

횡령죄 및 배임죄의 구성요건과 관련사례



김 종 근

사법연수원 교수, 부장검사

목 차

I. 처음에

II. 횡령죄에 대하여

III. 배임죄에 대하여

IV. 마치며

I. 처음에

횡령죄(橫領罪)와 배임죄(背任罪)는 사기죄와 더불어 형법상 대표적인 경제범죄에 속한다. 횡령죄는 타인의 재물을 보관하는 자가 그 재물을 횡령하거나 반환을 거부하는 때에 성립하는 범죄이다. 한편 배임죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위로서 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가함으로써 성립하는 범죄이다.

횡령죄와 배임죄는 모두 타인에 대한 신임관계(信任關係)의 위반을 본질로 한다는 점에서는 같으나, 횡령죄는 재물을 행위의 객체로 하는 재물죄(財物罪)임에 반하여 배임죄는 재산상 이익을 행위의 객체로 하는 이득죄(利得罪)라는 점에서는 차이가 있다. 그런데 재물은 재산상 이익의 특별한 경우이기 때문에 양죄는 특별법(횡령죄)과 일반법(배임죄)의 관계에 있다고 할 수 있다.¹⁾

횡령죄와 배임죄는 다양한 이론, 학설, 판례 등으로 이루어진 복잡한 체계를 가지고 있는데 본고는 법률전문가가 아닌 독자들에게 두 범죄를 개괄적으로 소개하는 것에 목적을 두고 있으므로, 이하에서는 학술적 논쟁 등에 대한 분석을 생략하고 판례와 통설을 중심으로 횡령죄와 배임죄의 구성요건과 관련사례들을 살펴보고자 한다.

Ⅱ. 횡령죄에 대하여

1. 횡령죄의 구성요건(構成要件) 체계

횡령죄의 기본구성요건은 형법 제355조제1항에 규정되어 있다. 이를 통상 단순횡령죄라고 부른다. 그런데 업무상(業務上)²⁾의 임무에 위배하여 횡령죄를 범한 경우에는 형법 제356조에 의하여 업무상 횡령죄가 성립하고 단순횡령죄 보다 가중처벌된다.

단순횡령이든, 업무상횡령이든 횡령으로 취득한 재물의 가액이 5억 원 이상인 때에는 「특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률」 위반(횡령)죄가 성립하고, 「특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률」 제3조제1항에 따라 형법에서보다 가중처벌된다.

만일 위 각 횡령 범죄³⁾들의 피해자와 범인이 친족관계(8촌 이내의 친족)에 있는 경우에는 친족상도례(親族相盜例)가 적용되어, 횡령죄가 직계혈족, 배우자, 동거친족, 동거가족 또는 그 배우자 사이에서 범해진 경우에는 그 형을 면제하고, 그 이외의 친족

사이에서 범해진 때에는 피해자의 고소가 있어야 기소가 가능하다.

2. 횡령죄의 구성요건

횡령죄는 ① 타인의 재물을 ② 보관하는 자가 ③ 그 재물을 횡령하거나 그 반환을 거부하는 때에 성립한다. 이하에서 각 구성요건을 항을 나누어 살펴본다.

가. 보관자(保管者) 신분(행위의 주체)

1) 위탁관계(委託關係)에 의한 보관

횡령죄의 주체는 타인의 재물을 보관하는 자이다. 여기서 보관이라 함은 재물에 대한 사실상 또는 법률상 지배력이 있는 상태를 의미하고 그 보관은 위탁관계(委託關係)에 기인한 것이어야 한다. 동산에 대한 보관은 위탁관계에 기한 점유의 여부에 따라 결정되나, 부동산에 대한 보관은 동산과는 달리 위탁관계에 기한 점유의 여부가 아니라 부동산을 제3자에게 유효하게 처분할 수 있는 권능의 유무에 따라 결정된다.⁴⁾

그리고 보관의 기초가 되는 위탁관계는 사용대차·임대차·위임 등의 계약에 의하여 설정되는 것이 일반적이거나, 묵시적인 합의, 사무관리·관습·조리·신의칙 등에 의해서도 성립될 수 있다.⁵⁾ 따라서 채무자가 채무총액에 관한 지불각서를 써 줄

1) 이재상, 형법각론, 박영사, 2009, p.386, 배종대, 형법각론, 홍문사, 2013, p.572.

2) 업무란 사회생활상의 지위에 기하여 계속 또는 반복하여 행하는 사무를 말한다. 예컨대 기업의 임직원 등의 사무가 업무에 해당한다.

3) 횡령죄에 대한 친족상도례는 형법 제361조, 제328조에 규정되어 있으나 「특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률」 위반(횡령)죄에 대해서도 위 친족상도례 규정이 적용된다(대법원 2013.9.13. 선고 2013도7754 판결).

4) 대법원 2000.4.1. 선고 2000도565 판결.

5) 대법원 2003.9.23. 선고 2003도3840 판결, 대법원 2008.10.23. 선고 2007도6463 판결.

것으로 믿고, 채권자가 채무자에게 그 액면금 등을 확인할 수 있도록 가계수표들을 교부하였다면, 채권자와 채무자 사이에는 만약 합의가 결렬되어 채무자가 채권자에게 지불각서를 써 주지 아니하는 경우에는 곧바로 그 가계수표들을 채권자에게 반환하기로 하는 조리에 의한 위탁관계가 발생하였다 할 것이므로 채무자가 일부 가계수표를 찢으면서 이를 채권자에게 반환하지 않는 경우 횡령죄가 성립한다.⁶⁾

2) 부동산에 대한 보관자 지위

부동산의 경우 보관자 지위는 점유를 기준으로 하는 것이 아니라 그 부동산을 제3자에게 유효하게 처분할 수 있는 위탁관계에 의한 권능의 유무를 기준으로 결정하여 할 것이므로, 원인무효인 소유권이전등기 명의자는 부동산을 제3자에게 유효하게 처분할 권능이 없어 횡령죄에서의 보관자에 해당된다고 할 수 없고⁷⁾, 부동산을 공동으로 상속한 자들 중 1인이 그 부동산을 혼자 점유하던 중 다른 공동상속인들의 상속지분까지 임의로 처분하였다 하더라도 그에게는 다른 공동상속인들의 지분에 대한 처분권능이 없어 횡령죄가 성립하지 않는다.⁸⁾

이와 관련해서는 부동산의 명의신탁 문제가 자주 논의되므로 이에 대해 살펴본다.

가) 명의신탁(名義信託)의 의의

명의신탁이라 함은 신탁자와 수탁자간의 대내적 관계에서는 신탁자가 소유권을 보유하고 신탁목적

물을 관리·수익·처분하면서도, 등기·등록 등의 공부상의 소유명의만을 수탁자로 하여 두는 제도를 말한다.⁹⁾ 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률(이하 부동산실명법으로 부른다)은 부동산에 대한 명의신탁을 불법으로 규정하면서 명의신탁약정에 따라 행하여진 등기에 의한 부동산물권변동을 원칙적으로 무효로 하고 있다.¹⁰⁾ 그러나 어떤 유형의 명의신탁이든 수탁자가 부동산을 제3자에게 처분하였을 때에는 제3자가 명의신탁 사실에 대해 선의이든 악의이든 상관없이 그 처분은 법적으로 유효하다(위 법 제4조제3항).

