

不作為에 의한 欺罔行爲*

안 경 옥**

I. 서

최근 대법원은 특정 시술을 받으면 아들을 낳을 수 있을 것이라는 착오에 빠져 있는 피해자들에게 그 시술의 효과와 원리에 관하여 사실대로 고지하지 아니한 채 아들을 낳을 수 있는 시술인 것처럼 가장하여 일련의 시술과 처방을 행한 것은 고지할 사실을 묵비함으로써 피해자들을 기망한 행위에 해당한다고 보아 신의칙에 의한 고지의무를 기초로 부작위에 의한 기망행위를 인정, 사기죄에 해당한다고 판시하였다.¹⁾ 이는 부작위에 의해서도 사기죄가 성립한다는 대법원의 종래의 입장을 다시 확인시켜주고 있다.

사기죄는 사람을 기망하여 재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 취득하게 함으로써 성립한다. 그 중 欺罔은 판례나 학설에 따르면 널리 거래관계에서 지켜야 할 신의칙에 반하는 행위로서 사람으로 하여금 착오를 일으키게 하는 것으로 그 수단과 방법에 아무런 제한이 없다.²⁾ 따라서 언어나 행동을 통한 적

* 본 연구는 2000학년도 영남대학교 학술연구조성비 지원에 의한 것임

** 영남대학 법과대학 전임강사

1) 대법원 2000.1.28. 선고, 99도2884. 사실관계: 갑(피고인)은 자신이 운영하는 병원에 내원한 피해자들에게 대해 아들을 낳는 방법이라고 하여 시행한 일련의 술과 처방 전체가 실제로 아들 낳기에 필요한 시술이라고 할 수 없음에도 불구하고, 갑 또는 위 병원에 근무하는 간호조무사들이 피해자들에게 그 시술 등의 효과와 원리에 관해 사실과 다르게 설명하거나 또한 위 병원에 내원하기 전에 이미 갑으로부터 어떠한 시술을 받으면 아들을 낳을 수 있을 것이라는 착오에 빠져 있는 피해자들에게 시술 등의 효과와 원리에 관해 사실대로 설명하지 아니한 채, 마치 갑의 시술과 처방 전체가 아들 낳기에 필요한 것처럼 시술 등을 행하고 피해자들로부터 의료수가 및 약값의 명목으로 금원을 교부받았다.

극적 작위 이외에 소극적인 부작위에 의하여도 기망행위가 성립한다는 데에는 異論이 없다.³⁾⁴⁾

문제는 부작위에 의해 사기죄가 성립되기 위해서는 일반 不眞正不作爲犯의 성립요건에 따라 행위자가 적극적인 작위의무를 이행할 보증인의 지위에 있어야 한다는 점이다. 즉 부진정부작위범이 성립하기 위한 요건은 행위자가 적극적인 작위의무를 이행해야 하는 보증인적 지위에 있어야 하고 부작위가 작위와 동일한 가치를 가지는 것으로 평가되어야 한다(작위와 부작위의 행위정형의 동가치성).

부작위에 의한 사기죄는 행위자가 일정한 내용을 고지해야 함에도 불구하고 하지 않은 경우(묵비한 경우)에 성립하므로 보증인이 가지는 작위의무는, 위에서 소개한 판례처럼, 특정 내용을 설명해야 하는 告知義務(작위의무)이다. 판례는 이러한 고지의무(작위의무)가 신의성실의 원칙에 근거해서도 인정될 수 있다고 본다. 따라서 보증인적 지위는 통설이나 판례에 따르면 법령, 계약 이외에 신의성실의 원칙에 기초하여 인정할 수 있다.

私法상의 일반원칙인 신의성실의 원칙에 근거해 고지의무를 인정하고 그에 따라 보증인의 지위도 인정하고 있어 어느 범위까지 부작위에 의한 기망행위를 인정할 것인가, 작위에 의한 그것과는 달리, 분명하지 않다.

그러므로 본 논문에서는 부작위에 의한 기망행위를 인정하기 위해 신의성실의 원칙에 기초해 고지의무를 부과하는 것이 타당한가 하는 점을 검토해 볼 필요가 있다. 더 나아가 부작위에 의한 기망행위를 인정할 수 있는 요건으로 신의칙 이외에 다른 기준을 제시할 수 있는지도 살펴보아야 한다. 이를 위해 먼저 부작위에 의한 사기죄를 인정하거나 부정한 대법원의 판례를 살펴보고 판례가 작위의무를 인정하는 데에 있어 기초로 하는 '신의성실의 원칙'의 내용을 검토하고자 한다(II). 아울러 이와 관련된 학

2) 이재상, 형법각론 317면; 대법원 1983.6.28. 선고, 83도1013. 그리고 어떤 행위가 다른 사람을 착오에 빠지게 한 기망행위에 해당하는가의 여부는 거래의 상황, 상대방의 지식, 경험, 직업 등 행위 당시의 구체적 사정을 고려하여 일반적·개관적으로 결정하여야 한다고 하였다(대법원 1988.3.8. 선고, 87도1872; 1988.6.28. 88도740; 1992.3.10. 91도2746).

