

부동산 명의신탁에 관한 민·형법의 통합적 연구

A Synthetic Study with Civil Law and Criminal Law on the Title Trust upon a Real Estate

이 상 태*
Lee, Sang-Tae

목 차

- | | |
|----------------------------------|--------------------------|
| I. 서론 | IV. 형법상 죄책에 관한 견해의 난립 원인 |
| II. 부동산 명의신탁의 연혁과 배임죄·
횡령죄 개관 | V. 민법과 형법의 상호관계 획정기준 |
| III. 부동산 명의수탁자의 지위와 죄책 | VI. 결론 |

오늘날 우리의 사회생활이 복잡화·전문화됨에 따라 각 고유한 생활영역을 규율하는 특별법들이 제정되고 있다. 이러한 특별법 중에는 공법·사법·형사법 등에 관련되는 규정을 모두 포함하고 있는 것이 많다. 그중의 하나로서 부동산실명법을 들 수 있다. 따라서 이 법률의 규정들을 해석함에 있어서는, 민법과 형법은 물론 그 외에 다른 다양한 법적 관점들을 동시에 동원하여 통합적 접근을 해야 할 필요성이 절실히 요구되고 있다.

본고에서는 특히 민법과 형법의 통합적 연구가 필요한 영역 가운데 부동산 명의신탁에 있어서 명의수탁자가 신탁부동산을 임의로 제3자에게 처분한 경우만을 고찰하였다.

구체적으로는, 먼저 부동산 명의신탁의 연혁과 형법상 배임죄와 횡령죄에 관한 기초적인 이론을 정리해 보고(II), 이어 이를 바탕으로 하여, 명의수탁자가 신탁부동산을 임의로 제3자에게 처분한 행위에 관하여, 부동산 명의신탁의 유형에 따른 민법상 법리와 이에 대한 형법상 죄책에 관한 여러 견해들을 살펴본 후(III), 형법상 죄책에 관한 견해의 혼란에 대한 원인을 분석해 보고(IV), 민법과 형법의 상호관계획정에 관한 기준설정을 모색해 본 후(V), 결론을 맺었다(VI).

결론을 요약하면 다음과 같다. 즉, 부동산실명법이 명의신탁약정 자체를 사법상 무효라고 규정하고 있고 명의신탁자와 명의수탁자를 형사처벌하는 규정을 두고 있는 이상, 명의

투고일 : 2014. 12. 31. / 심사의뢰일 : 2015. 1. 13. / 게재확정일 : 2015. 2. 3.

* 건국대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사

Professor, Konkuk University Law School

수탁자에게는 더 이상 신탁부동산의 보관자로서의 지위가 인정될 수 없을뿐더러, 명의신탁자와 명의수탁자 두 사람 사이의 신탁관계는 법적으로 보호되어야 할 관계에 해당하지 않는다. 더구나 대법원 판례는 사법적으로 명의신탁약정을 불법원인급여에 해당하지 않는 것으로서 해석하고 있기 때문에, 명의신탁자가 명의수탁자에 대하여 소유권의 회복 또는 부당이득의 반환을 청구할 수 있는 길을 열어 두고 있다. 그러함에도 불구하고 명의수탁자가 신탁부동산을 임의로 처분한 때에 배임죄 또는 횡령죄가 성립한다고 하는 것은 형법의 자기모순이며, 형법의 보충성의 원칙에 비추어서 또한 형사정책적으로도 타당하지 않다. 따라서 부동산 명의신탁의 유형을 불문하고 명의수탁자의 위와 같은 행위에 대해서는 형법상 배임죄 또는 횡령죄가 성립하지 않는다고 보아야 할 것이다.

[주제어] 통합적 접근, 명의신탁약정, 불법원인급여, 명의신탁자, 명의수탁자, 배임죄, 횡령죄

I. 서 론

오늘날 우리 사회는 과거 어느 시기에도 볼 수 없었던 급속한 변화를 해 나가고 있으면서 사회현상도 동태적이면서 다양하고 복잡해지고 있다. 이에 따라 사회현상을 규율하는 법규범도 끊임없이 변화와 혁신을 추구해 나가고 있다.

그러기 위해서 우리나라에서도 일찍부터 법규범의 해석론에 있어서 인접하고 있는 학문과의 ‘학제적(學際的 ; inter-disciplinary) 연구방법’의 도입이 필요하다는 것이 주장되어 오고 있다. 즉, 법현상을 해석함에 있어서, 예컨대 법경제학, 법사회학, 법심리학, 법인류학 등과의 교류가 절실히 필요하다는 것이다.¹⁾

최근에는 인접 학문을 넘어서 원근을 불문하고 관련 다른 학문과의 교류와 통합이 필요하다는 의미에서, 사회과학 간의 ‘교학적(交學的) 연구(cross-disciplinary study)’라거나 문과와 이과 간의 ‘초학적(超學的) 연구(trans-disciplinary study)’ 또는, ‘통섭(Consilience)의 연구’라는 용어까지 생겨나 있기도 하다.²⁾

우리나라에서도 2009년 새롭게 출범한 법학전문대학원 체제 아래에서 전문법학 과목

1) 최송화, “법과 정책에 관한 연구 -시론적 연구-”, 법학 제26권 제4호, 서울대학교, 1985, 88-89쪽. 최근 2014년 10월 18일 사법정책연구원이 한국공법학회, 한국형사법학회, 고려대 법학연구원과 함께 ‘공법과 형사법의 접점’을 주제로 하는 공동학술대회를 개최한 것은 시사하는 바가 크다고 하겠다.

2) 학문의 통섭을 잘 보여 주는 대표적인 것으로 인지과학(cognitive science)을 들고 있다. 인지과학은 인간의 인지능력과 의식 등 다양한 심리현상을 언어학·심리학·철학·컴퓨터공학·신경생리학·뇌과학 등이 함께 연구하는 학문이라고 한다. 김준성, “‘통섭(通攝) : Consilience’의 의미 -휴웰(Whewell)의 귀납적 통섭에 대한 분석-”, 인문과학연구논총 제29호, 명지대학교 인문과학연구소, 2008, 68쪽.

이외에도, 다양한 법 분야가 융합될 수 있는 ‘융합·결합과목’을 의무적으로 개설하고 교육할 것을 법학전문대학원의 ‘평가기준’으로 마련하고 있으며,³⁾ 또한 변호사시험에서도 종전의 헌법 및 행정법 분야를 합한 공법, 민법·상법 및 민사소송법 분야를 합한 ‘민사법’, 형법 및 형사소송법 분야를 합한 ‘형사법’ 등의 과목의 시험을 실시하도록 함으로써, 법학 간의 융합적 연구가 당연한 것으로 자리 잡아 가고 있다고 하겠으며, 이러한 추세에 비추어 본다면 앞으로 여기서 더 나아가 법학과 다른 학문 간의 융합적 연구에도 더욱 박차를 가할 것이 예상된다.

그렇지만 현재 우리의 현황을 보면 아직도 정작 법학 과목 안에서의 전공을 넘나드는 연구는 그다지 활발하지는 못한 실정에 있다. 그동안 넓은 의미에서 사법의 영역인 민법과 상법, 민법과 민사소송법 간에는 통합적 연구가 꾸준히 행해져 왔다고 할 수 있으나, 법의 목적을 전혀 달리하는 민법과 형법 간의 통합적 연구는 별로 행해지지 않았다고 해도 과언이 아니라고 하겠다. 그러나 오늘날 민법과 형법의 관점뿐 아니라 그 외에 다른 다양한 법적 관점을 함께 동원할 필요가 있는 법적 영역들까지 생겨나고 있음을 볼 때, 민법과 형법이라는 전공의 벽을 넘어, 민법과 형법의 통합적 연구의 필요성이 증대하고 있다고 하겠다.

이와 같이 민법과 형법의 통합적 연구가 필요한 주제 가운데 특히 형법의 재산범죄에 관한 규정을 해석하고 적용함에 있어서 필연적으로 민법상 재산의 개념, 소유권이나 점유의 개념, 사기나 부당이득의 개념, 그리고 물권이나 채권에 관한 권리변동이론 등을 바탕으로 하여 검토하고 판단하지 않을 수 없다. 물론 민법의 규범목적과 형법의 규범목적의 서로 차이가 있기 때문에, 이러한 민법상의 개념이나 법리가 형법의 해석과 적용에 있어서 그대로 적용될 수는 없겠지만, 그것이 일정 부분이긴 하지만 형법을 해석하고 적용함에 있어서 영향을 미치고 있기에 민법이론과 형법이론과의 관계를 통합적으로 연구할 필요가 있는 것이다.

그런데 구체적으로 민법이론과 형법이론이 교착하는 법적 영역으로는 민법상 부동산의 ‘소유자가 과연 누구인가’에 따라, 형법상 배임죄 또는 횡령죄 성립 여부가 문제되는 경우를 들 수가 있다. 이러한 경우 중 대표적인 것으로 ① 양도담보, ② 부동산 명의신탁(名義信託), ③ 이중매매(이중양도) 세 가지를 들 수 있다. 즉, ① 양도담보권자가 담보목적물을 변제기 전 임의로 제3자에게 처분한 경우, ② 부동산 명의수탁자가 역시 임의로 제3자에게 신탁부동산을 처분한 경우, ③ 매매목적물을 이미 매도한 매도인이 다시 이를

3) 대한변호사협회 법학전문대학원평가위원회, 법학전문대학원 평가기준, 2011, 43쪽 참조.

제3자에게 이중으로 매도(이중양도)한 경우에 이들이 ‘타인의 사무를 처리하는 자’ 또는 ‘타인의 재물을 보관하는 자’에 해당되어서 과연 형법상 배임죄 또는 횡령죄에 문책할 수 있는가가 문제되고 있다. 여기서 문제의 핵심은 민법상 채무불이행이나 부당이득 등이 문제되는 영역에 과연 배임죄 또는 횡령죄의 죄책을 물으면서 형법이 개입할 수 있을 것인가에 있다고 할 수 있다.

지금까지 그동안 이 문제와 관련하여 주로 형법전공 학자들에 의하여 배임죄나 횡령죄의 본질을 비롯하여 구성요건 해당성, 기수와 미수시기 등에 관하여 논의가 행해져 왔지만, 민법전공 학자들의 시각에서 과연 일반 민사책임이 문제되는 영역에 형법의 개입이 필요한지, 필요하다면 그것이 정당화될 수 있는지, 또한 형법의 개입으로 바람직한 결과가 초래되는지 등에 관한 연구는 상당히 미미하다고 할 수 있다.

그러나 여기서 민법이론과 형법이론이 교착하는 위와 같은 법률적 문제들을 모두 다룬다는 것은 한계가 있기 때문에, 본고에서는 부동산 명의신탁에 있어서 명의수탁자가 신탁부동산을 임의로 제3자에게 처분한 경우만을 다루기로 한다.

본고에서는, 먼저 부동산 명의신탁의 연혁과 형법상 배임죄와 횡령죄에 관한 기초적인 이론을 정리해 보고(Ⅱ), 이어 이를 바탕으로 하여, 명의수탁자가 신탁부동산을 임의로 제3자에게 처분행위와 관련하여, 부동산 명의신탁의 유형에 따른 민법상 법리와 이에 대한 형법상 죄책에 관한 여러 견해들을 살펴본 후(Ⅲ), 형법상 죄책에 관한 견해의 혼란에 대한 원인을 분석해 보고(Ⅳ), 민법과 형법의 상호관계획정에 관한 기준설정을 모색해 본 후(Ⅴ), 결론을 맺기로 한다(Ⅵ).

Ⅱ. 부동산 명의신탁의 연혁과 배임죄·횡령죄 개관

1. 부동산 명의신탁의 연혁

종래 우리 대법원은 판결을 통하여 주로 부동산에 대하여 명의신탁이라는 제도를 확립하여 왔었다. 판례는 명의신탁을 대내관계에 있어서는 신탁자가 소유권 기타의 권리를 보유하고 그 재산을 관리·수익하고 있으나 공부(公簿)상의 명의만은 수탁자로 하여 두는 것으로 파악하고 있다.⁴⁾

4) 대법원 1987. 5. 12. 선고, 86다카2653 판결; 대법원 1993. 11. 9. 선고, 92다31699 판결.

이러한 명의신탁은 원래 일제시대 토지조사령(1912년) 및 임야조사령(1918년)에 의한 토지 및 임야의 사정(査定) 당시, 종중재산을 종중 자체의 명의로 등기하는 방법이 없어서 편의상 종중원 일부의 명의로 사정을 받고 그 명의로 등기를 하게 된 것에서부터 비롯된 것이다. 조선고등법원이 1912년 10월 29일 명의신탁이론으로써 종중재산을 인정해 주는 한편 소유명의자로부터 그 재산을 양수한 제3자를 보호한 판결을 한 이래, 현행 민법이 시행된 이후에도 대법원은 이를 명의신탁이라고 하면서 일련의 명의신탁이론을 전개하여 왔다.

그런데 이러한 명의신탁이 악용 또는 남용되는 일이 많아지자, 이를 방지하고 부동산 거래질서를 확립하고자, 1990년 부동산등기특별조치법을 제정하여 명의신탁에 관한 특별규정을 두었다. 즉, 조세부과의 면탈·시점 간의 가격변동에 따른 이득취득·소유권변동을 규제하는 법령의 회피를 목적으로 하는 명의신탁만을 금지하고, 위반자에게는 벌칙을 가하도록 규정하였다(동법 제7조 이하).

그러나 이미 실시하고 있는 금융거래에 있어서 실명제와 함께 부동산거래에 있어서도 실명제를 실시할 필요가 있었다. 드디어 1995년 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률(이하 부동산실명법이라 한다)을 제정하여 명의신탁을 원칙적으로 금지하기에 이르렀다. 다만, 이 법의 명의신탁약정에 해당하지 않거나 이 법의 규율을 받지 않고서 부동산 명의신탁이 예외적으로 허용되는 경우도 인정되고 있다.

2. 배임죄·횡령죄 개관

그런데 부동산 명의신탁에서 형법적으로 가장 문제가 되는 것은 전술한 바와 같이 명의수탁자가 신탁부동산을 임의로 제3자에게 처분하는 경우 과연 형법상 배임죄 또는 횡령죄가 성립하는가이다.⁵⁾ 아래에서는 배임죄와 횡령죄에 관하여 본고의 주제와 관련되는 범위 내에서 간단히 살펴보기로 한다.

5) 명의수탁자에게 신탁부동산에 대한 보관자의 지위가 인정되면, 동시에 타인의 사무를 처리하는 지위도 인정될 여지가 있다. 배임죄 또는 횡령죄는 타인에 대한 신임관계를 위반한다는 점에서는 성질이 같고, 다만 그 객체가 다를 뿐이기 때문이다. 따라서 명의수탁자가 명의신탁자와의 위탁관계에 반하여 명의신탁 부동산을 임의로 처분했을 때, 우선 문제되는 것은 배임죄 또는 횡령죄의 성립 여부이다.

2.1 배임죄

2.1.1 의의

배임죄는 ‘타인의 사무를 처리하는 자’가 그 임무에 위배하는 행위에 의하여 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가함으로써 성립하는 재산범죄이다(형법 제355조 제2항).⁶⁾ 이에 따라 배임죄가 성립하려면, ① ‘타인의 사무를 처리하는 자’의 ‘임무위배행위’가 있을 것, ② 피해자에게 손해가 발생할 것, ③ 행위자 또는 제3자가 재산상 이익을 취득할 것의 요건 충족이 필요하다.

2.1.2 본질

여기서 ‘타인의 사무를 처리하는 자’의 의미가 무엇이며 그 범위를 어디까지 인정할 것인가는 배임죄의 본질을 어떻게 파악하는가에 따라 그 내용이 달라진다.

배임죄의 본질이 무엇인가에 관하여서는 ① 배신설, ② 사무처리의무 위반설이 대립한다.⁷⁾

먼저, 배신설은 배임죄의 본질을 타인의 재산을 보호해야 할 대내관계에서의 신임관계에 대한 위배에 있다고 본다. 이에 의하면 배임죄가 성립되는 데는 대리권의 존재를 필요로 하지 않으며 배임행위는 법률행위에 국한되지 않고, 사실상의 신임관계를 파괴하는 사실행위나 부작위행위로도 충분하다고 한다.⁸⁾

다음, 사무처리의무 위반설은 배임죄의 본질을 민법상의 사무처리의무가 있는 자가 그 임무에 위반하여 타인에게 재산상의 손해를 가하는 데 있다고 본다.⁹⁾

이 설은 행위자의 대내적 의무 위반을 배임으로 보고 있다는 점에서는 배신설과 같지만, 그 의무를 법률상의 재산보호의무에 한정한다는 점에서는 배신설과 차이가 있다.

판례는, ‘타인의 사무를 처리하는 자’라 함은 신임관계에 기초를 두고서 타인의 재산 관리에 관한 사무를 대행하거나 타인 재산의 보전행위에 협력하는 사람을 가리키며,

6) 대법원 2012. 3. 15. 선고, 2010도3207 판결 등.

7) 그 외에 권한남용설이 있지만 우리나라에서는 이를 취하는 학설은 없다.

