

<총평>

올해의 형법 문제는 중요한 쟁점이 있는 부분에서, 나올 수 있는 문제가 나왔다고 볼 수 있습니다. 난이도는 작년과 비슷한 수준으로 출제되었다고 보입니다. 작년에 워낙 고득점자가 많이 나와서 올해는 상대적으로 점수에서 걱정되는 부분이 있었는데 평소에 충실히 학습하시면서 모의고사를 통하여 쓰는 연습을 꾸준히 하신 분이라면 답안 작성에 큰 어려움은 없었을 것으로 보입니다. 세 문제 중에서는 문제 구조상 [문1-2]가 상대적으로 논할 수 있는 쟁점이 많아 보이는데 해당 해설 guide를 참조하시기 바랍니다.

어려운 시기에 많은 과목을 준비하느라 고생하셨습니다. 꼭 고득점 합격의 기쁨을 누리시기 바랍니다.

이재영 올림

【문 1】

甲은 고속버스를 타고 가다가 옆자리에 앉은 승객 A가 두고 내린 지갑을 발견하고, 지갑 안에 있는 50,000원 권 6매와 A의 운전면허증을 꺼내어 들고 내렸다. 며칠 뒤 甲은 소주 1병을 마시고 운전을 하던 중 음주 단속에 걸렸고, 겁이 난 甲은 사진이 흐릿하게 나온 A의 면허증을 대신 제시할 생각으로 甲의 휴대폰으로 미리 촬영해둔 A의 운전면허증이 담긴 휴대폰 화면을 경찰관 乙에게 제시하였다. 경찰관 乙은 A의 운전면허증 정보를 토대로 적발처리를 하였다. 甲의 죄책을 논하시오. (10점) (음주운전으로 인한 도로교통법 위반죄와 특별법 위반죄는 논외로 하고, 다툼이 있는 경우 대법원 판례에 따름)

I. 쟁점의 정리

갑이 지갑 속의 물건을 습득한 행위와 관련하여 절도죄(형법 제329조) 혹은 점유이탈물횡령죄(형법 제360조)의 성부가 문제된다. A가 잃어버린 지갑 안에 있던 물건은 갑의 입장에서 타인의 소유물에 해당된다. 문제는 그것이 타인의 점유물인가 점유이탈물인가에 있다.

갑이 운전면허증의 촬영사진을 경찰관에게 제시한 행위와 관련하여 공문서부정행사죄(형법 제230조)의 성부가 문제되며 위계에 의한 공무집행방해죄(형법 제137조)에 해당하는지 여부도 검토할 수 있다.

II. 절도죄 혹은 점유이탈물횡령죄의 성부

1. 구성요건

절도죄란 타인소유, 타인점유하의 재물을 절취함으로써 성립하는 범죄이며, 점유이탈물횡령죄는 타인의 점유를 이탈한 재물을 횡령하는 경우에 성립하는 범죄이다. 점유이탈물횡령죄는 위탁관계를 전제로 하지 않는다는 점에서 단순 횡령죄와 구분된다.

2. 현금과 카드가 타인의 점유에 속하는지 여부

(1) 형법상 점유의 개념

점유가 인정되기 위해서는 ① 객관적 요소로서 사실상의 재물지배가 있어야 하며 ② 주관적 요소로서 점유의사를 요하는 외에 ③ 사회적·규범적 요소로서 사회통념 내지 경험칙에 따라 점유의 범위가 확대되거나 축소되기

도 한다.

(2) 판례의 태도

- ① 일단 지배범위에서 벗어난 재물에 대하여도 피해자가 소재를 알고 그 점유를 회복할 수 있는 때에는 피해자의 점유가 그대로 인정된다(대판 1984.2.28. 84도38).
- ② 잘못 두고 온 물건이 다른 사람의 지배범위에 있게 되면 새로운 점유가 개시될 수 있다. 판례에 의하면, 어떤 물건을 잃어버린 장소가 당구장이나 pc방과 같이 타인의 관리 아래 있을 때에는 그 물건은 일응 그 관리자의 점유에 속하고, 관리자 아닌 제3자가 취거하는 것은 유실물횡령이 아니라 절도죄에 해당한다고 하였다(대판 1988.4.25. 88도409, 대판 2007.3.15. 2006도9338).
- ③ 고속버스 운전사는 고속버스의 관수자로서 차내에 있는 승객의 물건을 점유하는 것이 아니고 승객이 잇고 내린 유실물을 교부받을 권능을 가질 뿐이므로 유실물을 현실적으로 발견하지 않는 한 이에 대한 점유를 개시하였다고 할 수 없고, 그 사이에 다른 승객이 유실물을 발견하고 이를 가져 갔다면 절도에 해당하지 아니하고 점유이탈물횡령에 해당한다고 판시하였다(대판 1993.3.16. 92도3170).
- ④ 승객이 놓고 내린 지하철의 전동차 바다이나 선반 위에 있던 물건을 가지고 간 경우에도 위 고속버스 유실물의 경우와 동일하게 점유이탈물횡령죄에 해당한다는 것이 판례의 태도이다(대판 1999.11.26. 99도3963).

