부동산 이중매매에서의 기관책임

손 동 권*

목 차

I. 머리말	III. 법인(의무주체)과 기관행위자에 대한 책임귀속의 문제
II. 부동산 소유자로서의 자연인이 행한 부동산 이중매매의 죄책	1. 법인의 범죄능력
1. 사기죄의 성립 여부	2. 기관책임?
2. 횡령죄 또는 배임죄의 성립 여부	IV. 맺는말

I. 머리말

부동산 매매는 대개 매매계약의 체결과 계약금의 지급, 그 이후 중도금의 지급, 그 이후 잔금의 지급과 등기서류의 교부, 등기이전이라는 시간적 절차에 의해 이루어지는 것이 보통이다. 따라서 매매계약에 의하여 부동산을 타인(제1매수인)에게 매도하고 아직 등기부상의 소유명의가 매도인에게 남아 있는 기간이 적지 않다. 매도인이 이러한 사정을 이용하여 그 부동산을 다시 제3자(제2매수인)에게 매각하여 등기이전까지 실행하는 소위 부동산 이중매매가 발생할 수 있고, 이 경우에 부동산 이중매도인의 형사책임이 문제된다. 그런데 이러한 부동산 이중매매는 대개 부동산 소유자인 자연인 스스로에 의해 행해 질 것이다. 이 경우에 매도인(자연인)의 형사책임과 관련하여서는 사기죄, 횡령죄 내지 배임죄의 성립이 문제될 수 있다. 우선 매도인이 제2매수인에게 제1매매계약의

* 건국대학교 법과대학 교수

사실을 불고지하고 이중매매를 한 경우에는 제2매수인에 대한 (소극적) 기망과 사기죄의 성립이 문제될 수 있다. 그리고 매도인은 제1매수인과의 신뢰관계를 파괴하였기 때문에 제1매수인에 대해서는 횡령죄 또는 배임죄의 성립이 문제될 수 있다. 그런데 횡령죄 또는 배임죄 중의 어느 것인가의 여부는 우리나라 물권변동의 원칙과 필수적으로 관계된다. 왜냐하면 횡령죄의 성립은 재물의 소유권이 누구에게 있는가에 따라서 결정적으로 좌우되기 때문이다. 따라서 우리나라가 물권변동에 있어 독법주의(형식주의) 내지 성립요건주의, 아니면 불법주의(의사주의) 내지 대항요건주의를 취하는가에 따라서 제1매수인에 대한 횡령죄 또는 배임죄의 성립 여부가 결정될 것이다. 여하튼, 본문에서 밝혀지겠지만 중도금을 받은 단계에서 부동산을 이중매도한 자에게는 적어도 배임죄의 성립이 인정될 수 있다. 문제는 — 본고가 특별히 연구목적으로 설정한 — 부동산의 소유자가 법인이고 이중매매를 실제로 행한 자는 기관인 경우에 발생한다. 이 경우에 그 부동산 이중매매자로서의 형사죄책을 각자에게 어떻게 귀속시킬 수 있겠는가? 이에 대한 해결은 특별한 양벌규정이 없는 경우에도 법인에게 범죄능력을 인정할 수 있는가의 여부와 기관에게는 부동산의 소유자가 아님에도 불구하고 이중매매자로서의 책임, 즉 기관책임(Organhaftung)을 물을 수 있는가의 여부에 달려있다. 특히 기관책임 내지 대리인책임은 산업안전보건법의 벌칙규정 내지 양벌규정의 적용사례에서도 오랫동안 문제시되어 왔다. 이들 문제들에 대해 아래에서 자세히 살펴보기로 한다.

Ⅱ. 부동산 소유자로서의 자연인이 행한 부동산 이중매매의 죄책

1. 사기죄의 성립 여부

사기죄는 사람을 기망하여 재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 취득함으로써 성립하는 범죄이다(제347조). 여기서 기망행위란 널리 재산적 거래관계에 있어서 서로 지켜야 할 신의와 성실의 의무를 저버리는 적극적 또는 소극적인 행위를 말한다. 그리고 어떠한 행위가 다른 사람을 착오에 빠지게 한 기망행위에 해당하는가는 거래의 상황, 상대방의 지식, 경험, 직업 등 행위 당시의 구체적 사정을 고려하여 일반적 객관적으로 결정하여야 한다.¹⁾ 그런데 매도인이 처음부터 이중매매를 할 생각으로 제1매수인과 매매계약을 체결하였다면 매도인의 “제1매수인에 대한” 기망행위가 인정될 것이다. 왜냐하면 종국적으로 매도인이 제3자에게 부동산을 이중매매하고 소유권 이전등기까지 완료하면 — 아래에서 살펴볼겠지만 물권변동에 관한 우리나라의 형식주의에 의하면 — 제1매수인은 소유권을 취득할 수 없는 재산적 손해를 입기 때문이다. 그러나 보통의 부동산 이중매매란 처음에는 그러한 이중매매의 의사가 없는 경우를 말한다. 이 경우에는 오히려 매도인이 “제2매수인에게” 기망행위를 하였는가가 문제된다. 왜냐하면 매도인은 제1매수인에게는 이중매매를 행할 때까지 아무런 기망의 의사를 가지지 않았기 때문이다. 그런데 기망행위는 크게 적극적인 기망행위와 고지의무를 이행하지 않는 소극적 기망행위로 나누어 볼 수 있다. 이중매매의 사안에서 문제되는 매도인의 행위는 소극적 기망행위로서의 불고지행위가 된다. 즉 매도인은 부동산 소유자로서 그 부동산을 이미 제1매수인과의 사이에 1차 매매계약이 체결되어 있다는 사실을 고지하지 않고 제2매수인에게 이중으로 매매하

1) 대법원 1992.3.10 선고, 91도2746 판결.

였다. 이러한 불고지행위에 대해서는 그것이 이론적으로 묵시적 기망행위인지 부작위에 의한 기망행위인지의 구별이 문제된다. 그런데 불고지행위는 적어도 부작위에 의한 기망행위에는 포섭될 수 있고 사기죄의 기망행위는 부작위에 의해서도 가능한 것은 틀림없다. 만약 그것이 부작위라면 부작위에 의한 기망의 방법으로는 피해자가 스스로 착오에 빠지거나 그 정도가 강화되는 것을 방지하지 않거나 기존의 착오를 고지하여 제거하지 않거나를 불문한다.²⁾ 여기서 중요한 것은 어떠한 경우에 사기죄의 기망행위를 인정할 정도로 행위자에게 고지의무가 있다고 할 것인가에 있다. 예컨대 거래의 상대방에게 아무런 피해를 주지 않는 사항이라면 이를 고지할 의무는 발생하지 아니하고, 그 불고지행위에 대해 (묵시적이든 부작위가든) 사기죄의 기망행위를 인정할 필요가 없다. 따라서 사기죄의 기망행위가 될 수 있는 고지의무는 거래에 관련된 구체적인 사정을 고지하지 아니함으로써 상대방이 그 목적물에 대한 권리를 확보하지 못할 위험이 있는 사정, 즉 법률관계의 효력에 영향을 미치거나 상대방의 권리실현에 장애가 되는 사유가 있을 때에만 인정되어야 한다.³⁾ 그러나 거래에 따라서는 상대방이 권리실현의 장애사유가 있더라도 이를 감수하고 계약을 체결하는 경우도 있을 수 있다. 따라서 상대방이 권리실현의 장애사유가 있더라도 이를 감수하고 거래하였을 것이 인정된다면 그 불고지행위는 사기죄의 기망행위라 할 수 있다. 이를 역으로 정의하면 어느 불고지행위가 사기죄의 기망행위가 되기 위하여서는 상대방이 권리실현의 장애사유를 고지받았더라면 당해계약을 체결하지 않았거나 재산상의 처분행위를 하지 않았을 것이 경험칙상 분명하여야 한다. 그러나 이러한 객관적 사유만으로 불고지자가 반드시 사기죄가 되는 것은 아니다. 사기죄가 성립되기 위해서는 행위자에게 기망의