3) 김일수, 형법각론(1998), 311면; 배종대, 형법각론, 409면; 이재상, 319면; 임웅, 형법각론, 327면.

4) 독일의 학설 중 일부 견해는 부작위에 의한 기망을 부정한다. 그 이유는 기망의 본질을 거짓말을 한다는 데에 있는데 부작위로 거짓을 설명하는 것은 불가능하고 또 설명의 가치가 인정되는 경우에만 기망행위가 인정된다고 함으로써 결과적으로 부작위에 의한 기망을 부정한다(Herzberg, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantieprinzip, 1972, 74ff).

계의 견해도 소개하고자 한다(III). 마지막으로 신의성실의 원칙에 근거해 고지의무를 넓게 인정하여 성립하는 기망행위의 범위를 제한하고자 한다(IV). 이러한 논의를 통해 가능한 한 사기죄의 성립범위를 분명히 하여 사기죄로 처벌하는 범위가 무분별하게 확대되는 것을 방지하고자 하는 것이 본 논문의 목적이다.

II. 판례에 나타난 '告知義務'

1. 고지의무 위반으로 부작위에 의한 사기가 성립된 경우

대법원이 부작위에 의한 사기를 인정한 몇 가지 중요한 사례를 살펴보면, 먼저 앞에서 언급한 바와 같이 특정 시술을 받으면 아들을 낳을 수 있을 것이라는 착오에 빠져 있는 피해자들에게 그 시술의 효과와 원리에 관하여 사실대로 고지하지 아니한 채 아들을 낳을 수 있는 시술인 것처럼 가장하여 일련의 시술과 처방을 행한 점에 사기죄를 인정하였다.⁵⁾ 판결요지에서 대법원은 피해자들이 병원에 내원한 당시 이미 착오에 빠져 있는 경우 만일 피고인이 사실대로 고지하였다면 그들이 피고인으로부터 그와 같은 시술을 받지 않았을 것임은 경험칙상 명백하므로, 이 경우 피고인으로는 그들에게 위 시술의 효과 원리에 관해 사실대로 고지해야 할 법률상 의무가 있어 이를 고지하지 아니한 채 시술한 행위는 고지사실을 묵비함으로써 피해자들을 기망한 행위에 해당한다는 것이다.

또한 공장의 정상가동 여부는 매매계약의 체결 여부를 결정짓는 중요한 요소이므로 프라스틱 공장이 이를 이전하지 아니하고서는 계속 가동할 수 없게 된 경우, 신의성실의 원칙상 매도인에게 위와 같은 사정에 관한 고지의무가 있다고 보아야 할 것이어서, 매도인측이 위와 같은 사정을 고지하지 아니하고 공장을 운영하는데 아무런 문제가 없다고 말하였다면 이는 매수인을 기망한 경우라고 보아야 한다고 하였다.⁶⁾

5) 대법원 2000.1.28. 선고, 99도2884. 이 판결에 대하여는 시술의 효과와 원리에 대하여 피해자가 스스로 착오에 빠졌는가 또는 피고인의 행위에 의하여 착오가 일어났는가가 검토되어야 하며, 후자에 해당한다면 묵시적 기망행위가 된다고 보는 견해가 있다(이재상, 형사판례연구(9), 521면).

6) 대법원 1991.7.23. 선고, 91도458.

위와 판결과 마찬가지로 신의칙에 근거해 부작위에 의한 사기죄를 인정한 판례는 주로 부동산 거래와 관련된 판례에서 많이 찾아 볼 수 있다. 대법원은 매도인이 매매 대상 토지에 대해 도시계획이 입안되어 있어 장차 위 토지가 협의 매수되거나 수용될 것이라는 점을 알고 있었으면서도 이를 고지하지 않는 경우나,⁷⁾ 토지를 매도함에 있어서 채무담보를 위한 가등기와 근저당권설정등기가 경료되어 있는 사실을 숨기고 이를 고지하지 아니하여 매수인이 이를 알지 못한 탓으로 그 토지를 매수한 경우,⁸⁾ 피고인이 재력이 별로 없이 무리하게 연립주택의 건축을 떠맡아 일체의 공사자금을 다 른 사람으로부터 조달하여 공사를 하다가 채무초과상태가 되어 목적물은 모두 채권담보의 목적으로 제3자들 앞으로 가등기가 경료되거나 이중으로 분양계약이 체결되어 담보권의 실행을 위하여 채권자들에게 각 그 가등기에 기한 본등기절차를 이행하거나 위 분양계약에 기한 소유권이전등기절차를 이행하고 목적물도 명도하여 주어야 할 형편에 처해 있었음에도 이러한 사정을 숨기고 피해자들과 분양계약을 다시 체결하거나 임대차(전세)계약을 체결한 경우에도 사기죄를 인정하였다.⁹⁾

