

## 대 법 원

### 판 결

사 건 2006도4876 가. 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)  
나. 업무상배임  
다. 새마을금고법위반

피 고 인 피고인 1 외 5인

상 고 인 피고인들

변 호 인 변호사 정희찬(피고인 1 내지 5를 위한 국선)  
변호사 류용현(피고인 6을 위하여)  
법무법인 바른(피고인 1을 위하여)  
담당변호사 정인진

원 심 판 결 서울고등법원 2006. 7. 6. 선고 2005노2497 판결

판 결 선 고 2008. 6. 19.

### 주 문

원심판결 중 피고인 1, 피고인 2에 대한 부분과 피고인 6에 대한 유죄 부분을 각 파기하고, 이 부분을 서울고등법원에 환송한다.

피고인 3, 피고인 4, 피고인 5의 상고를 모두 기각한다.

## 이 유

상고이유를 판단한다.

### 1. 대출로 인한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임) 등의 점에 관하여

가. 동일인 대출한도 초과대출 행위로 인한 업무상배임 및 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임) 부분

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, 임무위배행위가 있다고 하여 본인에게 재산상 손해가 당연히 발생하지는 아니하므로 임무위배행위와는 별도로 재산상 손해의 발생여부를 판단하여야 한다. 이 재산상의 손해에는 현실적인 손해가 발생한 경우뿐만 아니라 재산상 실해 발생의 위험을 초래한 경우도 포함되고, 재산상 손해의 유무에 대한 판단은 법률적 판단에 의하지 아니하고 경제적 관점에서 파악하여야 한다(대법원 1997. 5. 30. 선고 95도531 판결, 대법원 2000. 2. 11. 선고 99도2983 판결, 대법원 2004. 4. 9. 선고 2004도771 판결, 대법원 2005. 4. 15. 선고 2004도7053 판결 등 참조).

따라서 금융기관의 임·직원이 대출규정을 위반하여 대출함으로써 그 임무에 위배되는 행위를 하였다고 하더라도 그 대출행위를 업무상배임죄로 처벌하려면 그로 인하여 금융기관에 현실적인 손해가 발생하였거나 재산상 실해 발생의 위험, 즉 경제적 관점에서 재산상 손해가 발생한 것과 사실상 같다고 평가될 정도의 위험이 발생하였다고 판단되어야 한다.

그런데, 구 새마을금고법(2007. 5. 25. 법률 제8485호로 개정되기 전의 것, 이하 같

다) 제26조의2 제1항은 "금고의 동일인에 대한 대출은 출자금총액과 적립금 합계액의 100분의 20 또는 총자산의 100분의 1 중 큰 금액을 초과하지 못한다. 다만, 주무부 장관이 정하는 기준에 따라 연합회장의 승인을 얻은 경우에는 그러하지 아니하다." 라고 규정하고 있고, 같은 법 제66조 제2항 제1호에서는 새마을금고의 임·직원이 위 규정에 위반하여 동일인 대출한도를 초과하여 대출한 때에는 형사 처벌하도록 규정하고 있다. 이렇게 구 새마을금고법에서 동일인에 대한 대출한도를 정하고 이를 초과하여 대출한 임·직원을 처벌하는 규정을 둔 취지는 국민의 자주적 협동조직을 바탕으로 우리나라 고유의 상부상조 정신에 입각하여 자금 조성과 그 이용, 회원의 경제적·사회적·문화적 지위 향상 등을 목적으로 설립된 새마을금고가 특정 소수 대출채무자에게 과도하게 편중 대출하는 것을 규제하여 회원들에게 골고루 대출이 이루어질 수 있도록 함으로써 회원 대다수에게 대출 혜택을 부여함과 아울러 대출채무자에 대하여 통상의 대출한도를 미리 정함으로써 대출 당시에는 대출채무자의 변제능력이나 자력에 별다른 문제가 없더라도 향후 사정변경으로 그 대출금의 회수가 곤란해지는 경우 등을 고려하여 새마을금고의 재정 부실화 가능성을 낮추어 새마을금고의 자산 건전성을 확보·유지하고자 하는 데 있는 것이다.