8) 박상기, 형법각론 제8판, 박영사, 2011, 396쪽; 배종대, 형법각론 제7전정판, 홍문사, 2010, 549쪽; 손동권/김재운, 새로운 형법각론, 율곡출판사, 2013, 460쪽; 이재상, 형법각론 제9판, 박영사, 2013, 420쪽; 이형국, 형법각론, 법문사, 2007, 430쪽; 임웅, 형법각론 제4정판, 법문사, 2012, 464쪽; 정영일, 형법각론 제3판, 박영사, 2011, 404쪽 등.

9) 문형섭, “배임죄에 관한 연구”, 호남대학교 대학원 박사학위논문, 2001, 33쪽; 허일태, “배임죄에서의 행위주체와 손해의 개념”, 비교형사법연구 제6권 제2호, 한국비교형사법학회, 2005, 140-143쪽 등.

‘임무위배행위’라 함은 처리하는 사무의 내용·성질 등 구체적 상황에 비추어 법률의 규정·계약의 내용 또는 신의칙상 당연히 할 것으로 기대되는 행위를 하지 않거나 당연히 하지 않아야 할 것으로 기대되는 행위를 함으로써 본인과 사이의 신임관계를 저버리는 일체의 행위를 말한다고 판시¹⁰⁾함으로써, 배신설의 입장을 취하고 있는 것으로 보인다.

생각건대 전해의 차이는 ‘타인의 사무를 처리하는 자’의 범위 확정에 있다고 하겠다. 즉, 배신설을 논리적으로 관철하면, 모든 대내적 신임관계에 대한 위배 또는 배신하는 행위를 형사처벌하게 된다. 그런데 이는 민법상의 사적 자치의 원칙을 훼손할 우려가 있을 뿐 아니라, 형법이 취하고 있는 형사처벌에 대한 최소성의 원칙을 해친다. 따라서 배신설에서는 무한정 확대될 수 있는 배임행위의 범위를 합리적으로 제한하여 가벌성의 지나친 확장을 제한할 필요가 있다. 한편 사무처리의무 위반설을 관철하면 사실행위에 의한 신뢰관계의 훼손은 배임죄의 처벌에서 제외되나, 이러한 훼손도 피해자는 형법상 보호받을 필요가 있는 경우가 있다. 따라서 사무처리의무 위반설에서는 배임죄의 가벌성의 범위를 넓힐 필요가 있는 것이다.

이와 같이 배임죄에 있어서 ‘타인의 사무를 처리하는 자’의 의미와 그 범위확정에 의견이 분분한 논의의 중심에 서 있는 것 중의 하나가 부동산 명의신탁에서 명의수탁자의 신탁부동산의 임의처분행위에 대한 배임죄의 성립 여부인 것이다.

2.2 횡령죄

2.2.1 의의

횡령죄는 타인의 재물을 보관하는 자가 그 재물을 횡령하거나 반환을 거부함으로써 성립하는 재산범죄이다(형법 제355조 제1항). 이에 따라 횡령죄가 성립하려면, ① ‘타인의 재물을 보관’할 것, ② 횡령 또는 반환을 거부할 것의 요건이 필요하다.

2.2.2 본질

배임죄의 본질에 관하여서도 ① 월권행위설, ② 영득행위설, ③ 결합설이 대립한다.

먼저 월권행위설은 횡령죄의 본질이 자기가 보관하는 타인의 위탁물에 대하여 위탁자의 신임을 저버리고 권한을 초과하여 불법적으로 처분하는 데 있다고 한다.¹¹⁾ 이 설은

10) 대법원 2009. 12. 24. 선고, 2009다10898 판결; 대법원 2010. 3. 11. 선고, 2009다82244 판결 등.

11) 이러한 의미에서 불법처분설이라고도 한다.

우리 형법에서 영득의 의사를 필요로 한다는 취지가 명시되어 있지 않으므로, 횡령의 본질을 위탁자와의 신임관계의 침해에서 찾아야 한다고 한다.¹²⁾

다음, 영득행위설의 견해는 위탁된 보관물을 불법하게 영득하는 데 횡령죄의 본질이 있다고 한다. 따라서 횡령죄의 성립에는 불법영득의 의사가 필요하며, 횡령행위란 불법영득의 의사를 표현하는 일체의 행위라고 한다.¹³⁾

끝으로, 결합설은 횡령죄를 본질적으로 신뢰에 어긋나는 행동을 한다는 측면과 타인의 재물을 불법영득한다는 측면 모두를 가지고 있는 것으로 파악한다. 따라서 ‘불법영득’을 통한 ‘배신·월권행위’만이 횡령죄에 해당하는 것으로 본다. 다시 말하면 위탁에 관한 신임관계를 위반하여 타인의 물건을 불법적으로 영득하는 데에 횡령죄의 본질이 있다는 것이다.¹⁴⁾ 또 다른 결합설로서, 횡령죄의 기본성격은 영득행위에서 찾되, 반환거부의 경우에는 월권행위에서 찾아야 한다는 주장(이분설)도 있다.¹⁵⁾

판례는 횡령죄의 성립에 있어서 영득행위설의 입장에서 불법영득의 의사를 요구하고 있으며,¹⁶⁾ 그것이 없는 때에는 횡령죄의 성립을 부정하고 있다.¹⁷⁾

생각건대 횡령죄의 보호법익이 소유권이므로 당연히 소유권을 침해하는 의사인 불법영득의 의사가 있어야 한다고 해석하는 것이 자연스럽고, 신임관계의 위배(배신성)만으로는 횡령의 본질을 충분히 설명할 수 없다고 하겠다.

그 외에 문제되는 것은 횡령죄의 주체인 ‘타인의 재물을 보관하는 자’에 해당 여부도 문제가 된다. 여기서 후술하듯이 재물의 타인성 및 보관의 의미를 어떻게 파악하는가에 따라, 역시 부동산 명의신탁에서 명의수탁자의 신탁부동산의 임의처분행위에 대한 횡령죄의 성립 여부라는 문제가 얹혀져 있다.

12) 정성근/박광민, 형법각론 제3판, 삼지원, 2008, 415쪽.

13) 손동권/김재운, 앞의 주 8)의 책, 422쪽; 이영란, 형법학(각론강의) 제3판, 형설출판사, 2013, 382쪽; 이재상, 앞의 주 8)의 책, 389쪽; 이형국, 앞의 주 8)의 책, 411쪽; 임웅, 앞의 주 8)의 책, 424쪽 등.

14) 박상기, 앞의 주 8)의 책, 364쪽; 배종대, 앞의 주 8)의 책, 518쪽; 정영일, 앞의 주 8)의 책, 367쪽.

15) 오영근, 형법각론 제2판, 박영사, 2009, 462쪽.

16) 대법원 2000. 12. 27. 선고, 2000도4005 판결; 대법원 2010. 12. 23. 선고, 2008도8851 판결; 대법원 2011. 5. 26. 선고, 2011도1904 판결; 대법원 2013. 3. 14. 선고, 2011도7259 판결 등.

17) 대법원 1990. 3. 13. 선고, 89도1952 판결; 대법원 1999. 2. 23. 선고, 98도2296 판결; 대법원 2002. 7. 26. 선고, 2001도5459 판결 등.

Ⅲ. 부동산 명의수탁자의 지위와 죄책

1. 명의신탁이 허용되는 경우

1.1 민법상 명의수탁자의 지위

전술한 바와 같이 1995년 부동산실명법은 부동산 명의신탁을 원칙적 금지하였지만, 다만 이 법의 명의신탁약정에 해당하지 않거나 이 법의 규율을 받지 않고서 명의신탁이 예외적으로 허용되는 경우를 인정하고 있다. 그 가운데 특히 종종이 보유한 부동산에 관한 물권을 종종 이외의 자의 명의로 등기한 경우 또는 배우자 명의로 부동산에 관한 물권을 등기한 경우로서, 조세포탈·강제이행의 면탈·법령상 제한의 회피를 목적으로 하지 않는 때에는, 부동산실명법이 적용되지 않고, 명의신탁이 허용된다.¹⁸⁾

그런데 이와 같이 부동산실명법에 의해서도 그 유효성이 인정되는 명의신탁의 경우, 그 법률관계에 관해서는 부동산실명법 시행 이전의 이론이 그대로 적용된다고 하겠다.

부동산실명법 시행 전에, 대법원 판례는 부동산 명의신탁을 원칙적으로 유효한 것으로 파악하고 당사자의 법률관계를 이른바 관계적 소유권귀속설에 따라 다음과 같이 구성하였다.¹⁹⁾

즉, 명의신탁자는 명의수탁자에게 등기명의만 맡겨 둘 뿐, 내부관계에 있어서는 명의신탁자가 소유권을 그대로 보유하고, 신탁재산을 관리·수익한다. 따라서 명의신탁자는 명의수탁자에 대하여 실질적인 소유권을 주장할 수 있지만, 명의수탁자는 명의신탁자에

18) 그 이외에도 다음과 같은 경우 명의신탁이 허용된다. 즉, ① 채무의 변제를 담보하기 위하여 채권자가 부동산물권을 이전받거나 가등기하는 경우, 부동산의 위치와 면적을 특정하여 2인 이상이 구분소유하기로 하는 약정을 하고 그 구분소유자의 공유로 등기하는 경우(상호명의신탁), 신탁법이나 자본시장과 금융투자업법에 관한 법률에 의한 신탁재산인 사실을 등기하는 경우(부동산실명법 제2조 1호 단서), ② 등기나 등록에 의하여 공시되는 동산물권 및 광업권·어업권·무체재산권에 대한 명의신탁(동법 제3조 참조), ③ 부동산실명법 시행 전에 종교단체나 향교 등이 조세포탈·강제집행면탈의 목적 없이 부동산을 명의신탁한 경우(동법 제11조 제1항 단서).

19) 이와 같이 판례는 명의신탁의 유효성을 널리 인정하고 있었으나, 학설 중에는 부동산명의신탁을 통정허위표시(민법 제108조)로서 무효라고 하는 견해도 있었다. 이 견해에 의하면, 명의신탁에서는 소유권이전의 외관만이 가장적(假裝的)으로 만들어질 뿐이고 당사자들이 진정으로 소유권이 수탁자에게 이전되는 것을 의욕하지는 않았으며, 그 가장적으로 만들어 낸 외관의 효력을 부인하는 것에 관한 합의가 당사자 사이에 있으므로 명의신탁은 통정허위표시라고 파악하였다. 그리고 부동산실명법이 제정된 후에도 이 견해는 계속 유지되고 있다(곽윤직, 물권법 제7판, 박영사, 2006, 95쪽; 곽윤직/김재형, 물권법 제8판 전면개정, 박영사, 2014, 127쪽; 송덕수, 물권법, 박영사, 2012, 157쪽).

대하여 소유권을 주장할 수 없는 것으로 파악하였다.²⁰⁾

한편 외부관계에 있어서는 명의수탁자만이 완전한 소유자가 된다. 따라서 명의수탁자로부터 신탁부동산의 소유권을 취득한 제3자는 명의신탁관계에 관한 선·악의를 불문하고 소유권을 취득한다.²¹⁾ 그 결과, 명의신탁자의 일반채권자는 신탁부동산에 대해 강제집행을 할 수가 없다. 또한 제3자가 신탁부동산을 불법적으로 점유하거나 훼손하여도, 명의수탁자만이 물권적 청구권을 행사할 수가 있고, 명의신탁자는 명의수탁자를 대위하여서만 방해배제나 목적물반환청구를 할 수 있는 지위를 가질 뿐이었다.²²⁾²³⁾

1.2 형법상 명의수탁자의 죄책

그런데 대법원 판례가 명의신탁에 관한 사법적인 법률관계를 위와 같이 파악하면서도, 명의수탁자가 임의로 신탁부동산을 처분한 경우에 횡령죄 성립 여부에 관해서는 그 입장에 변동이 있었다. 즉, 대법원의 1970년의 판결²⁴⁾은 명의수탁자가 신탁부동산을 제3자에게 임의로 처분한 경우 명의수탁자는 신탁부동산에 대하여 대외적 관계에 있어서는 단독소유자라고 하면서 그에게 배임죄는 별론으로 하고 횡령죄는 인정될 수 없다고 하였다.

그러나 이러한 입장은 1971년 대법원 전원합의체 판결²⁵⁾에 의하여 변경되었다. 이 판결의 다수의견은, 명의수탁자가 신탁부동산을 타인에게 처분하면 자신이 점유하는

20) 대법원 1982. 6. 22. 선고, 82다카247·248 판결; 대법원 1993. 11. 9. 선고, 92다31699 판결 등.

21) 대법원 1963. 9. 19. 선고, 63다388 판결.

22) 대법원 1979. 9. 25. 선고, 77다1079 판결; 대법원 1989. 7. 25. 선고, 88다카7207 판결; 대법원 1991. 10. 22. 선고, 91다17207 판결; 대법원 1992. 12. 22. 선고, 92다40204 판결 등.

23) 이러한 판례의 입장과는 달리, 이른바 절대적 소유권설을 주장하는 견해도 있다. 즉, 물권법정주의와 부동산물권변동에 관하여 형식주의를 채택하고 있는 우리 민법의 해석상 명의신탁의 경우 소유권은 대외적은 물론 대내적으로도 명의수탁자에게 완전히 이전되고, 단지 명의수탁자는 명의신탁자에 대하여 신탁 목적에 따른 채무를 부담하는 것에 불과한 것으로 파악하기도 한다(권오창, “명의신탁이론의 재검토—종래 학설·판례상의 몇 가지 문제점을 중심으로—”, 민사판례연구 23집, 민사판례연구회, 2001, 162-164쪽).

24) 대법원 1970. 8. 31. 선고, 70도1434 판결.

25) 대법원 1971. 6. 22. 선고, 71도740 전원합의체 판결. 그리고 이 판결의 결론이 된 다수의견에 대하여는 종래 민사판례에서 대법원이 취하고 있던 ‘소유권의 관계적 귀속’(즉, 내부적 소유권자와 외부적 소유권자를 분리)을 형사판결에까지 확장한 것이라고 평가한다(양천수, 부동산 명의신탁, 영남대학교 출판부, 2010, 104쪽). 부동산실명법 시행 후에도 이와 같은 판결의 취지를 따르는 판결로는 대법원 1989. 10. 24. 선고, 89도1605 판결; 대법원 1994. 11. 25. 선고, 93도2404 판결이 있다.

명의신탁자 소유의 부동산을 횡령하는 행위가 된다고 하면서, 위의 1970년 판결을 폐기한 바가 있다.²⁶⁾

따라서 이러한 판례의 이론은, 현재 부동산실명법상 허용되고 있는 종종 부동산의 명의신탁 및 배우자 명의신탁의 경우에 그대로 타당하고 있다고 하겠다.

2. 명의신탁이 금지되는 경우

2.1 문제의 제기

부동산실명법은 원칙적으로 명의신탁을 금지하고 있다. 즉, 이 법에서는 명의신탁약정을 무효로 하고(동법 제4조 제1항), 그리고 명의신탁약정에 따라 행하여진 등기에 의한 부동산에 관한 물권변동도 무효로 한다(동법 제4조 제2항). 다만, 거래의 안전을 보호하기 위하여, 이와 같은 무효를 가지고 제3자에게 대항하지 못하도록 규정하고 있다(동법 제4조 제3항). 이에 따라 명의수탁자가 자기의 명의로 등기되어 있는 신탁부동산을 제3자에게 처분하고 이전등기를 마친다고 하더라도 제3자는 결과적으로 소유권을 취득할 수 있게 된다.

그리고 실명등기를 위반한 명의신탁자는 과징금, 이행강제금, 형사처벌이 부과되며,²⁷⁾ 나아가 실명등기의무를 위반한 명의수탁자도 형사처벌이 부과된다.²⁸⁾

그런데 이와 같이 부동산실명법에 의하여 명의신탁행위가 금지되었음에도 불구하고 우리 사회의 현실에서는 여전히 일정한 사회적 수요에 의하여 명의신탁이 근절되지

26) 이 대법원 전원합의체 판결의 소수의견은 명의수탁자는 대외적 관계에 있어서는 물론 대내적 관계에 있어서는 신탁부동산의 소유자이므로 그의 신탁부동산의 처분행위는 자신의 소유물을 처분한 것이 되어 횡령죄를 구성하지 않는다고 하였다.

27) 실명등기를 위반한 명의신탁자에게는 해당 부동산 가액(價額)의 100분의 30에 해당하는 금액의 범위에서 과징금이 부과된다(부동산실명법 제5조). 그리고 과징금을 부과받은 자는 지체 없이 해당 부동산에 관한 물권을 자신의 명의로 등기하여야 하는데, 계속하여 실명등기를 하지 않을 경우에는 이행강제금을 추가하여 부과한다. 이행강제금은 과징금 부과일부터 1년이 지난 때에 부동산평가액의 100분의 10에 해당하는 금액을, 다시 1년이 지난 때에 부동산평가액의 100분의 20에 해당하는 금액을 각각 이행강제금으로 부과한다(동법 제6조). 다만, 매도인이 선의인 계약명의신탁의 경우에는 이행강제금이 부과되지 않으며, 또한 신탁자가 자신의 명의로 등기할 수 없는 정당한 사유가 있는 경우에는 그 사유가 소멸될 때까지 이행강제금에 관한 규정이 적용되지 않는다(동법 제6조 제1항 단서). 나아가, 실명등기의무를 위반한 명의신탁자 및 그 교사자는 5년 이하의 징역 또는 2억 원 이하의 벌금에 처해지게 된다(동법 제7조).

