

동산·부동산 이중매매에서 배임죄 성립여부에 대한 검토

A Study on the Constitution of Breach of Trust in the Double Selling of Movables and Real Estate

이 재 학*

Lee, Jae Hak

목 차

- | | |
|----------------------------|---------------------------|
| I. 머리말 | III. 동산·부동산 이중매매 배임죄 성립여부 |
| II. 동산·부동산 이중매매 관련 판례 및 학설 | 쟁점 검토 |
| | IV. 맺음말 |

그동안의 논란과 문제의 화두는 바로 동산의 이중매매와 부동산의 이중매매에 대한 대법원 전원합의체 판결의 다름에서 비롯되고 있다. 부동산 이중매매의 경우에 매도인이 부동산 매매계약의 중도금 또는 잔금을 수령한 이후에 다시 제3자에게 매도하는 경우에는 배임죄 성립을 인정하고 있으나, 동산 이중매매의 경우에는 배임죄의 성립을 부정하고 있다. 배임죄 주체에 관한 구성요건의 불명확성으로 배임죄 규정

<https://doi.org/10.35148/ilsire.2022..24.255>

투고일: 2022. 1. 14. / 심사완료일: 2022. 2. 9. / 게재확정일: 2022. 2. 15.

* 건국대학교 행정대학원 초빙교수, 법학박사

Visiting Professor, Ph.D. in Law, Graduate School of Public Administration, Konkuk University

이 성립된 이후로 끊임없이 문제가 제기되어 왔다. 이에 더하여 또 다른 쟁점은 동산과 부동산의 차이(점)에 대한 견해와 인식의 차이라고 본다. 이에 따라 부동산 이중매매와 동산의 이중매매는 본질론적 측면에서 차이가 있는지, 부동산 매매계약과 동산 매매계약이 차이가 있는지, 그리고 부동산과 동산에 대한 이중매매에 대한 평가가 달라야 하는지에 관하여 판례 및 학설의 대립적 견해를 종합적으로 비교하여 통일적인 법적용의 필요성 검토에 아울러 물음에 대한 해답을 조심스럽게 찾고자 한다.

[주제어] 동산이중매매, 부동산이중매매, 배임죄, 배신설, 등기협력의무

I. 머리말

우리나라에서 부동산은 주지하는 바와 같이 국민의 기본적 생활의 터전으로 국민의 경제활동에서 가장 중요한 부분을 차지하고 있으며, 국민 개개인이 보유 자산에서 부동산은 상당한 몫을 차지하고 있다. 특히 최근 몇 년간 부동산 가격의 폭등으로 인하여 그의 비중이 더 높아졌을 것이라는 것은 부인할 수 없는 사실일 것이다. 바로 그와 같이 국민 경제생활에서 상당한 재산 가치를 가지고 있는 부동산의 특성을 고려할 때 부동산 매매, 특히 매매의 관련 당사자인 매도인과 매수인의 행위 가치는 더욱 높게 평가되고 있을 것이다. 그 행위 가치적 측면에서 매수인의 매도인에 대한 기대적 신뢰는 매수인의 매도인에 대한 기대적 신뢰보다 훨씬 높은 곳에 위치하리라는 것을 부인할 수 없는 것이 현재 우리나라의 현실일 것이다. 국민 경제 생활에서 차지하는 부동산의 특성, 그리고 매매 당사자인 매도인과 매수인 상호간의 기대적 신뢰와 관련하여 문제가 되는 것으로 부동산 이중매매가 있다. 이 이중매매와 관련하여 판례와 학설의 다툼 또는 논란의 핵심이 된 것은 바로 부동산 이중매매 행위자에 대한 형법상 배임죄의 주체로서의 인정이 타당하고

논리적인가의 문제인 듯하다. 그리고 그동안의 논란의 화두가 부동산이었다면, 최근에 새롭게 등장하여 관심을 받을 것으로 여겨지는 -어떤 면에서는 부동산의 재산 가치를 상상 이상으로 초월하는- 대체불가토큰(NFT, Non Fungible Token)과¹⁾ 같은 동산과 관련된 문제로 판단되어 동산과 부동산 이중매매에서 이중매매자인 매도인의 배임죄 성립 여부에 대한 대립된 견해에 관하여 검토할 필요성이 있다고 본다.

이중매매는 매도인이 본인 소유의 매매의 목적물을 제1 매수인과 매매계약을 체결한 후 부동산의 경우에 등기 및 동산의 경우에는 인도 등의 절차가 완료되지 않은 상태에서 제3자인 제2 매수인에게 그 목적물을 다시 매도하고 등기 또는 인도의 절차를 이행하는 경우를 의미한다.²⁾ 특히 문제가 되고 있는 것은 동산의 이중매매³⁾와 부동산의 이중매매⁴⁾에 대한 대법원 전원합의체 판결의 다름에서 비롯되고 있다고 본다. 즉 부동산 이중매매의 경우에 통설과 판례는 매도인이 부동산 매매계약의 중도금 또는 잔금을 수령한 이후에 다시 제3자에게 매도하는 경우에는 배임죄 성립을 인정하고 있다. 그러나 동산의 이중매매의 경우에 대법원은 동산의 이중매매는 부동산 이중매매의 경우와는 달리 배임죄가 성립되지 않는다고 판시하였다. 배임죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 임무에 위배하는 행위를 하여서 재산상의 이득을 취하거나 제3자로 하여금 이를 취득케 하고 본인에게 손해를 가하는 것을 내용으로 하는 범죄이다(형법 제355조 제2항). 배임죄의 객체는 재산상에 이익에 한하므로 순수한 이득죄이다.⁵⁾ 배임죄의 주체는 타인의 사무를 처리하는 자만이 행위 주체가

1) 2021년 NFT 시장에 획기적인 거래가 터졌는데 비플이라는 디지털 아티스트가 만든 NFT 작품을 세계적 미술품 경매회사 크리스티가 경매로 내놓아 6,930만달러(약 820억 원)에 낙찰되었다고 한다(농민신문, “[이지훈의 경제이야기] 대체불가토큰(NFT)”, <<https://www.nongmin.com/opinion/OPP/SWE/LJH/348030/view>>, 검색일: 2022.1.14.).

2) 김덕중, “이중매매에 따른 매도인의 형사책임-판례를 중심으로-”, 법학논총 제19권 제2호, 조선대학교 법학연구원, 2012, 442쪽.

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

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

될 수 있는 진정신분범이다.⁶⁾ 여기서 위에서 언급한 전원합의체 판결의 다수의견과 반대의견, 그리고 학설의 쟁점이 되고 있는 것은 바로 타인의 사무를 처리하는 자의 본질적 의미와 범위, 그리고 동산 및 부동산 이중매매에 대한 배임죄 성립 여부에 관한 것이었다. 그동안 학계의 논의와 대법원 전원합의체 판결에서 다수의견과 반대의견이 팽팽한 대립적 견해를 보인 것은 배임죄 주체에 관한 구성요건의 불(un)명확성 내지 덜(under)명확성으로 배임죄 규정이 성립된 이후로 끊임없이 문제가 제기되어 왔다.⁷⁾ 이에 더하여 쟁점의 대상이 된 것은 동산과 부동산의 차이(점)에 대한 견해와 인식의 차이라고 본다. 이에 따라 본 연구에서는 부동산 이중매매와 동산의 이중매매는 본질론적 측면에서 차이가 있는지, 부동산 매매계약과 동산 매매계약이 차이가 있는지, 그리고 물권의 객체로서의 부동산과 동산에 대한 이중매매에 대한 평가가 달라야 하는지에 관하여 판례 및 학설의 대립적 견해를 비교하며 통일적인 법 적용의 필요성 검토에 아울러 물음에 대한 해답을 조심스럽게 찾고자 한다.⁸⁾

II. 동산·부동산 이중매매 관련 판례 및 학설

1. 이중매매 사안 관련 판례 및 판례의 흐름

1.1 이중매매 사안 관련 판례

동산 이중양도 사안에 대한 대법원 2011. 1. 20. 선고 2008도10479

5) 손동권/김재윤, 새로운 형법각론, 율곡출판사, 2013, 460쪽.

6) 손동권/김재윤, 위의 책, 463쪽.

7) 이용식, “대물변제예약 부동산의 이중매매와 배임죄의 형사불법적 구조”, 형사판례연구 제23권, 한국형사판례연구회, 2015, 230쪽.

8) 권오걸, “동산의 이중매매와 배임죄-부동산 이중매매와의 비교를 통해서-”, 비교형사법연구 제13권 제2호, 한국비교형사법학회, 2011, 405쪽.

전원합의체 판결에서 다수의견은 “당사자 일방이 상대방에게 재산권을 이전할 것을 약정하고 그 대금을 지급할 것을 약정함으로써 효력이 발생하는 계약의 경우에, 쌍방이 계약 내용에 좇아 이행하여야 할 채무는 특별한 사정이 없는 한 자기 사무에 해당하며, 매매목적물이 동산인 경우에, 매도인은 매수인에게 동산을 인도함으로써 계약 이행을 완료하게 되고, 매수인은 목적물에 대한 권리를 취득하게 되기에 매도인에게 자기 사무인 동산의 인도채무 외에 매수인 재산의 보호 내지 관리 행위에의 협력 의무가 있다고 할 수 없기 때문에 매도인은 매수인에 대하여 그의 사무를 처리하는 지위에 있지 않기 때문에 매수인에게 목적물을 인도하지 않고 타에 처분하였더라도 매도인에게 배임죄가 성립하는 것은 아니라”⁹⁾고 하여 동산의 이중매매의 경우에 매도인이 중도금을 수령한 이후에 매매목적물인 ‘동산’을 제3자에게 양도하는 행위가 배임죄에 해당하지 않는다고 하였다.

반면에 부동산 이중매매 배임죄 사안에서 대법원은 “부동산 매매계약의 경우에 계약금 지급단계에서는 당사자는 계약금을 포기하거나 배액을 상환함으로써 계약의 구속력에서 자유롭게 벗어날 수 있으나, 계약이 본격적으로 이행되는 중도금 지급단계에서는 계약 취소 또는 해제가 없는 한 매도인은 매수인에게로의 부동산 소유권이전의무에서 벗어날 수 없다. 따라서 중도금이 지급된 단계에서 매도인은 매수인의 재산 보전에 협력하여 재산적 이익을 보호·관리할 신임관계에 있게 된다. 그때부터 매도인은 타인의 사무를 처리하는 자에 해당한다고 보아야 한다. 그 지위에 있는 매도인이 계약 내용에 따라 매수인에게 부동산 소유권을 이전해 주기 전에 제3자에게 처분하고 그 처분에 따른 등기를 제3자 앞으로 마쳐 준 행위는 매수인의 부동산 취득·보전에 지장을 초래하는 행위이며, 이는 매수인과의 신임관계를 저버리는 행위로서 배임죄가 성립된다.”¹⁰⁾고 하여 부동산 매매계약에서 중도금이 지급과

9) 대법원 2011. 1. 20. 선고 2008도10479 전원합의체 판결[다수의견].

같이 본격적으로 계약이 이행되는 단계에 도달한 경우에 매도인은 형법상 배임죄에서 의미하는 타인의 사무처리자에 해당하고, 타인의 사무처리자로서의 지위에 있는 매도인은 매수인에게 계약에 따라 부동산 소유권을 이전하기 전에 매매의 목적물인 부동산을 제3자에게 처분하고 그 앞으로 등기를 완료해 준 경우에는 배임죄가 성립한다고 하여 종래 대법원의 일관된 입장을 재차 확인해주었다.

