

양도담보물을 임의 처분한 경우의 형사책임

손 동 권*

국 | 문 | 요 | 약

부동산 양도담보와 같은 변칙담보의 경우에 채권자는 자기이름으로 소유권(가)등기가 되어 있기 때문에 그 목적물을 어렵지 않게 처분할 수 있다. 그러나 임의처분으로 인하여 원소유자는 억울하게 소유권을 상실할 수 있다. 따라서 이러한 경우에는 민사문제는 물론이고 횡령죄 내지 배임죄 성립의 형사문제가 발생할 수 있다. 그런데 형사문제로서 접근할 경우에는 양도담보물의 소유관계가 중요한 역할을 하게 된다. 왜냐하면 횡령죄와 배임죄의 구별에는 목적물의 소유관계가 크게 좌우하기 때문이다. 그렇기 때문에 소유관계에 따라 양도담보의 유형을 나누어서 임의처분한 자의 형사책임을 판단해 보아야 한다. 그런데 이러한 변칙담보제도를 규율하기 위하여 '가등기담보등에 관한 법률'이라는 특별법이 제정됨으로써 해석상 약간의 문제점이 발생한다. 왜냐하면 동법(제4조 제2항)에는 청산 이전까지는 소유권이 채무자에게 유보된다는 담보목적물의 소유관계에 대한 특별 규정이 있기 때문이다. 이러한 형법 아닌 다른 법률의 변화는 법질서의 통일성이라는 관점에서 형법해석에도 영향을 미치게 된다. 따라서 청산이 있을 때까지 채무자에게 소유권을 유보하는 가담법을 고려한다면 매도담보의 경우에도 변제기 이전에 그 담보물을 임의처분한 채권자에게는 채무자에 대한 횡령죄의 성립을 인정하여야 할 것이다. 그러나 가담법이 적용되지 않는 동산양도담보의 경우에는 계약내용에 따라 형사책임도 결정되어야 할 것이다. 따라서 동산매도담보물을 채권자가 임의로 처분한 경우에 그에게는 채무자에 대한 배임죄만이 인정되어야 할 것이다. 동산 매도담보의 경우는 대내적으로도 소유권이 채권자에게 일단 이전된 것으로 보아야 하기 때문이다(즉 채무자는 변제이후 환매권만을 가질 것임). 그리고 점유개정에 의한 동산 이중양도담보를 설정한 채무자의 형사책임으로서 배임죄 조차 인정하지 않은 최근의 판례태도(대판 2004.6.25, 2004도1751)는 다소 문제가 있는 것으로 평가되어야 한다. 신탁적 소유권이전설에 따르면, 대내적으로 채무자는 제1채권자는 물론이고 제2채권자에 대해서도 소유자로서의 지위가 인정되는 자로서 담보물을 임의로 처분하였기 때문에 제1채권자와 제2채권자 모두에게 배임죄가 성립되는 것으로 해석되어야 하기 때문이다. 만약 동산 이중양도담보물의 물권변동에 대하여 판례와 같이 채무자를 무권리자로 이해하는 태도에 따른다면, 처분 권한 없는 무권리자로서의 채무자에 대해서는 선의의 제2채권자에 대해서 이중의 양도담보설정에 의한 사기죄가 인정되어야 할 것이다.

❖ 주제어 : 양도담보, 횡령죄, 배임죄, 법질서의 통일성

* 건국대학교 법과대학 교수, 법학박사

I. 머리말

이 글의 연구대상인 양도담보물을 임의 처분한 경우의 형사책임을 판단하기 위해서는 민사법의 중요한 연구대상인 양도담보와 그와 관련된 이론 내지 법 규정에 대한 약간의 선행지식이 요구된다. 그런데 민법학에서 양도담보(Sicherungsübereignung)는 채권담보의 목적으로 물건의 소유권을 채권자에게 이전하고 채무불이행의 경우에는 채권자가 그 목적물로부터 우선변제를 받게 되나, 채무자가 이행을 하는 경우에는 목적물을 원래의 소유자에게 반환하는 방법에 의한 변칙담보(비전형담보)를 말하는 것으로 정의된다.¹⁾ 그리고 변칙담보에 해당하는 양도담보에는 2가지 형태가 있다. 그 하나는 신용의 수수를 소비대차가 아닌 매매의 형식으로 행하고 당사자 사이에 따로 채권·채무관계를 남기지 않는 형태의 매도담보이고, 다른 하나는 소비대차계약에 의하여 신용의 수수를 하고 그 채무의 담보로서 물건을 양도하여 채권·채무의 형식으로 남겨두는 형태의 협의의 양도담보가 그것이다. 그런데 우리나라 민법은 소유권 이전 자체를 담보의 내용으로 하는 소위 비전형 담보 제도를 특별히 규정하고 있지는 않다. 그러나 이와 같은 양도담보는 환가방법에 있어서 경매절차를 거치는 것이 아니므로 경매절차의 단점을 피할 수 있고, 담보가치도 높게 평가되어 경제적 필요에 따라 실제 거래 계에서 그 동안 자주 이용되어 왔다. 특히 소유권이 자신에게 이전되기 때문에 채권자(담보권자)의 입장에서는 이러한 제도가 선호되고 있다. 그러나 이러한 장점과는 달리 차용금을 갚지 못하는 채무자의 입장에서 보면 양도담보는 매우 가혹한 제도가 될 개연성이 크다. 즉 양도담보가 정산하지 않는 유질형(流質型)이라면 변제 기일에 채무변제를 하지 못하는 채무자는 고가의 부동산을 몽땅 넘겨주어야 하는 피해를 입게 된다. 이러한 채권자의 폭리행위에 대해 채권자의 청산의무를 무조건 부과하고 이의 이행이 있기 전에는 그 담보물의 소유권을 채무자에게 유보시킴으로써 약자의 입장에 있는 채무자를 보호하고자 하는 취지에서 제정된 법률이 ‘가등기담보등에 관한 법률’이다.²⁾

1) 예컨대, 김형배, 민법학강의(제7판), 신조사 2008, 794면

2) 본고의 연구내용과 관련된 ‘가등기담보 등에 관한 법률’의 주요규정

- 제3조(담보권 실행의 통지와 청산기간) ① 채권자가 담보계약에 따른 담보권을 실행하여 그 담보 목적부동산의 소유권을 취득하기 위하여는 그 채권(채권)의 변제기 후에 제4조의 청산금의 평가액을 채무자등에게 통지하고, 그 통지가 채무자등에게 도달한 날부터 2개월이 지나야 한다. 이

