

부동산을 행위객체로 한 재산범죄의 성립 한계

— 특히 민사사건과 형사사건 사이의 한계 —

손 동 권*

목 차

I. 머리말	3. (등기)명의신탁부동산 임의처분에의 적용
II. 부동산거래에서 불고지행위와 사기죄 성립의 한계	IV. 민법상 부당이득반환과 횡령죄(배임죄) 성립의 한계
1. 부동산거래에서의 소극적 불고지	1. 매도인이 선의인 계약명의신탁에서의 문제성 대두
2. 불고지행위가 기망행위로 평가받기 위한 조건	2. 재산범죄의 성립 여부
3. 부동산이중매매에의 적용	3. 소 결
III. 민법상 불법원인급여와 횡령죄(배임죄) 성립의 한계	V. 민법상 채무불이행과 배임죄 성립의 한계
1. 부동산 명의신탁에서 불법원인급여 물의 문제성 대두	1. 배임죄에서의 임무위배
2. 불법원인급여물에 대한 횡령죄의 성립 여부	2. 부동산 이중매매에의 적용
	VI. 맺는말

I. 머리말

국토가 협소한 현실에 비하여 부동산을 생산·유통·소비활동의 기반으로 이용하여야 할 필요성이 대단히 큰 우리나라에서 유한적인 부동산을 행위객체(Tatobjekt)로 하는 소위 부동산범죄가 많이 발생되고 있다. 특히 부동산범죄는 외형적으로 정상적인 사법상 거래행위와 관련하여 일어나는 경우가 많다. 이러한 부동산거래범죄에는 다른 범죄에 대해

* 건국대학교 법과대학 교수

상대적인 특징을 가지고 있다. 그 특징은 부동산 자체의 가액이 엄청나므로 피해자의 경제적 타격이 이에 상응하여 크다는 점, 부동산 관련법규 및 이론이 복잡하고 어려우므로 법률의 문외한이 쉽게 범죄피해를 당할 수 있다는 점, 단순한 민사문제에 그치는 경우와 더 나아가 형사문제가 되는 경우의 구별이 어렵다는 점 등을 들 수 있다.

특히 부동산을 거래하는 당사자가 특정한 의무를 위배하였을 때에 그것이 단순한 민사상의 의무위배인지 더 나아가 형법상 배임죄에서 말하는 임무위배인지의 구별은 쉽지 않다. 그리고 부동산거래에서 상대방에게 필요한 사항을 불고지한 것이 사기죄의 기망행위가 인정될 것인지, 부동산을 불법원인으로 급여한 불법원인급여물에 대한 횡령죄 성립이 가능한지, 부동산처분을 통해 재물(재산상 이익)을 취득한 경우 부당이득반환의 민사문제에 그치거나 횡령죄 내지 배임죄의 성립이 가능한지 등의 문제가 대두된다. 그리고 형사문제가 되는 경우에도 그것이 횡령죄(제355조 1항)에서 말하는 ‘타인의 재물을 보관하다가 그 재물을 횡령’하는 것인지, 아니면 단순히 배임죄(제355조 2항)에서 말하는 ‘타인의 사무를 처리하는 자로서의 임무위배’인지의 구별도 결코 쉽지 않다. 전자의 민·형사문제의 구별에는 보충성의 원칙(Subsidiaritätsprinzip)이 지배한다.

따라서 부동산거래를 통한 피해는 가능한 먼저 민사문제로 해결하고 범죄 및 형벌을 통한 제재는 평화로운 사회질서를 보장하고 국민의 법익보호를 위해 필요한 최후의 수단(ultima ratio)으로서만 인정되어야 한다. 아래에서 본고는 부동산을 객체로 하는 행위들, 특히 부동산 이중 매매와 명의신탁부동산의 임의처분과 관련하여 재산범죄 성립을 위한 전제조건(특히 우리나라와 같은 자본주의 국가에서의 사기행위의 인정 조건), 단순한 민사문제(민법상 채무불이행, 불법원인급여, 부당이득반환)와 횡령죄 내지 배임죄 사이의 구별에 대해서 더 자세히 살펴보기로 한다.

II. 부동산거래에서 불고지행위와 사기죄 성립의 한계

1. 부동산거래에서의 소극적 불고지

부동산소유자가 그 부동산을 거래하면서 상대방에게 고지하여야 할 사항을 불이행함으로써 상대방에 대한 사기죄의 성립여부가 문제되는 유형은 여러 가지가 있다. 그 중에 대표적인 것이 매도인이 부동산을 이중매매하면서 제2매수인에게 제1매도사실을 불고지하는 경우이다 (이러한 문제를 판시한 것으로는 대판 1956. 5. 8. 56형상21; 대판 1969. 1. 19. 69도1921; 대판 1970. 5. 26. 70도777; 대판 1971. 12. 21. 71도1480; 대판 1983. 6. 28. 82도1684; 대판 1984. 5. 9. 83도3194; 대판 1991. 12. 24. 91도2698). 즉, 매도인이 제1차 매매계약의 사실을 고지하지 않은 것이 사기죄의 성립을 위한 기망행위가 될 것인지가 문제된다. 만약 이것이 긍정되면 사기죄의 성립이 가능할 수 있다.

이와 유사한 특수한 경우로서 우리나라 대법원판례의 대상이 된 것으로는 아파트 신축분양업자가 미완성 아파트를 채권담보의 목적으로 채권자들에게 분양한 후 소유권이전등기의 경로 전에 다시 제3자에게 위 분양사실을 고지하지 않고 임대차계약을 체결한 사례가 있다(대판 1987. 12. 8. 87도1839). 또 다른 비교적 흔한 사례로는 거래목적물에 대하여 소유자가 소송계속사실을 상대방에게 불고지하는 경우이다. 예컨대, 전대차금지와 제소전화해의 성립과 점유권이전금지소송계속사실의 불고지(대판 1980. 7. 8. 79도2734), 목적물에 대하여 제3자와 소유권이전에 관한 소송계속사실의 불고지(대판 1983. 3. 22. 82도2837), 목적물에 대하여 제3자가 명도소송을 제기한 것과 점유이전금지가처분의 신청을 한 사실의 불고지(대판 1985. 3. 26. 84도301), 매매의 목적부동산에 관해 소유권 귀속에 대한 분쟁이 있었고 재심소송이 계속 중인 사실의 불고지(대판 1986. 9. 9. 86도956) 등의 사례가 있었다. 그리고 목적물에

대하여 이미 담보설정 및 등기가 되어 있는 사실을 불고지하는 사례도 흔히 볼 수 있는 것이다.

