

서면증여 부동산에 대한 근저당권설정과 배임죄

– 2018. 12. 13. 선고 2016도19308 판결에 대한 비판적 검토 –
**Establishment of a Mortgage on a Written Gift
of Real Estate and Breach of Trust of Article
355 Paragraph 2 of Korean Criminal Code**
– A Critical Analysis of the Korean Supreme Court’s
Decision 2016Do19308 –

김 재 윤*

Kim, Jae-Yoon

목 차

- | | |
|--|------------------|
| I. 서론 | III. 대상판결에 대한 검토 |
| II. (서면)증여의 의의, 서면증여 부동산
근저당권설정과 부동산 이중매매와의
유사점과 차이점 | IV. 결론 |

형법전의 여러 구성요건 가운데 배임죄만큼 논란이 큰 구성요건도 없다. 재산적 처분행위가 배임죄에 해당하는지 여부는 이를 기소하는 검찰

DOI: 10.35148/ilsire.2020..20.3

투고일: 2020. 1. 12. / 심사완료일: 2020. 2. 4. / 게재확정일: 2020. 2. 11.

* 건국대학교 법학전문대학원 교수

Professor, Konkuk University Law School

은 물론 재판부도 대법원까지 이르러서야 그 성립 여부를 알 수 있을 만큼 모호하고 불명확하다. 이에 배임죄는 ‘재산적 비행의 하수종말처리장’이라는 비난을 받을 만큼 처벌 범위가 넓고 가벌성의 경계가 매우 모호하다는 비판이 제기되고 있다.

이러한 비판을 의식해서인지 최근 대법원은 동산 이중양도, 대물변제 예약 부동산 이중매매 사안에서 배임죄 성립을 부정하는 전향적 태도를 취했고, 이에 2018년 부동산 이중매매에 대해 대법원 전원합의체가 종래 태도를 변경하는 것은 아닌가 하는 기대가 있었다. 그러나 2018년 대법원은 “부동산 이중매매를 억제하고 매수인을 보호하는 역할을 충실히 수행하여 왔고, ... 이러한 법리가 부동산 거래의 왜곡 또는 혼란을 야기하는 것도 아니고, 매도인의 계약의 자유를 과도하게 제한한다고 볼 수도 없다.”는 이유로 기존의 입장을 고수하였다. 이는 부동산 이중매매 배임죄 성립을 지탱하는 법리의 벽이 견고하고 높음을 반증하는 것이다.

그런데 대상판결은 부동산 이중매매 배임죄 성립의 법리를 서면의 한 부동산 증여계약에까지 확대하여 적용하고 있다. 하지만 대상판결의 입장과 달리 서면증여계약과 매매계약의 성질을 동일하게 볼 수 있는지, 서면증여자의 수증자에 대한 소유권이전등기의무를 부동산 이중매매에 있어 매도인이 제1매수인에게 부담하는 등기협력의무와 동일하게 볼 수 있는지, 수증자와 제1매수인을 배임죄라는 형벌로 동일하게 보호해야 하는지 등의 의문이 제기된다.

따라서 본 논문에서는 이러한 문제의식 아래 (서면)증여의 의의와 법적 성질, 서면증여 부동산에 대한 근저당권설정과 부동산 이중매매가 어떠한 점에서 유사하고 차이점이 있는지를 중심으로 대상판결의 문제점을 검토하고, 이를 바탕으로 대상판결의 태도와 같이 서면증여 부동산 이중처분에 대해 부동산 이중매매의 법리를 그대로 적용하여 배임죄를 인정하는 것은 타당하지 않음을 결론으로 도출하였다.

[주제어] 배임죄, 부동산 이중매매, 동산 이중매매, 등기협력의무, 서면증여, 서면증여 부동산 이중처분

I. 서론

1. 사실관계

민 모씨(남, 68세)는 2007년 10월 9일경 자신 소유의 경기도 양평군 서종면에 있는 목장용지 3,017㎡ 중 1/2 지분을 이 모씨(2000년 8월경부터 2005년 10월경까지 민 모씨와 사실혼 관계에 있었음)에게 증여한다는 의사를 서면으로 표시했다. 그러나 민씨는 이와 같은 증여계약에 따라 이씨에게 목장용지 3,017㎡ 중 1/2 지분에 관하여 소유권이전등기 절차를 이행해 주어야 할 임무가 발생했음에도, 3년 6개월 후인 2011년 4월 12일경 ○○농업협동조합에서 4,000만원을 대출받으면서 이 목장용지에 채권최고액 5,200만원의 근저당권설정계약을 체결하고, 다음날 채무자를 자신으로 하는 근저당권설정등기를 마쳤다. 이에 이씨가 민씨를 고소, 민씨는 근저당권의 피담보채무액 중 1/2 지분에 해당하는 2000만원의 재산상 이익을 취득하고, 이씨에게 같은 금액의 재산상 손해를 가한 혐의로 기소되었다.

그리고 1심 판결문에 나타난 추가적인 사실관계는 다음과 같다: 피고인(증여자)은 2007년 10월 9일 자신 명의로 재산을 보유하기 어려운 상황에 있던 고소인(수증자)을 대신해 고소인의 언니에게 이 사건 토지 중 절반에 대한 모든 법적 권리를 양도하기로 하는 내용의 양도증서를 작성하였다. 이후 2010년 11월 5일 피고인과 고소인은 이 사건 토지 중 ‘1/2을 분리등기할 필요 없고, 피고인 명의로 두되 차후 일방적 매각이나 용도 외 사용 등을 변경할 시 이를 반드시 고소인에게 통보하기로 하며 이를 어길시 민형사상 처벌을 감수기로 약정한다.’고 기재한 토지지분약정동의서를 작성하였다. 이 토지지분약정동의서 말미에는 피고인이 2010년 12월 10일까지 1억5천만원을 고소인에게 지불하면 고소인이 이 사건 토지에 관한 모든 권리를 포기하기로 하는 취지가 기재되어 있다.

2. 1심과 2심의 판단

제1심 법원은 “토지지분약정동의서의 기재에 의하면, 피고인의 주된 의무는 자신 명의로 재산을 보유하기 어려운 경제적 여건에 있던 고소인의 대한 소유권이전등기의무가 아니라 이 사건 토지 중 1/2에 해당하는 금액 상당의 정산의무라고 봄이 상당하다. 따라서 피고인이 위 근저당설정계약 및 등기 당시 고소인에게 신임관계에 기초하여 이 사건 토지에 대한 등기협력의무를 본질적인 내용으로 하는 재산의 보호 또는 관리의무가 있었다고 보기 어렵고(설령 등기협력의무가 있었다고 하더라도 피고인은 고소인에게 위 금전채무를 지급함으로써 고소인에게 이 사건 토지 중 1/2 지분에 관하여 소유권을 이전해 줄 의무에서 벗어날 수 있었다), 달리 이를 인정할 증거가 없다.”고 하여 형사소송법 제325조 후단 무죄를 선고하였다.¹⁾

제2심 법원은 1심과 마찬가지로 배임죄 성립을 인정하지 않았다.²⁾ 즉 2심 법원은 “이 사건 공소사실 기재 증여계약에 따라 피고인이 고소인에게 소유권이전등기절차를 이행하여 주어야 할 의무를 부담하게 되었다고 하더라도, 이는 피고인 ‘자기의 사무’에 불과할 뿐 배임죄에서 말하는 ‘타인의 사무’에는 해당하지 않는다. 따라서 이러한 경우 피고인이 증여 대상 부동산에 관하여 근저당권설정등기를 마쳤다고 하여 증여 상대방인 고소인에 대한 관계에서 타인의 사무를 처리하는 자로서 그 임무에 위배하는 행위를 하였다거나, 그로 인하여 증여 상대방인 고소인에게 어떤 손해를 가하거나 손해 발생의 위험을 초래하였다고 할 수 없어 배임죄가 성립하지 않고, 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인이 타인의 사무를 처리하는 지위에 있다는 점을 인정하기에 부족하며, 달리 이를 인정할 증거가 없다.”고 판시하였다.

