일감부동산법학 | 제15호
2017년 8월 105-140쪽
건국대학교 법학연구소

Ilkam Real Estate Law Review
Vol.15, Aug., 2017. pp.105-140
The Institute of Legal Studies, Konkuk Univ.

부동산 명의신탁에서의 횡령죄 성립여부에 대한 비판적 고찰

A Critical Review on the Establishment of Embezzlement in the Title Trust Agreement

이 재 학*
Lee, Jae-Hak

목 차

Ⅰ. 머리말
Ⅱ. 부동산 명의신탁의 개념과 문제
Ⅲ. 계약 및 중간생략등기형 명의신탁에서의 횡령죄의 성부
Ⅳ. 명의신탁에서의 횡령죄의 성립에 대한 비판적 검토
Ⅳ. 맺음말

사회의 가치와 질서에 대한 규범은 사회에 상존하는 사람들에 의하여 태동하거나 사멸하게 된다. 규범에 대한 해석을 함에 있어서 문언에 충실히 해석하여야 함은 당연하나 규범의 해석에 있어서 또한 중요한 것은 규범이 담고 있는 사상, 즉 사회의 가치에 대한 평가가 함께 수행되어야 한다. 부동산실명법은 그 명칭에서 명백히 드러나듯이 부동산 소유권에 대한 등기는 실권리자 명의로 하여야 함을 선언하고 있다. 일정기간의 유예 기간의 부여와 시행 후 20여년의 시간이 경과된 후에

투고일 : 2017. 6. 30. / 심사의뢰일 : 2017. 7. 21. / 게재확정일 : 2017. 8. 7.
* 건국대학교 법학연구소 책임연구원, 법학박사
Principal Researcher, Institute of Legal Studies Konkuk University, Ph.D. in Law

도 동법이 금지한 실권자의 명의가 아닌 수탁자의 명의로의 등기가 여전히 행해지고 있다. 법은 존재에 의의가 있는 것이 아니라 사회의 가치를 반영하고 준수되어 사회 질서를 바르게 형성하고 그 결과 사회 구성원의 행복을 증진함에 있는 것이다. 그와 같은 기능을 수행하지 못하는 법은 인위적이든 자연적이든 사멸하게 되는 것이다. 사회의 가치와 질서에 반하는 반사회적 성격을 특징으로 하는 명의신탁은 형법상 보호 가치가 없는 불법적인 위탁관계로서 그 불법행위의 주도적 지위를 가지며 강행법규 위반을 인지하고 감행하는 불법행위자인 신탁자는 법이 보호해야 할 이익이 없다고 본다. 그럼에도 불구하고 명의신탁이 만연하는 이유는 불법행위자인 신탁자를 법이 보호하고 있기 때문이다. 그와 같은 법의 보호를 차단하는 방법으로는 신탁부동산에 대한 신탁자의 소유권을 실질적으로 인정해주고 있는 이행강제금의 부과와 같은 부동산실명법상 제 규정의 개정과 더불어 신탁부동산에 대한 소유권을 금융실명법과 마찬가지로 수탁자에 인정해주는 것이다. 특히 명의신탁의 불법적위탁관계성의 확인 및 신탁부동산의 불법원인급여물로서의 성격의 명시적 인정으로 수탁자의 신탁부동산에 대한 임의처분행위에 대하여 신탁자에 대한 횡령죄의 성립을 부정하는 것이 명의신탁이라는 불법행위의 근절에 있어서 가장 필요하다고 본다.

[주제어] 부동산실명법, 명의신탁약정, 불법원인급여, 명의신탁자, 명의수탁자

Ⅰ. 머리말

1995년 3월 30일 법률 제4944호 공포되어 1995년 7월 1일부터 시행된 "부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률(이하 '부동산실명법')"은 부동산에 관한 소유권과 그 밖의 물권을 실체적 권리관계와 일치하도록 실권리자 명의로 등기하게 함으로써 부동산등기제도를 악용한 투기·탈세·탈법행위 등 반사회적 행위를 방지할 목적으로 제정되었다(동법 제1조). 부동산실명법은 명의신탁약정에 따라 신탁자의 명의가 아닌 수탁자의 명의로 등기하는 부동산 명의신탁을 금지하며(동법 제3조) 명의신탁약정을 무효로 하고 있다(동법 제4조 제1항). 또한 명의신탁약정에 따른

등기로 이루어진 부동산에 관한 물권변동 역시 무효임을 규정하고 있다(동법 제4조 제2항).

판례에 의하여 행위의 유효성이 인정된 변칙적이며 비정상적인 부동산 거래행위인[1] 명의신탁에 있어서 수탁자가 신탁부동산을 임의처분한 경우에 수탁자의 신탁자에 대한 횡령죄의 성립여부에 관한 논란이 지속되고 있다. 그동안 학설과 판례는 횡령죄의 성립여부에 대하여 명의신탁의 유형에 따라 다양하며 대립적인 견해와 태도를 취하였다. 그러나 계약명의신탁에서의 수탁자의 신탁부동산에 대한 임의처분에 대하여 매도인의 선의뿐만 아니라 악의의 경우에도 횡령죄가 성립하지 않음이 대법원의 판결을 확립되었다. 아울러 중간생략등기형 명의신탁의 경우에도 대법원 2016. 5. 19. 선고 2014도6992 전원합의체 판결에 의하여 수탁자의 임의처분에 대하여 횡령죄가 성립하지 않음이 선언되었다. 이에 따라 부동산실명법이 적용되는 명의신탁의 세 가지 유형 중 양자간 명의신탁의 경우에만 수탁자의 신탁부동산에 대한 임의처분에 대하여 횡령죄가 성립되지 않음이 판례에 의하여 확정되고 있지 않다. 그러나 그와 같은 양자간 명의신탁에서의 수탁자의 횡령죄의 성립을 중간생략등기형 명의신탁의 전원합의체 판결이 나오기 전까지 일관되게 유지하고 있는 판례의 태도는 문제가 있다고 본다. 그 이유는 부동산실명법이 적용되는 명의신탁의 유형 중 수탁자에 대한 횡령죄의 성립이 부정되는 계약 및 중간생략등기형 명의신탁은 기본형인 양자간 명의신탁의 변형된 유형이므로 변형된 유형에서 공통적으로 수탁자의 신탁재산에 대한 임의처분에 대하여 횡령죄의 성립이 부정되었다면 기본형이며 원형인 양자간 명의신탁의 경우에도 법체계의 통일성 및 명의신탁의 불법성을 고려할 때 수탁자의 신탁부동산에 대한 임의처분에 대하여 횡령죄의 성립이 부정되는 것이 논리적이며 합리적이라고 본다. 따라서 이하에서

1) 김상용, "부동산거래 선진화를 위한 제도개선: 명의신탁, 공정증서의 법제화로 극복을", 부동산 Focus 제98호, 한국감정원 부동산연구원, 2016, 2쪽.

는 부동산실명법의 적용을 받는 명의신탁의 유형 중 계약 및 중간생략등기형 명의신탁에서의 수탁자의 신탁부동산에 대한 임의처분행위의 횡령죄의 불성립에 관한 대법원 판결에 대한 분석에 근거하여 양자간 명의신탁에서의 횡령죄의 불성립을 논하고자 한다. 우선 명의신탁의 종류 및 규제법인 부동산실명법의 규제내용을 간략히 살펴본 후(Ⅱ), 계약 및 중간생략등기형 명의신탁에서 수탁자의 임의처분에 대한 횡령죄의 성립을 부정한 최근의 대법원 판결을 종래의 학설 및 판례와 비교하여 검토할 것이다(Ⅲ). 다음으로 논의의 핵심인 명의신탁의 원형 및 기본형인 양자간 명의신탁에서의 횡령죄의 성립을 인정하는 판례의 태도를 관련된 핵심쟁점에 근거하여 이론적 측면에서 비판적으로 검토를 하고자 한다(Ⅳ).

Ⅱ. 부동산 명의신탁의 개념과 문제

1. 명의신탁의 개념 및 종류

명의신탁이란 대내적으로는 명의신탁자가 소유권 기타의 권리를 보유하고 그 재산을 관리·수익하고 있으나 공부(公簿)상 명의만을 명의수탁자로 해두는 것을 의미한다.[2] 즉 부동산 명의신탁이란 당사자 간의 신탁에 관한 채권계약에 의하여 신탁자가 실질적으로는 그의 소유에 속하는 부동산의 등기명의를 실체적인 거래관계가 없는 수탁자에게 매매 등의 형식으로 이전하여 두는 것을 일컫는다.[3] 그리고 명의신탁약정이란 부동산에 관한 소유권이나 그 밖의 물권을 보유한 자 또는 사실상 취득하거나 취득하려고 하는 자(이하 "실권리자")가 타인과의 사이에서

2) 대법원 1993. 11. 9. 선고 92다31699 판결.

3) 대법원 1993. 11. 9. 선고 92다31699 판결.

대내적으로는 실권리자가 부동산에 관한 물권을 보유하거나 보유하기로 하고 그에 관한 등기는[4] 그 타인의 명의로 하기로 하는 약정을 말한다(부동산실명법 제2조 제1호). 명의신탁의 대상은 부동산에 한정되지 않으며 선박, 자동차 등과 같이 등기·등록에 의하여 권리관계가 공시되는 경우에 명의신탁의 대상이 될 수 있다.[5] 소유권이 명의신탁의 대상이 됨은 아무런 의문이 없고 용익물권의 경우에도 명의신탁관계가 성립할 수 있다.[6] 명의신탁이 성립하려면 신탁자와 수탁자 사이에 명의신탁관계의 설정에 관한 합의가 있어야 하며[7] 반드시 신탁자와 수탁자 간의 명시적 계약에 의하여서만 성립되는 것이 아니라 묵시적 합의에 의하여서도 성립될 수 있다.[8]

부동산실명법은 명의신탁 및 명의신탁약정과 관련하여 다음과 같이 규정하고 있다. 누구든지 부동산에 관한 물권을 명의신탁약정에 따라 명의수탁자의 명의로 등기하여서는 안 되며(동법 제3조 제1항), 실권리자 명의의 등기의무를 위반한 경우에는 과징금, 이행강제금 및 벌칙이 부과된다(동법 제5조 및 제7조). 명의신탁약정의 효력과 관련하여 살펴보면 신탁자와 수탁자 사이에 명의신탁약정은 무효이다(동법 제4조 제1항). 따라서 신탁자는 수탁자에 대하여 명의신탁약정에 따른 의무이행을 하지 않았음을 이유로 계약불이행책임을 물을 수 없고 명의신탁약정 자체가 무효이므로 명의신탁해지를 원인으로 하는 소유권이전등기 또는 이전등기말소와 같은 원상회복을 청구할 수 없다. 그러나 부동산실명법 제4조 제1항에 의하여 무효로 되는 것은 명의신탁약정 뿐이고 명의신

4) 대법원 1992. 7. 28. 선고 92다10173 판결(채권담보를 위한 가등기 및 본등기 또는 소유권이전등기를 함에 있어서 타인에게 명의를 신탁하여 각 등기를 한 자를 등기에 관한 이해관계 있는 제3자라고 할 수는 없다).

