

**경찰에서의 고소·고발의 효율적 처리에 관한 연구**  
**: 사기·횡령·배임죄에 관한 판례분석을 중심으로**

**경찰에서의 고소·고발의 효율적 처리에 관한 연구**  
**: 사기·횡령·배임죄에 관한 판례분석을 중심으로**

**치안정책연구소 범죄수사연구실**

**연구관 정지운**

# 목 차

제1장 서론 .....	1
제1절 연구의 목적 .....	1
제2절 연구의 범위와 방법 .....	2
제2장 고소·고발의 형사법적 성격과 문제점 .....	4
제1절 의의 .....	4
제2절 고소·고발의 형사법적 성격 .....	6
1. 고소의 형사법적 성격 .....	6
2. 고발의 형사법적 성격 .....	27
제3절 경찰에서의 고소·고발의 문제점 .....	29
1. 경찰에서의 고소·고발 관련 실태 .....	29
2. 저작권침해관련 고소·고발의 증가 .....	30
3. 특별사법경찰관리의 업무와 문제점 .....	33
4. 민사 분쟁해결을 위한 고소의 문제점 .....	43
제3장 사기·횡령·배임죄에 대한 판례분석 .....	45
제1절 사기죄에 대한 판례분석 .....	45
1. 사기죄의 의의 및 본질 .....	45
2. 사기죄의 구성요건 .....	51
3. 사기죄의 유형 .....	68
제2절 횡령죄에 대한 판례분석 .....	72
1. 횡령죄의 의의와 본질 .....	72

2. 횡령죄의 구성요건 .....	74
3. 횡령죄의 유형 .....	107
제3절 배임죄에 대한 판례분석 .....	112
1. 배임죄의 의의와 본질 .....	112
2. 배임죄의 구성요건 .....	122
3. 배임죄의 유형 .....	149
제4장 경찰에서의 고소·고발의 효율적 처리대책 .....	167
제1절 형사법상의 대책 .....	167
1. 형법상의 대책 .....	167
2. 형사소송법상의 대책 .....	169
제2절 경찰행정상의 정책 .....	171
1. 의의 .....	171
2. 저작권범위반 고소사건에 대한 감축방안 .....	172
3. 특별사법경찰의 역할분담을 통한 효율화 방안 .....	173
4. 민사분쟁을 원인으로 한 고소에 대한 감축방안 .....	176
5. 고소·고발 각하제도의 활용방안 .....	176
제5장 결론 .....	178

참고문헌

## 판례목차

[관련판례 : 대법원 1984.12.26. 84도1936]	51
[관련판례 : 대법원 1995.3.24. 95도203]	51
[관련판례 : 대법원 1982.9.28. 82도1656]	53
[관련판례 : 대법원 1996.9.10. 95도2747]	53
[관련판례 : 대법원 1995.12.22. 94도3013]	53
[관련판례 : 대법원 1989.3.14. 88도975]	53
[관련판례 : 대법원 1997.3.28. 96도2625]	53
[관련판례 : 대법원 1980.12.9. 80도1177]	54
[관련판례 : 대법원 1987.12.22. 87도2168]	54
[관련판례 : 대법원 1975.5.27. 75도760]	55
[관련판례 : 대법원 1982.10.26. 82도2217]	55
[관련판례 : 대법원 1995.8.25. 94도2132]	56
[관련판례 : 대법원 1985.11.12. 84도984]	56
[관련판례 : 대법원 1972.1.31. 71도1193]	56
[관련판례 : 대법원 1983.10.25. 83도1520]	56
[관련판례 : 대법원 1983.11.8. 83도1723]	56
[관련판례 : 대법원 1986.10.14. 86도1501]	57
[관련판례 : 대법원 1997.7.25. 97도1095]	57
[관련판례 : 대법원 2007.3.30. 2005도5972]	57
[관련판례 : 대법원 1974.3.12. 74도164]	60
[관련판례 : 대법원 1983.3.22. 82도2837]	60
[관련판례 : 대법원 1985.3.26. 84도301]	61
[관련판례 : 대법원 1991.12.24. 91도2698]	61

[관련판례 : 대법원 2008.5.8. 2008도1652] .....61

[관련판례 : 대법원 1998.4.14. 98도231] .....62

[관련판례 : 대법원 2008.5.8. 2008도1652] .....62

[관련판례 : 대법원 1981.10.13. 81도2129] .....63

[관련판례 : 대법원 1982.2.9. 81도944] .....66

[관련판례 : 대법원 1973.11.27. 73도1301] .....67

[관련판례 : 대법원 1980.11.11. 80도2097] .....75

[관련판례 : 대법원 1989.4.11. 88도906] .....75

[관련판례 : 대법원 1999.9.17. 98도2036] .....77

[관련판례 : 대법원 1979.11.13. 79다483] .....78

[관련판례 : 대법원 1988.9.20. 86도628] .....78

[관련판례 : 대법원 1999.6.11. 99도275] .....78

[관련판례 : 대법원 1994.3.8. 93도2272] .....80

[관련판례 : 대법원 1969.12.9. 69도1923] .....81

[관련판례 : 대법원 1967.10.23. 67도1133] .....82

[관련판례 : 대법원 1971.6.22. 71도740] .....82

[관련판례 : 대법원 1989.10.24. 89도1605] .....82

[관련판례 : 대법원 1994.11.25. 93도2404] .....83

[관련판례 : 대법원 2005.4.29. 2005도741] .....83

[관련판례 : 대법원 2007.10.11. 2007도6012] .....83

[관련판례 : 대법원 1987.10.13. 87도1778] .....83

[관련판례 : 대법원 1996.5.14. 96도410] .....84

[관련판례 : 대법원 1999.4.15. 97도666] .....84

[관련판례 : 대법원 2000.8.18. 2000도1856] .....84

[관련판례 : 대법원 2000.3.14. 99도4923] .....86

[관련판례 : 대법원 1990.12.3. 89도904] .....87

[관련판례 : 대법원 1995.10.12. 94도2076] .....87

[관련판례 : 대법원 1980.10.14. 79도671] .....87

[관련판례 : 대법원 1980.9.30. 78도2100] .....87

[관련판례 : 대법원 1999.4.15. 97도666] .....88

[관련판례 : 대법원 2007.5.11. 2006도4935] .....90

[관련판례 : 대법원 1986.6.24. 86도1000] .....91

[관련판례 : 대법원 1982.2.23. 81도2619] .....91

[관련판례 : 대법원 1998.4.10. 97도3057] .....92

[관련판례 : 대법원 1997.3.28. 96도3155] .....92

[관련판례 : 대법원 1995.11.24. 95도1923] .....92

[관련판례 : 대법원 1982.9.28. 82도1486] .....93

[관련판례 : 대법원 1996.6.14. 96도106] .....93

[관련판례 : 대법원 1997.3.28. 96도3155] .....94

[관련판례 : 대법원 1993.8.24. 93도1578] .....94

[관련판례 : 대법원 1998.4.14. 98도292] .....95

[관련판례 : 대법원 1996.2.23. 95도2608] .....95

[관련판례 : 대법원 1997.9.5. 97도1592] .....96

[관련판례 : 대법원 1973.5.22. 73도550] .....96

[관련판례 : 대법원 1997.5.7. 96도2950] .....96

[관련판례 : 대법원 1995.9.29. 95도1176] .....96

[관련판례 : 대법원 1986.7.22. 86도230] .....97

[관련판례 : 대법원 1994.3.8. 93도2221] .....97

[관련판례 : 대법원 1987.2.24. 86도1744] .....97

[관련판례 : 대법원 1960.2.17. 60도961] .....97

[관련판례 : 대법원 1958.12.29. 58도471] .....97

[관련판례 : 대법원 2000.2.11. 99도4979] .....98

[관련판례 : 대법원 1988.1.19. 87도2078] .....98

[관련판례 : 대법원 2000.11.10. 2000도4335] .....98

[관련판례 : 대법원 1983.2.22. 82도2467] .....99

[관련판례 : 대법원 1987.2.24. 86도999] .....99

[관련판례 : 대법원 1995.3.14. 95도59] .....99

[관련판례 : 대법원 1996.8.23. 96도1525] .....99

[관련판례 : 대법원 1999.2.23. 98도2296] .....100

[관련판례 : 대법원 2002.7.26. 2001도5459] .....100

[관련판례 : 대법원 2007.6.1. 2005도5772] .....100

[관련판례 : 대법원 2006.9.22. 2004도3314] .....101

[관련판례 : 대법원 1982.9.28. 81도2777] .....101

[관련판례 : 대법원 1983.8.23. 80도1545] .....102

[관련판례 : 대법원 1977.11.8. 77도1715] .....102

[관련판례 : 대법원 1983.3.8. 82도1829] .....102

[관련판례 : 대법원 1989.7.25. 89도350] .....102

[관련판례 : 대법원 1983.11.8. 82도2119] .....103

[관련판례 : 대법원 1989.4.11. 88도906] .....103

[관련판례 : 대법원 1993.3.9. 92도2999] .....105

[관련판례 : 대법원 2007.6.15. 2005도4338] .....114

[관련판례 : 대법원 2004.4.9. 2004도771] .....114

[관련판례 : 대법원 2000.4.11. 99도334] .....115

[관련판례 : 대법원 2000.2.11. 99도2983] .....115

[관련판례 : 대법원 1995.11.21. 94도1375] .....115

[관련판례 : 대법원 1975.12.23. 74도2215] .....115

[관련판례 : 대법원 1975.4.22. 75도123] .....116

[관련판례 : 대법원 1976.5.11. 75도2245] .....119

[관련판례 : 대법원 2005.3.25. 2004도6890] .....119

[관련판례 : 대법원 1999.9.17. 97도3219] .....119

[관련판례 : 대법원 1999.6.22. 99도1095] .....119

[관련판례 : 대법원 1998.10.23. 98도2577] .....120

[관련판례 : 대법원 1994.9.9. 94도902] .....120

[관련판례 : 대법원 1987.4.28. 86도2490] .....120

[관련판례 : 대법원 1983.2.8. 81도3137] .....120

[관련판례 : 대법원 2000.3.14. 99도457] .....123

[관련판례 : 대법원 2008.3.13. 2008도373] .....123

[관련판례 : 대법원 2007.10.11. 2007도6012] .....123

[관련판례 : 대법원 1979.3.27. 79도141] .....124

[관련판례 : 대법원 1969.10.28. 69도1648] .....125

[관련판례 : 대법원 1992.12.24. 92도1223] .....125

[관련판례 : 대법원 1976.7.13. 74도717] .....125

[관련판례 : 대법원 1978.8.22. 78도958] .....126

[관련판례 : 대법원 1975.11.25. 73도1881] .....126

[관련판례 : 대법원 1995.5.12. 95도283] .....127

[관련판례 : 대법원 1992.7.14. 92도753] .....128

[관련판례 : 대법원 1990.8.10. 90도414] .....128

[관련판례 : 대법원 1987.4.28. 87도265] .....128

[관련판례 : 대법원 1982.11.9. 82도2093] .....128

[관련판례 : 대법원 1977.6.28. 77도1454] .....128

[관련판례 : 대법원 1976.9.14. 76도2069] .....129

[관련판례 : 대법원 1973.3.13. 73도181] .....129

[관련판례 : 대법원 2005.3.25. 2004도6890] .....130

[관련판례 : 대법원 1999.9.17. 97도3219] .....130

[관련판례 : 대법원 1994.9.9. 94도902] .....130

[관련판례 : 대법원 1987.4.28. 86도2490] .....130

[관련판례 : 대법원 1982.9.28. 81도2777] .....131

[관련판례 : 대법원 1976.5.11. 75도2245] .....131

[관련판례 : 대법원 1966.6.21. 66도273]	131
[관련판례 : 대법원 1979.6.26. 79도1127]	132
[관련판례 : 대법원 1979.6.12. 79도205]	132
[관련판례 : 대법원 1983.6.28. 82도1151]	133
[관련판례 : 대법원 1977.5.24. 76도4180]	133
[관련판례 : 대법원 1975.5.13. 74도3125]	133
[관련판례 : 대법원 1985.11.26. 85도1493]	133
[관련판례 : 대법원 1986.7.8. 85도554]	134
[관련판례 : 대법원 1989.10.24. 87도126]	134
[관련판례 : 대법원 1976.7.13. 74도717]	135
[관련판례 : 대법원 1989.10.24. 89도64]	136
[관련판례 : 대법원 1980.9.9. 79도2637]	137
[관련판례 : 대법원 1986.6.10. 84도2015]	137
[관련판례 : 대법원 2002.6.28. 2000도3716]	138
[관련판례 : 대법원 1995.11.21. 94도1598]	140
[관련판례 : 대법원 1986.8.19. 86도584]	141
[관련판례 : 대법원 1981.6.23. 80도2934]	142
[관련판례 : 대법원 1983.12.27. 83도2602]	143
[관련판례 : 대법원 1982.11.23. 82도2215]	143
[관련판례 : 대법원 1989.10.24. 89도641]	143
[관련판례 : 대법원 1998.2.10. 97도2919]	143
[관련판례 : 대법원 1998.2.10. 97도2919]	145
[관련판례 : 대법원 1999.2.9. 98도2074]	145
[관련판례 : 대법원 2008.5.29. 2006도7487]	145
[관련판례 : 대법원 2005.10.28. 2005도5713]	148
[관련판례 : 대법원 1988.12.13. 88도750]	148
[관련판례 : 대법원 1985.1.29. 84도1814]	149

[관련판례 : 대법원 1988.11.22. 88도1523] .....150

[관련판례 : 대법원 1982.1.12. 80도1970] .....151

[관련판례 : 대법원 1999.4.27. 99도883] .....151

[관련판례 : 대법원 1986.10.28. 86도1517] .....152

[관련판례 : 대법원 2001.11.13. 2001도3531] .....153

[관련판례 : 대법원 2000.12.8. 99도3338] .....153

[관련판례 : 대법원 2000.3.14. 99도4923] .....153

[관련판례 : 대법원 1990.10.12. 90도1477] .....154

[관련판례 : 대법원 1989.10.13. 89도563] .....155

[관련판례 : 대법원 1991.6.11. 91도688] .....156

[관련판례 : 대법원 1970.9.17. 70도1355] .....156

[관련판례 : 대법원 1984.11.27. 84도1906] .....156

[관련판례 : 대법원 1987.4.28. 87도414] .....157

[관련판례 : 대법원 1997.10.24. 97도2042] .....157

[관련판례 : 대법원 1978.11.1. 78도2081] .....158

[관련판례 : 대법원 1980.8.26. 80도19] .....158

[관련판례 : 대법원 1980.10.14. 79도190] .....159

[관련판례 : 대법원 1989.12.12. 89도495] .....159

[관련판례 : 대법원 1997.12.26. 97도2609] .....159

[관련판례 : 대법원 2005.1.14. 2004도6646] .....159

[관련판례 : 대법원 1983.12.27. 83도2472] .....160

[관련판례 : 대법원 1980.4.8. 79도3108] .....160

[관련판례 : 대법원 1999.1.29. 98도4182] .....160

[관련판례 : 대법원 1991.8.27. 91도61] .....161

[관련판례 : 대법원 1987.11.24. 87도1560] .....161

[관련판례 : 대법원 1980.10.14. 79도190] .....162

[관련판례 : 대법원 1984.8.21. 83도2447] .....162

[관련판례 : 대법원 1982.5.25. 81도1305] .....162  
[관련판례 : 대법원 1984.3.13. 83도1986] .....163  
[관련판례 : 대법원 1983.3.8. 82도2873] .....163  
[관련판례 : 대법원 1991.1.15. 90도2257] .....164  
[관련판례 : 대법원 1996.10.11. 95도2090] .....164  
[관련판례 : 대법원 1979.6.12. 79도708] .....166

# 제1장 서론

## 제1절 연구의 목적

고소와 고발은 수사기관이 수사기관 외부의 신고에 의하여 수사를 하게 되는 수사의 단서이다. 따라서 고소와 고발은 이미 발생한 범죄에 대하여 수사기관이 수사를 시작하게 하는 수사개시원인으로 이해되며, 범죄에 의해 발생한 범죄피해에 대하여 수사기관이 행하는 대국민적 순기능의 핵심적 요소이다.

행정부(경찰·검찰 등) 또는 사법부(법원)의 형사사법기관의 역할이 범죄의 발견(경찰·검찰 등 수사기관)과 재판을 통한 범죄에 대한 적절한 평가(형사법원 등) 그리고 범죄에 대한 판결의 실현(검사에 의한 형벌의 집행 등을 통한 교정공무원 등의 활동)이라고 할 때, 수사기관이 그 역할을 충실하게 이행하는 시발점은 결국 범죄의 직접적인 피해자의 법익 보호 차원의 역할로서 고소와 고발에 대한 수사라고 할 것이다.

그러나 수사기관 중 일선에서 수사업무를 담당하는 경찰의 입장에서 고소와 고발에 대한 입장이 결코 간단하지 않음은 현실적으로 나타나는 고소와 고발에 대한 비중에서 찾아 볼 수 있다. 발생한 범죄에 대한 수사는 범죄의 실체적 진실을 밝힘에 있어 매우 중요하다. 이러한 수사의 핵심은 수사과정에서의 적절한 인력의 집중이라고 할 것이다. 즉 범죄의 발생으로 인한 피해에 대한 적절한 보상 그리고 신속한 범인검거와 범인에 대한 적절한 법의 적용을 통한 형벌의 집행이 이루어질 때 수사의 목적이 단지 형사절차상의 한 과정에 그치지 아니하고, 형사법이 추구하는 정의의 실현이 가능할 것이다. 하지만 현실적 드러나는 고소·고발의 문제

점은 적정한 인력의 담당이 현재의 인원으로 쉽지 않을 뿐만 아니라 고소·고발이 형사법적 관점에서 무의미한 민사·행정법적 피해자에 의한 고충의 표현에 그칠 가능성의 크다는 점에 있다.

본 연구의 목적은 이와 같은 고소·고발이 행해지는 과정의 문제점을 지적하고 불필요하게 남용되는 고소·고발을 일선에서 접수하는 경찰차원에서 고소인과 고발인이 자발적으로 고소·고발의 남용을 자제할 수 있는 방안을 제시함으로써 고소·고발의 효율적 처리를 도모함과 아울러 적절한 수사력을 확보하고자 함에 있다.

## 제2절 연구의 범위와 방법

본 연구는 「형사소송법」(일부개정 2007.12.21 법률 제8730호)에서 수사의 단서로서 규정된 고소·고발의 규정을 중심으로 고소·고발의 형사법적 성격과 역할에 대하여 우선 고찰하고자 한다.

그리고 경찰에 대하여 고소·고발이 행하는 경우 발생하는 문제점을 지적하고, 이에 대한 대책으로 고소·고발을 감축할 수 있는 방안을 제시한다. 고소·고발은 모든 범죄에 대하여 수사기관에 할 수 있음은 주지의 사실이며, 따라서 이러한 모든 범죄에 대한 대응방안을 고려할 수 있으나, 주로 고소·고발이 많이 이루어지는 범죄가 재산범죄이며, 재산범죄 중에서도 사기·횡령·배임죄가 가장 높은 비중을 차지하므로 이들 범죄에 대한 연구로 범위를 한정한다.

특히 이 연구에서 사기·횡령·배임죄에 대한 판례를 분석하는 것은 이들 범죄에 대한 고소·고발의 타당성 및 유용성에 대한 판단근거를 제공하는 것으로서, 고소·고발을 접수하는 경찰공무원이 고소인과 고발인에게 제시할 수 있는 설득력 있는 자료를 제공하고자 함에 있다. 국민의 국가기관

특히 경찰에 대한 긍정적 의식을 고양시킬 수 있다면 경찰의 장기적 발전을 위한 연구로서 가치 있는 성과라고 할 것이다. 본 연구는 위 연구의 목적을 위하여 다음과 같은 내용으로 작성한다.

제1장 서론에 이어, 제2장은 **고소·고발의 형사법적 성격과 문제점**으로 제1절 의의와 제2절 고소·고발의 형사법적 성격, 제3절 경찰에서의 고소·고발의 문제점을 다룬다. 이 장에서는 고소·고발과 관련된 형사법적 규정을 고찰하고, 현재 제기되는 경찰에 접수되는 고소·고발의 문제점을 살펴본다.

제3장 **사기·횡령·배임죄에 대한 판례분석**은 제1절 사기죄에 대한 판례분석, 제2절 횡령죄에 대한 판례분석, 제3절 배임죄에 대한 판례분석으로 구성한다. 사기·횡령·배임죄에 대한 구체적인 설명과 함께 관련판례를 살펴봄으로써 개별적인 사건과 이에 대한 사법부의 판단을 고찰한다.

제4장은 **경찰에서의 고소·고발의 감축방안**에 대한 고찰로서, 제1절 고소·고발의 감축을 위한 제도적 대책과 제2절 고소·고발의 대체방안을 살펴본다.

제5장은 **결론**으로 경찰단계에서 접수되는 고소·고발이 효율적으로 처리되기 위한 방안으로서 기소의견 송치율은 21.2% 머물고 있는 사기·횡령·배임죄에 대한 판례의 분석을 통하여 고소인과 고발인이 경찰의 고소·고발사건의 처리에 대한 불만감을 갖지 않도록 합리적인 근거를 제시하는 상담과 법률적 차원의 대책이 지속적으로 필요함을 견해로서 제시한다.

본 연구는 국내 문헌과 국내 판례의 분석을 중심으로 하는 문헌조사방법을 사용하였으며, 설문조사 등의 방법을 채택하지 않았다.

## 제2장 고소·고발의 형사법적 성격과 문제점

### 제1절 의의

국가기관은 형사소추권(刑事訴追權)을 독점적으로 갖고 있기 때문에 (기소독점주의) 그 적정한 행사를 통하여 국민을 범죄로부터 보호하여야 할 의무가 있다. 따라서 범죄에 의한 피해자는 국가기관에 대하여 이러한 의무의 이행을 촉구할 수 있다. 우리 헌법 제27조 제5항은“형사피해자는 법률이 정하는 바에 의하여 당해 사건의 재판절차에서 진술할 수 있다”고 하여 범죄피해자의 재판절차진술권을 명문화<sup>1)</sup>하고 있는데 이 규정은 범죄에 의한 형사피해자가 국가기관의 활동에 참여할 수 있는 근거를 제공함으로써 간접적으로 국가기관(행정부 및 사법부)에 대한 권리를 주장할 수 있음을 규정한 것이라고 할 수 있다.

과거 범죄사실을 수사하여 범인을 처벌하는 국가형벌권(國家刑罰權)을 행하는 국가(기관)만의 고유권한으로 이해되었고, 사인(私人)은 어떠한 방법으로도 이에 관여할 수 없었다. 따라서 형사절차에서 범죄의 피해자는 당연히 배제되었고, 국가기관의 형사절차상의 활동에 관한 한 제3자의 입장이었다. 그러나 현대에 와서는 국가기관의 활동이 국가구성원이면서 주권의 주체인 국민의 범죄에 대한 피해를 완전히 보호하거나 피해를 회복시킬 수는 없음을 직시하고 이러한 현상이나 상황에 대한 보완책으로 예외적 제도<sup>2)</sup>를 운영하고 있다. 이러한 제도 중의 하나가 고소·고

1) 신동운, 「형사소송법」, 법문사, 2007, 76-77면.

2) 우리나라가 취하고 있는 국가소추주의에 의하면 범죄소추권은 오직 국가만이 독점하기 때문에

발에 관한 형사법의 규정이다. 따라서 고소·고발은 형사법적으로 일정한 형사절차상의 효력을 가짐으로써 국민의 국가기관에 대한 일정한 요구를 관철시키는 수단이 되고 있다. 고소·고발은 수사의 단서 외에도 일정한 효력을 가지며, 이에 대한 고찰이 고소·고발에 관한 형사법적 성격을 탐구하는 의의라고 할 것이다.

우선 고소·고발의 형사법적 성격은 「형사소송법」상 수사(搜查)의 단서(端緒)<sup>3)</sup>로서의 성격을 갖는다는 점에서 찾을 수 있다. 그리고 예외적으로 친고죄(親告罪)와 반의사불벌죄(反意思不罰罪)에서의 고소·고발은 소송조건(訴訟條件)의 성격을 갖는다.

형사절차에서 고소인 또는 고발인의 지위는 소송관여자(訴訟關與者)<sup>4)</sup>의 지위에 머물 뿐 소송의 주체(법원·검사·피고인)로서의 지위는 인정되지 않는다. 그러나 소송조건(Prozeßvoraussetzung)으로서의 고소·고발은 국가기관의 범죄에의 관여와 법의 적용 및 법의 집행을 전적으로 좌우한

---

개인의 의사에 의해 국가의 소추권 행사가 좌우되어서는 안 된다. 그러나 이에 대한 예외로서 인정되고 있는 것이 바로 친고죄와 반의사불벌죄이다(김순태·이경재, 「형사소송법」, 한국방송통신대학교출판부, 2005, 115면).

- 3) 수사의 단서는 ① 수사기관 자신의 체험에 의한 경우와 ② 타인의 체험의 청취에 의한 경우로 나눌 수 있다. 전자의 예로는 현행범인의 체포, 변사자의 검시, 불심검문, 다른 사건 수사 중 범죄발견, 기사, 풍설(風說), 세평(世評) 등이 있고, 후자의 예로는 **고소**, **고발**, 자수, 진정, 범죄신고 등이 있다. 고소, 고발, 자수가 있는 때에는 즉시 수사가 개시되고 피고소인 등은 피의자의 지위를 가지게 된다(이재상, 「형사소송법」, 박영사, 1999, 179면).
- 4) 소송관여자로는 증인·감정인·**고소인·고발인**이 있으며, 이들은 소송의 주체가 아닐 뿐만 아니라 소송에 대한 적극적인 형성력이 없기 때문에 소송관계인(Verfahrensbeteiligten)도 될 수 없다. 소송관계인은 소송당사자(검사와 피고인)와 보조자(補助者, Beistand)를 말하는데 보조자는 피고인의 보조자와 검사의 보조자가 있다. 피고인의 보조자로는 변호인과 보조인(補助人), 대리인(代理人)이 있으며, 검사의 보조자로는 사법경찰관리가 있다(이재상, 상계서, 59면); 변호인을 비롯한 피고인의 보조자를 소송관계자라 하고 그 밖의 증인, 감정인, 고소인 또는 고발인 등을 소송관여자라고 부르는 견해가 있다. 이 견해는 소송관계자가 소송에 대하여 적극적 형성력을 가지고 있음에 반하여 소송관여자는 그와 같은 형성력이 없다는 점을 구별의 이유로 든다. 그러나 예컨대 범죄의 피해자인 고소인은 제1심 판결선고 전까지 고소를 취소하여 형사절차를 종결시킬 수 있을 뿐만 아니라(형사소송법 제232조 제1항) 적극적으로 재판절차에서 진술권을 행사할 수 있으므로 양자의 구별은 적절하지 않다고 본다. 따라서 소송주체 이외의 자로서 형사절차에 관여하는 자는 모두 소송관계인으로 표현하는 것이 적절하다고 생각된다(신동운, 전계서, 438면).

다. 왜냐하면 소송조건으로서의 친고죄와 반의사불벌죄는 원칙적으로 고소·고발을 전제로 기소할 수 있으며, 형사절차의 진행이 고소권자의 의사에 전적으로 결정되기 때문이다(「형사소송법」 제232조).<sup>5)</sup>

## 제2절 고소·고발의 형사법적 성격

### 1. 고소의 형사법적 성격

#### 가. 고소의 의의

##### 1) 고소의 개념

고소(告訴, Strafantrag, complaint)란 “범죄의 피해자, 기타 일정한 고소권자가 수사기관에 대하여 범죄사실을 신고하여 범인의 소추를 구하는 의사표시(意思表示)”<sup>6)</sup>라고 하며, 이러한 고소행위를 ‘법률행위적 소송행위’라고 한다. 고소는 수사기관에 대하여 행하는 것이므로 수사기관이 아닌 법원에 대한 진정서의 제출은 고소가 아니다. 법원이나 수사기관이 아닌 기타 행정기관에 진정서를 제출하여 범인의 처벌을 구하는 의

5) 김순태·이경재, 전계서, 115면.

제232조 (고소의 취소)

① 고소는 제1심 판결선고전까지 취소할 수 있다.

② 고소를 취소한 자는 다시 고소하지 못한다

③ 피해자의 명시한 의사에 반하여 죄를 논할 수 없는 사건에 있어서 처벌을 희망하는 의사표시의 철회에 관하여도 전2항의 규정을 준용한다.

6) 정영석, 「형사소송법」, 법문사, 1985, 240면; 김기두, 「형사소송법」, 박영사, 1985, 199면; 정영석·이형국, 「형사소송법」, 법문사, 1996, 152면; 차용석, 「형사소송법」, 세영사, 1997, 243면; 김순태·이경재, 상계서, 114면; 이재상, 전계서, 187면; 신동운, 전계서, 76면; 진계호, 「형사소송법」, 형설출판사, 2000, 211면.

사표시는 고소의 효력이 발생하지 않는다.<sup>7)</sup>

고소는 수사를 개시하는 데 있어서 단서(端緒)가 된다. 하지만 친고죄(親告罪)에 있어서의 고소는 소송조건(訴訟條件)이다. 따라서 친고죄에 대하여 고소가 없는 경우 공소제기는 효력이 없고, 고소가 있는 공소제기도 고소가 취소된 경우에는 공소를 기각하여야 하므로 고소는 친고죄에서 특별한 의미를 갖게 된다.<sup>8)</sup>

고소는 범죄사실을 수사기관에 신고하는 것이다. 따라서 범인이 누구인가 적시할 필요가 없다.<sup>9)</sup>

고소는 소추를 구하는 의사표시이다. 따라서 단순한 피해계(被害届)나 피해시말서(被害始末書)와 구별되며, 단순한 범죄사실에 대한 신고나 진정·탄원·투서와도 구별된다.<sup>10)</sup> 하지만 고소라는 명칭을 사용하지는 않았더라도 그 내용에 소추를 구하는 의사표시가 포함되어 있다면 고소로 보아야 한다.<sup>11)</sup>

고소를 하기 위해서는 고소능력(소송능력)이 있어야 한다. 고소능력(告訴能力)이란 고소의 의미를 이해할 수 있는 사실상의 의사능력으로 의사표시적 소송행위를 의미하며 민법상의 행위능력과 구별된다. 대법원은 만 13세 여중생의 강간죄 고소능력을 인정하고 있다.<sup>12)</sup>

## 2) 고소권자

7) 김순태·이경재, 상계서, 115면: 범죄의 개념요소로 수사기관에 대한 신고, 범죄사실의 신고, 범인처벌을 구하는 의사표시가 있다(진계호, 상계서, 211면).

8) 차용석, 전계서, 243면; 진계호, 상계서, 211면.

9) 고소는 범죄사실을 특정하여야 한다. 그러나 그 특정의 정도는 고소인의 의사가 구체적으로 어떤 범죄사실을 지정하여 범인의 처벌을 구하고 있는가를 확정할 수 있으면 되는 것이지 고소인 자신이 직접 범행의 일시·장소와 방법 등까지 구체적으로 상세히 지적하여 범죄사실을 특정할 필요까지는 없다(차용석, 상계서, 243면); 김순태·이경재, 전계서, 115면.

10) 진정·탄원·투서 등은 처벌희망의 의사표시가 명시되어 있지 않다는 이유로 실무상 내사사건으로 취급되고 있다(신동운, 전계서, 76면).

11) 김순태·이경재, 전계서, 115면; 진계호, 전계서, 211면.

12) 김순태·이경재, 상계서, 115면; 진계호, 상계서, 211면.

고소의 주체는 피해자 등 일정한 고소권자에 국한된다. 따라서 피해자가 아닌 사람도 할 수 있는 고발과 구별된다.<sup>13)</sup> 「형사소송법」상 고소권자에는 범죄의 피해자, 피해자의 법정대리인, 피해자의 배우자·친족 그리고 지정고소권자 등이 있다.<sup>14)</sup>

### 가) 범죄의 피해자

「형사소송법」 제223조는 “범죄로 인한 피해자는 고소할 수 있다”고 규정하고 있다. 여기에서 ‘범죄의 피해자(被害者)’란 원칙적으로 법익의 직접적 귀속주체이어야 하므로,<sup>15)</sup> 간접적으로 법익이 침해되는 때에는 고소권이 발생하지 않는다. 피해자가 직접적 피해자라면 보호법익의 주체인, 공격의 객체인 불문한다.<sup>16)</sup>

고소는 개인적 법익을 침해하는 범죄의 경우에 범죄행위의 객체가 된 자에게 피해자로서 고소권이 발생한다.<sup>17)</sup> 예컨대 공무집행방해죄에서 폭행을 당한 공무원도 피해자가 되므로 고소권이 있다.<sup>18)</sup>

피해자는 자연인은 물론 법인이나 법인격 없는 단체도 포함된다.<sup>19)</sup> 피해자가 법인이나 법인에 준하는 단체인 경우에는 그 대표자가 고소할 수 있다.<sup>20)</sup>

고소권은 일신전속적 권리로서 상속이나 양도가 허용되지 않는다. 그

13) 김순태·이경재, 상계서, 114-115면.

14) 진계호, 전계서, 211-212면.

15) 신동운, 전계서, 79면; 진계호, 상계서, 212면.

16) 예컨대 갑이 보관 중인 을의 물건을 병이 절취하였을 경우에는 갑, 을은 다 같이 피해자이다(정영석, 전계서, 240-241면); 아내가 강간을 당할 경우 그 남편은 고소권이 없다(김순태·이경재, 전계서, 116면).

17) 진계호, 전계서, 212면.

18) 김순태·이경재, 전계서, 116면; 사회적 법익이나 국가적 법익을 침해하는 범죄의 경우라 하더라도 범죄의 수단이나 행위의 상대방이 된 사람은 피해자로서 고소권을 갖는다(신동운, 전계서, 79면); 진계호, 상계서, 212면.

19) 김순태·이경재, 상계서, 116면; 신동운, 상계서, 79면; 진계호, 상계서, 212면.

20) 정영석, 전계서, 241면.

러나 특허권이나 저작권 등은 범죄로 인하여 발생한 침해가 계속적인 경우 이전에 따라 그 이전 전의 침해에 대해서도 고소권이 이전된다고 본다.<sup>21)</sup>

「형사소송법」 제224조는 “자기 또는 배우자의 직계존속을 고소하지 못 다”고 규정하고 있다. 그러나 「성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률」(일부개정 2008.6.13 법률 제9110호, 이하 ‘성폭력특별법’이라 함)과 「가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」(일부개정 2007.8.3 법률 제8580호, 이하 ‘가정폭력특별법’이라 함)은 예외를 인정하고 있다.

### (1) 성폭력특별법상의 예외

「성폭력특별법」 제18조는 “성폭력범죄에 대하여는 「형사소송법」 제224조(고소의 제한)의 규정에 불구하고 자기 또는 배우자의 직계존속을 고소할 수 있다”고 하여 「형사소송법」상의 고소의 제한에 대한 예외를 인정하고 있다.

### (2) 가정폭력특별법상의 예외

「가정폭력특별법」 제6조 제2항은 “피해자는 「형사소송법」 제224조의 규정에 불구하고 행위자가 자기 또는 배우자의 직계존속인 경우에도 고소할 수 있다. 법정대리인이 고소하는 경우에도 또한 같다.”고 하여 예외를 인정하고 있다.

### 나) 피해자의 법정대리인

「형사소송법」 제225조 제1항에 의하면 “피해자의 법정대리인은 독립하여 고소할 수 있다”고 하여 피해자의 법정대리인<sup>22)</sup>의 고소권<sup>23)</sup>을

21) 정영석, 상계서, 241면; 김순태·이경재, 전계서, 116면; 진계호, 전계서, 212면.

22) 법정대리인으로는 미성년자의 친권자·후견인, 금치산자의 후견인, 또는 법인의 대표자 등 법률상 대리권을 갖는 자를 말한다(정영석, 상계서, 241면).

인정하고 있다. 법정대리인은 ‘독립하여’ 고소권을 가지므로 피해자 본인의 명시 또는 묵시의 의사표시에 제한되지 않으며, 심지어 피해자 본인의 의사에 반하여서도 고소할 수 있다.<sup>24)</sup> 법정대리인의 지위는 고소 당시 존재함을 요하며 그것으로서 충분하다. 따라서 범죄 당시는 법정대리인의 지위에 있지 않았으나 그 후에 법정대리인의 지위를 취득했거나, 고소 당시에 법정대리인의 지위에 있었다면 고소 이후 법정대리인의 자격을 상실하더라도 고소의 효력에 영향이 없다.<sup>25)</sup>

「형사소송법」 제226조는 “피해자의 법정대리인이 피의자이거나, 법정대리인의 친족이 피의자인 때에는 피해자의 친족은 독립하여 고소할 수 있다”고 하여 예외적인 규정을 두고 있다.

호적상 입적되지 않은 피해자(13세)의 생모가 친권자로서 피고인을 고

23) 법정대리인이 갖는 고소권의 성격에 관하여 독립대리권설과 고유권설의 대립이 있다.

① 독립대리권설

독립대리권설은 법정대리인의 고소권은 독립대리권에 지나지 않으므로 대리수권자가 필요하고, 본인의 권리가 상실되면 독립대리권도 소멸된다는 내용으로, ‘고소권은 원래 피해자 본인의 일신전속적 권리라는 점’, ‘본인이 고소권을 상실한 후에도 법정대리인이 고소할 수 있다고 한다면 친고죄에 관한 법률관계가 불안정한 상태로 장기간 된다는 점’, ‘본인이 고소권을 상실한 경우에는 법정대리인도 고소권을 상실하고, 법정대리인의 고소를 피해자 본인이 취소할 수 있다는 점’을 근거로 한다.

② 고유권설

고유권설은 관례의 입장으로서 ‘법정대리인에게 인정되는 고소권을 무능력자의 보호에 철저히 하기 위하여 무능력자보다 우월한 능력을 가진 법정대리인에게 인정한 고유한 권리’, ‘피해자 본인의 고소권이 소멸되었는지 여부와 관계 없이 법정대리인은 고소할 수 있고 피해자 본인은 법정대리인이 한 고소를 취소할 수 없다’고 한다.

이러한 양설의 대립에 대하여 독립대리권설의 입장에서 “미성년자라도 고소능력이 있다는 점을 고려할 때 미성년자의 의사도 고려해야 하고, 실제로 법정대리인의 잘못된 이욕 등에 의해 오히려 피해자에게 악영향을 미칠 수 있다는 점을 생각할 때 독립대리권설이 타당하다”(김순태·이경재, 전게서, 117면)는 주장과 고유권설의 입장에서 “불기소처분이나 공소기각의 판결과 같이 중요한 소송법적 효과를 발생시키는 고소권의 행사를 무능력자의 판단에만 맡길 수 없기 때문에 피해자 본인의 고소권 소멸에 관계없이 법정대리인은 고소권을 행사할 수 있으며, 그의 고소기간은 법정대리인 자신이 범인을 알게 된 날로부터 진행한다. 따라서 피해자 본인은 법정대리인의 고소를 취소할 수 없다”는 주장(신동운, 전게서, 80면)이 있다. 대법원은 고유권설(대법원 1999. 12. 24 99도3784)을 취하고 있다.

24) 정영석, 전게서, 241면.

25) 김순태·이경재, 전게서, 117면; 신동운, 전게서, 79면.

소한 경우 대법원은 “모자관계는 호적에 입적되어 있는 여부와 관계없이 자(子)의 출생으로 법률상 당연히 생기는 것이므로 이 사건에서 생모는 친권자로서 독립하여 고소할 수 있다”고 판시하였다.

#### 다) 피해자의 배우자·친족

「형사소송법」 제225조 제2항에 의하면 “피해자가 사망한 때에는 그 배우자, 직계친족 또는 형제자매는 고소할 수 있다. 단, 피해자의 명시한 의사에 반하지 못 한다”고 하여 사망한 피해의 의사에 따라 고소를 허용하고 있다. 예컨대, 간통죄에 있어서 피해자가 사망한 경우에 그 피해자의 형제자매에 의한 고소가 있다.<sup>26)</sup>

「형사소송법」 제227조는 “사자(死者)의 명예를 훼손한 범죄에 대하여는 그 친족 또는 자손은 고소할 수 있다”고 규정하여, 사자의 명예훼손죄에 대한 고소권자를 지정하고 있다.

#### 라) 지정고소권자

「형사소송법」 제228조에 의하면 “친고죄에 대하여 고소할 자가 없는 경우에 이해관계인의 신청인이 있으면 검사는 10일 이내에 고소할 수 있는 자를 지정하여야 한다”고 하고, 「가정폭력특별법」 제6조 제3항에 의하면 “피해자에게 고소할 법정대리인이나 친족이 없는 경우에 이해관계인의 신청이 있으면 검사는 10일 이내에 고소할 수 있는 자를 지정하여야 한다”고 하여 검사에게 고소를 할 수 있는 고소권자의 지정을 규정하고 있다. ‘이해관계인’이란 법률상 또는 사실상 이해관계를 가진 자이며, 고소할 자가 없게 된 사유는 법률적이건 사실적이건 상관없다.<sup>27)</sup>

26) 김순태·이경재, 상계서, 118면.

27) 24세의 여자인 피해자가 심신상실상태에서 준강간을 당한 경우 피해자가 의사무능력상태이므로 피해자의 남편이 고소한 사안에 대하여 대법원은 “이해관계인의 신청에 따라 검사가 지정한 자가 고소해야 한다”고 판단하였다(김순태·이경재, 상계서, 118면).

### 3) 고소의 방식

#### 가) 고소의 의사표시

「형사소송법」 제237조 제1항에 의하면 “고소 또는 고발은 서면 또는 구술로써 검사 또는 사법경찰관에게 하여야 한다”고 규정하고 있고, 제2항에 의하면 “검사 또는 사법경찰관이 구술에 의한 고소 또는 고발을 받은 때에는 조서를 작성하여야 한다”고 규정하여, 전보나 팩스 또는 전화를 통한 고소는 별도의 조서가 작성되어야 효력이 있다. 따라서 수사기관 작성의 피해자진술조서에 기재된 피해자에 의한 범인처벌의 의사표시는 고소로서의 효력이 있다.<sup>28)</sup>

「형사소송법」 제238조는 “사법경찰관이 고소 ...을 받은 때에는 신속히 조사하여 관계서류와 증거물을 검사에게 송부하여야 한다”고 하여 고소를 받은 사법경찰관의 조치를 규정하고 있다. 고소취소의 의사표시도 「형사소송법」 제239조에서 규정하듯이 고소의 의사표시방식과 동일하다.

#### 나) 고소의 대리

「형사소송법」 제236조는 “고소 또는 그 취소는 대리인으로 하여금 하게 할 수 있다”고 하여 대리를 인정하고 있다. 고소의 대리에 대하여는 표시대리성과 의사대리설이 대립한다.<sup>29)</sup>

대법원은 강간당한 23세의 피해자가 고소하여 강간사건이 제1심법원에 계속 중 위 강간사건에 대하여 의사표시 없이 사망하자 피해자의 아

28) 왜냐하면 고소조서는 반드시 독립된 조서를 작성해야 하는 것은 아니기 때문이다(김순태·이경재, 상계서, 118면).

29) 표시대리설은 고소권자의 처벌희망의사를 대신 전달하는 표시대리에 한한다고 보는 반면, 의사대리설은 처벌을 희망하는가 여부에 대한 결정 자체를 대리한다고 한다. 고소의 대리를 인정하는 것은 고소절차를 용이하게 지나지 않으므로 표시대리설이 타당하다(김순태·이경재, 상계서, 119면).

버지가 딸을 대신하여 고소를 취소한 경우 ‘고소의 취소가 적법, 유효한가’에 대하여 “고소인으로부터 고소취소에 대한 수권이 없으므로 아버지가 한 고소취소는 적법하지 않다”고 하였다.

#### 다) 조건부 고소

조건부 고소는 형사절차의 확실성을 해치는 것이며, 국가형벌권의 행사를 지나치게 개인의 의사에 따라 좌우되기 때문에 허용하여서는 안 된다.<sup>30)</sup>

### 4) 고소의 제한

간통죄에 관하여 「형사소송법」 제229조 제1항은 ‘배우자의 고소’에 대하여 “「형법」 제241조의 경우에는 혼인이 해소되거나 이혼소송을 제기한 후가 아니면 고소할 수 없다”고 하고 제2항은 “전항의 경우에 다시 혼인을 하거나 이혼소송을 취하한 때에는 고소는 취소된 것으로 간주한다”고 규정하고 있다. 따라서 이혼소송의 제기 없이 고소를 한 다음 혼인이 해소되거나 이혼소송이 제기된 경우<sup>31)</sup> 그 고소는 그 때부터 효력이 있다. 간통죄의 고소는 혼인관계의 부존재 또는 이혼소송의 계속(係屬)을 그 유효조건으로 하고 있다. 이러한 조건은 간통죄의 공소제기 시부터 재판이 종결될 때까지 계속적으로 구비되어야 한다. 만일 이 조

30) 김순태, 이경제, 상계서, 119면.

31) 혼인의 해소 또는 이혼소송의 제기는 각각 협의이혼과 재판상 이혼을 가리킨다. 협의이혼이란 호적법에 기한 협의상 이혼의 확인만으로는 부족하고 이 확인에 의한 협의이혼신고를 하여 혼인이 해소된 경우에 비로소 유효한 고소를 할 수 있다. 이혼소송은 고소인이 제기한 재판상 이혼을 의미한다(대법원 1986.6.24. 86도482). 피고소인이 제기한 이혼소송은 고소의 유효조건을 충족시키지 못한다(대법원 1982.12.14 82도2074). 재판상 이혼은 가정법원에 이혼소송을 제기함으로써 절차가 개시된다. 재판상 이혼의 사전절차인 가사조정 신청은 이혼소송을 제기한 경우에 해당하지 않으며 따라서 이 단계에서는 아직 간통죄의 유효한 고소를 할 수 없다(대법원 1966.9.6. 66도790). 그러나 조정이 성립되지 아니하거나 조정결정에 대하여 이의신청이 있는 때에는 조정신청을 한 때에 소의 제기가 있는 것으로 간주된다(신동운, 전계서, 82면).

건을 구비하지 아니한 채 고소를 하였다면 위법한 고소가 되어 소송장애 사유에 해당하게 된다.<sup>32)</sup>

고소는 이혼소송의 계속을 유효조건으로 하므로 이혼소송에서 소장각하(대법원 1994.6.10. 94도774), 소송취하(대법원 1985.9.24. 85도1744), 취하간주, 청구각하(대법원 1981.12.8. 81도2391), 청구기각(대법원 1985.12.10. 85도2139) 등이 있게 되면 고소는 처음부터 유효한 고소가 되지 못한다. 이러한 사정이 간통죄의 제1심 판결선고 후(대법원 1975.6.24. 75도1449) 또는 제2심 판결선고 후(1981.10.13. 81도1975)에 발생하더라도 마찬가지이다.<sup>33)</sup>

대법원은 “고소 당시 이혼소송을 제기하였다 하더라도 그 소송절차에서 소장이 각하된 경우에는 최초부터 이혼소송을 제기하지 아니한 것과 같다고 보아야 한다. … 위 고소인의 이 사건 간통고소는 그 유효조건을 갖추지 못한 것임이 분명하므로, 이러한 고소에 기한 이 사건 공소제기는 그 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때에 해당하여 고소의 효력이 없다”고 하였다.<sup>34)</sup>

## 5) 고소기간

### 가) 일반범죄의 고소기간

일반범죄의 고소기간은 제한이 없다. 왜냐하면 비친고죄인 경우에 고소의 성격은 수사의 단서로서만 의미를 갖기 때문이다.

### 나) 친고죄의 고소기간

32) 이것은 가정의 존속과 가정내 평화의 유지를 위하여 정책적으로 설정된 제한이라고 생각된다 (신동운, 상계서, 82면).

33) 신동운, 상계서, 82-83면.

34) 김순태·이경재, 전계서, 120면.

「형사소송법」 제230조 제1항은 “친고죄에 대하여는 범인을 알게 된 날로부터 6월을 경과하면 고소하지 못한다. 단, 고소할 수 없는 불가항력의 사유가 있는 때에는 그 사유가 없어진 날로부터 기산 한다”고 규정하고 제2항은 “「형법」 제291조의 죄로 약취, 유인된 자가 혼인을 한 경우의 고소는 혼인의 무효 또는 취소의 재판이 확정된 날로부터 전항의 기간이 진행 된다”고 규정하고 있다.

「성폭력특별법」 제19조 제1항은 고소기간에 대하여 “성폭력범죄 중 친고죄에 대하여는 「형사소송법」 제230조(고소기간)제1항의 규정에 불구하고 범인을 알게 된 날부터 1년을 경과하면 고소하지 못한다. 다만, 고소할 수 없는 불가항력의 사유가 있는 때에는 그 사유가 없어진 날부터 기산 한다”고 규정하고, 제2항은 “「형사소송법」 제230조(고소기간)제2항의 규정은 제1항의 경우에 이를 준용 한다”고 규정하고 있다.

친고죄에서 고소할 수 있는 기간을 제한 한 것은 친고죄의 고소가 소송조건이고, 고소권자에 의해 소추권의 행사가 무기한으로 불확정한 상태에 머무는 것을 방지하기 위한 것이다.<sup>35)</sup>

위 「형사소송법」 및 「성폭력특별법」의 규정에서 보듯이 고소기간의 시기(始期)는 범인을 알게 된 날부터이다. 여기에서 범인이란 정범은 물론 교사범, 방조범을 포함하며, 범인이 수인인 경우에는 그 중 1인을 아는 것으로 충분하다.<sup>36)</sup>

일정한 경우에는 고소기간의 제한이 인정된다. 고소할 수 없는 불가항력의 사유<sup>37)</sup>가 있는 때에는 그 사유가 소멸된 날로부터 고소기간이 진

35) 김순태·이경재, 상계서, 120면.

36) 범인을 알게 된 것으로부터 고소기간이 시작되므로 범죄사실을 단순히 아는 것만으로 부족하다. 대법원은 혼인방자간음죄의 경우 피해자와 혼인할 의사가 없음을 알게 된 날로부터 고소기간이 진행된다고 하고 있다(대법원 1982. 2. 9 81도1982; 김순태·이경재, 상계서, 120면).

37) 불가항력적 사유란 주관적인 것이어서는 안 된다. 예컨대, 고소능력이 없는 고소권자의 고소권이 회복된 경우에는 불가항력으로 인정될 수 있지만, 단순히 해고될 것이 두려워 고소하지 않고 고소기간이 지난 경우에는 불가항력적 사유라고 할 수 없다(김순태·이경재, 상계서, 121

행되며, 결혼을 위한 약취유인죄의 피해자가 혼인을 하면 혼인의 무효 또는 취소의 재판이 확정된 날로부터 고소기간이 진행된다. 범인을 안 이후에 범위가 종료된 때에는 범위가 종료된 시점부터 고소기간이 진행된다.<sup>38)</sup>

#### 다) 고소권자가 수인인 경우

「형사소송법」 제231조는 ‘수인(數人)의 고소권자’에 대하여 “고소할 수 있는 자가 수인인 경우에는 1인의 기간의 해태는 타인의 고소에 영향이 없다”고 하여 고소권은 고소권자 각자에 대하여 개별적으로 진행된다므로, 수인 중 1인의 고소기간이 지난 경우라도 타인의 고소에는 영향이 없다고 하고 있다.

고소기간이 경과하면 고소권이 소멸되므로 고소할 수 없게 된다. 고소기간이 지났음에도 불구하고 공소가 제기된 사건에 대하여 공소기각의 판결<sup>39)</sup>로서 형사절차는 종료한다(「형사소송법」 제327조 제2호<sup>40)</sup>).

### 나. 친고죄와 반의사불벌죄의 고소

국가기관에 의한 범인의 처벌은 국가형벌권의 행사라는 고유권한으로서의 의미를 갖는데, 예외적으로 범인의 처벌을 사인의 판단에 의미를 부여하기도 한다. 국가가 형사소추권의 행사에 있어서 사인의 의사표시를 존중하는 방안으로서 친고죄와 반의사불벌죄가 있다.<sup>41)</sup>

면).

38) 김순태·이경재, 상계서, 121면.

39) 공소기각의 재판은 피고재판에 대하여 관할권 이외의 형식적 소송조건이 결여된 경우 절차상의 하자를 이유로 공소를 부적법하다고 인정하여 사건의 실체에 대한 심리를 하지 않고 소송을 종결시키는 형식재판이다(김순태·이경재, 상계서, 121면).

40) 제327조 (공소기각의 판결)

다음 경우에는 판결로써 공소기각의 선고를 하여야 한다.

2. 공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때

41) 신동운, 전계서, 77면.

## 1) 친고죄의 고소

친고죄(親告罪, Antragsverbrechen)란 '고소·고발 또는 청구를 소송조건(訴訟條件)<sup>42)</sup>으로 하는 범죄를 말하며, 피해자 등 일정한 고소권자의 고소가 있어야 비로소 소추 내지 실체재판이 가능할 범죄'이다. 고소를 조건으로 해서 소추가 가능하다는 의미에서 '정지조건부 범죄'라고도 한다.<sup>43)</sup>

친고죄에서의 고소나 고발은 그 존재가 필요한 적극적 조건이다.<sup>44)</sup>

친고죄를 인정하는 근거로는 첫째, 강간죄·강제추행죄 등과 같이 범죄를 소추해서 범죄(피해)사실을 일반인에게 알리는 것이 도리어 피해자에게 이중의 불이익을 줄 염려가 있거나 피해자의 명예를 보호하기 위하여, 둘째, 모욕죄·친족상도(親族相盜) 등과 같이 그 피해가 비교적 경미하여 국가기관이 피해자의 의사를 무시하고 소추할 필요가 없다는 점에 있다.<sup>45)</sup>

친고죄는 상대적 친고죄(相對的 親告罪)와 절대적 친고죄(絶對的 親告

42) 범죄의 성립요건을 구비한 행위에 대해서 「형사소송법」상 소추를 하기 위하여 필요한 요건을 소추요건(Verfolgungsbedingung) 또는 소송조건(Prozessvoraussetzung)이라 한다. 소송법상의 제도 내지 개념이며 공소제기의 유효요건이므로 범죄성립요건 및 가벌요건과 구별된다. 따라서 소추요건이 결여된 경우에도 범죄성립요건과 가벌요건을 구비하고 있는 한 범죄는 가벌적이고 형벌청구권이 발생한다. 그러나 범죄성립요건과 가벌요건을 구비하지 못하면 처음부터 형벌청구권 자체가 발생하지 않는다. 이러한 본질적 차이에서 소송법상으로는 소추요건이 결여되면 공소기각 등 형식적 재판을 하여야 하지만 범죄성립요건·가벌요건이 결여되면 무죄·형면제 등 실체재판을 하게 된다. 형법이 규정하고 있는 소추요건에는 친고죄와 반의사불범죄가 있다(정성근, 형법총론, 법지사, 1987, 97면).

43) 정성근, 상계서, 97면; 배종대, 「형법총론」, 홍문사, 2001, 116면; 정지조건부 범죄, 해제조건부 범죄라는 용어는 「형사소송법」에서는 적합한 용어이지만 형법상의 용어로는 적절하지 않다. 형법에서 이러한 용어를 사용하는 경우에는 일정한 조건이 있어야(혹은 없어야) 성립하는 범죄라는 실체법적 내용을 담은 것으로 오해될 수 있기 때문이다. 정지조건부 범죄, 해제조건부 범죄라는 것은 정지조건부 소추가능범죄, 해제조건부 소추가능범죄라는 의미이다(오영근, 전계서, 105-106면).

44) 오영근, 상계서, 105면.

