

민사의 형사화 현상의 진단과 대응방안 : 채무불이행에 대한 형사처벌에 관한 법정책적 검토

Diagnosis and Measures to the Phenomenon of Criminalization of Civil Affairs
: Legal Policy Review on Criminal Punishment for Default

강석구 · 장진환 · 이석배 · 김봉수
신은영 · 이동진 · 정상민

KICJ

민사의 형사화 현상의 진단과 대응방안 : 채무불이행에 대한 형사처벌에 관한 법정책적 검토

연구책임자

강 석 구 한국형사·법무정책연구원 선임연구위원, 법학박사

공동연구자

장 진 환 한국형사·법무정책연구원 부연구위원, 법학박사

이 석 배 단국대학교 법과대학 교수, 법학박사

김 봉 수 전남대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사

신 은 영 고려대학교 법학연구원 전임연구원, 법학박사

이 동 진 서울대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사

정 상 민 충남대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사

연구지원

김 태 훈 한국형사·법무정책연구원 부연구위원, 법학박사

최 해 선 한국형사·법무정책연구원 선임조사연구원, 법학박사

전 대 영 한국형사·법무정책연구원 연구보조원, 법학석사

이른바 ‘민사의 형사화 현상’에 관한 문제는 종래 민사분쟁형 고소사건의 처리와 관련하여 주로 논의되었고, 고소남용으로 인한 고소사건의 폭증과 이로 인한 수사기관의 업무부담 해소가 실무에서 절실했기 때문에 형사법학계에서는 오래전부터 그 문제점을 지적하고 대안을 모색해 왔습니다. 더욱이 이러한 현상은 미국, 독일 등 세계 여러 나라는 물론이거니와 법제도 등 제반사정이 우리와 비슷한 일본과 비교하여도 유사한 사례를 찾아보기 어려운 특이한 현상이라는 점에서 우리 스스로 해법을 찾을 수밖에 없는 문제라고 할 수 있습니다.

한국형사·법무정책연구원도 2017년에 수행한 ‘고소제도의 운영현황과 개선방안’ 연구를 비롯하여 민사의 형사화 현상 또는 남고소 현상과 관련한 연구를 다수 수행하였지만, 형사법 또는 형사정책적인 접근만으로는 해소하기 어려운 문제라고 판단하여 민사법 영역과의 협업을 통해 이 문제를 해결하기 위하여 이 연구를 추진하게 되었습니다. 이를 위하여 이 연구에서는 형사법과 민사법의 중첩영역에 대한 기본적인 방향 설정을 위한 기초자료로서 형법상 재산범죄 중에서 민사상 채무불이행과 관련된 사안을 중심으로 유형과 쟁점을 도출하여 민사법학계에 제공하는 한편, 민법학과 민사소송법학 전문가로부터 민사의 형사화 현상 문제에 대한 진단을 받음으로써 형사법과 민사법의 합리적 배분기준을 설정하기 위한 방향성을 모색하고자 하였습니다.

다만 형사법과 민사법은 준별되어야 한다는 점에 대해서는 형사법과 민사법, 실체법과 절차법을 불문하고 대체로 공감하고 있지만, 민사의 형사화 현상이 문제된 사례에 대해서는 고도화된 법률전문가조차 명확하고 구체적인 기준을 제시하기 어려운 것이 현실입니다. 예전에는 혼재했던 민·형사를 분화시켜 가는 과정에 우리가 당면했었다면, 사회가 발전하고 변화하는 과정에서 새로운 법영역이 창설되거나, 기존의 법영역이 통합되는 것도 충분히 예상할 수 있기 때문에 민사법과 형사법을 준별하는 일은 더욱 어려워질 수도 있습니다. 그런 만큼, 이 연구에서 제시한 문제점이나 시사점이 형법학, 민법학, 민사소송법학 등 관련 학문 분야의 후속연구를 촉발하고, 그러한

연구들의 기초자료로서 활용될 수 있기를 기대합니다.

끝으로, 한국형사법학회의 연구진으로서 폭 넓고 깊이 있는 연구결과를 제공해주신 단국대학교 이석배 교수님, 전남대학교 김봉수 교수님, 고려대학교 신은영 박사님과, 충분하지 않은 연구기간에도 불구하고 충실하게 연구를 마무리해 주신 서울대학교 이동진 교수님과 충남대학교 정상민 교수님께 깊이 감사드립니다. 또한, 어려운 여건 속에서도 연구를 함께 해준 장진환 박사님, 김태훈 박사님, 최혜선 박사님, 전대영 석사님의 노고에 감사드리며, 연구 착수 단계부터 저희 연구에 성원과 현실적인 조언을 아끼지 않은 경찰청 나영민 수사인권담당관님께도 감사의 마음을 전합니다.

2023년 12월

연구진을 대표하여

선임연구위원 강 석 구



목 차

국문요약	1
------------	---

제1장 강석구

서론	5
----------	---

제1절 연구의 목적	7
------------------	---

제2절 연구의 범위와 방법	9
----------------------	---

제2장 장진환

민사의 형사화 현상의 의의와 쟁점	11
--------------------------	----

제1절 민사의 형사화 현상의 의의	13
--------------------------	----

1. 개념	13
-------------	----

2. 문제점	15
--------------	----

제2절 민사의 형사화 현상의 발생원인	16
----------------------------	----

1. 민사소송절차에서 신속성과 경제성 부족	16
-------------------------------	----

2. 민사소송에서의 유리한 증거 확보의 어려움	17
---------------------------------	----

3. 민사집행의 어려움 및 무용성	18
--------------------------	----

4. 전통적인 법문화와 결합한 수사기관의 채권추심화 경향	18
---------------------------------------	----

5. 재산범죄에서의 판례의 광범위한 형사책임 인정 경향	19
--------------------------------------	----

제3절 민사의 형사화 현상에 대응한 정책대안	20
--------------------------------	----

1. 민사소송 외의 분쟁해결제도 확대	20
----------------------------	----

2. 민사소송법상 증거개시제도의 확충	20
----------------------------	----

3. 형사사건기록의 신중한 증거 채택	21
----------------------------	----

4. 민사소송상 심리의 적정성 확보	21
---------------------------	----

5. 형사소송비용의 고소·고발인 부담	22
6. 민사집행의 실효화	22
7. 형사조정제도의 범위 축소	23

제3장 이석배·김봉수·신은영

민사의 형사화 사례의 유형과 쟁점 25

제1절 유형별 분석의 의의	27
제2절 사기죄 관련 유형과 쟁점	29
1. 문제 제기	29
2. 차용금 사기 (용도 사기)	30
3. 자기명의의 신용카드 부정사용	41
4. 과장·허위광고	45
5. 유형과 무관한 부작위 사기죄와 고지의무	49
6. 비교법적 검토	56
7. 소결 - 입법론	59
제3절 횡령죄 관련 유형과 쟁점	60
1. '카오스'로서의 횡령과 배임	60
2. 명의신탁	60
3. 비자금의 조성 및 사용	70
4. 착오송금 및 착오이체	74
5. 외국의 입법례(독일 및 일본)와 그 시사점	76
6. 소결	77
제4절 배임죄 관련 유형과 쟁점	77
1. 배임죄 해석과 문제점	77
2. 이중매매	77
3. 양도담보	89
4. 이중저당	96
5. 이사의 경영판단	100
6. 외국의 입법례(독일 및 일본)와 그 시사점	111
7. 소결 - 배임죄 폐지(비범죄화)론 및 개정 논의에 대한 검토	114

제5절 권리행사방해죄 관련 유형과 쟁점	115
1. 문제 제기	115
2. 권리행사방해죄의 해석 문제	116
3. 문제 유형	118
4. 비교법적 검토	121
5. 소결 - 입법론	122
제6절 개선방향의 모색	122
1. '민사의 형사화' 혹은 '형사의 민사화'라 비판하기 이전에 선행되어야 할 고민들	122
2. 민법원리가 가벌성의 근거로?	123
3. 민사의 형사화 문제를 해결하기 위한 하나의 대안	126
 제4장 이동진·정상민	
민사의 형사화 현상에 대한 민사법적 진단	127
제1절 민법학의 관점에서 민사의 형사화 현상 진단	129
1. 사기형	130
2. 배임형	138
3. 횡령형	143
제2절 민사소송법의 관점에서 민사의 형사화 현상 진단	150
1. 민사소송과 형사소송	152
2. 증거수집절차의 개선 - 디스커버리(discovery)의 도입 논의	158
3. 나머지 민사소송절차의 개선방안	171
4. 결어	176
 제5장 강석구	
결론	179
제1절 형사법과 민사법의 합리적 배분기준 모색	181
1. 문제의 소재	181

2. 형사법적 진단의 방향성과 한계	183
3. 민사법적 진단의 방향성과 한계	184
4. 합리적 배분기준 설정의 방향성	185
제2절 민사의 형사화 현상에 대한 실질적 대응 모색	188
1. 범국가적 법률사건처리시스템 구축에 대한 고려	188
2. 유책 고소인 및 변호인의 책임 강화	190
3. 형사처벌에 의지하지 않는 범국가적 자제 노력	191
참고문헌	193
Abstract	201



표 차례

[표 3-1] 차용금 사기	40
[표 3-2] 자기명의의 신용카드 부정사용	45
[표 3-3] 독일과 일본의 사기죄 규정	56
[표 3-4] 독일과 일본의 횡령죄 규정	76
[표 3-5] 양도담보권자의 처분행위에 대한 평가	91
[표 3-6] 양도담보설정자의 처분행위에 대한 평가	92
[표 3-7] 동산 양도담보	93
[표 3-8] 동산 이중저당	98
[표 3-9] 독일과 일본의 배임죄 규정	111
[표 3-10] 권리행사방해죄의 문제 사례 유형 정리	121



1. 연구필요성 및 목적

- 고소납용으로 인한 고소사건의 폭증과 이로 인한 수사기관의 업무부담 해소를 위한 실무상 필요성 증대
- 형사법과 민사법의 중첩영역에 대한 기본적인 방향설정을 위한 기초자료 제공 및 통합적인 학제 간 연구에 의한 형사법과 민사법 영역의 분화와 재통합의 도모

2. 연구의 방법

○ 문헌연구 및 판례분석

- 형법학, 민법학, 민사소송법학 등 유관 학문 분야 간 학제적·차별적 분석
- 보조적으로 전문가·실무자 자문 병행

3. 주요 연구내용

■ 민사의 형사화 현상의 의의와 쟁점

○ 민사의 형사화 현상의 발생원인

- ① 민사소송절차에서 신속성과 경제성 부족, ② 민사소송에서의 유리한 증거 확보의 어려움, ③ 민사집행의 어려움 및 무용성, ④ 전통적인 법문화와 결합한 수사기관의 채권추심화 경향, ⑤ 재산범죄에서의 판례의 광범위한 형사책임 인정 경향

○ 선행연구상 주요 정책대안

- ① 민사소송 외의 분쟁해결제도 확대, ② 민사소송법상 증거개시제도의 확충,

2 민사의 형사화 현상의 진단과 대응방안

- ③ 형사사건기록의 신중한 증거 채택, ④ 민사소송상 심리의 적정성 확보, ⑤ 형사소송비용의 고소·고발인 부담

■ 민사의 형사화 사례의 유형과 쟁점 [한국형사법학회]

○ 유형별 분석의 의의

- 민사의 형사화 문제는 구성요건의 해석과 관련되는 다시 말하면 민사불법행위 영역에서 해결되어야 할 문제를 형법구성요건 해석을 통해 형법의 문제로 가져오는 것을 의미
- 형법상 재산범죄에 포섭되면서도 민사상 채무불이행과 직·간접적으로 관련성이 있는 민사의 형사화 사례로 분석범위 한정

○ 사기죄 관련 유형과 쟁점

- 차용금사기(용도사기), 자기명의의 신용카드 부정사용, 과장·허위광고, 부작위 사기죄 등 유형을 중심으로 분석
- 형법상 사기죄 조문에 재산상 손해발생 요건을 추가하는 것이 사기죄의 적용범위를 축소하고 구성요건의 해석을 명확히 하는 하나의 방법이며, 과장·허위광고에 대한 대응에 유용할 것으로 기대
- 차용금사기의 경우 차용금의 변제의사나 변제능력을 기망한 경우, 차용금의 용도에 대해 기망한 경우, 그 밖의 사실에 대한 기망이 있는 경우에 대한 일부 판례 태도에 재고 필요
- 부작위 기망은 신의칙에 따른 정보제공의무 위반이기는 하지만 그 정보제공의무는 보증인의무가 아니기 때문에 그 정보제공의무를 근거짓는 법률상·계약상 보증인의무가 별도로 필요

○ 횡령죄 및 배임죄 관련 유형과 쟁점

- 횡령죄와 관련해서는 명의신탁, 비자금의 조성 및 사용, 착오송금 및 착오이체 등의 유형을 중심으로, 배임죄와 관련해서는 이중매매, 양도담보, 이중저당, 이사

의 경영판단 등의 유형을 중심으로 분석

- 배임죄의 폐지 논의와 관련하여 이중매매, 양도담보, 이중저당 사안에서 대법원처럼 사무의 타인성 판단을 위해 복잡하고 불필요한 해석과 논리를 전개할 것이 아니라 신뢰관계 내지 사무처리의 근거를 명문화하여 입법적으로 해결하는 방안도 고려 필요
- 판례변경으로 인한 처벌 공백과 관련해서는 민사상 불법행위로 인한 손해배상청구권, 이사에 대한 유지청구권, 주주 대표소송제를 적극 활용하고, 회사 재산에 대한 규제제도, 에스크로 제도나 공증인제도 도입, 중도금 해제조항의 도입, 당사자 간 계약을 통한 자율적 규제, 동산담보권 제도의 활성화 등을 통해 보완함으로써 재산법영역에서 형법과 민법의 균형적 공존 도모

○ 권리행사방해죄 관련 유형과 쟁점

- 은닉과 결과 등 문제유형을 중심으로 분석
- 관점에 따라 ‘은닉’ 요건을 조문에서 삭제하거나, 권리행사방해죄를 비범죄화하거나, 해석론에 의해 그 적용범위 축소 필요

■ 민사의 형사화 현상에 대한 민사법적 진단

○ 민법학의 관점에서 민사의 형사화 현상 진단

- 사기형(차용금사기, 자기명의 신용카드 부정사용, 허위·과장광고), 배임형(부동산 이중양도, 이사의 임무위배), 횡령형(부동산 명의신탁, 할부매매)으로 구분하여 진단
- 문제된 민사의 형사화 사례의 경우 대부분 초기비용의 절감이나 증거확보 정도 이외에는 형사절차를 선호할 실익이 없고, 민사의 형사화에 따라 사태의 해결이 오히려 왜곡된 형태로 이전되거나, 거래가 위축되거나, 일부 민사절차를 무력화할 수 있어 민사의 형사화 현상이 법정책적으로도 바람직하지 않음

○ 민법소송법적 관점에서 민사의 형사화 현상 진단

- 민사의 형사화 현상은, 그 자체로 민사소송절차의 근본적 결함이나 절차의 비효율

4 민사의 형사화 현상의 진단과 대응방안

성을 가장 단적으로 드러내는 것이기 때문에 민사소송법 학계 및 실무계에서도 오래전부터 그 문제점을 지적하고 대안을 모색해 왔고, 이러한 문제의식 아래 변론 전 증거개시절차의 도입이 최근 활발하게 논의

- 민사와 형사가 혼재된 경우와 같이 민사소송과 형사소송을 완전히 분리하는 것이 항상 타당한 것은 아니라는 전제 아래 민사의 형사화가 문제되는 경우에는 엄격하고 바람직한 절차일원화가 바람직하며, 민사소송과 형사소송이 각각 본연의 목적과 취지, 존재의의에 맞게 순기능을 발휘하도록 제도를 정비할 필요가 있음

4. 정책제언

○ 기초연구의 시사점

- ‘민사의 형사화’ 혹은 ‘형사의 민사화’라고 비판하기 이전에 민사와 형사의 공존에 대한 고민과, 민법원리가 가벌성의 근거로 원용되거나, 행위정형이 중요한 형법상 구성요건의 해석에서도 민사불법행위와 마찬가지로 해석하는 판례의 경향에 대한 재고 필요
- 민사편향적 대법관의 구성에 대한 개선 필요

○ 민사의 형사화 현상에 대한 실질적 대응을 위한 고려사항

- 형사법과 민사법의 합리적 배분기준 설정을 위한 지속적 노력 필요
- 범국가적 법률사건처리시스템 구축, 유책고소인 및 변호인의 책임 강화, 형사처벌에 의지하지 않는 범국가적 자제 노력 등 필요

※ 주요 키워드 : 민사의 형사화, 고소납용, 사기죄, 횡령죄, 배임죄, 권리행사방해죄

제 1 장

민사의 형사화 현상의 진단과 대응방안

서론

강석구

제1절 | 연구의 목적

이른바 ‘민사의 형사화 현상’에 관한 문제는 종래 민사분쟁형 고소사건의 처리와 관련하여 주로 논의되었고, 고소남용으로 인한 고소사건의 폭증과 이로 인한 수사기관의 업무부담 해소가 실무에서 절실했기 때문에 한국형사정책연구원에서도 2017년에 수행한 ‘고소제도의 운영현황과 개선방안’(연구책임자 김정연) 연구를 통하여 고소남용의 유형과 원인을 진단하는 한편, 남고소 방지방안을 비롯한 고소제도 개선방안을 제안한 바 있다.

그런데 2020년에 이중처당과 배임죄 등 민사상 채무불이행과 관련한 다수의 전원합의체판결이 연이어 나오면서 형사사법은 민사상의 법률관계에 개입하지 않는다는 이른바 ‘민사불개입 원칙’이 다시금 부각됨에 따라 민사의 형사화 현상에 대한 새로운 진단과 대응이 필요하게 되었다. 즉, 종래와 같이 개별범죄로만 접근해서는 한정적인 대응밖에 할 수 없기 때문에 형사법의 전반적인 체계에 따라 민사사건의 형사화 현상에 관한 전반적인 진단을 하는 것뿐만 아니라 형사법과 민사법 영역의 분화와 재통합이라는 거시적 시각이 필요하게 된 것이다. 이 연구는 이러한 문제의식을 바탕으로 선행연구자인 김정연 부연구위원이 2022년에 제안하였다.

이른바 ‘민사의 형사화 현상’에 대한 제안자의 접근은 크게 2가지 방향으로 요약할 수 있다. 하나는, ‘형사법과 민사법의 중첩영역에 대한 기본적인 방향설정을 위한 기초자료 제공’이라 할 수 있고, 그 방법으로서 제안자는 내·외부 연구인력을 최대한 활용하여 연구성과를 망라하고 죄명별·쟁점별로 기초자료를 축적할 것을 제안하였다.

이와 관련하여 제안자는 ① 재산범죄는 형사법과 민사법이 만나는 영역이고, ② 사적 자치의 원칙이 적용되는 거래활동의 영역에서 민사분쟁이 발생하였을 경우에는 형사적 수단이 아닌 민사적 해결수단이 강구되어야 한다는 기본명제에 입각해 볼 때 최근 배임죄와 관련한 판례에서 민사상 채무불이행행위에 대한 형사법적 개입의 변화는 고무적이라 할 수 있지만, ③ 장기적인 안목에서 형사법과 민사법의 중첩영역에서의 합리적인 책임배분을 도모하지 않은 채 개별 판례평석 내지 개별범죄의 구성요건 검토 등 지엽적이고 산발적인 논의로 진행되고 있다는 점을 근거로 제시하였다.

다른 하나는, '통합적인 학제 간 연구에 의한 형사법과 민사법 영역의 분화와 재통합의 도모'라고 할 수 있고, 그 방법으로서 제안자는 민·형사상 책임의 합리적인 배분을 위한 계약채무유형, 법익유형 등에 따라 형사법의 개입 정도나 여부를 결정할 수 있도록 판단기준을 제시할 것을 제안했다. 이와 관련해서도 제안자는 ① 형사법은 민사법 영역과 법률개념 및 제도에 대한 평가적 요소와 일정한 연결점을 형성하여 왔지만, 공법과 사법이라는 전공의 특성과 법적 이념의 상이성으로 인해 양 영역에 대한 학제 간 연구가 아직까지는 미미한 실정이고, ② 형사법과 민사법을 해석함에 있어서도 분쟁사실에 대한 법적 판단이 국민의 신뢰를 획득하고 장래의 유사상황에 대한 예측가능성을 확보한다는 점에서는 법질서의 통일성이 중요하지만, 형사법의 독자성이나 보충성도 존중될 필요가 있다는 점을 근거로 제시하였다.

형사법 전공자인 연구책임자와 내부연구진 역시 제안자의 고민에 공감하는 바가 있었고, 2021년 8월에 한국형사정책연구원이 한국형사·법무정책연구원으로 개칭하면서 형사법학과 민사법학 간의 학제 간 연구를 위한 제도적 토대가 구축됨에 따라 정책대안을 제시해야 하는 정책연구과제가 아니라 순전히 학문적인 기초연구과제로서 이 연구를 수행하게 되었다. 때마침 2020년 5월의 검찰과 경찰 간의 수사권 조정에 따라 고소사건에 대한 검사의 수사의무가 사실상 폐지된 후(형사소송법 제196조 제1항) 기준만 마련된다면 범죄인지 및 송치 등 사법경찰 단계에서도 민사분쟁형 형사사건이 상당 부분 걸러질 가능성이 높아짐에 따라 학문적인 기초연구이면서도 형사정책적인 기여까지도 도모할 수 있을 것으로 연구진은 기대하였다.

이에 내외부 연구진은 당초 제안에 따라 '형사법과 민사법의 중첩영역에 대한 기본적인 방향설정을 위한 기초자료 제공'과 '통합적인 학제 간 연구에 의한 형사법과

민사법 영역의 분화와 재통합의 도모'라는 2가지 방향성에 충실하게 연구를 추진하고자 노력하였고, 이를 통하여 민사의 형사화 현상에 대한 새로운 진단과 대응을 위한 학문적 토대를 마련하고자 하였다.

제2절 | 연구의 범위와 방법

이 연구는 문헌연구를 중심으로 전문가 자문을 병행하였는데, 이 연구의 범위와 방법 역시 크게 2가지 방향으로 요약할 수 있다.

먼저, 관련 선행연구가 형사법 영역에서만 수행되었기 때문에 '형사법과 민사법의 중첩영역에 대한 기본적인 방향설정을 위한 기초자료'는 형사법 전문가가 정리할 수밖에 없었다. 이에 민사의 형사화 현상의 의의와 쟁점은 선행연구를 바탕으로 내부연구진이, 민사의 형사화 사례의 유형과 쟁점(우리와 법제가 유사한 주요국의 대응 포함)은 한국형사법학회의 연구진이 정리하였다.

또한, 당초 제안 중에서 '통합적인 학제 간 연구에 의한 형사법과 민사법 영역의 분화와 재통합'과 관련해서는 민사의 형사화 현상에 관한 민사법 전문가에 의한 민사법적 진단을 도모하였고, 선행연구에서 제시한 문제점과 정책대안이 주로 민사절차법에 집중된 점을 고려하여 민사실체법 전문가뿐만 아니라 민사절차법 전문가의 의견도 반영하였다.

다만 기초자료의 축적과 관련해서는 당초 제안의 연구범위에 따라 형법상 재산범죄를 중심으로 죄명별·쟁점별로 기초자료를 정리할 수밖에 없었고, 선행연구에서 제안한 정책 중 제도화된 사안이 거의 없어 제도화 현황까지는 제시하지 못했다. 관련 선행연구 역시 개별범죄의 단편적인 사례 분석에 한정되었던 만큼 이러한 방법이 그간의 연구성과를 망라함에는 충분하였지만, 당초 제안의 연구범위가 재산범죄로 한정됨에 따라 민사의 형사화 현상을 거시적인 시각으로 조망하기 위한 자료로서는 한계가 있었다.

또한, 민사법적 진단에 있어서도 당초 제안에 따라 민사상 채무불이행의 범위에

제약될 수밖에 없었고, 민사법 분야의 선행연구가 전무함에 따라 한국형사법학회의 공동연구가 상당 기간 추진된 이후에야 그 성과를 바탕으로 민사법 분야의 공동연구를 추진할 수 있었다. 뿐만 아니라 민사의 형사화 현상 또는 사례에 대하여 민사실체법 분야에서는 대체로 민사법적으로는 특별히 문제될 것이 없다고 보는 입장이었고, 민사절차법 분야에서는 문제유형별 또는 문제사례별로 차별화된 대응을 도출하기 어려워 연구참여자 선정부터 난관에 직면할 수밖에 없었다.

나아가, 민사의 형사화 현상에 관한 경찰통계를 바탕으로 경찰실무가의 참여 아래 우리나라 경찰의 대응 현황도 검경 수사권 조정 전후를 비교하여 살펴보고자 하였지만, 민사의 형사화 현상 또는 민사분쟁형 고소사건의 기준조차 불명한 상황에서 이와 관련한 통계 자체가 경찰 차원에서 공식적으로 생산되지 못했을 뿐만 아니라 정황자료만으로 학문적으로 진단하기에는 수사권 조정 이후 실무에서 실제 운용한 기간이 길지 않아 최종보고서에는 경찰의 대응현황과 관련한 내용을 별도로 반영하지 않기로 하였다. 객관적으로 검증할 수 없는 사실을 바탕으로 피의자·피고인 및 범죄피해자에게 민감할 수 있는 사안에 대한 정책대안을 제시할 수 없는 점도 고려하였다.

이러한 여러 변수들로 인해 연구과정의 치열함이 연구성과에 충분히 반영되지는 못했을 수도 있지만, 다양한 방법론적 시도를 통하여 오히려 학제간 기초연구라는 과제의 성격을 보다 명확히 할 수 있었다. 또한, 연구에 참여한 형사법과 민사법 분야의 전문가 의견을 취합하여 민사의 형사화 현상에 대한 합리적 대응방안을 결론으로서 제시하되, 당초 제안에 따라 형법상 재산범죄와 민법상 채무불이행에 연구범위가 제약될 수밖에 없었던 점을 감안하여 민사의 형사화 현상에 대한 보다 거시적인 안목에서의 통찰도 일부 포함하였다.

제 2 장

민사의 형사화 현상의 진단과 대응방안

민사의 형사화 현상의 의의와 쟁점

장 진 환

제2장

민사의 형사화 현상의 의의와 쟁점

제1절 | 민사의 형사화 현상의 의의

1. 개념

‘민사의 형사화 현상’은 최근 발생한 문제는 아니다. 이 문제는 이미 오래전부터 꾸준히 제기되었던 것으로,¹⁾ 이와 관련된 선행연구도 다수 존재한다.²⁾ 이들 문헌을 분석해 보면 비록 문헌에 따라 ‘민사의 형사화 현상’, ‘민사의 형사화 경향’, ‘민사사건의 형사사건화’, 등 다양한 표현을 사용하고 있지만, 모두 공통적으로 민사적으로 해결할 수 있는 혹은 해결하는 것이 타당한 문제를 형사사건화 시키는 점을 문제삼고 있다는 것을 알 수 있다. 실무에서 이러한 사건을 담당하고 있는 검찰수사관과 검사는

- 1) 여러 문헌에 따르면 이 문제는 일제 강점기에도 있었다고 한다. 구한말과 일제 강점기의 민사의 형사화 현상에 대한 분석을 한 문헌으로는, 문준영, “한국의 형사사법과 민사분쟁형 고소사건-구한말과 일제 강점기의 경험-”, 법학연구 제48권 제1호, 부산대학교 법학연구소, 2007, 12면 이하; 해방 이후 민사의 형사화 현상의 기원으로 검찰관행을 지적한 것으로 신동운, “민사분쟁형 고소사건의 합리적 해결방안”, 형사법의 신동향 제2호, 대검찰청, 2006, 6-9면.
- 2) 이시윤, “민사사건의 형사사건화 경향과 민사증거법의 개혁”, 판례월보 통권 276호, 판례월보사, 1993. 2. 5-8면; 서울고등검찰청, “검찰항고·고소제도 개선 및 사건처리절차 합리화 방안 연구”, 1997; 조광훈, “민사사건의 형사사건화의 원인과 그 대책”, 사법행정 제46권 제2호, 한국사법행정학회, 2005. 12. 9-20면; 신동운, “민사분쟁형 고소사건의 합리적 해결방안”, 형사법의 신동향 제2호, 대검찰청, 2006. 6; 송길룡, 고소사건 처리의 NEW 패러다임, 형사법의 신동향 제2호, 2006. 6; 허일태, “민사사건의 형사화에 대한 억제방안”, 비교형사법연구 제8권 제1호 특집호, 한국비교형사법학회, 2006. 7. 219-244면; 심희기, “한국형 민사의 형사화 현상의 진단과 억제방향”, 법학연구 제17권 제4호, 연세대학교 법학연구소, 2007, 59-86면; 오영근, “판례에 의한 민사의 형사화의 개선방안-차용금 사기죄를 중심으로-”, 법학논총 제37집 제4호, 한양대학교 법학연구소, 2020, 119-138면; 김정연 외 4인, 고소제도의 운영현황과 개선방안에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 2017.

민사의 형사화 현상을 다음과 같이 표현하고 있다.

“고소인은 ‘피의자로부터 돈을 받을 수 있도록 해 달라’는 요구를 하는 경우가 많이 있다. (고소인은) ‘고소를 하더라도 피의자에 대한 처벌이 쉽지 않을 것’이라는 사실을 알면서 ‘돈을 받기 위하여 고소를 하였다’고 하거나, ‘어떤 권리를 되찾기 위하여 고소를 하였다’고 주장하는 경우를 많이 찾아볼 수 있다. 그리고 자신이 피의자(피고소인)로부터 채권을 변제받으면 고소취하도 쉽게 하고 그 이후에는 형사사건이 어떻게 처리되는 것은 전혀 신경을 쓰지 않는 경우가 대다수이다. 이러한 현상만 보더라도 채권자는 채무자에 대한 처벌보다는 돈을 받기 위하여 형사절차를 이용하려는 심리가 지배하고 있음을 알 수 있다”³⁾

이러한 서술을 바탕으로 생각해보면, 민사의 형사화 현상이란, 민사적으로 해결할 수 있는 혹은 해결해야 하는 문제를 무조건 형사 고소 등을 통해 해결하려는 현상을 의미함을 알 수 있다.⁴⁾ 이와 관련해 구별해야 할 점은 어떤 사실관계가 민사의 채무불이행 및 그에 따른 손해배상의 요건도 충족하고, 형사적 측면에서 개별범죄의 구성요건도 충족하여 처음부터 민사와 형사의 측면에서 각각 소 제기와 고소(고발)를 할 고유한 실익이 있는 경우에는 민사의 형사화 현상으로 보기 어렵다는 점이다. 즉 예를 들어 채무불이행사건을 사기죄로 고소함에 있어, 일부변제가 이미 이루어졌거나, 변제의사가 명시적으로 표출되어 사기죄가 성립되기 어려움에도 불구하고, 채무의 변제라는 목적을 달성하기 위해 형사영역에서도 소송을 함께 제기하는 것은 민사의 형사화 현상이지만, 형사영역의 구성요건 충족이 충분하여 형사로도 상대방이 충분히 처벌받을 수 있고, 실제 피해자가 가해자의 형사처벌을 위하여 형사소송을 병행하는 경우는 문제가 되는 민사의 형사화 현상이라고 말할 수 없다. 물론 상황에 따라서는 이러한 판단의 경계설정이 애매한 경우도 존재할 수 있다. 판결 전에는 복잡한 사실관계나 법리 적용 등으로 인해 형사적으로 가벌성의 요건(구성요건해당성, 위법성, 책임)을 충족하는지가 모호한 경우도 존재할 수 있기 때문이다. 즉, 해당 사건이 과연 형사적 처벌이 될 수 있을지 확신할 수 없는 상황에서 민사와 형사영역에서

3) 조광훈, “민사사건의 형사사건화의 원인과 그 대책”, 형사정책연구소식 제91호, 한국형사정책연구원, 2005, 8면 각주 7.

4) 심희기, 앞의 글, 61면.

동시에 소 제기와 고소를 한 경우에는, 결과론적으로 형사영역에서는 설사 무죄판결이 선고되었다고 하더라도 이를 민사의 형사화 현상이라고 보기는 어렵다. 형사영역에서 유죄에 대한 100% 확신은 있을 수 없기 때문이다. 따라서 선행연구의 내용을 종합해보면 민사의 형사화 현상은 결국 ① 단순히 채무반환을 목적으로, ② 누가 보더라도 처음부터 형사사건이 되지 않는 것이 명백한 경우임에도,⁵⁾ 형사 고소를 통해 민사의 문제를 해결하고자 하는 현상을 의미한다고 할 수 있다.

2. 문제점

이러한 민사의 형사화 현상의 문제점으로 선행연구들은 공통적으로 남고소로 인해 ① 피고소인 등에 대한 인권침해, ② 수사기관의 불필요한 공권력 및 예산 낭비, ③ 형법이론적인 측면에서의 보충성원칙의 침해가 언급하고 있다.⁶⁾

인권침해와 관련해서 중요한 점은 수사기관이 고소장을 접수하면 피고소인은 그 순간부터 이유를 불문하고 ‘피의자’가 된다는 점이다. 피의자가 된다는 점은 피고소인이 수사기관에 출석하여 조사를 받아야 한다는 것을 의미한다. 만약 고소인과 진술이 일치하지 않으면 여러 차례 대질조사 등을 받게 되고, 이는 일상생활의 불편함과 극도의 심리적 불안함을 초래한다. 그리고 이러한 수사과정을 거쳐 설사 수사기관이 혐의없음의 불기소처분을 하더라도 고소인은 항고와 재정신청의 기회가 있으므로, 피고소인은 이러한 과정을 또다시 되풀이할 가능성이 있으며, 최종적으로 무죄판결을 받더라도 이미 그 과정 자체에서 재정적 침해 및 사회적인 명예추락 등이 발생할 수 있다.

수사기관의 불필요한 공권력 및 예산낭비도 일단 고소가 접수되는 순간부터 필연적으로 발생한다. 고소인이 범죄로 인하여 피해를 당하였다고 고소를 한 이상, 앞서 언급한 것처럼, 수사기관은 특별한 사정이 없으면 설사 나중에 불기소처분을 하는 한이 있더라도 일단 수사를 하여야 한다. 따라서 일단 고소가 접수되면 수사기관의

5) 이러한 예로 심희기 교수는 배임죄를 들고 있다. 단순채무불이행은 배임죄가 될 수 없음이 확고한 법리임에도 불구하고, 실무에서는 피의자로부터 돈을 받기 위해 고소하는 경우가 많고 이러한 것이 전형적인 민사의 형사화 현상에 해당한다고 판단하고 있다. 심희기, 앞의 글, 61면.

6) 김재덕, “민사사건에 대한 고소의 원인과 대책”, 원광법학 제31권 제3호, 원광대학교 법학연구소, 2015, 5-6면; 심희기, 앞의 글, 61면.

업무량은 늘어나고, 이에 필요한 예산도 증가할 수밖에 없다.⁷⁾

형법이론적으로는 민사의 형사화 현상은 형법의 중요이념인 형법의 최후수단성, 보충성원칙이 침해되는 것을 의미한다. 주지하다시피 형법은 형벌이라는 가장 강력한 수단을 사용하는 것이므로 다른 수단에 의해서는 법익을 보호하기가 불가능하거나 부적절한 경우에 최후에 사용되어야 한다. 채무불이행 등의 민사적 문제가 논의되는 영역은 엄밀히 말해 사적자치에 존중되어야 하는 사법영역이다. 따라서 이러한 영역에서는 형법이 개입하지 않는 것이 원칙이고, 설사 개입하더라도 최후수단으로 개입하여야 하지만, 무분별한 남고소는 이러한 형사법의 대원칙을 형해화시킨다.

제2절 | 민사의 형사화 현상의 발생원인

민사의 형사화 현상은 그렇다면 도대체 왜 발생하는 것인가?

선행연구를 분석해 보면 이와 같은 원인은 크게 다음의 5가지 정도로 정리해 볼 수 있다.

1. 민사소송절차에서 신속성과 경제성 부족

개인 간의 채무와 관련된 분쟁은 민사절차에 의해 해결하는 것이 원칙이다. 그리고 이러한 민사절차는 공정성과 더불어 신속성이 핵심이다. 자력구제를 금지하고 있는 근대국가의 법체계에서는 이러한 분쟁은 국가의 법적 절차에 의지할 수밖에 없고, 이러한 절차가 신속하지 않으면 피해자의 실질적인 권리구제가 실현되기 어렵기 때문이다. 따라서 우리 민사소송법 제1조 제1항에서도 “법원은 소송절차가 공정하고 신속하며 경제적으로 진행되도록 노력하여야 한다.”고 명시하고 있다. 그러나 현재의 실무 현황은 이러한 신속하고 경제적인 처리와는 거리가 있다.

2002년 신속한 민사소송절차를 실현하기 위하여 ① 고등법원 이상의 법원에서 진

7) 김재덕, 앞의 글, 5면.

행되는 민사소송의 경우 변호사 선임을 의무화하는 변호사 강제주의를 도입하는 방안을 검토하였고, ② 피고가 원고주장을 인정하거나 기한(30일) 내 답변서를 제출하지 않을 경우 변론없이 판결할 수 있게 하고, ③ 단독판사가 심리·재판한 사건의 1심에서 당사자가 판결이유를 밝혀달라고 신청한 경우 등을 제외하고는 판결이유를 생략할 수 있도록 하는 취지의 법률 개정이 이루어진 적이 있다. 하지만 이후에도 상황이 크게 개선되지는 않았다.⁸⁾ 오히려 대략 2010년부터 법관수의 부족, 법관들의 선발상식 및 가치관 변화, 그리고 승진제도 변경에 따른 동기부여 감소 등의 종합적인 이유가 겹치면서 재판지연이 사회 전체의 큰 문제로 떠오르고 있는 실정이다.⁹⁾

또한, 한번 민사소송을 하고 나면 집안의 기동뿌리가 다 뿜힌다는 말이 있듯이 민사소송은 과다한 소송비용과 노력이 요구되는 점도 민사의 형사화 현상을 부추기는 원인 가운데 하나이다. 일단 소송의 제기에 따른 소장 작성부터 과다한 비용이 들어가고 본안소송이 진행되기 전에 보전처분이 필요하면 가압류, 가처분을 해야 한다. 또한 본안소송으로 들어와서도 법에 문외한인 일반인의 경우, 복잡한 법률용어와 소송절차를 이해하기 어려우므로 변호사를 선임할 수밖에 없고, 이 과정에서 많은 소송비용이 필연적으로 발생할 수 밖에 없다.

2. 민사소송에서의 유리한 증거 확보의 어려움

민사소송절차에서 승패를 가르는 것은, 결국 증거의 확보이다. 따라서 채권자(원고)들이 실질적으로 금전을 대차하였다고 하더라도 이를 증명하지 못하면 소송에서 이길 수 없다. 하지만 민사소송절차에서 확실한 증거를 확보하는 것은 결코 쉬운 일이 아니다. 양 당사자가 민사소송까지 왔다는 것은, 대부분의 사건에서 애초에 확실한 증거가 존재하지 않고, 사안에 대한 다툼이 있는 경우라는 것을 의미하기 때문이다. 따라서 조금이라도 유리한 증거를 확보하기 위해 치열한 다툼이 벌어진다. 이러한 맥락에서 채권자들은 형사소송도 증거확보를 위해 이용하게 된다. 형사소송절차는

8) 배병일, 재판지연에 따른 부작용을 최소화하기 위한 제도개선 및 입법방안, 법제사법위원회 연구용역보고서, 2007, 31면 이하 참조.

9) 이형근, “재판의 실패, 어떻게 할 것인가?”, 법률신문, 2023년 2월 6일 칼럼, <https://www.lawtimes.co.kr/news/185090?serial=185090>, 손용근, “시급히 회복되어야 할 ‘신속한 재판’”, 법조신문, 2023년 4월 10일 칼럼, <http://news.koreanbar.or.kr/news/articleView.html?idxno=27224>

민사소송처럼 형식적인 실체적 진실발견이 아닌 실질적인 실체적 진실발견이 핵심이다. 따라서 수사단계에서부터 당사자나 참고인들에 대한 출석을 강제하게 되고, 여기에서 나온 당사자들의 진술 등을 통해 민사소송에서 의견대립이 있는 부분을 효과적으로 소명할 수 있다는 생각을 채권자는 하게 된다. 예를 들어 고소·고발인은 수사 혹은 형사절차가 종료된 후, 수사기관이나 해당 재판부에 문서송부촉탁이나 서증조사를 신청하여, 자신이 직접 하면 힘든 일을 국가공권력을 이용하여 민사소송절차에서 유리한 증거를 손쉽게 경제적으로 얻을 수 있게 된다. 즉, 채권자의 입장에서는 결과적으로 형사소송에서 이기면 금상첨화이고, 설사 해당 사건이 불기소되더라도 잠재적으로 후일의 민사소송에서 유리한 증거자료를 확보하는 일정한 목적을 달성하게 되는 것이다.

3. 민사집행의 어려움 및 무용성

선행연구에서 민사의 형사화 현상을 발생시키는 가장 큰 원인으로 꼽은 부분은 소송에서 승소의 확정판결을 받더라도 채무자의 재산 도피로 인한 강제집행의 어려움, 집행권원의 무용성 문제가 발생한다는 점이다. 즉, 많은 소송비용과 노력을 들여 승소하더라도 실질적으로 피해를 구제받을 가능성이 없는 경우도 많아 민사소송절차는 채무불이행을 해결하는 데 있어 크게 효과적이지 않은 제도라는 생각이 만연해 있다. 따라서 채권자는 이에 대한 대안이 필요하였고, 이는 아래와 같이 수사기관과 같은 국가공권력의 압박을 통해 쉽게 해결하고자 하는 경향으로 이어졌다.

4. 전통적인 법문화와 결합한 수사기관의 채권추심화 경향

전통적으로 우리나라는 오랫동안 계급사회를 유지해왔다. 지배계급과 피지배계급의 종속적이고 불평등한 구조가 근세까지 계속되었고, 이어 일제 강점기와 군사정권도 경험하였다. 이러한 일련의 역사적 흐름에서 국가공권력은 자연스럽게 통치자들의 피통치자들에 대한 억압과 탄압수단으로 악용되었다. 그리고 그 주된 역할은 형사법이 담당하였다. 그러다 보니 시민들에게는 국가형벌권은 공정하고 엄정하게 집행되길 보다는, 집행자의 자의적인 판단에 의하여 남용된다는 의식이 팽배해지게 되었고,

이를 바탕으로 일단 국가공권력인 형사법이 적용되면, 어려운 분쟁도 쉽게 해결된다는 믿음이 팽배해지게 되었다. 이러한 법문화 속에서 시민들 사이에서는 개인 간의 권리분쟁이 있으면 분쟁을 합리적으로 해결하려는 의지보다는 국가형벌권의 개입을 통해 쉽게 해결하려는 경향이 자리잡게 되었다.¹⁰⁾ 한편 수사기관의 입장에서도 채무자가 채무를 변제하는 것이 사건을 쉽게 처리할 수 있으므로 나쁘지 않다. 민사의 형사화 현상이 문제가 되는 사건은 고소인(채권자)이 피의자(채무자)로부터 채권을 변제받으면 민·형사상 일체 이의를 제기하지 않겠다는 합의서를 작성하고 고소취하를 하는 것이 보통이다. 따라서 채무만 변제받으면 고소인은 더 이상 고소사건의 처분결과에 관심이 없어지고 수사기관은 형사사건을 불기소처분하더라도 불복(항고)절차를 밟지 않으므로 범죄 혐의 유무가 모호한 경우에는 더 이상 수사를 진행하지 않고 불기소처분하는 것이 업무의 경감 측면에서 유리하기 때문이다.

5. 재산범죄에서의 판례의 광범위한 형사책임 인정 경향

민사의 형사화 현상의 직접적인 이유는 아니지만, 판례가 그동안 사기죄나 배임죄, 횡령죄 등에서 형사처벌의 범위를 폭넓게 인정한 것도 민사의 형사화 현상을 가속화한 이유 가운데 하나라고 볼 수 있다. 예를 들어 사기죄의 경우, 용도를 속이고 돈을 빌린 경우 대여자가 그 용도를 알았더라면 돈을 빌려주지 않았을 것이라고 인정되는 경우 사기죄를 인정하는 판례 태도와 차용인이 변제능력이나 변제의사가 아닌 부수적인 사항에 대해 제대로 알리지 않고 대출을 받았고, 금융기관이 그 사실을 알았다면 대출을 하지 않았을 것이라고 인정되는 경우 사기죄를 인정한 판례태도가 특히 문제가 되었다.¹¹⁾ 또한 횡령죄와 관련해서는 3자간 명의신탁과 양자간 명의신탁을 횡령죄로 인정한 판례태도가 문제가 되었다.¹²⁾

10) 조광훈, “민사사건의 형사사건화의 원인과 그 대책”, 형사정책연구소식 제91호, 2005, 5면.

11) 이러한 판례사안에 대한 자세한 소개와 분석은 오영근, “판례에 의한 민사의 형사화의 개선방안” 참조.

12) 하지만 이러한 판례는 그동안 변화가 있었다. 따라서 더 이상 이러한 쟁점은 민사의 형사화 현상의 원인이라고 보기 어렵다. 이에 대한 자세한 설명과 분석은 이 장 제3절 참조.

제3절 | 민사의 형사화 현상에 대응한 정책대안

민사의 형사화 현상을 어떻게 해결할 것인지의 문제와 관련해서도 이미 선행문헌에서 많은 대안이 제시되어 있다. 이를 종합해보면 대략 다음의 7가지 정도로 정리해 볼 수 있다.

1. 민사소송 외의 분쟁해결제도 확대

민사소송만을 유일한 해결 수단으로 삼아서는 안 되도록 해야 한다는 것이다. 즉 민사소송과 더불어 화해(제소 전 화해, 소송상 화해), 조정 등 당사자 간의 자율적 의사에 일치에 따른 해결 방법을 확대할 필요가 있다고 한다.¹³⁾

2. 민사소송법상 증거개시제도의 확충

민사소송절차의 보완과 개선이 필요하다는 것이다. 그중 대표적인 것으로 증거개시제도의 확충을 들 수 있다. 변론주의를 심리의 대원칙으로 삼고 있는 민사소송절차에서 증명의 책임은 당사자에게 있다. 즉 사실주장과 증거의 수집 및 제출의 책임은 이를 주장하는 당사자에게 있으며, 이러한 당사자에게 증거수집권이 충분히 보장되어야 하는 것은 당연한 일이다. 그런데도 별도의 독자적인 증거수집절차가 마련되어 있지 않고, 문서제출명령제도 정도만 있는 것이 현실이다.

사법간소화법을 통해서 영미법상의 정식사실심리전 개시제도(pretrial discovery)와 같은 독립적인 증거조사절차(das selbständige Beweisverfahren)를 도입하여 변론기일 개시 전에 증거이용이 곤란하게 될 사정이 없어도 제소 전에 독립절차를 실시할 수 있게 함으로써 사실관계를 명확히 해명할 수 있도록 한 독일의 참조하는 방안이 제시된다(독일 민사소송법 제485조 제2항).¹⁴⁾

현행 문서제출명령제도도, 일반적인 문서제출의무를 규정하면서 공문서를 문서제

13) 대체적 분쟁해결제도(ADR) 확대를 예로 들 수도 있겠다.

14) 독일은 이로써 다양하고 더 저렴한 분쟁해결방안을 모색할 수 있게 되었다. 정규상, “독일의 독립적인 증거조사절차에 관한 연구”, 저스티스 제31권 제2호, 한국법학원, 1998, 103면 참조.

출명령의 대상에서 일괄 제외하여 문서제출의무의 범위가 축소됨은 물론이고, 공무비밀문서의 비밀해당 여부 판단을 행정청의 재량에 맡김으로써 공무문서의 경우 증거수입 기회가 봉쇄되어 그 기능의 약화가 염려된다. 또한 문서제출명령을 신청할 때 문서를 특정하도록 한 점, 당사자만을 피신청인으로 할 수 있게 한 점, 불응할 때 별다른 제재가 없다는 점 등에서 실효성이 떨어진다. 이러한 문제점을 개선하여 당사자의 증거수집권을 확충할 수 있는 개정이 요구된다.

3. 형사사건기록의 신중한 증거 채택

민사소송에서 당사자는 입증책임의 부담을 덜기 위해 해당 사건의 형사사건화를 통해 증거를 만드는 경향이 있다. 지금처럼 민사소송절차에서 형사사건기록이나 결과에 의존하면 민사사건의 형사사건화는 심화될 수밖에 없다. 따라서 법원은 민사소송절차에서 형사사건기록에 대한 증거의 채·부를 신중히 하는 태도를 보일 것이 요구된다. 이와 더불어 상대방이 동의하거나, 조서의 진술인 사망 등으로 공판정에서 진술할 수 없거나, 가족관계등록부 등 신용성이 높은 서류가 아닌 서류는 원칙적으로 법정에서 증거로 사용할 수 없도록 하는 형사소송과 마찬가지로 민사소송에도 전문법칙을 도입하는 것이 검토된다.

한편, 검찰은 불기소처분이 내려진 사안에 관해 고소·고발인이 형사사건기록열람·등사를 신청할 때는 고소·고발인이 제출한 서류나 진술한 서류 이외에는 열람·등사를 제한하는 방안도 제시되고 있다.¹⁵⁾

4. 민사소송상 심리의 적정성 확보

공정하고 신속하며 경제적인 민사소송의 진행을 위해서는 우선 집중심리제도의 활성화가 필요하다. 변론준비절차의 실질적인 실시를 가능하게 하고, 심리의 신속화로 소송지연을 방지해야 하며, 소송당사자의 불출석에 대한 불이익을 과할 필요가 있다.¹⁶⁾ 현재 민사소송의 지나치게 관대한 문서의 진정성립 인정도 재고의 대상이다.

15) 심희기, 앞의 글, 76-77면.

16) 조광훈, "민사사건의 형사사건화의 원인과 그 대책", 형사정책연구소식 제91호, 2005, 10면.

형사소송에서처럼 상대방의 동의가 없는 이상, 문서를 제출하는 자에게 문서의 진정성립을 입증할 책임을 부담하도록 하는 방안이 제시된다.

5. 형사소송비용의 고소·고발인 부담

고소·고발권의 남용을 방지하기 위한 소송비용 부담 제도의 실질적 운용이 필요하다는 지적이 있다. 형사소송법에는 형사사건이 고소·고발사건일 경우에 무죄 또는 면소판결을 받고 고소·고발인에게 고의 또는 중대한 과실이 있는 경우에 그들에게 소송비용을 부담시킬 수 있는 제도가 있다.¹⁷⁾ 이러한 규정이 있음에도 불구하고 현실에서는 잘못된 고소나 조작된 증거를 이용하여 고소·고발을 하여 피고인이 무죄 또는 면소판결을 받고, 고소·고발인이 무고죄로 처벌받았다고 하더라도 형사소송의 각종 비용을 고소·고발인에게 부담시키는 예는 거의 찾아볼 수 없어, 해당 규정은 사문화되어 있는 상태이다. 이 규정의 실질적 적용을 활성화 하는 것도 민사사건의 형사사건화 경향을 감소시킬 수 있는 방안으로 제시된다.

6. 민사집행의 실효화

무엇보다 민사사건이 형사사건화된 데에는 민사집행의 실효성 확보가 불확실하다는 점에 있다. 채권자가 확정판결 후 채무자의 재산에 대해 집행을 할 때, 채무자의 재산을 채권자가 직접 찾고 확인할 능력이 있는 경우는 거의 없을 것이다. 민사집행법은 재산명시제도와 재산조회제도 및 채무불이행자명부제도를 두고 있는데(민사집행법 제61조 내지 제77조), 이들 제도가 효율적으로 운영될 필요성이 강조된다. 문제는 이 제도들 통해 채권자가 만족을 얻을 수 있는 범위가 매우 좁다는 데 있다. 금전채권에 대한 강제집행에만 인정되는 재산명시제도의 범위를 확대할 필요가 있다고 한다. 담보권실행을 위한 경매뿐만 아니라 동산인도청구 집행에도 재산명시제도를 허용하는 것을 생각해 볼 수 있다.¹⁸⁾

17) 형사소송법 제188조 (고소인등의 소송비용부담) 고소 또는 고발에 의하여 공소를 제기한 사건에 관하여 피고인이 무죄 또는 면소의 판결을 받은 경우에 고소인 또는 고발인에게 고의 또는 중대한 과실이 있는 때에는 그 자에게 소송비용의 전부 또는 일부를 부담하게 할 수 있다.

18) 김재덕, 앞의 글, 17면.

7. 형사조정제도의 범위 축소

그밖에 피의자와 범죄피해자 사이에 형사분쟁을 공정하고 원만하게 해결하여 범죄 피해자가 입은 피해를 실질적으로 회복하게 하는 형사조정제도에서 조정회부에 대한 검찰의 재량권이 너무 커 민사사건의 형사사건화에 일조하는 측면이 있다. 이 제도를 운용하더라도 재산범죄사건(특히 사기, 횡령, 배임 등)을 조정 대상에서 제외하는 조치가 요구된다는 지적이 있다.¹⁹⁾

19) 김재덕, 앞의 글, 20면. 그 밖에 남고소 억제책으로 특정 유형의 법적 분쟁에서 피해자와 가해자가 협의로써 합의한 후 이를 이행하면 고소가 접수되더라도 수사를 개시하지 않거나 중지하는 또는 불기소처분하는 '고소사건조정제도' 도입을 제안하는 견해도 있다. 허일태, 앞의 글, 238면.

제 3 장

민사의 형사화 현상의 진단과 대응방안

민사의 형사화 사례의 유형과 쟁점

이 석 배 · 김 봉 수 · 신 은 영

제3장

민사의 형사화 사례의 유형과 쟁점

제1절 | 유형별 분석의 의의

민사의 형사화라는 용어는 넓게 보면, 예컨대 사실적시 명예훼손죄처럼 민사로 해결하면 충분한 문제를 형사의 문제로 가져오는 경우도 포함이 될 수 있다. 하지만 이는 구성요건 해석의 문제가 아니라 당벌성의 관점에서 형법의 개입이 필요한지에 대한 입법론의 문제다. 다시 말하면 구성요건 폐지의 문제로 다루어야 한다.²⁰⁾ 이와 달리 여기서 민사의 형사화 문제는 구성요건의 해석과 관련되는 다시 말하면 민사불법행위 영역에서 해결되어야 할 문제를 형법구성요건 해석을 통해 형법의 문제로 가져오는 것을 의미한다.

이러한 의미에서 민사의 형사화 현상은, 특히 민사불법행위와 그 영역이 중첩되는 재산범죄 영역에서 특히 두드러지고 있다. 최근 이중저당, 동산 이중매매 등 배임죄 영역에서 다수의 전원합의체 판결이 이 주제에 대하여 일반적으로 논의되던 학계의 비판을 일부 수용한 것으로 보이지만, 여전히 가장 큰 비판의 중심에 있던 부동산 이중매매에 대해서는 변화가 없으며, 배임죄와 마찬가지로 단순 채무불이행을 형사문제로 처리한다고 큰 비판을 받아 온 사기죄 영역에서도 큰 변화는 없다. 또한, 대법원 형사판례에서도 민사불법행위나 단순채무불이행을 아직 사기죄나 배임죄의 문제로 판단하고 있다는 의심을 받을 만한 표현도 다수 발견된다.²¹⁾

20) 이미 혼인빙자간음죄나 간통죄에서 이에 관한 논의가 있었고, 헌법재판소의 결정에 의해 폐지되었다. 이에 대하여는 헌법재판소 2009. 11. 26. 선고 2008헌바58, 2009헌바191(병합); 헌법재판소 2015. 2. 26. 선고 2009헌바17, 205,2010헌바194, 2011헌바4, 2012헌바57, 255, 411, 2013헌바139, 161, 267, 276, 342, 365, 2014헌바53, 464, 2011헌가31, 2014헌가4(병합) 참조.

따라서 향후 형사법과 민사법의 중첩영역에서의 형사법 개입에 관한 기본적인 방향 설정을 위해서는 민사의 형사화 현상으로 보이는 현상이 주로 나타나는 사례들을 죄명별·쟁점별로 정리함으로써 기초자료를 축적하는 한편, 형사처벌 기준을 명확히 하고 형사처벌의 균형을 유지할 수 있도록 구체적인 판단기준을 제시할 필요가 있다. 이에 이 장에서는 ① 형법상 재산범죄 중 특히 많은 문제제기가 이루어지고 있는 사기죄, 횡령죄, 배임죄, 권리행사방해죄를 중심으로 민사의 형사화 유형을 분석하고, ② 유형별로 쟁점 및 범죄성립 기준을 도출하는 한편, ③ 형사법적 관점에서의 합리적 대응의 방향성을 제시해 보고자 한다.

다만 민사의 형사화 유형을 보다 거시적인 안목에서 심층적으로 분석하기 위하여 다음 사항에 유의하였다.

먼저 분석의 범위와 관련하여 ① ‘채무불이행에 대한 형사처벌에 관한 법정정책적 검토’라는 이 연구의 부제를 고려하여 명예훼손과 같이 민사의 형사화 현상이 문제되는 모든 범죄영역을 망라하여 분석한 것이 아니라 형법상의 재산범죄로 분석범위를 한정하였다. 또한, ② 형법상 재산범죄라고 하여 재산범죄에 포섭되는 모든 구성요건을 분석한 것이 아니라 ‘채무불이행에 대한 형사처벌에 관한 법정정책적 검토’라는 이 연구의 부제를 고려하여 형법상 재산범죄에 포섭되면서도 민사상 채무불이행과 직·간접적으로 관련성이 있는 민사의 형사화 사례로 분석범위를 한정하였다. 즉, 형법 영역에서는 ‘재산범죄’, 민법 영역에서는 ‘채무불이행’에 집중하여 분석하였다.

분석의 방법과 관련해서는 ③ 유형별로 쟁점을 도출하기 위하여 판례분석의 방법을 적극적으로 활용하되, 보다 거시적인 안목에서 접근하기 위하여 개별적인 판례평석보다는 죄명별로 종합적인 판례분석을 도모하였다. 또한, 판례분석뿐만 아니라 ④ 우리와 법제가 비슷한 독일과 일본의 각 범죄구성요건과 비교하여 시사점을 도출하는 비교법적 분석을 보조적으로 활용하였고, ⑤ 해석론만으로는 해소하기 어려운 사례에 대해서는 입법론도 함께 제시하였다. 참고로, 형사법적 관점에서의 합리적 대응의 방향성을 모색하면서 수사를 위한 구체적 기준까지 도출하고자 하였지만, 학문적인 기초연구라는 이 연구의 목적에도 부합되지 않을 뿐만 아니라 학문적으로 충분히

21) 예컨대 사기죄에서 기망행위 개념, 신의성실에 근거한 고지의무, 배임죄에서 임무위배행위에서 신의성실, 경영판단의 원칙 등. 이에 대하여는 후술함.

검증되지 못한 판례의 기준을 그대로 수사기준으로 원용하는 것이 법학자의 견지에서 부적절할 수 있다고 판단하여 대안에 포함시키지 않기로 하였다.

제2절 | 사기죄 관련 유형과 쟁점

1. 문제 제기

형법상 사기죄는 재산범죄의 하나로서 사람을 속여 스스로 재산을 처분하게 함으로써 직접 재산상 이익을 얻거나 제3자로 하여금 재산상 이익을 얻게 하는 행위를 처벌하는 범죄이다. 사기죄가 다른 재산범죄와 구별되는 가장 큰 특징은 비록 속았기 때문이기는 하지만 피해자가 자신의 의사에 기해 재산 처분행위를 한다는 점이다. 따라서 사회 내에서 일반적으로 행해지는 거래나 계약 등의 경우가 사기죄에 해당할 여지가 많다고 할 수 있으며, 실제 사기죄가 인정되는 수많은 사건들을 보면 굉장히 다양한 유형이 있음을 알 수 있다. 그 스펙트럼은 굉장히 넓어서 사인 간의 계약 사기에서부터 대출 사기, 보험금이나 보조금 사기, 신용카드 부정사용, 불특정다수를 상대로 한 허위광고, 보이сп이스 등 신종 사기유형 등의 다양한 경우에 사기죄가 인정되고 있다. 이중 전형적인 재산범죄에 해당하는 사례도 있지만, 계약상 단순 채무 불이행이 발생한 경우와 같은 민사문제에 대해서 폭넓게 사기죄를 적용하여 형사범죄화하는 문제가 지적된다. 이른바 ‘민사의 형사화’라는 현상에 속한다고 할 수 있는 대표적인 사기죄 유형으로는 차용금 사기, 용도 사기, 신용카드 발급 후 부정 사용, 허위광고 등이 있다. 이러한 문제를 해결하기 위한 방안으로는 여러 가지가 있을 수 있지만, 형사절차나 제도, 관행과 같은 측면에서의 해결과 별개로 형법상 사기죄의 적용 범위를 좁히는 방법도 가능할 것이다. 따라서 여기에서는 판례의 태도를 중심으로 사기죄 규정상 구성요건의 해석과 관련된 문제를 짚어보고자 한다. 다만, 사기죄에 관한 모든 내용을 다루는 것이 아니라, 위에서 언급한 ‘민사의 형사화’ 현상과 관련되는 쟁점만을 서술한다.

2. 차용금 사기 (용도 사기)

차용금 사기는 기본적으로 타인으로부터 금전을 빌린 후 이를 갚지 않은 경우 이러한 행위가 사기죄의 구성요건에 해당하면 사기죄로 처벌하는 것을 말한다. 보통 변제 의사 없이 금전소비대차계약을 체결하는 경우가 여기에 속할 것이나, 그 외에 용도 사기라 불리는 차용금의 사용목적, 즉 용도를 속인 경우도 차용금 사기의 일종으로 볼 수 있다. 또한 금전을 차용한 경우는 아니지만, 일반적인 물품거래나 부동산거래 등의 관계에서 대금을 변제하지 않거나 기타 채무를 이행하지 않는 등의 경우도 동일한 형태라 할 수 있다.

차용금 사기에 관한 판례를 유형화해보면, 다음과 같다. 첫째, 차용금을 변제할 의사나 능력이 없음에도 피해자를 기망하여 금원을 대여금 명목으로 지급받은 경우이다. 둘째, 차용금의 용도에 대한 허위사실을 고지한 경우, 소위 용도 사기에 해당하는 경우이다. 이는 다시 용도가 특정된 자금을 대여하는 경우와 그렇지 아니한 경우 두 가지로 나누어볼 수 있다. 셋째, 변제의사나 능력 또는 용도 외의 사실에 대한 기망이 있는 경우이다. 넷째, 또 다른 기망행위에 의해 채무변제의 유예를 받거나 채무를 면제받는 등 피해자의 별개의 처분행위가 있는 경우이다.

가. 차용금의 변제의사나 변제능력을 기망한 경우

대법원은 일반적인 민사상 금전소비대차계약에서 그 채무불이행 사실을 가지고 바로 차용금 편취의 범의를 인정할 수는 없으나, 피고인이 확실한 변제의 의사가 없거나 또는 차용 시 약속한 변제기일 내에 변제할 능력이 없음에도 불구하고 변제할 것처럼 가장하여 금원을 차용한 경우에는 편취의 범의를 인정할 수 있다고 하고 있다.²²⁾ 그리고 변제의사나 변제능력의 유무는 일반적으로 사기죄에서의 주관적 구성요건을 판단할 때와 동일하게 ‘범행 전후의 피고인의 재력, 환경, 범행의 내용, 거래의 이행과정 등과 같은 객관적 사정 등을 종합하여’ 판단하고, ‘편취한 재물을 교부받았을 당시를 기준으로 판단하여야 한다’고 한다.²³⁾ 이는 금전차용관계뿐만 아니라 물품거

22) 대법원 1983. 8. 23. 선고 83도1048 판결.

23) 대법원 1998. 1. 20. 선고 97도2630 판결.

래관계에도 동일하게 적용하는데, ‘특히 물품거래관계에서 편취에 의한 사기죄의 성립 여부는 거래 당시를 기준으로 피고인에게 물품대금을 변제할 의사나 능력이 없음에도 피해자에게 물품대금을 변제할 것처럼 거짓말을 하여 피해자로부터 물품 등을 편취할 고의가 있었는지의 여부에 의하여 판단하여야 한다’고 하고 있다.²⁴⁾ 또한 사기죄에서 편취의 범의는 확정적인 고의가 아닌 미필적인 고의로도 충분하다고 본다.²⁵⁾

이에 따라 ‘피고인이 중부전산과 사이에 이 사건 종이공급계약을 체결하고 그 선수금을 교부받았을 당시에는 그 종이를 공급할 의사와 능력이 있었다면 그 이후에 경제사정의 변화로 위 종이를 공급할 수 없게 되었다고 하더라도 이는 단순한 민사상의 채무불이행에 불과할 뿐 형사상 사기죄가 성립한다고 할 수는 없다’²⁶⁾고 하는 등, 대법원은 기본적으로 단순 채무불이행의 경우 사기죄의 성립을 부정하고 있다.

위와 같은 기본 입장에 기초하여 변제의사나 능력이 있었다고 인정하여 사기죄의 성립을 부정한 사례로는 다음과 같은 것이 있다.

- 1) 피고인이 부동산을 소유하고 있었다는 점, 피고인이 대표이사로서 실질적으로 운영하던 주식회사의 자금 사정이 어려웠으나 체불임금 규모가 크지 않았던 점, 당시 여러 부동산 사업을 진행하면서 대규모 투자유치계획을 추진하고 있었고, 이 사업의 성공가능성과 투자유치가가능성이 없다고 볼 만한 증거는 제출되지 않았다는 점을 근거로 변제능력이 없었다고 본 유죄취지 원심을 파기하고 환송한 사례(대법원 2015. 6. 11. 선고 2015도2844 판결)
- 2) 피고인과 피해자가 같은 회사에서 근무하였고, 피해자는 피고인의 경제적 형편을 어느 정도 알고 있었으며, 차용 당시 피고인이 피해자에게 “돈을 융통할 곳이 없다”고 자신의 신용부족 상태를 미리 고지하였으며, 차용 당시 피고인의 소득 등으로 볼 때 변제능력이 없다고 단정하기 어렵다는 이유로 유죄취지 원심을 파기하고 환송한 사례(대법원 2021. 8. 26. 선고 2021도7942 판결)
- 3) 피고인과 피해자는 여러 차례의 금전 거래를 하였는데, 이 금전 거래를 하는 동안 피고인의 카드대금 연체사실은 물론 그 자금 사정을 알고 있었다는 점에서 본 건

24) 대법원 2008. 2. 28. 선고 2007도10416 판결.

25) 대법원 1983. 5. 10. 선고 83도340 판결.

26) 대법원 1998. 1. 20. 선고 97도2630 판결.

