

수탁자의 명의신탁부동산 처분행위에 대한 형사책임

Criminal Liability for a Title Trustee Who Acts on Disposal of Real Estate

조 현 욱*

Cho, Hyun-Wook

목 차

- | | |
|---------------------|----------------|
| I. 들어가는 말 | IV. 계약명의신탁의 경우 |
| II. 2자간 등기명의신탁의 경우 | V. 나오는 말 |
| III. 3자간 등기명의신탁의 경우 | |

본 논문은 수탁자의 명의신탁부동산 처분행위에 대한 형사책임의 문제를 다루고 있다. 수탁자의 명의신탁부동산 처분행위에 대한 형사책임과 관련하여 학설은 다양한 입장을 취하고 있는데 비해, 대법원 판례는 비교적 명확한 관점을 취하고 있는 것으로 보인다. 즉 3자간 명의신탁의 경우 수탁자의 처분행위는 횡령행위로 평가되지만, 계약명의신탁의 경우에 있어서의 그것은 적어도 형사처벌의 대상이 아니라는 점을 분명히 하고 있다. 따라서 대법원 판례와 학설은 서로 통일적 해석을 이루어 내지 못하고 있다는 점에서 향후 계속적인 논란은 불가피할 것으로 보인다. 그러나 최근 대법원이 부동산실명법의 취지에 부합하는 판단을 내리고 있

투고일 : 2014. 7. 31. 심사회의일 : 2014. 8. 20. 게재확정일 : 2014. 9. 3.

* 건국대학교 법학연구소 학술연구교수, 법학박사

Academic Research Professor, The Institute of Legal Studies, Konkuk University

다는 점을 감안한다면 대법원 2012년 12월 13일 선고 2010도10515 판결에서와 같은 계약명의신탁의 경우뿐만 아니라 3자간 명의신탁의 경우에서도 수탁자의 명의신탁 부동산처분행위에 대하여 횡령죄의 성립을 인정하고 있는 판례의 태도는 타당하지 않다.

만약 대법원이 3자간 명의신탁의 경우에도 수탁자의 명의신탁 부동산 처분행위에 대한 가벌성을 인정해야 한다면, 매도인이 악의인 경우에도 그 가벌성을 인정해야 할 것으로 보인다. 왜냐하면 매도인이 악의인 경우 계약당사자를 수탁자로 판단하는 것은 현실성이 없을 뿐만 아니라 실질적 계약당사자 규명에 관한 대법원 판례의 관점에 따르면 계약당사자는 수탁자가 아니라 신탁자로 평가되어야 하기 때문이다.

이와 같이 학설의 입장과 대법원 판례의 입장이 서로 통일적인 해석방향을 이끌어 내지 못하고 있음에도 불구하고, 어떤 종류의 명의신탁이든 부동산명의신탁에 대해서는 부동산실명법이 우선적으로 규정하고 있으므로 형법의 적용을 자제하는 것이 형법의 보충성원칙에도 부합된다는 생각이다. 불법한 부동산명의신탁은 형법으로 보호할 만한 가치가 있는 신임에 의한 위탁관계가 존재하지 않고 위탁관계의 전제가 되는 원인행위 또는 위탁행위 자체가 불법을 구성하므로 형법상 법익보호의 필요성이 충족되지 않는다. 따라서 현행 부동산실명법은 부동산명의신탁을 금지하면서 이를 위반한 경우 신탁자와 수탁자 모두를 형사처벌하고 있는데, 수탁자의 처분행위에 대해 횡령죄를 인정하는 것은 명의신탁에 대해 위탁관계를 인정하는 것이 되므로 법해석상 논리적으로 모순된다는 지적을 되새길 필요가 있다. 또한 명의신탁은 민법뿐만 아니라 형법상으로도 불법이므로 법질서의 통일성이라는 관점에서 신탁자의 수탁자에 대한 반환청구권을 인정할 수 없다고 보는 것이 타당하다는 견해도 경청할 만하다. 부동산실명법상의 벌칙이 횡령죄의 처벌보다 오히려 무겁게 규정하고 있으므로 수탁자의 명의신탁 부동산임의처분행위와 관련하여 형법의 적용을 자제하는 것이 바람직하며, 앞으로 대법원이 부동산실명법의 입법취지를 고려하여 부동산실명법위반죄로 취급할지 아니면 형법상의 횡령죄 또는 배임죄로 취급할지는 조금 더 지켜봐야 할 것 같다. 검찰에서도 현시점에서 선도적으로 부동산실명법 적용을 우선적으로 고려해 볼 필요성이 있을 것이다.

[주제어] 명의수탁자, 명의신탁자, 부동산명의신탁, 부동산실권리자명의등기에 관한 법률, 부동산실권리자명의등기에 관한 법률 위반, 횡령, 배임

I. 들어가는 말

민법의 영역에 속하는 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률(이하 ‘부동산실명법’이라 한다)의 입법취지는 부동산등기제도를 악용한 투기나 탈세 등의 반사회적 행위를 방지하고 부동산거래의 정상화와 부동산가격의 안정을 통해 국민경제의 건전한 발전을 도모하기 위한 것이다. 따라서 원칙적으로 부동산의 매수인은 타인의 이름으로 명의신탁을 할 수 없으며, 명의신탁자(이하 신탁자라 한다)는 명의수탁자(이하 수탁자라 한다)에게 그 무효를 이유로 소유권이전등기청구권을 갖는다.

문제는 이러한 명의신탁에 대해 형법상으로도 횡령죄의 죄책을 진다는 점이다. 즉, 부동산실명법의 시행에도 불구하고 “명의신탁의 경우에는 그 약정의 효력과 무관하게 신탁목적물의 소유권이 위탁자에게 있고(타인의 재물), 수탁자는 명의신탁부동산을 제3자에게 유효하게 처분할 수 있으므로(부동산실명법 제4조 제3항 참조) 수탁자는 타인의 재물인 그 부동산을 보관하는 자에 해당된다. 나아가 위탁관계가 법률상 무효·취소되더라도 보관물에 대한 사실상의 위탁관계는 여전히 인정되므로 횡령죄의 구성요소인 보관자의 지위를 인정하는데 지장이 없다”는 것이 일관된 판례의 입장이다.

최근 대법원은 악의의 계약명의신탁에 대해 횡령죄와 배임죄의 성립을 부인한 판결¹⁾을 비롯하여, 부동산명의신탁과 관련된 형법적 문제를 부동산실명법의 취지에 부합하려는 방향에서의 의미 있는 판결을 내어 놓고 있다. 이와 같이 부동산명의신탁은 민법과 형법이 교차하는 영역이다.²⁾ 그러나 이러한 사법상의 법률행위에 형법이 개입할 필요성이 있는

1) 대법원 2012. 11. 29. 선고, 2011도7361 판결은 소위 악의의 계약명의신탁에 관한 사안으로, 대법원은 횡령죄와 배임죄의 성립을 부인하고 있다.

2) 가령 부동산실명법 제4조는 원칙적으로 부동산명의신탁이 사법상으로 무효가 된다고 규정하는데, 이를 형법상으로는 어떻게 평가해야할지가 문제로 대두될 수 있기 때문에 민법과 형법의 관계문제를 검토할 필요가 있다는 견해로 양천수, 부동산 명의

지 많은 의문이 제기되어 왔으며,³⁾ 부동산명의신탁과 관련된 형사책임에 대해서는 현재도 논란이 계속되고 있다. 부동산실명법의 규정에 의하면 다른 사람의 부동산을 자신의 명의로 등기하는 이른바 명의신탁은 금지되어 있다(동법 제3조 제1항).⁴⁾ 또한 명의신탁약정과 이러한 명의신탁약정에 의해 행해진 등기의 물건변동도 무효라고 규정(동법 제4조 제1항, 제2항)하면서도⁵⁾ 부동산에 대한 소유권귀속⁶⁾에 대해서는 아무런 규정이 없어 이에 대한 해석과 수탁자가 명의신탁부동산을 임의로 처분한 경우 수탁자의 형사책임에 대해 학자들 사이에 의견이 현재까지도 분분한 실정이다. 명의신탁금지규정에 위반한 신탁자와 수탁자는 부동산실명법 제7조⁷⁾에 의해 처벌된다.⁸⁾ 그러나 그렇다고 해서 명의신

신탁-민법과 형법의 관점에 중점을 둔 통합과학적 접근-, 영남대학교 출판부, 2010, 65쪽.