45) 오영근, 상계서, 106면; 신동운, 전계서, 77면;

罪)를 구분된다. 양자의 구분의 실익은 상대적 친고죄는 범인을 지정하여 고소하지 않는 한 다른 공범자를 고소하더라도 그 효과는 친족인 공범자에게 미치지 않는 데 반하여, 절대적 친고죄는 고소불가분(告訴不可分)의 원칙이 적용되어 범인을 지정할 필요가 없다는 점에 있다.<sup>46)</sup>

### 가) 상대적 친고죄

친족상도 등과 같이 범인과 피해자 사이의 신분관계로 인하여 인정되는 친고죄를 상대적 친고죄라고 한다. 상대적 친고죄의 고소에서는 범죄의 특성상 범인과 고소권자의 신분관계가 밝혀져야 한다.<sup>47)</sup>

상대적 친고죄에는 절도·사기·공갈·횡령·배임·장물·권리행사방해죄 등 재산범죄의 경우에 인정된다.

### 나) 절대적 친고죄

상대적 친고죄를 제외한 모든 친고죄는 절대적 친고죄이다. 즉 절대적 친고죄는 범죄자의 신분과 무관하게 범죄의 성질 자체로 인하여 친고죄가 되는 경우이다.<sup>48)</sup>

「형법」이 인정하는 절대적 친고죄로는 간통죄(제241조), 추행·간음 목적 약취·유인죄 및 미수범(제288조 제1항, 제296조), 결혼목적 약취·유인죄 및 미수범(제291조, 제296조), 추행·간음목적 수수·은닉죄 및 미수범(제292조 제1항, 제296조), 추행·간음목적 수수·은닉죄 및 미수범(제293조 제2항, 제296조), 강간죄 및 미수범(제297조, 제300조, 제306조), 강제추행죄 및 미수범(제298조, 제300조, 제306조), 준강간·준강제추행죄(제299조, 제300조, 제306조), 미성년자 등 간음추행죄(제302조, 제306조), 업무상 위력 등에 의한 간음죄(제303조, 제306조), 혼인빙자

46) 정성근, 전계서, 98면.

47) 김순태·이경재, 전계서, 115면.

48) 김순태·이경재, 상계서, 115면.

간음죄(제304조, 제306조), 13세미만자에 대한 간음추행죄(제305조, 제306조), 사자명예훼손죄(제308조, 제312조 제1항), 모욕죄(제311조, 제312조 제1항), 비밀침해죄(제316조, 제318조), 업무상 비밀누설죄(제317조, 제318조) 등이 있다.

「성폭력특별법」이 규정한 절대적 친고죄로는 업무상 위력 등에 의한 추행죄(제11조 제1항), 공중밀집장소에서의 추행죄(제13조), 카메라 등 이용촬영죄(제14조) 등이 있다.<sup>49)</sup>

「저작권법」(일부개정 2008.2.29 법률 제8852호)에 의해서도 절대적 친고죄가 인정되고 있다. 권리의 침해죄(제136조), 부정발행 등의 죄(제137조), 출처명시위반의 죄(제138조) 등이 있다.<sup>50)</sup>

## 2) 반의사불벌죄의 고소

반의사불벌죄(反意思不罰罪)란 피해자의 명시한 의사에 반하여 소추(논)할 수 없는 범죄<sup>51)</sup>를 말한다.

「형사소송법」 제327조에 6호<sup>52)</sup>에 의하면 반의사불벌죄는 다른 범죄와 같이 소추가 가능하지만 피해자의 불처벌을 희망하는 의사표시가

49) 제15조 (고소)

제11조제1항·제13조 및 제14조의 죄는 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있다. <개정 1997.8.22, 2006.10.27>

50) 제140조 (고소)

이 장의 죄에 대한 공소는 고소가 있어야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 영리를 위하여 상습적으로 제136조 제1항 및 제136조 제2항 제3호에 해당하는 행위를 한 경우
2. 제136조 제2항 제2호·제5호 및 제6호, 제137조 제1호 내지 제4호 및 제6호와 제138조 제5호의 경우
3. 영리를 목적으로 제136조 제2항 제4호의 행위를 한 경우

51) 오도기, 「형법총론」, 세영사, 1984, 82면;

52) 제327조 (공소기각의 판결) 다음 경우에는 판결로써 공소기각의 선고를 하여야 한다.

6. 피해자의 명시한 의사에 반하여 죄를 논할 수 없는 사건에 대하여 처벌을 희망하지 아니하는 의사표시가 있거나 처벌을 희망하는 의사표시가 철회되었을 때

있는 경우나 처벌을 원하는 의사표시가 철회되었을 경우 소추할 수 없다. 이와 같은 반의사불벌죄에 해당하는 범죄를 해제조건부범죄(解除條件附犯罪)라고 한다.<sup>53)</sup> 반의사불벌죄는 피해자에 대하여 신속한 피해배상을 촉진하고 가해자와 피해자 사이의 개인적 차원에서 이루어지는 분쟁해결을 존중하려는 취지에서 우리 입법자에 의하여 특별히 인정된 범죄유형이다. 현재 반의사불벌죄는 그 영역을 넓혀가고 있는데 교통사고처리특례법(제3조 제2항, 제4조 제1항), 부정수표단속법(제2조 제4항) 등은 그 주요한 예이다. 반의사불벌죄의 경우에는 피해자의 고소 이외에 수사기관의 직접적인 인지에 의하여도 수사가 개시될 수 있다는 점에 친고죄와 차이가 있다.<sup>54)</sup>

「형법」에서 인정하고 있는 반의사불벌죄는 외국원수에 대한 폭행·협박죄(제107조 제1항, 제110조), 외국원수에 대한 모욕·명예훼손죄(제107조 제2항, 제110조), 외국사절에 대한 폭행·협박죄(제108조 제1항, 제110조), 외국원수·사절에 대한 모욕·명예훼손죄(제108조 제2항, 제110조), 외국국기·국장 모독죄(제109조, 제110조), 폭행·존속폭행죄(제260조), 과실치상죄(제266조), 협박·존속협박죄(제283조), 명예훼손죄(제307조, 제312조 제2항), 출판물에 의한 명예훼손죄(제309조, 제312조 제2항) 등이 있다.

특별법에서 인정하는 반의사불벌죄를 보면 「교통사고처리특례법」(일부개정 2008.3.21 법률 제8979호)상 업무상과실치상죄 또는 중과실치상죄와 「도로교통법」(일부개정 2008.6.13 법률 제9115호)상 업무상과실손괴죄 또는 중과실손괴죄(제3조 제2항) 그리고 「부정수표단속법」(일부개정 1993.12.10 법률 제4587호)상의 부정수표발행죄(제2조 제4항) 등이 있다.

53) 정성근, 전계서, 98면; 배중대, 배중대, 「형법총론」, 홍문사, 2001, 116면.

54) 신동운, 전계서, 77-78면.

### 3) 친고죄와 반의사불벌죄의 처리

범죄의 성립요건 중 일부가 결여되면 「형사소송법」상 무죄(無罪)의 판결(제325조)이 있게 되며, 범죄의 처벌조건 중 일부가 결여되면 면소(免訴)의 판결(제326조)을 하게 된다. 하지만 소추조건이 결여되면 공소제기나 소송진행의 요건이므로 공소기각(公訴棄却)의 판결을 하게 된다.<sup>55)</sup> 즉 친고죄와 반의사불벌죄에서 고소가 없거나 고소 후 취하한 경우 실체재판을 할 수 없으므로 범죄의 성립 여하를 불분하고 재판의 진행이 불가능하게 된다.

#### 다. 고소의 취소와 포기

##### 1) 고소의 취소

고소의 취소란 일단 유효하게 제기된 범인에 대한 처벌을 희망하는 의사표시인 고소를 철회하는 준법률행위적 소송행위이다.<sup>56)</sup> 고소의 취소는 이미 제한 고소를 철회하는 것이기 때문에 고소의 포기가 아니다. 고소의 취소는 장래에 대하여 효과가 발생한다.<sup>57)</sup> 고소취소의 형태는 친고죄의 경우에 이미 행한 고소를 철회하는 경우, 반의사불벌죄의 경우에 이미 행한 고소를 철회하는 경우 그리고 고소가 없이 수사가 진행된 반의사불벌죄에 있어서 적극적으로 처벌을 희망하지 아니하는 의사표시를 하는 경우로 나눌 수 있다.<sup>58)</sup>

55) 즉 범죄의 성립요건이나 처벌조건의 결여로 무죄나 형의 면제 등은 실체적 재판을 하게 되며, 소추조건이 결여로 공소기각 등은 형식적 재판을 하게 된다(오도기, 전게서, 82-83면).

56) 특별법에 의하여 반의사불벌죄의 범위가 확대되면서 고소취소의 중요성은 더욱 커지고 있다(신동운, 전게서, 89면).

57) 진계호, 전게서, 222면.

58) 고소의 취소는 친고죄의 경우는 물론 반의사불벌죄의 경우에도 불기소처분의 사유 또는 공소기각판결의 사유로 되어 중요한 의미를 갖는다(신동운, 전게서, 89면).

고소의 취소를 인정하는 것은 범인과 피해자 사이에 사적 분쟁을 해결하기 위한 제도로서 범죄피해자에게는 신속하게 피해배상을 받을 수 있게 한다. 친고죄나 반의사불벌죄가 아닌 범죄의 경우에 있어서도 범인과 피해자 사이의 합의를 통하여 하게 되는 고소의 취소는 수사종결처분 및 양형의 판단에 있어서 중요한 참고자료가 된다. 그러나 고소의 취소를 인정한 본 취지에 어긋나게 민사소송의 형사화를 초래하게 되면 형사절차가 피해배상을 받아 내기 위한 압력수단으로 악용될 우려가 있다. 따라서 고소취소제도에 대한 엄격한 해석을 필요로 한다.<sup>59)</sup>

### 가) 고소의 취소권자

고소를 취소할 수 있는 자는 고소를 한 자인 고소인이나 피해자이다. 피해자는 고유의 고소권자이기 때문에 고소의 대리권자가 제기한 고소를 취소할 수 있다. 그러나 고소의 대리권자는 피해자가 제기한 고소를 제기할 수 없다.<sup>60)</sup> 대리권에 기초한 고소권자의 고소는 고유의 고소권자가 이를 취소할 수 있다.<sup>61)</sup>

### 나) 고소의 취소시기

고소는 제1심 판결선고 전까지 취소할 수 있다(「형사소송법」 제232조).<sup>62)</sup> 따라서 제1심 판결선고 후에 한 고소의 취소는 무효이다. 고소취소의 시기를 제한한 것은 국가사법권이 장기간 사인의 의사에 의해서 좌우됨을 방지하기 위한 것이다.<sup>63)</sup>

59) 신동운, 상계서, 89-90면.

60) 피해자가 한 고소를 피해자가 사망한 후에 그 부가 고소를 취소하여도 적법한 고소취소라고 할 수 없다(진계호, 전계서, 222면).

61) 신동운, 전계서, 90면.

62) 제232조 (고소의 취소)

① 고소는 제1심 판결선고전까지 취소할 수 있다.

② 고소를 취소한 자는 다시 고소하지 못한다.

63) 진계호, 전계서, 222-223면; 신동운, 전계서, 89면; 국가형벌권의 행사가 피해자의 의사에 의하여 좌우되는 현상을 장기간 방치하지 않으려는 목적(대법원 1999.4.15. 96도1922).

비친고죄의 경우에도 고소를 취소할 수 있지만 취소기간의 제한은 없다. 왜냐하면 비친고죄의 고소는 (형사절차에 영향을 미치지 않는)수사의 단서에 불과하므로 언제나 취소할 수 있기 때문이다.<sup>64)</sup> 항소심에서 비로소 친고죄로 판명된 경우나 반의사불벌죄로 공소장이 변경된 경우에 고소의 취소는 인정되지 않는다.<sup>65)</sup>

반의사불벌죄에 있어서 처벌희망의사를 철회하는 경우에 고소의 취소와 같이 고소의 취소시기에 대한 제한이 있다(「형사소송법」 제232조 제3항).<sup>66)</sup>

항소심에서 반의사불벌죄로 공소장이 변경된 경우에도 고소의 취소시기에 대한 제한이 있다.<sup>67)</sup>

공범자에 대하여 제1심 판결이 선고되면 다른 공범자에 대하여도 고소를 취소할 수 없을 뿐만 아니라 고소취소가 있다고 하여도 효력이 발생하지 않는다.<sup>68)</sup>

#### 다) 고소의 취소방법

고소의 취소방법은 고소와 동일하다. 즉 구술이나 서면으로 공소제기 전에는 수사기관에 대하여 해야 하며, 공소제기 후에는 법원에 대하여 해야 한다(「형사소송법」 제237조·제238조·제239조).<sup>69)</sup> 고소의 취소는

64) 진계호, 상계서, 223면.

65) 신동운, 전계서, 90면.

66) 제232조 (고소의 취소)

③ 피해자의 명시한 의사에 반하여 죄를 논할 수 없는 사건에 있어서 처벌을 희망하는 의사표시의 철회에 관하여도 전2항의 규정을 준용한다.

67) 진계호, 전계서, 223면.

68) 신동운, 전계서, 91면.

69) 제237조 (고소, 고발의 방식)

① 고소 또는 고발은 서면 또는 구술로써 검사 또는 사법경찰관에게 하여야 한다.

② 검사 또는 사법경찰관이 구술에 의한 고소 또는 고발을 받은 때에는 조서를 작성하여야 한다.

제238조 (고소, 고발과 사법경찰관의 조치)

사법경찰관이 고소 또는 고발을 받은 때에는 신속히 조사하여 관계서류와 증거물을 검사에게 송부하여야 한다.

대리인을 통해서도 할 수 있다(「형사소송법」 제236조).<sup>70)</sup> 고소인과 피해자 사이에 합의서작성만으로는 고소의 취소라고 할 수 없다. 고소의 취소가 강박 또는 중대한 착오에 기인하면 무효이다.<sup>71)</sup>

다만 서류제목이 합의서·진정서라도 그 내용에 고소취소에 대한 취지의 기재가 있으면 고소의 취소라고 해야 한다.

검사의 진술조서 작성시에 고소의 취소에 관한 진술이 있는 때에도 적법한 고소의 취소라고 할 수 있다.

### 라) 고소의 취소에 대한 취소

고소의 취소를 다시 취소할 수 없다.

소송행위로서의 고소의 취소가 일단 유효하게 되면 고소의 취소를 취소할 수 없다. 다만 취소의 의사표시가 도달되기 이전에는 고소의 취소의 취소가 가능하다.<sup>72)</sup>

### 마) 고소의 취소효과

고소의 취소에 의하여 고소권은 소멸한다.<sup>73)</sup> 친고죄에서 고소가 취소되면 소송조건을 결하게 되므로 기소하기 전이라면 검사가 공소권 없음을 이유로 불기소처분하게 되고, 기소 후라면 법원이 공소기각의 판결을 하게 된다(「형사소송법」 제327조 제5호). 고소를 취소한 자는 다시 고소할 수 없다(「형사소송법」 제232조 제2항). 고소의 취소가 있게 되면

제239조 (준용규정)

전2조의 규정은 고소 또는 고발의 취소에 관하여 준용한다.

70) 제236조 (대리고소)

고소 또는 그 취소는 대리인으로 하여금하게 할 수 있다.

다만 고소취소의 대리는 임의대리이므로 고소취소에 관한 수권행위가 있어야 한다(진계호, 전계서, 223면).

71) 진계호, 상계서, 223면.

72) 진계호, 상계서, 223면.

73) 신동운, 전계서, 92면.

고소인은 고소인의 지위를 잃게 되므로 고소인으로서 갖게 될 수 있는 검찰항고권이나 재정신청권 등을 상실한다.

고소의 취소에 있어서도 고소불가분의 원칙이 적용되므로 공범자 1인 또는 수인에 대한 고소의 취소는 다른 공범자에게 효력이 있고(주관적 고소불가분의 원칙), 한 개의 범죄사실의 일부에 대한 고소의 취소는 그 전부에 효력이 미친다(주관적 고소불가분의 원칙).<sup>74)</sup>

### 바) 간통죄에서의 고소의 취소

간통죄로 고소한 후 고소인이 다시 혼인하거나 이혼소송을 취하한 때에는 고소가 취소된 것으로 간주한다. 즉 고소가 소급해서 그 효력을 상실한다는 의미이다.<sup>75)</sup>

## 2) 고소의 포기

### 가) 고소의 포기에 대한 인정여부

고소의 포기란 친고죄의 고소기간 내에 고소권을 행사하지 않겠다는 고소권자의 의사표시적 소송행위를 말한다. 따라서 반의사불벌죄의 경우에는 처음부터 불처벌을 희망하는 의사표시도 동일한 성격을 띤다.<sup>76)</sup> 고소의 포기에 대한 인정에 대하여는 적극설·소극설·절충설이 있다.

#### (1) 적극설

적극설은 고소권의 포기가 유효하다는 견해이다. 인정이유로는 고소의 포기를 인정해도 아무런 피해가 없고, 오히려 포기를 인정하게 되면 친고죄의 수사를 조기에 종결할 수 있는 장점이 있다고 한다. 적극설에 의하면 고소의 포기는 사실상 고소의 포기행위가 있으면 충분하다고 한

74) 진계호, 전계서, 223-224면.

75) 진계호, 상계서, 224면.

76) 신동운, 전계서, 94면; 사기강박에 의한 고소권의 포기는 무효이다(진계호, 상계서, 224면)

다.<sup>77)</sup>

## (2) 소극설

소극설은 고소권의 포기를 부정하는 견해로서 공법상의 권리는 사인의 처분에 맡길 수 없고, 취소와 달리 「형사소송법」상 명문의 규정이 없으며, 국가형사소추권의 행사를 사인의 의사에 의존한다는 것을 바람직하지 않을 뿐만 아니라 고소권의 소멸을 위한 폐단이 야기될 수 있다는 것을 이유로 한다.<sup>78)</sup> 대법원도 소극설의 입장이다.

## (3) 절충설

고소권의 포기를 인정하지만 고소권의 포기는 고소의 취소와 같은 방식으로 이해한다는 입장이다.<sup>79)</sup>

### 나) 고소의 포기방식

적극설에 의하면 원칙적으로 고소의 포기방식은 제한이 없다. 그러나 절충설에 의하면 고소취소의 방식과 동일하게 하여야 하므로 일정한 제한을 받는다.<sup>80)</sup>

### 다) 고소포기의 효과

77) 진계호, 상계서, 224면.

78) 고소권은 「형사소송법」에 의하여 인정되는 공권이므로 사인의 처분에 맡길 수 없고, 「형사소송법」이 고소의 취소에 관하여는 명문의 규정을 두었으나 고소권의 포기에 대하여는 언급한 바 없으며, 국가의 형사소추권 행사가 사인의 의사에 의하여 지나치게 좌우되는 것은 바람직하지 않다는 점에서 고소권의 포기는 인정되지 않는다고 새겨야 할 것이다(신동운, 전계서, 94면).

79) 친고죄의 본질상 피해자와 범인 사이의 사화(私和)의 가능성을 고려할 필요가 있고, 사회에 의하여 고소권을 소멸시키고자 하는 자라 할지라도 일단 고소를 제기한 후에 그 고소를 취소하는 방법에 의해서 소멸시킬 수밖에 없다고 하는 것은 소송경제에도 반한다. 다만 그 방식에 아무런 제한을 두지 않는다면 여러 폐단이 예상되므로 고소권포기의 방식은 고소취소의 방식과 동일하게 할 필요가 있다는 의미에서 절충설이 타당하다고 하겠다(진계호, 전계서, 224-225면).

80) 다만 친고죄의 경우 법원에 대한 고소권의 포기는 있을 수 없다(진계호, 상계서, 225면).

절충설에 의한다면 고소권의 포기에 의하여 고소권자는 고소권이 소멸되고, 고소권을 포기한 후의 고소는 무효이다. 고소권의 포기에 의하여 고소인은 그 지위를 상실하므로 소송비용·검찰항고·재정신청 등의 「형사소송법」상의 규정적용이 부정된다.

## 2. 고발의 형사법적 성격

### 가. 고발의 의의

고발(告發, Anzeige, denunciation)이란 “범인 및 고소권자 이외의 제 3자가 수사기관에 대하여 범죄사실을 신고하여 범인의 소추를 구하는 의사표시”<sup>81)</sup>로서, 일반적으로 고소와 같이 수사개시의 단서에 불과하나 예외적으로 소송조건이 되는 경우가 있다. 예컨대, 관세법에 관한 사건은 세관장의 고발이 없는 한 검사는 공소를 제기할 수 없다.<sup>82)</sup>

고발은 고소권자가 아닌 자에 의한 의사표시라는 점에서 고소와 구별되며<sup>83)</sup>, 범인이 스스로 수사기관에 대하여 자기의 범죄사실을 신고하여 그 수사 및 소추를 구하는 의사표시는 자수(自首)<sup>84)</sup>와도 구별된다.

고발이란 범죄사실을 수사기관에 고하여 그 소추를 촉구하는 것으로서 범인을 지적할 필요가 없고, 또한 고발에서 지정한 범인이 진범이 아니라도 고발은 효력이 있다.

### 나. 고발권자

81) 정영석, 전게서, 246면; 김기두, 전게서, 203면; 정영석·이형국, 전게서, 160면; 신동운, 전게서, 95-96면; 진계호, 상게서, 225면;

82) 정영석, 상게서, 246면; 김기두, 전게서, 203-204면; 정영석·이형국, 전게서, 160면.

83) 신동운, 전게서 96면; 진계호, 전게서, 225면.

84) 정영석·이형국, 전게서, 160-161면; 진계호, 상게서, 226면.

「형사소송법」 제234조 제1항은 “누구든지 범죄가 있다고 사료하는 때에는 고발할 수 있다”고 규정하고 있으므로, 고발권자는 제한이 없다. 그러나 자기 또는 배우자의 직계존속에 대한 고발은 허용하지 않는다(「형사소송법」 제235조).<sup>85)</sup> 고소 및 그 취소는 피해자는 물론 고소권의 독립대리권자가 이를 대리인에 의하여 할 수 있지만, 고발은 대리인으로 하여금 할 수 없다. 명문의 규정은 없지만 고발의 주체는 제한되어 있지 않으므로 대리방식으로 할 실익이 없기 때문이다.<sup>86)</sup> 또한 고발에 있어서는 기간의 제한이 없다. 고발이 소송조건이 되는 경우에도 고발시기를 제한하는 단행법규의 개별규정이 없다. 다만 공소시효가 완성된 후에는 고발의 실익이 없다.<sup>87)</sup> 고발에 있어서는 그 취소시기를 제한하는 규정이 없으나 고발이 소송조건이 되는 일정한 범죄에 있어서는 그 취지상 고소의 경우와 같은 제한이 있다고 해석하는 것이 타당하다. 소송조건으로서의 고발에 관한 고소불가분의 원칙이 적용되는가에 대하여 객관적 고소불가분의 원칙은 단연히 적용되어야 하겠지만 주관적 고소불가분의 원칙은 개별적으로 고발요건의 구비여부를 따져 보아야 하기 때문에 적용될 여지가 없다.<sup>88)</sup>

「형사소송법」 제234조 제2항은 “공무원은 그 직무를 행함에 있어서 범죄가 있다고 사료하는 때에는 고발할 의무가 있다”고 하고 있으므로 비공무원에게는 고발의 의무가 없다.<sup>89)</sup> 이 규정에 의한 고발의무자에는 수사기관의 공무원은 포함되지 않는데, 그 이유는 수사기관의 공무원인

85) 제224조 (고소의 제한)

자기 또는 배우자의 직계존속을 고소하지 못한다.

제235조 (고발의 제한)

제224조의 규정은 고발에 준용한다.

형법에 의한 가정파괴를 막고 전통적인 가정질서를 보호하기 위한 것이다(진계호, 상계서, 226면).

86) 진계호, 전계서, 226면.

87) 진계호, 상계서, 226면.

88) 진계호, 상계서, 226-227면.

89) 신동운, 전계서, 96면; 진계호, 상계서, 226면.

검사나 사법경찰관리가 범죄가 있다고 사료하는 때에는 스스로 수사에 착수하여야 하기 때문이다(「형사소송법」 제195조, 제196조).<sup>90)</sup>

고발은 원칙적으로 단순한 수사단서이지만 특별법상 고발이 소추요건으로 되어 있는 경우가 있다. 조세범처벌법위반, 관세법위반, 담배 전매법위반은 사건의 다량성, 기술적·전문적 특별성을 고려하여 해당기관의 고발이 있어야 기소할 수 있다.<sup>91)</sup>

고발에 의하여 수사가 개시된 경우 고발인은 불기소이유고청구권(「형사소송법」 제259조), 검찰항고권(「검찰청법」 제10조), 재정신청권(「형사소송법」 제260조) 등을 갖게 된다. 고소인의 경우 검사의 불기소처분에 대하여 헌법소원을 제기할 수 있으나, 고발의 경우에는 헌법소원이 인정되지 않는다.<sup>92)</sup>

## 제3절 경찰에서의 고소·고발의 문제점

### 1. 경찰에서의 고소·고발 관련 실태

#### 가. 고소·고발의 평균 처리기한

2008년 3월 현재 고소·고발사건의 평균 처리기한의 60.1일이 소요되는 것으로 CIMS 분석결과 나타났다. 민원사건의 특성은 이미 발생한 피해에 대하여 접수되는 것이므로 60일로 나타나고 있는 처리기한의 문제는 사건처리의 장기화라는 문제점을 안고 있다고 하겠다. 특히 이 기한

90) 정영석, 전계서, 246면; 진계호, 상계서, 226면.

91) 정성근, 전계서, 98면.

92) 진계호, 전계서, 227면.

이 평균이므로 단순사건의 경우 단시간에 해결될 수 있는 경우를 감안한다면 피해자의 입장에서는 상당히 긴 기간 동안 자신의 주장을 처리하지 못하고 있다고 보인다.

## 나. 재산범죄에 고소·고발의 문제점

2007년의 사건처리결과를 볼 때 일반적인 기소의견 송치율은 43.1%로 나타나고 있다. 이러한 사실은 기소의견 송치율이 낮다는 것을 단적으로 보여 주는 사실이다.

고소·고발을 주로 수사하는 경제팀의 경우 고소·고발된 사건의 ‘기소의견 송치율’은 23.7%에 그치고 있으며, 2007년의 현황을 볼 때 사기·횡령·배임의 기소의견 송치율은 21.2%에 머물고 있다. 사기·횡령·배임에 관한 사건에 있어서 80%에 가까운 사건이 기소 전단계에서 종결된다는 것은 사기·횡령·배임의 고소·고발에 대한 다양한 측면에서 문제점이 나타나고 있음을 보여 준다.

## 2. 저작권침해관련 고소·고발의 증가

최근 고소사건이 증가하는 중요한 부분을 차지하는 사건은 저작권침해 사건이다.

### 가. 저작권법 고소 현황

인터넷 P2P사이트와 포털사이트 등에서 영화·음악·사진의 공유행태 등에 대한 저작권위반 고소가 급증하는 추세이다. 특히 상반기 고소 등 접수사건은(이송사건포함) 307,580건으로 전년도 동기간(304,898건) 대비 0.9%(↑2,682건) 증가하였고, 이중 저작권법위반 접수사건이 47,918건 증가하여 전체증가량을 훨씬 초과하고 있다.

2008년 1월부터 6월까지 이루어진 지방청별 저작권법 위반사건을 보면 다음의 < 표 2-1 >과 같다.

< 표2 - 1 > 지방청별 저작권법위반 사건 접수처리 현황(2008.1-6)

	접수	입건	송치	주요 경찰서
총계	58,431	51,889	19,274	
서울	20,420	19,687	8,995	구로, 금천, 마포, 서대문, 강남, 동작, 용산
부산	6,271	6,204	3,256	해운대, 남부, 연제
대구	2,066	1,945	825	북부
인천	3,657	1,685	329	남부, 중부
광주	1,073	192	144	북부
대전	910	116	47	둔산
울산	683	680	348	남부
경기	14,824	14,342	3,596	고양, 분당, 일산
강원	724	709	201	춘천
충북	891	835	206	청주흥덕
충남	1,262	1,233	330	천안
경북	1,851	1,667	492	안동
경남	1,554	429	29	창원중부
전북	954	908	182	전주완산
전남	1,011	974	201	목포
제주	280	283	93	제주동부

위 표를 보면 저작권법위반 총 접수건수 58,431건에서 서울(20,420건, 43%), 경기(14,824건, 25%), 부산(6,271건, 10%) 순으로 나타나고 있다.

그리고 총 접수건수 대비 입건율을 보면 89%에 달하지만, 접수건수 대비 송치율은 32%에 그치고, 입건수 대비 송치율도 37%에 머물고 있다. 이 자료에 의하면 접수된 사건 중에서 68%, 입건된 사건 중에서 63%는 기소되기 전에 이미 종결된다는 것을 의미한다.

## 나. 문제점

### 1) 고소대상 저작권, 고소대상 사이트 확대

문제점은 우선 고소대상 저작권이나 고소대상 사이트가 확대되고 있다는 점이다. 저작권 고소업무의 수익성을 노린 법무법인에서 개인 블로그나 카페 등으로 고소대상을 확대해 나가는 추세이다. 2008년 7월 현황을 보면 24개 법무법인(서울소재20, 경기소재4) 중심으로 관련사건을 수임하여, 건당 최종합의금(60만원 - 100만원)의 20% - 30%를 수임료로 수수하고 있다. 이러한 기준으로 볼 때 전국적인 수임료를 예측해 보면 47억 - 117억에 달하게 된다.

즉 변호사나 법무법인에서 적은 노력으로 쉽게 수익을 올릴 수 있는 분야로서 저작권법위반에 접근할 수 있으며, 이러한 현상의 폐해는 경찰이 안게 된다는 문제점이 발생하게 된다.

## 2) 친고죄 규정 및 법무법인의 남소(濫訴)로 인한 부작용 심화

친고죄인 저작권위반은 경찰이 피의자 특정 후 출석요구하면 피의자가 고소를 대리한 법무법인과 합의하여, 경찰수사가 합의수단으로 악용되고 있다. 2006년부터 2008년 6월까지의 검거인원 69,942명 중 검찰에 기소의견 송치된 사람은 17.5%(12,242명)에 불과하였고, 67%(46,854명)의 대상자가 고소인과 합의하여 고소취소 후 불기소 의견(공소권 없음)으로 송치되었다.

최근 검찰에서 저작권교육조건부 기소유예를 확대 공표하였으나, 대부분의 피의자들은 합의 후 경찰서에 불출석하는 것으로 사건이 종결되기를 원하고 있다.

## 3) 저작권위반 고소행위에 대한 수사력 낭비 현상 심화

저작권위반관련 고소행위에 대한 수사력의 낭비현상이 심화되고 있음

은 최근 수사력의 효과적인 운영을 저해하는 요소라고 할 수 있다. 최근 저작권위반 고소사건과 관련하여 투입되는 경찰수사력을 다음과 같다.

< 저작권법 위반고소에 투입되는 경찰수사력 산출 >

- 2008년 전체 발생사건 57,302건(상반기 28,651건의 2배) 추산
- 경제팀 사건 1건 처리시간 18.8시간, 저작권사건은 5.2시간소요 (2.8+0.8+1.6), 144명 인력 소요
- $57,302\text{건}(\text{상반기 } 28,651\text{건} \times 2) / \text{저작권사건적정처리건수}(2,080 / 5.2) = 144\text{명}$
- ⇒ 예산환산시 순수인건비만 53억 2천 8백만원 소요(경사 7호봉기준/3700만원)

### 3. 특별사법경찰관리의 업무와 문제점

#### 가. 현황

현재 지자체를 포함한 17개 기관 및 부처 산하에 13,114명의 특사경이 운용되고 있다.

구 분	지자체	국세청	법무부	소방방재청	산림청	나머지	합계
인 원	5,196	1,723	690	1,543	427	3,535	13,114

조세범 관련한 특사경은 1,723명이 지정되어 있고 경찰고발건도 2,168건에 달하지만 해당 특사경은 조세범처벌절차법(제2조)에 사실조사 권한만 부여되어 있다.

2008년 3월 서울시가 특사경 82명을 신설하여 위생·보건·환경 등 생활사범 단속반으로 운영하고 있다.<sup>93)</sup>

「사법경찰관리의 직무를 행할 자와 그 직무범위에 관한 법률」에서 인정하는 사법경찰관리의 종류와 업무분야를 보면 < 표2-2 >, < 표2-3 >과 같다.

< 표2-2 > 직책에 따른 범규상 사법경찰관리와 그 직무범위(제3조, 제4조)

연번	사법경찰관리	임무
1	교도소·소년교도소·구치소 또는 그 지소의 장(사법경찰관)	해당 교도소·소년교도소·구치소 또는 그 지소 안에서 발생하는 범죄
2	소년원 또는 그 분원의 장이나 소년분류심사원 또는 그 지원의 장(사법경찰관)	해당 소년원 또는 그 분원이나 소년분류심사원 또는 그 지원 안에서 발생하는 범죄
3	보호감호소·치료감호시설 또는 그 지소의 장(사법경찰관)	해당 감호소·치료감호시설 또는 그 지소 안에서 발생하는 범죄
4	① 「형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률」 제8조에 따른 교정시설 순회점검 업무에 종사하는 4급부터 7급까지의 국가공무원(사법경찰관) ② 「형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률」 제8조에 따른 교정시설 순회점검 업무에 종사하는 8급·9급의 국가공무원(사법경찰관)	교정시설 안에서 발생하는 범죄
5	① 출입국관리 업무에 종사하는 4급부터 7급까지의 국가공무원(사법경찰관) ② 출입국관리 업무에 종사하는 8급·9급의 국가공무원(사법경찰관)	1. 출입국관리에 관한 범죄와 경합범 관계에 있는 「형법」 제225조부터 제240조까지의 규정에 해당하는 범죄 2. 출입국관리에 관한 범죄와 경합범 관계에 있는 「여권법」 위반범죄 3. 출입국관리에 관한 범죄와 경합범 관계에 있는 「밀항단속법」 위반범죄
6	산림청과 그 소속 기관(산림항공관리소는 제외한다), 특별시·광역시·도(특별자치도를 포함한다. 이하 같다) 및 시·군·구에서 산림 보호를 위한 단속 사무를 전담할 자로서 그 소속 기관의 장이 관할 지방검찰청검사장에게 보고한 ① 임업주사 및 임업주사보(사법경찰관) ② 임업서기 및 임업서기보(사법경찰관)의 직무를 수행한다.	산림 보호를 위한 단속 사무

93) 문화체육관광부는 2008년 7월 특사경 32명을 체신청으로부터 이관 받아 저작물 단속반으로 운영예정으로 되어 있다.

< 표2-3 > 검사장의 지명에 의한 사법경찰관리(제5조)

연번	사법경찰관리	임무
1	교도소·소년교도소·구치소 또는 그 지소의 장이 아닌 4급부터 9급까지의 국가공무원	해당 교도소·소년교도소·구치소 또는 그 지소 안에서 발생하는 범죄
2	지방교정청에 근무하는 4급부터 9급까지의 국가공무원	해당 지방교정청이 관할하는 교정시설 안에서 발생하는 범죄
3	소년원 또는 그 분원의 장이나 소년분류심사원 또는 그 지원의 장이 아닌 4급부터 9급까지의 국가공무원	소년원 또는 그 분원이나 소년분류심사원 또는 그 지원 안에서 발생하는 범죄 또는 재원자나 가위탁자가 도주한 경우에 있어서의 체포. 다만, 그 범죄 또는 도주에 관한 수사는 범죄 발생 후 60시간 이내로 제한한다.
4	보호감호소·치료감호시설 또는 그 지소의 장이 아닌 4급부터 9급까지의 국가공무원	해당 감호소 또는 그 지소 안에서 발생하는 범죄
5	산림청과 그 소속 기관(산림항공관리소는 제외한다)에 근무하며 산림보호·경영 사무에 종사하는 4급부터 9급까지의 국가공무원	소속 관서 소관 임야에서 발생하는 산림, 그 임산물과 수렵에 관한 범죄
6	특별시·광역시·도에 근무하며 산림 보호와 국유림 경영 사무에 종사하는 4급부터 9급까지의 국가공무원 또는 지방공무원	
7	시·군·구 또는 읍·면에 근무하며 산림 보호 사무에 종사하는 6급부터 9급까지의 국가공무원 및 4급부터 9급까지의 지방공무원	
8	식품의약품안전청, 특별시·광역시·도 및 시·군·구에 근무하며 식품 단속 사무에 종사하는 4급부터 9급까지의 국가공무원 및 지방공무원	소속 행정관서 관할 구역에서 발생하는 「식품위생법」 및 「건강기능식품에 관한 법률」에 규정된 범죄와 「보건범죄단속에 관한 특별조치법」 중 식품위생에 관한 범죄
9	식품의약품안전청, 특별시·광역시·도 및 시·군·구에 근무하며 의약품 단속 사무에 종사하는 4급부터 9급까지의 국가공무원 및 지방공무원	소속 행정관서 관할 구역에서 발생하는 「약사법」에 규정된 범죄와 「보건범죄단속에 관한 특별조치법」 중 약사(약사)에 관한 범죄
10	등대에서 근무하며 등대 사무에 종사하는 6급부터 9급까지의 국가공무원	소속 등대에서 발생하는 범죄
11	국토해양부와 그 소속 기관에 근무하며 철도공안 사무에 종사하는 4급부터 9급까지의 국가공무원	소속 관서 관할 구역인 철도시설 및 열차 안에서 발생하는 「철도안전법」에 규정된 범죄와 그 소속 관서 역 구내 및 열차 안에서의 범죄
12	소방준감이나 지방소방준감 이하의 소방공무원	소속 관서 관할 구역에서 발생하는 「소방기본법」, 「소방시설설치유지 및 안전관리에 관한 법률」, 「소방시설공사법」 및 「위험물안전관리법」에 규정된 범죄
13	국립학교에 근무하며 그 학교의 실습림 및 관리림의 보호 사무에 종사하는 6급부터 9급까지의 국가공무원	소속 관서 소관 임야에서 발생하는 산림, 그 임산물과 수렵에 관한 범죄

연번	사법경찰관리	임무
14	문화재청과 그 사무소·지구관리사무소와 출장소·현충사관리소·칠백의총(칠백의총)관리소·세종대왕유적관리소 또는 특별시·광역시·도 및 시·군·구에 근무하며 문화재의 보호 사무에 종사하는 4급부터 9급까지의 국가공무원 및 지방공무원	소속 관서 관할 구역에서 발생하는 「문화재보호법」에 규정된 범죄 및 같은 법에 따라 지정된 국가지정문화재의 구역이나 그 보호구역과 관리사무소가 설치되어 있는 시·도지정문화재의 구역 또는 그 보호구역 안에서 발생하는 「경범죄처벌법」에 규정된 범죄의 현행범
15	「계량에 관한 법률」에 따른 계량검사공무원	그 소속 관서 관할 구역에서 발생하는 「계량에 관한 법률」에 규정된 범죄
16	「자연공원법」 제34조에 따라 공원관리청에 근무하며 같은 법에 따른 공원관리 업무에 종사하는 4급부터 9급까지의 국가공무원 및 지방공무원	그 관할 공원구역 및 공원보호구역 안에서 발생하는 「자연공원법」에 규정된 범죄와 「경범죄처벌법」에 규정된 범죄의 현행범
17	「관세법」에 따라 관세법(관세법)의 조사 업무에 종사하는 세관공무원	<p>가. 소속 관서 관할 구역에서 발생하는 「관세법」 위반사범, 「관세사법」 위반사범, 「수출용원재료에 대한 관세 등 환급에 관한 특례법」 위반사범, 「자유무역협정의 이행을 위한 관세법의 특례에 관한 법률」 위반사범, 「대한민국정부와 칠레공화국정부 간의 자유무역협정의 이행을 위한 관세법의 특례에 관한 법률」 위반사범, 「자유무역지역의 지정 및 운영에 관한 법률」 위반사범, 「대한민국과 아메리카합중국 간의 상호방위조약 제4조에 의한 시설과 구역 및 대한민국에서의 합중국군대의 지위에 관한 협정의 실시」에 따른 관세법 등의 임시특례에 관한 법률」 위반사범, 「대외무역법」 위반사범, 수출입 물품의 통관 및 환적과 관련된 지적재산권 침해사범, 「외국환거래법」 중 지급수단·귀금속 또는 증권의 불법수출입사범, 수출입 거래 및 이와 직접 관련되는 용역거래·자본거래에 관한 「외국환거래법」 위반사범</p> <p>나. 소속 관서 관할 구역에서 발생하는 가목에 규정된 범죄에 대한 「특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률」 제4조에 규정된 재산국외도피사범</p> <p>다. 소속 관서 관할 구역에서 발생하는 가목 및 나목에 규정된 범죄에 대한 「범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률」 위반사범</p> <p>라. 소속 관서 관할 구역 중 우리나라와 외국을 왕래하는 항공기 또는 선박이 입·출항하는 공항·항만과 보세구역에서 발생하는 마약·향정신성의약품 및 대마사범</p>

연번	사법경찰관리	임무
18	「수산업법」에 따른 어업감독 공무원	소속 관서 관할 구역에서 발생하는 수산업에 관한 범죄 및 「어업자원보호법」에 규정된 범죄
19	「광산보안법」에 따른 광산보안관	관할 구역에서 발생하는 「광산보안법」에 규정된 범죄
20	국가보훈처와 그 소속 기관의 공무원	「국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률」 제42조, 제43조, 제63조 및 제64조에 따른 시설에서 발생하는 범죄
21	보건복지가족부, 특별시·광역시·도 및 시·군·구에 근무하며 공중위생 단속 사무에 종사하는 4급부터 9급까지의 국가공무원 및 지방공무원	소속 관서 관할 구역에서 발생하는 「공중위생관리법」에 규정된 범죄
22	환경부, 특별시·광역시·도 및 시·군·구에 근무하며 환경 관계 단속 사무에 종사하는 4급부터 9급까지의 국가공무원 및 지방공무원	소속 관서 관할 구역에서 발생하는 다음 각 목의 법률에 규정된 범죄 가. 「대기환경보전법」 나. 「수질 및 수생태계 보전에 관한 법률」 다. 「소음·진동규제법」 라. 「유해화학물질 관리법」 마. 「폐기물관리법」 바. 「가축분뇨의 관리 및 이용에 관한 법률」 사. 「환경분쟁조정법」 아. 「환경범죄의 단속에 관한 특별조치법」 자. 「자연환경보전법」 차. 「환경영향평가법」 카. 「폐기물의 국가간 이동 및 그 처리에 관한 법률」 타. 「하수도법」 파. 「환경기술개발 및 지원에 관한 법률」 하. 「먹는물관리법」 거. 「토양환경보전법」 너. 「폐기물처리시설 설치촉진 및 주변지역지원 등에 관한 법률」 더. 「자원의 절약과 재활용촉진에 관한 법률」 러. 「다중이용시설 등의 실내공기질관리법」 며. 「수도법」(제83조제1호만 해당한다) 버. 「지하수법」(제37조제7호만 해당한다) 서. 「보건범죄단속에 관한 특별조치법」(제4조만 해당한다)

연번	사법경찰관리	임무
22	환경부, 특별시·광역시·도 및 시·군·구에 근무하며 환경 관계 단속 사무에 종사하는 4급부터 9급까지의 국가공무원 및 지방공무원	아. 「야생동·식물보호법」 저. 「악취방지법」 처. 「한강수계 상수원수질개선 및 주민지원 등에 관한 법률」 키. 「낙동강수계 물관리 및 주민지원 등에 관한 법률」 터. 「금강수계 물관리 및 주민지원 등에 관한 법률」 피. 「영산강·섬진강수계 물관리 및 주민지원 등에 관한 법률」 히. 「건설폐기물의 재활용촉진에 관한 법률」 고. 「습지보전법」 노. 「독도 등 도서지역의 생태계보전에 관한 법률」 도. 「수도권 대기환경개선에 관한 특별법」
23	방송통신위원회, 중앙전파관리소 및 체신청에 근무하며 무선설비·전자파장해기기·전기통신설비·전기통신기자재·감청설비 및 영리목적의 광고성 정보에 관한 단속 사무에 종사하는 4급부터 9급까지의 국가공무원	소속 관서 관할 구역에서 발생하는 다음 각 목의 법률에 규정된 범죄 가. 「전파법」 중 무선설비나 전자파장해기기에 관한 범죄 나. 「전기통신기본법」 중 전기통신설비나 전기통신기자재에 관한 범죄 다. 「통신비밀보호법」 제10조제1항 또는 제4항을 위반한 범죄 라. 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 중 영리목적의 광고성 정보에 관한 범죄
23의 2	문화체육관광부에 근무하며 프로그램저작권 침해에 관한 단속 사무에 종사하는 4급부터 9급까지의 국가공무원	소속 관서 관할 구역에서 발생하는 「컴퓨터프로그램 보호법」 중 프로그램저작권 침해에 관한 범죄
24	지방국토관리청·국토관리사무소, 특별시·광역시·도 및 그 산하 건설사업소 또는 도로관리사업소 및 시·군·구에 근무하며 차량운행제한 단속 사무 및 도로시설 관리 사무에 종사하는 4급부터 9급까지의 국가공무원 및 지방공무원	소속 관서 관할 구역에서 발생하는 「도로법」 제38조, 제45조, 제49조, 제52조, 제58조, 제59조, 제62조 및 제64조를 위반한 범죄
25	문화체육관광부, 특별시·광역시·도 및 시·군·구에 근무하며 관광지도(관광지도) 업무에 종사하는 4급부터 9급까지의 국가공무원 및 지방공무원	소속 관서 관할 구역에서 발생하는 「관광진흥법」에 규정된 범죄

연번	사법경찰관리	임무
26	26. 문화체육관광부, 특별시·광역시·도 및 시·군·구에 근무하며 저작권 침해에 관한 단속 사무에 종사하는 4급부터 9급까지의 국가공무원 및 지방공무원	소속 관서 관할 구역에서 발생하는 「저작권법」 중 저작권 침해에 관한 범죄
27	보건복지가족부, 특별시·광역시·도 및 시·군·구에 근무하며 청소년보호 업무에 종사하는 4급부터 9급까지의 국가공무원 및 지방공무원	소속 관서 관할 구역에서 발생하는 「청소년보호법」에 규정된 범죄
28	농림수산식품부, 국립농산물품질관리원 및 그 지원, 국립수산물품질검사원 및 그 지원, 특별시·광역시·도 및 시·군·구에 근무하며 「농산물품질관리법」 또는 「수산물품질관리법」에 규정된 원산지등 표시 또는 유전자변형농수산물 표시에 관한 단속 사무와 「인삼산업법」에 규정된 인삼 및 「양곡관리법」에 규정된 양곡에 관한 단속 사무에 종사하는 4급부터 9급까지의 국가공무원 및 지방공무원	소속 관서 관할 구역에서 발생하는 「농산물품질관리법」 또는 「수산물품질관리법」에 규정된 원산지등 표시 또는 유전자변형농수산물 표시에 관한 범죄와 「인삼산업법」에 규정된 범죄 및 「양곡관리법」에 규정된 범죄
29	지식경제부, 특별시·광역시·도 및 시·군·구에 근무하며 「대외무역법」에 규정된 원산지 표시에 관한 단속 사무에 종사하는 4급부터 9급까지의 국가공무원 및 지방공무원	소속 관서 관할 구역에서 발생하는 「대외무역법」 중 원산지 표시에 관한 범죄
30	지식경제부, 특별시·광역시·도에 근무하며 외화 획득용 원료·기재의 수입 및 사용목적 변경승인 업무에 종사하는 4급부터 9급까지의 국가공무원 및 지방공무원	소속 관서 관할 구역에서 발생하는 「대외무역법」 제54조제2호부터 제4호까지에 규정된 범죄
31	농촌진흥청, 농업과학기술원, 특별시·광역시·도 및 시·군·구에 근무하며 농약 및 비료 단속 사무에 종사하는 4급부터 9급까지의 국가공무원 및 지방공무원	소속 관서 관할 구역에서 발생하는 「농약관리법」 및 「비료관리법」에 규정된 범죄
32	국토해양부, 특별시·광역시·도 및 시·군·구에 근무하며 하천 감시 사무에 종사하는 4급부터 9급까지의 국가공무원 및 지방공무원	소속 관서 관할 구역에서 발생하는 「하천법」에 규정된 범죄
33	국토해양부, 특별시·광역시·도 및 시·군·구에 근무하며 개발제한구역 단속 사무에 종사하는 4급부터 9급까지의 국가공무원 및 지방공무원	소속 관서 관할 구역에서 발생하는 「개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법」에 규정된 범죄

번호	사법경찰관리	임무
34	농림수산식품부, 국립수의과학검역원과 그 지원, 특별시·광역시·도 및 시·군·구에 근무하며 「가축전염병예방법」에 따라 가축방역관이나 검역관으로 임명된 4급부터 9급까지의 국가공무원 및 지방공무원	소속 관서 관할 구역에서 발생하는 「가축전염병예방법」에 규정된 범죄
35	시·군·구에 근무하며 무등록자동차정비업, 자동차 무단방치 및 강제보험 미가입 자동차 운행에 관한 단속 사무에 종사하는 5급부터 9급까지의 지방공무원	소속 관서 관할 구역에서 발생하는 「자동차관리법」에 규정된 무등록 자동차정비업 및 자동차 무단방치에 관한 범죄와 「자동차손해배상 보장법」에 규정된 강제보험 미가입 자동차 운행에 관한 범죄
36	국립식물검역소에 근무하며 「식물방역법」 제3조에 따라 식물방역관으로 임명된 4급부터 9급까지의 국가공무원	소속 관서 관할 구역에서 발생하는 「식물방역법」에 규정된 범죄
37	국토해양부와 그 소속 기관, 광역시·도 및 시·군·구에 근무하며 해양환경 관련 단속 사무에 종사하는 4급부터 9급까지의 국가공무원 및 지방공무원	소속 관서 관할 구역에서 발생하는 다음 각 목의 법률에 규정된 범죄 가. 「해양환경관리법」 나. 「해양생태계의 보전 및 관리에 관한 법률」 다. 「공유수면관리법」 라. 「습지보전법」 마. 「무인도서의 보전 및 관리에 관한 법률」 바. 「해양심층수의 개발 및 관리에 관한 법률」 사. 「개항질서법」(제24조만 해당한다) 아. 「어촌·어항법」(제45조만 해당한다) 자. 「항만법」(제50조만 해당한다)

< 표2-4 > 연도·죄명별 고발사건 현황

연번	죄명	고발			비고
		'06	'07	081-5월	
1	계량에 관한법률	0	1	0	
2	공중위생관리법	133	207	70	
3	관세법	3	2	2	
4	대기환경보전법	698	527	225	시군구 지자체 담당부서
5	도로법	33,572	36,229	14,364	한국도로공사 소속 근무자 특사경 권한 無
6	문화재보호법	30	37	9	
7	보건범죄특별조치법	18	14	9	
8	산림법	77	13	3	
9	소음·진동규제법	43	36	13	
10	수도법	161	127	18	시군구 지자체 담당부서
11	수질환경보전법	363	299	18	시군구 지자체 담당부서
12	식품위생법	3,484	3,534	1,170	시군구 지자체 담당부서
13	약사법	676	704	302	지자체 소속 보건소에서 담당(인원부족)
14	오수·분뇨및축산폐수의처리에 관한법률	359	310	5	시군구 지자체 담당부서
15	외국환거래법	33	25	30	
16	유해화학물질관리법	24	14	3	
17	자동차관리법	10,925	10,295	4,577	시군구 지자체 담당부서(조항별 통계 발제 불능)
18	자연환경보전법	1	1	0	
19	전파법	0	1	1	
20	청소년보호법	226	256	92	국가청소년위원회 담당(인원부족 고발)
21	출입국관리법	1,280	1,155	702	출입국관리법 제47조(사실조사만 가능)
22	컴퓨터프로그램보호법	7	1	2	
23	폐기물관리법	475	931	146	시군구 지자체 담당부서
24	하수도법	3	9	16	
25	하천법	112	94	26	
26	환경범죄의단속에관한특별 조치법	1	0	0	
27	환경보전법	0	0	0	
28	농산물품질관리법	21	13	8	
29	수산물품질관리법	26	30	4	
30	수산업법	152	206	9	
31	자연공원법	214	276	71	공원관리청
32	전기통신기본법	1	0	0	
33	지하수법	15	13	5	
34	토양환경보전법	10	2	3	
35	통신비밀보호법	2	0	0	
36	야생동식물보호법	28	114	22	
37	약취방지법	21	16	8	
38	철도안전법	2	2	0	
총계		53,196	55,494	21,933	

경찰에 접수된 고발 중 특사경 소관 법률위반 사건 중 상당수를 차지

하고 있다(2006년 53,196건(38.8%) ⇨ 2007년 55,494건(43.4%) ⇨ 2008년 1~5 21,933건(43.6%).

연도·죄명별 고발사건 현황을 보면 < 표2-4 >와 같다. 단, 특사경 소관 해당 법률 중 일부조항은 수사권한이 없는 경우도 있다.

< 표2-4 >를 보면 특히 다음과 같이 도로법, 자동차관리법위반 고발사건이 대부분을 차지하고 있는 것을 알 수 있다(도로법과 자동차관리법 위반 고발사건이 83.6% 내지 86.3%에 해당한다).

구분	'06년	'07년	'08년 1~5월
도로법	33,572(63.1%)	36,229(65.3%)	14,364(65.5%)
자동차관리법	10,925(20.5%)	10,295(18.5%)	4,577(20.8%)
합계	44,497(83.6%)	46,524(83.8%)	18,941(86.3%)

## 나. 문제점

특사경 소관 고발건수는 약 연 105명의 수사인력의 업무량<sup>94)</sup>에 해당하는 것으로 상당한 업무부담 초래하고 있다.

2008년 수사국 적정처리 건수분석(혁신단)에 따르면, 경제팀 일반사건 1건 처리에 18.8시간 소요됨에 비해, 고발사건은 4.4시간 소요(피의자조사 2.8, 기타수사서류 1.6)

특히, 「도로법」 고발의 대부분은 한국도로공사 직원(특사경 아님)이 고속도로 TG에서 과적차량 단속하여 고발한 것으로 특사경 운용 필요성 제기된다. 도로법, 자동차관리법위반 사건은 연간 수사관 1명당 13.9건 정도 배당되고, 나머지 고발 건은 연간 수사관 1명당 2.7건 정도 배당되고 있다. 단속기관에서 자체처리 하지 않고 경찰에 고발할 경우 피의자는 단속된 후 경찰에 재출석 해야 하는 불편이 야기되고 있다.<sup>95)</sup>

94) 특사경 고발사건(연간 5만여건)/고발사건 연간 적정처리건수(2,080/4.4)= 105명

#### 4. 민사 분쟁해결을 위한 고소의 문제점

고소·고발의 남용은 민사의 형사화 현상으로 표현되고 있다.<sup>96)</sup> 우리나라의 민사의 형사화 경향은 민사문제에 깊숙이 개입하는 검찰관행은 귀속재산의 불하를 둘러싼 재산분쟁을 처리하는 과정에서 시작되었다.<sup>97)</sup>

단순 채무불이행은 범죄가 아니다. 검찰수사관과 검사들에 의하면 그런데 고소인은 피의자로부터 돈을 받을 수 있도록 해달라는 요구를 하는 경우가 많다 라든가 고소인들은 채무불이행 거래 상대방으로부터 돈을 받을 목적으로 고소를 하고 있다고 말하고 있다.<sup>98)</sup>

한국의 채권자의 행동선호가 나날이 심화되어 경찰과 검찰, 특히 수사 종결권이 있는 검찰의 업무가 감당할 수 없을 정도로 늘어나 검찰이 ‘검찰다운 검찰의 기능’을 행사하기 어려울 정도이다.<sup>99)</sup>

95) 특사경 업무 이관시, 각종 특별법 전문분야에 대한 경찰의 수사역량을 약화시키고, 수사업무의 축소로 연결되어 인력·예산 감축의 빌미로 작용할 수 있다는 반대 의견도 있다.