2) 손동권, 『형법각론』(제2개정판), 율곡출판사, 2006, §22/14; S./S./Cramer, § 263 Rn. 18.

3) 손동권, 위의 책, §22/18.

고의가 있어야 한다. 따라서 행위자는 상기의 객관적 사정을 알면서도 이를 숨기고 거래하였을 때에만 사기죄의 고의가 인정될 수 있다. 행위자조차도 상대방의 권리실현에 장애가 있다는 객관적 사정을 몰랐다면 사기죄의 고의를 인정할 수 없다.

이러한 기준에 따르면 부동산에 대한 1차 매매계약 사실을 숨기고 이중매매한 자는 이중으로 매수한 상대방에 대하여 원칙적으로 기망행위가 되지 않는다. 왜냐하면 우리나라의 부동산에 관한 물권변동은 형식주의(독법주의, 성립요건주의)에 의하기 때문이다. 즉 이에 따르면 제1차 매매계약을 체결한 매수인에게 소유권 이전등기를 하기 이전에는 여전히 매도인 소유이고 그 매도인으로부터 이중으로 매수한 자는 소유권 이전등기를 받는 한 유효하게 매매부동산의 소유권을 취득하여 아무런 피해를 입지 않기 때문이다. 이와 같이 제2매수인의 권리실현에 객관적 장애사유가 없는 이상 매도인의 이중매매행위는 설령 제1매수인과의 매매계약사실을 고지하지 않더라도 제2매수인에 대하여 사기죄가 성립될 수는 없다. 우리나라의 판례도 동일한 태도를 취한다.⁴⁾ 다만 제1매수인에 대하여 횡령죄 또는 배임죄의 성립 여부가 문제될 뿐이다. 이에 대해서 아래에서 상세히 논하고자 한다.

4) 대법원 1991.12.24. 91도2698 판결 : 부동산을 매매함에 있어서 매도인이 매수인에게 매매와 관련된 구체적 사정을 고지하지 아니함으로써, 매수인이 매매목적물에 대한 권리를 확보하지 못할 위험이 생길 수 있음을 알면서도, 매수인에게 그와 같은 사정을 고지하지 아니한 채 매매계약을 체결하고 매매대금을 교부받는 한편, 매수인은 그와 같은 사정을 고지받았더라면 매매계약을 체결하지 아니하거나 매매대금을 지급하지 아니하였을 것이 경험칙상 명백한 경우에는, 신의성실의 원칙상 매도인에게 그와 같은 사정에 관한 고지의무가 있다고 할 것이므로, 매도인이 매수인에게 그와 같은 사정을 고지하지 아니함은 사기죄의 구성요건인 기망에 해당한다. 부동산의 이중매매에 있어서 매도인이 제1의 매매계약을 일방적으로 해제할 수 없는 처지에 있었다는 사정만으로는, 바로 제2의 매매계약의 효력이나 그 매매계약에 따르는 채무이행, 또는 제2의 매수인의 매매목적물에 대한 권리의 실현에 장애가 된다고도 볼 수 없는 것이므로 매도인이 제2의 매수인에게 그와 같은 사정을 고지하지 아니하였다고 하여 제2의 매수인을 기망한 것이라고 할 수 없다.

2. 횡령죄 또는 배임죄의 성립 여부

가. 횡령죄와 배임죄의 관계와 횡령죄의 성립 여부

횡령죄와 배임죄 사이에는 전자가 후자의 일부로서 포섭되는 관계에 있다. 우선 횡령죄의 객체는 개개의 재물이고 배임죄의 객체는 재산상의 이익이다.⁵⁾ 다음으로 횡령죄의 주체는 그 재물을 보관하는 자이나, 배임죄의 주체는 타인의 사무를 처리하는 자이다. 특히 횡령죄에 있어 행위주체는 ‘타인소유’ 재물을 보관하여야 하나, 배임죄의 행위주체는 타인의 재산사무를 처리하는 것으로 족하지 그 재산의 소유권이 반드시 타인의 것이어야 하는 제약은 받지 아니한다. 그리고 양 범죄의 행위는 포괄적으로 보면 배신행위라는 점에서 공통되고, 단지 실정법상의 표현에 있어서 횡령죄는 ‘횡령하는 것’으로, 배임죄는 ‘임무를 위배하는 것’으로 표시되어 있을 뿐이다. 이상의 구별표지를 종합하여 살펴보면 다음과 같은 결론을 내릴 수 있다. 횡령죄의 객체인 재물은 배임죄의 객체인 재산상의 이익에 포함되고, 횡령죄의 주체인 타인의 재물을 보관하는 자는 배임죄의 행위주체인 타인의 사무를 처리하는 자에 포함되며, 횡령죄의 횡령하는 행위는 배임죄에서 말하는 일종의 임무를 위배하는 행위에 포함된다. 따라서 횡령죄와 배임죄의 관계는 전체적인 구별표지를 고려한다면 특별과 일반의 관계에 있게 된다. 특별과 일반의 관계는 어느 하나의 행위가 횡령죄가 될 것인가 배임죄가 될 것인가의 결정에 있어서 먼저 특별에 해당하는 횡령죄의 성립 여부를 심사하여 이것이 성립되면 일반에 해당하는 배임죄는 심사할 필요가 없으며, 반면에 먼저

5) 우리나라 대부분의 형법 교과서는 이것만을 근거로 횡령죄와 배임죄를 특별과 일반의 관계로 파악한다. 그러나 양 죄는 단순히 그 객체가 재물인가 아니면 재산상 이익인가에 의하여 구별되는 것이 아니라 아래에서 보는 것과 같은 기타의 구별표지가 존재한다. 따라서 이를 종합하여 양 죄의 관계를 특별과 일반으로 정의하는 것이 바람직하다. 이에 대해 자세히 논한 본인의 글로는 “양도담보부동산의 처분과 관련한 횡령죄와 배임죄의 구별”, 『법정고시』 1997년 8월, 44면 이하.

