

대 법 원

판 결

사 건 2019도14340 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)
피 고 인 피고인
상 고 인 피고인
변 호 인 법무법인(유한) 클라스
담당변호사 윤성원 외 1인
원 심 판 결 서울고등법원 2019. 9. 26. 선고 2019노287 판결
판 결 선 고 2020. 6. 18.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 부동산 이중저당권 설정과 배임죄

가. 배임죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위로써 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 사무의 주체인 타인에게 손해를 가할 때 성립하는 것이므로, 그 범죄의 주체는 타인의 사무를 처리하는 지위에 있

어야 한다. 여기에서 '타인의 사무를 처리하는 자'라고 하려면, 타인의 재산관리에 관한 사무의 전부 또는 일부를 타인을 위하여 대행하는 경우와 같이 당사자 관계의 전형적·본질적 내용이 통상의 계약에서의 이익대립관계를 넘어서 그들 사이의 신임관계에 기초하여 타인의 재산을 보호 또는 관리하는 데에 있어야 한다(대법원 2011. 1. 20. 선고 2008도10479 전원합의체 판결, 대법원 2014. 8. 21. 선고 2014도3363 전원합의체 판결 등 참조).

이익대립관계에 있는 통상의 계약관계에서 채무자의 성실한 급부이행에 의해 상대방이 계약상 권리의 만족 내지 채권의 실현이라는 이익을 얻게 되는 관계에 있다거나, 계약을 이행함에 있어 상대방을 보호하거나 배려할 부수적인 의무가 있다는 것만으로는 채무자를 타인의 사무를 처리하는 자라고 할 수 없고(대법원 2015. 3. 26. 선고 2015도1301 판결 등 참조), 위임 등과 같이 계약의 전형적·본질적인 급부의 내용이 상대방의 재산상 사무를 일정한 권한을 가지고 맡아 처리하는 경우에 해당하여야 한다(대법원 2020. 2. 20. 선고 2019도9756 전원합의체 판결 참조).

나. 채무자가 금전채무를 담보하기 위한 저당권설정계약에 따라 채권자에게 그 소유의 부동산에 관하여 저당권을 설정할 의무를 부담하게 되었다고 하더라도, 이를 들어 채무자가 통상의 계약에서 이루어지는 이익대립관계를 넘어서 채권자와의 신임관계에 기초하여 채권자의 사무를 맡아 처리하는 것으로 볼 수 없다.

채무자가 저당권설정계약에 따라 채권자에 대하여 부담하는 저당권을 설정할 의무는 계약에 따라 부담하게 된 채무자 자신의 의무이다. 채무자가 위와 같은 의무를 이행하는 것은 채무자 자신의 사무에 해당할 뿐이므로, 채무자를 채권자에 대한 관계에서 '타인의 사무를 처리하는 자'라고 할 수 없다. 따라서 채무자가 제3자에게 먼저 담보물에

관한 저당권을 설정하거나 담보물을 양도하는 등으로 담보가치를 감소 또는 상실시켜 채권자의 채권실현에 위험을 초래하더라도 배임죄가 성립한다고 할 수 없다.

다. 위와 같은 법리는, 채무자가 금전채무에 대한 담보로 부동산에 관하여 양도담보 설정계약을 체결하고 이에 따라 채권자에게 소유권이전등기를 해 줄 의무가 있음에도 제3자에게 그 부동산을 처분한 경우에도 적용된다.

라. 이와 달리 채무 담보를 위하여 채권자에게 부동산에 관하여 근저당권을 설정해 주기로 약정한 채무자가 채권자의 사무를 처리하는 자에 해당함을 전제로 채무자가 담보목적물을 처분한 경우 배임죄가 성립한다고 한 대법원 2008. 3. 27. 선고 2007도 9328 판결, 대법원 2011. 11. 10. 선고 2011도11224 판결을 비롯한 같은 취지의 대법원 판결들은 이 판결의 견해에 배치되는 범위 내에서 모두 변경하기로 한다.

한편 대법원 2018. 5. 17. 선고 2017도4027 전원합의체 판결은 부동산 이중매매의 경우 배임죄의 성립을 인정하였다. 위 판결은 부동산이 국민의 경제생활에서 차지하는 비중이 크고, 부동산 매매대금은 통상 계약금, 중도금, 잔금으로 나뉘어 지급되는데, 매수인이 매도인에게 매매대금 중 상당한 부분을 차지하는 계약금과 중도금까지 지급하고도 매도인의 이중매매를 방지할 충분한 수단이 마련되어 있지 않은 거래 현실의 특수성을 고려하여 부동산 이중매매의 경우 배임죄가 성립한다는 종래의 견해를 유지한 것이다. 이러한 점에 비추어 보면, 위 전원합의체 판결의 취지는 이 판결의 다수의견에 반하지 아니함을 밝혀둔다.

2. 원심의 판단

가. 원심은, 피고인이 피해자로부터 18억 원을 차용하면서 이 사건 아파트에 4순위 근저당권을 설정해 주기로 약정하였음에도 제3자에게 채권최고액을 12억 원으로 하는

4순위 근저당권을 설정하여 주어 12억 원 상당의 재산상 이익을 취득하고 피해자에게 같은 금액 상당의 손해를 가하였다는 이 사건 공소사실에 대하여, 유죄로 판단하였다.

나. 그러나 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 이 사건 근저당권설정계약에서 피고인과 피해자 간 당사자 관계의 전형적·본질적 내용은 채무의 변제와 이를 위한 담보에 있고, 피고인을 통상의 계약에서의 이익대립관계를 넘어서 피해자와의 신임관계에 기초하여 피해자의 사무를 맡아 처리하는 것으로 볼 수 없는 이상, 피고인을 피해자에 대한 관계에서 '타인의 사무를 처리하는 자'에 해당한다고 할 수 없다. 그런데도 원심은 피고인이 이에 해당된다고 전제하여 이 사건 공소사실에 대하여 유죄로 판단하였으니, 이러한 원심판결에는 배임죄에 있어서 '타인의 사무를 처리하는 자'의 의미에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다. 이를 지적하는 상고이유는 이유 있다.

3. 결론

그러므로 나머지 상고이유에 대한 판단을 생략한 채, 원심판결을 파기하고 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 하여 주문과 같이 판결한다. 이 판결에는 대법관 김재형, 대법관 민유숙, 대법관 김선수, 대법관 이동원의 반대의견이 있는 외에는 관여 법관의 의견이 일치하였고, 다수의견에 대한 대법관 권순일, 대법관 안철상, 대법관 노태악의 보충의견, 반대의견에 대한 대법관 김재형의 보충의견과 대법관 민유숙의 보충의견이 있다.

4. 대법관 김재형, 대법관 민유숙, 대법관 김선수, 대법관 이동원의 반대의견

가. 이 사건의 쟁점은 채권자로부터 금원을 차용하면서 그 담보로 부동산에 관하여 저당권을 설정하여 주기로 한 채무자가 차용금을 수령한 후 채권자에게 저당권을 설정하여 주기 전에 제3자에게 저당권을 설정해 준 경우 배임죄가 성립하는지 여부이다(대

상재산이 부동산으로, 처분 시기가 차용금 수령 후 저당권 설정 전으로 한정된다. 실제로는 근저당권을 설정한 것이나 여기서는 다수의견과 같이 저당권이라고만 한다). 이러한 쟁점은 추상적으로 규정된 처벌법규 해석의 문제라고 볼 수 있으나 포섭 대상인 재산, 범행 시기, 행위 태양 등이 구체적으로 특정되어 있으므로 대원칙인 죄형법정주의로부터 어느 한 쪽의 결론이 바로 도출되는 것은 아니다. 이는 대법원 2018. 5. 17. 선고 2017도4027 전원합의체 판결의 다수의견이 부동산 이중매매에 대하여 배임죄의 성립을 긍정하였다고 하여 죄형법정주의에 어긋난다고 비판한다면 오히려 그 지적이 타당하지 않은 것과 마찬가지이다.

다수의견은, 채권자에 대한 채무 담보로 부동산에 관하여 저당권설정계약을 체결한 채무자가 채권자에 대하여 부담하는 저당권 설정의무는 '자기의 사무'일 뿐 '타인의 사무'에 해당하지 않으므로, 채무자가 채권자에 대한 저당권 설정 전에 그 부동산을 제3자에게 처분하더라도 배임죄가 성립하지 않는다고 한다.

그러나 채무자가 채권자로부터 금원을 차용하는 등 채무를 부담하면서 그 채무 담보를 위하여 저당권설정계약을 체결한 경우 위 약정의 내용에 좇아 채권자에게 저당권을 설정하여 줄 의무는 자기의 사무인 동시에 상대방의 재산보전에 협력할 의무에 해당하여 '타인의 사무'에 해당한다. 다수의견은 거래관계에서 발생하는 당사자 간의 신임관계를 보호하기 위하여 타인의 재산보전에 협력할 의무가 있는 경우에는 배임죄의 주체인 '타인의 사무를 처리하는 자'에 해당한다고 보아 온 대법원 판례와 논리적으로 일관되지 않고, 담보계약에 기초한 신임관계도 배임죄에 의하여 보호되어야 할 법익이 될 수 있다는 점을 도외시한 것으로 찬성할 수 없다.

나. 배임죄의 본질은 신임관계에 기한 타인의 신뢰를 저해하는 임무위반행위를 함으

로써 그 타인으로 하여금 재산상 손해를 입게 하는 데 있고, 이러한 임무위반행위에는 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 타인과의 신임관계를 저버리는 일체의 행위가 포함된다.

이와 같이 배임죄의 행위 태양은 다양한 형태로 발현될 수 있으나, 거래관계에서 발생하는 모든 신뢰위반행위를 배임죄로 처벌할 수는 없으므로 형벌법규의 해석을 통하여 일정한 범위로 가별적 배임행위를 제한하는 것은 어느 정도 불가피하고 또 필요하다고 볼 수 있다. 그러나 그렇다고 하더라도 이러한 제한적 해석에 지나치게 치우치거나 맹목적으로 이끌린 나머지, 배임죄의 처벌 범위를 과도하게 축소함으로써 형사법에 의하여 마땅히 보호되어야 할 개인의 재산권이나 신임관계마저도 그 보호범위에서 제외시켜 형벌법규로서의 배임죄가 그 본연의 기능을 다하지 못하는 법률상 공백상태를 야기해서는 곤란하다.

이는 부동산 이중매매와 같은 배신행위에 대하여는 형벌법규의 개입이 정당하다는 공감대가 사회적으로 광범위하게 존재할 뿐 아니라, 거래 상대방의 재산보전에 협력하여야 할 의무가 있는 사람이 고의로 그 임무를 위반하여 상대방에게 회복하기 어려운 손해를 입힌 경우 배임죄로 처벌받을 수 있다는 판례가 확립된 법원칙으로 자리매김하기까지의 과정에 비추어 보더라도 그러하다.