5) 대법원 1996. 6. 25. 선고 96다12009 판결.

6) 대법원 1998. 9. 4. 선고 98다20981 판결.

7) 대법원 1981. 12. 8. 선고 81다카367 판결.

8) 대법원 2001. 1. 5. 선고 2000다49091 판결.

탁약정에 따라 행하여진 부동산취득의 원인계약, 예를 들어 중간생략등기형 명의신탁에서 매도인과 신탁자 사이의 매매계약은 무효가 되지 않는다.[9]

부동산실명법은 부동산에 관한 소유권과 그 밖의 물권을 실체적 권리관계와 일치하도록 실권리자 명의로 등기하게 함으로써 부동산등기제도를 악용한 투기・탈세・탈법행위 등 반사회적 행위를 방지할 목적으로 제정되었다(동법 제1조). 명의신탁에는 부동산실명법의 적용을 받는 명의신탁과 적용을 받지 않는 명의신탁이[10] 있다.[11] 부동산실명법이 적용되는 명의신탁의 유형으로는 양자간 명의신탁, 계약명의신탁 및 중간생략등기형 명의신탁이 있다. 부동산실명법이 적용되는 명의신탁의 유형 중 가장 기본형이며 원형은 양자간 명의신탁이다. 계약 및 중간생략등기형 명의신탁에서는 신탁자와 수탁자 외에 매매계약의 당사자인 매도인이 추가되나, 양자간 명의신탁은 순전히 신탁자와 수탁자와의 관계에서 명의신탁약정에 따라 수탁자의 명의로 신탁재산을 등기 이전하는 것을 말한다. 계약명의신탁은 수탁자가 신탁자와의 명의신탁약정에 따라 자신이 계약의 당사자로서 매매계약을 체결하고 자신의 명의로 등기를 하는 경우를 말하며, 명의신탁의 목적이 공부상 명의가 아닌 계약의 당사자 지위라는 점에서 공부상 명의만을 대상으로 하는 중간생략등기형 명의신탁과 구별된다.[12] 중간생략등기형 명의신탁은 신탁자

9) 대법원 2002. 3. 15. 선고 2001다61654 판결.

10) 양도담보 및 가등기담보, 상호명의신탁, 신탁법이나 신탁업법에 의한 신탁재산인 사실을 등기하는 경우는 부동산실명법상의 명의신탁약정이 아니다(부동산실명법 제2조 제1호). 등기나 등록에 의하여 공시되는 동산물권 및 광업법・어업권・지적재산권에 대한 명의신탁에는 부동산실명법이 적용되지 않는다(동법 제3조). 종중이 보유한 부동산에 관한 물권을 종중 이외의 자의 명의로 등기한 경우, 배우자 명의로 부동산에 관한 물권을 등기한 경우 또는 종교단체의 명의로 그 산하조직이 보유한 부동산에 관한 물권을 등기한 경우로서 조세포탈・강제집행의 면탈・법령상 제한의 회피를 목적으로 하지 아니한 때에는 부동산실명법이 적용되지 아니한다(동법 제8조).

11) 여기서의 논의에서는 부동산실명법의 적용을 받는 명의신탁으로 한정하여 살펴보고자 한다.

가 매매계약의 당사자가 되어 매도인과 매매계약을 체결하나 매도인과의 합의 하에 등기를 매도인으로부터 직접 수탁자에게로 이전하는 경우를 말한다.

2. 부동산 명의신탁의 문제와 규제

명의신탁제도는 일제 강점기동안 행해진 토지조사사업의 일환으로 인적공동체인 종중의 와해를 목적으로 행해진 식민지 정책의 수행을 위한 법제도에서 비롯되었다.[13] 이후 법원의 판례로 명의신탁에 관한 법리가 형성되었고 해방 이후에도 판례에 의해서 인정된[14] 변칙적이며 사회의 투명성을 저해하는 거래관행이었다. 그러한 관행이 사회 전반에서 행해지며 다양한 문제를 야기하였다. 부동산 투기, 탈세 및 그와 관련된 탈법행위 등 불법적 거래로 인한 사회질서의 혼란을 초래하였고 신뢰의 관계가 형성되어 준수되어야 할 사회생활에서 불신 및 편법을 통한 부의 축적을 통한 사회 질서의 붕괴를 초래하는 반사회적 행위로서 평가되기에 이르렀다. 이에 대한 통제 및 규제의 필요성 및 규범적 제한의 요청으로 1990년 "부동산등기특별조치법"이 제정되었고 곧이어 1995년 "부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률"이 제정되게 된 것이었다.

전술한 바와 같이 부동산실명법은 부동산에 관한 소유권과 그 밖의 물권을 실체적 권리관계와 일치하도록 실권리자 명의로 등기하게 함으로써 부동산등기제도를 악용한 투기・탈세・탈법행위 등 반사회적 행

12) 부동산실명법 제2조 제1호에서 '부동산에 관한 물권을 취득하려는 자가, 위임 혹은 위탁 매매의 형식에 의하여, 타인과의 사이에서 대내적으로는 실권리자가 부동산에 관한 물권을 보유하거나 보유하기로 하고 그에 관한 등기는 타인의 명의로 하기로 하는 약정'이란 계약명의신탁을 의미한다(권오창, "계약명의신탁의 법률관계에 관한 고찰-부동산실권리자등기에관한법률 제4조 제2항 단서의 해석을 중심으로-", 법조 제48권 제6호, 법조협회, 1999, 103-104쪽).

13) 김상용, 앞의 논문, 2쪽.

14) 곽윤직, 물권법 신정수정판, 박영사, 1999, 137-138쪽.

위를 방지할 목적으로 제정되었다(동법 제1조). 입법 목적에 충실하도록 동법은 부동산 명의신탁의 금지(동법 제3조), 명의신탁약정의 무효(동법 제4조 제1항), 명의신탁약정에 따른 등기로 이루어진 부동산에 관한 물권변동의 무효(동법 제4조 제2항), 실권리자명의 등기의무를 위반한 신탁자에 대한 과징금 부과(동법 제5조) 및 이행강제금 부과(동법 제6조) 등을 규정하여 명의신탁의 불법적・반사회적 성격을 규정하였고 또한 신탁자로 하여금 자신 명의로의 등기를 강제하였다. 하지만 동법 제4조 제3항('제1항과 제2항의 무효는 제3자에 대항하지 못한다')과 제6조의 규정으로 인하여 명의신탁의 효력을 대외적으로 인정하는 태도를 취하고 있다. 즉 "과징금을 부과 받은 자는 지체 없이 해당 부동산에 관한 물권을 자신의 명의로 등기하여야 한다(동법 제6조 제1항). 제1항을 위반한 자에 대하여는 이행강제금으로 부과한다(동법 제6조 제2항)"고 규정하고 있어 실질적으로 신탁부동산에 대한 신탁자의 소유권을 인정하고 있다.

Ⅲ. 계약 및 중간생략등기형 명의신탁에서의 횡령죄의 성부

부동산실명법이 적용되는 양자간, 계약, 그리고 중간생략등기형 명의신탁에서의 수탁자의 신탁부동산 임의처분에 대하여 유형에 따라 횡령죄가 성립하다는 견해, 배임죄가 성립한다는 견해 및 형법상 무죄라는 다양한 견해를 취하고 있다. 대법원은 종래 양자간 명의신탁과 중간생략등기형 명의신탁에서의 횡령죄의 성립을 긍정하였으나 최근 대법원 전원합의체 판결(대법원 2016. 5. 19. 선고 2014도6992 전원합의체 판결)에서 중간생략등기형 명의신탁에서의 횡령죄의 성립을 부정하였다. 따라서 현재 부동산실명법이 적용되는 명의신탁의 유형 중 양자간 명의신탁

의 경우만 횡령죄의 성립이 인정되고 있다.

1. 계약명의신탁에서의 횡령죄의 성부

계약명의신탁은 신탁자와 수탁자가 명의신탁약정을 맺고 수탁자가 매매계약의 당사자가 되어 매도인과 매매계약을 체결하고 그 등기도 수탁자의 명의로 하는 명의신탁이다.[15] 계약명의신탁은[16] 두 가지 경우로 나누어지는데, 하나는 매도인이 신탁자와 수탁자 사이의 명의신탁약정에 따른 명의신탁사실을 알고 있지 못하는 선의인 경우이고 다른 하나는 그와 같은 사실을 알고 있는 악의인 경우이다.

1.1 매도인이 선의인 경우

매도인이 부동산 매매계약 당시에 신탁자와 수탁자 사이의 명의신탁약정에 따른 명의신탁사실을 알고 있지 못하는 선의인 경우에도 명의신탁약정은 무효이지만 수탁자 명의로의 부동산물권변동은 유효하다(동법 제4조 제2항 단서). 따라서 수탁자는 매매계약이 체결된 부동산에

15) 그러므로 계약명의신탁에서는 매도인, 신탁자 그리고 수탁자 3자간에 이루어지는 거래의 형태를 갖는다.

16) 계약명의신탁과 중간생략등기형 명의신탁은 매도인과의 매매계약 당사자가 신탁자인지 수탁자인지에 따라 구별된다; 계약을 체결하는 행위자가 타인의 이름으로 법률행위를 한 경우에 행위자 또는 명의인 가운데 누구를 계약의 당사자로 볼 것인가에 관하여는, 우선 행위자와 상대방의 의사가 일치한 경우에는 그 일치한 의사대로 행위자 또는 명의인을 계약의 당사자로 확정하여야 할 것이고, 행위자와 상대방의 의사가 일치하지 않는 경우에는 그 계약의 성질・내용・목적・체결경위 등 그 계약 체결 전후의 구체적인 제반 사정을 토대로 상대방이 합리적인 사람이라면 행위자와 명의자 중 누구를 계약당사자로 이해할 것인가에 의하여 당사자를 결정하여야 할 것이나, 한편 타인을 통하여 부동산을 매수함에 있어 매수인 명의를 그 타인 명의로 하기로 하였다면 이와 같은 매수인 명의의 신탁관계는 그들 사이의 내부적인 관계에 불과한 것이므로 특별한 사정이 없는 한 대외적으로는 그 타인을 매매 당사자로 보아야 함이 원칙이다(대법원 2007. 9. 7. 선고 2005다48154 판결).