심사한 횡령죄가 성립하지 않으면 다음으로 일반에 해당하는 배임죄의 성립을 심사하여야 하는 데에 그 의미가 있다. 결론적으로, 횡령죄와 배임죄의 구별은 특별법(구성요건)과 일반법(구성요건)의 관계, 즉 특별법(특별구성요건)우선의 원칙에 의한 심사를 통하여 결정되어야 한다. 따라서 부동산의 이중매매에서도 매도인의 죄책이 횡령죄에 해당하는가를 먼저 심사하여야 한다. 그런데 매도인에 대한 횡령죄의 성립은 부정되어야 한다. 횡령죄의 성립은 그 주체가 ‘타인의’ 재물을 보관하는 지위에 있어야 한다. 여기서 타인의 재물이란 타인이 소유하는 재물을 의미한다. 물건변동에 관하여 의사주의(불법주의)를 취하여 등기를 부동산물권변동의 대항요건으로 하였던 구 민법하에서는 이 경우 이중매도인에게 횡령죄를 인정하는 것이 통설과 판례의 태도이었다. 왜냐하면 의사주의에 의하면 매매계약을 체결하고 중도금(잔금)을 지급함으로써 실질적인 소유권이 매도인에게서 제1매수인에게로 넘어가기 때문이다. 그러나 물건변동에 관하여 형식주의(독법주의)를 취하는 신민법에서는 사정이 다르다. 형식주의에서는 부동산에 대한 등기이전이 없는 이상 등기명의자인 매도인이 여전히 실질적인 소유자로 인정된다. 따라서 이중매도인은 타인의 재물을 보관하는 자가 아니기 때문에 횡령죄가 성립할 여지는 없게 된다.⁶⁾ 다만 그에게는 배임죄의 성립 여부가 문제될 뿐이다.

나. 배임죄의 성립 여부

(1) 정형적 이중매매의 경우

매도인에 대한 배임죄의 성립 여부는 거래단계별로 나누어 보아야 한다. 예컨대 부동산 매매계약을 체결하고 매도인이 계약금만을 교부받은 경우에는 매도인으로서 계약금의 배액을 지급하고 1차 매매계약을

6) 손동권, 앞의 책, §24/27; §25/31.

해제할 수 있다(민법 제565조). 따라서 이 단계에서는 부동산매매의 채권계약에 기하여 매도인이 목적물의 소유권을 이전할 의무를 부담하는데 그치고 그 목적물에 관한 사무는 아직 자기의 사무이므로 이중매매를 하더라도 배임죄의 성립은 없다.⁷⁾ 그러나 중도금이 지급된 단계에서는 매도인이 1차 매매계약을 해제할 수 있는 법적 장치가 없다. 그러면 중도금이 지급된 단계에서 이중매매를 한 매도인은 배임죄의 형사책임이 있는가? 이에 대해서는 견해의 대립이 있다. 우선 매도인의 등기협력 의무와 매수인의 잔대금지급의무는 동시이행의 관계에 있고 따라서 상호권리자인 동시에 상호의무자인 관계에서 매도인에게만 법적 성실 의무가 발생한다고 보기 어렵다는 이유로 중도금이 교부된 것만으로는 부족하고 잔금이 지급된 단계에서 배임죄에 해당된다는 소수설이 주장되고 있다.⁸⁾ 그러나 다수설은 중도금을 지급받았을 경우에는 매도인은 임의로 계약을 해제할 권리가 없을 뿐 아니라 매수인이 소유권을 취득할 수 있도록 등기절차에 협력할 의무가 있으므로 목적물에 관한 사무는 단순한 자기의 사무라고 할 수 없고 등기권자인 매수인의 소유권 취득을 위한 사무의 일부를 이루는 타인의 사무를 처리하는 지위에 있으므로 이 단계에서의 이중매매는 배임죄를 구성한다는 것이다. 양자 중에서 후설이 타당한 것으로 사료된다. 판례의 태도도 이러한 입장에 있다.⁹⁾ 앞의 견해가 주장하는 잔금지급과 등기이전이 동시이행의 항변관계에 있다는 것은 매수인에게 하등의 계약위반 사실이 없음에도 이를 불법하게 처분하는 것을 허용한다는 의미가 될 수는 없다.¹⁰⁾ 그리고 계약금만

7) 판례로는 대법원 1986.7.8 선고, 85도1873 판결; 1984.5.15 선고, 84도315 판결; 1980.5.27 선고, 80도290 판결.

8) 강구진, “이중매매의 형사책임에 관한 약간의 고찰”, 『법조』 제15권(1966) 6호, 29면; 최근 유사한 견해를 취한 허일태, “배임죄에서의 행위주체와 손해의 개념”, 『비교형사법연구』 제6권 제2호(통권 제11호), 2004, 146면.

9) 대법원 1988.12.13 선고, 88도750 판결; 1985.1.19 선고, 84도1814 판결.

10) 최영광, “이중매매”, 『검찰』 36호(1971년 1월), 117면.

교부된 단계와는 달리, 우리 민법상 중도금이 지급된 단계에서 매도인이 매매계약을 해제할 수 있는 법적 장치가 마련되어 있지 않다. 이것은 중도금이 이미 지급된 단계에서는 매도인은 상대방에게 등기이전에 협력하여야 할 의무가 있다는 의미로 해석된다. 이러한 등기이전에 협력하여야 할 의무는 형법상 배임죄의 주체가 될 수 있는 타인의 사무를 처리하는 자로서의 의무로 보아야 한다. 왜냐하면 매수인은 매도인의 협력 없이 혼자서는 소유권 이전등기를 완성시킬 수 없기 때문이다. 다만 이중매매로 인하여 배임의 죄가 문제될 경우에 그 미수의 실행착수는 제2의 매수인과 매매계약을 체결하고 중도금을 지급받는 시점에서 결정되어야 한다(대법원 2003. 3. 25 선고, 2002도7134 판결의 태도이기도 함). 계약 체결 및 계약금 수령의 단계에서는 민사문제만이 발생될 것이기 때문이다¹¹⁾. 그리고 기수시기는 제2매수인에게 소유권 이전등기를 완전히 마친 단계에서 인정되어야 한다.¹²⁾ 왜냐하면 그 이전에는 매도인이 의사를 번복하여 제1매수인에게 소유권 이전등기를 경료해 줄 수 있는 여지가 있기 때문이다. 등기이전으로 기수에 도달한 이상 그 이후에 제1매수인이 한 가처분의 효력으로 위 등기가 말소되었다 하더라도 배임죄의 성립에는 영향이 없다.¹³⁾

11) 매도인이 부동산을 제1차 매수인에게 매도하고 계약금과 중도금까지 수령한 이상 특단의 약정이 없는 한 잔금수령과 동시에 매수인 명의로의 소유권 이전등기에 협력할 의무가 있고 이 임무는 주로 위 매수인을 위하여 부담하는 임무라 할 것이므로, 위 매매계약이 적법하게 해제되지 않은 이상 매도인이 다시 제3자와 사이에 매매계약을 체결하고 계약금과 중도금까지 수령한 것은 제1차 매수인에 대한 소유권 이전등기 협력 임무의 위배와 밀접한 행위로서 배임죄의 실행착수라고 보아야 할 것이다(대법원 1983.10.11 선고, 83도2057 판결).