나) 양자간 명의신탁

양자간 명의신탁이란 명의수탁자가 물권변동의 원인행위에는 관여치 않는 등기명의신탁의 일종으로서, 신탁자가 수탁자와 명의신탁약정을 하고, 자신의 명의로 되어 있던 부동산을 수탁자 명의로 이전하는 형태의 명의신탁을 말한다. 만일 수탁자가 명의신탁된 부동산을 제3자에게 처분하는 경우, 부동산실명법에 의하여 명의신탁된 부동산은 여전히 신탁자의 소유이고 제3가 선의이든 악의이든 물권변동이 유효하므로 보관자 지위가 있다고 보아 횡령죄가 성립한다는 것이 다수설과 판례의 입장이다.¹²⁾

다) 제3자간 명의신탁

제3자간 명의신탁이란 등기명의신탁의 일종으로, 명의신탁자가 매매계약당사자가 되어 제3자인 매도인으로부터 부동산을 매수하되, 등기만 명의수탁자

6) 대법원 1996.5.14. 선고 96도410 판결.

7) 대법원 2007.5.31. 선고 2007도1082 판결.

8) 대법원 2000.4.11. 선고 2000도565 판결.

9) 김상용, 물권법, 화산미디어, 2013, p.425.

10) 일부 예외에 대해서는 부동산실명법 제8조, 제4조제2항 참조.

11) 이영준, 물권법, 박영사, 2009, p.171.

12) 이재상, 전제서, p.398, 대법원 1999.10.12. 선고 99도3170 판결.

앞으로 이전하도록 하는 형태의 명의신탁을 말한다. 제3자간 명의신탁은 명의수탁자가 원인계약의 당사자로 되어 있지 않다는 점에서 아래의 계약명의신탁과 구분된다.¹³⁾ 결국 제3자간 명의신탁과 계약명의신탁과의 기본적인 차이는 매매계약 당사자가 명의신탁자인지, 명의수탁자인지 여부인데 누구를 계약당사자로 볼 것인지는 계약 해석의 문제에 해당된다.¹⁴⁾ 제3자간 명의신탁에서 수탁자가 부동산을 임의로 처분하면 횡령죄가 성립한다는 것이 판례이다.¹⁵⁾

라) 계약명의신탁

계약명의신탁이란 명의신탁자가 명의수탁자로 하여금 제3자인 매도인과 직접 매매계약을 체결하고 등기까지 명의수탁자 앞으로 이전하도록 하는 형태의 명의신탁을 말한다. 이 경우에는 매도인이 명의신탁 사실을 알고 있었는지 여부에 따라 법적 효과가 다르다.

만일 매도인이 명의신탁 사실을 모르고 있었다면(이른바 선의의 계약명의신탁) 부동산실명법 제4조 제2항 단서에 의하여 매매에 의한 부동산물권변동이 유효하여 매수인인 수탁자가 부동산의 소유자가 되는 결과, 수탁자가 임의로 부동산을 처분하더라도 횡령죄가 성립되지 않는다. 한편 이 경우 수탁자는 신탁자에 대하여 통상의 채무인 부당이득반환의 무만 질뿐이고, 명의신탁 약정과 함께 이루어진 매수위임 약정 또한 무효이므로 수탁자가 타인의 사무를 처리하는 자의 지위에 있다고 볼 수도 없어 배임죄도 성립하지 않는다.¹⁶⁾

매도인이 명의신탁을 알고 있었던 경우에는(이른바 악의의 계약명의신탁), 부동산실명법 제4조 제2항에 의하여 수탁자로서의 소유권이전등기는 무효이고 당해 부동산의 소유권은 매도인이 그대로 보유하게 되므로, 수탁자가 임의로 부동산을 처분하더라도 수탁자는 신탁자에 대한 관계에서 타인의 재물을 보관하는 자의 지위에 있다고 볼 수 없어 횡령죄가 성립하지 아니하고, 선의의 계약명의신탁에서와 같은 이유로 배임죄도 성립하지 않는다.¹⁷⁾ 또한 이 경우 수탁자는 매도인과의 관계에서도 어떠한 신임관계가 존재하지 않는다는 이유로 횡령죄와 배임죄 모두 성립하지 않는다는 것이 판례이다.¹⁸⁾

나. 타인의 재물(행위의 객체)

1) 재물의 의미

횡령죄에서의 재물은 부동산, 동산, 유가증권 등 유체물이 모두 포함되고, 무체물 중 관리할 수 있는 동력(動力)도 재물로 간주되어 횡령죄의 객체가 된다(형법 제361조, 제346조). 여기에서 말하는 관리란 물리적 또는 물질적 관리를 의미하므로 사무적으로 관리가 가능한 채권이나 그 밖의 권리 등은 재물에 포함되지 않는다. 따라서 광업권은 재물이 아니므로 횡령죄의 객체가 될 수 없다.¹⁹⁾

2) 타인의 소유

횡령죄의 객체인 재물은 행위자 이외의 타인의

13) 이영준, 전제서, p.172.

14) 계약당사자 판단기준에 관한 판례로는 대법원 2008.2.29. 선고 2007도11029 판결이 있다.

15) 대법원 2002.8.27. 선고 2002도2926 판결.

16) 대법원 2008.3.27. 선고 2008도455 판결.

17) 대법원 2008.3.27. 선고 2008도455 판결.

18) 대법원 2012.11.29. 선고 2011도7361 판결.

19) 대법원 1994.3.8. 선고 93도2272 판결.

소유여야 한다. 여기서 말하는 타인은 자연인과 법인, 법인격 없는 단체, 조합 등을 포함한다. 타인의 소유인지 여부는 민법에 의해 결정된다. 타인의 소유인지 여부가 문제되는 몇 가지 경우를 살펴본다.

가) 공동소유(共同所有)인 재물

공동소유의 형태에는 공유(共有), 합유(合有), 총유(總有)가 있다. 공유(共有)는 1개의 소유권이 분량적으로 분할되어 수인에게 속하는 형태의 소유관계를 말한다. 공유자가 가지는 지분권은 독립된 소유권의 실질을 가지므로 각 공유자가 독립적으로 그 지분을 처분할 수 있으므로 공유인 재물은 자신의 지분을 제외한 부분만이 타인의 재물로 볼 수 있을 것이다. 따라서 다른 공유자의 지분을 명의신탁받아 부동산의 전부를 피고인의 명의로 등기해둔 것을 기화로 그 부동산에 근저당권을 설정하고 대출을 받는 것은 다른 공유자의 지분에 대한 횡령죄를 구성하고, 복권의 당첨금을 공유하는 자가 당첨금을 독차지 하는 경우에는 타인의 몫에 해당하는 부분에 대해서 횡령죄가 성립한다.²¹⁾

합유(合有)는 2인 이상이 조합을 구성하여 그 조합체가 물건을 소유할 때 인정되는 소유형태이다. 합유자의 권리는 공유자와 달리 합유물 전부에 미치고, 지분에 대한 처분의 자유가 인정되지 않는다.²²⁾ 따라서 횡령죄에 있어서 합유재산은 그 전부가 타인 소유의 재물에 해당된다. 예컨대 동업사업체의 동업재산(同業財産)은 동업자들의 합유에 속하

므로 동업자 사이에 손익분배 정산이 되지 않은 상황에서 동업자 한 사람이 동업재산을 보관하던 중 임의로 횡령하였다면 지분비율에 관계없이 횡령한 금액 전부에 대하여 횡령죄의 죄책을 부담한다.²³⁾

