

## ■ 최신 판례 ■

## 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 및 형법상 배임죄의 성립요건을 엄격하게 해석한 사례

[대상판결: 대법원 2015. 9. 10. 선고 2014도12619 판결, 대법원 2015. 9. 10. 선고 2015도6745 판결]

배성진 변호사 | 이해원 변호사 | 임미경 변호사

### 1. 사안의 개요

#### 가. 대법원 2014도12619 사건

- ① A가 실질적으로 소유하고 있는 P회사는 2006년경 일본 동경에서 빌딩을 매입하면서 B은행으로부터 총 39억 5,000만 엔의 매입자금 대출을 받았고, C회사가 위 대출금채무를 연대보증함.
- ② 제1심 및 항소심은 A가 C로 하여금 P의 대출채무에 연대보증하게 한 것은 업무상 배임이고, C의 연대보증으로 인한 손해액은 대출원리금 상당액 전액이므로, 특경(배임)<sup>1</sup> 인정

#### 나. 대법원 2015도6745 사건

<sup>1</sup> 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조 (특정재산범죄의 가중처벌)

① 「형법」 제347조(사기), 제350조(공갈), 제351조(제347조 및 제350조의 상습범만 해당한다), 제355조(횡령·배임) 또는 제356조(업무상의 횡령과 배임)의 죄를 범한 사람은 그 범죄행위로 인하여 취득하거나 제3자로 하여금 취득하게 한 재물 또는 재산상 이익의 가액(이하 이 조에서 "이득액"이라 한다)이 5억 원 이상일 때에는 다음 각 호의 구분에 따라 가중처벌한다.

1. 이득액이 50억 원 이상일 때: 무기 또는 5년 이상의 징역

- ① A은행 봉은사로 지점장 甲은 실적을 높이고 거래업체로부터 뒷돈을 받기 위해 비정상적으로 10억 원의 물품대금 지급보증서를 발급해 乙회사에 넘김.
- ② 제1심 및 항소심은 甲이 A은행에 10억 원의 재산상 손해를 가했다고 보아 특경(배임)<sup>2</sup>을 인정

## 2. 대법원의 판결 요지

### 가. 대법원 2014도12619 사건

“형법 제355조 제2항의 배임죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위로서 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가함으로써 성립하고, 형법 제356조의 업무상 배임죄는 업무상의 임무에 위배하여 제355조 제2항의 죄를 범한 때에 성립하는데, 취득한 재산상 이익의 가액이 얼마인지는 범죄의 성립에 영향을 미치지 아니한다. 반면 배임 또는 업무상 배임으로 인한 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조 위반죄는 취득한 재산상 이익의 가액(이하 ‘이득액’이라 한다)이 5억 원 이상 또는 50억 원 이상이라는 것이 범죄구성요건의 일부로 되어 있고 이득액에 따라 형벌도 매우 가중되어 있으므로, 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조를 적용함에 있어서는 취득한 이득액을 엄격하고 신중하게 산정함으로써, 범죄와 형벌 사이에 적절한 균형이 이루어져야 한다는 죄형균형

<sup>2</sup> 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조(특정재산범죄의 가중처벌)

① 「형법」 제347조(사기), 제350조(공갈), 제351조(제347조 및 제350조의 상습범만 해당한다), 제355조(횡령·배임) 또는 제356조(업무상의 횡령과 배임)의 죄를 범한 사람은 그 범죄행위로 인하여 취득하거나 제3자로 하여금 취득하게 한 재물 또는 재산상 이익의 가액(이하 이 조에서 “이득액”이라 한다)이 5억 원 이상일 때에는 다음 각 호의 구분에 따라 가중처벌한다.

2. 이득액이 5억 원 이상 50억 원 미만일 때: 3년 이상의 유기징역

원칙이나, 형벌은 책임에 기초하고 그 책임에 비례하여야 한다는 책임주의 원칙이 훼손되지 않도록 유의하여야 한다(대법원 2007. 4. 19. 선고 2005도7288 전원합의체 판결 등 참조). 따라서 업무상 배임으로 취득한 재산상 이익이 있더라도 그 가액을 구체적으로 산정할 수 없는 경우에는, 재산상 이익의 가액을 기준으로 가중 처벌하는 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조를 적용할 수 없다(대법원 2012. 8. 30. 선고 2012도5220 판결 등 참조)."