그리고 비전형담보로는 처음에는 권리의 귀속에 변동이 없다가 채무불이행이 있는 경우에 비로소 소유권이 채권자에게 이전하는 형태를 가등기담보라고 하면서 처음부터 담보목적물의 소유권을 채권자에게 이전하는 양도담보와 구별하는 견해도 있다.³⁾ 그러나 가등기담보는 채무불이행시 종국적으로 소유권이 채권자에게 이전될 수 있는 것이기 때문에 소유권유보의 양도담보라는 표현도 가능할 것이다(즉 본고의 대상에 포함될 수 있음). 여하튼, 부동산 양도담보와 같은 변칙담보의 경우에 채권자는 자기이름으로 소유권(가)등기가 되어 있기 때문에 그 목적물을 어렵지 않게 처분할 수 있다. 그러나 임의처분으로 인하여 원소유자는 억울하게 소유권을 상실할 수 있다. 따라서 이러한 경우에는 민사문제는 물론이고 횡령죄 내지 배임죄 성립의 형사문제가 발생할 수 있다. 그런데 형사문제로서 접근할 경우에는 양도담보물의 소유관계가 중요한 역할을 하게 된다. 왜냐하면 횡령죄와 배임죄의 구별에는 목적물의 소유관계가 크게 좌우하기 때문이다. 그렇기 때문에 소유관계에 따라 양도담보의 유형을 나누어서 임의처분한 자의 형사책임을 판단해 보아야 한다. 그런데 양도담보는 넓은 의미의 양도담보(매도담보)와 좁은 의미의 양도담보로 나누어지고, 좁은 의미의 양도담보는 채권자의 청산의무 여하에 따라 약한 의미의 양도담보(소위 청산형)와 강한 의미의 양도담보(소위 유담보형)으로 나누어진다. 매도담보와 협의의 양도담보 사이에는 처음부터 소유권이전의 형식을 취하는 점에서 공통점이 있지만, 매도담보는 매매의 형식을 취하는 것이고, 양도담보는 소비대차의 방식을 취하는 점에서 차이가 있다. 그리고 매도담보와 강한 의미의 양도담보는 유담보형인 점에서는 동일성을 지니지만, 전자는 채무변제 시 채무자에게 환매권

경우 청산금이 없다고 인정되는 경우에는 그 뜻을 통지하여야 한다.

- 제4조(청산금의 지급과 소유권의 취득) ① 채권자는 제3조 제1항에 따른 통지 당시의 담보목적부동산의 가액에서 그 채권액을 뺀 금액을 채무자등에게 지급하여야 한다. 이 경우 담보목적부동산에 선순위담보권 등의 권리가 있을 때에는 그 채권액을 계산할 때에 선순위담보 등에 의하여 담보된 채권액을 포함한다.

② 채권자는 담보목적부동산에 관하여 이미 소유권이전등기를 마친 경우에는 청산기간이 지난 후 청산금을 채무자등에게 지급한 때에 담보목적부동산의 소유권을 취득하며, 담보가등기를 마친 경우에는 청산기간이 지나야 그 가등기에 따른 본등기(본등기)를 청구할 수 있다.

- 제11조(채무자등의 말소청구권) 채무자등은 청산금채권을 변제받을 때까지 그 채무액을 채권자에게 지급하고 그 채권담보의 목적으로 마친 소유권이전등기의 말소를 청구할 수 있다. 다만, 그 채무의 변제가 지난 때부터 10년이 지나거나 선의의 제3자가 소유권을 취득한 경우에는 그러하지 아니하다.

3) 김형배, 민법확강의(제7판), 신조사 2008, 781면

만이 인정되는 것에 비하여, 후자는 채무자에게 이전등기의 말소청구권이 인정되는 점에서 차이가 있다. 그리고 가등기담보의 경우는 변제기에 채무변제가 없을 때에 비로소 소유권이전이 이루어지는 점에서 양도담보와 구별된다. 그런데 이러한 변칙담보제도를 규율하기 위하여 상기한 ‘가등기담보등에 관한 법률’이라는 특별법이 제정됨으로써 해석상 약간의 문제점이 발생하게 되었다. 왜냐하면 동법(제4조 제2항)에는 청산 이전까지는 소유권이 채무자에게 유보된다는 담보목적물의 소유관계에 대한 특별 규정이 있기 때문이다. 아래에서는 ‘가등기담보등에 관한 법률’의 규율내용을 특별히 고려하면서 양도담보물(가등기담보물도 포함)을 임의 처분한 경우의 형사책임에 대해 구체적으로 검토하기로 한다.

II. 양도담보물을 임의처분한 경우 대내적 당사자에 대한 형사책임

1. 협의의 양도담보 목적물의 경우

가. 협의의 양도담보의 법적 성질

양도담보는 채권담보의 목적으로 소유권이전의 형식을 취하기 때문에(즉 목적과 형식의 불일치) 그 법적 성질에 대해서는 담보의 면을 중시하는 담보물권설과 소유권이전이라는 형식의 면을 중시하는 신탁적 소유권이전설의 견해대립이 있다. 종래의 판례와⁴⁾ 다수설은 신탁적 소유권이전설의 입장을 취하였지만, 가등기담보등에 관한 법률이 시행되고 있는 현재의 다수설은 담보물권설의 입장을 취하고 있다. 그리고 현재 부동산 양도담보와 관련된 판례의 태도는 불명확하거나 담보물권설을 취하는 것으로 소개되고 있다.⁵⁾ 여하튼 종래의 판례와 다수설이었던 신탁적 소유권이전설에 따르면 양도담보물의 소유권은 대내적으로는 채무자의 소유이지만 대외적으로는 채권자의 소유로 평가된다. 그런데 가등기담보등에 관한 법률이 제정된 이후에는 부동산에 대한 양도담보를

4) 대판 1955.3.31, 4287민상124; 대판 1992.1.21, 91다35175

5) 김형배, 앞의 책, 797면

종래의 판례·다수설과 같이 신탁적 소유권이전설을 가지고 이론구성을 하는 것에는 다소 문제가 발생한다. 왜냐하면 양도담보를 설정하여 소유권이전등기까지 하고 있더라도 동법 제4조 제2항에 의하여 담보물에 대한 소유권은 청산이 있기까지는 이전되지 않기 때문이다. 따라서 동법에 의하면, 채권자·양도담보권자는 소유권이전의 형식과는 관계없이 양도담보권이라고 일컫는 일종의 담보권을 가질 뿐인 것으로 해석될 수 있다. 즉 동법에 따르면 부동산소유권은 청산절차를 거치기 이전에는 채무자에게 있다. 이러한 가등기담보등에 관한 법률에 의하여 현재의 다수설은 담보물권설을 지지하고 있다.⁶⁾ 그러나 신탁적 양도설도 대내적으로는 일단 채무자에게 소유권이 유보되는 것이기에 때문에 가등기담보법 제4조 제2항의 규정에도 불구하고 여전히 신탁적 소유권이전설이 타당하다는 견해도 주장된다(즉, 제4조 제2항의 규정은 대내적 소유권 이전의 시기를 정한 것에 불과한 것이고 대외적 관계에 있어서는 신탁적 소유권이전이라는 것임).⁷⁾

