

不動產所有者에 대한 刑法上の 財産犯罪*

— 우리나라 大法院判例에 나타난 事案을 中心으로 —

孫 徠 權

(建國大學校 法科大學 法學科)

目 次

I. 序 論	取得
II. 不動產 '物權'에 관한 基礎理論	2. 他人不動產의 處分行爲
1. 公示의 原則	3. 所有者에 대한 欺罔의 取得行爲
2. 실질적 소유자와 형식적 소유자 의 불일치 가능성	4. 他人不動產의 無斷占據行爲
3. 公信의 原則의 不適用	IV. 制限權利者에 의한 犯罪行爲
4. 일반형법상 범죄와의 연결	1. 擔保物權者에 의한 行爲
III. 無權利者에 의한 犯罪行爲	2. 不動產 名義受託者의 처분행위
1. 他人不動產에 대한 登記名義의	V. 結 論

I. 序 論

인류의 역사가 시작된 이래로 부동산은 인류의 생존·번영에 없어서는 안 될 물질적 기초를 이루어 왔음은 주지의 사실이다. 인간생존의 3대요소인 “衣·食·住”, 즉 食을 위한 농경지, 住를 위한 주택, 衣를 위한 생산시설의 토대를 이루는 것이 바로 부동산이다. 그러나 부동산 특히 토지는 그 유한성 때문에 오늘날 우리나라에서 그 소유, 이용 및 거래를 둘러싸고 심각한 사회적 병리현상을 야기하고 있다. 그 중의 하나가 부동산범죄이다. 부동산범죄의 특수성은 먼저 부동산 자체의 價額이 엄청나므로 피해자의 경제적 타격이 이에 상응하여 크다는 점, 부동산 관련 법규 및 이론이 복잡하고 어려우므로 법률의 門外漢이 쉽게 범죄피해를 당할 수 있다는 점, 부동산에 관련된 특정의 분쟁이 단순한 민사문제에 그치는 경우와 더 나아가 형사문제가 되는 경우의 구별이 어렵다는 점 등을 들 수 있다. 이러한 부동산범죄의 문제성을 극복하기 위하여는 부동산관련 민·형사법규와 이론을 입체적으로 연구하는 것이 요구된다.¹⁾ 왜냐하면 민사와 형사의 법규간에도 法秩序의 統一性(Einheit der Rechtsordnung)이라는 관점에서 서로 통합되어야

* 이 글은 교내 신입교수지원 연구비에 의해 작성된 ‘一般刑法上の 不動產犯罪에 관한 研究’의 일부를 재구성한 것임.

1) 부동산법학에 대한 총체적 연구자료로는 김기수교수화갑기념논문집(부동산법학의 제문제), 1992년, 박영사.

하기 때문이다. 本稿는 부동산거래에서 발생하는 형사상 범죄문제를 이러한 관점에서 연구하기로 한다. 그런데 형사상 범죄문제는 크게 일반형법상의 범죄와 특별한 행정형법상의 범죄로 대별할 수 있다. 이 중에서 本稿는 원칙적으로 일반형법상의 범죄를 중심으로 상론하면서 특별한 행정형법상의 범죄는 일반형법상의 범죄와 관련되는 범위에서 언급하기로 한다. 그런데 자연범(犯)에 투쟁하는 실정법인 일반형법에는 補充性的의 原則(Subsidiaritätsprinzip)이 지배한다. 따라서 부동산거래를 통한 피해는 가능한 먼저 민사문제로 해결하고 형벌을 통한 제재는 평화로운 사회질서를 보장하고 국민의 법익보호를 위해 필요한 최후의 수단(ultima ratio)으로서만 개입하여야 한다. 이러한 이유 때문에 일반형법상의 부동산범죄의 인정에는 어려운 해석의 문제가 뒤따르고 유형화를 통한 특별한 연구의 필요성이 있게 된다. 일반형법상 부동산범죄의 연구를 위해서는 우선 '부동산범죄'의 개념을 확정할 필요가 있다. 그런데 '부동산범죄'는 실정법상의 개념이 아니다. 따라서 本稿에서 '부동산범죄'의 개념은 연구의 범위를 설정하기 위하여 필요한 이론상의 개념이 될 뿐이다. 부동산범죄에 대해 여러 기준에 의하여 개념정의를 할 수 있겠으나, 이론적 개념은 무엇보다 연구의 대상이 되는 모든 개별범죄에 공통분모가 되는 요소를 가지고 정의하는 것이 바람직하다. 그 공통분모에 해당하는 것이 다른 아닌 부동산을 행위의 객체(Tatobjekt)로 하는 경우이다. 따라서 本稿에서 '부동산범죄'란 부동산을 행위의 객체로 하는 범죄로 정의하기로 한다. 다만 건조물방화죄 또는 주거침입죄와 같이 형사문제로서 뚜렷한 범죄구성요건보다는 단순한 민사문제와의 구별이 쉽지 않은 財産犯罪(Vermögensdelikt)의 구성요건을 중점적으로 다루기로 한다. 그러나 이 개념은 本稿가 다루어야 할 최광의의 대상을 한정하는 것일 뿐, 구체적인 연구를 위해서는 부동산범죄를 다시 유형화하여 살펴보는 것이 필요하다. 그런데 부동산범죄를 다시 유형화할 수 있는 개별요소로는 행위의 주체와 행위의 태양이 있다. 전자의 부동산과 관련한 행위주체는 無權利者, 制限的 權利者 및 所有者로 3분될 수 있다. 이를 다시 크게 2분한다면, 그 행위주체는 非所有者(前2者)와 所有者로 區分될 것이다. 후자의 행위태양은 기망행위, 횡령행위, 배임행위, 침탈행위 등으로 다양하게 나눌 수 있다. 이 중에서 행위태양은 너무나 다양하기 때문에 이를 상위표지로 유형화·체계화하는 것은 어려움이 뒤따를 뿐만 아니라 그 실익도 별로 크지 않다.²⁾ 따라서 本稿는 부동산을 행위객체로 하는 범죄를 최광의의 연구대상으로 설정하고, 구체적인 연구의 진행방법에 있어서는 비교적 유형화·체계화하는 작업이 간편한 無權利者, 制限的 權利者, 所有者라는 행위주체를 上位類型으로 삼으면서, 행위태양은 그 행위주체와 관련된 下部類型으로 설정하기로 한다. 다만 本稿에서는 행위주체 중에서

2) 우리 형법에는 부동산을 행위객체로 한정하여 규정한 구성요건이 거의 없기 때문에 그 중요성에도 불구하고 부동산범죄에 대한 연구는 아주 미약한 것 같다. 몇 편 되지 않는 논문도 대개는 행위유형을 중심으로 서술한 것이고(예컨대, 이원형, 부동산거래에 따르는 범죄양상, 검찰 48호, 1972년 12월, 170면 이하; 손태봉, 부동산범죄의 고찰, 서울대 석사학위논문, 1988년; 정옥태, 부동산사범의 대책에 관한 일고찰, 중앙대 법학논문집 15집, 1990년 89면 이하), 본고와 같이 범죄주체를 유형적으로 구분하여 기술한 논문은 발견할 수 없다.

무권리자 및 제한적 권리자(즉 非所有者)가 부동산소유자에 대하여 행하는 재산범죄만을 다루고 부동산소유자에 의한 재산범죄는 여기의 고찰범위에서 제외하기로 한다. 부동산소유자에 대한 재산범죄의 문제를 본격적으로 다루기 이전에 부동산과 관련된 범죄문제의 해결을 위해 필수적인 부동산물권에 관한 기초이론을 먼저 살펴보기로 한다.

II. 不動産 ‘物權’에 관한 基礎理論³⁾

1. 公示의 原則(Grundsatz der Offenkundigkeit)

채권과 대비할 때에 물권의 가장 뚜렷한 특징은 물권은 특정한 물건에 대한 지배권과 절대권이라는 데에 있다. 먼저 지배권은 다시 직접성과 배타성(독점성)을 내용으로 한다. 물건을 ‘직접’ 지배한다는 것은 타인의 행위를 기다리지 않고서 직접 물건으로부터 일정한 이익을 얻는다는 것을 의미한다. 그리고 어떤 물건을 배타적(독점적)으로 지배한다는 것은 하나의 물건 위에 동일한 내용의 물권이 두 개 이상 동시에 법률상 성립할 수 없다는 의미이다. 이러한 물권의 배타적 지배권이라는 본질로부터 특수한 효력이 발생한다. 그것은 동일물 위에 성립하는 물권 상호간에 있어서는 시간적으로 먼저 성립한 물권이 뒤에 성립한 물권에 우선한다(prior tempore, potior jure)는 것과 어떤 물건에 관하여 물권과 채권이 성립하는 경우에는 그 성립의 선후와는 관계없이 물권이 우선한다는 것이다. 그리고 물권은 이른바 절대권이며, 그의 보호는 절대적이다. 물권에 있어서는 특정의 상대방이라는 것이 없고, 그 효력은 모든 사람에게 미친다. 이와 같이 물권에는 배타성이 있기 때문에 어떤 물건에 관하여 어떤 사람이 하나의 물권을 취득하면 다른 사람은 그것과 양립할 수 없는 내용의 물권을 취득할 수 없게 된다. 그리고 동일한 물권 사이에는 시간적으로 먼저 성립한 물권이 우선한다. 따라서 어떤 물건에 관하여 하나의 물권을 취득하려고 하는 자는 이미 그 물건 위에 다른 누군가 어떠한 내용의 물권을 가지고 있는가를 안다는 것이 필요하다. 왜냐하면 이를 모르고 새로이 물권을 취득하려고 한 자는 만약 그 물건에 대하여 다른 선순위물권자가 있는 경우에는 자기가 의도한 내용의 물권을 취득할 수 없기 때문이다. 이렇게 되면 그는 큰 타격을 입게 된다. 여기서 거래의 안전을 위하여 물권의 귀속과 그 내용, 즉 물권의 현상을 외부에서 인식할 수 있는 일정한 표상 표지에 의하여 공시하는 것이 요청된다. 이것이 공시제도 내지 공시방법이며, 일반적으로 부동산물권에 관하여는 등기, 동산물권에 관하여는 점유를 각각 공시방법으로 인정하고 있다. 그리고 이러한 공시방법을 갖추지 않으면 물권변동의 효과는 부인된다는 원칙이 소위 공시의 원칙(Grundsatz der Offenkundigkeit)이라고 한다. 공시의 원칙에는 다시 2가지로 나눌 수 있다. 공시방법을 갖추지 않으면 제 3자에

3) 필자의 전공분야가 아닌 부동산의 ‘민사법적’ 특징에 관한 아래의 기술부분은 그 대분이 박윤직, 물권법, 박영사, 1992년의 해당부분을 그대로 참고한 것임을 밝힌다.

대한 관계에 있어서는 물론이며 당사자 사이에서도 물권변동은 생기지 않는 것으로 하는 소위 성립요건주의와 당사자 사이에서는 물권변동이 일어나지만 공시방법을 갖추지 않는 한 그 물권변동을 제3자에게 대항하지 못하는 것으로 하는 대항요건주의가 그것이다. 전자는 독일 민법 및 우리 민법의 태도이고 후자는 프랑스 민법의 태도이다.

2. 실질적 소유자와 형식적 소유자의 불일치 가능성

보통의 경우에는 어떤 재물에 대하여 실질적으로 소유권을 가지고 있는 자가 소유자로서 공시된다. 즉 동산의 경우에는 그 동산의 실질적인 소유자가 그 동산을 점유하여 권리자임을 공시하게 된다. 또한 부동산의 경우에는 그 부동산의 실질적 소유자가 역시 등기부에 소유자로서 등기되어 그가 소유자임이 공시된다. 부동산에 있어 양자가 일치하는 것이 소위 부동산실명제이다. 그러나 과거에 우리나라에서는 부동산에 대한 실질적인 소유자와 등기부상의 형식적인 소유자가 반드시 일치하도록 법적 장치가 된 것은 아니다. 실제로 자본주의국가인 우리나라에서 이러한 불일치현상이 그 동안 수없이 있어 왔다. 그 이유는 세금문제, 상속문제, 담보문제 등 복잡한 자본주의의 경제논리에 걸쳐 있다. 또한 이러한 불일치현상을 가중시키는 요소도 있다. 그것은 등기신청이 있을 경우 그 신청내용과 실질관계가 부합하는지에 대한 등기공무원의 심사가 거의 형식적 심사에 그치는 데에 있다. 물론 우리나라 부동산등기법 제55조에는 단순한 형식적 절차적 사항뿐만 아니라, 실질적 실체법적 사항도 심사대상에 포함하고 있다. 즉 실질적 내지 실체법적 사항도 심사의 대상으로 하고 있다고 할 수 있다. 예컨대 부동산등기법은 등기권리자와 등기의무자의 공동신청을 요구하고, 등기필증 그리고 등기의무자의 인감증명 등을 제출케 하고, 무엇보다도 등기원인을 증명하는 서면의 제출을 요구한다. 그러나 문제는 등기신청에 제출할 것을 요구하는 그러한 서면으로 등기원인의 실체법적 효력의 유무를 과연 판정할 수 있는가에 있다. 등기원인을 증명하는 서면을 제출케 하고 있다고 하지만, 그것은 증거력이 약한 사서증서에 지나지 않기 때문이다. 이런 의미에서는 우리의 등기법은 역시 형식적 심사주의의 태두리를 벗어나지 못하고 있다고 말할 수 있다. 그러므로 무권리자도 실질적 소유자가 모르는 상태에서 쉽게 소유자로서 등기할 수 있고, 실질적 소유자가 타인과 의사연락하에 그 타인을 소유자로 등기할 수도 있다. 후자의 경우가 소위 부동산의 명의신탁이라고 불리워지는 것이다. 문제는 제3자가 그 등기를 믿고 소유권취득행위를 한 경우에 그는 소유권을 취득할 수 있는가에 있다. 만약 소유권을 취득하지 못한다면 그는 큰 피해를 입게 된다. 먼저 실질적 소유자가 모르는 가운데서 무권리자가 소유자로 등기되어 있는 경우에 실질적 소유자와 형식적 소유자 사이에는 전자가 법적으로 보호를 받는다. 문제는 형식적 소유자와 거래한 선의의 제3자와 실질적 소유자 사이에는 누구의 권리가 법적으로 보호를 받는가에 있다. 이 문제는 아래에서 언급할 부동산 등기에 공신의 원칙이 적용되는가에 달려 있다. 이에 대해서는 아래에서 별도로 논한다. 그리고

실질적 소유자가 알면서 행하는 부동산명의신탁의 경우에 대해서는 지금까지의 통설과 관례는 등기명의인인 수탁자와 실질적 소유자인 명의신탁자 사이에는(즉 대내적 관계에 있어서는) 후자를 진정한 법적 소유자로 보호하지만, 등기명의인인 수탁자로부터 그 부동산을 매수한 제3자와 실질적 소유자 사이에서는(즉 대외적 관계에 있어서는) 전자를 적법한 소유권자로 보호하였다. 그런데 그 사이에 명의신탁과 관련된 특별법인 “不動産登記特別措置法”과 “不動産實權利者名義登記에 관한 法律”이 제정 시행되었다. 양 법률의 구체적 내용과 범죄문제의 해결에 미치는 영향에 대해서는 관련되는 곳에서 다시 상론하기로 한다.

