

사기죄와 배임죄의 죄수·경합 관계

- 대법원 2017. 2. 15. 선고 2016도15226 판결 -

한양대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사 金在峯

■ 논문요약 ■

사기죄와 배임죄의 죄수·경합이 문제되는 사례유형으로는, 본인에 대한 배임행위와 본인에 대한 기망행위가 동시에 이루어지는 경우(제1유형), 본인에 대한 배임행위와 제3자에 대한 기망행위가 동시에 이루어지는 경우(제2유형), 본인에 대한 기망행위에 본인에 대한 배임행위가 수반되는 경우(제3유형)가 있다. 이제까지 이들에 대하여 통일적인 설명이 없이 각각 논의가 이루어졌다. 본고에서는 어느 경우에도 상상적 경합을 인정하여 혼란스러운 논의상황을 해소하고자 하였다. 우선 사기죄와 배임죄의 죄수관계에 있어서 양자는 우리 형법상 법규정 체계나 행위 반가치의 측면에서 이질적인 것이기 때문에 배임죄는 사기죄의 불가법적 사후행위가 아니라 양자는 각각 성립하 것으로 파악하였다. 그리고 경합관계에 있어서는 적절한 처단형과 형평성의 확보에 착안하여 상상적 경합관계를 인정하는 것이 타당하다고 보았다. 형법 제40조의 '1개의 행위'의 의미는 규범적 관점에서 파악하여야 한다. 그 구체적 기준으로는 자연적 행위동일성과 규범적 행위단일성을 들 수 있다. 자연적 행위동일성은 자연적 행위가 완전히 동시에 이루어지는 경우(완전한 동일성) 또는 부분적으로 동시에 이루어지는 경우(부분적 동일성)에 인정된다. 규범적 행위단일성에는 수죄가 인정되는 접속범의 경우와 수 개의 행위가 목적과 수단의 관계 등 기능적으로 긴밀하게 연관되는 기능적 긴밀성이 인정되는 경우가 포함된다. 사기죄와 배임죄의 경합이 문제되는 경우에 우선 자연적 행위동일성 기준에 따라 제1유형과 제2유형의 사례에서 상상적 경합을 인정할 수 있다. 그리고 기능적 긴밀성의 기준에 따라 제3유형의 사례에서 상상적 경합을 인정할 수 있다.

[주제어] 사기죄, 배임죄, 법조경합, 불가벌적 사후행위, 상상적 경합, 실제적 경합
Betrug, Untreu, Gesetzeseinheit, mitbestrafte Nachtat, Idealkonkurrenz,
Realkonkurrenz

■ 목 차 ■

- | | |
|----------|------------------------------------|
| I. 판결 개요 | 2. 사기죄와 배임죄의 죄수·경합
관계에 관한 학설·판례 |
| 1. 사실관계 | 3. 연구대상판결의 비판적 검토 |
| 2. 소송경과 | 4. 사기죄와 배임죄의 적정한 죄
수·경합관계의 모색 |
| II. 해설 | 5. 결 론 |
| 1. 쟁점 | |

* 논문접수: 2018. 6. 8. * 심사개시: 2018. 6. 8. * 게재확정: 2018. 6. 22.

I. 판결 개요

■ 판결요지 ■

[1] 외형상으로는 공소사실의 기초가 되는 피고인의 일련의 행위가 여러 개의 범죄에 해당되는 것 같지만 그 일련의 행위가 합쳐져서 하나의 사회적 사실관계를 구성하는 경우에 그에 대한 법률적 평가는 하나 밖에 성립되지 않는 관계, 즉 일방의 범죄가 성립되는 때에는 타방의 범죄는 성립할 수 없고, 일방의 범죄가 무죄로 될 경우에만 타방의 범죄가 성립할 수 있는 비양립적인 관계가 있을 수 있다. [2] 피고인이 약속대로 가동기를 회복해주지 않고 제3자에게 근저당권설정등기 등을 마쳐준 행위는 처음부터 가동기를 말소시켜 이익을 취하려는 사기범행에 당연히 예정된 결과에 불과하여 그 사기범행의 실행행위에 포함된 것일 뿐이므로 사기죄와 비양립적 관계에 있는 각 배임죄는 성립하지 않는다. [3] 피고인은 위 11명에게 임야에 관하여 소유권이전등기절차를 이행할 의사가 없었고 이후 제3자들에게 근저당권설정등기를 마쳐준 행위는 기

망을 통하여 매매계약을 체결하여 계약금과 중도금을 편취한 사기범행에 포함된 것일 뿐이며, 사기죄와 배임죄는 각각 일방이 범죄로 성립하는 때에는 타방은 범죄로 성립할 수 없고, 일방이 무죄로 되는 경우에만 타방이 범죄로 성립할 수 있는 비양립적인 관계에 있으므로 사기죄를 유죄로 인정할 수 있는 이상 별도의 배임죄는 성립할 수 없다

1. 사실관계

(1) 피고인 갑은 ○○아파트에 관한 소유권이전청구권가등기를 말소해 주면 금리가 낮은 곳으로 대출은행을 변경한 다음 곧바로 다시 가등기를 설정해 주겠다고 A를 기망하여 A로 하여금 가등기를 말소하게 하여 대출은행을 변경한 후 위 아파트에 관하여 제3자 명의로 각 근저당권 및 전세권설정등기를 마쳤다. 또한 (2) 피고인 갑은 보증잔지로 지정되어 있어 전원주택 등을 신축할 수 없는 임야에 전원주택을 지을 수 있도록 진입로 등 제반 시설을 설치해 주겠다고 A 등 11명을 기망하여 임야 11필지에 관한 매매계약을 체결하고 위 11명으로부터 계약금 및 중도금을 교부받고서도 A 등에게 소유권이전등기절차를 이행하지 않고 위 각 임야에 관하여 제3자 명의 근저당권설정등기를 마쳐주었다.

2. 소송경과

검사는 위의 아파트 관련 사실관계와 임야 관련 사실관계 모두에 대하여 사기죄와 배임죄의 경합범으로 기소하였다. 제1심 법원은 위의 공소사실에 대하여 모두 유죄로 인정하였다. 그러나 원심인 서울 북부지방법원은 먼저 아파트 관련 사실관계에 있어서 가등기말소 부분에 대한 사기죄는 유죄로 인정하고, 근저당권 및 전세권설정에 대

한 배임죄의 공소사실에 대하여는, 피고인이 약속대로 가동기를 회복 해주지 않고 제3자에게 근저당권설정등기 등을 마쳐준 행위는 처음부터 가동기를 말소시켜 이익을 취하려는 사기범행에 당연히 예정된 결과에 불과하여 그 사기범행의 실행행위에 포함된 것일 뿐이므로 사기죄와 비양립적 관계에 있는 각 배임죄는 성립하지 않는다는 등의 이유를 들어, 별도의 배임죄를 유죄로 인정한 제1심판결을 파기하고 그 부분은 무죄라고 판단하였다. 또한 원심은 임야 관련 사실관계에 대하여도 임야의 매매계약과 관련하여 계약금과 중도금을 받은 부분에 대하여 사기죄는 유죄를 인정하고, 배임죄의 공소사실에 대하여는, 피고인은 위 11명에게 임야에 관하여 소유권이전등기절차를 이행할 의사가 없었고 이후 제3자들에게 근저당권설정등기를 마쳐준 행위는 기망을 통하여 매매계약을 체결하여 계약금과 중도금을 편취한 사기범행에 포함된 것일 뿐이라는 등의 이유를 들어 무죄로 판시하였다.¹⁾ 원심판결에 대하여 검사가 상고하였고 대법원은 위의 판시 사항에서처럼 아파트 및 임야와 관련한 사실관계에 있어서 사기죄와 배임죄는 각각 일방이 범죄로 성립하는 때에는 타방은 범죄로 성립할 수 없고, 일방이 무죄로 되는 경우에만 타방이 범죄로 성립할 수 있는 비양립적인 관계에 있으므로 사기죄를 유죄로 인정할 수 있는 이상 별도의 배임죄는 성립할 수 없다고 본 원심의 판단은 정당하다고 판시하였다.

[참조판결1] 대판 2002. 7. 18. 2002도669 전원합의체 판결

신용협동조합의 전무인 피고인이 조합의 담당직원을 기망하여 예금인출금 또는 대출금 명목으로 금원을 교부받은 경우 “상상적 경합

1) 서울북부지법 2016. 9. 2. 선고 2016노862 판결.

은 1개의 행위가 실질적으로 수개의 구성요건을 충족하는 경우를 말하고 법조경합은 1개의 행위가 외관상 수개의 죄의 구성요건에 해당하는 것처럼 보이나 실질적으로 1죄만을 구성하는 경우를 말하며, 실질적으로 1죄인가 또는 수죄인가는 구성요건적 평가와 보호법익의 측면에서 고찰하여 판단하여야 한다고 할 것인 바, 이 사건과 같이 업무상배임행위에 사기행위가 수반된 때의 죄수 관계에 관하여 보면, 사기죄는 사람을 기망하여 재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 취득하는 것을 구성요건으로 하는 범죄로서 임무위배를 그 구성요소로 하지 아니하고 사기죄의 관념에 임무위배 행위가 당연히 포함된다고 할 수도 없으며, 업무상배임죄는 업무상 타인의 사무를 처리하는 자가 그 업무상의 임무에 위배하는 행위로써 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가하는 것을 구성요건으로 하는 범죄로서 기망적 요소를 구성요건의 일부로 하는 것이 아니어서 양 죄는 그 구성요건을 달리하는 별개의 범죄이고 형법상으로도 각각 별개의 장(장)에 규정되어 있어, 1개의 행위에 관하여 사기죄와 업무상배임죄의 각 구성요건이 모두 구비된 때에는 양 죄를 법조경합 관계로 볼 것이 아니라 상상적 경합관계로 봄이 상당하다 할 것이고, 나아가 업무상배임죄가 아닌 단순배임죄라고 하여 양 죄의 관계를 달리 보아야 할 이유도 없다.

