고려대학교 법학연구원
고려법학 제95호 2019년 12월

재산상 이득죄로서 배임죄

신 승 기*·김 범 준**

▶목 차◀

Ⅰ. 논의의 구성
Ⅱ. 배임죄의 이득 구성요건
Ⅲ. 이득 요건에 주목한 판례
1. 계약이행 보증사건
2. 그 외 이득 요건에 주목한 사례
Ⅳ. 논란이 되어 온 사례들의 해결
1. 동산이중매매 사안
2. 대물변제예약 사안
3. 약속어음 발행교부 사안
4. 부동산이중매매 사안
Ⅴ. 결론

Ⅰ. 논의의 구성

배임죄의 해석 적용만큼이나 오랫동안 대법원의 전원합의체 판결이 나왔던 경우는 드물다. 여태 많은 논란이 있었고, 여전히 배임죄와 관련하여 대법원 전원합의체에 회부되는 사건들이 적지 않다. 이 글에서는 배임죄에 관하여 우리 형법상 조문에 명백히 규정되어 있음에도 불구하고 실무와 학계에서 그 구성요건 중 '재산상의 이익을 취득하여'라는 부분이 외면되어 왔던 점과 그 연유를 살펴보고(Ⅱ.), 이와 달리 '재산상의 이익 취득' 부분에 주목하여 그 법리를 설시한 판결들을 정리해 본 다음(Ⅲ.), 그 결과에 근거하

* 법무법인(유한) 지평(부산사무소) 파트너변호사.
** 법무법인(유한) 지평(부산사무소) 소속변호사.

여 배임죄에 대한 전원합의체 판결례들을 검토해 보고자 한다(Ⅳ.).

Ⅱ. 배임죄의 이득 구성요건

1. 우리 형법 제355조 제2항은 배임죄에 대하여, '타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위로써 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가한 때' 성립하는 것으로 규정하고 있지만[1], 정작 '재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여'라는 부분은 실무와 학계에서 외면되어 왔다고 할 수 있다.

오히려 의용형법으로 우리나라에서 적용되어 왔던 일본 형법 제347조, '타인을 위하여 그의 사무를 처리하는 자가 자기 또는 제3자의 이익을 도모하거나 또는 본인에게 손해를 가할 목적으로 그의 임무에 위배하는 행위를 하여 본인에게 재산상의 손해를 가한 때[2]'와 같이 규정되어 있는 것처럼 보고[3], 일본의 해당 판례와 학설과 별반 다르지 않게 해석 적용되어 온 것이다.

2. 좀 더 살펴보면, (i) 그 주체에서, 일본 형법은 우리 형법에서 타인의 사무를 처리하는 자라고 한 것에 그치지 않고, '타인을 위하여'라고 하여 그 범위를 더욱 한정하고 있다. 하지만 우리 판례, 학설도 일본 형법과 같이 타인의 사무를 처리하는 자에는 당연히 그 타인을 위하여 사무를 처리할 의무가 포함되어 있다고 해석한다. (ii) 다음으로 '임무에 위배하는 행위를 하여 본인에게 재산상의 손해를 가한 때'라는 부분도 동일하다. 행위자의 임무위배행위로 인한 본인의 손해발생이 요구된다. (iii) 일본 형법에서는 고의 이외에 '자기 또는 제3자의 이익을 도모할 목적' 또는 '본인에게 손해를 가할 목적'이 있어야 하는 목적범으로 규정되어 있다[4]. 전자(前者)를 도리(図利)

---

1) 「주석형법」 제4판, [각칙 6], 한국사법행정학회, 2006, 455쪽.

2) 他人のためにその事務を處理する者が、自己若しくは第三者の利益を図り又は本人に損害を加える目的で、その任務に背く行爲をし、本人に財産上の損害を加えたとき

3) 신동운, "횡령죄와 배임죄의 관계", 「한국형사법학의 새로운 지평」, 유일당 오선주교수 정년기념논문집 간행위원회(2001), 320쪽.

목적, 후자(後者)를 가해(加害)목적이라고 하는데, 재산상 손해발생에 대한 고의가 인정된다면 항상 본인가해목적도 인정되기 마련이므로, 위와 같은 목적요건은 사실상 무의미할 수밖에 없다. 이에 따라 도리가해의 인식 인용이 있고, 본인의 이익을 도모한다는 동기가 없는 경우에 있어서도 도리가해목적을 인정한다는 소극적 동기설이 일본의 통설이자 판례의 입장이라고 한다[5]. 결국 임무위배행위로 인하여 본인에게 손해가 발생하였다면, 사실상 위 목적이 추정되는 것이어서, 별도로 목적요건을 추가로 요구하는 의미는 실무상 거의 없다고 할 수 있다.

그렇다면 배임죄에 대한 우리나라의 해석은 일본의 해석과 별반 차이가 없게 된다. 즉 타인사무처리자, 임무위배행위, 손해발생의 3요건만 문제될 뿐이고, 그 해석 등은 결국 일본의 판례 등을 그대로 받아들였다고 해도 과언이 아니며, 배임죄가 성립되는지 여부를 가리는 데 있어 '재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 재산상 이익을 취득하게 하여'(이하 '이득 요건'이라고 부른다)라는 부분을 문제 삼는 경우는 거의 없었다. 요컨대 배임죄의 학설·판례는 일본의 학설·판례와 다름없다고 해도 틀리지 않을 것이다.

이처럼 우리 형법은 이득 요건을 객관적 구성요건 중 하나로 추가하고 있고, 일본 형법과 같이 초과주관적 요소인 목적 중 하나로 규정하고 있지도 않다[6]. 그러나 정작 이득 요건은 마치 배임죄의 구성요건 중 하나가 아닌 것처럼 취급되어왔다. 형법상 죄형법정주의 원칙상 문언을 벗어난 해석이 원천적으로 부인되는 점을 감안하면, 이례적인 일일 수밖에 없지만, 오랫

4) 허일태, "배임죄 해석의 나아갈 방향", 「형사법연구」 제62호, 한국형사법학회(2015, 11,), 12쪽.

5) 시나다 사토시(品田智史) 72. "배임죄에서 도리가해목적", 刑法判例百選Ⅱ各論 [第7版] (別冊ジュリスト221) 2014年8月, 有斐閣, 146, 147쪽.

6) 우리 학계와 실무에 큰 영향을 미치는 독일의 경우와 비교하여도 다르지 않다. 배임죄를 규정하는 독일 형법 제266조 제1항에서는 '법률, 관청의 위임 또는 법률행위에 의하여 타인의 재산에 대한 처분권이나 타인에게 의무를 부담하게 할 권한을 가진 자가 그 권한을 남용하거나 또는 법률, 관청의 위임, 법률행위 또는 신임관계에 기하여 타인의 재산상 이해관계를 처리할 의무 있는 자가 그 의무에 위반하여 재산상 이해관계를 처리해야 할 그 타인에게 손해를 가한 때에는 5년 이하의 자유형 또는 벌금형으로 벌한다.'고 하여, '재산상 이익의 취득'이라는 요건은 찾아볼 수 없다. 이처럼 이득 요건은 우리 형법상 배임죄 조문의 특수한 표지라고 할 수 있다.

동안 이와 같은 해석이 우리의 지배적인 학설 실무였다.

3. 근대사법체계가 일본의 식민지배하에서 비로소 본격화되었다는 사정에다가, 이와 같은 연유로, 우리 배임죄의 해석 적용은 오랜 기간 일본의 판례 등을 사실상 받아들여 왔다고 할 수 있지만, 이와 같은 해석과 적용이 더 이상 용인되어서는 안 될 것이다.

우리 입법자가 일본 형법 등과는 달리 배임죄의 객관적 구성요건으로 재산상 이익의 취득을 요구하고 있는 것은 배임죄의 지나친 확대적용을 방지하기 위한 고려로 보아야 할 것이다. 이에 따라 검사는 '재산상 이익의 취득'이라는 사실 자체에 대해 입증을 해야 하고, 나아가 '재산상 이익의 취득'에 대한 행위자의 고의도 입증하지 않으면 안 된다[7].

본인에게 재산상 손해를 가하였다고 하여, 반드시 사무처리자나 제3자가 재산상 이익을 취득한다고 단정할 수는 없는 것이다. 오히려 이득 요건을 보면, '재산상 이익을 취득'하여' 본인에게 손해를 가한 때라고 하였듯이, (i) 통상 '취득하여'는 '취득함으로 인하여'와 같이 인과관계도 포함되는 것으로 해석되거나, (ii) 최소한 재산상 이익을 취득한다는 것과 본인에게 손해를 가한다는 것 등 두 가지 요건 모두가 병렬적으로 요구된다고 보아야 할 것이다. 또한 (iii) 재산상 이익을 취득하는 것이 본인에게 손해를 가한다는 것과 '동시 또는 그 이전'에 발생되어야 한다고 새길 수밖에 없다. 이것이 죄형법정주의에 부합하는 자연적인 문언해석이라고 할 수 있다.

