형법상 부동산 범죄의 행위유형에 관한 고찰

정 신 교*

목 차

Ⅰ. 서 론
Ⅱ. 부동산 침탈
1. 의 의
2. 부동산 절도
Ⅲ. 부동산 거래사기
1. 의 의
2. 부동산 거래사기의 유형
Ⅳ. 부동산의 이중매매와 이중저당
1. 의 의
2. 사기죄의 성립가능성
Ⅴ. 부동산의 명의신탁
1. 서 론
2. 양자간 명의신탁
3. 3자간 등기명의신탁
4. 계약명의신탁
Ⅵ. 부동산의 양도담보
1. 개 념
2. 부동산양도담보권자의 형사책임
3. 양도담보제공자의 형사책임
Ⅶ. 결 론

Ⅰ. 서 론

부동산 범죄란 부동산에 대한 권리의 설정·이전 등에 있어서 행하여지는 부정행위와 부동산에 대한 타인의 권리를 침해하는 행위 등을 말한다. 부동산 범죄는 그 범위가 매우 포괄적인 개념인데 그 전체를 체계화하기는 매우 어렵다.[1] 부동산 관련범죄의 특징은 관련된 사람이 다수이며, 그 피해액이 거액이며, 행위수법이 지능적이다는 것이다. 그러나 부동산은 사적 거래의 형식을 취하기 때문에 범죄와 비범죄의 한계영역 설정이 곤란한 경우가 많으므로 형벌에 의한 재산권의 보호는

* 법학박사, 건국대학교 법학연구소 전임연구원

1) 부동산에 관한 특별형벌법규 위반과 형법상 위반행위는 사기·횡령·배임죄, 부동산 침탈죄로 나누어볼 수 있다.

합리적인 범위에 걸쳐져야 한다. 그러므로 민사상의 분쟁을 형벌로 다스리는 것에 대해서는 신중할 필요성이 제기된다.[2)]

부동산 형사범은 공시제도로서의 등기와 관련하여 그 행위태양에 있어서 특수성이 발견된다. 형법상 부동산 범죄의 행위유형은 부동산의 이중매매와 이중저당행위, 명의신탁과 양도담보에 있어서의 불법처분, 부동산 거래에 관련된 사기와 부동산 침탈로 나누어 고찰하고자 한다.

Ⅱ. 부동산 침탈

1. 의 의

부동산 가치의 증대로 인한 부동산투기에 수반하여 부동산을 불법으로 점거하는 사례가 빈발하고 있다. 즉, 타인의 건물에 침입한다든지 타인의 토지에 함부로 들어간다든지, 타인소유의 공터에 원자재를 함부로 야적한다든지 하는 경우를 자주 목격할 수 있다. 이러한 경우 형벌에 의한 재산권의 보호는 과도한 형벌권의 남용이 될 수도 있다는 반론이 제기될 수 있다.[3)] 현행 형법은 부동산 절도에 대해 일본형법과는 달리 입법적으로 명문의 규정이 없기 때문에 인정 여부에 대한 논의가 있다.[4)]

---

2) 권위주의적 사회에서 허용사회로 변천함에 따라 범죄의 '비범죄화'가 세계적인 추세이다. 藤本哲也, 犯罪學講義, 八千代出版, 1985, 240면; Sanford H. Kadish, "The crisis of overcriminalization", *Annals of the American Academy of Political and social Science*, 374, 1967, 158-169면.

3) 일반적으로 형벌권의 행사는 필요・최소한에 그쳐야 한다는 원칙으로부터 부동산의 형벌에 대한 보호는 타당성과 필요성이 없다는 것이다. 田宮 裕, 團藤編 註釋刑法(6) 各則(4), 有斐閣, 1981, 72면.

4) 日本刑法 §235의 2,「不動産侵奪罪 "他人 不動産 侵奪 者 十年"以下 懲役 處」

2. 부동산 절도

가. 의 의

부동산이 사기죄나 공갈죄, 횡령죄의 객체로 될 수 있다는 데에는 이론이 없다. 그러나 강도죄나 절도죄의 객체가 되는가에 대해서는 논의가 있다. 부동산은 재물임에는 틀림없으나 부동산이 절취나 강취의 대상이 될 수 있는가의 문제는 구성요건적 행위개념으로부터 오는 반사적 제한에 불과한 것이고 '재물' 개념 그 자체의 문제는 아니다. 또한 민법 제99조 제1항은 "토지 및 정착물은 부동산이다."라고 규정하고 있지만 정착물이라 하더라도 농작물,[5] 축목,[6] 입목[7] 등의 취거는 그것이 즉시 동산화되기 때문에 부동산 절도의 문제는 발생하지 않는다.

나. 부동산 절도의 성립 여부

적극설[8]은 침해행위는 재물에 대한 지배의 이전에 있지만, 반드시 장소적 이전을 필요로 하는 것이 아니기 때문에 절도죄의 객체를 동산에 한정할 합리적인 이유가 없다는 것이다. 소극설[9]은 절취라는 개념은 재물의 장소적 이전을 요한다는 것이므로 부동산은 점유를 침탈당해도 소재 자체가 변경되는 것이 아니고 그 불법점유가 외부로 나타나기

5) 대판 1982. 2. 23. 81도2371.

6) 대판 1983. 6. 28. 83도1132.

7) 대판 1975. 9. 23. 74도1804.

8) 김종원, 「형법각론」, 법문사, 1971, 181면; 정성근・박광민, 삼지원, 2002, 325면; 황산덕, 「형법각론」, 방문사, 1983, 276면; 임웅, 「형법각론」, 법문사, 2003, 250면; 오영근, "재산죄의 체계에 대한 한독 형법의 비교연구", 「형사법연구」 제11호, 1999, 201면.

9) 김일수・서보학, 「형법각론」, 박영사, 2004, 237면; 박상기, 「형법각론」, 박영사, 2004, 229면; 배종대, 「형법각론」, 홍문사, 2004, 64/15; 이재상, 「형법각론」, 박영사, 2005, 16/17; 진계호, 「형법각론」, 대왕사, 2000, 253면; 이정원, 「형법각론」, 법지사, 2000, 279면; 이형국, 「형법각론」, 법문사, 1997, 386면; 손동권, 「형법각론」, 율곡출판사, 2005, 268면.

때문에 범인을 곧 알 수 있고 피해자는 침해자를 상대로 민사소송절차에 의하여 점유회복과 손해배상을 구함으로써 권리회복이 가능하기 때문에 부동산 절도를 부정한다.

생각건대 적극설과 소극설의 대립은 재물의 장소적 이전성의 여부에 있다. 우리 형법은 부동산강제집행효용침해죄(형법 제140조의 2)를 두고 있으므로 소극설이 더욱 타당하다. 왜냐하면 동법의 입법취지는 부동산 침탈행위에 대해 바로 부동산 절도를 인정할 것이 아니라 그 침탈행위에 대해 먼저 민사절차를 거친 이후에 다시 침탈하는 행위만을 처벌하기 때문이다.[10]

Ⅲ. 부동산 거래사기

1. 의 의

부동산 거래사기는 부동산의 매매・임대차・담보제공 등을 통하여 상대방을 기망하여 대금・보증금・차용금 등을 편취하는 경우와 부동산 그 자체의 소유권을 편취하는 경우로 나누어 볼 수 있다.[11] 부동산의 편취는 기망수단을 사용하여 부동산의 점유나 소유명의를 영득하는 경우로서, 기망의 태양과 기수시기 등이 문제되고 피기망자와 피해자가 다른 삼각사기 등이 고찰되어야 한다. 또한 사기피해자가 민사법상 궁극적으로 유효한 권리를 취득할 수 있다든지, 상당한 대가를 교부받았다든지 하는 경우에도 사기죄가 성립할 수 있는가 역시 문제된다.