- 3) 부동산명의신탁에 대한 횡령죄의 성립문제를 민사법과 형사법의 규범모순이라고 표현하는 견해로 박광현, “형사법의 독자성과 민사법과의 법질서 통일성 관점에서 바라본 학제간 고찰”, 서울법학 제20권 제1호, 서울시립대학교 법학연구소, 2012, 283-284쪽.
- 4) 부동산실명법 제3조 (실권리자명의 등기의무 등) ① 누구든지 부동산에 관한 물권을 명의신탁약정에 따라 명의수탁자의 명의로 등기하여서는 아니 된다.
- 5) 부동산실명법 제4조 (명의신탁약정의 효력) ① 명의신탁약정은 무효로 한다. ② 명의신탁약정에 따른 등기로 이루어진 부동산에 관한 물건변동은 무효로 한다. 다만, 부동산에 관한 물권을 취득하기 위한 계약에서 명의수탁자가 어느 한쪽 당사자가 되고 상대방 당사자는 명의신탁약정이 있다는 사실을 알지 못한 경우에는 그러하지 아니하다. ③ 제1항 및 제2항의 무효는 제3자에게 대항하지 못한다[전문개정 2010.3.31].
- 6) 명의신탁 당사자 또는 매도인 중 누구에게 있는지 즉, 행위자에게 소유권이 이전되었는가의 문제가 발생하는 것이다.
- 7) 부동산실명법 제7조 (벌칙) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자 및 그를 교사(敎唆)하여 해당 규정을 위반하게 한 자는 5년 이하의 징역 또는 2억원 이하의 벌금에 처한다.
 1. 제3조 제1항을 위반한 명의신탁자
 2. 제3조 제2항을 위반한 채권자 및 같은 항에 따른 서면에 채무자를 거짓으로 적어 제출하게 한 실채무자
 - ② 제3조 제1항을 위반한 명의수탁자 및 그를 교사하여 해당 규정을 위반하게 한 자는 3년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금에 처한다.

탁에 의한 등기가 항상 무효인 것은 아니기 때문에 부동산실명법 시행 이후에도 수탁자의 명의신탁 부동산 임의처분행위가 종전과 같이 횡령 죄 등을 구성하는가의 문제가 발생하고 있다.

본 논문에서는 대법원판례가 수탁자의 명의신탁부동산의 처분행위에 대해 일관성 있는 판단을 내리고 있는지를 2자간 등기명의신탁, 3자간 등기명의신탁 그리고 계약명의신탁의 경우⁹⁾를 통해 살펴보고 이를 비판적으로 검토해 보고자 한다.

Ⅱ. 2자간 등기명의신탁의 경우

1. 의의

2자간 등기명의신탁이란 부동산의 소유자인 신탁자가 수탁자와 명의신탁약정을 맺고 그 등기만을 수탁자의 명의로 해두는 것을 말한다. 즉, 부동산물권자로 등기된 신탁자가 명의신탁약정에 의하여 수탁자의 명의로 등기하는 경우이다.

③ 제3조를 위반하도록 방조한 자는 1년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다[전문개정 2010.3.31].

- 8) 부동산실명법상의 벌칙은 형법 제355조 제1항에 의해 횡령죄가 5년 이하의 징역 또는 1천500만원 이하의 벌금에 처해지는 것과 비교해도 그 처벌은 오히려 더 무겁게 규정되어 있다.
- 9) 부동산명의신탁의 유형에 대해서는 다양한 견해가 있을 수 있으나, 일찍부터 판례(대법원 1989. 11. 14. 선고, 88다카19033 판결; 대법원 1993. 4. 23. 선고, 92다909 판결)는 등기명의신탁과 구별되는 계약명의신탁을 부동산명의신탁의 독자적인 유형으로 인정해 왔다. 부동산실명법 제4조 제2항 단서가 계약명의신탁의 유효성을 실정화 한 것이며, 동법 제4조에 의해 등기명의신탁과 계약명의신탁을 구별하여 규율하고 있으므로 본고에서는 이에 따라 위 3가지 유형으로 나누어 살펴보고자 한다. 양천수, 앞의 논문, 24-26쪽 및 임웅, 형법각론 제5정판, 법문사, 2013, 451쪽 참조.

2. 학설의 태도

2.1 횡령죄 긍정설

수탁자가 신탁자의 동의 없이 임의로 제3자에게 부동산을 매도하는 경우는 횡령죄가 성립한다는 입장이다.¹⁰⁾

형법이 보호하여야 할 횡령이나 배임에 있어서의 신뢰 혹은 신임관계는 기본적으로 형법이 보호할 만한 가치가 있는 신뢰 혹은 신임관계이어야 하나, 명의신탁부동산은 부동산실명법상 불법위탁관계물이므로 원칙적으로는 형법이 보호할 만한 보관위탁관계영역에 머무른다고 보기 어렵다. 그러나 부동산실명법이 명의신탁을 반사회적 행위로 규정하면서까지 불법·무효로 선언하면서도 사유재산권 본질적 침해라는 위험적 소지 논란을 피하기 위하여 불법의 보관위탁물에 대한 수탁자의 소유 귀속과 위탁자에 대한 반환불가를 천명하지 않고 반환청구의 여지를 열어 두었고 판례도 민사적 반환청구를 부정하지 않는 이상 명의신탁부동산을 불법원인급여물 법리로만 해결할 수는 없으며, 일정한 경우에는 수탁자의 반환거부 및 처분에 대하여 형사법의 독자적인 제재의 길을 열어두지 않을 수 없다는 점을 논거로 들고 있다.¹¹⁾

신탁자와 수탁자간의 관계는 형법상 보호할 만한 가치가 있는 신뢰관계에 기초한 것이 아니기 때문에 횡령죄의 기수범은 될 수 없지만, 횡령죄

10) 권오길, 형법각론[이론·판례], 형설출판사, 2009, 666쪽; 김성천 외, 형법각론 제3판, 소진, 2012, 471쪽; 백재명, “부동산명의신탁과 횡령죄”, 형사판례연구[7], 한국형사판례연구회, 1999, 381쪽 및 383쪽; 손동권, 제3개정판 형법각론, 율곡출판사, 2010, 427쪽; 이보영, “부동산 명의신탁과 형사책임”, 법학연구 제33집, 한국법학회, 2009, 311쪽; 이상철, “명의신탁부동산의 처분행위와 횡령죄-3자간명의신탁에 관한 대법원 2010. 6. 24. 선고, 2009도9242 판결을 중심으로-”, 일감법학 제24호, 건국대학교 법학연구소, 2013, 102쪽; 최상욱, “명의신탁부동산의 처분과 형사책임”, 형사법연구 제13호, 한국형사법학회, 2000, 202쪽.

11) 이상철, 앞의 논문, 101쪽.

의 행위반가치는 존재하므로 횡령죄의 미수가 문제된다. 이 경우 결과반가치는 법익평온상태를 교란시킬 정도의 아주 낮은 결과반가치에 해당한다고 볼 수 있으므로 횡령죄의 불능미수가 된다는 견해¹²⁾도 이에 속한다.

