

## 공갈죄의 '처분의사'와 관련한 제문제 검토

### Overall investigation into the intent of disposal about the crime of extortion

이 지 원\* · 이 재 혁\*\*

Lee, Ji-won · Lee, Jae-Hyuk

#### 목 차

- I. 서론
- II. 대상판결의 소개
- III. 공갈과 강도의 행위유형 구별을 통한 판결의 검토
- IV. 피해자의 '처분의사'의 존부를 통한 범죄성립의 재구성
- V. 결론

#### 국문초록

재산적 이익을 목적으로 폭행과 협박이 이루어졌지만 피해자의 처분행위와 인과관계가 없다면 공갈죄는 성립하지 않는다는 것을 명시적으로 밝힌 판례가 나왔다. 즉, 피고인이 피해자가 운전하는 택시를 타고 가서 목적장소(A)에 이르렀는데, 애초 자신은 다른 장소(B)에 가자고 하였다면서 택시요금의 요금을 지급하지 아니한 채 택시에서 내렸고, 이에 피해자가 따라가면서 택시요금의 지급을 요구하자 피고인은 피해자를 때리고 달아났다. 그러자 피해자는 계속해서 요금을 받을 목적으로 피고인이 말한 다른 장소(B)로 가서 기다렸고,

논문접수일 : 2013.09.30

심사완료일 : 2013.11.07

게재확정일 : 2013.11.08

\* 제주대학교법학전문대학원 전문석사과정 (연구책임자)

\*\* 제주대학교법학전문대학원 전문석사과정 (공동연구자)

그곳에서 피고인을 발견하여 택시요금의 지급을 재차 요구하자, 피고인은 다시 피해자의 얼굴 등을 주먹으로 때려 상해를 입히고 도주하였다. 이 사안에서 제1심은 공갈죄와 상해죄를 인정하였고 이에 피고인이 항소하였으나 항소가 기각되자 다시 피고인이 상고하였는데 상고심에서는 피고인의 상고이유부분에 대하여는 상고이유가 되지 않으므로 판단하지 않고 대신 직권으로 원심에서 인정된 공갈죄부분에 대한 판단을 하여 공갈죄의 성립을 부정하여 파기환송 한 것이다.

공갈죄는 사기죄와 함께 우리 형법 제38장에서 규정하고 있는 대표적 재산범죄이다. 한편 공갈죄는 '폭행·협박'을 수단으로 하여 상대방의 하자있는 의사를 이용하는 점에서 일응 강도죄와도 관련이 있다. 위 판례에서는 공갈죄가 인정되기 위해서는 피고인의 폭행, 협박과 피해자의 처분행위사이에 인과관계가 필요하다고 하였다.

이하에서는 공갈죄와 사기죄 그리고 강도죄의 한계선상에 있는 위 판례를 주제로 다음을 검토해 보려한다. 즉 피해자의 피고인에 대한 택시요금 면제라는 처분행위는 피고인의 폭행과 협박으로 인한 것이어야 한다는 것(이에 대하여 공갈죄에서 필요한 처분의사를 미쳐 고려하지 못한 원심을 파기한 대법원의 판단은 옳았다고 생각된다.), 하지만 한편으로 피고인에게 처분의사가 존재했는지 여부에 따라 이 사안은 다시 사기죄와의 관련성도 생각해 볼 여지가 있다고 생각되므로 따라서 IV. 목차 이후부터는 피고인의 의사를 가정하여 검토해보며 우리 형법의 대표적 재산범죄인 사기죄와 공갈죄도 비교해 보겠다.

**주제어** : 공갈죄, 사기죄, 처분의사, 폭행과 협박, 처분행위, 강도죄

## I. 서론

공갈죄는 사기죄와 함께 우리 형법 제38장에서 규정하고 있는 대표적 재산범죄이다.<sup>1)</sup> 한편 공갈죄는 '폭행·협박'을 수단으로 하여 상대방의 하자있는 의사를 이용하는 점에서 사기죄와는 구별되지만 일응 강도죄와는 관련이 있

다.2) 이하에서 검토해보고자 하는 [대법원 2012.1.27 선고 2011도16044 【공갈·상해】] 판례는 피해자의 처분의사 존부에 따라 공갈죄와 강도죄의 한계선상을 검토해 볼 수 있으며 그리고 혹시 피고인이 이 사건 택시에 탑승할 때의 의사가 재산상이익의 취득을 목적으로 했었는지 여부에 따라서는 사기죄의 검토도 가능한 흥미로운 판례라고 생각된다. 제2회 변호사시험의 형사기록형의 한 쟁점이 되기도 한 본 대상판결을 통해 정확한 공갈죄의 성립요건을 검토해 보고자 한다.