4. 이득 요건의 중요성은 '특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률'('특정경제범죄법')의 적용에 있어서 더욱 부각된다. 특정경제범죄법 제3조 제1항은, 배임죄 등을 범한 사람을 그 범죄행위로 인하여 취득하거나 제3자로 하여금 취득하게 한 재물 또는 재산상 이익의 가액(이득액)에 따라 가중처벌하여, 이득액이 5억 원 이상 50억 원 미만일 때에는 3년 이상의 유기징역, 50억 원 이상일 때에는 무기 또는 5년 이상의 징역으로 가중처벌한다고 하

7) 신동운, 「형법각론」 제2판, 법문사(2018), 1237, 1238쪽.

고, 이와 더불어 이득액 이하에 상당하는 벌금을 병과할 수도 있음을 규정하고 있다(제3조 제2항).

특정경제범죄법 제3조의 주체는 '배임죄 등을 범한 자'이므로, 이득 요건이 충족되어 배임죄가 성립되어야만 이 죄가 성립된다. 또 그 이득액의 일정액수가 넘어야만 그 적용대상이 되고, 이득액의 가액에 따라 형벌도 가중된다. 사실상 이득 요건이 특정경제범죄법 제3조의 성립에 있어 가장 핵심적인 구성요건이라고 하여도 과언이 아니다. 이처럼 우리 입법자는 형법과 특정경제범죄법을 통하여 거듭하여 배임죄의 구성요건으로서의 이득 요건을 강조하고 있음에도, 이득 요건을 도외시한다거나, 본인에게 손해를 가하였다는 점이 입증되기만 하면 이득 요건은 자연히 인정되는 것으로 취급하여서는 안 된다[8].

Ⅲ. 이득 요건에 주목한 판례

1. 계약이행 보증사건

대법원 판례들을 검토해 보아도, 대부분 '손해발생' 혹은 '타인의 사무를 처리하는 자'에 관한 판단에 집중되어 있을 뿐, 이득 요건에 주목하여 그 요건의 해석과 적용에 관한 법리를 제시한 것을 찾기는 어려웠다. 하지만 드물게 이득 요건에 주목하여 그 법리를 설시한 판결들이 나타났고(오래 전 판결이지만 대법원 1974. 5. 14. 선고 73도3208 판결에서도 이득 요건을 언급하고 있기는 하다[9]), 이로써 이득 요건의 법리가 어느 정도 밝혀지게 되

8) 신동운, 앞의 논문, 332쪽.

9) 업무상배임죄는 (가) 업무상의 임무에 위배하고 (나) 재산상의 이익의 취득 또는 제3자로 하여금 이익을 취득케 하여 (다) 이로 인하여 본인에게 손해를 가하는 세 가지 요소가 그 구성요건이 되는 것이므로 그 요건의 하나라도 이를 충족하지 못할 경우엔 동 죄는 성립하지 아니한다고 할 것인바(대법원 1957. 8. 9 선고 4290형상121 판결 참조) 위 판시 인정사실은 첫째로 그 적시사실 자체에 의하더라도 피고인이 무슨 이익을 취득하였다거나 또는 제3자로 하여금 이익을 취득케 하였다는 점이 명시되지 아니하였으며 둘째로 동 판결이 들고 있는 여러 증거들을 기록에 대조 검토하여도 위 판시

었다.

(1) 대법원 2007. 7. 26. 선고 2005도6439 판결이 이득 요건의 법리를 정면으로 내세운 첫 사례라고 보인다(이하에서 자주 인용되므로, '계약이행 보증사건 판결'이라고 부른다). 이 판결에서는, 종래 '본인에게 손해를 가하였다고 할지라도 행위자 또는 제3자가 재산상 이익을 취득한 사실이 있어야만 배임죄가 성립한다'고 판시한 것을 넘어서, '총체적으로 보아 행위자 또는 제3자의 재산 상태에 이익을 얻는 경우, 즉 행위자나 제3자의 전체적 재산가치의 증가를 가져오는 것'을 말한다고 분명히 하였다.

(2) 즉, 업무상 배임죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 그 업무상의 임무에 위배하는 행위로써 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가한 때에 성립하는데(형법 제356조, 제355조 제2항), 여기서 본인에게 재산상의 손해를 가한다 함은 총체적으로 보아 본인의 재산 상태에 손해를 가하는 경우, 즉 본인의 전체적 재산가치의 감소를 가져오는 것을 말하는 것이고(대법원 1981. 6. 23. 선고 80도2934 판결, 2005. 4. 15. 선고 2004도7053 판결 등 참조), 이와 같은 법리는 타인의 사무를 처리하는 자 내지 제3자가 취득하는 재산상의 이익에 대하여도 동일하게 적용되는 것으로 보아야 한다. 또한, 업무상 배임죄는 본인에게 재산상의 손해를 가하는 외에 배임행위로 인하여 행위자 스스로 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 재산상의 이익을 취득하게 할 것을 요건으로 하므로, 본인에게 손해를 가하였다고 할지라도 행위자 또는 제3자가 재산상 이익을 취득한 사실이 없다면 배임죄가 성립할 수 없다(대법원 1982. 2. 23. 선고 81도2601 판결, 2006. 7. 27. 선고 2006도3145 판결 참조)는 점을 밝히고

외상구입 및 예산유용 당시 피고인에게 불법영득의 의사가 있었다는 점을 수긍할 수 없을 뿐 아니라 셋째로 예산을 본래의 취지대로 사용치 아니하였더라도 본인을 위하여 일시 유용한 경우는 그 유용자에게 불법영득의 의사가 있었다고 할 수 없는 것인 만큼(대법원 1972. 12. 12 선고 71도2353 판결 참조) 위 판시 (2) 사실이 위 사무소의 공사에 소요되는 아스팔트 구입자금에 유용되었다면 이 또한 불법영득의 의사가 있었다고 할 수 없다.(대법원 1974. 5. 14. 선고 73도3208 판결 [업무상배임·허위공문서작성·허위공문서작성행사])

있다.

(3) 대법원은 그 판시사항과 판결요지로, '회사를 대표하여 기계 제작·설치 계약의 이행에 관한 업무를 처리하는 사람이 고의로 기계 제작 의무를 이행하지 않아 계약이 해제됨으로써 상대방이 보증보험회사로부터 선급금 반환 및 위약금 명목의 보험금을 수령한 사안에서, 위 보험금의 수령사실만으로 상대방이 재산상 이익을 취득하였다고 단정할 수 없다고 한 사례'라고 정리하였다.

그런데 (i) 상대방인 포철산기가 재산상 이익을 취득하였는지 여부, (ii) 피해자가 재산상 손해를 입은 범위의 순서로 검토하고 있는 것은, 앞서 언급했던 배임죄의 문언에 충실한 자연적인 해석으로 바람직한 조치이다. 재산상의 이익의 취득 또는 제3자로 하여금 이익을 취득케 하고, 그로 인하여 본인에게 손해를 가하는 것이어야 하기 때문이다.

그 내용도, 이 중 선급금은 계약이행을 위하여 미리 지급한 대금 일부인데 계약이 해제되어 반환받는 것에 불과하고, 이처럼 피해자 회사의 채무불이행이 있어 위약금을 지급받은 것이므로, 상대방이 재산상의 이익을 취득한 것이 아니라고 하였다. 즉 위약금을 받았다고 하여, 그 전후를 통하여, 포철산기의 '전체적 재산가치의 증가'가 있었다고 할 수 없기 때문이다. 또한 피해자가 서울보증보험 주식회사에 보험금 및 연체이자 등 명목으로 236,193,362원을 지급하게 되었지만, 그 중 선급금은 피해자에게 귀속될 것이 아니었으므로 제외되어야 한다고 하였다.

(4) 이 사건에서 대법원으로서는, 이득 요건이 충족되지 않았음을 간과하였다는 이유를 드는 것만으로 배임죄를 인정한 원심판결을 파기하기에 충분하였다. 그러나 대법원은 이득 요건이 충족되지 않았다는 것에 그치지 않고, 굳이 재산상 손해의 발생 여부와 그 범위 판단까지 제시하였다.

게다가 그 판시내용을 보면, 제3자가 얻은 재산상 이득과 본인의 재산상 손해가 동일하지 않다는 것을 보였고, 나아가 본인의 재산상 손해가 있다고 하여, 제3자의 재산상 이득이 있다고 추정되지 않는다는 것이었다.

