부동산 명의신탁의 형법상 의미와 전망*

송 문 호**

국 | 문 | 요 | 약

명의수탁자의 죄책에 대한 기존 판례와 학설은 부동산 명의신탁의 유형을 민사법적으로 파악하여 세 가지 유형으로 구별하고, 선의·악의의 매도인, 명의신탁자, 명의수탁자 그리고 횡령죄나 배임죄가 성립하는 경우 등이 난맥상을 이루고 있다. 부동산 명의신탁 3유형, 명의신탁관계자, 횡령죄, 배임죄, 무죄 등이 서로 조합하는 경우 수는 거의 다 등장하고 있다고 해도 과언이 아니다. 명의신탁이라는 사실관계는 하나이고 그에 대한 민사법적 법리의 혼선에도 불구하고 형법상으로는 명의신탁자체의 사실상 위탁신임관계를 인정하여 형법이 보호할 가치가 있는지 여부에 대한 논의가 가장 중요한 핵심이다. 부동산실명법이 명의신탁약정자체를 무효라고 규정하고 있고 명의신탁자와 명의수탁자를 형사처벌하는 규정을 두고 있는 이상, 대법원 2016. 5. 19. 2014도6092 전원합의체 판결대로 명의신탁자와 명의수탁자 두 사람 사이의 신임관계는 정상적인 사무처리로 형법이 보호해야 할 관계에 해당하지 않는다. 계약명의신탁과 등기명의신탁 뿐만 아니라 2자간 명의신탁에서도 민사상 소유권이론과 달리 불법원인위탁으로서 횡령죄와 배임죄의 성립을 부정하는 것이 논리적으로 일관성이 있다. 횡령죄와 배임죄는 (사실상)신뢰관계를 배신하였다는 점에서는 본질이 같기 때문이다. 향후 2자간 명의신탁도 무죄가 선고될 것으로 기대한다. 또한 부동산 명의신탁에 대해서는 특별법인 부동산실명법이 제정되어 우선적으로 규제하고 있는데 일반형법이 처벌의 공백을 적극적으로 찾아나서는 것은 바람직하지 못하며 부동산실명법자체의 처벌규정과 민사, 행정적 제재를 통해 갈등을 해결하도록 하는 것이 형법의 최후수단성에도 부합한다.

❖ 주제어 : 부동산 명의신탁, 불법원인급여, 명의신탁자, 명의수탁자, 횡령죄, 배임죄

* “이 논문은 (2015년도) 전북대학교 연구기반 조성비 지원에 의하여 연구되었음”

** 전북대학교 법학전문대학원 교수

I. 머리말

전통적 의미의 명의신탁은 소유권을 비롯한 재산권의 취득이나 행사와 관련하여 실제 권리자인 신탁자가 대내적으로 소유권 등의 권리를 가지지만, 대외적으로는 수탁자의 명의로 등기·등록된 경우를 말한다. 이와 같이 실제 권리자와 등기·등록된 명의자가 달라서 현재 가장 많은 논란과 문제를 불러일으켜 왔던 분야가 부동산 명의신탁이다.

부동산 명의신탁은 그동안 거래관행을 판례가 민법상 유효하게 인정되어 오던 거래방식이었다. 사적 자치 또는 계약자유 원칙에서 보면 재산의 실질적 소유자와 등기명의상 소유자가 불일치하는 것 자체는 문제되지 않아 보인다. 그러나 이것이 탈세, 투기, 불법 상속 등의 수단으로 널리 이용되면서 점차 사회적 폐해를 가중시켰고, 이를 규제하고자 1990년 ‘부동산등기특별조치법’이 제정되었지만¹⁾ 실효성이 없자 1995년 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률(이하 ‘부동산실명법’이라 함)을 제정하였다.

부동산실명법은 매도인, 신탁자, 수탁자중 소유권이 누구에게 귀속되는가의 해석 여부에 따라 형법상 횡령죄나 배임죄가 성립하거나, 민법상 효과가 결정되는 부동산명의신탁을 규율하고 있다. 학설과 판례는 특히 명의수탁자가 신탁부동산을 임의로 제3자에게 매도하거나 저당권을 설정한 경우를 유형별로 나누어 각기 다른 입장을 취해 혼란을 가중시키고 있다.

부동산실명법에서는 명의신탁약정에 따라 명의수탁자의 명의로 등기하는 것을 금지하여 이제까지 민법상 관행적으로 인정되던 부동산 명의신탁을 금지한다(제3조). 또한 명의신탁약정을 무효로 하고 명의신탁약정에 따른 등기로 이루어진 부동산에 관한 물건변동도 무효로 함(제4조)은 물론 명의신탁자에게 과징금(제5조)과 이행강제금(제6조)을 부과하여 자신의 명의로 실명등기할 것을 강제한다. 다만 제4조 제3항에서 이러한 무효로서 제3자에 대항하지 못한다고 하여 사실상 대외적으로는 효력을 인정하는 것 같은 입법태도를 취하고 있다.

1) 최병각, 부동산 명의신탁과 형사처벌, 형사법연구 제27권 제2호(2015), 52. 1990년 ‘부동산등기특별조치법’은 명의신탁에 의한 등기행위를 범죄로 규정하였지만 목적범에 한하여 처벌하는 것이어서 실무에서 그 입증의 어려움으로 사실상 거의 적용하지 못하였다.

부동산실명법이 규정한 형사제재로는, 위 제3조를 위반한 명의신탁자와 그를 교사한 자를 5년 이하의 징역 또는 2억 원 이하의 벌금으로 처벌하고(제7조 제1항), 제3조를 위반한 명의수탁자와 그를 교사한 자를 3년 이하의 징역 또는 1억 원 이하의 벌금으로 처벌하며(제7조 제2항), 제3조를 위반하도록 한 명의신탁과 수탁을 방조한 자는 1년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금으로 처벌한다(제7조 제3항).

부동산실명법의 규정에 의해 명의신탁자와 명의수탁자 사이의 위탁관계가 민사법상 불법이라고 선언되었음에도 불구하고 명의신탁의 유형에 따라 소유권이 누구에게 있는가에 대해 견해가 나뉘고 있다. 이에 더해 민사법상 불법적으로 된 명의신탁자와 명의수탁자 사이의 위탁관계가 형법적으로 보호할 만한 가치가 있는 것으로 볼 수 있을 것인지의 여부에 따라 명의수탁자가 신탁부동산을 임의로 처분한 행위가 형법상 횡령죄 또는 배임죄의 구성요건에 해당되는지에 대한 논란도 혼란스러울 정도로 다양한 스펙트럼이 펼쳐지고 있다.