양자의 견해를 평가하는 것은 민법을 전공하지 않은 필자(형법학자)의 입장에서는 다소 조심스러운 일이다. 그러나 민법학자들의 다수견해인 담보물권설 보다는 신탁적 소유권이전설이 상대적으로 더욱 타당한 것으로 판단된다. 우선 양자는 채무자와 채권자의 대내적 관계에서는 차이가 없다. 양자 모두 일단 채무자에게 소유권이 유보되는 것으로 보기 때문이다(즉 대내적으로는 담보물권으로서의 성질을 가짐). 양자의 차이는 채권자로부터 양도담보물을 취득한 제3자와의 관계, 즉 대외적 관계에서 인정될 수 있다. 그런데 양도담보는 채무자와 채권자가 합의하여 소유권이전의 형식을 취한 것이다. 양자의 합의에 의해 이루어진 소유권 이전의 형식은 대외적 제3자와의 관계에서는 그 형식대로 처리하는 것이 물권변동의 원리로서 타당할 것이다. 부동산 명의신탁이 바로 그러한 대표적 사례에 해당한다. 그리고 가등기담보등에 관한 법률에서도 채무자는 그에게 대내적으로 유보된 소유권자로서의 지위를 이미 채권자로부터 소유권을 취득한 선의의 제3자에게 주장할 수 없도록 되어 있다(가담법 제11조 단서). 그런데 선의의 제3자가 -단순한 담보권이 아니라- 소유권을 취득한다는 내용도 신탁적 소유권이전설에 의하지 않고서는 올바르게 설명되기 어렵다. 왜냐하면 담보물권설에 따르면 변제기 이전에 채권자로부터 목적물을 취득한 제3자는 담보물권만을 취득하는 것으로 해석되

6) 박윤직, 물권법(제7판), 2002년, 408면; 김형배, 앞의 책, 798면; 김증환/김학동, 물권법(제9판), 1997년, 598면

7) 이영준, 한국민법론(물권편), 신정2판 2004년, 880면; 양창수, 민법연구 제1권, 281면 이하

어야 올바를 것이기 때문이다. 다만 신탁적 소유권이전설이 논리일관성을 유지하기 위해서는 채권자로부터 소유권을 취득한 악의의 제3자도 보호되어야 한다. 그런데 가등기담보법은 악의의 제3자를 보호하지는 않는다. 따라서 가등기담보등에관한 법률을 고려하여 양도담보의 법적 성질을 평가한다면 대외적 효과가 다소 제한되는 -즉, 악의의 제3자에 대해서는 소유권이전의 효과가 인정되지 않는 신탁적 소유권이전으로 보는 것이 가장 정확할 것이다.

나. 채권자가 임의처분한 경우 채무자에 대한 형사책임의 문제

양도담보물을 변제기일 이전에 채권자가 임의처분한 경우의 채무자에 대한 형사책임의 문제에 있어서는 전술한 견해대립은 그다지 의미가 없다. 이러한 형사책임의 문제는 대내적 관계에서 발생하고 여기서는 담보물권설과 신탁적 소유권이전설 사이에 차이가 없기 때문이다. 즉 양자의 견해는 대내적 당사자 사이에서는 채무자의 소유권을 인정한다. 문제는 횡령죄와 배임죄의 어느 것을 인정할 것인가에 있다. 대법원 판례는 채권자가 양도담보물을 채무변제기 이전에 임의로 처분한 경우에 배임죄를 인정하는 경향을 보이고 있다. 예컨대 채권담보의 목적으로 가등기를 경료하고 소유권이전등기 소요서류를 교부하였는데 변제기전에 그 서류를 사용하여 채권자의 처 앞으로 소유권이전등기를 한 경우(대판 1976.9.14, 76 도 2069), 공사대금의 담보목적으로 소유권이전등기 소요서류를 교부하였는데 이를 이용하여 목적물을 타에 매도한 경우(대판 1973.3.13, 73 도 181)에 배임죄를 인정하였다.

이러한 판례의 태도에 관하여 대법원 자체 내의 논리적 모순성을 들어 비판하면서 횡령죄의 성립을 인정하여야 한다는 견해가 주장된다. 즉 대법원 판례가 담보권자의 처분행위에 대해 배임죄를 인정하는 것은 양도담보의 법적 성격에 대하여 취하는 신탁적 소유권이전설과는 모순된다는 것이다. 소위 신탁적 소유권이전설을 취하는 한 정산절차가 끝날 때까지는 담보물의 내부적 소유권이 담보설정자에게 남아 있고 담보권자는 소유권을 취득할 수 없으므로 이 경우 담보권자는 타인의 재물을 보관하는 자의 지위에 있어 횡령죄의 성립을 인정하는 것이 논리적 귀결인데, 이 점에서 대법원은 형사책임에 관한 한 신탁적 소유권이전설에 투철하지 못하다는 것이다.⁸⁾ 반면에, 신탁적 소유권이전설을 취하더라도 담보권자의 처분행위는 배임죄가 될 뿐이라는 견해도 있

다.⁹⁾ 그 논거는 다음과 같다. 첫째, 배임죄의 본질에 관한 통설·판례인 배신설(Treubruchstheorie)을 취할 경우 배임죄와 횡령죄는 오직 그 행위의 객체에 따라 구별될 뿐인데, 횡령죄의 객체는 개개의 재물이고 그 재물은 타인성이 요구되지만 배임죄의 객체는 재산상의 이익이고 그것을 관리하는 방법으로 개개의 재물을 보관하는 경우라 하더라도 그 재물의 소유권이 반드시 자기에게 있을 필요는 없고 타인에게 있더라도 상관없다는 것이다. 둘째, 위 배임죄를 인정한 판례의 경우에 양도담보권자가 타인의 재물을 보관하는 자의 지위에 있는지 아니면 타인의 재산을 보전하는 지위에 있는지는 위 범죄로 인한 손해의 내용을 파악함으로써 해결할 수 있는데, 양도담보설정자가 입은 손해는 담보목적물의 가액에서 채무원리금을 공제한 잔액이지 담보목적물 자체는 아니라고 볼 것이고 따라서 행위의 객체가 재물이 아닌 재산상의 이익이므로 배임죄의 성립을 인정하여야 한다는 것이다.