다. 1) 종래 대법원은 타인의 재산관리에 관한 사무를 대행하는 경우 외에도 매매, 담보권설정 등 거래를 완성하기 위한 자기의 사무인 동시에 상대방의 재산보전에 협력할 의무의 이행인 경우에도 일관하여 이를 배임죄에서 말하는 '타인의 사무'에 해당한다고 보아 왔다(대법원 1971. 11. 15. 선고 71도1544 판결, 대법원 1983. 10. 11. 선고

83도2057 판결, 대법원 1997. 6. 24. 선고 96도1218 판결 등 참조). 그 결과 대법원은, 오래전부터 부동산 이중매매 사건에서 매도인이 중도금을 지급받은 이후에는 매수인 앞으로 소유권이전등기를 마칠 때까지 협력할 의무가 있으므로 목적부동산을 제3자에게 이중으로 양도하면 배임죄가 성립한다고 일관되게 판결함으로써 그러한 판례를 확립하여 왔다(대법원 1975. 12. 23. 선고 74도2215 판결, 대법원 2005. 10. 28. 선고 2005도5713 판결 등 참조).

2) 대법원 2018. 5. 17. 선고 2017도4027 전원합의체 판결은 문제된 사무 처리가 오로지 타인의 이익을 보호·관리하는 것만을 내용으로 할 필요는 없고 자신의 이익을 도모하는 성질을 아울러 가지더라도 타인을 위한 사무로서의 성질이 부수적·주변적인 의미를 넘어서 중요한 내용을 이루는 경우에는 '타인의 사무'에 해당한다는 법리를 재확인하면서, 부동산 매매계약에서 중도금 지급 등 계약이 본격적으로 이행되는 단계에 이른 때부터 매도인은 매수인의 재산보전에 협력하여 재산적 이익을 보호·관리할 신임관계에 있다고 보아 부동산 이중매매를 배임죄로 인정하는 종전 판례를 유지하였다.

3) 나아가 판례는 부동산에 관한 권리의 이전 및 그에 대한 보호 필요성은 매매계약뿐만 아니라 부동산에 관한 권리의 이전·설정을 목적으로 하는 다른 법률관계에서도 마찬가지로 인정된다고 보아 배임죄의 성립을 긍정하여 왔다. 그리하여 근저당권설정계약을 체결한 후 그에 따른 등기절차를 이행하기 전에 제3자에게 부동산을 처분하거나 근저당권설정등기를 하여 준 경우(대법원 2008. 3. 27. 선고 2007도9328 판결, 대법원 2011. 11. 10. 선고 2011도11224 판결 등 참조), 부동산에 대한 전세권설정계약이나 양도담보설정계약 후 그에 따른 등기절차를 이행하기 전에 제3자에게 근저당권설정등기 등을 하여 줌으로써 담보능력 감소의 위험을 발생시킨 경우(대법원

1993. 9. 28. 선고 93도2206 판결, 대법원 1997. 6. 24. 선고 96도1218 판결 등 참조) 등에도 배임죄의 성립을 인정하였다.

4) 그리고 대법원은 채무 담보로 부동산에 관해 대물변제예약을 한 채무자에 대하여 타인의 사무를 처리하는 자가 아니라고 판시한 대법원 2014. 8. 21. 선고 2014도3363 전원합의체 판결 이후에도 최근까지 부동산 이중저당 사안에서 배임죄의 성립을 긍정하였다(대법원 2019. 1. 10. 선고 2018도15584 판결, 대법원 2019. 11. 28. 선고 2019도13730 판결). 또한 부동산 이중매매에 관하여 배임죄 성립을 긍정한 위 대법원 2017도4027 전원합의체 판결 선고 이후 대법원은 같은 법리에 따라 교환, 증여 및 대물변제약정을 원인으로 소유권이전등기의무를 지고 있는 자에 대하여 그 상대방의 재산보전에 협력하여 재산적 이익을 보호·관리할 신임관계에 있다는 이유로 배임죄 성립을 긍정하였다(대법원 2018. 10. 4. 선고 2016도11337 판결, 대법원 2018. 12. 13. 선고 2016도19308 판결, 대법원 2019. 4. 11. 선고 2016도1944 판결).

라. 이와 같은 판례의 태도에 비추어 볼 때, 이 사건과 같이 담보 목적으로 부동산에 관한 근저당권설정계약을 체결한 후 그 부동산을 제3자에게 임의로 처분한 경우에는 지금까지의 대법원 판례에 따라 배임죄가 성립한다고 보아야 한다. 매매와 담보설정행위는 양자 모두 등기절차의 협력이라는 신임관계에 기초한 임무를 위반하였다는 공통성을 지닐 뿐더러, 다수의견과 같이 양자의 형사처벌을 달리 취급하는 것은 대법원이 그동안 재산의 이중적 처분(매매, 근저당권설정, 전세권설정, 면허권 등)에 관하여 일관하여 취해 온 태도와 양립하기도 어렵기 때문이다.

위 대법원 2017도4027 전원합의체 판결이 앞서 본 바와 같이 부동산의 이중매매에 대하여 배임죄가 성립한다는 입장을 유지한 것은, 매매계약에 따라 소유권을 이전

하지 않았다는 단순한 채무불이행을 근거로 삼은 것이 아니라, 매도인이 매수인의 부동산 취득에 협력하여야 할 의무가 있는데도 고의로 신뢰를 저버리고 매수인의 소유권 취득을 불가능하게 하였다는 데 그 핵심이 있다. 부동산 거래관계의 특성상 매도인은 매수인에게 그의 소유권 취득을 불가능하게 할 위험을 끼칠 수 있는 지위에 있으므로 배임죄의 주체가 되는 '타인의 사무를 처리하는 자'에 해당한다고 본 것이다. 즉, 부동산 매도인이 매수인에게 등기를 하여 그 권리를 이전하는 것은 단순히 매매계약에 따른 소유권이전의무의 이행이 아니라 부동산 거래에서 형성되어 온 매도인과 매수인 사이의 강한 신뢰관계에 기초를 둔 것으로서, 매매계약의 이행 내지 등기에 관한 협력의무는 그와 같은 신뢰관계에 따른 의무로 평가될 수 있고, 이러한 신뢰관계 아래에서 협력의무를 지는 매도인의 지위는 매수인의 권리 취득에 관한 사무를 처리하는 자로 평가될 수 있다고 인정하였다.

이렇게 보았을 때 저당권설정계약을 체결한 채무자가 담보로 제공하기로 한 부동산을 제3자에게 처분한 경우, 이는 배임죄의 성립 여부에서 부동산 이중매매의 경우와 조금도 다를 바가 없다. 오히려 매매의 경우 매도인이 중도금만 받은 단계에서는 매수인의 소유권이전등기청구에 대하여 매도인이 잔금과의 동시이행 항변을 주장할 수 있는 반면, 차용금을 지급받은 채무자가 금전채무에 대한 담보로서 저당권설정계약을 체결한 경우에는 채권자의 의무이행이 모두 완료되어 채권자가 저당권설정등기를 청구하면 채무자는 그러한 항변조차 하지 못하고 저당권설정등기에 응할 수밖에 없다. 후자에서 채무자의 지위는 매매잔금까지 다 수령한 부동산 매도인의 지위와 유사하여 배임죄의 주체인 '타인의 사무를 처리하는 자'로서의 성격은 전자의 경우보다 한층 강하다고 볼 수 있고, 따라서 이 경우에 채무자가 해당 부동산을 다시 제3자에게 처분하면

배임죄가 성립한다고 보는 것이 자연스럽다. 다수의견에 의하면 부동산의 현금화를 위하여 매매를 원인으로 소유권을 넘겨주기로 한 자가 제3자 앞으로 근저당권을 설정하여 준 경우에 배임죄의 성립이 인정되는 반면, 채권자 앞으로 근저당권을 설정하여 주기로 했던 부동산을 제3자에게 매도하여 소유권이전등기를 마친 경우에는 배임죄가 성립하지 않는다는 식으로 서로 불일치하는 결과가 도출되는데, 이와 같이 협력의무가 동일하게 발생하는 위 두 가지 경우를 다르게 취급하는 것은 논리적으로 설득력이 떨어질뿐더러, 이와 같이 달리 보아야 할 근본적 이유 역시 찾기 어렵다.

나아가 우리나라에서 부동산이 경제생활에서 차지하는 비중이나 이를 목적으로 한 거래의 사회경제적 의미가 여전히 크다는 점을 고려해보더라도, 이 사건처럼 채무자가 채권자로부터 돈을 차용하여 저당권을 설정해 주기로 약정한 후 제3자에게 대상 부동산을 처분하는 행위는 그 불법성이나 비난가능성이 부동산 이중매매의 경우보다 결코 가볍다고 단정할 수 없다. 채무자는 소유하는 부동산을 현금화하기 위하여 해당 부동산을 매도하는 방법 대신에 그 부동산을 담보로 제공하여 시가에 상당하는 돈을 빌리는 방법을 택할 수도 있는데, 이때의 금액은 부동산매매에서 통상 정해지는 계약금 및 중도금의 합계보다 많은 경우가 적지 않을 것이다. 그런데도 부동산 이중매매의 경우와 달리 돈을 빌린 채무자가 약속대로 채권자에게 저당권을 설정해 줄 사무가 단지 채무자의 개인적 사무에 불과하고 채권자의 채권보전과 무관하다고 보게 되면, 부동산을 담보로 하는 금전소비대차에서의 신뢰관계를 근본적으로 훼손할 뿐 아니라 이러한 거래가 담당하는 역할과 기능에 예상하기 어려운 혼란을 초래할 우려가 있다.

또한 위 대법원 2014도3363 전원합의체 판결에도 불구하고, 대법원 판례는 최근까지 우리나라에서 부동산이 경제생활에서 차지하는 비중이나 이를 목적으로 한 거래의 사

회경제적 의미가 크다는 인식에 입각하여 교환이나 증여의 경우에도 여전히 상대방의 재산보전에 협력할 의무가 신임관계의 본질적 내용이 된다고 보아 배임죄의 성립을 인정하여 판례변경을 하지 않았다. 이러한 취지는 돈을 대여하고 그 담보로 저당권을 설정하기로 한 당사자의 신뢰관계에도 동일하게 적용되어야 할 것이다. 부동산에 관한 권리이전의 신뢰관계 및 그에 대한 채권자 보호의 필요성은 부동산에 관한 권리의 이전·설정을 목적으로 하는 여타의 법률관계에서도 마찬가지로 중시되어야 하기 때문이다. 특히 교환이나 증여보다 당사자 사이의 신임관계에 대한 배신의 정도나 상대방에게 미치는 손해가 비할 바 없이 큰 부동산의 이중저당 사안을 놓고 이제 와서 가벌적 배임행위가 아니라고 다르게 볼 만큼의 시간적 간격이 있었다고 할 수 없고, 그에 대한 사회적 평가나 거래 현실에 본질적 변화가 있었는지도 의문이다.

마. 다수의견이 저당권설정계약에 따라 저당권설정등기절차를 이행하는 것을 약정에 따른 '자기의 사무'에 해당할 뿐 '타인의 사무'가 아니라고 보는 것은, 저당권설정계약은 피담보채권의 발생을 위한 계약에 종된 계약이고 저당권설정 이후에도 당사자관계의 전형적·본질적 의무는 피담보채무의 변제이므로 채무자가 저당권설정 전후 부담하는 각종 의무는 금전채무에 부수되고 종된 의무라는 시각에서 있는 듯하다.

부동산을 금전채무의 담보로 제공한 경우 채무자는 변제의무와 담보유지의무를 각기 부담하고 변제를 완료하면 담보유지의무가 소멸하게 된다. 이러한 결과는 담보물권이 피담보채권을 전제로 하여서만 성립할 수 있다는 부종성에 터 잡은 것으로서, 피담보채권이 성립하지 않으면 담보물권도 성립하지 않고 피담보채권이 소멸하면 담보물권도 소멸하는 것이 민사법에 따른 원칙이기는 하다.