3. 검토

일반 대중교통수단의 경우 운전자의 배타적 지배가 인정되는 공간이라고 보기 어려우므로 점유이탈물횡령죄를 인정하는 판례의 태도가 타당하다고 본다. 즉 A가 잃어버린 재물은 점유이탈물에 해당한다.

쉽게 운반할 수 있는 재물은 손에 잡거나 호주머니 또는 가방에 넣는 것만으로 기수가 되며, 갑이 지갑 안에 있던 현금과 운전면허증을 꺼내어 들고 내렸다면 그 물건들에 대한 불법영득의사도 인정된다. 결국 갑의 행위는 점유이탈물횡령죄의 구성요건에 해당하고 별도의 위법성조각사유와 책임조각사유가 없으므로 점유이탈물횡령죄가 성립한다.

Ⅲ. 휴대폰 화면을 경찰관에게 제시한 행위에 대한 판단

1. 공문서부정행사죄의 성부

(1) 공문서부정행사죄의 구성요건

공문서부정행사죄는 공무원 또는 공무원의 문서 또는 도화를 부정행사한 경우에 성립하는 범죄이다.

본죄의 객체는 진정하게 성립한 문서로서, 사용권한자 및 용도가 특정되어 있는 것에 한한다. 운전면허증이나 주민등록증은 사용권한자와 용도가 한정된 것이므로 본죄의 객체에 해당한다.

본죄에서의 부정행사란 사용권한 없는 자가 그 사용권한 있는 것처럼 가장하여 부정한 목적으로 행사한 때 또는 형식상 그 사용권한이 있는 자라도 그 정당한 용법에 반하여 부정하게 행사하는 경우를 말한다(대판 1998.8.21. 98도1701).

사용권한 없는 자가 공문서를 그 본래의 용도대로 사용한 경우는 부정행사에 해당되나 사용권한 없는 자라도 공문서의 사용용도에 따라 행사한 것이 아닌 경우는 본죄의 부정행사에 해당되지 않는다(대판 2000.2.11. 99도1237).

(2) 판례의 태도

- ① 대법원은 운전면허증은 운전면허증에 표시된 사람이 운전면허시험에 합격한 사람이라는 '자격증명'과 이를 지니고 있으면서 내보이는 사람이 바로 그 사람이라는 '동일인증명'의 기능을 동시에 가지고 있으므로, 제3자

로부터 신분확인을 위하여 신분증명서의 제시를 요구받고 다른 사람의 운전면허증을 제시한 행위는 그 사용 목적에 따른 행사로서 공문서부정행사죄에 해당한다고 보고 있다(대판 2001.4.19. 2000도1985 전합).

- ② 그러나 자동차 등의 운전자가 경찰공무원에게 다른 사람의 운전면허증 자체가 아니라 이를 촬영한 이미지파일을 휴대전화 화면 등을 통하여 보여주는 행위는 운전면허증의 특정된 용법에 따른 행사라고 볼 수 없는 것이어서 그로 인하여 경찰공무원이 그릇된 신용을 형성할 위험이 있다고 할 수 없으므로, 이러한 행위는 공문서부정행사죄를 구성하지 아니한다(대판 2019. 12.12. 2018도2560).

(3) 검토

운전자가 운전면허증을 제시하는 것은 현장에서 운전자의 신원과 면허조건 등을 법령에 따라 발급된 운전면허증의 외관만으로 신속하게 확인할 수 있도록 하고자 하는 데 있다고 할 것인바, 운전면허증의 이미지파일 형태를 제시받는 경우에는 그 입수 경위 등을 추가로 조사·확인하지 않는 한 이러한 목적을 달성할 수 없을 뿐만 아니라, 그 이미지파일을 신용하여 적법한 운전면허증의 제시가 있었던 것으로 취급할 수도 없다고 할 것이다. 따라서 A의 운전면허증 자체를 행사하지 않는 한 공문서부정행사죄는 성립하지 아니한다.

