2026년 제32회 법무사 제2차 시험 형법

<총평>

[문 1]은 **주거침입죄**와 상해죄의 성부(쟁점: 고의 / **사실의 착오, 구체적 사실의 착오 중 객체의 착오 / 우연방위**) 문제가 15점 배점으로 출제되었고, **[문 2]**는 **배임죄의 성부** 문제가 **타인의 사무처리자** 즉 **주체에의 해당여부**가 쟁점인 **[동산담보권사건]**(대판 2020.8.27, 2019도14770 全合)과 **[부동산 이중매매 배임죄 사건]**(대판 2018.5.17, 2017도4027 全合)이 각 15점, 20점 배점으로 출제되었다.

2026년 시험에서 A급 출제예상문제로 뽑았던 범죄들은 각론에서는 재산죄에서 횡령죄와 **배임죄**, 권리행사방해죄와 국가적 법익에 대한 죄에서 공무집행방해죄, 도주죄, 범인도피죄의 방조, 증거위조죄, 무고죄 등이었고, 총론에서는 법률의 착오, 위법성조각사유전제사실의 착오(오상방위), 방조범 등이었다.
혹시 모르니 총론에서 **사실의 착오** 문제도 판례를 중심으로만 정리해두자고 강의하였고, B급 출제예상문제로는 **주거침입죄**의 성부를 항시 검토하여야 하고, 특히 아파트 등 공동주택에의 침입사안이 출제가능하고 언급한 바 있다.
다만 사실의 착오와 관련하여 굳이 판례가 없는 부분인 **객체의 착오**, 그것도 **우연방위**사례까지 포함하여 출제한 것은 수험생들 입장에서는 시험장에서 당황하였을만한 불의타 문제였다. 출제자의 의도를 미루어 짐작해보자면 예를 들어 우체부를 강도로 오인하고 상해한 경우 문제되는 위법성조각사유전제사실의 착오(오상방위) 사안과 사실의 착오 중 객체의 착오 문제를 혼동하지 않고 구별할 수 있는지를 묻고 싶었던 것이 아닐까 싶다. 우연방위사례까지 출제한 점도 선해하자면 총론의 개념 문제를 착실히 공부하라는 취지라고 보여진다.

2025년 형법시험문제에서 중요판례와 최신판례를 중심으로 출제해왔던 최근의 경향과는 다르게 지엽적인 판결들을 중심으로 출제가 되었는데, 2026년 형법시험문제에서는 주거침입죄에 대한 최신판례, 배임죄에 대한 최신판례(**[동산담보권사건]** 대판2020.8.27, 2019도14770 全合, **[부동산 이중매매 배임죄 사건]** 대판 2018.5.17, 2017도4027 全合) 등 수업시간에 강조했던 중요테마들의 판례들을 중심으로 출제되었다고 말할 수 있다. 전체적으로 검토해보자면 형법 수업시간에 배운 내용을 바탕으로 답안을 작성하기에 충분한 문제들이었고, 무난하게 합격점수를 얻을 수 있는 출제였고, 학습정도에 따라서는 고득점도 가능한 출제라고 생각된다.
2026년 시험 형법과목에서는 다들 좋은 점수를 얻었을 거라 믿고, 내년 2027년 시험을 준비하시는 분들은 출제경향을 신경쓰기 보다 기본에 충실한 공부를 하기를 부탁드린다.
예비순환을 통하여 형법의 기본 개념의 이해와 틀짜기(체계잡기)를 하고, 1순환을 통하여 기출문제의 분석과 핵심사례를 연습하고 답안작성에 필요한 사항들은 어느 정도 암기한 다음, 진도별 모의고사를 치르는 2순환, 전범위 모의고사를 치르는 3순환에서 답안작성연습과 최신판례를 학습하는 과정을 하루하루 성실히 따라가다 보면 합격이라는 좋은 결과로 이어질 거라 생각된다.

시험을 치르시느라 수고들 많이 하셨습니다. 수험생 여러분의 합격을 기원합니다!

