

명의신탁부동산의 처분행위와 횡령죄

- 3자간명의신탁에 관한 대법원 2010. 6. 24. 선고,
2009도9242 판결을 중심으로 -

이 상 철*

목 차

- | | |
|-------------------------------------|---------------------------|
| I. 대법원 2010. 6. 24. 선고 2009도9242 판결 | 3. 3자간명의신탁(소위 중간생략형 명의신탁) |
| 1. 사안의 개요 | 4. 계약명의신탁 |
| 2. 하급심 판결의 요지 | III. 대상판결의 쟁점에 대한 검토 |
| 3. 대법원 판결의 요지 | 1. 불법원인급여물 여부 |
| II. 명의신탁부동산의 처분행위와 횡령죄 등 형사책임의 성부 | 2. 통일적인 법체계하에서의 보관위탁의 해석 |
| 1. 서언 | 3. 이 사건 판례의 의의와 당부 |
| 2. 2자간명의신탁 | IV. 결론 |

I. 대법원 2010. 6. 24. 선고, 2009도9242 판결

1. 사안의 개요

피고인은 피해자 공소의 1 주식회사가 1987년 4월경 공소의 2로부터 매수한 충북 음성군 생극면 병암리(지번 1 생략) 전 91㎡, 같은 리(지번 2 생략) 전 113㎡, 같은 리(지번 3 생략) 전 69㎡ 및 공소의 3으로부터 매수한 같은 리(지번 4 생략) 전 69㎡에 대하여 그 무렵 명의신탁을 받아 충북 음성읍 소재 음성등기소에서 피고인 명의로 각 소유권이전등기를 경료하여 있다가 2005년 6월 23일경 위 음성읍 감곡면 소재 면사무

* 법무법인 여명, 구성원 변호사

소에서 공소의 4에게 위 전 69m'를 매도한 후 2005년 6월 28일 위 등기소에서 위 공소의 4 명의로 소유권이전등기를 경료하여 주고, 2006년 12월 22일경 위 면사무소에서 위 공소의 5에게 나머지 전 3필지를 매도한 후 2007년 1월 15일 위 등기소에서 위 공소의 5 명의로 소유권이전등기를 경료하여 주었다가 검사에 의하여 횡령죄로 기소되었다.

2. 하급심 판결의 요지

제1심 청주지방법원 충주지원(2008고단514)은 2009월 4월 28일 “구 농지개혁법(1994년 12월 22일 법률 제4817호 농지법 부칙 제2조에 의하여 1996년 1월 1일자로 폐지된 것)상 농지를 매수할 수 있는 자는 농가이거나 농가가 되려는 자에 한하고, 현행 농지법에 의하더라도 자기의 농업 경영에 이용하거나 이용할 자가 아니면 농지를 소유하지 못하므로, 산업용 플라스틱 일반성형제품제조업을 하는 법인으로서 통행로로 쓰기 위하여 이 사건 각 농지를 매수한 피해자 회사는 이 사건 각 농지의 소유권을 취득할 수 없어 피해자 회사가 구 농지개혁법 시행 당시 체결한 공소의 2, 3으로부터 이 사건 각 농지를 매수하기로 하는 내용의 매매계약은 무효이고 피고인과 피해자 회사 사이에 보호가치 있는 위탁관계가 성립하였다고 보기 어려우므로, 피고인이 피해자 회사를 위하여 농지를 보관하는 자의 지위에 있다고 할 수 없다”는 이유로 무죄 판결을 선고하였다.

제2심 청주지방법원(2009노491)은 2009년 8월 20일 “농지에 관하여 수탁자에게 보관자의 지위를 인정하기 위하여는 신탁자가 이후 명의신탁을 해지하고 그 농지의 소유권을 취득할 수 있는 요건을 갖추어 반환을 구할 수 있어야만 가능하다고 할 것인데 피고인에게 이 사건 토지를 신탁한 피해자는 농지법상 농지를 취득할 수 없는 일반 법인임이 명백하므로, 처음부터 피고인이 피해자를 위하여 농지를 보관하는 지위에

있게 되지 않는다고 할 것이다. 그리고 사실상의 현상에 따라 농지인지 여부를 가려야 한다는 것은 농지전용허가 등 농지전용과 관련하여 농지법상의 제한을 받는지 여부를 결정하는 데 적용되는 기준일 뿐, 그러한 것과 무관하게 등기부상 그 지목이 명백히 ‘전’인 이 사건 토지에 관한 명의신탁계약의 효력 등 소유권이전과 관련된 문제에 있어서는 그 적용이 있다고 할 수 없으므로 이 사건과 같이 명의신탁계약에 따른 보관자의 지위 등 횡령죄의 대상으로서 농지인지는 공부상의 지목에 따라 결정되어야 하는 것이므로, 검사의 항소논지는 이유 없다”라고 판시하면서 검사의 항소를 기각하는 판결을 선고하였다.

3. 대법원 판결의 요지

부동산을 소유자로부터 매수한 자가 그 명의로 소유권이전등기를 하지 아니하고 제3자와 맺은 명의신탁약정에 따라 매도인으로부터 바로 그 제3자에게 중간생략의 소유권이전등기를 마친 이른바 ‘3자간명의신탁’ 또는 ‘중간생략등기형 명의신탁’의 경우, 그 제3자가 자기 명의로 신탁된 부동산을 임의로 처분하였다면 신탁자에 대하여 횡령죄가 성립한다.

횡령죄의 주체는 타인의 재물을 보관하는 자이어야 하고, 여기서 보관은 위탁관계에 의하여 재물을 점유하는 것을 의미하므로, 횡령죄가 성립하기 위하여는 그 재물의 보관자와 재물의 소유자(또는 그 밖의 본권자) 사이에 법률상 또는 사실상의 위탁신임관계가 존재하여야 하고, 나아가 부동산의 경우 보관자의 지위는 점유를 기준으로 할 것이 아니라 그 부동산을 제3자에게 유효하게 처분할 수 있는 권능의 유무를 기준으로 결정하여야 하므로, 원인무효인 소유권이전등기의 명의자는 횡령죄의 주체인 타인의 재물을 보관하는 자에 해당한다고 할 수 없다. 제조업을 하는 일반 법인은 농지에 관한 매매계약을 체결하였더라도 당시 시행되던 구 농지개혁법(1994년 12월 22일 법률 제4817호 농지법

부칙 제2조로 폐지)상의 농지매매증명을 발급받을 수가 없어 소유권을 취득할 수 없으므로, 매도인들이 매수인인 물품제조 회사에 대하여 부담하는 소유권이전등기의무는 원시적으로 이행불능이다. 따라서 이 농지 매매계약은 채권계약으로서도 무효로 보아야 하며, 위 법이 폐지되고 농지법이 시행되었다고 하여 위 매매계약이 유효하게 될 수는 없는 것이므로 피해자는 명의신탁을 해지하고 매도인을 대위하는 등으로 피고인에 대하여 이 사건 토지의 반환을 구할 수 없다. 따라서 피고인은 애초부터 이른바 ‘3자간명의신탁’에 기한 명의수탁자가 아니라 원인무효인 소유권이전등기의 명의자에 불과하여 위 토지를 제3자에게 유효하게 처분할 수 있는 권능을 가지지 아니한다. 나아가 피고인이 공소외 2, 3과는 무관하게 피해자로부터 이 사건 토지를 명의신탁받아 피고인 명의로 등기를 마친 것에 의하여 이 사건 토지의 진정한 소유자인 공소외 2, 3과 피고인 사이에 법률상 또는 사실상의 위탁신탁관계가 성립하였다고 볼 수도 없다. 결국 피고인은 이 사건 토지를 보관하는 자의 지위에 있다고 할 수 없고, 피고인이 이 사건 토지를 제3자에게 매도하고 소유권이전등기를 마쳐 준 것이 공소외 2, 3이나 피해자에 대하여 이 사건 토지를 횡령한 것으로 될 수 없는 것이다.

Ⅱ. 명의신탁부동산의 처분행위와 횡령죄 등 형사책임의 성부

1. 서언

일반적으로 명의신탁이라 함은 신탁자와 수탁자 사이의 약정으로 공부상 등에 권리의 외관을 수탁자로 두지만 대내적으로는 신탁자가 권리를 보유하면서 실질적으로 권리행사를 하는 것을 말한다.¹⁾ 따라서

이러한 명의신탁은 주로 부동산에 대하여 이루어지지만 외국의 학설과 판례에서는 좀처럼 찾아볼 수 없는 우리나라의 독특한 제도로써 주로 판례에 의하여 그 유효성이 인정되어 왔고 따라서 명의수탁자가 신탁자의 보관위탁이라는 위임의 뜻에 반하여 당해 부동산을 처분하는 경우 횡령죄의 성립이 긍정된다고 하는 것이 통설 판례의 입장이었다. 그런데 투기 탈세 탈법행위등 반사회적 행위를 방지할 목적으로 부동산실권리자명의 등기에 관한 법률(이하 부동산실명법이라고 한다)이 제정되어 1995년 7월 1일 이후 시행됨에 따라 이제는 타인의 명의로 등기하는 행위는 금지되고 실권리자만의 명의로 등기할 것이 의무화되었으며(동법 제3조 제1항)²⁾ 이에 위반한 약정 및 그에 기한 물권변동이 무효화되었음에도(동법 제4조 제1, 2항) 불구하고 여전히 일정한 사회적 수요에 의하여 명의신탁이 근절되지 않고 있는 것이 현실이다. 그렇다면 위 법률에 위반하여 명의신탁약정을 체결한 명의수탁자가 부동산을 임의 처분할 경우가 생기는데 종전과 같이 여전히 횡령죄로 형사처벌할 수 있는지 여부가 문제로 대두되었다. 즉, 명의신탁이 민사적으로는 무효이지만 여전히 명의신탁 당사자 사이에는 그 무효임에도 불구하고 형법이 보호하고자 하는 보관위탁관계가 남아 있어 횡령죄의 구성요건에 해당한다고 할 수 있는지 여부가 쟁점인 것이다. 이하에서는 각 명의신

-
- 1) 부동산실명법에서 명의신탁약정이라고 함은 부동산에 관한 소유권 기타 물권을 보유한 자 또는 사실상 취득하려고 하는 자가 타인과의 사이에서 대내적으로는 실권리자가 부동산에 관한 물권을 보유하거나 보유하기로 하고 그에 관한 등기는 타인 명의로 하기로 하는 약정을 말한다고 규정하고 있다(동법 제2조 제1호).
 - 2) 부동산실명제하에서도 모든 법률행위가 무효로 되는 것은 아니고 예외적으로 허용되는 명의신탁에는 채무의 변제를 담보하기 위하여 채권자가 부동산에 관한 물권을 이전 받거나 가등기하는 경우, 부동산의 위치와 면적을 특정하여 2인 이상이 구분소유하기로 하는 약정을 하고 그 구분소유자의 공유로 등기하는 경우, 신탁법 또는 신탁업법에 의한 신탁재산인 사실을 등기하는 경우, 종중이 보유한 부동산에 관한 물권을 종중 이외의 자의 명의로 등기한 경우, 조세포탈 등의 목적으로 하지 않는 부부간 일방 배우자의 명의로 등기한 경우 등이 있다(부동산실명법 제2조 제1항 단서, 제8조).

탁의 여러 다양한 형태를 살펴보고 각각 횡령죄를 중심으로 형사처벌 가능성 여부를 고찰하고자 한다.

2. 2자간명의신탁

2자간명의신탁은 양 당사자가 명의신탁약정을 맺고 가장매매나 증여 등의 형식으로 부동산의 소유권 기타 물권에 관한 명의를 명의수탁자 명의로 취득하는 명의신탁을 말한다. 이 경우 명의수탁자가 명의신탁된 부동산을 임의로 처분한 경우 수탁자에게 횡령죄의 성립이 문제되고 또한 수탁자가 제3자에게 매도하면서 마치 자신의 부동산인 양 속인 경우 사기죄의 성립이 문제될 수 있다.