종래 이득 요건이 마치 형법상 배임죄 조문에 없는 것처럼, 본인에게 재산상 손해가 발생하면 으레 '동액 상당의 재산상 이득'이 발생한 것으로 본 실무적 관행(?)에 반성이 필요하다는 점을 지적했다고 할 수 있다. 특히 특정경제범죄법에서의 이득액 산정기준과 방법은 첨예한 쟁점이었지만, 정작 종래 '손해발생의 위험액이 곧 특정경제범죄법상 이득액'이라고 평가해 온 경우가 많았다. 이러한 판단수법이나 관행이 잘못이라고 확인한 점에서도 그 의의가 크다.

(5) 여기서 '총체적으로 보아' 행위자 또는 제3자의 재산 상태에 이익을 얻는 경우, 즉 행위자나 제3자의 전체적 재산가치의 증가를 가져오는 것의 의미를 되짚어 볼 필요가 있다.

피해회사의 종업원이 영업비밀을 유출한 사안을 예로 들어보자. 영업비밀을 유출하는 경우 대게 업무상 배임이 인정되지만, 영업비밀이 다른 회사에 유출된다고 하여 반드시 그 회사로부터 다른 회사에게 재산상 이익이 '이동' 또는 '이전'하였다고 볼 수는 없다.

또한 회사의 중요기술을 몰래 빼내간 경우 우선 그 종업원에게 이득이 발생하지만, 그렇다고 피해 회사에게 피해가 바로 발생하였다고 단정할 수도 없다. 그 종업원이 당장이 아니라 수년이 지나서 위 기술을 사용하거나(시간적 간격), 피해회사가 경제적으로 손실을 입을 염려가 없는 다른 나라 등으로 기술을 유출시키거나(장소적 간격), 그 기술을 피해회사가 사용하는 목적이나 대상과 다르게 사용하는 경우(대상적 간격)에는 피해회사에게 어떤 재산상 손해가 발생하였다고 보기는 어려울 것이다. 이처럼 이득자의 이득이 발생하였다고 하여 반드시 피해회사에게 손해가 발생하는 것은 아니다[10].

---

10) 이주원, "특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(배임)죄에서 이득액 개념의 합리적 재해석", 인권과 정의 2013년 9월에서도, 우리 배임죄는 독일, 일본의 그것과는 달리 객관적 구성요건 요소로 '손해의 발생' 외에 '재산상의 이익의 취득'도 요구하고 있는데 착안하여, 채무부담 배임의 유형을 '채권자가 이득자인 경우'와 '채권자가 아닌 자가 이득자인 경우'의 두 가지로 나눈 후, 배임죄를 재산이동범죄로 파악하고 '재산상 이익의 취득'은 경제적 관점에서 볼 때 재산가치가 사실상 이전되는 것을 뜻하므로 특경법상 배임의 이득액은 위험액이 아닌 "이동된 재산가치의 실질적인 가액"으로

(6) 또한 포철산기가 보증보험사로부터 보험금을 수령한 것을 두고 이득 요건이 충족되었다고 본 원심판결을 잘못이라고 지적하였다

'포철산기가 피해자 회사의 채무불이행으로 인하여 실제로는 아무런 손해를 입지 않았거나 위약금 액수보다 작은 손해를 입었다는 등의 특별한 사정이 인정되는 경우에 한하여 비로소 위약금 내지 위약금에서 실제 손해액을 공제한 차액에 해당하는 재산상의 이익을 취득한 것으로 볼 수 있을 뿐'이라고 하였듯이, 포철산기가 피해회사와의 계약상 정당한 해제권 행사 등에 의한 것인 이상, 아예 배임죄에서 말하는 재산상 이익을 취득하지 않았다고 본 것의 의미도 크다. 포철산기의 입장에서, 법률이나 계약에서 약정하거나 허용된 재산상 이익을 얻은 것이라면, 그것을 두고 배임죄에서 이득 요건을 충족했다고 할 수는 없는 것이다.

(7) 종래 판례와 통설을 다소 거칠게 요약하면, '채무불이행 중 행위자의 고의에 의한 것인데도, 형사처벌을 해야 할 만한 중대한 배신행위'를 배임죄로 처단한다는 것이었다. 배임죄의 구성요건 중 이득 요건을 별도로 검토하지 않았고, 본인의 재산상 손해나 그 전단계인 실해발생의 위험만 있다면 그 손해의 반면(反面)인 이득은 추정 또는 인정되는 것으로 보았기 때문이다. 결국 타인의 사무를 처리하는 자라는 배임죄의 주체인지 여부를 두고, 논란을 계속해 온 데에는, 배임죄의 다른 구성요건들에 대한 위와 같은 해석 판례가 그 배경이 되었다고 할 수 있다.

제한해석하여야 하여, 이와 같이 물권의 설정 처분 단계에 이르지 않은 채무부담 단계에서는 아직 재산상 손해가 발생했다고 볼 수 없다고 한다.
위 견해는 특정경제범죄법의 적용 대상 및 가중처벌의 범위를 제한하려는 시도로서 일응 타당한 면이 있다고 생각된다. 하지만 사기, 공갈, 강도 등에서는 그 처분행위로 그 처분대상이 행위자나 제3자에게 이전되지만, 배임죄는 전체재산범죄이므로 그 범행과정에서 개별적인 재물 등의 이동이 있었다고 하여, 전체적으로 재산의 증감이나 이동이 있었다고 할 수 없다. 개별적인 재산의 이동이 있다고 해도, 전체재산으로서 피해나 그 이득의 증감이 없을 수도 있고, 앞서 본 영업비밀 유출사례에서 보듯이, 꼭 개별적인 재산의 이동이 있었다고 보기 어려운 경우도 있다. 이득자 입장에서 전체재산의 증가가 있다고 하여도 피해자의 전체재산에는 감소가 없는 경우도 있고, 반대로 이득자의 전체재산 증가가 없어도 피해자에게는 전체재산의 감소가 발생하는 경우도 있다.

그러나 배임죄의 '임무위배행위'를 신임관계를 저버리는 일체의 행위라고 그 범위를 넓게 보면서 나아가 '재산상 손해'에 실해발생의 위험도 포함된다고 하여 배임죄를 위험범으로 취급함에 따라 배임죄의 처벌 범위가 지나치게 확대된다. 또한 형사상 배임죄의 임무위배행위와 단순한 민사상 채무불이행의 구분이 불분명해지며 사적 자치의 영역에 형사법이 과도하게 개입하는 결과를 초래한다[11].

(8) 계약이행 보증사건 판결에서는 행위자의 임무위배행위로 인하여 피해자의 채무불이행이 야기되고 피해자에게 손해가 발생했다고 하더라도, 그것만으로 배임죄가 성립되었다고 해서는 안 되고 이득 요건의 충족 여부를 판단하여야 하고, 그것이 피해자 본인의 손해발생 요건 충족 여부 판단보다 선행되어야 한다고 하였다.

또한 그 이득 요건의 충족 여부는, 행위자의 임무위배행위로 인하여 그 행위의 상대방이나 제3자의 재산이 '전체적인 관점'에서 증가하였는지 여부로 결정된다고 하였다.

아울러 이득 요건의 입증책임은 검사에게 있으며, 이득 요건의 판단에서, 행위자나 피해자 본인의 사정들이나 그들 사이의 관계 등은 무관한 사정으로서, 피해자의 손해가 발생했다고 하여 그 상대방에게 이득이 발생했다고 단정할 수 없다고 하였다.

이로써 배임죄의 성부 판단에서 이득 요건의 충족 여부 판단을 반드시 거쳐야 하는 것과 더불어, 나아가 그 판단기준까지 정리하였다고 할 수 있다. 본인에게 손해가 발생했다고 하면, 마치 동전의 앞뒷면과 같이 동액 상당의 이득이 발생한다고 보거나, 아예 이득이 발생하였는지 여부도 살피지 않은 채, 배임죄가 성립된다고 봐서는 안 된다.

---

11) 김신, "채무부담행위와 배임죄의 손해", 「법조」 통권 제733호(2019), 105쪽.

2. 그 외 이득 요건에 주목한 사례

그 후 계약이행 보증사건을 인용한 판결들이 이어졌는데, 그 선고일자 순으로 정리해 본다. 선고할 때마다 이미 선고된 판결들을 검토하였을 것으로 보이는데, 과연 계약이행 보증사건 판결에서 밝힌 판단기준이나 방법, 적용범위를 충실히 따르고 있음을 알 수 있다.

(1) 대법원 2009. 6. 25. 선고 2008도3792 판결은, 상고이유 주장을 배척하면서도, 이례적으로 '직권 판단'을 내세워 원심판결을 파기하고 무죄 취지의 판단을 하였다[12].