그러나 금전소비대차계약에 따른 채무자의 의무와 담보설정계약에 따른 저당권설정

자의 의무는 엄연히 서로 다른 계약에 기초하여 발생한 의무로서, 담보물권이 피담보 채권에 대하여 위와 같이 부종성을 갖는다고 해서 이를 배임죄에서 말하는 타인의 사무를 판단하는 기준과 결부시키는 것은 타당하지 아니하다. 특히 이 사건에서 문제되는 근저당권은 소멸에 관한 부종성이 배제되어 있어 피담보채권이 확정될 때까지는 변제 등으로 채권이 소멸하더라도 근저당권의 존속에 아무런 영향을 미치지 않는다(민법 제357조 제1항 2문 참조).

위 대법원 2014도3363 전원합의체 판결이 채권담보를 위한 대물변제예약 사안에서 배임죄의 성립을 부정하였던 이유는, 대물변제예약의 궁극적 목적은 차용금반환채무의 이행 확보에 있는데 채무자가 대물변제예약에 따라 부동산에 관한 소유권이전등기절차를 이행할 의무는 이러한 궁극적 목적을 달성하기 위하여 채무자에게 요구되는 부수적인 내용에 불과하다고 보았기 때문이다. 이에 반해 담보계약을 통해 채권자가 취득하는 담보권은 그 자체로 독립된 재산적 가치가 있을 뿐 아니라 담보물의 담보가치에 대한 채권자의 신뢰 또한 형사법에 의해 보호되어야 할 고유한 법률상 이익에 해당한다. 단적으로 채권자는 자신이 보유한 저당권의 피담보채권이 채무자에 의해 변제되기만을 바라면서 기다리는 지위에 있는 것이 아니라, 저당권에 의해 뒷받침되는 피담보채권 위에 질권을 설정하여 외부로부터 필요한 자금을 조달하거나 피담보채권과 함께 해당 저당권을 타에 양도함으로써 자신이 투입하였던 자금을 회수할 수도 있다. 최근에는 피담보채권과 함께 근저당권을 양도하여 유동화증권을 발행하는 자산유동화가 새로운 금융조달수단으로 각광받고 있다. 이와 같이 담보물권은 어느 목적물이 가진 교환가치의 취득 및 지배를 목적으로 하는 권리로서, 부동산 이중매매의 사안에서 소유권이 사용가치와 교환가치, 두 가지 모두를 아우르는 것이라면, 부동산 이중저당의 사안에서는

소유권의 내용적·질적 일부인 교환가치가 파악된다는 점만이 다를 뿐이다. 그러므로 부동산 소유권의 양적 일부인 공유지분이 이중으로 양도되는 경우 어느 부동산 이중매매의 사안과 마찬가지로 배임죄의 성립이 당연히 인정되는 것처럼, 부동산 소유권의 내용적·질적 일부가 이중으로 양도되는 부동산 이중저당의 사안에서도 배임죄가 성립한다고 보는 것이 논리적임은 물론 균형에 맞는다.

오늘날 저당권을 비롯한 담보물권은 일반인의 소비를 위한 금융수단이 되는 것은 물론이고 기업이 금융을 얻는 제도로 기능하고 있는데, 이로써 담보물권은 금전채권을 변제받기 위한 종된 수단에 그치는 전통적인 역할에서 벗어나 금융제공자로 하여금 이자 등의 형식으로 기업의 이윤 분배에 참여함으로써 일종의 투자를 하도록 매개하는 중요한 역할을 수행하고 있음은 주지하는 바와 같다. 이와 같이 담보물권이 다른 이에 게 전전 양도되거나 이를 기초로 다시 질권과 같은 새로운 권리가 설정되는 등 자금의 유통과 관련하여 활발한 거래가 현실 속에서 이루어지고 있으며, 이러한 현상은 경제 발전이 진전됨에 따라 한층 심화되고 보다 빈번하게 나타날 것이다. 이에 부응하여 학계에서는 실정에 맞게끔 담보물권이 피담보채권과의 관계에서 갖는 부종성과 수반성 등을 완화하여야 한다는 논의가 이루어지고 있고 근저당권에서는 부종성이 대폭 완화되어 있다. 바로 이 점에서도 저당권설정계약은 금전소비대차 거래의 단지 부수적인 내용에 불과하다고 할 수 없다. 오히려 저당권설정계약에 의한 채권자의 권리 및 그에 따른 담보가치를 유지·보전하여야 할 채무자의 의무 이행 또는 그에 대한 신뢰관계 자체가 거래를 가능하게 만든 본질적인 요소라고 보아야 하고, 저당권설정계약을 체결한 채권자와 채무자 사이에는 그 계약 자체로부터 피담보채권의 발생원인이 된 법률관계(금전소비대차)와는 별도의 독자적인 신임관계가 발생한다고 보아야 한다. 따라서 부

동산 매매계약에서 신임관계의 본질이 부동산의 소유권을 이전하는 데 있는 것과 마찬가지로, 담보 목적으로 체결된 저당권설정계약에서 신임관계의 본질은 담보로 제공함으로써 부동산의 담보가치를 채권자에게 취득하게 하는 데 있으며, 결국 배임죄의 성립 여부에 있어 양자를 같이 취급하여야 한다.

바. 한편 동산 이중양도담보에 관한 대법원 2020. 2. 20. 선고 2019도9756 전원합의체 판결은 동산에 양도담보권 설정 이후 담보권설정자의 담보물에 관한 유지·보관의무를 타인의 사무로 볼 수 있는지가 쟁점이었다. 반면 이 사건의 쟁점은 저당권을 설정해 줄 의무 즉, 채권자의 권리취득에 협력할 채무자의 의무가 당사자 사이의 신임관계의 전형적·본질적 내용이 될 수 있는지 여부이다.

따라서 이 사건은 권리취득에 관한 재산보전협력의무를 타인의 사무로 볼 수 있는지가 문제되는 사안으로 가별적 임무위배행위 인정 여부에 관한 계약의 구속력 정도, 거래 관행, 신임관계의 유형과 내용, 신뢰위반의 정도도 위 대법원 2019도9756 전원합의체 판결의 사안과 달리 평가되어야 한다.

사. 다수의견은 저당권설정계약의 궁극적 목적은 단지 금전채무의 이행 확보에 있다고 보아, 채무자가 저당권설정계약에 따라 부동산에 관한 저당권설정등기를 이행할 의무는 '타인의 사무'에 해당하지 않는다는 결론에 이르고 있다. 여기에는 헌법에 의하여 보장되고 있는 재산권인 담보물권을 형벌에 의해 두텁게 보호하겠다는 종전 입장을 전면적으로 바꾸어, 재산의 교환가치를 객관적으로 적정하게 파악하여 그 우선적 지배력을 확보하고자 하는 담보물권의 본질적 내용이 침해되더라도 이를 형사처벌의 대상으로 삼을 정도로까지는 중시하지 않겠다는 사고가 근저에 깔려 있다고 볼 수 있다. 그렇다면 우리 사회가 추구해야 할 가치 및 그 방향을 제시하여야 할 최고법원으로서 다

수의견은 현 시점에 이르러 종전과 다른 결단을 내리게 된 것에 대하여 보다 근본적이고 본질적인 이유를 밝혀야 하는 것이지, 배임죄에서의 '타인의 사무'에 관한 피상적인 이유를 제시하는 것만으로 우리 사회의 중요한 가치판단을 갈음해서는 안 된다. 그리고 앞서 언급한 바와 같이 이 사건의 진정한 쟁점은 죄형법정주의나 그중 하나인 형벌법규의 명확성 원칙과는 무관하므로, 이를 가지고서 위의 질문에 대한 올바른 답변이 이루어진 것으로도 볼 수 없다.

아. 다수의견은 '채무자가 금전채무를 담보하기 위하여 저당권설정계약에 따라 채권자에게 저당권을 설정할 의무를 부담하게 되었다고 하더라도, 이를 들어 채무자가 통상의 계약에서 이루어지는 이익대립관계를 넘어서 채권자와의 신임관계에 기초하여 채권자의 사무를 맡아 처리하는 것으로 볼 수 없다'고 한다. 그리고 위와 같은 법리는 '채무자가 금전채무에 대한 담보로 부동산에 관하여 양도담보설정계약을 체결함으로써 채권자에게 소유권이전등기절차를 이행할 의무가 있음에도 제3자에게 처분한 경우에도 적용된다'고 한다.

그러나 다수의견이 말한 '채무자가 저당권설정계약에 따라 채권자에게 저당권을 설정할 의무'와 위 대법원 2017도4027 전원합의체 판결에서 말한 '매수인이 매매계약에 따라 매도인에게 소유권을 이전할 의무'는 그 권리이전의 형식만 다를 뿐 모두 채권자에 대한 재산보전협력의무가 당사자 사이의 신임관계의 본질적·전형적 내용이 된다는 점에서 아무런 차이가 없다. 더욱이 양도담보의 경우 부동산 매매와 동일하게 양도담보설정자의 의무는 '소유권을 이전할 의무'라는 점에서 다수의견은 위 대법원 2017도4027 전원합의체 판결에 정면으로 반한다고 볼 수 있다.

자. 결론적으로, 부동산에 관한 저당권설정계약을 체결한 채무자가 그 신임관계를 저

버리고 부동산을 제3자에게 처분함으로써 채권자로 하여금 부동산에 관한 저당권 취득을 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하였다면 이러한 행위는 저당권설정계약에서 비롯되는 본질적·전형적 신임관계를 위반한 것으로서 배임죄에 해당한다. 그리고 그렇게 보는 것이 부동산의 이중매매, 이중전세권설정, 면허권 등의 이중처분에 관하여 배임죄를 인정하여 온 판례의 확립된 태도와 논리적으로 부합한다.

위와 같은 법리에 비추어 보면, 이 사건에서 근저당권설정계약을 체결한 피고인이 담보로 제공하기로 한 부동산에 관하여 제3자에게 근저당권을 설정해 준 행위가 배임죄에 해당한다고 본 원심의 판단은 정당하고, 거기에 배임죄에서 말하는 '타인의 사무를 처리하는 자'의 의미에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

이상과 같은 이유로 다수의견에 반대하는 취지를 밝힌다.

5. 다수의견에 대한 대법관 권순일, 대법관 안철상, 대법관 노태악의 보충의견

가. 반대의견은, 부동산 매매계약에서 신임관계의 본질이 부동산의 소유권을 이전하는 데 있는 것과 마찬가지로, 담보 목적으로 체결된 저당권설정계약에서 신임관계의 본질은 담보로 제공함으로써 부동산의 담보가치를 채권자에게 취득하게 하는 데 있으므로, 결국 배임죄의 성립 여부에서 부동산 이중매매와 이중저당을 같이 취급하여야 한다는 것이다.

나. 그러나 반대의견은 형벌법규의 엄격해석의 원칙과 법제도의 발전에 따른 민사채무 불이행에 대한 국가형벌권 개입의 자제 및 재산의 이중처분에 관하여 배임죄 성립을 부정하는 최근의 대법원 전원합의체 판결들의 흐름에 배치되므로 이를 그대로 받아들이기 어렵다.