2.2 횡령죄 부정설

무효인 명의신탁에 기한 수탁자는 더 이상 명의신탁부동산의 보관자가 될 수 없어서 횡령죄가 성립하지 않고, 단지 부동산실명법 제7조의 벌칙규정에 의해 처벌된다. 즉, 부동산실명법에 의해 무효인 명의신탁은 민법 제103조의 불법원인급여물이 되므로 이를 임의처분 하더라도 횡령죄가 성립하지 않는다는 입장이다.¹³⁾

3. 판례의 태도

판례는 부동산실명법에 의하여 명의신탁약정은 무효라고 하면서도 사실상 위탁관계는 인정하여, 2자간 명의신탁의 부동산을 수탁자가 임의처분한 경우에 부동산실명법 시행 이전과 이후를 불문하고 명의수탁자에게는 횡령죄가 성립한다고 보고 있다.

12) 김일수, “미수의 불법귀속에 관한 연구—특히 불능미수를 중심으로”, 고려법학 제40호, 고려대학교 법학연구원, 2003, 27쪽.

13) 강동범/이강민, “등기명의신탁과 수탁자의 형사책임”, 법학논고 제41집, 경북대학교 법학연구원, 2013, 18쪽; 김덕중, “명의신탁 부동산을 임의처분한 명의수탁자의 형사책임에 관한 비판적 고찰—판례를 중심으로—”, 강원법학 제37권, 강원대학교 비교법학연구소, 2012, 109쪽; 박상기, “부동산명의신탁과 횡령죄”, 형사판례연구[6], 한국형사판례연구회, 1998, 278쪽; 전용선, “명의신탁과 형사책임”, 사회과학논총 제8집, 숭실대학교 사회과학연구원, 2006, 392쪽; 양천수, 앞의 책, 150쪽; 천진호, “부동산실명법상 부동산명의수탁자의 형사책임”, 형사재판의 제 문제 제5권, 박영사, 2005, 284쪽; 횡령죄 성립을 부정하면서 부동산실명법에 구체적인 처벌조항을 두는 것이 바람직하다는 견해로 이주일, “명의신탁과 형사처벌에 대한 비판적 재검토”, 법학연구 제29집, 한국법학회, 2008, 284쪽.

3.1 명의신탁 부동산에 수탁자가 임의로 근저당권을 설정한 경우¹⁴⁾

“수탁자가 임의로 명의신탁 부동산에 관하여 근저당권을 설정한 경우, 신탁자에 대한 횡령죄가 성립하고 그 명의신탁이 부동산실명법 시행 이후에 이루어진 것이라고 하여 달리 볼 것은 아니다.”고 판시하였다.

3.2 수탁자가 부동산실명법이 정한 유예기간 이내에 실명등기를 하지 않은 상태에서 임의로 처분한 경우¹⁵⁾

“수탁자가 명의신탁부동산을 임의로 처분하였다면 횡령죄가 성립하며, 부동산실명법이 정한 유예기간 이내에 실명등기를 하지 아니함으로써 그 명의신탁약정 및 이에 따라 행하여진 등기에 의한 물건변동이 무효로 된 후에 처분행위가 이루어졌다고 하여 달리 볼 것이 아니다.”고 판시하였다.

3.3 부동산 소유자가 일부 지분을 대외적으로만 보유하는 약정을 맺은 경우¹⁶⁾

“피고인이 피해자와 특정 토지를 공동으로 매수하여 공동으로 소유권이전등기를 마치고 그 업무를 피고인이 처리하기로 하는 공동매수약정을 맺었음에도 그에 반하여 피고인 단독명의로 소유권이전등기를 마쳤다가 그 후 해당 토지에 관해 수령한 도시개발사업보상금 중 피해자의 지분 부분에 대한 반환 요구를 거부한 사안에서, 위 소유권확정증서 작성으로 피고인과 피해자 사이에 ‘2자간 등기명의신탁약정’이 성립하였음을 전제로 피고인에게 횡령죄가 성립한다.”고 판시하였다.

14) 대법원 1999. 10. 12. 선고, 99도3170 판결.

15) 대법원 2000. 2. 22. 선고, 99도5227 판결.

16) 대법원 2009. 11. 26. 선고, 2009도5547 판결.

4. 소결

판례는 부동산실명법에 의하여 명의신탁약정은 무효라고 하면서도 사실상 위탁관계는 인정하여, 명의신탁 부동산을 수탁자가 임의로 처분한 경우에 부동산실명법 시행 이전과 이후를 불문하고 수탁자에게 횡령죄가 성립한다는 입장이다.

이러한 비례 학설은 횡령죄가 성립한다는 견해, 횡령죄의 불능미수라는 견해 그리고 적어도 형법상의 범죄는 구성하지 않는다는 견해로 나누어져 있다.

생각건대 부동산실명법에 의해 명의신탁약정이 무효가 되면 수탁자의 횡령죄주체성이 상실되는 것으로 해석해야 한다. 민법상 명의신탁행위를 금지하면서 수탁자의 부동산처분행위를 처벌하는 것은 형법상으로는 명의신탁자를 보호하는 것이 되어 법질서의 모순을 초래하게 된다. 민법상 부당이득반환의 문제로 해결할 수 있는 방안이 있으므로 횡령죄 성립을 부정함이 타당하다고 보여진다.¹⁷⁾

Ⅲ. 3자간 등기명의신탁의 경우

1. 의의

3자간 등기명의신탁(중간생략형 명의신탁)이란 신탁자가 매수인으로

17) 이는 민사사건에 대한 국가형벌권의 개입 자제라는 측면에서도 바람직하다. 민사재판제도의 위축을 우려하여, “소송사기는 피고인이 범행을 인정한 경우 외에는 그 소송상 주장이 사실과 다름이 객관적으로 명백하거나 그 증거를 조작하려고 한 흔적이 있는 등의 적극적인 사실행위가 있는 경우에만 인정할 수 있다”는 대법원 2000. 6. 9. 선고, 99도2758 판결; 대법원 2002. 6. 28. 선고, 2001도1610 판결; 대법원 2004. 6. 25. 선고, 2003도7124 판결 및 민사사건의 형사화를 경계하여 매도인의 배임죄 성립을 부정한 대법원 2011. 1. 20. 선고, 2008도10479 전원합의체판결을 주목할 필요가 있다.

로서 부동산소유자인 매도인과 매매계약을 체결하되 다만 등기를 매도인으로부터 수탁자 앞으로 직접 이전하도록 하는 것을 말한다. 즉, 신탁자가 상대방과 물권을 취득하는 계약을 하고 그 물권에 관한 등기는 수탁자와의 명의신탁약정에 기하여 상대방으로부터 직접 수탁자 앞으로 하게 하는 경우이다.

2. 학설의 태도

3자간 등기명의신탁의 경우 명의신탁약정은 무효가 되고, 물권변동도 부동산실명법 제4조에 의해 그 효력이 부정된다. 따라서 소유권은 매도인인 원소유자에게 복귀되고, 매도인과 신탁자 사이의 매매계약은 여전히 유효하므로 수탁자가 부동산을 임의로 처분한 경우에는 횡령죄가 성립한다. 다만 이 경우 누구에 대한 횡령죄가 성립할 것인가가 문제될 뿐이라는 입장이다.

매도인에 대한 횡령죄가 성립한다는 견해,¹⁸⁾ 신탁자에 대한 횡령죄가 성립한다는 견해,¹⁹⁾ 신탁자 및 매도인에 대한 횡령죄가 성립한다는 견해,²⁰⁾ 신탁자와 수탁자간의 관계를 불법원인위탁관계로 보아 횡령죄의 불능미수가 된다는 견해,²¹⁾ 신탁자에 대한 배임죄가 성립한다는 견해²²⁾ 그리고 횡령죄 성립을 부정하는 견해²³⁾가 대립하고 있다.

18) 박상기, 형법각론, 박영사, 2005, 382쪽; 백재명, 앞의 논문, 377쪽; 이재상, 형법각론, 박영사, 2012, 400쪽; 전용선, 앞의 논문, 398쪽; 정성근/박광민, 형법각론, 삼지연, 2006, 441쪽.

