안녕하세요.
이재영 법무사입니다.
올해의 형법 문제는 형법의 기본적인 지식을 테스트하는 방향으로 출제되었고 이것은 작년과 동일한 출제 경향이라고 할 수 있습니다. 형법 총론을 제외하면, 대부분 기존의 기출문제에서 다루었던 다소 평이한 쟁점이 반복 출제되었습니다.

【문 1】
주거침입죄 부분은 약방의 감초같은 쟁점으로, 대부분 잘 서술하셨을 것이라 생각합니다.
"구체적 사실의 착오 중 객체의 착오"는 법무사 시험에서 최초로 출제되었습니다. 하지만 이것도 기초적인 내용이라 대부분의 수험생 분들이 잘 서술하셨을 것으로 보입니다.
주관적 정당화요소가 결여된 경우(우연방위)는 어려운 논점이었다고 봅니다. 이 쟁점은 저의 '5행정리 암기장'의 위법성론의 첫째 줄에 나오는 내용입니다. 기본서를 보더라도 위법성편 첫 페이지부터 나옵니다. CASE자료로 설명드렸고 오상방위의 개념을 잡기 위해서 동전의 양면처럼 설명드린 내용입니다. 그러나 법무사 시험에서는 1차에 형법 과목이 없기 때문에 이러한 기초 개념을 잡는 데 어려움을 겪는 분들이 꽤 많습니다. 총론 쟁점인데다 직접적인 판례가 없으므로 가볍게 보았을 수 있습니다. 저도 오상방위보다는 출제가능성이 낮다고 보았습니다. 이러한 점을 종합해 볼 때 어려운 논점으로 판단되는 것입니다. 잘 쓰신 분에게는 박수를 보내드리고 싶고, 못 쓰신 분도 배점이 낮으니까 걱정하지 않으셔도 된다는 말씀을 드리고 싶습니다.

【문 2】
설문 1. 과 설문 2. 모두 핵심쟁점은 '타인의 사무처리자'에 해당하는지 여부이고 최근 기출문제에서 모두 출제되었던 쟁점입니다.
설문 1.에서는 안 써도 되지만 쓰면 가점을 받을 수 있는 총론 쟁점이 있습니다. 이것도 공교롭게 저의 암기장 구성요건론의 첫째 줄부터 나오는 내용인데 '법인 대표자의 배임죄 주체성 여부'에 관한 대법원 판례입니다. 채무자 및 담보설정자가 사법상 甲이 아니라 A 주식회사이기 때문에 법인과 대표자와의 관계를 언급하시면 아주 좋습니다. 문제에 대한 해석은 아래 답안을 참고하시기 바랍니다.

설문 2.를 읽다 보면, 동시이행항변권과 계약해제를 언급해야 될 것으로 보여서 당황스러웠을 것입니다. 중심줄기는 이중매매의 법리를 그대로 적어 주면 되는 문제였습니다. '민법으로 형법을 풀지 말라.'는 이야기가 있습니다. 답안은 '타인의 사무처리자'의 지위가 유지되는지에 집중해서 서술하여야 하고 민법이론을 적용하기는 하되 최소한에 그쳐야 합니다.

전체적인 난이도를 살펴 보았을 때 기존의 기출문제와 비슷한 수준이었다고 생각합니다.

시험이 끝나고 나면, 공부를 많이 한 사람일수록 아쉬움이 더 크게 느껴지는 현상이 있습니다. 시험을 망쳤다고 자책하던 사람 중에 버젓이 합격하는 사람들을 수없이 보아 왔습니다. 합격자 발표날까지 그동안 못했던 것, 하고 싶었던 것들을 하시면서 현재의 시간을 즐기셨으면 합니다.

그동안 열심히 노력하신 만큼 꼭 합격으로 보답받을 수 있기를 기원합니다.