[참조판결2] 대판 2010. 11. 11. 2010도10690

피고인이 이 사건 각 건물에 관하여 전세임대차계약을 체결할 권한이 없음에도 임차인들을 속이고 전세임대차계약을 체결하여 그 임차인들로부터 전세보증금 명목으로 돈을 교부받은 행위는 건물주인 공소외인이 민사적으로 임차인들에게 전세보증금반환채무를 부담하는지 여부와 관계없이 사기죄에 해당하고, 이 사건 각 건물에 관하여

전세임대차계약이 아닌 월세임대차계약을 체결하여야 할 업무상 임무를 위반하여 전세임대차계약을 체결하여 그 건물주인 피해자 공소외인으로 하여금 전세보증금반환채무를 부담하게 한 행위는 위 사기죄와 별도로 업무상배임죄에 해당한다. 나아가 위 각 죄는 서로 구성요건 및 그 행위의 태양과 보호법익을 달리하고 있어 상상적 경합범의 관계가 아니라 실체적 경합범의 관계에 있다.

II. 해설

1. 쟁점

사기죄와 배임죄의 죄수·경합관계가 문제되는 사례유형은 3가지로 분류할 수 있다. 즉 본인에 대한 배임행위와 본인에 대한 기망행위가 동시에 이루어지는 경우(제1유형), 본인에 대한 배임행위와 제3자에 대한 기망행위가 동시에 이루어지는 경우(제2유형), 본인에 대한 기망행위에 본인에 대한 배임행위가 수반되는 경우(제3유형)이다. 종래 판례는 제1유형의 사례에서 상상적 경합설을 취하였고, 제2유형의 사례에서 실체적 경합설을 취하였다. 연구대상판결은 위의 제3유형에 속하는 것이며, 법조경합설(사기죄설)을 따랐다. 이로써 사기죄와 배임죄의 관계에 있어서 3가지의 죄수·경합 형태가 인정되게 되었다. 학설도 매우 다양하게 주장되고 있다. 연구대상판결이 설득력있는 근거와 해결책을 제시하였다면 혼란스러운 종래의 판례와 학설을 정리하는데 도움을 줄 수 있었겠지만, 아쉽게도 이 판결에서는 ‘비양립적’이라는 기준의 불명확성과 혼동가능성, 처단형의 문제 등 여러 문제점을 발견할 수 있다.

죄수·경합의 판단은 실체법뿐만 아니라 절차법상으로 매우 중요하

다. 우선 실체법적으로 처단형의 확정이 필요하고, 소송법적으로는 공소사실의 특정, 재구속의 가능성, 범죄사실의 동일성 여부에 따른 공소제기의 효력범위, 심판대상 범위, 기판력 범위의 판단, 공소시효의 기산점, 판결문의 주문표시 등에서 중요한 의미를 갖게 된다.

이처럼 중요한 역할을 하는 죄수·경합의 문제가 사기죄와 배임죄의 관계에서 미해결의 상태로 남아있다면 피고인은 물론 법원 등 형사사법기관에 커다란 혼란을 초래할 수 있다. 이에 따라 본고는 위에서 제시한 3가지 유형의 사례에서 죄수·경합문제를 적정하게 해결할 수 있는 방안을 모색하고자 한다.

2. 사기죄와 배임죄의 죄수·경합관계에 관한 학설·판례

가. 본인에 대한 기망과 배임이 동시에 이루어지는 경우(제1유형)

앞서 소개한 [참조판결1]에서 신용협동조합의 전무가 조합의 담당 직원을 기망하여 예금인출금 또는 대출금 명목으로 금원을 교부받은 경우처럼 하나의 행위로써 본인에 대한 기망행위와 본인에 대한 배임행위가 동시에 이루어지는 경우이다. 이 때 판례는 사기죄와 배임죄는 구성요건을 달리하는 별개의 범죄이고 형법상으로도 각각 별개의 장(장)에 규정되어 있어, 1개의 행위에 관하여 사기죄와 업무상배임죄의 각 구성요건이 모두 구비된 때에는 양 죄를 범조경합 관계로 볼 것이 아니라 상상적 경합관계가 성립한다고 한다.²⁾

2) 대판 2002. 7. 18. 2002도669 전원합의체 판결. 이 판결에 의하여 변경되기 전의 판결에서는 선장 갑과 조리장 을은 공모하여 배에 필요한 물품을 구입한 일이 없음에도 불구하고 물품을 구입한 양 허위보고하여 선주 A로부터 그 대금을 교부받은 경우, 타인의 위탁에 의하여 사무를 처리하는 자가 그 사무처리상 임무에 위배하여 본인을 기망하고 착오에 빠진 본인으로부터 재물을 교부받은 경우

이러한 제1유형의 사례에 대하여 다양한 견해가 주장된다. 먼저 사기죄설은 본인을 기망하여 재산상의 처분행위를 한 것 자체가 배임행위가 되고 이는 사기죄에 흡수되므로 사기죄만 성립한다는 입장이다.³⁾ 배임죄설은 타인의 위임을 받아 사무를 처리하는 자라도 그 사무의 범위에 속하지 않는 사항에 관하여 위임자를 기망하여 재산상의 이익을 얻는 경우는 사기죄가 성립하지만, 타인의 사무처리로서 행하여진 임무위배라면 그 과정에 사기적 수단이 있어도 배임죄가 성립한다고 한다.⁴⁾ 그리고 사기죄의 배임죄의 상상적 경합설은 사기죄와 배임죄는 구성요건의 성질이나 보호법익이 이질적이기 때문에 특별관계 등의 법조경합관계에 있는 것이 아니라 상상적 경합관계에 있다고 하며, 현재 다수설의 입장이다.⁵⁾

나. 본인에 대한 배임과 제3자에 대한 기망이 동시에 이루어지는 경우(제2유형)

앞에서 제시한 [참조판결2]에서 건물소유주로부터 월세임대차계약을 체결할 권한만 부여받은 피고인이 임차인들을 속이고 전세임대차계약을 체결하여 그 임차인들로부터 전세보증금 명목으로 돈을 교부 받은 경우처럼 본인에 대한 배임행위와 제3자에 대한 기망행위가 하나의 행위로서 동시에 이루어지는 경우이다. 이에 대해 판례는 건물

에는 사기죄가 성립되며 설사 배임죄의 구성요건이 충족되어도 별도로 배임죄를 구성하는 것이 아니라고 하였다(대판 1983. 7. 12., 82도1910).

- 3) 오영근, 「형법각론」, 박영사(2017), 388면
- 4) 황산덕, 「형법각론」, 법문사(1989), 324면. 이는 후술하는 일본의 배임죄설과 동일한 입장으로 이해된다.
- 5) 김일수·서보화, 「형법각론」, 박영사(2016), 490면; 류전철, “배임죄와 사기죄의 경합관계”, 형사판례연구(19호), (2011), 225면; 손동권, 「형법각론」, 율곡출판사(2010), 462면; 이재상·장영민·강동범, 「형법각론」, 박영사(2017), 439면.

주가 민사적으로 임차인들에게 전세보증금반환채무를 부담하는지 여부와 관계없이 사기죄에 해당하고, 업무상 임무를 위반하여 전세임대차계약을 체결하여 그 건물주로 하여금 전세보증금반환채무를 부담하게 한 행위는 업무상배임죄에 해당하며, 각 죄는 서로 구성요건 및 그 행위의 태양과 보호법익을 달리하고 있어 실체적 경합범의 관계에 있다고 하였다.⁶⁾

이러한 유형의 사례에 대한 학설상의 논의가 많지는 않으나, 상상적 경합설을 주장하는 견해가 있다. 이는 본인의 사무처리자가 임무에 위배되는 행위를 하여 타인에 대한 기망을 유발하고 재물 내지 재산상 이익의 편취를 달성한 경우, 행위객체, 법익의 향유자, 구성요건의 본질적 요소(편취와 배임)가 상이하기 때문에 별도의 죄(경합관계)가 성립하며, 배임행위와 기망행위는 ‘하나의 행위’이기 때문에 양죄는 상상적 경합에 해당된다는 입장이다.⁷⁾

6) 대판 2010. 11. 11. 2010도10690. 이 판결 전에 같은 유형의 사례에서도 판례는 실체적 경합을 인정하였다. 즉, 치안본부에서 차량용 유류의 발주 및 수불업무를 담당하는 직원인 갑은 서울 소재 주유소의 관리과장 A, 주유소의 실질 경영자를 등과 W석유주식회사가 유류공급계약에 기하여 치안본부에 공급하는 보통휘발유와 경유의 일부를 빼돌려 위 주유소에 매각하기로 합의하고, 위 석유주식회사에 대하여 치안본부에서 구입하는 것처럼 가장하여 보통휘발유와 경유를 위 주유소에 납품할 것을 지시하고, A와 을 등은 이를 인수하는 방법으로 위 유류의 공급가액 상당의 이익을 취득하고 치안본부로 하여금 위 석유주식회사에 대하여 동액상당의 채무를 부담케 한 사안에서, “본인에 대한 배임행위가 본인 이외의 제3자에 대한 사기죄를 구성한다 하더라도 그로 인하여 본인에게 손해가 생긴 때에는 사기죄와 함께 배임죄가 성립한다”고 하였다(대판 1987. 4. 28. 83도 1568).