그 외에도 수표나 어음이 지급기일에 결제되지 않을 것을 예견하면서 이를 고지하지 않고 할인을 받는 경우,¹⁰⁾ 임대인이 임대차계약을 체결하면서 임차인에게 임대목적물이 경매진행중인 사실을 알리지 아니한 경우¹¹⁾에 부작위에 의한 기망행위가 된다고 판시하였다.

2. 부작위에 의한 기망을 부정한 경우

먼저 대법원은 피고인이 부동산매매계약을 체결함에 있어서 그 목적물에 관하여 재심 소송이 제기되었고 그에 관한 대법원의 파기환송판결이 있었음을 적극적으로 은폐하려고 하였던 것이 아니고 단순히 위 사실을 고지하지 아니하였다는 점만으로써는 피고인에게 사기죄의 범의가 있다고 볼 수 없으며,¹²⁾ 부동산을 매매함에 있어서 매매로 인한 법률관계에 아무런 영향도 미칠 수 없는 것이어서 매수인의 권리의 실현에 장애가 되지 아니하는 사유까지 매도인이 매수인에게 고지할 의무가 있다고 볼 수 없

7) 대법원 1993.7.13. 선고, 93도14.

8) 대법원 1981.8.20. 선고, 81도1638.

9) 대법원 1990.11.13. 선고, 90도1218.

10) 대법원 1998.12.9. 선고, 98도3282.

11) 대법원 1998.12.8. 선고, 98도3263.

12) 대법원 1983.12.27. 선고, 82도2497.

는 것인 바, 이중매매에 있어서 매도인이 제1의 매매계약을 일방적으로 해제할 수 없는 처지에 있었다는 사정만으로는 바로 제2의 매매계약의 효력이나 그 매매계약에 따르는 채무의 이행에 장애를 가져오는 것이라고 볼 수 없음은 물론, 제2의 매수인의 매매목적물에 대한 권리의 실현에 장애가 된다고도 볼 수 없어 매도인이 제2의 매수인에게 그와 같은 사정을 고지하지 아니하였다고 하여 제2의 매수인을 기망한 것이라고 평가할 수는 없다고 하였다.¹³⁾ 아울러 담보 제공된 부동산의 매도인이 담보제공 사실을 매수인에게 소극적으로 고지하지 아니한 것(묵비)은 기망행위로 볼 수 없으며,¹⁴⁾ 부동산을 매매함에 있어 근저당권이 설정 등기된 사실을 고지 아니하였다 하더라도 상대방을 기망하기 위하여 적극적으로 동 사실을 은폐한 것이 아니고, 매수인이 동 등기사실을 알았다면 위 매매 계약을 체결하지 아니하였으리라는 사정이 없으면 동 불고지는 기망행위가 되지 않는다고 하였다.¹⁵⁾

그 외에 중고자동차 매매에 있어서 매도인의 할부금융회사 또는 보증보험에 대한 할부금 채무가 매수인에게 당연히 승계되는 것은 아니므로, 그 할부금 채무의 존재를 매수인에게 고지하지 아니한 것은 부작위에 의한 기망에 해당하지 아니한다고 하였다.¹⁶⁾

3. 판례의 태도

위의 판결들을 살펴본 결과 대법원은 부작위에 의한 기망행위를 인정하기 위한 전제조건인 보증인의 지위와 관련하여 신의성실의 원칙에 근거해 특정사항을 고지해야 할 작위의무를 인정하고 있음을 확인할 수 있다. 따라서 판례에 따르면 거래의 상대방이 일정한 사정에 대한 고지를 받았다면 당해 거래에 임하지 않았을 것이 인정될 경우 그 거래로 인하여 재물을 수취하는 자에게는 신의성실의 원칙상 사전에 상대방에게 그와 같은 사정을 고지할 의무가 있다 할 것이므로 이를 고지하지 아니한 것은 부작위에 의한 사기죄를 구성한다는 전제에서 사기죄를 인정하거나 부정하였다. 좀 더 구체적으로 보자면 판례는 신의칙에 근거한 고지의무가 있음에도 불구하고 고지하지 않아 부작위에 의한 기망이 인정하기 위한 요건으로, 먼저 (1) 일방이

13) 대법원 1991.12.23. 선고, 91도2968.