먼저 2자간명의신탁에 있어 횡령죄의 성립에 대한 학설을 보면 긍정설³⁾과 부정설⁴⁾이 대립하고 있으나 긍정설이 다수설이다. 긍정설의 논거로는 대체로, 명의신탁에 관한 물권변동이 무효로 되어 수탁자가 대내외적으로 유효하게 소유권을 취득할 수 없지만 소유권이전등기는 수탁자 명의로 되어 있기 때문에 수탁자는 타인의 부동산을 보관하는 자의 지위에 있어 수탁자가 이를 임의 처분하면 횡령죄가 성립한다, 명의신탁을 무효로 하는 것은 사회 정책적 고려에 의한 것이고 따라서 명의신탁의 불법은 행정법적 불법성을 지니는 데 불과하기 때문에 불법원인급이라고 단정할 수 없다, 부동산실명법의 여러 규정에 비추어 보면 실소유자의 소유권을 박탈하고 수탁자에 대한 반환청구를 막고 있는 것은

3) 배종대, 형법각론(홍문사, 2006), 519쪽; 손동권, 형법각론(율곡출판사, 2010), 427쪽; 안동준, 형법각론(전남대출판부, 2011), 223쪽; 이재상, 형법각론(박영사, 2012), 399쪽; 안동준, 형법각론(전남대출판부, 2011), 223쪽; 이형국, 형법각론(법문사, 2007), 417쪽; 임 응, 형법각론(법문사, 2003), 411쪽; 정성근/박광민, 형법각론(삼지원, 2006), 440쪽; 정영일, 형법각론(박영사, 2006), 305쪽; 조준현, 형법각론(법원사, 2012), 481쪽; 진계호/이준걸, 형법각론(대왕사, 2008), 434쪽.

4) 오영근, 형법각론(박영사, 2005), 470쪽; 박상기, 형법각론(박영사, 2011), 378쪽.

아니다. 횡령죄의 위탁관계는 법률상뿐만 아니라 사실상의 관계에 있으면 충분하고 위탁관계가 법률상 무효 혹은 취소 처리되더라도 그 인도한 재물의 점유에 대한 사실상의 위탁관계는 성립할 수 있다는 것 등이다. 이에 대하여 부정설은 부동산실명법이 발효된 이상 명의신탁약정과 그에 기한 물건변동이 무효이므로 명의수탁자는 더 이상 부동산의 보관자의 지위에 있다고 할 수 없는 점, 명의신탁 및 그에 기한 물건변동은 무효로서 제3자에 대항하지 못하므로 등기는 무효지만 선의의 제3자에 대한 관계에서는 유효하므로 수탁자가 유효하게 이를 처분할 수 있다는 점, 부동산실명법 제1조가 명의신탁에 기한 탈세 등을 반사회적 행위로 규정하고 있기 때문에 두 사람 간의 명의신탁은 신탁자가 반환청구권을 행사할 수 없다는 불법원인급여로 인한 보관물에 대한 것이므로 횡령죄는 성립할 수 없고 오로지 동법 제7조에 의하여 처벌된다는 점 등을 들고 있다. 이에 대하여 소위 불능미수설을 주장하는 소수의 견해⁵⁾도 있는바, 기존의 명의신탁관계는 무효가 되므로 불법원인급여물을 영득한 경우가 아니라 불법원인위탁물을 영득한 경우와 동일하게 보는 것이 좋다는 견해이다. 따라서 신탁자와 수탁자 사이의 위탁관계가 형법상 보호할 가치가 있는 신뢰관계에 기초한 것이 아니기 때문에 횡령죄의 기수범은 될 수 없으나 횡령죄의 행위반가치는 존재하므로 횡령죄의 미수가 문제되나 이 경우 결과반가치는 법익 평온상태를 교란시킬 정도의 아주 낮은 결과반가치에 해당한다고 볼 수 있어 횡령죄의 불능미수로 다루는 것이 타당하다는 주장이다.

판례는 ‘부동산을 소유자로부터 명의신탁 받은 자가 이를 임의로 처분하였다면 명의신탁자에 대한 횡령죄가 성립하며 그 명의신탁이 부동산실명법 시행 전에 이루어졌고 같은 법이 정한 유예기간 내에 실명등기를 하지 아니함으로써 그 명의신탁약정 및 이에 따라 행하여진 등기에 의한 물건변동이 무효로 된 후에 처분행위가 이루어졌다고 하여

5) 김일수, 형법각론(박영사, 2001), 309쪽.

달리 볼 것이 아니다'라고 하여 부동산실명법 이후에 이루어진 명의신탁에 대하여도 횡령죄의 성립을 긍정하고 있다.⁶⁾

다만 사기죄 성부와 관련하여서는, 부동산의 명의수탁자가 부동산을 제3자에게 매도하고 매매를 원인으로 한 소유권 이전등기까지 마쳐 준 경우, 명의신탁의 법리상 대외적으로 수탁자에게 그 부동산의 처분 권한이 있는 것임이 분명하고, 제3자로서도 자기 명의의 소유권이전등기가 마쳐진 이상 무슨 실질적인 재산상의 손해가 있을 리 없으므로 그 명의신탁 사실과 관련하여 신의칙상 고지의무가 있다거나 기망행위가 있었다고 볼 수도 없어서 그 제3자에 대한 사기죄가 성립될 여지가 없다 할 것이고 나아가 그 처분 시 매도인(명의수탁자)의 소유라는 말을 하였다고 하더라도 달리 볼 바가 아니다.⁷⁾

3. 3자간명의신탁(소위 중간생략형 명의신탁)

3자간의 명의신탁이란, 명의신탁자가 명의수탁자와 명의신탁약정을 맺고 명의신탁자가 매매계약의 당사자가 되어 매도인과 직접 계약을 체결하면서도 등기는 매도인으로부터 명의수탁자 앞으로 직접 이전하는 경우이다. 예컨대 丙이 소유하는 부동산을 매수한 甲이 乙과의 명의신탁약정에 의하여 丙에서 乙에게 직접 소유권이전등기를 마치는 경우를 말한다. 3자간명의신탁은 매도인 丙의 협력에 의하여 이루어지고(따라서 매도인의 선의라는 경우란 거의 상정하기 어렵다), 중간생략등기와 명의신탁이 결합된 점에서 '중간생략형 명의신탁'이라고도 한다. 이전등기의 원인이 되는 채권관계는 매도인과 신탁자의 매매계약과 신탁자와 수탁자 사이의 명의신탁약정인 바, 3자간명의신탁은 부동산실명법에 의해 그 약정은 물론 무효이고, 수탁자의 명의로 소유권이전등기

6) 대법원 2000. 2. 22. 선고, 99도5227 판결.

7) 대법원 2007. 1. 11. 선고, 2006도4498 판결.

를 하는 것도 무효이므로 소유권은 여전히 매도인 丙에게 남아 있게 된다.

이 경우 명의수탁자가 부동산을 제3자에게 매도한 경우에 대하여도 횡령죄 성립 긍정설과 부정설이 대립되고 있다. 전자는 다시 피해자를 누구로 보느냐에 따라 첫째 매도인에 대한 횡령죄가 성립한다는 설과 명의신탁자에 대한 횡령죄가 성립한다는 설로 다시 나뉜다. 매도인에 대한 횡령죄가 성립한다는 견해는 3자간명의신탁의 경우에는 여전히 소유권이 매도인에게 있고 소유권이 횡령죄의 보호법익이기 때문에 명의수탁자가 부동산을 제3자에게 매도하고 소유권이전등기를 경료하여 주었다 하더라도 원래 부동산 소유자인 매도자에 대한 횡령죄가 성립한다고 본다.⁸⁾ 그 논거는 위탁관계는 소유자와 관계없이도 성립할 수 있고, 법률상 무효가 되어도 사실상의 위탁관계는 존재하므로 소유권명의등기를 취득한 수탁자에 대한 신뢰관계를 부정할 이유가 없기 때문에 원권리자인 매도인에 대한 횡령죄가 성립한다는 것이다. 다만 이러한 견해를 취하는 학자 중에는 명의신탁자가 원소유권자에게 소유권이전등기를 청구한 후에 명의수탁자가 부동산을 임의처분하면 명의신탁자에 대한 관계에서 횡령죄가 성립한다는 견해도 있다.⁹⁾ 이에 대하여 명의신탁자에 대한 횡령죄가 성립한다는 견해는 매도인과 수탁자 사이에 등기말소청구 그리고 매도인을 상대로 해서는 신탁자가 매매계약에 따른 소유권이전등기청구를 하여 해당 부동산을 반환받을 수 있기 때문에 신탁자에 대한 횡령죄가 성립한다고 본다.¹⁰⁾ 이에 비하여 3자간 등기명의신탁의 경우에는 3자간의 법률관계를 종합적으로 파악하여야

8) 박상기, 앞의 책, 379쪽; 이재상, 앞의 책, 400쪽; 이형국, 앞의 책, 417쪽; 정성근/박광민, 앞의 책, 441쪽; 진계호/이준걸, 앞의 책, 464쪽.

9) 정영일, 앞의 책, 306쪽; 백재명, “부동산의 명의신탁과 횡령죄”, 형사판례연구 7(형사판례연구회, 1999), 374쪽.

10) 배종대, 앞의 책, 520쪽; 최상욱, “명의신탁부동산의 처분과 형사책임”, 형사법연구 제13권(한국형사법학회, 2000), 184쪽.

지 양자 간에서의 법률관계만으로 파악될 수는 없다는 논거로 횡령죄의 피해자는 부동산의 원소유자로서 소유권을 회복하여 신탁자에게 이전 시켜야 하는데 수탁자로부터 매수한 제3자에 대해 소유권 주장을 할 수 없는 매도인과 매도인의 소유권 주장이 불가능함으로써 역시 소유권을 주장할 수 없는 신탁자 양자 모두가 되므로 명의신탁자는 물론 매도인에 대한 횡령죄가 성립한다는 견해도 있다.¹¹⁾ 한편 소수설로서 횡령죄 성립을 부정하는 설이 있는바, 3자간명의신탁에서 비록 부동산실명법의 해석상 매도인이 소유권을 보유하고 하더라도 이 경우에는 매도인과 수탁자 사이에 매매목적물인 부동산에 대해 어떠한 위탁관계도 인정할 수 없을 뿐만 아니라 신탁자가 부동산 소유권자인 매도인을 대리하여 매도인의 부동산 소유권을 수탁자에게 보관시키는 위탁행위를 한 것도 아니기 때문에 신탁자는 물론 매도인에 대한 횡령죄도 성립하지 않는다고 한다.¹²⁾

횡령죄 성립 여부를 다루는 위 학설과는 달리 점유이탈물횡령죄와 배임죄가 성립한다는 견해도 있는바, 일단 3자간명의신탁에서 형식적 소유권자는 원매도인이지만, 명의수탁자와의 사이에서 횡령죄의 재물 보관의 기초가 되는 위탁관계 내지 신뢰관계를 인정하기 어렵다고 본다. 따라서 원매도인과의 관계에서 횡령을 문제 삼으려면 차라리 점유이탈물횡령죄 성립여부를 문제 삼아야 한다고 본다.¹³⁾ 또한 우리나라가 부동산물권변동에 있어 형식주의를 따르고 있기 때문에 신탁자는 소유권자가 아니고, 따라서 신탁자에 대한 횡령죄도 성립하지 않는다고 한다. 3자간명의신탁에서는 명의신탁자와 원매도인 사이에 체결된 매매계약은 여전히 유효하므로 신탁자는 수탁자 명의의 등기말소를 구하는 동시

11) 손동권, 앞의 책, 429쪽.

12) 천진호, “명의신탁부동산 처분행위와 형사책임”, 비교형사법연구 제4권 제1호(한국 비교형사법학회, 2002), 488쪽.

13) 김일수, 앞의 책, 366쪽.