---

10) 손동권, 「형법각론」, 268면; 법무부, 「형법개정법률안 제안이유서」, 1992. 276면 이하.

11) 福田平, 「不動産ヒ詐欺」, 不動産法大係 VI, 青林書院新社, 1975, 502면.

2. 부동산 거래사기의 유형

가. 부동산 대금 등의 편취

부동산을 편취하고자 하는 상대방은 당연히 그 부동산에 대해 유효한 권리를 취득함을 목적으로 거래에 응하는 것이므로, 매도인이 소유권자인가 하는 것은 거래상 중요한 사항이다. 처분권한이 없는 자가 처분권한이 있는 듯이 상대방을 기망하여 거래에 응하게 하고 대금・임차보증금 등의 명목으로 금전을 교부받으면 사기취재죄를 구성한다.

(1) 권리자인 외관을 이용

타인소유 부동산에 대해 자기가 등기부동산의 소유자로 표시되어 있는 경우란 (i) 미등기건물에 대해 부정수단으로 자기명의의 소유권보존등기를 하는 것과 같이 그 자체로써 이미 사문서위조・동행사죄, 공정증서원본 부실기재죄 등의 범죄행위가 되는 경우와 (ii) 등기원인이 된 법률행위가 무효・취소・해제로 효력을 상실하였지만[12] 이미 경료된 소유권이전등기의 명의를 그대로 방치하고 있는 경우 등일 것이다. 이때 자기가 소유권자라고 오신시키기 위해 적극적 기망수단을 사용한 이상 거래상 허용되는 범위를 일탈한 위법한 기망행위로 인정된다.[13]

(2) 타인 부동산의 매각

타인의 부동산을 매각의 대상으로 하는 것은 타인의 부동산을 자기소유라고 속여 매각하는 것과는 달리 정당한 거래행위로서 민법 제569조에 따라 타인으로부터 목적물을 취득하여 이전해 줄 채무를 지게 될 뿐이다. 문제는 매도인이 매수인에게 소유권을 이전해 주는 것이 불가능한데도

12) 현행민법은 유인성설의 입장에서 이러한 경우 등기 없이 물권이 복귀한다. 곽윤직, 「물권법」, 박영사, 2005, 136면.

13) 藤木英雄, 「經濟引取と犯罪」, 有斐閣, 1965, 88면.

불구하고 매수인으로부터 계약금 등을 이미 교부받은 경우이다. 이 경우 처음부터 목적부동산을 이전해 주는 것이 불가능함에도 불구하고 가능한 듯이 매수인을 속여 계약금을 받았을 경우에는 사기죄가 성립한다.[14]

판례는 등기부상의 소유자 갑으로부터 대지에 관해 매매계약을 체결한 자가 소유권이전등기를 하지 않은 채 전매사실을 숨기고 갑의 명의로 위장하여 을에게 그 대지를 매각하고 대금을 수령했다고 하더라도 그 이행에 아무런 영향이 없으면 을이 이러한 사실을 알았더라도 매매계약을 체결하지 아니하였으리라고는 인정되지 않으므로 사기죄를 구성하지 않는다고 한다.[15]

(3) 부작위에 의한 기망

부동산 거래에서 민법상의 대원칙인 신의성실의 원칙을 따라야 하기 때문에 부작위에 의한 사기에 있어서의 고지의무는 일반거래의 경험칙상 상대방이 사실을 알았더라면 당해 법률행위를 하지 않았으리라는 것이 명백한 경우에 신의칙에 비추어 인정되는 것이라야 한다.[16] 부작위에 의한 기망이 성립하려면 상대방의 착오를 방지해야 할 보증인 지위와 그로부터 나오는 작위의무, 즉 고지의무가 있어야 한다. 학설과 판례는 신의성실의 원칙을 보증인 지위의 발생근거로 인정하여 부작위에 의한 기망을 인정하고 있다.[17] 예컨대 부동산 거래를 하면서 목적물의 하자나 담보권 설정을 알리지 않은 행위 등은 상대방이 착오에 빠지지 않도록 진실을 알려야 할 의무에 해당한다고 한다.

---

14) 福田平, 앞의 책, 505면.
15) 대판 1985. 5. 14. 84도2751.
16) 대판 1983. 9. 13. 83도823.
17) 박상기, 「형법각론」, 311면; 이재상, 「형법각론」, 330; 대판 2004. 5. 27. 2003도4531.

(4) 등기부상 공시된 사실의 불고지

부동산 거래에 있어서 상대방은 계약에 앞서 등기부를 열람하여 하자의 유무를 확인해 보는 것이 보통이고, 또한 누구든지 등기부를 열람하면 하자를 쉽게 확인할 수 있다. 그런데 매수인이 미처 등기부를 확인하지 못한 채 계약을 체결하여 대금 등을 수령한 매도인을 처벌할 수 있을 것이다. 따라서 등기내용과 거래목적, 기타 계약 당시의 구체적 상황으로 보아 매도인에게 기망의 의사가 있다고 일반적으로 인정되는 경우는 등기된 사실도 고지의무가 있다.[18] 예컨대 등기내용, 거래목적, 기타 계약 당시의 구체적 상황으로 보아 상대방이 진실을 알았다면 재물을 교부하지 않았을 중요한 사항에 관한 불고지라고 인정되는 경우에는 기망행위라고 인정된다.[19]

나. 부동산의 편취

(1) 태 양

부동산 자체의 편취에 있어서의 기망은 주로 매매 등과 관련하여 매수인의 책략이 어느 정도에 이르면 기망이라 할 것인지 문제된다. 상당한 대가를 지불하고 매수했다면 약간의 책략을 사용했더라도, 매도인에게 현실적으로 손해가 발생하지 않고 거래관습상 허용되는 경우가 많으므로 이러한 경우 형벌권이 개입할 것은 아니다. 예컨대 고속철도건설 등의 정보를 사전에 입수하여 토지를 싼값에 취득하는 것은 토지소유자에게 그와 같은 정보를 고지할 의무가 없다는 점에서 기망이라 할 수 없다.[20]

(2) 불법한 등기명의의 취득

사기죄는 피기망자와 피해자가 반드시 일치할 필요가 없으나 피기망

18) 이재상, 『형법각론』, 337면.
19) 강구진, 『형법각론』, 319면.
20) 福田平, 앞의 책, 514면.

자가 목적부동산을 처분할 지위나 권한을 갖지 않는 한 착오에 의한 교부, 즉 인과관계가 없어 사기죄는 성립할 수 없다. 예컨대 매도증서·위임장·인감증명 등을 등기공무원에게 제출하여 타인소유의 부동산에 관한 소유권이전등기를 경료하여도 등기공무원은 목적부동산에 대해 처분권한이 없으므로, 사기죄는 성립하지 않는다.[21] 등기공무원은 실질적 심사권이 없어 형식적 심사에 그치기 때문이다.