14) 대법원 1970.5.26. 선고, 70도481.

15) 대법원 1972.3.28. 선고, 72도255.

16) 대법원 1998.4.14. 선고, 98도231.

상대방에게 그 거래에 관련한 어떠한 사항에 대하여 고지하지 아니함으로써 장차 계약상의 목적물에 대한 권리를 확보하지 못할 위험이 있고, (2) 이러한 위험이 생길 수 있음을 알면서도, (3) 이를 상대방에게 고지하지 아니하고 거래관계를 맺어 상대방으로부터 재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 받고, (4) 상대방은 그와 같은 사정에 관한 고지를 받았더라면 당해 거래관계를 맺지 아니하였을 것이 명백한 경우를 들고 있다.¹⁷⁾ 판례는 위의 요건에 해당하느냐에 따라 부작위에 의한 사기죄를 인정하거나 부정하였다. 그러나 위의 요건만으로 사기죄를 인정할 수 있느냐는 의문이다. 바꿔 말해 위의 기준만으로 사기죄의 성립범위를 명확하게 한계지을 수 있느냐 하는 점이다. 한 예로 부동산 거래에 있어 매도인이 고지하지 않아도 등기부를 열람하면 알 수 있는 사항도 반드시 고지해야 할 의무를 인정해야 하는가. 사적 자치의 원칙하에 있는 경제체제하에서는 계약을 할 것인지, 계약을 하는 경우 사전에 필요한 조사를 하는 것은 오히려 계약 당사자의 주의의무에 해당하는 것이라고 볼 수 있다. 계약을 하느냐의 여부는 계약자가 자기 책임하에 결정하는 것이다. 그러므로 적극적으로 '담보설정이 되어 있다'고 속이지 않는 이상 고지하지 않은 사실을 전부 부작위에 의한 기망으로 인정하기는 어려울 것이다. 그러므로 작위의무를 근거짓는 신의성실의 원칙을 좀 더 구체화하는 기준을 제시하거나 신의칙에 기해서는 부작위에 의한 기망행위를 인정하지 않는 등 방법이 필요하다고 하겠다.

III. 학계의 견해

우선 학계의 통설적인 견해는¹⁸⁾ 판례의 입장과 마찬가지로 특정한 내용을 고지할 작위의무를 신의성실의 원칙에 기해 인정할 수 있고 고지해야 할 내용을 묵비하였다면 부작위에 의한 기망을 인정할 수 있다고 하였다. 그러나 그 중 일부 견해는 다른 요소에 의해 그 범위를 제한하고자 하였다.

17) 대법원 1998.4.14. 선고, 98도231.

18) 주5) 참조.

1. 법률·계약에 근거한 작위의무

이 견해는 신의성실의 원칙을 보증인의무의 유일한 발생근거로 삼은 것은 문제가 있다고 한다.¹⁹⁾ 20) 그것은 판례는 부작위에 의한 사기죄를 인정하기 위해 민법의 일반원칙인 신의칙을 제시하고 있을 뿐 신의칙에 근거한 고지의무의 범위나 여부가 불분명하기 때문이라고 하였다. 따라서 그 구체적 판단을 법률 적용가가 할 때 경우에 따라서는 사기죄의 가벌성이 확대될 위험이 있다는 것이다. 그러므로 신의성실만으로는 보증인의무의 발생근거가 부족하며 법률이나 계약에 명시적으로 작위의무를 규정한 내용이 있어야 하고 계약당사자는 특별한 신임관계가 있어야 하고 고지의무가 계약상 의사결정의 중요사항에 속해야 한다는 것이다.²¹⁾ 고지해야 할 내용을 계약 등에 명시하고 있어야 하므로, 그렇지 않은 경우 거래의 일반적 위험성은 매수인이 부담해야 한다고 한다. 그것은 부동산을 구입하거나 담보권을 설정하는 사람은 스스로 해당목적물의 등기상황을 알아보아야 하기 때문이라고 하였다.²²⁾

2. 손해·중요성·무경험

다른 견해에 따르면 물건을 주문하거나 계약을 체결했다는 사실만으로는 선행행위로 인한 보증인지위가 인정되지 않으며, 단순히 계약의 당사자라는 사실만으로 신의성실의 원칙에 근거한 보증인지위가 긍정되는 것이 아니라고 하였다.²³⁾ 그러나 이 견해는 위의 견해와는 달리 다음의 3가지 요소에 의해 작위의무가 생기는 보증인적 지위를 인정할 수 있다고 하였다. 첫째는 손해요소로, 상대방에게 고지하지 아니하여 현저한 손해가 발생하였는가 하는 점이다. 둘째는 중요성으로, 그 요소가 상대방에게 특히 중요한 계약의 내용인가가 판단기준이며 마지막으로 무경험요소로, 상대방이 무경험 때문에 제공한 재물의 가치와 성질을 심사할 수 없었는가하는 종합적으로 판단

19) 배종대, 형법각론, 409면.