12) 부동산의 매도인이 매수인 앞으로의 소유권 이전등기에 협력할 의무가 있음에도 불구하고 같은 부동산을 위 매수인 이외의 자에게 2중으로 매도하여 그 소유권 이전등기를 마친 경우에는 1차 매수인에 대한 소유권 이전등기의무는 이행불능이 되고 이로써 1차 매수인에게 그 부동산의 소유권을 취득할 수 없는 손해가 발생하는 것이므로 부동산의 이중매매에 있어서 배임죄의 기수시기는 2차 매수인 앞으로 소유권 이전등기를 마친 때라고 할 것이다(대법원 1984.11.27 선고, 83도1946 판결). 동지로는 대법원 1966.12.20 선고, 66도1543 판결; 1985.10.8 선고, 83도1375 판결.

(2) 비정형적 이중매매의 경우¹⁴⁾

상기의 이론은 정형적 또는 정상적인 경우에 적용되는 것이고, 비정형적이거나 비정상적인 경우에는 그러하지 않을 수 있다. 특히 매수인의 계약위반사실이 있는 경우에 매도인의 이중매매는 배임죄가 되지 않는다. 예컨대 공사수급인이 잔여공사를 하지 않아 공사비 담보조로 분양키로 한 아파트를 타에 처분하였더라도 배임죄가 되지 않는다.¹⁵⁾ 또한 제1매수인이 잔금을 지불하지 않아 등기에 필요한 서류를 교부하지 못하고 있는 상태에서 이중매매를 한 경우에도 배임죄의 성립을 인정할 수 없다. 그리고 계약이 무효, 취소, 해제된 경우에도 매도인의 배임죄는 성립하지 않는다. 따라서 통정허위표시로 부동산을 처남에게 매도하고 가등기를 경료한 후 다시 타에 매도한 경우¹⁶⁾, 농가가 아니고 농지를 자경하거나 자영할 의사도 없어 농지개혁법상 농지를 취득할 수 없는 자에 대하여 농지를 매도한 경우,¹⁷⁾ 내연의 처와의 불륜관계를 지속하는 대가로서 부동산에 관한 소유권 이전등기를 경료해 주기로 약정한 경우¹⁸⁾ 등에는 매매계약 자체가 무효이므로 매도인은 매수인에게 소유권 이전등기 절차를 이행할 임무가 없으므로 매도인이 제3자에게 형식상 이중매매를 하더라도 배임죄가 되지 않는다. 다만, 매매계약의 해제가 부적법한 경우에 이중매매는 배임죄가 될 수 있으나¹⁹⁾ 행위자가 적법한

13) 대법원 1973.1.16 선고, 72도2494 판결.

14) 이에 대해 이미 소개한 손동권, 앞의 책, §25/37.

15) 대법원 1984.7.24 선고, 84도815 판결.

16) 대법원 1983.7.12 선고, 82도2941 판결.

17) 대법원 1979.3.27 선고, 79도141 판결; 1960.2.10 선고, 4292형상958 판결; (구)농지개혁법 제16조가 분배받은 농지에 대한 처분행위시 요구하였던 상환을 완료하지 않은 채 농지를 교환한 후 평온한 상태에서 10년이 지난 후에 그 일방의 당사자(상속인)가 원인무효를 이유로 과거의 교환농지를 이중으로 매매한 특수한 사례에서 예외적으로 배임죄를 인정하여야 한다는 주장으로는 황상구, “상환미완료농지매매와 배임”, 『검찰』 20호(1969년 12월), 172면 이하.

18) 대법원 1986.9.9 선고, 86도1382 판결.

19) 대법원 1970.4.28 선고, 70도480 판결.

것으로 착오를 하였다면 배임죄의 고의가 인정될 수 없어 역시 배임죄가 되지 않을 것이다. 또한 계약금 - 중도금 - 잔금의 지급단계를 거치는 전형적인 부동산매매의 형식이 아닌 경우에도 상기한 이론이 그대로 적용될 수 없다. 예컨대 중도금의 전부 또는 일부가 지급되었다 하더라도 매도인에게 해제권을 유보하기로 특약한 경우라면 배임죄가 성립되지 않을 것이다. 반대로 현실적으로 중도금이 지급된 바가 없더라도 지급된 것과 같이 볼 수 있는 경우에는 배임죄가 성립될 것이다.²⁰⁾ 예컨대 채무자가 채권자에 대한 채무변제일이 도달하자 자기소유의 부동산으로 대물변제하기로 약정하였으나, 채무자가 그 부동산의 소유권을 채권자에게 이전등기하기 전에 제3자에게 매각하고는 이전등기를 경료해 준 사례가 여기에 해당한다. 이 경우 배임죄의 성립 여부는 ‘중도금’이라는 용어에 의해서는 해결될 수 없다. 그러나 이 사례의 경우에는 중도금과 잔금을 치루는 절차는 없었지만 매수인이 이미 지급한 채권금원의 담보조로 대물변제의 약정을 하였으므로 그 채권은 이미 부동산매수의 중도금 및 잔금지급의 실질이 충족되었다고 보아야 한다. 따라서 이러한 경우에 대법원판례가 배임죄를 인정한 것은 타당하다.²¹⁾ 그리고 대법원이 다른 판례에서 ‘부동산의 매도인이 매수인으로부터 계약금과 중도금에 갈음하여 양수인소유 부동산을 이전받기로 하고 소유권 이전등기 소요서류를 모두 교부받은 후 그 양도부동산을 제3자에게 이중양도한 사례에서 사회통념 내지 신의칙상 계약금 및 중도금이 지급된 것과 마찬가지로 볼 수 있으므로 배임죄가 성립한다’고 판시한 것도 역시 타당하다.²²⁾ 이러한 특수한 상황이 있는 아닌 보통의 경우에는 중도금까지 받은 단계에서 부동산을 이중매매한 매도인에게 배임죄가 성립된다.

20) 임대규, “배임죄에 있어서의 임무위배행위”, 『재판자료』 제50집(1990), 형사법에 관한 제문제[하], 법원행정처, 358면.

21) 대법원 1984.8.21 선고, 84도691 판결.

22) 대법원 1986.10.28 선고, 86도936 판결.