박문각 서울법학원 오 상 훈

2026년 제32회 법무사 2차 시험 문제

형 법

【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)**

【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)**
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)**

<예시답안>

[문 1]

【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)**

✔ **초안**

Ⅰ. 쟁점의 정리 → 주거침입죄의 주거 및 침입에의 해당여부, 丙에 대한 상해의 고의의 인정여부
Ⅱ. 주거침입죄(제319조 제1항)의 성부
1. 구성요건
2. 주거에의 해당여부
3. 침입에의 해당여부
4. 사안의 경우
Ⅲ. 상해죄(제257조 제1항)의 성부
1. 구성요건
2. 고의의 인정여부 → 사실의 착오
3. 정당방위에의 해당여부 → 우연방위
4. 사안의 경우
Ⅳ. 사안의 해결 → 죄수: 실체적 경합

〈예시답안〉

Ⅰ. 쟁점의 정리

첫째, 甲이 乙을 혼내줘야겠다는 생각으로 늦은 밤 乙이 거주하는 아파트 건물의 공동출입문을 통하여 아파트 내부로 들어가 계단에 숨은 행위와 관련하여 주거침입죄의 성부가 문제된다.
둘째, 甲이 乙을 혼내줘야겠다는 생각으로 丙을 乙이라 생각하고 주먹으로 얼굴을 수회 가격하여 전치 4주의 상해를 입힌 행위과 관련하여 상해죄의 성부가 문제되는 바, 乙에 대한 상해의 고의를 丙에게 전용할 수 있는지가 사실의 착오와 관련하여 검토되어야 하고, 방위의사 없이 절도범에 대한 방위행위를 하였다는 점에서 이른바 우연방위 사례를 정당방위에 해당한다고 보아 위법성을 조각할 수 있는지가 검토되어야 한다.

Ⅱ. 주거침입죄의 성부

1. 구성요건

주거침입죄는 사람의 주거, 관리하는 건조물, 선박이나 항공기 또는 점유하는 방실에 침입함으로써 성립하는 범죄이다(제319조 제1항). 주거침입죄의 보호법익은 법적 주거권(주거권설)이 아니라, **사실상의 주거의 평온**(사실상의 평온설)이고, 보호정도는 침해범이다.

2. **주거에의 해당여부**

주거침입죄에서 **'주거'**란 사람이 기거하고 침식에 사용하는 장소를 말하고, '건조물'은 주위 벽 또는 기둥과 지붕 또는 천정으로 구성된 구조물로서 사람이 기거하거나 출입할 수 있는 장소를 말한다. 주거나 건조물이란 단순히 가옥 자체나 건조물 자체만을 말하는 것이 아니라 그 정원 등 위요지(圍繞地, 둘러싼 땅)를 포함한다.

대법원은 "다가구용 단독주택이나 다세대주택 · 연립주택 · **아파트와 같은 공동주택 내부의 엘리베이터, 공용 계단, 복도 등 공용 부분**도 그 거주자들의 사실상 주거의 평온을 보호할 필요성이 있어 주거침입죄의 객체인 '사람의 주거'에 해당한다(대판 2009.9.10, 2009도4335)"고 판시하였다.

사안에서 甲이 아파트의 공동출입문을 통하여 아파트 내부로 들어간 숨은 **계단**은 아파트에 거주하는 거주들의 사실상 주거의 평온을 보호할 필요성이 있는 부분에 해당한다고 보아야 하므로 주거침입죄의 객체인 사람의 **주거에 해당**한다.

3. **침입에의 해당여부**

종래 판례는 **침입**이란 '주거자 또는 관리자의 의사 또는 추정적 의사에 반하여 주거 안으로 들어가는 것'을 의미한다고 보았으나, 최근 대법원은 2020도12630 전원합의체 판결에 의하여 침입이란 '거주자가 주거에서 누리는 사실상의 평온상태를 해치는 행위태양으로 주거에 들어가는 것'을 의미하는 것으로 변경하였다.