에 원매도인을 상대로 매매계약에 기한 소유권이전등기를 구할 수 있기 때문에 수탁자가 부동산을 처분한 행위는 신탁자에 대한 신뢰관계를 배신함으로써 인해 재산상 손해를 끼친 배임행위가 된다고 한다.¹⁴⁾

판례는 명의신탁자에 대한 횡령죄가 성립한다는 견해를 취하면서, “부동산을 그 소유자로부터 매수한 자가 그의 명의로 소유권이전등기를 하지 아니하고 제3자와 맺은 명의신탁약정에 따라 매도인으로부터 바로 그 제3자에게 중간생략의 소유권이전등기를 경료한 경우, 그 제3자가 그와 같은 명의신탁 약정에 따라 그 명의로 신탁된 부동산을 임의로 처분하였다면 신탁자에 대한 횡령죄가 성립하고, 그 명의신탁이 부동산실명법 시행 전에 이루어졌고 같은 법이 정한 유예기간 이내에 실명등기를 하지 아니함으로써 그 명의신탁약정 및 이에 따라 행하여진 등기에 의한 물권변동이 무효로 된 후에 처분이 이루어졌다고 하여 달리 볼 것은 아니다”¹⁵⁾라고 판시하고 있다.

4. 계약명의신탁

계약명의신탁이란 실제 매수자인 명의신탁자가 명의수탁자와 명의신탁약정을 맺고 명의수탁자 자신이 매매계약의 당사자가 되어 매도인과 매매계약을 체결한 후 명의수탁자 자신의 명의로 소유권이전등기를

14) 실무가로서는 드물게 배임죄설에 찬성하는 견해로는 서요한 판사, “명의신탁된 부동산 영득행위의 죄책”, 재판실무 제2집(창원지방법원, 2005), 406쪽. “신탁자는 소유권을 취득한 적이 없으나 매도인을 대위하여 소유권을 확보할 수 있는 기대를 상실하는 피해를 입게 되었다고 할 것이지만 그 피해는 소유권이 아닌 재산상의 이익이라고 보아야 하므로 매도인이나 신탁자에 대하여 횡령죄의 성립은 부정되지만 신탁자와의 사실상의 신임관계에 있는 수탁자가 그 임무에 반하여 신탁부동산을 처분함으로써 신탁자로 하여금 신탁부동산에 대한 소유권을 확보할 수 있는 기대를 상실케 함은 배임죄가 성립한다”고 주장한다.

15) 대법원 2001. 11. 27. 선고, 2000도3463 판결; 동지 대법원 2010. 9. 30. 선고, 2010도8556 판결.

하는 경우를 말한다. 계약명의신탁의 경우에는 매도인이 명의신탁사실을 알고 있었느냐의 여부에 따라 부동산실명법상 효과가 다르게 나타난다. 즉 매도인이 명의신탁사실을 알고 있는 경우에는 신탁자와 수탁자의 명의신탁약정뿐만 아니라 약정에 따라 행하여진 수탁자의 소유권이 전등기도 무효(부동산실명법 제4조)가 되므로 해당 부동산의 소유권은 매도인에게 그대로 있게 된다. 그러나 매도인이 명의신탁약정이 있다는 사실을 알지 못한 경우에는 그 소유권 등기는 유효하게 된다(부동산실명법 제4조 제2항 단서). 이렇듯 계약명의신탁은 매도인이 명의신탁사실을 알고 있었던 경우(악의)와 모르는 경우(선의)에 부동산실명법상 그 효과가 다르기 때문에, 수탁자가 부동산을 임의 처분한 경우 죄책 문제도 매도인의 악의와 선의로 구분하여 살펴보아야 한다.

먼저 매도인이 명의신탁약정 있음을 지득한 악의인 경우에 횡령죄설과 배임죄설로 나누어져 있는 바, 첫째 횡령죄설에 의하면 매도인이 명의신탁약정 사실을 알고 있는 경우에는 부동산소유권이 명의수탁자에게 이전되지 않고 원권리자인 매도인에게 그대로 남아 있기 때문에 명의부동산을 수탁자가 임의처분하면 자신이 보관하고 있는 타인의 재물을 임의처분 한 것으로서 매도인에 대해서만 횡령죄를 구성한다고 본다는 설¹⁶⁾과 신탁자와 수탁자 사이에는 민법상 위임에 관한 법리가 적용되어 신탁자에 대한 관계에서는 수탁자는 소유권을 주장할 수 없고 당사자 사이의 약정에 따라 소유권이 신탁자에게 유보되어 있다는 점에서 신탁자에 대한 횡령죄가 성립한다는 설¹⁷⁾로 나뉜다. 그리고 원권리자인 매도인은 부동산실명법 제7조에 의하여 처벌받지만 후에 수탁자의 임의처분행위에 가담하지 않는 이상 횡령죄의 공범은 되지 않는다. 다만 명의신탁약정사실을 알고 수탁자의 부동산매도행위에 응한 매수자는 부동산실명법에 의하여 처벌할 수 없지만 수탁자의 횡령행위에

16) 박상기, 앞의 책, 380쪽; 임 응, 앞의 책, 412쪽; 진계호/이준걸, 앞의 책, 465쪽.

17) 백재명, 앞의 논문, 382쪽.

대한 공범이 성립한다. 둘째, 배임죄설에 의하면 신탁자와 수탁자 사이의 명의신탁약정은 무효라도 부당이득반환을 통해 부동산을 반환하여야 하는 사실상의 신임관계는 여전히 존재하므로 합부로 이를 처분하여 자신의 이익을 도모하고 수탁자에게 손해를 가한 행위는 신탁자에 대한 배임죄는 성립한다고 본다.¹⁸⁾ 이에 따라 매도인은 이미 매매대금의 수령과 소유권 이전등기가 완료된 상태에서 피해자가 될 수 없다고 한다. 배임죄의 신임관계는 신의칙에 근거해서도 인정될 수 있을 뿐만 아니라, 사무처리의 근거가 되는 법률행위가 무효인 때에도 사실상의 신임관계가 존재하는 것으로 평가할 수 있으며 배임죄의 사무처리에 해당하는 것으로 볼 수 있다는 것이다.

다음 매도인이 선의인 경우, 계약명의신탁관계를 일종의 위임 내지 위탁매매의 약정과 그 등기명의를 수탁자 명의로 하되 내부적으로는 신탁자의 소유로 하는 명의신탁약정으로 구성된다고 보고 신탁자에게 진정한 위임 내지 위탁매수가 있는 경우 또는 소유권취득의 의사가 중요한 요소를 차지하고 있는 경우로서 수탁자에게 현저한 불법이 있는 경우의 계약명의신탁에서 무효로 되는 것은 민법 제137조 단서의 규정이 적용되어 명의신탁약정 부분이며 나머지 매수의 위임 내지 위탁에 관한 당사자 사이의 약정은 부동산실명법 규정에도 불구하고 유효하고 신탁자는 내부적인 관계에서 수탁자에게 신탁부동산의 소유권을 주장할 수 있으므로 수탁자의 처분행위는 명의신탁자에 대한 횡령죄가 성립한다.¹⁹⁾ 혹은 매도인이 명의신탁약정이 있다는 사실을 알지 못하는 경우에 소유권이 명의수탁자에게 유효하게 넘어가므로 명의수탁자는 횡령죄의 행위 주체가 될 수 없고, 명의신탁자에 대해서만 횡령죄가 성립

18) 배종대, 앞의 책, 521쪽; 서요한, 앞의 논문, 410쪽; 손동권, 앞의 책, 431쪽; 안동준, 앞의 책, 225쪽; 이보영, “부동산 명의신탁과 형사책임”, 법학연구 33집(한국법학회, 2009. 2), 327쪽; 이재상, 앞의 책, 401쪽; 이형국, 앞의 책, 417쪽; 정성근/박광민, 앞의 책, 442쪽; 정영일, 앞의 책, 307쪽; 최상옥, 앞의 논문, 199쪽.

19) 백재명, 앞의 논문, 382쪽

한다는 등의 견해²⁰⁾와 매도인과 수탁자의 매매계약 및 물권변동은 유효하기 때문에 수탁자 명의로의 소유권이전등기는 완전히 유효하고, 따라서 수탁자는 부동산에 대한 소유권을 취득하게 되며, 수탁자가 신탁부동산을 임의로 처분하더라도 자기 소유 재물의 처분이므로 횡령죄는 물론 보호받을 신임관계도 존재하지 않아 배임죄도 성립하지 않는다는 견해,²¹⁾ 명의수탁자가 처분하면 자신의 소유 부동산을 처분한 셈이 되어 횡령죄는 성립하지 않으나 명의신탁약정의 무효가 신탁자와 수탁자 사이의 사실상의 신임관계까지 무효로 만드는 것이 아니기 때문에 명의신탁자에 대하여는 여전히 타인의 사무를 처리하는 자로 되기 때문에 배임죄가 성립한다는 견해²²⁾로 나뉘고 있다.

판례는 계약명의신탁의 경우 “신탁자와 수탁자가 명의신탁 약정을 맺고, 이에 따라 수탁자가 당사자가 되어 명의신탁 약정이 있다는 사실을 알지 못하는 소유자와 사이에서 부동산에 관한 매매계약을 체결한 후 그 매매계약에 기하여 당해 부동산의 소유권이전등기를 수탁자 명의로 경료한 경우에는, 그 소유권이전등기에 의한 당해 부동산에 관한 물권변동은 유효하고, 한편 신탁자와 수탁자 사이의 명의신탁 약정은 무효이므로, 결국 수탁자는 전소유자인 매도인뿐만 아니라 신탁자에 대한 관계에서도 유효하게 당해 부동산의 소유권을 취득한 것으로 보아

20) 김성천/김형준, 형법각론(동현출판사, 2000), 493쪽; 박달현, “부동산실명법의 시행과 부동산명의신탁의 형사법적 문제점검토”, 비교형사법연구 제6권 2호(한국비교형사법학회, 2004), 125쪽.

21) 박상기, 앞의 책, 380쪽; 손동권, 앞의 책, 429쪽; 정영일, 앞의 책, 307쪽; 정성근/박광민, 앞의 책, 442쪽; 오영근, 앞의 책, 472쪽; 진계호/이준걸, 앞의 책, 465쪽; 조준현, 앞의 책, 482쪽(매도인으로부터 부동산소유권을 이전받은 명의수탁자에 대하여 명의신탁자에게 배임을 인정하는 것은 부동산실명법의 입법취지에도 반하고 횡령죄도 되지 않는 행위자에게 배임을 인정하는 것은 의미가 없다).

22) 임 우, 앞의 책, 413쪽; 배중대, 앞의 책, 521쪽; 서요한, 앞의 논문, 409쪽; 안동준, 앞의 책, 225쪽; 이보영, 앞의 논문, 325쪽; 이재상, 앞의 책, 401쪽; 이형국, 앞의 책, 418쪽; 조준현, 앞의 책, 483쪽; 최상욱, 앞의 논문, 201쪽.

야 할 것이고, 따라서 그 수탁자는 타인의 재물을 보관하는 자라고 볼 수 없다”²³⁾고 하여 횡령죄의 성립을 부정하였다.

Ⅲ. 대상판결의 쟁점에 대한 검토

1. 불법원인급여물 여부

앞서 본 바와 같이 부동산실명법의 발효 이후 명의신탁된 부동산의 처분에 관련한 형사책임에 관한 논의가 매우 활발해 졌고 그에 관한 견해도 상당히 다양하다는 점을 알 수 있다. 이는 부동산실명법 제4조에 따라 명의신탁 약정 및 그에 기한 물권변동이 무효로 됨에 따라 이제는 민사적 효력을 가질 수 없는 계약에 따라 보유 중인 물권이 강행법규 위반에 의한 불법성이 매우 큰 보유물이거나 혹은 불법원인급여물에 해당하여 과연 형법 제355조 제1항에서 말하는 ‘타인의 재물을 보관한 것’에 해당하지 않게 되느냐를 둘러싼 논쟁이었다고 할 수 있다. 즉, 횡령죄의 구성요건에 해당하는 재물의 보관이라 함은 ‘위탁관계 내지 신임관계에 의하여 이루어진 것’이라는 점이 전제되어야 하는데 명의신탁이 강행법규인 부동산실명법에 의하여 불법으로 규정됨에 따라 불법에 기한 위탁관계로 전환되었다는 것이고 이러한 불법으로 민사적으로 무효로 되는 위탁관계가 여전히 형법상 횡령죄의 구성요건으로 보호할 만한 가치가 있는 보관위탁관계로 볼 수 있을 것인지 여부가 쟁점으로 대두된 것이다. 이러한 쟁점에 관하여 그동안 학자들은 부동산실명법이라는 특별법에 의하여 명의신탁약정 및 그에 기한 물권변동이 법적 효력을 상실한 무효의 법률행위라는 것을 전제로 하지만 근본

23) 대법원 2000. 3. 24. 선고, 98도4347 판결; 대법원 2010. 11. 11. 선고, 2008도7451 판결 등

적으로 부동산실명법과 민사법과의 통일적인 맥락에서 법해석을 할 것인지 아니면 형법상의 횡령죄 법리의 독자성에 따른 법해석을 할 것인지 여부에 따라 여러 견해로 나누어져 왔다고 할 수 있다.