3. 公信의 原則(Grundsatz des öffentlichen Glaubens)의 不適用

실질적 소유자가 소유자로서 등기되어 있는 정상적인 경우에 그 소유자로부터 부동산을 매수한 자는 법적으로 보호를 받을 수 있다. 다만 상기한 공신의 원칙에 의하여, 소유권변동의 권리관계가 등기라는 공시방법을 갖추어야 기대한 소유권 이전의 효력이 종국적으로 인정된다. 문제는 실질적 소유자와 형식적 소유자가 일치하지 않는 경우에 있어서 형식적 소유자를 공시한 등기를 믿고 선의로 부동산을 매수한 자는 법적으로 보호받는가에 있다. 공시방법을 신뢰해서 거래한 자가 있는 경우에, 비록 그 공시방법이 진실한 권리관계에 일치하고 있지 않더라도 마치 그 공시된 대로 권리가 존재하는 것처럼 다루어서, 그 자의 신뢰를 보호하여야 한다는 것이 공신의 원칙이다. 공신의 원칙을 인정하면 물권거래의 안전은 보호되지만, 그 반면에 진정한 권리자는 기득의 권리를 박탈당하게 된다. 결국 이른바 정적 안전을 희생하여 동적 안전을 획득하는 것이 된다. 따라서 공신의 원칙은 동적 안전 또는 정적 안전의 어느 쪽을 보호하여야 할 것인가를 비교 검토하여 전자가 중요시되는 경우에 한하여 인정될 수 있을 것이다. 동산과 같이 거래가 빈번하고, 그의 원활한 유통에 전 사회경제가 의존하고 있는 것과 같은 것에는 진정한 권리자를 희생해서라도 공신의 원칙이 채용되어야 한다. 동산의 공시방법인 점유에 공신력을 주는 것은 독일, 불란서 및 우리나라가 공통이다. 우리민법 제249조는 동산의 선의취득을 규정하고 있다. 이 공신의 원칙은 게르만법에서 유래한다고 일반적으로 설명한다. 즉, 동산물권에 관한 게르만법의 “사람은 자기가 신뢰를 둔 곳에서 그 신뢰를 찾아야 한다(Wo man seinen Glauben gelassen hat, da muß man ihn suchen)”라든가, “손이 손을 지켜야 한다(Hand wahre Hand)”라는 원칙, 또는 프랑스 고유법의 “동산은 추급할 수 없다(Meubles n'ont pas de suite)”라는 원칙의 발전이라고 한다. 더 나아가 독일 민법은 부동산의 공시방법인 등기에 대하여도 공신력을 주고 있다. 그러나 우리나라는 부동산등기에는 공신의 원칙이 적용되지 않는다. 즉 우리나라는 부동산에 대한 선의의 제3자를 보호하기보다는 진정한 권리자의 보호를 우선시키고 있다. 따라서 등기부상의 형식적 소유자를 믿고 무권리자로부터 부동산을 매수한 자는 법적으로 보호받을 수 없다. 그러나 형식적 등기소유자로부터 부동산을 매수한 선의의 자가 보호받는 경

우도 있다. 예컨대 실질적 소유자와 형식적 소유자 사이에 민법 제108조가 규정하는 通情虛僞表示에 의하여 불일치가 있는 경우에 제3자가 그 등기를 믿고 선의로 형식적 소유자로부터 부동산을 매수하였다면 그 매수인의 부동산에 대한 소유권 취득은 민법 제108조 2항에 의하여 인정된다. 더 나아가 명의신탁에 의해 실질적 소유자와 형식적 소유자 사이에 불일치가 있는 경우에는 형식적 소유자로부터 부동산을 매수한 제3자는 선의·악의의 구분없이 보호를 받는다는 것은 전술하였다.

4. 일반형법상 범죄와의 연결

기술한 바와 같이 부동산에 관한 권리에는 등기라는 특수한 공시제도가 마련되어 있다. 바로 이 등기와 관련하여 부동산범죄가 특수하게 발생할 수 있다. 우선 부동산권리를 등기하는 데에는 형식적 심사가 이루어지기 때문에 무권리자라도 형식적 등기명의를 취득할 수 있다. 이를 위하여 무권리자는 대개 거래문서를 위조하여 행사하거나(사문서위조 및 동행사죄의 성립), 등기공무원을 기망하여(사기죄의 성립여부) 등기부에 허위사실을 기재케 하며(公正證書原本不實記載罪의 성립), 경우에 따라서는 법원을 기망하여 승소판결을 받아 자기명의로 등기할 수도 있다(소위 소송사기의 문제). 이와 같이 무권리자가 자기명의로 등기한 이후에는 이를 이용하여 제3자에게 부동산을 처분하고 잠적해 버리는 것이 비일비재하다. 이 경우에 매수인에 대하여 형사범죄가 될 개연성이 크다. 왜냐하면 부동산등기에는 공신의 원칙이 적용되지 않으므로 매수인은 부동산물권을 취득할 수 없으므로 그는 커다란 피해를 보기 때문이다. 또한 부동산물권변동에는 형식주의가 지배하기 때문에 소유자는 상대방에게 등기이전을 하기 이전에 그 부동산을 이중으로 매매하거나 저당권을 설정할 수도 있다. 이 경우에 부동산물권을 취득하지 못하는 자는 커다란 피해를 입게 되는 바, 여기에서 소위 이중매매 및 이중저당의 형사책임이 문제된다. 더 나아가 부동산거래에서의 형사문제는 실질적 소유자와 형식적 등기명의자의 불일치가 양자 사이의 합의에서 이루어진 경우에도 발생한다. 기술한 바와 같이 채권담보의 목적 또는 조세 포탈 및 시세 차익을 겨냥하여 타인의 이름으로 명의신탁하는 것이 종래의 보편적인 거래형태였다. 이와 같이 실질적 소유자와 형식적 등기명의인이 불일치하는 경우에 형식적 명의인이 그 등기를 이용하여 목적부동산을 처분하는 경우에 처분자는 실질적 소유자 및 거래상대방과의 사이에는 복잡한 형사문제가 발생한다. 우선 실질적 소유자와의 사이에는 양자 사이에 특별한 신임관계가 있었으므로 횡령죄 또는 배임죄의 성립 여부가 문제된다. 그리고 처분자와 거래상대방 사이에도 형사문제가 발생할 수 있다. 이 경우에 형법상 범죄가 되는가는 거래상대방이 형법에 의해 보호받을 만한 피해를 입는가의 여부가 결정적인 기준이 될 수 있다. 이와 같이 부동산범죄는 부동산에 관한 특별한 공시제도인 등기만을 둘러싸고서도 여러 가지 특수한 형사문제가 연결되어 있다. 이러한 특수문제는 민사이론과의 연결 없이는 해결할 수 없다. 아래에서는 상기한 민사이

론을 원용하여 등기와 관련된 특수한 형사문제를 해결하는 것은 물론, 기타 동산과 공통하여 발생할 수 있는 여러 사실적인 범죄행위에 대해서도 상론하고자 한다.

Ⅲ. 無權利者에 의한 犯罪行爲

1. 他人不動產에 대한 登記名義의 取得

부동산의 무권리자가 기망적 수단을 사용하여 타인소유의 부동산을 자기의 名義로 형식상 등기할 수 있다. 대법원판례의 대상이 된 대표적인 사례로는 무권리자가 정을 모르는 등기공무원에게 허위서류를 제출하여 등기부에 자기이름으로 등기케 하거나, 타인부동산을 소송물로 하여 법원에 소송을 제기하여 승소판결을 얻은 후에 등기명의를 취득하는 경우를 들 수 있다. 전자의 행위에 대해서는 사문서위조죄, 동행사죄, 공정증서원본부실기재죄 등이 성립하는 것은 명백하다. 문제는 이러한 행위가 등기공무원을 기망하여 실소유자에게 피해를 입히는 소위 三角詐欺(Dreiecksbetrug)의 형태에 의한 사기죄도 성립하는가에 있다. 후자의 법원을 기망하는 경우에도 역시 三角詐欺의 형태인 訴訟詐欺(Prozeßbetrug)가 성립하는지 여부가 동일하게 문제된다. 그런데 후자의 경우는 나누어 살펴볼 필요가 있다. 가장 흔한 사례로는 타인소유의 부동산에 관하여 아무런 이해관계 없는 자를 피고로 소유권확인 등 청구소송을 제기함으로써 법원에 의해 승소판결을 받고 그 확정판결에 기해 동 부동산에 대한 소유권보존등기를 경료하는 것이다.⁴⁾ 그런데 등기공무원을 기망하는 전자와 법원을 기망하는 후자의 전형적 행위는 일반적으로 사기죄가 성립되지 않는다. 그 이유는 다음과 같다. 사기죄의 성립을 위해서는 피기망자와 재산상의 처분행위자는 반드시 일치하여야 하나 처분행위자와 재산상의 피해자가 반드시 일치할 필요가 없는 소위 三角詐欺가 가능한 것은 사실이다. 그러나 삼각사기가 성립되기 위해서는 처분행위자가 타인인 피해자의 재산을 처분한다고 볼 수 있는 정도로 그 재산에 대해 밀접한 관련성을 가지고 있어야 한다. 그 관련성이 어느 정도이어야 하는지에 대하여는 크게 두 가지 태도가 있다. 그 하나는 처분행위자가 사실적으로 기망행위자(Täter)보다 타인(피해자)의 재산에 더 가까이 있으면, 즉 피해자의 창고내에(im Lager des Geschädigten) 있으면 된다는 견해이다.⁵⁾ 다른 하나는 처분행위자가 단순히 사실적으로 타인(피해자)의 재산에 접근되어 있는 것으로는 부족하고 타인 재산을 법적으로 처분할 수 있는 권한을 가져야 한다는 견해이다.⁶⁾ 그런데 등기공무원은 실질

4) 이에 대한 구체적인 수법의 소개로는 손태봉, 부동산범죄의 원인과 그 태양, 검찰 1호(1968년 5월) 182면.

5) 이를 -배종대 교수(형법각론, 1994년, 324면)의 번역에 의하면- 소위 창고설(Lagertheorie)이라고 한다. 그런데 이재상 교수는 이를 지위설로 번역한다. 이 견해를 따르는 대표적 독일학자로는 S./S./Cramer, § 263 Rn. 66; Lackner, LK, § 263 Rn. 113 ff.; Maurach/Schroeder, BT/I, S. 412 f.; Blei, Strafrecht II, S. 229 ff.; Schmidhäuser, II, S. 118 f.; Schröder, ZStW 60, 49(62); Geppert, JuS 77, 72; Rengier, JZ 85, 365.

6) 이를 法的 權限說(Theorie der rechtlichen Befugnis)이라고 한다. 이를 주장하는 대표적 독일학자로는 Otto, ZStW 79(1967), 59; Schünemann, GA 1969, 46.

적 심사권 없이 형식적 심사로 등기이전을 해주는 절차적 관여자에 불과하지 목적부동산에 대해 처분권한은 없는 자이다. 또한 피해자가 소송당사자로 되어 있지 아니하는 소송사태에서는 어떠한 견해에 따르든 법원은 피해자의 재산에 대한 처분행위자가 될 수 없다. 왜냐하면 이 경우에 판결의 효력은 소송당사자들 사이에만 미치고 제3자인 부동산소유자에게는 미치지 아니하여 동 판결로 위 부동산에 대한 소유권이 제소자에게 이전되는 것이 아니기 때문이다. 똑같은 원리가 死者를 상대로 한 소송의 경우에도 적용된다. 왜냐하면 사망한 자를 상대로 소송을 제기하여 비록 승소판결을 받는다 하더라도 그 판결은 피해자의 처분행위에 갈음하는 내용과 효력을 인정할 수 없으므로 상속인에게 그 효력이 미치지 아니하기 때문이다.⁷⁾ 그리고 무권리자인 행위자가 설령 이러한 방법을 통하여 등기명의를 얻었다고 하여 그에게 실질적 소유권이 부여되는 것도 아니다. 따라서 타인부동산에 대하여 등기명의를 취득하는 것만으로는 사기죄의 성립 요건인 이익의 취득이나 손해의 발생은 있을 수 없다.

