부동산명의수탁자의 형사책임*

The Criminal Responsibility of Title Turst of Real Estate

정 신 교**

Jeong, Shin Kyo

目 次

Ⅰ. 서 론
Ⅱ. 부동산실명법의 체계적 해석
1. 부동산실명법
2. 명의신탁
Ⅲ. 명의수탁자의 형사책임
1. 명의신탁과 불법원인급여
2. 횡령죄와 배임죄의 검토
3. 명의수탁자의 임의처분
Ⅳ. 결 론
〈abstract〉
〈참고문헌〉

ABSTRACT

1. CONTENTS

(1) RESEARCH OBJECTIVE

Real estate Real Owner's Name Act is a completely new legal rules with respect to the real estate trust people. So also it must change the framework of the discussion on the criminal responsibility of the title trustee. Based on this recognition and to investigate the criminal responsibility of the title trustee

(2) RESEARCH METHOD

First, a look at the implications and the legal relationship between the registered title turst and title turst of Real Estate. Second, the introduction of existing theories and case law on the criminal responsibility of registered title turst and title turst of Real Estate.

(3) RESEARCH RESULTS

The Act on the Registration of Real Estate under Actual Titleholder's Name was effectuated in 1995. The Real Name Real Estate Transaction System implemented by the act, along with the Real Name Financial Transaction System is accredited with having realized great development in economic and social life of our country. There have been lots of controversies over the schemes of the act even before it was made. This paper purports to review critical views and to find out if there's any provisions to amend.

* 본 논문은 2014년 김천대학교 교내연구비지원에 의해 수행 됨(연구과제: gc14050).

** 주 저 자 : 김천대학 경찰행정학과 교수, 법학박사, jsk732@hanmail.net

▷ 접수일(2016년 7월 22일), 수정일(1차 : 2016년 8월 9일, 2차 : 2016년 8월 20일, 3차 : 2016년 9월 4일), 게재확정일(2016년 12월 16일)

2. RESULTS

the title trustee's disposal of the trusted real estate may not be punishable by embezzlement or breach of trust because of the following grounds: 1) in view of the purpose and penal provisions of title trust of real estate is nothing but trust based on confidence which is of no worth protected with punishment. that is merely trust for illegal cause. 2) the opinion that the title trustee's disposal of the trusted real estate should be punished by embezzlement or breach of trust is contradictory to our legal system that prohibits title trust of real estate.

3. KEY WORDS

• Real Owner's Name Act, title turst of Real Estate, registered title turst, the criminal responsibility of title turst of Real Estate, alienated property in unlawfulness

국문초록

부동산실명법 시행 이후 부동산 명의수탁자가 수탁부동산을 임의로 처분한 경우의 형사책임에 관하여 많은 판결이 선고되었고 관련 논문도 다수 발표되었다. 그러나 이들 판례와 대다수의 논문들은 여전히 부동산실명법이 시행되기 이전의 논의구조, 즉 소유권의 귀속 여부를 중심으로 하는 논의구조 속에서 이론을 전개하고 있다. 따라서 이 글에서는 부동산실명법이 부동산 명의신탁에 대하여 완전히 새로운 법적 규율을 하고 있기 때문에 명의수탁자의 형사책임에 관한 논의의 틀도 바뀌어야 한다는 인식을 바탕으로 부동산 명의수탁자의 형사책임을 검토하였다. 즉 명의수탁자의 형사책임의 배제내지는 축소이다. 명의수탁자에 대한 형사처벌의 범위를 축소하는 것이 명의신탁을 장려하는 것으로 보일 수 있겠지만 이로 인하여 명의수탁자의 부동산의 임의처분의 위험성이 증대할 것이고, 이에 따라 결국 명의신탁자가 명의신탁을 하면서 부담하게 될 위험이 현저하게 증대될 것이다. 이는 명의신탁의 감소로 연결되어 명의신탁의 근절에 실효성을 증대시킬 수 있을 것이다.

핵심어 : 부동산실명법, 명의신탁, 명의수탁자의 형사책임, 등기명의신탁, 불법원인급여

Ⅰ. 서 론

명의신탁이란 소유권 등 물권이나 기타 재산권에 대하여 대내적 관계에서는 신탁자가 소유권 등의 권리를 보유하되 대외적인 공부상의 명의를 수탁자에게 부여하는 것을 말한다.[1)]

1995년 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률(이하에서는 '부동산실명법'으로 약칭함)이 제정・시행되기 전에는 부동산 명의신탁의 유효성에 대해 학설은 대립하였으나 판례는 그 유효성을 인정하였다. 그러나 부동산실명법은 일정한 경우를 제외(제8조)하고, 명의신탁약정과 그에 따른 등기로 이루어진 부동산에 관한 물권변동을 무효로 규정(제4조 제1항 및 제2항 본문)하면서, 명의신탁자에게 과징금과 이행강제금을

1) 명의신탁의 형사책임에 관한 논문으로는 박달현, "부동산실명법의 시행과 부동산명의신탁의 형사법적 문제점 검토", 비교형사법연구, 한국비교형사법학회, 2004, 제6권 제2호, p.109; 박광민, "명의신탁부동산의 임의처분에 대한 형사책임", 성균관법학, 성균관대학교 법학연구소, 2002, 제14권 제1호, p.65; 박상기, "부동산명의신탁과 횡령죄", 형사판례연구(6), 한국형사판례연구회, 1998, p.278; 백정현, "명의신탁된 부동산의 처분과 형사책임", 재판과 판례, 대구판례연구회, 2002, 제11집, p.132; 정신교, "부동산명의신탁의 형사책임에 대한 비판적 고찰", 부동산학보, 한국부동산학회, 2006, 제27집, p.129; 조현욱・김영철, "판례에 나타난 부동산 명의수탁자의 처분행위에 대한 형사책임의 법리", 홍익법학, 홍익대학교 법학연구소, 2014, 제15권 제3호, p.294; 한석리, "명의신탁된 부동산의 처분행위에 대한 형사책임의 성부", 비교형사법연구, 한국비교형사법학회, 2000, 제2권 제2호, p.349 등이 있다.

부과(제5조, 제6조)한다. 나아가 부동산실명법은 명의신탁자 및 그를 교사한 자, 명의수탁자 및 그를 교사한 자 그리고 명의신탁등기를 방조한 자를 형사처벌(제7조)하고 있다. 이와 같이 부동산실명법이 제정·시행되기 이전과 그 이후 부동산 명의신탁에 관한 법적 규율이 완전히 달라짐에 따라 명의수탁 부동산을 임의로 처분한 행위의 형사책임에 관한 법리에도 변화가 필요하게 되었다.

이러한 변화를 반영하여 부동산실명법 시행 이후 부동산 명의수탁자가 수탁부동산을 임의로 처분한 경우의 형사책임에 관하여 많은 판결이 선고되었고 관련 논문도 다수 발표되었다. 그러나 이들 판례와 대다수의 논문들은 여전히 부동산실명법이 시행되기 이전의 논의구조, 즉 소유권의 귀속 여부를 중심으로 하는 논의구조 속에서 이론을 전개하고 있다고 생각된다. 따라서 이 글에서는 부동산실명법이 부동산 명의신탁에 대하여 완전히 새로운 법적 규율을 하고 있기 때문에 명의수탁자의 형사책임에 관한 논의의 틀도 바뀌어야 한다는 인식을 바탕으로 부동산 명의수탁자의 형사책임을 검토하고자 한다. 이를 위해 먼저 부동산 명의신탁의 의의와 등기명의신탁의 법률관계를 살펴(Ⅱ)보고, 등기명의신탁에서 수탁자의 형사책임에 관한 기존의 학설과 판례를 소개·검토한(Ⅲ)한 후, 결론(Ⅳ)을 맺기로 한다.

