creative commons
COMMONS DEED

저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:

저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.

비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.

변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 이용허락규약(Legal Code)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

Disclaimer

dCollection

法學博士 學位論文

名義信託에 관한 刑事法的 硏究

2015年 8月

서울대학교 大學院

法學科 刑事法專攻

禹 仁 成

국문초록

이 논문을 작성하게 된 근본적인 이유는 실무에 있으면서 담당했던 사건에 대하여 가지고 있었던 의문 때문이었다. 부동산실명법이 제정되어 원칙적으로 부동산 명의신탁을 범죄행위로 금지하고 있음에도, 부동산실명법상 금지된 명의신탁에 의하여 신탁된 부동산을 수탁자가 처분하였을 경우 왜 그 수탁자의 처분행위를 형사적으로 처벌하는가라는 의문이었다. 2008년 수원지방법원 평택지원에서 형사단독판사를 할 때 다루었던 사건 중에 농지에 관한 중간생략등기형 명의신탁에 관한 사례가 있었는데, 당시 부동산실명법의 입법취지 등에 비추어 부동산실명법이 금지하는 명의신탁을 한 신탁자를, 수탁자에 대한 형사처벌(민사적 구제보다도 현실에서, 구제력이 매우 막강한)에 의하여 보호하는 것이 과연 타당한 것인지 상당한 의문이 들었었다. 당시 주위적으로 횡령죄, 예비적으로 배임죄로 기소된 위 사건에 관하여 신탁자와 수탁자 사이의 신뢰관계는 보호할 필요가 없다는 취지에서 무죄를 선고하여 항소심까지는 그 결론이 유지되었으나, 대법원에서 파기되고 말았다. 다행히 대법원에서 기존 판례에 배치됨에도 불구하고 바로 파기하지 않고, 1년가량이나 고민하다가 파기하였다는 점에 만족하였었다. 그럼에도 의문은 항상 가지고 있었기 때문에, 이를 주제로 글을 써보자는 생각을 갖게 되었고, 지도교수님을 찾아뵙고 이를 주제로 차후 논문을 작성하면 어떨지 말씀을 드렸다. 다행히 교수님께서 허락을 해 주셨다.

그 후 2012년 2월 법원 인사에서 대법원 재판연구관으로 발령을 받아 근무하게 되었는데, 마침 담당하게 된 업무가 형사분야였다. 대법원 재판연구관실은 크게 대법관실에 배속되는 전속연구관과, 그렇지 아니한 공동조 연구관으로 나뉘고, 공동조 연구관은 다시 신건을 다루는 신건조 연구관과 특정 주제에 대하여 다소의 시간을 들여 일을 하게 되는 일반조(내지 심층조) 연구관으로 나뉜다. 일반조는 형사·근로, 민사, 행정, 조세, 특허 등의 업무로 분장되는데, 필자는 형사·근로 심층조 연구관으로 배속되어, 형사분야 중 실체법, 특히 재산범과 헌법 관련 사안 등에 관한 부분을 맡게 되었다. 운이 좋게도 재산범 중에서도 부

동산 명의신탁과 동산(자동차) 명의신탁에 관한 사례, 부동산 명의신탁에 있어 불가벌적 사후행위나 횡령 미수의 문제 등을 맡아 연구하게 되었다.

당시 매도인이 명의신탁 사실을 알고 있는 형태(매도인 악의)의 계약명의신탁에 있어서 수탁자가 부동산을 처분하였을 경우 수탁자를 처벌할 수 있는지 여부에 관하여 대법원 판결에 선례가 없었는데, 명의신탁에 기초한 신뢰관계는 형사상 보호할 가치가 없다는 전제에서 횡령죄나 배임죄 모두 성립할 수 없다는 취지의 판결(2011도7361 판결)이 선고되었다. 부동산실명법이 금지하는 명의신탁을 사회상규에 반하는 불법원인급여라고 볼 것인지 문제되나, 민사판례의 확립된 태도는 그렇지 아니하다. 하지만 사회상규에 반하지 아니하여 불법원인급여가 아니라고 하더라도, 그 신뢰관계가 형사적인 관점에서 보호할 가치가 있는 것인지는 달리 볼 수 있을 것이라 생각된다. 부동산실명법이 제정된 배경을 생각해 보면 위 판결의 취지는 지극히 타당하다. 위 판결의 취지가 향후 다른 유형의 명의신탁에 관한 형사문제에서도 마찬가지로 적용될 수 있을 것이라 기대한다.

또한 적법하게 명의신탁된 부동산의 처분과 관련하여, 예전부터 그 부동산의 일부 가액을 채권최고액으로 하는 저당권을 설정한 후 추가로 저당권을 설정하였을 경우(혹은 아예 매도하였을 경우), 뒤에 이루어진 저당권설정행위(혹은 매도행위)를 처벌할 수 없는지에 관하여 문제가 되어 왔다. 일단 실무에서 명의신탁된 부동산에 저당권을 설정하는 행위를 횡령죄로 취급하여 왔는바, 횡령죄는 물건을 대상으로 한 범죄라서 영득의 1회성으로 인해 그 부동산의 일부 가액에 대한 저당권설정행위라고 하더라도 물건 전체를 영득한 것으로 보아, 그 이후에 이루어지는 저당권설정행위나 매도행위는 불가벌적 사후행위라서 처벌될 수 없는 것으로 보았다. 그런데 이러한 결론은 상식적으로 쉽게 납득하기 어려운 것이었다. 동일한 구조, 즉 회사의 부동산을 처분할 수 있는 지위에 있는 대표이사가 회사 부동산에 저당권을 설정할 경우 이를 배임으로 의율하는 실무와도 무언가 맞지 않는 모습이 있었다. 명의신탁된 부동산 자체를 매도하는 행위가 아니라 그 가치의 일부를 취하는 행위

는 횡령죄가 아니라 배임죄로 의율하는 것이, 행위객체에 따라 횡령죄와 배임죄를 구별하는 일반적인 해석에 부합하는 것이다. 그렇게 볼 경우, 명의신탁된 부동산에 저당권을 설정함으로써 일부 가치를 취하였다고 하더라도, 잔존하는 나머지 가치를 취하게 될 경우 이에 대하여 다시 배임죄로 의율하는 것이 부당하다고 볼 수는 없을 것이고 이러한 전제에 서면 불가벌적 사후행위의 문제는 발생하지 않게 된다. 대법원은 2010도10500 전원합의체 판결을 통하여 기존의 판결들을 폐기하고 나중에 이루어진 저당권설정행위나 매도행위가 불가벌적 사후행위가 될 수 없다는 취지를 판시하였다. 타당한 결론이나, 위 전원합의체 판결의 논리는 실질상 배임죄를 전제로 하여 파악하였을 때 보다 정합적이라고 생각된다. 물론 횡령죄나 배임죄가 우리 형법상 본질적으로 대동소이하다고 볼 수 있다는 점에서 위 전원합의체 판결에 문제가 있다고 생각되지는 않는다.

그리고 횡령죄의 미수에 관하여 2011도9113 판결이 선고되었는바, 부동산 명의신탁에 있어서 횡령죄의 미수시점과 기수시점을 언제로 볼 것인지도 살펴보았다. 횡령죄는 영득의사가 객관적·외부적으로 표현되었을 경우 성립한다고 보는 표현설의 입장에서 보면 미수의 문제는 발생하기 어렵다. 그러나 현실적으로 부동산을 매도하여 횡령하는 형태의 범행에 있어, 매수인을 구하여 매매계약을 체결하고 그 후 대금을 지급받은 다음 소유권이전등기를 경료하게 되는바, 각 범행단계는 구분될 수 있고, 경우에 따라서는 소유권자가 외견상 소유권을 상실할 수 없는 단계에 있음에도 이를 모두 기수라고 판단하는 것은 타당성이 없다. 횡령죄의 미수와 기수를 어떻게 구별할 것인가도 검토해 보았다.

그리고 일상생활에서 널리 사용되는 자동차에 있어서 자동차를 실제로 운행하는 자와 소유권자로 등록된 명의자가 다른 경우가 있다. 이 경우 그 자체로는 별 문제가 없는데 그 자동차에 담보권자(저당권자나 비전형담보권자 등)가 있을 경우 복잡한 문제가 발생한다. 명의신탁자가 자동차를 임의로 팔아버리거나 누군가에게 담보로 제공하였다가 상대방 모르게 임의로 가져오는 경우가 있는데 이를 형사적으로 어떻게 취급할 것인지에 관하여도 살펴보았다. 그리고 예금이나 주식의 경우에

도 명의신탁이 이루어지는 경우가 있는바, 이러한 경우 수탁자가 예금이나 주식을 신탁자의 의사에 반하여 이를 영득하였을 경우 어떠한 죄책을 부과할 것인지도 검토해 보았다.

이상의 점들에 관하여 기존의 판례나 학설을 정리하고, 명의신탁에 관한 형사적 법률관계의 해석에 있어서 앞으로 나아갈 방향에 관하여 살펴보았다.

주제어: 명의신탁, 보호할 가치 있는 신뢰관계, 사회상규, 불법원인급여, 불가벌적 사후행위, 횡령의 미수

학번: 2011-30387

- 목 차 -

제1장 서론 ····· 1
제1절 연구의 목적 ····· 1
제2절 연구의 범위와 방법 ····· 3

본론

제2장 명의신탁 일반론 ····· 4
제1절 명의신탁의 개념 ····· 4

제2절 명의신탁의 형성에 관한 연혁적 고찰 ····· 5
I. 외국의 제도 ····· 5
1. 로마법 ····· 5
2. 게르만법 ····· 6
3. 영미법 ····· 6
II. 우리나라의 제도 ····· 7
1. 조선시대의 투탁제도 ····· 7
2. 종중재산 관리제도 ····· 10
3. 노복 명의에 의한 토지소유관리제도 ····· 11
III. 일제강점기 ····· 12
1. 토지조사사업의 실시 ····· 13
2. 조선고등법원 판례 ····· 15
3. 조선고등법원 판례의 배경 ····· 19
IV. 대한민국 성립 이후 ····· 21
V. 명의신탁제도에 대한 평가 ····· 23

제3절 명의신탁과 유사한 제도 ····· 25
I. 신탁법상의 신탁 ····· 25
II. 명의대여 ····· 26
III. 기타 ····· 26
1. 내적 조합 ····· 27
2. 비전형계약 ····· 28

제4절 문제제기 및 검토의 순서 ····· 29
I. 부동산 명의신탁 관련 범죄행위의 특수성 ····· 29
1. 형식주의와 의사주의 ····· 29
2. 각국의 등기제도와 공신력 ····· 30
3. 명의신탁과 외국제도 비교 ····· 31
가. 독일의 경우 ····· 31
나. 일본의 경우 ····· 32
II. 부동산명의신탁의 현실에서의 문제점 ····· 33
III. 부동산실명법의 제정배경 ····· 34
IV. 민사적 법률관계와 형사적 법률관계의 통일성을 전제한 고찰 ····· 35
V. 검토의 순서 ····· 37

제3장 부동산 명의신탁의 법률관계 ····· 39
제1절 부동산실명법 제정 이전 ····· 39
I. 민사 법률관계 ····· 39
1. 명의신탁의 유효성 ····· 39
가. 유효설 ····· 39
나. 무효설 ····· 40
다. 한정적 유효설 ····· 41
2. 법률관계 ····· 42

가. 대내적 법률관계 ····· 42
나. 대외적 법률관계 ····· 42
II. 형사 법률관계 ····· 43
1. 재산범의 성립 여부 ····· 43
2. 특별법상 처벌 ····· 45

제2절 부동산실명법 제정 이후 ····· 46
I. 민사 법률관계 ····· 46
1. 명의신탁의 유형 ····· 46
2. 유형별 고찰 ····· 46
가. 양자간 명의신탁 ····· 46
(1) 신탁자와 수탁자 사이의 법률관계 ····· 46
(2) 대외적 법률관계 ····· 47
나. 중간생략등기형 명의신탁 ····· 50
(1) 중간생략등기의 유효성 ····· 50
(2) 계약명의신탁과 중간생략등기형 명의신탁의 구별 ····· 55
다. 계약명의신탁 ····· 61
(1) 매도인 선의 ····· 61
(2) 매도인 악의 ····· 63
II. 형사 법률관계 ····· 68
1. 양자간 명의신탁 ····· 68
가. 학설 ····· 68
나. 판례 ····· 69
다. 사견 ····· 70
2. 중간생략등기형 명의신탁 ····· 70
가. 학설 ····· 70
나. 판례 ····· 71

다. 사견 ····· 72
3. 계약명의신탁 ····· 80
가. 선의의 계약명의신탁 ····· 80
(1) 학설 ····· 80
(2) 사견 ····· 82
(3) 판례 ····· 83
나. 악의의 계약명의신탁 ····· 84
(1) 수탁자로의 물권변동 유효설에 따른 법률관계 ····· 84
(2) 수탁자로의 물권변동 무효설에 따른 법률관계 ····· 84
(3) 사견 및 판례 ····· 88
4. 근본적인 의문: 보호할 가치 있는 신뢰관계 유무 ····· 89

제4장 명의신탁된 부동산의 처분과 관련된 특수문제 ····· 90
제1절 횡령 미수 문제 ····· 90
I. 문제의 제기 ····· 90
II. 횡령죄의 연혁 ····· 90
1. 우리나라 형법전의 제정경위 ····· 90
2. 1940년 일본형법가안의 횡령죄와 배임죄 규정 내용 ····· 90
3. 현행 횡령죄와 배임죄 규정 내용 ····· 92
4. 독일형법의 영향 ····· 92
5. 독일형법 및 일본형법의 횡령죄 규정 ····· 93
가. 독일형법과의 비교 ····· 93
나. 일본형법과의 비교 ····· 95
다. 소결 ····· 96
III. 횡령죄의 본질, 보호법익 및 특이성 ····· 97
1. 본질 ····· 97

2. 보호법익 ····· 99
3. 특이성 ····· 101
4. 부동산등기제도로 인한 부동산 횡령의 특이성 ····· 102
IV. 횡령죄의 보호법익 보호의 정도 ····· 103
1. 침해범인가 위험범인가? ····· 103
2. 판례는 위험범으로 파악함이 주류적 ····· 104
3. 판례상 침해범으로 본 사례 ····· 108
4. 위험범으로 파악하더라도 구체적 위험범임 ····· 110
V. 횡령의 미수/기수 시기 ····· 129
1. 미수 시기(실행의 착수) ····· 129
2. 기수시기 ····· 130
VI. 명의신탁 부동산에 대한 횡령의 미수/기수 시기 ····· 135

제2절 불가벌적 사후행위 문제 ····· 140
I. 불가벌적 사후행위에 대한 개관 ····· 140
II. 이중적 횡령, 중첩적 횡령의 문제 ····· 141
1. 대법원 2013. 2. 21. 선고 2010도10500 전원합의체 판결 선고 이전 · 141
가. 유형별 검토 (판례) ····· 141
(1) 저당권설정(선행행위) 이후 저당권설정(후행행위) ····· 141
(2) 저당권설정(선행행위) 이후 매도(후행행위) ····· 142
(3) 보존등기 혹은 반환거부(선행행위) 이후 저당권설정(후행행위) ··· 144
(4) 기타 ····· 144
나. 기존 판례 법리의 논거 ····· 145
다. 기존 판례 법리의 문제점 ····· 147
2. 외국의 사례 ····· 150
가. 일본 ····· 150
나. 독일 ····· 155