2. 위계에 의한 공무집행방해죄의 성부

(1) 구성요건

위계에 의한 공무집행방해죄는 위계로써 공무원의 직무집행을 방해한 경우에 성립한다. 여기서 위계라 함은 상대방에게 오인, 착각, 부지를 일으키게 하여 이를 이용하는 일체의 행위를 말한다.

(2) 판례의 태도

범죄행위가 구체적인 공무집행을 저지하거나 현실적으로 곤란하게 하는 데까지는 이르지 아니한 경우에는 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립하지 않는다(대판 2003.2.11. 2002도4293).

(3) 검토

갑이 운전면허증의 A의 이미지를 제시하고 경찰관이 A에 대하여 음주운전 적발처리를 하였다 하더라도 경찰관은 충분한 수사를 통하여 진범을 발견할 수 있다고 보아야 하므로 경찰관의 공무집행이 저지되거나 현실적으로 곤란하게 되었다고 볼 수 없다. 따라서 위계에 의한 공무집행방해죄는 성립하지 않는다.

IV. 사안의 해결

갑이 현금과 운전면허증을 취득한 행위는 점유이탈물횡령죄에 해당하며, 그 운전면허증의 이미지를 제시한 행위에 대해서는 별죄를 구성하지 않는다.

【문 1-2】

이후 음주운전으로 약식 기소된 사실을 안 A가 경찰서에 와서 항의를 하였고, 경찰관 乙은 甲의 인적사항을 탐문하여 찾아가 경찰서에 출석할 것을 요구하였다. 甲은 乙과 친분관계 있는 사업가 丙을 찾아가 범죄사실을 무마할 방법을 찾아달라고 부탁하였는데, 丙은 경찰관 乙을 이용하여 甲으로부터 돈을 받아내기로 마음 먹었다. 경찰관 乙은 그동안 자신과 자신의 가족을 살뜰히 챙겨준 丙에게 마음의 빚을 갚을 기회라고 생각하고 丙과 공모하여 甲으로부터 돈을 받아내기로 하였다. 乙은 甲에게 “범죄사실을 무마하여 줄테니 丙에게 1,000만 원을 전달하라. 그렇지 않으면 검찰에 기소의견으로 송치시키겠다.”고 하였고, 甲은 겁을 먹고 다음날 현금 1,000만 원을 丙에게 주었다. 甲, 乙, 丙의 죄책을 논하시오. (20점) (형법상 범인은닉·도피죄와 특별법 위반죄는 논외로 하고, 다툼이 있는 경우 대법원 판례 다수의견에 따름)

guide) 경찰이 사건을 무마시키는 명목으로 공갈행위를 한 경우에 ① 직무집행의 의사가 없었다면, 즉 직무집행을 빙자한 경우라면 수뢰죄가 성립하지 아니하고(대판 1969.7.22. 65도1166, 1966.4.6. 66도12), ② 반대로 직무집행의 의사가 있었고 직무와 대가관계가 인정되면 수뢰죄의 성립이 가능하게 된다.

필자는 ①로 서술하는 것보다 ②로 서술하는 것이 쟁점이 더 많이 드러나는 것으로 보아 ②로 서술해 보았다. ①로 서술하는 경우의 핵심적인 내용은 아래 각 주를 참고하기 바란다.)

또한 설문에서 범인도피죄를 논외로 하라고 하였는데 병이 실제로 갑에 대한 범죄를 눈감아 준 경우 범인도피죄가 성립한다는 것을 전제로 하여, ②로 서술할 경우에는 단순수뢰죄가 아니라 수뢰후부정처사죄를 논할 수 있게 되지만 이는 결국 범인도피죄를 검토하여야 하는 쟁점이 되므로 최소한도로 간단히 언급하는 데 그쳤다.

I. 쟁점의 정리

을의 죄책과 관련하여 공갈죄(형법 제350조) 및 수뢰죄(형법 제129조 제1항)의 성부가 문제되며, 이 경우 을이 직무집행의 의사가 있는지, 을의 직무와 대가관계가 있는지 여부가 쟁점이 된다. 기타의 범죄로서 을에게 제3자뇌물수수죄(형법 제130조)나 수뢰후부정처사죄(형법 제131조 제1항) 직무유기죄(형법 제122조)의 해당 여부도 함께 검토해 보기로 한다.