1) 수원지방법원 여주지원 2016. 3. 4. 선고 2015고단425 판결.

2) 수원지방법원 2016. 11. 4. 선고 2016노1850 판결.

3. 대법원의 판단

반면에 대법원은 원심 판단과 달리 부동산 이중매매의 법리를 적용하여 배임죄의 성립을 긍정하였다.³⁾ 즉 대법원은 “부동산 매매계약에서 중도금이 지급되는 등 계약이 본격적으로 이행되는 단계에 이른 때에는 계약이 취소되거나 해제되지 않는 한 매도인은 매수인에게 부동산의 소유권을 이전할 의무에서 벗어날 수 없다. 이러한 단계에 이른 때에 매도인은 매수인에게 매수인의 재산보전에 협력하여 재산적 이익을 보호·관리할 신임관계에 있게 되고, 그때부터 배임죄에서 말하는 ‘타인의 사무를 처리하는 자’에 해당한다고 보아야 한다. 그러한 지위에 있는 매도인이 매수인에게 계약 내용에 따라 부동산의 소유권을 이전해 주기 전에 부동산을 제3자에게 처분하여 등기를 하는 행위는 매수인의 부동산 취득이나 보전에 지장을 초래하는 행위로서 배임죄가 성립한다. 이러한 법리는 서면에 의한 부동산 증여계약에도 마찬가지로 적용된다. 서면으로 부동산 증여의 의사를 표시한 증여자는 계약이 취소되거나 해제되지 않는 한 수증자에게 목적부동산의 소유권을 이전할 의무에서 벗어날 수 없다. 그러한 증여자는 ‘타인의 사무를 처리하는 자’에 해당하고, 그가 수증자에게 증여계약에 따라 부동산의 소유권을 이전하지 않고 부동산을 제3자에게 처분하여 등기를 하는 행위는 수증자와의 신임관계를 저버리는 행위로서 배임죄가 성립한다.”고 한다.

이에 따라 대법원은 “피고인이 서면으로 증여의 의사를 표시하였는지에 관하여 심리하지 아니한 채, 서면으로 증여의 의사를 표시한 증여자의 소유권이전등기의무는 증여자 자기의 사무일 뿐이라는 전제에서 공소사실을 무죄로 판단한 원심판결에 배임죄에서 ‘타인의 사무를 처리하는 자’ 등에 관한 법리를 오해하고 필요한 심리를 다하지 않은 잘못이 있다.”고 판시하였다.

3) 대법원 2018. 12. 13. 선고 2016도19308 판결.

4. 검토할 쟁점

형법전의 여러 구성요건 가운데 배임죄만큼 논란이 큰 구성요건도 없다. “타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위로써 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 취득하게 하여 본인에게 손해를 가한 때”로 규정한 배임죄 구성요건(형법 제355조 제2항)은 “타인의 재물을 절취한 자”를 처벌하는 절도죄 구성요건과 비교할 때 형식적인 면에서 보다 상세하고 명확하게 규정되어 있는 듯 보인다. 그러나 甲이 A의 시계를 훔친 행위에 대해 절도죄가 성립한다는 데에 피고인, 변호인, 검사, 판사 모두 별다른 다툼이 없으나, 부동산 이중매매,⁴⁾ 동산 이중양도,⁵⁾ 대물변제예약 부동산 이중매매,⁶⁾ 부동산교환계약 위반⁷⁾ 그리고 대상판결인 서면증여 부동산에 대한 근저당권설정⁸⁾ 행위가 배임죄에 해당하는지 여부는 이를 기소하는 검찰은 물론 재판부도 대법원까지 이르러서야 그 성립 여부를 알 수 있을 만큼 모호하고 불명확하다.⁹⁾¹⁰⁾

4) 배임죄 성립: 대법원 1988. 12. 13. 선고 88도750 판결; 대법원 2008. 7. 10. 선고 2008도3766 판결; 대법원 2018. 5. 17. 선고 2017도4027 전원합의체 판결 등.

5) 배임죄 불성립: 대법원 2011. 1. 20. 선고 2008도10479 전원합의체 판결.

6) 배임죄 불성립: 대법원 2014. 8. 21. 선고 2014도3363 전원합의체 판결.

7) 배임죄 성립: 대법원 2018. 10. 4. 선고 2016도11337 판결.

8) 배임죄 성립: 대법원 2018. 12. 13. 선고 2016도19308 판결.

9) 부동산 이중매매 사안뿐만 아니라 삼성에버랜드의 주주배정 방식의 전환사채 저가발생이 배임죄에 해당하는지, 담보제공형 LBO, 합병형 LBO, 유상감자형 LBO 및 복합형 LBO 등 여러 차입매수(LBO) 형태가 배임죄에 해당하는지 등에서도 같은 문제가 발생한다. LBO에 대한 배임죄 적용 찬반에 대한 상세한 분석으로는 김재윤, “차입매수(LBO)에 대한 형사책임”, 법학연구 제53집, 한국법학회, 2014, 204-206쪽 참고.

10) 이러한 부동산 이중매매, 동산 이중양도, 대물변제예약 부동산 이중매매의 배임죄 성립여부를 다룬 대법원 판례와 관련하여 그동안 형법학계에서는 다수의 선행연구가 진행된 바 있다. 그 대표적인 논문으로는 강동욱, “부동산 이중매매 매도인에 대한 형사책임의 인정에 관한 법적정책적 검토: 민사법상 효력과 비교를 통하여”, 법학연구 제19집 제2호, 인하대학교 법학연구소, 2016.6, 1쪽 이하; 강수진, “부동산 이중매매를 배임죄로 처벌하는 것은 타당한가? - 배임죄 불성립론에 대한 검토를 중심으로 -”, 형사법의 신동향 제49호, 대검찰청, 2015.12, 343쪽 이하; 권오걸, “동산의 이중매매와

이에 배임죄는 ‘재산적 비행의 하수종말처리장’이라는 비난을 받을 만큼 처벌 범위가 넓고 가벌성의 경계가 매우 모호하다는 비판이 제기되고 있다.¹¹⁾

이러한 비판을 의식해서인지 최근 대법원은 동산 이증양도, 대물변제 예약 부동산 이증매매 사안에서 배임죄 성립을 부정하는 전향적 태도를 취했고, 이에 2018년 부동산 이증매매에 대해 대법원 전원합의체가 1962년부터 배임죄를 최초로 인정¹²⁾한 이래 56여년이 넘는 기간 동안 일관되게 유지한 종래 태도를 변경하는 것은 아닌가 하는 기대가 있었다. 그러나 2018년 대법원은 “부동산 이증매매를 억제하고 매수인을 보호하는 역할을 충실히 수행하여 왔고, ... 이러한 법리가 부동산 거래의 왜곡 또는 혼란을 야기하는 것도 아니고, 매도인의 계약의 자유를 과도하게 제한한다고 볼 수도 없다.”¹³⁾는 이유로 기존의 입장을 고수하였다. 이는

배임죄 -부동산 이증매매와의 비교를 통해서-”, 비교형사법연구 제13권 제2호, 한국비교형사법학회, 2011.12, 401쪽 이하; 김신, “부동산 이증매매와 제1매수인의 보호”, 동아법학 제84권, 동아대학교 법학연구소, 2019.8, 105쪽 이하; 김중구, “부동산이증매매의 형사책임에 관한 최근 대법원 판례의 고찰”, 일감부동산법학 제18호, 건국대학교 법학연구소, 2019.2, 67쪽 이하; 김혜정, “부동산 이증매매에서 배임죄의 성립여부에 대한 판단 -대법원 2018. 5. 17. 선고 2017도4027 전원합의체 판결-”, 법조 제67권 제6호, 법조협회, 2018.12, 809쪽 이하; 류승훈/서상문, “판례 평석: 부동산 이증매매시 형사상 배임죄 성립의 인정 -대법원 2018. 5. 17. 선고 2017도4027 전원합의체 판결-”, 동아법학 제12권 제4호, 동아대학교 법학연구소, 2019.2, 98쪽 이하; 박찬걸, “부동산 이증매매가 과연 형사처벌의 대상인가?”, 형사정책 제30권 제1호, 한국형사정책학회, 2018.4, 7쪽 이하; 손동권, “배임죄 성립에 있어 동산과 부동산 사이의 차이문제”, 형사법연구 제25권 제4호, 한국형사법학회, 2013.12, 303쪽 이하; 안경옥, “배임죄의 ‘타인의 사무를 처리하는 자’의 의미: 동산·부동산의 이증매매·이증양도 등을 중심으로”, 법조 제65권 제9호, 법조협회, 2016.12, 574쪽 이하; 이용식, “대물변제예약 부동산의 이증매매와 배임죄의 형사불법적 구조”, 형사판례연구 제23권, 한국형사판례연구회, 2015.6, 223쪽 이하 참조.