한편 부동산 외에 동산이나 주식의 이중 양도담보와 관련하여 대법원은 종래의 판례를 변경하였다. 즉 동산을 양도담보로 제공한 채무자가 제3자에게 담보에 제공된 동산을 처분한 경우 배임죄가 성립하는지 여부가 문제된 사안에서 금전채무를 담보하기 위하여 채무자가 채권자에게 자신 소유의 동산을 양도담보로 제공함으로써 양도담보권자에 대하여 담보물의 담보가치 유지·보전 의무 내지 타에 처분하거나 멸실, 훼손 등으로 담보권의 실행에 지장을 초래하는 행위를 하지 않을 의무를 지게 되었더라도, 이는 통상의 계약에서의 이익대립관계를 넘어서 채무자가 채권자와의 신임관계를 기초로 하여 채권자의 사무를 처리하는 것으로 볼 수 없고, 따라서 배임죄의 주체인 타인의 사무처리자에 해당한다고 볼 수 없다고¹¹⁾ 하여 동산을 양도담보로 제공한 채무자가 제3자에게 담보에 제공된 동산을 처분한 경우 배임죄의 성립을 부정하였다.¹²⁾

1.2 이중매매 사안 관련 판례의 흐름

동산 및 부동산 이중매매에 대한 매도인의 배임죄 성립 여부에 대하여 대법원은 대체로 그 대상이 동산이나 부동산이냐에 따라 이중매매

10) 대법원 2018. 5. 17. 선고 2017도4027 전원합의체 판결[다수의견].

11) 대법원 2020. 2. 20. 선고 2019도9756 전원합의체 판결.

12) 대법원 2020. 2. 20. 선고 2019도9756 전원합의체 판결로 인하여 종래 주식의 이중 양도담보와 관련하여 배임죄를 성립을 인정하였던 대법원 2010. 2. 25. 선고 2009도13187 판결은 변경되었다.

매도인의 배임죄 성립 여부를 결정하고 있는 것으로 보인다. 종래 대법원은 동산의 이중매매나 이중저당과 관련하여 점유개정 또는 인도청구권의 양도에 의한 인도의 방법으로서 양도담보권을 설정한 이후 부동산을 담보 제공 등의 방법으로 처분한 경우에 배임죄의 성립을 인정하는 태도였으나,¹³⁾ 투자금 반환채무의 변제를 위하여 채무자가 담보로 제공한 임차권의 양도와 관련하여 배임죄의 성부가 문제가 된 사안에서 투자금 반환채무 변제의 목적으로 담보 제공한 임차권의 권리를 그대로 유지해야 할 계약상 의무가 채무자에게 있더라도, 이는 투자금 반환채무의 변제 방법에 관한 것이고, 성실한 이행으로 계약상 권리의 만족이라는 이익을 채권자가 얻는다고 하여도 이를 이익대립관계를 넘어 배임죄에서 말하는 신임관계에 기초한 채권자의 재산을 보호하고 관리해야 하는 타인의 사무로 볼 수 없고, 제3자에게 양도하더라도 이는 민사상 채무로서 타인이 사무가 아닌 자기의 사무에 불과하여 형법상 배임죄가 성립되지 않는다고 하였다.¹⁴⁾¹⁵⁾

다음으로 부동산의 이중매매와 관련하여 대법원의 입장은 일관된 태도를 유지하고 있다. 즉 매도인이 매수인으로부터 중도금을 수령하면 당사자가 임의로 계약을 해제할 수 없는 구속력이 발생하는데, 매수인이 매도인에게 계약금과 중도금을 지급한 이후에도 매도인의 이중매매를 방지하기 위한 보편적이고 충분한 수단이 마련되어 있지 않은 상황에서도 매수인은 매도인이 자신에게 소유권이전등기를 완료해 줄 것이라는 신뢰에 기초하여 중도금까지도 지급하며, 매도인 역시 중도금의 지급이

13) 대법원 1989. 7. 25. 선고 89도350 판결.

14) 대법원 2015. 3. 26. 선고 2015도1301 판결.

15) 동산 이중양도 사안에 대한 판결에서도 대법원은 매도인에게는 자기 사무인 동산에 대한 인도채무 이외에 별도의 매수인 재산을 보호하고 관리에 협력할 의무가 없고, 매도인은 매수인에 대하여 매수인의 사무처리자 지위에 있지 않기에 목적물을 매수인에게 인도하지 아니하고 타에 처분하였더라도 배임죄가 성립하는 것은 아니라고 하여 종래 대법원의 판결과 다른 입장을 취하였다(대법원 2011. 1. 20. 선고 2008도10479 전원합의체 판결).

그와 같은 신뢰에 기초하여 행해진다는 것을 인식하면서 수령한다. 따라서 중도금이 지급된 때부터는 매도인은 매수인의 재산보전에 협력하는 신임관계가 당사자 관계의 전형적·본질적 내용이 된다. 이러한 양자 사이의 신임관계에 있는 매도인은 매수인의 소유권취득 사무를 처리하는 자로서 타인의 사무를 처리하는 자에 해당하게 된다. 그러나 그러한 지위에 있는 매도인이 고의로 매수인에게 소유권을 이전하지 않고 매매 목적물인 부동산을 제3자에게 다시 매매하는, 이중매매 행위는 매매계약상 또는 신의칙상 매도인이 당연히 하지 않아야 할 행위로서 배임죄에서 말하는 임무위배행위로 평가할 수 있다.¹⁶⁾ 즉 매도인이 매수인에게 소유권이전등기의무를 이행하지 않는 것은 단순한 채무불이행이 아니라 형법상 임무위배행위를 구성하게 되어 부동산 이중매매 매도인의 배임죄 성립을 인정하고 있다.¹⁷⁾

2. 동산·부동산 이중매매에 대한 배임죄 성부에 관한 견해

2.1 동산 이중매매에 대한 배임죄 성부에 관한 견해

동산의 매도인이 제1 매수인에게 동산에 대한 매도계약을 체결하고 제1 매수인에게 현실의 인도 전에 제2 매수인에게 동일한 목적물을 이중으로 매도하여 그 목적물을 제2 매수인에게 인도하거나 간이인도 한 경우에는 제2 매수인이 대상 목적물에 대한 완전한 소유권을 취득하게 된다. 이와 같은 경우에 동산 매도인도 부동산 매도인과 마찬가지로

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

17) 그리고 대물변제 예약한 채무자가 임의로 부동산을 제3자에게 처분한 경우에 종래 대법원은 채권 담보의 목적으로 부동산에 관한 대물변제예약을 체결한 채무자에게 배임죄가 성립한다고 보았으나(대법원 2000. 12. 8. 선고 2000도4293 판결), 대법원 2014. 8. 21. 선고 2014도3363 전원합의체 판결에서는 종래와 달리 대물변제 예약된 부동산을 채무자가 제3자에게 처분하더라도 배임죄가 성립하지 않는다고 하였다.

계약의 일정 단계에 -중도금 또는 잔금을 수령한 후- 이르면 배임죄가 성립되는가에 대하여 견해가 대립되고 있다.

2.1.1 배임죄 긍정설

동산 이중매매에 대하여 배임죄 긍정설은 부동산 이중매매의 경우에 매도인이 중도금 또는 잔금을 수령한 이후에 제3자에게 목적물을 매도하는 이중매매가 배임죄로 처벌되는 것과 마찬가지로 동산 이중매매에 대한 이중매도인의 경우에도 중도금 또는 잔금을 수령한 이후에는 매수인의 거래 동산에 대한 소유권을 확보하도록 협력해야 할 타인의 사무처리자로 보고 있다.¹⁸⁾ 매매계약에서 매매목적물이 부동산이거나 동산이거나 매매목적물에 대한 권리의 변동은 매도인과 매수인 사이의 합의와 공시방법의 구비로 발생하는 점에서 법적 구조가 동일하며, 단지 공시방법이 부동산은 등기 그리고 동산은 인도라는 방법상의 차이가 있을 뿐이며, 공시방법이 등기인 부동산 매매의 경우에는 등기협력의무가 발생하고, 인도인 동산의 경우에는 인도의무가 발생할 뿐이라고 한다.¹⁹⁾ 또한 부동산 매매에서 매도인이 등기에 필요한 서류를 매수인에게 교부하고 매수인이 그 서류로 등기 신청하는 것과 같이 동산 매매의 경우에도 목적물에 대한 인도가 있기 위해서는 매도인과 매수인 양자 사이의 협력을 요한다는 점에서 차이가 없다고 한다.²⁰⁾ 그러므로 배임죄의 주체인 타인의 사무를 처리하는 자는 피해자인 타인 사이의 신임관계에 기초하여 타인의 재산관리 사무를 대행하거나 재산 보전행위에 협력하는 자를 의미한다면,²¹⁾ 동산매매에서의 매도인의 매수인에 대한 인도의무가 재

18) 김성돈, 형법각론 제4판, SKKUP, 2016, 453쪽; 권오걸, 앞의 논문, 419쪽.

19) 김혜정, “배임죄의 행위주체인 ‘타인의 사무처리자’ 판단에 관한 소고”, 법과정책연구 제12집 제4호, 한국법정정책학회, 2012, 1894쪽; 권오걸, 앞의 논문, 414쪽; 대법원 2011. 1. 20. 선고 2008도10479 전원합의체 판결.

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

21) 대법원 2004. 6. 17. 선고 2003도7645 전원합의체 판결.

산관리 사무나 재산 보전에 협력하는 행위에서 배제될 이유가 없다고 한다.²²⁾

2.1.2 배임죄 부정설

배임죄 부정설은 동산 매도인은 부동산 매도인과 달리 ‘타인의 사무를 처리하는 자’의 지위에 있지 않기에 동산 이중매매에는 배임죄가 성립되지 않는다는 입장으로, 부동산 이중매매에서의 매도인의 등기협력의무는 동산 매도인의 동산인도의무와 동일시 될 수 있는 것은 아니고, 그 대상이 무엇이냐에 따라 즉, 동산이나 부동산이냐에 따라 배임죄 성립을 달리 볼 수 있다고 한다.²³⁾ 동 견해에 따르면 동산 이외의 재산의 이중매매에 관한 사안은 계약의 목적이 된 권리가 계약 상대방에게 이전 및 귀속된 후의 문제를 다루고 있기에 계약의 일방 당사자가 상대방에게 귀속된 재산권에 대한 보호 및 관리할 의무를 타인의 사무로 평가하는데 어려움이 없으나, 동산 이중매매의 경우에는 계약의 목적된 권리가 상대방에게 이전되기 이전인 계약 이행 과정에서 일방 당사자의 상대방에 대한 계약상 권리이전 의무 이행에 관한 사항을 타인의 사무로 평가할 수 있는지에 대하여 다루는 것이어서, 타인의 사무를 처리하는 자의 인정 여부에 관하여 본질적인 구조를 달리한다고 한다.²⁴⁾ 그리고 동산 이중매매를 부동산 이중매매와 동일하게 취급한다면 동산의 가치와 상관없이 배임죄가 적용될 수 있기에 대체로 동산에 비해 고가인 부동산을 대상으로 하는 등기제도의 취지와 다르게 배임죄의 적용 범위가 확대될 수 있는 형사정책적으로 바람직하지 못한 상황이 초래될 수 있기에 동산 이중매매의 경우에는 배임죄의 성립을 제한하는 것이 타당하다고 한다.²⁵⁾

22) 권오걸, 위의 논문, 418-419쪽.

23) 강수진, “부동산 대물변제예약의 채무자와 배임죄에서의 타인의 사무처리자-대법원 2014. 8. 21. 선고 2014도3363 판결-”, 고려법학 제76호, 고려대학교 법학연구원, 2015, 252쪽.