7) 류전철, 앞의 “배임죄와 사기죄의 경합관계”, 225면; 이순준, “배임행위의 기망행위에 대한 불가벌적 사후행위 여부”, 법학연구(제53권 제3호), 부산대학교 법학연구소(2012), 68면.

다. 본인에 대한 기망행위에 본인에 대한 배임행위가 수반하는 경우(제3유형)

이 유형은 연구대상판결에서 아파트에 대한 가등기를 말소해주면 대출은행을 변경한 후 다시 가등기를 설정해 주겠다고 가등기권자를 기망하여 가등기를 말소하게 하여 대출은행을 변경한 후 아파트에 대하여 제3자 명의로 근저당권과 전세권설정등기를 설정하거나 전원주택의 신축이 불가능한 임야를 전원주택 신축이 가능하도록 해 주겠다고 기망하여 임야에 대한 매매계약을 체결하고 계약금과 중도금을 받은 후 소유권이전등기를 이행하지 않고 제3자 명의로 근저당권 등기를 설정한 경우처럼, 본인에 대한 기망이 있고 이어서 본인에 대한 배임행위가 이루어지는 경우이다. 이에 대하여 판례는 후속하는 배임행위는 선행하는 사기범행에 당연히 예정된 결과에 불과하여 그 사기범행의 실행행위에 포함된 것일 뿐이며, 사기죄와 배임죄는 각각 일방이 범죄로 성립하는 때에는 타방은 범죄로 성립할 수 없고, 일방이 무죄로 되는 경우에만 타방이 범죄로 성립할 수 있는 비양립적인 관계에 있으므로 사기죄를 유죄로 인정할 수 있는 이상 별도의 배임죄는 성립할 수 없다고 하였다.⁸⁾

8) 대판 2017. 2. 15. 2016도15226. 이 판결에 의하여 변경되기 전의 판결에서는 실제 경합설을 따랐다. 즉 부동산에 피해자 명의의 근저당권을 설정하여 줄 의사가 없음에도 피해자를 속이고 근저당권설정을 약정하여 금원을 취득한 후 그 부동산에 관하여 제3자 명의로 근저당권설정등기를 마친 경우, “이러한 약정은 사기 등을 이유로 취소되지 않는 한 여전히 유효하여 피해자 명의의 근저당권설정등기를 하여 줄 임무가 발생하는 것이고, 그럼에도 불구하고 임무에 위배하여 그 부동산에 관하여 제3자 명의로 근저당권설정등기를 마친 경우, 이러한 배임행위는 금원을 편취한 사기죄와는 전혀 다른 새로운 보호법익을 침해하는 행위로서 사기 범행의 불가벌적 사후행위가 되는 것이 아니라 별죄를 구성한다”고 하였다(대판 2008. 3. 27. 2007도9328).

이러한 유형의 사례 역시 학설에서 많이 다루어지고 있지 않으나, 배임죄가 별도로 성립하지 않고 사기죄만이 성립한다는 견해가 있다. 즉 피해자를 속이고 근저당권설정을 약정하여 금원을 취득한 후 제3자 명의로 근저당권설정등기를 마친 사례에 대하여 피해자에 대한 근저당권 설정의무는 타인의 사무가 아니라 타인을 위한 사무로서 자기의 사무이기 때문에 배임죄의 성립요건을 구비하지 못한다거나, 제3자에게 근저당권을 설정해준 것이 배임죄의 구성요건에 해당하는 경우에도 피해자에 대한 금원 편취로 사기죄가 성립한 이상 피해자에 대한 근저당권 미설정과 제3자에 대한 근저당권 설정은 사기죄의 기망수단으로서 사기죄의 불법 속에 포함된 것이기 때문에 불가벌적 사후행위에 불과한 것이라고 한다.⁹⁾

라. 일본과 독일에서의 논의

(1) 일본에서의 논의

일본의 경우 판례는 위의 제1유형의 사례에서 사기죄설의 입장을 취하고 있다. 즉 생명보험의 외판원이 보험계약자 모집에 있어서 신청자의 중대한 질병을 은폐하여 건강한 사람으로 보고하고 회사로 하여금 보험계약을 체결하도록 하고 회사로부터 보험증권, 모집수당, 출장수당 등을 수령한 사례에 있어서 “타인의 위탁에 의해 그 사무를 처리하는 자가 그 사무 처리상, 임무에 배신하여 본인에게 대해 사기행위를 행하여 동인을 착오에 빠지게 하고 그에 따라 재물을 교부시킨 경우에 있어서는 사기죄를 구성하는 것이며 설령 그 업무위배의 행위가 자기 또는 제3자의 이익을 도모하려 하고 이에 의해 본

9) 이승준, 앞의 논문, 72면 이하; 조현욱, “불가벌적 사후행위”, 비교형사법연구(제10권 제1호), 한국비교형사법학회(2008), 380면 이하.

인에게 재산상의 손해를 발생시켜 배임죄의 구성요건을 구비하는 경우라 하더라도 이들은 타인을 위해 일정한 사무를 처리하는 것이 본인에 대해 행할 수 있는 사기죄의 관념 중에 당연히 포함되는 것이며 배임죄는 성립하지 않고 또한 한 개의 행위가 복수의 죄명에 저촉되지 아니”한다고 판시하였다.¹⁰⁾ 또한 산림입목의 판매에 있어서 매수자인 회사의 직원과 매도인이 공모하여 입목의 수량을 회사에 대해 과대하게 보고하고, 과도한 가격으로 회사에게 구입시켜 손해를 준 사례에 대해, ‘타인의 위탁에 의해 그 사무를 처리하는 자가, 그 사무처리상 임무를 등지고 본인에 대해 기망행위를 행하여 동인을 착오에 빠지게 하고, 그에 따라 재물을 교부시킨 경우에는 사기죄를 구성하며, 설령 배임죄의 성립요건을 구비하는 경우라 하더라도 별도의 배임죄를 구성하는 것은 아니다’고 판시하였다.¹¹⁾ 한편 제3유형의 사례에서는 사기죄와 배임죄의 실체적 경합범을 인정하고 있다. 즉 채무자 갑이 채권자 을에 대한 자기의 금전채무의 담보로서 제3자 병에게서 질물을 제공받고 채권자 을의 대리인으로서 병에게서 그 인도를 받아 보관하기로 을에게 약속하면서 병과 통모하여 자기 및 병의 이익을 도모하기 위해 그 물품의 인도를 받지 않고 이를 별도로 매각처분하여 을에 대해 질권설정의 효력발생을 불능하게 하고 그 후 을에 대해 질물을 을을 위해 스스로 보관하고 있다고 거짓말을 하여 을을 속이고 자기 채무의 변제유예를 얻은 사안에 대해 배임죄와 사기죄(제246조 제2항)의 병합죄로 처벌하였다.¹²⁾

10) 大判昭7.6.29.刑集11卷974項

11) 最判昭28.5.8.刑集7卷5号695項

12) 大判昭6.1.19.刑集13卷819項 본 사례가 사기죄의 기수가 성립한 후 배임행위가 이루어진 위의 제3유형과는 다르지만 사기와 배임이 하나의 행위로 동시에 이루어진 것이 아닌 점에서 제3유형과 유사한 것으로 볼 수 있다.

학설은 주로 위의 제1유형의 사례에 대해 논의가 이루어지고 있다. 먼저 사기죄설은 임무위배는 배임죄에 특유한 개념이 아니고 사기죄와 횡령죄에서도 존재하는 것이기 때문에 임무위배행위가 다른 범죄를 구성하는 경우에는 배임죄는 성립하지 않으며, 상상적 경합적 경우와 처단형에서도 차이가 없다는 점을 근거로 제시한다.¹³⁾ 배임죄설은 단순횡령죄와 사기죄의 관계에서처럼 범죄의 유혹적 요소를 고려한 책임의 감소를 고려하여 배임죄의 법정형이 낮게 설정된 것이기 때문에 중한 처벌을 피하기 위해 임무위배로서 배임죄를 구성하는 이상 중한 사기죄로서의 이중평가를 해서는 안되기 때문에 배임죄만이 성립한다는 입장이다.¹⁴⁾ 사기죄와 배임죄의 상상적 경합설은 사기죄는 상대방의 일반적인 신뢰를 침해하는 것이지만 배임죄의 요건인 신뢰관계는 그와는 다른 성질의 것이 양죄는 기본적인 성격을 달리하는 것이기 때문에 양죄 모두 성립하고 상상적 경합을 인정해야 한다는 입장이며 현재 일본의 통설이다.¹⁵⁾ 이밖에 구별설은 본인에 대한 기망행위와 본인의 처분행위가 존재하고 이에 의해 행위자가 재물 또는 이익을 영득하는 경우에는 사기죄가 성립하고, 어디까지나 본인에 대한 사무처리의 과정에서 이루어진 임무위배의 경우에는 전술한 배임죄설의 입장을 반영하여 배임죄만이 성립한다고 한다.¹⁶⁾ 한편 행위자가 배임행위에 있어서는 이익을 얻지 못하고 후속하는 기망행위를 통하여 이익을 얻은 경우에는 실제적 경합이 인

13) 牧野英一, 「刑法各論<下卷>」, 有斐閣, 1951; 藤木英雄, 「經濟取引と犯罪」, 有斐閣双書, 1965, 76면.