1) 형벌법규의 해석은 엄격하여야 하고 문언의 의미를 피고인에게 불리한 방향으로

지나치게 확장해석하거나 유추해석하는 것은 죄형법정주의의 원칙에 어긋나는 것으로서 허용되지 않는다. 나아가 사적 자치의 원칙이 지배하는 경제활동의 영역에서 민사적 방법으로 분쟁을 해결하기보다 형벌법규로써 규율하는 것은 형벌권의 과도한 개입을 가져와 개인의 자유를 침해할 위험이 있을 뿐만 아니라 합리적이고 자율적인 이해관계 조정을 왜곡하는 부정적 효과를 낳을 수 있으므로 자제되어야 한다.

가) 배임죄는 '타인의 사무를 처리하는 자'가 그 '임무에 위배하는 행위'로써 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가하는 것을 구성요건으로 한다. 대법원 판례는 배임죄의 임무위배행위란 '처리하는 사무의 내용, 성질 등 구체적 상황에 비추어 법령의 규정, 계약의 내용 또는 신의칙상 당연히 할 것으로 기대되는 행위에 부응하지 않음으로써 본인과의 신임관계를 저버리는 일체의 행위'를 뜻하는 것으로 본다. 그렇다고 하여 법령이나 사법상의 계약에 위반하는 행위를 모두 배임죄로 처벌할 수 있는 것으로 해석하게 된다면, 이는 민사사건의 전면적인 형사화를 초래하는 것으로서 허용될 수 없다. 이 점에서 배임죄의 행위주체인 '타인의 사무를 처리하는 자'의 의미는 배임죄의 본질에 충실하게 해석함으로써 남용되지 않도록 주의할 필요가 있다. 사법상 채무불이행에 해당하는 계약위반행위를 배임죄로 의율하는 것은 온당하지 않으므로, 배임죄에서 말하는 '임무위배행위'에 관한 위 판례 법리를 계약상의 의무 위반과 관련한 구체적 사안에 적용할 때에는 매우 신중하여야 한다.

종래 대법원이 부동산 이중매매와 관련하여 등기협력의무를 근거로 배임죄의 성립을 인정해 온 데에는 그 나름대로 이유가 있다. 부동산은 다른 재산과 달리 그 재산적 가치가 커서 거래당사자를 보호할 필요 역시 상대적으로 크고, 의용 민법에서 현행 민법으로 변천하는 과정에서 의사주의의 잔재가 남아 있었던 법관념을 외면할 수 없는 측

면도 있었다. 그렇지만 이제는 민법이 시행된 지 반세기가 넘어 등기를 갖추어야만 권리를 취득한다는 관념이 국민들 사이에서 확고하게 자리 잡았고, 민사적으로도 권리를 구제할 수 있는 다양한 형태의 제도가 구축되었으며, 부동산보다 중요한 가치를 가진 재산도 많아졌다. 또한 사법의 영역에 대한 국가형벌권의 과도한 개입은 한정된 자원의 적정하고 효율적인 배분에도 방해가 된다.

나) 배임죄의 주체는 '타인의 사무를 처리하는 자'이다. 배임죄는 '타인의 사무를 처리하는 자'라는 신분을 요하는 진정신분범이다. 따라서 배임죄의 성립을 인정하기 위해서는 임무위배행위가 있었는지를 따지기에 앞서 '타인의 사무를 처리하는 자'에 해당하는지를 먼저 따져보아야 한다. 배임죄에서 '타인의 사무'는 타인에게 귀속되는 사무로서 사무의 주체가 타인이어야 한다. 즉, 본래 타인이 처리하여야 할 사무를 그를 대신하여 처리하는 것이어야 한다. 따라서 계약의 일방 당사자가 상대방에게 계약의 내용에 따른 의무를 성실하게 이행하고, 그로 인해 상대방은 계약상 권리의 만족이라는 이익을 얻는 관계에 있다고 하더라도 그 의무의 이행이 위와 같은 의미의 '타인의 사무'에 해당하지 않는다면, 그것은 '자기의 사무'에 불과할 뿐이다.

이러한 점에 비추어 볼 때, 계약의 당사자 일방을 '타인의 사무를 처리하는 자'에 해당한다고 보기 위해서는, 당사자 일방이 상대방에게 상대방의 재산상 이익의 보호를 배려할 신의칙상 의무를 부담하는 것에 그치지 않고 계약의 목적이 된 권리를 상대방의 재산으로서 보호 내지 관리하여야 할 의무를 전형적·본질적인 내용으로 하는 신임관계가 형성되었음을 요구하여야 한다.

다) 대법원은, 동산 매매계약의 매도인은 매수인에 대하여 그의 사무를 처리하는 지위에 있지 아니하므로 그 목적물을 타에 처분하였다 하더라도 배임죄가 성립하지 않는

다고 하였고(대법원 2011. 1. 20. 선고 2008도10479 전원합의체 판결), 채무자가 담보 목적으로 부동산에 관한 대물변제예약을 체결한 후 그 부동산을 제3자에게 임의로 처분하였다고 하더라도 채무자가 대물변제예약에 따라 부동산에 관한 소유권을 이전해 줄 의무는 타인의 사무가 아니라는 이유로 배임죄 성립을 부정하였다(대법원 2014. 8. 21. 선고 2014도3363 전원합의체 판결). 그리고 금전채무 담보목적으로 동산에 양도담보권을 설정해 준 채무자의 채권자인 양도담보권자에 대하여 담보물의 담보가치를 유지·보전할 의무 등은 타인의 사무로 볼 수 없다는 이유로 채무자가 이를 임의로 처분하였더라도 배임죄 성립을 부정하였다(대법원 2020. 2. 20. 선고 2019도9756 전원합의체 판결).

최근 선고된 대법원 2020. 6. 4. 선고 2015도6057 판결 역시 주권발행 전 주식의 이중양도 사안에서 주식 양도인은 타인의 사무를 처리하는 지위에 있다고 보기 어렵다는 이유로 배임죄의 성립을 부정하였다. 다수의견은 이러한 일련의 판례 취지에 충실히 따른 것이다.

2) 반대의견은, 이 사건 사안이 부동산 이중매매에 관하여 배임죄의 성립을 인정한 대법원 2018. 5. 17. 선고 2017도4027 전원합의체 판결의 법리가 적용되어야 하고, 다수의견이 위 판결의 취지에 어긋난다고 한다. 또한 같은 것을 다르게 평가하는 다수의견은 평등의 원칙에 위반되는 해석이라고 한다. 그러나 부동산의 이중매매와 이중저당은 다음에서 보는 바와 같이 여러 가지 점에서 차이가 있다.

가) 부동산 매매계약은 일반 국민 대부분이 겪게 되는 일로서 계약금, 중도금, 잔금으로 나누어 지급하는 것이 거래 현실이다. 내 집 마련의 꿈을 이루기 위해 가족들의 모든 재산을 매수자금으로 투하하기도 하고, 집을 팔고 새 집을 마련하기 위해 부족한

자금을 대출금, 차용금 등으로 충당하는 일도 흔히 볼 수 있다. 그런데 계약금, 중도금을 지급한 후 잔금을 지급하고 소유권이전등기를 받을 때까지는 상당한 시간적 간격이 있는 경우가 많고, 이 경우 이미 지급한 대금에 대한 권리확보방법이 충분하지 못한 것이 현실이다. 따라서 여전히 법적 불안을 제거하고 권리를 확보할 조치의 필요성이 매우 크다.

이에 반해 저당권설정계약에서는 설정등기가 이루어지지 않으면 금원을 지급하지 아니하면 되고, 저당권설정등기 전에 금원을 지급하는 경우는 예외에 해당하며, 기존 채무를 담보하기 위해 저당권을 설정해 주기로 약정한 경우도 많다. 일반적으로 부동산 매매의 경우에는 매수인이 매도인보다 불안정한 지위에 있지만 저당권설정의 경우에는 채권자가 채무자보다 우월한 지위에 있다고 볼 수 있다.

나) 저당권설정계약은 본래의 금전채무를 이행하지 못할 것에 대비하여 담보 목적으로 부동산에 대한 저당권을 설정하는 약정으로서, 부동산에 관한 권리의 등기를 마쳐 줄 의무를 부담하게 된다는 점에서는 부동산 이중매매 사안과 유사해 보인다. 그러나 부동산 이중매매 사안에서 중도금을 수령한 매도인은 매수인의 대금지급의무 불이행 등을 이유로 계약을 해제하지 않는 한 매수인에게 부동산의 소유권을 이전해 줄 의무에서 벗어날 길이 없다. 특히 잔금까지 모두 수령한 매도인은 매수인에게 그 부동산의 소유권을 이전해 주는 것만이 자신의 의무에서 벗어날 수 있는 유일한 방법이다.

이에 반해 채무 담보를 위한 저당권설정계약 사안에서 채무자는 언제든지 자신의 차용금채무를 변제함으로써 채권자에게 저당권을 설정해 줄 의무에서 벗어날 수 있다. 양자는 부동산에 관한 권리등기를 마쳐줄 의무가 있다는 점은 유사하지만, 그 의무의 내용과 구속력의 정도에서 큰 차이가 있다.

다) 부동산 이중매매 사안의 경우 배임죄라는 형사 제재를 통해 얻게 되는 사회적·경제적 효용은 매수인으로 하여금 특정 부동산의 소유권을 애초 약정한 대로 이전받게 하는 데 있다. 부동산 매매에서 매수인은 특정물로서의 부동산의 가치를 파악하여 그 소유권을 이전받을 것을 기대하였다는 점에서 사후에 금전적 손해배상을 받더라도 그것만으로는 매매계약을 통해 이루고자 하는 목적을 달성할 수 없는 경우가 많다. 이러한 점에서 그 이행불능 사유를 초래한 매도인에 대하여 민사상 손해배상책임을 지우는 것 이외에 별도로 배임죄의 처벌을 통하여 매매계약의 이행을 강제할 현실적 필요성이 있음을 부인하기 어렵다.

이에 반해 채무 담보를 위한 저당권설정계약 사안의 경우 배임죄라는 형사 제재를 통해 얻고자 하는 사회적·경제적 효용은 채권자의 금전채권을 확보해 주는 것이다. 채권자는 담보물로서의 부동산의 가치를 파악하여 이로써 기존의 금전채권을 변제받는데 주된 관심이 있으므로, 부동산에 대한 담보권 설정 그 자체보다는 기존 금전채권 원리금을 변제받는 것이 궁극적인 목적이다. 그리하여 채권자는 채무자로부터 저당권을 설정받지 못하더라도 채무자로부터 기존 금전채권 원리금을 변제받으면 저당권설정 계약을 통해 이루고자 한 목적을 사실상 달성하게 된다.

3) 다수의견은 부동산 이중매매에 관한 대법원 2017도4027 전원합의체 판결이 이 사건 다수의견에 배치되지 않는다는 입장이다. 이 점이 다수의견과 반대의견의 차이의 핵심이다.

가) 위 전원합의체 판결에서는 등기협력의무라는 말을 사용하지 않고 있다. 즉, 종래 판례에서 공동신청주의에 따른 등기의 협력의무를 타인의 사무라고 본 태도를 지양하고, 신임관계에 따른 타인의 재산보전에 협력할 의무를 타인의 사무로 보았다. 그 취지

는 모든 부동산 거래에서 필수적으로 수반되는 등기협력의무를 곧바로 타인의 사무로 보지 않고 부동산 계약의 유형이나 그와 관련된 사회 현실 등을 바탕으로 재산보전에 협력할 의무가 타인의 사무에 해당하는지 개별적으로 판단하는 것이 옳다는 의미이다.