대한 유효한 소유자가 되어 그 부동산에 대한 소유권을 주장할 수 있다. 그러므로 수탁자가 소유권을 가진 부동산을 임의처분한 경우에는 횡령죄가 성립하지 않는다. 다만 수탁자는 신탁자에 대하여 부당이득반환의무를 부담하게 된다.[17] 판례 역시 매도인이 선의인 계약명의신탁의 경우에 수탁자의 임의처분에 대하여 횡령죄의 성립을 부정하고 있다. 대법원은[18] "신탁자와 수탁자가 명의신탁약정을 맺고 그에 따라 수탁자가 당사자가 되어 명의신탁약정이 있다는 사실을 알지 못하는 소유자와 사이에서 부동산에 관한 매매계약을 체결한 이른바 계약명의신탁에 있어서, 수탁자는 신탁자에 대한 관계에서도 신탁부동산의 소유권을 완전히 취득하고 단지 신탁자에 대하여 명의신탁약정의 무효로 인한 부당이득반환의무만을 부담할 뿐인바, 그와 같은 부당이득반환의무는 명의신탁약정의 무효로 인하여 수탁자가 신탁자에 대하여 부담하는 통상의 채무에 불과할 뿐 아니라, 신탁자와 수탁자 간의 명의신탁약정이 무효인 이상, 특별한 사정이 없는 한 신탁자와 수탁자 간에 명의신탁약정과 함께 이루어진 부동산 매입의 위임 약정 역시 무효라고 볼 것이다. 또한 이러한 계약명의신탁의 법리는 수탁자가 신탁부동산에 관한 등기를 이전받기 전에 소유자와 사이의 합의로 매매계약을 해제한 후 그 매매대금을 반환받았다고 하더라도 마찬가지로 적용된다고 보아야 할 것이므로, 그 수탁자가 횡령죄에 있어서의 '타인의 재물을 보관하는 자'의 지위에 있다고 볼 수는 없다"하여 매도인이 선의인 계약명의신탁에서 수탁자의 신탁부동산의 임의처분에 대하여 횡령죄의 성립을 부정하고 있다.

문제는 계약명의신탁에서 매도인이 선의인 경우에 배임죄가 성립할 것인가이다. 배임죄를 긍정하는 견해는 법률행위가 무효인 경우에도

17) 판례는 부당이득반환의 대상와 관련하여, 부동산실명법 시행 전에 계약명의신탁약정이 행해진 경우에는 당해 부동산이 반환대상이고, 부동산실명법 시행 이후에 계약명의신탁약정이 행해진 경우에는 신탁자가 제공한 부동산 매수자금이 반환대상이라고 한다(대법원 2005. 1. 28. 선고 2002다66922 판결).

18) 대법원 2000. 3. 24. 선고 98도4347 판결; 대법원 2007. 3. 29. 선고 2007도766 판결.

사실상의 의무관계만 있으면 신임관계가 인정되는바, 신탁자와 수탁자 사이의 명의신탁약정의 무효에도 불구하고 부동산매입의 위임이라는 사실상의 신임관계는 부정되지 않으므로 수탁자가 이러한 신임관계를 어기고 제3자에게 임의로 처분한 경우에는 배임죄가 성립한다는 것이다.[19] 그러나 신탁자와 수탁자 사이의 그러한 신임관계는 신탁자에게 법적 소유권이 인정되는 경우에 의미가 있다. 전술한 바와 같이 수탁자는 매매계약의 대상인 부동산에 대한 유효한 소유권을 취득하게 되고 수탁자의 신탁부동산에 대한 임의처분행위는 유효한 소유권을 취득한 수탁자의 정당한 처분행위에 해당하여 배임죄로 처벌할 수 없다고 보아야 하고[20] 또한 그와 같은 유효한 법적 소유권이 인정된다면 수탁자는 신탁자의 재산에 대하여 재산적 업무를 처리하지 않는 것이 된다. 그러므로 계약명의신탁의 경우에는 수탁자의 신탁자에 대한 법적인 임무관계뿐만 아니라 사실상 보호해야 할 재산사무도 없다고 보아야 하므로 수탁자의 신탁부동산에 대한 처분행위 및 처분금액의 임의처분에 대해서도 배임죄의 성립을 부정하여야 한다.[21]

1.2 매도인이 악의인 경우

매도인의 악의인 경우를 살펴보면, 매도인이 매매계약 체결 당시에 신탁자와 수탁자 사이에 명의신탁약정을 알고 있었던 경우에는 신탁자와 수탁자 사이의 명의신탁약정은 무효이며(동법 제4조 제1항) 뿐만 아니라 수탁자 명의로의 부동산물권변동 역시 무효가 된다(동법 제4조 제2항 본문). 따라서 부동산에 대한 소유권은 수탁자에게 이전되지 않고

19) 이재상, 형법각론 제7판, 박영사, 2010, 400쪽; 이보영, "부동산 명의신탁과 형사책임", 법학연구 제33집, 한국법학회, 2009, 325쪽; 임웅, 형법각론 제4정판, 법문사, 2012, 433쪽.

20) 박상기, 형법각론 제8판, 박영사, 2011, 380쪽.

21) 손동권/김재윤, 새로운 형법각론, 율곡출판사, 2013, 441쪽.

매도인에게 있게 된다.[22] 이 경우에 수탁자의 신탁부동산에 대한 임의처분행위에 대하여 횡령죄설과 배임죄설의 대립이 있다. 횡령죄설은 매도인이 악의인 경우에 부동산실명법 제4조 제2항에 따라 물권변동은 무효이므로 부동산소유권이 매도인에게 복귀하므로 신탁부동산은 타인의 재물로서 수탁자의 임의처분행위는 타인의 소유물을 영득하는 횡령죄가 성립한다고 한다.[23] 반면에 배임죄설은 신탁자와 수탁자 사이의 명의신탁약정이 무효이더라도 신탁자와 수탁자 사이의 사실상의 신임관계가 있는 경우이므로 수탁자는 신탁자의 사무를 처리하는 자에 해당하여 수탁자의 신탄부동산에 대한 임의처분행위는 신탁자에 대한 배임죄가 성립한다는 견해이다.[24]

판례는 매도인이 선의인 경우와 마찬가지로 악의인 경우에도 횡령죄와 배임죄의 성립을 부정하고 민사문제만 남는 것으로 본다. 대법원은[25] "명의신탁자와 명의수탁자가 이른바 계약명의신탁 약정을 맺고 명의수탁자가 당사자가 되어 명의신탁 약정이 있다는 사실을 알고 있는 소유자와 부동산에 관한 매매계약을 체결한 후 매매계약에 따라 부동산의 소유권이전등기를 명의수탁자 명의로 마친 경우에는 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률 제4조 제2항 본문에 의하여 수탁자 명의의 소유권이전등기는 무효이고 부동산의 소유권은 매도인이 그대로 보유하게 되므로, 명의수탁자는 부동산 취득을 위한 계약의 당사자도 아닌 명의신탁자에 대한 관계에서 횡령죄에서 '타인의 재물을 보관하는 자'의 지위에 있다고 볼 수 없고, 또한 명의수탁자가 명의신탁자에 대하여 매매대금 등을

22) 이 경우에 불법원인급여에 해당되지 않기에 매도인은 소유권에 기한 방해배제청구를 하거나 부당이득반환청구를 할 수 있다(지원림, 민법강의 제8판, 홍문사, 2010, 666-667쪽).

23) 박상기, 앞의 책, 381쪽; 박상기, "부동산명의신탁과 횡령죄", 형사판례연구 제6권, 박영사, 1998, 279쪽; 박상기, 같은 책, 387쪽.

24) 김일수/서보학, 형법각론 새로 쓴 제7판, 박영사, 2007, 371쪽; 배종대, 형법각론 제8전정판, 홍문사, 2013, 535쪽.

25) 대법원 2012. 11. 29. 선고 2011도7361 판결.

부당이득으로 반환할 의무를 부담한다고 하더라도 이를 두고 배임죄에서 '타인의 사무를 처리하는 자'의 지위에 있다고 보기도 어렵다. 한편 위 경우 명의수탁자는 매도인에 대하여 소유권이전등기말소의무를 부담하게 되나, 위 소유권이전등기는 처음부터 원인무효여서 명의수탁자는 매도인이 소유권에 기한 방해배제청구로 말소를 구하는 것에 대하여 상대방으로서 응할 처지에 있음에 불과하고, 그가 제3자와 한 처분행위가 부동산실명법 제4조 제3항에 따라 유효하게 될 가능성이 있다고 하더라도 이는 거래 상대방인 제3자를 보호하기 위하여 명의신탁 약정의 무효에 대한 예외를 설정한 취지일 뿐 매도인과 명의수탁자 사이에 위 처분행위를 유효하게 만드는 어떠한 신임관계가 존재함을 전제한 것이라고는 볼 수 없으므로, 말소등기의무의 존재나 명의수탁자에 의한 유효한 처분가능성을 들어 명의수탁자가 매도인에 대한 관계에서 횡령죄에서 '타인의 재물을 보관하는 자' 또는 배임죄에서 '타인의 사무를 처리하는 자'의 지위에 있다고 볼 수도 없다"고 하여 횡령죄와 배임죄의 성립을 모두 부정하고 있다.[26]

2. 중간생략등기형 명의신탁에서의 횡령죄의 성부

중간생략등기형 명의신탁은 신탁자가 매매계약의 당사자가 되어 부동산소유자인 매도인과 매매계약을 체결하나 등기를 매도인으로부터 신탁자와 명의신탁약정을 맺은 수탁자에게 직접 이전하는 명의신탁을 말한다. 즉 매매계약의 체결 후 부동산소유권을 매도인으로부터 신탁자

26) 매도인이 악의인 경우에 수탁자의 임의처분행위에 대한 배임죄의 성립을 부정하고 단순히 민사문제만 남는 다는 판례의 태도에 대하여 소유권이 인정되지 않는 수탁자에게는 타인소유의 재물을 임의로 처분하지 않아야 할 의무가 귀속되고 매도인이 악의인 경우에 법률관계의 세 당사자에게는 부동산소유권을 신탁자에게 귀속시키고 수탁자와 매도인은 이러한 사실적 신뢰관계의 이행에의 협조가 혹인된 것이기에 그러한 사실적 신뢰관계도 보호하는 것이 타당하여 수탁자의 목적부동산의 임의처분행위에 대하여 배임죄의 성립을 인정하는 견해로는 손동권/김재윤, 앞의 책, 442-443쪽.

