

이른바 3자간 등기명의신탁에 있어서 신탁부동산의 임의처분시 민사법률관계와 범죄성립 여부 Civil Issues and Criminal Responsibility for the Disposal of Trusted Real Estate in What is Called the 3-Party Registry Title Trust

홍 봉 주*

Hong, Bong-Joo

목 차

- | | |
|--------------------------------|----------------------------------|
| I. 서론 | III. 신탁부동산의 임의처분과 범죄성립 |
| II. 이른바 3자간 등기명의신탁에서의 법률
관계 | IV. 신탁부동산의 임의처분과 민사법률관계
V. 결론 |

최근 대법원은 이른바 3자간 등기명의신탁 또는 중간생략등기형 명의신탁 사안에서 명의수탁자가 신탁부동산을 임의 처분한 경우 명의 신탁자에 대한 관계에서 횡령죄가 성립하지 아니한다고 보아 피고인에 대하여 유죄를 선고한 원심판결을 파기하는 내용의 전원합의체 판결을 선고하였다. 명의신탁부동산을 임의로 처분한 수탁자의 행위에 관하여 대법원은 명의신탁의 유효성이 긍정되었던 부동산실명법 제정 이전에는 횡령죄의 성립을 긍정하였으나, 부동산실명법 제정 이후에는 명의신탁의 유형에 따라 횡령죄 성립여부에 대한 판단을 달리 하였다. 즉, 등기명의신탁 사안에서는 횡령죄의 성립을 인정하는 반면 계약명의신탁 사안에서는 그 죄의 성립을 부정하는 이중적 태도에서, 모두에 기재한 전원합의체 판결에 의하여 등기명의신탁 사안 중 3자간 등기명의신탁 사안에 관하여 판례변경하였다. 그리고 위 판결법리에 의하면 횡령죄를 긍정하고 있는 나머지 명의신탁 유형인 2자간 등기명의신탁에서도 ‘재물의 타인성’은 긍정된다 하더라도 부동산실명법의 입법취지,

투고일 : 2016. 12. 29. / 심사회의일 : 2017. 1. 16. / 게재확정일 : 2017. 2. 7.

* 건국대학교 법학전문대학원 교수

Professor, Law School of Konkuk University

규율내용 및 태도 등에 비추어 ‘위탁신탁관계’ 내지 ‘형법상 보호할 만한 가치 있는 신탁관계’는 인정되지 아니하므로 횡령죄를 부정하는 판결을 기대해본다.

이와 같이 명의신탁인에 대한 형사상 보호가 거절되면 민사적 구제만이 가능하게 된다. 이른바 3자간 등기명의신탁에서 신탁부동산의 임의처분시 법률관계를 정리하면 다음과 같다. 우선 수탁자가 매도인에게 불법행위책임을 지는지 여부에 관하여 대법원은 매도인이 매매대금을 받은 때에는 손해가 없다고 하나 손해와 불법행위의 성립을 긍정하고 매도인이 매매대금을 받은 때에도 손해액은 시가와 그 대금의 차액이어야 한다. 매도인과 신탁자 사이에서는 오로지 신탁자에게 귀책사유가 있을 뿐 매도인에게 귀책사유는 인정되지 아니하므로 위험부담의 법리에 따라 매도인은 매매대금을 청구하고 신탁자는 대상청구권을 행사할 수 있다. 마지막으로 수탁자의 임의처분행위는 신탁자에게 제3자에 의한 채권침해로서 불법행위가 되고, 수탁자가 제3자로부터 수령한 매매대금 등은 부당이득으로 반환해야 한다.

[주제어] 3자간 등기명의신탁, 명의수탁자, 불법원인급여, 횡령죄, 배임죄

I. 서론

1995년 3월 30일 제정되어 3개월 후인 7월 1일부터 시행된 부동산 실권리자 명의등기에 관한 법률(이하에서 ‘부동산실명법’이라 한다)은 다른 나라에서는 유례를 찾아볼 수 없는 법이고, 우리나라의 법학·법실무를 포함하는 법문화 전체의 수준과 문제점을 여실히 드러내주는 점이 있다고 여겨진다는 견해가 있다.¹⁾ 최근 대법원은 이른바 3자간 등기명의신탁 또는 중간생략등기형 명의신탁 사안에서 명의수탁자가 신탁부동산을 임의 처분한 경우 명의 신탁자에 대한 관계에서 횡령죄가 성립하지 아니한다고 보아 피고인에 대하여 유죄를 선고한 원심판결을 파기하는 내용의 전원합의체 판결을 선고하였다.²⁾ 위 전원합의체 판결은 소수의견 또는 별개의견조차 없는 대법관 전원일치의 판결이고, 이른바 3자간 등기명의신탁에서 신탁부동산의 임의처분시 횡령죄가 성립한다고 일관된 판시를 하여 왔던 종전 판결³⁾을 모두 폐기하였다.

1) 양창수, “명의신탁에 대한 규율 재고-부동산실명법 시행 5년의 평가와 반성”, 민법연구 제6권, 박영사, 2001, 185쪽.

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

3) 대법원 2001. 11. 27. 선고 2000도3646 판결, 이 판결에 대한 평석은 정형식, “이른바 중간생략등기형 명의신탁에 있어서 수탁자가 부동산을 임의로 처분한 경우 횡령죄의 성립여부(적극)”, 형사실무연구회: 형사재판의 제문제 제5권, 박영사, 2005; 대법원 2002. 2. 22. 선고 2001도6209 판결, 대법원 2002. 8. 27. 선고 2002도2926 판결, 이 판결에 대한 평석은 천진호, “부동산실명법상 부동산명의수탁자의 형사책임”, 형사실무연구회: 형사

일반적으로 명의신탁이론은 일제강점기에 토지조사사업 이후의 조선고등법원 판례⁴⁾에서 비롯되었다고 알려져 있으나, 초기의 조선고등법원 판례에 의하면 토지조사사업에 의한 사정이 이루어지기 이전에도 이미 우리나라의 관습상 개인 소유의 토지를 다른 사람 이름으로 입지완분을 받는 사례가 있었다고 한다.⁵⁾ 명의신탁이론은 한편으로 대법원에 의하여 계승된 후 더욱 확장되었으나 다른 한편으로 정의롭지 못한 행위로 취급되는 재산의 도피 또는 은닉, 탈세, 법령의 제한을 회피한 탈법적인 재산의 취득 등의 부조리와 부정, 비리를 사실상 조장한다는 비판을 받았다. 명의신탁의 유효성을 조선고등법원에서 신탁행위법리로 구성하여 인정하였고 대법원도 사적자치의 원칙에 입각하여 그 법리를 승계하여 유효성을 일관되게 인정하였다. 이에 비판적인 견해들은 명의신탁이 허위표시에 해당되거나⁶⁾ 또는 반사회질서의 법률행위로서 무효⁷⁾라는 등의 반론을 제기하였으나 소수설에 머물렀다. 일반적으로 명의신탁이란 소유권 등 물건이나 기타 재산권에 대하여 대내적 관계에서는 신탁자가 소유권 등의 권리를 보유하되 공부상의 명의만을 수탁자로 하여 두는 것을 말한다. 이와 같이 실질적인 권리자와 공적 장부상의 명의자가 일치하지 않는 것은 토지·건물과 같은 부동산이든, 중기·자동차와 같은 동산이든 공부에 의하여 권리관계를 대외적으로 공시하는 경우에 나타난다. 이 가운데 우리 사회에서 빈번하게 행하여지고 있으며, 그에 따라 민사법적으로나 형사법적으로

재판의 제문제 제5권, 박영사, 2005; 대법원 2010. 6. 24. 선고 2009도9242 판결, 이 판결에 대한 평석은 이상철 “명의신탁부동산의 처분행위와 횡령죄·3자간명의신탁에 관한 대법원 2010. 6. 24. 선고 2009도9242 판결을 중심으로-”, 일감법학 제24호, 건국대학교 법학연구소, 2013; 대법원 2010. 9. 30. 선고 2010도8556 판결.

4) 조선고등법원 1912(대정원년). 10. 29. 선고 민상 6호 판결.

5) 편집대표 김용담, 주석민법 물건(2), 한국사법행정학회, 2011, 414쪽.

6) 곽윤직, “명의신탁에 관한 판례이론의 연구”, 서울대학교 법학 제15권 제2호, 서울대학교 법학연구소, 1974.

7) 대법원은 “부동산실권리자명의 등기에 관한 법률이 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 관한 물권변동만을 무효로 하고 명의신탁자가 다른 법률관계에 기하여 등기회복 등의 권리행사를 하는 것까지 금지하지 않는 대신, 명의신탁자에 대하여 행정적 제재나 형벌을 부과함으로써 사적 자치 및 재산권보장의 본질을 침해하지 않도록 규정하고 있으므로, 위법률이 비록 부동산등기제도를 악용한 투기·탈세·탈법행위 등 반사회적 행위를 방지하는 것 등을 목적으로 제정되었다고 하더라도, 무효인 명의신탁약정에 기하여 타인명의의 등기가 마쳐졌다는 이유만으로 그것이 당연히 불법원인급여에 해당한다고 볼 수는 없는 것이다.”는 이유로, 명의신탁 자체가 불법원인에는 해당하지 않는다고 본다(대법원 1994. 4. 14. 선고 93다61307 판결, 대법원 2003. 11. 27. 선고 2003다41722 판결, 대법원 2006. 10. 26. 선고 2006다9453 판결, 대법원 2014. 7. 10. 선고 2013다74769 판결 등). 2003다41722 판결에 대한 평석은 김형한, “명의신탁된 부동산과 불법원인급여-대법원 2003. 11. 27. 선고 2003다41722 판결”, 재판과 판례 제13집, 대구판례연구회, 2005.