차용 당시 피고인의 자금 능력이 충분하지 않다는 위험을 예상할 수 있었다고 보이고, 피고인은 차용일 이후 피해자에게 약정이자를 꾸준히 지급하였고 일정한 소득을 지속적으로 올리고 있었다는 점에서 변제의사나 능력이 없다고 단정할 수 없다는 점에서 유죄 취지 원심 판결을 파기하고 환송한 사례(대법원 2016. 4. 28. 선고 2012도14516 판결)

이와 같이 구체적인 사정을 고려하여 행위 당시 피고인에게 변제의사나 변제능력이 있었는지를 판단한 후 변제의사나 변제능력이 없었다고 할 수 없으면 단순 채무불이행에 불과한 것으로 보아 편취의 범의를 부정하고 사기죄를 적용하지 않는 대법원의 태도는 타당하다고 볼 수 있고 민사의 형사화 문제는 발생하지 않을 것처럼 보인다. 그러나 이를 반대로 얘기하면, 구체적인 사실관계에 따라 행위 당시 피고인에게 변제의사나 변제능력이 없었다고 판단되는 경우에는 기망과 고의를 인정하고 사기죄에 해당한다는 것이 된다. 보통 금전차용의 경우에는 피고인에게 변제의사나 변제능력이 있다고 판단하는 근거가 되는 사정이 결여되어 있는 점, 편취의 범의에 관하여 미필적 고의를 인정하고 객관적으로 변제능력이 없다고 보이는 상황이라면 변제의사도 없다고 판단하는 것이 일반적이라는 점에서 여전히 단순 채무불이행의 경우 사기죄로 처벌되는 경우가 존재한다. 이처럼 대법원이 사기죄를 인정한 사례는 다음과 같다.

1) 피고인이 부동산을 소유하거나 관리하고 있는 등 일응 변제능력이 있는 것으로 보이나, 피고인이 관리하는 부동산에 대한 처분권은 없고 피고인이 소유하고 있는 부동산도 당장 현금화하기 어려우며 일부 부동산에 대해서는 근저당권이 설정되어 있어 당시 피고인으로서 은행 융자를 받는 것이 거의 불가능한 상황이었음에도 불구하고 자신이 거부이며 고위층과도 잘 통하는 듯이 행세하면서 거액의 은행 융자를 받을 수 있는 듯이 거짓말을 하는 등을 고려하였을 때 금원을 변제할 의사나 능력이 없다고 판단한 유죄 취지 원심을 확정된 사례(대법원 1983. 8. 23. 선고 83도1048 판결)

2) ① 피고인은 이 사건 범행 무렵 금융기관 8억 원, 사채 2억 원의 채무가 있어서 그 원리금으로 매달 900만 원을 지급해야 하는 사정에 있었던 점, ② 이 사건 범행 무렵 피고인 소유 울산 남구 G 대지 및 지상 주택, 울산 남구 H 대지 및 지상 건물, 경남 울주군 I, J 토지와 J 토지상 건물에 대하여 수개의 근저당권설정등기,

소유권이전청구권가등기, 압류 및 가압류등기 등이 경료되었고, 위 I, J 토지 및 지상건물에 관하여 2008. 12. 5. 사해행위 취소를 원인으로 한 소유권이전등기말소 청구권을 피보전권리로 한 처분금지가처분등기가 경료되어 있었으며, 피고인 소유 차량들에 대하여도 과태료 및 지방세 미납 등을 원인으로 수 개의 압류등기가 경료되어 위 부동산과 차량들을 쉽사리 처분할 수 없는 상태에 있었고, 피고인도 그와 같은 사정을 알고 있었던 것으로 보이는 점, ③ 이 사건 범행 무렵 피고인이 운영하고 있던 'F'는 매일 2,000만 원의 적자를 내어 그 운영을 위하여 사채를 쓰고 있었던 점, ④ 피고인은 피해자에게 K로부터 정산받을 돈을 받으면 피해자에게 변제하겠다고 하였음에도 위 돈을 받고도 피해자에게 변제하지 않고 이를 타에 사용한 점 등에 비추어 보면, 이 사건 범행 당시 피고인에게 변제 의사나 능력이 없었음을 충분히 인정할 수 있다는 유죄 취지 원심을 확정판 사례(대법원 2014. 10. 15. 선고 2014도3101 판결)

- 3) 피해자의 장애 정도, 피고인이 수사과정에서는 차용금이라고 인정하였다가 제1심법정에서는 이를 번복하면서 차용금이 아니라고 번복한 점, 피고인의 직업 등, 액수가 고액인 점, 피해자가 고소로 수사를 받게 되기까지 차용금 변제에 대한 노력을 기울이지 않은 점, 차용금 변제계획은 그 이행이 불투명해 보이는 점 등의 제반 사정을 토대로 변제의사나 변제능력이 없다고 판단하면서 무죄 취지 원심을 파기하고 환송한 사례(대법원 2014. 6. 12. 선고 2010도13757 판결)
- 4) 청과회사를 영위하는 피고인이 피해자에게 “거래처에 납품하는 회사인데 물건이 급하게 필요하다. 가격은 원하는 대로 쳐 주겠다. 대금을 받아 3일 후에 결제하겠다”라고 하여 청과류를 공급받았으나, 사실은 이미 채무가 3억여 원에 달하였고, 피고인이 피해자에 지급해야 할 물품 단가가 피고인이 거래처로부터 지급받을 물품 단가보다 높아 거래를 계속할수록 적자가 누적되는 등의 사정에 비추어 피해자로부터 청과류를 납품받더라도 물품대금을 지불할 의사나 능력이 없었다는 이유로 기소된 사안에서, 원심은 청과물의 경우 공산품과 달리 납품가격의 변동이 있을 수 있다는 점 등을 고려하여 공소사실에 대하여 무죄를 선고하였으나, 피고인이 피해자 회사로부터 청과물을 처음 공급받을 당시의 변제 자력이나 그 이후의 채무 이행 정도와 노력 등을 근거로 편취의 범의를 인정하면서 원심을 파기하고 환송한 사례(대법원 2014. 11. 27. 선고 2014도3775 판결)

- 5) 차용 당시 개인 재산으로 아파트 2채를 가지고 있었지만 시가 이상의 피담보채무를 부담하고 있었다는 점에서 편취의 미필적 고의를 인정한 사례(대법원 2001. 3. 27. 선고 2001도202 판결)

한편, 4)의 사례에서 대법원은 ‘물품거래관계에서 물품을 공급받는 자가 물품대금을 마련할 방법에 관하여 상대방에게 사실대로 고지하였더라면 상대방이 물품을 공급하지 않았을 경우에 물품대금의 마련 방법에 관하여 상대방에게 진실에 반하는 사실을 고지하여 물품을 공급받았다면 사기죄가 성립한다’고 하면서, 피고인의 회사가 ‘거래처에서 대금을 받으면 곧바로 피해자 회사에 청과물 대금을 결제하겠다’는 취지로 말하여 이를 믿은 피해자 회사가 청과물을 공급하였음에도 불구하고 거래처로부터 받은 대금을 다른 채무의 변제, 직원 월급, 임대료 등에 사용하였다고 하는 점에서 편취의 범의를 인정하였다.²⁷⁾ 그러나 원심²⁸⁾의 판시내용과 같이 이와 같은 사정만으로 피고인이 애초부터 대금을 결제하지 않을 작정이었다고 단정하기 어려운 점, 여러 사정을 종합하여 보건대 피해자가 위 말만 믿고 다른 사정은 고려하지 않은 채 물품공급계약을 체결한 것은 아니라는 점에 비추어 보면, 위와 같은 피고인의 언행에 대하여 사기의 고의가 있었다고 보거나 그로 인해 피해자가 착오에 빠져 물품을 공급하였다고 보아 사기죄를 인정하기에는 무리가 있다고 본다.

나. 차용금의 용도에 대해 기망한 경우

대법원은 ‘사기죄의 실행행위로서의 기망은 반드시 법률행위의 중요 부분에 관한 허위표시임을 요하지 아니하고 상대방을 착오에 빠지게 하여 행위자가 희망하는 재산적 처분행위를 하도록 하기 위한 판단의 기초가 되는 사실에 관한 것이면 족한 것이므로, 용도를 속이고 돈을 빌린 경우에 있어서 만일 진정한 용도를 고지하였더라면 상대방이 돈을 빌려주지 않았을 것이라는 관계에 있는 때에는 사기죄의 실행행위인 기망은 있는 것으로 보아야 할 것이다’라고 하여,²⁹⁾ 소위 용도사기에 대해 기망을

27) 대법원 2014. 11. 27. 선고 2014도3775 판결.

28) 수원지방법원 2014. 2. 19. 선고 2013노3734, 2013노4945(병합) 판결.

29) 대법원 1996. 2. 27. 선고 95도2828 판결.

인정하고 있다.

이러한 용도사기의 유형은 용도를 속여 차용한 금원의 성격에 따라 특정한 용도를 위해서만 대여 가능한 금원을 차용한 경우와 용도가 특정되지 않은 일반적인 금원을 차용한 경우로 나눌 수 있으며, 특히 전자의 경우에는 차용한 금원을 변제할 의사와 능력이 있다고 하더라도 사기죄를 인정한다. 구체적인 사례는 아래와 같다.

- 1) 중소기업은행에서 융자되는 중소기업운전자금은 그 대출용도가 한정되어 있어, 그 용도 이외는 대출받을 수 없는 경우이므로 피고인이 그 용도에 관하여 진실에 반하여 마치 중소기업운전자금으로 사용할 것 같이 허위사실을 기재하여 융자신청을 하고 중소기업은행으로 하여금 착오에 빠뜨리게 하여서 그 자금을 융자받았다면 위와 같은 피고인의 소위는 사기죄에 해당한다고 한 사례(대법원 1983. 7. 26. 선고 83도1085 판결)
- 2) 피고인은 전업농 육성 정책자금인 농지구입자금을 융자받으면서 융자 시 제출하는 전업농 사업계획서에 따라 전액 농지 매매대금으로 사용하여야 함에도 농지구입자금을 자신의 채무변제에 충당하였는데, 원심은 농지구입자금이 명목과는 달리 실제로는 융자대상자가 사업계획서에 따라 농지를 구입하는 데 기지출한 대금을 사후에 충당하여 주는 성격의 자금으로 운용되어 온 사실, 피고인이 사업계획서대로 실제 과수원을 매수하고 소유권이전등기를 경료한 사실을 고려할 때 기망의 범의가 인정되지 않는다고 판단하여 무죄를 선고하였으나, 전업농 육성 정책자금은 그 성격상 대출용도가 한정되어 있다는 점, 농림부의 업무처리지침에는 전업농 육성 정책자금을 지원목적 이외의 용도로 사용한 경우에는 융자를 취소하도록 규정되어 있으므로 대출기관으로서의 만약 피고인이 융자를 받아 이를 농지 매매대금에 충당하지 않고 그와 관련 없는 채무변제에 주로 사용할 사정임을 알았다면 확인서를 발급해주지 않았을 것이라는 점 등을 들어 유죄 취지로 원심을 파기한 사례(대법원 2005. 5. 26. 선고 2002도5566 판결)
- 3) 피고인은 무주택서민의 주거생활의 안정을 도모하고 주거수준의 향상을 기하기 위하여 제정된 주택건설촉진법에 따라 정부가 출현한 국민주택기금을 대출받음에 있어, 사실은 국민주택 건설자금으로 사용할 의사가 없으면서도 국민주택 건설자금으로 사용할 것처럼 용도를 속여 대출받은 것에 대하여, 대출받은 자에게 반환의 의사와 능력이 있었는지 여부를 불문하고 사기죄가 성립하는 것이며, 또 기금 대출

사무를 위탁받은 은행의 일선 담당 직원이 대출금이 지정된 용도에 사용되지 않을 것임을 알고 있었다거나 충분한 담보가 제공되었다고 하더라도 사기죄의 성립에는 아무런 지장이 없다고 판단하면서 유죄 취지 원심을 확정판 사례(대법원 2002. 7. 26. 선고 2002도2620 판결)

- 4) 개발제한구역(그린벨트) 내의 토지에 대한 개발제한구역 지정을 해제하여 줄 의사와 능력이 없음에도 불구하고 마치 피해자로부터 돈을 차용하게 되면 이를 개발제한 구역 지정을 해제하는 데 필요한 비용으로 사용하고 개발제한구역 해제로 인하여 얻게 될 이익을 피해자에게 나누어 줄 것처럼 피해자를 속여 피해자로부터 금 20,000,000원을 차용한 다음, 이를 자신의 부족한 생활비로 소비한 경우 사기죄에 해당한다고 본 사례(대법원 1996. 2. 27. 선고 95도2828 판결)
- 5) 피해자로부터 차용한 돈은 위 상가의 전기요금으로 납부할 것이 아니라 피고인 자신의 개인용도로 사용할 의도였음에도 불구하고, 피해자에게 “상가관리비가 연체 된 것이 많아 전기요금을 납부하지 못하고 있다. 전기요금을 납부하지 않으면 단전 될 처지에 있으니 1,000만 원만 빌려달라. 월 4부의 이자를 주고 3개월 후에 틀림없이 변제하겠다.”라고 거짓말하여 이에 속은 피해자로부터 선이자 120만 원을 공제한 880만 원을 교부받아 이를 편취하였다는 사안에서, 원심은 차용금채무에 대한 연대보증인과 연대채무자 등 담보를 제공하였다는 이유로 편취의 범의를 부정하여 무죄를 선고하였으나, 담보를 제공하였다고 하더라도 편취의 범의가 없었다고 보기 어렵다고 판단하여 유죄 취지로 파기 환송한 사례(대법원 2005. 9. 15. 선고 2003도 5382 판결)
- 6) 사실은 대법관에게 로비자금으로 쓸 의사도 없고 대법원에서 피고인의 상고가 기각 되더라도 피해자에게 변호사비용을 제외한 나머지 돈을 돌려줄 의사가 없음에도 피해자에게 “대법원에는 판사가 많기 때문에 로비자금이 많이 필요하고 상고기각되더라도 착수금만 제외하고 나머지 돈은 다 돌려 받을 수 있으니 1억 5천만 원만 빌려달라”고 거짓말한 경우 사기죄가 성립한다고 하면서, 변제 의사와 능력이 있다는 이유로 무죄를 선고한 항소심 판결을 파기 환송한 사례(대법원 1995. 9. 15. 선고 95도707 판결)

위에서 1)~3) 사례는 차용금의 용도가 특정되어 있는 경우이고, 4)~6) 사례는 그렇

지 않은 경우이다. 모두 대법원에서는 유죄판결이 내려졌고, 어떤 경우이든 사기죄가 성립하지 않는다고 판시한 경우는 찾아보기 어렵다. 이는 위에서 본 변제의사나 능력의 유무와는 별개로 단지 해당 차용금의 본래 용도를 고지하였더라면(대여자가 본래 용도를 알았더라면) 돈을 빌릴 수 없었을 것이라는 전제를 놓고 이를 기망으로 보아 사기죄의 성립을 인정하는 태도라 할 수 있다. 하지만 이렇게 판단하면 용도를 속여 차용한 대여금을 갚지 않은 대부분의 사안에서 사기죄가 성립되는 결과가 될 수밖에 없다. 위와 같은 전제에 따라 사기죄에서의 기망을 인정하는 것은 대여자가 돈을 빌려주기로 결정하는 과정에서 여러 요소들을 고려하는 부분에 관하여 속였음을 이유로 사기죄가 성립한다고 하는 것이 되고, 이는 사기죄의 보호법익이 재산권 보호에 있음에도 마치 거래관계에서의 의사결정의 자유를 침해한 경우를 보호하는 것으로 여기는 태도라 할 수 있다. 따라서 해당 사례에서도 변제의사나 능력에 관한 적극적 기망이 있는 경우에만 사기죄의 성립을 인정하는 것이 타당하다 할 것이다.

또한 전자의 경우는 금융기관 또는 공공기관이 용도가 특정되어 있는 자금을 대출하거나 지원하는 사례들이다. 이러한 사안에서는 대여기관에 특히 엄격한 심사의무가 부여되어 있고, 따라서 사기죄의 기망행위에 해당한다고 하기 위해서는 그러한 의무를 다하였음에도 허위사실을 발견하지 못할 만큼 기망이 행해졌어야 함이 요구되어야 한다. 게다가 그렇다고 하더라도 이 부분의 기망 역시 채무를 불이행함으로써 재산권을 침해하겠다고 하는 변제의사나 능력과 관련된 것은 아니므로, 이러한 경우를 사기죄로 처벌하는 것은 그와 같은 용도를 특정하는 목적이 제대로 달성되지 못하게 했음을 이유로 하는 것이라고 볼 수 있다. 즉, 무언가를 속여서 돈을 빌리고 이를 갚지 않는 것을 모두 사기죄로 보게 되면, 사기죄의 보호법익은 무한히 확대되고 사기죄는 더 이상 재산범죄가 아니게 된다는 점에서, 이 소위 용도사기라 불리는 유형을 사기죄의 처벌범위에서 제외시키는 것이 타당하다고 생각된다. 또한 여기서 문제되는 기망행위는 문서에 관한 범죄나 공무방해에 관한 범죄로도 의율할 수 있는 것이므로, 이를 사기죄로 처벌하지 않는다고 하여 처벌의 필요성이 충족되지 않는다고 할 수도 없다. 이러한 측면에서 비록 용도사기에 관한 것은 아니지만, “공사도급계약 당시 관련 영업 또는 업무를 규제하는 행정법규나 입찰 참가자격, 계약절차 등에 관한 규정을 위반한 사정이 있는 때에는 그러한 사정만으로 공사도급계약을 체결한 행위가

기망행위에 해당한다고 단정해서는 안 되고, 그 위반으로 말미암아 계약 내용대로 이행되더라도 공사의 완성이 불가능하였다고 평가할 수 있을 만큼 그 위법이 공사의 내용에 본질적인 것인지 여부를 심리·판단하여야 한다”는 법리 하에, 피고인이 부정한 방법으로 문화재수리업 등록을 하고 자격증을 대여받은 행위는 위계에 의한 공무집행 방해죄에 해당하나 이러한 사정만으로 피고인이 공사수행능력이나 의사가 없다고 보기 어렵다는 이유로 사기죄에 대해서는 무죄를 인정한 원심을 확정판결한 대법원 판결³⁰⁾은 바람직한 방향으로 나아가고 있다고 평가할 수 있다.

다. 그 밖의 사실에 대한 기망이 있는 경우

이 유형은 대출기관에 이면약정 기타 변제의사나 능력 또는 용도에 해당하지 않는 허위의 사실을 고지하는 경우이다. 대법원은 금전 차용에서 중요 사실이 아니라 하더라도 상대방을 착오에 빠뜨려 행위자가 희망하는 재산적 처분행위를 하게 하는 판단의 기초가 되는 사실에 해당한다면 이를 적극적으로 허위로 고지하는 경우뿐만 아니라 묵비하는 방식으로 고지하지 아니하는 경우도 상대방을 기망한 것이라고 판단한다.³¹⁾ ‘재산적 처분행위를 하게 하는 판단의 기초가 되는 사실에 해당한다면’이라는 조건은 일견 타당해 보이나, 어떠한 사실이 이에 해당할 것이냐의 문제가 있다. 관련 사례는 다음과 같은 것들이 있다.

- 1) 피고인이 갑 저축은행에 대출을 신청하여 심사를 받을 당시 동시에 다른 저축은행에 대출을 신청한 상태였는데도 갑 저축은행으로부터 대출을 받은 후, 갑 저축은행으로부터 대출을 받은 지 약 6개월 후에 신용회복위원회에 대출 이후 증가한 채무를 포함하여 프리워크아웃을 신청한 사안에서, 원심은 여신거래약정이나 여신거래기본약관에는 차주가 신용상태에 대한 고지의무를 부담한다는 내용을 정하고 있지 않고, 갑 저축은행은 ‘대출금 송금 이후에 다른 금융권 대출이 확인되면 법적으로 불이익을 받을 수 있다’는 안내를 하였는데, 이러한 안내가 있다고 하여 피고인이 갑 저축은행에 자신의 장래 대출계획을 적극적으로 알릴 의무가 있다고 해석되지 않고, 갑 저축은행은 고객이 자신의 신용상태나 대출계획을 사실대로 알리지 않더라

30) 대법원 2019. 12. 27. 선고 2015도10570 판결.

31) 대법원 2022. 4. 14. 선고 2022도768 판결.

도 이를 검증할 수 있는 시스템을 갖추어야 하며, 금융기관은 대출희망자의 신용정보를 조회할 수 있고 갑 저축은행 역시 피고인의 신용정보를 정상적으로 조회하여 대출 실행 여부를 결정한 것으로 보인다는 이유로 무죄를 선고하였으나, 피고인이 다른 금융회사에 동시에 진행 중인 대출이 있는지에 대하여 질문을 받자 '없다'고 허위로 답변하였고 만약 갑 저축은행이 제대로 된 고지를 받았더라면 대출을 해주지 않았을 것이라는 이유로, 기망행위, 기망행위와 처분행위 사이의 인과관계와 편취의 고의가 인정된다는 점을 들어 유죄 취지로 원심을 파기 환송한 사례(대법원 2018. 8. 1. 선고 2017도20682 판결)

- 2) 게임장을 운영하는 피고인이 게임장 내의 게임기가 임차한 것이고 게임장의 임대차 보증금이 소액임에도 불구하고 이를 허위로 말하거나 고지하지 않고 피해자로부터 금원을 차용한 사안에서, 원심은 피고인이 게임기를 소유하고 있는지 여부가 돈을 빌려준 결정적 계기가 되었다기보다는 오히려 피고인이 피해자에게 월 10%의 이자를 지급하기로 약정했던 것이 중요하였다는 점에서 게임기 소유 여부에 대한 기망행위를 인정하기 어렵다는 등의 이유로 무죄 판결을 하였으나, 피고인이 피해자에게 게임기 소유 현황, 보증금 액수, 재산현황 등을 제대로 고지하였더라면 피해자가 대출까지 받아 피고인에게 돈을 대여하였을 것으로 보이지 않는다고 보아 무죄 취지 원심을 파기 환송한 사례(대법원 2019. 10. 31. 선고 2016도9208 판결)

두 사례 모두 '만약 갑 저축은행이 제대로 된 고지를 받았더라면 대출을 해주지 않았을 것이라는 이유로', '피고인이 피해자에게 게임기 소유 현황, 보증금 액수, 재산현황 등을 제대로 고지하였더라면 피해자가 대출까지 받아 피고인에게 돈을 대여하였을 것으로 보이지 않는다'고 하여, 대법원이 사기죄를 판단하는 일반적인 기준에 의해 사기죄가 인정되었다. 여기서는 특히 '재산적 처분행위를 하게 하는 판단의 기초가 되는 사실'인지 여부에 대한 판단이 문제되는데, 이와 관련하여 원심과 대법원이 결론을 달리하였음을 확인할 수 있다. 어떠한 사실을 고지하지 않았거나 허위의 사실을 고지한 경우 그 사실을 제대로 고지하였더라면 상대방이 재산을 처분하지 않았을 것이라는 이유로 사기죄를 인정하기 위해서는, 그 사실이 단순히 그와 같은 재산처분행위를 하게 된 판단의 기초가 되는 사실이 되었는지를 살피는 것은 일관되고 명확한 기준을 제시하지 못하고 기망의 인정범위를 과도하게 넓힐 가능성이 있다. 따라서

사기죄가 재산범죄임을 고려하여 변제의사나 능력을 판단함에 직접적인 근거가 되는 사실에 한해 기망 여부를 살펴야 하고, 그 외 부수적인 사실에 불과한 경우에는 사기죄의 적용범위에서 배제해야 할 것이다.

나아가 사기죄의 기망행위와 고의 여부를 판단할 때는 '고위험 고수익'이라는 경제 원칙을 고려해야 한다.³²⁾ 금전소비대차계약에서 이율은 대주가 누구인가에 따라 달라지고, 높은 이율일수록 대주가 더 높은 위험을 부담하는 것으로 보아야 한다. 일반적으로 높은 이율의 금전을 빌리는 경우 차주의 자금 사정이 좋지 못할 것은 예상되는 바이므로, 만일 변제의사나 능력에 대해 기망한 것이 아니고 단지 계약에 있어 부수적인 사항에 관해 알리지 않은 정도에 그치는 경우에는 사기죄에서의 기망을 인정해서는 안 된다. 그러나 위 사례에서는 각각 원심과 같이 대주인 피해자가 차주인 피고인의 신용상태에 대해 제대로 된 판단을 하지 못한 것에 대한 책임을 피고인이 일부 중요사항이 아닌 사실을 기망하였다는 이유로 사기죄를 성립을 인정함으로써 피고인에게 지우고 있다고 할 수 있으므로 옳지 못하다.

▶▶ [표 3-1] 차용금 사기

행위 당시 변제의사나 변제능력이 없었던 경우	판 례	피고인이 확실한 변제의 의사가 없거나 또는 차용 시 약속한 변제기일 내에 변제할 능력이 없음에도 불구하고 변제할 것처럼 가장하여 금원을 차용한 경우에는 편취의 범의를 인정(미필적 고의로 충분). 변제의사나 변제능력의 유무는 범행 전후의 피고인의 재력, 환경, 범행의 내용, 거래의 이행과정 등과 같은 객관적 사정 등을 종합하여 편취한 재물을 교부받았을 당시를 기준으로 판단
	비 판	보통 금전차용의 경우에는 피고인에게 변제의사나 변제능력이 있다고 판단하는 근거가 되는 사정이 결여되어 있는 점, 편취의 범의에 관하여 미필적 고의를 인정하고 객관적으로 변제능력이 없다고 보이는 상황이라면 변제의사도 없다고 판단하는 점에서 문제가 있음
차용금 용도를 허위로 고지한 경우	판 례	용도를 속이고 돈을 빌린 경우에 있어서 만일 진정한 용도를 고지하였더라면 상대방이 돈을 빌려주지 않았을 것이라는 관계에 있는 때에는 기망을 인정. 특히 용도가 특정된 경우에는 변제의사나 변제능력이 있다고 해도 사기죄 성립
	비 판	사기죄의 보호법익이 재산권임에도 불구하고, 거래관계에서의 의사결정의 자유인 것처럼 보는 태도로 사기죄의 성립범위를 넓히는 문제가 있음. 행위 당시 변제의사나 변제능력의 유무를 기준으로 하고, 금융기관이나 공공기관의 경우 심사의무를 다했는지 여부를 엄격히 판단해야 함

32) 오영근, 앞의 글, 127면.

그 밖의 사실에 관해 기망한 경우	판 례	금전 차용에서 중요 사실이 아니라 하더라도 상대방을 착오에 빠뜨려 행위자가 희망하는 재산적 처분행위를 하게 하는 판단의 기초가 되는 사실에 해당한다면 이를 적극적으로 허위로 고지하는 경우뿐만 아니라 묵비하는 방식으로 고지하지 아니하는 경우도 기망을 인정
	비 판	‘상대방이 알았더라면 그러한 재산처분행위를 하지 않았을 것’이라고 하는 것을 기준으로 삼는 ‘재산적 처분행위를 하게 하는 판단의 기초가 되는 사실’ 여부와 관련된 판단은 일관되고 명확하지 못한 문제가 있음. 자신의 이익을 위해 자유로운 의사로 재산처분행위를 했다는 전제하에 적어도 계약에 관한 중요사항이 아닌 경우에는 기망을 부정해야 함

3. 자기명의의 신용카드 부정사용

신용카드와 관련하여 사기죄가 문제되는 경우는 일반적으로 신용카드를 부정사용한 경우이다. 이는 신용카드의 명의인이 자기나 타인이나를 기준으로 다시 경우를 나누어 볼 수 있는데, 먼저 타인 명의의 신용카드를 사용하여 물품을 구입하는 경우나 현금서비스를 받은 경우 대법원은 이를 사기죄 또는 컴퓨터등사용사기죄로 의율하고 있다.³³⁾ 다음으로 자기명의의 신용카드를 부정사용했다고 할 수 있는 경우인데, 이는 다시 처음부터 신용카드를 부정발급받아 이를 사용한 경우와 신용카드의 발급 자체는 정상적으로 이루어졌으나 이후 이를 부정사용한 경우로 나눌 수 있다. 전자에 대하여 대법원은 변제의사나 변제능력이 없음에도 신용카드를 발급받아 물품을 구입하거나 현금서비스를 받은 경우 발급행위와 사용행위가 포괄하여 하나의 사기죄에 해당한다고 한다.³⁴⁾ 그리고 후자에 대해서는 신용카드를 정상적으로 발급받아 사용하던 중 변제의사나 변제능력이 없는 상태에서 물품을 구매하거나 현금서비스 등을 받은 경우도 사기죄가 성립한다고 한다.³⁵⁾ 이 중 민사의 형사화와 관련하여 문제가 되는 경우는 후자이다. 이하에서는 이 부분에 초점을 맞추어 검토한다.

33) 대법원 2003. 1. 10. 선고 2002도2363 판결.

34) 피고인이 카드사용으로 인한 대금결제의 의사와 능력이 없으면서도 있는 것 같이 가장하여 카드회사를 기망하고, 카드회사는 이에 착오를 일으켜 일정 한도 내에서 카드사용을 허용해 줌으로써 피고인은 기망당한 카드회사의 신용공여라는 하자 있는 의사표시에 편승하여 자동지급기를 통한 현금대출도 받고, 가맹점을 통한 물품구입대금 대출도 받아 카드발급회사로 하여금 같은 액수 상당의 피해를 입게 함으로써, 카드사용으로 인한 일련의 편취행위가 포괄적으로 이루어지는 것이다. 따라서 카드사용으로 인한 카드회사의 손해는 그것이 자동지급기에 의한 인출행위든 가맹점을 통한 물품구입행위든 불문하고 모두가 피해자인 카드회사의 기망당한 의사표시에 따른 카드발급에 터잡아 이루어지는 사기의 포괄일죄이다(대법원 1996. 4. 9. 선고 95도2466 판결).

35) 대법원 2005. 8. 19. 선고 2004도6859 판결.

대법원은 신용카드를 사용한 거래는 '신용카드회사로부터 카드를 발급받은 사람이 위 카드를 사용하여 카드가맹점으로부터 물품을 구입하면 그 카드를 소지하여 사용하는 사람이 카드회사로부터 카드를 발급받은 정당한 소지인인 한 카드회사가 그 대금을 가맹점에 결제하고, 카드회사는 카드사용자에 대하여 물품구입대금을 대출해 준 금전채권을 가지는 것이고, 또 카드사용자가 현금자동지급기를 통해서 현금서비스를 받아 가면 현금대출관계가 성립되게 되는 것'이라고 보면서, '신용카드사용으로 인한 신용카드업자의 금전채권을 발생케 하는 행위는 카드회원이 신용카드업자에 대하여 대금을 성실히 변제할 것을 전제로 하는 것이므로, 카드회원이 일시적인 자금궁색 등의 이유로 그 채무를 일시적으로 이행하지 못하게 되는 상황이 아니라 이미 과도한 부채의 누적 등으로 신용카드 사용으로 인한 대출금채무를 변제할 의사나 능력이 없는 상황에 처하였음에도 불구하고 신용카드를 사용하였다면 사기죄에 있어서 기망 행위 내지 편취의 범의를 인정할 수 있다'고 하여,³⁶⁾ 자기 명의의 신용카드를 정상적으로 발급받았다 하더라도 그 이후 과도한 채무가 누적된 상태에서 신용카드를 사용한 경우 카드가맹점 또는 현금자동지급기·전화자동응답장치라는 도구를 통해서 신용카드사업자를 기망하여 재산상 손해를 입힌 것이라고 판단하고 있다. 앞서 살펴본 바대로 대법원은 편취의 범의를 판단함에 있어 변제의사나 능력의 유무를 기준으로 하고 있고, 마찬가지로 신용카드의 부정사용에 관한 사안에서도 사용 당시의 경제적 사정을 통하여 이를 판단하고 있는 것으로 보인다. 이와 관련된 대법원 판례는 다음과 같다.

- 1) 피고인이 1993년경 S신용카드를 정상적으로 발급받아 사용하였고, 1998년경에는 그 신용카드를 갱신 발급받아 사용하였는데, 2000. 11.경부터 2002. 12. 26.경까지 모두 109회에 걸쳐 위 신용카드로 합계 약 8천만 원 상당의 물품을 구입하거나 현금서비스를 받고 그중 약 5,400만 원만을 변제하고 나머지 약 2,600만 원을 변제하지 못하였다는 사안에서, 항소심은 ① 피고인이 신용카드를 가맹점에 제시하는 행위 그 자체는 표시 중립적 행위로서 신용공여의 범위 내에서 자기 명의의 신용카드를 사용한 것에 불과하고 ② 가맹점측은 신용카드의 소지인과 명의인이 동일성을 갖는 한 그 지급능력의 유무에 대하여는 아무런 이해관계를 갖고 있지 않으므로,

36) 대법원 2005. 8. 19. 선고 2004도6859 판결; 대법원 2006. 3. 24. 선고 2006도282 판결.

기망행위가 있었다고 볼 수 없다는 이유로 무죄를 선고하였으나, 피고인은 신용카드업자가 가맹점을 통하여 송부된 카드회원 서명의 매출전표를 받은 후 카드회원인 피고인이 대금을 결제할 것으로 오신하여 가맹점에 물품구입대금을 결제하여 줌으로써 신용카드업자로부터 물품구입대금을 대출받은 것으로, 카드회사를 기망한 것이라는 이유로 유죄 취지로 원심판결을 파기한 사례(대법원 2005. 8. 19. 선고 2004도6859 판결)

- 2) 피고인은 2000. 3. 신용카드를 발급받은 이후 2002. 8. 등에 이미 채무가 수천만 원에 이르고 자신이 운영하던 자동차 용품점의 월차임도 제대로 지급하지 못하였으며, 카드 사용 연체액을 돌려막기로 결제하고 있었음에도 현금서비스를 받은 경우 변제의사나 변제능력이 없다고 하여 사기죄를 인정한 사례(대법원 2005. 10. 27. 선고 2004도3408 판결)
- 3) 피고인은 2000. 5. 신용카드를 발급받아 그 무렵부터 물품을 구입하거나 현금서비스를 받아 왔는데, 2001. 7.경에는 채무가 7천만 원에 이르렀고 이 당시부터 신용카드 8개로 속칭 ‘돌려막기’를 하고 있었던 상황에서 물품을 구입하고 현금서비스를 받은 경우 변제의사나 능력이 없었음에도 카드를 사용하였다고 보아 사기죄를 인정한 사례(대법원 2006. 3. 24. 선고 2006도282 판결)
- 4) 피고인은 2007. 7. 신용카드를 발급받아 사용하던 중 2010.8. 신용카드를 사용하여 물품을 구입하였다는 사안에서, 상가대출금에 대한 이자 연체 등으로 2009. 2.부터 자금이 악화되었고 금융기관과 다수의 지인들에게 돈을 빌려 채무를 소위 돌려막기 해왔다는 점을 근거로 변제의사나 변제능력이 없다고 판단하여 사기죄를 인정한 사례(대법원 2014. 2. 13. 선고 2013도15337 판결)

그러나 대법원은 ‘카드사용으로 인한 카드회사의 금전채권을 발생케 하는 카드사용 행위는 카드회사로부터 일정한 한도 내에서 신용공여가 이루어지고, 그 신용공여의 범위 내에서는 정당한 소지인에 의한 카드사용에 의한 금전대출이 카드 발급 시에 미리 포괄적으로 허용되어 있으므로, 현금자동지급기를 통한 현금대출도 결국 카드회사로부터 그 지급이 미리 허용된 것이고, 단순히 그 지급방법만이 사람이 아닌 기계에 의해서 이루어지는 것에 불과하다’고 보고 있다.³⁷⁾ 따라서 적어도 발급 단계에서 사기죄의 구성요건에 해당하는 사실이 없었다고 한다면, 이후 카드대금이 결제되지 않았

다고 하는 것은 심사를 통해 신용카드를 발급함으로써 신용을 공여하고 그에 기한 카드 사용을 허용한 카드회사가 부담해야 할 위험에 속한다고 봐야 한다. 다시 말해 카드를 사용하는 시점에는 이와 같은 카드회사의 허용한 사용범위 안에 있는 것으로 보아, 카드대금 미납에 대한 민사상 채무불이행 책임이나 불법행위로 인한 손해배상 책임을 지도록 하는 외에 형법상 사기죄를 범한 것으로 의율하지는 말아야 할 것이다. 또한 카드대금이 연체되면 고이율의 연체이자 발생하는데, 이는 그만큼의 위험을 부담하기 때문이라 여겨진다. 카드회사가 물품대금에 대하여 카드가맹점으로부터 결제수수료를 받고, 할부거래나 현금대출의 경우 카드소지인에게 고이율의 수수료와 대출이자를 받고 있는 이유로 여기에 있다고 할 수 있다. 따라서 대법원이 자기 명의의 신용카드를 정상 발급 받은 후 부정사용한 경우 사기죄를 인정하고 있는 것은 고리의 대금업을 하고 있는 카드회사의 위험관리를 사법적으로 대신해주고 있다는 비판을 면하기 어렵다.³⁸⁾ 더군다나 카드대금이 한 번이라도 정해진 결제일에 납부되지 않는 경우에는 그로부터 최소 5일이 경과하면 해당 카드의 사용이 정지됨은 물론 연체 사실이 은행연합회를 통해 금융사와 신용평가사로 전달되어 모든 카드 거래가 정지되는 것은 물론, 카드회사 안팎으로 채권추심에 시달리게 되며 90일이 경과하면 한국신용정보원에 '연체 등'의 정보가 제공됨으로써 신용불량자가 되어 모든 금융 거래가 중단되고 신규 거래가 제한되는 불이익을 받게 된다는 점에서, 현재 굳이 사기죄로 처벌할 정책적 필요성도 없다고 생각된다.

만일 이러한 경우를 사기죄에 해당한다고 판단하는 대법원의 입장에 서더라도, 편취의 고의가 명확하게 입증되었을 때에만 사기죄가 성립하는 것으로 엄격하게 적용해야 할 것이다. 이러한 측면에서 '피고인이 신용카드대금을 결제할 의사나 능력이 없음에도 신용카드를 발급받아 사용한 후 그 대금을 기한 내에 결제할 것인 양 B주식회사 담당직원을 속여 신용카드를 발급받고 카드대출 및 물품구입을 한 후 그 대금을 결제하지 아니하여 동액 상당의 재산상 이익을 취하였다'는 요지의 이 사건 공소사실에 부합하는 증거들을 믿을 수 없다고 배척하고 그 범의에 관한 증거가 없다고 보아 그 공소사실을 유죄로 인정한 제1심 판결을 파기하여 무죄를 선고'한 원심의 태도를

37) 대법원 1996. 4. 9. 선고 95도2466 판결; 대법원 2005. 8. 19. 선고 2004도6859 판결.

38) 이상 동일한 취지로, 오영근, 앞의 글, 131-132면; 허일태, 앞의 글, 229-230면 참조.

그대로 받아들인 대법원 판결³⁹⁾은 타당하다고 할 수 있다.

» [표 3-2] 자기명의로 신용카드 부정사용

신용카드 정상발급 후 변제역사나 변제능력 없이 신용카드를 사용	판 례	카드회원이 일시적인 자금공백 등의 이유로 그 채무를 일시적으로 이행하지 못하게 되는 상황이 아니라 이미 과다한 부채의 누적 등으로 신용카드 사용으로 인한 대출금채무를 변제할 의사나 능력이 없는 상황에 처하였음에도 불구하고 신용카드를 사용하였다면 사기죄에 있어서 기망 행위 내지 편취의 범의를 인정
	비 판	정상적으로 발급받은 카드를 사용한 결과 카드대금이 결제되지 않았다고 하는 것은 심사를 통해 신용카드를 발급함으로써 신용을 공여하고 그에 기한 카드 사용을 허용한 카드회사가 부담해야 할 위험에 속하는 것임

4. 과장·허위광고

대법원은 과장·허위광고의 경우 ‘일반적으로 상품의 선전, 광고에 있어 다소의 과장, 허위가 수반되는 것은 그것이 일반 상거래의 관행과 신의칙에 비추어 시인될 수 있는 한 기망성이 결여된다고 하겠으나 거래에 있어서 중요한 사항에 관하여 구체적인 사실을 거래상의 신의성실의 의무에 비추어 비난받을 정도의 방법으로 허위로 고지한 경우에는 과장, 허위광고의 한계를 넘어 사기죄의 기망행위에 해당한다’고 하고 있다.⁴⁰⁾ 즉, 대법원의 태도는 기본적으로 광고는 다소 과장이나 허위가 수반되는 성격을 지님을 전제로 일반 관행과 신의칙상 허용되는 범위 내의 것이라면 사기죄에서의 기망행위를 부정하지만, 그 범위를 벗어나는 정도의 허위사실의 고지는 기망에 해당한다고 보아 사기죄로 처벌하고 있는 것이라 할 수 있다. 이처럼 광고의 성격을 고려하여 일률적으로 사기죄를 적용하지 않고 있는 것은 일단 형사적 해결방법을 민사문제에 과도하게 개입시키지 않겠다는 측면으로 이해된다. 이러한 대법원의 기본적인 입장을 타당한 것으로 본다 해도, 어느 정도가 바로 사기죄의 기망에 해당하지 않고 일반적으로 광고에서 허용되는 과장, 허위에 속한다고 할지의 기준설정 문제가 남는다. 적어도 사실을 단순히 과장했거나 그 내용이 처분행위에 중요한 영향을 끼치지 않는 추상적인 사항에 불과한 경우에는 기망을 부정하고, 거래에 있어 중요한

39) 대법원 2004. 7. 22. 선고 2004도3069 판결.

40) 대법원 1992. 9. 14. 선고 91도2994 판결.

내용을 적극적으로 속임으로써 착오를 일으킨 경우에 한해 기망을 인정해야 할 것이다. 그러나 이러한 원칙을 수립한다고 하더라도 문제되는 사안마다 구체적인 사실관계를 따져 판단할 수밖에 없는 한계는 존재한다. 따라서 기망에 해당하는지 여부 외에 기망행위와 착오, 처분행위 간의 인과관계 및 재산상 손해발생 요건이 중요하고, 다른 사례에서와 마찬가지로 편취의 고의를 인정하는 문제도 관련되어 있다. 아래에서는 대법원 판례를 중심으로 과장·허위광고와 사기죄 성립 문제를 검토한다.

- 1) 식육식당을 경영하는 자가 음식점에서 한우만을 취급한다는 취지의 상호를 사용하면서 광고선전판, 식단표 등에도 한우만을 사용한다고 기재하고 수입 쇠갈비를 판매한 경우, 이러한 광고는 진실규명이 가능한 구체적인 사실인 쇠갈비의 품질과 원산지에 관하여 기망이 이루어진 경우로서 그 사술의 정도가 사회적으로 용인될 수 있는 상술의 정도를 넘는 것이므로, 피고인의 기망행위 및 편취의 범의를 인정하기에 넉넉하다고 본 사례(대법원 1997. 9. 9. 선고 97도1561 판결)
- 2) 오리, 하명, 누에, 동충하초, 녹용 등 여러 가지 재료를 혼합하여 제조·가공한 '녹동달 오리골드'라는 제품이 당뇨병, 관절염, 신경통 등의 성인병 치료에 특별한 효능이 있는 좋은 약이라는 허위의 강의식 선전·광고행위를 하여 고가에 판매한 경우 사기죄의 기망행위를 구성한다고 한 사례(대법원 2004. 1. 15. 선고 2001도1429 판결)
- 3) 통신판매에 있어 소비자가 갖는 상품의 품질, 가격에 대한 정보는 전적으로 유통업자의 광고에 의존할 수밖에 없고, TV홈쇼핑업체에 대한 소비자들의 신뢰는 TV라는 영상매체를 이용한 스스로의 강도 높은 광고에 의하여 창출된 것인 만큼 이에 대한 소비자들의 신뢰와 기대는 특별히 보호되어야 할 것인바, 농업협동조합의 조합원이거나 검품위원이 아닌 자가 TV홈쇼핑업체에 납품한 삼이 제3자가 산삼의 종자인지 여부가 불분명한 삼의 종자를 뿌려 이식하면서 인공적으로 재배한 삼이라는 사실을 알면서도 광고방송에 출연하여 위 삼이 위 조합의 조합원들이 자연산삼의 종자를 심산유곡에 심고 자연방임 상태에서 성장시킨 산양산삼이며 자신이 조합의 검품위원으로서 위 삼 중 우수한 것만을 선정하여 감정인의 감정을 받은 것처럼 허위 내용의 광고를 한 것은 진실규명이 가능하고 구매의 결정에 있어 가장 중요한 요소로서 구체적 사실인 판매물품의 품질에 관하여 기망한 것으로서 그 사술의 정도가 사회적으로 용인될 수 있는 상술의 정도를 넘는 것이어서 사기죄의 기망행위를 구성한다고 한 사례(대법원 2002. 2. 5. 선고 2001도5789 판결)

- 4) 피고인들이 일본에서 직수입한 정품인 것처럼 광고하여 피해자들에게 물품을 판매하였으나, 사실 해당 물품들은 일본에서 수입한 것도 아니며 정품도 아니었던 사안에서 유죄 취지 원심을 확정한 사례(대법원 2012. 10. 11. 선고 2010도7129 판결)
- 5) 한의사인 피고인 등이 산삼약침이 말기 암 환자를 치료할 수 있다고 광고한 사례에서, 대법원은 산삼약침액의 효능과 한계 및 현재까지 밝혀진 부작용 등에 대해서 소개하지 않으면서 종양이 줄어들었다거나 기존 치료 병원에서 판정한 여명시한보다 더 오래 살 수 있다는 등의 내용을 홈페이지에 게시하였다는 점에서 거짓 또는 과장 광고로 보아 유죄를 인정한 원심을 확정한 사례(대법원 2023. 4. 13. 선고 2022도15478 판결)
- 6) 3, 4층 주차장 부분은 분양신고가 되어 있지 않고, 관계 법령상 이를 1층 상가와 함께 일괄분양하여서는 안 됨에도 불구하고, 1층 상가의 평당 분양가가 평균 약 4,000만 원으로 주변 시세보다 높아 분양이 잘 안 될 것을 우려하여 3, 4층 주차장을 1층 상가와 함께 묶어 마치 1층 상가의 평당 분양가가 약 2,000만 원인 것처럼 분양한 경우 사기죄에 해당한다고 본 원심을 확정한 사례(대법원 2013. 8. 22. 선고 2013도7229 판결)

위 판결에서는 모두 허용되지 않는 과장·허위광고에 해당한다고 보아 사기죄로 처벌하였다. 구체적으로 보면, 1), 3), 4), 6) 사례들은 기망한 사실이 거래관계가 성립하는 데 있어 본질적인 중요부분에 해당하고, 그에 관해 적극적으로 기망하여 소비자에게 착오를 일으킴으로써 재산처분행위로 나아간 결과 재산상 손해를 발생시켜 재산상 이익을 취하였다고 하는 사기죄의 구성요건해당성이 충분히 인정된다. 이렇듯 과장·허위광고가 사기죄로 처벌되기 위해서는 당연히게도 기망행위, 착오, 처분행위, 재산상 손해, 그리고 각 요소 사이의 인과관계가 인정되어야 하고, 나아가 주관적 구성요건요소까지 충족되어야 한다. 이와 관련해서는 사기죄의 구성요건 해석론이 그대로 적용된다.

한편 2)와 5)의 경우는 건강과 관련된 정보를 속여 재산상 이익을 취득했다는 이유로 사기죄로 처벌한 사례이다. 건강상 어떠한 효능이 있다고 광고하여 이를 기대하고 상품이나 서비스를 구매한 경우 그와 같은 효능을 보지 못했다면 이를 사기죄로 처벌

할 수 있는가의 문제가 제기된다. 이러한 경우 구매결정을 하게 된 핵심적인 이유가 되는 사실에 관하여 기망한 것이라고 할 수 있다고 할지언정 광고와 같은 기대효과를 누리지 못했다고 해서 이를 범죄로 처벌하는 것이 꼭 타당하다고는 할 수 없을 것이다. 민사상 책임 여부와는 별개로, 그리고 소비자의 공박한 처지를 이용하여 이득을 취했다고 하는 악질적인 행위였는지 여부와는 별개로 형법을 적용하여야 하는가의 문제에서, 만일 민법 제103조 또는 제104조에 해당하는 경우에는 해당 구매행위는 무효가 되므로 민법상 구제수단에 의하면 될 것이고, 그 정도에 이르지 못하는 경우에는 형법의 보충성원칙에 의해 그 적용을 배제해야 할 것이다. 따라서 광고상의 기대효과가 없었거나 효과에 비해 과다한 비용을 지불했다고 하더라도, 적어도 판매한다고 한 물품이나 서비스가 제공되었다면, 사기죄에서의 기망이나 재산상 손해가 있었다고 볼 수 없을 것이다. 즉, 판매한 물품이나 서비스 자체가 광고 내용과 다르다는 등의 경우가 아니라면 형법상 사기죄에 해당하지 않는다고 해야 한다.

또한 6)과 같은 부동산 분양광고의 경우 사기죄가 부정된 예도 있다.

7) 아파트를 분양함에 있어 아파트 평형의 수치를 다소 과장하여 광고를 한 사실은 인정되나 분양가 결정방법, 분양계약 체결의 경위 및 최종대금의 절충과정 등 제반 사정에 비추어 볼 때 위 광고는 그 거래당사자 사이에서 매매대금을 산정하기 위한 기준이 되었다고 할 수 없고, 단지 분양대상 아파트를 특정하고 나아가 위 아파트의 분양이 쉽게 이루어지도록 하려는 의도에서 한 것에 지나지 않는다고 하여 위 과대 광고가 기망행위에 해당하지 않는다고 본 사례(대법원 1991. 6. 11. 선고 91도788 판결)

8) 피고인들은 기획부동산의 임직원들인데 피해자들에게 ‘서대문구청 공무원들에게 이미 작업을 다 해놓아 수용이 되어 입주권이 나올 것이 확실하다’는 취지로 말하여 기망하였다는 공소사실에 대하여, 원심은 다가구주택이 수용되어 소유자들에게 입주권이 나올 가능성이 없는 아니하였으나 그 가능성이 불투명함에도 피고인들이 피해자들에게 ‘공무원들에게 작업을 다 해놓아서 입주권이 나오는 것이 확실하다’고 말한 사실을 인정한 다음, 피고인들이 피해자들에게 거짓말하여 매매계약을 체결하고 그 매매대금을 편취하였다는 이유로 사기죄의 공소사실을 유죄로 인정하였으나, 피고인들이 실제로 공무원 등에게 입주권 관련한 편의를 제공해 달라는 취지로 돈을 건넨 사실이 인정되므로 피고인들이 피해자들에게 언급한 내용은 객관적

사실에 부합하거나 다소의 과장이나 허위가 수반되었다고 하더라도 일반 상거래 관행과 신의칙에 비추어 시인될 정도를 벗어나는 기망행위에 해당한다고 보기 어렵다고 판단하면서 무죄 취지로 파기 환송한 사례(대법원 2010. 9. 9. 선고 2010도 7298 판결)

7) 판결은 광고에 관한 일반 논리에 따라 ‘거래에 있어서 중요한 사항에 관하여 구체적 사실을 거래상의 신의성실의 의무에 비추어 비난받을 정도의 방법으로 허위로 고지한 경우’에 해당하지 않는다고 보아 사기죄를 부정한 것으로 볼 수 있고, 8) 판결은 ‘입주권이 나올 것이 확실하다’는 정보가 계약 체결의 중요사항에 해당하고 이를 거짓말로 판단한 원심과 달리 ‘공무원들에게 작업을 다 해놓’은 사실은 인정되므로 그 결과에 대해 다소 과장하거나 허위의 사실을 말했다 해도 이는 허용범위 내에 있다고 판단한 것으로 볼 수 있다. 8)의 경우 위에서 검토한 2)와 5) 사안에서 나아가야 할 방향이라고 하겠다.

5. 유형과 무관한 부작위 사기죄와 고지의무

가. 신의성실원칙에서 도출되는 거래상 고지의무

대법원은 “기망은 널리 재산상의 거래관계에 있어서 지켜야 할 신의와 성실의 의무를 저버리는 모든 적극적 또는 소극적 행위”를 의미한다고 본다. 즉 사기죄에서의 기망행위를 작위와 부작위로 분류할 뿐, 학설과는 달리 작위의 기망행위를 명시적 기망행위와 묵시적 기망행위로 구별하지는 않는다. 대법원의 기준에 따르면 대부분의 묵시적 기망행위는 중요한 사실을 숨기고 고지하지 않은 행위이며, 그 사실에 대한 고지의무를 신의성실에 의하여 인정하고 부작위로 보아 가벌성을 무한히 확장할 위험에 노출되어 있다.⁴¹⁾

대법원은 세 가지 요건, 즉 ① 매매에 관련된 구체적인 사정을 고지하지 않음으로써 매수인의 권리실현에 장애가 되는 사유 또는 법률관계에 영향을 미치는 사유가 있을 것, ② 행위자가 이러한 사유를 알고 있을 것, ③ 상대방이 이와 같은 내용을 고지받았

41) 이석배, “기망행위와 정보제공의무”, 형사법연구 제35권 제1호, 2023, 105면.

더라면 당해 계약을 체결하지 않았을 것이 경험칙상 분명할 것이라는 3가지 요소를 충족하는 경우에만 고지의무위반을 인정함으로써 부작위 사기죄의 무한한 확장을 제한할 수 있다고 본다.

“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 사정을 고지하지 아니한 채 매매계약을 체결하고 매매대금을 교부받는 한편, 매수인은 그와 같은 사정을 고지받았더라면 매매계약을 체결하지 아니하거나 매매대금을 지급하지 아니하였을 것이임이 경험칙상 명백한 경우에는, 신의성실의 원칙상 매수인에게 미리 그와 같은 사정을 고지할 의무가 매도인에게 있다고 할 것이므로, 매도인이 매수인에게 그와 같은 사정을 고지하지 아니한 것이 사기죄의 구성요건인 기망에 해당한다고 할 것이지만, 매매로 인한 법률관계에 아무런 영향도 미칠 수 없는 것이어서 매수인의 권리의 실현에 장애가 되지 아니하는 사유까지 매도인이 매수인에게 고지할 의무가 있다고는 볼 수 없다.”(대법원 2020. 6. 25. 선고 2018도13696 판결)⁴²⁾

하지만 형법상 부작위범에서 가벌성의 근거이자 (이원설에 따를 때) 위법성의 핵심인 보증인의무인 정보제공의무를 대법원이 언급하는 것처럼 사법상 기본원리에서 아무 제한없이 가져올 수 있는 것인가에 대하여 의문이 있다. 형법상 부작위 사기죄의 가벌성 근거가 되는 보증인의무는 전체 재산에 대한 일반적·포괄적 보호의무와 다르고 사기죄의 특수한 행위태양, 즉 기망행위와 관련성이 있어야 한다. 만약 대법원이 주장하는 것처럼 신의성실원칙에 의해 보증인의무로서 고지의무를 인정한다면, 모든 계약위반이 부작위범에서 보증인의무 위반이 되어 형법상 제재안으로 끌어와야 하고 이 정보제공의무의 확대가 배임죄와 경계를 모호하게 한다.⁴³⁾ 따라서 단순히 이미

42) 그 밖에도 같은 취지로 대법원 1991. 12. 24. 선고 91도2698 판결; 대법원 1993. 7. 13. 선고 93도14 판결; 대법원 1994. 10. 21. 선고 94도2048 판결; 대법원 1996. 7. 30. 선고 96도1081 판결; 대법원 1998. 4. 14. 선고 98도231 판결; 대법원 1998. 12. 8. 선고 98도3263 판결; 대법원 2001. 9. 25. 선고 2001도3349 판결; 대법원 2004. 4. 27. 선고 2003도1232 판결; 대법원 2008. 5. 8. 선고 2008도1652 판결; 대법원 2011. 1. 27. 선고 2010도5124 판결; 대법원 2012. 4. 13. 선고 2011도2989 판결; 대법원 2015. 5. 28. 선고 2014도8540 판결; 대법원 2017. 4. 26. 선고 2017도1405 결정 등.

43) 하태훈, “부동산거래관계에 있어서 고지의무와 부작위에 의한 기망”, 형사판례연구 제2권, 박영사, 1994, 203면.

착오에 빠져 있는 피해자에게 정보제공의무를 다하지 않았다고 부작위 기망이 되는 것은 아니다. 피기망자에게 진실을 설명해야 할 정보제공의무를 폭넓게 인정하면, 결국 재산보호의무가 되고 배임죄에서 재산보호의무와 구별이 어려워지기 때문이다.⁴⁴⁾ 또한 신의성실의 원칙이 갖는 모호성이 명확성 원칙에 반하고, 사법상 고지의무 위반이 바로 형법상 보증인 의무위반인 고지의무 위반은 아니라는 점이다. 이것이 형법의 최후수단성, 보충성의 원칙을 지키는 것이다.

나. 고지의무의 내용

대법원은 신의성실원칙에서 도출되는 고지의무를 부작위 사기죄에서 보증인의무로 본다.⁴⁵⁾ 하지만 신의성실원칙에서 도출되는 정보제공의무(고지의무)는 부작위 기망행위에서만 나타나는 특성이 아니라, 모든 기망행위의 공통분모에 해당한다.⁴⁶⁾

명시적 기망에서 신의성실에 따른 정보제공의무는 단순히 허위의 정보를 제공하는 자신의 지금 행위가 기망행위임을 밝히는 것이고, 묵시적 기망은 자신의 행위 자체가 허위정보 제공이 아니라 자신의 행위를 통해 야기된 착오를 벗어나게 할 수 있는 정보를 왜곡·은폐한 “불완전한 정보의 제공(unvollständige Angaben)”이 정보제공의무 위반이 된다. 기대할 수 있는 정보제공, 즉 제공되지 않은 중요한 정보에 대하여 묻는 것이 묵시적 기망행위에서 핵심적 내용이기⁴⁷⁾는 하지만, 명시적 기망과 묵시적 기망은, 즉 작위행위기 때문에 법적으로 금지된 행위의 핵심이 정보제공의무 위반은 아니다.⁴⁸⁾

이러한 관점에서 본다면, 묵시적 기망행위와 부작위에 의한 기망행위의 구별이 어려운 것은 본래 묵시적 기망행위에서 핵심적인 역할을 하는 신의칙에 따른 정보제공의무를 보증인의무의 발생근거로 바로 치환하기 때문이다.⁴⁹⁾ 즉 거래관행에서 나오

44) 이석배, 앞의 글, 112면.

45) 대법원 1991. 12. 24. 선고 91도2698 판결; 대법원 2020. 6. 25. 선고 2018도13696 판결 등.

46) 이에 대하여 자세한 것은 이석배, 앞의 글, 113면 이하 참고.

47) 이석배, 앞의 글, 116면.

48) MK-Hefendehl, §263 StGB Rn.145.

49) 이러한 점에서 고지의무위반을 보증인의무로 치환하는 대법원과 다수설 모두 비판의 대상이다. 특히 의심스러우면 부작위 기망으로 보는 이상돈, 형법강론 제4판, 박영사, 2023, 533면의 경우에도 이 부분에 대한 비판이 없는 것은 아쉬운 부분이다. 의심스러우면 부작위로 보면서 신의성실에 따른 고지의무를 인정하면 부작위 사기죄 성립을 무한히 확장할 수 있기 때문이다.

는 사법상 신의성실에서 나오는 정보제공에 대한 기대와 형법상 보증인에게 기대하는 작위의무를 구별하지 못하고 오해하기 때문에 나타나는 문제다.

대법원은 부작위 사기죄에서 보증인의무를 설명하면서,

“매수인은 그와 같은 사정을 고지받았더라면 매매계약을 체결하지 아니하거나 매매대금을 지급하지 아니하였을 것이م 경험칙상 명백한 경우에는, 신의성실의 원칙상 매수인에게 미리 그와 같은 사정을 고지할 의무가 매도인에게 있다고 할 것”

이라는 표현을 반복하고 있는데, 이 표현은 민법 제110조 제2항에 의해 거래 상대방이 의사표시를 취소를 인정하는 근거에 해당한다. 이 규정은 모든 사기행위에 공통되는 것으로 부작위에만 적용되는 것이 아니며, 형법에서는 양형사유라면 몰라도 범죄성립여부를 판단할 때 거래 상대방에게 얼마나 중요한 것인지는 고려대상이 아니다.

결국 고지의무위반은 부작위 기망에서 보증인의무를 인정하는 근거가 아니라 판례의 표현을 그대로 사용하면 “널리 재산상의 거래관계에 있어서 지켜야 할 신의와 성실의 의무를 저버리는 모든 적극적 또는 소극적 행위”인 모든 “기망행위”의 공통적인 특성이다.⁵⁰⁾ 즉, 신의성실은 모든 기망행위의 성립을 제한하는 원리로 사용되어야 한다. 그래서 신의성실의무를 저버리는 일체의 (모든 적극적 또는 소극적) 행위가 기망행위이고 “재산상의 거래관계에서 지켜야 할 신의성실의무” 위반이 아니라면 애초에 기망행위가 될 수 없다고 보아야 한다. 반대로 “신의성실의무” 위반이 모두 기망행위가 되는 것은 아니다. 여기서 신의성실의무를 제한하는 판례의 표현이 “거래관계에 있어서 지켜야 할”, 즉 거래관행이라고도 볼 수 있다. 예컨대 상인이 “이 물건 손해보고 파는 것이다.” 또는 “남는 것 없다.”라고 했을 때 그 말이 허위라고 하더라도 정확한 원가를 제공해야 할 의무는 없다. 거래 상대방 상호간 (비싸게 팔고, 싸게 사는 것이 이익이 되는) 이해관계가 충돌하는 일반적인 거래관계에서 일반적 정보제공의무는 없고, 서로 다른 정보수준에서 거래가 이루어지기 때문이다.⁵¹⁾

대법원이 판시하는 것처럼 고지의무 위반에 초점을 맞추면 사기죄를 의무범으로 해석해야 하고, 보호법익도 재산이 아니라 거래관행에 따른 시장의 신뢰가 되어야

50) 이석배, 앞의 글, 118면.

51) 이석배, 앞의 글, 118면.

한다.⁵²⁾ 또한 대법원의 해석처럼 모든 기망행위의 공통적인 특성인 신의성실에 따른 고지의무를 다시 부작위 기망에서 보증인의무와 등치시키는 것은 이중평가금지원칙에 반한다.⁵³⁾ 따라서 신의성실은 모든 기망행위의 당벌성을 판단하는, 부작위 기망에 서만 필요한 것이 아니라 모든 기망행위의 성립을 제한하는 요소로 보아야 한다.⁵⁴⁾

다. 소결 - 고지의무 이외에 보증인의무 필요성

작위에 의한 (명시적 또는 묵시적) 기망이 (설명가치개념을 인정하던 부정하던 무관하게) 상대방의 착오에 빠뜨린 행위라면, 부작위에 의한 기망은 이미 착오에 빠진 상대방의 오해를 제거하지 않은 행위이고 형법 제18조에 따른 보증인의무로서 그 착오를 제거하기 위한 정보제공의무를 전제조건으로 한다. 여기서 정보제공의무는 부진정부작위범의 일반원칙에 따라 법률, 계약, 선행행위에 의해 도출될 수 있어야 한다.

하지만 대법원은

“부진정 부작위범의 경우에는 보호법익의 주체가 그 법익에 대한 침해위험에 대처할 보호능력이 없고, 부작위행위자에게 그 침해위험으로부터 법익을 보호해 주어야 할 법적 작위의무가 있을 뿐 아니라, 부작위행위자가 그러한 보호적 지위에서 법익침해를 일으키는 사태를 지배하고 있어 그 작위의무의 이행으로 결과발생을 쉽게 방지할 수 있어야 그 부작위로 인한 법익침해가 작위에 의한 법익침해와 동등한 형법적 가치가 있는 것으로서 범죄의 실행행위로 평가될 수 있다. 다만 여기서의 작위의무는 법령, 법률행위, 선행행위로 인한 경우는 물론, 신의성실의 원칙이나 사회상규 혹은 조리상 작위의무가 기대되는 경우에도 인정된다고 할 것”⁵⁵⁾

이라고 판시하면서, 신의성실의 원칙에서 도출되는 고지의무를 사기죄에서 보증인

52) 이석배, 앞의 글, 118면. 유사한 비판으로는 하태훈, 앞의 글, 203면.

53) 류화진, “부작위에 의한 사기죄 인정에 관한 비판적 고찰”, 부산대학교 법학연구 제44권 제1호, 부산대학교 법과대학 법학연구원, 2003, 308면; 이석배, 앞의 글, 118면; 최정학, “사기죄에서 ‘신의칙’의 의미”, 형사법연구 제24권 제4호, 한국형사법학회, 2012, 181면.

54) 이석배, 앞의 글, 118면.

55) 대법원 2015. 11. 12. 선고 2015도6809 전원합의체 판결; 대법원 1992. 2. 11. 선고 91도2951 판결, 대법원 2008. 2. 28. 선고 2007도9354 판결 등.

의무로 보는 것은 부진정부작위범의 일반적인 보증인지위와 의무 발생 근거로 신의성실의 원칙이나 사회상규 혹은 조리를 인정하는 것과 맥을 같이하고, 이러한 측면에서 대법원의 입장은 일관된다고 볼 수 있다. 하지만 사기죄의 경우는 고지의무위반이 기망행위의 성격이면서 다시 보증인의무로 평가되기 때문에 이중평가금지의 문제를 해결하지 않는 한 대법원의 관점은 수정되어야 한다.⁵⁶⁾

대법원이 부작위에 의한 기망행위에 해당한다고 본 대표적 사례들은 다음과 같다.

변제의 의사나 능력이 없음에도이를 숨긴 채 타인에게 금원 대여를 요청하여 동인의 배서가 된 어음이나 수표로 할인받은 행위⁵⁷⁾

특정 질병을 앓고 있는 사람이 보험회사가 정한 약관에 그 질병에 대한 고지의무를 규정하고 있음을 알면서도 이를 고지하지 아니한 채 그 사실을 모르는 보험회사와 그 질병을 담보하는 보험계약을 체결한 다음 바로 그 질병의 발병을 사유로 한 보험금 청구행위⁵⁸⁾

빌딩을 경락받은 피고인들이 수분양자들과 사이에 대출금으로 충당되는 중도금을 제외한 계약금과 잔금의 지급을 유예하고 재매입을 보장하는 등의 비정상적인 이면약정을 체결하고 점포를 분양하였음에도, 금융기관에 대해서는 그러한 이면약정의 내용을 감춘 채 분양 중도금의 집단지 대출을 교섭하여 중도금 대출 명목으로 금원을 지급받은 행위⁵⁹⁾

임차인에게 임대목적물이 경매 진행중인 사실을 알리지 않고 임대차계약 체결한 행위⁶⁰⁾

특정 시술을 받으면 아들을 낳을 수 있을 것이라는 착오에 빠져있는 피해자들에게 그 시술의 효과와 원리에 대해 사실대로 고지하지 않고 아들을 낳을 수 있는 시술인 것처럼 가장한 일련의 시술과 처방행위⁶¹⁾

56) 이석배, 앞의 글, 120면.