총유(總有)란 권리능력 없는 사단(즉 법인이 아닌 사단)의 사원이 집합체로서 물건을 소유하는 공동소유형태이다. 총유형태로 재산을 소유하는 권리능력 없는 사단으로는 교회, 사찰, 종중, 어촌계, 일정한 자연부락 등을 들 수 있다. 권리능력 없는 사단의 구성원들은 총유재산에 대하여 특정된 지분을 가지고 있는 것이 아니라 사단의 구성원이라는 지위에서 총유재산의 관리 및 처분에 참여하고 있는 것에 불과하고 그 신분을 상실하면 총유재산에 대하여 아무런 권리를 주장할 수 없다.²⁴⁾ 따라서 총유재산은 그 전부가 타인의 소유에 해당한다. 교회목사가 개인 비리나 부정을 무마하거나 처리하기 위하여 적법한 당회의 의결없이 보관중인 교회의 공금을 사용하는 경우 업무상횡령죄가 성립한다.²⁵⁾

나) 1인 주주 회사의 재물

1인 주주 회사는 1인 주주 또는 그 가족들에 의해서 마치 개인사업체처럼 운영된다. 그러나 이러한 1인 주주 회사의 경우에도 회사와 주주는 별개의 인격체로서 1인 주주 회사의 재산이 곧바로 그 1인 주주의 소유라고 볼 수 없으므로 1인 주주가 회사의 비용을 과대계상하여 비자금을 조성한 다음 이를 개인적으로 사용한 경우 업무상횡령죄가 성립

20) 대법원 1957.10.4. 선고 4290형상216 판결. 이 경우 횡령액수 계산은 지분에 상당하는 피담보채무액 또는 채권 최고액이 될 것이다(서울고등법원 1987.8.18. 선고 87노1605호 판결, 대법원 2013.5.9. 선고 2013도2857 판결 등 참조).

21) 대법원 2000.11.10. 선고 2000도4335 판결.

22) 이영준, 전제서, pp.619 ~ 623.

23) 대법원 2011 6.10. 선고 2010도17684 판결, 대법원 2009.10.15. 선고 2009도7423 판결.

24) 대법원 2000.5.12. 선고 99다71931 판결.

25) 대법원 2006.4.28. 선고 2005도756 판결.

한다. 설령 1인 주주가 횡령 당시 회사에 대해 가수금 채권을 가지고 있었다고 하더라도 이미 성립한 업무상횡령죄에는 영향을 미치지 않는다.²⁶⁾

다) 용도가 특정된 금전 등의 대체물(代替物)

금전 등의 대체물은 고도의 유통성과 대체성 때문에 점유가 상대방에게 이전될 때 그 소유권도 이전되는 것이 원칙이다. 그러나 이러한 대체물이라 하더라도 봉함물(封緘物)이나 공탁금(供託金)과 같이 특정물로서 위탁받은 경우에는 그 소유권은 여전히 위탁자에게 속하여 이를 임의소비한 경우 횡령죄가 성립한다.²⁷⁾

그런데 금전을 불특정물로서 위탁받은 경우라도, 목적, 용도를 정하여 위탁한 금전은 정해진 목적, 용도에 사용할 때까지는 이에 대한 소유권이 위탁자에게 유보되어 있는 것으로서, 수탁자가 그 위탁의 취지에 반하여 다른 용도에 소비하면 원칙적으로 횡령죄를 구성한다.²⁸⁾ 다만 예외적으로 특히 그 금전의 특정성이 요구되지 않는 경우 수탁자가 위탁의 취지에 반하지 않고 필요한 시기에 다른 금전으로 대체시킬 수 있는 상태에 있는 한 이를 일시 사용하더라도 횡령죄를 구성한다고 할 수 없다.²⁹⁾ 주상복합상가의 매수인들로부터 우수상인유치의 용도에 사용하도록 특정되어 있는 돈을 우수상인유치와 관계없이 상가의 분양실적에 따라 상인협의회에 대가로 지급한 경우³⁰⁾, 학교법인이 설치·운영하는 대학 산학협력단이 용도를 특정하여 교부받은 국고

보조금 중 3억 원을 대학 교비계좌로 송금하여 교직원 급여 등으로 사용한 경우³¹⁾, 임대인 회사 대표이사가 임차인으로부터 수도요금을 납부해달라는 부탁을 받고 수령한 돈을 은행대출이자 변제에 사용한 경우³²⁾, 노동조합이 사용자단체로부터 조합원들의 출퇴근 편의를 위한 통근차량의 구입 및 유지에 사용하도록 용도가 제한된 자금을 수령하여 위조합의 '차량유지비' 특별회계로 운용하는 한편 이를 조합간부 등에 대한 유류비로 지급한 경우³³⁾ 등은 용도가 지정된 위탁금을 다른 용도에 소비한 경우로서 횡령죄 또는 업무상횡령죄가 성립한다.

라) 금전수수를 수반하는 사무처리의 수임자가 수령한 금원

금전의 수수를 수반하는 사무처리를 위임받은 자가 그 사무처리 과정에서 위임자를 위하여 제3자로부터 수령한 금전은 달리 특별한 사정이 없는 한 그 수령과 동시에 위임자의 소유에 속하고, 위임을 받은 자는 이를 위임자를 위하여 보관하는 관계에 있다. 따라서 위임자를 위하여 제3자로부터 수령한 금원을 마음대로 위임자에 대한 채권에 상계충당하는 것은 상계정산하기로 하였다는 특별한 약정이 없는 한 당초 위임한 취지에 반하는 것으로서 횡령죄를 구성한다.³⁴⁾ 또한 아파트를 타에 매각하여 달라는 부탁을 받고 아파트를 매각하여 수령한 금원을 개인적으로 소비한 경우 아파트 매매대금은 위임자의 소유이므로 횡령죄가 성립한다.³⁵⁾

26) 대법원 2007.6.1. 선고 2005도5772 판결, 대법원 1999.7.9. 선고 99도1040 판결.

27) 이재상, 전거서, p.400, 배종대, 전거서, p.530.

28) 대법원 2008.10.9. 선고 2008도3787 판결.

29) 대법원 2002.10.11. 선고 2002도2939 판결, 대법원 1995.10.12. 선고 94도2076 판결.

30) 대법원 2002.8.23. 선고 2002도366 판결.

31) 대법원 2011.10.13. 선고 2009도13751 판결.

32) 대법원 2008.10.9. 선고 2008도3787 판결.

33) 대법원 2007.2.22. 선고 2006도2238 판결.

34) 대법원 2007.2.22. 선고 2006도8939 판결, 대법원 2002.9.10. 선고 2001도3100 판결.

35) 대법원 2003.9.26. 선고 2003도3394 판결.

마) 보관을 위탁받은 금전을 예금형태로 보관하는 경우

타인으로부터 금전을 보관해 줄 것을 위탁받고, 그 보관의 방법으로 위탁받은 금전을 자신의 명의의 계좌에 예금하고 있는 경우, 금융실명제로 인하여 수탁자만이 그 예금을 법률상 지배·처분할 수 있는 것이지만, 그렇다고 하여 보관을 위탁받은 위금전이 수탁자 소유로 된다고 위탁자가 위금전의 반환을 구할 수 없는 것은 아니므로 수탁자가 이를 임의소비하거나 반환을 거부하는 경우에는 횡령죄가 성립한다.³⁶⁾

바) 양도담보(讓渡擔保)된 재물

양도담보란 채권의 담보가 되는 담보물의 소유권을 채권자에게 양도하되 그 담보물은 계속 채무자가 점유하고 일정한 기간 내에 변제하면 다시 그 담보물의 소유권을 돌려받는 방식의 담보제도이다. 양도담보는 부동산, 동산, 채권, 주식, 선하증권, 영업권, 아파트 입주권 등 양도할 수 있는 모든 재산권을 목적물로 할 수 있다.