즉 "열 사용요금 납부 연체로 인하여 발생한 연체료는 금전채무 불이행으로 인한 손해배상에 해당하므로, SH공사가 연체료를 지급받았다는 사실만으로 SH공사가 그에 해당하는 재산상의 이익을 취득하게 된 것으로 단정하기 어렵고, 나아가 SH공사가 열 사용요금 연체로 인하여 실제로는 아무런 손해를 입지 않았거나 연체료 액수보다 적은 손해를 입었다는 등의 특별한 사정이 인정되는 경우에 한하여 비로소 연체료 내지 연체료 금액에서 실제 손해액을 공제한 차액에 해당하는 재산상의 이익을 취득한 것으로 볼 수 있을 뿐이라고 할 것이며, 그와 같이 SH공사가 재산상 어떠한 이익을 취득하였다고 볼 만한 특별한 사정이 있다는 사실에 대한 입증책임은 검사에게 있다고 할 것이나, 기록상 그와 같은 사실을 인정할 증거를 찾아볼 수 없다.

12) 한편 계약이행 보증사건 판결을 인용한 첫 판결은 대법원 2008. 6. 26. 선고 2007도7060 판결이다. 하지만 위와 같이 상고이유를 받아들이면서, 직권판단으로, 배임죄의 주체는 타인의 사무를 처리하는 신분이 있어야 한다는 부분을 부가하였으므로, 이득 요건에 특히 주목한 판례라고는 보기 어렵다. "배임죄의 죄책을 인정하기 위해서는 그러한 재산상의 이익취득과 임무위배행위 사이에 상당인과관계가 인정되어야 하는바(대법원 2007. 7. 26. 선고 2005도6439 판결 참조), 원심이 판시한 바에 의하더라도 피고인이 알켐코리아로부터 제공받아 취득한 재산상 이익인 연구용역비와 담당직원 임금은 이 사건 시험연구용역계약에 따른 알켐코리아의 의무이행에 기한 것일 뿐, 공소사실에서 피고인의 임무위배행위로 적시되어 있는 강원지역환경기술센터와의 계약 체결 또는 용역결과 제공으로 인하여 초래된 것이 아니므로, 원심이 지적하고 있는 재산상 이익의 취득과 피고인의 임무위배행위 사이에는 상당인과관계를 인정할 수 없다고 하면서, 이와 달리 재산상의 이익 취득과 피고인의 임무위배행위 사이에 상당인과관계가 있다고 인정한 원심은 위법하고 이 점을 지적하는 피고인의 상고이유 주장은 이유 있다."고 하였다.

결국 이 사건에서 피고인의 배임행위로 인하여 SH공사가 연체료 상당의 재산상 이익을 취득한 것으로 볼 수는 없음에도, 원심은 앞서 본 바와 같은 이유로 이와 달리 판단하여 공소사실을 모두 유죄로 판단하였으니, 이러한 원심판결에는 배임죄에 관한 법리를 오해하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다."는 것이다.

이처럼 피해자나 행위자와의 거래상대방이 행위자 등의 채무불이행에 따라 그 손해배상을 받았다고 하여, 이득 요건이 충족되었다고 할 수 없다. '아무런 손해를 입지 않았거나 연체료 액수보다 적은 손해를 입었다는 등의 특별한 사정이 인정되는 경우'와 같이 손해배상책임이 인정되지 않는데도 배상을 받은 경우이어야만 한다는 점을 다시금 확인하였다.

그 이득자가 손해배상을 받는 것에 그치는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 배임죄가 성립되지 않는다는 것으로 보게 되면, 배임죄 성부가 논란이 되는 사안들 중 대부분은 배임죄가 성립되지 않게 된다. 채무불이행이라는 민사사안을 과도하게 형사화한다는 위험성이 있다는 지적이 있어 왔는바, 그 이유에는 결국 민사사안 중 어느 경우가 배임죄로 의율되어야 하는지 여부를 가리는 기준이 명확하지 않다는 점도 있었다고 할 수 있다. 그런데 이 판결에 따르면, 계약위반에 따른 손해배상의무를 피해자 본인이 부담하게 된다고 하여 배임죄의 이득 요건이 충족되는 것이 아니고, 또 임무위배행위의 상대방이 손해배상채권을 갖고 그에 따른 만족을 받는다고 하여도 배임죄의 이득 요건이 충족되지 않는다고 보게 된다.

(2) 대법원 2009. 12. 24. 선고 2007도2484 판결은, "덤핑판매로 제3자인 거래처에 재산상의 이익이 발생하였는지 여부는 경제적 관점에서 실질적으로 판단하여야 할 것인바, 피고인이 피해 회사가 정한 할인율 제한을 위반하였다 하더라도 시장에서 거래되는 가격에 따라 제품을 판매하였다면 지정 할인율에 의한 제품가격과 실제 판매 시 적용된 할인율에 의한 제품가격의 차액 상당을 거래처가 얻은 재산상의 이익이라고 볼 수는 없는 것이다[13]. 따라서 원심으로서는 피고인의 위와 같은 판매행위로 인하여 제3자인 거래처가 시장에서 거래되는 가격보다도 더 저렴한 가격으로 제품을 구매

함으로써 재산상 이익을 취득하였는지 여부를 따져보았어야 함에도, 만연히 피해 회사가 정한 할인율에 의한 제품가격과 그보다 높은 할인율이 적용된 판매가격의 차액 상당이 거래처의 재산상 이익이라고 보았는바, 이러한 원심판결에는 업무상배임죄에 있어서 제3자인 거래업체가 재산상 이익을 취득하였는지 여부 등에 관한 심리를 다하지 않았거나, 업무상배임죄에서 제3자의 재산상 이익에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다."고 하였다.

피고인의 처분으로 그 본인에게 재산상 손해가 난다고 하여도, 그 처분상대방이 '시장에서 거래되는 가격'으로 그 제품을 구매한 이상, 이득 요건이 충족되지 않는다는 것을 분명히 하였다. 여기서 특히 주목해야할 점은, 이득자의 전체적 재산증가의 평가는, 결국 '시장에서 거래되는 가격'(시가)을 기준으로 한다는 것이다. 위 2008도3792 판결에서, SH공사가 열 사용요금 연체로 인하여 실제로는 아무런 손해를 입지 않았거나 연체료 액수보다 적은 손해를 입었다는 등의 특별한 사정이 인정되는 경우에 한하여 이득요건이 충족된 것으로 봐야 한다고 한 판시와 맥락을 같이 한다.

게다가 이 사건에서 임무위배행위의 대상은 판매제품이라는 '동산'이었는바, 그 판시내용을 보면 이러한 동산이라는 대상의 특성에 주목한 것이 아니었다. 그러므로 부동산 등의 이중매매 등 사안에서도 위 판시가 적용된다고 해도 무방할 것이다.

Ⅳ. 논란이 되어 온 사례들의 해결

이제까지 살펴 본 이득 요건의 법리에 따라, 배임죄가 성립되는지 논란이 되어 온 사례들로서 전원합의체 판결이 선고된 사안들을 검토해본다.

---

13) [2] 회사의 승낙 없이 임의로 지정 할인율보다 더 높은 할인율을 적용하여 회사가 지정한 가격보다 낮은 가격으로 제품을 판매하는 이른바 '덤핑판매'에서 제3자인 거래처에 시장 거래 가격에 따라 제품을 판매한 경우, 거래처가 재산상 이익을 취득하였다고 볼 수 없다고 한 사례(판시사항).

참고로 일본 판례는, 광업권의 이중양도, 전화가입권의 이중양도, 지명채권의 이중양도, 지사의 허가를 정지조건으로 하는 농지매매계약을 체결한 매도인이 그 농지에 저당권을 설정한 행위, 양도담보권자에 의한 부동산처분 등을 모두 배임죄로 의율한다고 한다[14].

1. 동산이중매매 사안

(1) 대법원 2011. 1. 20. 선고 2008도10479 전원합의체 판결[15]은 동산이중매매 사안에서 배임죄의 성립을 부인하였다.

피고인이 인쇄기를 공소외 1에게 135,000,000원에 양도하기로 하여 그로부터 1, 2차 계약금 및 중도금 명목으로 합계 43,610,082원 상당의 원단을 제공받아 수령하였음에도 불구하고 그 인쇄기를 자신의 채권자인 공소외 2에게 기존 채무 84,000,000원의 변제에 갈음하여 양도함으로써 동액 상당의 재산상 이익을 취득하고 공소외 1에게 동액 상당의 손해를 입혔다는 공소사실에 대하여, "피고인이 이 사건 동산매매계약에 따라 공소외 1에게 인쇄기를 인도하여 줄 의무는 민사상의 채무에 불과할 뿐 타인의 사무라고 할 수 없으므로 위 인쇄기의 양도와 관련하여 피고인이 타인의 사무를 처리하는 자의 지위에 있다고 볼 수 없다"는 이유로, 제1심, 원심은 모두 무죄를 선고하였다.