학설은 이전형, 중간생략등기형, 계약명의신탁 등 다양한 명의신탁의 유형에 따라 각각 횡령죄가 성립한다는 견해, 배임죄가 성립한다는 견해 그리고 부동산 명의신탁은 원칙적으로 형법상 무죄라는 견해가 각 단계마다 매우 복잡하게 얽혀있어 매우 혼란스럽다.

대법원은 2자간 명의신탁 또는 이전형 명의신탁에 있어서는 부동산실명법 시행 이전과 차이 없이 횡령죄를 인정하지만, 계약명의신탁유형에 대해서는 횡령죄와 배임죄의 성립을 모두 부정하고 있다. 또한 명의신탁자가 매수한 부동산에 관하여 부동산실명법을 위반하여 명의수탁자와 맺은 명의신탁약정에 따라 매도인에게서 바로 명의수탁자 명의로 소유권이전등기를 마친 이른바 중간생략등기형 명의신탁을 한 경우, 종래에는 횡령죄가 성립한다는 입장이었다. 그러나 최근 중간생략등기형 명의신탁에서 “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 아니한다.”²⁾고 하여 종래 횡령죄가 성립한다는 입장을 변경하였다.

2) 대법원 2016.5.19. 2014도6992 전원합의체 판결.

판례에 의하면 결국 부동산 명의신탁에서 횡령죄로 처벌하는 경우는 2자간 명의 신탁유형만 남게 되었고 과연 이러한 대법원의 입장이 유지될 것인지, 아니면 바람직한 것인지에 대한 검토가 필요하다. 대법원 2016. 5. 19. 2014도6992 전원합의체 판결은 부동산 명의신탁의 형법상 범죄성립 여부와 그 정당성에 관한 몇 가지 중요한 단서들을 제공하고 있다고 판단되며, 향후 부동산 명의신탁행위의 형법상 범죄성립여부의 정당성을 논증해볼 수 있는 계기를 마련해주고 있다.

II. 종래 대법원 판례와 학설

부동산실명법에서 명의신탁을 금지하고 명의신탁약정과 이에 따른 등기의 무효를 규정하여 명의신탁자와 명의수탁자 사이의 위탁관계가 민사법적으로 불법이라고 선언한지 20년이 지난 지금까지 명의수탁자가 명의신탁된 부동산을 임의로 처분한 행위가 형법상 범죄를 구성하는지에 대해서는 혼란이 거듭되고 있다.

1. 민법상 명의신탁법리

부동산 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 명의신탁을 인정해 왔다.³⁾

3) 이상태, 부동산 명의신탁에 관한 민·형법의 통합적 연구, 일감법학 제30호(2015. 2.), 141. 원래 우리나라의 부동산등기제도는 1906년 「토지·가옥증명규칙」에 따라 토지·가옥을 매매, 증여, 교환, 전당할 때에 동장의 인증을 거쳐 군수 또는 부윤의 증명을 받는 제도로 처음 등장하였고, 이후 1912년 「조선부동산등기령」으로 이어졌다. 1960년 부동산등기법을 제정했는데, 토지등기부와 건물등기부를 따로 두되 1물1건주의, 물권변동의 형식주의, 형식적 심사주의 등을 기본원리로 하고 있다. 최병각, 앞의 논문, 51.

이러한 사정을 감안하고 현실적으로 명의신탁이 필요한 경우를 인정하여 부동산 실명법은 제8조에 특례를 두어 종종이 보유한 부동산에 관한 물권을 종종 이외의 자의 명의로 등기한 경우, 배우자 명의로 부동산에 관한 물권을 등기한 경우 그리고 종교단체의 명의로 그 산하조직이 보유한 부동산에 관한 물권을 등기한 경우로서, 조세포탈·강제이행의 면탈 또는 법령상 제한의 회피를 목적으로 하지 않는 경우에는 명의신탁을 허용하고 있다.

판례는 부동산 명의신탁에서 대외적으로는 소유권이 수탁자에게 귀속되므로 수탁자가 수탁 부동산을 처분하였을 때에는 그 처분행위가 무효 또는 취소되는 등의 사유가 없는 한 제3취득자는 선의·악의를 불문하고⁴⁾ 신탁재산에 대한 소유권을 적법하게 취득한다. 따라서 신탁자가 명의신탁된 부동산이라는 이유를 내세워 제3자에게 소유권을 주장할 수 없게 된다.⁵⁾ 그러나 내부관계에서는 신탁자가 수탁자에게 신탁계약에 기하여 등기 없이도 부동산에 대한 실질적인 소유권을 주장할 수 있다고 판시하여 그 유효성을 인정하여 왔다.⁶⁾

권리행사방해죄와 관련하여 일부 형사판례는 위와 같은 민법상의 신탁이론에 따라 대내적·대외적으로 소유권이 분리되는 법리에 따르고 있다고 보인다. 즉, 배우자 명의로 허용되는 유효한 명의신탁이 되는 경우에도 제3자인 부동산의 임차인에 대한 관계에서는 명의신탁자는 소유자가 될 수 없으므로, 신탁한 부동산이 권리행사 방해죄에서 말하는 ‘자기의 물건’이라 할 수 없다. 따라서 피고인이 이른바 중간생략등기형 명의신탁 또는 계약명의신탁의 방식으로 자신의 처에게 등기명의를 신탁하여 놓은 점포에 자물쇠를 채워 점포의 임차인을 출입하지 못하게 한 경우, 그 점포가 권리행사방해죄의 객체인 자기의 물건에 해당하지 않는다고 해석한다.⁷⁾

이에 반해 일부 학설은 부동산 명의신탁은 민사법상 무효라고 주장한다. 담보신탁이나 관리신탁의 경우와는 달리 부동산 명의신탁에서 소유권양도에 관한 의사표시는 당사자들이 진정으로 소유권이 수탁자에게 이전되는 것을 의욕하지는 않았으

4) 대법원 1963.09.19. 63다388.

5) 대법원 2000.10.06. 2000다32147.

6) 대법원 1982.11.23. 81다372; 대법원 1993.11.09. 92다31699. 판례의 각 사례를 개관한 것으로는 김형배/김규완/김명숙, 민법학강의, 제13판, 2.442; 지원림, 민법강의, 제12판, 3-201이하.

7) 대법원 2005.09.09. 2005도626.