14) 小野清一郎, 「刑法講義」, 各論, 新訂版, 有斐閣, 2001.

15) 大谷實, 「刑法講義各論」, 新版第4版補訂版, 成文堂, 2015; 大塚仁, 「刑法概說(各論)」, 第3版補訂版, 有斐閣, 2005; 前野雅英, 「刑法各論講義」, 第6版, 東京大學出版會, 2015.

16) 西田典之, 「刑法各論」, 2011, 258면.

정된다고 한다.

(2) 독일에서의 논의

독일에서도 사기죄와 배임죄가 경합하는 여러 유형에 대하여 다양한 논의가 이루어 졌다. 먼저 행위자가 기망행위를 할 때 피해자와 신임관계에 있는 경우 즉 기망행위와 배임행위가 동시에 이루어지는 경우에는 상상적 경합이 인정된다고 한다.¹⁷⁾ 반면 기망행위에 의해 재산상 이익을 취득하고 기망행위에 후속하는 배임행위는 추가적인 손해를 초래하지 않는 경우 배임죄는 불가벌적 사후행위가 된다고 한다.¹⁸⁾ 이와 반대로 기망행위가 오로지 배임행위에 의해 취득한 수익을 보존하기 위한 것이라면 기망행위가 불가벌적 사후행위가 된다고 한다.¹⁹⁾ 그리고 행위자가 배임행위에 의하여 아무런 이익을 취득하지 못하고 그에 후속하는 기망행위에 의해 비로소 이익을 취득하는 경우에는 실체적 경합이 인정된다고 한다.²⁰⁾

3. 연구대상판결의 비판적 검토

연구대상판결은 본인에 대한 기망행위에 수반하여 배임행위가 이루어진 경우에 종래 실체적 경합으로 처벌하던 것을 사기죄로만 처벌함으로써 행위자의 불법에 상응하는 처벌을 도모하고자 했다는 점

17) BGH 8, 260.

18) BGH 6, 67 ; Schönke/Schröder-Lenckner/Perron, StGB, 29. Aufl. 2014, C.H. Beck, § 266, Rn 54. 이 경우에 상상적 경합을 인정하는 입장으로는, OLG Braunschweig NJW 51, 932.

19) BGH NSTZ 94, 586 ; Rolf Schmidt/Klaus Priebe, Strafrecht Besonderer Teil II, 4. Aufl. 2005, Untreue(§266) VI.

20) BGHSt 17, 360, 362 ; Wessels/Hillenkamp, Strafrecht Besonder Teil 2, Rn 784.

에서 긍정적인 평가를 할 수 있다. 이러한 사례에 있어서는 주된 불법은 사기죄에 있기 때문에 배임죄를 별도로 인정하여 가중처벌하는 것은 범감정에 반할 수 있기 때문이다. 그러나 사기죄만을 인정한 것이 이론적으로 타당한 것인지 그리고 그 근거제시가 충분한 것인지는 의문이며 따라서 다양한 비판이 제기될 수 있다. 연구대상판결은 본인에 대한 기망행위로 사기죄가 성립하고 이어서 본인에 대한 배임행위가 이루어진 경우 사기죄만 성립하고 비양립관계에 있는 배임죄는 별도로 성립하지 않는다고 한다. 이러한 판례의 입장에 대하여 우선 그 기준이 불명확하다는 문제점을 지적할 수 있다. 배임죄가 별도로 성립하지 않는다는 것이 처음부터 배임죄의 구성요건을 충족시키지 않는다는 것인지,²¹⁾ 일단 배임죄의 구성요건을 충족하지만 이중 평가의 금지에 따른 불가벌적 사후행위라는 의미인지를 명확히 밝히고 있지 않다. 아마도 사기죄와의 관계에서 배임죄의 성립을 부정하는 것을 보면 외형상으로는 배임죄의 구성요건을 충족하지만 실질적으로는 별도의 범죄가 성립하지 않는 불가벌적 사후행위를 인정하는 것으로 보인다.²²⁾ 다음으로 판례가 제시하는 ‘비양립적’이라는 기준의

21) 최근 동산의 이중양도, 명의신탁 물건의 처분, 대물변제계약 부동산의 처분 등에서 범죄의 성립을 부정하고 민사상의 문제로 보려는 판례의 경향에 따라 등기의무의 불이행도 배임죄의 성립을 부정하는 것이 타당하다는 입장으로, 조현욱, 앞의 논문, 380면 이하; 이승준, 앞의 논문, 77면 이하 참조.

22) 이러한 제3유형의 사례에서 대법원 판결(2007도9328)의 하급심은 불가벌적 사후행위임을 명시하고 있다. 즉 “당사자가 처음부터 부동산에 피해자 명의의 저당권을 설정하여 줄 의사도 없이 단지 금원 편취의 목적으로 피해자에게 부동산에 피해자 명의의 저당권을 설정하여 주기로 속이고 금원을 편취하는 경우에 당사자가 피해자에게 부동산에 피해자 명의의 저당권을 설정하여 주기로 한 약정은 금원편취의 수단에 불과하여 당사자가 부동산에 피해자 명의의 저당권이 설정될 것으로 믿은 피해자로부터 금원을 수수하는 순간 사기 범행은 완성되는 것이고, 그 이후에 피해자 명의의 근저당권이 설정되지 아니하였다는 등의 사정은 처음부터 사기범행에 예정된 당연히 수반되는 결과로 일종의 불가벌적 사

의미가 명확하지 않고 다른 판결과 혼동을 일으킬 소지가 있다. 연구 대상판결에서는 “외형상으로는 공소사실의 기초가 되는 피고인의 일련의 행위가 여러 개의 범죄에 해당되는 것 같지만 그 일련의 행위가 합쳐져서 하나의 사회적 사실관계를 구성하는 경우에 그에 대한 법률적 평가는 하나밖에 성립되지 않는 관계, 즉 일방의 범죄가 성립되는 때에는 타방의 범죄는 성립할 수 없고, 일방의 범죄가 무죄로 될 경우에만 타방의 범죄가 성립할 수 있는 비양립적인 관계가 있을 수 있다”고 한다. 이에 따르면 사회적 사실관계가 단일하거나 동일하면 행위가 한 개이기 때문에 별 개의 행위가 있어야 인정되는 양립 관계가 성립할 수 없고 따라서 비양립관계가 인정되며, 이는 불가분적 사후행위가 존재하는 1죄와 상상적 경합과 실체적 경합이 포함되는 수죄를 판단하는 기준이 된다. 그러나 사회적 사실관계의 단일성이나 동일성은 다른 판결에서는 수죄의 성립을 전제로 상상적 경합과 실체적 경합을 판단한 판단하는 기준으로서 사용되고 있다.²³⁾ 즉 동일한 기준을 어느 경우에는 1죄와 수죄를 구분하는 죄수 판단의 기준으로 사용하고, 어느 경우에는 수죄 중에서 경합의 판단기준으로 사용하고 있어 설득력을 떨어뜨리고 있다. 또한 사회적 사실관계의 단일성·동일성이나 비양립성은 통설과 판례가 형사소송법상 공소사실의 동일성을 판단하는 기준으로 사용하고 있다.²⁴⁾ 실체법상 죄수

후행위라고 할 것으로서 사기범행에 대한 가별적 평가에 포함되어 사기죄와 별도로 별죄를 구성하지 아니한다”(서울고등법원 2007. 10. 26. 선고 2007노1530, 2007노1720 판결).

23) 당죄수표를 조합 이사장 명의로 발행하여 그 소지인이 지급제시기간 내에 지급 제시하였으나 거래정지처분의 사유로 지급되지 아니하게 한 사실(부정수표단속 범위반죄)과 동일한 수표를 발행하여 조합에 대하여 재산상 손해를 가한 사실(업무상배임죄)은 사회적 사실관계가 기본적인 점에서 동일하다고 할 것이어서 1개의 행위가 수 개의 죄에 해당하는 경우로서 형법 제40조에 정해진 상상적 경합관계에 있다(대판 2004. 5. 13. 2004도1299).

판단이나 소송법상 공소사실의 동일성 판단의 주된 관심은 이중평가나 이중처벌의 방지에 있기 때문에 양자가 호환되고 혼용될 수 있기는 한다. 그러나 형사소송법상으로는 실체법상 수죄인 상상적 경합이 법조경합과 마찬가지로 1죄로 취급되고 있기 때문에 사회적 사실관계의 동일성이나 비양립관계라는 기준을 실체법상 1죄와 수죄의 판단기준으로 사용하는 것은 적절하다고 할 수 없다.