2026. 11. 2.
이 재 영 올림

【문 1】 아래 사안에서 甲의 죄책을 논하시오. (특별법위반 여부는 논외로 함)

甲은 乙이 자신에 대한 험담을 하고 다닌다는 소문을 듣고, 乙을 혼내줘야겠다는 생각으로 늦은 밤 乙이 거주하는 아파트 건물의 공동출입문 앞에서 서성이고 있었다. 마침 아파트에 거주하는 주민이 공동출입문의 비밀번호를 누르고 아파트 내부로 들어갈 때 함께 따라 들어가 계단에 숨어 乙을 기다리고 있었다. 잠시 후 乙의 집 현관문 앞으로 누군가가 다가오자 甲은 乙이라 생각하고 주먹으로 얼굴을 수회 가격하여 전치 4주의 상해를 입혔다. 그러나 사실 甲에게 맞은 사람은 乙의 집에 물건을 훔치러 온 절도범 丙이었다. (15점)

guide

정당방위 상황에서 주관적 정당화요소를 갖추고 있다면, 절도범의 얼굴을 수회 가격하여 상해를 입히는 행위가 상당성을 갖추었는지 여부, 즉 과잉방위의 성립 여부가 문제될 수 있는 사실관계이다. 하지만 본 사안에서는 주관적 정당화요소 자체가 부정되어 정당방위에 해당하지 않으므로 과잉방위는 검토대상이 되지 않는다.

Ⅰ. 쟁점의 정리

甲이 아파트 내부로 들어간 행위와 관련하여 주거침입죄(형법 제319조 제1항)의 성부가 문제된다. 아파트의 공용계단 부분이 주거침입죄의 객체에 해당하는지 여부 및 침입행위의 판단기준을 검토하기로 한다.
丙에게 상해를 입힌 행위와 관련하여 상해죄(형법 제257조 제1항)의 성부가 문제된다. 본죄의 구성요건해당성에서는 사실의 착오에 대한 검토가 필요하며, 위법성조각사유와 관련해서는 주관적 정당화요소를 결한 경우 어떻게 해결할 것인가를 검토하기로 한다.

Ⅱ. 주거침입죄의 성부

1. 주거침입죄의 객체

주거침입죄는 타인의 주거, 관리하는 건조물 등에 침입을 한 경우에 성립한다. 판례에 의하면, 주거침입죄에서 주거란 단순히 가옥 자체만을 말하는 것이 아니라 그 정원 등 위요지를 포함한다. 따라서 다가구용 단독주택이나 다세대주택·연립주택·아파트 등 공동주택 안에서 공용으로 사용하는 계단과 복도는, 주거로 사용하는 각 가구 또는 세대의 전용 부분에 필수적으로 부속하는 부분으로서 그 거주자들에 의하여 일상생활에서 감시·관리가 예정되어 있고 사실상의 주거의 평온을 보호할 필요성이 있는 부분이므로, 특별한 사정이 없는 한 주거침입죄의 객체인 '사람의 주거'에 해당한다.

2. 주거침입행위

주거침입죄는 사실상의 주거의 평온을 보호법익으로 하며, 주거침입이란 주거의 사실상 평온상태를 해치는 행위 태양으로 주거에 들어가는 것을 의미하고, 침입에 해당하는지는 출입 당시 객관적·외형적으로 드러난 행위 태양을 기준으로 판단함이 원칙이다.
판례에 의하면, 신체의 일부가 집안에 들어갔다 하더라도 사실상 주거의 평온을 침해하였다면 기수가 된다고 본다.

3. 사안의 검토

甲은 아파트 건물의 공동출입문 내부에 들어가 계단에 숨어 있었던 바, 아파트의 공용계단은 주거침입죄의 객체에 해당한다. 이 사건 아파트는 일반인에게 공개된 장소가 아니며, 거주자를 몰래 뒤따라 들어간 경우에 거주자의 동의가 있는 경우라고 볼 수 없다.

甲의 행위를 객관적·외형적으로 살펴보았을 때, 아파트 거주자의 사실상 주거의 평온은 침해되었다고 보아야 한다. 따라서 甲의 행위는 주거침입죄의 구성요건해당성이 인정되고, 별도의 위법성조각사유나 책임조각사유가 없으므로 주거침입죄가 성립한다.

Ⅲ. 상해죄의 성부

1. 구성요건해당성

(1) 객관적 구성요건

상해죄는 사람의 신체를 상해함으로써 성립한다. 상해는 생리적 기능의 훼손을 말한다. 사람의 얼굴을 주먹으로 수회 가격하는 행위는 상해행위에 해당하고 이로 인해 상해의 결과가 발생하였음은 설문상 명백하다.