다. 미국 ····· 157
라. 영국 ····· 160
마. 캐나다 ····· 162
3. 2010도10500 전원합의체 판결의 내용 ····· 163
가. 판결요지 ····· 163
나. 다수의견의 이론적 논거 ····· 166
(1) 재물의 일부도 영득의 대상 ····· 166
(2) 영득의 대상에 가치도 포함 ····· 166
(3) 횡령죄는 위험범 ····· 168
(4) 횡령행위 태양에 따른 위험의 정도와 양의 차이 고려 ····· 168
(5) 선행 처분행위로 부동산 교환가치가 0으로 평가되는 경우의 문제 ···· 169
(6) 논거에 대한 도해 ····· 170
다. 관련 판례의 검토 ····· 174
(1) 선행행위가 침해범인 경우 ····· 174
(2) 선행행위가 위험범인 경우 ····· 177
라. 전원합의체 판결의 검토 ····· 183
(1) 다수의견에 대한 검토 ····· 183
(2) 별개의견에 대한 검토 ····· 186
(3) 반대의견에 대한 검토 ····· 188
4. 포괄일죄로 구성하는 방안에 대한 검토 ····· 188
가. 논거 ····· 188
나. 문제점 ····· 190
5. 배임죄로의 구성 ····· 194
가. 재물이란 용익가치와 교환가치가 결합된 것임 ····· 194
나. 부동산등기부의 등장과 저당권제도 ····· 195
다. 배임죄의 처벌례와의 균형 ····· 197
라. 이종 행위에 대한 영득대상 동일 취급의 불합리성 ····· 198

마. 근저당권설정행위과 실행행위의 차이 ····· 199
바. 배임죄와 횡령죄의 규율대상 ····· 199
사. 특경가법상 횡령의 이득액 개념 ····· 202
아. 일본형법과 해석론의 차이점 ····· 202
6. 배임죄설 구성에 대한 반론과 재반론 ····· 207
가. 반론 ····· 207
나. 재반론 ····· 208

제3절 부동산 명의신탁에 있어 신뢰관계의 형사상 보호 문제 ····· 215
I. 불법적인 신뢰관계의 보호 문제 ····· 215
1. 횡령죄의 구성요건과 신뢰관계 ····· 215
2. 불법원인급여와 횡령죄 ····· 217
3. 편면적 신뢰관계의 성립 가능성 ····· 222
II. 외국의 입법 및 실무례 ····· 225
1. 독일 ····· 225
2. 일본 ····· 228
3. 미국 ····· 231
III. 우리나라의 경우 ····· 234
1. 민법 제746조의 불법원인급여 ····· 234
2. 사회상규의 해석 ····· 235
3. 부동산실명법 제1조의 '반사회적 행위'의 의미 ····· 239
4. '사회상규에 반하는 행위'와 '반사회적 행위'의 관계 ····· 240
가. 일치한다고 보는 입장 (불법원인급여 긍정설) ····· 240
나. 일치하지 않는다고 보는 입장 (불법원인급여 부정설) ····· 242
다. 경우에 따라 구분하여야 한다는 입장 ····· 244
라. 보호할 가치 없는 신뢰관계라는 입장 ····· 244
마. 판례 ····· 245

바. 사견 ····· 248
(1) 불법원인급여 여부 ····· 248
(2) 보호할 가치 있는 신뢰관계 여부 ····· 250
(3) 구성요건 해석에 있어서 이익형량 ····· 256

제5장 동산 등 명의신탁 ····· 260
제1절 명의신탁자의 명의신탁 자동차 취거행위와 절도죄 ····· 260
I. 문제의 제기 ····· 260
II. 쟁점 ····· 260
1. 명의신탁 자동차의 대내외적 소유권 귀속 ····· 260
2. 명의신탁자의 제3자 점유 명의신탁 자동차 취거행위 ····· 261
III. 명의신탁 자동차의 대내외적 소유권 귀속 ····· 261
1. 유형별 검토 ····· 261
가. 자동차 지입계약 ····· 261
나. 자동차 리스계약 ····· 269
다. 자동차 할부매매 또는 소유권유보부매매 ····· 270
라. 자동차 명의신탁 ····· 274
2. 판례의 분석 ····· 275
가. 내부적 소유관계 ····· 275
나. 외부적 소유관계 ····· 276
다. 대상사안의 소유관계 ····· 276
IV. 절도죄의 구성요건 ····· 276
1. 객관적 구성요건 ····· 277
2. 주관적 구성요건 ····· 281
V. 대상사안의 검토 ····· 283
1. 불법영득의사 유무 ····· 283

2. ‘타인의 재물’에 대한 인식 유무 ····· 283

제2절 명의신탁자의 담보제공 명의신탁 자동차 매도행위와 배임죄 ···· 289
I. 문제의 제기 ····· 289
II. 쟁점 ····· 289
1. 명의신탁자의 명의신탁 자동차 매도행위와 배임죄 성부 ····· 289
2. 권리행사방해죄의 성부 ····· 289
III. 유사사안에 대한 사례 검토 ····· 290
1. 배임죄의 구성요건 ····· 290
2. 담보제공자의 배임죄 주체 여부 및 배임행위의 유형 ····· 292
가. 유체동산 양도담보 ····· 292
나. 공장저당 ····· 293
다. 부동산 근저당 ····· 294
라. 자동차 양도담보 ····· 295
마. 자동차 저당 ····· 295
IV. 대상사안의 검토 ····· 298
1. 배임죄 부정설 ····· 299
2. 배임죄 긍정설 ····· 301
V. 사견 ····· 305

제3절 예금 ····· 308
I. 문제의 제기 ····· 308
II. 대상사안 ····· 309
III. 쟁점 ····· 310
IV. 보호가치 있는 신뢰관계 여부 ····· 310
1. 긍정설 ····· 310
2. 부정설 ····· 311

3. 검토 ····· 312
V. 예금에 대한 횡령죄의 성립 여부 ····· 315
1. 재물 보관을 부정하는 입장 ····· 316
2. 재물 보관을 긍정하는 입장 ····· 316
3. 검토 ····· 318

제4절 주식 ····· 319
I. 주식과 명의신탁 ····· 319
II. 민사 법률관계 ····· 320
III. 형사 법률관계 ····· 322
1. 주권이 발행된 경우 ····· 322
2. 주권이 발행되지 않은 경우 ····· 323
3. 주주권 행사 ····· 324

제6장 결론 ····· 325

參考文獻 ····· 359

Abstract ····· 329

제1장 서론

제1절 연구의 목적

본고는 우리나라에 고유하다고 할 수 있는 명의신탁 제도와 관련하여 발생하는 형사법적 문제점들에 관한 이론과 판례를 정리함에 주된 목적이 있다. 명의신탁 제도는 연혁적으로 상당히 오래된 제도로, 민사적으로 많은 연구가 되어 왔을 뿐만 아니라 형사적으로도 많은 연구가 이루어져 왔다. 또한 부동산 실권리자 명의등기에 관한 법률(이하 '부동산실명법'이라 한다)이 제정되기 이전, 명의신탁이 당연히 유효함을 전제로 하여 민사 법률관계와 형사 법률관계가 규율되어 왔는바, 명의신탁 약정에 위배하여 수탁자가 부동산을 처분할 경우 형사적인 제재를 가하였다.

그런데 1995년 3월 30일 부동산실명법이 제정되면서 종래와는 다른 논의가 전개되었다. 부동산실명법은 목적[1]을 '不動産登記制度를 악용한 投機·脫稅·脫法行爲 등 反社會的 행위를 방지하고 不動産去來의 正常化와 不動産價格의 안정을 도모'함이라고 밝히고 있는바, 이러한 입법목적에서 부동산 명의신탁이 대체로 부정적인 의도로 사용되어 왔음이 짐작된다. 그리하여 부동산실명법은 법에 의하여 금지된 부동산 명의신탁을 무효로 보았다[2].

본고를 쓰게 된 이유는 여기에서 시작되었다. 부동산실명법에서는 부동산 명의신탁을 금지한다고 규정하고 있지만, 실무, 특히 형사 실무에

---

1) 제정 부동산실명법 제1조 "이 法은 不動産에 관한 所有權 기타 物權을 實體的 權利關係에 부합하도록 實權利者 名義로 登記하게 함으로써 不動産登記制度를 악용한 投機·脫稅·脫法行爲 등 反社會的 행위를 방지하고 不動産去來의 正常化와 不動産價格의 안정을 도모하여 國民經濟의 건전한 발전에 이바지함을 目的으로 한다."고 규정하고 있고, 2010. 3. 31. 법률 제10203호로 일부 개정된 것도 일부 자구 수정을 하였을 뿐(이 법은 부동산에 관한 소유권과 그 밖의 물권을 실체적 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 한다) 기본적인 내용은 그대로 유지하고 있다.

2) 제정 부동산실명법 제4조 제1항 "명의신탁 약정은 무효로 한다."

서는 여전히 명의신탁의 존재를 전제로, 명의신탁 약정을 위반하여 수탁자가 부동산을 처분할 경우 수탁자에게 형사적인 제재를 가하는 것을 기본적으로 전제하고 있기 때문이다. 그러나 이는 무언가 맞지 않는다는 생각을 갖게 한다. 입법자는 부동산 명의신탁을 금지하였는데 수탁자를 형사적으로 처벌함으로써, 부동산실명법에 위반하여 부동산을 명의신탁한 행위자인 신탁자[3]를 형사적으로 보호하는 결과가 되기 때문이다. 이는 금융실명제 실시 이후 예금계좌에 대한 명의신탁에서도 마찬가지로 문제된다고 할 수 있다.

앞서 밝힌 것처럼 본고의 주된 목적은 명의신탁 제도 관련하여 발생하는 형사법적 문제점들의 정리에 있지만, 보다 구체적인 목적은 이와 같이 법에 의하여 금지되고 있는 부동산 명의신탁의 신탁자에 대한 형사적 보호가 타당한 것인지 여부, 즉 형사적 보호가 제한되어야 하는 것은 아닌지에 있다. 물론 판례에 의하여 확립되어 있는 실무를 바꾸기란 쉽지 않을 터이지만, 그래도 부동산 명의신탁 관련하여 신탁자에 대한 형사적 보호를 제한하는 논리를 찾아보는 것은 시도해 볼 만한 가치가 있으며 최근 판례[4]의 경향은 이러한 시도가 전혀 무의미하지는 않음을 보이고 있다고 생각한다.

또한 최근 명의신탁 부동산의 처분과 관련하여 불가벌적 사후행위의 성립범위에 관한 판례의 변경이 있었다. 판례의 이론적 토대가 어떠한지를 밝히는 것도 의미가 있을 것으로 생각한다. 아울러 명의신탁 부동산의 처분은 대체로 횡령죄로 의율이 되는데, 이 경우 횡령 미수가 언제 인정될 수 있을 것인지를 살펴보는 것도 의미가 있을 것으로 생각한다.

그리고 부동산 명의신탁뿐만 아니라 명의신탁의 대상이 될 수 있는 동산 등에 관하여도 명의신탁과 관련하여 어떠한 형사적 문제점이 발생할 수 있을 것인지에 관하여 살펴보았다.

---

3) 주지하는 바와 같이 부동산 명의신탁 행위 자체에 관하여도 부동산실명법 제7조에 처벌규정이 존재한다.

4) 매도인이 명의신탁 약정이 있음을 알고 있는, 악의의 계약명의신탁에 관한 대법원 2012. 11. 29. 선고 2011도7361 판결

제2절 연구의 범위와 방법

연구의 방법은 크게 부동산 명의신탁에 관한 것과 동산 명의신탁에 관한 것으로 나누어서 살펴보았다.

부동산 명의신탁 관련하여서는 부동산실명법 제정 이전, 종래 판례(불문법)에 의하여 인정되어 오던 명의신탁 관련한 민사 법리, 형사 법리, 대법원 판례를 정리하여 보았다. 그리고 부동산실명법의 제정 및 시행에 따라 변화된 민사 법리와 대법원 판례를 정리하고, 이에 따라 변화된 형사 법리와 대법원 판례를 정리하였다. 이 글에서 중심이 되는 것은 부동산실명법 시행 이후의 법률관계이고, 부동산 명의신탁 관련한 대법원 형사 판례의 문제점을 지적하였다.

또한 종래 판례에 의하더라도 사회상규에 위반한 신탁행위는 불법원인급여 법리에 의하여 처벌이 되지 않았는바, 부동산실명법이 금지하는 부동산 명의신탁의 경우 그것이 사회상규에 위배된다고 볼 수 있는지, 그렇지 않다고 하더라도 그에 위반한 처분행위가 형사상 처벌되지 않을 수 있는 것은 아닌가라는 점에 대하여 검토하였다.

다음으로 동산 명의신탁 관련하여 민사 법리와 대법원 판례를 정리하여 보았다. 특히 최근 자동차의 명의신탁 관련한 형사 판례가 여럿 나왔고, 이에 관하여는 논란이 계속되고 있으므로, 이에 관하여도 학설과 판례를 정리하여 보았다. 또한 예금계좌 명의를 빌려서 비자금 등을 관리하는 경우가 있는바, 금융실명제의 실시와 관련하여 금전을 위탁하고자 하는 사람(명의신탁자)에게 예금계좌 명의를 빌려 준 사람(명의수탁자)이 그 예금계좌에 있는 금원을 영득하는 경우, 처벌 가능한 것인지, 처벌한다면 어떠한 죄로 처벌할 것인지를 살펴보았다.

또한 명의신탁의 또 다른 대상이 되고 있는 주식에 관하여도, 명의수탁자가 주식을 임의대로 처분할 경우의 법률관계에 관하여 살펴보았다.

본 론

제2장 명의신탁 일반론

제1절 명의신탁의 개념

현행법상 '신탁'이라는 용어는 두가지로 살필 수 있다. 하나는 신탁법상의 신탁이고, 다른 하나는 판례상의 개념인 명의신탁이다.

일반적으로 신탁(Treuhand)이라고 할 때에 그것은 당사자 일방이 자기명의의 권리를 가지고 있으면서도 그것을 자기를 위하여 행사하여서는 아니될 제약을 받고 있는 관계를 말하는바, 가령 A가 그의 어떠한 권리를 B에게 양도한 경우에, B가 그 권리를 자기(즉 B)를 위하여서가 아니라 타인(A 또는 그 밖의 제3자)의 이익을 위하여 일정한 방법으로 행사하여야 하는 관계가 신탁이다[5].

명의신탁은 판례에 의하여 성립된 제도이다. 즉 명의신탁은 '대내적 관계에서는 신탁자가 소유권을 보유하고 이를 관리·수익하면서 공부상의 소유 명의만을 수탁자로 하여 두는 것[6]으로 당사자의 신탁에 관한 채권계약에 의하여 신탁자가 실질적으로는 그의 소유에 속하는 부동산의 등기명의를 실체적인 거래관계가 없는 수탁자에게 매매 등의 형식으로 이전하여 두는 것[7]'이라고 할 수 있다.