병의 죄책과 관련하여 을의 범죄에 대한 공동정범(형법 제30조)의 성립여부가 문제된다.

갑의 죄책과 관련하여 단순한 공갈죄의 피해자에 불과한 것인지 증뢰죄(형법 제133조 제1항)가 성립하는지 여부가 문제된다.

II. 을의 죄책

1. 공갈죄의 성부

(1) 공갈죄의 구성요건

공갈죄는 사람을 공갈하여 타인이 점유하는 재물 또는 재산상 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 취득하게

1) <직무집행의사가 없는 경우> 병의 죄책 : 공갈죄 성립, 수뢰죄 부정
 을의 죄책 : 공갈죄의 공동정범에 해당한다. 수뢰죄는 진정신분범이며 을은 공무원이라는 신분이 없으므로 단독으로는 수뢰죄에 해당되지 않는다.
 갑의 죄책 : 공갈죄의 피해자일 뿐이며 증뢰죄 부정 ← 공무원의 협박의 정도가 피해자의 반항을 억압할 수 있는 정도의 것이 아니고 따라서 피해자의 의사결정의 자유가 완전히 박탈된 것이 아니라 할지라도 가해자의 해약의 고지로 인하여 외포의 결과 금품을 제공한 것이었다면 그 금품 제공자는 공갈죄의 피해자가 될 것이고 증뢰죄의 성립은 될 수 없다(대판 1969.7.22. 65도1166).

함으로써 성립한다. 공갈이란 폭행 또는 협박으로 공포심을 일으키게 하는 것을 말하며, 피공갈자의 처분행위를 요한다는 점에서 강도죄와 구별된다. 공갈죄의 기수시기는 재물 또는 재산상 이익의 취득시이다.

(2) 사안의 검토

을은 기소의견으로 송치하겠다는 해약을 고지하였고 이에 대해 갑은 겁을 먹고 현금을 지급하는 처분행위를 하였으며 병은 현금을 취득하게 되었다. 을이 현금을 본인이 아닌 병에게 귀속시키려고 하는 의사가 있었다 하더라도 불법영득의사는 인정된다. 별도의 위법성조각사유나 책임조각사유가 없으므로 을에게는 공갈죄가 성립한다.²⁾

2. 수뢰죄의 성부

(1) 수뢰죄의 구성요건

수뢰죄는 공무원이 직무에 관하여 뇌물을 수수하였을 때에 성립한다. 뇌물이란 직무에 관한 부당한 이익을 말하며 직무에 대한 대가관계가 있어야 한다.

본죄는 주관적 요건으로 고의 이외에 불법영득의사가 필요하다. 피해자를 공갈하여 금품을 교부받은 경우에 수뢰죄가 성립할 수 있는지 여부가 문제된다.

(2) 판례의 태도

판례에 의하면, 공무원이 직무집행의 의사 없이 또는 직무처리와 대가적 관계없이 타인을 공갈하여 재물을 받은 때에는 공갈죄만 성립하며 수뢰죄의 성립을 부정하는 입장이다(대판 1994.12.22. 94도2528).

(3) 사안의 검토

경찰관인 을은 갑을 찾아가 경찰서에 출석할 것을 요구하는 등 직무집행의 의사가 있었던 것으로 볼 수 있으며, 음주운전에 대하여 검찰로 송치할 것인지 무마할 것인지는 을의 직무와 관련성이 있다고 보인다. 따라서 을이 음주운전을 무마하는 조건으로 받은 금품은 직무처리에 대한 대가관계를 인정할 수 있어 수뢰죄의 구성요건해당성이 인정된다. 기타 위법성조각사유나 책임조각사유가 없으므로 수뢰죄가 성립한다.

3. 기타 문제될 수 있는 범죄

(1) 제3자 뇌물수수죄

1) 구성요건

제3자뇌물수수죄는 공무원이 직무에 관하여 부정한 청탁을 받고 제3자에게 뇌물을 공여하게 하는 경우에 성립한다. 사안의 경우 을이 자신이 아닌 병에게 금품을 전달하라고 한 점에서 제3자뇌물수수죄에 해당하는지 여부가 문제된다.