28) 실명등기를 위반한 명의신탁자 및 그 교사자는 3년 이하의 징역 또는 1억 원 이하의 벌금에 처해지게 된다(부동산실명법 제7조).

않고 있다. 그렇다면 이 법률에 위반하여 명의신탁약정을 체결한 명의수탁자가 자신의 이름으로 등기가 되어 있는 것을 기화로 신탁부동산을 임의로 제3자에게 처분한 경우에, 부동산실명법이 정하고 있는 위와 같은 형사처벌 이외에, 이 법 시행 이전과 마찬가지로 횡령죄로 처벌할 수 있는지 또는 배임죄로 처벌할 수 있는지 여부가 문제된다.

한편 부동산실명법이 규율하는 명의신탁은 일반적으로 크게 세 가지의 모습으로 분류되어서 논의되고 있다. 즉, ① 이전형 명의신탁(2자 간 등기명의신탁), ② 중간생략형 명의신탁(3자 간 등기명의신탁), ③ 계약명의신탁(위임형 명의신탁)이 그것이다. 아래에 서는 이러한 유형에 따라 각각의 법리를 고찰해 보기로 한다.

2.2 이전형 명의신탁

2.2.1 민법상 명의수탁자의 지위

‘이전형 명의신탁’은 부동산의 소유자(명의신탁자)²⁹⁾가 명의신탁약정에 의하여 타인(명의수탁자) 명의로 등기를 이전하는 형식의 명의신탁을 말한다(2자 간 등기명의신탁). 이 경우에는, 부동산실명법 제4조에 의하여, 명의신탁약정 및 이에 따라 행해진 등기에 의한 물권변동이 무효가 되므로, 원권리자인 명의신탁자는 여전히 소유권을 보유한다. 따라서 명의수탁자는 명의신탁자에 대한 관계에서는 물론, 제3자에 대한 관계에서도 소유권을 주장할 수 없게 되는 지위에 있게 된다.

그렇다면 명의수탁자는 자신의 명의로 행해진 소유권이전등기를 말소하여야 하는가 문제가 된다. 여기서 분명한 것은 명의신탁약정이 무효이기 때문에 명의신탁자는 명의수탁자를 상대로 하여 명의신탁해지를 원인으로 하여서는 소유권이전등기의 말소를 청구하거나 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기를 청구할 수가 없다.³⁰⁾ 그러나 명의신탁자가 여전히 소유권을 보유하게 되기 때문에, 소유권에 기한 방해배제청구로서는 명의수탁자에 대하여 소유권이전등기의 말소를 청구할 수 있지는 않는지 의문이 제기된다. 이에 대한 대답은 명의신탁이 민법 제746조의 불법원인급여에 해당하는가의 문제와 결부가 된다.³¹⁾ 만약 명의신탁약정에 의한 명의수탁자의 부동산등기 취득이 민

29) 소유권 이외의 물권에 대해서도 명의신탁이 금지되고 있으나, 실제로는 주로 소유권을 명의신탁하는 경우가 많을 것이므로, 아래에서는 소유권을 명의신탁하는 경우를 중심으로 고찰한다.

30) 대법원 2007. 6. 14. 선고, 2005다45140 판결.

31) 대법원 1979. 11. 13. 선고, 79다483 전원합의체 판결은, 민법 제746조의 불법원인급여에 해당하여 부당 이득반환청구를 하지 못한다면 소유권에 기한 물권적 청구권인 반환청구도 행사할 수 없을 뿐 아니라

법 제746조의 불법원인급여에 해당한다³²⁾면 명의신탁자는 부당이득반환청구를 할 수 없을 뿐 아니라 소유권회복을 위한 방해배제청구권의 행사도 불가능하고, 따라서 소유권의 최종귀속자는 명의수탁자가 된다고 할 것이다. 반대로 그것이 불법원인급여에 해당하지 않는다³³⁾면 무효인 명의신탁에 기한 등기이전에 대하여 명의신탁자는 명의수탁자에게 대하여 부당이득의 반환청구는 물론 소유권에 기한 방해배제청구권에 의하여 소유권이전등기의 말소를 청구할 수 있다는 결론을 내리게 될 것이다.

생각건대 모든 명의신탁을 일률적으로 사회질서에 반하는 법률행위로 보기 어려우며, 부동산실명법 자체가 신탁자 명의로의 등기회복이 가능하다는 것을 전제로 하여 그 불이행에 따른 이행강제금 제도를 두고 있음에 비추어 보면, 명의신탁이 불법원인급여에 해당된다고 보기는 어렵다.³⁴⁾ 판례도 부동산의 소유자명의신탁을 불법원인급여에 해당하지 않는다고 한다.³⁵⁾ 따라서 명의신탁자는 명의수탁자에 대하여 소유권에 기한

급여한 물건의 소유권은 급여를 받은 상대방에게 귀속된다고 한다.

- 32) 이러한 견해에서는 부동산실명법이 금지하는 명의신탁은 민법 제103조의 반사회질서의 법률행위에 해당하므로 민법 제746조의 불법원인급여에 해당하여 명의신탁자는 부당이득반환청구는 물론 물건적 청구권도 행사할 수가 없고, 이렇게 해석하는 것이 부동산실명법의 규제의 실효성을 높이는 것이라고 한다. 권용우, “금지된 명의신탁과 부동산소유권의 귀속”, 법학논총 제30권 제2호, 단국대학교 법학연구소, 2006, 157쪽; 김상용, 채권각론, 화산미디어, 2009, 547쪽; 박상기, “부동산명의신탁과 횡령죄”, 형사판례연구(6), 형사판례연구회, 1998, 275-276쪽.
- 33) 이러한 견해에서는 단순히 부동산실명법을 위반하였다고 하여 민법 제103조 위반으로는 볼 수 없고, 또한 명의신탁자의 반환청구를 부정한다면 수탁자에게 부당이득을 허용하는 것이 되어 정의(正義)의 관념에 반한다고 한다. 강태성, “명의신탁에 있어서의 여러 가지 문제점”, 법학논고 제15권, 경북대학교 법학연구소, 1999, 68쪽; 이은영, 물권법 제4판, 박영사, 2006, 283쪽; 손동권, “명의신탁 부동산의 처분행위에 대한 횡령죄의 성립 여부 -특히 ‘부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률’과 관련하여-”, 고시연구 24권 12호, 고시연구사, 1997.12, 44-46쪽.
- 34) 이상태, 물권법 8정판, 법원사, 2013, 311~312쪽. 그리고 양창수, “명의신탁에 대한 규율 재고 -부동산실명법 시행 5년의 평가와 반성-”, 민법연구 제6권, 박영사, 2001, 175-176쪽에서도, 자기가 사실적으로 그 이익을 전적으로 향유하는 부동산을 법적으로 다른 사람 명의의 소유로 하는 것은, 비록 예컨대 명의수탁자가 신탁부동산을 제3자에게 임의로 양도하거나 또는 명의수탁자의 채권자가 이를 압류하여 경매에 붙이는 경우에 명의신탁자는 그 효력을 부인하지 못하고, 원래대로 소유권을 회복하지 못하는 위험이 따르는 하지만, 기본적으로는 각자의 자유에 속하는 문제로서, 만일 그것이 혹 조세의 포탈이나 법규적용의 회피와 같은 불법한 목적으로 행하여졌다면 그 행위에 대하여 조세포탈로서 또는 당해 법규의 위반으로 형벌 기타의 제재를 가하면 족한 것이고, 명의신탁 자체가 그 성질상 당연히 위법하다고 하는 것은 부당하다고 한다.
- 35) 대법원 2003. 11. 27. 선고, 2003다41722 판결(부동산실명법이 규정하는 명의신탁약정은 부동산에 관한 물권의 실권리자가 타인과의 사이에서 대내적으로는 실권리자가 부동산에 관한 물권을 보유하거나 보유하기로 하고 그에 관한 등기는 그 타인의 명의로 하기로 하는 약정을 말하는 것일 뿐이므로, 그 자체로 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하는 경우에 해당한다고 단정할 수 없을 뿐만 아니라, 위 법률은 원칙적으로 명의신탁약정과 그 등기에 기한 물권변동만을 무효로 하고 명의신탁자가 다른 법률관계에 기하여

방해배제청구로서 소유권이전등기의 말소를 청구할 수 있다고 하겠다. 나아가, 명의신탁의 대상이 된 부동산에 관하여 자기 명의로 소유권이전등기를 마친 적이 있었던 명의신탁자는 명의수탁자를 상대로 진정명의회복을 원인으로 한 이전등기를 청구할 수도 있을 것이다.³⁶⁾

2.2.2 형법상 명의수탁자의 죄책

그러면 이러한 ‘이전형 명의신탁’의 경우에 명의수탁자가 신탁부동산을 제3자에게 임의로 처분한 때에 그는 부동산실명법에서 규정하고 있는 형벌 이외에 일반 형법상의 어떠한 죄책을 지는가야의 문제가 제기된다. 이와 관련해서는 부동산실명법에 의하여 무효가 되는 명의신탁약정에 입각하여 신탁부동산의 소유권이전등기를 취득하고 있는 명의수탁자가 여전히 보관자의 지위에 있는 것인지, 그리고 명의신탁 부동산은 타인의 재물로 인정할 수 있는지 등을 고찰할 필요가 있다.

2.2.2.1 횡령죄 긍정설

이와 관련해서 형법학계에서는 횡령죄의 성립을 인정하는 견해가 주류를 이루고 있는 것으로 보인다. 이 견해를 취하는 분들은 대체로 다음과 같은 근거들을 제시한다. 즉, 부동산실명법의 전 취지에 의하면 명의신탁자에게 소유권의 반환청구를 금지하는 것은 아니므로 명의수탁자는 명의신탁자에게 신탁부동산을 반환해야 하는 지위에 있다는 점,³⁷⁾ 부동산실명법이 명의신탁약정 및 물권변동의 무효를 제3자에게 대항하지 못하도록 규정하고 있어서(동법 제4조 제3항), 명의수탁자가 신탁부동산을 제3자에게 임의처분한 경우 결과적으로 제3자가 소유권을 취득하게 되므로, 명의수탁자는 무효인 등기명의자이지만 신탁부동산을 법률상 유효하게 처분할 수 있는 지위에 있고, 따라서 타인의 부동산을 보관하는 자의 지위에 있다는 점,³⁸⁾ 횡령죄에 있어서의 위탁관계는 객관적으

등기회복 등의 권리행사를 하는 것까지 금지하지는 않는 대신, 명의신탁자에 대하여 행정적 제재나 형벌을 부과함으로써 사적자치 및 재산권보장의 본질을 침해하지 않도록 규정하고 있으므로, 위 법률이 비록 부동산등기제도를 약용한 투기·탈세·탈법행위 등 반사회적 행위를 방지하는 것 등을 목적으로 제정되었다고 하더라도, 무효인 명의신탁약정에 기하여 타인 명의의 등기가 마쳐졌다는 이유만으로 그것이 당연히 불법원인급여에 해당한다고 볼 수 없다.); 대법원 2010.9.30. 선고, 2010도8556 판결.

36) 대법원 2002. 9. 6. 선고, 2002다35157 판결.

37) 이재상, 앞의 주 8)의 책, 400-401쪽; 같은 취지 손동권/김재운, 앞의 주 8)의 책, 438-439쪽; 이상철, “명의신탁부동산의 처분행위와 횡령죄 -3자간명의신탁에 관한 대법원 2010. 6. 24. 선고, 2009도9242 판결을 중심으로-”, 일감법학 제24호, 건국대학교 법학연구소, 2013. 2, 88쪽.

38) 장영민, “명의신탁된 부동산양득행위의 죄책”, 고시계 42권 12호(통권 490호), 국가고시학회, 1997, 37쪽.

로 존재하는 사실상의 관계이면 족하므로, 명의신탁자와 명의수탁자 사이에는 신탁부동산에 관하여 사실상 위탁관계가 인정될 수가 있다는 점³⁹⁾ 등을 든다.

2.2.2.2 횡령죄 부정설

이와 달리, 횡령죄 성립에 대한 부정설은, 부동산실명법에 따르면 명의신탁약정과 그에 기한 물건변동이 무효이므로 명의수탁자는 더 이상 부동산의 보관자의 지위에 있다고 할 수 없다는 점, 명의신탁약정 및 그에 기한 물건변동의 무효는 제3자에 대항하지 못하므로 등기는 무효지만 제3자에 대한 관계에서는 유효하므로 명의수탁자는 역시 유효하게 이를 처분할 수 있다는 점, 명의신탁은 민법 제746조의 불법원인급여에 해당하여 명의신탁자는 소유권의 반환을 청구할 수 없는 관계에 있기 때문에 명의수탁자의 소유권은 불법원인급여로 인한 보관물에 해당하므로 명의수탁자가 목적부동산을 처분하더라도 횡령죄는 성립할 수 없고 오로지 부동산실명법 제7조에 의하여 처벌될 뿐이라는 점 등을 이유로 들고 있다.⁴⁰⁾

2.2.2.3 횡령죄·배임죄 부정설

나아가, 횡령죄는 물론 배임죄의 성립까지도 명시적으로 부정하는 견해도 있다. 즉, 부동산실명법이 명의신탁약정 및 이에 따라 행해진 물건변동을 무효로 규정함으로써 법적으로 보호할 가치가 없는 것으로 판단하고 있는 이상 명의신탁을 형법으로 보호하는 것은 타당하지 않고, 따라서 명의수탁자가 신탁부동산을 제3자에게 임의로 처분하더라도 횡령죄 및 배임죄 모두 성립하지 않는다고 새겨야 한다는 것이다.⁴¹⁾

2.2.2.4 판례(횡령죄 긍정설)

한편 판례는 “명의수탁자가 임의로 그 부동산에 관하여 근저당권을 설정하였다면 명의신탁자에 대한 횡령죄가 성립하고, 그 명의신탁이 부동산실명법 시행 이후에 이루어진 것이라고 하여 달리 볼 것은 아니다.”라고 하고,⁴²⁾ “부동산을 소유자로부터 명의수탁 받은 자가 이를 임의로 처분하였다면 명의신탁자에 대한 횡령죄가 성립한다.”고 함으로써,⁴³⁾ 부동산실명법 이후에 이루어진 명의신탁의 경우에도 명의수탁자에 대하여 횡령

39) 박광민, “명의신탁부동산의 임의처분행위에 대한 형사책임”, 성균관법학 제14권 제1호, 성균관대학교 비교법연구소, 2002, 63, 65쪽; 임웅, 앞의 주 8)의 책, 426쪽.

40) 박상기, 앞의 주 8)의 책, 378쪽; 박상기, 앞의 주 32)의 논문, 257-278쪽; 오영근, 앞의 주 15)의 책, 480쪽.

41) 양천수, 앞의 주 25)의 책, 137-138쪽.

42) 대법원 1999. 10. 12. 선고, 99도3170 판결.

죄의 성립을 긍정하는 입장을 취하고 있다.

2.3 중간생략형 명의신탁

2.3.1 민법상 명의수탁자의 지위

‘중간생략형 명의신탁’은 명의신탁자가 매도인과 매매계약 등 물권취득을 위한 계약을 체결하고, 등기명의는 명의수탁자와의 명의신탁약정에 의하여 매도인으로부터 명의수탁자 앞으로 해 주는 형식의 명의신탁을 말한다(3자 간 등기명의신탁). 이 경우에도 명의신탁약정은 무효이고, 그 약정에 따라 행해진 등기에 의한 물권변동도 무효이다. 이에 따라 매도인으로부터 명의수탁자 앞으로 행해진 소유권이전등기는 무효가 되므로, 소유권은 매도인이 여전히 보유한다. 따라서 매도인은 명의수탁자를 상대로 하여 소유권이전등기의 말소청구 또는 진정등기명의회복을 위한 이전등기청구를 할 수 있다.⁴⁴⁾

그러나 명의신탁자와 매도인 사이의 매매계약은 여전히 유효하므로, 명의신탁자는 매도인에 대하여 매매대금의 반환을 청구할 수는 없으며, 오히려 매도인에 대하여 소유권이전등기청구권을 가진다. 그리고 명의신탁자는 이러한 자신의 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 매도인이 명의수탁자에 대하여 가지는 소유권이전등기의 말소청구권 또는 진정등기명의회복을 위한 이전등기청구권을 대위행사 할 수가 있다.⁴⁵⁾ 결과적으로는 명의신탁자는 신탁부동산에 대한 소유권을 취득할 수 있으나, 과징금 등의 제재를 받게 됨은 물론이다.

한편 명의신탁자는 명의수탁자를 상대로는 부당이득반환을 원인으로 한 소유권이전등기를 청구할 수가 없다. 왜냐하면, 명의신탁자는 매도인에 대하여 매매계약에 기한 소유권이전등기청구권을 보유하고 있어 그 등기명의를 보유하지 못하는 손해를 입었다고 볼 수 없으며 또한 목적부동산의 소유권을 매도인이 여전히 보유하기 있기 때문이다.⁴⁶⁾

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

44) 이상태, 앞의 주 34)의 책, 312쪽.

45) 대법원 1999. 9. 17. 선고, 99다21738 판결; 대법원 2002. 3. 15. 선고, 2001다61654 판결.