11) 류전철, “배임죄에서 재산상의 손해발생의 위험”, 법학논총 제30집 제1호, 전남대학교 법학연구소, 2010, 116쪽; 문형섭, 배임죄에 관한 연구, 호남대학교 대학원 박사학위논문, 2001, 2쪽.

12) 서울형사지방법원 1962. 12. 26. 선고 62고157,2670 판결.

13) 대법원 2018. 5. 17. 선고 2017도4027 전원합의체 판결 다수견해.

부동산 이중매매 배임죄 성립을 지탱하는 법리의 벽이 견고하고 높음을 반증하는 것이다.

그런데 대상판결은 “서면으로 부동산 증여의 의사를 표시한 증여자는 계약이 취소되거나 해제되지 않는 한 수증자에게 목적부동산의 소유권을 이전할 의무에서 벗어날 수 없다. 그러한 증여자는 ‘타인의 사무를 처리하는 자’에 해당하고, 그가 수증자에게 증여계약에 따라 부동산의 소유권을 이전하지 않고 부동산을 제3자에게 처분하여 등기를 하는 행위는 수증자와의 신임관계를 저버리는 행위로서 배임죄가 성립한다.”고 판시함으로써 부동산 이중매매 배임죄 성립의 법리를 서면에 의한 부동산 증여계약에까지 확대하여 적용하고 있다. 하지만 대상판결의 입장과 달리 서면증여계약과 매매계약의 성질을 동일하게 볼 수 있는지, 서면증여자의 수증자에 대한 소유권이전등기의무를 부동산 이중매매에 있어 매도인이 제1매수인에게 부담하는 등기협력의무와 동일하게 볼 수 있는지, 수증자와 제1매수인을 배임죄라는 형벌로 동일하게 보호해야 하는지 등의 의문이 제기된다.

그러나 이러한 부동산 이중매매 배임죄 성립의 법리를 서면증여 부동산에 대한 근저당권설정 행위에 대해서까지 확대 적용하여 배임죄로 처벌하는 것은 수증자 보호에 충실할 수 있다는 긍정적 측면도 있겠지만, 민사 분쟁에 형법의 과도한 개입을 초래함으로써 서면증여자의 증여계약의 자유는 물론 신체의 자유에 대한 침해로 이르는 길을 지나치게 넓게 열어주는 것은 아닌가라는 등의 여러 문제를 야기할 수 있다.

따라서 이하에서는 이러한 문제의식 아래 (서면)증여의 의의와 법적 성질, 서면증여 부동산에 대한 근저당권설정과 부동산 이중매매가 어떠한 점에서 유사하고 차이점이 있는지를 중심으로 대상판결의 문제점을 검토하고, 이를 바탕으로 대상판결의 태도와 같이 서면증여 부동산 이중처분에 대해 부동산 이중매매의 법리를 그대로 적용하여 배임죄를 인정하는 것은 타당하지 않음을 결론으로 도출하고자 한다.

II. (서면)증여의 의의, 서면증여 부동산 근저당권설정과 부동산 이중매매와의 유사점과 차이점

1. (서면)증여의 의의, 법적 성질 및 법률효과(해제권)

증여란 당사자 일방, 즉 증여자가 무상으로 일정한 재산을 상대방, 즉 수증자에게 수여한다는 의사를 표시하고, 상대방이 이를 승낙함으로써 성립하는 계약을 말한다(민법 제554조). 증여는 계약이라는 점에서 단독행위인 유증(민법 제1073조)과 구별된다. 현대사회에서 증여의 사회적·경제적 기능이 그다지 크지 않지만, 자선·종교·학술 등의 특수한 목적을 위한 증여는 오늘날에도 여전히 일정한 기능을 담당하고 있다.¹⁴⁾

증여계약은 편무·무상계약, 낙성·불요식계약이다. 즉 증여계약은 수증자의 급부의무 없이 성립하는 것이므로 증여자의 재산권이전의무를 이행함에 있어서 그 대가는 전혀 존재하지 않는다. 그리고 증여는 당사자들의 청약과 승낙이 합치됨으로써 성립하고, 증여의 성립에는 별도의 방식을 요구하지 않으므로 구두에 의해서도 유효하게 성립한다. 다만, 증여의 무상성으로 인해 서면에 의하지 않은 증여에 있어서 각 당사자는 이행이 있기 전까지 언제든지 해제할 수 있다(민법 제555조, 제558조).

증여자는 약정한 재산권을 수증자에게 이전할 채무를 부담하고 수증자는 이에 대응하는 채권을 취득한다. 이에 서면증여자는 계약에 의하며 부담하는 의무를 그 내용에 좇아 이행하여야 한다. 따라서 대서판결과 같이 부동산에 대한 소유권 이전이 증여의 목적이려면 등기(민법 제186

14) 이하의 논의는 김형배/김규완/김명숙, 민법학강의(제15판), 신조사, 2016, 1315-1319쪽; 남효순/윤철홍/오종근/김대정, 주식 민법[채권각론(2)], 한국사법행정학회, 2016, 263-289쪽; 송덕수, 신민법강의(제12판), 박영사, 2019, 1134-1138쪽; 지원림, 민법강의(제14판), 홍문사, 2016, 1352-1355쪽.

조)에 의하여 중국적으로 그 소유권을 수증자에게 이전하여야 한다.¹⁵⁾

증여계약의 법률효과와 관련하여 특유한 해제원인으로 세 가지를 규정하고 있다는 점에 주목할 필요가 있다.¹⁶⁾ 첫째, 증여의 의사가 서면으로 표시되지 않은 증여계약은 각 당사자가 이를 해제할 수 있다(민법 제555조).¹⁷⁾ 증여자가 경솔하게 증여하는 것을 방지하고, 증여의사를 서면으로 명확하게 하여 분쟁을 예방할 필요가 있기 때문이다. 대상판결에서 문제가 된 ‘서면에 의한 증여’란 증여자가 자기재산을 상대방에게 준다는 증여의사가 문서를 통하여 확실히 알 수 있는 정도로 서면에 나타난 증여를 말한다. 비록 서면의 문언 자체는 증여계약서로 되어 있지 않더라도 그 서면 작성에 이르게 된 경위를 고려할 때, 증여의사를 표시한 서면으로 인정된다면 서면증여라 할 수 있다.¹⁸⁾ 이러한 서면에 의한 증여는 민법 제555조에 의해 해제할 수 없지만, 채무불이행을 원인으로 한 법정해제나 착오를 이유로 한 취소는 가능하다. 둘째, 수증자가 증여자에 대하여 망은행위를 한 때에는 증여계약을 해제할 수 있다(민법 제556조). 즉 ① 증여자 또는 그 배우자나 직계혈족에 대한 범죄행위가 있을 때, ② 증여자에 대하여 부양의무가 있음에도 이를 이행하지 아니한 때이다. 그러나 이 해제권은 망은행위가 있었음을 증여자가 안 날로부터 6개월을 경과하거나 증여자가 수증자에 대하여 용서의 표시한 경우에 소멸한다(민법 제556조 제2항). 셋째, 증여계약 후에 증여자의

15) 판례도 부동산 증여에서 인도만으로 부족하다고 하여 이행을 소유권이전등기를 마친 상태로 이해한다(대법원 1977. 12. 27. 선고 77다834 판결).