므로 통정허위표시(민법 제108조)로서 무효라고 한다. 즉 소유권이전의 외관이 겉으로만 드러나고 그 효력을 부인하는 합의가 당사자 사이에 있으므로 명의신탁은 통정허위표시라고 한다.⁸⁾ 또는 우리 민법은 물권법정주의와 부동산물권변동에 관하여 형식주의를 채택하고 있으므로 명의신탁의 경우 소유권은 대외적·대내적으로 명의수탁자에게 완전히 이전되고 명의수탁자는 명의신탁자에 대하여 신탁목적에 따른 채무만을 부담하는 것으로 파악하기도 한다.⁹⁾

2. 형법상 범죄성립여부

원래 대법원은 부동산 명의신탁에서 수탁자는 타인의 재산을 보관하는 자가 아니므로 횡령죄가 성립하지 않는다고 하였다.¹⁰⁾ 그러나 종종소유의 부동산을 명의신탁 받아 소유권등기를 거친 사람이 이를 임의로 처분한 경우 횡령죄가 성립한다는 1971년 전원합의체 판결이후¹¹⁾, 판례와 다수설은 이전형(2자간) 명의신탁에서 명의신탁 부동산을 수탁자가 임의로 처분한 경우 횡령죄가 성립한다고 하고 부동산실명법 시행이후에도 이러한 입장에는 변함이 없다. 그러나 3자간 계약명의신탁에서 매도인이 선의인 경우, 판례는 횡령죄와 배임죄의 성립을 모두 부정하여 왔고,¹²⁾ 매도인이 악의인 경우에도 횡령죄와 배임죄 모두 성립하지 않는다는 입장이다.¹³⁾ 반면

8) 박윤직/김재형, 물권법, 제8판 (2014), 127; 요약설명으로는 김형배/김규완/김명숙, 앞의 책, 2.443. 참고.

9) 권오창, 명의신탁이론의 재검토-종래 학설·판례상의 몇 가지 문제점을 중심으로-, 민사판례연구 23집 (2001), 162-164. 그 외 다양한 주장에 대해서는 이상태, 위의 논문, 각주 77) 참고.

10) 대법원 1970.08.31. 70도1434 - “피고인이 위 명의신탁관계에 있어서의 임무에 위배하여 그 부동산 전부를 타에 처분하였다 한들 그 소위를 횡령죄에서 말하는 타인의 재산을 보관하는 자가 그 재물을 횡령하는 행위라고는 볼 수 없을 것이다.”

11) 대법원 1971.06.22. 71도740. 당시 대법관 6인의 반대의견은 민법상 그 토지는 대외적 관계에서는 물론 대내적 관계에 있어서도 피고인의 소유였다고 하여 횡령죄가 성립하지 않는다고 한다.

12) 대법원 2007.3.29. 2007도766.

13) 대법원 2012.12.13. 2010도10515; 대법원 2012.11.29. 2011도7361. 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 어렵다고 한다.

학설은 횡령죄설과 배임죄설 그리고 무죄설을 주장하고 있어 입장이 정리되지 않고 있다.

한편 중간생략등기 명의신탁에 대해서는 종래 판례와 다수설이 횡령죄의 성립을 인정하지만 학설은 매도인과 명의신탁자 중 누구에 대한 횡령인지에 대하여 견해대립이 있었고 판례는 신탁자에 대한 횡령죄가 성립한다고 하였었다. 그러나 대법원은 2016년 5월 전원합의체 판결로 중간생략등기 명의신탁에서 명의수탁자가 신탁받은 부동산을 임의로 처분하여도 명의신탁자에 대해 관계에서 횡령죄가 성립하지 아니한다고 하여 기존의 입장을 변경하였다. 결국 학설의 다양한 입장과는 달리 현재 판례와 학설에 의하면 부동산 명의신탁에서 횡령죄로 처벌하는 경우는 2자간 명의신탁유형만 남게 되었다.

지금까지 있었던 학설을 간략하게 정리해보면, 중간생략등기형 명의신탁은 명의신탁자가 매도인의 협조아래 명의수탁자에게 직접 부동산의 소유권이전등기를 하는 경우이다. 명의신탁약정(부동산실명법 제4조 1항)이 무효이고 물권변동도 무효이므로 소유권이전등기도 무효가 되어 소유권은 여전히 매도인에게 남아있다(부동산실명법 제4조 2항 본문). 다만 신탁자에 대한 횡령죄가 성립한다는 구 판례와 같은 견해¹⁴⁾와 소유권을 취득하지 못한 신탁자에 대한 횡령죄가 성립할 수는 없으므로 매도인에 대한 횡령죄가 성립한다는 견해¹⁵⁾가 대립한다.

계약명의신탁은 신탁자의 부탁으로 수탁자가 계약당사자가 되어 매도인과 부동산의 매매계약 등 물권취득을 위한 계약을 하고 수탁자의 명의로 등기를 이전받는 형식의 명의신탁으로 매도인이 명의신탁약정을 알지 못하는 선의인 경우와 알고 있는 악의인 경우로 분류된다.

수탁자명의로의 등기는 원칙적으로 무효이나, 상대방인 매도인이 선의인 경우 그

14) 대법원 2001.11.27. 2000도3463; 대법원 2010.9.30. 2010도8556; 장영민, 명의신탁된 부동산의 영득행위의 죄책, 고시계 (1997.12.), 38. 신탁자와 매도인 사이의 매매계약은 유효하므로 신탁자는 매도인을 상대로 매매계약에 기한 소유권이전등기를 청구할 수 있고 또한 매도인을 대위하여 수탁자를 상대로는 등기말소를 청구하여 신탁부동산을 반환받을 수 있으므로 신탁자가 사실상 소유권자의 지위에 있을 뿐만 아니라, 매도인은 대금의 지급을 받았고 부동산실명법에 의하면 소유권도 인정받게 되므로 재산상의 손해발생이 없는데 반해 신탁자는 결국 매매대금을 지급하고 부동산을 취득하지 못한 재산상의 손해를 입었으므로 실질적 피해자인 신탁자에 대한 횡령죄가 성립한다고 한다.

15) 이재상, 형법각론, 제9판, 401.

부동산물권변동은 유효하다(부동산실명법 제4조 제2항). 다수설에 의하면 신탁자로부터의 부동산의 매수위임에 의하여 수탁자가 선의의 매도인과 매매계약을 하고 등기이전을 받았다면, 수탁자의 완전한 소유권이 인정되기 때문에, ‘타인의 재물’이 아니고 ‘보관자’라고 할 수도 없게 된다. 따라서 수탁자가 이를 임의로 처분한 경우 횡령죄가 성립하지 않는다.¹⁶⁾ 그러나 명의신탁약정이 무효라고 해서 부동산 매수위임이라는 사실상의 신임관계까지 부정할 수는 없으므로 배임죄가 성립한다는 견해가 있으나¹⁷⁾ 명의신탁 자체가 범죄행위이므로 이 부동산을 보관하는 사무가 배임죄의 보호대상인 사무라고 할 수 없기 때문에 배임죄가 성립하지 않는다.¹⁸⁾ 단, 신탁자의 부당이득 반환청구의 민사문제는 남게 된다. 판례 역시 신탁자와 수탁자 간의 명의신탁약정이 무효인 이상, 이와 함께 이루어진 부동산 매입의 위임약정 역시 무효이므로 수탁자를 신임관계에 기하여 신탁자의 재산을 보전·관리하는 지위에 있는 자에 해당한다고 볼 수 없어 배임죄의 성립도 부정된다고 한다.¹⁹⁾