96) 언제부터인가 현대 한국에서는 범조인들이 ‘민사의 형사화 경향’ 이라고 부르는 현상이 정착되어 오래도록 지속되고 있으며 시간이 갈수록 그 현상이 심화되고 있다(심희기, “ ‘한국형 민사의 형사화 현상’ 의 진단과 억제방향”, 「법학연구」, 제17권 제4호, 연세대학교 법학연구소, 2007, 59면).

97) 신동운, “민사분쟁형 고소사건의 합리적 해결방안”, 「형사법의 신경향」 제2호, 2006, 8면,

98) 이 말을 정확하게 표현하면 다음과 같은 것이 될 것이다. “어떤 위법행위자(피고소인, 광의의 채무자)의 위법행위가 민사책임(계약책임과 불법행위책임, 부당이득반환책임 등)의 법률요건도 충족시키고 형사책임의 법률요건도 충족시키는 경우에 위법행위의 상대방(광의의 채권자, 피해자)은 민사책임을 묻는 절차를 밟기 보다는 먼저 형사고소를 감행하거나 민사소송을 제기함과 동시에 혹은 민사제소 직후에 형사고소를 감행한다. 고소인의 궁극적인 목표는 ‘채권변제’ 를 받는데 있다. 고소인은 ‘채권변제’ 를 받을 수만 있다면 채무자에게 형사책임물질을 의사가 없지만 ‘전략적 계산(그 전략이 무엇인지 정밀한 분석이 필요한 부분이다)’ 하에 형사책임(예컨대 사기, 횡령, 배임죄 혐의로 고소)을 묻는 절차를 밟는다. 이와 같은 ‘채권자의 행동선호’ 가 ‘민사의 형사화 경향’ 의 논리구조이다(심희기, 상계논문, 61면).

99) 심희기, 상계논문, 61면; 그러나 검찰의 기능보다 더욱 밀접하고 직접적인 고소·고발의 당사자는 경찰이다. 경찰은 제1차적 고소·고발의 접수를 통하여 사건의 일차적 검토를 해야 하기 때문이다. 특히 기소의견 송치가 이루어지는 과정에서 접하는 고소인과 고발인의 고충을 적절하게 통제하는 방법을 마련하지 않는다면, 불기소의견의 형성과정 자체가 불필요한 인력의 낭비로 이어질 수 있기 때문이다.

‘민사의 형사화 경향’이라고 지칭되는 현상은 단순히 ‘채권자의 행동선호’ 현상에 그치지 아니한다. 경찰과 검찰은 채권자의 고소가 있을 때 피고소인인 채무자를 피의자로 입건하여 끝까지 조사하여 왔으므로 ‘채권자의 행동선호’에 결과적으로 우호적으로 임하여 왔다.<sup>100)</sup>

변호사 중에는 채권자의 행동선호를 적극적으로 권유하는 사람도 있고 심지어는 고소장을 대신 작성하여 주는 서비스를 제공(일본에서는 자필 고소장만 수리하므로 변호사·법무사의 고소장 대리작성 서비스는 제한된다)하고 있으므로 변호사·법무사도 이 대열에 가세하고 있음을 부인할 수 없다.<sup>101)</sup>

이와 같은 “대한민국 채권자의 행동선호가 ‘고소왕국’을 초래하였고 ‘경찰과 검찰의 수사력을 낭비’시키는 주범<sup>102)</sup>으로 인정할 수 있음은 고소·고발의 문제점이 단순한 관련인들의 시간낭비에 머무는 것이 아니고 형사절차의 실질적인 기능을 훼손하는 국가차원의 문제라고 할 수 있다.

100) 허일태, “민사사건의 형사화에 대한 억제방안”, 『비교형사법연구』, 제8권 제1호, 2006, 224-225면.

101) 허일태, 상계논문, 226면.

102) 심희기, 전계논문, 62면.

## 제3장 사기·횡령·배임죄에 대한 판례분석

### 제1절 사기죄에 대한 판례분석

#### 1. 사기죄의 의의 및 본질

##### 가. 사기죄의 의의

절도와 강도의 죄는 고대사회에서부터 존재하던 소박한 범죄였지만, 사기죄는 근대 자본주의의 발전과 함께 생긴 현대적 범죄라고 할 수 있다.<sup>1)</sup> 도범(盜犯)을 곤궁범(困窮犯)이라고 한다면, 사기죄는 이욕범(利慾犯)이라고 할 수 있다.<sup>2)</sup>

詐欺罪(Betrug)는 “타인을 기망(欺罔)하여 상대방의 하자(瑕疵) 있는 의사에 기하여 ‘재물’의 교부를 받거나, 재산상의 ‘이익’을 취득하거나, 또는 제3자로 하여금 ‘재물’의 교부를 받거나, 재산상의 ‘이익’을 취득케 하는 것”(형법 제347조)<sup>3)</sup>을 내용으로 하는 재산범죄이다. 따라서 사기

---

1) 사기죄 역사는 로마법시대로 거슬러 올라간다(furtum, falsum, stellionatus). 19세기까지 사기죄는 문서죄, 위증죄와 명확하게 구별되지 않았다. 자본주의가 발전하면서 1851년 프로이센 형법이 처음 사기죄를 재산죄로 파악하였다. 그러나 사기죄는 20세기 후반에 들어서면서 단순히 개인의 재산권을 보호하는 역할로부터 경제체계의 기능을 보호하는 ‘경제범죄’로 탈바꿈하고 있다. 조선시대의 의용법률인 대명률(大明律)에는 형률 권 24에 사위(詐僞)에 관한 규정을 두고 있는데, 이들은 지금의 사기죄와는 거리가 멀고 주로 위조나 관직사칭을 처벌하는 규정이었다. 사기죄는 절도죄 다음으로 빈번한 범죄이고, 실무에서도 대단히 중요한 의미를 가지고 있다(배중대, 「형법각론」, 홍문사, 2006, 434면).

2) 유기천, 「형법학(각론강의 상)」, 일조각, 1988, 228-229면.

죄는 재산죄(財産罪) 중 재물죄(財物罪)인 동시에 이익죄(利益罪)이다.<sup>4)</sup>

사기죄는 강도죄(強盜罪)와 같이 재물 또는 재산상의 이익을 객체로 하는 영득죄(領得罪)이나, 강도죄가 폭행·협박을 수단으로 하는 데 대하여 사기죄는 기망을 수단으로 하는 점에서 다르다. 또 강도죄가 상대방의 의사에 반하여 재물 또는 재산상의 이익을 취득하는 영득죄인 데 대하여 사기죄는 상대방의 하자 있는 처분행위에 기하여 재물 또는 재산상의 이익을 취득하는 영득죄인 점에서 구별된다.<sup>5)</sup>

사기죄는 타인이 점유하는 재물을 취득하는 점에서 횡령죄와 구별된다. 자기가 점유한 타인의 재물에 대하여는 이것을 영득함에 기망행위를 하여도 사기죄는 성립되지 않고, 횡령죄를 구성할 뿐이다.<sup>6)</sup>

사기죄와 공갈죄(恐嚇罪)는 양자 모두 그 객체의 범위가 같고, 상대방의 하자 있는 의사에 기한 영득죄라는 점에서 동일하다. 하지만 그 수단에 있어서 사기죄는 기망을 수단으로 하는 데 반하여 공갈죄는 공갈을 수단으로 한다는 점에서 구별된다.<sup>7)</sup>

사기죄는 개인적 법익에 대한 죄이므로 기망적 방법에 의한 탈세(脫稅)와 같은 국가적 법익에 대한 기망적 행위는 사기죄의 정형성(定型性)을 결여하므로 사기죄는 성립하지 아니한다.

### 3) 제347조 (사기)

- ① 사람을 기망하여 재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 취득한 자는 10년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.
  - ② 전항의 방법으로 제삼자로 하여금 재물의 교부를 받게 하거나 재산상의 이익을 취득하게 한 때에도 전항의 형과 같다.
- 4) 정영석, 「형법각론」, 법문사, 1985, 347면; 손동권, 손동권, 「형법각론」, 을유출판사, 2005, 352면.
- 5) 정영석, 상계서, 347면.
- 6) 유기천, 전계서, 230면; 오영근, 「형법각론」, 대명출판사, 2002, 452면.
- 7) 정영석, 전계서, 347면; 손동권, 전계서, 352면; 행위자가 기망과 공갈의 두 가지 수단을 써서 재물을 취득한 때에는 피해자의 하자있는 의사가 기망에 의한 것인지, 공갈에 의한 공포심에 의한 것인지를 사실에 따라 정해진다. 만약 사실을 명백히 판단하기 어려울 때에는 사기죄와 공갈죄의 경합이 성립된다(유기천 상계서, 230면).

사기죄는 재산적 법익을 침해하는 범죄이므로 재산 이외의 이익을 기망에 의하여 침해하더라도 사기죄가 되지 아니한다.<sup>8)</sup>

## 나. 사기죄의 본질

### 1) 보호법익

사기죄의 보호법익에 대하여 세 가지의 입장이 나뉘고 있다. 재산설, 거래의 신의칙, 의사결정의 자유 등이 사기죄의 보호법익으로 주장되는 내용이다.

#### 가) 재산설

##### (1) 전체 재산설

이 주장은 사기죄의 보호법익이 ‘전체(全體)로서의 재산’이라는 입장이다.<sup>9)</sup> 따라서 거래의 신의칙이나 처분의 자유는 보호법익이 될 수 없다고 하여 배척하고 있다. 즉 이 입장에서 사기죄는 재산상의 손해가 있어야 성립되므로 피해자가 상당한 대가를 지급하였을 경우에는 전체재산의 손해가 없으므로 사기죄가 성립되지 않는다고 한다. 이 견해는 독일해석론의 영향을 받은 것으로서 독일의 통설은 사기죄의 보호법익은 전체로서의 재산이고, 거래의 신의칙이나 피기망자의 처분의 자유는 보호법익이 아니라고 한다.<sup>10)</sup>

8) 예컨대, 혼인을 빙자하고 부녀를 기망하여 간음하는 경우에는 재물 또는 재산상의 이익을 취득하는 경우가 아니므로 사기죄로는 되지 아니 한다. 이에 반하여 결혼을 가장하고 상대방을 기망하여 결혼비용·중여 등의 명의로 금품을 사취하는 이른바 혼인사기(婚姻詐欺)는 사기죄로 된다(정영석, 전제서, 347-348면).

9) 손동권, 전제서, 352면.

10) 사기죄가 개인적 법익에 관한 죄이기 때문에 거래의 신의칙은 보호법익이 될 수 없고, 사기죄와 절도죄의 법정형이 5년 이하의 자유형으로서 동일하기 때문에 피기망자의 처분의 자유도 보호법익이 될 수 없다고 한다. 또한 사기죄의 최종적인 행위태양이 재산상의 손해를 가하는 것이기 때문에 설사 기망행위가 있다고 하더라도 재산상의 손해를 가하지 않으면 사기

전체로서의 재산설에 대한 비판을 보면 “독일 형법의 사기죄는 ‘재산상의 손해를 가한 자’라고 규정되어 있으므로 기망에 의해 재물을 교부받는다 하더라도 재물을 그 자체를 취득하였다는 것으로서는 부족하고 재산상의 손해발생이 있어야 사기죄가 성립한다고 해석하는 것은 당연하다. 이와 같이 재산상의 손해를 중심으로 규정된 독일형법에 비해, 우리 형법은 ‘사람을 기망하여 재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 취득한 자’라고 하여 재물 또는 재산상 이익의 취득을 중심으로 규정하고 있다. 이는 피해자에게 손해가 발생하였느냐 보다는 행위자가 재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 취득하였는가를 더 중요시 여기고 있는 것을 의미한다고 보아야 할 것이다. 여기에 굳이 재산상의 손해발생이라는 소위 ‘기술(記述)되어 있지 않는 구성요건요소’가 있다고 해석해야 할 필요성이나 당위성은 없다고 할 것이다”<sup>11)</sup>라고 한다.

## (2) 개별적 재산설

이 주장은 사기죄의 보호법익으로 개별적인 재물 또는 재산상의 이익으로 이해하는 입장이다. 피기망자가 처분행위를 하면 개별적인 재산이 침해된 것으로 보고 대가의 지급에 의한 전체재산의 손해여부를 따지지 않는다.

대법원은 “재물편취를 내용으로 하는 사기죄에 있어서는 기망으로 인

---

죄는 성립할 수 없기 때문에 사기죄의 보호법익은 개별 재물이나 재산이 아니라 전체로서의 재산이라는 것이다(오영근, 전거서, 447면).

- 11) 사기죄의 보호법익을 피해자의 전체재산이라고 한다면 행위자의 이득액과 피해자가 대가로 받은 금액 사이의 차이만이 재산상의 손해라고 해야 하기 때문에 항상 손해산정이 필요할 것이다. 그러나 특정경제범죄가중처벌법 제3조에서 보는 바와 같이 우리 형법에서는 손해가 아니라 행위자의 재산상 이득액이 얼마인가가 중요하다. 따라서 우리의 해석론도 이에 관심을 기울여야 한다. 그럼에도 불구하고 이러한 문제에 별 관심을 기울이지 않고 명문규정에도 없는 재산상의 손해에 관심을 갖는 것은 타당한 해석태도라고 보기 어렵다. 재산상의 손해와 재산상의 이익이 항상 일치하는 것은 아니기 때문에 이에 대한 논의가 중요하다. 예를 들어 상인이 원가 100원을 주고 사와서 120원에 파는 물건을 편취하였다고 할 경우, 상인의 재산상 손해는 100원이지만 편취자의 재산상 이익은 120원이라고 할 수도 있다(오영근, 상거서, 448-449면).

한 재물교부가 있으면 그 자체로써 피해자의 재산침해가 되어 이로써 곧 사기죄가 성립하는 것이고, 상당한 대가가 지급되었다거나 피해자의 전체 재산상의 손해가 없다 하여도 사기죄의 성립에는 그 영향이 없으므로 사기죄에 있어서 그 대가가 일부 지급된 경우에도 그 편취액은 피해자로부터 교부된 재물의 가치로부터 그 대가를 공제한 차액이 아니라 교부받은 재물 전부라 할 것이다”라고 하여 전체로서의 재산이 아니라 개별적인 재물 또는 재산상의 이익을 사기죄의 보호법익으로 보고 있다.<sup>12)</sup>

### 나) 재산 및 거래의 신의칙설

이 주장은 사기죄의 보호법익으로 재산뿐만 아니라 거래의 신의칙(信義則)도 인정하는 입장이다. 이 주장에 의하면 기망자가 대가를 지급하여 피해자에게 재산상의 손해가 발생하지 않은 경우에도 그 기망행위가 거래의 신의칙에 반하는 때에는 사기의 기수 혹은 미수죄가 성립할 수 있다고 한다.<sup>13)</sup>

거래의 신의칙을 사기죄의 보호법익으로 보게 되면 사기죄가 개인적 법익을 보호하는 죄가 아닌 경제범죄적 성격을 띠게 될 위험성이 있다. 따라서 “거래상의 신의칙이란 사기죄의 보호법익이라기 보다는 기망행위에 해당하느냐의 여부를 판단하는 기준이라고 하는 것이 타당하다”<sup>14)</sup>는 주장과 “거래상 신의성실은 민사상 법익은 될 수 있을지언정 보충성의 원칙이 적용되는 형법상 사기의 죄에서는 보호법익이 될 수 없고, 따라서 재산상 피해자와 피기망자가 다를 경우에는 전자만이 피해자일 뿐이고 피기망자는 단순한 행위객체로 보는 것이 타당하다”<sup>15)</sup>는 주장이 있다.

12) 오영근, 상계서, 448면.

13) 오영근, 상계서, 447-448면.

14) 오영근, 상계서, 449면.

15) 손동권, 전계서, 352-353면.

## 다) 의사결정의 자유설

개인의 의사결정의 자유가 사기죄의 보호법익이라고 하는 주장으로 부정설과 긍정설이 있다. 의사결정의 자유가 사기죄의 보호법익이 되느냐는 재산상의 피해자와 처분행위를 한 자인 피기망자가 일치하지 않는 경우인 삼각사기(三角詐欺)에서 특히 문제가 된다.

### (1) 부정설

부정설에 의하면 피기망자는 피해자가 아니고 재산상의 손해를 입은 자만이 피해자가 된다.

### (2) 긍정설

긍정설에 의하면 피기망자도 사기죄의 피해자가 된다. 긍정설이 주장하는 근거로는,

첫째, 절도죄의 법정형은 6년 이하의 징역인데, 사기죄의 법정형은 10년 이하의 징역인데 이는 절도죄에서는 권리자의 의사에 반하여 재물을 취거하는데 비해 사기죄에서는 재산적 의사결정의 자유를 침해하는 행위가 있기 때문이라고 보아야 한다.

둘째, 형법은 사기죄를 공갈죄와 부당이득죄를 같은 장에 규정하고 있다. 공갈죄의 보호법익에 의사결정의 자유가 포함되고, 부당이득죄도 의사결정의 자유가 제한받고 있는 상황을 전제함으로써 단순히 재산상의 이득을 취했다는 점만이 아니라 이러한 상황을 이용한 것을 비난대상으로 삼고 있다.

셋째, 착오에 의한 재산처분자도 피해자라고 해야 할 실제적 필요성이 있는데, 의사결정의 자유를 보호법익으로 이해한다면 피기망자도 피해자로 이해된다.<sup>16)</sup>

16) 의사결정의 자유를 보호법익으로 보지 않는다고 하더라도 피기망자를 사기죄의 피해자가 아

**[관련판례 : 대법원 1984.12.26. 84도1936]**

타인을 기망하여 재물을 편취하는 사기죄에 있어서는 피기망자의 착오에 의한 재물의 교부 자체가 재산상 손해에 해당하는 것으로서 이 밖에 피해자의 전체 재산의 감소를 필요로 하지 않는다고 할 것이므로, 피해자가 피고인의 기망에 의하여 운송면허를 양수하고 그 대가를 지급한 이상 그 대가를 반환받을 수 있다고 하여도 재산상 손해는 이미 발생한 것이라고 할 것이다.

**[관련판례 : 대법원 1995.3.24. 95도203]**

재물편취를 내용으로 하는 사기죄에 있어서는 기망으로 인한 재물교부가 있으면 그 자체로써 피해자의 재산침해가 되어 이로써 곧 사기죄가 성립하는 것이고, 상당한 대가가 지급되었다거나 피해자의 전체 재산상에 손해가 없다 하여도 사기죄의 성립에는 그 영향이 없으므로 사기죄에 있어서 그 대가가 일부 지급된 경우에도 그 편취액은 피해자로부터 교부된 재물의 가치로부터 그 대가를 공제한 차액이 아니라 교부받은 재물 전부이다.

## **2. 사기죄의 구성요건**

### **가. 객관적 구성요건**

사기죄의 객관적 구성요건으로는 첫째, 기망행위를 수단으로, 둘째, 재물의 교부나 재산상의 이익의 취득을 필요로 한다. 사기죄는 상대방(피기망자)의 하자 있는 의사에 의하여 재물을 교부받거나 재산상의 이익을 취득하여야 하므로 사기죄가 성립하기 위해서는 셋째, 피기망자의 착오 그리고 넷째, 처분행위를 통하여 다섯째, 재산상의 손해가 발생하여야 한다.<sup>17)</sup>

#### **1) 객체**

---

니라고 하는 것은 건전한 상식에 맞지 않는다(오영근, 전거서, 449-450면).

17) 이재상, 「형법각론」, 박영사, 1999, 295면.

## 가) 타인의 재물

재물(財物)이란 ‘물(物)’을 실체로 하는 재산을 의미한다. ‘타인(他人)의 재물’이란 타인의 점유에 속하는 타인소유의 재물을 의미<sup>18)</sup>하므로, 타인의 점유(소지)에 속하는 자기(범인) 소유의 재물은 사기죄의 객체로 되지 아니한다.<sup>19)</sup> 사기죄의 객체인 재물은 타인점유를 요소로 하므로 자기가 점유하는 재물을 횡령하기 위하여 기망행위를 하였다면 횡령죄만이 성립한다.<sup>20)</sup> 관리할 수 있는 동력도 재물에 포함된다(제354조).

사기죄의 객체인 재물에는 동산<sup>21)</sup>뿐만 아니라 부동산(不動產)도 포함된다.<sup>22)</sup> 절도죄와 강도죄에 있어서의 재물에는 동산만을 의미함에 반하여<sup>23)</sup> 사기죄에 있어서의 재물에는 동산과 부동산을 불문한다.<sup>24)</sup>

18) 배중대, 전계서, 438면.

19) 예컨대, 입질(入質)한 자기소유의 물건을 기망수단에 의하여 탈취(奪取)하는 행위는 사기죄를 구성하지 아니하고, 권리행사방해죄(權利行使妨害罪)로 된다(정영석, 전계서, 348면); 배중대, 상계서, 438면.

20) 손동권, 전계서, 355면.

21) 금전은 물론 백지위임장(대법원 1961.10.19. 4294형상352), 보험증서 또는 수출물품수령증(대법원 1982.9.28. 82도1656)도 여기의 재물에 포함된다(이재상, 전계서, 295면); 주권포기각서(대법원 1996.9.10. 95도2747), 무효인 약속어음공정증서(대법원 1995.12.22. 94도3013), 등기공무원이 경락허가결정등본에 등기필의 취지를 기재한 문서(대법원 1989.3.14. 88도975) 등은 사기죄의 객체인 재물이다(오영근, 전계서, 452면).

22) 부동산의 사기죄의 기수시기에 관하여는 소유권 기타 권리의 이전 또는 설정의 의사표시가 있었을 때에 기수로 된다는 설과 현실로 부동산의 점유를 이전하든가 또는 등기를 완료하였을 때에 기수로 된다는 설이 대립되어 있다. 생각건대, 권리의 이전·설정 의사표시가 있으면 벌써 재산상의 이익을 취득한 것으로 되어 형법 제347조 제1항 후단의 사기죄가 성립될 것이므로 동조 제1항 전단의 부동산의 사기죄는 **부동산에 대한 사실상 점유의 이전·등기의 완료 등으로 범인이 당해 부동산을 자유로이 처분할 수 있는 상태에 두었을 때**에 기수로 된다고 보는 것이 타당하다(정영석, 전계서, 348면); 부동산에 대한 권리의 이전 의사표시가 있는 것으로 족하지 않고, **현실적으로 점유의 이전이 있거나 소유권이전등기가 경료된 때**에 기수가 된다는 통설과 관례(대법원 1961.7.14. 4294형상109)의 태도가 타당하다(이재상, 전계서, 295면); 오영근, 전계서, 452면; 손동권, 전계서, 355면.

23) 절도죄와 강도죄의 객체로서 재물의 개념에 대하여 부동산이 포함되는가에 대하여 부정설과 긍정설이 있다. 긍정설의 입장은 절도죄의 객체를 '동산'(bewegliche Sache)으로 규정한 독일형법의 해석론을 무비판적으로 수용한 것으로서 입법론적으로는 물론 해석론적으로는 부동산을 절도죄와 강도죄의 객체에서 제외해야 할 이유가 없다고 한다(오영근, 상계서, 368면, 407면).

24) 이재상, 전계서, 295면.

**[관련판례 : 대법원 1982.9.28. 82도1656]**

이 사건 수출물품수령증은 피고인이 경영하는 직물공업사가 공소외 회사의 의뢰에 의하여 개설받은 내국신용장 개설은행에 매입시키기 위하여 반드시 첨부해야 될 필요불가결의 증서임이 분명하여 그 한도내에서 경제적 가치와 재물성이 있다고 볼 수 있으므로 사기죄의 객체가 되며, 피해자가 이를 피고인에게 교부함으로써 인하여 현실적인 금전상 손해를 입은바 없다 하더라도 피해자에게는 수령증의 교부자체에 의하여 손해가 발생한다고 보아야 할 것이므로 피고인이 위 수출물품수령증의 교부와 관련하여 피해자에게 발생할지도 모르는 금전적 손해에 대하여 상당한 담보를 제공하였다 하여 손해가 발생하지 않는 경우라 볼 수 없다.

**[관련판례 : 대법원 1996.9.10. 95도2747]**

주권포기각서는 주권을 포기한다는 의사표시가 담긴 처분문서로서 그 경제적 가치가 있어 재물성이 있다고 할 것이고, 원심판결문에 의하면, 원심은 피고인이 위 주권포기각서를 편취한 것을 문제삼고 있음이 분명하므로 원심이 피해법익에 관한 법리를 오해하거나 범죄사실을 특정하지 아니한 것이라고는 할 수 없다.

**[관련판례 : 대법원 1995.12.22. 94도3013]**

약속어음공정증서에 증서를 무효로 하는 사유가 존재한다고 하더라도 그 증서 자체에 이를 무효로 하는 사유의 기재가 없고 외형상 권리의무를 증명함에 족한 체제를 구비하고 있는 한 그 증서는 형법상의 재물로서 사기죄의 객체가 됨에 아무런 지장이 없다.

**[관련판례 : 대법원 1989.3.14. 88도975]**

등기공무원이 경매법에 의한 경락허가결정의 등본에 소유권이전등기를 완료하였다는 등기필의 취지를 기재하고 등기소인을 압날한 문서는 사기죄의 객체가 되는 재물이다.

**[관련판례 : 대법원 1997.3.28. 96도2625]**

보험가입사실증명원은 교통사고를 일으킨 차가 교통사고처리특례법 제4조에서 정한 취지의 보험에 가입하였음을 보험회사가 증명하는 내용의 문서일 뿐이고 거기에 재물이나 재산상의 이익의 처분에 관한 사항을 포함하고 있는 것은 아니므로, 이러한 문서의 불법취득에 의해 침해된 또는 침해될 우려가 있는 법익은 보험가입사실증명원인 서면 그 자체가 아니고 그 문서가 교통사고처리특

례법 제4조에 정한 보험에 가입한 사실의 진위에 관한 내용이라고 할 것이고, 따라서 이러한 증명에 의하여 사기죄에서 말하는 재물이나 재산상의 이익이 침해된 것으로 볼 것은 아니어서 보험가입사실증명원은 사기죄의 객체가 되지 아니한다.

**[관련판례 : 대법원 1980.12.9. 80도1177]**

자기가 점유하는 타인의 재물을 횡령하기 위하여 기망수단을 쓴 경우에는 피기망자에 의한 재산처분행위가 없으므로 일반적으로 횡령죄만 성립되고 사기죄는 성립되지 아니한다.

**[관련판례 : 대법원 1987.12.22. 87도2168]**

사기죄는 타인이 점유하는 재물을 그의 처분행위에 의하여 취득함으로써 성립하는 죄이므로 자기가 점유하는 타인의 재물에 대하여는 이것을 영득 함에 기망행위를 한다 하여도 사기죄는 성립하지 아니하고 횡령죄만을 구성한다.

## 나) 재산상의 이익

재산상(財産上)의 이익(利益)은 재물 이외의 재산적 이익(또는 재산가치)을 말하고<sup>25)</sup>, 채무의 제공(담보·노무의 제공, 연고권취득, 채권추심승인 등)과 같은 적극적(積極的) 이익이건 채무의 면제(채무변제의 유예, 채무이행의 연기를 위한 어음발행 등)와 같은 소극적(消極的) 이익이건 불문하며<sup>26)</sup>, 또 영속적 이익이건 일시적 이익이건 불문한다.<sup>27)</sup> 이익의 취득이 사법상 유효할 것도 요하지 않으며, 외관상 재산상의 이익을 취득하였다고 볼 수 있는 사실관계가 있으면 족하다.<sup>28)</sup>

25) 오영근, 전계서, 452면; 배종대, 전계서, 438면.

26) 기망에 의하여 노무의 제공을 받거나, 담보의 제공을 받거나(대법원 1982.10.26. 82도2217; 대법원 1983.2.22. 82도2555), 연고권(緣故權)을 취득하거나(대법원 1972.1.31. 71도1193) 또는 채권추심(債權推尋)의 승인을 받는 경우(대법원 1983.10.25. 83도1520)가 적극적 이익에 해당하며, 채무의 면제를 받거나 채무변제의 유예를 받는 것(대법원 1983.11.8. 83도1723; 대법원 1960.5.11. 4292형상830)이 소극적 이익에 속한다(이재상, 전계서, 295-296면).

27) 재산상의 이익을 취득한 사기죄로서는 예컨대, 채권자를 기망하여 저당권의 실행을 면탈(免脫)한다든가, 또는 역무원을 기망하여 무임승차를 하는 경우이다(정영석, 전계서, 348면).

28) 대법원 1975.5.27. 75도760; 이재상, 전계서, 296면.

**[관련판례 : 대법원 1975.5.27. 75도760]**

형법 347조 소정의 재산상 이익처분은 그 재산상의 이익을 법률상 유효하게 취득함을 필요로 하지 아니하고 그 이익 취득이 법률상 무효라 하여도 외형상 취득한 것이면 족한 것이므로 피전부채권이 법률상으로는 유효한 것이 아니고 전부명령이 효력을 발생할 수 없다 하여도 피전부채권이나 전부명령이 외형상으로 존재하는 한 위 법조 소정의 재산상 이익취득이다.

그러나 이익의 대상은 재산권이어야 한다. 따라서 기망을 수단으로 하여 이익을 취득하였어도 재산상의 이익이 아니면 사기죄는 성립하지 않는다.<sup>29)</sup> 또한 재산상의 이익은 구체적인 이익일 것을 필요로 한다.<sup>30)</sup>

**[관련판례 : 대법원 1982.10.26. 82도2217]**

피고인이 상호신용금고로부터 금 2,000,000원을 차용하기 위해서 2인의 연대채무자가 필요하기 때문에 공소외(갑)으로 하여금 연대채무자가 되게 하기 위하여 차용금중 금 1,000,000원을 동인이 쓰도록 하여 주겠다고 거짓말을 하였고 공소외(갑)은 이를 진실한 것으로 믿고 위 차용금에서 금 1,000,000원을 쓴다는 의도아래 위 차용에 있어서 연대보증인이 되었을 뿐 아니라 위 차용금 지급의 연대가 있을 때에는 즉시 강제집행을 받더라도 이의없음을 인낙한다는 공정증서까지를 작성 차입하였는데 피고인이 위 차용금의 지급을 지체하자 상호신용금고에서 공소외(갑)의 재산에 대하여 강제집행을 하기에 이르렀음이 인정된다면, 공소외(갑)이 피고인의 허언에 기망되어 연대채무를 부담하였기 때문에 피고인이 의도한대로 금 2,000,000원을 차용할 수 있었다는 재산상 불법의 이익을 취득한 것이 되므로 공소외(갑)을 피기망자 및 피해자로 하는 사기죄가 성립한다.

29) 부채자의 재산관리인으로 선임되거나(대법원 1973.9.25. 73도1080) 또는 도로점유허가신청에 있어서 사용자가 누구인가에 대하여 기망하였다는 것(1974.7.23. 74도669)만으로는 재산상의 이익을 취득하였다고 할 수 없다(이재상, 상계서, 296면); 택시 운전사를 기망하여 요금을 지급하지 않고 일정거리를 간 경우에는 재산상 이익이라고 할 수 있지만, 자가용운전자를 기망하여 일정거리를 타고 간 경우에는 재산상의 이익이라고 할 수 없다. ... 은행을 기망하여 지급보증서를 발급받았으나 이를 채권자에게 교부하지 않은 경우(대법원 80도2667)에는 재산상 이익의 취득이 있다고 할 수 없다(오영근, 전계서, 453면); 손동권, 전계서, 356면.

30) 채무변제를 피하기 위하여 도주하거나(대법원 1970.9.22. 70도1016), 단순히 지급보증서를 받은 것(대법원 1982.4.13. 80도2667)만으로 재산상의 이익을 취득하였다고 할 수 없다(이재상, 상계서, 296면); 오영근, 상계서, 453면.

**[관련판례 : 대법원 1995.8.25. 94도2132]**

풀카고트럭 2세트와 카고트럭 4대를 할부로 매입하여 출고받은 뒤 그 할부매매계약의 연대보증인을 구할 수 없자 피해자에게 거짓말을 하여 풀카고트럭 1대에 대한 연대보증용 인감증명서를 교부받은 후, 피해자로부터 그 서류에 대한 반환을 요구받고도 반환하지 않고 있다가 자동차 회사 판매 영업소 직원에게 교부하면서 풀카고트럭 1세트와 카고트럭 4대의 매매계약 연대보증인으로 처리하라고 하여, 피해자를 연대보증 하는 약속어음 공정증서를 작성하게 하고, 피해자를 연대보증인으로 하여 자신이 경영하는 회사와 보증보험회사 간에 그 차량들의 할부판매보증보험계약을 체결하게 함으로써 그 차량매매대금 중 선지급금을 제외한 나머지 금액 상당의 재산상의 이익을 편취한 피고인의 행위를 사기죄로 처단한 원심판결을 수긍 ...

**[관련판례 : 대법원 1985.11.12. 84도984]**

타인을 기망하여 그 소유의 부동산에 저당권을 설정케 하고 이를 담보로 금원을 융자받은 경우, 위와 같은 행위는 피해자의 저당권설정행위라는 재산적 처분행위에 의하여 위 저당권을 담보로 하여 융자받은 금원상당의 재산상이익인 담보가치를 취득한 것이 되므로 이는 위 피해자를 피기망자 및 피해자로 하는 사기죄를 구성한다.

**[관련판례 : 대법원 1972.1.31. 71도1193]**

국유재산법 제22조 제26조 같은 법 시행령 제18조의 규정 등에 의하면 국유 재산의 매각을 전제로 하여 연고권자에게 유상대부 계약을 함에 있어서 허위로 연고권이 있는 것 같이하여 대부계약을 하고 이어 이를 매수한 경우에 있어서는 대부를 받은 자에게 우선 매수권이 있는 것은 아니라 할지라도 사실상 우선적으로 매수할 수 있는 것이므로 대부계약을 받을 때에 관계 공무원을 기망하였다면 사기죄가 된다고

**[관련판례 : 대법원 1983.10.25. 83도1520]**

채권자에게 채권을 추심하여 줄 것같이 속여 채권의 추심승낙을 받아 그 채권을 추심하여 이를 취득하였다면 이는 채권자의 착오에 기한 재산처분행위라고 할 것이므로 이는 사기죄를 구성한다

**[관련판례 : 대법원 1983.11.8. 83도1723]**

채무자가 채권자에 대하여 소정기일까지 지급할 의사와 능력이 없음에도 종전 채무의 변제기를 늦

출 목적에서 어음을 발행 교부한 경우 사기죄가 성립한다.

**[관련판례 : 대법원 1986.10.14. 86도1501]**

… 채무이행을 연기받는 것도 재산상의 이익이 되는 것인즉 …

**[관련판례 : 대법원 1997.7.25. 97도1095]**

사기죄에 있어서 채무이행을 연기받는 것도 재산상의 이익이 되므로, 채무자가 채권자에 대하여 소정기일까지 지급할 의사와 능력이 없음에도 종전 채무의 변제기를 늦출 목적에서 어음을 발행 교부한 경우에는 사기죄가 성립한다.

**[관련판례 : 대법원 2007.3.30. 2005도5972]**

사기죄는 타인을 기망하여 착오에 빠뜨리게 하고 그 처분행위를 유발하여 재물 또는 재산상의 이익을 얻음으로써 성립하는 것인데, 여기서 처분행위라고 하는 것은 재산적 처분행위를 의미하고 그것은 주관적으로 피기망자가 처분의사, 즉 처분결과를 인식하고 객관적으로는 이러한 의사에 지배된 행위가 있을 것을 요하지만( 대법원 1999. 7. 9. 선고 99도1326 판결 등 참조) 반드시 작위에 의할 것임을 요하지는 아니하며, 한편 채무이행을 연기받는 것도 사기죄에 있어서 재산상의 이익이 되므로 채무자가 채권자에 대하여 소정기일까지 지급할 의사나 능력이 없음에도 종전 채무의 변제기를 늦출 목적에서 어음을 발행, 교부한 경우에는 사기죄가 성립한다

## 2) 행위

사기죄의 행위는 사람을 기망하여 재물을 교부받거나, 또는 재산상의 이익을 취득하는 것이다. 행위자의 기망행위는 피기망자에게 착오를 일으킬 것을 필요로 한다.<sup>31)</sup>

### 가) 기망행위

#### (1) 개념 및 정도

---

31) 이재상, 상계서, 296면.

‘기망(欺罔)’이란 ‘사람을 착오에 빠지게 하는 일체의 행위’<sup>32)</sup>, ‘널리 거래관계에서 지켜야 할 신의칙(信義則)에 반하는 행위로서 사람으로 하여금 착오를 일으키게 하는 것’(대법원 1984. 2. 14 83도2995, 대법원 1961. 3. 31 4294형상4, 대법원 1983. 6. 28 83도1013)<sup>33)</sup>를 말한다. 그 착오는 사실에 관한 것이거나 법률관계에 관한 것이거나 법률효과에 관한 것이거나를 묻지 않고 반드시 법률행위의 내용의 중요부분에 관한 것일 필요도 없으며 그 수단과 방법에도 아무런 제한이 없다(대법원 83도2995). 어떤 행위가 다른 사람을 착오에 빠지게 한 기망행위에 해당하는가의 여부는 거래의 상황, 상대방의 지식, 경험, 직업 등 행위 당시의 구체적 사정을 고려하여 일반적, 객관적으로 결정하여야 한다(대법원 91도2746).<sup>34)</sup>

기망행위의 대상이 사실(事實)인가 아니면 가치판단(價値判斷)을 필요로 하는가에 대한 논의가 있다. 사실이란 증명할 수 있는 과거와 현재의 상태를 말하지만 미래의 사실은 제외한다. 여기의 사실에는 외적 사실은 물론이고 내적 사실도 포함된다.<sup>35)</sup> 사실은 객관적으로 확정될 수 있는 현상의 의미하며, 가치판단은 개인적이나 주관적으로 해석될 수 있는 것을 말한다.<sup>36)</sup>

기망에는 상대방이 이미 착오에 빠져 있는 것을 이용하는 경우도 포함한다. 착오는 반드시 법률행위의 내용의 중요부분에 관한 착오에 한하지 않고 사실에 관한 착오도 포함한다. 따라서 착오로 인한 의사표시가 민법상 취소할 수 있다고 하여도<sup>37)</sup> 사기죄의 성립에는 영향이 없다.

32) 정영석, 전계서, 349면; 오영근, 전계서, 454면.

33) 이재상, 전계서, 296면.

34) 오영근, 전계서, 454면.

35) 손동권, 전계서, 357면.

36) 통설은 기망행위의 대상으로 사실뿐만 아니라 가치판단에 대하여도 기망이 가능하다고 해석한다. … 순수한 가치판단 내지 의견의 진술은 기망행위의 대상에서 제외하는 것이 옳다. … 따라서 화가의 그림을 보고 아름답다고 하거나 순수한 법적 의견을 진술하는 것은 기망행위가 될 수 없다(이재상, 전계서, 296-297면).

기망의 수단·방법에는 제한이 없으며, 문서·언어 또는 동작에 의하건 불문한다. 즉 위조문서의 행사한다든가 자산가(資産家)라고 사칭하는 것 또는 부정한 도량형기(度量衡器)의 사용 등이 기망에 해당한다.<sup>38)</sup>

또 기망행위는 반드시 적극적으로 허위의 사실을 고지하는 등의 작위임을 요하지 아니하고, 진실한 사실을 묵비(黙秘)·은폐(隱蔽)하는 등의 부작위의 경우도 포함한다. 사기죄에 있어서 기망의 개념에 관하여 대법원은 “무릇 사기죄의 요건으로서의 기망은 널리 재산상의 거래관계에 있어서 자타 상호간 지켜야 할 신의와 성실의 의무를 위배하는 것이므로 기망으로서의 행위는 매양 반드시 적극적·능동적임을 요하는 것이 아니요, 가사 약속에 부합하는 지급방법이 없이 재물을 공여케 하는 행위도 본죄 구성의 요건으로서의 기망에 의한 편취로 인정할 수 있다”고 판시하고 있다.<sup>39)</sup>

부작위로 인한 기망은 진실의 묵비(黙秘)와 같이 상대방이 이미 착오에 빠지고 있는 것을 알면서 고의로 진실을 고지하지 않은 것을 말한다. 대법원은 “137평의 대지의 매도인은 그 중 30평 내외가 사실상 도로로 사용되고 있는 사실을 매수인에게 고지할 의무가 있다”고 하고 있다.<sup>40)</sup> 다만 이 경우에 부작위로 인한 사기죄가 성립하기 위해서는 행위자가 상대방에게 진실을 고지할 법률상의 의무가 있어야 하나, 이 고지의무는 거래에 있어서의 신의성실의 원칙에 의하여 요구된다고 인정되는 경우가

37) 제109조 (착오로 인한 의사표시)

- ① 의사표시는 법률행위의 내용의 중요부분에 착오가 있는 때에는 취소할 수 있다. 그러나 그 착오가 표의자의 중대한 과실로 인한 때에는 취소하지 못한다.
  - ② 전항의 의사표시의 취소는 선의의 제삼자에게 대항하지 못한다.
- 제110조 (사기, 강박에 의한 의사표시)
- ① 사기나 강박에 의한 의사표시는 취소할 수 있다.
  - ② 상대방없는 의사표시에 관하여 제삼자가 사기나 강박을 행한 경우에는 상대방이 그 사실을 알았거나 알 수 있었을 경우에 한하여 그 의사표시를 취소할 수 있다.
  - ③ 전2항의 의사표시의 취소는 선의의 제삼자에게 대항하지 못한다.

38) 정영석, 전계서, 349면.

39) 대법원 1961.3.31. 4294형상4; 정영석, 상계서, 349면.

40) 대법원 1971.7.27. 71도977; 정영석, 상계서, 349면.

면 족하다.

예컨대 저당권이 설정등기되어 있는 사실을 묵비하고 당해 부동산을 보통가격으로 양도한다든가<sup>41)</sup>, 상대방이 착오로 여분의 거스름돈을 주는 줄 알면서 이를 영득한다든가, 또는 피보호자의 병질을 묵비하고 보험계약을 체결하는 경우, 또는 지급의사 및 그 능력이 없는데도 불구하고 그것이 있는 것처럼 가장하고 음식물을 주문한다든가 숙박한다든가 하는 이른바 무전취식·무전숙박의 경우는 부작위로 인한 사기죄를 구성한다.<sup>42)</sup>

**[관련판례 : 대법원 1974.3.12. 74도164]**

제3자에게 경락허가결정이 된 부동산을 그런 사실을 묵비한채 전세를 놓았다면 경락허가 사실의 불고지는 사기죄에 해당한다.

**[관련판례 : 대법원 1983.3.22. 82도2837]**

부동산매매에 있어서 매수인이 매매목적물의 소송계속 사실을 모르고 그 대금을 교부하려는 경우

41) 대법원은 “담보제공된 부동산의 매도인이 담보제공사실을 매수인에게 소극적으로 고지하지 아니한 것(묵비)은 기망행위로 볼 수 없다” (대법원 1970.5.26. 70도481), “부동산매매에 있어서 저당권설정등기된 사실을 고지하지 아니하였더라도 상대방을 기망하기 위하여 적극적으로 동사실을 은폐한 것이 아니고 매수인이 동등기사실을 알았다면 위 매매계약을 체결하지 아니하였으리라는 사정이 없으면 동불고지는 기망행위가 되지 아니 한다” (대법원 1972.3.28. 72도255)라고 하여 사기죄의 성립을 부정하였다. 그러나 “토지를 매매함에 있어서 채무담보를 위한 가등기와 저당권설정등기가 경료되어 있는 사실을 숨기고 이를 고지하지 아니하여 매수인이 이를 알지 못한 탓으로 그 토지를 매수하였다면 이는 사기죄를 구성 한다” (대법원 1981.8.20. 81도1639; 대법원 1973.3.12. 74도164)고 판결도 있다(정영석, 상계서, 350면 주)34 재인용).

42) 학설로서는, 이른바 무전취식 내지 무전숙박을 작위로 인한 기망으로 이해하려는 견해도 있다. 그 논거로서 특히 금전을 소지한다는 취지 또는 지급의사가 있다는 취지의 허위사실을 고지하지 아니하더라도 지급의사가 없는 데 불구하고 음식물을 주문한다든가, 또는 숙박하는 행위 그 자체에 의하여 사회관념상으로는 금전의 소지 또는 지급의사의 존재를 고지한 것과 동일한 의미를 가진다고 생각할 수 있기 때문에, 음식의 주문 내지 숙박의 청약을 하는 행위에 의하여 이미 작위로 인한 기망행위가 있다고 이해할 것이라고 한다. 그러나 「경범죄처벌법」 제1조 제51호와의 관계상 그 정도가 경한 경우에는 사기죄의 적용이 없다고 할 것이다 (정영석, 상계서, 350면).

에 신의성실을 원칙으로 하는 거래의 필요상 매도인측은 이를 매수인에게 고지할 법률상 의무 있다고 할 것이므로 매수인이 소송계속중인 사실을 알았다면 매수하지 아니할 것으로 보여지는 경우에 소송계속 사실을 숨기고 매도하여 그 대금을 교부받았다면 사기죄가 성립하고, 매도인이 매수인에게 소유권이전등기를 넘겨준 여부 등 현실적으로 매수인의 재산상의 손해여부는 사기죄의 성립에 아무런 소장이 없다.

**[관련판례 : 대법원 1985.3.26. 84도301]**

매매에 있어서 매수인이 알았다면 매수하지 아니할 것이 거래의 경험칙상 명백한 사실에 대하여는 매도인은 신의성실의 원칙에 따라 이를 상대방에게 고지할 법률상 의무가 있다고 보아야 할 것이므로 제3자가 매도인을 상대로 대지 및 지상건물에 대한 명도소송을 제기하여 계속중이고 점유이전금지가처분까지 되어 있는 사실을 매수인이 알았다면 거래의 경험칙상 위 대지를 매수하지 아니하였을 것이 분명하므로 신의성실의 원칙에 따라 매도인은 위와 같은 소송관계를 매수인에게 고지할 법률상 의무가 있다.

**[관련판례 : 대법원 1991.12.24. 91도2698]**

- 가. 부동산을 매매함에 있어서 매도인이 매수인에게 매매와 관련된 구체적 사정을 고지하지 아니함으로써, 매수인이 매매목적물에 대한 권리를 확보하지 못할 위험이 생길 수 있음을 알면서도, 매수인에게 그와 같은 사정을 고지하지 아니한 채 매매계약을 체결하고 매매대금을 교부받는 한편, 매수인은 그와 같은 사정을 고지받았더라면 매매계약을 체결하지 아니하거나 매매대금을 지급하지 아니하였을 것임이 경험칙상 명백한 경우에는, 신의성실의 원칙상 매도인에게 그와 같은 사정에 관한 고지의무가 있다고 할 것이므로, 매도인이 매수인에게 그와 같은 사정을 고지하지 아니함은 사기죄의 구성요건인 기망에 해당한다.
- 나. 부동산의 이중매매에 있어서 매도인이 제1의 매매계약을 일방적으로 해제할 수 없는 처지에 있었다는 사정만으로는, 바로 제2의 매매계약의 효력이나 그 매매계약에 따르는 채무이행, 또는 제2의 매수인의 매매목적물에 대한 권리의 실현에 장애가 된다고도 볼 수 없는 것이므로 매도인이 제2의 매수인에게 그와 같은 사정을 고지하지 아니하였다고 하여 제2의 매수인을 기망한 것이라고 할 수 없다.

**[관련판례 : 대법원 2008.5.8. 2008도1652]**

부동산을 매매함에 있어서 매도인이 매수인에게 매매와 관련된 어떤 구체적인 사정을 고지하지 아니함으로써, 장차 매매의 효력이나 매매에 따르는 채무의 이행에 장애를 가져와 매수인이 매매목

적물에 대한 권리를 확보하지 못할 위험이 생길 수 있음을 알면서도, 매수인에게 그와 같은 사정을 고지하지 아니한 채 매매계약을 체결하고 매매대금을 교부받는 한편, 매수인이 그와 같은 사정을 고지받았더라면 매매계약을 체결하지 아니하거나 매매대금을 지급하지 아니하였을 것이 경형칙상 명백한 경우에는, 신의성실의 원칙상 매수인에게 미리 그와 같은 사정을 고지할 의무가 매도인에게 있다고 할 것이므로, 매도인이 매수인에게 그와 같은 사정을 고지하지 아니한 것은 사기죄의 구성요건인 기망에 해당한다고 할 것이지만, 매매로 인한 법률관계에 아무런 영향도 미칠 수 없는 것이어서 매수인의 권리실현에 장애가 되지 아니하는 사유까지 매도인이 매수인에게 고지할 의무가 있다고는 볼 수 없는 것인바, 부동산의 이중매매에 있어서 매도인이 제1의 매매계약을 일방적으로 해제할 수 없는 처지에 있었다는 사정만으로는, 바로 제2의 매매계약의 효력이나 그 매매계약에 따르는 채무의 이행에 장애를 가져오는 것이라고 할 수 없음은 물론, 제2의 매수인의 매매목적물에 대한 권리의 실현에 장애가 된다고 볼 수도 없는 것이므로 매도인이 제2의 매수인에게 그와 같은 사정을 고지하지 아니하였다고 하여 제2의 매수인을 기망한 것이라고 평가할 수는 없을 것이다( 대법원 1991. 12. 24. 선고 91도2698 판결, 대법원 2005. 11. 25. 선고 2005도5021 판결 참조).

#### [관련판례 : 대법원 1998.4.14. 98도231]

- [1] 재산권에 관한 거래관계에 있어서 일방이 상대방에게 그 거래에 관련한 어떠한 사항에 대하여 고지하지 아니함으로써 장차 계약상의 목적물에 대한 권리를 확보하지 못할 위험이 생길 수 있음을 알면서도 이를 상대방에게 고지하지 아니하고 거래관계를 맺어 상대방으로부터 재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 받고, 상대방은 그와 같은 사정에 관한 고지를 받았더라면 당해 거래관계를 맺지 아니하였을 것이 경형칙상 명백한 경우에는 그 재물의 수취인은 신의성실의 원칙상 상대방에게 그와 같은 사정에 대한 고지의무가 있다 할 것이고, 재물의 수취인이 이를 고지하지 아니한 것은 고지할 사실을 묵비함으로써 상대방을 기망한 것이 되어 사기죄를 구성한다.
- [2] 중고 자동차 매매에 있어서 매도인의 할부금융회사 또는 보증보험에 대한 할부금 채무가 매수인에게 당연히 승계되는 것이 아니라는 이유로 그 할부금 채무의 존재를 매수인에게 고지하지 아니한 것이 부작위에 의한 기망에 해당하지 아니한다.

#### [관련판례 : 대법원 2008.5.8. 2008도1652]

부동산을 매매함에 있어서 매도인이 매수인에게 매매와 관련된 어떤 구체적인 사정을 고지하지 아니함으로써, 장차 매매의 효력이나 매매에 따르는 채무의 이행에 장애를 가져와 매수인이 매매목적물에 대한 권리를 확보하지 못할 위험이 생길 수 있음을 알면서도, 매수인에게 그와 같은 사정

을 고지하지 아니한 채 매매계약을 체결하고 매매대금을 교부받는 한편, 매수인이 그와 같은 사정을 고지받았더라면 매매계약을 체결하지 아니하거나 매매대금을 지급하지 아니하였을 것이 경험칙상 명백한 경우에는, 신의성실의 원칙상 매수인에게 미리 그와 같은 사정을 고지할 의무가 매도인에게 있다고 할 것이므로, 매도인이 매수인에게 그와 같은 사정을 고지하지 아니한 것은 사기죄의 구성요건인 기망에 해당한다고 할 것이지만, 매매로 인한 법률관계에 아무런 영향도 미칠 수 없는 것이어서 매수인의 권리실현에 장애가 되지 아니하는 사유까지 매도인이 매수인에게 고지할 의무가 있다고는 볼 수 없는 것인바, 부동산의 이중매매에 있어서 매도인이 제1의 매매계약을 일방적으로 해제할 수 없는 처지에 있었다는 사정만으로는, 바로 제2의 매매계약의 효력이나 그 매매계약에 따르는 채무의 이행에 장애를 가져오는 것이라고 할 수 없음은 물론, 제2의 매수인의 매매목적물에 대한 권리의 실현에 장애가 된다고 볼 수도 없는 것이므로 매도인이 제2의 매수인에게 그와 같은 사정을 고지하지 아니하였다고 하여 제2의 매수인을 기망한 것이라고 평가할 수는 없을 것이다( 대법원 1991. 12. 24. 선고 91도2698 판결, 대법원 2005. 11. 25. 선고 2005도5021 판결 참조).

다만 판례는 타인의 부동산을 담보로 금전을 대부받으면서 부동산 소유자에게 그 중 일부를 빌려 주겠다고 한 약속을 지키지 않고 혼자 써버린 사례에 대하여 착오에 의한 재산적 처분행위가 없었다고 하여 사기죄의 성립을 인정하지 않고 있다.<sup>43)</sup>

#### [관련판례 : 대법원 1981.10.13. 81도2129]

갑에게 그 소유 부동산을 담보로 제공하여 주면 제3자로부터 금 300만원을 대부받아 그 중금 100만원을 차용하여 주겠다고 거짓말하여 제3자에게 근저당권을 설정하여 주고 금 300만원을 대부받은 후 그 전부를 피고인 혼자 쓴 경우에 위 금원의 교부는 갑이나 위 제3자의 착오에 의한 재산적 처분행위라고 할 수 없으므로 피고인이 위 금 300만원을 편취하였다고 할 수 없다.

또 착오가 상대방의 과실과 경합한 경우에도 사기죄로 된다. 예컨대, 서화(書畵)·골동품 등을 매도하는 경우에 진품이라고 믿게 할 만한 거짓말을 한 때에는 설령 상대방이 자기의 감식을 과신하여 판단을 그르쳤더

43) 정영석, 상계서, 350면.

라도 사기죄가 성립한다.

기망행위가 있더라도, 그것이 거래의 관행상 보통 인정되어 있는 범위에 속하는 경우에는 사기죄로 되지 아니한다. 즉, 상거래에 있어서는 어느 정도의 과장·은폐는 상관행(商慣行)으로 일반적으로 시인되어 있으므로, 이른바 상인사령(商人辭令, salesman story)의 한도를 넘지 아니하는 기망행위는 다소 상대방으로 하여금 착오를 일으키게 하였더라도 별할 정도의 위법성은 결여한다고 보아야 할 것이다. 예컨대, 고미술품 등 상품의 가치를 다소 과장하여 매매하는 경우이다. 그러나 ‘어음’이 부도로 될 것을 예견하면서 그것을 묵비하여 그 ‘어음’의 금품의 교부를 받는 것은 사기죄로 된다. 여기에서 실제상 문제가 되는 것은, 과대광고는 사기죄를 구성할 것인가이다. 과대광고와 같이 예컨대 상인 기타의 영업자가 공중에 대하여 물품을 판매하고, 또는 반포하는 데 있어서 과대의 형용어를 사용하여 그 상품 또는 업무를 과대표시하는 것은 거래의 관행상 보통 인정되는 범위에 속하는 한, 반드시 기망행위라고는 할 수 없다. 그러나 상관행상으로 인정되는 범위를 넘어 기망의 의사로써 구체적 사실을 허구하여, 사람으로 하여금 물품의 가치판단을 그릇되게 하여 매수의 결의를 하게 하는 행위는 사기죄의 성립을 인정하여야 할 것이다. 대법원은 “상거래에 있어서 중등품을 상등품이라고 호칭하는 것과 원가를 실구입가격에 5할을 가산하여 호칭하는 것은 상거래의 관행상 기망행위에 해당한다고 할 수 없다”(대법원 1960. 7. 6 4293형상374)고 하고 있다.<sup>44)</sup>

기망행위와 ‘상대방의 착오’ 및 ‘재물의 교부 또는 재산상 이익의 공여’와의 사이에는 순차적으로 인과관계가 있음을 요한다. 즉 상대방을 기망하여 상대방으로 하여금 착오에 빠지게 하고, 그 착오로 인하여 상대방이 재물을 교부하거나 재산상의 이익을 공여하여야 사기죄가 성립한

44) 정영석, 상계서, 351면.

