

양도담보목적물의 처분과 형법상 죄책

Disposal of the Property secured through the Security by Means of Transfer and Penal Responsibility under the Criminal Act

이 상 태*
Lee, Sang-Tae

목 차

- | | |
|-------------------------------------|----------------------|
| I. 서론 | IV. 동산 양도담보와 범죄 |
| II. 양도담보 및 횡령죄·배임죄의 본질에
관한 논의 | V. 형법상 죄책의 혼란에 대한 대책 |
| III. 부동산 양도담보목적물의 처분과 범죄에 관
한 논의 | VI. 결 론 |

양도담보설정자 또는 양도담보권자가 목적물을 임의로 처분한 경우 그들이 지는 형법상 죄책과 관련하여 민법학에서는 물론이고 형법학에 있어서도 견해가 매우 다양하고 복잡하게 전개되고 있다.

본고에서는 부동산양도담보와 동산양도로 나누어 목적물의 처분행위에 대한 민법상 이론과 형법상 죄책에 관한 우리의 학설과 판례의 논의들을 살펴 본 후, 형법상 죄책에 관한 여러 견해들의 혼란에 대한 대책을 모색해 보았다.

첫째, 양도담보의 법적 성질에 대한 민법학상의 다양한 해석론을 지양하고, 모든 양도담보의 유형에 통일적으로 적용될 수 있는 법리가 입법적으로 강구되어야 한다. 양도담보권을 신탁행위이론으로 파악하는 것은 현행법상의 물권법 체계에는 적합하지 않을 뿐만 아니라, 또한 「가등기담보 등에 관한 법률」 이후에는 담보물권설이 더 타당하다고 하겠으므로, 모든 유형의 양도담보를 담보물권설의 입장에서 파악하는 것으로 통일시키는 것이 바람직할 것이다.

둘째, 단순한 채무불이행은 형사법상 범죄로 되지 않기 때문에, 배임죄의 죄책을 인정하

투고일 : 2015. 8. 31. / 심사의뢰일 : 2015. 9. 25. / 게재확정일 : 2015. 10. 13.

* 건국대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사

Professor, Law School of Konkuk University

기 위해서는, 당사자 일방에게 자기의 사무인 계약 내용에 좇은 이행을 할 채무 외에 별도로 계약당사자의 신임관계에 기초하여 상대방의 재산을 보호 또는 관리하는 행위에 협력할 의무를 인정할 수 있어야 하는 바, 배임죄 성립을 판단함에 있어서 이에 관한 분명한 근거가 제시될 필요가 있다.

셋째, 형법은 횡령과 배임의 죄를 같은 장(제40장), 같은 조문(제355조)의 다른 항(제1항 및 제2항)에서 구성요건만 달리하여 나란히 규정하고 있으며, 양 죄의 법정형을 동일하게 하여 같은 죄질의 재산범죄임을 나타내고 있는 것은 사실이다. 그러나 그렇다 하더라도, 종래 다수설처럼 횡령죄와 배임죄와의 관계를 특별·일반의 관계로 파악할 것이 아니라, 엄연히 양자는 독립한 별개의 범죄로서 양자는 택일관계로 파악해야 하며, 또한 위에서 본 바와 같이 구별의 실익도 있으므로, 앞으로 이와 같은 새로운 시각에 기하여 횡령죄와 배임죄의 관계를 파악하는 이론이 개발되기를 제안한다.

넷째, 민법의 대표적인 법적 제재수단은 손해배상인데 반하여, 형법은 법적 제재수단으로 형벌이라는 것을 사용한다. 그러나 형법이 사용하는 형벌은 사회통제 수단 중 가장 강력한 수단인 관제로, 민법·행정법 등 다른 법률에서 인정되는 법적 제재수단이 더 이상 작동할 수 없을 때 한하여 예외적으로 형법의 제재수단인 형벌이 투입되어야 한다(형벌의 보충성·최후수단성).

그렇다고 한다면 앞으로 이와 같은 시각에서 현행 형법상의 횡령죄와 배임죄의 구성요건에 관한 더욱 엄격하고 정치한 해석론의 재검토가 요구된다고 하겠다.

[주제어] 양도담보, 담보물권설, 신탁적 소유권이전설, 횡령죄, 배임죄, 신임관계

I. 서론

오늘날 우리 사회가 매우 급속한 발전을 겪으면서 사회의 현상들도 매우 복잡하고 다양해지고 있다. 이러한 사회현상들에 대하여 적절하고 효율적으로 규율하기 위해서는 서로 인접하고 있는 법학들의 ‘학제적(學際的 ; inter-disciplinary) 연구방법’의 도입이 필요하다는 것이 일찍부터 주장되고 있다.

그런데 그 동안 우리나라에서는 사법의 영역인 민법과 상법, 민법과 민사소송법 간에는 통합적 연구가 비교적 꾸준하게 행해져 왔다고 할 수 있으나, 세부적으로는 규범목적에 많은 차이를 지니고 있는 민법과 형법의 통합적 연구는 활발히 행해지지 않았다고 할 수 있다.

그러나 오늘날 다양한 법적 관점을 함께 동원할 필요가 있는 법적 주제들이 생겨나고 있음을 볼 때, 민법과 형법의 통합적 연구의 필요성이 증대하고 있다. 이러한 필요성이 있는 영역은 특히 재산범죄에 관한 분야라 할 수 있다. 그 이유는 재산과 관련한 사법상의

개념과 이론이 필연적으로 형법상의 재산범죄에 영향을 주기 때문이다. 그 가운데서도, 민법이론과 형법이론과의 관계를 통합적으로 연구할 필요가 있는 주요한 분야로서는, 양도담보·명의신탁·이중매매를 들 수 있을 것으로 생각된다.

그런데 여기서 민법이론과 형법이론이 교착하는 모든 법률적 문제들을 다룬다는 것은 한계가 있기 때문에, 본고에서는 양도담보 목적물에 대한 양도담보설정자 또는 양도담보권자의 임의적 처분행위에 대한 형법상 죄책 중 횡령죄와 배임죄의 성립의 문제만을 다루기로 한다.

형법은 횡령과 배임의 죄를 같은 장(제40장), 같은 조문(제355조)의 다른 항(제1항 및 제2항)에서 구성요건만 달리하여 나란히 규정하고 있으며, 양 죄의 법정형을 동일하게 하여 같은 죄질의 재산범죄임을 나타내고 있다. 횡령죄와 배임죄는 사안에 따라 전혀 별개의 죄로 간명하게 구분되기도 하지만, 범행 주체의 법적 지위가 겹치는 경우 등 일부 사안에 있어서는 어느 죄에 해당하는지 판단하는 것이 어려운 경우가 적지 않다.

특히 양도담보의 경우 민법상으로 목적물의 ‘소유자’가 과연 누구인가에 따라서, 또한 형법상으로는 ‘타인의 재물을 보관하는 자’(횡령죄)에 해당하는가 또는 ‘타인의 사무를 처리하는 자’(배임죄)에 해당하는가와 관련하여 양도담보 목적물의 처분자가 지는 형법상 죄책이 횡령죄에 해당하는가, 아니면 배임죄에 해당하는가에 관하여 민법학에서는 물론이고 형법학에 있어서도 견해가 매우 다양하고 복잡하게 전개되고 있다.

본고에서는 양도담보설정자와 양도담보권자의 임의적 목적물 처분행위에 대한 죄책을 검토하기 위해서, 먼저 민법상 양도담보 및 형법상 횡령죄·배임죄의 본질에 관한 논의를 고찰해 보고(Ⅱ), 다음으로 부동산양도담보와 동산양도로 나누어 목적물의 처분행위에 관한 민법상 이론과 형법상 죄책에 관한 우리의 학설과 판례의 논의들을 살펴본 후(Ⅲ 및 Ⅳ), 형법상 죄책에 관한 여러 견해들의 혼란에 대한 원인과 대책을 모색해 보고(Ⅴ), 마지막으로 결론을 맺기로 한다(Ⅵ).

II. 양도담보 및 횡령죄·배임죄의 본질에 관한 논의

1. 양도담보의 법적 성질

1.1 의의

민법이 규정하는 담보물권은 아니면서 실제 거래계에서 신용수수에 대한 채권담보의 기능을 수행하고 있는 제도 가운데 양도담보라는 제도가 있다.

양도담보는 채권을 담보할 목적으로 채무자(또는 제3자)의 재산에 대한 소유권(또는 기타의 재산권)을 채권자에게 이전하는 형식을 취한 후, 채무이행이 있는 경우에는 목적물의 소유권 등이 담보설정자에게 회복되지만, 채무불이행이 있는 경우에는 채권자가 그 목적물로부터 우선변제를 받는 유형의 담보를 말한다.¹⁾

1.2 법적 성질

양도담보에서는 목적은 채권의 담보인데, 형식은 재산권이전의 형식을 취하기 때문에, 그의 사법적 법리구성과 관련하여, 목적을 중시하는 입장이 담보물권설이며, 형식을 중시하는 입장이 신탁적 소유권이전설이다.

1.2.1 담보물권설

이 설에 의하면, 양도담보에 있어서 비록 소유권을 담보권자에게 이전하는 형식을 취하지만, 당사자의 목적은 어디까지나 채권의 담보에 있으므로, 담보권자는 목적물의 소유권을 취득하는 것이 아니라 양도담보권이라는 일종의 담보물권만을 취득할 뿐이고, 양도담보설정자는 이러한 담보물권의 제한을 부담하는 소유권을 여전히 보유한다고

1) 넓은 의미의 양도담보에는, 매매의 형식으로 신용을 수수하고 신용을 받은 자가 매매대금을 반환함으로써 목적물을 다시 찾아올 수 있는 형태의 담보로서 외견상 당사자 사이에 채권·채무관계를 남기지 않는 이른바 매도담보와 소비대차의 형식으로 신용을 수수하고 이를 담보하기 위하여 목적물의 소유권을 채권자에게 이전하는 외형을 취하는 형태의 담보로서 당사자 사이에 채권·채무관계를 남겨 두는 이른바 좁은 의미의 양도담보가 있다. 본고에서는 논의의 편의상 좁은 의미의 양도담보만을 논의의 대상으로 삼기로 한다.

그리고 양도담보의 객체는 동산·부동산뿐만 아니라 채권·주식·지식재산권 등도 모두 될 수가 있으나, 본고에서는 동산과 부동산의 소유권을 중심으로 하여 논의를 진행하기로 한다.

한다.

한편 담보의 목적물이 부동산인가 동산인가에 따라 법적 규율을 달리하는 것은 합리적이지 않으므로, 부동산 양도담보에 관한 가등기담보 등에 관한 법률(이하 가담법이라 함)의 규정을 동산 양도담보에도 유추적용하여야 하고, 동산 양도담보권의 성질도 부동산 양도담보의 경우와 마찬가지로 담보물권으로 파악하여야 한다고 한다.²⁾

1.2.2 신탁적 소유권이전설

이 설에 의하면, 양도담보는 채권담보의 목적으로 목적물의 소유권을 채권자에게 신탁적으로 이전하는 것이라고 한다. 즉, 양도담보권자가 대외적 관계에 있어서는 목적물의 소유권을 취득하지만, 다만 그는 그 재산권을 담보목적의 범위 내에서만 행사하여야 할 채권계약상의 구속을 받고 있으며, 한편 양도담보권자와 설정자 사이의 내부적 관계에서는 그 소유권이 설정자에게 있다고 한다. 그리고 부동산은 물론 동산양도담보권의 성질도 신탁적 소유권이전설로 설명하려고 한다.³⁾⁴⁾

1.2.3 이원설

한편 가담법이 적용되는 경우와 그것이 적용되지 않는 경우를 나누어 법적 성질을

2) 강태성, 물권법(제3판), 대명출판사, 2009, 1293쪽; 고상룡, 물권법, 법문사, 2001, 773쪽; 곽윤직, 물권법(제7판), 박영사, 2006, 404쪽 이하; 김상용, 물권법, 화산미디어, 2009, 787쪽; 김중환/김학동, 물권법(제9판), 박영사, 1997, 598쪽; 이상태, 물권법(9정판), 법원사, 2015, 593쪽; 이은영, 물권법(제4판), 박영사, 2006, 896쪽; 장경학, 물권법, 법문사, 1990, 900쪽; 지원림, 민법강의(제12판), 홍문사, 2013, 870쪽; 홍성재, 물권법(개정판), 대영출판사, 2010, 599·603쪽 등.

한편 이들 견해는 부동산 양도담보의 경우 담보물권설을 취하면서, 동산 양도담보의 경우에도 유추적용을 인정한다.

3) 박홍내, “동산의 양도담보-대법원 2005.2.18. 선고 2004다37430 판결-”, 법조 제54권 제12호(통권 591호), 법조협회, 2005.12, 286-288쪽; 이영준, 한국민법론[물권편](신정2판), 박영사, 2004, 913쪽 이하; 호제훈, “신축건물에 설정된 양도담보에 관한 몇 가지 문제 - 대법원 2001.1.5. 선고 2004다47682 판결”, 민사판례연구 제24권, 박영사, 2002, 101쪽.

4) 한편 양도담보와 관련하여 소유권의 대내·대외 분리를 부인하는 견해도 있다. 즉, 양도담보에 의하여 소유권은 항상 대내적이든 대외적이든 채권자에게 이전되고 채권자는 담보계약에 따른 채권적 구속만을 받게 된다는 견해도 주장되고 있다(서정우, “변칙담보권과 형사책임”, 재판자료 제13집, 법원도서관, 1982, 377쪽).

판례는, 초기에는 양도담보에는 소유권이 외부관계에서만 이전하는 것과 대내·대외 모두 이전하는 것이 있으나, 외부적 이전형을 원칙적인 것으로 보고 있었다(조고판 1920.7.20, 민집 7권 354쪽; 대법원 1962.12.27. 선고 62다724).

본고에서는 논의를 간략하게 하기 위하여 소유권이 외부관계에서만 이전하는 양도담보를 중심으로 하여 고찰하기로 한다.

달리 보는 이원설도 주장되고 있다.⁵⁾ 즉, 가담법은 부동산 양도담보 가운데 그것이 소비대차에 기한 채권을 담보하기 위한 것이고 또한 부동산의 가액이 차용액과 이자의 합산액을 초과하는 경우에 적용된다. 가담법에 의하면 양도담보의 경우 소유권이전등기가 되어 있을지라도 청산금을 지급하여야만 비로소 채권자가 소유권을 취득하게 되며(제4조 제2항 전단), 이러한 취지는 제11조에 의하여도 들어나고 있는 점을 비추어 볼 때, 가담법의 규율을 받는 양도담보는 더 이상 신탁적 소유권이전설로 설명할 수가 없고, 채권자의 권리를 일종의 담보물권으로 파악하여야 한다는 것이다.

그러나 가담법의 적용을 받지 않는 경우, 즉 ① 부동산 양도담보라도 소비대차에 기한 채권을 담보하기 위한 것이 아니거나, 부동산 가액이 차용액 및 이자의 합산액에 미달하는 경우, ② 동산 양도담보의 경우에는, 가담법이 제정되기 전의 통설·판례가 취하고 있던 신탁적 소유권이전설에 의하여 양도담보를 파악하여야 한다고 한다.