→ P회사가 연대보증 당시 이미 채무변제능력을 상실하였다거나, 자력으로 대출금 채무를 변제할 수 없어 C가 연대보증채무를 현실적으로 이행할 수밖에 없는 상황에 있었다거나 그러한 상황이 발생할 상당한 개연성이 있다고 보이지 않는 점, 연대보증으로 인하여 C가 부담하게 된 위험이 결과적으로 현실화되지 않은 점 등을 고려하여 이 사건은 배임행위로 인하여 취득한 재산상 이익의 가액을 산정할 수 없는 경우에 해당한다고 보아야 한다고 판시함.

#### 나. 대법원 2015도6745 사건

"업무상배임죄는 업무상 타인의 사무를 처리하는 자가 임무에 위배하는 행위를 하고 그러한 임무위배행위로 인하여 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 재산상의 손해를 가한 때 성립하는바, 여기서 재산상의 손해에는 현실적인 손해가 발생한 경우뿐만 아니라 재산상 실해 발생의 위험을 초래한 경우도 포함되고, 재산상 손해의 유무에 대한 판단은 법률적 판단에 의하지 않고 경제적 관점에서 파악하여야 한다(대법원 1995. 11. 21. 선고 94도1375 판결 등 참조). 그런데 재산상 손해가 발생하였다고 평가될 수 있는 재산상 실해 발생의 위험이라 함은 본인에게 손해가 발생할 막연한 위험이 있는 것만으로는 부족하고 경제적인 관점에서 보아 본인에게 손해가 발생한 것과 같은 정도로 구체적인 위험이 있는 경우를 의미한다(대법원 2008. 6. 19. 선고 2006도4876 전원합의체 판결 등 참조). 따라서 재산상 실해 발생의 위험은 구체적·현실적인 위험이 야기된 정도에 이르러야 하고 단지 막연한 가능성이 있다는 정도로는 부족하다(대법원 2012. 11. 29. 선고 2012도10139 판결 참조)."

→ 甲이 A은행을 대리하여 乙이 丙에게 장래에 부담하게 될 물품대금채무에 지급보증을 하였더라도, 丙이 乙과 거래를 개시하지도 않았고, 이에 따라 지급보증의 대상인 물품대금 채무 자체가 현실적으로 발생하지 않은 이상, A은행에게 경제적 관점에서 손해가 발생한 것과 같은 정도로 구체적인 위험이 발생하였다고 평가할 수 없다고 판시함.

### 3. 판결의 검토

최근 대법원은 배임죄의 성부를 엄격하게 판단하는 경향이 있습니다. 예컨대 대법원은 2011년 전원합의체 판결로 동산의 이중양도의 경우 배임죄가 성립하지 않는다고 판시하여 판례를 변경한 바 있습니다(대법원 2011. 1. 20. 선고 2008도10479 전원합의체 판결). 또한 채권 담보 목적으로 부동산에 대물변제 예약을 체결한 채무자가 그 부동산을 제3자에게 처분한 경우, 채무자가 대물변제 예약에 따라 부동산에 관한 소유권이전등기절차를 이행할 의무는 '타인의 사무'에 해당하지 않는다고 보아 배임죄가 성립하지 않는다고 판단하였습니다(대법원 2014. 8. 21. 선고 2014도3363 전원합의체 판결). 위에서 다룬 2014도12619 판결 및 2015도6745 판결 역시 이와 같은 일련의 흐름 속에 있는 판결이라고 생각됩니다. 최근 대법원은 부동산의 이중양도의 경우에도 배임죄가 성립하는지를 논의하고 있으며,<sup>3</sup> 이에 대해 조만간 전원합의체 판결이 선고될 것으로 예상됩니다.

### 4. 다운로드: [대법원 2015. 9. 10. 선고 2014도12619 판결](#), [대법원 2015. 9. 10. 선고 2015도6745 판결](#)

<sup>3</sup> 대법원 형사실무연구회 토론회, '부동산 이중매매와 배임죄', 2015년 9월 26일