분쟁이 많이 발생하는 것이 바로 부동산 명의신탁이다.⁸⁾

판례에 의하여 합법화된 명의신탁의 폐해를 방지하고 부동산 거래질서를 확립하려는 입법이 세법상의 제재로 나타났다. 1981년 12월 31일 개정되어 다음해 1월 1일 시행된 개정상속세법에서 신설된 제32조의2 제1항은 명의신탁등기가 이루어진 경우 이를 증여로 의제하여 증여세를 부과하도록 하였는데, 헌법재판소는 조세회피나 조세포탈의 목적이 없는 명의신탁에 대해서도 위 규정을 적용하는 것은 위헌⁹⁾이라고 판시함으로써 효율적인 규제수단이 되지 못하였다. 두 번째 입법은 형사상 제재를 내용으로 하였다. 1990년 8월 1일 공포되고 다음달 2월 시행된 부동산등기특별조치법은 제7조¹⁰⁾ 이하에서 탈법목적 명의신탁의 금지와 그 위반자에 대한 형사처벌을 규정하였다. 그러나 대법원은 “부동산등기특별조치법 제7조 제1항은, 조세부과를 면하려 하거나 다른 시점 간의 가격변동에 따른 이득을 얻으려 하거나, 소유권 등 권리변동을 규제하는 법령의 제한을 회피할 목적으로 타인의 명의를 빌려 소유권이전등기를 신청하여서는 아니 된다고 규정하고, 이에 위반한 경우에는 같은 법 제8조에 의하여 처벌하도록 규정되어 있으나, 위 규정 자체에 의하더라도 그 등기신청의 원인행위인 같은 법 제7조 제1항 소정의 목적에 의한 계약명의를 신탁약정 자체가 금지된다고 해석할 수 없으므로, 그 명의신탁약정이 사법적 법률행위의 효력까지 부인되는 것은 아니며…이 사건 계약상 매수인 명의의 신탁이 단순한 통정허위표시에 불과하여 무효라고도 할 수 없다.”고 하여, 위 규정을 단속법규라고 보아 명의신탁의 사법상 효력을 그대로 인정하였다.¹¹⁾ 이로써 위 규정은 그 실효성이 거의 없게 되었다. 반면 부동산실명법은 부동산 명의신탁에 대하여 형사처벌, 과징금, 이행강제금 등의 제재를 가할 뿐만 아니라 그 사법상의 효력까지 부인하고 있어서 종래 판례이론에 의한 명의신탁의 법률관계는 근본적인 변화가 불가피하게 되었다. 부동산실명법은 부동산 명의신탁을 원칙적으로 금지하였지만, 또한 이 법의 명의신탁약정에서 제외하거나 예외적으로 명의신탁이 허용되는 경우도 인정하고 있다.

부동산실명법은 허용되지 않는 명의신탁의 유형에 관하여 명시하고 있지 않지만 판례나 학설상 통상 등기명의신탁과 계약명의신탁의 두 가지 유형으로 구분하고¹²⁾ 전자는

8) 강동범/이강민, “등기명의신탁과 수탁자의 형사책임”, 법학논고 제41집, 경북대학교 법학연구원, 2013, 2쪽.

9) 헌법재판소 1989. 7. 21. 선고 89헌마38 결정.

10) 이 규정들은 1995.5.30. 부동산실명법 제정으로 삭제되었다.

11) 대법원 1993. 8. 13. 선고 92다42651 판결.

12) 양창수, “부동산실명법 제4조에 의한 명의신탁의 효력-소위 등기명의신탁을 중심으로.”, 민법연구 제5권, 박영사, 1999, 76쪽.

2자간의 등기명의신탁과 3자간의 등기명의신탁으로 다시 구분하고 있다. 명의신탁부동산을 임의로 처분한 수탁자의 행위에 관하여 대법원은 명의신탁의 유효성이 긍정되었던 부동산실명법 제정 이전에는 횡령죄의 성립을 긍정하였으나, 부동산실명법 제정 이후에는 명의신탁의 유형에 따라 횡령죄 성립여부에 대한 판단을 달리 하였다. 즉, 등기명의신탁 사안에서는 횡령죄의 성립을 인정¹³⁾하는 반면 계약명의신탁 사안에서는 그 죄의 성립을 부정¹⁴⁾하는 이중적 태도에서, 모두에 기재한 전원합의체 판결에 의하여 등기명의신탁 사안 중 3자간 등기명의신탁 사안에 관하여 판례변경 하였다. 반면에 이른바 3자간 등기명의신탁에 있어서 신탁부동산의 임의처분시 명의수탁자의 죄책에 관한 학설은 횡령죄긍정설, 배임죄긍정설, 범죄성립부정설 등으로 대별되고 횡령죄긍정설은 피해자를 매도인(원소유자) 또는 명의신탁자 중 누구로 볼 것인가에 따라 다시 의견이 나뉘는 등 다양하다.

명의신탁된 부동산을 수탁자가 처분한 경우에 명의수탁자의 범죄성립을 부정하게 되면 민사적인 구제만이 가능하게 된다. 이른바 3자간 등기명의신탁에 있어서 신탁부동산의 임의처분시 수탁자, 신탁자 및 매도인(원소유자) 사이의 법률관계가 어떻게 되는지에 관하여는 연구가 상대적으로 적었다. 이는 그에 대한 판례가 적은 데에도 원인이 있는 것으로 생각된다.¹⁵⁾ 그에 관한 대법원 판결은 수탁자가 처분한 경우에 불법행위가 성립하는지 여부에 관하여 2002년과 2013년 각각 선고된 두 개의 판결¹⁶⁾뿐이다. 이 논문에서는 위 대법원의 두 판결의 타당성 여부를 살펴보고자 한다.

13) 2자간의 등기명의신탁사안은 대법원 1999. 10. 12. 선고 99도3170 판결. 3자간의 등기명의신탁사안은 (주3) 참조.

14) 계약명의신탁 사안은 매도인이 선의인 경우는 대법원 2000. 3. 23. 선고 98도4347 판결과 매도인이 악의인 경우는 대법원 2012. 11. 29. 선고 201도7361 판결. 위 98도4347 판결에 대한 형식은 송경호, “명의신탁된 부동산의 처분행위에 대한 형사책임”, 비교형사법연구 제2권 제2호, 한국비교형사법학회, 2000.와 한석리, “명의신탁된 부동산의 처분행위에 대한 형사책임의 성부”, 비교형사법연구 제2권 제2호, 한국비교형사법학회, 2000; 위 98도4347 판결의 원심판결인 서울지방법원 제2형사부 1998. 11. 24. 선고 98노5434 판결에 대한 평석은 백재명, “부동산명의신탁과 횡령죄”, 형사판례연구회: 형사판례연구(7), 박영사, 1999; 위 2011도7361 판결에 대한 평석은 우인성, “악의의 계약명의신탁에 있어 명의수탁자의 보관물 임의처분시 범죄성립 여부”, 대법원판례해설 제94호, 법원도서관, 2013.

15) 송덕수, “명의신탁된 부동산을 명의수탁자가 처분한 경우의 법률관계: 명의신탁의 유형에 관한 논의를 포함하여”, 법학논집 제19권 제1호, 이화여자대학교 법학연구소, 2014, 4쪽.

16) 대법원 2002. 3. 15. 선고 2001다61654 판결은 3자간의 등기명의신탁사안인 반면 대법원 2013. 9. 12. 선고 2010다95185 판결은 계약명의신탁에서 매도인이 악의인 경우에 관한 사안이고 이 판결에 대한 평석은 송오식, “계약명의신탁에서 명의수탁자의 처분행위와 불법행위의 성립 여부” 대법원 2013. 9. 12. 선고 2010다05185 판결-, 법학논총 제34권 제1호, 전남대학교 법학연구소, 2014.

본고에서는 명의신탁유형 중 이른바 3자간 등기명의신탁 또는 중간생략등기형 등기명의신탁에 한정하여 명의수탁자가 임의처분한 경우의 법률관계를 논의하되, 그러한 논의를 위한 전제로 먼저 3자간 등기명의신탁에서의 법률관계를 2자간 등기명의신탁 또는 계약명의신탁의 그것들과 구별하여 살펴보고(Ⅱ), 이어 명의신탁자에 대한 횡령죄의 성립을 부인한 전원합의체 판결을 유의미하게 살펴보고 신탁자에 대한 횡령죄 대신 매도인에 대한 횡령죄 또는 배임죄 등의 범죄성립여부(Ⅲ)와 신탁부동산의 임의처분시 민사법률관계를 살펴보고자 한다(Ⅳ).

Ⅱ. 이른바 3자간 등기명의신탁에서의 법률관계

1. 명의신탁의 유형

부동산실명법에서 부동산명의신탁을 원칙적으로 금지하였지만 양도담보와 가등기담보, 구분소유적 공유관계에서의 상호명의신탁, 신탁법 또는 자본시장과 금융투자업에 관한 법률에 의한 신탁재산인 사실을 등기한 경우에는 명의신탁약정으로 보지 않고,¹⁷⁾ 조세포탈, 강제집행의 면탈 또는 법령상 제한의 효과를 목적으로 하지 아니하는 한 종종 보유 부동산, 배우자 명의 부동산 및 종교단체 산하조직이 보유한 부동산에 관하여는 명의신탁이 허용된다.¹⁸⁾ 후자의 경우에는 종전의 판례이론이 그대로 적용된다.

부동산실명법에서 금지한 명의신탁의 유형에 관하여는 동법의 제정을 주도한 재정경제원이 발간한 해설서¹⁹⁾에서 명의신탁에는 등기명의신탁과 계약명의신탁²⁰⁾의 두 가지 유형이 있고 전자는 다시 명의신탁자가 소유하던 부동산을 명의수탁자 명의로 등기를 이전하는 2자간의 등기명의신탁과 명의신탁자가 매도인으로부터 부동산을 매수하면서 명의수탁자의 명의를 빌어 등기하기로 약정하는 경우인 3자간의 등기명의신탁으로 구분된다고 한 영향으로 세 유형²¹⁾분류법이 일반화되었고, 대법원도 2자간 등기명의신탁,

17) 부동산실명법 제2조 제1호 단서.

18) 부동산실명법 제8조 제1 내지 3호.

19) 재정경제원, 부동산실명법 해설, 1995, 19쪽.

20) 계약명의신탁을 명의신탁의 유형으로 인정하지 아니하고 ‘차용명의사용행위’ 또는 ‘허수아비행위’의 이론에 따라 해결할 것을 제안했으나, 부동산실명법 제정 이후에는 위 제안은 입법론의 문제일 뿐 해석론으로는 계약명의신탁을 명의신탁의 유형으로 취급할 수 밖에 없다는 견해로는 송덕수, 앞의 논문(주15), 16쪽.

3자간 등기명의신탁, 계약명의신탁이라는 용어²²⁾를 사용하고 있다.