이와 같이 새마을금고의 동일인 대출한도 제한규정은 새마을금고 자체의 적정한 운영을 위하여 마련된 것이지 대출채무자의 신용도를 평가해서 대출채권의 회수가능성을 직접적으로 고려하여 만들어진 것은 아니므로 동일인 대출한도를 초과하였다는 사실만으로 곧바로 대출채권을 회수하지 못하게 될 위험이 생겼다고 볼 수 없다. 그리고 구 새마을금고법상 비회원에 대한 대출도 가능하고(법 제27조), 새마을금고연합회장의 승인을 얻은 경우에는 동일인에 대하여 대출한도를 초과하여 대출하는 것도

가능한 점(법 제26조의2)에 비추어 보면 동일인 대출한도를 초과하였다는 사실만으로는 다른 회원들에 대한 대출을 곤란하게 하여 새마을금고의 적정한 자산운용에 장애를 초래한다는 등 어떠한 위험이 발생하였다고 단정할 수도 없다.

따라서 동일인 대출한도를 초과하여 대출함으로써 구 새마을금고법을 위반하였다고 하더라도, 대출한도 제한규정 위반으로 처벌함은 별론으로 하고, 그 사실만으로 특별한 사정이 없는 한 업무상배임죄가 성립한다고 할 수 없고, 일반적으로 이러한 동일인 대출한도 초과대출이라는 임무위배의 점에 더하여 대출 당시의 대출채무자의 재무상태, 다른 금융기관으로부터의 차입금, 기타 채무를 포함한 전반적인 금융거래 상황, 사업현황 및 전망과 대출금의 용도, 소요기간 등에 비추어 볼 때 채무상환능력이 부족하거나 제공된 담보의 경제적 가치가 부실해서 대출채권의 회수에 문제가 있는 것으로 판단되는 경우에 재산상 손해가 발생하였다고 보아 업무상배임죄가 성립한다고 하여야 할 것이다.

이와 달리 대법원 2003. 5. 16. 선고 2002도2030 판결, 대법원 2004. 8. 20. 선고 2004도3926 판결, 대법원 2004. 11. 25. 선고 2004도5332 판결, 대법원 2006. 7. 28. 선고 2005도6586 판결 등에서, 대법원이 새마을금고의 임·직원이 단순히 동일인 대출한도를 초과하여 대출하였다는 사정을 근거로 하여 대출금에 대한 회수 가능 여부나 담보의 적정 여부 등을 따져보지 아니한 채 당해 새마을금고에 재산상 손해를 가한 것이라고 판시한 의견은 이 판결로써 변경하기로 한다.

그렇다면, 피고인 1, 피고인 2, 피고인 6의 대출행위가 대출관련 규정에 위반하여 동일인 대출한도를 초과하였다는 사실만을 인정한 후 바로 업무상배임죄 또는 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)죄를 인정한 원심판결에는 업무상배임죄 또

는 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)죄의 법리를 오해한 위법이 있다.

그러므로 이 부분을 지적하는 피고인 1, 피고인 6의 상고이유의 주장은 이유 있고, 위 피고인들과 공범인 피고인 2의 경우에도 이와 같은 파기 사유가 공통되므로 원심 판결 중 피고인 2에 대한 부분도 그대로 유지될 수 없다.

#### 나. 새마을금고법위반 부분

(1) 구 새마을금고법 제66조에서 규정하고 있는 범행의 주체인 새마을금고의 직원이라 함은 임명권자인 새마을금고 이사장이 임명한 간부 또는 일반 직원을 모두 포함하는 것이고, 임명권자인 이사장에 의하여 임명된 이상 그 간부 직원이 자격요건인 전형시험에 합격한 사실이 없다고 하여도 달리 볼 것은 아니다.