(2) 사실의 착오

1) 문제점

행위자가 인식한 범죄사실과 발생한 범죄사실이 동일한 구성요건에 속하면서, 객체의 동일성에 관한 착오가 있는 경우 '구체적 사실의 착오 중 객체의 착오'라고 하는데 발생한 범죄사실에 대한 고의가 인정되느냐가 문제된다. 즉 甲이 乙인 줄 알고 가격하였으나 丙이 맞아서 상해를 입은 경우에 丙에 대한 상해의 고의를 인정할 수 있는가의 문제이다.

2) 판례와 학설의 태도

판례는 법정적 부합설의 입장에서 인식사실과 발생사실이 동일한 구성요건에 속하면 발생한 결과에 대한 고의를 인정하고 있다. 학설의 입장인 구체적 부합설에 의하더라도 구체적 사실의 착오 중 객체의 착오에 있어서는 판례와 결론이 동일하다.

3) 검토

사람을 상해할 고의로 사람을 상해하였음에도 상해죄를 인정하지 않는다면 일반인의 법감정에 반할 뿐만 아니라 고의의 기수책임을 인정하는 범위를 지나치게 협소하게 보면 형사정책적 결함이 발생할 우려가 있으므로 甲의 丙에 대한 상해죄의 고의를 인정하는 것이 타당하다고 본다.

2. 위법성조각사유

(1) 정당방위의 성립요건

자기 또는 타인의 법익에 대한 현재의 부당한 침해를 방위하기 위한 행위는 상당한 이유가 있는 때에는 벌하지 아니한다(형법 제21조 제1항). 정당방위가 성립하기 위해서는 ① 현재의 부당한 침해가 있을 것, ② 자기 또는 타인의 법익을 방위하기 위한 행위일 것, ③ 상당한 이유 있는 행위일 것의 요건을 갖추어야 한다.

(2) 객관적 정당화상황에 대한 판단

현재의 부당한 침해란 자기 또는 타인의 법익에 대한 위법한 침해가 현재 진행 중이거나 급박한 경우를 말한다. 사안의 경우 丙은 乙의 집에 물건을 훔치기 위하여 야간에 현관문 앞으로 접근하였으므로, 乙의 재산에 대한 침해가 급박한 경우로서 현재의 부당한 침해가 인정된다.

그러나 甲이 공격의 의사로 행위한 것이므로 방위의사를 인정할 수 없다. 여기서 방위의사라는 주관적 정당화요소가 정당방위의 성립요건인지, 방위의사가 없는 경우 소위 우연방위의 효과는 어떠한지 문제된다.

(3) 주관적 정당화요소의 요부

불법의 실체가 결과반가치에 있다고 해석하는 결과반가치론에서는 객관적 정당화상황만 있으면 위법성조각사유가 인정된다고 본다.

그러나 불법은 결과반가치와 행위반가치에 의해 구성되며 결과반가치를 조각하기 위한 객관적 정당화상황이 필요할 뿐만 아니라 행위반가치를 조각하기 위하여는 주관적 정당화요소가 필요하다고 보는 것이 타당하다.

(4) 주관적 정당화요소를 결한 경우의 효과[1)]

① 결과반가치론의 입장에서 객관적 정당화상황만으로 위법성이 조각된다고 보는 견해(무죄설),

② 정당화상황의 존재로 말미암아 결과반가치는 부정되나 행위반가치는 인정되기 때문에 불능미수의 규정(형법 제27조)이 유추적용되어야 한다는 견해(불능미수 유추적용설)가 있으나,

③ 위법성조각사유는 모든 객관적 요건과 주관적 요건이 충족된 때에만 정당화될 수 있다고 보아야 하므로 기수범으로 처벌된다는 견해가 타당하다고 본다(기수범설).[2)]

3. 소결

甲은 丙에 대한 상해죄의 구성요건에 해당하며 정당방위 의사가 없어 위법성을 조각할 수 없고 별도의 위법성조각사유나 책임조각사유도 없으므로 상해죄의 기수범에 해당된다.

Ⅳ. 사안의 해결

甲이 아파트 주민을 뒤따라 들어가 공용계단에 숨은 행위에 대해서는 객관적·외형적으로 사실상의 주거의 평온을 해치는 행위로서 주거침입죄가 성립한다.