46) 대법원 2008. 11. 27. 선고, 2008다55290·55306 판결.

2.3.2 형법상 명의수탁자의 죄책

이와 같은 ‘중간생략형 명의신탁’의 경우에도 명의수탁자가 신탁적부동산을 제3자에게 처분한 때에도 형법상 어떠한 죄책을 지게 될 것인가의 문제가 제기된다.

2.3.2.1 횡령죄 긍정설

학설의 다수는 횡령죄 성립을 긍정한다. 그러나 이러한 입장을 취하는 견해 가운데도, 피해자를 매도인 또는 명의신탁자 중 누구로 볼 것인가에 따라 다시 의견이 나뉜다.

① 먼저, 매도인에 대한 횡령죄의 성립을 인정하는 견해⁴⁷⁾가 있다. 이에 의하면, ‘중간생략형 명의신탁’의 경우에도 소유권은 매도인이 여전히 보유하며, 그리고 형법상 횡령죄의 보호법익은 소유권이고 또 위탁관계는 사실상으로도 성립할 수 있기 때문에 소유권 등기를 취득한 명의수탁자에게 신뢰관계를 인정할 수 있으므로, 명의수탁자가 신탁부동산을 임의로 타인에게 처분하고 소유권이전등기를 마쳐 준 때에는 소유자인 매도인에 대하여 횡령죄가 성립한다고 한다.

② 이와 달리 명의신탁자에 대한 횡령죄가 성립한다는 견해도 있다. 즉, 매도인과 명의신탁자 사이의 매매계약은 유효하기 때문에 명의신탁자는 매도인을 대위하여 수탁자 명의의 등기에 대하여 말소청구를 할 수 있고, 그리고 매도인에 대해서는 매매계약에 따른 소유권이전등기를 청구하여 신탁부동산을 반환받을 수 있기 때문에, 명의수탁자가 신탁부동산을 처분하는 행위는 명의신탁자에 대하여 횡령죄가 성립한다는 것이다.⁴⁸⁾

또 다른 견해는, 형법적 평가에서 피해자가 누구인가에 대한 판단은 부동산실명법상의 ‘실권리자’의 개념에 따를 것을 주장한다. 즉, 명의수탁자에 대한 관계에서 부동산의 소유자는 실권리자인 명의신탁자라고 파악하여야 하고, 그렇다면 명의수탁자는 명의신탁자와의 (사실상의) 위탁관계에 기하여 부동산을 보관하는 자가 되므로, 명의수탁자의 처분행위는 명의신탁자에 대하여 횡령죄가 성립한다고 한다.⁴⁹⁾

③ 한편, 매도인과 명의신탁자 모두에게 횡령죄가 성립된다는 견해⁵⁰⁾도 있다. 이에 의하면, ‘중간생략형 명의신탁’의 경우에는 3자 간의 법률관계를 종합적으로 파악하여야 한다고 한다. 즉, 부동산의 매도인은 명의수탁자로부터 소유권을 회복하여 다시 명의신

47) 이재상, 앞의 주 8)의 책, 401쪽; 이형국, 앞의 주 8)의 책, 417쪽. 다만, 이와 같은 견해를 취하면서도 명의신탁자가 원소유권자에게 소유권이전등기를 청구한 후에 명의수탁자가 목적부동산을 임의처분하면 명의신탁자에 대한 관계에서 횡령죄가 성립한다는 견해도 있다(정영일, 앞의 주 8)의 책, 383쪽).

48) 배종대, 앞의 주 8)의 책, 532쪽; 이상철, 앞의 주 37)의 논문, 88-89쪽.

49) 이창석, “부동산 명의수탁자의 횡령죄 주체성”, 형사판례연구(19), 형사판례연구회, 2011, 251-252쪽.

50) 박상기, 앞의 주 8)의 책, 379쪽; 손동권/김재윤, 앞의 주 8)의 책, 440쪽.

탁자에게 이전하여야 하는 관계에 있게 되는데, 명의수탁자로부터 그 부동산을 매수한 제3자에 대해서는 소유권을 주장할 수 없어 결국 명의수탁자로부터 소유권을 회복할 수 없게 되었고, 또한 명의신탁자도 그 제3자에 대하여 소유권을 주장할 수 없으므로, 횡령죄의 피해자는 매도인과 명의신탁자 모두가 된다는 것이다.

2.3.2.2 횡령죄 부정설

이와 달리, 명의신탁자는 물론 매도인에 대하여 횡령죄가 성립하지 않는다는 견해도 있다. 즉, 부동산실명법상의 처벌을 감수하면서까지 행한 명의신탁에 대하여 형법이 보호할 만한 가치가 있는 신임에 기한 위탁관계가 존재한다고 할 수가 없기 때문에, 명의수탁자의 임의처분행위는 명의신탁자에 대한 횡령죄가 성립되지 않는다고 한다. 한편 매도인이 소유권을 보유한다고 하여 매도인과 명의수탁자 사이에 매매목적물인 부동산에 대해 어떠한 위탁관계도 인정할 수 없을뿐더러, 명의신탁자가 소유권자인 매도인을 대리하여 매도인 소유의 부동산을 명의수탁자에게 보관시키는 위탁행위를 한 것도 아니기 때문에, 매도인에 대한 횡령죄의 성립도 인정하기 어렵다는 것이다.⁵¹⁾

또 다른 견해에 의하면, ‘중간생략형 명의신탁’의 경우 명의수탁자가 신탁부동산을 제3자에게 처분하면 그 제3자는 소유권을 취득하는 결과가 되므로 부동산에 대한 소유권을 침해받는 사람은 명의신탁자가 아니라 매도인이라고 할 수 있겠지만, 그러나 매도인은 이미 명의신탁자로부터 매매대금을 받았을 것이므로, 실제로 그에게는 손해가 발생한다고 할 수가 없다. 따라서 이러한 경우 명의수탁자를 형법상 횡령죄로 규제하는 것은 타당하지 않다고 한다.⁵²⁾

2.3.2.3 배임죄 긍정설

한편 명의신탁자에 대하여 배임죄가 성립한다는 견해⁵³⁾도 있다. 즉, 명의수탁자가 그 임무에 반하여 신탁부동산을 처분함으로써 명의신탁자로 하여금 신탁부동산에 대한

51) 천진호, “명의신탁부동산 처분행위와 형사책임”, 비교형사법연구 제4권 제1호, 한국비교형사법학회, 2002, 488쪽; 동, “부동산실명법상 부동산명의수탁자의 형사책임”, 형사재판의 제 문제(이용우 대법관 퇴임기념 논문집) 제5권, 박영사, 2005.10, 284-285쪽; 같은 취지 강동범/이강민, “등기명의신탁과 수탁자의 형사책임”, 법학논고 제41집, 경북대학교 법학원, 2013. 2, 18쪽.

52) 양천수, 앞의 주 25)의 책, 138-140쪽.

53) 서요한, “명의신탁된 부동산 영득행위의 죄책”, 재판실무 제2집, 창원지방법원, 2005, 406쪽. 이에 의하면, 매도인은 이미 매매대금을 받고 있으므로 명의수탁자의 임의 처분행위에 의하여 별다른 민사상의 손해를 입게 되는 것은 아니며, 한편 명의신탁자는 매도인을 대위하여 소유권을 확보할 수 있는 기대를 상실하는 피해를 입게 되었다고 할 것이지만, 그 피해는 소유권이 아닌 재산상의 이익이라고 보아야 할 것이므로, 매도인이나 명의신탁자에 대한 횡령죄의 성립을 인정하기는 어렵다고 한다.

소유권을 확보할 수 있는 기대를 상실시킨 것은 사실상의 신탁관계에 반하는 행위로서 배임죄가 성립한다고 한다.

2.3.2.4 배임죄 부정설

그러나 배임죄의 성립에 반대하는 견해도 있다. 즉, 사무처리의 근거가 되는 법률행위가 무효인 때에는 타인의 사무를 처리하는 자가 될 수 없고, 명의수탁자는 이에 해당되지 않으므로, 그의 신탁부동산의 임의처분 행위는 배임죄의 성립이 부인된다고 한다.⁵⁴⁾

또 다른 견해로는, 사무처리의 근거가 된 법률행위가 반드시 유효하여야만 배임죄가 성립하는 것은 아니지만, 형법적으로 보호할 가치가 없는 경우에는 신탁관계가 성립하지 않다는 것을 이유로, 명의수탁자의 신탁부동산의 임의처분행위는 배임죄를 구성하지 않는다고 한다.⁵⁵⁾

2.3.2.5 판례(횡령죄 긍정설)

그러나 판례는, ‘중간생략형 명의신탁’의 경우 수탁자 명의의 소유권이전등기를 마쳤더라도 신탁부동산은 매도인 소유로 복귀하고, 명의신탁자는 매도인과의 매매계약에 기한 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 매도인을 대위하여 명의수탁자에게 무효인 그 명의의 등기의 말소를 청구할 수 있으므로, 명의수탁자에게 신탁부동산에 대하여 보관자의 지위를 인정할 수 있고, 명의수탁자가 그 신탁부동산을 임의로 처분하거나 또는 명의신탁자가 매도인을 대위하여 신탁부동산의 반환을 요구한 데 대하여 이를 거부한 것은 명의신탁자에 대한 횡령죄가 성립한다고 한다.⁵⁶⁾

2.4 계약명의신탁

2.4.1 구분

‘계약명의신탁’은 명의신탁자의 부탁에 따라 명의수탁자가 직접 계약당사자로서 매

54) 박상기, 앞의 주 8)의 책, 402쪽.

55) 손동권, “명의신탁부동산을 임의처분한 경우의 형사책임”. 형사법연구 제15호, 한국형사법학회, 2001, 174쪽; 천진호, 앞의 주 51)의 논문, 287쪽.

56) 대법원 2001. 11. 27. 선고, 2000도3463 판결; 대법원 2002. 2. 22. 선고, 2001도6209 판결; 대법원 2002. 8. 27. 선고, 2002도2926 판결; 대법원 2007. 6. 28. 선고, 2006다48632 판결; 대법원 2008. 4. 10. 선고, 2008도1033 판결; 대법원 2010. 1. 28. 선고, 2009도1884 판결; 대법원 2010. 9. 30. 선고, 2010도8556 판결.

도인인 소유자와 매매계약 등 물권취득을 위한 계약을 체결하고 명의수탁자 앞으로 소유권을 등기하는 형식의 명의신탁을 말한다(위임형 명의신탁). 이 경우에는 매매계약의 당사자는 매도인과 명의수탁자이며, 명의신탁자는 그 당사자가 아니다. 명의신탁자는 배후에서 지시 및 재정부담을 할 뿐이고 매매계약의 당사자가 아니다.

이러한 경우, 매도인의 선·악의에 따라 그 효력이 달라진다. 즉, 매도인이 명의신탁약정이 있다는 사실을 안 때는 명의수탁자 앞으로의 물권변동은 무효가 되지만, 그렇지 않은 경우에는 그것은 유효가 된다(부동산실명법 제4조 제2항 단서).

2.4.2 매도인이 선의인 경우

2.4.2.1 민법상 명의수탁자의 지위

‘계약명의신탁’의 경우 매도인이 명의신탁약정이 있는 사실을 모른 때에는, 목적부동산에 대한 명의수탁자의 소유권 취득 등의 물권변동은 유효한 것으로 취급된다.⁵⁷⁾

이 경우에도 명의신탁자와 명의수탁자 사이의 명의신탁약정은 역시 무효이므로, 전술과 같이 명의신탁약정이 불법원인급여에 해당하지 않는다고 보면, 명의신탁자가 명의수탁자를 상대로 부당이득의 반환을 청구할 수 있게 된다. 그런데 여기서 부당이득반환청구의 대상이 물권(또는 부동산) 그 자체인가, 아니면 매매대금에 상응하는 금전인가가 문제된다. 이론적으로는 명의수탁자가 명의신탁자로부터 받은 것은 매매대금이므로, 매매대금에 상응하는 금액의 반환만을 부당이득으로 청구하는 것이 타당하다고 생각된다.⁵⁸⁾

2.4.2.2 형법상 명의수탁자의 죄책

매도인이 선의인 ‘계약명의신탁’의 경우에 명의수탁자가 신탁부동산을 임의로 처분한 경우 형법상 어떠한 죄책을 지는가에 관하여서도 역시 견해가 분분하다.

2.4.2.2.1 횡령죄 부정설

먼저 명의신탁자나 매도인에 대하여 횡령죄가 성립하지 않는다는 견해가 다수 견해다. 즉, 매도인이 명의신탁의 사실을 알지 못하는 경우에는, 명의수탁자는 부동산에 대한

57) 대법원 2000. 3. 24. 선고, 98도4347 판결; 대법원 2009. 5. 14. 선고, 2007도2168 판결; 대법원 2011. 12. 8. 선고, 2010도4129 판결 참조.

58) 이상태, 앞의 주 34)의 책, 313-314쪽. 판례(대법원 2005. 1. 28. 선고, 2002다66922 판결)도 같은 입장이다.

완전한 소유권을 취득하게 되므로, 명의수탁자가 신탁부동산을 임의로 처분하더라도 자기 소유 재물의 처분이므로 매도인이나 명의신탁자에 대하여 횡령죄가 성립하지 않는다는 것이다.⁵⁹⁾

2.4.2.2.2 횡령죄 긍정설

이와 달리, 명의신탁자에 대한 횡령죄가 성립한다는 견해도 있다. 이에 의하면, 명의신탁자의 입장에서 볼 때 부동산실명법에 의하여 등기명의를 타인에게 신탁하는 것이 금지되어 있음을 알면서도 이를 감행하는 것은 등기명의를 숨긴다는 점도 있지만, 소유권의 취득을 위한 의사, 즉 수탁자에 대한 부동산매수의 위임(위탁)이라는 부분에 더 관심이 있는 경우가 있다. 이러한 경우 위임 또는 위탁매매약정은 민법상 일부무효의 법리(민법 제137조 참조)에 의해 유효하므로, 명의수탁자가 신탁부동산을 임의처분하면, 명의수탁자가 명의신탁자와의 신뢰관계를 배신한 것이 되어 명의신탁자에 대한 횡령죄가 성립한다고 보아야 한다는 것이다.⁶⁰⁾

또 다른 견해는, 부동산실명법에 의한 명의신탁약정 및 그에 기한 물건변동의 유·무효 여부를 떠나 명의신탁자와 명의수탁자의 대내적 관계에 있어서 신탁부동산의 소유권은 여전히 명의신탁자에게 있으므로 명의수탁자는 단지 타인의 재물을 보관하는 자의 지위에 있고, 따라서 신탁부동산을 임의로 처분한 명의수탁자의 행위에 대해서는 횡령죄가 성립한다고 본다.⁶¹⁾

그 외에도, 명의수탁자가 소유권을 취득한다고 하지만 그가 취득하는 소유권은 겉대기뿐인 소유명의를 가지고 있음에 불과한 자로서, 기본적으로 명의수탁자는 명의신탁자에 대한 관계에서는 부당이득반환의무를 부담하며, 이러한 의무는 단지 민사상 채무불이행에 그치는 것으로 보기도 어려우므로, 명의수탁자가 신탁부동산을 임의로 처분한 행위는, 명의신탁의 유형을 가려 볼 필요 없이, 명의신탁자를 피해자로 하는 횡령죄가 성립한다는 견해도 있다.⁶²⁾

59) 박상기, 앞의 주 8)의 책, 380쪽; 배종대, 앞의 주 8)의 책, 534쪽; 손동권/김재윤, 앞의 주 8)의 책, 440-441쪽; 서요한, 앞의 주 53)의 논문, 409쪽; 양천수, 앞의 주 25)의 책, 142쪽; 이보영, “부동산 명의신탁과 형사책임”, 법학연구 33집, 한국법학회, 2009. 2, 325쪽; 이상철, 앞의 주 37)의 논문, 90-92쪽; 이재상, 앞의 주 8)의 책, 402쪽; 이창석, 앞의 주 49)의 논문, 256-257쪽; 임웅, 앞의 주 8)의 책, 413쪽.

60) 백재명, “부동산명의신탁과 횡령죄 - 서울지방법원 제2형사부 1998. 11. 24. 선고, 98노5434 판결”, 형사판례연구 제7집, 형사판례연구회, 1999. 7, 379쪽 이하.

61) 박달현, “「부동산실명법」의 시행과 부동산명의신탁의 형사법적 문제점 검토”, 비교형사법연구 제6권2호, 한국비교형사법학회, 2004, 131쪽.

2.4.2.2.3 배임죄 긍정설

그러나 횡령죄의 성립을 부정하면서도, 배임죄의 성립 여부에 관하여는 다시 견해가 나뉘기도 한다.