---

5) 곽윤직, "명의신탁에 관한 판례이론의 연구", 서울대학교 법학 15권 2호(1974), 5
6) 대법원 1987. 5. 12. 선고 86다카2653 판결
7) 대법원 1972. 11. 28. 선고 72다1789 판결

제2절 명의신탁 제도의 형성에 관한 연혁적 고찰

I. 외국의 제도

1. 로마法

로마법상으로 Fiducia(신탁), Pignus(質)[8], Hypotheca(抵當權)의 3가지의 물적 담보제도가 있었고[9], 이 중 Fiducia는 일방당사자가 시민법상의 장악행위(mancipatio[10])나 법정양도(in iure cessio)로 상대방에게 목적물의 소유권을 이전하고 양수인이 신탁목적의 달성과 동시에 목적물을 반환(remancipare)할 것을 약속하는 계약(pactum)이었다[11].

이 계약은 그 자체만으로는 별다른 의미를 갖지 아니하고 소유권 이전행위와 결합하여 비로소 "법률행위에 의한 신탁관계"를 발생시키는 것이었고, 따라서 fiducia라고 하는 경우에는 항상 소유권 이전행위를 전제로 하는 것으로 보았는바, 이러한 fiducia의 발생원인은 채권담보

---

8) Gaius 6 ad legem XII tabularum, D. 50, 16, 238, 2 "Pignus appellatum a pugno, quia res, quae pignori dantur, manu traduntur" (Der Begriff pignus, Pfand, stammt von pugnus, Faust, weil Sachen, die zum Pfand gegeben werden, mit der Hand übergeben werden) {Michael Braukmann, Das Pfandrecht unter dem Einfluß der vorklassischen und klassischen Tradition der römischen Rechtswissenschaft, Göttingen: Wallstein, 2008, S. 27에서 재인용}; Ulpian, D. 13, 7, 1 pr.

9) George Mousourakis, Roman Law and the Origin of the Civil Law Tradition, Springer(2015), 123~4; Henry John Roby, Roman Private Law in the Times of Cicero and of the Antonines (Vol. II), Cambridge University Press(1902), 98; Roger J. Goebel, "Reconstructing the Roman Law of Real Security", Tulane Law Review 36 (1961), 29 (36 Tul. L. Rev. 29); Willem J. Zwalve, A Labyrinth of Creditors: a Short Introduction to the History of Security Interests in Goods, Cambridge University Press(2009. 12.), 39~40

10) manus "hand", capere "to take hold of(ergreifen)". 소유권 양도(Übereignung)

11) 안병훈, "근저당권에 관한 연구", 서강대학교 박사학위논문(2006), 17; 현승종 · 조규창, 로마법, 법문사(2004), 637; George Mousourakis, 위 책, 123; Henry John Roby, 위 책, 98; 四宮和夫, 信託の研究, 有斐閣(1970), 18. 다만 fiducia의 경우 소유권까지 채권자에게 이전되어 채무자에게 가혹한 측면이 있었다. 그렇기 때문에, 점유는 채권자에게 이전하되 소유권은 채무자에게 그대로 남기는 pignus가 발생하게 되었고, 그 이후 채무자에게 점유까지 남게 하는 hypotheca가 생기게 되었다. Michael Braukmann, 위 책, 74; Roger J. Goebel, 위 논문, 30; Willem J. Zwalve, 위 책, 41

(fiducia cum creditore)나 재산관리(fiducia cum amico) 등의 목적을 달성하기 위한 것으로서 다른 방법으로는 그러한 목적을 달성할 수가 없었기 때문이었고, 이 경우 소유권이전의 효과로서 수탁자는 ㉠ 신탁재산을 제3자에게 유효하게 처분할 수 있고 ㉡ 신탁자의 특별한 수권 없이 직접 소유권 소권을 가지고 모든 소지인에 대하여 당연히 물건의 인도를 청구할 수 있으며 ㉢ 소유권자로서 매장물의 반분 · 과실 및 노예의 귀속 등과 아울러 모든 불법행위 소권이 귀속되고 ㉣ 신탁재산은 수탁자의 상속재산에 속하게 되고 수탁자의 소유권은 채권담보의 경우에 채무를 변제하여도 당연 소멸하는 것이 아니고, 신탁자에게 복귀하는 데에는 재양도(remancipatio)를 필요로 하였다고 한다[12].

2. 게르만(German)法

13세기 기록에 처음 나타나는[13] 게르만법상의 Salmann[14]이란 Frank 시대 말기부터 중세에 걸쳐서 나타난 것으로, 소유자로부터 재산의 이전 및 처분을 위임받은 자를 일컫는다[15]. 이것은 피상속인의 사망시 그 상속재산이 국왕 또는 촌락에 귀속되는 것을 방지하기 위한 목적으로 이용되었다고 한다[16].

3. 英美法

영국에서 토지의 유증은 왕이나 영주의 권익을 침해하는 것이라 하여 원칙적으로 금지되었는바, 이러한 불합리한 제도를 회피하기 위하여 토

---

12) 四宮和夫, 위 책, 18, 20; 하승완, "부동산실권리자명의등기에관한법률의 연구", 조선대학교 박사학위논문(1999), 22~3; 현승종, 로마법, 일조각(1982), 126~7

13) C. H. van Rhee, "Trusts, Trust-like Concepts and Ius Commune", European Review of Private Law(2000. 3.), Fn. 24
http://amop.unimaas.nl/show.cgi?fid=969 참조(2015. 5. 21. 방문)

14) 이에 관하여 상세는 Karl Otto Scherner, Salmannschaft, Servusgeschäft und venditio iusta, Frühformen gewillkürter Mittlerschaft im altdeutschen Privatrecht, Wiesbaden: F. Steiner, 1971 참조

15) 김성필, "신탁법리의 사법적 체계화에 관한 연구", 한양대학교 박사학위논문(1997), 7; John Malcolm William Bean, The Decline of English Feudalism 1215-1540, Manchester University Press(1968), 106, 128; O. W. Holmes, "Early English Equity: I. Uses", Law Quarterly Review, I(1895), 163~4; 四宮和夫, 위 책, 42

16) 四宮和夫, 위 책, 42

지소유자는 그 생전에 제3자에게 토지를 양도하고, 한편 그 제3자로 하여금 자신이 사망한 후에 자기가 지정한 사람에게 그 토지를 양도·처분하게 하는 유스(use)라는 제도가 있었다고 한다[17]. 이는 Salmann 제도가 영향을 미친 것으로 본다[18]. 십자군에 나아가는 군인들이 가족 생계를 위한 목적으로 또는 재산의 향유가 금지된 Franciscan 교단 신자들이 그 교단을 위하여 제3자 또는 시촌(市村)에 재산을 위탁 또는 이전한 예가 있고, 혹은 영주에 대한 봉건적 부담을 회피 내지 영주에 대한 범죄행위로 인한 재산 몰수 회피를 위한 수단으로, 또는 토지 양도를 자유롭게 하기 위하여(Dower 또는 Curtesy[19] 제도의 회피) 이용됨으로써, 영국 초기 신탁제도는 가혹한 봉건적 속박에서 개인 재산을 보호하기 위한 제도로서의 의의를 지녔는바, 이러한 영국법상의 신탁제도는 Equity(형평법)의 발전을 통하여 오늘날 신탁제도(trust)로 발전되어 갔다고 한다[20].

II. 우리나라의 제도

1. 조선 시대의 투탁(投託)제도

조선시대에 투탁(投託)이라는 제도가 존재하였는바, 이것은 지금의 명의신탁과 상당한 유사성을 갖는다고 보인다.

---

17) 김성필, 위 논문, 7~9; 하승완, 위 논문, 25; John Malcolm William Bean, 위 책, 104

18) John Malcolm William Bean, 위 책, 128~130; O. W. Holmes, 위 논문, 163~4

19) dower(과부재산권)제도란 남편이 단독으로 상속할 수 있는 토지를 보유한 경우, 그의 사후에 과부가 토지의 3분의 1에 대하여 향유하는 생애권(estate for life)을 말하는데, 처나 자의 부양에 충당한다는 취지에서라고 한다. curtesy(환부재산권)제도란 단순 봉토권(estate in fee simple) 또는 한사봉토권(estate tail)을 가진 여자와 혼인을 하고 그 처와의 사이에 그 토지를 상속할 수 있는 자식을 낳은 남자가 처보다도 오래 살았을 때, 그 토지에 대하여 가지는 생애의 권리라 한다.
이에 관하여 최금숙, 영국 봉건시대에 있어서 처의 재산에 대한 남편의 권리, 이화여대 법학논집(1996), 65; http://www.lrc.ky.gov/Statutes/statute.aspx?id=36175 (2015. 4. 21. 방문); John Malcolm William Bean, 위 책, 136; Robert N. Cook, "American Land Law Reform: Legal Co-ownership, Dower, And Curtesy", Duke Law Journal, Volume 1960, 503 참조

20) 홍유석·이명수, 신탁의 이론과 실무, 경진사(1991), 32~39; 노재관, "명의신탁에 관한 연구", 서울대학교 석사학위논문(1984), 6~7

조선시대에서 투탁(投託)이라는 용어는 신분관계 및 재산관계 양측으로 사용된 것으로 보인다. 이는 투탁이라는 단어의 기본적 의미가 '남의 세력에 기댐'[21]이기 때문으로 생각된다. 이하에서 언급하는 투탁은 신분관계[22]와 관련된 것이 아니라 재산을 궁방(宮房)에 넘긴다는 의미로서, 재산관계에서 사용된 것을 말한다. 이것의 기원은 토지제도가 극히 문란하였던 조선 18대 현종(1660~1674)때라고 한다[23].

투탁은 투탁자가 공부상의 명의를 수탁자(궁방[24], 아문)에게 양도하는 대신 면세, 면역의 혜택을 보기 때문에 행해지는 음성적인 거래행위를 말한다[25]. 조세의 부과 대상에서 부정으로 누락시켜 면세지로 가장하여 조세의 대상에서 빼는 것을 은결(隱結)이라고 하였다[26]. 이러한 은결은 조선 말기로 갈수록 증가하였다[27].

궁방으로써는 투탁 토지를 궁장토로 편입하는데 아무런 불편이나 장애도 없었을 뿐 아니라 오히려 궁세수입이 늘어났으므로 이를 마다할

---

21) Naver 국어사전 (2014. 10. 10. 방문)

22) 지승종, "조선전기의 투탁과 압량위천", 한국사회사학회(1987), 12에서는 투탁에 관하여 "壓良爲賤 또는 押良爲賤은 정의상 양인을 강압하여 노비로 만드는 것이나 강제가 아닌 양인의 자원적인 投託에 의한 壓良爲賤이 있었고 사실상 그 주류를 형성하였을 것으로 판단된다."라고 하여 신분제 관련하여 투탁을 언급하고 있다. 이혜정, "<默齋日記>를 통해서 본 16세기 婢夫·奴妻의 삶", 한국사연구(2009)나 이혜정, "16세기 노비의 삶과 의식세계: 「묵재일기」를 중심으로", 경희대학교 박사학위논문(2012)에서도 같은 취지이고, 김경숙, "16, 17세기 노양처병산법(奴良妻幷産法)과 노비소송", 역사와 현실 통권 68호, 한국역사연구회(2008)에서도 같은 취지이다.

23) 홍유석·이명수, 신탁의 이론과 실무, 43

24) 궁방전(宮房田)은 일명 궁장토(宮庄土)로 불렸는데, 후비·황자대군·왕자군·공주·옹주 등의 궁방에 소요되는 경비와, 죽은 뒤의 제사 비용을 위하여 지급된 토지를 말한다. 1808년(순조 8)의 <만기요람>에는 유토와 무토로 구분되어 기록되어 있는데, 유토면세와 무토면세의 2가지가 있어 유토면세는 일정한 토지의 관할권과 수조권을 아울러 소유한 것으로 공전에 속했으며, 무토면세는 일정한 땅의 수조권만을 가진 것으로 사전에 속했으나 다 같이 면세되었다. 1894년(고종 31) 갑오개혁으로 면세의 특권과 무토면세전이 폐지되고 궁방소유지도 투탁 점탈이 분명한 것 외에는 궁내부로 이관하여 국유지로 편입되었다고 한다(박준성 글. Daum 백과사전에서 '궁방전'으로 검색)

25) 심희기, "조선후기 토지소유에 관한 연구 -국가지주설과 공동체소유설 비판-", 서울대학교 박사학위논문(1991), 42

26) Naver 국어사전 (2014. 10. 10. 방문)

27) 정약용 저/다산연구회 역, 목민심서, 창비(2000. 10. 전자책), 257. 隱結 餘結 歲增月衍 官結 屯結 歲增月衍 而原田之 稅于公者 歲減月縮 將若之何 {은결(隱結)이나 여결(餘結)은 달마다 해마다 증가하며 궁결(宮結=궁장토)이나 둔결(屯結)도 해마다 달마다 증가하여 나라에 세금을 바치는 원전(原田)은 달마다 해마다 줄어드니 이를 장차 어찌할 것인가}

이유가 없었을 것이며[28], 이처럼 투탁제도는 당시 토지소유자나 이를 투탁받는 궁방에게 유리한 점이 있었고, 또한 이를 직접 경작하는 소작인은 부역이 면제되어[29] 모두에게 유리하였기 때문에 날로 성행하여 자신의 논밭을 궁방에 투탁하는 풍조가 조선말엽에 이르기까지 계속되었다고 한다[30].

조선시대에 있어서 투탁제도가 이처럼 그 말엽까지 성행하게 된 것은 ㉠ 관사 또는 세도가들에게 자기 땅을 부당하게 빼앗기지 않을 수 있었고 ㉡ 조세를 포탈할 수 있음은 물론 잡역을 면제받을 수 있었으며 ㉢ 자기 토지가 궁장토에 편입되면 그 처분절차가 복잡하여지므로 못된 자손들이 마음대로 처분하는 것을 막을 수 있었고 ㉣ 불법으로 남의 땅을 빼앗은 자가 뒷날 진정한 소유자에게 되돌려 주는 것을 면할 수 있었으며 ㉤ 궁방으로부터 나누어 받은 땅을 다시 돌려주지 않기 위한 방편이기도 하였고 ㉥ 주인이 없거나 분명하지 않은 땅을 개간한 자가 뒷날 진정한 토지소유자에게 그 땅을 빼앗기지 않을 수 있었기 때문이라고 한다[31]. 이처럼 투탁제도의 지속은 도장[32]자격이 세습적인 신분처럼 인정받음으로써 그 지위를 공공연하게 매매하는 폐단이 생겼는바, 한편으로는 궁장토 증가로 인한 국고수입 감소로 국가에서는 수차 투탁금지령을 내렸지만 좀처럼 없어지지 아니하고 궁방과 토지소유자 사이에서 매매를 빙자하여 은밀히 투탁하는 일이 많아져 실상 투탁금지령은 효과가 없었으나, 고종 31년(1894년)에 궁장토에 대한 면세혜택을 폐지하

---

28) 張亨龍, 韓國信託法槪論, 有信堂(1991), 23

29) 김성필, "신탁법리의 사법적 체계화에 관한 연구", 33

30) 김성필, 위 논문, 33; 하승완, "부동산실권리자명의등기에관한법률의 연구", 19

31) 張亨龍, 韓國信託法槪論, 24~5; 은행신탁연구회 편, 신탁용어사전, 은행계(1998), 235~7 (http://www.gbhwang.pe.kr/St-word/G-ta/%C5%F5%C5%B9.html 참조. 2015. 3. 28. 방문)

32) 투탁도장(投託導掌)은 공역(公役)을 면하기 위하여 자기 땅을 궁방전(宮房田)에 등록하고 그 땅을 관리하던 도장을 말하는바, 지주는 재산보전의 한 방법으로서, 유력한 궁방에 그 토지를 궁장토에 편입하여 줄 것을 청탁하고, 허가를 얻어 표면에는 흡사 궁장토와 같이 가장하고 진정한 소유자인 지주는 궁방에 대하여 근소한 궁세만을 납부하였는데, 지주 자신은 궁방의 사용인, 즉 도장으로 임명되었다. 은행신탁연구회 편, 신탁용어사전, 237
투탁도장 이외의 도장{작도장(作導掌), 납가도장(納價導掌), 역가도장(役價導掌) 등}이 있었으나 투탁도장처럼 소유권을 주장할 수는 없었던 것으로 보인다. 이영호, "근대전환기 궁장토 소유권의 향방", 한국학연구 24집, 인하대학교 한국학연구소(2011), 161

고, 광무(光武) 11년(1907년) 6월에 궁내부령(宮內部令) 제1호로 도장 제도를 폐지하여, 이에 따라 투탁제도는 점차 소멸되어 갔다고 한다[33].

