

부동산이중매매의 형사책임에 관한 최근 대법원 판례의 고찰*

A Study on the Recent Double Selling Cases of the Korean Supreme Court

김 종 구**

Kim, Jong-Goo

목 차

- | | |
|--------------------|-------------|
| I. 머리말 | IV. 비교법적 검토 |
| II. 종래 이중매매의 법적 취급 | V. 맺음말 |
| III. 최근 대법원 판례의 경향 | |

부동산이중매매에 대하여 종래 우리 대법원은 중도금까지 수령한 이후 단계에서는 매도인은 매수인에 대하여 타인의 사무를 처리하는 자의 지위에 서는 것으로 보아 배임죄의 성립을 인정해 왔다. 학계에서는 부동산이중매매에 관한 상반된 견해가 제시되고 있었다. 그 뒤 2011년 대법원은 동산이중양도에 관한 판례에서 이중양도인의 배임죄 성립을 부정했고, 부동산이중매매에 관한 대법원 판례의 변경에 관한 기대도 있었다. 이후 대법원은 대물변제예약상 채무자의 소유권이전 의무는 채무자 자신의 민사상 채무로서 ‘자기의 사무’이고 배임죄에서의 ‘타인의 사무’에 해당하지 않는다고 하여 대물변제예약 부동산 이중

투고일 : 2019. 1. 13. / 심사외뢰일 : 2019. 1. 31. / 게재확정일 : 2019. 2. 12.

* 이 논문은 2017년도 조선대학교 학술연구비의 지원을 받아 연구되었음.

** 조선대학교 법과대학 교수, 법학박사

Professor of Law, College of Law, Chosun University

매매 사례에서 배임죄 성립을 부정하는 판결을 내기도 했다.

하지만, 대법원은 2018년 5월 전원합의체판결에서 부동산매매계약에서 중도금이 지급되는 등 계약이 본격적으로 이행되는 단계에 이른 경우, 그때부터 매도인은 배임죄에서 말하는 ‘타인의 사무를 처리하는 자’에 해당하며, 그러한 지위에 있는 매도인이 매수인에게 계약 내용에 따라 부동산의 소유권을 이전해 주지 않고, 그 부동산을 제3자에게 처분하고 제3자 앞으로 그 처분에 따른 등기를 마쳐 준 때에는 배임죄가 성립한다고 보았다. 기존 대법원의 입장을 재확인한 것이다. 이제 대법원은 부동산 이중매매의 경우 배임죄 성립 입장을 견고히 하고 있으며, 동산의 경우는 부동산과 공시방법의 차이가 있다는 점을 근거로 배임죄 성립을 부정하는 입장을 취하고 있다.

본 논문에서는 부동산이중매매에 관하여 종래의 논의를 검토하면서, 2018년 대법원 판례를 중심으로 부동산이중매매에서 매도인의 형사책임을 묻는 것이 타당한가를 살펴보고, 동산이중양도와 대물변제예약 부동산 이중매매의 문제도 함께 살펴보았다.

[주제어] 부동산이중매매, 동산이중양도, 배임죄, 배신설, 에스크로

I. 머리말

부동산이중매매에 대하여 종래 우리 대법원은 중도금까지 수령한 이후 단계에서는 매도인은 매수인에 대하여 타인의 사무를 처리하는 자의 지위에 서는 것으로 보아 배임죄의 성립을 인정해 왔다.¹⁾ 학계에서는 부동산이중매매에 관하여 상반된 견해가 제시되고 있었다. 그 뒤 2011년 대법원은 동산이중양도에 관한 판례에서 이중양도인의 배임죄 성립을 부정했고,²⁾ 부동산이중매매에 관한 대법원 판례의 변경에 대한 기대도 있었다. 이후 대법원은 대물변제예약상 채무자의 소유권이전 의무는 채무자 자신의 민사상 채무로서 ‘자기의 사무’이고 배임죄에서의 ‘타인의

1) 대법원 1988. 12. 13. 선고 88도750 판결; 대법원 2008. 7. 10. 선고 2008도3766 판결 등.

2) 대법원 2011. 1. 20. 선고 2008도10479 전원합의체 판결.

사무'에 해당하지 않는다고 하여, 대물변제예약 부동산 이중매매 사례에서 배임죄 성립을 부정하는 판결을 내기도 했다.³⁾ 만약 이를 배임죄로 처벌한다면, 구성요건의 구체성이 결여된 형법상 배임죄의 처벌범위가 지나치게 확장될 위험성이 있고 단순 민사상 채무불이행과도 구별이 모호한 문제가 있어 제한적 해석이 필요하다는 것이 논거였다. 따라서 부동산 이중매매에 관한 대법원 판례의 변경 가능성이 예상되기도 했다.

하지만, 대법원은 2018년 5월 판결에서 부동산매매계약에서 중도금이 지급되는 등 계약이 본격적으로 이행되는 단계에 이른 경우, 그때부터 매도인은 배임죄에서 말하는 '타인의 사무를 처리하는 자'에 해당하며, 이러한 지위에 있는 매도인이 매수인에게 계약 내용에 따라 부동산의 소유권을 이전해 주지 않고, 그 부동산을 제3자에게 처분하고 제3자 앞으로 그 처분에 따른 등기를 마쳐 준 때에는 배임죄가 성립한다고 보았다.⁴⁾ 기존 대법원의 입장을 재확인한 것이다. 이제 대법원은 부동산 이중매매의 경우 배임죄가 성립한다는 입장을 견고히 하고 있으며, 동산의 경우는 부동산과 공시방법의 차이가 있다는 점을 근거로 배임죄의 성립을 부정하는 입장을 취하고 있다.

본 논문에서는 부동산이중매매에 관한 종래의 논의를 검토하면서, 2018년 5월의 대법원 판례를 중심으로 부동산이중매매의 매도인에게 형사책임을 묻는 것이 타당한가를 살펴보고, 동산이중양도와 대물변제예약 부동산 이중매매의 문제도 함께 살펴보고자 한다. 더불어, 이중매매의 방지에 관한 외국의 제도도 간략히 검토하고자 한다.

3) 대법원 2014. 8. 21. 선고 2014도3363 전원합의체 판결.

4) 대법원 2018. 5. 17. 선고 2017도4027 전원합의체 판결.

Ⅱ. 종래 이중매매의 법적 취급

1. 조선시대와 구민법시대

1.1 조선시대

조선시대는 이중매매의 매도인을 절도죄에 준하여 처벌하였었다. 전 통법상 대부분 이중매매는 형사처벌의 대상이었다. 대명률(大明律)에 의하면 이중매매 사례에서 전택을 이중매매한 경우 절도죄에 준하여 처벌했고, 매매대금을 추징하여 제1매수인인 원소유자에게 돌려주며, 전택은 원래 이중매매한 주인의 소유가 되도록 했다. 대명률은 제1매수인의 소유권 보호를 중시하여, 매도인은 절도죄에 준하여 처벌되었고, 제2매수인이 악의라면 매도인과 동일하게 처벌되었다. 이중매매에 관한 전통법의 입장은 사회질서 교란에 대해 매도인의 형사책임을 중하게 물었고, 제1매수인의 권리를 보호했던 것이다.⁵⁾

대한제국시대는 민사법과 형사법이 분화되어 있지 않았으며, 1905년 형법대전(刑法大全)은 형사사건뿐 아니라 및 민사사건의 근거가 되는 법이었다. 형법대전은 이중매매에 관하여 대명률과 비슷한 내용을 담고 있었으며, 전택을 이미 매도한 자가 타인에게 다시 전매한 경우 전매자가 받은 대금은 장물로 계산하여 절도죄에 준하여 논했다. 그리고 대금은 추징하여 제2매수인에게 돌려주고, 전택은 제1매수인의 소유로 하였다.⁶⁾ 형법대전의 이중매매에 관한 규율도 절도죄에 준하여 처벌한 대명

5) 이러한 설명에 대해서는 이준현, “일제 강점 초기 朝鮮高等法院에 의한 不動産 二重賣買・二重典當의 법적처리”, 법사학연구 제28권, 한국법사학회, 2003, 95쪽 이하 참조

6) 刑法大全 第六百三十六條 “田宅을 已行典賣한 者가 他人에게 再行典賣한 者는 所得한 價 錢으로 計贓하여 第六百條 准竊盜律로 論호되 價 錢은 追徵하여 後典買者에게 還付하고 田宅은 先典買者에게 歸함이라 但 後典買者와 牙保가 知情하였거든 典賣者와 同罪하고 價 錢은 追徵하여 沒入함이라.” 형법대전과 이중매매에 관해서는 이영록, “광무건양기 부동산 이중매매 및 이중전당에 관한 연구 - 고등재판소 및 평리원 판결을

를과 거의 유사했던 것이다.

전통적으로 우리나라에서는 부동산이중매매에 대하여 형사책임을 인정해 왔다. 전통법상 대부분 이중매매가 절도죄에 준하는 형사범죄로 다스려져 왔던 것이다. 그러나, 이 시기는 민사책임과 형사책임의 분화가 명확하지 않았던 때이므로, 부동산이중매매에서 민사책임이 아니라 형사책임이 강조되었던 사실을 근래의 부동산이중매매에서 형사책임 인정의 근거로 거론하는 것은 적절치 않은 면이 있다.