다. 소 결

1) 횡령죄와 배임죄의 관계

상기한 바와 같이 양도담보물의 경우는 어느 학설에 의하더라도 대내적으로는 채무자에게 소유권이 유보된다. 그러면 횡령죄와 배임죄(판례의 태도)의 어느 것을 인정하는 것이 타당할 것인가? 이러한 견해대립에 대하여 우선 횡령죄와 배임죄는 실무상에 있어서 큰 구별의 실익이 없다는 점이 지적되어야 한다.¹⁰⁾ 왜냐하면 양 죄는 죄질이 동일하고 동일법조가 적용되며 동일한 형량이 귀속되기 때문이다. 따라서 횡령죄와 배임죄는 실무의 실익을 떠난 이론의 범주에서만 그 구별의 실익이 있게 된다. 여하튼 양 견해 중에서 타당한 것을 발견하기 위해서는 횡령죄와 배임죄의 본질이 어디에 있는가를 살펴보아야 한다. 먼저 횡령죄의 본질에 대해서는 월권행위설과¹¹⁾ 영득행위설(판례 및 다수설)의 대립이 있다. 그러나 양설은 횡령죄의 성립을 위하여 신임관계를 침해하는 월권행위만 있으면 가능한가, 아니면 더 나아가 불법영득의 의사가 있을 것을 요

8) 서정우, 변칙담보와 형사책임, 재판자료 제13집, 396면

9) 임대규, 배임죄에 있어서의 임무위배행위, 재판자료 제50집, 형사법에 관한 제문제(하), 366면

10) 서정우, 앞의 글, 402면

11) 정성근/박광민, 형법각론, 삼지원 2002, 415면

하는가의 대립에 불과하다. 즉 어떠한 설이든 횡령죄의 본질은 신임관계의 배반에 있다는 점에는 공통된다. 다음으로 배임죄의 본질에 관하여는 권한남용설(Miβ brauchstheorie)와 배신설(Treubruchstheorie)의 대립이 있다. 전자는 배임죄의 성립에는 대리권 있는 자의 법률행위가 있을 것을 전제로 하는데 반하여, 후자는 단순한 대내적 신임관계가 있으면 족하다. 우리나라의 통설과 판례(대판 1999.9.17, 97도3219; 대판 1976.5.11, 75도2245)의 태도는 후자에 속한다. 배임죄의 본질에 관하여 배신설을 취할 경우에 배임죄와 횡령죄는 그 본질에 있어서 신임관계의 배반이라는 공통선상에 놓여 있다. 따라서 횡령죄와 배임죄는 그 본질로서 구별할 수 없고, 실정법상의 표지를 가지고 양자를 구별할 수밖에 없다. 우리나라 실정법에 의하면 양 죄는 오직 그 행위의 주체와 객체에 따라 구별될 뿐이다. 횡령죄의 객체는 개개의 재물이고 배임죄의 객체는 재산상의 이익이다. 그리고 횡령죄의 주체는 그 재물을 보관하고 있어야 하나, 배임죄의 주체는 타인의 사무를 처리하는 자이어야 한다. 그런데 횡령죄의 객체인 재물은 재산상의 이익에 포함되고, 타인의 재물을 보관하는 것은 타인의 사무를 처리하는 것에 포함된다. 따라서 횡령죄와 배임죄의 관계는 특별과 일반의 관계에 있게 된다.¹²⁾ 특별과 일반의 관계는 어느 하나의 행위가 횡령죄가 될 것인가 배임죄가 될 것인가의 결정에 있어서 먼저 특별에 해당하는 횡령죄의 성립여부를 심사하여 이것이 성립되면 일반에 해당하는 배임죄는 심사할 필요가 없으며, 반면에 먼저 심사한 횡령죄가 성립하지 않으면 다음으로 일반에 해당하는 배임죄의 성립을 심사하여야 하는 데에 그 의미가 있다. 이에 의하면 대법원 판례가 양도담보물의 변제기 이전의 처분행위에 대하여 횡령죄의 성립여부를 먼저 심사하지 않고 일반적으로 배임죄를 인정하는 것은 방법론상으로는 타당하지 않다. 또한 단순히 내부적으로 목적부동산의 소유권이전의 유무에 따라 횡령죄와 배임죄로 나누는 다수설도 그 방법론에 있어서 설득력이 없다. 왜냐하면 재물의 타인성만으로는 배임죄와의 구별은 완전히 이루어 지지 않기 때문이다. 즉 배임죄도 그로부터 이익을 취하는 재물의 소유권이 반드시 자기에게 있을 필요는 없고 타인에게 있더라도 상관없이 성립한다. 더 나아가 횡령죄와 배임죄의 구별을 범죄로 인한 손해의 내용을 기준으로 결정하는 위에서 소개한 소수설도 설득력이 없다. 기술한 바와 같이 소

12) 김성돈, 형법각론, 성균관대학교 출판부 2008, 404면; 손동권, 형법각론(제2개정판), 율곡출판사 2006, 410면 이하; 그러나 택일관계라는 견해로는 신동운, 횡령죄와 배임죄의 관계, 오선주 교수 정년기념 논문집 2001, 333면 이하

수설은 담보권자의 담보물처분행위로 인하여 양도담보설정자가 입는 손해는 담보목적물의 가액에서 채무원리금을 공제한 잔액이지 담보목적물 자체는 아니므로 행위의 객체가 재물이 아닌 재산상의 이익이므로 횡령죄가 아니라 배임죄의 성립을 인정하여야 한다는 것이었다. 그러나 손해의 크기 여부에 의하여 재물인가 재산상의 이익인가가 결정되는 것은 아니다. 만약 이를 근거로 횡령과 배임을 구별한다면 타인소유 동산의 담보권자가 이를 처분한 경우에도 모두 배임죄가 되어야 할 것이다. 그러나 이러한 견해를 취하는 자는 아무도 없다. 결론적으로, 횡령죄와 배임죄의 구별은 특별법(특별구성요건)과 일반법(일반구성요건)의 관계, 즉 특별법(특별구성요건)우선의 원칙에 의한 심사를 통하여 결정되어야 한다.

2) 양도담보에의 적용

배임죄에 대해 특별관계에 있는 횡령죄의 성립은 우선 그 주체가 타인의 재물을 ‘보관’하는 지위에 있어야 한다. 여기서 보관이라 함은 사실상의 재물지배를 의미하는 것은 당연하다. 단 그 지배가 횡령죄의 본질상 위탁관계에 의한 것임을 전제로 한다. 즉 동산이나 부동산을 위탁관계에 의하여 사실상 지배하는 자가 여기서 말하는 보관자가 된다. 그런데 횡령죄에서의 보관은 이러한 사실상의 지배는 물론이고 법률상의 지배도 포함되어야 한다. 왜냐하면 횡령죄는 재물에 대한 타인의 소유권을 보호하는 데에 그 목적이 있는 바, 소유권의 침해는 재물을 사실상 지배하고 있는 자는 물론이고 법적으로 외관상 유효하게 제3자에게 처분할 수 있는 자에 의해서도 가능하기 때문이다.¹³⁾ 예컨대 부동산명의신탁에 의하여 소유자로登記된 자, 양도담보에 있어서 소유명의가 등기부에 표시된 양도담보권자는 법률상 유효하게 그 부동산을 타인에 처분할 수 있는 지위에 있다. 이러한 지위가 내부적 신임관계에 기초하여 이루어진 이상 그는 횡령죄의 주체로서의 타인의 재물을 보관하는 자에 해당한다. 그러나 이러한 단정은 양도담보권자가 소유자로서 등기명의를 완전히 취득한 경우에만 가능하다. 반면에 소유권이전등기가 되지 않은 경우에는 횡령죄의 성립이 거의 불가능하다. 예컨대 담보의 목적으로 소유권이전의 ‘가등기’를 경료한 자는 아직 소유권이전의 본등기를 하지 않은 이상, 유효