대법원은 [피고인이 교제하다 헤어진 피해자의 주거가 속해 있는 아파트 동의 출입구에 설치된 공동출입문에 피해자나 다른 입주자의 승낙 없이 비밀번호를 입력하는 방법으로 아파트의 공용 부분에 출입하여 주거침입죄로 기소된 사안]에서 "**아파트 등 공동주택의 공동현관**에 출입하는 경우에도, 그것이 주거로 사용하는 각 세대의 전용 부분에 필수적으로 부속하는 부분으로 거주자와 관리자에게만 부여된 비밀번호를 출입문에 입력하여야만 출입할 수 있거나, 외부인의 출입을 통제·관리하기 위한 취지의 표시나 경비원이 존재하는 등 외형적으로 외부인의 무단출입을 통제·관리하고 있는 사정이 존재하고, 외부인이 이를 인식하고서도 그 출입에 관한 거주자나 관리자의 승낙이 없음은 물론, 거주자와의 관계 기타 출입의 필요 등에 비추어 보더라도 **정당한 이유 없이 비밀번호를 임의로 입력하거나 조작하는 등의 방법**으로 거주자나 관리자 모르게 공동현관에 출입한 경우 공동주택 거주자의 사실상 주거의 평온상태를 해치는 행위태양으로 볼 수 있으므로 공동주택 거주자들에 대한 주거침입에 해당한다(대판 2022.1.27, 2021도15507)"고 판시하였고, [피고인이 피해자가 거주하는 공동주택의 공동현관, 계단을 통해 피해자 주거지 현관문 앞까지 들어간 사건]에서도 "피고인이 들어간 **공동현관, 공용 계단, 세대별 현관문 앞부분**은 형태와 용도 · 성질에 비추어 거주자들의 확장된 주거공간으로서의 성격이 강하여 외부인의 출입이 일반적으로 허용된다고 보기 어려운 점, 주거공간 무단출입에 관한 사회 통념 등 제반 사정을 종합하면, 피고인은 주거의 사실상 평온상태를 해치는 행위태양으로 빌라 건물에 출입하였다고 볼 여지가 충분하다(대판 2024.2.15, 2023도15164)"고 판시하였다.

사안에서 甲은 늦은 밤 乙을 혼내줘야겠다는 생각으로 거주자들에게만 부여된 비밀번호를 입력하지 않고 아파트에 거주하는 주민이 들어갈 때 함께 따라 들어갔으며 그 출입에 관하여 거주자

의 승낙이 없었으므로 주거의 사실상 평온상태를 해치는 행위태양으로 아파트 내부로 들어간 것을 보아야 한다. 따라서 甲의 행위는 주거침입죄의 행위인 **침입에 해당**한다.

4. **사안의 경우**

甲이 乙을 혼내줘야겠다는 생각으로 늦은 밤 乙이 거주하는 아파트 건물의 공동출입문을 통하여 아파트 내부로 들어가 계단에 숨은 행위에 대하여 甲은 주거침입죄의 죄책을 부담한다.

Ⅲ. 상해죄의 성부

1. 구성요건

상해죄는 사람의 신체를 상해하는 것을 내용으로 하는 범죄이다(제257조 제1항). 보호법익은 신체의 건강(신체의 내부적 완전성)이고, 보호정도는 침해범이다.

상해란 피해자의 신체의 완전성을 훼손하거나 생리적 기능에 장애를 초래하는 것 내지 피해자의 신체의 건강상태가 불량하게 변경되고 생활기능에 장애가 초래되는 것을 말한다(신체의 완전성 침해설, 생리적 기능훼손설). 상해의 수단·방법에는 제한이 없다. 유형적 방법은 물론 무형적 방법으로도 가능하다.

사안의 경우 甲은 주먹으로 丙의 얼굴을 수 회 가격하여 전치 4주의 상해를 입혔으므로 甲의 행위는 **일응** 상해죄의 **구성요건에 해당**한다.

2. 고의의 인정여부: 사실의 착오

(1) 문제점

사안에서 甲은 乙을 혼내줘야겠다는 생각으로 즉 乙에 대한 상해의 고의로 丙에 대하여 상해를 입혔는바, 행위자가 주관적으로 인식·인용한 범죄사실과 현실적으로 발생한 범죄사실이 불일치하는 이른바 **사실의 착오**에 해당한다. 특히 **구체적 사실의 착오** 중 **객체의 착오**(행위 객체의 동일성의 착오)에 해당한다. **乙에 대한 상해의 고의를 丙에 대하여 전용하여 丙에 대한 상해죄의 성립을 인정할 수 있는지**가 문제된다.

(2) 견해의 대립

이에 대하여는 ① 행위자가 인식한 사실과 현실적으로 발생한 사실이 구체적(현실적)으로 부합하는 경우에만 발생사실에 대한 고의·기수범이 성립하고, 그 외의 경우 고의를 인정할 수 없다는 견해(**구체적 부합설**), ② 행위자가 인식한 사실과 현실적으로 발생한 사실이 법정적(구성요건 또는 죄질)으로 부합하면 발생사실에 대한 고의·기수범이 성립하고, 그 외의 경우 고의를 인정할 수 없다는 견해(**법정적 부합설**, **판례**의 입장), ③ 행위자가 인식한 사실과 현실적으로 발생한 사실이 추상적으로 일치하는 범위 내에서 고의·기수범의 성립을 인정하자는 견해(**추상적 부합설**)가 대립하고 있다.