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

2.2 부동산 이중매매에 대한 배임죄 성부에 관한 견해

2.2.1 배임죄 긍정설

앞서 살펴본 동산 이중매매에서와 달리 대법원은 매도인이 중도금을 제1 매수인으로부터 수령한 이후에 제2 매수인에게 대상 부동산을 매도한 후 그 부동산에 대한 소유권이전등기를 완료해 준 부동산 이중매매에 대한 사안에서 일관되게 매도인의 배임죄 성립을 인정하고 있다. 그와 같이 부동산 이중매매의 매도인의 배임죄 성립에 찬성하는 입장에서의 논거는 다음과 같다.

부동산 이중매매에 대한 배임죄 긍정설은 매매계약의 중도금 수령 후에는 매도인은 매수인 명의로의 소유권이전등기에 협력해야 할 신의칙상의 의무가 있기에 매도인의 부동산 이중매매는 배임죄를 구성한다고 한다.²⁶⁾ 즉 매매대금의 중도금 또는 잔금 수령 이후의²⁷⁾ 매도인의 등기협력의무는 계약해제가 불가능한 단계에서의 의무이며, 따라서 등기협력의무에 위반하는 경우에 매수인은 목적물에 대한 권리를 취득하기 불가능한 정도를 넘게 되어 그 손해의 보전이 무의미하거나 막대한 피해를 초래할 수 있고 사회 전체적으로도 상당한 경제적 손실에 대한 사회적 합의가 형성된 실질적 규범적 가치가 등기협력의무에 내포되어 있다는 것이다. 따라서 등기협력의무는 단순히 ‘타인을 위한 사무’가 아니라, 타인의 재산보전을 위한 본질적인 내용을 이루는 ‘타인의 사무’이며, 형벌권의 관여를 통해 제1 매수인과의 계약이행을 강제하는 것이 정의의 관념에 부합하므로 배임죄가 성립한다는 것이다.²⁸⁾ 그와 같은 배

25) 이창섭, “배임죄의 본질에 관한 소고(小考)”, 비교형사법연구 제14권 제2호, 한국비교형사법학회, 2012, 43-44쪽.

26) 김성돈, 앞의 책, 452-453쪽.

27) 오영근, 형법각론 제3판, 박영사, 2014, 519쪽.

28) 강수진, “부동산 대물변제예약의 채무자와 배임죄에서의 타인의 사무처리자-대법원 2014. 8. 21. 선고 2014도3363 판결-”, 254-255쪽.

임직 긍정설은 부동산 이중매매에 대한 대법원의 태도와 일치하는 견해로, 대법원 또한 “매도인이 매수인으로부터 중도금 또는 잔금을 수령한 다음에는 매도인은 매수인의 소유권취득에 협력해야 할 신의칙상의 의무가 발생하며, 매수인의 적법한 소유권취득을 위해 등기를 이전하여야 하는 의무를 이행하여야 하는 타인의 사무를 처리하는 자의 지위에 있게 되므로 매도인이 등기이전의무를 이행하지 않는 것은 형법상의 임무위배행위를 구성하게 된다”고 하였다.²⁹⁾

또한 매도인이 매수인으로부터 중도금을 수령하게 되면 당사자인 매도인과 매수인은 계약을 임의로 해제할 수 없는 구속력이 발생하게 되며, 매도인이 소유권이전등기를 완료해 줄 것이라는 신뢰로 매수인이 중도금을 지급한 것이므로 중도금이 지급된 단계에서부터는 매도인에게 매수인의 재산보전에 협력할 신임관계가 발생하게 되고, 그와 같은 신임관계 속에 있는 매도인은 매수인의 소유권취득 사무를 처리해야 하는 지위로서 ‘타인의 사무를 처리하는 자’가 된다.³⁰⁾ 등기신청과 관련하여 소유권등기의 이전을 필요로 하는 등기신청은 부동산등기법에 의하여 매도인과 매수인이 공동으로 수행해야 하므로 등기신청은 매도인의 사무임과 동시에 매수인의 사무인 공동사무라고 평가할 수 있다. 형식주의를 취하는 현행 민법하에서 올바른 등기는 중요하므로 매도인의 등기협력의무의 이행은 자기의 사무임과 동시에 타인의 사무로 파악될 수 있다.³¹⁾ 처벌의 정책적 필요성 측면에서 구민법에서 물권변동에 관하여 의사주의를 취했던 것과 달리 현행 민법은 형식주의를 취하고 있으므로 부동산을 이중매매한 매도인의 행위에 대하여 횡령죄로 처벌할 수 없더라도 처벌의 정책적 필요성은 유지되므로 배임죄로 처벌하는

29) 권오걸, 앞의 논문, 406쪽.

30) 이재상/장영민/강동범, 형법각론 제10판, 박영사, 2016, 437쪽; 대법원 2018. 5. 17. 선고 2017도4027 전원합의체 판결.

31) 배종대, 형법각론 제10전정판, 홍문사, 2018, 412쪽; 이창섭, 앞의 논문, 36쪽.

것이 타당하다고 한다.³²⁾ 또한 매도인이 중도금을 수령한 후에는 매도인과 매수인의 관계는 단순한 채권채무의 관계를 넘어서 잠정적인 물권적 지위에 있게 되므로 매도인은 매수인의 재산보전에 대하여 협력하는 타인의 사무처리 자로서의 성격을 가지므로 배임죄의 행위주체성이 인정된다고 한다.³³⁾

2.2.2 배임죄 부정설

대법원은 앞서 살펴본 바와 같이 부동산 이중매매와 관련된 사안에서 매도인에게 배임죄 성립을 인정하는 일관된 태도를 취하고 있으나, 학계에서는 부동산 이중매매의 사안에서 매도인에 대한 배임죄의 성립을 부정해야 한다는 견해들이 제기되고 있었다. 부동산 이중매매 사안에서 매도인의 배임죄의 성립을 부정하는 입장의 논거는 다음과 같다. 매도인이 매수인으로부터 잔금을 지급받은 단계에도 매수인에 대한 매도인의 등기이전협력의무는 매도인 자기의 사무이지, 매수인의 본질적 사무의 성격을 가지고 있다고 할 수 없기에, 선순위 매수인에 대한 매도인의 등기이전협력의무는 언어관행적 관점에서 볼 때 타인을 위한 사무의 가능성은 있어도 타인의 사무와 동일시하기 어렵다고 한다.³⁴⁾ 그리고 동산이나 대물변제예약된 부동산의 이중매매의 경우에 매도인의 의무는 민사상의 의무이며, 민사적 의무에 대한 위반은 민사적으로 책임을 물어야 하나, 실제 거래에서 제1 매수인은 이중매매 피해에 대하여 지급한 금액의 반환으로 피해가 회복될 수 없는 경우³⁵⁾를 부인하기 어렵더라

32) 강수진, “부동산 이중매매를 배임죄로 처벌하는 것은 타당한가?-배임죄 불성립론에 대한 검토를 중심으로-”, 형사법의 신동향 제49호, 대검찰청, 2015, 370쪽.

33) 손동권, “배임죄 성립에 있어 동산과 부동산 사이의 차이 문제”, 형사법연구 제25권 제4호, 한국형사법학회, 2013, 314쪽.

34) 허일태, “부동산 이중매매와 배임죄”, 형사법연구 제15호, 한국형사법학회, 2001, 334쪽.

35) 강수진, “부동산 이중매매를 배임죄로 처벌하는 것은 타당한가?-배임죄 불성립론에 대한 검토를 중심으로-”, 368쪽.

도 민사적인 문제는 민사적 방법으로 해결해야 하는 것이 타당하고 형법상 배임죄로의 처벌은 민사의 형사화를 촉진하게 된다고 한다.³⁶⁾ 또한 매도인이 중도금을 수령한 이후에는 계약을 해제할 수 없도록 규정한 민법의 취지는 계약해제로 인하여 발생하게 될 손해를 방지하고자 하는 취지에 불과하기에 이를 근거로 하여 매도인과 매수인 사이에 신뢰관계가 발생한다고 볼 수 없기에 후순위 매수인에게 매도인이 소유권이전등기를 마쳐주더라도 배임죄가 성립한다고 볼 수 없다고 한다.³⁷⁾ 나아가 대물변제 예약된 부동산 이중양도와 관련하여, 대물변제예약된 부동산의 이중양도의 경우 대물변제 예약에 따른 채무자의 의무는 타인의 사무가 아닌 채무자 자기의 사무에 불과하고,³⁸⁾ 대물변제예약 상 의무의 본질은 대물을 통한 변제를 의미하고, 변제의 내용이 금전 지급이 아니고 대물을 통한 것이고 대물이 부동산이라는 이유는 변제의 본질이 부동산 소유권 이전 또는 등기협력이 된다고 볼 수는 없다고 한다.³⁹⁾

2.3 소결

배임죄의 주체인 타인의 사무를 처리하는 자는 타인과의 내부적 관계에서 그 사무의 처리가 오로지 타인의 이익을 보호·관리하는 것만을 내용으로 할 필요는 없다. 즉 자신의 이익 도모의 성격이 있더라도 사회경제생활에서의 필요성 및 사회의 토대이며 사회구성원간의 핵심 요소인 신뢰관계의 보호 측면을 고려하여 타인을 위한 사무로서의 성격이

36) 허일태, “배임죄에서의 행위주체와 손해의 개념”, 비교형사법연구 제6권 제2호, 한국비교형사법학회, 2004, 145쪽; 강수진, “부동산 대물변제예약의 채무자와 배임죄에서의 타인의 사무처리자-대법원 2014. 8. 21. 선고 2014도3363 판결-”, 263쪽.

37) 문형섭, “채무불이행과 배임죄(재론)”, 법학논총 제27권 제2호, 전남대학교 법학연구소, 2007, 332쪽.

38) 문형섭, “배임죄의 본질과 주체의 범위”, 법조 제51권 제1호, 법조협회, 2002, 39쪽.

39) 강수진, “부동산 대물변제예약의 채무자와 배임죄에서의 타인의 사무처리자-대법원 2014. 8. 21. 선고 2014도3363 판결-”, 260쪽.

중요하고 본질적인 내용을 이루는 경우에는 타인의 사무를 처리하는 자로 볼 필요성이 상당하다. 그리고 동산이든 부동산이든 중도금 지급단계부터는 매도인이 매수인의 재산보전에 협력하는 신임관계가 당사자관계의 전형적·본질적 내용이기 때문에 이러한 신임관계에 있는 매도인은 매수인의 소유권취득 사무를 처리하는 자로서 배임죄에서 말하는 타인의 사무를 처리하는 자에 해당하며, 배임죄가 신임관계에 기초한 신뢰를 위반하는 행위로써 타인의 재산상 이익을 침해하는 범죄라는 점을 고려하면, 임무위배행위는 신임관계를 저버리는 행위로 해석하는 것이 타당하다. 소유권의 이전에 관하여 부동산은 등기를 그리고 동산은 인도를 요구하고 있고, 소유권이전의무는 부동산에서는 소유권등기의무 그리고 동산에서는 인도의무의 형태로 나타날 뿐 동산매매에 있어서의 매도인의 의무는 부동산매매에 있어서의 매도인의 의무와 그 구조를 완전히 같이 한다. 또한 부동산매매에 있어서 매도인의 등기협력의무와 동산매매에 있어서의 매도인의 인도의무는 매수인으로 하여금 목적물에 대한 소유자가 되도록 해야 한다는 의무의 측면에서도 동일하므로 부동산과 동산의 이중매매에 대한 배임죄 성립 여부를 검토하는 과정에서 이에 대하여 고민할 필요성이 있다고 본다.