다.<sup>45)</sup>

따라서 사기행위가 기수로 되려면 이러한 2단계의 구체적 인과관계의 연쇄가 필요하다. 이 연쇄가 끊어지면, 설령 재물의 교부 또는 재산상의 이익의 공여가 있더라도 사기죄의 기수로 되는 것이 아니다. 예컨대, 사기죄의 착수로서 상대방을 기망하더라도 상대방이 착오에 빠지지 아니하고 상대방이 동정 등 다른 동기로 재물을 교부하였을 경우에는 사기죄는 미수로 될 뿐이다.

그러나 기망행위와 재물교부 또는 재산상 이익의 공여와의 사이에 인과관계가 있는 이상, 상대방의 과실로 인한 경우에도 본죄가 성립한다. 예컨대, 구리반지에 교묘하게 기공을 가하여 금반지인 것처럼 보이게 함으로써 그 감식을 그릇되게 하여 이를 매각하는 경우도 사기죄로 된다.

기망은 반드시 재산상의 피해자에 대하여 가함을 요하지 아니한다. 즉, 피기망자와 재산상의 피해자가 동일인이 아니라도 기망과 재물의 교부 또는 재산상의 이익의 공여와의 사이에 인과관계가 있으면 사기죄는 성립한다. 다만 피해자 이외의 제3자를 기망하는 경우에 이러한 인과관계가 있다고 하려면, 그 피기망자가 사기의 목적으로 되어 있는 재물 또는 재산상의 이익에 관하여 사실상 또는 법률상 이를 처분할 수 있는 권한 또는 지위에 있음을 필요로 할 것이다. 예컨대, 대리인을 기망하여 본인의 재물을 사취한다든가, 법원을 기망하여 승소의 판결을 얻어 패소자로 하여금 재물을 교부하게 하거나 재산상의 이익을 공여하게 하는 경우이다.<sup>46)</sup>

45) 대법원 1966.10.18. 66도805

46) 대법원은 법원을 기망하여 승소판결을 받아 소유권이전등기를 한 경우 사기죄의 성립을 인정하였으나(1967.6.27. 67도723; 1969.2.14. 68도1301), 등기공무원을 기망하여 허위의 보존등기를 하게 한 경우에 대하여 재산상 처분권한 있는 자의 처분행위가 없다고 하여 사기죄의 성립을 부정하고 있다(1982.2.9. 81도944)(정영석, 전거서, 352면).

**[관련판례 : 대법원 1982.2.9. 81도944]**

피고인 소유가 아닌 부동산에 대하여 피고인 소유인 것처럼 보존등기신청을 하여 그 정을 모르는 등기공무원으로 하여금 그 등기를 하게 한 경우에 등기공무원의 위 행위는 재산상 처분권한 있는 자의 처분행위라고 볼 수 없으므로 피고인의 위 소위는 사기죄를 구성하지 아니한다.

또 이러한 인과관계가 있는 이상, 기망자와 재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 취득하는 자와는 반드시 동일인임을 요하지 아니한다. 다만 이 경우에 사기죄가 성립하려면, 기망자와 수익자와는 특수한 관계가 있어야 할 것이다. 즉, 수익자는 기망자의 사자(使者)·대리인이거나 또는 기망자가 특히 수익하게 하려는 제3자이어야 할 것이다. 또 같은 이유로 기망행위도 반드시 범인자신이 직접 하지 않고 간접적으로 정을 알지 못하는 제3자를 통하여 하더라도 무방하다.<sup>47)</sup>

**(2) 재물의 교부**

‘재물의 교부를 받는다’란 기망된 상대방의 착오에 기한 의사(하자있는 의사)에 기하여 재물을 교부하게 하고 이를 수취(收取)하는 것을 말한다. 이 점에서 상대방의 의사에 반하여 재물을 탈취하는 절취·강취(強取)와 구별된다.<sup>48)</sup>

사람을 기망하여 재물을 포기하게 하고 이를 습득하는 경우에는 문제가 된다. 이에 관하여는 절도죄설, 점유이탈물횡령죄설 및 사기죄설 등이 대립되어 있다. 이 경우는 상대방의 하자있는 의사에 기하여 그 재물의 점유를 포기케 하는 재산처분행위가 존재하므로, 교부에 준하여 사기죄로 이해함이 타당하다고 본다.<sup>49)</sup>

47) 정영석, 상계서, 352면.

48) 따라서 사람을 기망하여 주의를 딴 데로 돌리게 하여 그 틈을 타서 재물을 탈취하는 경우는 기망행위는 있더라도 상대방의 의사에 기한 재물의 교부행위(하자있는 의사에 기한 처분행위)가 없으므로 사기죄로 되지 않고 절도죄로 된다(정영석, 상계서, 352면).

49) 정영석, 상계서, 352면.

또 법원을 기망하여 그 공권력에 의하여 재물을 취득한 경우로서 법원을 기망하여 승소의 판결을 받았으므로 상대방이 할 수 없이 재판에 복종하여 재물을 제공한 경우나, 이에 의하지 아니하였기 때문에 강제집행을 당하였을 경우에는 약간의 의문이 없지 않으나 교부에 준할 것으로 본다.<sup>50)</sup>

### [관련판례 : 대법원 1973.11.27. 73도1301]

피고인은 피해자가 공소외 "갑"을 상대로 이 사건 건물에 관한 소유권이전등기절차이행 청구소송을 제기하여 승소로 확정되자, 이 판결의 집행을 모면할 양으로 매매를 가장하여 위 "갑"으로부터 공소외 "을"명으로 소유권이전등기를 마친 다음 이러한 허위내용을 청구원인으로 하여 위 등기명의자 "을"의 이름으로 피해자를 상대로 가옥명도 청구소송을 제기하고 법원으로부터 승소판결을 받아 명도집행을 완료하였다면 사기죄의 기수가 된다.

### (3) 재산상의 이익의 취득

‘재산상의 이익의 취득’이란 착오에 기한 상대방의 재산적 처분에 의하여 재물 이외의 재산적 이익을 취득하는 것을 말한다. 그 재산상의 이익은 적극적 이익이건 소극적 이익이건 불문한다. 예컨대, 채권자를 기망하여 채무의 면제를 받는다면, 또는 채무이행에 대한 연기의 승낙을 얻는 것은 소극적 이익의 예이다. 기타 유효한 승차권 없이 승차를 용인케 하여 수송의 이익을 얻는다면, 전기계량기를 역전(逆戰)케 하여 요금의 지급을 면하는 경우는 기망행위로서 재산상의 이익을 취득한 경우이다.<sup>51)</sup>

50) 정영석, 상계서, 352-252면.

51) 재물의 교부와 마찬가지로 입장권 없이 극장에 들어간다면 철도승무원이 환눈을 파는 사이에 개찰구를 통과하여 무임승차를 한 경우에는 상대방의 의사에 기한 재산적 처분행위가 없으므로 사기죄의 성립이 부정되며, 그 객체가 재산상 이익이므로 절도죄도 성립하지 아니한다(정영석, 상계서, 353면).

## 나. 주관적 구성요건

### 1) 고의

사기죄의 ‘고의(故意)’는 사람을 기망하여 재물을 교부받거나 또는 재산상의 이익을 취득한다는 것에 대한 인식이다. 통설·판례는 이러한 일반적 고의 이외에 다시 행위자의 주관적 요건으로서 불법영득의 의사가 필요하다고 하나, 이러한 영득의 의사가 반드시 필요한 것은 아니라고 본다. 따라서 반환 또는 배상할 의사의 유무, 또는 현실로 배상하였건 아니하였건 사기죄의 성립에는 영향이 없다. 다만 고의에 의한 기망이 필요하므로 예컨대 아무런 기망수단도 사용하지 않고 차금(借金)의 당시에 진실로 변제할 의사로써 금전을 교부받은 후에 변제할 수 없게 되었을 경우에는, 이른바 단순채무불이행에 불과하고 사기죄로는 되지 아니한다. 그러나 처음부터 변제의 의사가 없는데도 불구하고 변제한다고 하여 차금한 경우에는 사기죄로 된다.<sup>52)</sup>

### 2) 불법영득의 의사

사기죄는 전체로서의 재산을 보호법익으로 하는 범죄이므로 주관적 구성요건으로 고의 이외에 자기 또는 제3자에게 불법한 재산상의 이익을 취득하게 하는 것을 내용으로 하는 불법이득의 의사 또는 불법영득의 의사(재물인 경우)가 있어야 한다.<sup>53)</sup>

## 3. 사기죄의 유형

52) 정영석, 상계서, 353-354면.

53) 대법원 1957.5.3. 4290형상71; 대법원 1960.6.8. 4292형상321; 이재상, 전계서, 310면.

사기죄의 기본적 구성요건은 제347조의 단순사기죄이며, 컴퓨터등사용사기죄, 준사기죄, 편의시설부정이용죄, 부당이득죄는 사기죄와 유사한 형태의 범죄이다.

### 가. 단순사기죄

단순사기죄는 “타인을 기망하여 재물을 교부를 받거나 재산상의 이익을 취득하거나(제347조 제1항), 또는 제3자로 하여금 재물의 교부를 받게 하거나 재산상의 이익을 취득하게 함”(제347조 제2항)으로써 성립하는 범죄이다.

사기죄에 대한 처벌은 10년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금이며(제347조), 미수범은 처벌한다(제352조). 10년 이하의 자격정지를 병과할 수 있다(제353조).

### 나. 컴퓨터등사용사기죄

컴퓨터등사용사기죄는 “컴퓨터 등 정보처리장치에 허위의 정보 또는 부정한 명령을 입력하거나 권한 없이 정보를 입력·변경하여 정보처리를 하게 함으로써 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 취득하게 함으로써(제347조의2) 성립하는 범죄이다.

컴퓨터등사용사기죄에 대한 처벌은 10년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금이며(제347조의2), 미수범은 처벌한다(제352조). 10년 이하의 자격정지를 병과할 수 있다(제353조).

### 다. 준사기죄

준사기죄는 “미성년자의 지려천박 또는 사람의 심신장애를 이용하여 재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 취득하거나(제348조 제1항), 또

는 제3자로 하여금 재물의 교부를 받게 하거나 재산상의 이익을 취득하게 함” (제348조 제2항)으로써 성립하는 범죄이다.

준사기죄에 대한 처벌도 사기죄와 같이 10년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금이며(제347조), 미수범은 처벌한다(제352조). 10년 이하의 자격정지를 병과할 수 있다(제353조).

준사기죄는 사기죄에 대한 보충적 규정으로서 미성년자의 지려(知慮) 천박(淺薄) 또는 사람의 심신장애를 이용하여 점유하고 있는 재물을 교부케 하거나 재산상의 이익을 취득하는 것은 타인을 기망하지 않더라도 기망한 것과 동일한 의미를 갖게 되므로 사기죄에 준한 범죄로 인정하고 있는 것이다. 만약 기망을 수단으로 한다면 당연히 제347조의 사기죄가 성립하며, 의사능력이 없는 유아나 정신병자로부터 재물을 취득하는 경우에는 절도죄가 된다.<sup>54)</sup>

## 라. 편의시설부정이용죄

편의시설부정이용죄는 “부정한 방법으로 대가를 지급하지 아니하고 자동판매기, 공중전화 기타 유료자동설비를 이용하여 재물 또는 재산상의 이익을 취득함” (제348조의2)으로써 성립하는 범죄이다.

편의시설부정이용죄에 대한 처벌은 3년 이하의 징역, 500만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료이며, 미수범은 처벌한다(제352조). 10년 이하의 자격정지를 병과할 수 있다(제353조).

## 마. 부당이득죄

부당이득죄는 “사람의 궁박한 상태를 이용하여 현저하게 부당한 이익을 취득하거나(제349조 제1항), 제3자로 하여금 부당한 이익을 취득하

54) 정영석, 상계서, 357-358면.

게 함” (제349조 제2항)으로써 성립하는 범죄이다.

부당이득죄에 대한 처벌은 3년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금이며, 10년 이하의 자격정지를 병과할 수 있다(제353조).

부당이득죄는 기망수단으로 상대방의 착오에 기한 하자있는 처분행위에 의한 재물의 교부 또는 재산상의 이익의 공여를 취득하는 것이 아니므로 본래의 의미에 있어서의 사기죄는 아니다.<sup>55)</sup>

‘궁박(窮迫)한 상태’는 반드시 경제적인 면만으로 평가하는 것이 아니고, 정신적이건 육체적이건 불문하여 평가한다. 즉 무지나 경솔, 판단능력의 흠결 또는 의사박약, 약점이용 등을 이용한 경우를 의미한다. 궁박한 상태에 이르게 된 원인의 여하도 불문하므로 궁박한 상태를 자기 스스로 초래하건 타인이나 자연력에 의한 것이건 불문한다. 또한 궁박한 상태가 객관적으로 존재하지 않고 단지 상상에 의한 궁박한 상태의 이용도 무방하다.<sup>56)</sup>

‘현저하게 부당한 이익의 취득’이란 행위시의 구체적 사정에 대하여 법관이 객관적으로 판단하여나 한다. 예컨대, 병원에 가서 치료를 받을 여유가 없는 환자에게 의료약품을 시가에 비하여 높은 가격으로 팔아 폭리를 취하는 경우가 있다.

## 바. 상습사기죄

상습사기죄는 “상습으로 사기죄·컴퓨터사용사기죄·준사기죄·편의시설 부정이용죄·부당이득죄를 범함” (351조)으로써 성립하는 범죄이다.

상습사기죄를 범한 자는 그 죄에 정한 형의 2분의 1까지 가중한다(351조). 미수범은 처벌한다(제352조). 10년 이하의 자격정지를 병과할 수

55) 상대방의 궁박한 상태를 이용하여 부당한 이익을 취득하는 점에서 사기죄의 태양으로 규정하고 있다(정영석, 상계서, 358면).

56) 정영석, 상계서, 358면.

있다(제353조).

## 제2절 횡령죄에 대한 판례분석

### 1. 횡령죄의 의의와 본질

#### 가. 횡령죄의 의의

횡령죄는 타인의 재물을 보관하는 자가 그 재물을 횡령하거나 그 반환을 거부하는 것을 내용으로 하는 범죄이다.<sup>57)</sup> 따라서 횡령죄는 재산죄 중 재물만을 객체로 하는 순전한 재물죄이다.

횡령죄는 자기가 보관(점유)하는 타인의 재물에 대한 죄인 점에서 타인이 점유하는 재물에 대한 죄인 절도죄·강도죄·사기죄 및 공갈죄 등의 탈취죄와 다르다. 또 횡령죄와 배임죄는 타인의 위탁에 기한 임무에 위배하는 배신적 행위로 인하여 타인에게 재산적 손해를 가하는 것을 그 본질적 요소로 하나, 다만 양자의 구별의 요점은 횡령죄는 자기가 보관하는 타인의 재산을 횡령함으로써 성립하는 데 대하여, 배임죄는 재물이외의 재산상의 이익을 취득함으로써 타인의 재산상태 일반에 손해를 가하는 점에 있다. 따라서 양자의 차이는 침해의 객체의 성질에 관한 것, 즉 횡령죄의 객체는 개개의 특정한 재물이고, 배임죄의 객체는 재물이외의 일반 재산적 이익이라는 점에 있다.

즉 횡령죄와 배임죄는 타인의 신임관계를 위배한다는 배신성을 본질로 하는 동일성질의 범죄이고 횡령죄의 규정과 배임죄의 규정은 특별법·일

57) 오영근, 전계서, 524면.

반법 관계에 서게 된다. 따라서 횡령죄의 구성요건을 실현하는 행위는 당연히 배임죄의 구성요건을 충족하게 될 것이나, 횡령죄가 성립하는 한 배임죄는 성립하지 아니한다. 요컨대, 횡령죄는 개개의 특정한 재물에 관하여 성립하는 데 대하여, 배임죄는 횡령죄가 성립하는 경우를 제외한 재산상의 일반적 이익에 관하여 성립하는 범죄라고 할 수 있다.

## 나. 횡령죄의 본질

횡령죄의 본질에 대하여 학설은 월권행위설, 영득행위설, 절충설로 나뉘고 있다.

### 1) 월권행위설

월권행위설(越權行爲說)은 횡령죄의 본질을 자기가 보관하는 타인의 위탁물에 대해 위탁자의 신임을 저버리고 권한을 초과하는 불법적 처분을 하는 데 있다고 하는 입장으로 불법처분설(不法處分說)이라고도 한다. 58)

### 2) 영득행위설

영득행위설(領得行爲說)은 횡령죄의 본질을 타 재물죄와 같이 위탁받은 타인의 물건을 위법하게 영득할 때 성립한다고 보는 입장이다. 그러므로 불법영득의사가 수반되지 않은 보관물의 소유권을 침해하는 행위는 횡령죄가 되지 않는다. 59)

58) 월권행위설에 의하면 위탁을 하게 된 신임관계를 파괴하는 일정한 월권행위, 배신행위만 있으면 횡령죄는 성립하게 되고 별도로 불법영득의사가 존재해야 할 필요는 없다. 그러므로 일시 사용의 목적으로 위탁물을 처분하거나 손과은닉의사로 처분하더라도 횡령죄는 성립하게 된다(배중대, 전게서, 506면).

59) 영득행위설은 월권행위설보다 횡령죄의 성립범위를 제한하는 특성을 가지고 있다(배중대, 상계서, 506면).

### 3) 절충설

절충설은 월권행위설과 영득행위설을 절충하는 입장으로 위탁자의 신임관계를 저버리는 배신행위로써 타인의 물건을 불법영득하는 데 그 본질이 있다고 보는 입장이다. 따라서 불법영득의사가 수반된 배신행위가 횡령행위라고 보는 것이다.<sup>60)</sup> 대법원의 입장이다.

## 2. 횡령죄의 구성요건

### 가. 객관적 구성요건

#### 1) 주체

횡령죄의 주체는 타인의 재물을 관리하는 자에 한한다. 따라서 횡령죄는 (진정)신분범에 해당한다. 횡령죄가 신뢰관계에 대한 배신행위를 전제로 한다는 점에서 ‘타인의 재물을 보관하는 자’란 ‘위탁관계 내지 신임관계에 의하여’ 타인의 재물을 보관하는 자를 의미한다.<sup>61)</sup>

#### 가) 위탁관계

횡령죄에 있어서 보관의 근거는 위탁관계 내지 신임관계에 의한 것임을 요하게 된다. 위탁관계에 의하지 않은 경우 타인의 재물을 보관하는 자가 이를 영득한 때에는 점유이탈물횡령죄가 성립할 수 있다.<sup>62)</sup>

60) 배중대, 상계서, 506-507면.

61) 오영근, 전계서, 529면.

62) 세탁소 주인이 고객이 세탁을 맡기고 간 옷을 영득한 때에는 횡령죄가 성립하지만, 우연히 바람에 날려 자기 집안으로 들어온 옷을 영득한 때에는 점유이탈물횡령죄가 성립할 수 있다. 후자에서는 위탁관계가 없기 때문이다(오영근, 상계서, 529면).

## 나) 위탁관계의 발생근거

타인소유의 재물을 보관하게 된 원인은 정당함을 요한다. 왜냐하면, 이미 그것이 위법인 경우에는 이 보관을 개시한 것 그 자체가 절도죄·강도죄·사기죄·공갈죄 등의 재산죄를 구성할 것이므로, 그 위법인 보관의 계속은 이른바 불가벌적 사후행위로서 그 기본된 재산죄 중에 당연히 포함될 것이고, 다시 횡령죄로는 되지 아니하기 때문이다.<sup>63)</sup>

### [관련판례 : 대법원 1980.11.11. 80도2097]

횡령죄의 주체는 타인소유의 물건을 보관하고 있는 자라 할 것인 바, 채무자가 채무이행을 담보하기 위하여 동산에 관한 양도담보계약을 체결하고 점유개정의 방법으로 여전히 그 동산을 점유하고 있는 경우라도, 위 양도담보계약의 내용이 차용금의 담보를 위하여 매매의 형식을 빌렸을 뿐이고 그 실질은 차용금의 담보와 담보권실행시의 정산절차를 그 주된 내용으로 하는 것이라면 별단의 사정이 없는 한 그 소유권은 채무자에게 유보되어 있고 채권자에게는 그 채무불이행시의 목적물에 대한 담보권 및 환가권만이 귀속된다고 보아야 할 것이므로 이 때 채무자는 자기의 물건을 보관하고 있는 셈이 되어 횡령죄의 주체가 될 수 없다 할 것이다.

### [관련판례 : 대법원 1989.4.11. 88도906]

채무자가 채무이행의 담보를 위하여 동산에 관한 양도담보계약을 체결하고 점유개정의 방법으로 여전히 그 동산을 점유하는 경우 그 계약이 채무의 담보를 위하여 양도의 형식을 취하였을 뿐이고 실질은 채무의 담보와 담보권실행의 정산절차를 주된 내용으로 하는 것이라면 별단의 사정이 없는 한 그 동산의 소유권은 여전히 채무자에게 남아 있고, 채권자는 단지 양도담보물권을 취득하는 데 지나지 않으므로 그 동산을 다른 사유에 의하여 보관하게 된 채권자는 타인 소유의 물건을 보관하는 자로서 횡령죄의 주체가 될 수 있다.

위탁관계는 임대차, 사용대차, 임차, 위임, 고용, 질권설정 등 계약에

63) 법률상 원인 없는 무효의 등기로서 그 등기명의인이 등기된 토지를 제3자에게 유효하게 처분할 수 있는 지위에 있지 않은 때에는 그 등기명의인은 타인의 재물을 보관하는 자에 해당한다고 할 수 없다(대법원 1966.5.24. 66도519; 정영석, 전거서, 368면).

의해 발생하는 경우가 일반적이지만 법령, 관습, 거래의 신의칙에 의해서도 발생할 수 있다. 법령에 의한 위탁관계로는 법정대리, 후견이나 사무관리 등을 들 수 있다. 긴급피난이나 자구행위 등에 의해 타인의 재물을 보관하게 된 경우도 포함된다. 위탁관계는 사실상의 위탁관계를 의미하고 반드시 사법(私法)상의 효력이 있을 것을 필요로 하지는 않는다.<sup>64)</sup>

#### 다) 불법원인급여와 횡령죄

재물에 대한 급여나 위탁이 위법하여 무효이지만, 급여자나 위탁자에게 반환청구권이 없는 경우 수급자나 수탁자가 그 재물을 영득한 경우 횡령죄가 성립하는가에 대하여 견해의 대립이 있다.<sup>65)</sup>

##### (1) 횡령죄 긍정설

횡령죄 긍정설은 다음과 같은 논거를 제시한다.<sup>66)</sup>

① 형법의 독자적 견지에서 행위자의 가벌성을 논해야 하는데, 불법원인급여에서는 급여자에게 민법상의 반환청구권이 없을 뿐이고 행위자의 가벌성은 있다.

② 급여자에게 반환청구권이 없다고 하더라도 일반인의 법감정이나 수

64) 예를 들어 임치계약이 무효라고 하더라도 그로 인해 재물을 보관하게 된 경우에도 위탁관계가 인정된다(오영근, 전게서, 529면).

65) 예를 들어 A가 갑에게 1,200만원을 주면서 공무원 B에게 1,000만원의 뇌물을 전해주고 200만원은 수고비로 가지라고 한 경우 200만원은 불법원인급여, 1,000만원은 불법원인위탁이라고 할 수 있다. 1,000만원도 불법원인급여라고 하는견해도 있지만 이는 A가 갑에게 급여한 것이 아니라 위탁한 것이므로 불법원인급여에 해당하지 않는다. 갑이 이를 B에게 전달하지 않고 횡령한 경우 횡령죄가 성립할 수 있는가에 대해서는 견해가 대립한다(오영근, 상계서, 529-530면); 정영석, 전계서, 370면.

66) 오영근, 전계서, 530면; 민법상 불법원인에 기한 위탁관계가 보호되지 아니하는 것은 반드시 형법상 범죄의 성립을 부정하는 것으로는 되지 아니한다. 왜냐하면, 형법상의 관계는 민법상의 효과와는 별개로 형법의 견지에서 고찰하여야 하기 때문이다. 또 보관자가 민법상 반환의무를 부담하지 아니한다고 해서, 곧 소유자는 그 소유권을 상실하고 보관자가 소유권을 취득하는 것으로는 되지 아니하며, 그 보관하는 재물은 여전히 타인의 재물이라고 할 수 있으므로, 횡령죄의 본질이 위탁에 기한 배신성에 있는 이상, 이 경우에도 횡령죄의 성립을 인정하여야 할 것이다. 따라서 긍정설이 타당하다고 본다(정영석, 상계서, 371면).

탁자의 범감정상으로도 소유권은 여전히 급여자에게 있다.

③ 불법원인급여에 있어서도 급여자와 수급자 사이에 위탁관계는 존재한다.

④ 횡령죄를 인정하지 않으면 범죄에 대한 범죄는 범죄가 되지 않는다는 형사정책상의 문제가 있을 수 있다.

⑤ 급여자에게 뿐만 아니라 수급자에게도 불법성이 존재한다.

#### [관련판례 : 대법원 1999.9.17. 98도2036]

포주인 피고인이 피해자가 손님을 상대로 윤락행위를 할 수 있도록 업소를 제공하고, 윤락녀인 피해자가 윤락행위의 상대방으로부터 받은 화대를 피고인에게 보관하도록 하였다가 이를 분배하기로 한 약정은 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반되는 것이고, 따라서 피해자가 그 약정에 기하여 피고인에게 화대를 교부한 것은 불법의 원인으로 인하여 급여를 한 경우로 보아야 하겠지만, 한편 기록에 의하면, 피고인은 다방 종업원으로 근무하고 있던 피해자를 수차 찾아가 자신의 업소에서 윤락행위를 해 줄 것을 적극적으로 권유함으로써 피해자가 피고인과 사이에 위와 같은 약정을 맺고서 윤락행위를 하게 되었고, 피고인은 전직 경찰관으로서 행정사 업무에 종사하면서도 자신의 업소에 피해자 등 5명의 윤락녀를 두고 그들이 받은 화대에서 상당한 이득을 취하는 것을 영업으로 해 왔음에 반하여, 피해자는 혼인하여 남편과 두 아들이 있음에도 남편이 알코올중독으로 생활 능력이 없어 가족의 생계를 위하여 피고인의 권유에 따라 윤락행위에 이르게 되었음을 알 수 있는 바, 위와 같은 피고인과 피해자의 사회적 지위, 그 약정에 이르게 된 경위에다가 앞에서 본 약정의 구체적 내용, 급여의 성격 등을 종합해 볼 때, 피고인측의 불법성이 피해자측의 그것보다 현저하게 크다고 봄이 상당하므로, 민법 제746조 본문의 적용은 배제되어 피해자가 피고인에게 보관한 화대의 소유권은 여전히 피해자에게 속하는 것이어서, 피해자는 그 전부의 반환을 청구할 수 있고, 피고인이 이를 임의로 소비한 행위는 횡령죄를 구성한다고 보지 않을 수 없다.

## (2) 횡령죄 부정설

횡령죄 부정설은 다음과 같은 논거를 제시한다.<sup>67)</sup>

67) 오영근, 상계서, 530면.

① 불법원인급여의 경우 소유권은 수탁자에게 있으므로 타인의 재물에 해당하지 않는다.

② 수급자에게 반환의무가 없음에도 불구하고 수급자를 처벌하게 되면 민법상으로 반환을 강제하는 것이 되어 법질서의 통일성을 해칠 우려가 있다.

③ 불법원인급여에서 위탁관계는 형법상으로 보호할만한 가치가 없다.

**[관련판례 : 대법원 1979.11.13. 79다483]**

민법 제746조는 단지 부당이득제도만을 제한하는 것이 아니라 동법 제103조와 함께 사법의 기본 이념으로서, 결국 사회적 타당성이 없는 행위를 한 사람은 스스로 불법한 행위를 주장하여 복구를 그 형식 여하에 불구하고 소구할 수 없다는 이상을 표현한 것이므로, 급여를 한 사람은 그 원인행위가 법률상 무효라 하여 상대방에게 부당이득반환청구를 할 수 없음은 물론 급여한 물건의 소유권은 여전히 자기에게 있다고 하여 소유권에 기한 반환청구도 할 수 없고 따라서 급여한 물건의 소유권은 급여를 받은 상대방에게 귀속된다.

**[관련판례 : 대법원 1988.9.20. 86도628]**

민법 제746조에 불법의 원인으로 인하여 재산을 급여하거나 노무를 제공한 때에는 그 이익의 반환을 청구하지 못한다고 규정한 뜻은 급여를 한 사람은 그 원인행위가 법률상 무효임을 내세워 상대방에게 부당이득반환청구를 할 수 없고, 또 급여한 물건의 소유권이 자기에게 있다고 하여 소유권에 기한 반환청구도 할 수 없어서 결국 급여한 물건의 소유권은 급여를 받은 상대방에게 귀속된다는 것이므로 조합장이 조합으로부터 공무원에게 뇌물로 전달하여 달라고 금원을 교부받은 것은 불법원인으로 인하여 지급 받은 것으로서 이를 뇌물로 전달하지 않고 타에 소비하였다고 해서 타인의 물을 보관중 횡령하였다고 볼 수는 없다.

**[관련판례 : 대법원 1999.6.11. 99도275]**

민법 제746조에 불법의 원인으로 인하여 재산을 급여하거나 노무를 제공한 때에는 그 이익의 반환을 청구하지 못한다고 규정한 뜻은 급여를 한 사람은 그 원인행위가 법률상 무효임을 내세워 상대방에게 부당이득반환청구를 할 수 없고, 또 급여한 물건의 소유권이 자기에게 있다고 하여 소유

권에 기한 반환청구도 할 수 없어서 결국 급여한 물건의 소유권은 급여를 받은 상대방에게 귀속되는 것이므로, 갑이 을로부터 제3자에 대한 뇌물공여 또는 배임증재의 목적으로 전달하여 달라고 교부받은 금전은 불법원인급여물에 해당하여 그 소유권은 갑에게 귀속되는 것으로서 갑이 위 금전을 제3자에게 전달하지 않고 임의로 소비하였다고 하더라도 횡령죄가 성립하지 않는다.

### (3) 판례의 입장

판례는 불법원인 급여에서 급여자와 수급자의 불법성을 비교형량하여 급여자의 불법성이 수급자에 비하여 크거나 비슷한 경우에는 횡령죄가 성립하지 않고, 수급자의 불법성이 급여자보다 현저히 큰 경우에는 횡령죄가 성립한다는 절충설의 입장에 있다고 할 수 있다.<sup>68)</sup>

#### 나) 불법원인위탁과 횡령죄

##### (1) 횡령죄 긍정설

횡령죄 긍정설은 불법원인위탁에 있어서 수탁자에게 소유권이 이전되지 않으므로 이를 영득한 경우에는 횡령죄가 성립한다고 한다. 다만 횡령죄가 성립한다는 견해와 원칙적으로 횡령죄가 성립하지만 그 위탁과는 보호할 가치가 없기 때문에 횡령죄의 기수범은 될 수 없고, 횡령죄의 불능미수가 될 수 있는 견해가 있다.<sup>69)</sup>

##### (2) 횡령죄 부정설

불법원인위탁에서도 그 위탁관계 내지 신뢰관계는 형법상 보호할 가치가 없기 때문에 횡령죄의 성립은 인정되지 않는다고 한다.<sup>70)</sup> 대법원은 횡령죄 부정설의 입장(대법원 1999.6.11. 99도275; 대법원 1988.9.20. 86도628)에 서 있다.

68) 오영근, 상계서, 531면.

69) 오영근, 상계서, 532면.

70) 오영근, 상계서, 532면.

## 2) 객체

횡령죄의 객체는 자기(행위자)가 보관하는 타인의 재물이다.

### 가) 재물

횡령죄의 재물은 관리할 수 있는 동력도 포함된다. 독일형법은 횡령죄의 객체를 동산에 한정하고 있으나 우리 형법은 횡령죄의 객체를 재물이라고 하며, 동산뿐만 아니라 부동산도 포함된다는 입장이다.<sup>71)</sup> 대법원은 광업권에 대해서는 횡령죄의 객체가 되지 않는다는 입장이다.

#### [관련판례 : 대법원 1994.3.8. 93도2272]

횡령죄에 있어서의 재물은 동산, 부동산의 유체물에 한정되지 아니하고 관리할 수 있는 동력도 재물로 간주되지만, 여기에서 말하는 관리란 물리적 또는 물질적 관리를 가리킨다고 볼 것이고, 재물과 재산상 이익을 구별하고 횡령과 배임을 별개의 죄로 규정한 현행 형법의 규정에 비추어 볼 때 사무적으로 관리가 가능한 채권이나 그 밖의 권리 등은 재물에 포함된다고 해석할 수 없다.

광업권은 재물인 광물을 취득할 수 있는 권리에 불과하지 재물 그 자체는 아니므로 횡령죄의 객체가 된다고 할 수 없고, 광업법 제12조가 광업권을 물권으로 하고 광업법에서 따로 정한 경우를 제외하고는 부동산에 관한 민법 기타 법령의 규정을 준용하도록 규정하고 있다 하여 광업권이 부동산과 마찬가지로 횡령죄의 객체가 된다고 할 수는 없다.

### 나) 보관

‘보관(保管)’이란 점유(占有) 또는 소지(所持)와 대체로 동일한 개념이며, 횡령죄가 배신성(背信性)을 본질로 하는 점에서 절도죄에 있어서의 점유보다 넓게 이해되어야 할 것이므로, 사실상 자기의 지배에 속하고 있는 재물(재물에 대한 사실상의 지배)뿐만 아니라, 법률상 자기가 용이하게 처분할 수 있는 상태에 있는 재물(재물에 대한 법률상의 지배)도

71) 오영근, 상계서, 533면.

포함한다. 예컨대 창고증권의 소지인은 임치물을 자유로이 처분할 수 있는 지위에 있으므로, 형법상으로는 그 위탁물의 보관자로 인정되어야 할 것이다. 또 학교장이 학교의 기금을 보관하기 위하여 은행에 예금을 하였었다더라도 교장은 그 지배관계를 상실한 것이 아니고, 여전히 그 기금의 보관자이다. 부동산의 보관에 관하여는 등기부상의 소유명의인으로 되어 있을 경우에는 법률상의 지배관계에 있으므로 보관자이다. 그러나 등기부상의 소유명의인이 별도로 존재하고 있다라도 사실상 타인의 부동산을 관리하고 있는 자는 그 부동산의 보관자이다. 예컨대, 학교 명의로 등기되어 있는 토지를 사실상 관리하고 있는 자는 그 토지의 보관자이다. 또 부동산의 점유(소지)에 관하여는 부동산을 법률상 용이하게 처분할 수 있는 지위에 있는 자는 그 부동산의 보관자이다. 예컨대, 미성년자의 법정대리인은 그 지위에 기하여 미성년자의 소유에 속하는 부동산의 보관자라고 할 수 있으므로, 그 대리권을 남용하여 이를 매각하였을 경우에는 횡령죄가 성립한다.<sup>72)</sup>

#### [관련판례 : 대법원 1969.12.9. 69도1923]

공소의 1주식회사가 1963.9.9경 경희대학교 유지재단인 재단법인 고향재단과 경희대학교 부속국민학교 신축공사의 도급계약을 체결하고 그 공사를 진행하다가 위 계약당사자간의 분쟁으로 1964.2월경 위 공사가 중단되고 고향재단에서는 1964.2.28자로 위 공사도급계약의 해지통고를 하고 1964.4.3경 피고인이 대표이사로 있는 공소외 2주식회사는 고향재단으로부터 위 중단된 교사 신축공사의 도급계약을 체결하여 공사현장을 인수하고 잔여공사를 시공함에 있어서 공소외 1주식회사에서 위 공사를 하기 위하여 설치해 두었던 공소장 기재 형틀을 사용하고 공소외 1주식회사의 반환요구에 불응하였던 사실을 증거에 의하여 인정한후 피고인 이 공소외 1주식회사로부터 위탁을 받아 위형틀을 보관하고 있었다 ... 피고인은 공소외 1주식회사가 1심판시 공사를 하기 위하여 설치해 두었던 공소장 기재형틀을 사실상 점유하고 있었다고 보아야 할 것이며 따라서 피고인이 공소외 1주식회사로부터 위탁을 받은 여부에 불구하고 피고인은 위 형틀을 보관하고 있었다고 볼 것이고 (대법원 1967.10.23. 선고 67도1133 판결참조) 결국 피고인은 타인의 재산을 보관하고 있는 자로서 그 반환을 거부한 경우에 해당한다 할 것이니 이는 형법 355조 1항 후단의 횡령죄가

72) 정영석, 전거서, 368-369면.

구성된다고 보아야 할 것 ...

**[관련판례 : 대법원 1967.10.23. 67도1133]**

피고인은 소속대의 일종계직에 있는 자로서, 사병급식용 식량을 입출고하는 직책을 맡고 있었으므로, 피고인은 국가소유인 사병급식용 식량을 사실상 지배하므로, 보관하고 있었다고 볼 것이고, 따라서 피고인은 본건 보관식량의 처분행위를 횡령죄로 의를처단한 원판결은 정당하고, 본건 양곡에 대한 법률상 점유권이 국가에 있었으므로, 절도죄에 해당할지언정, 횡령죄에 해당하지 아니한다는 논지는 이유 없다.

타인의 재물을 보관하게 된 원인은 재물을 대차(貸借)·임치(任置)·사무관리(事務管理) 등의 위임관계에 기함을 요한다. 이 점에 관하여는 형법에 명문의 규정이 없으나, 절취(竊取)·강취(強取)·사취(詐取)·갈취(喝取) 등의 결과, 타인의 재물을 영득한 경우에는 절도죄·강도죄·사기죄·공갈죄를 구성할 것이며, 이러한 범죄는 이른바 상태범이므로, 그 후의 처분행위는 불가벌적 사후행위로서 횡령죄를 구성하지 아니한다. 같은 이유로 횡령 후의 횡령도 있을 수 없다. 또 우연한 원인으로 보관한 타인의 재물에 관하여는 점유이탈물횡령죄의 규정이 있다.<sup>73)</sup>

**[관련판례 : 대법원 1971.6.22. 71도740]**

종중소유의 부동산을 명의신탁 받아 소유권등기를 거친 사람이 이를 임의로 처분하면 횡령죄가 성립한다.

**[관련판례 : 대법원 1989.10.24. 89도1605]**

가. 대표이사 등이 회사의 대표기관으로서 피해자들을 기망하여 교부받은 금원은 그 회사에 귀속되는 것인데, 그 후 대표이사 등이 이를 보관하고 있으면서 횡령한 것이라면 이는 위 사기범행과는 침해법익을 달리하므로 횡령죄가 성립되는 것이고, 이를 단순한 불가벌적 사후행위로만 볼 수 없다.

73) 정영석, 상계서, 369-370면.

나. 부동산의 명의수탁자가 명의신탁자의 위임의 본지에 반하여 그 부동산을 타인에게 소유권이전 등기하여 넘겨 주었다면, 그 명의수탁자는 횡령죄의 주체가 되고 그 횡령행위로 인한 피해자는 명의신탁자라고 할 것이다.

**[관련판례 : 대법원 1994.11.25. 93도2404]**

횡령죄는 위탁이라는 신임관계에 반하여 타인의 재물을 보관하는 자가 이를 횡령하거나 또는 반환을 거부함으로써 성립하는 것이므로, 부동산의 등기명의자인 피고인이 그중 일부 지분을 횡령하였다고 하려면 우선 그 피해자가 그 부동산 지분의 실제 소유권자로서 피고인에게 그 지분을 명의신탁함으로써 피고인과의 사이에 위탁이라는 신임관계가 있어야 할 것이다.

**[관련판례 : 대법원 2005.4.29. 2005도741]**

대표이사가 회사의 상가분양 사업을 수행하면서 수분양자들을 기망하여 편취한 분양대금은 회사의 소유로 귀속되는 것이므로, 대표이사가 그 분양대금을 횡령하는 것은 사기 범행이 침해한 것과는 다른 법익을 침해하는 것이어서 회사를 피해자로 하는 별도의 횡령죄가 성립된다.

**[관련판례 : 대법원 2007.10.11. 2007도6012]**

횡령죄에 있어서의 재물의 보관이란 재물에 대한 사실상 또는 법률상 지배력이 있는 상태를 의미하므로 그 보관이 위탁관계에 기인하여야 함은 물론이나 그것이 반드시 사용대차, 임대차, 위임 등의 계약에 의하여 설정될 필요는 없고 사무관리, 관습, 조리, 신의칙에 의해서도 성립된다( 대법원 1987. 10. 13. 선고 87도1778 판결 등 참조). 한편, 주식회사는 주주 등과 독립된 별개의 권리주체로서 그 이해가 반드시 일치하는 것은 아니므로 주주총회나 이사회 의결권에는 스스로 한계가 있는바, 주주 등이 주식회사 소유 자금을 차용금이라는 명목으로 함부로 인출하여 개인채무 변제 등 사적인 용도로 사용하였다면 이는 주식회사 제도의 목적에 비추어 볼 때 주주총회나 이사회 의결에 관계없이 횡령죄를 구성할 수 있다( 대법원 1990. 2. 23. 선고 89도2466 판결, 대법원 2005. 4. 29. 선고 2005도741 판결 등 참조).

**[관련판례 : 대법원 1987.10.13. 87도1778]**

횡령죄에 있어서의 재물의 보관이라 함은 재물에 대한 사실상 또는 법률상 지배력이 있는 상태를 의미하므로 그 보관이 위탁관계에 기인하여야 할 것임은 물론이나 그것이 반드시 사용대차, 임대차, 위임 등의 계약에 의하여 설정되는 것임을 요하지 아니하고 사무관리, 관습, 조리, 신의칙에 의해서도 성립된다.

**[관련판례 : 대법원 1996.5.14. 96도410]**

채무자가 채무총액에 관한 지불각서를 써 줄 것으로 믿고, 채권자가 채무자에게 그 액면금 등을 확인할 수 있도록 가계수표들을 교부하였다면, 채권자와 채무자 사이에는 만약 합의가 결렬되어 채무자가 채권자에게 지불각서를 써 주지 아니하는 경우에는 곧바로 그 가계수표들을 채권자에게 반환하기로 하는, 횡령죄에 있어서 조리에 의한 위탁관계가 발생하였다.

**[관련판례 : 대법원 1999.4.15. 97도666]**

횡령죄에서 '재물의 보관'이라 함은 재물에 대한 사실상 또는 법률상 지배력이 있는 상태를 의미하고, 그 보관이 위탁관계에 기인하여야 할 것임은 물론이나, 그것이 반드시 사용대차, 임대차, 위임 등의 계약에 의하여 설정되는 것임을 요하지 아니하고 사무관리, 관습, 조리, 신의칙에 의해서도 성립될 수 있는 것인바, 양도인이 채무자에게 채권양도 통지를 하기 이전에 스스로 채무자로부터 추심한 금전에 대하여 그 사전 사후 당사자 사이에 위탁보관관계를 성립시키는 특별한 약정이 없다고 하더라도, 양도인은 위에서 본 바와 같이 양수인을 위하여 채권보전에 관한 사무를 처리하는 지위에 있고, 그 금전도 양수인에게 귀속된 채권의 변제로 수령한 것인 만큼, 그 목적물을 점유하게 된 이상 이를 양수인에게 교부하는 방법으로도 채권양도의 목적을 충분히 달성할 수 있음에 비추어, 양도인으로서 신의칙 내지 조리상 그가 수령하여 점유하게 된 금전에 대하여 양수인을 위하여 보관하는 지위에 있다고 보아야 할 것이다.

**[관련판례 : 대법원 2000.8.18. 2000도1856]**

[1] 횡령죄에 있어서 보관이라 함은 재물이 사실상 지배하에 있는 경우뿐만 아니라 법률상의 지배·처분이 가능한 상태를 모두 가리키는 것으로 타인의 금전을 위탁받아 보관하는 자는 보관방법으로 이를 은행 등의 금융기관에 예치한 경우에도 보관자의 지위를 갖는 것이다.

[2] 타인의 금전을 위탁받아 보관하는 자가 보관방법으로 금융기관에 자신의 명의로 예치한 경우, 금융실명거래및비밀보장에관한긴급재정경제명령이 시행된 이후 금융기관으로서 특별한 사정이 없는 한 실명확인을 한 예금명의자만을 예금주로 인정할 수밖에 없으므로 수탁자 명의의 예금에 입금된 금전은 수탁자만이 법률상 지배·처분할 수 있을 뿐이고 위탁자로서는 위 예금의 예금주가 자신이라고 주장할 수는 없으나, 그렇다고 하여 보관을 위탁받은 위 금전이 수탁자 소유로 된다고거나 위탁자가 위 금전의 반환을 구할 수 없는 것은 아니므로 수탁자가 이를 함부로 인출하여 소비하거나 또는 위탁자로부터 반환요구를 받았음에도 이를 영득할 의사로 반환을 거부하는 경우에는 횡령죄가 성립한다.

따라서 결국 횡령죄에 있어서 타인의 재물의 보관은 위탁관계에 기한 경우에 한하게 된다. 이 점에서 횡령죄의 본질이 위탁·신임의 관계에 위배하여 타인의 재물을 영득한다는 배신성에 있다는 특징을 인정하게 된다.<sup>74)</sup>

## 다) 타인의 재물

횡령죄의 객체로서의 ‘타인의 재물’은 자기 이외의 자의 소유에 속하는 재물을 말하고, 동산·부동산을 불문한다.<sup>75)</sup>

### (1) 금전 등 대체물

금전 등 대체물을 위탁받은 사람 즉 수탁자가 이를 임의로 처분한 경우 그 소유권이 위탁자와 수탁자 중 누구에게 있는가에 따라 횡령죄의 성부가 결정된다.

#### (가) 특정물로 위탁된 경우

금전 등 대체물이 특정물로 위탁된 경우에는 위탁자에게 소유권이 있고 수탁자의 소유권은 부정되므로 수탁자는 이를 보관하는 자의 지위에 있게 된다. 따라서 수탁자가 이를 임의로 처분한 경우는 횡령죄가 된다.<sup>76)</sup>

#### (나) 불특정물로 위탁된 경우

불특정물이 위탁된 경우는 용도나 사용목적에 지정해 준 경우인가 아니면 지정해 주지 않은 경우인가에 따라 입장이 다르다. 먼저 용도의 지정이 없이 위탁받은 물건의 소유권은 수탁자에게 이전한다고 할 수 있으

74) 정영석, 상계서, 370면.

75) 정영석, 상계서, 371면.

76) 오영근, 전계서, 538면; 대체물이라도 봉합금(封緘金)과 같이 특정물로서 위탁한 경우에는 횡령죄의 객체로 될 수 있음은 물론이다(정영석, 상계서, 371면).

므로 수탁자가 어떤 용도에 사용하든 횡령죄가 성립하지 않는다.<sup>77)</sup>

위탁물의 용도나 사용목적을 지정해 준 경우로서 **횡령죄 긍정설과 횡령죄 부정설**이 있다. 횡령죄 긍정설은 금전 기타의 대체물로 재물이고, 수탁자가 정해진 용도에 사용할 때까지는 금전의 소유권이 위탁자에게 있으므로 횡령죄가 성립한다<sup>78)</sup>고 하는 반면 횡령죄 부정설은 금전은 고도의 유통성과 대체성이 있으므로 위탁시에 금전의 소유권이 수탁자에게 이전하므로 횡령죄는 성립할 수 없고, 다만 수탁자가 타인의 사무를 처리하는 자인 경우에는 배임죄가 성립할 수 있고, 수탁자가 타인의 사무를 처리하는 자라고 할 수 없는 경우에는 배임죄도 성립하지 않는다고 한다.<sup>79)</sup>

대법원은 횡령죄 긍정설의 입장에 선다.

#### [관련판례 : 대법원 2000.3.14. 99도4923]

업무상횡령죄에 있어서 불법영득의 의사라 함은 자기 또는 제3자의 이익을 꾀할 목적으로 업무상의 임무에 위배하여 보관하는 타인의 재물을 자기의 소유인 것과 같이 사실상 또는 법률상 처분하는 의사를 의미하는 것으로, 타인으로부터 용도가 엄격히 제한된 자금을 위탁받아 집행하면서 그 제한된 용도 이외의 목적으로 자금을 사용하는 것은 그 사용이 개인적인 목적에서 비롯된 경우는 물론 결과적으로 자금을 위탁한 본인을 위하는 면이 있더라도 그 사용행위 자체로서 불법영득의

77) 오영근, 상계서, 539면.

78) 일정한 용도를 한정하여 위탁된 금전을 수탁자가 위탁의 본지에 반하여 소비한다든가, 기타 상업사용인이 주인을 위하여 받은 판매대금을 자기의 용도에 소비한다든가 하는 경우에 소비 당시 범인이 후일 변제할 의사가 있더라도 횡령죄는 성립한다. 또 수인의 공유금을 공유자의 1인이 위탁을 받아 보관 중, 이를 함부로 자기 1인의 용도에 소비하였을 경우에는 그 금전의 전부에 대하여 횡령죄가 성립한다(정영석, 전계서, 372면).

79) 용도를 지정하여 금전, 유가증권이나 대체물을 위탁한 경우에는 특정물로 위탁하지 않은 이상 고도의 유통성과 대체성으로 인해 재물 보다는 재산상 이익의 성격이 강하다고 할 수 있으므로 재물죄인 횡령죄의 문제로 다루기 보다는 이득죄인 배임죄의 문제로 다루는 것이 타당하다. 예를 들어 M준비비용으로 만원짜리 10장을 받은 과대표가 우연히 친구와 만나 차를 바치고 자신이 가진 것은 10만원짜리 수표밖에 없어서 M준비비용 중 만원짜리 하나를 찾았으므로 지불하였다고 하여 횡령죄가 성립한다는 것은 지나치다. 따라서 배임죄의 성립여부 문제로 다루는 것이 타당하다(오영근, 전계서, 538면).

의사를 실현한 것이 되어 횡령죄가 성립한다.

**[관련판례 : 대법원 1990.12.3. 89도904]**

위탁자로부터 특정용도에 사용하도록 위탁받은 금원을 수탁자가 그 용도에 사용하지 아니하고 임의로 소비한 경우에는 횡령죄를 구성하는 것인 바, 원심이 이 사건에서 적법히 확정된 사실에 의하면 피고인은 피해자 안원길로부터 산재보험료 지불을 의뢰받아 그 보험료 불입금 15,000,000원을 보관중 임의로 피고인의 사업자금 등으로 소비하였다는 것이고, 기록에 의하여 살펴보아도 위와 같은 원심의 사실인정에 소론과 같은 사실오인의 위법이 없으므로 원심이 피고인을 횡령죄로 의율한 조치는 정당하다.

**[관련판례 : 대법원 1995.10.12. 94도2076]**

목적, 용도를 정하여 위탁한 금전은 정해진 목적, 용도에 사용할 때까지는 이에 대한 소유권이 위탁자에게 유보되어 있는 것으로서, 특히 그 금전의 특정성이 요구되지 않는 경우 수탁자가 위탁의 취지에 반하지 않고 필요한 시기에 다른 금전으로 대체시킬 수 있는 상태에 있는 한 이를 일시 사용하더라도 횡령죄를 구성한다고 할 수 없고, 수탁자가 그 위탁의 취지에 반하여 다른 용도에 소비할 때 비로소 횡령죄를 구성한다.

**[관련판례 : 대법원 1980.10.14. 79도671]**

수치인이 임치인으로부터 일정한 목적과 용도를 정하여 금전을 임치받은 경우에 수치인이 그 금전을 임치인의 동의없이 다른 목적이나 다른 용도에 소비하면 횡령죄를 구성한다 할 것인 바, 위 피고인 3주식회사의 부사장 또는 총무부장직에 있는 피고인들이 위 공소장기재와 같이 그 고객들로부터 임치받아 보관중인 위탁증거금 또는 청약증거금을 그 고객들의 동의없이 위 원심인정과 같이 다른 목적이나 용도에 사용하였다면 그 행위는 업무상횡령죄에 해당한다.

**[관련판례 : 대법원 1980.9.30. 78도2100]**

임치인으로부터 일정한 목적과 용도를 정하여 임치받은 금전을 수치인이 임치인의 동의 없이 다른 목적이나 다른 용도에 소비하면 횡령죄를 구성하는 것이므로 증권회사의 경리과장이 은행에 예치하고 있던 고객들의 신주청약증거금을 그 증권회사 당좌구좌의 적자보전을 위하여 그 구좌에 자의로 대체입금을 시켰다면 이는 횡령죄를 구성하는 것이다.

문제가 되는 것은 대체물을 불특정물로 위탁한 경우이다. 대체물을 불특정물로서 위탁한 때에는 이미 물건이 아니라 가치로서 고찰되어야 하므로 일반적으로 전체재산에 대한 죄로서 배임죄의 성부가 문제로 될 것이며, 사회생활의 실정으로 보아 그 종류·품질·수량뿐만 아니라 기타 모든 점에서 위탁의 조건에 좇아 즉시로 확실하게 보완할 수 있는 경우에는 일시 이를 처분하는 행위가 있더라도 횡령죄를 구성하지 아니한다고 이해함이 타당하다. 그러나 이 경우에도 위탁의 취지가 소비를 허용하지 않는 경우에 이에 반하여 자의로 소비하였을 때에는 횡령죄를 구성한다고 하겠다. 예컨대,

#### (다) 채권양도인이 채무자로부터 변제받은 금전의 경우

채권양도인이 채무자로부터 변제받은 금전을 채권양수인에게 전달하지 않고 자신이 임의로 소비한 경우에 횡령죄가 성립되는가의 문제이다. 이 문제에 대하여 대법원은 횡령죄의 성립을 인정하고 있다.<sup>80)</sup>

#### [관련판례 : 대법원 1999.4.15. 97도666]

[다수의견] 채권양도는 채권을 하나의 재화로 다루어 이를 처분하는 계약으로서, 채권 자체가 그 동일성을 잃지 아니한 채 양도인으로부터 양수인에게로 바로 이전하고, 이 경우 양수인으로서의 채권자의 지위를 확보하여 채무자로부터 유효하게 채권의 변제를 받는 것이 그 목적인바, 우리 민법은 채무자와 제3자에 대한 대항요건으로서 채무자에 대한 양도의 통지 또는 채무자의 양도에 대한 승낙을 요구하고, 채무자에 대한 통지의 권능을 양도인에게만 부여하고 있으므로, 양도인은 채무자에게 채권양도 통지를 하거나 채무자로부터 채권양도 승낙을 받음으로써 양수인으로 하여금 채무자에 대한 대항요건을 갖출 수 있도록 해 줄 의무를 부담하며, 양도인이 채권양도 통지를 하기 전에 타에 채권을 이중으로 양도하여 채무자에게 그 양도통지를 하는 등 대항요건을 갖추어 줌으로써 양수인이 채무자에게 대항할 수 없게 되면 양수인은 그 목적을 달성할 수 없게 되므로, 양도인이 이와 같은 행위를 하지 않음으로써 양수인으로 하여금 원만하게 채권을 추심할 수 있도록

80) 채무자가 채권양도인에게 변제한 경우 그 소유권은 채권양도인에게 속한다고 하는 의견이 타당하고 채권양도인이 채권양수인의 사무를 처리하는 자인가 여부에 따라 배임죄의 성부를 문제삼아야 한다(오영근, 상계서, 540-541면).