2자간 등기명의신탁은 부동산 소유자 기타 물권자가 그 등기명의를 타인에게 신탁하기로 하는 명의신탁약정을 맺고 그 등기를 수탁자에게 이전하는 형식의 명의신탁을 말한다. 이 때의 소유자는 부동산의 등기명의자는 물론 건물이 건축자와 같은 원시취득자와 민법 제187조에 의하여 소유권을 취득한 자를 포함한다. 부동산실명법 제2조 제1호 내지 제3호의 규정을 종합하면 명의신탁관계가 성립하기 위하여 명의수탁자 앞으로 새로운 소유권이전등기가 행하여지는 것이 반드시 필요한 것은 아니라 할 것이므로, 부동산 소유자가 그 소유하는 부동산의 전부 또는 일부 지분에 관하여 명의신탁자를 위하여 ‘대외적으로만’ 보유하는 관계에 관한 약정 (명의신탁약정)을 하는 경우에도 부동산실명법에서 정하는 2자간 등기명의신탁관계가 성립한다.²³⁾ 또한 2자간 등기명의신탁에서 수탁자 유보정도 성립가능하다. 즉, 신탁자가 수탁자에게서 취득할 재산을 매도인 등 수탁자 명의로 유보해 두어 명의신탁을 하기로 한 경우, 신탁자인 매수인 등의 명의로 등기가 되지 않은 이상 그 유보약정만으로 당해 물권이 법률상 신탁자에게 이전되거나 명의신탁을 통해 다시 그것이 신탁자로부터 수탁자에게 이전하지는 않는다. 그러나 수탁자 명의의 등기는 위 명의신탁약정에 의하여 양자 사이에 사실상의 물권변동이 일어난 이후에는 명의신탁에 따라 보유되는 것이므로, 단순히 수탁자가 매매 등 원인 행위에 따른 등기이전의무를 이행하지 않은 채 그 명의를 유지하고 있는 경우와는 그 법적 성질이 다르다. 따라서 수탁자 명의의 등기는 신탁자에 대한 관계에서 신탁자로부터 그 등기 명의를 이전 받은 경우와 다를 바 없다. 다만, 신탁자로부터 수탁자로 등기가 이전된 경우와 달리 수탁자는 단순히 등기명의만을 취득하는 것이 아니고 사실상 신탁자

21) 명의신탁의 유형을 독특하게 구분하는 문헌으로는 김미리, “부동산 실권리자 명의 등기에 관한 법률 제4조에 의한 명의신탁의 사법적 규율”, 사법논집 제32집, 법원도서관, 2001, 697쪽 이하는 등기명의신탁 즉 명의신탁 (이 문헌은 모든 명의신탁을 ‘등기명의신탁’이라고 함)을 ‘2자간 명의신탁’과 ‘3자간 명의신탁’으로 대별할 수 있고, 전자는 ‘신탁자의 재산을 대상으로 한 것’과 ‘수탁자의 재산에 대한 것’으로, 후자는 ‘중간생략 명의신탁’과 ‘간접대리 명의신탁’(계약명의신탁) 및 ‘3자 합의에 의한 명의신탁’ 등으로 세분된다고 한다. 이 견해를 반박하여 본문의 세 유형 이외에 다른 유형을 인정할 필요가 없다는 견해로는 송덕수, 위의 논문(주 15), 13-15쪽.

22) 대법원은 2자간 등기명의신탁을 양자간 등기명의신탁으로 또한 3자간 등기명의신탁을 중간생략등기형 명의신탁이란 용어로 사용하기도 한다. 대법원 2013. 9. 12. 선고 2010다95185 판결의 원심에서는 3자간 계약명의신탁이라는 용어를 사용하였으나 대법원에서는 그 용어를 채택하지 않고 계약명의신탁으로만 표현하였다. 송오식, 앞의 논문(주16), 298쪽.

23) 대법원 2010. 2. 1. 선고 2008다16899 판결. 사안에서 명의수탁자가 명의신탁자에게 반환하여야 할 부당이익의 대상은 당해 부동산 자체로 인정하였다.

에게 귀속하는 당해 물건 자체를 명의신탁을 통해 취득한다. 수탁자 유보형 2자간 등기명의신탁에서는 명의신탁약정이 체결되고 그에 따라 수탁자가 그 이후 명의신탁약정에 따른 수탁자의 지위에서 사실상 재산을 보유하므로, 특별한 사정이 없는 한 양자 사이에는 묵시적으로 원인행위에 기한 등기청구권 등을 포기하거나 행사하지 않기로 하는 합의가 있는 것으로 보아야 할 것이다. 그들 사이에 원인행위에 따른 수탁자(양도인)의 등기이전의무는 이미 이행된 것으로 처리되고, 이후 신탁자의 지위는 명의신탁약정에 의해 보유하기로 합의한 것으로 보아야 할 것이기 때문이다.²⁴⁾

3자간 등기명의신탁은 신탁자가 수탁자와 명의신탁약정을 맺고, 신탁자가 매매계약의 당사자가 되어 매도인과 매매계약을 체결하되, 다만 등기를 매도인으로부터 수탁자 앞으로 직접 이전하는 형식의 명의신탁이다. 반면에 계약명의신탁은 신탁자가 수탁자와 명의신탁약정을 맺고, 수탁자가 매매계약의 당사자가 되어 매도인과 매매계약을 체결한 후, 그 등기를 수탁자 앞으로 이전하는 형식의 명의신탁이다. 명의신탁약정이 이른바 3자간 등기명의신탁인지 아니면 계약명의신탁인지의 구별은 계약당사자가 누구인가를 확정하는 문제로 귀결된다. 그런데 타인을 통하여 부동산을 매수함에 있어 매수인 명의를 그 타인 명의로 하기로 하였다면 이때의 명의신탁관계는 그들 사이의 내부적인 관계에 불과하므로, 설령 계약의 상대방인 매도인이 그 명의신탁관계를 알고 있었다고 하더라도, 계약명의자인 명의수탁자가 아니라 명의신탁자에게 계약에 따른 법률효과를 직접 귀속시킬 의도로 계약을 체결하였다는 등의 특별한 사정이 인정되지 아니하는 한, 그 명의신탁관계는 계약명의신탁에 해당한다고 보아야 함이 원칙이다.²⁵⁾

2. 이른바 3자간 등기명의신탁에서의 법률관계

부동산실명법 제4조 제1항에서 명의신탁약정을 무효로 하였으므로 신탁자는 수탁자를 상대로 위 계약이 유효함을 전제로 명의신탁해지를 원인으로 한 소유권이전등기청구를 할 수 없다.²⁶⁾

24) 양경승, “명의수탁자의 부당이득반환의무”, 청연논총 제13집, 사법연수원, 2016, 53쪽, 127쪽.

25) 대법원 2010. 10. 28. 선고 2010다52799 판결; 대법원 2013. 10. 7. 자 2013스133 결정.

26) 2자간 등기명의신탁에서의 법률관계는 명의신탁해지를 원인으로 한 소유권이전등기말소청구도 할 수 없고, 명의신탁약정이 무효이므로 목적부동산에 관한 명의수탁자 명의의 소유권이전등기에도 불구하고 그 소유권은 처음부터 이전되지 아니한 것이어서 원래 그 부동산의 소유권을 취득하였던 명의신탁자가 그 소유권을 여전히 보유하는 것인 이상, 침해부당이득의 성립여부와 관련하여 명의수탁자 명의로의 소유권이전등기로 인하여 명의신탁자가 어떠한 ‘손해’를 입게 되거나 명의수탁자가 어떠한 이익을 얻게 된다고 할 수 없다.

매수대금의 실질적 부담자인 매수인이 매도인으로부터 부동산을 매수하면서 명의수탁자와 명의신탁약정을 체결하고 명의수탁자 명의로 소유권이전등기를 마친 경우, 명의신탁약정 당사자 사이에 매수대금의 실질적 부담자의 요구에 따라 명의수탁자가 부동산의 소유 명의를 이전하기로 하는 등의 약정을 하였다고 하더라도, 이는 부동산실명법에 의하여 무효인 명의신탁약정을 전제로 명의신탁 부동산 자체 또는 그 처분대금의 반환을 구하는 범주에 속하는 것이어서 역시 무효라고 보아야 한다. 나아가 명의신탁자와 명의수탁자가 위와 같이 무효인 명의신탁약정을 함과 아울러 그 약정을 전제로 하여 이에 기한 명의신탁자의 명의수탁자에 대한 소유권이전등기청구권을 확보하기 위하여 명의신탁 부동산에 명의신탁자 명의의 가등기를 마치고 향후 명의신탁자가 요구하는 경우 본등기를 마쳐 주기로 약정하였더라도, 이러한 약정 또한 부동산실명법에 의하여 무효인 명의신탁약정을 전제로 한 것이어서 무효이고, 위 약정에 의하여 마쳐진 가등기는 원인무효이다.²⁷⁾

또한 수탁자명의의 소유권이전등기는 무효이므로, 그 소유권은 매도인에게 귀속되고, 매도인은 그 소유권에 기한 방해배제로써 수탁자에게 소유권이전등기말소²⁸⁾ 또는 진정 명의회복을 위한 소유권이전등기를 구할 수 있다. 그러나 이러한 청구가 매매계약 무효로 인한 원상회복청구는 아니므로, 수탁자는 매도인이 신탁자에게 매매대금을 반환할 때까지 말소·이전등기의 이행을 거부한다는 동시이행항변을 할 수 없다.²⁹⁾ 한편 부동산실명법은 매도인과 신탁자 사이의 매매계약의 효력을 부정하는 규정을 두고 있지 않으므로, 매도인이 명의신탁사실을 알았는지 여부를 불문하고 매도인과 신탁자 사이의 매매계약은 여전히 유효하다.³⁰⁾ 그 결과 매도인은 신탁자에게 소유권이전등기의무를 부담하는 한편, 이미 매매대금을 지급한 신탁자는 그 지급이 계약상 급부로 유효한 것인 이상 매도인에게 그 반환을 청구할 수 없다. 따라서 신탁자는 매도인에 대한 소유권이전

결국 신탁자는 소유권에 기한 방해배제로써 수탁자에게 소유권이전등기말소 또는 진정한 등기명의의 회복을 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 구할 수 있음을 별론으로 하고 (대법원 2002. 9. 6. 선고 2002다35157 판결) 침해부당이득반환을 원인으로 하여 소유권이전등기절차의 이행을 구할 수는 없다. (대법원 2014. 2. 13. 선고 2012다97864 판결).