다수의견은, 매매와 같이 당사자 일방이 재산권을 상대방에게 이전할 것을 약정하고 상대방이 그 대금을 지급할 것을 약정함으로써 그 효력이 생기는 계약의 경우(민법 제563조), 쌍방이 그 계약의 내용에 좇은 이행을 하여야 할 채무는 특별한 사정이 없는 한 '자기의 사무'에 해당하는 것이 원칙

14) 타가하시 노리오(高橋則夫), 69 "배임죄에서 '사무처리자'의 의의", 刑法判例百選Ⅱ各論 [第7版] (別冊ジュリスト221) , 有斐閣, 2014, 140, 141쪽.

15) 이에 대해서는, 대법관 안대희, 차한성, 양창수, 신영철, 민일영 등 5인의 반대의견이 붙어 있는바, 위의 공소사실에 대하여, 甲에게 인쇄기를 매도하고 중도금까지 수령한 상태에서 乙에게 이를 다시 매도하고 소유권까지 이전해 준 피고인의 행위가 민사상 채무의 불이행에 불과할 뿐 배임죄에 해당하지 않는다고 본 원심판단에 배임죄의 구성요건에 관한 법리오해의 위법이 있다고 하였다.

이고, 매매의 목적물이 '동산'일 경우, 매도인은 매수인에게 계약에 정한 바에 따라 그 목적물인 동산을 인도함으로써 계약의 이행을 완료하게 되고 그 때 매수인은 매매목적물에 대한 권리를 취득하게 되는 것이므로, 매도인에게 자기의 사무인 동산인도채무 외에 별도로 매수인의 재산의 보호 내지 관리 행위에 협력할 의무가 있다고 할 수 없으며, 동산매매계약에서의 매도인은 매수인에 대하여 그의 사무를 처리하는 지위에 있지 아니하므로, 매도인이 목적물을 매수인에게 인도하지 아니하고 이를 타에 처분하였다 하더라도 형법상 배임죄가 성립하는 것은 아니라고 하였다. 이처럼 다수의견은 '타인의 사무를 처리하는 자'라는 주체요건을 부정함으로서 배임죄가 성립하지 않는다고 보았고, 소수의견과 의견이 나뉜 쟁점도 이것이었다.

(2) 배임죄에서 '타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위로써'라는 부분은 "임무위배행위 요건"로, '재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여'라는 부분은 "이득 요건"으로, '본인에게 손해를 가한 때'라는 부분은 "가해 요건"으로 부를 수 있을 것이다. 위 판결을 비롯하여 전원합의체 판결에서는, 대부분 그 중 임무위배행위, 특히 '타인의 사무처리자'인지 여부가 쟁점이 되었다. 왜냐하면 이득 요건은 별도로 따지지 않거나, 가해 요건이 충족되면 충족되는 것으로 보기 마련인데다가, 실해발행의 위험만 있어도 가해 요건이 충족된다고 보았기 때문에, 배임죄의 성부는 결국 임무위배행위인지 여부에 좌우될 수밖에 없기 때문이다.

'타인의 사무처리'로 인정되려면, 타인의 재산관리에 관한 사무의 전부 또는 일부를 타인을 위하여 대행하는 경우와 타인의 재산보전행위에 협력하는 경우여야 하고,[16] 나아가 당사자 관계의 본질적 내용이 단순한 채권채무관계상의 의무를 넘어서 그들 간의 신임관계에 기초하여 타인의 재산을 보호 내지 관리하는 데 있어야 한다[17]는데 대해서는, 별달리 이견이 없지만, 배임죄가 성립되는지, 미수인지 기수인지 여부 등의 결론이 달라졌다. 이는 위와 같은 기준이 실질적인 분쟁해결의 기준으로서의 기능과 역할을 하지

16) 신동운, 앞의 책, 1238쪽.
17) 대법원 2014. 8. 21. 선고 2014도3363 전원합의체 판결 등.

못한다는 것을 뜻한다. 이처럼 '임무위배행위 요건'의 기준 정립은 시급하고, 앞으로도 계속되어야 할 작업일 것이다.

(3) 한편 '이득 요건'은, 앞서 본 대법원판결들을 통하여 그 요소, 판단 방법과 기준, 입증책임 등에 대한 법리가 구체적으로 명확하게 제시되어 있고, 그에 따른 개별사안들의 검토와 해결이 어렵지 않다. 이제라도 이득 요건에 주목하여 사안들을 해결해나갈 필요가 있을 것이다. 이득 요건은 임부위배행위 요건에 못지않은 배임죄의 구성요건요소이다.

공소외 2가 그 시세에 훨씬 못 미치는 저가로 인쇄기를 양수하였다는 특별한 사정이 없는 한, 실질적으로 어떠한 이득을 취득하였다고 볼 수 없으므로 이득 요건이 충족되지 않는다고 보아야 한다. 제3자와의 계약 등에 의한 처분일 경우, 그 계약상 대가가 시세에 준하는 한, 제3자가 재산상 이득을 취득했다고 보기 어렵고, 따라서 비록 본인에게 피해가 발생했다고 하여도 배임죄가 성립되지 않는다.

2. 대물변제예약 사안

(1) 대법원 2014. 8. 21. 선고 2014도3363 전원합의체 판결[18]은 부동산 대물변제예약 사안에서 배임죄의 성립을 부인하였다.

피고인이 공소외인에게 차용금 3억 원을 변제하지 못할 경우 피고인의 어머니 소유의 부동산에 대한 유증상속분을 대물변제하기로 약정하고, 유증을 원인으로 그 소유권이전등기를 마쳤음에도 이를 누나와 자형에게 매도한 사안으로, 부동산의 실제 재산상 가치인 1억 8,500만 원 상당의 재산상 이익을 취득하고 공소외인에게 동액 상당의 손해를 입혔다고, 제1, 2심 판결 모두 유죄로 판단하였지만, 다수의견으로 파기하면서 무죄 취지의 판단을

18) 대법관 양창수, 신영철, 민일영, 김용덕 등 4인이 배임죄가 성립된다는 반대의견을 냈다. 주심 대법관이 엇갈린 판례를 정리하고자 전원합의체로 회부하는 것이 보통인데 반하여, 그 주심이 소수의견으로 되었듯이, 그 소부에서 의견일치가 되지 않아 전원합의체로 회부되고 판례가 변경된 것이다.

하였다.

대물변제예약의 궁극적 목적은 차용금반환채무의 이행 확보에 있고, 채무자가 대물변제예약에 따라 부동산에 관한 소유권이전등기절차를 이행할 의무는 궁극적 목적을 달성하기 위해 채무자에게 요구되는 부수적 내용이라는 점을 고려하면[19] 이를 가지고 배임죄에서 말하는 신임관계에 기초하여 채권자의 재산을 보호 또는 관리하여야 하는 '타인의 사무'에 해당한다고 볼 수는 없으니, 채권 담보를 위한 대물변제예약 사안에서 채무자가 대물로 변제하기로 한 부동산을 제3자에게 처분하였다고 하더라도 형법상 배임죄가 성립하지 않는다고 하였다. 이 사건에서도 이처럼 타인의 사무를 처리하는 자에 해당하는지 여부가 주로 다투어졌다[20]. 약정의 내용에 좇은 이행을 하여야 할 채무는 특별한 사정이 없는 한 '자기의 사무'라는 것이다.

(2) 이처럼 대물변제예약 사안에서도 동산이중매매 사안과 마찬가지로 이득 요건이 쟁점은 아니었다.

만일 이득 요건의 충족 여부가 따져졌을 경우, 피고인이 위와 같이 대물변제예약을 위반하여 피고인의 누나와 자형이 그 부동산을 매수 취득하도록 하였다고 하더라도, 그 매매가격이 시장에서 거래되는 가격을 크게 벗어나지 않는 것이라면, 배임죄에서 말하는 '이득 요건'이 충족되었다고 보기 어렵다. 다수의견과 같이 배임죄는 성립되지 않는다는 결론에 이르게 된다.

한편 시세에 크게 벗어난 것이라는 등의 이득 요건의 충족에 대한 검사

---

19) 그 근거는, 채무자가 대물변제예약에 따라 부동산에 관한 소유권을 이전해 줄 의무는 예약 당시에 확정적으로 발생하는 것이 아니라 채무자가 차용금을 제때에 반환하지 못하여 채권자가 예약완결권을 행사한 후에야 비로소 문제가 되고, 채무자는 예약완결권 행사 이후라도 얼마든지 금전채무를 변제하여 당해 부동산에 관한 소유권이전등기절차를 이행할 의무를 소멸시키고 의무에서 벗어날 수 있는 한편 채권자는 당해 부동산을 특정물 자체보다는 담보물로서 가치를 평가하고 이로써 기존의 금전채권을 변제받는 데 주된 관심이 있으므로, 채무자의 채무불이행으로 인하여 대물변제예약에 따른 소유권등기를 이전받는 것이 불가능하게 되는 상황이 초래되어도 채권자는 채무자로부터 금전적 손해배상을 받음으로써 대물변제예약을 통해 달성하고자 한 목적을 사실상 이룰 수 있다는 것이다.