57) 대법원 2007. 4. 12. 선고 2007도1033 판결; 대법원 1998. 12. 9. 선고 98도3282 판결.

58) 대법원 2007. 4. 12. 선고 2007도967 판결.

59) 대법원 2006. 2. 23. 선고 2005도8645 판결.

60) 대법원 1998. 12. 8. 선고 98도3263 판결.

61) 대법원 2000. 1. 28. 선고 99도2884 판결.

이전등기사실을 숨긴 채 주민등록을 등 가옥에 유지한 행위자가 가옥의 소유권자인양 타인에게 임대한 행위⁶²⁾

토지를 매도함에 있어서 채무담보를 위한 가등기와 근저당권설정등기가 경료되어 있는 사실을 숨기고 이를 고지하지 아니하여 이를 알지 못한 매수인에게 그 토지를 매수하게 한 행위⁶³⁾

매도인이 목적물에 대하여 토지계획이 수립되어 장차 협의 매수되거나 수용될 것이라는 사정을 알고도 매수인에게 고지하지 않고 토지를 매매한 행위⁶⁴⁾

보험판매원이 실제로 보험에 가입할 의사가 없어 1회 보험료 결제 후 보험계약을 해지할 것을 알면서 보험회사로부터 보험계약체결에 따른 수수료를 교부받은 경우⁶⁵⁾

대작사실을 알리지 않고 본인이 직접 그린 그림이라고 말하고 그림을 판매한 경우⁶⁶⁾

어업피해보상금을 수령할 목적으로 어업면허를 취득한 후 실제로 아무런 양식어업행위를 하지 않았으면서도 양식어업을 한 것처럼 서류를 꾸며 피해조사를 나온 연구원에게 연평균어획량을 허위로 대답하고 어업피해보상금을 수령한 경우⁶⁷⁾

이전하지 않고는 가동할 수 없게 된 플라스틱 공장을 매도함에 있어서 매도인이 이 사정을 고지하지 아니하고 공장을 운영하는데 아무런 문제가 없다고 말한 행위⁶⁸⁾

인터넷 경매사이트의 운영자가 실제로 구매할 의사 없이 허위의 계정으로 부정하게 참가하여 낙찰가를 끌어올린 행위⁶⁹⁾

피고인이甲저축은행에 대출을 신청하여 심사를 받을 당시 동시에 다른 저축은행에 대출을 신청한 상태였는데도 甲저축은행으로부터 다른 금융회사에 동시에 진행 중인 대출이 있는지에 대하여 질문을 받자 ‘없다’고 답변하고 대출을 받은 경우⁷⁰⁾

62) 대법원 1984. 1. 31. 선고 83도1501 판결.

63) 대법원 1981. 8. 20. 선고 81도1638 판결.

64) 대법원 1993. 7. 13. 선고 93도14 판결; 대법원 1991. 12. 24. 선고 91도2698 등.

65) 대법원 2014. 1. 16. 선고 2013도9644 판결.

66) 대법원 2020. 6. 25. 선고 2018도13696 판결.

67) 대법원 2004. 6. 11. 선고 2004도1553 판결.

68) 대법원 1991. 7. 23. 선고 91도458 판결.

69) 대법원 2014. 10. 15. 선고 2014도9099 판결.

70) 대법원 2018. 8. 1. 선고 2017도20682 판결.

이와 같은 사례들은 한 단계 더 검토해 보면, 한편으로 묵시적(또는 명시적) 기망에 의한 것으로 정보제공의무로서 고지의무에 대한 검토 없이, 기망행위성 검토와 보증인의무 검토에서 같은 내용을 두 번 평가하므로 이중평가금지의 원칙에 반한다거나⁷¹⁾ 사법상의 제도인 신의성실의 원칙이 보증인적 지위 및 의무를 근거지울 정도로 명확성을 갖지 못하기 때문에 죄형법정원칙에 따른 명확성원칙에 반한다는 비판⁷²⁾을 받지 않고 유죄논증이 가능하다. 다른 한편으로 당벌성이 없는 행위를 기망행위로 보고 기망행위에서 이미 평가된 사법(私法) 논리로 부작위 사기죄에서 가벌성의 중요한 근거인 보증인의무를 인정함으로써 나타나는 가벌성의 확장을 피할 수 있을 것이다.

6. 비교법적 검토

▶▶▶ [표 3-3] 독일과 일본의 사기죄 규정

	독 일	일 본
사 기	제263조 [사기] ① 위법한 재산상의 이익을 자신이 취득하거나 타인으로 하여금 취득하게 할 의사로 허위의 사실로 기망하거나 진실을 왜곡 또는 은폐하여 착오를 야기 또는 유지시킴으로써 타인의 재산에 손해를 가한 자는 5년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다. ② 미수범은 처벌한다. ③ 특히 중한 경우에는 6월 이상 10년 이하의 자유형에 처한다. 특히 중한 경우란 특별한 규정이 없는 한, 행위자가 다음 각호의 1에 해당하는 경우를 말한다. (이하 생략)	제246조 [사기] ① 사람을 기망하여 재물을 교부하게 한 자는 10년 이하의 징역에 처한다. ② 제1항의 방법으로 재산상 불법 이익을 취득하거나 타인에게 불법 이익을 취득하게 한 자도 제1항과 같다.
	제263조a [컴퓨터 사기] 제264조 [보조금사기] 제264조a [투자사기] 제265조 [보험납용(보험사기)] 제265조b [신용사기] 제265조c [스포츠사기] 제265조d [프로스포츠 경기조작] 제265조e [스포츠사기와 프로스포츠 경기 조작의 중한 사례]	제246조의2 [컴퓨터 사용사기]

71) 류화진, 앞의 글, 308면; 이석배, 앞의 글, 118면; 최정학, 앞의 글, 181면.

72) “사법상의 제도인 신의성실의 원칙이 보증인적 지위 및 의무를 근거지울 정도로 명확성을 갖지 못하기 때문에 죄형법정주의의 명확성의 요구에 반하[고], …… 보증인적 지위 및 의무의 내용과 한계가 불분명해지고 이에 의해 형벌을 근거지우는 보증인적 지위의 부당한 확대가 초래될 수 있다.”(하태훈, 앞의 글, 207면).

독일의 경우 제263조 사기죄에서 사기죄의 기본구성요건을 규정하고, 컴퓨터 사기(제263조a) 이외에도 보조금사기(제264조), 투자사기(제264조a), 보험납용 (또는 보험 사기)(제265조), 신용사기(제265조b), 스포츠사기(제265조c), 프로스포츠 경기조작(제265조d), 스포츠사기와 프로스포츠 경기조작의 중한 사례(제265조e) 등 사기죄와 별도로 구체적인 행위유형을 규정한 개별사기죄 규정을 두고 있다. 즉 세분화된 사기죄의 경우들은 행위자의 기망행위에 대한 구체적 행위유형을 명시하고 있어서 무엇이 기망행위이고 편취의사 유무를 따질 필요가 없게 되어 있다. 이 규정들의 의미는 기본 사기죄 구성요건 해당성에 논란이 될 수 있는 영역을 별도의 구성요건으로 규정하여, 기망행위에 해당하는지 또는 재산상 손해나 이익취득의 요건이나 인과관계 영역에서 논란을 따질 필요없이 구체적 행위에 해당하는지 여부에 따라 바로 구성요건 해당성을 인정할 수 있도록 규정하고 있다. 이러한 구체적인 개별구성요건을 규정하면 현재 논란을 어느 정도는 줄일 수 있겠으나, 이는 민사사건이 형사화되는 것과 반대로 당벌성 있는 민사사기행위가 형법상 사기죄에 포섭되지 않는 문제를 해결하는 방안이므로 이 연구의 주제와는 또 다른 주제에 해당하므로 더 자세히 다루지는 않는다.

일본의 경우 사기죄와 관련하여 이른바 ‘민사의 형사화’라는 문제는 거의 발생하지 않고 있다고 평가된다. 기본적으로 행정법과 경찰법에서 경찰의 “민사불개입(民事不介入)” 원칙이 세워져 있고, 이에 따라 전통적으로 재산문제를 비롯하여 가정폭력이나 아동학대, 학교폭력, 스토킹과 같은 개인 간의 문제라 여겨지는 경우에 대해서는 경찰이 고소·고발을 수리하지 않는 것이 일반적이었다. 최근 들어 가정폭력, 아동학대, 학교폭력, 스토킹과 같은 경우는 형사범죄화되었고 대체로 경찰의 수사가 필요하다고 하는 방향으로 정책이 전환되면서 다른 기류를 보이고 있지만, 재산범죄의 경우, 특히 개인 간의 채무불이행 문제에는 여전히 경찰이 개입하지 않는다는 입장을 확고히 하고 있다. 즉, 일본에서는 개인의 재산권 행사나 친족권 행사, 민사상 계약의 이행과 같은 것은 사적관계에 불과하고 그 구제는 오로지 사법권에 의해서만 이루어져야 한다고 하는 민사불개입 원칙에 따라 경찰단계에서 고소·고발을 불수리하는 것이 일반적인 실무의 모습이다. 일단 경찰이 사건을 수리하게 되면 그에 대해서는 수사사무를 지기 때문에 사전에 이러한 가능성을 차단하는 것이다. 이는 민사재판에서도 형사 사건에 관한 수사기록 등의 활용이 이루어지고 있지 않은 분위기와 더불어 단순 채무

불이행의 경우 경찰력을 이용하여 민사 문제를 해결하고자 하는 시도를 배제하는 역할을 하고 있다.⁷³⁾

이는 행정법, 경찰법에서의 기본원칙이고 우리나라에서도 마찬가지이다. 그러나 일본의 경우는 우리 실무의 모습과 같이 사기사건 처리로 인해 고통받는 통계를 보여 주고 있지 않다.⁷⁴⁾ 물론 일본도 처음부터 그래왔던 것은 아니다. 1950년대에는 우리나라처럼 민사사건에 대하여 재산범죄로 고소·고발하는 사례가 늘어났기 시작했고, 특히 검찰에 직고하는 건수가 많아지면서 큰 문제가 되었다. 따라서 이러한 사건의 과중한 부담 문제를 해결하기 위하여 해당 사건들은 불수리하는 정책을 택하였고, 그와 함께 당사자 간 화해를 권고하되 검찰이 이를 맡지 않는 것으로 입장을 정하였다. 이렇게 해서 점점 민사사건에 개입하는 경우의 수를 줄여나갔고, 이는 실무의 원칙적인 관행으로 자리잡아서 지금은 고소·고발의 건수부터 많지 않은 모습을 보이고 있다.⁷⁵⁾ 또한 형사소송법상 유책 고소·고발인에 대해 소송비용을 부담시키는 규정(일본 형사소송법 제183조)을 두고 있는 것도 이에 한몫하는 것으로 보고 있는 견해도 있다.⁷⁶⁾

이와 같은 실무상의 정책과 경향이, 사기죄에 관해 형법에 유사한 규정을 두고, 우리 대법원과 유사한 법리에 따라 사기죄의 성립 여부를 판단하고 있는 일본 최고재판소의 태도에도 불구하고, 실제 수많은 민사사건이 형사범죄화되지 않고 있는 가장 큰 원인이라 할 수 있다. 하지만 해석론에 기해 현재의 ‘민사의 형사화’ 문제를 검토하고자 하는 본고의 취지상 이에 관해 상술하는 것은 불필요하고, 이미 이러한 고소·고발 실무와 관련한 문제점과 해결책을 서술한 연구도 존재하는 바, 여기에서는 더 이상 다루지 않는다.

73) 심희기, 앞의 글, 63-65면.

74) 우리나라는 전체 형사사건 입건수 중 재산범죄의 비중이 절반을 넘고, 그중 절반 정도를 절도죄, 나머지 절반 정도를 사기죄가 차지하고 있다(지난 10년간의 범죄통계상 평균. 다만, 절도죄는 점점 줄어들고 있고, 사기죄는 점점 늘어나고 있다(2022 범죄분석, 대검찰청, 2022, 3-10면)). 반면, 일본은 2022년 전체 형사사건 중 재산범죄의 비중이 88% 정도인데, 이 중 압도적 비중을 절도죄가 차지하고, 사기죄의 경우 6% 정도의 비율을 점하고 있다(法務省法務総合研究所編, 令和4年版犯罪百書, 日経印刷, 2023, 5면). 우리나라의 경우 전체 입건수가 일본의 두 배를 상회하는데, 그 주요 역할을 하고 있는 것이 사기죄라고 하겠다.

75) 심희기, 앞의 글, 71-74면.

76) 김정연 외, 앞의 보고서, 236-237면.

7. 소결 - 입법론

형법상 사기죄의 입법론과 관련하여 재산상 손해발생 요건의 규정 논의가 있다. 앞에서 살펴본 것처럼 사기죄의 보호법익을 재산권으로 보면 굳이 이 요건을 조문에 추가하지 않아도 얼마든지 해석으로 인정할 수 있다. 하지만 계속해서 대법원은 사기죄의 성립은 재산상 손해발생을 요건으로 하지 않는다고 판시하고 있고, 이는 사기죄의 적용범위를 넓히는 요인이 되고 있다. 하지만 재산상 손해의 발생을 명문으로 규정하고 있는 배임죄 규정과 비교하면, 대법원의 해석을 절대적으로 틀렸다고 단정하기 어렵다. 따라서 형법상 사기죄 조문에 재산상 손해발생 요건을 추가하는 것이 사기죄의 적용범위를 축소하고 구성요건의 해석을 명확히 하는 하나의 방법이 될 수 있을 것이다. 민사의 형사화 문제에 있어서는 일반적인 채무불이행 사례에서는 재산상의 손해가 인정되기 때문에 완전한 해결책이 되지는 못하겠지만, 위에서 언급된 사례 가운데 과장·허위광고 유형의 경우에는 일부 적용범위를 줄일 수 있을 것이다.

모든 영역에서 나타나는 부작위 사기죄의 경우 언급했던 판례들이 신의성실의무에 따라 고지의무를 인정하고 그 고지의무를 바로 보증인의무와 등치시키는 것은 사기죄의 기망행위 본질에 대한 오해에서 기인하는 것이다. 신의성실에 따른 정확한 정보제공의무는 모든 기망행위에 포함되어 있기 때문이다. 그래서 부작위 기망행위의 고지의무를 제한하는 원리가 아니라, 명시적 기망에서 정보제공의무는 단순히 자신의 행위자 기망행위임을 밝히는 것이지만, 묵시적 기망에서 정보제공의무는 자신의 작위행위 자체가 아니라 자신의 행위를 통해 야기된 착오를 벗어나게 할 수 있는 정보를 제공하지 않은 것이다. 이러한 판단에서 중요한 역할을 하는 것은 거래관행과 사회통념, 우리 판례의 표현으로는 신의칙이다. 하지만 명시적 기망과 묵시적 기망이 금지된 행위인 근거가 정보제공의무 위반은 아니다. 결국 묵시적 기망행위와 부작위에 의한 기망행위의 구별이 어려운 것은 본래 묵시적 기망행위에서 핵심적인 역할을 하는 신의칙에 따른 정보제공의무를 보증인의무의 발생근거로 보기 때문이다. 즉 거래관행에서 나오는 단순한 신의칙에 따른 정보제공에 대한 기대와 보증인에게 기대하는 작위의무를 구별하지 못하고 오해하기 때문에 나타나는 문제이다.⁷⁷⁾

77) 이석배, 앞의 글, 116면.

부작위 기망의 경우도 당연히 신의칙에 따른 정보제공의무는 존재한다. 하지만 정보제공의무는 부작위 기망행위가 기망행위일 수 있다는 점을 설명할 뿐 그 이상의 의미는 없다. 그래서 부작위 기망은 신의칙에 따른 정보제공의무 위반이기는 하지만 그 정보제공의무는 보증인의무가 아니기 때문에 그 정보제공의무를 근거짓는 법률상·계약상 보증인의무가 별도로 필요하다. 더욱이 민법상 사기에 의한 취소사유를 인정하는 근거를 그대로 형법상 의무로 전환하는 판례의 태도는 정치한 논증과정이 필요하고, 논증할 수 없다면 수정되어야 한다.⁷⁸⁾

제3절 | 횡령죄 관련 유형과 쟁점

1. ‘카오스’로서의 횡령과 배임

형법 각칙 제40장 ‘횡령과 배임의 죄’는 재산범죄의 ‘카오스’라 불려도 과언이 아닐 정도로 다양한 쟁점들을 중심으로 각양각색의 해석론이 존재한다. 여기에는 개념의 애매성 및 구성요건의 불명확성 등에서 기인하는 형법 내부의 ‘자생적’ 쟁점들도 존재하지만, 민법의 규정 및 해석 그리고 민사법리의 도입 등으로 인해 발생하는 ‘외래적’ 쟁점들도 존재한다.

이하에서는 법해석의 통일성 및 독자성의 관점에서 문제되고 있는 민법과 형법의 대표적인 교차영역들을 중심으로 해석성 쟁점들과 이를 둘러싼 논의들을 살펴보고, 합리적인 해석의 방향성과 필요한 경우 입법적 대안까지 모색해 보고자 한다.

2. 명의신탁

재산범죄는 형법과 민법이 교차하는 대표적인 영역이다. 그중에서도 ‘부동산명의신탁’은 각 관련자의 민·형사책임을 두고 형법과 민법의 해석이 교차하는 것을 넘어 상충하거나 심지어 서로 모순된 결론을 내리는 등 오랫동안 논란이 되어 온 문제영역

78) 이석배, 앞의 글, 122면.

이다. 하지만 대법원이 2차례의 전원합의체 판결을 통해서 기존의 입장을 변경하면서 어느 정도 해석의 수렴이 이루어지고 있는 듯한 양상을 보이고 있다. 따라서 이하에서는 부동산명의신탁의 유형별로 민·형사책임을 둘러싼 대법원의 법리 변화 추이를 살펴보고, 이러한 변화를 바라보는 형법과 민법의 다양한 시각과 해석론을 정리해 보고자 한다.

가. 부동산실명법 제정 이후 명의신탁에 관한 민사법리 - 명의신탁약정 무효와 부당이득반환

[부동산실명법 제정 이전에 명의신탁 약정이 법률상 유효한지에 관하여는, ① 명의수탁자가 명의신탁 약정에 반하여 소유권을 행사하지 아니할 의무를 부담하는 것을 내용으로 하는 것으로 허위표시가 아니라고 보는 [유효설]⁷⁹⁾과 ② 명의신탁은 당사자 사이에서 외관을 가장하고 그 외관의 법적 효력을 부인하기로 합의하고 있으므로 이는 허위표시로서 법효과를 부정하는 [무효설], ③ 명의수탁자와 제3자 사이의 법률관계에 있어서 제3자가 무조건적으로 보호되는 것이 아니라 선의의 제3자만 보호되어야 한다는 전제에서 출발하는 [한정적 유효설]로 견해가 대립했었다.

하지만 [부동산실명법 제정 이후]에는 부동산 명의신탁은 크게 3가지의 유형, 즉 ① 단순히 명의신탁자와 명의수탁자가 명의신탁 약정을 맺고 신탁자 소유의 부동산소유권 등기를 수탁자의 명의로 이전하는 [2자간 명의신탁], ② 부동산의 매도인과 매수인이 매매거래를 함에 있어 매수인이 제3자와 명의신탁 약정을 맺고 해당 매매거래에 따른 부동산 소유권의 등기명의이전을 매도인에서 수탁자에게 하도록 하는 [3자간 등기명의신탁], ③ 부동산의 실제 매수인인 신탁자가 제3자인 수탁자와 명의신탁약정을 맺은 후, 수탁자가 해당 계약의 당사자가 되어 매도인과 매매계약을 체결하고 매도인으로부터 등기명의를 이전받는 [계약명의신탁]으로, 매도인이 매매계약에 임함에 있어 신탁자와 수탁자 간의 명의신탁약정에 대해 인지했는지의 여부에 따라 다시 ‘선의의 계약명의신탁’과 ‘악의의 계약명의신탁’으로 나뉜다.

79) 유효설은 다시 소유권이 대내외적으로 모두 수탁자에게 이전하는가 아니면 대내적으로만 수탁자에게 이전하는가에 따라서 [상대적 권리이전설]과 [절대적 권리이전설]로 입장이 나뉜다.

1) 2자간 명의신탁

부동산실명법 제4조 제1항에 따르면, 신탁자와 수탁자 사이의 명의신탁 약정은 무효이기 때문에 명의수탁자에게 이전된 등기는 원인무효가 되고, 명의신탁자는 말소 등거나 진정명의회복을 원인으로 한 이전등기를 구할 수 있다. 다만 그 무효를 제3자에게 대항하지 못한다는 부동산실명법 제4조 제3항에 따라 명의수탁자가 제3자에게 부동산을 매도하거나 제3자를 위하여 저당권을 설정할 경우 이는 제3자의 선의·악의는 묻지 아니하고 원칙적으로 유효하다.

2) 3자간 (중간생략형)명의신탁

3자간 명의신탁의 특징은 부동산 매매계약의 당사자는 소유자와 명의신탁자인 반면 등기이전의 당사자는 매도인과 명의수탁자라는 점이다.

종래 대법원은 제3자인 매도인으로부터 수탁자 명의로 마쳐진 소유권이전등기는 무효이므로, 명의신탁자는 매도인에 대하여 매매계약에 기한 소유권이전등기를 청구할 수 있고, 그 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 매도인을 대위하여 명의수탁자에게 무효인 그 명의 등기의 말소를 구할 수도 있다(대법원 2002. 3. 15. 선고 2001다61654 판결 등). 이 경우 명의신탁자는 매도인에 대하여 매매계약에 기한 소유권이전등기청구권을 보유하고 있어 그 등기명의를 보유하지 못하는 손해를 입었다고 볼 수 없어서, 명의신탁자는 명의수탁자를 상대로 부당이득반환을 원인으로 한 소유권이전등기를 구할 수 없다(대법원 2008. 11. 27. 선고 2008다55290,55306 판결 등)고 보았다.

다만 명의수탁자가 명의신탁된 부동산을 제3자에게 처분하는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 제3취득자는 유효하게 소유권을 취득하고 매도인의 명의신탁자에 대한 소유권이전등기의무는 이행불능이 된다. 그 결과 명의신탁자는 신탁부동산의 소유권을 이전받을 권리를 상실하는 손해를 입게 되는 반면, 명의수탁자는 신탁부동산의 처분대금이나 보상금을 취득하는 이익을 얻게 된다. 이에 대법원은 명의수탁자로 하여금 명의신탁자에게 그 이익을 부당이득으로 반환할 의무를 부과함으로써 양자의 이익불균형 문제를 해소하여 왔다.⁸⁰⁾

80) 대법원 2011. 9. 8. 선고 2009다49193, 49209 판결.

그리고 최근 전원합의체판결⁸¹⁾에서 대법원(의 다수의견)은 ① 명의수탁자의 처분행위 등으로 인하여 매도인에게 경제적 손실이 발생한다고 할 수 없으므로 매도인은 부당이득반환청구권을 가지지 않고, ② 명의수탁자가 명의신탁자에 대하여 직접 부당이득반환의무를 부담한다고 보더라도, 매도인으로부터 권리를 박탈하거나 의무를 추가적으로 부담하게 하거나 명의신탁자에게 부당한 이익이나 권리를 부여하는 것도 아니라는 점을 근거로 종래와 같이 명의신탁자의 명의수탁자에 대한 부당이득반환청구를 인정하였다.⁸²⁾

하지만 이와 같은 대법원의 다수의견에 대해서는, 명의신탁이 무효임에도 명의수탁자에게 신탁재산을 처분한 이익의 반환을 청구를 인정하는 것은 부동산실명법의 제정 취지와 달리 민사법적으로는 명의신탁의 유효성을 인정하는 결과가 된다는 점에서 비판이 제기된다.

특히 이러한 명의신탁자의 부당이득청구에 관한 대법원의 태도는 후술하는 3자간 명의신탁에 있어서 횡령죄의 불성립을 인정한 대법원 전원합의체판결(대법원 2016. 5. 19. 선고 2014도6992 전원합의체 판결)과 모순된다.

3) 계약명의신탁

전술한 바와 같이 계약명의신탁은 매도인이 계약당시 명의신탁 사실을 알고 있었는가에 따라 ‘악의의 계약명의신탁’과 ‘선의의 계약명의신탁’으로 나뉜다. 먼저 매도인이 그러한 사실을 모르는 (즉, 명의수탁자를 진실한 매매계약의 당사자라고 인식하는) 경우, 명의수탁자 명의의 소유권이전등기는 유효하다. 따라서 명의수탁자는 매도인으로부터 부동산의 소유권을 온전하게 취득하게 되고, 매도인과 신탁자 사이에는 아무런 권리관계도 존재하지 않게 되며 신탁자와 수탁자 사이에서도 신탁자가 수탁자에 대하여 매수자금 등을 부당이득으로 반환청구할 수 있는 지위에 서게 될 뿐 부동산 자체에 대하여 권리를 주장할 수 없게 된다.

반면 매도인이 명의신탁 약정의 존재를 아는 (즉, 계약당사자는 명의수탁자이지만

81) 대법원 2021. 9. 9. 선고 2018다284233 전원합의체 판결.

82) 하지만 위 전원합의체판결에서 [반대의견]은 명의신탁자와 명의수탁자 사이에는 부당이득반환 관계를 직접적으로 인정할 만한 법률상 원인 없는 급부나 비용지출, 배타적인 권리침해 등의 법률관계가 존재하지 않고, 매도인에게 손실이 발생하지 않았다고 단정할 수 없다는 점을 들어 부당이득반환의 청구권자가 매도인이라 보았다.

실질적인 귀속(협의)자로 명의신탁자가 있음을 아는) 경우에는 부동산실명법 제4조 제2항의 규정에 따라 명의신탁 약정 및 이에 따른 소유권이전등기는 무효이기 때문에 소유권은 매도인에게 남게 된다. 따라서 매도인은 명의수탁자에 대하여 소유권이전등기의 말소(혹은 진정명의회복)를 구할 수는 있지만 명의수탁자가 매도인에게 지급한 매매대금이 매도인에게 원인 없이 급부된 것이라서 부당이득이 되기 때문에 이러한 상호간의 반환의무는 동시이행의 관계에 있게 되나 법현실에서 매수인이 명의신탁자인지 명의수탁자인지 여부가 중요하지 않은 매도인이 명의신탁을 이유로 이전등기의 말소를 구하는 경우는 드물다. 또한, 매도인과 명의신탁자 사이에는 아무런 법률관계도 없으나 명의신탁자는 자신의 명의수탁자에 대한 매수자금 상당의 부당이득반환청구권을 피보전채권으로 하여 명의수탁자가 매도인에 대하여 갖는 매매대금의 부당이득반환청구권을 대위행사하는 것은 (채권자대위권의 일반적 요건을 충족하는 한) 가능하다고 본다.

그러나 3자간 명의신탁에서와 마찬가지로 명의신탁이 무효임에도 명의신탁자로 하여금 명의수탁자에게 신탁재산을 처분한 이익의 반환을 청구할 수 있도록 허용하는 것은 부동산실명법의 제정취지에 반할 뿐만 아니라 계약명의신탁에 있어서 횡령죄의 불성립을 인정한 대법원의 형사판결(대법원 2000. 3. 24. 선고 98도4347; 대법원 2004. 4. 27. 선고 2003도6994; 대법원 2012. 12. 13. 선고 2010도10515; 대법원 2012. 11. 29. 선고 2011도7361)과도 상충된다는 점에서 문제된다.

나. 명의신탁에 관한 형사법리 - 명의부동산에 대한 횡령죄의 불성립

1) [대법원 전원합의체판결 이전] 명의신탁 유형별 횡령죄 성부에 대한 형사법리

종래 대법원은 명의신탁의 유형 중 계약명의신탁의 경우를 제외하고는 명의수탁자가 명의신탁된 부동산을 임의처분하면 신탁자를 피해자로 하는 횡령죄가 성립한다는 입장이었다.

(1) 계약명의신탁 - 횡령죄 불성립

선의의 계약명의신탁의 경우, 매도인과 수탁자 간의 매매계약이 완전히 유효하고 수탁자가 적법하게 소유권을 취득하게 되므로 수탁자가 '타인의 재물'을 보관하는

자라고 볼 수 없어서 횡령죄의 성립 여지가 없다. 또한, 악의의 계약명의신탁의 경우에도 부동산실명법 제4조 제2항 본문에 의하여 수탁자 명의의 소유권이전등기는 무효이고 부동산의 소유권은 매도인이 그대로 보유하게 되므로, 명의수탁자는 부동산 취득을 위한 계약의 당사자도 아닌 명의신탁자에 대한 관계에서 횡령죄에서 '타인의 재물을 보관하는 자'의 지위에 있다고 볼 수 없고, 매도인과 수탁자 간에는 아무런 신탁관계가 없으므로 수탁자에게 횡령죄가 성립하지 않는다고 한다.⁸³⁾

(2) 2자간 및 3자간 등기명의신탁의 경우 - 횡령죄 성립

2자간 명의신탁의 경우 구체적 이유 없이 '부동산을 소유자로부터 명의수탁받은 자가 이를 임의로 처분하였다면 명의신탁자에 대한 횡령죄가 성립한다'⁸⁴⁾라고 판시하였고, 3자간 등기명의신탁의 경우에도 '부동산을 그 소유자로부터 매수한 자가 그의 명의로 소유권이전등기를 하지 아니하고 제3자와 맺은 명의신탁약정에 따라 매도인으로부터 바로 그 제3자에게 중간생략의 소유권이전등기를 경료한 경우, 그 제3자가 그와 같은 명의신탁 약정에 따라 그 명의로 신탁된 부동산을 임의로 처분하였다면 신탁자에 대한 횡령죄가 성립한다'⁸⁵⁾고 하면서, 추가하여 '그 명의신탁이 부동산실명법 시행 전에 이루어졌고 같은 법이 정한 유예기간 이내에 실행등기를 하지 아니함으로써 그 명의신탁약정 및 이에 따라 행하여진 등기에 의한 물권변동이 무효로 된 후에 처분이 이루어졌다고 하여 달리 볼 것은 아니다'⁸⁶⁾고 판시하여 신탁자와 수탁자 간에 존재하는 명의신탁약정에 근거하여 수탁자에게 위탁신탁관계에 기한 보관자의 지위를 인정하고, 부동산실명법에 따라 해당 명의신탁약정과 등기이전이 모두 (민사상) 무효가 된다는 사정이 횡령죄의 성립에 영향을 주지 않는다고 보았다.

2) [대법원 전원합의체판결 이후] 변경된 형사법리

(1) 부동산 명의신탁에 있어서 횡령죄의 성립을 부정하는 방향으로 법리 전환

대법원은 2016년의 전원합의체 판결에서 3자간 등기명의신탁 사안에 대하여 "명의

83) 대법원 2012. 11. 29. 선고 2011도7361 판결.

84) 대법원 2000. 2. 22. 선고 99도5227 판결.

85) 대법원 2001. 11. 27. 선고 2000도3463 판결.

86) 대법원 2001. 11. 27. 선고 2000도3463 판결.

신탁자가 매수한 부동산에 관하여 부동산실명법을 위반하여 명의수탁자와 맺은 명의 신탁약정에 따라 매도인에게서 바로 명의수탁자 명의로 소유권이전등기를 마친 이른바 중간생략등기형 명의신탁을 한 경우, 명의신탁자는 신탁부동산의 소유권을 가지지 아니하고, 명의신탁자와 명의수탁자 사이에 위탁신탁관계를 인정할 수도 없다. 따라서 명의수탁자가 명의신탁자의 재물을 보관하는 자라고 할 수 없으므로, 명의수탁자가 신탁받은 부동산을 임의로 처분하여도 명의신탁자에 대한 관계에서 횡령죄가 성립하지 아니한다”⁸⁷⁾고하여 종전의 입장을 변경하였다.

그리고 대법원은 이러한 변경된 법리를 2021년에 2자간 명의신탁에도 그대로 적용하여, 명의수탁자가 명의신탁자에 대한 관계에서 횡령죄가 성립하기 위한 요건인 ‘타인의 재물을 보관하는 자’의 지위에 있다고 볼 수 없다는 취지로 명의수탁자의 임의처분행위는 횡령죄가 성립하지 않는다⁸⁸⁾고 기존의 입장을 변경하였다.

(2) 횡령죄 성립을 부정하는 대법원의 논거로서 ‘형법상 보호가치’

2번의 전원합의체판결을 통해 명의신탁에 있어서 횡령죄의 불성립을 선언한 대법원의 공통된 논리 중 가장 눈에 띄는 것은 ‘형법상 보호할 가치’라고 할 수 있다. 이와 관련하여 대법원은 다음과 같이 판시한 바 있다.

“위탁관계는 사용대차·임대차·위임 등의 계약에 의하여서 뿐만 아니라 사무관리·관습·조리·신의칙 등에 의해서도 성립될 수 있으나, 횡령죄의 본질이 신탁관계에 기초하여 위탁된 타인의 물건을 위법하게 영득하는 데 있음에 비추어 볼 때 위탁관계는 횡령죄로 보호할 만한 가치 있는 신탁에 의한 것으로 한정함이 타당하다. 위탁관계가 있는지 여부는 재물의 보관자와 소유자 사이의 관계, 재물을 보관하게 된 경위 등에 비추어 볼 때 보관자에게 재물의 보관 상태를 그대로 유지하여야 할 의무를 부과하여 그 보관 상태를 형사법적으로 보호할 필요가 있는지 등을 고려하여 규범적으로 판단하여야 한다”⁸⁹⁾

이에 따라 [2자간 명의신탁]은 물론 [3자간 명의신탁]에 있어서 명의신탁약정과

87) 대법원 2016. 5. 19. 선고 2014도6992 전원합의체판결.

88) 대법원 2021. 2. 18. 선고 2016도18761 전원합의체판결.

89) 대법원 2021. 2. 18. 선고 2016도18761 전원합의체판결 및 대법원 2016. 5. 19. 선고 2014도6992 전원합의체판결.

그에 부수한 위임약정, 명의신탁약정을 전제로 한 명의신탁 부동산 및 그 처분대금 반환약정은 ① 부동산실명법 위반으로서 모두 무효이고, ② 무효인 원인행위(명의신탁약정 등)에 기초한 사실상의 위탁관계 역시 부동산실명법에 반하여 범죄를 구성하는 불법적인 관계일 뿐, 이를 ③ 형법상 보호할 만한 가치 있는 신임에 의한 것이라고 할 수 없다고 함으로써 횡령죄의 성립을 부정하고 있다.

여기서 ①, ②의 논거는 횡령죄의 성립을 인정했던 종래의 판결에서도 등장하는 논리인 반면, ‘형법상 보호할 가치’는 전원합의체판결에서 비로소 등장한 논거라고 할 수 있다. 따라서 이는 부동산 명의신탁에 있어서 ‘횡령죄의 불성립 근거’인 동시에 더 나아가 ‘형법적 개입(형사처벌)의 필요성’ 내지 ‘민사책임과 형사책임의 한계 설정’에 있어서 하나의 판단기준 내지 가이드라인이 되고 있다.

3) 형법 개입의 근거이자 한계로서 ‘형법상 보호할 가치’에 대한 평가

변경된 전원합의체판결의 법리상 특이한 점은, ① 부동산실명법에 따라 명의신탁약정 및 등기이전 등 법률관계는 무효이지만, 민사법적 관점에서 ‘사실상 위탁관계’의 존재는 인정된다는 점이고, 그러나 ② 그 사실상 위탁관계(명의신탁자-명의수탁자 간의 관계)는 형사법적 관점에서 보호할 가치가 없다는 점을 명확히 하였다는 데 있다.

문제는 민사법적 관점에서 인정되는 ‘사실상 위탁관계’가 전술한 바와 같이 명의신탁자와 명의수탁자 간의 부당이득반환의 목시적 전제로 기능하는 반면, 형법적 관점에서는 보호가치가 없다는 이유로 배척된다는 점이다. 따라서 전원합의체판결을 이해하기 위해서는 먼저 ‘원인행위가 위법·무효임에도 인정되는 사실상의 위탁관계’라는 것이 과연 무엇인지, 그리고 이에 대해 민사법적 관점과 형사법적 관점에서의 취급이 달라지는 것은 어떻게 정당화될 수 있는지 살펴볼 필요가 있다.

(1) ‘사실상 위탁관계’의 인정 여부

횡령죄의 구성요건으로 규정된 ‘타인의 재물을 보관하는 자’라는 지위는 사용대차, 임대차, 위임, 임치 등의 계약에 의하여 발생하는 것이 일반적이나, 우리 판례와 학설은 사무관리와 같은 법률의 규정, 관습이나 조리 또는 신의성실의 원칙에 의하여서도 발생할 수 있다고 본다. 문제는 언제부터가 횡령죄 주체인 보관자의 지위를 논함에

있어서 해석상 ‘위탁관계’의 유무를 논한다는 데서 발생한다. 하지만 이에 대한 평가는 엇갈린다.

먼저 대법원 다수의견과 같이 신임에 기한 위탁관계의 존재를 횡령죄의 성립요건으로 인정하고, 그 위탁관계가 형법상 보호할 만한 가치가 있어야 한다고 보는 견해⁹⁰⁾가 있는 반면 위탁신임관계는 횡령죄의 구성요건과 무관한 요소이므로 위탁신임관계가 형법적으로 보호할 만한 가치가 있는 위탁신임관계여야 할 이유가 없다는 견해⁹¹⁾도 있다. 전자의 견해는 형법의 최후수단성에 비추어 형법이 보호하여야 하는 신뢰관계로 횡령죄의 적용대상을 제한해야 한다는 것⁹²⁾을, 후자의 견해는 횡령죄에서 위탁신임관계의 배신은 타인의 재물을 불법하게 영득하는 양태 내지는 방식에 해당하는 요소로 위탁신임관계의 배신은 횡령죄의 행위양태를 결정하는 행위관련적 요소일 뿐 법익관련적 요소는 아니기 때문에, 위탁신임관계는 횡령죄에서 주체와 객체를 특정하는 의미와 위탁신임관계의 배신을 통한 영득만이 횡령죄의 영득에 해당한다는 의미를 가질 뿐이라는 점을 논거로 든다.

생각건대, 위탁관계의 유무에 따라 기본-가중구성요건 형식으로 규정하고 독일형 법과 달리 우리 형법은 보관자의 지위를 논함에 있어서 명시적으로 ‘위탁관계’를 요하지 않는다. 물론 소유자와 보관자 사이에 민법상 위탁관계로서의 법률관계가 형성될 수는 있지만, 형법상 횡령죄의 성립 여부, 특히 보관자의 지위 여부를 논함에 있어서 ‘위탁관계’라는 개념이 충족 내지 전제될 필요성은 발견되지 않는다.

따라서 횡령죄의 성립 여부를 판단하기 위해서 구성요건해당성을 검토하면서 ‘위탁관계’라는 민사법적 용어와 개념을 해석상 도입하고, 이를 범죄성립의 전제 내지 구성요건화 시키는 것은 자칫 ‘형사의 민사화’의 단초를 제공할 수 있다는 점에서 우려스럽다. 특히 전원합의체판결에서 대법원은 ‘사실상 위탁관계’라는 것이 과연 무엇인지에

90) 강동범, “등기명의신탁에서 신탁부동산의 임의처분과 횡령죄의 성부”, 법조 통권 제78호, 법조협회, 2016, 615면; 조기영, “재산범죄와 보호할 가치있는 신탁관계”, 형사법연구 제26권 제1호, 한국형사법학회, 2014, 115면; 원혜욱·김자영, “중간생략등기형 명의신탁과 횡령죄”, 형사법연구 제28권 제3호, 한국형사법학회, 2016, 137면; 천진호, “명의신탁부동산 처분행위의 형사책임”, 형사판례연구 제11권, 박영사, 2003, 224면 등.

91) 문재규, “횡령죄의 주체와 부동산명의수탁자의 지위”, 형사법연구 제32권 제2호, 한국형사법학회, 2020, 126면; 김성돈, 형법각론 제6판, SKKUP, 2020, 429면; 임웅, 형법각론 제9전정판, 법문사, 2018, 478면.

92) 강동범, 앞의 글, 614면; 원혜욱·김자영, 앞의 글, 137면.

대해 아무런 논증도 하지 않고 있으며, 단지 형법상 보호가치 판단의 대상으로서도 언급하고 있다.

이는 아마도 앞서 다룬 민사법리에서처럼 명의신탁자의 권리구제 차원에서 부당이득반환을 인정하기 위한 최소한의 근거로서 만들어낸 개념적 도구로 보인다. 하지만 횡령죄의 구성요건해당성 여부를 판단함에 있어서 과연 '위탁관계'라는 개념적 도구가 필요한 것인지, 나아가 그 충족을 전제로 횡령죄의 성부를 논하는 것이 타당한지 의문이다. 특히 부동산실명법 위반으로 위법·무효인 명의신탁관계에서 신탁자의 권리구제를 위해 수탁자에 대한 부당이득반환청구를 허용하는 것이 과연 부동산실명법의 입법목적과 전원합의체를 통해 기존 입장을 변경하면서까지 형사법적 개입(횡령죄의 성립)을 부정한 취지와 조화될 수 있는지 재검토가 필요하다. 즉, 기존 법리처럼 명의신탁부동산을 임의처분한 수탁자를 횡령죄로 처벌함으로써 부동산실명법을 위반한 명의신탁자의 재산회복에 기여하는 모순을 해결하기 위해 판례변경을 통해 형사법적 영역에서는 횡령죄를 부정하면서도, 민사법적 영역에서는 명의신탁자의 재산권이 지나치게 침해되는 것을 방지하기 위해 수탁자에 대한 신탁자의 부당이득반환 청구를 허용하는 것은 (민법과 형법의 추구목적이 다르다는 점을 감안한다 하더라도) 법질서 및 법해석의 통일성 관점에서도 바람직하지 않다고 판단된다.

(2) '형법상 보호할 가치'에 대한 논증의 필요성

횡령죄가 배임죄와 함께 타 재산범죄와 구별되는 지점, 즉 불법의 특수성은 [소유자-보관자] 또는 [본인-사무처리자] 등 특정한 관계에서 형성된 '신뢰'와 그에 대한 '배신(행위)'에 있다. 그리고 여기서의 신뢰는 '일반(추상)적·개인적 차원의 신뢰'가 아니라 재산을 둘러싼 특수한 관계성을 전제로 한 '제한적·규범적·사회적 차원의 신뢰'를 말한다(이에 대해서는 배임죄의 본질을 논하는 부분에서 보다 자세히 다루기로 한다). 횡령죄와 배임죄가 타 재산범죄와 달리 신분범의 형태로 규정되어 있는 것도 바로 이러한 특수한 관계성과 그러한 사회적·규범적 관계 속에서 형성되고 그 관계망 속에서 기대되는 신뢰의 보호를 규범목적으로 하고 있기 때문이다.

그리고 위 전원합의체판결들에서 대법원은 다음과 같이 바로 '신뢰(신임)의 보호가치(성)'를 가지고 형법적 개입의 유무 내지 필요성, 보다 구체적으로는 횡령죄의 성립

여부를 결정한다.

“명의신탁자와 명의수탁자 사이에 존재한다고 주장될 수 있는 사실상의 위탁관계라는 것도 부동산실명법에 반하여 범죄를 구성하는 불법적인 관계에 지나지 아니할 뿐 이를 형법상 보호할 만한 가치 있는 신임에 의한 것이라고 할 수 없다.”⁹³⁾

그렇다면 어떠한 신뢰(신임)관계는 보호가치가 있고, 또 어떤 신뢰(신임)관계는 보호가치가 없음을 무엇을 가지고/어떠한 기준으로 평가할 것인가? 이러한 물음은 형법적 개입의 정당화 근거에 대한 질문인 동시에 보충성 및 최후수단성과 관련한 형법의 적용한계에 대한 근본적인 물음이라는 점에서 중요하다.

하지만 안타깝게도 대법원은 이에 대한 구체적인 논증을 하고 있지 않다. 다만 판시내용을 통해서 우리가 확인할 수 있는 것은 ‘부동산실명법에 반하여 범죄를 구성하는 불법적인 관계’에 터잡은 신뢰에 대해서는 형법적 보호가치를 인정하지 않겠다는 점이다. 즉, 전체 법질서 내지 특정 법률에 대한 위반을 통해서 확인되는 ‘(관계의) 위법성 내지 불법성’이 신뢰의 형법적 보호가치 여부를 결정하는 기준으로 작동하고 있음을 확인할 수 있다.

하지만 ‘형법상 보호가치’를 새롭게 제시함으로써 ‘형사의 민사종속화’를 해소하고 공공적 가치 보호라는 민법과 구별되는 형법의 독자적 목적과 기능을 명확히 하였다는 점에서는 긍정적으로 평가할 수도 있지만, 이 정도의 판단기준과 논증만으로 과연 위와 같은 기대효과를 창출할 수 있을지에 대해서는 회의적이다. 왜냐하면 ‘신뢰관계(더욱이 대법원 다수의견에 따르면 위탁관계)의 적법성’만을 판단기준으로 삼을 경우, 오히려 형사의 민사종속화 내지 행정종속화를 심화시킬 수도 있기 때문이다. 따라서 ‘형법상 보호가치’라는 잣대가 민법과 형법의 경계를 명확히 하여 ‘형사의 민사화’ 내지 ‘민사의 형사화’라는 문제를 해결하는 하나의 해석적 대안이 되기 위해서는 형법상 보호가치 유무를 판단하기 위한 규범적 기준들의 구체화 작업이 필요하다.

3. 비자금의 조성 및 사용

93) 대법원 2016. 5. 19. 선고 2014도6992 전원합의체판결.

일반적으로 ‘비자금’이란 “법인의 회계장부상에 올라 있는 법인의 공적 자금이 아니라 법인의 운영자나 관리자가 회계로부터 분리시켜 별도로 관리하는 법인의 자금”⁹⁴⁾을 의미한다. 그리고 이러한 비자금을 관리(보관)자가 횡령한 사안에서 대법원은 비자금의 조성행위와 사용행위를 엄격히 구별하여,⁹⁵⁾ [비자금 조성행위]에 대해서는 조성의 목적에 따라 ① 그것이 법인과는 아무런 관련이 없거나 개인적인 용도로 착복할 목적으로 조성된 경우에는 비자금 조성행위 자체로써 불법영득의사가 인정되어 횡령죄가 성립하는 반면, ② 비자금 조성이 법인의 운영에 필요한 자금을 조달하는 수단으로 인정되는 경우에는 횡령죄가 성립하지 않는다⁹⁶⁾고 한다. 한편 [비자금 사용행위]와 관련해서는 사용의 용도(목적)를 고려하여, ① 법인의 이익을 목적으로 사용한 경우에는 불법영득의사가 없음을 이유로 횡령죄의 성립을 부정하고, ② 행위자의 사적 이익을 위해 사용한 경우에는 불법영득의사를 근거로 횡령죄의 성립을 긍정한다.⁹⁷⁾

비자금의 조성 및 사용에 관한 위와 같은 대법원의 법리는 아래의 판례사안⁹⁸⁾에서도 그대로 유지된다.

“① 일반적으로 법인의 무자료 거래는 매출누락을 통한 세금포탈과 비자금 조성을 목적으로 이루어지는데, 비자금이 법인과는 아무런 관련이 없거나 대표자가 개인적 용도로 착복할 목적으로 조성된 경우에는 비자금 조성행위 자체로써 불법영득의사가

94) 서명수, “법인의 비자금과 횡령죄”, 형사재판의 제문제 [제3권], 형사실무연구회, 2000, 144면; 대법원 2006. 6. 27. 선고 2005도2626 판결 등 참조.

95) 대법원은 “비자금의 조성행위와 비자금의 사용행위 사이에서 그 기본적 사실관계의 동일성을 인정하기 어렵다”고 보아 양자 사이에 공소장변경도 할 수 없다고 한다(대법원 2009. 2. 26. 선고 2007도4784 판결 참조).

96) 대법원 2010. 12. 9. 선고 2010도11015 판결; 대법원 2011. 2. 10. 선고 2010도12920 판결 등.

97) 대법원 1994. 9. 9. 선고 94도619 판결; 대법원 2015. 2. 26. 선고 2014도15182 판결 등.

98) 대법원 2016. 8. 30. 선고 2013도658 판결. [사실관계] ××그룹 계열사인 ××산업은 울산, 부산 등지에서 공장을 운영하면서 스판덱스, 나일론 등의 섬유제품과 석유화학제품을 생산하는 회사로서, 생산한 섬유제품 등 내수용은 대리점들을 통해 판매하고 있다. 피고인 甲은 ××산업 대표이사 및 ××그룹 회장으로 근무하면서 —피고인 甲의 모(母)이자 ××산업의 이사로서 ××산업의 자금 전반을 총괄하던 乙 등과 공모하여— 1997. 1.부터 2005. 12.경까지 ××산업 울산 공장의 임직원 등을 통해, 그 곳에서 생산된 스판덱스 등의 제품을 ××산업 대구지역 대리점인 동×상사, 서울지역 대리점인 환×산업, 부산지역 대리점인 풍×상사 등에게 세금계산서 발행 없이 총 420억 원 상당의 스판덱스 등 섬유제품을 빼돌려 무자료로 판매(무자료거래)하게 하고 이 무자료 거래대금을 현금으로 교부받아 이를 차명계좌 등으로 관리하여 오다가 피고인 甲과 가족들 명의의 일시납 보험 가입과 피고인 甲의 유상증자 대금, 세금납부 등 사적인 용도로 사용하였다(업무상횡령죄의 공동정범). 또한 피고인 甲은 위에서와 같은 스판덱스 등 섬유제품의 무자료 거래 및 급여 항목의 허위 회계처리를 등을 이용하여 매출을 누락시키는 등 2001년도~2010년도 신고기한 도래 법인세 및 부가가치세액 합계 총 약 30억 원을 포탈하였다.

실현된 것으로 보나, 비자금 조성이 법인의 운영에 필요한 자금을 조달하는 수단으로 인정되는 경우에는 횡령죄가 성립하지 아니하는 것으로 본다. (…중략…)

⑤ 무자료 거래를 통하여 조세를 포탈하고 비자금을 조성하는 것은 비록 위법한 행위이지만, 비자금 조성이 대표자의 개인적 목적에 의한 것이 아니라 법인의 운영에 필요한 자금을 조달하는 수단인 경우라면 ‘섬유제품’ 소유자인 피고인 5 회사의 이익에 반하지 않으므로, 앞서 본 법리에 따라 특별한 사정이 없는 한 ‘섬유제품’에 대한 불법영득의사는 인정하기 어렵다.”

1) 대법원법리의 문제점

(1) 비자금 조성행위의 처벌(횡령죄 성립)근거로서 ‘조성 목적’

비자금 조성하면서 조성의 목적이나 사용처를 특정해 놓고 조성하는 경우는 오히려 드물다. 그 만큼 비자금 조성 단계에서 ‘조성 목적’은 표면적이거나 불분명하거나 유동적인 경우가 대부분이다. 따라서 ‘조성 목적’이라는 해석상 기준을 도입하여 비자금 조성행위의 형사책임의 유무, 즉 형법상 명시된 횡령죄의 구성요건요소가 아닌 ‘조성 목적’을 통해 비자금 조성행위에 있어서 횡령죄의 불법성 유무를 평가하는 것은 죄형법정주의의 명확성 원칙에 반할 여지가 많다.

(2) 비자금 사용행위의 처벌(횡령죄 성립)근거로서 ‘법인의 이익’

대법원은 “그 행위자에게 법인의 자금을 빼내어 착복할 목적이 있었는지 여부는 그 법인의 성격과 비자금의 조성 동기, 방법, 규모, 기간, 비자금의 보관방법 및 실제 사용용도 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다”⁹⁹⁾고 실시하였지만, 정작 대법원은 (사용 용도 내지 목적이 아니라) 비자금의 사용이 결과적으로 ‘법인의 이익에 반하는지’를 기준으로 횡령죄의 성부를 판단한다. 특히 대법원은 “무자료 거래를 통하여 조세를 포탈하고 비자금을 조성하는 것은 비록 위법한 행위”임을 인정하면서도, 그 사용이 “회사의 이익에는 반하지 않으”면 불법영득의사가 없다고 판시하고 있는데, 이러한 논리가 성립하려면 ‘법인의 이익에 반하지는 여부’가 어떻게 횡령죄의 주관적 구성요건요소인 불법영득의사의 유무를 징표하는지에 대한 명확한 논증이

99) 대법원 2010. 12. 9. 선고 2010도11015 판결 등 참조.

필요하다.

2) 비지금 조성 및 사용의 ‘목적성 및 이익성’과 불법영득의사

횡령죄에 있어서 불법영득의사는 초과주관적 구성요건인 동시에 횡령행위의 개념 및 기수와 미수를 판가름하는 척도로서도 기능한다. 횡령죄의 기수시기와 관련하여 [표현설]은 횡령(행위)을 영득의사의 표현(행위)으로 이해하고, 불법영득의사가 객관적으로 인식될 수 있도록 외부에 표현되었을 때 횡령죄의 기수가 인정된다고 보는 반면, [실현설]은 횡령의 개념을 영득의사의 실현으로 이해한다. 횡령죄의 실행행위인 횡령행위는 단순히 불법영득의사를 외부적으로 표현하는 행위가 아니라 불법영득의사를 실현하는 행위로서, 횡령죄의 기수시기는 불법영득의사가 실현되었을 때로 해석한다. 전자인 표현설에 의하면 횡령죄는 ‘추상적 위험범’에 가까워지고, 후자인 실현설에 따르면 횡령죄의 법적 성격은 ‘침해범’에 접근하게 된다. 이와 관련하여 대법원의 태도는 불명확하나, 추론컨대 표현설에 가까운 것으로 평가된다.¹⁰⁰⁾

그렇다면 불법영득의사의 표현 여부를 무엇을 통해 판단하는가? 이와 관련하여 대법원은 “불법영득의사가 외부에 인식될 수 있는 객관적 행위가 있을 때 횡령죄가 성립한다”¹⁰¹⁾고 판시함으로써, ‘객관적 행위’를 통하여 불법영득의사가 표현되었는지 여부를 심사한다.

이러한 불법영득의사에 관한 형사법리에 비추어 봤을 때, 비지금 조성행위의 목적이나 사용행위가 법인의 이익에 반하는지 여부를 불법영득의사와 연관짓고, 이를 다시 불법영득의사의 유무에 관한 판단표지로 해석하는 것은 타당하지 않다.

100) 예컨대, “피고인이 자기의 점유 하에 있는 피해자 소유의 원사에 대하여 불법영득의 의사로 연사의 가공행위를 한 이상 그 불법영득의 의사가 객관적으로 외부에 표현된 것이라고 보겠으므로 이로써 횡령죄는 기수가 된다고 할 것이다(대법원 1981.5.26. 선고 81도673 판결; 대법원 2002. 11. 13. 선고 2002도2219 판결; 대법원 2004. 12. 9. 선고 2004도5904 판결)”라고 표현설에 가까운 판시내용도 있지만, 하지만 대법원 2012. 8. 17. 선고 2011도9113 판결과 같이 실현설을 취했다고 평가되는 판결도 있다. 이와 관련하여 횡령죄에 있어서 불법영득의사의 ‘표현’ 및 ‘실현’이 갖는 규범적 의미에 대해서는 김봉수, “횡령죄의 미수범 성립여부”, 형사 판례연구 제21권, 박영사, 2013, 225-251면 참조.

101) “횡령죄는 타인의 재물을 보관하는 자가 그 재물을 횡령하는 경우에 성립하는 범죄이고, 횡령죄의 구성요건으로서의 횡령행위란 불법영득의사를 실현하는 일체의 행위를 말하는 것으로서 불법영득의사가 외부에 인식될 수 있는 객관적 행위가 있을 때 횡령죄가 성립한다”(대법원 1993. 3. 9. 선고 92도2999 판결; 대법원 1998. 2. 24. 선고 97도3282 판결; 대법원 2004. 12. 9. 선고 2004도5904 판결 등 참조).

4. 착오송금 및 착오이체

가. [착오송금]에 관한 대법원의 법리 - 횡령죄의 성립 근거로서 ‘신의칙상 보관관계’

[착오송금]사례¹⁰²⁾에서 대법원은 다음과 같은 논리로 횡령죄의 성립을 긍정한다.

“어떤 예금계좌에 돈이 착오로 잘못 송금되어 입금된 경우에는 그 예금주와 송금인 사이에 신의칙상 보관관계가 성립한다고 할 것이므로, 피고인이 송금 절차의 착오로 인하여 피고인 명의의 은행 계좌에 입금된 돈을 임의로 인출하여 소비한 행위는 횡령죄에 해당하고(대법원 1968. 7. 24. 선고 1966도1705 판결, 대법원 2005. 10. 28. 선고 2005도5975 판결, 대법원 2006. 10. 12. 선고 2006도3929 판결 등 참조), 이는 송금인과 피고인 사이에 별다른 거래관계가 없다고 하더라도 마찬가지이다.”

그리고 위 법리는 아래와 같이 [보이스피싱]사안¹⁰³⁾에도 그대로 적용되었다.

“[다수의견] (...중략...) 계좌명의인이 송금·이체의 원인이 되는 법률관계가 존재하지 않음에도 계좌이체에 의하여 취득한 예금채권 상당의 돈은 송금의뢰인에게 반환하여야 할 성격의 것이므로, 계좌명의인은 그와 같이 송금·이체된 돈에 대하여 송금의뢰인을 위하여 보관하는 지위에 있다고 보아야 한다. 따라서 계좌명의인이 그와 같이 송금·이체된 돈을 그대로 보관하지 않고 영득할 의사로 인출하면 횡령죄가 성립한다. 이러한 법리는 계좌명의인이 개설한 예금계좌가 전기통신금융사기 범행에 이용되어 그 계좌에 피해자가 사기피해금을 송금·이체한 경우에도 마찬가지로 적용된다.”

102) 대법원 2010. 12. 9. 선고 2010도891 판결 [사실관계] 피고인은 2008. 6. 4.경 피해자 공소의 주식회사에 근무하는 이름을 알 수 없는 직원이 착오로 피고인 명의의 홍콩상하이(HSBC)은행 계좌로 잘못 송금한 300만 홍콩달러(한화 약 3억 9,000만 원 상당)를 그 무렵 임의로 인출하여 사용하였다.

103) 대법원 2018. 7. 19 선고 2017도17494 전원합의체판결 [사실관계] 피고인 甲은 자기 명의로 개설된 예금계좌의 예금통장과 체크카드 1개, OTP카드 1개 등 접근매체를 보이스피싱 조직원 乙에게 양도하였다. 乙은 피해자 A에게 보이스피싱을 하여 甲 명의의 계좌로 613만 원을 송금하게 하였다. 甲은 별도로 만들어 소지하고 있던 체크카드를 이용하여 그중 300만 원을 임의로 인출하였다.

하지만 [착오이체(된 비트코인)]사례¹⁰⁴⁾에서 대법원은 다음과 같이 횡령죄는 물론 배임죄의 성립도 부정하였다.

“가상자산 관리자의 착오나 가상자산 운영 시스템의 오류 등으로 법률상 원인관계 없이 다른 사람의 가상자산 전자지갑에 가상자산이 이체된 경우, 가상자산을 이체받은 자는 가상자산의 관리자 등에 대한 부당이득반환의무를 부담하게 될 수 있다. 그러나 이는 당사자 사이의 민사상 채무에 지나지 않고 이러한 사정만으로 가상자산을 이체받은 사람이 신임관계에 기초하여 가상자산을 보존하거나 관리하는 지위에 있다고 볼 수 없다.”

나. [착오송금]와 [착오이체]의 구별점으로서 ‘(신의칙상) 신임관계의 유무’

대법원은 착오송금된 돈을 임의처분한 경우에는 신의칙상 신임관계를 근거로 횡령죄의 성립을 인정한 반면, 착오이체된 비트코인을 임의처분한 경우에는 신의칙상 신임관계가 인정되지 않는다는 이유로 횡령죄 및 배임죄 모두 불성립한다고 판시하였다.

하지만 [착오송금]과 [착오이체] 판결의 논리구조를 비교해 보면, [착오송금]사례에서는 법률상 원인없는 송금행위가 [민사법적으로] 송금받은 자의 부당이득반환의무를 발생시키고, 부당이득반환을 중심으로 한 규범적 신뢰의 형성이 [형사법적으로] ‘신의칙상 보관관계’로 평가되어 보관자의 지위를 인정하는 근거로 작용하는 반면, [착오이체]사례에서는 법률상 원인 없는 착오이체행위로 인해 계좌명의인(수취인)에게 부당이득반환의무가 발생함에도 이는 단지 [형법적으로] ‘민사상 채무’에 불과할 뿐, 보관자 또는 사무처리자의 지위를 인정할 만한 신뢰관계의 토대가 되지 못한다. 그렇다면 후자의 [착오이체]사례에서 ‘신의칙상 보관관계’가 부정되는 이유는 무엇인가? 왜 [착오이체]사례에서 송금인과 수취인 간의 부당이득반환관계는 ‘신의칙상 보관관계’로 전환되지 못하는가?

이에 대해 대법원은 명시적인 언급이나 논증을 하고 있지 않다. 다만 ([착오송금]사례와 달리) [착오이체]사례는 ㉠ 부당이득반환청구를 할 수 있는 주체가 피해자인지

104) 대법원 2021. 12. 16. 선고 2020도9789 판결 [사실관계] 피고인은 알 수 없는 경위로 피해자 A의 ‘햇빛’ 거래소 가상지갑에 들어 있던 199.999비트코인을 자신의 계정으로 이체받았다. 피고인은 그중 29.998비트코인을 자신의 계정 1로, 169.996비트코인을 자신의 계정 2로 이체하였다.

아니면 거래소인지 명확하지 않고, ㉠ 비트코인이 재산상 이익에는 해당하지만, 법정 화폐와 법률상(공법상, 사법상) 동일하게 취급되지 않고 있으며, ㉡ 명문의 처벌규정이 없는 이상, 횡령죄 성립을 긍정한 [착오송금]판례의 법리를 유추하여 신의칙을 근거로 처벌하는 것은 죄형법정주의의 유추해석금지원칙에 반한다는 점을 근거로 든다. 하지만 위와 같은 근거들이 [착오이체]사례에서 횡령죄 또는 배임죄를 부정하는 정당하고 설득력 있는 근거인지는 의문이다. 먼저 부당이득반환청구 주체의 불명확의 문제(논거㉠)는 [착오송금]사례에서도 동일하게 문제되었던 쟁점이고, 통화에 관한 죄나 유가증권에 관한 죄의 성립문제가 아닐 뿐더러 비트코인의 재산적 가치(재산상 이익)를 인정하는 이상 법정통화가 아니라는 주장(논거㉡)은 설득력이 떨어진다. 또한 유추해석금지 처벌규정을 해석함에 있어서 문언의 가능한 의미를 넘어서는 것을 금지하는 것이지, 이것이 동일한 구조의 행위불법을 가지고 있는 [착오송금] 및 [착오이체]사례에서 계좌명의인(수취인)을 횡령죄의 보관자나 배임죄의 사무처리자로 포섭하는 것 자체를 금지하는 것은 아니다. 오히려 부당이득반환관계 속에서 형성된 사회적·규범적 신뢰를 배신하였다는 점에서 동일한 행위불법과 결과불법을 가진 [착오송금]사례와 [착오이체]사례를 전자는 횡령죄로 처벌하고 후자는 무죄로 평가하는 것은 정당한 근거 없이 동일한 불법에 대해 상이한 형사책임을 묻는 것으로 형사처벌의 심각한 불균형을 초래함은 물론이고 형사법적 정의관념에도 부합하지 않는다.

5. 외국의 입법례(독일 및 일본)와 그 시사점

》》 [표 3-4] 독일과 일본의 횡령죄 규정

	독 일	일 본
횡령	제246조 [횡령] ① 타인의 동산을 자기 또는 제3자에게 위법하게 속하게(불법영득의사)한 자는 당해 행위가 다른 형법규정에서 더 중한 형을 규정하고 있지 아니한 경우에는 3년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다. ② 제1항의 경우에 그 재물이 행위자에게 위탁중인 경우에는 5년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다. ③ 미수범은 처벌한다.	제252조 [횡령] ① 자기가 점유하는 타인의 물건을 횡령한 자는 5년 이하의 징역에 처한다. ② 자기의 물건이라도 공무소가 보관 명령을 한 경우에 이를 횡령한 자도 제1항과 같다. 제253조 (업무상 횡령) 업무상 자기가 점유하는 타인의 물건을 횡령한 자는 10년이하의 징역에 처한다.

우리 형법규정과 비교했을 때, 독일과 일본의 횡령죄 규정은 크게 다르지 않아 양국의 해석론과 법적용에서 우리나라와 큰 차이가 없다.

6. 소결

횡령죄 영역에서 민사의 형사화 문제는 배임죄와 중첩되어 나타나므로 배임죄 영역에서 문제를 검토한 후 함께 기술한다.

제4절 | 배임죄 관련 유형과 쟁점

1. 배임죄 해석과 문제점

위에서 본 것처럼 형법 각칙 제40장 ‘횡령과 배임의 죄’는 재산범죄의 ‘카오스’라 불려도 과언이 아닐 정도로 다양한 쟁점들을 중심으로 각양각색의 해석론이 존재한다. 특히 배임죄에서는 개념의 애매성 및 구성요건의 불명확성 등에서 기인하는 민법의 규정 및 해석 그리고 민사법리의 도입 등으로 인해 발생하는 ‘외래적’ 쟁점이 문제가 된다.

이하에서는 법해석의 통일성 및 독자성의 관점에서 문제되고 있는 민법과 형법의 대표적인 교차영역들을 중심으로 해석상 쟁점들과 이를 둘러싼 논의들을 살펴보고, 합리적인 해석의 방향성과 필요한 경우 입법적 대안까지 모색해 보고자 한다.

2. 이중매매

가. 부동산 이중매매에 있어서 민사책임

민법은 부동산 물권변동에 있어서 형식주의(성립요건주의)를 채택하고 있으므로 부동산의 물권변동은 등기를 하여야 효력이 발생한다(민법 제186조). 따라서 이중매매에 있어서도 계약의 선후에 상관없이 소유권이전등기를 마친 때에 비로소 매수인이

당해 부동산에 대하여 유효한 소유권을 취득하게 된다.