Ⅲ. 법인(의무주체)과 기관행위자에 대한 책임귀속의 문제

법인이 소유자로 된 부동산을 기관인 이사가 이중매매하는 경우도 발생할 수 있는 사례이다. 이 경우에 제1매수인에게 등기이전을 해 주어야 할 의무주체는 부동산소유자인 법인이 된다. 그러나 법인을 배임죄로 처벌하기 위해서는 양벌규정과 같은 특별규정이 있거나 법인의 범죄능력을 인정할 수 있어야 한다. 그런데 우리나라에서 배임죄에 대한 양벌규정이 없는 것은 명백하다. 다만 법인의 범죄능력에 대해서는 견해의 대립이 있다.

1. 법인의 범죄능력

가. 다른 나라의 경향

대륙법계에서는 로마법상의 “단체는 죄를 범할 수 없다.”는 법언이 보여주는 바와 같이 처음에는 법인의 범죄행위능력을 부정하는 것이 일반적 경향이었다. 사법에서는 Savigny의 법인의제설이 이를 뒷받침하였다. 그러나 그 이후 사법에서는 Gierke가 법인실재설을 주장하자 점차 법인의 행위능력이 인정되는 추세로 돌아섰다. 그러나 형사법에 있어서는 독일의 판례와 다수설은 사법상의 법인본질론에 영향을 받지 않고 법인의 범죄행위능력을 여전히 부인하고 있다. 이와는 달리 다른 나라 특히 영국과 미국의 영미법계에서는, 기관의 범행을 통해 얻은 이익을 법인으로부터 환수할 정책적 필요성과 법인재산에 대한 형벌적 조치가 그 기관에 대한 조치에만 그치는 것보다 더 효과가 크다는 고려에 기인하여 단체형벌(Verbandstrafe)이 보편적으로 인정되고 있다.²³⁾ 이러한 국제적 경향의 영향을 받아 독일에서도 법인처벌에 관한 논의가 최근에

23) Roxin, AT, 2. Aufl., § 8 III Rn. 56; Jescheck, Lb, § 23 V 1.

가열되고 있다.²⁴⁾ 예컨대 Schönemann은 법인에 대하여는 행위능력과 자기책임을 전제로 하는 형벌모델은 부적절하고 형법의 제2의 축(zweite Spur des Strafrechts)인 보안처분 모델로 대처할 것을 주장하고 있다. 정당화 근거로서 그는 “예방적 긴급피난(Präventivnotstand)”과 “원인야기 원칙(Veranlassungsprinzip)”을 들고 있다.²⁵⁾ 그리고 Hirsch는 단체를 자연인과 같이 취급하면서 단체에 대한 직접적 형사처벌이 가능함을 주장하였다. Hirsch는 단체의 행위능력에 대해서 법인 자체는 행위능력이 없으나 법인은 기관을 통하여 행위하기 때문에 범죄능력을 인정하여 형사처벌하는 것이 문제되지 않는다고 한다.²⁶⁾ 그리고 Tiedemann은 법인에게는 자신의 조직책임(eignes Organisationsverschulden)을 인정할 수 있다고 주장한다.²⁷⁾ 그러나 Roxin은²⁸⁾ Hirsch의 견해에 대해 법인이 기관의 행위에 대하여 형사처벌을 받는 것은 법인 자신의 행위와 자기책임에 기인하여지는 것이 아니므로 정당화될 수 없다고 반박한다. 또한 Tiedemann이 말하는 법인 자신의 조직책임은 허구에 불과하다고 한다. 왜냐하면 그 조직도 육체적 의사적 실체가 없는 법인자신에 의하여 형성되는 것이 아니라 자연인인 기관에 의하여 형성되기 때문이라는 것이다.

나. 우리나라에서의 견해 대립²⁹⁾

(1) 부정설

법인의 범죄능력을 부정하는 견해가 독일, 일본 및 우리나라의 다수설이자 우리나라 판례가 취하고 있는 태도이다.³⁰⁾ 국내에서 지적되는 부정

24) 아래와 같은 독일의 최근 동향을 소개한 것으로는 Roxin, a.a.O.

25) Schönemann, LK, § 14 Rn. 78.

26) Hirsch, Die Frage der Straffähigkeit von Personenverbänden, 1993; 조병선 (역), “인적 단체의 형벌능력의 문제”, 『성균법학』 제5호, 1994, 321면.

27) Tiedemann, Strafrecht in der Marktwirtschaft, Stree/Wessels-FS, 1993, S. 527 ff.

28) Roxin, a.a.O., Rn. 56c.

29) 아래의 내용을 이미 소개한 손동권, 『형법총론』(제2개정판), 율곡출판사, 2006, §8/4-11.

30) 부정설에 속하는 학자로는 박상기, 『형법총론』, 71면; 배중대, 『형법총론』, 46/26;

설의 논거는 다음과 같다.: (i) 의사와 육체가 없는 법인은 행위능력이 없다. (ii) 법인이 관여된 범죄에 대해서는 자연인인 기관을 처벌하면 족하므로 법인 자체를 처벌할 필요는 없다. (iii) 법인을 처벌하면 범죄와 무관한 구성원까지 처벌하는 것이 되어 자기책임 원칙에 반한다. (iv) 설령 법인의 행위능력을 인정하더라도 그에게 형벌의 전제가 되는 윤리적 책임비난을 할 수 없다. (v) 범죄행위는 법인의 목적이 될 수 없으므로 범죄행위를 법인에게 귀속시킬 수 없다. (vi) 법인에게 우리형법의 중심 형벌인 생명형과 자유형을 가할 수 없으므로 형법은 법인의 범죄능력을 부인하는 것으로 추측된다. (vii) 법인이 범죄로 얻은 재산 또는 이익에 대해서는 형벌 이외의 방법으로 박탈할 수 있다.

(2) 긍정설

이에 반하여 법인의 범죄능력을 긍정하는 견해는 우리나라 소수설의 입장에 해당한다.³¹⁾ 긍정설의 논거는 다음과 같다.: (i) 사법의 통설인 법인실재설에 의하면 법인의 범죄능력을 인정할 수 있다. (ii) 법인은 그 기관을 통하여 의사를 형성하고 행위를 할 수 있으므로 법인에게도 의사능력과 행위능력이 있다. (iii) 법인기관의 행위는 법인 자체의 행위이고, 법인 자체의 행위는 그 구성원에게 효력이 미치므로 법인에 대한 처벌은 자기책임의 원칙에 반하는 것이 아니다. (iv) 실제로 법인에게 형벌이 과하여 지므로 법인에게 책임 비난도 가능하다. (v) 법인의 범죄행위는 법인의 목적은 될 수 없으나 법인이 실제로 범죄를 범하지 못하는 것은 아니다. (vi) 법인에게 재산형과 자격형을 가할 수 있고, 실제로 가하는 양벌규정도 있으므로 우리 형법이 법인의 범죄능력을 인정하는

손동권, 앞의 책, §8/12; 이재상, 『형법총론』, §7/10; 이형국, 『형법연구 I』, 167면; 대표적 판례로는 대법원 1984.10.10 선고, 82도2595 판결; 1985.10.8 선고, 83도1375 판결; 1997.1.24 선고, 96도524 판결.