19) 권오걸, 앞의 책, 669쪽; 이보영, 앞의 논문, 330쪽; 정형식, “이른바 중간생략등기형 명의신탁에 있어서 수탁자가 부동산을 임의로 처분한 경우 횡령죄의 성립여부(적극)”, 형사재판의 제 문제 제5권, 박영사, 2005, 254-255쪽; 최상욱, 앞의 논문, 202쪽.

20) 손동권, 앞의 책, 428쪽.

21) 김일수, 앞의 논문, 27-28쪽.

22) 김일수/서보학, 형법각론, 박영사, 2004, 366쪽.

23) 김덕중, 앞의 논문, 114쪽; 양천수, 앞의 책, 150쪽; 천진호, 앞의 논문, 274-288쪽;

3. 판례의 태도

3.1 횡령죄 성립을 긍정한 경우²⁴⁾

“부동산을 그 소유자로부터 매수한 자가 그의 명의로 소유권이전등기를 하지 아니하고 제3자와 맺은 명의신탁약정에 따라 매도인으로부터 바로 그 제3자에게 중간생략의 소유권이전등기를 경료한 경우, 그 제3자가 그와 같은 명의신탁 약정에 따라 그 명의로 신탁된 부동산을 임의로 처분하였다면 신탁자에 대한 횡령죄가 성립하고, 그 명의신탁이 부동산 실명법 시행 전에 이루어졌고 같은 법이 정한 유예기간 이내에 실명등기를 하지 아니함으로써 그 명의신탁약정 및 이에 따라 행하여진 등기에 의한 물권변동이 무효로 된 후에 처분이 이루어졌다고 하여 달리 볼 것은 아니다.”고 판시하였다.²⁵⁾

3.2 횡령죄 성립을 부정한 경우²⁶⁾

위 긍정판례와는 달리 “물품제조 회사가 농지를 매수하여 피고인 명의로 소유권이전등기를 마침으로써 소유명의를 신탁하여 두었는데 피고인이 그 후 이를 타인에게 처분함으로써 횡령하였다는 공소사실에 대하여, 물품제조 회사는 농지의 소유권을 취득할 수 없으므로 피고인은 원인무효인 소유권이전등기의 명의자에 불과하다”는 이유로 횡령죄 성

최성진, “[사례연구·형법] 준강도와 강도강간의 주체, 소송사기의 실행의 착수와 불법 원인급여와 명의신탁부동산의 횡령죄 성립여부”, 고시계 2013년 10월호, 고시계사, 2013, 173쪽.

24) 대법원 2001. 11. 27. 선고, 2000도3463 판결; 대법원 2002. 2. 22. 선고, 2001도6209 판결; 대법원 2002. 8. 27. 선고, 2002도2926 판결; 대법원 2008. 2. 29. 선고, 2007도11029 판결; 대법원 2008. 4. 10. 선고, 2008도1033 판결.

25) 대법원 2010. 1. 28. 선고, 2009도1884 판결.

26) 대법원 2010. 6. 24. 선고, 2009도9242 판결.

립을 부정하고 있다.

3.3 소결

판례는 “부동산은 매도인 소유로 복귀하고, 명의신탁자는 위 매매계약에 기한 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 매도인을 대위하여 피고인에게 무효인 그 명의의 등기의 말소를 구할 수 있다 할 것이므로 이 사건 부동산에 대하여 보관자의 지위에 있는 피고인”이라고 판시하면서 신탁자에 대한 횡령죄가 성립을 긍정하고 있다.

이에 대하여 학설²⁷⁾은 횡령죄는 형식적 소유권을 보호하기 위한 범죄라는 점에서 소유권을 취득하지 못한 신탁자에 대한 관계에서 횡령죄를 인정할 수는 없다고 파악함으로써 매도인에 대한 횡령죄의 성립을 인정하고 있다.²⁸⁾ 다만 이 경우 명의신탁자가 원소유권자에게 소유권이전등기를 청구한 이후에 명의수탁자가 부동산을 임의처분하면 명의신탁자에 대한 횡령죄에 해당한다고 한다.²⁹⁾ 이외에도 신탁자에 대한 횡령죄가 성립한다는 견해,³⁰⁾ 신탁자 및 매도인에 대한 횡령죄가 성립한다는

27) 이재상, 앞의 책, 400쪽.

28) 이 견해는 형법의 독자적 처벌서를 지나치게 강조하여 형식논리에 치우친 주장이므로 받아들이기 어려다는 견해로 이상철, 앞의 논문, 103쪽.

29) 박상기, 앞의 책, 382쪽.

30) 이 사건 판례는 ‘법률상 유효하게 처분할 수 있는 권한 보유 여부’등의 표현 등 논란 여지가 있는 부분이 있지만 3자간 명의신탁에 있어 위탁자와 수탁자 사이의 약정이 무효라고 하더라도 명의신탁자가 매도인을 대위하여 명의수탁자를 상대로 소유권이전등기를 받아들 수 있도록 명의신탁자와 매도인과의 매매계약이 적어도 채권계약으로서는 유효하게 성립하여 있다면 명의신탁자와 수탁자 사이에 횡령죄가 보호하는 위탁보관관계가 성립한다는 점을 시사한데 의의가 있다. 또한 판례는 3자간 명의신탁에 있어서는 명의신탁자와 매도자와의 매매계약(기본계약)이 유효한 이상 신탁자와 그 명의신탁 약정의 상대방으로서 등기명의자인 수탁자와의 사이에서는 신탁자가 명의신탁물의 실질적 소유권을 보유한 것으로 보고 이를 위탁받아 보관 중인 수탁자가 임의처분하면 신탁자에 대한 횡령죄가 성립한다는 점을 간접적으로 천명한 것으로 볼 수 있는 바, 필자가 내세운 보관위탁관계의 인정 기준에도 부합하므로 찬성하기

견해, 신탁자와 수탁자간의 관계를 불법원인위탁관계로 보아 횡령죄의 불능미수가 된다는 견해, 신탁자에 대한 배임죄가 성립한다는 견해 그리고 횡령죄 성립을 부정하는 견해 등으로 나누어져 있다.

생각건대 부동산실명법 제4조에 따르면 수탁자가 부동산을 신탁자 명의로 등기하지 않고 제3자에게 처분하더라도 유효한 처분행위가 되고, 부동산의 소유권은 제3자에게 확정적으로 이전된다. 그리고 원소유자가 신탁자와 부동산매매계약을 체결할 때, 원소유자는 신탁자로부터 매매대금을 수령했을 것이므로 수탁자의 부동산처분행위로 인한 손해가 원소유자에게는 발생하지 않는다. 따라서 수탁자가 명의신탁 부동산을 임의로 처분하였다고 하더라도 신탁자에 대한 관계에서 횡령죄가 성립하지 않는다고 해야 할 것이며, 수탁자가 신탁자의 사무를 처리하는 지위에 있다고도 할 수 없으므로 배임죄도 성립하지 않는다고 해야 할 것이다.

IV. 계약명의신탁의 경우

1. 의의

계약명의신탁은 신탁자와 수탁자가 명의신탁약정을 맺고 수탁자가 매매계약의 당사자가 되어 매도인과 매매계약을 체결하고 그 등기도 수탁자의 명의로 하는 것을 말한다. 즉, 수탁자가 신탁자와의 명의신탁 약정에 따라 자신이 당사자가 되어 계약을 체결하고 자신의 명의로 등기를 하는 경우이다. 이 경우에는 수탁자가 법률상 계약당사자로서 등기를 하며 신탁자는 계약의 상대방과 아무런 법률관계를 맺지 않는다. 중간생

로 한다는 견해로 이상철, 앞의 논문, 101-104쪽.