## II. 대상판결의 소개

### 1. 사실관계<sup>3)</sup>

피고인이 피해자가 운전하는 택시를 타고 가서 목적장소(A)에 이르렀는데, 애초 자신은 다른 장소(B)에 가자고 하였다면서 14,000원의 요금을 지급하지 아니한 채 택시에서 내렸고, 이에 피해자가 따라가면서 택시요금의 지급을 요구하자 피고인은 피해자를 때리고 달아났다. 그러자 피해자는 계속해서 요금을 받을 목적으로 피고인이 말한 다른 장소(B)로 가서 기다렸고, 그곳에서 피고인을 발견하여 택시요금의 지급을 재차 요구하자, 피고인은 다시 피해자의 얼굴 등을 주먹으로 때려 상해를 입히고 도주하였다.

### 2. 재판의 경과<sup>4)</sup>

1) 박상기, 「형법각론」, 박영사, 2008, 355면.  
 2) 김성돈, 「형법각론」, SKKUP, 2010, 364면.  
 3) 신동운, 「판례분석 형법각론」, 법문사, 2013, 449면 참조.  
 4) 신동운, 「신판례백선형법총론」, 경세원, 2011, 327면.

〈표 1〉<sup>5)</sup> 재판의 경과

<b>1심 (울산지방법원 단독)</b>
- 공갈과 상해인정
<b>항소심 (울산지방법원 합의부)</b>
- 항 소 인 ; 피고인
- 항소이유 ; 원심의 양형(벌금200만원) 부당
- 판 단 ; 피고인의 항소를 기각
<b>상고심 (대법원)</b>
- 상 고 인 ; 피고인
- 상고이유 ; 원심의 양형(벌금200만원) 부당
- 판 단 ;
1) 상고이유는 부적법 각하
2) <u>직권으로 원심이 인정한 공갈죄부분에 대하여 판단하여 공갈죄의 성립을 부정하고 원심으로 파기환송함</u>

3. 판결의 요지

<b>1심 및 원심판결의 요지<sup>6)</sup></b>
<b>1) 공갈죄에 해당한다.</b>
피고인은 형법 제350조의 공갈죄에 해당한다. 피고인은 피해자의 개인택시에 승차하였다. 피고인은 같은 날 00:30분경 같은 군 범서읍 '천상리' 00초등학교 앞 도로에 이르러 택시요금의 지급을 면할 목적으로 상북 '천전리'에 가자고 하였다면서 차량에서 내렸고 이를, 피해자가 따라가서 택시

5) 십급별로 인정한 사안에 조금씩 차이가 있어 이를 알아보기 쉽도록 표로 만들었습니다.

요금을 달라고 하자 피해자의 목을 잡고는 주먹으로 피해자의 얼굴을 4-5회 때리고 도주하여 택시요금 14,000원의 지급을 면하는 재산상이익을 취득하였다.

2) 상해죄에 해당한다.

피고인은 형법 제257조의 상해죄에 해당한다. 피고인은 위와 같은 날 01:06경 울산 울주군 상북 천전리 입구에서 피해자가 택시요금을 주지 않고 도주하는 피고인을 가로막고는 "왜 택시비도 주지 않고 때리고 도망가느냐, 경찰에 신고를 해 놓았다"고 하자 다시 피해자의 얼굴과 목 부위를 10회 폭행하고 도주하였다. 이로써 피해자에게 전치 14주일의 타박상등의 상해를 입혔다.

**대법원판결의 요지<sup>7)</sup>**

피고인에게 공갈죄의 죄책을 물을 수 없다.

재산상 이익의 취득으로 인한 공갈죄가 성립하려면 폭행 또는 협박과 같은 공갈행위로 인하여 피공갈자가 재산상이익을 공여하는 처분행위가 있어야 한다.

사안에서, 피해자는 피고인에게 계속해서 택시요금의 지급을 요구하였으나 피고인이 이를 면하고자 피해자를 폭행하고 달아났을 뿐, 피해자가 피고인으로부터 폭행을 당하여 외포심을 일으켜 피고인이 택시요금을 지급하지 아니하는 것을 묵인하는 등으로 택시요금의 지급에 관하여 수동적·소극적으로라도 피고인이 이를 면하는 것을 용인하여 그 이익을 공여하는 처분행위를 하였다고 할 수 없는데도, 이와 달리 보아 공갈죄를 인정한 원심판결에는 법리오해등의 위법이 있다.

6) 울산지방법원 2011. 11. 11. 2011노1148.

7) 대판 2012. 1. 27. 2011도16044.

### Ⅲ. 공갈과 강도의 행위유형 구별을 통한 판결의 검토

#### 1. 원심판결에서의 문제의 소재

원심은 피고인에게 공갈죄를 인정함에 있어서 그 구성요건 해당성에 대한 구체적인 설시가 없다. 이러한 원심의 결론은 일응 택시비를 면탈하기 위해 폭행하는 것을 보통 검찰에서 강도로 의율 하여 오다가 이 사건에서는 피고인의 폭행·협박의 정도가 강도죄의 그것에는 미치지 않기 때문에 피해자의 처분 의사에 대한 고민을 하지 않은 채 공갈죄로 의율해서 기소를 했고, 법원에서라도 큰 검토 없이 이를 인정한 것으로 보인다. 하지만 이러한 원심의 결론은 사실관계를 정확하게 파악하지 않았다는 점 뿐만 아니라 이론적 법리에 있어서도 대법원이 실시한 바와 같이 다음과 같은 점에서 옳지 못하다. 이하에서는 특히 공갈죄의 성립요건과 강도죄의 성립요건의 구별되는 요소를 통하여 대상판결을 검토해 보고자 한다.