13) 대판 2004.5.27, 2003도6988

히 이를 타에 처분할 수 없는 것이어서 횡령죄의 성립요소가 되는 부동산의 보관자가 될 수 없다. 판례도 채권담보의 목적으로 부동산 위에 가등기를 경료한 채권자는 그 변제기까지는 가등기상태를 유지할 것이요, 그 변제기간이 지나도록 채무의 이행이 없는 경우에 비로소 본등기를 경료할 임무가 있다 할 것이므로 이러한 범위 내에서 타인의 사무를 처리하는 자라고 한다.¹⁴⁾ 다만 부동산에 대한 등기서류를 보관하는 자도 횡령죄의 주체인 부동산의 보관자에 해당한다는 견해가 있다.¹⁵⁾ 그러나 단순히 등기서류를 임치하고 있는 것만으로는 부동산의 보관자라 할 수 없고 오히려 타인의 사무를 처리하는 자로 보아야 한다. 따라서 채권확보의 명목으로 부동산에 관한 소유권이전등기서류를 임치받고 있는 자가 이를 타에 처분하였을 때는 배임죄를 구성한다.¹⁶⁾

양도담보물의 소유자로 완전히 등기된 채권자가 횡령죄의 성립요건의 하나인 ‘보관’하는 자가 되는 것이 틀림없다면, 다음으로 심사하여야 할 것은 ‘재물의 타인성’이다. 왜냐하면 횡령죄의 성립을 인정하기 위해서는 재물의 타인소유성이 반드시 요구되기 때문이다. 먼저, 협의의 양도담보물을 채권자가 변제기 전에 처분하는 것은 채무자 소유물을 보관하다가 영득한 것으로 보아야 한다. 이것이 협의의 양도담보의 법적 성질을 신탁적 소유권이전설로 파악한 종래 대법원판례의 태도와 일치할 뿐만 아니라, 청산이 있기까지 담보물에 대한 소유권은 채무자에게 있다는 ‘가등기담보등에 관한 법률’과도 일치하는 것이다.

마지막으로 횡령죄의 성립을 위해서는 타인재물의 ‘횡령’행위가 있어야 한다. 여기의 횡령행위는 사실행위이건 법률행위이건 묻지 않는다. 따라서 채권자가 변제기 전에 제3자에게 담보목적물을 처분하는 것은 소유자가 아니면 할 수 없는 처분을 한 것이니 당연히 횡령행위에 포함된다. 그리고 양도담보권자나 매도담보권자가 함부로 타인에게 근저당권을 설정하여 주는 것도 그 목적물의 소유권을 제약하는 것이어서 횡령행위에 해당한다.¹⁷⁾ 이상의 심사를 통하여 양도담보권자에 의한 담보물의 변제기전 처분행위는 특별법(특별구성요건)우선의 원칙에 의하여 먼저 심사하여야 할 횡령죄의 객관적 구성요건요소가 모두 충족되는 것으로 귀결된다.

14) 대판 1976.9.14, 76도2069

15) 강구진, 형법각론 I, 355면

16) 대판 1973.3.13, 73도181; 1979.6.26, 79도1127

17) 이명희, 주석 형법각칙(하), 468면; 대판 1989.4.11, 88도966(동산의 경우); 반면에 채무자가 처분한 경우에는 배임죄가 성립한다는 대판 1980.11.11, 80도2097

2. 매도담보목적물의 경우

매도담보는 신용의 수수를 소비대차가 아닌 매매의 형식으로 행하고 당사자 사이에 따로 채권 채무관계를 남기지 않는 형태이다. 즉 환매권보류부매매(환매특약부매매)와 재매매예약부매매를 통틀어서 매도담보라고 부르고 있다. 매도담보 그 자체는(즉 매도 담보계약 그 자체에 따르면) 일단 목적물의 소유권을 대내외적 구별 없이 채권자에게 이전하는 점에서 -신탁적 소유권이전설에 따르면 대외적으로만 이전되는 협의의 양도 담보와 구별된다.¹⁸⁾ 따라서 채권자가 이를 임의처분하면 계약서 자체의 내용에 따르면 타인의 소유물을 횡령한 것이 아니라 담보물 보관의무를 위반한 배임죄만이 인정될 수 있다.¹⁹⁾ 담보권자의 변제기일 이전의 담보물처분행위의 죄책과 관련하여서 종래의 판례도 배임죄를 인정하였다.²⁰⁾ 종래 판례의 구체적 논거는 “채권담보의 목적으로 부동산의 소유권이전등기를 넘겨받은 채권자는 채무자가 변제기까지 그 채무를 변제하면 그 등기를 환원하여 줄 의무가 있는 것이므로 그 변제기일 이전에 그 임무에 위배하여 제3자에게 소유권이전청구권의 보전을 위한 가등기를 하여 주었다면 설사 그 때문에 채무자의 환매권을 종국적으로 상실케 하는 것은 아니라고 하더라도 그 담보가치 상당의 실해가 발생할 위험을 초래한 것이 되므로 비록 채무자가 변제기일까지 채무를 변제하지 아니하였더라도 배임죄의 성립에는 아무런 영향이 없다”는 것이다. 또한 판례는 환매계약을 체결하고 소유권이전등기를 받은 양도담보권자가 변제기전에 제3자에게 근저당설정등기를 하여 준 경우에도 배임죄를 인정하였다.²¹⁾ 그러나 채무변제기 이전 채권자에 의한 담보물처분행위에 대하여 부동산에 관한한 -동산에 관하여는 달리 해석할 여지가 없다. 횡령죄를 적용하여야 한다는 소수설도 있다. 소수설은 그 주장의 근거를 이미 소개한 ‘가등기담보등에 관한 법률’에서 구한다. 기술한 바와 같이, 동법 제4조 2항에 의하면 채권자가 담보부동산에 관하여 이미 소유권이전등기를 받았다 하더라도 소유권은 이전되지 아니하고 청산기간의 경과 후 청산금을 채무자에게 지급하는 때에 비로소 소유권이 채권자에게 이전한다. 그리고 이 규정은 매도담보에도 적용된다. 이에

18) 박종두, 물권법, 제4판 2007년, 808면

19) 이에 대해서는 손동권, 앞의 형법각론, 425면

20) 대판 1989.11.28, 89도1309; 대판 1992.7.14, 92도753; 대판 1987.4.28, 87도265

21) 대판 1987.4.28, 87도265

근거하여 소수설은 매도담보에서도 청산이 있기 이전까지는 목적부동산의 소유권은 여전히 채무자에게 있고 등기부상의 소유명의를 취득한 채권자가 이를 처분하는 것은 타인소유의 재물을 보관하다가 처분한 것이 되므로 횡령죄가 된다고 한다.²²⁾