같은 취지에서, (이름생략) 새마을금고의 상무인 피고인 2가 새마을금고법위반죄의 주체에 해당한다고 본 원심의 판단은 정당하고, 거기에 새마을금고법위반죄에 관한 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

(2) 피고인 6의 새마을금고법위반 부분에 대한 상고이유의 요지는 결국 사실심인 원심의 전권에 속하는 증거의 취사선택과 사실의 인정을 탓하는 것에 불과하여 적법한 상고이유가 되지 못한다.

## 2. 대출금 상각 처리 등으로 인한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점에 관하여

가. 배임죄에서 말하는 임무위배행위는 처리하는 사무의 내용, 성질 등 구체적 상황에 비추어 법령의 규정, 계약 내용 또는 신의성실의 원칙상 당연히 하여야 할 것으로 기대되는 행위를 하지 않거나 당연히 하지 않아야 할 것으로 기대되는 행위를 함으로써 본인과 맺은 신임관계를 저버리는 일체의 행위를 말하고(대법원 1994. 9.

9. 선고 94도902 판결, 대법원 2004. 7. 9. 선고 2004도810 판결 등 참조), 직장 상사의 범법행위에 가담한 부하가 상사와 직무상 지휘·복종관계에 있다 하여 범법행위에 가담하지 않을 기대가능성이 없다고 할 수 없다(대법원 1999. 7. 23. 선고 99도1911 판결 참조).

같은 취지에서, (이름생략) 새마을금고의 이사장인 피고인 1, 이사인 피고인 3, 피고인 4, 피고인 5가 피고인 1 및 그의 아버지 공소외 1 소유의 부동산을 담보로 한 이 사건 대출금원금을 상각 처리하고 이자를 감면한 행위가 새마을금고의 임원들인 위 피고인들의 임무에 위배하는 행위라고 인정하고, 이에 가담한 (이름생략) 새마을금고의 부장인 피고인 2의 행위에 대하여 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)죄를 인정한 원심의 판단은 수긍할 수 있고, 거기에 배임죄에 있어서의 임무위배 행위 및 기대가능성에 관한 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

나. 피고인 1, 피고인 3, 피고인 4, 피고인 5의 이 부분 나머지 상고이유의 요지는 결국 사실심인 원심의 전권에 속하는 증거의 취사선택과 사실의 인정을 탓하는 것에 불과하여 적법한 상고이유가 되지 못한다.

### 3. 결론

그러므로 원심판결 중 피고인 1, 피고인 2, 피고인 6의 동일인 대출한도 초과대출로 인한 업무상배임죄 및 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)죄 부분은 위와 같은 파기사유가 있고, 원심은 피고인 1, 피고인 2, 피고인 6에 대하여 이 부분과 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있는 나머지 범죄사실에 대하여 하나의 형을 선고하였으므로 원심판결 중 피고인 1, 피고인 2에 대한 부분과 피고인 6에 대한 유죄부분을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로

하고, 피고인 3, 피고인 4, 피고인 5의 상고를 각 기각하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

이 판결에는 위 1.의 가.항 동일인 대출한도 초과대출 행위로 인한 업무상배임 및 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임) 부분의 판단에 관하여 대법관 고현철, 대법관 김황식, 대법관 김능환, 대법관 차한성의 별개의견이 있는 외에 관여 법관의 의견이 일치되었고, 다수의견에 대하여는 대법관 안대희의 보충의견이 있다.

#### 4. 대법관 고현철, 대법관 김황식, 대법관 김능환, 대법관 차한성의 별개의견

우리는, 새마을금고의 임·직원이 동일인 대출한도를 초과하여 대출하였다면, 이는 법률에 위반한 부당한 대출로서 새마을금고에 재산상 손해를 가한 경우에 해당하여 업무상배임죄가 성립하고, 다만 그 재산상 손해는 가액을 산정할 수 없는 것이라고 봄이 옳다고 생각한다. 따라서 원심판결 중 피고인 1, 피고인 2, 피고인 6의 동일인 대출한도 초과대출로 인한 업무상배임 또는 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임)의 점에 관한 부분은 업무상배임죄의 성립을 인정한 점에서는 옳지만 그 가액 산정은 위법하므로 이를 이유로 파기되어야 한다. 우리가 다수의견과 견해를 달리 하여 이와 같이 보는 이유는 다음과 같다.