명의신탁자와 명의수탁자 사이의 명의신탁약정이 무효임에도 불구하고 부동산매입의 위임이라는 사실상의 신임관계는 부정되지 않으므로, 명의수탁자가 이러한 신임관계를 어기고 제3자에게 신탁부동산을 임의로 처분한 경우에는 배임죄가 성립한다는 견해가 있다.⁶³⁾

2.4.2.2.4 배임죄 부정설

부동산실명법은 명의신탁약정의 효력을 무효로 하고 있을 뿐만 아니라 명의수탁자는 매도인으로부터 완전히 유효한 부동산물권을 취득하므로(부동산실명법 제4조 제2항 단서), 명의신탁자와 명의수탁자 사이에 남아 있는 사실상의 신임관계를 보호하지 않는다는 입법적 결단을 나타낸 것으로 이해되며, 따라서 부동산실명법이 금지하고 있는 명의신탁약정에 기하여 명의수탁자가 신탁부동산을 보관하는 사무를 배임죄의 보호대상이라 할 수가 없고, 또한 배임죄를 인정하게 되면 부동산실명법상 인정되지 않는 명의신탁약정을 사실상 인정하는 결과가 되므로, 배임죄의 성립을 인정할 수 없다고 하는 견해도 있다.⁶⁴⁾

2.4.2.2.5 판례(횡령죄 부정설)

한편 판례는 매도인이 선의인 ‘계약명의신탁’의 경우, 명의수탁자가 임의로 신탁부동산을 처분하더라도 매도인은 물론 명의신탁자에 대해서도 횡령죄가 성립되지 않는 것으로 파악하고 있다. 그 이유로서, 이러한 경우 부동산실명법상 명의수탁자는 전(前) 소유자인 매도인뿐만 아니라 명의신탁자에 대한 관계에서도 유효하게 당해 부동산의 소유권을 취득한 것으로 보아야 할 것이고, 따라서 그 명의수탁자는 타인의 재물을 보관하는 자라고 볼 수 없다는 점을 들고 있다.⁶⁵⁾

62) 박재혁, 부동산 명의신탁의 3대 과제, 진원사, 2012, 158쪽; 동, “명의신탁 부동산의 처분행위와 횡령죄의 성립 여부 -대법원 2012. 12. 13. 선고 2010도10515 판결-”, 대한변협신문, 제493호, 대한변호사협회, 2014. 5. 5, 12쪽.

63) 배종대, 앞의 주 8)의 책, 534쪽; 이보영, 앞의 주 59)의 논문, 325쪽; 이재상, 앞의 주 8)의 책, 402쪽; 임웅, 앞의 주 8)의 책, 433쪽.

64) 박상기, 앞의 주 8)의 책, 380쪽; 손동권/김재윤, 앞의 주 8)의 책, 441쪽; 오영근, 앞의 주 15)의 책, 482쪽; 이상철, 앞의 주 37)의 논문, 90-92쪽; 이창석, 앞의 주 49)의 논문, 256-257쪽.

2.4.3 매도인이 악의인 경우

2.4.3.1 민법상 명의수탁자의 지위

‘계약명의신탁’의 경우 매도인이 명의신탁약정이 있는 사실을 안 때에는, 그 약정이 무효로 될 뿐만 아니라, 수탁자 명의로의 등기 및 그에 따른 물권변동도 무효가 되므로, 소유권은 여전히 매도인이 보유하게 된다.⁶⁶⁾ 따라서 매도인은 명의수탁자를 상대로 소유권이전등기의 말소청구 또는 진정등기명의회복을 위한 소유권이전등기청구를 할 수 있다. 이때 명의수탁자는 매도인을 상대로 매매대금에 대한 부당이득반환을 청구할 수 있을 것이다.

그러나 명의신탁자와 매도인의 사이에는 아무런 법률관계가 없으므로 명의신탁자는 매도인에 대하여 신탁부동산의 소유권이전등기를 청구할 수 없을 뿐 아니라, 매매대금에 대하여 부당이득반환도 청구하기 어려울 것으로 생각된다. 오히려 명의신탁자는 명의수탁자에 대하여 명의수탁자가 매도인으로부터 반환받는 금액을 부당이득으로 반환 청구하든지, 명의수탁자의 무자력을 요건으로 하여 명의수탁자가 매도인에 대하여 가지는 부당이득반환청구권을 대위행사할 수밖에 없을 것이다.⁶⁷⁾

2.4.3.2 형법상 명의수탁자의 죄책

매도인이 악의인 계약명의신탁의 경우에도 명의수탁자가 신탁부동산을 임의로 제3자에게 처분하면 형법상 어떠한 죄책을 지는가가 역시 문제된다.

2.4.3.2.1 횡령죄 긍정설

① 먼저, 매도인에 대한 횡령죄가 성립한다는 견해가 있다. 즉, 매도인이 명의신탁약정 사실을 알고 있는 경우에는 부동산의 소유권이 명의수탁자에게 이전되지 않고 매도인에게 그대로 남아 있기 때문에 신탁부동산을 명의수탁자가 임의처분하면 자신이 보관하고 있는 타인의 재물을 임의처분한 것으로서 매도인에 대해서 횡령죄를 구성한다고 한다.⁶⁸⁾

65) 대법원 2000. 3. 24. 선고, 98도4347 판결; 대법원 2009. 9. 10. 선고, 2009도4501 판결; 대법원 2010. 11. 11. 선고, 2008도7451 판결. 한편 양창수, “부동산신탁명법상의 사법적 규정에 의한 명의신탁의 규율”, 민법학연구 제5권, 박영사, 1999, 158-159쪽에서는 명의수탁자에게 횡령죄의 성립을 부정하는 이 대법원 판결의 결론에 찬동할 뿐만 아니라, 배임죄를 물을 수도 없다고 한다.

66) 대법원 2009. 5. 14. 선고, 2007도2168 판결; 대법원 2011. 12. 8. 선고, 2010도4129 판결 참조.

67) 이상태, 앞의 주 34)의 책, 315쪽.

68) 박상기, 앞의 주 8)의 책, 380쪽; 임웅, 앞의 주 8)의 책, 432쪽.

한편 명의수탁자가 신탁부동산을 매도인에게 반환하지 않고 제3자에게 처분하였다 하더라도, 매도인이 매매대금을 모두 지급받았다고 한다면 매도인에게는 손해가 발생하지 않으므로 명의수탁자는 매도인에 대하여 횡령죄를 구성하지 않지만, 매도인이 매매대금을 지급받지 못한 경우에는 매도인에 대한 횡령죄가 성립한다고 주장하기도 한다.⁶⁹⁾

② 이와 달리 명의신탁자에 대한 횡령죄의 성립을 긍정하는 견해도 있다. 즉, 명의신탁자와 명의수탁자 사이에는 민법상 위임에 관한 법리가 적용되어 명의신탁자에 대한 관계에서는 명의수탁자는 소유권을 주장할 수 없고 당사자 사이의 약정에 따라 소유권이 명의신탁자에게 유보되어 있다는 점에서, 명의신탁자에 대한 횡령죄가 성립한다고 한다.⁷⁰⁾

또 다른 견해에 의하면, 명의수탁자는 무효인 등기의 명의자이지만, 부동산실명법 제4조 제3항에 의하여 제3자에게 신탁부동산을 유효하게 처분할 수 있는 지위에 있는 부동산보관자라 하지 않을 수 없고, 따라서 명의수탁자의 임의처분행위는 명의신탁자에 대해서는 횡령죄가 성립한다고 한다.⁷¹⁾

2.4.3.2.2 배임죄 긍정설

이에 대하여, 명의신탁자에 대한 배임죄가 성립한다는 견해도 있다. 즉, 명의신탁자와 명의수탁자 사이의 명의신탁약정은 무효일지라도 부당이득반환을 통해 부동산을 반환하여야 하는 사실상의 신임관계는 여전히 존재하므로 함부로 이를 처분하여 자신의 이익을 도모하고 명의신탁자에게 손해를 가한 행위는 명의신탁자에 대한 배임죄가 성립한다고 본다. 그러나 매도인은 이미 매매대금의 수령과 소유권 이전등기가 완료된 상태이므로 피해자가 될 수 없다고 한다.⁷²⁾

2.4.3.2.3 횡령죄·배임죄 부정설

한편 명의신탁자에 대한 횡령죄 및 배임죄가 성립하지 않는다는 견해도 있다.⁷³⁾

69) 양천수, 앞의 주 25)의 책, 140-142쪽.

70) 백재명, 앞의 주 60)의 논문, 382쪽.

71) 이창식, 앞의 주 49)의 논문, 255-256쪽.

72) 배종대, 앞의 주 8)의 책, 533-534쪽; 서요한, 앞의 주 53)의 논문, 410쪽; 손동권/김재윤, 앞의 주 8)의 책, 442-443쪽; 이보영, 앞의 주 59)의 논문, 327쪽; 이재상, 앞의 주 8)의 책, 401쪽; 정영일, 앞의 주 8)의 책, 307쪽.

2.4.3.2.4 판례(횡령죄·배임죄 부정설)

판례는, 명의수탁자가 부동산매매계약의 당사자도 아닌 명의신탁자에 대한 관계에서 횡령죄에서의 타인의 재물을 보관하는 자의 지위에 있다고 할 수 없고, 명의신탁자에 대하여 매매대금 등을 부당이득으로 반환해야 할 의무를 부담한다고 하여 이를 배임죄의 사무를 처리하는 자의 지위에 있다고도 할 수 없다는 이유로, 명의수탁자는 횡령죄와 배임죄의 죄책을 지는 위치에 있지 않다고 한다.⁷⁴⁾

Ⅳ. 형법상 죄책에 관한 견해의 난립 원인

이상에서, 명의수탁자가 신탁부동산을 임의로 제3자에게 처분한 경우 명의수탁자에 대한 형법상 죄책의 문제에 대하여, 학설과 판례는 부동산 명의신탁을 민사법적 유형론에 따라 3가지 유형으로 구별한 후, 각 유형별로 횡령죄 또는 배임죄의 성립 여부를 논하고 있음을 살펴보았다.

그러나 위에서 본 바와 같이, 논자마다 각 유형별로 명의수탁자에게 횡령죄가 성립한다는 견해, 배임죄가 성립한다는 견해, 두 범죄 모두 성립한다는 견해, 심지어는 횡령죄는 물론이고 배임죄조차 성립하지 않는다는 견해가 매우 난립하고 있어서 일반 국민에게 큰 혼란을 주고 있는 것이 우리의 현실이라 하겠다.

이러한 혼란의 근본적 원인은 일제시대부터 80년 이상 사적 거래에서 관행적으로 행해지고 법원에 의하여 그 유효성이 인정되어 오던 거래방식인 부동산 명의신탁이 1995년의 부동산실명법에 의하여 전면적으로 금지의 대상이 되었다는 점에서 민사법적 법리의 혼선과 함께 명의신탁의 관계를 형법적으로도 계속해서 보호할 가치가 있는지 여부에 대한 혼란이 아직까지도 이어져 오고 있는 데서 찾을 수 있을 것이다.

아래에서는 좀 더 구체적으로 이러한 혼란의 원인을 찾아보기로 한다.

73) 박상기, 앞의 주 8)의 책, 380쪽은, 명의수탁자가 신탁부동산을 임의로 제3자에게 처분하면, 매도인에 대해서만 횡령죄가 성립하고, 부동산실명법이 명의신탁약정 자체를 무효로 보는 이상 명의신탁자에 대해서는 횡령죄는 물론 배임죄가 성립하지 않는다고 한다.

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

1. 부동산실명법상 규제 내용과 종전 판례의 이론과의 유사성

부동산실명법은 부동산 명의신탁을 금지하고(제2조) 명의신탁자와 명의수탁자 사이의 명의신탁약정을 무효로 규정함으로써(제4조 제1항), 명의신탁자가 명의수탁자에 대하여 명의신탁약정의 이행을 구하는 권리는 인정되지 않고, 약정을 이행하지 않는 경우에도 계약불이행책임을 물을 수 없으며, 명의신탁자의 해지권 행사나 이를 원인으로 한 원상회복청구 역시 인정되지 않는다.

그렇지만, 명의신탁약정에 따라 행해진 등기에 의한 물권변동도 무효로 규정함으로써(제4조 제2항), 신탁부동산의 소유권은 명의수탁자가 아닌 명의신탁자나 원소유자에게 그대로 남아 있게 된다. 여기서 명의신탁약정을 불법원인급여로 파악하지 않는 한, 명의수탁자 명의의 소유권이전등기는 부실등기로서 말소되어서 명의신탁자에게 소유권이 회복될 수 있는 길이 열려 있다고 할 수가 있다.

한편 명의신탁약정의 무효를 악의를 포함한 제3자에 대해서도 주장할 수 없도록 규정함으로써(제4조 제3항), 사실상 대외적으로는 그 유효성을 확보할 수 있도록 입법하고 있다.

이상과 같은 부동산실명법의 규율 내용은, 부동산실명법 이전의 판례가 부동산 명의신탁의 유효성을 인정하여 대내적으로 신탁자의 소유이고 대외적으로 수탁자의 소유라고 해석해 온 법리와는 사이에 결과적으로 별 차이가 없게 되어 버렸다. 다만, 부동산실명법 제정의 의의를 찾는다면 과징금 및 벌칙을 규정하고 있는 점을 들 수 있을 뿐이라 할 수 있다.⁷⁵⁾

그 결과 부동산 명의신탁에 관한 부동산실명법 이전의 법리와 그 이후의 법리구성에 과연 어떠한 차이를 둘 것인지의 여부에 관하여 견해의 차이들이 발생하고 있는 것이다.

2. 민사법적 법리에 관한 해석론의 대립

2.1 명의신탁의 본질

종래 대법원의 판례는 앞에서 기술하였듯이 명의신탁도 일반적인 신탁행위의 범주에

75) 임병락, “명의신탁과 형법해석”, 법학논고 제46집, 경북대학교 법학연구원, 2014. 5, 354쪽; 정해상, “부동산명의신탁의 법리에 관한 재고”, 중앙법학 제5집 제1호, 중앙대 중앙법학회, 2003, 294쪽.

넣어 민법학상의 신탁이론을 원용하여 대내적·대외적으로 소유권이 분리되는 법리(이른바 관계적 소유권귀속설)에 따라 해석해 왔다.⁷⁶⁾

그러나 학설은 대체로 명의신탁의 본질에 관하여 판례가 취하고 있는 법리에 따르고 있다고 할 수 있으나, 그와는 다른 법리를 주장하는 견해도 없지 않다. 그중의 하나를 예로 들면, 물권법정주의와 부동산물권변동에 관하여 형식주의를 채택하고 있는 우리 민법의 해석상, 명의신탁의 경우 소유권은 대외적으로는 물론 대내적으로도 명의수탁자에게 완전히 이전되고, 명의수탁자는 명의신탁자에 대하여 신탁목적에 따른 채무를 부담할 뿐이라고 해석하는 주장(이른바 절대적 소유권이전설)도 있다.⁷⁷⁾

그런데 명의수탁자가 신탁부동산을 임의로 처분한 경우 그가 지는 형법상의 죄책과 관련하여 많은 혼란이 일어나는 큰 원인 중의 하나는 명의신탁의 본질을 바라보는 위와 같은 시각의 차이에 있다고도 생각된다.

먼저, 판례와 같이 명의신탁에 있어서 대내적·대외적 소유권이 분리되어 있는 것으로 파악하게 되면, 명의신탁약정에 기하여 명의수탁자 앞으로 이전등기까지 행해진 경우 결과적으로 목적부동산의 ‘내부적 소유자’(당사자들의 내부적 의사에 의한 소유자인 명의신탁자)와 ‘외부적 소유자’(등기명의자인 명의수탁자)가 일치하지 않게 되고, 이 두 소유자 중 어느 쪽을 중시하는가에 따라 명의수탁자의 형법상의 죄책이 달라질 수 있는 소지가 있는 것이다. 다시 말하면, 명의신탁의 대내적 관계를 중시하게 되면, 명의신탁자가 신탁부동산에 대한 소유자가 되기 때문에, 명의수탁자는 신탁부동산에 대해 타인인 명의신탁자 소유의 재물을 보관하는 자의 지위에 있다고 할 수 있고, 따라서 명의수탁자가 신탁부동산을 임의로 처분하게 되면 그 행위는 횡령죄를 구성한다고 할 수 있는 가능성이 있게 된다. 이에 반해, 명의신탁의 대외적 관계를 중시하게 되면, 자신의 명의로 소유권등기를 한 명의수탁자가 신탁부동산의 소유자로 인정되므로, 명의수탁자는 신탁

76) 대법원 1966. 2. 15. 선고, 65다2531 판결; 대법원 1981. 7. 28. 선고, 80다1819 판결; 대법원 1987. 3. 10. 선고, 85다카2508 판결; 대법원 1988. 2. 9. 선고, 87다424 판결; 대법원 1993. 6. 8. 선고, 92다18634 판결; 대법원 1997. 10. 10. 선고, 96다38896 판결; 대법원 2000. 10. 6. 선고, 2000다32147 판결.

77) 권오창, 앞의 주 23)의 논문, 162-164쪽. 그 외에도, 명의신탁의 법률관계를 신탁행위의 법리가 아닌 등기의 외관을 신뢰한 제3자 보호라는 각도에서 표현소유권의 개념을 도입하자는 견해(고상룡, “명의신탁론의 재검토 소고”, 민법학논총(곽윤직 교수 화갑기념논문집), 박영사, 1985, 196쪽), 영미법상의 수동신탁(passive trust)의 법리에 따라 대내외적 관계에서 명의신탁자를 소유자로 보되, 명의수탁자로부터 전득한 선의의 제3자에 대하여는 민법 제108조 제2항을 유추적용하여 보호하면 된다는 수동신탁설(김상용, “영미신탁법상의 수동신탁법리에 의한 명의신탁이론의 재구성”, 판례월보 201호, 1987. 6, 판례월보사, 1987, 27쪽) 등이 있다.