(3) 소송사기

삼기사기의 전형적인 예인 소송사기는 사기죄에 해당한다. 즉, 법원에 대해 허위의 등기를 제출하여 법원을 기망하고 승소판결을 받아 이에 기하여 타인의 부동산에 관한 소유권이전등기를 경료하면 사기죄를 구성한다.[22] 소송사기라 하더라도 피기망자인 법원의 판결은 피해자의 처분행위에 갈음하는 내용과 효력이 있는 것이라야 한다. 따라서 타인소유의 토지에 관하여 아무런 이해관계 없는 자를 피고로 소유권확인 등 청구소송을 제기함으로써 법원을 기망하여 승소판결을 받고 그 확인판결에 기해 동 토지에 대한 소유권이전등기를 경료하였더라도 그 판결의 효력이 소송당사자들 사이에만 미치고 제3자인 토지소유자에게는 미치지 아니하여 동 판결로 위 토지에 대한 소유권이 제소자에게 미치지 않으므로 사기죄를 구성하지 않으며[23] 목적부동산의 각 등기명의자를 상대로 소유권 보존등기·이전등기의 말소를 구하는 소송을 제기한 경우 그 소송에서 패소하였다고 하여도 각 등기가 말소될 뿐이고 제소자에게 그 부동산에 대한 어떤 권리가 회복·취득되거나 의무를 면하는 것이 아니므로 법원을 기망하여 재물이나 재산상 이익을 편취한 것이라 볼 수 없고 그와 같은 제소는 실행의 착수로 볼 수 없다.[24]

---

21) 대판 1982. 2. 9. 81도944; 대판 1981. 7. 28, 81도529.
22) 대판 1963. 6. 27. 67도723.
23) 대판 1986. 10. 28. 84도2386.

다. 재산상 손해

사기죄의 성립에 재산상 손해를 요하는지 여부가 문제된다. 긍정설은 사기죄가 성립하기 위해서는 기망당한 자의 재산처분행위로 자기 또는 제3자에게 현실적인 손해가 발생해야 한다는 견해이다.[25] 제한긍정설은 사기취재죄의 경우에는 손해발생을 요하지 않지만 사기이득죄의 경우에는 요한다는 견해이다.[26] 그리고 부정설은 기망을 원인으로 재물 또는 재산상 이익을 제공하였으면 사기죄가 성립하고 피해자에게 현실적으로 손해가 발생할 것을 요하지 않는다는 견해이다.[27] 판례는 거래의 진실성을 재산권과 동일한 보호법익으로 간주함으로써 상당한 대가가 지급되거나 피해자의 전체 재산에 손해가 없는 경우의 기망도 사기죄의 대상이 된다고 봄으로써 부정설을 취하고 있다.[28]

Ⅳ. 부동산의 이중매매와 이중저당

1. 의 의

이중매매는 부동산의 매도인이 제1매수인에게 매매계약을 체결한

---

24) 대판 1983. 10. 25. 83도1566; 대판 1981. 12. 8, 81도1451.

25) 강구진, 「형법각론」, 박영사, 1983, 326면; 김일수・서보학, 「형법각론」, 432면; 김종원, 「형법각론」, 172면; 손동권, 「형법각론」, 22/49; 임웅, 「형법각론」, 357면; 이재상, 「형법각론」, 18/37; 이형국, 「형법각론」, 456면.

26) 황산덕, 「형법각론」, 방문사, 1989, 303면; 진계호, 「형법각론」, 324면; 정성근・박광민, 「형법각론」, 456면.

27) 오영근, 「형법각론」, 박영사, 2005, 19/47; 백형구, 「형법각론」, 청림출판, 1999, 180면; 정영석, 「형법각론」, 법문사, 1983, 355면.

28) 대판 2004. 4. 9. 2003도7828; 대판 2002. 2. 5. 2001도5789; 대판 1984. 12. 26. 84도1936; 대판 1982. 6. 22. 82도777.

후 소유권이전등기를 경료해 주지 않은 상태에서 제2매수인에게 매도하고 그의 이름으로 소유권이전등기를 경료해 준 경우를 말한다. 이중저당은 채무자가 담보로 제1채권자에게 1번 저당권 설정을 약속하였으나 아직 등기가 경료되지 않은 상태에서 제2의 채권자에게 저당권 설정등기를 경료해 준 경우를 말한다.

2. 사기죄의 성립가능성

가. 이중매매의 경우

매도인이 목적부동산을 제1매수인에게 양도하고 중도금까지 받은 상태에서 이를 제2매도인에게 매도하고 소유권이전등기까지 경료하게 되면 배임죄가 성립한다. 문제는 위와 같은 경우 제2매수인에게 이중매매 사실을 고지하지 아니하고 매도하여 대금을 수령한 것이 사기죄로 성립되는가의 문제이다.

(1) 학설의 대립

긍정설은 매도인이 제2매수인에게 부동산이 제1매수인에게 양도되어 소유권이전등기를 함으로써 소유권을 취득할 위험이 있다는 사실을 불고지하고, 문제없는 부동산인 듯이 오신시켜 매각하여 대금을 영득하면 사기죄를 구성한다고 한다.[29] 그 근거는 사기죄는 피기망자와 피해자가 동일인임을 요하지 않으며, 제2매수인이 완전한 권리를 취득할 수 있다고 하더라도 등기부상의 소유명의인인 매도인이 진실한 권리자가 아니라는 것을 미리 알았다면 자신의 권리가 민사상 보호된다고 하더라도 매매계약을 체결하지 않았을 것이 통례일 것이다. 통상 매도인의 불고지는 사회통념상 신의칙에 위반한 것으로서 사기죄를 구성한다는

29) 이건호, 『형법각론』, 일신사, 1975, 548면.

견해이다.

부정설은 부동산물권변동에 관해 형식주의를 취하는 현행 민법하에서는 등기 없이는 제1매수인의 권리는 채권적 효력밖에는 없고, 제2매수인이 유효하게 소유권을 취득한 이상 매도인에게는 이중매매인 사실을 고지할 신의칙상의 의무가 없어 기망행위가 없다는 견해와 이중매매에 있어 매도인이 후매수인에게 소유권이전등기를 마친 경우, 어떤 손해가 있을 수 없으니 사기죄가 성립하지 않는다는 견해이다. 판례의 태도이다.[30]

(2) 소 결

사기죄의 성립에 피기망자와 피해자가 동일인임을 불요함은 사실이나, 피기망자는 피해자의 재산을 처분할 수 있는 지위에 있어야만 인과관계가 인정되는 것이므로 이중매매에는 타당하지 않다. 따라서 사기죄의 성부는 고지의무가 있는지 여부에 따라 결정되어야 한다. 현행민법은 형식주의를 취하고 있기 때문에 소유권이전등기가 경료되지 않은 이상 매도인은 여전히 소유권자이고, 처분권한이 없다든지 물권적 제한을 받는 것이 아니므로 가벌성은 상대적으로 약화되었다고 볼 수 있다. 즉, 매도인으로서는 채권관계에 지나지 않는 제1매수인과의 관계를 굳이 제2매수인에게 알려야 할 신의칙상 고지의무가 있다고 할 수 없을 뿐만 아니라, 제2매수인과의 계약내용에 따라 소유이전등기를 경료하여 준 이상 기망행위가 없다 할 것이다.

나. 이중저당의 경우

이중저당, 즉 채무자가 이미 제1채권자와 제1순위의 저당권설정계약을 맺었음에도 불구하고 제2채권자에게 이 사실을 고지하지 않은 상태에

30) 대판 1991. 12. 24. 91도2698.