16) 이에 대한 상세한 설명으로는 명순구, “서면에 의한 증여와 그 해제 -대법원판결 1998. 9. 25. 98다22543에 대한 비판적 평가-”, 민사법학 제42권, 한국민사법학회, 2008.9, 285 쪽 이하 참조.

17) 대법원 2005. 12. 9. 선고 2005도5962 판결: “서면에 의하지 아니한 증여계약이 행하여진 경우 당사자는 그 증여가 이행되기 전까지는 언제든지 이를 해제할 수 있으므로 증여자가 구두의 증여계약에 따라 수증자에 대하여 증여 목적물의 소유권을 이전하여 줄 의무를 부담한다고 하더라도 그 증여자는 수증자의 사무를 처리하는 자의 지위에 있다고 할 수 없다.”

18) 대법원 2003. 4. 11. 선고 2003다1755 판결.

재산상태가 현저히 변경되고, 그 이행으로 생계에 중대한 영향을 미칠 경우에도 증여자는 증여를 해제할 수 있다(민법 제557조). 서면에 의한 증여의 경우에도 민법 제556조 및 제557조의 사유가 있으면 증여계약을 해제할 수 있다.

증여계약의 해제와 관련하여 주의할 것은 위와 같은 증여해제 사유가 있더라도 증여자가 증여계약에 정한대로 재산을 이미 수증자에게 준 상태라면 증여계약은 해제할 수 없다는 것이다. 예컨대 부동산에 대한 소유권이전등기까지 마쳤을 경우 비록 위 해제사유가 있다하더라도 증여계약을 해제할 수 없고, 확정적으로 수증자의 소유가 된다. 즉 증여계약의 해제는 이행이 완료되기 전까지 해제할 수 있음에 유의해야 한다. 또한 판례에 따르면 민법 제555조에서 말하는 해제는 제543조 이하에서 규정한 본래 의미의 해제와 달리 일종의 특수한 철회이기 때문에 형성권의 제척기간의 적용을 받지 않는다고 한다.¹⁹⁾

2. 서면증여 부동산 근저당권설정과 부동산 이중매매와의 유사점과 차이점

대상판결의 서면증여 부동산 근저당권설정과 부동산 이중매매를 비교할 때, ① 양자 모두 계약으로서 법적 성질을 가지면 그 목적물이 부동산이라는 점, ② 서면증여자와 매도인이 당초 계약의 내용대로 목적 부동산에 대해 수증자와 제1매수인에게 소유권이전등기를 하지 않고 제3자에게 근저당권설정등기 또는 제2매수인에게 소유권이전등기를 경료함으로써 이중처분을 하였다는 점, 서면증여는 서면에 의하지 않는 증여와 달리 증여의사가 서면으로 표시되는 즉시 민법 제556조 및 제557조에 해당하지 않는 한, 그리고 부동산 이중매매에 있어서는 제1매수인이 매도인에게 계약금 지급 이후 중도금까지 지급하면 당사자가 임의로

19) 대법원 2003. 4. 11. 선고 2003다1755 판결; 대법원 2009. 9. 24. 선고 2009다37831 판결.

계약을 해제할 수 없는 구속력이 발생하는데(민법 제565조), 이러한 해제할 수 없는 단계에 이르렀다면 서면증여자와 매도인은 수증자와 제1매수인에 대해 소유권이전등기(협력)의무가 발생한다는 점에서 유사한 구조를 가지고 있다.

그러나 서면증여 부동산 이중처분과 부동산 이중매매는 다음과 같은 점에서 중대한 차이를 보인다. 첫째, 서면증여는 증여계약으로서 편무·무상계약이나, 부동산 이중매매는 매매계약으로서 쌍무·유상계약으로 그 법적 성질을 전혀 달리 한다. 즉 서면증여는 증여자가 무상으로 재산을 수증자에게 수여하는 의사표시를 하고 목적물이 부동산인 경우 수증자에게 소유권이전등기의무를 부담하지만, 수증자는 어떠한 급부의무도 부담하지 않는다. 반면에 부동산에 대한 매매계약은 소유권이전등기의무와 대금지급의무가 서로 견련관계에 있고, 양 급부의 이행은 서로 대가성을 갖는 출연관계에 있어 그 법적 성질을 전혀 달리 한다. 둘째, 서면증여의 해제권은 일반적인 매매계약의 해제권과 달리 독자적인 해제 사유를 규정하고 있으며 일종의 특수한 철회로 파악되기 때문에 형성권의 제척기간의 적용을 받지 않는다는 점에서 차이가 있다. 셋째, 부동산 이중매매는 판례의 태도에 따르면 매도인이 제1매수인과 매매계약을 체결하고 계약금을 넘어 중도금까지 지급받은 이후에는 해제권을 행사할 수 없고, 등기협력의무가 발생하여 타인의 사무를 처리하는 자로 인정되나, 서면증여 부동산 이중처분에 있어서는 대상판결의 논리대로라면 서면증여는 무상계약의 성질상 계약금, 중도금, 잔금의 지급이라는 단계를 거치지 않으므로 곧바로 증여의사를 서면으로 표시하면 타인의 사무를 처리하는 자로 인정되게 된다.

이처럼 서면증여 부동산 이중처분과 부동산 이중매매는 유사한 구조를 보이는 것처럼 보이지만, 증여계약의 편무·무상성, 해제원인의 특이성 및 이중처분의 절차에 있어서 상당한 차이점을 보이고 있다. 그럼에도 불구하고 대상판결은 부동산 서면증여계약과 매매계약의 유사성만

을 강조한 나머지 이러한 차이점을 면밀히 검토하지 않은 채 선불리 부동산 이중매매의 법리를 서면증여 부동산 이중처분에까지 확대 적용한 것은 아닌지 의문이다. 이러한 의문에 대해 아래에서 보다 구체적으로 살펴보기로 한다.

Ⅲ. 대상판결에 대한 검토

1. 서면증여자가 배임죄에 있어 ‘타인의 사무를 처리하는 자’에 해당하는지 여부

배임죄는 타인의 사무를 처리하는 자만이 행위주체가 될 수 있는 진정신분범이다. 이때 타인의 사무를 처리하는 자란 타인과의 대내관계에서 신의성실의 원칙에 비추어 타인의 사무를 처리할 신임관계에 있게 되어, 그 관계에 기하여 타인의 재산적 이익 등을 보호·관리하는 것이 신임관계의 전형적·본질적 내용이 되는 지위에 있는 사람을 말한다. 다만, 그러한 사무처리는 오로지 타인의 이익을 보호·관리하는 것만을 내용으로 할 필요는 없다. 자신의 이익을 도모하는 성질도 아울러 가진다고 하더라도 타인을 위한 사무로서의 성질이 부수적·주변적인 의미를 넘어서 중요한 내용을 이루는 경우에는 ‘타인의 사무’에 해당한다. 그리고 타인의 재산관리에 관한 사무를 대행하는 경우는 물론, 동기협력 의무와 같이 자기의 거래를 완성하기 위한 자기의 사무인 동시에 상대방의 재산보전에 협력할 의무가 있는 경우도 ‘타인의 사무’에 포함된다.²⁰⁾