1.2 현행민법 시행전

일제 강점기하에 일본민법이 의용되었던 구민법 시대에는 물권변동의 방식과 관련하여 의사주의 또는 대항요건주의를 취하고 있었으므로 등기이전 전이라도 부동산 소유권이 매수인에게 이전될 수 있다. 따라서 부동산이중매매 사안에서 매도인은 횡령죄의 죄책이 인정되었다. 당시의 판례도, 구민법상 의사주의 하에서는 소유권이전등기가 경료되지 않아도 매매의 의사표시와 함께 부동산 소유권이 매수인에게 이전하는 것이므로, 부동산 이중매매에서 매도인이 제2매수인에게 목적 부동산을 처분하게 되면, 타인의 부동산을 처분하는 것이 되어 횡령죄를 구성한다고 보았다. 즉, 과거 우리 대법원은 구민법 당시에는 부동산에 대한 소유권 이전은 의사표시으로써 효력이 발생하고 등기는 제3자에 대한 대항요건에 불과하였으므로, 목적 부동산에 관한 매매계약이 성립되고 아직 소유권이전등기를 경료하지 않은 경우, 부동산에 대한 소유권은 매매의 의사표시으로써 매수인에게 이전되므로, 등기부상 부동산이 매도인 명의로 되어있더라도 당해 부동산은 매도인이 점유하는 타인의 것이고 이를 자의로 제3자에게 매각하는 행위는 횡령죄를 구성한다고 보았던 것이다.⁷⁾

중심으로”, 법사학연구 44권, 한국법사학회, 2011, 111쪽 이하 참조.

그러나, 물건변동방식과 관련하여 형식주의 내지 성립요건주의를 취하는 현행민법 하에서 부동산이중매매의 매도인은 더 이상 횡령죄의 추제가 되기 어렵다. 현행민법 하에서는 매매의 의사표시만으로는 소유권 이전이 불가능하므로, 소유권이전등기가 경료되기 전에는 매수인이 목적 부동산의 소유권을 취득할 수 없기 때문이다. 현행민법 하에서는 부동산이중매매에서 매도인은 일반적으로 배임죄의 성립이 가능한 것으로 보고 있다.⁸⁾

1.3 현행민법하

부동산 이중매매는 의사주의 또는 대항요건주의를 취하던 구민법 하에서는 횡령죄에 해당하였다. 의사주의 하에서는 계약이 체결되고 대금이 지급되면 아직 등기이전 전이라도 당해 부동산의 소유권은 매수인에게 이전되는 것으로 보기 때문이다. 그러나, 물건변동방식에 관하여 형식주의 또는 성립요건주의를 취하는 현행민법 하에서는 횡령죄 여부는 더 이상 문제되지 않고 배임죄 성립 여부가 문제된다. 현행민법 하에서 제2매수인의 경우 등기이전이 경료되면 유효하게 소유권을 취득한다. 문제는 제1매수인에게 민사상 손해배상청구권만 인정되는가, 아니면 이중매매인을 고소하여 형사처벌 받게 할 수 있는지 여부이다. 형사처벌과 관련하여 구민법 하에서는 횡령죄가 문제되었는데, 현행민법 하에서는 배임죄가 문제되고 있는 것이다. 따라서, 현행민법상 이중매매의 법적 효과는 이중매매에 관한 조선시대의 법적취급이나, 의사주의를 취하던 구민법 하의 판례와도 다르다.

7) 대법원 1961. 11. 23. 선고 4294형상586 판결.

8) 권오걸, 형법각론, 형설출판사, 2011, 620쪽; 김성돈, 형법각론, 성균관대출판부, 2017, 419쪽; 배종대, 형법각론, 홍문사, 2016, 545쪽; 이재상, 형법각론, 박영사, 2011, 21쪽.

2. 종래의 대법원 판례의 입장

종래 대법원은 부동산 이중매매에 관한 판결에서 중도금이 지급된 이후 단계에서는 배임죄의 성립을 인정해 왔고, 다수설도 배임죄에 해당한다고 보았다.⁹⁾ 배임죄 성립의 기본요건은 타인의 사무를 처리하는 자가 임무에 위배하는 행위를 하는 것인데, 중도금지급 이후 단계에서 매도인은 매수인의 등기이전사무에 협력할 의무를 지는 것이고, 타인의 사무처리자의 지위에 선다는 것을 주요 근거로 한다.¹⁰⁾ 그러나, 부동산 이중매매에서 매도인의 매수인을 위한 등기이전에 협력할 의무는 타인의 사무가 아니라 채무자인 매도인 자신의 사무이기 때문에 매도인은 배임죄의 주체가 될 수 없다는 비판이 있다.¹¹⁾ 더구나, 잔금까지 지급된 이후 단계는 모르지만, 중도금만 수령한 단계에서는 매도인이 매수인을 위한 등기이전에 협력할 의무를 진다고 말할 수 없다고 한다.¹²⁾

또한, 등기이전에 협력할 의무 또는 소유권이전등기를 해주어야 할 의무는 매매계약에 근거한 계약상 의무에 불과하며 불이행시 채무불이행책임만 진다는 비판이 있어 왔다.¹³⁾ 부동산이중매매를 형사처벌하는

-
- 9) 부동산이중매매에 대해서는 김학동, “부동산 2중양도의 반사회성에 관한 판례 소고”, 경희법학 제42권 제1호, 경희대 법학연구소, 2007, 213쪽; 윤진수, “부동산 이중양도에 관한 연구”, 서울대학교 대학원 박사학위논문, 1993, 18쪽; 주지홍, “부동산이중매매에 있어서 배임죄 적용 결과 민사법질서에 미치는 영향”, 법학연구 제51권 제2호, 부산대 법학연구소, 2010, 319쪽.
- 10) 대법원 1988. 12. 13. 선고 88도750 판결(이 판결에 대해서는 허일태, “부동산 이중매매와 배임죄”, 137쪽 이하 참조); 대법원 2008. 7. 10. 선고 2008도3766 판결.
- 11) 허일태, “배임죄에서의 행위주체와 손해의 개념”, 비교형사법연구 제6권 제2호, 한국 비교형사법학회, 2004, 137쪽; 주지홍, 앞의 논문, 328쪽.
- 12) 문형섭, 재산범죄이론의 이해, 전남대학교출판부, 2006, 230쪽; 잔금 완납 이후에만 배임죄 또는 횡령죄가 성립한다는 견해로는 황태운, “이중매매와 횡령죄”, 법학연구 제39집, 전북대학교 법학연구소, 2013, 125쪽 이하; 박찬걸, “부동산 이중매매에 있어서 배임죄의 성립시기”, 경희법학 제48권 4호, 경희대 법학연구소, 2013, 289쪽 참조.
- 13) ‘채무불이행의 형사범죄화 이대로 좋은가’ 자료집. <<http://www.economytalk.kr/news/articleView.html?idxno=129350>>, 검색일: 2018.12.10.

것은 민사사건의 전면적 형사화를 야기하는 것이라는 비판과, 계약상 채무불이행을 형사범죄로 처벌하는 결과가 된다는 비판이 있는 것이다.¹⁴⁾

이하 종래 부동산이중매매를 둘러싼 배임죄 긍정설과 부정설을 살펴보고, 배임죄의 본질에 비추어 부동산이중매매에서 배임죄를 인정할 것인가 여부를 간략히 검토해보고자 한다.

2.1 배임죄 긍정설과 부정설

2.1.1 배임죄 긍정설

종래 의사주의를 취하던 구민법 하에서는 부동산이중매매에서 매도인에게 횡령죄의 죄책이 인정되었지만, 성립요건주의를 취하는 현행민법 하에서는 배임죄에 해당하는 것으로 본다. 성립요건주의 하에서는 등기이전이 있기 전에는 목적 부동산의 소유권이 여전히 매도인에게 있으므로 횡령죄는 성립할 수 없기 때문이다. 그러나, 부동산 물권변동에 있어서 성립요건주의에 따르는 현행민법 하에서는 등기이전이 없으면 소유권 이전이 될 수 없으므로 이중매매를 횡령죄로 처벌하기는 어렵고, 배임죄 성립이 문제되는 것이다.¹⁵⁾

이중매매가 배임죄에 해당한다는 주장은 매도인이 타인의 사무를 처리하는 자에 해당한다는 것을 전제한다. 매도인은 매수인에게 소유권을 이전해주어야 할 의무가 있으며, 등기이전에 협력할 의무가 있는데 이는 타인의 재산보전에 협력할 의무로서 타인의 사무에 해당한다는 것이다. 따라서 매도인은 배임죄에서 말하는 ‘타인의 사무를 처리하는 자’라는

14) 반면, 부동산 이중매매의 경우 단순 채무불이행과 구별하여 배임죄 성립을 긍정해야 한다는 입장으로는 강수진, “부동산 이중매매를 배임죄로 처벌하는 것은 타당한가?” 형사법의 신동향 제49호, 대검찰청, 2015, 344쪽 이하.

15) 권오걸, 앞의 책, 620쪽; 김성돈, 앞의 책, 419쪽; 배종대, 앞의 책, 545쪽; 이재상, 앞의 책, 21쪽.

것이다.¹⁶⁾

또는, 중도금 지급 이후에는 계약의 해제가 불가능하기 때문에 형법적 조치가 필요하다거나, 매수인의 이중매도인 상대의 손해배상청구와 같은 민사적 구제수단이 매수인의 권리보장을 위한 수단으로 충분하지 않기 때문에 이중매도인을 형사처벌함으로써 매수인의 권리를 보호해야 한다는 것이다.

이러한 주장 가운데 역시 논란이 되는 것은, 매수인을 위한 등기이전 협력의무가 과연 매도인이 자신의 채무를 이행하기 위한 자기의 사무인가, 아니면 매수인을 위한 사무로서 타인의 사무인가이다. 등기이전 협력의무가 매도인의 자기사무라면 이중매도인은 배임죄의 주체가 될 수 없기 때문이다.