20) 한정환, 형사법연구(제12호), 342면. 이 견해에 따르면 '특별한 신뢰관계'가 부작위에 의한 기망행위를 인정하는 데에 필요하고 따라서, 대법원 판결에서 자주 언급되는 '신의칙' 또는 '경험칙'에 의한 고지의무 즉 사실에 관해 설명할 의무를, 부진정부작위법으로서 사기범의 작위의무에 관한 근거로 인정하지 않는 것이 타당하다고 한다(한정환, 343면).

21) 배종대, 형법각론, 410면.

22) 배종대, 411면.

23) 이재상, 320면.

해야 한다는 것이다. 그러므로 단순히 과도한 거스름돈을 수령하거나 지불능력을 초과하는 것을 알면서 나온 음식을 먹는 것만으로는 부작위에 의한 기망행위가 되지 않으며, 돈을 차용한 사람도 貸主에게 無資力을 고지해야 할 보증인이 된다고 할 수 없다고 한다.²⁴⁾

3. 특별한 신뢰관계

이 견해는 당사자간의 특별한 신뢰원칙을 근거로 부작위에 의한 가벌성의 범위를 제한하고자 한다. 이에 따르면 私法상의 제도인 신의성실의 원칙이 보증인적 지위 및 의무를 근거 지을 정도로 명확성을 갖고 있지 못하기 때문에 보증인적 지위의 부당한 확대를 초래할 수 있어 죄형법정주의의 명확성의 원칙에 반할 수 있다는 것이다.²⁵⁾ 그러므로 자유시장 경제 하에서 거래 당사자간의 거래관계상 위험은 당사자가 감수해야 하며, 고지의무는 예외적으로 특별한 신뢰관계가 존재하는가에 따라 인정될 수 있다는 것이다. 앞서 첫 번째의 견해도 특별한 신뢰관계를 필요로 한다는 점에서 본 견해와 공통점을 찾을 수 있지만 앞의 견해가 신의칙에 기한 작위의무를 부정하는데 비해 본 견해는 신의칙에 진한 작위의무는 부정하지 않지만 다만 그 제한을 위해 특별한 신뢰관계가 계약 당사자간에 있어야 한다는 것이다.

부동산거래관계를 예를 들어 고지의무의 성립요건을 살펴보면, 먼저 판례는 불고지로 인하여 거래관계의 효력 및 채무이행에 장애를 가져와 계약상의 채권을 확보하지 못할 위험이 있는 사항, 상대방이 고지를 받았더라면 거래관계에 임하지 아니할 것이 경험칙상 명백할 것, 행위자가 이와 같은 사정을 알았을 것을 요건으로 한다.

특별한 신뢰관계로부터 고지의무가 근거지워야 하므로 단순히 신의칙에 근거하는 것은 문제가 있으며 부동산거래의 경우, 등기부 공시사항은 매수인의 주의의무로 보는 것이 타당하므로 부동산 등기부에 공시되어 있지 않은 사정인지의 여부에 따라 특별한 신뢰관계에 따른 고지의무를 인정할 수 있다고 한다.²⁶⁾

24) 이재상, 320면.

25) 하태훈, 형사판례연구(2), 198면.

26) 하태훈, 208.209면.

IV. 비판적 검토 : 告知義務의 제한

1. 詐欺的 欺罔行爲

앞서 본 바와 같이 기망은 판례에 의하면 널리 거래관계에서 지켜야 할 신의칙에 반하는 행위로서 사람으로 하여금 착오를 일으키게 하는 것을 말한다고 정의하였다. 이와 같이 기망행위를 '거래관계에서 지켜야 할 신의칙에 반하는 행위'라고 하는 것은 일체의 기망행위 중 사기적 기망행위의 범위를 제한하는 것으로 사회적으로 용인되어 지는 범위를 벗어나는 기망이라고 볼 수 있다.