우선 부동산실명법의 입법취지와 그에 따른 민사법과의 관계를 중시하는 견해는 부동산실명법제하에서 명의신탁약정과 그에 기한 물건변동이 효력을 가질 수 없음에도 불구하고 당사자 간에 사실상의 보관위탁 관계라도 남아 있어 여전히 부동산의 소유권이 명의신탁자에게 보유되어 있어 반환청구권이 인정된다고 한다면 민법 제103조의 ‘반사회질서적 행위’보다 더 비난강도가 큰 반사회적 행위라고 규정한 부동산실명법의 입법 목적과 양립할 수 없으므로 명의신탁목적물을 민법 제746조의 ‘불법원인급여물’로 보아 반환청구권을 상실한다고 이해하는 입장에서 서 있다.²⁴⁾ 이렇게 불법원인급여와 결부하여 해석하는 입장에 따르면 양자 간 명의신탁에서는 명의신탁 부동산이 불법원인급여물로서 수탁자의 소유에 속하게 되므로 횡령죄의 성립이 당연 부정된다는 것이고, 3자간명의신탁에 있어서는 명의신탁자와 명의수탁자 사이의 명의신탁 약정이 무효로 돌아감에 따라 명의수탁자에게 소유권이 넘어가지 않고 매도인에게 소유권이 그대로 남아 있어 목적물반환청구를 할 수 없게 되는 명의신탁자에 대해서는 아니지만 소유권자인 매도인에 대해서는 횡령죄가 성립한다는 견해를 취한다.²⁵⁾ 이러한 불법원인급여설에 대하여 ‘부동산실명법에는 명의수탁자가 악의의 수익자로서 불법원인급여물을 반환하여야 한다는 명문규정이 없을 뿐만 아니라 명의신탁 약정 자체를 처벌하면서도 오히려 명의신탁자에 대한 반환의무를 부정하지 않고 있다’²⁶⁾라거나 ‘부동산실명법이 명의신탁부동산의 소유권과 이에 기한 반환청구권을 신탁자에게 인정한 것으로 해석하거나 명의

24) 박상기, “부동산명의신탁과 횡령죄”, 형사판례연구 제6집(형사판례연구회, 1998), 276쪽.

25) 박상기, 위의 논문, 276, 279쪽.

26) 장영민, “명의신탁된 부동산영득행위의 죄책”, 고시계(고시계사, 1997. 12), 37쪽.

신탁행위가 민법 제103조의 반사회적 행위로 보더라도 그 목적물에 관한 불법원인급여물로 보지 않는 것으로 해석하는 것이 타당하다²⁷⁾ ‘불법원인급여물에 대해서는 법질서의 통일성이라는 관점에서 횡령죄의 성립을 원칙적으로 부정하여야겠지만 명의신탁부동산은 불법원인급여물로 평가할 수 없고 따라서 명의신탁 재산의 무단처분행위에 대하여 불법원인급여의 이론과 연계하여 횡령죄의 성립을 논의하는 것은 해석론의 차원에서 타당하지 않다²⁸⁾’라고 하거나, ‘부동산실명법은 원칙적으로 명의신탁약정과 그 등기에 기한 물건변동만을 무효로 하고 명의신탁자가 다른 법률관계에 기하여 등기회복 등의 권리행사를 하는 것까지 금지하는 대신에 명의신탁자에 대하여 행정적 제재나 형벌을 부과함으로써 사적 자치 및 재산권 보장의 본질을 침해하지 못하도록 규정하고 있다는 점을 고려하여 볼 때 부동산 명의신탁을 선량한 풍속 기타 반사회적 행위에 해당하기 어렵다²⁹⁾’는 등의 이유로 한 반대의견이 더 우세하다.³⁰⁾ 명의신탁약정이 무효라고 하더라도 명의신탁의 등기나 행위 유형이 다양한 점에 비추어 보면 일률적으로 그 자체가 반사

27) 손동권, “명의신탁부동산의 처분행위에 대한 횡령죄의 성립여부”, 고시연구(고시연구사, 1997. 12), 46쪽.

28) 손동권, “부동산실권리자명의등기에관한법률과 명의신탁부동산처분행위의 죄책”, 형사재판의 제문제 제4권(형사실무연구회, 2003), 179쪽.

29) 박달현, “명의신탁부동산의 임의처분과 형사책임-부동산명의신탁의 유형비교를 통한 체계적 검토를 중심으로-”, 경영법학 17집 4호(한국경영법학회, 2007), 428쪽.

30) 소위 불법원인급여로 볼 수 없다는 입장에 찬성하는 견해로는 백재명, 앞의 논문, 376쪽; 양창수, “부동산실명법 제4조에 의한 명의신탁의 효력-소위 등기명의신탁을 중심으로-”, 법학(서울대학교 법학연구소, 1997. 5), 81쪽; 이보영, 앞의 논문, 319쪽(형법이 비범죄함으로써 명의신탁의 악용방지라는 사회적 목적 달성 내지 부동산실명법의 정신에 부합해야 할 이유가 없는 것이다. 만일 그렇게 되면 형사법을 사법이 규정해 주는 결과밖에 되지 않기 때문이다); 이주일, “명의신탁과 형사처벌에 관한 재검토”, 법학연구 29집(한국법학회, 2008. 2), 280쪽(형법상의 불법과 사법상의 불법을 비교형량하면 항상 형법상의 불법이 우월할 것으로 판단되기 때문에 불법원인급여로 횡령죄의 성립을 부정하는 논거로 삼는 것은 타당하지 않다); 조준현, 앞의 책, 473쪽 등 다수이다.

회적 행위에 해당한다고 단정하기 어렵고 부동산실명법 자체에 무효된 명의신탁 대상 부동산의 반환을 금지하는 명문규정이 없을 뿐만 아니라 민법상으로도 논란이 많은 불법원인급여의 논리로 복잡한 유형의 명의 신탁을 재단하는 것은 쉽지 않아 보이므로 불법원인급여설로 접근하는 것은 받아들이기 어렵다.³¹⁾

2. 통일적인 법체계하에서의 보관위탁의 해석

위 불법원인급여설을 떠나서라도 형법상의 횡령죄 법리의 독자성에 따른 법해석을 중시하는 입장에서 보면 명의신탁약정이 비록 민사적 효력을 갖지 못한다고 하더라도 원래 아무런 권리를 보유하지 못한 명의수탁자가 이를 임의처분하거나 그 처분한 대가를 차지하여 버리는 것을 형벌로써 응징하지 못하고 방치하는 것은 일반인의 법 감정에 맞지 않고 형법이 보호하는 위탁관계란 법률상의 위탁관계뿐만 아니라 사실상의 위탁관계라도 족하다는 점을 특히 강조하여 명의수탁자가 횡령죄의 주체가 될 수 있다고 본다. 반면에 강행법규인 특별법의 입법 취지를 중시하는 입장에서는 형법이 보호하여야 할 신뢰관계란 기본적으로 형법이 보호할 만한 가치가 있는 신뢰관계이어야 하는데 부동산실

31) 대법원 2002. 12. 26. 선고, 2000다21123 판결; 대법원 2008. 11. 27. 선고, 2008다 62687 판결 “부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률 시행 전에 명의수탁자가 명의신탁 약정에 따라 부동산에 관한 소유명의를 취득한 경우 위 법률의 시행 후 같은 법 제11조 소정의 유예기간이 경과하기 전까지는 명의신탁자는 언제나 명의신탁 약정을 해지하고 당해 부동산에 관한 소유권을 취득할 수 있었던 것인데 실명화 등의 조치 없이 위 유예기간이 경과함으로써 같은 법 제12조 제1항, 제4조에 의해 명의신탁 약정은 무효로 되는 한편, 명의수탁자가 당해 부동산에 관한 완전한 소유권을 취득하게 되어 결국 명의수탁자는 당해 부동산 자체를 부당이득하게 되고, 같은 법 제3조 및 제4조가 명의신탁자에게 소유권이 귀속되는 것을 막는 취지의 규정은 아니므로 명의수탁자는 명의신탁자에게 자신이 취득한 당해 부동산을 부당이득으로 반환할 의무가 있다.” 탈세의 목적으로 한 명의신탁의 경우에도 불법원인급여에 해당하지 않는다는 판례로서는 대법원 2010. 9. 30. 선고, 2010도855 판결이 있다.

명법 위반의 명의신탁은 단순한 민사상의 불법에 그치는 것이 아니라 위반자 쌍방에 대한 처벌 규정이 있는 등 반사회적이고 그 불법성의 정도가 큰 행위인 이상 형법이 사실상의 위탁관계가 존재한다고 하면서 까지 이를 보호하여야 할 법익이나 명분이 없으므로 명의신탁자에 대하여는 다른 민사적 구제수단으로 보호하여야 하는 것은 별론으로 하고 형법이 무리한 법해석을 하면서까지 이를 보호하는 것은 자기 모순이어서 명의신탁 부동산을 임의처분한 명의수탁자를 처벌하는 것은 형법의 보충성의 원칙 내지 최후 수단성에도 반한다고 한다.³²⁾

생각건대 형법의 독자적인 법리에 의하여 횡령죄의 구성요건인 재물 보관자의 지위를 해석한다고 하더라도 근본적으로 재산법인 성질상 민법상 이론이나 다른 법률과의 관계나 체계 속에서 법해석을 하여야 할 것이지 다른 법률에서 불법 내지 무효로 규정한 것을 당사자 사이의 대내적 보관위탁관계 혹은 사실상 보관위탁관계에 있는 것에만 중점을 두어 무조건 형법상의 형벌로 제재를 가하여 재산상의 피해를 본 자를 보호할 수는 없다. 한편 부동산실명법이 명의신탁을 불법으로 규정하고 명의신탁 약정 및 그에 기한 물건변동의 민사적 효력을 인정하지 않는다고 하여 명의수탁자의 재산을 임의 처분하여 이익을 취한 자에 대한 민사적 청구 외의 형사적 제재의 필요성이 완전히 상실될 수는 없다. 결국 민법과 특별법 등 통일적인 법체계하에서 다양한 유형의 명의신탁의 보관위탁관계 중 형법상 횡령죄의 구성요건으로 보호할 만한 가치가

32) 윤상민, “금지되는 명의신탁 부동산의 처분행위와 관련한 형사책임”, 원광법학 23 권 1호(원광대학교 법학연구소, 2007. 7), 195쪽(명의신탁은 대부분 탈세나 부동산 투기 등 목적을 가지고 있는 만큼 허용되는 명의신탁을 제외하고는 명의신탁에 이른 동기 및 과정이 반사회적 행위이며 불법성이 엄청나게 큰 불법원인급여에 해당되므로 이를 형법이 보호할 명분이 없다); 이주일, 앞의 논문, 283, 284쪽(수탁자에게 횡령죄의 성립을 인정하는 것은 사법상 분쟁 해결의 편의를 위하여 국가기관이 불법자의 편에 서서 불법을 방조하는 결과를 초래한다, 사법상 불법을 형법상 보호하는 것은 형법의 보충성 원칙에 반한다).

있는 보관위탁관계(소유권을 회복할 수 있는 법률관계)를 가려내는 기준을 설정하는 것이 중요하다고 본다. 그 기준으로서서는 일응 명의신탁 약정이 무효로 되더라도 명의신탁자가 그 수탁자로부터 그 재산을 반환 받을 수 있는 법률 구성이 가능한 관계에 있다면³³⁾ 형법이 보호할 만한 보관위탁관계에 있다 하여도 좋지 않을까 생각한다. 기본적으로 횡령죄는 상대방의 소유권과 이에 기한 보관자에 대한 반환청구권이 인정될 때에 성립가능하기 때문이다.