서 그로부터 금원을 차용하고 저당권설정계약과 함께 등기까지 경료하여 1순위의 저당권을 설정하여 준 행위가 사기죄를 구성하는지에 대해서는 논의가 있다.[31]

(1) 학설의 대립

적극설의 경우 선순위 저당권계약이 있었다는 것을 알지 못한 제2채권자에게 이를 묵비하여 기망하고 그로부터 금원을 차용한 것은 사기죄를 구성한다고 하였다.[32] 그 근거는 사기죄는 피기망자와 재산상의 피해자는 반드시 동일인임을 요하지 않는다는 것이다. 그러나 물권변동에 관한 형식주의를 취하는 현행 민법은 제1채권자가 저당권 설정등기를 경료하기 전에는 아직 저당권을 취득하는 것이 아니고 채권적 청구권으로서의 등기청구권만 가진 상태이며, 또한 저당권은 순위만 달리하여 얼마든지 복수로 설정할 수 있으므로 채무자가 제1채권자와의 관계를 제2채무자에게 고지해야 할 신의칙상의 의무가 있는 것이라고 볼 수는 없고 나아가 제2채권자가 결국 유효하게 1순위저당권을 취득한 이상 사기죄는 성립하지 않는다고 보는 것이다 통설과 판례의 태도이다.[33]

다. 횡령죄의 성립가능성

물권변동에 관하여 의사주의를 취하여 등기를 부동산물권변동의 대항요건으로 하였던 구민법하에서는 이중처분자에게 횡령죄를 인정하는 것이 통설과 판례의 태도였다.[34] 왜냐하면 의사주의에 의하면 계약체결과 금원수수로서 정당한 물권이 제1의 채권자 또는 매수인에게 인정되기

31) 이는 채권자의 행위에 대한 형법적 평가에 있어서 제1채권자와의 관계를 중시하여 배임죄를 인정할 것인지, 아니면 제2채권자와의 관계를 중시하여 사기죄를 인정할 것인지의 문제이다.

32) 이건호, 「형법각론」, 348면.

33) 대판 1971. 12. 21. 71도1480.

34) 대판 1961. 11. 23. 4294형상586.

때문이다. 그러나 물권변동의 형식주의와 성립요건주의를 취하는 신민법에서는 부동산에 대한 등기이전이 없는 이상 등기명의자인 채권자 또는 매도인이 여전히 실질적인 물권자로 인정된다.[35] 의사주의를 관철하면 소유권의 이전은 인정할 수 있지만 횡령죄의 성립은 부정된다. 그 근거는 횡령죄의 성립은 그 주체가 '타인의' 재물을 보관하는 지위에 있는 자이어야 한다. 타인의 재물이란 민법상의 소유권 개념과 일치하는 것이 아니며, 이와 같은 경우는 선매수인의 소유권이 명목적 존재에 불과하여 형법상 아직 손해의 객체로서의 '타인의' 재물에 해당하지 않거나 대금지불이 있기까지는 동시이행의 항변권으로서 등기협력을 거부할 수 있는 만큼 횡령죄가 예정하는 위탁신임과계가 존재하지 않기 때문이라고 하였다.[36]

라. 배임죄의 성립가능성

(1) 이중매매

(가) 타인의 사무

부동산의 이중매매가 배임죄가 성립하기 위해서는 매도인이 '타인의 사무를 처리하는 자'의 지위를 가져야 한다. 문제는 (i) 그 사무처리의 내용은 무엇이고 (ii) 사무처리자가 되는 시점이 언제인가이다.

(나) 이중매도인의 지위

이중매매라도 매도인이 제1매수인으로부터 계약금만 교부받은 상태에서 타인에게 매도한 경우 배임죄는 성립하지 않는다. 매도인은 계약금의 배액을 반환하고 계약을 해제할 수 있음이 예정되어 있기 때문에 이 단계에서는 그 목적물에 관한 재산상의 사무는 아직 자기의 사무이고

35) 이 경우 이중처분의 채권자 또는 매도인은 타인의 재물을 보관하는 자가 아니기 때문에 그에게 횡령죄가 성립할 여지는 없게 된다. 단지 배임죄의 성립 여부가 문제된다.

36) 山火正則, 「2重賣買と橫領」, 有斐閣, 1977, 249면.

타인의 사무는 아니기 때문이다.[37] 부동산매매는 등기의무자인 매도인은 자기사무의 성질을 갖는다. 반면 매수인은 등기의무자인 매도인이 등기에 협력하지 않으면 소유권 취득이 불가능하다. 그러므로 매도인에게는 매수인의 소유권이전등기에 필요한 등기협력의무가 있다.

(다) 등기협력의무의 발생시기

매매는 사법인 민법영역에 속하는 문제인데, 민법에서는 사적 자치의 원칙이 지배한다. 따라서 거래는 당사자의 합의에 기초한 계약이 기준이 된다. 그런데 부동산매매는 보통 3단계를 거쳐 이행되도록 계약서에 명시된다. 즉, 계약금・중도금・잔금의 절차가 곧 그것이다. 이것은 부동산 거래의 일반적 관행이다. 거래단계별로 나누어 평가하면 계약금만 교부받은 경우는 매도인으로서는 계약금의 배액을 지급하고 1차 매매계약을 해제할 수 있다. 따라서 이 단계에서는 부동산매매의 채권계약에 기하여 매도인이 목적물의 소유권을 이전할 의무를 부담하는 데 그치고 그 목적물에 관한 사무는 아직 자기의 사무이므로 이중매매를 하더라도 배임죄는 성립하지 않는다. 중도금이 수령된 단계에서는 견해의 대립이 있다. 다수설과 판례는 배임죄의 성립을 긍정한다. 중도금의 수령 이후에는 매도인이 매매계약을 해제할 수 있는 법적 장치가 마련되어 있지 않은 것은 중도금이 이미 지급된 단계에서는 매도인은 상대방에게 등기이전에 협력하여야 할 의무가 있다는 것이다. 반면 소수설은 중도금이 지급된 단계에서는 매도인의 등기협력의무와 매수인의 잔금지급의무는 동시이행 관계에 있으므로 매도인에게 법적 성실의무가 발생한다고 보기 어렵다는 이유로 배임죄의 성립을 부정한다.[38] 생각건대 중도금의 지급완료시 매도인의 등기이전의무에 협력할 의무가 있다고 보아야 한다. 이러한 의무는 형법상 배임죄의 주체가 되는 타인의 사무를 처리하

37) 대판 1984. 5. 15. 84도315; 대판 1980. 5. 27, 80도290.

38) 김종원, 「형법각론」, 238면; 강구진, "이중매매의 형사책임에 관한 약관의 고찰", 「법조」 제15권, 1966, 제6호, 29면.

는 자로서의 의무로 보아야 한다.

(라) 악의 있는 후매수인의 책임

후매수인이 악의가 있는 경우 즉 매도인을 교사하거나 공모하여 매수한 경우에는 배임죄의 공범이 된다.[39] 처음부터 선매수자를 기망할 의사로 후매수자와 공모한 경우, 즉 매도인이 악의가 있는 경우는 사기죄의 공동정범이 된다.[40] 그러나 매도인이 후매자와 상관없이 등기이전의 의사가 없었던 경우는 그에 대한 배임죄만 문제될 뿐이다. 즉, 배임죄는 순이득죄이기 때문에 외관상의 행위객체가 부동산과 같은 재물이라 하더라도 그에 의하여 취득한 것은 장물이 될 수 없다.

(2) 이중저당

채무자는 제1의 채권자에 대하여 제1번 저당권의 설정등기에 협력하여야 할 의무를 위배하였다. 이 경우의 저당권 설정등기의 경료에 협력하여야 할 의무는 단순한 민사상 의무에 불과한 것이 아니라 형법상 배임죄에서 말하는 타인의 사무를 처리하는 자로서의 임무위배에 해당한다. 따라서 이중저당의 채무자에게 배임죄가 성립한다.