이러한 점에서 부동산의 이중매매와 이중저당은 배임죄 성립에 관하여 달리 취급하더라도 법리적으로 문제가 없다. 대법원은 부동산 이중매매의 경우 우리의 사회 현실을 감안하여 배임죄의 성립을 인정하고 있을 뿐이다. 앞으로 부동산매매계약의 중도금 제도가 개선되거나 가등기, 처분금지가처분 등 권리확보수단의 활용이 일상화되면 부동산 이중매매도 배임죄의 처벌 대상에서 제외하는 쪽으로 판례가 변경될 수도 있을 것이다. 한편 부동산의 교환이나 증여는 소유권이전을 목적으로 하는 계약으로서 부동산 매매와 유사하고, 이러한 점에서 이 사건 다수의견에 직접 배치된다고 볼 수 없어 변경대상 판결로 거시하지 않았을 뿐, 이에 관한 판결들이 타당한지에 대하여는 판단하지 않았다. 따라서 이를 근거로 이 사건의 다수의견을 비판하는 것도 적절하지 않다.

나) 반대의견과 같이 채권자에 대한 저당권 설정에 협력할 의무가 있음을 이유로 채무자가 '타인의 사무를 처리하는 자'에 해당하여 그를 배임죄로 처벌할 수 있다고 본다면, 이는 부동산 대물변제예약에 관한 대법원 2014도3363 전원합의체 판결과 배치된다. 대법원은 채권에 대한 담보로 부동산의 소유권을 이전하기로 하는 대물변제예약에서 약정에 따라 이행하여야 할 채무는 '자신의 사무'에 해당한다는 점을 분명히 하였다. 즉, 대물변제예약의 궁극적 목적은 차용금반환채무의 이행 확보에 있고, 채무자가 대물변제예약에 따라 소유권이전등기절차를 이행할 의무는 궁극적 목적을 달성하기 위해 채무자에게 요구되는 부수적 내용에 불과하다는 것이다. 또한 그러한 취지는 동산 이중양도담보에 관한 대법원 2019도9756 전원합의체 판결에서도 확인할 수 있다.

위와 같이 타인의 사무로 볼 수 없다는 중요한 근거는 저당권설정계약을 체결한 채무자의 채권자에 대한 저당권설정의무가 신임관계의 본질적 내용이 될 수 없다는 것이다. 이러한 법리를 적용할 때 담보의 형식이 저당권설정계약, 대물변제예약, 양도담보계약인지 여부나 담보의 목적물이 부동산인지 동산인지에 따라 차이를 둘 아무런 이유가 없다. 담보의 대상 또는 채무에 대한 담보의 형식이 다르더라도 각 약정의 궁극적인 목적과 그에 따른 채무자의 주된 의무는 금전채무의 변제에 있다는 점에서 동일하다.

다) 부동산 이중매매에 관한 대법원 2017도4027 전원합의체 판결은 매수인의 재산보전에 협력할 매도인의 의무를 여전히 타인의 사무로 봄으로써, 동산 이중매매, 부동산 대물변제예약, 동산 이중양도담보에 관한 대법원 전원합의체 판결들과 정합성이 없다는 비판은 경청할 만하다. 그러나 대물변제예약, 양도담보계약, 저당권은 모두 동일한 담보권으로 금전채무의 이행확보의 방법일 뿐이다. 결국 이 사건에서 문제되는 저당권설정계약과 유사한 유형의 법률관계는 대물변제예약이지 매매계약이라고 보기 어렵다. 위 대법원 전원합의체 판결들을 변경하지 않는 한 반대의견의 논리는 설 자리가 없다.

부동산을 저당권의 담보로 제공하는 구체적인 모습으로는 담보 제공 조건으로 금전을 차용한 경우와 이미 채무가 발생한 상태에서 변제확보 방안으로 담보로 제공하기로 한 경우가 있다. 그런데 전자의 경우, 담보가 설정되기도 전에 금전을 대여하는 거래 관행이 존재한다고 보기 어렵고, 만일 처음부터 담보 제공을 할 의사도 없이 담보 제공 조건으로 차용금을 교부받고 담보를 제공하지 않았다면 배임죄가 아니라 법정형이 더 무거운 사기죄로 의율될 여지가 있다. 한편 후자의 경우, 담보를 제공하지 않았다면

그 실질은 결국 일반 민사채무를 불이행한 것과 다를 바 없다.

다. 계약은 지켜져야 한다는 법언이 있다. 계약을 지키지 아니하려는 당사자에 맞서 계약이 계약대로 지켜져야 한다고 주장하는 당사자를 보호하는 것이 법원의 역할임은 물론이다. 저당권설정계약에서 채무자는 계약을 이행하지 않으려고 하고 채권자는 계약을 이행하여야 한다고 주장하는 경우라면, 법원은 계약을 이행하여야 한다는 채권자를 보호하여 채무자에게 그 이행을 명하거나 불이행에 대한 손해배상을 명할 수 있다. 법원의 역할은 거기까지이다.

이상과 같이 다수의견의 논거를 보충한다.

6. 반대의견에 대한 대법관 김재형의 보충의견

쟁점은 부동산 소유자가 채권자 앞으로 근저당권을 설정해 주기로 약정한 다음 제3자에게 근저당권을 설정해 준 경우에 배임죄로 처벌할 수 있는지 여부이다. 이 문제에 관하여 형벌법규의 해석이라는 관점에서 반대의견을 보충하고, 다수의견에 대한 보충의견에서 제기한 몇 가지 문제에 관하여 의견을 개진하고자 한다.

가. 먼저 형벌법규의 해석이라는 관점에서 반대의견을 보충한다.

1) 형벌법규는 엄격하게 해석·적용해야 하고 피고인에게 불리한 방향으로 지나치게 확장해석이나 유추해석을 해서는 안 된다. 그러나 형벌법규의 해석은 그 규범적 의미를 명확히 하여 이를 구체적 사실에 적용할 수 있도록 하는 작업으로 다른 법률과 마찬가지로 다양한 해석방법이 필요하다.

우선 법률에서 사용하는 어구나 문장의 가능한 언어적 의미내용을 명확하게 하고(문리해석), 동시에 다른 법률과의 관련성 등을 고려하여 논리적 정합성을 갖도록 해석해야 한다(논리해석). 형벌법규의 문언이나 논리에 따르는 것만으로는 법규범으로서 의미

를 충분히 파악할 수 없을 때에는 형벌법규의 통상적인 의미를 벗어나지 않는 한 법질서 전체의 이념, 형벌법규의 기능, 입법 연혁, 입법 취지와 목적, 형벌법규의 보호법익과 보호의 목적, 행위의 형태 등 여러 요소를 종합적으로 고려하여 그 의미를 구체화해야 한다(목적론적 해석). 이러한 해석방법은 대법원이 여러 차례에 걸쳐 확인해 온 확립된 것이다(대법원 2002. 2. 21. 선고 2001도2819 전원합의체 판결, 대법원 2003. 1. 10. 선고 2002도2363 판결, 대법원 2006. 5. 12. 선고 2005도6525 판결, 대법원 2006. 11. 16. 선고 2006도4549 전원합의체 판결 참조).

2) 다수의견은 배임죄에 관한 문언해석상 일관성을 유지하지 못하고 있다.

배임죄 성립 여부를 판단할 때 형법 제355조 제2항에서 말하는 '타인의 사무를 처리하는 자'의 문언적 의미에서 출발해야 한다는 것은 누구든지 동의한다. 그러나 그 의미에 관해서 의식적으로든 무의식적으로든 다양한 견해가 있어 왔다. 다수의견은 타인의 사무를 처리하는 자를 타인을 위하여 사무를 대행하는 경우로 한정하는 것으로 볼 수 있는데, '처리(處理)'를 '대행(代行)'으로 좁게 이해하는 것은 그 문언적 의미에 반한다.

'처리'는 사무나 사건 따위를 절차에 따라 정리하여 치르거나 마무리를 짓는 것인 반면, '대행'은 남을 대신하여 행위를 하는 것이다. 처리라는 용어에는 대행과 달리 대신하여 행위를 한다는 한정적 의미가 내포되어 있지 않다. 법률용어로서 대행과 구별하여 사용되는 대리(代理), 대표(代表), 사무관리(事務管理) 등도 '처리'에 포함되고, 그 밖에 사실상 행위, 가령 심부름을 하는 일이나 은행창구 직원의 계좌이체행위 등도 '처리'에 포함될 수 있다.

오랜 기간 대법원은 타인의 사무를 처리하는 자의 문언적 의미에 관하여 '신임관계에 기초를 둔 타인 재산의 보호 또는 관리의무가 있을 것을 그 본질적 내용으로 하는

것으로 타인의 재산관리에 관한 사무를 대행하는 경우, 예컨대 위임, 고용 등의 계약상 타인 재산의 관리 보전의 임무를 부담하는데 본인을 위하여 일정한 권한을 행사하는 경우, 등기협력의무와 같이 매매, 담보권설정 등 자기의 거래를 완성하기 위한 자기의 사무인 동시에 상대방의 재산보전에 협력할 의무가 있는 경우를 말한다.'고 일관되게 밝혀 왔다(대법원 1983. 2. 8. 선고 81도3137 판결, 대법원 2005. 3. 25. 선고 2004도 6890 판결 등 참조). 즉, 배임죄에서 말하는 타인의 사무에는 타인의 사무를 대행하는 경우뿐만 아니라 상대방의 재산보전에 협력할 의무가 있는 경우도 포함된다는 점을 명시해 왔고, 이는 오랜 기간 다수의 사건을 통하여 정립된 것으로서 이미 우리 사회의 경제생활을 규율하는 확립된 법원칙으로 기능하고 있다. 대법원 2018. 5. 17. 선고 2017도4027 전원합의체 판결이 매도인의 매수인에 대한 소유권이전등기 등 재산보전에 협력할 의무가 있는 경우를 타인의 사무로 본 것도 위와 같이 확립된 문언해석에 기초한 것이다. 이러한 태도는 최근까지 선고한 대법원 판결들에서도 일관되게 따르고 있는 것으로서 이 판결이 선고된 이후에도 또 새로운 전원합의체 판결이 나오지 않는 한 변함이 없을 것이다.

부동산 매매에서 중도금까지 지급받은 매도인이 매수인에게 소유권이전등기를 해줄 의무와 차용금을 지급받은 채무자가 채권자에게 근저당권설정등기를 해줄 의무는 모두 거래를 완성하기 위한 자신의 사무인 동시에 상대방의 재산보전에 협력할 의무가 있는 경우이고, 위와 같은 의무는 상대방의 재산적 이익을 보호하는 것이 신임관계의 전형적·본질적 내용이 된다는 점에서 차이가 없다. 만일 위 두 경우 중 어느 한 쪽을 부정한다면 다른 쪽도 부정해야지 어느 한 쪽을 긍정하면서 다른 쪽을 부정하는 것은 일관성을 잃은 것이다.

다수의견은 대법원 2017도4027 전원합의체 판결과 달리 타인의 사무에 관한 문언적 의미를 타인의 사무를 대행하는 경우로만 좁게 해석하면서 근저당권설정계약을 체결한 채무자의 채권자에 대한 재산보전 협력의무가 타인의 사무가 아니라고 한다. 더욱이 다수의견은 무슨 근거로 배임죄에서 말하는 타인의 사무가 타인의 사무를 대행하는 경우에 한정되는지, 근저당권설정등기를 해줄 의무가 신임관계의 본질에 해당하는 재산보전 협력의무로 볼 수 없는지에 관해서는 침묵하고 있다. 이러한 태도는 대법원이 타인의 사무에 관하여 확립해 온 태도를 벗어난 것으로 법해석의 통일적 기준을 제시한다는 대법원의 기본적 사명을 망각한 것이다.