따라서 이중매매가 유효하여 제2매수인이 소유권이전등기를 마침으로써 소유권을 취득한 경우, 제1매수인에 대한 매도인의 채무인 소유권이전등기의무는 최종적으로 이행불능상태에 빠지게 된다. 이러한 상황에서 제1매수인이 취한 수 있는 법률행위는 ① 매매계약을 해제하고, ② 매도인에게 중도금 이상의 매매대금을 지불한 경우라면 매도인이 그 돈을 받은 날로부터 이자를 가산하여 반환을 청구할 수 있고(민법 제546조, 제548조 제2항). ③ 매도인에게 채무불이행에 따른 손해배상을 청구할 수도 있다(민법 제390조, 제551조). 이중매매가 유효한 경우에는 민사상 대부분은 이러한 법률관계에 의하여 처리된다.¹⁰⁵⁾

그러나 이중매매에 있어서 제2매수인이 이미 제1매수인에게 당해 부동산이 매도된 사실을 알면서도 이중으로 매매계약을 체결하고, 제1매수인 보다 먼저 소유권이전등기를 한 경우에는 매도인과 제2매수인 간의 매매효력과 관련하여 견해가 대립한다.

먼저 다수설은 통상적인 이중매매의 경우에는 판례처럼 원칙적으로 이중매매의 유효성을 긍정하지만 제2매수인이 매도인의 배임행위에 적극 가담하여 사회의 경제 질서가 교란되고 정의의 관념에 반하는 경우에는 매도인과 제2매수인 간의 매매를 무효로 본다.¹⁰⁶⁾ 이 견해는 무효의 판단근거 내지 기준을 제2매수인이 매도인의 배임행위에 적극적으로 가담했다는 비난가능성에서 찾는다.

반면 제2매수인으로부터 부동산을 선의취득한 제3자 보호 필요성이나 시대에 따라 변하는 불확정적 개념이기도 한 민법 제103조의 '선량한 풍속 기타 사회질서'에 비추어 제2매수인의 매수행위를 비난하고, 다시 이러한 비난가능성을 근거로 매매계약을 무효화시키는 것은 사적 자치에 대한 과도한 제한에 해당하고, 제1매수인도 등기를 해태한 과실이 없다고 할 수 없으며 통정허위표시에 해당하지 않는 한 (형사상 배임죄의 성부 및 처벌과는 별개로) 이중매매계약 자체는 민사법상 유효하다는 견해도 존재한다.¹⁰⁷⁾

105) 박인환, “부동산 이중매매의 효력 - 대법원 2009. 9. 10. 선고, 2009다23283 판결(소유권말소 등기)에 대한 비판적 검토 -”, 일감법학 제20호, 건국대학교 법학연구소, 2011, 722면.

106) 권순규·정상현, “반사회적 이중매매에 있어서 불법의 비교를 통한 제1매수인의 보호범위 확정”, 성균관법학 제22권 제2호, 성균관대학교 법학연구소, 2010, 41-53면; 장병주, “반사회질서 법률행위의 효력 - 부동산 이중매매의 법적 문제를 중심으로-”, 동아법학 제47호, 동아대학교 법학연구소, 2010, 319-321면 참조.

다만 민사법영역에서의 다수설은 ① 적극가담 정도의 판단기준이 불명확하는 점, ② 이중매매에 대해 불법원인급여의 법리를 적용하게 되면 제1매수인이 매도인을 대위하여 제2매수인에게 반환을 청구할 수 없게 되어 오히려 제1매수인 보호에 취약할 수 있다는 점, ③ 만약 제2매수인이 매도인을 상대로 소유권이전등기절차 이행청구의 소를 제기하고, 결국 양수인이 승소의 확정판결을 얻어 소유권이전등기를 마치게 되면 기판력으로 인해 제1매수인이 그 등기의 말소를 청구할 수 없게 된다는 점, ④ 제2매수인으로부터 당해 부동산을 선의로 취득한 제3자(전득자)를 보호할 수 없게 된다는 점 등에서 문제점과 한계가 존재한다.¹⁰⁸⁾

한편 대법원은 우리 민법이 부동산의 물권변동에 관하여 형식주의를 취하고 있음을 근거로 이중매매 그 자체를 반사회적 법률행위로 보지 않는다. 즉, 아래와 같은 논리에 터잡아 제2매수인이 앞선 제1매매 사실을 알고 있었다(악의)고 하더라도 모두가 공서양속에 반하는 무효는 아니라고 보고, 다만 제2매수인이 매도인의 이중매매 행위(배임 행위)에 적극 가담하여 정의의 관념에 반하는 사회적 법률행위를 야기한 경우에 한하여 민법 제103조 위반¹⁰⁹⁾을 근거로 무효가 된다고 한다.¹¹⁰⁾

“어떠한 부동산에 관하여 소유자가 양도의 원인이 되는 매매 기타의 계약을 하여 일단 소유권 양도의 의무를 짐에도 다시 제3자에게 매도하는 등으로 같은 부동산에 관하여 소유권 양도의 의무를 이중으로 부담하고 나아가 그 의무의 이행으로, 그러나 제1의 양도채권자에 대한 양도의무에 반하여, 소유권의 이전에 관한 등기를 그 제3자 앞으로 경료함으로써 이를 처분한 경우에, 소유자의 그러한 제2의 소유권양도의무를 발생시키는 원인이 되는 매매 등의 계약이 소유자의 위와 같은 의무위반행위를 유발시키는 계기가 된다는 것만을 이유로 이를 공서양속에 반하여 무효라고 할 것이 아님은 물론이다. 그것이 공서양속에 반한다고 하려면, 다른 특별한 사정이 없는 한 상대방에게도

107) 강동욱, “부동산 이중매매 매도인에 대한 형사책임의 인정에 관한 법정책적 검토 -민사법상 효력과 비교를 통하여-”, 법학연구 제19집 제2호, 인하대학교 법학연구소, 2016, 11면 참조.

108) 이현석, “부동산 이중매매에 관한 입법론적 고찰”, 재산법연구 제27권 제1호, 한국재산법학회, 2010, 434면.

109) 여기서 제2매수인의 소유권이전등기가 사회질서에 반하는 법률행위로서 무효라고 하기 위해서는 “양수인이 양도인의 배임행위를 아는 것만으로는 부족하고, 나아가 배임행위를 유인, 교사하거나 이에 협력하는 등 적극 가담하는 것이 필요하다 할 것인데, 이때에는 제2양수행위의 상당성과 특수성 및 제2양도계약의 성립과정, 경위, 양도인과 제2양수인의 관계 등을 고려하여 판단하여야 한다”(대법원 2008. 2. 28. 선고, 2007다77101 판결).

110) 대법원 2008. 2. 28. 선고, 2007다77101 판결.

그러한 무효의 제재, 보다 실질적으로 말하면 나아가 그가 의도한 권리취득 자체의 좌절을 정당화할 만한 책임귀속사유가 있어야 한다. 제2의 양도채권자에게 그와 같은 사유가 있는지를 판단함에 있어서는, 그가 당해 계약의 성립과 내용에 어떠한 방식으로 관여하였는지(당원의 많은 재판례가 이 문제와 관련하여 제시한 ‘소유자의 배임행위에 적극 가담하였는지’ 여부라는 기준은 대체로 이를 의미한다)를 일차적으로 고려할 것이고, 나아가 계약에 이른 경위, 약정된 대가 등 계약내용의 상당성 또는 특수성, 그와 소유자의 인적 관계 또는 종전의 거래상태, 부동산의 종류 및 용도, 제1양도채권자의 점유 여부 및 그 기간의 장단과 같은 이용현황, 관련 법규정의 취지·내용 등과 같이 법률행위가 공서양속에 반하는지 여부의 판단에서 일반적으로 참작되는 제반 사정을 여기서도 종합적으로 살펴보아야 할 것이다.”(대법원 2013. 10. 11. 선고, 2013다 52622 판결 등)

이처럼 대법원은 이중매매계약 자체는 원칙적으로 유효하지만, 제2매수인에게 악의와 적극적 가담행위가 모두 인정되는 경우에 한하여 민법 제103조를 근거로 무효라 본다. 그러면서 “부동산의 제2매수인이 매도인의 배임행위에 적극 가담하여 제2매매계약이 반사회적 법률행위에 해당하는 경우에는 제2매매계약은 절대적으로 무효이므로, 당해 부동산을 제2매수인으로부터 다시 취득한 제3자는 설사 제2매수인이 당해 부동산의 소유권을 유효하게 취득한 것으로 믿었다고 하더라도 제2매매계약이 유효하다고 주장할 수 없다”¹¹¹⁾고 함으로써, 이 경우 무효의 절대효와 그로 인해 발생하는 전득자 보호의 한계(취약성)를 스스로 인정하고 있다.

다만 대법원은 매수인의 적극 가담에 의해 민법 제103조에 위반되는 ‘반사회적 이중매매’의 경우를 불법원인급여로 보고, 급여자인 매도인의 당해 부동산에 대한 부당이득반환청구권을 부정한다.¹¹²⁾ 하지만 이렇게 되면 그 반사회적 효과로 당해 부동산이 제2매수인에게 귀속되게 되는데,¹¹³⁾ 이 경우에 제1매수인이 매도인을 대위하여 제2매수인 명의의 등기에 대한 말소를 청구할 수 있는지가 문제된다. 하지만 대법원은

111) 대법원 1985. 11. 26. 선고, 85다카1580 판결; 대법원 1996. 10. 25. 선고, 96다29151 판결 등.

112) 대법원 2014. 7. 10. 선고, 2013다74769 판결 부당이득의 반환청구가 금지되는 사유로 민법 제746조가 규정하는 불법원인이라 함은 그 원인되는 행위가 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하는 경우를 말하는 것으로서, 법률의 금지에 위반하는 경우라 할지라도 그것이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하지 않는 경우에는 이에 해당하지 않는다.

113) 대법원 1979. 11. 13. 선고, 79다483 판결; 대법원 2008. 10. 9. 선고, 2007도2511 판결 등.

제1매수인이 실질적 소유자라고 할 수 있는 매도인을 대위하여 제2매수인 명의의 등기에 대한 말소를 청구할 수 있다¹¹⁴⁾고 본다.

하지만 이러한 대법원의 법리구성에 대해서는 피대위채권이 존재하지 않음에도 제1매수인에게 위 등기의 말소를 청구할 수 있도록 하는 법리모순이라는 지적과 제2매수인의 적극 가담의 정도에 대한 대법원의 판단기준의 모호성 문제나 (불법원인급여로 보면 쌍방의 부당이득반환청구가 불가능하게 되어 결국 이중의 매매대금이 배임 행위자인 매도인에게 귀속되는 부당성, 반사회적 이중매매의 제2매수자로부터 당해 부동산을 취득한 선의의 제3자인 전득자 명의의 소유권이전등기까지 모두 무효화하는 것은 형식주의를 취하고 있는 우리 민법체계에서 결과적으로 등기의 공신력을 부정하는 모순을 발생시킨다는 점, 더 나아가 선의의 전득자보다 등기 전의 단순한 채권자인 제1매수인을 보호할 필요성이 있는지에 대한 의문까지 다양한 비판들이 존재한다.¹¹⁵⁾

나. 부동산 이중매매에 있어서 형사책임

2018년 대법원은 전원합의체를 통해 부동산 이중매+매에 있어서 배임죄의 성부와 관련하여 기존의 법리를 재확인한 바 있다. 즉 부동산 매매계약에서 ① [계약금만 지급된 단계]에서는 어느 당사자나 계약금을 포기하거나 그 배액을 상환함으로써 자유롭게 계약의 구속력에서 벗어날 수 있다. 그러나 ② [중도금이 지급되는 등 계약이 본격적으로 이행되는 단계]에 이른 때에는 계약이 취소되거나 해제되지 않는 한 매도인은 매수인에게 부동산의 소유권을 이전해 줄 의무에서 벗어날 수 없다. 따라서 이러한 단계에 이른 때에 매도인은 매수인에 대하여 매수인의 재산보전에 협력하여 재산적 이익을 보호·관리할 신임관계에 있게 된다. 그때부터 매도인은 배임죄에서 말하는 ‘타인의 사무를 처리하는 자’에 해당한다고 보아야 한다. 그러한 지위에 있는 매도인이 매수인에게 계약 내용에 따라 부동산의 소유권을 이전해 주기 전에 그 부동산을 제3자에게 처분하고 제3자 앞으로 그 처분에 따른 등기를 마쳐준 행위는 매수인

114) 대법원 1983. 4. 26. 선고, 83다카57 판결. 이때 매수인은 매도인을 대위하여 위 등기의 말소 등기절차 이행을 청구할 수 있는 것에 불과하고, 민법이 부동산 물권변동에 관하여 형식주의에 따른 등기청구권의 성질에 비추어 볼 때 직접 말소등기를 청구할 수는 없다고 한다.

115) 박인환, 앞의 글, 730면; 권순규·정상현, 앞의 글, 35-36면; 장병주, 앞의 글, 319면 참조.

의 부동산 취득 또는 보전에 지장을 초래하는 행위이고, 이는 매수인과의 신임관계를 저버리는 행위로서 배임죄가 성립한다는 것이다.¹¹⁶⁾ 그러면서 배임죄 성립의 논거로서 ① 부동산이 경제생활에서 차지하는 비중이나 이를 목적으로 한 거래의 사회경제적 의미는 여전히 크다는 점, ② 매수인이 매도인에게 매매대금의 상당부분에 이르는 계약금과 중도금까지 지급하더라도 매도인의 이중매매를 방지할 보편적이고 충분한 수단은 마련되어 있지 않다는 점, ③ 부동산 거래영역에서 매수인은 매도인이 소유권 이전등기를 마쳐 줄 것이라는 신뢰에 기초하여 중도금을 지급하고, 매도인 또한 중도금이 그러한 신뢰를 바탕으로 지급된다는 것을 인식하면서 이를 받는다는 점, ④ 중도금지급 및 수령을 조건으로 매도인에 대해 배임죄의 성립을 긍정해온 기존의 판례법리는 부동산 이중매매를 억제하고 매수인을 보호하는 역할을 충실히 수행하여 왔고, 현재 우리의 부동산 매매거래 현실에 비추어 보더라도 여전히 타당하다는 점 등을 든다.

1) 형법의 개입근거로서 ‘중도금 지급’과 ‘신임관계’

부동산 이중매매에 관한 형사판결이 민사판결과 구별되는 독특한 지점이 바로 ‘중도금 지급’과 ‘신임관계’에 대한 언급이다. 즉 대법원은 중도금 지급시점을 기준으로 부동산 이중매매에 있어 매도인의 형사책임을 달리 본다. 즉, 중도금 지급 이전 단계에서는 계약의 자유 및 사적 자치에 무게를 두어 형법적 개입을 자제하는 반면 중도금 지급 이후에는 매도인과 중도금을 지급한 제1매수인 간의 신임관계를 전제로 매도인에게 동기협력의무를 인정하고, 이를 배임죄에서의 ‘타인사무’로 보아 매도인의 동기협력의무의 불이행에 대해 배임죄로서의 형사책임을 부과한다.

여기서 ‘중도금 지급’ 조건은 매도인과 제1매수인 간의 신뢰(신임)관계 형성 및 존재의 토대이자 징표가 되고, 이렇게 형성된 ‘신뢰(신임)관계’는 이후 동기협력의무의 발생 및 타인성의 규범적 근거가 된다.

그렇다면 왜 중도금 지급 전후로 매도인의 이중매매행위의 형법적 평가가 달라지는가? 이와 관련하여 대법원은 부동산 거래영역에서 매수인은 매도인이 소유권이전등기를 마쳐 줄 것이라는 신뢰에 기초하여 중도금을 지급하고, 매도인 또한 중도금이

116) 대법원 2018. 5. 17. 선고 2017도4027 전원합의체 판결.

그러한 신뢰를 바탕으로 지급된다는 것을 인식하면서 이를 받는다는 부동산 거래관행 내지 법현실을 고려한 것으로 보인다. 이는 중도금 지급과 수령을 통해 형성된 매수인의 부동산취득에 관한 기대가능성(신뢰)에 대해 형법상 보호가치를 인정한 것으로도 해석할 수 있다.

2) ‘등기협력의무’의 법적 성격에 대한 논란 – 타인사무 vs 자기사무

위와 같이 중도금의 지급과 수령을 통해서 형성된 형법상 보호가치 있는 신뢰(신임) 관계를 전제로 매도인에게는 매수인의 신뢰에 부응해야 할 의무가 발생하는데, 그것이 바로 ‘등기협력의무’이다. 문제는 이러한 등기협력의무가 배임죄의 구성요건요소인 ‘타인의 사무’에 해당하는지에 있다.

이와 관련하여 대법원은 [부동산 이중매매]사례에서는 매도인의 등기협력의무를 ‘타인사무’로 평가한 반면, [대물변제예약 부동산의 이중매매]사례¹¹⁷⁾에는 타인사무성을 부정하였다. 이하에서는 [부동산 이중매매]사례와 [대물변제예약]사례의 비교를 통해 등기협력의무의 법적 성격 및 타인사무성의 판단기준에 대해 생각해 보고자 한다.

a) 등기협력의무 발생의 원인된 법률관계에 따른 차별적 평가의 문제점

대법원은 [대물변제예약]사례에서 아래와 같이 판시한 바 있다.

[다수의견] (가) 채무자가 채권자에 대하여 소비대차 등으로 인한 채무를 부담하고 이를 담보하기 위하여 장래에 부동산의 소유권을 이전하기로 하는 내용의 대물변제예약에서, 약정의 내용에 좇은 이행을 하여야 할 채무는 특별한 사정이 없는 한 ‘자기의 사무’에 해당하는 것이 원칙이다.

(나) 채무자가 대물변제예약에 따라 부동산에 관한 소유권을 이전해 줄 의무는 예약당시에 확정적으로 발생하는 것이 아니라 채무자가 차용금을 제때에 반환하지 못하여 채권자가 예약완결권을 행사한 후에야 비로소 문제가 되고, ① 채무자는 예약완결권

117) 대법원 2014. 8. 21. 선고 2014도3363 전원합의체 판결 [사실관계] 채무자인 피고인은 채권자 갑에게 차용금을 변제하지 못할 경우 자신의 어머니 소유 부동산에 대한 유증상속분을 대물변제하기로 약정한 후 유증을 원인으로 위 부동산에 관한 소유권이전등기를 마쳤음에도 이를 제3자에게 매도하였다.

행사 이후라도 얼마든지 금전채무를 변제하여 당해 부동산에 관한 소유권이전등기절차를 이행할 의무를 소멸시키고 의무에서 벗어날 수 있다. 한편 채권자는 당해 부동산을 특정물 자체보다는 담보물로서 가치를 평가하고 이로써 기존의 금전채권을 변제받는 데 주된 관심이 있으므로, 채무자의 채무불이행으로 인하여 대물변제예약에 따른 소유권등기를 이전받는 것이 불가능하게 되는 상황이 초래되어도 ② 채권자는 채무자로부터 금전적 손해배상을 받음으로써 대물변제예약을 통해 달성하고자 한 목적을 사실상 이룰 수 있다. 이러한 점에서 ③ 대물변제예약의 궁극적 목적은 차용금반환채무의 이행 확보에 있고, ④ 채무자가 대물변제예약에 따라 부동산에 관한 소유권이전등기절차를 이행할 의무는 궁극적 목적을 달성하기 위해 채무자에게 요구되는 부수적 내용이어서 이를 가지고 ⑤ 배임죄에서 말하는 신임관계에 기초하여 채권자의 재산을 보호 또는 관리하여야 하는 '타인의 사무'에 해당한다고 볼 수는 없다.

여기서 대법원은 대물변제예약이 어디까지나 대물변제를 내용으로 하는 '예약'에 불과하다는 점을 강조한다. 이로 인해 채권자는 예약완결권을 가질 뿐이고, 채무자 역시 (채권자의 예약완결권 행사 전후를 불문하고) 채무의 변제를 통해 예약의 법률관계로부터 쉽게 벗어날 수 있다. 또한 대법원은 대물변제예약의 목적 내지 기능에 주목한다. 즉, 대물변제예약의 목적은 대물변제대상물의 소유권취득에 있지 않고, 단지 대물변제예약의 원인된 법률관계에서 발생한 차용금반환채무의 이행을 확보하는 담보적 기능을 수행한다는 것이다.

따라서 대상 부동산의 소유권 취득을 목적으로 한 매매계약에 기하여 발생하는 등기협력의무와 차용금반환채무의 이행을 조건으로 대상 부동산을 담보물로 제공하는 대물변제예약에 기한 등기협력의무는 그 전제되는 '신뢰(신임)관계'의 성격에 있어서 차이가 나고, 따라서 그 법적 성격도 달리 볼 수 있다는 것이 대법원의 논리라고 볼 수 있다. 여기서 등기협력의무의 법적 성격(자기사무인지, 타인사무인지)을 결정되는데 있어서 등기협력의무가 발생하게 된 원인된 법률관계가 중요한 판단요소가 되고 있을 확인할 수 있다.

그렇다면 이와 같이 등기협력의무의 원인된 법률관계, 즉 부동산 이중매매계약과 대물변제예약의 차이점에서 출발하여 등기협력의무이라는 사무의 타인성을 달리 판단하는 것이 과연 타당한가?

전술한 바와 같이 대법원은 부동산 매매계약과 구별되는 대물변제계약의 독자적 구조를 인정하고 이를 강조하면서 부동산 대물변제계약에서 발생하는 등기협력의무의 법적 성격을 자기사무로 파악하고 있다. 즉 대물변제계약의 궁극적 목적은 차용금 반환채무의 이행 확보에 있는 것이기 때문에 등기협력의무는 이러한 채무의 '변제'라는 궁극적 목적을 달성하기 위한 부수적 내용이고, 따라서 대물변제계약상 의무의 본질은 어디까지나 대물을 통한 '변제'이고 이는 어디까지나 채무자의 자기사무라고 논증한다.

하지만 매매계약과 구별되는 대물변제계약의 독자성을 강조하여 이에 기한 등기협력의무의 자기사무성을 논증하는 (전원합의체 다수의견의) 방식에 대해서는 지나치게 민법적 관점에서 치우친 접근이라는 비판¹¹⁸⁾이 있다. 즉 전원합의체의 다수의견도 인정하고 강조하고 있다시피, 어디까지나 대물변제계약의 목적은 채무이행의 '담보'에 있는 만큼, 대물변제계약에서 채무자가 부담하는 의무는 '담보물 보전의무'이고, 이에 따라 채무자는 담보물의 보전을 위해 담보목적물을 제3자에게 처분하는 등의 행위를 하지 말아야 하고, 장래 채권자가 예약완결권을 행사할 경우 소유권등기이전에 협력할 의무를 부담한다는 것이다. 때문에 채무자의 등기협력의무도 담보물 보전의무의 차원에서 채권자의 재산을 보호하는 것을 그 본질적 내용으로 한다¹¹⁹⁾는 비판이 존재한다.

이는 형법상 배임죄의 구성요건요소인 사무의 타인성을 판단함에 있어서 대법원이 원인된 법률관계의 민법적 성격 및 내용에 지나치게 의존함으로써 정작 형법적 관점에서 채무자가 행한 처분행위의 불법성에 대한 평가는 소홀히 하고 있는 것은 아닌지에 대한 합리적 의심이기도 하다. 특히 이러한 대법원의 접근방식은 '형법의 민법종속화'를 초래하거나 심화시킬 수 있다는 점에서 문제된다.

b) 사무의 타인성에 대한 판단기준 - 신임관계의 전형적·본질적 내용인지 여부
위와 같은 대법원의 민사법적 접근방식은 '사무의 타인성 판단기준'에 관한 기존의

118) 이용식, "대물변제계약 부동산의 이중매매와 배임죄의 형사불법적 구조 -배임죄 해석의 나아갈 방향에 대한 논란-, -배임죄에 대한 과도한 제한해석의 우려-, -배임죄의 핵심 코어에 관하여-", 형사판례연구 제23권, 박영사, 2015, 241면.

119) 이용식, 앞의 글, 242면.

설시¹²⁰⁾에서도 찾아 볼 수 있고, 이러한 종래의 기준은 [대물변제예약]사례에 관한 전원합의체판결에서도 그대로 적용되었다.

“배임죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위로 재산상 이익을 취득하여 사무의 주체인 타인에게 손해를 가함으로써 성립하는 것이므로 그 범죄의 주체는 타인의 사무를 처리하는 지위에 있어야 한다. 여기에서 ‘타인의 사무’를 처리한다고 하려면 ① 당사자 관계의 본질적 내용이 단순한 채권채무 관계를 넘어서 그들 간의 ② 신임관계에 기초하여 타인의 재산을 보호 또는 관리하는 데 있어야 하고, 그 사무가 타인의 사무가 아니고 자기의 사무라면 그 사무의 처리가 타인에게 이익이 되어 타인에 대하여 이를 처리할 의무를 부담하는 경우라도 그는 타인의 사무를 처리하는 자에 해당하지 아니한다(대법원 2011. 1. 20. 선고 2008도10479 전원합의체 판결 참조).”¹²¹⁾

이러한 판단기준에 있어서 문제점은 거래관계에 기초하여 일방 당사자가 부담하는 의무 내지 사무의 본질적 내용이 ‘단순한 채권채무관계’에 기한 것인지 아니면 ‘이를 넘어 신임관계’에 기초한 것인지를 구별하기 위해서는 다시 채권채무관계에 따른 의무/사무의 범위가 어디까지인지에 대한 별도의 기준이 다시 제시되어야 한다는 점이다. 특히 이와 같이 민법적 관점에서 중첩적인 기준을 설정하고 해석하는 과정에서 형법의 민법예의 종속이 심화된다. 그리고 이는 후술할 부동산 이중매매의 비범죄화론 및 배임죄의 폐지론으로까지 이어진다.

다. 부동산 이중매매의 불법성에 대한 형법적 관점에서의 논증 필요성

형법이 횡령죄와 배임죄를 통해 규율하고자 하는 법현실은 무엇일까? 이는 아마도 재물에 대한 소유와 점유가 분리된 거래현실에서 소유자가 재물의 점유자(보관자)의 관계에서 놓이게 되는 열악한 지위 또는 재산사무를 타인에게 위임한 상황에서 본인이 직면하게 되는 수동적 지위로 인해 발생하는 재산권침해문제를 형법적 차원에서 규율하기 위한 것으로 이해할 수 있다. 즉, 형법이 보호하고자 하는 재산(재물 또는

120) 대법원 2013. 10. 31. 선고 2011도10025 판결.

121) 대법원 2014. 8. 21. 선고 2014도3363 전원합의체 판결.

재산상 이익)과 관련하여 [소유자-점유(보관)자] 또는 [본인-사무처리자] 사이에서 우월적 지위에 있는 자의 재산권침해행위를 처벌하기 위한¹²²⁾ 형법적 도구가 바로 횡령·배임죄라 할 수 있다.

이에 대해 ‘사적 자치’ 내지 ‘형법의 최후수단성 내지 보충성’을 주장하며 불법행위에 의한 손해배상 등 민사법적 해결(구제)책이 존재하는 경우 배임죄를 통한 형사책임의 추궁은 자제되어야 한다는 반론도 존재하지만, 이는 ‘형법의 최후수단성 내지 보충성’을 매우 ‘피상적’이고 ‘편면적’으로 이해하는 것으로 동의할 수 없다.

왜냐하면 민사책임으로서 ‘불법행위에 기한 손해배상책임’은 피해자가 입은 손해를 배상토록 함으로써 침해된 피해자의 재산상태를 원상회복하는 것을 목적으로 하는 민법적 제재수단인 반면, 배임죄는 신뢰관계에 있는 타인의 재산을 신뢰를 저버리는 배신함으로써 침해하는 행위의 불법성 자체를 처벌함으로써 궁극적으로 재산법질서를 확립하고 유지하는 것을 목적으로 하는 형법적 수단이다. 이러한 형법적 관점에서 형사처벌로 인해 피해자가 얻게 되는 간접적·반사적 이익이나 권리구제 및 회복의 가능성 등은 배임죄의 성립을 인정한 부수적 결과일 뿐이지, 이것이 배임죄의 성립 여부를 판단함에 사전적으로 고려되거나 영향을 미치지 않는다.

따라서 민법상 불법행위에 기한 손해배상책임의 추궁이 가능하고 인정되더라도, 배임을 통한 재산침해행위의 불법성이 인정되는 경우, 즉 ‘개인적 차원에서의 사적 신뢰’가 아니라 ‘사회적 차원에서의 신뢰’를 침해하였다고 볼 정도의 불법성이 확인된 경우에는 재산법질서의 보호 및 유지의 차원에서 형사책임의 추궁도 정당화될 수 있다. 그러므로 단순히 손해배상책임에 기한 민사책임의 추궁이 가능하다는 이유만으로 형사책임을 배제하거나 면제하고, 이를 형법의 최후수단성 또는 보충성에 비추어 정당하다고 논증하는 것은, 규범목적 및 규율대상에 있어서 민법과 형법의 차이를 도외시한 채, 형사책임을 마치 민사책임이 성립하지 않는 경우에 한하여 투입되는 대체제나 수단 정도로만 바라보는 편협하고 편면적인 관점으로서, 이는 ‘민사의 형사화’가 아니라 ‘형사의 민사화’를 심화 내지 가속화한다는 점에서 바람직하지 않다.

그렇다면 배임죄를 통한 형사책임의 추궁을 정당화시켜줄 수 있는 배신행위의 불법성이란 무엇을 의미하는가?

122) 이용식, 앞의 글, 235면.

생각건대, 배임죄에 있어서 일반적인 불법성은 타인과 신뢰관계를 토대로 그 타인의 재산에 대하여 '지배적 지위'를 가지고 있는 행위자가 타인의 신뢰를 저버리고 자기 또는 제3자의 이익을 위하여 사무를 처리함으로써 그 타인에게 재산상 손해를 입히는데 있다. 하지만 여기서 민사책임 이외에 형사책임을 묻기 위해서는 사무처리자의 지위가 위임관계에 있는 당사자의 사적 신뢰를 넘어 사회적 시스템(규범체계 내지 거래질서)에 의해 뒷받침되는 '사회적 신뢰'와 연결되어 있어야 한다.¹²³⁾ 왜냐하면 배임죄를 통한 형법적 개입은 개별 당사자의 손해전보나 구제 차원이 아니라 사회적 신뢰를 저버린 배신행위를 처벌함으로써 거래질서 및 사회적 가치를 보호와 유지하는데 기여함으로써 정당화될 수 있기 때문이다. 이것이 바로 민법상의 채무불이행의 불법성을 초과하는 형법상의 불법성이다. 그리고 이처럼 초과 내지 가중된 형법상의 불법성은 민사적 제재나 손해배상만으로는 불충분하고, 오직 형벌을 통한 형사책임의 추구를 통해서 해소될 수 있다.

이러한 해석론에 대해 가벌성의 확장을 우려하는 목소리도 있으나, 이는 현행 배임죄 규정에 명문화되어 있는 손해발생 등의 요건을 엄격히 해석함으로써 충분히 통제 가능하다.

따라서 중도금 지급 이후 이루어진 부동산 이중매매에 대해 배임죄를 인정하는 것을 두고 '민사의 형사화'로 평가하는 것은 동의할 수 없다. 이는 중도금 지급과 수령을 통해 매도인과 매수인 간에 형성된 '사회적 신뢰'를 보호하기 위한 것으로서 전술한 형법의 규범목적과 기능에 부합할 뿐만 아니라 사회적 신뢰를 저버림으로써 재산질서 및 거래질서를 위협에 빠뜨린다는 점에서 채무불이행을 초과하는 형법적 불법성이 존재한다는 점에서 정당화될 수 있다.

라. 동산 이중매매

대법원은 부동산에서 동산으로 매매의 객체가 달라졌을 뿐인데도, 아래 전원합의체 판결(의 다수의견)¹²⁴⁾에서와 같이 동산의 이중매매에 있어서 배임죄의 성립을 부정한다.

123) 이용식, 앞의 글, 232면.

124) 대법원 2011.1.20. 선고 2008도10479 전원합의체 판결.

[다수의견] (가) 매매와 같이 당사자 일방이 재산권을 상대방에게 이전할 것을 약정하고 상대방이 그 대금을 지급할 것을 약정함으로써 그 효력이 생기는 계약의 경우(민법 제563조), 쌍방이 그 계약의 내용에 좇은 이행을 하여야 할 채무는 특별한 사정이 없는 한 '자기의 사무'에 해당하는 것이 원칙이다.

(나) 매매의 목적물이 동산일 경우, 매도인은 매수인에게 계약에 정한 바에 따라 그 목적물인 동산을 인도함으로써 계약의 이행을 완료하게 되고 그때 매수인은 매매목적물에 대한 권리를 취득하게 되는 것이므로, 매도인에게 자기의 사무인 동산인도채무 외에 별도로 매수인의 재산의 보호 내지 관리 행위에 협력할 의무가 있다고 할 수 없다. 동산매매계약에서의 매도인은 매수인에 대하여 그의 사무를 처리하는 지위에 있지 아니하므로, 매도인이 목적물을 매수인에게 인도하지 아니하고 이를 타에 처분하였다 하더라도 형법상 배임죄가 성립하는 것은 아니다.

여기서 대법원은 ① 부동산과 달리 등기 등에 의한 소유권이전이 필요 없는 동산의 경우에는 등기이전 등의 협력의무가 발생하지 않고, ② 동산매매계약에 따른 점유의 이전의무는 어디까지나 계약의 내용에 좇은 채무의 이행일 뿐이므로, 배임죄에 있어서 신뢰관계에 기초하여 요구되는 타인의 사무로 볼 수 없다고 한다.

하지만 이러한 대법원의 논증 역시 앞서 부동산 이중매매에서 지적한 바와 같이 민법적 관점에서 원인된 법률관계의 권리의무만을 중심으로 배임죄의 성부를 논하고 있다는 점에서 지나치게 민법편향적인 법해석이라는 비판을 면하기 어렵다.

3. 양도담보

양도담보는 ① 채권을 담보할 목적으로 ② 채무자(또는 제3자)의 재산에 대한 소유권(또는 기타의 재산권)을 채권자에게 이전하는 형식을 취한 후, ③채무이행이 있으면 목적물의 소유권 등이 담보설정자에게 회복되지만, ④ 채무불이행이 발생하면 채권자가 그 목적물로부터 우선변제를 받는 유형의 담보제도를 말하는데, 목적은 채권담보에 있으면서도 양도의 형식으로 소유권을 이전하는 형식을 취한다는 점에서 그 법적 성격이 문제된다.

가. 양도담보의 법적 성질에 대한 민법의 논의

양도담보의 법적 성질과 관련해서는, ① 비록 소유권을 담보권자에게 이전하는 형식을 취하지만, 당사자의 목적은 어디까지나 채권의 담보에 있으므로, 담보권자는 목적물의 소유권을 취득하는 것이 아니라 일종의 담보물권만을 취득할 뿐이고, 양도담보설정자는 이러한 담보물권의 제한을 부담하는 소유권을 여전히 보유한다고 보는 [담보물권설]과 ② 양도담보는 채권담보의 목적으로 목적물의 소유권을 채권자에게 신탁적으로 이전하는 것으로서, 대외적으로는 양도담보권자가 담보목적의 범위 내에서 재산권의 행사가 제한된 소유권을 취득하지만, 대내적으로는 양도담보설정자에게 소유권이 있다고 보는 [신탁적 소유권이전설]¹²⁵⁾ 그 밖에 ③ [이원설]은 '가등기담보 등에 관한 법률'(이하 "가담법")의 적용대상인지를 기준으로 소비대차에 기한 채권을 담보하기 위한 부동산 양도담보로서 부동산의 가액이 차용액과 이자의 합산액을 초과하여 가담법이 적용되는 경우에는 소유권이전등기가 되어 있을지라도 청산금을 지급하여야만 비로소 채권자가 소유권을 취득할 수 있으므로(제4조 제2항 전단), 청산금지급 전까지는 채무자에게 소유권이 있다(담보물권설)고 보는 반면, 가담법이 적용되지 않는 경우, 즉 가담법의 적용요건을 충족하지 못하였거나 동산양도담보의 경우에는 신탁적 소유권이전설과 동일하게 대내·외적으로 소유권의 귀속주체를 달리 본다.¹²⁶⁾

이와 관련하여 대법원은 동산 양도담보에 관해서는 가담법 시행전·후를 불문하고 지금까지 일관되게 신탁적 소유권이전설과 같이 소유권의 귀속주체를 대내·외적으로 달리 파악하고 있다. 하지만 부동산 양도담보와 관련해서는 가담법 시행 이후 담보물권설을 취한 것으로 평가되는 판례¹²⁷⁾와 신탁적 소유권이전설을 취한 것을 평가되는 판례¹²⁸⁾가 공존한다.

125) 박홍래, "동산의 양도담보-대법원 2005.2.18. 선고 2004다37430 판결-", 법조 제54권 제12호 (통권 591호), 법조협회, 2005.12, 286-288면; 이영준, 새로운 체계에 의한 한국민법론(물권 편) 신정2판, 박영사, 2004, 913면 이하; 호재훈, "신축건물에 설정된 양도담보에 관한 몇 가지 문제 - 대법원 2001.1.5. 선고 2004다47682 판결", 민사판례연구 제24권, 박영사, 2002, 101면.

126) 김동욱, "신축건물 양도담보권자의 제3자에 대한 지위", 판례연구 14집, 부산판례연구회, 2003, 180-181면; 양창수·김형석, 권리의 보전과 담보, 박영사, 2012, 441면.

127) 담보물권설의 입장에 서 있는 것으로 평가되는 판결로는 대법원 1991. 8. 13. 선고 91다13830 판결; 대법원 1991. 11. 8. 선고 91다21770 판결; 대법원 2001. 1. 5. 선고 2004다47682 판결; 대법원 2002. 1. 11. 선고 2001다48347 판결 등 참조.

나. 부동산 양도담보물의 처분과 형사책임

1) 양도담보권자의 처분행위에 대한 평가

▶▶ [표 3-5] 양도담보권자의 처분행위에 대한 평가

양도 담보권자의 처분행위에 대한 평가	변제기 前	담보물권설		가담법상의 청산기간 경과 후 청산금을 지급하는 때 소유권이 이전되므로, 그전까지는 채권자는 담보권자에 불과 → 담보권자의 임의처분행위는 양도담보설정자소유의 부동산을 불법영득한 것으로서 횡령죄가 성립한다.	횡령죄 성립
		신탁적 소유권 이전설		채권자인 양도담보권자는 담보목적은 넘어서 권리행사를 하지 않을 의무를 부담하긴 하지만 대외적으로는 목적물의 소유권을 취득하므로, 변제기 전 처분은 자기의 물건을 처분한 것으로 횡령죄는 성립하지 않는다.	횡령죄 불성립 ※배임죄 성립론 129)
		이원설		가담법 적용요건 충족 시 담보물권설과 동일하게 횡령죄 성립을 인정한다.	횡령죄 성립
		판례		양도담보는 자신의 채권담보를 위하여 자신의 명의로 소유권이전등기를 하여 두는 것일 뿐이므로 타인(양도담보설정자)을 위한 보관자의 지위를 양도담보권자에게 인정할 수가 없고, 다만 변제가 있으면 양도담보설정자에게 그 소유명의를 환원하여 주기 위하여 소유권이전등기를 이행할 의무를 위배한 것은 인정되므로 배임죄가 성립한다. ¹²⁸⁾	배임죄 성립
	변제기 後 청산 前	가담법 적용 (귀속 청산)	횡령설	채권자인 양도담보권자에게 목적부동산의 소유권이 이전되는 것은 소정의 청산기간 경과 후 청산금을 지급하는 때이므로, 청산금 지급 전에는 양도담보권자는 실질적으로는 담보권자에 불과하므로 횡령죄가 성립한다.(多)	횡령죄 성립
			배임설	가담법상 청산기간 내에는 담보권실행이 금지되어 있고 담보권자와 설정자 사이의 신뢰관계가 그대로 유지되므로 결국 청산금 지급 전에 임의처분은 배임죄에 해당한다. ¹³¹⁾	배임죄 성립
		판례	판례	양도담보권자는 채권회수를 위하여 그 담보부동산을 한가처분할 권리를 가지지만 그 처분은 채권의 변제충당을 위한 환가방법으로서 적절한 처분을 하여야 할 의무가 있다 할 것이므로 채권변제와는 아무런 관계도 없이 제3자의 채무를 위하여 근저당권을 설정해 준 소위는 채무자에 대한 배임행위가 된다.	배임죄 성립
		가담법 미적용 (처분 청산)	무죄설	(가담법이 적용대상이 아닌 경우에는 처분청산도 인정된다는 입장에 따르면) 양도담보권의 실행을 위하여 처분하는 것은 적법한 행위이므로, 횡령죄나 배임죄는 성립하지 않는다. ¹³²⁾	횡령죄 불성립 배임죄 불성립
			판례	(가담법 시행 이전 판례이지만) 횡령죄 및 배임죄의 성립을 부정한 바 있다. ¹³³⁾	

128) 신탁적 소유권이전설을 따른 것으로 평가되는 판결로는 대법원 1993. 11. 23. 선고 93다4083 판결; 대법원 1995. 7. 25. 선고 94다46428 판결; 대법원 2004. 12. 24. 선고 2004다45943 판결 등 참조.

129) 양도담보권자는 채무자가 변제기일까지 그 채무를 변제하면 그에게 소유명의를 회복하여 줄

2) 양도담보설정자의 처분행위에 대한 평가

» [표 3-6] 양도담보설정자의 처분행위에 대한 평가

양도담보 설정자의 처분행위에 대한 평가	담보 물권설	양도담보설정자가 목적부동산을 점유하고 있는 것을 기화로 청산금 지급 이전에 목적부동산을 타인에게 임의로 처분한 경우에 자신의 재물을 처분한 것이 되므로 횡령죄는 성립되지 않으나, 담보범위 안에서 그 목적물을 관리하는 사무를 처리하는 자로서 배임죄가 성립할 수 있는 견해 ¹³⁴⁾	배임죄설
		비록 담보부동산의 점유를 양도담보설정자가 하고 있더라도 양도담보권자에게 소유권이전등기가 마쳐져 있는 이상, 양도담보설정자가 목적 부동산을 제3자에게 처분할 수가 없기 때문에, 횡령죄는 물론 배임죄도 성립할 여지가 없다는 견해 ¹³⁵⁾	무죄설
	신탁적 소유권 이전설	양도담보권자는 목적물에 대하여 외부적 소유권을 취득한다는 의미에서 양도담보설정자가 처분한 경우에는 횡령죄가 성립한다는 견해 ¹³⁶⁾	횡령죄설
		대내적으로는 소유권이 남아 있으므로 횡령죄가 성립될 수 없다는 견해 ¹³⁷⁾	무죄설
	판례	양도담보설정계약을 체결한 채무자가 채권자에게 그 소유권이 전등기 경료 전에 임의로 그 부동산에 대하여 처분행위를 한 경우에는, 양도담보권자의 채권에 대한 담보능력 감소의 위험이 발생하였으므로, 배임죄를 구성한다. ¹³⁸⁾	배임죄 성립

의무가 있으므로, 배임죄는 구성한다고 보는 이견(박성수, “배임죄와 타인의 사무를 처리하는 자”, 법조 제46권 제4호(통권 487호), 법조협회, 1997, 155면)도 있다.

130) 대법원 1987. 4. 28. 선고 87도265 판결; 대법원 1988. 12. 13. 선고 88도184 판결; 대법원 1989. 11. 28. 선고 89도1309 판결; 대법원 1992. 7. 14. 선고 92도753 판결; 대법원 1995. 5. 12. 선고 95도283 판결; 대법원 2007. 1. 25. 선고 2005도7559 판결 등.

131) 허익범, “양도담보와 배임죄(하)”, 형평과 정의 제4집, 대구지방변호사회, 1989, 112면.

132) 임웅, 앞의 책, 494면; 정영일, 형법각론 제3판, 박영사, 2011, 412면.

133) 대법원 1982. 9. 28. 선고 82도1621 판결; 대법원 1983. 2. 22. 선고 82도2945 판결; 대법원 1979. 7. 10. 선고 79도1125 판결.

134) 오영근, 형법각론 제2판, 박영사, 2009, 472면; 정영일, 앞의 책, 413면.

135) 김성수, “민법상 양도담보와 형법상 재산범죄 - 기본개념과 상호관련성을 중심으로 -”, 경찰법연구 창간호(1-1), 한국경찰법학회, 2003, 141면.

136) 서정우, “변칙담보권과 형사책임”, 재판자료 제13집, 법원도서관, 1982, 396면.

137) 배종대, 형법각론 제14판, 홍문사, 2023, 420면.

138) 대법원 2010. 9. 9. 선고 2010도5975 판결.

다. 동산 양도담보

» [표 3-7] 동산 양도담보

양도담보권자의 처분행위에 대한 평가	담보물권설	양도담보설정자는 목적물의 소유권을 유보하고 있으며, 양도담보권자는 일종의 제한물권인 담보권만을 취득한다. 이때 ① [목적물의 이용을 위해 양도담보설정자가 점유하는 경우] 양도담보권자는 직접점유를 하지 않을 것이기 때문에 횡령죄나 배임죄가 성립할 수 없다는 견해 ¹³⁹⁾ 다만 ② [목적물을 양도담보권자가 직접점유하는 경우] 담보권자의 임의처분이 가능하고, 이로 인해 제3자의 선의취득이 인정되면 횡령죄가 성립한다는 견해. ¹⁴⁰⁾	무죄 또는 횡령죄설
	신탁적 소유권 이전설	양도담보에 있어서 담보목적물의 소유권은 내부적으로는 양도담보권설정자에게 남아 있고 양도담보권자에게는 담보의 목적범위 안에서 외부적으로 권리가 이전되는 것으로 파악하기 때문에, 양도담보권자가 목적동산을 변제기 전에 임의로 처분한 경우에는 횡령죄가 아니고 배임죄가 성립한다는 견해 ¹⁴¹⁾	배임죄설
	판례	내부적이지만 소유권이 여전히 채무자인 담보설정자에게 남아 있다는 것을 이유로, 양도담보권자는 횡령죄의 주체가 될 수 있다 ¹⁴²⁾	횡령죄 성립
양도담보설정자의 처분행위에 대한 평가	담보물권설	양도담보설정자가 목적물을 임의처분하는 것은 자신의 물건을 처분하는 것이므로 횡령죄는 성립하지 않으나, [양도담보설정자가 점유개정에 의하여 목적 동산을 점유하고 있는 경우에는 배임죄가 성립할 수 있다. ¹⁴³⁾	배임죄설
	신탁적 소유권 이전설	양도담보설정자는 대외적 관계에 목적물의 소유자가 아니므로 처분권이 없으나, [점유개정의 방법에 의하여 자신이 점유하고 있는 목적동산을 처분한 경우]에는 타인(양도담보권자)의 재물을 횡령한 것이 되므로 횡령죄가 성립한다. ¹⁴⁴⁾	횡령죄설
	판례	① [채무자가 점유개정의 방법으로 목적 동산을 점유하고 있는 경우] 채무자가 여전히 소유자이므로 횡령죄가 성립하지 않으나, ¹⁴⁵⁾ ② [채무자가 부당히 그 담보가치를 감소시키는 행위를 한 경우]에는 담보목적 범위 내에서 보관의무의 위반이 되어 배임죄가 성립한다 ¹⁴⁶⁾	배임죄 성립

139) 임웅, 앞의 책, 493면.

140) 오영근, 앞의 책, 471면.

141) 김성수, 앞의 글, 146면.

142) 대법원 1989. 4. 11. 선고 88도906 판결; 대법원 2007. 6. 14. 선고 2005도7880 판결.

143) 손동권·김재윤, 새로운 형법각론, 율곡출판사, 2013, 435면.

144) 박상기, 형법각론 제8판, 박영사, 2011, 374면.

145) 대법원 1980. 11. 11. 선고 80도2097 판결; 대법원 2009. 2. 12. 선고 2008도10971 판결 등 참조.

146) 대법원 1983. 3. 8. 선고 82도1829 판결; 대법원 1989. 7. 25. 선고 89도350 판결; 대법원 1998. 11. 10. 선고 98도2526 판결.

라. 형사책임(횡령죄 및 배임죄의 성립)에 관한 혼란의 원인 및 대책

1) 양도담보에 관한 민법상 혼란과 전이(轉移)

양도담보 목적물의 처분행위에 대한 형사책임을 정리한 위 [표]에서도 확인되듯, 민법상 양도담보의 법적 성격을 어떻게 보느냐에 따라 양도담보물의 소유권 귀속주체가 달라지고, 그에 따라 형법상 보관자의 지위 및 사무의 타인성 인정 여부에 관한 다양한 해석론이 전개됨으로써 대혼란이 발생한다.

형법의 독자성을 인정하더라도 법해석의 통일성 차원에서 재산범죄에 있어 소유권 귀속문제 등은 민법에 따를 수밖에 없다는 점에서 어쩔 수 없는 측면도 있지만, 대법원이 가담법이 시행된 지 오랜 시간이 지났음에도 명확한 입장을 내놓지 않고 여전히 담보물권설과 신탁적 소유권이전설 사이의 그 어딘가를 헤매는 듯한 판례를 내놓고 있는 것은 유감이다. 양도담보에 관한 민사법리가 형사책임 판단에 기초가 된다는 점을 고려했을 때, 이에 대한 대법원의 명확한 입장 정리가 필요해 보인다.

2) 횡령죄와 배임죄의 관계에 대한 명확한 기준의 부재

양도담보물의 처분에 관한 형사책임에 있어서의 혼란을 모두 민법의 탓만으로 돌릴 수는 없다. 이러한 해석상의 혼란에는 횡령죄와 배임죄의 관계를 명확히 정리하지 못하고 있는 형법의 책임도 있다.

먼저 횡령죄와 배임죄의 관계에 대해서는, 먼저 불법의 본질과 규정체계 등 실체법상은 물론 소송실무적 관점(공소장변경 및 판결의 효력 등)에서도 양 죄의 구별실의 자체를 부정하는 입장¹⁴⁷⁾과 구별의 필요성을 인정하는 입장이 존재하고, 후자의 입장은 다시 ① 두 죄는 법조경합 중 [특별법(횡령죄)-일반법(배임죄)의 관계]에 있고, 두 죄가 배신성이라는 본질에서 동일한 이상 먼저 횡령죄의 성부를 논한 다음 횡령죄가 성립하면 따로 배임죄는 성립하지 않는다고 보는 [특별-일반관계설]¹⁴⁸⁾, ② 재물과 재산상의 이익의 구별을 전제로 하여 두 죄의 관계는 택일적이라 보고, 횡령죄의 성부부터 먼저 검토하되, 객체가 재물이라서 횡령죄를 검토하였는데 성립하지 않는

147) 손동권, “양도담보물을 임의 처분한 경우의 형사책임”, 형사정책연구 제20권 제1호, 한국형사정책연구원, 2009, 551면; 서정우, 앞의 글, 402면.

148) 권오걸, 형법각론, 형설출판사, 2009, 624면; 김일수·서보학, 새로쓴 형법각론 제7판, 박영사, 2007, 480면 등 참조.

경우라면 택일관계에 있는 배임죄의 성부를 논할 여지없이 배임죄의 성립도 부정된다고 보는 [택일적 관계설],¹⁴⁹⁾ ③ 횡령죄와 배임죄는 구성요건이 서로 다르고, 재물과 재산상의 이익은 상호배타적이므로 양 죄는 원칙적으로 독립적이되, 예외적으로 중첩되는 극히 일부영역(예컨대, 위탁금전과 같이 하나의 사실에 대해 두 범죄가 모두 성립하는 경우)에 한하여 택일관계로 보아야 이해하는 [독립관계설]¹⁵⁰⁾ 등이 대립한다.

횡령죄와 배임죄의 관계를 두고 혼란스러워 하는 것은 법원도 예외가 아니다. 대표적인 예가 [위임범위를 초과한 현금인출] 사례¹⁵¹⁾인데, 제1심법원은 “우리 형법은 재산범죄의 객체가 재물인지 재산상의 이익인지에 따라 이를 재물죄와 이득죄로 명시하여 규정하고 있는데, 형법 제347조의2는 컴퓨터사용사기죄의 객체를 재물이 아닌 재산상의 이익으로만 한정하여 규정하고 있으므로, 타인의 신용카드로 현금자동지급기에서 현금을 인출하는 행위가 재물에 관한 범죄임이 분명한 이상 이를 위 컴퓨터등 사용사기죄로 처벌할 수는 없다”고 판시하여 공소사실(컴퓨터등사용사기죄)에 대해 무죄를 선고한 반면, 대법원은 “예금주인 현금카드 소유자로부터 일정한 금액의 현금을 인출해 오라는 부탁을 받으면서 이와 함께 현금카드를 건네받은 것을 기화로 그 위임을 받은 금액을 초과하여 현금을 인출하는 방법으로 그 차액 상당을 위법하게 이득할 의사로 현금자동지급기에 그 초과된 금액이 인출되도록 입력해 그 초과된 금액의 현금을 인출한 경우에는 그 인출된 현금에 대한 점유를 취득함으로써 이때에 그 인출한 현금 총액 중 인출을 위임받은 금액을 넘는 부분의 비율에 상당하는 재산상 이익을 취득한 것”으로 보아 형법 제347조의2의 컴퓨터등사용사기의 성립을 인정하였다. 이는 재물과 재산상 이익을 엄격히 구별하고, 절도죄와 관련하여 현금지급기에서 인출된 현금은 재물로 보아 왔던 기존 대법원판례의 법리와도 모순된다.

이처럼 횡령죄와 배임죄의 관계 설정에 어려움을 겪는 이유는 양 죄의 구별 전제가 되는 객체로서 재물과 재산상 이익의 구별 자체가 개념적으로도 불분명하고 금전과

149) 신동운, “횡령죄와 배임죄의 관계”, 오선주교수정년기념논문집, 형설, 2001, 334-335면.

150) 문형섭, 재산범죄론의 이해, 전남대학교출판부, 2006, 275-276면; 허일태, “위탁금전과 형법상 소유권개념”, 비교형사법연구 제5권 제1호, 한국비교형사법학회, 2003, 272-274면.

151) 대법원 2006. 3. 24. 선고 2005도3516 판결 [사실관계] 피고인은 PC방에서 게임을 하던 피해자로부터 그 소유의 현금카드로 20,000원을 인출해 오라는 부탁과 함께 현금카드를 건네받게 되자 이를 기화로 농협지점에 설치된 현금자동인출기에 위 현금카드를 넣고 권한없이 인출금액을 50,000원으로 입력해 그 금액을 인출한 후 그중 20,000원만 피해자에게 건네주어 나머지 30,000원을 취득하였다.

같이 현실적으로 구분이 어렵거나 모호한 경우들이 있기 때문이다. 따라서 이러한 혼란을 최소화하기 위해서는 과감한 해석론의 전개 또는 입법론 차원에서의 새로운 접근이 필요하다고 판단된다. 이에 관해서는 후술하기로 한다.

4. 이중저당

가. 부동산 이중저당

대법원 전원합의체는 피고인이 갑으로부터 18억 원을 차용하면서 담보로 피고인 소유의 아파트에 갑 명의의 4순위 근저당권을 설정해 주기로 약정하였음에도 제3자에게 채권최고액을 12억 원으로 하는 4순위 근저당권을 설정하여 줌으로써 12억 원 상당의 재산상 이익을 취득하고 갑에게 같은 금액 상당의 손해를 가한 사안에서 다음과 같이 판시하였다.

[다수의견] 채무자가 금전채무를 담보하기 위한 ① 저당권설정계약에 따라 채권자에게 그 소유의 부동산에 관하여 저당권을 설정할 의무를 부담하게 되었다고 하더라도, 이를 들어 채무자가 통상의 계약에서 이루어지는 이익대립관계를 넘어서 채권자와의 신임관계에 기초하여 채권자의 사무를 맡아 처리하는 것으로 볼 수 없다.

채무자가 저당권설정계약에 따라 채권자에 대하여 부담하는 저당권을 설정할 의무는 계약에 따라 부담하게 된 채무자 자신의 의무이다. 채무자가 위와 같은 의무를 이행하는 것은 채무자 자신의 사무에 해당할 뿐이므로, 채무자를 채권자에 대한 관계에서 '타인의 사무를 처리하는 자'라고 할 수 없다. 따라서 채무자가 제3자에게 먼저 담보물에 관한 저당권을 설정하거나 담보물을 양도하는 등으로 담보가치를 감소 또는 상실시켜 채권자의 채권실현에 위협을 초래하더라도 배임죄가 성립한다고 할 수 없다.

위와 같은 법리는, 채무자가 금전채무에 대한 ② 담보로 부동산에 관하여 양도담보설정 계약을 체결하고 이에 따라 채권자에게 소유권이전등기를 해 줄 의무가 있음에도 제3자에게 그 부동산을 처분한 경우에도 적용된다.¹⁵²⁾

152) 대법원 2020. 6. 18. 선고 2019도14340 전원합의체 판결.

여기서 대법원은 ‘이해대립관계’와 ‘신뢰관계’를 대립시키고 있다. 이는 앞서 살펴본 ‘부동산 이중매매’에서의 등기협력의무와 ‘대물변제계약’에 있어서의 등기협력의무의 대비를 연상시킨다. 즉, 대법원은 기본적으로 횡령 및 배임의 본질, 즉 불법의 근원을 ‘신뢰의 파괴’에서 찾으면서, 신뢰의 기초가 된 ‘신임관계’에 주목한다. 이를 위해 ① 신임관계를 형성하는데 원인이 된 법률관계(매매계약인지, 담보계약인지 등)를 구분하고, ② 그 법률관계 내에서 각 당사자의 지위에 따른 권리-의무를 추출하여 그들 간에 형성된 관계의 성격 내지 성질(이해대립관계인지, 신임관계인지, 후자라 하더라도 ‘본질적·전형적’ 신임관계인지 그렇지 않은지 등)을 규명한 후, ③ 그 관계성에 따라 각자의 지위에서 부담하는 사무의 성격(자기사무인지, 타인사무인지)을 확정하고, ④ 이를 토대로 배임죄의 성부를 판단한다.

이러한 법리구성에서 우리가 주목해야 하는 것은 형법이 배임죄 규정을 통해 보호하고자 하는 그 ‘신뢰’가 과연 대법원이 위와 같은 법리를 통해 추출해낸 그러한 신뢰인가에 있다. 예컨대, ‘이해대립관계’ 안에는 형법상 보호할 신뢰가 없는 것인가? ‘채권-채무관계’ 안에서의 신뢰는 민법만으로 충분히 보호되고/될 수 있는가? 원인된 법률관계의 내용에 따라, 법률관계의 성격에 따라 쪼개고 떨어내고 남은 저 신뢰만을 보호하는 것이 형법의 최후수단성이고 보충성인가?

위와 같이 대법원이 배임죄의 구성요건인 ‘사무의 타인성’을 판단하기 위해 도입하고 동일한 민사적 법리와 사고 속에서 정작 범죄성립의 핵심인 ‘배임’행위의 불법성에 대한 논증과 탐구는 소외되고 있는 것은 아닌지 고민해 볼 필요가 있다.

나. 동산 이중저당

대법원은 동산 이중저당에 대해서도 2020년 2개의 전원합의체판결을 내놓았는데, 첫 번째 사안¹⁵³⁾은 동산 양도담보설정 후 담보물을 처분 또는 이중양도담보제공한 경우이고, 두 번째 사안¹⁵⁴⁾은 동산채권담보법상 담보설정 후 담보물을 처분 또는

153) 대법원 2020. 2. 20. 선고 2019도9756 전원합의체 판결 [사실관계] 甲주식회사를 운영하는 피고인이 乙은행으로부터 대출을 받으면서 대출금을 완납할 때까지 甲회사 소유의 동산을 전 유개정 방식으로 양도담보로 제공하기로 하는 계약을 체결하였음에도 담보목적물인 동산을 丙등에게 매각함으로써 乙은행에 대출금 상당의 손해를 가하였다.

154) 대법원 2020. 8. 27. 선고 2019도14770 전원합의체 판결 [사실관계] 공소의 1 주식회사(이하

이중양도담보제공한 경우이다. 각 전원합의체의 다수의견과 소수의견의 논리를 간략히 정리해 보면 아래의 표와 같다.

▶▶▶ [표 3-8] 동산 이중저당

[1] 동산 양도담보설정 후 처분/이중 양도담보 제공	다수의견 [배임죄 불성립]	- ‘타인의 사무를 처리하는 자’라고 하려면, 타인의 재산관리에 관한 사무의 전부 또는 일부를 타인을 위하여 대행하는 경우와 같이 당사자 관계의 전형적·본질적 내용이 통상의 계약에서의 이익대립관계를 넘어서 그들 사이의 신임관계에 기초하여 타인의 재산을 보호 또는 관리하는 데에 있어야 한다. - 계약의 전형적·본질적인 급부의 내용이 상대방의 재산상 사무를 일정한 권한을 가지고 맡아 처리하는 경우에 해당하여야 한다. - 채무자가 담보물의 담보가치를 유지·보전할 의무 내지 담보물을 타에 처분하거나 멸실, 훼손하는 등으로 담보권 실행에 지장을 초래하는 행위를 하지 않을 의무를 통상의 계약에서의 이익대립관계를 넘어서 채권자와의 신임관계에 기초하여 채권자의 사무를 맡아 처리하는 것으로 볼 수 없다.
	별개의견 [횡령죄 성립]	- ‘가등기담보 등에 관한 법률’이 적용되지 않으므로 동산 양도담보는 신탁적 양도로 봄이 타당하고, - 이에 따르면, 담보목적물의 소유권은 당사자 사이에 소유권을 양도한다는 합의와 점유개정에 의한 인도에 따라 완전히 채권자에게 이전한다. 따라서 점유개정에 따라 양도담보 목적물을 직접 점유하는 채무자는 ‘타인의 재물을 보관하는 자’에 해당하고, 그가 채권자의 허락 없이 제3자에게 담보목적물을 양도하는 등 처분한 경우에는 횡령죄가 성립한다.
	반대의견	- 담보물의 보관의무 및 담보가치 유지의무는 ‘타인의 사무’에 해당한다. - 배임죄의 성부를 가르는 기준은 담보권설정 약정의 불이행인지, 담보권설정 후 유지관리임무를 위배한 처분인지에 달려 있다.
[2] 동산채권담보 법상 담보설정 후 처분/이중양도 담보 제공	다수의견 [배임죄 불성립]	- ‘타인의 사무를 처리하는 자’라고 하려면, 당사자 관계의 전형적·본질적 내용이 통상의 계약에서의 이익대립관계를 넘어서 그들 사이의 신임관계에 기초하여 타인의 재산을 보호 또는 관리하는 데에 있어야 하고, 위임 등과 같이 계약의 전형적·본질적인 급부의 내용이 상대방의 재산상 사무를 일정한 권한을 가지고 맡아 처리하는 경우에 해당하여야 한다.
	반대의견 [배임죄 성립]	- 동산 양도담보는 채권담보를 목적으로 동산소유권을 채권자에게 신탁적으로 이전하는 형태의 양도담보인데 반하여, 동산담보권은 동산채권담보법에 따라 창설된 새로운 형태의 담보물권이다. - 담보권설정자의 동산담보권 침해 행위는 물권을 침해하는 행위로서 동산담보권 설정 전의 채무불이행과 동일한 차원에서 다루어서는 안

‘이 사건 회사’라 한다)의 대표이사인 피고인이 공소외 2 주식회사(이하 ‘○○은행’이라 한다)으로부터 대출받으면서 ○○은행과 이 사건 회사 소유의 레이저 가공기 2대(이하 ‘이 사건 기계’라 한다)를 포함한 기계 17대에 대하여 동산담보설정계약을 체결하였으므로 위 계약에 따라 ○○은행이 그 담보의 목적을 달성할 수 있도록 동산담보로 제공된 이 사건 기계를 보관하여야 할 임무가 있었음에도, 피고인은 이 사건 기계를 처분함으로써 재산상 이익을 취득하고 ○○은행에 재산상 손해를 가하였다.

	된다. ① 담보약정을 이행할 의무가 채무자 자신의 사무라고 해서 ② 동산담보권 설정 이후의 사무까지 동일하게 평가할 수는 없다. - 담보권설정자가 담보물을 보관하거나 담보가치를 유지할 의무는 '타인의 사무를 처리하는 자'에 해당한다. - 동산담보권이 침해된 경우와 같은 물건 침해의 경우까지 배임죄의 성립을 부정하고 권리행사방해죄로 처벌하도록 길을 터주는 것은 오히려 그 의도와는 다르게 민사사건의 형사사건화 또는 형사처벌의 과잉을 초래할 수 있다. - 담보권설정자가 신임관계를 저버리고 동산을 제3자에게 처분함으로써 동산담보권을 침해하는 행위는 당사자 사이의 본질적·전형적 신임관계를 위반한 것으로서 배임죄에 해당한다.
--	--

동산 양도담보에 관한 위 2가지 사안에서 대법원은 동일한 논리로 배임죄의 성립을 부정한다. 즉, “당사자 관계의 전형적·본질적 내용이 통상의 계약에서의 이익대립관계를 넘어서 그들 사이의 신임관계에 기초할 것”과 “계약의 전형적·본질적인 급부의 내용”을 검토하여 “담보물을 보관하거나 담보가치를 유지할 의무는 타인의 사무가 아니다”라는 결론을 도출하고 있다. 이러한 법리와 결론은 동산채권담보법이 시행·적용되더라도 달라지지 않는다.

동산채권담보법에 규정되어 있는 담보권설정자의 의무(담보물의 보관 및 담보가치 유지)에 대한 담보권자의 신뢰도 ‘이해대립관계를 넘어 신뢰관계에 기초한 것’이 아니라는 이유로 형법상 보호의 대상(타인의 사무)이 되지 못한다. 하지만 형법상 배임죄를 통해 보호되어야 할 신뢰가 반드시 이해대립관계를 넘어선 신뢰관계여야만 하고, 이에 기초한 급부/의무이행만이 타인을 위한 사무에 해당하는지 의문이다.

그리고 더욱 모순되는 것은 [1]과 구별하여 [2]의 경우에는 배임죄의 성립을 인정해야 한다고 주장하는 반대의견조차도 처벌의 정당화 근거를 ‘민사사건의 형사사건화 또는 형사처벌의 과잉’에 찾고 있다는 점이다. 즉, “동산담보권이 침해된 경우와 같은 물건 침해의 경우까지 배임죄의 성립을 부정하고 권리행사방해죄로 처벌하도록 길을 터주는 것은 오히려 그 의도와는 다르게 민사사건의 형사사건화 또는 형사처벌의 과잉을 초래할 수 있다”는 것이다. 이러한 모순된 논리와 논증 속에서 우리는 ‘민사사건의 형사화’라는 프레임이 얼마나 일방적이고 편면적인 시각인지 다시 한번 확인할 수 있다.

5. 이사의 경영판단

대부분 배임죄와 관련하여 문제가 되는 이사의 경영판단은 주어진 자신의 임무인 회사의 이익을 위해 사무를 처리해야 함에도, 이사 본인이나 대표이사, 대주주 또는 다른 계열사의 이익을 위하여 사무를 처리하는 경우다.