1.3 판례

판례는 동산의 양도담보에 관하여는 가담법이 적용되지 않는다고 하면서, 가담법의 시행 전은 물론 시행 후에도 일관되게 신탁적 소유권이전설에 따르고 있다.⁶⁾ 그런데 부동산의 양도담보에 관하여는, 다수설에 의하면, 가담법 시행 이전에는 판례가 신탁적 소유권이전설의 입장을 취했으나, 가담법 시행 이후에는 판례가 담보물권설의 입장을 취한 것과 신탁적 소유권이전설의 입장을 취한 것이 혼재하여 일관성을 결여하고 있다.⁷⁾

5) 박윤직/김재형, 물권법(제8판: 전면개정), 박영사, 2014, 572쪽 이하; 김동욱, “신축건물 양도담보권자의 제3자에 대한 지위”, 판례연구14집, 부산판례연구회, 2003, 180~181쪽; 양창수/김형석, 권리의 보전과 담보, 박영사, 2012, 441쪽; 송덕수, 물권법, 박영사, 2012, 564쪽 이하.

6) 대법원 1994. 8. 26. 선고 93다44739 판결; 대법원 1997. 6. 27. 선고 96다51332 판결; 대법원 1997. 6. 27. 선고 96다51332; 대법원 1998. 10. 12. 선고 98그64 판결; 대법원 1999. 9. 7. 98다47283 판결; 대법원 2004. 6. 25. 선고 2004도1751 판결; 대법원 2004. 10. 28. 선고 2003다30463 판결; 대법원 2004. 12. 24. 선고 2004다45943 판결; 대법원 2007. 2. 22. 선고 2006도8649 판결; 대법원 2008. 11. 27. 선고 2006도4263 판결 등.

7) 강태성, 앞의 책, 1292쪽 이하; 김상용, 앞의 책, 787쪽; 이상태, 앞의 책, 501~502쪽.
한편 담보물권설의 입장에 서 있는 판결로는 대법원 1991. 8. 13. 선고 91다13830 판결; 대법원 1991. 11. 8. 선고 91다21770 판결; 대법원 2001. 1. 5. 선고 2004다47682 판결; 대법원 2002. 1. 11. 선고 2001다48347 판결 등이 거론되고 있다. 한편 신탁적 소유권이전설의 입장에 서 있는 판결로는 대법원 1993. 11. 23. 선고 93다4083 판결; 대법원 1995. 7. 25. 선고 94다46428 판결; 대법원 2004. 12. 24. 선고 2004다45943 판결 등이 거론되고 있다.

그러나 이와 같이 대법원이 부동산의 양도담보에 관하여 일관성을 결여하고 있다는 견해에 대하여는

2. 형법상 횡령죄·배임죄의 본질

양도담보의 경우 양도담보설정자 또는 양도담보권자의 목적물 처분과 관련하여 형법상으로 재산범죄인 배임죄와 횡령죄의 성립이 주로 문제되고 있으므로, 아래에서는 횡령죄와 배임죄에 관하여 본고의 주제와 관련되는 범위 내에서 살펴보기로 한다.

2.1 횡령죄

2.1.1 의의

횡령죄는 타인의 재물을 보관하는 자가 그 재물을 횡령하거나 반환을 거부함으로써 성립하는 재산범죄이다(형법 제355조 제1항).

2.1.2 본질

배임죄의 본질에 관하여도 ① 월권행위설, ② 영득행위설, ③ 결합설이 대립한다.

먼저 월권행위설은 횡령죄의 본질이 자기가 보관하는 타인의 위탁물에 대하여 위탁자의 신임을 저버리고 권한을 초과하여 불법적으로 처분하는 데 있다고 한다.⁸⁾ 이 설은 우리 형법에서 영득의 의사를 필요로 한다는 취지가 명시되어 있지 않으므로, 횡령의 본질을 위탁자와의 신임관계의 침해에서 찾아야 한다고 한다.⁹⁾

다음, 영득행위설은 위탁된 보관물을 불법하게 영득하는 데 횡령죄의 본질이 있다고 한다. 따라서 횡령죄의 성립에는 불법영득의 의사가 필요하며, 횡령행위란 불법영득의 의사를 표현하는 일체의 행위라고 한다.¹⁰⁾

반론이 제기되기도 한다(박홍내, 앞의 논문, 274쪽 이하). 이에 의하면, 지금까지 확고한 대법원 판례에 의하면, 가담법의 적용범위는 소비대차에 의한 채권에 한하며, 그 이외의 원인에 의하여 발생한 채권, 예컨대 매매대금채권, 불법행위채권이나 부당이득반환채권 등은 제외되고 있다(대법원 1991. 9. 24. 선고 90다13765 판결; 대법원 1992. 4. 10. 선고 92다45356 판결; 대법원 1992. 10. 27. 선고 92다22879 판결; 대법원 1998. 6. 23. 선고 97다1495 판결; 대법원 2002. 12. 24. 선고 50484 판결 등 참조)고 한다. 그리고 담보물권설을 취한 것으로 주장되는 위에서 언급한 모든 대법원 판결들은 모두 가담법이 적용되는 소비대차로 인한 채무의 담보를 위한 경우가 아니므로 이를 가지고 대법원이 담보물권설을 취하고 있다고 보기 어렵고, 또한 그 내용을 검토하여 보아도 담보물권설보다는 모두 신탁적 소유권이전설을 따르고 있다고 볼 수 있다고 한다.

8) 이러한 의미에서 불법처분설이라고도 한다.

9) 정성근/박광민, 형법각론(제3판), 삼지원, 2008, 415쪽.

10) 손동권/김재윤, 새로운 형법각론, 율곡출판사, 2013, 422쪽; 이영란, 형법학(각론강의)(제3판), 형설출판

끝으로, 결합설은 횡령죄가 본질적으로 신뢰에 어긋나는 행동을 한다는 측면과 타인의 재물을 불법영득한다는 측면 모두를 가지고 있는 것으로 파악한다. 따라서 ‘불법영득’을 통한 ‘배신·월권행위’만이 횡령죄에 해당하는 것으로 본다. 다시 말하면 위탁에 관한 신임관계를 위반하여 타인의 물건을 불법적으로 영득하는 데에 횡령죄의 본질이 있다는 것이다.¹¹⁾ 또 다른 결합설로서, 횡령죄의 기본성격은 영득행위에서 찾되, 반환거부의 경우에는 월권행위에서 찾아야 한다는 주장(이분설)도 있다.¹²⁾

판례는 횡령죄의 성립에 있어서 영득행위설의 입장에서 불법영득의 의사를 요구하고 있으며,¹³⁾ 그것이 없는 때에는 횡령죄의 성립을 부정하고 있다.¹⁴⁾

횡령죄에 있어서 그 보호법익이 소유권이므로 당연히 소유권을 침해하는 의사인 불법영득의 의사의 존재 여부가 문제되고 있으며, 그 외에도 횡령죄의 주체인 ‘타인의 재물을 보관하는 자’에 해당 여부도 문제가 된다. 여기서 재물의 타인성 및 보관의 의미를 어떻게 파악하는가에 따라, 역시 양도담보에 있어서 양도담보설정자 또는 양도담보권자의 목적물의 임의처분행위에 대한 횡령죄의 성립 여부라는 문제가 얹혀져 있다.

2.2 배임죄

2.2.1 의의

배임죄는 ‘타인의 사무를 처리하는 자’가 그 임무에 위배하는 행위에 의하여 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가함으로써 성립하는 재산범죄이다(형법 제355조 제2항).¹⁵⁾

사, 2013, 382쪽; 이재상, 형법각론(제9판), 박영사, 2013, 389쪽; 이형국, 형법각론, 법문사, 2007, 411쪽; 임웅, 형법각론(제5정판), 법문사, 2013, 446쪽 등.

11) 박상기, 형법각론(제8판), 박영사, 2011, 364쪽; 배종대, 형법각론(제8전정판), 홍문사, 2013, 518~519쪽; 정영일, 형법각론(제3판), 박영사, 2011, 367쪽.

12) 오영근, 형법각론(제2판), 박영사, 2009, 462쪽.

13) 대법원 2000. 12. 27. 선고 2000도4005 판결; 대법원 2010. 12. 23. 선고 2008도8851 판결; 대법원 2011. 5. 26. 선고 2011도1904 판결; 대법원 2013. 3. 14. 선고 2011도7259 판결 등.

14) 대법원 1990. 3. 13. 선고 89도1952 판결; 대법원 1999. 2. 23. 선고 98도2296 판결; 대법원 2002. 7. 26. 선고 2001도5459 판결 등.

15) 대법원 2012. 3. 15. 선고 2010도3207 판결 등.

2.2.2 본질

여기서 ‘타인의 사무를 처리하는 자’의 의미가 무엇이며 그 범위를 어디까지 인정할 것인가는 배임죄의 본질을 어떻게 파악하는가에 따라 그 내용이 달라진다.

배임죄의 본질이 무엇인가에 관하여는 ① 배신설, ② 사무처리의무 위반설이 대립한다.¹⁶⁾

먼저, 배신설은 배임죄의 본질을 타인의 재산을 보호해야 할 대내관계에서의 신임관계에 대한 위배에 있다고 본다. 이에 의하면 배임죄가 성립되는 데는 대리권의 존재를 필요로 하지 않으며 배임행위는 법률행위에 국한되지 않고, 사실상의 신임관계를 파괴하는 사실행위나 부작위행위로도 충분하다고 한다.¹⁷⁾

다음, 사무처리의무 위반설은 배임죄의 본질을 민법상의 사무처리의무가 있는 자가 그 임무에 위반하여 타인에게 재산상의 손해를 가하는 데 있다고 본다.¹⁸⁾

이 설은 행위자의 대내적 의무 위반을 배임으로 보고 있다는 점에서는 배신설과 같지만, 그 의무를 법률상의 재산보호의무에 한정한다는 점에서는 배신설과 차이가 있다.¹⁹⁾

판례는, ‘타인의 사무를 처리하는 자’라 함은 신임관계에 기초를 두고서 타인의 재산 관리에 관한 사무를 대행하거나 타인 재산의 보전행위에 협력하는 사람을 가리키며, ‘임무위배행위’라 함은 처리하는 사무의 내용·성질 등 구체적 상황에 비추어 법률의 규정·계약의 내용 또는 신의칙상 당연히 할 것으로 기대되는 행위를 하지 않거나 당연히 하지 않아야 할 것으로 기대되는 행위를 함으로써 본인과 사이의 신임관계를 저버리는 일체의 행위를 말한다고 판시²⁰⁾함으로써, 배신설의 입장을 취하고 있는 것으로 보인다.

이와 같이 배임죄에 있어서 ‘타인의 사무를 처리하는 자’의 의미와 그 범위획정에

16) 그 외에 권한남용설이 있지만 우리나라에서는 이를 취하는 학설은 없다.

17) 박상기, 앞의 책, 396쪽; 배종대, 앞의 책, 550쪽; 손동권/김재운, 앞의 책, 460쪽; 이재상, 앞의 책, 420쪽; 이형국, 앞의 책, 430쪽; 임웅, 앞의 책, 488쪽; 정영일, 앞의 책, 404쪽 등.

18) 문형섭, “배임죄에 관한 연구”, 박사학위논문, 호남대학교 대학원, 2001, 33쪽; 허일태, “배임죄에서의 행위주체와 손해의 개념”, 비교형사법연구 제6권 제2호, 한국비교형사법학회, 2005, 140~143쪽 등.

19) 이와 같은 견해의 차이는 ‘타인의 사무를 처리하는 자’의 범위 획정에 있다고 하겠다. 즉, 배신설을 논리적으로 관철하면, 모든 대내적 신임관계에 대한 위배 또는 배신하는 행위를 형사처벌하게 된다. 그런데 이는 민법상의 사적 자치의 원칙을 훼손할 우려가 있을 뿐 아니라, 형법이 취하고 있는 형사처벌에 대한 최소성의 원칙을 해친다. 따라서 배신설에서는 무한정 확대될 수 있는 배임행위의 범위를 합리적으로 제한하여 가벌성의 지나친 확장을 제한할 필요가 있다. 한편 사무처리의무 위반설을 관철하면 사실행위에 의한 신뢰관계의 훼손은 배임죄의 처벌에서 제외되나, 이러한 훼손도 피해자는 형법상 보호받을 필요가 있는 경우가 있다. 따라서 사무처리의무 위반설에서는 배임죄의 가벌성의 범위를 넓힐 필요가 있다.

20) 대법원 2009. 12. 24. 선고 2009다10898 판결; 대법원 2010. 3. 11. 선고 2009다82244 판결 등.

의견이 분분한 논의의 중심에 서 있는 것 중의 하나가 양도담보설정자 또는 양도담보권자가 담보목적물을 임의로 처분한 경우 배임죄의 성립 여부인 것이다.

Ⅲ. 부동산 양도담보물의 처분과 범죄에 관한 논의

1. 양도담보권자의 목적물 처분

1.1 변제기 전 처분

1.1.1 담보물권설

이 설에 의하면, 부동산 양도담보의 경우,²¹⁾ 채권자인 양도담보권자에게 소유권이 이전되는 것은 가담법상의 청산기간 경과 후 청산금을 지급하는 때(제4조 제2항 참조)이므로, 그 전에는 양도담보권자는 비록 외형상으로는 소유권이전의 형식을 취하고 있으나 실질적으로는 담보권자에 불과하다. 따라서 변제기 전에 양도담보권자가 목적부동산을 임의로 처분한 때에는 양도담보설정자의 소유인 부동산을 불법영득한 것이 되어 횡령죄가 성립된다고 할 것이다.²²⁾

1.1.2 신탁적 소유권이전설

이설에 의하면, 채권자인 양도담보권자는 대외적으로는 목적물의 소유권을 취득하지만, 다만 양도담보권자는 그 권리행사에 있어서 양도담보설정자에게 담보목적물을 넘어서 행사하지 않을 의무를 지게 된다. 따라서 양도담보권자가 변제기 전에 목적부동산을

21) 전술한 바와 같이 학설에 따라서는, 가담법시행 후의 부동산 양도담보의 성질에 관하여 담보물권설을 취하고 이를 동산 양도담보의 경우의 유추적용을 인정하는 견해, 부동산·동산을 불문하고 신탁적 소유권이전설을 취하는 견해가 있는가 하면, 부동산 양도담보에는 가담법이 적용되는 것과 적용되지 않는 것으로 나누어서 앞의 경우에는 담보물권설을 취하고 뒤의 경우 및 동산 양도담보에는 가담법이 적용되지 않으므로 신탁적 소유권이전설을 취하는 견해도 있다.

그러나 본고에서는 논의의 복잡성을 피하기 위하여 부동산 양도담보를 가담법이 적용되는 것과 적용되지 않는 것으로 나누지 않고서, 법적 성질을 담보물권으로 볼 것인가, 아니면 신탁적 소유권이전으로 볼 것인가의 단일측면에서만 파악하는 입장에서 논하기로 한다.