(1) 부동산의 양도담보

부동산의 양도담보에 대해서는 가등기담보 등에 관한 법률이 적용되어, 담보를 위해 채권자가 부동산에 관한 소유권이전등기를 받더라도 이로써 채권자는 담보물권을 취득할 뿐이고 변제기 후에 정산

하여 청산금을 지급할 때 비로소 소유권을 취득하게 된다. 따라서 채권자가 변제기 전에 담보부동산을 처분하는 경우에는 타인의 재물을 처분하는 것이므로 횡령죄가 성립한다는 견해도 있다.³⁷⁾ 그러나 판례는 이에 대해 배임죄가 성립한다는 입장이다.³⁸⁾ 그렇지만 변제기 이후에 담보부동산을 처분하는 것은 담보권의 실행으로서 횡령죄가 성립하지 아니하고, 변제기 이후의 양도담보계약에 따른 정산의무는 채권자 자기의 사무처리에 속하는 것이어서 채권자가 그 정산의무를 이행하지 아니하거나 담보부동산을 부당하게 염가로 처분하더라도 배임죄가 성립하지 않는다는 것이 판례의 입장이다.³⁹⁾

(2) 동산의 양도담보

금전채무를 담보하기 위하여 채무자가 그 소유의 동산을 채권자에게 양도하되 점유개정에 의하여 채무자가 이를 계속 점유하기로 한 경우 동산에 대한 양도담보가 설정된다. 동산의 양도담보의 경우 특별한 사정이 없는 한 동산의 소유권은 신탁적으로 이전되어 채권자와 채무자 사이의 대내적 관계에서 채무자는 의연히 소유권을 보유한다(다만 대외적인 관계에 있어서 채권자가 소유권을 보유한다).⁴⁰⁾ 따라서 채무자 소유의 차량을 채무자가 계속 점유하면서 구상채권 담보를 위해 등록만 채권자 앞으로 이전을 해 주었다면, 위 차량은 채권자와의 관계에서는 여전히 채무자의 소유이므로 채무자가 위 차

36) 대법원 2000.8.18. 선고 2000도1856 판결.

37) 이재상, 전제서, p.397.

38) 대법원 2007.1.25. 선고 2005도7559 판결, 대법원 1992.7.14. 선고 92도753 판결.

39) 대법원 1985.11.26. 선고 85도1493 전원합의체판결.

40) 대법원 2008.11.27. 선고 2006도4263 판결(어구를 양도담보한 사례), 대법원 2009. 2. 12. 선고 2008도10971 판결(기계를 양도담보한 사례).

41) 대법원 1989.7.25. 선고 89도350 판결.

량을 다른 사람에게 처분하여도 횡령죄가 성립하지 않는다.⁴¹⁾⁴²⁾

사) 불법원인급여(不法原因給與)에 해당하는 재물 민법상 불법원인급여란 불법의 원인으로 인하여 재산을 급여하거나 노무를 제공한 때에는 그 이익의 반환을 청구하지 못한다는 법리이다. 불법원인급여에 해당하는 경우 재산의 급여를 한 사람은 그 원인 행위가 법률상 무효임을 내세워 상대방에게 부당이득반환청구를 할 수 없고, 또 급여한 물건의 소유권이 자기에게 있다고 하여 소유권에 기한 반환청구도 할 수 없어서 결국, 급여한 물건의 소유권은 급여를 받은 상대방에게 귀속되게 된다. 따라서 불법한 위탁관계에 의해 재물을 급여받은 자가 위탁물을 임의로 소비하더라도 횡령죄가 성립하지 않는다.

여기서 불법원인이라 함은 그 원인되는 행위가 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하는 경우를 말하는 것으로 그 행위가 단지 위법하다고 하여 이에 해당되는 것은 아니다. 뇌물로 전달해 달라고 부탁 받고 교부받은 금원⁴³⁾, 송금액에 해당하는 수입품에 대한 관세포탈의 범죄를 저지르기 위하여 환전

상 인가를 받지 아니한 자에게 비밀송금을 위탁하며 교부한 금원⁴⁴⁾, 성매매의 유인·권유·강요의 수단으로 이용되는 선불금 등 명목으로 제공한 금품⁴⁵⁾ 등은 불법원인급여물에 해당되나, 탈세를 목적으로 명의신탁받은 부동산⁴⁶⁾, 병원약국장이 병원을 대신하여 제약회사들로부터 매출액에 비례하여 받은 기부금⁴⁷⁾, 등록도매업자 또는 지정소매인이 아닌 자가 담배사재기를 위하여 한국담배인삼공사로부터 담배를 구입기로 하고 위 공사에 지급한 담배구입대금은 불법원인급여에 해당하지 않는다.⁴⁸⁾

다. 횡령행위와 불법영득의사(不法領得意思)

횡령죄가 성립하기 위해서는 불법영득의 의사로 그 재물을 횡령하거나 반환을 거부하여야 한다. 여기서 불법영득의 의사라 함은 타인의 재물을 보관하는 사람이 자기 또는 제3자의 이익을 꾀할 목적으로 보관하는 타인의 재물을 자기의 소유인 경우와 같이 사실상 또는 법률상 처분하는 의사를 의미한다.⁴⁹⁾ 예산을 집행할 직책에 있는 자가 자기 자신의 이익을 위한 것이 아니고 경비부족을 메우기 위하여 예

42) 다만 이 경우 채무자(동산양도담보 제공자)는 채권담보의 약정에 따라 담보권자의 사무를 처리하는 자의 지위에 있게 되므로, 채무자가 양도담보로 제공한 자동차를 제3자에게 처분하고 인도하여 차량의 소재파악을 불가능하게 만드는 등 부당히 담보가치를 감소시키는 행위를 하는 경우에는 배임죄가 성립한다(대법원 1989. 7. 25. 선고 89도350 판결, 대법원 2012.9.13. 선고 2010도11665 판결). 그런데 동산양도담보 제공자가 자신이 점유하고 있는 담보 목적물을 점유개정의 방법으로 다시 제3자에게 양도담보로 제공하거나 매매하는 경우, 그 제3자는 그 동산을 선의취득할 수가 없으므로 처음의 담보권자인 피해자에 대하여 배타적으로 자기의 담보권이나 소유권을 주장할 수 없다. 따라서 양도담보권자에게 담보권의 상실이나 담보가치의 감소 등 손해가 발생한 것으로 볼 수 없어 배임죄가 성립하지 않는다(대법원 2007.2.22. 선고 2006도6686 판결, 대법원 1990. 2. 13. 선고 89도1931 판결).

43) 대법원 1988.9.20. 선고 86도628 판결, 대법원 1999.6.11. 선고 99도275 판결.

44) 대법원 1992.12.11. 선고 92다33169 판결.

45) 대법원 2013.6.14 선고 2011다65174 판결, 대법원 2013.8.14. 선고 2013도321 판결.

46) 대법원 2010.9.30. 선고 2010도8556 판결.

47) 대법원 2008.10.9. 선고 2007도2511 판결.

48) 대법원 2001.5.29. 선고 2001다1782 판결.

49) 대법원 2013.8.23. 선고 2011도7637 판결.

