그 매입이나 출자확대의 결정에서 중요한 사항과 결부된 재산상태를 전망, 설명 또는 개관함에 있어서 허위의 유리한 진술을 하거나 불리한 사실을 은폐한 자는 3년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.

21) § 264a Kapitalanlagebetrug (2) Absatz 1 gilt entsprechend, wenn sich die Tat auf Anteile an einem Vermögen bezieht, das ein Unternehmen im eigenen Namen, jedoch für fremde Rechnung verwaltet.

서는 그 행위가 타인의 재산을 해당 기업의 명의로 관리하고 있는 지분과 관련된 경우에도 제1항의 규정을 동일하게 적용하고 있다. 이는 소위 허위의 투자설명회를 그 자체로 처벌하는 규정이다. 상당한 수인에게 회복 불가능한 상당한 재산상의 손해를 초래할 수 있는 사기의 투자설명회의 경우에 피해자의 재산상 손해를 기다려 투자사기죄의 기수를 인정하는 것은 법익보호에 충분치 못하다. 따라서 투자설명에서 허위의 유리한 진술을 하거나 불리한 사실을 은폐하는 행위 자체를 투자사기로 규정함으로써 투자사기죄를 형식범, 추상적 위험범으로 구축한 독일 형법의 태도는 타당한 것으로 판단된다.

투자사기죄를 형식범 및 추상적 위험범으로 규정한다면, 투자사기의 미수죄는 처벌대상에서 제외시켜야 한다.

[제348조의3 신설안]
제348조의3 (투자사기) 회사에의 투자설명과 관련하여 투자결정에서 중요한 사항 중 허위의 유리한 사실을 진술하거나 불리한 사실을 은폐함으로써 상당한 다수의 사람을 기망한 자는 3년 이하의 징역 또는 2,000만원 이하의 벌금에 처한다.

4. 보험사기죄의 신설 여부 검토

독일 형법 제265조 제1항[22]은 '자기 또는 제3자가 보험에 의한 급부를 수령하게 할 목적으로 침몰, 손상, 효용침해, 멸실 또는 절도에 대하여 보험에 든 물건을 손상하거나 파괴하거나 그 효용을 침해하거나 은닉하거나 또는 타인에게 넘겨주는 행위를, 당해 행위가 제263조에 의해서 처벌되지 않은 한, 3년 이하의 자유형 또는 벌금형으로 처벌'하는 보험남용죄를 규정하고 있다. 독일 형법의 보험남용죄는 보험회사를 기망하기 이전의 그 준비행위를 처벌하고 있다. 따라

22) § 265 Versicherungsmißbrauch (1) Wer eine gegen Untergang, Beschädigung, Beeinträchtigung der Brauchbarkeit, Verlust oder Diebstahl versicherte Sache beschädigt, zerstört, in ihrer Brauchbarkeit beeinträchtigt, beiseite schafft oder einem anderen überläßt, um sich oder einem Dritten Leistungen aus der Versicherung zu verschaffen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wenn die Tat nicht in § 263 mit Strafe bedroht ist.

서 이 죄가 보험사기죄가 아닌 보험남용죄로 표시되고 있다.

上記 I, 3, (2) '가. 사기죄의 중한 경우의 구상'에서 검토한 바와 같이, 보험사기를 사기죄의 중한 경우로 규정하는 것은 특별한 의미가 없다. 즉 살인죄나 방화죄 및 일수죄와 관련된 생명보험이나 화재보험 또는 손해보험에 의한 사기의 경우는 보험회사를 기망하기 이전의 범죄행위가 보험사기보다도 형법상 무겁게 처벌된다. 이들을 제외한 일반 자동차보험이나 손해보험과 관련된 보험사기의 경우는 굳이 일반사기죄에 비하여 무겁게 처벌할 특별한 이유는 없다고 보여진다. 빈번한 범죄발생의 문제는 철저한 수사와 검거에 의해서 해결해야지 높은 법정형으로 해결해야 할 성질의 문제가 아니다. 여기서는 오히려 사기의 실행착수 이전의 준비행위를 처벌하는 문제가 중요하며, 이러한 관점에서 독일 형법의 보험남용죄는 충분한 의미를 갖는다고 보여 진다.