생각건대, 매도담보의 경우에는 순수히 계약서의 내용에만 따른다면 배임죄를 인정하는 것이 옳다. 왜냐하면 매도담보는 형식적으로 소유권이 대내외적으로 채권자에게 넘어 갔고, 채무자는 단지 변제기일에 채무변제를 조건으로 환매권 및 재매매권만을 가지는 형태이기 때문이다. 이러한 상태에서 채권자가 변제기일 이전에 담보물을 처분하는 것은 타인의 소유권을 침해하는 것이 아니라 채무자에 대한 담보물보관의무를 위반한 것이다. 그러나 ‘가등기담보등에 관한 법률’은 매도담보의 경우에도 채무자보호의 목적상 청산이 있기까지 담보물에 대한 소유권을 채무자에게 보장하였다. 만약 이 법이 임의규정이라면 매도담보의 경우에는 당사자 사이의 합의로 적어도 대내적으로는 소유권을 채권자에게 이전시킨 것으로 보아야 한다. 그러나 이 규정은 사적 자치의 원칙이 적용될 수 없는 강행규정으로 보는 것이 옳다. 이에 대하여 특별히 법률을 만들었다는 자체가 동법이 강행규정임을 간접적으로 증명한다. 그리고 형사법문제와 민사법문제는 법질서의 통일성이라는 면에서 가능한 일치하도록 해석하여야 한다. 이러한 관점에서 매도담보의 경우에도 담보물의 소유권은 대내적으로도 청산이 있기 이전에는 채무자에게 유보되는 것으로 보아야 하고, 따라서 담보권자의 변제일 이전의 처분행위는 형사법의 영역에서도 타인소유물을 처분한 것으로 보아야 한다. 즉 매도담보의 경우에도 횡령죄의 성립요소인 ‘재물의 타인성’이 충족되는 것으로 보아야 한다.

3. 소유권유보형 가등기담보목적물의 경우

소유권유보형 가등기담보목적물의 경우에 소유권은 여전히 채무자에게 있고 다만 변제기일에 채무변제가 없을 때에만 소유권이 채권자에게 넘어가는 것이다. 따라서 소유권유보형태에서 채무자가 보관담보물을 처분하더라도 횡령죄의 성립은 불가능하다. 왜냐하면 횡령죄의 성립을 위해서는 적어도 소유권이 타인(채권자)에게 넘어가야 하는데,

22) 김성돈, 앞의 형법각론, 383면; 손동권, 앞의 형법각론, 425면; 조인호, 양도담보권자가 목적부동산을 불법처분한 경우의 형사책임, 판례연구(8호), 276면 이하

여기서는 그렇지 않기 때문이다. 반면에 채권자가 담보물을 처분하면 채무자에 대한 횡령죄가 성립할 수 있을 것이다. 왜냐하면 담보물의 소유권은 여전히 타인(채무자)에게 있고 채권자는 타인소유물을 보관하다가 처분한 것이기 때문이다. 다만 이 경우에도 양도담보에서와 같이 배임죄를 인정하려는 견해가 주장될 수 있다. 결국 임의처분한 채권자의 채무자에 대한 형사책임에 관한 한 가등기담보물의 경우에도 협의의 양도담보와 동일한 문제점이 발생하고 특수 취급하여야 할 내용은 없는 것으로 판단된다.

III. 기타의 관련문제

1. 점유개정에 의한 동산 이중양도담보를 설정한 채무자의 형사책임

동산양도담보의 경우 판례는 가담법 전이나 후에도 신탁적 소유권이전설의 입장을 취하고 있다(대판 1994.8.26, 93다44739; 대판 1999.9.7, 98다47283).²³⁾ 그러나 동산의 양도담보에 대해서는 가담법이 직접적인 영향을 미치지 않지만 그 법적 구성이 부동산의 양도담보와 다를 바 없다는 이유에서 동산의 양도담보 역시 일종의 담보물권이라고 해석하는 견해도 있다.²⁴⁾ 부동산 양도담보에 대해서도 신탁적 소유권이전설의 우월성을 인정하는 필자는 가담법의 직접 적용이 없는 동산양도담보에 대해서는 당연히 신탁적 소유권이전설을 지지한다. 즉 동산양도담보의 경우는 대외적으로는 소유권이 채권자에게 이전하고 따라서 채권자로부터 그 담보물을 취득한 제3자는 선의 악의를 불문하고 소유권을 취득하는 것으로 보아야 한다. 이와 관련하여 채무자가 제1채권자에게 양도담보를 설정하고 점유개정으로 가지고 있는 동산을 다시 제2채권자에게 이중으로 양도담보를 설정하면서 또다시 점유개정으로 가지고 있는 그 담보동산을 변제기 이전에 처분한 경우의 형사책임이 문제된다. 우선 임의로 담보물을 처분한 채무자는 제1채권자에 대하여 배임죄의 죄책을 부담하여야 할 것이다. 신탁적 소유권이전설에 따르면이라도 양도담보물은 대내적으로는 여전히 채무자의 소유물이고 따라서 횡령죄는 성립될

23) 이를 지지하는 김준호, 물권법, 2007년, 423면

24) 김형배, 앞의 책, 798면

수 없기 때문이다. 문제는 임의처분한 채무자에게 제2채권자에 대해서도 횡령죄 내지 배임죄가 성립할 것인가에 있다. 이에 대해 판례는 제2채권자에 대한 배임죄의 성립조차 부정하였다. 즉 “금전채무를 담보하기 위하여 채무자가 그 소유의 동산을 채권자에게 양도하되 점유개정에 의하여 채무자가 이를 계속 점유하기로 한 경우 특별한 사정이 없는 한 동산의 소유권은 신탁적으로 이전됨에 불과하여 채권자와 채무자 사이의 대내적 관계에서 채무자는 의연히 소유권을 보유하나 대외적인 관계에 있어서 채무자는 동산의 소유권을 이미 채권자에게 양도한 무권리자가 되는 것이어서 다시 다른 채권자와 사이에 양도담보 설정계약을 체결하고 점유개정의 방법으로 인도를 하더라도 선의취득이 인정되지 않는 한 나중에 설정계약을 체결한 채권자는 양도담보권을 취득할 수 없는 데, 현실의 인도가 아닌 점유개정으로선 선의취득이 인정되지 아니하므로, 결국 뒤의 채권자는 양도담보권을 취득할 수 없고, 따라서 이와 같이 채무자가 그 소유의 동산에 대하여 점유개정의 방식으로 채권자들에게 이중의 양도담보 설정계약을 체결한 후 양도담보 설정자가 목적물을 임의로 제3자에게 처분하였다면 양도담보권자라 할 수 없는 뒤의 채권자에 대한 관계에서는, 설정자인 채무자가 타인의 사무를 처리하는 자에 해당한다고 할 수 없어 배임죄가 성립하지 않는다”는 것이다(대판 2004.6.25, 2004도1751).