20) 강수진, "부동산 대물변제예약의 채무자와 배임죄에서의 타인의 사무처리자", 「고려법학」 제76호(2015), 227쪽 이하.

의 입증이 없거나 부족하다고 지적할 수도 있었을 것이다.

3. 약속어음 발행교부 사안

(1) 대법원 2017. 7. 20. 선고 2014도1104 전원합의체 판결[21]은 배임죄의 손해발생 개념을 놓고 위험범설과 침해범설이 치열하게 다투었던 사안이다[22].

갑 주식회사 대표이사인 피고인이, 자신이 별도로 대표이사를 맡고 있던 을 주식회사의 병 은행에 대한 대출금채무를 담보하기 위해 병 은행에 갑 회사 명의로 액면금 29억 9,000만 원의 약속어음을 발행하여 줌으로써 병 은행에 재산상 이익을 취득하게 하고 갑 회사에 손해를 가하였다고 하여 특정경제법위반(배임)으로 기소된 사안에서, "피고인이 대표권을 남용하여 약속어음을 발행하였고 당시 상대방인 병 은행이 그러한 사실을 알았거나 알 수 있었던 때에 해당하여 그 발행행위가 갑 회사에 대하여 효력이 없다면, 그로 인해 갑 회사가 실제로 약속어음금을 지급하였거나 민사상 손해배상책임 등을 부담하거나 약속어음이 실제로 제3자에게 유통되었다는 등의

---

21) 대법관 박보영, 고영한, 김창석, 김신 등 4인의 별개의견으로, 배임죄는 위험범이 아니라 침해범으로 보아야 한다. 배임죄를 위험범으로 파악하는 것은 형법규정의 문언에 부합하지 않는 해석으로서, '손해를 가한 때'란 문언상 '손해를 현실적으로 발생하게 한 때'를 의미하므로, 임무에 위배한 행위가 본인에게 현실적인 재산상 손해를 가한 경우에만 재산상 손해 요건이 충족된다고 해석하여야 하고, 의무부담행위에 따라 채무가 발생하거나 민법상 불법행위책임을 부담하게 되더라도 이는 손해 발생의 위험일 뿐 현실적인 손해에는 해당하지 않는다고 보아야 하며, 회사의 대표이사가 대표권을 남용하여 의무부담행위를 한 경우 그 행위가 유효하면 그에 따른 회사의 채무가 발생하고, 무효인 경우에도 그로 인해 회사가 민법상 불법행위책임을 부담할 수 있지만, 그 자체로는 현실적인 손해가 아니라 손해 발생의 위험에 불과하므로, 회사가 그 의무부담행위에 따른 채무나 민법상 불법행위책임을 실제로 이행한 때에 기수가 된다고 봐야 하므로, 회사의 대표이사가 대표권을 남용하여 회사 명의의 약속어음을 발행한 경우에도 그 발행행위의 법률상 효력 유무나 그 약속어음이 제3자에게 유통되었는지 또는 유통될 가능성이 있는지 등에 관계없이 회사가 그 어음채무나 그로 인해 부담하게 된 민법상 불법행위책임을 실제로 이행한 때에 배임죄는 기수가 성립한다고 하였다.

22) 배임죄에 대한 판례변경을 줄기차게 추구해 온 것으로 보이는 김신 대법관이 주심이었다. 대법관 퇴임 후 발표한 각주 23의 논문에서 다시금 소수의견의 내용과 그 근거들을 소상히 밝히고 있다.

특별한 사정이 없는 한 피고인의 약속어음 발행행위로 인해 갑 회사에 현실적인 손해나 재산상 실해 발생의 위험이 초래되었다고 볼 수 없는데도, 이에 대한 심리 없이 약속어음 발행행위가 배임죄의 기수에 이르렀음을 전제로 공소사실을 유죄로 판단한 원심판결에 배임죄의 재산상 손해 요건 및 기수시기 등에 관한 법리오해의 잘못이 있다"고 하였다.

(2) 비록 배임죄의 구성요건 중 본인의 재산상 손해발생 여부를 두고 침해범설과 위험범설의 의견이 엇갈린 사안이었고, 이득 요건의 법리에 따른 검토가 이루어지지 않았다.

갑 회사의 대표이사 피고인이 대표권을 남용하여 약속어음을 발행하였고 당시 그 상대방인 병 은행이 그 사실을 알았거나 알 수 있었던 때에 해당하여 그 발행행위가 갑 회사에 효력이 없다는 것이므로, 병 은행으로서는 무슨 재산상 이득을 얻었다고 할 수 없으므로, 이득 요건이 충족되지 않았다. 배임죄가 성립될 수 없다.

한편 다수의견이나 별개의견이나 모두 배임미수죄는 성립되는 것으로 보았지만, 이득 요건이 충족되지 않았으므로 배임미수가 아니라 배임죄가 성립되지 않는다고 보는 것이 옳다. '임무에 위배하는 행위'라 함은 처리하는 사무의 내용, 성질 등 구체적 상황에 비추어 법률의 규정, 계약의 내용 혹은 신의칙상 당연히 할 것으로 기대되는 행위를 하지 않거나 당연히 하지 않아야 할 것으로 기대하는 행위를 함으로써 본인과 사이의 신임관계를 저버리는 일체의 행위로서, 새마을금고 임·직원이 동일인 대출한도 제한규정을 위반하여 초과대출행위를 한 사실만으로 새마을금고에 업무상배임죄를 구성하는 재산상 손해가 발생하였다고 볼 수 없다고 한 대법원 2008. 6. 19. 선고 2006도4876 전원합의체 판결에서도 알 수 있듯이, 배임죄에서 말하는 임무위배행위인지 여부는 개별 구체적인 사안에 주목하여 실질적으로 판단해야 한다[23]. 피해 회사의 업무규정 등을 위반하였다고 하여 그것만으로 곧바로 배임죄에서 말하는 임무위배행위라고 인정하지 않는다. 피해 회사의

23) 신동운, 앞의 책, 1250쪽.

피해발생에 앞서 판단해야 하는 제3자의 재산상 이익 취득이 부정된다면, 배임죄에서 말하는 임무위배행위로 평가할 수 없다[24]. '(i) 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위로써 재산상의 이익을 취득하거나 제삼자로 하여금 이를 취득하게 하여 (ii) 본인에게 손해를 가한 때'라고 하였듯이, (i), (ii)로 나누어 읽는 게 자연스럽다.

(3) 또한 다수의견과 별개의견이 일치하여 배임죄의 기수가 된다고 상정한 3가지 경우도 쉽게 수긍하기 어렵다. (i) 갑 회사가 실제로 약속어음을 지급하였거나 (ii) 민사상 손해배상책임 등을 부담하거나 (iii) 약속어음이 실제로 제3자에게 유통되는 경우는 배임죄가 인정된다고 보기 어렵다.

우선 (i) 갑 회사가 실제로 약속어음을 지급한 경우를 본다. 계약이행보증사건 판결에서 선급금 상당의 이익을 취득한 것도 아니고 동액 상당의 피해를 입은 것도 아니라고 하였듯이, 병 은행이 재산상 이익을 얻었다고 하기 어렵다.

병 은행은 이 약속어음금을 받아 이미 갖고 있는 대출금채권에 충당하였을 것이다. 이것을 법질서상 허용되지 않는다고 할 수는 없고, 이와 같은 충당 전후를 통하여 전체적으로 병 은행의 재산가치가 증가한 것도 아니다.

다음으로 (ii) 민사상 손해배상책임 등을 부담하는 경우를 본다. 설령 갑 회사가 민사상 손해배상책임을 진다고 하여도, 병 은행이 무슨 민사상 손해배상채권을 얻겠다는 의사로 약속어음을 교부받은 것도 아니었다. 이와 같은 어음발행행위를 한 대표이사도 당시 위 손해배상채권을 병 은행이 취득하도록 하겠다는 의사도 아니었다. 병 은행이 사법상 허용되지 않는 이득을 얻었다고 할 수도 없다.