이렇게 본다면 2자간명의신탁에 있어서는 그 물권변동이 무효이므로 소유권은 명의수탁자에게 넘어가지 않고 명의신탁자에게 보유되어 있어 비록 명의신탁자가 수탁자를 상대로 그 무효인 약정에 기한 소유권이전등기청구권은 행사할 수 없다고 하더라도 보유한 소유권에 기한 원상회복, 즉 방해배제청구권을 행사하여 소유권이전등기말소청구를 할 수 있거나 이미 표상되어 있었던 진정한 등기 명의의 회복을 위한 소유권이전등기청구를 행사할 수 있어, 이러한 경우에는 보관위탁관계가 성립되어 명의수탁자가 임의처분하면 횡령죄가 성립된다고 보는 것이 타당하다.

3자간명의신탁관계에서도 명의신탁자와 명의수탁자 사이의 명의신탁

33) 그 반환은 소유권을 기초로 한 명의신탁목적물 자체에 대한 것이지 매매대금 상당, 혹은 원물 가액 상당의 부당이득반환, 손해배상 같은 청구권이 인정되는 경우에는 형법이 개입할 여지가 없다고 본다. 다만 부당이득반환청구의 경우에도 대법원은 양자 간 명의신탁의 경우에는 이를 긍정하는 전제에 서 있고(대법원 2010. 2. 11. 선고, 2008다16899 판결), 3자간명의신탁에서는 수탁자가 그 명의로 보관 중인 이상 부당이득반환청구에 기한 소유권이전등기는 청구할 수 없다고 하고 있다(대법원 2008. 11. 27. 선고, 2008다55290 판결). 계약명의신탁의 경우 매도인이 선의인 경우 부동산실명법 전에 명의신탁한 사안에서는 당해 부동산 자체가 부당이득이라고 판시하였으나(각주 31의 2000다21123 판결), 부동산실명법 후에 명의신탁한 사안에서는 부동산 자체가 아닌 매수자금을 부당이득으로 인정하고 있다(대법원 2005. 1. 28. 선고, 2002다66922 판결, 대법원 2009. 3. 26. 선고, 2008다34828 판결).

탁 약정이 무효로 돌아가고 이에 기한 명의수탁자 명의의 소유권이전의 물권변동 또한 무효로 돌아가면 매도인에게 소유권은 처음부터 남아 있는 것으로 되고 따라서 매도인은 명의수탁자에게 무효인 이전등기에 대한 원상회복을 위한 소유권이전등기말소청구권을 행사할 수 있게 되고 그 말소청구권 행사로 인하여 소유권이 매도인에게 복귀되면 명의 신탁자는 매도인과의 매매계약(통상의 채권계약으로서 유효하다고 인정되는 계약에 한함) 자체는 유효하므로 이에 기하여 소유권이전등기 권을 행사하여 그 매매목적물을 찾아 올 수 있다. 보통 실무상 이러한 경우 명의신탁자는 매도인을 대위하여 명의수탁자에 대하여 이전등기 말소청구 및 매도인에 대하여 매매계약에 따른 소유권이전등기청구 소송을 일거에 제기하여 당해 부동산을 반환받을 수 있다. 이러한 법률 관계에서는 명의수탁자와 명의신탁자 사이에는 보관위탁관계가 있다고 하여 실제 재산 출연을 한 명의신탁자를 피해자로 보아 형법이 이를 보호하는 것이 타당하다고 보인다. 따라서 형식상 소유권자에 불과하여 명의신탁관계로 인하여 재산상 실제 피해가 없어 소유물 반환청구를 할 의사가 없는 매도인을 피해자로 보는 것은 지나치게 형식논리적이어서 횡령죄 긍정설 중 매도인에 대한 횡령죄가 성립한다는 학설에는 찬성할 수 없고 명의신탁자에 대한 횡령죄가 성립한다는 학설과 판례의 입장을 지지한다.

계약명의신탁 중 매도인이 악의인 경우에는 매도인과 명의수탁자 사이의 매매계약이 무효로 돌아가고 그에 기한 소유권이전의 물권변동 또한 무효로 돌아가므로 소유권은 이전되지 않고 매도인에게 그대로 남아 있어 매도인이 명의수탁자를 상대로 소유권이전등기말소청구를 할 수 있을 뿐이고 매도인과의 직접적인 계약관계가 없는 명의신탁자가 매도인을 대위하여 명의수탁자에게 말소청구권을 행사할 수는 없다. 이 경우 관념상 매도인이 명의수탁자를 상대로 소유권이전등기말소청구권을 행사할 수 있는 지위에는 놓여 있으나 명의신탁자로부터 매매대

금을 모두 수령하여 사실상 피해가 없고 특단의 사정이 없는 한 말소청구를 할 의사가 없는 자를 피해자로 보아 매도인과 명의수탁자 사이에 보관위탁 관계가 있다고 할 수 있을지는 의문이다. 이 경우 매도인은 횡령죄의 피해자가 아니라 명의수탁자에게 소유권회복 청구를 할 수 있는 민법상 권리자의 지위에 있는 것에 불과하고 명의수탁자는 그에 응할 민사적 채무가 있는 자에 불과하다. 그렇다고 하여 소유권이전을 회복하거나 회복할 매도인으로부터 무효로 된 종전의 명의신탁 약정과 는 별도의 새로운 채권계약을 맺어 소유권을 이전받아 올 수밖에 없는 지위³⁴⁾에 있는 명의신탁자와, 그 수탁자 사이에 보관위탁관계를 인정하거나 혹은 사무처리의 위임관계를 인정하여 명의신탁자를 피해자로 보호하는 것도 논리상 맞지 않다. 따라서 매도인 혹은 명의신탁자에 대한 횡령죄의 성립 긍정설이나 신탁자에 대한 배임죄설을 취하는 견해에는 찬동할 수 없다.³⁵⁾ 계약명의신탁 중 매도인이 선의인 경우에는

34) 따라서 매도자가 명의신탁자에게 소유권이전을 하여 주겠다는 취지의 새로운 약정을 한 것을 알고서도 명의수탁자가 처분하였다면 피해자를 명의신탁자로 한 횡령죄로 의율할 수는 있다고 본다.

35) 백정현, “명의신탁부동산의 처분과 형사책임”, 재판과 판례 11집(대구지방판례연구회, 2002), 158, 159쪽은 매도인 악의의 경우를 ‘매도인이 단순히 수탁자의 배후에 신탁자가 있다는 정도만 알고 수탁자와 매매계약을 체결한 경우’와 ‘매도인이 신탁자의 존재를 안 정도를 넘어서 매도인이 매매계약의 효과를 신탁자에게 귀속시키려는 의사의 합치가 있는 경우’로 구별하여 전자는 수탁자를 매매계약의 당사자로 볼 수밖에 없어 신탁자는 매매계약에 대하여 어떠한 권리의무도 없어 수탁자의 임의처분은 매도인에 대한 횡령죄가 성립할 수밖에 없으나, 후자의 경우에는 신탁자를 매매계약의 실질적 당사자로 보아 매도인에 대하여 이전등기를 구할 권리를 취득하므로 이 경우는 3자간명의신탁의 경우와 다를 바 없어 신탁자에 대한 횡령죄가 성립한다고 하는 견해가 있다. 이것은 결국 매매계약에 있어 당사자 확정에 관한 문제로서 접근해야 할 것인 바, ‘계약을 체결하는 행위자가 타인의 이름으로 법률행위를 한 경우에 행위자 또는 명의인 가운데 누구를 계약당사자로 볼 것인지에 관하여는, 우선 행위자와 상대방의 의사가 일치한 경우에는 그 일치한 의사대로 행위자 또는 명의인을 계약당사자로 확정하여야 하고, 행위자와 상대방의 의사가 일치하지 않는 경우에는 그 계약의 성질·내용·목적·체결경위 등 그 계약 체결

소유권이 매수계약자인 명의수탁자에게 종국적으로 유효하게 넘어가므로 명의수탁자 자기 소유의 부동산처분이 되는 셈이 되고 매도인이든 명의신탁자이든 명의수탁자에 대하여 소유권이전등기말소청구권을 행사할 수가 없으므로 매도인 혹은 명의신탁자 누구에 대하여도 횡령죄는 성립하지 않는다고 해석하는 것이 타당하다.³⁶⁾ 이 경우 명의수탁자에게 소유권이 넘어가는 이상 명의수탁자가 명의신탁자에게 사실상 보호하여야 할 재산사무가 있다고 하여 명의신탁자에 대한 배임죄가

전후의 여러 사정을 토대로 상대방이 합리적인 사람이라면 행위자와 명의자 중 누구를 계약당사자로 이해할 것인지에 따라 결정할 것이다'(대법원 1998. 3. 13. 선고, 97다22089 판결, 대법원 2003. 12. 12. 선고, 2003다44059 판결 등)라는 법리에 의하여 결정되어야 한다. 대법원은 '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 매매당사자로 보아야 할 것이다'(대법원 2003. 9. 5. 선고, 2001다32120 판결; 대법원 2007. 9. 7. 선고, 2005다48154, 48161 판결; 대법원 2011. 11. 11. 선고, 2008도7451 판결)라고 하거나 '부동산매매계약에 있어서 매수인이 된 사람이 비록 제3자와의 약정에 기하여 계약자 명의를 제공한 것이라고 하더라도 다른 특별한 사정이 없는 한 그와 같은 명의대여의 약정은 그들 사이의 내부적인 관계에 불과하고 자신의 명의로 위 계약을 체결한 사람이 매매당사자가 된다고 할 것이다'(대법원 2003. 9. 5. 선고, 2001다32120 판결; 대법원 2012. 12. 13. 선고, 2010도10515 판결), '명의신탁약정이 3자간등기명의신탁인지 아니면 계약명의신탁인지의 구별은 계약당사자가 누구인가를 확정하는 문제로 귀결되는 바, 계약 명의자가 명의수탁자로 되어 있다 하더라도 계약당사자를 명의신탁자로 볼 수 있다면 이는 3자간등기명의신탁이 된다. 따라서 계약명의자인 명의수탁자가 아니라 명의신탁자에게 계약에 따른 법률효과를 직접 귀속시킬 의도로 계약을 체결한 사정이 인정된다면 명의신탁자가 계약당사자라고 할 것이므로, 이 경우의 명의신탁관계는 3자간등기명의신탁으로 보아야 한다'(대법원 2010. 10. 28. 선고, 2010다52799 판결)라고 판시하면서 그 기준을 제시하고 있어 이에 따라 계약명의신탁과 3자간명의신탁 해당여부를 판별하면 된다.

- 36) 신탁자가 수탁자와 수탁자 명의로 계약하고 등기를 마치기로 약정을 하였으나 신탁자가 마치 수탁자인 것처럼 행세하여 매도인과 매매계약을 체결하고 이전등기를 마친 경우도 있을 수 있는바, 이 경우에도 위 기준으로 매도인의 선의 악의 여부에 따라 수탁자의 임의처분에 따른 죄책을 정하면 된다.

성립한다는 견해에도 찬성할 수 없어 배임죄로도 처벌할 수 없다고 할 것이다.³⁷⁾

앞서 본 바와 같이 계약 명의신탁의 경우 매도인의 선의인 케이스에서 횡령죄가 성립하지 않는다는 판례가 있었지만 악의인 경우에 관한 선례가 본고를 준비할 때까지는 없었는데, 최근 대법원은 ‘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 경우 부동산실명법 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 부당이득으로 반환할 의무를 부담한다고 하더라도 이를 두고 배임죄에서 ‘타인의 사무를 처리하는 자’의 지위에 있다고 보기도 어렵다. 한편 위 경우 명의수탁자는 매도인에 대하여 소유권이전등기말소 의무를 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, 말소 등기의무의 존재나 명의수탁자에 의한 유효한 처분가능성을 들어 명의수탁자가 매도인에 대한 관계에서 횡령죄에서 ‘타인의 재물을 보관하

37) 동지 손동권, 앞의 주 28) 논문, 182쪽.