그러나 후자의 법원을 기망하는 경우에 있어서 제3자 아닌 실제소유자를 상대로 소유권이전소송을 제기한 경우에는 달리 해석하여야 한다. 예컨대 법원에 대해 허위의 증거를 제출하여 법원을 기망하고 승소판결을 받아 이에 기하여 타인의 부동산에 관한 소유권이전등기를 경료하면 사기죄가 성립된다(^{대판 1967. 6. 27. 67도 723}). 왜냐하면 이러한 경우에는 법원은 판결로 강제집행을 할 수 있으므로 처분권한을 가진다고 볼 수 있기 때문이다. 그러나 실권리자를 상대로 소송을 제기하는 경우에도 그 소송이 단순히 登記抹消를 구하는 것인 경우에는 사기죄가 성립될 수 없다. 왜냐하면 그 소송에서 승소판결을 받았다 하더라도 그 등기가 말소될 뿐이고 제소자에게 그 부동산에 대한 어떤 권리가 회복 취득되거나 의무를 면하는 것이 아니므로 법원을 기망하여 재물이나 재산상의 이익을 편취한 것은 아니기 때문이다. 우리나라 대법원판례도 동일한 내용의 판시를 하고 있다.⁸⁾ 다만 부동산의 매도인이 매수인을 상대로 한 등기말소 청구소송에서 소유권 이전등기는 문서위조와 인감위조 등에 의하여 이루어진 원인무효의 등기라고 허위로 주장한 경우에는 사기죄의 기망행위가 된다. 왜냐하면 이 경우에는 등기말소로 인하여 매수인은 소유권을 잃고 매도인은 소유권을 회복할 수 있기 때문에 전자의 사례와는 구별되어야 하기 때문이다.⁹⁾

2. 他人不動產의 處分行爲

무권리자가 실질적 권리관계와 어긋나는 자기명의로 된 등기를 이용하여 타인부동산을 선의의 상대방에게 처분할 수 있다. 여기서 실질관계와 다른 등기는 우선적으로 상기한 등기공무원이나 법원을 기망하는 방법으로 이루어질 수 있다. 그리고 등기원인된 법률행위가 무효·취소·해제로 효력을 상실하였지만 이미 경료된 소유권 이전등기의 명의를 그대로 방치된 경우도 있

7) 대판 1987. 12. 22, 87도 852; 1992. 12. 11, 92도 743.

8) 대판 1981. 12. 8, 81도 1451; 1983. 10. 25, 83도 1566.

9) 대판 1990. 1. 23, 89도 607.

을 수 있다.¹⁰⁾ 그 밖에 무권리자가 직접 등기서류를 위조하거나, 팔려고 하는 부동산의 근처에 토지를 가지고 있는 자가 등기부상의 지목이 오기된 것을 이용하여 처분하는 경우도 있다. 이와 같이 무권리자가 자기명의의 형식적 등기를 이용하여 매수인으로부터 금원을 취득하는 경우에는 사기죄의 기망행위를 인정하여야 한다. 왜냐하면 부동산의 거래는 대개 공시된 등기명의를 기초로 이루어지기 때문에 매수인이 상당한 주의를 다 하더라도 매도인의 권리혼결을 가려내기 극히 곤란한 데 반하여, 부동산등기에는 공신의 원칙이 적용되지 않으므로 등기명의를 믿고 매수한 자의 피해는 엄청나게 크기 때문이다. 등기명의를 이용하는 상기의 경우와는 달리, 정식으로 타인의 부동산을 매매계약의 대상으로 하는 경우에는 원칙적으로 사기죄의 성립이 부정되어야 한다. 왜냐하면 이 경우의 거래행위는 정당한 것으로써 매도인은 목적부동산의 소유권을 취득하여 이를 매수인에게 이전하여 줄 의무를 부담하는 관계만이 성립되기 때문이다.¹¹⁾

3. 所有者에 대한 欺罔의 取得行爲

부동산을 매수하고자 하는 자는 종종 소유자인 매도인을 기망하는 방법을 사용하여 매도인에게 피해를 입히는 경우가 있다. 우리나라 대법원판례에 나타난 예로는 매수인이 계약금만 지불하고 매도인으로부터 등기서류를 교부받아 소유권이전등기를 마친 경우를 들 수 있다. 이러한 경우에 사기죄가 성립하는 여부는 매수인이 우리나라 대법원판례가¹²⁾ 요구하는 ‘널리 거래관계에서 지켜야 할 信義則에 반하는 정도의 기망행위’를 매도인에게 하였는가에 의하여 결정된다. 여기서 널리 거래관계에서 지켜야 할 신의칙에 반하는 정도의 기망행위라 함은 단순한 약간의 策略(Trick)을 사용하였다는 것만으로는 충족되지 않는다. 만약 상당한 대가를 지불하고 매수했다면 매수인이 약간의 책략을 사용했다라도 매도인에게 현실적으로 손해가 발생하지 않으므로 거래의 신의칙에 반하는 기망행위로 볼 수 없다. 오히려 상기와 같은 행위는 그후 매수인이 중도금과 잔금을 지불할 의사와 능력이 있었느냐에 의하여 사기죄의 성립 여부가 결정된다.¹³⁾ 따라서 예컨대 진실은 퇴폐 영업소, 유원지, 오락시설에 사용하기 위하여 數地를 구입하면서 토지 소유자에게 학교나 공공시설의 부지를 구한다고 속여 매수에 성공한 경우에 토지소유자가 그 일대가 퇴폐 유흥가로 변모하는 것을 원하지 않아 이를 알았다면 팔지 않았을 것이라 하더라도 매수인이 매도인에게 시가에 상당하는 대가를 정한 이상 그 매수행위는 원칙적으로 신의칙에 반하는 기망행위로 볼 수 없다.¹⁴⁾ 다만 대가를 지불할 의사없이 부도될 것을 충분히 예견하면서

10) 이원형, 부동산거래에 따르는 범죄양상, 검찰 48호(1972. 12), 171면.

11) 이원형, 앞의 글, 173면.

12) 대판 1984. 2. 14, 83 도 2995.

13) 대판 1986. 3. 11, 85 도 2815.

14) 이원형, 앞의 글, 176-177면; 이 경우에 매도인의 착오는 거래의 중요부분에 대한 착오가 아니라 동기의 착오에 불과하다. 우리나라 대법원판례(대판 1984. 2. 14, 83 도 2995)에 의하면 단순한 동기의 착오를 야기하는 행위도 기망행위에 포섭될 수 있다(반대설: 이재상, 각론, 320면). 다만 매수인이 부동산의 현시가에 상응하는 대가를 매도인에게 지불하였다면 거래의 신의칙에 반하는 기망행위라고 평가할 수는 없다.

수표나 어음으로 대금을 지불하고 소유권 이전등기를 마친 경우에는 구체적인 경우에 따라 사기죄가 성립할 수 있다. 상기와 같이 적극적으로 기망행위를 하지 않고 매수인이 소극적으로 매도인에게 일정한 사항을 고지하지 아니하는 경우도 있다. 예컨대 도로확장, 상가개발, 철도부설, 고속도로건설 등의 정보를 재빨리 입수한 者가 장래 지가상승이 예상되는 토지를 그러한 사실을 매도인에게 고지하지 않고 토지를 현시가대로 매수하는 경우가 그것이다. 이러한 경우에도 지가에 상응하는 대가가 지불된 이상 매수인에게 장래에 유리한 정보를 매도인에게 고지할 의무는 없는 것으로 보아야 한다.¹⁵⁾

4. 他人不動產의 無斷占據行爲

과거 우리나라에서는 8·15해방과 6·25 등 혼란기에 월남피난민, 전쟁이재민, 일본 등 해외로부터의 귀국자 등이 국유 또는 귀속재산이나 부채자 또는 부역자 친일파 등의 부동산을 점거하는 사태가 성행하였다.¹⁶⁾ 오늘날에 있어서도 부동산투기 등으로 인한 사회혼란, 토지의 부족, 고액의 地價 등에 수반하여 타인의 부동산을 불법으로 점거하는 사례가 빈발하고 있다. 이와 같은 先占者優先의 관념은 타인의 건물에 들어가 점거한다든지, 타인의 토지에 함부로 불법경작을 한다든지, 타인소유의 공터에 자재를 함부로 야적한다든지, 판자집을 불법건축한다든지 하는 현상을 조장하였다. 이러한 경우에 부동산의 被侵奪者는 당연히 민사절차에 의하여 그 침해의 배제를 구할 수 있다. 그러나 민사절차에만 의존한다면 재판지연, 비용부담 등으로 인해 피침탈자의 구제가 용이하지 않으며, 대개의 경우에 그는 불리한 조건으로 화해를 하게 되어 無權侵害者가 이득을 보게 되고 부동산소유자의 피해는 아주 크게 된다. 따라서 무권리자에 의한 타인부동산의 침탈행위에 대하여 형법적 처벌의 필요성이 있게 된다. 그런데 타인부동산의 침탈행위에 대한 형사처벌에 있어서 우리 형법은 한계를 가지고 있다. 우리 형법은 토지의 경우에는 경계를 손괴 이동시켜 경계를 인식불능케 하는 행위에 대해서는 경계침범죄(형법 제370조 제1항)로 처벌이 가능하다. 그리고 타인의 주거에 불법하게 침해하는 경우에는 주거침입죄로 처벌할 수 있다. 그러나 주거 아닌 타인의 토지에 함부로 불법경작을 한다든지, 타인소유의 공터에 원자재 등을 함부로 야적한다든지, 가건물을 불법건축한다든지 하는 경우에 대해서는 처벌하는 명시적 법규가 없다. 이러한 행위에 대하여 형사처벌할 수 있는 가능성은 부동산에 대하여 절도죄를 인정할 수 있느냐의 해석에 달려 있다. 그런데 부동산절도죄의 성립에 대해서는 지금까지 학설의 대립이 있어 왔다. 적극설을 취하는 논거는 다음과 같다. 첫째, 형법은 절도죄의 객체를 재물로 하고 있고 부동산도 재물에 해당하며 독일형법과 같이 동산(bewegliche Sache)만을 절도죄의 객체로 하는 규정도 없다. 둘째, 절취는 재물에 대한 점유의 배제를 요하지만 반드시 장소적 이전까지 요건으로

15) 조인호, 부동산범죄의 형법적 고찰, 44면.

16) 손태봉, 부동산범죄의 원인과 그 태양, 검찰 1호(1968년 5월), 185면.

하는 것이 아니므로 부동산도 재물에 포함된다. 반면에 소극설은 역사적으로 볼 때 절도죄의 객체는 로마법 이래 동산에 제한되어 왔으며, 사실상 부동산에 대한 절도로는 그 권리를 절취하거나 경계를 침범하거나 부동산에 침입하여 점거하는 것을 생각할 수 있을 뿐인데, 권리는 물리적으로 관리할 수 있는 동력이 아니므로 재물이 될 수 없고, 경계를 침범하는 것에 대해서는 경계침범죄가 마련되어 있으며, 타인의 부동산에 침입하여 점거하는 것도 주거침입죄를 구성할 뿐이라 할 것이므로 부동산은 절도죄의 객체가 될 수 없다는 논거를 들고 있다. 양 견해는 우리 실정법의 해석과 관련하여서는 각자 나름대로의 타당한 설득력을 가지고 있다. 그런데 개정형법(1996년 7월 1일부로 시행)에는 이 문제와 관련하여 ‘不動産強制執行效用侵害罪’가 신설되었다(제140조¹⁷⁾). 그 내용은 ‘강제집행으로 명도 또는 인도된 부동산에 침입하거나 기타 방법으로 강제집행의 효용을 해한 자는 처벌한다’는 것이다. 이러한 내용의 부동산강제집행효용침해죄의 의미를 상기한 타인부동산에 대한 침탈행위와 관련하여 파악한다면, 동행위에 대한 부동산절도죄의 성립은 부정되는 방향으로 귀결되어야 할 것이다. 왜냐하면 새로 신설된 부동산강제집행효용침해죄의 입법취지는 부동산침탈행위에 대하여 곧바로 부동산절도죄 또는 일본과 같이 ‘부동산침탈죄’를¹⁷⁾ 인정할 것이 아니라 그 침탈행위에 대해 먼저 민사상의 강제집행절차를 거쳐 침탈물을 철거시켰음에도 불구하고 다시 침탈하는 행위만을 형사처벌하려는 데에 있는 것으로 보여지기 때문이다.¹⁸⁾

Ⅳ. 制限權利者에 의한 犯罪行爲

1. 擔保物權者에 의한 行爲

(1) 전형적 담보와 변칙담보(讓渡擔保)의 區別

1) 民事的 區別

실무거래상 활용되는 담보에는 우리 민법이 규율하고 있는 전형적 담보와 변칙담보가 있다. 전자는 채무자가 목적물에 대한 소유권을 여전히 보유하고 채권자는 그 물건에 대하여 제한물권만을 가지는 형태를 말한다. 후자는 채권담보의 목적으로 소유권이전의 형태를 취하는 경우이다. 변칙담보로는 실무상 양도담보가 주로 행하여진다. 양도담보(Sicherungsübereignung)란 채권담보의 목적으로 물건의 소유권을 채권자에게 이전하고 채무불이행의 경우에는 채권자가 그 목적물로부터 優先辨濟를 받게 되나, 채무자가 이행을 하는 경우에는 목적물을 원래의 소유자에게 반환하는 방법에 의한 변칙담보를 말한다. 변칙담보에 해당하는 양도담보에는 두 가지 형태

17) 일본의 부동산침탈죄에 대해서는 緒方重威, 不動産侵奪, 刑事裁判實務大系 8, 青林書院, 1991年, 197면 이하.

