

## 사기{인정된죄명특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)}·배임

### ·부정수표단속법위반

[서울고등법원 2007. 10. 26. 2007노1530]



#### 【전문】

#### 【피 고 인】

【항 소 인】 피고인

【검 사】 강동원

【변 호 인】 변호사 오병주

【원심판결】 1. 서울중앙지방법원 2007. 6. 15. 선고 2006고합1310 판결 / 2. 수원지방법원 성남지원 2006. 2. 14. 선고 2005고단2331 판결

#### 【주 문】

원심판결을 모두 파기한다.

피고인을 징역 1년 6월에 처한다.

제2원심판결 선고전의 구금일수 1일을 위 형에 산입한다.

이 사건 공소사실 중 배임의 점은 무죄

#### 【이 유】1. 항소이유의 요지

가. 사실오인

피해자 공소외 1이 피고인이나 피고인이 운영하는 공소외 2 주식회사의 재무상태를 확인하고 대여한 것으로서 당시 피고인에게 변제의사 및 능력이 있었다.

나. 양형부당

이 사건의 여러 양형조건에 비추어 원심이 선고한 형량(제1원심 징역 2년, 제2원심 징역 10월)은 너무 무거워서 부당하다.

#### 2. 판단

가. 사실오인의 점

제1원심이 적절히 실시한 것처럼, 피고인이 피해자 공소외 1로부터 금 7억 원을 차용할 당시 피고인이 부담하고 있던 채무액, 공소외 2 주식회사의 재정상태, 피고인이 인수하여 운영한 ○○약국의 부도발생전까지의 매월 매출액 및 비용지출 현황, ○○약국의 부도 경위, 피고인이 피해자 공소외 1에게 말한 내용 등을 종합하면, 이 사건 사기 공소사실을 넉넉히 인정할 수 있다.

따라서 피고인의 이 부분 주장은 이유 없다.

나. 직권판단

#### (1) 사건 병합

직권으로 살피건대, 피고인에 대하여 위 각 원심판결들이 선고되었고 이 법원이 위 항소사건들을 병합하여 심리하기로 결정하였는바, 원심판결들의 각 죄는 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 형법 제38조 제1항에 의하여 단일한 선고형으로 처단하여야 할 것이므로, 이 점에서 피고인에 대한 원심판결들은 모두 파기를 면할 수 없다.

(2) 이 사건 공소사실 중 배임의 점에 대한 판단

(가) 이 사건 공소사실 중 배임 부분의 요지

피고인은 2004. 4. 1.경 성남시 분당구 서현동에 있는 세무사 공소외 3 사무실에서 피해자 공소외 1로부터 7억 원을 차용함에 있어 담보로 공소외 4 소유의 인천 중구 운서동 (지번 1 생략) 전 4,302㎡, 공소외 5 소유의 인천 중구 운서동 (지번 2 생략) 전 2,063㎡ 등 2필지의 토지에 대하여 채권최고액 3억 원의 근저당권을 피해자 명의로 설정하여 주기로 하였으며, 나아가 공소외 5에게 이미 2천만 원을 지급하고 그 소유 토지 및 그가 공소외 4로부터 매수하기로 한 토지에 피해자 명의의 근저당권을 설정하여 주기로 승낙받았을 뿐만 아니라, 공소외 5로 하여금 공소외 4와 그 소유 토지를 매수하는 내용의 계약을 체결하고 피해자 명의로 근저당권을 설정하여 주기로 승낙을 받게 한 다음, 같은 해 4. 2.경 서울 서초구 서초동에 있는 법무사 공소외 6 사무실에서 공소외 4, 5로 하여금 위 2필지 토지에 대하여 피해자 명의로 근저당권설정등기를 경료하는데 필요한 관련서류 일체를 작성하여 그 사무실에 보관토록 하였으므로, 이러한 경우 피고인으로서 피해자 명의로 근저당권설정등기를 경료하여 주어야 할 의무가 있음에도 불구하고 그 임무에 위배하여, 2004. 8. 11.경 안양시 만안구 안양7동에 있는 농업중앙회 안양덕천지점 사무실에서 피고인을 채무자로 하여 2억 3,000만 원을 차용함에 있어 공소외 4 소유 토지에 대하여 위 중앙회 명의로 근저당권설정등기를 경료하여 주어 피담보채권액 2억 3,000만 원 상당의 재산상 이익을 취득하고, 피해자에게 동액 상당의 손해를 가하였다.