(3) 검토 및 사안의 경우

어느 견해에 의하더라도 구체적 사실의 착오 중 객체의 착오에 대하여는 인식사실에 대한 고의를 발생사실에 전용하여 발생사실에 대한 고의·기수범의 성립을 인정하고 있으므로, 甲에게는 乙에 대한 상해의 고의를 丙에 대하여 전용하여 일응 乙에 대하여는 무죄이나, 丙에 대한 상해죄의 고의·기수범의 성립을 인정할 수 있다.

3. 정당방위에의 해당여부: 우연방위

(1) 문제점

사안에서 丙은 절도범이었는바, 甲의 상해행위는 정당방위의 객관적 정당화상황은 존재하지만 주관적 정당화요소를 결여한 경우인 우연방위사안에 해당한다. **위법성조각사유의 주관적 정당화요소를 결여한 경우의 효과**가 문제된다.

(2) **견해의 대립**

① **위법성조각설**(무죄설)은 위법성조각사유에는 주관적 정당화요소가 필요 없다는 입장(불요설)에서 객관적 정당화상황의 존재로 인해 결과반가치가 인정되지 않으므로 위법성이 조각되어 무죄라는 견해이다.

② **기수범설**은 구성요건적 결과가 발생한 이상 결과반가치가 인정되므로 기수를 인정해야 한다는 입장이다. 이에 대하여는 객관적 정당화상황이 존재함에도 존재하지 않는 경우와 동일하게 평가하는 것은 문제라는 비판이 있다.

③ **불능미수범설**(다수설)은 행위반가치는 인정되나 객관적 정당화상황의 존재로 인해 결과반가치가 인정되지 않으므로 불능미수 규정을 유추적용하자는 견해이다.

(3) **검토 및 사안의 경우**

행위반가치는 인정되나 결과반가치가 인정되지 않으므로 불능미수 규정을 유추적용하자는 불능미수범설이 타당하다. 다수설인 불능미수범설에 따르면 甲은 상해죄의 불능미수의 죄책을 부담한다고 보아야 한다.

Ⅳ. **사안의 해결**

甲은 **주거침입죄**(제319조 제1항)와 丙에 대한 **상해죄**의 **불능미수**(제27조, 제257조 제1항 · 제3항)의 죄책을 부담하고, 양죄는 **실체적 경합관계**(제37조)이다.

[문 2]

【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)**
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)**

✔ **초안**

Ⅰ. 문제점 → **배임죄의 주체인 타인의 사무처리자에의 해당여부, 부동산이중매매**
Ⅱ. 배임죄의 구성요건(제355조 제2항)
Ⅲ. 설문 1.의 해결: 담보설정계약후 기계를 임의처분한 행위의 배임죄 성부
Ⅳ. 설문 2.의 해결: 부동산을 다시 매도하고 등기를 마쳐 준 행위의 배임죄 성부(부동산 이중매매)
Ⅴ. 사안의 해결

〈예시답안〉

Ⅰ. 문제점

첫째, 설문 1.에서 甲이 B은행으로부터 대출을 받으면서 기계 17대에 대하여 동산담보설정계약을 체결한 후 이 사건 기계를 임의처분한 행위와 관련하여 甲에게 배임죄가 성립하는지가 문제되는바, 甲을 배임죄의 주체인 타인사무처리자로 볼 수 있는지가 검토되어야 한다.

둘째, 설문 2.에서 甲이 이 사건 부동산에 대하여 乙과 매매계약을 체결하고 중도금을 수령한 후 丙에게 다시 매도하고 등기까지 마쳐 준 행위와 관련하여 甲에게 배임죄가 성립하는지가 문제되는바, 甲을 배임죄의 주체인 타인사무처리자로 볼 수 있는지, 볼 수 있다면 주체가 되는 시기는 언제인지와 실행의 착수시기 및 기수시기가 검토되어야 한다.

Ⅱ. 배임죄의 구성요건

1. 의의

타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위로써 재산상의 이익을 취득하거나 제삼자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가한 경우 성립하는 범죄이다(제355조 제2항). 타인의 사무처리자만이 주체가 되는 **진정신분범**이다.