〈표 2〉 공갈죄와 강도죄와의 구별<sup>8)</sup>

9)	공갈죄	강도죄
1행위	폭행·협박	폭행·협박
2행위	외포심의 야기	의사의 억압
3행위	피해자의 처분행위 <sup>10)</sup> 와 그로인한 재산상 이익의 취득	재산상 이익의 취득

8) 이영란, 「형법학 각론강의」, 형설출판사, 2010, 253면 참조.

9) 〈표 2〉 좌측의 1행위, 2행위, 3행위라는 표현은 구성요건의 실행 순서에 따른 과정을 설명하기 위하여 이 논문에서 편의상 붙인 것임.

10) 이재상, 「형법각론」, 박영사, 2010, 343면 참조.

## 2. 폭행과 협박의 정도에 따른 범죄의 구별과 사안의 검토

형법 제333조의 강도죄와 제350조의 공갈죄는 모두 재산의 죄에 속하는 범죄로 양자는 폭행 또는 협박을 사용한다는 점에서 행위태양이 유사하지만 폭행·협박의 정도와 그에 따른 처분의사의 유무에서 차이가 난다.<sup>11)</sup>

형법상 '폭행'은<sup>12)</sup> 그 정도에 따라서 ① 최광의의 폭행(대상을 불문하고 일체의 유형력의 행사를 말하며, 내란죄 등이 있다.), ② 광의의 폭행(사람에 대한 직접·간접의 유형력의 행사를 말하며 공갈죄, 공무집행방죄, 강요죄가 여기 속한다.), ③ 협의의 폭행(사람의 신체에 대한 유형력의 행사를 말하며 폭행죄의 폭행이 여기에 속한다.), ④ 최협의의 폭행(상대방의 반항을 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 유형력의 행사를 말하며 강도죄와 강간죄의 폭행이 여기에 속한다.)으로 나누어진다.

형법상의 '협박'<sup>13)</sup> 역시 그 정도에 따라서 ① 광의의 협박(일반적으로 공포심을 생기게 할 만한 해악을 고지하는 것으로 현실적으로 상대방이 공포심을 느꼈는지 여부는 불문한다. 내란죄의 협박이 여기에 해당한다.), ② 협의의 협박(상대방이 현실적으로 공포심을 느낄 수 있을 정도의 해악을 고지하는 것으로 공갈죄의 협박이 여기에 해당한다.), ③ 최협의의 협박(상대방의 반항을 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 해악을 고지하는 것으로 강도죄의 협박이 여기에 해당한다.)으로 나누어진다.

사안의 경우 피고인은 피해자의 목을 잡고 주먹으로 얼굴을 4~5회 때렸는데 이 정도의 폭행은 통상의 관점에서 상대방의 반항을 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 유형력의 행사라고 볼 수 없고 따라서 강도죄에는 해당하지 않는다.

따라서 사안의 경우는 공갈죄의 폭행과 협박으로 검토하게 된다. 판례는 공갈죄가 성립하려면 광의의 폭행 즉, 사람에 대한 직접·간접의 유형력의 행사

11) 이재상, 전게서, 246면.

12) 이영란, 전게서, 67면.

13) 이영란, 전게서, 134-135면.

만 있으면 된다는 광의의 폭행설을 취하고 있는데<sup>14)</sup> 사안의 경우 피고인의 폭행으로 피해자의 의사결정에 하자를 일으켜 피고인은 재산상이익을 취득한 것으로 판단되기 때문이다.<sup>15)</sup> 그래서 검사는 공갈죄로 기소를 했고 원심역시도 공갈죄로 이론구성을 했던 것이다.

### 3. 3행위의 존부여부와 대법원판결의 결론검토

#### (1) 공갈죄의 성립요건인 '처분의사'와 관련한 제문제<sup>16)</sup>

공갈죄에 대한 종래의 대법원판례들을 보면 모두 처분행위가 있는 것을 전제로 하여 공갈죄의 협박에 해당될 수 있는가 하는 점들이 문제된 사건이 많았다.<sup>17)18)</sup> 아마도 검찰에서는 강도죄의 성립여부를 검토해서 폭행과 협박의 정도가 강도죄의 정도에는 미치지 못하면 그것만으로 곧 공갈죄로 기소하는 것이 습관처럼 되어있는 것 아닌가 한다. 하지만 공갈죄의 경우는 강도죄에서 처럼 의사가 억압되는 정도의 폭행·협박을 필요로 하지 않기 때문에 처분의사에 의한 처분행위까지 요<sup>19)</sup>하므로 공갈죄의 성립을 인정하기 위하여는 이 점 까지도 검토를 하여야 할 것이다.