의 명의로 등기를 한 후 수탁자에게로 부동산소유권 이전등기를 하여야 하나 그 과정을 생략하고 직접 수탁자의 명의로 등기를 하는 것으로서 3자간 등기명의신탁이라도 한다. 중간생략등기형 명의신탁의 경우 명의신탁약정은 무효가 되고 그에 따라 행해진 수탁자 명의로의 물권변동도 효력이 부정된다(동법 제4조). 따라서 수탁자 명의로의 등기에도 불구하고 부동산소유권은 원소유자인 매도인에게 복귀되고[27] 신탁자와 매도인과의 매매계약은 유효하게 된다. 이러한 법률 상태에서 수탁자가 신탁자의 신탁부동산을 임의처분한 경우의 형사책임과 관련하여 학설은 횡령죄설과 배임죄설의 대립이 있다. 판례의 태도는 횡령죄의 성립을 긍정하였으나 후술하는 바와 같이 대법원은 2016. 5. 19. 선고 2014도6992 전원합의체 판결에서 종래의 태도를 변경하여 중간생략등기형 명의신탁에서의 수탁자의 임의처분행위에 대하여 횡령죄의 성립을 부정하였다.

2.1 학설의 대립

중간생략등기형 명의신탁에서 수탁자의 신탁부동산에 대한 임의처분행위에 대하여 학설은 횡령죄설과 배임죄설의 대립이 있다. 횡령죄설은 중간생략등기형 명의신탁에서 신탁부동산의 소유권이 원소유자인 매도인에게 복귀되므로 횡령죄의 객체인 '타인의 재물'이 되고 수탁자에게는 신탁부동산을 제3자에게 처분할 수 있는 보관자의 지위가 인정되므로 횡령죄가 성립한다는 견해이다. 다만 이 경우 누구에 대해서 횡령죄가 성립할 것인지가 문제되는 데, 원소유자는 매도인이므로 매도인에게 횡령죄가 성립한다는 견해,[28] 매도인은 매매대금을 수령하였으므로 사실상 피해가 없고 실질적 피해자는 매매대금은 지급하였으나

27) 따라서 매도인은 부동산소유권에 기하여 수탁자를 상대로 소유권이전등기말소 또는 진정명의회복을 원인으로 하는 소유권이전등기청구를 할 수 있다(지원림, 앞의 책, 664쪽).

28) 박상기, 앞의 논문, 279쪽; 임웅, 앞의 책, 432쪽.

신탁부동산은 제3자에게 처분되어 반환받을 수 없는 신탁자이므로 신탁자에 대한 횡령죄가 성립한다는 견해,[29] 그리고 3자간의 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 견해[30]가 있다. 한편 배임죄설은 매도인과 신탁자 사이의 매매계약은 여전히 유효하고 매매대금 역시 지급되어 소유권이전의 의사로 등기까지 경료한 부동산이므로 수탁자가 위탁관계 의해 매도인의 재물을 보관하는 것으로 볼 수 없다고 하면서 수탁자의 신탁부동산의 처분은 신탁자에 대한 신뢰관계의 배신행위로서 재산상 손해를 끼친 배임행위이며, 수탁자는 명의신탁약정에 의해 발생한 사실상의 신임관계로 인하여 신탁자의 사무를 처리하는 자로 보아서 신탁자에 대한 배임죄가 성립한다는 견해[31]이다.

2.2 판례의 태도

종래 대법원은 "신탁자가 수탁자와 명의신탁약정을 맺고 신탁자가 매매계약의 당사자가 되어 매도인과 매매계약을 체결하되 다만 등기를 매도인으로부터 수탁자 앞으로 직접 이전하는 이른바 중간생략등기형 명의신탁 또는 3자간 등기명의신탁 관계에서 명의수탁자가 명의신탁된 부동산 지분을 임의로 처분하였다면 횡령죄가 성립"[32]한다거나 "부

29) 배종대, 앞의 책, 532쪽; 이보영, 앞의 논문, 322쪽.

30) 손동권, "명의신탁부동산을 임의처분한 경우의 형사책임", 형사법연구 제15호, 한국형사법학회, 2001, 176쪽; 손동권/김재윤, 앞의 책, 440쪽.

31) 박흥식, "수탁자의 수탁부동산 처분행위와 횡령죄", 판례연구 1997 제1집, 제주판례연구회, 1997, 318쪽.

동산을 그 소유자로부터 매수한 자가 자신 명의로 소유권이전등기를 하지 아니하고, 제3자와 맺은 명의신탁약정에 따라 매도인으로부터 바로 제3자 앞으로 중간생략의 소유권이전등기를 경료 한 경우, 그 제3자가 그와 같은 명의신탁약정에 따라 자기 명의로 신탁된 부동산을 임의로 처분하면 신탁자와의 관계에서 횡령죄가 성립"[33]한다고 하여 중간생략등기형 명의신탁에서 수탁자의 신탁부동산에 대한 임의처분행위에 대하여 횡령죄의 성립을 긍정하였다.

그러나 대법원은 2016. 5. 19. 선고 2014도6992 전원합의체 판결에서 종래 판례의 태도를 변경하여 중간생략등기형 명의신탁에서 수탁자의 신탁부동산에 대한 임의처분행위에 대하여 횡령죄의 성립을 부정하였다. 즉 대법원은 "형법 제355조 제1항이 정한 횡령죄의 주체는 타인의 재물을 보관하는 자라야 하고, 횡령죄에서 보관이란 위탁관계에 의하여 재물을 점유하는 것을 뜻하므로 횡령죄가 성립하기 위하여는 재물의 보관자와 재물의 소유자 사이에 법률상 또는 사실상의 위탁신임관계가 존재하여야 한다. 위탁신임관계는 횡령죄로 보호할 만한 가치 있는 신임에 의한 것으로 한정함이 타당하다. 그런데 부동산을 매수한 명의신탁자가 자신의 명의로 소유권이전등기를 하지 아니하고 명의수탁자와 맺은 명의신탁약정에 따라 매도인에게서 바로 명의수탁자에게 중간생략의 소유권이전등기를 마친 경우, 명의수탁자 명의의 소유권이전등기는 무효이고, 신탁부동산의 소유권은 매도인이 그대로 보유하게 된다. 따라서 명의신탁자로서는 매도인에 대한 소유권이전등기청구권을 가질 뿐 신탁부동산의 소유권을 가지지 아니하고, 명의수탁자 역시 명의신탁자에 대하여 직접 신탁부동산의 소유권을 이전할 의무를 부담하지는 아니하므로, 신탁부동산의 소유자도 아닌 명의신탁자에 대한 관계에서 명의수탁자가 횡령죄에서 말하는 '타인의 재물을 보관하는 자'의 지위에 있다

32) 대법원 2002. 2. 22. 선고 2001도6209 판결.

33) 대법원 2002. 2. 22. 선고 2001도6209 판결; 대법원 2008. 4. 10. 선고 2008도1033 판결.

고 볼 수는 없다. 명의신탁자가 매매계약의 당사자로서 매도인을 대위하여 신탁부동산을 이전받아 취득할 수 있는 권리 기타 법적 가능성을 가지고 있기는 하지만, 명의신탁자가 이러한 권리 등을 보유하였음을 이유로 명의신탁자를 사실상 또는 실질적 소유권자로 보아 민사상 소유권이론과 달리 횡령죄가 보호하는 신탁부동산의 소유자라고 평가할 수는 없다. 명의수탁자에 대한 관계에서 명의신탁자를 사실상 또는 실질적 소유권자라고 형법적으로 평가하는 것은 부동산실명법이 명의신탁약정을 무효로 하고 있음에도 불구하고 무효인 명의신탁약정에 따른 소유권의 상대적 귀속을 인정하는 것과 다름이 없어서 부동산실명법의 규정과 취지에 명백히 반하여 허용될 수 없다.

그리고 부동산실명법의 입법 취지와 명의신탁관계에 대한 규율 내용 및 태도 등에 비추어 볼 때, 명의신탁자와 명의수탁자 사이에 위탁신임관계를 근거 지우는 계약인 명의신탁약정 또는 이에 부수한 위임약정이 무효임에도 불구하고 횡령죄 성립을 위한 사무관리・관습・조리・신의칙에 기초한 위탁신임관계가 있다고 할 수는 없다. 또한 명의신탁자와 명의수탁자 사이에 존재한다고 주장될 수 있는 사실상의 위탁관계라는 것도 불법적인 관계에 지나지 아니할 뿐 형법상 보호할 만한 가치 있는 신임에 의한 것이라고 할 수 없다. 그러므로 명의신탁자가 매수한 부동산에 관하여 부동산실명법을 위반하여 명의수탁자와 맺은 명의신탁약정에 따라 매도인에게서 바로 명의수탁자 명의로 소유권이전등기를 마친 중간생략등기형 명의신탁을 한 경우, 명의신탁자는 신탁부동산의 소유권을 가지지 아니하고, 명의신탁자와 명의수탁자 사이에 위탁신임관계를 인정할 수도 없다. 따라서 명의수탁자가 명의신탁자의 재물을 보관하는 자라고 할 수 없으므로, 명의수탁자가 신탁 받은 부동산을 임의로 처분하여도 명의신탁자에 대한 관계에서 횡령죄가 성립하지 아니한다."[34]고 하여 중간생략등기형 명의신탁에서 수탁자의 신탁부동산

34) 대법원 2016. 5. 19. 선고 2014도6992 전원합의체 판결.

에 대한 임의처분행위에 대하여 횡령죄의 성립을 부정하였다.