부동산에 대해 자신의 재물을 보관하는 자의 지위에 있다고 할 수 있고, 따라서 명의신탁자가 그 부동산을 임의로 처분하더라도 자신의 소유권을 행사하는 것으로서, 그의 행위는 횡령죄를 구성하지 않는다고 할 수 있게 될 것이다.

한편 이와 달리, 신탁부동산의 소유권이 대내적으로는 물론 대외적으로도 명의수탁자에게 완전히 이전된다고 파악하는 견해(이른바 절대적 소유권이전설)에 의하면, 명의수탁자가 신탁부동산을 임의로 처분하게 되면 그 행위는 자신의 부동산을 처분한 것이 되므로 역시 횡령죄를 구성하지 않는다는 결론이 나올 수 있는 것이다.

여기서 더 나아가, 명의수탁자가 신탁부동산을 임의로 처분한 경우 그가 지는 형법상의 죄책과 관련하여 혼란을 가중시키는 또 하나의 원인으로, 부동산실명법이 ‘실권리자’의 개념을 사용하고 있다는 점을 들 수가 있다.⁷⁸⁾ 그런데 이와 같은 규정에 근거하여, 형법적 평가에서도 피해자가 누구인가에 대한 판단은 부동산실명법이 명시하고 있는 ‘실권리자’의 개념에 따라 횡령죄 성립 여부를 판단하여야 한다는 견해도 주장되고 있다.⁷⁹⁾

2.2 부동산실명법의 취지와 불법원인급여 해당 여부

다음으로, 부동산실명법의 취지를 어떻게 파악하는가에 따라 민법 제746조의 불법원인급여에 해당 여부에 관한 견해가 달라질 수가 있고, 그 결과 명의수탁자의 소유권 반환 여부 및 명의수탁자의 횡령죄 성립 여부에 영향을 미칠 수가 있다.

먼저, 부동산실명법은 ① 부동산에 관한 물권관계의 명 의와 실질을 일치시키려는

78) 부동산실명법은 “부동산에 관한 소유권 등의 물권을 보유한 자 또는 사실상 취득하거나 취득하려고 하는 자”를 ‘실권리자’라고 하여, 등기 여부에 관계없이 부동산에 관한 물권을 사실상 취득하거나 취득하려고 하는 자도 실권리자로 파악하고 있는 것이다(제2조 1호).

79) 이창석, 앞의 주 49)의 논문, 254-257쪽. 이에 의하면, ‘이전형 명의신탁’의 경우, ‘중간생략형 명의신탁’의 경우 및 매도인이 선의인 ‘계약명의신탁’의 경우에는 실권리자가 명의신탁자이므로 명의수탁자가 신탁부동산을 임의로 처분한 때에는 당연히 실권리자인 명의신탁자의 부동산을 횡령한 것이 되어서 명의신탁자에 대한 횡령죄가 성립되지만, 매도인이 악의인 ‘계약명의신탁’의 경우에는 실권리자가 명의수탁자이므로 그의 임의처분행위는 횡령죄를 구성하지 않는다고 한다.

그러나 위의 마지막의 경우인 매도인이 선의인 ‘계약명의신탁’의 경우에 관하여는, 명의수탁자가 신탁부동산의 소유권을 취득한다고 하더라도 그가 취득하는 소유권은 겉보기뿐인 형식적인 소유명의를 가지고 있음에 불과한 자로서, 명의수탁자가 목적부동산을 임의로 처분한 행위는, 명의신탁자를 피해자로 하는 횡령죄가 성립한다는 반대견해도 주장되고 있다(박재혁, 앞의 주 62)의 책, 158쪽; 동, 앞의 주 62)의 논문, 12쪽).

목적과 함께 ② 명의신탁자가 등기제도를 악용하여 투기·탈세·탈법행위 등 반사회적 행위를 행하는 것을 방지하고 부동산에 관한 거래의 정상화와 가격의 안정을 이루려는 목적을 다 같이 가지고 있다고 할 수 있으나(제1조), 이 두 가지의 목적 중 전자보다 후자의 목적에 더 중점이 있는 것으로 파악하는 견해가 있다. 그리고 이와 같은 입법의 목적은 부동산실명법이 명의신탁약정의 사법적 효력을 무효화(제4조)하고, 나아가 명의신탁자에 대한 형사처벌(제7조)과는 별도로 그 경제적 이익까지 과징금(제5조)이나 이행강제금(제6조)으로 박탈하려는 조항들을 통해서도 알 수가 있다고 한다.⁸⁰⁾

이러한 입장에서 볼 때, 부동산실명법이 규정하고 있는 행정적 제재나 형사적 처벌만으로는 그러한 목적을 달성하기에는 부족하고, 나아가 명의신탁자가 명의수탁자에 대하여 그 소유권의 회복을 청구하는 민사상 청구에도 협력을 거부하여야 그 입법의 목적을 달성할 수 있다고 한다. 다시 말하면, 민사적으로도 명의신탁행위는 반사회적 행위로서, 이른바 불법원인급여에 해당하는 것으로 보아야 한다고 한다. 이렇게 할 경우 매도인이거나 명의수탁자에게 부당이득을 주게 될 수도 있으나 이는 보다 중요한 사회질서의 확립을 위하여 불가피한 결과로 본다.

그 결과 명의신탁자는 명의수탁자에게 대하여 신탁부동산의 반환을 청구할 수 없고 이러한 신탁부동산은 명의수탁자의 소유로 간주되기 때문에, 명의수탁자가 신탁부동산을 임의로 처분하더라도 이는 자신 소유의 부동산을 처분한 것이 되어서 횡령죄가 성립되지 않는다고 하게 될 것이다.

이와 달리, 부동산실명법은 원칙적으로 명의신탁약정과 그 등기에 기한 물권변동만을 무효로 하고, 명의신탁자가 다른 법률관계에 기하여 등기회복 등의 권리행사를 하는 것까지 금지하지 않는 대신에 명의신탁자에 대하여 행정적 제재나 형벌을 부과함으로써 사적 자치 및 재산권보장의 본질을 침해하지 못하도록 하는 목적을 가지고 있는 것으로 파악하는 견해가 있다.⁸¹⁾

이러한 입장에 서게 되면, 이 법의 금지는 “누구든지 타인명의로 부동산을 취득할 수 없다. 누구든지 이를 위반하면 과징금이나 형벌을 면할 수 없다.”는 것까지에만 미치

80) 서울중앙지방법원 2003. 11. 28. 선고, 2003가합49028 판결(박재혁, 앞의 주 62)의 책, 50쪽 이하에서 인용); 같은 취지 김상용, “부동산실명법 규정의 제 모순점”, 고시계 제42권 제2호(통권 480호, 국가고시학회, 1997. 1, 83-85쪽; 윤철홍, “부동산실권리자 명의등기에 관한 법률’의 제정과정과 문제점”, 법학논총 제9집, 숭실대학교 법학연구소, 1996, 170쪽; 김형한, “명의신탁된 부동산과 불법원인급여-대법원 2003. 11. 27. 선고, 2003다41722 판결-”, 재판과 판례 제13집, 대구판례연구회, 2005. 1, 355-356쪽; 이충훈, “명의신탁과 부당이득반환청구권”, 홍익법학 제12권 제1호, 홍익대학교, 2011. 2, 101쪽.

81) 박재혁, 앞의 주 62)의 책, 47쪽.

고, 여기서 더 나아가 명의신탁자의 소유권취득이나 회복 자체를 끝끝내 부정하는 것은 미치지 않는 것으로 해석하게 된다. 이러한 의미에서 부동산실명법은 명의신탁자와 명의수탁자 사이의 내부적 관계까지도 완전히 부정하지는 않는다. 즉, 양자 사이의 내부적 관계에서는 명의신탁자는 신탁부동산의 소유권자이고, 부동산의 사용·수익에 따른 이익도 명의신탁자에게 귀속되는 것을 부정하지 않는다. 결국 명의신탁은 불법원인급여가 아니고, 명의신탁자가 소유권을 반환받는 것 자체는 부정되는 것이 아니며, 명의신탁자와 명의수탁자는 부당이득반환관계에 놓이게 되는 것으로 해석하게 된다.⁸²⁾

그 결과, 대내적 관계에 있어서 신탁부동산의 소유자는 명의신탁자이고, 명의수탁자는 자신의 취득하고 있는 등기명의를 신탁자에게 반환하여야 하는 지위에 있게 되므로 타인의 재산의 보관자의 지위를 부정할 수가 없고, 명의수탁자가 신탁부동산을 임의로 처분하는 경우에는 횡령죄가 성립한다고 해석할 수가 있게 되는 것이다.

2.3 제3자에 대한 보호

부동산실명법은 명의신탁약정과 그에 기한 등기의 무효를 가지고 ‘제3자’에게 대항하지 못한다고 규정하고 있다(제4조 제3항). 여기서 제3자는 명의신탁약정의 당사자 및 포괄승계인 이외의 자로서 명의수탁자가 물권자임을 기초로 그와의 사이에 직접 새로운 이해관계를 맺은 사람을 말한다.⁸³⁾ 그런데 여기의 제3자가 선의·악의를 불문하는지, 아니면 선의의 제3자로 제한 해석하여야 하는지에 관해서는 견해가 나뉜다. 먼저, 제3자가 선의·악의를 불문한다는 견해에서는 종전의 판례상 악의의 제3자에 대한 처분도

82) 박재혁, 위의 책, 134쪽; 같은 취지 정해상, 앞의 주 75)의 논문, 301쪽.

양창수, “부동산실명법 제4조에 의한 명의신탁의 효력 -소위 등기명의신탁을 중심으로-”, 민법연구 제5권, 박영사, 1999, 116쪽 이하에서는, 당사자의 행위목적 하나만으로 불법원인급여 여부를 판단해서는 안 되며, 법규의 객관적 제도목적, 급부의 반환이 인정되면 실제로 그 제도목적이 관철되지 못하는지 여부, 반환의무를 부인하는 경우 그 제도목적이 얼마만큼 달성될 것인지 여부 및 당사자 간의 형평 등을 종합적으로 고려하여 개별적으로 판단하여야 한다고 하면서, 명의신탁은 원칙적으로 불법원인급여에 해당하지 않지만, 개별적으로 급부반환을 금지할 필요가 있다고 판단되는 경우에는 급부반환을 금지할 수도 있다는 여지를 남기고 있다.

그러나 이흥렬, “부동산실명법 제4조에 의한 명의신탁의 효력”, 집합건물법학 제8집, 한국집합건물법학회, 2011. 12, 282쪽에서는, 부동산실명법이 시행된 후 20년 가까이 지난 현재 명의신탁의 반사회성은 간과할 수 없는 정도에 이르렀다고 볼 수 있으므로, 명의신탁자제로의 재산권 복귀 자체를 차단하는 것을 입법적으로 고려할 때가 되었다고 한다.

83) 대법원 2005. 11. 10. 선고, 2005다34667 판결.

유효하다고 인정되고 있었으므로 새삼 명의신탁자나 명의수탁자를 그 이상으로 보호할 필요가 없으며,⁸⁴⁾ 한편으로 선의·악의를 불문하고 대항할 수 없게 한 것은 명의신탁자의 재산을 보호해 주지 않겠다는 강력한 의지를 보여 줌으로써 명의신탁자가 명의신탁 제도를 이용하는 것을 억제시킬 필요가 있고, 또한 명의신탁자의 유책성이 명의수탁자로부터 소유권을 이전받은 악의의 제3자보다 더 크다는 것을 이유로 들고 있다.⁸⁵⁾ 이와 달리 여기의 제3자는 선의의 제3자만을 의미하고 악의의 제3자는 제외된다는 견해에서 이 규정은 명의수탁자와 거래한 상대방 보호 또는 거래의 안전을 보호하기 위한 규정이므로 민법상 다른 제3자 보호제도와 균형을 취해야 한다는 것을 그 이유로 들고 있다.⁸⁶⁾

이러한 제3자의 범위에 관한 견해의 차이는, 명의수탁자가 신탁부동산을 임의처분한 때에 만약 명의신탁자에 대하여 횡령죄가 성립한다는 입장을 취하는 경우에는, 그 횡령죄가 성립하는 범위에 차이를 가져오게 된다. 즉, 제3자는 선의인 경우만 보호되고 악의인 경우는 보호를 받지 못한다는 견해를 취하게 되면, 명의수탁자가 선의의 제3자에게 임의처분한 경우에는 그 처분은 유효한 것으로 다루어지므로, 명의신탁자에 대한 횡령죄의 성립을 논할 수 있을 것이나, 악의의 제3자에게 처분한 경우에는 그 처분은 유효하지 않으므로 명의수탁자는 명의신탁자에 대하여 횡령죄의 죄책을 지지 않는다는 결론을 내릴 수 있을 가능성이 있게 된다. 그러나 제3자의 선의·악의를 불문하고 모두 보호된다는 견해를 취하게 되면, 명의수탁자의 임의처분행위는 모두 유효한 것으로 다루어질 것이므로, 결과적으로 제3자는 선의인 경우만 보호된다고 해석하는 경우보다 명의수탁자에게 횡령죄가 성립하는 범위가 넓어지게 될 것이다.

84) 양창수, 앞의 주 83)의 논문, 124쪽.

85) 목영준, “부동산실권리자명의등기에관한법률상 명의신탁약정의 효력”, 민사판례연구 21권, 민사판례연구회, 1999, 117쪽; 이주일, “명의신탁과 형사처벌에 대한 비판적 검토”, 법학연구 제29집, 한국법학회, 2008, 2, 284쪽.

86) 고상룡, 물권법, 법문사, 2002, 414-415쪽; 박윤직, 앞의 주 19)의 책, 96쪽; 김상용, 앞의 주 81)의 논문, 85-86쪽.

3. 형사법적 법리에 관한 해석론의 대립

3.1 횡령죄의 법리

횡령죄의 구성요건을 보면, 횡령죄의 객체는 ‘타인의 재물’이고 그 주체는 ‘타인의 재물을 보관하는 자’이다. 그런데 형법학계에서는 명의신탁관계의 경우가 과연 횡령죄의 구성요건에 해당하는가에 관하여 논의가 분분하다. 다시 말하면, 명의수탁자가 자신의 명의로 등기하고 있는 명의신탁자의 부동산이 횡령죄의 객체인 ‘타인의 재물’에 해당하는지 여부 및 그러한 명의수탁자의 지위가 횡령죄의 주체인 ‘타인의 재물을 보관하는 자’에 해당하는지 여부에 관하여 다양한 의견이 주장되고 있는 것이다.

먼저, 재물의 타인성 여부의 판단에 있어서는, 명의신탁의 본질에 관한 파악, 즉 ‘내부적 소유자’와 ‘외부적 소유자’ 중 누구를 소유자로 볼 것인가의 문제와 관련이 있음은 위에서 이미 살펴본 바가 있어 중복 기술을 피한다.

다음으로, ‘타인 재물의 보관’의 의미와 관련해서는 형법 학자 사이에서도 해석론이 나뉘고 있다. 즉, 그 보관이 재물의 소유자와의 ‘신임관계에 기초한 위탁관계’에 기하여 이루어질 것을 요구하는데,⁸⁷⁾ 그런데 여기서 말하는 재물의 보관자와 재물의 소유자 사이에 존재해야 하는 ‘신임관계에 기한 위탁관계’가 구체적으로 무엇을 의미하는가가 문제되고 있다. 즉, 그 위탁관계가 법률상 위탁관계이어야 하는가, 아니면 사실상 위탁관계이면 충분한지 등에 관하여 의견이 나누어지고 있는 것이다.

횡령죄에 있어서의 위탁관계를 객관적으로 존재하는 사실상의 관계이면 족하다는 견해에 의하면, 위탁자가 수탁자에게 목적물의 보관을 맡길 법률상 권한이 있는지 또는 수탁자가 그 재물을 수탁할 권한이 있는지는 불문하므로, 그 위탁행위가 법률상 무효 또는 취소가 된다고 하더라도 보관물을 반환하기까지는 위탁행위에 의하여 인도된 재물의 점유는 신의칙에 따른 위탁관계로 인정할 수 있고, 따라서 명의신탁의 경우에 부동산 실명법상 명의신탁약정 자체가 무효이고 그 이행 등과 관련된 일반적 효과는 인정되지 않더라도 그 신탁부동산에 대해서는 명의신탁자와 명의수탁자 사이에 사실상의 위탁관계가 인정될 수가 있고, 명의수탁자의 신탁부동산의 임의처분행위는 횡령죄가 성립할

87) 대법원 2005. 6. 24. 선고, 2005도2413 판결; 대법원 2007. 5. 31. 선고, 2007도1082 판결; 대법원 2007. 5. 31. 선고, 2007도1082 판결; 대법원 2008. 10. 23. 선고, 2007도6463 판결 참고. 판례도 타인의 재물을 위탁관계에 의하지 않고 보관하는 경우는 점유이탈물횡령죄가 성립할 수는 있을지언정, 횡령죄는 성립할 수는 없다고 한다.