#### (2) 사안에서 '처분의사'의 존부 검토

14) 대신 협박에 대해서는 협의의 협박(상대방이 현실적으로 공포심을 느낄 수 있을 정도의 해악을 고지하는 것) 일 것을 요한다.

15) 위 『대판 1995. 3. 28. 95도91』판결에서도 '위 금융교부는 위 피해자의 의사에 반하여 반항이 불가능한 상태에서 강취된 것 이라기보다는 피해자의 하자 있는 의사에 의하여 교부된 것 즉 갈취당한 것으로 보인다' 고 하였는바 아마도 공갈죄와 강도죄의 구분에 있어서 폭행과 협박의 정도가 법관들에게도 애매한 부분인 것 같다.

16) 최우찬, "恐喝罪: 특히 詐欺罪와의 關係를 중심으로", 「고시연구」 203, 고시연구사, 1991, 93-102면 참조.

17) 대판 2005. 7. 15. 2004도1565(일명 '친구' 판결), 대판2004 .9. 24. 2003도6443등 다수.

18) 오영근, "대법원 2012.1.27선고2011도16044판결 【공갈·상해】 공갈죄와 처분행위", 「LAWnB 천자평석」, LawnB, 2012.

19) 대판 1999.7.9. 99도1326.



공갈죄에 있어서의 피해자의 처분행위는, 처분행위자에게 행위의 선택가능성이 있고, 처분의 의사(자유의사)로 행해지는 경우여야 한다.<sup>20)</sup> 판례 역시 공갈죄가 성립하기 위해서는 처분의사를 통한 처분행위가 있을 것을 요한다. 강도의 경우 이미 의사가 억압되었으므로 처분의사의 존재여부가 무의미하지만 공갈죄의 경우에는 처분의사의 선택가능성이 남아 있기 때문이다.<sup>21)</sup>

여기서 처분행위란,<sup>22)</sup> 직접 재산상의 손해를 초래하는 작위(재물을 교부하거나 재산상의 이익을 제공하는 것) 또는 부작위(재산을 유지·증가 시킬 수 있는 권리를 행사하지 않는 것)를 말한다.

즉, 사안에서 피해자인 택시운전기사에게,

- ① 피고인의 폭행과 협박이 피해자를 억압할 정도는 아닌 상황이었고(즉 강도죄의 폭행·협박에는 미치지 못하였고)
- ② 피해자가 처분행위를 할지 여부가 선택 가능한 상황이었으며,
- ③ 처분의사('더 맞을까 무서우니 택시요금을 받지 않고 얼렁 보내는 것이 상책 이겠다' 등의)가 존재하였다면, 피고인에게 형법 제350조의 공갈의 죄가 성립할 것이다.

하지만 사안의 택시운전기사가 1차 장소에서 요금의 지급 없이 하차하는 피고인을 다시 2차장소로까지 가서 요구한 경위 등을 살펴보면, 피해자인 택시운전기사는 적극적으로 요금의 지급을 요구하였고, 피고인으로부터 폭행을 당하여 외포심을 일으켜 피고인이 택시요금을 지급하지 아니하는 것을 묵인하는 등으로 택시요금의 지급에 관하여 수동적·소극적으로라도 피고인이 이를 면하는 것을 용인하여 그 이익을 공여하는 처분행위를 하였다고 할 수 없다.

따라서 사안에 대하여 공갈죄의 성립요건을 정치하게 검토하지 않은 원심은 비판받아야 할 것이고, 이러한 원심의 잘못을 지적하여 공갈죄가 성립한다

20) 박상기, 전계서, 358면 참조.

21) 김정환, "공갈죄의 본질과 공갈의 해석", 「한국형사법학회」, 형사법연구, 2008년, 134면.

22) 이재상, 전계서, 380면.

고 볼 수 없다고 본 대법원의 판단은 옳다.

#### Ⅳ. 피해자의 ‘처분의사’의 존부를 통한 범죄성립의 재구성

##### 1. 논의의 실익

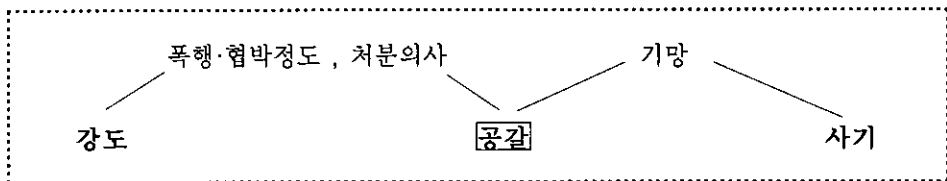
위에서 살펴 본 대로 사안은 강도죄나 공갈죄는 성립하지 않는다. 그렇다고 피고인을 상해죄로만 의율하기에는 피해자의 재산적 손실을 무시하는 결과가 될 과 동시에 처벌의 공백상태가 발생한다. 이를 해결하기 위하여 공갈죄와 함께 상대방의 하자있는 처분행위를 필요로 하는 편취죄라는 점에 중점을 두어 형법에서 같은 장(제39장)에 규정된 사기죄의 성립여부를 검토해 보기로 하겠다.