甲이 丙을 乙로 오인하여 상해를 가한 행위는 구체적 사실의 착오 중 객체의 착오에 해당하여 丙에 대한 상해의 고의가 인정된다. 丙의 절도행위가 현재의 부당한 침해에 해당된다고 하더라도 甲에게는 주관적 정당화요소가 결여되어 甲에게 상해죄의 기수범이 성립한다.

甲의 주거침입죄와 상해죄는 실체적 경합범의 관계에 있다.

【문 2】 아래 각 사안에서 甲에게 배임죄가 성립하는지 논하시오. (아래 각 물음은 상호 관련성이 없고, 견해 대립이 있는 경우 대법원 판례 다수의견에 따름. 특별법위반 여부는 논외로 함)

1. A 주식회사의 대표이사 甲은 B 은행으로부터 대출을 받으면서 B 은행과 A 주식회사 소유의 기계 17대(이하 '이 사건 기계'라 한다)에 대하여 동산담보설정계약을 체결하였으나, 甲은 이 사건 기계를 임의로 처분하였다. (15점)

guide

甲이 임의로 처분했다는 말은 '채권자인 B은행의 동의를 받지 않고' 처분했다는 의미이지 대표권남용이나 무권대표라는 의미가 아니다. 대표권남용이나 무권대표로 가려면 개인적 이익을 도모하기 위한 별도의 사실관계가 주어져야 한다.

만약 'A 주식회사의 동의를 받지 않고' 甲이 회사 재산을 임의로 처분했다고 해석하여 문제를 풀어 본다면, A회사에 대한 업무상횡령죄를 인정해야 하고, 횡령죄는 배임죄에 대한 특별관계에 있으므로 업무상횡령죄가 성립하는 이상 A회사에 대한 업무상배임죄는 성립할 여지가 없다는 쪽으로 서술이 될 것인데, 이러한 서술은 출제자의 의도를 다소 벗어날 것으로 생각된다. B은행에 대한 배임죄를 묻고자 하는 것이 출제자의 의도로 보이기 때문이다.

---

1) 불요설이 무죄설과 같은 학설이므로 CASE에서는 (3)과 (4)를 한 목차로 묶어서 서술하여도 무방함

2) 결론만 놓고 보면 판례와 기수범설이 동일하지만 우연방위에 관한 직접적인 판례는 없다. 학설상으로는 불능미수 유추적용설이 다수설이다. 불능미수 유추적용설로 답안을 작성하면서 미수범 조문을 찾지 못하는 문제가 발생하기도 하고, 논거를 틀리게 적는 문제도 발생하기도 하여 "불능미수 유추적용설을 그렇게 쓸 바에는 차라리 기수범설로 쓰는 것이 더 안전하다."는 모의고사 강평을 제시한 적이 있다.

Ⅰ. 문제점

대표이사의 행위는 법인에게 귀속되는 바, 甲이 B 은행으로부터 대출을 받고 이 사건 기계를 임의로 처분한 행위는 법적으로는 A 주식회사가 자기 소유물을 담보로 제공한 다음 임의로 담보목적물을 제3자에게 처분한 행위로 평가된다. 이때 A 주식회사의 범죄능력은 부정된다는 것이 판례이다.
甲에게 배임죄(형법 제355조 제2항)가 성립하는지 여부를 검토하기 위해서, 법인의 범죄능력을 부정하는 경우 대표이사의 범죄 주체성을 인정할 수 있을 것인지 여부가 문제되고, 이것이 긍정된다면, 담보 목적물의 담보가치를 유지해야 할 의무가 배임죄의 성립요건인 '타인의 사무'로서의 성질을 가지는지 여부가 문제된다.

Ⅱ. 법인 대표기관의 배임죄 주체성

1. 판례의 태도

과거 판례에 의하면, 배임죄에서 '타인의 사무를 처리하는 자'를 '사법상 의무있는 자'와 동일시 하여 회사의 대표기관에 불과한 자는 타인에 대해 직접 의무를 지지 않으므로 배임죄의 주체가 되지 않는다고 보았으나, 전원합의체 판결로 대표이사가 배임죄의 주체가 될 수 있는 것으로 그 태도를 변경하였다.

2. 검토

법인이 타인에 대해 지고 있는 의무는 현실적으로 대표기관의 의사결정과 대표행위에 의하여 실현되므로 대표기관의 배임죄 주체성을 인정함이 타당하다.