상기 대법원 2016. 5. 19. 선고 2014도6992 전원합의체 판결은 다음의 점에서 그 의의가 있다. 우선 매도인의 선의와 악의를 불문하고 계약명의신탁에서 수탁자의 신탁부동산에 대한 임의처분행위에 대하여 횡령죄의 성립을 부정한 기존의 판결에[35] 더하여 중간생략등기형 명의신탁에서 신탁부동산에 대한 신탁자의 소유권의 부정, 신탁자와 수탁자 사이의 위탁신임관계의 부정 및 수탁자의 신탁자의 재물을 보관하는 자의 지위를 부정하여 수탁자의 임의처분에 대하여 신탁자에 대한 관계에서 횡령죄가 성립을 부정하고 있다. 주목할 만한 것은 명의신탁의 불법성을 인정하고 명의신탁관계를 불법적인 사실상의 위탁관계로 파악하였다는 것이다.[36] 즉 신탁자와 수탁자 사이에 위탁신임관계가 형법상 보호가치 있는 신임관계가 아니며 수탁자가 신탁자의 재물을 보관하는 자가 아니므로 수탁자의 신탁부동산에 대한 임의처분에 대하여 신탁자에 대한 횡령죄가 성립하지 않는다는 상기 전원합의체 판결의 요지를 고려할 때 양자간 명의신탁에서의 신탁자와 수탁자 사이에 위탁신임관계 역시 불법원인위탁관계로서 평가될 수 있다. 따라서 수탁자의 신탁부동산에 대한 임의처분에 대하여 횡령죄의 성립을 인정하는 종래의 판례의 태도는 비판의 여지가 있다고 보며 이에 대한 상세한 내용은 후술하고자 한다.

---

35) 대법원 2012. 11. 29. 선고 2011도7361 판결; 대법원 2012. 12. 13. 선고 2010도10515 판결.

36) 종래 판례는 일관되게 부동산실명법이 규정하는 명의신탁약정은 부동산에 관한 물권의 실권리자가 타인과의 사이에서 대내적으로는 실권리자가 부동산에 관한 물권을 보유하거나 보유하기로 하고 그에 관한 등기는 그 타인의 명의로 하기로 하는 약정을 말하는 것일 뿐이므로, 그 자체로 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하는 경우에 해당한다고 단정할 수 없을 뿐만 아니라, 부동산실명법이 부동산등기제도를 악용한 투기·탈세·탈법행위 등 반사회적 행위를 방지하는 것 등을 목적으로 제정되었다고 하더라도, 무효인 명의신탁약정에 기하여 타인 명의의 등기가 마쳐졌다는 이유만으로 그것이 당연히 불법원인급여에 해당한다고 볼 수 없다고 하여 무효인 명의신탁약정에 기한 명의신탁행위 자체는 불법원인급여에 해당하지 않는다고 하였다(대법원 2003. 11. 27. 선고 2003다41722 판결).

Ⅳ. 명의신탁에서의 횡령죄의 성립에 대한 비판적 검토

전술한 계약명의신탁 및 중간생략등기형 명의신탁의 기본형 또는 원형이라 할 수 있는 양자간 명의신탁은 부동산의 소유자인 신탁자가 수탁자와 명의신탁약정을 맺고 그에 따라 수탁자의 명의로 등기하는 것을 말한다. 앞서 살펴본 바와 같이 계약명의신탁 및 중간생략등기형 명의신탁에서 수탁자의 신탁부동산에 대한 임의처분행위에 대하여 대법원은 횡령죄의 성립을 부정하였다. 그러나 양자간 명의신탁의 경우에 판례는 일관되게 부동산실명법이 시행되기 이전과 이후 여부를 불문하고 수탁자의 임의처분행위에 대하여 횡령죄를 긍정하고 있으며 학설은 횡령죄의 성립을 긍정하는 다수설과 부정하는 소수설의 대립을 보이고 있다. 이하에서는 우선적으로 종래의 학설 및 판례의 태도에 대하여 간략히 살펴본 후 (양자간) 명의신탁에서의 횡령죄의 성립에 대한 비판, 즉 횡령죄가 성립되어서는 안 되는 이유 및 논거를 제시하며 논하고자 한다.

1. 학설의 대립 및 판례의 태도

1.1 학설의 대립

양자간 명의신탁에서 수탁자의 신탁부동산에 대한 임의처분에 대하여 횡령죄의 성립을 긍정하는 견해를 살며보면, 부동산실명법 제4조 제1항은 명의신탁약정의 무효를 규정하고 있고 제2항은 명의신탁약정에 따른 등기로 이루어진 부동산에 관한 물권변동을 무효로 하고 있으므로 신탁된 부동산의 소유권은 신탁자에게 있고 수탁자가 소유권자인 신탁자가 아닌 제3자에게 그 부동산을 처분하여도 동법 제4조 제3항에 따라 제3자가 유효하게 부동산 소유권을 취득하므로 수탁자는 등기명의에 의하여 신탁부동산에 대한 보관하는 자의 지위에 있다고 할 수 있으

며, 명의신탁약정이 무효이더라도 횡령죄가 보호해야 할 신임관계가 존재하고 있다고 할 수 있으므로 수탁자의 신탁부동산에 대한 임의처분에 대하여 횡령죄가 성립한다.[37] 또한 횡령죄의 성립을 긍정하는 다수설에 대하여 첫째, 부동산실명법이 신탁자명의로 등기를 바꾸도록 강제하기 위하여 이행강제금 규정을 둔 것은 그 실질적 소유권이 신탁자에게 있는 것을 전제로 한 것이며, 둘째, 부동산실명법이 명의신탁계약과 그에 의한 등기의 무효를 제3자에게 대항하지 못한다는 규정을 둔 것은 그 소유권이 신탁자에게 있는 것을 전제로 한 것이고, 소유권이 수탁자에게 있다면 제3자 대항규정을 둘 필요는 없을 것이며, 셋째, 매도인이 선의인 상태에서 이루어진 3자간 계약명의신탁의 경우에 부동산실명법이 수탁자에로의 소유권변동을 인정하는 예외규정을 둔 것은 다른 명의신탁인 경우에는 원소유자에게 소유권을 복귀시킨다는 것을 의미한다고 하여 다수설의 타당성 근거를 제시하는 견해도[38] 있다.

그와 같은 수탁자의 임의처분에 대하여 횡령죄를 성립을 긍정하는 긍정설과는 달리 수탁자의 임의처분행위에 대하여 횡령죄의 성립을 부정하는 부정설의 횡령죄 불성립의 논거는 다음과 같다. 첫째, 명의신탁부동산은 불법원인급여물이라는 견해이다.[39] 부동산실명법상 무효가 되는 명의신탁에 제공된 신탁부동산은 민법 제746조의 불법원인급여물이 되어 수탁자에 대한 신탁자의 부동산 반환청구는 인정되지 않고 부동산소유권은 수탁자에게 귀속하므로 수탁자가 신탁부동산을 임의 처분하더라도 횡령죄는 성립하지 않는다. 둘째, 신탁자와 수탁자 사이에 위탁신임관계가 보호가치 있는 신임관계가 아니라는 견해이다.[40] 즉 위탁

37) 김일수/서보학, 앞의 책, 369쪽; 배종대, 앞의 책, 531쪽; 임웅, 앞의 책, 431쪽.

38) 손동권/김재윤, 앞의 책, 438-439쪽.

39) 박상기, 앞의 책, 378쪽; 오영근, 형법각론 제2판, 박영사, 2009, 468쪽.

40) 김진수, "부동산 명의신탁 관련 형사책임", 청연논총 제4집, 사법연수원, 2007, 307쪽; 천진호, "부동산실명법상 부동산명의수탁자의 형사책임", 형사재판의 제문제 제5권(이용우 대법관 퇴임기념논문집), 박영사, 2005, 284쪽.

관계의 전제가 되는 위탁행위 자체가 범죄적 성격을 가지기 때문에 횡령죄의 행위주체로서의 요건인 신뢰에 기한 위탁관계가 성립하지 않으므로 신뢰관계에 기한 위탁이 형법상의 불법을 구성하는 경우 보호가치가 없으므로 횡령죄가 성립하지 않는다는 것이다.

1.2 판례의 태도

대법원은 부동산을 소유자로부터 명의수탁 받은 자가 이를 임의로 처분하였다면 신탁자에 대한 횡령죄가 성립하며, 그 명의신탁이 '부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률' 시행 전에 이루어졌고 같은 법이 정한 유예기간 이내에 실명등기를 하지 아니함으로써 그 명의신탁약정 및 이에 따라 행하여진 등기에 의한 물권변동이 무효로 된 후에 처분행위가 이루어졌다고 하여 달리 볼 것은 아니며[41] 또는 피해자가 그 소유명의로 되어 있던 이 사건 부동산을 피고인에게 명의신탁하였는데, 피고인이 임의로 이 사건 부동산에 관하여 근저당권을 설정하였다면 피해자에 대한 횡령죄가 성립하고, 그 명의신탁이 부동산실명법 시행 이후에 이루어진 것이라고 하여 달리 볼 것이 아니라고[42] 하여 양자간 명의신탁에서의 수탁자의 신탁부동산에 대한 임의처분행위에 대하여 횡령죄를 성립을 긍정하고 있다. 그러나 후술하는 바와 같이 명의신탁에 제공된 신탁부동산에 대하여 불법원인급여성을 인정하지 않는 대법원의 태도와는 달리 명의신탁에 제공된 신탁부동산에 대한 불법원인급여성을 인정하고 있는 하급심의 판결을[43] 유념할 필요가 있다고 본다.

---

41) 대법원 2000. 2. 22. 선고 99도5227 판결; 대법원 2009. 8. 20. 선고 2008도12009 판결.

42) 대법원 1999. 10. 12. 선고 99도3170 판결.

43) 서울지방법원 2003. 11. 28. 선고 2003가합49028 판결; 서울서부지방법원 2006. 6. 9. 선고 2005가단2182 판결; 부산지방법원 2007. 4. 18. 선고 2006가단25918 판결.