2.1.2 배임죄 부정설

이중매매의 배임죄 성립을 부정하는 견해는 이중매도인은 단순한 민사상 채무불이행책임을 지는 것으로 본다. 형사책임이 아니라 민사책임이 문제된다는 것이다.¹⁷⁾ 이러한 입장은 이중매도인이 ‘타인의 사무처리자’가 아니라는 것을 전제한다. ‘타인을 위한 사무’를 처리하는 자와 ‘타인의 사무’를 처리하는 자는 구별되어야 한다는 것이다. 배임죄의 본질을 배신설에 따라 파악하면 모든 계약상 채무불이행책임은 배임죄에 해당할 수도 있는데, 이러한 해석은 민사사건의 형사사건화를 초래할 위험이 있으므로, ‘타인의 사무성’을 엄밀하게 해석하여 단순 채무불이행과 형사책임 대상인 배임죄는 구별해야 한다는 것이다. 배임죄의 배신행위는 타인의 사무처리자임을 전제하는데, 이중매도인은 자기의 사무를 처리하는 자이므로 배임죄가 성립할 수 없다고 한다.

대법원 판례와 다수설은 부동산 매매에서 중도금이 지급된 이후에는

16) 대법원 1983. 10. 11. 선고 83도2057 판결.

17) 문형섭, 앞의 책, 230쪽; 허일태, 앞의 논문, 137쪽; 주지홍, 앞의 논문, 328쪽.

매도인이 매수인을 위한 등기이전에 협력할 의무가 있으며, 타인의 사무처리자의 지위에 서게 된다고 하나, 매매대금 완납 전에 등기이전에 협력할 의무가 발생한다는 것은 타당하지 않다는 비판도 있다. 매매대금 완납 이후라야 매도인은 매수인을 위한 등기이전에 협력할 의무가 있으므로 중도금 지급 단계에서는 타인의 사무처리자라 하기 어렵다는 것이다.¹⁸⁾

2.2 배임죄의 본질과 이중매매

형법상 배임죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 임무위배행위로 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하고 본인에게 손해를 가하는 것으로 이해된다. 배임죄의 본질은 배신설에 따라 이해하는 것이 일반적이며, 배신설에 따르면 배임죄의 본질은 임무위배행위로 본인과의 신임관계를 침해하는 것이라 본다. 종래 다수설과 판례는 배신설을 취하고 있다.¹⁹⁾

이러한 배신설의 문제점은 모든 계약상의 채무불이행행위도 배신행위로서 배임죄에 해당한다고 해석할 여지가 있다는 점이다. 배임죄의 인정범위가 지나치게 넓어지는 것이다. 하지만, 통설과 대법원 판례에 따르면, ‘타인의 사무’와 ‘타인을 위한 사무’의 개념을 구별하여, 채무자의 채무이행의무는 비록 채권자를 위한 것이지만, 채무자 자신의 사무라고 해석한다. 따라서 단순한 채무불이행은 민사상 채무불이행책임을 지는 것이지 형사상 배임죄의 죄책을 물으면 안 된다는 것이다.²⁰⁾ 부동

18) 황태윤, 앞의 논문, 125쪽 이하; 박찬걸, 앞의 논문, 289쪽 참조.

19) 이러한 학설들에 대해서는 허일태, 앞의 논문, 137쪽 이하 참조. 배임죄에 있어서 타인의 사무를 처리하는 자라 함은 양자 간의 신임관계에 기초를 둔 타인의 재산보호 내지 관리의무가 있음을 그 본질적 내용으로 하는 것이다(대법원 1999. 9. 17. 선고 97도3219 판결).

20) 대법원 1976. 5. 11. 선고 75도2245 판결.

산이중매매에서도 배임죄의 성립범위를 배신설에 따라 넓게 해석하면, 매도인은 매수인에 대한 배신행위를 기초로 배임죄에 해당하는 것으로 해석하게 된다. 그러나, 배임죄는 타인의 사무처리자의 임무위배행위를 기초로 하는 것이며, 단순한 배신행위를 배임죄에 해당한다고 보기는 어렵다. 이중매매에서도 매도인이 타인의 사무를 처리하는 자의 지위에 있는지가 관건이다.

배임죄의 본질을 배신설에 의해 해석하다 보면 단순 채무불이행도 배임죄로 볼 여지가 생기고 사적자치가 보장되어야 할 영역에 국가 형벌권이 개입하는 문제가 생길 수 있다. 따라서 배임죄의 성립범위를 제한할 필요가 있으며, 형법상 배임죄가 타인의 사무를 처리하는 자의 임무위배행위라는 관점에서 주체에 관한 요건을 엄격히 해석할 필요가 있음을 시사한다. 민사계약상의 채무자는 자신의 사무로서 채무이행의무를 지는 것이며 민사상 채무불이행을 배임죄로 처벌할 수는 없다. 또한 부동산이중매매에서도 매도인의 매수인을 위한 등기협력의무가 매도인 자신의 사무라고 한다면 역시 배임죄의 성립은 부정해야 한다.²¹⁾ 부동산이건 동산이건 이중매매에서 매도인의 형사책임 문제는 매도인이 배임죄의 주체로서 타인의 사무처리자에 해당하는가를 중심으로 논해야 할 것이다. 형법상 배임죄의 본질을 단순한 배신설에 기초하여 해석할 것이 아니라 타인의 사무처리자의 임무위배행위라는 측면에서 이해하여야 이중매매의 형사책임에 관한 정확히 해석이 가능해질 것이다.

3. 대법원 판례의 변화 양상

종래 대법원은 부동산 이중매매에 있어서 중도금 지급 이후부터 매도인은 매수인의 소유권취득을 위한 등기이전에 협력해야 할 의무가 있으며, 타인의 사무를 처리하는 자가 되므로 배임죄가 성립하는 것으로

21) 허일태, 앞의 논문, 137쪽.

해석해 왔다. 여기에 대해서는 앞에서 살펴본 바와 같이 사적자치의 영역 또는 민사책임의 영역에 형법이 과도하게 개입한다는 비판이 있어 왔다. 이러던 중 2011년 대법원은 동산이중양도에 관한 판례에서 이중양도인의 배임죄 성립을 부정했고,²²⁾ 부동산이중매매에 관한 대법원 판례의 변경에 관한 기대도 있었다. 이후 대법원은 대물변제예약상 채무자의 소유권이전지무는 채무자 자신의 민사상 채무로서 ‘자기의 사무’이고 배임죄에서의 ‘타인의 사무’에 해당하지 않는다고 하여 대물변제예약 부동산 이중매매 사건에서 배임죄의 성립을 부정하는 판결을 내기도 했다.²³⁾ 만약 이를 배임죄로 처벌한다면, 구성요건의 구체성이 결여된 형법상 배임죄의 처벌범위가 지나치게 확장될 위험성이 있고 단순 민사상 채무불이행과도 구별이 모호한 문제가 있어 배임죄의 취지에 맞추어 제한적 해석이 필요하다는 것이 논거였다. 따라서 부동산이중매매에 관한 대법원 판례의 변경 가능성이 예상되기도 했다.

이때까지의 흐름을 보면, 배임죄에서 타인의 사무처리자라는 요건을 엄격히 해석하는 형법의 제한적 해석을 통하여, 형법이 민법을 왜곡시키는 결과를 막고 민사의 형사화 현상을 막아야 한다는 취지의 견해가 세를 얻어가고 있었고,²⁴⁾ 대법원 판례도 이러한 경향을 반영해 가는 것으로 보였다. 반면, 부동산이중매매에서 배임죄의 성립을 부정하는 경향을 보이는 근래의 대법원 판례의 입장을 비판하는 견해도 유력하게 제기되었다.²⁵⁾ 이 입장은 형법상 배임죄의 본질은 배신에 있고, 이중매

22) 대법원 2011. 1. 20. 선고 2008도10479 전원합의체 판결.

23) 대법원 2014. 8. 21. 선고 2014도3363 전원합의체 판결.

24) 이승준, “배임죄 행위주체 해석의 방향 -동산이중양도를 중심으로-”, 인권과 정의 통권 422호, 대한변호사협회, 2011, 114쪽 참조.

25) 강수진, “배임죄의 ‘타인의 사무를 처리하는 자’에 관한 최근 대법원 해석론에 대한 비판적 검토”, 형사법의 신통향 제56호, 대검찰청, 2017, 137쪽 이하. 부동산 및 동산 모두 이중매매는 배임죄에 해당한다는 입장으로는 이용식, “대물변제예약 부동산의 이중매매와 배임죄의 형사불법적 구조”, 형사판례연구 23, 한국형사정책연구원, 2015, 223쪽 이하 참조.

매를 배임죄로 처벌한다는 현재까지 형성된 사회적 합의를 도외시해서는 안 되며, 타인의 재산보전에 협력할 의무도 타인의 사무로서 이해해야한다는 관점 등에서 이중매매에서 배임죄 성립을 인정하는 기존의 판례를 지지하였다. 하지만, 근래 대법원 판례의 경향에 비추어 대법원이 부동산이중매매에서 배임죄 성립을 인정하는 종래의 입장을 변경할 가능성에도 많은 기대가 있었다.²⁶⁾

하지만, 대법원은 2018년 5월 판결에서 부동산매매계약에서 중도금이 지급되는 등 계약이 본격적으로 이행되는 단계에 이른 경우, 그때부터 매도인은 배임죄에서 말하는 ‘타인의 사무를 처리하는 자’에 해당하며, 그러한 지위에 있는 매도인이 매수인에게 계약 내용에 따라 부동산의 소유권을 이전해 주지 않고, 그 부동산을 제3자에게 처분하고 제3자 앞으로 그 처분에 따른 등기를 마쳐 준 때에는 배임죄가 성립한다고 보았다.²⁷⁾ 기존 대법원의 입장을 재확인한 것이다. 이제 대법원은 부동산이중매매의 경우 배임죄가 성립한다는 입장을 견고히 하고 있으며, 동산의 경우는 부동산과 공시방법의 차이가 있다는 점을 근거로 배임죄의 성립을 부정하는 입장을 취하고 있다.