예컨대 목적물에 대하여 저당권이 설정된 사실의 불고지(대판 1985. 9. 10. 85도1306), 가등기담보가 설정된 사실의 불고지(대판 1985. 4. 9. 85도326), 가등기와 근저당등기가 경료된 사실의 불고지(대판 1972. 3. 28. 72도255; 대판 1981. 8. 20. 81도1638; 대판 1990. 11. 13. 90도1218), 공사도급계약을 체결함에 있어서 토지에 관한 가등기담보가 되어 있는 사실의 불고지(대판 1985. 3. 12. 84도93), 원인무효의 등기가 되어 있는 사실의 불고지(대판 1967. 12. 5. 67도1152) 등의 사례가 이에 해당한다. 기타 사기죄의 성립이 문제되었던 개별적인 사례들로는 매매목적물에 관하여 유언으로 재단법인에 출연되었는지 여부가 문제되고 다른 부동산에 관하여는 이미 유언이 유효하다는 판결이 있는 사실의 불고지(대판 1992. 8. 14. 91도2201), 회사의 공장부지매매의 경우에 회사정리절차가 진행 중인 사실의 불고지(대판 1984. 9. 25. 84도882), 매매목적물이 도시계획에 저촉되는 사실의 불고지(대판 1985. 4. 9. 85도17), 매매목적물인 대지의 일부가 도로화되어 있는 사실의 불고지(대판 1971. 7. 27. 71도 977), 전세목적물에 대하여 경락허가결정이 된 사실의 불고지(대판 1934. 3. 12. 74도164) 또는 이미 매도목적으로 복덕방에 내어 놓았다는 사실의 불고지(대판 1985. 11. 12. 85도1914), 타인토지 위에 건물을 소유하고 있는 자가 그 건물에 대한 전세계약 시에 대지의 소유자가 타인이라는 사실의 불고지(대판 1979. 2. 13. 78도2211) 또는 대지의 소유자명이가 변경된 사실의 불고지(대판 1978. 8. 22. 78도1361), 매수인이 매매잔금을 초과하여 지급하는 것을 알면서도 매도인이 받아 간 경우(사기죄의 성립을 긍정한 대판 2004. 5. 27. 2003도4531) 등이 있었다.¹⁾

1) 상기한 사례들에 대해 사기죄의 성립 여부를 자세히 설명한 것으로는 손동권, 「형법각론」, 제2개정판, 율곡출판사, 2006, 358면 이하.

2. 불고지행위가 기망행위로 평가받기 위한 조건

사기죄가 성립하기 위해서는 기망행위(Täuschungshandlung)가 있어야 한다. 그런데 그 기망행위는 부작위에 의하여서도 가능하다.²⁾ 부작위에 의한 기망의 방법으로는 피해자가 스스로 착오에 빠지거나 그 정도가 강화되는 것을 방지하지 않거나 기존의 착오를 고지하여 제거하지 않거나를 불문한다.³⁾ 따라서 거래상 요구되는 사실을 고지하지 않는 것도 묵시적 기망행위 또는 부작위에 의한 기망행위가 될 수 있다. 그러나 거래의 상대방에게 아무런 피해를 주지 않는 사항이라면 이를 고지할 의무를 인정할 필요가 없다. 따라서 사기죄의 기망행위가 될 수 있는 고지의무는 거래에 관련된 구체적인 사정을 고지하지 아니함으로써 상대방이 그 목적물에 대한 권리를 확보하지 못할 위험이 있는 사정, 즉 법률관계의 효력에 영향을 미치거나 상대방의 권리실현에 장애가 되는 사유가 있을 때에만 인정되어야 한다.⁴⁾

그러나 거래에 따라서는 상대방이 권리실현의 장애사유가 있더라도 이를 감수하고 계약을 체결하는 경우도 있을 수 있다. 따라서 상대방이 권리실현의 장애사유가 있더라도 이를 감수하고 거래하였을 것이 인정된다면 그 불고지행위는 사기죄의 기망행위라 할 수 있다. 이를 역으로 정의하면 어느 불고지행위가 사기죄의 기망행위가 되기 위해서는 상대

2) 부작위에 의한 사기가 가능하다는 것이 우리나라의 일치된 견해이고 독일의 통설이다. 그런데 독일의 Bockelmann(Betrug verübt durch Schweigen, E. Schmidt-FS, 1961, S. 441ff.)은 부작위에 의한 사기는 착오의 생성 및 강화를 방지하지 않는 것(Nichthinderung einer Irrtumsentstehung oder -verfestigung)으로는 가능하나 기존착오를 제거하지 않는 것만으로는 불가능하다고 제한적으로 본다. 더 나아가 H. Mayer(AT, S. 152), Naucke(Zur Lehre vom strafbaren Betrug, S. 106ff., 214), Grünwald(Der Vorsatz des Unterlassungsdelikts, H. Mayer-FS, 1966, S. 291)는 부작위범에서는 불법이득의 목적(Vorteilsabsicht)이 있을 수 없다는 이유로 부작위에 의한 사기를 전면적으로 부정한다.

3) S./S./Cramer, § 263 Rn. 18.

4) 손동권, 앞의 책, 360면.

방이 권리실현의 장애사유를 고지받았더라면 당해계약을 체결하지 않았거나 재산상의 처분행위를 하지 않았을 것이 경험칙상 분명하여야 한다. 그러나 이러한 객관적 사유만으로 불고지자가 사기죄가 되는 것이 아니다. 사기죄가 성립되기 위해서는 행위자에게 기망의 고의가 있어야 한다. 따라서 행위자는 상기의 객관적 사정을 알면서도 이를 숨기고 거래하였을 때에만 사기죄의 고의가 인정될 수 있다. 행위자조차도 상대방의 권리실현에 장애가 있다는 객관적 사정을 몰랐다면 사기죄의 고의를 인정할 수 없다.