Ⅱ. 부동산실명법의 체계적 해석

1. 부동산실명법

1) 제정배경

종중 및 배우자간 명의신탁에 대해서는 부동산실명법 제8조에서 법적으로 보장하고 있으나, 명의신탁은 우리사회에서 부동산거래질서를 문란하게 함에 그치지 않고 각종 탈법, 탈세, 재산은닉 등 부작용이 속출하였다. 판례는 명의신탁은 신탁법상의 신탁이라고 할 수 없고, 명의신탁은 상속세법 제32조의 2에 의한 증여라고 볼 수 없다는 결정을 내렸다.[2] 이에 정부가 명의신탁에 대한 증여세를 부과할 수 없게 되자 명의신탁의 탈세 등이 사회적 문제점으로 대두되기에 이르렀고 이에 정부에서는 1981년 12월 31일 상속세법을 개정하여 명의 신탁을 모두 증여로 의제하여 증여세를 부과하도록 하였다.

그러나 판례는 개정된 상속세법 제3조의 2조 제1항의 증여의제 규정은 합의 또는 의사소통하에 명의신탁한 경우에만 적용되고, 일방적으로 명의신탁한 경우에는 적용이 없다며 증여의제 규정을 좁게 해석하였고, 이어 헌법재판소는 명의신탁의 증여의제는 실질과세의 원칙에 반하는 명목과세로서 입법상의 문제점이 있어, 조세회피 또는 조세포탈의 목적이 없는 명의신탁에 대해서 증여로 의제하는 것은 위헌이라는 일부위헌을 결정하여 명의신탁의 문제점을 해결하려는 상속세법의 개정취지는 와해되었다. 이후 정부는 부동산투기대책의 하나로 1990년 8월 1일 '부동산등기특별조치법'을 제정하여 제7조 제1항에서 "조세부과를 면하려 하거나 다른 시점간의 가격변동에 따른 이득을 얻으려하거나 소유권 등 권리변동을 규제하는 법령의 제한을 회피할 목적으로 타인의 명의를 빌려 소유권이전등기를 신청하면 아니 된다"고 규정하여 이에 위반 시에는 3년 이하의 징역 또는 1억 원 이하의 벌금에 처하도록 하였다.(동법 제8조 제3호) 그러나 판례는 "부동산등기특별법 제7조제1항, 제8조의 규정 자체에 의하더라도 등기신청의 원인행위인 동법 제7조 제1항 소정의 목적에 의한 계약명의의 사법적 법률행위의 효력까지 부인되는 것은 아니다"라며 위 규정을 단속규정으로 해석하였다. 그리하여 1993년 금융실명제를 전격 시행과 더불어 다시 부동산투기를 억제하고자 부동산실명법을 제정하였다.

2) 대법원 1979. 1. 16, 선고 78노396 판결.

2) 내용

부동산실명법의 주요내용에 대해 살펴보면, 명의신탁약정은 무효로 하고(제4조 제1항), 명의신탁약정에 따라 행하여진 등기에 의한 부동산에 관한 물권변동도 무효로 하되 부동산에 관한 물권을 취득하기 위한 계약에서 명의수탁자가 그 일방당사자가 되고 그 타방당사자는 명의신탁약정이 있다는 사실을 알지 못하는 경우(계약명의신탁에서 매도인이 선의인 경우)에는 유효로 규정(제4조 제2항)하고 있다. 즉, 명의신탁약정과 이에 의한 등기에 의한 부동산 물권변동도 무효로 규정하고 있으면서 이 경우 그 부동산의 소유권이 과연 누구에게 있는지에 대해서는 규정이 없다. 그리고 위 무효는 제3자에게 대항하지 못하도록 규정(제4조 제3항)하고 있다.

2. 명의신탁

1) 연혁

명의신탁은 조선고등법원이 1912년 10월 29일 인정한 우리나라의 독특한 관습법이다. 당시 조선총독부는 1917년까지 '토지조사령'을 통해 전 국토에 대한 토지조사사업을 실시하였다. 이 사업의 목적은 형식적으로는 지적을 명확히 하여 거래를 활성화하자는 취지였으나, 실질적으로는 우리나라의 토지에 대한 경제적 침탈이 주목적이었다. 토지조사사업이 완료된 후 1918년에는 '임야조사령'까지 공포하여 임야에 대한 조사를 1935년에 종료하였다. 1912년 공포된 '조선부동산등기령'에는 종중의 토지와 임야는 종중원의 단독 또는 수인 명의로 등기를 하게 되었다.[3] 이에 대해 1930년 '조선부동산등기령'이 개정되어 종중, 문중 기타 법인 아닌 사단의 재산도 그 종중 등의 명의로 등기할 수 있었으나, 이미 대부분의 종중 토지나 임야는 종중원 명의로 등기되어 있는 경우가 많아 큰 효과는 없었다.

위와 같이 종중의 토지나 임야가 종중원 명의로 등기된 결과 실소유자인 종중과 등기 명의자인 종중원 사이에서 종중원이 임의로 제3자에게 부동산을 처분한 경우 분쟁이 생기게 되었고, 이를 해결하기 위해 나타난 것이 바로 명의신탁이론의 시초가 된 1912 년 10월 29일 조선고등법원의 판례로 이후 조선고등법원은 종중재산에 관한 분쟁에서 제3자는 선의이든 악의이든 불문하고 종중재산을 취득한다고 하여 당시 우리나라의 경제적 토대를 지니고 있던 종중을 해체 내지 약화시키기 위한 조치였다는 것이 지배적 견해이다.[4]

이후 우리 대법원은 조선고등법원의 판례를 그대로 계승하여 명의신탁은 우리사회의 관습법으로 확고히 자리 잡게 되었다.[5] 이는 일제강점기 당시 경제적 기반을 갖추고 있던 종중 지주들의 경제적 붕괴를 위해 생각해 낸 것을 우리 대법원이 그대로 답습하고 있다는 비판이 있다.

2) 명의신탁의 법률관계

(1) 소유권귀속의 논란

부동산실명법상 신탁된 부동산의 재산법적 효력에 대한 해석은 명의신탁된 부동산의 재산범죄 여부를 판단하는 중요한 기준이 된다. 그리고 이는 형사법상 횡령죄와 배임죄의 판단기준이 된다. 부동산실명법의 입법취지는 부동산등기제도를 악용한 투기·탈세·탈법행위 등 반사회적 행위를 방지하고 부동산거래의 정상화와 가격안정화에 기여함을 목적으로 제정되었다(부동산실명법 제1조). 이법에 의해 무효로 된 명의신탁약정

3) 이러한 두 사업에 있어서 특히 문제가 된 점은 종중의 토지와 임야를 중중에 대한 소유신고를 받을 수 있는 근거가 없었다. 따라서 종손이나 종중원 수인의 명의로 신고를 받았다. 이는 당시 사단법인의 설립에 대하여 허가주의를 취하고 있었기 때문에 허가를 받지 못한 종중과 같은 권리능력이 없는 사단법인은 당연 권리능력을 보유하지 못하기 때문이었다.