토지투탁의 효력에 관하여 1912. 12. 18. 정무총감[34] 회답에서는 '구시에 한 私人이 그 소유 토지를 궁가에 투탁한 것은 표면상 궁가의 소유인 것처럼 꾸미는 수단일 뿐이며 소유권이 궁가로 옮기는 것이 아니다. 다만 제3자와의 관계에 있어서는 궁가의 소유임을 부인할 수 없었다.'라고 하였는바[35], 이는 후술하는 명의신탁의 법률관계와 같다고 볼 수 있다.

2. 종중재산 관리제도

이도 근대적인 신탁제도에 유사한 것으로, 종중은 동족 · 동문의 시조를 제사하는 관습을 지켜왔는데, 조상의 제사 비용 마련을 위하여 소유하는 특정의 재산을 종중재산 또는 문중재산이라고 불렀는데, 이러한 종중재산은 종산과 위토가 대부분이고, 토지공부인 토지대장에는 보통 'OO문중' 또는 'OO종중'이라고 쓰지만, 때로는 그 문중이나 종중을 대표하는 유사(有司) 또는 문장(門長) 등 개인의 명의로 하는 경우도 있었다고 한다[36]. 즉 그 재산은 사실상 그 종중 또는 문중의 공동소유에 속하지만, 공부상에는 유사나 문장의 개인소유로 등기되고, 관리도 그 유사나 문장이 담당하지만, 자기의 개인적인 이익을 위해서가 아니고 종중이나 문중을 위해서 행하여지며, 그 이익도 종중이나 문중을 위해 사용되었고, 이는 현재의 부동산명의신탁의 일종으로 볼 수 있다고 한다[37].

3. 노복(奴僕) 명의에 의한 토지소유관리제도

---

33) 양선아, "18 · 19세기 도장 경영지에서 궁방과 도장의 관계", 한국학연구 36집, 고려대학교 한국학연구소(2011. 3. 30.), 168; 은행신탁연구회 편, 신탁용어사전, 237; 천관우, 近世朝鮮史硏究, 一潮閣(1979), 244; 하승완, 위 논문, 20

34) 조선총독부의 직위로, 조선 총독의 아래에서 군사통수권을 제외한 행정, 사법을 통괄하던 직책으로, 전신은 한국통감부의 부통감이다.

35) 박병호, "현대의 소송과 고문서", 고문서연구 19권, 한국고문서학회(2001), 49 이하

36) 張亨龍, 韓國信託法槪論, 25: 홍유석 · 이명수, 신탁의 이론과 실무, 43

37) 張亨龍, 위 책, 26: 홍유석 · 이명수, 위 책, 43

조선시대의 양반들은 사농공상의 신분제 의식이 강하였기 때문에, 직접 자기의 명의로 토지를 매매하는 것을 꺼려하여 일종의 계약서인 문기(文記)[38]에 표시하는 것을 기피하는 독특한 관습이 있었다고 한다[39]. 즉 매매 기타의 계약에 있어서 문기를 노비의 명의로 작성하는 것으로 매도인은 노비의 명의로 매도하며, 매수인도 노비를 소유하는 자는 노비의 명의로 매수하는 것이어서, 문기상에 표시되는 매도인, 매수인은 모택노모(某宅奴某) 혹은 노모(奴某)로 표시되어 일견 노비가 계약당사자로 되어 그 토지가옥도 문기상의 매도인인 노비의 소유처럼 보이고 소유자로 되는 자도 문기상의 매수인인 노비인 것처럼 보이지만 실제 계약당사자는 문기상의 노비가 아니라 그 주인인 상전이었는바, 이와 같은 계약은 매도인이 '배지(牌旨)'[40]라고 하는 위임장 유사의 지찰(紙札)을 노비에게 교부하여 이 배지를 근거로 계약을 체결하는 것이라 한다[41]. 배지는 그 문언내용에 의하면 마치 매도 권한을 부여한 위임장과 같이 보이나 노비는 그 권한을 가지지 않고 다만 이를 제시하여 매수인을 구하며, 매수인이 있을 때에는 배지를 교부하고 이를 주인에게 보고하여 주인의 승낙을 얻어서 방매문기를 작성하여 계약을 체결하였다고 한다[42]. 즉 배지는 권한 위임 문서가 아니라 권한 대행 문서라 할 수 있다. 朝高判 1909(隆熙 3年 民上 第63號). 9. 3.은 '배지(牌旨)는 매매

---

38) 매매나 상속 등으로 인한 소유권의 이전에 있어서 그 권리의 이전이 합법적이고 진실한 것임을 증명하는 방법이 바로 문기(文記)의 작성이다. 우병창, "조선시대에 있어서의 재판법 연구", 고려대학교 박사학위논문(1995), 258; 김성욱, "조선시대의 토지사유제도에 관한 고찰", 집합건물법학 9집, 한국집합건물법학회(2012. 6.), 171

39) 박병호, 韓國法制史攷, 법문사(1974), 19~20; 박병호, 한국법제사, 민속원(2012), 317; 張亨龍, 위 책, 26

40) 한자로는 패지로 읽히나 한글로는 배지, 배자 등으로 지칭되었다고 한다(Naver 지식백과 한국민족문화대백과 '패지(牌旨)' 참조). 배지는 패자(牌子)의 이두로 조선시대 양반들이 전답, 노비 등을 매매할 때 본인이 직접 현장에 가지 않고 주로 심복 노비에게 거래를 위임하였다. 이와 같이 상전이 토지, 노비, 가옥 등의 거래임무를 맡겼음을 상대방에게 알리기 위해 노비에게 주는 문서가 패지이다. 패지를 받은 노비는 상전의 뜻을 받들어 원매인(願賣人)을 찾아 매매계약서를 작성하고 매물가를 받아 상전에게 드리게 된다. http://211.57.113.105/sch/p_museum/full.cgi?v_db=1&v_doc_no=00120936&v_list=0&v_kw_str=D2:DI%20AND%20(%C1%B6%BC%B1%20AND%20(A4:%B7%C1%B8%BB%BC%B1%C3%CA%20OR%20A4:%C1%B6%BC%B1 참조 (국가문화유산종합정보서비스 통합검색. 2015. 3. 28. 방문)

41) 박병호, 韓國法制史攷, 19

42) 박병호, 韓國法制史攷, 19

의 유인장(誘引狀)에 지나지 않아 매매의 신청서나 예약서 또는 매매의 대리위임장이 아니고, 배지(牌旨) 발행자가 매수의 의사표시에 대하여 승낙, 즉 매각의 의사표시를 함으로써 매매계약이 성립하게 된다.'고 하였다[43]. 이러한 관습의 근원은 정확히 알 수 없으나 허례형식적(虛禮形式的)이고 거래행위를 천시하던 사상의 결과로 보이며, 심한 경우에는 배지의 형식으로 토지를 매도하는 관습도 있었다고 한다[44].

III. 일제 강점기

위에서 살펴본 외국의 제도는 우리의 명의신탁과는 비슷한 점이 있으나 동일하다고 보기는 어렵다. 위 투탁제도가 명의신탁 유사한 법현상이고, 명의신탁 유사의 법현상은 조선시대에 관습적으로 인정된 것으로 보이지만[45], 실질적으로 명의신탁 이론이 형성된 것은 일제 강점기 이후 토지조사사업을 하면서 발생한 사정(査定) 명의인과 실질적인 소유자의 불일치에서 기인하였다고 봄이 일반적이다[46]. 이에 관하여 살펴본다.

---

43) 조선고등법원민사·형사판결록 1卷 35; 박병호, 韓國法制史攷, 18~9. 이하 조선고등법원 판결은 http://jkd.scourt.go.kr/JO/main/index.jsp 참조(조선고등법원판결록 인터넷 사이트, 2015. 4. 25. 방문)

44) 박병호, 韓國法制史攷, 20. 이러한 경우는 오늘날 부동산관리처분신탁과 유사하다고 볼 수도 있다는 견해도 있다. 홍유석·이명수, 신탁의 이론과 실무, 43

45) 후술하는 朝高判 1916(大正 5年 民上 第205號). 11. 24. (각주 64)

46) 곽윤직·김재형, 물권법, 박영사(2015), 125 이하; 김상용, "신탁의 담보방법으로의 활용방안", 한국민법의 새로운 전개: 고상룡교수 고희기념논문집, 법문사(2012), 310 각주 1; 목영준, "부동산실권리자명의등기에관한법률상 법률관계의 효력", 인권과 정의 261호, 대한변호사협회(1998. 5.), 90; 배병일, "대법원 판례에서의 유사 종중", 가족법연구 20권 2호, 한국가족법학회(2006. 9.), 248~9; 송오식, "계약명의신탁에서 명의수탁자의 처분행위와 불법행위 성립 여부", 法學論叢 34輯 1號, 전남대학교 법학연구소(2014), 295 각주 1; 양창수, "부동산실명법 제4조에 의한 명의신탁의 효력 -소위 등기명의신탁을 중심으로-", 서울대학교 법학 38권 1호, 서울대학교 법학연구소(1997), 83{양창수, "부동산실명법 제4조에 의한 명의신탁의 효력 -소위 등기명의신탁을 중심으로-", 민법연구 5권, 박영사(2005), 117}; 정기웅, "종중재산과 명의신탁", 현대민법의 과제와 전망: 남송 한봉희박사화갑기념논문집, 밀알(1994), 890; 주석 민법 [물권 (2)], 한국사법행정학회(2011), 414(권오창 집필)

1. 토지조사사업의 실시

일제 강점기 하에서 조선총독부는 근대적 토지소유권제도를 확립하기 위해서[47] 1912. 3. 18. 조선부동산등기령[48]을 제정하였으나 당시 아직 부동산대장이 없었기 때문에 등기제도를 곧 실시할 수 없게 되자 그 시행을 연기하고, 토지조사와 임야조사에 착수하였고[49], 그리하여 1912(大正 元年). 8. 13. 토지조사령, 1918(大正 7年). 5. 1. 임야조사령을 실시하여, 이에 따라 토지 · 임야의 소유권자에게 토지 · 임야를 관련 기관에 신고하도록 하였다.

즉 토지조사령 제4조는 "토지의 소유자는 조선총독이 지정하는 기간 내에 그 주소, 씨명 또는 명칭 및 소유지의 주소, 지목, 자번호, 사표(四標), 등급, 지적, 결수를 임시토지조사국장에게 신고해야 한다."고 규정하고[50], 임야조사령 제3조는 "임야의 소유자는 도장관이 정한 기간 내에 씨명 또는 명칭, 주소 및 임야의 소재, 지적을 부윤(府尹) 또는 면장에게 신고해야 한다."고 규정하고 있었다[51].

이 때 토지, 임야의 조사(調査) · 사정(査定) 과정에서, 토지나 임야가 개인의 소유인 경우는 문제가 되지 않았으나 종중 소유의 토지나 임야에 관하여 법인격 없는 사단인 종중 명의로 등기하는 방법이 없었고, 1912. 3. 18. 제정된 조선민사령[52]에서도 이에 관한 규정을 두지 않았기 때문에, 일종의 편법으로 종손 또는 종중의 덕망 있는 유력한 1인 또는 수인의 종중원 명의로 사정을 받아, 그 사람의 명의로 등기를 하게 되었다고 한다[53]. 그런데 그와 같이 할 경우 그 1인 또는 수인이

---

47) 일반적으로는 토지조사사업에 의하여 근대적 토지소유권제도가 확립되었다고 말하지만, 보다 정확히 말하자면, 종래의 토지소유권이 1912. 조선민사령이라는 근대법의 이름으로 확인된 것에 불과하다는 유력한 견해가 있다. 박병호, 한국법제사, 300

48) http://theme.archives.go.kr/next/gazette/listKeywordSearch.do (관보 사이트 참조. 2015. 5. 20. 방문) 조선총독부관보 호외(1912. 3. 18.)

49) 김준호, "우리 민법학상의 신탁행위이론에 대한 평가", 債權法에 있어서 自由와 責任: 金亨培教授華甲記念論文集, 박영사(1994), 204

50) 조선총독부관보 제12호. 위 관보 사이트 참조

51) 조선총독부관보 호외(1918. 5. 1.). 위 관보 사이트 참조

52) 조선총독부관보 호외(1912. 3. 18.). 위 관보 사이트 참조

53) 주석 민법 [물권 (2)], 414(권오창 집필); 이호규, "한국 전통사회에 있어서의 단체적 소유", 서울대학교 석사학위논문(1987), 66; 近江幸治/田炳西, "韓國の登記制度における名義信託と法的規制", 比較法學 29卷 2号, 早稻田大學比較法研究所(1996. 1.), 4

자신 명의로 된 부동산을 임의로 처분하게 되는 문제가 생기게 되었다고 한다[54].

그리하여 그 후 종중재산의 등기방법으로 1930. 10. 23. 조선부동산등기령을 개정하여[55] 제2조의4에서 "종중, 문중 기타 비법인사단이나 재단은 조선총독이 정하는 것에 속한 부동산의 등기에 관하여 그 사단 또는 재단을 등기권리자 또는 등기의무자로 간주한다. 전항의 등기는 그 사단 또는 재단의 이름으로 그 대표자나 관리인이 이를 신청하여야 한다."고 규정하고, 1931. 8. 29. 조선부동산등기령 시행규칙을 개정하여[56] 제42조의2에서 위 사단 또는 재단의 예로 종중과 문중을 들고 있다. 이에 따라 종중재산은 이러한 개정령 이후에는 종중 명의로 등기하는 것이 가능해졌고[57], 종중원의 1인 또는 수인의 명의로 등기하여 괄호를 붙여 종중재산으로 표시하는 것도 가능하게 되었다고 한다[58].

그 개정에 의해 종래 종중재산을 종중원 명의로 사정을 받아 등기한 경우, 위 개정령 실시 후 그 재산을 종중재산으로 회복시키기 위하여, 소유권이전등기(등기의 회복)를 청구할 필요가 생겼으나, 이러한 개정 등기절차에 관하여 알지 못하는 사람도 많았기 때문에 종중재산을 종중원 개인 명의로 신탁하여 등기하여 놓거나, 또는 알더라도 종래의 종중원 명의등기의 회복절차의 번거로움 때문에 그대로 방치하는 경우도 많았다고 한다[59].