Ⅴ. 부동산의 명의신탁

1. 서 론

부동산의 명의신탁이라 함은 "신탁자와 수탁자 간의 약정에 의하여 대외적으로는 소유명의를 수탁자에게 부여하고 대내적으로는 부동산의 실권리자인 신탁자가 실질적 소유권을 가지도록 하는 것[41]"을 말한

39) 대판 1975. 6. 10. 74도2455.

40) 대판 2005. 3. 11. 2004도4142.

다. 이는 외국의 학설과 판례에서는 그 유례를 찾아볼 수 없는 독특한 제도[42]로서 민법에 명문규정은 없으나 판례에 의하여 인정되어 온 법률행위이다.[43]

2. 양자간 명의신탁

가. 양자간 명의신탁의 개념

부동산실명법에 의하여 예외로서 유형성이 인정되지 않는 한 명의신탁이 무효이므로 이를 기초로 행하여진 수탁자명의의 이전등기는 무효이며 여전히 당해 부동산에 대한 소유권은 신탁자에게 속한다.[44] 「부동산실명법」 제4조 제1항과 제2항 본문에 의하여 이러한 명의신탁약정과 그에 따른 명의수탁자명의 등기는 모두 무효가 되므로 목적물에 대한 물권은 여전히 명의신탁자에게 남아 있게 되고 명의신탁자는 명의수탁자를 상대로 진정명의회복등기청구, 등기말소청구 등을 통해 명의를 회복할 수 있다.[45]

---

41) 곽윤직, 「물권법」, 박영사, 2006, 356면; 대판 1965. 5. 18. 65다312. 한편 「부동산실권리자 명의등기에 관한 법률」 제2조 제1호는 "명의신탁약정이란 부동산에 관한 소유권 기타 물권을 보유한 자 또는 사실상 취득하거나 취득하려고 하는 자(실권리자)가 타인과의 사이에 대내적으로 실권리자가 부동산에 관한 물권을 보유하거나 보유하기로 하고, 그에 관한 등기(가등기를 포함)는 그 타인의 명의로 하기로 하는 약정(위임·위탁매매의 형식에 의하거나 추인에 의한 경우를 포함한다)을 말한다." 고 정의하고 있다.

42) 곽윤직, "명의신탁에 과한 판례이론의 연구", 「법학」 제15권 제2호(통권 32호), 1974, 17면 이하.

43) 명의신탁은 소유권에 관해서만 인정되고, 그 중에서 공부에 의하여 소유관계가 표시되는 재물에 관해서만 가능하다. 따라서 판례는 동산에 관한 명의신탁의 성립은 부인한다. 대판 1994. 10. 11. 94다16175.

44) 판례는 물권행위의 독자성과 무인성을 인정하지 않으므로 수탁자 명의의 등기는 당연히 원인무효의 등기가 된다(대판 1977. 5. 24. 75다1394; 대판 1965. 5. 25. 65다404).

45) 양창수, "부동산실명법 제4조에 의한 명의신탁의 효력 — 소위 등기명의신탁을 중심으로", 「법학」 제38권 1호, 서울대법학연구소, 1997. 5, 80면 이하; 장영민, "불법원인급여와 횡령죄", 「형사판례연구」[8], 박영사, 2000, 35면 이하.

나. 형사책임

(1) 횡령죄의 성립 여부

횡령죄가 성립한다는 견해는 명의수탁자 명의의 등기가 무효인 이상 명의신탁자는 여전히 소유권을 보유하고 있고, 따라서 명의신탁자는 명의수탁자에게 부당이득반환청구권을 행사하여 등기의 말소나 이전등기를 청구할 수 있으며, 명의수탁자로부터 부동산을 양수받은 제3자는 「부동산실명법」 제4조 제3항에 의하여 유효하게 소유권을 취득하므로 명의수탁자는 명의신탁자 소유 부동산을 유효하게 소유권을 처분할 수 있는 지위에 있는 자로서 보관자의 지위에 있다는 논거에서 횡령죄의 성립을 인정하는 견해이다.[46] 대법원은 1999. 10. 12. 선고 99도3170 판결에서 2자간 등기명의신탁에서 명의수탁자가 명의신탁부동산을 임의처분한 경우 명의수탁자에게 횡령죄의 성립을 인정하고 있다.

횡령죄를 부정하는 견해는 「부동산실명법」상의 명의신탁금지규정을 「민법」 제1003조의 특별규정으로 보아 「부동산실명법」을 위반한 무효인 명의신탁은 「민법」 제103조 위반의 반사회적 행위에 해당하고, 따라서 명의신탁자의 수탁자에 대한 반환청구는 「민법」 제746조 본문의 적용으로 인정되지 않는다는 논거에서 명의수탁자가 부동산을 임의처분하더라도 횡령죄가 성립되지 않는다는 견해이다.[47]

---

46) 배종대, 「형법각론」, 518면; 이재상, 「형법각론」, 392면; 임웅, 「형법각론」, 386면; 오영근, 「형법각론」, 470면; 손동권, 「형법각론」, 365면; 횡령죄의 성립을 긍정하는 근거는 다음과 같다. (i) 부동산실명법이 신탁자명의로 다시 등기를 바꾸도록 강제하기 위하여 이행강제금규정(제6조)을 둔 것은 그 실질적 소유권이 신탁자에게 있는 것을 전제로 한 것이다. (ii) 「부도산실명법」이 명의신탁계약과 그에 의한 등기의 무효를 제3자에게 대항하지 못한다는 규정(제4조 제3항)을 둔 것은 그 소유권이 신탁자에게 있는 것을 전제로 한다. 만약 소유권이 수탁자에게 있다면 이러한 제3자 대항규정은 둘 필요는 없는 것이다. (iii) 매도인이 선의인 상태에서 이루어진 3자간의 계약명의신탁의 경우에 「부동산실명법」이 수탁자에로의 소유권변동을 인정하는 예외규정을 둔 것(제4조 제2항 단서)은 보통의 명의신탁인 경우에는 원소유자(특히, 2자간 명의신탁인 경우에는 신탁자)에게 소유권을 복귀시킨다는 것을 의미한다.

(2) 배임죄의 성립 여부

배임죄가 성립한다는 견해는 「부동산실명법」에서 명의신탁약정 자체를 무효로 할 뿐 아니라 명의수탁자명의로 경료된 등기 자체를 무효로 하고 있으므로 명의수탁자에게 수탁부동산에 대한 처분권을 인정할 수는 없으며 따라서 수탁자에게 점유자로서의 지위가 인정되지 아니하지만 수탁자에게 점유자로서의 지위를 인정할 수 없어 횡령죄의 성립을 부정하더라도 사무처리의 근거가 된 법률행위가 무효인 때에도 사실상의 신탁관계가 존재한다고 본다면 신탁자와 위탁자 사이의 신임관계까지 부정할 수는 없으며, 따라서 수탁자에게 신의성실의 원칙에 따라 수탁받은 부동산에 대한 원상회복의무 등 타인의 사무를 처리하는 자로서의 지위를 인정할 수 있다 할 것이므로, 수탁자가 위와 같은 신뢰를 배반하여 신탁자에게 손해를 가한 것이라면 배임죄의 성립을 인정할 수 있다는 견해이다.[48]

(3) 소 결

판례는 이자간 명의신탁의 경우 「부동산실명법」 시행 전에 명의신탁등기가 이루어진 사안에서 횡령죄의 성립을 인정하였고 「부동산실명법」 시행 후에도 횡령죄가 성립한다는 것을 명백히 하고 있다.[49] 「부동산실명법」 제4조는 명의신탁 약정에 따라 행하여진 부동산등기이전이 무효라고 하였을 뿐이고, 이 법 제6조 제1항은 수탁자의 명의등기를 신탁자(소유자) 명의로 등기하도록 강제규정을 두고 있으므로 급여자의 반환청구를 금지한 민법상의 불법원인급여와 성질이 다르다. 또 이 법은

47) 박상기, 「형법각론」, 381면; 최상욱, "명의신탁부동산의 처분과 형사책임", 「비교형사법연구」(제2권 제2호), 2000, 193면.