법령, 법률행위, 사무관리와 신의성실 원칙 등에서 나오는 사무에는 대부분 자신의 사무와 타인의 사무의 성격이 혼재되어 있어 어느 하나의 성격만이 존재한다고 볼 수 없다. 다수의견이 타인의 사무를 대행하는 전형적인 예로 들고 있는 위임계약도 유상으로 한 때에는 쌍무계약(무보수의 특약이 없으면 보수지급의 묵시적 약정이 있는 것으로 보는 것이 판례의 일반적 태도로서, 실제 쌍무계약인 경우가 다수를 차지한다)으로서 위임인과 수임인의 각 채무는 서로 대가관계에 있다. 수임인은 위임인이 맡긴 사무를 처리할 의무가 있지만, 이 의무는 위임인으로부터 보수를 받기 위하여 위임계약의 목적을 완성하기 위한 자신의 사무이기도 하다. 의뢰인이 변호사에게 사건을 의뢰한 경우가 위임계약의 대표적인 예이다. 만일 소송위임을 받은 변호사가 화해 등의 소송절차에서 의뢰인의 재산적 이익에 반하는 취지로 합의를 하였다면 변호사는 타인의 사무를 처리하는 사람으로서 배임죄가 성립한다는 점에 다수의견도 이견이 없을 것이다. 위와 같은 변호사의 사무 역시 자신의 사무인 동시에 타인의 사무의 성격이 혼재되어 있다.

위와 같이 위임에 따른 사무도 오롯이 타인의 사무로만 볼 수 없는데도, 다수의견은 위와 같은 잘못된 전제를 기초로 타인의 사무처리자를 좁게 해석하는 오류를 범하고 있다.

다수의견은 위임이나 고용과 같은 계약에 기초하여 일을 하는 경우를 대행이라고 보고 있는 듯하다. 그러나 수임인이나 피용인이 위임인이나 고용인을 대신하여 행위를 하는 것으로 볼 필요는 없다. 수임인이나 피용인은 자신이 맡은 일을 하고 있는 것이고 그것이 위임인이나 고용인의 사무에 해당한다고 볼 수 있으면 타인의 사무를 처리하는 자라고 보는 것으로 충분하다.

대법원이 '사무의 처리가 오로지 타인의 이익을 보호·관리하는 것만을 내용으로 하여야 할 필요는 없고, 자신의 이익을 도모하는 성질도 아울러 가진다고 하더라도 타인을 위한 사무로서의 성질이 부수적·주변적인 의미를 넘어서 중요한 내용을 이루는 경우에는 여기서 말하는 타인의 사무를 처리하는 자에 해당한다.'고 한 이유도 위와 같이 계약 등으로 발생하는 타인을 위한 사무를 어느 한쪽으로만 포섭하기 어렵기 때문이다.

다수의견은 타인의 사무를 처리하는 자를 타인의 사무를 대행하는 경우로 한정하는 것이 문언해석에 따른 것이라고 할지도 모른다. 그러나 타인의 사무를 처리하는 자에 관한 문언해석으로 상대방의 재산보전에 협력할 의무가 있는 경우를 포괄할 수 없다면, 위 대법원 2017도4027 전원합의체 판결을 비롯한 무수히 많은 판결은 더 이상 유지될 수 없다.

따라서 타인의 사무를 처리하는 자를 타인의 사무를 대행하는 것으로 한정하는 견해는 타인의 사무에 관하여 확립된 문언적 의미를 무시한 것이거나 결론을 정당화하기

위하여 사안에 따라 타인의 사무에 관한 문언적 의미를 다르게 본 것이다.

3) 다수의견은 배임죄의 입법 연혁과 배임죄의 본질을 고려한 목적론적 해석에 배치된다.

형법 제355조 제2항은 '타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위로써 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가한 때'라고 규정하는데, 이는 일본의 1940년 개정형법가안 제442조 제2항('타인의 사무를 처리하는 자가 자기 또는 제3자의 이익을 도모하여 그 임무에 위배되는 행위를 하여 본인에게 손해를 가하고 재산상 불법적인 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 한 때'로 규정되어 있었다)의 영향을 받았다고 보는 것이 일반적인 견해이다.

일본의 현행 형법은 배임죄의 요건을 '타인을 위하여 그 사무를 처리하는 자가 자기 또는 제3자의 이익을 도모하거나 본인에게 손해를 가할 목적으로 그 임무에 위배되는 행위를 하여 본인에게 재산상의 손해를 가한 때'라고 규정한다. 일본 판례는 부동산 이종저당 사안에서 '저당권설정자는 그 등기에 관해 이를 만료하기까지는 저당권자에게 협력할 임무가 있고, 그 임무는 주로 타인인 저당권자를 위해 부담하는 것'이라고 하여 배임죄 성립을 인정하였다.

독일 형법은 배임죄의 주체를 '법률, 관청의 위임이나 법률행위를 통해 인정된 타인의 재산을 처분하거나 타인에게 의무를 부과할 권한을 남용하거나 법률, 관청의 위임, 법률행위 또는 신뢰관계 등에 의하여 부과되는 타인의 재산상 이익을 배려할 의무를 위반하고, 그로 인하여 재산상 이익을 보호해야 할 자에게 손해를 가한 자'라고 규정한다. 독일 형법은 권한남용 구성요건과 배신 구성요건을 모두 포함하는 형태로 배임죄를 구성하고 있는데, 독일의 통설은 권한남용 구성요건을 배신 구성요건의 특수한 형

태이고 배신 구성요건을 일반적 요건으로 보고 있다. 독일의 연방대법원도 배임죄의 본질에 대하여 '타인의 재산상 이익을 보호해야 할 의무의 위반에 있다'고 하여 동일한 입장이다. 따라서 배임죄는 당사자 관계의 본질적인 내용이 신임관계에 기초하여 타인의 재산을 보호 내지 관리하는 데에 있어야 하는 것으로 본다.

위와 같은 독일의 배임죄에 관한 법리는 우리나라 배임죄의 해석에도 직접적인 영향을 미쳤고, 우리나라 통설과 판례는 배임죄의 본질이 타인의 신뢰를 배반하여 재산을 침해하는 것에 있다는 배신설을 따르고 있다. 즉, 배임죄를 사무처리자가 본인에 대한 신의성실의무를 위반하는 재산침해를 내용으로 하는 범죄라고 본다. 따라서 사무처리자와 제3자의 관계가 아니라 사무처리자와 본인의 관계를 중심으로 배임죄 성립 여부를 검토한다.

목적론적 해석은 법질서에서 객관적으로 요구된 이성적인 목적에 따라서 법규의 의미를 찾는 해석방법이다. 법해석은 입법자가 이미 고려하였던 것을 단순히 다시 반복하는 것이 아니라, 입법자가 지향하는 법의 의미와 정신을 다시금 새로운 상황을 고려해서 찾아내는 작업이다.

형법의 배임죄 규정은 '타인의 사무'라고만 되어 있을 뿐 타인의 사무가 무엇인지에 대하여는 아무런 규정이 없다. 대법원은 배임죄의 본질이 '신임관계에 대한 배신'이라는 점을 기초로 '타인의 사무란 신임관계에 기초를 둔 타인 재산의 보호·관리의무가 있을 것을 그 본질적 내용으로 한다.'는 해석론을 확립하였다(대법원 2012. 5. 10. 선고 2010도3532 판결 등 참조). 또한 배임행위에는 '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 타인과의 신임

관계를 저버리는 일체의 행위가 포함된다.'고 한다(대법원 2002. 7. 22. 선고 2002도 1696 판결 등 참조). 타인의 사무와 배임행위에 관한 이러한 법리는 형법 규정에서 바로 도출할 수 없고, 배임죄의 본질과 입법자가 지향하는 법의 의미와 정신에 기초한 목적론적 해석에 근거한 것이다.

절도죄나 상해죄 등과 같이 구성요건만으로 죄의 성립 여부를 비교적 쉽게 가릴 수 있는 경우도 있지만, 권리행사방해죄나 배임죄와 같이 그 구성요건에 포괄적이고 다의적인 개념을 사용하고 있어 그 규정만으로 죄의 성립 여부를 판단하기 쉽지 않은 경우도 있다. 가령 타인의 권리가 무엇이든 그 행사를 어떤 형태로든 방해하기만 하면 권리행사방해죄가 성립한다고 본다면 권리행사방해죄의 성립 범위가 무한정 넓어질 수 있다. 배임죄는 '타인의 사무를 처리하는 자가 배임행위를 하여 재산상 이익을 취득하고 본인에게 손해를 가할 것'을 그 요건으로 한다. '타인의 사무를 처리하는 자'의 근거는 법령, 계약뿐만 아니라 신의성실 원칙도 포함되고, 사무처리의 내용도 각각의 근거와 당사자 사이의 관계에 따라 다양하며, 무엇이 주된 의무인지도 불명확한 경우가 많다. 법원은 다양한 유형의 사건에서 타인의 사무가 무엇이고 본질적 내용이 되는 신임관계가 무엇인지에 관하여 개별적으로 판단해 왔다. 배임죄에서 보호하는 법률관계가 무엇인지, 배임죄 판단의 징표로 삼고 있는 신임관계의 전형적·본질적 내용이 무엇인지는 일률적으로 말할 수 없고, 법률관계의 유형, 개별 약정의 내용이나 당사자 사이의 관계 등을 고려하여 판단할 수밖에 없다.

다수의견은 근저당권설정계약의 목적이 채무의 변제에 있다고 보고 있다. 그러나 채무의 변제는 소비대차계약의 목적이지만 근저당권설정계약의 목적이 아니다. 근저당권설정계약은 근저당권설정등기를 함으로써 부동산에 대한 담보물권을 확보하는 데 그 목적

이 있다. 부동산 매매계약이 부동산에 관한 소유권이전등기를 함으로써 부동산에 관한 소유권을 확보하려는 데 그 목적이 있는 것과 그 성질상 차이가 없다. 다수의견은 저당권설정계약에서는 채무자가 언제든지 자신의 차용금채무를 변제함으로써 채권자에게 저당권을 설정해 줄 의무에서 벗어날 수 있다고 하나, 저당권을 설정해 주기로 약정한 상태에서 이행기가 도래하지 않았는데도 채무자 또는 부동산 소유자가 채무를 변제하고 저당권을 설정할 의무에서 벗어날 수 있다는 근거가 무엇인지 알 수 없다.

이 사건에서 문제되는 것은 저당권이 아닌 근저당권인데, 근저당권에서는 이른바 소멸에 관한 부종성이 인정되지 않는다는 점에서 저당권과 구별되는 특질이 있다. 근저당권의 경우에는 피담보채무가 소멸하거나 이전되더라도 근저당권은 여전히 존속한다(민법 제357조 제1항 2문). 즉, 피담보채권이 확정되기 전에는 비록 발생한 채권을 채무자가 변제해도 근저당권이 소멸되지 않는다(대법원 1965. 4. 20. 선고 64다1698 판결 참조).