4. 동산이중양도에 관한 대법원 판례

과거 부동산이중매매와 달리 동산이중매매의 배임죄 성립 여부에 대해서는 대법원 판결이 없었다.²⁸⁾ 그러나 대법원은 2011년의 전원합의체 판결에서 동산이중매매에 관하여 판단하면서 배임죄 성립을 부정한 바 있다.²⁹⁾ 이 판결에서 대법원은 매매계약의 당사자가 계약상 채무를 이

26) 매일경제 2018년 3월 19일자, 조선일보 2018년 3월 22일자 참조.

27) 대법원 2018. 5. 17. 선고 2017도4027 전원합의체 판결.

28) 동산이중양도담보에 대해서는 최관식, “동산이중양도담보계약에서의 형사법적 문제”, 법학논총 제20집, 숭실대 법학연구소, 2008, 223쪽 이하 참조.

29) 대법원 2011. 1. 20. 선고 2008도10479 전원합의체 판결. 이 판결에 대해서는 권오걸,

행하는 것은 원칙적으로 자신의 사무이며 타인의 사무가 아니라고 한다, 즉, 동산 매도인은 매수인의 재산보전 혹은 관리에 협력할 의무가 없고, 타인의 사무를 처리하는 자가 아니므로 배임죄의 주체가 아니라는 것이다. 동산이중매매의 경우 매도인은 제1매수인에 대하여 배임죄의 형사책임이 인정되지 않으며 단순 채무불이행으로서 민사상 손해배상책임을 지는 데 그친다는 것이다.³⁰⁾ 민사책임이 문제되는 영역에 형법의 개입을 자제해야 한다는 입장과 일맥상통한다.³¹⁾

이 판례에서 피고인은 피해자에게 인쇄기를 매도하기로 약정하고 중도금까지 받았으나, 인쇄기를 인도하지 않고 제3자와 인쇄기 매매계약을 체결하고 인쇄기를 양도함으로써 피해자에게 손해를 입혔다.³²⁾

이 사례에서 대법원 다수의견은 “매매의 목적물이 동산일 경우, 매도인은 매수인에게 계약에 정한 바에 따라 그 목적물인 동산을 인도함으로써 계약의 이행을 완료하게 되고 그때 매수인은 매매목적물에 대한 권리를 취득하게 되는 것이므로, 매도인에게 자기의 사무인 동산인도채무 외에 별도로 매수인의 재산의 보호 내지 관리 행위에 협력할 의무가 있다고 할 수 없다.”고 한다. 따라서 “동산매매계약에서의 매도인은 매수인에 대하여 그의 사무를 처리하는 지위에 있지 아니하므로, 매도인이 목적물을 매수인에게 인도하지 아니하고 이를 타에 처분하였다 하더라도 형법상 배임죄가 성립하는 것은 아니”라고 판단하였다.

“동산의이중매매와 배임죄”, 비교형사법연구 제13권 2호, 한국비교형사법학회, 2011, 422쪽 이하; 김종구/이동명, “동산이중양도의 배임죄 성립 여부”, 법학연구 제51집, 한국법학회, 2013, 425쪽 이하; 신종열, “동산의 이중매매와 배임죄”, 사법 제16호, 사법연구지원재단, 2011, 273쪽 이하; 이승준, 앞의 논문, 98쪽 이하 참조; 손동권, “배임죄 성립에 있어 동산과 부동산 사이의 차이문제”, 형사법연구 제25권 4호, 한국형사법학회, 2013, 303쪽 이하.

30) 대법원 2011. 1. 20. 선고 2008도10479 전원합의체 판결.

31) 민사사건의 형사화의 문제에 대해서는 주지홍, 앞의 논문, 321쪽 이하.

32) 이러한 사실관계에 대해서는 서울남부지방법원 2008. 10. 22. 선고 2008노745 판결 참조.

대법원이 동산이중매매에서 배임죄 성립을 부정한 것은 무엇보다 부동산과 동산의 물건변동방식의 차이점에 착안한 것이다. 부동산의 물건변동 방식은 등기이전이며 매도인과 매수인의 협력이 필요한 상대적으로 복잡한 절차를 거치지만, 동산은 매도인이 매수인에게 사실상 목적물을 인도해주면 된다. 따라서 부동산의 경우 매도인이 매수인을 위해 등기이전에 협력할 의무는 타인의 사무라 할 수 있을지라도, 동산의 경우 매도인의 인도의무는 매도인 자신의 사무라고 해야 하며, 동산이중매매에서 매도인은 배임죄의 주체가 될 수 없다고 해석한다. 여기에 대해서는 이중매매에서 동산과 부동산을 달리 취급할 이유가 없다는 비판도 있었으나, 당시 대법원으로서의 부동산과 다른 관점에서 동산이중매매의 배임죄 성립을 부정함으로써 민사의 형사화라는 비판을 피하고자 하는 의도가 있었던 것으로 생각된다.

이 대법원 판결의 소수의견은 “동산매매의 경우에도 당사자 사이에 중도금이 수수되는 등으로 계약의 이행이 일정한 단계를 넘어선 때에는 매도인이 매매목적물을 타에 처분하는 행위는 배임죄로 처벌하는 것이 논리적으로 일관되고, 그와 달리 유독 동산을 다른 재산과 달리 취급할 아무런 이유를 찾아볼 수 없다.”고 한다. 또한 “다수의견은 본질적으로 유사한 사안을 합리적 근거 없이 달리 취급하는 것으로서 형평의 이념에 반하며, 재산권의 이중매매 또는 이중양도의 전반에 걸쳐 배임죄의 성립을 인정함으로써 거래상 신뢰관계의 보호에 기여하여 온 대법원 판례의 의미를 크게 퇴색시키는 것이다.”라고 하여 부동산과 동산을 달리 취급하는 다수의견을 비판하고 있다. 소수의견은 비록 동산의 물건변동 방식은 부동산과 차이가 있지만, 동산에 있어서도 타인의 사무처리자인 매도인이 “그 의무의 이행을 통하여 상대방으로 하여금 그 재산에 관한 완전한 권리를 취득하게 하기 전에 이를 다시 제3자에게 처분하는 등 상대방의 재산 취득 혹은 보전에 지장을 초래하는 행위”를 하는 것은 임무위배 행위이며, 부동산과 동산의 이중매매의 기본 형태는 동일하기 때문에

이를 달리 취급할 근거가 없다는 것을 강조한다.

이와 같이 동산이중매매에 관한 대법원 판례에서도 다수의견과 소수의견의 대립이 있었고, 학계에서도 상반된 평가가 있었지만, 동산이중매매에 대하여 배임죄 성립을 부정하는 판례가 나오면서 부동산이중매매에서도 배임죄 성립을 부정하는 판례가 나올 것을 기대하는 분위기도 있었다.

Ⅲ. 최근 대법원 판례의 경향

이와 같이 종래 대법원의 입장은 부동산의 경우 일관하여 이중매매의 배임죄 성립을 인정했으나, 동산의 경우 부동산과 물건변동의 방식이 다르다는 점을 기초로 배임죄 성립을 부정하는 것이었다. 동산이중매매에서 배임죄 성립을 부정하는 판결이 나온 뒤에는, 부동산이중매매에서도 대법원이 배임죄를 부정하는 것이 아닌가 하는 기대가 있었다.³³⁾ 실제 2014년에 대법원은 대물변제예약 부동산 이중매매 사건에서 대물변제예약상 채무자의 소유권이전의무는 민사상 채무이며 채무자 자신의 ‘자기의 사무’에 해당한다고 하여 배임죄의 성립을 부정하였다.

하지만, 대법원은 2018년 5월 전원합의체판결에서 부동산이중매매에 관한 종래의 입장을 재확인하면서 배임죄 성립을 인정하였다. 이 판결에 뒤이어 대법원은 부동산 교환계약에서도 ‘계약이 본격적으로 이행되는 단계에 이른 때’부터는 계약을 어기면 배임죄가 된다는 판결을 내놓고 있다. 부동산 매매계약에서 중도금 이후 단계의 이중매매는 배임죄가 성립한다는 기본 입장을 일관되게 적용하고 있는 것이다.

33) 종래 이중매매에서 배임죄 성립을 인정하는 입장을 비판하는 견해로는 문형섭, “이중매매와 배임죄에 관한 신화”, 형사재판의 제문제 제8권, 사법발전재단, 2016, 298쪽 이하.

1. 대물변제예약 부동산 이중매매 판결

대법원은 2014년 대물변제예약 부동산 이중매매 판결에서 피고인의 배임죄 성립을 부정하고 있다.³⁴⁾ 대물변제예약상 채무자의 소유권이전 의무는 채무자 자신의 민사상 채무로서 ‘자기의 사무’이며 배임죄의 ‘타인의 사무’에는 해당하지 않는다는 것이다. 단순 민사채무와 구별이 어렵다는 점과 형법상 배임죄 구성요건이 추상적이어서 처벌범위가 부당하게 확장될 위험이 있다는 점 등을 고려한 판단이라 할 수 있다.

1.1 사실관계 및 사건의 경과

피고인은 2008년 10월 채권자 A에게 차용금 3억원을 변제하지 못한 경우, 자신의 어머니 소유 부동산에 대한 유증상속분을 대물변제하기로 약정하고 3억원을 차용하였음에도, 2013년 2월 해당 부동산을 제3자에게 처분하고 소유권이전등기를 완료해 주었다. 피고인은 1심과 2심에서 유죄가 인정되었고, 이후 대법원에 상고했다. 대법원 전원합의체는 피고인에게 유죄를 인정한 원심을 파기하고 사건을 대구지방법원 합의부에 환송하였다. 채권담보 목적으로 부동산에 관하여 대물변제예약을 체결하였는데, 채무자가 대물변제예약 부동산을 제3자에게 처분한 경우 배임죄가 성립을 부정한 것이다. 이 판결로, 종래 대법원이 채권담보를 위한 대물변제예약 부동산 이중매매 사안에서 배임죄의 성립을 인정하였던 입장³⁵⁾을 변경한 것이다.