매도인이 신탁자와 수탁자 간에 명의신탁약정을 알고 있었던 경우에는 명의신탁약정과 그에 따른 부동산물권변동이 모두 무효로 된다. 따라서 신탁부동산의 소유권은 원소유자인 매도인에게 복귀한다.²⁰⁾ 신탁부동산을 명의수탁자가 임의처분하면 매도인에 대해서 횡령죄를 구성한다고 한다는 견해가 있고²¹⁾, 당사자 사이의 약정에 따라 소유권이 명의신탁자에게 유보되어 있다고 주장하며 명의신탁자에 대한 횡령죄가 성립한다는 견해가 있다.²²⁾ 한편 명의신탁약정은 무효일지라도 부당이득

16) 다양한 근거로 횡령죄가 성립한다는 소수견해는 이상태, 앞의 논문, 157 이하 참고.

17) 이재상, 앞의 책, 402와 같은 면 각주 2)의 문헌.

18) 오영근, 형법각론, 제2판, 482; 박상기, 형법각론, 제8판, 380; 손동권/김재윤, 새로운 형법각론, 441; 이상철, 명의신탁부동산의 처분행위와 횡령죄 -3자간명의신탁에 관한 대법원 2010. 6. 24. 선고, 2009도9242판결을 중심으로-, 일감법학 제24호 (2013.2.), 90이하; 이창석, 부동산 명의수탁자의 횡령죄 주체성, 형사판례연구(19), 256-257.

19) 대법원 2008.3.27. 2008도455.

20) 대법원 2011.12.8. 2010도4129.

21) 박상기, 형법각론, 제8판, 380.

22) 백제명, 부동산명의신탁과 횡령죄 - 서울지방법원 제2형사부 1998. 11. 24. 선고, 98노5434 판결, 형사판례연구 제7집 (1999), 382; 이창섭, 악의의 계약명의신탁과 명의수탁자의 형사책임, 부산대 법학연구 (2013. 11), 73이하에 의하면 수탁자가 부동산을 제3자에게 처분하는 경우 명의신탁약정과 물권변동이 유효하게 되고 피해자는 매도인이 아니라 신탁자이므로 결국 신탁자에 대한 횡령죄가 성립한다고 주장한다.

반환을 통해 부동산을 반환하여야 하는 사실상의 신임관계는 여전히 존재하므로 명의신탁자에 대한 배임죄가 성립한다는 견해도 있다.²³⁾ 또한 매도인에 대해서만 횡령죄가 성립하고, 부동산실명법이 명의신탁약정 자체를 무효로 보는 이상 명의신탁자에 대해서는 횡령죄는 물론 배임죄가 성립하지 않는다는 견해도 있다.²⁴⁾

판례의 입장은, 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 어렵다고 하며 횡령죄, 배임죄 모두 성립하지 않는다고 한다.²⁵⁾

3. 무죄설의 기본관점

민법상 판례와 다수설은 부동산 명의신탁의 법리를 일반적인 신탁이론에 포함시켜 해석하고 있으나²⁶⁾ 부동산 명의신탁에서 수탁자에게 소유권이 이전한다는 견해와 통정허위표시로 파악하는 견해도 있다.²⁷⁾ 역시 형법상 일부 견해는 부동산 명의신탁 자체의 불법성에 주목하거나 범죄성립요건 결함을 이유로 횡령죄나 배임죄가

23) 손동권/김재윤, 앞의 책, 442이하는 매도인은 이미 매매대금의 수령과 소유권 이전등기가 완료된 상태이므로 피해자가 될 수 없다고 한다.

24) 박상기, 앞의 책, 380.

25) 대법원 2012.12.13. 2010도10515; 대법원 2012.11.29. 2011도7361.

26) (대법원 2003.11.27. 2003다41722) 부동산실권리자명의등기에관한법률이 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 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 악용한 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.

27) 위 각주 8), 9).

성립하지 않는다는 입장을 밝히고 있다. 이러한 판단의 기초는 명의신탁 부동산의 소유권귀속과 관련하여 횡령죄의 객체인 ‘타인의 재물’에 해당하는지 여부 및 명의수탁자의 지위가 횡령죄의 주체인 ‘타인의 재물을 보관하는 자’에 해당하는지 여부 또는 ‘타인의 사무를 처리하는 자’인지에 관하여 다양한 의견이 주장되고 있는 것이다. 이러한 의견의 대립은 개별범죄구성요건의 해석에서도 발견되지만 거시적인 시각에서 보면 결국 부동산 명의신탁을 불법원인급여로 파악할 것인가, 부동산 명의신탁에서 상호간의 관계를 사실상의 신임관계로 보아 형법이 보호할만한 가치 있는 위탁관계로 판단할 수 있을 것인가에 대한 법률관의 차이에서 비롯된다.

가. 불법원인급여설

부당이득의 반환청구가 금지되는 사유로 민법 제746조가 규정하는 불법원인은 그 원인되는 행위가 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하는 경우를 말하는 것으로 무효이며(민법 제 103조), 무효인 법률행위를 근거로 급부를 청구할 수 없음은 당연하다. 불법원인급여설에 의하면 수탁자에게 소유권이 귀속되기 때문에 명의신탁자는 부당이득반환청구를 할 수 없을 뿐 아니라 물권적 청구권도 행사할 수 없어 소유권회복을 위한 방해배제청구권의 행사도 불가능하다.²⁸⁾

부동산신탁명법 제1조는 명의신탁을 투기·탈세·탈법행위 등 반사회적 행위로 선언하고 이를 방지하는 것을 입법목적으로 삼고 있는데, 이는 민법 제103조의 반사회적 행위보다도 비난강도가 더 크고, 부동산 명의신탁은 민법 제746조에 따른 불법원인급여에 해당하여 명의신탁자는 명의수탁자에게 반환청구를 하지 못한다는 견해이다.²⁹⁾ 따라서 이전형(2자간) 명의신탁은 민법 제746조의 불법원인급여이므로 명의신탁자는 소유권의 반환을 청구할 수 없고 명의수탁자에게 소유권이 귀속되어

28) (대법원 1979.11.13. 79다483 전원합의체 판결) 민법 제746조는 단지 부당이득제도만을 제한하는 것이 아니라 동법 제103조와 함께 사법의 기본이념으로서, 결국 사회적 타당성이 없는 행위를 한 사람은 스스로 불법한 행위를 주장하여 복구를 그 형식 여하에 불구하고 소구할 수 없다는 이상을 표현한 것이므로, 급여를 한 사람은 그 원인행위가 법률상 무효라 하여 상대방에게 부당이득반환청구를 할 수 없음은 물론 급여한 물건의 소유권은 여전히 자기에게 있다고 하여 소유권에 기한 반환청구도 할 수 없고 따라서 급여한 물건의 소유권은 급여를 받은 상대방에게 귀속된다.