Ⅲ. 동산·부동산 이중매매 배임죄 성립여부 쟁점 검토

1. 배임죄 본질

배임죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위를 하여서 재산상의 이득을 취하거나 제3자로 하여금 이를 취득케 하고 본인에게 손해를 가하는 것을 내용으로 하는 범죄이다(형법 제355조 제2항). 배임죄의 객관적 구성요건은 타인의 사무를 처리하는 자가 임무

에 위배하는 행위로 본인의 재산상의 이익 취득 또는 제3자로 하여금 재산상의 이익을 취득하게 하여 본인에게 손해를 가하는 것이며, 타인의 사무를 처리하는 자만이 행위 주체가 될 수 있는 진정신분범이다.⁴⁰⁾ 여기서 타인의 사무를 처리하는 자는 앞서 대법원판결에서 살펴본 바와 같이 타인과의 대내적 관계에서 신의성실의 원칙에 비추어 사무처리의 신임관계가 존재한다고 인정되는 자로서 반드시 제3자에 대한 대외관계에서 사무에 관한 대리권의 존재를 요하지는 않는다.⁴¹⁾ 배임죄에 있어서의 사무처리 근거는 법령, 계약 또는 법률행위, 관습의 어느 것에 근거 하건 묻지 않고, 사실상의 것도 포함한다. 다만 사무처리를 위임한 자와 행위자 사이에 신임관계가 존재하여야 한다. 여기의 신임관계는 사실상의 관계로도 족하기 때문에 법적인 대리권의 소멸 또는 직위로부터 해임된 경우에도 사실상의 신임관계가 아직 남아 있는 한 배임죄 주체가 될 수 있다.⁴²⁾ 배임죄의 주체인 ‘타인의 사무를 처리하는 자’의 범위를 어디까지로 할 수 있는가 하는 문제는 배임죄의 본질에 대한 논의에서 출발하며, 배임죄의 본질이 무엇인가에 대하여 권한남용설, 배신설, 사무처리의무위반설의 대립된 견해가 있다.

권한남용설에 따르면 배임죄는 대외 관계에서의 신임관계를 위배하는 행위, 즉 타인의 사무를 처리할 법적 권한(대리권)을 가진 자가 권한을 남용하여 타인에게 재산상의 손해를 가하는데 범죄의 본질이 있다는 견해이다. 여기서의 법적 권한은 대리권은 의미하여 배임행위는 결국 대리권 있는 자의 법률행위로 제한되어 대리권 없는 자의 법률행위뿐만 아니라 순수한 사실행위에 의한 신임관계를 위배하여도 배임죄가 성립되지 않기에 배임죄의 성립범위가 협소해진다는 비판이 있다.⁴³⁾

40) 손동권/김재윤, 앞의 책, 463쪽.

41) 대법원 1999. 9. 17. 선고 97도3219 판결.

42) 손동권/김재윤, 앞의 책, 463쪽.

43) 강동욱, “형사상 배임죄의 입법례와 주체에 관한 고찰”, 법학논총 제37권 제1호, 단국대학교 법학연구소, 2013, 164-165쪽; 즉 권한남용설은 배임죄의 성립범위를 명확히

한편 판례⁴⁴⁾와 학계의 다수설적 견해인 배신설은 본인에 대한 신임관계 또는 신뢰관계의 위반을 배임죄의 본질로 파악하는 견해로서⁴⁵⁾ 배임죄의 본질은 대내관계에서의 타인의 재산상 이익을 보호해야 할 신의성실의무 또는 신임관계에 위배하여 타인에게 재산상의 손해를 초래한다는 데 있다고 본다. 배임죄의 주체와 관련하여 권한남용설과 달리 대외적인 대리권이 존재할 필요가 없으며, 배임행위는 법률행위에 국한되지 않기에 사실상의 신임관계를 위반하는 사실행위에 의해서도 배임죄가 성립가능하다고 본다.⁴⁶⁾ 대법원 역시 배임죄의 구성요건행위인 임무에 위배하는 행위는 처리하는 사무 내용, 성질 등 구체적인 상황에 비추어 법률 규정, 계약 내용 혹은 신의칙상 당연히 할 것으로 기대되는 행위를 하지 않거나 당연히 하지 않아야 할 것으로 기대되는 행위를 하여 본인과 신임관계를 저버리는 일체의 행위라고⁴⁷⁾ 하였다. 그러나 배신설은 단순히 신임관계 또는 신뢰관계의 위반행위도 배임죄를 구성하여 행위자가 처벌받을 수 있다는 점에서 배임죄의 성립범위를 지나치게 확대할 수 있다는 비판을 받기도 하며,⁴⁸⁾ 우리 형법 조문은 독일형법상의 구성요건과 같은 신뢰관계를 요하지 않으므로 배신설을 취할 수 없다는 견해도 있다.⁴⁹⁾ 다음으로 사무처리의무위반설은 배임죄의 본질이 타인의 사무를 처리하는 자가 임무위배행위, 즉 사무처리의무를 위반하여 타인

할 수 있다는 장점이 있으나 한편으로는 대외적인 법률행위에 국한하기에 배임죄의 인정 범위에 대한 우려가 있다는 것이다.

44) 대법원 2004. 7. 9. 선고 2004도810 판결.

45) 강동욱, “형사상 배임죄의 입법례와 주체에 관한 고찰”, 165쪽.

46) 권오걸, 앞의 논문, 410쪽; 이창섭, 앞의 논문, 25쪽.

47) 대법원 2000. 3. 14. 선고 99도457 판결; 대법원 2018. 5. 17. 선고 2017도4027 전원합의체 판결.

48) 강수진, “부동산 대물변제예약의 채무자와 배임죄에서의 타인의 사무처리자-대법원 2014. 8. 21. 선고 2014도3363 판결-”, 235쪽.

49) 허일태, “배임죄 해석의 나아갈 방향”, 형사법연구 제27권 제1호, 한국형사법학회, 2015, 13쪽.

에게 재산상 손해를 가하는 데 있다고 보는 견해로서 독일형법 제266조 제1항 후단의 신뢰위배적 구성요건에서와 같이 신뢰관계를 요하지 않으며, 임무위배행위는 문언상 배임행위로 읽어야 하고⁵⁰⁾ 배신행위로 읽어져서는 안 되기 때문에⁵¹⁾ 임무위배행위의 성질은 신임관계의 배신이 아닌 타인의 사무를 처리하는 자의 사무처리의무위반이라고 한다.⁵²⁾ 신임관계에 기한 현실적 임무 처리 역시 사무처리의무에 포함되기에 임무위배행위는 법률행위에 국한되지 않는다고 한다.⁵³⁾

2. 배임죄 주체 ‘타인의 사무’ 및 ‘타인의 사무처리 자’의 의미

2.1 타인의 사무와 자기의 사무

형법 제355조 제2항의 배임죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위를 하여 재산상 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가한 때 성립하는 범죄이다.⁵⁴⁾ 여기서의 타인의 사무를 처리하는 자는 양자 사이의 신임관계에 기초하여 타인의 재산관리 사무를 대행하는 자 또는 타인의 재산보전행위에 협력하는 자 등을 의미하며,⁵⁵⁾ 고유의 권한에 따라 처리하는 자 및 보조

50) 그러나 한편 배임죄의 본질을 논할 때 법조문상의 표지를 근거로 제시해서는 안되며, 배임죄의 본질론이란 단지 배임죄 조문의 근거에 있는 것을 그저 말해보는 논의라는 견해가 있다(이용식, 앞의 논문, 232쪽).

51) 허일태, “배임죄에서의 행위주체와 손해의 개념”, 142쪽(권오걸, “동산의 이중매매와 배임죄·부동산 이중매매와의 비교를 통해서”, 비교형사법연구 제13권 제2호, 한국비교형사법학회, 2011, 410쪽에서 재인용).

52) 김혜정, “배임죄의 행위주체인 ‘타인의 사무처리자’ 판단에 관한 소고”, 1887-1888쪽.

53) 허일태, “부동산 이중매매와 배임죄”, 330쪽.

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

55) 대법원 1982. 9. 28. 선고 81도2777 판결; 대법원 1987. 4. 28. 선고 86도2490 판결; 대법원 1994. 9. 9. 선고 94도902 판결; 대법원 2004. 6. 17. 선고 2003도7645 전원합의체 판결; 대법원 2003. 9. 26. 선고 2003도763 판결; 대법원 2012. 3. 15. 선고 2010도3207

기관으로서 직·간접으로 사무를 담당하는 자 역시 이에 포함된다.⁵⁶⁾ 타인의 사무를 처리하는 자는 타인과의 대내관계에서 신의성실 원칙에 비추어 그 사무를 처리할 신임관계가 존재한다고 인정되면 충분하고, 제3자에 대한 대외관계에서 대리권의 존재를 요구지 않으며,⁵⁷⁾ 사무가 포괄적 위탁사무일 것을 요하지도 않고, 신임관계의 발생근거는 법령 규정, 법률행위, 관습 또는 사무관리에 의해서도 발생할 수 있기에 법적 권한이 소멸된 후에 사무 처리하거나 사무처리자가 직에서 해임된 후 사무인계 전 사무를 처리한 경우에도 배임죄에 있어서의 사무 처리하는 경우에 해당할 수 있다.⁵⁸⁾

대법원은 배임죄의 본질은 “신임관계에 기초한 타인의 신뢰를 저버리는 행위를 하여 타인에게 재산상 손해를 입히는 데에 있으므로 배임죄 주체로서 ‘타인의 사무를 처리하는 자’라고 하려면 타인과의 내부적 관계에서 신의성실 원칙에 비추어 타인 사무를 처리할 신임관계에 있게 되어 신임관계에 기초하여 타인의 재산적 이익을 보호·관리하는 것이 당사자 관계의 전형적·본질적 내용이 되는 지위에 있는 사람이어야 하고, 사무의 처리가 오로지 타인의 이익을 보호·관리하는 것만을 내용으로 할 필요는 없으며, 자신의 이익을 도모하는 성질을 아울러 가진다고 하더라도 타인을 위한 사무로서의 성질이 부수적·주변적인 의미를 넘어서 중요한 내용을 이루는 경우에는 타인의 사무를 처리하는 자에 해당한다”고⁵⁹⁾ 하여 배임죄의 본질을 배신설로 파악하고 있다. 또한 “임무위배행위는 신임관계를 저버리는 행위로 해석하는 것이 맞으므로 타인의 사무를 처리하는 자는 배임죄가 보호하고자 하는 신임관계를

판결.

56) 대법원 2000. 4. 11. 선고 99도334 판결; 대법원 2002. 6. 14. 선고 2001도3534 판결; 대법원 2004. 6. 24. 선고 2004도520 판결; 대법원 1999. 7. 23. 선고 99도1911 판결.

57) 대법원 2000. 3. 14. 선고 99도457 판결; 대법원 2003. 1. 10. 선고 2002도758 판결.

58) 대법원 1999. 6. 22. 선고 99도1095 판결.