한편 연구대상판결처럼 사기죄만을 인정할 때 발생하는 또다른 문제는 법정형이 충분히 확보되지 않는다는 점이다. 사기죄설의 논거 중의 하나는 사기죄의 법정형이 배임죄보다 높기 때문에 굳이 배임죄를 별도로 인정하고 사기죄와 상상적 경합관계에 있다고 할 필요가 없다는 점이다.²⁵⁾ 그러나 단순배임죄의 경우에는 이러한 주장이 타당할 수 있으나 업무상배임죄의 경우에는 그 법정형이 10년 이하의 징역 또는 3000만 원 이하의 벌금으로서, 10년 이하의 징역 또는 2000만 원 이하의 벌금이 법정형인 사기죄보다 법정형이 높기 때문에 이러한 주장은 타당할 수 없다. 일본의 경우 배임죄를 사기죄와 같은 유형의 범죄로 규정하면서, 사기죄의 법정형은 10년 이하의 징역이고(일본형법 제246조), 배임죄의 법정형은 5년 이하의 징역 또는 50만엔 이하의 벌금으로 되어 있으나(일본형법 제247조), 업무상배임

24) 최초의 공소사실과 변경된 공소사실간에 그 일시만을 달리하는 경우, 사안의 성질상 2개의 공소사실이 양립할 수 있다고 볼 사정이 있는 경우에는 그 기본적인 사회적 사실을 달리할 위험이 있다 할 것이므로 그 기본적 사실은 동일하다고 볼 수 없다 할 것이지만, 일방의 범죄가 성립되는 때에는 타방의 범죄의 성립은 인정할 수 없다고 볼 정도로 양자가 밀접한 관계가 있는 경우에는 그간의 시간적 간격이 긴 경우라도 양자의 기본적 사실관계는 동일한 것이라고 할 것이다(대판 1982. 12. 28. 82도2156).

25) 상상적 경합설을 취하면서 결과적으로 중한 사기죄로 처벌되므로 사기죄설과 차이가 없으므로 별 실익이 없다는 견해로는, 배종대, 「형법각론」, (2018), 692면.

죄는 규정하고 있지 않다.²⁶⁾ 따라서 사기죄설과 상상적 경합설은 처단형의 면에서는 차이가 없고 학설대립의 실익도 감소할 수 있으나 우리의 경우는 다르다.

이러한 점을 고려하여 판례가 연구대상판결처럼 단순배임죄가 문제되는 경우는 사기죄설을 따르고, [참조판결1]이나 [참조판결2]처럼 업무상배임죄가 문제되는 사례에서는 사기죄와 배임죄의 상상적 경합 또는 실체적 경합을 인정한 것이라고 추측해 볼 수도 있다. 그러나 판례가 [참조판결1]에서 업무상배임죄가 아닌 단순배임죄라고 하여 사기죄와의 관계를 달리 보아야 할 이유가 없다고 설시한 것을 보면 의식적으로 단순배임죄와 업무상배임죄를 구별하여 판결을 한 것으로는 보이지 않는다. 혹자는 이 경우 부진정 결과적 가중범의 죄수가 문제되는 상황과 유사한 것으로 보고 동일하게 처리하면 된다고 주장할 수 있다. 즉 판례는 현주건조물방화치사죄와 고의의 살인죄의 경우처럼 부진정결과적가중범의 법정형이 중한 결과에 대한 고의범의 법정형보다 높은 경우 부진정결과적 가중범이 성립하고, 현주건조물방화치사죄와 존속살해죄의 경우처럼 중한결과에 대한 고의범의 법정형이 부진정결과적 가중범에 대한 법정형이 높은 경우 양자의 상상적 경합이 된다고 한다.²⁷⁾ 그러나 이에 대하여 다수설은 어느 경우이나 상상적 경합을 인정하면서 그 근거로 이 경우는 한 개의 행위로 인해 성립한 독자적인 두 개의 범죄라거나²⁸⁾ 사망의 결과가 과실로 야기된 것인지 고의로 야기된 것인지를 구별할 필요가 있다는 점²⁹⁾ 등을 제시한다. 현주건조물방화치사죄와 살인죄처럼 행위태

26) 이 점은 단순횡령(5년 이하의 징역)과 업무상횡령(10년 이하의 징역)을 구별하여 규정하는 것과 다르다.

27) 대판 1996. 4. 26. 96도485.

28) 김성돈, 「형법총론」, SKKUP(2017), 565면.

양 보다는 결과가 중시되는 범죄의 경우 현주건조물방화치사죄에는 고의 살인범이 완전히 포함되어 있으므로 이중평가를 방지하기 위해 범조경합 중 특별관계를 인정하여 현주건조물방화치사죄를 인정할 여지가 많다고 할 수 있다.³⁰⁾ 그렇더라도 사기죄와 배임죄의 경우와는 구별되어야 한다. 사기죄와 배임죄는 단순히 결과만이 문제되는 범죄가 아니고, ‘기망’과 ‘타인의 사무처리자’의 ‘임무위배’라는 행위태양이 중요시되는 범죄이기 때문에 양 죄는 범죄요소의 중요부분이 중첩되지 않아 부진정결과적 가중범의 경우와는 구별되어야 한다. 결국 연구대상판결처럼 사기죄만을 인정할 경우 법정형이나 처단형에서 불합리한 결과를 초래한다는 비판을 피하기 어렵다.

연구대상판결의 또다른 문제점으로 사기죄의 실행행위의 범위가 불명확하다는 점을 지적할 수 있다. 연구대상판결은 제3자에게 근저당권을 설정하는 등 후속하는 배임행위는 선행하는 ‘사기범행의 실행행위에 포함’된 것이라고 한다. 이에 따르면 후속하는 배임행위가 사기죄의 실행행위가 되고 사기죄의 기수는 배임행위가 기수에 이르러야 인정될 수 있으며 배임행위가 없으면 미수에 그치는 것이 된다. 그러나 사기죄는 피해자를 기망하여 아파트에 대한 가등기를 말소하거나³¹⁾ 임야에 대한 계약금과 중도금을 받음으로써 기수가 된다고 보는 것이 타당하다.³²⁾

한편 연구대상판결이 사기죄과 배임죄가 경합하는 사례에 있어서

29) 손동권, 앞의 책, 345면.

30) 김성룡, “현행 형법의 해석론으로서 결과적 가중범의 유형과 죄수에 관한 판례·학설의 비판적 검토”, 비교형사법연구(9권 1호), 한국비교형사법학회(2007), 66면 이하.

31) 가등기 말소는 재산상 이익의 취득에 해당한다(대판 2008. 1. 24. 2007도9417).

32) 전술한 대법원 판결(2007도9328)의 하급심 판결(서울고등법원 2007. 10. 26. 선고 2007노1530, 2007노1720 판결) 참조.

사기죄만을 인정함으로써 종래의 다른 판결에 어떠한 영향을 미칠 것인가가 문제된다. 연구대상판결의 기준을 적용하면 같은 유형의 사안으로 근저당권 설정을 약속하고 금원을 편취한 후 제3자에게 근저당권을 설정해준 경우에 실체적 경합을 인정한 판결(대판 2007도 9328)은 물론이고 본인에 대한 기망과 배임이 동시에 이루어지는 사례에서 상상적 경합을 인정한 [참조판결1]과 본인에 대한 배임과 제3자에 대한 기망이 동시에 이루어지는 사례에서 실체적 경합을 인정한 [참조판결2]에서 사기죄만을 인정해야 할 것으로 보인다. 이러한 사례들 모두 사회적 사실관계가 단일하여 비양립 기준을 충족하기 때문이다. 그러나 연구대상판결이 명시적으로 판례변경을 밝힌 것이 아니기 때문에 후속 판결을 기다릴 수밖에 없고 그동안 혼란스러운 상태가 지속될 수밖에 없다. 이를 사전에 방지하기 위해 연구대상판결이 전원합의체 판결을 통하여 명시적인 판례변경을 선언했으면 하는 아쉬움이 있다.

이처럼 연구대상판결이 사기죄와 배임죄가 경합하는 경우에 사기죄 일죄만을 인정함으로써 다양한 문제점을 야기하고 있는 바, 아래에서는 이러한 경우에 어떻게 해결하는 것이 적절한 것인지 검토해보기로 한다.

4. 사기죄와 배임죄의 적정한 죄수·경합관계의 모색

가. 사기죄와 배임죄의 본질

(1) 일본과 독일에서 사기죄와 배임죄의 본질

일본의 경우 제37장 사기 및 공갈의 죄(제246조~제251조)에서 제

246조(사기), 제246조의2(전자계산기 사용사기), 제248조(준사기)를 규정하면서 그 중간의 제247조에 배임죄를 규정하고 있다. 횡령죄는 제38장(제252조~제255조)에서 별도로 규정하고 있다. 이처럼 사기죄와 배임죄가 입법에 의해 유사하게 취급되며, 일본 판례도 사기죄와 배임죄의 관계를 횡령죄와 배임죄의 관계와 마찬가지로 법조경합 중 특별관계로 파악하고 있다. 즉 전술한 보험 외판원 사건에서 “임무위배행위는 배임죄에만 특유한 개념이 아니라 사기·횡령죄에도 수반한다”거나 “업무위배의 행위가 자기 또는 제3자의 이익을 도모하려 하고 이에 의해 본인에게 재산상의 손해를 발생시켜 배임죄의 구성요건을 구비하는 경우라 하더라도 이들은 타인을 위해 일정한 사무를 처리하는 것이 본인에 대해 행할 수 있는 사기죄의 관념 중에 당연히 포함되는 것이며 배임죄는 성립하지 않고 또한 한 개의 행위가 복수의 죄명에 저촉되지 아니”한다고 판시하였다.³³⁾ 이러한 판례의 입장에 대하여는 전술한 일본의 학설 대립에서 보듯이 다양한 논의가 전개되고 있지만, 입법의 형태나 판례의 입장을 고려할 때 사기죄와 배임죄의 관계는 매우 밀접한 것으로 파악될 소지가 높다고 할 수 있다.