18) 법무부, 형법개정법률안 제안이유서, 1992년, 267면.

가 있다. 그 하나는 신용의 수수를 소비대차가 아닌 매매의 형식으로 행하고 당사자 사이에 따로 채권·채무관계를 남기지 않는 형태의 賣渡擔保이고, 다른 하나는 소비대차계약에 의하여 신용의 수수를 하고 그 채무의 담보로서 물건을 양도하여 채권·채무의 형식으로 남겨두는 형태의 협의의 양도담보가 그것이다. 이러한 양도담보의 법적 성질에 대해서 판례는 信託的 讓渡說을 취한다. 즉 양도담보의 설정으로 인하여 물건의 소유권은 채권자에게 이전하나 채권자는 이를 채권담보의 목적을 위해서만 행사해야 할 채무를 부담하는 것이고 채무불이행이 있으면 그 목적물로부터 優先辨濟를 받게 되는 관계가 성립된다. 이러한 신탁적 양도에는 다시 두 가지 형태가 있는데, 당사자의 약정에 의해 담보목적물의 소유권이 대외적 관계에 있어서만 이전되는 外部的 移轉型(약한 양도담보)과 대외적 관계뿐만 아니라 당사자간의 내부적 관계에서도 목적물의 소유권이 이전되는 對內外的 移轉型(강한 양도담보)이 그것이다. 당사자의 의사가 분명치 않을 때에 대하여 우리나라 판례는 원칙적으로 약한 양도담보를 인정하여야 한다고 판시하였다.¹⁹⁾ 이와 같은 양도담보가 민법이 인정하는 담보제도는 아니지만 환가방법에 있어서 경매절차를 거치는 것이 아니므로 경매절차의 단점을 피할 수 있고, 담보가치도 높게 평가되어 경제적 필요에 따라 실거래상 그 동안 많이 이용되어 왔다. 그러나 이러한 장점과는 달리 차용금을 갚지 못하는 채무자의 입장에서 보면 양도담보는 매우 가혹한 제도가 될 개연성이 크다. 자본주의의 논리상 사업자금을 빌리는 채무자는 차용금에 비하여 현저히 고가의 부동산담보물을 제공하도록 채권자로부터 요구당한다. 또한 이때 채권자는 소유권이전 형식의 양도담보를 설정하도록 요구한다. 만약 그 양도담보가 정산하지 않는 流質型이라면 변제기일에 채무변제를 하지 못하는 채무자는 소유부동산을 몽땅 넘겨 주어야 되는 피해를 입게 된다. 이러한 채권자의 폭리행위에 대해 채권자의 청산의무를 무조건 부과하고 이의 이행이 있기 전에는 그 담보물의 소유권을 채무자에게 유보시킴으로써 약자의 입장에 있는 채무자를 보호하고자 하는 취지에서 제정된 법률이 ‘假登記擔保등에 관한 法律’이다. 더 나아가 최근에 제정된 ‘부동산실권리자명의등기에 관한 법률’은 담보목적의 양도담보, 가등기담보임을 가능한 명백히 하기 위하여 담보목적임을 기재한 서면을 등기공무원에게 제출하도록 강제하고 있다. 즉 서류제출의무를 위반할 때에는 그 위반자에게 과징금부과와 형사처벌이 있게 된다.²⁰⁾

2) 刑事的 區別

‘動産’에 관한 전형적 담보인 질권의 경우에 그 담보물을 점유하는 자가 변제기 이전에 처분하면 상대방에 대한 형사문제가 발생한다. 만약 채무자가 이를 점유하다가 선의의 제 3 자에게

19) 대판 1955. 3. 31, 4287 민상 124.

20) 이에 대한 자세한 소개로는 김상용, 부동산실명법의 사법상의 문제점과 대처방안, 법제연구 제 9 호(1995년 12월), 164면 이하; 여기서 그는 담보목적의 소유권이전의 본등기 또는 소유권이전을 위한 가등기임을 등기부상 표시하지 아니하였다 하더라도 그 양도담보는 종래와 같이 사법상 여전히 유효한 것으로 본다. 이 점에서 동법에 의해 금지된 명의신탁이 앞으로 무효가 되는 것과는 차이가 있다.

처분하였다면 채권자에 대해서 배임죄가 될 것이고, 채권자가 이를 처분하였다면 타인소유물을 처분하였으므로 채무자에 대해서 횡령죄가 된다. 그러나 '不動産'에 관한 전형적 담보인 저당권을 가지는 채권자는 저당권자로서만 등기되어 있고 소유자로 등기되어 있지 않기 때문에 이를 제 3자에게 처분하는 경우를 거의 상상할 수 없다. 저당권자는 대개 소유자인 채무자의 채무불이행시에 경매절차를 통하여 자기의 권리에 대한 만족을 얻을 수 있을 뿐이다. 따라서 저당권자의 저당부동산의 불법처분으로 인한 형사문제는 거의 발생하지 않는다. 그러나 양도담보와 같은 변칙담보의 경우에는 자기 이름으로 소유자등기가 되어 있기 때문에 그 목적물을 어렵지 않게 처분할 수 있다. 그리고 그 처분으로 인하여 원소유자는 소유권을 상실할 수도 있다. 따라서 이러한 경우에는 당연히 형사문제가 발생할 수 있다. 그런데 형사문제로서 접근할 경우에는 양도담보물의 소유권관계가 중요한 역할을 하게 된다. 이에 대해서 종래에는 소유권이 채권자에게 넘어가는 매도담보와 그 소유권이 채무자에게 유보되는 협의의 양도담보의 구별, 소유권의 대외부적 이전형(약한 양도담보)과 대내외이전형(강한 양도담보)의 구별만이 의미를 가졌다. 그런데 변칙담보에서의 담보물소유권관계에 대해서는 기술한 '가등기담보등에 관한 법률'이 특별규정을 두고 있다. 따라서 이 법이 형사법의 문제를 해결하는 데에 어떠한 작용을 할 수 있는지를 먼저 심사하여야 한다.

(2) '假登記擔保등에 관한 法律'의 내용

우리나라에서 1984. 1. 1부터 제정·시행되고 있는 '가등기담보등에 관한 법률'의 제 1 조는 '이 법은 차용물의 반환에 관하여 차주가 차용물에 갈음하여 다른 재산권을 이전할 것을 예약함에 있어서 그 재산의 예약당시의 가액이 차용액 및 이에 붙인 이자의 합산액을 초과하는 경우에 이에 따른 담보계약과 그 담보의 목적으로 경료된 가등기 또는 소유권이전등기의 효력을 정함을 목적으로 한다'고 하고, 더 나아가 제 4 조 2항은 '채권자는 담보부동산에 관하여 이미 소유권이전등기가 경료된 경우에는 청산기간 경과후 청산금을 채무자에게 지급한 때에 목적부동산의 소유권을 취득한다'고 담보물의 소유권관계에 대하여 규정하고 있다. 이러한 兩條項을 가진 동법률의 입법취지는, 기술한 바와 같이 채권자에게 청산의무를 무조건 부과하여 이의 이행이 있기 전에는 그 담보물의 소유권을 채무자에게 유보시킴으로써 약자의 입장에 있는 채무자를 보호하고자 하는 데에 있다. 특히 동법에 의하여 규율되는 등기에는 소유권이전의 가등기뿐만 아니라 본등기도 포함되고,²¹⁾ 제 2 조 1호에는 '담보계약이라 함은 민법 제608조의 규정에 의하여 그 효력이 상실되는 대물반환의 예약(환매, 양도담보 기타 명목여하를 불문한다)에 포함되거나 병존하는 채권담보의 계약을 말한다'고 규정되어 부동산을 담보목적물로 한 매도담보나 양

21) 일본에서는 1978. 6. 20. '가등기담보계약에 관한 법률'이 제정되어 1979. 4. 1부터 시행되고 있는데 이는 '가등기'담보만을 규정하고 있다; 이에 대한 소개로는 조인호, '양도담보자가 목적부동산을 불법처분한 경우의 형사책임', 관례연구 8권(법원공보사, 1993년), 270면.

도담보에도 위 법률의 적용을 받게 하였다.²²⁾ 이러한 새로운 법률의 제정으로 말미암아 양도담보권자가 '부동산'담보물을²³⁾ 처분하였을 때에 통용되었던 기존의 형사이론이 여전히 타당할 수 있는지에 대한 의문점이 떠오르게 된다. 왜냐하면 양도담보물의 소유권관계에 대하여 동법과 기존이론 사이에는 차이가 있기 때문이다.

(3) 辨濟期日 以前の 擔保物處分行爲

1) 判例와 學說의 推移

(가) 협의의 양도담보의 경우

협의의 양도담보는 채권자와 채무자가 소비대차계약을 체결하고, 채무자가 그 소비대차에서 생긴 채무의 담보로서 물건의 소유권을 채권자에게 이전하는 형태이다. 협의의 양도담보의 법적 성질에 관하여 종래의 판례와 다수설은 기술한 바와 같이 신탁적 양도로 보고, 신탁적 양도에는 다시 당사자의 약정에 의해 담보목적물의 소유권이 대외적 관계에 있어서만 이전되는 외부적 이전형(약한 양도담보)과 대외적 관계뿐만 아니라 당사자간의 내부적 관계에서도 목적물의 소유권이 이전되는 대내외이전형(강한 양도담보)으로 나누었다. 그런데 가등기담보등에 관한 법률이 제정된 이후에는 부동산에 대한 양도담보를 종래의 판례·통설과 같이 신탁적 양도설을 가지고 이론구성을 할 수 없다. 왜냐하면 동법 제 4 조 2 항에 의하면 양도담보를 설정하여 소유권이전 등기까지 하고 있더라도 담보물에 대한 소유권은 청산이 있기까지는 채권자에게 이전되지 않기 때문이다. 따라서 동법에 의하면, 채권자·양도담보권자는 소유권이전의 형식과는 관계없이 양도담보권이라고 일컬을 수 있는 일종의 담보권만을 가질 뿐이다.²⁴⁾ 즉 부동산소유권은 청산절차를 거치기 이전에는 채무자에게 있게 된다. 이러한 민법이론을 근거하여 형법에서의 다수설은 채권자·양도담보권자가 변제기 이전에 담보물을 처분한 경우에는 그 담보물의 소유권이 채무자에게 남아 있기 때문에 채권자(담보권자)의 처분행위는 횡령죄를 구성한다고 한다. 그러나 이러한 학설과는 달리 대법원판례는 배임죄를 인정하는 경향을 보이고 있다. 예컨대 채권담보의 목적으로 가등기를 경료하고 소유권 이전등기 소요서류를 교부하였는데 변제기전에 그 서류를 사용하여 채권자의 처 앞으로 소유권 이전등기를 한 경우(대판 1976. 9. 14., 76 도 2069), 공사대금의 담보목적으로 소유권이전등기 소요서류를 교부하였는데 이를 이용하여 목적물을 타에 매도한 경우(대판 1973. 3. 13., 73 도 181)

22) 그 담보형식이 대물변제의 예약인 경우에 민법 제607조·제608조에 의하면 그것은 무효가 되고, 대법원 판례에 따르면 채권자의 청산의무가 인정된다. 또한 양도담보나 매도담보인 경우에도 최근의 대법원 판례에 의하면 채권자의 청산의무가 인정된다(이에 대해서는 박윤직, 물권법, 1992년, 679면 이하). 그러나 '가등기 담보등에 관한 법률'의 시행 이전까지는 양도담보나 매도담보의 경우에 채무자의 채무불이행시에 채권자의 청산이 있기까지 소유권이 채무자에게 유보되지는 않았다. 따라서 동법은 담보형식이 양도담보나 매도담보인 경우에도 담보물의 소유권까지 청산종료 때까지 채무자에게 유보되는 데에 특별한 의미가 있다.

23) 그 담보물이 동산인 경우에는 '가등기담보등에 관한 법률'로 인한 영향은 없으므로 기존의 형사이론이 그대로 유지될 수 있다.

24) 박윤직, 물권법, 1992년, 729면.

에 배임죄를 인정하였다.