소위 경영판단으로 말하는 사례들은 대법원도 언급한 것처럼 “기업의 경영에는 원천적으로 위험이 내재하여 있어서 경영자가 아무런 개인적인 이익을 취할 의도 없이 선의에 기하여 가능한 범위 내에서 수집된 정보를 바탕으로 기업의 이익에 합치된다는 믿음을 가지고 신중하게 결정을 내렸다 하더라도 그 예측이 빗나가 기업에 손해가 발생하는 경우가 있을 수”¹⁵⁵⁾ 있고, 이러한 경우까지 형사책임을 묻는 것은 죄형법정주의에 위배된다고 본다. 이 결론에는 이의가 전혀 없다. 하지만 형사책임을 물을 수 없는 이유가 “고의”의 해석 문제라고 하는 점에 대하여는 동의할 수 없다.

형법 체계적으로 “고의”의 해석문제가 되기 위해서는 (이미 문제가 되는 사례들은 회사에 재산상 손해를 가한 행위이기 때문에) 이사의 경영판단이 “임무위배행위”에 해당해야 한다.

가. 경영판단과 배임죄의 성부

대법원은 배임죄의 주체인 ‘타인의 사무를 처리하는 자’는 “타인과의 대내관계에 있어서 신의성실의 원칙에 비추어 그 사무를 처리할 신임관계가 존재한다고 인정되는 자”¹⁵⁶⁾를 의미하고, “‘임무에 위배되는 행위’는 당해 사무의 내용·성질 등 구체적 상황에 비추어 법률의 규정, 계약의 내용 또는 신의성실의 원칙상 당연히 할 것으로 기대되는 행위를 하지 않거나 당연히 하지 말아야 할 것으로 기대되는 행위를 함으로써 본인에 대한 신임관계를 저버리는 일체의 행위를 말한다.”¹⁵⁷⁾고 한다. 이 개념정의에 따르면 신임관계를 기초로 본인의 재산을 보호·관리하는 지위에 있는 경영자가 회사

155) 대법원 2004. 7. 22. 선고 2002도4229 판결; 대법원 2010. 1. 14. 선고 2007도10415 판결; 대법원 2017. 11. 9. 선고 2015도12633 판결; 대법원 2019. 6. 13. 선고 2018도20655 판결 등.

156) 대법원 2000. 3. 14. 선고 99도457 판결; 대법원 2003. 1. 10. 선고 2002도758 판결; 대법원 2011. 7. 14. 선고 2010도3043 판결 등.

157) 대법원 2011. 10. 27. 선고 2009도14464 판결; 대법원 2012. 9. 13. 선고 2012도3840 판결; 대법원 2013. 9. 27. 선고 2013도6835 판결 등.

와 경영자로서 신임관계를 저버린 재산보호의무 위반이 임무위배행위이다.¹⁵⁸⁾

대법원이 말하는 이 기준에 따르더라도 경영자가 회사의 이익을 위해 주어진 임무 범위(혹은 재량범위) 안에서 그 상황에 합당할 정도의 합리적이고 충분한 정보를 바탕으로 내부규정을 준수하고 절차적 하자 없이 행한 결정은 신임관계에 따른 합리적 의사결정으로 임무에 합치하는, 경영자에게 요구되는 행위이다.¹⁵⁹⁾ 이사에게 주어지는 임무가 재산보호의무이기는 하지만, 경영행위에 수반되는 추상적인 손해발생의 위험성이 실현되었다는 것만으로 임무위배행위라고 할 수 없다. 이러한 해석은 결과 책임을 묻는 것으로, 민사불법행위와 달리 행위정형이 중요한 형법상 재산범죄는 그 행위정형에 따라 그 죄가 달라지고 범죄 성립 여부도 달라진다. 따라서 배임죄 성립 여부를 판단할 때에는 손해발생(또는 그 위험성)이라는 결과를 발생시키는 일체의 행위가 아니라 임무위배행위 그 자체로 평가되어야 한다.

하지만 이렇게 이루어진 경영판단행위라고 하더라도 대법원이 타당하게 언급하고 있는 것처럼 “원천적으로 위험이 내재하여 있어서 경영자가 …… 가능한 범위 내에서 수집된 정보를 바탕으로 기업의 이익에 합치된다는 믿음을 가지고 신중하게 결정을 내렸다 하더라도 그 예측이 빗나가 기업에 손해가 발생”할 수 있는 위험을 내포한 행위이다.¹⁶⁰⁾

모든 경영자의 경영판단은 불확실한 장래의 이익이 나 손해라는 결과와 직접적인 인과관계가 있다. 그래서 경영자는 자신의 결정이 가져올 수 있는 결과를 충분히 인식하고 그 위험을 최소화하기 위해 노력해야 한다. 경영자의 결정은 장래의 위험과 수익의 가능성을 모두 가지고 있기 때문에, 신뢰관계와 재량의 범위 안에서 위험과 수익의 이익형량을 통해 이루어지고 그 이익형량에서 가장 핵심요소는 정보이다. 따라서 경영자의 위험을 최소화하기 위한 노력은 “가능한 범위 내에서 수집된 정보”를 바탕으로 재량 범위 안에서 “합리적” 의사결정을 내려야 하는 것이다.¹⁶¹⁾ 이 “합리적인” 결정은 “회사의 입장에서 볼 때 경영상의 필요에 의한 정상적인 거래로서 허용될

158) 이석배, “배임죄에서 ‘경영판단원칙’의 체계적 지위와 역할”, 형사판례연구 제31권, 박영사, 2023, 267면.

159) 이석배, 앞의 글(주 158), 268면.

160) 대법원 2011. 10. 27. 선고 2009도14464 판결; 대법원 2012. 9. 13. 선고 2012도3840 판결; 대법원 2013. 9. 27. 선고 2013도6835 판결.

161) 대법원 2017. 11. 9. 선고 2015도12633 판결.

수 있는 한계”를 넘지 않은 행위이므로 임무위배행위로 평가되어서는 안된다.¹⁶²⁾

하지만 임무위배행위로 볼 수 없는 실패한 경영판단은 대법원의 표현대로 경영상 “결정이 예측이 빚나가 기업에 손해가 발생”한 경우에 국한된다. 다시 말하면 결정 당시에 이익 또는 손해의 결과가 고도의 불확실성을 띄는 경영상의 결정에서는 경영 판단의 특수성을 고려할 수 있다.¹⁶³⁾

위에서 검토한 내용을 종합하면 이사로서 재량 범위 안에서 합리적 의사결정을 하였다면, 손해가 발생하였다고 하더라도 배임죄가 성립하지 않는다는 점은 공감하지만, 대법원은 그 근거가 고의를 인정할 수 없다는 점이고 이 경우에 배임죄의 형사책임 을 묻는 것은 “고의에 관한 해석기준을 완화하는 것”이고 이는 “죄형법정주의의 원칙 에 위배되는 것”이며,¹⁶⁴⁾ “영업이익의 원천인 기업이 정신을 위축시키는 결과를 낳게 되어 당해 기업뿐만 아니라 사회적으로도 큰 손실이 될 것”¹⁶⁵⁾이기 때문이라고 한다.

나. 대법원의 논리구조의 문제점

대법원은 일부 판결에서는 합리적 경영판단이 임무위배행위가 아니라고 판단하기도 하지만,¹⁶⁶⁾ 대부분의 대법원은 아래와 같이 고의의 문제로 다룬다.¹⁶⁷⁾

“동일한 기업집단에 속한 계열회사 사이의 지원행위가 합리적인 경영판단의 재량 범위 내에서 행하여진 것인지를 판단하기 위해서는 앞서 본 여러 사정들과 아울러, 지원을 주고받는 계열회사들이 자본과 영업 등 실제적인 측면에서 결합되어 공동이익과 시너지 효과를 추구하는 관계에 있는지, 이러한 계열회사들 사이의 지원행위가 지원하는

162) 이석배, 앞의 글(주 158), 269면.

163) 임철희, “경영판단과 배임고의-그 ‘범리’의 오용, 남용, 무용” 형사법연구 제30권 제2호, 한국 형사법학회, 2018, 271, 277면.

164) 대법원 2017. 11. 9. 선고 2015도12633 판결; 대법원 2019. 6. 13. 선고 2018도20655 판결 등.

165) 대법원 2004. 7. 22. 선고 2002도4229 판결; 대법원 2010. 1. 14. 선고 2007도10415 판결; 대법원 2011. 12. 22. 선고 2011도12041 판결; 대법원 2014. 11. 27. 선고 2013도2858 판결; 대법원 2015. 3. 12. 선고 2012도9148 판결; 대법원 2017. 5. 30. 선고 2016도9027 판결; 대법원 2019. 6. 13. 선고 2018도20655 판결 등.

166) 대표적으로 대법원 2004. 7. 22. 선고 2002도4229 판결의 일부 사실관계.

167) 대법원 2004. 7. 22. 선고 2002도4229 판결; 대법원 2010. 1. 14. 선고 2007도10415 판결; 대법원 2011. 12. 22. 선고 2011도12041 판결; 대법원 2014. 11. 27. 선고 2013도2858 판결; 대법원 2015. 3. 12. 선고 2012도9148 판결; 대법원 2017. 5. 30. 선고 2016도9027 판결; 대법원 2019. 6. 13. 선고 2018도20655 판결 등.

계열회사를 포함하여 기업집단에 속한 계열회사들의 공동이익을 도모하기 위한 것으로서 특정인 또는 특정회사만의 이익을 위한 것은 아닌지, 지원 계열회사의 선정 및 지원 규모 등이 당해 계열회사의 의사나 지원 능력 등을 충분히 고려하여 객관적이고 합리적으로 결정된 것인지, 구체적인 지원행위가 정상적이고 합법적인 방법으로 시행된 것인지, 지원을 하는 계열회사에 지원행위로 인한 부담이나 위험에 상응하는 적절한 보상을 객관적으로 기대할 수 있는 상황이었는지 등까지 충분히 고려하여야 한다. …… 위와 같은 사정들을 종합하여 볼 때 문제된 계열회사 사이의 지원행위가 합리적인 경영판단의 재량 범위 내에서 행하여진 것이라고 인정된다면, 이러한 행위는 본인에게 손해를 가한다는 인식하의 의도적 행위라고 인정하기 어렵다.”(대법원 2017. 11. 9. 선고 2015도12633판결)

경영판단을 배임죄의 고의에서 다루는 대법원의 입장은 도그마틱상 모순을 가지고 있다. 대법원이 제시한 “경영판단의 원칙 및 배임의 고의에 관한 법리”를 적용하기 위해서는 경영자의 결정이 소위 경영판단의 원칙에 합치해야 하고, 도그마틱상 경영판단의 원칙이 배임죄의 고의를 제한하는 원리로 역할을 하기 위해서는 먼저 경영판단의 원칙에 부합하는 결정이 배임죄가 규정한 “임무에 위반하는 행위”에 해당한다는 점이 설명되어야 한다.

배임죄의 주체인 ‘타인의 사무를 처리하는 자’인 경영자는 법익주체인 ‘타인’으로서 회사와 사이에 신뢰관계를 기초로 한 재산보호관계에 있다. 법익주체인 회사는 경영자에게 자신의 재산을 처분할 수 있는 가능성을 부여하고, 경영자는 자신의 책임하에 그 재산을 법익주체인 회사에게 이익이 되도록 관리해야 하는 재산보호의무를 진다.

이사의 경영판단은 “원천적으로 위험이 내재하여 있어서 경영자가 …… 가능한 범위 내에서 수집된 정보를 바탕으로 기업의 이익에 합치된다는 믿음을 가지고 신중하게 결정을 내렸다 하더라도 그 예측이 빗나가 기업에 손해가 발생”할 수 있는 위험을 내포한 행위이다.¹⁶⁸⁾ 이 경우에 고의가 없다는 것은 이 경우에도 임무위배행위가 된다는 것을 전제로 한다.

임무위배행위를 “당연히 할 것으로 기대되는 행위를 하지 않거나 당연히 하지 않아야 할 것으로 기대되는 행위를 하지 않는 것”¹⁶⁹⁾으로 이해한다면, 과실범에서 ‘주의의

168) 대표적으로 대법원 2017. 11. 9. 선고 2015도12633판결.

무 위반'과 차이가 없다.¹⁷⁰⁾ 과실범에서 말하는 결과예견의무와 회피의무는 그대로 경영자에게 회사의 재산보호의무로 손해발생을 예견하고 손해를 회피할 의무로 볼 수 있다. 경영판단의 원칙은 비록 본인(회사)이 부여한 권한 범위가 중요하긴 하지만, 그 범위 안에서 이루어지는 행위라도 그 상황에 합당할 정도의 합리적이고 충분한 정보를 바탕으로 이루어진 결정인 경우에만 적용이 가능하다. 거래관행 범위 안에 있다고 하더라도 손해를 방지하기 위해서 필요한 의무를 다하지 않았다면 그 행위는 임무위배행위에 해당한다.¹⁷¹⁾

여기서 이사의 재산보호의무의 내용이 무엇인지가 중요하다. 대법원의 논리구조에 따르면 “당연히 할 것으로 기대되는 행위를 하지 않거나 당연히 하지 않아야 할 것으로 기대되는 행위를 하지 않음”으로써 추상적인 손해가 실현된 것이 형식적으로 임무위배행위에 해당한다는 것이고, 결과로 행위를 추론하는 순환논증에 해당한다.

민사법(상사법) 영역에서 발전해 온 ‘경영판단의 원칙’은 비록 ‘충실의무’를 다하였다고 하더라도 ‘선관의무’ 위반(과실)으로 손해가 발생한 경우에 책임을 제한하는 원리로 이해된다. 민사불법행위의 경우 결과책임이 중심이고, 고의·과실을 구별하지 않을 뿐 아니라 행위정형이 특정되지 않기 때문에 이사의 경영판단에 의해서 손해가 발생했다는 점이 중요하다. 민사법상 재산보호의무는 손해라는 결과발생이 중요하기 때문에 민사불법행위의 법률요건을 충족할 수 있다. 하지만 행위정형성이 중요한 형법상 배임죄 성립여부를 판단할 때 배임죄에서 말하는 임무인 재산보호의무는 선관의무와 무관하다. 따라서 단순한 선관의무 위반, 즉, “합리적인 경영상 결정”이었음에도 불구하고 회사에 손해를 발생시킨 이사의 행위는 대법원이 언급하는 것처럼 고의가 없음에도 고의 개념을 확장하는 것이 아니라 애초에 임무위배행위에 해당하지 않는다. 하지만 모든 “경영자의 결정”이 “경영상의 결정”은 아니다.¹⁷²⁾

그럼에도 불구하고 대법원은 —비록 피고인이 경영판단이라고 주장하기 때문이기

169) 대법원 2011. 10. 27. 선고 2009도14464 판결; 대법원 2012. 9. 13. 선고 2012도3840 판결; 대법원 2013. 9. 27. 선고 2013도6835 판결 등.

170) 이석배, 앞의 글(주 158), 275면; 임철희, 앞의 글, 284면.

171) 이와 달리 거래관행에 벗어나지 않으면 임무위배행위가 아니라는 견해로 강동범, “이사의 경영판단과 업무상 배임”, 이화여자대학교 법학논집 제14권 제3호, 이화여자대학교 법학연구소, 2010, 49면.

172) 이석배, 앞의 글(주 158), 270면.

는 하겠지만— 경영상의 결정이 아님에도 불구하고, 단지 경영자의 결정이라는 이유로 경영판단인자를 고려하는 입장을 보인다.

이른바 브릿지론 대출의 실무에서 연대보증인은 차주로부터 자금통제권을 반드시 확보하여야 한다는 상관행의 존재를 전제로 위 피고인들이 이를 인식하고 있었다거나, 위 피고인들이 공소외 1이 위 대출금을 위 약정에 반하여 다른 사업체에 사용할 것을 알고 있었다거나 혹은 위 피고인들과 공소외 1 사이에 위 연대보증과 관련하여 부정한 대가가 수수되었다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 단지 위 피고인들이 공소외 2 회사의 대출금 사용처를 통제·감독하기 위한 조치 없이 공소외 4 회사로 하여금 연대보증하게 하였다는 사정을 주된 이유로 하여 위 피고인들의 행위를 업무상배임죄에 있어서의 임무위배행위에 해당한다거나 위 피고인들에게 배임의 고의가 있었다고 선불리 단정하여서는 아니 될 것이다. 그럼에도 원심은 그 판시와 같은 이유만으로 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하였으니, 이러한 원심의 판단에는 업무상배임죄의 고의와 경영상의 판단에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 아니함으로써 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다.(대법원 2013. 12. 26. 선고 2013도7360 판결)

공소외 1 회사와 한국산업은행 사이에 체결된 양해각서(MOU)에 포함된 임원의 직위별 성과급 지급 한도와 성과급 지급액에 관한 규정은 공소외 1 회사의 임원에 대한 보수 지급과 관련된 내부 규정의 성격을 갖는 것이다. 그런데 위 규정에 적자가 발생할 경우 성과급을 지급하지 않도록 명시되어 있음에도, 피고인 1은 적자가 발생한 상황에서 흑자인 것처럼 회계분식을 하여, 허위로 작성, 공시된 재무제표를 이용해 한국산업은행으로부터 성과급 수령이 가능한 정도의 평가결과를 받아 낸 다음, 자신을 비롯한 임원들에게 성과급을 지급하였다. …… 피고인 1의 위와 같은 성과급 지급행위는 회계분식에 터 잡아 성과급 지급조건을 위반하여 부당하게 이루어진 임무위배행위로서, 업무상 배임의 고의와 불법영득 의사가 인정되고, 이와 같은 성과급 지급이 적자 발생 상황이나 경영목표 달성 여부를 불문하고 경영상 판단에 따른 것이라고 보기 어렵다. (대법원 2017. 12. 22. 선고 2017도12649 판결)

회사의 이사 등이 타인에게 회사자금을 대여하거나 타인의 채무를 회사 이름으로 지급보증함에 있어 그 타인이 이미 채무변제능력을 상실하여 그를 위하여 자금을 대여하거나 지급보증을 할 경우 회사에 손해가 발생하리라는 점을 충분히 알면서 이에 나아갔거나, 충분한 담보를 제공받는 등 상당하고도 합리적인 채권회수조치를 취하지 아니한

채 만연히 대여해 주었다면, 그와 같은 자금대여나 지급보증은 타인에게 이익을 얻게 하고 회사에 손해를 가하는 행위로서 회사에 대하여 배임행위가 되고, 이러한 이치는 그 타인이 자금지원 회사의 계열회사라 하여 달라지지 않는 것이며 경영판단의 원칙 및 배임의 고의에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 없다.(대법원 2013. 9. 26. 선고 2013도5214 판결)

기업인수에 필요한 자금을 마련하기 위하여 인수자가 금융기관으로부터 대출을 받고 나중에 피인수회사의 자산을 담보로 제공하는 방식을 사용하는 경우, 인수자가 피인수 회사에 아무런 반대급부를 제공하지 않고 피인수회사의 대표이사가 임의로 피인수회사의 재산을 담보로 제공하게 한 행위(대법원 2006. 11. 9. 선고 2004도7027 판결; 대법원 2008. 2. 28. 선고 2007도5987 판결; 대법원 2020. 10. 15. 선고 2016도10654 판결 등)

기업인수를 위한 대출금을 변제하기 위해 인수대상회사의 경영자가 상법에 따라 유상감자 및 이익배당을 실시하는 경우(대법원 2013. 6. 13. 선고 2011도524 판결)

상호저축은행 임원인 피고인들이 임직원의 친척 등 명의로 토지를 매수한 다음 이른바 특수목적법인(SPC)인 을 주식회사를 설립하고 을 회사에 갑 은행 자금을 대출하여 을 회사 명의로 골프장 건설사업을 추진함으로써 갑 은행에 손해를 가하였다고 하여 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임)죄로 기소된 사안에서, 피고인들이 상호저축은행법 등 관계 법령에 위배되는 까닭에 갑 은행이 실질적 당사자가 되어 시행하거나 보유할 수 없는 골프장 건설사업을 타인의 명의 등을 내세워 편법으로 추진하고, 임원의 임무에 위배하여 구체적인 사업성 검토도 제대로 거치지 아니한 채 함부로 갑 은행의 자금을 지출한 행위(대법원 2011. 10. 27. 선고 2009도14464 판결)

골프장을 운영하는 회사의 대표이사 등이 골프를 치고 '회원예우에 관한 규정'에 따라 그 비용의 전부 또는 일부를 면제받은 경우(대법원 2009. 2. 26. 선고 2008도522 판결)

대기업 또는 대기업의 회장 등 개인이 정치적으로 난처한 상황에서 벗어나기 위하여 자회사 및 협력회사 등으로 하여금 특정 회사의 주식을 매입수량, 가격 및 매입시기를 미리 정하여 시장에서 형성된 가격보다 고가로 매입하게 한 행위(대법원 2007. 3.

15. 선고 2004도5742 판결)

축협 단위조합이 중앙회에 상환준비예치금 및 정기에치금으로 예치받아 유가증권 등에 투자하여 손실이 발생하였음에도 이자율의 조정을 연기하면서 계속 높은 이자를 지급한 경우 …… 이윤추구와 아울러 공공적 역할도 담당하는 각종 금융기관의 경영자가 금융거래와 관련한 경영상 판단을 함에 있어서 그 업무처리의 내용, 방법, 시기 등이 법령이나 당해 구체적 사정하에서 일의적인 것으로 특정되지 않는 경우에는 결과적으로 특정한 조치를 취하지 아니하는 바람에 본인에게 손해가 발생하였다는 사정만으로 책임을 물을 수는 없고, 그 경우 경영자에게 배임의 고의가 있었는지 여부를 판단함에 있어서는 문제된 경영상의 판단에 이르게 된 경위와 동기, 판단대상인 업무의 내용, 금융기관이 처한 경제적 상황, 손실발생의 개연성 등 제반 사정에 비추어 자기 또는 제3자가 재산상 이득을 취득한다는 인식과 본인에게 손해를 가한다는 인식하의 의도적 행위임이 인정되는 경우에 한하여 배임죄의 고의를 인정하는 엄격한 해석기준이 유지되어야 한다.(대법원 2007. 1. 26. 선고 2004도1632 판결)

경영상 결정을 이유로 임무위배행위를 부정하기 위해서는 결정 당시에 재량범위 안에서 이루어진 “합리적”인 “경영상의 결정”이어야 한다.¹⁷³⁾ 하지만 위에서 언급한 사례들은 모두 경영판단원칙의 요건인 “경영상의 결정”을 경영자의 판단으로 환원시키는 것에 의할 때에만 가능한 것이다. 위에서 언급한 모든 사례들에서는 경영판단원칙에서 말하는 “경영상의 결정”이 문제되지 않을 뿐만 아니라, 상당수의 사례들에서는 경영자가 자신의 판단과 관련하여 재량도 인정하기 어렵다는 점에서, 배임의 고의는 말할 것도 없고 경영판단원칙 자체를 언급할 필요가 없다.¹⁷⁴⁾

173) 같은 취지로 BGHSt. 61, 48; Saliger, Strafrechtliche Risiken unternehmerischer Entscheidungen aus dem Untreuetatbestand, in: Nietsch (Hrsg.), Compliance und soziale Verantwortung im Unternehmen (2019), S. 85, 110; 이석배, 앞의 글(주 156), 270면. 그래서 “배임죄에 경영판단의 원칙을 도입하면, 해당 원칙이 기업범죄 전반의 판단원칙으로 확대될 가능성이 있다. 기업은 경영자의 판단에 따라 임직원의 업무활동이 좌우되는 만큼, 경영자의 경영판단이 임직원의 위법행위 판단에도 영향을 줄 수 있기 때문이다.”라는 비판(박성민, “배임죄에 있어 경영판단 원칙의 도입여부에 대한 검토” 비교형사법연구 제16권 제1호, 한국비교형사법학회, 2014, 1, 17면)은 타당하지 못하다.

174) 임철희, 앞의 글, 279면.

다. 실무상의 문제점

실무에서 나타나는 문제점에 손해가 발생하면 의무위반의 방식, 즉 사후에(ex-post) 경영상 결정의 합리성을 결과를 가지고 소급해서 판단하는 것에 맞춰져야 한다.¹⁷⁵⁾ 이익취득이나 손해발생은 행위 이후에 발생할 사정이다. 행위시에는 이익취득이나 손해발생을 예견할 수 있을 뿐이고, 행위자는 장래의 결과와 관련된 현재의 개별 위험요소들을 인식할 수 있을 뿐이다. 그래서 경영자에게 경영상 결정에서 요구되는 재산보호의무는 모든 정보를 수집해서 완벽하게 결정하는 것이 아니라, 가능한 범위안에서 충분한 정보를 바탕으로 결정하는 것이다. 행위 당시 알 수 없었던 사실로 재산보호의무를 위반했다고 할 수는 없다. (최소한 미수와 기수를 구별하기 위해서라도) 행위 이후의 진행상황을 완전히 배제하고 판단할 수는 없지만 적어도 경영행위의 합리성은 행위시점에서 미래를 향한 판단, 즉 사전적(ex-ante) 판단이어야 한다. 그래서 완벽하지 못하고 사후에 손해를 발생시키더라도 결정 당시에 충분한 정보를 바탕으로 한 합리적 결정이라면 이미 임무위배행위가 아니고 당연히 임무위배에 대한 미필적 고의도 인정되지 않는다.

하지만 아무리 고의를 엄격하게 해석한다고 하더라도 임무위배와 손해의 발생을 인정된 뒤에는 고의를 부정할 수 있는 방법이 없다. 본인을 위한 행위라는 내심의 의사였는지(민사법에서 사용하는 선의 또는 악의) 여부는 배임죄에서 고의의 내용도 아니고 임무위배행위, 손해발생, 이익취득 등 배임죄의 객관적 구성요건과도 아무 상관없다. 이러한 측면에서 “선의에 기하여 가능한 범위 내에서 수집된 정보를 바탕으로 기업의 이익에 합치된다는 믿음을 가지고 신중하게 결정을 내렸다 하더라도 그 예측이 빔나가 기업에 손해가 발생하는 경우(…)까지 고의에 관한 해석기준을 완화하여 업무상배임죄의 형사책임을 물을 수 없다”고 하면서,¹⁷⁶⁾ 민사법적 의미에서 선의/악의 개념도 아닌 일상용어로 선의라는, 자신의 결정에 대한 확신에 해당하는 주관적 믿음을 고의의 개념에 사용한 것은 고의개념에 대한 오해에서 기인한다.

175) 이석배, 앞의 글(주 158), 279면; 이정민, “경영판단원칙과 업무상 배임죄”, 형사정책연구 제18권 제4호, 한국형사정책학회, 2007, 164면.

176) 대법원 2019. 6. 13. 선고 2018도20655 판결.

라. 민사불법행위 이론으로 배임죄 성립 부정

대법원은 민사불법행위에 대한 책임제한의 법리를 배임죄 해석에 그대로 가져와 임무위배행위는 넓게 해석하고 고의를 제한하려는 입장을 취한다. 반대로 경영자의 재량 안에 있는 행위로 인정되면 배임죄의 임무위배행위의 행위정형성에 대한 고려없이 재산보호의무(충실의무, 특히 정보의무)를 다하지 않은 경우에도 그 판단의 근거를 제시하지 않고 경영판단의 합리성을 그대로 인정하기도 한다.

금융기관과 재무구조개선약정 및 자율협약을 체결할 정도로 기업의 재무구조가 약화된 새로운 경영상황에도 불구하고, 정상적 경영이 이루어지던 이전의 상황과 마찬가지로 계속해서 통합구매 방식을 통해 구매대금을 연체하고 있는 계열회사를 지원하거나, (이후에 결제하지 못한) 어음결제를 대가로 고철을 처분하는 경우(대법원 2017. 11. 9. 선고 2015도12633 판결)

부실회사를 인수할 때 인수 당시 이미 검토되었던 유상증자 참여계획을 실행하면서 인수 대상회사가 발행하는 신주 인수가액의 적정성에 관한 검토 없이 적정가액보다 고가로 인수하는 경우(대법원 2010. 1. 14. 선고 2007도10415 판결)

유상증자를 통하여 조달한 자금으로 새로운 사업영역에 진출하기 위해 관련 회사의 주식을 매수하면서, 구 주주로부터의 매수를 성사시키기 위해 그들과 협의한 가격을 회계법인에 미리 알려주고 그 회사의 가치평가를 맡긴 다음, 그 결과에 근거하여 고가로 주식을 매수한 경우(대법원 2011. 12. 22. 선고 2011도12041 판결)

워크아웃을 신청한 기업에 약 249억 원의 채권을 가진 회사가 워크아웃 약정을 성사시키기 위해, CP(기업 단기어음)를 새롭게 매입하는 형태로 509억여 원을 추가로 지원하면서 이 자금이 대상 기업의 회생을 위해 사용되는 것이 아니라, 그 회사의 CP(기업 단기어음)에 투자한 사람들에게 기존 CP를 상환하는 데에 사용된다는 점을 알고서도 지원하면서, “회계법인의 실사결과와 최근동향에 비추어” 신규로 지원하는 자금을 모두 회수하고 약 140억 원의 수익도 얻을 것이라고 예상한 경우(대법원 2011. 7. 28. 선고 2010도7546 판결)

기업분석부의 심사결과와 심사등급이 우대업체 D군으로 평가되어 다른 기업에 대하여 연대보증을 할 수 없음에도, “회사와의 거래실적, 산업특성, 동업계의 지위, 정부의

중소기업 지원시책 등을 감안하여 신용이 있다고 인정되는 업체를 우대업체로 선정(군상향조정포함)할 수 있다”는 규정을 - 아무런 근거 없이 ‘재량으로’ - 적용하여 우대업체 C군으로 상향 조정하고 이 기업의 연대보증을 전제로, 지급보증을 인수하는 행위(대법원 2004. 7. 22. 선고 2002도4229 판결)

기존의 자금 조달 방식과는 별개로 전환사채를 발행하는 형태로 자금을 조달할 필요성이 분명하지 않음에도 전환사채를 발행하면서, 그 발행가격을 산정하기 위해 단지 “전환가격을 정함에 있어서는 전환 후 총 자본금을 100억 원, 발행주식수를 총 2,000,000주로 하여 추가로 발행하게 될 주식 수 1,292,800주로 위 자본금 100억 원을 나누는 방법으로 계산한 7,700원으로 산정하였을 뿐”인데도 “경영판단에 따라 자유로이 그 발행조건을 정”하는 것이라고 보는 경우(대법원 2009. 5. 29. 선고 2007도4949 전원합의체 판결)

위 사례들은 경영판단에 해당한다고 하는 것은 경영자가 위에 언급한 행위들을 할 수 있다는 것 이외에, 위 행위들이 회사의 이익을 위해 경영자로서 재량 안에 있다는 것 이외에 그 합리성에 대한 판단 없이 바로 배임죄 성립을 부정한다.

이 사례들은 대체로 계열사 또는 인수대상 회사의 이익, 경우에 따라서 주주 등을 고려하는 것인데 이사가 대표하는 기업의 이익과 주주, 또는 계열사의 이익을 혼동하고 그로부터 경영판단의 합리성을 판단하는 것으로 보인다.

특히 법령과 내규에 정한 절차를 위반하였음에도 불구하고 주주 우선배정 방식이기 때문에 실권주를 제3자에게 배정한 경우(대법원 2009. 5. 29. 선고 2007도4949 전원합의체판결) 회사에 손해를 끼치지 않았다는,

시가보다 낮게 발행가액 등을 정함으로써 주주들로부터 가능한 최대한의 자금을 유치하지 못하였다고 하여 배임죄의 구성요건인 임무위배, 즉 회사의 재산보호의무를 위반하였다고 볼 것은 아니다.

신주 등의 발행에서 주주 배정방식과 제3자 배정방식을 구별하는 기준은 회사가 신주 등을 발행하는 때에 주주들에게 그들의 지분비율에 따라 신주 등을 우선적으로 인수할 기회를 부여하였는지 여부에 따라 객관적으로 결정되어야 할 성질의 것이지, 신주 등의 인수권을 부여받은 주주들이 실제로 인수권을 행사함으로써 신주 등을 배정받았는지 여부에 좌우되는 것은 아니다. 회사가 기존 주주들에게 지분비율대로 신주 등을

인수할 기회를 부여하였는데도 주주들이 그 인수를 포기함에 따라 발생한 실권주 등을 제3자에게 배정한 결과 회사 지분비율에 변화가 생기고, 이 경우 신주 등의 발행가액이 시가보다 현저하게 낮아 그 인수권을 행사하지 아니한 주주들이 보유한 주식의 가치가 희석되어 기존 주주들의 부(富)가 새로이 주주가 된 사람들에게 이전되는 효과가 발생 하더라도, 그로 인한 불이익은 기존 주주들 자신의 선택에 의한 것일 뿐이다. 또한, 회사의 입장에서 보더라도 기존 주주들이 신주 등을 인수하여 이를 제3자에게 양도한 경우와 이사회가 기존 주주들이 인수하지 아니한 신주 등을 제3자에게 배정한 경우를 비교하여 보면 회사에 유입되는 자금의 규모에 아무런 차이가 없을 것이므로, 이사가 회사에 대한 관계에서 어떠한 임무에 위배하여 손해를 끼쳤다고 볼 수는 없다.(대법원 2009. 5. 29. 선고 2007도4949 전원합의체 판결)

위 대법원의 입장은 실권주의 처리와 관련하여 제3자 배정이 회사에 손해를 가했는지에 대하여만 판단이 있을 뿐, 그 이전에 그 전환사채 발행가격이 합리적인지에 대하여 아무런 논증없이 “최대한의 자금을 유치하지 못하였다고 하여 배임죄의 구성요건인 임무위배, 즉 회사의 재산보호의무를 위반하였다고 볼 것은 아니”라는 것은 배임죄의 성립여부를 결과불법에 따라 판단하는 전형적인 사례로 보인다. 주주가 아닌 회사의 입장에서 주주배정인지 제3자 배정인지가 왜 회사의 자산증가와 관련하여 이사의 임무에 차이가 있는지는 의문이다.

6. 외국의 입법례(독일 및 일본)와 그 시사점

》》【표 3-9】 독일과 일본의 배임죄 규정

	독 일	일 본
배임	제266조【배임】① 법률, 관청의 위임이나 법률행위를 통해 인정된 타인의 재산을 처분하거나 타인에게 의무를 부과할 권한을 남용하거나 법률, 관청의 위임, 법률행위 또는 신용관계 등에 의하여 부과되는 타인의 재산상 이익을 꾀해야 할 의무에 위반하고, 그로 인하여 재산상 이익을 보호하여야 할 자에게 손해를 가한 자는 5년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다. ② 제243조 제2항 및 제247조, 제248조a 및 제263조 제3항은 동일하게 적용된다.	제247조 (배임) 타인을 위하여 그 사무를 처리하는 자가 자기나 제3자의이익을 도모하거나 본인에게 손해를 입힐 목적으로 그 임무에 위배하는 행위를 하여 본인에게 재산상 손해를 입한 때에는 5년 이하의 징역 또는 50만엔 이하의 벌금에 처한다.

우리 형법규정과 비교했을 때, 횡령죄 규정은 크게 다르지 않아 양국의 해석론과 법적용에 있어서 큰 차이가 없다. 하지만 배임죄와 관련해서는 우리 형법 제355조 제2항과 비교했을 때, 규정 자체가 상이하다. 우리 형법규정과 비교했을 때, 독일 형법 제266조는 배임죄의 구성요건행위를 세분화하여 규정하고 있다. 즉, ① 타인의 재산처분, ② 권한남용, ③ 타인의 재산상 이익을 침해할 의무위반 등으로 배임행위를 구체적으로 유형화하고 있다. 또한 일본 형법은 배임주체와 관련하여 ‘타인을 위하여 그 사무를 처리하는 자’라고 규정하고 임무위배행위 시의 주관적 요소로서 ‘손해를 입힐 목적’을 요구하여 배임죄를 목적범으로 규정함으로써 행위불법의 명확화를 도모하고 있다.

앞서 언급한 바와 같이 우리 형법 제355조 제2항에 대해서는 배임주체와 관련하여 ‘타인을 위하여 자기사무를 처리하는 자’도 포함되는지를 놓고 오랜 논쟁이 이어져 오고 있다. 또한 구성요건행위인 배임행위의 의미와 관련해서도 법문에 ‘신용(신뢰)관계’를 언급한 독일과 달리 단순히 ‘임무위배(행위)’라고만 규정하고 있어서 배임죄의 본질과 관련하여 ‘배신설’의 입장에서 접근하는 것이 우리 형법규정에 대한 해석론으로 타당한지에 관해서도 의견이 분분하다. 그리고 전술한 바와 같이 최근에는 이러한 배임죄 규정의 추상성 및 모호성을 이유로 배임죄 폐지론¹⁷⁷⁾도 주장되고 있다.

하지만 화이트칼라범죄의 성격을 갖는 배임죄를 통해 규율해야 할 법현실이 엄연히 존재하고, 배임죄의 추상성 및 모호성은 해석론이나 법개정을 통해 충분히 수정·보완이 가능하다. 이러한 개정 논의로는 예컨대, [배임주체]와 관련하여 “법률이나 계약, 위임 등 법률행위로 인해 타인의 재산을 보호하거나 관리해야 하는 사람”으로 한정하는 견해,¹⁷⁸⁾ 일본 형법규정과 같이 ‘타인을 위하여’를 추가·명시함으로써 주체 관련한 소모적인 논쟁을 최소화하고, 처벌범위의 제한은 임무위배 및 손해발생을 엄격히 해석함으로써 가능하다고 보는 견해,¹⁷⁹⁾ 배임죄의 주체로서 사무처리자의 신분을 인정함에 있어서 보다 엄중한 보증인관계를 요구하여 주체범위를 제한하자는 견해¹⁸⁰⁾

177) 김재윤, “형법상 배임죄 규정의 입법론적 개정방안에 관한 연구”, 일감법학 제54호, 건국대학교 법학연구소, 2023, 67-99면.

178) 류부근, “횡령죄와 배임죄에 대한 최근 대법원판결의 검토 - 민사상 계약관계에 위배되는 처분행위를 중심으로”, 형사법연구 제34권 제1호, 한국형사법학회, 2022, 49-50면.

179) 김종덕, “배임죄주체의 해석상 몇가지 문제”, 저스티스 통권 제112호, 한국법학원, 2009, 11면.

180) 발터 페론(안동준 역), “배임죄구성요건의 문제점과 전망”, 법학논총 제30권 제1호, 전남대학

가, [배임(임무위배)행위]와 관련해서는 위배의 정도를 구분하여 '중대한 임무위배'만을 형법상 배임죄의 구성요건행위로 보자는 견해,¹⁸¹⁾ 독일과 같이 '권한없이 또는 권한을 부당하게 남용하여 임무를 위배한 경우'로 구성요건행위를 구체화하자는 견해¹⁸²⁾ 등이 있다.

생각건대, 현재 배임죄에 쏟아지고 있는 비판과 문제점을 해결하는데 있어서는 위와 같이 입법론 차원에서의 법개정도 하나의 방법이 될 수 있을 것이다. 하지만 먼저 법개정을 논하기보다는 해석론적 차원에서 배임죄의 처벌범위를 제한할 수 있는 방법을 모색하는 작업이 선행될 필요가 있다.

이러한 관점에서 접근했을 때, 전술한 바와 같이 행위불법(임무위배)의 실질이나 [주체-행위] 간의 유기적 관련성에 대한 종합적 고려 없이, 단지 '가벌성의 축소'라는 정책적 목적만을 가지고 신분관계 형성의 계기에 불과한 '사무'의 자-타성만을 '민사법적 관점'에서 구별하여 배임죄의 주체 범위를 제한하고 이를 통해 배임죄의 성부와 처벌범위를 '선제적'으로 판단하는 것은 바람직하지 않다고 생각한다.

따라서 배임죄의 구성요건행위로서 '임무위배(행위)'의 모호성을 극복하고 이를 '가벌성 축소'라는 정책적 방향성과 일치시키기 위해서는, 형법상 범죄의 불법성(행위불법과 결과불법)을 명확히 드러내고 이를 통해 처벌의 범위를 제한하는 접근방식이 필요하다고 판단된다. 그리고 그 시작점은 배임죄 행위불법인 '임무위배(행위)'가 되어야 할 것이다. 이는 형법상 책임(처벌)의 유무 또는 그 범위가 형사불법의 양과 질에 규명과 논증작업에 의해서만 정당화될 수 있다는 점에서 오히려 형법에 보다 부합하는 접근방식이기도 하다. 그리고 이를 위해서는 ① '위배'의 판단기준을 명시적인 표지인 '법령과 계약'으로 엄격히 제한함으로써 배임죄의 행위불법을 명확히 하는 해석론이 정립될 필요가 있고, ② 손해개념을 '실해'로 한정하여 배임죄의 결과불법 및 그 책임범위를 좁힘으로써 배임죄의 '침해범'적 성격을 분명히 하는 것이 바람직하다.

교 법학연구소, 2010, 44면.

181) 조국, "기업범죄 통제에 있어서 형법의 역할과 한계-업무상 배임죄 배제론에 대한 응답-", 형사법연구 제19권 제3호, 한국형사법학회, 2007, 172-173면.

182) 강동욱, "형사상 배임죄의 입법례와 주체에 관한 고찰", 단국대학교 법학논총 제37권 제1호, 단국대학교 법학연구소, 2013, 151-179면.

7. 소결 - 배임죄 폐지(비범죄화)론 및 개정 논의에 대한 검토

위에서 살펴본 바와 같이 대법원은 최근 들어 전원합의체판결을 통해 기존의 입장을 변경하여 배임죄의 성립을 부정한 바 있다. 이러한 판례의 변화추이는 혹자에게 배임죄의 폐지 내지 비범죄화의 논거가 되어주기도 한다. 예컨대, 상법상 특별배임죄 규정의 존치를 전제로 이와 중복되는 형법의 업무상 배임죄에 한하여 그 폐지를 주장¹⁸³⁾하거나 부동산 이증매매에 대해 배임죄를 인정하여 형사처벌하는 것은 사회적 필요성에 기인한 연유로 민사문제를 형사화하는 것으로 형법이 사회통제의 최후수단임을 전제로 보충성의 원칙에 비추어 적합하지 않으므로, 부동산 이증매매에 대해서는 형법이 지나치게 관여하지 말고 민사불법화의 문제로 두어 사적자치의 원칙을 존중하는 취지에서 형사불법화는 가급적 지양하자는 견해¹⁸⁴⁾, 이사 등의 경우에는 회사법상 손해배상책임, 자기거래금지, 사업기회유용금지, 겸업금지 등에 의한 민사책임이 강력하게 규정되어 있고, 그에 따른 구제수단으로서 주주대표소송 등이 규정되어 있어서 민사법적 구제수단이 가법다고 할 수 없으므로, 형법상 배임죄 자체를 폐지하여야 한다는 주장¹⁸⁵⁾ 등이 대표적이다.

하지만 위와 같은 이유로 배임죄를 폐지한다 하더라도 지금까지 배임죄가 횡령죄나 사기죄를 상당 부분 대체해 온 것을 감안했을 때, 폐지가 곧 범죄의 총량 감소나 가벌성의 축소로 이어질 수 있을지는 미지수다. 따라서 폐지보다는 충분한 학문적·실무적 논의의 선행이 요구된다.

다만 법규정에 터잡고 있는 법해석의 한계로 인해 해석론만으로는 해결되지 않는 문제에 대해서는 입법론적 접근도 필요하다.

생각건대, 이증매매, 양도담보, 이증저당 사안에서 대법원처럼 사무의 타인성 판단을 위해 복잡하고 불필요한 해석과 논리를 전개할 것이 아니라, 신뢰관계 내지 사무처리의 근거를 명문화하여 입법적으로 해결하는 것도 하나의 방안이 될 수 있을 것으로

183) 손동권, “기업 경영자에게 적용되는 형법상 배임죄 규정의 개정논의”, 경제활성화를 위한 배임죄 개선방안, 한국경제연구원 대외세미나 자료집, 2016, 6면.

184) 김혜정, “부동산 이증매매에서 배임죄의 성립여부에 대한 판단 -대법원 2018. 5. 17. 선고 2017도4027 전원합의체 판결-”, 법조 제67권 제6호, 법조협회, 2018, 845면.

185) 이종상, “이사의 책임과 배임죄에 대한 비판적 고찰”, BFL 제19호, 서울대학교 금융법센터, 2006, 47면; 천종철, “배임죄에 있어서의 임무위배행위”, 법학연구 제3집 제1호, 연세법학회, 1995, 721면.

사료된다. 예컨대, “법률이나 계약, 위임 등 법률행위로 인해 타인의 재산을 보호하거나 관리해야 하는 사람이 그 임무에 위배하는 행위”로 규정하면, 형법의 개입이 정당화될 정도의 배신행위인지 여부를 보다 명확하게 판단할 수 있을 것이다. 그리고 앞서 다루지는 않았지만, 손해발생 요건의 해석과 관련하여 점차 구체적 위험범화되어 가별성이 확장되는 것을 방지하기 위해 “본인에게 현실적인 손해를 가한 때”로 명시함으로써 배임죄의 침해범적 성격을 확실히 하는 것도 필요하다고 본다.

그리고 판례변경으로 인해 종래 배임죄로 처벌되던 영역이 무죄로 되면서 처벌의 공백이 문제되고 있는데, 이와 관련해서는 민사상 불법행위로 인한 손해배상청구권(민법 제750조), 이사에 대한 유지청구권(상법 제402조), 주주 대표소송제(상법 제403조)를 적극 활용하고, 나아가 회사 재산에 대한 규제제도, 에스크로 제도(ESCROW, 결제대금예치제도)나 공증인제도 도입, 중도금 해제조항의 도입, 당사자 간 계약을 통한 자율적 규제, 동산담보권 제도의 활성화 등을 통해 보완함으로써,¹⁸⁶⁾ 재산범영역에서 형법과 민법의 균형적 공존을 도모할 수 있을 것으로 생각한다.

제5절 | 권리행사방해죄 관련 유형과 쟁점

1. 문제 제기

형법상 권리행사방해죄는 타인의 점유 또는 권리의 목적이 된 자기의 물건 등에 대한 타인의 권리행사를 방해한 경우를 처벌하는 범죄이다. 형법 각칙 제37장 권리의 행사를 방해하는 죄 아래 강요죄 및 인질에 관한 죄와 함께 규정되어 있지만, 재산범죄로 보는 것이 일반적이다. 자기 소유 물건을 대상으로 한다는 것이 다른 재산범죄와 구별되는 특징으로, 행위주체가 물건의 소유자라는 점에서 그 규율범위가 한정적이다. 그리고 행위객체가 자기 소유이면서 타인의 점유 또는 권리의 목적이 된 물건이라는 점에서 다시 한번 규율범위가 한정된다. 판례에서도 비교적 요건을 엄격하게 해석

186) 김재윤, 앞의 글, 92면.

하는 편이고, 이러한 점들 때문인지 권리행사방해죄가 적용되는 사례는 다른 재산범죄와 비교할 때 현저히 작은 비중을 차지하고 있으며¹⁸⁷⁾ 민사의 형사화를 비롯하여 관련 논의도 많지 않다. 권리행사방해죄에서 민사의 형사화 문제가 발생하는 영역을 꼽자면, 금전소비대차계약과 같은 민사상 채권채무관계에서 채무자가 자신이 제공한 자기 소유의 담보물에 대해 채권자의 담보권 실행을 곤란하게 하거나 불가능하게 하여 채권의 만족을 얻지 못하게 한 경우라고 할 수 있다. 이러한 경우 채무자를 채권자의 담보권 행사를 방해한 것으로 보아 권리행사방해죄로 처벌하는 것이 일반적인 판례의 태도인데, 아래에서는 이와 관련하여 문제되는 구성요건 등의 해석 문제를 살펴보고 구체적인 사례를 검토한다.

2. 권리행사방해죄의 해석 문제

가. 보호법익과 보호정도

권리행사방해죄의 보호법익은 자기 물건¹⁸⁸⁾에 대해 타인이 가지는 소유권 외의 권리이다. 여기서 물건은 재물을 의미하고, 따라서 권리행사방해죄는 재산권을 보호하는 것이라고 할 수 있다. 다만, 규정되어 있는 위치와 재산권 자체가 아닌 그 행사에 대한 침해를 금지한다고 하는 범죄의 성격을 고려할 때 재산권 외에 의사결정·행동의 자유를 부차적 법익으로 한다는 견해가 있다.¹⁸⁹⁾ 이러한 견해에 따를지언정 이는 어디까지나 부차적인 것에 머무를 뿐이라 해야 할 것이고, 재산범죄로서의 성격을 고려하여 재산권 침해의 위험이 있는 경우를 처벌하는 데 한정되어야 한다. 한편, 보호정도와 관련하여 구성요건적 행위로 인해 재산권이 박탈되는 결과가 발생하는 것이 아니므로 권리행사방해죄는 위험범이라고 하는 견해가 있다.¹⁹⁰⁾ 판례도 권리행사방해의 결과가 현실적으로 발생할 필요는 없다고 하여 추상적 위험범으로 보고 있다.¹⁹¹⁾ 하지만 재산권의 행사를 방해하는 것이라고 하더라도 결국 그로 인해 재산권

187) 그나마도 관련 통계는 제323조의 권리행사방해죄만이 아닌 제37장 권리를 방해하는 죄 전체에 대한 것이다(2022 범죄백서, 법무연수원, 2023, 130, 284면).

188) 전자기록 등 특수매체기록도 행위객체에 속한다.

189) 배종대, 앞의 책, 512면.

190) 김일수·서보학, 앞의 책, 530면.

191) 대법원 2017. 5. 17. 선고 2017도2230 판결.

의 침해로 이어질 가능성이 있기 때문에 처벌하는 것이므로 적어도 구체적 위험범으로 보아야 한다고 할 것이다.¹⁹²⁾

나. 구성요건

권리행사방해죄의 구성요건은 ① 자기의 물건, ② 타인의 점유 또는 권리의 목적인 물건, ③ 취거·은닉·손괴, ④ 타인의 권리행사 방해, ⑤ 고의라 할 수 있고, 이 가운데 민사의 형사화 문제와 관련되는 것은 행위태양인 ③ 취거·은닉·손괴 중 은닉, 그리고 ④ 타인의 권리행사 방해라고 하는 결과의 발생 정도, ⑤ 고의라 하겠다.

1) 취거·은닉·손괴

권리행사방해죄의 행위태양인 ‘취거’, ‘은닉’, ‘손괴’는 다른 재산범죄인 절도죄와 손괴죄에서 자기 소유의 물건에 관한 경우를 처벌하는 것으로 이해할 수 있다. 다만 ‘취거’는 절도죄에서의 ‘절취’보다는 다소 넓은 개념으로 이미 자기소유인 물건에 대한 행위이므로 불법영득의사를 필요로 하지 않는다고 하는 차이가 있다. 각각의 개념을 보면, ‘취거’란 점유자의 의사에 반하여 목적물을 자기 또는 제3자의 지배로 옮기는 것, ‘은닉’이란 물건의 소재를 찾지 못하게 하거나 찾기 어렵게 만드는 것, ‘손괴’란 물건의 전부나 일부에 대해 그 가치를 침해하는 것을 말한다.¹⁹³⁾ 판례도 이와 유사한 판시를 하고 있다.¹⁹⁴⁾ 그런데 ‘은닉’의 경우 이미 한번 제공한 담보물을 다시 다른 사람에게 담보로 제공한 경우도 ‘은닉’에 해당한다고 하고 있는데,¹⁹⁵⁾ 이러한 행위가 과연 ‘은닉’에 해당한다고 할 수 있겠는가 하는 문제가 있다. 아래에서 구체적인 사례를 통해 검토한다.

2) 타인의 권리행사방해

권리행사방해죄라는 죄명에서부터 드러나듯이 타인의 점유 또는 권리의 목적인

192) 배종대, 앞의 책, 512면. 침해범으로 해석해야 한다는 견해로, 이상돈, 앞의 책, 498면; 오영근, “[천자평석] 권리행사방해죄에서 은닉 및 권리행사방해의 개념”, 로앤비, 2017. 10. 10.

193) 배종대, 앞의 책, 517면.

194) 대법원 1988. 2. 23. 선고 87도1952 판결(‘취거’), 대법원 2017. 5. 17. 선고 2017도2230 판결(‘은닉’), 대법원 2021. 1. 14. 선고 2020도14735 판결(‘손괴’).

195) 대법원 2016. 11. 10. 선고 2016도13734 판결.

물건을 취가·은닉·손괴한 행위를 한 것만으로는 죄가 되지 않고, 당연히 그로 인해 타인의 권리행사가 방해되는 결과가 발생해야 한다. 그런데 이러한 결과가 실제 발생해야 하는 것은 아니고, 발생할 위험만으로도 권리행사방해죄가 성립한다고 보는 것이 판례와 학설의 태도이다. 양자의 차이는 위에서 본 바와 같이 추상적 위험범이나 구체적 위험범이냐에 있는데, 권리행사방해라고 하는 결과가 발생했다고 하기 위해서는 적어도 그러한 위험이 실제 발생할 것으로 예상되어야 할 것이다.

3) 고의

권리행사방해죄에서의 고의는 타인의 점유 또는 권리의 목적인 자기의 물건이라는 것과 이를 취가·은닉·손괴함으로써 타인의 권리행사를 방해한다는 것에 대한 인식과 의사를 의미한다.¹⁹⁶⁾ 고의의 정도와 관련하여, 타인이 권리를 향유하지 못하게 하는 것을 처벌하는 범죄라는 점에서 이와 같은 결과를 적극적으로 의욕할 것이 필요하고 미필적 고의로는 부족하다고 하는 견해가 있다.¹⁹⁷⁾

3. 문제 유형

‘은닉’과 관련하여 문제가 되는 사례는 금전을 차용하면서 채권자에게 담보로 제공한 자동차를 이후 다른 채권자로부터 금전을 차용하면서 재차 담보로 제공한 경우 후자를 전자에 대하여 ‘은닉’에 의해 권리의 행사를 방해하였다고 하는 것이다. 대법원은 “‘은닉’이란 타인의 점유 또는 권리의 목적이 된 자기 물건 등의 소재를 발견하기 불가능하게 하거나 또는 현저히 곤란한 상태에 두는 것”이라고 하면서, “피고인이 원심 범죄사실 기재와 같이 2011. 5. 9.경 채어맨 승용차 1대를 구입하면서 피해자로부터 차량 매수대금 2,000만 원을 차용하고 그 담보로 위 차량에 피해자 명의의 저당권을 설정해 주었음에도, 2011. 12.경 대부업자로부터 400만 원을 차용하면서 위 차량을 담보로 제공하였다가 대출금을 변제하지 못하여 위 차량이 대포차로 유통된 사실이 인정되는바, 이로써 피고인이 피해자의 권리의 목적이 된 피고인의 물건을 은닉하여 권리행사를 방해하였음을 충분히 인정할 수 있”다고 하고 있다.¹⁹⁸⁾ 이 외에

196) 이상돈, 앞의 책, 498면.

197) 배종대, 앞의 책, 518면.

도 비록 타인 명의의 자동차여서 자기 소유가 아님을 이유로 무죄가 되기는 했지만, 금전을 차용하면서 자동차에 저당권을 설정한 다음 다시 금전을 차용하면서 해당 자동차에 또 저당권을 설정하는 경우 권리행사방해죄가 성립한다고 보는 듯한 사례가 있다.¹⁹⁹⁾

이와 같은 대법원의 태도는 결과적으로 그 소재를 발견할 수 없게 되거나 발견하기 현저히 곤란해졌다고 하더라도 행위자가 기존에 저당권을 설정한 자동차에 다시 저당권을 설정하는 행위 자체가 ‘은닉’에 해당하는 것은 아니라는 점에서 잘못된 포섭이다.²⁰⁰⁾ 자동차에 저당권을 설정하는 행위만으로는 자동차의 소재를 파악하기 어렵거나 불가능해진다고 할 수 없고, 결국 자동차의 소재가 불명해지는 결과는 그 이후 별도의 행위에 의해서 초래된 것이다. 따라서 이를 하나의 행위로 보아 행위자가 자동차의 소재를 발견하기 곤란하게 하였거나 발견할 수 없도록 하였다고 평가해서는 안 된다.²⁰¹⁾

한편, 자동차에 저당권을 이중으로 설정하는 것 자체는 금지되어 있지 않을 뿐더러,

198) 대법원 2016. 11. 10. 선고 2016도13734 판결.

199) 대법원 2017. 5. 30. 선고 2017도4578 판결. 문제된 자동차의 소유자도 권리행사방해죄로 기소되었으나 무죄판결이 내려졌다(대전지방법원 2016. 8. 25. 선고 2016노42 판결). 해당 판례에 따르면 사실관계는 다음과 같다. “피고인은 공동피고인 C과 2012. 10. 2.경 아산시 D에 있는 ‘현대자동차 E 대리점’에서, 피고인 명의로 F 에쿠스 승용차량을 구입하면서 피해회사인 아주캐피탈 주식회사로부터 6,350만 원을 대출받고, 2012. 10. 25. 그 담보로 위 승용차에 피해 회사를 저당권자로 한 채권가액 4,445만 원의 근저당권을 설정하였다. 피고인은 이후 공동 피고인 C과 공모하여 2014. 10. 초순경 불상의 장소에서 피해회사의 권리 목적인 위 승용차를 공동피고인 C의 친구 G에게 1,800만 원을 빌린 후 담보로 제공하는 방법으로 넘겨주어 피해 회사가 위 승용차를 찾을 수 없도록 하였다. 이로써 피고인은 공동피고인 C과 공모하여 타인의 권리의 목적이 된 자기의 물건을 은닉하여 타인의 권리행사를 방해하였다.”

200) 동일한 취지로, 홍영기, 형법 총론과 각론, 박영사, 2022, 485면.

201) 또한 “피고인들이 공모하여 렌트카 회사인 갑 주식회사를 설립한 다음 을 주식회사 등의 명의로 저당권등록이 되어 있는 다수의 차량들을 사들여 갑 회사 소유의 영업용 차량으로 등록한 후 자동차대여사업자등록 취소처분을 받아 차량등록을 직권말소시켜 저당권 등이 소멸되게 함으로써 을 회사 등의 저당권의 목적인 차량들을 은닉하는 방법으로 권리행사를 방해하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 피고인들은 처음부터 자동차대여사업자에 대한 등록취소 및 자동차등록 직권말소절차의 허점을 이용하여 권리행사를 방해할 목적으로 범행을 모의한 다음 렌트카 사업자등록만 하였을 뿐 실제로는 영업을 하지 아니함에도 차량 구입자들 또는 지입차주들로 하여금 차량을 관리·처분하도록 함으로써 차량들의 소재를 파악할 수 없게 하였고, 나아가 자동차대여사업자등록이 취소되어 차량들에 대한 저당권등록마저 직권말소되도록 하였으므로, 이러한 행위는 그 자체로 저당권자인 을 회사 등으로 하여금 자동차등록원부에 기초하여 저당권의 목적이 된 자동차의 소재를 파악하는 것을 현저하게 곤란하게 하거나 불가능하게 하는 행위에 해당”한다고 한 사안(대법원 2017. 5. 17. 선고 2017도2230 판결)에 대해서도, 이와 같은 행위를 ‘은닉’으로 평가하는 것에 문제가 있다고 보는 견해가 있다(오영근, 앞의 글(주 192)).

법적으로 선순위 저당권자는 후순위 저당권자에 대해 자신의 권리를 배타적으로 주장할 수 있다.²⁰²⁾ 그럼에도 그로 인해 저당권의 실행이 불가능하게 된 사실 또는 적어도 그러한 위험이 있다는 사실을 검토하지 않고 바로 행위자의 행위로 권리행사를 방해할 위험이 발생했다고 판단하여 유죄판결을 하는 것은 문제가 있다. 이와 같은 판단은 대법원이 “그로 인하여 권리행사가 방해될 우려가 있는 상태에 이르면 권리행사방해죄가 성립하고 현실로 권리행사가 방해되었을 것까지 필요로 하는 것은 아니다”라고 하여, 권리행사방해죄를 추상적 위험범으로 보고 있기 때문이다. 이러한 입장에 따르면, 대부분의 사안에서 물건의 취거·은닉·손괴가 있으면 권리행사가 방해될 위험이 발생했다고 보게 되어 죄의 성립범위가 넓어진다. 하지만 권리행사방해의 결과란 해당 물건에 대해 일정한 목적 아래 소유자로부터 넘겨받은 권리를 향유하지 못하게 되는 것이라고 보면,²⁰³⁾ 적어도 위와 같은 행위로 인해 권리의 실현이 구체적으로 불가능하거나 곤란해졌다고 볼 수 있는 때에 비로소 권리행사방해죄가 성립하는 것으로 해석해야 한다. 예를 들면 담보권 실행을 위한 경매를 신청했거나 해당 절차의 개시가 결정된 사실이 있는 때에 권리행사가 방해될 구체적 위험이 있는 것으로 보아야 할 것이다.

다른 한편, 권리행사방해죄는 자기 소유의 물건임에도 절도죄와 손괴죄에 해당하는 행위를 처벌하는 것이라는 점, 심지어 타인 소유의 물건을 손괴하는 경우보다 더 무겁게 처벌하고 있다는 점에서, 단순히 자신의 행위로 타인의 권리행사를 방해할 수도 있음을 인식하는 것만으로는 부족하고, 그와 같은 결과를 적극적으로 의욕했을 것, 소위 의도적 고의가 필요하다고 해야 한다. 이렇게 해석하면 권리행사방해죄의 성립범위가 제한되고, 민사 문제에 형법이 개입하는 경우의 수를 줄일 수 있다.

202) 이러한 경우 이중저당으로 인해 선순위 채권자의 채권이 실현되지 못하게 되면 민사상 불법 행위책임을 물을 수 있다.

203) 이상돈, 앞의 책, 498면. ‘권리행사의 방해는 목적물을 점유자가 이용하지 못하게 하는 것을 의미한다.’

» [표 3-10] 권리행사방해죄의 문제 사례 유형 정리

‘은닉’	판례	이미 한번 담보로 제공한 자동차를 다시 다른 사람에게 담보로 제공한 경우도 ‘은닉’에 해당하는 것으로 봄
	비판	자동차에 대한 이중담보설정 자체가 금지되는 행위가 아니고, 이러한 행위를 ‘소재를 발견하기 불가능하게 하거나 또는 현저히 곤란한 상태에 두는 것’이라고 평가할 수도 없음. 결과적으로 그와 같은 결과가 발생한 것은 별도의 행위가 원인이 된 것임
권리행사방해의 결과	판례	권리행사가 방해될 우려가 있는 상태에 이르면 권리행사방해죄가 성립하고 현실로 권리행사가 방해되었을 것까지 필요로 하는 것은 아니라고 봄(추상적 위험범)
	비판	해당 행위가 있었다면 대부분의 경우에 권리행사방해의 위험이 발생된 것으로 보아 죄의 성립범위가 지나치게 넓어짐. 권리의 실현이 구체적으로 불가능하거나 곤란해졌다고 볼 수 있는 때에 비로소 권리행사방해죄가 성립하는 것으로 해석해야 함(구체적 위험범)

4. 비교법적 검토

독일의 경우 형법 제289조에 담보물탈취(Pfandkehr)가 우리나라의 권리행사방해죄와 유사한 구조이기는 하고, 이 규정의 원형인 독일제국형법이 일본형법에 영향을 주고 우리나라에서 발전된 구성요건으로 도입된 것으로 보여지기는 한다.²⁰⁴⁾ 하지만 민사의 형사화라는 주제와 관련하여 비교법적으로 검토할 만한 의미는 없다고 본다.

일본 형법에는 우리나라의 권리행사방해죄에 해당하는 독립적인 규정이 없다.²⁰⁵⁾ 다만, 제36장 ‘절도 및 강조의 죄’에서 ‘자기의 재물이더라도 타인이 점유하거나 공무소의 명령으로 타인이 간수하는 것인 때는 이 장의 죄에 관해서는 타인의 재물로 간주한다.’(제242조)고 하는 규정을 두고, 이를 제37장 ‘사기와 공갈의 죄’에서 준용(제251조)하고 있을 뿐이다.

따라서 우리의 권리행사방해죄와는 결을 달리하는 입법형식을 갖추고 있다고 할 수 있고, 우리나라의 권리행사방해죄와 관련하여 ‘민사의 형사화’가 발생하는 구성요건 해석론이 문제되지 않는다는 점에서, 본고의 취지상 비교의 의의가 발견되지 않는다.

204) 자세한 것은 이진수, “권리행사방해죄에 대한 일고찰”, 형사법연구 제28권 제2호, 한국형사법학회, 2016, 137면 이하 참고.

205) 한국형사법무정책연구원, 비교형사법DB 참조. https://www.kicj.re.kr/ccldb/main/module/lawDb/view.do?law_idx=15&law_cont=J&menu_idx=826&nav_code=mai1642570394&footnote_idx=0

5. 소결 - 입법론

만일 ‘은닉’이라는 행위 자체를 처벌해서는 안 된다고 보게 되면, 해당 요건을 조문에서 삭제해야 할 것이고, 나아가 권리행사방해죄의 가벌성 자체에 문제를 제기하게 되면 권리행사방해죄의 비범죄화를 검토해야 할 것이다. 그러나 실제 권리행사방해죄로 처벌되는 사례 가운데에는 소유권이 자신에게 있음을 기화로 해서 해당 물건을 무단으로 처분함으로써, 스스로 부여했음에도 불구하고 타인의 권리를 침해하는 부당한 경우도 있음을 고려하면, 위와 같은 해석론에 의해 그 적용범위를 좁히는 정도로 권리행사방해죄와 관련된 ‘민사의 형사화’ 문제를 해결하는 것이 적절하다 하겠다.

제6절 | 개선방향의 모색

1. ‘민사의 형사화’ 혹은 ‘형사의 민사화’라 비판하기 이전에 선행되어야 할 고민들

‘민사의 형사화’ 혹은 ‘형사의 민사화’라는 표현은 비난인 동시에 형법과 민법의 바람직한 관계성에 대한 물음을 담고 있다.

먼저 ‘~화(化)’된다는 것은 서로 긴밀하게 연결되어 있음을 전제로 한다. 우리 법질서 속에서 형법과 민법의 긴밀한 관련성을 부정하는 사람은 없다. 특히 재산범죄 영역에서 민법과 형법은 많은 쟁점들 속에서 교집합을 형성하기도 하고 교차하거나 충돌하기도 한다. 문제는 그 가운데 ‘관계’가 형성되고 확립되는 것이 아니라 어느 것이 다른 것으로 ‘~화(化)’한다는 데 있다. 예컨대, ‘민사의 형사화’라는 표현은 형법과의 관계형성에서 민법의 규범적 가치와 독자성이 희석되고 희미해지는 것에 대한 위기의식과 우려를 담고 있다. 그리고 ‘형사화(化)’를 저지시키기 위한 버팀목으로 사용되는 레토릭이 바로 ‘형법의 최후수단성 및 보충성 담론’이다.

하지만 ‘~화(化)’를 막기 위해 필요한 것은 상대를 막고 저지하여 무화(無化)시키는—예컨대, 재산법영역에서 형법상 범죄성립을 부정하거나 비범죄화시키는— 것이

아니라 내가 끌려가지 않는 —예컨대, 민법 혹은 형법의 규범목적과 가치를 보다 명확히 정립하는— 것이고, ‘함께’ 하되, ‘의존’하지 않는 것이다.