##### 2. 사기죄의 성립요건 및 사안에의 적용

###### (1) 사기죄와 공갈죄의 차이

사기죄가 공갈죄와 차이가 나는 점은<sup>23)</sup> 피해자의 하자있는 의사표시를 이끌어내는 그 수단에 있어서 폭행과 협박대신에 기망을 사용한다는 점이다. 이를 다시 표로 정리하면, 아래와 같이 강도죄, 공갈죄, 사기죄는 트라이앵글을 형성한다.

〈표 3〉 강도죄와 공갈죄와 사기죄의 관계<sup>24)</sup>



23) 이재상, 전게서, 384면 참조.

24) 정찬운, “强盜罪와 恐喝罪의 分界點”, 「법정」, 한국사법행정학회, 1962, 60-62면 참조.

공갈과 차이를 만들어 내는 이런 '기망'에 있어서 그 수단은 작위와 부작위를 불문한다. 작위에 의한 기망행위에는 명시적 기망행위(예를 들면, 가짜 골동품을 상대로 진짜 골동품이라고 언어나 문서 등으로 허위의 주장을 하는 것)와 묵시적 기망행위(행동에 의하여 허위의 주장을 하는 것)가 있다.<sup>25)</sup>

## (2) 사기죄의 성립요건 검토

사안에 사기죄를 적용시킨다면, 택시에 승차하는 행동에 의하여 자신은 택시요금을 지불할 의사를 묵시적으로 표현한 것으로 볼 수 있는데, 사실은 지불할 의사가 없었던 기망이 숨어 있는 묵시적 기망행위가 문제될 것이다<sup>26)</sup>(묵시적기망에 의한 사기죄의 성립요건에 대하여 아래 박스로 간단하게 검토하도록 한다).

### 〈표 4〉 묵시적기망의 성립요건 검토

#### 1. 묵시적기망행위의 의의<sup>27)</sup>

행동에 의하여 허위의 주장을 하는 묵시적 기망행위는 사회통념에 따라 행위자의 전체행위가 설명가치를 가질 때에 인정된다. 부작위에 의한 기망과 구분을 하는 방법은 묵시적 기망은 보증인지위가 필요 없다는 점이다.

#### 2. 구별개념 - 부작위에 의한 기망행위<sup>28)29)</sup>

부작위에 의한 기망행위가 성립하기 위해서는 ❶ 상대방은 행위자와 관계없이 스스로 착오에 빠져 있어야 하고 ❷ 행위자는 상대방의 착오를 제거함으로써 피해자의 재산침해를 방지해야 할 보증인지위에 있어야 하며 ❸ 보증인 지위에 근거하여 행위자에게는 상대방에 대해서 사실을 알려야 할 고지의무가 있어야 한다.

판례는 '거래의 상대방이 일정한 사정에 관한 고지를 받았더라면 당해 거래에

25) 김정환, 전제논문.

26) 이석배, "묵시적 기망행위와 부작위에 의한 기망행위", 「비교형사법연구」, 제18호, 한국비교형사법학회, 2008, 203-223면 참조.

입하지 아니하였을 것이라는 관계가 인정되는 경우 신의성실의 원칙상 사전에 상대방에게 그와 같은 사정을 고지할 의무가 있다할 것이고, 그럼에도 불구하고 이를 고지하지 아니한 것은 고지할 사실을 묵비함으로써 상대방을 기망한 것이 되어 사기죄를 구성한다<sup>30)</sup>고 하여, 고지의무는 신의성실의 원칙에 의해서도 발생한다고 한다.

### 3. 묵시적기망에 의한 사기죄성립의 사례- 무전취식·무전숙박<sup>31)</sup>

처음부터 지불의사·지불능력 없이 취식·숙박한 경우에 주문이나 숙박행위는 지불의사와 능력이 있음을 묵시적으로 설명하는 것이므로 사기죄가 성립한다.

하지만 취식·숙박 도중에 지불능력이 없음을 알게 되었으면서도 계속 취식·숙박한 경우에는 처음에는 지불의사가 있었으므로 묵시적 기망행위로 볼 수 없고, 보증인 지위에 기한 고지의무도 인정할 수 없으므로 사기죄가 성립하지 않는다.

### (3) 사안의 검토

피고인은 사기죄에 해당할 수 있다.

사안과 같이 피고인이 택시에 승차하는 행위는 사회통념상 자신이 택시요금의 지불의사가 있다는 것을 묵시적으로 설명하는 것이라고 할 것이다. 그리고 피해자는 피고인의 탑승으로 인해 피해자가 당연히 택시요금을 지불할 것이라고 생각하고 목적지까지 운행하는 처분행위를 하였다. 따라서 사기죄의 성립요건을 충족시키므로 묵시적기망에 의한 사기죄가 성립할 수 있을 것이다.<sup>32)</sup>

27) 이재상, 전계서, 332면.

28) 이금진, “사기죄에 있어 묵시적기망행위와 부작위에 의한 기망행위를 논하시오”, 「고시연구」, 고시연구사, 2004년, 7면.