는 자' 또는 배임죄에서 '타인의 사무를 처리하는 자'의 지위에 있다고 볼 수도 없다고 하면서 횡령죄를 인정한 원심을 파기한 판결³⁸⁾을 선고한 바 있다.³⁹⁾ 형법이 보호할 만한 보관위탁관계가 있음을 인정할 수 있는 위 기준에 따르자면 매도인이 악의인 경우의 계약명의신탁에 있어서 횡령죄나 배임죄가 성립할 수 없으므로 이번 대법원 판결의 논리와 결론은 타당하기에 찬성하고자 한다.

끝으로 배임죄 성부에 관한 논의에 대하여 언급하고자 한다. 3자간명의신탁이든 계약명의신탁이든 간에 수탁자의 임의 처분에 대하여 배임죄가 성립한다는 견해는 신탁자와 수탁자 사이에 일정한 신임관계가 형성되어 있어 수탁자가 그러한 신임관계에 위배하여 부동산을 처분하는 행위는 배임죄에 해당한다고 보고 있다. 그러나 당사자 사이에 사무처리 관계가 존재하려면 신임관계가 존재하여야 하는데 사무처리의 근거가 되는 법률행위가 불법으로 규정되어 무효인 경우까지 형법상 배임죄에서 보호하고자 하는 신임관계로 보기는 어렵다. 또한 횡령죄나 배임죄 모두 신뢰관계 혹은 신임관계에 위배되는 것을 내용으로 한다는 점에서 공통되지만 횡령죄는 재물을, 배임죄는 재산상 이익을 대상으로 한다는 점에서 구별되는 것에 비추어 보면 물건에 대한 보관위탁관계가 인정되지 아니한다고 하여 횡령죄가 성립하지 않는다고 하여 놓고 사무처리의 임무에 위배된다는 배임죄의 성립을 논하는 것은 논리상으로도 맞지 않다고 사료된다. 판례도 “신탁자와 수탁자가 명의신탁약정을 맺

38) 대법원 2012. 11. 29. 선고, 2011도7361 판결. 그 이후에 같은 취지의 대법원 2012. 12. 13. 선고, 2010도10515 판결이 잇따라 선고되었다.

39) 위 판결의 의의에 대하여 윤성식 대법원 공보관은 “이번 판결은 부동산실명법이 금지하고 있는 명의신탁을 일반형법에 의하여 보호하는 것은 바람직하지 않고 부동산실명법 자체에 명의신탁행위를 처벌하는 규정을 두고 있으므로 명의신탁자를 형법적으로 보호할 필요성이 없다는 의미”라고 설명했다고 하므로(법률신문, 2012.12.10.자 제5쪽 기사) 앞으로 명의신탁 부동산의 임의처분에 대한 횡령죄 성부에 대하여 대법원은 종전보다 엄격한 태도를 취할 것으로 예상된다.

고, 그에 따라 수탁자가 당사자가 되어 명의신탁약정이 있다는 사실을 알지 못하는 소유자와 사이에서 부동산에 관한 매매계약을 체결한 계약 명의신탁에 있어서 수탁자는 신탁자에 대한 관계에서도 신탁 부동산의 소유권을 완전히 취득하고 단지 신탁자에 대하여 명의신탁약정의 무효로 인한 부당이득반환의무만을 부담할 뿐인 바, 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 것이어서 수탁자를 신탁자와의 신임관계에 기하여 신탁자를 위하여 신탁 부동산을 관리하면서 신탁자의 허락 없이는 이를 처분하여서는 아니되는 의무를 부담하는 등으로 신탁자의 재산을 보전·관리하는 지위에 있는 자에 해당한다고 볼 수 없어 수탁자는 타인의 사무를 처리하는 자의 지위에 있지 아니하다 할 것이고, 이러한 계약명의신탁의 법리는 부동산신탁법 제4조 제1항에 따라 무효인 명의신탁약정에 대하여 신탁자가 그 소유권이전등기의 경로 이전에 해지의 의사를 표시한 경우에도 마찬가지로 적용되는 것으로 보아야 할 것이다.”⁴⁰⁾라고 하여 배임죄의 성립을 부정하였고 계약 명의신탁에 있어 매도인이 악의인 경우의 위 대법원 2012. 11. 29. 선고, 2011도7361 판결 또한 횡령죄는 물론이고 배임죄의 성립 또한 같이 부정하고 있는바 위 각 판례 취지에 적극 찬성한다.

3. 이 사건 판례의 의의와 당부

이 사건 사안에서 대법원은 3자간명의신탁 또는 중간생략등기형

40) 대법원 2004. 4. 27. 선고, 2003도6994 판결; 동지 대법원 2001. 9. 25. 선고, 2001도2722 판결.

명의신탁의 경우, 그 제3자가 자기 명의로 신탁된 부동산을 임의로 처분하였다면 매도인이 아닌 명의신탁자에 대하여 횡령죄가 성립한다고 판시함으로써 다수설과 같은 견해를 표명하였다. 다만 그 이유에 대하여는 명확히 설시하지 않아 어떠한 논리로 매도인이 아닌 명의신탁자에 대한 횡령죄가 성립하는지 여부는 알기 어렵다. 다만 판례는 이어서 ‘횡령죄의 주체는 타인의 재물을 보관하는 자이어야 하고, 여기서 보관은 위탁관계에 의하여 재물을 점유하는 것을 의미하므로, 횡령죄가 성립하기 위하여는 그 재물의 보관자와 재물의 소유자 사이에 법률상 또는 사실상의 위탁신탁관계가 존재하여야 한다는 횡령죄의 일반 법리를 설시하고 나서, 나아가 부동산의 경우 보관자의 지위는 점유를 기준으로 할 것이 아니라 그 부동산을 제3자에게 유효하게 처분할 수 있는 권능의 유무를 기준으로 결정하여야 하므로, 원인무효인 소유권이전등기의 명의자는 횡령죄의 주체인 타인의 재물을 보관하는 자에 해당한다고 할 수 없다’고 하였다. 그리고 제조업을 하는 일반법인인 피해자로서는 농지인 이 사건 토지에 관한 매매계약을 체결하였다고 하더라도 당시 시행되던 구 농지개혁법상의 농지매매증명을 발급받을 수가 없어 그 소유권을 취득할 수 없으므로, 매도인인 공소외 4, 5가 매수인인 피해자에 대하여 부담하는 소유권이전등기의무는 원시적으로 이행불능이고, 따라서 원시적 불능인 급부를 목적으로 하는 이 사건 토지 매매계약은 채권계약으로서도 무효로 보아야 하며, 구 농지개혁법이 폐지되고 농지법이 시행되었다고 하여 무효인 위 매매계약이 유효하게 될 수는 없으므로 피해자는 명의신탁을 해지하고 매도인을 대위하는 등으로 피고인에 대하여 이 사건 토지의 반환을 구할 수 없다고 판시하면서 검사의 상고를 기각하였다. 위 마지막 부분에서 대법원의 태도를 읽을 수 있는 점은, 명의신탁 약정이 무효라고 하더라도 명의신탁자가 (매도인을 대위하여) 명의수탁자를 상대로 소유권이전등기를 받아 올 수 있도록 명의신탁자와 매도인과의 기본 계약이

적어도 채권계약으로서는 유효하여야 한다는 점을 선언한 것으로 보고 싶다. 즉, 명의신탁자는 농지취득을 할 수 없는 법인이므로 매도인과의 농지매매계약은 원시적 불능인 급부를 목적으로 하는 계약으로 무효이고 따라서 피보전채권이 부존재하는 이상 매도인을 대위해서 명의수탁자에 대하여 소유권말소 및 매도인에 대하여 소유권이전등기를 해 올 수 없는 법률관계에 있으므로 명의신탁자와 수탁자 사이에 횡령죄의 구성요건으로서 보호할 만한 가치가 있는 보관위탁관계가 인정될 수 없다는 취지로 보인다. 만약 명의신탁자가 법인이 아닌 농지취득이 가능한 일반인이었다거나 매매대상이 농지가 아닌 일반 토지이었다고 한다면 매도인을 대위하여 명의수탁자에 대한 소유권이전등기말소청구 및 매도인에 대한 소유권이전등기청구가 가능한 사안이 되어 명의수탁자의 임의처분은 중전 판례의 입장대로 명의신탁자에 대한 횡령죄로 처벌될 수 있다. 그리고 이 사건 판례에서 ‘피고인이 (소유자로서 매도인인) 공소외 2, 3과는 무관하게 피해자로부터 이 사건 토지를 명의신탁받아 피고인 명의로 등기를 마친 것에 의하여 이 사건 토지의 진정한 소유자인 공소외 2, 3과 피고인 사이에 법률상 또는 사실상의 위탁신탁관계가 성립하였다고 볼 수도 없다’라는 판시 부분으로 미루어 볼 때 3자간명의신탁에 있어서 수탁자는 매도인과 사이에서는 보관위탁의 관계가 없으므로 매도인에 대한 횡령죄 여부는 성립될 수 없다는 점을 밝힌 것으로 보인다.⁴¹⁾

다만 이 사건 판시 중 ‘피고인은 애초부터 이른바 ‘3자간명의신탁’에 기한 명의수탁자가 아니라 원인무효인 소유권이전등기의 명의자에 불

41) 오영근, “2010년 형법 중요 판례”, 인권과 정의(대한변호사협회, 20011. 3), 65쪽에 서는 이 사건 판례에 대한 짧은 평석을 하면서 ‘횡령죄가 성립하지 않는다는 결론에는 찬성하나 명의신탁계약은 반사회질서적 행위로서 무효이고 이를 기초로 하여 횡령죄에서 요구되는 위탁관계가 발생한다고 하기 어려우므로 3자간명의신탁에서 신탁자에 대한 횡령죄가 성립한다는 일반적인 법리 실시 부분에는 반대한다’는 견해를 피력하고 있다.

과하여 위 토지를 제3자에게 유효하게 처분할 수 있는 권능을 가지지 아니한다. 따라서 피고인은 이 사건 토지를 보관하는 자의 지위에 있다고 할 수 없다'라는 부분에 대하여 문제를 제기하고자 한다. 이 사건 판례는 3자간명의신탁관계에 대한 형사적 책임에 관한 법리와 이에 해당하는 사안을 전제로 설시를 전개하여 가다가 결론 부분에 이르러 돌연 피고인이 3자간명의신탁에 기한 명의수탁자가 아니고 농지취득이 불가능하여 원인무효의 매매계약에 기한 소유권이전등기명의자로서 제3자에게 유효하게 처분권능이 없는 자이므로 피고인과 이 사건 토지의 매수자인 피해자 사이에 보관위탁관계가 인정될 수 없어 횡령죄가 성립하지 아니한다고 판시하고 있다. 그러나 이 사건은 어떠한 사유로 농지취득 자격을 가지지 못하는 자가 매도인으로부터 농지취득을 목적으로 하는 매매계약을 체결하되 농지 취득 자격을 가지는 자에게 그 등기 명의만을 위탁하여 두었다가 후에 자신이 농지 취득 자격을 가지게 되면 그때 자신 명의로 소유권이전등기를 하여 오거나 아니면 등기 명의인에서 제3자에게로 바로 처분하여 전매차익을 꾀하려는 사안으로서 흔히 볼 수 있는 3자간명의신탁관계라고 할 수 있어 이 사건 피고인은 당연히 피해자에 대한 관계에서는 명의수탁자이다. 그리고 이 사안에서 명의수탁자는 피해자와의 명의신탁계약이 무효임에도 불구하고 제3자와 관계에서는 외견상 유효하게 처분할 수 있는 권한을 갖고 있는 것처럼 보인다. '원인무효인 소유권이전등기의 명의자로서 그 부동산을 유효하게 처분할 수 있는 권능을 가지지 아니한 자는 횡령죄의 주체인 타인의 재물을 보관하는 자에 해당하지 않는다'는 부분은 이미 선례⁴²⁾가 있고 이후 명의신탁부동산에 관한 사안을 다룬 이 사건 판례를 포함한 다른 판결⁴³⁾에도 인용되고 있다. 원인무효의 소유권이

42) 대법원 1989. 2. 28. 선고, 88도1368 판결, 대법원 2000. 4. 11. 선고, 2000도565 판결, 대법원 2004. 5. 27. 선고, 2003도6988 판결 등 명의신탁부동산의 처분에 관한 사안이 아니고 일반 부동산 처분에 관한 사안들이다.