48) 정도영, "부동산실명법에 위반한 명의신탁과 횡령죄", 「재판실무연구」, 광주지방법원, 1998, 364면; 이정원, 「형법각론」, 444면; 박흥식, "수탁자의 수탁부동산처분행위와 횡령죄", 「제주판례연구」 I집, 1997, 318면.

49) 대판 2000. 2. 22. 99도5227; 대판 2001. 11. 27. 2000도3463; 대판 1999. 10. 12. 99도3170.

모든 부동산 명의신탁을 무효로 하지 않을 뿐만 아니라(동법 제8조), 무효가 되는 명의신탁도 무효가 되면 부동산소유권은 당연히 원래의 실권리자인 신탁자에게 돌아가는 것이므로 횡령죄를 인정하는 다수설이 타당하다.

3. 3자간 등기명의신탁

가. 3자간 명의신탁의 개념

명의신탁자가 매도인과 부동산물권을 취득하기로 계약하고, 또한 명의수탁자와 명의신탁약정을 체결한 다음, 매도인의 협조하에 명의수탁자 명의로 부동산 물권을 등기하는 경우이다. 일종의 중간생략등기형 명의신탁이다. 3자간 등기명의신탁도 2자간 등기명의신탁의 경우와 마찬가지로 「부동산실명법」 제4조 제1항과 제2항 본문에 의하여 명의신탁약정과 명의수탁명의의 등기가 모두 무효가 된다. 그러나 명의신탁자와 매도인 사이의 채권계약은 아무런 영향을 받지 않고 유효하며, 부동산에 대한 권리도 매도인에게 그대로 남게 된다. 따라서 명의신탁자는 매도인을 대위하여 명의수탁자를 상대로 무효등기의 말소를 청구하고, 매도인을 상대로 매매계약에 따른 소유권이전등기청구를 하여 부동산소유권을 취득할 수 있다.

나. 형사책임

(1) 횡령죄 성립 여부

명의신탁자에 대한 횡령죄가 성립한다는 견해[50]이다. 피해자를 명의신탁자로 보는 견해는 명의신탁자는 매도인을 대위하여 명의의 등기말소를 구하고, 동시에 매도인을 상대로 매매계약에 기한 소유권이전등기

50) 배종대, 「형법각론」, 520면; 장영민, 앞의 논문, 38면

청구를 함으로써 부동산을 반환받을 수 있으므로 명의수탁자가 부동산을 제3자에게 매도하고 소유권이전등기를 경료하여 준 경우 피해자를 명의신탁자로 하는 횡령죄에 해당하게 된다고 한다. 매도인에 대한 횡령죄가 성립한다는 견해[51]는 형식적인 소유권을 보호하기 위한 범죄라는 점에서 소유권을 취득하지 못한 명의신탁자에 대한 관계에서 횡령죄를 인정할 수 없다고 보거나, 이 경우 소유권이 여전히 매도인에게 남아 있기 때문에 피해자를 매도인으로 하는 횡령죄가 성립한다고 보는 견해이다. 신탁자와 매도인 모두에 대한 횡령죄가 성립한다는 견해[52]는 3자간 등기명의신탁의 경우에는 3자간의 법률관계를 종합적으로 파악하여야 한다는 입장에서 횡령죄의 피해자는 부동산의 원소유자로서 소유권을 회복하여 신탁자에게 이전시켜야 하는데 수탁자로부터 매수한 제3자에 대해 소유권 주장을 할 수 없는 매도인과 매도인의 소유권 주장이 불가능함으로써 역시 소유권을 주장할 수 없는 신탁자 모두가 되는 것으로 해석하는 견해이다.

(2) 배임죄 성립 여부

이 견해에 의하면 명의수탁자에게 사실상의 위탁관계를 인정할 수 있다 하더라도 「부동산실명법」에 명의신탁약정 자체를 무효로 할 뿐 아니라 명의수탁자 명의로 경료된 등기 자체를 무효로 하고 있으므로 명의수탁자에게 점유자로서의 지위를 인정할 수 없어 횡령죄의 구성요건인 보관자라 보기 어려우므로 명의수탁자가 수탁부동산을 임의로

51) 이재상, 「형법각론」, 393면; 임웅, 「형법각론」, 387면; 백재명, "부동산명의신탁과 횡령죄", 「형사판례연구」 제7권, 1999, 377면.

52) 손동권, "명의신탁 부동산의 처분행위에 대한 횡령죄의 성립 여부 — 특히 부동산실권리자명의등기에관한법률과 관련하여 —", 「고시연구」, 1997, 12, 176면; 박상기는 기본적으로는 매도인에 대한 횡령죄가 성립하지만, 명의신탁자가 매도인과의 사이에 체결한 매매계약은 유효하므로 명의신탁자가 매도인을 상대로 매매계약에 기한 소유권이전등기를 청구함으로써 이 부동산을 반환받을 수 있으므로 이 경우에는 명의신탁자에 대한 관계에서 횡령죄가 성립한다고 본다. 박상기, 「형법각론」, 382면.

처분하더라도 횡령죄가 성립할 수 없으나, 사실상의 위탁관계가 존재한다고 보면 명의신탁자와 명의수탁자 사이의 신임관계까지 부정할 수 없으므로 명의수탁자에게 신의성실 원칙에 비추어 명의신탁된 부동산에 대한 원상회복의무 등 타인의 사무를 처리하는 자로서의 지위는 인정할 수 있다고 할 것이고 따라서 배임죄는 성립한다고 한다.[53]

(3) 소 결

3자간 명의신탁의 경우 신탁자와 수탁자의 명의신탁약정 자체가 무효이므로 소유권은 원래대로 매도인에게 돌아가야 하고, 매도인과 신탁자의 매매계약이 유효하다고 하여도 수탁자는 이미 임의처분 때 횡령죄가 성립하므로 그 후의 반환청구나 대위청구는 횡령죄와는 관계없다. 따라서 원권리자인 매도인에 대한 횡령죄가 성립한다는 견해가 타당하다.

4. 계약명의신탁

가. 계약명의신탁의 개념

이는 명의신탁자와 명의수탁자가 명의신탁약정과 함께 부동산물권취득위임약정을 한 다음 명의수탁자가 직접 계약당사자가 되어 매도인과 부동산물권취득계약을 하고 명의수탁자명의로 등기하는 경우이다. 즉, 신탁자(갑)와 수탁자(을)가 명의신탁약정을 맺고 수탁자(을)가 부동산매매계약의 당사자가 되어 원권리자(매도인)와 부동산매매계약을 체결하고 그 등기도 수탁자(을)의 명의로 하는 유형을 말한다. 이 경우는 「부동산실명법」 제4조 제1항 단서에 따라 매도인이 명의신탁자와 명의수탁자 사이의 명의신탁약정을 알고 있었는가에 따라 명의신탁약정 및 그에 따른 부동산물권변동의 효력이 좌우된다. 따라서 이 경우에

53) 박홍식, "수탁자의 수탁부동산 처분행위와 횡령죄", 「판례연구」 1집, 제주판례연구회, 1997, 318면 이하.