(나) 판단

직권으로 살피본다.

일반적으로 배임죄가 성립하는 이중저당행위는 범행당사자가 처음에는 피해자 명의로 자기 또는 제3자 소유의 부동산에 저당권을 설정하여 줄 의사를 가지고 이에 기하여 금원을 차용하였다가 후에 피해자 명의의 저당권을 설정하는 대신 제3자 명의의 선순위 저당권을 설정하는 경우라고 할 것이다.

그런데, 이와 달리 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 사후행위라고 할 것으로서 사기범행에 대한 가벌적 평가에 포함되어 사기죄와 별도로 별죄를 구성하지 아니한다고 봄이 상당하다.

그러므로 살피건대, 원심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하면, 피고인은 처음부터 이 사건 각 토지에 관하여 피해자 명의의 근저당권을 설정하여 줄 의사가 없었음에도 불구하고 피해자에게 차용금에 대한 담보로 이 사건 각

토지에 관하여 피해자 명의의 근저당권을 설정하여 준다고 기망하고 이에 속은 피해자로부터 금 7억 원을 차용금 명목으로 교부받아 편취한 사실을 인정할 수 있고, 실제 유죄로 인정되는 이 사건 사기부분의 공소사실에는 피고인이 피해자에게 이 사건 각 토지에 대하여 피해자 명의로 근저당권을 설정하여 줄 의사가 없었음에도 이를 속이고 금원을 차용했다는 내용이 포함되어 있다.

따라서, 그 이후에 피고인이 이 사건 각 토지에 관하여 피해자 명의의 근저당권을 설정하여 주지 아니하고 농협중앙회로부터 금 2억 3천만 원을 차용하면서 농협중앙회 명의의 근저당권을 설정하였다고 하더라도 이러한 사정은 이미 완성된 피고인의 피해자에 대한 사기범행의 불가벌적 사후행위로서 별죄를 구성하지 아니한다고 할 것이다.

그럼에도 불구하고 원심이 이 부분에 관하여 사기죄와는 별도로 배임죄의 성립을 인정한 것은 배임죄에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 것이다.

### 3. 결론

그렇다면, 원심판결들에는 위에서 본 직권파기사유가 있으므로 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채, 형사소송법 제364조 제2항에 의하여 원심판결들을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

#### 【이 유】1. 항소이유의 요지

##### 가. 사실오인

피해자 공소외 1이 피고인이나 피고인이 운영하는 공소외 2 주식회사의 재무상태를 확인하고 대여한 것으로서 당시 피고인에게 변제의사 및 능력이 있었다.

##### 나. 양형부당

이 사건의 여러 양형조건에 비추어 원심이 선고한 형량(제1원심 징역 2년, 제2원심 징역 10월)은 너무 무거워서 부당하다.

### 2. 판단

##### 가. 사실오인의 점

제1원심이 적절히 설시한 것처럼, 피고인이 피해자 공소외 1로부터 금 7억 원을 차용할 당시 피고인이 부담하고 있던 채무액, 공소외 2 주식회사의 재정상태, 피고인이 인수하여 운영한 ○○약국의 부도발생전까지의 매월 매출액 및 비용지출 현황, ○○약국의 부도 경위, 피고인이 피해자 공소외 1에게 말한 내용 등을 종합하면, 이 사건 사기 공소사실을 넉넉히 인정할 수 있다.

따라서 피고인의 이 부분 주장은 이유 없다.

##### 나. 직권판단

#### (1) 사건 병합

직권으로 살피건대, 피고인에 대하여 위 각 원심판결들이 선고되었고 이 법원이 위 항소사건들을 병합하여 심리하기로 결정하였는바, 원심판결들의 각 죄는 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 형법 제38조 제1항에 의하여 단일

한 선고형으로 처단하여야 할 것이므로, 이 점에서 피고인에 대한 원심판결들은 모두 파기를 면할 수 없다.