2. 주체

배임죄의 주체로서 **'타인의 사무를 처리하는 자'**란 타인과의 대내관계에 있어서 신의성실의 원칙에 비추어 그 사무를 처리할 신임관계가 존재한다고 인정되는 자를 말한다. 다만 배임죄는 재산죄이므로 여기의 사무는 재산적 사무(타인의 재산보호·관리사무)에 제한되고, 타인의 재산관리에 관한 사무의 전부 또는 일부를 타인을 위하여 대행하는 경우와 같이 당사자 관계의 전형적·본질적 내용이 **통상의 계약에서의 이익대립관계를 넘어서** 그들 사이의 **신임관계에 기초**하여 타인의 재산을 보호 또는 관리하는 데에 있어야 한다.

3. 행위

배임죄의 구성요건행위인 **'그 임무에 위배하는 행위'**란 처리하는 사무의 내용, 성질 등 구체적 상황에 비추어 법률의 규정, 계약의 내용 혹은 신의칙상 당연히 할 것으로 기대되는 행위를 하지 않거나 당연히 하지 않아야 할 것으로 기대되는 행위를 하여 본인과의 신임관계를 저버리는 일체의 행위를 말한다

Ⅲ. 설문 1.의 해결: 담보설정계약후 기계를 임의처분한 행위의 배임죄 성부

1. 문제점

甲이 B은행으로부터 대출을 받으면서 기계 17대에 대하여 동산담보설정계약을 체결하였으므로 채권자인 동산담보권자 B은행에 대하여 담보물의 담보가치를 유지·보전할 의무 또는 담보물을 타에 처분하거나 멸실, 훼손하는 등으로 담보권 실행에 지장을 초래하는 행위를 하지 않을 의무를 부담하는 바 이러한 의무가 배임죄에서의 타인사무에 해당하는지 여부가 문제된다.

2. 판례의 태도

대법원은 설문과 같은 이른바 [동산담보권 사건] [1] 에서 "채무자가 금전채무를 담보하기 위하여 그 소유의 동산을 채권자에게 「동산·채권 등의 담보에 관한 법률」에 따른 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 된 경우라도 **채무자는 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 全合)" 고 판시하였다.

[반대의견] 동산 양도담보는 채권담보를 목적으로 동산소유권을 채권자에게 신탁적으로 이전하는 형태의 양도담보인 데 반하여, 동산담보권은 동산채권담보법에 따라 창설된 새로운 형태의 담보물권이다. 동산담보권은 저당권과 마찬가지로 동산의 교환가치를 지배하는 물권이다. 동산담보권이 침해된 경우와 같은 물권 침해의 경우까지 배임죄의 성립을 부정하고 권리행사방해죄로 처벌하도록 길을 터주는 것은 오히려 그 의도와는 다르게 민사사건의 형사사건화 또는 형사

처벌의 과잉을 초래할 수 있다. 결론적으로, 담보권설정자가 동산에 관하여 동산담보권을 설정한 이후 담보권자에게 부담하는 담보물 보관의무와 담보가치 유지의무는 '타인의 사무'에 해당한다. 담보권설정자가 신임관계를 저버리고 동산을 제3자에게 처분함으로써 동산담보권을 침해하는 행위는 당사자 사이의 본질적·전형적 신임관계를 위반한 것으로서 배임죄에 해당한다.

3. **사안의 경우**

甲이 B은행에 대한 채무 담보를 목적으로 이 사건 기계에 관하여 동산담보설정계약이 체결되었더라도 甲을 B은행과의 신임관계에 기초하여 B은행의 사무를 맡아 처리하는 것으로 볼 수 없는 이상, 甲을 B은행에 대한 관계에서 '타인의 사무를 처리하는 자'에 해당한다고 할 수 없다. 따라서 甲이 B은행으로부터 대출을 받으면서 기계 17대에 대하여 동산담보설정계약을 체결한 후 이 사건 기계를 임의처분하였더라도 그러한 행위에 대하여 배임죄가 성립하지 아니한다.

Ⅳ. 설문 2.의 해결: 부동산을 다시 매도하고 등기를 마쳐 준 행위의 배임죄 성부(부동산 이중매매)

1. 배임죄의 주체에의 해당여부

(1) 문제점

부동산 매매계약에서 중도금이 지급되는 등 계약이 본격적으로 이행되는 단계에 이른 경우, 그때부터 매도인은 배임죄에서 말하는 **'타인의 사무를 처리하는 자'에 해당하는지 여부**가 문제된다. 특히 乙이 甲에게 보낸 통고서를 **해제의 의사표시로 볼 수 있는지**도 검토되어야 한다.