22) 이와 같이 횡령죄가 성립한다는 견해로는, 이영란, 앞의 책, 390쪽; 이재상, 앞의 책, 399쪽; 임웅, 앞의 책, 465쪽; 정영일, 앞의 책, 413쪽 등.

처분하더라도 자기의 물건을 처분한 것이 되므로 횡령죄는 성립하지 않는다.

그러나 이러한 경우, 채무자가 변제기일까지 그 채무를 변제하면 양도담보권자는 그에게 소유명의를 회복하여 줄 의무가 있으므로, 이는 타인의 사무에 위배한 것이 되어 배임죄는 구성한다고 하는 견해가 있다.²³⁾

1.1.3 법적 성질 불문설(배임죄설)

그런데 이와 달리 양도담보의 법적 성질에 관한 위의 두 학설 가운데 어느 것을 따르더라도 양도담보권자의 변제기 전의 처분행위는 배임죄를 구성하는 것으로 해석해야 한다는 견해도 있다. 이에 의하면, 횡령죄에서의 타인재물의 보관은 ‘타인을 위하여’ 보관하는 경우만을 의미하고 ‘자신을 위하여’ 보관하는 경우는 제외하여야 하는 바, 양도담보의 경우에는 자신의 채권담보를 위하여 자신의 명의로 소유권이전등기를 하여 두는 것일 뿐이므로 횡령죄에서 요건으로 하고 있는 타인(양도담보설정자)을 위한 보관자의 지위를 양도담보권자에게 인정할 수가 없다고 한다. 또한 비록 양도담보권자에게 양도담보설정자의 재물을 보관하는 지위가 인정된다고 하더라도, 부동산 양도담보의 경우 채무자의 주된 관심은 오로지 원리금을 변제한 후 소유권을 회복(구체적으로는 등기회복)하는 데 있으므로, 양도담보권자가 변제기 전에 담보부동산을 임의로 처분하는 것은 변제가 있는 후 양도담보설정자에게 그 소유명의를 환원하여 주기 위하여 소유권이전등기를 이행할 의무를 위배한 것이 되어 배임죄로 의율함이 타당하다는 것이다.²⁴⁾

1.1.4 판례(배임죄설)

한편 판례는 가담법 시행 전의 경우, “채무의 변제기까지는 가등기 상태를 유지할 의무가 있는 가등기담보권자가 변제기 전에 채무자의 승낙 없이 목적 부동산을 그의 처 앞으로 소유권이전등기를 경료한 경우에는 배임죄가 성립한다”고 판시하였다.²⁵⁾ 이 사안은 가등기담보에 관한 것이지만, 양도담보에도 그대로 적용될 수 있을 것으로 생각된다.

가담법 시행 후에도 그 전과 마찬가지로 배임죄의 성립을 인정하고 있다. 즉, 채권

23) 이와 같이 배임죄가 성립한다는 견해로는, 박성수, “배임죄와 타인의 사무를 처리하는 자”, 법조 제46권 제4호(통권 487호), 법조협회, 1997, 155쪽.

24) 박동률, “가등기담보법 시행과 부동산 양도담보권자의 처분행위의 죄책”, 법학논고 제32집, 경북대학교 법학연구원, 2010.2, 368쪽 이하.

25) 대법원 1976. 9. 14. 선고 76도2069 판결.

담보를 목적으로 부동산의 소유권이전등기를 경료받은 채권자는 채무자가 변제기일까지 그 채무를 변제하면 채무자에게 그 소유명의를 환원하여 주기 위하여 그 소유권이전등기를 이행할 의무가 있으므로 그 변제기일 이전에 그 임무에 위배하여 이를 제3자에게 처분하였다면 변제기일까지 채무자의 변제가 없었다 하더라도 배임죄가 성립한다고 한다.²⁶⁾

1.2 변제기 후 청산 전 처분

1.2.1 양도담보권의 실행방법

판례는 가담법이 시행되기 전에는 양도담보권자에게 담보권의 실행방법으로 귀속청산과 처분청산을 모두 인정하였다.²⁷⁾

그런데 가담법은 가등기담보권의 우선변제권을 실현하는 방법으로, ① 직접 담보부동산의 소유권을 취득하는 방법[권리취득에 의한 사적 실행]과 ② 경매에 의하는 방법[경매에 의한 공적 실행]을 담보권자에게 인정하고 있다(가담법 제2조~제11조). 그러나 가등기담보권의 사적 실행의 방법으로서 처분청산형의 담보권실행은 허용하지 않고 있다.²⁸⁾

위와 같은 가등기담보권의 실행에 관한 가담법 제2조부터 제11조가 양도담보에도 적용될 것이므로, 양도담보권자는 가등기담보권자와 마찬가지로 권리취득에 의한 실행의 방법을 취할 수 있다고 하겠다.

그러나 학설은 ① 법원의 경매에 의한 공적 실행 및 ② 사적 실행의 방법으로서 처분청산형의 담보권실행은 가담법이 적용되는 양도담보에 대해서는 적용되지 않는다고 한다.²⁹⁾

그러나 가담법이 적용되지 않는 양도담보의 경우에, 판례는 귀속정산이나 처분정산 모두를 인정하고 있으며,³⁰⁾ 채권자인 양도담보권자는 이들 방법 중 어느 것이든 자유롭게 선택할 수 있고,³¹⁾ 당사자가 처분정산의 방법으로 실행할 것을 합의한 경우에는 그

26) 대법원 1987. 4. 28. 선고 87도265 판결; 대법원 1988. 12. 13. 선고 88도184 판결; 대법원 1989. 11. 28. 선고 89도1309 판결; 대법원 1992. 7. 14. 선고 92도753 판결; 대법원 1995. 5. 12. 선고 95도283 판결; 대법원 2007. 1. 25. 선고 2005도7559 판결 등.

27) 대법원 1977. 11. 22. 선고 77다1513 판결.

28) 대법원 2002. 4. 23. 선고 2001다81856 판결; 대법원 2002. 12. 10. 선고 2002다42001 판결.

29) 김동욱, 앞의 논문, 185쪽; 송덕수, 앞의 책, 578쪽.

30) 대법원 1994. 5. 24. 선고 93다44975 제1부 판결.

31) 대법원 2001. 8. 24. 선고 2000다15661 판결.

합의에 따라 환가처분에 의한 실행도 가능하다고 한다.³²⁾

따라서 아래에서는 귀속청산만 인정되는 경우와 처분청산까지 인정되는 경우로 나누어 살펴보기로 한다.

1.2.2 청산금 지급 전 임의처분(귀속청산의 경우)

1.2.2.1 횡령죄설

가담법이 적용되어서 귀속청산의 방법만 인정되는 양도담보의 경우에는, 가담법상 채권자인 양도담보권자에게 목적부동산의 소유권이 이전되는 것은 소정의 청산기간 경과 후 청산금을 지급하는 때이므로, 청산금 지급 전에는 양도담보권자는 실질적으로는 담보권자에 불과하다. 따라서 청산금 지급 전에 양도담보권자가 목적부동산을 임의로 처분한 때에는 양도담보설정자의 소유인 부동산을 불법영득한 것이 되어 횡령죄가 성립된다고 하는 견해가 다수설이다.³³⁾

1.2.2.2 배임죄설

이에 대하여, 가담법상 청산기간 내에는 양도담보권자의 담보권실행이 금지되어 있어서 이 기간 내에는 양도담보권자와 양도담보설정자 사이에 변제기 전과 같은 신뢰관계가 그대로 유지되기 때문에 결국 청산금 지급 전에 양도담보권자가 목적부동산을 임의로 처분하면 배임죄에 해당한다는 견해도 있다.³⁴⁾

1.2.2.3 판례(배임죄설)

판례는 가담법 시행 전에 성립된 부동산 양도담보에 관하여, 양도담보권자는 채권회수를 위하여 그 담보부동산을 환가처분할 권리를 가지지만 그 처분은 채권의 변제충당을 위한 환가방법으로서 적절한 처분을 하여야 할 의무가 있다 할 것이므로 채권변제와는 아무런 관계도 없이 제3자의 채무를 위하여 근저당권을 설정해 준 소위는 채무자에 대한 배임행위가 된다고 하였다.³⁵⁾

또한 가담법 시행 후에도, 변제기 도과한 후라 하더라도 청산절차를 거치기 전의 양도담보권자의 목적부동산 처분행위가 배임죄에 해당한다고 한다.³⁶⁾

32) 대법원 2007. 5. 11. 선고 2006다6836 판결 참조.

33) 이러한 경우 횡령죄가 성립한다는 견해로는, 박상기, 앞의 책, 372쪽; 오영근, 앞의 책, 472쪽; 이영란, 앞의 책, 390쪽; 이재상, 앞의 책, 399쪽 등.

34) 허익범, “양도담보와 배임죄(하)”, 형평과 정의 제4집, 대구지방변호사회, 1989, 112쪽.

35) 대법원 1977. 5. 24. 선고 76도4180 판결.

1.2.3 담보권실행을 위한 처분(처분청산의 경우)

만약 가담법이 적용되지 않는 양도담보의 경우에는 처분청산의 실행방법도 인정된다는 입장에 선다면, 이러한 경우에 양도담보권의 실행을 위하여 양도담보권자가 목적부동산을 처분하는 것은 적법한 행위라 할 수 있으므로, 횡령죄나 배임죄는 성립하지 않을 것이다.³⁷⁾

한편 판례도 가담법 시행 전에 성립된 부동산 양도담보에 있어서 배임죄의 성립도 부정하였고³⁸⁾, 횡령죄의 성립도 부정하고 있다.³⁹⁾

1.3 청산의무의 불이행

양도담보권자가 변제기 후 담보권을 실행하는 과정에서 청산금이 있을 경우 그 청산금을 양도담보설정자에게 반환할 의무를 이행하지 않는 경우, 그 죄책에 관하여 학설은 나뉘고 있다.⁴⁰⁾

1.3.1 횡령죄설

먼저, 횡령죄설은 가담법 시행으로 인하여 담보목적 부동산의 소유권이전 시점은 소유권이전등기 시점이 아니라 청산금 지급 시점이 되기 때문에, 양도담보권자가 양도담보설정자에 대하여 청산금지급을 거절한 때에는 그 청산금에 대하여 횡령죄의 죄책을 지을 수 있다고 한다.⁴¹⁾

1.3.2 무죄설

한편 이에 대하여, 양도담보권자가 청산 잔여금을 반환하지 않은 경우까지 횡령죄나 배임죄가 성립한다고 볼 수 없다는 견해도 있다.⁴²⁾

36) 대법원 2002. 6. 28. 선고 2002도1703 판결.

37) 임웅, 앞의 책, 465쪽; 정영일, 앞의 책, 412쪽.

38) 대법원 1982. 9. 28. 선고 82도1621 판결; 대법원 1983. 2. 22. 선고 82도2945 판결.

39) 대법원 1979. 7. 10. 선고 79도1125 판결.

40) 양도담보권자가 변제기 후 채무변제가 없는 경우 담보권의 실행 여부는 채권자 자신의 권리이므로 담보권을 실행하지 않고 있는 그 자체만으로 어떤 형법상의 범죄가 성립되지는 않을 것이다.

41) 박상기, 앞의 책, 372쪽; 임웅, 앞의 책, 466쪽; 정영일, 앞의 책, 413쪽.

42) 손동권/김재윤, 앞의 책, 437쪽.

1.3.3 다원설

그런가 하면, 귀속청산만 인정되는 경우와 처분청산까지 인정되는 경우로 나누어 고찰하는 견해도 있다.⁴³⁾

① 먼저 가담법이 적용되어 귀속청산만을 할 수 있는 양도담보의 경우, 양도담보권자가 귀속청산을 하면서 청산금을 반환할 의무는 담보계약에 따라 부담하는 자신의 사무이므로 배임죄가 성립하지 않을 것이며, 또한 양도담보권자는 양도담보설정자를 위하여 청산금을 보관하고 있는 것도 아니므로 횡령죄가 성립할 여지가 없다고 한다.

② 그리고 가담법이 적용되어서 목적부동산에 대한 처분청산이 허용되지 않는 양도담보의 경우에는, 양도담보권자가 목적부동산을 처분하는 것 자체가 앞에서 본 바와 같이 견해에 따라 횡령죄 또는 배임죄에 해당하므로, 청산의무의 불이행은 불가벌적 사후행위로서 별도로 횡령죄 또는 배임죄는 성립하지 않는다고 한다.

③ 한편 가담법이 적용되지 않아 목적부동산에 대한 처분청산까지 허용되는 양도담보인 경우에도, 양도담보권자가 양도담보설정자에게 청산금을 반환할 의무는 담보계약에 따라 부담하는 자신의 사무이므로 배임죄가 성립하지 않는다고 한다. 또한 양도담보권자가 담보부동산을 처분하는 것은 담보권실행의 일환이고, 양도담보설정자의 위임에 따른 사무가 아니기 때문에 양도담보권자는 양도담보설정자를 위하여 청산금을 보관하고 있다고 볼 수 없으므로 횡령죄도 성립하지 않는다고 한다.

1.3.4 판례(무죄설)

판례는 가담법 시행 전에는 판결이 엇갈리다가 대법원 1985년 11월26일 선고 85도1493 전원합의체판결에 의하여 청산의무를 이행하지 않은 행위는 배임죄를 구성하지 않는 것으로 정리하였다.⁴⁴⁾

43) 박동률, 앞의 논문, 383~384쪽.

44) 대법원 1985. 11. 26. 선고 85도1493 전원합의체판결에는 다수의견과 소수의견이 나뉘었다. 즉, ① 다수의견은, 양도담보가 처분청산형의 경우이건 귀속청산형의 경우이건 간에 담보권자가 변제기 경과 후에 담보권을 실행하여 그 환가대금 또는 평가액을 채권원리금과 담보권 실행비용 등의 변제에 충당하고 환가대금 또는 평가액의 나머지가 있어 이를 담보제공자에게 반환할 의무는 담보계약에 따라 부담하는 자신의 청산의무이므로, 그 의무를 이행하는 사무는 곧 자기의 사무처리에 속하는 것이라 할 것이고, 이를 부동산매매에 있어서의 매도인의 등기의무와 같이 타인인 채무자의 사무처리에 속하는 것이라고 볼 수는 없어 그 청산의무를 이행하지 아니한 소위는 배임죄를 구성하지 않는다고 하였다. 그러나 ② 소수의견은, 청산형 양도담보의 담보목적물의 소유권이전의 법률적 본질이 신탁적 양도임에 틀림이 없는 이상, 양도담보권자는 수탁자로서 양도담보채무자의 위탁(위임)에 의하여 위임된 사무를 성실하게 처리할 의무와 상대방의 재산보전에 적극적·소극적으로 협력하여야 할 의무를 지고 있으며, 그 사무의 처리

가담법 시행 후에도 양도담보권자가 담보부동산을 처분한 후 청산의무를 이행하지 아니한 것만으로는 범죄행위가 되지 아니한다고 하고 있어, 이는 횡령죄와 배임죄 모두 성립되지 않는다는 뜻으로 해석된다.⁴⁵⁾

1.4 적정하지 않는 가격으로 처분

양도담보권자가 담보권실행을 위하여 담보부동산을 적정하지 않는 가격으로 매각하는 것과 관련해서도 학설이 나뉜다.