2) 판례

공무원과 뇌물수수죄의 공동정범 관계에 있는 비공무원에게 뇌물을 공여하게 한 경우에는 공동정범의 성질상 공무원 자신에게 뇌물을 공여하게 한 것으로 볼 수 있으며, 공무원과 공동정범 관계에 있는 비공무원은 제3자뇌물수수죄에서 말하는 제3자가 될 수 없다고 본다(대판 2019.8.29. 2018도2738 전합).

3) 사안의 검토

2) 을의 공갈행위는 공무원이 직권을 이용하여 행한 것이므로 형법 제135조에 의하여 제350조에 정한 형의 2분의 1까지 가중된다.

후술하는 바와 같이 병은 을과 수뢰죄의 공동정범관계에 있으며, 수뢰죄의 공동정범이 성립한 이후에 뇌물이 실제로 을과 병 중 누구에게 귀속되었는지는 이미 성립한 뇌물수수죄에 영향을 미치지 않는다고 보아야 한다. 따라서 금품을 병에게 귀속시키기로 공모를 하였다 하더라도 이러한 사정은 뇌물수수죄의 공동정범이 성립한 이후 뇌물의 처리에 관한 것에 불과하므로 뇌물수수죄가 성립하는 데 영향이 없다. 따라서 제3자뇌물수수죄는 성립할 여지가 없다.

(2) 수뢰후부정처사죄(형법 제131조 제1항)

수뢰후부정처사죄는 공무원이 수뢰죄를 범하여 부정한 행위를 한 때 성립한다. 만약 실제로 을이 갑의 범죄를 무마한 사실까지 인정된다면 본죄로 가중처벌되게 될 것이다. 이 경우 직무유기죄(형법 제122조)도 문제될 수 있으나 직무유기의 불법은 수뢰후부정처사죄에 흡수되어 별도로 성립하지 않는다.

4. 죄수판단

뇌물을 요구하고 약속한 후에 실제로 수수하면 포괄하여 1개의 수뢰죄가 된다. 공갈죄와 수뢰죄는 행위동일성이 있으므로 상상적 경합관계에 해당된다.

Ⅲ. 병의 죄책

1. 공갈죄의 공동정범의 성부

공동정범이 되기 위해서는 주관적 요건으로서의 공동가공의 의사와 객관적 요건으로서의 공동가공의 사실을 요한다. 병은 갑으로 돈을 받아 내기로 마음먹고 을과 공모를 하여 공동가공의 의사가 있다고 보아야 하며, 을이 협박을 하고 병이 현금을 수령하는 등 역할분담을 함으로써 공동가공의 사실이 인정된다.

따라서 병은 을과 함께 공갈죄의 공동정범에 해당된다.

2. 수뢰죄의 공동정범의 성부

(1) 공범과 신분관계

수뢰죄는 공무원 또는 중재인이라는 신분을 요하는 진정신분범이다. 공범과 신분에 관한 형법 제33조 본문은 신분관계로 인하여 성립될 범죄에 가공한 행위는 신분관계가 없는 자에게도 신분자와 함께 공동정범이 성립가능함을 규정하고 있다.

(2) 판례의 태도

공무원이 아닌 사람이 공무원과 공동가공의 의사와 이를 기초로 한 기능적 행위지배를 통하여 공무원의 직무에 관하여 뇌물을 수수하는 범죄를 실행하였다면 공무원이 직접 뇌물을 받은 것과 동일하게 평가할 수 있으므로 공무원과 비공무원에게 형법 제129조 제1항에서 정한 뇌물수수죄의 공동정범이 성립한다(대판 2019.8.29. 2018도2738 전합).

(3) 검토

병은 비공무원으로서 수뢰죄의 단독정범이 될 수는 없지만 을의 범죄에 가담하여 기능적 행위지배를 통하여 금품을 수령하였으므로 수뢰죄의 공동정범에 해당된다고 본다.

IV. 갑의 죄책

1. 중죄죄의 구성요건

중죄죄는 뇌물을 약속·공여하거나 또는 공여의사를 표시함으로써 성립하는 범죄이다. 수죄죄와는 필요적 공범관계에 있는 범죄로서 그 성립여부는 별도로 검토를 하여야 한다. 갑이 병에게 금품을 건넨 것이 갑의 뇌물 공여의 의사에 기한 것이라고 볼 수 있는지 문제된다.