34) 대법원 2014. 8. 21. 선고 2014도3363 전원합의체 판결. 이 판결에 대해서는 이용식, 앞의 논문; 백형구, “대물변제예약과 배임죄”, 판례연구 제29집 제1권, 서울지방법번호사회, 2015 참조.

35) 대법원 2000. 12. 8. 선고 2000도4293 판결 참조.

1.2 다수의견

다수의견은 “채무자가 채권자에 대하여 소비대차 등으로 인한 채무를 부담하고 이를 담보하기 위하여 장래에 부동산의 소유권을 이전하기로 하는 내용의 대물변제예약에서, 약정의 내용에 좇은 이행을 하여야 할 채무는 특별한 사정이 없는 한 ‘자기의 사무’에 해당하는 것이 원칙이다.”는 것을 강조한다.

즉, 다수의견은 “채무자가 대물변제예약에 따라 부동산에 관한 소유권을 이전해 줄 의무는 예약 당시에 확정적으로 발생하는 것이 아니”며, “채무자는 예약완결권 행사 이후라도 얼마든지 금전채무를 변제하여 당해 부동산에 관한 소유권이전등기절차를 이행할 의무를 소멸시키고 의무에서 벗어날 수 있다.”는 점을 지적한다. 그리고 “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 있다”는 점에서, “대물변제예약의 궁극적 목적은 차용금반환채무의 이행 확보에 있고, 채무자가 대물변제예약에 따라 부동산에 관한 소유권이전등기절차를 이행할 의무는 궁극적 목적을 달성하기 위해 채무자에게 요구되는 부수적 내용이어서 이를 가지고 배임죄에서 말하는 신임관계에 기초하여 채권자의 재산을 보호 또는 관리하여야 하는 ‘타인의 사무’에 해당한다고 볼 수는 없다.”는 것이다. 따라서, 채권담보를 위한 부동산 대물변제예약 사안에서 채무자가 대물변제예약한 부동산을 제3자에게 처분하였다고 하더라도 형법상 배임죄가 성립하는 것은 아니라고 한다.

1.3 반대의견

반대의견은 부동산 대물변제예약 사안에서도 소유권 이전 사안과 마찬가지로 배임죄의 성립을 인정해야 한다고 본다. 반대의견은 “담보계약을 체결한 채권자와 채무자 사이에는 담보계약 자체로부터 피담보채권의 발생원인이 된 법률관계와는 별도의 독자적인 신임관계가 발생한다고 보아야 한다.”고 보며, “부동산 매매계약에서 신임관계의 본질이 부동산의 소유권을 이전하는 데 있는 것과 마찬가지로, 담보 목적으로 체결된 대물변제예약에서 신임관계의 본질은 담보로 제공하기로 한 부동산의 담보가치를 채권자에게 취득하게 하는 데 있으며, 이는 결국 배임죄의 성립 여부에 있어 양자가 다르지 않다는 것을 의미한다.”는 것을 강조한다. 대물변제예약 사안에서 배임죄를 인정하는 것이 부동산 이중매매, 이중근저당권설정, 이중전세권설정에 관하여 배임죄를 인정하여 온 판례의 확립된 태도와 논리적으로 부합한다는 점도 강조한다.

1.4 검토

대법원은 부동산이중매매에서는 배임죄의 성립을 인정하면서도, 채권담보를 위한 부동산 대물변제예약 사례에서는 채무자가 대물변제예약한 부동산을 제3자에게 처분하였다고 하더라도 형법상 배임죄가 성립하는 것은 아니라고 한다. 종래 대법원이 채권담보를 위한 대물변제예약 부동산 이중매매 사안에서 배임죄의 성립을 인정하였던 입장을 변경한 것으로서, 형법상 배임죄의 성립범위를 제한적으로 해석한 것이다. 반대견해는 부동산 대물변제 예약 사안에서도 소유권 이전 사안과 마찬가지로 배임죄의 성립을 인정해야 한다고 보는데, 대법원 다수의견은 대물변제 예약 사례와 소유권 이전 사례를 달리 보았다.

대법원 다수의견은 대물변제예약에서 채무자가 예약에 따라 부동산

에 관한 소유권이전등기절차를 이행할 의무는 타인의 사무로 볼 수 없다고 하는데, 대물변제예약의 궁극적 목적은 차용금반환채무 이행의 확보에 있는 것이고, 대물변제예약 사례에서 소유권이전등기절차를 이행할 의무는 궁극적 목적을 달성하기 위해 채무자에게 요구되는 부수적 내용이기 때문이라는 것이다.

반대견해는 과거 대법원이 매매나 담보권설정 등 거래를 완성하기 위한 등기협력의무가 자기의 사무이면서 상대방의 재산보전에 협력할 의무로서 배임죄의 ‘타인의 사무’에 해당한다고 보아 부동산이중매매, 이종근저당권설정 등의 사안도 배임죄의 성립을 인정해 왔으며, 구조적으로 대물변제예약의 경우도 이와 다르지 않다고 하면서 배임죄 성립을 인정해야 한다고 주장한다.

결국 이 판례는 배신설에 따른 배임죄의 해석에 따르면 이중매매에서 형사처벌의 범위가 지나치게 넓어질 위험성이 있고, 단순 채무불이행책임과 형사책임의 구별이 모호하다는 비판을 고려하여 형법을 제한적으로 해석하는 큰 흐름 속에서 도출된 것이라 할 수 있다.

2. 2018 전원합의체 판결

종래 대법원은 부동산이중매매에서 일관되게 배임죄의 성립을 인정해왔으나, 2011년 동산 이중양도 사례에서 배임죄의 성립을 부정했고, 2014년 대물변제예약 부동산 이중매매 사건에서 종래의 판례를 변경하여 배임죄의 성립을 부정함으로써, 부동산이중매매의 배임죄 성립 여부에 관한 대법원의 입장 변경의 기대가 있었다. 그러나, 대법원은 2018년 5월 판결³⁶⁾에서 부동산이중매매에서 배임죄의 성립 여부를 둘러싼

36) 대법원 2018. 5. 17. 선고 2017도4027 전원합의체 판결. 이 판결에 대해서는 전명길/이영우, “부동산이중매매의 배임죄 인정여부”, 법이론실무연구 제6권 제3호, 한국법이론실무학회, 2018, 85쪽 이하.

논란에 대하여 중도금수령 이후 단계에서는 매도인이 타인의 사무처리가 되며 배임죄가 성립한다는 기존의 견해를 유지하였다. 대법원은 이 판결에서 부동산 매도인이 매수인으로부터 중도금을 지급받은 후 해당 부동산을 제3자에게 이중으로 매도한 경우 배임죄 성립을 인정하는 종래의 입장을 재확인하면서, 무죄로 판단한 원심을 파기환송한 것이다.

2.1 사실관계 및 사건의 경과

부동산 매도인인 피고인은 매수인 A 등과 매매계약을 체결하고 A 등으로부터 계약금과 중도금을 지급받은 후 매매목적물인 부동산을 제3자 B 등에게 이중으로 매도하고 소유권이전등기를 마쳐 주어 구 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임)으로 기소되었다. 이 사건의 1심은 기존 대법원 판례와 같이 배임죄의 성립을 인정하였다. 그러나, 항소심은 배임죄 성립을 부정하고 무죄로 판단하였다.

2.2 다수의견

대법원의 다수의견은 부동산 매매계약에서 중도금 이후 단계에서는 매도인은 매수인에 대하여 매수인의 재산보전에 협력하여 재산적 이익을 보호·관리할 신임관계에 있게 되므로 배임죄의 주체가 된다는 것을 강조한다. 대법원은 “부동산 매매계약에서 계약금만 지급된 단계에서는 어느 당사자나 계약금을 포기하거나 그 배액을 상환함으로써 자유롭게 계약의 구속력에서 벗어날 수 있다. 그러나 중도금이 지급되는 등 계약이 본격적으로 이행되는 단계에 이른 때에는 계약이 취소되거나 해제되지 않는 한 매도인은 매수인에게 부동산의 소유권을 이전해 줄 의무에서 벗어날 수 없다.”고 한다. 따라서 “이러한 단계에 이른 때에 매도인은

매수인에 대하여 매수인의 재산보전에 협력하여 재산적 이익을 보호·관리할 신임관계에 있게” 되며, “그때부터 매도인은 배임죄에서 말하는 ‘타인의 사무를 처리하는 자’에 해당한다고 보아야 한다.”고 하면서, “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 행위”이고, 이는 매수인과의 신임관계를 저버리는 행위로서 배임죄가 성립한다는 것이다.

그리고 이러한 결론은 부동산 매매거래의 현실에 비추어도 타당하며, 매도인의 계약의 자유를 과도하게 침해하는 것은 아니라고 한다. 다수의 견에 따르면, “대법원은 오래전부터 부동산 이중매매 사건에서, 매도인은 매수인 앞으로 소유권이전등기를 마칠 때까지 협력할 의무가 있고, 매도인이 중도금을 지급받은 이후 목적부동산을 제3자에게 이중으로 양도하면 배임죄가 성립한다고 일관되게 판결함으로써 그러한 판례를 확립하여 왔다.”는 점을 강조하고, “이러한 판례 법리는 부동산 이중매매를 억제하고 매수인을 보호하는 역할을 충실히 수행하여 왔고, 현재 우리의 부동산 매매거래 현실에 비추어 보더라도 여전히 타당하다.”고 한다. 또한 다수의견은 “이러한 법리가 부동산 거래의 왜곡 또는 혼란을 야기하는 것도 아니고, 매도인의 계약의 자유를 과도하게 제한한다고 볼 수도 없다. 따라서 기존의 판례는 유지되어야 한다.”고 주장하면서 기존의 대법원의 입장을 변경하지 않았다.