31) 긍정설에 속하는 학자로는 김일수, 『형법원론』, 276면; 정성근·박광민, 『형법총론』, 91면; 조병선, 『형사판례연구』, 제3호, 8면.

것이다. (vii) 법인의 범죄행위는 사회적으로 미치는 영향이 크므로 형사정책적으로 법인의 범죄능력을 인정할 필요가 있다.

(3) 일부 긍정설

이 설은 형사범에 있어서는 법인의 범죄능력을 부정하고, 행정범에 대해서는 이를 인정하는 견해이다.³²⁾ 행정범에 대해서만 법인의 범죄능력을 인정하는 이유는 행정형법은 행정적 단속목적이라는 합목적성을 추구하므로 이를 위반하는 행정범은 형사범과는 달리 윤리적 색채가 약하다는 데 있다. 또한 법인의 범죄능력은 일반적으로 부정하여야 하지만 법인처벌의 명문규정이 있는 경우에는 법인도 범죄의 주체가 된다는 견해도 이 범주에 속한다.³³⁾ 형법 제8조에 따라서 다른 법령에 특별한 규정이 있는 경우에는 형법총칙을 그 다른 법령에 정한 죄에 예외적으로 적용할 수 있어야 하고, 양벌규정을 두고 있는 경우에도 범죄능력을 부정하게 되면 법인의 범죄능력을 부정하면서도 수형능력을 인정하는 모순이 생긴다는 것이다.

(4) 비 판

형법에는 범죄성립요소로서 행위를 필수적으로 요구한다. 여기의 행위는 자기행위이지 타인행위가 될 수 없다. 물론 형법상 범죄에도 타인의 행위를 이용하여 성립되는 경우가 있다. 간접정범의 경우가 전형적인 예이다. 그러나 형법상 범죄인 간접정범이 성립되기 위해서도 적어도 배후자의 이용“행위”는 있어야 한다. 그런데 법인 자신은 육체적 정신적 실체가 없기 때문에 사실상 행위를 할 수 없다. 타인을 이용하는 “행위”도 법인 자신은 할 수 없고 그 기관인 자연인이 할 수 있을 뿐이다. 즉 스스로 행위를 할 수 있는 정신적 육체적 실체가 없는 자는 타인을

32) 유기천, 『형법총론』, 108면; 임웅, 『형법총론』, 77면 이하.

33) 김성돈, 『형법총론』, 156면; 신동운, 『형법총론』, 97면; 오영근, 『형법총론』, 9/13.

이용하는 행위도 할 수 없다. 따라서 법인에게 형법상 범죄를 인정할 수 있는 자신의 행위능력은 없다고 보아야 한다. 또한 형벌의 전제가 되는 형법상 책임은 자기책임에 근거하고 있다. 이 자기책임은 자유로운 의사결정능력을 사실적으로 가진 자에 대한 윤리적 도덕적 비난가능성에서 나온다. 이러한 사실적인 의사결정능력을 가지지 않은 법인 자체에게 윤리적 도덕적 책임비난을 할 수는 없다. 따라서 법인의 책임능력도 부인하는 것이 옳다. 결국, 법인에게는 오늘날 형법이 기초하고 있는 ‘행위’책임과 달리 행위를 할 수 있었다는 의미의 도의적 책임의 비난가능성을 내용으로 하는 범죄능력은 부정되어야 한다.³⁴⁾

법인의 범죄능력을 부정한다면 실정법상 법인에 대해 형사처벌을 가능케 하는 양벌규정은 어떻게 이해할 것인가의 문제가 대두된다. 양벌규정의 형사처벌은 자기행위를 기초로 하는 범죄능력과는 별개로 바라보아야 한다. 법인은 자신의 기관 내지 종업원이 범죄행위를 범하면 그에 대한 사회적 책임을 부담하여야 한다. 구성원의 범죄행위에 의해 이득을 취한 것이 있다면 이를 사회에 환원시켜야 하는 것은 물론이고, 적어도 자신(법인)을 위하여 활동하면서 범죄행위를 한 자를 창출시킨 사회적 책임은 져야 하는 것이다. 이러한 사회적 책임은 자신의 범죄행위가 없더라도 귀속이 가능하다. 이 경우 사회적 책임은 자신의 행위책임과 도덕적 책임에 근거하는 것이 아니기 때문에 이에 대한 제재는 행위자에 대한 도덕적 책임비난을 내용으로 하는 형벌보다는 보안처분 내지 행정 제재와 같은 것이 되어야 할 것이다. 독일의 Schünemann도 법인에 대하여는 행위능력과 자기책임을 전제로 하는 형벌모델은 부적절하고 형법의 제2의 축(zweite Spur des Strafrechts)인 보안처분 모델로 대처할 것을 주장하였다. 따라서 우리나라 양벌규정에 의해 법인에게 부과되는 몰수와 추징은 실제적으로도 보안처분의 성격을 가진 형사제재로 이해되어

34) 이에 대해서는 이미 손동권, 앞의 책, §8/12-13.

야 할 것이고,³⁵⁾ 더 나아가 법인에게 부과되는 벌금도 형식상으로는 형벌의 일종으로 규정되어 있지만 그 실질에서는 법인에게 이러한 사회적 책임을 묻는 형사제재(즉 실질은 행정질서벌로서의 과태료)로서 이해하면 될 것이다.³⁶⁾ 참고로, 형벌전과를 가진 법인에게는 입찰자격의 상실 등과 같은 불이익이 실제로 귀속되어 기업 활동에 막대한 지장이 초래되는 실무상 문제점이 발생하는데, 이를 해결하기 위해서는 근본적으로 양벌규정에 의한 제재를 벌금에서 과태료로 전환하는 입법론도 검토되어야 할 것이다.

2. 기관책임?

가. 실제 행위자에 대한 처벌흡결의 문제

만약 법인의 범죄능력을 인정하는 견해에 따른다면 법인에게 배임죄의 죄책을 물을 수 있을 것이다. 이 경우에 실제 행위자인 기관은 어떻게 처벌될 것인가가 문제된다. 기관에게는 적어도 법인이 범하는 배임죄의 중범이 성립될 수 있을 것으로 판단된다. 반면에 우리나라의 다수설이자 판례의 태도인 부정설에 따른다면 법인에게 배임죄는 성립하지 않게 된다. 여기서 실제 이중매매를 한 기관을 배임죄로 처벌할 수 있는가의 문제가 대두된다. 이에 대해 종래의 대법원 판례는 “부동산을 이중매매한 회사의 대표이사는 제1매수인에 대한 배임죄의 주체가 될 수 없다.”고 판시하였다.³⁷⁾ 이 판례에 따르면 대표이사는 물론 법인도 배임죄로 처벌할 수 없게 된다. 이러한 처벌의 공백상태 때문에 그 이후의 대법원판례는 “배임죄에 있어서의 타인의 사무를 처리할 의무의 주체가 법인이 되는 경우라도 법인은 다만 사법상의 의무주체가 될 뿐 범죄능력이

35) 물수의 법적 성격에 대해서는 손동권, 앞의 책, §37/45.