위와 같은 토지조사사업에 따른 토지 사정 과정에서 법령상의 기간 내에 신고를 미필한 자는 원칙적으로 토지소유권이 부정되고 사정(査定) 명의인이 소유자로 인정되었으나[60], 이를 무조건 관철할 경우 발생

54) 정기웅, "종중에 관한 법적 고찰(하)", 사법행정 35권 8호, 한국사법행정학회(1994. 8.), 34

55) 조선총독부관보 제1142호. 위 관보 사이트 참조

56) 조선총독부관보 제1396호. 위 관보 사이트 참조

57) 이에 따라 李門中, 金門中, 忠臣派門中 등의 등기가 이루어졌다 한다. 허규 · 노종상 · 이태훈, "종중 · 종중재산에 관한 제고찰 -연혁적 · 실무적-", 사법논집 제4집, 법원행정처(1973), 49

58) 허규 · 노종상 · 이태훈, "종중 · 종중재산에 관한 제고찰 -연혁적 · 실무적-", 49; 近江幸治/田炳西, "韓國の登記制度における名義信託と法的規制", 5

59) 近江幸治/田炳西, "韓國の登記制度における名義信託と法的規制", 5

60) 대법원 1986. 6. 10. 선고 84다카1773 전원합의체 판결; 이우석, "토지조사사업에 의한 소유권확정과 판결의 저촉", 영남법학 10권 2호, 영남대학교 출판부(2004), 107; 한

할 수 있는 부작용 때문에 중간적인 해결방법으로써, 외부적 관계에서는 사정 명의인을 소유자로, 내부적 관계에서는 실질관계에 따라 명의인이 아니라 실질적 권리자를 소유자로 인정하는 것이 타당하다고 생각하였을 것이라고 추측된다[61].

이에 따라 종중재산에 관하여 종중원 개인 명의의 소유권등기에 관한 문제를 처리하기 위하여 생성·발전된 것이 명의신탁이라고 한다[62].

이렇게 명의자와 실질적인 소유자가 다른 경우의 법률관계에 관하여 조선고등법원에서 어떻게 판단하였는지에 관하여 살펴본다.

2. 조선고등법원 판례

일제 강점기하에서 최고법원이라 할 조선고등법원은 명의신탁과 유사한 법률관계를 인정하였는데, 다만 명의신탁이라는 용어를 언급한 판결은 없고 그 대신 '신탁행위', '신탁적으로 ... 양도', '신탁계약', '신탁관계' 등의 용어를 사용하였다.

• 朝高判 1912(大正 元年 民上 第6號). 10. 29.[63]

舊韓國의 法律에 의하면 信託行爲에 의하여 受託者는 信託者 이외의 者에 대하여 信託者의 承諾을 얻지 않고서는 目的物을 處分하지 않는다는 債務負擔下에 所有權을 取得하고 그 후 위 債務에 違背하여 目的物을 第3者에게 讓渡한 경우에도 讓受人이 善意인 때에는 완전히 그 所

상호, "토지조사부에 소유자로 등재된 사실과 사정의 추정 여부", 대법원 판례해설 5호, 법원도서관(1986), 19 이하; 이에 대하여 사정은 종래의 소유권을 재확인한 것일 뿐으로 사정을 통해 소유권을 원시취득하는 것은 아니라는 견해로 박병호, 한국법제사, 300 및 윤진수, "토지 및 임야 사정의 법적 성격 -원시취득론 비판-", 서울대학교 법학 53권 1호, 서울대학교 법학연구소(2012), 630~1

61) 강봉수, "명의신탁에 있어서 내부적 소유권의 의미", 민사재판의 제문제 5권, 한국사법행정학회(1989), 64~5; 이우석, "토지조사사업에 의한 소유권확정과 판결의 저촉", 109; 나아가 일제 강점기 하에서 일제에 저항할 수 있었던 인적결합체였던 종중에 대하여, 종중 소유의 토지를 종중으로부터 신탁받은 자가 악의의 제3자에게 처분하더라도 제3자에게 소유권 귀속을 긍정함으로써 일제의 저항세력인 종중을 약화시킬 목적도 있었을 것이라는 견해도 있다. 김상용, "신탁의 담보방법으로의 활용방안", 310

62) 近江幸治/田炳西, "韓國の登記制度における名義信託と法的規制", 5

63) 조선고등법원민사·형사판결록 2卷 43; 이 판결이 대법원 판례로 형성된 명의신탁제도의 기원이라는 입장으로, 김형수, "부동산실명등기법률에 대한 연구", 덕암 김병대교수 화갑 기념논문, 대흥기획(1998), 143

有權을 取得하는 것이다.

• 朝高判 1916(大正 5年 民上 第205號). 11. 24.[64]

甲이 乙의 承諾을 얻어서 乙 所有의 土地에 대하여 表面上의 所有者로 된 行爲는 일종의 信託行爲이며 信託者와 受託者와의 內部關係에서는 所有權移轉의 效果가 생기지 않는다고 하여도 第3者에 대한 外部關係에 있어서는 表面上의 所有者는 眞正한 所有者로 看做되어야 하며 이러한 信託行爲는 朝鮮民事令 施行前이라 하여도 條理에 基한 法則으로서 朝鮮에서 行하여져 온 것이다.

• 朝高判 1917(大正 6年 民上 第38號). 3. 31.[65]

토지의 소유자였던 자가 일단 그 권리를 신탁적으로 타인에게 양도하고 그 타인으로 하여금 토지의 사정을 받도록 하여 그 사정이 확정되고 난 후 다시 그 권리를 이전 받기로 약정하는 것은 전혀 공공질서와 선량한 풍속에 반하는 것이 아니다.

• 朝高判 1917(大正 6年 民上 第234號). 11. 13.[66]

信託行爲에 있어서는 信託者와 受託者와의 內部關係에 있어서는 所有權移轉의 效果가 생기지 않으나 第3者에 대한 外部關係에 있어서는 表面上의 所有者는 眞正한 所有者로 看做되어야 하는 것이며 第3者가 表面上의 所有者인 受託者로부터 信託의 目的인 物件을 買受한 경우에 信託의 事實을 了知하고 있느냐의 與否에 불구하고 第3者는 완전히 그 所有權을 取得하는 것이다.

• 朝高判 1918(大正 7年 民上 第60號). 5. 7.[67]

信託行爲에 있어서는 當事者 사이에서는 通常 所有權移轉의 效果가 생기지 않으나 外部關係에 있어서는 그 移轉의 效果가 생긴다. 第3者의

64) 조선고등법원판결록 3卷 856
65) 조선고등법원민사판결록 4卷 251
66) 조선고등법원민사판결록 4卷 956. 위 朝高判 1912(大正 1). 10. 29.와 달리 선의, 악의를 묻지 않고 제3자가 유효하게 소유권을 취득한다고 판단하였다.
67) 조선고등법원민사판결록 5卷 365

입장에서 이를 본다면 信託者는 所有者가 아니고 受託者가 언제나 所有者로 인정되어야 하는 것이기 때문에 信託者가 信託行爲의 目的인 不動産을 第3者에게 賣渡한 때에는 그 賣買는 반드시 無效로 되는 것은 아니라 하여도 信託者가 受託者에게 移轉한 所有權을 回復해서 이를 第3者에게 移轉하지 않는 限 당연히 所有權移轉의 效果를 생기게 하는 것은 아니다.

• 朝高判 1918(大正 7年 民上 第144號). 6. 11.[68]

信託行爲에 있어서 當事者 사이에 있어서는 所有權移轉의 效果를 발생시키지 않는 것을 通例로 하나 外部關係에 있어서는 언제나 그 移轉의 效果를 발생시키는 것이다. 受託者로부터 權利를 取得한 者이냐 아니냐를 묻지 않고서 受託者 이외의 者에 대하여 所有權을 主張하려면 信託者가 受託者에게 移轉한 所有權을 回復한 후가 아니면 이를 主張하지 못하는 것이다.

• 朝高判 1919(大正 8年 刑上 第7號). 2. 3.[69]

보통의 賣渡抵當[70]의 계약이 있는 경우에 채권자가 변제기 전에 그 목적물을 처분하거나 변제의 제공이 있음에도 불구하고 이를 수취하지 아니하고 그 목적물을 처분한 때에는, 자기가 점유하는 타인의 물건을 횡령한 죄를 구성하고 그 처벌을 면할 수 없다.

• 朝高判 1922(大正 11年 刑上 第26號). 3. 16.[71]

---

68) 조선고등법원민사판결록 5卷 507

69) 조선고등법원형사판결록 6卷 45

70) 위 판결에서 매도저당에 관하여 "소위 매도저당(賣渡抵當)이라는 것은 당사자 간에 소유권을 이전할 의사표시를 하지만 그 소유권이전의 효과에 제한을 가하고, 이에 의하여 채권담보의 목적을 달성하려고 하는 것이므로, 그 소유권이전은 채권담보의 목적을 수행함에 필요한 범위 내에서 효력이 발생하는 것으로서, 특별한 의사표시가 없는 한 제3자에 대한 외부관계에서는 소유권이전의 효과가 발생하지만, 당사자 간의 내부관계에서는 소유권이전의 효과가 발생하지 아니하고 소유권은 여전히 설정자에게 존재하며, 단지 변제기에 이르러 변제를 하지 아니할 때 비로소 채권자는 담보의 목적을 달성하기 위하여 외부관계에서 이전된 소유권에 기하여 그 목적물을 처분하여 변제에 충당할 수 있는 권리를 갖는 것에 불과하다."라고 하고 있는바, 이는 명의신탁의 법률관계와 동일하다.

71) 조선고등법원형사판결록 9卷 42

신탁계약에 의해 수신자로 하여금 토지의 査定을 받게 했을 때는 査定 확정과 동시에 일단 수신자의 소유로 확정하더라도 내부관계에서의 소유권은 반대 의사표시가 없는 한 바로 신탁자에 복귀하는 것이다. 그 후 신탁계약을 더 지속하는데 있어서는 외부관계에서의 소유권자는 수신자인 査定名義人이기 때문에 타인과의 사이에 매매계약을 하기 위해서는 수신자인 査定名義人이 이를 해야 함은 물론이지만 신탁계약을 해제하고 내부관계에서의 소유자가 외부관계에서의 소유권도 회복한 후는 신탁자인 자가 이를 해야 하는 것이다. 같은 이가 이를 타인에게 매각할 때는 그 소유권은 당연히 구매자에게 이전한다.

위와 같은 경우에 수신자인 자가 위 소유권 이전의 사실에 따른 등기미필로 여전히 자기의 소유 명의에 있음을 기화로 이를 타인에게 매각한 이상은 횡령죄를 구성한다.

• 朝高判 1929(昭和 4年 刑上 第137號). 1. 27.[72]

賣渡擔保 流抵當 特約附貸借에서 매도담보의 법률관계는 소위 신탁관계의 범주에 속한다. 그 貸借 채무이행기 전에 있어서는 통상 해당 담보 소유권은 의연하게 신탁자인 담보제공자의 소유에 있어 物權 이전의 효과를 발생시키지 않는다(소위 내부관계). 오직 제3자에 대하여 소위 외부관계에서만 수탁자인 채권자에게 소유권이전이 있는 것으로 해석되지만, 그 사이에서 채권자에게 있어서 신탁자 소유의 해당 담보물건을 보관 점유하는 것은 이를 자기를 위한 횡령의 의사를 표현하는 것이다. 그 방법이 기망수단에 의한 것인가 아닌가를 묻지 않고 즉시 횡령죄를 구성하므로 사기죄가 구성되지 않는다.

• 朝高判 1929(昭和 4年 刑上 第26號). 7. 18.[73]

門中의 신탁으로 인하여 임야의 소유자로써 査定을 받아 임야대장상 소유명의인이 된 자가 자기의 채무를 빙자하여 그 임야에 저당권을 설정할 때는 횡령죄를 구성한다.

---

72) 조선고등법원형사판결록 17卷 1
73) 조선고등법원형사판결록 16卷 31

그 외에도 양도담보[74], 채권의 추심을 위한 신탁적 양도[75], 보관 내지 임치를 위한 신탁행위[76], 종중의 합유재산을 종중원 또는 제3자 명의로 하는 신탁[77], 공유부동산을 공유자 중 1인 명의로 하는 신탁행위[78] 등이 인정되고 있었는바, 종중재산의 신탁이나 공유부동산의 신탁과 같이 오늘날 우리가 명의신탁이라고 일컫는 것에 매우 가까운 것이 판례상 인정되고 있었다[79]. 그리고 그 부동산에 대한 수탁자의 매도행위에 대하여는 횡령죄로 의율되었던 점, 수탁자가 기망의 방법으로 그 부동산을 영득한 경우 사기죄가 아니라 횡령죄가 성립하는 것으로 보았던 점, 신탁된 부동산에 대한 저당권설정행위가 횡령죄로 의율되었던 점 등을 알 수 있다.

3. 조선고등법원 판례의 배경

일제 강점기 하 조선고등법원이 최고법원으로서의 지위를 담당하였고, 조선고등법원의 판례는 대체로 당시 일본 大審院 판례와 일본 학설을 따른 것이라 한다[80].

당시 일본 대심원 판례와 일본 학설은 독일의 신탁행위 이론(Treuhandgeschäft oder Das fiduziarische Geschäft)의 영향을 받고 있었고, 독일의 신탁행위 이론은 앞서 본 로마법의 fiducia 개념을 차용하였는바[81], 독일민법은 신탁행위에 관한 규정은 없었으나 현실에서 빈

74) 朝高判 1916(大正 5). 8. 11. (조선고등법원판결록 3卷 684); 朝高判 1918(大正 7). 4. 23. (조선고등법원민사판결록 5卷 311)
75) 朝高判 1916(大正 5). 1. 12. (조선고등법원판결록 3卷 387); 朝高判 1918(大正 7). 4. 23. (조선고등법원민사판결록 5卷 311)
76) 朝高判 1919(大正 8). 10. 14. (조선고등법원민사판결록 6卷 516)
77) 朝高判 1928(昭和 3). 7. 27. (조선고등법원민사판결록 15卷 218); 朝高判 1929(昭和 4). 2. 19. (조선고등법원민사판결록 16卷 21)
78) 朝高判 1915(大正 4). 9. 28. (조선고등법원판결록 3卷 285)
79) 곽윤직, "명의신탁에 관한 판례이론의 연구", 12~13
80) 곽윤직, "명의신탁에 관한 판례이론의 연구", 11
81) Regelsberger, Archiv für die civilistische Praxis 63(1880), 157, 173 {Mark Aschenbrenner, Die Sicherungsübereignung im deutschen, englischen und brasilianischen Recht, Tübingen: Mohr Siebeck, 2014, S. 81 및 Martin Löhnig, Treuhand, Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, S. 24 및 김준호, "우리 민법학상의 신탁행위이론에 대한 평가", 189에서 재인용}

번하게 활용되던 양도담보(Sicherungsübereignung)나 채권 양도담보(Sicherungsabtretung), 채권의 신탁적 양도(Übertragung zur Einziehung)에 대하여 유효성을 인정하고 있었다고 한다[82]. 그 신탁행위 이론의 주된 내용은, i) 신탁자에게 속하는 일정한 권리(소유권, 채권 기타의 권리)가 수탁자에게 이전되는데 이 권리의 이전은 제3자에 대한 관계에 있어서도 완전한 효력이 있는 것이라는 점[83], ii) 권리의 이전에 반드시 신탁자에 대한 수탁자의 일정한 채무가 따르고 이 수탁자의 채무가 신탁행위에 있어서 가장 본질적인 특질을 이룬다는 점, iii) 당사자 사이에 일정한 pactum fiduciae, 즉 신탁계약이 존재하고 신탁자와 수탁자 사이의 대내관계에 있어서 신탁자의 권리를 수탁자에게 이전하는 목적(신탁목적), 그리고 그러한 권리이전에 따르는 수탁자의 여러 권리·의무를 정하는 점(신탁된 목적을 이루는데 필요한 범위 내에서 권능을 행사하여야 하는 의무) 등이라 한다[84].