1.4.1 배임죄설

먼저, 배임죄설에 의하면, 담보목적물은 실질적으로 채무자의 소유인 까닭에 그 재산 가치의 실현은 선량한 관리자의 주의의무에 속하는 것이어서 부당하게 저렴하지 않은 가격으로 평가하여야 하는 행위는 채무자의 사무를 처리하는 자의 지위에서 하는 것으로서 이를 위배하는 행위는 배임죄에 해당한다고 한다.⁴⁶⁾

1.4.2 무죄설

이에 대하여, 무죄설에 의하면, 적정한 시가에 따라 처분하여야 하는 양도담보권자의 의무는 양도담보계약상의 단순한 민사채무로서 자신의 사무일 뿐 타인의 사무로 볼 수가 없어, 배임죄가 성립하지 않는다고 한다.⁴⁷⁾

1.4.3 이원설

한편 처분청산이 허용되는 경우와 그렇지 않은 경우로 나누어 고찰하는 견해도 있다.⁴⁸⁾ 즉, ① 가담법이 적용되어 처분청산이 허용되지 않는 양도담보의 경우에는, 시가가

는 법률행위는 물론 법률행위가 아닌 사실상 사무의 처리도 같이 포함된다고 할 것이고, 양도담보권자의 청산의무는 위의 사실상의 사무처리에 속한다 할 것이어서, 이는 양도담보권자의 사무임과 동시에 신탁자인 양도담보채무자의 사무에도 해당되어 결국 형법 제355조 제2항 소정의 타인의 사무에 속한다고 하였다.

45) 대법원 1992. 7. 14. 선고 92도279 판결. 이에 대하여 가담법이 적용되는 양도담보의 경우에는 귀속청산형의 담보권실행만이 인정될 뿐이고, 처분청산형의 담보권실행의 방법은 인정되지 않는다고 하는 견해도 있다(김동욱, 앞의 논문, 185쪽).

46) 허익범, 앞의 논문, 110쪽.

47) 정영일, 앞의 책, 413쪽.

48) 박동률, 앞의 논문, 381~382쪽.

적절하든 아니든 간에 처분행위 그 자체가 견해에 따라서 횡령죄 또는 배임죄에 해당한다고 할 것이다. 따라서 시가보다 낮은 가격으로 목적부동산을 처분하는 행위는 이에 포섭될 것이다. ② 그러나 가담법이 적용되지 않아 처분청산이 허용되는 양도담보의 경우이라면, 시가에 따른 적절한 처분을 하여야 할 의무는 담보계약상의 민사책임의무일 뿐 그와 같은 형법상의 의무가 있는 것은 아니므로 횡령죄 또는 배임죄가 성립하지 않는다고 한다.⁴⁹⁾

1.4.4 판례(무죄설)

가담법이 시행되기 전의 사안에 관한 판례로서, 양도담보권자가 담보권을 실행하기 위하여 담보목적물을 처분함에 있어 시가에 따른 적절한 처분을 하여야 할 의무는 담보계약상의 민사책임의무이고 그와 같은 형법상의 의무가 있는 것이 아니므로 그에 위반한 경우 배임죄가 성립 된다고 볼 수 없다고 하였다.⁵⁰⁾

가담법 시행된 후에도 판례는 이와 같은 입장을 유지하고 있다.⁵¹⁾

1.5 채권 소멸 후의 처분

채권이 소멸되었음에도 양도담보권자가 자신의 명의로 소유권이전등기가 마쳐져 있음을 기화로 목적부동산을 제3자에게 처분한 경우, 범죄가 성립된다는 점에 대해서는 견해가 일치하지만, 다만 배임죄가 성립하는가 또는 횡령죄가 성립하는가의 죄책의 문제가 남는다.⁵²⁾

49) 물론 이와 같이 양도담보권자가 시가보다 저렴한 가격으로 처분한 경우에는, 양도담보설정자는 시가와 차액을 민사상 채무불이행에 기한 손해배상으로 청구할 수 있을 것이다. 이와 같은 취지의 판결로는, 대법원 1981. 5. 26. 선고 80다2688 판결; 동 대법원 1983. 2. 8. 선고 81다547 판결 참조.

50) 대법원 1989. 10. 24. 선고 87도126 판결.

51) 대법원 1997. 12. 23. 선고 97도2430 판결.

52) 개인적인 사견에 의하면, 이러한 경우에는 어느 설의 입장을 취하더라도 횡령죄의 성립만이 문제되는 것이 아닐까 생각된다. 즉, 담보물권설에 의하면, 피담보채권이 소멸하면 양도담보권도 당연히 소멸할 것이고, 비록 소유권이전등기가 말소되지 않고 있더라도 무효인 등기가 된다. 그리고 양도담보설정자가 아무런 제약이 없는 소유권을 회복한다. 그런데 양도담보권자가 자기에게 소유권이전등기가 말소되지 않고 있는 것을 기화로 소유권을 제3자에게 양도해 버린다면 타인의 물건을 처분한 것이 되므로, 횡령죄의 성립만이 문제가 될 것이다. 한편 신탁적 소유권이전설에 의하더라도, 피담보채권이 소멸하면 양도담보권도 소멸하게 된다고 할 것이고, 양도담보설정자가 완전한 소유권을 회복한다고 할 것이다. 그렇다고 한다면, 양도담보권자가 자기에게 소유권이전등기가 말소되지 않고 있는 것을 기화로 소유권을 제3자에게 양도해 버린다면 역시 타인의 물건을 처분한 것이 되므로, 횡령죄의 성립만이 문제된다고 할 것이다.

1.5.1 배임죄설

이에 의하면, 양도담보권자는 채무자의 채무변제에 따른 소유명의의 환원을 위하여 담보부동산을 보전할 의무를 부담하는 것이고, 이러한 의무는 타인의 사무에 해당하므로 배임죄를 구성한다고 한다.⁵³⁾

1.5.2 횡령죄설

이에 대하여, 양도담보권자의 변제기 전의 처분행위가 횡령죄에 해당하므로 양도담보권자가 채무변제를 받고도 담보부동산을 처분한 경우도 당연히 횡령죄에 해당한다는 견해도 있다.⁵⁴⁾

1.5.3 판례(배임죄설)

판례는 가담법 시행 전에 “양도담보로 받은 6필지 토지 중 처분한 4필지 땅으로 원리금을 정산하고 남았는데도 남은 2필지를 타에 처분한 것은 그 2필지 토지에 관하여 채무에게 등기를 회복시켜 줄 임무에 위배하여 그에게 손해를 가한 것이므로 배임죄에 해당된다.”고 하여 배임죄의 성립을 긍정하였다.

그런데 가담법 시행 후에 판례가 “담보목적으로 피고인 명의로 가등기가 경료된 피해자 소유의 부동산에 대하여 피해자의 아들로부터 채무가 변제 공탁된 사실을 통고받고서도 피고인 앞으로 본등기를 경료함과 동시에 제3자 앞으로 가등기를 경료하여 준 경우에는 배임죄가 성립된다”고 판시⁵⁵⁾한 것으로 미루어 보면, 양도담보의 경우에 피담보채권이 소멸되었음에도 불구하고 목적부동산을 제3자에 처분한 때에도 배임죄가 성립된다는 결론이 나올 것으로 생각된다.

53) 김성수, “민법상 양도담보와 형법상 재산범죄 - 기본개념과 상호관련성을 중심으로 -”, 경찰법연구 창간호(1-1), 한국경찰법학회, 2003, 142쪽; 박동률, 앞의 논문, 379쪽; 손동권, “부동산처분행위와 관련한 횡령죄와 배임죄의 구별문제”, 현대법학의 이론(우재 이명구박사 화갑기념논문집(3)), 1996, 563쪽.

54) 이재상, 앞의 책, 391쪽.

55) 대법원 1990. 8. 10. 선고 90도414 판결.

2. 양도담보설정자의 목적물 처분

2.1 담보물권설

이 설에 의하면, 양도담보설정자가 목적부동산을 점유하고 있는 것을 기화로 청산금 지급 이전에 목적부동산을 타인에게 임의로 처분한 경우에 자신의 재물을 처분한 것이 되므로 횡령죄는 성립되지 않는다고 하겠지만,⁵⁶⁾ 채권담보를 위하여 자기 물건을 양도담보로 제공한 양도담보설정자는 담보의 범위 안에서 그 목적물을 관리하는 사무를 처리하는 자이므로 양도담보설정자가 자신이 점유하고 있는 물건을 임의로 처분한 것이 되므로 배임죄가 성립되는 경우가 있다는 견해도 있다.⁵⁷⁾

한편 비록 담보부동산의 점유를 양도담보설정자가 하고 있더라도 양도담보권자에게 소유권이전등기가 마쳐져 있는 이상, 양도담보설정자가 목적 부동산을 제3자에게 처분할 수가 없기 때문에, 횡령죄는 물론 배임죄도 성립할 여지가 없다는 견해도 있다.⁵⁸⁾

2.2 신탁적 소유권이전설

이 설에 의하면, 양도담보권자는 목적물에 대하여 외부적 소유권을 취득한다는 의미에서 양도담보설정자가 처분한 경우에는 횡령죄가 성립한다는 견해⁵⁹⁾가 있고, 다른 한편으로는 내부적으로나마 소유권이 남아 있는 양도담보설정자가 목적부동산을 처분한 경우에는 횡령죄가 성립될 수 없다는 견해⁶⁰⁾도 있다.

2.3 판례(배임죄설)

판례는 양도담보설정계약을 체결한 채무자가 채권자에게 그 소유권이전등기 경료 전에 임의로 그 부동산에 대하여 처분행위를 한 경우에는, 양도담보권자의 채권에 대한 담보능력 감소의 위험이 발생하였으므로, 배임죄를 구성한다고 한다.⁶¹⁾

56) 임웅, 앞의 책, 466쪽; 이재상, 앞의 책, 399쪽.

57) 오영근, 앞의 책, 472쪽; 정영일, 앞의 책, 413쪽.

58) 김성수, 앞의 논문, 141쪽.

59) 서정우, 앞의 논문, 396쪽.

60) 배종대, 앞의 책, 526쪽.

IV. 동산 양도담보와 범죄

1. 양도담보권자의 목적물 처분

1.1 담보물권설

동산 양도담보권도 가담법이 적용되는 부동산 양도담보권과 마찬가지로 일종의 담보물권으로 파악하게 되면, 양도담보설정자는 목적물의 소유권을 유보하고 있으며, 양도담보권자는 일종의 제한물권인 담보권만을 취득한다고 본다.

그렇다면, 양도담보권자는 자신의 권리인 양도담보권을 피담보채권과 함께(담보물권의 부종성) 처분할 수 있음은 물론이다.

그런데 양도담보권자는 목적물을 소유하지도 않고 또한 통상은 목적물의 이용은 양도담보설정자가 할 것이고 그렇다면 양도담보권자는 직접점유를 하지 않을 것이기 때문에 횡령죄의 주체가 되기는 어렵고, 한편 직접 점유를 하지 않는 양도담보권자는 제3자에게 목적물을 처분할 수가 없고 또한 목적 동산의 법률상 보관자의 지위에 있다고도 보기 어렵기 때문에, 그에게 배임죄도 성립할 여지가 없을 것이다.⁶²⁾

그러나 형법상 문제가 되는 것은 양도담보권자가 목적동산을 점유하고 있는 경우이다. 이때에 담보물권설에 의하면 그 목적동산의 소유자는 양도담보설정자이지만, 양도담보권자가 자신의 소유재산이라고 하면서 변제기 전에 제3자에게 임의처분할 수 있다. 이로 인하여 제3자가 선의취득의 요건을 갖춘 경우에는 횡령죄가 성립할 것이다. 그러나 변제기 이후 양도담보권자가 채권실행을 위하여 처분한 경우에는 위탁관계에 대한 배신행위가 없으므로 횡령죄가 성립하지 않을 것이다.⁶³⁾

1.2 신탁적 소유권이전설

이 설에 의하면, 양도담보에 있어서 담보목적물의 소유권은 내부적으로는 양도담보권설정자에게 남아 있고 양도담보권자에게는 담보의 목적범위 안에서 외부적으로 권리가

61) 대법원 2010. 9. 9. 선고 2010도5975 판결.

62) 임웅, 앞의 책, 464쪽.

63) 오영근, 앞의 책, 471쪽.

이전되는 것으로 파악하기 때문에, 양도담보권자가 목적동산을 변제기 전에 임의로 처분한 경우에는 횡령죄가 아니고 배임죄가 성립된다고 하게 될 것이다.⁶⁴⁾

1.3 판례(횡령죄설)

양도담보에 관하여 기본적으로 신탁적 소유권이전설을 취하고 판례⁶⁵⁾는, 양도담보설정자와 양도담보권자 사이의 내부관계를 중시하여 내부적이지만 소유권이 여전히 채무자인 담보설정자에게 남아 있다는 것을 이유로, 양도담보권자는 횡령죄의 주체가 될 수 있다고 한다.⁶⁶⁾

2. 양도담보설정자의 목적물 처분

2.1 처분의 가능성

담보목적인 동산을 양도담보설정자가 점유하고 있는 경우⁶⁷⁾에는 그는 그 동산을 다른 곳에 쉽게 반출할 수 있을 뿐 아니라, 제3자에게 양도하여 선의취득을 시키거나 또는 이중으로 양도담보를 설정함으로써 양도담보권을 침해하기가 쉽다. 이때 양도담보설정자의 민사적 책임은 물론 형사적 책임에 관한 규명이 필요하다. 특히 양도담보설정자가 동산에 대하여 다시 점유개정의 방식으로 이중양도담보계약을 체결한 후 목적물을 타인에게 매각·인도한 경우, 제1채권자 및 제2채권자에 대하여 양도담보설정자가 어떠한 형사책임을 지는가가 문제된다.

64) 김성수, 앞의 논문, 146쪽.

65) 대법원 1989. 7. 25. 선고 89도350 판결.

66) 대법원 1989. 4. 11. 선고 88도906 판결; 대법원 2007. 6. 14. 선고 2005도7880 판결.

67) 민법상의 질권의 경우에는 질권자가 질물을 점유하여야 하는 이른바 점유질을 엄격히 요구하지만(민법 제332조), 양도담보의 경우에는 그러한 것을 요구하지 않는다. 따라서 거래계에서는 점유개정(占有改定)(민법 제190조 참조)이라는 불완전한 공시방법을 통하여 양도담보설정자가 계속 목적물을 점유하면서 사용할 수 있는 양도담보제도가 활용되고 있다.

2.2 목적물의 처분

양도담보설정자가 담보목적인 동산을 임의로 처분한 경우, 그가 지는 죄책에 관하여 학설은 배임죄설과 횡령죄설로 나뉜다.