생각건대, 제2채권자는 무권리자인 채무자로부터 양도담보계약을 체결하였다(따라서 양도담보권을 취득할 수 없다)는 이유에서 배임죄의 성립을 부정한 상기한 판례의 태도는 타당하지 않다. 제2채권자가 양도담보권을 취득할 수 없는 무권리자라는 것은 제1채권자와 관계(즉 채무자의 입장에서 보면 대외적 관계에서의 효력문제)에서만 타당한 논거가 될 수 있을 뿐이다. 그런데 상기판례에서 문제되는 채무자와 제2채권자의 관계는 순수한 대내적 관계이다. 신탁적 소유권이전설에 따르더라도 채무자와 제1채권자 사이(즉 대내적 관계)에서 소유자는 채무자이다. 즉 채무자는 무권리자가 아니라 소유권자이다. 따라서 제2채권자는 소유권자와 양도담보계약을 체결한 것이지 상기한 판례의 태도와 같이 무권리자와 양도담보계약을 체결한 것으로 해석될 수는 없다. 즉 제2채권자는 유효한 양도담보권을 제1채권자에게는(즉 대외적으로는) 주장할 수 없겠지만, 채무자에게는(즉 대내적으로는) 주장할 수 있는 것이다. 따라서 신탁적 소유권이전설에 따르더라도 대내적으로 채무자는 제1채권자는 물론이고 제2채권자에 대해서도 소유자로서의 지위가 인정되는 자로서 담보물을 임의로 처분하였기 때문에 제1채권자

와 제2채권자 모두에게 배임죄가 성립되는 것으로 해석되어야 한다.

그리고 만약 동산 이중양도담보물의 물권변동에 대하여 판례의 태도에 따른다면, 채무자에 대해서는 선의의 제2채권자에 대해서 -임의처분에 의한 배임죄가 아닌- 이중의 양도담보설정에 의한 사기죄가 인정되어야 할 것이다. 채무자는 제2채권자의 담보권 취득이 불가능함을 알면서 이를 고지하지 않고 이중으로 양도담보계약을 체결하여 제2채권자에게 재산상 손해(위험성)를 야기하였기 때문이다. 그러나 이러한 논리로 무거운 사기죄를 인정할 것이 아니라, 전술한 바와 같이 임의처분한 채무자에게는 보다 가벼운 배임죄의 성립이 긍정되어야 할 것이다.

2. 변제기일 이후의 처분행위

담보권자가 변제기 도래 이후 담보권실행을 위하여 담보물을 처분하는 그 자체는 아무런 죄가 되지 않는다. 왜냐하면 채무자의 채무불이행시에 채권자가 양도담보물을 처분하는 것은 민사법 내지 민사이론에 의하여 허용되는 행위이기 때문이다. 민법상 허용되는 행위를 형법상 금지할 수는 없다. 판례도 당연히 이와 동일하게 판시하고 있다.²⁵⁾ 그리고 채권자가 담보부동산을 시가에 비하여 저렴한 가격으로 처분한 경우에도 역시 그에게 배임죄는 인정될 수 없다. 왜냐하면 양도담보권자가 변제기 경과 후에 담보물을 처분하는 것이 그에게 주어진 권능이어서 자기의 사무처리에 속하는 것이라면 그 처분에 있어 시가에 따른 적절한 처분을 하여야 할 의무도 담보계약상의 민사책임의 무에 불과한 것으로 보아야 하기 때문이다.²⁶⁾ 그러나 채권자가 담보권실행과 전혀 관계 없이 담보물을 처분한 경우에는 형법상 범죄가 성립될 수 있다. 따라서 대법원이 양도담보권자가 변제기후 채권변제와는 아무런 관계없이 제3자를 위하여 근저당권을 설정하여 준 경우와²⁷⁾ 양도담보로 받은 토지의 일부로서 원리금을 청산하고 남았음에도 불구하고 나머지 토지를 타에 처분하여 버린 경우²⁸⁾ 배임죄의 성립을²⁹⁾ 인정한 태도

25) 대판 1982.9.28, 82도1621(이 판례에 대한 평석으로는 김경일, 양도담보권자의 채권추심을 위한 담보설정행위와 배임죄의 성부, 대법원판례해설 제1호, 399면 이하); 1985.9.10, 85도1210

26) 김성돈, 앞의 형법각론, 383면; 손동권, 앞의 형법각론, 424면; 대판 1985.11.26, 85도1493 전원합의체; 대판 1997.12.23, 97도2430; 대판 1989.10.24, 87도126

27) 대판 1977.5.24, 76도4180

는 옳다. 그리고 채무자가 채무를 변제하였음에도 불구하고 채권자가 담보물을 처분한 경우에는 당연히 배임죄가 성립한다. 그러나 대법원이 소유권이전등기 소요서류 일절을 교부받은 채권자가 변제기 이후에 자기의 처 앞으로 소유권이전등기를 한 사안에 대하여 배임죄를 인정한 것은³⁰⁾ 문제가 있다. 만약 처 앞으로의 소유권이전이 매매와 같은 실질적 처분행위라면 판례의 태도와 같이 배임죄의 성립이 인정되어도 무방하다. 왜냐하면 이러한 실질적 처분행위가 있는 경우에는 소유권이전등기로 인하여 채무자는 소유권을 회복할 수 없기 때문이다. 그러나 그 소유권의 이전이 단순히 처 앞으로의 명의신탁이라면 배임죄의 성립을 원칙적으로 부정하는 것이 옳다.³¹⁾ 왜냐하면 채권자는 변제기 이후에는 담보물의 소유권이전등기를 행하는 것이 민법적으로 허용되는 담보권실행의 한 과정에 불과하기 때문이다. 또한 이러한 명의신탁의 경우에는 채무자는 채무를 이행하고 소유권을 자기 앞으로 회복할 수도 있다.

3. 청산잔여금을 돌려주지 않는 행위

문제는 담보권실행을 위하여 담보물을 처분하고 청산잔여금을 채무자에게 돌려 주지 않는 경우에는 형법상 범죄가 성립되는가에 있다. 이에 대하여 우선 횡령죄의 성립은 부정하여야 한다. 왜냐하면 청산잔여금에 대하여는 그 소유권이 채무자에게 있는 것도 아니고,³²⁾ 채무자와 채권자 사이에 보관을 위한 특별한 위탁관계가 성립된 것도 아니기 때문이다.³³⁾ 따라서 여기서는 청산잔여금의 보관을 위한 특별한 위탁관계를 위반한 것이 아니라 청산잔여금을 반환할 의무를 위반한 것으로 보아야 한다. 이러한 청산잔여금

28) 대판 1979.6.12, 79도205

29) 양도담보의 법적 성질을 신탁적 양도설로 보는 대법원은 횡령죄의 성립을 인정하는 것이 바람직하다는 비판도 있다(서정우, 앞의 글, 396면). 그러나 변제기 이후에는 채권자가 청산을 위해 소유자와 똑같이 법적으로 담보물을 처분할 수 있는 단계이므로 본문사례의 경우에 타인소유물을 영득한 횡령죄로 보기는 어렵다. 따라서 배임죄를 인정한 판례의 태도가 옳다고 생각한다.