4) 朝高判 1912. 10. 29, 民集2권, p.43; 朝高判 1917. 11. 24, 民集3권, p.856; 朝高判 1918. 6. 11, 民集 5권, p.507; 윤철홍. "명의신탁의 무효성", 인권과정의, 대한변호사협회. 1993, 제207호, p.51 : 고덕철, "부동산실명제하에서의 명의신탁과 형사책임에 관한 연구", 건국대학교 부동산대학원 석사학위논문, 2003, p.40.

5) 윤철홍, 위의 논문, p. 52; 고덕철, 위의 논문, p.40.

은 신탁자가 수탁자에 대하여 신탁약정을 근거로 대내적 관계에서 소유권자임을 주장할 수 없고, 따라서 무효에 의한 물권변동도 원칙적으로 무효이기 때문에 명의수탁자는 소유권을 취득할 수 없다. 예외적으로 계약명의신탁의 매도인이 선의인 경우에만 물권변동은 유효하다고 규정하고 있다. 이러한 규정이 법해석의 논란과 혼란을 초래하고 있다. 명의신탁에 대한 형사법적 논의에서 명의수탁자의 임의처분의 재산죄 성립을 부정하는 견해는 신탁자의 소유권은 명의수탁행위의 무효에서 찾는다.[6] 이는 부동산실명법의 입법취지를 고려할 때 바람직한 해석일 수 있다. 그러나 부동산실명법의 규정을 분석해 보면 입법자의 의사가 원칙적으로 목적부동산에 대한 신탁자의 소유권을 부인하고 명의신탁자에게 소유권을 인정하려는 것이 아니라 여전히 부동산에 대한 소유권은 신탁자에게 있는 것으로 본다는 것이다. 즉, 명의신탁자는 명의수탁자에게 그 무효를 이유로 소유권이전등기청구권을 가진다. 그러나 부동산에 대한 소유권귀속에 대하여는 아무런 규정이 없기 때문에 다양한 해석이 시도되고 있다.

(2) 부동산명의신탁의 유형

가) 2자간 명의신탁

2자간 명의신탁은 부동산 소유자인 신탁자가 수탁자와 명의신탁약정을 맺고 그 등기만 수탁자의 명의로 하는 것이다. 이는 전형적인 명의신탁의 유형이다. 부동산실명법 제4조 제1항은 "명의신탁약정은 무효로 한다"고 규정하고 있으므로, 2자간 명의신탁은 무효이며, 이에 기한 물권변동도 무효이다(제4조 제2항).따라서 2자간 명의신탁약정 - 부동산실명법 제8조에서 정하는 예외에 해당하지 않는 한 - 으로부터는 수탁자와 신탁자 사이에 어떠한 권리와 의무도 발생하지 않게 된다. 따라서 목적물에 대한 물권은 여전히 명의신탁자에게 남아 있다. 따라서 명의수탁자의 임의처분에 대해 명의신탁자는 명의수탁자를 상대로 명의회복등기청구, 등기말소청구 등을 통하여 명의를 회복할 수 있다.[7] 판례는 명의신탁약정은 무효라고 하면서 사실상 위탁관계는 인정하여, 수탁자의 부동산의 임의처분에 대해 부동산실명법 시행 전후를 불문하고 수탁자의 횡령죄를 인정하는 것이 판례[8]와 다수설의 견해이다.[9] 생각건대 명의수탁자는 사법상 무효인 등기의 명의자에 불과할 뿐 대외적으로 그 부동산에 대한 유효한 처분을 행사할 수 있는 지위에 있기 때문에 횡령죄의 보관자의 지위에 있다고 볼 수 있다.

나) 3자간 등기명의신탁

3자간 등기명의신탁은 신탁자가 매수인으로부터 부동산 소유자인 매도인과 매매계약을 체결하되 다만 등기를 매도인으로부터 수탁자 앞으로 직접 이전하는 것을 말한다. 이른바 중간생략등기형 명의신탁이다, 등기명의신탁의 경우 신탁자와 원소유자인 매도인의 관계에서는 채권계약과 특약(신탁자와 매도인이, 매도인의 소유권이전채무의 이행에 관하여 소유권이전등기를 매수인인 신탁자 본인이 아닌 수탁자 앞으로 경료함으로써 하기로 하는 특약)이, 신탁자와 수탁자의 관계에서는 명의신탁약정이 체결되는 것이다. 그렇기 때문에 매수인은 부동산소유권을 취득하지 못한 채 신탁자의 지위에 서게 된다. 등기명의신탁의 경우에도 명의신탁약정 및 그에 따른 물권변동은 무효이다(부동산실명법 제4조 제1항, 제

6) 조현욱・김영철, 앞의 논문, p.299.

7) 양창수, "부동산실명법 제4조에 의한 명의신탁의 효력", 법학, 서울대학교 법학연구소, 1997, 제38권 제1호(통권 103호), p.80.

8) 대법원 2009. 11. 26, 선고 2009도5547 판결: 이에 대해 수탁자에게 신의성실에 입각한 부동산에 대한 원상회복의무 등 타인의 사무처리자로서의 지위를 인정해야 되기 때문에 배임죄가 성립한다는 견해(이정원, 형법각론, 신론사, 2012, p.444), 부동산실명법상 명의신탁 약정과 부동산 물권변동은 모두 무효가 된다는 견해(박상기, 앞의 논문, p.278)가 있다.

9) 부동산실명법 제4조는 명의신탁약정에 따른 부동산이전등기는 무효라고 하였을 뿐 이법 제6조 제1항은 신탁자에게 소유권 이전등기를 강제하고 있고 급여자의 반환청구를 금지하는 불법원인급여와는 성질이 다르며(박광민, 앞의 논문, p.65), 부동산실명법상 명의신탁약정은 무효이므로 소유권은 신탁자에게 있고 수탁자는 등기명의인으로 부동산의 보관자의 지위에 있으므로 횡령죄가 성립한다는 것이다(이재상, 형법각론, 제8판, 박영사, 2012, p.399).

2항). 판례는 3자간 등기명의신탁에 있어서 수탁자가 임의로 부동산을 처분한 경우 대체로 횡령죄를 인정하고 있다.[10] 그리고 신탁자의 사실상 위탁관계가 존재한다고 보면 명의신탁자와 명의수탁자 사이의 신임관계까지는 부정할 수 없기 때문에 수탁자의 타인의 사무를 처리하는 자의 지위를 인정하여 배임죄가 성립한다는 견해도 있다.[11] 이에 대해 최근 대법원은 판례를 변경하여 중간생략등기형 명의신탁의 경우 명의수탁자의 타인의 재물을 보관하는 자의 지위를 인정하지 않았으며, 명의수탁자의 신탁 받은 부동산의 임의처분에 대해 횡령죄를 인정하지 않았다.[12]