20) 대법원 2012. 5. 10. 선고 2010도3532 판결; 대법원 2017. 4. 26. 선고 2017도2181 판결 등. 그러나 이러한 판례의 태도에 대해 ① 신의칙에 기초한 신임관계라는 추상적 개념이나 ‘전형적·본질적 내용’이라는 불명확한 기준은 우리 법률에 근거한 것이 아니라 이중매매를 배임죄로 처벌하기 위하여 억지로 동원된 것으로 볼 수밖에 없다는 점, ② 일본형법에는 ‘타인을 위한 사무’라고 규정되어 있지만 우리 형법에는 ‘타인의 사무’라고 규정되어 있다는 점, ③ ‘부수적·주변적인 사무’와 ‘중요한 사무’라는 불확실

판례의 법리에 따르면 부동산 이중매매에 있어 매도인이 제1매수인의 사무를 처리하는 자로서 배임죄의 주체가 되기 위해서는 매도인이 제1매수인으로부터 계약금에 이어 중도금까지 수령함으로써 더 이상 임의로 계약을 해제할 수 없는 상태에 이르러야 한다. 부동산 매매계약을 체결하고 매도인이 계약금만을 교부받은 경우에는 계약금의 배액을 지급하고 제1차 매매계약을 해제할 수 있기 때문이다(민법 제565조). 매도인이 중도금을 수령한 후 그 계약의 내용에 좇아 소유권이전등기를 하여야 하는 의무를 이행하는 것은 채무자로서 ‘자기의 사무’ 처리라는 측면과 상대방의 재산보전에 협력하는 ‘타인의 사무’ 처리라는 성격을 동시에 가지므로, 이러한 단계에 이른 후에 매도인이 그 부동산을 제3자에게 처분하는 행위는 제1매수인을 위한 등기협력의무를 위반하는 것으로 배임죄에 해당한다고 한다.²¹⁾

요컨대, 판례는 제1매수인이 매도인에게 중도금을 지급한 이후부터 매도인에게 배임죄의 주체로서 ‘타인의 사무를 처리하는 자’로서의 지위를 인정하는데, 중도금의 수령 이후에는 매도인이 매매계약을 해제할 수 있는 법적인 장치가 마련되어 있지 않기 때문에 매도인은 상대방에게 등기이전에 협력하여야 할 의무가 발생한다는 것을 주된 논거로 제시한다.

대상판결은 이러한 부동산 이중매매의 법리를 서면증여 부동산 이중 처분에도 그대로 적용하고 있다. 하지만 이러한 대상판결의 태도는 두 가지 측면에서 타당하지 않다고 본다. 즉 하나는, 대상판결은 부동산

한 기준의 도입이 혼란을 가중시키고 있다는 점, ④ 자기의 사무를 행하는 과정에서 또는 자기의 거래를 완성하기 위하여 타인과 협력할 필요가 있다고 하여 ‘타인의 사무’가 될 수 있다는 논리는 찾을 수 없다는 점, ⑤ 등기협력의무 역시 협력사무에 불과하므로 타인의 사무가 아니고, 자기의 사무가 동시에 타인에 사무의 성격을 동시에 가질 수 있다는 논리는 성립할 수 없다는 점 등의 이유로 지지할 수 없다는 견해가 제기되고 있다. 이에 대한 상세한 설명으로는 김신, 앞의 논문, 116쪽 이하 참조.

21) 대법원 1986. 7. 8. 선고 85도1873 판결; 대법원 1988. 12. 13. 선고 88도750 판결; 대법원 2008. 7. 10. 선고 2008도3766 판결 등.

이중매매에서 매도인이 제1매수인으로부터 중도금을 수령한 이후부터 임의로 계약을 해제할 수 없음을 전제로, 서면증여에서도 증여의사가 서면으로 표시되는 즉시 당사자가 임의로 계약을 해제할 수 없다는 유사성에 기초하고 있으나, 서면증여의 해제권은 망은행위로 인한 해제(민법 제556조), 증여자의 재산상태변경으로 인한 해제(민법 제557조), 증여계약의 해제는 이미 이행한 부분에 대하여는 영향을 미치지 아니한다(민법 제558조)는 독자적인 해제 관련 규정을 두고 있으며 일종의 특수한 철회로 파악되므로 일반적인 매매계약의 해제권과 차이점을 고려하고 있지 않다. 또한 ‘임의로 계약을 해제할 수 있는 단계’와 ‘임의로 계약을 해제할 수 없는 단계’를 구별하여 후자의 경우에 혹은 서면증여와 같이 두 가지 독자적인 해제사유에 해당되지 않는 한 언제나 해제할 수 없는 경우에 매도인 혹은 서면증여자의 이중처분에 대해 형사불법을 인정함은 오로지 매도인 혹은 서면증여자만이 소유권이전등기(협력)의 무 불이행이라는 이유로 배임죄로 형사처벌될 수 있어 법의 형평성에 어긋난다.²²⁾

다른 하나는, 부동산 이중매매에서 매도인이 부담하는 등기협력의무가 판례의 태도와 같이 “자기의 거래를 완성하기 위한 자기의 사무인 동시에 상대방의 재산보전에 협력할 의무”가 아니라 “매도인이 이행하여야 할 매도인 자신의 사무이지, 매수인의 사무가 아니며, 매수인의 사무가 아니기 때문에 매도인이 그 사무를 이행하지 않으면 매수인은 스스로 그 사무를 처리하지 못하고 매도인에게 그 사무의 이행을 청구할 수밖에 없다”²³⁾는 비판에 대한 타당성 여부를 떠나서 쌍무·유상계약으로서 매매계약에 따른 등기협력의무와 편무·무상계약으로 증여계약에 따른 소유권이전등기의무를 동일선상에 올려놓고 서면증여자에게 이리

22) 같은 취지로 박광현, “형사법의 독자성과 민사법과의 법질서 통일성 관점에서 바라본 학제 간 고찰”, 서울법학 제20권 제1호, 서울시립대학교 법학연구소, 2012.5, 288쪽. 박찬걸, 앞의 논문, 17쪽.

23) 김신, 앞의 논문, 118쪽.

한 등기협력의무를 형사불법으로 강제하는 것이 타당한지 의문이다. 즉 부동산 매매계약은 쌍무·유상계약으로 매매계약이 체결되면 그때부터 매수인은 대금지급의무를 부담하고, 매도인은 소유권이전등기의무를 부담한다. 더욱이 부동산 이중매매에서 제1매수인이 계약금과 중도금까지 지급하였음에도 불구하고 매도인이 목적부동산을 임의로 제2매수인에게 소유권이전등기를 경료함으로써 제1매수인의 재산 취득에 지장을 초래하는 것은 제1매수인의 정당한 신뢰를 저버리는 것으로 비난가능성이 매우 높은 전형적인 임무위배행위로 볼 여지가 있다. 하지만 이와 달리 편무·무상계약으로 서면증여계약에 따른 수증인은 서면증여자에게 목적부동산에 대해 계약금, 중도금, 잔금과 같은 대금지급의무를 부담하지 않으며, 오로지 서면증여자만이 부동산에 대한 소유권이전등기의무만을 부담한다. 이에 서면증여에서 일차적으로 판례가 사용하는 등기‘협력’의무라는 용어를 통해 “자기의 거래를 완성하기 위한 자기의 사무인 동시에 상대방의 재산보전에 협력할 의무”가 도출될 수 있는지 의문이다. 더욱이 매매계약과 같은 쌍무·유상계약에 있어서도 쌍방이 그 계약의 내용에 좇아 이행을 하여야 할 채무는 특별한 사정이 없는 한 ‘자기의 사무’에 해당하는 것이 원칙인데,²⁴⁾ 부동산 이중매매의 경우 중도금 이상의 대금을 수령함으로써 계약을 임의로 해제할 수 없게 된 단계에 이르러 비로소 매도인에게 ‘타인의 사무’로서 등기협력의무를 인정하고 있을 뿐이다. 편무계약인 서면증여계약은 비록 서면에 의한 의사표시로 계약을 임의로 해제할 수 없게 되지만 대금지급의무를 부담하지 않는 수증자에 대한 소유권이전등기의무는 수증자와의 ‘협력의무’ 관계가 아닌 서면증여자 일방만의 ‘단독의무’로서 여전히 ‘자기의 사무’에 해당한다고 봄이 타당하다고 본다. 만일 대상판결의 태도와 같이 서면증여자에 대해서도 서면증여에 따라 수증자의 재산 보호에 협력할 의무, 즉 등기‘협력’의무를 인정하고 이중처분과 같은 임무위배행위가

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

있을 때 민사상 불법책임으로 해결을 시도하지 않고 곧바로 배임죄라는 형사책임을 부과할 경우, 이는 부동산 이중매매에서 형법학계의 많은 비판에도 불구하고 예외적으로 인정된 등기협력의무가 편무·무상계약인 서면증여계약에까지 확대되어 서면증여계약의 채무불이행과 형사적 배임행위의 경계를 더욱더 모호하게 하는 결과를 초래한다.