29) 이재상, 전계서, 332-336면.

30) 대판 1999. 3.2, 98도3549.

31) 이영란, 전계서, 331면.

32) 이기호, “사기죄에 관한 연구 : 특히 공갈죄와의 관계를 중심으로”, 「논문집」, 제27집, 경찰대학, 2007. 13-17면 참조.

### 3. 여론

#### (1) 사기죄가 성립하기 위한 전제에 대한 의문점

하지만 위와 같이 피해자의 재산적 손실을 구제하기 위하여 피고인에게 사기죄를 성립시키는 과정에서 또 한가지 의문이 생겼다. 즉, 피해자는 과연 피고인이 애초 요청한 목적지를 제대로 알아들은 것이 맞을까 하는 의문이 그것이다. 만약 그렇지 않다면 피고인에게 목시적기망에 의한 사기는 인정시키기 어려울 것이기 때문이다.

#### (2) 사안의 사실관계의 재분석<sup>33)</sup>

사안의 사실관계에서,

- ① 피고인은 목적지인 천상리(이하, A)에 이르자 천전리(이하, B)에 가자고 하였다면서 차량에서 그냥 내렸고 피해자가 따라가서 택시요금을 달라고 하자 피해자를 폭행하고 도주하였다.
- ② 그러자 피해자는 피고인이 말한 B에 가서 기다리고 있다가 다른 택시를 타고 도착하여 하차하여 걸어가는 피해자를 가로막고는 재차 택시요금을 달라고 요구하였다.

그런데 만약 피고인이 애초 A에 가자고 한 것이었다면 피고인이 다시 다른 택시를 타고 B에는 왜 간 것일까? 얼핏 보기에 매우 유사한 지명인데다가 사건발생 시간이 자정이 넘은 새벽 1시경이었던 점들을 생각해 볼 때 피해자가 A지명과 B지명을 잘 못 들은 것일 수도 있지 않을까 하는 의문이 들었다. 따라서 피고인에게 목시적 기망에 의한 사기죄의 성립을 검토하기 위해서는 다시 두 가지 경우의 수로 나누어 해 보아야 할 것이다.

33) 박성민, "사기죄의 기망행위에 관한 연구", 학위논문(박사), 성균관대학교, 2011, 71-78면 참조.

① 피고인이 애초 목적지를 A라고 한 경우

피고인은 애초 택시에 승차할 당시 요금의 지급을 면할 의사였다면 목시적 기망에 의한 사기죄의 성립이 가능하다. 이 경우 사기죄와 목적지 B에서 행한 상해행위는 제37조 전단과 제38조에 기한 경합범 가중을 하게 될 것이다.

② 피고인이 애초 목적지를 B라고 한 경우

만약 피고인이 애초 목적지를 B라고 한 경우 위에서 검토한 바와 같이 피고인에게 사기죄도 성립하지 않는다. 이 경우 사기죄와 함께 논의되는 책략절도<sup>34)</sup>를 생각해 볼 수 있지만 재산상의 이익은 절도죄의 대상이 될 수 없으므로 결국 피고인은 피해자의 재산적 손실에 대한 부분에 있어서는 처벌을 받지 않게 된다.

(3) 재분석에 따른 범죄성립에 대한 위법성의 조각가능성 검토

위에서 살펴듯이 만약 애초 목적지가 B인 경우 B에서 이루어진 피고인의 폭행과 이에 대한 상해죄에는 다른 평가가 이루어질 수 있는 않을까? 이에 대하여 검토해 본다.

① 방위행위<sup>35)</sup>에 해당할 수 있다.

피고인이 애초 목적지를 B라고 이야기 하였지만 피해자인 택시기사가 A라고 잘 못들은 경우 피고인은 피해자에 대하여 민법상 택시요금을 지급할 의무가 없게 된다. 따라서 민사상 지불의무 없음을 다룰 수 있을 것이다.

그럼에도 불구하고, 택시운전기사는 따라가서 계속 요금을 요구하는 행위를 하며 피고인을 가로막았다. 판례의 견해를 따를 경우에 폭행은 신체에 대한 유형력의 행사를 말하므로 택시기사의 행위는 형법상의 폭행에 해당 할 수 있다.

34) 예를 들어 옷값을 지불할 의사 없이 옷가게 주인에게 옷을 한번 입어보겠다고 하고선 그대로 달아난 사건.

35) 이재상, 「형법총론」, 박영사, 2011, 222면.

그리고 여기서 택시 운전기사에게, 강요죄, 즉 형법 제324조상의 구성요건인 '폭행·협박으로 사람의 권리행사를 방해하거나 의무 없는 일을 하게 한 행위'를 인정할 수 있을 것이다.

그렇다면 택시운전기사의 얼굴을 때린 피고인의 행위는 방위행위에 해당한다.

② 상당성의 요건을 결여하여 위법성조각은 어렵다.<sup>36)</sup>

하지만 여기서도 위법성의 조각은 어려워 보인다. 요금을 요구하며 가로막는 피해자의 행위가 폭행의 개념에 포섭된다고 하여도 이에 대하여 피고인이 주먹을 휘두른 행위는 상당한 이유가 있다고 볼 수 없을 것이다. 따라서 형법 제 21조 1항의 정당방위는 성립하지 않을 것으로 보인다.