Ⅲ. 담보물 처분행위에 대한 배임죄의 성부

1. 배임죄의 구성요건

배임죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위로써 재산상의 이익을 취득하거나 제삼자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가한 경우에 성립하는 범죄이다.
타인의 사무를 처리하는 자란 타인과의 대내관계에서 신의성실의 원칙에 비추어 그 사무를 처리할 신임관계가 존재하는 자를 말하며, 사무는 타인의 '재산의 관리' 또는 '재산의 보전'에 관한 사무를 의미한다.
'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.
사무의 성질이 타인의 사무가 아니라 자기 사무에 속하는 것이라면 배임죄가 성립하지 않는다. 타인의 사무가 되기 위해서는 타인의 재산을 보전·관리해야 할 의무가 주된 의무로서 신임관계의 본질적 내용이 되어야 하며, 단순한 민사상 일반적인 계약이행의무는 타인의 사무가 아니다.

2. 담보가치 유지의무가 타인의 사무인지 여부

(1) 판례의 태도

판례에 의하면, 채무자가 금전채무를 담보하기 위하여 그 소유의 동산을 채권자에게 동산담보로 제공함으로써 채권자인 동산담보권자에 대하여 담보물의 담보가치를 유지·보전할 의무 또는 담보물을 타에 처분하거나 멸실, 훼손하는 등으로 담보권 실행에 지장을 초래하는 행위를 하지 않을 의무를 부담하게 되었더라도, 이를 들어

채무자가 통상의 계약에서의 이익대립관계를 넘어서 채권자와의 신임관계에 기초하여 채권자의 사무를 맡아 처리하는 것으로 볼 수 없다. 따라서 이러한 경우 채무자를 배임죄의 주체인 '타인의 사무를 처리하는 자'에 해당한다고 할 수 없고, 그가 담보물을 제3자에게 처분하는 등으로 담보가치를 감소 또는 상실시켜 채권자의 담보권 실행이나 이를 통한 채권실현에 위험을 초래하더라도 배임죄가 성립하지 아니한다(대판 2020.8.27. 2019도14770 전합).

(2) 검토

부동산의 이중매매와는 달리 담보를 설정하는 경우는 채무자가 얼마든지 금전채무를 변제하여 당해 담보목적물에 대한 담보권을 소멸시키고 채무에서 벗어날 수 있고 채권자도 당해 특정물 자체보다는 담보물로서의 가치를 평가하고 이로써 기존의 금전채권을 변제받는 데 주된 관심이 있으므로 타인의 사무처리자를 부정하는 판례의 입장이 타당하다고 본다. 따라서 甲에게 배임죄가 성립하지 않는다.

Ⅳ. 사안의 해결

A 주식회사의 대표이사 甲은 법인의 대표기관으로서 배임죄의 주체가 될 수 있다. 그러나 A 회사가 B 은행에 대하여 부담하는 담보가치 유지의무는 동산담보설정계약에 따른 자신의 채무를 이행하기 위한 의무일 뿐, 통상의 계약에서 이루어지는 이익대립관계를 넘어서 B은행과의 신임관계에 기초하여 B은행의 사무를 맡아 처리하는 것으로 볼 수 없다.

따라서 A 회사나 그 대표이사 甲이 B 은행의 사무를 처리하는 자라고 볼 수 없으므로, 甲이 이 사건 기계를 임의로 처분하였더라도 B 은행에 대한 배임죄는 성립하지 않는다.

【문 2】 아래 각 사안에서 甲에게 배임죄가 성립하는지 논하시오. (아래 각 물음은 상호 관련성이 없고, 견해 대립이 있는 경우 대법원 판례 다수의견에 따름. 특별법위반 여부는 논외로 함)

2. 甲은 2025. 8. 20. 甲소유 상가(이하 '이 사건 부동산'이라 한다)를 乙에게 20억 원에 매도하는 계약(이하 '이 사건 매매계약'이라 한다)을 체결하였다. 계약 내용은 甲이 계약 당일 계약금 2억 원, 2025. 10. 20. 중도금 8억 원, 2025. 12. 20. 소유권이전등기에 필요한 서류의 제공과 상환으로 잔금 10억 원을 지급받고, 2025. 12. 20.까지 乙에게 이 사건 부동산을 인도한다는 내용이었다. 甲은 乙로부터 계약 당일 2억 원, 2025. 10. 20. 중도금 8억 원을 각 지급받았다.