다) 3자간 계약명의신탁

계약명의신탁은 명의신탁자와 명의수탁자가 명의신탁약정과 함께 부동산물권취득약정을 한 다음 명의수탁자가 직접 계약당사자가 되어 매도인과 부동산물권취득계약을 하고 명의수탁자명의로 등기하는 경우이다. 이를 매수 위임형 명의신탁이라도 한다. 계약명의신탁의 경우에도 명의신탁약정은 부동산실명법 제4조 제1항에 의하여 무효가 되고, 법률행위의 일부무효에 관한 원칙(민법 제137조 본문)에 의해 매수위임계약 또한 무효가 될 것이다. 따라서 신탁자는 계약에 기하여 수탁자에게 이전등기를 청구할 수는 없다. 다만, 부동산실명법은 물권변동의 효력에 대해서는 매도인이 명의신탁사실을 알았는지의 여부에 따라 다르게 규정하고 있다(제4조 제2항 본문 및 단서). 수탁자와 계약을 체결한 상대방인 매도인이 명의신탁 약정이 있다는 사실을 안 경우에는 물권변동도 무효가 된다. 따라서 매도인은 수탁자에게 계약의 무효를 원인으로 한 원상회복으로 등기의 말소를 청구할 수 있고, 수탁자는 매도인에게 급부한 것의 반환을 청구할 수 있지만, 신탁자는 수탁자에게 이전등기청구를 할 수 없고, 특별한 사정이 없는 한 매도인에게도 이전등기청구를 할 수 없다.

이에 대해 명의수탁자 앞으로의 소유권 변동의 효력이 발생하지 아니하여 부동산의 소유자가 매도인이므로 명의수탁자가 부동산을 임의 처분한 경우 매도인을 피해자로 하는 횡령죄가 성립한다는 견해[13]와 명의신탁약정이 무효이더라도 신탁자와 수탁자 사이의 사실상의 신임관계까지 부정할 수 없다는 점에서 배임죄가 성립한다는 견해가 있다.[14] 판례는 매도인이 악의인 경우 횡령죄와 배임죄를 모두 부정하고 단순한 민사문제로 보고 있다.[15] 생각건대 3자간의 계약명의신탁은 종합적인 법률관계를 고려하여 판단해야 된다고 본다. 매도인이 악의인 경우 명의수탁자에게는 타인의 부동산을 임의로 처분하지 말아야 할 의무가 존재할 것이다. 따라서 이러한 점에서 볼 때 수탁자의 임의처분은 사실적 신뢰관계의 침해이기 때문에 배임죄가 성립할 수 있을 것이다. 그러나 매도인이 선의인 때에는 등기 및 물권변동은 유효(부동산실명법 제4조 제2항 단서)하므로 수탁자는 완전한 물권을 취득하게 된다. 따라서 신탁자는 수탁자의 상대방인 매도인에게 어떠한 청구도 할 수 없고, 다만 수탁자에 대하여 부당이득 반환청구를 할 수 있을 뿐이다. 이에 대해 부동산의 매수위임 내지 위탁에 관한 당사자간의 약정은 부동산실명법 규정에도 불구하고 유효하고 따라서 명의수탁자의 임의처분행위는 횡

10) 대법원 2008. 4. 10, 선고 2008도1033 판결; 대법원 2008. 2. 29 선고 2007도11029 판결.

11) 박상기, 형법의 기초, 집현재, 2016, p.350.

12) 대법원 2016. 5. 19, 선고 2014도6992(전합): 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 위탁신임관계를 인정할 수도 없다. 따라서 명의수탁자가 명의신탁자의 재물을 보관하는 자라고 할 수 없으므로, 명의수탁자가 신탁받은 부동산을 임의로 처분하여도 명의신탁자에 대한 관계에서 횡령죄가 성립하지 아니한다.

13) 박상기, 앞의 논문, p.280.

14) 손동권・김재윤, 새로운 형법각론, 율곡출판사, 2013, p.181.

15) 대법원 2012. 11. 29, 2011도7361 판결.

령죄가 성립한다는 견해[16], 명의신탁약정이 무효이더라도 부동산매입의 위임이라는 사실상의 신임관계는 부정할 수 없기 때문에 배임죄가 성립한다는 견해[17], 부동산실명법의 취지와 명문규정을 중시하여 죄가 되지 아니한다는 견해가 있다.[18] 생각건대 매도인이 명의신탁사실을 모르는 경우 명의수탁자로의 소유권이전등기는 유효하다. 그러므로 명의수탁자의 임의처분행위는 횡령죄가 성립하지 않는다. 판례도 이 경우 명의수탁자의 '타인의 재물을 보관하는 자'의 지위를 부정하고 있으며[19], '타인의 사무를 처리하는 자'의 지위도 부정하고 있다.[20]

(3) 등기명의신탁의 법률관계

등기명의신탁에 의한 물권변동은 부동산실명법 제4조 제1항과 제2항에 의해 무효이다. 명의수탁자 명의의 등기는 반사회적인 명의신탁약정에 의한 소유권의 이전이므로 불법원인급여로서 매도인의 물권적 청구권을 부정하는 견해가 있다.[21] 이 견해는 명의신탁자로 하여금, 명의신탁해지에 의하여 부동산의 반환을 인정하지 않으면서 부당이득반환청구에 의해 명의신탁자의 권리를 인정한다면, 범법행위를 한 명의신탁자를 보호하는 결과가 되며, 결국 비정상적인 행위를 용인하고 조장하는 결과를 초래할 수 있다는 점을 이유로 한다.

이에 대하여 불법원인급여가 인정되면 결과적으로 '불법의 원인'에 가담한 수익자에게 그 이익의 보유를 긍정하게 되므로, 명의신탁약정에 기한 수탁자 앞으로의 소유권이전등기를 불법원인급여라고 할 수 없다는 견해도 있다.[22] 이 견해는 원래의 소유자(매도인)가 여전히 소유권을 보유하므로 그가 소유권에 기하여 수탁자에 대하여, 소유권이전등기의 말소를 청구하거나, 아니면 진정등기명의(眞正登記名義)회복청구권으로서 자기 앞으로 소유권이전등기를 할 것을 청구할 수 있다고 한다.

명의신탁약정의 무효는 신탁자와 원소유자인 매도인 사이의 원인계약인 매매계약에 아무런 영향을 미치지 아니한다. 즉 매도인이 악의여도 부동산을 매수한 신탁자는 여전히 매도인인 원소유자에 대하여 소유권이전등기청구권을 가진다. 이에 따라 신탁자는 자신의 매도인에 대한 등기청구권을 보전하기 위하여(민법 제404조) 매도인의 수탁자에 대한 등기말소청구권을 대위행사할 수는 있지만, 신탁자는 수탁자를 상대로 부당이득 반환을 원인으로 하여 소유권이전등기를 청구할 수는 없다.[23]

Ⅲ. 명의수탁자의 형사책임

1. 명의신탁과 불법원인급여

1) 부동산실명법상 무효

부동산실명법 제4조 제1항은 명의신탁약정은 무효로 한다고 규정하고 있다. 이는 대내적 관계에서 명의신탁자는 소유권자임을 주장할 수 없고, 동시에 제4조 제2항은 무효에 근거한 명의신탁약정에 따른 등기로 이루어진 부동산에 관한 물권변동도 무효로 한다고 규정하고 있다. 따라서 명의수탁자는 부동산을 유효하게 취득할 수 없게 된다. 예외적으로 계약명의신탁에서 매

16) 백재명, "부동산명의신탁과 횡령죄", 형사판례연구(7), 한국형사판례연구회, 1999, p.381.
17) 배종대, 형법각론, 제7전정판, 홍문사, 2011, p.512
18) 박상기, 앞의 책, p.351.
19) 대법원, 2007. 3. 29, 2007도766 판결.
20) 대법원, 2004, 4. 27, 2003도6994. 판결.
21) 한석리, 앞의 논문, pp.359-360.
22) 양창수, 앞의 논문, p.83.
23) 대법원 2008, 11. 27, 선고 2008다55290 판결.