산을 전용하는 경우, 회사에 대하여 개인채권을 가지고 있는 대표이사가 회사 소유의 금전을 자신의 채권변제에 충당한 경우 등⁵⁰⁾은 불법영득의사가 인정되지 않아 업무상횡령죄가 성립되지 않는다.

횡령행위란 불법영득의사를 실현하는 일체의 행위를 말하는 것이어서 타인의 재물을 점유하는 자가 그 점유를 자기를 위한 점유로 바꾸려고 하는 의사를 가지고 그러한 영득의 의사가 외부에 인식될 수 있는 객관적 행위를 하였을 때에는 그 재물 전체에 대한 횡령죄가 성립한다.⁵¹⁾ 반환의 거부란 보관물에 대하여 소유자의 권리를 배제하는 의사표시를 하는 행위를 뜻하므로 반환거부의 이유 및 주관적인 의사 등을 종합하여 반환거부행위가 횡령행위와 같다고 볼 수 있을 정도여야만 횡령죄가 성립할 수 있다.⁵²⁾

이하에서는 횡령행위 해당여부가 문제되는 사례들을 검토해 본다.

1) 가장납입(假裝納入)한 주금의 인출

주식회사를 설립하거나 증자를 함에 있어 경영자인 주식인수인이 다른 사람으로부터 돈을 빌려 주금을 납입하고 설립등기나 증자등기를 한 다음 곧바로 주금을 인출하여 차용금을 변제하는 경우가 있는데 이는 가장납입에 해당한다. 가장납입도 주금납입으로서 효력이 인정된다. 따라서 일단 주금납입으로 효력이 인정되는 해당 주금을 인출하여 주주의 차용금 변제에 사용하는 것이 횡령이 되는지 문제된다. 판례는 상법상 가장납입을 한 경우에

도 주금을 납입한 것으로서 효력을 인정하는 것은 거래의 안전을 위한 것일 뿐이고, 가장납입은 등기를 위하여 납입을 가장하는 편법에 불과하여 주금의 납입 및 인출의 전과정에서 회사의 자본금에는 실제 아무런 변동이 없다고 보아야 할 것이므로, 그들에게 회사의 돈을 임의로 유용한다는 불법영득의 의사가 있다고 보기 어렵다는 이유에서 업무상횡령죄의 성립을 부정한다.⁵³⁾ 다만 이러한 가장납입 행위는 상법위반죄로 처벌된다.

2) 주주총회 등의 의결을 거친 공금의 사용

대표이사 등이 주주총회나 이사회 의결 등을 통해 개인적 용도로 회사공금을 사용하도록 허용하는 경우가 있는데 이때에도 업무상횡령죄가 성립할 수 있다. 주식회사는 주주 등과 독립된 별개의 권리주체로서 그 이해가 반드시 일치하는 것은 아니므로 주주총회나 이사회의 의결권에는 스스로 한계가 있는바, 회사의 실질적 경영자가 주주총회나 이사회 결의를 거쳐 충분한 담보 등을 제공함 없이 회사 소유 자금을 차용금 명목으로 함부로 인출하여 개인 채무 변제 등 사적인 용도로 사용하였다면 주주총회나 이사회의 결의에 관계없이 업무상횡령죄를 구성한다.⁵⁴⁾

3) 공금으로 뇌물 등을 주는 경우

기업인들이 회사의 공금으로 회사의 업무에 관하여 뇌물을 제공하거나 부정한 청탁을 하고 배임증

50) 대법원 2002.11.26. 선고 2002도5130 판결, 대법원 1999.2.23. 선고 98도2296 판결.

51) 대법원 2010. 2. 25. 선고 2010도93 판결.

52) 대법원 2013. 8. 23. 선고 2011도7637 판결.

53) 대법원 2004. 6. 17. 선고 2003도7645 전원합의체판결.

54) 대법원 2007. 10. 11. 선고 2007도6012 판결, 대법원 1990. 2. 23. 선고 89도2466 판결.

재를 하는 경우가 있다. 이는 위법하기는 하지만 외관상 회사 본인을 위한 공금의 사용으로 볼 여지가 있으므로 업무상횡령죄 성립여부가 문제될 수 있다. 판례는 이러한 경우, 회사가 기업활동을 하면서 형사상의 범죄를 수단으로 하여서는 안 되므로 회사의 이사 등이 회사의 자금으로 뇌물을 공여하였다면 이는 오로지 회사의 이익을 도모할 목적이라기보다는 뇌물공여 상대방의 이익을 도모할 목적이나 기타 다른 목적으로 행하여진 것이라고 보아야 한다는 이유로 업무상횡령죄가 성립한다고 한다.⁵⁵⁾

4) 임직원 등의 변호사비용 사용

회사나 단체의 임직원 등에게 업무와 관련하여 법적분쟁이 발생한 경우 회사나 단체의 공금으로 변호사비용을 지급할 수 있는지 문제된다. 판례는 원칙적으로 단체의 비용으로 지출할 수 있는 변호사 선임료는 단체 자체가 소송당사자가 된 경우에 한하므로 단체의 대표자 개인이 당사자가 된 민·형사사건의 변호사 비용은 단체의 비용으로 지출할 수 없고, 예외적으로 분쟁에 대한 실질적인 이해관계는 단체에게 있으나 법적인 이유로 그 대표자의 지위에 있는 개인이 소송 기타 법적 절차의 당사자가 되었다거나 대표자로서 단체를 위해 적법하게 행한 직무행위 또는 대표자의 지위에 있음으로 말미암아 의무적으로 행한 행위 등과 관련하여 분쟁이 발생한 경우와 같이, 당해 법적 분쟁이 단체와 업무적인 관련이 깊고 당시의 제반 사정에 비추어

단체의 이익을 위하여 소송을 수행하거나 고소에 대응하여야 할 특별한 필요성이 있는 경우에 한하여 단체의 비용으로 변호사 선임료를 지출할 수 있다는 입장이다. 따라서 입주자대표회의의 업무를 방해하였다는 내용으로 기소된 형사사건이 피고인 개인의 위법행위가 문제되었다기보다는 근본적으로 입주자대표 자격의 존부, 적법한 대표선출을 위한 의사정족수 등이 문제되었다면 공금으로 소송비용을 지출하는 것은 단체의 업무수행에 필요한 비용을 지급한 것이라고 봄이 상당하고⁵⁶⁾, 안산시민시장 사업협동조합의 이사장이 자신을 상대로 제기된 이사장 업무집행정지 가처분신청사건 등의 응소를 위해 필요 한도 내에서 변호사 선임료 등으로 공금을 사용한 경우 업무상횡령죄가 성립하지 않는다.⁵⁷⁾ 그러나 회사를 위한 탈세행위로 형사재판을 받는 대표이사의 변호사비용과 벌금을 주주총회를 거쳐 퇴직위로금 등의 명목으로 가장하여 지급하는 것은 업무상횡령죄가 성립한다.⁵⁸⁾

5) 판공비, 업무추진비의 경우

일반적으로 주식회사의 대표이사가 회사의 돈을 인출하여 사용하였는데 그 사용처에 관한 증빙자료를 제시하지 못하고 있고 그 인출사유와 사용처에 관하여 납득할 만한 합리적인 설명을 하지 못하고 있다면, 이는 그가 불법영득의 의사로 회사의 돈을 인출하여 개인적 용도로 사용한 것으로 추단할 수 있다.⁵⁹⁾ 그런데 일정한 요건이 충족되는 경우 판공비나 업무추진비에 대해서는 단체의 임직원 등의

55) 대법원 2013. 4. 25. 선고 2011도9238 판결.