3. 부동산이중매매에의 적용

그러면 부동산에 대한 1차매매계약 사실을 불고지하고 이중매매한 경우는 이중으로 매수한 상대방에 대하여 상기한 기망행위를 한 것으로 평가될 수 있는가? 판단컨대, 원칙적으로 기망행위를 부정하는 것이 타당하다. 그 이유는 부동산에 관한 물권변동의 원칙에 있다. 우리나라는 부동산 물권변동에 있어서 형식주의(독법주의) 및 성립요건주의를 취하고 있다.⁵⁾ 이에 따르면, 부동산 매도인이 제1차매매계약을 체결한 매수인에게 소유권이전등기를 하기 이전에는 제3자에 대한 관계(즉 대외적 관계)는 물론이고 대내적 관계에서도 여전히 매도인 소유이고 그 매도인으로부터 이중으로 매수한 자는 소유권이전등기를 받는 한 아무런 피해를 입지 않는다. 이와 같이 제2매수인의 권리실현에 객관적 장애사유가 없는 이상 매도인의 이중매매행위는 제2매수인에 대하여 사기죄가 성립될 수는 없다.

이중매매의 경우에 제2의 매수인은 자신의 이름으로 소유권의 등기를 경료받기 때문에 우리 민법의 물권변동에 관한 원칙상(즉 등기를 요하는

5) 김형배, 『민법학강의』, 제3판, 2003, 327면.

형식주의 및 성립요건주의) 유효한 소유권을 취득하게 되므로 아무런 손해를 입지 않기 때문이다. 판례도 이중매매의 경우와 마찬가지로 아파트 신축분양업자가 미완성 아파트를 채권담보의 목적으로 채권자들에게 분양한 후 소유권이전등기의 경료 전에 다시 제3자에게 위 분양사실을 고지하지 않고 임대차계약을 체결한 사례에서, “아파트신축분양업자가 임차인으로 하여금 해당 아파트를 실제로 입주 사용하게 하였다면 현행 민법이 물권변동에 관하여 형식주의를 취하고 있는 이상 분양받은 채권자에게 소유권이전등기를 하기 이전에는 신축분양업자가 그 부동산을 원시취득한 법률상 소유자로서 이를 처분할 수 있을 뿐만 아니라 분양에 따른 소유권이전등기가 경료되기 이전에는 피담보채무를 면할 수도 있으니 신축분양업자가 임대차계약을 체결할 때에 위 분양사실을 임차인에게 고지하지 아니하였다는 사실만으로는 그를 기망한 것으로 볼 수 없다.”고 판시하였다.⁶⁾

그리고 설령 기망행위를 인정한다고 하여도 피기망자(여기서는 제2의 매수인)는 피해자의 재산을 처분할 수 있는 법적 권한 내지 사실상의 지위에 있어야 하는데, 피기망자가 그러한 지위에 있었다고 평가할 수도 없다. 결국 이중매매의 사실을 단순히 불고지한 매도인에게 제2매수인에 대한 사기죄의 성립은 인정될 수 없고, 남은 문제는 임의 처분한 행위와 관련하여 제1매수인에 대한 횡령죄 또는 배임죄의 성립 여부이다.⁷⁾

6) 대판 1987. 12. 8. 87도1839.

7) 이 문제에 대해서는 이미 손동권, “부동산 이중매매에서의 기관책임”, 『일감법학』, 제11호(2007), 68면 이하; 손동권, 앞의 책, 462면 이하.

Ⅲ. 민법상 불법원인급여와 횡령죄(배임죄) 성립의 한계

1. 부동산 명의신탁에서⁸⁾ 불법원인급여물의 문제성 대두

과거 우리나라에서 부동산명의신탁은 원칙상 유효한 것으로 인정되었고, 그 소유관계는 대내적으로는 신탁자소유, 대외적으로는 수탁자소유로 인정되었다. 따라서 수탁자가 자신의 명의로 등기된 명의신탁부동산을 임의로 처분하면 신탁자(대내적 소유자)에 대해 횡령죄가 성립하였다. 그러나 그 이후 「부동산 실권리자 명의등기에 관한 법률」이 제정 시행됨으로써 이에 대한 내용이 변경되었다. 동법에 의하면, 명의신탁은 원칙적으로 금지되고, 금지되는 명의신탁 그 자체는 무효이며(제4조 제1항), 명의신탁약정에 따라 행하여진 등기에 의한 부동산에 관한 물권 변동도 매도인이 선의인 계약명의신탁의 경우를 제외하고는 역시 무효가 된다(제4조 2항). 그리고 동법 시행일 이후 1년 이내에 실명화하지 않은 명의신탁의 경우에도 역시 무효로 된다(제12조 1항).

여기서 종래 유효로 인정되던 명의신탁이 「부동산 실권리자 명의등기에 관한 법률」에 의해 무효로 인정되는 경우에도 그 부동산의 불법처분으로 인한 수탁자의 죄책에 대해 종래의 이론(즉 횡령죄의 인정)이 그대로 적용될 것인가의 문제가 발생한다. 수탁자에게 횡령죄의 죄책을 묻기 위해서는 우선적으로 그 부동산이 신탁자의 소유에 속하여야 한다. 이에 반하여 그것이 「민법」 제746조가 규정한 불법원인급여물이라면 그 처분 행위에 대해서는 횡령죄의 성립이 의문시된다. 왜냐하면 불법원인급여물을 객체로 한 횡령죄의 성립여부에 대해서는 견해대립이 있기 때문이다.

8) 부동산명의신탁에 관한 더 자세히 설명한 필자의 글로는 “명의신탁부동산을 임의처분한 경우의 형사책임”, 『형사법연구』, 제15호, 2001, 163면 이하.