29) 오영근, 위의 책, 480; 박상기, 부동산명의신탁과 횡령죄, 형사판례연구 제6권 (1998), 276.

명의수탁자가 목적부동산을 처분하더라도 횡령죄는 성립할 수 없다. 그러나 부동산 명의신탁행위 자체를 처벌하는 부동산실명법 제7조의 적용은 피할 수 없다.³⁰⁾ 이렇게 이해한다면 부동산실명법의 입법목적인 제1조의 실효성은 확보되어 부동산 명의신탁을 강력하게 규제할 수 있을 것이다.

그러나 다수설은 부동산실명법의 입법취지는 실권리자명의의 등기를 강제하기 위한 것이지 명의신탁약정에 의한 등기가 곧 반사회적 행위라고 볼 수는 없으므로 불법원인급여가 아니라고 한다. 또한 명의신탁은 우리사회에서 오랫동안 관례가 적법한 것으로 인정하여 왔고 경제질서를 바로잡기 위한 일종의 행정형벌에 대한 위반의 성격이 강하다고 한다. 또한 신탁자의 반환청구를 부정하게 되면 수탁자에게 부당이득을 허용하게 되어 정의관념에 맞지 않으며 헌법상 보장된 재산권을 침해할 수 있다는 점, 그리고 부동산실명법 자체가 신탁자 명의로의 등기회복이 가능하다는 것을 전제로 하여 그 불이행에 따른 이행강제금 제도를 두고 있음에 비추어 보면, 명의신탁이 불법원인급여에 해당된다고 보기는 어렵다고 한다.³¹⁾ 관례는 명의신탁 자체가 불법원인급여에 해당하지 않는다고 한다.³²⁾

부동산실명법은 민법적 효과, 행정제재, 형벌 등 복합적인 규정을 두고 있지만 일차적으로는 계약자유의 원칙을 기반으로 한³³⁾ 민법의 특별법으로 분류되며, 법질서의 통일성을 존중한다면 부동산 명의신탁 자체를 불법원인급여로 본다는 입장은 현실적으로 아직 무리가 따른다는 판단 하에 일부 민법학자의 견해와 같이 명의신탁 자에로의 재산권 복귀 자체를 차단하는 입법이 필요하다는 현실적인 해결방안을 제

30) 박상기, 앞의 책, 378.

31) 서보학, 부동산명의신탁과 형법상 재산죄의 성부에 대한 검토, 경희법학 제50권 제2호 (2015), 93면 이하; 김일수/서보학, 새로운 형법각론, 제8판, 5, 297; 박광민, 명의신탁부동산의 임의처분행위에 대한 형사책임, 성균관법학 제14권 제1호 (2002), 65; 손동권, 명의신탁부동산을 임의처분한 경우의 형사책임, 형사법연구 제15호 (2001), 175.

32) (대법원 2003.11.27. 2003다41722) 부동산실명법이 비록 부동산등기제도를 악용한 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. 2010도8556; 대법원 2011.1.13. 2010다77477; 대법원 2014.7.10. 2013다74769.

33) 부동산을 법적으로 다른 사람의 소유로 하는 것은 각자의 자유에 속하는 문제로서 명의신탁 자체가 그 성질상 당연히 위법하다고는 할 수 없다는 견해로는 최병자, 위의 논문, 58.

시하기도 한다.³⁴⁾

나. 위탁관계의 형법상 보호가치

신탁자가 수탁자에게 이익을 귀속시킬 의사 없이 재산의 이전이 이루어진 경우는 무언가를 믿고 맡겼다는 의미이고, 이러한 신뢰에 기초한 위탁관계를 수탁자가 배신했을 때 형법이 개입하여야 하는 것인가가 문제된다. 사실 모든 유형의 명의신탁은 신탁자와 수탁자 사이에 신뢰관계를 전제하고 있고 횡령죄나 배임죄 모두 신탁자의 신뢰를 배신하여 수탁자의 이익을 추구한다는 점에서는 동일하다.

2자간 명의신탁의 경우 명의수탁자의 부동산처분행위가 횡령죄로 되기 위해서는 위탁관계에 의해 보관하게 된 타인소유의 부동산이어야 한다. 명의신탁약정과 수탁자 명의로의 물건변동이 모두 무효가 되므로 신탁자는 신탁부동산의 소유권자가 되어 타인의 재물에 해당된다. 수탁자가 보관자의 지위에 있는가에 대해서 다수설과 판례는, 횡령죄에 있어서 타인의 재물을 보관하는 자의 지위는 부동산에 대한 점유의 여부가 아니라 부동산을 제3자에게 유효하게 처분할 수 있는 권능의 유무에 따라 결정하여야 한다고 하면서, 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 인정된다고 해석한다.³⁵⁾

34) 양창수, 부동산실명법 제4조에 의한 명의신탁의 효력 -소위 등기명의신탁을 중심으로-, 민법연구 제5권 (1999), 116 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 이홍렬, 부동산실명법 제4조에 의한 명의신탁의 효력, 집합건물법학 제8집 (2011. 12.), 282에서는, 부동산실명법이 시행된 후 20년 가까이 지난 현재 명의신탁의 반사회성은 간과할 수 없는 정도에 이르렀다고 볼 수 있으므로, 명의신탁자로서의 재산권 복귀 자체를 차단하는 것을 입법적으로 고려할 때가 되었다고 한다. 이상태, 앞의 논문 각주 82)에서 재인용.

35) 대법원 2010.6.24. 2009도9242. 다만 예외적으로 그 등기가 무효인 경우에는 부동산을 유효하게 처분할 수 있는 지위에 있다고 할 수 없으므로 부동산의 보관자라고 할 수 없다고 한다(대법원 2007.5.31. 2007도1082).

반면 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 목적 하에서 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 하는 견해도 있다.³⁶⁾

판례 및 다수설과 무죄설의 결정적인 차이는 신탁자와 수탁자 사이의 신뢰관계를 형법이 보호하는 위탁관계로 볼 수 있는가의 문제이다. 일반적으로 횡령죄에서 위탁관계는 사용대차·임대차·위임·임치·고용 등 계약에 의한 경우는 물론 사무관리·후견 등과 같이 법률의 규정에 의한 경우도 있고 더 나아가 관습·조리·신의칙에 등에 의해서도 재물의 보관에 대해 신임관계가 발생한 경우도 포함된다.³⁷⁾ 따라서 명의신탁관계는 종래 관습법과 판례에 기초하여 오랫동안 유효한 계약관계로서 인정되어 왔던 것이고, 명의신탁자와 수탁자의 대내적 관계에서 횡령죄의 적용을 통해 수탁자의 신뢰관계 배신을 예방하고 신탁자의 재산을 보호해야 한다는 것이 다수설과 판례의 기본입장이다.