2. 명의신탁에서의 횡령죄의 성립에 대한 비판적 검토

전술한 바와 같이 다수설과 대법원의 일관된 태도는 양자간 명의신탁에서의 수탁자의 신탁부동산에 대한 임의처분행위에 대하여 신탁자에 대한 횡령죄의 성립을 인정하고 있다. 그러나 대법원이 처음부터 횡령죄의 성립을 긍정하였던 것은 아니다.[44] 여하튼 대법원은 부동산실명법이 적용되는[45] 명의신탁 세 가지 유형 중 계약명의신탁과 중간생략등기형

---

44) 대법원 1970. 8. 31. 선고 70도1434 판결(피고인은 본건 부동산에 대한 고유의 지분과 아울러 피해자로부터 신탁 받은 동인의 지분에 대한 적법한 등기에 의하여 그 부동산을 피고인의 단독명의에 소유권이전등기 및 보존등기를 경료하였다는 것인즉, 위 대지 및 건물은 대외적 관계에 있어서는 피고인의 단독소유라고 할 것이고, 피해자가 설사 위 부동산의 실질적인 공유자였다 할지라고 그의 지분을 명의 신탁에 의하여 피고인 단독명의로 등기하기를 승락하고 그 지분에 관한 자신명의로 지분등기를 경료한 바 없는 이상 그를 위 지분에 대한 소유권자라고는 할 수 없는 것인즉 피고인이 위 명의 신탁관계에 있어서의 임무에 위배하여 그 부동산 전부를 타에 처분하였다 한들 그 소위를 횡령죄에서 말하는 타인의 재산을 보관하는 자가 그 재물을 횡령하는 행위라고는 볼 수 없을 것이다); 그러나 동 대법원 판결은 대법원 1971. 6. 22. 선고 71도740 전원합의체 판결에 의하여 폐기된다(사건 토지가 공소 외 1 소유로서 피고인에게 신탁되어 같은 피고인 명의로 소유권보존등기가 되어 있는데 피고인이 공모하여 타인에게 처분하였다면 이것은 피고인이 점유하는 위 소종중 소유의 토지를 횡령하는 행위라 할 것이다.) 그러나 동 전원합의체 판결에서 대법관 15인 중 6인의 대법관은 다음과 같은 반대의견을 제시하며 횡령죄가 성립하지 않는다고 하였다("본건 토지가 원래 공소 외 1의 소유이었던 것을 동종중이 피고인에게 명의 신탁하여 그의 명의로 소유권 보존등기가 경료된 것이었다 할지라도 그 등기가 경료 되어 있는 이상 현행 민법상 그 토지는 대외적 관계에서는 물론 대내적 관계에 있어서도 피고의 소유였다고 할 것(민법은 제187조 소정의 경우에 한하여 등기 없는 소유권을 인정하고 있다)이므로 설사 위 등기명의자인 피고인 1이 피고인 2와 공모하여 그 토지를 공소 외 2의 대리인 공소 외 3에게 매도하였다 한들 그것은 형법 제355조 제1항 소정의 횡령죄를 구성하는 행위였다고는 볼 수 없다").

45) 부동산실명법 제8조는 종중이 보유한 부동산에 관한 물권을 종중외의 자의 명의로 등기한 경우, 배우자 명의로 부동산에 관한 물권을 등기한 경우, 그리고 종교단체의 명의로 그 산하 조직이 보유한 부동산에 관한 물권을 등기한 경우에 그의 등기가 조세 포탈, 강제집행의 면탈 또는 법령상 제한의 회피를 목적으로 하지 아니하는 경우에는 동법 제4조(명의신탁의 효력), 제5조(과징금), 제6조(이행강제금), 제7조(벌칙), 및 제12조(실명등기의무 위반의 효력)가 적용되지 아니한다고 규정하고 있다.

명의신탁에서는 수탁자의 임의처분행위에 대한 횡령죄의 성립을 부정하고 있다. 그러나 수탁자의 신탁부동산에 대한 임의처분에 대하여 신탁자에 대한 횡령죄의 성립여부는 명의신탁제도 및 명의신탁행위에 대한 근본적인 문제에 대한 분석에 근거하여 그의 성립여부를 평가하여야 하는 것이 타당하다고 본다. 물론 횡령죄의 성립을 긍정하는 긍정설의 논거 중에서 특히 부동산실명법 제4조 제3항의 명의신탁약정 및 그에 따른 물권변동의 무효는 '제3자에게 대항하지 못한다'는 규정 및 제6조의 이행강제금의 규정 자체가 신탁자의 부동산에 대한 소유권을 인정하는 것을 전제하고 있다는 실정법 규정에 대한 해석론적 타당성을 긍정하지 않는 것은 아니다. 그러나 이론의 여지가 있는 부동산실명법의 제규정에 대한 해석에 있어서 반드시 고려되어야 할 것은 부동산실명법의 입법 목적 및 취지에 대한 고려뿐만 아니라 사회 질서의 체계적 일관성과 통일성을 위한 법질서의 통일성에 대한 요청 역시 고려되어야 한다. 이에 이하에서는 부동산실명법의 입법 목적 및 취지에 따른 명의신탁 및 명의신탁행위의 불법성의 인정여부, 신탁자와 수탁자 사이에 신임관계의 보호 가치여부 그리고 마지막으로 법질서의 통일성의 측면에서 명의신탁에서의 횡령죄 불성립의 요청 등에 관하여 논하고자 한다.

2.1 반사회적 성격 및 불법원인급여물의 인정 여부

명의신탁에서의 수탁자의 신탁부동산에 대한 임의처분행위의 신탁자에 대한 횡령죄의 성부에 있어서 핵심적 판단요소는 부동산 명의신탁을 불법원인급여로[46] 인정할 것인가와 부동산 명의신탁관계, 즉 신탁자

46) 불법원인급여란 급부자가 법적으로 비난받을 만한 불법의 원이에 기하여 재산을 급여하거나 노무를 제공하였기 때문에 급부수령자에 대하여 급부자가 부당이득의 반환을 청구할 수 없는 급부부당이득을 말한다. 민법 제746조는 제103조와 표리관계에 있는데, 제103조는 반사회적 법률행위를 무효로 보는데 반하여, 제746조는 반사회적 법률행위에 기하여 한 급부의 반환청구를 배척함으로써 소극적으로 법적 정의를 유리하려

와 수탁자의 관계를 신임관계로서 형법상 보호가치가 있는 위탁관계로 볼 수 있는가이다. 우선 부동산 명의신탁의 불법원인급여성의 인정여부와 관련하여 판례와 학설의 입장을 살펴보면 다음과 같다.

판례는 "부동산실명법이 규정하는 명의신탁약정은 부동산에 관한 물권의 실권리자가 타인과의 사이에서 대내적으로는 실권리자가 부동산에 관한 물권을 보유하거나 보유하기로 하고 그에 관한 등기는 그 타인의 명의로 하기로 하는 약정을 말하는 것일 뿐이므로, 그 자체로 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하는 경우에 해당한다고 단정할 수 없을 뿐만 아니라, 위 법률은 원칙적으로 명의신탁약정과 그 등기에 기한 물권변동만을 무효로 하고 명의신탁자가 다른 법률관계에 기하여 등기회복 등의 권리행사를 하는 것까지 금지하지는 않는 대신, 명의신탁자에 대하여 행정적 제재나 형벌을 부과함으로써 사적자치 및 재산권보장의 본질을 침해하지 않도록 규정하고 있으므로, 위 법률이 비록 부동산등기제도를 악용한 투기·탈세·탈법행위 등 반사회적 행위를 방지하는 것 등을 목적으로 제정되었다고 하더라도, 무효인 명의신탁약정에 기하여 타인 명의의 등기가 마쳐졌다는 이유만으로 그것이 당연히 불법원인급여에 해당한다고 볼 수 없다"는[47] 입장을 취하고 있다. 판례와 같이 신탁부동산의 불법원인급여성을 부정하는 견해는 명의신탁행위는 민법 제103조 위반행위가 아닌 강행법규 위반 행위이며,[48] 법적으로 부동산을 타인 소유로 하는 것은 개인의 자유 영역이며 명의신탁 자체가 당연 위법하다고 할 수 없으며,[49] 명의신탁행위를 처벌하는 것은 부동산 등기와 관련하여 실체적 권리관계를 일치시키기 위한 압박을 가하기 위한 정책적 규정일 뿐이라고 한다.[50] 이에 반해 신탁부동산의 불법원인급여를 긍정

는 데 그 취지가 있다(양형우, 민법의 세계 제8판, 피앤씨미디어, 2016, 1577쪽).

47) 대법원 2003. 11. 27. 선고 2003다41722 판결.

48) 이보영, 앞의 논문, 325쪽.

49) 양창수, "명의신탁에 대한 규율 제고", 법조 제49권 제11호, 법조협회, 2000, 233-234쪽.

50) 이창섭, "부동산 명의수탁자의 횡령죄 주체성", 형사판례연구 제19권, 한국형사판례연

하는 견해는 부동산실명법이 제정된 배경 및 입법 취지를 고려하면 부동산실명법상 금지규정은 민법 제103조의 구체적인 적용사례이며 명의신탁행위는 민법 제746조의 불법원인급여에 해당함으로 신탁자는 수탁자에 대하여 등기말소 또는 부당이득반환청구를[51] 할 수 없다고 한다.[52]

부동산 명의신탁의 불법원인급여성과 관련된 핵심 조항은 민법 제103조 및 제746조이다. 제103조는 반사회질서 법률행위의 무효를 그리고 제746조는 불법원인급여물에 대한 반환청구권을 행사할 수 없음을 규정하고 있다. 즉 명의신탁약정에 따라 행해진 명의신탁행위가 반사회적 행위로서 평가된다면 급부된 신탁부동산은 불법원인급여성을 가지게 될 것이다. 불법원인급여에서의 불법은 "선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하는 것을 의미한다"는 다수 견해에 따르면 강행법규 위반이 불법원인급여에서의 불법에 당연히 해당되는 것은 아니며 당사자가 강행규정의 존재를 알고 있으면서 감히 그 위반행위를 하는 것이 사회질서 위반으로 인정되는 경우에는 민법 제746조의 불법원인급여성을 인정할 수 있다고 한다.[53]

그와 같은 다수 견해에 따라 강행법규 위반이 불법원인급여에서의 불법에 해당하며 따라서 민법 제746조의 불법원인급여성이 인정됨을 논증해보고자 한다. 부동산실명법 제1조는 부동산에 관한 소유권과 그 밖의 물권을 실체적 권리관계와 일치하도록 실권리자 명의로 등기하게 함으로써 부동산등기제도를 악용한 투기·탈세·탈법행위 등 반사회적

구회, 2011, 248쪽.

51) 서울지방법원 2003. 11. 28. 선고 2003가합49028 판결(무효인 명의신탁 약정에 따라 이루어진 등기는 불법원인이 명의수탁자에게만 있다는 등의 특별한 사정이 없는 한 민법 제746조의 불법원인급여에 해당되어 명의신탁자의 등기말소 또는 이전등기 청구는 허용될 수 없다).

52) 박상기, 앞의 책, 378쪽; 오영근, 앞의 책, 468쪽.

53) 김재환, "불법원인급여와 반환청구", 재판실무연구 제4권, 수원지방법원, 2011, 108쪽 (오시영, "부동산 명의신탁과 불법원인급여 성립 여부에 대한 고찰", 동북아법연구 제10권 제2호, 전북대학교 동북아법연구소, 2016, 470쪽에서 재인용).