③ 그렇다면 형법 제21조 제2항의 과잉방위에는 해당할 수 있을까? 과잉방위란 현재의 부당한 침해에 대한 방위행위는 있었으나, 그 방위행위가 상당성의 정도를 넘은 경우를 말한다. 과잉방위의 '정도'에 대하여는<sup>37)</sup>, 상당성의 정도를 초과하여 강한 반격을 가한 경우인 내포적 과잉방위와 침해의 현재성이 존재하지 않거나 이미 경과했음에도 불구하고 방위행위로 나아간 외연적 과잉방위로 나누는 바 사안의 경우는 내포적 과잉방위의 해당 여부를 생각해 볼 수 있을 것이다. 과잉방위의 성립요건은<sup>38)</sup>, 정당방위상황의 존재와 방위행위의 상당성 초과를 요하는데, 이중 「상당성 초과」의 요건과 관련하여 과잉방위자에게 정당방위상황의 인식과 방위의사만 있으면 과잉성에 대한 인식여부는 불문한다는 것이 통설이다. 하지만 이 경우에도 핏감에 의한 흥분이나 분노·증오·발광과 같이 특별히 격앙된 정신적 불안정상태로서 적개심·호전성·복수심을 나타내는 공격 성향적 충동에서 비롯된 경우에는 과잉방위가 성립하지 않는다.<sup>39)</sup> 따라서 사안의 경우 택시운전기사의 거둬들인 요금지급요구가 폭행에 해당한다면, 여기에 폭행으로 응수한 피고인의 행위는 싸움이 되고 싸

36) 이재상, 전계서, 228면.

37) 이재상, 전계서, 235면.

38) 이재상, 전계서, 234면.

39) 박상기, 전계서, 172면 참조

음은 정당방위나 과잉방위로 인정하지 않는 판례<sup>40)</sup>의 견해를 고려한다면 과잉방위도 성립하지 않을 것으로 보인다.

④ 형법 제21조 3항의 야간등 과잉방위 역시도 해당하지 않을까? 제21조 3항에 의하면, 과잉방위의 경우에도 그 행위가 야간 기타 불안스러운 상황에서 공포·경악·홍분 또는 당황으로 인한 때에는 벌하지 아니하는데, 이러한 상황에서는 적법행위의 기대가능성이 없어 책임이 조각되기 때문이다. 그러나 이 규정은 행위자가 허용된 방위의 한계를 인식하고 그 한계를 넘은 때에는 적용되지 않는다. 따라서 위법·유책하게 공격을 도발한 때에는 제21조 3항의 규정은 적용될 수 없다.<sup>41)</sup> 사안은, 피고인이 상당성을 초과한 방어행위를 했다고 하더라도 그 전제로 일단 정당방위상황에는 해당한다고 본다면, 위법·유책하게 공격을 스스로 도발한 경우는 일단 아닌 것으로 해석되어 제21조 3항의 적용을 검토해 볼 수 있지 않을까? 그렇지만 판례의 경우 제21조 3항을 적용하여 책임을 조각시킨 예<sup>42)</sup>가 손으로 꼽을 정도로 몇 개 되지 않는 현실에 비추어 볼 때 아마 사안의 경우에도 야간 등 과잉방위를 적용하여 책임을 면책하기는 현실적으로 어려울 것으로 생각된다.

## V. 결론

공갈죄에 대한 종래의 대법원판례들을 보면 대부분 처분행위가 있는 것을 전제로 하여 공갈죄의 협박에 해당될 수 있는가 하는 것이 문제된 사건이었다. 따라서 대법원 판례가 공갈죄에서 피해자의 처분행위가 없음을 이유로 공갈죄의 성립을 부정할 것인가가 관심의 대상이었다. 대상판결은 채무를 면제받기 위해 피해자를 폭행·협박하였다고 하더라도 피해자의 처분행위가 없다면 공갈죄가 성립할 수 없다는 것을 최초로 명시한 판결이라는 데에 형법적

40) 대판 2000. 3. 28, 2000도228.

41) 이재상, 전게서, 235면 참조

42) 대판 1974. 2. 26, 73도2380, 대판 1986. 11. 11, 86도1862.



의의가 있다.