이에 반해 명의신탁행위는 부동산실명법에서 무효가 되는데 그치지 않고 범죄로 규정하고 있기 때문에 사실상의 위탁관계도 존재하지 않는다는 견해가 있다. 위탁관계의 전제가 되는 행위 자체가 범죄이기 때문에 이를 형사처벌하는 경우는 소유권 귀속 내지 재산권보호에 대한 민사법적 해석과는 별개로 형법상 보호할 가치가 없으므로 횡령죄가 성립할 수 없다는 견해이다. 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.³⁸⁾ 더 나아가 3자간 명의신탁에서도

36) 천진호, 명의신탁부동산 처분행위와 형사책임, 비교형사법연구 제4권 제1호 (2002), 484.

37) 대법원 2006.1.12., 2005도7610.

38) 천진호, 앞의 논문, 488; 김덕중, 명의신탁 부동산을 임의처분한 명의수탁자의 형사책임에 관한 비판적 고찰, 강원법학 제37권 (2012), 108이하; 같은 취지 강동범/이강민, 등기명의신탁과 수탁자

명의신탁자는 물론 매도인에 대하여도 횡령죄가 성립하지 않는다고 한다. 매도인이 소유권을 보유한다고 하여 매도인과 명의수탁자 사이에 위탁관계도 인정할 수 없지만, 명의신탁자가 소유권자인 매도인을 대리하여 매도인 소유의 부동산을 명의수탁자에게 보관시키는 위탁행위를 한 것도 아니기 때문에, 매도인에 대한 횡령죄도 성립하지 않는다는 것이다. 결국 형법으로 다스리기보다는 민법상 부당이득반환의 문제로 해결함이 타당하다고 한다.³⁹⁾

결국 불법원인급여는 아니지만 불법원인위탁이어서 횡령죄가 성립하지 않는다. 조합장이 조합으로부터 공무원에게 뇌물로 전달하여 달라고 금원을 교부받은 것은 불법원인으로 인하여 지급 받은 것으로서 이를 뇌물로 전달하지 않고 타에 소비하였다고 해서 타인의 재물을 보관 중 횡령하였다고 볼 수는 없다는⁴⁰⁾ 형사판례는 정확히 보면 상대방에게 이익을 귀속시킬 의사 없이 재산의 이전이 이루어진 경우이므로 불법원인급여가 아니라 불법원인위탁이다. 이렇게 본다면 횡령죄에 대한 기본판례도 민법상의 법리와 크게 다르지 않다.⁴¹⁾

한편 배임죄는 신의성실의 원칙상 사실상 신임관계가 인정되면 족하므로 사무처리의 근거가 된 법률행위가 무효인 때에도 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하는 경우가 아니면 사무처리자가 될 수 있다고 하기도 한다. 그러나 부동산실명법이 명의신탁약정 및 이에 따라 행해진 물권변동을 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 한다.⁴²⁾

의 형사책임, 경북대 법학논고 제41집 (2013. 2.), 17이하.

39) 김택중, 바로 위의 논문, 109.

40) 대법원 1988.09.20. 86도628.

41) 위 각주 28) 대법원 1979.11.13. 79다483 전원합의체 판결.

42) 부동산 명의신탁에서 신의·악의를 불문하고 수탁자의 처분행위에 대해 횡령죄와 배임죄를 모두 부정하는 판례가 타당하고, 이러한 판례의 결론은 다른 유형의 명의신탁에까지 확대되어야 한다는 견해는 강동범, 계약명의신탁과 수탁자의 형사책임, 이화여대 법학논집, 제18권 제4호 (2014), 159-160; 양천수, 부동산 명의신탁, 영남대학교 출판부 (2010), 137-138 이상태, 앞의 논문, 각주 41)에서 재인용.

Ⅲ. 대법원 2016.5.19. 2014도6992 전원합의체 판결의 의미와 전망

1. 대법원 2016. 5. 19. 2014도6992 전원합의체 판결의 주요내용

대법원 2016. 5. 19. 2014도6992 전원합의체 판결은 중간생략등기 부동산명의신탁과 관련하여 우선 큰 틀에서 부동산실명법의 입법목적과 죄형법정주의원칙에 충실해야 한다는 점을 강조하면서 세부적인 쟁점들을 다루고 있다. 부동산실명법은 부동산등기제도를 악용한 투기·탈세·탈법행위 등 반사회적 행위를 방지하고 국민경제의 건전한 발전에 이바지함을 목적으로 하고 있다. 따라서 “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 위탁신임관계를 근거지우는 계약인 명의신탁약정 또는 이에 부수한 위임약정이 무효임에도 불구하고 횡령죄 성립을 위한 사무관리·관습·조리·신의칙에 기초한 위탁신임관계가 있다고 할 수는 없다. 또한 명의신탁자와 명의수탁자 사이에 존재한다고 주장될 수 있는 사실상의 위탁관계라는 것도 부동산실명법에 반하여 범죄를 구성하는 불법적인 관계에 지나지 아닐 뿐 이를 형법상 보호할 만한 가치 있는 신임에 의한 것이라고 할 수 없다.” 횡령죄의 본질이 신임관계에 기초하여 위탁된 타인의 물건을 위법하게 영득하는 데 있음에 비추어 볼 때 그 위탁신임관계는 횡령죄로 보호할 만한 가치 있는 신임에 의한 것으로 한정해야 하므로, “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.”고 하여 횡령죄가 성립한다는 기존의 입장을 바꾸었다.⁴³⁾

또한 명의신탁자는 매도인을 대위하여 신탁부동산을 취득할 수 있는 법적 가능성을 가지지만 신탁부동산의 소유권을 가지지 아니하고, 명의수탁자 역시 명의신탁자에 대하여 직접 신탁부동산의 소유권을 이전할 의무를 부담하지는 아니하므로, 신탁

43) 대법원 2016. 5. 19. 2014도6992 전원합의체 판결.