2.3 반대의견

반대의견은 다수의견에 대하여, 다수의견은 “부동산 거래에서 매수인 보호를 위한 처벌의 필요성만을 중시한 나머지 형법의 문언에 반하거나 그 문언의 의미를 피고인에게 불리하게 확장하여 형사법의 대원칙인

죄형법정주의를 도외시한 해석”이며, “동산 이중매매와 부동산 대물변제예약 사안에서 매도인 또는 채무자에 대하여 배임죄의 성립을 부정하는 대법원판례의 흐름과도 맞지 않는 것이어서 찬성하기 어렵다”고 한다. 그리고 부동산 이중매매에서 매도인은 타인의 사무처리자가 아니라는 점을 지적한다. 반대의견은 “배임죄에서 ‘타인의 사무’는 먼저 문언의 통상적 의미에 비추어 볼 때, 타인에게 귀속되는 사무로서 사무의 주체가 타인이어야 한다.”고 하면서, “부동산 매매계약이 체결된 경우, 계약 체결과 동시에 그 계약의 효력으로 매도인에게는 부동산 소유권이 전의무가 발생하고, 매수인에게는 매매대금 지급의무가 발생”하는데, “매도인이나 매수인의 이러한 의무는 매매계약에 따른 각자의 ‘자기의 사무’일 뿐 ‘타인의 사무’에 해당한다고 볼 수 없다.”고 하여 이중매매도인의 배임죄 성립을 부정한다.

또한, “다수의견과 같이 매수인의 재산보전에 협력할 의무가 있음은 이유로 매도인이 ‘타인의 사무를 처리하는 자’에 해당하여 그를 배임죄로 처벌할 수 있다고 본다면, 이는 대법원이 종래 동산이중매매 사건에서 선고한 판시와 배치된다.”는 점도 강조한다.

2.4 검토

2018년 5월의 대법원 판례는 2011년의 동산이중매매에 관한 판례와 2014년의 대물변제예약 부동산에 관한 판례에서 배임죄의 성립이 부정됨으로써, 사적자치의 강조와 형법의 제한적 적용의 필요성이 강조되어 가던 분위기에서, 대법원이 부동산 이중매매에서 배임죄를 인정한 종래의 입장을 재확인하였다는 점에서 의미가 크다. 학계에서도 근래 부동산 이중매매에서 매도인의 등기협력의무를 타인의 사무로 보기 어렵다는 관점과 형법의 제한적 적용의 필요성을 근거로 배임죄의 성립을 부정해야 한다는 견해가 다수의 입장이었다. 그러나 한편, 거래목적의 보호와

피해자의 피해구제의 측면에서 형사처벌의 필요성이 있으므로 부동산 이중매매를 배임죄로 처벌하는 것이 타당하다는 견해도 유력하였다.³⁷⁾ 절충적인 관점에서, 부동산이중매매를 배임죄로 처벌하는 것은 타당하나, 사법적 거래관계 영역에서 악의적인 부동산이중매매를 방지하기 위한 민사법적 제도가 마련되어 매수인이 보호될 수 있다면, 이중매매의 규제는 민사법적 영역에서 하고 부동산이중매매를 배임죄로 처벌하는 것은 축소해야 한다는 입장도 전개된다.³⁸⁾

부동산매매에서 이중매매를 방지하기 위해서는, 위반행위자를 배임죄로 형사처벌하는 것도 한 방법이겠지만, 미국의 에스크로(Escrow) 제도나, 최근의 블록체인 기술을 이용한 이중매매 방지제도를 고안하여 이중매매가 발생하지 않도록 제도적 장치를 마련하는 것도 필요할 것이다.³⁹⁾ 다만, 법리적으로 보아 이중매매에서 매도인의 등기협력의무는 자기의 사무로 보아야 하며 매도인을 타인의 사무처리자라 하기 어렵다면, 부동산이중매매를 배임죄로 의율하기는 어려울 것이다. 배임죄의 성립을 부정할 경우, 형사정책적 측면에서 민사적 구제수단만으로는 피해자 구제에 부족하다는 문제점이 있을 수 있지만, 형사정책적 고려로 법리적 결론을 변경할 수는 없다. 부동산이중매매에서 매도인 책임의 본질은 민사상 채무불이행책임으로 보아야 할 것이다.

3. 부동산교환계약 위반 판결

대법원은 2018년 10월 판결⁴⁰⁾에서, 부동산 교환계약에서도 ‘계약이 본격적으로 이행되는 단계에 이른 때’부터는 부동산 매매계약에서 중도

37) 강수진, 앞의 논문, 137쪽 이하; 이용식, 앞의 논문, 224쪽 이하.

38) 전명길/이영우, 앞의 논문, 103쪽 참조.

39) 한 마크 만균, “우리나라 부동산 에스크로우 제도의 활성화 방안”, 동북아법연구 제8권 제2호, 전북대학교 동북아법연구소, 2014, 431쪽 이하 참조.

40) 대법원 2018. 10. 4. 선고 2016도11337 판결.

금이 지급된 이후 단계와 마찬가지로 계약당사자는 상대방의 재산적 이익을 보호·관리할 신임관계에 있게 된다고 보아 배임죄를 인정하고 있다. 부동산교환계약에서도 당사자는 배임죄에서 말하는 ‘타인의 사무를 처리하는 자’에 해당하므로, 그런 당사자가 부동산을 제3자에게 처분하는 등의 행위를 하면 신임관계를 저버리는 행위로, 배임죄가 성립한다고 본 것이다. 이 판결은 부동산 매매계약에서 중도금 지급 이후 단계에서의 이중매매는 배임죄에 해당한다는 2018년 5월 대법원 전원합의체 판결의 연장선상에 있는 것이다. 이로써 이중매매 사안에서 사적자치를 강조하고 형법의 제한적 해석의 필요성이 주목받던 상황에서 반대의 기류가 세를 얻어가는 것으로 판단된다.

3.1 사실관계와 사건의 경과

피고인은 2007년 5월 사촌형제인 피해자 A와 토지교환계약을 맺었고 그 후 계약내용의 일부변경에 관한 합의까지 있었으며, 합의에 따라 피고인은 피해자는 서로 돈을 지급했다. 이어 A는 2011년 12월 법무사 사무실에 소유권이전등기에 필요한 서류를 맡기고 이를 피고인에게 알렸다. 그런데 이후 피고인은 A에게 소유권 이전등기를 경료해주지 않고, 교환대상 토지를 임의로 분할하고 그 토지에 지역권설정등기까지 마쳤다.

이 사건의 1심은 피고인이 “지역권설정등기를 한 때는 이미 교환계약이 상당히 이행돼 임의로 해제할 수 없는 단계에 이르렀으므로, 피고인이 피해자의 소유권이전등기에 협력할 의무는 ‘타인의 사무’에 해당한다.”고 하여 배임죄 성립을 인정했다. 이에 반해, 2심은 소유권이전등기에 필요한 서류를 제공했더라도, 교환계약에 따라 소유권이전등기를 해 줄 의무는 자기 사무에 불과할 뿐, 타인의 사무라고 할 수 없으며, 민사상 채무불이행을 범죄행위로 처벌할 수 없다고 하여 배임죄 성립을

부정하였다. 이에 대하여 대법원은 배임죄 성립을 인정하는 취지로 원심 판결을 파기 환송하였다.

3.2 대법원 판결요지

대법원은 판결에서, “부동산 매매계약에서 중도금이 지급된 것과 마찬가지로 교환계약이 ‘본격적으로 이행되는 단계’에 이른 때에는, 계약 당사자는 상대방의 재산적 이익을 보호·관리할 신임관계에 있게 된다. 그때부터 당사자는 배임죄에서 말하는 ‘타인의 사무를 처리하는 자’에 해당한다. 그런 당사자가 부동산을 제3자에게 처분하는 등의 행위를 하면 신임관계를 저버리는 행위로, 배임죄가 성립한다”고 한다. 대법원은 이 사건에서 피해자인 교환계약의 상대방이 법무사 사무실에 소유권 이전등기에 필요한 서류를 맡긴 뒤 피고인에게 통지했는데, 부동산 이중 매매의 중도금 지급 이후 단계와 마찬가지로, 계약이 본격적으로 이행되는 단계라고 판단했다.

대법원은, 사회통념 내지 신의칙에 비추보면 피해자가 등기에 필요한 서류를 제공한 것 등으로 교환계약은 본격적으로 이행되는 단계에 이르렀다고 판단하면서, 이 단계부터 피고인은 피해자의 재산적 이익을 보호해야 할 의무가 있게 되며, 피고인이 이에 반하여 교환계약대상 토지를 제3자에게 처분한 것은 배임죄에 해당한다고 본 것이다. 대법원은 부동산 이중매매에서 배임죄를 인정한 법리가 부동산 교환계약에도 적용된다는 점을 밝힌 것이다.

3.3 검토

이 판결은 부동산이중매매에서 배임죄를 인정하는 기존의 대법원의 입장을 재확인한 2018년 5월 대법원 전원합의체 판결에 뒤이어 나온

것이다. 이제 부동산이중매매의 법리에 따라 부동산교환계약 사안에서도 배임죄 성립이 인정되고 있으며, 근래 이중매매 사안에서 민사상 채무불이행을 범죄행위로 처벌할 수 없다는 기류가 형성되어 가던 중에, 다시금 이중매매는 형법상 배임죄에 해당한다는 견해가 확립되어 가는 것으로 판단된다.