2.2.1 담보물권설

이 설에 의하면, 양도담보설정자가 목적물을 임의처분하는 것은 자신의 물건을 처분하는 것이므로 횡령죄는 성립하지는 않는다고 할 것이다. 그러나 양도담보설정자가 점유개정에 의하여 목적 동산을 점유하고 있는 경우에는, 그는 양도담보권자가 담보목적 을 달성할 수 있도록 목적물을 보관할 의무를 지게 되고, 채권담보약정에 따라 담보권자 의 사무를 처리하는 자의 지위에 있게 되므로, 자신이 점유하고 있는 목적동산을 임의로 처분하거나 부당히 그 가치를 감소시키는 행위를 하였다면 이러한 의무를 배반하는 것이어서 배임죄는 성립될 수 있다고 한다.⁶⁸⁾

2.2.2 신탁적 소유권이전설

이 설에 의하면, 목적물의 소유자는 대외적 관계에 있어서는 양도담보권자이므로, 양도담보설정자에게는 목적물의 처분권이 없다. 따라서 양도담보설정자가 점유개정의 방법에 의하여 자신이 점유하고 있는 목적동산을 처분하면 그는 자기가 보관하고 있는 타인(양도담보권자)의 재물을 횡령한 것이 되므로 횡령죄를 구성하게 된다고 한다.⁶⁹⁾

2.2.3 법적 성질 불문설(배임죄설)

한편 민법상 양도담보의 법리 구성에 관한 어느 학설에 의하더라도 횡령죄는 성립할 수 없고 배임죄만 성립한다는 견해도 있다. 즉, 담보물권설을 취하는 경우 (대내적·대외적) 소유권은 당연히 양도담보설정자에게 귀속하고, 신탁적 소유권이전설을 취한다고 하더라도 대내적이긴 하지만 양도담보설정자에게 소유권이 있는 것으로 보기 때문에, 설정자가 목적동산을 임의로 처분한 경우에는 횡령죄는 성립할 수 없고 배임죄만 성립할 수 있다고 한다.⁷⁰⁾

68) 손동권/김재운, 앞의 책, 435쪽; 오영근, 앞의 책, 471쪽; 이재상, 앞의 책, 399쪽; 임웅, 앞의 책, 464쪽; 정영일, 앞의 책, 413쪽.

69) 박상기, 앞의 책, 374쪽.

70) 김덕중, “동산 양도담보와 형사책임 - 판례를 중심으로 -”, 법학연구 통권 제36집, 전북대학교 출판부,

2.2.4 판례(배임죄설)

판례는 채무자가 채권자에게 동산을 양도담보로 제공하고 점유개정의 방법으로 목적 동산을 점유하고 있는 경우에는 그 동산의 소유권은 여전히 채무자에게 유보되어 있는 것이어서 채무자는 자기의 물건을 보관하고 있는 셈이 되므로, 담보목적물을 제3자에게 처분하거나 담보로 제공하였다 하더라도 횡령죄를 구성하지 않는다고 한다.⁷¹⁾

그러나 양도담보설정자가 목적 동산을 처분하는 등 부당히 그 담보가치를 감소시키는 행위를 한 경우에는, 대내적 관계에서 채무자는 의연 동산의 소유권을 보유하나 양도담보권자가 담보의 목적을 달성할 수 있도록 이를 보관할 의무를 지게 되어 채권담보의 약정에 따라 담보권자의 사무를 처리하는 자의 지위에 있게 되므로, 형법상 배임죄가 성립한다고 한다.⁷²⁾

2.3 이중양도담보

양도담보설정자가 목적 동산을 단순히 제3자에게 처분한 것이 아니라, 양도담보설정자인 채무자가 제1채권자에게 점유개정에 의한 동산 양도담보로 제공하였다가 다시 제2채권자에게 같은 방법으로 동산 양도담보를 이중으로 제공한 경우, 나아가 그 양도담보설정자가 다시 제3자에게 매각·인도해 준 경우에, 각각의 경우 양도담보설정자의 형사책임이 특별히 문제된다.

2.3.1 담보물권설

이 설을 취하는 때에는, 양도담보설정자인 채무자가 동산을 제1채권자에게 점유개정에 의한 양도담보로 제공하였다가 다시 목적 동산을 제2채권자에게 같은 방법으로 이중의 양도담보를 설정하는 경우, 양도담보설정자는 목적물의 소유권자이므로 제1채권자의 양도담보권과 제2채권자의 양도담보권 모두 유효하고, 다만 제2채권자의 양도담보권은 후순위의 양도담보권을 갖게 될 뿐이므로, 양도담보설정자에게는 아무런 형사상 죄책이 문제되지 않는다고 할 것이다.

그러나 이중의 양도담보를 설정한 후에 양도담보설정자가 또 다시 제3자에게 목적물

2012.9. 119쪽.

71) 대법원 1980. 11. 11. 선고 80도2097 판결; 대법원 2009. 2. 12. 선고 2008도10971 판결 등 참조.

72) 대법원 1983. 3. 8. 선고 82도1829 판결; 대법원 1989. 7. 25. 선고 89도350 판결; 대법원 1998. 11. 10. 선고 98도2526 판결.

을 매각·인도한 경우에는, 양도담보설정자는 제1의 양도담보권자 및 제2의 양도담보권자에 대하여 배임죄의 죄책을 지는지의 문제가 발생한다.

2.3.2 신탁적 소유권이전설

2.3.2.1 이중의 양도담보를 설정만 한 경우

신탁적 소유권이전설을 취한다면, 제1채권자를 위하여 제1의 양도담보가 설정되면 대외적 관계에 있어서는 양도담보권자만이 처분권자에 해당하므로, 양도담보설정자는 제2채권자에게 다시 양도담보를 설정할 수 있는 권한을 가지지 못한다. 그럼에도 양도담보설정자가 제2의 양도담보를 설정하였다면 그 설정은 무효인 것이 원칙이다. 그러나 제2채권자가 선의취득의 요건을 갖추는 때에는 양도담보권을 취득할 수 있으나, 점유개정에 의한 인도으로써는 선의취득이 인정되지 않는다는 입장을 취하게 되면, 제2채권자는 양도담보권을 선의취득할 수 없다. 결국 제1채권자는 여전히 배타적 양도담보권을 보유하고 아무런 재산상 손해가 생기지 않는다.⁷³⁾

여기서 양도담보설정자의 이중의 양도담보 제공행위는 제1의 양도담보권자에 대하여 신뢰관계를 위배하였다고 할 수 있으나, 결과적으로는 그에게 아무런 재산상 손해를 끼치지 않았기 때문에, 배임죄로 의율할 수 없다고 한다.⁷⁴⁾

2.3.2.2. 제2채권자가 양도담보권을 선의취득한 경우

그런데 이러한 제2채권자가 양도담보 목적물인 동산을 양도담보설정자로부터 현실적으로 인도받았고, 그리고 기타의 선의취득의 요건을 갖추었다면, 제2채권자는 양도담보권을 선의취득하게 된다. 그러한 경우에는 처음의 제1채권자의 양도담보권자의 양도담보권은 소멸한다.⁷⁵⁾

위와 같은 경우에는 양도담보설정자가 제1의 양도담보권자에 대하여 담보 목적물을 양도담보의 취지에 맞게 유지·관리하여야 할 의무를 위배한 것이 되고, 따라서 제1채권자에 대하여 배임죄가 성립한다고 한다.⁷⁶⁾

73) 명순구, “점유개정에 의한 동산의 이중양도담보 - 대법원 2000. 6. 23. 선고 99다65066 판결에 대한 비판적 평가”, 고려법학 제40호, 고려대학교 법학연구원, 2003.6, 548쪽.

74) 김덕중, 앞의 논문, 121쪽.

75) 명순구, 앞의 논문, 548쪽.

76) 명순구, 위의 논문, 124쪽.

2.3.2.3 이중의 양도담보설정 후 제3자에게 목적물을 매각한 경우

위에서 본 바와 같이 점유개정의 방법에 의한 이중의 양도담보설정행위가 제1의 양도담보권자에 대해서 원칙적으로 배임죄가 성립되지 않는다고 하더라도, 양도담보설정자가 이중의 양도담보를 설정한 후 다시 목적물을 제3자에게 매각하고 그 제3자에게 목적물에 대한 현실의 인도를 하여 제3자가 소유권을 선의취득한 경우라면, 양도담보설정자는 제1의 양도담보권자에 대하여 배임죄가 성립하는 경우가 발생한다. 왜냐하면 제3자가 소유권을 선의취득함으로써 제1의 양도담보권자가 그의 양도담보권을 상실하게 되어 그의 권리는 침해되기 때문이다. 이 경우 제1의 양도담보권자에 대하여 목적물을 양도담보의 취지에 맞게 관리하여야 할 의무를 부담하는 양도담보설정자는 타인의 사무를 처리하는 자로서 그 의무에 위배하여 목적물을 처분한 것이므로 배임행위가 될 것이다.

한편 이와 같은 경우 제2채권자에 대해서는 양도담보설정자가 어떠한 형사책임을 부담하는가의 문제도 발생한다. 이러한 경우 제2채권자는 양도담보권자도 아닐 뿐 아니라 그가 현실의 인도도 받지 않았으므로 선의취득의 문제도 일어날 여지가 없다. 따라서 점유개정의 방법에 의하여 이중양도담보를 설정한 자는 제1채권자에 대한 경우와 달리, 제2채권자에 대한 관계에서는 그 담보재산의 보전에 협력할 자, 즉 타인의 사무를 처리하는 자의 지위에 있지 않아 배임죄가 성립하지 않는다고 할 것이다.⁷⁷⁾

2.3.3 판례

판례는 위의 신탁적 소유권이전설과 같은 입장을 취하고 있다. 즉, 동산에 대하여 점유개정의 방법으로 이중의 양도담보를 설정한 경우에는, 그 설정은 무효로서 제2의 채권자는 양도담보권을 취득할 수 없다.⁷⁸⁾ 한편 판례⁷⁹⁾에 의하면 점유개정에 의한 인도는 선의취득의 요건으로 인정하지 않으므로, 제2의 채권자는 양도담보권을 선의취득도 할 수가 없다. 따라서 판례는 단순히 이중양도담보의 설정행위만을 한 것만으로는, 제1의 양도담보권자에 대하여 배임죄를 구성하지 않는 것으로 판단하고 있다.⁸⁰⁾

한편 판례는 “채무자가 그 소유의 동산에 대하여 점유개정의 방식으로 채권자들에게

77) 명순구, 위의 논문, 125쪽.

78) 대법원 2004. 12. 24. 선고 2004다45943 판결; 대법원 2005. 02. 18. 선고 2004다37430 판결.

79) 대법원 1978. 1. 17. 선고 77다1872 판결; 대법원 2005. 2. 18. 선고 2004다37430 판결 등.

80) 대법원 1989. 4. 11. 선고 88도1586 판결; 이와 같은 취지의 판결로는 대법원 1990. 2. 13. 선고 89도1931 판결; 대법원 2000. 6. 23. 선고 99다65066 판결; 대법원 2007. 2. 22. 선고 2006도6686 판결 등이 있다.

이중의 양도담보 설정계약을 체결한 후 다시 목적물을 임의로 제3자에게 처분하였다면, 양도담보권자라 할 수 없는 제2의 채권자에 대한 관계에서는, 양도담보설정자인 채무자가 타인의 사무를 처리하는 자에 해당한다고 할 수 없어 배임죄가 성립하지 않는다”고 한다.⁸¹⁾⁸²⁾

V. 형법상 죄책의 혼란에 대한 대책

위에서 양도담보 목적물에 대한 양도담보설정자 또는 양도담보권자의 임의처분에 대한 형법상 죄책에 관하여 학설·판례가 의론이 매우 분분함을 살펴보았다.

그 이유는, 크게 민법적 측면과 형법적 측면의 둘로 나누어 볼 수 있다. 즉, 민법적 측면에서는, 1984년 가담법의 시행으로 인하여 양도담보에 관한 법적 성질에 관한 법리 구성이 그 이전의 법리구성과 달라져야 함에도 불구하고 학설과 판례가 일치하지 못하고 있는데 그 원인을 찾을 수가 있고, 그리고 형법적 측면에서는 횡령죄와 배임죄의 형법상의 구성요건의 추상성으로 인하여 양도담보설정자 또는 양도담보권자의 죄책을 논함에 있어 ‘타인의 물건을 보관하는 자’ 혹은 ‘타인의 사무를 처리하는 자’에 해당 여부를

81) 대법원 2004. 6. 25. 선고 2004도1751 판결 참조.

82) 위 판례의 태도를 비판하는 견해가 있다. 즉, 제2채권자는 무권리자인 채무자로부터 양도담보계약을 체결하였다는 이유에서 배임죄의 성립을 부정한 판례의 태도에 대하여, 제2채권자는 양도담보권을 취득할 수 없는 무권리자라는 것은 제1채권자와의 관계(즉, 채무자의 입장에서 보면 대외적 관계에서의 효력문제)에서만 타당한 논거가 될 수 있을 뿐이다. 그런데 상기 판례에서 문제되는 채무자와 제2채권자의 관계는 순수한 대내적 관계이다. 신탁적 소유권이전설에 따르더라도 채무자와 제1채권자 사이(즉, 대내적 관계)에서 소유자는 채무자이다. 다시 말하면 채무자는 무권리자가 아니라 소유권자이다. 따라서 제2채권자는 소유권자와 양도담보계약을 체결한 것이지 상기한 판례의 태도와 같이 무권리자와 양도담보계약을 체결한 것으로 해석될 수는 없다. 즉, 제2채권자는 유효한 양도담보권을 제1채권자에게는(즉, 대외적으로는) 주장할 수 없겠지만, 채무자에게는(즉, 대내적으로는) 주장할 수 있는 것이다. 따라서 신탁적 소유권이전설에 따르더라도 대내적으로 채무자는 제1채권자는 물론이고 제2채권자에 대해서도 소유자로서의 지위가 인정되는 자로서 담보물을 임의로 처분했기 때문에 제1채권자와 제2채권자 모두에게 배임죄가 성립되는 것으로 해석되어야 한다고 한다(손동권, 앞의 논문, 558~559쪽).

그런데 위 비판견해에 대해서는 또한 반론이 제기되고 있다. 즉, 위의 비판견해는 채무자와 제2채권자 사이의 제2양도담보행위가 유효하다는 것을 전제로 하여 논의를 전개하고 있다. 채무자는 제2양도담보제공행위와 같은 처분행위를 할 수 없는 무권리자이므로 제2채권자 사이에 동산 양도담보행위는 무효로서 제2양도담보행위 자체를 상정할 수 없어 대내적·대외적 관계를 논의할 여지가 없는 것이다. 따라서 제1양도담보행위만 존치하게 되고 여전히 대외적 관계에서 제1채권자는 양도담보물의 소유권자인 것이다. 따라서 판례의 태도가 타당하다고 판단된다고 한다(김덕중, 앞의 논문, 125쪽).

파악함에 있어서 견해가 대립되고 있는데 그 원인을 찾을 수 있다고 하겠다.