그러나 잔금 지급기일까지 이 사건 부동산 임차인과의 분쟁으로 甲은 乙에게 이 사건 부동산을 인도할 수 없는 처지에 있었고, 乙은 잔금 지급기일이 지나도 이 사건 부동산을 인도받지 못하자 甲에게 통고서를 보냈다. 통고서 내용은 "인도 유예기간 3개월 동안 예상수익 월 2,000만 원 내지 2,500만 원씩의 비율에 의한 돈을 매매대금 잔금에서 공제하는 내용을 받아들이지 않으면 이 사건 매매계약을 해제하고 원상회복으로 계약금, 중도금과 특별손해까지 청구하겠으니 2026. 1. 20.까지 결정하라."는 내용이었다. 그 후 甲은 乙의 이 사건 매매계약에 대한 별도의 해제 의사표시가 없는 상태에서 2026. 3. 20. 丙에게 이 사건 부동산을 매매대금 25억 원에 매도하고 2026. 3. 30. 소유권이전등기를 마쳐 주었다. (20점)

guide

(1) 민법으로 형법을 풀지 말라는 격언이 있다. 동시이행항변권이나 계약해제와 관련한 민법이론을 너무 장황하게 서술하는 것은 나쁜 인상을 주므로 간단히 활용하는 정도로 그쳐야 하고 '타인의 사무처리자의 지위'라는 중심 개념에 입각해서 서술되어야 한다.

(2) 만약 설문에서 甲이 계약이 해제된 것으로 믿었다는 이야기가 추가되면 법률의 착오(형법 제16조)로서 그 믿음에 정당한 이유가 있는지를 검토해 주어야 한다.

Ⅰ. 쟁점의 정리

甲이 乙과 체결한 계약(이하 '제1매매 계약'이라 함)에서 甲이 어느 시점에서 배임죄의 주체인 '타인의 사무처리자'의 지위가 인정되는지 여부가 문제되며, 乙의 조건부 해제 통고로 타인의 사무처리자의 지위가 소멸하는지 여부가 문제된다.
甲이 丙과 체결한 계약(이하 '제2매매 계약'이라 함)에 따라 부동산 소유권이전등기를 경료한 행위가 배임죄의 실행의 착수 및 기수에 해당하는지 여부가 문제된다.

Ⅱ. 부동산 이중매매와 배임죄의 성부

1. 배임죄의 구성요건

배임죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위로써 재산상의 이익을 취득하거나 제삼자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가한 경우에 성립하는 범죄이다.
타인의 사무를 처리하는 자란 타인과의 대내관계에서 신의성실의 원칙에 비추어 그 사무를 처리할 신임관계가 존재하는 자를 말하며, 사무는 타인의 '재산의 관리' 또는 '재산의 보전'에 관한 사무를 의미한다.

2. 부동산 매도인의 배임죄 주체성

(1) 판례의 태도

부동산 매매계약에서 계약금만 지급된 단계에서는 어느 당사자나 계약금을 포기하거나 그 배액을 상환함으로써 자유롭게 계약의 구속력에서 벗어날 수 있다. 그러나 중도금이 지급되는 등 계약이 본격적으로 이행되는 단계에 이른 때에는 계약이 취소되거나 해제되지 않는 한 매도인은 매수인에게 부동산의 소유권을 이전해 줄 의무에서 벗어날 수 없다. 따라서 이러한 단계에 이른 때에 매도인은 매수인에 대하여 매수인의 재산보전에 협력하여 재산적 이익을 보호·관리할 신임관계에 있게 된다. 그때부터 매도인은 배임죄에서 말하는 '타인의 사무를 처리하는 자'에 해당한다고 보아야 한다(대판 2018.5.17. 2017도4027 전합).

(2) 검토

부동산은 국민의 기본적 생활의 터전으로 경제생활에서 차지하는 비중이 매우 크다. 매수인은 매도인이 소유권이전등기를 마쳐 줄 것이라는 신뢰에 기초하여 통상 고액에 해당하는 중도금을 지급하고, 매도인 또한 중도금이 그러한 신뢰를 바탕으로 지급된다는 것을 인식하면서 이를 받는다. 따라서 중도금이 지급된 단계부터는 매도인이 매수인의 재산보전에 협력하는 신임관계가 당사자 관계의 전형적·본질적 내용이 된다고 본다.