(2) 이 사건 공소사실 중 배임의 점에 대한 판단

(가) 이 사건 공소사실 중 배임 부분의 요지

피고인은 2004. 4. 1.경 성남시 분당구 서현동에 있는 세무사 공소외 3 사무실에서 피해자 공소외 1로부터 7억 원을 차용함에 있어 담보로 공소외 4 소유의 인천 중구 운서동 (지번 1 생략) 전 4,302㎡, 공소외 5 소유의 인천 중구 운서동 (지번 2 생략) 전 2,063㎡ 등 2필지의 토지에 대하여 채권최고액 3억 원의 근저당권을 피해자 명의로 설정하여 주기로 하였으며, 나아가 공소외 5에게 이미 2천만 원을 지급하고 그 소유 토지 및 그가 공소외 4로부터 매수하기로 한 토지에 피해자 명의의 근저당권을 설정하여 주기로 승낙받았을 뿐만 아니라, 공소외 5로 하여금 공소외 4와 그 소유 토지를 매수하는 내용의 계약을 체결하고 피해자 명의로 근저당권을 설정하여 주기로 승낙을 받게 한 다음, 같은 해 4. 2.경 서울 서초구 서초동에 있는 법무사 공소외 6 사무실에서 공소외 4, 5로 하여금 위 2필지 토지에 대하여 피해자 명의로 근저당권설정등기를 경료하는데 필요한 관련서류 일체를 작성하여 그 사무실에 보관토록 하였으므로, 이러한 경우 피고인으로서 피해자 명의로 근저당권설정등기를 경료하여 주어야 할 의무가 있음에도 불구하고 그 임무에 위배하여, 2004. 8. 11.경 안양시 만안구 안양7동에 있는 농업중앙회 안양덕천지점 사무실에서 피고인을 채무자로 하여 2억 3,000만 원을 차용함에 있어 공소외 4 소유 토지에 대하여 위 중앙회 명의로 근저당권설정등기를 경료하여 주어 피담보채권액 2억 3,000만 원 상당의 재산상 이익을 취득하고, 피해자에게 동액 상당의 손해를 가하였다.

(나) 판단

직권으로 살펴본다.

일반적으로 배임죄가 성립하는 이중저당행위는 범행당사자가 처음에는 피해자 명의로 자기 또는 제3자 소유의 부동산에 저당권을 설정하여 줄 의사를 가지고 이에 기하여 금원을 차용하였다가 후에 피해자 명의의 저당권을 설정하는 대신 제3자 명의의 선순위 저당권을 설정하는 경우라고 할 것이다.

그런데, 이와 달리 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 사후행위라고 할 것으로서 사기범행에 대한 가벌적 평가에 포함되어 사기죄와 별도로 별죄를 구성하지 아니한다고 봄이 상당하다.

그러므로 살피건대, 원심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하면, 피고인은 처음부터 이 사건 각 토지에 관하여 피해자 명의의 근저당권을 설정하여 줄 의사가 없었음에도 불구하고 피해자에게 차용금에 대한 담보로 이 사건 각 토지에 관하여 피해자 명의의 근저당권을 설정하여 준다고 기망하고 이에 속은 피해자로부터 금 7억 원을 차용금 명목으로 교부받아 편취한 사실을 인정할 수 있고, 실제 유죄로 인정되는 이 사건 사기부분의 공소사실에는 피고인

이 피해자에게 이 사건 각 토지에 대하여 피해자 명의로 근저당권을 설정하여 줄 의사가 없었음에도 이를 속이고 금원을 차용했다는 내용이 포함되어 있다.

따라서, 그 이후에 피고인이 이 사건 각 토지에 관하여 피해자 명의의 근저당권을 설정하여 주지 아니하고 농협중앙회로부터 금 2억 3천만 원을 차용하면서 농협중앙회 명의의 근저당권을 설정하였다고 하더라도 이러한 사정은 이미 완성된 피고인의 피해자에 대한 사기범행의 불가벌적 사후행위로서 별죄를 구성하지 아니한다고 할 것이다.

그럼에도 불구하고 원심이 이 부분에 관하여 사기죄와는 별도로 배임죄의 성립을 인정한 것은 배임죄에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 것이다.

### 3. 결론

그렇다면, 원심판결들에는 위에서 본 직권파기사유가 있으므로 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채, 형사소송법 제364조 제2항에 의하여 원심판결들을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

#### 【이 유】1. 항소이유의 요지

##### 가. 사실오인

피해자 공소외 1이 피고인이나 피고인이 운영하는 공소외 2 주식회사의 재무상태를 확인하고 대여한 것으로서 당시 피고인에게 변제의사 및 능력이 있었다.

##### 나. 양형부당

이 사건의 여러 양형조건에 비추어 원심이 선고한 형량(제1원심 징역 2년, 제2원심 징역 10월)은 너무 무거워서 부당하다.