2. 수증자에 대한 과도한 보호가 아닌지 여부

부동산 이중매매의 법리에 따르면 매도인의 등기협력의무 불이행은 배임죄로 형사처벌되지만, 매수인의 대금지급의무 불이행은 단순한 채무불이행에 따른 민사책임만을 부담할 뿐이다. 매도인이 제2매수인에게 등기를 이전한 경우에는 배임죄 성립을 긍정하지만, 제2매수인에게 중도금과 잔금까지 받았음에도 불구하고 제1매수인에게 등기를 이전해 준 경우에는 배임죄 성립을 부정한다.²⁵⁾ 이처럼 부동산 이중매매의 법리는 “계약은 지켜져야 한다(pacta sunt servanda).”는 법언에 따라 제1매수인을 강력하게 보호하는 수단으로 활용되고 있다.

제1매수인을 강력히 보호하는 부동산 이중매매의 법리가 서면증여 부동산 이중처분에도 그대로 적용된다는 대상판결의 법리를 따르면 향후 부동산에 대한 서면증여자가 증여계약을 이행하지 않고 목적부동산에 대해 제3자에게 근저당권설정등기나 소유권이전등기를 경료했을 경우 배임죄로 자동적으로 처벌됨으로써 민사상 손해배상책임이 아닌 형벌로써 서면증여자의 증여계약상 의무이행을 강제하여 수증자를 과도하게 보호하는 결과를 낳게 한다. 그 결과 서면증여자는 수증자에게 아무런 금전적 반대급부를 요구하지 않고 선의에 기초하여 무상으로 증여의사표시를 서면으로 했을 뿐인데 이중처분에 따른 채무불이행의 사유만으로 배임죄로 단죄될 위험에 처해지게 된다. 이로써 서면증여자

25) 대법원 1986. 12. 9. 선고 86도1112 판결; 대법원 1992. 12. 24. 선고 92도1223 판결; 대법원 2009. 2. 26. 선고 2008도11722 판결 등.

의 증여계약의 자유는 위축될 수 있다. 더욱이 증여계약의 일방 당사자에 불과한 수증자의 권리만을 형벌을 통해 강력히 보호하기 위하여, 특히 비록 서면증여의 의사표시를 했으나 수증자가 서면증여자에 대한 부양의무가 있음에도 이를 이행하지 않은 경우, 그 후 사실상 혼인관계가 파탄 지경에 이르렀고 서면증여자가 고령이어서 별다른 경제적 수입원도 없어 생활고에 시달려 생활자금 융통을 위해 목적부동산을 담보로 대출을 받는 경우에 증여계약의 해제원인에 대한 다툼이 민사판결에 의해 확정되기 이전이라도 수증자는 언제나 배임죄로 고소권을 행사할 수 있는 여지를 만들어 줌으로써 서면증여자의 계약 해제권의 행사는 물론 신체의 자유가 침해될 수 있는 부정적 결과를 초래한다. 전형적인 부동산 이중매매 사례와 달리 이러한 서면증여 부동산 이중처분에까지 형법의 개입이 정당화될 수 있는지는 지극히 의문이다. 또한 증여의 의사를 서면으로 표시하여 해제권을 더 이상 행사할 수 없다는 것(민법 제555조)을 서면증여자가 그 소유의 부동산을 수증자에게 소유권이전등기 이전에 처분하면 범죄(즉 배임죄)가 된다는 뜻으로 해석할 수 없다고 본다. 왜냐하면 서면증여자가 수증자에게 서면증여계약에 따라 소유권이전등기를 마칠 때까지 소유권은 여전히 서면증여자에게 있고, 소유권에는 처분할 수 있는 권리가 있기 때문이다(민법 제211조). 무엇보다 대상판결의 법리에 따르면 서면증여계약에 있어 수증자의 책임 있는 사유(민법 제556조) 또는 증여자의 재산상태변경의 사유(민법 제557조)로 해제권의 발생 여부에 대해 다툼이 있는 경우라도 그것이 민사판결로 확정되기 전까지 서면증여자는 형사처벌을 감수하지 않고서는 목적부동산에 대해 어떠한 처분행위도 할 수 없게 되는데, 이는 서면증여자의 권리를 부당히 제한하는 것이라 판단된다. 이처럼 제1매수인을 강력히 보호하는 부동산 이중매매의 법리를 대상판결과 같이 서면증여 부동산 이중처분에도 동일하게 적용할 경우, 아무런 대금지급의무를 부담하지 않고 수익만을 얻는 수증자는 소유권이전등기청구권을 가진 채권자에

불과함에도 불구하고 서면증여계약이 이루어졌다는 이유만으로 형법을 통해 과도한 보호를 받게 된다. 이는 채권자 평등 원칙에 부합하지 않는다.

요컨대, 대상판결의 법리는 서면증여계약의 수증자에게 법률이 규정한 것 이상의 권리를 인정하는 반면에 서면증여자의 형사처벌을 통해 소유권이전등기의무를 강제하는 것으로 서면증여자와 수증자 사이의 형평에 어긋나 정의에 반하는 것은 아닌지 의문이다.²⁶⁾

3. 서면증여 부동산 이중처분을 배임죄로 처벌할 형사정책적 필요성이 있는지 여부

한편, 대상판결과 같이 서면증여 부동산 이중처분을 배임죄로 처벌할 형사정책적 필요성이 있는지도 의문이다. 그동안 부동산 이중매매 배임죄 성립의 법리에 대해 형법학계에서 지속적인 비판이 제기되어 왔다. 그럼에도 불구하고 대법원은 기존의 태도를 유지하는 실질적 이유를 부동산 이중매매는 제1매수인의 정당한 신뢰를 고의적으로 저버리는 배신적 처분행위로 목적부동산에 관한 제1매수인의 온전한 권리 취득이 아예 불가능해지거나 현저한 장애를 초래하는 것으로 비난가능성이 매우 높을 뿐만 아니라 제1매수인의 구제와 관련하여 대금반환청구권이나 손해배상청구권 등의 행사를 통한 민사상 구제절차에만 맡겨 두는 것으로는 제1매수인 보호에 부족하여 형사처벌이 불가피하다는 형사정책적 필요성에서 찾았다.²⁷⁾ 학계에서도 부동산 이중매매의 경우 매도인이

26) 같은 취지로 김신, 앞의 논문, 134쪽.

27) 대법원 2018. 5. 17. 선고 2017다4027 전원합의체 판결 다수의견에 대한 대법관 박상옥, 대법관 김재형의 보충의견. 특히 민사 판례는 부동산 이중매매에 있어 매도인의 배임 행위와 함께 제2매수인이 매도인의 배임행위에 적극 가담(배임행위를 유인, 교사하거나 배임행위의 전 과정에 관여 등)하여 이루어진 경우 민법 제103조의 반사회적 법률행위에 해당하여 무효라고 한다(대법원 2009. 3. 26. 선고 2006다47677 판결; 대법원 2009. 9. 10. 선고 2009다23283 판결 등 참조).