도인이 선의인 경우에는 물권변동을 인정하고 있다(제4조 제2항 단서). 판례도 부동산실명법 제4조 제2항 본문이 적용되어 명의수탁자인 채무자 명의의 소유권이전등기가 무효인 경우에는 그 부동산은 채무자의 소유가 아니기 때문에 이를 채무자의 일반 채권자들의 공동담보에 제공되는 책임재산이라고 볼 수 없다거나[24] 명의신탁자와의 명의신탁약정에 의하여 수탁자 명의의 소유권이전등기는 부동산실명법의 유예기간이 경과한 후에는 원인무효로서 말소되어야 하므로, 수탁자의 상속인으로서는 수탁된 토지에 대한 소유권자임을 주장할 수 없다고 하여 명의신탁 된 부동산은 명의수탁자의 소유권을 인정하고 있지 않다.[25]

이 경우 부동산소유권은 명의신탁자나 매도인에게 복귀하게 되어 명의수탁자는 명의신탁자나 매도인 또는 제3자에 대해서 소유권을 주장할 수 없게 된다. 그렇다면 이 경우에 명의수탁자는 명의신탁자나 매도인 또는 제3자에 대해서 소유권을 주장할 수 없으므로 인해서 '타인의 재물'을 보관하는 자인가 하는 것이 문제가 된다. 왜냐하면 명의수탁자에게 남아 있는 소유권등기는 실체관계에 부합하지 않는 원인무효의 등기로서 말소되어야 하지만 무효인 명의신탁약정에 따른 명의수탁자에 대한 소유권이전등기가 민법 제746조 본문의 불법원인급여에 해당하면 소유권에 대한 이전을 청구할 수 없다.

2) 부동산실명법상 '무효'와 불법원인급여

부동산실명법 제4조 제1항, 제2항에서 명의신탁약정은 무효이며, 그에 기한 물권변동 또한 무효로 한다. 그렇다면 부동산실명법을 위반한 신탁자와 수탁자간의 약정에 기한 신탁부동산의 이전을 불법원인급여로 보아야 하는가이다. 이는 수탁자의 명의신탁 부동산의 임의처분이 갖는 형사책임문제와 직결되어 있다. 이에 대해 판례는 명의신탁 부동산은 불법원인급여물이 아니라는 입장을 취하고 있다.[26] 부동산실명법이 금지하고 있는 명의신탁이 강행법규인 부동산실명법을 위반한 것이지만 그 자체가 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반되는 것은 아니라는 점을 분명히 한 것으로 이해된다.

이에 대해 먼저 불법원인급여로 보는 견해는 부동산실명법위반의 무효인 명의신탁은 민법상 반사회적 행위(민법 제103조)에 해당하고, 그 명의신탁부동산은 불법원인급여(민법 제746조)에 신탁자의 신탁부동산의 반환청구는 인정되지 않으며,[27] 명의신탁약정에 기한 물권변동은 무효이므로 명의수탁자는 부동산의 보관자가 아니기 때문에 횡령죄의 주체가 될 수 없다고 한다.[28] 이 견해는 부동산실명법은 부동산 등기제도를 악용한 투기·탈세·탈법행위 등 반사회적 행위를 방지하고 부동산거래의 정상화와 부동산 가격의 안정을 도모하여 국민경제의 건전한 발전에 이바지함을 목적으로 제정된 강행법규라는 점, 부동산실명법에 위반된 무효인 명의신탁은 민법 제103조의 반사회적 행위에 해당하고 민법 제746조의 적용을 받아 수탁자에 대한 신탁자의 반환청구는 인정되지 아니한다는 점을 그 근거로 한다. 이 견해에 의하면 신탁자는 수탁자에 대한 민사상 반환청구권을 행사할 수 없어 사실상 소유권이 수탁자에게 귀속된다는 점이다.[29] 이 경우 수탁자의 임의처분은 횡령죄가 성립하지 않게 된다.

---

24) 대법원 2008. 9. 25, 선고 2007다74874 판결.

25) 대법원 2006. 8. 24, 선고 2006다18402 판결.

26) 판결부당이득 반환청구가 금지되는 사유로 민법 제746조가 규정하고 있는 불법원인이라 이라 함은 그 원인되는 행위가 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하는 경우를 말하는 것으로서 법률의 금지에 위반하는 경우라 하더라도 그것이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하지 않는 경우에는 이에 해당하지 않는다는 점을 제시하고 있다(대법원 2003. 11. 27, 선고 2003다41772).

27) 박상기, 앞의 논문, p.278.

28) 오영근, 형법각론, 제2판, 박영사, 2010, p.479.

29) 대법원 1999. 6. 11, 선고 99도275 판결.

다음으로 명의신탁을 민법상의 부당이득의 법리로 보는 견해는 민법상의 부당이득의 법리에 따라 명의수탁자에게 법률상 원인 없음을 이유로 부당이득자의 지위를 부여하게 된다.[30] 따라서 부동산실명법 제4조 1항, 2항의 부동산 명의신탁약정은 무효이고 그에 기한 물권변동 또한 무효이므로 명의신탁자는 신탁부동산에 관하여 여전히 소유권을 보유하고 있고 신탁자는 수탁자에 대하여 부당이득반환청구권을 행사할 수 있다고 본다.[31] 따라서 수탁자가 유효하게 소유권을 취득할 수 없지만 소유권등기는 수탁자명의로 되어 있으므로 명의수탁자로부터 부동산을 양도받은 선의의 제3자는 부동산실명법 제4조 제3항에 따라 유효하게 소유권을 취득할 수 있기 때문에 수탁자는 타인의 부동산을 보관하는 자의 지위에 있고, 수탁자가 임의로 부동산을 처분하면 횡령죄가 성립한다는 것이다.[32]

3) 검토

부동산실명법의 입법취지는 부동산에 대한 실체적 권리관계가 부합하도록 실권리자 명의로 등기하게 함으로써 부동산에 대한 "투기·탈세·탈법행위 등 반사회적 행위의 방지와 부동산거래의 정상화에 그 목적이 있다. 명의신탁과 불법원인급여와 관련하여 민법 제103조는 선량한 풍속 기타 사회질서는 사회의 평화와 질서를 유지하는데 있어 일반인이 지켜야 할 일반규범이다. 따라서 반사회적 행위를 판단할 때 구체적 사례의 특수성을 고려하여 개별적으로 판단해야 한다. 즉 명의신탁과 불법원인급여는 성질을 달리하며, 명의신탁의 사법상 무효와 형사처벌은 부동산실명법 제8조의 종중과 배우자에 대한 특례를 인정하기 때문에 불법원인급여와 같은 전면적 불법에 해당하는 것이 아니라 일정한 경제정책이나 사유에 제한을 두는 행정법적 불법성에 불과하다[33] 또한 판례도 부동산실명법 제3조 및 제4조가 명의신탁자에게 소유권이 귀속되는 것을 막는 취지의 규정은 아니라고 판시하고 있다.[34] 이는 민법 제746조 본문의 적용에 따라 명의신탁자의 반환청구권이 부정되는 것이 아니고, 부당이득의 법리에 따라 명의수탁자에 대한 반환청구권이 인정된다고 볼 수 있다.