27) 대법원 2015. 2. 25. 선고 2014다63315 판결(한편, 설령 명의신탁자가 명의신탁약정과는 별개의 적법한 원인에 기하여 명의수탁자에 대하여 소유권이전등기청구권을 가지게 되었다 하더라도, 이를 보전하기 위하여 자신의 명의가 아닌 제3자 명의로 가등기를 마친 경우 위 가등기는 명의신탁자와 그 제3자 사이의 명의신탁약정에 기하여 마쳐진 것으로서 그 약정의 무효로 말미암아 효력이 없다.)

28) 대법원 1999. 9. 17. 선고 99다21738 판결.

29) 목영준, 앞의 논문, 102쪽.

30) 대법원 2002. 3. 15. 선고 2001다61654 판결.

등기청구권을 보전하기 위하여 매도인을 대위하여 수탁자에 대하여 소유권이전등기말소 또는 매도인 앞으로의 이전등기를 구할 수 있고, 매도인에게는 위매매계약을 원인으로 한 소유권이전등기를 구할 수 있다.³¹⁾ 물론 신탁자는 과징금, 이행강제금 및 형사처벌을 받아야 한다. 명의수탁자가 자의로 명의신탁자 앞으로 바로 소유권이전등기를 경료해 준 경우 그 등기는 결국 실체관계에 부합하는 등기로서 유효하다.³²⁾

한편 이른바 3자간 등기명의신탁의 경우 부동산실명법에서 정한 유예기간 경과에 의하여 그 명의신탁 약정과 그에 의한 등기가 무효로 되더라도 명의신탁자는 매도인에 대하여 매매계약에 기한 소유권이전등기청구권을 보유하고 있어 그 유예기간의 경과로 그 등기 명의를 보유하지 못하는 손해를 입었다고 볼 수 없다. 또한 명의신탁 부동산의 소유권이 매도인에게 복귀한 마당에 명의신탁자가 무효인 등기의 명의인인 명의수탁자를 상대로 부당이득반환을 원인으로 한 소유권이전등기를 구할 수 없다.³³⁾

부동산실명법 제4조 제3항은 명의신탁약정과 등기의 무효는 제3자에게 대항하지 못한다고 규정하고 있다. 여기서의 ‘제3자’라 함은, 수탁자가 물권자임을 기초로 그와의 사이에 새로운 이해관계를 맺는 자를 말하고, 이와 달리 오로지 명의신탁자와 부동산에 관한 물권을 취득하기 위한 계약을 맺고 단지 등기명의만을 명의수탁자로부터 경료받은 것 같은 외관을 갖춘 자는 ‘제3자’에 해당되지 아니하며,³⁴⁾ ‘제3자’에는 수탁자로부터 소유권이나 저당권 등 물권을 취득한 자뿐만 아니라 대항력 있는 주택임차인, 가압류채권자도 포함되고, 제3자의 선의·악의는 불문한다. 그 결과 제3자 명의의 소유권이전등기는 유효하게 된다. 다만 제3자가 스스로 무효라는 주장을 할 수 있다는 것이 다수설이다.³⁵⁾

31) 대법원 2011. 9. 8. 선고 2009다49193 판결.

32) 대법원 2004. 6. 25. 선고 2004다6764 판결.

33) 대법원 2008. 11. 27. 선고 2008다55290,55306 판결.

34) 대법원 2004. 8. 30. 선고 2002다48771 판결 (제3자 스스로 그 명의의 등기가 실제로는 명의수탁자와의 매매계약에 기한 것이 아니고 오로지 명의신탁자와의 거래에 기한 것이라는 점을 자인하고 있는 사안). 다만, 제3자는 자신의 등기가 실체관계에 부합하는 등기로서 유효하다는 주장은 할 수 있다 (대법원 2008. 12. 11. 선고 2008다45187 판결).

35) 양창수, 앞의 논문(주12), 124쪽.

III. 신탁부동산의 임의처분과 범죄성립

1. 부동산실명법 제정 이전

명의수탁자가 명의신탁부동산을 처분하였을 경우 재산범죄가 성립하는지 여부에 관하여 대법원의 입장에 변동이 있었다. 처음 이를 다룬 판결³⁶⁾은 횡령죄는 성립하지 않고 배임죄는 성립할 수 있다는 취지로 판시하였으나, 그 이후 전원합의체 판결³⁷⁾에서 위 판결을 폐기하고 횡령죄의 성립을 인정하였으며 일관된 판례의 입장이 되었다. 다만 이러한 대법원의 입장이 명의신탁의 유형과 무관하게 타당한 것인가에 관하여 이를 직접적으로 언급한 판례나 문헌을 확인할 수 없지만 신탁자에게 내부적 소유권을 인정한 판례의 취지에 비추어 볼 때 부동산실명법 시행 이전에는 명의신탁 유형과 무관하게 모든 경우에 횡령죄가 성립하였다고 추측할 수 있을 것이다.³⁸⁾

2. 부동산실명법 제정 이후

명의신탁부동산을 임의로 처분한 수탁자의 행위에 관하여 대법원은 부동산실명법 제정 이후에는 등기명의신탁사안에서는 횡령죄의 성립을 긍정하는 반면 계약명의신탁사안에서는 횡령죄 및 배임죄 모두의 성립을 부정하여 왔다. 등기명의신탁 중 3자간 등기명의신탁사안에 관하여 2016년 5월 19일 선고한 2014도6992 전원합의체 판결에 의하여 판례변경하여 횡령죄의 성립을 부정하였다. 대법원은 판례변경 전 명의신탁자에 대한 횡령죄가 성립한다고 일관된 판시를 하여 왔으나 횡령죄 성립의 논거를 명확하게 밝히지는 아니하여 왔다.

한편 3자간 등기명의신탁관계에서 신탁부동산을 임의로 처분한 수탁자의 죄책에 관하여 횡령죄구성설이 다수설이고 배임죄구성설, 재산범죄 불성립설 등의 견해가 있다. 그리고 횡령죄구성설은 피해자를 매도인 또는 신탁자 중 누구로 볼 것인가를 둘러싸고 매도인에 대한 횡령죄설, 신탁자에 대한 횡령죄설, 매도인 또는 신탁자에 대한 횡령죄설, 매도인과 신탁자 모두에 대한 횡령죄설로 견해가 나뉜다. 우선 매도인에 대한 횡령죄설

36) 대법원 1970. 8. 31. 선고 70도1434 판결.

37) 대법원 1971. 6. 22. 선고 71도740 전원합의체 판결.

38) 송경호, 앞의 논문(주14), 332쪽.

은 명의신탁부동산의 소유권이 매도인에게 있는 점을 근거로 한다.³⁹⁾ 즉, 횡령죄의 보호 법익은 소유권이며 명의신탁자는 부동산에 대한 어떠한 소유권도 가지고 있지 아니하고 소유권을 획득할 가능성만 있는 자라는 점에서 민사상 피해자가 될 수 있을 지언정 형법상 피해자는 횡령당한 재물의 소유자라야 한다는 견해이다.⁴⁰⁾ 신탁자에 대한 횡령죄설은 신탁자를 사실상 소유권자 또는 곧 법률상 소유권을 취득할 수 있는 지위에 있는 자로 해석할 수 있으므로 피해자는 당연히 신탁자가 된다고 한다.⁴¹⁾ 매도인 또는 신탁자에 대한 횡령죄설은 매도인에 대한 신탁자의 소유권이전등기 청구 전후를 기준으로 누구에 대한 횡령죄가 성립하는 가를 판단하는 견해이다.⁴²⁾ 즉 3자간 등기명의신탁은 부동산신통법에 따라 명의신탁약정이 무효이고 소유권은 여전히 매도인에게 남아있으므로 매도인에 대한 횡령죄를 구성하지만, 신탁자가 원소유자인 매도인에게 소유권이전 등기를 청구한 이후에는 신탁자에 대한 관계에서 횡령죄에 해당한다고 한다. 매도인과 신탁자 모두에게 대한 횡령죄설은 3자간 등기명의신탁관계는 3자간의 법률관계를 종합적으로 파악하여야 한다고 한다.⁴³⁾ 즉 부동산의 매도인은 명의수탁자로부터 소유권을 회복하여 다시 명의신탁자에게 이전하여야하는 관계에 있게 되는데 명의수탁자로부터 그 부동산을 매수한 제3자에 대하여는 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 견해이다. 배임죄 긍정설은 명의수탁자가 그 임무에 반하여 신탁부동산을 처분함으로써 명의신탁자로 하여금 신탁부동산에 대한 소유권을 확보할 수 있는 기대를 상실하는 피해를 입게 하였는데 그 피해는 소유권이 아닌 재산상 이익이라고 보아야 할 것이므로 명의신탁자에 대한 횡령죄를 인정하기 어렵고, 매도인은 이미 매매대금을 받고 있었으므로 명의수탁자의 처분행위로 별다른 민사상 손해를 입게 되는 것은 아니므로, 신탁자에 대한 사실상

39) 박상기, 형법학(총론·각론 강의) 제2판, 집현재, 2015, 673쪽.

40) 백재명, 앞의 논문(주14), 377쪽; 한석리, 앞의 논문(주14), 358쪽.

41) 배종대, 형법각론 제8전정판, 홍문사, 2013, 534쪽; 김성돈, 형법각론 제3판, 성균관대학교 출판부, 2013, 419쪽; 송경호, 앞의 논문(주14), 340쪽; 장영민, “명의신탁된 부동산영득행위의 죄책”, 고시제, 국가고시학회, 1997, 38쪽; 최상욱, “명의신탁부동산의 처분과 형사책임”, 형사법연구 제13호, 한국형사법학회, 2000, 198쪽; 정형식, 앞의 논문, 254쪽(주3); 이상철, 앞의 논문, 88쪽(주3); 이창섭, “부동산 명의수탁자의 횡령죄 주체성”, 형사판례연구 제19권, 형사판례연구회, 2011, 251쪽.

42) 박상기, “부동산명의신탁과 횡령죄”, 형사판례연구회: 형사판례연구(6), 박영사, 1998, 279쪽.

43) 손동권/김재윤, 새로운 형법각론, 율곡출판사, 2013, 440쪽; 손동권, “명의신탁부동산을 임의처분한 경우의 형사책임”, 형사법연구 제15호, 한국형사법학회, 2001, 176쪽.