행위를 방지하고 부동산 거래의 정상화와 부동산 가격의 안정을 도모하여 국민경제의 건전한 발전에 이바지함을 목적으로 함을 선언하고 있다. 또한 제4조 제1항은 명의신탁약정의 무효를 그리고 제2항은 그에 따른 등기로 이루어진 부동산에 관한 물권변동은 무효로 함은 규정하고 있다. 이와 같은 규정의 내용을 고려할 때 부동산실명법은 명의신탁을 금지하고 있으며 이에 위반할 시에는 과징금 및 이행강제금을 부과하고 있다. 1995년 부동산실명법이 시행된 지 20여년이라는 긴 시간이 경과되었다. 동법 제11조는 동법의 시행 전에 명의신탁약정에 따른 등기의 실명등기를 하도록 1년간의 유예기간 이내에 실명등기하여야 함을 규정하였고 동법 제12조는 동 유예기간 이내에 실명등기 또는 매각처분 등을 하지 아니한 경우 그 기간이 지난 날 이후의 명의신탁약정 등의 효력에 관하여는 제4조를 적용한다고 규정하고 있다. 부동산이라는 자산을 소액으로 매매할 수도 있겠으나 다수의 경우에는 상당한 액수의 금액으로 매매계약이 체결될 것이다. 그러한 상당한 금액을 지불하고 부동산을 매수하는 자는 부동산 매매와 관련된 법률 지식이 없는 경우에 그와 같은 지식을 겸비한 변호사, 법무사 및 법률전문가로부터 관련 지식 및 정보를 당연히 습득하고자 할 것이다.

그렇다면 부동산 매매계약을 체결하거나 또는 자신의 부동산에 대한 등기를 타인의 명의로 등기를 하는 명의신탁의 불법성 및 그에 관한 효력에 대하여 인지하고 있음은 의심이 여지가 없을 것이다. 따라서 신탁자는 명의신탁약정에 따른 명의신탁행위가 강행법규에 위반되는 불법적인 행위임을 인식하고도 그와 같은 신탁행위를 감히 행한 것이고 그와 같은 명의신탁행위는 의심할 여지없이 부동산등기제도를 악용한 투기・탈세・탈법행위 등 반사회적 행위로서의 목적성을 가지고 행해졌음은 의심의 여지가 없을 것이다. 그와 같다면 신탁자의 명의신탁약정에 따른 명의신탁행위는 민법 제746조의 불법원인급여성이 인정될 것이고 따라서 불법원인급여물인 신탁부동산에 대한 반환청구권을 행사할

수 없게 될 것이다. 그렇다면 이론적으로 신탁자는 수탁자에 대하여 부동산 반환청구권을 행사할 수 없게 됨에 따라 수탁자는 타인(신탁자)의 재산을 보관하는 자의 지위에 있지 않음으로써 횡령죄의 행위주체의 구성요건이 성립되지 않아 횡령죄의 성립을 부정하는 것이 논리적이고 합리적이다.[54] 물론 제746조의 불법원인급여는 모든 강행법규 위반 행위에 성립하는 것이 아니라 '선량한 풍속 기타 사회질서에 반하는 경우'로 한정해야 한다는 견해는 타당하다. 그러나 강행법규의 위반이 되는 행위가 사회질서에 대한 심각한 침해를 초래하고 또한 성행하고 있다면 그것은 단순한 강행법규위반이 아니라 제103조가 규정한 '선량한 풍속 기타 사회질서에 위반되는 행위'로 평가될 수 있을 것이다. 비록 중간생략등기형 명의신탁에서의 수탁자의 횡령죄를 성립을 부정한 판례이지만 전술한 대법원 전원합의체 판결(대법원 2016. 5. 19. 선고 2014도6992 전원합의체 판결)에서 "명의수탁자에 대한 관계에서 명의신탁자를 사실상 또는 실질적 소유권자라고 형법적으로 평가하는 것은 부동산실명법이 명의신탁약정을 무효로 하고 있음에도 불구하고 무효인 명의신탁약정에 따른 소유권의 상대적 귀속을 인정하는 것과 다름이 없어서 부동산실명법의 규정과 취지에 명백히 반하여 허용될 수 없다"라고 밝히고 있듯이 명의신탁행위는 부동산실명법이라는 강행법규를 위반하는 행위이며 시행 후 20여년이 경과된 후에도 부동산 거래의 정상화와 부동산 가격의 안정을 도모하여 국민경제의 건전한 발전을 목적으로 하는 강행법규를 위반한 신탁자를 법률상 보호해야 할 타당하며 합리적인 이유는 없다고 본다.

54) 판례는 민법 제746조는 단지 부당이득제도만을 제한하는 것이 아니라 동법 제103조와 함께 사법의 기본이념으로서, 결국 사회적 타당성이 없는 행위를 한 사람은 스스로 불법한 행위를 주장하여 복구를 그 형식 여하에 불구하고 소구할 수 없다는 이상을 표현한 것이므로, 급여를 한 사람은 그 원인행위가 법률상 무효라 하여 상대방에게 부당이득반환청구를 할 수 없음은 물론 급여한 물건의 소유권은 여전히 자기에게 있다고 하여 소유권에 기한 반환청구도 할 수 없고 따라서 급여한 물건의 소유권은 급여를 받은 상대방에게 귀속된다(대법원 1979. 11. 13. 선고 79다483 전원합의체 판결).

2.2 불법원인위탁으로서의 명의신탁

대법원 전원합의체 판결(대법원 2016. 5. 19. 선고 2014도6992 전원합의체 판결)은 "형법 제355조 제1항이 정한 횡령죄의 주체는 타인의 재물을 보관하는 자라야 하고 횡령죄가 성립하기 위하여는 재물의 보관자와 재물의 소유자 사이에 법률상 또는 사실상의 위탁신임관계가 존재하여야 한다. 이러한 위탁신임관계는 횡령죄로 보호할 만한 가치 있는 신임에 의한 것으로 한정함이 타당하다. 부동산에 관한 소유권과 그 밖의 물권을 실체적 권리관계와 일치하도록 실권리자 명의로 등기하게 함으로써 부동산등기제도를 악용한 투기·탈세·탈법행위 등 반사회적 행위를 방지하고 부동산 거래의 정상화와 부동산 가격의 안정을 도모하여 국민경제의 건전한 발전에 이바지함을 목적으로 하고 있는 부동산실명법의 입법 취지와 아울러, 명의신탁약정에 따른 명의수탁자 명의의 등기를 금지하고 이를 위반한 명의신탁자와 명의수탁자 쌍방을 형사처벌까지 하고 있는 부동산실명법의 명의신탁관계에 대한 규율 내용 및 태도 등에 비추어 볼 때, 명의신탁자와 명의수탁자 사이에 위탁신임관계를 근거 지우는 계약인 명의신탁약정 또는 이에 부수한 위임약정이 무효임에도 불구하고 횡령죄 성립을 위한 사무관리·관습·조리·신의칙에 기초한 위탁신임관계가 있다고 할 수는 없다. 명의신탁자와 명의수탁자 사이에 존재한다고 주장될 수 있는 사실상의 위탁관계라는 것도 부동산실명법에 반하여 범죄를 구성하는 불법적인 관계에 지나지 아니할 뿐 이를 형법상 보호할 만한 가치 있는 신임에 의한 것이라고 할 수 없다."[55]고 하여 중간생략등기형 명의신탁에서의 수탁자의 횡령죄의 성립을 부정하면서 신탁자와 수탁자의 명의신탁약정에 따른 사실상의 위탁관계는 범죄를 구성하는 불법적인 관계이며 형법상 보호할 만한 가치 있는 신임에 의한 것이 아님을 명백히 선언하였다. 횡령죄의 본질이 위탁의

55) 대법원 2016. 5. 19. 선고 2014도6992 전원합의체 판결.

신임관계에 위배하여 타인의 재물을 영득하는 것에 있고 그 위탁의 신임관계는 형법상 보호 가치 있는 신임관계이어야 함은 주지의 사실이다. 그렇다면 상기 대법원 전원합의체 판결에서도 밝혔듯이 신탁자와 수탁자 사이에 명의신탁행위는 형법상 보호 가치가 없는 불법적인 관계로서 불법원인위탁관계로 평가할 수 있는 것이다. 따라서 그와 같은 불법원인위탁관계에서 보호 가치 없는 신임관계를 위반한 수탁자의 횡령죄를 성립을 부정하는 것이 이론적으로 합리적이라고 본다.

2.3 법질서의 통일성에 따른 수탁자의 신탁부동산의 소유권 인정

금전과 부동산은 물리적 성질은 달리하나 그의 사회적・재산적 가치에 대한 평가는 동일하다고 평가할 수 있다. 그렇다면 타인 명의의 예금통장에 금전을 예치하는 경우와 타인의 명의로 부동산을 등기를 하는 것은 대상인 객체가 다를 뿐 공통적으로 타인의 명의를 이용한다는 것에는 차이가 없다. 물론 자신의 명의가 아닌 타인의 명의로 예금을 하거나 부동산을 등기하는 것은 근대민법의 원칙인 법률행위의 자유에 따라 자유롭게 할 수 있을 것이다. 그러나 법률행위의 자유 역시 무제한적으로 할 수 있는 것이 아니라 내재적 한계를 이탈하지 않는 범위 내에서 가능한 것이다. 내재적 한계를 이탈하여 탈세・투기와 같은 반사회적 행위로서 사회 질서 및 선량한 풍속에 반하는 경우에는 그와 같은 법률의 자유는 용인될 수 없는 것이다.