독일의 경우 제22장 사기 및 배임의 죄(제253조~제266조b)에서 사기죄(제263조), 배임죄(제266조)를 함께 규정하고 있으며, 횡령죄는 소유권침해범죄로서 절도죄와 함께 제19장에서 규정하고 있다. 독일에서 배임죄는 로마법의 *falsum*에서 기원하는 보통상의 허위죄(*crimen falsi*)의 일종으로 파악되었으며, 여기에는 각종 위조죄, 사기죄, 위증죄와 같이 허위적 행위를 내용으로 하는 범죄가 포함되었다. 특히 배임죄는 후견인이 피후견인의 재산을 소비하는 경우, 공무원이 공금을

33) 大判昭7.6.29.刑集11卷974項

소비하는 경우에 허위의 결산보고서가 작성되는 등 기망행위가 부수적으로 이루어지 때문에 허위죄로서 파악되었다고 한다.³⁴⁾ 이처럼 독일의 경우 연혁과 입법에 있어서 사기죄와 배임죄는 밀접한 관련이 있기 때문에 그 해석에 있어서도 유사하게 취급될 가능성이 높다고 할 수 있다.

(2) 우리 형법상 사기죄와 배임죄의 본질

우리 형법의 경우 일본이나 독일과 달리 배임죄는 횡령죄와 같은 장에서 그리고 사기죄와는 별도의 장에서 규정하고 있다. 이러한 조문형식은 계수사적으로 1940년의 일본 개정형법가안에서 비롯하며, 더 거슬러 올라가면 1935년 독일 나치스 형법개정안에 영향을 받은 것이라고 한다. 현행 일본형법은 1907년 형법을 기본적으로 유지하고 있고, 배임죄 규정도 마찬가지로 사기죄와 배임죄를 같은 장에 규정하고 조문의 내용도 동일하다. 1907년 형법에 대한 형법개정의 일환으로 성립된 1940년 개정형법가안에서는 제442조 제1항에 위탁물 횡령죄를, 제2항에 배임죄를 규정하여 횡령죄와 배임죄를 절도죄와 사기죄와 구별하여 신뢰침해 또는 배신죄로 구성하였다. 이러한 개정형법가안은 1935년 독일의 나치스 형법개정안(퀴르트너 초안)의 영향을 받은 것으로 추측되는데, 여기서는 제311조 제1항에 배임죄, 제2항에 횡령죄를 규정하였고 양자는 신뢰침해(Tatbruch)를 바탕으로 하는 것이다.³⁵⁾ 그러나 이처럼 일본이나 독일에서 배임죄를 절도나 사기죄와 별개의 범죄로 파악하려는 형법개정 노력은 실현되지 못했

34) 江家義男, “背任罪の立法的考察”, 江家義男教授刑事法論文集, 早稻田大學出版部, 1959, 222면.

35) 신동운, “횡령 후의 횡령죄 성립 여부”, 법학(제54권 제4호), 서울대학교 법학연구회(2013), 298면 이하; 이진수, “횡령죄와 배임죄의 경계획정에 관한 연구”, 법학석사학위논문, 서울대학교(2008), 15면 이하.

고 기존의 모습대로 현재까지 유지되고 있다. 우리 형법의 경우 일본이나 독일의 현행 형법규정과 달리 일본의 개정형법가안이나 독일 퀴르트너 초안처럼 배임죄와 횡령죄를 신임관계 위반을 공통으로 하는 범죄로서 절도죄나 사기죄와는 구별하여 규정하고 있으며 이러한 입법 형식은 그 해석에서도 고려될 필요가 있다.

나. 죄수 및 경합의 판단구조와 기준

(1) 형법상 죄수 및 경합의 판단구조

형법은 제2장 제5절에서 경합범이라는 표제를 두고, 제37조부터 제39조까지 수개의 행위가 수개의 죄에 해당하는 실체적 경합을, 제40조에서는 1개의 행위가 수개의 죄에 상상적 경합에 대하여 규정하고 있다. 이러한 형법규정을 바탕으로 종래의 교과서들은 죄수론이라는 장에서, 먼저 일죄와 수죄를 구별하고 일죄에는 단순일죄, 범조경합, 포괄일죄가 포함되고, 수죄에는 상상적 경합과 실체적 경합이 포함된다고 설명하고 있다.³⁶⁾ 여기서 형법상 의미를 갖는 것으로는 1죄, 상상적 경합, 실체적 경합의 3가지 유형이 된다.³⁷⁾ 그리고 이들 중 어디에 해당하는가를 판단하기 위해서는 일죄와 수죄의 구별하는 기준

36) 이처럼 범죄의 單複을 먼저 판단한 후에 행위의 單複을 판단하는 범죄우선론(김일수·서보학, 「형법총론」, 박영사(2017), 678면 이하; 이재상·장영민·강동범, 「형법총론」, 박영사(2017), 529면 이하)에 대하여 행위의 單複을 먼저 판단한 후에 죄수의 單複을 판단하는 행위우선론(임웅, 「형법총론」, 법문사(2017), 601면 이하)이 주장되고 있다.

37) 이러한 3가지 유형을 종래 죄수론의 문제로서 취급하는 일반적이었으나, 이에 대하여 죄수의 單複 구별 즉 1죄와 수죄를 구별하는 죄수론과 행위의 單複 구별 즉 수죄의 경우에 상상적 경합과 실체적 경합을 구별하는 경합론을 구별하여야 한다는 입장이 유력하게 주장되고 있다(김성돈, “형법상 죄수론의 구조”, 형사법연구(제9호), 한국형사법학회(1997), 197면 이하).

이 무엇이며, 수죄의 경우에 상상적 경합과 실체적 경합을 구별하는 기준이 무엇인지를 알아야 하는데, 전자는 죄수판단의 문제이고 후자는 경합판단의 문제라고 할 수 있다.³⁸⁾

판례의 경우 1죄와 수죄의 구별기준과 관련하여 “상상적 경합은 1개의 행위가 실질적으로 수 개의 구성요건을 충족하는 경우를 말하고, 범조경합은 일개의 행위가 외관상 수 개의 죄의 구성요건에 해당하는 것처럼 보이나 실질적으로 일죄만을 구성하는 경우를 말하며, 실질적으로 일죄인가 또는 수죄인가는 구성요건적 평가와 보호법익의 측면에서 고찰하여 판단하여야 한다”고 한다.³⁹⁾ 그리고 수죄인 상상적 경합과 실체적 경합의 구별과 관련하여 [참조판결2]에서 “사기죄와 배임죄는 서로 구성요건 및 그 행위의 태양과 보호법익을 달리하고 있어 상상적 경합의 관계가 아니라 실체적 경합의 관계”라고 하고 있다. 이처럼 판례는 죄수판단과 경합판단에 있어서 구성요건 평가, 보호법익 등 동일하거나 유사한 기준을 혼용하면서 명확한 기준을 제시하지 못하고 있다.⁴⁰⁾ 여기서 죄수판단과 경합판단의 구별 기준이 명확히 제시될 필요가 있으며, 이에 따라 사기죄와 배임죄의 관계를 검토할 필요가 있다.

(2) 범조경합(불가별적 사후행위)과 상상적 경합의 구별

죄수 및 경합의 판단에 있어서는 1죄와 수죄의 구별이라는 죄수판단이 먼저 이루어져야 한다. 그리고 사기죄와 배임죄의 관계에 대하

38) 양지를 포괄하여 (광의의)죄수판단의 문제로 다루더라도 결론에서는 차이가 없다. 죄수판단과 경합유형판단의 체계적 지위와 기능적 역할의 차이에 대하여는, 류전철, “죄수론과 경합론의 재구성을 위한 시론”, 이주법학(제8권 제1호), 이주대학교 법학연구소(2015), 319면 이하 참조.

39) 대판 1984. 6. 26. 84도782.

40) 류전철, 앞의 “배임죄와 사기죄의 경합관계”, 229면 이하.

여 연구대상판결은 배임죄는 사기죄의 불가벌적 사후행위로서 1죄인 사기죄만 성립한다고 하고, [참조판결1]에서는 사기죄와 배임죄를 수죄인 상상적 경합관계로 판단하였다. 여기서 사기죄의 배임죄의 관계를 판단하는데 있어서 1죄 중 법조경합의 한 유형으로서 불가벌적 사후행위와 수죄인 상상적 경합을 어떻게 구별할 것인지가 문제된다.

일반적으로 불가벌적 사후행위는 사후행위가 선행행위로 인해 이미 평가되었기 때문에 다시 평가되지 않는 행위 또는 앞의 행위에 대한 처벌로 인해 위의 행위에 대한 처벌이 요구되지 않는 행위로 설명되고 있다.⁴¹⁾ 이는 법조경합의 한 형태로서, 1개 또는 수 개의 행위가 외관상 수 개의 구성요건에 해당하는 것처럼 보이지만 실제로는 한 개의 구성요건만 적용되는 경우로서 실질적으로 경합하는 것이 아니라 외관상 경합 또는 부진정 경합에 해당하는 것이다. 불가벌적 사후행위의 요건으로서 사후행위는 범죄 성립요건을 구비하고, 주된 범죄와 동일한 보호법익과 동일한 행위 객체에 대한 것이어야 하며, 주된 범죄의 침해의 양을 초과해서는 안된다고 한다.⁴²⁾ 그러나 불가벌적 사후행위의 핵심은 사후행위가 이미 주된 범죄에 의하여 완전히 평가되어 또다시 평가하여 범죄성립을 인정하는 것은 이중평가나 이중처벌이 되는 것에 있다.⁴³⁾ 이러한 의미에서 불가벌적 사후행위는 이미 함께 처벌된 수반행위(mitbestrafte Begleittat)로 표현된다.⁴⁴⁾

이러한 기준에 의할 때 배임행위는 기망행위의 불가벌적 사후행위로 보기는 힘들다. 사후행위가 선행행위에 의해 완전히 평가되었다고 하기 위해서는 결과반가치와 행위반가치가 모두 평가되는 것이 필요

41) 신동운, 「형법총론」, 법문사(2017), 742면.