### 2. 판단

##### 가. 사실오인의 점

제1원심이 적절히 설시한 것처럼, 피고인이 피해자 공소외 1로부터 금 7억 원을 차용할 당시 피고인이 부담하고 있던 채무액, 공소외 2 주식회사의 재정상태, 피고인이 인수하여 운영한 ○○약국의 부도발생전까지의 매월 매출액 및 비용지출 현황, ○○약국의 부도 경위, 피고인이 피해자 공소외 1에게 말한 내용 등을 종합하면, 이 사건 사기 공소사실을 넉넉히 인정할 수 있다.

따라서 피고인의 이 부분 주장은 이유 없다.

##### 나. 직권판단

#### (1) 사건 병합

직권으로 살피건대, 피고인에 대하여 위 각 원심판결들이 선고되었고 이 법원이 위 항소사건들을 병합하여 심리하기로 결정하였는바, 원심판결들의 각 죄는 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 형법 제38조 제1항에 의하여 단일한 선고형으로 처단하여야 할 것이므로, 이 점에서 피고인에 대한 원심판결들은 모두 파기를 면할 수 없다.

(2) 이 사건 공소사실 중 배임의 점에 대한 판단

(가) 이 사건 공소사실 중 배임 부분의 요지

피고인은 2004. 4. 1.경 성남시 분당구 서현동에 있는 세무사 공소외 3 사무실에서 피해자 공소외 1로부터 7억 원을 차용함에 있어 담보로 공소외 4 소유의 인천 중구 운서동 (지번 1 생략) 전 4,302㎡, 공소외 5 소유의 인천 중구 운서동 (지번 2 생략) 전 2,063㎡ 등 2필지의 토지에 대하여 채권최고액 3억 원의 근저당권을 피해자 명의로 설정하여 주기로 하였으며, 나아가 공소외 5에게 이미 2천만 원을 지급하고 그 소유 토지 및 그가 공소외 4로부터 매수하기로 한 토지에 피해자 명의의 근저당권을 설정하여 주기로 승낙받았을 뿐만 아니라, 공소외 5로 하여금 공소외 4와 그 소유 토지를 매수하는 내용의 계약을 체결하고 피해자 명의로 근저당권을 설정하여 주기로 승낙을 받게 한 다음, 같은 해 4. 2.경 서울 서초구 서초동에 있는 법무사 공소외 6 사무실에서 공소외 4, 5로 하여금 위 2필지 토지에 대하여 피해자 명의로 근저당권설정등기를 경료하는데 필요한 관련서류 일체를 작성하여 그 사무실에 보관토록 하였으므로, 이러한 경우 피고인으로서 피해자 명의로 근저당권설정등기를 경료하여 주어야 할 의무가 있음에도 불구하고 그 임무에 위배하여, 2004. 8. 11.경 안양시 만안구 안양7동에 있는 농업중앙회 안양덕천지점 사무실에서 피고인을 채무자로 하여 2억 3,000만 원을 차용함에 있어 공소외 4 소유 토지에 대하여 위 중앙회 명의로 근저당권설정등기를 경료하여 주어 피담보채권액 2억 3,000만 원 상당의 재산상 이익을 취득하고, 피해자에게 동액 상당의 손해를 가하였다.

(나) 판단

직권으로 살펴본다.

일반적으로 배임죄가 성립하는 이중저당행위는 범행당사자가 처음에는 피해자 명의로 자기 또는 제3자 소유의 부동산에 저당권을 설정하여 줄 의사를 가지고 이에 기하여 금원을 차용하였다가 후에 피해자 명의의 저당권을 설정하는 대신 제3자 명의의 선순위 저당권을 설정하는 경우라고 할 것이다.

그런데, 이와 달리 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 사후행위라고 할 것으로서 사기범행에 대한 가벌적 평가에 포함되어 사기죄와 별도로 별죄를 구성하지 아니한다고 봄이 상당하다.

그러므로 살피건대, 원심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하면, 피고인은 처음부터 이 사건 각 토지에 관하여 피해자 명의의 근저당권을 설정하여 줄 의사가 없었음에도 불구하고 피해자에게 차용금에 대한 담보로 이 사건 각 토지에 관하여 피해자 명의의 근저당권을 설정하여 준다고 기망하고 이에 속은 피해자로부터 금 7억 원을 차용금 명목으로 교부받아 편취한 사실을 인정할 수 있고, 실제 유죄로 인정되는 이 사건 사기부분의 공소사실에는 피고인이 피해자에게 이 사건 각 토지에 대하여 피해자 명의로 근저당권을 설정하여 줄 의사가 없었음에도 이를 속이고

금원을 차용했다는 내용이 포함되어 있다.