횡령죄와 배임죄만을 놓고 보더라도, 형법 또는 민법 중 어느 하나의 법체계만으로 문제를 해결할 수는 없다. 명의신탁부터 이중저당의 문제에 이르기까지 합리적인 결론을 도출하기 위해서는 형법과 민법이 각자의 자리에서 ‘함께’ 공존해야 한다. ‘~화(化)’는 다른 규범이 침범해 와서 발생하는 것이 아니라 각 규범이 자신의 자리를 비웠을 때 일어나는 현상이다. 예컨대, [명의신탁] 사안처럼 민법이 규범 본래의 목적과 가치에 기한 규범적 판단을 유보하거나 관철하지 못하고, 그 판단과 수단을 형법에 미루거나 ‘의존’하게 될 때, 해당 문제영역에서 민법의 자리는 희미해지고 ‘형사화’가 일어나는 것이다.

따라서 형법과 민법이 각자의 규범목적과 가치를 먼저 확실히 하고 서로 다르다는 것을 인정할 필요가 있다.²⁰⁶⁾ 즉, 민법은 사인 간의 이익조정이나 화해를 도모하는 반면 형법은 법익침해적 행위를 형벌로써 처벌함으로써 법공동체의 안정화를 목적으로 하기 때문에, 하나의 사태에 대하여 형법과 민법이 서로 다른 시각에서 접근하여 다른 결론에 이르는 것이 가능하다. 예컨대, 민법상 불법행위에 의한 손해배상이 가능하더라도 형법적 관점에서 범죄성립을 통한 형사책임을 물을 수 있는 것도 형법과 민법이 추구하는 규범목적과 가치가 다름에서 그 정당화 근거를 찾을 수 있다.

2. 민법원리가 가벌성의 근거로?

대법원이 재산권과 관련된 민법의 원리를 형사판례에서 가벌 또는 불가벌의 근거로 원용하는 것은 여러 방면에서 나타난다. 민사의 형사화 현상은 특히 민사불법행위와 그 영역이 중첩되는 재산범죄영역에서 특히 두드러지고 있다. 최근 이중저당, 동산 이중매매 등 배임죄 영역에서 다수의 전원합의체 판결이 이 주제에 대하여 일반적으로 논의되던 학계의 비판을 일부 수용한 것으로 보인다. 하지만 여전히 가장 큰 비판의

206) Kargl, Der strafrechtliche Vermögensbegriff als Problematik der Rechtseinheit, JA 2001, 717면(문채규, “재산범죄에서 구성요건의 해석원리로서의 법질서의 통일성”, 법학논총 제33권 제3호, 부산대학교 법학연구소, 2021, 273면에서 재인용).

중심에 있던 부동산 이중매매에 대하여는 변화가 없으며, 배임죄와 마찬가지로 단순 채무불이행을 형사문제로 처리한다고 큰 비판을 받아 온 사기죄 영역에서도 큰 변화는 없다. 또한 아직 대법원 형사판례에 민사불법행위나 단순채무불이행을 사기죄나 배임죄의 문제로 판단하고 있다.

민법과 형법은 위에서 본 것처럼 그 목적 자체가 다르고, 그에 따라 문제해결을 위한 원리도 다르다. 아울러 손해라는 결과불법을 중시하는 민사불법과 행위불법과 결과불법을 동시에 고려하는 형사불법은 불법 구조도 다르다. 특히 재산범죄의 경우 형사불법은 행위불법의 내용 중에 특히 각 구성요건이 규정한 행위정형에 따라 죄책이 달라진다. 이 점이 민사불법과 가장 큰 차이다. 하지만 특히 행위정형이 중요한 형법상 구성요건 행위의 해석에서도 민사불법행위와 마찬가지로 해석하는 경향은 그대로 나타난다. 이 점은 특히 사기죄와 배임죄에서 두드러진다.

“기망이라 함은 사람으로 하여금 착오를 일으키게 하는 것으로서 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 없으나 널리 거래관계에서 지켜야 할 신의칙에 반하는 행위로서 사람으로 하여금 착오를 일으키게 하는 것”²⁰⁷⁾

사기죄의 경우 신의성실의 원칙에서 도출되는 고지의무가 인정되는 경우에 학계에서는 작위(대부분 묵시적 기망행위 또는 경우에 따라 명시적 기망행위)에 의한 기망행위로 인정하는 행위를 부작위 기망행위로 보고 그 고지의무를 보증인의무로 바로 치환하여 유죄논증을 시도한다. 여기서 등장하는 이론은 모두 민사법적 이론이다.²⁰⁸⁾ 이러한 문제는 사기죄에서만 나타나는 것은 아니다. 배임죄의 경우도 마찬가지다.

“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 행위”²⁰⁹⁾

207) 대법원 1984. 2. 14. 선고 83도2995 판결.

208) 고지의무와 정보제공의무, 설명의무는 실제로 모두 같은 내용으로 모두 독일어의 Aufklärungspflicht를 번역한 것이다. 다만 각기 다른 법영역에서 맥락에 맞게 다르게 번역해서 사용하고 있다.

예컨대 경영판단과 관련된 배임죄의 해석에서도,

“기업의 경영에는 원천적으로 위험이 내재하여 있어서 경영자가 아무런 개인적인 이익을 취할 의도 없이 선의에 기하여 가능한 범위 내에서 수집된 정보를 바탕으로 기업의 이익에 합치된다는 믿음을 가지고 신중하게 결정을 내렸다 하더라도 그 예측이 빗나가 기업에 손해가 발생하는 경우가 있을 수 있다. 이러한 경우에까지 고의에 관한 해석기준을 완화하여 업무상배임죄의 형사책임을 묻고자 한다면 이는 죄형법정주의의 원칙에 위배되는 것”²¹⁰⁾

이라고 판시하여 마치 민법에서 사용하는 용어인 선의인 경우에 고의를 인정하는 것이 고의의 해석기준 완화이고, 죄형법정주의에 반한다는 논리는 민사와 형사를 혼동하는 것으로 이해된다. 또한 과실을 배임죄로 처벌하는 것은 죄형법정주의에 반한다는 것인데, 사실 너무도 당연한 말이다. 과실배임죄 규정에 없는 우리 형법상 과실배임을 배임죄로 처벌하는 것이 죄형법정주의에 반한다는 것은 너무도 당연한 말이다.

대법원의 이 당연한 표현을 민사법적 관점에서 해석해 보면, “회사의 이사가 충실의무를 다 했음에도 불구하고 선관의무를 다하지 못해 회사에 손해를 가한 경우라면 이 경우 (배임죄의 임무위배행위에 해당하는지 여부는 판단하지 않아도) 바로 경과실이 있다고 볼 수 있고, 이러한 과실배임의 경우까지 배임죄로 처벌하는 것은 죄형법정주의에 반한다.”는 것으로 풀이할 수 있다.

여기에 배임죄의 행위정형에 대한 평가, 즉 배임죄에서 말하는 임무는 재산보호의무이고 여기서 재산보호의무의 핵심이 충실의무이고, 선관의무는 배임죄에서 임무에 해당하는 재산보호의무에 속하지 않는다. 하지만 선관의무위반까지 배임죄의 임무위배행위에 해당한다고 해석함으로써 나타나는 문제로 보인다.

재산범죄의 구성요건 해석에서 행위정형성을 정치하게 해석하지 않고 “착오를 일으키는 일체의 행위”, “신임관계를 저버리는 일체의 행위”와 같은 해석으로는 위에서 나타나는 문제를 해결할 수 없다.

209) 대법원 1995. 12. 22. 선고 94도3013 판결.

210) 대표적으로 대법원 2020. 10. 15. 선고 2016도10654 판결 등.

3. 민사의 형사화 문제를 해결하기 위한 하나의 대안

우리나라는 민사법원과 형사법원의 구별이 없다. 법관들이 재판에 임할 때 최소한 이론에 충실한 학자들보다는 결과의 구체적 타당성을 고려하는 것으로 보이고, 어찌 보면 너무나도 당연한 일이기도 하다. 하지만 민사사건과 형사사건에서 구체적 타당성의 허용범위는 전혀 다르다. 규범의 목적에 비추어 형사사건 안에서 구체적 타당성은 죄형법정주의에 의해 큰 제약을 받는다.

이 절 1.에서 본 것처럼 재산범죄 이외에도 민사로 해결하기 어려운 문제들을 형사사건으로 가져와 해결하려는 시도는 지양되어야 하고 법원에 의해서 저지되어야 한다. 부동산 이중매매의 배임죄 성립여부에 관한 전원합의체 판결에서 동산 이중매매, 이중저당 등 다른 유형과 달리 배임죄 성립을 긍정하는 근거 중에 “부동산이 경제생활에서 차지하는 비중이나 이를 목적으로 한 거래의 사회경제적 의미는 여전히 크다는 점”이 왜 형사사건에서 고려대상인지는 여전히 의문이 남는다. 민사법적으로, 재산적으로 중요하기 때문에 범죄가 된다는 논거가 형사법에서도 범죄성립여부를 판단하는데 논거로 사용이 가능한 것인지에 대하여는 깊이 고민해 보아야 한다.

이러한 원인 중의 하나로 대법관의 구성과 관련이 있다고 생각한다. 실제로 많은 법관들이 훨씬 더 많은 시간을 민사부에서 업무를 하고 있고, 당연히 대법관들도 민사재판에 훨씬 더 많은 시간을 할애했었던 법관이라는 점은 굳이 통계를 가지고 논하지 않아도 당연하다. 민사의 형사화, 특히 재산범죄의 민사화가 한편으로 법원의 경제적인 구체적 타당성에 대한 고려, 다른 한편으로 민사법 이론의 형법 구성요건 해석으로 침용이 원인이라면 민사법원과 형사법원을 순환하지 않는 것도 생각해볼 필요가 있다. 물론 대법원도 민사부와 형사부를 분리하는 것도 포함된다. 장기적인 계획으로 진행되어야 하고 여기에 많은 비용이 소요되더라도 법원의 판결이 시민에게 보다 설득력있게 다가갈 수 있다면 시민의 자유의 부당한 제한보다 더 큰 비용은 없다. 그리고 법학자도 법원의 판결에 설득될 수 있어야 하는 시민이다.

제 4 장

민사의 형사화 현상의 진단과 대응방안

민사의 형사화 현상에 대한 민사법적 진단

이 동 진 · 정 상 민

제4장

민사의 형사화 현상에 대한 민사법적 진단

제1절 | 민법학의 관점에서 민사의 형사화 현상 진단

형법각칙 중 개인적 법익에 관한 범죄, 특히 재산범죄는 민사법이 창설한 재산을 보호하는 데 목적을 두고 있다. 그중에는 배임죄와 같이 명백히 채무불이행을 범죄로 포섭하는 것도 있다. 민사 중 일부는 본래 형사이기도 한 것이다. 그러므로 이른바 민사의 형사화란 형사여서는 안 될 민사를 형사로 다루는 경우를 가리킬 수밖에 없고, 이는 본래 형사의 범위가 (추가로) 어떻게 제한되어야 하는가 하는, 형사법학의 과제에 속한다. 민법학은 이 점에 대하여 별로 할 말이 없다.

다만, 당사자, 특히 피해자에 의하여 민사가 형사화되고 또 검찰과 법원이 이를 용인하는 것은 민사적 구제로는 불충분하다는 어떤 감각과 관련되어 있을 수 있다. 가령 법경제학에서는 형사처벌이 필요한 경우 중 하나로 가해자가 자력이 없다는 등으로 판결이 무력화(judgment-proof)될 때를 든다. 이하에서는 이러한 관점에서 앞서 다룬 주요 사안유형, 즉 차용금사기, 허위표시·과장광고 등 일련의 채무불이행 관련 사기죄와 부동산 이중매매, 이사의 임무위배 등 배임죄, 부동산 명의수탁자의 처분과 할부매수인의 처분 등 횡령죄 사안을 중심으로 민법학적 관점의 분석 및 각각에 대한 형사절차 선호 원인, 민법학적 관점의 대응방안과 합리적 책임배분에 관하여 검토하기로 한다. 앞서 다룬 사안유형 중 민법학적 관점에서 특히 다룰 필요가 없는 사안유형은 굳이 언급하지 아니한다.

1. 사기형

가. 차용금 사기

1) 사안유형

‘값을 의사나 능력이 없음에도 불구하고 값을 것 같이 속여 돈을 빌리는’ 경우 그 자체로 범죄가 성립한다. 그러나 현실적으로 문제되는 것은 대개 상환기일에 돈을 갚지 아니하였을 때이다. 이러한 사안유형이 특히 문제적인 이유는 ‘변제할 능력이 없음에도 불구하고’ 부분, 즉 종종 상환기일에 상환하기 어려울 수 있음을 알면서도 돈을 빌렸다는 사정만으로 미필적 고의가 인정되곤 한다는 사실이다. 미필적 고의는 이른바 성향개념으로 간접사실에 의하여 재구성될 수밖에 없는 경우가 많고, 그 결과 사실과 평가가 뒤섞이곤 하는 것이다.

그밖에 차주가 차용 용도에 관하여 기망하여 돈을 빌리고 이를 갚지 못한 경우로서, 대주가 차주의 용도를 알았다면 그 돈을 빌려주지 아니하였을 것인 경우에도 사기가 성립한다.²¹¹⁾ 다만, 이 경우에는 대주가 진정한 용도를 알았다더라면 돈을 빌려주지 아니하였을 것임에도 이를 알고 있던 차주가 용도를 허위 고지하여야 하므로 미필적 고의의 문제는 잘 제기되지 아니한다.

2) 사기·착오 및 지연손해금 청구

먼저 변제자력 또는 변제의사에 대한 기망부터 본다. 차주(借主)의 변제자력은 대주(貸主)로서는 소비대차계약의 중요한 동기가 될 수 있으므로 차주가 대주에게 자신의 변제자력에 관하여 적극적으로 기망하였다면 이는 ‘사기에 의한 의사표시’가 될 소지가 있다. 그 결과 대주로서는 계약을 취소할 수 있다(민법 제110조 제1항). 변제의사가 없다는 점이 소비대차계약의 법적 구속의사와 모순되지는 아니하나, 애초에 변제의사가 없었음에도 있다고 속힌 경우 기망은 되는 것이다. 소비대차는 낙성계약이므로 대여를 약정하였으나 아직 대여금을 교부하기 전이라면 사기를 이유로 취소함으로써 대여금 교부의무를 벗어날 수 있다.

나아가 차주의 변제자력 또는 변제의사가 소비대차계약의 중요한 동기 내지 전제인

211) 대법원 1996. 2. 27. 선고 95도2828 판결.

이상, 대주로서는 그에 관한 착오가 있었음을 이유로 이를 취소할 수도 있다(민법 제109조 제1항). 다만, 이러한 사정은 소비대차의 '내용'과는 관계없는 '동기'이므로 그 동기가 표시되거나 기타 법률행위의 내용이 되어야 한다.²¹²⁾ 일반적으로 계약교섭 중 당사자 사이에 장래의 변제자력에 관한 언급이 있었고 그러한 사정이 쌍방에게 중요하다고 보이는 경우가 그러할 것이다. 장래의 사정이라는 점도 문제되나, 판례는 장래 사정의 착오도 착오로 고려할 수 있다는 입장이다.²¹³⁾

그러나 재판실무상 소비대차를 사기 또는 착오를 이유로 취소한 예는 찾아보기 어렵다. 이는 다음 두 이유와 관련되어 있다. 첫째, 이미 대여금을 교부한 뒤에는 소비대차를 취소해보아야 대여금의 부당이득반환을 즉시 구할 수 있을 뿐이어서 별 실익이 없다. 둘째, 민법에서 사기, 착오가 형법에서와 같은 범위에서 인정되는 것인지 반드시 분명하지 아니하다. 적어도 실제로 취소를 인정한 재판례는 대개 적극적 기망 또는 착오를 요구하고 있는데, 전형적인 차용금 사기 중 이를 충족하는 사례는 드물다. 민법상 착오에서는 위험인수가 중요한 관점 중 하나로 고려되는데,²¹⁴⁾ 소비대차의 경우 차주의 무자력위험은 원칙적으로 대주가 인수하는 것이 그 계약의 구조이므로, 변제자력에 관한 사기나 중요부분의 착오를 쉽사리 인정하기 어렵기도 하다.

그리하여 차용금 사기의 대부분은 만기 도래 후 원금 및 약정이자(민법 제389조), 지연손해금(민법 제397조) 청구로 구제된다. 계약위반이 있으면 해제, 계속적 계약의 경우 해지가 가능하나 이른바 불완전 쌍무계약으로 대주가 선이행하고 차주 단독의 채무불이행이 문제되는 차용금 사기의 경우 이들 구제수단은 별 의미가 없다.

그중 채무불이행에 대한 구제로 특히 의미가 있는 것은 지연손해금청구이다. 금전 채무불이행의 경우 무과실의 항변을 할 수 없고 원칙적으로 민사채무의 경우 연 5%, 상사채무의 경우 연 6%의 법정이율에 따른, 그 이상의 약정이율이 있으면 그 약정이율에 따른²¹⁵⁾ 지연손해금이 부과된다. 여기까지는 큰 의미가 없다. 그러나 대여원리금

212) 대법원 2015. 9. 10. 선고 2014다56335, 56362 판결; 이동진, “착오개념과 취소요건 - 비교법적 고찰로부터의 시사 -”, 저스티스 통권 제178호, 한국법학원, 2020, 29면 참조.

213) 대법원 2000. 5. 12. 선고 2000다12259 판결; 이동진, “착오개념과 취소요건 - 비교법적 고찰로부터의 시사 -”, 저스티스 통권 제178호, 한국법학원, 2020, 33면 이하.

214) 이동진, “계약위험의 귀속과 그 한계: 사정변경, 불능, 착오”, 비교사법 통권 제84호, 한국비교사법학회, 2019, 72-73면.

215) 그러나 약정이율이 법정이율보다 낮은 경우에는 법정이율에 의한다. 대법원 2017. 9. 26. 선고 2017다22407 판결 참조.

및 지연손해금의 지급을 구하는 소를 제기하는 경우 ‘소송촉진 등에 관한 특례법’이 적용되는데, 이는 매우 큰 의미를 갖는다. 같은 법 제3조는 “금전채무의 이행을 구하는 소장(訴狀) 또는 이에 준하는 서면(書面)이 채무자에게 송달된 날의 다음 날부터는 연 100분의 40 이내의 범위에서 은행법에 따른 은행이 적용하는 연체금리 등 경제여건을 고려하여 대통령령으로 정하는 비율에 따”르도록 하고 있고, 2023년 현재 그 비율은 (그 사이 많이 낮아져서) 연 12%이다. 변제자력은 있으나 변제의사가 없어 변제하지 아니하는 차주에게 이 비율은 대단히 높은 수준으로서, 소제기에서 판결에 이르기까지의 기간을 고려할 때 대여원금의 20% 이상에 이르는 일도 흔하다. 그런 만큼 현실적으로 곧 임의변제하게 하는 상당한 유인(incentive)으로 작용한다.

다음, 용도 사기를 본다. 차용금의 용처는 소비대차계약의 ‘내용’에 해당하지 아니하는 것이 원칙이나, 늘 그러한 것은 아니다. 기업의 대여에는 재무확약(financial covenant)의 형태로 용도를 엄격하게 제한하고 그 위반에 대하여 일정한 제재를 약정하는 일도 흔하기 때문이다. 그러나 개인 사이의 거래 또는 비공식적 기업 대여에서 흔히 그러하듯 용처 제한의 특약을 하지 아니하였을 때에도 그것이 중요한 동기가 되는 경우가 있다. 형법상 용도 사기가 성립하는 사안은 대체로 그러한 경우에 속한다. 용도 사기가 성립하면 소비대차계약의 사기 취소(민법 제110조 제1항)도 가능하다. 착오도 고려될 여지가 있다(민법 제109조 제1항).²¹⁶⁾ 아직 대여금이 교부되기 전일 때에는 취소함으로써 대여의무를 면하게 되고, 대여금이 교부되었으나 숨은 용처에 투입되기 전일 때에도 취소로 기한의 이익을 상실시키는 것과 비슷한 효과를 거두어 즉시 반환을 구할 수 있다. 대여금이 교부되었으나 숨은 용처에 투입된 이후에도 취소하고 즉시 반환을 구하며 이를 집행함으로써 숨은 용처에의 투입을 무력화할 수 있다.

3) 형사절차 선호의 원인 및 민법학적 관점에서의 평가

변제자력 또는 변제의사 기망의 경우 민법상 구제수단은 사기가 개재하지 아니한

216) 형법상 사기는 재산범죄이므로 단순한 용도사기는 고려될 수 없다는 주장도 가능하다. 예컨대 오영근, “판례에 의한 민사의 형사화 개선방안 - 차용금 사기죄를 중심으로 -”, 한양대 법학논총 제37집 제4호 한양대학교 법학연구소, 2020, 126면. 그러나 민법상 사기는 의사자유/자기결정을 보호하기 위한 것이므로 이러한 해석은 불가능하다.

경우와 별 차이가 없다. 즉, 사기 유무는 민법상으로는 중요하지 아니하고, 채무불이행만이 중요하다. 특히 중요한 것은 채무불이행에 대하여 소송촉진 등에 관한 특례법상의 이율이다. 이는 그 자체로 변제의사가 없는, 그리고 변제자력에 압박을 받는 차주로 하여금 대여금을 상환하게 압박할 만한 충분한 유인을 제공한다. 그럼에도 불구하고 대주가 형사절차를 선호한다면²¹⁷⁾ 이는 ① (별로 까다롭지 아니한 민사소송에 비하여도) 비용이 거의 들지 아니하고, ② (집행절차보다) 채무자를 강하게 압박할 수 있으며, ③ 특히 주소를 알 수 없거나 책임재산을 모두 산일(散佚)시키는 등 집행이 장기간에 걸쳐 주효하지 아니할 상황에서도 효과를 거둘 가능성이 있다는 점 때문이다. 이들 모두는 사기죄의 성부와는 무관한 사정이다. ①은 별로 배려할 만한 사정이 아니고 뒤에 보듯 ②에는 부적절한 부분이 있으며 ③은 강제집행면탈죄에 관계할 뿐이다.

그럼에도 불구하고 사기의 형사고소가 활용되는 이유는 사기죄가 비교적 너그럽게 인정되고 있어 엄밀히는 사기죄가 인정되지 아니하는 사안에서도 일단 수사를 진행할 수 있고, 수사과정에서, 혐의인정 여부와 관계없이, 위 효과를 거둘 수 있다는 점과도 관련되어 있다. 소비대차의 대주는 원칙적으로 차주의 무자력위험을 인수한다. 차주가 적극적으로 기망한 경우는 별론으로 하고, 소극적으로 미상환위험을 고지하지 아니하였다는 사정만으로 이러한 위험이 차주에게 전가된다고 할 수는 없다. 민법이 예정하는 이에 대한 원칙적 대응은 인적 또는 물적 담보이다. 나아가 민사집행법은 생존을 위하여 필요한 일정 범위의 재산은 남겨두고 나머지에 한하여 집행하게 하는데, 형사사건을 통한 압박은 사실상 그 범위를 넘어 재산을 변제에 투입하게 하거나 당장의 형사사건을 막기 위하여 좀 더 조건이 나쁜 돈을 빌릴 유인을 제공하곤 한다. 어느 것이나 우리 법질서가 예정하는 바는 아니고 또 더러 법정책에 반하는 것이기도 하다.

용도 사기의 경우도 다르지 아니하다. 대주가 차주의 숨은 용처에의 사용 자체를 막는 데 관심이 있고, 때문에 용도 사기가 성립한 경우라면 위 2)의 구제수단이 부족할 이유가 없다. 이른 시점이든 다소 늦은 시점이든 대주는 자신의 의도를 실현할 수 있기 때문이다. 달리 말하면 이러한 용도 사기의 경우 형사절차가 기여할 바가 없다.

217) 이것이 ‘민사의 형사화’ 등의 주제로 논해지는 형법학문헌에서 암시하는 것만큼 ‘선호’된다는 뜻은 아니라는 점에 유의할 필요가 있다. 적어도 오늘날 대다수의 채무불이행은 민사소송에 의하여 처리되고 있다.

형사절차에서 사실상 달성할 수 있는 ‘피해회복’은 원리금 상환이고, 위 용처에의 사용 자체를 직접 막는 것은 아니기 때문이다. 그러므로 용도 사기의 유형에서 형사화는 결국 차용금 사기에서와 같이 손쉽게 상환받는 한 도구일 뿐이다. 대주가 특정 용도의 위험성을 고려하여 그 용도로 쓰는 경우 대여하지 아니할 의사였는데 차주가 진정한 용도를 숨겨 차용하였고, 그 위험성이 실현되는 등으로 상환이 이루어지지 아니하는 경우이다. 이 경우 사기가 될 수 있다는 점은 분명하나, 대개 자력이 없어 정상적으로는 추심하기 어려워 형사절차를 이용하게 되므로 위 분석, 특히 민사집행법이 인정하지 아니하는 과도한 추심 내지 법정책이 용인하지 아니하는 과중채무를 심화시키거나 근친에게 부담을 지우는 형태의 변제가 이루어지게 마련이다. 어느 것이나 바람직하지 아니하다.

나. 자기명의 신용카드 부정사용

1) 사안유형

주지하는 바와 같이 타인 명의 신용카드의 부정사용은 사회적 법익침해로 그 자체 이미 별도의 범죄가 성립한다.²¹⁸⁾ 그와 함께 사기죄‘도’ 성립하는가 하는 점은 민사의 형사화와는 무관하다. 반면 향후 신용카드를 사용하더라도 대금결제의 의사와 능력이 없을 것임에도 자기 명의로 신용카드를 발급받아 재화나 용역을 제공받고 카드사로 하여금 가맹점에 그 대금을 결제하게 한 뒤 자신은 카드사에 이용대금을 납입하지 아니하거나 카드론 등의 방법으로 현금을 인출하는 경우에는 사기가 된다는 것이 판례이다.²¹⁹⁾

2) 사기·착오 및 지연손해금 청구

신용카드 이용계약(회원계약)은 계속적 계약이다. 이 계약 또한 신용의 제공을 필수적 요소로 하므로 향후 이용 시 대금결제의 의사와 능력이 있는가 하는 점은 계약의 중요한 전제에 해당하고, 그에 대한 기망이 있는 경우 사기취소 또는 착오취소가 가능하다. 다만, 계속적 계약이므로 사기취소나 착오취소는 대체로 비소급적 해지의

218) 여신전문금융업법 제70조 제1항.

219) 대법원 1996. 4. 9. 선고 95도2466 판결; 대법원 2005. 8. 19. 선고 2004도6859 판결.

효력을 갖는다. 신용카드회사는 이를 통하여 향후 신용카드 이용의 승인을 거절할 수 있다. 그 이외에 약관으로 자력에 의문이 생겼다는 등의 사정을 들어 승인거절을 유보할 수도 있다.

이미 승인한 뒤에는 가맹점규약에 따라 신용카드회사는 가맹점에 대금을 지급한 뒤 신용카드회원에게 이용대금지급을 구하는 수밖에 없다. 이 경우 이용대금 미납입은 차용금 사기에서와 같이 지연손해금으로 제재된다. 대개는 법정이율보다 상당히 높은 이율이 약정되어 있고, 그보다 훨씬 더 높은 소송촉진 등에 관한 특례법상의 이율도 적용된다.

3) 형사절차 선호의 원인 및 민법학적 관점에서의 평가

자기명의 신용카드 부정사용의 문제 상황은, 권리구제의 측면에서는, 차용금 사기의 그것과 별로 다르지 아니하다. 이는 신용카드 이용질서와 무관한 신용카드사와 회원 사이의 사적 관계의 분쟁일 뿐이다. 나아가 피해자인 신용카드회사가 회원의 신용을 확인하고 스스로 약관을 제정하여 이용하며 수시로 (소액)재판을 하고 있어 민사소송에 의한 권리추구가 그다지 부담스럽지 아니하다는 특성이 있다는 점도 고려할 필요가 있다. 민사의 형사화의 이익을 생각하기 어려운 경우라 할 수 있다.

다른 한편, 여기에는 신용카드 이용계약(회원계약) 자체는 아직 어떠한 재산처분도 아니고, 구체적인 재산처분이 이루어지는 가맹점의 대금지급 등은 신용카드 이용계약(회원계약)상의 의무의 이행이라는 문제도 있으나, 이는 사기죄 구성요건 해석 또는 간접정범 등 형법도그마틱 적용의 문제일 뿐이다.

다. 허위·과장광고

1) 사안유형

허위·과장광고는 표시·광고의 공정화에 관한 법률 등 대부분의 광고법이 금지하는 위법광고의 유형에 속한다. 광고는 고객을 유인하여 거래하게 하는 수단이고, 그 결과 고객이 대금을 지급하고 재화 또는 용역을 구매하였는데 그것이 당초 기대한 바와 다르다는 점에서 문제된다. 판례는 이 경우 재산손해 유무와 무관하게 사기죄를 인정한다.

2) 사기·착오 및 손해배상

광고가 청약에 해당하는가, 청약의 유인에 해당하는가 하는 점은 광고라는 표시의 해석의 문제이다. 그때그때 다를 것이나 일반적으로는 광고를 보고 찾아오는 사람이 일반적으로 승낙의 의사표시를 하는 것만으로 계약이 성립한다는 의사는 아니라고 보아 청약의 유인으로 해석한다.²²⁰⁾ 그러나 광고를 보고 이후 청약과 승낙으로 계약을 체결한 경우 광고가 당연히 계약내용에서 배제되는 것은 아니다. 분양계약의 경우 계약서 자체는 급여목적물에 대하여 극히 일부의 정보만을 제공하는 반면 급여목적물에 대한 고객의 표상은 주로 모델하우스와 광고에 의하여 형성되곤 한다. 이러한 점을 고려하여 판례는 “광고의 내용이나 조건 또는 설명 중 구체적 거래조건, 즉 아파트의 외형·재질 등에 관한 것으로 사회통념에 비추어 수분양자가 분양자에게 계약 내용으로서 이행을 청구할 수 있다고 보이는 사항에 관한 한 수분양자들은 이를 신뢰하고 분양계약을 체결하는 것이고 분양자들도 이를 알고 있었다고 보아야 할 것이므로, 분양계약 시에 달리 이의를 유보하였다는 등의 특단의 사정이 없는 한, [...] 이를 분양계약의 내용으로 하기로 하는 묵시적 합의가 있었다고 봄이 상당”하다고 한다.²²¹⁾ 이는 소비자계약으로서의 성질 내지 합리적 소비자 기대를 고려한 계약해석이다.²²²⁾ 위와 같은 판례는 분양계약 이외의 소비자계약에 연장될 가능성이 있다.

광고가 급여목적물 자체의 성상(性狀)에 관한 것이어서 계약내용에 편입되는 경우 허위·과장광고의 문제는 주로 채무불이행책임 및 담보책임(민법 제390조, 제580조)으로 규율된다. 이 영역에 대하여는 실무상 사기·착오 취소 주장이 제기된 예를 찾기 어렵고, 뒤에 보듯 제기된다 하더라도 받아들여지지 아니할 가능성이 높다. 반면 광고가 급여목적물 자체가 아닌 주변사정, 가령 입지나 개발계획 등에 관한 것일 때에는 민법상 사기·착오 취소(제110조 제1항, 제109조 제1항) 및 표시·광고의 공정화에 관한 법률상 손해배상 주장이 제기되곤 한다. 그러나 이론구성은 별론으로 하고, 재판실무

220) 여기에는 몇 가지 이유가 있다. 첫째, 광고는 고객을 영업소로 유인하기 위하여도 하므로 많은 경우 유리한 측면만 부각하곤 한다. 이른바 미끼상품 광고가 대표적인 예이다. 합리적인 고객도 그러한 측면을 알고 있다. 둘째, 광고가 노출되는 전 기간에 걸쳐 언제든 재고가 확보되어 고객의 승낙이 있으면 바로 공급할 수 있는 경우는 오히려 예외이다. 이러한 사정을 고려할 때 청약으로 해석하기 곤란하다.

221) 가령 대법원 2007. 6. 1. 선고 2005다5812, 5829, 5836 판결.

222) 이러한 해석방법은 다른 나라에서는 입법에 의하여 달성되었으나 우리의 경우 판례에 의하여 달성되고 있다.

상으로는 사기 주장은 사기의 고의가 증명되지 아니한다는 이유로, 착오 주장은 이른바 동기의 착오에 불과한데 표시되어 내용이 된 경우가 아니라는 이유로 각각 배척되고, 손해배상청구만 인용되고 있다.²²³⁾ 이른바 상대방에 의하여 유발된 착오에 해당함에도 이렇게 처리하는 것은 우선은 부동산 분양계약의 경우 투기성이 있어 취소에 의하여 소급적으로 청산함으로써 투자위험까지 가해자에게 전가하는 것이 과도하다는 사정과 관계되어 있다고 보인다.²²⁴⁾ 그러나 일반적으로 허위·과장광고와 관련하여 민법상 사기·착오를 인정한 판례를 찾기 어렵다는 점도 고려할 필요가 있다. 광고는 본질적으로 소비자에 대한 정보제공이자 고객유인이고, 그런 만큼 어느 정도 과장을 수반할 수 있음을 합리적 소비자 또한 알고 있는바, 그럼에도 불구하고 허위·과장광고에 대하여 책임을 지우는 것은, 민법적으로는, 손해배상으로 제한되는 경향이 있는 셈이다.

3) 형사절차 선호의 원인 및 민법학적 관점에서의 평가

허위·과장광고의 형사제재에는 두 측면이 있다. 광고에 다소간의 과장이 포함될 수 있는 이상, 허위·과장광고의 판단은 미묘한 문제이다. 이는 한편으로는 광고의 경쟁수단으로서의 기능과 소비자에 대한 정보제공 기능을 유지 내지 최적화하면서도, 부정경쟁행위인 광고와 오인(誤認)유발을 최소화하는 문제이기도 하다. 매우 엄격한 광고 규제는 후발주자, 소규모업자에게 불리하여 경쟁제한을 결과하기도 한다.

광고는 불특정 다수의 소비자에 대한 것으로서, 허위·과장광고가 이루어진 뒤 피해를 구제하는 것보다는 허위·과장광고 자체를 중단시키는 것이 중요하다는 특성도 있다.²²⁵⁾ 허위·과장광고에 관하여 형사절차가 이용되는 경우 한편으로는 그 잠재적 위협으로 인하여 허위·과장광고를 신속하게 일률적으로 중단시킬 것을 기대할 수 있다. 그러나 다른 한편으로는 종종 매우 미묘한 판단인 허위·과장광고 여부 판단이 형사절차의 잠재적 위협 때문에 왜곡되어 실은 적법한 광고를 중단시키는 결과가

223) 가령 대법원 2015. 7. 23. 선고 2012다15336, 15343, 15350, 15367, 15374, 15381, 15398, 15404 판결.

224) 이동진, “분양광고에 의하여 유발된 착오와 표시광고법상 책임”, 재산법연구 제35권 제4호, 한국재산법학회, 2019, 43면 이하.

225) 때문에 독일에서는 부작위소송의 대상이 되고, 우리의 경우에도 공정거래위원회의 공적 집행이 예정되어 있다.

될 수 있다.

끝으로, 특히 분양계약과 같이 투자의 성격도 갖는 경우 손해분담의 필요성도 무시할 수 없다. 판례가 허위·과장광고를 인정하면서도 일정액의 손해배상으로 구제를 제한하는 경향을 보이는 이유이다. 형사절차가 개입하는 경우 이러한 조정은 무력화될 가능성이 높다.

2. 배임형

가. 부동산 이중양도

1) 사안유형

부동산 이중양도는 동일한 목적물을 한 사람(제1양수인)에게 매매, 증여, 담보 목적 등으로 양도하여 주기로 계약한 사람(양도인)이 다시 다른 사람(제2양수인)에게 양도하여 주기로 하고 그에 따라 제2양수인에게 양도함으로써 제1양수인에 대한 의무 위반에 이른 경우를 말한다. 주로는 이중매매가 문제되지만 부동산 매도인이 등기 전 제3자에게 저당권을 설정해준 경우는²²⁶⁾ 물론, 부동산 이중임대차,²²⁷⁾ 민법 제245조 제1항의 취득시효 완성자가 등기를 마치기 전 그 소유자가 그 부동산을 제3자에게 양도한 경우에도,²²⁸⁾ 민법상으로는, 같은 법리가 적용되고 있다. 판례는 그중 부동산 이중매매에 대하여는 여전히 배임죄의 성립을 인정하나,²²⁹⁾ 부동산의 이중저당은 배임이 되지 아니한다고 한다.²³⁰⁾

2) 공서양속 위반 및 대위이전등기청구

모든 부동산 이중양도 사안에서 판례가 제시한 해결은 공서양속(민법 제103조) 위반을 원인으로 한 무효 및 그에 터 잡은 대위이전등기청구이다.

먼저, 판례는 부동산 이중양도 사안에서 제1양수인에 대한 소유권이전등기의무를

226) 대법원 1998. 2. 10. 선고 97다26524 판결; 대법원 2002. 9. 6. 선고 2000다41820 판결.

227) 대법원 2013. 6. 27. 선고 2011다513 판결.

228) 대법원 1993. 2. 9. 선고 92다47892 판결.

229) 대법원 2018. 5. 17. 선고 2017도4026 전원합의체 판결. 다만, 동산 이중매매는 그러하지 아니하다. 대법원 2011. 1. 20. 선고 2008도10479 전원합의체 판결.

230) 대법원 2020. 6. 18. 선고 2019도14340 전원합의체 판결.

임의로, 가령 계약금의 포기 등에 의하여, 벗어날 수 없는 단계에 제2양수인에게 이양도, 담보제공 등을 하였다면, 이는 제1양수인의 '배임행위'에 해당하고, 제2양수인이 이에 '적극가담'하였다면 제2양도가 공서양속 위반으로 무효라고 본다.²³¹⁾ 그러나 학설상으로는 '적극가담'까지는 필요하지 아니하고 악의로 족하다는 견해도 있다.²³²⁾

다음, 판례는 이 경우 제2양도가 이른바 불법원인급여(민법 제746조)에 해당하지 아니함을 전제로 양도인은 제2양수인에 대하여 소유권이전등기 말소등기청구권을 가지고 제1양수인은 양도인에 대한 제1양도계약 등에 터 잡은 소유권이전등기청구권을 피보전권리로 양도인을 대위하여 제2양수인에 대한 위 소유권이전등기 말소등기청구권을 행사할 수 있다고 한다. 그 결과 제1양수인은 목적 부동산 자체에 대한 자신의 권리를 원물 그대로(in nature) 실현할 수 있다.

이러한 판례의 해결에 대하여는 여러 '이론적' 문제가 제기되고 있고, 부분적으로는 제2양수인의 선의의 전득자보다도 제1양수인이 우선하는 등의 결론의 정당성에 대한 의문도 제기되고 있다.²³³⁾

그밖에 아직 판례는 없으나 제1양수인은 부동산 이중매매로 인하여 제1양도가 이행불능이 되었음을 전제로 손해배상을 구하거나 제1양도계약을 해제할 수 있으리라고 이해되고 있다. 또 제2양도로 인한 매매대금청구권을 대상(代償)으로 보아 대상청구권을 행사할 가능성도 있다. 다만, 이는 매매대금(commodum ex negotiatione)이 대상(代償)이 되는가 및 대상청구권의 범위가 '손해'로 제한되는가, 아니면 초과이익도 포함하는가 하는, 판례·학설상 아직까지 완전히 해명되지 아니한 문제와 관계되어 있어 결론을 단정하기는 어렵다.

3) 형사절차 선호의 원인 및 민법학적 관점에서의 평가

부동산 이중양도에 관한 판례법리는 의사주의에 터 잡은 일본 판례법리에서 출발한 것이다. 그러나 부동산 가격이 우상향하는 상황에서 이행불능시의 가격을 기준으로 하는 손해배상이 과소보상(undercompensation)에 그치기 쉽다는 점은 우리 특유의

231) 가령 대법원 2009. 3. 26. 선고 2006다47677 판결.

232) 대표적으로 윤진수, "부동산 이중양도의 경제적 분석", 저스티스 제29권 제1호, 한국법학원, 1996; 민법논고 I, 2007, 354면 이하.

233) 김용덕 편집대표 주석민법(총칙 2) 제5판, 2019, 495-406면(이동진 집필부분).

사정이기도 하다. 판례는 여러 이론적 문제에도 불구하고 불법원인급여를 배제하고 제1양수인에게 부동산 원물을 취득할 수 있게 해줌으로써 이에 충분한, 민사법적 관점에서는 다소 과도한 보호를 제공하고 있다.

다만, 이러한 구제가 가능하려면 제2양수인의 배임행위 적극가담이 확인되어야 하는데, 이는 제2양도거래의 당사자가 아닌 제1양수인에게서는 쉬운 일이 아니다. 어느 정도여야 적극가담인지는 반드시 분명하지 아니하나, 제2양수인이 먼저 배임행위, 즉 제2양도를 제안하였고, 그 당시 제1양도에 대하여 악의였으며, 그럼에도 불구하고 배임을 적극 권유하였다는 등의 사정을 요하는데, 이는 제2양도의 당사자 아니면 알기 어려운 구체적 교섭경위의 진술에 의하여서만 뒷받침될 수 있다. 형사절차는 이러한 구체적 경위에 관한 사실확인 및 증거확보의 수단이 된다.

그러나 부동산 이중양도에서 형사절차의 이와 같은 효용은 두 가지 점에서 제한적이다. 첫째, 앞서 본 바와 같이 근래 판례는 부동산 이중양도의 사안유형 중 일부에 한하여 배임죄를 인정한다. 이는 부분적으로는 서로 다른 시기에 형성된, 반드시 일관되었다고는 할 수 없는 판례와, 부분적으로는 배임죄의 구성요건표지, 특히 타인사무의 처리라는²³⁴⁾ 표지와 관계하나, 민사법적 평가와는 무관하다. 그리하여 부동산 이중매매 이외의, 배임죄가 성립하지 아니하는 부동산 이중양도 사안에서도 민사재판에서는 같은 증거 확보의 필요성이 존재하나, 형사절차는 여기에 쓸 수 없다. 둘째, 앞서 언급한 바와 같이 이러한 형사절차의 효용은 판례가 ‘배임행위 적극가담’이라는 표지를 요건으로 삼은 데서 비롯한다. 일부 학설에서 지적하듯 이를 ‘악의’ 요건으로 단순화시킨다면 형사절차의 효용은 상당히 감소하게 된다. 또, 통설이 지지하듯 배임행위 적극가담 여부와 관계없이 초과이익, 즉 제2양수인으로부터의 매매대금 전액에 대한 대상청구권을 인정하는 경우에도 형사절차의 효용 및 이중양도의 유인 모두가 크게 감소한다.

다른 한편 이 경우 형사절차의 효용이 증거 확보에 그친다는 점도 중요하다. 이

234) 근래 판례가 배임죄의 표지로서 ‘타인사무’에 관하여 엄두에 두고 있는 사안유형은 신임관계(fiduciary relationship), 즉 타인의 이익을 위한 계약으로서 당사자 사이에 이익대립이 없는 경우, Martinek이 말하는 Interessenwahrnehmung (Subordination)형(型) 계약이다. 이러한 Koordination (Interessengegensatz), Koalition oder Konföderation (Interessengleichrichtung), Subordination (Interessenwahrnehmung)으로의 계약분류에 대하여는 Staudinger/Martinek, Vorbem. §§ 662 ff., 2006, Rz. 23 ff. 참조.

사안에서 제1양수인의 부동산 취득을 위해서는 제2양수인 앞으로 된 등기의 말소와 양도인으로부터의 이전등기의 두 단계가 필요하고, 두 사람 모두가 관여하여야 하는데, 이는 형사절차에서 달성되기는 어렵고 대개 민사소송을 요하는 것이다.

끝으로, 배임행위 적극가담이라는 관용적 표현에도 불구하고 위와 같은 민사법적 처리를 위하여 형법상 배임죄가 성립할 필요는 없다는 점을 부기해 둔다.

나. 이사의 임무위배

1) 사안유형

배임죄가 성립하기 위해서는 재산상 이득 요건이 충족되어야 한다. 그러므로 회사 이사가 임무를 위배하여 배임죄가 성립하는 사안의 대부분은 이사가 회사의 이익을 위하여 사무를 처리하여야 함에도 이사 자신의 이익을 위하여, 대표이사나 대주주 개인의 이익을 위하여, 계열사에 속하는 다른 회사의 이익을 위하여, 특정 채권자의 이익을 위하여 사무를 처리한 경우이다. 회사법적으로는 선관주의의무 위반보다는 충실의무(duty of loyalty) 위반이 문제되는 경우라고 할 수 있다.

2) 충실의무 위반에 대한 회사법적 구제

이사의 충실의무 위반은 회사법의 가장 중요한 규율대상 중 하나이다. 그런 만큼 회사법에는 이미 여러 구제수단이 존재한다. 가령 이사의 임무위배는 임기 전 해임 사유가 될 수 있고(상법 제385조 제1항), 이사의 회사에 대한 손해배상책임의 근거가 될 수도 있다(상법 제399조, 제408조의8 제1항). 그로 인하여 손해를 입은 소수주주는 대표소송으로 그 책임의 추궁을 강제할 수 있다(상법 제403조). 특히 이사가 회사의 기회 및 자산을 유용(流用)하여 자신 또는 제3자의 이익을 추구한 경우 그 이익액을 손해액으로 추정하는 규정도 있다(상법 제397조의2 제2항).

그밖에 이론적으로는 이사가 자신의 이익을 추구한 경우 이른바 준사무관리를 인정하여 그 이익의 반환을 명할 가능성도 있다. 그러나 이러한 가능성은 판례상 확인된 바 없고, 상법 제397조의2 제2항과 반드시 조화를 이루는지 논란이 있을 수 있을 뿐 아니라, 특히 우리 현실에서 좀 더 문제되곤 하는 이사가 제3자(대표이사나 대주주)

의 이익을 추구한 경우에 대응하기는 어렵다는 한계를 갖는다.

좀 더 중요한 문제는 이사의 충실의무 위반이 일반적으로 구체적 행위 전에는 유지 청구의 대상이 되나(상법 제402조), 일단 구체적 행위가 이루어진 뒤에 무효로 돌릴 가능성은 상당히 제한된다는 사실이다. 이는 회사법적 행위가 여러 사람에게 여러 단계에 걸쳐 영향을 미칠 수 있어 무효를 인정하면 거래가 크게 불안해진다는 일반적 우려와 관계되어 있다. 비교법적으로도 어느 정도 일반적인 경향이기도 하다.

3) 형사절차 선호의 원인 및 민법학적 관점에서의 평가

이사는 회사와 사이에 신임관계에 있다. 그의 임무위배는 형법상 배임의 전형적인 예이다. 물론 회사법은 이사의 임무위배에 대하여 여러 사법(私法)적 대응방안을 마련한다. 그러나 이사는 회사의 재산과 사무를 맡아 그 의무에 반하여 처분할 수 있는 법적 권한을 갖고 있고, 대규모 공개회사의 경우 그 법적 권한에 맡겨진 재산상 이익 또한 막대하다. 그러한 한 어떤 사법적 대응으로도 임무위배를 통하여 자신 또는 제3자의 이익을 추구할 유인을 완전히 통제하기 어렵다. 이처럼 사법적 구제 내지 제재가 통하지 아니하는(immune된) 특히 큰 손해를 가할 수 있는 사람에 대하여 법적 의무를 관철하는 하나의 방법이 형사처벌이고, 이 경우 배임죄이다.

다만, 오늘날 회사의 이사는 —신탁법상 신탁의 수탁자와 달리— 불확실성 속에서 일정한 위험을 감수하는 경영판단(business judgement)을 하여야 하는 경우가 많고, 회사법 또한 그러한 판단 자체는 승인한다. 이러한 점에서 충실의무 위반이 아닌 이른바 선관주의의무 위반에 대하여 형사처벌을 가하는 데는 의문이 제기될 만하다. 배임죄에서 재산상 이익 개념을 느슨하게 운용하는 경우 본래의 의미의 충실의무 위반이 아닌 사안에서도 자기 또는 제3자의 재산상 이익 취득이 인정되어 충실의무 위반 없는 배임죄의 문제가 생긴다. 이는 회사법이 존중하고자 하는 기업가정신의 발휘에 역행한다. 또한, 회사 이익과 (1인) 주주 이익의 구별, 기업집단 이익과 개별 회사 이익의 구별, 회사 이익과 채권자 이익의 충돌로 인하여 발생하는 충실의무 판단기준의 불명확성도 문제를 야기한다. 이른바 LBO(Leveraged Buy-Out) 거래가 배임이 되는가, 기업이 위기에 처했을 때 주주와 채권자의 이익 중 어느 것을 우선할 것인가 등에 대하여는 지속적으로 의문이 제기되고 있다. 이들 거래의 회사법적 평가

에 미묘한 점이 있고, 설령 위법한 것으로 평가된다 하더라도 그 불법성이 형사처벌을 요할 정도로 크다고 할 수 있는지도 의문이다. 그럼에도 불구하고 이들에 대하여 형사처벌을 가하면 사실상 이들 거래가 완전히 위축되는 부작용이 생긴다. 이러한 문제를 해결하는 한 방법은 회사법상 이들 행위의 평가기준을 변경하고 형법이 이를 따르는 것이지만, 다른 한 방법은 회사법상 이들 행위의 평가기준과 무관하게 형법상 겸역을 실천하는 것이다.

3. 횡령형

가. 부동산 명의신탁

1) 사안유형

부동산 명의신탁은 명의신탁자가 부동산을 경제적·사실적으로 지배하고 그로 인한 책임도 모두 인수하되 그 등기명의는 명의수탁자 앞으로 하는 법률관계를 말한다. 명의신탁이 발생하는 원인은 다양하고, 그중 부부간 명의신탁이나 상호명의신탁의 경우 명의신탁자와 명의수탁자 사이에 의식적 합의가 있다기보다는 관련 법률관계의 합리적 규율을 위하여 판례에 의하여 명의신탁관계가 귀속되는 측면이 강하나, 그 이외의 경우는 어떠한 명의신탁자와 명의수탁자 사이의 명의신탁약정에 터 잡아 발생한다. 명의신탁을 의식하여, 구체적 내용까지 합의하는 일도 있으나 합의된 관계의 실질이 명의신탁이라는 성질결정(Qualifikation)에 터 잡아 그 내용이 충전되는 경우도 있다. 어느 경우든 대체로 명의수탁자는 명의신탁자의 지시에 따라 목적물을 처분하고 사용·수익하게 하며 명의신탁자의 지시 없이 목적물을 처분하지 아니할 의무를 부담하는 대신 명의신탁자에게 재산세 등 각종 부담을 전가한다.

부동산 명의신탁은 '부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률'의 적용의 대상이 되는 명의신탁과 그렇지 아니한 명의신탁으로 나뉘고, 적용대상이 되는 명의신탁은 다시 양자간 등기명의신탁, 중간생략 등기명의신탁, 계약명의신탁으로 나뉜다. 적용대상이 되지 아니하는 명의신탁은²³⁵⁾ 종래 판례에 따를 때 당해 부동산이 (상대적으로, 즉

235) 종중 명의신탁, 부부간 명의신탁, 상호명의신탁으로 탈법 목적이 없는 경우를 말한다. '부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률' 제8조.

내부관계에서) 명의신탁자에게 귀속한다는 점에서 법률관계가 공통되나, 적용대상이 되는 명의신탁은 같은 법 제4조의 해석상 서로 다른 법률관계가 발생하기 때문이다.

판례는 ‘부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률’이 적용되지 아니하는 명의신탁의 수탁자가 무단처분을 한 경우 횡령죄의 성립을 긍정하는²³⁶⁾ 반면, 같은 법의 적용대상인 경우에는 양자간 등기명의신탁,²³⁷⁾ 중간생략 등기명의신탁²³⁸⁾ 및 계약명의신탁²³⁹⁾ 모두에서 명의수탁자의 무단처분이 횡령죄가 되지 아니한다고 한다. 같은 법 제4조 제1항에 의하여 명의신탁약정이 무효가 되었기 때문이다.

2) 손해배상 및 부당이득반환청구

먼저, ‘부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률’이 적용되지 아니하는 경우를 본다. 판례는 이때 명의신탁자가 명의수탁자에 대한 ‘내부관계’에서는 명의신탁 목적물을 ‘소유’한다는 전제하에 그의 점유는 자주점유이고, 그는 명의수탁자에 대하여 (시효에 걸리지 아니하며 민사소송에서 명의신탁해지를 원인으로 하는 소유권이전등기청구권과 별개의 소송물을 구성하는) 물권적 청구권도 가진다고 본다. 그러나 제3자에 대한 관계에서는 명의수탁자만이 소유자이므로 그의 제3자에 대한 무단처분은, 공서양속(민법 제103조) 위반이 되지 아니하는 한, 유효하다. 명의신탁자는 무단처분을 한 명의수탁자에 대하여 명의신탁약정 위반을 원인으로 하는 손해배상청구, (내부적) 소유권 침해를 원인으로 하는 침해부당이득반환청구 및 불법행위 손해배상청구를 할 수 있을 뿐이다.

다음, ‘부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률’이 적용되는 경우를 본다. 이때에는 다시 세 유형을 나누어야 한다.

첫째, 양자간 등기명의신탁의 경우 명의신탁약정이 무효가 되었으므로 명의신탁 목적물은 처음부터 명의신탁자의 소유에 속한다. 명의신탁자는 명의신탁해지를 원인으로 하는 소유권이전등기청구권은 갖지 아니하나 소유권에 터 잡은 방해배제청구권(민법 제214조)으로 명의신탁등기의 말소를 구할 수 있다. 그러나 명의수탁자가 제3자

236) 대법원 2014. 12. 24. 선고 2011도11084 판결.

237) 대법원 2021. 2. 18. 선고 2016도18761 전원합의체 판결.

238) 대법원 2016. 5. 19. 선고 2014도6992 전원합의체 판결.

239) 대법원 2012. 11. 29. 선고 2011도7361 판결. 한편, 배임도 되지 아니한다는 것으로, 대법원 2008. 3. 27. 선고 2008도455 판결.

에게 무단처분을 하는 경우, 공서양속 위반이 되지 아니하는 한, 그 처분은 유효하다(부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률 제4조 제3항). 그 결과 명의신탁자는 소유권을 상실하는바, 그는 명의수탁자를 상대로 침해부당이득반환청구 및 불법행위를 원인으로 하는 손해배상청구를 할 수 있다. 이들은 모두 제3자 처분시를 기준으로 손해액을 산정하므로 부동산 가격이 우상향하는 경우 과소보상의 문제가 생긴다.

둘째, 중간생략 등기명의신탁의 경우 명의신탁약정이 무효가 되었을 뿐 아니라 매매계약은 유효함에도 불구하고 명의신탁약정(도) 근거한 물권변동은 무효가 된다(같은 법 제4조 제2항 본문). 그 결과 매매=명의신탁 목적물은 매도인 소유로 남고, 매수인=명의신탁자는 매도인에 대한 소유권이전등기청구권을 가진다. 그런데 이때에도 명의수탁자가 그 앞으로 등기명령이 이전되어 있음을 기화로 제3자에게 무단처분을 하면, 공서양속 위반이 되지 아니하는 한, 그 제3자는 유효하게 소유권을 취득하고(같은 법 제4조 제3항) 매도인은 매매=명의신탁 목적물의 소유권을 상실하며 매수인=명의신탁자의 매도인에 대한 소유권이전등기청구권은 이행불능이 된다. 판례는 이때 매도인에게 이행불능에 대한 책임을 물을 수 없음을 전제로, 매수인=명의신탁자는 명의수탁자에 대하여 직접 처분대금 등 상당의 부당이득반환청구권을 취득한다고 한다.²⁴⁰⁾ 명의수탁자의 무단처분은 매수인=명의신탁자의 위 소유권이전등기청구권을 침해하여 이른바 제3자 채권침해로 불법행위책임을 근거 지을 소지도 있다.

셋째, 계약명의신탁의 경우 매도인이 명의신탁사실을 알지 못한 때에는 매도인과 매수인=명의수탁자 사이의 매매계약은 유효하고 그 이행으로 이루어진 매수인=명의수탁자 앞의 소유권이전도 유효하나(‘부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률’ 제4조 제2항 단서) 매수인=명의수탁자와 명의신탁자 사이의 명의신탁약정은 무효가 된다. 그 결과 명의신탁자는 매수인=명의수탁자에 대하여 매매대금 등 취득비용 상당의 부당이득반환청구권을 가질 뿐 매매=명의신탁 목적물 자체에 대하여는 어떠한 권리도 가지지 아니한다.²⁴¹⁾ 그런 만큼 그의 처분은 어떠한 의미에서도 무단처분이 될 수 없고, 그로부터 어떤 법률관계가 전개되지도 아니한다.

반면 매도인이 명의신탁사실을 안 때에는 매도인으로부터 매수인 앞으로 이루어진

240) 대법원 2021. 9. 9. 선고 2018다284233 전원합의체 판결.

241) 대법원 2005. 1. 28. 선고 2002다66922 판결.

소유권이전 또한 무효가 된다(‘부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률’ 제4조 제2항 본문 참조). 이때 매도인과 매수인=명의수탁자 사이의 매매계약도 무효가 되는가 하는 점에 대하여는 여러 논란이 있으나, 판례는 매매계약이 당연 무효라고 보는 것 같지는 아니하다. 그리하여 소유권은 매도인에게 남아 있으며 등기명의는 매수인에게 있고 또 매수인에게는 소유권이전을 구할 권리가 있으나 명의신탁에(도) 근거한 그 명의의 등기는 무효인 기묘한 법률관계가 발생한다. 다만, 이때에도, 역시 논란이 있으나, 명의신탁자에게는 원칙적으로 아무런 권리도 존재하지 아니한다. 매수인=명의수탁자가 자기 앞으로 등기명의가 되어 있음을 기화로 제3자에게 이를 처분하면 그 또한 매도인 소유의 부동산을 처분하였다는 점에서 무단처분이라고 할 수 있으나, 제3자가 배임행위에 적극가담하였다는 등으로 공서양속 위반이 되지 아니하는 한, 제3자는 유효하게 권리를 취득한다(같은 법 제4조 제3항). 판례는 이때, 별다른 이론적 설명 없이, 매도인은 매수인=명의수탁자를 상대로 그의 소유권 침해를 원인으로 하는 손해배상청구를 할 수 없다는 입장을 취한다.²⁴²⁾ 결과적으로 매도인도 (유효한) 매매계약상의 의무를 이행한 셈이고, 더는 명의신탁등기가 현재의 등기로 남아있지 아니하며, 어차피 명의신탁자는 이해관계가 없기 때문일 것이다.²⁴³⁾

3) 형사절차 선호의 원인 및 민법학적 관점에서의 평가

‘부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률’이 적용되지 아니하는 명의신탁의 경우 형사처벌이 반드시 부당하다고 할 수 없다. 명의신탁은 여러 신탁관계 내지 신인관계(fiduciary relationship) 중에서도 특히 명의신탁자에게 위험이 큰 관계로서 횡령 또는 배임의 전형적 요건을 충족한다. 또한, 이때 처분은 거의 전적으로 무단처분일 수밖에 없는바, 특히 부동산 가격이 일반적으로 우상향하는 상황에서 손해배상이나 침해부당이득반환청구는 충분한 구제수단이 되기 어려운 것이다. 남은 문제는 이른바 내부적 소유권을 실체적으로 이해하여 ‘타인 재물’을 ‘보관’하는 경우로 보아 횡령죄로 의율할지, 아니면 ‘타인 재물’을 ‘점유’함을 기화로 ‘횡령’하는 경우라고 보기는 어렵다는 점에 착안하여 배임죄로 의율할지 정도이고, 이는 형법상 횡령과 배임을 가르는 기준

242) 대법원 2013. 9. 12. 선고 2010다95185 판결.

243) 구체적인 분석은 이동진, “매도인 악의의 계약명의신탁과 명의수탁자의 부동산 처분에 대한 책임”, 재산법연구 제34권 제4호, 한국재산법학회, 2018, 290면 이하.

을 어떻게 설정하고²⁴⁴⁾ 어떻게 규율공백을 피할 것인가 하는 각칙 구성요건 해석 및 체계화의 문제일 뿐이다.

반면, ‘부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률’이 적용되는 경우의 문제는 좀 더 미묘하다. 같은 법은 제1차적으로는 명의신탁‘등기’를 막는 데 그 목적이 있다.²⁴⁵⁾ 명의신탁을 원인으로 하는 등기인 이상 소구(訴求)할 수 없을 뿐 아니라 쌍방신청에 의한 등기도 각하된다. 반면 별도의 원인을 만들어 내거나 중간생략 등기명의신탁의 경우 매수인=명의신탁자에게 등기가 환원되는 것은 막지 아니한다. 과거의 명의신탁 등기조차도 일단 이후 명의신탁자 또는 제3자에게 등기가 이전되어 과거의 등기가 된 이상 더는 그 무효를 묻지 아니한다. 이렇게 본다면 같은 법의 규율에는 여러 의문이 있다. 계약명의신탁의 명의신탁자가 원물에 대한 이익을 사실상 박탈당하고 명의수탁자가 반사적으로 그 이익을 누리는 것이 타당한가 하는 점, 명의신탁약정을 무효로 할 필요가 있는가 하는 점 등이 그러하다. 명의신탁등기의 무효를 위하여 명의신탁약정까지 무효로 할 필요는 없는 것이다.²⁴⁶⁾ 같은 법이 적용되는 경우 횡령 및 배임의 배제는 거의 전적으로 입법자가 명의신탁약정까지 무효로 하였다는 점에 근거한다. 그러나 반대되는 해석도 불가능하지는 아니하다. 이 경우 횡령과 배임을 부정한 것은 (계약명의신탁의 경우를 제외하면) 명의수탁자가 반환을 거부하는 것은 허용하지 아니하되 제3자에게 처분한 경우 형사처벌도 배제함으로써 명의신탁자에게 더 큰 위협을 지우는, 일종의 징벌적 해석이다. 이러한 해석이 추구하는 법정책이 위 법률의 전체 구상과 반드시 일관되게 해명되지 아니하는 것은 같은 법률의 법정책 자체가 다소 모순적이고 일관성이 떨어지기 때문이다.

244) 크게 재물과 재산상 이익이라는 목적물 기준과 위탁관계(사실상 처분가능성)와 신임관계라는 의무 기준이 있는데, 유체 동산이 아닌 몇몇 재물/재산의 경우 두 기준이 서로 다른 방향을 지시하여 문제가 생긴다.

245) 가령 이동진, “매도인 악의의 계약명의신탁과 명의수탁자의 부동산 처분에 대한 책임”, 재산법연구 제34권 제4호, 한국재산법학회, 2018, 295-296면.

246) 물론 정반대로 명의신탁자가 명의신탁 목적물 원물에 대하여 어떠한 형태로든 권리를 취득할 수 없게 하는 입법도 생각할 수 있다. 일종의 징벌적 입법인 셈인데, 이러한 구상은 (검토된 바는 있으나) 어떠한 입법과정에서 배제되었고, 판례와 학설의 다수도 이를 따르지 아니하고 있다.

나. 할부매매

1) 사안유형

할부매매는 약정 매매대금 중 일부만 지급받은 상태에서 목적물을 할부매수인에게 인도하고, 이후 일정기간에 걸쳐 매매대금 잔금을 분납받는 경우를 가리킨다.²⁴⁷⁾ 문제는 이때, 특히 동산을 목적으로 하는 경우, 소유권유보약정이 흔히 체결된다는 데 있다.²⁴⁸⁾ 즉, 매매대금 잔금이 완납될 때까지 목적물의 점유는 매수인에게 이전하되 소유권은 매도인에게 유보하고, 매매대금 잔금의 완납과 동시에 자동으로 목적물의 소유권이 매수인에게 이전하는 것으로 약정하는 것이다.²⁴⁹⁾ 그 결과 매매대금이 완납되지 아니하면 할부매도인은 곧바로 소유권을 행사하여 목적물의 반환을 구할 수 있다.²⁵⁰⁾ 그러나 동산인 만큼 매수인이 매매대금을 완납하지 아니한 채 목적물을 처분하는 것을 막기는 어렵고, 이때 사실상 찾지 못할 수 있을 뿐 아니라 찾는다 하더라도 이미 제3자가 선의취득(민법 제249조)하여 그 제3자에게 원물을 추급할 수는 없는 경우도 생긴다. 판례는 이러한 경우 횡령죄를 인정한다.²⁵¹⁾

2) 손해배상 및 부당이득반환청구

할부매수인이 매매 목적물을 제3자에게 처분하거나 은닉하고 매매대금을 완납하지 아니한 경우 할부매도인으로서 매매대금 및 그 지연손해금의 지급을 구할 수 있다. 다만, 할부거래에 관한 법률의 적용대상인 할부매매의 경우 소비자계약이므로 이때 손해배상액이 실손해를 과도하게 초과하여서는 안 된다.²⁵²⁾ 또한, 할부매도인은 할부매매계약을 해제하고 이를 전제로 소유물의 상실을 원인으로 하는 손해배상 또는 침해부당이득반환청구를 할 수도 있다.²⁵³⁾ 그러나 어느 경우든 금전배상청구로서 이

247) 좀 더 기술적인 정의는 '할부거래에 관한 법률' 제2조 제1호 참조.

248) '할부거래에 관한 법률' 제6조 제1항 제8호는 '재화의 소유권 유보에 관한 사항'을 서면주의의 적용대상으로 한다.

249) 동산 소유권이전의 요건으로서 '인도'(민법 제188조 제1항)는 소유권이전 전에 이미 이루어졌고, 단지 소유권이전에 매매대금의 완납이라는 정지조건이 부가된 것으로 이해된다.

250) 다만, 도산절차에서 그 규율에는 논란이 있다. 회생법원실무는 이때 할부매도인의 유보소유권에 터 잡은 권리를 양도담보와 비슷한 것으로 취급하여 회생담보권만을 부여한다. 그러나 학설상으로는 원칙적으로 환취권을 가진다는 견해도 유력하다.

251) 가령 서울고등법원 2009. 3. 26. 선고 2009노86 판결.

252) '할부거래에 관한 법률' 제12조.

253) 제3자가 목적물을 선의취득할 필요는 없고, 사실상 추급이 곤란하면 된다. 민법 제399조 참조.

미 목적물을 상실한 이상 큰 차이는 없고, 그 실익은 제한적이다.

그밖에 거래의 할부가 개입하는 경우 할부매매는 대개 제3자, 즉 여신전문금융업자의 신용제공으로 이루어지곤 하는데(할부거래에 관한 법률 제2호 제1호 나목), 이때 할부금납입지연은 할부매수인의 신용이 하락하는 원인이 된다. 할부매수인은 그로 인한 사실상의 불이익을 입을 수 있다.