부동산의 소유자도 아닌 명의신탁자에 대한 관계에서 명의수탁자가 횡령죄에서 말하는 ‘타인의 재물을 보관하는 자’의 지위에 있다고 볼 수는 없다고 하여, 소유권에 대한 기존의 해석에서 크게 벗어나지 않았다. 그러나 신탁부동산을 취득할 수 있는 권리를 이유로 “명의신탁자를 사실상 또는 실질적 소유권자로 보아 민사상 소유권이론과 달리 횡령죄가 보호하는 신탁부동산의 소유자라고 평가할 수는 없다. 명의수탁자에 대한 관계에서 명의신탁자를 사실상 또는 실질적 소유권자라고 형법적으로 평가하는 것은 부동산실명법이 명의신탁약정을 무효로 하고 있음에도 불구하고 무효인 명의신탁약정에 따른 소유권의 상대적 귀속을 인정하는 것과 다름이 없어서 부동산실명법의 규정과 취지에 명백히 반하여 허용될 수 없다”고 판단하였다.⁴⁴⁾

2. 위 전원합의체 판결의 의미와 전망

명의수탁자의 죄책에 대한 학설상 논의는 부동산 명의신탁의 유형을 민사법적으로 파악하여 세 가지 유형으로 구별하고, 선의·악의의 매도인, 명의신탁자, 명의수탁자 그리고 횡령죄나 배임죄가 성립하는 경우 등이 난맥상을 이루고 있다. 부동산 명의신탁 3유형, 명의신탁관계자, 횡령죄, 배임죄, 무죄 등이 서로 조합하는 경우 수는 거의 다 등장하고 있다고 해도 과언이 아니다.⁴⁵⁾

사실 명의신탁이라는 사실관계는 하나이고 그에 대한 민사법적 법리의 혼선에도 불구하고 형법상으로는 명의신탁자체의 사실상 위탁신입관계를 인정하여 형법이 보호할 가치가 있는지 여부에 대한 논의가 가장 중요한 핵심사항이라고 생각된다. 제3자에 대한 관계는(제4조 제3항) 거래의 안정성을 고려한 것이지 사실상 신입관계를 보호하고자 하는 취지는 아니라고 해석해야 한다.

일반적으로 외관상 등기명의를 가지고 있는 자가 실소유자로 추정되고 명의신탁 약정은 내부적으로 은밀히 신탁자와 수탁자간에 맺는 계약이다.⁴⁶⁾ 따라서 명의신탁

44) 이외에도 “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.”고 하여 명의수탁자의 처벌은 죄형법정주의 원칙에 어긋나는 것으로서 허용되지 아니한다고 밝히고 있다.

45) 이상태, 앞의 논문, 161.

약정이 무효라고 한다면 내부적으로 맺은 계약의 내용 즉 신탁자가 실소유권을 갖는다는 것을 무효로 하고 외부적으로 수탁자명의의 등기를 그대로 인정하는 것이 논리적으로 일관성이 있다. 그러나 대법원과 다수설은 명의신탁약정을 불법원인급여로 해석하지 않고 있고, 명의신탁자가 명의수탁자에 대하여 소유권의 회복 또는 부당이득의 반환을 청구할 수 있는 민사적 해결방안이 마련되어 있다.

부동산실명법이 명의신탁약정자체를 무효라고 규정하고 있고 명의신탁자와 명의수탁자를 형사처벌하는 규정을 두고 있는 이상, 위 전원합의체 판결대로 명의수탁자는 더 이상 부동산의 보관자로서 인정될 수 없을 뿐만 아니라, 명의신탁자와 명의수탁자 두 사람 사이의 신임관계는 정상적인 사무처리로 형법이 보호해야 할 관계에 해당하지 않는다. 이렇게 본다면 모든 유형의 명의신탁에서 신탁자와 수탁자 사이에 신뢰관계가 형법적으로 보호받을 수 있어야 명의수탁자는 부동산의 ‘보관자’나 ‘사무처리자’가 될 수 있다. 관습법까지 수용하는 민법상 법리를 기초로 삼아 명의수탁자가 신탁부동산을 임의로 처분한 때에 배임죄 또는 횡령죄가 성립한다는 논리를 구성한다면, 관습형법을 배제하는 죄형법정주의에도 위반되고 형법의 보충성의 원칙에 어긋나며 형사정책적으로도 바람직하지 않다. 따라서 부동산 명의신탁의 유형을 불문하고 명의수탁자의 위와 같은 행위에 대해서는 형법상 배임죄 또는 횡령죄가 성립하지 않는다고 보아야 할 것이다. 명의신탁자는 부당이득의 반환을 청구하는 등 민사적 해결방법을 모색하는 것으로 충분히 보호될 것이다.

결국 학설의 다양한 입장과는 달리 현재 판례와 학설에 의하면 부동산 명의신탁에서 횡령죄로 처벌하는 경우는 2자간 명의신탁유형만 남게 되었다. 그러나 위 전원합의체판결의 입장대로 신탁자와 수탁자간에 명의신탁약정의 무효로 인해 사실상의 위탁신임관계가 부정되고 횡령죄가 부정된다면 계약명의신탁과 등기명의신탁뿐만 아니라 2자간 명의신탁에서도 민사상 소유권이론과 달리 불법원인위탁으로서 횡령죄와 배임죄의 성립을 부정하는 것이 논리적으로 일관성이 있다. 횡령죄와 배임죄는 (사실상)신뢰관계를 배신하였다는 점에서는 본질이 같기 때문이다. 향후 2자간 명의신탁도 무죄가 선고될 것으로 기대한다.

46) 반면 민사법과 특별법에서 인정하는 사실상 소유자개념의 논의에 대해서는 황태윤, 등기청구권과 사실상 소유자, 동북아법연구 제9권 제3호 (2016), 338 이하 참고.

또한 부동산실명법은 복합적인 효과를 규정하고 있지만 비난가능성이 큰 경우 행정제재를 넘어 무거운 형벌까지 부과하고 있다. 부동산실명법 제7조에서 부동산 명의신탁행위를 처벌하며(5년 이하의 징역 또는 2억원 이하의 벌금) 그에 대한 공범도(1년(방조)에서 3년(교사) 이하의 징역 또는 3천만원(방조)에서 1억원(교사) 이하의 벌금) 결코 가볍지 않은 형벌을 규정하고 있는 것을 보면, 입법자는 부동산 명의신탁의 반사회성이 결코 가볍지 않다고 판단하고 있으며 과징금이나 이행강제금과 같은 차원의 단순 행정제재로 보기도 어렵다.⁴⁷⁾

복잡화된 현대사회에서 제정되는 다량의 특별법들은 공법적·사법적·형사법적 요소들을 한꺼번에 담고 있는 것이 보통이다. 이 법률들은 각각 고유하고 특별한 영역을 규율하기 위한 목적으로 제정되었기 때문에 종래 기본 6법의 법원리에서 벗어나는 규정들이 들어가 있기도 하며, 서로 부합하지 않거나 충돌하는 규정들이 있기도 한다.⁴⁸⁾ 부동산 명의신탁에 대해서는 특별법인 부동산실명법이 제정되어 우선적으로 규제하고 있는데 일반형법이 처벌의 공백을 적극적으로 찾아나서는 것은 바람직하지 못하며 부동산실명법자체의 처벌규정과 민사, 행정적 제재를 통해 갈등을 해결하도록 하는 것이 형법의 최후수단성에도 부합한다.