그러나 이러한 판례의 태도에 관하여 대법원 자체내의 논리적 모순성을 들어 비판하는 견해가 있다. 즉 대법원판례가 담보권자의 처분행위에 대해 배임죄를 인정하는 것은 양도담보의 법적 성격에 대하여 취하는 신탁적 양도설과는 모순된다는 것이다. 소위 신탁적 양도설을 취하는 한 정산절차가 끝날 때까지는 담보물의 내부적 소유권이 담보설정자에게 남아 있고 담보권자는 소유권을 취득할 수 없으므로 이 경우 담보권자는 타인의 재물을 보관하는 자의 지위에 있어 횡령죄의 성립을 인정하는 것이 논리적 귀결인데, 이 점에서 대법원은 형사책임에 관한 한 신탁적 양도설에 투철하지 못하다는 것이다.²⁵⁾ 반면에, 신탁적 양도설을 취하더라도 담보권자의 처분행위는 배임죄가 될 뿐이라는 견해도 있다.²⁶⁾ 그 논거는 다음과 같다: 첫째, 배임죄의 본질에 관한 통설·판례인 背信說(Treubruchstheorie)을 취할 경우 배임죄와 횡령죄는 오직 그 행위의 객체에 따라 구별될 뿐인데, 횡령죄의 객체는 개개의 재물이고 그 재물은 타인성이 요구되지만 배임죄의 객체는 재산상의 이익이고 그것을 관리하는 방법으로 개개의 재물을 보관하는 경우라 하더라도 그 재물의 소유권이 반드시 자기에게 있을 필요는 없고 타인에게 있더라도 상관없다. 둘째, 위 배임죄를 인정한 판례의 경우에 양도담보권자가 타인의 재물을 보관하는 자의 지위에 있는지 아니면 타인의 재산을 보전하는 지위에 있는지는 위 범죄로 인한 손해의 내용을 파악함으로써 해결할 수 있는데 양도담보설정자가 입는 손해는 담보목적물의 가액에서 채무원리금을 공제한 잔액이지 담보목적물 자체는 아니라고 볼 것이고 따라서 행위의 객체가 재물이 아닌 재산상의 이익이므로 배임죄의 성립을 인정하여야 한다.

(나) 매도담보의 경우

매도담보는 신용의 수수를 소비대차가 아닌 매매의 형식으로 행하고 당사자 사이에 따로 채권·채무관계를 남기지 않는 형태이다. 즉 還買權保留付 賣買(還賣特約付 賣買)와 再賣買豫約付 賣買를 통틀어서 매도담보라고 부르고 있다. 매도담보의 민법적 성질에 관하여 가등기담보등에 관한 법률이 제정되기 이전의 학설과²⁷⁾ 대법원판례는²⁸⁾ 매도담보에 대해 단지 협의의 양도담보로서의 효력을 인정하였다. 즉 환매특약부매매에 의한 매도담보의 경우에 채무자가 채권자에게 목적부동산의 소유권이전등기를 하여도 소유권이 채권자에게 이전하지 않는 것으로, 즉 이에 대해서도 민법 제607조·제608조가 적용되는 것으로 보았다. 그러나 매도담보권자의 변제기일 이전의 담보물처분행위의 죄책과 관련하여서는 형법상의 학설 및 판례는²⁹⁾ 민법과는 달리 담보권자への 소유권이전을 인정하고 그 처분행위에 대해 배임죄를 인정하였다. 판례의 구체적 논거는

25) 서정우, 변칙담보와 형사책임, 재판자료 제13집, 396면.

26) 임대규, 배임죄에 있어서의 임무위배행위, 재판자료 제50집, 형사법에 관한 제문제(하), 366면.

27) 박윤직교수(물권법, 1992년, 762면)는 채무초과분을 채권자가 취득하는 것은 언제나 폭리이기 때문에 그 초과분은 정산으로 채무자에게 반환하여야 한다고 주장하였다.

28) 대판 1967. 7. 11, 67 다 909.

29) 대판 1989. 11. 28, 89 도 1309; 1992. 7. 14, 92 도 753; 1987. 4. 28, 87 도 265.

“채권담보의 목적으로 부동산의 소유권이전등기를 넘겨 받은 채권자는 채무자가 변제기까지 그 채무를 변제하면 그 등기를 환원하여 줄 의무가 있는 것이므로 그 변제기일 이전에 그 임무에 위배하여 제3자에게 소유권 이전청구권의 보전을 위한 가등기를 하여 주었다면 설사 그 때문에 채무자의 환매권을 종국적으로 상실케 하는 것은 아니라고 하더라도 그 담보가치 상당의 實害가 발생할 위험을 초래한 것이 되므로 비록 채무자가 변제기일까지 채무를 변제하지 아니하였더라도 배임죄의 성립에는 아무런 영향이 없다”는 것이다. 또한 판례는 환매계약을 체결하고 소유권이전등기를 받은 양도담보권자가 변제기일 前에 제3자에게 근저당설정등기를 하여 준 경우에도 배임죄를 인정하였다.³⁰⁾ 그러나 매도담보권자의 채무변제기 이전의 담보물처분행위에 대하여 부동산에 관한 한 — 동산에 관하여는 달리 해석할 여지가 없다 — 횡령죄를 적용하여야 한다는 소수설이 등장하고 있다. 소수설은 그 주장의 근거를 이미 소개한 ‘가등기담보등에 관한 법률’에서 구한다. 기술한 바와 같이, 동법 제4조 2항에 의하면 채권자가 담보부동산에 관하여 이미 소유권 이전등기를 받았다 하더라도 소유권은 이전되지 아니하고 청산기간의 경과후 청산금을 채무자에게 지급하는 때에 비로소 소유권이 채권자에게 이전한다. 이에 근거하여 소수설은 소유권이전형식의 매도담보에서도 청산이 있기 이전까지는 목적부동산의 소유권은 의연히 채무자에게 있고 등기부상의 소유명의를 취득한 채권자가 이를 처분하는 것은 타인소유의 재물을 보관하다가 처분한 것이 되므로 횡령죄가 된다고 한다.³¹⁾

2) 본인의 견해

부동산양도담보권자가 변제기일 이전에 담보물을 처분한 경우의 형사책임과 관련한 견해를 정리한다면 크게 다음의 3가지로 나눌 수 있다. 첫째로는, 학설의 다수설로서 담보물의 소유권이 채권자에게 이전되었는가의 여부에 의하여 이전되지 않은 경우에는 횡령죄, 이미 이전된 경우에는 배임죄를 인정하는 견해이다. 즉 협의의 양도담보의 경우에는 담보물의 소유권이 여전히 채무자에게 유보되므로 채권자의 담보물처분행위는 횡령죄가 성립하지만, 매도담보의 경우에는 소유권이 이미 채권자에게 이전되었으므로 그의 담보물처분행위는 타인소유물을 영득한 횡령이 아니라 단순히 채무자에 대한 담보물보관의무를 위반한 배임죄가 성립된다는 것이다. 둘째로는 우리나라 대법원판례의 태도로서, 매도담보를 포함한 모든 양도담보의 형태에 있어 채권자의 변제기 이전의 담보물처분행위는 배임죄가 성립한다는 견해이다. 셋째로는, 판례와는 정반대로 어떠한 형식의 변칙담보이든 그 청산이 있기까지는 담보물의 소유권이 채무자에게 있다는 ‘가등기담보등에 관한 법률’에 근거하여 협의의 양도담보는 물론 매도담보의 경우에도 변제기 이전의 채권자의 담보물처분행위에 대해서는 횡령죄를 인정하여야 한다는 견해이다.

이러한 견해대립에 대하여 우선 횡령죄와 배임죄는 실무상에 있어서 큰 구별의 실익이 없다

30) 대판 1987. 4. 28, 87 도 265.

31) 조인호, ‘양도담보권자가 목적부동산을 불법처분한 경우의 형사책임’, 판례연구(8호), 276면 이하.

는 점이 지적되어야 한다.³²⁾ 왜냐하면 양죄는 죄질이 동일하고 同一法條가 적용되며 동일한 刑량이 귀속되기 때문이다. 따라서 횡령죄와 배임죄는 실무의 실익을 떠난 이론의 범주에서만 그 구별의 실익이 있게 된다. 세 가지 견해 중에서 타당한 것을 발견하기 위해서는 횡령죄와 배임죄의 본질이 어디에 있는가를 살펴보아야 한다. 먼저 횡령죄의 본질에 대해서는 越權行爲說과³³⁾ 領得行爲說의³⁴⁾ 대립이 있다. 그러나 양설은 횡령죄의 성립을 위하여 신임관계를 침해하는 월권 행위만 있으면 가능한가, 아니면 더 나아가 불법영득의 의사가 있을 것을 요하는가의 대립에 불과하다. 즉 어떠한 설이든 횡령죄의 본질은 신임관계의 배반에 있다는 점에는 공통된다. 다음으로 배임죄의 본질에 관하여는 權限濫用說(Mißbrauchstheorie)와 背信說(Treubruchstheorie)의 대립이 있다. 전자는 배임죄의 성립에는 대리권 있는 자의 법률행위가 있을 것을 전제로 하는 데 반하여, 후자는 단순한 대내적 신임관계가 존재하면 된다. 우리나라의 통설과 판례(대판 1976. 5. 11. 75도 2245)의 태도는 후자에 속한다. 배임죄의 본질에 관하여 배신설을 취할 경우에 배임죄와 횡령죄는 그 본질에 있어서 신임관계의 배반이라는 공통선상에 놓여 있다. 따라서 횡령죄와 배임죄는 그 본질로서 구별할 수 없고, 실정법상의 표지를 가지고 양자를 구별할 수밖에 없다. 우리나라 실정법에 의하면 양죄는 오직 그 행위의 주체와 객체에 따라 구별될 뿐이다. 횡령죄의 객체는 개개의 재물이고 배임죄의 객체는 재산상의 이익이다. 그리고 횡령죄의 주체는 그 재물을 보관하고 있어야 하나, 배임죄의 주체는 타인의 사무를 처리하는 자이어야 한다. 그런데 횡령죄의 객체인 재물은 재산상의 이익에 포함되고, 타인의 재물을 보관하는 것은 타인의 사무를 처리하는 것에 포함된다. 따라서 횡령죄와 배임죄의 관계는 특별과 일반의 관계에 있게 된다. 특별과 일반의 관계는 어느 하나의 행위가 횡령죄가 될 것인가 배임죄가 될 것인가의 결정에 있어서 먼저 특별에 해당하는 횡령죄의 성립 여부를 심사하여 이것이 성립되면 일반에 해당하는 배임죄는 심사할 필요가 없으며, 반면에 먼저 심사한 횡령죄가 성립하지 않으면 다음으로 일반에 해당하는 배임죄의 성립을 심사하여야 하는 데에 그 의미가 있다. 이에 의하면 대법원 판례가 양도담보물의 변제기 이전의 처분행위에 대하여 횡령죄의 성립여부를 먼저 심사하지 않고 일반적으로 배임죄를 인정하는 것은 방법론상으로는 타당하지 않다. 또한 단순히 내부적으로 목적부동산의 소유권 이전의 유무에 따라 횡령죄와 배임죄로 나누는 다수설도 그 방법론에 있어서 설득력이 없다. 왜냐하면 횡령죄에서 필수적으로 요구되는 재물의 타인성만으로는 배임죄와의 구별이 완전히 이루어지지 않기 때문이다. 즉 배임죄도 그로부터 이득을 취하는 재물의 소유권이 반드시 자기에게 있을 필요는 없고 타인에게 있더라도 상관없이 성립한다. 더 나아가 횡령죄와 배임죄의 구별을 범죄로 인한 손해의 내용을 기준으로 결정하는 위에서 소개한 소수설도 설득력이 없다.

32) 서정우, 앞의 글, 402면.

33) 이를 주장하는 자로는 정영석, 각론, 373면.

34) 영득행위설이 우리나라의 다수설이고 판례(대판 1972. 12. 12, 71도 2353; 1955. 6. 28, 4287 형상 151; 1972. 5. 23, 71도 2334)의 태도이다.

기술한 바와 같이 소수설은 담보권자의 담보물처분행위로 인하여 양도담보설정자가 입는 손해는 담보목적물의 가액에서 채무원리금을 공제한 잔액이지 담보목적물 자체는 아니므로 행위의 객체가 재물이 아닌 재산상의 이익이므로 횡령죄가 아니라 배임죄의 성립을 인정하여야 한다는 것이었다. 그러나 손해의 크기 여부에 의하여 재물인가 재산상의 이익인가가 결정되는 것은 아니다. 만약 이를 근거로 횡령과 배임을 구별한다면 타인소유의 '動産'에 대한 담보권자가 이를 처분한 경우에도 모두 배임죄가 되어야 할 것이다. 그러나 이러한 견해를 취하는 자는 아무도 없다. 결론적으로, 횡령죄와 배임죄의 구별은 특별법과 일반법의 관계, 즉 特別法優先의 原則에 의한 심사를 통하여 결정되어야 한다.