2014년 “금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률”이 개정되었다.[56)]

56) 개정 금융실명법의 주요 내용은 다음과 같다. 1) 누구든지 “특정 금융거래정보의 보고 및 이용 등에 관한 법률” 제2조 제3호에 따른 불법재산의 은닉, 같은 조 제4호에 따른 자금세탁행위 또는 같은 조 제5호에 따른 공중협박자금조달행위 및 강제집행의 면탈, 그밖에 탈법행위를 목적으로 타인의 실명으로 금융거래를 하여서는 아니 된다(동법 제3조 제3항). 2) 실명이 확인된 계좌 또는 외국의 관계 법령에 따라 이와 유사한 방법으로 실명이 확인된 계좌에 보유하고 있는 금융자산은 명의자의 소유로 추정한다(동법 제3조 제5항). 3) 제3조 제3항의 규정을 위반한 자는 5년 이하의 징역 또는

동법은 “실명이 확인된 계좌 또는 외국의 관계 법령에 따라 이와 유사한 방법으로 실명이 확인된 계좌에 보유하고 있는 금융자산은 명의자의 소유로 추정한다”(동법 제3조 제5항)는 규정을 신설하였다. “타인 명의의 금융거래는 범죄수익 은닉, 비자금 조성, 조세 포탈, 자금 세탁, 횡령 등 불법·탈법 행위나 범죄의 수단으로 악용될 수 있으므로 이러한 차명거래를 금지하고,[57] 위반시 형사적·행정적 제재와 더불어 민사적 불이익을 부과함으로써 불법·탈법적 목적의 차명거래를 방지함”에 동법의 목적이 있음을 개정이유에서 명백히 선언하였다. 마찬가지로 부동산실명법 역시 부동산 거래질서의 혼란과 왜곡을 초래하고 투기 및 탈세 등의 불법행위의 수단으로 악용되던 관행을 없애고자 명의신탁약정의 무효와 그에 따른 물권변동의 무효를 규정하게 되었다. 그러나 허용하는 예외를 제외한 부동산 명의신탁의 근본적 문제에 대한 해결보다는 규정에 대한 해석에 있어서 이론의 여지를 남겨 두어 많은 혼란을 초래하고 있다. 수탁자의 신탁부동산에 대한 임의처분과 관련한 횡령죄 성부의 문제 및 명의신탁과 관련된 근본적인 해결방안으로서 요청되는 것이 바로 신탁부동산에 대한 수탁자의 소유권의 명문화이다. 그에 관한 명시적 규정은 타인 재물의 보관자로서의 지위 및 형법상 보호할 가치 있는 위탁신임관계와 관련된 법리적 논란을 해결해 줄 것이다. 또한 불법행위를 의도적으로 행하여 강행법규를 위반하는 반사회적 행위를 감행하는 자를 법이 보호해야 하는 가와 관련된 논란 역시 일소해 줄 것이다.

5천만 원 이하의 벌금에 처하며 징역형과 벌금형은 병과 할 수 있다(동법 제6조).

57) 모든 차명거래가 금지되는 것은 아니다. 불법재상의 은닉, 자금세탁행위, 공중협박자금의 조달행위, 강제집행의 면탈 및 그 밖의 탈법행위를 목적으로 하는 차명거래만 금지된다. 차명거래로 보지 않는 대표적인 유형은 다음과 같다. ① 계, 부녀회, 동창회 등 친목모임의 회비를 관리하기 위해서 대표자(회장, 총무, 간사 등)의 명의의 계좌를 개설하는 행위, ② 문중, 교회 등 임의단체 금융재산을 관리하기 위해 대표자(회장, 총무, 간사 등)의 명의 계좌를 개설하는 행위, ③ 미성년 자녀의 금융자산을 관리하기 위해 부모명의 계좌에 예금하는 행위 등이다(금융투자협회, 개정 금융실명법 안내, 2014, 6쪽).

결론적으로 강행법규가 무효로 규정한 명의신탁약정에 따른 명의신탁은 불법적이며 탈법적인 거래수단이며 보호가치 없는 거래의 관행이므로 예외적 허용의 경우를 제외하고는 실효적으로 규제할 필요가 있으며 불법·탈법 행위의 주체에 대한 보호의 당위성 및 필요성은 법리적으로도 이론적으로 그 가치가 없다고 본다.

Ⅴ. 맺음말

사회의 가치와 질서에 대한 규범은 사회에 상존하는 사람들에 의하여 태동하거나 사멸하게 된다. 그러한 사회의 가치와 질서는 사회를 유지함에 있어서 중요성 및 가치가 상당하기에 구술 및 구전의 형식이 아닌 활자화된 규범의 형태로 구현된다. 규범에 대한 해석을 함에 있어서 문언에 충실히 해석하여야 함은 당연하다. 그러나 그러한 규범의 해석에 있어서 또한 중요한 것은 규범이 담고 있는 사상, 즉 사회의 가치에 대한 평가가 함께 수행되어야 한다. "부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률"인 일명 부동산실명법은 그 명칭에서 명백히 드러나듯이 부동산 소유권에 대한 등기는 실권리자 명의로 하여야 함을 선언하고 있는 것이다. 물론 급작스런 변화는 또 다른 혼란을 초래하기에 일정기간의 유예기간을 부여하여 실권리자 명의로 등기할 것을 요청하였다. 그러나 법 시행 후 20여년의 시간이 경과된 후에도 동법이 금지한 명의신탁약정에 따른 실권자의 명의가 아닌 수탁자의 명의로의 등기가 여전히 행해지고 있다. 법은 존재에 의의가 있는 것이 아니라 사회의 가치를 반영하고 준수되어 사회 질서를 바르게 형성하고 그 결과 사회 구성원의 행복을 증진함에 있는 것이다. 그와 같은 기능을 수행하지 못하는 법은 인위적이든 자연적이든 사멸하게 되는 것이다. 사회의 가치와 질서에 반하는 반사회적 성격을 특징으로 하는 명의신탁은 형법상 보호 가치가 없는

불법적인위탁관계로서 그 불법행위의 주도적 지위를 가지며 강행법규 위반을 인지하고 감행하는 불법행위자인 신탁자는 법이 보호해야 할 이익이 없다고 본다. 그럼에도 불구하고 명의신탁이 만연하는 이유는 불법행위자인 신탁자를 법이 보호하고 있기 때문이다. 그와 같은 법의 보호를 차단하는 방법으로는 신탁부동산에 대한 신탁자의 소유권을 실질적으로 인정해주고 있는 이행강제금의 부과와 같은 부동산실명법상 제 규정의 개정과 더불어 신탁부동산에 대한 소유권을 금융실명법과 마찬가지로 수탁자에 인정해주는 것이다. 특히 명의신탁의 불법적 위탁관계성의 확인 및 신탁부동산의 불법원인급여물로서의 성격의 명시적 인정으로 수탁자의 신탁부동산에 대한 임의처분행위에 대하여 신탁자에 대한 횡령죄의 성립을 부정하는 것이 명의신탁이라는 불법행위의 근절에 있어서 가장 필요하다고 본다.

참고문헌

1. 단행본

금융투자협회, 개정 금융실명법 안내, 2014.
곽윤직, 물권법 신정수정판, 박영사, 1999.
김일수/서보학, 형법각론 새로쓴 제7판, 박영사, 2007.
박상기, 형법각론 제8판, 박영사, 2011.
배종대, 형법각론 제8전정판, 홍문사, 2013.
손동권/김재윤, 새로운 형법각론, 율곡출판사, 2013.
양형우, 민법의 세계 제8판, 피앤씨미디어, 2016.
오영근, 형법각론 제2판, 박영사, 2009.
이은영, 민법Ⅰ 제5판, 박영사, 2007.

이재상, 형법각론 제7판, 박영사, 2010.
임 웅, 형법각론 제4정판, 법문사, 2012.
지원림, 민법강의 제8판, 홍문사, 2010.

2. 학술지

권오창, “계약명의신탁의 법률관계에 관한 고찰-부동산실권리자등기에 관한법률 제4조 제2항 단서의 해석을 중심으로-”, 법조 제48권 제6호, 법조협회, 1999, 116-134쪽.
김상용, “부동산거래 선진화를 위한 제도개선: 명의신탁, 공정증서의 법제화로 극복을”, 부동산 Focus 제98호, 한국감정원 부동산연구원, 2016, 2-14쪽.
김진수, “부동산 명의신탁 관련 형사책임”, 청연논총 제4집, 사법연수원, 2007, 289-321쪽.
박상기, “부동산명의신탁과 횡령죄”, 형사판례연구 제6권, 박영사, 1998.
박홍식, “수탁자의 수탁부동산 처분행위와 횡령죄”, 판례연구 1997 제1집, 제주판례연구회, 1997.
손동권, “명의신탁부동산을 임의처분한 경우의 형사책임”, 형사법연구 제15호, 한국형사법학회, 2001, 163-184쪽.
양창수, “명의신탁에 대한 규율 제고”, 법조 제49권 제11호, 법조협회, 2000, 207-244쪽.
오시영, “부동산 명의신탁과 불법원인급여 성립 여부에 대한 고찰”, 동북아법연구 제10권 제2호, 전북대학교 동북아법연구소, 2016, 451-487쪽.
이보영, “부동산 명의신탁과 형사책임”, 법학연구 제33집, 한국법학회, 2009, 311-333쪽.
이창섭, “부동산 명의수탁자의 횡령죄 주체성”, 형사판례연구 제19권,

한국형사판례연구회, 2011, 236-265쪽.
천진호, “부동산실명법상 부동산명의수탁자의 형사책임”, 형사재판의 제문제 제5권(이용우 대법관 퇴임기념논문집), 박영사, 2005.

[Abstract]

A Critical Review on the Establishment of Embezzlement in the Title Trust Agreement

Lee, Jae-Hak*

Article 1 of The Real Estate Real Name Act states that the purpose of this Act is to contribute to the sound development of the national economy through the prevention of antisocial acts, such as speculation, evasion of taxes and acts circumventing laws, etc. which abuse the real estate registration system, the normalization of real estate transactions, and the stabilization of real estate prices, by having any ownership and other real rights to real estate registered under the names of those having real rights so as to conform to the substantial relation of rights. However, the Act has not been actually effective, because, though the Act have stated that No person shall register any real right to real estate under the name of the title trustee pursuant to the title trust agreement, the Title Trust Agreement have been widespread. To eliminated the illegal Title Trust, the Establishment of Embezzlement in The Title Trust should be denied. Fortunately, recently Supreme Court(2016. 5. 19. sentence 2014do6992) denied the establishment of embezzlement about the title trust agreement of the style of the middle omission registration. Also it has already denied the establishment of

* Principal Researcher, Institute of Legal Studies Konkuk University, Ph.D. in Law

embezzlement about the tile trust agreement of contract. The attitude of the Supreme Court like that, I think, is desirable. Because the Title Trust is an Anti-Social and Illegal, it should be prohibited entirely. I wish the right of claim to return the trust property of title truster to be considered as a criminal should not be guaranteed by Supreme Court, and that the property offered by the title trust agreement contract is regarded as the performance for illegal cause.

[Key Words] The Real Estate Real Name Act, Title Trust Agreement, Performance for Illegal Cause, Title Truster, Title Trustee