수 있다고 한다.⁸⁸⁾ 그러나 횡령죄의 위탁관계가 법률상 적법하게 설정된 것이어야 한다고 파악하는 견해에 의하면, 부동산실명법이 명의신탁약정 자체를 무효로 하고 있으므로, 명의신탁자와 명의수탁자 사이의 위탁관계의 원인행위 자체가 법률상 무효가 되고, 따라서 명의수탁자에게는 더 이상 신탁부동산에 대한 위탁관계를 인정할 수가 없게 된다.⁸⁹⁾

그리고 명의신탁자와 명의수탁자 사이에 ‘신임관계에 기한 위탁관계’가 인정된다고 하더라도, 횡령죄의 주체가 되기 위해서는 ‘타인 재물의 보관자’이어야 하는데, 판례가 횡령죄에 있어서 보관자의 지위를 부동산의 경우에는 ‘제3자에게 유효하게 처분할 권능의 유무’에 따라 판단하여야 한다는 판결을 함으로써, 여기서 과연 ‘보관’의 구체적 의미를 어떻게 이해하여야 할 것인가의 문제가 제기되고 있다.

즉, 판례는, 부동산에 관한 횡령죄에 있어서 타인의 재물을 보관하는 자의 지위는 동산의 경우와는 달리 부동산에 대한 점유의 여부가 아니라 부동산을 제3자에게 유효하게 처분할 수 있는 권능의 유무에 따라 결정하여야 한다고 판시하면서, 등기부상 소유자로 등기되어 있는 이상 등기명의자가 법률상 그 부동산을 제3자에게 처분할 수 있는 지위에 있고 따라서 그 부동산에 대한 지배력을 가지고 있다고 할 수 있기 때문에 횡령죄에서 말하는 보관자의 지위가 인정되지만,⁹⁰⁾ 다만 예외적으로 그 등기가 무효인 경우에는 부동산을 유효하게 처분할 수 있는 지위에 있다고 할 수 없으므로 부동산의 보관자라고 할 수 없다고 한다.⁹¹⁾

그런데 이러한 판례의 입장을 관철한다면, 부동산 명의신탁에 있어서 부동산실명법은 명의신탁약정 자체를 무효로 할 뿐 아니라 수탁자 명의로 행해진 등기 자체도 무효로 하고 있으므로 위 판례가 말하는 예외적인 경우에 해당될 것이고, 또한 명의수탁자는 신탁부동산을 보관할 권능은 있을지 몰라도, 그것을 제3자에게 처분할 수 있는 권능은 갖고 있지 않으므로, 명의수탁자에게는 신탁부동산의 보관자의 지위가 인정되지 않고, 따라서 횡령죄의 주체가 되지 않는다는 결론이 나와야 할 것이다.⁹²⁾ 그러나 판례는 ‘이전

88) 박광민, 앞의 주 39)의 논문, 63, 65쪽; 임웅, 앞의 주 8)의 책, 426쪽.

89) 박상기, 앞의 주 32)의 논문, 278쪽; 박상기, “부동산명의신탁과 횡령죄”, 법률신문 제2642호, 1997. 10. 27, 법률신문사, 1997, 14쪽.

90) 대법원 1987. 2. 10. 선고, 86도1607 판결; 대법원 1989. 12. 8. 선고, 89도1220 판결; 대법원 1996. 1. 23. 선고, 95도784 판결; 대법원 2000. 4. 11. 선고, 2000도565 판결; 대법원 2005. 6. 24. 선고, 2005도2413 판결; 대법원 2007. 5. 31. 선고, 2007도1082 판결; 대법원 2010. 6. 24. 선고, 2009도9242 판결.

91) 대법원 2007. 5. 31. 선고, 2007도1082 판결.

92) 정도영, “부동산실명법에 위반한 명의신탁과 횡령죄”, 재판실무연구, 광주지방법원, 1999, 358쪽.

형 명의신탁'의 경우와 '중간생략형 명의신탁'의 경우에 명의수탁자는 신탁목적의 부동산을 제3자에게 유효하게 처분할 수 있는 권능이 있는 자로 파악하여 횡령죄의 성립을 인정하고 있는 것이다.⁹³⁾

3.2 배임죄의 법리

명의수탁자가 신탁부동산을 임의로 처분한 경우 배임죄의 성립 여부에 관하여도 역시 형법상 학설이 분분한데, 그것은 배임죄의 구성요건으로 형법이 규정하고 있는 “타인의 사무를 처리하는 자”를 어떻게 파악할 것인가와 관련이 있다. 즉, 명의신탁의 내부적 관계를 중시하여 명의신탁자를 소유자로 파악한다면, 명의수탁자가 명의신탁약정에 의하여 부담한 신탁부동산의 관리의무는 ‘타인의 사무’에 해당하며, 명의수탁자가 신탁부동산을 임의로 처분하는 것은 배임죄를 구성한다고 할 수가 있다. 그러나 명의신탁의 외부적 관계를 중시하여 명의수탁자를 소유자로 파악한다면, 명의수탁자가 부담하는 의무는 타인(명의신탁자)을 위하여 자신(명의수탁자)의 재산을 관리할 자신의 사무에

93) 아마도 판례는 민사적으로는 명의신탁에 관한 물권변동이 무효로 되어 명의수탁자가 대내외적으로 유효하게 소유권을 취득할 수 없지만, 소유권이전등기가 수탁자 명의로 되어 있기 때문에 명의수탁자가 신탁부동산을 제3자에게 처분하면 부동산실명법은 거래 안전을 보호하기 위하여 명의신탁약정 및 그에 기한 물권변동의 무효를 제3자에게 대항하지 못하도록 규정하고 있어서(동법 제4조 제3항), 결과적으로 제3자가 소유권을 취득하고 명의신탁자는 소유권을 잃게 되므로, 이를 근거로 명의수탁자는 신탁부동산을 유효하게 처분할 수 있는 지위에 있는 자로서 타인의 부동산을 보관하는 자의 지위에 있다고 보고 있는 것으로 판단된다.

학설은 이와 같은 판례의 입장에 대하여 찬반론이 나뉜다. 먼저, 명의수탁자에 대하여 횡령죄의 성립을 인정하는 판례의 입장에 찬성하는 견해에 의하면, 판례가 말하는 등기가 원인무효인 경우라는 것은 등기명의인이 ‘유효하게’ 그 부동산을 처분할 수 없을 뿐만 아니라, 무권리자인 등기명의인이 사실적으로 처분하더라도 등기에 공신력이 인정되지 않아서 원소유자가 그 부동산에 대해 소유권을 잃지 않는 경우를 말한다고 하면서, 명의신탁의 경우는 부동산실명법상 명의신탁의 무효를 제3자에 대항하지 못하게 되고, 결과적으로 명의수탁자의 처분으로 제3자가 소유권을 취득하게 되어서 원소유자가 소유권을 상실하게 되기 때문에, 명의수탁자는 그 신탁부동산을 보관하는 지위에 있게 되어서 횡령죄의 주체가 된다고 한다(손동권, 앞의 주 55)의 논문, 172쪽).

그러나 위와 같은 판례의 입장에 반대하는 견해에 의하면, 부동산실명법이 명의신탁약정 및 그에 기한 물권변동의 무효를 제3자에게 대항하지 못하도록 규정하고 있는 것은, 명의수탁자로 하여금 신탁부동산을 유효하게 처분할 수 있는 지위를 부여한 것이 아니라, 제3자가 신탁부동산의 소유권을 유효하게 취득하게 함으로써 명의신탁자의 재산권보호를 배제하겠다는 특별한 목적하에서 제정한 규정으로 해석하여야 하고, 이 규정에 의하여 반사적으로 수탁자의 처분행위가 유효하게 되는 것에 불과하기 때문에, 명의수탁자는 신탁부동산을 유효하게 처분할 수 있는 지위에 있지 않고, 따라서 횡령죄의 주체가 될 수 없다고 한다(천진호, 앞의 주 51)의 논문, 281쪽).

해당하고, 이와 같은 ‘타인을 위한 사무’는 ‘타인의 사무’와는 전혀 다른 것으로서, 명의수탁자가 신탁부동산을 임의로 처분하더라도 배임죄가 성립할 수 없다고 할 것이다. 나아가, 이러한 후자의 입장에서는, 신탁부동산을 임의처분한 명의수탁자는 명의신탁자에 대하여 명의신탁약정에 따른 계약상 의무의 불이행으로 인한 민사상 채무불이행책임(손해배상책임)만을 지게 되고, 배임죄의 성립을 인정하는 것은 형법이 금지하고 있는 유추해석에 반하는 것으로 파악하게 될 것이다.

V. 민법과 형법의 상호관계 획정기준

부동산실명법이 1995년 7월 시행된 이래 20년이 가까워지고 있는 현재, 위에서 살펴본 바와 같이 부동산 명의신탁에 관한 민사법상의 법적 구성과 이를 기초로 하여 명의수탁자의 신탁부동산의 임의 처분행위에 대한 형사상의 죄책을 둘러싸고 논의되고 있는 학설과 판례의 혼란이 아직도 진행되고 있는 것은 가히 미증유의 현상이라 하지 않을 수 없다.

이는 일제시대부터 최근까지 법원에 의하여 유효하다고 인정되어 온 명의신탁자와 명의수탁자 사이의 위탁관계가 부동산실명법에 의하여 민사법적으로는 불법적인 관계로 전환되었지만, 이와 같이 민사법상 불법적으로 된 위탁관계가 여전히 형법상 횡령죄 또는 배임죄의 구성요건에 해당되는 것으로 해석하여 형사법적으로 보호할 만한 가치가 있는 것으로 볼 것인지의 여부에 관한 혼란이 이어져 온 결과라 할 수 있다.

위에서 살펴본 바와 같이, 명의수탁자의 신탁부동산을 처분하는 행위가 횡령죄에 해당되는지 여부에 관하여, 우리 대법원의 판례는 ‘이전형 명의신탁’ 및 ‘중간생략형 명의신탁’의 경우에는 명의신탁자에 대한 횡령죄의 성립을 인정하고 있으나, ‘계약명의 신탁’의 경우에는 이와 달리 원권리자인 매도인의 선의·악의를 불문하고 매도인은 물론 명의신탁자에 대한 관계에서도 횡령죄가 성립하지 않는다는 입장을 일단 정리하고 있음에도 불구하고, 학계에서는 여전히 이에 관한 찬반론이 계속되고 있는 것이다.

그런데 이와 같이 명의신탁이라는 사실관계는 하나인데도, 그 유형에 따라 민법상 소유권의 귀속자가 누구인가에 관해서부터 견해가 갈라지고 있으며, 나아가 명의수탁자의 형법상 횡령죄나 배임죄의 유무죄 여부에 관하여 극과 극을 달리하는 결론이 내려진다고 한다면, 법 적용에 있어서 예측가능성과 법적 안정성이 훼손됨은 물론, 어떤 사람에

게는 부동산의 소유권이 인정되지 않음으로써 생활의 터전이 빼앗기는 일을 당하기도 하여 헌법상 인정되고 있는 재산권의 보장이 유명무실해질 수 있으며, 심지어는 전과자가 되어 평생 불행한 삶을 살아가게 될 처지가 될 수도 있다. 이러한 기이한 현상을 수범자인 일반 국민의 입장에서는 과연 어떻게 이해하고 수궁할 수 있을 것인지는 의문이 든다.

학계에서는, 부동산실명법이라는 하나의 법률 내에서 금지되는 명의신탁과 허용되는 명의신탁이 병존하며 또한 명의신탁의 유형에 따라 명의수탁자의 신탁부동산의 임의처분행위에 대한 형법상 죄책에 관하여 상이한 결론을 내고 있는 문제점을 인식하고서, 명의신탁이라는 하나의 범주에서 이들을 아우르는 법이론을 구성할 것을 제안하기도 한다.⁹⁴⁾

나아가서, 최근에는 민법과 형법과의 상호 통합적 연구의 필요성을 인식하고, 이들의 상호관계를 확정하기 위한 기준들을 적극적으로 모색하려는 시도를 꾀하고 있기도 하다.⁹⁵⁾

민법과 형법의 관계를 확정하기 위한 기준으로 일반적으로 ‘법질서의 통일성’과 ‘각 개별법의 독자성’을 들 수가 있다. 즉, 민법과 형법이 체계적으로 분화된 것은 역사적으로 볼 때 그렇게 오래된 일은 아니다. 민법이나 형법도 우리나라의 전체 법체계 안에서 존재하는 하나의 법영역일 뿐이다. 따라서 이러한 각각의 법영역의 내용은 전체 법체계 안에서는 통일성을 이룰 필요가 있다. 그래야만 수범자들로부터 법 준수에 대한 신뢰를 얻을 수가 있을 것이기 때문이다.⁹⁶⁾

그러나 다른 한편으로는, 민법과 형법이 분화된 것이 각기 독자적인 규범목적에 지향하고 있기 때문인 점도 부인할 수가 없다. 그렇다면 ‘민법과 형법의 각각의 독자성’을 무시할 수도 없다. 각 개별법의 규범목적에 관해서는 다양한 의견이 있겠지만, 민법은 ‘소유권 존중’이나 ‘사적 자치’나 ‘과실책임’ 등의 원칙을 통해 개인의 경제활동의 자유를 보장함으로써 개인이 취득한 사유재산권을 보호하는 데 그 규범의 목적을 두고 있다고 할 수 있다.⁹⁷⁾ 그런데 형법의 규범목적은 일반인의 인격적 법익·사회적 이익·국가적 이익 등의 ‘법익보호목적’과 범죄인에 대한 법치국가적 ‘보장목적’이라고 파악되고 있다.⁹⁸⁾ 이와 같이 각 법영역의 목적이 상이함에 따라 그것이 취하는 법적 제재의 수단도

94) 박달현, 주 61)의 논문, 133쪽.

95) 양천수, 앞의 주 25)의 책, 63쪽 이하.

96) 양천수, 위의 책, 73-74쪽.

97) 박윤직/김재형, 민법총칙[민법강의 I] 제9판, 박영사, 2013, 37쪽 이하 참조.

서로 다른 바, 민법의 대표적인 법적 제재수단은 손해배상인 데 반하여, 형법은 법적 제재수단으로 형벌이라는 것을 사용한다. 그러나 형법이 사용하는 형벌은 사회통제 수단 중 가장 강력한 수단인 관계로, 민법·행정법 등 다른 법률에서 인정되는 법적 제재수단이 더 이상 작동할 수 없을 때에 한하여 예외적으로 형법의 제재수단인 형벌이 투입되어야 한다(형법의 보충성·최후수단성·단편성).

그런데 이와 같이 민법과 형법의 관계획정 기준으로 거론되는 ‘법질서의 통일성’과 ‘민법과 형법의 독자성’이 구체적 현실 문제를 해결함에 있어서는 서로 이율배반적 관계에 있는 경우가 많이 발생한다. 문제의 관건은 이 두 기준의 충돌을 해소하고 조화시킬 수 있는 방안을 찾는 것일 것이다. 각각의 구체적 상황 속에서 서로 모순되는 두 기준을 실제적으로 조화시킬 수 있는 기준으로, 헌법상 기본권 규정(헌법 제10조 이하)이나 비례성의 원칙(헌법 제37조 제2항) 등이 제시되기도 한다.⁹⁹⁾

그런데 이제 본고의 주제인 명의신탁과 관련하여 민법과 형법과의 상호관계를 생각해보기로 한다.

부동산실명법은 명의신탁약정과 그에 기한 물건변동의 사법적인 효과를 무효로 하면서, 형사적으로 명의신탁자에게는 5년 이하의 징역이나 2억 원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있고, 나아가 행정적 제재인 과징금과 이행강제금까지 부과하고 있다. 한편 명의수탁자에 대해서도 3년 이하의 징역이나 1억 원 이하의 벌금에 처하고 있다. 부동산실명법 자체가 명의신탁자와 명의수탁자에 대하여 규정하고 있는 이러한 사법적 및 행정적 제재에서 나아가 형벌까지 부과하고 있는 것만으로도 상당히 무거운 제재라 하지 않을 수 없다.

그리고 부동산실명법은 명의신탁약정 자체를 사법상 무효라고 규정하고 있으므로, 그렇다면 명의신탁을 위탁하는 원인 행위 자체가 법률상 무효라고 할 것이다. 이와 같이 위탁관계 자체를 무효로 보는 이상은, 명의수탁자는 더 이상 신탁부동산의 보관자로서의 지위가 인정될 수 없을뿐더러, 명의신탁자와 명의수탁자 두 사람 사이의 신임관계는 법적으로 보호되어야 할 관계에 해당하지 않는다고 보아야 할 것이다. 더구나 대법원 판례는 사법적으로 명의신탁약정이 불법원인급여에 해당하지 않는 것으로서 해석하면

98) 배종대, 앞의 주 8)의 책, 16쪽.

99) 양천수, 위의 주 25)의 책, 79쪽 이하. 그런데 이와 달리, 법질서의 통일성은 형법을 포함한 다른 법률의 독자성을 무시하면서까지 인정될 수 있는 것은 아니므로, ‘법질서의 통일성’과 ‘형법의 독자성’이 문제될 경우에는 법질서의 통일성에 대한 중대한 침해가 없는 한, 형법의 독자성이 우선되어야 한다는 견해도 주장되고 있다(박달현, 앞의 주 61)의 논문, 115쪽).