다수의견은 부동산 이중근저당 사안(채무자가 근저당권설정계약을 체결하고 이를 이행하지 않은 상태에서 제3자에게 근저당권설정등기를 설정하는 등 부동산을 처분한 경우를 말한다)이 부동산 대물변제예약 사안(대법원 2014도3363 전원합의체 판결)과 유사한 것으로 보고 있는 듯하다. 부동산 대물변제예약의 경우 채무자는 예약완결권 행사 이후라도 금전채무를 변제하여 소유권이전등기절차를 이행할 의무를 소멸시키고 의무에서 벗어날 수 있다고 하나, 근저당권설정계약을 한 상태에서는 채무자가 언제든지 피담보채무를 변제하고 근저당권설정등기를 할 의무에서 벗어날 수는 없다(부동산 대물변제예약은 '채무이행의 방법'에 관한 약정으로 민법의 채권편에서 규정하고 있는 반면, 근저당권설정계약의 경우 '담보권 설정'에 관한 약정으로 채무자에게 즉시 근저당

권을 설정해 줄 의무가 발생하고, 소멸에서의 부종성이 인정되지 아니하여 피담보채무의 변제만으로 근저당권설정등기 의무가 소멸된다고 볼 수 없다). 따라서 근저당권설정계약의 주요 내용은 근저당권설정등기를 하는 것에 있을 수밖에 없다. 근저당권설정등기 의무를 부수적 내용이라고 하는 것은 그 의무를 이행하지 않으면 근저당권설정계약을 해제할 수도 없다고 보아야 할까? 다수의견이 사용하는 부수적 내용이 무엇을 의미하는지 알 수 없다.

결국 어떤 유형의 법률관계에서 배임죄로 처벌할 것인지는 배임죄의 보호법익을 고려하여 법질서에서 객관적으로 요구되는 목적이 무엇인지에 따라 결정해야 한다. 형법상 배임죄가 중요한 범죄로 규정되어 있는 상태에서 그 해석·적용을 임의로 삼고 있는 법원으로서 그 처벌 범위를 지나치게 넓혀서도 안 되지만 이를 과도하게 축소해서도 안 된다.

타인의 사무 유형을 구분하여 배임죄의 성립을 타인의 사무를 대행하는 경우로만 한정하는 것은 배임죄의 보호법익과 그 성립 여부에 관한 확립된 대법원의 해석론에 반한다. 서로 대립하는 관계에서 자신의 의무를 이행하는 것을 넘어 그러한 의무의 이행이 없이는 상대방이 권리를 취득할 수 없는 일정한 경우는 배임죄로 처벌하는 것이 형사법의 전체적인 체계와 목적에 부합한다.

계약을 체결한 당사자는 그 계약에서 정한 의무를 이행하면 충분하고 이것을 넘어서 상대방의 재산상 이익을 보호하거나 배려할 의무까지는 없다. 따라서 계약을 이행하지 않은 경우에 채무불이행 책임을 질 뿐이고 불법행위 책임을 지는 것은 아니며, 더군다나 형사책임까지 지는 경우는 더욱 드물다. 이것은 소유권 등 물권을 침해한 경우에 불법행위 책임뿐만 아니라 형법상 구성요건을 충족하는 경우에 형사책임까지 지는 경우와

구별된다.

그러나 대법원은 계약에 따른 의무를 이행하지 않은 사안 중에서 전형적인 배임행위로 평가되는 부동산 이중매매나 이중저당에 관하여 일관되게 배임죄 성립을 긍정하였다. 위 대법원 2017도4027 전원합의체 판결에서도 '문제된 사무 처리가 오로지 타인의 이익을 보호·관리하는 것만을 내용으로 할 필요는 없고 자신의 이익을 도모하는 성질을 아울러 가지더라도 타인을 위한 사무로서의 성질이 부수적·주변적인 의미를 넘어서 중요한 내용을 이루는 경우에는 타인의 사무에 해당한다.'는 법리를 재확인하면서, 부동산 매매계약에서 중도금 지급 등 계약이 본격적으로 이행되는 단계에 이른 때부터 매도인은 매수인의 재산보전에 협력하여 재산적 이익을 보호·관리할 신임관계에 있다고 보아 부동산 이중매매를 배임죄로 인정하는 종전 판례를 유지하였다.

위와 같은 판례는 자신의 사무인 동시에 사무처리자의 상대방에 대한 권리취득에 협력할 의무도 신임관계를 기초로 하는 타인의 사무의 본질적 내용으로 평가해 온 것이다. 이것은 배임죄의 보호법익과 목적을 고려하여 배임죄에 관한 문언의 의미를 제한적으로 해석하여 단순한 채무불이행은 배임죄의 처벌범위에서 제외하되 채무불이행 유형 중에서 부동산 이중매매와 같은 일정한 사안을 배임죄로 처벌하고자 한 것이다. 다수의견은 대법원의 위와 같은 목적론적 해석이 잘못된 것인지에 관하여 아무런 언급 없이 근저당권설정자의 근저당권설정의무를 타인의 사무로 볼 수 없다는 이유로 배임죄 성립을 부정하였다.

무엇보다도 위 대법원 2017도4027 전원합의체 판결에서 매수인의 권리취득에 협력할 매도인의 의무를 가별적 배임행위로 보았다면, 그와 동일한 유형의 신임관계 침해행위에 대해서도 동일한 평가를 내려야 한다. 따라서 부동산 이중매매와 동일하게 권

리취득에 협력할 의무로서, 그 의무 이행 없이는 상대방이 재산을 취득할 수 없어 사무처리자의 처분행위가 당사자 사이의 신임관계를 현저히 침해하는 부동산 이중저당의 경우도 가별적 배임행위로 보아야 한다. 양자를 달리 평가하는 다수의견은 동일하게 판단해야 할 사안을 달리 판단하였다는 의미에서 평가모순에 해당하는 것으로 헌법상 평등 원칙을 침해한다.

타인의 사무를 처리하는 자를 위임 등 타인의 사무를 대행하는 경우로 한정하는 것은 위와 같은 배임죄의 입법 연혁과 그 본질을 고려한 목적론적 해석이나 배임죄에 관한 비교법적 고찰에 비추어 보더라도 근거가 없다.

나. 다수의견에 대한 보충의견에서 제기한 몇 가지 문제에 대하여 의견을 개진한다.

1) 부동산 이중저당에 대해 배임죄로 처벌할 것인지 여부는 배임죄의 해석·적용 문제이다. 배임죄에 관한 형법 규정이 헌법에 반하지 않는 한 이 규정을 사안에 맞게 적용하는 것은 법원의 임무이다. 입법론으로 배임죄를 일정한 사안에 제한하는 방식으로 개정하거나 배임죄를 아예 폐지하는 것은 별론으로 하고 국가형벌권의 과도한 개입이라거나 사적 자치의 원칙을 침해한다는 추상적인 이유로 이중저당 사안에 대해 배임죄의 성립을 부정할 수 없다.

배임죄에 관한 규정 없이 우리나라에서 배임죄로 규율하는 사항을 다른 형법 규정 등으로 처벌하는 나라도 있지만, 우리나라 형법은 독일, 일본과 마찬가지로 배임죄를 매우 중요한 범죄로 규정하고 있다. 독일과 같이 부동산 등기에 관하여 단독신청주의를 채택함으로써 부동산 이중처분의 우려가 없는 경우와는 달리, 부동산 등기에 관하여 공동신청주의를 채택하여 등기의 원인이 되는 법률행위와 등기 사이에 시간적 간격이 생기는 우리나라와 일본의 경우에는 부동산 이중처분으로 말미암아 여러 문제가 발

생한다. 우리나라에서는 다른 나라와 달리 소유권이전등기보다 근저당권설정등기가 많이 이루어지고 있어 근저당거래가 경제생활에서 차지하는 비중이 커서 이중저당 문제도 심각한 사회문제가 되고 있다.

부동산 매매 등에 관한 공증제도 등이 도입되지 않은 상태에서 이중처분행위에 대한 형사적 개입은 이중처분행위를 방지하고 거래의 안전을 보장하는 역할을 하였다. 이것은 계약한 대로 계약이 지켜져야 한다는 관념을 확산시켰다는 점에서 사적 자치의 원칙이 정착하는 데 기여하였다고 볼 수 있다.

다수의견에 대한 보충의견은 '민사적으로도 권리를 구제할 수 있는 다양한 형태의 제도가 구축되었으므로 사적 자치에 맡기고 이제는 형사적 개입이 필요하지 않다는 사정변경이 생겼다'고 한다. 그러나 부동산 이중저당에 관해 배임죄 성립을 긍정한 대법원 1971. 11. 15. 선고 71도1544 판결 이후 현재까지 어떠한 민사적 권리구제가 확충되어 형사적 개입이 필요하지 않다고 볼 사정변경이 있었는지에 대해서는 구체적인 답변이 없다.

사적 자치의 원칙, 그중에서도 계약자유 원칙은 계약을 체결하고 그 내용을 형성할 자유를 말하는 것이다. 여기에 계약을 파기할 자유, 계약을 위반할 자유는 포함되지 않는다. 약속을 믿고 행동을 한 상대방의 기대를 저버리는 것까지 자유의 영역은 아니다. 이러한 행동을 보장하는 권리는 헌법을 비롯한 법질서 어디에서도 찾아볼 수 없다.

일반적으로 계약을 위반하는 행위에 대하여 이행청구나 손해배상과 같은 민사적 구제수단이 이용되지만, 일정한 경우에는 국가의 형벌권이 개입하기도 한다. 배임죄 등 몇몇 형사범죄는 바로 사적 자치의 영역에서 문제되는 일정한 계약 위반 행위에 대하여 형사적 제재를 예정하고 있는 범죄이다. 대법원은 전형적인 배신행위로서 신임관계

에 대한 본질적인 침해에 해당하는 부동산 이중매매와 이중저당에 관해 배임죄 성립을 긍정하였는데, 이를 국가형벌권의 과도한 개입이라고 할 수 없다.

2) 배임죄의 성립 여부에 관하여 부동산 이중매매와 이중저당을 다르게 취급할 이유가 없다.

다수의견에 대한 보충의견은 '양자가 배임죄라는 형사 제재를 통해 얻게 되는 사회적·경제적 효용이 다르다'고 설명한다. 이중매매의 경우 사후에 금전적 손해배상만으로 계약 목적을 달성할 수 없어 계약의 이행을 강제할 필요성이 있지만, 이중저당은 채권자의 금전채권을 확보해 주는 것밖에 되지 않아 형사적 제재의 필요성이 없다는 것이다. 그러나 위와 같은 보충의견은 거래 현실이나 국민의 법감정과도 동떨어지는 것이다.

부동산 이중매매나 이중저당 모두 매도인 또는 채무자의 위반행위로 인해 계약의 목적을 달성할 수 없다는 점에서 동일하다. 부동산 이중저당에 관하여 배임죄 성립을 부정하는 다수의견이 미칠 다음과 같은 사회적·경제적 악영향을 고려하면, 부동산 이중저당에 대한 형사적 제재를 통한 사회적·경제적 효용은 부동산 이중매매의 경우보다 결코 적다고 할 수 없고 오히려 더 크다고 보아야 한다.

실무상 소비대차에 따른 금전을 주고받기 전에 또는 그와 동시에 근저당권설정등기를 확보하지 않으면, 담보권을 확보할 수 있는 다른 마땅한 수단을 갖지 못할 수 있다. 담보권은 담보제공자의 이행을 통해서 확보되는 것이고, 채권자 스스로 담보권을 확보할 수 있는 방법은 없다. 이러한 담보권을 취득하지 못할 경우에는 해당 채권은 무담보 채권이 되어 채무자에게 다른 자력이 없다면 공허한 채권이 될 가능성이 높아진다.