락 부동산명의신탁에서는 신탁자가 물권취득계약의 당사자이나 계약명의신탁에서는 수탁자가 물권취득계약의 당사자라는 점에서 차이가 있다. 따라서 계약명의신탁에는 매도인, 신탁자 및 수탁자의 3자간에 이루어지는 형태만 있게 된다. 다만, 매도인이 명의신탁약정을 알고 있는 악의의 경우와 그것을 모르는 선의인 경우로 나누어진다.

2. 매도인이 명의신탁약정을 알고 있는 경우(악의의 계약명의신탁)

2.1 학설의 태도

소유권이 매도인에게 복귀하므로 명의수탁자의 임의처분행위는 타인소유물을 영득하는 것이 되어 매도인에 대한 횡령죄가 성립한다는 견해,³¹⁾ 명의신탁자에 대한 횡령죄가 성립한다는 견해,³²⁾ 횡령죄나 배임죄를 구성하지 않는다는 견해³³⁾ 그리고 명의수탁자가 처분행위로 재산상 이익을 취득한다는 것은 명의신탁자의 위임에 기한 것이기 때문에 명의수탁자는 명의신탁자가 사이에 사실상 신임관계가 있는 경우로서 명의신탁자의 사무를 처리하는 자에 해당한다고 보아 명의신탁자에 대한 배임죄가 성립한다는 견해³⁴⁾ 등으로 나누어져 있다.

2.2 판례의 태도

횡령죄와 배임죄의 성립을 부정하는 입장이다.

-
- 31) 권오걸, 앞의 책, 674쪽; 박상기, 앞의 논문, 280쪽; 백재명, 앞의 논문, 384쪽; 전용선, 앞의 논문, 403쪽.
 32) 이창섭, “악의의 계약명의신탁과 명의수탁자의 형사책임”, 법학연구 제54권 제4호, 부산대학교 법학연구소, 2013, 74쪽.
 33) 김덕중, 앞의 논문, 120-121쪽; 양천수, 앞의 책, 150쪽; 천진호, 앞의 논문, 284-287쪽.
 34) 손동권, 앞의 책, 431쪽; 이보영, 앞의 논문, 330-331쪽; 최상욱, 앞의 논문, 202쪽.

2.2.1 계약명의수탁자가 당사자가 되어 악의의 소유자와 부동산에 관한 매매계약을 체결하고 그 명의로 소유권이전등기를 마친 경우³⁵⁾

“이 경우에는 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률 제4조 제2항 본문에 의하여 수탁자 명의의 소유권이전등기는 무효이고 부동산의 소유권은 매도인이 그대로 보유하게 되므로, 명의수탁자는 부동산 취득을 위한 계약의 당사자도 아닌 명의신탁자에 대한 관계에서 횡령죄에서 ‘타인의 재물을 보관하는 자’의 지위에 있다고 볼 수 없고, 또한 명의수탁자가 명의신탁자에 대하여 매매대금 등을 부당이득으로 반환할 의무를 부담한다고 하더라도 이를 두고 배임죄에서 ‘타인의 사무를 처리하는 자’의 지위에 있다고 보기도 어렵다. 한편 위 경우 명의수탁자는 매도인에 대하여 소유권이전등기말소의무를 부담하게 되나, 위 소유권이전등기는 처음부터 원인무효여서 명의수탁자는 매도인이 소유권에 기한 방해배제청구로 말소를 구하는 것에 대하여 상대방으로서 응할 처지에 있음에 불과하고, 그가 제3자와 한 처분행위가 부동산실명법 제4조 제3항에 따라 유효하게 될 가능성이 있다고 하더라도 이는 거래 상대방인 제3자를 보호하기 위하여 명의신탁 약정의 무효에 대한 예외를 설정한 취지일 뿐 매도인과 명의수탁자 사이에 위 처분행위를 유효하게 만드는 어떠한 신임관계가 존재함을 전제한 것이라고는 볼 수 없으므로, 말소등기义务的 존재나 명의수탁자에 의한 유효한 처분가능성을 들어 명의수탁자가 매도인에 대한 관계에서 횡령죄에서 ‘타인의 재물을 보관하는 자’ 또는 배임죄에서 ‘타인의 사무를 처리하는 자’의 지위에 있다고 볼 수도 없다.”는 입장이다.³⁶⁾

35) 대법원 2012. 11. 29. 선고, 2011도7361 판결.

36) 신동운, “2012년 분야별 중요판례분석 ⑧ 형법각론”, 법률신문 제4114호, 2013. 3. 28, 12-13쪽(이 판례는 명의신탁자와 명의수탁자가 이른바 계약명의신탁 약정을 맺고, 명의수탁자가 당사자가 되어 명의신탁 약정이 있다는 사실을 알고 있는 소유자와 부동산에 관한 매매계약을 체결한 후 매매계약에 따라 당해 부동산의 소유권이전

등기를 명의수탁자 명의로 경료한 소위 약의의 계약명의신탁에 관한 사안으로, 대법원은 횡령죄와 배임죄의 성립을 부인하고 있다); 오영근, “약의의 계약명의신탁에서 횡령죄 및 배임죄의 성부”, 로앤비 천자평석, 2013.1.24. (매도인이 명의신탁 사실을 알고 있는 이른바 ‘약의의 계약명의신탁’에서 수탁자가 부동산을 임의처분한 경우 횡령죄가 배임죄가 성립할 수 있는지에 대해서는 명시적으로 언급한 판결이 없었다. 이 판례는 형사판결에서 ‘약의의 계약명의신탁’이라는 용어를 처음 사용하고 약의의 계약명의신탁에서 명의수탁자가 임의로 부동산을 처분하였다고 하더라도 수탁자 신탁자 또는 매도인에 대해 횡령죄나 배임죄의 주체가 될 수 없다고 판시한 최초의 판결이라는 점에 의의가 있다. 매도인이 약의인 계약명의신탁에서 신탁자는 대내적으로도 소유권을 취득할 수 없다. 약의의 계약명의신탁에서 수탁자와 매도인 사이에 횡령죄나 배임죄가 문제되는 일은 없을 것이다. 매매대금을 수령하고 등기명의를 이전한 매도인은 그 부동산은 자신의 소유가 아니라고 생각하고 따라서 수탁자가 그 부동산에 대해 어떤 행위를 하던 이해관계가 없을 것이기 때문이다. 따라서 수탁자의 횡령죄나 배임죄가 문제되는 경우는 신탁자와의 관계에서이다. 그런데 이 경우 매도인과 수탁자와의 매매계약이 무효이므로 신탁자가 부동산의 소유권을 취득한 바 없으므로 수탁자가 신탁자에 대해 횡령죄나 배임죄의 주체가 될 수는 없다. 따라서 대상판결이 수탁자가 신탁자 또는 매도인 모두에 대해 횡령죄나 배임죄의 주체가 될 수 없다고 한 것은 지극히 타당하다고 할 수 있다. 한편 대법원 2001.11.27. 선고, 2000도3463 판결은 중간생략등기형 명의신탁에서는 횡령죄가 성립한다고 한다. 따라서 중간생략등기형 명의신탁과 약의의 계약명의신탁의 차이가 문제된다. 판례를 분석하여 보면, 중간생략등기형 명의신탁에서는 신탁자가 매매계약의 당사자가 되는 데 비해 약의의 계약명의신탁에서는 신탁자가 매매계약의 당사자가 되지 않고 수탁자가 매매계약의 당사자가 된다는 점에서 양자의 차이가 있다. 그리고 전자에서는 매도인이 수탁자와 신탁자 사이에 진정한 매매계약이 있었는지 아니면 명의신탁의 약정이 있었는지에 대해 모를 수도 있다. 이에 비해 후자에서는 매도인이 신탁자와 수탁자 사이에 명의신탁약정이 있었다는 사실을 알고 있다는 점에서도 차이가 있다. 그러나 약의의 계약명의신탁에서 형식적으로는 수탁자가 계약의 당사자가 된다고 하더라도 실질적인 계약의 당사자는 신탁자라고 할 수 있다. 즉, 실질적 관점에서 보면 중간생략등기형 명의신탁이나 약의의 계약명의신탁 모두에서 계약당사자는 신탁자라고 할 수 있다. 이러한 의미에서 비교판결도 대상판결과 같은 입장으로 변경되어야 할 것이다); 우인성, “약의의 계약명의신탁에 있어 명의수탁자의 보관물 임의처분 시 범죄성립 여부”, 대법원판례해설 제94호 2012년 하, 법원도서관, 2013.6.28, 717쪽(위 판결은 약의의 계약명의신탁에 있어 명의수탁자의 처분행위가 형사처벌의 대상이 될 수 있는지 여부를 밝힌 최초의 판결이라는 점에 의의가 있다).