배임죄에 대해 특별관계에 있는 횡령죄의 성립은 우선 그 주체가 타인의 재물을 '保管'하는 지위에 있어야 한다. 여기서 보관이라 함은 사실상의 재물지배를 의미하는 것은 당연하다. 단 그 지배가 횡령죄의 본질상 위탁관계에 의한 것임을 전제로 한다. 즉 동산이나 부동산을 위탁관계에 의하여 사실상 지배하는 자가 여기서 말하는 보관자가 된다. 그런데 횡령죄에서의 보관은 이러한 사실상의 지배는 물론이고 법률상의 지배도 포함되어야 한다. 왜냐하면 횡령죄는 재물에 대한 타인의 소유권을 보호하는 데에 그 목적이 있는 바, 소유권의 침해는 재물을 사실상 지배하고 있는 자는 물론, 법적으로 외관상 유효하게 처분할 수 있는 자에 의해서도 가능하기 때문이다. 예컨대 부동산명의신탁에 의하여 소유자로 등기된 자, 양도담보에 있어서 소유명의가 등기부에 표시된 양도담보권자는 법률상 유효하게 그 부동산을 타인에 처분할 수 있는 지위에 있다. 이러한 지위가 내부적 신임관계에 기초하여 이루어진 이상 그는 횡령죄의 주체로서의 타인의 재물을 보관하는 자에 해당한다. 그러나 이러한 단정은 양도담보권자가 소유자로서 등기명의를 완전히 취득한 경우에만 가능하다. 반면에 소유권이전등기가 되지 않은 경우에는 횡령죄의 성립이 거의 불가능하다. 예컨대 담보의 목적으로 소유권이전의 '假登記'를 경료한 자는 아직 소유권이전의 본등기를 하지 않은 이상, 유효히 이를 타에 처분할 수 없는 것이어서 횡령죄의 성립요소가 되는 부동산의 보관자가 될 수 없다. 판례도 채권담보의 목적으로 부동산 위에 가등기를 경료한 채권자는 그 변제기까지는 가등기상태를 유지할 것이요, 그 변제기간이 지나도록 채무의 이행이 없는 경우에 비로소 본등기를 경료할 임무가 있다 할 것이므로 이러한 범위 내에서 그는 타인의 재물을 보관하는 자가 아니라 타인의 사무를 처리하는 자라고 한다.³⁵⁾ 다만 부동산에 대한 등기서류를 보관하는 자도 횡령죄의 주체인 부동산의 보관자에 해당한다는 견해가 있다.³⁶⁾ 그러나 단순히 등기서류를 임치하고 있는 것만으로는 부동산의 보관자라 할 수 없고 오히려 타인의 사무를 처리하는 자로 보아야 한다.³⁷⁾ 따라서 채권확보의 명목으로 부동산에 관한 소유권이전등기서류를 임치받고 있는 자가 이를 타에 처분하였을 때는 배임죄를 구성한다.³⁸⁾

35) 대판 1976.9.14, 76 도 2069.

36) 강구진, 각론 I, 355면.

37) 이재상, 형법각론, 352면.

양도담보물의 소유자로 완전히 등기된 채권자가 횡령죄의 성립요건의 하나인 ‘保管’하는 자가 되는 것이 틀림없다면, 다음으로 심사하여야 할 것은 ‘재물의 타인성’이다. 왜냐하면 횡령죄의 성립을 인정하기 위해서는 재물의 타인소유성이 반드시 요구되기 때문이다. 먼저, 협의의 양도담보물을 채권자가 변제기 전에 처분하는 것은 채무자소유물을 보관하다가 영득한 것으로 보아야 한다. 이것이 협의의 양도담보의 민법적 성질을 신탁적 양도설로 파악한 종래 대법원판례의 태도와 일치할 뿐만 아니라, 청산이 있기까지 담보물에 대한 소유권은 채무자에게 있다는 ‘가등기담보등에 관한 법률’과도 일치하는 것이다. 다음으로 매도담보의 경우에는 ‘가등기담보등에 관한 법률’이 제정되기 전에는 배임죄를 인정하는 것이 옳다. 왜냐하면 매도담보는 형식적으로 소유권이 채권자에게 넘어 갔고, 채무자는 단지 변제기일에 채무변제를 조건으로 환매권 및 재매매권만을 가지는 형태이기 때문이다. 이러한 상태에서 채권자가 변제기일 이전에 담보물을 처분하는 것은 타인의 소유권을 침해하는 것이 아니라 채무자에 대한 담보물보관의무를 배반한 것이다. 그러나 ‘가등기담보등에 관한 법률’은 매도담보의 경우에도 채무자보호의 목적상 청산이 있기까지 담보물에 대한 소유권을 채무자에게 보장하였다. 만약 이 법이 임의규정이라면 매도담보의 경우에는 당사자 사이의 합의로 적어도 대내적으로는 소유권을 채권자에게 이전시킨 것으로 보아야 한다. 그러나 이 규정은 私的 自治의 原則이 적용될 수 없는 강행규정으로 보는 것이 옳다. 이에 대하여 특별히 법률을 만들었다는 자체가 동법이 강행규정임을 간접적으로 증명한다. 그리고 형사법문제와 민사법문제는 법질서의 통일성이라는 면에서 가능한 일치하도록 해석하여야 한다. 이러한 관점에서 매도담보의 경우에도 담보물의 소유권은 대내적으로도 청산이 있기 이전에는 채무자에게 유보되는 것으로 보아야 하고, 따라서 담보권자의 변제일 이전의 처분행위는 형사법의 영역에서도 타인소유물을 처분한 것으로 보아야 한다. 즉 매도담보의 경우에도 횡령죄의 성립요소인 ‘재물의 타인성’이 충족되는 것으로 보아야 한다.

마지막으로 횡령죄의 성립을 위해서는 타인재물의 ‘횡령’행위가 있어야 한다. 여기의 횡령행위는 사실행위이건 법률행위이건 묻지 않는다. 따라서 채권자가 변제기 이전에 제3자에게 담보목적물을 처분하는 것은 소유자가 아니면 할 수 없는 처분을 한 것이니 당연히 횡령행위에 포함된다. 그리고 양도담보권자나 매도담보권자가 함부로 타인에게 근저당권을 설정하여 주는 것도 그 목적물의 소유권을 제약하는 것이어서 횡령행위에 해당한다.³⁸⁾

이상의 심사를 통하여 양도담보권자에 의한 담보물의 변제기 이전의 처분행위는 특별법우선의 원칙에 의하여 먼저 심사하여야 할 횡령죄의 객관적 구성요건요소가 모두 충족되는 것으로 귀결된다. 이것은 협의의 양도담보의 경우는 물론이고, ‘가등기담보등에 관한 법률’에 의하여 매도담보의 경우에도 동일하다.

38) 대판 1973. 3. 13, 73 도 181; 1979. 6. 26, 79 도 1127.

39) 이명희, 주석 형법각칙(하), 468면.

(4) 辨濟期日 이후의 처분행위와 정산잔여금을 돌려 주지 않는 경우

1) 변제기일 이후의 처분행위

담보권자가 변제기 도래후 담보권실행을 위하여 담보물을 처분하는 그 자체는 아무런 죄가 되지 않는다. 왜냐하면 채무자의 채무 불이행시에 채권자가 양도담보물을 처분하는 것은 민사법 내지 민사이론에 의하여 허용되는 행위이기 때문이다. 민법상 허용되는 행위를 형법상 금지할 수는 없다. 판례도 당연히 이와 동일하게 판시하고 있다.⁴⁰⁾ 그리고 채권자가 담보부동산을 시가에 비하여 저렴한 가격으로 처분한 경우에도 역시 그에게 배임죄는 인정될 수 없다. 왜냐하면 양도담보권자가 변제기일의 경과후에 담보물을 처분하는 것이 그에게 주어진 권능으로서 자기의 사무처리에 속하는 것이라면, 그 처분에 있어 시가에 따른 적절한 처분을 하여야 할 의무도 담보계약상의 민사책임의무에 불과한 것으로 보아야 하기 때문이다.⁴¹⁾

그러나 채권자가 담보권실행과 전혀 관계없이 담보물을 처분한 경우에는 형법상 범죄가 성립된다. 따라서 대법원이 양도담보권자가 변제기일후 채권변제와는 아무런 관계없이 제 3자를 위하여 근저당권을 설정하여 준 경우와⁴²⁾ 양도담보로 받은 토지의 일부로서 원리금을 청산하고 남았는 데도 나머지 토지를 타에 처분하여 버린 경우⁴³⁾ 배임죄의 성립을⁴⁴⁾ 인정한 태도는 옳다. 그리고 채무자가 채무를 변제하였음에도 불구하고 채권자가 담보물을 처분한 경우에도 당연히 배임죄가 성립한다.⁴⁵⁾ 그러나 대법원이 소유권 이전등기에 필요한 소요서류 일체를 교부받은 채권자가 변제기일 이후에 자기의 처 앞으로 소유권 이전등기를 한 사안에 대하여 단정적으로 배임죄를 인정한 것은⁴⁶⁾ 문제가 있다고 사료된다. 만약 처 앞으로의 소유권 이전이 매매와 같은 실질적 처분행위이라면 판례의 태도와 같이 배임죄의 성립이 인정되어도 무방하다. 왜냐하면 이러한 실질적 처분행위가 있는 경우에는 소유권 이전등기로 인하여 채무자는 소유권을 회복할 수가 없기 때문이다. 그러나 그 소유권의 이전이 단순히 처 앞으로의 명의신탁이라면 배임죄의 성립을 원칙적으로 부정하는 것이 옳다.⁴⁷⁾ 왜냐하면 채권자가 변제기일 이후에 담보물의 소유권 이전등기를 행하는 것은 민법적으로 허용되는 담보권실행의 한 과정에 불과하기 때문이다. 또한 이러한 명의신탁의 경우에는 채무자는 채무를 이행하고 소유권을 자기 앞으로 회복할 수도 있

40) 대판 1982. 9. 28, 82 도 1621(이 판례에 대한 평석으로는 김경일, 양도담보권자의 채권추심을 위한 담보설정행위와 배임죄의 성부, 대법원판례해설 제 1 호, 399면 이하); 1985. 9. 10, 85 도 1210.

41) 대판 1989. 10. 24, 87 도 126.

42) 대판 1977. 5. 24, 76 도 4180.

43) 대판 1979. 6. 12, 79 도 205.

44) 양도담보의 법적 성질을 신탁적 양도설로 보는 대법원은 횡령죄의 성립을 인정하는 것이 바람직하다는 비판도 있다(서정우, 앞의 글, 396면). 그러나 변제기 이후에는 채권자가 청산을 위해 소유자와 똑같이 법적으로 담보물을 처분할 수 있는 단계이므로 본문사례의 경우에 타인소유물을 영득한 횡령죄로 보기는 어렵다. 따라서 배임죄를 인정한 판례의 태도가 옳다고 생각한다.

45) 채권자 명의로 이미 소유권이전등기가 경료된 경우라면 횡령죄를 인정하는 것이 옳다. 이에 대해서는 본문에서 전술하였다.

46) 대판 1971. 3. 9, 71 도 189.

47) 이에 대한 지적으로는 서정우, 앞의 글, 395면.

기 때문이다.

2) 청산잔여금을 돌려 주지 않는 행위

문제는 담보권실행을 위하여 담보물을 처분하고 청산잔여금을 채무자에게 돌려 주지 않는 경우에 형법상 재산범죄가 성립되는가에 있다. 이에 대하여 우선 횡령죄의 성립은 부정되어야 한다. 왜냐하면 청산잔여금에 대하여는 그 소유권이 채무자에게 있는 것도 아니고,⁴⁸⁾ 채무자와 채권자 사이에 보관을 위한 특별한 위탁관계가 성립된 것도 아니기 때문이다.⁴⁹⁾ 따라서 여기서는 청산잔여금의 보관을 위한 특별한 위탁관계를 위반한 것이 아니라 청산잔여금을 반환할 의무를 위반한 것으로 보아야 한다. 이러한 청산잔여금의 반환의무가 배임죄의 '타인의 사무를 처리하는 자로서의 의무위반'이라면 배임죄가 성립할 수 있다. 이에 대하여 종래의 대법원판례는 배임죄의 타인의 사무처리에 해당하지 않는다는 판례와⁵⁰⁾ 타인의 사무처리에 해당한다는 판례가⁵¹⁾ 대립되었다. 그러나 대법원은 1985. 11. 26, 85 도 1493의 전원합의체판결에 의하여 청산의무에 대해서는 배임죄소정의 타인사무처리를 인정하지 않음으로써 그를 인정하였던 종래의 판례를 폐기시켰다. 새로운 판례에 대하여 다수의 실무가는 이를 지지하고 있다.⁵²⁾ 배임죄의 성립을 부정하는 이러한 새로운 대법원판례와 실무가의 태도는 타당한 것으로 사료된다. 서두에서 언급한 바와 같이 형법상의 범죄는 보충성의 원칙에 제한되어 성립되어야 한다. 따라서 형법상의 배임죄는 민법상의 의무위배를 전제로 하여야 하지만 역으로 민법상 의무위배가 있다고 하여 항상 형법상 범죄되는 의무위배로 볼 수는 없다. 청산잔여금의 반환의무는 민법상의 의무인 것은 틀림없으나 그것이 배임죄의 의무위배가 되기 위해서는 형벌로서 투쟁하여야 할 특별한 실질이 있어야 한다. 그런데 청산잔여금의 반환문제는 근본적으로 채무자의 채무불이행에 근거하여 발생하는 문제이기 때문에 청산잔여금의 반환불이행 자체에 대해 채권자만을 형벌로서 비난할 만큼 범죄의 실질은 없는 것으로 보아야 한다.

2. 不動產 名義受託者의 처분행위

(1) 명의신탁의 개념 및 현행법의 태도

부동산의 명의신탁이라 함은 대내적 관계에서는 신탁자가 실질적 소유권을 보유하면서 등기상의 소유명의만을 수탁자로 하여 두는 것을 말한다. 따라서 부동산의 명의신탁은 대내적 관계에서 실질적 소유자와 형식적 소유자가 불일치하는 경우이다. 이 점에서는 기술한 양도담보의

48) 서정우, 앞의 글, 398면.

49) 그러나 예컨대 채권추심을 위임받고 채권양수를 받은 자가 그 추심한 금전을 임의소비하였다면 그 금전의 소유는 채권양도인에게 있고 보관을 위한 위탁관계도 설정되었다고 보아야 하므로 양수인의 임의소비행위는 횡령죄를 구성한다(대판 1968. 5. 21, 68 도 364).

50) 대판 1976. 1. 13, 74 도 2075; 1976. 5. 11, 75 도 224.