가. 업무상배임죄는 업무상 타인의 사무를 처리하는 자가 임무위배행위로 인하여 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하고 이로 인하여 본인에게 재산상의 손해를 가함으로써 성립하는바, 여기서의 '재산상의 손해'란 경제적 관점에서 보아 본인의 전체재산, 즉 총재산가치가 감소되는 것을 의미한다. 그리고 그 재산가치는 경제적으로 이를 평가하여 금액으로 산정할 수 있는 것이 원칙이지만, 그 가치를 금액으로 확정할 수 없는 것도 경제적으로 가치가 있다고 평가되는 한에

있어서는 여기의 재산에 해당하는 것으로 보아야 할 것이다. 또한 여기의 '재산상의 손해'에는 현실적인 손해가 발생한 경우뿐만 아니라 재산상 실해 발생의 위험을 초래한 경우도 포함된다.

새마을금고는 일반 금융기관과는 달리 회원들의 자주적 협동조직을 바탕으로 하여 회원 상호간의 자금의 조성과 그 이용 등을 목적으로 설립된 비영리법인이고, 그 목적 달성을 위하여 새마을금고법은 새마을금고의 업무범위를 한정하며, 그 투자한도, 자금의 차입한도, 여유자금의 운용, 동일인 대출의 한도, 적립금과 손익금의 처리, 부동산 등의 소유제한 등의 규정을 두고 있는바, 이러한 새마을금고의 특수성 내지 성격 등에 비추어 새마을금고법이 동일인에 대한 대출한도를 정하여 엄격히 규제하는 취지는, 특정 소수의 회원에게 과도하게 편중 대출하는 것을 제한하여 모든 회원에게 골고루 대출이 이루어지도록 하는 등으로 새마을금고의 자금이 그 사업 목적에 들어맞게 사용되도록 하려는 데에 있다고 할 것이다. 그럼에도 불구하고 새마을금고의 임·직원이 동일인에 대한 대출한도를 초과하여 대출하였다면, 이는 상대방에게는 한도를 초과한 대출을 받을 수 있도록 금융편의 내지 금융이익을 제공하는 것이고, 새마을금고에게는 다른 회원들에게 균등하게 대출하는 등의 사업목적에 사용할 자금을 그 한도초과대출금에 해당하는 만큼 부당하게 감소시킴으로써 그 자금이 그 목적을 위하여 사용됨을 저해하는 것이므로, 이러한 의미에서 새마을금고는 그만큼의 재산상의 손해를 입은 것이어서 업무상배임죄가 성립하며, 이 때 그 한도초과대출금의 회수가능 여부는 고려할 것이 아니다.

다수의견이 변경대상으로 삼고 있는 새마을금고의 대출한도 초과대출에 관한 대법원판결들은 바로 이러한 취지에서 나온 것이다. 그리고 이러한 법리는 대법원이 일