2.2.2 계약명의수탁자가 당사자가 되어 악의의 소유자로부터 부동산을 매수하는 계약을 체결한 후 명의수탁자 앞으로 소유권이전등기가 행하여진 경우³⁷⁾

“제반 사정에 비추어 아파트 분양계약에서 매수인 명의의 대여는 갑과 피고인의 내부적인 관계에 불과하여 아파트 분양계약의 매수인 지위에 있는 것은 피고인이고 나아가 매도인인 조합측은 갑과 피고인의 명의대여관계를 알고 있었으므로 아파트 소유권은 매도인에게 있고, 아파트 분양계약의 당사자가 아닌 갑은 달리 아파트 자체를 취득할 법적 가능성이 없으므로 결국 피고인이 갑에 대한 관계에서 ‘아파트를 보관하는 자’의 지위에 있다고 볼 수 없다”고 판시하여 횡령죄 성립을 부정하고 있다.

2.2.3 소결

판례는 부동산실명법위반죄는 별론으로 하더라도 적어도 형법상 횡령죄나 배임죄는 성립하지 않는다는 입장이다.

이러한 판례의 입장에 비해 학설은 배임죄가 성립한다는 견해, 매도인에 대한 횡령죄가 성립한다는 견해, 명의신탁자에 대한 횡령죄가 성립한다는 견해 그리고 횡령죄나 배임죄를 구성하지 않는다는 견해 등으로 나누어져 있다.

이처럼 이 경우에 있어서는 어떤 범죄가 성립하느냐에 관한 견해대립이 있을 뿐 신탁자의 처분행위가 형사처벌의 대상에 포함된다고 하는 점에 대체로 학설은 일치하고 있다. 그러나 대법원 2012년 12월 13일 선고 2010도10515 판결은 이러한 경우 범죄가 성립하지 않는다고 함으로써 학설과는 완전히 배치되는 입장을 취하고 있다.

우선 매도인에 대하여 횡령죄가 성립한다는 견해는 이 경우 부동산실명법 제4조 제1항과 제2항이 적용되어 명의신탁약정과 부동산물권변동이 모두 무효이므로 부동산 소유권이 원권리자에게 그대로 남게 되고,

37) 대법원 2012. 12. 13. 선고, 2010도10515 판결.

수탁자가 이를 처분하면 자신이 보관하고 있는 타인(원권리자) 소유의 부동산을 처분한 것으로 횡령죄를 구성한다고 한다. 그러나 이러한 관점에서 대해서는 전술한 바(중간생략형, 매도인 악의)와 같이 악의의 매도인에 대한 실질적인 재산침해를 인정할 수 없다는 점에서 이 견해를 수용하는 데에는 어려움이 있다. 또한 이 경우는 중간생략등기형 명의신탁의 경우와 사실상 같은 경우라고 하면서, 신탁자와 수탁자 사이에는 명의신탁약정의 무효에도 불구하고 사실상의 신임관계는 여전히 존재하기 때문에 신탁자에 대한 배임죄가 성립한다는 견해가 있다. 그러나 전술한 바와 같이 부동산실명법의 취지와 동법 제4조 제1항이 의미를 갖기 위해서는 사실상 신임관계에 의해 신탁자에 대한 배임죄를 인정하는 것도 곤란하다. 즉 수탁자의 처분행위를 배임죄로 처벌한다는 것은 결국 신탁자에게 그 소유권을 이전할 의무를 부과하는 셈이 되고 이것은 위 제1항의 신탁약정 무효를 유효화하게 된다. 다만 이 경우 매도인에게 소유권이 인정되는 관련 부동산을 수탁자가 신탁자의 재산인 것으로 인식하고 이를 횡령하려고 하였다면, 신탁자에 대한 횡령의 불능미수죄 성립은 가능할 수도 있을 것으로 생각된다.

3. 매도인이 명의신탁약정을 모르는 경우(선의의 계약명의신탁)

3.1 학설의 태도

수탁자의 신탁자에 대한 횡령죄가 성립한다는 견해,³⁸⁾ 법률행위가 무효인 경우에도 사실상의 의무관계가 있으면 신임관계가 인정되므로, 명의신탁자와 명의수탁자 사이의 명의신탁약정의 무효에도 불구하고 부동산매입의 위임이라는 사실상의 신임관계는 부정되지 않으므로 명의수탁자가 이러한 신임관계를 어기고 제3자에게 임의로 처분한 경우에

38) 김성천 외, 앞의 책, 472쪽; 백재명, 앞의 논문, 377쪽 및 382쪽.

는 배임죄가 성립한다는 다수설의 견해³⁹⁾ 그리고 횡령죄 및 배임죄가 성립하지 않는다는 견해⁴⁰⁾로 나뉘어져 있다.

3.2 판례의 태도

횡령죄 및 배임죄가 성립하지 않는다는 입장이다.⁴¹⁾

3.2.1 횡령죄 성립을 부정한 경우

“부동산실명법 제2조 제1호 및 제4조의 규정에 의하면, 신탁자와 수탁자가 명의신탁 약정을 맺고 이에 따라 수탁자가 당사자가 되어 명의신탁 약정이 있다는 사실을 알지 못하는 소유자와 사이에서 부동산에 관한 매매계약을 체결한 후 그 매매계약에 기하여 당해 부동산의 소유권이전 등기를 수탁자 명의로 경료한 경우에는, 그 소유권이전등기에 의한 당해 부동산에 관한 물건변동은 유효하고, 한편 신탁자와 수탁자 사이의 명의 신탁 약정은 무효이므로, 결국 수탁자는 전소유자인 매도인뿐만 아니라 신탁자에 대한 관계에서도 유효하게 당해 부동산의 소유권을 취득한 것으로 보아야 할 것이고, 따라서 그 수탁자는 타인의 재물을 보관하는 자라고 볼 수 없다.”고 판시하여⁴²⁾ 신탁자와 수탁자 사이의 명의신탁약

39) 이보영, 앞의 논문, 311-312쪽; 배임죄가 성립한다는 견해는 명의신탁약정은 무효, 부동산의 물건변동은 유효하므로 수탁자는 부동산의 소유권을 취득하기 때문에 타인의 재물을 보관하는 자로 평가될 수 없으므로 횡령죄는 성립될 수 없지만 신탁자의 사무를 처리하는 자로서 배임죄로 처벌될 수 있다고 한다(임웅, 앞의 책, 455쪽); 최상욱, 앞의 논문, 202쪽.

40) 권오걸, 앞의 책, 675-677쪽; 김덕중, 앞의 논문, 117쪽; 송동권, 앞의 책, 429-430쪽; 송동권, “부동산을 행위객체로 한 재산범죄의 성립 한계-특히 민사사건과 형사사건 사이의 한계”, 일감부동산법학 제2호, 건국대학교 법학연구소, 2008, 49쪽; 전용선, 앞의 논문, 401쪽; 양천수, 앞의 논문, 151쪽.

41) 대법원 2000. 3. 24. 선고, 98도4347 판결; 대법원 2001. 9. 25. 선고, 2001도2722 판결; 대법원 2004. 4. 27. 선고, 2003도6994 판결; 대법원 2008. 3. 27. 선고, 2008도455 판결; 대법원 2009. 9. 10. 선고, 2009도4501 판결.