IV. 비교법적 검토

1. 영미법상 이중매매와 사기죄(Double Selling Fraud)

영미법상 이중매매(Double Selling)는 모기지 중개인(mortgage broker) 또는 대출담당자(loan officer)의 공모에 의한 사기죄 성립이 문제된다.⁴¹⁾ 대출담당자는 담보대출을 받기 위해 대출자의 개인정보를 얻는다. 대출담당자는 대출신청서를 복사하여 대출에 자금을 대라고 요청하면서 여러 개의 다른 대출업자들에게 보낸다. 모든 거래마감일(closing)은 며칠 이내에 일정이 잡혀서 각각의 대출업자가 다른 대출업자의 대출에 대해서는 알 수 없게 된다. 서로 다른 대출업자들은 결국 하나의 부동산에 대해서 경쟁적인 대출을 하게 된다. 영미에서 이러한 이중매매는 부동산사기(real estate fraud) 유형 중의 하나로 다루어진다. 이중매매는 보통 모기지 대출 사기와 관련되기 때문에, 피고인은 은행사기(bank fraud)뿐 아니라 주택모기지 사기(residential mortgage fraud)와도 관련된다.

또한 우리나라의 부동산이중매매와 같이 영미의 이중매매사기도 하

41) 모기지 사기에 대해서는 Alexis C. Bell, *Mortgage Fraud & the Illegal Property Flipping Scheme: A Case Study of United States v. Quintero-Lopez*, CreateSpace Independent Publishing Platform, 2010 참조.

나의 부동산을 두 번 팔고, 두 사람의 매수인으로부터 매매대금을 두 번 받는 형태로 이루어지기도 한다. 거래마감일(closing)은 역시 서로 근접한 날짜로 잡히며, 매수인들은 목적 부동산이 두 번 팔린다는 사실을 모르게 된다. 여기에서도 역시 다수의 모기지 대부업자들은 하나의 부동산을 두고 경쟁하게 되며, 매수인들도 이로 인해 역시 금전적 손실을 보게 된다.

미연방법에 따르면, 대출중개인이 대출신청서를 다수의 대출자에게 보내면 형사처벌 대상이 된다.⁴²⁾ 미연방법은 은행사기(bank fraud)를 사기 또는 기망으로 금융기관이 자금을 제공하는 결과를 초래할 가능성이 있는 모든 계획이나 책략에 참여하는 것으로 정의한다. 그리고, 대출중개인과 관련된 이중매매(double selling)의 공모는 전형적으로 여러 대출자에게 대출신청을 하는 중개인과 매수인을 포함하여 다수의 신용거래 참여자와 관련된다. 연방공모법(Federal Conspiracy Law)에 따르면 범죄의 공모자는 누구든지 공모한 범죄로 처벌된다.⁴³⁾ 이것은 이중매매 공모의 가담자는 모든 공모자에 의해 저질러진 범죄에 대해 책임을 진다는 것을 의미한다.

개별 주(State) 법 중, 뉴욕주 형법은 모기지 사기(Mortgage Fraud)를 형법 제187조에 규정하고 있다.⁴⁴⁾ 모기지 사기는 피해금액이 1,000달러 이하가 되지 않는 한, 중죄(felony)에 해당한다.⁴⁵⁾

42) 18 U.S. Code Section 1344.

43) 18 U.S. Code Section 1349.

44) New York Penal Code Article 187.

45) <<https://www.nyccriminallawyer.com/fraud-charge/real-estate-fraud/double-selling/>>, 검색일: 2018.12.10.

2. 미국법상 에스크로(Escrow) 제도와 에스크로 사기죄(Escrow Fraud)

2.1 에스크로 제도

미국에서는 부동산 소유권을 취득하는 과정에 에스크로(Escrow)라는 제도가 있으며, ‘조건부 제3자예탁’으로도 번역된다. 에스크로는 계약의 체결되고 이행되는 과정에서 경제적인 손해를 방지하기 위하여 어떤 계약조건에 따른 계약의 내용이 실행되기까지 매매당사자와 이해관계가 없는 제3자 즉, 중간수입자(escrow holder)가 매매대금과 증빙서류를 보관하였다가 거래가 종결될 때 상대방에게 안전하게 전달하는 과정을 말한다. 즉, 에스크로(Escrow)란 중간수입자(escrow holder)에게 매매대금과 증서를 일정기간 보관하게 하였다가 거래당사자가 합의한 모든 계약조건이 성취되고 충족되었을 때, 에스크로 홀더에 의해 매수인에게 증서가 전달되고 매도인에게는 판매대금이 지급되는 과정이다. 에스크로 제도는 부동산 이중매매와 같은 부동산 거래 사고를 예방할 수 있다. 에스크로를 이용하면 매도인과 매수인이 합의한 대로 거래가 이루어질 수 있도록 제3자가 개입하기 때문에 공정하고 확실하게 소유권이 이전되기 때문이다. 에스크로는 부동산 거래의 안전 보호장치로 미국에서는 부동산매매제도의 필수적인 부분으로 자리 잡았다.⁴⁶⁾

에스크로 제도는 계약의 양 당사자가 어느 장래 시점에 각자의 계약상 의무를 동시에 이행할 의무가 있는 경우, 제3자인 중간수입자(escrow holder)⁴⁷⁾가 동시이행에 필요한 각종 조건의 완성⁴⁸⁾을 책임지고 확보한

46) 에스크로 제도에 대해서는 최수길/최형석, “부동산 거래 안전보장을 위한 전문 에스크로우제도의 정착방안에 관한 연구”, 부동산연구 제22집 제3호, 한국주택협회, 2012, 187쪽 이하; 한 마크 만균, 앞의 논문, 434쪽 이하.

47) ‘동시이행수탁인’이라고도 한다.

48) 예컨대, 매수인 입장에서는 매도인의 권리서류나 목적 부동산에 하자가 없어야 한다

경우에만 계약을 마무리 짓는(escrow closing) 신탁계약 관계를 기초로 한다. 즉, 본 계약의 당사자가 신탁자가 되고, 중간수입자는 수탁자가 되며, 신탁자로부터 수령하는 금전은 반드시 신탁계좌에 입금시켜야 한다. 또 이를 보호하기 위해 에스크로 회사의 인가나 운영, 신탁자를 보호하기 위한 주 정부 보험가입의무 등 에스크로와 관련된 제도는 에스크로 업무에 따른 리스크를 최소화하기 위해 소재지 주 정부의 엄격한 규제를 받는다.⁴⁹⁾

미국은 50개 주가 제각기 고유한 에스크로 관련 법을 가지고 있는데, 특히 캘리포니아, 네바다, 오리건, 애리조나, 워싱턴주 등에서는 대부분 부동산 매매시 에스크로 회사(escrow company)가 개입하여 매매가 성립된다. 뉴욕, 시카고를 비롯한 동부에 위치한 주들은 타이틀 보험회사(title insurance company)나 변호사들이 에스크로 업무를 취급한다.⁵⁰⁾

2.2 에스크로 사기(Escrow Fraud)⁵¹⁾

미국에서는 부동산이중매매 사기도 형사처벌되지만, 에스크로 사기도 형사처벌 대상이다. 미국에서는 부동산 거래에서 에스크로에 돈을 맡기는 것이 표준적인 절차로 되어 있다. 일반적으로, 매수인은 그 거래를 계속하기 위한 선의의 노력을 보여주기 위해 주택 매입 청약을 할 때 보증금을 낸다. 이 돈은 에스크로에 넣어 중립적인 제3가 보유하도록 하여, 거래가 이루어지지 않은 경우는 매수인에게 반환되며, 판매가 완

든가, 또 매도인 입장에서는 매수인이 은행 대출을 받는데 문제가 없다는 것 등 조건을 충족시키는 것. 또는, 예컨대 부동산 매매의 경우 매도인은 소유권 양도에 필요한 모든 서류를 매수인에게 인도하고, 매수인은 동시에 그 자리에서 매도인에게 대금을 지급할 의무를 완료하는 것.

49) 대한변협신문, 2013년 5월 13일, <<http://news.koreanbar.or.kr/news/articleView.html?idxno=8751>>, 검색일: 2018.12.10.

50) <<https://en.wikipedia.org/wiki/Escrow>>, 검색일: 2018.12.10.

51) <<https://en.wikipedia.org/wiki/Escrow>>, 검색일: 2018.12.10.

료된 후에는 매도인에게 지불된다.

그 이외에 다른 이유로 매수인이나 매도인이 에스크로에 돈을 맡기기도 한다. 예를 들어, 수영장이 딸린 집을 사는데 겨울철이라 상태 확인이 어려운 경우, 매도인은 여름에 수영장 상태 검사가 가능할 때까지 에스크로에 돈을 맡겨둔다. 만약, 검사 후 문제가 없으며 에스크로에 맡겨두었던 돈은 매도인이 되돌려 받지만, 문제가 있다면 매수인에게 수리비용으로 지급된다.

이와 같이, 미국에서는 부동산 거래에서 에스크로에 돈을 예치하는 것이 필수적이지만, 이로 인해 에스크로 사기범죄도 발생할 수 있다. 에스크로 사기는 다양한 형태로 발생할 수 있다. 예를 들어, 위조 에스크로 수표를 쓰고 나서 가족 비상사태나 기타 필요한 재정적인 의무를 위해 약간의 돈을 돌려달라고 요청한다. 그런데, 위조수표의 결제에 필요한 돈은 남아 있지 않는 경우이다. 조작된 에스크로 지침을 이용하여 에스크로 예치금을 절취하는 경우도 있고, 자금을 안전한 계좌로 유지하는 대신 위험한 투자에 투자하는 에스크로 대행사(escrow agency)와 같이 매수인의 에스크로 자금을 유용하는 경우도 있다.

또한 중복거래에 의한 에스크로 사기(multiple transaction escrow fraud)도 있다. 에스크로 자금이 중복거래를 위해 예치되고, 매수인은 에스크로 대리인에게 알리지 않고 일부 거래를 한다. 에스크로 대리인은 예치금을 확인해주지만, 에스크로 계정에 있는 자금은 모든 거래를 완료하기에는 충분하지 않으며 일부 거래는 채무불이행으로 묶이는 상태가 된다.