56) 대법원 2011.9.29. 선고 2011도4677 판결.

57) 대법원 2007.12.28. 선고 2006도9100 판결.

58) 대법원 1990.2.23. 선고 89도2466 판결.

59) 대법원 2013.6.27. 선고 2013도2510 판결.

사용처 등에 대한 입증의 부담이 완화된다. 판례는 법인이나 단체에서 임직원에게 업무를 수행하는 데에 드는 비용 명목으로 정관 기타의 규정에 의해 지급되는 이른바 판공비 또는 업무추진비가 직무수행에 드는 경비를 보전해 주는 실비변상적 급여의 성질을 가지고 있고, 정관이나 그 지급기준 등에서 업무와 관련하여 지출하도록 포괄적으로 정하고 있을 뿐 그 용도나 목적에 구체적인 제한을 두고 있지 않을 뿐만 아니라, 이를 사용한 후에도 그 지출에 관한 영수증 등 증빙자료를 요구하고 있지 않은 경우에는, 단지 판공비 등을 사용한 임직원이 그 행방이나 사용처를 제대로 설명하지 못하거나 사후적으로 그 사용에 관한 증빙자료를 제출하지 못하고 있다고 하여 함부로 불법영득의 의사로 이를 횡령하였다고 추단하여서는 아니될 것이라고 판시하며 검찰의 입증부족을 이유로 무죄취지로 원심판결을 파기환송한 바 있다.⁶⁰⁾

6) 임의사용한 금원을 가지급금으로 회계처리한 경우

회사 대표이사 등이 회사의 업무와는 무관한 개인적인 용도로 회사돈을 임의로 사용하면서 가지급금 명목으로 회계처리를 하는 경우가 종종 있다. 그러나 이러한 경우에도 업무상횡령죄가 성립할 수 있다. 판례는 회사를 위한 지출 이외의 용도로 거액의 회사 자금을 가지급금 등의 명목으로 인출, 사용함에 있어서 이자나 변제기의 약정이 없음은 물론 이사회 결의 등 적법한 절차도 거치지 아니하는 것은 통상 용인될 수 있는 범위를 벗어나 대표이사 등의 지위를 이용하여 회사 자금을 사적인 용도로 임

의로 대여, 처분하는 것과 다름없어 업무상횡령죄를 구성한다고 볼 수 있다라고 일관되게 판시하고 있다.⁶¹⁾

7) 비자금의 조성 και 사용

회사 대표이사 등은 개인적 목적에서 뿐만 아니라 업무상 목적으로 비자금을 조성하기도 한다. 만일 법인의 경영자가 법인을 위한 목적이 아니라 법인과는 아무런 관련이 없거나 개인적인 용도로 착복할 목적으로 법인의 자금을 빼내어 별도로 비자금을 조성하였다면 그 조성행위 자체로써 불법영득의 의사가 실현된 것이므로 업무상횡령죄가 성립한다.⁶²⁾ 그러나 그 이외의 비자금에 대해서는 그 비자금을 사용하게 된 시기, 경위, 결과 등을 종합적으로 고려하여 해당 비자금 사용의 주된 목적이 피고인의 개인적인 용도에 사용하기 위한 것이라고 볼 수 있는지 여부 내지 불법영득의사의 존재를 인정할 수 있는지 여부에 따라 업무상횡령죄의 성립 여부를 판단한다.⁶³⁾

III. 배임죄에 대하여

1. 배임죄의 구성요건(構成要件) 체계

배임죄의 기본구성요건은 형법 제355조제2항에 규정되어 있는데, 이를 통상 단순배임죄라고 부른다. 업무상의 임무에 위배하여 배임죄를 범한 때에는, 형법 제356조에 의하여 업무상배임죄가 성립하고 단순배임죄보다 가중처벌된다.

60) 대법원 2010.6.24. 선고 2007도5899 판결.

61) 대법원 2006.4.27. 선고 2003도135 판결.

62) 대법원 2010. 4. 15. 선고 2009도6634 판결.

63) 대법원 2012. 2. 23. 선고 2010다97426 판결, 대법원 2009. 2. 28. 선고 2007도4784 판결.

단순배임이든, 업무상배임이든 배임으로 취득한 재산상 이익의 가액(이득액)이 5억 원 이상인 때에는, 「특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률」 위반(배임)죄가 성립하고, 「특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률」 제3조제1항에 의하여 형법에 비해 더욱 가중처벌된다.

친족간에 위 각 배임 범죄들이 범하여진 때에는 친족상도례가 적용되는 횡령죄에서와 같다.

2. 배임죄의 구성요건

배임죄는 ① 타인의 사무를 처리하는 자가 ② 그 임무에 위배하는 행위로써 ③ 재산상 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 ④ 본인에게 손해를 가한 때에 성립한다. 이하에서 각 구성요건을 항을 나누어 살펴보기로 한다.

가. 타인의 사무를 처리하는 자(행위의 주체)

배임죄의 주체는 타인의 사무를 처리하는 자이다. 여기서 ‘타인의 사무를 처리하는 자’라고 하려면 당사자 관계의 본질적 내용이 단순한 채권채무 관계를 넘어서 신임관계에 기초하여 타인의 재산을 보호 내지 관리하는 관계에 있어야 한다.⁶⁴⁾ 즉 배임죄에서의 타인의 사무는 재산상의 사무에 국한된다.⁶⁵⁾ 그리고 사무처리의 근거 내지 신임관계의 발생근거는 법령의 규정, 법률행위, 관습 또는 사무관

리에 의하여도 발생할 수 있으므로, 법적인 권한이 소멸된 후에 사무를 처리하거나 그 사무처리자가 그 직에서 해임된 후 사무인계 전에 사무를 처리한 경우도 배임죄에 있어서의 사무를 처리하는 경우에 해당한다.⁶⁶⁾ 타인의 사무를 처리하는 자란 단지 고유의 권한으로서 그 처리를 하는 자에 한하지 않고 그 자의 보조기관으로서 직접 또는 간접으로 그 처리에 관한 사무를 담당하는 자도 포함한다.⁶⁷⁾

사무의 내용은 사적사무(私的事務)이든, 공적사무(公的事務)이든 불문한다. 따라서 공무원이 그 임무에 위배되는 행위로써 제3자로 하여금 재산상의 이익을 취득하게 하여 국가에 손해를 가한 경우에 업무상배임죄가 성립한다.⁶⁸⁾

나. 타인의 사무

타인의 사무를 처리하는 경우여야 한다. 어떠한 사무의 처리가 타인에게 이익이 되거나 타인에 대하여 이를 처리할 의무를 부담하는 경우라도 그것이 타인의 사무가 아니고 자기의 사무라면 그로 인하여 타인의 사무를 처리하는 지위에 있다고는 말할 수 없다.⁶⁹⁾ 어떤 사무가 자기의 사무이자 타인의 사무에 해당한다면 타인의 사무에 해당한다.

계주가 지정된 갯날에 계원으로부터 월 불입금을 징수하여 지정된 계원에게 지급할 임무는 계주 자신의 사무임과 동시에 타인인 계원들의 사무를 처리하는 것이고⁷⁰⁾, 1인 주주 회사의 재산은 1인 주

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

65) 이재상, 전계서, p.419(따라서 환자에 대한 의사의 사무, 형사변호사의 의뢰인에 대한 사무 등은 배임죄의 사무가 아니라고 함), 대법원 1987. 4. 28. 선고 86도2490 판결.