IV. 맺음말

부동산 명의신탁은 원래 일제시대 토지조사령(1912년)이후 종종재산을 종종 명의의로 등기하는 방법이 없어서 편의상 종종원 일부의 명의로 사정을 받고 그 명의의로 등기를 하게 된 것에서부터 비롯된 것이다. 이러한 사정을 감안하고 현실적으로 명의신탁이 필요한 경우를 인정하여 부동산실명법은 제8조에 특례를 두고 종종, 배우자 그리고 종교단체의 명의로 부동산에 관한 물권을 등기한 경우로서, 조세포탈·강제이행의 면탈 또는 법령상 제한의 회피를 목적으로 하지 않는 경우에는 명의신탁을 허용

47) 일종의 행정형벌로서 행정목적은 달성하고자 하는데 그 취지가 있는 것이라는 의견은 서보학, 앞의 논문, 100.

48) 이상태, 앞의 논문, 174.

하고 있다. 그 외에도 각기 고유의 경제적 기능을 가지고 있고, 전형적인 명의신탁과 달리 등기부상에 실질권리관계가 나타나는 경우 등을 고려하여 여러 곳에서 명시적으로 부동산실명법이 금지하는 명의신탁이 아님을 규정하고 있다.⁴⁹⁾ 부동산 명의신탁에 대해서는 특별법인 부동산실명법이 제정되어 우선적으로 규제하고 있는데 일반 형법이 처벌의 공백을 적극적으로 찾아나서는 것은 바람직하지 못하다.

근본적으로 보면 부동산 명의신탁은 관행이고 계약자유 원칙이 우선이나 아니면 법으로 명백하게 금지하고 있고 처벌하여 근절하고자 하는 행위이니 형법으로 보호할 가치가 없는 것으로 판단하느냐의 문제이다. 대법원 2016. 5. 19. 2014도 6992 전원합의체 판결은 후자를 선택했다고 판단된다. 역사적으로 보면 이미 실시하고 있는 금융거래에 있어서 실명제와 함께 부동산거래에 있어서도 실명제를 실시할 필요가 있었다. 금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률은 2014년 개정으로 실명 확인된 계좌에 보유하고 있는 금융자산은 명의자의 소유로 추정하는 규정을 신설하였다(제3조 제5항).⁵⁰⁾ 경제생활의 투명성을 확보하여 경제정의를 실현하고자 하는 노력은 천천히 그러나 지속적으로 계속될 것이다.

49) 부동산실명법상 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).

50) 부동산의 차명거래를 차단하기 위하여 아예 명의신탁된 부동산의 소유권을 등기명의자인 수탁자에게 귀속시키는 것이 바람직하다는 견해로는 천진호, 부동산 명의수탁자 상속인의 횡령죄 성립여부, 한국형사판례연구회 발표문, 2014. 최병각, 앞의 논문 각주 80)에서 재인용.

참고문헌

- 강동범·이강민, 등기명의신탁과 수탁자의 형사책임, 경북대 법학논고 제41집 (2013. 2.)
- 강동범, 계약명의신탁과 수탁자의 형사책임, 이화여대 법학논집, 제18권 제4호 (2014)
- 곽윤직·김재형, 물권법, 제8판 (2014)
- 권오창, 명의신탁이론의 재검토-종래 학설·판례상의 몇 가지 문제점을 중심으로-, 민사판례연구 23집 (2001)
- 김덕중, 명의신탁 부동산을 임의처분한 명의수탁자의 형사책임에 관한 비판적 고찰, 강원법학 제37권 (2012)
- 김일수·서보학, 새로쓴 형법각론, 제8판
- 김형배·김규완·김명숙, 민법학강의, 제13판
- 박광민, 명의신탁부동산의 임의처분행위에 대한 형사책임, 성균관법학 제14권 제1호 (2002)
- 박상기, 부동산명의신탁과 횡령죄, 형사판례연구 제6권 (1998)
- 박상기, 형법각론, 제8판
- 백재명, 부동산명의신탁과 횡령죄 - 서울지방법원 제2형사부 1998. 11. 24. 선고, 98노5434 판결, 형사판례연구 제7집 (1999)
- 서보학, 부동산명의신탁과 형법상 재산죄의 성부에 대한 검토, 경희법학 제50권 제2호 (2015)
- 손동권·김재윤, 새로운 형법각론
- 손동권, 명의신탁부동산을 임의처분한 경우의 형사책임, 형사법연구 제15호 (2001)
- 양창수, 부동산실명법 제4조에 의한 명의신탁의 효력 -소위 등기명의신탁을 중심으로-, 민법연구 제5권 (1999)
- 양천수, 부동산 명의신탁, 영남대학교 출판부 (2010)
- 오영근, 형법각론, 제2판

이상철, 명의신탁부동산의 처분행위와 횡령죄 -3자간명의신탁에 관한 대법원 2010.

6. 24. 선고, 2009도9242판결을 중심으로-, 일감법학 제24호 (2013.2.)

이상태, 부동산 명의신탁에 관한 민·형법의 통합적 연구, 일감법학 제30호(2015. 2.)

이재상, 형법각론, 제9판

이창석, 부동산 명의수탁자의 횡령죄 주체성, 형사판례연구(19)

이창섭, 악의의 계약명의신탁과 명의수탁자의 형사책임, 부산대 법학연구 (2013. 11)

이흥렬, 부동산실명법 제4조에 의한 명의신탁의 효력, 집합건물법학 제8집 (2011. 12.)

장영민, 명의신탁된 부동산의 영득행위의 죄책, 고시계 (1997.12.)

지원림, 민법강의, 제12판

천진호, 명의신탁부동산 처분행위와 형사책임, 비교형사법연구 제4권 제1호 (2002)

최병각, 부동산 명의신탁과 형사처벌, 형사법연구 제27권 제2호 (2015)

황태윤, 등기청구권과 사실상 소유자, 동북아법연구 제9권 제3호 (2016)

Perspectives of the title trust on a real estate in criminal law

Song Moon-Ho*

The act on registration of title by real owner's name was enacted in 1995. According to the act the title trust contract and registration of title shall be null and void in principle, and the act of title trust itself ought to be punished as a crime. 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 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. Recently the supreme court denied punishability of title trustee's sellout in the case where three-party contract. Under this changed legal circumstances, the title trustee's disposal of the trusted real estate may not be punishable by embezzlement or breach of trust.

❖ Keyword: Title trust agreement, Performance for illegal cause, Title truster, Title trustee, Crime of breach of trust, Crime of embezzlement

투고일 : 8월 14일 / 심사일 : 9월 9일 / 게재확정일 : 9월 9일
--

* Professor, School of Law, Chonbuk National University