부동산실명법이 이행강제금규정(부동산실명법 제6조)을 둔 것은 그 실질적 소유권을 신탁자에게 귀속시키는 것이고 제3자간 계약명의신탁의 경우에 부동산실명법이 수탁자에게 소유권변동을 인정하는 예외규정(부동산실명법 제4조 제2항 단서)을 둔 것은 보통의 다른 명의신탁인 경우에는 원소유자에게 소유권을 복귀시킨다는 것을 의미한다는 것이다. 판례도 "부동산실명법이 규정하는 명의신탁약정은 부동산에 관한 물권의 실권리자가 타인과의 사이에서 대내적으로는 실권리자가 부동산에 관한 물권을 보유하되 다만 그에 관한 등기를 타인의 명의로 하기로 하는 약정을 말하는 것일 뿐이므로, 그 자체만을 평가하여 무효인 명의신탁약정에 기한 타인 명의의 등기가 마쳐졌다는 이유만으로 그것이 당연히 불법원인급여에 해당한다고 볼 수 없고 탈세의 경우에도 구체적인 상황을 고려하여 평가하여야 한다고 보고 있다.[35]

생각건대 명의신탁이 불법원인급여물인가에 대하여는 명의신탁으로 인하여 부동산소유권이 실질적으로 수탁자에게 이전되는지 여부, 구체적인 불법성이 명백히 표시되는가의 여부 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.[36] 명의신탁은 오랜 기간 동안 그 유효성을 인정받아 온

30) 박광민, 앞의 논문 p. 63.

31) 손동권, "명의신탁부동산의 처분행위에 대한 횡령죄의 성립여부", 고시연구, 고시연구사, 1997, 12, p. 45; 양창수, 앞의 논문, p.81.

32) 서상문, "부동산실권리자명의등기에 관한 법률 시행 전후의 명의수탁자의 처분행위에 대한 형사책임에 관한 연구", 법학연구, 충북대학교 법학연구소, 2010, 제21권 제1호, p.108.

33) 배종대, 앞의 책, p.530.

34) 대법원 2010, 2. 11, 선고 2008다 16899 판결.

35) 대법원 2010, 9. 30, 선고 2010도 8556 판결.

제도이다. 물론 부동산투기의 예방과 조세정의를 위해 실권리자와 실명의자가 일치되어야 할 것이다. 그럼에도 불구하고 명의신탁을 불법원인급여로 보는 것은 법해석의 과도한 측면이 있다고 본다. 분명 명의신탁은 많은 폐해를 안고 있지만 오랜 기간 부동산등기의 한 방법으로 이용되어져 왔던 제도이다. 따라서 명의신탁이 비록 부동산실명법에 의하여 금지되었지만 그 유효성이 지금까지 인정되어 온 점에 비추어 신탁자의 반환청구권을 인정하는 것이 타당하다고 본다.

2. 횡령죄와 배임죄의 검토

1) 횡령죄와 배임죄의 구별

횡령죄와 배임죄의 구성요건의 차이는 횡령죄는 재물죄이나 배임죄는 이익죄이다. 따라서 재물과 재산상 이익이라는 단어가 어떤 의미에서 사용되었는지에 대해 검토할 필요가 있다. 즉 횡령죄는 타인에 대한 신임관계를 위반한다는 점에서 배임죄와 그 성격이 동일하다.[37] 단지 횡령죄의 객체는 재물이나 배임죄의 객체는 재산상 이익이라는 차이가 존재할 뿐이다.

먼저 횡령죄의 행위대상은 재물이다. 횡령은 행위자가 이미 재물을 점유하고 있으므로 영득의사 객관적으로 외부에 표시되어야 한다. 그리고 반환거부행위 역시 횡령죄의 구성요건으로 규정되어 있다. 반환거부는 소유자의 권리를 배제하는 의사표시를 의미하고, 그것이 불법영득의사를 나타내는 것이기 때문에 횡령행위와 동일한 행위로 볼 수 있다. 횡령죄에서는 행위객체를 재물이라 규정하였지만 취득객체에 대해서는 특별히 제한하지 않았고, 배임죄에서는 행위객체에 대해서는 특별한 제한이 없지만 취득객체는 재산상 이익이라고 규정한 것이다. 배임죄는 임무에 위배하는 배임행위를 통해서 행위자 또는 제3자가 '재산상 이익'을 취득하는 것을 요한다. 그러나 재산상 이익에 대해서 행위 하는 것까지는 요구되지 않는다. 이러한 점에서 행위 하는 대상이 재산상 이익에 한정되는지 여부는 문언상 반드시 명확한 것은 아니다.[38] 다수설에 따르면 양자가 같은 조문에 존재하고 있고 법정형도 동일하며 범죄의 본질이 신뢰위배라는 공동의 성격을 가지고 있으나 횡령죄의 행위객체는 재물에 한정되고 배임죄는 그 객체를 재산상 이익에 한정하고 있으므로 양자를 특별법과 일반법의 관계로 파악하는데 있고 그 이상의 실익은 없다고 한다.[39] 그러나 횡령죄와 배임죄의 행위객체가 명백히 구분되는 점에서 구별실익이 없다는 것은 문제가 있다. 예컨대 제3자 간의 등기명의신탁(중간생략등기)에 있어서 명의수탁자가 부동산을 임의 처분한 경우 행위객체가 대체물인 금전과 부동산으로 재물이 분명함에도 횡령죄와 배임죄의 경계가 모호한 다수의 사례에 있어 두 죄의 구별은 분명 필요하다고 본다.

2) 횡령죄와 배임죄의 구성요건의 중복

횡령죄와 배임죄의 구성요건이 중복되는 영역이 있다. 배임죄의 경우 행위주체가 타인의 사무를 처리하는 자인 동시에 재물을 보관하는 자이면 양 죄의 주체가 중복될 수 있다.

예컨대 회사의 대표이사가 회사 소유의 부동산에 대해 회사의 동의 없이 근저당권설정행위를 하였다면 횡령인가 배임인가의 문제에 대해 부동산이라는 재물에 대해 횡령이기 때문에 횡령죄를 구성한다고 볼 수도 있고, 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하여 재산상 이익을 취득하고 본인(회사)에게 손해를 야기하였기 때문에 배임죄가 성립할 수 있다. 이와 같이 구성요건이 중복되는 영역에서는 양 죄가 모두 성립할 수 있

36) 김형배, 민법학강의 제11판, 신조사, 2012, p.99.

37) 이재상, 앞의 책, p.387.

38) 오광석·주석진, "명의수탁자의 근저당설정행위와 횡령죄의 불가벌적 사후행위", 법학평론, 박영사, 2013, 제4권, p.400.

39) 김재윤, "횡령죄와 배임죄의 관계", 법학논총, 전남대 법학연구소, 2010, 제30집 제1호, p.134.