아래에서는 좀 더 자세하게 이를 살펴보고 그 대책을 고찰하기로 한다.

1. 목적물의 소유권 귀속의 일원화

1.1 민법상 소유권 귀속관계의 기초

양도담보의 목적물의 처분행위에 따른 형법상 죄책을 논의할 경우에 의율할 수 있는 범죄로는 일반적으로 횡령죄 또는 배임죄가 문제된다. 그런데 횡령죄는 타인의 재물을 보관하는 자가 그 재물을 횡령하거나 반환을 거부하는 것을 내용으로 하는 범죄(형법 제355조 제1항)로서, 다른 사람의 재물에 관한 소유권을 그 보호법익으로 한다.⁸³⁾ 따라서 양도담보 목적물의 처분행위에 대한 죄책을 논의함에 있어서 제일 먼저 검토를 하여야 할 것은 그 목적물에 대한 소유권의 귀속관계라고 할 수 있는데, 타인의 재물인가 또는 자기의 재물인가는 민법에 의하여 결정된다.

1.2 양도담보에 관한 민법상 학설 대립

앞에서(Ⅱ. 1.) 살펴본 바와 같이, 양도담보의 민법학상의 법적 성질에 관하여 학설·판례의 견해(즉, 담보물권설, 신탁적 소유권이전설, 이원설)가 대립되고 있으며, 각각의 입장에 따라 목적물의 소유권 귀속자를 다르게 파악하고 있다.

그런데 형법상 횡령죄의 객체에 해당하는가를 판단하는 기준이 되는 재물의 타인성 여부는 민법에서 판단해 주어야 하는데도, 양도담보의 법적 성질에 관한 학설과 판례의 위와 같은 불일치로 말미암아 형법상 재물의 타인성 여부에 관한 판단에 많은 어려움과 혼란을 주고 있는 것이다.

특히 현행 민법은 ‘신탁행위’에 관해 명문규정을 두고 있지 않음에도 불구하고, 우리의 판례는 이미 일제 강점기의 조선고등법원 판례⁸⁴⁾에서부터 양도담보를 일종의 신탁행

83) 횡령죄는 다른 사람의 재물에 관한 소유권 등 본권을 그 보호법익으로 한다(대법원 2002. 11. 13. 선고 2002도2219 판결; 대법원 2009. 2. 12. 선고 2008도10971 판결).

84) 가장 초기의 조선고등법원 판례를 살펴보면, 1912. 10. 9. 판결은 담보목적으로 매대한 사안에서, 1913. 9. 9. 판결은 문중 소유 토지를 관리의 편의상 문중원의 소유명의로 한 사안에서, 이들을 신탁으로 보거나 신탁의 가능성이 있는 것으로 보았으며, 이러한 신탁은 과거부터 우리나라에서 조리 상 행하여졌다고

위로 보기 시작하여, 현재까지 양도담보를 채권담보를 위한 신탁적 양도로 보는 기본태도에는 변함이 없다. 그런데 이와 같이 양도담보를 양도의 효력을 내부관계와 외부관계로 구별하는 신탁행위로 파악한 것은 권리의 양도가 종국적인 목적이 아니라 채권담보의 수단이라는 것을 설명하기 위한 것으로 생각된다.

1.3 신탁행위론의 재고 필요

대내적으로는 신탁자가 소유권을 보유하고 대외적으로 수탁자가 소유권을 갖는다는 신탁행위이론은 ‘소유권의 상대적 또는 관계적 귀속’을 기본관념으로 하고 있다. 그러나 과연 소유권이 대외적으로는 이전하면서 대내적으로는 이전하지 않는 권리를 인정하는 것이 가능한지는 의문이다.

물권변동에 있어 이른바 형식주의를 취한 현행 민법의 체계 하에서는 소유권의 관계적 귀속은 용인될 수 없는 것이며, 우리 민법이 인정하지 않는 개념이다. 그리고 이러한 소유권의 관계적 귀속은 과거 19세기에 유행했던 개념으로 이미 낡은 이론이다. 현재의 독일이나 스위스에서는 오늘날의 사법체계에 맞는 이론을 취하고 있다. 즉, 양도담보에 있어서 대내·대외의 모든 관계에서 목적물의 소유권은 완전히 채권자에게 이전하고, 다만 채권자는 목적물을 채권담보의 목적을 넘어서 행사해서는 안 될 채무를 부담할 뿐이라는 이론을 택하고 있다.⁸⁵⁾

어쨌든 양도담보에 관한 법적 성질을 그 객체가 부동산인가 동산인가에 따라서 달리 파악하거나, 또는 가담법의 적용대상 여부에 따라서 달리 파악하는 것은 지양하여야 한다. 현재로서 그러기 위해서는 모든 양도담보의 유형에 통일적으로 적용될 수 있는 법리에 관한 새로운 입법적인 조치가 강구되어야 한다. 그 선택지는 양도담보권을 신탁행위이론으로 파악할 것인지, 아니면 양도담보권을 담보물권으로 파악할 것인지 두 가지가 있다고 할 것이다. 만약 양도담보를 신탁행위이론으로 설명하는 입장을 고수하려고 한다면, 종래의 신탁이론 대해서는 이론상의 재고가 있어야 하며, 그 방향은 양도담보권자는 대내외적으로 소유자가 되고, 양도담보설정자는 신탁계약에 따라 계약상의 채권을 갖는 쪽으로 나아가야 할 것으로 생각된다.

한다(김준호, “우리 민법학상의 신탁행위이론에 대한 평가”, 채권법에 있어서 자유와 책임, 김형배교수 화갑기념논문집 간행위원회, 1994, 197쪽.

85) 박윤직/김재형, 앞의 책, 571쪽; 김준호, 위의 논문, 212쪽.

2. 단순한 사법상의 채무불이행과의 명확한 구별기준

2.1 판례의 구별기준

배임죄가 성립하기 위해서는, ① ‘타인의 사무를 처리하는 자’의 ‘임무위배행위’가 있을 것, ② 피해자에게 손해가 발생할 것, ③ 행위자 또는 제3자가 재산상 이익을 취득할 것의 요건이 충족될 것을 필요로 한다(형법 제356조 제2항).⁸⁶⁾

그런데 판례는, 단순한 채무불이행은 형사법상 범죄로 되지 않기 때문에, 배임죄에서 말하는 ‘타인의 사무를 처리하는 자’에 해당한다고 하기 위해서는 당사자 사이에 그 이상의 신임관계가 존재해야 한다고 한다. 다시 말하면, ‘타인의 사무를 처리하는 자’의 지위에 있다고 하기 위해서는, 계약당사자 일방이 자기의 사무인 계약 내용에 좇은 이행을 할 채무 외에 별도로 계약당사자의 신임관계에 기초하여 상대방의 재산을 보호 또는 관리하는 행위에 협력할 의무가 있다고 할 수 있어야 한다는 것이다.⁸⁷⁾

나아가, 이러한 ‘타인의 사무를 처리하는 자’의 지위에 있는 자가 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 행위와 같은 임무위배행위가 있어야 배임죄가 성립한다.

그렇다고 한다면 양도담보설정자 또는 양도담보권자가 임의로 목적물을 처분한 경우, 과연 양도담보설정자와 양도담보권자 모두에게 상대방과의 신임관계에 기초를 둔 상대방 재산의 보호 또는 관리의무의 일환으로서 상대방의 재산보전 행위에 협력할 의무가 존재한다고 할 수 있는지가 핵심적 논점이 된다.

나아가, 이러한 의무를 지고 있는 자가 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 행위는 상대방의 정당한 신뢰를 저버리는 것으로 비난가능성이 매우 높은 전형적인 임무위배행위에 해당한다고 볼 수 있는지의 여부까지도 검토되어야 할 것이다.⁸⁸⁾

86) 대법원 2003. 9. 26. 선고 2003도763 판결; 대법원 2004. 6. 17. 선고 2003도7645 전원합의체 판결; 대법원 2012. 3. 15. 선고 2010도3207 판결 등.

87) 대법원 2011. 1. 20. 선고 2008도10479 전원합의체 판결 중 다수의견에 대한 대법관 김지형, 대법관 이홍훈, 대법관 김능환의 보충의견.

88) 물론 이러한 요건 이외에도, 임무위배행위 인하여 상대방에게 손해가 발생하였는지, 그리고 행위자 또는

2.2 양도담보 당사자의 의무 내용

민법학에서는 종래 양도담보계약을 “채권을 담보할 목적으로 목적물의 재산을 양도하며, 채무불이행이 있는 때에는 그 목적물로부터 채권을 변제받기로 하는 내용의 계약”이라고 설명해 오고 있다.⁸⁹⁾⁹⁰⁾

그리고 이어서 양도담보설정자와 양도담보권자 사이의 대내적 효력으로서, 서로 목적물보관 의무가 있다고 한다. 즉, 양자는 서로 양도담보설정계약에 따라 목적물의 처분·멸실·훼손 등으로 상대방의 권리를 소멸시키거나 기타 이를 해치지 않을 계약상의 의무를 부담한다고 한다. 따라서 한 쪽 당사자에게 자신의 권리를 잃는 것과 같은 사태가 발생한 때에는, 상대방에 대하여 채무불이행에 의한 손해배상책임을 물을 수 있다고 한다.

특히 양도담보권자는 자기가 취득한 권리를 담보목적에 초과하여 행사하지 않아야 할 의무를 부담한다. 따라서 채권의 변제가 도래 후 청산금을 지급할 때까지 양도담보권자는 목적물을 처분하지 못한다(가담법 제4조 참조). 양도담보권자가 이러한 의무를 위반한 때에는 양도담보설정계약 위반이 되고, 그는 채무불이행으로서 양도담보설정자에 대하여 손해배상 의무를 부담하게 된다.

한편 양도담보설정자도 목적물을 용익하는 경우에는 양도담보권자가 담보목적에 달성할 수 있도록 목적물을 보관·이용할 의무를 진다. 만일 양도담보설정자가 목적물을 부당하게 처분하거나 훼손하면, 역시 채무불이행으로 양도담보권에 대하여 손해배상책임을 진다고 한다.⁹¹⁾

제3자가 재산상 이익을 취득하였는지의 요건도 충족되어야 배임죄가 성립된다고 할 것이다.

89) 고상룡, 앞의 책, 774쪽; 박윤직/김재형, 앞의 책, 575쪽; 송덕수, 앞의 책, 566쪽. 그런데 양도담보계약에 관한 이와 같은 설명의 바탕에는 양도담보에 관한 법적 성질을 신탁적 소유권이전으로 파악하는 입장에서 있다고 할 수 있다. 이에 대해, 담보물권설의 입장에서 양도담보계약을 파악한다면, “채권을 담보할 목적으로 목적물의 재산을 이전하는 형식을 취하고, 채무불이행이 있는 때에는 그 목적물로부터 채권을 변제받기로 하는 내용의 계약”이라고 할 것이다(이상태, 앞의 책, 594쪽).

90) 이러한 양도담보계약 이외에 당사자 사이에 소비대차 기타 피담보채권의 발생원인이 되는 계약이 존재한다. 그러나 많은 경우에 이와 같은 피담보채권을 발생시키는 계약은 양도담보계약과 함께 체결된다.

91) 고상룡, 앞의 책, 777~779쪽; 박윤직/김재형, 앞의 책, 580쪽; 송덕수, 앞의 책, 573쪽; 이상태, 앞의 책, 596쪽.

2.3 배임죄 성립을 위한 당사자의 의무

양도담보설정자 또는 양도담보권자가 임의로 목적물을 처분한 경우, 단순한 채무불이행책임을 지는 것을 넘어서 형법상 배임죄의 죄책까지 지우기 위해서는, 판례는 계약당사자 일방이 자기의 사무인 계약 내용에 좇은 이행을 할 채무 외에 별도로 계약당사자의 신임관계에 기초하여 상대방의 재산을 보호 또는 관리하는 행위에 협력할 의무가 있다고 할 수 있어야 한다고 한다.

그렇지만 양도담보계약의 대내적 효력에 관한 위의 민법학상의 설명(V.2.2)을 보더라도, 이와 같은 상대방의 재산을 보호 또는 관리하는 행위에 협력할 의무가 양도담보계약 내용에 좇은 이행을 할 채무 이외에 별도의 계약당사자의 신임관계에 기초하여 상대방의 재산을 보호 또는 관리하는 행위에 협력할 의무라 할 수 있을 것인가 불분명하다.

또한 예컨대 판례⁹²⁾도 “채권의 담보를 목적으로 부동산의 소유권이전등기를 경료받은 채권자는 채무자가 변제기일까지 그 채무를 변제하면 채무자에게 그 소유명의를 환원하여 주기 위하여 그 소유권이전등기를 이행할 의무가 있으므로 그 변제기일 이전에 그 임무에 위배하여 이를 제3자에게 처분하였다면 변제기일까지 채무자의 변제가 없었다 하더라도 배임죄가 성립한다”고만 판시하고 있어, 양도담보에 있어서 “채무자가 변제기일까지 그 채무를 변제하면 채무자에게 그 소유명의를 환원하여 주기 위하여 그 소유권이전등기를 이행할 의무”가 양도담보계약 내용에 좇은 이행을 할 채무인지, 아니면 별도의 계약당사자의 신임관계에 기초하여 상대방의 재산을 보호 또는 관리하는 행위에 협력할 의무인지를 밝히지 않아 아쉬움을 남기고 있다고 하겠다.⁹³⁾

92) 대법원 2007. 1. 25. 선고 2005도7559 판결.

93) 다만, 동산양도담보의 경우 담보설정자의 목적물처분행위가 형법상 배임죄가 성립하는 이유를 구체적으로 논의하고 있는 대법원 2011. 1. 20. 선고 2008도10479 전원합의체 판결이 있다.

먼저 ① 위 판결의 다수의견에 대한 대법관 김지형, 대법관 이흥훈, 대법관 김능환의 보충의견에서는, 담보권설정자를 배임죄의 주체인 타인의 사무처리자로 볼 ‘여지가 있게 되는’ 이유로서, “양도담보권자에게 이미 담보권이 귀속되어 양도담보권자가 담보목적물에 대하여 대외적으로 소유권을 갖게 되고 담보권 설정자는 담보목적물을 그대로 사용·수익하면서 이를 양도담보권자의 재산으로서 보호·관리하여야 할 의무를 부담하는 지위에 있다는 점”을 들고 있다.

이에 대하여 ② 반대의견에 대한 대법관 안대희, 대법관 양창수, 대법관 민일영의 보충의견에서는, 동산양도담보거래의 안전성 보장이라는 측면에서 설명하고 있다. 즉, 담보동산 이중처분이 현실에서 문제되는 사안은 담보제공자가 점유개정 등을 통하여 중전의 현실적 점유를 그대로 유지하고 있다가 이를 제3자에게 양도하는 등으로 처분하여 목적물에 대한 채권자의 소유권을 상실시키는 경우인데, 이러한 경우에 양도담보설정자는 비록 이제 목적물의 소유권은 채권자에게 이전되었지만 자신이 전과 다름없이 목적물을 현실적으로 점유하는 것을 이용하여 여전히 그 물건의 소유자라고 자처하면서 이를 진정한 소유자인

따라서 배임죄가 성립한다고 판단함에 있어서는, 양도담보계약에 있어서 당사자 일방이 자기의 사무인 계약 내용에 좇은 이행을 할 채무 외에 어떤 근거에서 별도로 계약당사자의 신임관계에 기초하여 상대방의 재산을 보호 또는 관리하는 행위에 협력할 의무를 인정할 수 있는지에 관한 분명한 이론적 근거가 제시되어야 할 것이다.