그리고 개인적으로는 사실관계에 대한 정치한 판단의 중요성을 실감하게 하는 판결이었다고 생각된다. 즉, 사실관계를 통해서는 피고인에게 혹시 기망의 의사가 있었던 것은 아닐까 하는 생각도 드는 데 이에 대한 피고인의 주장이 없었기 때문이었겠지만 이 점에 대한 판단 부재에 대한 아쉬움이 내내 남는다. 만약 이에 대한 판단이나 의문이 법원이나 검찰로서도 들었더라면 공갈죄와 사기죄의 경우는 공판과정에서 공소장 변경이 가능할 수 있었을 것이다.<sup>43)</sup>

실체적 진실발견과 소송경제는 항상 대립되는 형사소송의 가치이다.<sup>44)</sup> 강도와 공갈죄의 경계선상에서 검찰과 법원은 소송경제의 이념에 집중한 나머지 실체적 진실의 발견이라는 형사소송의 대 이념을 등한시했던 것은 아닌가 한다. 이번 대판 2012. 1.27, 2011도16044 판결은, 매뉴얼에 입각하여 폭행과 협박의 정도가 상대방의 의사를 억압할 만한 정도는 아니라면 공갈죄로 공소 제기 하고 법원역시 공소사실만 검토한 채 사실관계를 자세히 검토하지 않던 암묵적 관행에 제동을 가하여 실체적진실의 발견에 보다 신경을 쓰도록 경종을 울린 점에서도 의미있는 판례였다고 생각한다.

## 참고문헌

### 1. 단행본 및 보고서

- 김성돈, 「형법각론」, SKKUP, 2010.  
 박상기, 「형법각론」, 박영사, 2008.  
 신동운, 「판례분석형법각론」, 법문사, 2013.  
 신동운, 「신판례백선형법총론」, 경세원, 2011.  
 이영란, 「형법각론강의」, 형설출판사, 2010.

43) 이재상, 「형사소송법」, 박영사, 2012, 434면.

44) 이재상, 전제서, 22면.

- 이재상, 「형법각론」, 박영사, 2010.  
이재상, 「형법총론」, 박영사, 2011.  
이재상, 「형사소송법」, 박영사, 2012.

## 2. 논문 및 학술기사

- 김정환, “공갈죄의 본질과 공갈의 해석”, 「한국형사법학회」, 형사법연구, 2008.  
박성민, “사기죄의 기망행위에 관한 연구”, 학위논문(박사), 성균관대학교, 2011.  
오영근, “공갈죄와 처분행위”, 「LawnB 천자평석」, LawnB, 2012.  
이금진, “사기죄에 있어 묵시적기망행위와 부작위에 의한 기망행위를 논하시오.”, 「고시연구」, 고시연구사, 2004.  
이기호, “사기죄에 관한 연구 : 특히 공갈죄와의 관계를 중심으로”, 「논문집」, 제27집, 경찰대학, 2007.  
이석배, “묵시적 기망행위와 부작위에 의한 기망행위”, 「비교형사법연구」, 제18호, 한국비교형사법학회, 2008.  
정찬운, “強盜罪와 恐喝罪의 分界點”, 「법정」, 한국사법행정학회, 1962.  
최우찬, “恐喝罪: 특히 詐欺罪와의 關係를 중심으로”, 「고시연구」 203, 고시연구사, 1991.

## 3. 인터넷 자료

- 대법원종합법률정보(2013. 8. 30. 최종방문)  
<http://glaw.scourt.go.kr/wsjo/intsrch/sjo022.do>  
로앤비(2013. 8. 30. 최종방문)  
[http://www.lawnb.com/lawinfo/info\\_total\\_search.asp](http://www.lawnb.com/lawinfo/info_total_search.asp)  
한국학술정보원 (2013. 8. 30. 최종방문)  
<http://www.riss.kr/search>

[Abstract]

**Overall investigation into the intent of disposal  
about the crime of extortion**

Lee, Ji-won

*The Master's Course, Law School, Jeju National Univ.*

Lee, Jae-Hyuk

*The Master's Course, Law School, Jeju National Univ.*

The issue we are going to examine is as following:

The defendant arrived at the place "A" by a taxi driven by the victim, but he got off the taxi without paying the taxi fare of 14,000 won, insisting that he had asked to go to the other place, "B". For that reason, the victim followed the defendant claiming for the money but he gave him a beating and took off the site.

Hence, the victim waited for the defendant at the place "B" and asked for the money again there. However, the defendant made a getaway after inflicting an injury on the victim's face. The court of first instance ruled him guilty of the extortion and the infliction of injury about the issue, then his appeal to the court above, but it was dismissed. He again lodged an appeal to the higher court, but the charge of extortion was denied.

Extortion is a representative crime on property provided by the clause 38 of Criminal law, along with false pretence. Meanwhile, it is related to burglary crime in the way that it exploits the other party's defective declaration of intention. It is thought that there is a fine line among extortion, infliction of injury and false pretence in the case from [2011도16044]. It states that a casual relation between the defendant's assault and threat, and the victim's

intent of disposal is required to acknowledge the charge of extortion. In other words, the victim's act of disposal, the exemption of the taxi fare, was caused by the defendant's assault and threat. In this regards, it is believed to be right to overturn the original sentence which did not take the victim's intent of disposal into account. However, it is also needs to be considered if the issue can be related to the false of pretence depending on the existence of the accused's intend of disposal. Therefore, we are going to examine the issue based on the defendant's will and also compare the crime of false pretence and extortion which is representative crime on property provided by Criminal law.

**Key words** : Erpressung, Fraud pretenses, Actual compulsion, Disposition,  
Causality