[제348조의4 신설안]
제348조의4 (보험남용) 보험에 의한 급부를 수령할 목적으로 또는 제3자로 하여금 이를 수령하게 할 목적으로, 파손이나 멸실 또는 절도에 대하여 보험에 든 물건을 손괴하거나 그 효용을 침해하거나 은닉하거나 또는 타인에게 넘겨준 자는 3년 이하의 징역 또는 2,000만원 이하의 벌금에 처한다.

5. 현금카드나 직불카드 또는 신용카드를 이용한 사기죄의 신설 여부

현대의 신용사회에서는 현금카드나 직불카드 또는 신용카드를 이용한 사기죄에 대하여 특별한 대처가 필요한지 문제된다. 이 문제에 대해서는 우선 타인의 카드를 이용하는 경우와 자기의 카드를 이용하는 경우로 나누어 검토할 필요가 있다.

(1) 타인카드를 이용하는 경우

타인의 현금카드나 직불카드 또는 신용카드를 이용하는 경우는 이를 가맹점에서 이용하는 경우이든 또는 현금자동지급기를 이용하는 경우이든, 그리고 누가 범죄의 피해자인가와 상관없이 최소한 삼각사기에 의하여 사기죄 내지 컴퓨

터사기죄의 성립을 인정할 수 있다. 물론 판례[23]와 일부 학설[24]에서는 컴퓨터사기죄의 구성요건이 '재산상 이익을 취득'하는 경우만을 규정함으로써 '재물 취득'의 경우를 제외한 것으로 해석하여 현금자동지급기를 이용하는 경우에 대해서 컴퓨터사기죄의 성립을 부정하고 절도죄의 성립을 인정하고 있다. 그러나 컴퓨터사기죄를 '피해자에게 재산상 손해를 초래'하는 것으로 개정한다면, 이에 관한 논란은 사라질 것으로 판단한다. 그렇다면 이 부분에 관한 한 현금카드나 직불카드 또는 신용카드를 이용한 사기죄의 신설을 고려할 필요는 없다.

절취·강취·횡령·사취·갈취한 타인의 신용카드 등을 부정사용한 경우에는 여신전문금융업법 제70조 제1항 제2호 내지 제4호에 특별한 규정을 두고 있다. 이 경우 신용카드 등의 부정사용에 대해서는 당연히 사기죄 내지 컴퓨터사기죄의 성립이 인정될 수 있으며, 다만 선행된 범죄와의 죄수관계, 즉 불가벌적 사후행위의 인정 여부만이 논쟁의 대상이 된다. 따라서 이러한 경우를 여신전문금융업법에서 특별히 규정할 이유가 없으며, 더욱이 이에 관하여 형법의 사기죄의 장에서 특별히 신설을 고려할 사항도 아니다.

위조·변조한 타인의 신용카드 등을 부정사용한 경우에도 동법 제70조 제1항 제5호에 특별한 규정을 두고 있으며, 여기서도 사기죄 내지 컴퓨터사기죄의 성립은 당연히 인정된다. 따라서 이에 관하여도 형법의 사기죄의 장에서 특별히 신설을 고려할 필요는 없다.

여신전문금융업법 제70조 제1항 제6호는 '사위 그 밖의 부정한 방법으로 알아낸 타인의 신용카드 정보를 보유하거나 이를 이용하여 신용카드에 의한 거래를 한 자'를 처벌하고 있다. 그러나 동법 제1항 제2호 내지 제5호에 의한 부정사용의 경우에도 대부분 '사위 그 밖의 부정한 방법으로 알아낸 타인의 신용카드 정보를 보유하거나 이를 이용하여 신용카드에 의한 거래를 하는 경우'에 해당하게 된다. 이 경우에도 사기죄 내지 컴퓨터사기죄의 성립은 당연히 인정되며, 이에 관하여도 형법의 사기죄의 장에서 특별히 신설을 고려할 필요는 없다.