3. 횡령죄와 배임죄의 명확한 관계설정

앞에서 본 바와 같이 양도담보설정자 또는 양도담보권자가 목적물을 임의로 처분했을 때 지는 형법상 죄책에 관하여 학설에 따라 횡령죄가 성립될 것인가 아니면 배임죄가 성립될 것인가의 다툼이 있다. 그렇다면 여기서 횡령죄가 성립되는 것으로 보든, 아니면 배임죄가 성립되는 것으로 보든 결과적으로는 아무런 법률적으로 차이가 없는가에 관한 의문이 제기된다.

3.1 횡령죄·배임죄의 관계

3.1.1 특별관계설

형법학계의 다수견해는 횡령죄와 배임죄와의 관계를 특별·일반의 관계에 있는 것으로 파악하여, 배임죄는 횡령죄를 포함하게 되고 횡령죄는 배임죄에 대하여 특별관계에 있게 된다고 한다. 이에 의하면, 횡령죄가 성립하면 배임죄는 법조경합의 관계에 의하여 배임죄는 별도로 성립하지 않게 된다. 그 이유로는, ① 형법은 배임죄를 횡령죄와 같은 조문의 제1항과 제2항에서 그리고 법정형도 동일하게 규정하고 있으며, 특히 배임죄의 본질을 배신설에 의하여 파악하는 이상, 배임죄와 횡령죄는 신임관계를 위배한다는 점에서 그 본질을 같이 하며, 다만 실정법상 표현에 있어서 배임죄는 ‘임무를 위배하는

것처럼 제3자에게 처분할 수 있는 가능성을 가지게 된다. 뒤집어 말하면, 채권자는 위와 같은 담보제공자의 배신적 처분행위로 인하여 자신의 권리를 상실하게 되는 등의 역시 현저하고도 중대한 위험에 처하게 된다. 여기서 동산양도담보가 주로 신용을 얻는 사람의 편익을 위하여 행하여진다는 점, 동산양도담보가 오늘날의 신용거래에 있어서 중차대한 의미를 가지는 점 등을 고려하여, 위와 같은 위험을 실현시켜 허용될 수 없는 불법의 이익을 취한 담보제공자에게 형사적 제재를 가함으로써 그러한 위험을 감수하면서까지 신용의 현실적 이익을 준 채권자를 보호하여 동산양도담보거래의 안전성을 보장하려고 하는 것이 양도담보설정자에게 배임죄를 인정하는 취지라고 한다. 요컨대 양도담보권자가 양도담보의 목적물을 취득한다는 것만으로 담보권설정자와의 사이에 ‘거래관계상 보호되는 신임관계’에 있을 수 있고 따라서 그를 배임죄의 주체가 되는 ‘타인의 사무를 처리하는 자’에 해당한다고 하는 것도 긍정될 수 있다고 설명하고 있다.

것'으로, 횡령죄는 '횡령하는 것'으로 표현되어 있을 뿐인 점, ② 그리고 배임죄의 객체는 재산상 이익이고, 횡령죄의 객체는 개개의 재물이다. 또 배임죄의 주체는 타인의 재산사무를 처리하는 자이나, 횡령죄의 주체는 타인의 재물을 보관하는 자이다. 여기서 횡령죄의 객체인 재물은 배임죄의 객체인 재산상 이익에 포함되고, 횡령죄의 주체인 타인의 재물을 보관하는 자는 배임죄의 주체인 타인의 사무를 처리하는 자에 포함되며, 횡령죄의 횡령하는 행위는 배임죄에서 말하는 일종의 임무를 위배하는 행위에 포함된다는 점을 든다.⁹⁴⁾

3.1.2 택일관계설

이에 대하여, 우리 형법의 조문체계는 횡령과 배임죄에서 뿐만 아니라 강도·사기·공갈죄에 있어서도 재물과 재산상의 이익을 구별하여 사용하고 있음으로 보아 두 개념은 상호 배척적이고 택일적이라고 할 것이므로, 당연히 횡령죄와 배임죄의 관계도 법조경합 중 택일관계라고 주장하는 견해가 있다.⁹⁵⁾

그 이유로 드는 것은 다음과 같다. ① 재산은 유형, 무형의 재산적 가치를 총칭하는 개념이다. 이 재산 가운데 유체물 및 전기 기타 관리할 수 있는 동력(형법 제346조, 민법 제98조)이 재물로서 소유권의 대상이 된다. 재물을 제외한 재산의 구성부분('재산상 이익')은 기타 재산권의 객체가 될 뿐 소유권의 객체는 되지 않는다. 결국 우리 형법의 조문체계는 횡령과 배임죄에서 뿐만 아니라 강도·사기·공갈죄에 있어서도 재물과 재산상의 이익을 구별하여 사용하고 있는 것을 볼 때 두 개념은 상호 배척적이고 택일적이라고 할 것이다(다만, 재산상 이익은 전체 재산에서 재물을 제외한 것이라는 관점에서 양자의 논의는 횡령죄를 먼저 검토하고 배임죄를 논하는 순서로 진행되어야 한다). ② 횡령죄와 배임죄가 배신행위를 공통적 토대로 하고 있음은 부인할 수 없으나, 횡령죄와 배임죄의 실행행위가 각각 '횡령하는 것'과 '임무에 위배하는 것'으로 대응하는 것은 아니다. 배임죄의 경우에는 '임무에 위배하는 행위' 이외에 '재산상의 이익을 취득하는 행위'와 '본인에게 손해를 가하는 행위'가 실행행위의 요소로 형법 조문에 명시되어 있다. ③ 횡령죄는 개개의 재물의 소유권을 침해하는 죄이다. 배임죄는 전체로서의 재산, 즉 재산상의 이익에 대한 죄이다. 다만 재산상의 이익에 대한 죄라는 것은 침해의 대상

94) 박상기, 앞의 책, 365쪽; 배종대, 앞의 책, 571쪽; 이재상, 앞의 책, 388쪽; 이영란, 앞의 책, 430쪽; 임웅, 앞의 책, 445쪽.

95) 신동운, "한국형사법학의 새로운 지평", 유일당오선주교수 정년기념논문집 간행위원회, 2001, 317쪽 이하.

(취득의 객체)이 재산상의 이익이라는 것이지, 행위의 객체가 재산상 이익이라는 의미가 아니다. 배임죄에 있어서 배임행위의 객체에는 제한이 없으므로 재물일 수도 있고 재산상 이익일 수도 있다.

3.2 횡령죄·배임죄의 구별 실익

3.2.1 구별실익 부정설

양도담보의 목적물은 어느 학설에 의하더라도 대내적으로는 양도담보설정자에게 소유권이 유보될 뿐만 아니라, 나아가 횡령죄와 배임죄의 죄질이 동일하고 동일한 법조가 적용되며 동일한 형량이 귀속되기 때문에, 이론이야 어떻든 횡령죄에 해당하는가 배임죄에 해당하는가를 따지는 것은 실무상으로는 하등 실익이 없는 노력이라고 주장하는 견해가 있다.⁹⁶⁾

3.2.3 구별실익 인정설

한편 양도담보 목적물의 임의처분행위가 횡령죄에 해당하는가 배임죄에 해당하는가는 전혀 무의미한 것이 아니라는 것을 예를 들어 설명하는 견해도 있다.⁹⁷⁾

먼저, 다음과 같은 사례를 든다. 즉, “갑은 을에게 3억 원을 빌려주면서 그 담보로 을 소유의 시가 6억 원 상당 부동산에 대해 자신의 명의로 소유권이전등기를 경료한 후 그 변제기 전에 병에게 위 부동산을 6억 원에 매도하고 소유권이전등기까지 경료하여 주었다. 그런데 병으로부터 위 부동산을 매수함에 있어 중대한 과실로 양도담보로 제공된 부동산임을 알지 못하였다.”(사례1).

위 사례1에서 횡령죄설에 따르면, 갑은 담보부동산 자체를 횡령한 것이므로 횡령행위로 인하여 취득한 이익액은 6억 원이라고 볼 수밖에 없고, 따라서 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률에 의하여 가중처벌된다.⁹⁸⁾ 그러나 배임죄설에 따르면, 담보부동산의 처분가액에서 채무의 원리금과 비용을 공제한 잔액 상당의 재산상 이익을 취득한 것으로

96) 손동권, “양도담보물을 임의 처분한 경우의 형사책임”, 형사정책연구 제20권 제1호(통권 제77호), 한국형사정책연구원, 2009년 봄호, 551쪽; 서정우, 앞의 논문, 402쪽.

97) 박동률, 앞의 논문, 371~373쪽.

98) 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조에 의하면, 형법 제355조(횡령·배임) 또는 제356조(업무상의 횡령과 배임)의 죄를 범한 사람은 그 범죄행위로 인하여 취득하거나 제3자로 하여금 취득하게 한 재물 또는 재산상 이익의 가액이 5억원 이상일 때에는 가중처벌된다.

보아야 할 것이므로, 갑이 배임행위로 취득한 이익액은 3억 원(매도가격 6억 원~채권 3억 원)이어서 위의 특가법이 적용되는 것이 아니라 형법상의 단순배임죄로 처벌된다.

그리고 위의 사례1에서, 민사적으로는 병은 악의가 아니므로 소유권을 취득한다.⁹⁹⁾ 그런데 횡령죄설에 의하면, 중과실로 담보부동산을 취득한 병에 대해서 중과실장물 취득죄의 성립을 인정할 것으로 보인다. 즉, 갑이 병에게 소유권이전등기를 하여 줌으로써 횡령죄가 기수에 달하는 것과 동시에 담보부동산은 장물이 되기 때문이다. 그렇다면 병은 민사법적으로는 유효하게 소유권을 취득한 것이 되면서도 형사법적으로는 중과실장물취득죄가 성립된다는 모순에 봉착하게 된다. 한편 배임죄설에 따르면, 담보부동산은 배임행위에 제공된 물건이지 배임행위로 취득한 물건이 아니어서, 중과실장물취득죄가 성립하지 아니하므로 위와 같은 모순은 결코 발생하지 않는다는 것이다.

또 다른 사례를 든다. 즉, “갑은 2000년 2월 1일 변제기의 약정 없이 을에게 1억 원을 빌려주면서 그 담보조로 을 소유의 시가 5억 원 상당 부동산에 대해 소유권이전등기를 경료한 후 같은 달 15일, 자신의 채권자인 병에게 채권최고액 5천만 원의 근저당권을 설정하여 주었다가 2007년 5월 1일 위 부동산을 정에게 5억 원에 매도하고 소유권이전등기를 하여 주었다.”(사례2)

위의 사례2에서, 횡령죄설에 따르면, 갑이 병에게 근저당권을 설정해 준 행위가 담보 부동산에 대한 횡령행위가 되고, 그 후 정에게 매도한 행위는 불가벌적 사후행위에 해당하여 처벌할 수 없다. 그런데 2000년 2월 15일의 횡령행위는 공소시효가 완성되었으므로 처벌할 수 없고 결국 갑은 어떤 행위로도 처벌되지 않아 처벌에 공백이 생긴다. 그러나 배임죄설에 따르면, 배임죄의 객체가 재산상 이익이므로 병에게 저당권을 설정하여 준 행위와 정에게 소유권이전등기를 하여 준 행위는 모두 배임죄에 해당 하며, 비록 근저당권 설정에 의한 배임행위의 공소시효가 완성되었다고 하더라도 매도에 의한 배임행위를 처벌할 수 있어 처벌에 공백이 생기지 않는다는 것이다.

3.2.4 판례

판례는 횡령죄와 배임죄가 다 같이 신임관계를 기본으로 하고 있는 재산범죄로서 그 형벌에 있어서도 같은 조문에 규정되어 경중의 차이가 없으므로 배임죄에 해당하는데도 횡령죄로 처벌하였다거나 그 반대라고 하여 그러한 법령적용의 잘못은 판결결과에 영향을 미치는 것이 아니고,¹⁰⁰⁾ 배임죄로 기소된 공소사실에 대하여 공소장변경 없이도

99) 가담법 제11조 단서.

횡령죄를 적용하여 처벌할 수 있다¹⁰¹⁾고 함으로써, 두 죄의 구별을 무의미한 것으로서 취급하고 있다고 하겠다.

3.3 횡령죄·배임죄의 관계에 관한 새로운 시각

횡령죄와 배임죄와의 관계를 특별·일반의 관계로 파악할 것인가, 아니면 택일관계로 파악할 것인가의 문제는 단순히 두 범죄의 관계 자체의 문제만으로 끝나는 것이 아니라, 두 범죄의 구성요건의 해석까지도 전반적으로 달라지는, 범죄의 형법상 체계에 관한 중요한 문제가 된다.

그리고 두 범죄의 죄질이 같고 또한 그 형별도 경중의 차이가 없으므로, 어느 죄로 처벌하든 하등의 영향이 없다고 하는 것은 재고를 요한다고 하겠다. 위의 반대의견에서 살펴보았듯이, 어느 범죄를 적용하는가에 따라 구체적인 법률관계에 많은 차이가 생기고, 또한 배임죄로 기소된 공소사실에 대하여 공소장변경 없이도 횡령죄를 적용하여 처벌할 수 있다고 하는 것은 일반국민의 상식에도 명백히 어긋날 뿐 아니라, 개인의 운명이 좌우되는 범죄의 성립에 관한 문제를 너무 소홀하게 다루고 있는 것이 아닌가 생각된다.

비록 형법은 횡령과 배임의 죄를 같은 장(제40장), 같은 조문(제355조)의 다른 항(제1항 및 제2항)에서 구성요건만 달리하여 나란히 규정하고 있으며, 양 죄의 법정형을 동일하게 하여 같은 죄질의 재산범죄임을 나타내고 있다고 하더라도, 종래 통설처럼 횡령죄와 배임죄와의 관계를 특별·일반의 관계로 파악하는 시각을 떠나서, 양자는 독립한 별개의 범죄로서 양자는 택일관계에 있으며, 또한 위에서 본 바와 같이 구별의 실익도 있다고 하는 새로운 시각에서도 횡령죄와 배임죄를 파악하는 이론의 타당성 여부에 관한 깊은 논의가 진행되기를 기대해 본다.

4. 횡령죄·배임죄의 구성요건에 관한 정치한 해석론

형벌법규의 해석은 엄격하여야 하고, 명문규정의 의미를 피고인에 불리한 방향으로

100) 대법원 1975. 4. 22. 선고 75도123 판결; 대법원 1990. 3. 27. 선고 89도1083 판결; 대법원 1990. 6. 8. 선고 89도1417 판결; 대법원 1990. 11. 27. 선고 90도1335 판결; 대법원 2006. 5. 26. 선고 2003도8095 판결; 대법원 2006. 6. 27. 선고 2006도1187 판결.