마지막으로 (iii) 약속어음이 제3자에게 유통된 경우를 본다. 이와 같은

24) 법무부 (형사법제과)의 형법 제355조의 영문번역은, Article 355 (Embezzlement and Breach of Trust) (2) The preceding paragraph shall apply to a person who, administering another's business, obtains pecuniary advantage or causes a third person to do so from another in violation of ones duty, thereby causing loss to such person.이다. obtaining pecuniary advantage 금전적 이득을 얻어야 한다고 하여, 전체적 재산가치의 증가가 필요하고, 그 임무위배로 이득 요건이 발생하고, 그에 따라 본인에게 손해를 가한다는 의미임이 선명하다.

유통은 어디까지나 이득자인 병 은행의 판단과 책임으로 이루어지는 것이지, 행위자인 피해회사의 대표이사가 한 것이 아니다. 또한 그 대표이사가 이와 같은 유통을 인식하였다고 보기도 어렵다.

무엇보다 병 은행이 재산상 이득을 취득했는지 여부는 행위 당시를 기준으로 판단해야하는 것이지, 이처럼 사후적으로 벌어질 수 있거나 벌어지지 않을 수도 있는, 막연한 미래의 사정에 따라 배임죄의 기수 여부라는 형사책임이 좌우되어서는 책임주의 원칙에 정면으로 반하는 결과가 된다.

4. 부동산이중매매 사안

(1) 대법원 2018. 5. 17. 선고 2017도4027 전원합의체 판결[25]은 부동산 이중매매 사안에서, 배임죄 성립을 인정한 종전 판례를 유지하였다.

부동산 매도인인 피고인이 매수인 갑 등과 매매계약을 체결하고 갑 등으로부터 계약금과 중도금을 지급받은 후 매매목적물인 부동산을 제3자인 을 등에게 이중으로 매도하고 소유권이전등기를 마쳐 주어 구 특정경제범죄법(2016. 1. 6. 법률 제13719호로 개정되기 전의 것) 위반(배임)으로 기소된 사안이다.

다수의견은 종전 판례를 유지하였다. 부동산 매매계약에서 계약금만 지급된 단계에서는 어느 당사자나 계약금을 포기하거나 그 배액을 상환함으로써 자유롭게 계약의 구속력에서 벗어날 수 있으나, 중도금이 지급되는 등 계약이 본격적으로 이행되는 단계에 이른 때에는 계약이 취소되거나 해제되지 않는 한 매도인은 매수인에게 부동산의 소유권을 이전해 줄 의무에서 벗어날 수 없으므로 이러한 단계에 이른 때에 매도인은 매수인에 대하여 매수인의 재산보전에 협력하여 재산적 이익을 보호·관리할 신임관계에 있게 되고, 매도인은 배임죄에서 말하는 '타인의 사무를 처리하는 자'에 해당한다고 보아야 한다는 것이다.

---

25) 그 원심은 대법관 김창석, 김신, 조희대, 권순일, 박정화 등 5인의 소수의견과 같이 배임죄 성립을 부인하였다. 다수의견이 지적하듯이 종래 판례와 다른 결론을 낸 것이었다.

따라서 그러한 지위에 있는 매도인이 매수인에게 계약 내용에 따라 부동산의 소유권을 이전해 주기 전에 그 부동산을 제3자에게 처분하고 제3자 앞으로 그 처분에 따른 등기를 마쳐 준 행위는 매수인의 부동산 취득 또는 보전에 지장을 초래하는 행위로서 매수인과의 신임관계를 저버리는 행위로서 배임죄가 성립한다고 하였다[26]. 결국 여기서도 이중매매를 한 매도인이 '타인의 사무를 처리하는 자'에 해당하는지 여부만이 다투어졌을 뿐이었다.

(2) 하지만 과연 부동산 이중매매를 한 매도인이 타인의 사무를 처리하는 자에 해당하는지는 의문이다. 동산이중매매 사안에서 이와 달리 판단하였고, 그 이유도, 매매와 같은 계약관계에서 당사자 쌍방이 그 계약의 내용에 좇은 이행을 하여야 할 채무는 특별한 사정이 없는 한 자기의 사무에 해당하는 것이 원칙이라고 하였으므로, 부동산 이중매매 사안에서 같은 결론이 내려져야 한다. 단지 계약의 목적물이 부동산이라는 점만으로 매도인의 채무가 '타인의 사무'라고 볼 수 있을까? 다수의견은 '재산보전협력의무'가 있다고 하지만, 동산 매도인에게는 상대방의 재산보전에 협력할 의무가 없고 부동산 매도인에게는 그러한 의무가 있다는 것은 쉽게 이해하기 힘들다.[27]

---

26) "갑 등이 피고인에게 매매계약에 따라 중도금을 지급하였을 때 매매계약은 임의로 해제할 수 없는 단계에 이르렀고, 피고인은 갑 등에 대하여 재산적 이익을 보호할 신임관계에 있게 되어 타인인 갑 등의 부동산에 관한 소유권 취득 사무를 처리하는 자가 된 점, 갑 등이 잔금 지급기일이 지나도 부동산을 인도받지 못하자 피고인에게 보낸 통고서의 내용은, 갑 등이 피고인에게 요구조건을 받아들일 것을 촉구하면서 이를 받아들이지 않으면 매매계약을 해제하겠다는 취지일 뿐 그 자체로 계약 해제의 의사표시가 포함되어 있다고 보기 어려운 점, 피고인은 매매계약이 적법하게 해제되지 않은 상태에서 갑 등에 대한 위와 같은 신임관계에 기초한 임무를 위배하여 부동산을 을 등에게 매도하고 소유권이전등기를 마쳐 준 점, 비록 피고인이 당시 임차인으로부터 부동산을 반환받지 못하여 갑 등에게 이를 인도하지 못하고 있었고, 갑 등과 채무불이행으로 인한 손해배상과 관련한 말들을 주고받았더라도, 매매계약이 적법하게 해제되지 않고 유효하게 유지되고 있었던 이상 위와 같은 신임관계가 소멸되었다고 볼 수 없는 점을 종합하면, 피고인의 행위는 갑 등과의 신임관계를 저버리는 임무위배행위로서 배임죄가 성립하였다."고 하였다.
나아가 "매매계약은 당시 적법하게 해제되지 않았고, 설령 피고인이 적법하게 해제되었다고 믿었더라도 그 믿음에 정당한 사유가 있다고 보기 어려워 피고인에게 배임의 범의와 불법이득의사가 인정됨에도, 이와 달리 보아 공소사실을 무죄로 판단한 원심판결에 배임죄에서 '타인의 사무를 처리하는 자', 범의 등에 관한 법리오해의 위법이 있다."고 하였다.

소수의견은 부동산 이중매매 사안에서 그 매도인이 타인의 사무를 처리하는 자가 아니라고 하였다.

(3) 제3자 을 등이 그 시세에 벗어나지 않게 그 토지를 매수한 것이라면, 이득 요건이 충족되지 않아, 배임죄가 성립되지 않는다고 보아야 한다.

처분대상 부동산의 시세와 달리 현저하게 저가로 매도한 것이라고 할 수 없고, 이 부분 검사의 입증도 없으므로, 매도인이나 제2매수인이 어떤 이득을 취득하였다고 볼 수 없다[28]. 결국 배임죄가 성립된다고 할 수 없다.

Ⅴ. 결론

이처럼 위 전원합의체 사안들에서 다수의견과 소수의견 사이의 주된 의견충돌지점은 '타인의 사무를 처리하는 자인지 여부', 즉 배임죄의 주체 여부의 판단에 있었다. 하지만 이득 요건에 관한 법리에 따르면, 이득 요건이 충족되지 않아 배임죄가 성립되지 않는다고 판단되는 사안들이었고, 그 판단에 어려움이 있다거나 논란이 있기조차도 어려운 것들이었다.

민사상 채무불이행을 넘어 배임죄라는 형사적 책임을 지우는 것이 되도록 억제되어야 한다는 입장이라면, 이처럼 배임죄의 주체에만 주목해서는 소기의 성과를 거두기가 힘들다. 이러한 현실은 우리 판례와 학설이 일본의 판례와 학설에 크게 의지하고 있는데다가, 일본에서의 '배임죄 주체'에 관한 구성요건이나 판례 등이 우리의 그것과 동일한 이상, '타인의 사무인지 여부'에 대해서 일본의 판례 학설과 다른 입장이 우리나라에서 수용되기가 힘

27) 김신, "부동산 이중매매와 제1매수인의 보호", 「동아법학」 제84호, 2019.

28) 피고인은 2014. 8. 20. 피해자들에게 피고인과 공소외 1 등의 공동소유인 부동산을 13억 8,000만 원에 매도하되, 계약 당일 계약금 2억 원, 2014. 9. 20. 중도금 6억 원, 2014. 11. 30. 소유권이전등기에 필요한 서류와 상환으로 잔금 5억 8,000만 원을 지급받고 2014. 11. 30.까지 피해자들에게 이 사건 부동산을 인도한다고 약정하였고, 그에 따라 피해자들로부터 계약 당일 2억 원, 2014. 9. 30. 중도금 6억 원을 지급받은 후, 2015. 4. 13. 공소외 4 등에게 위 부동산을 매매대금 15억 원에 매도하고 2015. 4. 17. 그 소유권이전등기를 마쳐 주었다.