36) 이에 대해서도 이미 손동권, 앞의 책, §8/14-15.

37) 대법원 1982.2.9 선고, 80도1796 판결.

없는 것이며 그 타인의 사무는 법인을 대표하는 자연인인 대표기관의 의사결정에 따른 대표행위에 의하여 실현될 수밖에 없어 그 대표기관은 마땅히 법인이 타인에 대하여 부담하고 있는 의무내용대로 사무를 처리할 의무가 있다고 할 것이므로 법인이 처리할 의무를 지는 타인의 사무에 관하여는 법인이 배임죄의 주체가 될 수 없고 그 법인을 대표하여 사무를 처리하는 자연인인 대표기관이 바로 타인의 사무를 처리하는 자, 즉 배임죄의 주체가 된다.”³⁸⁾ 견해를 바꾸었다.³⁹⁾ 그런데 독일형법에는 이러한 취지의 규정이 이미 실정법에 명문화되어 있다. 독일형법 제14조 [Handeln für einen anderen(타인을 위한 행위)]는 법인의 기관에 해당하는 자연인이 기관으로서 행위를 하거나 타인의 위임을 받은 자가 그 위임에 기초한 행위를 한 경우에, 인적 요소를 근거로 형벌을 과하는 법률은 그 인적 요소가 실제 행위자에게 존재하지 않고 법인 또는 위임자에게만 존재하는 경우에도 실제 행위자에게 적용된다고 규정하고 있다. 이것은 소위 기관책임(Organhaftung)과 대리인책임(Vertreterhaftung)을 인정한 규정이다. 따라서 독일형법에 의하면 이 규정에 의하여 실제 이중매매를 행한 기관이 배임죄로 처벌된다. 만약 이 규정이 없다면 법인은 범죄능력이 부정됨으로써 처벌되지 않고, 실제 행위자인 기관은 등기이전의 의무 있는 부동산 소유자로서의 의무주체(즉 배임죄의 주체)가 아니기 때문에 처벌되지 않아 중국적으로 어느 누구도 처벌되지 않는 처벌흡결의 상태가 발생한다.

그리고 실제 행위자를 처벌할 수 없다는 문제는 행정형법(특별형법)

38) 대법원 1984.10.10 선고, 82도2595 전원합의체 판결(다수견해).

39) 그러나 소수의견 : 법인은 사법상의 의무주체가 될 뿐 범죄능력이 없다고 하나 바로 이 사법상의 의무주체가 배임죄의 주체가 되는 것이므로 이것을 떠나서 배임죄는 성립할 수 없다할 것이고 법인의 대표기관은 법인이 타인에 대하여 부담하고 있는 의무내용대로 사무를 처리할 임무가 있다는 그 임무는 법인에 대하여 부담하는 임무이지 법인의 대표기관이 직접 타인에 대하여 지고 있는 임무는 아니므로 그 임무에 위배하였다 하여 이를 타인에 대한 배임죄가 성립한다고 할 수 없다.

에서도 발생하고 있다.⁴⁰⁾ 즉 행정형법 중에는 의무주체(범죄주체)를 사업주(즉 법인이 사업주인 경우에는 법인)로 하고 이에 대해 위반시의 벌칙조항을 둔 법률이 없지 않다. 그러나 실제로 행정의무를 위반하는 행위자는 대개 현장에서 일하는 감독자 내지 종업원이다. 이 경우 실제 행위자는 벌칙조항의 규제대상이 되는 범죄주체가 아니기 때문에 처벌되기 어렵다. 이러한 처벌흡결의 발생 상태를 행정형법에서는 양벌규정의 해석을 통하여 극복하려는 시도가 이루어진다. 예컨대 산업안전보건법의 경우가 여기에 해당한다. 즉, 동법에는 벌칙조항의 규제대상이 사업주(법인 포함)로 되어 있기 때문에 사업주가 아닌 현장의 실제 행위자를 처벌하는 직접적인 규정은 없다. 다만 양벌규정에 “행위자를 처벌하는 이외에 법인도 처벌한다.”는 문구가 있을 뿐이다. 이 경우 직접적 처벌규정이 없는 실제 행위자를 처벌할 수 있는지가 문제된다. 만약 그를 처벌할 수 있다면 그 근거규정은 이 양벌규정에서 나올 수밖에 없다. 문제는 과연 그러한 법 적용이 가능한가에 있다. 즉 산업안전보건법의 양벌규정에 적시된 “행위자를 벌하는 외에”의 문언에 대해서 법인을 위하여 행위 한 실제 행위자를 처벌할 수 있는 창설적 규정으로 해석할 수 있는가? 이를 인정한다면 그것은 결국 이론적으로 기관책임 내지 대리인책임을 받아들이는 것이다(다만 그 근거를 독일형법 제14와 같은 규정이 없기 때문에 양벌규정의 불완전 문언에서 끄집어내는 것에 불과함).

나. 판 단

생각건대, 기관책임 내지 대리인책임을 이론적으로는 인정되는 것이 타당하다. 왜냐하면 — 형법의 배임죄와 같이 — 양벌규정이 없고 법인의 범죄능력도 부정되는 경우에는 법인과 실제 행위자(기관)의 모두가 처벌

40) 이러한 문제점을 산업안전보건법의 양벌규정과 관련하여 자세히 논한 본인의 글로는 “법인의 범죄능력과 양벌규정”, 『안암법학』 제3집, 1995, 325면 이하.

되지 않거나, — 산업안전보건법과 같이 — 양벌규정이 있는 경우에는 법인이 처벌되면서 실제로 그 법인을 위해 타인에게 범죄를 저지른 자가 처벌되지 않는 것은 이론상 모순이기 때문이다. 이러한 가벌성의 흠결을 치유하기 위하여 신분범의 주체를 확대하는 처벌확장사유(Strafaußdehnungsgrund)로서 규정된 것이 독일형법 제14조인 것이다.⁴¹⁾ 이러한 규정이 없는 우리나라에서 대법원이 상기와 같이 부동산을 이중 매매한 기관에 대해 배임죄를 긍정하는 방향으로 판례변경을 한 것은 해석론의 관점에서 입법의 불비를 보충한 것으로 판단된다. 이러한 판례 변경은 특히 법인의 범죄능력이 부정되는 우리나라 실무에서는 적절하였던 것으로 판단된다.⁴²⁾ 그러나 그 논지는 만족스럽지 못하다. 변경된 판례에 의하면, 범죄능력이 없는 법인은 배임죄의 주체가 될 수 없다고 판시하였다. 그러나 이러한 표현은 법인은 제1매수인에 대하여 등기이전에 협력하여야 할 의무주체도 될 수 없다는 오해를 야기할 우려가 있다. 법인도 배임죄에 내포된 의무주체는 될 수 있다. 다만 법인은 그 의무를 위반하는 행위를 할 수 없을 뿐이다. 따라서 법인은 배임죄의 의무주체는 될 수 있으나 — 법인의 범죄능력을 부정하는 설에 의하면 — 이를 위반하는 행위주체가 될 수 없다고 표현하는 것이 더욱 바람직하다. 즉 배임죄가 규정한 의무주체는 법인과 대표이사 모두에게 인정되지만 여기서 실제 행위한 자는 기관에게만 인정되는 것으로 보아야 한다. 이상과 같은 과정을 통하여 기관은 법인의 범죄능력에 관한 학설대립과는 관계없이 배임죄(정범)의 죄책을 지게 된다. 따라서 동일한 문제가 발생하는 전술한 산업안전보건법 위반사건에 대해 우리나라 판례가 양벌규정을 근거로 기관책임 내지 대리인책임을 긍정한 것⁴³⁾도 불가피