2. 판례의 태도

- ① 판례는 공무원에게 직무집행의 의사가 없어 수죄죄가 성립하지 않고 공갈죄만 인정된 사안에서, 공무원의 협박의 정도가 피해자의 반항을 억압할 수 있는 정도의 것이 아니고 따라서 피해자의 의사결정의 자유가 완전히 박탈된 것이 아니라 할지라도 가해자의 해악의 고지로 인하여 외포의 결과 금품을 제공한 것이었다면 그 금품 제공자는 공갈죄의 피해자가 될것이고 중죄죄의 성립은 될 수 없다고 본다(대판 1969.7.22. 65도1166).
- ② 한편 공무원에게 직무집행의 의사가 있어 수죄죄가 성립하는 경우에는 공무원의 직무행위를 매수하려는 의사에서 금품을 제공한 행위에 대해 중죄죄를 인정하고 있다(대판 1994.12.22. 94도2528).

3. 검토

甲은 공무원과 친분관계 있는 병에게 범죄사실을 무마할 방법을 찾아달라고 부탁한 바 있다는 점에서 어느 정도 뇌물을 공여할 의사가 있었다고 볼 여지가 있으며, 비록 겁을 먹었다 하더라도 뇌물을 공여할 것인지에 관한 의사결정의 자유가 있었다고 볼 수 있다. 그렇다면 갑에게도 중죄죄의 성립을 인정하는 것이 타당하다고 본다(다수설).

V. 사안의 해결

을과 병은 공갈죄와 수죄죄의 상상적 경합범에 해당되며, 갑은 자신의 의사에 따라 뇌물을 공여한 것으로 보아 중죄죄에 해당된다고 본다.

【문 2】

甲은 乙과 함께 프랜차이즈 사업을 하였으나 최근 사업부진으로 사업을 청산하기로 하였다. 그 과정에서 甲은 乙명의로 상점을 받고, 甲이 乙의 초기투자비용 3억 원을 乙에게 돌려주는 대신 甲이 소유한 丙회사 주식 15,000주(계약당시 1주당 2만원)를 乙이 양도담보 방식으로 받는 계약을 체결하였다. 이후 甲은 새로운 사업자금 확보를 위해 곧 취득할 乙소유의 상점에 대하여 A와 임대차계약을 체결하였다. 甲은 계약서를 작성하며 A에게 “내가 곧 乙로부터 소유권을 취득할 예정이다. 이전등기를 마치는 대로 당신에게 알려준 뒤 1순위 근저당권자 B은행 다음으로 대항력을 취득할 수 있도록 전입신고와 확정일자 받는데 협력하겠다.”고 약속하였다. 그러나 甲은 A로부터 임대차보증금을 모두 받고 乙로부터 상점 소유권을 취득하였음에도 A에게 이 사실을 고지하지 않았다. 甲은 추가적인 자금 확보를 위해 C에게 돈을 차용하며 상점에 대한 2순위 저당권설정계약을 체결하고 丙회사 주식 15,000주를 C에게 양도하였으며, D은행에서 대출을 받은 후 위 상점에 D명의로 2순위 저당권설정등기를 마쳐주었다. 甲의 배임죄 성부에 대하여 논하시오. (20점) (다툼이 있는 경우 결론은 대법원 판례 다수의견에 따르고 그 논거를 설명함)

I. 쟁점의 정리

- ① 주식을 양도담보로 제공하기로 한 후 타인에게 처분한 행위가 을에 대한 배임죄(형법 제355조 제2항)를 구성하는지 여부와
- ② 상점에 대한 소유권을 취득하였음에도 A에게 알리지 않고 추가 저당권을 설정한 행위가 A에 대한 배임죄를 구성하는지 여부가 문제된다.
먼저 배임죄의 구성요건을 검토한 후 각 사례에서 갑에게 배임죄의 주체성을 인정할 수 있는지 여부를 검토하기로 한다.

II. 배임죄의 구성요건

배임죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위로서 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가한 경우에 성립하는 범죄이다.

배임죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 주체가 되는 진정신분범이다. 타인의 사무를 처리하는 자란 타인과의 대내관계에서 신의성실의 원칙에 비추어 그 사무를 처리할 신임관계가 존재하는 자를 말하여, 신임관계는 사실상의 신임관계로 족하나 보호할 가치가 있어야 하며 반사회질서적인 경우에는 배임죄에서의 신임관계를 인정할 수 없다.

배임죄에서의 타인의 사무는 타인의 재산을 보호 또는 관리하는 사무를 의미한다. 어떠한 사무가 타인의 사무로서의 성질과 자기의 사무로서의 성질을 동시에 가지고 있는 경우에는 타인사무가 본질적 내용을 이루고 있다면 타인의 사무에 해당한다.