중도금 내지 잔금 수령 이후 악의적으로 계약을 파기하더라도 제1매수인으로서의 민사소송의 번거로움을 감수하고 소송을 제기하더라도 입증의 어려움과 책임재산의 부재 등으로 인해 상실한 이득이나 예상치 못하게 된 손해를 배상받기가 어려우며, 계약금과 중도금을 반환받기 위한 그밖의 다른 민사적 구제수단도 충분하지 않으므로 형법적 개입이 필요하다고 한다.²⁸⁾

그러나 부동산에 대한 서면증여의 경우 수증자는 편무·무상계약이라는 증여계약의 법적 성질상 서면증여자에게 어떠한 금전적 대가를 지급하지 않고 일방적인 수급만을 받는 관계에 있을 뿐이다. 이에 따라 부동산 이중매매에서와 같이 수증자가 서면증여자에게 목적부동산에 대한 계약금과 중도금을 지급하지 않기 때문에 처음부터 대금반환청구권은 발생하지 않고 채무불이행에 따른 손해배상청구권만이 발생할 뿐인데 이를 부동산 이중매매와 동일한 정도의 비난가능성이 있다고 판단하여 배임죄로 처벌하는 것이 타당한지 의문이다. 또한 제1매수인을 보호하기 위한 민사적 구제책이 부족하다는 이유로 국가형법권의 개입을 허용하는 것은 부동산 이중매매라는 특수한 사안에 한정된 것이라고 하더라도 국가형법권의 보충성 원칙에서 벗어나 언제든 그 적용범위를 확대할 수 있는 위험성이 있다. 이러한 위험성은 대상판결에서 부동산 이중매매의 법리를 서면증여 부동산 이중처분 사안에도 적용함으로써 여실히 드러나고 있다. 부동산거래를 통한 피해에 대한 민사적 구제수단이 부족하다는 이유를 들어 매도인 혹은 서면증여자를 배임죄로 형사처벌하는 것은 제1매수인 혹은 수증자에 대한 실질적인 보호책이 될 수 없다. 국가형법권을 통한 제재는 평화로운 사회공동체 질서를 보장하고 국민의 법익보호를 위하여 필요한 최후의 수단으로 작용해야 한다.²⁹⁾

이에 덧붙여 대상판결의 법리라면 이제 서면증여의 경우 서면증여자

28) 이창온, “동산 이중매매와 배임죄 - 대판 2011. 1. 20, 2008도10479에 대한 평석”, 법학평론 제2권, 서울대학교 법학평론 편집위원회, 2011, 53-57쪽.

29) 같은 취지로 박찬걸, 앞의 논문, 22쪽.

가 증여계약을 이행하지 않고 목적부동산에 대해 제3자와 근저당권설정 계약 혹은 매매계약을 체결하는 처분행위만 있어도 증여계약에 따른 이행청구권의 행사는 뒤로 미뤄둔 채 배임죄의 실행착수로 보아 고소권을 최우선적으로 행사하게 하는 결과를 낳는다. 이러한 단계에서 서면증여자는 목적부동산을 수증자에게 소유권이전등기를 경료하기 이전에 제3자와의 근저당권설정 계약을 해제하거나 대출금을 변제하고 근저당권설정등기를 말소하는 등 서면증여자와 수증자 간 민사상 원만히 해결할 수 있는 여지가 있다. 그럼에도 불구하고 곧바로 형법이 개입할 수 있는 문을 열어두는 것은 소유권자로서 서면증여자의 민법상 권리가 사실상 형벌로 부당히 제한되어 타당하지 않다고 본다.

한편, 일부 견해는 이중매매에 대한 배임죄 처벌로 인해 부동산 거래 관행이 왜곡되었다거나³⁰⁾ 민사사건의 형사화가 일어나 과잉처벌의 결과가 초래되었다고 불만을 아무런 실증적 자료가 없지만, 오히려 이중매매를 비범죄화하게 되면 부동산 매매시장에서 형성되어 온 매도인과 매수인 간의 균형이 깨지고 사회적 혼란을 초래할 염려가 있다고 한다. 따라서 이중매매의 매도인에 대해 형사처벌할 필요성이 있다고 한다.³¹⁾

그러나 이러한 견해와 관련하여 무엇보다 부동산 이중매매를 형사처벌함으로써 민사사건의 형사화가 일어나 과잉처벌의 결과가 초래되었다고 불만을 아무런 실증적 자료가 없다고 하나, 지난 1962년부터 부동산 이중매매를 형사처벌하여 축적된 수많은 소송 자료는 어떻게 설명할 수 있을지, 부동산 이중매매의 매도인에 대한 형사처벌의 필요성이라는 것도 사실상 실체가 불분명한 것은 마찬가지고 명확한 근거의 제시 없이 자의적인 판단에 따른 추정에 불과하여 타당하다고 볼 수 없다.³²⁾ 더욱이 대상판결과 같이 서면증여 부동산 이중처분을 비범죄화하지 않고

30) 대법원 역시 “이러한 법리가 부동산 거래의 왜곡 또는 혼란을 야기하는 것도 아님”을 강조하고 있다(대법원 2018. 5. 17. 선고 2017다4027 전원합의체 판결).

31) 강수진, 앞의 논문, 370-371쪽.

32) 같은 취지로 강동욱, 앞의 논문, 25쪽.

부동산 이중매매의 법리를 그대로 적용하여 배임죄로 형사처벌하는 것은 서면증여자나 수증자 간의 균형을 깨뜨리고 충분히 민사적 구제수단의 강구를 통해 해결될 수 있음에도 불구하고 국가형벌권이 개입됨으로써 사회적 혼란을 초래할 염려가 발생하는 것은 아닌지 의문이다.

IV. 결론

우리나라 배임죄의 입법적 연혁이 된 독일에서조차 배임죄에 대한 시선은 매우 비판적이다. “독일형법 제266조는 언제나 통한다!(§266 StGB passt immer!)”³³⁾고 하여 배임죄는 언제든 걸면 걸리는 범죄이기 때문이다. 이러한 배임죄 적용의 확대 가능성의 문제는 우리나라에도 그대로 나타나고 있다. 부동산 이중매매 사안에서 대법원은 매도인에게 중도금 수령 이후 단계에서 등기협력의무를 자기의 사무인 동시에 상대방의 재산보전에 협력할 의무로 파악하여 ‘타인의 사무’에 포함시켜 목적부동산을 제3자에게 처분하는 행위를 배임죄로 처벌하는 법리를 1962년부터 현재까지 유지하고 있다. 이러한 부동산 이중매매 배임죄 성립의 법리에 대해 형법학계에서 지속적인 비판이 제기되었고, 최근 대법원은 동산 이중양도, 대불변제예약 부동산 이중매매에서 배임죄 성립을 부정함으로써 그 적용범위를 축소시키는 태도 변화를 보여 왔다.

그러나 대상판결은 배임죄에 대해 제한 해석을 통한 적용범위의 축소라는 방향에서 벗어나 종래 부동산 이중매매의 법리를 서면증여 부동산 이중처분에까지 확대 적용하는 문제를 보이고 있다. 앞서 검토한 바와 같이 부동산 이중매매와 서면증여 부동산 이중처분은 목적물이 부동산이고 계약이라는 점에서 유사성을 보이지만, 서면증여계약은 편무·무

33) Ransiek, “Risiko, Pflichtwidrigkeit und Vermögensnachteil bei der Untreue”, *ZStW* 116, Walter de Gruyter, 2004, S. 634.

상계약으로 수증자에게 어떠한 급무의무가 없어 쌍무·유상계약상의 등기‘협력’의무가 발생하지 않고 서면증여자의 소유권이전등기의무는 ‘단독의무’로 ‘자기의 사무’에 지나지 않아 배임죄의 주체인 ‘타인의 사무를 처리하는 자’가 인정될 수 없다는 중대한 차이점이 발생한다. 그럼에도 불구하고 대상판결은 이러한 차이점을 간과한 채 부동산 이중매매의 법리를 서면증여 부동산 이중처분에 그대로 적용하는 오류를 범하고 있다.