30) 대판 1971.3.9, 71도189

31) 이에 대한 지적으로는 서정우, 앞의 글, 395면

32) 서정우, 앞의 글, 398면

33) 그러나 예컨대 채권추심을 위임받고 채권양수를 받은 자가 그 추심한 금전을 임의소비하였다면 그 금전의 소유는 채권양도인에게 있고 보관을 위한 위탁관계도 설정되었다고 보아야 하므로 양수인의 임의소비행위는 횡령죄를 구성한다(대판 1968.5.21, 68도364)

의 반환의무가 배임죄의 ‘타인의 사무를 처리하는 자로서의 의무위반’이라면 배임죄가 성립할 수 있다. 이에 대하여 종래 한 때의 판례는 배임죄의 타인의 사무처리에 해당하지 않는다는 태도와³⁴⁾ 타인의 사무처리에 해당한다는 태도가³⁵⁾ 대립되었다. 그러나 그 이후 ‘대판 1985.11.26, 85도1493 전원합의체’에 의하여 청산의무는 배임죄 소정의 타인사무처리를 인정하지 않고 그를 인정하는 종래의 판례를 폐기시켰다.³⁶⁾ 새로운 판례에 대하여 다수의 실무가는 이를 지지하고 있다.³⁷⁾ 배임죄의 성립을 부정하는 이러한 새로운 판례와 실무가의 태도는 타당한 것으로 사료된다.³⁸⁾ 형법상의 범죄는 보충성의 원칙에 제한되어 성립되어야 한다. 형법상의 배임죄는 민법상의 의무위배를 전제로 하여야 하지만 역으로 민법상 의무위배가 있다고 하여 항상 형법상 범죄되는 의무위배로 볼 수는 없다. 청산잔여금의 반환의무는 민법상의 자기의무인 것은 틀림없으나 그것이 배임죄에서 타인의 사무를 처리하는 자로서의 의무위배가 되기 위해서는 형벌로서 투쟁하여야 할 특별한 실질이 있어야 한다. 그런데 청산잔여금의 반환문제는 근본적으로 채무자의 채무불이행에 근거하여 발생하는 문제이기 때문에 청산잔여금의 반환불이행 자체에 대해 채권자만을 형벌로서 비난할 만큼 범죄의 실질은 없는 것으로 보아야 한다.

IV. 맺는 말

본문에서 살펴본 바와 같이, 양도담보에 대해서는 ‘가등기담보등에 관한 법률’이 특별히 규율하고 있다. 이러한 형법 아닌 다른 법률의 변화는 법질서의 통일성이라는 관점에서 형법해석에도 영향을 미치게 된다. 따라서 청산이 있을 때까지 채무자에게 소유권을 유보하는 가담법을 고려한다면 매도담보의 경우에도 변제기 이전에 그 담보물을 임의처분한 채권자에게는 채무자에 대한 횡령죄의 성립을 인정하여야 할 것이다. 그러

34) 대판 1976.1.13, 74도2075; 1976.5.11, 75도2245

35) 대판 1971.3.7, 71도189; 1975.5.13, 74도3215; 1983.6.28, 81도1151

36) 이를 유지한 대판 1986.7.9, 85도554

37) 황해진(변호사), 배임죄의 구성요건 중 타인의 사무처리의 개념, 법원공보사, 주제별 판례연구 8권 (1993년), 389면; 서정우, 변칙담보와 형사책임, 398면; 임대규, 앞의 글, 364면

38) 동일한 취지로는 김성돈, 앞의 형법각론, 383면

나 가담법이 적용되지 않는 동산양도담보의 경우에는 계약내용에 따라 형사책임도 결정되어야 할 것이다. 따라서 동산매도담보물을 채권자가 임의로 처분한 경우에 그에게는 채무자에 대한 배임죄만이 인정되어야 할 것이다. 동산 매도담보의 경우는 대내적으로도 소유권이 채권자에게 일단 이전된 것으로 보아야 하기 때문이다(즉 채무자는 변제 이후 환매권만을 가질 것임). 그리고 점유개정에 의한 동산 이중양도담보를 설정한 채무자의 형사책임으로서 배임죄 조차 인정하지 않은 최근의 판례태도(대판 2004.6.25, 2004도1751)는 다소 문제가 있는 것으로 평가되어야 한다. 신탁적 소유권이전설에 따르면, 대내적으로 채무자는 제1채권자는 물론이고 제2채권자에 대해서도 소유자로서의 지위가 인정되는 자로서 담보물을 임의로 처분하였기 때문에 제1채권자와 제2채권자 모두에게 배임죄가 성립되는 것으로 해석되어야 하기 때문이다. 만약 동산 이중양도담보물의 물권변동에 대하여 판례와 같이 채무자를 무권리자로 이해하는 태도에 따른다면, 처분 권한 없는 무권리자로서의 채무자에 대해서는 선의의 제2채권자에 대해서 -임의처분에 의한 배임죄가 아닌- 이중의 양도담보설정에 의한 사기죄가 인정되어야 할 것이다.

Strafrechtliche Haftung für die Beliebige Verfügung des Grundstücks als Objekts der Sicherungsübereignung

Son, Dong-Kwun^{*}

Wie bekannt, ist gesetzliche Regelung im koreanischen Recht trotz ihrer praktischen Bedeutung die Sicherungsübereignung im koreanischen BGB nicht ausdrücklich geregelt. Die rechtliche Zulässigkeit der Sicherungsübereignung ist heute unumstritten, da ein erhebliches Bedürfnis der Kreditwirtschaft nach besitzlosen Pfändern besteht. Die weiteren Modalitäten werden in einem Sicherungsvertrag (Sicherungsabrede) zwischen Kreditnehmer und Kreditgeber gebildet, der etwa bestimmt, wann die Verwertung zulässig ist und welche Forderung die übereignete Sache sichern soll. Im Falle der Insolvenz des Sicherungsgebers hat der Sicherungsnehmer ein Absonderungsrecht. In der Praxis ist es Ziel der Sicherungsübereignung, dass der Pfandgeber und Nutzer die Sache weiterhin für seinen Betrieb nutzen und damit Gewinn erzielen kann, um den Kredit zurückzuzahlen. Im Koreanischen Bürgerrecht gilt das Offenkundigkeitsprinzip für die Sachenrechtsänderung. So ist die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch erforderlich, etwa zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstück. Im koreanischen Zivilrecht ist aber öffentlicher Glaube des Grundbuchs zugunsten des redlichen Erwerbers nicht giltig. Daraus kann sicher die Feststellung sein, daß der gutgläubige Erwerber für den Inhalt des Grundbuches in Prinzip schutzlos bleibt und der daraus folgende Schaden zu groß ist. Schon nur aus diesem Fehlen am öffentlichen Glaube des Grundbuches kommen in Korea viele Fälle der Vermögensdelikte am Grundstück vor. Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich gerade mit diesen Vermögensdelikte, deren Tatobjekt Grundstück der Sicherungsübereignung ist, im Hinblick auf die Einheit

^{*} Professor, Juristische Fakultät der Konkuk Universität

der Rechtsordnung. Insbesondere betrifft diese Arbeit in den strafrechtlichen Tatbeständen Unterschlagung, Untreu, Betrug u.s.w.

❖ Keywords : Sicherungsübereignung, Unterschlagung, Untreu, Einheit der Rechtsordnung