---

23) 대법원 2007.4.13, 2007도1377; 대법원 2006.7.27, 2006도3126; 대법원 2003.5.13, 2003도1178; 대법원 2002.7.12, 2002도2134.

24) 김성돈, 형법각론, 351면; 김성천/김형준, 형법각론, 제2판. 2006, 529면; 박상기, 형법각론, 341면; 배종대, 형법각론, 480면, 488면; 손동권, 형법각론, 389면; 정영일, 형법각론, 개정판, 2008, 330면; 조준현, 형법각론, 개정판, 2005, 348면; 강동범, 형법개정법률안의 컴퓨터범죄규정에 대한 검토(상), 법조, 1993.3, 38면.

여신전문금융업법 제70조 제1항 제2호 내지 제6호 규정 중 카드 등의 부정사용에 관한 부분들은 모두 삭제하는 것이 필요하다. 이들 부정사용의 경우는 이미 형법의 일반 사기죄나 컴퓨터사기죄에 포섭되기 때문이다.

타인(허무인이나 사자 포함)의 명의를 모용하여 타인 명의의 신용카드를 발급받아 이를 부정사용한 경우는 자기카드를 부정발급 받아 이를 부정사용하는 경우와 동일한 법이론을 적용해야 하므로, 이 문제는 자기카드를 남용하는 경우에서 함께 분석한다.

(2) 자기카드를 남용하는 경우

1) 부정발급의 경우

부정발급카드를 부정사용하는 경우에 대해서는 사기죄 내지 컴퓨터사기죄의 성립이 인정되고 있다. 물론 구체적으로는 부정발급과정과 부정사용을 포괄하여 사기죄의 성립을 인정하는 입장[25], 부정사용에 대해서만 사기죄의 성립을 인정하는 입장[26], 부정발급에 의한 사기죄의 실행의 착수를 인정하고 부정사용에 의한 사기죄의 기수를 인정하는 입장[27], 부정발급과 부정사용 각각에 대하여 각각의 사기죄를 인정하는 입장[28]의 대립이 있으나, 어쨌든 이 경우는 사기죄의 범주에서 해결되고 있다. 이 한도에서는 특별히 형법의 사기죄의 장에서 신설규정을 고려할 필요는 없다.

2) 정상발급의 경우

정상발급카드를 부정사용하는 경우에는 대금결제의사와 능력 없이 이를 은폐하고 신용카드거래를 한다는 점에서 사기죄의 성립을 인정하는 견해[29]와 신용

25) 박상기, 형법각론, 338면; 손동권, 형법각론, 383면; 오영근, 형법각론, 431면; 대법원 2006.7.27, 2006도3126; 대법원 1996.4.9, 95도2466.

26) 김일수/서보학, 형법각론, 448면; 정성근/박광민, 형법각론, 381면.

27) 임웅, 형법각론, 373면.

28) 김성돈, 형법각론, 348면; 이재상, 형법각론, 366면.

29) 김성돈, 형법각론, 348면; 박상기, 형법각론, 340면; 이형국, 형법각론, 387면; 대법원 2006.3.24, 2006도282; 대법원 2005.8.19, 2004도6859.

카드시스템에 내재하는 허용된 위험인 동시에 신용평가·제공의 책무를 가진 카드회사의 자기책임에 기초한 손해로서 단순히 민사법상의 문제에 불과하다는 견해[30]의 대립이 있다.

독일 형법 제266조b 제1항[31]은 직불카드와 신용카드 남용죄에 관하여 "직불카드 또는 신용카드의 발급에 의하여 발급자로 하여금 사용대금을 지불하게 하는 가능성을 남용하고, 그로 인하여 발급자에게 손해를 가한 자는 3년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다"고 규정하며, 동조 제2항에서는 재산상의 손해가 경미한 경우를 친고죄로 규정하고 있다.