다음으로, 제1매수인을 강력히 보호하는 부동산 이중매매의 법리를 대상판결과 같이 서면증여 부동산 이중처분에도 동일하게 적용할 경우, 아무런 대금지급의무를 부담하지 않고 수익만을 얻는 수증자의 권리만을 형벌을 통해 과도하게 보호하게 됨으로써 서면증여자의 증여계약의 자유를 위축시킬 위험이 있으며, 서면증여자와 수증자 사이의 형평에 어긋나 정의에 반하는 것은 아닌지 의문이다.

마지막으로, 대상판결의 서면증여 부동산 이중처분을 동산 이중매매와 같이 비범죄화하지 않고 부동산 이중매매의 법리를 그대로 적용하여 배임죄로 형사처벌하는 것은 민사적 구제수단의 강구를 통해 해결될 여지가 있음에도 불구하고 국가형벌권이 곧바로 개입되게 함으로써 ‘민사사건의 형사화’로 형법의 보충성 원칙에 반하는 결과를 초래한다.

“법원은 형사정책상의 처벌 필요성, 민사적 구제수단의 불비를 보완할 정책적 필요성, 국민의 비난 여론 등을 핑계로 형벌법규의 구성요건에 명확히 해당하지 않는에도 불구하고 쉽게 구성요건에 해당하는 것으로 포섭하려는 태도를 지양하여야 한다.”는 2017도4027 전원합의체 판결에서 제시된 대법관 5명의 반대의견을 다시금 생각해 볼 필요가 있다.

참고문헌

1. 단행본

- 김형배/김규완/김명숙, 민법학강의(제15판), 신조사, 2016.
- 남효순/윤철홍/오종근/김대정, 주석 민법[채권각론(2)], 한국사법행정학회, 2016.
- 문형섭, 배임죄에 관한 연구, 호남대학교 대학원 박사학위논문, 2001.
- 송덕수, 신민법강의(제12판), 박영사, 2019.
- 지원림, 민법강의(제14판), 홍문사, 2016.

2. 학술지

- 강동욱, “부동산 이중매매 매도인에 대한 형사책임의 인정에 관한 법정
책적 검토: 민사법상 효력과 비교를 통하여”, 법학연구 제19집
제2호, 인하대학교 법학연구소, 2016.6, 1-31쪽.
- 강수진, “부동산 이중매매를 배임죄로 처벌하는 것은 타당한가? -배임죄
불성립론에 대한 검토를 중심으로-”, 형사법의 신동향 제49호,
대검찰청, 2015.12, 343-378쪽.
- 권오걸, “동산의 이중매매와 배임죄 -부동산 이중매매와의 비교를 통해
서-”, 비교형사법연구 제13권 제2호, 한국비교형사법학회,
2011.12, 401-426쪽.
- 김 신, “부동산 이중매매와 제1매수인의 보호”, 동아법학 제84권, 동아
대학교 법학연구소, 2019.8, 105-146쪽.
- 김종구, “부동산이중매매의 형사책임에 관한 최근 대법원 판례의 고찰”,
일감부동산법학 제18호, 건국대학교 법학연구소, 2019.2, 67-104쪽.

- 김재윤, “차입매수(LBO)에 대한 형사책임”, 법학연구 제53집, 한국법학회, 2014, 195-216쪽.
- 김혜정, “부동산 이중매매에서 배임죄의 성립여부에 대한 판단 -대법원 2018. 5. 17. 선고 2017도4027 전원합의체 판결-”, 법조 제67권 제6호, 법조협회, 2018.12, 809-850쪽.
- 류승훈/서상문, “판례 평석: 부동산 이중매매시 형사상 배임죄 성립의 인정 -대법원 2018. 5. 17. 선고 2017도4027 전원합의체 판결-”, 동아법학 제12권 제4호, 동아대학교 법학연구소, 2019.2, 98-115쪽.
- 류전철, “배임죄에서 재산상의 손해발생의 위험”, 법학논총 제30집 제1호, 전남대학교 법학연구소, 2010, 107-130쪽.
- 명순구, “서면에 의한 증여와 그 해제 -대법원판결 1998. 9. 25. 98다22543에 대한 비판적 평가-”, 민사법학 제42권, 한국민사법학회, 2008.9, 285-315쪽.
- 박광현, “형사법의 독자성과 민사법과의 법질서 통일성 관점에서 바라본 학제 간 고찰”, 서울법학 제20권 제1호, 서울시립대학교 법학연구소, 2012.5, 257-309쪽.
- 박찬걸, “부동산 이중매매가 과연 형사처벌의 대상인가?”, 형사정책 제30권 제1호, 한국형사정책학회, 2018.4, 7-40쪽.
- 손동권, “배임죄 성립에 있어 동산과 부동산 사이의 차이문제”, 형사법연구 제25권 제4호, 한국형사법학회, 2013.12, 303-324쪽.
- 안경옥, “배임죄의 ‘타인의 사무를 처리하는 자’의 의미: 동산·부동산의 이중매매·이중양도 등을 중심으로”, 법조 제65권 제9호, 법조협회, 2016.12, 574-607쪽.
- 이용식, “대물변제예약 부동산의 이중매매와 배임죄의 형사불법적 구조”, 형사판례연구 제23권, 한국형사판례연구회, 2015.6, 223-259쪽.
- 이창온, “동산 이중매매와 배임죄 -대판 2011. 1. 20, 2008도10479에 대한

평석”, 법학평론 제2권, 서울대학교 법학평론 편집위원회, 2011,
8-67쪽.

Ransiek, “Risiko, Pflichtwidrigkeit und Vermögensnachteil bei der Untreue”,
ZStW 116, Walter de Gruyter, 2004, S. 634-679.

[Abstract]

**Establishment of a Mortgage on a Written Gift
of Real Estate and Breach of Trust of Article
355 Paragraph 2 of Korean Criminal Code**
– A Critical Analysis of the Korean Supreme Court’s
Decision 2016Do19308 –

Kim, Jae-Yoon*

On 13. December 2018, Korean Supreme Court gave a decision that establishment of a mortgage on a written gift of real estate is guilty of breach of trust in article 355 Paragraph 2 of Korean Criminal Code (Case No. 2016Do19308). This decision in the case of written gift of real estate is the result of applying the case of double selling of real estate.

Article 355 (2) of Korean Criminal Code is a crime which “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.” However, it continues to be criticized that breach of trust has a wide range of punishment and the boundaries of punishment are very vague. Because it is a very difficult matter how to interpret the meaning of “a person administering another’s business” in article 355 (2). In view of such criticism, Korean Supreme Court recently denied the punishment and establishment

* Professor, Konkuk University Law School

of breach of trust in the case of double selling of the movable assets (Case No. 2008Do10479) and a debtor who provided his real estate in substitute for the original debt sold the real estate to a third party (Case No. 2014Do3363). 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.

But the recent Korean Supreme Court case (Case No. 2016Do19308) ruled that it did constitute a breach of trust in article 355 (2) of Korean Criminal Code just like the case of double selling of real estate. In case No. 2016Do19308 recognizes the Supreme Court the establishment of breach of trust to a donor, because written donor's breach of cooperative obligation of real estate registration in infringement of gift recipient's expectation for the real right of the object when he/she takes a gift with written form.

The author of this article does not agree with the recent Korean Supreme Court's opinion because the interpretation of article 355 (2) of Korean Criminal Code should be strict. As a result, cooperative obligation of real estate registration is not gift recipient's business but written donor's own business because a gift contract is a one-way, free contract. Therefore, the attitude of the recent Korean Supreme Court affirming the establishment of breach of trust in the case of written gift of real estate is invalid.

[Key Words] double selling of real estate, double selling of movable assets, written gift of real estate, breach of trust, cooperative obligation of real estate registration