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

기초로 타인의 재산을 보호·관리하는 자라고 해석하는 것이 자연스럽다.⁶⁰⁾고 하여 타인의 사무 의미를 확대하여 등기협력의무와 같이 거래 완성을 위한 자기 사무인 동시에 상대방 재산보전 협력의무와 같은 타인을 위한 사무까지도 타인의 사무로 해석하고 있다.⁶¹⁾

그와 같은 판례 및 다수설의 견해에 대하여 배임죄는 명문으로 타인의 사무라고 규정하고 있으므로 동 규정을 통하여 타인의 재산 보호 및 관리 의무가 도출될 수 있는지에 대하여 의문을 제기하는 견해들이 있다.⁶²⁾ 동 견해들은 타인을 위한 사무는 말 그대로 타인의 위한 사무이지 타인의 사무가 아니며, 타인을 위한 사무와 타인의 사무는 분명히 다름에도 타인을 위한 사무와 타인의 사무를 동일시하는 것은 금지된 유추해석이라고 본다.⁶³⁾ 또한 타인의 재산보전 협력의무의 의미만 있으면 타인의 사무라고 할 수 있는가에 대하여도 의문을 제기하고 있다.⁶⁴⁾ 즉 상대방이 행위자의 협력 없이 권리를 얻는 것이 불가능한 것은 다른 모든 채권관계에서도 동일하고 특별히 부동산매매에서 상대방의 협력 없이 권리이전이 어려운 것이 아니기 때문에 타인의 재산보전에 협력할 의무가 타인의 사무에 포함되는 것은 규정에 대한 정당한 해석의 범위를 이탈하는 것이라고 한다. 그리고 문언의 통상적인 의미에서 볼 때, 타인의 사무는 본래 타인에게 귀속된 사무로서 사무의 주체가 타인이라는 의미로서, 본래 타인이 처리하여야 할 사무를 그를 대신하여 처리하는 것을 말하며,⁶⁵⁾ 타인의 사무를 처리하는 자는 본래 타인이 처리해야

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

61) 문형섭, “채무불이행과 배임죄(재론)”, 322쪽; 허일태, “배임죄에서의 행위주체와 손해의 개념”, 144쪽.

62) 강수진, “부동산 대물변제계약의 채무자와 배임죄에서의 타인의 사무처리자-대법원 2014. 8. 21. 선고 2014도3363 판결-”, 242쪽; 문형섭, “채무불이행과 배임죄(재론)”, 323쪽.

63) 문형섭, “채무불이행과 배임죄(재론)”, 323쪽.

64) 강수진, “부동산 대물변제계약의 채무자와 배임죄에서의 타인의 사무처리자-대법원 2014. 8. 21. 선고 2014도3363 판결-”, 238-239쪽.

할 사무를 타인을 위하여 사무를 대행하는 또는 위탁된 사무를 처리하는 자라고 이해할 수 있다고 한다.⁶⁶⁾ 대법원 역시 계약의 일방 당사자가 계약 내용에 따른 상대방에게 의무를 성실히 이행하고, 상대방은 계약상 권리의 만족이라는 이익을 얻는 관계에 있더라도 그와 같은 의무의 이행이 타인의 사무에 해당하지 않는다면, 자기의 사무에 불과할 때⁶⁷⁾ 직접적인 재산관리와 같은 사무는 타인의 사무가 되지만, 타인을 위한 사무이더라도 사무가 행위자 자신의 사무라면 배임죄의 주체가 될 수 없다고 한다.⁶⁸⁾

이와 관련하여 대법원 2018. 5. 17. 선고 2017도4027 전원합의체 판결의 반대의견 역시 부동산 매매계약이 체결된 경우에, 계약 체결과 함께 계약의 효력으로 매도인에게는 부동산 소유권이전의무가 발생하게 되고, 매수인에게는 매매대금의 지급의무가 발생하는데 그와 같은 매도인 또는 매수인의 의무는 계약에 따른 자기의 사무일 뿐 타인의 사무라고 볼 수 없으며, 매도인의 재산권이전의무나 매수인의 대금지급의무는 원래부터 상대방이 처리하여야 할 사무가 아니며, 신임관계에 기초하여 상대방에게 위탁된 사무라고도 볼 수 없고, 상대방의 재산적 이익을 보호·관리하는 것이 매매계약의 전형적·본질적 내용이라고도 볼 수 없다고⁶⁹⁾ 하여 매수인의 대금지급의무와 매도인 소유권이전의무는 자기의 사무이기에 배임죄의 주체인 타인의 사무를 처리하는 자가 아니기

65) 대법원 2018. 5. 17. 선고 2017도4027 전원합의체 판결[반대의견].

66) 김혜정, “배임죄의 행위주체인 ‘타인의 사무처리자’ 판단에 관한 소고”, 1893쪽.

67) 대법원 2018. 5. 17. 선고 2017도4027 전원합의체 판결[반대의견]; 이에 대하여 다수의견에 대한 보충의견은 다종다양한 거래관계를 자기의 사무와 타인의 사무로 명확히 나눌 수 있다는 전제에서 자기의 사무임과 동시에 타인의 사무가 되는 경우를 부정하며, 현실 세계에서 이루어지는 다종다양한 거래관계의 실질을 반영하지 못하는 형식적 법해석에 불과하다고 비판하고 있다(대법원 2018. 5. 17. 선고 2017도4027 전원합의체 판결 중 다수의견에 대한 대법관 박상옥, 대법관 김재형의 보충의견).

68) 문형설, “채무불이행과 배임죄(재론)”, 322쪽.

69) 대법원 2018. 5. 17. 선고 2017도4027 전원합의체 판결[반대의견].

에 배임죄의 성립을 부정하였다.

그러나 이에 대하여 배임죄의 주체로서 타인의 사무를 처리하는 자는 단순한 민사상 채무불이행자와 구별될 필요성이 있으며, 계약을 이행해야 하는 단순한 채무자의 사무는 자기사무로 평가될 뿐 배임죄 주체인 타인의 사무를 처리하는 자로서 평가될 수는 없으나,⁷⁰⁾ 타인의 재산을 보호할 사무의 성질과 자기의 사무로서의 성질을 동시에 갖는 경우에 배임죄의 주체가 될 수 있다는 견해가 있다.⁷¹⁾ 한편 이중매매와 관련하여 배임죄의 구성요건인 배임죄의 주체에 대한 타인의 사무와 자기의 사무의 구별에 대한 엄격한 해석과 관련하여, 배임죄의 구성요건인 타인의 사무에 대하여 엄격한 해석을 해야 한다는 것을 논거로 이중매매에서 매도인의 소유권이전의무는 매도인의 자기 사무라는 견해에⁷²⁾ 대하여 엄격한 해석을 근거라고 할 수 있는지 또는 어떠한 관점에서 엄격하게 해석할 것인가가 문제일 뿐이라는 타당한 비판적 견해가 있다.⁷³⁾ 동 견해에 따르면, 모든 사무는 자기사무로서의 성격과 함께 타인사무로서의 성격을 가지고 있으며, 사회경제생활의 거의 모든 일이 타인의 사무를 처리하는 성질을 가지고 있기 때문이라고 한다.⁷⁴⁾ 따라서 사회경제 생활에서 행해지는 거래관계 속에서 타인을 위한 사무도 어떤 면에서는

70) 그러나 판례 역시 부동산매매에서 매도인의 다양한 채무불이행을 일반적으로 배임죄로 의율한 바 없음을 지적하였다(대법원 2011. 1. 20. 선고 2008도10479 전원합의체 판결 중 반대의견에 대한 대법관 안대희, 대법관 양창수, 대법관 민일영의 보충의견).

71) 손동권, 앞의 논문, 308쪽.

72) 대표적으로 강동욱, “형사상 배임죄의 입법례와 주체에 관한 고찰”, 151쪽 이하; 김혜정, “배임죄의 행위주체인 ‘타인의 사무처리자’ 판단에 관한 소고”, 1897쪽 이하; 박찬걸, “부동산 이중매매에 있어서 배임죄의 성립시기”, 경희법학 제48권 제4호, 경희대학교 법학연구소, 2013, 289쪽 이하; 이정원, “배임죄의 구조와 문제점”, 법학연구 제34권, 전북대학교 법학연구소, 2011, 123쪽 이하; 주지홍, “부동산이중매매에 있어서 배임죄 적용 결과 민사법질서에 미치는 부정적 영향”, 법학연구 제51권 제2호, 부산대학교 법학연구소, 2010, 319쪽 이하.

73) 이용식, 앞의 논문, 233-234쪽.

74) 이용식, 위의 논문, 235쪽.

자기사무로 평가될 수 있고 동시에 타인의 사무로 평가될 수 있을 것이므로 부동산 및 동산의 이중매매에서 쟁점이 되는 형법상 배임죄에서의 타인의 사무란 상대방의 재산보호를 본질적인 것으로 하는 경우라고 한다.⁷⁵⁾ 타인을 위한 사무이기 때문에 타인의 사무에 해당하지 않는다는 것이 아니고, 타인을 위한 사무이든 자기를 위한 사무이든 결국 타인의 사무인가의 평가여부가 중요하고, 구별기준이 되는 상대방의 재산보호를 본질적 내용으로 한다는 것이 명확하지 못하다는 비판에도 불구하고 그러한 기준은 유지되어야 한다고 한다.⁷⁶⁾ 사회라는 존재와 틀 속에서 엄밀한 의미에서의 순수한 자기의 사무라고 평가할 수 있는 사무를 찾는 것은 어쩌면 불가능할 것이라고 생각한다. 사회라는 용어 자체가 근본적으로 둘 이상을 전제하고 있기에 그 사회라는 존재 속에서 살아가는 누군가의 사무는 사무의 스펙트럼에서 위치와 정도의 차이는 있겠으나 타인의 사무의 속성을 일정 부분 가지고 있다고 본다. 그렇다면 자기의 사무와 타인의 사무를 구별하고자 하는 위와 같은 배임죄의 구성요건에 대한 논의의 시각을 매도인과 매수인의 공존적 사고와 그에 따른 의무의 관점에서 바라본다면 책임의 소재와 재산보호의 본질적인 내용이 무엇인가에 대한 평가가 어느 정도의 기준을 제시해줄 수 있을 것으로 본다.

2.2 타인의 사무와 타인을 위한 사무

배임죄의 본질을 배신설에서 구하는 판례에 따르면, 타인의 사무의 범주에는 타인을 위한 사무가 포함된다. 판례와 다수설은 “타인의 사무가 되기 위해서는 매수인과의 관계 속에서 단순한 채권·채무의 의무를 넘어 양자 사이의 신임관계에 기초하여 타인의 재산을 보호 또는 관리하

75) 이용식, 위의 논문, 235쪽.

76) 이용식, 위의 논문, 234쪽.

는 사무이어야 하고, 단지 타인의 이익을 보호·관리하기 위한 사무로 한정되는 것은 아니고, 자신의 이익을 위한 사무이더라도 그것이 동시에 타인을 위한 사무이면서 그 사무처리가 임무의 중요하고 본질적 내용이면 타인의 사무가 될 수 있어야 하며, 타인의 사무인지 자기의 사무인지에 판단은 계약상 문언내용 또는 신의칙상 사무내용이 무엇인지, 사무처리 내용이 상대방 재산보전과 관련하여 본질적으로 중요한지, 사무처리 불이행이 상대방의 이해관계에 중대하고 직접적인 영향을 미칠 것인지 여부 등을 구체적으로 판단하여야 한다.”⁷⁷⁾ 한다.

그러나 이에 대하여 대법원 2018. 5. 17. 선고 2017도4027 전원합의체 판결에서 반대의견은 “타인의 재산상 이익에 대한 보호 및 관리가 당사자 관계의 전형적·본질적 부분이 된다고 할 수 없음에도 불구하고, 타인을 위한 사무로서의 성질이 부수적·주변적 의미를 넘어 중요 내용을 이룬다는 명목으로 ‘타인의 사무를 처리하는 자’에 해당한다고 확장 해석을 하여서는 아니 된다고 하며, 또한 사무가 상대방에 대하여 중요한 의미를 갖는다는 점만으로 당연히 그 사무를 처리하는 자에게 상대방 재산상의 이익을 보호·관리할 지위가 생긴다고 할 수 없기에 상대방 재산상 이익을 보호·관리할 지위에 있는지는 당사자 사이의 계약 내용이나 신임관계 유형과 내용에 따라 결정해야 한다.”⁷⁸⁾고 하여 타인을 위한 사무의 성격이 부수적·주변적 의미를 넘어 중요한 내용이라는 이유로 타인의 사무처리자로서의 확장해석의 위험성에 대한 비판적 견해를 제시하고 있다. 또한 동일한 이유로 타인을 위한 사무로 타인의 사무를 확대해석하게 되면, 배임죄 적용범위는 법에 규정된 문언상 의미의

77) 안경옥, “배임죄의 ‘타인의 사무를 처리하는 자’의 의미: 동산·부동산의 이중매매·이중양도 등을 중심으로”, 법조 제65권 제9호, 법조협회, 2016, 594쪽 이하(김혜정, “부동산 이중매매에서 배임죄의 성립여부에 대한 판단-대법원 2018. 5. 17. 선고 2017도 4027 전원합의체 판결-”, 법조 제67권 제6호, 법조협회, 2018, 836쪽에서 재인용).