42) 이재상·장영민·강동범, 「형법총론」, 536면.

43) 김성돈, 앞의 책, 875면.

44) Rolf Schmidt, Strafrecht AT, R.S. Verlag, 2010, S. 431.

하다. 보호법익 즉 결과반가치의 측면에서는 사기죄와 배임죄의 보호 법익이 재산권이라는 점에서 중첩된다고 할 수 있다. 그러나 행위반 가치의 측면에서 양 죄는 이질적이라고 할 수 있다. 앞에서 살펴본 것처럼 우리 형법상 사기죄와 배임죄는 본질을 달리한다. 배임죄는 타인의 사무처리자라는 신분을 갖는 자가 그러한 지위에서 특별히 부여된 임무를 위배하는 것을 구성요건에서 요구하고 있다. 그러나 사기죄는 신분범도 아니고 임무위배나 신뢰의 침해도 특별한 것이 아니라 거래상 요구되는 일반적인 기대나 신뢰의 침해에 그치며 구성요건의 요건이 아니고 사실상 존재하는 것에 불과할 뿐이다.⁴⁵⁾ 특히 업무상배임죄라는 가중구성요건이 실현되는 경우 사기죄와 배임죄의 행위반가치의 간격은 더 벌어지게 된다. 연구대상판결은 배임행위가 사기범행에 당연히 예정된 결과에 불과하다고 하여 불가벌적 사후행위로 파악하고 있으나 이는 주관적인 계획에 포함된 것일 뿐이며, 사기죄의 실행행위가 이미 종료된 이후에 별도로 이루어진 행위로서 객관적인 사기죄의 실행행위에 포함되어 있는 것은 아니기 때문에 별죄를 인정하여도 행위반가치의 측면에서 이중평가의 문제는 발생하지 않는다.

한편 사후적인 배임행위를 불가벌적 사후행위로 파악할 경우 별죄의 성립이 부정되어 수죄인 상상적 경합이나 실체적 경합의 성립가능성이 처음부터 배제된다. 이는 특히 상상적 경합이 수행하는 기능에 비추어 바람직하다고 할 수 없다. 상상적 경합의 경우 하나의 행위로 수 개의 죄를 범한 경우에 성립하는데, 그 중 어느 하나의 범죄가 다른 범죄의 행위반가치나 결과반가치를 완전히 포함하지 못하는 경우 이를 죄명이나 판결에 명확히 표현할 필요가 있는데 이를 상상

45) 江家義男, 앞의 책, 224면.

적 경합의 명시적 기능(Klarstellungsfunktion)이라고 한다.⁴⁶⁾ 또한 상상적 경합에 의해 해당하는 구성요건이 명확하게 죄명과 판결에 표현됨으로써 피해자의 처벌욕구를 충족하고 피해자와 피해의 내용 및 정도를 분명히 나타내어 피해자 보호에 충실할 수 있는데, 이를 상상적 경합의 충족기능(Genugtuungsfunktion)이라고 한다.⁴⁷⁾ 사기죄와 배임죄의 경합이 있는 경우, 배임죄를 불가벌적 사후행위로 파악하여 사기죄 1죄를 인정하거나 사기죄와 배임죄의 상상적 경합을 인정하거나 처단형에서는 동일하지만 위와 같은 상상적 경합이 수행하는 기능을 생각하면 상상적 경합의 배제에 신중할 필요가 있다. 따라서 배임죄는 사기죄의 불가벌적 사후행위가 아니라 별개의 죄로서 양자는 수죄의 관계에 있다고 보는 것이 타당하다.

(3) 상상적 경합과 실제적 경합의 구별

앞에서 사기죄와 배임죄가 병존하는 경우 양자는 별죄로 성립하며 1죄가 아닌 수죄가 성립하는 것으로 파악하였다. 그렇다면 양죄가 상상적 경합관계인지 실제적 경합관계인지를 판단해야 한다. 수죄가 성립하는 경우 하나의 행위에 의해 실현된 것인지 수개의 행위에 의해 실현된 것인지에 따라 양자는 구별된다. 여기서 형법 제40조가 규정하는 ‘1개의 행위’의 의미를 규명하는 것이 필요하다. 상상적 경합에

46) Schönke/Schröder/Stemmerg-Lieben/Bosch, StGB, C.H. Beck, 29. Aufl. 2014, § 52 Rn. 2; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, C.F. Müller, 2017, Rn. 787. 범조경합에 의해 완전히 포함되지 않는 다른 범죄의 행위불법이나 결과불법이 있을 경우 상상적 경합을 통하여 행위자가 실현한 범죄가 명시되는 것은 행위책임주의와 법의 형평성에 부합되기 때문에 독일에서는 학설과 판례에 의해 지지를 받고 있다(한상훈, “상상적 경합의 명시적 기능과 이중평가금지의 상충 여부”, 비교형사법연구(제9권 제1호), 한국비교형사법학회(2007), 113면).

47) 한상훈, 위의 논문, 113면.

서 1개의 행위 또는 행위 단일성을 판단하는 기준으로 자연적 관찰 방법과 규범적 관찰방법이 있다. 자연적 관찰방법은 법 이전에 자연 상태에서 생활관념(Auffassung des Lebens)상 하나의 단일한 행위로 인식될 수 있을 만큼 직접적인 관련성이 있으면 행위의 단일성을 인정하며,⁴⁸⁾ 판례도 이러한 입장을 따른다.⁴⁹⁾ 반면 규범적 관찰방법은 전범률적인 사회적 행위단일성은 있을 수 없으므로 현실행위를 구성요건적으로 또는 법적으로 평가하여 단일성을 인정하는 입장이다.⁵⁰⁾ 이 중 자연적 관찰방법은 생활관념 등 법 외적인 불확정한 기준을 사용하여 판단의 명확성을 확보할 수 없고 또한 행위단일성의 인정 범위를 지나치게 확대할 가능성이 있다는 문제점이 있다. 반면 규범적 관찰방법은 구성요건을 중심으로 하는 법적 기준이 존재하기 때문에 자연적 관찰방법 보다 명확성 확보의 측면에서 유리하다는 점에서 그 타당성을 인정할 수 있다.

이처럼 규범적 관찰방법을 따를 때 행위단일성의 구체적 기준이 무엇인지가 문제된다. 우선 두 개 이상의 범죄가 동시에 성립하는 경우 즉 자연적 실행행위의 완전한 동일성 또는 자연적 실행행위의 부분적 동일성이 인정되는 경우에 행위의 단일성을 인정하는 데에는 별 문제가 없다(자연적 행위단일성).⁵¹⁾ 그리고 두 개 이상의 자연적 행위가 별도로 존재하는 경우에도 규범적 관점에서 행위의 단일성을

48) BGHSt 22, 76.

49) 형법 제40조에서 말하는 1개의 행위란 법적 평가를 떠나 사회관념상 행위가 사물자연의 상태로서 1개로 평가되는 것을 말한다(대판 2007. 2. 23., 2005도 10223).

50) 이재상·장영민·강동범, 「형법총론」, 555면.

51) 규범적 관찰방법과 자연적 관찰방법은 서로 배척관계에 있는 것이 아니며, 전자는 후자를 포함할 수 있다(김성돈, “형법 제40조의 ‘한 개의 행위’”, 현대형사법의 쟁점과 과제, 동암 이형국교수 화갑기념 논문집, 법문사(1998), 466면 참조).

인정할 수 있다(규범적 행위단일성). 우선 침해법익의 단일성이 부정되는 접속범의 경우 행위의 단일성을 인정할 수 있다. 일반적으로 행위가 시간적·장소적으로 매우 근접하여 이루어지는 접속범의 경우 포괄일죄로 분류되지만 일신전속적 법익이 접속범의 형태로 이루어지는 경우에는 법익침해 마다 별죄가 성립하여 수죄가 인정된다. 이 경우 처벌의 형평성을 확보하기 위해 상상적 경합을 인정할 필요가 있다. 예컨대 5명을 줄을 세우고 차례로 총으로 쏘아 살해하는 경우 실제적 경합을 인정한다면 1개의 폭탄으로 5명을 살해하는 경우 5개의 살인죄의 상상적 경합을 인정하는 것과 형평을 잃게 되기 때문이다.⁵²⁾ 이밖에 기능적으로 긴밀하게 연관되는 다수행위의 경우에도 행위의 단일성을 인정할 수 있다. 이러한 예로 다수의 행위가 목적과 수단의 관계에 있는 견련범의 경우(사기의 수단으로 발행한 수표가 지급거절된 경우 부정수표단속법 위반과 사기죄⁵³⁾), 어느 행위가 다른 범행에 긴밀하게 기여하는 경우(살인죄와 사체유기죄), 전체고의 아래 행해지고 침해법익의 단일성이 인정되는 연속범의 경우를 드는 견해가 있다.⁵⁴⁾ 그러나 상상적 경합을 너무 넓게 인정하는 경우 실제적 경합을 인정하는 경우에 비하여 행위자에게 지나친 혜택을 줄 우려가 있다. 수 개의 자연적 행위가 존재하는 경우에 상상적 경합을 인정하는 이유는 동시에 이루어지는 경우와 형평성을 보장하는데 있다. 따라서 그 범위는 상상적 경합의 취지와 형평성을 종합적으로 고려하여 세심하게 설정하여야 한다. 그렇다면 수 개의 행위가 접속범

52) 김성돈, 위의 논문, 472면 이하.