정에 따라 수탁자가 명의신탁 약정이 있다는 사실을 알지 못하는 소유자와 사이에서 부동산매매계약을 체결한 후 당해 부동산의 소유권이전등기를 수탁자 명의로 경료한 경우, 그 수탁자가 형법 제355조 제1항 소정의 ‘타인의 재물을 보관하는 자’에 해당하지 않는다는 입장이다.⁴³⁾

3.2.2 배임죄 성립을 부정한 경우

“수탁자가 계약명의신탁의 약정에 따라 취득한 부동산에 대하여 신탁자의 반환요구를 거절하고 수탁자 명의로 그 소유권이전등기를 경료하였다 하여도 업무상배임죄가 성립하지 아니한다.”⁴⁴⁾ 그리고 “신탁자와 수탁자가 명의신탁약정을 맺고, 그에 따라 수탁자가 당사자가 되어 명의신탁약정이 있다는 사실을 알지 못하는 소유자와 사이에서 부동산에 관한 매매계약을 체결한 계약명의신탁에 있어, 수탁자는 신탁자에 대한 관계에서도 신탁부동산의 소유권을 완전히 취득하고 단지 신탁자에 대하여 명의신탁약정의 무효로 인한 부당이득 반환의무만을 부담할 뿐인바, 그와 같은 부당이득 반환의무는 명의신탁약정의 무효로 인하여 수탁자가 신탁자에 대하여 부담하는 통상의 채무에 불과할 뿐 아니라 신탁자와 수탁자 간의 명의신탁약정이 무효인 이상, 특별한 사정이 없는 한 신탁자와 수탁자 간에 명의신탁약정과 함께 이루어진 부동산 매입의 위임 약정 역시 무효라고 할 것이므로, 수탁자가 신탁자와의 신임관계에 기하여 신탁자를 위하여 신탁 부동산을 관리한다거나 신탁자의 허락

42) 대법원 2000. 3. 24. 선고, 98도4347 판결; 대법원 2009. 9. 10. 선고, 2009도4501 판결.

43) 대법원 2009. 9. 10. 선고, 2009도4501 판결에서는 신탁자와 수탁자 사이의 명의신탁을 계약명의신탁으로 보고, 수탁자의 횡령죄 주체성(타인의 재물을 보관하는 자)을 부정하였다. 이에 대해 신탁자와 수탁자 사이의 명의신탁은 2자간 명의신탁의 한 형태로 보아, 수탁자의 횡령죄 주체성을 인정해야 한다는 반론(이창섭, “부동산 명의 수탁자의 횡령죄 주체성”, 형사판례연구[19], 한국형사판례연구회, 2011, 261쪽 참조)도 있다.

44) 대법원 2004. 4. 27. 선고, 2003도6994 판결.

없이 이를 처분하여서는 아니 되는 의무를 부담하는 등으로 타인의 사무를 처리하는 자의 지위에 있다고 볼 수 없다.”고 판시하여 배임죄 성립을 부정하고 있다.⁴⁵⁾

3.2.3 소결

판례는 적어도 형법상의 범죄는 구성하지 않는다는 입장이다. 이러한 판례의 입장에 비해 학설은 배임죄가 성립한다는 견해, 신탁자에 대한 횡령죄가 성립한다는 견해 그리고 적어도 형법상 횡령죄나 배임죄는 구성하지 않는다는 견해 등으로 나누어져 있다.

이 경우 수탁자는 부동산실명법 제4조 제2항에 따라 유효한 소유권을 취득하게 되므로, 횡령죄는 형식적 소유권을 그 보호법익으로 한다는 관점에 의하면 그 부동산에 대하여 타인의 재물보관자로 평가될 수는 없으므로 횡령죄가 성립하지 않는다. 또한 부동산실명법 제4조 제1항에 따라 수탁자는 신탁자에 대하여 신탁약정에 따른 어떤 의무도 부담하지 않았기 때문에 신탁자에 대하여 타인의 사무를 처리하는 자로 평가될 수 없으므로 수탁자를 배임죄로 처벌할 수도 없다. 따라서 이 경우는 형법의 적용이 배제되어야 하며, 이러한 결론은 부동산실명법의 입법취지에도 부합한다. 물론 이 경우 수탁자는 부동산실명법 제7조 제2항에 따라 처벌될 것이다.

V. 나오는 말

위에서 살펴본 바와 같이 수탁자의 명의신탁부동산 처분행위에 대한 형사책임과 관련하여 학설은 다양한 입장을 취하고 있음을 알 수 있다.

45) 대법원 2001. 9. 25. 선고, 2001도2722 판결; 대법원 2004. 4. 27. 선고, 2003도6994 판결; 대법원 2008. 3. 27. 선고, 2008도455 판결.

이에 비해 대법원 판례는 비교적 명확한 관점을 취하고 있는 것으로 보인다. 즉 3자간 명의신탁의 경우 수탁자의 처분행위는 횡령행위로 평가되지만, 계약명의신탁의 경우에 있어서의 그것은 적어도 형사처벌의 대상이 아니라는 점을 분명히 하고 있다. 따라서 대법원 판례와 학설은 서로 통일적 해석을 이루어 내지 못하고 있다는 점에서 향후 계속적인 논란은 불가피할 것으로 보인다. 그러나 최근 대법원이 형법의 적용을 배제하면서 부동산실명법의 취지에 부합하는 판단을 내리고 있는 것은 바람직한 현상이라 할 것이다. 이러한 관점에 의한다면 대법원 2012년 12월 13일 선고 2010도10515 판결에서와 같은 계약명의신탁의 경우뿐만 아니라 3자간 명의신탁의 경우에서도 수탁자의 명의신탁 부동산 처분행위에 대하여 횡령죄의 성립을 인정하고 있는 판례의 태도는 타당하지 못한 것으로 판단된다.

만약 대법원이 3자간 명의신탁의 경우에도 수탁자의 명의신탁 부동산 처분행위에 대한 가벌성을 인정해야 한다면, 대법원 2012년 12월 13일 선고 2010도10515 판결의 경우와 같이 매도인이 악의인 경우에도 그 가벌성을 인정해야 할 것으로 보인다. 왜냐하면 매도인이 악의인 경우 계약당사자를 수탁자로 판단하는 것은 현실성이 없을 뿐만 아니라 실질적 계약당사자 규명에 관한 대법원 판례의 관점에 따르면 계약당사자는 수탁자가 아니라 신탁자로 평가되어야 하기 때문이다. 또한 대법원 2012년 12월 13일 선고 2010도10515 판결은 사안이 거의 동일한 판례와 상충되는 판결을 하고 있다는 점에서 판결의 일관성을 결하고 있다. 대법원 2012년 12월 13일 선고 2010도10515 판결의 경우는 원인무효의 소유권이전등기에 해당하는 경우로 평가될 수는 없고, 다만 대법원 2010년 6월 24일 선고 2009도9242 판결과 동일하게 평가될 수 있는 가능성을 배제할 수는 없다. 왜냐하면 대법원의 위와 같은 관점에 따르면 대법원 2012년 12월 13일 선고 2010도10515 판결의 경우에 수탁자의 처분행위는 횡령죄의 적용대상이 되어야 하기 때문이다.