2. 불법원인급여물에 대한 횡령죄의 성립 여부

가. 견해대립

불법원인급여물에 대해서 횡령죄의 성립을 인정할 것인가를 둘러싸고 견해대립이 있다. 「민법」 제746조 본문이 적용되는 불법원인급여물의 경우 반환청구권을 행사할 수 없는 것은 물론이고 그 소유권까지 수급자에게 넘어간다는 민법상 이론 및 판례를 존중하여 법질서의 통일성이라는 관점에서 불법원인급여물에 대해서는 횡령죄의 성립을 부정하여야 한다는 견해가⁹⁾ 있는 반면에, 형사질서의 독자성에 근거하여 횡령죄의 성립을 긍정하여야 한다는 견해도¹⁰⁾ 있다. 그리고 「민법」 제746조의 불법원인‘급여’에 대해 재산적 이익을 중국적으로 상대방에게 넘겨주려는 것으로 한정하여 해석하면서 이 경우에는 이미 그 객체성에서 횡령죄의 성립을 부정하지만, 단순한 불법원인위탁물에 불과한 경우에는 그에 대해 횡령죄의 객체성은 인정하지만 법이 보호하는 위탁관계가 결여되기 때문에 중국적으로 횡령죄의 성립을 부정하는 견해도 있고,¹¹⁾ 불법원인급여물의 영득에 대해서는 행위반가치는 인정되지만 결과반가치에서는 법익교란 정도의 반가치만 존재하므로 횡령죄의 불능미수가 성립한다는 견해도¹²⁾ 존재한다.

9) 우리나라 판례의 태도(대판 1999. 6. 11. 99도275; 대판 1988. 9. 20. 86도628; 대판 1979. 11. 13. 79마483); 이재상, 「형법각론」, 제4판, 박영사, 2000, 363면; 배종대, 「형법각론」, 제3판, 홍문사, 1999, 471면; 정성근, 「형법각론」, 법지사, 1996, 510면; 박상기, 「형법각론」, 박영사, 1999, 352면.

10) 임웅, 「형법각론(상)」, 법문사, 2001, 394면 이하; 강구진, 「형법각론」, 한국방송통신대학출판부, 1984, 354면; 백형구, 「형법각론」, 청림출판, 1999, 203면 이하; 유기천, 「형법각론(상)」, 일조각, 1983, 271면; 정영석, 「형법각론」, 법문사, 1985, 371면.

11) 강동범, “소위 불법원인급여와 횡령죄의 성부”, 「판례월보」 1993년 3월 32면 이하.

12) 김일수, 「형법각론」, 제3판, 박영사, 2000, 301면.

나. 소 결

생각건대, 민사질서와 형사질서는 최대한 일치하여야 한다. 그런데 대법원 민사판례는 불법원인급여물의 소유권은 수령자에게 이전되고 급여자는 부당이득반환청구권은 물론이고 소유권에 기한 반환청구도 할 수 없다는 입장에 있다. 따라서 법질서의 통일성이라는 관점에서 불법원인급여물에 대해서는 원칙적으로 횡령죄의 성립을 부정하는 견해가 타당하다. 그리고 불법원인급여와 불법원인위탁을 구별하려는 견해도 종국적으로는 횡령죄의 성립을 부정하는 것이므로 크게 문제될 것이 없다(다만, 민법 제746조는 소유권 이전의 의사표시 없는 불법원인의 ‘위탁·대출물’에 대해 적용되어야 그 존재의미가 있을 것으로 사료된다. 반면에 불법원인의 ‘소유권 이전’물에 대해서는 굳이 제746조가 적용될 필요가 없을 것이다).

그리고 불능미수를 인정하려는 견해는 법질서의 통일성을 강조하는 부정설의 관념에서 바라보면 설득력을 가지기 어렵다. 왜냐하면 민사상 소유권이 완전히 수급자에게 넘어간다면 횡령죄에 상응하는 결과반가치는 아예 없는 것이고, 이를 알면서 행위한 자에게는 타인소유의 재물을 영득한다는 행위반가치도 아예 없다고 평가하는 것이 옳기 때문이다.

다만 불법원인급여물의 경우에도 횡령죄의 성립이 가능한 경우가 있다. 우선, 불법원인급여물이라 하더라도 그 불법원인이 수익자에게만 있는 경우에는 급여자에게 반환청구권이 보장되기 때문에(민법 제746조 단서), 이를 임의처분한 수익자에게 횡령죄가 성립될 수 있다. 그리고 판례에 의하면, 급여자와 수익자의 모두에게 불법원인이 있더라도 수익자의 불법원인이 상대적으로 훨씬 큰 경우에는 이를 임의처분한 수익자에게 횡령죄의 성립은 인정된다(윤락녀가 포주에게 보관위탁한 화대를 포주가 영득한 사안임).¹³⁾

3. (등기)명의신탁부동산 임의처분에의 적용

가. 횡령죄의 성립을 부정하는 견해

민법학자 중에서는 부동산실명법위반의 무효인 명의신탁은 「민법」 제103조의 반사회적 행위에 해당하고, 그 명의신탁물은 「민법」 제746조의 불법원인급여물에 해당하여 신탁자는 「민법」 제746조 본문의 적용으로 반환을 청구할 수 없다는 견해가 주장된다.¹⁴⁾ 횡령죄의 성립을 부정하는 견해는 바로 무효의 명의신탁에 제공된 부동산은 「민법」 제746조 본문의 불법원인급여물이 된다는 것에서 그 근거를 찾는다. 이 경우 횡령죄의 성립을 긍정하는 것은 부동산실명법이 추구하는 명의신탁약정의 무효화를 통한 악용방지라는 사회적 목적달성이 법이론상 난관에 봉착할 수 있기 때문에 따를 수 없다는 것이다.¹⁵⁾

나. 횡령죄의 성립을 긍정하는 견해

횡령죄의 성립을 긍정하는 견해는 그 논거를 주로 무효인 명의신탁에 제공된 부동산은 「민법」 제746조 본문의 불법원인급여물이 아니라 단지 상대방에게 반환하여야 할 부당이득물에 불과하므로 신탁자에게 여전히 소유권이 유보되어 있다는 것에서 찾는다(현재 형법학계에서의 지배설임).¹⁶⁾ 실제로 민법학자 중에서 「부동산실명법」 제4조에 의해 수탁자

13) 대판 1999. 9. 17. 98도2036.