53) 판례는 이 경우 행위의 태양과 보호법익을 달리한다는 이유로 실제적 경합을 인정한다(대판 2004. 6. 25. 2004도1751).

54) 윤동호, “형법 제40조 ‘1개의 행위’의 의미와 범주”, 형사법연구(제26호), 한국형사법학회(2006), 316면 이하.

의 형태로 이루어지는 경우가 아니더라도 인정하되, 그들이 목적과 수단의 관계나 긴밀한 기여관계에 있고 또한 그들이 동시에 이루어질 가능성이 있는 경우로 한정하는 것이 필요하다.⁵⁵⁾

이러한 기준에 따라 사기죄와 배임죄가 경합하는 경우를 판단해보자. 우선 [참조판례1]이나 [참조판례2]의 경우처럼 하나의 자연적 행위로 사기죄와 배임죄가 동시에 이루어지는 경우에는 상상적 경합을 인정하는데 어려움이 없다. 연구대상판결의 경우는 사기죄와 배임죄가 별개의 행위로 순차적으로 이루어지는 경우이다. 이 경우는 기능적으로 긴밀한 연관성에 의해 행위의 단일성을 인정할 수 있다. 배임행위는 사기죄의 수단이거나 사기죄의 실현에 기여하는 역할을 하는 것이며 기망행위와 배임행위는 동시에 이루어질 가능성이 인정되어 위의 요건을 충족하게 된다. 이러한 제3유형의 사례에서 기망행위와 배임행위가 별개로 이루어졌지만, 양자가 동시에 이루어진 제1유형 및 제2유형의 사례의 경우와 실질적 불법에 있어서는 동일한 것으로 보아야 하기 때문에 상상적 경합을 인정하는 것이 형평성의 측면에서도 타당할 수 있다.

5. 결론

사기죄와 배임죄의 죄수·경합관계에 대하여 연구대상판결을 포함한 판례와 학설이 다양한 입장을 표명하는 혼란스러운 상황에 있다. 본고에서는 적정한 처단형과 형평성의 확보에 착안하여 문제를 해결하고자 하였다. 사기죄와 배임죄는 행위반가치에서 커다란 차이가 있는 이질적인 범죄이기 때문에 사기죄는 배임죄를 완전히 포괄하지 못하며, 상상적 경합이 수행하는 명시기능과 충족기능의 관점에서

55) 이러한 동시 실행의 가능성 때문에 전통적인 견련범과는 구별된다고 할 수 있다.

배임죄를 사기죄의 불가벌적 사후행위로 파악해서는 안되고 양자는 각각 성립하는 것으로 보아야 한다. 이처럼 수죄가 존재하는 경우에 경합의 형태를 결정함에 있어서 형법 제40조의 '1개의 행위'의 의미는 규범적 관점에서 파악하여야 한다. 그 구체적 기준으로 자연적 행위동일성과 규범적 행위단일성을 들 수 있다. 자연적 행위동일성은 자연적 행위가 완전히 동시에 이루어지는 경우(완전한 동일성) 또는 부분적으로 동시에 이루어지는 경우(부분적 동일설)에 인정된다. 규범적 행위단일성에는 수죄가 인정되는 접촉범의 경우와 수 개의 행위가 목적과 수단의 관계 등 기능적으로 긴밀하게 연관되는 기능적 긴밀성이 인정되는 경우가 포함된다. 이러한 기준에 따라 사기죄와 배임죄의 경합이 문제되는 3가지 유형의 사례에 있어서 일률적으로 상상적 경합관계를 인정할 수 있다. 제1유형과 제2유형의 사례에서는 자연적 행위동일성 기준에 따라 상상적 경합을 인정할 수 있고, 제3유형의 사례에서는 기능적 긴밀성의 기준에 따라 상상적 경합을 인정할 수 있다.

Zum Verhältnis zwischen Betrug und Untreue

Kim, Jae-Bong*

Es ist hinsichtlich des materialles Rechts und Prozessrechts sehr wichtig, den Tattyp und den Konkurrenztyp zu betimmen. Das gleiche gilt für den Betrug und Untreue. Es gibt deri Arten, der Betrug mit der Untreus in Zusammenhag zu stehen. (1) Vornahme des Betrugs gleichzeitig mit der Untreue gegen dem Treugeber, (2) Vorhanme des Betrugs gegen dem Dritter und der Untrue gegen dem Treuger, (3) Begehung Betrug nachfolgende Untreue. In obigem jedem Fall sind das Tattyp und das Konkurrenztyp zu bestimmt.

Weil der Betrug heterogen von Standpunkt des Handlungsunwerts mit der Untreue ist, der Letzte ist nicht als die mitbestrafte Nachtat, sondern als die selbstständige Tat zu verstehen. Zu dieser Zeit muss die Rolle, die die Idealkonkurrez spielt, d.h. die Karstellungsfunktion und die Genugtungsfunktion, muss ebenfalls berücksichtigt werden. Bei der Bestimmung des Konkurrenztyps, geht es um 'dieselbe Handlung', die in § 40 des koreanischen StGB lautet. Es ist im normatischen Sinn zu verstehen. Dazu gehören die Identität der natürliche Handlungen und die normative Einheit der Handlungen. Nach diesem Maßsab ist in der obigen drei Fälle nicht die Realkonkurrenz, sondern die Idealkonkurrez anzunehmen.

* Professor, Hanyang University, School of Law.

【참고문헌】

〈국내문헌〉

단행본

- 김성돈, 「형법총론」, SKKUP(2017).
김일수·서보학, 「형법총론」, 박영사(2017).
_____, 「형법각론」, 박영사(2016).
손동권, 「형법각론」, 율곡출판사(2010).
신동운, 「형법총론」, 법문사(2017).
오영근, 「형법각론」, 박영사(2017).
이재상·장영민·강동범, 「형법각론」, 박영사(2017).
_____, 「형법총론」, 박영사(2017).
임 응, 「형법총론」, 법문사(2017).
황산덕, 「형법각론」, 법문사(1989).

논문

- 김성돈, “형법상 죄수론의 구조”, 형사법연구(제9호), 한국형사법학회(1997).
_____, “형법 제40조의 ‘한 개의 행위’”, 현대형사법의 쟁점과 과제, 동암 이형국교수 화갑기념 논문집, 법문사(1998).
김성룡, “현행 형법의 해석론으로서 결과적 가중범의 유형과 죄수에 관한 판례·학설의 비판적 검토”, 비교형사법연구(9권 1호), 한국비교형사법학회(2007).
류전철, “배임죄와 사기죄의 경합관계”, 형사판례연구(19호), 한국형사판례연구회(2011).
_____, “죄수론과 경합론의 재구성을 위한 시론”, 아주법학(제3권 제1호), 아주대학교 법학연구소(2015).
신동운, “횡령 후의 횡령죄 성립 여부”, 법학(제54권 제4호), 서울대학교 법학연구소(2013).

- 윤동호, “형법 제40조 ‘1개의 행위’의 의미와 범주”, 형사법연구(제26호), 한국형사법학회(2006).
- 이승준, “배임행위의 기망행위에 대한 불가별적 사후행위 여부”, 법학연구(제53권 제3호), 부산대학교 법학연구소(2012).
- 이진수, “횡령죄와 배임죄의 경계획정에 관한 연구”, 법학석사학위논문, 서울대학교(2008)
- 조현욱, “불가별적 사후행위”, 비교형사법연구(제10권 제1호), 한국비교형사법학회(2008).
- 한상훈, “상상적 경합의 명시적 기능과 이중평가금지의 상충 여부”, 비교형사법연구(제9권 제1호), 한국비교형사법학회(2007).

〈외국문헌〉

- 大谷實, 「刑法講義各論」, 新版第4版補訂版, 成文堂, 2015.
- 大塚仁, 「刑法概說(各論)」, 第3版補訂版, 有斐閣, 2005.
- 藤木英雄, 「經濟取引と犯罪」, 有斐閣双書, 1965.
- 牧野英一, 「刑法各論<下卷>」, 有斐閣, 1951.
- 西田典之, 「刑法各論」, 弘文堂, 2011.
- 小野清一郎, 「刑法講義各論」, 新訂版, 有斐閣, 2001.
- 前野雅英, 「刑法各論講義」, 第6版, 東京大學出版會, 2015.
- 江家義男, “背任罪の立法的考察”, 江家義男教授刑事法論文集, 早稻田大學出版部, 1959.

- Rolf Schmidt, Strafrecht Allgemeiner Teil, R.S. Verlag, 2010.
- Rolf Schmidt/Klaus Priebe, Strafrecht Besonderer Teil II, 4. Aufl. 2005.
- Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben/Bosch, StGB, C.H. Beck, 29. Aufl. 2014.
- Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, C.F. Müller, 2017.
- Wessels/Hillenkamp, Strafrecht Besonderer Teil 2, C.F. Müller, 2017.