

**“특경법위반(배임)죄를 적용하기 위한 요건으로서의 이득액 인정기준(엄격하고 신중해야)”**

**- 청주지방법원 2008. 7. 10. 선고 2008고합235 판결 -**

**[사건의 개요]**

- 사 건 : 2007고합235
- 죄 명 : 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)
- 피고인 : 장○○
- 공소제기 : 2007. 12. 24.
- 판결선고 : 2008. 7. 10.
- 선고결과 : 면소

**[판결의 요지]**

배임으로 인한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반죄에 있어서는 그 범죄행위로 인하여 취득한 재산상 이익의 가액이 5억 원 이상 또는 50억 원 이상이라는 것이 범죄구성요건의 일부로 되어 있고 그 가액에 따라 그 죄에 대한 형벌도 가중되어 있으므로, 이를 적용함에 있어서는 취득한 재산상 이익의 가액이나 그로 인하여 야기되는 손해의 수액을 엄격하고 신중하게 산정하여야 한다.

**※ 판결에 대한 설명**

이 사건은 피고인이 피해 은행에 대하여 그 소유부동산에 관하여 1순위 근저당권을 설정해 주기로 약속하여 금원을 차용한 후, 그 약속을 위반하여 다른 곳에 1순위 근저당권을 설정하여 주고 금원을 차용하였지만, 그 담보부동산의 가액이 다른 곳에서 차용한 금액을 현저히 초과했던 점 등에 비추어 피고인이 공소사실과 같이 위 약속위반으로 50억 원 이상의 이득을 얻은 것이라 확정할 수 없기 때문에 특경법위반(배임)죄를 적용할 수 없다.

피고인의 행위가 형법상의 배임죄에 해당될 여지는 있으나, 이는 공소시효(배임죄는 공소시효 5년, 업무상배임죄는 공소시효 7년)가 완성되어 처벌할 수 없다.

**[판결의 내용]**

이하, 판결전문입니다(개인정보보호를 위해 일부 생략하거나 익명으로 처리함).

## 주 문

이 사건 공소사실 중 배임의 점은 면소.

## 이 유

### 1. 공소사실의 요지

피고인은 1997. 6. 17.경 청주시 소재 택지개발지구 ○-○블록에서 ‘○○아파트’ 7개동 총 478세대를 신축하기 위해 청주시장으로부터 주택건설 사업계획 승인을 받아 아파트 건축 사업을 진행하던 중 자금이 부족하게 되자, 1997. 12. 13.경 서울 영등포구에 있는 피해자 주식회사 K은행(이하 ‘피해 은행’이라 한다) 본점 영업1부 사무실에서, 주식회사 ○○건설 대표이사인 공소의 정○○ 등을 연대보증인으로 하여 피해 은행으로부터 ‘건설업자 주택자금 대출’ 명목으로 금 40억 원, 1998. 4. 10.경 같은 명목으로 금 30억 원, 1998. 6. 19.경 같은 명목으로 금 91억 2,500만 원 등 합계 금 161억 2,500만 원을 대출받으면서 △△신용보증기금(현재 △△금융공사)으로부터 주택금융 신용보증서를 발급받아 제출하였고, 당시 위 아파트가 준공되는 즉시 위 대출금에 대한 담보로 피해 은행에 위 아파트 전 세대에 1순위 근저당권을 설정해 주기로 약정하였으므로, 위와 같은 약정의 당사자인 피고인으로서 위 아파트에 대한 준공일인 1998. 11. 10.경을 도과함으로써 그때부터 피해 은행에게 위 아파트 전 세대에 대한 1순위 근저당권설정등기 절차를 이행해 주어야 할 임무가 있음에도 불구하고 그 임무에 위배하여,

1998. 12. 28.경 대전에 있는 S보험 주식회사(이하 ‘S보험’이라 한다) 대전지점 사무실에서, S보험으로부터 2회에 걸쳐 합계 금 85억 원을 대출받기로 하면서 그에 대한 담보로 위 아파트 101동 101호에 관하여 채권최고액 2,800만 원의 1순위 근저당권설정등기를 경료해 준 것을 비롯하여 위 아파트 101동부터 107동까지 총 286세대(이하 ‘이 사건 아파트’라고 한다)에 관하여 위와 같은 방법으로 채권최고액 합계 금 108억 2,200만 원 상당의 1순위 근저당권설정등기를 경료해 주고, 1999. 1. 2.경 금 45억 원, 1999. 1. 13.경 금 40억 원 등 합계 금 85억 원을 대출받음으로써, S보험으로부터 대출금 합계 금 85억 원 상당의 재산상 이익을 취득하고, 피해 은행에 대하여 S보험에 대한 1순위 근저당권설정등기 채권최고액인 금 108억 2,200만 원 상당의 재산상 손해를 가한 것이다.

### 2. 판 단

가. 배임으로 인한 재산상 이득액에 대한 판단

형법 제355조 제2항의 배임죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위로써 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가함으로써 성립하는 것으로, 재산상 권리의 실행을 불가능하게 할 염려가 있는 상태 또는 손해 발생의 위험이 인정되는 이상 현실적인 재산상 손해액이 확정될 필요까지는 없는 것임에 반하여, 배임으로 인한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반죄에 있어서는 그 범죄행위로 인하여 취득한 재산상 이익의 가액이 5억 원 이상 또는 50억 원 이상이라는 것이 범죄구성요건의 일부로 되어 있고 그 가액에 따라 그 죄에 대한 형벌도 가중되어 있으므로, 이를 적용함에 있어서는 취득한 재산상 이익의 가액이나 그로 인하여 야기되는 손해의 수액을 엄격하고 신중하게 산정하여야 한다고 할 것이다.