14) 박종두, “부동산실명법상 무효인 명의신탁과 그 법률관계”, 『법정고시』, 1996년 6월, 90면; 김상용, “부동산실명법 규정의 제모순점”, 『고시계』, 1997년 2월, 83면 이하.

15) 박상기, “부동산명의신탁과 횡령죄”, 『형사판례연구』, 제6호, 278면.

16) 손동권, “명의신탁부동산의 처분행위에 대한 횡령죄의 성립여부”, 『고시연구』, 1997년 12월, 46면 이하; 장영민, “명의신탁된 부동산영득행위의 죄책”, 『고시계』, 1997년 12월, 37면 이하; 백재명, “부동산명의신탁과 횡령죄”, 『형사판례연구』, 제7호, 374면 이하; 최상욱, “명의신탁부동산의 처분과 형사책임”, 『형사법연구』, 제13호, 198면; 송경호, “명의신탁된 부동산의 처분행위에 대한 형사책임”, 『비교형사법연구』, 제2권 2호, 2000, 336면; 한석리, “명의신탁된 부동산의 처분행위에 대한 형사책임의 성부”,

명의의 등기가 무효인 이상 신탁자는 여전히 소유권을 보유하고 있고, 따라서 신탁자는 수탁자에게 부당이득반환청구권을 행사하여 등기의 말소나 이전등기를 청구할 수 있다는 견해가 있다.¹⁷⁾

다. 판례의 태도

부동산실명법이 시행된 이후에 나타난 판례의 태도는 횡령죄의 성립을 일관되게 긍정하고 있다. 즉, “부동산을 소유자로부터 명의수탁받은 자가 이를 임의로 처분하였다면 명의신탁자에 대한 횡령죄가 성립하며, 그 명의신탁이 「부동산 실권리자 명의등기에 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 것이 아니다.”고 판시하고(대판 2000. 2. 22. 99도5227), 또한 “피해자가 그 소유 명의로 되어 있던 이 사건 부동산을 피고인에게 명의신탁하였는데, 피고인이 임의로 이 사건 부동산에 관하여 근저당권을 설정하였다면 피해자에 대한 횡령죄가 성립하고, 그 명의신탁이 「부동산 실권리자 명의등기에 관한 법률」 시행 이후에 이루어진 것이라고 하여 달리 볼 것이 아니다.”고 판시함으로써(대판 1999. 10. 12. 99도3170), 부동산실명법이 시행되기 이전 또는 이후에 체결된 명의신탁계약인 여부를 불문하고 임의처분한 수탁자에게 횡령죄의 성립을 긍정하였다.

라. 검 토

생각건대, 명의신탁 부동산을 「민법」 제746조의 불법원인급여물로

『비교형사법연구』 제2권 2호, 357면; 임웅, 앞의 책, 386면; 이재상, 앞의 책, 368면; 배종대, 앞의 책, 476면.

17) 배병일, “명의신탁등기”, 『고시계』, 1997년 2월, 64면; 김준호, “명의신탁의 법리”, 『이명구박사 화갑기념논문집(III)』, 1996년, 118면; 양창수, “부동산실명법 제4조에 의한 명의신탁의 효력”, 『서울대 법학』 제38권 1호, 1997, 81면.

불 것은 아니다. 그 이유로서 다음의 여러 가지를 들 수 있다. 첫째, 부동산실명법이 신탁자명의로 다시 등기를 바꾸도록 강제하기 위하여 이행강제금규정(제6조)을 둔 것은 그 실질적 소유권이 신탁자에게 있는 것을 전제로 한 것이다. 왜냐하면 만약 명의신탁부동산을 소유권에 기한 반환청구가 부정되는 불법원인급여물로 보게 되면 이행강제금의 규정은 이와 모순되는 제도가 되기 때문이다. 둘째, 부동산실명법이 명의신탁 계약과 그에 의한 등기의 무효를 제3자에게 대항하지 못한다는 규정(제4조 3항)을 둔 것은 그 소유권이 신탁자에게 있는 것을 전제로 한 것이다. 왜냐하면 만약 소유권이 수탁자에게 있다면 이러한 제3자 대항규정을 둘 필요는 없기 때문이다. 셋째, 명의신탁자는 명의신탁을 이유로 부동산 가액 30/100의 과징금(경우에 따라서는 이행강제금까지)을 부과받고(제5조 1항) 그 자체로서 형사처벌도 받으면서(제7조) 이에 더하여 부동산의 소유권까지 수탁자에게 주장할 수 없게 하는 것은 너무 가혹하다.¹⁸⁾ 그리고 마지막으로, 매도인이 선의인 상태에서 이루어진 3자간 계약명 의신탁의 경우에 부동산실명법이 수탁자제로의 소유권변동을 인정하는 예외규정을 둔 것(제4조 2항 단서)은 보통의 다른 명의신탁인 경우에는 원소유자(특히, 2자간 명의신탁인 경우에는 신탁자)에게 소유권을 복귀 시킨다는 것을 의미한다.

이와 같이 명의신탁부동산은 불법원인급여물로서 평가할 수 없고, 불법원인급여가 아닌 상태에서 양자 간 명의신탁계약과 수탁자명의로 등기가 무효로 처리된다면 부동산의 소유권이 신탁자에게 복귀되어야 하는 것이므로, 이러한 법률관계의 명의신탁부동산을 수탁자가 임의로 처분하였다면 횡령죄가 성립하는 것으로 평가되어야 할 것이다. 결국, 수탁자가 명의신탁부동산을 무단으로 처분한 행위에 대하여 불법원인 급여의 이론과 연계하여 횡령죄의 성립을 부정하는 견해는 적어도 해석

18) 이상의 논거에 대해서는 손동권(1997. 12), 앞의 논문, 45면.

론의 차원에서는 타당하지 않은 것으로 귀결된다.