하여야 할 의무도 당연히 포함되고, 양도인의 이와 같은 적극적·소극적 의무는 이미 양수인에게 귀속된 채권을 보전하기 위한 것이고, 그 채권의 보전 여부는 오로지 양도인의 의사에 매여 있는 것이므로, 채권양도의 당사자 사이에서는 양도인은 양수인을 위하여 양수채권 보전에 관한 사무를 처리하는 자라고 할 수 있고, 따라서 채권양도의 당사자 사이에는 양도인의 사무처리를 통하여 양수인은 유효하게 채무자에게 채권을 추심할 수 있다는 신임관계가 전제되어 있다고 보아야 할 것이고, 나아가 양도인이 채권양도 통지를 하기 전에 채무자로부터 채권을 추심하여 금전을 수령한 경우, 아직 대항요건을 갖추지 아니한 이상 채무자가 양도인에 대하여 한 변제는 유효하고, 그 결과 양수인에게 귀속되었던 채권은 소멸하지만, 이는 이미 채권을 양도하여 그 채권에 관한 한 아무런 권한도 가지지 아니하는 양도인이 양수인에게 귀속된 채권에 대한 변제로서 수령한 것이므로, 채권양도의 당연한 귀결로서 그 금전을 자신에게 귀속시키기 위하여 수령할 수는 없는 것이고, 오로지 양수인에게 전달해 주기 위하여서만 수령할 수 있을 뿐이어서, 양도인이 수령한 금전은 양도인과 양수인 사이에서 양수인의 소유에 속하고, 여기에다가 위와 같이 양도인이 양수인을 위하여 채권보전에 관한 사무를 처리하는 지위에 있다는 것을 고려하면, 양도인은 이를 양수인을 위하여 보관하는 관계에 있다고 보아야 할 것이다.

[반대의견] 채무자는 그의 채권자(채권양도인)에게 변제할 의사로 금전을 교부하였다고 할 것이고, 채권자는 이를 자신이 취득할 의사로 교부받았다고 할 것이므로(채권자가 채권양도의 통지를 하지 아니한 채 이를 수령한 것이 신의에 반한다고 하더라도), 채무자가 채권자에게 채무의 변제로서 교부한 금전의 소유권은 채권자에게 귀속하는 것이고, 위와 같은 경우, 채무자가 채권자에게 교부한 금전이 채권양도인과 채권양수인 사이에서는 채권양수인의 소유에 속한다고 볼 수 있는 법률상의 근거가 없으며, 재물을 보관하는 관계가 신의칙이나 조리에 따라 성립될 수 있다고 하더라도 재물의 소유권의 귀속은 민사법에 따라야 할 것이고 형사법에서 그 이론을 달리할 수 있는 것이 아니고, 채권양도인과 채권양수인과의 사이에 채무자가 채권양도인에게 채무의 변제로서 금전을 교부하는 경우, 이를 채권양수인에게 귀속하는 것으로 하기로 특약을 하는 것과 같은 특별한 사정이 없는 한, 채권양도인이 채무자로부터 교부받은 금전을 그대로 채권양수인에게 넘겨야 하거나 채권양수인의 지시에 따라 처리하여야 할 의무가 있다고 볼 근거도 없으므로, 채권양도인이 위 금전을 채권양수인을 위하여 보관하는 지위에 있다고 볼 수도 없다.

[보충의견] 민법 이론에 의하면, 특히 금전은 봉함된 경우와 같이 특정성을 가진 경우를 제외하고는 그 점유가 있는 곳에 소유권도 있는 것이어서 이를 횡령죄에 그대로 적용한다면 금전은 특정물로 위탁된 경우 외에는 횡령죄가 성립할 여지가 없게 되나 이러한 민법 이론은 고도의 대체성이 있는 금전에 대하여 물권적 반환청구권을 인정하는 것이 불필요할 뿐만 아니라, 금전이 교환수단으로서의 기능을 가지고 전전 유통됨을 전제로 하여 동적 안전을 보호하는 데 그 목적이 있는 것이어서, 내부적으로 신임관계에 있는 당사자 사이에서 재물의 소유자, 즉 정적 안전을 보호함을 목적으로 하는 횡령죄에서 금전 소유권의 귀속을 논하는 경우에도 그대로 타당하다고 할 수 없고,

당사자 사이의 신임관계 내지 위탁관계의 취지에 비추어 일정한 금전을 점유하게 된 일방 당사자가 당해 금전을 상대방의 이익을 위하여 보관하거나 사용할 수 있을 뿐 그 점유자에 의한 자유로운 처분이 금지된 것으로 볼 수 있는 경우에는 민법의 채권채무관계에 의하여 상대방을 보호하는데 머무르지 않고, 그 점유자는 상대방의 이익을 위하여 당해 금전 또는 그와 대체할 수 있는 동일한 가치의 금전을 현실적으로 확보하여야 하고, 그러한 상태를 형법상으로 보호한다는 의미에서 민법상 소유권과는 다른 형법상 소유권 개념을 인정할 필요가 있고, 대법원 판례가 일관하여, 용도를 특정하여 위탁된 금전을 그 용도에 따르지 않고 임의사용한 경우, 금전의 수수를 수반하는 사무처리를 위임받은 자가 그 행위에 기하여 위임자를 위하여 제3자로부터 수령한 금전을 소비한 경우에 횡령죄의 성립을 인정하여 온 것은 이와 같은 취지에 따른 것이고, 한편 횡령죄에서 '재물의 보관'이라 함은 재물에 대한 사실상 또는 법률상 지배력이 있는 상태를 의미하고, 그 보관이 위탁관계에 기인하여야 할 것임은 물론이나, 그것이 반드시 사용대차, 임대차, 위임 등의 계약에 의하여 설정되는 것임을 요하지 아니하고 사무관리, 관습, 조리, 신의칙에 의해서도 성립될 수 있는 것인바, 양도인이 채무자에게 채권양도 통지를 하기 이전에 스스로 채무자로부터 추심한 금전에 대하여 그 사전 사후 당사자 사이에 위탁보관관계를 성립시키는 특별한 약정이 없다고 하더라도, 양도인은 위에서 본 바와 같이 양수인을 위하여 채권보전에 관한 사무를 처리하는 지위에 있고, 그 금전도 양수인에게 귀속된 채권의 변제로 수령한 것인 만큼, 그 목적물을 점유하게 된 이상 이를 양수인에게 교부하는 방법으로도 채권양도의 목적을 충분히 달성할 수 있음에 비추어, 양도인으로서 신의칙 내지 조리상 그가 수령하여 점유하게 된 금전에 대하여 양수인을 위하여 보관하는 지위에 있다고 보아야 할 것이다.

#### [관련판례 : 대법원 2007.5.11. 2006도4935]

채권양도는 채권을 하나의 재화로 다루어 이를 처분하는 계약으로서, 채권 자체가 그 동일성을 잃지 아니한 채 양도인으로부터 양수인에게로 바로 이전하고, 이 경우 양수인으로서 채권자의 지위를 확보하여 채무자로부터 유효하게 채권의 변제를 받는 것이 그 목적인바, 우리 민법은 채무자와 제3자에 대한 대항요건으로서 채무자에 대한 양도의 통지 또는 채무자의 양도에 대한 승낙을 요구하고, 채무자에 대한 통지의 권능을 양도인에게만 부여하고 있으므로, 양도인은 채무자에게 채권양도 통지를 하거나 채무자로부터 채권양도 승낙을 받음으로써 양수인으로 하여금 채무자에 대한 대항요건을 갖출 수 있도록 해 줄 의무를 부담하며, 양도인이 채권양도 통지를 하기 전에 타에 채권을 이중으로 양도하여 채무자에게 그 양도통지를 하는 등 대항요건을 갖추어 줌으로써 양수인이 채무자에게 대항할 수 없게 되면 양수인은 그 목적을 달성할 수 없게 되므로, 양도인이 이와 같은 행위를 하지 않음으로써 양수인으로 하여금 원만하게 채권을 추심할 수 있도록 하여야 할 의무도 당연히 포함되고, 양도인의 이와 같은 적극적·소극적 의무는 이미 양수인에게 귀속된 채권

을 보전하기 위한 것이고, 그 채권의 보전 여부는 오로지 양도인의 의사에 매여 있는 것이므로, 채권양도의 당사자 사이에서는 양도인은 양수인을 위하여 양수채권 보전에 관한 사무를 처리하는 자라고 할 수 있고, 따라서 채권양도의 당사자 사이에는 양도인의 사무처리를 통하여 양수인은 유효하게 채무자에게 채권을 추심할 수 있다는 신임관계가 전제되어 있다고 보아야 할 것이고, 나아가 양도인이 채권양도 통지를 하기 전에 채무자로부터 채권을 추심하여 금전을 수령한 경우, 아직 대항요건을 갖추지 아니한 이상 채무자가 양도인에 대하여 한 변제는 유효하고, 그 결과 양수인에게 귀속되었던 채권은 소멸하지만, 이는 이미 채권을 양도하여 그 채권에 관한 한 아무런 권한도 가지지 아니하는 양도인이 양수인에게 귀속된 채권에 대한 변제로서 수령한 것이므로, 채권양도의 당연한 귀결로서 그 금전을 자신에게 귀속시키기 위하여 수령할 수는 없는 것이고, 오로지 양수인에게 전달해 주기 위하여서만 수령할 수 있을 뿐이어서, 양도인이 수령한 금전은 양도인과 양수인 사이에서 양수인의 소유에 속하고, 여기에다가 위와 같이 양도인이 양수인을 위하여 채권보전에 관한 사무를 처리하는 지위에 있다는 것을 고려하면, 양도인은 이를 양수인을 위하여 보관하는 관계에 있다고 보아야 할 것인바( 대법원 1999. 4. 15. 선고 97도666 전원합의체 판결 참조), 위와 같은 법리는 유효한 장래채권의 양도의 경우에 있어서도 마찬가지라 할 것이다.

#### (라) 위탁매매나 금전수령의 위임의 경우

위탁매매는 위탁물의 소유권이 위탁자에게 있고, 위탁물을 판매한 대금도 위탁자에게 있으므로 수탁자가 이를 임의로 소비한 경우에 횡령죄가 성립한다.

#### [관련판례 : 대법원 1986.6.24. 86도1000]

위탁판매에 있어서는 위탁품의 소유권은 위임자에게 속하고 그 판매대금은 다른 특약이나 특단의 사정이 없는 한 이를 수령함과 동시에 위탁자에게 귀속한다 할 것이므로 이를 사용 소비한 때에는 횡령죄가 구성된다 할 것인바, 피고인과 이 사건 고소인 사이의 거래내용을 기록에 의하여 살펴보면 피고인이 위 고소인으로부터 판매수당을 받기로 하고 판시물품을 교부받아 타에 판매하였음이 인정되는 바 그렇다면 특단의 사정이 없는 한 양자사이의 물품공급관계는 위탁판매로 보여지고, 피고인이 그 대금을 소비한 행위는 업무상횡령죄를 구성한다.

#### [관련판례 : 대법원 1982.2.23. 81도2619]

위탁판매에 있어서는 위탁품의 소유권은 위임자에게 속하고 그 판매대금은 다른 특약이나 특별한 사정이 없는 한 이를 수령함과 동시에 위탁자에 귀속한다 할 것이므로 위탁매매인이 이를 사용, 소비한 때에는 횡령죄가 성립한다.

금전수령을 위임받은 경우에도 횡령죄가 성립한다.

**[관련판례 : 대법원 1998.4.10. 97도3057]**

위탁자로부터 당좌수표 할인을 의뢰받은 피고인이 제3자를 기망하여 당좌수표를 할인받은 다음 그 할인금을 임의소비한 경우, 제3자에 대한 사기죄와 별도로 위탁자에 대한 횡령죄가 성립한다고

**[관련판례 : 대법원 1997.3.28. 96도3155]**

금전의 수수를 수반하는 사무처리를 위임받은 자가 그 행위에 기하여 위임자를 위하여 제3자로부터 수령한 금전은, 목적이나 용도를 한정하여 위탁된 금전과 마찬가지로 달리 특별한 사정이 없는 한 그 수령과 동시에 위임자의 소유에 속하고, 위임을 받은 자는 이를 위임자를 위하여 보관하는 관계에 있다고 보아야 한다.

**[관련판례 : 대법원 1995.11.24. 95도1923]**

- [1] 금전의 수수를 수반하는 사무처리를 위임받은 자가 그 행위에 기하여 위임자를 위하여 제3자로부터 수령한 금전은, 목적이나 용도를 한정하여 위탁된 금전과 마찬가지로, 달리 특별한 사정이 없는 한 그 수령과 동시에 위임자의 소유에 속하고, 위임을 받은 자는 이를 위임자를 위하여 보관하는 관계에 있다고 보아야 한다.
- [2] 매도인은 피해자로부터 이 사건 대지를 타에 매각하여 달라는 요청을 받고 이에 따라 이 사건 대지를 매각, 그 대금을 수령하였다는 것이므로, 피해자가 매도인에게 이 사건 대지의 매각을 요청하고 이에 따라 매도인이 매각한 것을 가지고 피해자와 매도인이 그들 사이에 맺어진 당초의 매매계약을 합의해제하기로 한 것이라고 볼 수 있다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 비록 피해자가 이 사건 대지의 매각을 의뢰한 상대방이 바로 이 사건 대지의 소유자로서 피해자에게 이를 매도하였던 자였다고 하더라도, 그 매각대금은 피해자의 소유에 속하며, 매도인은 이를 그를 위하여 보관하는 관계에 있다고 볼 것이어서, 매도인이 그 매각대금을 임의로 소비하였다면 횡령죄가 성립한다고

**[관련판례 : 대법원 1982.9.28. 82도1486]**

피고인이 공소외 (갑)의 위임을 받아 동인이 제공한 토지매입자금을 가지고 동인을 위하여 토지를 매입하여 전매하고 그 매도대금으로 다시 다른 토지를 매입하여 전매하는 등 토지매매거래를 포괄적으로 대리하여 온 경우에 있어서, 피고인이 토지매수인들로부터 공소외 (갑)을 위하여 지급받아 보관하던 금원 중에서 이 사건 토지 잔대금을 그 매도인에게 지급하여야 함에도 불구하고 이를 임의로 소비하였다면 비록 공소외 (갑)으로부터 직접 교부받은 금원이 아니라고 할지라도 동인을 위하여 보관하던 금원을 횡령한 것에 해당한다고 할 것이다.

**[관련판례 : 대법원 1996.6.14. 96도106]**

- [1] 금전의 수수를 수반하는 사무처리를 위임받은 자가 그 행위에 기하여 위임자를 위하여 제3자로부터 수령한 금전은, 목적이나 용도를 한정하여 위탁된 금전과 마찬가지로 달리 특별한 사정이 없는 한 그 수령과 동시에 위임자의 소유에 속하고, 위임을 받은 자는 이를 위임자를 위하여 보관하는 관계에 있다고 보아야 한다.
- [2] 피해자로부터 토지를 타에 담보로 제공하여 금원을 대출받아 달라는 요청을 받고 토지를 신탁에 담보로 제공하고 금원을 수령하였다면, 그 대출금의 소유를 우선 피고인에게 귀속시키기로 약정하는 등 특별한 사정이 없는 한, 이는 당초부터 피해자에게 권리를 취득하게 하려는 것을 목적으로 한 것이므로, 비록 피고인이 자신 또는 남편 등을 채무자로 하여 금원을 대출 받았고 또한 그 대출금의 일부인 금 3천만 원을 피해자로부터 차용하기로 하는 약속이 있었다고 하더라도 수임자인 피고인이 신탁으로부터 수령함과 동시에 피고인의 별도의 권리의전의 의사표시 없이 그 대출금은 당연히 피해자에게 귀속된다 할 것이고, 나아가 제2차로 대출금 4천만 원이 나온 후 피고인이 피해자와 대출금 일부인 금 3천만 원의 처리문제로 서로 언쟁을 벌이다가 위 대출금은 없었던 일로 하고 신탁과 대출건을 해지하기로 하며 피고인이 대출받은 금 4천만 원을 신탁에 그대로 반환하기로 하였다면, 피고인은 여전히 피해자와의 위합의에 따라 위 금원을 신탁에 그대로 반환한다는 목적하에 피해자를 위하여 이를 보관하는 관계에 있었다고 보아야 할 것이므로, 피고인이 그 대출금을 임의로 자신의 채무변제 등에 소비함은 금전위탁의 취지에 반하는 것으로서 횡령죄를 구성한다고

**(마) 기타의 경우****① 횡령죄가 인정되는 경우**

판례에 의하면, 문화예술진흥법에 의하여 입장료와 함께 문화예술진흥

기금을 받은 극장 경영자가 이를 별도로 관리하지 아니하고 자신의 예금 통장에 혼합보관하면서 임의로 자신의 극장운영자금 등으로 소비한 경우, 어업면허권을 양도한 후 아직도 어업면허권이 자기 앞으로 되어 있음을 틈타서 어업권손실보상금을 수령하여 일부는 자기 이름으로 예금하고 일부는 생활비 등에 소비한 경우에는 횡령죄의 성립을 인정하고 있다.<sup>81)</sup>

**[관련판례 : 대법원 1997.3.28. 96도3155]**

문화예술진흥법에 의하여 입장료와 함께 문화예술진흥기금을 받은 극장 경영자는 한국문화예술진흥원을 위하여 그 기금을 보관하고 있는 자의 지위에 있으므로, 이를 별도로 관리하지 아니하고 자신의 예금통장에 혼합보관하면서 임의로 자신의 극장운영자금 등으로 소비하였다면, 횡령죄의 고의나 불법영득의 의사가 있다고 보아 업무상횡령죄가 성립한다.

**[관련판례 : 대법원 1993.8.24. 93도1578]**

피고인이 이 사건 양식어업면허권을 취득하였다가 이를 공소의 김월분에게 양도하였고 위 김월분은 다시 피해자 설창진에게 양도하고 그와 같은 사실을 피고인에게 알렸으며, 위 설창진이 사실상의 어업권자로서 그때부터 그 양식장을 소유관리하여 왔는데도 피고인이 아직도 어업면허권이 자기 앞으로 되어 있음을 틈타서 한국전력주식회사로부터 화력발전소의 건설에 따른 어업권손실보상금 584,000,000원을 수령하여 일부는 자기이름으로 예금하고 일부는 생활비 등에 소비하였다면 이는 횡령죄를 구성한다.

**② 횡령죄가 부정되는 경우**

가맹점계약(프랜차이즈계약)에 의해 가맹점주가 판매한 물품대금을 임의소비한 경우, 자동차회사의 지입차주가 회사에 납입하는 지입료(持入料)를 회사가 항목유용하거나 임의소비한 경우, 외국의 인력송출업체로

81) 오영근, 상계서, 541면.

부터 산업기술연수생을 공급받아 국내 업체에 공급한 국내 인력공급업자가 국내 업체로부터 받은 관리비를 납부하지 않은 경우, 계주가 계금을 모두 수령하였음에도 불구하고 지정된 계원에게 지급하지 않은 경우, 사용자가 피용자가 제공한 입사보증금을 소비한 경우, 객선회사가 선객(船客)으로부터 징수한 선임(船賃)의 일부를 보험료로 보험회사에 납부하기로 약정하고 취득한 선임을 임의소비한 경우, 금전의 이식(利殖)을 위탁 받은 자가 이식 후 반환받은 금원을 위탁인에게 인도하지 않고 자기 용도에 소비한 경우에는 각 금원의 소유권은 임의소비한 자에게 속하므로 횡령죄가 성립하지 않는다고 한다.<sup>82)</sup>

**[관련판례 : 대법원 1998.4.14. 98도292]**

이 사건 가맹점계약은 독립된 상인간에 일방이 타방의 상호, 상표 등의 영업표지를 이용하고 그 영업에 관하여 일정한 통제를 받으며 이에 대한 대가를 타방에 지급하기로 하는 특수한 계약 형태인 이른바 '프랜차이즈 계약'으로서 그 기본적인 성격은 각각 독립된 상인으로서의 본사 및 가맹점주 간의 계약기간 동안의 계속적인 물품공급계약이고, 본사의 경우 실제로는 가맹점의 영업활동에 관여함이 없이 경영기술지도, 상품대여의 대가로 결과적으로 매출액의 일정 비율을 보장받는 것에 지나지 아니하여 본사와 가맹점이 독립하여 공동경영하고, 그 사이에서 손익분배가 공동으로 이루어진다고 할 수 없으므로 이 사건 가맹점 계약을 동업계약 관계로는 볼 수 없고, 따라서 가맹점주인 피고인이 판매하여 보관 중인 이 사건 물품판매 대금은 피고인의 소유라 할 것이어서 피고인이 이를 임의 소비한 행위는 프랜차이즈 계약상의 채무불이행에 지나지 아니하므로, 결국 횡령죄는 성립하지 아니한다.

**[관련판례 : 대법원 1996.2.23. 95도2608]**

이른바 '프랜차이즈 계약'의 기본적인 성격은 각각 독립된 상인으로서의 본사 및 가맹점주 간의 계약기간 동안의 계속적인 물품공급계약이고, 본사의 경우 실제로는 가맹점의 영업활동에 관여함이 없이 경영기술지도, 상품대여의 대가로 결과적으로 매출액의 일정비율을 보장받는 것에 지나지

82) 오영근, 상계서, 541-542면.

아니하여 본사와 가맹점이 독립하여 공동경영하고 그 사이에서 손익분배가 공동으로 이루어진다고 할 수 없으므로 가맹점 계약을 동업계약 관계로는 볼 수 없고, 따라서 가맹점주들이 판매하여 보관 중인 물품판매 대금은 그들의 소유라 할 것이어서 이를 임의 소비한 행위는 프랜차이즈 계약상의 채무불이행에 지나지 아니하므로, 결국 횡령죄는 성립하지 아니한다.

**[관련판례 : 대법원 1997.9.5. 97도1592]**

지입차주들이 차량위탁관리료와 산업재해보상보험료 및 제세공과금을 합한 일정 금액을 일괄하여 납입하는 지입료는 일단 지입회사의 소유로 되어 회사가 그 지입료 등을 가지고 그 운영비와 전체 차량의 제세공과금 및 보험료에 총당할 수 있는 것이므로 지입차주들이 낸 보험료나 세금을 회사가 항목유용하였다 하더라도 횡령죄가 되지 아니한다.

**[관련판례 : 대법원 1973.5.22. 73도550]**

지입차주들이 내는 돈은 일단 회사의 소유로 되고 그 돈으로 회사는 적절하게 그 운영비와 세금 및 할부금에 총당할 수 있을 것이니 만큼 차주들이 낸 세금이나 할부금을 항목유용하였다 하더라도 횡령죄가 되지 아니한다.

**[관련판례 : 대법원 1997.5.7. 96도2950]**

국내 인력공급업자가 관리비 명목으로 매월 일정 금액을 지급하기로 하는 조건으로 외국의 인력 송출업체와 산업기술연수생 공급계약을 체결하고 산업기술연수생들을 공급받아 국내 업체에 공급 하면서 국내 업체로부터 매월 관리비 명목으로 금액을 지급받았으나 외국 인력송출업체에 지급하기로 한 관리비를 지급하지 아니한 사안에서, 국내 인력공급업자가 국내 업체로부터 지급받은 관리비는 타인의 재물에 해당하지 아니한다는 이유로, 이와 달리 국내 인력공급업자가 외국의 인력 송출업체에 지급하기로 한 관리비를 지급하지 아니한 행위가 업무상횡령에 해당한다고

**[관련판례 : 대법원 1995.9.29. 95도1176]**

계주가 계원들로부터 월불입금을 모두 징수하였음에도 불구하고 그 임무에 위배하여 정당한 사유 없이 이를 지정된 계원에게 지급하지 아니하였다면 다른 특별한 사정이 없는 한 그 지정된 계원에 대한 관계에 있어서 배임죄를 구성한다.

**[관련판례 : 대법원 1986.7.22. 86도230]**

낙찰계에 있어서와 같이 계주가 계원의 위임을 받아 계불입금을 납부받고 입찰을 시행하여 낙찰계원에게 계금을 급부할 임무가 있는 경우에 그 임무에 위배하여 계주가 마음대로 계원의 이름을 모용하여 낙찰받아 그 계금을 자의로 소비한 때에는 배임죄가 성립되고 그 경우 피해자는 계원전체이고 피해액은 계주가 이득한 금액이다.

**[관련판례 : 대법원 1994.3.8. 93도2221]**

계주는 계원들과의 약정에 따라 지정된 것날에 계원으로부터 월불입금을 징수하여 지정된 계원에게 이를 지급할 임무가 있고, 계주의 이러한 임무는 계주 자신의 사무임과 동시에 타인인 계원들의 사무를 처리하는 것도 되는 것이므로, 계주가 계원들로부터 월불입금을 모두 징수하였음에도 불구하고 그 임무에 위배하여 정당한 사유 없이 이를 지정된 계원에게 지급하지 아니하였다면 다른 특별한 사정이 없는 한 그 지정된 계원에 대한 관계에 있어서 배임죄를 구성한다.

**[관련판례 : 대법원 1987.2.24. 86도1744]**

낙찰계의 계주는 계원들과의 약정에 따라 지정된 것날에 계원들로부터 월불입금을 징수하여 이를 낙찰계원에게 지급할 의무가 있다 할 것이므로 피고인인 계주가 계원들로부터 월불입금을 모두 징수하였음에도 불구하고 그 임무에 위배하여 이를 낙찰계원에게 지급하지 아니하였다면 다른 특별한 사정이 없는 한 낙찰계원에 대한 관계에 있어서 배임죄를 구성한다.

**[관련판례 : 대법원 1960.2.17. 60도961]**

객선회사가 선객으로부터 징수한 선임의 일부를 보험료로 보험회사에 납부하기로 약정하고 취득한 선임은 객선회사의 소유에 속하게 되는 것이므로 객선회사가 이를 임의소비하였다 하여도 이는 채무불이행에 지나지 않을 뿐 업무상 횡령죄를 구성하는 것은 아니다.

**[관련판례 : 대법원 1958.12.29. 58도471]**

금전의 이식을 위탁받은 자가 이식 후 반환받은 금원을 위탁인에게 인도하지 않고 자기 용도에 소비하였다면 배임죄는 성립될지언정 횡령죄로 논할 수는 없다

**[관련판례 : 대법원 2000.2.11. 99도4979]**

채권자가 그 채권의 지급을 담보하기 위하여 채무자로부터 수표를 발행·교부받아 이를 소지한 경우에는, 단순히 보관의 위탁관계에 따라 수표를 소지하고 있는 경우와는 달리 그 수표상의 권리가 채권자에게 유효하게 귀속되고, 채권자와 채무자 사이의 수표 반환에 관한 약정은 원인관계상의 인적 항변사유에 불과하므로, 채권자는 횡령죄의 주체인 타인의 재물을 보관하는 자의 지위에 있다고 볼 수 없다.

**[관련판례 : 대법원 1988.1.19. 87도2078]**

매도인이 매수인으로부터 지급받아야 할 부동산의 매매잔대금의 지급을 담보(확보)하기 위하여 매수인으로부터 약속어음을 발행교부 받아 소지한 것이라면 위 어음상의 권리는 적법하게 매도인에게 귀속되었다 할 것이고, 매도인과 매수인 사이의 위 어음반환조건은 그들 사이의 단순한 채권적 약정에 불과하므로 위 매도인을 횡령죄의 주체인 타인의 재물을 보관하는 자의 지위에 있다고 볼 수 없다.

**(2) 공동소유**

공동소유(共同所有)는 타인의 재물에 속한다. 따라서 자신이 보관하는 공동소유의 재물을 영득한 경우에는 횡령죄가 성립한다.<sup>83)</sup>

**[관련판례 : 대법원 2000.11.10. 2000도4335]**

피고인이 2천 원을 내어 피해자를 통하여 구입한 복권 4장을 피고인과 피해자를 포함한 4명이 한 장씩 나누어 그 당첨 여부를 확인하는 결과 피해자 등 2명이 굵어 확인한 복권 2장이 1천 원씩에 당첨되자 이를 다시 복권 4장으로 교환하여 같은 4명이 각자 한 장씩 골라잡아 그 당첨 여부를 확인한 결과 피해자 등 2명이 굵어 확인한 복권 2장이 2천만 원씩에 당첨되었으나 당첨금을 수령한 피고인이 피해자에게 그 당첨금의 반환을 거부한 경우, 피고인과 피해자를 포함한 4명 사이에는 어느 누구의 복권이 당첨되더라도 당첨금을 공평하게 나누거나 공동으로 사용하기로 하는 묵시적인 합의가 있었다고 보아야 하므로 그 당첨금 전액은 같은 4명의 공유라고 봄이 상당하여 피고인으로서 피해자의 당첨금 반환요구에 따라 그의 몫을 반환할 의무가 있고 피고인이 이를 거부하고 있는 이상 불법영득의사가 있다는 이유로 횡령죄가 성립될 수 있다.

83) 오영근, 상계서, 535면.

**[관련판례 : 대법원 1983.2.22. 82도2467]**

피고인과 공소외(갑)이 당초의 공동사업 재산인 지입택시를 폐차하고 출자를 더하여 새차를 구입하여 공동사업을 계속 경영하기로 합의가 이루어진 이상 그뒤 위(갑)이 추가출자 의무를 이행하지 아니하므로 부득이 피고인이 단독으로 새차를 구입운행하였다 하더라도 이로써 이때 당초의 동업관계가 종료되었다고 할 수는 없고 피고인이 그뒤 새차를 매도처분하여 공동사업을 경영할 수 없게 되었을 때까지는 의연히 동업관계가 존속하였다 할 것이니 새차가 자동차등록원부상으로는 피고인 단독명의로 등록되어 있다 하더라도 동업자의 내부관계에 있어서는 그 사실상의 소유권이 그들에게 합유적으로 귀속한다 할 것이어서 피고인이 임의로 새차를 매도처분한 경우에는 배임죄가 아니라 횡령죄를 구성한다.

**[관련판례 : 대법원 1987.2.24. 86도999]**

- 가. 회사자금을 인출하여 임의로 처분함으로써 횡령죄는 기수에 달하는 것이며 그 후에 그 금원을 회사의 신주발행시에 신주인수자금으로 사용하여 결과적으로 회사에 입금되었다고 해서 이미 성립한 횡령죄에 영향을 미치는 바 없고, 그러한 사정만으로 불법영득의 의사가 있었음을 부정할 수 없다.
- 나. 주식회사의 주식이 사실상 1인의 주주에 귀속하는 1인 회사에 있어서도 행위의 주체와 그 본인은 분명히 별개의 인격이므로 그 법인인 주식회사 소유의 금원을 임의로 소비할 때 횡령죄는 성립하는 것이다.

**[관련판례 : 대법원 1995.3.14. 95도59]**

주식회사의 주식이 사실상 1인의 주주에 귀속하는 1인 회사에 있어서도 회사와 주주는 분명히 별개의 인격이어서 1인 회사의 재산이 곧바로 그 1인 주주의 소유라고 볼 수 없으므로, 회사의 사실상 1인 주주라고 하더라도 회사의 금원을 업무상 보관중 이를 임의로 처분한 소위는 업무상횡령죄를 구성한다.

**[관련판례 : 대법원 1996.8.23. 96도1525]**

피고인이 사실상 자기 소유인 1인주주 회사들 중의 한 개 회사 소유의 금원을 자기 소유의 다른

회사의 채무변제를 위하여 지출하거나 그 다른 회사의 어음결제대금으로 사용한 경우, 주식회사의 주식이 사실상 1인의 주주에 귀속하는 1인회사에 있어서는 행위의 주체와 그 본인 및 다른 회사와는 별개의 인격체이므로, 그 법인인 주식회사 소유의 금원은 임의로 소비하면 횡령죄가 성립되고 그 본인 및 주식회사에게 손해가 발생하였을 때에는 배임죄가 성립한다.

**[관련판례 : 대법원 1999.2.23. 98도2296]**

회사에 대하여 개인적인 채권을 가지고 있는 대표이사가 회사를 위하여 보관하고 있는 회사 소유의 금전으로 자신의 채권의 변제에 충당하는 행위는 회사와 이사의 이해가 충돌하는 자기거래행위에 해당하지 않는다고 할 것이므로, 대표이사가 이사회 승인 등의 절차 없이 그와 같이 자신의 회사에 대한 채권을 변제하였다더라도 이는 대표이사의 권한 내에서 한 회사채무의 이행행위로서 유효하다고 할 것이다.

그러므로 만일 피고인의 주장과 같이 피고인이 위 회사에 대하여 양도대금채권을 가지고 있고, 위 추심금 중 일부를 그 채권의 변제에 충당하였다면, 그와 같은 피고인의 행위는 대표이사의 권한 내에서 한 회사채무의 정당한 이행행위로서 유효하고, 따라서 피고인에게 불법영득의 의사가 인정되지 아니하여 횡령죄의 죄책을 물을 수 없다고

**[관련판례 : 대법원 2002.7.26. 2001도5459]**

회사에 대하여 개인적인 채권을 가지고 있는 대표이사가 회사를 위하여 보관하고 있는 회사 소유의 금전으로 자신의 채권 변제에 충당하는 행위는 회사와 이사의 이해가 충돌하는 자기거래행위에 해당하지 않는 것이므로, 대표이사가 이사회 승인 등의 절차 없이 그와 같이 자신의 회사에 대한 채권을 변제하였다더라도, 이는 대표이사의 권한 내에서 한 회사 채무의 이행행위로서 유효하고, 따라서 불법영득의 의사가 인정되지 아니하여 횡령죄의 죄책을 물을 수 없다.

**[관련판례 : 대법원 2007.6.1. 2005도5772]**

이른바 1인 회사에 있어서도 행위의 주체와 그 본인은 분명히 별개의 인격이며 1인 회사의 주주가 회사 자금을 불법영득의 의사로 사용하였다면 횡령죄가 성립하고, 불법영득의 의사로써 업무상 보관중인 회사의 금전을 횡령하여 범죄가 성립한 이상 회사에 대하여 별도의 가수금채권을 가지고 있다는 사정만으로 금전을 사용할 당시 이미 성립한 업무상횡령죄에 무슨 영향이 있는 것은 아니다( 대법원 2006. 6. 16. 선고 2004도7585 판결 등 참조).

**[관련판례 : 대법원 2006.9.22. 2004도3314]**

1인의 대표이사가 주식의 상호 혹은 순차 소유관계에 있는 수 개의 법인을 동시에 운영하면서 각 법인의 돈을 다른 법인을 위하여 사용한 경우, 각 법인은 별개의 법인격을 가진 소유의 주체로서 이를 실질적으로 1개의 법인이라고 볼 수 없을 뿐만 아니라 법률상 권리의무의 주체로서의 법인격을 갖춘 영리법인은 이윤의 귀속주체로서의 주주와는 엄연히 구별되어야 하므로 위 돈의 사용행위가 그 지출 법인의 이익을 위한 것이라는 등의 특별한 사정이 인정되지 않는 한 업무상횡령죄를 구성한다고 보아야 할 것이다( 대법원 1996. 8. 23. 선고 96도1525 판결, 2000. 12. 8. 선고 99도214 판결 등 참조).

**[관련판례 : 대법원 1982.9.28. 81도2777]**

동업재산은 동업자의 합유에 속한다 할 것이므로 동업관계가 존속하는 한 동업자는 동업재산에 대한 그 지분을 임의로 처분할 권한이 없고 동업자의 한 사람이 그 지분을 임의로 처분하거나 또는 동업재산의 처분으로 얻은 대금을 보관중 임의로 소비하였다면 횡령죄의 죄책을 면할 수 없다.

**(3) 양도담보**

**(가) 동산의 양도담보**

동산의 양도담보란 채권의 담보로 동산을 채권자에게 양도하여 대외적으로 채권자가 소유자이지만 대내적으로는 채무자가 소유권자가 되는 제도를 말한다. 채권자가 동산을 점유하는 경우 동산의 소유자는 채무자이므로 채권자가 변제기 이전에 동산을 처분한 경우에는 횡령죄가 성립한다. 그러나 변제기 이후에 처분한 경우에는 위탁관계를 배신하는 행위가 없으므로 횡령죄가 되지 않는다. 점유개정에 의한 양도담보로서 채무자가 동산을 점유하는 경우 채무자가 동산을 임의처분한 경우에는 채무자의 소유이기 때문에 횡령죄는 성립하지 않는다. 다만 배임죄가 성립될 수 있다.<sup>84)</sup>

84) 오영근, 상계서, 536-537면.

**[관련판례 : 대법원 1983.8.23. 80도1545]**

동산양도담보의 경우에는 대내적으로 그 목적물의 소유권은 여전히 채무자에게 남아 있고 채권자에게는 담보의 목적범위내에서만 그 권리가 이전되는 것으로 볼 것이므로 채무자가 그 채무의 변제를 위하여 이를 처분하거나 그 보관장소를 옮겼다 하여도 그 행위 자체를 횡령이라고 볼 수 없다.

**[관련판례 : 대법원 1977.11.8. 77도1715]**

채무의 담보로 하기 위하여 매매의 형식을 취하여 동산을 담보로 제공하고 이를 계속 사용하고 있다가 채권자의 승락을 받고 이를 매각하였다면 그 매각대금은 채무자의 소유이므로 이를 채무자가 소비하였다 하더라도 횡령죄가 성립하지 아니한다.

**[관련판례 : 대법원 1983.3.8. 82도1829]**

금전채무를 담보하기 위하여 채무자가 그 소유의 동산을 채권자에게 점유개정에 의하여 양도한 경우에는 이른바 약한 양도담보가 설정된 것이라고 볼 것이므로, 채무자는 채권자(양도담보권자)가 담보의 목적을 달성할 수 있도록 이를 보관할 의무를 지게 되어 채권자에 대하여 그의 사무를 처리하는 자의 지위에 있게 된다 할 것이니, 채무자가 양도담보된 동산을 처분하는 등 부당히 그 담보가치를 감소시키는 행위를 한 경우에는 배임죄가 성립된다.

**[관련판례 : 대법원 1989.7.25. 89도350]**

- 가. 금전채권을 담보하기 위하여 채무자 소유의 동산에 관하여 이른바 강한 의미의 양도담보가 설정되어 채무자가 그 동산을 점유하는 경우, 동산의 소유권은 신탁적으로 채권자에게 이전됨에 불과하여 채권자와 채무자간의 대내적 관계에서 채무자는 의연 소유권을 보유하나 양도담보권자가 담보의 목적을 달성할 수 있도록 이를 보관할 의무를 지게 되어 채권담보의 약정에 따라 담보권자의 사무를 처리하는 자의 지위에 있게 되므로 채무자가 양도담보된 동산을 처분하는 등 부당히 그 담보가치를 감소시키는 행위를 한 경우에는 형법상 배임죄가 성립된다.
- 나. 양도담보된 동산이 자동차인 경우 소유권의 득실변경은 등록을 하여야만 효력이 생기지만 그 사용방법에 따라 담보가치에 영향을 주므로 자동차를 양도담보로 설정하고서 점유하는 채무자가 이를 처분하는 등 부당히 그 담보가치를 감소시키는 행위를 한 경우에도 역시 배임죄의 죄

책을 면할 수 없다.

**[관련판례 : 대법원 1983.11.8. 82도2119]**

채권확보 등으로 양도담보로 제공한 물건을 다시 타에 양도한 행위는 배임죄에 해당된다.

**[관련판례 : 대법원 1989.4.11. 88도906]**

채무자가 채무이행의 담보를 위하여 동산에 관한 양도담보계약을 체결하고 점유개정의 방법으로 여전히 그 동산을 점유하는 경우 그 계약이 채무의 담보를 위하여 양도의 형식을 취하였을 뿐이고 실질은 채무의 담보와 담보권실행의 청산절차를 주된 내용으로 하는 것이라면 별단의 사정이 없는 한 그 동산의 소유권은 여전히 채무자에게 남아 있고, 채권자는 단지 양도담보물권을 취득하는 데 지나지 않으므로 그 동산을 다른 사유에 의하여 보관하게 된 채권자는 타인 소유의 물건을 보관하는 자로서 횡령죄의 주체가 될 수 있다.

**(나) 부동산의 양도담보**

부동산의 양도담보는 채권담보의 목적으로 채무자의 부동산을 채권자에게 소유권을 이전하여 주어 대외적으로는 채권자가 소유자이지만 대내적으로는 채무자가 소유권을 보유하고 있는 제도를 말한다. 양도담보의 경우 「가등기담보 등에 관한 법률」의 적용을 받아 채권자는 소유권을 취득하지 못하고 담보물권만을 취득한다. 동법 제4조 제2항은 “채권자는 담보부동산에 관하여 이미 소유권이전등기가 경료된 경우에는 청산기간 경과 후 청산금을 채무자 등에게 지급한 때에 목적부동산의 소유권을 취득한다”고 규정하고 있으므로 채권자는 이때까지 소유권자가 되지 못하고 채무자가 소유권자가 된다. 따라서 청산금지급 이전에 채권자가 부동산을 임의처분한 경우에는 횡령죄가 성립한다.<sup>85)</sup>

---

85) 대법원은 이 경우 배임죄를 인정하나, 이는 부당하고 가등기담보법시행 이후에는 횡령죄가 된다고 해야 할 것이다(오영근, 상계서, 537면).

변제기 이후 채권자가 임의처분한 경우에는 불법영득의사가 없어 횡령죄가 성립할 수 없다는 견해가 있으나, 변제기 이후에도 채권자가 청산목적 이외로 부동산을 임의처분하는 경우에도 횡령죄가 성립할 수 있다. 한편, 청산금을 지급받기 이전에 채무자가 부동산의 임의처분한 경우에는 자기 재물에 대한 처분이므로 횡령죄는 성립할 수 없다. 다만, 배임죄는 성립할 수 있다.<sup>86)</sup>

#### (4) 소유권유보부 매매

할부매매(割賦賣買)와 같이 소유권유보부 매매에 있어서 대금을 완납할 때까지는 목적물의 소유권은 매도인에게 있으므로 매수인이 대금을 완납하기 전에 목적물을 처분하면 횡령죄가 성립할 수 있다. 매도인이 목적물을 취거한 때에는 절도죄가 아니라 권리행사방해죄가 성립하며, 환매특약부매매에 있어서도 매수인이 임의로 처분하면 자기의 소유물의 처분행위이므로 횡령죄는 성립하지 않는다.<sup>87)</sup>

### 3) 행위

#### 가) 횡령

‘횡령’이란 범인이 보관하는 타인의 재물에 대하여 권리 없는 처분행위를 하는 일체의 행위를 말한다. 즉, 소비(消費)·착복(着服)·억류(抑留)·은닉(隱匿) 등의 **사실적 처분행위**와 매매(賣買)·입질(入質)·저당권설정(抵當權設定)·교환(交換)·증여(贈與)·전대(轉貸) 등이 **법률적 처분행위**를 모두 포함한다.<sup>88)</sup>

횡령죄는 자기가 보관하는 타인의 재물을 객체로 하므로 점유의 이전

86) 오영근, 상계서, 537-538면.

87) 오영근, 상계서, 536면.

88) 정영석, 전계서, 372면; 오영근, 상계서, 542면.

을 필요로 하지 않기 때문에 횡령의 고의(혹은 불법영득의사)만으로는 횡령죄가 성립할 수 없고 이것이 외부적으로 표현되어야 한다. 이러한 의미에서 횡령죄를 표현범이라고도 한다.<sup>89)</sup>

**[관련판례 : 대법원 1993.3.9. 92도2999]**

횡령죄의 구성요건으로서의 횡령행위란 불법영득의사를 실현하는 일체의 행위를 말하고, 횡령죄에 있어서의 행위자는 이미 타인의 재물을 점유하고 있으므로 점유를 자기를 위한 점유로 변경하는 의사를 일으키면 곧 영득의 의사가 있었다고 할 수 있지만, 단순한 내심의 의사만으로는 횡령행위가 있었다고 할 수 없고 영득의 의사가 외부에 인식될 수 있는 객관적 행위가 있을 때 횡령죄가 성립한다.

횡령행위의 본질에 관하여는 학설상 영득행위설과 월권행위설이 대립되어 있다.

**(1) 영득행위설**

영득행위설(領得行爲說)은 횡령을 불법영득의 의사를 실현하려는 일체의 행위라고 한다. 영득행위설에 의하면 횡령죄의 성립에 불법영득의사(不法領得意思)가 필요하다. 영득행위설에 의하면 신임관계에 위배하여 재물을 손괴하거나 은닉하는 경우에는 불법영득의사의 존재가 부정되므로 횡령죄가 성립할 수 없다.<sup>90)</sup> 판례와 통설은 영득행위설의 입장이다.<sup>91)</sup>

**(2) 월권행위설**

월권행위설(越權行爲說)은 횡령행위를 보관물에 대한 권한을 초월하는 행위 즉, 권한을 남용하는 것이라고 한다.<sup>92)</sup> 월권행위설을 불법처분설

89) 오영근, 상계서, 542면.

90) 횡령죄가 성립하기 위해서는 자기가 보관하는 타인의 재물을 자기의 소유물처럼 사용, 수익, 처분하는 의사가 필요하다(오영근, 상계서, 526면).

91) 오영근, 상계서, 542면.

(不法處分說) 또는 배신행위설(背信行爲說)이라고도 한다. 전혀 영득의 의사 없이 자기가 보관하는 물건을 단지 손괴 또는 은닉하는 경우나 반환을 거부한 경우에도 횡령죄의 성립을 인정하게 된다.<sup>93)</sup>

### (3) 결합설

결합설은 횡령죄는 본질적으로 신뢰에 어긋나는 행동을 한다는 측면과 타인의 재물을 불법영득한다는 측면 모두를 가지고 있는 것으로 파악한다. 그러나 영득행위 자체가 월권행위이므로 이 견해 역시 영득행위설에 속한다.<sup>94)</sup>

#### 나) 반환의 거부

‘반환의 거부’란 보관물에 대하여 소유자의 권리를 배제하는 의사표시를 말하고, 결국 횡령행위의 일태양이라고 하겠다.

횡령죄의 기수시기는 목적물인 타인의 재물에 대한 점유가 이미 행위자에게 속하고 있으므로, 보관자가 권한을 초월하여 처분행위의 의사를 객관적으로 명백히 표시하였을 때이고 반드시 처분행위로서 완성할 필요는 없다.

## 나. 주관적 구성요건

### 1) 고의

횡령죄의 고의의 성립에는 횡령행위의 본질에 관하여 월권행위설을 취하는 입장으로서 자기가 보관하는 타인의 재물에 대한 부당처분의 의사만 있으면 족하고, 자기 또는 제3자를 위한 불법영득의 의사는 반드시

92) 오영근, 상계서, 525면.

93) 오영근, 상계서, 525-526면.

94) 오영근, 상계서, 526면.

필요하지는 않다고 본다. 이에 대하여 영득행위설의 입장으로서는 이러한 일반적 고의 이외에 다시 불법영득의 의사가 있음을 요한다고 한다.

## 2) 위법성의 조각

행위자가 피해자를 위하여 또는 피해자의 승낙을 얻어 보관물을 처분하였을 경우에는 그 위법성이 조각되는 것은 물론이고, 사무관리로서 본인의 이익을 위하거나 기타 행위자의 일정한 권한 내에 속하는 처분행위도 위법성이 조각된다. 예컨대, 질권자가 민법 제336조 소정의 권리의 범위 내에서 질물을 전질하는 경우에는 입질자의 동의가 없더라도 위법성이 조각되어 횡령죄는 성립하지 아니한다. 다만 이 경우에 새로이 설정한 질권이 원질권의 범위를 초월하는 경우, 즉 채권액·질권의 존속기간 등이 입질자에게 불리한 결과를 발생하게 할 때에는 질권자의 행위는 횡령죄로 될 것이다.

## 3. 횡령죄의 유형

### 가. 업무상 횡령죄

업무상 횡령죄는 업무로 타인의 재물을 보관하는 자가 그 임무에 위배하여 재물을 횡령하거나 반환을 거부하는 범죄이다. 횡령죄에 대해 책임이 가중되는 범죄유형으로서 부진정신분범이다. 즉, 업무상 횡령죄는 진정신분범으로서 횡령죄가 업무로 인해 형이 가중된 부진정신분범이므로 진정신분범과 부진정신분범의 성격을 모두 지니고 있는 범죄로서 이중의 신분을 요하는 범죄이다.

업무상 횡령죄를 가중처벌 하는 이유는 단순횡령죄에 비해 그 피해가 크고 업무에 대한 사회적 신뢰를 파괴할 가능성이 크기 때문이다. 본죄

에 의한 이득액이 5억원 이상인 때에는 「특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률」 제3조에 의하여 가중처벌된다.

본죄의 구성요건은 업무상의 임무에 위배하여 자기가 보관하는 타인의 재물을 횡령하거나 반환을 거부하는 것이다. 자기가 보관하는 타인의 재물을 횡령하거나 반환을 거부한다는 것의 의미는 횡령죄와 같다.

업무란 사회생활상 지위에서 계속적으로 종사하는 사무를 말한다. 단순히 일회적인 사무는 업무라고 할 수 없다. 본죄에서의 업무는 업무상 과실치사상죄에서와 같이 생명, 신체에 위험을 초래할 수 있는 업무에 국한되지 않지만, 위탁관계에 의해 타인의 재물을 보관하는 내용을 지닌 업무여야 한다. 재물을 보관하는 내용의 업무가 아닌 업무를 하는 사람이 업무상 보관하게 된 재물을 횡령하는 경우에는 본죄가 성립하지 않고 단순횡령죄가 성립한다. 예를 들어 은행원이 고객이 맡기고 간 예금을 횡령한 때에는 본죄가 성립하지만, 옷가게 주인이 손님이 사서 잠시 맡겨놓고 간 옷을 횡령한 경우에는 단순횡령죄가 성립한다. 그러나 재물의 보관을 주된 내용으로 하는 업무에 국한되지 않고, 부수적으로 타인의 재물을 보관하는 것을 내용으로 하는 업무여도 무방하다.

업무란 법령이나 계약에 의한 것 뿐만 아니라 관습상이나 사실사이 업무여도 무방하다. 무허가로 하는 업무라도 무방하고 유상, 무상을 불문하고, 주된 업무뿐만 아니라 부수적 업무도 포함된다. 영구적, 일시적 업무가 모두 포함되고, 특정인을 위한 업무인가 아니면 불특정인을 위한 업무인가도 불문한다.

본죄는 진정신분범과 부진정신분범의 성격을 모두 지니고 있으므로 비신분자가 본죄에 가공한 때에는 단순횡령죄로 처벌된다. 예를 들어 은행원이 아닌 갑이 은행원 을의 업무상 횡령죄에 가공한 때에는 갑은 단순횡령죄로 처벌된다. 다수설에 의하면 제33조 본문만이 적용되어 갑은 횡령죄의 공범의 죄책을 지고, 횡령죄로 처벌된다. 판례와 소수설에 의하

면 갑의 행위는 제33조 본문에 의해 업무상 횡령죄가 되지만, 제33조 단서에 의해 업무상 횡령죄가 아닌 단순횡령죄로 처벌된다. 어느 견해에 의하든 갑의 처벌은 단순횡령죄에 의한다.

타인의 재물을 보관하는 갑이 을의 업무상 횡령죄에 가공한 경우 다수설에 의하면 갑은 제33조 단서에 의해 단순횡령죄의 책임을 지고 단순횡령죄로 처벌되지만, 판례 및 소수설에 의하면 제33조 본문에 의해 업무상 횡령죄의 책임을 지되 처벌은 제33조 단서에 의해 단순횡령죄로 처벌된다.

본죄 역시 위탁관계의 수에 따라 죄수가 결정된다. 따라서 공무원이 직할시세, 구세 및 국세를 횡령한 경우 직할시세, 구세 및 국세별로 구분하여 별개의 업무상횡령죄가 성립한다. 그러나 같은 직할시세 도는 같은 구세 중에서 구체적인 세목을 달리하는 세금을 횡령한 경우에는 포괄일죄가 된다. 수개의 업무상 횡령행위라 하더라도 피해법익이 단일하고, 또 범죄의 태양이 동일하며 단일 범의의 발현에 기인하는 일련의 행위라고 인정될 때에는 포괄하여 1개의 범죄가 된다.

## 나. 점유이탈물횡령죄

점유이탈물횡령죄는 유실물(遺失物), 표류물(漂流物), 매장물(埋藏物) 또는 타인의 점유를 이탈한 재물을 횡령하는 범죄이다. 탈취죄와 편취죄와 같은 점유침해가 없다는 점에서 구별되고 횡령죄와 유사하다. 그러나 횡령죄는 위탁관계를 배신하고 타인의 재물을 영득하는 것임에 비하여 점유이탈물횡령죄는 신뢰에 대한 배신이 없다는 점에서 구별된다. 따라서 점유이탈물횡령죄는 횡령죄에 비하여 형벌이 가볍다.

점유이탈물횡령죄는 횡령죄의 감경적 구성요건인가 아니면 독립된 범죄인가에 대하여 의견이 나뉘는 데 통설은 횡령죄와 독립된 범죄라는 입장이다.

보호법익은 사실상의 소유이고, 보호의 정도는 침해범이다.<sup>95)</sup>

점유이탈물횡령죄는 비신분범이므로 주체에는 제한이 없다. 객체는 유실물, 표류물, 매장물 또는 타인의 점유를 이탈한 재물이다.

유실물이란 점유자가 잃어버린 물건, 즉 분실물(紛失物)이라고 할 수 있다. 유실물법 제12조는 착오로 인하여 점유한 물건, 타인이 놓고 간 물건이나 일실(逸失)한 가축 등을 준유실물이라고 하는데 이 역시 점유를 이탈한 타인의 재물이라는 점에서 본조의 객체가 된다.

표류물이란 점유를 이탈하여 바다, 강, 개천 등에서 떠내려가는 물건을 말한다.

매장물이란 당, 바다밑, 건조물 등에 묻혀있는 물건을 말한다. 유실물, 표류물, 매장물 모두 타인의 점유를 이탈한 재물이어야 하고 타인의 점유를 이탈한 재물이 아니면 본죄의 객체가 될 수 없다. 예를 들어 유실물이라도 다른 사람의 점유 하에 있을 때에는 본죄의 객체가 될 수 없다. 관례에 의하면 당구장이나 여관에서 손님이 잃어버린 물건은 당구장 주인이나 여관주인의 점유하에 있기 때문에 본죄의 객체가 될 수 없다.

표류물이라고 하더라도 그 점유자가 표류물을 쫓아가고 있고 그를 회수할 가능성이 있을 때에는 본죄의 객체가 되지 않는다. 매장물도 그 물건을 매장한 사람이 위치를 알지 못하는 경우에는 본죄의 객체가 될 수 있지만, 매장한 위치를 알아서 그의 점유를 인정할 수 있거나 관리하는 분묘 속에 매장한 물건 등은 본조의 객체가 되지 않는다. 고분(古墳) 속에 매장된 물건이라도 국가가 관리하는 고분 속에 매장된 물건인 경우에는 본죄의 객체가 되지 않는다.

점유이탈물(占有離脫物)이란 점유자의 의사에 의하지 않고 그의 점유

95) 점유이탈물횡령죄의 보호법익을 소유권이라고 할 경우에는 위험범이라고 할 수 있으나, 보호법익을 사실상의 소유라고 해야 하고, 이를 영득한 경우에는 사실상 소유자의 사용, 수익, 처분의 가능성을 침해한 것이라고 해야 하기 때문이다(오영근, 상계서, 565면).

를 이탈한 물건을 말한다. 어느 누구의 점유에도 속하지 않는 물건뿐만 아니라 자신의 점유 하에 있더라도 권리자와 위탁관계에 의하지 않고 점유하는 물건도 점유이탈물이 될 수 있다. 예를 들어 우연히 자기 집에 들어온 물건, 손님이 잊고 간 물건, 자기 집으로 찾아가지 못해 집안으로 들어 온 가축 등도 점유이탈물이 될 수 있다.