정상발급카드 소지자가 결제능력이나 결제의사 없이 이를 은폐하고 카드를 사용하는 행위는 사기죄라는 입장이나, 카드사용의 한도를 설정하여 신용카드를 발급·교부하여 카드사용을 허가해 주었다면 그 한도 내에서의 사용은 민사법상의 채권채무관계라는 입장은 상호 극단적이라고 보여 진다. 이에 반하여 독일 형법은 그 중간 형태를 유지하고 있다. 즉 이러한 경우를 단순히 민사법상의 채권채무관계로 파악하여 사적 자치의 영역으로 방임하지도 아니하고, 동시에 이러한 행위를 중한 사기행위로도 파악하지 않으면서, 현대의 신용사회에서 신용공여에 합당한 행동을 일반인에게 요구하고 있다. 따라서 이를 사기죄가 아닌 '직불카드와 신용카드 남용죄'로 파악하였다.

독일 형법의 이러한 중간적 평가는 일견 타당하다고 보여 진다. 다만 이러한 독일 형법의 규정을 우리 실정에 도입하는 것은 아직 시기상조라고 보아야 한다. 거대한 신용카드회사가 방만하게 카드회원 확장과 이에 의한 기업이윤의 극대화에만 주력하여 수많은 신용불량자를 양산하고 있음에도 불구하고, 카드회사의 결재대금회수에만 조력하는 제도로 전락할 수 있기 때문이다. 그러나 언젠가는 우리도 도입해야 할 규정이라고 생각된다.

---

30) 김일수/서보학, 형법각론, 449면; 배종대, 형법각론, 473면; 오영근, 형법각론, 432면; 정성근/박광민, 형법각론, 381면.

31) § 266b Mißbrauch von Scheck- und Kreditkarten (1) Wer die ihm durch die Überlassung einer Scheckkarte oder einer Kreditkarte eingeräumte Möglichkeit, den Aussteller zu einer Zahlung zu veranlassen, mißbraucht und diesen dadurch schädigt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

[제348조의5 신설안 - 다만 시기상조: 언젠가는 도입해야 할 규정]
제348조의5 (신용카드등 남용) 직불카드 또는 신용카드의 발급에 의하여 발급자로 하여금 사용대금을 지불하게 하는 가능성을 남용하고, 그로 인하여 발급자에게 손해를 가한 자는 3년 이하의 징역 또는 1,000만원 이하의 벌금에 처한다.
제354의2 (경미한 재산침해와 고소)

V. 공갈죄

1. 일반공갈죄

공갈죄에 대해서는 사기죄의 검토에서 고려한 문제점들을 동일한 관점에서 고려하면 충분하다. 다만 경미한 재산침해에 대해서는 사기죄에서와 같은 규정을 필요로 하지 않는다. 친고죄로 규정할 경우 피공갈자의 자유의사가 침해될 경우가 많기 때문이다. 또한 공갈의 의미를 법조문에 표현할 필요가 있다.

[제350조 개정안]
제350조 (공갈) ① 자기 또는 제3자를 위한 불법이득의 의사로 폭력 또는 상당한 해악을 고지한 협박으로 사람을 공갈함으로써 타인에게 재산상 손해를 가한 자는 6년 이하의 징역 또는 1,000만원 이하의 벌금에 처한다.
② 제1항의 공갈죄가 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 1년 이상 10년 이하의 징역에 처한다.
1. 중대한 정도의 재산상 손해를 야기한 경우
2. 영업적으로 공갈죄를 범하는 경우 또는 공갈 목적의 범죄단체의 구성원으로서 공갈죄를 범한 경우

2. 강도적 공갈죄의 신설 여부

재산상 이익이 이동하기 위해서는 피해자의 처분행위가 필수적이다. 따라서 탈취죄인 강도죄는 순수한 재물죄로 구성하는 것이 논리적이다. 현행법에서 상

대방의 처분행위가 필요한 재산상 이익의 강취는 강도죄와 동일하게 처벌되는 강도적 공갈죄로 구성하는 것이 필요하다.