78) 대법원 2018. 5. 17. 선고 2017도4027 전원합의체 판결[반대의견에 대한 대법관 김창석의 보충의견].

한계를 넘어 범위가 확장되는 문제가 발생할 수 있고,⁷⁹⁾ 피고인에게 불리한 유추해석의 위험성이 있다는 비판적 견해도 있다.⁸⁰⁾ 매도인의 동기협력의무와 고의적 처분행위와 관련하여 대법원은 그 사무가 타인의 사무가 아니고 자기의 사무라면, 사무처리가 타인에게 이익이 되어 타인에 대하여 처리 의무를 부담하는 경우에도, 타인의 사무를 처리하는 자에 해당하지 않으므로⁸¹⁾ ‘타인을 위한 자기 사무’의 개념을 인정하더라도 부동산 이중매매 사안에서 매수인을 위한 매도인의 동기협력의무를 타인의 사무로 해석하는 것은 재검토가 필요하며,⁸²⁾ 부동산 이중매매에서 배임죄의 성립을 인정하는 이유에서⁸³⁾ 고의로 제3자에게 목적부동산을 처분하는 행위는 매매계약상 혹은 신의칙상 하지 않아야 할 행위로서 임무위배행위로 평가할 수 있음을 부동산 이중매매 매도인의 처벌 근거로서 제시하나, 임무위배행위에 대한 평가에 앞서 타인의 사무인 것이 성립되지 않으면, 고의적인 처분행위가 인정되더라도 배임죄가 성립할 수 없다고 한다.⁸⁴⁾

그러나 타인의 사무를 처리하는 자라고 하기 위해서는 타인과의 내부적 관계에서 오로지 그 사무의 처리가 타인의 이익을 보호·관리하는 것만을 내용으로 할 필요는 없다고 본다. 즉 자신의 이익을 도모하는 성격을 가진다고 하더라도 타인을 위한 사무로서의 성격이 판례에서 설시한 바와 같이 부수적·주변적인 의미를 넘어 중요한 내용을 이루는

79) 배임죄의 구성요건요소인 ‘타인의 사무를 처리하는 자’, ‘그 임무에 위배하는 행위’는 ‘재산상의 이익’, ‘손해’와 마찬가지로 사전적 또는 형식적 의미만으로는 그 진정한 의미를 파악하거나 범위를 확정할 수 없는 규범적 구성요건요소이다(대법원 2018. 5. 17. 선고 2017도4027 전원합의체 판결 중 다수의견에 대한 대법관 박상옥, 대법관 김재형의 보충의견).

80) 김혜정, “부동산 이중매매에서 배임죄의 성립여부에 대한 판단”, 837쪽.

81) 대법원 2009. 2. 26. 선고 2008도11722 판결.

82) 김혜정, “부동산 이중매매에서 배임죄의 성립여부에 대한 판단”, 838쪽.

83) 대법원 2018. 5. 17. 선고 2017도4027 전원합의체 판결[다수의견에 대한 보충의견].

84) 김혜정, “부동산 이중매매에서 배임죄의 성립여부에 대한 판단”, 839쪽.

경우에는 타인의 사무를 처리하는 자로 볼 필요성이 있다.⁸⁵⁾ 앞서 살펴본 비판적 견해가 제시한 문제를 해결하기 위해 타인의 사무를 “타인의 재산적 이익에 본질적으로 연결되는 사무” 또는 “타인의 재산보호가 신임관계의 전형적·본질적인 내용이어야 한다.”고 하여 그 범위를 무한히 확장하지 않고 제한적 해석을 취하고 있음을 고려할 필요가 있다.⁸⁶⁾

2.3 중도금 지급과 타인의 사무

우리나라에서 부동산은 주지하는 바와 같이 국민의 기본적 생활의 터전으로 국민의 경제활동에서 가장 중요한 부분을 차지하고 있으며, 국민 개개인이 보유하는 자산에서 부동산은 상당한 몫을 차지하고 있다. 특히 최근 몇 년간 부동산 가격의 폭등으로 인하여 그의 비중이 더 높아졌을 것이라는 것은 부인할 수 없는 사실일 것이다. 바로 그와 같이 국민 경제 생활에서 상당한 재산가치를 가지고 있는 부동산의 특성을 고려할 때 부동산 매매, 특히 부동산 이중매매에 대한 가벌성 및 관련 당사자, 즉 매도인의 이중매매 행위에 대한 매수인의 신뢰를 더욱 증대되고 있는 것이 현실임을 부인할 수 없을 것이다.

바로 그러한 국민의 재산가치의 상당 부분을 차지하는 부동산과 관련된 매매는 일반적으로 매매계약 체결, 계약금·중도금·잔금 지급, 그리고 등기서류 교부 및 등기이전의 절차에 따라 행해진다. 따라서 부동산 매도인이 매매의 목적물인 부동산을 제1 매수인에게 소유권이전등기를 마쳐주기 전에 그 부동산을 제3자에게 다시 매도하여 등기하는 이중매매가 발생하는 경우에 매도인에게 배임죄 주체인 타인의 사무를 처리하는 자로서의 지위를 인정할 수 있는지의 여부가 문제가 된다.⁸⁷⁾ 앞서

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

86) 대법원 2005. 3. 25. 선고 2004도6890 판결; 대법원 2012. 5. 10. 선고 2010도 3532 판결.

언급한 바와 같이 계약금만 받은 단계에서는 매도인은 계약금 배액을 지급하고 매매계약을 해제할 수 있기에(민법 제565조) 매도인이 계약금만을 교부받은 단계에서의 부동산 이중매매행위는 단순한 채무불이행의 문제만이 발생할 수 있고, 매도인이 잔금을 수령한 후 제1 매수인에게 등기이전까지 마쳐준 경우에는 제1 매수인은 확정적 물권적 지위자가 될 것이기에 매도인이 부동산을 이중매매하는 것은 사실상 불가능할 것이다. 문제는 중간 단계, 즉 계약금을 수령한 단계도 지났고, 아직 제1 매수인에게 등기이전이 이루어지지 않은 중도금 내지 잔금을 받은 단계에서의 이중매매행위를 어떻게 볼 것인가가 문제가 된다.

매수인이 중도금을 매도인에게 지급하면 당사자가 계약을 임의로 해제할 수가 없는 구속력이 발생한다(민법 제565조). 그런데 매수인이 매매대금의 상당부분인 계약금과 중도금을 매도인에게 지급하더라도 매도인의 이중매매를 방지할 충분한 수단이 마련되어 있지 않은 상황에서도 매도인이 소유권이전등기를 완료해 줄 것이라는 신뢰에 따라 매수인은 중도금을 지급하고, 매도인 역시 그러한 신뢰를 바탕으로 중도금이 지급된다는 것을 인식하면서 수령하므로, 중도금이 지급된 단계에서부터는 매도인은 매수인의 재산보전에 협력할 신임관계가 당사자 관계의 전형적·본질적인 내용을 이룬다.⁸⁷⁾ 그러한 신임관계에 있는 매도인은 매수인의 소유권취득 사무를 처리하는 자의 지위에서 배임죄에서 말하는 ‘타인의 사무를 처리하는 자’에 해당하고, 매수인에게 소유권을 이전하기 전에 매도인이 고의로 제3자에게 목적부동산을 처분하는 행위는 매매계약상 혹은 신의칙상 당연히 하지 않아야 할 행위로서 배임죄에서 말하는 임무위배행위로 평가할 수 있다.⁸⁹⁾ 이와 같이 중도금을 수령한 이후의 매도인의 부동산 이중매매 행위에 대하여 대법원은 배임죄의

87) 손동권, 앞의 논문, 308쪽.

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

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

성립을 일관되게 인정하고 있다. 다수설 또한 중도금을 수령한 이후에는 매도인은 임의로 계약에 대한 해제 권리가 없으며, 매수인이 소유권을 취득하도록 등기절차에 협력할 의무가 있기에 매매목적물인 그 부동산 매매에 관한 사무는 자기의 사무라고 평가할 수 없고, 등기관자인 매수인의 소유권취득을 위한 사무의 일부인 타인의 사무를 처리하는 자의 지위에 있으므로 중도금 지급 이후의 부동산 이중매매는 배임죄를 구성한다고 한다.⁹⁰⁾ 대법원 역시 매도인이 매수인으로부터 중도금까지 수령한 경우 매도인은 매수인으로서의 등기이전에 협력할 의무가 존재하고, 등기이전협력의무는 매도인 자신의 사무임과 동시에 매수인을 위한 타인의 사무로 평가되기 때문에, 매도인이 선순위 매수인에게서 중도금을 수령하고서도 후순위 매수인에게 소유권이전등기를 해주었다면, 매도인에게 선순위 매수인에 대한 배임죄의 성립을 인정하고 있다.⁹¹⁾

그러나 이에 대하여 매도인이 중도금을 수령하였더라도 아직 매수인에 대한 등기이전협력의무가 발생하였다고 볼 수 없으며, 등기이전협력의무를 단지 기대할 수 있는 기대권 정도를 인정할 수 있을 뿐이고, 매도인이 매수인에게서 나머지 잔금을 지급받았더라도 선순위 매수인에 대한 매도인의 등기이전협력의무는 타인을 위한 사무는 될 수 있을지 몰라도 타인의 사무와 동일하다고 보기 어렵다고 한다.⁹²⁾ 또한 타인의 사무를 확대해석함으로써 배임죄의 주체인 타인의 사무처리자의 적용범위를 확대하는 것은 개인의 사적자치를 침해하며, 사적 경제질서에 대한 형법의 개입을 제한함으로써 민사영역에 대한 형사법의 개입을

90) 김일수/서보학, 새로 쓴 형법각론 제6판, 박영사, 2004, 484쪽; 박상기, 형법각론, 박영사, 2008, 410쪽; 손동권/김재운, 앞의 책, 479쪽; 이형국, 형법각론, 법문사, 2007, 438쪽; 대법원 2008. 7. 10. 선고 2008도3766 판결; 대법원 2003. 3. 25. 선고 2002도7134 판결; 대법원 1984. 11. 27. 선고, 83도1946 판결.

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

92) 문형섭, “채무불이행과 배임죄(재론)”, 327쪽; 주지홍, “부동산이중매매에 있어서 배임죄 적용 결과 민사법질서에 미치는 부정적 영향”, 법학연구 제51권 제2호, 부산대학교 법학연구소, 2010, 329쪽.