타인의 점유 하에 있거나 타인의 점유를 이탈하지 않은 물건은 본죄의 객체가 될 수 없다. 집안으로 들어왔지만 주인집을 찾아갈 수 있는 가축, 강간현장에 피해자가 놓아두고 간 물건, 노상에 세워둔 자전거, 외국 군부대의 훈련기간 중 훈련구역 내에 장치된 로켓포탄, 손님이 잊고 갔지만 잊은 장소를 기억해서 찾을 수 있는 물건 등은 본죄의 객체가 되지 않는다.

판례에 의하면 승객이 놓고 내린 지하철의 전동차 바닥이나 선반 위에 있던 물건, 고속버스에 승객이 잊고 내린 물건 등을 영득한 때에는 절도죄가 아닌 점유이탈물횡령죄가 성립한다.

사자(死者)의 물건을 영득한 경우 점유이탈물횡령죄가 된다는 견해와 사자의 생전의 점유가 사후에도 다소간 계속되므로 절도죄가 된다는 견해가 대립한다. 사망에 의해 인간의 모든 권리의무는 소멸하므로 사자를 살해하고 그 재물을 영득한 경우가 아닌 한, 사망 직후의 사자의 재물을 영득한 경우도 점유이탈물횡령죄라고 해야 할 것이다.

점유이탈물횡령죄의 객체는 타인소유의 재물이어야 한다. 무주물이나 자기 소유의 재물에 대해서는 점유이탈물횡령죄가 성립하지 않는다. 누구의 점유 하에도 있지 않은 무주물을 영득한 경우에는 영득자가 소유자가 되고 본죄가 성립하지 않는다.

본죄의 실행행위는 횡령이다. 통설은 횡령이란 불법영득의사가 표현되는 행위라고 하지만 횡령에 영득의 의미가 포함되어 있으므로, 횡령이란

권리자의 의사에 반하여 소유자를 배제하고 재물을 자기의 소유물처럼 사용, 수익, 처분하는 행위를 말한다. 유실물이나 표류물 등을 습득하고서 유실물법이나 수난구호법 등이 정한 절차를 이행하지 않은 것만으로는 횡령행위라고 할 수 없다.

판례에 의하면, 다른 사람의 유실물인 줄 알면서 당국에 신고하거나 피해자의 숙소에 운반하지 아니하고 자기 친구 집에 운반한 행위, 자전거를 습득하여 소유자가 나타날 때까지 보관을 선언하고 수일간 보관한 행위는 횡령이라고 할 수 없다.

통설과 판례는 본죄의 성립에 고의 이외에 불법영득의사가 필요하다고 한다. 점유이탈물횡령죄가 성립한 후 그 재물을 사용, 손괴하는 행위는 별도의 범죄를 구성하지 않는 불가벌적 사후행위이다. 습득한 자기앞수표를 현금과 교환하는 경우에도 사기죄는 성립하지 않는다. 본죄에는 친족상도례와 동력규정이 적용된다. 친족관계는 사실상의 소유자와 행위자 사이에 존재하여야 한다.

## 제3절 배임죄에 대한 판례분석

### 1. 배임죄의 의의와 본질

#### 가. 배임죄의 의의

배임죄는 고대 로마법이나 게르만법에서는 독립된 재산범죄로 인정되지 않았다.<sup>96)</sup> 원래 배임죄는 횡령죄와 함께 발전되어 온 것이며, 1532

96) 정성근, 「형법각론」, 법지사, 1996, 532면; 배종대, 전계서, 534면.

년 카로리나형법전은 위탁물횡령에 횡령과 배임을 분리하지 않은 채 규정하고 있었다(제170조). 1810년 프랑스의 나폴레옹형법전 제408조 이하에 규정된 신용남용죄와 유사한 개념이었다. 1851년의 프로이센 형법이 배임죄(제246조)를 사기죄의 한 태양으로 규정하기 시작하였으나 횡령죄의 요소에서 완전히 분리되지는 못했다.<sup>97)</sup> 1871년 독일형법은 이 프로이센 형법을 기초로 ‘사기 및 배임’의 장에 배임죄의 구성요건을 규정하고(제266조) 후견인·재산관리인·파산관리인 등의 배임, 토지측량인·경매인·중매인 등의 배임 및 대리인의 배임을 규정하여 배임죄의 주체를 확장하였다.<sup>98)</sup>

1933년의 독일형법에 의하여 배임죄는 전체재산에 대한 기본적 형태의 범죄로 다루어지면서, 사기죄와의 유사한 성격으로 인하여 사기죄와 같은 장에서 규정되었다. 그것이 현행 독일형법에 이르기까지 유지되고 있으며, 일본형법도 그 영향을 받은 것으로 보인다.<sup>99)</sup>

배임죄(Untreu)란 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위로 재산상의 이익을 취하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가하는 것을 내용으로 하는 범죄를 말한다. 재산범죄 중 재물 외에 재산상의 이익만을 객체로 하는 순수한 이득죄(利得罪, 利益罪)이다.<sup>100)</sup>

배임죄는 재산권을 보호법익으로 하는 재산범죄로 본인과의 신임관계

97) 1794년의 프로이센 일반란트법에서는 배임죄를 가중적 사기죄로 규정하였다. 이 법에서 공무원, 후견인의 배임과 함께 사적인 대리인의 배임이 비로소 독립적으로 처벌할 수 있게 되고 처벌의 근거로서 성실의무의 침해를 고려하였던 것이다. ... 1851년의 프로이센 형법에서는 후견인과 같이 특히 성실관계에 있는 자의 배신을 처벌하는 규정을 두었다. 그러나 여기서는 대리인의 배임을 처벌하는 규정을 두지 않았기 때문에 프로이센 일반란트법에 비하면 퇴보한 것이라 할 수 있다(정성근, 상계서, 532-433면).

98) 정성근, 상계서, 533면.

99) 이재상, 전계서, 354면.

100) 정영석, 전계서, 380면; 이재상, 상계서, 353면; 박상기, 「형법각론」, 박영사, 2005, 397면; 손동권, 전계서, 447면.

또는 신의성실을 위배하여 타인의 재산을 침해하는 범죄이지만 신임관계의 침해가 배임죄의 보호법익이 되는 것이 아니라 재산권을 침해하는 수단 내지 침해의 태양에 불과하므로 사기죄의 경우와 같다. 신임관계 자체는 독립된 보호법익이 될 수 없기 때문이다. 배임죄의 보호법익이 보호받는 정도는 **위태범(危殆犯)**이다.<sup>101)</sup>

**[관련판례 : 대법원 2007.6.15. 2005도4338]**

배임죄나 업무상 배임죄에서 '재산상의 손해를 가한 때'라 함은 현실적인 손해를 가한 경우뿐만 아니라 재산상 실해 발생의 위험을 초래한 경우도 포함되고, 재산상 손해의 유무에 대한 판단은 법률적 판단에 의하지 아니하고 경제적 관점에서 파악하여야 하지만, 여기서 재산상의 손해를 가한다 함은 총체적으로 보아 본인의 재산 상태에 손해를 가하는 경우, 즉 본인의 전체적 재산가치의 감소를 가져오는 것을 말하므로 재산상의 손실을 야기한 임무위배행위가 동시에 그 손실을 보상할 만한 재산상의 이익을 준 경우, 예컨대 그 배임행위로 인한 급부와 반대급부가 상응하고 다른 재산상 손해(현실적인 손해 또는 재산상 실해 발생의 위험)도 없는 때에는 전체적 재산가치의 감소, 즉 재산상 손해가 있다고 할 수 없다( 대법원 2005. 4. 15. 선고 2004도7053 판결 참조).

**[관련판례 : 대법원 2004.4.9. 2004도771]**

배임죄가 성립하려면, 경제적 관점에서 파악하여 배임행위로 인하여 본인에게 현실적인 손해를 가하였거나 적어도 재산상 실해 발생의 위험을 초래하였다고 인정되어야 한다.

101) 이재상, 상계서, 353-354면; 배임죄의 보호법익은 물권·채권을 포함한 개인의 재산권이며 그 내용은 횡령죄에 있어서와 같이 소유권이고, 보호받는 정도는 법익에 대한 침해가 있을 때에 범죄가 성립하므로 **침해범(侵害犯)**으로서의 보호이다(정성근, 전계서, 533면); 본죄의 보호 정도에 대해서는 재산에 대한 현실적 손해가 있어야 비로소 기수가 된다는 침해범설(다수설)과 재산상 손해발생의 위험성이 있으면 이미 기수가 인정된다는 위태범설의 대립이 있다. 본죄에도 미수범의 처벌규정이 있기 때문에 기수시기는 가능한 엄격하게 결정하려는 침해범설이 타당하다(손동권, 상계서, 447면); 보호정도에 대해서는 본인에게 손해를 가한 때라는 문언 및 배신설의 범위를 제한할 필요에 의해 침해범으로 보는 견해가 있으나 위험범 가운데 **구체적 위험범**이라고 보아야 한다. 연혁적으로 이득죄인 배임죄는 타인의 재물을 영득하는 재물죄 이후에 등장하였다. 특히 횡령죄의 보호대상이 자기의 지배하에 있는 타인의 재물에 한 한정됨으로써 기타의 재산적 권리의 침해가 형법적 보호 밖에 놓여지는 부당한 결과를 막기 위하여 인정된 것이다(박상기, 상계서, 397면).

**[관련판례 : 대법원 2000.4.11. 99도334]**

배임죄는 현실적인 재산상 손해액이 확정될 필요까지는 없고 단지 재산상 권리의 실행을 불가능하게 할 염려 있는 상태 또는 손해 발생의 위험이 있는 경우에 바로 성립되는 위태범이므로 피고인이 그 업무상 임무에 위배하여 부당한 외상 거래행위를 함으로써 업무상 배임죄가 성립하는 경우, 담보물의 가치를 초과하여 외상 거래한 금액이나 실제로 회수가 불가능하게 된 외상거래 금액만이 아니라 재산상 권리의 실행이 불가능하게 될 염려가 있거나 손해 발생의 위험이 있는 외상 거래대금 전액을 그 손해액으로 보아야 하고, 그것을 제3자가 취득한 경우에는 그 전액을 특정경제범죄가중처벌등에관한법을 제3조에 규정된 제3자로 하여금 취득하게 한 재산상 이익의 가액에 해당하는 것으로 보아야 할 것이다.

**[관련판례 : 대법원 2000.2.11. 99도2983]**

배임죄가 성립하려면 경제적 관점에서 파악하여 배임행위로 인하여 본인에게 현실적인 손해를 가하였거나 적어도 재산상 실해발생의 위험을 초래하였다고 인정되어야 할 것...

**[관련판례 : 대법원 1995.11.21. 94도1375]**

배임죄에 있어 재산상의 손해를 가한 때라 함은 현실적인 손해를 가한 경우뿐만 아니라 재산상 실해발생의 위험을 초래한 경우도 포함되고, 재산상 손해의 유무에 대한 판단은 본인의 전 재산 상태와의 관계에서 법률적 판단에 의하지 아니하고 경제적 관점에서 파악하여야 하며, 따라서 법률적 판단에 의하여 당해 배임행위가 무효라 하더라도 경제적 관점에서 파악하여 배임행위로 인하여 본인에게 현실적인 손해를 가하였거나 재산상 실해발생의 위험을 초래한 경우에는 재산상의 손해를 가한 때에 해당한다.

**[관련판례 : 대법원 1975.12.23. 74도2215]**

부동산 매매에 있어서 등기의무자인 매도인의 임무는 일면에 있어 자기의 재산처분 행위를 완성케 하는 것은 자기의 사무임과 동시에 타면에 있어 등기의무자인 매도인의 협력없이 매수인 명의의 소유권이전등기는 완성되는 것이 아니므로 등기관리자인 매수인의 소유권취득을 위한 사무의 일부를 이루는 것이고 매도인의 등기협력의무는 주로 타인인 매수인을 위하여 부담하고 있는 것임에 비추어 부동산매도인은 형법상의 타인의 사무를 처리하는 입장에 있는 것이므로 그 임무에 위배하여 매도한 부동산에 대하여 제3자에게 근저당권설정등기를 하게 한 경우에는 배임죄가 성립한다.

[관련판례 : 대법원 1975.4.22. 75도123]

피고인의 이권 행위는 다음에 실시하는 바와 같이 업무상 횡령에 해당한다 할 것인 바, 횡령죄나 배임죄는 양자가 다 침해범이 아니고 위태범이므로 피고인의 이권 소위와 같이 업무상 보관중인 정기예금을 자기 개인의 채무에 대한 담보로 제공함으로써 횡령죄가 성립된다

## 나. 배임죄의 본질

배임죄의 본질에 관하여는 권리남용설·사무처리설 및 배신설 등의 3개의 학설이 대립되어 있다.

### 1) 권리남용설

권리남용설(權利濫用說, Mißbrauchstheorie)은 법률상의 처분권한 있는 자가 권한을 남용하여 사무를 처리하는 점에 배임죄의 본질이 있다고 하는 견해이다.<sup>102)</sup> 배임죄의 본질이 법적 대리권의 남용에 있다<sup>103)</sup>고 하는 이 설은 권한남용설(權限濫用說)이라고도 한다.<sup>104)</sup> 이 설에 의하면 배임죄는 오로지 법률행위에 의하여서만 성립하는 것으로 이해되어, 결국 대리권을 가지는 자에 한하여 배임죄의 주체로 된다. 이 권리남용설은 당초에 권한의 의미가 반드시 명확하지 않았기 때문에 권한의 의미를 민법상의 대리권으로 이해하여 그 결과 권리남용설은 결국 대리권남용설로서 파악되었다. 따라서 이러한 의미를 가지는 권리남용설에 있어서 배임죄는 법률행위에 관하여서만 성립하고, 사실행위는 배임죄를 구성할 수 없다고 하게 되었다.<sup>105)</sup>

102) 정영석, 전게서, 380면.

103) 박상기, 전게서, 398면.

104) 이재상, 전게서, 355면; 손동권, 전게서, 448면; 배종대, 전게서, 536면.

105) 손동권, 상게서, 448면.

그러나 단순한 사실행위에 의한 배임적 행위, 예컨대 허위의 장부의 기입, 금전의 임의소비, 재산멸실행위 등을 배임행위에 제외할 이유는 없다.<sup>106)</sup> 권리남용설에 의하면 배임죄가 권리에 대한 범죄로서의 성질을 가지게 되어 횡령과 배임의 한계가 명백하게 되고, 배임죄의 범위가 확대될 위험도 없어지는 것이 사실이다. 그러나 권리남용설은 법률행위에 대하여만 배임죄의 성립을 인정하고 사실행위에 의한 배임을 부정함으로써 배임죄의 범위를 지나치게 좁게 하여, 신임관계를 위배한 사실행위를 처벌하지 못하는 형사정책상의 결점을 나타나게 되므로 옳다고 할 수 없다.<sup>107)</sup>

## 2) 사무처리설

사무처리설(事務處理說, Geschäftsführungstheorie)은 타인의 재산을 관리할 법률상의 의무 있는 자가 그 의무에 위반하는 것을 배임죄의 본질로 이해하려는 견해이다. 따라서 이 설에 의하면, 배임행위는 법령 또는 계약상의 재산관리의무 있는 자의 행위에 한정되고, 결국 타인의 재산관리의무 있는 자이면 배임죄의 주체가 될 수 있다<sup>108)</sup>는 것이다.<sup>109)</sup>

106) 정영석, 전게서, 380면; 이재상, 상게서, 355면.

107) 이재상, 상게서, 355면; 박상기, 전게서, 398면; 권리남용설은 배신설에 있어서 배임과 횡령과의 한계가 명확하지 않다는 결함을 보충하려는 의도에서 주장하는 학설이다. 즉, 이 설에 의하면, 배임죄는 타인의 재산을 처분할 수 있는 권한을 가지고 있는 자가 그 권한을 남용하여 불법한 처분을 하는 범죄이고, 횡령죄는 이러한 권한을 가지지 않은 자가 타인의 재물을 처분하는 범죄라고 하고, 특히 배임죄는 법률행위에 관하여서만 성립하고 사실행위에 관하여는 성립하지 아니한다고 한다. 그러나 배임행위는 대리권 있는 자의 법률행위에 한정한다면 배임죄의 성립범위가 부당하게 제한되어 타당하지 아니하다. 왜냐하면, 대리권 없는 자의 배임행위가 배임행위로부터 제외되어, 결국 형벌에 해당하는 적지 않은 배임행위를 가벌성의 범위 외에 두게 되는 결과로 되기 때문이다(정영석, 상게서, 381면); 독일에서 오래 전에 주장되었던 학설이고 현재 이 견해를 취하는 학자는 찾을 수 없다(배종대, 전게서, 536면).

108) 이 설은 타인의 재산을 관리할 법률상의 의무가 있는 자의 의무위반에서 배임죄의 본질을 찾고 있으므로 기본적으로는 배신설에 근거를 두고 있다. 그러나 그 의무는 법률상의 재산보호의무에 한하며, 사무처리의 근거도 법령·계약에 의해서 성립되는 경우로 한정하여 재산관리의무자만이 배임죄의 주체로 되고, 신뢰관계의 범위를 민법상의 사무처리의무로 한정하는 데 특색이 있다(정성근, 전게서, 534-535면).

배임죄를 법령상 또는 계약상의 재산관리의무위반에 제한해야 할 이유가 없다는 비판을 면할 수 없고, 따라서 오늘날 형법학에서는 이미 자취를 감춘 이론이다.<sup>110)</sup>

### 3) 배신설

배신설(背信說, Treubruchstheorie)은 배임죄가 타인과의 신임관계에 위배하여 그 본인에게 손해를 가한다는 데에 착안하여 배임죄의 본질을 신임관계의 침해(신의성실상의 의무위반)로 이해하려는 견해이다.<sup>111)</sup>

배임죄의 본질은 외부관계에 있어서의 권리의 남용에 있는 것이 아니라, 의무위반에 의하여 재산상의 손해를 결과하는 내부관계의 보호에 있고, 배신설은 바로 신임관계에서 발생한 타인의 재산상의 이익을 보호할 의무를 침해하는 것을 말한다는 것이다. 이 설에 의하면 배임죄는 대외 관계에 있어서 대리권의 존재를 필요로 하지 않으며, 배임행위도 반드시 법률행위에 제한되지도 않는다.<sup>112)</sup>

따라서 이 설에 의하면, 신임관계의 성립원인은 법령 또는 법률행위에 한정되지 않고, 또 그 신임관계는 반드시 당사자 간에 있어서의 주관적인 것에 한하지 않으며, 일반적인 신의성실의 원칙을 기초로 하여 객관적 신임관계가 존재하면 배임죄의 주체로 될 수 있다고 한다. 통설과 판례의 입장이다.<sup>113)</sup>

109) 정영석, 전게서, 380면.

110) 사무처리설은 권리남용설에 있어서 배임죄의 성립범위의 협의를 보충하려는 의도에서 배임행위를 법령 또는 계약상의 재산관리의무위반의 행위로써 족하다고 하나, 배임행위를 법령상 또는 계약상의 재산관리의무위반에 한정할 근거는 없고, 또 필요도 없다고 하겠다(정영석, 상게서, 381면); 이재상, 전게서, 355면; 배종대, 전게서, 536면.

111) 정영석, 상게서, 380면; 배신설은 1933년 개정전의 독일형법 제266조 1항 1호3호의 성실의무위반(신뢰관계위반)의 배신행위를 처벌하기 위한 이론적 근거로 주장된 것이다(정성근, 전게서, 535면).

112) 이재상, 전게서, 356면; 손동권, 전게서, 448면.

113) 정영석, 전게서, 380-381면; 이재상, 상게서, 356면; 정성근, 전게서, 536면; 손동권, 전게서, 448-449면.

**[관련판례 : 대법원 1976.5.11. 75도2245]**

배임죄에 있어서 타인의 사무를 처리하는 자라 함은 양자간의 신임관계에 기초를 둔 타인의 재산의 보호 내지 관리의무가 있음을 그 본질적 내용으로 하는 경우라 할 것이므로 단순한 채권적인 급부의무에 불과한 금원의 지급의무만을 부담하는 경우와 같이 그 사무가 타인의 사무가 아니고 자기의 사무에 속하는 경우라면 그 사무를 타인을 위하여 처리하는 경우라 하더라도 이는 타인의 사무를 처리하는 자라고 볼 수 없다.

**[관련판례 : 대법원 2005.3.25. 2004도6890]**

배임죄에 있어서 타인의 사무라 함은 신임관계에 기초를 둔 타인의 재산의 보호 내지 관리의무가 있을 것을 그 본질적 내용으로 하는 것으로 타인의 재산관리에 관한 사무를 대행하는 경우, 예컨대 위임, 고용 등의 계약상 타인의 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 경우 따위를 말한다.

**[관련판례 : 대법원 1999.9.17. 97도3219]**

배임죄에 있어서 타인의 사무를 처리하는 자라 함은 양자간의 신임관계에 기초를 둔 타인의 재산 보호 내지 관리의무가 있음을 그 본질적 내용으로 하는 것이므로, 배임죄의 성립에 있어 행위자가 대외관계에서 타인의 재산을 처분할 적법한 대리권이 있음을 요하지 아니한다.

**[관련판례 : 대법원 1999.6.22. 99도1095]**

배임죄에 있어서 그 임무에 위배하는 행위라 함은 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 기대하는 행위를 함으로써 본인과 사이의 신임관계를 저버리는 일체의 행위를 포함하며, 재산상의 손해를 가한 때라 함은 현실적인 손해를 가한 경우뿐만 아니라 재산상 실해 발생의 위험을 초래한 경우도 포함되고, 재산상 손해의 유무에 대한 판단은 본인의 전재산 상태와의 관계에서 법률적 판단에 의하지 아니하고 경제적 관점에서 파악하여야 하며, 따라서 법률적 판단에 의하여 당해 배임행위가 무효라 하더라도 경제적 관점에서 파악하여 배임행위로 인하여 본인에게 현실적인 손해를 가하였거나 재산상 실해발생의 위험을 초래한 경우에는 재산

상의 손해를 가한 때에 해당되어 배임죄를 구성하는 것이라고 볼 것이다.

**[관련판례 : 대법원 1998.10.23. 98도2577]**

형법 제355조 제2항의 배임죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위로써 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가함으로써 성립하는 것이므로, 주식회사의 감사 겸 서울사무소장인 피고인의 유가증권위조·행사로 말미암아 회사에 대하여 손해를 가하였다고 하여 피고인에게 배임죄의 책임을 물으려면, 피고인이 위와 같은 지위에 있었다는 것만으로는 부족하고, 피고인이 유가증권의 위조·행사와 관련하여 법령 또는 계약 등에 의하여 구체적으로 어떠한 사무를 처리하는 신분이 있었는지를 먼저 확정하지 아니하면 안된다.

**[관련판례 : 대법원 1994.9.9. 94도902]**

배임죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위에 의하여 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가함으로써 성립하는 것으로, 여기에서 그 주체인 "타인의 사무를 처리하는 자"란 양자간의 신임관계에 기초를 두고 타인의 재산관리에 관한 사무를 대행하거나 타인 재산의 보전행위에 협력하는 자의 경우 등을 가리키며, 또 "임무에 위배하는 행위"라 함은 당해 사무의 내용·성질 등 구체적 상황에 비추어 법률의 규정, 계약의 내용 또는 신의성실의 원칙상 당연히 할 것으로 기대되는 행위를 하지 않거나 당연히 하지 않아야 할 것으로 기대되는 행위를 함으로써 본인에 대한 신임관계를 저버리는 일체의 행위를 포함한다.

**[관련판례 : 대법원 1987.4.28. 86도2490]**

배임죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무위배행위로 재산상이익을 취득하여 사무의 주체인 타인에게 손해를 가함으로써 성립하는 것이므로 그 범죄의 주체는 타인의 사무를 처리하는 신분이 있어야 할 것이고, 여기에서 "타인의 사무를 처리하는 자"라 함은 양자간의 신임관계에 기초를 둔 타인의 재산의 보호 내지 관리의무가 있음을 그 본질적 내용으로 하는 경우라 할 것이므로, 그 사무가 타인의 사무가 아니고 자기의 사무의 경우라면 그 사무를 타인을 위하여 처리하는 경우라 하더라도 이는 타인의 사무를 처리하는 자라고는 볼 수 없다.

**[관련판례 : 대법원 1983.2.8. 81도3137]**

배임죄에 있어서 타인의 사무라 함은 신임관계에 기초를 둔 타인의 재산의 보호 내지 관리의무가 있을 것을 그 본질적 내용으로 하는 것으로 타인의 재산관리에 관한 사무를 대행하는 경우, 예컨대 위임, 고용 등의 계약상 타인의 재산의 관리 보전의 임무를 부담하는데 본인을 위하여 일정한 권한을 행사하는 경우, 등기협력의무와 같이 매매, 담보권설정등 자기의 거래를 완성하기 위한 자기의 사무인 동시에 상대방의 재산보전에 협력할 의무가 있는 경우 따위를 말한다고 할 것인지 본건과 같이 공소외인의 대지매도대금수령의 확보책으로 피고인들 소유의 본건 건물의 처분은 공소외인의 사전 승락 아래 하겠다는 특약상의 의무는 단순한 채무에 불과하고 공소외인의 재산관리 내지 보전의 사무라고 할 수 없다고 할 것이다.

배신설은 신임관계의 성립원인을 법령 또는 법률행위에 한정하지 않은 점에 있어서 사무처리설보다 배임죄의 성립범위가 넓고, 또 그 신임관계는 반드시 당사자간에 특수한 주관적 관계인 것에 한하지 않고, 널리 일반적인 신의성실의 의무를 기초로 하여 객관적인 신임관계에 있으면 족하다고 이해하므로, 권리남용설에 있어서와 같이 배임죄의 성립범위가 부당하게 제한됨이 없고, 오히려 권리남용설의 경우도 포함하게 된다. 이러한 이유로 배임죄의 본질에 관하여는 배신설이 타당하고, 또 현행형법상의 배임죄의 규정의 입법취지에도 가장 합당한 견해라고 할 수 있다.<sup>114)</sup> 배신설을 극단적으로 적용할 때에는 배임죄의 구성요건이 무제한하게 확대될 위험이 있다. 모든 채무불이행자가 신의성실의 의무에 위배하였으므로 배임죄를 구성한다는 결론이 되기 때문이다. 배신설을 채택하는 경우에도 그 구성요건을 엄격하게 해석하지 않으면 배임죄의 구성요건은 명확성의 원칙에 반하게 된다. 여기서 신임관계의 범위를 결정하는 타인의 사무를 처리하는 자라는 구성요건요소를 어떻게 해석해야 하는가가 배임죄의 해석에 있어서 가장 중요한 문제로 되지 않을 수 없다.<sup>115)</sup>

114) 현행형법이 횡령죄와 배임죄를 동일한 법조문(제355조 제1항, 제2항)에 규정한 입법이유는 바로 여기에 있다고 할 수 있다(정영석, 상계서, 381-382면); 이재상, 상계서, 356면; 정성근, 상계서, 536면.

115) 이재상, 상계서, 356면; 주체의 범위를 제한적으로 해석해야 하는 문제는 배신설의 과제로 되어 있다(배중대, 전계서, 537면).

배임죄의 본질에 관하여 배신설의 입장에서 배임죄와 횡령죄와의 관계를 고찰하면, 양죄는 각각 그 범죄의 주체가 타인의 사무를 처리하는 자이고, 또 그 행위가 타인의 신임관계를 침해하는 것을 내용으로 하는 배신성에 있어서 그 본질을 같이 한다고 할 수 있다.<sup>116)</sup>

## 2. 배임죄의 구성요건

### 가. 객관적 구성요건

#### 1) 주체

배임죄의 주체는 타인의 사무를 처리하는 자이다. 배임죄는 진정신분범이다.<sup>117)</sup> 신분은 행위시에 있으면 족하고 재산상의 손해발생은 그 신분의 소멸 후라도 무방하다.<sup>118)</sup>

타인의 사무를 처리하는 자란 위탁·신임의 관계에 기하여 사실상 타인의 사무를 처리하는 자를 말한다.<sup>119)</sup> 즉, 타인과의 대외관계에서 신의성실의 원칙에 비추어 그 사무를 처리할 신임관계가 존재하는 자이다. 제3

116) 그러면 배임죄와 횡령죄의 구별이 한계점은 어디에 있는가. 이미 횡령죄에서 논술한 바와 같이 양죄는 다 같이 위탁·신임에 기한 임무에 위배되는 배신행위로 인하여 타인에게 재산상의 손해를 가하는 점을 그 본질적 요소로 하나, 다만 양죄의 구별의 요점은, 횡령죄는 자기 가 보관하는 타인의 개개의 특정한 재물을 불법으로 횡령함으로써 성립하는 데 대하여, 배임죄는 개개의 특정한 재물 이외의 재산상의 이익을 취득함으로써 재산상태일반에 손해를 가하는 점에 있다고 하겠다. 따라서 양죄의 차이는 침해의 객체의 성질에 관한 것이라고 하겠다. 말하자면, 배임죄는 재산적 이익일반에 관한 배임죄이고, 횡령죄는 재산적 이익 중에 특정한 개개의 재물에 관한 배임죄라고 하겠다. 양죄의 차이점을 이와 같이 이해하면, 배임죄와 횡령죄와는 동성질의 범죄이고, 배임죄의 규정과 횡령죄의 규정은 일반법·특별법인 관계에 서게 된다(정영석, 상계서, 382면); 손동권, 전계서, 448면.

117) 박상기, 전계서, 400면; 손동권, 전계서, 450면.

118) 신분 없는 자는 신분 있는 자와 공동 내지 이에 가담하는 경우에 제33조 본문에 의해서 공범으로 처벌된다. 회사의 발기인·이사 기타의 임원 등에 대해서는 특별배임죄의 규정(상법 제622조 이하 파산법 제372조)이 있다(정성근, 전계서, 537면).

119) 정영석, 전계서, 383면.

자에 대한 대외관계에서는 대리권과 같은 법적 권한을 가질 필요는 없지만 본인에 대한 대내관계에서는 사무처리를 할 신임관계가 있어야 한다.<sup>120)</sup>

**[관련판례 : 대법원 2000.3.14. 99도457]**

배임죄의 주체로서 '타인의 사무를 처리하는 자'란 타인과의 대내관계에 있어서 신의성실의 원칙에 비추어 그 사무를 처리할 신임관계가 존재한다고 인정되는 자를 의미하고, 반드시 제3자에 대한 대외관계에서 그 사무에 관한 대리권이 존재할 것을 요하지 않으며, 업무상 배임죄에 있어서의 업무의 근거는 법령, 계약, 관습의 어느 것에 의하건 묻지 않고, 사실상의 것도 포함한다.

**[관련판례 : 대법원 2008.3.13. 2008도373]**

배임죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위에 의하여 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가함으로써 성립하는 것으로, 여기에서 그 주체인 '타인의 사무를 처리하는 자'란 양자 간의 신임관계에 기초를 두고 타인의 재산관리에 관한 사무를 대행하거나 타인 재산의 보전행위에 협력하는 자의 경우 등을 가리키고, 사무의 성질이 타인의 사무가 아니라 자기의 사무에 속하는 것이라면 그 사무를 타인을 위하여 처리하는 경우라도 타인의 사무를 처리하는 자라고 볼 수 없다.

**[관련판례 : 대법원 2007.10.11. 2007도6012]**

배임죄의 주체로서 '타인의 사무를 처리하는 자'란 타인과의 대내관계에 있어서 신의성실의 원칙에 비추어 그 사무를 처리할 신임관계가 존재한다고 인정되는 자를 의미하고, 반드시 제3자에 대한 대외관계에서 그 사무에 관한 대리권이 존재할 것을 요하지 않으며, 업무상 배임죄에 있어서의 업무의 근거는 법령, 계약, 관습의 어느 것이든 묻지 않고, 사실상의 것도 포함한다

---

120) 반드시 제3자에 대한 대외관계에서 대리권이 존재하거나, 그 사무가 포괄적 위임사무일 것을 요하지는 않는다. 그러나 이와 같이 배신설에 입각하여 타인의 사무를 처리하는 자의 범위를 정하는 경우에는 그 범위가 지나치게 확대되므로 이를 엄격히 해석해야 한다는 데에 의견이 일치하고 있다(이재상, 전게서, 357면); 박상기, 전게서, 400면; 정성근, 전게서, 537면; 손동권, 전게서, 450면.

### 가) 사무처리의 근거

타인의 사무를 처리하는 근거로는 친권자·후견인·파산관재인·집행관·회사의 대표자 등 법령, 위임·고용·임치 등 계약 또는 법률행위에 제한되지 않는다. 경우에 따라서는 관습 또는 사무관리에 의하여 사무를 처리하는 자라고 할지라도 신의성실의 원칙에 의하여 신임관계가 인정되면 족하다. 즉 사회윤리적 신임관계 또는 순수한 사실상의 신임관계가 인정되는 경우도 포함한다. 따라서 대리권이 소멸된 후에 그 사무를 처리하거나, 사무처리자가 그 직에서 해임된 후에 사무인계 전에 사무를 처리한 경우에도 여기의 타인의 사무를 처리한 자에 해당한다.<sup>121)</sup>

다만 무효인 계약으로 인하여 신임관계가 처음부터 발생하지 않았다고 해야 할 때에는 배임죄의 성립을 부정해야 한다. 사실상의 신임관계를 어느 범위에서 인정할 수 있는냐는 부진정부작위범의 보증인지위와 같이 판단할 수 있다. 즉 타인의 사무를 처리하는 자는 그 재산상의 이익을 보호할 보증인이어야 한다.<sup>122)</sup> 이러한 입장에 대한 반대의 입장이 있다. 반대의 입장에서는 사무처리의 근거가 명백히 무효인 경우에는 타인의 사무를 처리하는 자에 해당된다고 볼 수 없으므로 배임죄의 성립을 부인하는 것이 타당하다<sup>123)</sup>고 한다.

#### [관련판례 : 대법원 1979.3.27. 79도141]

농가가 아니고 농지를 자경하거나 자영할 의사도 없어 농지개혁법상 농지를 취득할 수 없는 자에 대하여 농지를 매도한 계약은 무효이어서 매도인은 소유권이전등기절차를 이행할 임무가 없으므로 매도인이 그 농지를 제3자에게 이중으로 양도하였다 하더라도 배임죄가 성립되지 아니한다.

121) 사무처리의 근거가 된 법률행위가 무효인 때에는 배임죄의 성립을 인정할 수 없다는 주장도 있으나, 이 경우에도 사실상의 신임관계가 존재한다고 해석하는 것이 타당하다(이재상, 상계서, 357면); 손동권, 전계서, 450면.

122) 이재상, 상계서, 358면.

123) 박상기, 전계서, 403면.

**[관련판례 : 대법원 1969.10.28. 69도1648]**

농가와 비농가가 공동으로 출자하여 농지를 취득하였다 할지라도 비농가는 농지에 대한 공동소유자가 될 수 없고 더욱이 농가만이 농지개혁법에 의하여 농지의 분배를 받고 그 등기를 받은 이상 법률상 농지의 소유권을 취득할 수 없는 비농가로부터 농가가 농지에 대한 관리의 위임을 받은 것이라고 확정할 수는 없으므로 농가가 위 농지를 단독으로 타에 처분하였다 하여도 비농가에 대하여 배임죄를 구성하지 아니한다.

**[관련판례 : 대법원 1986.9.9. 86도1382]**

내연의 처와의 불륜관계를 지속하는 대가로서 부동산에 관한 소유권이전등기를 경료해 주기로 약정한 경우, 위 부동산 증여계약은 선량한 풍속과 사회질서에 반하는 것으로 무효이어서 위 증여로 인한 소유권이전등기의무가 인정되지 아니하는 이상 동인이 타인의 사무를 처리하는 자에 해당한다고 볼 수 없어 비록 위 등기의무를 이행하지 않는다 하더라도 배임죄를 구성하지 않는다.

**[관련판례 : 대법원 1992.12.24. 92도1223]**

부동산을 이중으로 매도한 경우에 매도인이 선매수인에게 소유권이전의무를 이행하였다고 하여 후매수인에 대한 관계에서 그가 임무를 위법하게 위배한 것이라고 할 수 없다.

사무처리의 근거는 위탁자에 의한 직접적인 위탁행위에만 의하여 발생하는 것은 아니다. 객관적·간접적 신임관계로도 발생할 수 있다.<sup>124)</sup>

**[관련판례 : 대법원 1976.7.13. 74도717]**

감정의뢰인이 감정기관에게 감정을 의뢰하고 그 의뢰를 받은 감정기관이 그 직원으로 하여금 감정을 실시케 하는 경우 그 감정을 실시하는 직원은 그가 속하는 감정기관에 대하여 정당하게 감정할 임무를 부담함과 동시에 그 감정기관에 감정을 의뢰한 자에 대하여도 감정기관의 직원으로서 정당하게 감정할 임무를 부담한다 할 것인 바 원판사와 같이 피고인 1이 위 지소 감정담당직원으로서

---

124) 박상기, 상계서, 403면.

문화재관리국장이 위 지소장에 대하여 의뢰한 본건 감정을 그 지소장의 지시에 따라 실시하였다는 것이니 위 피고인은 감정의뢰인인 문화재관리국장에 대하여도 위 부동산의 싯가를 정당하게 감정할 임무를 부담한다 할 것이므로 위 문화재관리국장 즉 국가에 대한 관계에 있어서 배임죄의 구성요건인 소위 타인의 사무를 처리하는 자라고 아니할 수 없다.

## 나) 사무처리의 내용

타인의 사무를 처리하는 자에 있어서 그 사무의 내용이 사적 사무뿐만 아니라 공적 사무도 포함한다. 그러나 여기의 사무가 재산상의 사무임을 요하는가에 대하여는 견해가 대립하고 있다.<sup>125)</sup>

### [관련판례 : 대법원 1978.8.22. 78도958]

정부가 관리하는 조절용 사료의 적절한 배급을 위하여 그 관할구역내의 양돈수를 조사보고 하는 임무를 맡은 읍직원이 허위보고를 함으로써 조절용사료가 부당하게 배정 방출 되었다면 그로 인하여 나라에게 조절용 사료의 부당한 감소라는 재산적 손해를 입힌 것이므로 배임죄가 성립된다.

### [관련판례 : 대법원 1975.11.25. 73도1881]

정부가 매수 확보중인 양곡은 당시 양곡관리법 6조에 의하여 국가조절용으로 방출하는 외에 교환용으로도 사용되고 또 같은 법 10조 소정 농림장관은 천재지변 기타 급격한 경제변동에 대비하기 위하여 양곡을 비축하여야 한다고 하는 규정들에 비추어 보면 정부양곡의 수매 가공 보관 및 방출 등 업무를 보조하던 군청직원이 위와 같은 목적을 위하여 비축중인 정부양곡을 소정 목적 외의 용도로 자의로 방출한 경우에는 그 대금전액이 국고에 납입된 여에 불구하고 그 목적을 위한 사용이 저해되어 정부에 재산상 손해를 가한 것이므로 배임죄가 성립한다.

첫째, 형법은 사무의 내용에 대하여 아무런 제한도 하지 않고 있고 배임죄의 재산범죄로서의 성질은 본인에게 재산상의 손해를 가하는데 충분히 나타나므로 여기의 사무는 재산상의 사무임을 요하지 않는다는 견해와 둘째, 반드시 재산상의 사무일 것을 요하지 않아도 형법이 재산상의

125) 이재상, 전게서, 358면.

이익을 취득하거나 취득하게 하는 것으로 규정하고 있으므로 적어도 그것이 재산적인 이해관계를 가지는 사무임을 요한다는 견해 그리고 셋째, 본죄의 사무는 재산상의 사무에 국한한다는 견해가 있다.<sup>126)</sup>

의사가 환자에게 재산상의 손해를 가할 의사로 부적절한 치료를 하거나, 변호사가 형사사건의 변호를 의뢰받은 때에는 배임죄의 사무를 처리하는 자에 해당한다고 할 수 없다.<sup>127)</sup>

그러나 계주(契主)는 지정된 계원에게 징수한 계금(契金)을 지급해야 할 의무를 저지하는 자이므로 이를 자의로 소비한 때에는 배임죄가 성립하며, 채권담보를 위하여 물건을 양도담보로 제공한 채무자는 담보의 범위 안에서 그 물건을 관리하는 사무를 처리하는 자이므로 이를 타에 양도한 때에는 배임죄에 해당한다. 채권담보를 위하여 부동산에 가등기를 해 둔 가등기권자나 양도담보권자 또는 소유권이전등기소요서류를 임치하고 있는 자도 변제기까지는 타인의 사무를 처리하는 자이고, 저금통장에서 돈의 인출을 의뢰받은 자가 의뢰인의 의사에 반하여 의뢰받은 돈보다 많은 돈을 인출한 때에도 배임죄가 성립한다.<sup>128)</sup>

#### [관련판례 : 대법원 1995.5.12. 95도283]

채권의 담보를 목적으로 부동산의 소유권이전등기를 마친 채권자는 채무자가 변제기일까지 그 채무를 변제하면 채무자에게 그 소유명의를 환원하여 주기 위하여 그 소유권이전등기를 이행할 의무가 있으므로, 그 변제기일 이전에 그 임무에 위배하여 제3자에게 근저당권을 경료하여 주었다면 변제기일까지 채무자의 채무변제가 없었다고 하더라도 배임죄는 성립되고, 그와 같은 법리는 채무자에게 환매권을 주는 형식을 취하였다고 하여 다를 바가 없다.

126) 셋째 견해가 타당하다. 그 이유로는 배임죄는 횡령죄와 그 본질을 같이 하는 재산죄일 뿐만 아니라 이를 재산상의 사무에 제한함으로써 배임죄의 부당한 확대적용을 막을 수 있기 때문이다(이재상, 상계서, 358면); 박상기, 전계서, 401면.

127) 이재상, 상계서, 358-359면.

128) 이재상, 상계서, 359면.

**[관련판례 : 대법원 1992.7.14. 92도753]**

채권의 담보를 목적으로 부동산의 소유권이전등기를 경료받은 채권자는 채무자가 변제기일까지 그 채무를 변제하면 채무자에게 그 소유 명의를 환원하여 주기 위하여 그 소유권이전등기를 이행할 의무가 있으므로 그 변제기일 이전에 그 임무에 위배하여 이를 제3자에게 처분하였다면 변제기일까지 채무자의 변제가 없었다 하더라도 배임죄는 성립된다.

**[관련판례 : 대법원 1990.8.10. 90도414]**

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.

**[관련판례 : 대법원 1987.4.28. 87도265]**

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 제3자에게 근저당권설정등기를 경료하여 주었다면 변제기일까지 채무자의 채무변제가 없었다 하더라도 배임죄는 성립된다 할 것이고 그와 같은 법리는 채무자에게 환매권을 주는 형식을 취하였다 하여 다를 바 없다.

**[관련판례 : 대법원 1982.11.9. 82도2093]**

계주는 계원들로부터 징수한 계금을 계원에게 지급하여야 할 업무상 임무가 있으므로 그 임무에 위배하여 지정된 계원에게 지급하지 아니하고 임의로 소비한 경우에는 업무상 배임죄가 성립한다고 할 것이나, 계가 파계된 후에 있어서는 계불입금의 청산의무는 있을지언정 계 존속을 전제로 한 위와 같은 계금 지급의무는 인정할 여지가 없는 것이므로 계주가 파계후에 계원들로부터 계가 존속하는 것처럼 계금을 징수하는 것이 계원들과 사이에 사기죄가 성립함은 별론으로 하고 위와 같이 징수한 금원을 계불입금의 청산금이 아니라 계 존속을 전제로 한 계금으로서 계원에게 지급할 업무상 임무가 있다고 볼 수 없다.

**[관련판례 : 대법원 1977.6.28. 77도1454]**

계주가 계원들의 위임에 따라 계원들로부터 징수한 계금은 일단 계주에게 귀속되나 계주는 그 금

원을 지정된 계원에게 지급하여야 할 업무상 임무가 있다고 할 것이므로 계주가 그 임무에 위배하여 지정된 계원에게 지급하지 아니하고 자의로 소비한 경우에는 업무상배임죄가 성립된다.

**[관련판례 : 대법원 1976.9.14. 76도2069]**

매매계약으로 인한 소유권이전등기청구권 보전을 위한 가등기권자는 채무의 변제기까지는 가등기 상태를 유지할 것이요 그 변제기한이 지나도록 채무이행이 없을 경우에 비로소 본등기를 경료할 임무가 있고 그 범위안에서는 타인의 사무를 처리하는 자라 할 것이므로 가등기권자가 위의 임무에 위배하여 변제기한 전에 채무자의 승락없이 이 사건 부동산을 그의 처 앞으로 소유권이전등기를 경료한 경우에는 배임죄가 성립한다.

**[관련판례 : 대법원 1973.3.13. 73도181]**

공사잔대금 확보조로 부동산에 관한 소유권 이전등기 소요서류를 임치하고 있는자가 이를 타인에게 처분하였을 경우에는 배임죄를 구성한다.

**다) 타인사무의 처리**

배임죄의 주체는 타인의 사무를 처리하는 자이다. 따라서 자기의 사무를 처리하는 자는 배임죄의 주체가 될 수 없다.<sup>129)</sup> 타인의 사무란 타인 즉 본인이 처리해야 할 사무를 그를 위하여 처리하는 것을 말한다. 타인의 사무라고 하기 위하여서는 본인의 재산보호가 신임관계의 전형적·본질적 내용이 되는 주된 의무이어야 하며, 단순히 부수적 의무가 되는 것이면 안 된다. 모든 계약에는 상대방의 재산상의 이익을 보호해야 할 신의칙상의 의무가 포함된다고 해야 한다. 그러나 이러한 의무는 계약관계의 본질적인 의무가 아니다. 따라서 계약을 이행하여야 할 일반적인 의무는 본죄의 타인의 사무에 속하지 아니한다.<sup>130)</sup>

129) 이재상, 상계서, 359면; 예컨대 매매계약당사자인 매주(賣主)가 매주(買主)에게 목적물을 완전한 상태로 인도하고 또 매주(買主)가 이에 대한 대금을 지불하는 행위는 매주(賣主)·매주(買主) 각자의 자기사무이므로 이를 부당하게 태만하였다 하여도 채무불이행이 될 뿐 배임죄가 되지 않는다(정성근, 전계서, 537면).

**[관련판례 : 대법원 2005.3.25. 2004도6890]**

배임죄에 있어서 타인의 사무라 함은 신임관계에 기초를 둔 타인의 재산의 보호 내지 관리의무가 있을 것을 그 본질적 내용으로 하는 것으로 타인의 재산관리에 관한 사무를 대행하는 경우, 예컨대 위임, 고용 등의 계약상 타인의 재산의 관리·보전의 임무를 부담하는데 본인을 위하여 일정한 권한을 행사하는 경우, 등기협력의무와 같이 매매, 담보권설정 등 자기의 거래를 완성하기 위하여 자기의 사무인 동시에 상대방의 재산보전에 협력할 의무가 있는 경우 따위를 말한다( 대법원 1983. 2. 8. 선고 81도3137 판결, 1999. 9. 17. 선고 97도3219 판결 등 참조).

**[관련판례 : 대법원 1999.9.17. 97도3219]**

배임죄에 있어서 타인의 사무를 처리하는 자라 함은 양자간의 신임관계에 기초를 둔 타인의 재산 보호 내지 관리의무가 있음을 그 본질적 내용으로 하는 것이므로, 배임죄의 성립에 있어 행위자가 대외관계에서 타인의 재산을 처분할 적법한 대리권이 있음을 요하지 아니한다.

**[관련판례 : 대법원 1994.9.9. 94도902]**

배임죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위에 의하여 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가함으로써 성립하는 것으로, 여기에서 그 주체인 "타인의 사무를 처리하는 자"란 양자간의 신임관계에 기초를 두고 타인의 재산관리에 관한 사무를 대행하거나 타인 재산의 보전행위에 협력하는 자의 경우 등을 가리키며, 또 "임무에 위배하는 행위"라 함은 당해 사무의 내용·성질 등 구체적 상황에 비추어 법률의 규정, 계약의 내용 또는 신의성실의 원칙상 당연히 할 것으로 기대되는 행위를 하지 않거나 당연히 하지 않아야 할 것으로 기대되는 행위를 함으로써 본인에 대한 신임관계를 저버리는 일체의 행위를 포함한다.

**[관련판례 : 대법원 1987.4.28. 86도2490]**

배임죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무위배행위로 재산상이익을 취득하여 사무의 주체인 타인에게 손해를 가함으로써 성립하는 것이므로 그 범죄의 주체는 타인의 사무를 처리하는 신분이 있어야 할 것이고, 여기에서 "타인의 사무를 처리하는 자"라 함은 양자간의 신임관계에 기초를 둔

---

130) 이재상, 상계서, 359면.

타인의 재산의 보호 내지 관리의무가 있음을 그 본질적 내용으로 하는 경우라 할 것이므로, 그 사무가 타인의 사무가 아니고 자기의 사무의 경우라면 그 사무를 타인을 위하여 처리하는 경우라 하더라도 이는 타인의 사무를 처리하는 자라고는 볼 수 없다.

**[관련판례 : 대법원 1982.9.28. 81도2777]**

배임죄에 있어서 " 타인의 사무를 처리하는 자" 라 함은 양자간의 신임관계에 기초를 둔 타인의 재산의 보호 내지 관리의무가 있음을 그 본질적 내용으로 하는 경우라 할 것이므로 그 사무가 타인의 사무가 아니고 자기의 사무의 경우라면 그 사무를 타인을 위하여 처리하는 경우라 하더라도 이는 타인의 사무를 처리하는 자라고는 볼 수 없다 할 것인바, 이 사건에서 갑과 을 간의 이건 건물에 관한 사용수익권을 부여하는 약정은 위 갑이 그 공사대금 채무의 변제의 방편으로 을에게 위 건물을 타에 임대하여 임대차보증금과 임대료수익행위를 인용하여야 할 소극적 의무를 내용으로 하는 것으로서 위 갑의 위와 같은 내용의 채무부담행위는 을의 재산을 관리 보전할 의무 부담행위도 아니고 을의 위 채권의 실현에 특별히 위 갑의 협력의무를 수반하는 것도 아닌 단순한 채권적 수인의무에 불과하다 할 것이므로 이를 타인의 사무라고는 보기 어렵다 할 것이다. 따라서 위 갑 자신의 사무에 불과한 위 건물에 세를 놓아 그 집세를 공사금 채무의 변제에 충당함을 수인할 의무에 위반하여 위 건물을 매도하고 피고인이 이를 매수함으로써 결과적으로 위 을에게 채권변제 충당을 하지 못하게 하였다 하더라도 피고인에게 위 갑과 공모에 의한 배임죄의 죄책을 지울 수 없다.

**[관련판례 : 대법원 1976.5.11. 75도2245]**

배임죄에 있어서 타인의 사무를 처리하는 자라 함은 양자간의 신임관계에 기초를 둔 타인의 재산의 보호 내지 관리의무가 있음을 그 본질적 내용으로 하는 경우라 할 것이므로 단순한 채권적인 급부의무에 불과한 금원의 지급의무만을 부담하는 경우와 같이 그 사무가 타인의 사무가 아니고 자기의 사무에 속하는 경우라면 그 사무를 타인을 위하여 처리하는 경우라 하더라도 이는 타인의 사무를 처리하는 자라고 볼 수 없다.

**[관련판례 : 대법원 1966.6.21. 66도273]**

배임죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위로서 재산상의 이득을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가함으로써 성립하는 것이므로 그 범죄의 주체는 타인의 사무를 처리하는 신분이 있어야 한다

그러므로 매매계약에 있어서 매수인이 대금을 지급하거나, 매매대금 중 일부를 타인에게 지급하겠다고 약정하거나, 또는 월부상환 중인 자동차를 매도하면서 연체된 중도금을 지급기일까지 완납하겠다고 약정하고 하여 그러한 채무의 이행이 타인의 사무가 되는 것은 아니다. 증여를 구두로 약정하였거나, 임대차계약에 의하여 임차인이 임대료를 지급하지 않았다고 하여 그가 타인의 사무를 처리하는 자의 지위에 설 수는 없다. 양도담보권자는 담보권의 실행으로 담보목적물을 환가처분하는 경우에 채권의 변제충당을 위하여 적절한 환가처분을 하여 원리금을 충당하고 나머지가 있으면 이를 채무자에게 정산해야 한다는 의미에서 타인의 사무를 처리하는 자라고 할 수 없다.

대법원은 종래 양도담보권자가 채권변제와 관계없이 담보부동산을 처분하거나, 담보목적물을 부당하게 염가로 처분한 경우는 물론, 원리금과 비용에 충당하고 나머지가 있음에도 불구하고 이를 채무자에게 정산하여 주지 않은 때에도 배임죄를 구성한다고 하였다.

**[관련판례 : 대법원 1979.6.26. 79도1127]**

양도담보 채권자는 담보권의 실행으로서 양도담보목적물을 환가처분하는 경우, 채권의 변제충당을 위한 환가처분으로서 시가에 따른 적절한 처분을 하여야 할 의무가 있으므로 이에 위배된다는 인식하에 부당한 염가로 처분한 경우에는 배임죄가 성립된다.

**[관련판례 : 대법원 1979.6.12. 79도205]**

양도담보로 받은 6필지 토지중 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.

**[관련판례 : 대법원 1983.6.28. 82도1151]**

양도담보권자가 담보목적물을 처분정산이나 귀속정산의 방법에 의하여 환가 혹은 평가처분한 후에 채권의 원리금과 비용을 총당하고 나머지가 있음에도 불구하고 채무자에게 정산을 해주지 않을 경우에는 배임죄가 성립한다.

**[관련판례 : 대법원 1977.5.24. 76도4180]**

부동산양도담보권자는 채권회수를 위하여 그 담보부동산을 환가처분할 권리를 가지지만 그 처분은 채권의 변제총당을 위한 환가방법으로서 적절한 처분을 하여야 할 의무가 있다 할 것이므로 채권 변제와는 아무런 관계도 없이 제3자의 채무를 위하여 근저당권을 설정해 준 소위는 채무자에 대한 배임행위가 된다.

**[관련판례 : 대법원 1975.5.13. 74도3125]**

채무의 변제를 담보하기 위하여 부동산의 소유권을 이전받은 채권자가 부동산을 타인에게 처분한 때에는 채권자는 채권의 원리금과 비용을 총당하고 나머지를 채무자에게 돌려줄 의무가 있으니 이러한 경우에 채권자는 타인의 사무를 처리하는 자라 할 것이고 채권의 원리금과 비용을 총당한 나머지를 채무자에게 돌려주지 아니한 경우에는 배임죄가 성립한다.

그 후 대법원은 **전원합의체판결에 의하여 판례를 변경하여** 이러한 경우에는 타인의 사무를 처리하는 자라고 할 수 없다고 판시하였다. 판례는 그 후 양도담보권자가 담보목적물을 부당하게 염가로 처분한 경우에도 같은 태도를 유지하고 있다.<sup>131)</sup>

**[관련판례 : 대법원 1985.11.26. 85도1493]**

양도담보가 처분정산형의 경우이건 귀속정산형의 경우이건 간에 담보권자가 변제기 경과후에 담보권을 실행하여 그 환가대금 또는 평가액을 채권원리금과 담보권 실행비용 등의 변제에 총당하고 환가대금 또는 평가액의 나머지가 있어 이를 담보제공자에게 반환할 의무는 담보계약에 따라 부담

---

131) 이재상, 상계서, 359-360면; 손동권, 전계서, 452면.

하는 자신의 정산의무이므로 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 정산의무를 이행하지 아니한 소위는 배임죄를 구성하지 않는다.