찍부터 일관되게 취해 온 견해이다. 즉 대법원은, 신용협동조합의 이사장이 동일인 대출한도를 초과하여 대출하거나 비조합원에게 대출한 경우에는 그 대출금의 회수 가능 여부와 관계없이 업무상배임죄가 성립하고(대법원 1984. 9. 25. 선고 84도1436 판결 등), 농업협동조합의 직원이 배급용 비료를 다른 동리조합에 추가할당하거나 농협소지부의 지시에 따라 처리하지 아니하고 스스로 배급받은 것처럼 처리한 경우에도 업무상배임죄가 성립하고(대법원 1965. 10. 15. 선고 65도742 판결), 정부양곡의 수매·가공·보관·방출 등의 업무를 보조하던 군청직원이 곡가조절용 정부양곡을 소정의 목적 외의 용도에 자의로 방출한 경우에는 그 대금 전액이 국고에 납입된 여부에 불구하고 업무상배임죄가 성립하고(대법원 1975. 11. 25. 선고 73도1881 판결), 정부가 관리하는 양돈용 사료의 적정한 배급을 위하여 그 관할구역내의 양돈수를 군수에게 조사·보고하는 임무를 맡은 공무원이 허위보고를 하여 양돈농가 이외의 자에게 사료가 배정되게 한 경우에는 그 대금의 납입 여부에 불구하고 업무상배임죄가 성립하며(대법원 1978. 8. 22. 선고 78도958 판결 및 대법원 1982. 9. 14. 선고 81도2024 판결), 적격 중소기업 등에 저리로 용자되도록 용도가 법정되어 있는 중소기업진흥기금이 부적격업체에게 부당하게 지출되도록 한 경우에는 그 대출금의 회수가 사실상 보장된다고 하더라도 업무상배임죄가 성립한다(대법원 1997. 10. 24. 선고 97도2042 판결)고 보았다.

그런데 다수의견은, 단순히 새마을금고의 동일인 대출한도를 초과하여 대출하였다는 것만으로는 업무상배임죄가 성립하지 아니하고, 그 대출금을 회수하지 못할 위험이 생기거나 다른 회원들에 대한 대출을 곤란하게 하여 새마을금고의 적정한 자산운용에 장애를 초래하는 등의 위험이 발생하였다고 볼 수 있어야만 비로소 업무상배임

죄가 성립한다는 취지인바, 이러한 다수의견은 앞에서 본 대법원판결들의 판시와 조화되지 아니한다고 할 것이다.

나. 한편, 업무상배임죄의 성립요건으로서의 '재산상 손해'에는 현실적인 손해가 발생한 경우뿐만 아니라 재산상 실해 발생의 위험을 초래한 경우도 포함된다. 그리하여 대법원은, "배임죄는 위태범이므로 현실적으로 재산상의 손해액이 확정될 수 있을 필요로 하지 아니하고 재산상 권리의 실행을 불가능케 할 염려 있는 상태 또는 손해발생의 위험을 발생하게 하는 경우에도 배임죄는 성립된다"(대법원 1975. 12. 23. 선고 74도2215 판결)거나 "배임죄에 있어서는 현실적인 재산상 손해액이 확정될 필요가 없고, 재산상 권리의 실행을 불가능하게 할 염려 있는 상태 또는 손해발생의 위험이 있는 경우에 성립되는 위태범이므로 피고인이 그 임무에 위배하여 부정대출행위에 관여하였을 때에는 그 대출금 전액에 대하여 배임죄가 성립한다"(대법원 1989. 4. 11. 선고 88도1247 판결)고 판시한 바 있다.

이러한 취지에 비추어 볼 때, 새마을금고의 자금을 회원들에게 균등하게 대출하는 등의 사업목적에 부합되게 사용하는 것을 재산적 가치에 포함되는 것으로 보는 이상, 동일인 대출한도를 초과한 대출을 하였다면, 이로써 그 자금이 목적사업에 사용되는 것이 저해되었거나 저해될 위험이 초래된 것이고, 따라서 재산상 손해가 발생한 것으로 보아야 할 것이다.

그런데 다수의견은 새마을금고의 동일인 대출한도를 초과하여 대출하였더라도 그 대출금을 회수하지 못하게 될 위험이 생기거나 다른 회원들에 대한 대출을 곤란하게 하여 새마을금고의 적정한 자산운용에 장애를 초래하는 등의 위험이 발생하였다고 볼 수 있어야만 비로소 업무상배임죄가 성립한다고 보고 있으나, 이는 배임죄를 위

태범으로 보는 대법원판결들과 다른 취지로서 타당하다고 여겨지지 아니한다.