차단하여 민사불법이 형사불법으로 확대되는 것을 방지해야 하고 형법의 보충성원칙에 부합한다고 한다.⁹³⁾ 나아가 자기의 사무인지 타인의 사무인지는 사무의 고유한 성격과 내용에 따라 결정되어야 하는 것이고, 부동산 매매의 계약단계에서는 자기의 사무였던 매도인의 등기협력의 무가 중도금을 수령한 후에는 신뢰관계에 기초한 타인의 사무로 변질되는 것은 아니라고 한다.⁹⁴⁾ 극단적으로는 중도금 및 잔금 수령 이후에도 매도인이 소유권을 이전하지 않은 전형적인 채무불이행에 불과하며, 그와 같은 채무불이행으로 인한 매도인의 손해배상책임을 민사상의 영역이기에 매도인의 이러한 소유권이전의무는 매도인 자신의 사무이고, 타인의 권리보호를 본질적 또는 중요 내용으로 하는 배임죄의 구성요건인 타인의 사무로 보기 어렵기 때문에 이중매매 등의 대상이 동산이나 부동산이냐에 따라 그 성립 여부가 달라지는 것은 아니라는 견해가 있다.⁹⁵⁾

생각건대, 부동산 매매계약에서 계약금만 지급된 단계에서는 매도인은 계약금 배액을 지급하고 매매계약을 해제할 수 있기에 -매수인 입장에서- 재산상의 손실이 아닌 단기간의 증대의 여겨질 수 있는 상황이지만, 매매계약을 체결하고 매도인이 계약금만을 교부받은 단계에서의 부동산 이중매매 행위에 대해서는 법적 장치가 마련되어 있으나, 중도금이 지급된 이후에는 매도인이 제1 매수인과 매매계약을 해제할 수 있는 법적 장치가 마련되어 있지 않은데, 이것은 중도금이 지급된 단계에서는 매도인은 계약금을 받은 단계 -단순한 채무불이행의 문제만 발생하는-에서 오는 달리 물권변동의 원칙상 매도인의 협력 없이는 매수인은 소유권이전등기를 완성할 수 없기 때문에 단순한 민사상 채권·채무 관계를

93) 김혜정, “배임죄의 행위주체인 ‘타인의 사무처리자’ 판단에 관한 소고”, 1892쪽; 강동욱, “부동산 이중매매 매도인에 대한 형사책임의 인정에 관한 법정책적 검토”, 법학연구 제19권 제2호, 인하대학교 법학연구소, 2016, 21쪽,

94) 문형섭, “배임죄의 본질과 주체의 범위”, 32쪽.

95) 안경옥, 앞의 논문, 602쪽.

넘어 물권으로 넘어가는 과도기적 권리의무관계가 있다는 의미로 해석되어야 하며, 매도인의 매수인에 대한 등기이전협력의무는 배임죄의 주체가 될 수 있는 타인의 사무를 처리하는 자의 의무로 보아야 한다고 본다.⁹⁶⁾

3. 동산과 부동산의 차이점과 이중매매에 대한 배임죄 성립 여부

대법원은 부동산 이중매매에서의 매도인의 배임죄 성립을 인정한 종래의 일관된 태도와 달리 동산 이중매매에서의 매도인의 배임죄 성립을 부정하였다. 즉 당사자 일방이 재산권을 상대방에게로 이전할 것을 약정하고 상대방은 대금을 지급할 것을 약정함으로써 효력이 생기는 계약의 경우, 매도인과 매수인 양자의 계약 내용에 따른 이행 의무는 특별한 사정이 없는 한 자기의 사무이며, 매매의 목적물이 동산일 경우, 매도인은 매수인에게 약정한 바에 따라 목적물인 동산을 인도함으로써 자신의 이행 의무를 완료하고 매수인은 그때 목적물에 대한 권리를 취득하므로, 매도인에게는 자신의 사무인 동산인도채무 외에 매수인의 재산을 보호하고 관리에 협력할 의무가 없으므로, 동산매매계약에서 매도인은 매수인의 사무를 처리하는 자가 아니하므로, 목적물을 매수인에게 매도인이 인도하지 아니하고 제3자에게 처분하였더라도 배임죄가 성립하는 것은 아니라고⁹⁷⁾ 하여 부동산 이중매매에서와는 달리 동산의 경우에는 이중매도인에 대하여 타인의 사무를 처리하는 자로서의 지위를 부정하여 배임죄 성립을 부정하며 앞서 살펴본 부동산 이중매매에서 중도금 및 잔금을 수령한 후에도 매도인의 이중매매행위는 단순한 민사상 채무불이행의 문제로 본 견해와 동일한 입장을 취하였다. 즉 동산의 매도인이 매수인으로부터 중도금 잔금을 지급받은 후 매수인에게 동산점유를 이

96) 손동권, 앞의 논문, 310쪽.

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

전해야 하는 것은 배임죄의 주체인 타인의 사무를 처리하는 자가 아니라 자기의 사무를 처리하는 자라고 평가한 것이다.

민법 규정에 따르면 토지와 그 정착물은 부동산이며, 부동산 이외의 물건은 동산이다(민법 제99조). 부동산에 성립하는 물권과 동산에 성립하는 물권은 구별되며 공시방법을 달리하고 있다(민법 제186조, 제188조의 제1항).⁹⁸⁾ 그러나 모두 물권의 객체인 물건이라는 점에서 동산과 부동산은 동일하며, 물권의 객체로서의 물건이라는 조건에 있어서 구별되지 않는다. 즉 부동산과 동산 모두 특정의 독립 물건이어야 한다. 하나의 물권의 객체는 원칙적으로 하나의 독립한 물건이어야 하고, 부동산과 동산 모두 소유권의 객체가 되는 점에서 동일하다.⁹⁹⁾ 그리고 물권의 효력에 있어서 우선적 효력과 물권적 청구권은 양자 모두에게 인정된다. 따라서 부동산과 동산 모두 동일한 물건 위에 동시에 두 개 이상의 소유권이 성립할 수 없기에 시간적으로 우선한 소유권만이 성립한다. 그러므로 결국 동산과 부동산 양자는 물건이라는 속성에 있어서 동일하다 하지 않을 수 없다.¹⁰⁰⁾ 따라서 매매계약에서 매매의 목적물이 부동산이거나 동산이든 목적물에 대한 권리의 변동은 매도인과 매수인 당사자 사이의 합의와 공시방법의 구비에 의하여 발생하는 점에서 법적 구조가 동일하고, 동산의 매매에서 매수인이 중도금을 교부하여 계약 내용에 따라 계약이 이행될 것이라고 기대하는 매수인의 신뢰를 형법상 보호할 필요성은 부동산의 경우와 동일하다고 하겠다. 다만 공시방법이 부동산은 등기 그리고 동산은 인도라는 점에서 차이가 있을 뿐이고, 등기인 경우에는 매도인에게 등기협력의무가 그리고 인도의 경우에는 매도인에게 인도의무가 발생할 뿐이라는 점에서 양자의 차이가 있을 뿐이다.¹⁰¹⁾

98) 부동산과 동산 사이에는 거래구조상의 차이로는 부동산은 등기 그리고 동산은 점유 이전의 공시방법 차이, 동산에 한정하여 현실적 이전 없는 점유개정의 허용, 동산에 한하여 선의취득 인정 등이 있다(손동권, 앞의 논문, 312쪽).

99) 권오걸, 앞의 논문, 412쪽.

100) 권오걸, 위의 논문, 411-412쪽.

그러나 이에 대하여 부동산과 동산은 공시방법의 차이로 인하여 각 권리의 이전을 목적으로 하는 계약 이행은 완전히 다른 모습으로 이루어진다는 견해에 따르면, 동산매매의 경우에는 매도인의 물건의 점유이전과 매수인의 물건 수령의 행위만으로 권리이전의 효력이 발생하지만, 부동산매매의 경우 매도인과 매수인 양자 사이에 권리이전에 필요한 서류 등의 수수 행위 외에도 국가를 상대로 권리이전 등기를 신청하여 그 등기를 완료하는 때에 비로소 권리이전의 효력이 발생하고, 우리나라의 경우에는 매도인과 매수인의 공동신청주의를 택하고 있기에 매도인과 매수인은 공동으로 등기신청사무를 처리해야 하는 점에서 상호 협력 관계에 놓이므로, 이 점에서 부동산과 동산의 권리이전 절차는 전혀 다른 법적 구조와 성질을 가진다고 한다.¹⁰²⁾ 그리고 동산매매의 경우에는 매도인의 매수인에게로의 매매목적물 인도만으로 권리이전의 효력이 발생하며, 특별한 사정이 없는 한 양자 사이에 협력에 의하여 처리하여야 할 사무가 존재하지 않는 점에서 부동산매매의 경우와 다른 시각에서 접근할 필요가 있다고 한다.¹⁰³⁾

그러나 매매에 있어서 부동산이든 동산이든 매매의 대상 목적물만 다를 뿐 매도인의 의무의 구조는 전혀 다르지 않다고 본다. 부동산이든 동산이든 매매에 있어서 매도인의 의무는 특별한 약정이 없는 한 매수인이 목적물에 관한 사실적·법적 이익을 향유하도록 하게 하는 데 있다. 목적물에 관한 이익은 사용 및 수익 처분으로 요약될 수 있기에 그러한 이익제공의무의 구체적 내용으로 매도인은 매수인에게 목적물의 소유권을 이전 및 인도하여 매수인이 목적물을 사용 및 수익할 수 있도록 할 의무를 지게 된다. 물건의 사실적인 사용 및 수익은 일반적으로 물건에 대한 사실상 지배, 즉 점유를 요하므로, 매도인은 매수인에게 물건에

101) 권오걸, 위의 논문, 413쪽.

102) 대법원 2011. 1. 20. 선고 2008도10479 전원합의체 판결 중 대법관 전수안의 보충의견.

103) 대법원 2011. 1. 20. 선고 2008도10479 전원합의체 판결 중 대법관 전수안의 보충의견.

대한 사용 및 수익을 보장할 의무와 함께 보장의 전제로서 목적물에 관한 인도의 의무를 지는 것이다. 그런데 소유권의 이전에 관하여 우리 민법은 부동산은 등기를, 동산은 인도를 요구하고 있으므로, 소유권이전 의무는 부동산에서는 소유권등기의무 그리고 동산에서는 인도의무의 형태로 나타날 뿐이다. 이와 같이 동산매매에 있어서의 매도인의 의무는 부동산매매에 있어서의 매도인의 의무와 그 구조를 완전히 같이한다고 본다. 부동산매매에 있어서 매도인의 등기협력의무도 동산매매 있어서의 매도인의 인도의무와 같이 매수인으로 하여금 목적물에 대한 소유자가 되도록 해야 한다는 의무의 구체적인 내용에 불과하다. 그리고 그 내용으로서의 협력 역시 공동신청주의에 따라 등기소에 출석하거나 등기서류를 매수인에게 제공하는 것인데 이는 매수인이 매매의 목적물인 동산의 소유자가 되도록 목적물인 동산을 제공하는 것과 다를 바 없다고 본다. 따라서 동산 및 부동산 이중매매에 대한 배임의 죄책을 인정하는 것이 동산 및 부동산 매도인의 의무의 위반행위 -중도금 또는 잔금 수령 이후라는 일정한 제한 내에서¹⁰⁴⁾에 대한 형사법적 평가라면, 부동산과 동산을 달리 취급할 이유가 없다고 본다. 또한 물권변동에 있어서 부동산의 경우 등기이전 전에 등기청구권이 매수인에게 발생한다면, 동산의 경우에는 매수인에게 인도 이전에 인도청구권이라는 채권이 발생한다. 따라서 동산 이중매매의 경우에도 물권적 청구권이라는 일종의 채권이 채무자에게 이전되는 것으로 볼 수 있으므로 객체인 부동산과 동산의 차이에서 이중매매에 대한 배임죄 성립에 있어서의 차이를 발견하는 것은 타당성이 부족하다고 본다.¹⁰⁵⁾ 부동산 이중매매의 경우에서 살펴본 바와 같이 매매계약 당사자 사이에 중도금 수수 등의 계약 이행이 진행되어 특별한 사정이 없는 한 계약을 임의로 해제할 수 없는 단계에

104) 김혜정, “부동산 이중매매에서 배임죄의 성립여부에 대한 판단”, 840쪽, 권오걸, 앞의 논문, 422쪽 이하.

105) 권오걸, 위의 논문, 415쪽.