기 때문에 이를 구별할 수 있는 핵심적인 표지가 필요하다. 그렇다면 양 죄의 구성요건이 중복되는 영역에서 판례는 대표이사가 '회사명의' 의 부동산에 대해 근저당권을 설정한 경우에는 배임죄가 성립한다고 보지만[40] 대표이사가 회사의 부동산을 명의신탁 받아 '자기명의'로 되어있는 회사 부동산에 대해 근저당권을 설정한 경우에는 횡령죄가 성립한다고 보았다.[41] 이 경우 판례는 행위자가 당시 어떤 지위에 있었는지를 기준으로 횡령죄와 배임죄를 구별한다. 즉, 행위자의 '보관자 지위'가 바로 횡령죄와 배임죄를 구별하는 핵심적인 기준이 된다고 보았다.

3) 보관자 지위의 검토

배임죄의 성립에 있어서 단순히 타인의 사무를 처리하는 자가 임무에 위배하는 행위를 하였을 경우 모든 행위에 대해 형사책임을 묻는다면 복잡화된 현대사회에서 타인의 사무를 처리하다가 임무에 위배하는 행위는 생각보다 많이 발생할 수 있는데 이를 모두 처벌한다는 것은 형법의 과도한 개입이 될 수 있다. 이에 대해 미국은 배임죄의 구성요건이 존재하지 않는다. 또한 일본도 배임죄의 구성요건이 존재하나 명백하게 손해를 가할 목적이 행위자에게 존재하여야 한다.[42] 독일은 배임죄의 의무를 법률의 규정, 관청의 위임이나 법률행위에 의하여 부과되는 의무에 한정한다.[43] 현행 형법도 외국의 이러한 점에 비추어 '재산상 이익의 취득'과 '본인의 재산상 손해'라는 구성요건으로 되어 있다. 즉 단순한 임무위배가 아니라 이를 통하여 재산상 이익의 취득과 본인에게 재산상 손해를 발생시킨 경우에만 배임죄가 성립한다. 따라서 배임죄는 단순한 임무위배행위에 가벌성이 있는 것이 아니라 임무위배를 통해 본인에게 손해를 입히고 재산상 이익을 취득해야 성립한다.

그렇다면 여기서 검토해 볼 부분은 횡령죄의 구성요건에는 배임죄와는 달리 본인의 재산상 손해를 가한다는 구성요건은 없는가이다. 이에 대해 배임죄에서의 사무를 처리하는 자와는 달리 횡령죄의 주체인 '타인의 재물을 보관하는 자'는 사무를 처리하는 자와는 달리 특수한 지위를 가진다.[44] 즉 타인의 재물인 동산을 보관하는 자라면 그 점유가 될 것이고, 부동산을 보관하는 자라면 등기명의자일 것이다. 따라서 보관자는 그 점유와 등기가 자신에게 있기 때문에 동산과 부동산의 처분하기 용이하고, 처분 시 제3자는 유효하게 소유권을 취득하게 된다. 이렇게 된다면 소유자의 입장에서는 소유권을 상실할 위험이 매우 높아질 수 있다. 따라서 소유자 입장에서 이러한 높은 위험에도 불구하고 타인에게 맡길 때에는 보관자가 보관을 해줄 것이라는 데 대한 강한 신뢰가 필요할 것이다.[45]

이렇게 볼 때 소유자와 보관자 사이의 위탁관계는 특별한 신뢰관계라고 할 수 있다. 소유권에 위험을 발생시킬 가능성이 큰 지위에서 특별한 신뢰관계를 부여받은 보관자는 보다 엄격하게 규율할 필요성이 존재한다. 따라서 보관자 지위가 인정되면, 다른 구성요건을 완화하여 보관자는 이러한 신뢰관계를 위배하여 소유권에 위험을 발생시키기만 하여도 그 죄를 물을 수 있게 하여야 한다. 횡령죄는 이러한 점에 착안하여, 보관자 지위에서 소유권에 위험을 발생시키는 행위(횡령행위)만을 하여도 성립한다. 따라서 횡령죄에서 가벌성의 근거는 소유권에 '위험'을 발생시키는 점에 있는 것이고 특별히 본인에게 손해가 있었는지 여부는 문제되지 않는 점에서 배임죄와 구별된다.

---

40) 대법원 2005. 10. 28, 선고 2005도4915 판결.

41) 대법원 2007, 6. 28, 선고 2006다48632 판결.

42) 일본 형법 제247조(배임). 법무부, 일본형법, 2008.

43) 독일 형법 제266조 제1항(배임), 법무부, 독일형법, 2008.

44) 이재상, 앞의 책, p.417.

45) 오광석・주석진, 앞의 논문, p.426.

3. 명의수탁자의 임의처분

1) 현행법의 태도

명의수탁자가 명의 신탁된 부동산을 임의로 처분한 경우 부동산실명법이 시행되기 이전의 경우 판례는 횡령죄의 성립을 부정하기도 하였으나[46] 이후 전원합의체 판결 이래로 명의수탁자를 횡령죄로 처벌하여 왔고[47], 다수설도 같은 입장이었다. 부동산실명법 시행 이후의 경우, 명의신탁약정이 무효가 되고 나아가 명의신탁약정과 관련된 물권변동이 원칙적으로 무효이지만 일정한 경우 즉, 매도인이 계약명의신탁에 관하여 선의인 경우는 유효하게 취급됨에 따라 양상이 약간 복잡해지긴 했지만, 판례는 여전히 명의신탁 된 부동산을 임의로 처분한 명의수탁자를 명의신탁자에 대한 횡령죄로 처벌하고 있다. 다만 판례는 계약명의신탁의 경우 매도인이 선의인 경우에는 횡령죄의 성립을 부정하고[48], 매도인이 악의인 경우도 횡령죄를 부정하였다.[49] 종중으로부터 종중 소유의 토지를 명의신탁 받아 보관 중인 자가 위 토지에 근저당권을 설정한 후 다른 2인과 공모하여 위 토지를 다른 사람에게 매도한 경우 후행행위는 선행행위의 불가벌적 사후행위에 해당하지 않고 새로운 법익의 침해에 해당하여 별도의 횡령죄를 구성한다.[50]

명의수탁자의 횡령죄의 성립을 부정하는 견해는 횡령죄의 요건과 명의수탁자를 보관자로 볼 수 없다거나 명의신탁 된 소유명의가 불법원인급여에 해당한다는 점 등을 근거로 하고 있다.[51] 명의수탁자의 횡령죄의 성립을 부정하는 견해에 따르면 명의수탁자가 명의신탁약정에 반하여 부동산에 관한 물권을 처분하는 행위에 대한 횡령죄의 죄책을 지지 않는다는 구성요건을 추가하면 해결될 문제이다.

2) 검토

부동산실명법의 종국적인 입법목적은 명의신탁의 근절이다. 이를 위한 가장 실효적인 방안은 명의신탁자의 권리를 박탈하는 것이다. 예컨대 명의신탁 된 부동산을 명의수탁자의 소유로 간주하거나, 명의신탁자의 반환청구를 부정하는 것인데 이러한 방법은 위헌성이 제기될 수 있다. 따라서 부동산실명법은 명의신탁을 무효로 하면서도 명의신탁자가 부당이득반환청구권 등을 행사하여 실명등기를 할 수 있는 길을 막지 않고 있으며, 판례도 이러한 부동산실명법의 취지를 따르고 있다.[52] 하지만 명의신탁자의 반환청구권을 민사적으로 인정하여야 한다는 것이 반드시 명의신탁자의 반환청구권을 침해하는 행위를 형사적으로 반드시 처벌해야 되는가에 대해 의문이 제기된다. 물론 민사법상 권리의 침해행위에 대해 형사처벌이 반드시 따라야 하는 것은 아니기 때문이다. 따라서 위헌의 소지 때문에 현행 부동산실명법을 운용하면서 민사적으로 명의신탁자의 반환청구권을 부정하는 것은 부적절하지만, 명의신탁자의 반환청구권을 침해하는 명의수탁자의 행위를 형사처벌하지 않는 것도 고려해 볼 수 있다.