위 신탁행위 이론은 일본법에 영미법상의 신탁법(trust 제도)이 1922. 도입되기 이전부터 일본 학계에 소개되었고, 아래에서 살펴보는 것처럼 일본 대심원 판결이 이러한 신탁적 양도에 대하여 유효성을 인정하여[85] 외부적 관계에서는 소유권이 이전하지만 내부적 관계에서는 소유권이 이전하지 않는다고 본 것[86]이며, 그에 따라 조선고등법원도 이러한 입장을 따르게 된 것으로 보인다[87]. 일본은 1922. 신탁법이 도입되면서 신탁적 양도의 하나인 양도담보에 관하여 소유권을 대내외적으로 구분하는 입장을 버리고 내·외부적 권리이전 추정설로 견해를 바꾸었으나[88], 당시 우리나라의 경우 토지조사사업에 따라 실질적 권리관

82) 곽윤직, "명의신탁에 관한 판례이론의 연구", 7; 19세기 독일 학계에서 처음에는 매도담보에 해당하는 Sicherungskauf와 양도담보에 해당하는 Sicherungsübereignung는 법제도의 회피 수단인 가장행위(Scheingeschäft)라서 허용될 수 없다는 입장이 강했으나, RG가 이를 허용하는 판결을 하자, 1893. 이후 학계에서도 점차 이를 긍정하게 되었다고 한다. Mark Aschenbrenner, 위 책, S. 12 ff.

83) 김준호, "명의신탁의 본질", 고시계 제42권 제2호(1997. 2.), 44; Kurt Mathews, Treuhandpraxis, ordnungsmäßige Durchführung rechtsgeschäftlicher Treuhandschaften, Neue Wirtschafts-Briefe Verlag, 1985, 1~35

84) 곽윤직, "명의신탁에 관한 판례이론의 연구", 7~8

85) 大審院 1908(明治 41). 12. 7. 判決, 大審院 1916(大正 5). 5. 18. 判決

86) 大審院 1912(明治 45). 7. 8. 判決

87) 곽윤직, "명의신탁에 관한 판례이론의 연구", 10 이하

계가 다른 경우가 발생하고 있었기 때문에 조선고등법원은 소유권을 대내외적으로 구분하는 입장을 그대로 유지하게 된 것으로 추측된다[89].

IV. 대한민국 성립 이후

대한민국이 성립된 후 대법원은 앞의 조선고등법원 판결에 나타난 '신탁행위' 내지 '신탁관계'에 관한 법리를 그대로 유지하면서, 명의신탁이라는 용어를 등장시켰다.

1945. 8. 15. 이후 미 군정은 새로운 입법 대신, 같은 해 11. 2. 군정법령 제21호 제1조에서 기존의 법령의 효력을 존속하는 것으로 규정하였고, 이에 따라 일제 하 조선민사령에 의하여 우리나라에 적용되었던 일본민법 등이 그대로 시행되었으며, 또한 1948. 7. 17. 제헌헌법 제10장 부칙 제100조는 "현행법령은 이 헌법에 저촉되지 아니하는 한 효력을 가진다."라고 규정하여 헌법적 근거까지 마련되었다[90]. 일제 강점기의 조선민사령은 1958. 2. 22. 법률 제471호로 현행 민법이 제정되어 1960. 1. 1. 시행되기 전까지 그 효력을 유지하였고[91], 이에 따라 조선고등법원의 판례도 그대로 유지되었다[92]. 그리고 일제 강점기 하에서의 법관, 변호사 등 법조실무계 종사자가 그대로 유지되는 상황에서

---

88) 大審院 1924(大正 13). 12. 24. 聯合部 判決(권리는 일정한 권리자에 속하거나 속하지 않거나 양자 중 하나임을 원칙으로 하고, 권리가 이해관계인이 다름에 따라 소속이 달라져서 어느 것에 대하여는 갑이 권리자이고 다른 것에 대하여는 을이 권리자라고 하는 것은 이례에 속한다. 당사자가 법률행위를 함에 있어서 이례의 사태는 보통 생기게 하지 않기 때문에, 채권담보를 목적으로 하는 재산권 양도의 경우에 당사자는 혹은 내부관계에서도 외부관계에서도 재산권을 양수인에게 이전하는 의사로 양도하는 일이 있고, 혹은 내부관계에서는 재산권을 이전하지 않고 외부관계에서만 이를 이전할 의사로써 양도하는 일이 있을지라도, 그 어느 것인가에 관하여 당사자의 의사가 명백하지 않은 경우에는 그 의사는 내외 모두 그 재산권을 이전하는 데 있다고 추정하는 것이 상당하다); 강봉수, "명의신탁에 있어서 내부적 소유권의 의미", 65; 권오곤, "명의신탁에 관한 판례의 동향", 민사판례연구 [10], 민사판례연구회(1988), 405; 권오창, "명의신탁이론의 재검토-종래 학설·판례상의 몇 가지 문제점을 중심으로-", 민사판례연구 [23], 민사판례연구회(2001)", 163

89) 강봉수, "명의신탁에 있어서 내부적 소유권의 의미", 64~5

90) 배병일, "계약명의신탁과 부당이득", 민사법연구 13집 2호, 대한민사법학회(2005. 12.), 44

91) 제정 민법 부칙 제27조

92) 곽윤직·김재형, 물권법, 126

대법원이 구성되었는바, 이러한 입법적 기반과 인적 기반으로 인하여 명의신탁 이론은 그대로 유지되었을 가능성도 있다[93].

대법원 1957. 3. 29. 선고 4290형상16 판결은 귀속재산임대차관계에 있어 명의신탁에 관하여 "귀속재산임대차계약에 있어서 타인의 명의로 신탁하야 계약한 경우에 신탁당사자 간의 내부적 관계는 별론이라 할 것이나 외부적 관계 즉 피고 관재국에 대한 관계에 있어서는 계약당사자는 언제까지나 명의인인 임차인이요 신탁인이 아니라 할 것이므로" 라고 판단하여, 명의신탁의 법률관계에 대하여 언급을 하였다[94]. 그 후 대법원 1964. 12. 29. 선고 64다1176 판결은, "원심은 적법한 증거에 의하여 피고 갑의 원고에 대한 채권 10만 원을 담보하기 위하여 원고 소유의 본건 부동산 위에 저당권설정등기를 하려고 등기에 필요한 서류를 사법서사에게 주어 등기절차를 밟도록 하였으나 사법서사의 착오로 같은 피고 앞으로 소유권이전등기를 하였으나 후에 원고가 피고 을로부터 금원을 차용함에 있어 원·피고들의 합의로 피고 갑 명의의 등기의 효력을 인정하고 본건 부동산 위에 저당권설정등기를 하고 이어서 원판결 판시와 같은 경위로 매매가 성립되고 원고와 피고 두 사람의 합의로서 피고 갑 명의로부터 피고 을 명의로 직접 소유권이전등기가 경료된 사실을 적법히 확정하였음이 명백하다. 비록 당초의 피고 갑 명의로 한 소유권이전등기가 등기원인 없는 무효의 등기라 하더라도 진정한 소유자인 원고가 후일 갑 명의의 등기를 유효한 것으로 인정하여 관계 당사자 사이에 적법한 거래관계를 성립시키고 진정한 권리자의 현재의 권리관계에 부합되는 등기를 경유한 때에는 위 일련의 등기를 무효시할 것이 아니고 현재의 진정한 권리자의 권리에 부합하는 등기는 유효한 등기로 보아야 할 것임은 물론 원래 등기원인 없던 등기도 일종의 명의신탁 등기로 못 볼 바 아니므로 그 등기의 무효 내지 말소를 주장할 수 없다고 해석하는 것이 정당하므로 반대의 법률적 견해로 무효등기가 유효한 등기로 전환될 수 없다든가 기타 원심의 적법한 사실인정을 다투

93) 배병일, "계약명의신탁과 부당이득", 45

94) 대법원 판단에서 명시적으로 명의신탁을 언급하지는 않았으나, 상고이유에는 명의신탁임을 전제하는 주장이 있으므로, 대법원의 '신탁'이라는 판단은 '명의신탁'을 의미한다고 볼 수 있다.

는 상고 논지는 이유 없다."라고 판단하고 있다. 명의신탁의 개념을 다룬 판결들은 그 이전에도 있었으나[95], 보다 개념을 명확하게 다룬 판결은 위 대법원 판결이라 할 수 있다[96].

즉 조선고등법원 판례에 의하여 전개된 명의신탁에 관한 이론은, 대법원에서 그대로 유지되었다고 볼 수 있다.

V. 명의신탁제도에 대한 평가

우리나라의 명의신탁제도가 외래에서 유입된 제도인지, 아니면 우리 고유의 제도로서 형성된 것인지에 관하여는 의견이 나뉠 수 있을 것으로 보인다. 앞서 살펴본 것처럼, 독일법에서의 신탁행위의 이론이 일본을 통하여 우리 법해석에 영향을 미쳤고 이것이 우리의 명의신탁에 관한 판례이론의 형성에 영향을 미쳤을 것임은 부정하기 어려울 것이다[97].

그러나 인간은 이기적 동물이므로[98], 어느 사회에서는 공인되어 있는 제도 이용 의무를 회피하여 자신의 이익을 꾀하려는 행위는 존재하였을 것이다. 우리나라의 투탁제도나 노복 명의 소유권관리제도는, 재산상 이익이나 명예를 위하여 토지의 실제 소유자가 자신을 감추려는 시도로

---

95) 위 대법원 판결 이전부터 명의신탁이라는 용어가 하급심 판결에 등장하고 있었다. 서울고등법원 1955. 10. 26. 선고 4288민공84 판결, 대구고등법원 1957. 6. 19. 선고 4289민공139 판결, 서울고등법원 1957. 12. 28. 선고 4290민공753, 754 판결, 부산지방법원 1963. 5. 29. 선고 62나408 판결 등. 이 중 위 4290민공753, 754 판결은 "분배농지의 등기명의자가 명의신탁에 의한 권리자에 불과하다 하더라도 제3자의 선·악의에 불구하고 대외적으로는 그 소유권이 수탁자인 등기명의인에게 이전되는 것이므로, 위 분배농지의 실체적 소유권자는 수탁자로부터 분배농지를 매수한 제3자에게 대항할 수 없다."라고 하여 명의신탁의 외부적 법률관계에 관하여 명시적으로 판단하고 있다.

96) 김상수, "명의신탁의 연혁에 관하여", 토지법학 26-2호, 한국토지법학회(2010. 12.), 82; 명의신탁이라는 용어를 사용한 대법원 판결은 그 이전에도 있었으나(대법원 1955. 3. 10. 선고 4287민상252 판결, 대법원 1963. 5. 9. 선고 63다72 판결), 그 개념에 대한 언급은 없었다.

97) 곽윤직, "명의신탁에 관한 판례이론의 연구", 10~14; 김상수, 위 논문, 96 이하; 김준호, "우리 민법학상의 신탁행위이론에 대한 평가", 197

98) 리차드 도킨슨 저/홍영남 역, 이기적 유전자, 을유문화사(1993), 47~8; 김혜경, "진화생물학적 관점에서 바라본 형사법체계", 대법원 형사법연구회 2014. 9. 27. '학제적 관점에서 바라본 형사법' 발표자료, 122

파악할 수 있다. 이는 비단 우리나라에서만 고유한 현상이었다고는 생각되지 않는다. 따라서 명의신탁이라는 법현상의 해석에 외국법의 영향이 없었다고 단정할 수는 없지만, 그렇다고 전적으로 외국법의 영향에 의한 것이라고 생각되지는 않는다. 즉 명의신탁 제도는 외국의 제도가 도입된 것이 아니라 종래부터 존재하여 오던 우리의 제도에 대하여 외국법의 해석방법이 가미된 것이라고 생각된다.

제3절 명의신탁과 유사한 제도

I. 신탁법상의 신탁

신탁법 제2조는 「이 법에서 “신탁”이란 신탁을 설정하는 자(이하 “위탁자”라 한다)와 신탁을 인수하는 자(이하 “수탁자”라 한다) 간의 신임관계에 기하여 위탁자가 수탁자에게 특정의 재산(영업이나 저작재산권의 일부를 포함한다)을 이전하거나 담보권의 설정 또는 그 밖의 처분을 하고 수탁자로 하여금 일정한 자(이하 “수익자”라 한다)의 이익 또는 특정의 목적을 위하여 그 재산의 관리, 처분, 운용, 개발, 그 밖에 신탁 목적의 달성을 위하여 필요한 행위를 하게 하는 법률관계를 말한다.」라고 규정하고 있다. 가령 토지소유자가 부동산신탁회사에 토지를 신탁하고 부동산신탁회사가 수탁자로서 신탁된 토지상에 건물을 신축하거나 택지를 조성하는 등 적절한 개발행위를 한 후 토지 및 지상건물을 일체로 분양 또는 임대하여 그 수입에서 신탁회사의 투입비용을 회수하고 수익자에게 수익을 교부하는 취지의 계약은 신탁법상의 신탁계약이다[99].

일본의 신탁법상 신탁에는 능동신탁과 수동신탁이 있는데, 수동신탁은 수탁자에게 재산권의 명의가 이전된 채 수탁자가 적극적으로 행위할 권리의무를 갖지 않는 신탁인바, 수동신탁에 관해 수탁자에게 처분권이 있는지 없는지에 따라서, 수익자가 신탁재산에 관해 각종의 행위를 하는 것을 수탁자가 용인해야 할 의무를 부담하는 것을 명의신탁이라고 하고, 수탁자가 수익자 등의 지도에 따라 철저하게 스스로 관리·처분하는 것을 협의의 수동신탁이라고 한다[100]. 다만 위 명의신탁의 유효성을 긍정할 수 있는가에 대하여, 신탁법상 신탁 개념은 신탁재산의 관리·처분권한이 수탁자에게 이전되는 것이라는 점에서 학계에서 강한 비판이 있다고 한다[101].

---

99) 대법원 2006. 6. 9. 선고 2004다24557 판결. 달리 특별한 약정이 없는 한 토지소유자와 부동산신탁회사 사이의 동업계약으로 볼 것은 아니라고 한다.

100) 岡田孝介, “信託財産に對する受益者の處分權と名義信託”, (詳解)信託判例, 金融財政事情研究所(2015), 63~4

명의신탁은 목적물에 대한 처분권한은 신탁자에게 남아 있고 명의만이 수탁자에게 이전된다는 점에서, 원칙적으로 신탁목적을 위하여 신탁목적물의 사용·처분권한이 수탁자에게 이전되는 신탁행위와는 차이가 있다[102].