(2) 판례의 태도

대법원은 이른바 [부동산 이중매매 배임죄 사건]에서 "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 해당**한다고 보아야 한다. 그러한 지위에 있는 매도인이 매수인에게 계약 내용에 따라 부동산의 소유권을 이전해 주기 전에 그 부동산을 제3자에게 처분하고 제3자 앞으로 그 처분에 따른 등기를 마쳐 준 행위는 매수인의 부동산 취득 또는 보전에 지장을 초래하는 행위이다. 이는 매수인과의 신임관계를 저버리는 행위로서 **배임죄**가 **성립**한다(대판 2018.5.17, 2017도4027 全合)" 라고 판시하였다.

[반대의견] 다수의견은 부동산 거래에서 매수인 보호를 위한 처벌의 필요성만을 중시한 나머지 형법의 문언에 반하거나 그 문언의 의미를 피고인에게 불리하게 확장하여 형사법의 대원칙인 죄형법정주의를 도외시한 해석일 뿐 아니라, 동산 이중매매와 부동산 대물변제예약 사안에서 매도인 또는 채무자에 대하여 배임죄의 성립을 부정하는 대법원판례의 흐름과도 맞지 않는 것이어서 찬성하기 어렵다.

(3) 사안의 경우

甲은 이 사건 부동산에 대하여 乙과 매매계약을 체결하고 **중도금**까지 **수령**하여 **계약이 본격적으로 이행되는 단계**에 이르렀다고 보아야 한다. 또한 乙이 甲에게 보낸 통고서의 내용은, 乙이

甲에게 요구조건을 받아들일 것을 촉구하면서 이를 받아들이지 않으면 이 사건 매매계약을 해제하겠다는 취지일 뿐, 그 자체로 **계약 해제의 의사표시가 포함되어 있다고 보기는 어렵다.** 甲은 이 사건 매매계약에 대한 별도의 해제 의사표시가 없는 상태에서 즉 이 사건 매매계약이 적법하게 해제되지 않은 상태이므로 매도인 甲은 배임죄에서 말하는 '타인의 사무를 처리하는 자'에 해당한다.

2. **실행의 착수시기 및 기수시기**

매도인이 선매수인으로부터 중도금 또는 잔금까지 수령한 단계에서 후매수인으로부터 **중도금**을 **수령**한 때 실행의 착수가 인정된다. 후매수인에게 소유권이전**등기** 또는 소유권이전청구권보전을 위한 가등기를 **경료**한 때 기수가 된다.

3. **사안의 경우**

甲은 2025. 8. 20. 이 사건 부동산을 乙에게 20억에 매도하는 계약을 체결하고, 乙로부터 계약금 및 중도금 8억 원을 각 지급받아 계약이 본격적을 이행되는 단계에 이르렀고 乙의 해제 의사표시가 없는 상태에서 乙에 대한 신임관계에 기초한 임무를 위배하여, 이 사건 부동산을 丙에게 매매대금 25억에 매도하고 2026. 3. 30. 소유권이전등기를 마쳐 주었으므로 甲에게는 乙에 대한 배임죄의 기수범이 성립한다.

Ⅴ. 사안의 해결

설문 1.에서 甲이 B은행으로부터 대출을 받으면서 기계 17대에 대하여 동산담보설정계약을 체결한 후 이 사건 기계를 임의처분한 행위는 **B은행에 대한 배임죄가 성립하지 않는다.**

설문 2.에서 甲이 이 사건 부동산에 대하여 乙과 매매계약을 체결하고 중도금을 수령한 후 丙에게 다시 매도하고 등기까지 마쳐 준 행위에 대하여는 **乙에 대한 배임죄가 성립한다.**

1) 2024년 법원사무관승진시험 중장비 대여업을 운영하는 甲은 A은행으로부터 1억 원의 대출을 받으면서 자신이 소유하고 있는 굴삭기 1대를 A은행에 담보로 제공하되, A은행과의 사이에서 위 굴삭기는 甲이 계속 점유하면서 사업에 사용하기로 하였다. 甲은 A은행으로부터 1억 원을 대출받은 이후 A은행 몰래 위 굴삭기를 B에게 매각하였다. 이 경우 甲에 대한 횡령죄, 배임죄 및 권리행사방해죄의 성부를 논하시오. [30점]