51) 대판 1971. 3. 7, 71 도 189; 1975. 5. 13, 74 도 3215; 1983. 6. 28, 81 도 1151.

52) 황해진(변호사), 배임죄의 구성요건 중 타인의 사무처리의 개념, 법원공보사, 주제별 판례연구 8권(1993년), 389면; 서정우, 변칙담보와 형사책임, 398면; 임대규, 앞의 글, 364면.

경우와 유사하다. 명의신탁제도는 일반민법에는 규정이 없는 것이지만, 실제적으로는 私的自治의 원리에 의하여 매우 빈번하게 사용되고 있다. 특히 명의신탁은 일제하에서 종중재산을 종중의 명의로 등기하는 방법이 없어서 종중재산을 종중원의 명의로 등기하였던 데에서 주로 이용되었다. 이러한 명의신탁이 법률행위로서 유효한 것인가에 대해서는 학설상으로는 대립이 있으나,⁵³⁾ 우리나라의 판례는 그 유효성을 인정하였다. 즉, 우리나라의 대법원판례는 명의신탁물의 소유관계에 대해 대외적으로는 수탁자의 소유이나 대내적으로는 신탁자의 소유로 보았고,⁵⁴⁾ 따라서 수탁자로부터 그 부동산을 양수한 제3자는 선의 또는 악의를 불문하고 적법한 소유권을 취득한다고 하였다.⁵⁵⁾

그런데 근래에는 조세포탈 및 시세차익을 노리는 부동산의 명의신탁이 성행한 적이 있었다.⁵⁶⁾ 이와 같은 명의신탁은 그 사회적 폐해가 매우 크다. 이를 규율하기 위하여 제정된 법이 '부동산 등기특별조치법'이다. 동법 제7조는 '조세부과를 면하려 하거나 다른 시점간의 가격변동에 따른 이득을 얻으려 하거나 소유권 등 권리변동을 규제하는 법령의 제한을 회피할 목적으로 타인의 명의를 빌려 소유권이전등기를 신청하여서는 아니된다'고 규정하면서, 동법 제9조는 이를 위반하는 경우에 형사처벌한다고 규정하고 있다.⁵⁷⁾ 더 나아가 조세포탈 및 시세차익획득의 목적과는 관계없이 부동산의 명의신탁 그 자체를 원칙적으로 금지하면서 동시에 명의신탁을 無效로 하기 위하여 최근에 제정된 법이 '부동산실권리자명의등기에 관한 법률'이다.⁵⁸⁾ 동법에 의하면 누구든지 부동산에 관한 물권을 명의신탁약정에 의하여 명의수탁자의 명의로 등기하여서는 아니되고(제3조), 이를 위반하면 과징금(제5), 이행강제금(제6), 형사처벌(제7)을⁵⁹⁾ 받는다. 그리고 동법에 의하여 허용되지 아니하는 명의신탁의 약정과 이에 따른 물건변동의 등기는 앞으로 무효로 된다(제4). 또한 동법은 이와 같은 명의신탁의 장래적 금지규정뿐만 아니라, 기존의 명의신탁에 의한 假裝登記에 대해서도 동법의 시행일 이후 1년 이내에 대부분 실소유자명으로 등기를 변경하도록 요구하고 있다(제11). 이러한 내용의 동법률상의 조치에 의하여 부동산의 명의신탁 자체는

53) 이에 대해 민법적 관점에서 자세히 소개한 것으로는 정기용, 명의신탁에 관한 법리연구, 김기수교수화합기념논문집, 268면 이하; 유효설을 지지하는 대표적 견해로는 이영준, 명의신탁의 유효성에 관하여, 사법논집 제19집(1988년), 7면 이하.

54) 대판 1965. 5. 18, 65 다 312.

55) 대판 1963. 9. 19, 63 다 388.

56) 명의신탁의 종류에 대한 자세한 소개로는 김상용, 부동산실명법상의 사법상의 문제점과 대처방안, 법제연구 제9호(1995년 12월), 157면 이하.

57) 그러나 대법원판례(대판 1993. 8. 13, 92 다 42651)는 명의신탁 자체에 대해서는 동법과는 관계없이 유효성을 여전히 인정하였다.

58) 이 법의 제정으로 부동산등기특별조치법의 명의신탁에 관한 규정은 모두 그 효력을 상실하게 되었다(동법 부칙 제4조 2항).

59) 명의신탁을 유효한 법률행위로 본 종래에는 신탁자와 수탁자가 명의신탁을 하면서 등기원인을 매매라고 표시하였다고 해도 공정증서원본부실기재죄, 동행사죄는 성립하지 않았다(대판 1957. 4. 12, 4290 형상 32). 그러나 앞으로 이러한 행위는 '부동산실권리자명의등기에 관한 법률' 제3조 및 제7조 1항에 의하여 동법위반으로 처벌된다. 이 경우에 공정증서원본부실기재죄도 성립하는가의 문제가 있겠으나 이를 부정하는 것이 타당하다.

앞으로 많이 근절될 것으로 사료된다. 그러나 동법 제11조에 의한 실명화조치에 응하지 않을 자도 있을 수 있고, 동법에는 종종 및 배우자에 대한 명의신탁이 허용되는 예외규정이 있기 때문에 그 명의신탁물의 처분과 관련된 형사문제는 동법과는 관계없이 여전히 발생할 것이다.

(2) 형법상의 문제

1) 불법처분자의 죄책

명의신탁과 관련된 형법상의 문제는 주로 수탁자가 함부로 그 목적물을 타에게 처분하는 경우였다. 불법처분의 전형은 매각처분이지만, 지상권설(대판 1982. 11. 23. (81도 1694)) 또는 저당권설정(대판 1985. 9. 10. (85도 86))의 경우도 불법처분의 유형에 해당한다. 명의신탁된 부동산에 대하여 수탁받은 점유자가 불법처분한 경우에 불법처분한 수탁자는 신탁자에 대해서는 횡령죄의 죄책을 저야 한다. 그 이유는 명의신탁물의 소유관계에 대한 판례의 확고한 태도 때문이다. 기술한 바와 같이 우리나라의 대법원판례는 명의신탁물에 대해 대외적으로는 수탁자의 소유로서, 대내적으로는 신탁자의 소유로서 인정한다. 따라서 수탁자는 신탁자와의 관계에 있어서는 타인소유의 재물을 보관하는 자이다. 이러한 자가 그 재물을 불법처분하는 것은 그 재물자체를 영득한 횡령죄가 되는 것으로 보아야 한다. 이는 지배적인 학설이자 우리나라 대법원판례도 종종부동산의 명의수탁자가 이를 타인에게 처분한 사안에서 횡령죄를 인정하고 있다.⁶⁰⁾ 다툼이 있는 부분은 오히려 언제부터 횡령죄의 기수가 되는가에 있다. 이에 대하여 판례는 명의신탁된 부동산을 매각하여 소유권이전등기를 완료할 때 또는 저당권을 설정하여 근저당권 설정등기를 마치는 때에 기수가 된다고 한다.⁶¹⁾ 이에 따르면 그 이전의 단계까지는 횡령죄의 미수가 될 수 있을 뿐이다. 그러나 횡령죄의 기수시기에 대한 종래의 학설은 대개 횡령죄에 있어서는 목적물의 점유를 행위자가 이미 가지고 있어서 불법영득의 의사가 외부적으로 표현되기만 하면 곧 기수가 되므로 횡령죄의 미수는 불능미수의 경우 이외에는 실제상으로 인정하기 어렵다고 한다.⁶²⁾ 양 견해 중 후자는 횡령죄의 기수시기는 영득의사가 외부에 표현되었을 때 이미 인정된다는 독일의 表現說(Manifestationstheorie)에 해당하는 것이고,⁶³⁾ 전자는 횡령죄의 기수시기는 영득행위가 실현되었을 때 비로소 인정된다는 實現說(Verwirklichungstheorie)에 해당하는 것이다. 필자는 우리나라 형법은 횡령죄에 대해 미수범 처벌규정을 두고 있기 때문에 횡령죄의 기수는 실현설에 의하여 제한하는 것이 옳다고 생각한다. 문제는 부동산의 경우에 영득행위의 실현은 언제 있다고 볼 것인가에 있다. 본인은 부동산의 경우에는 소유권이전등기가 경료한 때에 그 실현이 있는 것으로 보는 것이 타당하다고 생각한다. 동산의 경우에는 타인의 동산을 보관하는 자가 그것을 들고 시장에 나아가 매매의 의사표시를

60) 대판 1971. 6. 22, 71도 740(전원합의체판결).

61) 대판 1985. 9. 10, 85도 86.

62) 강구진, 각론 1, 359면; 정영석, 각론, 373면; 유기천, 각론 상, 304면; 황산덕, 각론, 315면.

63) Maurach/Schroeder, BT/1, § 34 Rn. 24.

하게 되면 타인의 소유권의 침해 내지 위험성은 이미 발생한 것으로 볼 수 있다. 그러나 부동산은 움직이는 것이 아니므로 이러한 경우는 있을 수 없다. 따라서 부동산의 경우에는 매매의 의사표시만으로는 횡령죄의 기수를 인정할 수는 없고, 판례와 같이 소유권이전등기를 경료하였을 때 비로소 횡령죄의 기수를 인정하는 것이 타당하다.⁶⁴⁾

상기의 결론은 명의신탁 자체가 유효한 것으로 인정되는 기존의 판례 및 민사이론에 기초한 것이다. 따라서 '부동산실권리자명의등기에 관한 법률' 제8조[중증 및 배우자에 대한 특례]에 의해 여전히 유효한 부동산명의신탁의 경우에는 수탁자가 그 부동산을 불법처분하더라도 위에서 설명한 이론이 그대로 적용될 것이다. 그런데 이제는 '부동산실권리자명의등기에 관한 법률'에 의하여 금지되는 명의신탁은 그 자체 무효가 되고 이로 인한 물권변동의 등기도 무효로 된다(제4조). 그리고 동법 시행일 이후 1년 이내에 실명화하지 않은 명의신탁의 경우에도 역시 무효로 된다(제12조항). 여기서 종래 유효로 인정되던 명의신탁이 '부동산실권리자명의등기에 관한 법률'에 의해 앞으로 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 그가 위탁관계에 의한 보관자로서 그 부동산을 처분하여야 한다. 지금까지의 대법원판례에 의하면, 등기명의인의 등기가 原因無効인 경우에는 등기명의인이 횡령죄의 주체인 부동산의 보관자가 될 수 없었다.⁶⁵⁾ 그러나 여기서 등기가 원인무효인 경우라는 것은 등기명의인이 '유효하게' 그 부동산을 처분할 수 없을 뿐만 아니라, 무권리자인 수탁자가 사실적으로 처분하더라도 등기에 공신의 원칙이 인정되지 않는 이유로 원소유자가 그 부동산에 대해 소유권을 잃지 않는 경우를 말한다. 그러나 '부동산실권리자명의등기에 관한 법률'은 명의신탁의 무효를 제3자에게 대항하지 못하게 규정하고 있다(제4조항). 즉 수탁자의 처분으로 인하여 원소유자는 그 부동산의 소유권을 잃게 된다. 이러한 경우에는 명의신탁 약정 자체 및 이에 따른 등기가 무효로 되는 것과는 관계없이 신탁부동산을 처분한 수탁자에게는 여전히 횡령죄가 인정되어야 한다. 왜냐하면 명의신탁이 무효로 되더라도 목적물의 소유권은 신탁자에게 있고,⁶⁶⁾ 수탁자는 사실상 그 목적물을 보관하고 있는 자이며, 그 처분행위로 신탁자는 소유권을 잃게 되기 때문이다.⁶⁷⁾

또 다른 문제는 명의신탁물을 불법처분한 수탁자는 매수인에 대하여 형법상 재산범죄의 죄책을 지는가에 있다. 수탁자가 신탁부동산이라는 사실을 묵비한 채 이를 제3자에게 매도하여 대금을 수령한 경우에 문제되는 구성요건은 사기죄이다. 그러나 이러한 경우에 사기죄의 성립은

64) 비슷한 견해로는 김일수, 한국형법 IV, 160면.

65) 대판 1962.1.31, 4294 형상 432; 1966.5.24, 66 도 519; 1989.2.28, 88 도 1368.

66) 위탁자가 소유권을 취득할 수 없을 때에는 수탁자가 그 부동산의 보관자가 될 수 없다는 판례로는 대판 1982.2.9, 81 도 2936.

67) 이러한 사고절차를 거치지 않고 위탁관계가 법률상 무효 취소된 때에도 이미 인도된 재물의 점유에 대해 횡령죄의 위탁관계에 의한 보관을 인정하는 견해로는 김일수, 전제서, 142면.