III. 을에 대한 배임죄의 성부

1. 판례의 태도

판례에 의하면, '타인의 사무를 처리하는 자'라고 하려면, 당사자 관계의 전형적·본질적 내용이 통상의 계약에서의 이익대립관계를 넘어서 그들 사이의 신임관계에 기초하여 타인의 재산을 보호 또는 관리하는 데에 있어야 한다고 하면서, 채무자가 양도담보권자에 대하여 담보물의 담보가치를 유지·보전할 의무 내지 담보물을 타에 처분하거나 멸실, 훼손하는 등으로 담보권 실행에 지장을 초래하는 행위를 하지 않을 의무를 부담하게 되었다라도, 이를 들어 채무자가 통상의 계약에서의 이익대립관계를 넘어서 채권자와의 신임관계에 기초하여 채권자의 사무를 맡아 처리하는 것으로 볼 수 없다고 본다. 따라서 주식에 관하여 양도담보설정계약을 체결한 채무자가 제3자에게 해당 주식을 처분한다하더라도 배임죄에 해당되지 않는다(대판 2020.2.20. 2019도9756 전합).

2. 검토

금전채권채무 관계에서 채권자가 채무자에 대한 신임을 기초로 그의 재산을 보호 또는 관리하는 임무를 부여하였다고 할 수 없고, 금전채무의 이행은 어디까지나 채무자가 자신의 급부 의무의 이행으로서 행하는 것이므로 이를 두고 채권자의 사무를 맡아 처리하는 것으로 볼 수 없어 채무자를 타인의 사무처리자에 해당한다고 볼 수 없다.

채무자가 양도담보설정계약에 따라 부담하는 의무는 채무자 자신의 급부 의무로서 이를 이행하는 것은 자신의 사무이고, 담보설정계약의 체결이나 담보권 설정 전후를 불문하고 당사자 관계의 전형적·본질적 내용은 여전

히 금전채권의 실현 내지 피담보채무의 변제에 있으므로 담보물을 처분하였다 하여 배임죄로 처벌할 수는 없다고 본다. .

IV. A에 대한 배임죄의 성부

1. 판례의 태도

임대차계약을 체결하면서 자신이 소유권을 취득하는 즉시 임차인에게 알려 대항력을 취득할 수 있도록 하기로 약정한 후, 소유권을 취득하였음에도 취득 사실을 고지하지 않고 다른 근저당권을 설정해 준 경우, 피고인과 피해자 관계의 본질적 내용이 단순한 채권관계상의 의무를 넘어서 피고인과 피해자 간의 신임관계에 기초하여 피해자의 재산을 보호 내지 관리하는 데 있다고까지 보기는 어렵다고 보아 배임죄의 성립을 부정하였다(대판 2015.11.26. 2015도4976).

2. 검토

일반적으로 임차인이 전입신고를 하고 확정일자를 받는 것은 임대인의 도움 없이 임차인이 일방적으로 할 수 있는 것이며 갑이 소유권 취득 사실을 고지하지 않은 상태에서 A가 전입신고를 하기는 어려웠던 사정은 있으나, 그렇다고 하여 갑과 A의 관계의 본질적 내용이 단순한 채권관계상의 의무를 넘어서 신임관계에 기초하여 A의 재산을 보호 내지 관리하는 데 있다고까지 보기는 어려운 점에 비추어 배임죄의 성립을 부정하는 판례의 입장이 타당하다.

V. 사안의 해결

갑에게는 배임죄가 성립하지 않는다. 배임죄를 부정하는 판례에 대하여는 부동산 2중매매의 경우 배임죄를 인정하거나 담보가치 훼손행위에 대해 배임죄를 인정하는 기존의 판례와 일관성이 없다는 비판이 있다. 그러나 배임죄는 재산상 이익을 객체로 하고 그 구성요건이 매우 추상적으로 되어 있으므로, 이를 지나치게 확대해석하는 것은 형법이 국가의 형벌권의 한계를 명백히 하여 자의적인 형벌로부터 국민의 자유와 권리를 보장한다는 형법의 보장적 기능에 반할 소지가 있다. 계약관계에서의 이익대립관계가 존재하는 경우 민사상의 문제에 대한 형법의 개입을 억제하고자 하는 판례의 태도가 타당하다고 본다.