의 신임관계에 반하는 행위로서 배임죄가 성립한다고 한다.⁴⁴⁾ 재산범죄불성립설은 명의수탁자의 횡령죄 또는 배임죄 모두 성립하지 않는다는 견해⁴⁵⁾이다. 부동산실명법의 해석상 매도인이 소유권을 보유한다 하더라도 매도인과 수탁자 사이에 매매목적물인 부동산에 대해 어떠한 위탁관계도 인정될 수 없으므로 매도인에 대한 횡령죄의 성립을 인정하기 어렵고, 부동산실명법이 위탁관계의 전제가 되는 명의신탁 그 자체를 금지하면서 형사처벌하므로 신탁자와 수탁자 사이에 횡령죄에서 말하는 어떠한 신임에 기한 위탁관계 또는 사실상의 신뢰관계도 존재하지 않기 때문에 신탁자에 대한 횡령죄도 성립되지 아니한다. 신임관계에 의한 위탁을 본질로 하는 횡령죄의 구성요건은 보호할 가치 없는 신뢰관계는 형법적으로 보호하지 않는 것이 타당하므로, 부동산실명법이 금지하고 있는 명의신탁을 일반 형법에 의해 보호하는 것은 바람직하지 않고 부동산실명법 자체에 명의신탁행위를 처벌하는 규정을 두고 있으므로 명의신탁자를 형법적으로 보호할 필요성이 없다고 한다.

생각건대 횡령죄의 구성요건에서 횡령죄의 객체는 ‘타인의 재물’이고 주체는 ‘타인의 재물을 보관하는 자’이다. 명의신탁부동산을 임의로 처분한 수탁자의 행위에 관하여 횡령죄의 성립을 긍정하는 견해들은 수탁자와 매도인 또는 신탁자 사이에 적어도 사실상 위탁관계가 존재한다고 전제하고 ‘재물의 타인성’과 관련하여 신탁부동산을 누구의 소유로 볼 것인가에 관한 견해에 따라 의견이 나뉘고, 수탁자에게 배임죄의 성립을 인정하는 견해도 수탁자와 신탁자 사이의 사실상의 신임관계가 존재함을 전제로 부동산물권변동에 관한 형식주의에 따라 신탁자는 아직 소유권자가 아니기 때문에 신탁부동산에 대한 소유권을 확보할 수 있는 기대를 상실하는 피해를 입게 되었고 그 피해는 소유권이 아닌 재산상 이익으로 이해하는 견해이다. 반면에 수탁자의 범죄성립을 부정하는 견해들은 횡령죄의 객체에 관한 기존의 논의에서 행위주체와 관련된 논의로 전환하여, 매도인이 소유권을 보유한다 하더라도 매도인과 수탁자 사이에 매매목적물인 부동산에 대해 어떠한 위탁관계도 인정될 수 없고, 부동산실명법이 위탁관계의 전제가 되는 명의신탁 그 자체를 금지하면서 형사처벌하므로 신탁자와 수탁자 사이에도 횡령죄에서 말하는

44) 서요한, “명의신탁된 부동산 영득행위의 죄책”, 재판실무 제2집, 창원지방법원, 2005, 406쪽.

45) 천진호, “명의신탁부동산 처분행위의 형사책임”, 형사판례연구회: 형사판례연구(11), 박영사, 2003, 488쪽; 천진호, “부동산실명법상 부동산명의수탁자의 형사책임”(주3), 284쪽; 강동범/이강민, 앞의 논문(주8), 18쪽; 강동범, “등기명의신탁에서 신탁부동산의 임의처분과 횡령죄의 성부-대법원 2016. 5. 19. 선고 2014도6992 전원합의체 판결”, 법조 제65권 제7호, 법조협회, 2016, 610쪽; 우인성, “명의신탁 부동산의 처분과 재산범죄의 성립 여부”, 형사판례연구 제24권, 한국형사판례연구회, 2016, 364쪽; 조기영, “재산범죄와 보호할 가치 있는 신뢰관계”, 형사법연구 제26권 제1호, 한국형사법학회, 2014, 115쪽.

어떠한 신임에 기한 위탁관계 또는 사실상의 신뢰관계도 존재하지 않는다고 한다. 또는 신임관계에 의한 위탁을 본질로 하는 횡령죄의 구성요건은 보호할 가치 없는 신뢰관계는 형법적으로 보호하지 않는 것이 타당하다고 한다. 사건은 후자를 지지하고 그 근거는 부동산실명법이 금지하고 있고 형사처벌하는 명의신탁관계를 횡령죄에서 말하는 신뢰관계와 같다고 평가하기는 어렵다는 점과 이러한 신뢰관계가 일반적으로 논의되는 사실상의 신뢰관계의 범주에 속하지 않는다고 보기 때문이다.

3. 2014도6992 전원합의체 판결

명의신탁의 유형별로 범죄성립여부를 나누어 살펴보는 견해와 유형과 무관하게 판단하고자 하는 두 부류의 방법론이 있다. 전자는 등기명의신탁과 계약명의신탁에서 범죄성립여부를 차별화 하는 견해로서, 종래의 판례처럼 등기명의신탁에서 횡령죄의 성립은 인정하지만 계약명의신탁에서 범죄성립을 부정하는 견해와 명의신탁 유형에 따라 피해자 또는 타인성 및 재물 또는 재산상 이익에 관한 구성요건해당성여부를 개별적으로 판단하는 견해들이다. 반면에 명의신탁 유형과 무관하게 판단하는 후자의 견해들은 소수설이지만, 신탁부동산의 임의처분 사안에서 위탁신임관계 또는 사실상의 신임관계의 부존재와 이른바 ‘형법상 보호할 가치있는 신뢰관계’라는 관점에서 수탁자의 범죄성립을 거부한다. 2014도6992 전원합의체 판결은 위 소수설의 논거를 대부분 채택한 것으로 평가된다.

위 대상판결은 “횡령죄의 주체는 타인의 재물을 보관하는 자라야 하고, 타인의 재물인지 아닌지는 민법, 상법, 기타의 실체법에 따라 결정하여야 한다. 횡령죄에서 보관이란 위탁관계에 의하여 재물을 점유하는 것을 뜻하므로 횡령죄가 성립하기 위하여는 재물의 보관자와 재물의 소유자(또는 기타의 본권자) 사이에 법률상 또는 사실상의 위탁신임관계가 존재하여야 한다. 이러한 위탁신임관계는 사용대차·임대차·위임 등의 계약에 의하여서뿐만 아니라 사무관리·관습·조리·신의칙 등에 의해서도 성립될 수 있으나, 횡령죄의 본질이 신임관계에 기초하여 위탁된 타인의 물건을 위법하게 영득하는 데 있음에 비추어 볼 때 위탁신임관계는 횡령죄로 보호할 만한 가치있는 신임에 의한 것으로 한정함이 타당하다.”고 판시함으로써 위 소수설의 논리를 채택했다.

재물의 타인성에 관하여는 “명의신탁자로서는 매도인에 대한 소유권이전등기청구권을 가질 뿐 신탁부동산의 소유권을 가지지 아니하고, 명의수탁자 역시 명의신탁자에

대하여 직접 신탁부동산의 소유권을 이전할 의무를 부담하지는 아니하므로, 신탁부동산의 소유자도 아닌 명의신탁자에 대한 관계에서 명의수탁자가 횡령죄에서 말하는 ‘타인의 재물을 보관하는 자’의 지위에 있다고 볼 수는 없다.”고 하여 부정하였고, 명의신탁관계가 횡령죄성립을 위한 위탁신탁관계에 해당하는지 여부에 관하여도 “부동산에 관한 소유권과 그 밖의 물권을 실제적 권리관계와 일치하도록 실권리자 명의로 등기하게 함으로써 부동산등기제도를 악용한 투기·탈세·탈법행위 등 반사회적 행위를 방지하고 부동산 거래의 정상화와 부동산 가격의 안정을 도모하여 국민경제의 건전한 발전에 이바지함을 목적으로 하고 있는 부동산실명법의 입법 취지와 아울러, 명의신탁약정에 따른 명의수탁자 명의의 등기를 금지하고 이를 위반한 명의신탁자와 명의수탁자 쌍방을 형사처벌까지 하고 있는 부동산실명법의 명의신탁관계에 대한 규율 내용 및 태도 등에 비추어 볼 때, 명의신탁자와 명의수탁자 사이에 위탁신탁관계를 근거 지우는 계약인 명의신탁약정 또는 이에 부수한 위임약정이 무효임에도 불구하고 횡령죄 성립을 위한 사무관리·관습·조리·신의칙에 기초한 위탁신탁관계가 있다고 할 수는 없다. 또한 명의신탁자와 명의수탁자 사이에 존재한다고 주장될 수 있는 사실상의 위탁관계라는 것도 부동산실명법에 반하여 범죄를 구성하는 불법적인 관계에 지나지 아니할 뿐 이를 형법상 보호할 만한 가치 있는 신임에 의한 것이라고 할 수 없다.”며 부정한 후에 결론으로, “그러므로 명의신탁자가 매수한 부동산에 관하여 부동산실명법을 위반하여 명의수탁자와 맺은 명의신탁약정에 따라 매도인에게서 바로 명의수탁자 명의로 소유권이전등기를 마친 이른바 중간생략등기형 명의신탁을 한 경우, 명의신탁자는 신탁부동산의 소유권을 가지지 아니하고, 명의신탁자와 명의수탁자 사이에 위탁신탁관계를 인정할 수도 없다. 따라서 명의수탁자가 명의신탁자의 재물을 보관하는 자라고 할 수 없으므로, 명의수탁자가 신탁받은 부동산을 임의로 처분하여도 명의신탁자에 대한 관계에서 횡령죄가 성립하지 아니한다고 하였다.”고 하였다.