뉴욕주법에 따르면, 에스크로 사기는 절도, 주택대출사기, 아이덴티티 절도, 사기공모가담, 부정수표발행죄에 해당할 수 있다. 미연방법상으로는 은행사기(bank fraud), 전화사기(wire fraud), 우편사기(postal fraud) 등에 해당할 수 있다.

V. 맺음말

이제 대법원은 부동산이중매매에서는 일관하여 배임죄의 성립을 인정하나, 동산이중매매와 대물변제예약 부동산 이중매매 사안에서는 배임죄의 성립을 부정한다. 2011년의 동산이중매매에 관한 판례와 2014년의 대물변제예약 부동산에 관한 판례에서 배임죄의 성립이 부정됨으로써, 사적자치의 강조와 형법의 제한적 적용의 필요성이 강조되어가던 분위기에서, 대법원이 종래의 입장을 변경하여 부동산이중매매의 배임죄 성립을 부정하는 판례를 내어 놓을 가능성이 큰 것으로 생각되었다. 그러나, 대법원은 2018년 5월 판결에서 부동산이중매매에서 배임죄를 인정한 종래의 입장을 재확인하였다.

학계에서도 근래 부동산이중매매에서 매도인의 등기협력의무를 타인의 사무로 보기 어렵다는 관점과 형법적 제한적 적용의 필요성을 근거로 배임죄의 성립을 부정해야 한다는 견해가 다수의 입장이었다. 그러나 한편, 거래목적의 보호와 피해자의 피해구제의 측면에서 형사처벌의 필요성이 있으므로 부동산이중매매를 배임죄로 처벌하는 것이 타당하다는 견해도 유력했었다. 또한, 절충적인 관점에서, 부동산이중매매를 배임죄로 처벌하는 것은 타당하나, 사법적 거래관계 영역에서 악의적인 부동산이중매매를 방지하기 위한 민사법적 제도가 마련되어 매수인이 보호될 수 있다면, 이중매매의 규제는 민사법적 영역에서 하고 부동산이중매매를 배임죄로 처벌하는 것은 축소해야 한다는 입장으로 전개되었다.

부동산매매에서 이중매매를 방지하기 위해서는, 위반행위자를 배임죄로 형사처벌하는 것도 한 방법이겠지만, 미국의 에스크로(Escrow) 제도나, 최근의 블록체인 기술을 이용한 이중매매 방지제도를 참고하여⁵²⁾ 이중매매가 발생하지 않도록 제도적 장치를 마련하는 것도 필요할 것이

52) 스웨덴은 블록체인 기반 부동산거래 시스템을 구축하고 있다. <<http://dfrc.kif.re.kr/wp-content/uploads/2018/07/>>, 검색일: 2018.12.10.

다.⁵³⁾ 다만, 법리적으로 보아 이중매매에서 매도인을 타인의 사무처리 자라 하기 어렵다면, 매도인의 등기협력의무는 자기의 사무로 보아야 할 것이며, 부동산이중매매를 배임죄로 의율하기는 어렵다 할 것이다. 배임죄 성립을 부정할 경우, 형사정책적 측면에서 민사적 구제수단만으로는 피해자 구제에 부족하다는 문제점이 있을 수 있지만, 형사정책적 고려로 법리적 결론을 변경할 수는 없다. 부동산이중매매에서 매도인의 책임의 본질은 채무불이행책임으로 보아야 할 것이다. 이러한 관점에서 보면, 근래 대법원이 동산이중양도와 대물변제예약 부동산 이중매매 사안에서 배임죄 성립을 부정하던 흐름을 깨고, 부동산이중매매에서 종래의 입장을 변경하지 않고 배임죄 성립을 인정한 것은 아쉬운 측면이 있다.

53) 한정희, “블록체인 부동산등기의 원리와 응용 연구”, 부동산학보 제73집, 한국부동산학회, 2018, 58쪽 이하 참조.

참고문헌

1. 단행본

- 권오걸, 형법각론, 형설출판사, 2011.
- 김성돈, 형법각론, 성균관대출판부, 2017.
- 문형섭, 재산범죄이론의 이해, 전남대학교출판부, 2006.
- 배종대, 형법각론, 홍문사, 2016.
- 이재상, 형법각론, 박영사, 2011.
- Alexis C. Bell, *Mortgage Fraud & the Illegal Property Flipping Scheme: A Case Study of United States v. Quintero-Lopez*, CreateSpace Independent Publishing Platform, 2010.

2. 학술지

- 강수진, “부동산 이중매매를 배임죄로 처벌하는 것은 타당한가?” 형사 법의 신동향 제49호, 대검찰청, 2015, 344-378쪽.
- 김종구/이동명, “동산이중양도의 배임죄 성립 여부”, 법학연구 제51집, 한국법학회, 2013, 425-442쪽.
- 김학동, “부동산 2중양도의 반사회성에 관한 판례 소고”, 경희법학 제42 권 제1호, 경희대 법학연구소, 2007, 213-237쪽.
- 권오걸, “동산의이중매매와 배임죄”, 비교형사법연구 제13권 2호, 한국 비교형사법학회, 2011, 401-426쪽.
- 문형섭, “이중매매와 배임죄에 관한 신화”, 형사재판의 제문제 제8권, 사법발전재단, 2016, 298-326쪽.
- 박찬걸, “부동산 이중매매에 있어서 배임죄의 성립시기”, 경희법학 제48 권 제4호, 경희대 법학연구소, 2013, 289-322쪽.

- 백형구, “대물변제예약과 배임죄”, 판례연구 제29집 제1권, 서울지방법원 호사회, 2015, 226-247쪽.
- 손동권, “배임죄 성립에 있어 동산과 부동산 사이의 차이문제”, 형사법연구 제25권 4호, 한국형사법학회, 2013, 303-324쪽.
- 이승준, “배임죄 행위주체 해석의 방향 -동산이중양도를 중심으로-”, 인권과 정의 통권422호, 대한변호사협회, 2011, 98-114쪽.
- 이영록, “광무건양기 부동산 이중매매 및 이중전당에 관한 연구 - 고등재판소 및 평리원 판결을 중심으로”, 법사학연구 제44권, 한국법사학회, 2011, 111-141쪽.
- 이용식, “대물변제예약 부동산의 이중매매와 배임죄의 형사불법적 구조”, 형사판례연구 23, 한국형사정책연구원, 2015, 223-259쪽.
- 이준현, “일제 강점 초기 朝鮮高等法院에 의한 不動産 二重賣買・二重典當의 법적처리”, 법사학연구 제28권, 한국법사학회, 2003, 79-108쪽.
- 전명길/이영우, “부동산이중매매의 배임죄 인정여부”, 법이론실무연구 제6권 제3호, 한국법이론실무학회, 2018, 85-105쪽.
- 주지홍, “부동산이중매매에 있어서 배임죄 적용 결과 민사법질서에 미치는 영향”, 법학연구 제51권 제2호, 부산대 법학연구소, 2010, 319-347쪽.
- 최관식, “동산이중양도담보계약에서의 형사법적 문제”, 법학논총 제20집, 숭실대 법학연구소, 2008, 223-241쪽.
- 최수길/최형석, “부동산 거래 안전보장을 위한 전문 에스크로우제도의 정착방안에 관한 연구”, 부동산연구 제22집 제3호, 한국주택협회, 2012, 187-213쪽.
- 한 마크 만균, “우리나라 부동산 에스크로우 제도의 활성화 방안”, 동북아법연구 제8권 제2호, 전북대학교 동북아법연구소, 2014, 423-452쪽.

한정희, “블록체인 부동산등기의 원리와 응용 연구”, 부동산학보 제73집, 한국부동산학회, 2018, 58-71쪽.

허일태, “배임죄에서의 행위주체와 손해의 개념”, 비교형사법연구 제6권 제2호, 한국비교형사법학회, 2004, 137-157쪽.

황태윤, “이중매매와 횡령죄”, 법학연구 제39집, 전북대학교 법학연구소, 2013, 125-151쪽.

3. 학위논문

윤진수, “부동산 이중양도에 관한 연구”, 서울대학교 대학원 박사학위논문, 1993.

4. 인터넷 자료 (or 전자문헌)

‘채무불이행의 형사범죄화 이대로 좋은가’ 자료집. <<http://www.economytalk.kr/news/articleView.html?idxno=129350>>, 검색일: 2018.12.10.

대한변협신문, 2013년 5월 13일, <<http://news.koreanbar.or.kr/news/articleView.html?idxno=8751>>, 검색일: 2018.12.10.

<<https://en.wikipedia.org/wiki/Escrow>>, 검색일: 2018.12.10.

<<http://dfrc.kif.re.kr/wp-content/uploads/2018/07/>>, 검색일: 2018.12.10.

[Abstract]

A Study on the Recent Double Selling Cases of the Korean Supreme Court

Kim, Jong-Goo*

Korean Supreme Court has determined for a long time that double selling of real estate constitutes breach of trust crime under the Criminal Code of Korea. However, according to the recent Korean Supreme Court's decision, the seller in a double selling of the movable assets is not punishable for the breach of trust crime. The seller breached the contract, but he did not commit a breach of trust crime. The basic argument of the recent Korean Supreme Court decision is that the seller is a person who is not in charge of managing the other person's business. The seller has the duty to hand the object of the contract over to the buyer, but the duty is seller's own business.

There have been many pros and cons of the recent changes in the Supreme Court cases related to double selling. However, in May 2018, the Korean Supreme Court reaffirmed its position and decided that double selling of real estate constitutes breach of trust crime under the Criminal Code of Korea.

The author of this article does not agree with the recent Korean Supreme Court's opinion because the interpretation of a criminal code should be strict and the principle of the legality should not be infringed. Double sellers are

* Professor of Law, College of Law, Chosun University

liable for default, but they are not liable for criminal charges.

[Key Words] Double Selling of Real Estate, Double Selling of Movable Assets, Crime of Breach of Trust, Theory of Betray, Escrow