101) 대법원 1999. 11. 26. 선고 99도2651 판결; 대법원 2000. 9. 8. 선고 2000도258 판결.

지나치게 확장하거나 유추해석하는 것은 죄형법정주의의 원칙에 어긋나는 것으로서 허용되지 않는다. 또한 민법의 대표적인 법적 제재수단은 손해배상인데 반하여, 형법은 법적 제재수단으로 형벌이라는 것을 사용한다. 그러나 형법이 사용하는 형벌은 사회통제 수단 중 가장 강력한 수단인 관계로, 민법·행정법 등 다른 법률에서 인정되는 법적 제재수단이 더 이상 작동할 수 없을 때 한하여 예외적으로 형법의 제재수단인 형벌이 투입되어야 한다(형법의 보충성·최후수단성·단편성).

그렇다고 한다면 앞으로 위와 같은 새로운 시각에서 현행 형법상의 횡령죄의 구성요건인 ① ‘타인의 재물을 보관’할 것, ② 횡령 또는 반환을 거부할 것과, 배임죄의 구성요건인 ① ‘타인의 사무를 처리하는 자’의 ‘임무위배행위’가 있을 것, ② 피해자에게 손해가 발생할 것, ③ 행위자 또는 제3자가 재산상 이익을 취득할 것 등 모든 요건에 관한 더욱 엄격하고 정치한 해석론이 요구된다고 하겠다.¹⁰²⁾

VI. 결 론

양도담보의 경우 민법상으로 목적물의 ‘소유자’가 과연 누구인가에 따라서, 또한 형법상으로는 ‘타인의 재물을 보관하는 자’(횡령죄)에 해당하는가 또는 ‘타인의 사무를 처리하는 자’(배임죄)에 해당하는가와 관련하여, 양도담보설정자 또는 양도담보권자의 목적물 처분행위에 관하여 이들이 지는 형법상 죄책이 횡령죄에 해당하는가, 아니면 배임죄에 해당하는가에 관하여 민법학에서는 물론이고 형법학에 있어서도 견해가 매우 다양하고 복잡하게 전개되고 있다.

그런데 이와 같이 사실관계는 하나인데, 민법상 소유권의 유무에서부터 견해가 갈라지고, 나아가 형법상 유·무죄 여부에 차이가 생긴다고 한다면, 법 적용에 있어서 예측가능성과 법적 안정성이 훼손됨은 물론, 어떤 사람에게는 생활의 터전을 빼앗기기도 하여 헌법상 인정되고 있는 재산권의 보장이 유명무실해질 수 있으며, 심지어는 전과자가 되어 평생 불행한 삶을 살아가게 처지가 되느냐 마느냐의 매우 중대한 문제에 봉착하게 된다. 이러한 기이한 현상을 수범자인 일반 국민의 입장에서는 과연 어떻게 이해하고

102) 특히 형법 학자 사이에서 해석론이 나뉘고 있는 횡령죄의 객체인 ‘타인의 재물’과 그 주체인 ‘타인의 재물을 보관하는 자’의 의미에 관한 정치한 이론이 요구되고 있으며, 배임죄의 주체인 “타인의 사무를 처리하는 자”의 의미에 관한 정치한 이론이 요구된다. 이에 관한 자세한 논의는 형법학으로 돌린다.

수궁할 수 있을 것인지는 의문이 든다.

본고에서는 부동산양도담보와 동산양도로 나누어 목적물의 처분행위에 관한 민법상 이론과 형법상 죄책에 관한 우리의 학설과 판례의 논의들을 살펴 본 후, 형법상 죄책에 관한 여러 견해들의 혼란에 대한 대책을 모색해 보았다.

첫째, 양도담보에 대한 민법학상의 다양한 해석론을 지양하고, 모든 양도담보의 유형에 통일적으로 적용될 수 있는 법리가 입법적으로 강구되어야 한다. 그 선택지는 양도담보권을 신탁행위이론으로 파악할 것인지, 아니면 담보물권으로 파악할 것인지 두 가지가 있을 것이다. 만약 전자의 입장을 고수하려고 한다면, 종래의 신탁행위이론에 대한 이론상의 재고가 있어야 하며, 그 방향은 양도담보권자가 대내외적으로 소유권자가 되고, 양도담보설정자는 신탁계약에 따라 계약상의 채권만을 갖는 쪽으로 나가야 할 것이다.

둘째, 우리 형법상의 배임죄는 그 내용상 개인의 사적 자치를 보장하는 사법의 활동영역에 대하여 민사적 수단에 의한 분쟁의 해결 이전에 국가 형벌권의 개입을 가능하게 한다는 점에서, 그 어느 형법 조문보다 개인의 경제활동의 자유를 침해할 위험이 크다. 더구나 배임죄의 구성요건이 지나치게 포괄적이어서 고의가 아닌 단순한 과실까지 처벌하는 사례가 발생할 가능성이 크다. 또한 단순한 채무불이행은 형사법상 범죄로 되지 않기 때문에, 배임죄에서 말하는 ‘타인의 사무를 처리하는 자’가 개인의 자유를 침해할 위험한 지위에 있다고 하기 위해서는, 계약당사자 일방이 자기의 사무인 계약 내용에 좇은 이행을 할 채무 외에 별도로 계약당사자의 신임관계에 기초하여 상대방의 재산을 보호 또는 관리하는 행위에 협력할 의무가 있다고 할 수 있어야 한다.

따라서 양도담보계약에 있어서도 배임죄의 성립을 판단함에 있어서 당사자 일방이 자기의 사무인 계약 내용에 좇은 이행을 할 채무 외에 어떤 근거에서 별도로 계약당사자의 신임관계에 기초하여 상대방의 재산을 보호 또는 관리하는 행위에 협력할 의무를 인정할 수 있는지에 관한 분명한 이론적인 설명이 제시되어야 할 것이다.

셋째, 비록 형법은 횡령과 배임의 죄를 같은 장(제40장), 같은 조문(제355조)의 다른 항(제1항 및 제2항)에서 구성요건만 달리하여 나란히 규정하고 있으며, 양 죄의 법정형을 동일하게 하여 같은 죄질의 재산범죄임을 나타내고 있다고 하더라도, 종래 통설처럼 횡령죄와 배임죄와의 관계를 특별·일반의 관계로 파악하는 시각으로부터 떠나서, 양자는 독립한 별개의 범죄로서 양자는 택일관계에 있으며, 또한 위에서 본 바와 같이 구별의 실익도 있으므로, 앞으로 이와 같은 새로운 시각으로 횡령죄와 배임죄를 파악하는 이론이 구성되기를 제안한다.

넷째, 민법의 대표적인 법적 제재수단은 손해배상인데 반하여, 형법은 법적 제재수단으로 형벌이라는 것을 사용한다. 그러나 형법이 사용하는 형벌은 사회통제 수단 중 가장 강력한 수단인 관계로, 민법·행정법 등 다른 법률에서 인정되는 법적 제재수단이 더 이상 작동할 수 없을 때 한하여 예외적으로 형법의 제재수단인 형벌이 투입되어야 한다(형법의 보충성·최후수단성·단편성).

그렇다고 한다면 앞으로 위와 같은 새로운 시각에서 현행 형법상의 횡령죄의 구성요건인 ① ‘타인의 재물을 보관’할 것, ② 횡령 또는 반환을 거부할 것과, 배임죄의 구성요건인 ① ‘타인의 사무를 처리하는 자’의 ‘임무위배행위’가 있을 것, ② 피해자에게 손해가 발생할 것, ③ 행위자 또는 제3자가 재산상 이익을 취득할 것 등 모든 요건에 관한 더욱 엄격하고 정치한 해석론이 요구된다고 하겠다.

끝으로 계약상 채무불이행 자체를 형사범죄로 처벌하는 채무불이행죄를 두고 있지 않은 우리 형사법제의 태도를 굳이 강조하지 않더라도, 사법상 채무불이행에 해당하는 계약위반행위를 배임죄로 의율하는 것은 온당하지 않으므로, 개인의 사적 자치가 보장되어야 하는 자율적 영역에 대한 형벌권의 과도한 개입으로 인하여 개인의 자유를 침해한다거나 사적 영역에서 합리적이고 자율적인 이해관계 조정을 침해해서는 안 된다는 점을 강조해둔다.

참고문헌

1. 단행본

- 고상룡, 물권법, 법문사, 2002.
- 곽윤직/김재형, 물권법(제8판; 전면개정), 박영사, 2014.
- 김상용, 채권각론, 화산미디어, 2009.
- 박상기, 형법각론(제8판), 박영사, 2011.
- 배종대, 형법각론(제8전정판), 홍문사, 2013.
- 손동권/김재운, 새로운 형법각론, 을곡출판사, 2013.
- 송덕수, 물권법, 박영사, 2012.
- 신동운, 한국형사법학의 새로운 지평, 유일당오선주교수 정년기념논문집 간행위원회, 2001.
- 양창수/김형석, 권리의 보전과 담보, 박영사, 2012.
- 오영근, 형법각론(제2판), 박영사, 2009.
- 이상태, 물권법(9정판), 법원사, 2015.
- 이영란, 형법학(각론강의)(제3판), 형설출판사, 2013.
- 이은영, 물권법(제4판), 박영사, 2006.
- 이재상, 형법각론(제9판), 박영사, 2013.
- 이형국, 형법각론, 법문사, 2007.
- 임 응, 형법각론(제5정판), 법문사, 2013.
- 정성근/박광민, 형법각론(제3판), 삼지원, 2008.
- 정영일, 형법각론(제3판), 박영사, 2011.

2. 학술지

- 김덕중, “동산 양도담보와 형사책임 - 판례를 중심으로 -”, 법학연구 통권 제36집, 전북대학교 출판부, 2012.9, 111-132쪽.
- 김동옥, “신축건물 양도담보권자의 제3자에 대한 지위”, 판례연구14집, 부산판례연구회, 2003, 167-202쪽.

- 김성수, “민법상 양도담보와 형법상 재산범죄 - 기본개념과 상호관련성을 중심으로 -”, 경찰법연구 창간호(1-1), 한국경찰법학회, 2003, 120-154쪽.
- 김준호, “우리 민법학상의 신탁행위이론에 대한 평가”, 채권법에 있어서 자유와 책임, 김형배교수 화갑기념논문집 간행위원회, 1994, 209-235쪽.
- 명순구, “점유개정에 의한 동산의 이중양도담보 - 대법원 2000.6.23. 선고 99다 65066 판결에 대한 비판적 평가”, 고려법학 제40호, 고려대학교 법학연구원, 2003.6, 213-239쪽.
- 박동률, “가등기담보법 시행과 부동산 양도담보권자의 처분행위의 죄책”, 법학논고 제32집, 경북대학교 법학연구원, 2010.2, 357-388쪽.
- 박성수, “배임죄와 타인의 사무를 처리하는 자”, 법조 제46권 제4호(통권 487호), 법조협회, 1997, 127-156쪽.
- 박홍내, “동산의 양도담보-대법원 2005.2.18. 선고 2004다37430 판결-”, 법조 제54권 제12호(통권 591호), 법조협회, 2005.12, 261-292쪽.
- 서정우, “변칙담보권과 형사책임”, 재판자료 제13집, 법원도서관, 1982, 377-406쪽.
- 손동권, “부동산처분행위와 관련한 횡령죄와 배임죄의 구별문제”, 현대법학의 이론(우재 이명구박사 화갑기념논문집(3)), 1996, 573-606쪽.
- 허익범, “양도담보와 배임죄(하)”, 형평과 정의 제4집, 대구지방변호사회, 1989, 107-130쪽.
- 허일태, “배임죄에서의 행위주체와 손해의 개념”, 비교형사법연구 제6권 제2호, 한국비교형사법학회, 2005, 137-158쪽.
- 호제훈, “신축건물에 설정된 양도담보에 관한 몇 가지 문제 - 대법원 2001.1.5. 선고 2004다47682 판결”, 민사판례연구 제24권, 박영사, 2002, 90-115쪽.

3. 학위논문

- 문형섭, “배임죄에 관한 연구”, 박사학위논문, 호남대학교 대학원, 2001.

[Abstract]

Disposal of the Property secured through the Security by Means of Transfer and Penal Responsibility under the Criminal Act

Lee, Sang-Tae*

When the Creator of Security Right by Means of Transfer or the Holder of Security Right by Means of Transfer arbitrary disposes of the secured property, views concerning what penal responsibility is assumed on that person have been very diversely and complicatedly unfolding in the academic field of criminal law as well as in civil law.

This theses aims to search for countermeasures to meet confusion of the different views, after examining arguments in academic opinions and judicial precedents under the civil law theory and the criminal law theory relating to penal liability against disposal of the secured property.

First, a unified legal principles that can be applied on the all types of Security by Means of Transfer should be deliberated legislatively, through putting down various interpretations against the legal nature of Security by Means of Transfer in the civil law theory.

It would be desirable to unify all standpoints as to understanding the legal nature of Security by Means of Transfer with adopting the Theory on Real Right of Security, for to understand the legal nature of Security by Means of Transfer with the theory of fiduciary act is not adequate for the current legal system and the theory on real right of security is more appropriate after the Provisional Registration Security Act has been enforced.

Second, for a simple nonperformance of an obligation does not commit any crime under the Criminal Act, in order to assess committing the Crime of Breach of Trust, a clear basis must be presented on recognizing one party a duty to cooperate with the work for protection or management of the other party's property under a footing of confidential relationship

* Professor, Law School of Konkuk Univesity

between the parties, besides the ordinary duty to perform one's own affairs as contracted.

Third, it is true that the Criminal Act provides side by side the Crime of Embezzlement and the Crime of Breach of Trust in the same Chapter(40th Chapter), moreover in the same Article(Article of 355), but with only different component requisites, as well provides punishment prescribed by law of those two Crimes as same amount and those two Crimes as same nature of the crime on property.

However even if so, the relationship between the Crime of Embezzlement and the Crime of Breach of Trust should be grasped as a alternative or optional relation, not understanding it as a special and general relation like hitherto academic opinions.

So in the future, a new theory should be developed so as to reflect the above thought.

Fourth, the representative legal means of sanction under the Civil Act is compensation for damages, whereas the representative legal means of sanction under the Criminal Act is penal punishment.

But, for the means of penal punishment which the Criminal Act uses is the most powerful means among social control measures, the penal punishment under the Criminal Act should intervene exceptionally on the particular occasion where the means of sanction under the Civil Law, the Administrative Law and other Acts no longer operate(the nature of supplementation, the last means of the Criminal Act).

If so, hereafter in the light of the above stands, strict and scrupulous reexamination on the component requisites of the Crime of Embezzlement and the Crime of Breach of Trust would be needed.

[Key Words] Security by Means of Transfer, Theory on Real Right of Security, Theory on Fiduciary Transfer of Ownership, Crime of Embezzlement, Crime of Breach of Trust, Confidential Relationship