3) 형사절차 선호의 원인 및 민법학적 관점에서의 평가

할부거래에서 할부매도인은 할부매수인의 할부금 미지급 위험을 담보하기 위하여 소유권유보를 이용한다. 그러나 점유를 이전하면서 소유권만 유보하는 것은 점유개정에 의한 양도담보 설정과 마찬가지로 점유자=할부매수인의 무단처분의 위험을 감수함을 뜻한다. 할부매도인은 할부매수인이 목적물을 점유하고 있는 상태에서 무자력이 되어 개별집행 또는 포괄집행이 일어날 위험에 대하여 자신을 보호하였을 뿐 그가 무단처분을 하거나 스스로 은닉할 위험에 대하여 자신을 보호하지는 아니하였다.

문제는 이러한 위험인수가 형사처벌을 전제한 것인가 하는 점이다. 처분보호는 거래안전 내지 제3자 보호를 위한 것이지 무단처분한 할부매수인을 위한 것일 수는 없고, 전형적으로 자동차를 할부로 매수한 뒤 곧바로 되파는 등의 거래를 생각할 때 형사처벌이 의미가 있다는 입장도 가능하나, 할부매도인은 대개 스스로 위험을 평가하고 최적의 방법으로 보호할 수 있는 기업이고, 형사처벌을 덧붙인다 하여 —제한된 형사사법자원을 여기에 쓰는 것을 넘어— 할부수수료율을 낮춘다는 등 이익이 있다고 하기 어렵다는 반론도 가능하다. 이 점은 동산 양도담보에서 양도담보설정자의 무단처분의 처벌 여부와도 어느 정도 독립적으로 다룰 수 있기도 하다. 양도담보의 채권자보다는 애초에 소유권을 넘겨받은 일이 없는 할부매매에서 매도인이 더 강한 이해관계를 갖고 있다는 점에서 여전히 보호필요성이 있다고 할 수도 있기 때문이다. 할부매수인의 무단처분을 형사화할 것인지 여부는, 동산 양도담보설정자의 무단처분을 형사화할 것인지 여부와 함께, 다분히 정책적 성격을 갖고 있다고 보인다.

제2절 | 민사소송법의 관점에서 민사의 형사화 현상 진단

민사소송법 학계 및 실무계에서도 본 연구의 대상인 ‘민사의 형사화’ 현상에 대하여 오래 전부터 그 문제점을 지적하고 대안을 모색하여 왔다.²⁵⁴⁾ 본래 민사적으로 해결하여야 하는 사건임에도 이를 형사절차를 통해 해결하려 한다는 것은, 그 자체로 민사소송절차의 근본적 결함이나 절차의 비효율성을 가장 단적으로 드러내는 것이기 때문이다. 더욱이 ‘민사의 형사화’는 미국, 독일 등 세계 여러 나라는 물론이거니와 법제도 등 제반사정이 우리와 비슷한 일본과 비교하여도 유사한 사례를 찾아보기 어려운 특이한 현상이라는 점에서 민사소송법계에서도 이를 매우 심각한 문제로 받아들여 왔다.²⁵⁵⁾ 따라서 민사의 형사화에 대한 대책은 민사소송법 개정에 있어서 항상 주요 의제로 논의되어 왔고, 무엇보다도 민사증거법의 정비나 제도적 개선이 시급하다는 점이 늘 지적되었다.

물론 우리나라에서 민사의 형사화 현상은 그 역사적 전통이 깊다고도 한다. 전근대적 사회에서는 민형사가 혼용되어 있다 보니 민사사건(詞訟)에서 피고나 증인을 고문하기도 하였다는 것(拷訊)이다.²⁵⁶⁾ 그러나 근대적 법체계가 정립된 이후에도 이러한 전근대적 사고가 국민의 법감정에 그대로 남아있음은 물론, 더욱 고착화되어 실무에도 뿌리 깊게 자리 잡았다는 점은 매우 큰 문제이다. 특히 그 원인으로 민사소송 자체의 문제점이 지적되고 있는 것은 매우 뼈아프다.

앞서 본 연구 제2장 제1절 등에서 살펴본 바 있는 민사의 형사화의 ‘발생원인’ 중 민사소송절차 자체의 불완전함에 기인한 것으로는, ‘1. 민사소송의 신속성과 경제

254) 이시윤, “민사사건의 형사사건화 경향과 민사증거법의 개혁”, 판례월보 제276호, 1993, 5-8면.

255) 정영환, 신민사소송법 제3판, 법문사, 2023, 15면.

256) 이시윤, 신민사소송법 제16판, 박영사, 2023, 9면. 다만 이에 대하여는 앞서 제2장 제1절에서 개관한 바 있으므로 그 상세는 다시 살펴보지 않기로 한다. 한편 우리나라의 민사의 형사화 전통과 관련하여, 1686년 해남현(海南縣) 결급입안(決給立案)을 보면 현재의 2중매매에 해당하는 도매(盜賣) 또는 중복매매에 대하여 매도인의 비리농간(非理弄奸)한 죄 등 형사문제의 심리나 처리를 우선하였으며 이는 당시의 법제(大明律)와 국전(國典)상 도매전택(盜賣田宅) 등에 합치하는 조치였고, 현재 우리나라에서 민사의 형사화 현상이 흔하고 이를 타파하기가 어려운 밀바탕에는 뿌리 깊은 유교적 형사사법의 전통이 자리 잡고 있다는 지적으로는, 심희기, “민사의 형사화 현상의 역사적 기원-1686년 해남현 결급입안을 소재로 한 분석-”, 형사정책연구소식, 2017 봄호, 한국형사정책연구원, 2017.

성 부족', '2. 민사소송에서의 유리한 증거 확보의 어려움'을 들 수 있다. 한편 그에 대한 '대안' 중에는 '2. 민사소송법상 증거개시제도의 확충', '3. 형사기록의 신중한 증거채택', '4. 민사소송상 심리의 적정성 확보' 등이 민사소송에서 개선하고 보완하여야 할 사항으로 이해된다.²⁵⁷⁾

위와 같이 민사소송과 직접 연관된 문제점에 대하여는 민사소송법 학계도 그 문제의식을 대체로 공유하고 있다고 생각된다. 최근 그러한 문제의식 하에 변론 전 증거개시절차(discovery)의 도입이 어느 때보다 활발하게 논의되고 있는 바, 이는 본 연구의 시의성과 필요성을 잘 보여주는 것이기도 하다.

따라서 이하에서는, '민사의 형사화'의 의의나 원인 등의 일반론에 대하여는 앞서 제2절 제1장에서 이미 상세히 소개하였던 만큼 다시 폭넓게 논의하지 않되, ① 위 발생원인과 대안 중 민사소송과 직접 관련성이 있는 현상을 검토하고, 민사소송의 관점에서 상호 관련성이 있거나 긴밀하게 연관된 쟁점별로 묶어서 이를 살펴보기로 한다. ② 한편 앞서 제3장이나 본장 제1절에서는 범죄유형별로 구체적 상황을 상세히 검토하였으나, 민사소송절차에서는 범죄유형별로 크게 유의미한 차이는 없다고 생각되는바, 관련 쟁점을 일반론으로 살펴보고자 한다. ③ 특히 민사의 형사화 현상을 해소하거나 경감하기 위한 민사소송에서의 최근 논의나 동향을 살펴보고, ④ 이러한 논의를 바탕으로 민사의 형사화를 근본적으로 해결함에 있어서는 민사소송의 개선만으로는 부족하거나 그 한계가 명확하고 오히려 형사법에서의 조치, 즉 민사불개입 원칙의 확립, 단순 채무불이행 등 민사사건의 非재산범죄화, 형사기록 열람의 제한, 고소·고발비용 부담의 현실화 등이 보다 실효적일 수 있다는 점을 논증하여 보기로 한다.

257) 한편 민사의 형사화의 발생원인 중 '3. 민사집행의 어려움'과 그 대안 중 '6 민사집행의 실효화'도 넓게는 민사소송법과 관련이 있다고도 볼 수 있으나 구체적으로는 민사소송법으로부터의 독자성이 강한 민사집행법상의 쟁점이라고 할 수 있다. 현재는 구 민사소송법으로부터 민사집행법이 분리제정된 점, 민사의 형사화와 관련한 직접적인 논의는 민사집행법에서는 그다지 엿볼 수 없는 점 등을 고려하여 위 민사집행과 관련된 쟁점은 본 절에서는 더 나아가 살펴보지 않기로 한다.

1. 민사소송과 형사소송

본 연구는 형사법과 민사법이 중첩되는 영역에 대한 기본 방향을 설정하고 양 소송 절차의 역할과 기능을 제고하고자 하는 것인바, 그러한 논의의 전제로서 민사소송과 형사소송의 목적과 기능, 차이점 등을 간략히 살펴보기로 한다.

가. 민사소송과 형사소송의 비교

1) 양 절차의 차이

민사소송은 사법(私法)상의 권리관계를 확정하기 위한 사법(司法)절차이고, 형사소송은 범죄 유무를 확정하고 그에 따라 국가형벌권을 발동하는 것이다.²⁵⁸⁾ 즉 민사소송은 당사자 사이의 이해관계를 조정하기 위한 것인 반면 형사소송은 사회질서를 파괴한 것에 대한 응징이 목적이다.²⁵⁹⁾ 이와 같이 형사소송과 민사소송은 그 목적을 달리하므로 그 심판절차의 방식, 원리 등에도 차이가 있다.²⁶⁰⁾

주요한 차이는 다음과 같다. 민사소송은 당사자가 그 절차의 개시, 대상, 종료 등을 자유롭게 처분할 수 있으나(민사소송법 제203조: 처분권주의), 형사소송은 가령 피해자라도 이를 임의로 처분할 수 없는 것이 원칙이다. 심리에 있어서도 민사소송절차는 변론주의를 원칙으로 하므로 승소할 수 있었던 사안이라도 당사자가 주장·증명책임을 다하지 아니하면 패소할 수 있는 반면, 형사소송은 직권에 의한 증거조사 등에 의해 국가형벌권의 적정한 행사가 담보된다.²⁶¹⁾

2) 증거법칙의 불통일

무엇보다도 증거수집과 증명책임 등에 있어서 그 차이가 더욱 두드러지는데, 이는 미국연방증거규칙(Federal Evidence Rule)으로 대표되는 미국의 증거법이 원칙적으로 민사소송과 형사소송에 공통적으로 적용하되, 특별히 형사소송에만 적용되어야

258) 이시윤, 앞의 책 7면; 정영환, 앞의 책 13면; 정동윤·유병현·김경욱, 민사소송법 제10판, 2023, 8면; 강현중, 민사소송법 제7판, 박영사, 2018, 19면; 전원열, 민사소송법 강의 제3판, 박영사, 2023, 8면; 한충수, 민사소송법 제3판, 박영사, 2021, 15면.

259) 이시윤, 앞의 책, 7면; 전원열, 앞의 책, 8면.

260) 정영환, 앞의 책, 13면.

261) 이시윤, 앞의 책, 8면; 정영환, 앞의 책, 13면.

할 경우에 특칙을 두는 것과는 매우 대조적이다.²⁶²⁾ 이러한 증거법상 차이로는, ① 민사소송에서는 고도의 개연성을 넘는 증명으로 충분하나, 형사소송에서 유죄로 판결하기 위하여 법원으로 하여금 범죄사실에 대하여 의심의 여지없는 확신을 갖도록 하여야 하는 점, ② 당사자가 자백한 경우 민사소송에서는 이는 다툼이 없는 사실이 되어 별도의 증명을 요하지 않고 법원도 이에 구속되나, 형사소송에서는 자백한 경우에도 그것이 유죄의 증거가 되려면 보강증거를 요하는 점, ③ 침묵의 경우 형사상 묵비권이 헌법에 의해 보장되나(헌법 제122조), 민사소송에서는 자백으로 간주되는 점, ④ 민사소송에서는 증거능력 등에 거의 제한이 없으나, 형사소송에서는 기본권 보호를 위해 진술의 임의성, 위법수집증거 배제의 법칙 등이 엄격히 적용되어 신빙성이 높아 보이는 증거라 하더라도 그 수집방법 등에 위법이 있다면 증거능력 자체가 배제되는 점 등이 있다.

3) 증거수집에 있어서 형사절차의 압도적 우위

이상의 증거법 내지 증거법칙의 차이만 놓고 보면, 마치 민사소송 쪽이 증거능력의 인정 등에 있어 형사소송보다는 훨씬 자유롭고 유리한 것으로도 보이나, 이는 어디까지나 증거가 실제 수집된 이후의 증거법칙 등에서 그러한 것뿐이고, 증거의 수집 내지 확보에 있어서는 월등히 형사소송절차가 유리한 측면이 있다. 증명책임에 있어서 민사소송에서는 권리발생사실을 주로 원고가 부담하는 반면, 형사소송에서는 공소사실을 검사가 증명하여야 하기 때문이다. 그에 따라 형사소추기관 등에 의한 증거수집에 보다 적극적인 것이 어찌면 당연하다.

형사소송에서는 임의제출은 물론 압수수색 등 강제처분에 의한 증거확보가 가능하다. 또한 수사 과정이나 형사재판에서 증인, 참고인의 출석을 요구하는 경우 이를 회피하였다간 오히려 강제로 구인되는 등 강력한 제재가 뒤따르므로 인적증거의 확보도 비교적 용이한 편이다. 반면, 민사소송에서는 상대방이 갖고 있는 것으로 예상되는 증거에 대한 제출방법이 여의치 않은데다 사실관계를 정확히 알 수 없는 경우에 증명할 사항을 정확히 특정하지 아니하고 우선 증거신청부터 하는 이른바 ‘모색적 증명(摸索的證明)’도 원칙적으로 금지되어 있다.²⁶³⁾ 따라서 상대방이 자신에게 불리한 사실

262) 아서 베스트 저/형사법연구회 옮김, 미국 증거법, 탐구사, 2009, 12면.

이나 자료를 숨기려고 하는 경우 민사소송에서는 이를 확보하거나 소송상 현출시키기 위한 방법이 거의 없다.²⁶⁴⁾

4) '증거 만들기'를 위한 형사고소·고발의 남용

그 결과 순수한 민사사건이거나 민사와 형사사건이 혼재된 경우에도 민사사건에서의 합의나 민사재판에서의 증거확보를 위하여 —무고죄의 위험이 없는 한— 이를 형사사건화하는 것이 빈번하다. 이는 형사고소·고발권의 제도적 남용으로 장차 제기 될 민사사건에 대한 '증거 만들기', 즉 증거확보가 목적인 경우가 많고, 아니면 채무자 측에 심리적 압박을 가하여 이행하게 하기 위함이라는 것이다.²⁶⁵⁾ 이것은 앞서 간략히 언급된 바와 같이 우리 민사소송에는 미국과 같은 변론 전 증거개시제도(pretrial discovery)가 없을 뿐 아니라 우리 민사소송법이 '법원'의 증거조사 위주로 규율하고 있을 뿐, '당사자'가 어떻게 증거를 수집하거나 확보할 수 있을지에 대하여는 거의 규율하고 있지 않은 점이 그 원인으로 지적된다.²⁶⁶⁾

그에 따라 형사사건에서 만들어진 수사기록, 즉 압수된 자료나 참고인, 피의자 등의 진술조서, 신문조서 등을 그대로 민사사건에서 증거로 삼기 위하여 수사기관을 상대로 기록송부촉탁을 하거나 법원 외의 서증조사를 신청한다는 것인데, 이러한 방법이 간편하고도 확실한 증거확보방법으로 실무에 널리 정착된 것은 큰 문제이다.

5) 민사소송의 근본적 결함을 노정하고 있는 민사의 형사화

한편 민사소송의 장기화나 고비용도 민사의 형사화 원인의 하나로 지적된다.²⁶⁷⁾ 형사절차의 경우 수사기관의 강제수사 등에 힘입어 신속히 증거조사가 진행되고 피고 등을 구속한 경우에는 구속기간의 제한 등의 문제로 형사법원도 심리를 최대한 집중적으로 진행하는 결과 상대적으로 신속히 진행되는 편이다. 반면, 민사소송은 신속과

263) 정동윤·유병현·김경욱, 앞의 책, 595면.

264) 증인의 경우에도 중립적인 증인일수록 사인간의 분쟁에 제3자가 말려들어갈 까닭이 없다고 하여 출석을 극도로 기피하는 경향이 있는바, 민사소송에서는 증인의 불출석 경향, 그에 대한 미온적 제재, 법원의 직권신문 제한 등으로 실제적 진실발견에 큰 어려움이 있다는 지적으로 는, 이시윤, 앞의 논문, 5~7면.

265) 이시윤, 앞의 책, 9면; 정영환, 앞의 책, 15면.

266) 정영환, 앞의 책, 15면.

267) 이시윤, 앞의 책, 29면.

경제를 그 이상(理想)의 하나로 규정하고 있음에도 불구하고(민사소송법 제1조 제1항), 예전부터 현저한 소송지연이 문제되었을 뿐 아니라 오히려 2010년대 이후로는 더욱 심각한 문제로 대두되고 있다.

한편 민사소송에서는 소송의 준비, 제기, 수행은 물론이거니와 그에 부수되는 보전 처분 등에 있어서 변호사의 도움이 필요한 만큼 많은 비용이 소요되는 반면, 형사사건은 형사피고인이 아닌 '고소·고발인'의 입장에서 보면 고소나 고발 시에 변호사로부터 일정한 도움을 받더라도 일단 고소장 등을 작성·제출하고 나면 수사와 기소의 책무를 지닌 수사기관이 자신의 비용과 노력으로 조사를 진행하는 경우가 대부분이므로 큰 경제적 비용을 감수하여야 하는 것이 아닐 수 있다. 결국 당사자로서는 자신의 노력과 시간, 비용을 들여 민사소송을 직접 수행하기 보다는 형사고발을 통해 수사기관의 인력과 비용을 들여 신속히 형사적인 판단을 받아보고 그 과정에서 현출된 자료나 증거 중 자신에게 유리한 것만 골라서 민사사건에 그대로 반영하고자 하는 경제적 유인과 동기가 있을 수밖에 없다.

6) 소결

이상 민사의 형사화 중 민사소송절차와 직결된 문제점을 간략히 살펴보았다. 지적되는 문제점이나 발생원인은 ① 민사소송절차에 있어서 제대로 된 증거수집방법의 부존재, ② 민사소송의 신속성, 경제성의 결여, ③ 주요 증거를 형사기록 송부촉탁에 의존하는 관행 등이다.

당사자가 어느 소송절차를 선택·이용할 것인지는 그 절차의 ① 신속성, ② 낮은 비용, ③ 승소가능성 등 만족감에 따라 결정될 수밖에 없다는 점을 감안하면, 본래 민사소송으로 해결하여야 하거나 민·형사가 혼재된 사건임에도 불구하고 이를 우선적으로 형사화한다는 점은 민사소송의 비효율성, 분쟁해결절차로서의 중대한 흠결을 그대로 드러내는 것이다. 따라서 민사소송법의 입장에서는 민사의 형사화 현상을 관찰하면서 드러난 구조적 결함을 시정하려는 노력을 꾸준히 기울여야 한다.

나. 민사소송과 형사소송의 관계 정립

1) 민사소송과 형사소송에서의 사실인정

앞서 가.항에서 살펴보았듯이 민사소송과 형사소송은 그 목적과 절차를 전혀 달리 하기 때문에, 동일한 사실관계나 증거이라 할지라도 형사법원과 민사법원은 각각 다른 판단을 내릴 수 있으며, 원칙적으로 민사재판에서는 형사재판에서 확정된 사실에 구속되지 아니하는 것으로 한다.²⁶⁸⁾ 비록 형사소송에서 형사법원이 확정된 사실이라 할지라도 민사소송에서 그 증거력 평가는 법관의 자유심증에 의하여야 하기 때문이다 (민사소송법 제202조).

다만 형사판결이 확정된 경우에는 위 형사판결에서 확정된 사실은 다른 특별한 사정이 없는 한 민사소송에서도 유력한 증거가 되고, 이를 임의로 배척하는 것은 경험법칙에 반하는 사실인정이라는 것 또한 확립된 대법원의 태도이다.²⁶⁹⁾

이에 따라 먼저 형사고소를 하여 형사법원의 판단을 받은 당사자는 다시 형사기록 송부촉탁을 통해 이를 만연히 민사법원에 증거로 제출하는 것이나, 민사법원이 독자적으로 사실심리를 하지 않고 형사재판에서 인정된 사실에 의존하는 것은 민사법원으로서의 책무를 방기하는 것이 되고, 다른 한편으로는 형사재판에서의 사실인정을 다루는 상대방의 증거제출권이나 변론이 침해될 염려가 있다는 점에 유의할 필요가 있다.²⁷⁰⁾

2) 민사와 형사가 혼재된 경우

다만 민사소송과 형사소송을 완전히 분리하는 것이 항상 타당한 것은 아니다. 이론적으로는 민사사건과 형사사건이 별개이나, 중과실에 의한 교통사고로 인신사고가 발생한 경우와 같이 실제로는 민사와 형사사건이 혼재되어 있는 경우도 많고 이를 명확히 구별하기 어려운 경우도 많다.

268) 대법원 1979. 9. 25. 선고 79다913 판결 등; 한편 (형사법원의 판결이 아닌) 검사의 무혐의 불기소처분은 법원의 사실인정에 장애가 되지 않는다는 것에, 대법원 1988. 4. 27. 선고 87다카623 판결.

269) 대법원 1995. 1. 12. 선고 94다39215 판결 등 다수; 다만 이는 비단 형사소송에 국한된 것은 아니고 가사소송과 행정소송(대법원 2019. 7. 4. 선고 2018두66869 판결), 민사소송 상호간(대법원 2000. 9. 8. 선고 99다58471 판결)에서도 널리 인정되는 법리이기도 하다.

270) 이시윤, 앞의 책, 8면.

이러한 경우 형사사건과 민사사건의 결론이나 판단이 전혀 다르거나 일부라도 상호 모순되는 경우에는 당사자 간 분쟁이 종국적으로 해결되지 않을 뿐 아니라 법률에 문외한인 일반 국민에게는 사법불신을 조장할 수도 있다.²⁷¹⁾ 따라서 동일한 사안에 대하여 민사소송과 형사소송이 병행하여 진행되거나 민사의 형사화 등에 의해 형사사건이 민사소송에 선행하거나 또는 우선적으로 진행되었던 경우 법원으로서의 더욱 신중하게 소송절차를 운영하여야 하고, 이것이 실제 당사자에게 미치는 영향을 충분히 고려할 필요가 있다.

제도적으로는 민사와 형사 사이의 모순저축을 방지하고 피해자의 신속한 피해회복과 절차집중을 꾀하는 취지에서 소송촉진 등에 관한 특례법 제25조 이하에서 배상신청 제도를 두고 있다.²⁷²⁾ 이는 독일의 부대소송(Adhäsionsprozeß)을 참조한 것으로 관련 불법행위에 기한 손해배상²⁷³⁾을 형사소송에 부대소송으로 함께 병합하여 청구할 수 있고(동법 제25조 제1항), 나아가 형사절차에서 민사상 화해도 가능한 것으로 하였다(동법 제34조 제1항).²⁷⁴⁾

3) 민사의 형사화 현상 해소를 위한 과제

그러나 위와 같이 명확하게 민사사건이자 형사사건으로서의 성질을 동시에 가지고 있고, 양 소송절차를 통해 각각의 분쟁을 해결하여야 하는 경우와 달리, 단순히 민사채무의 반환을 목적으로 형사고소를 하는 등으로 민사의 형사화가 문제되는 경우에는 엄격하고 단호한 절차일원화가 바람직하다. 수사당국이나 형사법원 등이 민사와 형사의 한계를 제대로 가리지 않거나 민사문제에의 개입을 자제하지 않는다면, 한정된 국가의 수사역량이나 형사사법이 낭비됨은 물론 불필요한 수사과정에서의 국민의 기본권침해 등은 피할 수 없게 된다.

271) 이시운, 앞의 책, 8-9면; 정영환, 앞의 책, 14면(비록 외국의 사례이기는 하나, 미국의 O. J. Simson 사건이 형사재판에서 무죄가 선고되고 민사재판에서 불법행위가 인정되어 배심제도에 대한 불신을 초래한 것을 보면 이를 잘 알 수 있다고 지적한다.)

272) 정동윤·유병현·김경욱, 앞의 책, 1158-1161면.

273) 다만, 불법행위에 기한 손해 중 직접적인 물적피해, 치료비 손해, 위자료 등은 청구할 수 있으나, 소극적 손해는 청구할 수 없는 것으로 한다.

274) 나머지 배상명령신청제도의 상세에 관하여는, 박성은, “배상명령제도 활성화를 위한 절차 개정안-독일의 부대소송제도에 대한 검토를 중심으로-”, 법학논고 제81호, 경북대학교 법학연구원, 2023. 4.

그렇다면 민사소송과 형사소송이 각각 본연의 목적과 취지, 존재의의에 맞게 순기능을 발휘하도록 민사소송은 보다 제도를 정비할 필요가 있고, 한편 형사사건은 불필요한 고소고발을 제한하고 재산범죄의 비(非)범죄화 등을 통한 민사사건에 대한 불개입원칙을 확립하는 등으로 상호 부담을 경감할 필요가 있다. 이러한 경계획정 및 바람직한 관계 설정은 궁극적으로는 국민의 재판청구권을 보호하는 동시에 국가의 형벌권 행사에 적정을 기하기 위해서라도 매우 중요하다.

다. 소결

이상의 논의를 기초로, 다음 2. 항에서는 민사의 형사화 현상을 해소하기 위한 민사소송에서의 과제와 대안으로 ① 민사증거법의 정비, 특히 증거수집절차에 관한 논의, ② 모색적 증명 금지의 완화론, ③ 형사기록의 증거채부의 신증론, ④ 민사소송절차의 신속성, 경제성 확보의 문제 등을 살펴보기로 한다.

2. 증거수집절차의 개선 – 디스커버리(discovery)의 도입 논의

민사소송에서 당사자에 의한 증거수집 내지 확보가 용이하지 않다는 점이 민사의 형사화의 주요한 원인의 하나로 지목되고 있는 점은 앞서 살펴본 바와 같다. 그렇다면, 우리 민사소송제도가 실제적 진실에 더욱 쉽게 다가갈 수 있도록 증거수집이나 증거보전절차가 잘 마련되었는지, 향후에도 어느 방향으로 설계하여야 보다 실효적일 수 있는지를 진지하게 고민하여 볼 필요가 있다.²⁷⁵⁾

민사소송에서는 증거를 얼마나 잘 제출하느냐가 그 소송의 성패를 가른다.²⁷⁶⁾ 그런데 보통 증거는 대체로 어느 한쪽에만 편재(偏在)되어 있는 경우가 많다. 일반적으로 의료소송, 공해소송 등 이른바 현대형 소송의 경우 증거가 구조적으로 편재되어 있다고 논하나, 이는 비단 현대형 소송에만 국한된 문제가 아니다.²⁷⁷⁾ 일반 민사소송의 경우에도 주요 증거는 어느 한쪽에서만 이를 가지고 있고, 상대방에게 유리하고 자신

275) 김기홍, “한국형 디스커버리의 도입과 실효성 확보방안”, 사법논집 74집, 법원도서관, 2022, 68면.

276) 이시윤, 앞의 논문, 5면.

277) 김기홍, 앞의 논문, 68-69면.

에게 불리할 소지가 있는 것은 이를 은폐하는 경우가 많다. 그런데 우리 민사소송법은 법원의 증거조사에 대하여 간략히 규율하고 있을 뿐 당사자에 의한 증거수집이나 증거확보에 대하여는 거의 규율하고 있지 않다. 본래 영미법계에 비하여 대륙법계 국가가는 대체로 증거수집절차와 관련된 규정이 미비한 것이 공통된 특징이라고도 하나, 우리나라는 여러 차례 제도를 정비한 독일, 일본 등 다른 대륙법계 국가와 비교하여도 당사자에 의한 증거수집절차나 실무가 훨씬 뒤쳐져 있어 문제이다.²⁷⁸⁾

이하에서는 ① 먼저 각국의 증거수집절차를 개관하여 보고, 그와 대조적인 우리나라의 문제 상황을 짚어본 다음(가항), ② 최근 우리나라에서의 증거개시(discovery)제도 도입에 관한 논의나 그 현황을 살펴보고(나항), ③ 증거개시제도의 도입과 제도 구축만으로 과연 민사의 형사화 현상이 해소될 수 있는지 여부를 비판적으로 검토(다항)해 보고자 한다.

가. 각국의 증거수집절차

1) 미국

미국은 변론 전 증거개시(pretrial discovery) 절차를 완비하고 있어 소송당사자나 당사자가 되려는 자가 변론 전 단계에서 진술녹취, 질문서 등 여러 증거확보수단을 통하여 실효적으로 사실관계를 밝히거나 증거를 수집할 수 있게 함으로써, 법원이 아닌 당사자가 주도적으로 증거를 수집할 수 있도록 하고 있다.

미국도 19세기 이전의 보통법(common law)에서는 현재 우리의 민사소송과 비슷하게 당사자주의를 강조하고 상대방의 증거수집활동에는 적대적이었다.²⁷⁹⁾ 그러나 이후 소송절차상 기술적인 조항을 무기로 삼아 서로 증거를 은닉하면서 법원에 대하여는 실제적 진실을 속여 가며 승소를 얻어서는 아니 되고, 소송에서 공정한 결론을 이끌어내기 위하여 당사자가 필요한 정보를 서로 찾아내거나 제공하여야 한다는 패러다임의 전환이 일어났다.²⁸⁰⁾ 그 결과 보통법과 형평법을 통합하여 제정된 1938년

278) 전원열, “민사소송절차상 디스커버리 도입에 관한 검토”, 인권과 정의 통권 501호, 대한변호사협회, 2021, 112-113면.

279) 전원열, 앞의 논문, 114면(종래 보통법상의 소송제도 하에서는 당사자에는 증거수집과 관련하여 상대방에 대한 협력의무가 없고, 법원은 당사자가 증거를 제출하면 비로소 판결을 내려주는 것에 그쳤다고 한다).

‘연방민사소송규칙’(이하 “FRCP”)에서는 증거개시절차를 전면 도입하기에 이르렀다.²⁸¹⁾

이러한 증거개시의 구체적 수단²⁸²⁾으로는 ① 향후 법정에서 사용할 목적 또는 증거개시의 목적을 위해 증인의 법정 외 진술을 서면으로 정리하는 증언녹취(deposition; FRCP §30), ② 상대방에게 제출되는 서면질문을 뜻하는 질문서(interrogatories; FRCP §33), ③ 상대방이 점유, 보관, 소지하는 문서, 자료, 유형물, 전자정보 일체의 제출이나 현장조사 요청을 포함²⁸³⁾하는 문서 등의 제출요구(production of document; FRCP §34), ④ 당사자의 신체 및 정신에 대한 감정(physical and mental examination; FRCP §35), ⑤ 상대방에게 사실 또는 문서의 진정성립에 대한 인부를 뜻하는 자백요구(request for admission; FRCP §36)²⁸⁴⁾, ⑥ 상대방의 요구가 없더라도 당연히 공개하여야 하는 것으로 법률상 의무적으로 제출하여야 하는 의무공개(required disclosure; FRCP §26(a))²⁸⁵⁾ 등이 있다.

한편 최근 대부분의 자료나 정보가 전자적으로 보관되고 있으므로, 전자적으로 저장된 정보(electronically stored information; ESI)에 대한 증거개시나 조사가 실무적으로 매우 중요해졌는데,²⁸⁶⁾ 이를 e-discovery라고 한다.²⁸⁷⁾ 이와 관련하여 전자정

280) ‘양 당사자가 수집한 모든 관련 사실은 쌍방이 이를 알 수 있도록 하는 것이 소송의 적정을 위하여 필수적이다’라고 판시한 미국 연방대법원 판결로는, Hickman v. Taylor, 329 U.S. 495, 507 (1947).

281) 그 전에도 주 차원에서 개별적으로 제도가 도입된 사례도 있으나, 연방차원에서 전면도입된 것은 1938년 FRCP가 최초이다. 미국에서의 증거개시제도의 연혁 및 주요 경과에 대하여는, J. Friedenthal, M. Kane, A. Miller, Civil Procedure 5th ed., West(2015), p.304; Stephen N. Subrin, “Fishing Expedition Allowed: The Historical Background of the 1938 Discovery Rules”, 39 B.C. L. Rev. 691, 694(1998).

282) 우리나라에서의 도입 논의는 (전면적 도입론 이외에도) 증거개시절차에서의 증거확보수단별로 개별적으로 그 도입의 당부를 논하는 경우가 많으므로(이른바 ‘한국형 디스커버리’ 도입론), 여기서는 증거개시절차의 전반을 살펴보기 보다는, 구체적 증거수집수단을 주로 살펴보기로 한다.

283) 김정환·최은정, 효율적인 증거개시·수집을 위한 제도 개선 방안에 관한 연구, 사법정책연구원, 2015, 84면.

284) 당사자 일방의 자백요구가 있으면 상대방은 30일 이내에 답변을 하여야 하고, 이 기간 내에 답변을 하지 않으면 해당 사항을 인정한 것으로 간주된다(FRCP §36(a)(3)).

285) 1993년 FRCP 개정 시에 추가된 것이다.

286) 전원열, 앞의 논문, 124면(2000년대 초반의 조사였음에도 회사가 당사자가 된 소송에서의 소송자료의 90% 이상을 차지한다고 한다).

287) 그 상세에 관하여는, 한애라, “미국 연방 민형사소송절차에서의 E-discovery와 국내적 시사점”, 성균관법학 제32권 제2호, 성균관대학교 법학연구원, 2020.; 전원열, “증거보전절차의 개선을 위한 시론 -디지털 증거를 중심으로-”, 민사소송 제24권 제3호, 한국민사소송법학회,

보에 대한 증거개시는 때때로 그 자료나 정보의 양이 지나치게 방대하여 그 자료의 제출이나 공개가 현실적으로 매우 부담스럽거나 비용이 많이 들어 합리적으로 접근하기 어려운 경우도 발생하는 점에 주목하여 볼 필요가 있다.

이러한 증거개시절차 및 증거수집수단은 법원의 개입 없이 당사자가 주도하여 이루어지는 것이기는 하나, 법원의 강력한 제재를 통해 그 이행이 담보되고 있다. 즉 법원은 당사자가 절차를 위반한 경우 신청인이 주장한 바대로 입증된 것으로 취급할 수도 있고, 상대방의 증거제출이나 항변 금지, 소송절차의 정지, 청구의 전부 또는 일부의 각하 등 소송상 불이익한 처분도 가능하다고 한다. 나아가 소송비용 부담과 같은 경제적 제재도 가능한데, 일반적으로 증거개시절차에는 상당한 비용을 요하기 때문에 해당 절차에 소요된 변호사 보수 등의 부담은 매우 효과적이고도 강력한 제재가 된다.²⁸⁸⁾

이상 미국의 변론 전 증거개시절차는 ① 실체적 진실발견에 용이하고, ② 상호 대등한 상태에서 공격과 방어를 할 수 있어 소송상 공평이 담보할 수 있다. 한편 변론 전 단계에서 증거가 모두 현출된다면, ③ 이를 기초로 변론 전, 소송 외에서 화해가 촉진될 수 있고, ④ 적어도 변론절차에서는 집중심리를 할 수가 있는데, 이는 사실심의 과중한 업무 부담을 경감하여 사실심 충실화를 도모하는 동시에 사법자원의 효율적 배분이 가능하게 하는 등 수많은 장점이 있다.²⁸⁹⁾ 이에 따라 나.항에서 살펴본 듯이 현재 우리나라도 그 도입 여부를 적극 검토하고 있다.

2) 영국

한편 영국은 종래 미국과 유사한 형태의 증거개시절차를 운영하였으나, 미국과 마찬가지로 증거개시절차에 소요되는 시간과 비용이 문제로 지적되어 왔다. 이에 영국은 소송비용의 부담을 경감하기 위하여 1999년 제정된 영국 민사소송법(CPR)에서 증거공개(disclosure) 제도를 도입하였다.²⁹⁰⁾ 즉, 분쟁절차와 관련하여 당사자가 보유하고 있는 자료목록을 서로 교환하고 그 자료를 상대방이 검증할 수 있도록 하거나

2020.

288) 김기홍, 앞의 논문, 76-77면(500만 달러가 넘는 고액의 제재가 부과되는 사례도 있다고 한다). 전원열, 앞의 논문, 133-136면.

289) 김기홍, 앞의 논문, 80-82면.

290) 목성호, “영국의 Disclosure 제도 및 그 시사점에 관한 연구”, 산업재산권 62호, 한국산업재산권법학회, 2020, 207면.

아니면 그 사본을 상대방에게 교부하도록 한 것이다.

그에 따라 당사자는 ① 자신의 주장을 뒷받침하는 자료, ② 상대방의 주장을 뒷받침하거나 자신에게 불리한 자료, ③ 실무지침(practice direction)에 의하여 제출이 요구되는 자료를 공개하여야 하는바(CPR 31.6), 이를 표준공개(standard disclosure)라고 한다.²⁹¹⁾

이 증거공개와 장점으로는, 증거수집이 용이하고, 재판진행단계에서 수시로 증거가 제출되는 것을 방지하며, 실체를 파악하는 데 도움이 되고, 소송 초기에 그 결과를 예측하기 쉽고 그에 따라 당사자가 화해로 사건을 종결할 가능성이 높아진다는 점 등을 들 수 있다.²⁹²⁾

3) 독일

독일은 1990년 사법간소화법(Rechtspflege-Vereinfachungsgesetz)에 의하여 증거보전의 필요성이 없더라도 본안소송 외 절차에서 행한 증거조사를 통해 미리 사실확인이나 사실해명을 할 수 있도록 하는 독립적 증거절차(selbständiges Beweisverfahren) 제도를 도입하였다(ZPO §§485-494a). 이는 종래 대륙법계 국가에서의 증거조사의 기본원칙인 직접성의 원칙(ZPO §355)에 대한 예외이므로, 당사자가 증거수집을 주도하는 미국의 증거개시의 영향을 받은 측면이 있다.

이는 우리 민사소송법의 증거보전절차(민사소송법 제375조 내지 제384조)와 유사하나, 우리의 증거보전절차는 증거의 멸실을 막기 위하여 이미 확보된 증거를 보전하는 절차인 반면, 독일의 독립적 증거절차는 증거를 찾아내고 수집하는 동시에 사실관계를 구체화하고 명확히 하고(소송 전 사실해명), 불필요한 소송도 방지하는(분쟁의 사전예방) 기능도 갖는 점에서 큰 차이가 있다고 한다.²⁹³⁾

한편 위 독일의 제도는 우리나라의 증거보전절차보다 요건이 완화되어 있고, 실제 활용도도 높다.²⁹⁴⁾ 그 장점으로는, ① 쟁점을 초기에 정리하여 변론에서는 집중심리가

291) 목성호, 앞의 논문, 210면.

292) 법원행정처, 외국의 민사재판실무, 2009, 249면.

293) 김경욱, “독일 민사소송법상의 독립적 증거절차에 관하여”, 안암법학 제33권, 안암법학회, 2010, 325면 이하; 한편 우리 증권관련 집단소송법 제33조는 독일의 독립적 증거조사절차를 일부 도입한 것으로 평가된다(이윤희, “당사자의 효율적인 증거수집·개시방안에 관한 비교법적 고찰”, 안암법학 제54권, 안암법학회, 2017, 344면).

294) 김경욱, 앞의 논문, 323-325면.

가능한 점, ② 공해소송, 의료소송, 제조물책임소송 등 현대형 소송에서 증거의 구조적 편재를 완화하는 점, ③ 소송 전, 소송 외에서 당사자 사이의 화해촉진 등 자주적 분쟁해결을 도모할 수 있는 점이 있다.²⁹⁵⁾²⁹⁶⁾

이상 같은 대륙법계로서 미국의 증거개시절차를 전면도입하지 않은 독일도 우리보다는 증거수집 관련 규정과 실무가 잘 정비되어 있음을 알 수 있다.²⁹⁷⁾

4) 일본

한편 일본은 1998년 민사소송법 개정에서 당사자조회(當事者照會) 제도를 도입하였는데(일본 민사소송법 제163조), 이는 당사자 일방이 상대방에 대하여 주장 또는 입증 을 준비하기 위하여 필요한 사항에 대하여 상당한 기간을 정하여 서면으로 회답하는 것으로, 당사자 사이에 직접 조회할 수 있도록 한 것으로,²⁹⁸⁾ 미국의 증거개시 중 질문서(interrogatories)를 참고한 것이다.

다만 이는 미국 증거개시절차에서의 개별 수단 중 어느 하나만을 부분적·단편적으로 수용한 것에 그치고 실제 활용정도가 매우 낮아 실패한 제도로 평가된다. 그 이용이 저조한 원인으로는, 실제 소송을 담당하는 변호사가 요구된 사실을 모두 적시하고 그 증거까지 제출하여야 하므로 그에 대한 거부감을 느끼는 점, 당사자조회를 신청하기 보다는 변론준비기일에서 구석명하는 것으로 충분한 점, 나아가 제도상의 한계로서 제도의 남용이나 소송지연을 우려하여 제도 도입 시 당사자조회 불응에 대한 제재를 전혀 규정하지 아니하여 그 이행이 강제되지 아니한 점 등을 들 수 있다고 한다.²⁹⁹⁾

5) 우리나라

우리나라도 지속적으로 민사소송법 중 증거수집 등에 관한 규정을 개정하고 제도를 정비하여 왔으나 아직 소기의 목표를 달성하지 못하고 있다. 먼저 우리 민사소송법도

295) 김정환, 앞의 보고서, 105면.

296) 영미법에서의 증거개시제도가 없는 우리 법제 하에서는 소송 전 증거수집제도로 이용되도록 증거보전절차를 탄력적으로 확대운영하는 것이 바람직하고, 그렇게 되면 증거의 구조적 편재의 방지, 사전 증거수집에 의한 사실관계 판명으로 소송유발 방지, 쟁점 명확화로 인한 화해 촉진 등이 가능할 것이라는 견해로는, 이시윤, 앞의 책, 529면.

297) 전원열, 앞의 논문, 113면.

298) 전병서, “적정하면서 충실한 심리를 위한 민사 제1심 강화 방안”, 인권과 정의 제460호, 대한변호사협회, 2016, 11-12면.

299) 전병서, 앞의 논문, 12면.

소제기 전 증거보전절차를 도입하였으나(민사소송법 제375조), 독일의 독립적 증거절차에 비하면 매우 소극적인 증거보전조치에 그치는 것으로 분쟁의 사전예방적 기능을 갖지 아니하고 그에 따라 거의 이용되지 않고 있다.

한편 소제기 후 효율적이고 충실한 증거조사를 위하여 2002년 민사소송법 개정에서 문서제출의무의 일반의무화(제344조), 문서공개제도(제346조) 등을 신설하여 보완 및 강화를 도모하였다. 그러나 이는 증거조사에 있어서 당사자의 주도적인 참여를 유도하고 실제적 진실의 발견에 한 걸음 다가가기에는 매우 미흡했던 것으로 보인다.³⁰⁰⁾

결국 이러한 부분적 개정이나 기존 제도의 보완 강화만으로는 당사자의 증거수집의 현실적 어려움이나 증거의 구조적 편재라는 문제 상황을 근본적으로 해결하지 못한 평가된다. 이에 따라 영국이나 미국과 같은 변론 전 단계에서의 전면적인 증거개시절차(discovery)에 대한 도입이 논의되고 있는바, 최근 이를 둘러싼 논의나 현황에 대하여는 항을 바꾸어 상세히 살펴보기로 한다.

나. 변론 전 증거개시절차(discovery)에 대한 도입 논의 및 현황

1) 변론 전 증거개시절차의 도입 논의

이미 오래전부터 미국의 증거개시제도에 대하여는 많은 선행연구가 있었고 전면적인 도입론이 학계와 실무계에서 제창되었으나,³⁰¹⁾ 본격적인 입법화 노력이 가시화된 것은 2015년경 대법원 산하에서 발족한 ‘사실심 충실화 사법제도개선위원회’에서 소제기 전 증거조사절차(이른바 ‘한국형 디스커버리’)의 신설을 내용으로 하는 증거수집절차 개선안³⁰²⁾을 발표한 데 이어, 이를 반영한 민사소송법 개정안(의안번호 1918569, 이상민 의원 대표발의)이 제19대 국회에 제안된 전후라고 할 수 있다.³⁰³⁾

300) 전병서, 앞의 논문, 19면.

301) 유병현, “미국민사소송법상의 증거개시제도의 현황과 그 도입방안”, 민사소송 제1권, 한국민사소송법학회, 1998; 강일원, “미연방 민사소송절차에 있어 DISCOVERY 제도”, 민사재판의 제문제 8권, 민사실무연구회, 1994. 등 다수.

302) 문서제출명령을 실질적으로 강화하는 내용도 함께 포함되어 있었다.

303) 동 법안은 제19대 국회임기만료로 자동폐기되었다. 증거개시절차의 도입에 대한 제안이유의 취지는 다음과 같다. “민사소송에서 증거의 구조적 편재를 해소하기 위한 포괄적 증거수집수단의 필요성에 관한 논의는 종래 지속적으로 이어져왔음. 증거보전절차의 활용이나 소제기 이후의 신속한 기일지정 등 기존 제도의 운영상 개선만으로는 당사자의 신속하고 공정한 증거수집 및 사실확정을 통한 조기 분쟁해결 수요를 충족하기에 한계가 있음. 이에 독일, 일본

이후 현재까지도 민사소송절차와 관련된 최대의 관심사는 영미법계의 디스커버리를 우리의 실정과 법체계에 맞게 민사소송에 도입하는 것에 대한 논의로,³⁰⁴⁾ 대체로 증거수집절차 개선을 목적으로 그 도입 자체에는 원론적으로 찬성하나, 다만 전면적인 도입 여부나 그 범위에 대하여는 많은 의론이 있다.

2) 논의의 주요 경과

물론 현실적인 문제점이나 법체계와의 정합성 등을 들어 증거개시절차 도입에 대하여 부정적인 견해도 일부 있으나,³⁰⁵⁾ 최근에는 학계뿐만 아니라 대법원, 대한변호사협회, 국회입법조사처 등 제도 도입이나 법제화를 적극적으로 추진, 시행할 수 있는 모든 유관기관부처에서 도입 여부 및 방안을 적극 검토하고 있다는 사실이 가장 중요하다.

먼저 대법원은 2021. 11.경 법관, 변호사, 교수 등으로 구성된 디스커버리 연구반을 구성하여 해당 제도를 심층적으로 연구하고 있는 것에 이어, 2021. 12. 8. 사법행정자문회의 제17차 정기회의에서는 사실심 충실화와 재판 신뢰 제고를 위하여 디스커버리 도입 여부를 논의할 필요가 있다고 의견을 모으고, 이를 위하여 법원행정처가 디스커버리 도입 여부와 도입방안에 대해 심층적인 조사·연구를 진행하고 그 결과를 사법행정자문회의에 보고하도록 하였다.³⁰⁶⁾ 최근에도 2022. 10. 12.경 개최된 사법행정자문회의 제23차 정기회의에서도 디스커버리 연구반의 구성 및 경위, 개선방안에 대한 세부 검토 결과, 법관의 인식 관련 설문조사 결과, 디스커버리 제도 도입 관련 온라인 간담회 결과 등을 보고하였고, 주로 증언녹취(deposition) 제도 도입에 대하여 적극적으로 검토하되 소제기 전 증거조사 제도 도입은 다소 소극적이라는 취지로 의견을

등 주요국의 본안 전 증거조사절차 및 영미법계의 증거개시절차를 참조하여 우리 실정에 맞는 독립된 소제기 전 증거수집절차를 신설하고, 기존 증거보전절차의 실효성과 유연성을 제고함으로써, 민사소송에서의 증거수집절차를 획기적으로 개선하고 당사자의 절차선택권을 다변화하며 불필요한 소송의 예방 및 심리충실화를 도모하고자 함”.

304) 김기홍, 앞의 논문, 65면.

305) 반대론은 그 논거로 대체로, ① 영미법계에서의 증거개시절차는 대륙법계의 우리 사법체계와 맞지 않는 점, ② 오로지 경쟁기업의 영업비밀을 확보하기 위하여 증거개시를 신청하는 등 제도의 남용 우려가 있는 점, ③ 높은 비용과 복잡한 절차, 상당한 시간의 소요 등으로 당사자의 사법접근권을 오히려 저해할 수 있다는 점 등을 들고 있다.

306) 법률신문 2021. 12. 9.자 “법원행정처, ‘디스커버리 제도 도입방안’ 검토 착수”, <https://www.lawtimes.co.kr/news/174941>

개진하자, 등 자문회의는 ‘민사소송에서의 증거 편재(偏在) 현상을 해소하고, 실체적 진실에 부합하는 소송결과를 도출하기 위하여 증언녹취 제도를 도입하는 등 우리 실정에 맞는 디스커버리 제도를 마련할 필요가 있고, 법원행정처가 우리 실정에 맞는 디스커버리 제도의 법제화를 위한 각종 후속조치를 실시할 것’을 결정하였다.³⁰⁷⁾

한편 대한변호사협회도 디스커버리 도입을 주요 현안으로 삼고, 2021. 3. 디스커버리 제도 도입 TF를 구성하여 연구를 진행하고 있으며, 2022. 2. 22.경에는 ‘한국형 디스커버리 도입 방향’이라는 주제로 토론회를 개최하기도 하였다.³⁰⁸⁾

나아가 가장 최근인 2023. 10. 13.에도 대한변호사협회와 국회입법조사처가 공동으로 ‘디스커버리 제도 도입을 통한 민사소송 선진화 방안’ 세미나를 주최하고 여기에는 법원도 참여하여 그 동안의 연구성과와 논의를 발표하는 자리도 마련하는 등 어느 때보다도 증거개시절차 도입에 관한 연구 및 논의가 활발한 상황이다.³⁰⁹⁾

이러한 도입 논의와 연구 성과는 탁상공론에만 그치지 않고 실제 입법안도 다수 발의되어 있다. 현재 제21대 국회에 발의된 것으로는, 특허법에 우선 시범적용하는 내용의 특허법 개정안 2건³¹⁰⁾과 함께, 2021. 6. 18. 발의된 민사소송법 일부개정법률안 2건(의안번호 2110874³¹¹⁾ 및 의안번호 2110939³¹²⁾, 양자 모두 조웅천 의원 대표발

307) 사법행정자문회의 제23차 회의 회의록, 9-24면.

308) 법률신문 2022. 2. 22.자 ““효율적인 재판 위해 당사자에 증거조사 권리 줘야”, <https://www.lawtimes.co.kr/news/176657>

309) 법조신문 2023. 10. 18.자 ““정보 공개로 실체적 진실 발견에 기여… 디스커버리제도 도입을” <https://news.koreanbar.or.kr/news/articleView.html?idxno=28898>

310) 2020. 9. 24. 발의된 특허법 일부개정법률안(의안번호 2104191, 이수진 의원 대표발의), 2021. 2. 8. 발의된 특허법 일부개정법률안(의안번호 2107978, 이주환 의원 대표발의).

311) 그 제안이유는 다음과 같다: “우리 민사소송에서 당사자는 자신이 주장하는 사실에 대하여 증명책임을 지는 것이 원칙입니다. 그러나 의료소송, 금융 관련 소송 등 복잡다기한 현대형 소송에서의 핵심 증거 및 정보는 대부분 국가, 지자체, 기업, 의료기관 등에 집중되어 있어 일반 국민, 소비자, 환자 등은 자기가 증명하여야 할 사실에 대한 증거 입수가 매우 어렵습니다. 이러한 증거의 구조적 편재 현상을 해결하기 위해 우리 민사소송법은 문서제출명령, 증거보전 제도 등을 두고 있지만 실무에서의 소극적 운영, 제재 규정 미흡 등으로 인해 효율적이고 효과적인 증거 수집을 달성하기에는 부족합니다. 또한 민사소송에서 사용할 증거와 정보를 수집할 목적으로 형사 고소·고발을 하는 민사사건의 형사화도 지속되고 있습니다. 이에 우리도 미국의 증거개시제도와 독일의 독립적 증거절차, 일본의 당사자조회 제도 등을 참고하여 우리의 법률 문화에 맞는 소재기 전 증거조사 절차를 신설하고자 합니다. 이로써 당사자 사이의 실질적 평등을 제고하고 분쟁 초기 단계에서의 정확한 증거 조사를 통해 화해를 권고하여 불필요한 소송을 예방하고 사실심 충실화를 도모하고자 합니다.”

312) 그 제안이유는 다음과 같다: “민사소송의 당사자는 자신이 주장하는 사실에 대하여 증명책임을 지는 것이 원칙이지만, 현실적으로 대부분의 민사소송에 있어서 국가, 지자체, 기업, 의료기관 등에 증거가 집중되어 있어 일반 국민, 소비자, 환자 등은 자기가 증명하여야 할 사실에

의)등이 있다. 법원, 민사소송법학계와 대한변호사협회 등의 뜨거운 관심에 비하면 일반 국민의 관심이나 공론화 등은 다소 차이가 있을 수 있다. 그렇다 하더라도 전면부 정론이나 회의론, 반대론 등이 별로 활동적이지도 않은 점을 감안하면, 증거개시절차의 부분적 도입 등 증거수집절차의 개선은 그 이전 어느 때보다도 법제화될 가능성이 높은 편이다.

3) 전면 도입론과 부분적 도입론의 차이

다만 증거개시절차의 도입을 추진하고 있는 양대 기관 중 대한변호사협회는 변호사 지역의 역할과 수익증대 차원에서 미국의 디스커버리 제도의 전면적 도입을 목표로 연구 및 입법을 추진하고 있다. 반면, 법원이 주도하는 도입론은 미국의 디스커버리를 그대로 이식하는 것이 아니라 기존 민사소송제도를 수정 보완하거나 필요한 경우에 한하여 증거수집수단 중 일부만을 개별적으로 도입하여 미국의 제도가 갖는 장점을 구현하려는 점에서 다소 차이가 있다.³¹³⁾

최근 사법행정자문회의 제23차 정기회의 회의록에서 엿볼 수 있듯이, 대법원은 현재로서는 소제기 전 증거조사절차의 전면적 도입에는 다소 유보적이고, 만약 도입하는 경우에도 소제기 전이 아니라 소제기 후 변론 전 절차가 바람직하다는 입장이 다.³¹⁴⁾ 또한 미국의 증거개시제도의 구체적 수단 중에서는 일단 진술녹취(deposition)의 도입이 가장 실효적이고 유의미한 것으로 평가하고 이 증거수단만을 도입하는 방안을 적극 모색하고 있는바, 이는 전면적인 디스커버리의 도입이라는 취지보다는 기존 문서제출명령 제도를 보완, 강화하는 것과 함께 개별 증거수집방법을 부분 도입 하겠다는 취지로도 이해된다.³¹⁵⁾

대한 증거의 입수가 매우 어렵습니다. 이에 우리는 미국의 증거개시제도(discovery) 등의 영향을 받아 2002년 민사소송법을 개정해 문서제출명령의 대상 확대(제344조제2항), 문서의 일부 제출제도(제347조제2항), 비밀심리절차(제347조제4항) 등을 도입하였습니다. 그러나 문서제출명령에 대한 법원의 소극적 운용, 문서제출 명령 불이행에 대한 제재 미흡 등으로 인해 증거의 구조적 편중에 따른 사실심의 불합리성은 개선되지 못하고 있는 상황입니다. 이에 문서제출명령에 대한 법원의 소극적 심리요인을 제거하고 문서제출명령 불이행에 대한 제재를 강화하여 문서제출명령을 활성화함으로써, 증거의 구조적 편재 현상에 효율적으로 대응하고 당사자의 증거수집권 확충에 따른 법원의 사실심 심리역량을 강화하고자 합니다.

313) 김기홍, 앞의 논문, 66면.

314) 김기홍, 앞의 논문, 93-94면.

315) 한편 대법원 디스커버리 연구반이나 대한변협 디스커버리 TF에 선행하는 선구적인 연구로서, ① 디스커버리는 미국식 소송절차의 일부로서 나머지 절차들과 완전히 결합되어 있는 것이고,

다. 변론 전 증거개시절차의 도입이 미치는 영향

1) 변론 전 증거개시절차 도입 시 예상되는 부작용

현행 민사소송법에 당사자가 적극 활용할 수 있는 제대로 된 증거수집절차가 마련되어 있지 않은 점은 민사의 형사화 현상이 발생하는 원인으로 지목되었다. 이를 계기로 증거개시를 전면 도입하든, 부분 도입하든, 아니면 이를 참고하여 현행 문서제 출명령을 강화하는 것이든 간에 민사소송법상 증거수집에 관한 제도를 정비하는 것 자체는, 민사소송법계의 입장에서는 바람직한 일이다.

다만 증거개시절차의 미비가 그 주요한 원인으로 지목되었었다는 이유만으로 이를 해소하면 민사의 형사화가 곧바로 해결되리라는 기대는 오신일 수도 있다. 이는 우리 민사소송에 변론 전 증거개시절차를 도입할 경우 예상되는 부작용 내지 실제 미국 실무에서 디스커버리의 단점으로 지목되는 것들 중에서도 특히 비용의 증가나 절차 지연, 남용가능성 등을 고려하면 더욱 그러하다.

2) 증거확보를 위해 개인이 부담하여야 하는 비용과 노력 및 시간

미국에서 증거개시제도의 가장 큰 단점으로 지적되는 것은 비용의 부담이다. 미국 연방사법센터(Federal Judicial Center)의 2009년 조사에 따르면, 연방민사소송에서 증거개시에 소요되는 비용은 평균적으로 15,000~20,000달러에 이르고, 상위 10%의 경우에는 300,000달러 내외였다고 한다.³¹⁶⁾ 이러한 고비용에 의하여 증거의 구조적 편재가 증거접근에 있어서 경제력에 따른 불평등이라는 문제로 전환될 수도 있다.

물론 이에 대하여는 증거개시를 활용함으로써 초기에 분쟁을 해결함으로써 전체 소송비용을 절감하는 것이라는 반론도 있으나, 어쨌든 디스커버리를 통해 사건이 조기종결되는 경우에도 일단 상당한 금액의 증거개시비용을 지출하여야 하는 것이 되고

이를 우리 민사소송에 온전히 도입하려면 모든 소송절차를 전부 뜯어고쳐야 하는 것이므로 이를 그대로 전면도입하는 것은 어불성설이고, ② 기존 소송절차에 부합하는 실효성 있는 증거수집절차를 마련함에 있어 ④ 의무공개, ⑤ 증언녹취서, ⑥ 질문서, ⑦ 문서 등의 제출요구, ⑧ 신체정신감정, ⑨ 자백요구의 실효성과 도입필요성을 개별적으로 검토한 결과, 우리 소송 절차에 적극 도입할 필요가 있는 것은 문서, 전자정보 등의 제출요구인바(즉, deposition의 도입에도 부정적), 이를 기존 문서제출명령 제도 등을 개선하는 데 참조함이 바람직하다는 견해로는, 전원열, 앞의 논문, 111면 이하.

316) H. M. Erichson, J. M. Glover, Civil Procedure, Wolters Kluwer(2021), p. 120.

그러한 경우 그 비용은 각자 부담으로 종결되는 것이 보통이므로 당사자로서는 그 비용지출을 떠안아야 하는 부담이 있다.

한편 미국의 증거개시절차는 통상 6~8개월이 소요된다고 하는바, 상당한 시간이 소요되고 그에 따라 소송절차가 지연되는 문제가 발생한다.³¹⁷⁾ 특히 최근에는 제출을 요구하거나 확인해 보아야 할 자료가 점차 방대해지고, 특히 e-discovery의 경우 더 많은 비용과 노력, 시간을 요하는 경우가 빈번해지고 있다는 점을 결코 간과하여서는 아니 된다.

결국 미국에서 성공적으로 운영 중인 변론 전 증거개시절차를 우리 실정에 맞게 잘 이식하고 법원 등의 노력으로 새로운 제도가 실무에 잘 정착되더라도, 어느 정도의 비용과 시간, 노력을 당사자가 일단 감수하여야 하는 것이 된다.

3) 변론 전 증거조사절차의 도입이 민사의 형사화에 미치는 영향

그런데 위와 같이 증거개시절차를 이용하여 당사자가 어렵게 확보한 자료는, 동일 사건에 대하여 형사고소나 고발을 하고 수사기관이 이에 적극 개입한다면, 수사기관이 자신의 인력, 시간, 비용을 투입하여, 예를 들면 압수수색 등으로 보다 손쉽게 확보할 수 있는 것이다. 한편 방대한 양의 전자정보나 복잡한 회계자료 등은 당사자가 디스커버리를 통해 확보하더라도 이를 분석, 확인하는 것이 쉽지 않은 반면, 수사기관 으로서는 그 범죄가 중대하고 그 혐의가 상당하다면 형사소추를 위하여 해당 자료를 면밀하게 분석하고 정리해 낼 것이다.

그렇다면, 변론 전 증거조사절차를 아무리 잘 구비해놓더라도, 현재와 같이 ① 동일한 사건에 대한 형사고발이 가능하고, ② 실상 민사사건임에도 수사기관 내지 형사소추기관이 원칙적으로 개입하며, ③ 법원도 이를 폭넓게 재산범죄로 처벌할 뿐만 아니라, 그 이후 ④ 수사, 기소, 형사소송 과정에서 현출된 자료를 당사자가 손쉽게 법원을 통하여 문서송부촉탁으로 받아볼 수 있는 것이 된다면 당사자로서는 굳이 자신의 시간과 비용, 노력을 들여 민사소송상의 변론 전 증거조사를 활용할 이유나 동기, 특히 경제적 유인은 없는 것이 된다.

317) 김기홍, 앞의 논문, 85면; 한편 디스커버리 절차는 짧으면 반년, 대개는 1년, 길게는 2년 이상 걸린다고 하여, 이보다 더 장기간이 소요된다고 소개한 문헌으로는 전원열, 앞의 논문, 114면.

4) 민사의 형사화의 해결방안으로서의 한계

우리 민사소송절차에는 제대로 된 당사자의 증거수집방법이 없었다는 것이 민사의 형사화 현상의 원인의 하나였다는 점은 부인할 수 없다. 그렇다 하더라도 민사소송에서의 증거수집절차를 정비하거나 증거개시제도를 도입하기만 하면 곧바로 그러한 현상이 해소될 것이라고 낙관하여서는 아니 된다. 앞서 보았듯이 증거개시절차에 소요되는 비용과 시간이 상당한 데다 이는 당사자의 부담으로 전가되기 때문이다. 이는 민사소송의 고비용 내지 소송절차 지연이라는 나머지 민사의 형사화 현상의 발생인자들이 보다 악화됨을 의미한다.

이러한 현실적인 부분을 고려하면, 정작 변론 전 증거개시제도가 법제화되면 오히려 민사의 형사화 현상이 더욱 심화될 수도 있다고 생각해 보아야 한다. 당사자는 민사소송에서도 직접 증거를 확보할 수 있는 것이 되나 상당한 시간과 노력과 비용 등을 들여야 한다. 그렇다면 당사자의 입장에서는 여전히 형사고소·고발을 남용하여 형사사건에서 증거를 확보하는 것이 보다 간편하기 때문에, 이를 선호하는 현상은 여전히 사라지기 어렵다.

라. 소결

민사의 형사화 현상으로부터 민사소송 자체의 문제점과 기능부전을 포착하고 이를 보완하는 것은 민사소송절차를 개선·보완한다는 점에서 큰 의미가 있다. 그러나 앞서 본 바와 같이 변론 전 증거개시절차의 도입하더라도 민사의 형사화 현상이 사라질 것인지는 의문인바, 민사소송절차의 정비만으로는 한계가 있다. 민사소송을 아무리 개선하더라도 형사소송에서의 증거확보 및 사실인정이 보다 용이하다면, 민사소송절차보다 형사소송절차를 선호하는 것이 되기 때문이다.

결국 정반대로 형사소송의 방향에서 문제해결의 실마리를 찾아볼 필요가 있고 그에 발맞추어 민사소송을 정비하는 것이 바람직하다고 생각된다.

3. 나머지 민사소송절차의 개선방안

가. 형사의 민사화로부터의 착안점

1) 검·경 수사권 조정 이후의 형사의 민사화 현상

그런데, 2021년 초반 검·경 수사권 조정 이후 업무가 폭증한 경찰이 인력부족과 증거부족을 이유로 고소장 접수 자체를 거부하거나, 고소인 측에 구체적인 범죄피해 사실과 관련된 증거를 수집해서 고소장에 첨부하도록 요구하는 경우가 많아졌다고 한다. 특히 피해자인 고소인에게 직접 민사소송을 제기해 사실조회, 문서제출명령, 문서송부촉탁, 금융정보제출명령 등의 신청을 통해 증거를 확보해 오라고 요구하거나 종용하는 경우도 있었다고 한다.³¹⁸⁾

이는 종전의 ‘민사의 형사화’ 현상이 검·경 수사권 조정 이후 일시적으로 ‘형사의 민사화’ 현상으로 나타난 것으로 평가된다.³¹⁹⁾ 즉, 검·경 수사권이 조정되기 전에는 민사적으로 해결하여야 하는 문제를 불문곡직하고 형사고소를 통해 해결하려는 경우가 많아 수사력이 낭비되고 형사고소가 남용된다는 의미에서의 ‘민사의 형사화’가 문제였는데, 이례적으로 그 반대 현상이 발생하였던 것이다.

2) 형사의 민사화 현상으로부터의 착안점

민사소송의 적용대상이 된다면 원칙적으로 민사사건으로 처리할 수도 있지만, 민사소송을 형사소송에 필요한 증거를 확보하기 위한 수단으로 활용하는 것도 결국 소송절차의 남용으로 매우 부적절한 것은 민사의 형사화와 마찬가지다.

그러나 그렇다 하더라도, 수사기관이 형사고소·고발 사건의 접수 및 처리에 소극적으로 대응한 결과, 민사의 형사화 현상이 일시적이거나 해소되고 심지어 그 정반대의 현상인 형사의 민사화가 관찰된 점에 주목하여 볼 필요가 있다.

결국 민사소송으로 해결하여야 하는 민사사건에 대하여는 ① 형사고소·고발이 남용되지 않도록 수사기관이 차제에 민사불개입의 원칙을 확립하고, ② 법원에서도 단순 채무불이행 등을 비범죄화하며, ③ 형사기록을 송부촉탁함에 있어 이를 제한적으로

318) 법률신문 2021. 7. 19.자. “검·경 수사권 조정 이후 ‘형사사건의 민사화’ 기현상” (<https://www.lawtimes.co.kr/news/171439>)

319) 정영환, 앞의 책, 15면.

운용함으로써 오로지 민사소송에서의 유리한 증거만들기를 위한 형사고소의 남용을 방지하고, ④ 형사고소·고발을 남용한 경우 그 비용을 부담하도록 하는 제도(형사소송법 제188조)를 보다 적극적으로 운용함으로써 민사사건을 형사화하는 경제적 유인을 없애야 할 것으로 보이고, 이와 같이 형사소송으로부터 제시되는 대안이 보다 실효적이고 근본적인 대책으로 보인다.