이른 때에는 계약의 내용에 따라 이행해야 하는 채무의 이행은 매도인 측면에서는 채무자로서의 자신의 사무의 성격과 함께 신임관계 및 부동산이 우리 국민 생활경제에서 차지하는 그 비중을 고려할 때 상대방인 매수인의 재산보전에 협력하는 -아니 협력해야 하는- 타인 사무처리의 성격을 동시에 가지게 되므로, 채무자는 배임죄의 주체인 '타인의 사무를 처리하는 자'의 지위에 있고, 이러한 지위에 있는 자가 계약에 따라 이행하여야 하는 의무의 이행을 통하여 상대방이 매매계약의 목적물에 대한 완전한 권리인 소유권을 취득하기 전에 제3자에게 다시 처분하는 행위는 상대방의 신뢰를 저버리는 행위로서 매우 비난가능성이 높은 전형적인 임무위배행위에 해당한다고 본다.¹⁰⁶⁾ 그리고 부동산매매에서와 마찬가지로 동산매매의 경우에도 매도인과 매수인 사이의 중도금 수수 등 계약 이행이 일정한 단계를 넘어서 경우에는 매매목적물을 제3자에게 처분하는 매도인의 행위는 배임죄로 처벌하는 것이 논리적으로 타당하다고 본다. 본질적으로 유사한 동산과 부동산 이중매매에 관하여 합리적 근거 없이 다르게 취급하는 것은 형평의 이념에 반한다고 본다.¹⁰⁷⁾

IV. 맺음말

앞서서 그동안의 논란과 문제의 화두는 바로 동산의 이중매매와 부동산의 이중매매에 대한 대법원 전원합의체 판결의 다름에서 비롯되고 있다. 부동산 이중매매의 경우에 매도인이 부동산 매매계약의 중도금 또는 잔금을 수령한 이후에 다시 제3자에게 매도하는 경우에는 배임죄 성립을 인정하고 있으나, 동산 이중매매의 경우에는 배임죄의 성립을

106) 대법원 2011. 1. 20. 선고 2008도10479 전원합의체 판결[반대의견].

107) 대법원 2011. 1. 20. 선고 2008도10479 전원합의체 판결[반대의견].

부정하고 있다. 배임죄의 주체인 타인의 사무를 처리하는 자는 타인과의 내부적 관계에서 오로지 그 사무의 처리가 타인의 이익을 보호·관리하는 것만을 내용으로 할 필요는 없다. 자신의 이익을 도모하는 성격을 가진다고 하더라도 사회경제생활에서의 필요성과 사회의 토대인 신뢰 관계의 보호의 측면을 고려하여 타인을 위한 사무로서의 성격이 부수적·주변적인 의미를 넘어 중요하고 본질적인 내용을 이루는 경우에는 타인의 사무를 처리하는 자로 볼 필요성이 있다. 또한 타인을 위한 사무이기 때문에 타인의 사무에 해당하지 않는다는 것이 아니고, 타인을 위한 사무이든 자기를 위한 사무이든 결국 타인의 사무인가의 평가 여부가 중요하고, 구별기준이 되는 상대방의 재산보호를 본질적 내용으로 한다는 것이 명확하지 못하다는 비판에도 불구하고 그러한 기준은 유지되어야 한다는 견해에 경청할 필요성이 있다.

그리고 동산이든 부동산이든 중도금이 지급된 단계부터는 매도인이 매수인의 재산보전에 협력하는 신임관계가 당사자 관계의 전형적·본질적 내용이 된다. 이러한 신임관계에 있는 매도인은 매수인의 소유권취득 사무를 처리하는 자로서 배임죄에서 말하는 타인의 사무를 처리하는 자에 해당한다. 배임죄 자체가 신임관계에서 기초한 신뢰를 위반하는 행위로서 타인의 재산상 이익을 침해하는 범죄라는 점을 고려하면, 임무위배행위는 신임관계를 저버리는 행위라고 해석하는 것이 타당하다.

동산과 부동산 매매와 관련하여, 소유권의 이전에 관하여 부동산은 등기를 그리고 동산은 인도를 요구하고 있다. 그리고 소유권이전의무는 부동산에서는 소유권등기의무 그리고 동산에서는 인도의무의 형태로 나타날 뿐 동산매매에 있어서의 매도인의 의무는 부동산매매에 있어서의 매도인의 의무와 그 구조를 완전히 같이 한다. 또한 부동산매매에 있어서 매도인의 등기협력의무와 동산매매 있어서의 매도인의 인도의무는 매수인으로 하여금 목적물에 대한 소유자가 되도록 해야 한다는 의무의 측면에서도 동일하다. 물건변동에 있어서 부동산의 경우 등기이

전 전에 등기청구권이 매수인에게 발생하고, 동산의 경우에는 매수인에게 인도 이전에 인도청구권이 발생한다. 동산 이중매매의 경우에도 물권적 청구권이라는 일종의 채권이 채무자에게 이전되는 것으로 볼 수 있으므로 부동산과 동산 사이의 거래 구조상 차이로 부동산과 동산의 이중매매에 대한 배임죄 성립에 차이를 두는 것은 타당하지 않다고 본다. 마지막으로 논의에 앞서서 국민의 경제활동에서 부동산의 가치와 비중, 그리고 새롭게 등장하는 동산에 대하여 간략히 언급하였다. 법률 규정과 법의 적용이 현실과 괴리되어 순수한 법이론적 측면에 중점을 두어 국민의 삶과의 현실반영성이 결하였다면 현실과 분리된 순수 영역의 존재일 뿐이라고 본다. 동산과 부동산이라는 개념적 차이에 얽매일 것이 아니라 신임 및 신뢰관계에 기초한 거래관계에서의 본질적·핵심적 요소인 신뢰위반으로 인한 사회 구성원 사이의 의심과 신뢰의 붕괴 예방에 그 목적을 두어야 하는 것이 조금은 더 옳은 방향성이 아닌가 생각된다.

참고문헌

1. 단행본

- 김성돈, 형법각론 제4판, SKKUP, 2016.
 김일수/서보학, 새로 쓴 형법각론 제6판, 박영사, 2004.
 박상기, 형법각론, 박영사, 2008.
 배종대, 형법각론 제10전정판, 홍문사, 2018.
 손동권/김재윤, 새로운 형법각론, 율곡출판사, 2013.
 오영근, 형법각론 제3판, 박영사, 2014.
 이재상/장영민/강동범, 형법각론 제10판, 박영사, 2016.
 이형국, 형법각론, 법문사, 2007.

2. 학술지

- 강동욱, “형사상 배임죄의 입법례와 주체에 관한 고찰”, 법학논총 제37권 제1호, 단국대학교 법학연구소, 2013, 151-179쪽.
 _____, “부동산 이중매매 매도인에 대한 형사책임의 인정에 관한 법정책적 검토”, 법학연구 제19권 제2호, 인하대학교 법학연구소, 2016, 1-31쪽.
 강수진, “부동산 이중매매를 배임죄로 처벌하는 것은 타당한가?-배임죄 불성립론에 대한 검토를 중심으로-”, 형사법의 신동향 제49호, 대검찰청, 2015, 343-378쪽.
 _____, “부동산 대물변제예약의 채무자와 배임죄에서의 타인의 사무처리자-대법원 2014. 8. 21. 선고 2014도3363 판결-”, 고려법학 제76호, 고려대학교 법학연구원, 2015, 227-271쪽.
 권오걸, “동산의 이중매매와 배임죄-부동산 이중매매와의 비교를 통해

- 서-”, 비교형사법연구 제13권 제2호, 한국비교형사법학회, 2011, 401-426쪽.
- 김덕중, “이중매매에 따른 매도인의 형사책임-판례를 중심으로-”, 법학논총 제19권 제2호, 조선대학교 법학연구원, 2012, 441-466쪽.
- 김혜정, “부동산 이중매매에서 배임죄의 성립여부에 대한 판단-대법원 2018. 5. 17. 선고 2017도4027 전원합의체 판결-”, 법조 제67권 제6호, 법조협회, 2018, 809-850쪽.
- _____, “배임죄의 행위주체인 ‘타인의 사무처리자’ 판단에 관한 소고”, 법과정책연구 제12집 제4호, 한국법정책학회, 2012, 1,879-1,900쪽.
- 문형섭, “배임죄의 본질과 주체의 범위”, 법조 제51권 제1호, 법조협회, 2002, 5-41쪽.
- _____, “채무불이행과 배임죄(재론)”, 법학논총 제27권 제2호, 전남대학교 법학연구소, 2007, 317-340쪽.
- 박찬걸, “부동산 이중매매에 있어서 배임죄의 성립시기”, 경희법학 제48권 제4호, 경희대학교 법학연구소, 2013, 289-322쪽.
- 손동권, “배임죄 성립에 있어 동산과 부동산 사이의 차이문제”, 형사법연구 제25권 제4호, 한국형사법학회, 2013, 303-324쪽.
- 안경옥, “배임죄의 ‘타인의 사무를 처리하는 자’의 의미: 동산·부동산의 이중매매·이중양도 등을 중심으로”, 법조 제65권 제9호, 법조협회, 2016, 574-607쪽.
- 이용식, “대물변제예약 부동산의 이중매매와 배임죄의 형사불법적 구조”, 형사판례연구 제23권, 한국형사판례연구회, 2015, 223-259쪽.
- 이정원, “배임죄의 구조와 문제점”, 법학연구 제34권, 전북대학교 법학연구소, 2011, 123-144쪽.
- 이창섭, “배임죄의 본질에 관한 소고(小考)”, 비교형사법연구 제14권 제2호, 한국비교형사법학회, 2012, 23-48쪽.
- 주지홍, “부동산이중매매에 있어서 배임죄 적용 결과 민사법질서에 미

치는 부정적 영향”, 법학연구 제51권 제2호, 부산대학교 법학연구소, 2010, 319-347쪽.

허일태, “부동산 이중매매와 배임죄”, 형사법연구 제15호, 한국형사법학회, 2001, 327-336쪽.

_____, “배임죄에서의 행위주체와 손해의 개념”, 비교형사법연구 제6권 제2호, 한국비교형사법학회, 2004, 137-158쪽.

_____, “배임죄 해석의 나아갈 방향”, 형사법연구 제27권 제1호, 한국형사법학회, 2015, 3-36쪽.

3. 인터넷자료

이지훈, “[이지훈의 경제이야기] 대체불가토큰(NFT)”, 농민신문, 2021.12.06, <<https://www.nongmin.com/opinion/OPP/SWE/LJH/348030/view>>, 검색일: 2022.1.14.

[Abstract]

A Study on the Constitution of Breach of Trust in the Double Selling of Movables and Real Estate

Lee, Jae Hak*

The topic of controversy and problems in the past comes from the difference between the Supreme Court's all-inclusive decision on the double selling of movables and the double selling of real estate. In the case of double selling of real estate, if the seller sells to a third party after receiving the mid-payment or remaining balance of the real estate sales contract, the crime of breach of trust is recognized. Since the rule of breach of trust was established due to the ambiguity of the constituent elements of the subject of the offense of breach of trust, the problem has been constantly raised. In addition to this, another issue is the difference of opinion and perception on the difference between movables and real estate. Accordingly, the opposing views of precedents and theories as to whether there is a difference between the double selling of real estate and the double selling of movables essentially, whether there is a difference between a real estate sale contract and a movable property sale contract, and whether the evaluation of double selling of real estate and movables should be different will be reviewed.

[Key Words] Double Selling of Movables, Double Selling of Real Estate, Crime of Breach of Trust, Theory of Betray, A Cooperative Obligation in Real Estate Registration

* Visiting Professor, Ph.D. in Law, Graduate School of Public Administration, Konkuk University