다. 결국, 새마을금고의 사업 목적을 비롯하여 자금의 조성과 이용 등이 법령에 의하여 엄격히 제한되어 있고 비영리법인으로서의 성격을 그대로 유지하고 있는 이상, 새마을금고의 자산규모가 커졌다거나 비회원에 대한 대출이 허용되기에 이르렀다는 등의 사정변경이 생겼다고 하여 동일인 대출한도를 제한하는 규정의 취지 또는 그 제한을 초과한 대출의 법률적 성격이나 평가가 달라져야 하는 것이라고는 할 수 없다.

그리고 배임죄를 위태범으로 보는 대법원판결들의 견해를 유지하는 한에 있어서는, 새마을금고가 다른 회원들에 대한 대출 등 사업목적의 달성에 지장을 받는 것을 재산상 손해가 발생한 경우에 해당하는 것으로 보는 이상, 그리고 그 재산상 손해에 재산상 실해 발생의 위험이 초래된 경우가 포함된다고 보는 이상, 새마을금고의 임·직원이 법령의 규정에 위반하여 동일인 대출한도를 초과하여 대출을 하였다면 그 때에 이미 다른 회원들에 대한 대출 등 법령상 제한되어 있는 새마을금고의 자금 조성 및 운용 목적의 실현에 위험이 초래된 것이고, 이는 재산상 실해 발생의 위험이 초래된 경우에 해당하여 재산상 손해가 발생한 것이며, 따라서 업무상 배임죄가 성립하는 것으로 보아야 할 것이다. 이러한 취지의 종전의 대법원판결들의 견해는 그대로 유지되어야 하고, 변경할 것이 아니다.

다만, 앞에서 이미 살펴 본 바와 같이, 동일인 대출한도를 초과한 대출을 한 경우에 상대방이 얻는 이익은 그 대출금 자체가 아니라 한도대출의 기회를 제공받은 금융이익이고, 새마을금고가 입는 손해는 그 자금조성 및 운용 목적의 실현이 저해되는 등으로 위험이 초래되었다는 것이며, 이는 재산상의 이익이나 손해에 해당하지만

가액을 산정할 수 없는 것이라고 봄이 상당하다고 할 것이다. 새마을금고의 동일한 대출한도 초과대출에 관한 종래의 대법원판결들은 오히려 이와 저촉되는 한도 내에서 변경되어야 할 것이다.

라. 이러한 법리에 따라 원심판결의 이유를 기록에 비추어 살펴보면, 원심이 피고인 1, 피고인 2, 피고인 6의 이 부분 판시 각 동일인 한도를 초과한 대출이 업무상배임죄에 해당한다고 본 조치는 옳고, 거기에 법리오해 등의 위법이 있다고 볼 것은 아니다. 그러나 원심이 동일인 한도를 초과한 대출금 그 자체가 상대방이 얻은 이익이자 새마을금고가 입은 손해액이라는 전제 아래, 그 금액 전부에 대하여 업무상배임죄의 죄책을 인정하거나 그 이익의 가액 합계가 5억 원 이상이라고 보아 위 피고인들의 이 부분 판시 범죄사실을 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조 제1항 제2호로 의율한 조치는 동일인 대출한도를 초과한 대출로 인한 업무상배임죄에 있어서의 이익액 또는 손해액에 관한 법리를 오해한 것이고, 이는 판결 결과에 영향을 미쳤음이 분명하다. 따라서 이 부분에 관한 원심판결은 이러한 이유로 파기되어야 한다.

우리는 이상과 같은 이유로 이 부분의 원심판결이 파기되어야 한다는 결론에 있어서는 다수의견과 같지만, 원심판결을 파기하는 이유에 있어서는 다수의견과 견해를 달리 하므로, 별개의견으로 이를 밝혀 둔다.