들었기 때문으로 보인다.[29]

형사법의 대전제인 죄형법정주의의 원칙상, 형법 조문의 해석을 엄격히 하여야 함에는 이론의 여지가 없다. 그렇다면 형벌의 부과 근거가 되는 범죄의 성립은 더욱이 신중히 판단하여야 하고, 그 중에서도 구성요건요소는 범죄 성립의 판단 잣대이자 이에 대한 입법자의 결단이므로 그 문언에 벗어나지 않도록 해석해야만 한다. 배임죄를 판단함에 있어 법문에 버젓이 규정되어 있는 이득 요건을 고려하지 않아, 성립하지 않을 배임죄의 성립을 쉽게 인정하여서는 안 된다. 자의적으로 법문언에 어긋나는 해석을 하는 것이야 말로 죄형법정주의에 정면으로 반하는 것으로, 매우 경계해야 한다.

결국 배임죄에 있어 우리 형법이, 일본의 그것과 달리, '재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 재산상 이익을 취득하게 하여'라는 이득 요건을 객관적 구성요건 중 하나로 규정하고 있음에 주목해야한다. 이상과 같이 계약이행 보증사건 등 이득 요건에 주목한 판례들이 나와 있고, 그 법리에 의하여 판단한다면 쟁점 사례들에서 배임죄를 인정하기 어렵게 된다.

재산상 이득죄로서 배임죄 - 신 승 기, 김 범 준	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2019.11.15.	2019.12.05.	2019.12.27.

29) 실제로 대법원 2017. 7. 20. 선고 2014도1104 전원합의체 판결에서, 대법관 박상옥은 다수의견에 대한 보충의견에서, "별개의견은 독일 형법의 해석론을 말하지만, 우리 형법과 같이 배임죄에 관해 미수범 처벌규정을 두고 있는 일본 형법의 해석에서, 일본의 최고재판소도 배임죄는 위험범이라는 입장을 취하고 있다. 이처럼 여러 나라들이 형법 규정의 구조적 차이에도 불구하고 현실적인 손해와 실해 발생의 위험에 대해 동등한 가치를 부여하는 이유는 경제적 관점에서 손해를 파악하는 이상 양자를 동등하게 인식하는 것이 매우 자연스럽기 때문이다."라고 하였듯이, 일본 형법의 판례 학설의 영향력은 아무리 강조해도 지나치지 않을 것이다.

[참고문헌]

[논 문]
김신, “채무부담행위와 배임죄의 손해”, 「법조」 통권 제733호, 2019.
김신, “부동산 이중매매와 제1매수인의 보호”, 「동아법학」 제84호, 2019.
이주원, “특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(배임)죄에서 이득액 개념의 합리적 재해석”, 「인권과 정의」 제436호, 2013.
신동운, “횡령죄와 배임죄의 관계”, 「한국형사법학의 새로운 지평」, 유일당 오선주 교수 정념기념논문집 간행위원회, 2001.
허일태, “배임죄 해석의 나아갈 방향”, 「형사법연구」 제62호, 한국형사법학회, 2015.
강수진, “부동산 대물변제예약의 채무자와 배임죄에서의 타인의 사무처리자”, 「고려법학」 제76호, 2015.

[단행본]
「주석형법」 제4판, 한국사법행정학회, 2006.
신동운, 「형법각론」 제2판, 법문사, 2018.
김일수/서보학, 「새로 쓴 형법각론」 제8판, 박영사, 2016.
이상돈, 「형법강론」 제2판, 박영사, 2018.
오영근, 「형법각론」 제4판, 박영사, 2017.
이재상, 「형법각론」 제9판, 박영사, 2013.
타가하시 노리오(高橋則夫), 69 “배임죄에서 ‘사무처리자’의 의의”, 刑法判例百選Ⅱ各論 [第7版] (別冊ジュリスト221), 有斐閣, 2014.
시나다 사토시(品田智史), 72 “배임죄에서 도리가해목적”, 刑法判例百選Ⅱ各論 [第7版] (別冊ジュリスト221), 有斐閣, 2014.

【국문초록】

우리 형법 제355조 제2항은 '타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위로써 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가한 때'에 배임죄가 성립한다고 규정하고 있다. 여기서 주목해야할 점은, 우리 형법이 일본 등과는 달리 '재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여'라는 이득 요건을 객관적 구성요건 중 하나로 규정하고 있다는 것인데, 이는 배임죄의 지나친 확대적용을 방지하기 위한 입법자의 고려로 보아야 할 것이다. 그럼에도 불구하고 정작 우리 실무와 학계에서는 오랫동안 이러한 '이득 요건'이 간과되어 왔다.

대법원 2007. 7. 26. 선고 2005도6439 판결은 계약이행 보증사건에서, '이득 요건'의 법리를 정면으로 설시하였다. 즉, '본인에게 손해를 가하였다고 할지라도 행위자 또는 제3자가 재산상 이익을 취득한 사실이 있어야만 배임죄가 성립한다'고 판시한 것을 넘어서, 이득 요건에 대해서 '총체적으로 보아 행위자 또는 제3자의 재산 상태에 이익을 얻는 경우, 즉 행위자나 제3자의 전체적 재산가치의 증가를 가져오는 것'을 말한다고 분명히 하였다.

배임죄 성립이 다투어지는 사안들인 부동산이중매매, 대물변제예약위반, 약속어음발행교부, 동산이중매매 등에서 배임죄의 주체 여부, 즉 '타인의 사무를 처리하는 자인지 여부'에 대한 판단에 집중하였을 뿐이었지만, 위 사안들에서도 '이득 요건'에 따른 검토가 필요하고 그 판단의 명확성 측면에서도 유용하다.

결론적으로 (i) 통상 '취득하여'는 '취득함으로 인하여'와 같이 인과관계도 포함되는 것으로 해석되거나, (ii) 최소한 재산상 이익을 취득한다는 것과 본인에게 손해를 가한다는 것 등 두 가지 요건이 병렬적으로 모두 요구된다고 보아야 할 것이다. 또한 법문에 따라 (iii) 재산상 이익을 취득하는 것이 본인에게 손해를 가한다는 것과 '동시 또는 그 이전'에 발생되어야 한다고 새길 수밖에 없다. 이것이 자연적인 문언해석이며, 죄형법정주의에 부합하는 해석이라고 할 수 있다. 이러한 이득 요건에 관한 법리에 의하여 판단한다면, 부동산이중매매 등 쟁점사안에서, 대부분 배임죄의 성립을 인정하기 어렵게 된다.

【Abstract】

'Obtaining a pecuniary advantage' requirement for establishing the crime of Breach of Trust

Seung-Ki Shin, Beom-Jun Kim
(Attorney at Law, Jipyong LLC Busan office)

Korean Criminal Act rules the Embezzlement and Breach of Trust as follows. Article 355 (Embezzlement and Breach of Trust) (2) a person who, administering another person's business, obtains a pecuniary advantage or causes a third person to do so from another person in violation of one's duty, thereby causing loss to such person, shall be punished.

It should be noted here that, unlike Japan, Korean Criminal Act defines the "obtaining a pecuniary advantage or causing a third person to do so from another person" requirement as one of the objective compositional requirements. This should be viewed as a legislator's consideration to prevent the courts from finding the accused guilty of Breach of Trust in too many cases. Nevertheless, this "obtaining a pecuniary advantage or causing a third person to do so from another person" requirement has long been overlooked in our practice and academia.

To conclude, (i) 'obtaining a pecuniary advantage from another person, thereby causing loss to such person' can be understood as showing the causal relationship between obtaining a pecuniary advantage

and causing loss to another person, or (ii) at least both obtaining a pecuniary advantage and causing loss to another person happening in parallel are required for finding somebody guilty of Breach of Trust because only causing loss to another person is not enough for finding somebody guilty of the crime. Also, the law rules that for Breach of Trust, (iii) obtaining a pecuniary advantage must occur at the same time or earlier than causing loss to another person. This is the literal interpretation of Article 355, which is consistent with 'Nulla Poena Sine Lege'. Judging from the requirement of obtaining a pecuniary advantage for sentencing Breach of Trust, it would be not easy for the court to find against the accused in Breach of Trust cases recently on debate for the establishment of the crime.

주제어(Keyword) : 배임죄(Breach of Trust), 이득 요건(Obtaining a pecuniary advantage), 손해)(Loss), 객관적 구성요건(Objective compositional requirements), 죄형법정주의(Nulla Poena Sine Lege)