3) 형사절차의 이용제한에 수반되어야 하는 민사소송법의 개선방안

다만 그러한 일반 채무불이행 등의 비범죄화 등에 발맞추어 민사소송법을 부단히 개선하고 보완하는 것이야말로 민사소송법학계의 책무라고 할 수 있다. 형사고소를 제한하면서 민사소송의 이용도 어려운 현 상태를 방지하는 것은 국민의 재판청구권을 침해하는 것이 될 수 있기 때문이다.

종전과 달리 형사절차의 이용이 제한되는 경우, 당사자로서는 권리구제 등에 어려움을 겪을 수밖에 없는바, 그에 대한 민사소송의 개선방안으로 증거개시절차의 도입을 제외한 나머지, 즉, ① 모색적 증명의 완화, ② 진실의무의 도입, ③ 형사기록 송부촉탁의 제한, ④ 민사소송의 신속성 등을 살펴보기로 한다.

나. 모색적 증명 금지의 완화

1) 모색적 증명의 금지

모색적 증명(摸索的 證明: Ausforschungsbeweis)이라 함은, 증명책임을 지는 자가 증명할 사실을 정확히 특정·주장하지 않고 먼저 증거신청을 한 다음, 증거조사를 통하여 자기의 구체적 주장의 기초사실을 얻어내려는 것을 말한다.³²⁰⁾ 이는 증거신청에 있어서는 증명할 사실(입증사항) 등을 정확히 특정하여야 하는 민사소송법 제289조를 위반하는 것이 되어 원칙적으로 금지된다.

2) 모색적 증명 금지의 완화 필요성

그런데, 검·경 수사권 조정 후 형사의 민사화 현상이 일시적으로 발생한 당시 모색

320) 이시윤, 앞의 책, 479면.

적 증거신청이 대폭 증가하였다고 한다. 즉, 민사소송 제기와 함께 금융정보제출명령, 문서송부촉탁, 문서제출명령, 사실조회 등 증거신청을 다수 신청하는 경우가 증가한 것이다. 이에 대하여 종래의 모색적 증명 금지의 원칙을 엄격히 적용하면 이를 전부 불채택하여야 하는 것이 되나,³²¹⁾ 민사소송에서의 증거수집절차가 미비하여 민사의 형사화 현상이 심화된 것을 감안하면, 형사고소를 제한하는 대신 그 반대급부로 모색적 증명의 금지를 완화할 필요가 있다.

이와 관련하여, 미국의 경우는 물론 우리나라 민사소송법의 모법인 독일 소송법을 보아도, 모색적 증거신청의 법리는 그 배제에 핵심이 있는 것이 아니라 어떤 경우에 예외적으로 그런 모색적 증거신청을 허용해 줄 것인가가 핵심인바, 우리도 모색적 증명 금지를 완화하여야 한다는 주장도 제기된다.³²²⁾ 적어도 형사고발을 하지 않고 민사소송을 제기한 경우에는 민사의 형사화 현상의 방지를 위하여라도 일부 모색적 증거신청을 전향적으로 허용할 필요가 있을 것이다.

다. 진실의무의 도입 및 준수

1) 민사소송상 진실의무

진실의무(Wahrheitspflicht)라 함은 자기가 진실에 반하는 것으로 알고 있는 사실을 주장하여서는 아니 되고, 진실한 것으로 알고 있는 상대방의 주장을 다투어서도 안 된다는 소송상의 의무를 말한다.³²³⁾ 이는 나아가 알고 있는 것은 유불리를 불문하고 모두 진술하여야 한다는 완전의무(Vollständigkeitspflicht)까지도 포함한다.³²⁴⁾ 본래

321) 법률신문 2021. 7. 19.자. “검·경 수사권 조정 이후 ‘형사사건의 민사화’ 기현상” (<https://www.lawtimes.co.kr/news/171439>) (C부장판사는 최근 무더기로 접수되는 각종 명령 청구 때문에 골머리를 앓고 있다. 금융정보제출명령, 문서송부촉탁, 문서제출명령, 사실조회 등이 소 제기와 함께 무더기로 접수되는 이례적인 사례가 늘고 있기 때문이다. C부장판사는 “몇 달 전부터 소제기와 함께 문서제출명령, 사실조회, 문서송부촉탁, 금융정보제출명령 등을 무더기로 신청하는 원고가 늘었는데 대부분 경찰에 고소장을 내는데 활용하려고 그러는 경우가 많다. 하지만 이런 신청은 대부분 기각할 수 밖에 없다”고 말했다. 그는 “적어도 변론에 들어가서 공방이 있어야 증거채택 필요성 평가가 가능하고, 특히 수사용 증거모집을 위해 제출명령을 허가해주면 압수수색 영장 잠탈 문제가 있어 엄격히 봐야 하기 때문”이라고 설명했다.)

322) 전원열, 앞의 논문, 129-131면.

323) 윤정은, “민사소송에서의 진실의무에 관한 연구”, 사법논집 제75집, 법원도서관, 2022, 110면; 정동윤·유병현·김경욱, 앞의 책, 371면.

324) 이시윤, 앞의 책, 333-334면.

민사소송은 변론주의를 원칙으로 하는데, 이는 소송수행능력이 완전히 대등한 양 당사자의 대립을 전제로 한 관념적인 것이다. 그러나 실제로는 소송자료의 수집·제출에 있어 당사자 사이의 능력에 불균형이 있으므로 이를 진실의무 등으로 조정하여 당사자 간의 실질적 평등을 도모할 필요가 있는 것이다.³²⁵⁾

2) 진실의무의 명문화 내지 자발적 준수

이러한 진실의무는 비록 명문의 규정이 없더라도 민사소송법 제1조 제2항의 신의성실의 원칙으로부터 이를 해석상 당연히 도출할 수는 있다.³²⁶⁾ 그러나 그렇다 하더라도 다른 나라의 경우 진실의무를 명문으로 규정한 것이 많으므로(독일 민사소송법 제138조 제1항, 오스트리아 민사소송법 제178조 제1항), 우리도 이를 명문으로 규정할 필요가 있다. 다만 진실의무는 소송사기에 이르지 않는 한(형법 제347조), 그 이행을 강제하거나 위반을 제재하기가 용이하지 않다. 따라서 그 명문화에 앞서 소송에 참여하는 당사자 및 이해관계인이 상호 존중하고 신의칙에 따라 성실하게 소송을 수행하려고 노력하며 이를 자발적으로 준수함이 가장 바람직할 것이다.

라. 형사기록의 문서송부촉탁의 제한

1) 민사소송에서의 신청 채부

민사소송에서 관련 형사판결에서 확정된 사실은 이를 합리적 이유 없이는 배척하여서는 아니 되나, 그렇다 하더라도 민사법원에서 형사법원이 인정한 사실을 그대로 받아들인다면 민사의 형사화는 심화될 수밖에 없다. 또한 민사법원에서의 사실인정을 주로 형사기록의 문서송부촉탁에 의존하는 것도 같은 이유에서 바람직하지 않다. 따라서 민사법원으로서는 형사기록에 대한 문서송부촉탁신청을 만연히 채택하지 아니하고 그 채부를 결정함에 있어 신증을 기하여야 한다. 다만 민사소송절차에서 당사자가 직접 효율적으로 증거를 수집할 수 있는 제도적 장치가 마련되지 않은 이상, 현실적

325) 다만 진실의무에 의하더라도 상대방 당사자에게 곧바로 소송자료를 제공할 의무는 없다는 한계가 있다.

326) 한편, 민사소송법 제363조(문서의 진정성립 부인에 대한 제재), 제370조(당사자신문에서 허위의 진술에 대한 제재)는 진실의무를 전제로 한 개별규정이라고 할 수 있다. 정동윤·유병현·김경욱, 앞의 책, 372면.

으로 형사기록은 당사자가 획득할 수 있는 유일한 증거인 경우가 많으므로, 민사법원 으로서는 위 송부촉탁을 거절하기 어려울 수 있다.³²⁷⁾

2) 민사소송에서의 신청 채부

따라서 이 문제도 수사기관의 입장에서 단호하고 원칙적인 대응이 보다 효과적일 것으로 보인다. 검찰은 법원으로부터의 서증조사나 문서의 송부촉탁이 있는 경우 원칙적으로 협력할 공법상 의무를 진다고 볼 수 있으나, 그 요청에 대하여 절대적으로 협력할 의무를 진다고 보기는 어렵기 때문이다.

실무상 법원의 문서송부촉탁에 대한 검찰의 협력의무는 원칙적으로 수사기록 중 신문조서, 진술조서를 제외한 검증조서, 교통사고 실황조사서, 진단서, 감정서 등 객관적 사실에 관한 서류로 한정되며, 신문조서, 진술조서 등은 민사소송에서 유일한 증거일 때와 신청인 본인의 진술이 기재된 경우로 한정할 수 있는 것이 된다.³²⁸⁾ 따라서 수사기관이 문서송부촉탁에 대하여 보다 엄격하고도 제한적으로 처리하는 것이 민사의 형사화 현상을 억제하는 데 실효적일 것이라고 본다.

마. 민사소송의 신속과 경제

1) 민사소송의 현실

국민의 신속한 재판받을 권리(헌법 제27조 제3항)에 대응하여 법원은 소송촉진 의무(Prozessförderungspflicht)를 진다. 그러나 민사소송은 오래 끌고 돈이 많이 드는 것이 그 병폐로 지적되고 있다.³²⁹⁾ 신속은 민사소송의 이상의 하나로 규정되어 있고(민사소송법 제1조 제1항), 민사소송법상 판결기간은 1심, 2심, 3심 모두 각 소가 제기된 날이나 기록의 송부를 받은 날로부터 5개월 이내로 법정되어 있으며(민사소송법 제199조), 한편 선고기일은 원칙적으로 변론종결일로부터 2주 이내라는 법문이 있으나(민사소송법 제207조 제1항 전문), 판례는 이를 모두 훈시규정으로 보고 있고,

327) 한충수, 앞의 책, 16면.

328) 심희기, 앞의 글, 76-77면; 반대: 조성용, “수사기관을 이용한 민사소송의 증거확보 -피해자에 의한 수사기록열람·등사권의 남용사례를 중심으로-”, 법조 제56권 제3호, 법조협회, 2007, 68-70면.

329) 이시윤, 앞의 책, 30면.

이를 준수하지 않더라도 아무런 문제가 입장이다.³³⁰⁾ 그에 따른 소송지연의 문제도 심각한바, 2년 6개월 이상 연기된 민사본안사건이 2022. 12. 31. 기준으로 무려 7,700여 건 이상이다.³³¹⁾

2) 형사소송과의 비교 및 개선방안

형사소송의 경우 피의자나 피고인은 방어권 행사를 위하여 상당한 비용을 지출하는 것이 되나, 고소인, 고발인은 처음 고소장을 제출하고 나면 직접 수사나 공판을 수행하는 것이 아니므로 달리 추가비용이나 계속비용이 발생하지 않는 편이다. 한편 소요되는 절차의 기간을 보아도, 본래 형사소송은 증거나 증인의 산일을 막고 과도한 강제처분이나 장기간의 인신구속 등 기본권 침해의 문제로 인해 일반적으로 민사소송보다는 범죄수사나 형사소송이 신속히 진행될 수밖에 없다. 이러한 이유로 민사소송은 형사소송에 비해 신속성과 경제성이 부족한 바, 이는 민사의 형사화 현상의 원인의 하나로 지목되고 있다.

비록 민사소송의 현저한 심리 지연 등은 2010년대 이후로 더욱 심화되고 있고, 그동안의 여러 조치가 효과를 거두고 있지 아니하나, 이에 대하여는, 소송촉진등에 관한 특례법 소정의 지연손해금 가산, 변론기일의 지정, 소송지연을 목적으로 한 제척·기피 신청 등의 간이각하, 원심재판장의 상소장심사제도, 소액사건심판법상의 이행권 고결정 및 판결서의 이유 기재 생략 등 많은 조치가 취해졌다.

이러한 조치가 현재까지 별다른 효과를 거두지 못한 점을 감안할 때 민사소송법학계에서는 앞으로도 계속 민사소송의 신속, 경제라는 이상을 실현하기 위해 계속 대안을 모색하고 적극적으로 실시해 보아야 할 책무가 있다.

4. 결어

본질적으로 민사사건임에도 불구하고 증거를 확보하기 위하여 형사고소를 통해 ‘증거만들기’를 하는 현상, 즉 ‘민사의 형사화’는 민사소송과 형사소송 양 절차가 가진

330) 대법원 2008. 2. 1. 선고 2007다9009 판결.

331) “법원 1심 ‘장기미제’ 비중 사상 최악”, 법률신문, 2023년 8월 27일 기사, <https://www.lawtimes.co.kr/news/190609>

고유한 기능과 그 중요성, 양 절차의 본질적 차이 등을 감안하면 결코 바람직한 현상이 아니다. 무엇보다도 이는 현행 민사소송절차에서 당사자가 직접 증거를 확보하기 위한 제도적 방안이 미흡하다는 것을 반증하는 것임을 유념해야 한다. 이에 대하여는 민사소송절차에서의 증거수집을 효율적으로 시행할 수 있는 제도적 장치를 마련하는 것이 그 근본적 대책이라고 논해지고 있다. 그러나 변론 전 증거개시절차 등을 도입하더라도 그에 소요되는 비용과 노력을 감안하면, 일반 국민들은 여전히 손쉽고 간편한 형사고소, 고발을 남발할 것으로 예상된다. 그렇다면 민사의 형사화 현상은 민사소송에서의 제도 개선으로 곧바로 해결된다고 보기는 어렵다. 결국 이는 고소의 남용을 엄격히 제한하고, 일반 채무불이행 등에 대하여는 민사불개입 원칙을 확립하며 이를 범죄화하지 않으며, 나아가 고소·고발에 대한 비용부담을 현실화하는 등 경제적 유인 동기를 감소시키는 조치가 보다 실효적인 해결책이라고 생각된다. 즉, 형사법계에서의 제한조치가 가장 효과적일 것으로 예상된다.

다만 그러한 일반 채무불이행 등의 비범죄화에 발맞추어 민사소송절차, 특히 증거수집절차를 개선하고 보완하는 것은 민사소송법학계의 책무라고 할 수 있다. 형사고소를 제한하면서 민사소송의 이용에는 단점이 많은 현 상태를 방치하는 것은 국민의 재판청구권 등에 대한 실질적 침해가 될 수 있기 때문이다.

제 5 장

민사의 형사화 현상의 진단과 대응방안

결 론

강 석 구

제1절 | 형사법과 민사법의 합리적 배분기준 모색

1. 문제의 소재

형사법과 민사법은 준별된다. 아마도 이것이 오늘날 법학자 및 법률가의 상식일 것이다. 하지만 현실에서는 이른바 '민사의 형사화 현상'에 따른 문제들이 오래전부터 제기되어 왔다. 특히 남고소 또는 고소권남용이 민사의 형사화 현상의 폐단으로 지적되었고, 이로 인한 ① 피고소인 등에 대한 인권침해, ② 수사기관의 불필요한 공권력 및 예산 낭비, ③ 형법이론적인 측면에서의 보충성 원칙의 침해 등이, 주로 형사법 영역에서 진행된 선행연구에서 공통적으로 지적되었다.

제2장에서 살펴본 바와 같이 민사의 형사화 현상이 발생한 원인에 대해서도 선행연구들은 ① 민사소송절차에서의 신속성과 경제성 부족, ② 민사소송에서의 유리한 증거 확보의 어려움, ③ 민사집행의 어려움 및 무용성, ④ 전통적인 법문화와 결합한 수사기관의 채권추심화 경향, ⑤ 재산범죄에서의 판례의 광범위한 형사책임 인정 경향 등을 주로 제시하고 있다. 선행연구에서 제시한 발생원인을 냉정히 살펴보면, ①부터 ③까지는 민사법 영역의 문제, ④는 법문화와 수사기관 관행의 문제, ⑤는 형사법원의 태도 문제라고 볼 수 있다. 즉, 영향이 전혀 없을 수는 없겠지만 형사법적으로는 특별한 문제는 없다고 판단한 것으로 볼 수 있다.

그러다 보니 민사의 형사화 현상에 대응하여 선행연구에서 제시한 정책대안 역시 ① 민사소송 외의 분쟁해결제도 확대, ② 민사소송법상 증거개시제도의 확충, ③ 형사

사건기록의 신중한 증거 채택, ④ 민사소송상 심리의 적정성 확보, ⑤ 민사집행의 실효화 등과 같이 주로 민사법 영역의 대응방안을 제시하고 있다. 형사법 영역의 대응방안으로서 제시된 것은 ⑥ 형사소송비용의 고소·고발인 부담, ⑦ 형사조정제도의 범위 축소 정도이고, 온전히 형사법적인 해결방안이라고 할 수도 없다. 그렇다고 해서 형사법 영역에서 제시한 민사법적인 해결방안이 구체적이거나 전문적인 것이라고 보기도 어렵다. 선행연구에서 제시한 정책대안들이 제도화되기 어려울 수밖에 없고, 형사법과 민사법이 준별되어야 한다면 형사법 영역의 문제는 형사법 또는 형사사법에서 원인을 먼저 찾고, 형사법적인 해결을 우선적으로 도모했어야 할 것으로 생각한다.

고소제도의 운영현황에 대한 연구인 만큼 민사의 형사화 현상의 선행연구에서는 제외하였지만, 이 연구를 제안한 배경이 된 ‘고소제도의 운영현황과 개선방안에 관한 연구’(연구책임자 김정연)도 크게 다르지 않은 시각에서 접근한다. 이 연구는 전체 형사사건의 기소율이 60%가 넘는 반면 고소사건의 기소율이 20%에도 미치지 못한 점에 주목하여³³²⁾ 고소, 특히 남고소의 실태를 분석하고자 하였는데, 이 연구에서도 남고소의 원인을 ① 제소 전 독립된 증거수집절차 불비, 민사집행의 확실성 부족 등 민사소송제도에 대한 불만과 ② 단기간의 형사합의를 선호하는 국민의식으로 전제하고 있기 때문이다.³³³⁾

하지만 이 연구의 결과는 조금 다르다. 남고소의 원인으로서 ① 민사소송의 문제점을 우선적으로 제시한 점은 동일하지만, ② 법률 및 형사사법체계에 대한 국민들의 이해 부족, ③ 지나치게 용이한 고소절차에 비해 고소권자의 권한이 강력한 고소제도 자체의 문제도 함께 제시했기 때문이다. 또한, 국민의식의 측면에서도 ④ 감정적인 보복을 위해 고소를 선택하는 경향까지 포함하였다.³³⁴⁾ 물론, 이러한 분석은 —전문가 심층면접 결과와 형사고소 상담사례 분석결과 등 다양한 방법으로 보완하였지만— 한정된 설문문항에 기반한 결과이기 때문에 다른 원인의 가능성도 전적으로 배제할 수 없다는 한계도 있다. 하지만 고소제도라는 형사절차적 관점을 기반으로 접근하였기 때문에 ① 고소인에 대한 비용부담제도 도입, ② 고소사건의 입구제한 및 청구일원

332) 김정연 외, 고소제도의 운영현황과 개선방안에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 2017, 21면.

333) 김정연 외, 앞의 보고서, 41면.

334) 김정연, 앞의 보고서, 402-403면.

화, ③ 고소사건 조사방식의 변화, ④ 사기죄 등 형사실체법 개정을 통한 개선, ⑤ 무고사범의 처벌 강화, ⑥ 형사고소와 민사소송절차와의 관계 조정, ⑦ 형사조정과 대체적 분쟁해결제도의 활성화, ⑧ 전문가 법률상담의 강화, ⑨ 일반국민 대상 법교육 강화 등³³⁵⁾ 현실적이면서도 구체적인 정책대안을 선행연구보다 다양하게 제시할 수 있었다고 생각한다. 심지어 형사조정에 관해서는 선행연구와는 상반된 의견을 제시했다.

그런데도 고소제도에 관한 정책연구를 수행한 연구자가 민사의 형사화 현상에 관한 기초연구를 다시 제안한 것은, 실체법적인 해결방안 모색에 있어 극복하기 어려운 이론적 한계를 절감했기 때문이라고 생각한다. 그것이 바로 형사법과 민사법의 중첩 영역이라고 할 것이고, 형사법과 민사법의 합리적 배분을 위한 기준이 되는 법원의 판례 변화를 선도하기 위해서는 민사의 형사화 현상에 대한 허심탄회한 논의를 관련 학계에 제안한 것이라고도 볼 수 있다. 이 연구도 이러한 문제의식을 공유하며, 제안자의 요청에 최대한 부응하여 관련 학계 및 전문가와 함께 형사법적 진단과 민사법적 진단을 순차적으로 추진하였다.

2. 형사법적 진단의 방향성과 한계

한국형사법학회의 연구진은 ‘민사의 형사화 사례의 유형과 쟁점’이라는 주제 아래 형법상 재산범죄를 중심으로 죄명별·쟁점별로 기초자료를 축적하고, 형사법적 관점에서 합의적 대응의 방향성을 제시하였다. 이를 위해 관련 판례를 죄명별·쟁점별로 분석·비판하고, 우리 법제와 유사한 독일과 일본의 형법규정을 비교하는 한편, 필요한 경우 입법론까지 제시하였다.

또한, 형법상 재산범죄 중 ‘사기죄’와 관련해서는 ① 용도사기를 포함한 차용금사기, ② 자기명의의 신용카드 부정사용, ③ 과장·허위광고, ④ 부작위 사기죄 등의 유형을, ‘횡령죄’와 관련해서는 ① 명의신탁, ② 비자금의 조성 및 사용, ③ 착오송금 및 착오이체 등의 유형을, ‘배임죄’와 관련해서는 ① 이중매매, ② 양도담보, ③ 이중저당, ④ 이사의 경영판단 유형을 중심으로, ‘권리행사방해죄’와 관련해서는 ① 은닉과 ② 결과 등 문제유형을 중심으로 판례와 이론을 분석·비판하였다. 해석론만으로 극복할

335) 김정연 외, 앞의 보고서, 제7장 참조.

수 없는 사안에 대해서는 ① 사기죄 구성요건에 손해발생 요건 추가, ② 신뢰관계 내지 사무처리 근거 명문화, ③ 배임죄의 침해범적 성격 강화, ④ 권리행사방해죄의 비범죄화 등의 입법론도 함께 제시하였다.

이상의 내용은 매우 정치하고 복잡한 만큼 결론에 별도로 요약하지 않았다. 다만 해석론을 통한 접근은 또 다른 학설의 주장에 지나지 않고, 그것이 아무리 지당하다고 할지라도 법원의 해석 또는 국회의 입법에 반영되지 못하는 한 현실을 개선하기 어려우며, 판례나 법률의 변경까지는 오랜 기간이 소요될 수밖에 없다. 더욱이 대법원이 재산권과 관련된 민법의 원리를 형사판례에서 가벌 또는 불가벌의 근거로 원용하는 것은 여러 방면에서 나타나고, 단순 채무불이행에 여러 이유를 붙여 사기죄나 배임죄로 판단하는 태도도 여전하다. 가장 큰 비판을 받아온 부동산 이중매매에 대해서도 변화가 없다.

이에 한국형사법학회의 연구진은 ‘민사의 형사화’ 혹은 ‘형사의 민사화’라고 비판하기 이전에 민사와 형사의 공존에 대해 고민할 것을 제안한다. 또한, 민법원리가 가벌성의 근거로 원용되거나, 행위정형이 중요한 형법상 구성요건의 해석에서도 민사불법행위와 마찬가지로 해석하는 판례의 경향을 비판한다. 그리고 그 원인을 민사편향적인 대법관의 구성에서도 찾고 있다. 형사법학자와 민사법학자의 구별은 있어도 형사법관과 민사법관의 구별은 우리나라에 없기 때문이다.

3. 민사법적 진단의 방향성과 한계

가. 민법학적 관점에서의 진단

형법상의 범죄성립 여부는 민사상으로는 중요하지 않지만, 형사의 민사화 현상에 대한 분석인 점을 감안하여 민법학 전문가는 분석대상 사례를 ① 사기형, ② 배임형, ③ 횡령형으로 구분하여 분석하는 한편, 각각에 대한 형사절차 선호원인과 민법학적 관점의 대응방안 등을 제시하였다.

이상의 내용 역시 결론에 별도로 요약하지는 않겠지만, 민법학적 관점에서는 ‘소송 촉진 등에 관한 특례법’상의 이율이 상대방에게 충분한 압박을 가할 수 있기 때문에 많은 사례의 경우 초기비용의 절감이나 증거확보 정도 이외에는 형사절차를 선호할

실익이 없고, 민사의 형사화에 따라 사태의 해결이 오히려 왜곡된 형태로 이전되거나, 거래가 위축되거나, 일부 민사절차를 무력화할 수 있어 민사의 형사화 현상이 법정정책적으로도 바람직하지 않다는 의견을 대체로 제시하였다.

나. 민사소송법적 관점에서의 진단

민사소송법 전문가에 의하면 민사의 형사화 현상은, 그 자체로 민사소송절차의 근본적 결함이나 절차의 비효율성을 가장 단적으로 드러내는 것이기 때문에 민사소송법 학계 및 실무계에서도 오래전부터 그 문제점을 지적하고 대안을 모색해 왔고, 이러한 문제의식 아래 변론 전 증거개시절차의 도입이 최근 활발하게 논의되고 있다고 한다. 즉, 그간 형사법학계에서만 이 문제에 주목해 온 것이 아니었다고 할 수 있다.

또한, 민사소송절차에서는 범죄유형별로 유의미한 차이가 사실상 없으므로 앞의 실체법적 전문가그룹과는 달리 민사소송법 전문가는 민사소송법 분야의 선행연구를 기반으로 관련 쟁점을 일반론으로 살펴보는 한편, 증거수집에 있어 형사절차의 압도적 우위와 ‘증거 만들기’를 위한 형사고소·고발의 남용 등의 문제점을 지적하였다.

민사소송법 전문가는 민사와 형사가 혼재된 경우와 같이 민사소송과 형사소송을 완전히 분리하는 것이 항상 타당한 것은 아니라는 전제 아래 민사의 형사화가 문제되는 경우에는 엄격하고 바람직한 절차일원화가 바람직하다는 의견을 제시하는 한편, 민사소송과 형사소송이 각각 본연의 목적과 취지, 존재의의에 맞게 순기능을 발휘하도록 제도를 정비할 필요가 있다는 점을 강조하였다. 다만 이를 위한 구체적인 방안에 대해서는 결론에 별도로 요약하지 않았다.

4. 합리적 배분기준 설정의 방향성

민사법과 형사법의 합리적 배분기준과 관련하여 형사법과 민사법, 실체법과 절차법을 불문하고 참여연구진의 의견은 대체로 같은 방향을 향하고 있다. 민·형사의 구별조차 없던 중세 전제국가의 잔재에서 벗어나 형사법과 민사법은 준별되어야 한다는 점이다. 하지만 대부분의 일반인은 형사와 민사를 구별하지 못하고, 전문 분야에 따라

전문화된 일부 법학자를 제외하고는 법률실무가조차 제대로 구별하지 못하는 것이 현실인 점도 인정할 수밖에 없다. 심지어 가장 고도화된 법률가로 볼 수 있는 대법관조차 민·형사를 제대로 준별하지 못해 이 연구에서 비판받고 있는 실정이다.

그러다 보니 기초연구의 한계를 벗어나 정책연구로서도 기여하기 위하여 연구진이 목표했던 사법경찰 단계에서의 범죄인지 및 송치 기준을 마련하는 일은, 현시점에서는 가능하지 않다고 말할 수밖에 없다. 예컨대, 단순 채무불이행조차 명확한 기준 없이 적지 않은 예외들이 판례로서 구축되어 있기 때문이다. 현장의 고충은 충분히 공감하고 있지만, 만일 수험용 교재를 저술하는 것이라면 몰라도 당사자의 인권과 이해에 직접적으로 영향을 미치는 실무기준으로서, 잘못된 걸 뻔히 알면서도 판례의 기준을 그대로 원용하는 것은 법과 제도의 수호와 변화를 도모하는 법학자의 견지에서는 부적절할 수 있기 때문이다.

정책대안을 제시하는 일 역시 마찬가지다. 예컨대, 형사소송법상 유책 고소·고발인에 대해 소송비용을 부담시키는 규정을 두고 있는 일본의 경우(일본 형사소송법 제183조)를 참조하여 단지 민사의 형사화 현상을 통제하거나, 남고소를 방지한다는 이유만으로 유책 고소·고발인 고소비용 부담 제도 마련을 강행한다면 ‘유전무죄 무전유죄’의 정서가 강한 우리 국민들의 반감을 피하기 어려울 뿐만 아니라 남고소의 책임을 국민에게 전가하는 결과만 초래할 수 있기 때문이다. 형사와 민사를 준별하지 못하는 국민들을 가르치기 위한 법교육 주장도 마찬가지로 비판에 직면할 수 있다. 그렇기 때문에 이 연구에서 정책대안의 제시 역시 매우 신중할 수밖에 없다.

다만 구체적인 기준까지는 아니더라도 형사법과 민사법의 합리적 배분기준을 설정하기 위한 노력들의 방향성만은 제시해 줄 필요가 있다고 생각한다. 예컨대, ① 형사와 민사가 준별되어야 하는 것은 법정책의 방향성은 될 수 있지만, 현실은 반드시 그렇지 않다는 점을 인정할 필요가 있다. 예전에는 혼재했던 민·형사를 분화시켜 가는 과정에 현재 우리가 당면했을 뿐이고, 사회가 발전하고 변화하는 과정에서 새로운 법영역이 창설되거나, 기존의 법영역이 통합되는 것도 충분히 예상할 수 있기 때문이다. 또한, 어쩌면 구별할 수 없는, 나아가 구별해서는 안 되는 민·형사를 우리가 억지로 합치려는 것일 수도 있고, 형사와 민사를 준별해야 한다는 것은 일부 위정자와 법학자의 믿음(dogma)에 지나지 않을 수도 있기 때문이다.

② 민사의 형사화 현상이 정당하지 않은 것이 아닐 수도 있고, 이것이 우리 사회의 실상일 수 있다는 점도 인정할 필요가 있다. 재산범죄에 대한 고소·고발이 많고, 민사 분쟁형 형사사건의 비중이 높다는 것은, 이것이 우리 사회의 핵심적인 법률수요일 수도 있기 때문이다. 또한, 이와 관련한 온전한 사법서비스를 갈망하는 국민들은 증가일로인데 우리나라의 사법시스템의 미비 등으로 이러한 법률수요를 국가가 제대로 수용해내지 못해서 불거진 사회현상일 수도 있기 때문이다. 관점에 따라서는 어쩌면 한정된 자원과 인력으로 대응해야 하는 형사사법기관 종사자들의 푸념이 정책의제화 된 것일 수도 있다. 즉, 반드시 극복해야 할 대상이 아닌 점도 인정할 필요가 있을 것이다.

③ 범죄가 아닌 민사사건을 형사사건화하는 것을 배격하되, 형사와 민사가 중첩하는 영역에서는 형사절차와 민사절차를 각각 진행하자는 관점 역시 반드시 타당한 것만은 아니라는 점도 인정할 필요가 있다. 앞서 살펴본 바와 같이 범죄가 아닌 민사사건의 기준조차 명확하지 않고, 법원의 종국적인 판단이 필요한 경우도 적지 않으며, 법원의 판단 역시 반드시 정당하다고 단언할 수 없기 때문이다. 법률가나 법학자도 하기 어려운 일을, 일반인에게 기대하는 것은 무리일 뿐만 아니라 정당하지도 않을 것이다. 형벌이 최후의 수단이라는 주장의 저변에는 민사절차를 포함한 일련의 사회시스템의 존재를 전제하고 있기 때문에 민사절차와 형사절차를 완전히 분리하는 것이 반드시 타당한 것이 아닐 수도 있다.

④ 민사집행은 불확실하고, 형사집행은 확실하다는 가정 역시 현실과 다를 수 있다는 점도 인정할 필요가 있다. 형벌과 보안처분의 집행은 어느 정도의 확실성이 담보될 수 있겠지만, 유죄판결을 선고받는다 고 해서 재산적 피해의 회복이 담보되는 것은 아니기 때문이다. 특히 ‘부패재산의 몰수 및 회복에 관한 특별법’의 적용을 받는 특정 사기범죄 등 일부 재산범죄를 제외하고는 원칙적으로 범죄피해자산을 몰수할 수 없기 때문에 범죄피해자재산의 회복을 위한 민사소송은 범죄피해자가 다시 제기할 수밖에 없고[‘범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률’(이하 “범죄수익은닉규제법”) 제8조 제3항], 비용 때문에 형사절차에 의존한 고소·고발인은 피해자산을 제때 보전하거나, 소송특례촉진법상의 법정이자율 제때 수령할 수 있는 기한의 이익만 잃을 수 있다. 즉, 분풀이는 될 수 있을지 모르지만, 일반인의 입장에서 형사절차에 편승할

실익은 기대만큼 크지 않다고 할 수 있다.

이처럼 당초 제안자가 의도했던 목표대로 민사법과 형사법의 합리적 배분기준을 제시하는 것은 물론이고, 그 방향성조차 제시하기 쉽지 않은 것이 이 연구의 현실이다. 다만 이러한 고충이 있다고 해서 민사의 형사화 현상을 방치한다면 억울한 피고소인을 방치하는 것이고, 감당할 수 없는 일을 감수해야 하는 형사사법기관 종사자들을 방치하는 것이며, 업무폭증에 따라 사실상 후순위로 밀려난 중대범죄의 피해자들을 방치하는 것이고, 국가사법시스템의 낭비를 방치하는 것일 수 있다. 그래서 —이 연구에서 예정한 목표는 아니지만— 민사의 형사화 현상에 대해 실질적으로 대응하기 위한 실마리가 될 수 있는 몇 가지 고려사항을 조심스럽게 환기해보고자 한다.

제2절 | 민사의 형사화 현상에 대한 실질적 대응 모색

1. 범국가적 법률사건처리시스템 구축에 대한 고려

제안자의 관련 연구에는 고소접수 창구를 경찰로 일원화하자는 주장이 있고,³³⁶⁾ 공감하는 부분이 적지 않다. 다만 현실에서 법률소비자는 분쟁, 갈등 또는 피해 상황을 민사절차와 형사절차 중 어디로 호소해야 하는지도 제대로 알지 못하는 경우가 대부분이다. 이를 분간한다 해도 민사는 피해상담센터, 각종 중재위원회, 변호사사무실, 법무사사무실, 법원 등 중에서 어디에 의탁해야 할지 알기 어렵고, 형사는 각종 경찰관서, 자치경찰위원회, 검찰청, 고위공직자범죄수사처, 특별사법경찰, 변호사사무실, 시민단체 등 중에서 어디에 의탁해야 할지 알기 어렵다. 심지어 직접 찾아가야 하는지, 전자접수도 가능한지조차 대개는 알지 못한다.

만일 고소접수 창구를 경찰로 일원화한다고 할지라도 이는 경찰청 본청, 시·도경찰청, 경찰서, 지구대, 파출소를 모두 아우른 ‘경찰’이라는 의미일 수 있고, 해양경찰, 자치경찰, 특별경찰까지 포괄해야 한다면 창구일원화의 의미는 무색해질 수 있다.

336) 김정연 외, 앞의 보고서, 409면. 고소 접수 실태를 조사한 결과 경찰 73%, 검찰 19%, 양 기관 모두 접수한 경우가 8%라고 한다.

더욱이 법률전문가가 상주하지 않는 경찰관서라면³³⁷⁾ 민사분쟁형 형사사건을 걸러내기란 애초에 가능하지 않을 것이고, 법률전문가가 상주한다고 할지라도 이런 사건을 제대로 분별하기란 쉽지 않을 것이다.

그래서 법률 관련 행정기관과 사법기관을 아우른 범국가적 법률사건처리시스템을 구축하여 운영할 필요성에 대해서 조심스럽게 제안해보고자 한다.

범국가적 법률사건처리시스템의 원리(logic)는 매우 단순하다. 민·형사 등 법률사건의 종류와 성질을 불문하고 접수창구를 단일화시키는 것이다. 전자서면을 제출하는 경우라면 특정 웹사이트나 앱을 통해서 접수하고, 디지털 리터러시 배려의 차원에서 예외적으로 (종이)서면을 제출하는 경우에는 기초자치단체별로 오프라인 접수창구를 마련하여 접수자가 이를 전자문서로 변환한 후 중앙 사건분석부서로 전달하면 충분할 것이다. 시스템의 홍보 또는 안내는 공익광고 및 모든 공공기관의 홈페이지와 앱에 그 경로를 노출하는 정도면 충분할 것이다.

또한, 중앙 사건분석부서에는 AI 분석관이 사전검토를 하고, 그 결과를 참작하여 변호사 등 법률전문가로 구성된 사건분석팀에서 사안의 난이도에 따라 분석관 단독 또는 공동으로 사건을 분석하여 담당 기관 또는 부서에 배당 또는 이송하게 된다. 민사의 형사화 사건과 같이 정밀한 분석을 요하는 사건의 경우 법원에 분석을 의뢰하거나, 파견판사가 담당하게 된다. 또한, 요건에 미비한 서면을 접수한 경우 사건분석부서는 온라인 등의 방법으로 제출자에게 보완요구 사항 등을 구체적으로 알려 내용을 보완한 후 사건접수를 확정하게 된다. 참고로, 사건분석부서는 법원과의 협의 아래 사법기관에 설치해도 되고, 행정기관에 설치해도 된다. 이렇게 할 경우 사법경찰 단계에서의 고소반려제도 운용에 대한 부담도 덜 수 있다.³³⁸⁾

337) 경찰관 채용시험에서는 형법, 형사소송법 정도의 법률지식만을 요구하고 있기 때문에 민사법에 해박한 법률전문가가 일선 관서마다 상주할 것을 기대하기는 어렵다.

338) 민사의 형사화 현상이란 결국 민사로 해결해야 할 사안까지 공권력에 편승해서 형사로 해결하고자 하는 경향을 말하는 것이고, 이를 방지하기 위해서는 고소·고발 사건을 범죄로서 인지하는 단계에서 수사부서인 경찰청 국가치안본부에 준사법기관으로서의 역할을 일정 부분 부여하고, 고소사건이라고 하더라도 범죄의 혐의가 있다고 보기 어려운 사건의 고소를 반려하거나, 불송치할 필요가 있을 수 있다. 이에 대해 수사은폐 우려가 있을 수 있고 이러한 우려에 대해서도 공감하는 부분이 적지 않지만, 부패범죄, 경제범죄 또는 조직범죄와 같은 중대범죄가 아닌 한 제도를 마련하기에 따라서는 경찰청 국가치안본부 또는 그 소속 사법경찰에게 준사법기관으로서의 지위를 일부 부여하더라도 리스크는 크지 않을 것으로 예상하는 만큼, 범국가적 국가사건처리시스템의 도입이 어렵다면 이런 부분에 대한 논의도 필요할 것이라고 생각한다.

공상과학 같은 주장일 수도 있지만, 우리나라의 법률적 기술과학 또는 리컬테크의 수준은, 제도만 뒷받침된다면 이 정도의 시스템은 운용할 수 있는 수준은 된다고 생각한다. 이는 단지 민사의 형사화 사건의 해소방안에 불과한 것이 아니라 국민의 사법접근권과 직접적으로 관련한 문제이기도 하다.³³⁹⁾

2. 유책 고소인 및 변호인의 책임 강화

제안자의 관련 연구에는 ‘불기소 사건의 유책 고소인에 대한 소송비용 부담 제도 도입’과 ‘무고사범의 처벌 강화’ 방안을 제시하고 있는데,³⁴⁰⁾ 공감하는 부분이 적지 않다.

다만 유책 고소인으로 인해 야기된 비용 부담은 국가에 한정된 것이 아니라 피고소인도 마찬가지다. 고소인이 무상으로 국가사법절차를 이용할 수 있다면 피고소인도 무상으로 국가사법절차를 이용할 수 있어야 할 것이지만, 소송비용을 일정 부분 부담 시키는 민사사건과 달리 형사사건의 경우 피고소인이 유책 고소인으로부터 비용과 피해를 회복할 방법이 마땅하지 않다. 그런 만큼 피고소인이 원할 경우 애초에 피고소인에게도 국선변호인을 배정하되, 피고소인이 기소될 경우에는 그 비용을 피고소인에게, 기소되지 못했을 경우에는 그 비용을 제반 소송비용과 함께 유책 고소인에게 징수하면 될 것이다. 또한, 유책 고소인에게 변호인이 있는 경우 법률전문가인 변호인이 이런 사실을 인지하지 못했을 수 없으므로 변호인도 연대하여 소송비용을 부담하게 할 필요도 있다. 이렇게 할 경우 앞서 살펴본 바와 같이 유책 고소인의 비용부담 제도 도입과 관련하여 ‘유전무죄 무전유죄’에 기반한 국민적 반감도 생기지 않을 것이고, 무분별한 고소의존 경향은 감소할 것이라고 생각한다.

또한, 무고죄가 친고죄나 반의사불벌죄가 아니므로 유책 고소인의 고소가 무고에 이른 경우는 고소인을 피의자로 전환하여 처벌하는 것은 마땅하다. 다만 무고죄의 법정형 상한이 ‘10년 이하의 징역’이기 때문에³⁴¹⁾ 횡령·배임죄의 법정형 상한이 ‘5년

339) 국민의 사법접근권과 관련해서는 강석구 외, 리컬테크 도입 및 대응을 위한 법무정책 연구, 한국형사·법무정책연구원, 2022, 292-293면 참조.

340) 김정연 외, 앞의 보고서, 405-406면 및 411-412면.

341) 형법 제156조(무고) 타인으로 하여금 형사처분 또는 징계처분을 받게 할 목적으로 공무소 또는 공무원에 대하여 허위의 사실을 신고한 자는 10년 이하의 징역 또는 1천500만원 이하의

이하의 징역'인 점을 고려할 때³⁴²⁾ 이미 그 형이 가볍지 않다. 다만 형량이 가중되는 경우의 대응으로서는 충분하지 않을 수 있고, 성폭력범죄 등 중대한 범죄에 대한 무고도 빈발하는 만큼 이러한 경우까지 대비한 개정은 고려할 만하다. 이 경우에는 무고죄의 규정에 “단, 무고한 죄에 대하여 정한 형이 본조의 형보다 중한 때에는 무고한 죄에 대하여 정한 형으로 처벌한다.”는 단서를 붙이는 것만으로도 충분히 대응할 수 있을 것으로 생각한다. 참고로, 무고죄도 범죄수익은닉규제법상 범죄수익의 환수가 가능한 특정범죄에 포섭되므로(범죄수익은닉규제법 제2조 제1호 가목) 무고인의 변호인이 수수한 보수 등도 범죄수익등으로 몰수해야 할 것이다.

3. 형사처벌에 의지하지 않는 범국가적 자제 노력

민사의 형사화 현상은 형사입법 분야에서도 예외는 아니다. 형법상 모욕이나 진실한 사실에 의한 명예훼손 등과 같이 민사로 해결해도 충분한 사안을 범죄화하여 형사법정으로 끌어들이는 사례가 적지 않고, 재산범죄 중에서도 배임죄나 강제집행면탈죄 등에 대해서는 폐지론이 대두할 정도이다. 물론, 이는 저작권법, 소비자법 등의 특별법 분야에서도 마찬가지다. 사회 내에서 또는 민사로 해결해도 충분한 사안까지 그 해결을 형벌에 의존하면서 형벌규정이 과잉입법되게 되면 사회 내의 자정장치가 무력해지고, 분쟁과 갈등이 오히려 심화될 수 있을 것이다. 고소납용에 대한 대책으로서 경미범죄에 대한 비범죄화 방안이 제시된 배경³⁴³⁾에 대해서도, 이러한 측면에서 충분히 공감할 수 있다.

민사의 형사화 현상은 법무행정 분야에서도 목격할 수 있다. 법무행정의 주무부처라고 할 수 있는 법무부는 검찰국, 범죄예방정책국, 교정본부 등과 같은 형사 분야의 국실이 주축을 이루고 있으며, 민사 분야를 담당하는 부서는 법무실 소속의 법무심의관실과 상사법무과가 고작이고, 상사 분야를 제외한 민사 분야만 전담하는 부서는

벌금에 처한다.

342) 형법 제355조(횡령, 배임) ① 타인의 재물을 보관하는 자가 그 재물을 횡령하거나 그 반환을 거부한 때에는 5년 이하의 징역 또는 1천500만원 이하의 벌금에 처한다.

② 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위로써 재산상의 이익을 취득하거나 제삼자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가한 때에도 전항의 형과 같다.

343) 김정연 외, 앞의 보고서, 412-413면.

아예 없다. 그런데도 법무실장은 그간 주로 형사법 분야의 실무가인 검사가 담당해오고 있다. 일본 법무성과 같이 민사국과 형사국이 조직의 주축을 이루면서 민사국은 주로 —법무성으로 파견된— 판사가, 형사국은 주로 검사가 주도하는 관행이 있는 것도 아니다. 조직이 점점 형사법 분야에 편중되어 갈수록 법무부가 소관하는 법무행정과 법원이 소관하는 사법행정 간의 괴리가 심화되는 것 역시 피할 수 없을 것이다.

더욱이 법원 역시 민사부와 형사부를 인사상 분리하지 않고 있거나, 형사사건에 민법원리를 원용하는 일이 비판받고 있고, 심지어 정치조차도 중대한 사태의 해결은 형사사법에 적지 않게 의존하고 있다. 국가 전반이 이러한데, 수사 및 형사재판 실무에 있어 민사의 형사화 현상만을 우려할 일은 아니라고 생각한다. 이러한 의미에서, 한국 형사법학회 연구진이 제시한 “‘민사의 형사화’ 혹은 ‘형사의 민사화’라 비판하기 이전에 선행되어야 할 고민들”이란 화두에 대해 관련 법학자뿐만 아니라 우리 사회 전반에서 엄중하게 음미할 필요가 있다고 생각한다. 형사처벌이 필요한 사안에 대해서는 단호하고 확실하게 대응해야 마땅하겠지만, —필요한 형사정책적 대응조차 단호하고 확실하게 못하면서— 사회 내에서 자율적으로 해결할 수 있거나 민사로 해결해도 충분한 사안까지 그간 형사처벌에 맹목적으로 의지하지는 않았는지 우리 스스로 반추해 볼 필요도 있다고 할 것이다.

1. 국내문헌

- 강동범, “등기명의신탁에서 신탁부동산의 임의처분과 횡령죄의 성부 - 대법원 2016. 5. 19. 선고 2014도6992 전원합의체 판결 -”, 법조 통권 제718호, 법조협회, 2016.
- 강동범, “이사의 경영판단과 업무상 배임”, 법학논집 제14권 제3호, 이화여자대학교 법학연구소, 2010.
- 강동욱, “부동산 이중매매 매도인에 대한 형사책임의 인정에 관한 법정책적 검토 -민사 법상 효력과 비교를 통하여-”, 법학연구 제19집 제2호, 인하대학교 법학연구소, 2016.
- 강동욱, “형사상 배임죄의 입법례와 주체에 관한 고찰”, 법학논총 제37권 제1호, 단국대학교 법학연구소, 2013.
- 강석구·김명수·김병필·정영수·박지원·박성민·장응혁·손진·최경진, 리걸테크 도입 및 대응을 위한 법무정책 연구, 한국형사·법무정책연구원, 2022.
- 강일원, “미연방 민사소송절차에 있어 DISCOVERY 제도”, 민사재판의 제문제 8권, 민사실무연구회, 1994.
- 강현중, 민사소송법 제7판, 박영사, 2018.
- 권순규·정상현, “반사회적 이중매매에 있어서 불법의 비교를 통한 제1매수인의 보호범 위 획정”, 성균관법학 제22권 제2호, 성균관대학교 법학연구소, 2010.
- 권오걸, 형법각론, 형설출판사, 2009.
- 김경욱, “독일 민사소송법상의 독립적 증거절차에 관하여”, 안암법학 제33권, 안암법학회, 2010.
- 김기홍, “한국형 디스커버리의 도입과 실효성 확보방안”, 사법논집 74집, 법원도서관, 2022.
- 김도훈, “소제기 전 증거조사 제도 도입에 관한 비판적 검토-2019년 민사소송법 일부개정법률안을 중심으로-”, 법학연구 제30권 제3호, 연세대학교 법학연구원,

2020.

김동옥, “신축건물 양도담보권자의 제3자에 대한 지위 : 대법원 2002. 1. 11. 선고 2001다48347 판결”, 판례연구 제14집, 부산판례연구회, 2003.

김성돈, 형법각론 제6판, SKKUP, 2020.

김성수, “민법상 양도담보와 형법상 재산범죄 - 기본개념과 상호관련성을 중심으로 -”, 경찰법연구 창간호(1-1), 한국경찰법학회, 2003.

김용덕 편집대표, 주석 민법[총칙 2] 제5판, 한국사법행정학회, 2019.

김일수, 한국형법Ⅲ [각론 上] 개정판, 박영사, 1997

김일수·서보학, 새로쓴 형법각론 제7판, 박영사, 2009.

김재덕, “민사사건에 대한 고소의 원인과 대책”, 원광법학 제31권 제3호, 원광대학교 법학연구소, 2015.

김재윤, “형법상 배임죄 규정의 입법론적 개정방안에 관한 연구”, 일감법학 제54호, 건국대학교 법학연구소, 2023.

김정연·이성규·이유나·조남운·박경규, 고소제도의 운영현황과 개선방안에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 2017.

김정환·최은정, 효율적인 증거개시·수집을 위한 제도 개선 방안에 관한 연구, 사법정책 연구원, 2015.

김종덕, “배임죄주체의 해석상 몇가지 문제”, 저스티스 통권 제112호, 한국법학연구원, 2009.

김종호, “증언녹취서(Deposition) 제도와 문서제출명령(Subpoena duces tecum) 제도를 통한 실질적 소송경제의 실현 방안에 관한 연구”, 중앙법학, 제12권 제3호, 중앙법학회, 2010.

김준호, “재산상의 손해발생은 사기죄의 성립요건인가”, 형사법의 신통향 제49호, 대검찰청, 2015.

김혜정, “부동산 이중매매에서 배임죄의 성립여부에 대한 판단 -대법원 2018. 5. 17. 선고 2017도4027 전원합의체 판결-”, 법조 제67권 제6호, 법조협회, 2018.

류부근, “횡령죄와 배임죄에 대한 최근 대법원판결의 검토 - 민사상 계약관계에 위배되는 처분행위를 중심으로”, 형사법연구 제34권 제1호, 한국형사법학회, 2022.

류화진, “부작위에 의한 사기죄 인정에 관한 비판적 고찰”, 법학연구 제44권 제1호, 부산대학교 법과대학·법학연구원, 2003.

- 목성호, “영국의 Disclosure 제도 및 그 시사점에 관한 연구”, 산업재산권 62호, 한국지식재산학회, 2020.
- 문준영, “한국의 형사사법과 민사분쟁형 고소사건 -구한말과 일제 강점기의 경험-”, 법학연구 제48권 제1호, 부산대학교 법학연구소, 2007.
- 손동권, “기업 경영자에게 적용되는 형법상 배임죄 규정의 개정논의”, 경제활성화를 위한 배임죄 개선방안, 대외세미나 자료집, 한국경제연구원, 2016.
- 문채규, “재산범죄에서 구성요건의 해석원리로서의 법질서의 통일성”, 법학논총 제33권 제3호, 국민대학교 법학연구소, 2021.
- 문채규, “횡령죄의 주체와 부동산명의수탁자의 지위”, 형사법연구 제32권 제2호, 한국형사법학회, 2020.
- 문형섭, 財産犯罪論의 理解, 전남대학교출판부, 2006.
- 박상기, 형법각론 제8판, 박영사, 2011.
- 박성민, “배임죄에 있어 경영판단 원칙의 도입여부에 대한 검토”, 비교형사법연구 제16권 제1호, 한국비교형사법학회, 2014.
- 박성수, “배임죄와 타인의 사무를 처리하는 자”, 법조 제46권 제4호(통권 487호), 법조협회, 1997.
- 박성은, “배상명령제도 활성화를 위한 절차 개정안-독일의 부대소송제도에 대한 검토를 중심으로-”, 법학논고 제81집, 경북대학교 법학연구원, 2023.
- 박인환, “부동산 이중매매의 효력 - 대법원 2009. 9. 10. 선고, 2009다23283 판결(소유권말소등기)에 대한 비판적 검토 -”, 일감법학 제20호, 건국대학교 법학연구소, 2011.
- 박지원, “증거수집절차와 증거조사절차의 구별에 대한 시론-증거수집범위의 확대를 위하여-”, 민사소송 제23권 제3호, 한국민사소송법학회, 2019.
- 박홍래, “동산의 양도담보-대법원 2005.2.18. 선고 2004다37430 판결-”, 법조 제54권 제12호(통권 591호), 법조협회, 2005.
- 발터 페론(안동준 역), “배임죄구성요건의 문제점과 전망”, 법학논총 제30권 제1호, 전남대학교 법학연구소, 2010.
- 배병일, 재판지연에 따른 부작용을 최소화하기 위한 제도개선 및 입법방안, 법제사법위원회 연구용역보고서. 2007.
- 배종대, 형법각론 제14판, 홍문사, 2023

- 배종대, 형법각론 제8전정판, 홍문사, 2013.
- 법원행정처, 외국의 민사재판실무, 2009.
- 서명수, “법인의 비자금과 횡령죄”, 형사재판의 제문제 [제3권], 형사실무연구회, 2000.
- 서울고등검찰청, “검찰항고·고소제도 개선 및 사건처리절차 합리화 방안 연구”, 1997.
- 서정우, “변칙담보권과 형사책임”, 재판자료 제13집, 법원도서관, 1982.
- 손동권, “양도담보물을 임의 처분한 경우의 형사책임”, 형사정책연구 제20권 제1호(통권 제77호), 한국형사정책연구원, 2009.
- 손동권·김재윤, 새로운 형법각론, 율곡출판사, 2013.
- 송길룡, “고소사건 처리의 NEW 패러다임”, 형사법의 신동향 통권 제2호, 대검찰청, 2006.
- 신동운, “민사분쟁형 고소사건의 합리적 해결방안”, 형사법의 신동향 통권 제2호, 대검찰청, 2006.
- 심희기, “‘한국형 민사의 형사화 현상’의 진단과 억제방향”, 법학연구 제17권 제4호, 연세대학교 법학연구소, 2007.
- 심희기, “민사의 형사화 현상의 역사적 기원-1686년 해남현 결급입안을 소재로 한 분석-”, 형사정책연구소식 통권 제141호(2017년 봄호), 한국형사정책연구원, 2017.
- 아서 베스트 저/형사법연구회 옮김, 미국 증거법, 탐구사, 2009.
- 안경옥, “최근 5년간의 주요 재산범죄 판례의 동향”, 형사판례연구 제25권, 박영사, 2017.
- 안정빈, “우리 형법상 사기죄 규정 해석 및 적용과정상의 문제점과 한계-사기죄의 제한 해석을 중심으로-”, 서울법학 제28권 제2호, 2020.
- 양창수·김형식, 권리의 보전과 담보, 박영사, 2012.
- 오영근, “[천자평석] 권리행사방해죄에서 은닉 및 권리행사방해의 개념”, 로앤비 홈페이지, 2017. (<https://www.lawnb.com/Info/ContentView?sid=D007E9B27397E62A>)
- 오영근, “판례에 의한 민사의 형사화의 개선방안-차용금 사기죄를 중심으로-”, 법학논총 제37권 제4호, 한양대학교 법학연구소, 2020.
- 오영근, 형법각론 제2판, 박영사, 2009.
- 원혜옥·김자영, “중간생략등기형 명의신탁과 횡령죄-대법원 2016. 5. 19. 선고 2014도

- 6992 판결을 중심으로-”, 형사법연구 제28권 제3호, 한국형사법학회, 2016.
- 유병현, “美國民事訴訟法上の 證據開示制度의 現況과 그 導入方案”, 민사소송 제1권, 한국민사소송법학회, 1998.
- 윤정운, “민사소송에서의 진실의무에 관한 연구”, 사법논집 제75집, 법원도서관, 2022.
- 윤진수, “부동산 이중양도의 경제적 분석”, 저스티스 제29권 제1호, 한국법학원, 1996.
- 이동진, “계약위험의 귀속과 그 한계: 사정변경, 불능, 착오”, 비교사법 통권 제84호, 한국비교사법학회, 2019.
- 이동진, “분양광고에 의하여 유발된 착오와 표시광고법상 책임”, 재산법연구 제35권 제4호, 한국재산법학회, 2019.
- 이동진, “착오개념과 취소요건 - 비교법적 고찰로부터의 시사 -”, 저스티스 통권 제178호, 한국법학원, 2020.
- 이동진, “매도인 악의의 계약명의신탁과 명의수탁자의 부동산 처분에 대한 책임-대법원 2013.9.12. 선고 2010다95185 판결-”, 재산법연구 제34권 제4호, 한국재산법학회, 2018.
- 이상돈, 형법강론 제4판, 박영사, 2023.
- 이석배, “기망행위와 정보제공의무 - 하태훈, “부동산거래관계에 있어서 고지의무와 부작위에 의한 기망”, 형사판례연구 제2권 (1994), 191~210쪽에 붙여”, 형사법연구 제35권 제1호, 한국형사법학회, 2023.
- 이석배, “배임죄에서 ‘경영판단원칙’의 체계적 지위와 역할”, 형사판례연구 제31권, 박영사, 2023.
- 이석배, “허위·과장 광고와 사기죄”, 고려법학 제51호, 고려대학교 법학연구원, 2008.
- 이승준, “과장·허위광고와 사기죄의 기망 - 判例를 중심으로 -”, 형사법연구 제21권 제1호, 한국형사법학회, 2009.
- 이시윤, “민사사건의 형사사건화 경향과 민사증거법의 개혁”, 판례월보 제276호, 판례월보사, 1993.
- 이시윤, 신민사소송법 제16판, 박영사, 2023.
- 이영준, 새로운 체계에 의한 한국민법론[물권편] 신정2판, 박영사, 2004.
- 이용식, “대물변제예약 부동산의 이중매매와 배임죄의 형사불법적 구조 : 배임죄 해석의 나아갈 방향에 대한 논란 : 배임죄에 대한 과도한 제한해석의 우려 : 배임죄의 핵심 코어에 관하여”, 형사판례연구 제23권, 박영사, 2015.

- 이윤희, “당사자의 효율적인 증거수집·개시방안에 관한 비교법적 고찰”, 안암법학 54권, 안암법학회, 2017.
- 이정민, “경영판단원칙과 업무상 배임죄”, 형사정책연구 제18권 제4호, 한국형사정책연구원, 2007.
- 이종상, “이사의 책임과 배임죄에 대한 비판적 고찰”, BFL 제19호, 서울대학교 금융법센터, 2006.
- 이종수, “채무불이행적 사기죄의 제한적 해석에 관한 연구: ‘기망행위’에 대한 엄격해석을 중심으로”, 형사정책연구 제31권 제2호, 한국형사정책연구원, 2020.
- 이진수, “권리행사방해죄에 대한 일고찰”, 형사법연구 제28권 제2호, 한국형사법학회, 2016.
- 이현석, “부동산 이중매매에 관한 입법론적 고찰”, 재산법연구 제27권 제1호, 한국재산법학회, 2010.
- 임석원, “권리행사방해죄의 문제점과 개선방안”, 형사법연구 제23권 제3호, 한국형사법학회, 2011.
- 임웅, 형법각론 제9정판, 법문사, 2018.
- 임철희, “경영판단과 배임고의-그 ‘법리’의 오용, 남용, 무용”, 형사법연구 제30권 제2호, 한국형사법학회, 2018.
- 장병주, “반사회질서 법률행위의 효력-부동산 이중매매의 법적 문제를 중심으로-”, 동아법학 제47호, 동아대학교 법학연구소, 2010.
- 전병서, “적정하면서 충실한 심리를 위한 민사 제1심 강화 방안”, 인권과 정의 통권 제460호, 대한변호사협회, 2016.
- 전원열, “민사소송절차상 디스커버리 도입에 관한 검토”, 인권과 정의 통권 501호, 대한변호사협회, 2021.
- 전원열, “증거보전절차의 개선을 위한 시론-디지털 증거를 중심으로-”, 민사소송 제24권 제3호, 한국민사소송법학회, 2020.
- 전원열, 민사소송법 강의 제3판, 박영사, 2022.
- 정규상, 독일의 독립적인 증거조사절차에 관한 연구-집중심리 내지 소송외적인 분쟁 해결을 위한 전제-, 저스티스 제31권 제2호, 한국법학원, 1998.
- 정동윤·유병현·김경욱, 민사소송법 제10판, 법문사, 2023.
- 정영일, 형법각론 제3판, 박영사, 2011.

- 정영환, *신민사소송법 제3판*, 법문사, 2023.
- 조광훈, “민사사건의 형사사건화의 원인과 그 대책”, *사법행정 제46권 제2호*, 한국사법행정학회, 2005.
- 조광훈, “민사사건의 형사사건화의 원인과 그 대책”, *형사정책연구소식 제91호*, 한국형사정책연구원, 2005.
- 조국, “기업범죄 통제에 있어서 형법의 역할과 한계-업무상 배임죄 배제론에 대한 응답-”, *형사법연구 제19권 제3호*, 한국형사법학회, 2007.
- 조기영, “재산범죄와 ‘보호할 가치있는 신뢰관계’”, *형사법연구 제26권 제1호*, 한국형사법학회, 2014.
- 조성용, “수사기관을 이용한 민사소송의 증거확보-피해자에 의한 수시기록열람 등사권의 남용사례를 중심으로-”, *법조 제56권 제3호*, 법조협회, 2007.
- 천종철, “배임죄에 있어서의 임무위배행위”, *연세법학연구 제3집 제1호*, 연세대학교연세법학연구회, 1995.
- 천진호, “명의신탁부동산 처분행위의 형사책임”, *비교형사판례연구 제11권*, 한국비교형사법학회, 2002.
- 최정학, “사기죄에서 ‘신의칙’의 의미”, *형사법연구 제24권 제4호*, 한국형사법학회, 2012.
- 하태훈, “부동산거래관계에 있어서 고지의무와 부작위에 의한 기망”, *형사판례연구 제2권*, 박영사, 1994.
- 한애라, “미국 연방 민형사소송절차에서의 E-discovery와 국내적 시사점”, *성균관법학 제32권 제2호*, 성균관대학교 법학연구원, 2020.
- 한충수, *민사소송법 제3판*, 박영사, 2021.
- 허익범, “양도담보와 배임죄(하)”, *형평과 정의 제4집*, 대구지방법변호사회, 1989.
- 허일태, “민사사건의 형사화에 대한 억제방안”, *비교형사법연구 제8권 제1호*, 한국비교형사법학회, 2006.
- 허일태, “위탁금전과 형법상 소유권개념”, *비교형사법연구 제5권 제1호*, 한국비교형사법학회, 2003.
- 호문혁, *민사소송법 제14판*, 법문사, 2020.
- 호제훈, “신축건물에 설정된 양도담보에 관한 몇 가지 문제 - 대법원 2001.1.5. 선고 2004다47682 판결”, *민사판례연구 제24권*, 박영사, 2002.

홍영기, 형법 총론과 각론, 박영사, 2022.

2. 국외문헌

H. M. Erichson, J. M. Glover, Civil Procedure, Wolters Kluwer(2021).

Hefendel, Roland, Münchener Kommentar zum StGB Band 5: §263 bis §297, 4.Auflage, 2022. (zit. MK-Hefendel)

J. Friedenthal, M. Kane, A. Miller, Civil Procedure 5th ed., West(2015).

Saliger, Frank, Strafrechtliche Risiken unternehmerischer Entscheidungen aus dem Untreuetatbestand, in: Nietsch (Hrsg.), Compliance und soziale Verantwortung im Unternehmen, 2019.

Staudinger/Martinek, Vorbem. §§ 662 ff., 2006.

Stephen N. Subrin, "Fishing Expedition Allowed: The Historical Background of the 1938 Discovery Rules", 39 B.C. L. Rev. 691, 694(1998).

3. 기타

2022 범죄백서, 법무연수원, 2023.

2022 범죄분석, 대검찰청, 2022.



Diagnosis and Measures to the Phenomenon of Criminalization of Civil Affairs : Legal Policy Review on Criminal Punishment for Default

Kang Seok Ku, Chang Jin Hwan, Lee Seok-Bae,
Kim Bong-Su, Shin Eun Young, Lee Dongjin, Jung Sangmin

1. Research Objective

In order to resolve the explosion of complaints due to abuse of complaints and the resulting workload on investigative agencies, this study provides basic data for setting basic directions for the overlapping areas of criminal law and civil law, while also providing interdisciplinary support in the areas of criminal law and civil law.

2. Research Agenda

Researchers at the Korean Criminal Law Association accumulated basic data by crime and issue, focusing on property crimes under criminal law, under the theme of 'Types and Issues of Criminalization of Civil Affairs Cases' and presented the direction of rational response from a criminal law perspective. To this end, relevant precedents were analyzed and criticized by crime and issue, German and Japanese criminal law provisions, which are similar to our legal systems,

were compared, and, if necessary, legislative theories were presented.

In addition, in order to conduct integrated interdisciplinary research, a civil legal diagnosis of the phenomenon of criminalization of civil cases was sought by experts in civil law and civil litigation law.

3. Policy Suggestions

In order to resolve the phenomenon of criminalization of civil affairs, it is necessary to consider the coexistence of civil and criminal law and to make continuous efforts to establish reasonable distribution standards for criminal law and civil law. In addition, it is necessary to establish a national legal case processing system, strengthen the responsibility of the complainant of wrongdoing, and make national efforts to refrain from resorting to criminal punishment.

※ Keywords: criminalization of civil affairs, abuse of sue, fraud, embezzlement, breach of trust, obstruction of rights

연구총서 23-A-05

민사의 형사화 현상의 진단과 대응방안

: 채무불이행에 대한 형사처벌에 관한 법정책적 검토

발 행 | 2023년 12월

발 행 처 | 한국형사·법무정책연구원

발 행 인 | 하 태 훈

등 록 | 1990. 3. 20. 제21-143호

주 소 | 서울특별시 서초구 태봉로 114

전 화 | (02)575-5282

홈페이지 | www.kicj.re.kr

정 가 | 7,000원

인 쇄 | 세일포커스(주) 02-2275-6894

I S B N | 979-11-986058-1-8 93360

• 사전 승인없이 보고서 내용의 무단 전제 및 복제를 금함.



민사의 형사화 현상의 진단과 대응방안 : 채무불이행에 대한 형사처벌에 관한 법정정책 검토

Diagnosis and Measures to the Phenomenon of Criminalization of Civil Affairs
: Legal Policy Review on Criminal Punishment for Default