대법원은 대상판결 전 이른바 3자간 등기명의신탁관계에서 신탁자에 대한 횡령죄가 성립한다고 일관된 판시를 하여 왔으나 횡령죄 성립의 논거를 명확하게 밝히지는 아니하여 왔다. 그런데 대상판결에서 횡령죄 성립의 중요한 근거를 ‘형사처벌의 필요성’으로 특정한 후에, “명의수탁자의 신탁부동산 임의 처분행위에 대하여 형사처벌의 필요성이 있다는 사정만을 내세워 명의신탁자에 대한 관계에서 횡령죄 성립을 긍정하는 것은 법치국가원리의 근간을 이루는 죄형법정주의 원칙과 이로부터 유래된 형벌법규의 유추해석금지 원칙에 배치되므로 받아들일 수 없다. 게다가 명의수탁자의 처분행위를 형사

처벌의 대상으로 삼는 것은 부동산실명법상 처벌 규정이 전제하고 있는 금지규범을 위반한 명의신탁자를 형법적으로 보호함으로써 부동산실명법이 금지·처벌하는 명의신탁관계를 오히려 유지·조장하여 그 입법 목적에 반하는 결과를 초래하게 되므로 타당하지 않다. 결국 부동산실명법의 입법 취지 및 규율 내용 등을 종합적으로 살펴보면 중간생략등기형 명의신탁에서 신탁부동산을 임의로 처분한 명의수탁자에 대한 형사처벌의 필요성도 인정하기 어려우므로, 형사처벌의 필요성을 이유로 횡령죄 성립을 긍정할 수도 없다.”고 하며 판례변경 논거를 분명히 하였다.

또한 대상판결은 3자간 등기명의신탁사안과 계약명의신탁사안에서 횡령죄성립여부를 차별화하지 않는 이유로, “이른바 계약명의신탁약정을 맺고 명의수탁자가 소유자로부터 부동산을 매수하는 계약을 체결한 후 그 매매계약에 따라 명의수탁자 앞으로 당해 부동산의 소유권이전등기를 마친 경우에, 명의수탁자를 명의신탁자에 대한 관계에서 횡령죄에서 ‘타인의 재물을 보관하는 자’의 지위에 있다고 할 수 없고, 배임죄에서 ‘타인의 사무를 처리하는 자’의 지위에 있다고도 볼 수 없어 명의수탁자가 신탁부동산을 임의로 처분한 행위는 명의신탁자에 대한 관계에서 횡령죄 및 배임죄를 구성하지 않는다고 판시하여 왔다(대법원 2000. 3. 24. 선고 98도4347 판결, 대법원 2012. 11. 29. 선고 2011도7361 판결, 대법원 2012. 12. 13. 선고 2010도10515 판결 등 참조). 그런데 중간생략등기형 명의신탁에 따라 명의수탁자 앞으로 등기가 이전되는 경우는 대부분 명의신탁자와 명의수탁자 사이의 명의신탁약정을 인식한 매도인의 협조로 이루어진다는 점에서 매도인이 계약명의신탁약정이 있다는 사실을 알고 있는 이른바 악의의 계약명의신탁에서 명의수탁자 앞으로 등기가 이전되는 경우와 등기 이전 등의 실질적인 과정에 유사한 면이 있다. 그리고 구체적인 사건에서 명의신탁약정이 중간생략등기형 명의신탁인지 아니면 매도인 악의의 계약명의신탁인지를 구별하는 것은 다수의 재판 사례를 통해 알 수 있듯이 법률전문가에게도 쉽지 않다.

그럼에도 명의수탁자의 신탁부동산 임의 처분행위에 대하여 계약명의신탁 사안에서는 아무런 형사적 제재를 부과하지 않으면서도 중간생략등기형 명의신탁 사안에서는 이와 달리 취급하여 계속 횡령죄로 처벌하는 것은 법적 안정성을 해칠 뿐만 아니라, 일반 국민들의 법 감정도 맞지 않는다. 이러한 사정에 비추어 보아도 중간생략등기형 명의신탁에서 명의수탁자를 횡령죄로 처벌하는 것은 부당하다.”고 판시하였다.

대상판결은 신탁자에 대한 횡령죄의 성립을 부정하였으므로, 이른바 3자간 등기명의신탁관계에서 신탁부동산이 임의처분되면 매도인에 대한 횡령죄 또는 배임죄의 성립가

능성에 대하여 살펴보면, 횡령죄의 위탁신탁관계가 횡령죄로 보호할 만한 가치 있는 신탁에 의한 것으로 한정되므로 매도인에 대한 횡령죄 또는 배임죄도 당연히 성립이 부정될 것으로 보인다. 즉 횡령죄 또는 배임죄와 같이 신뢰관계 침해범죄에 있어서 신뢰관계는 보호법익의 한 요소로 보아야 하고, 형법에 있어서 법익은 구성요건해당성이 인정되더라도 범죄성립을 제한하는 원리로 작용하는 바, 법익론은 처벌의 정당성 검토의 도구로 인식된다.⁴⁶⁾ 횡령죄는 보호할 가치 있는 신뢰관계를 기초로 한 소유권을 보호하는 것이다. 즉 보호할 가치 있는 신뢰관계가 전제되는 소유권침해에 대하여 형사제재를 가하는 것으로 배임죄도 같게 보아야 하기 때문이다.

대상판결은 이른바 3자간 등기명의신탁관계에서 횡령죄가 성립한다고 일관된 판시를 해왔던 종전 대법원의 태도를 변경하였으므로, 향후 2자간 등기명의신탁관계에서도 횡령죄의 성립이 부정될 수 있는지 살펴보면, 횡령죄의 위탁신탁관계가 횡령죄로 보호할 만한 가치 있는 신탁에 의한 것으로 한정된다는 대상판결의 법리는 2자간 등기명의신탁에도 동일하게 적용되어야 하는 바, 횡령죄의 성립을 긍정하는 종전 판결들을 폐기하고 그 범죄성립을 부정하는 판결이 선고되기를 기대한다.⁴⁷⁾

IV. 신탁부동산의 임의처분과 민사법률관계

1. 매도인과 수탁자 사이의 관계

이른바 3자간 등기명의신탁에서 신탁부동산의 임의처분시 수탁자의 범죄성립이 부정됨으로서 신탁자는 오로지 민사적 구제방법에 의존할 수밖에 없게 된다.

수탁자가 매도인으로부터 등기 명의를 이전 받은 경우에 부동산실명법 제4조 제2항에 의하여 물권변동은 효력이 없으므로 수탁자 명의의 소유권이전등기는 무효이고, 그 소유권은 매도인에게 귀속되므로 매도인은 그 소유권에 기한 방해배제로서 수탁자에게 소유권이전등기말소 또는 진정명의회복을 위한 소유권이전등기를 구할 수 있다. 또한 수탁자는 당해 재산을 취득하지 못하고 단지 그 등기명의만을 이익으로 취득하므로

46) 우인성, 앞의 논문(주40), 383쪽.

47) 이상태, “부동산명의신탁에 관한 민·형법의 통합적 연구”, 일감법학 제30호, 건국대학교 법학연구소, 2015, 175쪽.

매도인에게 부당이득한 그 등기명의를 반환(말소 또는 이전)할 의무를 진다.⁴⁸⁾ 수탁자가 신탁부동산을 임의로 매각처분하는 경우에 수탁자의 말소등기 의무 또는 이전등기 의무는 이행불능이 된다. 그러나 물권적청구권의 이행불능과 전보배상에 관하여 대법원은 손해배상청구권을 부정하므로⁴⁹⁾ 수탁자는 매도인에게 채무불이행책임을 지지 않는다.⁵⁰⁾

수탁자가 매도인에게 불법행위책임을 지는지 여부는 불법행위의 성립요건으로서 위법성과 손해의 발생을 살펴보아야 한다. 부동산실명법 제4조 제2항 본문에 의하면 수탁자 명의의 소유권이전등기는 무효이고 당해 부동산의 소유권은 매도인에게 그대로 남아 있게 되므로, 수탁자가 임의처분하면 이는 매도인의 소유권을 침해하는 행위로서 위법행위가 된다. 다음으로 수탁자의 임의처분행위로 인하여 매도인에게 손해가 발생하는지 여부에 관하여 판례⁵¹⁾는 손해발생부정설이고, 학설은 손해발생부정설, 제한적긍정설, 전면적긍정설의 견해가 대립한다. 판례는 “매도인으로서의 명의수탁자가 신탁부동산을 타에 처분하였다고 하더라도, 명의수탁자로부터 그 소유명의를 회복하기 전까지는 명의신탁자에 대하여 신의칙 내지 민법 제536조 제1항 본문의 규정에 의하여 이와 동시이행의 관계에 있는 매매대금 반환채무의 이행을 거절할 수 있고, 한편 명의신탁자의 소유권이전등기청구도 허용되지 아니하므로, 결국 매도인으로서의 명의수탁자의 처분행위로 인하여 손해를 입은 바가 없다”고 한다. 학설은 매도인이 명의신탁약정의 존재를 알았거나 알 수 있었던 경우 - 즉 귀책사유 유무와 손해발생을 연계시키는지 여부에 관한 차이에서 비롯된다. 손해발생부정설은 매도인으로서의 비록 명의신탁약정의 존재를 알고 있었다고 하더라도 매수인인 신탁자의 요구에 따라 등기명의를 이전하여 준 이상, 매매계약의 체결이나 그 이행에 관하여 귀책사유가 있다고 보기는 어려울 것이고, 그렇지 않다 하더라도 적어도 자신의 편의를 위하여 수탁자 앞으로의 등기이전을 요구한 신탁자가 그 사유를 내세워 매도인의 귀책사유를 주장하는 것은 신의칙에 비추어 허용되지 않는다고 새기는 것이 합당할 것이며, 수탁자의 처분에 따른 손실은 자신의 편의를 위하

48) 양경승, 앞의 논문(주24), 68쪽.

49) 대법원 2012. 5. 17. 선고 2010다28604 전원합의체 판결.

50) 송덕수, 앞의 논문(주15), 29쪽에서 수탁자가 매도인에게 어떤 채무를 부담하고 있지는 않기 때문에 매도인이 수탁자에 대하여 채무불이행책임을 물을 여지는 없다고 한다.

51) 대법원 2002. 3. 15. 선고 2001다61654 판결. 사안이 부동산실명법 시행 전에 신탁자의 요구에 따라 매도인이 수탁자에게 등기이전을 해준 경우 이를 이유로 매도인의 귀책사유를 부정하였으나, 동법 시행 후에도 그 법률론이 유지된다는 판결은 없다; 또한 계약명의신탁사안에서는 대법원 2013. 9. 12. 선고 2010다95185 판결.