전등기자로서 제3자에게 유효하게 처분할 수 있는 권능을 가지지 못하는 자가 횡령죄에 있어서 재물죄의 보관자가 될 수 없다는 법리는 위조 등의 사유로 원 소유자와의 관계에서 하등의 원인 없이 소유권이전등기를 경료한 자 혹은 매도인 이전의 소유권이전단계에서 이미 원인무효의 하자가 있어 이를 전전 양수한 자는 이를 타에 처분해도 등기의 공신력이 없는 이상 당연히 무효로서 소유권이 복구되고 제3자가 그 선의 유무에 불구하고 소유권을 취득하지 못하므로 원소유자가 손해를 입지 않기 때문에 횡령죄의 구성요건인 보관위탁관계를 인정할 필요가 없는 경우를 상정한 것이다. 이 사건 사안에서 피해자는 농지를 취득하는 것이 원천적으로 불가능한 법인이어서 그 매매계약은 원시적 불능을 원인으로 하는 계약으로 무효이고 그 매매계약에 기하여 이루어진 이 사건 소유권이전등기 또한 원인을 결한 무효의 등기로서 수탁자인 피고인이 이를 타에 처분하여도 그 매수인이 소유권을 취득하지 못하고 결국 매도인인 공소의 2, 3에게 소유권이 복구한다고 보면 이 사건에 있어 굳이 명의신탁관계의 법리를 따질 필요 없이 피고인에게 보관자적 지위를 인정할 필요가 없어 횡령죄가 성립하지 않는다고 한 설시 부분도 일응 수긍할 수 있다. 다만 대법원은 2005. 6. 24. 선고, 2005도2413 판결

43) 대법원 2007. 5. 31. 선고, 2007도1082 판결(임야의 진정한 소유자와 전혀 무관한 신탁자로부터 임야의 지분을 명의신탁받은 자가 지분을 처분한 사안), 다만 대법원 2005. 6. 24. 선고, 2005도2413 판결에서는 ‘부동산에 대한 횡령죄에 있어서 타인의 재물을 보관하는 자의 지위는 동산의 경우와는 달리 부동산에 대한 점유의 여부가 아니라 법률상 부동산을 제3자에게 처분할 수 있는 지위에 있는지 여부를 기준으로 판단하여야 한다’라고 하면서 ‘유효하게’라는 부분을 부가하지 않았는 바, 이에 대하여 ‘기존의 비판적 견해, 즉 부동산의 점유는 외견상 유효하게 부동산을 처분할 수 있으면 인정되는 것이지 반드시 유효하게 처분할 수 있는 법률상의 권한이 있을 때만 보관자가 되는 것은 아니므로 위 비판을 수용하여 기존의 판례를 변경한 것으로 볼 소지가 있다’는 견해를 피력한 것으로 서상문, “부동산실권리자명의등기에 관한 법률을 시행 전후의 명의수탁자의 처분행위에 대한 형사책임에 관한 연구”, 법학연구 21권 1호(충북대학교 법학연구소, 2010), 106쪽이 있으나 그 이후에 나온 이 사건 판례 등은 ‘유효하게’라는 부분을 계속 추가하는 판시를 하고 있다.

에서는 ‘피고인이 종중의 회장으로부터 담보 대출을 받아 달라는 부탁과 함께 종중 소유 임야를 이전받은 다음 임야를 담보로 금원을 대출받아 임의로 사용하고 자신의 개인적인 대출금 채무를 담보하기 위하여 임야에 근저당권을 설정하였다면 비록 피고인이 임야를 이전받는 과정에서 적법한 종중 결의가 없었다고 하더라도 피고인은 임야나 위 대출금에 관하여 사실상 종중의 위탁에 따라 이를 보관하는 지위에 있다고 보아야 할 것이다’라고 하고 있으나, 종중 재산은 총유이므로 총회의 결의나 위임이 없는 이상 회장이 종중을 대표하여 타인에게 명의신탁하기로 하고 소유권이전등기를 경료하여 주더라도 이는 원인무효로서 명의수탁받은 자에게 법률상 유효하게 처분할 권한이 없음에도 그 처분행위에 대하여는 횡령죄가 성립한다고 다소 모순된 판단을 하고 있다. 이러한 점 등으로 부동산의 경우에 보관자의 지위는 부동산을 제3자에게 사실상 처분할 수 있는 권한이 있으면 족하다고 해석하는 것이 타당하다며 ‘법률상 유효하게’ 처분권 유무를 논하는 대법원 태도를 비판하는 견해⁴⁴⁾도 있는바, 이러한 일반 부동산에 관한 횡령죄 법리를 명의신탁부동산이라는 특수한 유형에 확대 적용하는 데 따른 논란을 피하기 위하여서도 법률상 유효한 처분권 여부를 따지는 것보다 명의신탁의 구체적인 각 유형에서 신탁자가 수탁자로부터 소유권을 되찾아 올 수 있는지 여부를 살펴 형법이 보호할 만한 보관위탁관계에 있었는지를 판단하는 것이 낫다고 생각한다.⁴⁵⁾

44) 김현우, “부동산신탁법 제4조에서 명의수탁자의 지위의 형법해석상 문제와 개정방향-대법원 2010. 9. 30. 선고 2010도8556 판결을 중심으로-”, 법과 정책연구 12집 1호(한국법정정책학회, 2012. 3), 74쪽; 서상문, 앞의 논문, 106쪽.

45) 오영근, “2010년 형법 중요 판례”, 인권과 정의(대한변호사협회, 2011. 3), 65쪽은 이 사건 판례에 대한 짧은 평석을 하면서 ‘횡령죄가 성립하지 않는다는 결론에는 찬성하나 명의신탁계약은 반사회질서적 행위로서 무효이고 이를 기초로 하여 횡령죄에서 요구하는 위탁관계가 발생한다고 보기 어려우므로 3자간명의신탁에 있어 신탁자에 대한 횡령죄가 성립한다는 일반적인 법리 실시 부분에는 반대한다’고 하고 있다.

또 한 가지 아쉬운 점은 그동안의 대법원 판례뿐만 아니라 위 판례에 서도 언급하고 있는 바와 같이 횡령죄의 구성요건으로서 보관위탁관계에 대하여 법률상뿐만 아니라 사실상 보관위탁관계에 있더라도 무방하다는 부분인바, 양자 간 관계이든 매도인인 제3자가 개입되어 있는 3자 간 관계이든 간에 명의신탁자가 수탁자에게 부동산의 소유권 등기를 맡긴다는 것으로 이미 사실상 보관을 위탁한다는 개념에 포섭될 수 있으므로 명의신탁 부동산의 임의처분에 관한한 ‘사실상’ 보관위탁관계라는 표현 부분은 횡령죄에 대한 일반 법리의 실시라고 하더라도 삼가는 편이 낫다고 생각한다.

한편 위와 같은 농지 거래와 유사한 사안으로 국토의 계획 및 이용에 관한 법률에 의하여 허가를 받아야 하는 토지거래계약에 있어서 명의신탁을 둘러싸고도 횡령의 문제가 종종 일어난다. 즉, 매수자가 토지취득요건⁴⁶⁾을 갖추지 못하여 위 법률에 의한 허가를 받지 못하는 경우 그 요건을 갖춘 현지인에게 명의신탁하여 등기를 경료하는 경우이다. 이 경우 판례는 처음부터 위 법률에 의한 허가를 배제하거나 잠탈하는 내용의 계약인 경우에는 허가 여부를 기다릴 것도 없이 확정적으로 무효로서 유효화될 여지가 없고, 토지거래허가구역 내의 토지가 거래허가를 받거나 소유권이전등기를 경료할 의사 없이 중간생략등기의 합의 아래 전매차익을 얻을 목적으로 소유자 갑으로부터 부동산중개업자인 을, 병을 거쳐 정에게 전전 매매한 경우, 그 각각의 매매계약은 모두 확정적으로 무효로서 유효화 될 여지가 없어⁴⁷⁾ 명의신탁자는 매도인을

46) 토지취득요건(농업인인 경우에는 거주하는 주소지로부터 20킬로미터 이내 소재 토지, 비농업인인 경우에는 세대원 전원이 허가신청일로부터 소급하여 6개월(2008년 9월 29일부터 1년으로 강화) 이상 계속 주민등록되어 실거주한 자로서 농지자격 취득증명을 받을 수 있는 자격 요건을 갖춘 자 - 위 법률 제119조, 동법 시행령 제119조, 동법 시행규칙 제23조 등 참조.

47) 대법원 2012. 4. 13. 선고, 2011도3469 판결; 대법원 1996. 6. 28. 선고, 96다3982 판결 등.

대위하여 명의수탁자에게 소유권이전등기의 말소 및 매도인에게 소유권이전등기를 청구할 수가 없으므로 이 경우에도 횡령죄의 성립은 부정된다.⁴⁸⁾ 판례가 위 법률에 위반한 사안에 대하여 명의수탁자에 대한 횡령죄 성립 여부를 정면으로 다룬 것은 아직 없으나 위 법률 소정의 규제 구역 내에 있는 토지를 매도하였으나 위 법률 소정의 거래허가를 받은 바가 없다면, 매도인에게 매수인에 대한 소유권이전등기에 협력할 의무가 생겼다고 볼 수 없고, 따라서 매도인이 배임죄의 주체인 타인의 사무를 처리하는 자에 해당한다고 할 수 없다고 하여 매도인의 이중매매에 대하여 배임죄의 성립을 부정하였다.⁴⁹⁾ 이러한 판례의 태도로 미루어 보면 대법원은 명의수탁자에 대한 횡령죄나 배임죄가 인정되려면 적어도 명의신탁자가 매매목적물을 본인의 명의로 되찾아 올 수 있는 유효한 채권적 계약은 성립되어 있어야 한다는 입장을 견지하고 있는 것으로 보인다.

IV. 결 론

형법이 보호하여야 할 횡령이나 배임에 있어서의 신뢰 혹은 신임관계는 기본적으로 형법이 보호할 만한 가치가 있는 신뢰 혹은 신임관계이어야 한다. 명의신탁된 부동산은 부동산실명법상 불법 위탁관계물이므로 원칙적으로는 형법이 보호할 만한 보관위탁관계 영역에 머무른다

48) 이 사건 판례의 ‘법률상 유효한 처분권’ 여부 판단에 따르면 국토의 계획 및 이용에 관한 법률에 의한 허가를 배제하거나 잠탈하는 내용의 계약인 경우에는 그 허가 여부를 기다릴 것도 없이 확정적으로 무효이므로 그 계약에 기한 소유권이전등기 또한 원인을 결한 무효의 등기로서 등기명의자인 명의수탁자가 유효하게 제3자에게 처분할 수 없는 경우에 해당하여 횡령죄의 주체가 될 수 없다는 결론을 도출할 수 있을 것이다.

49) 주 47)의 대법원 2012. 4. 13. 선고, 2011도3469 판결.

고 보기 어렵다. 그러나 한편 부동산실명법이 명의신탁을 반사회적 행위로 규정하면서까지 불법 무효로 선언하면서도 사유재산권 본질적 침해라는 위헌적 소지 논란을 피하기 위하여 불법의 보관위탁물에 대한 수탁자의 소유 귀속과 위탁자에 대한 반환불가를 천명하지 않고 반환청구의 여지를 열어 두었고 판례도 민사적 반환청구를 부정하지 않는 이상 명의신탁부동산을 불법원인급여물 법리로만 해결할 수는 없으며 일정한 경우에는 수탁자의 반환거부 및 처분에 대하여 형사법의 독자적인 제재의 길을 열어두지 않을 수 없다. 본고에서는 횡령죄의 구성요건인 재물보관자의 지위를 해석함에 있어 근본적으로 부동산실명법이라는 특별법과 민법 등 다른 법률과의 관계나 체계 속에서 이를 행하여야 하지 형법의 독자성을 강조하여 일부 학설이 내세우는 횡령죄나 배임죄의 일반법리인 ‘사실상 신임관계’, ‘사실상 보관위탁관계’라는 것을 중시하는 해석을 하여서는 곤란하다는 점을 전제로 하였다. 따라서 명의신탁의 보관위탁관계 중 형법상 횡령죄의 구성요건으로 ‘보호할 만할 가치가 있는 보관위탁관계’를 가려내는 기준을 설정하여 이것에 부합되는 보관위탁관계에 대해서만 형사적 제재를 가하는 것이 부동산실명제의 입법취지와 형법의 독자적인 법익보호 등을 조화롭게 할 수 있는 길이라고 생각하고, 일응 그 기준으로서 명의신탁 약정이 무효로 되더라도 명의신탁자가 그 수탁자에게 반환청구권을 행사하여 그 명의신탁물 자체를 찾아올 수 있는 법률 구성이 가능한 관계에 있는지 여부를 제시하였다.