41) Marxen, in : NK, § 14 Rn. 13 f. und in : Alternativkommentar, § 14 Rn. 2; Roxin, LK, 10. Aufl., § 14 Rn. 1; Jakobs, Lb(Studienausgabe). 2. Aufl., S. 599.

42) 유사한 입장으로는 신동운, “회사의 대표기관에 대한 형사책임과 배임죄”, 『상사판례연구』 제1권, 538면.

43) 구 산업안전보건법(2002.12.30. 법률 제6847호로 개정되기 전의 것) 제70조 제1호,

한 조치이었던 것으로 평가된다. 다만 명확하지 않은 법문을 근거로 실제 행위자를 처벌하는 것은 다소 죄형법정주의의 정신에는 상응하지 않는다. 이러한 문제점을 회피하기 위해서는 기관책임 내지 대리인책임을 인정하는 독일형법 제14조와 같은 규정이 우리 형법총칙에도 조속히 도입될 것이 요구된다. 이러한 입법 개정이 있기까지 판례와 같은 해석 태도는 불가피한 것으로 판단된다.⁴⁴⁾

IV. 맺는말

부동산의 이중매도인이 처음부터 이중매매할 생각으로 그렇게 행위 하였다면 사기죄의 죄책을 질 것이지만, 그러하지 아니 한 보통의 경우에는 제1매수인에 대한 등기이전의 의무를 위반하여 자기는 재산상 이익을 취하면서 그에게는 손해를 입힌 것을 내용으로 하는 배임죄의 죄책을 지게 된다. 그리고 이중매매와 관련된 배임죄의 의무주체가 부동산 소유자이고 그 소유명사가 법인인 경우에도 그 법인이 — 중도금 취득 이후 — 제1매수인에게 등기이전을 해 줄 의무는 실제행위를 한 기관의 의무도 되는 것으로 확대 해석되어야 한다. 즉, 독일 형법 제14조와 같은 기관책임(Organhaftung) 내지 대리인책임의 원리가 처벌흡결의

제13조 제1항, 같은 법 제68조 제1호, 제43조 제1항, 제70조 제1호, 제31조 제1항에 각각 정하여진 벌칙 규정의 적용대상은 사업자임이 규정 자체에 의하여 명백하나, 한편, 같은 법 제71조는 법인의 대표자 또는 법인이나 개인의 대리인, 사용인(관리감독자를 포함한다), 기타 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제67조 내지 제70조의 위반 행위를 한 때에는 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에 대하여도 각 본조의 벌칙 규정을 적용하도록 양벌규정을 두고 있고, 이 규정의 취지는 각 본조의 위반 행위를 사업자인 법인이나 개인이 직접 하지 아니하는 경우에는 그 행위자나 사업자 쌍방을 모두 처벌하려는 데에 있으므로, 이 양벌규정에 의하여 사업자가 아닌 행위자도 사업자에 대한 각 본조의 벌칙 규정의 적용 대상이 된다(대법원 2004.5.14 선고, 2004도74 판결).

44) 그러나 이러한 해석론을 비판하는 허일태, 앞의 논문(2004), 149면.

문제가 발생하는 이러한 영역에서 원용되어야 한다. 이러한 해석은 처벌
흡결의 문제를 해결하기 위해서는 다소 불가피하기 때문이다. 다만 죄형
법정주의의 문제점까지 완벽하게 해결하기 위해서는 우리형법 총칙에
도 독일 형법 제14와 같은 규정이 도입되어야 할 것이다.

(투고일 2006년 12월 19일, 심사일 2006년 12월 21일, 게재확정일 2007년 1월 2일)

주제어 : 부동산 이중매매, 법인의 범죄능력, 기관책임, 대리인책임, 배임죄

[Zusammenfassung]

Die strafrechtliche Organhaftung im doppelten Handel der Immobilien

Dong-Kwun Son*

Im bürgerlichen Sachenrecht gilt, wie bekannt, das Offenkundigkeitsprinzip für die Sachenrechtsänderung. So ist die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch erforderlich, etwa zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstück. Im koreanischen Zivilrecht ist aber öffentlicher Glaube des Grundbuchs zugunsten des redlichen Erwerbers nicht giltig. Daraus kann sicher die Feststellung sein, daß der gutgläubige Erwerber für den Inhalt des Grundbuchs in Prinzip schutzlos bleibt und der daraus folgende Schaden zu groß ist. Schon nur aus diesem Fehlen am öffentlichen Glaube des Grundbuchs kommen in Korea viele Fälle der Vermögensdelikte am Grundstück vor. Auch aus dem oben erwähnten Offenkundigkeitsprinzip für die Sachenrechtsänderung ist der doppelte Handel der Immobilien im normalen Fall wegen der Untreue zu bestrafen. Es ist aber problematisch, wenn menschliche Organ für die juristische Person als der Eigentümer der Immobilien handelt. Nach hM in Korea sind die Akte juristischer Personen keine Handlungen. Es können nur menschliche Organen mit Wirkung für die juristischer Personen handeln. Menschliche Organ, kein Eigentümer der

* Prof. Dr. jur. Juristische Fakultät der Konkuk Universität

Immobilien, wird aber von der Pflicht im Tatbestand der Untreue betroffen und ist daher nicht selbst ihre Normadressat. Wegen dieser Problematik ist es erforderlich, dass der Tatbestand wie Untreue, der besondere Pflichten voraussetzt oder sich an besondere Adressaten wendet, auch auf die Person anwendbar werden lässt, die von der Pflicht nicht selbst getroffen wird und daher nicht selbst Normadressaten ist, deren sich die eigentlich Verpflichteten jedoch zur Erfüllung ihrer Pflicht als Vertreter bedienen. Im Hinblick auf § 14 des deutschen StGB als de lege ferenda beschäftigt sich die vorliegende Arbeit gerade mit der strafrechtlichen Organhaftung im doppelten Handel der Immobilien.

Stichwörter : strafrechtliche Organhaftung, doppelter Handel der Immobilien, juristische Personen, Untreue