#### 5. 대법관 안대희의 다수의견에 대한 보충의견

가. 형사법의 대원칙인 죄형법정주의는 국민의 법적 안정성을 보호하고 국민에게 예측가능성을 보장하여 국가 형벌권의 자의적 행사로부터 국민의 자유와 권리를 보장하려는 법치국가적 형법의 기본원칙으로서 그 내용의 하나인 명확성의 원칙은 형

벌법규의 해석은 가능한 한 엄격하게 하여야 한다는 법률해석의 원리라고도 할 수 있다. 그런데, 배임죄는 타인의 사무를 처리하는 자의 임무위배행위와 이로 인하여 "본인에 재산상 손해를 가할 것"을 구성요건으로 하는바, 새마을금고 임·직원의 동일인 대출한도 초과 대출행위를 배임죄로 처벌하는 경우에 단순히 그 초과대출행위가 있었다는 사실만으로 다른 회원들의 대출기회를 박탈하는 등의 재산상 손해가 발생하였다고 보고 본인에 대한 재산상 손해 발생의 위험성을 따져보지 않는다면, 이는 대출한도초과의 임무위배행위만으로 손해 발생과 관계없이 배임죄가 성립된다는 것이나 마찬가지로 볼 여지가 있어 죄형법정주의의 원칙에 반할 우려가 있다.

또한 대출한도를 초과한 금액 전부를 손해로 본 기존 대법원의 견해에 의하면 실제 대출채무의 상환 가능 여부 등과 상관없이 대출액이 크다는 이유만으로 가액에 따라 형벌이 가중된 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)죄가 쉽게 인정되어 범죄와 형벌 사이에 적정한 균형이 이루어져야 한다는 죄형균형 원칙이나 형벌은 책임에 기초하고 그 책임에 비례하여야 한다는 책임주의 원칙에 어긋나는 과도한 형벌을 과하게 되는 결과를 초래한다.

나. 별개의견에 의하면, 새마을금고의 임·직원이 법령의 규정에 위반하여 동일인 대출한도를 초과하여 대출을 한 것만으로도 이미 다른 회원들에 대한 대출 등 법령상 제한되어 있는 새마을금고의 자금조성 및 운용 목적의 실현에 위험이 초래된 것이고, 이는 재산상 실해 발생의 위험이 초래된 경우에 해당하여 재산상 손해가 발생한 것이라고 한다.

물론, 새마을금고법이 제정될 당시에는 새마을금고의 규모가 영세하였을 뿐만 아니라 비회원에게 대한 대출이 허용되지 않을 정도로 회원들의 대출수요도 커서 동일인

대출한도를 초과한 사실만으로도 다른 회원들에 대한 대출이 곤란해지는 등의 위험이 발생하였다고 볼 여지가 있었다.

그러나 이러한 위험이 배임죄에 있어서 말하는 손해에 해당하는지는 별론으로 하고 현 시점에 있어서는 경제발전에 따라 과거에 비하여 새마을금고의 자산규모가 커졌을 뿐만 아니라 회원들의 대출수요도 과거와는 달리 새마을금고의 운용 가능한 자산에 미치지 못함에 따라 새마을금고의 적정한 운영을 위하여 대출자격을 회원으로 제한하였던 종전 법령 규정을 개정하여 1997. 12. 17. 법률 제5462호로 개정된 새마을금고법에서는 비회원에 대하여도 대출할 수 있도록 하였고, 새마을금고연합회장의 승인을 받은 경우에는 동일인 대출한도를 초과한 대출도 가능한 점 등을 고려하면 대출한도를 초과하여 대출이 이루어졌다는 사정만으로 대출한도를 초과한 대출이 다른 회원들에 대한 대출 등 법령상 제한되어 있는 새마을금고의 자금조성 및 운용 목적의 실현에 어떠한 위험이 발생하였다고 단정할 수는 없다. 그리고 이러한 위험에 대하여는 2005. 8. 4. 법률 제7658호로 개정된 새마을금고법에서 개별적 처벌조항을 신설하여 처벌하고 있으므로 굳이 배임죄에서 손해의 의미를 확대하여 행정형벌의 규정과 중복된 사항을 배임죄로 포섭할 만한 해석의 이유도 없다고 하겠다.