IV. 민법상 부당이득반환과 횡령죄(배임죄) 성립의 한계

1. 매도인이 선의인 계약명의신탁에서의 문제성 대두

매도인이 선의인 계약명의신탁의 경우에는 신탁자와 수탁자 사이의 명의신탁약정은 무효로 되지만(제4조 제1항), 수탁자와 원 소유자인 매도인 사이에 이루어진 매매계약은 부동산실명법과는 무관하여 유효한 계약으로서 효력을 유지하므로 수탁자 앞으로 이루어진 물권변동의 효력은 유효한 것이 된다(제4조 제2항 단서). 그리고 신탁자와 원소유자인 매도인과의 사이에는 아무런 권리의무관계가 존재하지 아니한다. 부동산의 소유권이 수탁자에게 인정되는 이러한 경우에도 명의신탁부동산을 임의처분한 수탁자에게 형사책임이 귀속되어야 할 것인가? 이에 대해서는 견해대립이 있다.

2. 재산범죄의 성립 여부

가. 배임죄설¹⁹⁾

법률행위가 무효인 경우에도 사실상의 의무관계만 있으면 신임관계가 인정되는바 명의신탁자와 명의수탁자 사이의 명의신탁약정의 무효에도 불구하고 부동산매입의 위임이라는 사실상의 신임관계는 부정되지 않으므로 명의수탁자가 이러한 신임관계를 어기고 제3자에게 임의로

19) 장영민, 앞의 글, 40면; 최상욱, 앞의 글, 201면; 송경호, 앞의 글, 343면; 한석리, 앞의 글, 366면; 배종대, 앞의 책, 478면; 이재상, 앞의 책, 369면; 임웅, 앞의 책, 387면.

처분한 경우에는 배임죄가 성립한다는 것이다.

나. 횡령죄설²⁰⁾

계약명의신탁을 일률적으로 무효로 볼 것이 아니라 당사자의 계약의 동기 등을 살펴 수탁자 명의로의 등기명의보유를 통한 자신의 명의은닉보다 부동산 매입의 위임을 통한 소유권의 취득이라는 점이 더 큰 계약의 동기인 경우 민법상 위임에 관한 법리 및 상법상 위탁매매에 관한 법리에 따라야 한다는 견해이다. 그리하여 이 견해는 신탁자와 수탁자의 취득물의 소유권에 관하여 「민법」 제684조 제2항이나 「상법」 제103조의 규정을 준용하여 수탁자는 신탁자에 대한 관계에서 소유권을 주장할 수 없고 당사자 사이의 약정에 따라 소유권이 신탁자에게 유보되어 있다는 소유권의 관계적 귀속이 인정되는바 수탁자의 임의처분행위가 횡령죄를 구성한다는 견해이다.

다. 횡령죄·배임죄의 성립을 부정하는 설²¹⁾

명의수탁자는 법률상 완전히 유효한 소유권을 취득한 것이 되므로 명의수탁자의 신탁부동산 처분행위는 정당한 권리자의 처분행위에 해당하여 횡령죄·배임죄로서 처벌할 수 없다는 것이다. 다만, 이 경우 ‘부동산’의 처분을 둘러싸고서는 횡령죄·배임죄의 형사책임이 부정되지만, 신탁자가 수탁자에게 제공한 금원에 대한 부당이득반환청구의 민사문제는 여전히 남는다는 것이다.²²⁾

라. 판례의 태도

우리나라 판례는 “신탁자와 수탁자가 명의신탁약정을 맺고 그에 따라

20) 백재명, 앞의 글, 384면.

21) 박상기, 앞의 글, 350면; 손동권, 앞의 글, 46면.

22) 손동권, 앞의 책, 429면.

수탁자가 당사자가 되어 명의신탁약정이 있다는 사실을 알지 못하는 소유자와 사이에서 부동산에 관한 매매계약을 체결한 이른바 계약명의 신탁에 있어서, 수탁자는 신탁자에 대한 관계에서도 신탁 부동산의 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.”고 일관되게 판시함으로써(대판 2007. 3. 29. 2007도766; 대판 2001. 9. 25. 2001도2722; 대판 2004. 4. 27. 2003도6994; 대판 2000. 3. 24. 98도4347), ‘부동산처분’ 그 자체는 물론이고 처분을 통해 얻은 금원의 영득에 대해서도 배임죄의 성립까지도 부정하면서, 단지 신탁자가 수탁자에게 처음 제공한 금원에 대한 부당이득반환청구의 민사문제만이 발생하는 것으로 보고 있다.

3. 소 결

횡령죄설은 설령 위임·위탁매매의 법률관계이더라도 수탁자에게 정당한 소유권의 취득을 인정하려는 부동산실명법의 취지에 반하므로 거의 설득력을 가질 수 없다. 즉, 『부동산실명법』 제2조 제1호는 ‘위임·위탁매매의 형식’에 의한 부동산명의신탁에 대해서도 본법의 명의신탁 개념에 포함시켜 규율하고자 하였다. 그리고 배임죄설은 신탁계약관계가 법률상 무효이더라도 사실상 보호해 주어야 하는 것으로 해석하지만 이것도 타당하지 않다. 정상적인 명의신탁에서 계약상 보호되어야 하는 내용은 수탁자는 목적물에 대해 보관의 권리 및 의무를 가지고 신탁자에게 여전히 소유권을 유보시키는 것이다.

그런데 수탁자의 보관의무는 신탁자에게 법적 소유권이 인정될 때에 의미있는 것이다. 반면에 수탁자에게 법적 소유권이 인정된다면 그는 신탁자의 재산에 대하여 아무런 재산적 업무를 처리하지 않는 것이 된다. 따라서 계약명의신탁의 경우에는 법적인 임무관계는 물론이고 사실상 보호하여야 할 재산사무도 없다고 보아야 한다. 따라서 부동산을 처분하는 행위 그 자체는 물론이고 그 처분금액을 임의처분하는 것에 대해서도 배임죄의 성립을 부정하여야 한다.