[제350조의2 신설안]

제350조의2 (강도적 공갈) 사람에 대한 폭행 또는 생명이나 신체에 대한 현재의 위험을 고지한 협박에 의하여 공갈죄를 범한 자에 대해서는 강도죄와 동일하게 처벌한다.

VI. 기타의 규정

[유지규정]

제352조 (미수범) 제347조 내지 제348조의2, 제348조의4, 제350조, 제350조의2의 미수범은 처벌한다.

제354조 (친족간의 범행, 동력) 제328조와 제346조의 규정은 본장의 죄에 준용한다.

[신설규정]

제354의2 (경미한 재산침해와 고소) 제347조 제1항, 제347조의2 제1항, 제348의2, 제348의5의 죄가 단지 경미한 재산상 손해를 야기한 경우에는 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있다.

[폐지 제안 규정]

제351조 (상습범) 상습으로 제347조 내지 전조의 죄를 범한 자는 그 죄에 정한 형의 2분의 1까지 가중한다.

제353조 (자격정지의 병과) 본장의 죄에는 10년 이하의 자격정지를 병과할 수 있다.

국 문 초 록

현행 제347조의 사기죄에서는 객관적 구성요건 요소 중 구성요건적 결과로서 재물의 교부 또는 재산상의 이익의 취득을 요구하고 있다. 그러나 사기죄는 재산침해 범죄이다. 따라서 피해자의 재산에 대한 침해가 있으면 사기죄의 기수를 인정하는 것이 타당하며, 범인에게 재물의 교부나 재산상의 이익의 취득이라는 결과의 발생을 요할 필요는 없다. 재산범죄인 사기죄에서는 범인이 재산상 이익을 취득하려는 의사로 행위하면 충분하므로, 범인에게 재물의 교부나 재산상의 이익의 취득이라는 부분은 초과주관적 구성요건요소로 구성하는 것이 타당하다.

사기죄의 해석에서는 재산상 실해의 위험을 재산상 손해에 포함시키는 견해가 있으나, 사기죄에서 재산상 실해의 위험을 구성요건적 결과로 규정하는 것에 대해서는 법적 안정성의 관점에서 찬성할 수 없다. 재산상의 손해 발생 이전에 기수를 인정해야 할 필요성이 있는 영역에서는 이를 독자적인 별도의 사기죄로 구축하는 것이 타당하다. 독일 형법은 보조금사기죄, 투자사기죄, 보험남용죄, 신용사기죄, 직불카드와 신용카드 남용죄 등의 경우에 피해자에게 재산상 손해가 발생하기 이전에 기수가 인정되는 사기죄로 구성하고 있다.

또한 사기죄에서는 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 이외에 별도의 가중적 사기죄를 규정하고 있지 않다. 특별히 중한 가중적 사기죄를 구성요건에서 규정하지 않았으므로, 기본적인 일반사기죄의 법정형은 단순절도죄에 비하여 무겁지만, 중한 형태의 사기범죄에 대한 법정형은 상대적으로 약할 수 있다. 이러한 문제는 독일 형법이 채택하고 있는 사기죄의 특별히 중한 경우(sog. Regelbeispiele)와 같은 양형규정의 도입이 필요할 것으로 판단되며, 경미한 재산침해범죄에 대한 소추조건를 추가하여 가해자-피해자 사이의 화해를 통한 신속한 형사사건의 종결을 모색하는 것이 바람직하다.