II. 명의대여

넓은 의미로 자기의 성명 또는 상호를 사용하여 영업을 할 것을 타인에게 허락하는 것을 의미한다(상법 제24조). 이는 원래 거래소의 거래원이 그 영업명의를 거래원이 아닌 자에게 빌려 주어 그 이름으로 거래소에서 거래를 하게 하는 상관습에서 유래하는 것으로[103], 상법상 외관주의(Rechtsscheintheorie) 내지 금반언의 원칙에 기초하여 거래의 안전을 보호하려는 제도이고, 그에 반하여 명의신탁은 소유명의만을 제3자에게 이전하는 것이다.

즉 명의대여는 명의, 곧 자신의 성명이나 상호를 타인이 사용할 것을 허락한 것으로 명의대여자의 재산권 이전이 수반되지 아니하지만, 명의신탁은 대외적으로 신탁자의 재산권이 수탁자에게 이전된다는 점에 그 차이가 있다.

III. 기타

어떠한 법률관계를 명의신탁으로 볼 것인가 여부는 과징금이나 이행강제금(부동산실명법 제5조, 제6조)의 부과와 관련하여 현실에서 상당히 문제된다[104]. 따라서 어떠한 법률관계를 명의신탁으로 볼 것인지가 문제되는 경우를 살펴본다.

---

101) 大審院 1938(昭和 13). 9. 21. 判決은 "신탁재산에 대한 신탁이익 전부의 수익자에게 당해 신탁재산의 처분권을 부여하는 신탁행위는 유효하다."라고 판단하였으나, 이에 대하여는 비판이 강하다고 한다. 岡田孝介, 위 논문, 67

102) 김준호, "명의신탁의 본질", 42

103) 양승규, "명의대여자의 책임", 고시연구(1976. 12.), 149~150

104) 대법원 2012. 4. 26. 선고 2011두26626 판결 등

1. 내적 조합

내적 조합(Innengesellschaft)이란 당사자 사이의 내적 관계에서는 조합관계가 있지만 대외적 행위는 당사자 전원 내지 조합 자체의 이름으로 하는 것이 아니라 조합원 1인 또는 조합원으로부터 위임을 받은 제3자의 명의로 하는 것으로, 대외적으로는 조합관계가 나타나지 않는 형태의 법률관계를 말한다[105].

이 경우 대내관계에 있어서는 민법상 조합의 이론이 그대로 적용되어도 무방하나, 조합재산이라는 것이 없기 때문에 한 조합원의 출자는 대외적으로는 타조합원이나 제3자에게 명의신탁된 것으로 본다[106]. 따라서 내적 조합에 있어서 조합원 중 한 사람이 조합재산 처분으로 얻은 대금을 임의로 소비한 경우 횡령죄가 성립한다[107]. 그러나 이에 대하여 조합의 재산은 합유뿐만 아니라 공유나 조합원의 단독소유로도 보유될 수 있기 때문에 이러한 법률관계를 명의신탁으로 볼 것은 아니라는 견해[108]도 유력하고, 이에 따라 민법 제704조 규정이 개정될 여지도 없지 않은 것으로 보인다[109]. 그와 같이 개정된다면 내적 조합의 법률관계에 관하여 명의신탁 법리가 적용될 수는 없을 것이다.

---

105) 민법주해 [XVI] 채권 (9), 박영사(2001), 22(김재형 집필); Bamberger/Roth, Beck'scher Online-Kommentar BGB, 2015, §705 Rn. 159; Susanne Hierl/Steffen Huber, Rechtsformen und Rechtsformwahl: Recht, Steuern, Beratung, 1. Aufl., Wiesbaden: Gabler, 2008, S. 31

106) 대법원, 2006. 4. 13. 선고 2003다25256 판결; 이상원, "내적 조합과 민법 제713조의 유추적용 여부", 대법원판례해설 2호, 법원도서관(1988), 23; 김학준, "수인이 부동산을 공동으로 매수하면서 매수인 명의를 그 중 1인으로 한 경우의 법률관계", 대법원판례해설 62호(2006 상), 법원도서관(2006), 99 이하

107) 대법원 2011. 11. 24. 선고 2010도5014 판결

108) 내적 조합은 법현실에서 매우 다양한 외관을 갖는다(Bamberger/Roth, a.a.O., Rn. 161). 가령 스위스나 독일의 입법은 조합의 재산 소유관계를 합유에 한정하지 않는다. 최수정, "조합재산에 관한 민법개정 방향 -합유와 조합의 사무집행 방법을 중심으로-", 민사법학 62호, 한국민사법학회(2013. 3.), 19~20

109) 윤진수, "공동소유에 관한 민법 개정안", 민사법학 68호, 한국민사법학회(2014. 9.), 143~6. 현행 민법 제704조를 강행규정으로 보아 위 2003다25256 판결과 같이 판단할 필요가 없다고 하면서, 현행 민법 제704조는 "조합원의 출자 기타 조합재산은 조합원의 합유로 한다."고 규정하고 있으나, 법무부 민법개정위원회의 실무위원회 개정안은 다른 형태의 소유관계를 전제로 "다른 약정이 없으면 조합원의 출자 그 밖의 조합재산은 조합원의 합유로 한다."라는 것이다.

2. 비전형계약

목적물에 대한 사용·수익·처분권한(특히 처분권한)이 전적으로 신탁자에게 귀속되고 명의만이 수탁자에게 있는 경우에는 대체적으로 명의신탁이라고 볼 것이다[110]. 그런데 사용·수익권한과 처분권한이 분리되는 경우는 어떻게 볼 것인가? 가령 갑과 을이 상호 절반씩의 비용을 부담하여 토지를 매입하고 그 지상에 건물을 신축한 후(혹은 토지 소유자인 갑은 토지만을 제공하고 건물 신축 비용은 을이 전적으로 부담한 후) 부동산의 소유권 등기는 갑의 명의로 하여 처분권한은 갑이 보유하기로 하고 건물 신축 후 일정기간 동안 그 건물의 사용·수익권한(가령 상가 운영 등)은 전적으로 을이 보유하기로 하며(가령 갑과 을 사이의 임대차계약이나 전세권설정 등으로) 갑은 그 기간 동안 을의 권리행사를 방해하지 않으며 그 기간이 경과되었을 경우 부동산에 관한 사용·수익권한이 갑에게 이전되는 계약을 체결하였을 경우, 이를 명의신탁이라고 볼 것인가? 이러한 형태의 계약을 명의신탁으로 볼 것인지 아니면 비전형계약으로서 유효한 신탁행위로 볼 것인지는, 그 약정이 당사자들이 이루려고 하는 특정한 경제적 목적의 달성을 위한 것인지 아니면 단순한 등기명의의 이전에 그 중점이 있는지[111](즉 조세를 포탈하거나 법령에 의한 제한을 회피할 목적이 있던 것인지, 그리하여 명의자에 대한 신탁자의 등기이전 요구가 내적 구속력을 갖는지) 여부를 기준으로 판단하여야 할 것이므로, 이러한 경우를 명의신탁으로 볼 것은 아니라고 생각된다. 명의신탁과 명의신탁이 아닌 비전형계약의 구별에 관하여는 민사법적 연구가 보다 필요할 것으로 생각된다.

---

110) 권오창, "계약명의신탁의 법률관계에 관한 고찰(하) -부동산실권리자명의등기에관한법률 제4조 제2항 단서의 해석을 중심으로-", 법조 48권 6호(1999. 6.), 106; 목영준, "부동산실권리자명의등기에관한법률상 법률관계의 효력", 93

111) 권오창, "계약명의신탁의 법률관계에 관한 고찰(하)", 106

제4절 문제제기 및 검토의 순서

I. 부동산 명의신탁 관련 범죄행위의 특수성

1. 형식주의와 의사주의

물권변동의 효력이 이를 목적으로 하는 법률행위만으로 생기지 아니하고 등기나 인도와 같은 공시방법을 갖추어야 비로소 물권변동의 효력이 생기는 입법주의를 형식주의라고 한다[112]. 민법 제186조는 "부동산에 관한 법률행위로 인한 물권의 득실변경은 등기하여야 그 효력이 생긴다."고 규정하고, 제188조 제1항은 "동산에 관한 물권의 양도는 그 동산을 인도하여야 효력이 생긴다."고 규정하고 있다. 형식주의에서는 공시방법을 갖추지 않는 한 제3자에 대한 관계에서뿐만 아니라 당사자 사이에서도 물권변동의 효력이 생기지 아니한다[113]. 우리나라와 독일이 이러한 입법주의에 속한다. 이에 반하여 물권변동의 효력이 이를 목적으로 하는 법률행위만으로 생기는 입법주의, 즉 공시방법이 갖추어지지 않더라도 곧 물권변동의 효력이 생기도록 하는 입법주의를 의사주의라고 한다[114]. 프랑스나 일본이 이러한 입법주의에 속한다. 우리도 현행 민법이 제정 · 시행 전에는 의사주의를 따르고 있었다[115]. 의사주의에서 공시방법은 제3자에 대한 대항요건으로 기능한다.

양 입법주의의 차이는, 가령 당사자 사이에 매매계약이 있은 후에 공시방법이 갖추어지기 전까지 사이에 소유권이 누구에게 있는가의 문제, 따라서 이 시기에 물건의 매도인이 처음 법률행위를 한 매수인이 아닌 제3자에게 공시방법을 갖추어 물건을 양도하였을 경우에 어떠한 책임을 부담하는가와 관련된다. 형식주의에 의하면, 여전히 소유권은 매도인에게 있으므로 횡령죄는 성립될 수 없고 배임죄의 성립 여부만이 문제될 것이지만, 의사주의에 의하면 소유권은 이미 매수인에게 이전된

112) 김증한 · 김학동, 물권법, 박영사(1997), 40
113) 곽윤직 · 김재형, 물권법, 45
114) 곽윤직 · 김재형, 물권법, 45; 김증한 · 김학동, 물권법, 40
115) 곽윤직 · 김재형, 물권법, 48

상태이기 때문에 매도인은 횡령죄의 죄책을 부담하게 된다[116].

그런데 명의신탁의 법리를 적용할 경우, 대외적인 소유관계와 대내적 소유관계를 분리하여 관찰하여, 대내적 소유관계를 기초로 하여 형사책임을 부담시킨다. 이는 형식주의를 취하는 법제와는 괴리를 발생시킨다.

2. 각국의 등기제도와 공신력

등기의 공신력에 관한 각국의 태도를 살펴보면 다음과 같다[117].

구분		아시아	유럽	북미	기타
공신력 인정	형식주의	중국, 대만, 싱가폴, 말레이시아, 인도(예정)	영국, 스코틀랜드, 덴마크, 핀란드, 노르웨이, 아일랜드, 크로아티아, 헝가리, 세르비아, 오스트리아, 독일, 폴란드, 스위스, 몬테니그로, 네덜란드	미국 일부 주, 캐나다	호주, 뉴질랜드, 터키
	의사주의		스페인, 스웨덴, 불가리아		
공신력 부정	형식주의	우리나라			
	의사주의	일본	프랑스, 벨기에, 룩셈부르크, 이탈리아, 포르투갈, 아이슬란드	미국의 다수 주	

등기에 공신력이 있을 경우 등기가 있는 곳에 소유권이 있게 된다[118]. 따라서 명의신탁 약정이 있다고 하더라도, 원칙적으로 명의수탁자에게 소유권이 귀속되게 될 것이다. 그런데 우리나라는 다수의 입법례와 다르게 형식주의를 취하면서도 공신력을 인정하지 않고 있다. 등기를 물권행위의 효력발생요건이 아니라 물권변동의 효력발생요건으로 규정하고 있을 뿐이다[119]. 즉 등기에 의한 물권변동이 있더라도 채권행

116) 의사주의를 택한 일본에서는 매매대금을 모두 지급한 상태에서 매도인이 제3자에게 부동산을 다시 매도할 경우 매도인은 횡령죄로 처벌된다. 上嶌一高, “不動産の二重賣買と横領”, 別冊 ジュリスト 143號 {刑法判例百選 Ⅱ 各論 [第4版]}, 有斐閣(1997. 5.), 110

117) 권영준, “등기의 공신력”, 법조 통권 661호(2011. 10.), 35

118) 독일의 경우 등기관에게 물권행위에 대한 실질적 심사권을 부여하고 있음에 반하여 우리의 경우에는 형식적 심사권만을 인정하고 있기 때문에(대법원 2010. 3. 8.자 2006마571 전원합의체 결정), 물권행위에 따른 등기 자체에 공신력을 인정하기 어렵다. 우리 법제에서도 등기관에게 형식적 심사권 이상이 인정될 수 있다는 주장에 관하여 구연모, 부동산등기의 진정성 보장 연구, 경인문화사(2014), 211~4 참조

119) 황태윤, “이중매매와 횡령죄”, 전북대학교 법학연구 제39호(2013. 9.), 134

위가 무효라서 물권행위가 무효라면[120], 등기명의인에게 반드시 소유권이 있다고 보지 아니한다. 이러한 점도 우리에게 고유한 법현상인 명의신탁의 한 유인이 되었을 수 있을 것이라 생각된다[121]. 명의수탁자에게 소유권이전등기가 경료되어 있더라도 명의신탁 약정의 해지 내지 해제에 의하여 채권행위를 무효화시키면 등기도 무효로 되기 때문이다. 만약 채권행위가 무효로 된다고 하더라도 그로 인하여 당연히 등기도 무효로 되지 않는 법제였다면(즉 채권행위와 물권행위를 무인적 관계에 두고, 등기에 공신력을 인정하는 장치를 갖추었다면), 명의신탁 등기는 그리 많이 행해지지 않았을 것이다[122].

3. 명의신탁과 외국제도 비교

가. 독일의 경우

독일의 경우 등기에 공신력이 인정되기 때문에 등기에 의하여 소유권의 이전이 확정적으로 이루어지므로, 우리나라의 명의신탁과 같이 대내적으로 신탁자에게 소유권이 유보된다는 개념이 존재할 수 없다.

앞서 살펴본 것처럼 독일에 신탁행위 이론이 존재하기는 하지만 그 내용은 신탁자의 일정한 권리(소유권, 채권 기타 권리)가 수탁자에게 이전하고, 그 이전은 제3자에 대한 관계에 있어서도 완전한 효력이 있으나, 수탁자는 신탁자에 대하여 일정한 채무(신탁된 목적을 이루는데

120) 채권행위와 물권행위 사이의 관계에 관하여 無因性說과 有因性說의 대립이 있는바, 유인성설에 의할 경우 채권행위가 무효일 경우 물권행위도 무효가 되고, 따라서 등기가 이루어져 있더라도 그 등기는 무효의 등기가 된다. 무인성설과 유인성설의 대립에 관하여 곽윤직 · 김재형, 물권법, 58~67 참조

121) 부동산실명법 제정 당시 공청회에 참석한 토론자들 중 최명근 교수와 이동명 판사는 부동산실명제 실시에 찬성하면서, 이와 함께 장기적으로는 등기에 공신력을 부여하는 계획이 함께 수립되어야 한다는 의견을 밝혔다. 부동산실명법 해설, 재정경제원(1995. 4.), 103

122) 부동산실명법 제정 과정에서도 부동산등기 실질심사제도를 도입하여 부동산등기와 실권리관계를 완전히 일치시키는 것이 명의신탁 등 부동산등기제도를 악용한 탈법 등 사례를 근절할 수 있는 가장 효과적인 방법으로 보았으나, 연간 부동산 등기건수에 비하여 실질적 심사를 할 수 있는 인원이 부족할 뿐만 아니라 부동산등기에 공신력을 인정함으로써 발생할 수 있는 피해에 대한 국가배상 또는 보험제도 도입이 선행되어야 하는 등의 문제 때문에, 실질심사제도는 장기적인 과제로 추진하기로 하였다고 한다. 부동산실명법 해설, 113

필요한 범위 내에서 권능을 행사하여야 하는 의무)를 부담한다는 것으로[123], 우리나라의 명의신탁과 그 내용이 다르다.