따라서, 그 이후에 피고인이 이 사건 각 토지에 관하여 피해자 명의의 근저당권을 설정하여 주지 아니하고 농협중앙회로부터 금 2억 3천만 원을 차용하면서 농협중앙회 명의의 근저당권을 설정하였다고 하더라도 이러한 사정은 이미 완성된 피고인의 피해자에 대한 사기범행의 불가벌적 사후행위로서 별죄를 구성하지 아니한다고 할 것이다.

그럼에도 불구하고 원심이 이 부분에 관하여 사기죄와는 별도로 배임죄의 성립을 인정한 것은 배임죄에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 것이다.

### 3. 결론

그렇다면, 원심판결들에는 위에서 본 직권파기사유가 있으므로 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채, 형사소송법 제364조 제2항에 의하여 원심판결들을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

#### 【이 유】1. 항소이유의 요지

##### 가. 사실오인

피해자 공소외 1이 피고인이나 피고인이 운영하는 공소외 2 주식회사의 재무상태를 확인하고 대여한 것으로서 당시 피고인에게 변제의사 및 능력이 있었다.

##### 나. 양형부당

이 사건의 여러 양형조건에 비추어 원심이 선고한 형량(제1원심 징역 2년, 제2원심 징역 10월)은 너무 무거워서 부당하다.

### 2. 판단

##### 가. 사실오인의 점

제1원심이 적절히 실시한 것처럼, 피고인이 피해자 공소외 1로부터 금 7억 원을 차용할 당시 피고인이 부담하고 있던 채무액, 공소외 2 주식회사의 재정상태, 피고인이 인수하여 운영한 ○○약국의 부도발생전까지의 매월 매출액 및 비용지출 현황, ○○약국의 부도 경위, 피고인이 피해자 공소외 1에게 말한 내용 등을 종합하면, 이 사건 사기 공소사실을 넉넉히 인정할 수 있다.

따라서 피고인의 이 부분 주장은 이유 없다.

##### 나. 직권판단

#### (1) 사건 병합

직권으로 살피건대, 피고인에 대하여 위 각 원심판결들이 선고되었고 이 법원이 위 항소사건들을 병합하여 심리하기로 결정하였는바, 원심판결들의 각 죄는 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 형법 제38조 제1항에 의하여 단일한 선고형으로 처단하여야 할 것이므로, 이 점에서 피고인에 대한 원심판결들은 모두 파기를 면할 수 없다.

(2) 이 사건 공소사실 중 배임의 점에 대한 판단

(가) 이 사건 공소사실 중 배임 부분의 요지

피고인은 2004. 4. 1.경 성남시 분당구 서현동에 있는 세무사 공소외 3 사무실에서 피해자 공소외 1로부터 7억 원을 차용함에 있어 담보로 공소외 4 소유의 인천 중구 운서동 (지번 1 생략) 전 4,302㎡, 공소외 5 소유의 인천 중구 운서동 (지번 2 생략) 전 2,063㎡ 등 2필지의 토지에 대하여 채권최고액 3억 원의 근저당권을 피해자 명의로 설정하여 주기로 하였으며, 나아가 공소외 5에게 이미 2천만 원을 지급하고 그 소유 토지 및 그가 공소외 4로부터 매수하기로 한 토지에 피해자 명의의 근저당권을 설정하여 주기로 승낙받았을 뿐만 아니라, 공소외 5로 하여금 공소외 4와 그 소유 토지를 매수하는 내용의 계약을 체결하고 피해자 명의로 근저당권을 설정하여 주기로 승낙을 받게 한 다음, 같은 해 4. 2.경 서울 서초구 서초동에 있는 법무사 공소외 6 사무실에서 공소외 4, 5로 하여금 위 2필지 토지에 대하여 피해자 명의로 근저당권설정등기를 경료하는데 필요한 관련서류 일체를 작성하여 그 사무실에 보관토록 하였으므로, 이러한 경우 피고인으로서의 피해자 명의로 근저당권설정등기를 경료하여 주어야 할 의무가 있음에도 불구하고 그 임무에 위배하여, 2004. 8. 11.경 안양시 만안구 안양7동에 있는 농업중앙회 안양덕천지점 사무실에서 피고인을 채무자로 하여 2억 3,000만 원을 차용함에 있어 공소외 4 소유 토지에 대하여 위 중앙회 명의로 근저당권설정등기를 경료하여 주어 피담보채권액 2억 3,000만 원 상당의 재산상 이익을 취득하고, 피해자에게 동액 상당의 손해를 가하였다.