여 명의신탁을 한 신탁자가 부담하여야 하는 것이지 매도인에게 그 책임을 전가하는 것은 타당하지 않다고 한다.⁵²⁾ 제한적 긍정설은 수탁자는 원칙적으로 매도인에게 불법 행위책임을 지며 소유권상실로 인한 손해 전부를 매도인에게 배상하여야 하지만, 매도인이 명의신탁약정이 있었음을 알지 못하였을 경우에는 그의 과책이 부정되므로 그는 신탁자에 대한 소유권이전채무로부터 해방되고 그와 신탁자 사이의 원인계약이 쌍무계약이었던 경우에는 위험부담의 문제가 제기되어 그가 받은 매매대금을 그대로 보유하므로 손해가 없다고 한다.⁵³⁾ 전면적 긍정설은 손해발생 여부는 규범적으로 검토하여야 하는데 현실적인 청구의 허용가능성이 없으므로 손해가 없다고 하는 견해는 부적절하고, 신의칙이나 동시이행관계에 의하여 매매대금청구가 인용되지 않는다는 것이 손해의 존재를 부정하는 근거로 될 수는 없으며, 매도인의 손해는 부동산 시가만큼이기 때문에 신탁부동산의 시가와 매매대금이 동일하지 않은 경우에는 동시이행관계를 인정하는 입장에서 그 차액만큼의 손해가 있다고 한다.⁵⁴⁾

생각건대 판례는 매도인이 매매대금을 반환할 필요가 없고 신탁자로부터 소유권이전 등기청구도 당하지 않으므로 손해가 없다고 하지만, 매도인은 소유권상실로 인한 손해를 입고 있고 손해의 범위는 신탁부동산의 시가에서 매매대금을 공제한 액수로 보아야 한다.⁵⁵⁾ 또한 동시이행의 항변권은 쌍무계약에서 자기 채무의 이행을 거절할 수 있을 뿐이지 손해나 불법행위의 성립과는 무관하다. 또한 손해발생 부정설 또는 제한적긍정설의 각 학설에서 매도인이 명의신탁약정을 알았는지 여부에 따라 손해발생여부를 파악하고 있지만, 손해발생은 소유권상실에서 발생할 뿐 매도인이 명의신탁약정을 인지하였는지 여부와는 무관하다. 소유권상실로 인한 손해의 범위인 시가와 매매대금의 차액은 소유자인 매도인에게 귀속시키는 것이 타당하므로 긍정설을 지지한다.

52) 양창수, 앞의 논문(주12), 127쪽

53) 양창수, 위의 논문(주12), 126쪽. 목영준, “부동산신탁리자명의등기에관한법률상 명의신탁약정의 효력”, 민사판례연구 제21권, 민사판례연구회, 1999, 108쪽에서 “다만 매도인이 이행불능에 대한 귀책사유가 없다면 신탁자에 대하여 면책될 것이고, 혹은 과실상계에 의하여 신탁자에 대한 배상의 범위가 줄어들 수도 있으므로, 매도인의 수탁자에 대한 불법행위로 인한 손해배상소송에서 수탁자가 매도인이 입은 손해의 전부 및 범위를 주장할 수 있겠으나, 실무에 있어 신탁자의 협조에 의하여만 가능한 위와 같은 주장·입증을 수탁자가 유효적절히 할 수 있을지 의문이다.”

54) 송덕수, 앞의 논문(주15), 39쪽.

55) 목영준, 앞의 논문, 108쪽에서 이행불능당시 시가가 매매대금보다 상승하지 않으면 손해가 발생하지 않는다고 한다.

2. 매도인과 신탁자 사이의 관계

앞서 본 바와 같이 매도인과 신탁자사이의 매매계약은 유효하고 매도인은 신탁자에게 소유권이전채무를 부담하고 있는데, 신탁부동산의 임의처분으로 매도인의 소유권이전채무는 이행불능이 되므로 문제는 이에 대하여 매도인에게 귀책사유가 있는지 여부이다. 대립되는 학설은 위험부담설과 채무불이행책임설이다. 전자는 매도인이 명의신탁을 모르고 있었을 경우는 물론이고 알고 있었다고 하더라도 매도인에게는 귀책사유가 없고 오직 신탁자에게만 귀책사유가 있다는 견해이다.⁵⁶⁾ 따라서 매도인은 민법 제538조 제1항 전단에 의하여 소유권이전채무는 면하고 신탁자에게 반대채무의 이행을 청구할 수 있고 만일 이미 그 이행을 받았다면 이를 반환하지 않아도 된다. 후자는 매도인이 명의신탁약정의 존재를 알았거나 알았어야 했던 경우에는 매도인은 불법상태의 창출을 방조 내지 가공하였으므로 귀책사유가 있다고 평가하여 신탁자에 대하여 채무불이행에 따른 손해배상책임을 지게 되며 다만 과실상계를 할 수 있을 뿐이라고 한다.⁵⁷⁾

생각건대 매도인이 명의신탁약정이 있었음을 알았거나 알 수 있었더라도 특별한 사정이 없는 한 귀책사유를 인정할 수 없고 오로지 신탁자에게만 귀책사유가 인정된다고 하여야 한다. 왜냐하면 명의신탁약정의 존재를 안 것이 수탁자가 처분한 것을 안 것과 동일하게 평가될 수 없고, 또 수탁자가 처분할 것이라는 사실을 미리 알고 소유권이전등기를 하지 않은 한 매도인에게 귀책사유가 있다고 평가하기 힘들기 때문이다. 그리고 수탁자의 처분으로 인한 불이익은 특별한 사정이 없는 한 자신의 편의를 위하여 수탁자에게 등기를 하도록 한 신탁자에게 돌아가는 것이 공평의 이념에 부합한다. 매도인은 특별한 사정이 없는 한 귀책사유가 없이 이행불능을 한 것이 될 뿐이고, 신탁자는 대상청구권을 행사하여 매도인이 수탁자에 대하여 가지고 있는 손해배상청구권의 양도를 청구할 수 있을 것이다.⁵⁸⁾

3. 신탁자와 수탁자 사이의 관계

신탁자와 수탁자 사이의 명의신탁약정이 무효이므로 수탁자는 신탁자에 대하여 채무

56) 김용담, 앞의 책, 537쪽.

57) 양창수, 앞의 논문(주12), 129쪽.

58) 송덕수, 앞의 논문(주15), 31-32쪽.

불이행책임을 지지 않는다. 반면에 신탁자가 매매대금 등 대가를 지급했는데도 불구하고 반대급부를 청구할 권리를 상실하였으므로 불법행위가 성립하고, 일종의 제3자에 의한 채권침해이며 손해액은 신탁부동산의 시가이다.

부당이득반환에 관하여 수탁자가 제3자에게 강제수용 또는 공공용지 협의취득을 원인으로 이전한 때는 부동산실명법 제4조 제3항에 의하여 제3자는 그 부동산 물권을 취득하고 수탁자는 그 매매대금이나 보상금을 얻게 되는데, 매매대금은 처분의 대가로서 보상금은 대위물로서 수탁자가 부당이득으로 취득한다. 이때 매매대금은 원물의 처분 대가로서의 ‘가액’이 되고, 보상금은 원물과 다름이 없다. 대법원은 이 경우, 매도인의 신탁자에 대한 소유권이전등기의무는 이행불능으로 되고 그 결과 신탁자는 신탁 부동산의 소유권을 이전 받을 권리를 상실하는 손해를 입게되는 반면, 수탁자는 신탁 부동산의 처분대금이나 보상금을 취득하는 이익을 얻게 되므로, 수탁자는 신탁자에게 그 이익을 부당이득으로 반환할 의무가 있다고 하는바(대법원 2011. 9. 8. 선고 2009다49193, 49209 판결), 수탁자의 매도인에 대한 소유권이전등기의무(소유권이전등기말소의무)와 매도인의 신탁자에 대한 소유권이전등기의무가 각 이행불능으로 되어, 신탁자는 매도인에게, 매도인은 수탁자에게 각 손해배상청구권이나 대상청구권을 취득함에도(매도인은 수탁자에게 부당이득반환청구권도 취득한다.), 대법원이 곧바로 신탁자의 수탁자에 대한 부당이득반환청구권을 인정하는 것은 인과관계의 범위를 매우 넓게 본 것으로 이해된다. 반면에 대법원 2008. 11. 13. 선고 2008다24081 판결은, 이 경우 수탁자가 부동산을 타에 처분한 것은 신탁자에 대한 관계에서 횡령죄가 되고, 신탁자는 수탁자에게 부당이득반환을 청구할 수는 없고 손해배상청구만을 할 수 있다고 하였는데, 쉽게 수증하기 어렵다.⁵⁹⁾

V. 결론

이른바 3자간 등기명의신탁관계에서 명의수탁자가 신탁부동산을 임의처분한 사안에서 대법원은 부동산실명법 제정 이전부터 일관되게 횡령죄가 성립한다고 판시해왔던 종전 판결들을 모두 폐기하고 명의수탁자를 명의신탁자에 대한 관계에서 횡령죄로 처벌할 수 없다는 새로운 법리를 선언하였다. 대법원은 횡령죄와 관련하여 2자간 등기명의신탁 및 3자간 등기명의신탁과 계약명의신탁을 달리 취급하는 이유를 명시적으로 밝히지

59) 양경승, 앞의 논문(주24), 68쪽.