서, 명의신탁자가 명의수탁자에 대하여 소유권의 회복 또는 부당이득의 반환을 청구하는 것을 허용하고 있다. 그러함에도 불구하고 명의수탁자가 신탁부동산을 임의로 처분한 때에 배임죄 또는 횡령죄가 성립한다는 것은 형법의 자기모순이며 동시에 형법의 보충성의 원칙에도 반한다고 보아야 할 것이다.¹⁰⁰⁾

요컨대 부동산실명법이 한편으로는 명의신탁약정의 사법상 보호성을 부정하면서도, 다른 한편으로는 명의수탁자가 임의로 제3자에게 신탁부동산을 처분하는 경우에 그 제3자의 선의·악의를 묻지 않고서 그에 대한 처분행위의 유효성을 인정하고 있는 이상, 명의수탁자가 사법상 무효인 명의신탁약정에 위반하여 제3자에게 임의로 신탁부동산을 처분하는 행위를 굳이 형법이 나서서 규율하지 않는 것이 형법의 보충성 원칙에 합치하는 것이라고 하겠다. 그러므로 이러한 경우에는 명의수탁자의 보관자의 지위가 부정되며, 형법상 횡령죄 혹은 배임죄 모두 성립하지 않는다고 해석하는 것이 타당할 것이라 생각된다.¹⁰¹⁾¹⁰²⁾

Ⅵ. 결 론

오늘날 우리는 국회에서 통과되는 법률의 수가 가히 헤아리기가 어려울 정도로 늘어나고 있는 시대에 살고 있다. 그 가운데는 종래 전통적으로 기본 6법이라고 불리어 오고 있는 법, 즉 헌법·민법·형법·상법·민사소송법·형사소송법을 보완하거나 개편·확장하는 법률들이 있기도 하지만, 우리의 사회생활이 다양화·복잡화·세분화되거나 또한 기능화·전문화됨에 따라 각각의 고유한 생활영역들을 규율하는, 그러나 종래 기본 6법과 동등하거나 또는 그보다 우월하는 개별법률들이 무수히 많이 제정되고 있다.

100) 윤상민, “금지되는 명의신탁 부동산의 처분행위와 관련한 형사책임”, 원광법학 제23권 제1호, 원광대학교 법학연구소, 2007, 195-196쪽; 조기영, “재산범죄와 ‘보호할 가치 있는 신뢰관계’”, 형사법연구 제26권 제1호, 한국형사법학회, 2014, 114-115쪽.

101) 양천수, 주 25)의 책, 131쪽 이하 및 145-147쪽.

102) 한편 여기서 한걸음 더 나아가 입법론으로서, 금지된 명의신탁의 경우에 대해서는 직접적으로 형벌을 부과하는 것보다 행정적 제재를 과하거나 명의신탁자제로의 재산권 복귀를 사법적으로 할 수 없도록 하는 등의 간접적 규제방식을 취하는 방향으로 부동산실명법을 개정하여야 한다는 견해도 제시되고 있다. 이흥렬, 앞의 주 83)의 논문, 281쪽; 같은 취지 송오식, “계약명의신탁에서 명의수탁자의 처분행위와 불법행위의 성부 -대법원 2013. 9. 12. 선고, 2010다05185 판결-”, 법학논총 제34권 제1호, 전북대학교 법률행정연구소, 2014, 315쪽.

그 예로서 이른바 의료법·노동법·환경법·정보통신법·교육법·사회보장법·경제법으로 분류되고 있는 법률들을 들 수가 있다. 이들의 법률들은 그 개별법을 자체 속에서 공법적·사법적·형사법적 규정들을 한꺼번에 담고 있는 것이 보통이다.

물론 이러한 법률들은 각각의 고유한 생활영역을 특별히 규율하기 위해 제정된 것이기 때문에, 이러한 목적은 존중되어야 함이 원칙이다. 그렇지만 바로 그 이유 때문에 종래 기본 6법의 법원리에 어긋나는 규정들이 들어가 있기도 하며, 또한 다른 고유한 생활영역을 규율하는 법규정 사이에도 서로 부합하지 않거나 심지어 충돌하는 규정들이 들어가 있기도 한다. 그렇기 때문에, 사회통합을 위해 다양한 구성원들 간의 통합이 요구되듯이, 이러한 각각의 고유한 법률들의 내용도 전체의 하나의 법체계 아래에서 통일성을 가질 것이 요청됨은 당연하다고 할 것이다.

여기서 이와 같이 각각의 고유한 생활영역들을 규율하는 법률의 규정을 해석함에 있어서, 민법과 형법은 물론 다른 다양한 법적 관점을 동시에 동원하여 통합적 접근을 해야 할 필요성이 절실히 요구되고 있다. 종래 법의 목적을 전혀 달리하는 사법과 형법 간의 통합적 연구는 우리나라에서 별로 행해지지 않았으나, 이제는 민법과 형법이라는 전공의 벽을 넘어, 민법과 형법의 통합적 연구가 필요한 때라고 하지 않을 수 없다.

본고에서는 민법과 형법이 교차하는 영역 중에서 특히 부동산 명의신탁에 관하여 고찰하였다. 부동산실명법은 명의신탁을 사법적으로 무효라고 규정하면서, 명의신탁자와 명의수탁자에 대하여 형벌을 부과하고 있을 뿐 아니라, 행정적 제재까지 부과하고 있다. 이러한 것만으로도 상당히 무거운 것이라 하지 않을 수 없다.

따라서 부동산 명의신탁에 대해서는 특별법인 부동산실명법이 제정되어 우선적으로 규제하고 있고, 이를 규율하는 효율적인 법적 수단을 강구하고 있으므로 형법이 한발짝 물러서는 것이 바람직하다고 하겠다. 나아가, 부동산실명법상 부동산 명의신탁은 공법(행정법)뿐 아니라 사법적으로도 무효로 취급되고 있는 관계임을 형법이 보호한다는 것은 형사정책적인 관점에서든 과연 타당하다고 할 것인지 의문이 든다.

이러한 의미에서 대법원이 최근 매도인이 선의인 ‘계약명의신탁’의 경우에 이어서 매도인이 악의인 ‘계약명의신탁’의 경우에도 명의수탁자의 횡령죄 또는 배임죄의 성립을 부정한 것은 일단 바람직하다고 하겠다. 그러나 앞으로 ‘이전형 명의신탁’은 물론 ‘중간생략형 명의신탁’의 경우에도 명의수탁자의 횡령죄나 배임죄의 성립을 긍정하는 판결을 변경하여 이를 부정하는 판결을 해 줄 것을 기대한다.

참고문헌

1. 단행본

- 고상룡, 물권법, 법문사, 2002.
- 곽윤직, 물권법 제7판, 박영사, 2006.
- 곽윤직/김재형, 민법총칙[민법강의 I] 제9판, 박영사, 2013.
- _____, 물권법 제8판 전면개정, 박영사, 2014.
- 김상용, 채권각론, 화산미디어, 2009.
- 박상기, 형법각론 제8판, 박영사, 2011.
- 박재혁, 부동산 명의신탁의 3대 과제, 진원사, 2012.
- 배종대, 형법각론 제7전정판, 홍문사, 2010.
- 손동권/김재운, 새로운 형법각론, 율곡출판사, 2013.
- 송덕수, 물권법, 박영사, 2012.
- 양천수, 부동산 명의신탁, 영남대학교출판부, 2010.
- 오영근, 형법각론 제2판, 박영사, 2009.
- 이상태, 물권법 8정판, 법원사, 2013.
- 이영란, 형법학(각론강의) 제3판, 형설출판사, 2013.
- 이은영, 물권법 제4판, 박영사, 2006.
- 이재상, 형법각론 제9판, 박영사, 2013.
- 이형국, 형법각론, 법문사, 2007.
- 임웅, 형법각론 제4정판, 법문사, 2012.
- 정성근/박광민, 형법각론 제3판, 삼지원, 2008.
- 정영일, 형법각론 제3판, 박영사, 2011.

2. 학술지

- 강동범/이강민, “등기명의신탁과 수탁자의 형사책임”, 법학논고 제41집, 경북대학교 법학원, 2013. 2, 1-20쪽.
- 강태성, “명의신탁에 있어서의 여러 가지 문제점”, 법학논고 제15권, 경북대학교 법학연

- 구소, 1999, 55-71쪽.
- 고상룡, “명의신탁론의 재검토 소고”, 민법학논총(곽윤직 교수 화갑기념논문집), 박영사, 1985, 177-202쪽.
- 권용우, “금지된 명의신탁과 부동산소유권의 귀속”, 법학논총 제30권 제2호, 단국대학교 법학연구소, 2006, 141-176쪽.
- 김상용, “영미신탁법상의 수동신탁법리에 의한 명의신탁이론의 재구성”, 판례월보 201호, 1987. 6, 판례월보사, 1987, 27-40쪽.
- _____, “부동산실명법 규정의 제모순점”, 고시계 제42권 제2호(통권 480호), 국가고시학회, 1997. 1, 77-90쪽.
- 김준성, “‘통섭(通攝) : Consilience’의 의미 -휴웰(Whewell)의 귀납적 통섭에 대한 분석”, 인문과학연구논총 제29호, 명지대학교 인문과학연구소, 2008, 61-81쪽.
- 김형한, “명의신탁된 부동산과 불법원인급여 -대법원 2003.11.27. 선고 2003다41722 판결”, 재판과 판례 제13집, 대구판례연구회, 2005. 1, 338-359쪽.
- 목영준, “부동산실권리자명의등기에관한법률상 명의신탁약정의 효력”, 민사판례연구 21권, 민사판례연구회, 1999, 93-131쪽.
- 박광민, “명의신탁부동산의 임의처분행위에 대한 형사책임”, 성균관법학 제14권 제1호, 성균관대학교 비교법연구소, 2002, 59-74쪽.
- 박상기, “부동산명의신탁과 횡령죄”, 형사판례연구(6), 형사판례연구회, 1998, 266-280쪽.
- 박달현, “「부동산실명법」의 시행과 부동산명의신탁의 형사법적 문제점 검토”, 비교형사법연구 제6권 2호, 한국비교형사법학회, 2004, 109-134쪽.
- 백재명, “부동산명의신탁과 횡령죄 -서울지방법원 제2형사부 1998. 11. 24. 선고, 98 노 5434 판결”, 형사판례연구 제7집, 형사판례연구회, 1999. 7, 367-385쪽.
- 서요한, “명의신탁된 부동산 영득행위의 죄책”, 재판실무 제2집, 창원지방법원, 2005, 399-413쪽.
- 손동권, “명의신탁 부동산의 처분행위에 대한 횡령죄의 성립 여부 -특히 ‘부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률’과 관련하여”, 고시연구 24권 12호, 고시연구사, 1997. 12, 40-50쪽.
- _____, “명의신탁부동산을 임의처분한 경우의 형사책임”, 형사법연구 제15호, 한국형사법학회, 2001, 163-184쪽.
- 송오식, “계약명의신탁에서 명의수탁자의 처분행위와 불법행위의 성부 -대법원 2013.

9. 12. 선고 2010다05185 판결”, 법학논총 제34권 제1호, 전북대학교 법률행정연구소, 2014, 291-319쪽.
- 양창수, “부동산실명법 제4조에 의한 명의신탁의 효력 -소위 등기명의신탁을 중심으로-”, 민법연구 제5권, 박영사, 1999, 73-134쪽.
- _____, “부동산실명법상의 사법적 규정에 의한 명의신탁의 규율”, 민법학연구 제5권, 박영사, 1999, 135-180쪽.
- _____, “명의신탁에 대한 규율 재고 -부동산실명법 시행 5년의 평가와 반성-”, 민법연구 제6권, 박영사, 2001, 151-186쪽.
- 윤상민, “금지되는 명의신탁 부동산의 처분행위와 관련한 형사책임”, 원광법학 제23권 제1호, 원광대학교 법학연구소, 2007, 183-200쪽.
- 윤철홍, ““부동산실권리자 명의등기에 관한 법률’의 제정과정과 문제점”, 법학논총 제9집, 숭실대학교 법학연구소, 1996, 137-178쪽.
- 이보영, “부동산 명의신탁과 형사책임”, 법학연구 33집, 한국법학회, 2009. 2, 311-333쪽.
- 이상철, “명의신탁부동산의 처분행위와 횡령죄 -3자간명의신탁에 관한 대법원 2010. 6. 24. 선고 2009도9242 판결을 중심으로-”, 일감법학 제24호, 건국대 법학연구소, 2013. 2, 69-110쪽.
- 이주일, “명의신탁과 형사처벌에 대한 비판적 검토”, 법학연구 제29집, 한국법학회, 2008. 2, 267-288쪽.
- 이창석, “부동산 명의수탁자의 횡령죄 주체성”, 형사판례연구(19), 형사판례연구회, 2011, 236-265쪽.
- 이충훈, “명의신탁과 부당이득반환청구권”, 홍익법학 제12권 제1호, 홍익대학교, 2011. 2, 85-108쪽.
- 이흥렬, “부동산실명법 제4조에 의한 명의신탁의 효력”, 집합건물법학 제8집, 한국 집합건물법학회, 2011. 12, 253-286쪽.
- 임병락, “명의신탁과 형법해석”, 법학논고 제46집, 경북대학교 법학연구원, 2014. 5, 349-374쪽.
- 장영민, “명의신탁된 부동산영득행위의 죄책”, 고시계 42권 12호(통권 490호), 국가고시학회, 1997, 32-41쪽.
- 정도영, “부동산실명법에 위반한 명의신탁과 횡령죄”, 재판실무연구, 광주지방법원, 1999, 351-365쪽.

- 정해상, “부동산명의신탁의 법리에 관한 재고”, 중앙법학 제5집 제1호, 중앙대 중앙법학회, 2003, 293-310쪽.
- 조기영, “재산범죄와 ‘보호할 가치 있는 신뢰관계’”, 형사법연구 제26권 제1호, 한국형사법학회, 2014, 91-123쪽.
- 천진호, “부동산실명법상 부동산명의수탁자의 형사책임”, 형사재판의 제 문제(이용우 대법관 퇴임기념 논문집) 제5권, 박영사, 2005. 10, 259-288쪽.
- _____, “명의신탁부동산 처분행위와 형사책임”, 비교형사법연구 제4권 제1호, 한국비교형사법학회, 2002, 458-494쪽.
- 최송화, “법과 정책에 관한 연구 -시론적 연구-”, 법학 제26권 제4호, 서울대학교, 1985, 81-95쪽.
- 허일태, “배임죄에서의 행위주체와 손해의 개념”, 비교형사법연구 제6권 제2호, 한국비교형사법학회, 2004, 137-157쪽.

3. 학위논문

- 문형섭, “배임죄에 관한 연구”, 박사학위논문, 호남대학교 대학원, 2001.

4. 신문

- 박상기, “부동산명의신탁과 횡령죄”, 법률신문 제2642호(1997. 10. 27, 14쪽), 법률신문사, 1997.
- 박재혁, “명의신탁 부동산의 처분행위와 횡령죄의 성립 여부 -대법원 2012. 12. 13. 선고 2010도10515 판결-”, 대한변협신문[제493호](2014. 5. 5, 12쪽), 대한변호사협회, 2014.

[Abstract]

A Synthetic Study with Civil Law and Criminal Law on the Title Trust upon a Real Estate

Lee, Sang-Tae*

Nowadays, in accordance with complication and specialization of our social life are special acts which regulate each peculiar sphere of life enacted. Among those special acts a plenty of numbers contains the relevant regulations concerning public law, civil law and criminal law. “The Act on the Registration of Real Estate under Actual Titleholder’s Name” can be taken as an instance. So, in interpreting the regulations of this Act, the integrated approach mobilizing to the various legal points of view as well as civil law and criminal law is greatly needed.

This theses deals with only the case that a title trustee has disposed the real estate trusted to him to a third party.

In this theses, to be more concrete, at first the history of the title trust on a real estate and the basic theory on the crime of breach of trust and the crime of embezzlement under criminal law are summed up (Ⅱ), and then, based on those notions, the legal theory on civil law referring to several types of the title trust on a real estate and various academic opinions concerning about what liability for a crime is charged against him when a title trustee has disposed the real estate trusted to him to a third party are examined, (Ⅲ), thereafter, the causes over the mess of legal opinions about the criminal liability of that title trustee are analysed(Ⅳ). And next, standards regarding setting delimitation of the relationship between civil law and criminal law are sought(Ⅴ), lastly, a conclusion is drawn(Ⅵ).

The conclusion of this theses is as follows : as far as the above Act stipulates the title trust agreement itself as invalid on civil law, the title trustee can not be no longer recognized as having the custody of the real estate trusted to him, and the confidential relation between

* Professor, Konkuk University Law School

the title truster and the title trustee does not deserve to be legally protected. Furthermore, for the judicial precedents of the Supreme Court interprets that the title trust agreement does not come into the performance for illegal cause on civil law, the way to recover his ownership or demand the return of unjust enrichment against title trustee is opened to the title truster.

In spite of that, to say that the crime of breach of trust or the crime of embezzlement is constituted is contradiction in itself on criminal law, and is contrary to the principle of supplementary attribution of criminal law, as well as it is absurd from the view of criminal policies.

Therefore, the above action of the title trustee does not constitutes the crime of breach of trust or the crime of embezzlement, regardless of the types of the title trust on a real estate.

[Key Words] Synthetic approach, Title trust agreement, Performance for illegal cause, Title truster, Title trustee, Crime of breach of trust, Crime of embezzlement