명의신탁 부동산을 임의처분한 수탁자의 형사책임에 관해서는 매도인이 선의인 경우와 악의인 경우로 나누어 살펴보아야 한다.

나. 형사책임

(1) 매도인이 악의인 경우

매도인이 명의수탁사실을 알고 있었을 경우에는 부동산실명법 제4조 제1항, 제2항 본문에 의하여 명의신탁약정과 그에 따른 부동산물권변동은 무효이다. 이 경우 신탁부동산의 소유권이 원소유자인 매도인에게 복귀하느냐에 따라[54] 횡령죄가 성립한다는 견해와 배임죄가 성립한다는 견해가 대립되고 있다. 횡령죄가 성립한다는 견해[55]는 명의수탁자 앞으로의 소유권변동의 효력이 발생하지 아니하여 부동산의 소유자가 매도인이므로 명의수탁자가 부동산을 임의처분한 경우 매도인을 피해자로 하는 횡령죄가 성립한다는 견해로, 횡령죄가 성립하는 것으로 보는 것이 다소 불합리한 점이 있기는 하지만 명의신탁약정 자체를 무효로 보는 부동산실명법의 취지상 불가피하다거나 부동산실명법의 법문상 명의신탁부동산의 소유권이 매도인에게 복귀하게 된다고 볼 수밖에 없기 때문이라고 한다.

배임죄가 성립한다는 견해[56]는 명의신탁약정과 매도인으로부터 명의수탁자 앞으로의 물권변동은 무효이더라도, 매도인과 명의수탁자 사이의 매매계약이 유효하고, 또 명의수탁자와 제3자와의 매매도 유효하게 되므로 결국 이를 종합적으로 보면 명의수탁자가 소유권을 취득하였다가 제3자에게 매도한 것과 같은 외관을 갖게 되며, 이러한 명의수탁자의 재산상의 이익은 명의신탁자의 위임에 기한 것이기 때문에 명의신탁

54) 소유권이 매도인에게 복귀하지 않는다는 견해로 김상용, 앞의 논문, 82면; 양창수, "부동산실명법의 사법적 규정에 의한 명의신탁의 규율 — 소위 계약명의신탁을 중심으로", 「성곡논총」 28집 3권, 1997/7, 382면.

55) 박상기, 「형법각론」, 382면; 임웅, 「형법각론」, 387면; 백재명, 앞의 논문, 384면.

56) 손동권, 앞의 논문, 181면; 최상욱, 앞의 논문, 199면.

자를 피해자로 하는 배임죄가 성립한다는 견해와 명의신탁약정이 무효라 하더라도 신탁자와 수탁자 사이의 사실상의 신임관계까지 부정할 수 없다는 점에서 배임죄의 성립을 인정하는 것이 타당하다는 견해[57]가 있다. 매도인에 대한 횡령죄의 성립을 인정하는 것은 신탁자와 수탁자와의 명의신탁약정이 무효이지만 매도인과 수탁자 간에 체결된 매매계약은 유효하고 이에 기하여 매매대금도 지급된 상태에서 매도인에 대한 횡령죄를 인정하는 법이론상 맞지 않다고 본다.

(2) 매도인이 선의인 경우

매도인이 명의신탁사실을 알지 못한 경우는 「부동산실명법」 제4조 제1항과 제2항 단서에 의하여 명의신탁약정은 무효로 되나, 부동산물권변동은 유효하다. 따라서 법해석상 부동산의 소유권이 명의수탁자에게 귀속되느냐에 따라 횡령죄가 성립된다는 견해와 배임죄가 성립된다는 견해 및 범죄가 성립되지 않는다는 견해가 대립된다.

횡령죄가 성립된다는 견해는 형사적으로 계약명의신탁이 문제되는 경우는 명의신탁자에게 진정한 위임 내지 위탁매수가 있는 경우 또는 소유권취득의 의사가(표시될 수 없을 정도로) 중요한 요소를 차지하고 있는 경우로서 수탁자에게 현저한 불법이 있는 경우라는 전제하에, 위와 같은 경우 「민법」 제137조 단서 규정이 적용되어 계약명의신탁에서 무효가 되는 것은 명의신탁약정 부분만이며 나머지 부동산의 매수위임 내지 위탁에 관한 당사자 사이의 약정은 「부동산실명법」의 규정에도 불구하고 유효하고, 따라서 명의수탁자가 부동산을 임의로 처분한 경우 횡령죄가 성립한다는 견해이다.[58]

배임죄가 성립한다는 견해는 명의수탁자는 부동산의 소유권을 취득하였으므로 명의수탁자가 이를 영득하더라도 횡령죄가 성립할 수 없으

57) 배종대, 「형법각론」, 521면; 이재상, 「형법각론」, 394면.
58) 백재명, 앞의 논문, 381면 이하.

며, 다만 명의신탁약정이 무효라고 하더라도 부동산매입의 위임이라는 사실상의 신임관계까지 부정할 이유는 없다고 볼 것이므로 명의수탁자가 이러한 신임관계를 어기고 부동산을 제3자에게 매도하는 행위는 단순한 채무불이행을 넘어서는 것이므로 배임행위에 해당한다는 견해이다.[59]

죄가 되지 않는다는 견해는 「부동산실명법」의 입법취지와 명문규정을 중시하여 명의수탁자는 부동산의 소유자이므로 이를 처분하더라도 횡령죄에 해당하지 아니하고, 명의신탁자와 명의수탁자 사이의 신임관계는 법의 취지상 법적으로 보호되어야 할 신임관계에 해당하지 아니한다는 이유로 배임죄도 성립하지 않는다는 견해이다.[60] 대법원은 2003년 3월 24일 선고 98도4347 판결과 2001년 9월 25일 선고 2001도2722 판결에서 명의수탁자에 대한 횡령죄를 부인하면서, 특히 2001도2722 판결에서 "원심과 같은 취지에서 부당이득반환의무만을 부담하는 수탁자인 피고인이 이 사건 부동산을 위 피해자의 허락 없이 매도하여서는 아니되고, 매도하더라도 그 대금을 위 피해자에게 전달해 주거나 위 피해자를 위하여 사용할 임무가 있는 등 위 수탁부동산 및 그 처분대금에 대하여 타인의 재산을 보전·관리하는 자의 지위에 있다고 볼 수 없으므로, 피고인이 이 사건 부동산을 임의로 매도하여 그 처분대금을 반환하지 아니하고 소비하였다 하여 이를 배임죄로 처벌할 수 없다고 판시한 것은 타당하다."라고 하여 배임죄의 성립도 부정하였다.

59) 배종대, 「형법각론」, 521면; 이재상, 「형법각론」, 393면; 임웅, 「형법총론」, 387면; 장영민, 앞의 논문, 40면; 최상욱, 앞의 논문, 201면; 손동권, 앞의 논문, 179면.
60) 박상기, 「형법각론」, 382면; 손동권, 앞의 논문, 179면.