**[관련판례 : 대법원 1986.7.8. 85도554]**

양도담보가 처분정산형의 경우이건, 귀속정산형의 경우이건 간에 담보권자가 변제기 경과후에 담보권을 실행하여 그 환가대금 또는 평가액을 채권원리금과 담보권 실행비용등의 변제에 총당하고 그 나머지가 있는 경우에 이를 담보제공자에게 돌려주어야 할 의무는 담보계약에 따라 부담하는 자신의 정산의무이므로 그 의무를 이행하는 사무는 곧 자기의 사무처리에 속하는 것이라 할 것이고, 이를 타인인 채무자의 사무처리에 속하는 것이라고 볼 수 없다 할 것이어서 그 정산의무를 이행하지 아니한 것으로는 배임죄를 구성하지 않는다.

**[관련판례 : 대법원 1989.10.24. 87도126]**

양도담보권자가 변제기 경과 후에 담보권을 실행하기 위하여 담보목적물을 처분하는 행위는 담보계약에 따라 양도담보권자에게 주어진 권능이어서 자기의 사무처리에 속하는 것이지 타인인 채무자, 설정자의 사무처리에 속하는 것이라고 볼 수 없으므로 양도담보권자가 담보권을 실행하기 위하여 담보목적물을 처분함에 있어 싯가에 따른 적절한 처분을 하여야 할 의무는 담보계약상의 민사책임의무이고 그와 같은 형법상의 의무가 있는 것이 아니므로 그에 위반한 경우 배임죄가 성립된다고 볼 수 없다.

그러나 그 사무가 오로지 타인의 재산을 보호할 사무일 때에만 타인의 사무가 되는 것은 아니다. 타인의 재산을 보호할 사무임과 동시에 자기의 사무로서의 성질을 가지고 있는 때에도 타인을 위한 사무가 본질적 내용을 이룰 때에는 타인의 사무를 처리하는 자에 해당하게 된다. 부동산의 이중매매와 이중저당의 경우에 매도인 또는 저당권설정자가 타인의 사무를 처리하는 자로 되어 배임죄의 죄책을 지게 되는 이유도 여기에 있다.<sup>132)</sup>

132) 이재상, 상계서, 360면; 박상기, 전계서, 403면.

## 라) 사무처리의 독립성

배신설에 의하여 타인의 사무를 처리하는 자를 해석할 때에는 사무를 처리하는 자에게 사무처리에 관한 권한이 있을 것을 요하지 않는다. 그러나 배임죄의 구성요건이 이에 의하여 무제한하게 확대되는 것을 방지하기 위하여 사무처리자에게 일정한 범위에서 판단의 자유 내지 활동의 자유와 독립성과 책임이 있을 때에만 그 신임관계위반을 벌하는 것이 정당화될 수 있다. 물론 필요한 독립성의 정도는 구체적인 경우의 사무의 종류와 내용 및 시간적 계속성 등을 종합하여 판단할 것이지만, 단순히 본인의 지시에 따라 기계적 사무에 종사하는 자는 여기에 해당하지 않는다. 다만 그 사무를 고유한 권한 의하여 처리하는 자임을 반드시 요하는 것은 아니다. 보조기관으로서 사실상 그 사무를 담당하는 자도 여기의 타인의 사무를 처리하는 자에 해당한다.<sup>133)</sup>

### [관련판례 : 대법원 1976.7.13. 74도717]

“갑”이 감정기관 “을”에게 감정을 의뢰하고 “을”이 그 직원 “병”으로 하여금 감정을 실시케 하는 경우 “병”은 그가 속하는 “을”에 대하여서 뿐만 아니라 동시에 “갑”에 대하여도 감정기관의 직원으로서 정당하게 감정할 임무를 부담한다 할 것이므로 “병”은 “갑”에 대한 관계에 있어서 형법 355조 소정 타인의 사무를 처리하는 자라고 할 것이다.

## 2) 행위

배임죄의 행위는 임무에 위배(배임)하는 행위로서 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 함으로써 본인에게 손해를 가하는 것이다.<sup>134)</sup>

133) 이재상, 상계서, 360-361면; 손동권, 전계서, 455면.

### 가) 배임(임무에 위배하는) 행위

‘임무에 위배하는 행위’란 위탁의 취지에 반하는 행위를 뜻한다. 즉 사무의 성질상 신의성실의 원칙에 의하여 요구되는 신임관계에 위배되는 행위를 말한다. 따라서 구체적인 경우에 당해 행위가 임무에 위배하는 행위인가의 여부는 처리할 사무의 성질·내용 등 구체적인 사정에 입각하여 법률 및 신의성실의 원칙에 비추어 결정되어야 할 것이다. 그리고 배임행위는 권한의 남용이건 법률상의 의무위반이건 불문한다.<sup>135)</sup>

예컨대, 은행지배인이나 새마을금고이사 등이 부당한 대출 또는 회수가망성이 없는 불량대출을 한다든가, 자력신용이 없는 자에 대하여 무담보로 대출하는 경우, 또는 공무원이 국유재산의 불하에 있어서 부당하게 저렴한 불하가격을 결정채 하는 경우는 배임행위이고, 기타 전당포의 고용인이 입질물(入質物)에 대하여 보통의 질취가액(質取價額)보다 부당하게 다액의 대출을 한다든가, 또는 운송인이 화물상환증과 교환함이 없이 제3자에게 화물을 인도하는 행위 등도 배임행위이다. <sup>136)</sup>

#### [관련판례 : 대법원 1989.10.24. 89도64]

- 가. 피고인이 신축중에 있던 건물을 피해자들에게 분양하고 피해자들로부터 계약금과 중도금을 받았으므로 건물완공후 그 건물과 대지에 관하여 피해자들에게 소유권이전등기를 경료해 줄 업무상의 임무가 있음에도 이에 위배하여 위 대지에 관하여 근저당권을 설정하고 대출을 받았다면, 피고인에게 공사완성후 위 근저당권설정등기를 말소하여 피해자들에게 소유권이전등기를 해 주려는 내심의 의사가 있었다거나 분양한 건물의 공사진행기간동안 건물부지를 담보하여 용자를 받는 것이 설사 건설업계의 관례라고 하더라도 배임죄의 성립에는 영향이 없다.
- 나. 배임죄에서 손해를 가한 때라 함은 실해발생의 위험을 초래케 할 경우도 포함하는 것이므로 손해액이 구체적으로 명백하게 산정되지 않았더라도 배임죄의 성립에는 영향이 없고 설사 손해액이나 이득액의 계산에 잘못이 있더라도 그 금액이 특정경제범죄가중처벌등에관한법률 제3

134) 정영석, 전게서, 384면.

135) 정영석, 상게서, 384면.

136) 정영석, 상게서, 385면.

조 제1항 각호 중 어느 것에 해당한다면 그 잘못은 같은 법조항을 적용한 판결의 결과에는 영향이 없다.

**[관련판례 : 대법원 1980.9.9. 79도2637]**

배임죄에서 있어서 손해를 가한 때라 함은 현실적으로 실해를 가한 경우뿐만 아니라 실해발생의 위험을 초래케 한 경우도 포함하는 것이고 손해액이 구체적으로 확정되지 않았다고 하더라도 배임죄의 성립에는 영향이 없다.

배임행위는 부작위로도 할 수 있다. 예컨대, 재산관리인이 채권을 행사하지 않음으로써 시효에 걸리게 한다든가, 또는 철도종사원이 고의로 무임승차를 방임하여 요금을 징수하지 않는 경우도 부작위로 인한 배임행위이다.<sup>137)</sup>

배임행위는 반드시 법률행위임을 요하지 않고 사실행위에 의하여서도 할 수 있다. 예컨대, 상품매매대금을 수취하는 임무를 가지는 자가 상품의 반환을 받은 것처럼 허위의 사실을 장부에 기재하는 행위는 사실행위에 의한 배임행위이다. 그리고 배임행위인 법률행위는 유효이건 무효이건 불문한다. 예컨대, 회사의 지배인이 자기를 위한 거래에 있어서 회사의 상대방으로 되는 경우도 배임행위로 될 수 있다.<sup>138)</sup>

**[관련판례 : 대법원 1986.6.10. 84도2015]**

교회재산의 관리업무에 종사하고 있던 자가 공소외인과 간에 동인이 위 부동산을 담보로 금융기관으로부터 8,000만원의 대출을 받아 교회채무를 변제키로 하는 약정하에 2억원 상당의 교회부동산을 동인 앞으로 무조건 소유권이전등기하여 주는 것은 동인에게 차액상당의 재산상 이익을 취득케 하고 소유자인 교회에게 손해를 입히는 것이 되어 배임죄에 해당한다.

---

137) 정영석, 상계서, 385면; 정성근, 전계서, 543면.

138) 정영석, 상계서, 385면

투자·주식매매와 같은 투기적 거래, 이른바 모험적 거래에 있어서는 사무의 성질·내용에 따라 다르다. 친권자·후견인이 미성년자·피후견인의 재산을 관리하는 경우에는 원칙적으로 모험거래는 허용될 수 없다고 본다. 회사의 경영을 담당하는 이사는 어느 정도의 모험거래를 할 수 있는 것이 일반적이고 특히 증권회사는 이러한 경향이 현저하다. 그러나 모험적 거래가 허용되는 경우에도 사회생활상의 일반통념에 따른 업무집행의 범위를 일탈하지 않을 때에만 배임행위가 되지 않는다. 증권회사 직원이 고객이 맡긴 돈으로 임의로 주식을 매입하여 고객에게 손해를 입힌 경우에도 배임행위가 된다고 하였다.<sup>139)</sup>

**[관련판례 : 대법원 2002.6.28. 2000도3716]**

- [1] 업무상배임죄의 고의는 업무상 타인의 사무를 처리하는 자가 본인에게 재산상의 손해를 가한다는 의사와 자기 또는 제3자의 재산상의 이득의 의사가 임무에 위배된다는 인식과 결합되어 성립되는 것이며, 이와 같은 업무상배임죄의 주관적 요소로 되는 사실(고의, 동기 등의 내심적 사실)은 피고인이 본인의 이익을 위하여 문제가 된 행위를 하였다고 주장하면서 범의를 부인하고 있는 경우에는 사물의 성질상 고의와 상당한 관련성이 있는 간접 사실을 증명하는 방법에 의하여 입증할 수밖에 없고, 무엇이 상당한 관련성이 있는 간접사실에 해당할 것인가는 정상적인 경험칙에 바탕을 두고 치밀한 관찰력이나 분석력에 의하여 사실의 연결상태를 합리적으로 판단하는 방법에 의하여야 하며, 피고인이 본인의 이익을 위한다는 의사도 가지고 있었다 하더라도 위와 같은 간접사실에 의하여 본인의 이익을 위한다는 의사는 부수적일 뿐이고 이득 또는 가해의 의사가 주된 것이 판명되면 배임죄의 고의가 있었다고 할 것이다.
- [2] 금융기관의 직원들이 대출을 함에 있어 대출채권의 회수를 확실하게 하기 위하여 충분한 담보를 제공받는 등 상당하고도 합리적인 조치를 강구함이 없이 만연히 대출을 해 주었다면 업무위배행위로 제3자로 하여금 재산상 이득을 취득하게 하고 금융기관에 손해를 가한다는 인식이 없었다고 볼 수 없다.
- [3] 은행의 지정장 등 대출업무를 담당하는 자가 그 업무취급에 관한 은행의 관계 규정을 위반하여 담보물에 대한 대출한도액을 초과하여 대출하거나 담보로 할 수 없는 물건을 담보로 하여 대출을 하는 등 이른바 불량대출을 하였을 경우라도 그 대출에 따른 인적, 물적담보를 확보하여 그렇게 대출한 것이 회수할 수 없는 채권을 회수하여 실질적으로 은행에 이익이 되고 그것이 통상적인 업무집행 범위에 속하는 것으로 용인될 수 있는 것이라면 그 대출로 인하여

139) 정성근, 전게서, 542-543면.

회수의 확실성이 없는 일부 채권이 발생하였다 하여 이를 가지고 대출업무 담당자로서의 채권 확보조치를 하지 아니한 임무위반행위에 해당하거나 그와 같은 임무위반의 인식이 있었다고 볼 수 없는 것은 사실이나, 이와 같이 임무위반의 인식이 없었다고 보기 위해서는 그 불량 대출로 인하여 종전의 회수할 수 없는 채권을 회수한 경우이어야 한다.

- [4] 배임죄에서 '재산상의 손해를 가한 때'라 함은 현실적인 손해를 가한 경우뿐만 아니라 재산상 실해 발생의 위험을 초래한 경우도 포함되고 일단 손해의 위험성을 발생시킨 이상 사후에 피해가 회복되었다 하여도 배임죄의 성립에 영향을 주는 것은 아니라 할 것이고, 일정 수의 보증인을 요구하는 은행의 대출규정은 그 정도의 보증인이 되어야 채권 회수에 문제가 없으리라는 판단에 근거한 것이므로, 그 중 1인이 흠결되거나, 자격이 미달되는 보증인을 세우고 대출을 하는 경우에는 비록 다른 보증인에 의하여 채권회수가 모두 이루어진다 하더라도, 은행의 입장에서는 그 대출 당시에 채권 회수가 곤란해질 위험에 처하게 된 것이라고 하지 아니할 수 없을 것이며, 융통어음의 할인을 금지하는 것도 진성어음의 경우와 달리 융통어음의 경우에는 어음금이 지급되지 아니할 위험성이 높아서 담보의 일종으로 취득한 어음이 전혀 가치가 없어질 가능성이 크다는 점에 기인한다 할 것이므로, 은행 규정에 위배하여 융통어음을 할인하여 준 경우에는 은행의 입장에서는 그 대출 당시에 채권 회수가 곤란해질 위험에 처하게 된 것이라고 하지 아니할 수 없다.
- [5] 배임죄가 성립하기 위해서는 행위자의 임무위반행위로 인하여 본인에게 재산상 손해가 발생 또는 발생할 염려가 있어야 하는 것인바, 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하여 채무자에게 기존 대출금에 대한 대출기한을 연장해 준 경우, 기한 연장 당시에는 채무자로부터 대출금을 모두 회수할 수 있었는데 기한을 연장해 주면 채무자의 자금사정이 대출금을 회수할 수 없을 정도로 악화되리라는 사정을 알고 그 기한을 연장해 준 경우에 그 기한연장으로 인한 새로운 손해가 발생하였다고 할 수 있을 것이므로 이러한 사정이 밝혀지지 않고서는 대출기한을 연장해 준 부분을 따로 떼어 배임죄가 성립된다고 말할 수는 없을 것이고, 또 거래처의 기존대출금에 대한 연체이자에 총당하기 위하여 위 거래처가 신규대출을 받은 것처럼 서류상 정리한 경우에는 대출금원장 등에는 형식적으로 대출금이 거래처에 교부된 것처럼 되어 있으나 실질적으로는 거래처의 기존대출금에 대한 연체이자 정리를 위하여 서류상으로만 위 거래처가 신규대출받는 것으로 기재되었을 뿐 금융기관 측에서 위 거래처에게 대출금이 새로 교부된 것이 아니므로 그로 인하여 금융기관 측에 어떤 새로운 손해가 발생하는 것은 아니라고 할 것이어서 따로 업무상배임죄가 성립된다고 볼 수 없다.
- [6] 채권자와 주채무자 사이의 계속적인 거래관계에서 발생하는 불확정한 채무를 기간을 정하여 보증하는 이른바 계속적 보증의 경우에도 보증인은 그 기간 동안 발생한 모든 채무 중 주채무자가 이행하지 아니하는 채무를 전부 이행할 의무가 있는 것이 원칙이므로, 보증인이 약정한 보증기간 및 보증한도액 내에서 대출을 하여 주었다면 비록 주채무자인 법인의 명칭 및 대표이사가 변경되었음에도 종전 대출시에 사용하였던 연대보증관계 서류로써 대출해 주었다 라도 배임죄가 성립하지 않는다.

**[관련판례 : 대법원 1995.11.21. 94도1598]**

증권회사의 직원으로서 고객과의 매매거래 계좌설정 계약에 따라 고객의 사무를 처리하는 지위에 있는 자가 고객의 동의를 얻지 않고 주식을 매입한 것이라면 주식의 시세의 하락으로 인하여 고객에게 손해가 발생할 염려가 있다는 인식이 미필적으로나마 있었다고 할 것이고, 그가 근무하는 증권회사가 주식의 매입으로 인하여 수수료를 취득한 이상, 그 직원에게 자기 또는 제3자가 재산상의 이익을 얻는다는 인식도 있었다고 보이므로 결국 그 직원에게 업무상 배임죄의 고의가 있었다고 인정될 여지가 충분히 있다. 만약 그 직원의 이러한 행위가 고객의 이익을 위한다는 의사에 기한 것이었다고 볼 수 있는 특별한 객관적 사정이 있다면 이와 달리 보아야 할 것이나, 이 사건의 경우는 위 증권회사와 피해자 사이에 그 이전까지 아무런 거래관계가 없었으며, 그 직원이 피해자가 위 예탁금을 입금한 지 얼마 되지 않아 아무런 승낙 없이 무단 매수한 점 등에 비추어 보면 고객을 위한다는 의사는 부수적일 뿐이고 이득 또는 손해의 의사가 주된 것이어서 업무상 배임죄의 고의가 있었다고 봄이 상당하다.

회사의 이사가 가공(架空)의 이익을 계상하여 이익배당을 하는 이른바 낙지배당에 대해서는 행위자체는 배신적 성질을 가지고 있으나 현행법상으로는 상법상(상법 제625조 3호) 회사재산을 위태롭게 하는 죄에 해당한다. 불량대부라 하더라도 어떤 기업에 대부한 자금이 기업부진으로 인하여 회수곤란이 되었을 때에 그 회수불가능을 회피하기 위한 구제로서 재차 대부한 경우는 그 정황에 비추어 상당한 회수방법으로 볼 수 있으면 정당한 모험거래로 허용될 수 있다.<sup>140)</sup>

**나) 재산상의 이익의 취득**

‘재산상의 이익을 취득하다’란 개개의 특정한 재물 이외의 모든 불법한 재산적 이익을 취득하는 것을 말한다. 그리고 재산상의 이익은 소유권의 이전을 받는다는든가 노무의 제공을 받는 것과 같은 적극적 이익, 또는 채무의 면제나 채무이행의 연기와 같은 소극적 이익이건 불문한다.<sup>141)</sup>

또 자기 또는 제3자의 재산상의 이득은 그 임무의 수행과 병립하는

140) 정성근, 상계서, 543면.

141) 정영석, 전계서, 385면.

경우도 있을 것이므로, 재산상의 이득행위는 반드시 그 임무에 위배하는 행위라고 할 수 없고, 또 이러한 재산상의 이득을 할 의사(意思) 없이 본인의 이익을 위하여 행위를 한 경우에는, 비록 결과적으로 본인에게 재산상의 손해를 가하였다고 할지라도 배임죄가 성립하지 않는 것은 물론이다.<sup>142)</sup>

#### 다) 본인에 대한 손해의 발생

‘본인에게 손해를 가한다’란 배임행위의 결과, 위탁자 본인에게 재산상의 손해를 주는 것을 말한다. 그리고 여기에 재산상의 손해는 널리 재산상의 가치를 감소하게 하는 일체의 경우를 말하고, 기존재산의 감소인 적극적 손해이건 장차 얻을 수 있는 이익의 상실인 소극적 손해이건 불문한다. 예컨대 은행지배인이 회수불능한 불량대출을 한 경우에 있어서 대출원금은 전자의 손해이고, 그 이자는 후자의 손해에 속한다.<sup>143)</sup>

이와 같이 본인에게 재산상의 손해를 가하는 것은 본인의 ‘총재산’, 즉 재산의 총액에 관하여 그 가치를 감소케 하는 것이므로, 배임죄에 있어서 재산상의 손해의 유무는 다른 재산죄에 있어서의 손해와 같이 특정물 또는 특정이익에 대한 침해가 아니고 전재산을 평가하여 결정하여야 할 것이다. 따라서 일면에 있어서 손해가 있다고 할지라도, 타면에 있어서 이에 상응할 완전한 반대급여가 있는 경우에는 손해는 없다고 보아야 할 것이다. 다만 행위자에게 손해를 변상할 자력이 있다든가, 또는 범행 후에 행위자가 손해를 보상한다든가는 이에 해당하지 아니한다.<sup>144)</sup>

#### [관련판례 : 대법원 1986.8.19. 86도584]

타인의 사무를 처리하는 자가 업무상임무에 위배하는 행위로써 재산상의 이익을 취득하고 본인에

142) 정영석, 상계서, 385-386면; 정성근, 전계서, 543-544면.

143) 정영석, 상계서, 386면; 정성근, 상계서, 544면.

144) 정영석, 상계서, 386면; 정성근, 상계서, 544면; 이재상, 전계서, 362-363면.

게 손해를 가한 이상 후일 본인에게 손해금을 변상했다 할지라도 업무상배임죄의 성립에는 소장이 없다.

**[관련판례 : 대법원 1981.6.23. 80도2934]**

배임죄에 있어서 본인에게 손해를 가한다 함은 총체적으로 보아 본인의 재산상태에 손해를 가하는 경우를 말하는 것인바( 당원 1971.5.23. 선고 71도2334 판결 참조), 위 1심 인정사실에 의하면 이 사건 부동산은 은익신고된 국유재산으로서 일반경쟁입찰에 의하여 어차피 매각하여야 할 재산이라는 것이므로 국가가 매각하지 아니하고 보존할 부동산이 아닌 이상 이를 일반경쟁입찰 아닌 수의계약으로 매각하였다고 하여 바로 국가가 그 부동산 자체를 상실하는 손해를 입었다고 볼 수는 없는 것이고 수의계약에 의한 매각대금인 200,000원이 정당한 객관적 시가가 못되고 일반경쟁입찰의 방식으로 매각할 경우의 예상대금보다 저렴한 금액인 경우에만 국가에 손해가 발생한 것이라고 보아야 할 것이다 .

또 재산상의 손해의 유무는 금전적 평가를 의미하는 것이나, 손해는 반드시 재산적 손해를 발생하게 하는 확정적인 손해의 경우뿐만 아니라, 손해발생의 위험을 야기케 하여 현재 손해액이 불확정적인 경우도 포함한다.<sup>145)</sup> 예컨대 약속어음의 배서인으로서의 의무를 부담하게 하는 행위는 현실로 상환의무를 이행하지 않더라도 손해발생의 위험을 구체적으로 야기케 하는 경우이고, 또 타인을 위하여 제3자와 채권채무관계를 맺는 데 있어서 채무자인 제3자로부터 담보를 제공하게 할 필요가 있는 경우에 그 임무에 위배하여 무담보로써 채권채무관계를 성립하게 하였을 때 라든가 타인에게 약속어음의 배서인으로서의 의무를 부담케 하는 경우에는 현재 손해액은 확인되지 아니하나, 그 채권의 실행이 장차 가능하건 아니하건 불구하고, 채권자인 본인에 대하여는 이미 재산상의 손해를 가한 것으로 된다.<sup>146)</sup>

145) 이재상, 상계서, 363면.

146) 왜냐하면, 이 경우에 채권자에게 담보권을 상실케 하는 것 그 자체가 재산상의 손해로 볼 수 있기 때문이다. 요컨대, 재산상의 손해의 유무는 법률적 견지에서가 아니고 경제적 견지에서 판단하여야 한다. 따라서 회수의 가망성 없는 불량대출을 한 경우에 법률적 견지에서는 채산은 채권의 형태로서는 존재하고 다만 변제기일에 채권의 실행이 불능 또는 곤란할 염려가 있는 데 불과하다. 그러나 경제적 견지에서는 변제를 받을 가망성이 없는 채권은 그

**[관련판례 : 대법원 1983.12.27. 83도2602]**

배임죄의 공소사실중에 피해자의 재산상 손해가 추상적으로 적시되어 있을 뿐이므로 공소기각되어야 한다는 주장은 받아들여질 수 없다.

**[관련판례 : 대법원 1982.11.23. 82도2215]**

배임죄에 있어서 손해를 가한 때라 함은 재산적 가치의 감소를 뜻하고 그것이 현실적 실해를 가한 경우뿐만 아니라 실해발생의 위험을 초래한 경우도 포함하는 것이므로 중도금까지 수령한 토지매도인이 타인에 대한 채무담보조로 그 토지에 관하여 가등기를 경료하여 준 것은 그뒤 가등기권리자가 본등기를 경료한 경우에는 동 토지에 대한 이전등기청구권이 이행 불능이 될 위험이 있다 할 것이고 또 그 등기청구권을 확보하기 위하여는 가등기담보로 차용한 조건에 따른 금원을 변제하여야 할 것이므로 이 점에 있어서 본인에게 손해를 가한 때에 해당한다.

**[관련판례 : 대법원 1989.10.24. 89도641]**

피고인이 신축중에 있던 건물을 피해자들에게 분양하고 피해자들로부터 계약금과 중도금을 받았으므로 건물완공후 그 건물과 대지에 관하여 피해자들에게 소유권이전등기를 경료해 줄 업무상의 임무가 있음에도 이에 위배하여 위 대지에 관하여 근저당권을 설정하고 대출을 받았다면, 피고인에게 공사완성후 위 근저당권설정등기를 말소하여 피해자들에게 소유권이전등기를 해 주려는 내심의 의사가 있었다거나 분양한 건물의 공사진행기간동안 건물부지를 담보하여 용자를 받는 것이 설사 건설업계의 관례라고 하더라도 배임죄의 성립에는 영향이 없다.

**[관련판례 : 대법원 1998.2.10. 97도2919]**

배임죄에서 손해를 가한 때라 함은 현실적으로 실해를 가한 경우뿐만 아니라 실해 발생의 위험을 초래하게 할 경우도 포함하는 것이고, 부동산의 매도인이 매수인 앞으로 소유권이전등기 등을 경료하기 이전에 제3자로부터 금원을 차용하고 그 담보로 근저당권설정등기를 해준 경우에는 특별한 사정이 없는 한 매도인은 매수인에게 그 근저당권에 의하여 담보되는 피담보채무 상당액의 손

---

재산적 가치를 상실 또는 감소한 것으로 되어 재산상의 손해가 인정되는 것으로 된다(정영석, 전게서, 387면).

해를 가한 것이라고 할 것이다.

재산상의 손해는 배임행위의 결과로 발생하였음을 요한다. 즉, 임무에 위배되는 행위와 본인에 대한 재산상의 손해 사이에는 인과관계가 있음을 필요로 한다.<sup>147)</sup>

배임죄의 기수시기는 배임행위가 종료되어 재산상의 손해를 야기 시켰을 때이다. 즉 현실적인 손해뿐만 아니라, 손해발생의 위험도 포함한다.<sup>148)</sup>

## 나. 주관적 구성요건

배임죄는 고의범이기 때문에 객관적 구성요건요소에 대한 고의가 존재하여야 한다. 따라서 행위자는 타인의 사무를 처리하는 자로서 임무에 위배하는 행위를 함에 있어서 자기나 제3자가 재산상의 이익을 취득하고, 본인에게는 손해를 가한다는 인식과 의사가 있어야 한다. 배임죄의 고의는 미필적 고의도 인정된다.

배임죄의 주관적 구성요건으로서의 불법영득의 의사 또는 이득의 목적과 손해의 의사를 필요로 하는가에 대하여, 이득의 의사에 관하여는 이익을 취득한다는 미필적 인식이 있으면 이득의 의사를 요하는 것이 아니라는 주장이 있으나, 통설은 배임죄가 성립하기 위해서는 불법이득의 의사가 필요하다고 한다. 형법이 배임죄를 횡령죄와 같이 규정하고 있기 때문에 횡령죄와는 그 객체에 의하여만 구별되는 이득죄임에 비추어 볼 때 이득의 의사가 있어야 한다고 해석하는 것이 타당하다.<sup>149)</sup>

147) 정영석, 상계서, 387면; 이재상, 전계서, 362면.

148) 정영석, 상계서, 387면.

149) 이재상, 전계서, 364-365면.

**[관련판례 : 대법원 1998.2.10. 97도2919]**

배임죄가 성립하기 위하여는 주관적 요건으로서 임무에 위배되는 행위를 한다는 인식 이외에도 그로 인하여 자기 또는 제3자의 이익을 취득하고 본인에게 손해를 가한다는 점에 관한 의사 내지 인식을 필요로 하는 것이므로, 피고인이 근저당권을 설정한 목적이 오로지 이미 매매목적물에 관하여 설정되어 있던 저당권을 말소시켜 매매목적물에 존재하는 물적 부담을 제거시킬 목적이었다면 배임죄의 범의가 있다고 보기는 어려울 것이지만, 피고인이 본인의 이익을 위하여 문제가 된 행위를 하였다고 주장하면서 배임죄의 범의를 부인하는 경우에는 사물의 성질상 배임죄의 주관적 요소로 되는 사실(고의, 동기 등의 내심적 사실)은 고의와 상당한 관련성이 있는 간접사실을 증명하는 방법에 의하여 입증할 수밖에 없고, 피고인이 본인의 이익을 위한다는 의사도 가지고 있었다 하더라도 위와 같은 간접사실에 의하여 본인이 이익을 위한다는 의사는 부수적일 뿐이고 이득 또는 가해의 의사가 주된 것이 판명되면 배임죄의 고의가 있었다고 할 것이다.

**[관련판례 : 대법원 1999.2.9. 98도2074]**

배임죄의 고의는 이와 상당한 관련성이 있는 간접사실을 증명하는 방법에 의하여 입증할 수 있다

**[관련판례 : 대법원 2008.5.29. 2006도7487]**

금융기관의 임·직원이 대출을 함에 있어서 금융기관의 이자수익을 위한다는 의사가 있었다고 하더라도 대출 당시 여신규정을 위반하였을 뿐만 아니라 대출신청인의 재무상태, 다른 금융기관에 대한 차입금 등의 채무를 포함한 전반적인 금융거래상황, 대출금의 용도, 사용기간 및 상환능력이나 제공된 담보의 가치를 평가하여 대출 적격 여부를 제대로 심사하지도 아니한 채 채무상환능력이 불량한 대출신청인에게 대출을 한 경우에는 이러한 임무위배행위로 제3자로 하여금 재산상 이득을 취득하게 하고 금융기관에 손해를 가한다는 인식과 의사가 없었다고 볼 수 없다.

## **다. 배임죄와 관련된 문제**

### **1) 부동산 이중저당의 문제**

부동산 이중저당(二重抵當)의 문제는 예컨대, 가옥소유자 갑이 먼저

을에 대하여 저당권을 설정한 후 아직 미등기의 사정을 이용하여 다시 병에 대하여 저당권을 설정하고 이를 등기하였을 경우,<sup>150)</sup> 갑의 형사책임에 있어서 사기죄로 되겠는가 또는 배임죄로 되겠는가의 문제이다.

이에 관하여 사기죄만이 성립한다는 견해, 사기죄와 배임죄와의 상상적 경합이라고 하는 견해, 배임죄만이 성립한다는 견해 등이 대립되어 있다.

사기죄만이 성립한다는 견해의 논거로서는, 이 경우 후순위저당권자인 병에 대하여는 전의 저당권설정의 사실을 은비하였다는 점에 있어서 기망을 행한 것이고, 선순위저당권자 을에 대하여는 그 자로부터 불법한 재산상의 이익을 취득한 것으로 되므로 전체로써 사기죄로 된다는 것이다. 이 견해는 사기죄의 성립에 있어서 피기망자와 재산상의 피해자와는 반드시 동일인임을 요하지 아니한다는 이론에 근거를 둔 것 같으나, 피기망자와 재산적 피해자와는 별개인이라도 사기죄가 성립되려면 피기망자는 사실상 또는 법률상으로 재산상의 처분을 할 수 있든가, 또는 처분을 하게 할 수 있는 지위에 있음을 필요로 한다. 예컨대, 법원을 기망하여 오판을 하게하고, 그 오판에 기하여 타인으로부터 재물 또는 재산상의 이익을 취득하였을 경우에는 분명히 사기죄로 될 것이다. 그런데, 이 경우에는 피기망자인 후순위저당권자 병은 재산상의 피해자인 선순위저당권자 을에 대하여 아무런 이러한 지위를 인정할 수 없으므로,<sup>151)</sup> 사기죄를 인정하려는 견해는 타당하지 아니하다. 같은 이유로 사기죄와 배임죄의 상상적 경합범으로 보는 견해도 찬성할 수 없다.<sup>152)</sup>

결국, 이 경우에는 사정에 따라서는 갑에게 선순위저당권자 을에 대한 배임죄의 성립만을 인정하는 견해가 타당하다고 보아야 할 것이다.<sup>153)</sup>

150) 박상기, 전게서, 409면.

151) 박상기, 상게서, 409면.

152) 정영석, 전게서, 388면.

153) 정영석, 상게서, 388면; 박상기, 전게서, 409면.

왜냐하면, 갑은 을에 대하여 먼저 저당권을 설정하였으므로, 특별한 사정이 없는 한 신의성실의 원칙상 을을 1번저당권자로 하여야 할 의무를 부담하고 있고, 이 임무에 위배하여 을에게 재산상의 손해를 가한 것으로 되기 때문이다.<sup>154)</sup>

## 2) 부동산 이중매매의 문제

부동산 이중매매의 문제는 예컨대 매매에 의하여 부동산을 타인에게 양도하는 데 있어서 아직 등기상의 소유명의가 양도인에게 있는 사정을 이용하여 그 부동산을 다시 제3자에게 매각하여 이를 등기하였을 경우<sup>155)</sup>에 양도인에게 배임죄의 책임을 인정하겠는가 문제가 된다.

이 문제에 관하여 물권변동이 효력발생에 있어서 이른바 의사주의를 채용하였던 구민법 하에서는 매매계약이 성립하면 곧 부동산의 소유권이 매수인에게 이전하게 되고 등기상의 소유명의가 매도인에게 있는 때에는 매도인은 타인의 부동산을 보관하는 자이므로 부동산이중매매는 횡령죄의 성립을 인정하게 되었다. 그러나 물권변동의 효력발생에 있어서 이른바 형식주의를 채용하게 된 현행민법 하에서는 등기는 단순히 제3자에 대한 대항요건이 아니고 소유권이전의 요건이므로 매매계약이 성립하였으나 미등기 중이면 당해 부동산은 의연 매도인의 소유에 속하게 된다. 따라서 부동산이중매매는 횡령죄를 구성하지 않는 것은 명백하다.<sup>156)</sup> 그러면 현행법상 부동산이중매매는 어떠한 범죄를 구성할 것인가가 문제이다.

부동산이중매매의 범죄의 성부를 고찰하는 데 있어서는 부동산매매에 있어서는 여러 가지 단계가 있으므로 각 단계적으로 이를 검토할 필요가 있다.

154) 정영석, 상계서, 388-389면.

155) 박상기, 전계서, 408-409면.

156) 정영석, 전계서, 389면.

먼저 부동산매매계약을 하고 매도인이 계약금만을 교부받은 후 이를 다시 타인에게 매도한 경우에는 민법상의 계약의 효력으로서 매도인으로서 계약금의 배액을 지급하고 일차매매계약을 해제 또는 해약할 수 있으므로 이 단계에서는 부동산매매의 채권계약에 기하여 매도인은 목적물의 소유권을 이전할 채무를 부담하는 데 그치고 그 목적물에 관한 재산상의 사무는 아직 자기의 사무이고 타인의 사무를 처리하는 단계에 이르지 못한다. 따라서 이 단계에서 매도인이 이중매매를 하였더라도 배임죄의 성립을 인정할 수 없을 것이다.<sup>157)</sup>

다음으로 매도인이 계약금 외에 중도금을 지급받았는가 또는 잔금을 지급받았을 경우에는 벌써 매도인은 함부로 일방적으로 해약할 권리가 없을 뿐 아니라 아직 소유권은 자기에 있다고 하더라도 신의성실의 원칙상 매수인이 완전한 소유권을 취득할 수 있도록 등기를 이행할 의무가 발생하므로 목적물에 관한 재산상의 사무는 단순히 자기사무라고 볼 수 없고 등기권리자인 매수인의 소유권취득을 위한 사무의 일부를 이루는 타인의 사무를 처리하는 지위에 있다고 할 수 있다. 따라서 이 단계에서 매도인의 이중매매의 행위는 배임죄를 구성한다고 보아야 할 것이다.<sup>158)</sup>

**[관련판례 : 대법원 2005.10.28. 2005도5713]**

피고인이 자신의 처가 갑에 대하여 부담하는 채무의 대물변제명목으로 피고인 소유의 무허가건물을 갑에게 양도하고, 재차 자신의 처가 을에 대하여 부담하는 채무의 대물변제명목으로 위 무허가건물을 을에게 양도하고 무허가건물대장상의 소유자 명의를 을로 변경하여 준 사안에서, 그 명의 변경 행위만으로는 아직 배임죄의 실행에 착수하였다고 볼 수 없다.

**[관련판례 : 대법원 1988.12.13. 88도750]**

부동산매도인이 매수인으로부터 계약금과 중도금까지 수령한 이상 특단의 약정이 없다면 잔금수령

157) 정영석, 상계서, 389-390면; 박상기, 전계서, 409-410면.

158) 정영석, 상계서, 390면.

과 동시에 매수인 명의로의 소유권이전등기에 협력할 임무가 있으므로 이를 다시 제3자에게 처분함으로써 제1차 매수인에게 잔대금수령과 상환으로 소유권이전등기절차를 이행하는 것이 불가능하게 되었다면 배임죄의 책임을 면할 수 없다.

### [관련판례 : 대법원 1985.1.29. 84도1814]

부동산의 매도인이 매수인으로부터 계약금과 중도금까지 수령한 이상 특단의 약정이 없다면 잔금수령과 동시에 매수인 명의로의 소유권이전등기에 협력할 임무가 있다고 할 것이므로 그 후 매도인이 위 부동산을 제3자에게 처분함으로써 제1차 매수인이나 중간생략등기의 합의를 한 전매수인에게 잔대금수령과 상환으로 소유권이전등기절차를 이행하는 것이 불가능하게 되었다면 배임죄의 책임을 면할 수 없다.

## 3. 배임죄의 유형

### 가. 의의

단순배임죄(제355조 제2항)<sup>159)</sup>가 기본적 구성요건이다. 업무상 배임죄는 배임죄에 대한 가중적 구성요건이 된다(제356조)<sup>160)</sup>. 그리고 배임수재죄·배임증재죄(배임수증죄)는 배임행위 그 자체를 처벌하는 것이 아니라 그 전제되는 사무처리의 청렴성을 치매하는 행위를 처벌하려는 것이기 때문에 배임죄와 독립된 구성요건이다(제357조).<sup>161)</sup> 배임죄의 미수

159) 제355조 (배임)

② 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위로써 재산상의 이익을 취득하거나 제삼자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가한 때에도 전항의 형과 같다.

160) 제356조 (업무상의 배임)

업무상의 임무에 위배하여 제355조의 죄를 범한 자는 10년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.<개정 1995.12.29>

161) 제357조 (배임수증재)

① 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 관하여 부정한 청탁을 받고 재물 또는 재산상의 이익을 취득한 자는 5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.<개정

범은 처벌되고(제359조),<sup>162)</sup> 친족상도례규정도 적용된다(제361조).<sup>163)</sup> 형을 선고할 때에는 자격정지를 병과할 수 있다(제358조).<sup>164)</sup>

## 나. 업무상 배임죄

업무상 배임죄는 업무상의 임무에 위배하여 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이익을 취득하게 하고 이로 인하여 본인에게 재산상의 손해를 가함으로써 성립하는 죄이다.<sup>165)</sup>

업무상 배임죄의 행위주체는 타인의 사무를 처리하는 자라는 진정신분과 업무자라는 부진정신분의 이중의 신분을 가지고 있는 신분범이며<sup>166)</sup>, 업무자라는 점 때문에 형이 가중되는 구성요건이다. 업무상 배임죄의 업무는 법령이나 계약에 의한 것뿐만 아니라 관례를 좇거나 사실상이거나 묻지 않고 같은 행위를 반복할 지위에 따른 사무를 말한다.<sup>167)</sup>

### [관련판례 : 대법원 1988.11.22. 88도1523]

- 가. 업무상배임죄에 있어서 업무란 법령이나 계약에 의한 것뿐만 아니라 관례거나 사실상이거나 묻지 않고 같은 행위를 반복할 지위에 따른 사무를 가리킨다.  
나. 업무상배임죄의 고의는 업무상 타인의 사무를 처리하는 자가 본인에게 재산상의 손해를 가한

1995.12.29>

- ② 제1항의 재물 또는 이익을 공여한 자는 2년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다.<개정 1995.12.29>  
③ 범인이 취득한 제1항의 재물은 몰수한다. 그 재물을 몰수하기 불가능하거나 재산상의 이익을 취득한 때에는 그 가액을 추징한다.

162) 제359조 (미수범)

제355조 내지 제357조의 미수범은 처벌한다.

163) 제361조 (친족간의 범행, 동력)

제328조와 제346조의 규정은 본 장의 죄에 준용한다.

164) 제358조 (자격정지의 병과)

전3조의 죄에는 10년 이하의 자격정지를 병과할 수 있다.

165) 박상기, 전계서, 414면; 배종대, 전계서, 557면.

166) 배종대, 상계서, 558면.

167) 박상기, 상계서, 414면.

다는 의사와 자기 또는 제3자의 재산상의 이익의 의사가 임무에 위배된다는 인식과 결합되어 성립되는 것이며, 이와 같은 업무상배임죄의 주관적 요소로 되는 사실(고의, 동기등의 내심적 사실)은 피고인이 본인의 이익을 위하여 문제가 된 행위를 하였다고 주장하면서 범의를 부인하고 있는 경우에는 사물의 성질상 고의와 상당한 관련성이 있는 간접 사실을 증명하는 방법에 의하여 입증할 수 밖에 없고, 무엇이 상당한 관련성이 있는 간접사실에 해당할 것인가는 정상적인 경험칙에 바탕을 두고 치밀한 관찰력이나 분석력에 의하여 사실의 연결상태를 합리적으로 판단하는 방법에 의하여야 한다.

다. 업무상배임죄의 고의는 그 행위자가 본인의 이익을 위한다는 의사가 있는 경우에는 주된 의사가 어느 것인가를 판별하여 본인의 이익을 위한다는 의사는 부수적일 뿐이고 이득 또는 가해의 의사가 주된 것이 판명되면 본죄의 고의가 있었다고 보아야 한다.

#### [관련판례 : 대법원 1982.1.12. 80도1970]

형법 제356조에서 말하는 업무는 직업 혹은 직무라는 말과 같아 법령, 계약에 의한 것 뿐만 아니라 관례를 좇거나 사실상이거나를 묻지 않고 같은 행위를 반복할 지위에 따른 사무를 가리킨다고 할 것이다. ( 대법원 1971.1.12. 선고 70도2216 판결 참조) 그런데, 위 거시 증거에 의하면, 피고인은 1974.5.20 등기부상으로 공소의 주식회사의 대표이사를 사임한 후에도 1975.7.경까지 계속하여 사실상 대표이사 업무를 행하여 왔고 회사원들도 피고인을 대표이사의 일을 하는 사람으로 상대해 온 사실을 인정할 수 있으므로 피고인은 여전히 위 회사의 원목 판매대금을 보관할 업무상의 지위에 있었던 자라고 할 수 있으니 피고인에 대하여는 업무상 횡령죄가 적용되어야 할 것이다.

업무자로서의 신분을 갖지 않은 자가 업무자들과 공모하여 배임죄를 범하더라도 이는 업무상 타인의 사무를 처리하는 신분관계로 인하여 형의 경중이 있는 경우이므로 이러한 신분관계가 없는 자에 대해서는 형법 제33조 단서에 의하여 단순배임죄가 성립한다.<sup>168)</sup>

#### [관련판례 : 대법원 1999.4.27. 99도883]

업무상배임죄는 업무상 타인의 사무를 처리하는 지위에 있는 사람이 그 임무에 위배하는 행위으로써 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가한 때에 성립하는 것으로서, 이는 타인의 사무를 처리하는 지위라는 점에서 보면 신분관계로 인하여 성립될

168) 박상기, 상계서, 414면.

범죄이고, 업무상 타인의 사무를 처리하는 지위라는 점에서 보면 단순배임죄에 대한 가중규정으로 서 신분관계로 인하여 형의 경중이 있는 경우라고 할 것이므로, 그와 같은 신분관계가 없는 자가 그러한 신분관계가 있는 자와 공모하여 업무상배임죄를 저질렀다면 그러한 신분관계가 없는 자에 대하여는 형법 제33조 단서에 의하여 단순배임죄에 정한 형으로 처단하여야 할 것이다.

### [관련판례 : 대법원 1986.10.28. 86도1517]

은행원이 아닌 자가 은행원들과 공모하여 업무상 배임죄를 저질렀다 하여도, 이는 업무상 타인의 사무를 처리하는 신분관계로 인하여 형의 경중이 있는 경우이므로, 그러한 신분관계가 없는 자에 대하여서는 형법 제33조 단서에 의하여 형법 제355조 제2항에 따라 처단하여야 한다.

업무상 배임죄로 인하여 취득하거나 제3자로 하여금 취득하게 한 재산적 이익의 가액이 5억원 이상인 때에는 「특정경제범죄가중처벌 등에 관한 법률」(일부개정 2007.8.3 법률 제8635호, 이하 **특경법**이라 함) 제3조<sup>169)</sup>에 따라 가중처벌된다.<sup>170)</sup>

대법원은 업무상 배임죄에서 재산상 손해를 인정할 수 있더라도 그 가액을 구체적으로 산정할 수 없으므로 재산상 이득액을 기준으로 가중처벌하는 특정법위반(배임)죄로 의율할 수 없다는 입장이다.<sup>171)</sup>

169) 제3조 (특정재산범죄의 가중처벌)

- ① 형법 제347조(사기)·제350조(공갈)·제351조(제347조 및 제350조의 상습범에 한한다)·제355조(횡령, 배임) 또는 제356조(업무상의 횡령과 배임)의 죄를 범한 자는 그 범죄행위로 인하여 취득하거나 제3자로 하여금 취득하게 한 재물 또는 재산상 이익의 가액(이하 이 조에서 "이득액"이라 한다)이 5억원 이상인 때에는 다음의 구분에 따라 가중처벌한다.<개정 1990.12.31>
1. 이득액이 50억원 이상인 때에는 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다.
  2. 이득액이 5억원 이상 50억원미만인 때에는 3년 이상의 유기징역에 처한다.
  3. 삭제 <1990.12.31>
- ② 제1항의 경우 이득액 이하에 상당하는 벌금을 병과할 수 있다.

170) 박상기, 전계서, 415면.

171) 배종대, 전계서, 558면; 그러나 이는 손해발생의 위험성만으로도 배임죄 성립을 인정하는 판례의 입장과 맞지 않는다. 그리고 특경법 적용이 불가능하더라도 형법상의 업무상 배임죄 적용은 가능할 것이다(박상기, 상계서, 415면)

**[관련판례 : 대법원 2001.11.13. 2001도3531]**

업무상 배임죄에 있어서 재산상 손해는 인정할 수 있으나 그 가액을 구체적으로 산정할 수 없으므로 재산상 이득액을 기준으로 가중 처벌하는 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)죄로 의율할 수 없다.

**[관련판례 : 대법원 2000.12.8. 99도3338]**

배임죄에서 '임무에 위배하는 행위'라 함은 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 기대하는 행위를 함으로써 본인과 사이의 신임관계를 저버리는 일체의 행위를 포함하며, '재산상의 손해를 가한 때'라 함은 현실적인 손해를 가한 경우뿐만 아니라 재산상 실해 발생의 위험을 초래한 경우도 포함되고 일단 손해의 위험성을 발생시킨 이상 사후에 피해가 회복되었다 하여도 배임죄의 성립에 영향을 주는 것은 아니다.

**[관련판례 : 대법원 2000.3.14. 99도4923]**

배임죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위로써 재산상 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가함으로써 성립하는바, 이 경우 그 '임무에 위배하는 행위'라 함은 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 함으로써 본인과 사이의 신임관계를 저버리는 일체의 행위를 포함하고, '재산상의 손해를 가한 때'라 함은 현실적인 손해를 가한 경우뿐만 아니라 재산상 실해 발생의 위험을 초래한 경우도 포함되므로, 회사의 이사 등이 타인에게 회사자금을 대여함에 있어 그 타인이 이미 채무변제능력을 상실하여 그에게 자금을 대여할 경우 회사에 손해가 발생하리라는 점을 충분히 알면서 이에 나아갔거나, 충분한 담보를 제공받는 등 상당하고도 합리적인 채권회수조치를 취하지 아니한 채 만연히 대여해 주었다면, 그와 같은 자금대여는 타인에게 이익을 얻게 하고 회사에 손해를 가하는 행위로서 회사에 대하여 배임행위가 되고, 회사의 이사는 단순히 그것이 경영상의 판단이라는 이유만으로 배임죄의 죄책을 면할 수는 없으며, 이러한 이치는 그 타인이 자금지원 회사의 계열회사라 하여 달라지지 않는다.

## **다. 배임수재죄 · 배임증재죄**

### **1) 의의**

배임수재죄(背任收財罪)과 배임증재죄(背任贈財罪)는 공무원의 뇌물죄에 상응하는 규정이며, 사적 사무를 처리하는 자에 대한 뇌물죄라 할 수 있다. 즉 배임수재죄·배임증재죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 사쿠처리의 공정성과 성실의무를 준수하도록 하는 데에 취지가 있다. 그렇기 때문에 본조의 보호법익은 직무(사무)의 공정성(公正性) 또는 청렴성(清廉性)이다.<sup>172)</sup>

## 2) 배임수재죄

배임수재죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 관하여 부정한 청탁을 받고 재물 또는 재산상의 이익을 취득함으로써 성립하는 범죄이다.

### 가) 주체

배임수재죄의 주체는 타인의 사무를 처리하는 자로서 진정신분범이다. 자기의 사무를 처리하는 자는 제외된다.<sup>173)</sup>

#### [관련판례 : 대법원 1990.10.12. 90도1477]

형법 제357조 제1항, 제2항의 배임수증재죄에 있어서 '타인의 사무를 처리하는 자'라 함은 타인으로부터 위탁된 사무를 그 타인의 이익을 위하여 처리하는 경우라 할 것이므로, 그 사무가 타인의 사무가 아니고 자기의 사무라면 그 사무를 타인을 위하여 처리하는 경우라도 타인의 사무를 처리하는 자라고 볼 수 없다.

172) 배임수재죄는 수뢰죄(受賂罪)에, 배임증재죄는 뇌물공여죄(賂物供與罪)에 상응하는 규정이다. 그러나 수뢰죄나 뇌물공여죄의 경우에는 요구나 약속, 공여의 의사표시까지도 행위유형에 포함시켜 기수범으로 처벌하는 데 반하여 배임수재·증재죄의 경우에는 재물이나 이익의 취득·공여행위만을 기수범으로 처벌하고 있기 때문에 본죄의 행위유형이 상대적으로 협소하다(박상기, 상계서, 416면); 배중대, 상계서, 558면.

173) 박상기, 상계서, 416면.

**[관련판례 : 대법원 1989.10.13. 89도563]**

형법 제357조 제1항, 제2항의 배임수증죄에서 "타인의 사무를 처리하는 자"라 함은 타인으로부터 위탁된 사무를 그 타인의 이익을 위하여 처리하는 경우라 할 것이므로 그 사무가 타인의 사무가 아니고 자기의 사무라면 그 사무를 타인을 위하여 처리하는 경우이더라도 타인의 사무를 처리하는 자라고 볼 수 없다고 할 것인데, 구 농업협동조합법(1988.12.31. 법률 제4080호로 개정되기 전의 것) 제44조에 의하면 단위농업협동조합의 총대는 각 구역조합원의 호선에 의하여 선출되었더라도 그 선출구역조합원의 지시나 간섭을 받지 않고 독립하여 스스로의 권한으로 총대회에서 임원선거에 참여하고 의결권을 행사하는 등 자주적으로 임무를 수행하므로 이를 선출구역조합원의 사무를 처리하는 것으로는 볼 수 없고, 총회에 갈음하는 조합의 의사결정기관인 총대회의 구성원일 뿐 조합의 임원 기타 업무 집행기관이 아니므로 총대회에서의 의결권 또는 선거권의 행사가 전제조합원이나 조합의 사무라고 볼 수도 없고, 따라서 총대가 총대회에서 조합장 후보자 추천과 관련하여 돈을 주고 받았더라도 배임수증죄는 성립되지 않는다.

배임죄에서의 행위주체와 범위가 같다. 사무처리와 타인간의 신임관계는 타인과의 대내관계에서 신의성실의 원칙에 비추어 그 사무를 처리할 신임관계가 존재한다고 인정되는 자를 의미하고, 반드시 제3자에 대한 대내관계에서 그 사무에 관한 권한이 존재할 것을 요하지 않는다. 금융기관 임직원에 대해서는 특경법 제5조(174), 제6조(175)가 적용된다. 판례

174) 제5조 (수재등의 죄)

- ① 금융기관의 임·직원이 그 직무에 관하여 금품 기타 이익을 수수·요구 또는 약속한 때에는 5년 이하의 징역 또는 10년 이하의 자격정지에 처한다.
- ② 금융기관의 임·직원이 그 직무에 관하여 부정한 청탁을 받고 제3자에게 금품 기타 이익을 공여하게 하거나 공여하게 할 것을 요구 또는 약속한 때에는 제1항의 형과 같다.
- ③ 금융기관의 임·직원이 그 지위를 이용하여 소속금융기관 또는 다른 금융기관의 임·직원의 직무에 속한 사항의 알선에 관하여 금품 기타 이익을 수수·요구 또는 약속한 때에는 제1항의 형과 같다.
- ④ 제1항 내지 제3항의 경우에 수수·요구 또는 약속한 금품 기타 이익의 가액(이하 "수수액"이라 한다)이 3천만원 이상인 때에는 다음의 구분에 따라 가중처벌한다. <개정 1990.12.31, 2007.5.17>
  1. 수수액이 1억원 이상인 때에는 무기 또는 10년 이상의 징역에 처한다.
  2. 수수액이 5천만원 이상 1억원 미만인 때에는 7년 이상의 유기징역에 처한다.
  3. 수수액이 3천만원 이상 5천만원 미만인 때에는 5년 이상의 유기징역에 처한다.

175) 제6조 (중재등의 죄)

- ① 제5조의 규정에 의한 금품 기타 이익을 약속·공여 또는 공여의 의사를 표시한 자는 5년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.
- ② 제1항의 행위에 제공할 목적으로 제3자에게 금품을 교부하거나 그 정을 알면서 교부받은

에 나타난 본죄의 행위주체의 예로는 방송될 가요를 선곡하는 가요담당 프로듀서, 취재사무를 공정하게 수행하여야 할 업무상의 임무가 있는 취재기자 겸 신문사 지국장, 종합병원 의사 등이 있다.<sup>176)</sup>

**[관련판례 : 대법원 1991.6.11. 91도688]**

- 가. 방송국에 소속되어 가요 프로그램의 제작연출 등의 사무를 처리하는 가요담당 프로듀서는, 방송법이 규정하고 있는 방송의 공적책임수행과 그 내용의 공정성 및 공공성의 요청에 따라 방송국의 내규가 정하는 제한 범위 내에서, 방송될 가요를 선곡하는 임무를 방송국으로부터 부여받은 자로서 "타인의 사무를 처리하는 자"이므로 배임수재죄의 주체가 될 수 있다.
- 나. 가요담당 방송프로듀서가 직무상 알고 지내던 가수매니저들로부터 많게는 100만원 적게는 20만원 정도의 금품을 28회에 걸쳐 받은 것을 가리켜 의례적이라거나 사회상규에 위반되지 아니한다고 할 수 없다.