다. 별개의견은 다수의견이 종래 배임죄를 위태범으로 보아 온 대법원판결들과는 다른 취지라고 한다.

그렇지만 다수의견 역시 배임죄의 성립요건인 '재산상의 손해'에는 현실적인 손해가 발생한 경우뿐만 아니라 재산상 실해 발생의 위험을 초래한 경우도 포함된다는 것에 이론이 없다. 그리고 별개의견이 들고 있는 대법원 1975. 12. 23. 선고 74도 2215 판결이나 대법원 1989. 4. 11. 선고 88도1247 판결 등은 배임죄는 위태범이므

로 재산상 손해 발생의 위험이 있는 경우에도 성립한다는 점을 판시한 것이지 임무 위배행위가 있는 경우에는 당연히 재산상 손해발생의 위험이 생긴다고 판시한 것은 아니다.

다수의견은 배임죄에 있어서 사무처리자의 임무위배행위와 본인에 대한 재산상 손해의 발생이 대등한 구성요건요소이고 임무위배행위가 있다고 하여 본인에게 재산상 손해가 당연히 발생하는 것은 아니므로 임무위배행위와는 별도로 재산상 손해의 발생여부를 판단하여야 한다는 것이다. 즉 배임죄가 위태범이라고 하여 임무위배행위가 있는 경우에는 당연히 재산상 손해발생의 위험이 생겼다고 인정할 수는 없고, 문제가 된 구체적인 행위 유형 또는 거래 유형 및 보호법익 등을 종합적으로 고려하여 개별적으로 임무위배행위와는 별도로 경제적·실질적 관점에서 손해발생의 위험성을 판단하여야 한다는 것이다.

결국 다수의견은 임무위배행위와는 별도로 재산상 손해를 범죄구성요건으로 한 배임죄의 법률적 의미를 재확인한 것이므로 배임죄에 있어서 재산상 손해에 관한 종전 대법원판결의 견해와 배치된다고 할 수 없다.

라. 형법은 어떤 행위가 범죄이고 그 범죄에 대한 법률효과로 어떤 형벌을 과할 것을 규정하는 국가의 기본법으로서 사회의 보편타당한 가치에 기준을 두고 있고, 오늘날 일반인들 사이에 있어 형법상의 범죄가 윤리적 내지 도덕적 규범의 침해라고 인식되고 있다. 따라서 그 해석에 있어서도 보편타당한 가치에 근거하여 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 일반인의 입장에서 충분히 알 수 있도록 하여야 할 것이다.

배임죄에 있어서 재산상 손해는 경제적 관점에서의 재산 총액의 감소를 말하는 것

임을 누구나 예측하고 이해할 것이나, 이 사건에서와 같이 정책적 목적으로 설정된 대출한도를 위반한다고 하여 재산상 손해가 발생하였다고 한다면 이는 보편타당한 해석이 될 수 없을뿐더러 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 일반인의 이해와 수긍을 넘는 해석이 될 수 있을 것이다.

이상과 같이 다수의견에 대한 보충의견을 밝혀둔다.

재판장      대법원장      이용훈      \_\_\_\_\_

                  대법관      고현철      \_\_\_\_\_

                  대법관      김영란      \_\_\_\_\_

                  대법관      양승태      \_\_\_\_\_

                  대법관      김황식      \_\_\_\_\_

                  대법관      박시환      \_\_\_\_\_

                  대법관      김지형      \_\_\_\_\_



대법관 이홍훈 \_\_\_\_\_

대법관 김능환 \_\_\_\_\_

대법관 전수안 \_\_\_\_\_

주 심 대법관 안대희 \_\_\_\_\_

대법관 차한성 \_\_\_\_\_