Ⅵ. 부동산의 양도담보

1. 개 념

양도담보란 채권담보의 목적으로 물건의 소유권을 채권자에게 이전하고, 채무불이행의 경우에는 채권자가 그 목적물로부터 우선변제를 받게 되나 채무자가 이행을 하는 경우에는 목적물을 원래의 소유자에게 반환하는 방법에 의한 비전형담보를 말한다. 양도담보에는 신용의 수수를 소비대차가 아닌 매매의 형식으로 행하고 당사자 사이에 따로 채권, 채무관계를 남기지 않는 것을 매도담보라고 하고, 소비대차계약에 의하여 신용의 수수를 하고 그 채무의 담보로서 물건을 양도하여 채권, 채무의 형식으로 남겨두는 것을 양도담보라고 한다.[61]

2. 부동산양도담보권자의 형사책임

가. 횡령죄의 성부

대외관계에서 목적물의 소유권이 채권자에게 있다고 하더라도 대내관계에서는 채무자가 여전히 소유권자이므로 채권자에게 있어서 목적물은 타인의 재물이라고 한다. 횡령죄에서의 보관은 남용의 위험이 있는 지배력으로서 사실상의 지배뿐만 아니라 법률상의 지배도 포함하는 것이고 양도담보에 있어서 소유명의가 등기부에 표시된 이상 양도담보권자는 법률상 유효하게 타인에게 처분할 수 있는 지위에 있으므로 지배력 남용의 위험은 큰 것이다. 따라서 등기명의를 취득한 양도담보권자는 횡령죄의 주체로서의 타인의 재물을 보관하는 자에 해당한다.

횡령죄는 소유자의 보관자에 대한 위탁에 기초하는 신임관계를 파괴

61) 곽윤직, 『물권법』, 667면.

하는 죄이다. 양도담보에 있어서 채무자는 부동산을 담보로 제공하면서 그 소유명의를 채권자에게 위탁하는 것이고, 채권자는 변제기까지는 소유명의를 채무자를 위해 보전하고 채무자가 피담보채무를 변제한 경우 소유명의를 환원시켜 줄 의무를 부담하는 것으로서 위탁신임관계가 인정된다.

횡령행위에 대하여는 불법영득의사의 요부를 둘러싸고 영득행위설과 월권행위설이 대립하나 통설과 판례는 영득행위설을 취한다. 불법영득의사란 타인의 재물을 보관하는 자가 위탁의 취지에 반하여 그 재물을 자기의 소유인 것같이 처분하는 의사를 말한다. 양도담보권자가 변제기 전 제3자에게 담보목적물을 매각한 행위는 위탁의 취지에 반하여 소유자가 아니면 할 수 없는 처분을 한 것이니 횡령행위에 해당한다. 양도담보권자가 저당권을 타인에게 설정하는 것도 그 재물의 소유권을 제약하기 때문에 횡령행위에 해당한다.

나. 매도담보의 경우

양도담보물의 불법처분은 횡령죄를 구성하지만, 매도담보의 경우에는 채권자에게 이미 목적물의 소유권이 이전하므로 채권자가 담보 내지 반환계약에 위반하여 제3자에게 처분하면 환매권의 침해로서 배임죄만이 문제된다.[62] 판례도 채권의 담보를 목적으로 부동산의 소유권이전등기를 경료받은 채권자는 채무자가 변제기일까지 채무를 변제하면 채무자에게 그 소유명의를 환원하여 주기 위하여 그 소유권이전등기를 이행할 의무가 있으므로 그 변제기일 이전에 그 임무에 위배하여 제3자에게 근저당설정등기를 경료하여 주었다면 배임죄가 성립한다 할 것이고 이는 채무자에게 환매권을 주는 형식을 취하였다 하여 다를 바 없다고 판시하였다.

---

62) 강구진, 「형법각론」, 349면; 이재상, 「형법각론」, 382면.

다. 사기죄의 성부

채권자가 채무자로부터 양도담보로 제공받아 소유권이전등기를 경료한 부동산을 제3자에게 양도담보인 사실을 묵비한 채 매각하여 대금을 수령한 경우 사기죄가 성립하는지 문제이다. 「가등기담보법」 제11조 단서는 양도담보권자로부터 담보물을 전득한 선의 제3자에 대하여는 채무자가 환수권을 행사할 수 없다고 규정하므로, 제3자가 선의인 한 유효하게 취득할 수 있는 만큼 기망행위가 있다고 할 수 없을 것이고 제3자가 악의라면 기망에 의한 착오가 없는 것이니, 결국 양도담보권자의 처분은 배임죄 이외의 사기죄는 성립하지 않게 된다.

3. 양도담보제공자의 형사책임

채무자는 부동산을 채권자에게 양도담보로 제공하여 소유이전등기를 경료한 이상, 채권자의 담보권을 소멸시켜서는 안 될 의무를 가지므로 담보제공자가 이를 불법처분한 경우 어떤 죄책을 지는가의 문제이다. 학설은 협의의 양도처분과 매도담보를 구분하여 전자의 경우 목적물의 소유권이 여전히 채무자에게 남아 있고 채권자에게는 담보의 목적범위 안에서만 그 권리가 이전하는 것이므로 채무자가 목적물의 점유 중 함부로 타인에게 처분하는 것은 횡령죄를 구성하지 않고 배임죄만이 문제될 뿐인 데 대해 후자의 경우는 목적물의 소유권이 채권자에게 이전하는 까닭에 채무자가 함부로 타인에게 처분하는 것은 횡령죄를 구성한다고 한다.[63] 한편 채무자가 양도담보설정계약만 하고 아직 등기를 경료하지 않은 것을 기화로 타인에게 처분하여 소유권이전등기까지 경료한 경우에는 이중매매와 마찬가지로 배임죄를 구성할 뿐이고 사기

63) 강구진, 「형법각론」, 349면; 이재상, 「형법각론」, 382면.

죄 등은 성립하지 않는다.

Ⅶ. 결 론

부동산은 등기를 해야 소유권을 취득하기 때문에 부동산관련 형사범은 등기와 관련하여 그 행위태양에 있어서 특수성이 발견된다. 또 거래에서는 다자간의 법률관계가 얽히게 되고 피해가 거액이고 수법이 지능적이다. 부동산 거래와 관련한 형사범은 신의칙 등 민사법상의 법리가 교착되고 소유권귀속관계 등은 민사법과 함께 통일적으로 해석되어져야 할 것이다.

형사적 평가에서는 경제적 강자와 약자의 지위불안, 지능적인 탈법행위를 예방하는 점이 강조되어야 하지만 한편 사적 거래에는 가급적 형벌의 개입이 억제되어야 할 것으로서 그 조화를 위해 신중을 기하여야 할 것이다.

(투고일 2007년 6월 10일, 심사일 2007년 8월 1일, 게재확정일 2007년 8월 1일)

주제어 : 부동산, 부동산범죄, 부동산범죄의 행위유형

[Abstract]

A Study on Types of Real Estate Crimes in the Criminal Law

Shin-Kyo Jeong*

Crimes related to real estates include illegal activities in setting-up/transferring ownership of real estates and impingement on other people's right regarding real estates. The concept of real estate crimes is too comprehensive to be systematized.

Usually multiple people and large amount of money are involved in a real estate crime and a modus operandi of the crime is intellectual. And with a real estate crime, it is quite difficult to draw a line between criminality and non-criminality because it is committed basically in a form of a personal transaction. In protecting someone's property right by legal punishment, it is necessary for a due process to be kept carefully for a civil case not to be treated as a criminal offence. Therefore, a systematic establishment of criminal law regarding real estate crimes is required. To prevent high-handedness of the rich and to protect the weak class of our society efficiently, a hard punishment would be necessary, but intervention of criminal punishment in personal business should be minimized.

Key Words : real estate, types of real estate crimes, real estate crimes

* Researcher, Institute of Legal Studies, Konkuk University