는 않았었다. 2자간 등기명의신탁이나 3자간 등기명의신탁의 경우 수탁자의 처분행위는 횡령죄를 구성한다고 하면서 그 이론적 근거를 구체적으로 거론하지 않았으며, 3자간 등기명의신탁은 계약명의신탁과 달리 명의신탁자가 ‘매매계약의 당사자’가 된다는 점이 이들 유형에서 횡령죄의 성립 여부 판단이 달라질 수 있다는 점을 암시하고 있었을 뿐이다. 다만, 최근 대법원은 매도인이 악의인 계약명의신탁에서 수탁자는 ‘계약의 당사자도 아닌 명의신탁자’에 대하여는 ‘타인의 재물을 보관하는 자’의 지위에 있지 않으며 매도인과의 관계에서는 어떠한 ‘신임관계’ 자체가 존재하지 않는다는 이유로 수탁자의 처분행위는 명의신탁자 및 매도인에 대한 횡령죄를 구성하지 않는다고 판시⁶⁰⁾하는 한편, 명의신탁자는 부동산 매매계약의 당사자가 아니므로 부동산 자체를 매도인으로부터 이전받아 취득할 수 있는 권리 기타 법적 가능성을 가지지 못하므로 명의수탁자가 명의신탁자에 대한 관계에서 ‘타인의 재물을 보관하는 자’의 지위에 있지 않다고 판시⁶¹⁾함으로써, 명의신탁자가 매매계약의 당사자가 되는지 여부에 따른 부동산목적물 자체에 대한 반환을 청구할 수 있는 법적 가능성의 유무가 부동산명의신탁에서의 횡령죄 성립의 기준이 되고 있음을 밝힌 바 있다.⁶²⁾

그러나 이번 전원합의체 판결에서 이른바 3자간등기 명의신탁을 한 경우, 명의수탁자 명의의 소유권이전등기는 무효이고, 신탁부동산의 소유권은 매도인이 그대로 보유하게 되므로, 명의신탁자는 매도인에게 소유권이전등기청구권만을 가질 뿐 신탁부동산의 소유권을 가지지 아니한다는 이유로 ‘재물의 타인성’을 부정하고, 부동산실명법의 입법취지, 명의수탁자 명의의 등기를 금지하고 이를 위반한 신탁자와 수탁자 쌍방을 형사처벌하는 동법의 규율내용 및 태도 등에 비추어 신탁자와 수탁자 사이에 ‘위탁신임관계의 결여’를 인정한 후 가정적 판단에서 위탁신임관계를 형법상 보호할 만한 가치 있는 신임에 대한 것으로 한정하는 법리를 판시하였다. 따라서 위 판결의 법리에 의하면 이른바 3자간 명의신탁에서 신탁부동산의 임의처분시 수탁자가 매도인에 대한 횡령죄나 배임죄가 성립할 가능성은 없어 보인다. 그리고 위 판결법리에 의하면 횡령죄를 긍정하고 있는 나머지 명의신탁 유형인 2자간 등기명의신탁에서도 ‘재물의 타인성’은 긍정된다 하더라도 부동산실명법의 입법취지, 규율내용 및 태도 등에 비추어 ‘위탁신임관계’ 내지 ‘형법상 보호할 만한 가치 있는 신임관계’는 인정되지 아니하므로 횡령죄를 부정하는

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

61) 대법원 2012. 12. 13. 선고 2010도10515 판결.

62) 조기영, 앞의 논문(주40), 95-97쪽.

판결을 기대해본다.

이와 같이 명의신탁인에 대한 형사상 보호가 거절되면 민사적 구제만이 가능하게 된다. 이른바 3자간 등기명의신탁에서 신탁부동산의 임의처분시 법률관계를 정리하면 다음과 같다. 우선 수탁자가 매도인에게 불법행위책임을 지는지 여부에 관하여 대법원은 매도인이 매매대금을 받은 때에는 손해가 없다고 하나, 손해와 불법행위의 성립을 긍정하고 매도인이 매매대금을 받은 때에도 손해액은 시가와 그 대금의 차액⁶³⁾이어야 한다. 매도인과 신탁자 사이에서는 오로지 신탁자에게 귀책사유가 있을 뿐 매도인에게 귀책사유는 인정되지 아니하므로 위험부담의 법리에 따라 매도인은 매매대금을 청구하고 신탁자는 대상청구권을 행사할 수 있다. 마지막으로 수탁자의 임의처분행위는 신탁자에게 제3자에 의한 채권침해로서 불법행위가 되고, 수탁자가 제3자로부터 수령한 매매대금 등은 부당이득으로 반환해야 한다.

63) 목영준, 앞의 논문, 108쪽에서 이행불능당시 시가가 매매대금보다 상승하지 않으면 손해가 발생하지 않는다고 한다.

참고문헌

1. 단행본

- 김성돈, 형법각론 제3판, 성균관대학교 출판부, 2013.
- 박상기, 형법학(총론·각론 강의) 제2판, 집현재, 2015.
- 배중대, 형법각론 제8전정판, 홍문사, 2013.
- 손동권/김재운, 새로운 형법각론, 율곡출판사, 2013.
- 재정경제원, 부동산실명법 해설, 1995.
- 편집대표 김용담, 주석민법 물권(2), 한국사법행정학회, 2011.

2. 학술지

- 강동범, “등기명의신탁에서 신탁부동산의 임의처분과 횡령죄의 성부-대법원 2016. 5. 19. 선고 2014도6992 전원합의체 판결”, 법조 제65권 제7호, 법조협회, 2016, 601-620쪽.
- 강동범/이강민, “등기명의신탁과 수탁자의 형사책임”, 법학논고 제41집, 경북대학교 법학연구원, 2013, 1-20쪽.
- 곽윤직, “명의신탁에 관한 판례이론의 연구”, 서울대학교 법학 제15권 제2호, 서울대학교 법학연구소, 1974, 5-14쪽.
- 김미리, “부동산 실권리자 명의 등기에 관한 법률 제4조에 의한 명의신탁의 사법적 규율”, 사법논집 제32집, 법원도서관, 2001, 689-813쪽.
- 김형한, “명의신탁된 부동산과 불법원인급여-대법원 2003. 11. 27. 선고 2003다 41722 판결”, 재판과 판례 제13집, 대구판례연구회, 2005, 337-360쪽.
- 목영준, “부동산실권리자명의등기에관한법률상 명의신탁약정의 효력”, 민사판례연구 제21권, 민사판례연구회, 1999, 93-131쪽.
- 박상기, “부동산명의신탁과 횡령죄”, 형사판례연구회: 형사판례연구(6), 박영사, 1998, 266-280쪽.
- 백재명, “부동산명의신탁과 횡령죄”, 형사판례연구회: 형사판례연구(7), 박영사, 1999, 367-385쪽.

- 서요한, “명의신탁된 부동산 영득행위의 죄책”, 재판실무 제2집, 창원지방법원, 2005, 399-413쪽.
- 손동권, “명의신탁부동산을 임의처분한 경우의 형사책임”, 형사법연구 제15호, 한국형사법학회, 2001, 163-184쪽.
- 송경호, “명의신탁된 부동산의 처분행위에 대한 형사책임”, 비교형사법연구 제2권 제2호, 한국비교형사법학회, 2000, 329-348쪽.
- 송덕수, “명의신탁된 부동산을 명의수탁자가 처분한 경우의 법률관계: 명의신탁의 유형에 관한 논의를 포함하여”, 법학논집 제19권 제1호, 이화여자대학교 법학연구소, 2014, 1-49쪽.
- 송오식, “계약명의신탁에서 명의수탁자의 처분행위와 불법행위의 성립 여부-대법원 2013. 9. 12. 선고 2010다05185 판결-”, 법학논총 제34권 제1호, 전남대학교 법학연구소, 2014, 291-319쪽.
- 양경승, “명의수탁자의 부당이득반환의무”, 청연논총 제13집, 사법연수원, 2016, 37-135쪽.
- 양창수, “부동산실명법 제4조에 의한 명의신탁의 효력-소위 등기명의신탁을 중심으로-”, 민법연구 제5권, 박영사, 1999, 73-134쪽.
- _____, “명의신탁에 대한 규율 재고-부동산실명법 시행 5년의 평가와 반성”, 민법연구 제6권, 박영사, 2001, 151-186쪽.
- 우인성, “악의의 계약명의신탁에 있어 명의수탁자의 보관물 임의처분시 범죄성립 여부”, 대법원판례해설 제94호, 법원도서관, 2013, 685-721쪽.
- _____, “명의신탁 부동산의 처분과 재산범죄의 성립 여부”, 형사판례연구 제24권, 한국형사판례연구회, 2016, 351-402쪽.
- 이상철, “명의신탁부동산의 처분행위와 횡령죄-3자간명의신탁에 관한 대법원 2010. 6. 24. 선고 2009도9242 판결을 중심으로-”, 일감법학 제24호, 건국대학교 법학연구소, 2013, 69-110쪽.
- 이상태, “부동산명의신탁에 관한 민·형법의 통합적 연구”, 일감법학 제30호, 건국대학교 법학연구소, 2015, 137-181쪽.
- 이창섭, “부동산 명의수탁자의 횡령죄 주체성”, 형사판례연구 제19권, 형사판례연구회, 2011, 236-265쪽.
- 장영민, “명의신탁된 부동산영득행위의 죄책”, 고시계, 국가고시학회, 1997, 32-41쪽.
- 정형식, “이른바 중간생략등기형 명의신탁에 있어서 수탁자가 부동산을 임의로 처분한

경우 횡령죄의 성립여부(적극)”, 형사실무연구회: 형사재판의 제문제 제5권, 박영사, 2005, 244-258쪽.

조기영, “재산범죄와 보호할 가치 있는 신뢰관계”, 형사법연구 제26권 제1호, 한국형사법학회, 2014, 91-123쪽.

천진호, “부동산실명법상 부동산명의수탁자의 형사책임”, 형사실무연구회: 형사재판의 제문제 제5권, 박영사, 2005, 259-288쪽.

_____, “명의신탁부동산 처분행위의 형사책임”, 형사판례연구회: 형사판례연구(11), 박영사, 2003, 203-229쪽.

최상욱, “명의신탁부동산의 처분과 형사책임”, 형사법연구 제13호, 한국형사법학회, 2000, 183-202쪽.

한석리, “명의신탁된 부동산의 처분행위에 대한 형사책임의 성부”, 비교형사법연구 제2권 제2호, 한국비교형사법학회, 2000, 349-368쪽.

[Abstract]

Civil Issues and Criminal Responsibility for the Disposal of Trusted Real Estate in What Is Called the 3-Party Registry Title Trust

Hong, Bong-Joo*

This theses deals with only the case that a title trustee in what is called the 3-party registry title trust has disposed the trusted real estate to a third party. In the case of the 3-party registry title trust, because the registry of ownership transference is considered null and void, the ownership of real estate still belongs to the original proprietor, but the sales contract is valid. I dealt whether the disposal of the real estate constitutes embezzlement or misappropriation of the registry title trustee.

The supreme court en banc decision 2014Do6992 declared on May 19, 2016 that title trustee shall not be punished for the disposal of trusted real estate by embezzlement to title truster.

Lastly, also in the case of the 2-party registry title trust it is also expected that title trustee shall not be punished for the disposal of trusted real estate.

The other issue is whether or not the disposal of the title trustee in the 3-party registry title trust becomes tort. The supreme court held that he is not responsible for the action because there is no damage for the seller. I disagree with the conclusion and reasons of supreme court judgment.

[Key Words] 3-party registry title trust, Title trustee, Peroformance for illegal cause, Embezzlement, Misappropriation

* Professor, Law School of Konkuk University