66) 대법원 1999. 6. 22. 선고 99도1095 판결.

67) 대법원 1999. 7. 23. 선고 99도1911 판결.

68) 대법원 2013. 9. 27. 선고 2013도6835 판결.

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

70) 대법원 1994. 3. 8. 선고 93도2221 판결.

주에 대해 타인의 재산이 되므로 1인 주주인 대표 이사의 회사에서의 업무도 타인의 사무가 된다.⁷¹⁾

계약을 이행하여야 하는 일반적인 의무 또는 채무를 이행할 의무는 본질적으로 자기의 사무이고 타인의 사무에 해당하지 않는다. 따라서 임대차계약에 따른 임차인의 임대료지급의무는 타인의 사무에 속하지 않고⁷²⁾, 음식점 임차인의 지위를 양도한 자가 양수인에게 부담하는 의무는 양도인 자신의 의무에 불과하므로 그가 이중양도를 했다하더라도 배임죄의 주체인 타인의 사무를 처리하는 자에 해당되지 않고⁷³⁾, 월부상환 중인 자동차에 대한 매매계약을 체결함에 있어 연체된 할부금을 중도금지급 기일까지 완불하여 자동차를 인도받아 사용하는 매수인에 대하여 아무런 손해를 주지 않기로 약정하였다 하여도 이는 매수인에 대하여 단순한 채무를 부담하는 경우에 해당할 뿐 매도인이 타인의 사무를 처리하는 자에 해당한다고는 볼 수 없고⁷⁴⁾, 대물변제계약에 따라 채권자에게 부동산의 소유권이 전등기를 마쳐 줄 의무는 민사상의 채무에 불과할 뿐 타인의 사무라고 할 수 없으므로 대물변제계약을 한 채무자는 '타인의 사무를 처리하는 자'의 지위에 있다고 볼 수 없다.⁷⁵⁾

다. 임무에 위배하는 행위(배임행위)

배임죄에서 '임무에 위배하는 행위'라 함은 당해 사무의 내용·성질 등 구체적 상황에 비추어 법률의 규정, 계약의 내용 또는 신의성실의 원칙상 당연히 할 것으로 기대되는 행위를 하지 않거나(不作爲) 당연히 하지 말아야 할 것으로 기대되는 행위(作爲)를 함으로써 본인에 대한 신임관계를 저버리는 일체의 행위를 말한다. 행위자가 가사 본인을 위한다는 의사를 가지고 행위를 하였다고 하더라도 그 목적과 취지가 법령이나 사회상규에 위반된 위법한 행위로서 용인할 수 없는 경우에는 그 행위의 결과가 일부 본인을 위하는 측면이 있다고 하더라도 이는 본인과의 신임관계를 저버리는 행위로서 배임죄의 성립을 인정함에 영향이 없다고 할 것이다. 따라서 종합금융사의 대외적 신인도를 높이기 위하여 BIS 비율을 조작하여 회사의 자본충실 정도를 왜곡한 행위를 한 자에게 대가를 지급하기로 약속한 것은 업무상배임죄에 해당한다.⁷⁶⁾

배임행위는 법률행위 이외에 준법률행위, 사실행위로서도 가능하고, 법률적 판단에 의하여 당해 배임행위가 무효라 하더라도 경제적 관점에서 파악하여 배임행위로 인하여 본인에게 현실적인 손해를 가하였거나 재산상 실효발생의 위험을 초래한 경우에는 재산상의 손해를 가한 때에 해당되어 배임죄를 구성할 수 있다.⁷⁷⁾

71) 대법원 1983. 12. 13. 선고 83도 2330 판결.

72) 대법원 1971. 7. 20. 선고 71도1116 판결.

73) 대법원 1986. 9. 23. 선고 86도811 판결.

74) 대법원 1983. 11. 8. 선고 83도2496 판결.

75) 대법원 2014. 8. 21. 선고 2014도3363 전원합의체판결.

76) 대법원 2002. 7. 22. 선고 2002도1696 판결.

77) 대법원 1995. 12. 22. 선고 94도3013 판결. 그러나 자신이 주주총회에서 대표이사로 선임된 것으로 주주총회의 사록을 위조한 자가 회사를 대표하여 대물변제 등을 한 행위는 법률상 효력이 없어 그로 인하여 회사에 어떠한 손해가 발생한다고 할 수 없으므로, 그 행위로 인하여 회사가 상법 제395조의 표현대표이사책임을 부담하는 등의 특별한 사정이 없는 한 그 대표이사를 사칭한 자의 행위는 배임죄를 구성하지 아니한다(대법원 2013. 3. 28. 선고 2010도 7439 판결).

경영판단의 원칙(Business Judgement Rule)은 회사의 경영자가 경영판단을 하는 과정에서 충분한 정보를 가지고 성실하게, 회사에 가장 이익이 된다고 믿고 내린 결정은 책임을 묻어서는 안된다는 원칙을 말한다.⁷⁸⁾ 판례는 경영판단의 원칙과 관련하여, 기업의 경영자에게 배임의 고의가 있었다고 하기 위하여는 문제된 경영상의 판단에 이르게 된 경위와 동기, 판단대상인 사업의 내용, 기업이 처한 경제적 상황, 손실발생의 개연성과 이익획득의 개연성 등 제반 사정에 비추어 자기 또는 제3자가 재산상 이익을 취득한다는 인식과 본인에게 손해를 가한다는 인식 아래 행하여지는 의도적 행위임이 인정되어야 한다고 판시하고 있다.⁷⁹⁾

1) 법인카드의 개인적 사용

주식회사의 임원이 공적 업무수행을 위하여서만 사용이 가능한 법인카드를 개인 용도로 계속적, 반복적으로 사용한 경우 특별한 사정이 없는 한 업무상배임죄를 구성한다.⁸⁰⁾

2) 부실대여행위

금융기관의 직원이 충분한 담보없이 부실대출하는 것은 업무상배임죄에 해당한다.⁸¹⁾ 그리고 회사의 이사 등이 타인에게 회사자금을 대여할 때 충분

한 담보를 제공받는 등 상당하고도 합리적인 채권 회수조치를 취하지 아니한 경우 업무상배임죄가 성립한다.⁸²⁾

3) 지급보증, 근저당설정행위

회사의 이사 등이 타인의 채무를 회사 이름으로 지급보증함에 있어 그 타인이 이미 채무변제능력을 상실하여 그를 위하여 지급보증을 할 경우 회사에 손해가 발생하리라는 점을 충분히 알면서 이에 나아갔다면 그와 같은 지급보증은 타인에게 이익을 얻게 하고 회사에 손해를 가하는 행위로서 회사에 대하여 배임행위가 되고, 이러한 이치는 그 타인이 지급보증을 하는 회사의 계열회사라 하더라도 마찬가지이다.⁸³⁾ 또한 회사의 대표이사가 자신의 개인 채무를 담보하기 위하여 회사 소유의 부동산에 대하여 근저당권설정등기를 마쳐주면 업무상배임죄가 성립한다.⁸⁴⁾

4) 대표권 남용행위의 경우

주식회사의 대표이사가 그 대표권의 범위 내에서의 행위는 설령 대표이사가 회사의 영리목적과 관계없이 자기 또는 제3자의 이익을 도모할 목적으로 그 권한을 남용한 것이라 할지라도 일단 회사의 행위로서 유효하고, 다만 그 행위의 상대방이 대표이

78) 배종대, 전제서, p.565.