3. 乙의 통고와 신임관계 소멸 여부

(1) 문제점

매매계약이 해제된다면 매도인은 소유권이전의무에서 벗어나므로 '타인의 사무처리자'의 지위가 소멸할 수 있다. 사안의 경우 잔금 지급기일이 경과한 후, 乙이 조건부로 매매계약을 해제하겠다는 통고를 한 사정으로 甲의 '타인의 사무처리자' 지위가 소멸하는지 여부가 문제된다.

(2) 판례의 태도

판례에 의하면, 잔금 지급기일이 지난 후 부동산을 인도받지 못하자 매도인에게 보낸 통고서의 내용이, '요구조건을 받아들이지 않으면 매매계약을 해제하겠다.'는 취지일 뿐 그 자체로 계약 해제의 의사표시가 포함되어 있다고 보기 어려운 경우에는 신임관계가 소멸하였다고 볼 수 없다고 본다(대판 2018.5.17. 2017도4027 전합).

(3) 검토

乙의 잔금지급의무와 甲의 소유권이전의무는 동시이행관계에 있으므로 잔금 지급기일이 경과하였다는 사정만으로 甲의 신임관계가 소멸한다거나 매매계약이 당연히 해제된다고 볼 수 없다.

또한 乙의 통고는 甲이 조건을 받아들이지 않으면 매매계약을 해제하겠다는 내용인데 이는 원칙적으로 장래의 해제 가능성을 고지한 것에 불과하고 확정적인 해제의 의사표시로 보기 어렵다. 따라서 乙의 별도 해제 의사표시가 없었으므로, 제1매매 계약은 여전히 유효하게 존속하며, 甲의 '타인의 사무처리자 지위'가 유지된다.

4. 배임행위(실행의 착수)

배임행위란 임무에 위배하여 타인과의 신임관계를 해하는 일체의 행위를 말하는데, 배임죄의 실행의 착수는 임무위배행위를 개시하였을 때이다.

판례에 의하면, 부동산에 대한 제2매매 계약의 매수인으로부터 계약금만을 지급받은 경우에는 배임죄의 실행의 착수가 있었다고 볼 수 없지만 중도금을 지급받았을 때 배임죄의 착수가 인정된다고 본다(대판 2003.3.25. 2002도7134).

사안의 경우, 제2매매 계약의 중도금 지급여부는 명시되어 있지 않지만, 이미 丙에게 소유권이전등기를 마쳐주었다는 점에서 甲의 배임죄의 실행행위가 이루어졌음은 명백하다고 할 것이다.

5. 손해발생 및 재산상 이익의 취득(기수시기)

배임죄는 재산상 이익을 취득하고, 본인에게 재산상 손해를 가한 때 기수에 이른다. 여기서 재산상 손해에는 현실적인 손해뿐만 아니라 재산상 실해 발생의 위험도 포함되며, 재산상 손해의 유무에 대한 판단은 법률적 판단에 의하지 않고 경제적 관점에서 파악하여야 한다는 것이 판례이다.

부동산 이중매매의 경우에는 제2매매 계약의 매수인에게 등기를 경료함으로써 제2매수인은 소유권을 취득하고, 제1매매계약의 매수인은 소유권을 취득하지 못하는 재산상 손해를 입게 되므로 제2매매계약의 매수인에게 소유권이전등기를 경료한 경우에 배임죄의 기수에 해당한다.

Ⅲ. 사안의 해결

甲은 乙로부터 중도금을 지급받음으로써 소유권이전등기절차를 이행해야 할 구속을 받으며, 계약이 적법하게 해제되었다는 사정이 없는 이상 乙을 위한 타인의 사무처리자의 지위가 인정된다. 그럼에도 그 부동산을 丙에게 처분하고 丙 앞으로 그 처분에 따른 등기를 마쳐 준 행위는 乙과의 신임관계를 저버리는 행위로서 乙에 대한 배임죄의 구성요건에 해당하고 별도의 위법성조각사유나 책임조각사유가 없으므로 배임죄가 성립한다.