그러나 사기죄의 기망을 신의칙에 반하는, 즉 사회적으로 용인되지 않는 기망이라고 한계짓는 것은 사기죄의 보호법익을 재산 이외에 거래상의 신의칙이나 개인의 (재산)처분의 자유 등을 보호법익으로 한다면²⁷⁾ 사기적 기망을 '신의칙에 반하는 행위'로 제한 할 근거가 없다. 그것은 처분의 자유의 침해는 기망행위에 의한 재산의 감소가 있지만 하면 성립되기 때문이다. 그러므로 모든 기망행위 중 사기와 관련된 기망, 즉 신의칙에 반하는 기망만이 사기적 기망행위에 해당한다고 보기 위해서는 사기죄의 구성요건으로 재산권의 침해인 재산상의 손해가 필요하다고 하겠다. 손해발생을 요하는 경우 사기죄의 보호법익은 재산만을 그 대상으로 하고 처분의 자유가 아닌, 재산권의 침해를 사기죄를 처벌하기 때문이다. 그러므로 손해의 발생과 관련이 없는 기망 등은 사기적 기망에서 제외될 수 있고, 그 결과 '재산침해의 처분행위를 야기하는 기망'만이 사기적 기망이다.

구체적으로 살펴보면 피기망자의 재산처분행위를 요하는 '자기침해법(Selbstschädigungsdelikt)'으로서의 사기죄에 있어 손해는 기망의 결과 행하여진 처분행위로 인한 재산의 감소로부터 나온다. 그러나 아직 기망에 의해 야기된 모든 재산의 감소가 재산의 손해로 평가되는 것은 아니다. 즉 기망행위 중에는 예외적으로 '피기망의 재산처분행위에 대한 단독책임(Eigenverantwortlichkeit)을 침해하지 않는 기망'이 있어 이러한 경우에 재산의 감소는 -행위자에 의해 야기된- 재산손해로 볼 수 없다.

피기망자가 구체적인 착오에도 불구하고 자신의 재산처분행위에 대해 단독으로 책

27) 김종원, 212면; 배중대, 310면. 반면에 재산만이 사기죄의 보호법익이된다는 견해는 이재상, 291면.

임을 저야 하는 경우가 있다. 있지도 않은 다른 구매자가 있다고 속이거나 더 좋은 계약조건이 있다고 기망한 결과 계약을 맺는 등의 재산처분행위를 한 경우를 들 수 있다. 그 외에도 다른 각에서는 같은 물건을 더 비싸게 판다고 속이는 것 등이다. 그러므로 피기망자의 단독의 책임에 속하는 기망은 단순히 '경쟁심을 부추긴다든가' 하는 '재산중립적인' 동기를 자극하여 기망행위를 하도록 하는 경우이다. 이러한 경우에 피기망자는 자신이 행한 재산감소에 단독으로 책임이 있으므로 여기에 -행위자에 의한- 재산상의 손해가 있다고 보지 않는다.

이렇게 피기망자의 단독책임의 범주를 침해하지 않아 재산상의 손해가 성립하지 않는 기망행위를 인정함으로써 지금까지는 기망행위의 사회적 상당성 등의 막연한 개념에 의해 처벌하지 않던 비재산침해적인 기망행위에 대해 사기죄의 구성요건요소에 기인한, 보다 구체적인 기준을 마련하여 사기죄의 성립범위를 제한할 수 있다.

2. 默示의 欺罔行爲와 不作爲에 의한 欺罔行爲

사기죄의 기망행위는 명시적 방법이나 묵시적 방법으로 가능하며 또한 적극적인 작위 이외에 부작위에 의해서도 성립한다고 하였다.²⁸⁾ 여기서 적극적인 작위에 의한 묵시적 기망행위와 소극적인 부작위에 의한 기망행위를 어떻게 구별할 것인가가 문제된다. 이러한 구별이 쉽지는 않다. 따라서 똑같은 사안에 대해서도 묵시적 기망을 인정하는 견해와 부작위에 의한 기망을 인정하는 견해가 갈리고 있다. 그러므로 부작위에 의한 기망행위의 인정범위를 논하기에 앞서 양 기망행위의 차이를 정리할 필요가 있다.

부작위에 의한 기망과 묵시적 기망행위의 한계가 분명하지는 않다. 통설은 저당권 또는 가등기 설정사실을 고지하지 않은 부동산의 처분, 피보험자가 질병을 감추고 보험계약을 체결한 경우는 물론, 무전취식이나 무전숙박의 경우도 부작위에 의한 기망행위로 보고 있다.²⁹⁾ 무전취식이나 무전숙박의 경우는 지금의사가 없음에도 음식을 주문하거나 숙박을 하는 행위 자체가 기망이므로 묵시적 행동에 의한 기망이 된다는 것이다. 이에 반해 행위자가 비록 명시적으로 기망하지 않았다 할지라도 설명가치 있는 행위에 의하여 피해자를 기망할 때에는 묵시적 기망행위로 보아야 하며 묵시적 기

28) Schönke/Schröder-Cramer, §263, Rn.11.