채권자가 채무자에게 대여금 채권 외에 채무불이행에 따른 손해배상채권을 가진다고

하더라도, 권리구제에 아무런 도움이 되지 않는다. 대여금도 받을 수 없는 상황에서 다른 금전채권을 가진다는 것이 무슨 의미를 갖는다는 것인지 알 수 없다.

채권자가 언제나 사회적 강자이거나 채무자에 비해서 우월한 지위에 있다는 다수의 견에 대한 보충의견은 복잡한 사회 구조 속에서 이루어지는 다양한 담보대출의 국면을 이해하지 못하고 있거나 아니면 현실을 애써 외면한 것이다. 예를 들어, 아파트나 오피스텔을 신축하면서 준공 시 건물 전체에 대한 근저당권을 설정해 주기로 약정하고 은행으로부터 대출을 받은 다음 그 약정을 위반하고 다른 은행에서 대출을 받으면서 근저당권을 설정함으로써 대규모 피해를 입히는 경우를 어렵지 않게 볼 수 있다. 수분양자나 부동산 매수인이 중도금이나 잔금을 해결하기 위하여 대출을 받아 지급하고 소유권이전등기를 받은 다음 채권자에게 근저당권을 설정해 주기로 약정하였다가 제3자에게 부동산을 담보로 제공하거나 양도하는 경우도 있다. 이러한 경우에 채권자가 근저당권을 먼저 취득한 다음 대출을 해줄 수 없다. 만일 법원이 담보설정을 약정한 분양업자 등의 배신적 행위에 대해 배임죄가 성립하지 않는다고 볼 경우 은행은 담보권을 설정받기 전에는 대출을 해주지 않을 것이다. 이러한 피해는 결국 선량한 채무자들에게 고스란히 전가될 수밖에 없다.

부동산 이중저당에 대하여 형사처벌을 하지 않게 됨으로써 사적 자치의 원칙이 보장되는 것처럼 보일 수 있지만, 그 실상은 신뢰관계에 기초한 담보대출이 원활하게 작동하지 않게 되고 대출경색으로 채무자들이 제때 필요한 대출을 받지 못하게 되어 결국 파산하게 되는 결과를 발생시킬 수 있다.

3) 소비대차계약과 근저당권설정계약은 별개의 계약이다. 사후적으로 소비대차계약에 따른 이행이 있다고 해서 근저당권설정계약을 위반하여 무담보 상태를 초래한 데

따른 형사처벌 문제가 소급해서 해소될 수는 없다.

다수의견에 대한 보충의견은, 채무자의 배신행위로 근저당권설정계약에 따른 근저당권설정등기를 넘겨받을 수 없게 되더라도 채권자는 채무자로부터 피담보채권을 변제받음으로써 근저당권설정계약을 통해 달성하고자 한 목적을 사실상 이룰 수 있으므로, 배임죄로 처벌해서는 안 된다고 한다.

그러나 형법상 재산범죄의 성립 여부는 손해가 나중에 전보되었는지 여부와 관계없이 판단해야 한다. 가령 변제의 능력과 의사가 있는 것처럼 기망하여 금전을 차용함으로써 사기죄는 성립하고 피해자가 나중에 그 금원을 변제받았다고 해서 사기죄의 성립 여부가 달라지지 않는다. 채무자가 배신적 행위에 해당하는 이중저당으로 채권자를 무담보 상태에 빠지게 하였다면 배임죄는 성립하고, 채권자가 나중에 변제를 받았다고 해서 배임죄의 성립 여부가 달라질 이유가 없는 것이다.

채권자는 채권에 대한 담보를 취득하기 위하여 근저당권설정계약을 체결한 것인데, 그 담보물이 없어진 후에도 채무자의 일반재산으로부터 변제를 받기만 하면 근저당권설정계약의 목적이 달성된 것과 같다고 하는 것은 담보계약으로서의 근저당권설정계약 자체를 무의미하게 만드는 것이나 다름없다. 법률적으로든 경제적으로든 담보권의 취득과 보전은 거래당사자에게 중요한 의미가 있는 것인데, 유독 배임죄의 성립 여부를 판단할 때에만 이를 부수적인 의미에 불과하다는 것은 근거가 없다.

4) 다수의견에 대한 보충의견은 부동산 이중저당을 배임죄로 처벌하는 것이 사적 자치의 원칙 침해와 그로 인한 민사사건의 전면적인 형사화를 초래한다고 한다. 그러나 위와 같은 보충의견에 따른다면, 어떤 계약 위반행위에 대하여 형사적 제재를 인정할 수 있을지 의문이다. 예컨대, 대표이사와 회사의 관계도 본질적으로 사적 자치의 영역

이고 고용 또는 위임계약이라는 민법상 법률관계이다. 대표이사가 회사의 이익에 반하는 행위를 하여 배임죄로 처벌되는 대부분의 형사사건도 그 본질은 계약을 위반한 것에 있다. 형법상 재산범죄는 민사법과 밀접한 관련이 있을 수밖에 없다. 사적 자치가 허용되는 영역에서도 민사법과 형사법은 각각의 역할이 있는 것이고 어느 범위에서 형사법이 개입할 수 있는지는 형벌법규의 해석·적용의 문제이다.

다수의견에 대한 보충의견이 들고 있는 위와 같은 사정 모두 부동산 이중저당에 대하여 배임죄 성립을 부정할 수 있는 근거가 될 수 없다.

다. 결론적으로, 부동산에 관한 근저당권설정계약을 체결한 채무자가 그 신임관계를 저버리고 부동산을 제3자에게 처분함으로써 채권자로 하여금 부동산의 근저당권 취득을 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하였다면, 이러한 행위는 근저당권설정계약에서 비롯되는 본질적·전형적 신임관계를 위반한 것으로서 배임죄에 해당한다. 이러한 해석이 부동산의 이중매매 등에 관하여 배임죄를 인정한 판례의 확립된 해석론과 배임죄의 본질에 부합한다.

이상과 같이 반대의견의 논거를 보충한다.

7. 반대의견에 대한 대법관 민유숙의 보충의견

가. 채무자의 배신적인 이중처분행위와 관련된 여러 건의 대법원 전원합의체 판결들과 이에 의하여 변경되는 판례의 범위는 혼란스럽기만 하다.

대법원 2020. 2. 20. 선고 2019도9756 전원합의체 판결의 쟁점은 대상재산이 동산으로, 처분 시기가 양도담보권을 설정한 이후로 한정된다. 이 사건 쟁점은 대상재산이 부동산으로, 처분 시기가 차용금 수령 후 저당권 설정 전으로 한정된다. 따라서 위 대법원 2019도9756 전원합의체 판결과 이 사건은 대상과 처분시기를 달리하므로, 그 결론

이 통일될 이유는 없다.

나. 한편 부동산 이중매매 사안에서 중도금까지 지급받은 매도인이 배임죄에서 말하는 타인의 사무를 처리하는 자에 해당한다는 종래의 판결을 유지한 대법원 2018. 5. 17. 선고 2017도4027 전원합의체 판결이 선고되었다.

대법원 2019. 1. 10. 선고 2018도15584 판결, 대법원 2019. 11. 28. 선고 2019도13730 판결은 채무 담보로 근저당권설정등기를 설정하기로 약정하였다가 제3자에게 근저당권설정등기를 마친 경우 배임죄의 유죄를 선고한 원심판결을 수긍하였다. 위 2사건의 원심판결에서 '근저당권설정의무는 상대방의 채권확보를 위한 부수적 내용에 불과하여 타인의 사무에 해당하지 않는다'거나 '부동산 대물변제예약에 관한 대법원 2014. 8. 21. 선고 2014도3363 전원합의체 판결의 법리에 따라 타인의 사무로 볼 수 없다'는 주장은 위 대법원 2017도4027 전원합의체 판결의 법리에 따라 근저당권설정자인 채무자가 타인의 사무처리자임을 전제로 모두 배척되었고, 대법원도 위와 같은 원심판단을 그대로 수긍하였다.

위 2개의 대법원 판결은 다수의견의 변경대상 판결 중 사건번호가 특정되지 않은 '같은 취지의 대법원 판결들'에 포함되어 있을 것이다.

비록 위 2개의 대법원 판결에서 부동산 이중저당에 관한 명시적 법리판시 없이 근저당권설정계약의 대상 부동산에 대한 임의처분행위에 대하여 배임죄를 인정한 원심을 수긍하였다고 하더라도, 유죄 인정 여부는 직권판단 대상인 이상, 저당권설정등기를 하여 줄 의무가 타인의 사무임을 전제로 이를 이행하지 않고 제3자에게 처분한 행위는 배임죄를 구성한다는 기존의 법리를 전제로 판단한 위 2개의 대법원 판결도 판례변경의 대상이 된다고 할 것이다.

대법원 2004. 11. 18. 선고 2004도1228 전원합의체 판결에서도 '여객자동차운송사업 면허 등을 받지 아니한 채 화물자동차로 여객을 유상으로 운송한 행위가 여객자동차운수사업법 위반되는지 여부'에 관한 기존의 판례를 변경하면서, 위와 같은 행위에 대하여 별도의 법리판시 없이 여객자동차운수사업법위반죄를 인정한 대법원 판례도 변경대상 판결로 포함하였다.

따라서 이 사건의 다수의견은 불과 6개월에서 1년 전의 대법원 판결을 변경하자는 것이다.

다. 설령 명시적인 판례변경의 대상이 아니라 할지라도 위 2개의 대법원 판결은 직전에 선고된 위 대법원 2017도4027 전원합의체 판결의 부동산 이중매매와 마찬가지로 법리적인 구조를 갖고 있는 저당권설정등기의무 불이행은 부동산 이중매매와 동일하게 배임죄가 성립한다는 결론을 대법원이 채택한 것이 분명하다. 이러한 대법원의 태도는 명시적인 법리 판시가 없더라도 각급법원의 판결은 물론 수사기관까지 지도적인 해석기준으로 기능하고 있는 것이다. 하급심 실무에서도 부동산 이중저당 사안에서 '위 대법원 2014도3363 전원합의체 판결에 따라 저당권을 설정해 줄 의무도 타인의 사무가 아니다'는 주장을 배척하고, 여전히 배임죄 성립을 긍정하고 있는 것으로 보인다.

다수의견은 이러한 태도를 위 2개의 대법원 판결 선고시로부터 불과 6개월여 만에 바꾼 것으로, 하급심 등의 실무에 혼란을 가져오고 대법원 판결의 신뢰에 역행하는 결과를 가져올 것이 우려된다. 위와 같은 짧은 기간에 부동산에 관하여 저당권설정계약을 체결한 채무자의 저당권설정의무가 타인의 사무가 아니라고 볼 사정변경이나 거래현실의 변화가 있었다고 할 수는 없다.

이상과 같이 반대의견의 논거를 보충한다.

재판장 대법원장 김명수 _____

 대법관 권순일 _____

 대법관 박상옥 _____

 대법관 이기택 _____

 대법관 김재형 _____

 대법관 박정화 _____

주 심 대법관 안철상 _____

 대법관 민유숙 _____

 대법관 김선수 _____

대법관 이동원 _____

대법관 노정희 _____

대법관 김상환 _____

대법관 노태약 _____