이렇게 본다면 명의수탁자의 부동산 임의처분행위의 형사처벌은 정책적인 문제로 볼 수 있고 그 판단기준은 역시 부동산실명법의 입법목적인 명의신탁의 근절이 될 것이다. 이 경우 명의신탁자의 문제는 자신의 부동산에 대한 소유권의 확보일 것이다. 명의신탁자와 명의수탁자의 관계가 원만한 동안에는 별문제가 없을 것이므로, 명의신탁자의 관심은 쌍방의 신뢰관계가 허물어진 경우일 것이다. 민사적으로 명의신탁자의 반환청구권이 인정되기는 하지만 문제는 명의수탁자가 명의신탁 된 부동산을 제3자에게 처분하는 경우

46) 대법원 1970. 8. 31, 선고 70도1434 판결.
47) 대법원 1971. 6. 22. 선고 71도740(전합).
48) 대법원 2001. 9. 25, 선고 2001도2722 판결.
49) 대법원 2012, 11, 29, 선고 2011도7361 판결.
50) 대법원 2013. 2. 21, 선고 2010도 10500(전합).
51) 백정현, 앞의 논문, p.132.
52) 대법원 2008. 11. 27, 선고 2008다62687.

제3자의 선의, 악의를 불문하고 명의신탁 되었다는 점을 근거로 제3자에게 대항할 수 없다는 점이다. 이러한 상황에서 명의신탁자를 강력하게 보호해주는 것은 명의신탁 된 부동산을 제3자에게 처분한 명의수탁자에 대한 형사처벌이다. 따라서 이러한 경우 명의수탁자를 형사처벌하지 않는다는 것은 명의신탁자가 명의신탁을 함에 있어서 감수할 위험성이 현저하게 증가할 것이다. 따라서 명의신탁 된 부동산을 임의처분한 명의수탁자를 횡령죄로 처벌하지 않는 경우 신탁자의 부동산에 대한 자신의 지위기 약화되어 명의신탁의 근절에 실효성 제고가 기대된다.

Ⅳ. 결 론

부동산실명법에 대해 민사적으로는 현행법을 그대로 유지하되 종중과 배우자에 대한 특례조항은 법적안정성 차원에서 폐지하는 것이 타당하다. 그리고 형사적으로는 조세포탈 등의 목적이 있는 명의신탁행위만을 형사처벌의 대상으로 하고, 명의수탁자의 임의처분행위를 횡령죄나 배임죄로 처벌하지 않는 것이 타당하다고 본다. 왜냐하면 명의신탁과 관련한 형사처벌의 범위를 축소하는 것이 일견 명의신탁을 조장하는 것처럼 느껴질 수도 있겠지만, 이로 인하여 명의수탁자가 언제든지 명의신탁행위를 밝히거나 임의로 처분하여 버릴 위험이 증대할 것이고, 이에 따라 결국 명의신탁자가 명의신탁을 하면서 부담하게 될 위험이 현저하게 증대될 것이다. 그 정도는 명의신탁자 자신의 형사처벌이 완화됨으로써 발생하는 위험의 감소의 정도를 넘어설 것이다. 따라서 위와 같이 법률의 개정을 통한 명의신탁의 근절은 국민경제의 건전한 발전을 도모한다는 부동산실명법의 근본목적을 달성하는 데 도움이 될 것으로 예상한다.

參考文獻

김재윤, “횡령죄와 배임죄의 관계”, 법학논총, 전남대 법학연구소, 2010, 제30집 제1호.

김승욱・이재성・김해숙, “공동주택관리의 정책적 개선방안”, 부동산학보, 한국부동산학회, 2014, 제56집.

김형배, 민법학강의, 제11판, 신조사, 2012.

고덕철, “부동산실명제하에서의 명의신탁과 형사책임에 관한 연구”, 건국대학교 석사학위논문 2003.

박광민, “명의신탁부동산의 임의처분에 대한 형사책임”, 성균관법학, 성균관대학교 법학연구소, 2002, 제14권 제1호.

박달현, “부동산실명법의 시행과 부동산명의신탁의 형사법적 문제점 검토”, 비교형사법연구, 한국비교형사법학회, 2004.12. 제6권 제2호.

박상기, 형법의 기초, 집현재, 2016.

박상기, “부동산명의신탁과 횡령죄”, 형사판례연구, 한국형사판례연구회, 1998, 6.

법무부, 일본형법, 법무부형사법제과, 2008.

법무부, 독일형법, 법무부형사법제과, 2008.

백정현, “명의신탁된 부동산의 처분과 형사책임”, 재판과 판례, 대구판례연구회, 2002, 제11집.

백재명, “부동산명의신탁과 횡령죄”, 형사판례연구, 한국형사판례연구회, 1999, 7.

배종대, 형법각론, 제7전정판, 홍문사, 2011.

서상문, “부동산실권리자명의등기에 관한 법률 시행 전후의 명의수탁자의 처분행위에 대한 형사책임에 관한 연구”, 법학연구, 충북대학교 법학연구소, 2010, 제21권 제1호.

손동권・김재윤, 새로운 형법각론, 율곡출판사, 2013.

손동권, “명의신탁부동산의 처분행위에 대한 횡령죄의 성립여부”, 고시연구, 고시연구사, 1997, 12.

윤철홍. “명의신탁의 무효성”, 인권과정의, 대한변호사협회, 1993, 제207호.

양창수, “부동산실명법 제4조에 의한 명의신탁의 효력”, 법학, 서울대학교 법학연구소, 1997, 제38권 제1호(통권 103호).

이용득・강정규, “부동산경매에서 유치권 개선방안에 관한 연구”, 부동산학보, 한국부동산학회, 2015, 제62집.

이정원, 형법각론, 신론사, 2012.

이재상, 형법각론, 제8판, 박영사, 2012.

윤정득・이현정, “피담보채권 확정 전 채권이전과 피담보채권 확정 후 근저당이전등기에 관한 연구”, 부동산학보, 한국부동산학회, 2014, 제56집.

오영근, 형법각론, 제2판, 박영사, 2010.

오광석・주석진, “명의수탁자의 근저당설정행위와 횡령죄의 불가벌적 사후행위”, 법학평론, 박영사, 2013, 제4권.

장 건, “유치권자 신청한 경매와 다른 경매절차와의 경합”, 부동산학보, 한국부동산학회, 2015. 제62집.

_____, “유치권제도의 문제점과 민법개정안에 관한 검토”, 부동산학보, 한국부동산학회, 2015, 제57집.

정신교, “부동산명의신탁의 형사책임에 대한 비판적 고찰”, 부동산학보, 한국부동산학회, 2006. 제27집.

조현옥・김영철, “판례에 나타난 부동산 명의수탁자의 처분행위에 대한 형사책임의 원리”, 홍익법학, 홍익대 법학연구소, 2014, 제15권 제3호,

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