29) 김일수, 311면

망행위라고 할 수 없는 경우에만 부작위에 의한 기망행위라고 할 수 있다.³⁰⁾

묵시적 기망행위는 일정한 행위가 상대방으로 하여금 착오를 일으킬 만한 '설명가치'를 지니고 있을 때에 성립하고 어떠한 고지의무를 전제로 하는 것은 아니다. 이는 명시적 기망행위와 함께 작위에 의한 기망행위이다.³¹⁾ 특정행위가 어떤 설명가치를 가지는가는 먼저 행위가 가지는 객관적 의미를 평가해야 하며 더 나아가 제3자가 문제된 상황에서 행위자와의 관계속에서 그러한 행위를 어떻게 이해하고 있는가 하는 점도 고려해야 한다.³²⁾ 예컨대 백화점에서 옷을 싸게 사기 위해 옷의 가격표를 바꿔 치기하여 점원에게 제출하는 행위는 점원을 기망하여 옷을 저렴하게 구입하고자 하는 의사가 행위로 나타났다고 볼 수 있다. 그러므로 이는 묵시적 기망행위에 해당한다.³³⁾ 아울러 특정 급부를 요구하는 행위는 그에 대한 대가를 지불하겠다는 의사를 행동으로 표시했다고 볼 수 있다. 따라서 무전취식이나 무전숙박의 경우는 묵시적 기망행위에 해당한다고 보는 것이 타당하다.

그에 반해 부작위에 의한 기망행위는 법률상의 고지의무를 전제로 하여 성립한다.³⁴⁾ 부작위에 의한 기망은 먼저 상대방이 행위자와 관계없이 스스로 착오에 빠져 있어야 하며 기망 행위자에게 법률상의 고지의무가 있을 것을 요건으로 한다. 묵시적 기망행위는 행동에 의한 적극적 기망행위이므로 묵시적 기망행위라고 할 수 없는 경우에만 소극적인 부작위에 의한 기망행위가 문제된다. 따라서 묵시적 기망행위가 되지 않을 경우에 비로소 부작위에 의한 기망을 인정할 수 있는지의 여부를 검토해야 한다.

다시말해 묵시적인 기망인지 혹은 부작위에 의한 기망인지가 분명하지 않은 경우에는 보증인적 지위를 요하지 않는 묵시적 기망행위를 먼저 검토하고 묵시적 기망행위를 인정할 수 없는 경우에 비로소 부작위에 의한 기망행위, 즉 고지의무를 이행하지 않은 행위를 검토해야 한다.

3. 부작위에 의한 기망행위를 인정하기 위한 告知義務

30) 이재상, 319면

31) 임웅, 328면

32) BGH NJW 95, 539; Lackner, LK, 10 Aufl., §263 Rn29.

33) Düsseldorf, NJW 82, 2268.

34) Schönke/Schröder-Cramer, §263. Rn.12.

부작위에 의한 기망행위를 인정하기 위한 작위의무(고지의무)는 신의성실 이외에 법률이나 계약 또는 선행행위에 의해서도 발생할 수 있다.

먼저 선행행위로 인한 경우를 살펴보면, 타인에게 고의는 없었지만 착오를 야기하여 착오가 있음을 고지하지 않고 이를 이용하여 재산상의 이익을 취한 경우에는 부작위에 의한 기망을 인정할 수 있겠다.³⁵⁾ 마찬가지로의 경우로 처음에는 타인을 고의적으로 기망했으나 재산을 침해하고자 하는 의도가 없었던 경우에도 사실을 고지할 의무는 있다고 하겠다. 그러므로 착오를 야기하고 사실을 설명하지 않은 부작위는 사기죄가 보호하는 법익(=재산)에 관련된 것이어야 한다.³⁶⁾ 이러한 경우 부작위에 의한 사기를 인정하는 데에는 어려움이 없다.

다음으로 특정한 사실을 고지해야 할 작위의무는 법률이나 계약에 근거할 수도 있다.

법률이나 계약으로 인한 작위의무는 법률이나 계약에 상대방에게 특정 사실을 설명해야 할 의무가 명시된 경우를 들 수 있다. 이러한 경우 고지의무가 있느냐 또는 그 인정범위는 법률이나 계약에 명시적 표시되어 있으므로 사기죄의 성립여부가 분명해진다.