V. 민법상 채무불이행과 배임죄 성립의 한계

1. 배임죄에서의 임무위배

배임죄는 그 주체가 타인의 사무를 처리하는 자로서 평가되어야 성립할 수 있다. 그런데 배임죄의 주체되는 타인의 사무를 처리한다는 것은 특별히 타인의 재산을 보전하는 사무를 처리하는 자에 제한된다. 따라서 타인과의 계약관계에서 그 계약을 이행하여야 할 단순한 채무자는 자기 사무를 처리하는 자로서 평가될 뿐이고 배임죄의 주체인 타인사무를 처리하는 자로서 평가될 수는 없다. 다만 타인의 재산을 보호할 사무임과 동시에 자기의 사무로서의 성질을 가지는 경우에는 본죄의 주체가 될 수 있다. 그런데 타인사무 또는 자기사무의 구별은 구체적 사례에 따라 개별적으로 평가하여야 한다. 따라서 청구권에 불과한 채권채무관계에 있어서는 여기의 타인사무성이 인정될 수 없고(대판 1976. 5. 11. 75도 2245), 더 나아가 어느 정도 물권관계가 설정되어야 비로소 타인사무성이 인정될 수 있을 것이다.

예컨대 담보물권관계가 설정된 경우에는 변제기까지 담보물이 보관되어야 하기 때문에 변제기 이전에 이를 처분하는 자는 적어도 배임죄의

주체가 될 수 있다(그 이전에 횡령죄의 주체가 되기도 함). 그러나 변제기까지 채무자가 채무변제를 하지 않자 양도담보권자가 그 담보물을 정산 절차를 거치지 않고 제3자를 위하여 담보로 제공하거나, 부당하게 염가로 처분하거나(이 경우 배임죄의 성립을 긍정한 대판 1979. 6. 26. 79도 1127), 정산잔여금을 돌려주지 않은 경우(이 경우 한때 배임죄의 성립을 긍정한 대판 1979. 6. 12. 79도205; 대판 1983. 6. 28. 82도1151)에는 배임죄의 성립이 부정되어야 한다. 왜냐하면 변제기까지 채무변제가 없으면 채권자는 담보부동산에 대한 확실한 소유권자로서 자기임의로 처분할 권한이 발생하고, 처분 후에 정산하지 않는 것은 자신의 채무불이행에 불과하기 때문이다. 이러한 점은 판례변경에 의해서도 확인되었다(염가 처분에 대해서는 대판 1989. 10. 24. 87도126; 대판 1997. 12. 23. 97도2430; 정산불이행에 대해서는 대판 1985. 11. 26. 85도1493 전원합의체; 대판 1986. 7. 8. 85도554).

2. 부동산 이중매매에의 적용²³⁾

매도인이 이중매매행위가 배임죄의 성립이 가능한 타인의 사무를 처리하는 자로서의 임무위배와 단순한 채무불이행의 어느 것에 해당하는지는 이중매매의 단계에 의해 결정된다. 부동산매매계약을 체결하고 매도인이 계약금만을 교부받은 단계에서 부동산을 이중매매한 경우에는 단순한 채무불이행의 문제만이 발생할 수 있다. 계약금만 받은 단계에서는 우리 민법에 따르면 매도인은 계약금의 배액을 지급하고 일차 매매계약을 해제할 수 있다(민법 제565조). 즉, 이 단계에서는 부동산매매의 채권계약에 기하여 매도인이 목적물의 소유권을 이전할 의무를 부담하는 데 그치고 그 목적물에 관한 사무는 아직 자기의 사무이므로

23) 부동산 이중매매와 관련하여 횡령죄와 배임죄의 한계에 대해서 상세히 논한 필자의 글로는 “부동산 이중매매에서의 기관책임”, 『일감법학』, 제11호, 2007, 65면 이하.

이중매매를 하더라도 배임죄의 성립은 없다.²⁴⁾ 그리고 매도인이 계약을 해제한 이후 2배의 계약금을 지급할 의무를 이행하지 않은 경우에도 형법상 배임죄가 성립하는 것이 아니라 단순한 민사상 채무불이행으로 서 매수인은 민사소송을 통해 해결하여야 할 것이다. 그러나 중도금이 지급된 단계에서는 매도인이 1차 매매계약을 해제할 수 있는 법적 장치가 없다.

그러면 중도금이 지급된 단계에서 이중매매를 한 매도인은 배임죄의 형사책임이 있는가? 이에 대해서는 견해의 대립이 있다. 소수설은 매도인의 등기협력의무와 매수인의 잔대금지급의무는 동시이행의 관계에 있고 따라서 상호권리자인 동시에 상호의무자인 관계에서 매도인에게만 법적 성실의무가 발생한다고 보기 어렵다는 이유로 중도금이 교부된 것만으로는 부족하고 잔금이 지급된 단계에서 배임죄에 해당된다고 한다.²⁵⁾ 그러나 다수설은 중도금을 지급받았을 경우에는 매도인은 임의로 계약을 해제할 권리가 없을 뿐 아니라 매수인이 소유권을 취득할 수 있도록 등기절차에 협력할 의무가 있으므로 목적물에 관한 사무는 단순한 자기의 사무라고 할 수 없고 등기관자인 매수인의 소유권 취득을 위한 사무의 일부를 이루는 타인의 사무를 처리하는 지위에 있으므로 이 단계에서의 이중매매는 배임죄를 구성한다는 것이다. 양자 중에서 후설이 타당한 것으로 사료된다. 판례의 태도도 이러한 입장에 있다.²⁶⁾

24) 판례로는 대판 1986. 7. 8. 85도1873; 대판 1984. 5. 15. 84도315; 대판 1980. 5. 27. 80도290.

25) 강구진, “이중매매의 형사책임에 관한 약간의 고찰”, 『법조』 제15권 6호, 1966, 29면; 민법학자인 김증한 교수(“이중매매의 반사회성”, 『법정』, 1964년 9월, 10면)는 소위 물권적 기대권 이론으로 상기와 비슷한 결론에 이른다. 즉 매매대금의 완납으로 등기이전에 필요한 서류가 매수인에게 교부되면 그는 물권적 기대권을 가지게 되고, 이 경우에 매도인은 그에게 등기이전에 협력하여야 할 의무가 있는 바, 이를 이행하지 않고 이중으로 매매하면 배임죄의 죄책을 지게 된다는 것이다. 이 설에 의하면 이중매매로 인한 배임죄는 등기서류를 매수인에게 교부한 이후에만 그 성립이 가능하다. 이에 대한 적절한 비판으로는 정동기, “부동산이중매매의 형법적 고찰”, 『부동산법학의 제문제(김기수 교수 화갑기념논문집)』, 1992, 255면.