이러한 기준으로 보면 양자간 명의신탁에 있어서는 신탁자가 그 소유권에 기하여 직접 수탁자에게 명의신탁물에 대한 반환청구권을, 3자간명의신탁에 있어서는 매도인을 대위하여 수탁자에게 명의신탁물에 대한 반환청구권을 각 행사하여 이를 반환받을 수 있는 법률관계에 있는 이상 수탁자에게 보관자의 지위가 인정되어 그의 임의처분은 명의신탁자에 대한 횡령죄가 성립한다. 계약 명의신탁의 경우에는 매도인의

선의 혹은 악의를 불문하고 명의신탁자가 수탁자에게 직접 혹은 매도인을 대위한 반환청구권을 인정할 수 없는 법률관계에 있으므로 명의신탁자에 대한 횡령죄나 배임죄의 성립이 모두 부정된다. 3자간명의신탁이나 계약명의신탁에 있어서 매도인은 매매대금을 모두 지급받은 실질적 피해가 없는 자이어서 그와 수탁자와의 관계는 단지 부동산실명법에 의하여 소유권이 회복되는 민사적 채권채무의 관계에 불과하지 보관위탁의 관계에 있는 것은 아니므로 매도인에 대한 횡령죄의 성립은 부정하는 것이 옳다고 생각한다. 매도인을 피해자로 보아 그에 대한 횡령죄가 성립한다는 일부 학설은 형법의 독자적 처벌성을 지나치게 강조하여 형식논리에 치우친 주장이므로 받아들이기 어렵다. 이러한 점에서 계약명의신탁 중 매도인의 악의의 사안에서 최근 나온 대법원 판례는 중요한 시사점을 주고 있다고 사료된다. 다만 위와 같은 기준에 따를 때 다 같은 3자간에 이루어진 명의신탁인데도 3자간명의신탁(중간생략형 명의신탁)과 계약명의신탁에 있어서 형사적 처벌 유무가 달라지는 결론이 나온다는 비판이 제기될 수 있으나 명의신탁의 원인과 유형이 다양한 이상 이에 대응하는 형사적 제재도 달라질 수 밖에 없는 점을 감안하면 부득이한 것으로 사료된다. 이 사건 판례는 앞서 지적한 바와 같이 ‘법률상 유효하게 처분할 수 있는 권한 보유 여부’ 등의 표현 등 논란 여지가 있는 부분이 있지만 3자간명의신탁에 있어 위탁자와 수탁자 사이의 약정이 무효라고 하더라도 명의신탁자가 매도인을 대위하여 명의수탁자를 상대로 소유권이전등기를 받아 올 수 있도록 명의신탁자와 매도인과의 매매계약이 적어도 채권계약으로서는 유효하게 성립하여 있다면 명의신탁자와 수탁자 사이에 횡령죄가 보호하는 위탁보관관계가 성립한다는 점을 시사한 데 의의가 있다. 또한 판례는 3자간명의신탁에 있어서는 명의신탁자와 매도자와의 매매계약(기본계약)이 유효한 이상 신탁자와 그 명의신탁 약정의 상대방으로서 등기명의자인 수탁자와의 사이에서는 신탁자가 명의신탁물의 실질적 소유권을 보유한 것으

로 보고 이를 위탁받아 보관 중인 수탁자가 임의처분하면 신탁자에 대한 횡령죄가 성립한다는 점을 간접적으로 천명한 것으로도 볼 수 있는바, 필자가 내세운 앞서의 보관위탁관계의 인정 기준에도 부합하므로 찬성하기로 한다.

(투고일 2012년 12월 29일, 심사(의뢰)일 2013년 1월 24일 게재확정일 2013년 2월 12일)

주제어 : 명의신탁, 횡령, 보관, 위탁, 계약명의신탁, 3자간명의신탁

참고문헌

1. 단행본

- 김성천/김형준, 형법각론, 동현출판사, 2000.
 김일수, 형법각론, 박영사, 2001.
 박상기, 형법각론, 박영사, 2011.
 배종대, 형법각론, 홍문사, 2006.
 손동권, 형법각론, 을곡출판사, 2010.
 안동준, 형법각론, 전남대출판부, 2011.
 오영근, 형법각론, 박영사, 2005.
 이재상, 형법각론, 박영사, 2012.
 이형국, 형법각론, 법문사, 2007.
 임 용, 형법각론, 법문사, 2003.
 정성근/박광민, 형법각론, 삼지원, 2006.
 정영일, 형법각론, 박영사, 2005.
 조준현, 형법각론, 법원사, 2012.
 진계호/이존걸, 형법각론, 대왕사, 2008.

2. 논문

- 김현우, “부동산실명법 제4조에서 명의수탁자의 지위의 형법해석상 문제와 개정방향—대법원 2010. 9. 30. 선고 2010도8556 판결을 중심으로—”, 법과 정책연구 12집 1호, 한국법정책학회, 2012. 3, 63-86쪽.
 박달현, “부동산실명법의 시행과 부동산명의신탁의 형사법적 문제점 검토”, 비교형사법연구 제6권 2호, 한국비교형사법연구,

2004, 109-136쪽.

박달현, “명의신탁부동산의 임의처분과 형사책임”－부동산명의신탁의 유형비교를 통한 체계적 검토를 중심으로－, 경영법학 17집 4호, 한국경영법률학회, 2007, 409-436쪽.

박상기, “부동산명의신탁과 횡령죄”, 형사판례연구 제6집, 형사판례연구회, 1998, 266-280쪽.

백재명, “부동산의 명의신탁과 횡령죄”, 형사판례연구 제7집, 형사판례연구회, 1999, 367-383쪽.

백정현, “명의신탁부동산의 처분과 형사책임”, 재판과 판례 11집, 대구지방법판례연구회, 2002, 131-168쪽.

서상문, “부동산실권리자명의등기에관한법률 시행 전후의 명의수탁자의 처분행위에 대한 형사책임에 관한 연구”, 법학연구 21권 1호, 충북대학교 법학연구소, 2010, 101-123쪽.

서요한 “명의신탁된 부동산 영득행위의 죄책”, 재판실무 제2집, 창원지방법원, 2005, 397-413쪽.

손동권, “명의신탁부동산의 처분행위에 대한 횡령죄의 성립여부”, 고시연구, 고시연구사, 1997. 12, 40-50쪽.

손동권, “부동산실권리자명의등기에관한법률과 명의신탁부동산처분행위의 죄책”, 형사재판의 제문제 제4권, 대법원형사실무연구회, 박영사, 2003, 164-187쪽.

양창수, “부동산실명법 제4조에 의한 명의신탁의 효력－소위 등기명의신탁을 중심으로－”, 법학, 서울대법학연구소, 1997. 5, 52-93쪽.

오영근, “2010년 형법 중요 판례”, 인권과 정의, 대한변호사협회, 2001. 3, 51-66쪽

윤상민, “금지되는 명의신탁 부동산의 처분행위와 관련한 형사책임”, 원광법학 23권 1호, 원광대법학연구소, 2007, 183-200쪽.

- 이보영, “부동산 명의신탁과 형사책임”, 법학연구 33집, 한국법학회, 2009. 2, 311-333쪽.
- 이주일, “명의신탁과 형사처벌에 관한 재검토”, 법학연구 29집, 한국법학회, 2008, 267-287쪽.
- 장영민, “명의신탁된 부동산영득행위의 죄책”, 월간 고시계, 고시계사, 1997. 12, 32-41쪽.
- 천진호, “명의신탁부동산 처분행위와 형사책임”, 비교형사법연구 제4권 제1호, 한국비교형사법학회, 2002, 457-494쪽.
- 최상욱, “명의신탁부동산의 처분과 형사책임”, 형사법연구 제13권, 한국형사법학회, 2000, 183-202쪽.

[Abstract]

Disposal of the Title Trust Premise and Embezzlement

Sang-Chul Lee*

A title trust is an agreement between the possessor of the title trust and the trustee which places the trustee's name on Register Book as the holder of its external rights, but internally the title trust owner holds all rights and exercises practically the rights therein. A title trust is usually created for real estate, but it is a part of a legal system unique to Korea which is rarely found in foreign judicial cases, so its effectiveness has been recognized mainly by judicial cases in Korea. So, in the past, the court decided that if a title trustee disposed of a concerned piece of real estate against the will of the trustee owner in regards to custody and trust, the trustee was in fact guilty of embezzlement. From that time, the 'ACT ON THE REGISTRATION OF REAL ESTATE UNDER ACTUAL TITLE HOLDER'S NAME'

was enacted and went into effect on July 1, 1995 for the purpose of preventing anti-social activities such as speculation, tax evasion, and manipulation of the laws so now it is prohibited to register any property or holding in the name of another. Therefore, any contract which violates this law and involves change to the true rights of ownership is deemed null and void. Meanwhile, if a title trustee who makes a contract for title trust in violation of the above law disposes of the real estate at will, it is civilly

* Partner lawyer, Dimension law group

invalid, though the core controversy remains over whether the title trustee should be subject to criminal punishment in order to recognize the relationship between custody and trust. There are various types of title trusts such as the so-called bilateral title trust, a tripartite title trust, the contract title trust. There are opposing theories for each of the above types which admit the crime of embezzlement and others which negate it. The logical basis of the theory of negation of embezzlement is that the concerned law must be interpreted in relationship with civil law or other laws and in the context of the entire legal system, and that only criminal law cannot protect the person who has suffered property damage from the punishment for something defined as illegal in other laws. The theory of affirmation of embezzlement is based on the logic that the status of custodian of the property, which is a component of embezzlement, should be interpreted actively according to the independent principle of the law within the criminal law system. Though the law on the real-name property ownership defines title trust as illegal and does not recognize the civil effectiveness of a title trust agreement and the change in property rights based on it. In fact, the necessity for criminal sanction against a person who makes profits by disposing of the property of the possessor of the title trust cannot be deprived completely, and thus it is thought that even if a title trust agreement becomes invalid, the relationship of custody and trust may well be protected under criminal law if there exist certain legal conditions making it possible for the possessor of the title trust to get the property redeemed from the trustee. For example, in a tripartite title trust relationship, if the title trust agreement between the possessor of the title trust and the trustee is nullified and the change in the property right by the transfer of the ownership in the name of the title trustee based on it is also nullified, it is deemed that the ownership belonged

to the seller from the beginning. Then the seller can exercise the right of claim and the cancellation of the registration of the transfer of ownership in order to restore to the original state before the transfer of ownership deemed invalid for the possessor of the title trust. If the ownership returns to the seller by the exercise of the claim of the cancellation of the registration, the possessor of the title trust can retrieve the object of sale by exercising the right of the registration of the transfer of ownership according to the sales contract with the seller (restricted to the contracts recognized effective as usual contracts that generate a claim). In such a legal relationship, it seems reasonable that the criminal law protects the possessor of the title trust who has actually contributed the property, regarding him/her as the victim in the relationship of custody and trust between the title trustee and the possessor of the title trust. The significance of this case is that it has declared that the basic agreement between the possessor of the title trust and the seller should be effective at least as a contract that generates a claim even if the title trust agreement is deemed invalid, so that the possessor of the title trust can make the registration of ownership transfer against the title trustee (subrogating the seller). So, as the possessor of the title trust is a corporation which cannot acquire farmland and thus cannot apply for the cancellation of ownership and the registration of ownership transfer against the seller, and in addition, the actual relationship of custody and trust between the possessor of the title trust and the title trustee cannot be recognized, then it is decided that the title trustee cannot be punished for embezzlement even if he/she disposes of it.

Key Words : title trust, embezzlement, custody, trust, tripartite title trust, contract title trust