**[관련판례 : 대법원 1970.9.17. 70도1355]**

피고인은 (명칭 생략)신문 영덕군 지품지국장으로서 지국소재지에 주재기자가 없으므로, 신문사의 규정에 따라 취재기자의 임무를 겸행하게 되어 있어 취재사무를 처리함에 있어서는 공정성실하게 취재사무를 수행하여야 할 업무상의 임무가 있는 자이고, 1968.7.2경 공소외 인이 영덕군 지품면 원전동 2구 속칭 잔골이라는 임야에서 허가없이 나무 2000재를 벌채하였음을 현지답사하여 취재하고, 이를 그 신문영덕지사에게 송고한 후인 동년 7.13경 위 원전동 소재 원전양조장에서 위 벌채자인 공소외인으로부터 "임산물 벌채에 관하여 신문에 보도되면 불미스럽고, 앞으로 사실상 많은 지장이 있어 영덕지사와는 보도 안되게 교섭해 두었으니 그에 동조하여 본사에 직접 송고하지 말아 달라"는 취지의 청탁을 받고 그 목인사례조로 금 2,000원을 교부받았다고 판단하고 있는 바, 기록에 의하면 적법하고 배임수증재죄에 있어서의 부정한 청탁이라 함은 사회상규 또는 신의성실의 원칙에 반하는 것을 내용으로 하는 청탁을 말한다 할 것이므로 앞에서 본 청탁은 위의 부정한 청탁에 해당한다 할 것이며, 사실관계가 그렇다면 이는 형법 제357조의 소위 배임수재죄에 해당한다

**[관련판례 : 대법원 1984.11.27. 84도1906]**

---

자는 제1항의 형과 같다

176) 박상기, 상계서, 416면; 배종대, 전계서, 559면.

형법 제357조 제1항의 배임수재죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 관하여 부정한 청탁을 받고 재물 등을 취득함으로써 성립하는 것이고 어떠한 임무 위배행위나 본인에게 손해를 가한 것을 요건으로 하는 것이 아닌데 대하여 동법 제256조, 제355조 제2항의 배임죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위가 있어야 하고 그 행위로서 본인에게 손해를 가함으로써 성립하는 것이나 부정한 청탁을 받거나 금품을 수수한 것을 그 요건으로 하지 않고 있으므로 이 둘 양 죄는 행위의 태양을 전연 달리하고 있어 일반법과 특별법관계가 아닌 별개의 독립된 범죄라고 보아야 하고 또 업무상 배임죄의 법정형은 10년 이하의 징역(단순배임죄의 법정형도 5년 이하의 징역)인데 비하여 배임수재죄의 그것은 업무상 배임죄의 법정형 보다 경한 5년 이하의 징역이므로 업무상 배임죄가 배임수재죄에 흡수되는 관계에 있다거나 결과적 가중범의 관계에 있다고는 할 수 없으므로 위 양죄를 형법 제37조 전단의 경합범으로 의율처단하였음은 정당하다.

**[관련판례 : 대법원 1987.4.28. 87도414]**

- 가. 형법 제357조 제1항의 배임수재죄는 타인의 사무를 처리하는 자의 청렴성을 그 보호법익으로 하고 있는바, 그 임무에 관하여 부정한 청탁을 받고, 재물을 수수함으로써 성립되고, 반드시 취재 당시에도 취재와 관련된 임무를 현실적으로 담당하고 있음을 그 요건으로 하는 것은 아니므로 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 관하여 부정한 청탁을 받은 이상 그 후 사무분담 변경으로 그 직무를 담당하지 아니하게 된 상태에서 재물을 수수하게 되었다 하더라도 여전히 타인의 사무를 처리하는 지위에 있고, 그 재물 등의 수수가 부정한 청탁과 관련하여 이루어진 것이라면 배임수재죄는 성립한다.
- 나. 배임수재죄에 있어 부정한 청탁은 업무상 배임에 이르는 정도가 아니고 사회상규 또는 신의성실의 원칙에 반하는 것을 내용으로 하는 청탁이면 족하다.

본죄의 행위주체는 그 임무에 관하여 부정한 청탁을 받고 재물을 수수함으로써 성립하고 반드시 수재 당시에도 그와 관련된 임무를 현실적으로 담당하고 있을 그 요건으로 하지 않는다.<sup>177)</sup>

**[관련판례 : 대법원 1997.10.24. 97도2042]**

형법 제357조 제1항의 배임수재죄는 타인의 사무를 처리하는 자의 청렴성을 보호법익으로 하는

177) 그러므로 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 관하여 부정한 청탁을 받은 이상 그 후 사적으로 인하여 그 직무를 담당하지 않게 된 상태에서 부정한 청탁과 관련하여 재물을 수수하면 배임수재죄가 성립한다(박상기, 상계서, 416면).

것으로, 그 임무에 관하여 부정한 청탁을 받고 재물을 수수함으로써 성립하고 반드시 수재 당시에 도 그와 관련된 임무를 현실적으로 담당하고 있음을 그 요건으로 하는 것은 아니므로, 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 관하여 부정한 청탁을 받은 이상 그 후 사직으로 인하여 그 직무를 담당하지 아니하게 된 상태에서 재물을 수수하게 되었다 하더라도, 그 재물 등의 수수가 부정한 청탁과 관련하여 이루어진 것이라면 배임수재죄는 성립한다고 보아야 할 것이다 ( 대법원 1984. 11. 27. 선고 84도1906 판결, 1987. 4. 28. 선고 87도414 판결 각 참조).

## 나) 부정한 청탁

배임수재죄는 임무에 관하여 부정한 청탁을 받아야 한다. 임무에 관하여란 본래 사무 외에도 그와 밀접한 범위에 있는 사무를 포함한다.<sup>178)</sup>

부정한 청탁이란 업무상 배임에 이르는 정도가 아니며, 사회상규 또는 신의성실의 원칙에 반하는 것을 내용으로 하므로 비교적 넓다.<sup>179)</sup>

### [관련판례 : 대법원 1978.11.1. 78도2081]

본조 소정의 [부정한 청탁]이라 함은 업무상 배임이 되는 내용의 부정한 청탁을 말하는 것이 아니고 사회상규 또는 신의성실의 원칙에 반하는 것을 내용으로 하는 청탁이면 족하다 할 것이다.

### [관련판례 : 대법원 1980.8.26. 80도19]

피고인이 자기소유로 믿고 있는 부동산을 제3자에게 처분하기 위하여 매매계약을 하였는데 피고인이 종중에서 그 부동산에 대한 권리를 주장하면서 처분금지가처분결정까지 받아 이를 집행하자 피고인이 계약위반으로 인한 손해배상문제를 염려하여 종중의 대표자에게 가처분의 부당성을 지적 하면서 가처분 비용을 지급하고 그 신청을 취하하도록 하였다면 이는 피고인이 자기의 권리를 확보하기 위한 행위로서 사회상규나 신의성실의 원칙상 부정한 청탁을 한 것이 아니므로 가사 종중대표자에게 부정한 점이 있다고 하더라도 피고인을 배임증여죄로 처벌할 수 없다.

178) 그러나 청탁을 받은 뒤 청탁받은 부정행위가 이루어졌는가는 배임수재죄의 성립에 영향을 미치지 않는다(박상기, 상계서, 417면).

179) 예컨대 특정인에 대한 인사청탁을 하거나 회수가 불가능한 불량대출을 청탁받은 경우가 이에 해당한다(박상기, 상계서, 417면); 배중대, 전계서, 560면.

**[관련판례 : 대법원 1980.10.14. 79도190]**

배임수재죄에 있어서의 “부정한 청탁”이라 함은 사회상규 또는 신의성실의 원칙에 반하는 청탁을 말하는 것이다.

**[관련판례 : 대법원 1989.12.12. 89도495]**

배임수재죄는 타인의 사무를 처리하는 자의 청렴성을 보호법익으로 하는 것이므로 동죄의 구성요건인 부정한 청탁이라 함은 업무상 배임에 이르는 정도는 아니나, 이 사건에 있어서와 같이 특정인을 어떤 직위에 우선적으로 추천해 달라는 것과 같이 사회상규 또는 신의성실의 원칙에 반하는 것을 내용으로 하는 청탁을 의미한다.

**[관련판례 : 대법원 1997.12.26. 97도2609]**

특정경제범죄가중처벌등에관한법률 제7조의 알선수재의 죄에서 말하는 '알선'이라 함은 "일정한 사항에 관하여 어떤 사람과 그 상대방의 사이에 서서 중개하거나 편의를 도모하는 것"을 의미하므로 어떤 사람이 청탁한 취지를 상대방에게 전하거나 그 사람을 대신하여 스스로 상대방에게 청탁을 하는 행위도 위 조항에서 말하는 '알선'행위에 해당한다고 할 것이다.

부정한 청탁은 명시적일 것을 요하지 아니하며 묵시적인 방법으로도 가능하다.<sup>180)</sup> 하지만 청탁의 내용은 어느 정도 구체적이어야 하며, 특정한 임무행위에 관한 것을 요한다.<sup>181)</sup>

**[관련판례 : 대법원 2005.1.14. 2004도6646]**

배임수증죄에 있어서 부정한 청탁이라 함은 청탁이 사회상규와 신의성실의 원칙에 반하는 것을 말하고, 이를 판단함에 있어서는 청탁의 내용과 이와 관련되어 교부받거나 공여한 재물의 액수, 형식, 보호법익인 사무처리자의 청렴성 등을 종합적으로 고찰하여야 하며 그 청탁이 반드시 명시적

---

180) 배종대, 전계서, 560면.

181) 직무를 처리하면서 직무권한 범위 안에서 편의를 보아 달라고 부탁하거나 선처를 바란다는 부탁만으로는 부정한 청탁이라고 보기 어렵다(박상기, 전계서, 417면).

임을 요하는 것은 아니다.

**[관련판례 : 대법원 1983.12.27. 83도2472]**

피고인이 유류부정처분 대금을 나누어 준 것이 단지 환심을 사두어 후일 범행이 발각되더라도 이를 누설하지 않게끔 하기 위한 것이었다고 보여지는 경우에 있어서는 만연히 임무와 관련하여 재물 또는 재산상 이익을 취득한데 불과하고 배임수재죄에 있어서 청탁의 내용이라 할 수 있는 구체적이고 특정한 임무행위에 관하여 부정한 청탁이라고 보기 어렵다.

**[관련판례 : 대법원 1980.4.8. 79도3108]**

피고인 4는 한국산업은행 기술부 대리이고 동 피고인 5는 동 은행 울산지점 대리임을 알 수 있는 이 사건에 있어서 원심이 한국산업은행 총재 작성의 사실조회에 대한 회보 및 재무부장관 작성의 사실조회 회신의 각 기재내용에 의하여 한국산업은행에는 인사규정상 과장이나 대리는 있으나 과장대리급이라는 직위는 없고 다만 부정조직에 따라 편의상 과장대리, 지정장대리라고 호칭하는 경우가 있음을 인정할 수 있을 뿐이라는 이유로 피고인 4, 동 5는 특정범죄가중처벌등에관한법을 제4조 제1항 동법 시행령제3조 제1호 소정의 공무원으로 간주되는 정부관리기업체의 간부직원에 속하지 아니한다고 하였음은 정당한 법률해석에 따른 옳은 판단이라 할 것이고 이에 관한 법리오해의 위법은 없다.

**다) 행위**

배임수재죄의 행위는 재물 또는 재산상의 이익을 취득하는 것이다. 재물 또는 재산상의 이익이란 현실적인 취득을 말하며, 요구하거나 약속한 것만으로는 미수에 해당한다(제359조).<sup>182)</sup>

**[관련판례 : 대법원 1999.1.29. 98도4182]**

배임수재죄로 처벌하기 위하여는 타인의 사무를 처리하는 자가 부정한 청탁을 받아들이고 이에 대한 대가로서 재물 또는 재산상의 이익을 받은 데에 대한 범의가 있어야 할 것이고, 또 배임수재죄

182) 이 점에서 수뢰죄와 다르다. 특경법 제5조나 상법 제630조 제1항에서는 요구 또는 약속만으로 기수범으로 처벌한다(박상기, 상계서, 418면).

에서 말하는 '재산상의 이익의 취득'이라 함은 현실적인 취득만을 의미하므로 단순한 요구 또는 약속만을 한 경우에는 이에 포함되지 아니한다 ... 피고인이 공소외 2에게 오크밸리골프장 회원권의 입회신청서를 제출하여 이를 취득하였다는 점에 대하여는, 위 공소외 2가 피고인에게 위와 같은 골프장 회원권의 공여의 의사표시를 하고 피고인이 이를 승낙하였더라도 그 골프장 회원권에 관하여 피고인 명의로 명의변경이 이루어지지 아니한 이상 피고인이 현실적으로 재산상의 이익을 '취득'하였다고 할 수 없다.

**[관련판례 : 대법원 1991.8.27. 91도61]**

형법 제357조 제1항 소정의 배임수증죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 관하여 부정한 청탁을 받고 재물 또는 재산상의 이익을 취득하는 경우에 성립하는 것이고, 그 청탁에 따른 일정한 행위가 현실적으로 행하여 질 것을 요하지는 아니하나, 재물 또는 재산상의 이익을 공여하는 사람과 이를 취득하는 사람 사이에 부정한 청탁이 개재되어야 하는 것이고, 계약관계를 유지시켜 기존 권리를 확보하기 위하여 하는 부탁행위 등은 부정한 청탁이라고 할 수 없다.

**[관련판례 : 대법원 1987.11.24. 87도1560]**

가. 형법 제357조 제1항의 배임수재죄는 타인의 사무를 처리하는 자의 청렴성을 보호하려는 것으로서 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 관하여 부정한 청탁을 받고 재물 또는 재산상의 이익을 취득함으로써 성립되고 청탁에 따른 일정한 행위가 현실적으로 행하여질 것을 요하지 않는다.

나. 배임수재죄에 있어 부정한 청탁은 업무상 배임에 이르는 정도가 아니고 사회상규 또는 신의성실의 원칙에 반하는 것을 내용으로 하는 청탁이면 족하다.

재물 또는 재산상의 이익을 취득하는 시점은 부정한 청탁과 동시·사전·사후를 묻지 않는다. 즉 부정한 청탁을 받으면서 수수할 수 있고, 사전에 재물을 수수한 후 구체적인 청탁을 받는 경우와 부정한 청탁을 한 후에 재물을 수수한 경우에도 배임수재죄는 성립한다.<sup>183)</sup>

배임수재죄에서의 본인(사무처리를 위임한 자)에게 손해가 발생하였는

183) 박상기, 상계서, 418면.

가는 배임수재죄의 성립에 영향을 미치지 않는다.<sup>184)</sup>

**[관련판례 : 대법원 1980.10.14. 79도190]**

배임수재죄에 있어서 본인에게 손해의 발생여부는 동 죄의 성립에 아무런 영향이 없다.

**[관련판례 : 대법원 1984.8.21. 83도2447]**

피고인이 이 사건 임대차계약을 체결함에 있어 임차인을 선정하거나 임대보증금 및 차임을 결정하는 권한이 없고 다만 상사에게 임차인을 추천할 수 있는 권한밖에 없다 하더라도 피고인이 업무과장으로서 점포등의 임대 및 관리를 담당하고 있는 이상 타인의 사무를 처리하는 자에 해당한다 할 것이며, 배임수재죄에 있어서는 본인에게 손해가 발생하였는지의 여부는 그 죄의 성립에 영향이 없다.

**[관련판례 : 대법원 1982.5.25. 81도1305]**

배임수재죄는 본인에게 손해가 없는 경우에도 성립한다.

### 라) 불법영득의사

배임수증죄의 성립을 위해서는 고의 외에도 불법영득의사가 필요하다. 배임수재죄에서 재물 또는 재산상의 이익을 취득한다는 의사는 증재자(贈財者)의 자의에 대응하는 것이므로 불법영득의사로 파악할 것이 아니라 라는 입장도 있다.<sup>185)</sup>

184) 즉 부정한 청탁의 대가로서 이익의 수수 등이 있으면 되고 배임죄와 달리 부정한 청탁으로 인한 행위를 하여 회사에 손해가 발생하고 안하는 것은 본죄의 성립요건이 아니다. 또한 재물 또는 재산상의 이익의 취득이 있으면 본죄는 기수에 이르며 청탁에 따른 일정한 행위가 반드시 행하여져야 할 것을 필요로 하지 않는다(박상기, 상계서, 419면).

185) 그러나 증재자의 자발적인 공여의사가 인정되더라도 부정한 청탁을 받은 사무처리자의 재물 또는 재산상의 이익의 취득에는 불법영득의사가 필요하다고 보아야 한다(박상기, 상계서, 419면).

**[관련판례 : 대법원 1984.3.13. 83도1986]**

피고인이 증뢰자로부터 받은 100만원짜리 수표 150매를 소외인을 통하여 은행에 맡기면서 누가 자기에게 일시보관을 위해 맡긴 것인데 곧 찾아 갈 돈이니 맡아달라고 말한 사실이 인정되고 또 피고인이 그 돈을 반환한 경위에 있어서도 영득의 의사로 받았다가 되돌려 줄 수 밖에 없는 특단의 사정변경사실을 찾아볼 수 없고 자발적으로 반환한 경우라면, 위 수표들 이 수표 100매 1억원과 50매 5천만원으로 나누어 다른 날짜에 가명으로 예금된 바 있다 하더라도 피고인에게 배임수재죄에 있어서의 영득의 의사가 있었다고 단정할 수 없다.

**[관련판례 : 대법원 1983.3.8. 82도2873]**

은행장인 피고인(갑)이 받은 수표들을 친구인 공소외(을)에게 맡길 때에 돌려 줄 것이라고까지 밝힌 바는 없었지만 일시보관을 위해서 맡긴 것인데 곧 찾아갈 것이라고 말한 사실이 인정되며, 또 피고인(갑)이 그 돈을 피고인(병)을 통하여 반환하게 된 경위에 있어서도 영득의 의사로 받았다가 사후에 되돌려주지 않을 수 없는 어떠한 사정변경이 생겨 반환한 것이라고 볼만한 사정을 찾아볼 수 없고 피고인(갑)이 자발적으로 피고인(병)을 찾아가 받게 된 경위설명을 한 후 받을 수 없는 돈이라고 하면서 반환한 사실이 인정되는 경우이면, 위 수표가 1억원과 5천만원으로 나누어 각각 다른 날짜에 공소외(을)에게 수교되었다거나 100만원씩의 구좌로 나누어 예금되어 있었다고 하더라도 피고인(갑)에게 배임수재죄에 있어서의 영득의 의사가 있었다고 단정할 수 없다.

**마) 미수범**

배임수재죄의 미수범은 처벌한다. 배임수재죄는 재물 또는 재산상의 이익을 취득함으로써 성립한다. 그러므로 배임수재죄의 미수는 취득 이전단계로서의 요구나 약속 또는 공여의 의사표시를 하는 경우에 배임수재미수죄가 성립한다.<sup>186)</sup>

**3) 배임증재죄**

186) 배종대, 전계서, 562면; 그러나 금융기관의 임직원의 경우에는 재물 또는 재산상의 이익을 수수·요구·약속하면 성립하므로 형법상의 배임수재죄와 달리 미수범이 아니라 기수범이 성립한다(박상기, 상계서, 419면).

배임증재죄는 타인의 사무를 처리하는 자에게 그 임무에 관하여 부정  
한 청탁을 하고 재물 또는 재산상의 이익을 공여함으로써 성립하는 범죄  
이다.<sup>187)</sup>

**[관련판례 : 대법원 1991.1.15. 90도2257]**

배임수재죄의 수재자에 대한 부정한 청탁이라 함은 업무상배임에 이르는 정도는 아니나 사회상규  
또는 신의성실의 원칙에 반하는 것을 내용으로 하는 청탁을 의미하므로 방송국에서 프로그램의 제  
작·연출 등의 사무를 처리하는 프로듀서가 특정 가수의 노래만을 편파적으로 선곡하여 계속 방송하  
여서는 아니되고 청취자들의 인기도, 호응도 등을 고려하여 여러 가수들의 노래를 공정성실하게  
방송하여야 할 임무가 있음에도 담당 방송프로그램에 특정 가수의 노래만을 자주 방송하여 달라는  
청탁은 사회상규나 신의성실의 원칙에 반하는 부정한 청탁이라 할 것이다.

**[관련판례 : 대법원 1996.10.11. 95도2090]**

배임수증죄에 있어서의 부정한 청탁이라 함은 청탁이 사회상규와 신의성실의 원칙에 반하는 것을  
말하고 이를 판단함에 있어서는 청탁의 내용과 이에 관련되어 교부받거나 공여한 재물의 액수, 형  
식, 보호법익인 사무처리자의 청렴성 등을 종합적으로 고찰해야 하며, 그 청탁이 반드시 명시적임  
을 요하는 것은 아니다( 대법원 1988. 12. 20. 선고 88도167 판결, 1991. 6. 11. 선고 91도413  
판결 등 참조).

원심이 적법하게 확정한 사실과 기록에 의하면, 대학교수들인 피고인들은 원심 공동피고인으로서  
더 동인이 운영하는 출판사에서 출판한 책자를 교재로 채택하거나, 교재로 사용할 편집책자의 출  
판을 위 출판사에 맡겨 달라는 취지의 청탁을 받고, 공소장 기재와 같이 학기마다 위 교재들의 판  
매대금의 약 30~40%에 해당하는 금원을 각 받은 사실, 피고인 1, 2는 자신들이 편집한 책자의  
출판을 위 출판사에 의뢰하거나 인세계약을 체결한 사실도 없고, 그들이 편집한 책자에 인지도 첨  
부되어 있지 않은 사실을 인정할 수 있는바, 사실관계가 위와 같다면, 피고인 1, 2가 위 원심 공  
동피고인으로부터 받은 금원을 저작물에 대한 인세로 볼 수 없다 할 것이고, 위 원심 공동피고인  
은 대학교재의 채택 및 출판업자를 선정할 수 있는 지위에 있는 피고인들에게 위 출판사에서 출판  
한 책자를 교재로 채택하거나, 교재로 사용할 편집책자의 출판을 위 출판사에 맡겨 달라는 취지로

187) 배임수재죄와 배임증재죄는 반드시 필요적 공범의 관계에 서는 것은 아니다. 즉 재물 또는  
재산상의 이익을공여하는 사람에게는 정당한 업무에 속하는 청탁이어서 부정한 것이 없는  
한 배임증재죄는 성립하지 않으나 반대로 배임수재죄는 성립한다(박상기, 상계서, 420면).

통상의 인세의 범위를 훨씬 넘는 금원을 교부한 것이어서, 위 교재채택 및 출판에 대한 청탁은 그것이 묵시적이라 하더라도 사회상규 또는 신의성실의 원칙에 반하는 부정한 청탁에 해당한다고 할 것이며, 그에 대한 금품수수가 의례적이라거나 사회상규에 위반되지 않는 것으로 볼 수 없다.

… 교재의 채택과 금원의 교부가 학기마다 이루어진 점에 비추어 이를 기존 계약관계 유지를 위한 사례금으로 볼 수는 없으며, 위 교재의 내용이 강의교재로 사용하는데 객관적으로 하자가 없는 것이라고 하여 이를 달리 볼 것은 아니라 할 것이므로, 원심판결에 소론과 같이 사실오인 또는 부정한 청탁에 관한 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

피고인들이 학생들에게 가르칠 교재의 선택 및 출판업자의 선정업무는 대학교수로서의 고유권한이라고 할 것이어서 피고인들은 배임수재죄의 타인의 사무를 처리하는 지위에 있지 아니하므로 배임수재죄가 성립되지 않는다는 피고인들의 항소이유에 대하여, 대학교수인 피고인들이 학생들에게 가르칠 교재의 선택 및 출판업자를 선정하는 일은 피고인들의 자유재량에 맡겨짐은 사실이나, 이는 대학교의 수업권(교육법 제150조 참조)을 위임받은 것이라 할 것이므로 자신의 학문적인 성과를 저술한 책자를 출판하는 것이 아니라 대학교재로 쓸 것을 전제로 하는 한 이를 피고인들의 자신의 업무라고 볼 수는 없다. 는 이유로 피고인들의 항소이유를 배척하였는바, 기록과 관계 법령의 규정에 비추어 보면 원심의 위 판단은 수긍이 가고(대법원 1970. 9. 17. 선고 70도1355 판결, 1991. 1. 15. 선고 90도2257 판결, 1991. 6. 11. 선고 91도688 판결 등 참조), 교육법상 대학교원의 학문연구·교육의 자유가 보통교육기관의 교원이 갖는 교육의 자유보다 폭넓게 보장되어 있다고 하더라도 앞서 인정한 바와 같이 교재의 채택 등과 관련하여 부정한 청탁을 받고 금품을 수수한 이 사건의 경우까지 보호되는 것은 아니라고 할 것이다.

피고인들이 판시와 같이 그 임무에 관하여 부정한 청탁을 받고 금품을 수수하였다면 그 후에 그 중 일부 금원을 학과 및 학회운영비로 사용하였다고 하더라도 이를 수수할 당시에 영득의 의사가 없었다거나 피고인들에게 재산상 이익이 없었다고 단정할 수 없으므로 배임수재죄의 성립에 영향이 없다.

### 가) 주체

배임증재죄의 주체는 자연인이다. 배임수재죄의 행위주체에 대한 그 임무에 관하여 부정한 청탁을 하는 자이면 신분 여하를 불문한다. 금융기관 임직원의 증재행위는 특경법의 적용대상이 된다.

### 나) 행위

배임증재죄의 행위는 공여이다. 공여는 현실적으로 이루어져야 하며,

공여의 의사표시나 약속만으로는 미수에 불과하다. 본죄는 배임수재죄와 필요적 공범관계에 있다. 그러나 배임수재죄가 유죄가 되었다 하더라도 증재자의 행위가 그의 정당한 업무에 속하면 배임증재죄가 성립하지 아니하여 이를 처벌할 수 없다. 예를 들어 농업협동조합 단위조합장이던 피고인이 조합을 위하여 예금을 유치하는 것은 정당한 업무에 속하고 그것을 위하여 청탁을 하는 것도 특단의 사정이 없는 한 부정한 것이라 할 수 없다.<sup>188)</sup>

**[관련판례 : 대법원 1979.6.12. 79도708]**

뇌물을 받은 자가 유죄가 되었다 하더라도 그것을 준 자에 대하여서는 그 행위가 동인의 정당한 업무에 속하면 증죄가 되지 아니하여 이를 처벌할 수 없다.

---

188) 배중대, 전게서, 562면.

## 제4장 경찰에서의 고소고발의 효율적 처리대책

### 제1절 형사법상의 대책

#### 1. 형법상의 대책

고소·고발이 유효하기 위해서는 범죄사실에 대한 고소와 고발이어야 함은 당연하다. 그러나 실무상 고소인과 고발인의 입장에서 범죄사실에 대한 판단이 용이하지 않기 때문에 고소와 고발에 대한 오해가 발생할 수 있다. 특히 재산범죄의 경우에 있어서 피해자의 판단은 매우 자의적일 수 있기 때문에 이에 대한 적절한 요건을 사전에 제시하여 주는 것은 범죄의 처벌에 앞서 국가기관 특히 경찰의 법집행과정에 대한 이해의 정도를 높이는 과정이라고 할 것이다.

우선 범죄가 성립하기 위하여 구성요건에 해당하는 행위인가에 대한 판단과 그 행위가 위법한 행위이며, 유책한 행위인가에 대한 판단을 피해자(즉 고소인 또는 고발인)가 할 수 있도록 하는 것이다.

범죄의 기본요소로서의 구성요건과 위법성, 그리고 책임성을 판단하는 것은 물론 형사절차를 거치는 사법적 판단에 의할 것이나, 실제로 고소와 고발단계에서도 그 허용정도를 판단함으로써 일정한 사건이 형사사건으로 인정될 수 있는가의 판단이라고 할 것이다. 특히 고소인과 고발인의 입장에서 일정한 피해에 대한 사고는 당연히 형사사건이 성립될 수 있다는 판단에서 이루어진다고 할 때, 이에 대한 올바른 법률지식을 제공함은 당연히 행정기관으로서 수사기관이 담당해야 할 것이다.

형법상 적법성의 판단은 형사사건의 형식적 요건의 판단이라고 할 수 있다. 이러한 판단의 근거로는 형법 각칙의 각 조문의 적절한 해석을 기초로 관련관례를 검토함으로써 가능할 것이다. 그리고 개별사건별로 나타날 수 있는 위법성조각사유와 책임조각사유를 검토함으로써 고소·고발된 사건에 대한 수사기관으로서의 판단이 충족된다고 하겠다.

### 가. 구성요건해당성의 판단

재산범죄에 있어서 구성요건에 해당하는가의 판단은 우선적으로 이루어져야 한다. 재산범죄의 특성은 가해자와 피해자가 재산(재물이나 재산상의 이익)을 중심으로 이해관계가 대립하며, 그 유형이 민사사건과 매우 유사하며, 그 구분이 쉽지 않다는 데 있다. 따라서 개별적으로 재산범죄의 구성요건에 대한 고찰이 필요하다. 개념적 요소와 함께 시간적 변화가 요구될 뿐만 아니라 새로운 범죄영역이 규범화함으로써 형사사건화 되기도 한다.

형법 제347조의 사기죄 “사람을 기망하여 재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 취득한” 경우에 해당되는 범죄이다. 따라서 이에 대한 구성요건의 판단은 본 연구 제3장 제1절을 고려하여야 할 것이다.

형법 제355조 제1항의 횡령죄는 “타인의 재물을 보관하는 자가 그 재물을 횡령하거나 그 반환을 거부한” 경우에 성립하는 범죄이며 제2항의 배임죄는 “타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위로써 재산상의 이익을 취득하거나 제삼자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가한” 경우에 성립하는 범죄이다. 따라서 본 연구 제3장 제2절과 제3절을 고려하여 구성요건해당성을 판단하여야 한다.

### 나. 위법성의 판단

재산범죄에서의 위법성조각사유의 존재는 여타 범죄보다 많지 않을 것이나, 구체적으로 위법성이 존재하는가에 대한 판단도 필요하다.

형법 제20조의 정당행위<sup>1)</sup>, 제21조의 정당방위<sup>2)</sup>, 제22조의 긴급피난<sup>3)</sup>, 제23조의 자구행위<sup>4)</sup>, 제24조의 피해자의 승낙<sup>5)</sup>의 경우 각각 적용이 가능한가에 대한 판단을 하여야 한다.

## 다. 책임성의 판단

책임성은 재산범죄를 행한 주체와의 관련에서 고찰할 때 제기될 수 있는 부분이다. 재산범죄의 주체의 책임이 결여될 경우 범죄자체를 논할 수 없음은 당연하다. 따라서 고소인이나 고발인이 주장하는 사건에 대한 해결이 책임성이 없는 자에 대한 논의일 경우에는 고소인이나 고발인에게 형사사건이 될 수 없다는 사실을 인지시켜야 하며, 고소·고발사건으로 접수될 수 없다고 하겠다.

## 2. 형사소송법상의 대책

- 1) 법령에 의한 행위 또는 업무로 인한 행위 기타 사회상규에 위배되지 아니하는 행위는 벌하지 아니한다.
- 2) ① 자기 또는 타인의 법익에 대한 현재의 부당한 침해를 방위하기 위한 행위는 상당한 이유가 있는 때에는 벌하지 아니한다.
  - ② 방위행위가 그 정도를 초과한 때에는 정황에 의하여 그 형을 감경 또는 면제할 수 있다.
  - ③ 전항의 경우에 그 행위가 야간 기타 불안스러운 상태에서 공포, 경악, 흥분 또는 당황으로 인한 때에는 벌하지 아니한다.
- 3) ① 자기 또는 타인의 법익에 대한 현재의 위난을 피하기 위한 행위는 상당한 이유가 있는 때에는 벌하지 아니한다.
  - ② 위난을 피하지 못할 책임이 있는 자에 대하여는 전항의 규정을 적용하지 아니한다.
  - ③ 전조 제2항과 제3항의 규정은 본조에 준용한다.
- 4) ① 법정절차에 의하여 청구권을 보전하기 불가능한 경우에 그 청구권의 실행불능 또는 현저한 실행곤란을 피하기 위한 행위는 상당한 이유가 있는 때에는 벌하지 아니한다.
  - ② 전항의 행위가 그 정도를 초과한 때에는 정황에 의하여 형을 감경 또는 면제할 수 있다.
- 5) 처분할 수 있는 자의 승낙에 의하여 그 법익을 훼손한 행위는 법률에 특별한 규정이 없는한 벌하지 아니한다.

형사사건은 일정한 절차상의 과정을 거치게 되며, 「형사소송법」은 형사사건이 형사절차를 거치는 요건을 규정하고 있다. 따라서 형사사건이 유효하게 성립하여 형사절차를 거칠 수 있게 되는 요건으로서 공소시효나 친고죄와 반의사불벌죄의 고소 등이 여기에 해당한다. 개별사건에 상이하게 규정되어 있는 공소시효는 공소를 제기할 수 있는 형식요건이므로 이러한 판단은 형사사건의 접수에 있어서 매우 중요한 요소이다.

사기·횡령·배임죄는 상대적 친고죄에 해당하므로, 고소가 있는 경우 형사소송법 제344조, 제361조(제328조<sup>6)</sup>)를 유념하여 판단하여야 한다.

공소시효와 관련된 부분은 형사소송법 제248조,<sup>7)</sup> 제249조,<sup>8)</sup> 제250조,<sup>9)</sup> 제251조,<sup>10)</sup> 제252조,<sup>11)</sup> 제253조<sup>12)</sup>를 참고하여 판단하여야 한다.

6) 제328조 (친족 간의 범행과 고소)

- ① 직계혈족, 배우자, 동거친족, 동거가족 또는 그 배우자간의 제323조의 죄는 그 형을 면제한다. <개정 2005.3.31>
- ② 제1항 이외의 친족 간에 제323조의 죄를 범한 때에는 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있다. <개정 1995.12.29>
- ③ 전2항의 신분관계가 없는 공범에 대하여는 전2항을 적용하지 아니한다.

7) 제248조 (공소효력의 범위)

- ① 공소는 검사가 피고인으로 지정한 사람 외의 다른 사람에게는 그 효력이 미치지 아니한다.
- ② 범죄사실의 일부에 대한 공소는 그 효력이 전부에 미친다. [전문개정 2007.6.1]

8) 제249조 (공소시효의 기간)

- ① 공소시효는 다음 기간의 경과로 완성한다. <개정 1973.1.25, 2007.12.21>
  1. 사형에 해당하는 범죄에는 25년
  2. 무기징역 또는 무기금고에 해당하는 범죄에는 15년
  3. 장기10년 이상의 징역 또는 금고에 해당하는 범죄에는 10년
  4. 장기10년 미만의 징역 또는 금고에 해당하는 범죄에는 7년
  5. 장기5년 미만의 징역 또는 금고, 장기10년 이상의 자격정지 또는 벌금에 해당하는 범죄에는 5년
  6. 장기5년 이상의 자격정지에 해당하는 범죄에는 3년
  7. 장기5년 미만의 자격정지, 구류, 과료 또는 몰수에 해당하는 범죄에는 1년
- ② 공소가 제기된 범죄는 판결의 확정 없이 공소를 제기한 때로부터 25년을 경과하면 공소시효가 완성한 것으로 간주한다. <신설 1961.9.1, 2007.12.21>

9) 제250조 (2개이상의 형과 시효기간)

2개 이상의 형을 병과하거나 2개이상의 형에서 그 1개를 과할 범죄에는 중한 형에 의하여 전조의 규정을 적용한다.

10) 제251조 (형의 가중, 감경과 시효기간)

「형법」에 의하여 형을 가중 또는 감경한 경우에는 가중 또는 감경하지 아니한 형에 의하여 제249조의 규정을 적용한다. <개정 2007.6.1>

사기죄·컴퓨터 등 이용사기죄·준사기죄는 공소시효가 7년이며, 편의시설부정이용죄는 공소시효가 3년이다. 횡령·배임죄·배임수증죄는 공소시효가 5년이며, 업무상 횡령·배임죄는 공소시효가 7년이다. 그리고 점유이탈물횡령죄는 공소시효가 3년이다.

## 제2절 경찰행정상의 정책

### 1. 의의

고소·고발을 대체할 수 있는 방안의 핵심은 고소인과 고발인의 요구사항을 최대한 충족하면서, 경찰에서의 업무를 줄일 수 있는 것이어야 한다는 점이다.

고소·고발은 범죄수사에 있어서는 단서로서의 의미를 갖지만, 범죄의 피해자 등 고소권자의 입장에서는 자신의 피해에 대한 국가적 배려를 요구하는 것이며, 국가의 입장에서는 고소인과 고발인의 요구를 수용함으로써 범죄에 의하여 발생할 수 있는 혼란을 통제하여 국가의 내부적 질서를 유지하는 것은 국가 구성원의 잠재적 발전능력을 창출해 나가는 데 있어서 국민의 정신과 육체적 안정을 제공하는 것으로서 매우 중요하기

#### 11) 제252조 (시효의 기산점)

- ① 시효는 범죄행위의 종료한 때로부터 진행한다.
- ② 공범에는 최종행위의 종료한 때로부터 전공범에 대한 시효기간을 기산한다.

#### 12) 제253조 (시효의 정지와 효력)

- ① 시효는 공소의 제기로 진행이 정지되고 공소기각 또는 관할위반의 재판이 확정된 때로부터 진행한다.<개정 1961.9.1>
- ② 공범의 1인에 대한 전항의 시효정지는 다른 공범자에게 대하여 효력이 미치고 당해사건의 재판이 확정된 때로부터 진행한다.<개정 1961.9.1>
- ③ 범인이 형사처분을 면할 목적으로 국외에 있는 경우 그 기간동안 공소시효는 정지된다.<신설 1995.12.29>

때문이다.

따라서 고소·고발이 남용됨으로써 수사기관의 본연의 기능을 저해하는 요소를 찾아내어 제거할 수 있는 방안과 함께 고소인과 고발인이 고소와 고발을 통하지 않고 자신의 요구에 만족할 수 있는 방안이 제시되어야 한다. 결국 고소·고발의 대체방안은 형사법적 과정을 거치지 않고 고소인이나 고발인이 소기의 목적을 달성할 수 있는 방안을 모색하는 것이 될 것이다.

이러한 방안은 다양한 관점에서 모색될 수 있으나 우선 고소와 고발이 빈발하는 사항에 대해서 우선 검토함으로써 고소·고발의 양적인 감축을 시도할 필요가 있다.

## 2. 저작권법위반 고소사건에 대한 감축방안

인터넷상 파일공유가 죄의식 없이 이루어지고 있는 실정에서 경미한 저작권침해로 인해 연간 2만 여명이 경찰 수사 경험하고 있다. 이 중에는 영리목적이 없거나 일시적인 단순 저작권침해의 경우도 있으므로 이러한 경우에는 비범죄화를 통해 통고처분·과태료 전환하는 방안을 지속적으로 추진한다(국가경쟁력 위원회에 경찰청 의견 통보, 2008.6).

또한 저작권법위반사건 처리할 특사경을 적극적으로 활용할 방안을 마련한다. 문화체육부장관의 온라인상 불법저작물 삭제·중단명령권, 웹하드 등 인터넷서비스 업체의 불법전송차단 기술조치 의무위반에 대한 과태료 부과권의 적극 행사를 요청함으로써 간접적인 고소사건의 감축을 도모한다.

또한 저작권협회를 대상으로 남소로 인한 문제점 등을 담은 ‘고소자제 요청 서한문’을 발송하고, 저작권보호요청 등 기타제도 활용하도록 촉구한다.

저작권관련 범죄에 관한 보도자료 배포하여, 저작권침해와 관련한 고소남용 실태 및 제도개선 필요성 등 향후 경찰조치에 대한 사회적 공감대 형성하고, 포털사이트·주요 공유사이트 등에 네티즌을 상대로 홍보하여 저작권침해에 대한 억제를 촉구한다.

주요 공유사이트의 서버소재지 등 특정 경찰서에 업무가 집중되어 타 업무가 마비되고 피의자를 특정한 후 서간 이송이 반복하는 등의 비효율성 개선한다. 1회에 수백 건씩 접수되는 특성 때문에 나타나는 사건보유량 통계의 왜곡을 개선하고, 사건처리기간·접수 등의 평가를 적정화 한다.

『접수후 피고소인 인적사항 확인』을 집중 수행하고, 피의자 소재지로 이송하는 『1차수사전담팀』<sup>13)</sup>운영한다.

저작권범위반사건의 임시접수기간 동안에는 심스상 기간을 현실화하고, 범무법인에 고소 서류양식을 통일하여 수사서류작성 효율화 촉구한다.

### 3. 특별사법경찰의 역할분담을 통한 효율화 방안

특별사법경찰관의 소관 고발사건을 적극적인 이전을 추진하여 지방자

#### 13) 전담팀 운용방향 및 소요인력 운영방안

서울청 산하 1개팀이 온라인 저작권위반 2명이상 고소사건 일괄 접수하여 피의자 특정하여 각 경찰서로 이송

※ ① 사건접수(심스입력 및 대장정리) ②고소보충조서 작성 ③통신조회서 결재(건당 1~4회)  
④통신조회(팩스 송·수신) ⑤피의자 특정, 주소지 뺨 이송

기타 관련 통계 및 동향 자료 월회 작성·보고

저작권위반 방조혐의 고소사건은 경찰서에서 접수(초동수사팀 통계 등 협조)

소요인력(12명) : 경찰관 8명 및 행정보조인력 4명(반복서류 작성 및 유관기관 자료 송수신 등 담당)

· 2008년 상반기 28,651건(월평균 4,775건) 감안 소요인력 12명으로 추계(1인당 400건)

※ 사건 증가추세 등은 반영하지 않았음 ⇨ 일정기간 한시적 운영 후, 성과에 따라 연장운영 및 지방청 정원반영 검토

치단체 등 행정기관에서 경찰에 고발한 사건에 대해 각 기관소속 특별사법경찰관이 처리하도록 한다.

행정기관의 고발은 원칙적으로 해당 행정기관 특사경이 처리하도록 기준 하달(수사과-4107(2004. 6. 5) 「행정고발사건의 처리관련 기준 하달」)을 하였다. 추진상황을 보면 일부 지방청은 관련 고발을 행정청으로 반송시키는 등 절차를 정착시킨 반면, 일부 지방청 등은 시의 인력사정을 감안해 협조하고 있는 실정이다.

여전히 특사경 소관 업무에 해당하는 행정고발사건을 처리하는 경찰관서는 자체적으로 재협의토록 강하게 지시하여야 한다.

고발건수가 많고, 일정 규모의 특사경 인력을 운영하는 대상범죄를 선별<sup>14)</sup>, 자체 처리토록 집중 협의한다.

조세범 등 전문성을 요구하는 사건은 계속 수사하되, 식품위생법 등 단순사범은 해당기관으로 이관하여 업무효율성을 제고하고, 특사경이 직접 단속하고도 자체 처리치 않고 고발한 사건(2006년 8,311건)은 해당기관 처리하도록 특사경을 운영 중인 모든 행정기관 상대로 협의한다.

행정기관의 수사력 부족 등으로 즉시 자체처리가 곤란한 경우에는 일정기간 상호공조를 하고, 간담회·교육 등을 통하여 상호 대안을 모색하여 협조를 강화한다.

또한, 고발사건의 20% 정도를 차지하는 자동차관리법위반 사건에 대

14) < 주요 이관 협의 사건 및 대상 기관 >

◆ 다수 특사경 운영 및 고발 건수 많은 대상 집중 협의

- ▷ 국토관리청, 국토유지관리사무소(도로법위반) : 특사경 95명, 경찰고발 33,572건
  - ▷ 차량등록사업소(무등록정비, 자동차무단방치) : 특사경 157명, 경찰고발 10,925건
  - ▷ 지자체(식품·위생·차량운행제한·환경) : 특사경 5,196명, 경찰고발 5,673건
  - ▷ 국가청소년위원회(청소년보호법위반) : 특사경 115명, 경찰고발 226건
  - ▷ 식품의약품안전청(식품·약사·보건) : 특사경 69명, 경찰고발 694건
  - ▷ 공원관리청(자연공원법) : 특사경 324명, 경찰고발 214건
- 위 고발건을 이관 추진하였을 경우에 96.4% 감소효과가 예상된다.

해서는, 특사경 소관 대상범죄의 범위를 확대토록 추진한다. 아울러, 피해자 없는 단순 범위반 사안에 대해서는 비범죄화를 통해 통고처분·과태료 대상으로 전환할 수 있도록 추진한다.

사회 각 분야의 전문화에 따라, 각 기관의 특사경 지정·운영은 지속 확대될 것으로 예상되며, 업무이관에 '영역을 보호하는' 소극적 자세로 일관할 경우, 오히려 「인지·단속」은 특사경, 「단순 불법행위 고발처리」는 경찰이라는 구조가 고착될 수 있을 것이다.

또한, 업무이관에 따른 인력·예산 감축우려<sup>15)</sup>에 대해서도 범죄의 광역·기동·은밀화 추세와 맞물려, 총범죄 역시 계속 증가추세에 있다.<sup>16)</sup>

사회 전반적으로 안전에 대한 욕구가 증가하면서, 과거 고답적으로 처리했던 업무까지도 심도 있는 노력을 요구하여 수사업무는 계속 과중되고 있다.<sup>17)</sup>

식품위생·자동차관리·도로법(과적차량) 등 단순위법 사건은 이관하고, 조세범·관세법 등 전문성이 필요한 수사는 계속 담당함으로써 단순 위반행위에 대해서는 해당 지자체 등 행정기관에서 자체 처리토록 협조 요청하여 고발감축을 통한 효율적 인력의 운용을 추진할 필요가 있다.

특사경의 직무소관에 해당하는 행정고발사건은 경찰이 아닌 해당 행정기관의 특별사법경찰관이 처리하도록 업무의 협조를 한다.

각 경찰관서는 현재의 행정고발 접수현황을 분석, 향후 특사경이 소속된 행정기관은 경찰에 대한 고발 없이 자체 처리토록 업무협조토록 하여

15) 특사경 소관 행정고발 5만 5천여건을 이관하더라도 인력·예산의 즉각적 감축요구에 이르지 않을 것이라고 판단된다. 다만, 전문성을 지속적으로 강화하고 현장수사기관으로서 위상 유지를 위해 필요한 분야에 대해서는 계속 수사하되, 단순한 행위 태양의 범위반 고발은 과감히 이관해도, 위상·역할 변화는 미미할 것으로 보인다.

16) 3년간 범죄발생 : 2005년 1,733,122건 → 2006년 1,719,075건 → 2007년 1,836,496건

17) 예전대, 그간 범죄혐의 명확치 않으면 적극 수사치 않았던 여성·아동실종미제사건 27,365건을 원점에서 재수사하고, 앞으로 先수사후 범죄혐의판단의 기조로 전환한 것도 수사업무의 급증의 한 예이다(월 평균 실종 4천여건 발생, 2008년 5만여건 발생 추정).

야 한다. 지자체 등 해당기관에 협조공문 발송하고, 해당부서 담당자와 긴밀한 연락 및 업무협조 체제를 구축한다.

2008년 6월 이후 접수사건은 해당기관에 고발한 이유를 확인하여 반송하고 재발되지 않도록 업무협조(既 접수사건은 경찰처리)하고, 행정기관의 수사력 부족 등으로 즉시 자체처리가 곤란한 경우에는 일정기간 상호공조 및 간담회와 교육 등을 통해 상호 대안을 강구하여 협조를 강화한다.

#### 4. 민사분쟁을 원인으로 한 고소에 대한 감축방안

국민들이 겪는 일상생활 속의 분쟁은 경찰에서 적극적으로 개입하여 해결하는 것이 국가의 임무라고 할 수 있지만, 민사사건인 경우에는 오히려 개입을 하는 것이 경찰의 기능이 아님을 정확히 하고 민사적 해결 방법을 적절하게 제시하여야 한다.

이를 위하여 고소·고발의 일선에서 접수를 담당하는 경찰공무원은 민사와 형사의 구분점을 숙지하고 고소인과 고발인에 대한 홍보에 주력하여야 하며, 민원상담관이나 수사관이 상담을 통해 안내할 수 있는 지침서를 준비하여야 할 것이다.

참고로 경찰청 홈페이지를 통하여 고소와 고발을 할 수 있는 경우를 홍보하여 자신의 피해가 범죄로 인한 것이 아닌 경우도 있을 수 있음을 알려야 한다.

#### 5. 고소·고발 각하제도의 활용방안

명백한 각하사안임에도 불구하고 고소인이나 고발인의 민원에 대한 결탁 등 의혹제기를 우려하여 각하하지 않고 조사 후 불기소의견 송치하는

관행 개선한다. 각하대상 사건을 민원인의 강력하게 요구하거나, 민원을 제기할 우려 등으로 부득이 접수했을 경우에는 각하의견으로 신속히 종결 처리한다.

각 관서장은 수사인력의 효율적 운영을 위해 민사성향 사건반려를 적극적으로 지도하고, 민원시비를 우려하여 무조건 사건을 접수하는 것을 금지한다. 범죄의 입증이 어려운 사건을 반려하여, 전체적인 수사의 질을 높임으로써 국민만족에 직결된 사항임을 인식하고 적극 추진한다.

## 제5장 결론

고소·고발을 함으로써 국민(고소인이나 고발인)은 국가에 대한 국가형벌권의 행사를 촉구하는 의미가 되고, 고소·고발을 받은 수사기관은 수사의 단서로서 범죄를 인지하는 방법의 하나로 중요한 의미가 있다.

하지만 고소·고발이 이루어지는 근저에는 민사와 형사를 구분하지 않고 민사적 손해를 형사절차를 통하여 간접적으로 강제하여 민사적 절차를 거치지 않고 손해배상을 받거나, 민사구제의 압력수단으로 사용함으로써 우리나라의 통상적 민사분쟁의 해결방법으로 사용되어 왔다. 이러한 사실을 볼 때 고소·고발의 문제점은 그 심각성을 고려하여 이에 대한 대책을 마련하여야 한다는 과제로 등장하고 있으며, 경찰에서의 입장은 검찰보다 더 심각하다는 점을 부인할 수 없다.

고소와 고발은 형법과 「형사소송법」을 통하여도 일정한 법률행위로서의 의미를 갖는다. 「형사소송법」상 인정되는 수사의 단서로서의 성격과 형법상 인정되는 친고죄와 반의사불벌죄에서의 소송조건의 성격은 사인에 의한 국가형벌권의 행사를 제한하는 현대사회의 형사제도의 예외적 상황으로 인정할 수 있다. 하지만 고소인과 고발인이 범죄에 대한 국가의 기능과 역할에 만족하기 위해서는 고소·고발에 대한 적절한 법적 평가와 형사절차가 진행되어야 한다. 무한정의 수사인력을 수사에 투입할 수 없는 상황에서 현재 활동 중인 수사인력을 효과적으로 운영하기 위해서는 업무의 비효율적 측면으로 대두되고 있는 고소·고발의 남용을 지속적이고 체계적으로 제거해 나가야 한다는 주장은 매우 설득력을 갖는 의견이다.

따라서 구체적으로 고소·고발을 감축시킬 수 있는 방안을 모색하고 이

러한 연구결과에 따라 경찰이 정책을 수립하고 시행하는 것은 단순히 업무의 과중을 문제 삼는 것이 아니라 효율적인 경찰인력을 배치하고 운영하기 위한 기초이기 때문이다.

현대사회의 범죄는 매년 변화하고 지능화한다. 이에 따라 이러한 범죄를 예측하고 통제하는 역할도 점차 힘들어지고 있다. 이러한 현상에 대한 경찰의 입장은 좀더 전문화된 기능을 수행해야 하는 입장이 되고 있다. 새로운 범죄에의 대응은 과학적 수사의 획기적인 지원과 활동으로 가능할 수 있다고 보이며, 이러한 수사에의 접근방법은 수사인력이 불필요한 인력배치에서 벗어날 때 가능하다.

국민의 수사기관 넓게는 국가의 기능에 대하여 만족할 여건을 마련하기 위해서는 고소인과 고발인이 자신의 불만 중 민사화 할 수 있는 부분은 의당 민사분쟁 해결방법을 통하여 해결하는 자세가 중요하며, 수사기관으로서의 이러한 역할은 이미 익숙해진 관행을 변화시키기 위하여 민사분쟁이 형사화하는 것을 막는 방안을 지속적으로 실시해 나가야 한다.

본 논문에서는 이러한 전제하여 민사사건의 형사화를 막기 위해 이미 시행해온 경찰의 노력을 고찰하였고, 고소·고발 사건 중 불기소의견 송치율이 많은 재산범죄에 대한 일반적 고찰을 하면서 판결문을 참고하였다. 그리고 재산범죄 중 기소율을 낮은 사기·횡령·배임죄에 대한 구체적 설명과 함께 대법원판결을 중심으로 구성하였다.

수사기관에서 고소인과 고발인이 만족하고 민사사건을 형사화하지 않도록 하는 방법은 법률 자체에 대한 설명도 중요하지만 실무에서 사건해결의 기준점으로 인정되는 판례를 통한 일정한 기준을 제시함으로써 가능하다고 하겠다. 따라서 본 논문이 사기·횡령·배임죄에 대한 개별적 조문의 분석과 함께 관련판례를 고찰함으로써 고소·고발단계에서 민사사건이 형사화하지 않도록 하는 기초자료로서 기능하기를 바란다.

## 참고문헌

- 김기두, 「형사소송법」, 박영사, 1985.
- 김순태·이경재, 「형사소송법」, 한국방송통신대학교출판부, 2005.
- 김희옥, 「판례 형사소송법」, 길안사, 1997.
- 문형섭, 「재산범죄론의 이해」, 전남대학교출판부, 2006.
- 박상기, 「형법각론」, 박영사, 2005.
- 박영규·조태엽·강영진, 「형법각론」, 유비티아 경찰승진연구회, 2008.
- 배종대, 「형법총론」, 홍문사, 2001.
- 배종대, 「형법각론」, 홍문사, 2006.
- 배종대·이상돈, 「형사소송법」, 홍문사, 2001.
- 손동권, 「형법각론」, 율곡출판사, 2005.
- 신동운, “민사분쟁형 고소사건의 합리적 해결방안”, 「형사법의 신경향」 제2호, 2006,
- 신동운, 「형사소송법」, 법문사, 2007.
- 심희기, “‘한국형 민사의 형사화 현상’의 진단과 억제방향”, 「법학연구」 제17권 제4호, 연세대학교 법학연구소, 2007.
- 심희기, 「형사소송법판례」, 홍문사, 2003.
- 심희기, 「형사소송법판례70선」, 홍문사, 2000.
- 오도기, 「형법총론」, 세영사, 1984.
- 오영근, 「형법각론」, 대명출판사, 2002.

- 유기천, 「형법학(각론강의 상)」, 일조각, 1988.
- 이상돈, 「형사소송법연습」, 법문사, 1999.
- 이재상, 「연습 형사소송법」, 박영사, 1998.
- 이재상, 「형법각론」, 박영사, 1999.
- 이재상, 「형사소송법」, 박영사, 1999.
- 정성근, 「형법총론」, 법지사, 1987.
- 정성근, 「형법각론」, 법지사, 1996.
- 정영석, 「형법각론」, 법문사, 1985.
- 정영석, 「형법총론」, 법문사, 1985.
- 정영석, 「형사소송법」, 법문사, 1985.
- 정영석·이형국, 「형사소송법」, 법문사, 1996.
- 진계호, 「형사소송법」, 형설출판사, 2000.
- 차용석, 「형사소송법」, 세영사, 1997.
- 허일태, “민사사건의 형사화에 대한 억제방안”, 「비교형사법연구」, 제8권 제1호, 2006,

책임연구보고서 2008-13

**경찰에서의 고소·고발의 효율적 처리에 관한 연구**  
**: 사기·횡령·배임죄에 관한 판례분석을 중심으로**

---

발행일 : 2008년 12월 26일

발행인 : 김 길 배

발행처 : **치안정책연구소**

경기도 용인시 기흥구 언동1길 29

홈페이지 : [www.psi.go.kr](http://www.psi.go.kr)

---

**이 책의 무단 복제를 금합니다.**

이 책자에 게재된 내용은 연구자 개인의 의견이며  
치안정책연구소 공식견해가 아님을 밝혀드립니다.



**POLICE SCIENCE INSTITUTE**