소수설이 주장하는 잔금지급과 등기 이전이 동시이행의 항변관계에 있다는 것은 매수인에게 하등의 계약위반사실이 없음에도 이를 불법 처분하는 것을 허용한다는 의미가 될 수는 없다.²⁷⁾

그리고 계약금만 교부된 단계와는 달리, 우리 민법상 중도금이 지급된 단계에서 매도인이 매매계약을 해제할 수 있는 법적 장치가 마련되어 있지 않다. 이것은 중도금이 이미 지급된 단계에서는 매도인은 상대방에게 등기 이전에 협력하여야 할 의무가 있다는 의미로 해석된다. 이러한 등기 이전에 협력하여야 할 의무는 형법상 배임죄의 주체가 될 수 있는 타인의 사무를 처리하는 자로서의 의무로 보아야 한다. 왜냐하면 매수인은 양도인의 협력 없이는 소유권이전등기를 완성시킬 수 없기 때문이다.

다만 배임죄의 기수시기는 제2매수인에게 소유권이전등기를 완전히 마친 단계에서 인정되어야 한다. 왜냐하면 그 이전에는 매도인이 의사를 번복하여 제1매수인에게 소유권이전등기를 경로해 줄 수 있는 여지가 있기 때문이다.²⁸⁾ 반면에 배임죄의 실행착수와 미수는 이중매매계약을 체결하고 제2매수인으로부터 적어도 중도금을 취득한 시점에 인정될 수 있다. 즉 이중매매계약을 체결하고 제2매수인으로부터 계약금만을 받은 단계에서는 실행착수와 배임죄의 미수가 인정될 수 없다(대판 2003. 3. 25. 2002도7134). 그리고 등기 이전으로 기수에 도달한 이상 그 이후에 제1매수인이 한 가처분의 효력으로 위 등기가 말소되었다 하더라도 배임죄의 성립에는 영향이 없다.²⁹⁾

26) 대판 1988. 12. 13. 88도750; 1985. 1. 19. 84도1814.

27) 최영광, “이중매매”, 『검찰』, 36호, 1971년 1월, 117면; 정동기, 앞의 글, 256면.

28) 이원형, “부동산 거래에 따르는 범죄양상”, 『검찰』, 48호, 1972년 12월, 181면; 판례로는 대판 1984. 11. 27. 83도1946; 대판 1966. 12. 20. 66도1543; 대판 1985. 10. 8. 83도1375.

29) 대판 1973. 1. 16. 72도2494.

VI. 맺는말

본문에서 자본주의 국가에서 사기죄로서 인정될 만한 기망행위의 한계가 어느 범위에서 설정되어야 할 것인지, 명의신탁부동산을 불법원인급여물로 볼 것인지, 매도인이 선의인 계약명의신탁의 경우 단순한 부당이득반환의 문제를 넘어 형법상 재산범죄가 성립할 것인지, 부동산 이중매매의 경우 언제부터 형사문제가 될 것인지 등 에 대해서 연구 분석하였다. 이는 해당 행위가 단순한 민사문제에 그칠 것인지 아니면 형사문제로 될 것인지에 대한 것으로서 분쟁해결의 방식, 피해자 고소에 대한 국가형사사법기관의 대응방식 등과 관련하여 대단히 중요한 사항이지만, 실무에서 대단히 어려운 문제에 해당하는 분야이다.

부동산 이중매매의 경우에는 매도인이 이중매매의 사실을 단순히 불고지하는 것만으로는 제2매수인에 대한 사기죄가 인정될 수는 없고, 제1매수인에 대한 범죄성립의 여부는 이중매매의 시점이 제1매수인으로부터 계약금을 받은 단계인지 아니면 중도금까지 받은 단계인지, 그리고 제2매수인으로부터도 계약금을 받은 단계인지 아니면 중도금까지 받은 단계 내지 소유권 이전까지 간 단계인지에 따라서 단순한 민사문제에 그칠 것인지, 아니면 배임죄 기수의 또는 미수가 될 것인지가 결정되어야 한다. 그리고 등기명의신탁물은 불법원인급여물로 해석될 수 없기 때문에 수탁자가 이를 임의로 처분하면 횡령죄의 성립이 긍정되어야 할 것이다. 다만 매도인이 선의인 계약명의신탁에서 수탁자가 명의신탁 부동산을 임의 처분한 경우에는 단순한 민사상 부당이득반환의 문제만 발생하는 것으로 보아야 할 것이다.

(투고일 2008년 5월 16일, 심사일 2008년 5월 23일, 게재확정일 2008년 5월 30일)

주제어 : 기망행위, 이중매매, 명의신탁

[Zusammenfassung]

Betrachtung zur Strafbarkeitsabgrenzung in den Grundstücksdelikte

Dong-Kwun Son*

Wegen ihrer Unbeweglichkeit unterliegen Immobilien hinsichtlich Eigentumserwerb, Gebrauch usw. anderen gesetzlichen Bestimmungen als bewegliche Güter. Der Kauf und die Eigentumsübertragung eines Grundstücks erfordern drei Vorgänge: einen notariell beurkundeten Kaufvertrag, die notariell beurkundete Einigung über den Eigentumsübergang, und die Eintragung des neuen Eigentümers in das Grundbuch. Wie bekannt, gilt im bürgerlichen Sachenrecht 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 ist, im Hinblick auf die Einheit der Rechtsordnung. Insbesondere ist diese Arbeit

* Prof. Dr. jur., Juristische Fakultät der Konkuk Universität

mit der Problematik der Strafbarkeitsabgrenzung in den Vermögensdelikte, deren Tatobjekt Grundstück ist, auseinanderzusetzen. In den strafrechtlichen Tatbeständen betrifft diese Arbeit Diebstahl, Unterschlagung, Untreu, Betrug u.s.w.

Stichwörter : Strafbarkeitsabgrenzung, Grundstücksdelikt, Eigentumsübertragung