(나) 판단

직권으로 살펴본다.

일반적으로 배임죄가 성립하는 이중저당행위는 범행당사자가 처음에는 피해자 명의로 자기 또는 제3자 소유의 부동산에 저당권을 설정하여 줄 의사를 가지고 이에 기하여 금원을 차용하였다가 후에 피해자 명의의 저당권을 설정하는 대신 제3자 명의의 선순위 저당권을 설정하는 경우라고 할 것이다.

그런데, 이와 달리 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 사후행위라고 할 것으로서 사기범행에 대한 가벌적 평가에 포함되어 사기죄와 별도로 별죄를 구성하지 아니한다고 봄이 상당하다.

그러므로 살피건대, 원심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하면, 피고인은 처음부터 이 사건 각 토지에 관하여 피해자 명의의 근저당권을 설정하여 줄 의사가 없었음에도 불구하고 피해자에게 차용금에 대한 담보로 이 사건 각 토지에 관하여 피해자 명의의 근저당권을 설정하여 준다고 기망하고 이에 속은 피해자로부터 금 7억 원을 차용금 명목으로 교부받아 편취한 사실을 인정할 수 있고, 실제 유죄로 인정되는 이 사건 사기부분의 공소사실에는 피고인이 피해자에게 이 사건 각 토지에 대하여 피해자 명의로 근저당권을 설정하여 줄 의사가 없었음에도 이를 속이고 금원을 차용했다는 내용이 포함되어 있다.



따라서, 그 이후에 피고인이 이 사건 각 토지에 관하여 피해자 명의의 근저당권을 설정하여 주지 아니하고 농협중앙회로부터 금 2억 3천만 원을 차용하면서 농협중앙회 명의의 근저당권을 설정하였다고 하더라도 이러한 사정은 이미 완성된 피고인의 피해자에 대한 사기범행의 불가벌적 사후행위로서 별죄를 구성하지 아니한다고 할 것이다.

그럼에도 불구하고 원심이 이 부분에 관하여 사기죄와는 별도로 배임죄의 성립을 인정한 것은 배임죄에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 것이다.

### 3. 결론

그렇다면, 원심판결들에는 위에서 본 직권파기사유가 있으므로 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채, 형사소송법 제364조 제2항에 의하여 원심판결들을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

#### 【이 유】1. 항소이유의 요지

##### 가. 사실오인

피해자 공소외 1이 피고인이나 피고인이 운영하는 공소외 2 주식회사의 재무상태를 확인하고 대여한 것으로서 당시 피고인에게 변제의사 및 능력이 있었다.

##### 나. 양형부당

이 사건의 여러 양형조건에 비추어 원심이 선고한 형량(제1원심 징역 2년, 제2원심 징역 10월)은 너무 무거워서 부당하다.

### 2. 판단

##### 가. 사실오인의 점

제1원심이 적절히 설시한 것처럼, 피고인이 피해자 공소외 1로부터 금 7억 원을 차용할 당시 피고인이 부담하고 있던 채무액, 공소외 2 주식회사의 재정상태, 피고인이 인수하여 운영한 ○○약국의 부도발생전까지의 매월 매출액 및 비용지출 현황, ○○약국의 부도 경위, 피고인이 피해자 공소외 1에게 말한 내용 등을 종합하면, 이 사건 사기 공소사실을 넉넉히 인정할 수 있다.

따라서 피고인의 이 부분 주장은 이유 없다.

##### 나. 직권판단

#### (1) 사건 병합

직권으로 살피건대, 피고인에 대하여 위 각 원심판결들이 선고되었고 이 법원이 위 항소사건들을 병합하여 심리하기로 결정하였는바, 원심판결들의 각 죄는 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 형법 제38조 제1항에 의하여 단일한 선고형으로 처단하여야 할 것이므로, 이 점에서 피고인에 대한 원심판결들은 모두 파기를 면할 수 없다.