참 고 문 헌

강동범, 형법개정법률안의 컴퓨터범죄규정에 대한 검토(상), 법조, 1993.3.
권오걸, 형법각론, 형설출판사, 2009.
김성돈, 형법각론(제2판), 성균관대학교 출판부, 2009.
김성천・김형준, 형법각론(제2판), 동현출판사, 2006.
김영환, 현금자동지급기의 부정사용에 관한 형법적 문제점, 형사판례연구(6), 1998.
김일수, 한국형법 I, 박영사, 1996.
김일수・서보학, 형법각론(제7판), 박영사, 2007.
박상기, 형법각론(제6판), 박영사, 2005.
배종대, 형법각론(제6전정판), 홍문사, 2007.
백형구, 형법각론, 청림출판, 1999.
손동권, 형법각론(제2개정판), 율곡출판사, 2006.
오영근, 형법각론(제2판), 박영사, 2009.
이재상, 형법각론(제6판), 박영사, 2009.
이정원, 형법각론, 인터넷공개(제1판), 2009.
이형국, 형법각론, 법문사, 2007.
임웅, 형법각론, 개정판보정, 법문사, 2005.
장영민, 자기명의의 신용카드 남용행위의 죄책, 고시연구 1997.6.
정성근・박광민, 형법각론(제3판), 삼지원, 2008.
정영일, 형법각론(개정판), 박영사, 2008.
조준현, 형법각론(개정판), 법원사, 2005.
진계호, 형법각론(제5판), 대왕사, 2003.

Jescheck/Weigend, Lehrbuch AT, 5. Aufl., 1996.
Leipziger Kommentar, StGB, 11. Aufl., 1993.
Nomos Kommentar, StGB, 2. Aufl., 2005.
Roxin, Lehrbuch, AT I, 4. Aufl., 2006.
Schönke-Schreoder Kommentar, StGB, 27. Aufl., 2006.
Welzel, Lehrbuch AT, 11. Aufl., 1969.
Wessels/Hettinger, Strafrecht BT/1, 31. Aufl., 2007.

[Zusammenfassung]

Die Reformsvorschläge über den Betrug und die Erpressung

Lee, Jeong-Weon
Prof. Dr. Jur. an der Universität Yeungnam

Beim unseren Strafrecht fordern der Betrug und die Erpressung als deren tatbestandsmäßigen Erfolg die Übertragung einer beweglicher Sache oder die Einnahme einer Vermögensvorteile auf. Der Betrug und die Erpressung sind aber ein vermögensschädigendes Delikt. Daher braucht der Betrug und die Erpressung für deren Vollendung keine Übertragung einer beweglicher Sache oder keine Einnahme einer Vermögensvorteile aufzufordern. Für deren Vollendung genügt es mit der Vermögensschädigung des Verletzten.

Da beim Betrug und bei der Erpressung als ein vermögensverletzendes Deliktes deren Vollendung erst schon mit Vermögensverletzung des Verletzten annehmen kann, sollte man die Absicht für die Einnahme einer Vermögensvorteile, d. h. die Bereicherungsabsicht, als eine übersubjektive Tatbestandsmerkmale des Betruges oder der Erpressung sich aufbauen.

Bei der Auslegung des Betruges gibt es eine Meinung, die einen tatsächlichen Gefahr zur Vermögensverletzung mit eine Vermögensverletzung gleich zu setzen. Dies ist aber alzulehnen. Denn es beim Betrugsdelikte die Rechtssicherheit zu viel verletzen kann. Wenn man die Vollendung eines Betrugsdeliktes eher der Vermögensverletzung anerkennen will, sollte man solche Fälle als ein sonder Betrugsdelikte aufbauen, wie z. B. Subventionsbetrug, Kapitalanlagebetrug, Versicherungsmißbrauch, Kreditbetrug,)Mißbrauch von Scheck- und Kreditkarten u. s. w.

주제어: 사기죄(Betrug); 공갈죄(Erpressung); 보조금사기죄(Subventionsbetrug); 투자사기죄(Kapitalanlagebetrug); 보험남용죄(Versicherungsmißbrauch) 신용사기죄(Kreditbetrug); 직불카드와 신용카드 남용죄(Mißbrauch von Scheck- und Kreditkarten); 특별히 중한 경우(Regelbeispiele)