이와 같이 학설의 입장과 대법원 판례의 입장이 서로 통일적인 해석 방향을 이끌어 내지 못하고 있음에도 불구하고 어떤 종류의 명의신탁이든 부동산명의신탁에 대해서는 부동산실명법이 우선적으로 규정하고 있으므로 형법의 적용을 자제하는 것이 형법의 보충성원칙에도 부합된다는 생각이다.⁴⁶⁾ 신탁자의 재산권 보호는 수탁자에 대한 부당이득반환 청구 등의 민사적인 수단을 통해서도 가능하다.⁴⁷⁾ 불법한 부동산명의신탁은 형법으로 보호할 만한 가치가 있는 신임에 의한 위탁관계가 존재하지 않고 위탁관계의 전제가 되는 원인행위 또는 위탁행위 자체가 불법을 구성하므로 형법상 법익보호의 필요성이 충족되지 않는다. 따라서 현행 부동산실명법은 부동산명의신탁을 금지하면서 이를 위반한 경우 신탁자와 수탁자 모두를 형사처벌하고 있는데, 수탁자의 처분행위에 대해 횡령죄를 인정하는 것은 명의신탁에 대해 위탁관계를 인정하는 것이 되므로 법해석상 논리적으로 모순된다는 지적을 되새길 필요가 있다.⁴⁸⁾ 또한 명의신탁은 민법뿐만 아니라 형법상으로도 불법이므로 법질서의 통일성이라는 관점에서 신탁자의 수탁자에 대한 반환청구권을 인정할 수 없다고 보는 것이 타당하다는 견해도 경청할 만하다.⁴⁹⁾

그러나 부동산실명법상의 벌칙이 횡령죄의 처벌보다 오히려 무겁게 규정하고 있으므로 수탁자의 명의신탁 부동산임의처분행위와 관련하여 형법의 적용을 자제하는 것이 바람직하며, 앞으로 대법원이 부동산실명법의 입법취지를 고려하여 부동산실명법위반죄로 취급할지 아니면 형법상의 횡령죄 또는 배임죄로 취급할지는 조금 더 지켜보아야 할 것 같다. 검찰에서도 현시점에서 선도적으로 부동산실명법 적용을 우선적으로 고려해 볼 필요성이 있을 것이다.

46) 같은 견해로 양천수, 앞의 책, 146-147쪽.

47) 김덕중, 앞의 논문, 97쪽 및 123쪽.

48) 같은 견해로 박광현, 앞의 논문, 284-285쪽.

49) 강동범/이강민, 앞의 논문, 18쪽; 최성진, 앞의 논문, 173쪽.

참고문헌

1. 단행본

- 권오걸, 형법각론[이론·판례], 형설출판사, 2009.
- 김성천 외, 제3판 형법각론, 소진, 2012.
- 김일수/서보학, 형법각론, 박영사, 2004.
- 박상기, 형법각론, 박영사, 2005.
- 손동권, 제3개정판 형법각론, 을곡출판사, 2010.
- 양천수, 부동산 명의신탁·민법과 형법의 관점에 중점을 둔 통합과학적 접근, 영남대학교 출판부, 2010.
- 이재상, 형법각론, 박영사, 2012.
- 임 웅, 형법각론 제5정판, 법문사, 2013.
- 정성근/박광민, 형법각론, 삼지원, 2006.

2. 학술지

- 강동범/이강민, “등기명의신탁과 수탁자의 형사책임”, 법학논고 제41집, 경북대학교 법학연구원, 2013, 1~20쪽.
- 김덕중, “명의신탁 부동산을 임의처분한 명의수탁자의 형사책임에 관한 비판적 고찰-판례를 중심으로-”, 강원법학 제37권, 강원대학교 비교법학연구소, 2012, 97~126쪽.
- 김일수, “미수의 불법귀속에 관한 연구-특히 불능미수를 중심으로-”, 고려법학 제40호, 고려대학교 법학연구원, 2003, 1~38쪽.
- 박광현, “형사법의 독자성과 민사법과의 법질서 통일성 관점에서 바라본 학제 간 고찰”, 서울법학 제20권 제1호, 서울시립대학교 법학연구소, 2012, 257~309쪽.
- 박상기, “부동산명의신탁과 횡령죄”, 형사판례연구[6], 한국형사판례연

- 구회, 1998, 266~280쪽.
- 백재명, “부동산명의신탁과 횡령죄”, 형사판례연구[7], 한국형사판례연구회, 1999, 367~383쪽.
- 손동권, “부동산을 행위객체로 한 재산범죄의 성립 한계-특히 민사사건과 형사사건 사이의 한계”, 일감부동산법학 제2호, 건국대학교 법학연구소, 2008, 33~55쪽.
- 우인성, “악의의 계약명의신탁에 있어 명의수탁자의 보관물 임의처분시 범죄성립 여부”, 대법원판례해설 제94호 2012년 하, 법원도서관, 2013, 685~721쪽.
- 이보영, “부동산 명의신탁과 형사책임”, 법학연구 제33집, 한국법학회, 2009, 311~333쪽.
- 이상철, “명의신탁부동산의 처분행위와 횡령죄-3자간명의신탁에 관한 대법원 2010. 6. 24. 선고 2009도9242 판결을 중심으로-”, 일감법학 제24호, 건국대학교 법학연구소, 2013, 69~110쪽.
- 이주일, “명의신탁과 형사처벌에 대한 비판적 재검토”, 법학연구 제29집, 한국법학회, 2008, 267~288쪽.
- 이창섭, “부동산 명의수탁자의 횡령죄 주체성”, 형사판례연구[19], 한국형사판례연구회, 2011, 236~265쪽.
- 이창섭, “악의의 계약명의신탁과 명의수탁자의 형사책임”, 법학연구 제54권 제4호, 부산대학교 법학연구소, 2013, 53~79쪽.
- 전용선, “명의신탁과 형사책임”, 사회과학논총 제8집, 숭실대학교 사회과학연구원, 2006, 381~406쪽.
- 정형식, “이른바 중간생략등기형 명의신탁에 있어서 수탁자가 부동산을 임의로 처분한 경우 횡령죄의 성립여부(적극)”, 형사재판의 제문제 제5권, 박영사, 2005, 254~273쪽.
- 천진호, “부동산실명법상 부동산명의수탁자의 형사책임”, 형사재판의 제문제 제5권, 박영사, 2005, 274~288쪽.

최상욱, “명의신탁부동산의 처분과 형사책임”, 형사법연구 제13호, 한국 형사법학회, 2000, 183~202쪽.

최성진, “[사례연구·형법] 준강도와 강도강간의 주체, 소송사기의 실행의 착수와 불법원인급여와 명의신탁부동산의 횡령죄 성립여부”, 고시계 2013년 10월호, 고시계사, 2013, 163~173쪽.

3. 신문기사

신동운, “2012년 분야별 중요판례분석 ⑧ 형법각론”, 법률신문 제4114호, 2013.3.28.

오영근, “악의의 계약명의신탁에서 횡령죄 및 배임죄의 성부”, 로앤비 천자평석, 2013.1.24.

[Abstract]

Criminal Liability for a Title Trustee Who Acts on Disposal of Real Estate

Cho, Hyun-Wook*

This Article comes to legal principles of title trust of real estate in Supreme Court shown case. Focus of this paper is criminal liability for a title trustee who acts on disposal of real estate. As stated above can such a title trustee punished by embezzlement or breach of trust?

The Types of title trust of real estate are registry title trust between the two parties, registry title trust between the three parties and contract title trust. In the case of registry title trust between the two parties and registry title trust between the three parties, title trustee is also punishable by embezzlement after Supreme Court case.

In the case of contract title trust, title trustee is not punishable by embezzlement or breach of trust after Supreme Court case. But in theory are a variety of opinions on the criminal liability for a title trustee who acts on disposal of real estate, especially in the case of registry title trust between the three parties and in the case of contract title trust.

It is right way to exclude the application of the criminal law in the case of registry title trust between the two parties and registry title trust between the three parties and also contract title trust. I hope that the opinions of

* Academic Research Professor, The Institute of Legal Studies, Konkuk University

Supreme Court and theory of Law to be identical to each other as soon as possible to show citizens and lawyer right overseeable direction.

[Key Words] title trustee, title truster, title trust of real estate, Act on the Registration of Real Estate under Actual Titleholder's Name, violation against Act on the Registration of Real Estate under Actual Titleholder's Name, embezzlement, breach of trust