사법상의 원리인 신의칙에 근거해 고지의무를 제한없이 인정할 수 있느냐 하는 점은 의문이다. 고지해야 할 사실을 묵비한 부작위에 있어 사실을 고지할 작위의무는 이제는 계약의 전체적 성격과 취지로 보아 당사자간에 특정 사실을 고지해야 할 의무가 있느냐 하는 점이다. 예컨대 중고차량을 판매함에 있어 사고차량임을 밝히지 않은 것은 분명 설명해야 할 사실을 고지하지 않은 것이고 그것이 계약에 있어 계약 체결 여부를 결정하는 중대한 사안임은 분명하다. 그러므로 법률이나 계약에 근거해 작위의무를 인정하는 경우에도 양 당사자간에는 특별한 신뢰관계가 있어야 한다. 그것은 계약을 성실히 이행해야 한다는 성실의무만으로는 특별한 신뢰관계를 인정할 수 없으며, 특별한 신뢰관계에 기초하지 않은 일반적 계약불이행은 원칙적으로 부작위에 의한 기망이 되지 않는다.³⁷⁾ 단순히 신의칙에 근거한 작위의무는 곤란하다 하겠다.

앞서 예를 든 바와 같이 통상 부동산을 거래함에 있어서는 반드시 등기부를 열람하여야 하는 것이 거래 관행이므로 피해자가 등기부를 열람하여알 수 있는 사정은 고지할 의무가 매도인이나 임대인에게는 없다고 하겠다. 오히려 매수인이나 임차인에게

35) BGH GA 77, 18; Lackner, LK. Rn. 67.

36) Jescheck, LK §13 Rn. 33; Rudolphi SK §13 Rn. 39a; Irene Sternberg-Lieben, Jura 96, 549.

37) Schonke/Schroder-Cramer, §263 Rn. 22.

거래 전에 등기부를 열람할 주의의무가 있다고 하겠다. 그러므로 이때에는 행위자와 피해자간에는 행위자가 특정 내용을 고지해야 할 특별한 신뢰관계에 있다고는 볼 수 없다. 아울러 동산을 거래하는 당사자도 거래관계에서 생길 수 있는 통상적인 위험은 자신의 책임하에 부담해야 한다. 그러므로 일상적인 구매행위와 같은 통상 매매계약에서 계약에 따른 통상적인 의무는 형벌을 근거지우는 고지의무와는 관련이 없다.

법령, 계약, 선행행위 이외에 신의성실의 원칙을 행위자가 상대방의 착오를 제거해야 할 보증인적 지위의 발생근거로 인정할 수 있느냐는 신의성실의 원칙이 보증인적 지위 및 작위의무를 근거지울 정도로 명확성을 갖지 못한다는 비판은 타당하며,³⁸⁾ 따라서 거래에 있어 신의성실의 원칙을 침해한다고 해서 사기죄가 성립한다고 할 수는 없다. 판매자가 사실을 고지 또는 설명해야 할 의무가 있는가는 거래당사자 사이에 예외적으로 특별한 신뢰관계가 존재하는가에 달려 있다. 이러한 특별한 신뢰관계 때문에 착오상태를 방지·제거해야 할 고지의무가 인정된다고 하겠다.

V. 결론

부작위에 의한 사기죄는 행위자가 일정한 내용을 고지해야 함에도 불구하고 하지 않은 경우(묵비한 경우)에 성립하므로 보증인이 가지는 작위의무는 특정 내용을 설명해야 하는 告知義務(작위의무)이다. 판례는 이러한 고지의무(작위의무)가 신의성실의 원칙에 근거해서도 인정될 수 있다고 본다.

사기죄의 기망행위에 단순히 '경쟁심을 부추긴다든가' 하는 '재산중립적인' 동기를 자극하여 기망행위를 하도록 하는 경우는 포함하지 않는다. 이러한 경우에 피기망자는 자신이 행한 재산감소에 단독으로 책임이 있으므로 여기에 -행위자에 의한- 재산상의 손해가 있다고 보지 않는다. 따라서 이를 사기적 기망이라고 볼 수 없다.

사기적 기망은 지금까지는 기망행위의 사회적 상당성 등의 막연한 개념에 의해 처벌받지 않던 비재산침해적인 기망행위에 대해 사기죄의 구성요건요소에 기인한, 보다 구체적인 기준을 마련하여 사기죄의 성립범위를 제한할 수 있다. 그 중 부작위에 의한 사기죄는 신의성실 이외에 법률이나 계약 또는 선행행위에 의해 성립할 수 있다.

38) 하태훈, 형사판례연구(2), 207면.

그러나 어떠한 경우에 의해 작위의무가 생기든, 작위의무를 인정하기 위하여는 양 당사자간에는 특별한 신뢰관계가 있어야 한다. 그것은 계약을 성실히 이행해야 한다는 계약상의 의무만으로는 특별한 신뢰관계를 인정할 수 없으며, 특별한 신뢰관계에 기초하지 않은 일반적 계약불이행은 원칙적으로 부작위에 의한 기망이 되지 않는다.