#### (2) 이 사건 공소사실 중 배임의 점에 대한 판단

(가) 이 사건 공소사실 중 배임 부분의 요지

피고인은 2004. 4. 1.경 성남시 분당구 서현동에 있는 세무사 공소외 3 사무실에서 피해자 공소외 1로부터 7억 원을 차용함에 있어 담보로 공소외 4 소유의 인천 중구 운서동 (지번 1 생략) 전 4,302㎡, 공소외 5 소유의 인천 중구 운서동 (지번 2 생략) 전 2,063㎡ 등 2필지의 토지에 대하여 채권최고액 3억 원의 근저당권을 피해자 명의로 설정하여 주기로 하였으며, 나아가 공소외 5에게 이미 2천만 원을 지급하고 그 소유 토지 및 그가 공소외 4로부터 매수하기로 한 토지에 피해자 명의의 근저당권을 설정하여 주기로 승낙받았을 뿐만 아니라, 공소외 5로 하여금 공소외 4와 그 소유 토지를 매수하는 내용의 계약을 체결하고 피해자 명의로 근저당권을 설정하여 주기로 승낙을 받게 한 다음, 같은 해 4. 2.경 서울 서초구 서초동에 있는 법무사 공소외 6 사무실에서 공소외 4, 5로 하여금 위 2필지 토지에 대하여 피해자 명의로 근저당권설정등기를 경료하는데 필요한 관련서류 일체를 작성하여 그 사무실에 보관토록 하였으므로, 이러한 경우 피고인으로서의 피해자 명의로 근저당권설정등기를 경료하여 주어야 할 의무가 있음에도 불구하고 그 임무에 위배하여, 2004. 8. 11.경 안양시 만안구 안양7동에 있는 농업중앙회 안양덕천지점 사무실에서 피고인을 채무자로 하여 2억 3,000만 원을 차용함에 있어 공소외 4 소유 토지에 대하여 위 중앙회 명의로 근저당권설정등기를 경료하여 주어 피담보채권액 2억 3,000만 원 상당의 재산상 이익을 취득하고, 피해자에게 동액 상당의 손해를 가하였다.

(나) 판단

직권으로 살펴본다.

일반적으로 배임죄가 성립하는 이중저당행위는 범행당사자가 처음에는 피해자 명의로 자기 또는 제3자 소유의 부동산에 저당권을 설정하여 줄 의사를 가지고 이에 기하여 금원을 차용하였다가 후에 피해자 명의의 저당권을 설정하는 대신 제3자 명의의 선순위 저당권을 설정하는 경우라고 할 것이다.

그런데, 이와 달리 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 사후행위라고 할 것으로서 사기범행에 대한 가벌적 평가에 포함되어 사기죄와 별도로 별죄를 구성하지 아니한다고 봄이 상당하다.

그러므로 살피건대, 원심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하면, 피고인은 처음부터 이 사건 각 토지에 관하여 피해자 명의의 근저당권을 설정하여 줄 의사가 없었음에도 불구하고 피해자에게 차용금에 대한 담보로 이 사건 각 토지에 관하여 피해자 명의의 근저당권을 설정하여 준다고 기망하고 이에 속은 피해자로부터 금 7억 원을 차용금 명목으로 교부받아 편취한 사실을 인정할 수 있고, 실제 유죄로 인정되는 이 사건 사기부분의 공소사실에는 피고인이 피해자에게 이 사건 각 토지에 대하여 피해자 명의로 근저당권을 설정하여 줄 의사가 없었음에도 이를 속이고 금원을 차용했다는 내용이 포함되어 있다.

따라서, 그 이후에 피고인이 이 사건 각 토지에 관하여 피해자 명의의 근저당권을 설정하여 주지 아니하고 농협중앙회로부터 금 2억 3천만 원을 차용하면서 농협중앙회 명의의 근저당권을 설정하였다고 하더라도 이러한 사정은 이미 완성된 피고인의 피해자에 대한 사기범행의 불가벌적 사후행위로서 별죄를 구성하지 아니한다고 할 것이다.

그럼에도 불구하고 원심이 이 부분에 관하여 사기죄와는 별도로 배임죄의 성립을 인정한 것은 배임죄에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 것이다.

### 3. 결론

그렇다면, 원심판결들에는 위에서 본 직권파기사유가 있으므로 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채, 형사소송법 제364조 제2항에 의하여 원심판결들을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.