이 사건으로 돌아와 살피건대, 검사는 피고인이 피해 은행에게 1순위 근저당권을 설정하여 주어야 할 이 사건 아파트에 관하여 S보험에게 1순위 근저당권을 설정하여 주면서 S보험으로부터 대출받은 85억 원 전액을 배임행위로 취득한 이득액이라고 보아 피고인을 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)죄로 기소하였으나, 피고인에 대한 제4회 검찰 피의자신문조서에 첨부된 ▲▲아파트 분양내역(증거기록 3763면)의 기재에 의하면 S보험에 대하여 채권최고액 2,800만 원의 근저당권이 설정된 이 사건 아파트 중 101동 101호의 분양가는 88,818,000원에 이르고, 채권최고액 4,200만 원의 근저당권이 설정된 같은 동 204호의 분양가는 94,762,000원에 이르는 등 이 사건 아파트 각 세대의 실질 담보가치가 그 각 세대에 대하여 S보험에 설정하여 준 1순위 근저당권의 피담보채권액을 현저히 초과하고 있었던 사실이 인정되고(S보험에 설정된 근저당권의 채권최고액은 2,800만 원과 4,000만 원의 두 유형이다), 이에 더하여 검사의 주장(2008. 4. 17.자 의견서)에 의하더라도 이 사건 아파트의 추정 분양가 합계는 286억 원으로 피해 은행에 대한 채무액 합계 161억 2,500만 원을 훨씬 초과한다는 점 및 피고인으로서 피해 은행에 대한 채무를 담보하고 남게 되는 이 사건 아파트의 잔존 담보가치를 이용하여 다른 금융기관 등으로부터 추가로 일정 금액을 대출받을 수도 있었다는 점 등을 고려하여 보면, 위와 같이 피고인이 이 사건 아파트에 관하여 당초 약정과 달리 S보험에게 1순위 근저당권을 설정하여 주었고 이로 인하여 피해 은행에게 재산상 권리의 실행을 불가능하게 할 염려가 있는 상태 또는 손해 발생의 위험을 초래하였다고 하더라도, 그것만으로 피해 은행이 아닌 S보험에 설정하여 준 1순위 근저당권의 채권최고액 합계가 곧바로 피해 은행에 대한 관계에서 배임행위로 인한 손해액이 되는 것이라고 단정하기는 어렵다고 할 것이고, 같은 이유로 S보험으로부터의 대출금 전액이 당연히 피고인의 위와 같은 배임행위로 인하여 취득한 이득액이라고 인정

할 수도 없다고 할 것이다.

그 밖에 이 사건에서 검사가 제출하는 피해 은행 여신거래 약정서, S보험 주식회사 대출 자료 등의 증거를 종합하여 보더라도, 피고인이 피해 은행에 대한 배임행위로 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률의 적용대상이 되는 50억 원 또는 적어도 5억 원 이상의 재산상 이익을 얻은 것이라고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할만한 증거가 없다.

#### 나. 배임죄에 대한 판단

그렇다면, 피고인을 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)죄로 처벌할 수는 없고, 피고인의 위와 같은 행위에 대하여는 단지 배임죄만이 성립할 수 있다고 할 것인데, 배임죄는 형법 제355조 제2항, 제1항에 의하여 그 법정형이 5년 이하의 징역 또는 1,500만 원 이하의 벌금으로 규정되어 있어, 구 형사소송법(2007. 12. 21. 법률 제8730호로 개정되기 전의 것) 제250조, 형법 제50조, 형사소송법 제249조 제1항 제4호에 의하여 공소시효가 5년에 해당하는 죄인바, 이 사건 공소는 S보험에 대한 1순위 근저당권설정일로부터 5년이 경과한 후인 2007. 12. 24. 제기되었음이 기록상 명백하므로, 이 사건 공소 제기 당시 배임죄에 대하여는 이미 공소시효가 완성된 것이다.

### 3. 결 론

따라서 이 사건 공소사실 중 배임의 점은 공소시효가 완성되었을 때에 해당하므로 형사소송법 제326조 제3호에 따라 면소의 판결을 선고한다.

재판장      판사      오준근 \_\_\_\_\_

                 판사      김현범 \_\_\_\_\_

                 판사      김진희 \_\_\_\_\_

#### [ 참고법령 ]

##### ▶ 특정경제범죄가중처벌등에관한법률

##### 제3조 (특정재산범죄의 가중처벌)

- ① 형법 제347조(사기)·제350조(공갈)·제351조(제347조 및 제350조의 상습범에 한한다)·제355조(횡령, 배임) 또는 제356조(업무상의 횡령과 배임)의 죄를 범한 자는 그 범죄행위로 인하여

취득하거나 제3자로 하여금 취득하게 한 재물 또는 재산상 이익의 가액(이하 이 조에서 "이득액"이라 한다)이 5억원 이상인 때에는 다음의 구분에 따라 가중처벌한다.

1. 이득액이 50억원 이상인 때에는 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다.
2. 이득액이 5억원 이상 50억원미만인 때에는 3년 이상의 유기징역에 처한다.

▶ 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.

제356조 (업무상의 횡령과 배임)

업무상의 임무에 위배하여 제355조의 죄를 범한 자는 10년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.

▶ 구 형사소송법(2007. 12. 21. 개정되기 전의 것)

제249조 (공소시효의 기간)

- ① 공소시효는 다음 기간의 경과로 완성한다.
2. 무기징역 또는 무기금고에 해당하는 범죄에는 10년
3. 장기10년이상의 징역 또는 금고에 해당하는 범죄에는 7년
4. 장기10년미만의 징역 또는 금고에 해당하는 범죄에는 5년