항상 부정되어야 한다. 기술한 바와 같이 명의신탁물에 관하여 수탁자는 적어도 외부관계에서는 완전한 소유권자로서 신탁부동산을 유효하게 처분할 수 있다. 따라서 수탁자의 처분권한에는 허위 없고 매수인은 선의·악의를 불문하고 목적부동산을 유효하게 취득할 수 있다. ‘부동산신탁권리자명의등기에 관한 법률’에서도 명의신탁계약 자체는 무효로 보나 그 무효를 제3자에게 대항하지 못하게 되어 있어^(제4) 동일한 결론이 나올 것이다. 이와같이 매수인에게 아무런 피해를 입히지 않는 사항에 대해 수탁자가 그에게 고지해야 할 의무는 없고, 고지의무 없는 명의신탁사실을 묵비한 것으로는 사기죄가 성립하지 않는다. 판례도 명의신탁된 종종 부동산을 수탁자의 개인소유라고 거짓말을 하여 타에 매도하여 대금을 수령하여도, 종종에 대한 횡령죄가 성립하는 이외에 제3 취득자에 대한 관계에서 사기죄는 성립하지 않는다고 한다.⁽⁶⁸⁾

2) 제3 취득자의 죄책

명의수탁자가 횡령하는 신탁부동산을 매수한 제3취득자에게 형법상 어떠한 재산범죄가 성립할 것인가의 문제가 대두된다. 이에 대하여는 우선적으로 선의의 제3취득자는 형법상 아무런 문제도 발생하지 않는다고 보아야 한다. 왜냐하면 명의신탁의 소유관계는 제3자에 대해서는 수탁자의 소유로 법이 인정하기 때문이다. 그러나 악의의 매수인의 경우에는 매도자에게 성립하는 횡령죄에 대해 알면서 가담한 경우이므로 횡령죄의 공범이 문제된다. 이에 대하여 단순히 제3자가 알고 있었다는 것만으로는 횡령죄의 공범이 성립하지 않는 것으로 보는 것이 옳다. 왜냐하면 명의신탁은 대내관계가 탈법적으로 형성된 것이므로 그러한 대내관계의 형성에 개입하지 않은 제3자는 가능한 보호되어야 하기 때문이다. 판례도 적절하게 피고인이 종종재산의 관리인과 ‘처음부터 이를 불법영득할 것을 공모하고’ 매수한 것이 아니라면 종종재산임을 알고 매수하였다고 하여도 횡령죄의 공동정범으로 볼 수 없다고 판시하였다.⁽⁶⁹⁾ 또한 단순한 악의의 취득자는 장물취득죄에도 해당하지 않는다고 보아야 한다. 왜냐하면 원소유자인 신탁자는 제3자에 대해서 법적으로 소유권을 상실하기 때문에 장물죄 인정의 요소가 되는 추구권이 없어지기 때문이다. 판례도 적절하게 신탁행위에 있어서는 수탁자가 외부관계에 대해 소유자로 간주되므로 이를 취득한 제3자는 수탁자가 신탁자의 승락 없이 매각한다는 정을 알았는지 여부에도 불구하고 장물취득죄는 성립하지 않는다고 판시하였다.⁽⁷⁰⁾ 다만 제3 취득자의 매수가 가장매매에 의한 것이어서 무효이고 신탁자의 추구권이 상실되지 않는 경우에는 장물취득죄가 성립할 수 있다.⁽⁷¹⁾ 결론적으로 단순히 정을 알고서 매수한 자는 횡령죄의 공범도 장물취득죄도 해당되지 않는다.

68) 대판 1985.12.10, 85 도 1222.

69) 대판 1971.1.26, 70 도 2173; 그 이후 同旨의 판례로는 1979.11.27, 79 도 2410; 1983.10.25, 83 도 2027(이 판례는 신탁목적물의 처분을 소개한 자의 책임도 언급하고 있다. 이 판례에 대한 평석으로는 심일동, 명의수탁부동산의 처분행위가 횡령죄를 구성하는 경우 그 양수인 및 소개자의 형사책임, 대법원판례해설 제9호, 461면).

70) 대판 1979.11.27, 79 도 2410.

71) 이를 시사하는 판례로는 대판 1984.4.124, 83 도 2116.

따라서 횡령죄의 본범으로부터 정을 알고서 매수한 행위에 대하여, 본범의 행위와 장물취득행위가 시간적으로 중복되므로 장물죄는 성립할 수 없고 횡령죄의 공범만을 인정하여야 한다는 것과⁷²⁾ 오히려 횡령죄의 공범을 부정하고 장물취득죄만을 인정하여야 한다는 것의⁷³⁾ 우리나라 형법교과서상의 견해대립은 여기서는 쓸모없는 논쟁이 된다. 그러나 단순히 정을 알고 매수하는 것이 아니라, 매수인이 수탁자에게 신탁부동산의 처분을 적극교사하여 매각을 결의시켰거나 수탁자와 처음부터 불법영득할 것을 공모하고 매수한 때에는 당연히 횡령죄의 공범이 성립될 수 있다. 이러한 경우에 매수인은 관여의 태양에 따라 횡령죄의 교사범, 종범 또는 공동정범으로 처벌될 수 있다. 이러한 유형의 관여행위는 장물취득행위에 앞서서 이루어지기 때문에 이 경우에 성립되는 횡령죄의 공범과 장물취득죄 사이의 관계는 앞에서 살펴본 단순히 정을 알고 동시적으로 매수하는 경우와는 달리 경합범의 관계가 될 것이다.⁷⁴⁾

V. 結 論

이상에서 살펴본 바와 같이, 우리나라는 부동산에 대한 법적 규율에 있어서 최근에 어느 정도의 변화를 가져왔다. 이러한 형법아닌 다른 법률의 변화는 법질서의 통일성이라는 관점에서 형법해석에도 영향을 미치게 된다. 예컨대 ‘가등기담보등에 관한 법률’은 매도담보의 경우에도 정산이 있을 때까지는 목적부동산의 소유권을 채무자에게 보장해 주었다. 이것은 변제기 이전에 그 담보물을 처분한 채권자의 행위에 대해서 일반적으로 배임죄를 인정하는 판례와는 달리 횡령죄를 인정하는 것이 더 옳바르다는 것을 본문에서 지적하였다. 또한 ‘부동산실권리자명의등기에 관한 법률’의 제정·시행은 동법이 금지하는 명의신탁의 계약과 이에 따른 등기를 무효화하는 변화를 가져왔다. 종래 유효한 것으로 취급되었던 명의신탁이 동법에 의하여 무효로 되는 경우에 형법적으로 어떠한 영향이 있을 것인가는 중요한 연구과제가 된다. 이에 대하여 수탁자의 처분행위가 횡령죄에 해당하는 점에서는 종래와 다르지 않을 것이라는 것이 연구의 결론이었다. 그리고 변칙담보물의 처분과 관련된 일반형법상의 문제에도 ‘부동산실권리자명의등기에 관한 법률’의 제정으로 인하여 큰 영향을 받지는 않을 것이다. 그러나 부동산실명화를 위해 동법자체가 금지하는 행위는 앞으로 동법의 벌칙조항에 의해 형사처벌의 대상이 된다. 끝으로 타인부동산을 무단으로 점거하는 행위에 대해 종래 다툼이 있었던 부동산절도죄의 인정여부는 ‘부동산강제집행효용침해죄’의 신설로 인하여 앞으로 부정되는 방향으로 귀결될 것이다.

72) 同旨 이재상, 각론, 866면.

73) 김일수, 한국형법 IV, 169면.

74) 同旨인 것으로 사료되는 김일수, 한국형법 IV, 168면.

參 考 文 獻

I. 國 內

姜求眞, 형법강의 각론 I, 박영사, 1983년.

郭潤直, 物權法, 박영사, 1992년.

琴秉大, 不動産犯罪에 관한 研究, 건국대 행정대학원 석사학위논문, 1975년.

金京一, 양도담보권자의 채권추심을 위한 담보설정행위와 배임죄의 성부, 법원행정처, 대법원판례해설 (재판연구관 세미나자료), 제 1 호, 399면.

金光泰, 國土利用管理法上の 許可없이 締結한 土地去來契約, 형사판례연구 제 1 집(1993년), 박영사.

金相容, 不動産實名法の 私法上の 問題點과 對處方案, 한국법제연구원, 법제연구 제 9 호(1995년 12 월), 152면.

김성곤, 부동산의 장물성, 검찰 55호(1974년 11월), 136면.

金允行, 주식 형법각칙(하), 사법행정, 1980년.

金日秀, 韓國刑法 IV [各論 中], 박영사, 1994년.

金種源, 형법각론(상), 법문사, 1971년.

裴種大, 형법각론, 홍문사, 1994년.

법무부, 刑法改正法律案 提案理由書, 1992년.

徐廷友, 변칙담보와 형사책임, 법원행정처, 재판자료 제13집, 1982년, 379면.

孫泰奉, 不動産犯罪의 原因과 그 態樣, 검찰 1호(1968년 5월), 180면.

孫智烈, 법인대표이사의 이중분양행위와 배임죄, 법원행정처, 대법원판례해설(재판연구관 세미나자료), 제 3 호, 267면.

수시간부연수소(경찰대학부설), 警察調査分析, 1991년.

沈日東, 명의수탁부동산의 처분행위가 횡령죄를 구성하는 경우 그 양수인 및 소개자의 형사책임, 법원행정처, 대법원판례해설. (재판연구관 세미나자료), 제 2 호, 211면.

劉基天, 형법학(각론강의 상, 하), 일조각, 1982년.

李恭炫, 소송사기와 법원의 재판, 법원행정처, 대법원판례해설. (재판연구관 세미나자료), 제 9 호, 461면.

李揆弘, 배임죄에 있어서의 '타인의 사무'의 의미, 법원행정처, 대법원판례해설(재판연구관 세미나자료), 제 2 호, 223면.

李永伍, 실체관계에 부합하는 경우의 부동산소유권이전등기등에 관한 특별조치법 제13조, 제 1 항의 '허위'의 확인서·보증서, 법원행정처, 대법원판례해설(재판연구관 세미나자료), 제10호, 419면.

이영준, 명의신탁의 유효성에 관하여, 법원행정처, 사법논집 제19집(1988년), 7면.

이원형, 부동산 거래에 따르는 범죄양상, 검찰 48호(1972년 12월), 170면.

李在詳, 刑法各論, 全訂版, 박영사, 1992년.

林大奎, 배임죄에 있어서의 임무위배행위, 법원행정처, 형사법에 관한 제문제 [하], 재판자료 제50집, 1990년, 333면.

鄭淇雄, 名義信託에 관한 法理研究, 부동산법학의 제문제. (김기수교수화갑기념논문집), 1992년, 263면.

鄭盛根, 형법각론, 법지사, 1990년.

鄭榮錫, 형법각론, 법문사, 1983년.

- 丁玉泰, 不動產事犯의 對策에 관한 一考察, 법학논문집(중앙대), 제15집(1990년), 89면.
- 趙仁鎬, 양도담보권자가 목적부동산을 불법처분한 경우의 형사책임, 법원공보사, 주제별 판례연구 8 (형법, 형사소송법), 1993년, 267면.
- _____, 不動產犯罪의 刑法的 考察, 서울대 석사학위논문, 1988년.
- 진계호, 신고 형법각론, 대왕사, 1985년.
- 황상구, 상환미완료농지매매와 배임, 검찰 20호(1969년 12월), 172면.
- 황산덕, 형법각론, 방문사, 1983년.
- 黃海振, 배임죄의 구성요건 중 타인의 사무처리의 개념, 법원공보사, 주제별 판례연구 8(형법, 형사소송법), 1993년, 279면.

II. 國 外

- Blei, Strafrecht II, 12. Aufl.
- Dreher/Tröndle, Kommentar, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 40. Aufl.
- Geppert, Die Abgrenzung von Betrug und Diebstahl, JuS 77, 69.
- Jescheck/Ruß/Willms, Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Fünfter Band(1989) und Sechster Band(1988), 10. Aufl.
- Maurach/Schroeder, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 6. Aufl. u. Bd. 2, 6. Aufl.(1981).
- Neumann/Jung, Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, 1. Aufl. 1995.
- Otto, Zur Abgrenzung vom Diebstahl, Betrug und Erpressung bei der deliktischen Verschaffung fremder Sachen, ZStW 79(1967), 59.
- Rengier, "Dreieckserpressung" gleich "Dreiecksbetrug"?, JZ 85, 565.
- Rudolphi/Horn/Samson, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band II, 4. Aufl.
- Schmidhäuser, Strafrecht, Besonderer Teil, 2. Aufl.(1983).
- Schönke/Schröder/Bearbeiter, Strafgesetzbuch Kommentar, 23. Aufl.
- Schröder, Über die Abgrenzung des Diebstahls von Betrug und Erpressung, ZStW 60, 33.
- Schünemann, Methodenprobleme bei der Abgrenzung von Betrug und Diebstahl in mittelbarer Täterschaft, GA 1969, 46.
- Wassermann(Gesamtherausgeber), Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1 1990.
- Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl.(1969).
- Wessels, Strafrecht Besonderer Teil/2 (Straftaten gegen Vermögenswerte), 17. Aufl.
- 佐藤道夫(編), 財産の刑法犯, 刑事裁判實務大系 8, 青林書院, 1991年.

Zusammenfassung

Vermögensdelikt an den Grundstückseigentümer

Dong-Kwun Son

(Juristische Fakultät der Kon-Kuk Universität)

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 an dem unwahren Inhalt des Grundbuches gutgläubige Erwerber 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 differenzierend der Tatsubjekte mit der Problematik auseinanderzusetzen, nach der Reihe von der Tat des Unbefugten und des sachenrechtlich begrenzten Befugten. In den strafrechtlichen Tatbeständen betrifft diese Arbeit Diebstahl, Unterschlagung, Untreu, Betrug u.s.w. Im koreanischen Strafgesetz, anders als im deutschen Strafgesetzbuch, ist Tatobjekt des Diebstahls und der Unterschlagung nicht auf bewegliche Sache begrenzt worden, Daher ist die Möglichkeit der Diebstahl und Unterschlagung gegen ein fremdes Grundstück in Korea problematisch. Über das Hauptstrafgesetz hinaus kommen in dieser Arbeit neu geregelte Nebengesetze in Betracht.