79) 대법원 2012. 1. 12. 선고 2010도15129 판결.

80) 대법원 2014.2.21. 선고 2011도8870 판결(위와 같은 법인카드 사용에 대하여 실질적 1인 주주의 양해를 얻었다거나 실질적 1인 주주가 향후 그 법인카드 대금을 변상, 보전해 줄 것이라고 일방적으로 기대하였다는 사정만으로는 업무상배임의 고의나 불법이익의 의사가 부정된다고 볼 수 없다).

81) 대법원 1980.9.9. 선고 78도2637 판결.

82) 대법원 2013.4.11. 선고 2012도15585 판결.

83) 대법원 2013.9.26. 선고 2013도5214 판결.

84) 대법원 2005.10.28. 선고 2005도4915 판결.

사의 진의를 알았거나 알 수 있었을 때에는 회사에 대하여 무효가 된다. 따라서 주식회사 대표이사가 자신의 채권자들에게 회사 명의의 금전소비대차 공정증서 등을 작성해 주는 경우 이는 대표권 남용으로 상대방들도 이를 알았거나 알 수 있었다면 무효이므로 회사에 손해가 발생했다거나 손해의 위험이 발생했다고 볼 수 없어 업무상배임죄 성립하지 않는다.⁸⁵⁾ 그러나 대표이사가 대표권을 남용하여 개인채무의 지급을 담보하기 위하여 회사 명의의 약속어음을 발행하였다면, 비록 상대방이 그 사실을 알고 있었거나 중대한 과실로 알지 못하여 회사가 상대방에 대하여는 채무를 부담하지 아니한다 하더라도, 약속어음이 제3자에게 유통될 경우 회사가 소지인에 대하여 어음금 채무를 부담할 위험은 이미 발생하였다 할 것이므로, 그 약속어음이 제3자에게 유통되지 아니한다는 특별한 사정이 없는 한 경제적 관점에서는 회사에 대하여 배임죄에서의 재산상 실해 발생의 위험이 초래되었다고 볼 수 있어 업무상배임죄가 성립한다.⁸⁶⁾

5) 이중매매

부동산을 이중매매하는 경우, 계약금만 수령한 단계에서는, 매도인은 계약금의 배액을 해약금으로 지급하고 언제든지 매매계약을 해제할 수 있어 매수인에 대하여 타인의 사무를 처리하는 자의 지위에 있지 아니하므로 이중매매를 하더라도 배임죄가 성립하지 않는다. 그러나 중도금을 지급받은 이후에는, 매도인은 매수인에 대하여 타인의 사무를 처

리하는 자의 지위에 있게 되므로 부동산을 후매수인에게 이중매매하고 그로부터 중도금을 지급받는 때에 배임죄의 실행의 착수가 인정되고, 계속하여 후매수인에게 소유권이전등기를 완료할 때에 배임죄가 완성된다는 것이 통설과 판례⁸⁷⁾이다.

그런데 동산의 이중매매는 부동산과 달리 배임죄를 구성하지 않는다고 보는 것이 일관된 판례이다. 인쇄기를 매매하고 중도금까지 받은 상태에서 자신의 채권자에게 기존 채무 변제에 갈음하여 인쇄기를 이중양도한 사례에서, 판례는 매매의 목적이 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 없다는 이유로 배임죄 성립을 부정하였다.⁸⁸⁾

라. 재산상 이익의 취득과 본인의 재산상 손해 및 불법이익의사(不法利得意思)

배임죄는 행위자가 재산상의 이익을 취득하거나 3자로 하여금 취득하게 하고 본인에게 재산상의 손해를 가하는 경우에 성립한다. 여기서 재산상 이익은 모든 재산적 가치의 증가를 의미하고 적극적 이익이든 소극적 이익이든 불문하며 경제적인 관점에서 실질적으로 판단하여야 한다.⁸⁹⁾ 재산상의 손해라 함은 전체재산가치의 감소를 의미하며 적극적 손해이든, 소극적 손해이든 불문한다. 현실적인 손

85) 대법원 2012.5.24 선고 2012도2142 판결.

86) 대법원 2012.12.27. 선고 2012도10822 판결.

87) 대법원 1984.11.27. 선고 83도1946 판결, 대법원 1986.7.8. 선고 85도1873 판결.

88) 대법원 2011.1.20. 선고 2008도10479 전원합의체판결.

89) 대법원 2009.12.24. 선고 2007도2484 판결.

해를 가한 경우뿐만 아니라 재산상 손해 발생의 위험을 초래한 경우도 포함된다. 따라서 재단법인의 이사장 직무대리인이 담보 등 채권회수조치를 취하지 아니한 채 재단의 자금을 대여하면 재산상 손해의 위험을 초래한 것으로 설령 이후 이자와 원금을 제대로 변제했다 하더라도 업무상배임죄가 성립한다.⁹⁰⁾ 그리고 재산상 손해의 유무에 대한 판단은 본인의 전 재산 상태와의 관계에서 법률적 판단에 의하지 아니하고 경제적 관점에서 파악하여야 하므로, 법률적 판단에 의하여 당해 배임행위가 무효라 하더라도 경제적 관점에서 파악하여 배임행위로 인하여 본인에게 현실적인 손해를 가하였거나 재산상 손해 발생의 위험을 초래한 경우에는 재산상의 손해를 가한 때에 해당되어 배임죄를 구성한다.⁹¹⁾

배임죄가 성립하려면 불법이득의 의사가 필요한데, 재산상 이익을 취득하거나 제3자에게 재산상 이익을 취득하게 하고 본인에게 손해를 가한다는 의사가 인정되면 불법이득의사도 인정된다고 할 것이다.⁹²⁾ 만일 재산상 손해가 발생했다 하더라도 본인의 이익을 위하여 한 행위는 불법이득의사가 없으므로 배임죄가 성립되지 않는다. 판례는 단위농

협 조합장이 조합규약에 따른 대금회수 확보를 위한 담보취득 등의 조치없이 조합의 양곡을 외상으로 판매하여 대금 회수불능으로 인한 손해를 발생케 한 사례에서, 양곡물량이 많아 현금판매가 어려웠고 기온상승으로 양곡의 변질 우려가 있어 신속히 처분하려다가 손해를 발생한 것일 뿐 자기 또는 제3자를 위한 이득의 의사가 없다는 이유로 무죄의 취지로 원심판결을 파기환송한 바 있다.⁹³⁾

IV. 마치며

지금까지 횡령죄와 배임죄의 구성요건과 관련사례들을 개략적으로 살펴보았다. 앞서 언급한 바와 같이 횡령죄와 배임죄는 다양한 이론, 학설, 판례 등으로 이루어진 복잡한 체계를 가지고 있는데, 여기서는 글의 목적상 학술적 논쟁 등에 대한 분석을 생략하고 판례와 통설을 중심으로 기술하였다. 위와 같은 횡령죄나 배임죄의 전반적인 체계를 이해하는 것은 경제활동이나 기업활동에 있어서의 형사법적 한계를 인식하는데 유용할 것으로 생각된다. ☞

90) 대법원 2000.12.8. 선고 99도3338 판결.

91) 대법원 2012.12.27. 선고 2012도10822 판결.

92) 대법원 2013.9.27. 선고 2013도6835 판결.

93) 대법원 1992.1.17. 선고 91도 1675 판결.