나. 일본의 경우

일본 대심원은 소유권이전의 형식을 취하는 양도담보를 처음에는 허위표시라 하여 무효라고 하였으나[124], 얼마 지나지 않아 이를 신탁적 행위로서 유효하다고 보았고[125], 그 후로는 이러한 태도를 확립하였다[126]. 학설도 판례를 지지하고 있다[127]. 한편 위의 양도담보보다도 먼저 나타났던 추심을 위한 채권의 신탁적 양도라는 거래계의 관행에 대하여서도 독일의 신탁행위 이론에 입각하여 그 유효성을 인정하고 있고[128], 학설도 그 유효성을 인정하였다[129]. 일본의 판례는 寄託(임치)의 목적으로 토지의 소유권을 양도하고, 본인이 청구 즉시 언제라도 반

---

123) 곽윤직, "명의신탁에 관한 판례이론의 연구", 7

124) 大審院 1906(明治 39). 10. 10. 判決 (매매명의를 가장하여 토지를 저당한 경우 매매는 무효이다); 일본 판례는 매매명의를 가장하여 토지를 저당한 것을 매도저당이라고 표현하는바(필자 주: 매도저당에 관하여는 아래 각주 참조), 大審院 1933(昭和 8). 4. 26. 判決에서 '채권담보의 목적으로 재산권을 이전하는 방법에는, 채무를 존속시키면서 담보를 위해 재산권을 양도하는 방법과, 매매의 형식을 취해 채무를 소멸시키는 방법이 있고, 전자는 (좁은 의미의) 양도담보, 후자를 매도담보라고 칭할 수 있다'라고 하기 전까지는 두 개념을 포섭하였던 것(넓은 의미의 양도담보)으로 이해된다. 양자의 구분은 당시 독일의 Sicherungskauf와 Sicherungsübereignung이라는 개념 구분을 위 1933. 判決시 일본의 前田直之助 판사가 차용한 것이다. 문흥안, "매도담보「개념」을 재론함", 민사재판의 제문제: 송천이시윤박사화갑기념 (상), 민사실무연구회(1995), 177~8.

125) 大審院 1912(明治 45). 7. 8. 判決 (신탁행위는 공서양속에 반하지 않는 유효한 법률행위이다. 당사자간 토지의 양도가, 채권의 담보 외, 양수인이 양도인을 위하여 은행으로부터 금전을 차용하는 것 내지 채권자의 압류를 면하려는 것을 목적으로 하는 경우, 원심이 일면 신탁적 양도로서 유효하고, 일면 허위표시로서 무효라고 한 것은 조리에 반하지만, 어느 경우에 있어서도 당사자간에 있어서는 소유권은 양도인에게 존재한다고 하는 점은 정당하다. 채권담보를 위하여 신탁적으로 소유권을 이전한 것은, 허위표시가 아니다. 賣渡抵當에 있어서는, 소유권은 외부관계에 있어서는 채권자에게 이전하여도, 내부관계에 있어서는 이전되지 않는 것으로 해석된다)

126) 大審院 1916(大正 5). 9. 20. 判決 (당사자간에 있어서도 소유권이전의 효과를 발생시킬 목적으로 한 신탁매매는, 민법 345조의 금지규정의 적용을 피하기 위한 부정행위가 아니다. 매도저당에 있어서는, 소유권은 외부관계에 있어서는 채권자에게 이전하여도, 내부관계에 있어서는 이전하지 않는다고 해석된다)

127) 注釋民法(9) 物權(4), 有斐閣(1965), 323

128) 大審院 1908(明治 41). 12. 7. 判決; 大審院 1916(大正 5). 5. 18. 判決

129) 注釋民法(3) 總則(3), 有斐閣(1973), 160; 注釋民法(11) 債權(2), 有斐閣(1965), 346~7; 곽윤직, "명의신탁에 관한 판례이론의 연구", 10

환하여 본인 또는 그가 지정하는 사람의 명의로 이전등기를 하는 약정을 하고, 매매에 의한 이전등기를 경료한 경우 신탁적 양도로 허위표시가 아니라서 유효하다고 판시하고 있고[130], 그 밖에 회사의 임원으로서의 자격을 부여하기 위한 주식의 양도에 후일 그 주식을 반환하는 것이 약속되어 있다고 하여도, 양도가 가장이라고는 할 수 없고 유효하다고 한다[131].

그러나 위 양도담보는 단지 명의만을 이전하는 것이 아니라 위탁자와 수탁자 사이의 약정에 의하여 물건 내지 권리에 대한 처분권한도 수탁자에게 이전한다는 점에서 명의신탁과 차이를 갖는다.

우리의 명의신탁과 같은 형태의 법률행위에 관하여 일본은 무효라고 보았는바, 가령 갑으로부터 가옥을 매수한 을이, 병에게 그 소유권을 이전할 의사가 없음에도 불구하고, 갑으로부터 병 명의로 소유권이전등기를 한 것을 승인한 때는, 일본민법 제94조 제2항을 유추하여, 을은 병이 소유권을 취득하지 않았다는 것을 가지고 선의의 제3자에 대항할 수 없다고 판단하였다[132].

결국 일본의 양도담보는 우리 대법원이 인정하는 명의신탁과는 다른 것이며, 일본에서는 우리의 명의신탁에 상당하는 것이 일반적으로 인정되어 있지는 않다고 한다[133].

II. 부동산 명의신탁의 현실에서의 문제점

우리나라에서 부동산 명의신탁은 주로 각종의 탈법행위라는 불미스러운 목적에 이용되는 것으로 보인다[134]. 이에 관하여는 실증적인 통계가

---

130) 大審院 1920(大正 9). 4. 19. 判決 (토지의 공유자들이 관리의 필요상 그 중 2인에게 소유권을 양도하고, 제3자에 대해서는 소유자와 동일한 권리를 행사할 수 있는 권한을 부여하는 것은, 공서양속에 반하지 않는다); 大審院 1937(昭和 12). 12. 28. 判決

131) 最高裁 1949(昭和 24). 6. 4. 判決

132) 最高裁 1954(昭和 29). 8. 20. 判決; 이러한 취지는 最高裁 1962(昭和 37). 9. 14. 判決, 最高裁 1966(昭和 41). 3. 18. 判決에서도 반복되었다. 이는 대외적 관계에서 소유권을 취득한다고 보는 우리의 명의신탁 법리와 달리, 그 소유권이전등기가 무효라고 판단한 것이다. 김상수, "명의신탁의 연혁에 관하여", 94~5

133) 곽윤직, "명의신탁에 관한 판례이론의 연구", 10

134) 곽윤직 · 김재형, 물권법, 126~7; 부동산실명법 해설, 재정경제원(1995. 4.) 책자의 겉

뒷받침될 수는 없으므로, 분명하게 말할 수는 없다. 그러나 쉬운 추측으로, 일가구일주택의 양도세 혜택이나 자경농지 감면제도 등이 존재하는 현행 제도 하에서, 일가구일주택자나 자경농이라면 굳이 타인의 명의를 이용하여 부동산을 거래하려 하지는 않을 것이다. 오히려 위와 같은 상황보다 더 많은 재산을 보유하여 토지세제에 있어 불이익을 받을 가능성이 있거나, 혹은 채권자로부터 강제집행을 당할 수 있는 위험을 갖고 있는 채무자의 경우, 타인의 이름을 빌려 그러한 불이익 내지 위험으로부터 벗어나고자 하는 동기를 갖게 될 것이다. 즉 현실적으로 부동산명의신탁이 탈세 · 부동산투기 · 강제집행의 면탈 등을 위해서가 아닌 다른 의도로 행해지는 경우는 거의 찾아보기 힘들다[135]고 단언해도 무방할 것이다.

III. 부동산실명법의 제정배경

부동산실명법이 제정된 것도 이러한 측면에 주목한 것이다. 부동산 부문에 있어 정부는 토지세제의 개선, 토지 종합전산망의 가동 등 부동산 투기억제를 위한 조치를 취하여 왔으나, 부동산의 명의신탁자들이 정부가 부과하는 토지정책 관련 의무는 회피하면서 필요한 경우에는 언제든지 부동산에 관한 권리를 행사할 수 있었기 때문에 부동산거래 관행으로 널리 이용되어 온 부동산 명의신탁이 정부의 정책 실효성을 떨어뜨렸다[136]. 특히 신탁자가 계약당사자로 나타나지 아니하는 계약명의신탁의 경우 기업이 부동산을 취득함에 있어 공법적 규제를 회피하는 탈세 · 부동산투기 등의 수단으로 이용되어 왔다[137]. 명의신탁 등으로 재산은닉이나 조세포탈행위를 할 경우 이는 강제집행면탈죄나 조세포탈

표지를 보면 “재산은닉, 투기 · 탈세”라는 문구와 “부동산실명제”를 대비시켜 놓고 있다. 물론 전적으로 또는 거의 전적으로 위법한 목적을 달성하는 수단으로 사용되는 것은 아닐 것이지만{양창수, “명의신탁에 대한 규율 재고 -부동산실명법 시행 5년의 평가와 반성-”, 민법연구 제6권, 박영사(2007), 175}, 높은 비율이 그러한 의도로 사용됨은 부정하기 어려울 것이다.

135) 박종원, “부동산명의신탁에 관한 판례의 동향”, 민사법학 28호, 한국사법행정학회(2005. 6.), 246

136) 부동산실명법 해설, 5

137) 손재영, “부동산실명제와 기업활동”, 국토연구 166권, 국토연구원(1995. 8.), 24

죄로 처벌되고[138], 또한 증여의제에 의한 세금 부과 등의 제재가 가해졌으며[139], 부동산등기특별조치법에 의하여도 처벌하도록 되어 있었다. 그러나 이와 같이 처벌을 위주로 한 규제는 실효성이 떨어진다는 판단에 따라 명의신탁의 사법적 효력을 아예 부인하는 것을 기본방향으로 하여 입법이 추진되었다[140].

IV. 민사적 법률관계와 형사적 법률관계의 통일성을 전제한 고찰: 민사적 법률관계 검토 후 형사적 법률관계 검토

법질서의 통일성과 형법의 독자성에 관하여는 여러 부분에서 문제된다[141]. 이 글에서 다루고자 하는 명의신탁 관련한 형사범죄의 성립에

---

138) 외국에서도 강제집행면탈행위{일본형법 제96조; 독일형법 제288조; 미국 18 U.S. Code § 152 (Concealment of assets; false oaths and claims; bribery)}나 조세포탈행위{일본 所得税法(最終改正 2015. 3. 31. 法律 第9号) 第283條 第1項, 法人税法(最終改正 2015. 3. 31. 法律 第9号) 第159條 第1項, 相續税法(最終改正 2015. 3. 31. 法律 第9号) 第68條 第1項, 消費税法(最終改正 2015. 3. 31. 法律 第9号) 第64條 第1項, 酒税法(最終改正 2013. 12. 13. 法律 第103号) 第55條 第1項 등. 특징적인 것은 조세포탈행위에 관하여 독일은 우리의 조세범처벌법과 마찬가지로 하나의 법률에서 조세포탈행위를 규제하지만, 일본은 개별 법률에 산재되어 있다는 것이다. 구상진, "조세포탈죄에 관한 연구", 고려법학 49호, 고려대학교 법학연구원(2007. 11.), 514; 堀田力, "租税ほ脱犯をめぐる諸問題(三)", 法曹時報 22巻 6號(1970. 6.), 1123(45); 독일 조세기본법(Abgabenordnung. 2014. 12. 22.) 제370조(Steuerhinterziehung). 독일민법 §117의 가장행위(Scheingeschäft)로 감추어진 행위(verdeckte Geschäft)는 조세포탈죄로 처벌될 수 있다(Klein, Abgabenordnung, 12. Aufl., München: C.H.Beck, 2014, §370 Rn. 360; Michael Jaensch, Grundzüge des Bürgerlichen Rechts: mit 63 Fällen und Lösungen, Heldelberg: C.F.Müller, 2012, S. 90); 미국 26 U.S. Code § 7201 (Attempt to evade or defeat tax)}를 형사적으로 규제하고 있다.
일본 법령 http://law.e-gov.go.jp/cgi-bin/strsearch.cgi (2015. 6. 25. 방문), 미국 법령 http://www.justice.gov/usam/criminal-resource-manual-841-concealment-property-18-usc-1521 및 https://www.law.cornell.edu/uscode/text/ (같은 날 방문), 독일 법령 beck-online 참조.

139) 상속세 및 증여세법상 조세 회피 목적의 명의신탁을 증여 의제하여 증여세를 부과하는 것에 대하여 평등원칙이나 과잉금지원칙 등 위배 여부 관련하여 위헌 논란이 있어 왔으나 헌법재판소는 합헌으로 보고 있다. 헌법재판소 2013. 9. 26. 선고 2012헌바259 결정, 헌법재판소 2004. 11. 25. 선고 2002헌바66 결정, 헌법재판소 1998. 4. 30. 선고 96헌바87 결정 등

140) 부동산실명법 해설, 7

있어서 형법의 독자성을 강조할 것인가[142], 법질서의 통일성을 강조할 것인가에 따라 그 결론이 달라질 수 있다. 특히 명의신탁을 무효라고 규정하고 있는 부동산실명법 관련하여, 형법의 독자성을 강조할 경우 부동산실명법의 존재는 별다른 의미를 갖지 못할 것이나, 형법의 독자성보다 법질서의 통일성을 우선할 경우 부동산실명법의 해석은 범죄성립 여부를 결정함에 있어 중요한 역할을 하게 될 것이다[143].

민사법체계와 형사법체계는 서로 별개의 법체계가 아니다. 모두 전체 법질서의 일부를 구성하고 있다. 각각 고유의 영역이 존재할 수는 있을 것이지만, 전체를 아우르는 해석원칙은 지켜져야 한다. 즉 재산범죄에 있어서는 기본적으로 민사적 법률관계에 따라 형사적 법률관계를 살펴보는 것이 타당할 것이다. 죄형법정주의라고 할 때 "법"의 의미는, 성문법률로서 형식적 의미의 법률을 말하는바[144], 이는 형법만을 의미한다고 볼 수는 없다. 형법 해석의 전제가 되는 법영역에 관하여는 그 법영역의 해석을 따르는 것이 타당하고, 그 법영역도 "법"에 해당한다고 보아야 할 것이다. 법체계의 흠결이 발생할 수 있는 영역에 불가피하게 형법이 보충적으로 독자성의 입장에서 그 역할을 담당하는 것이 타당하다. 즉 형법의 독자성이 인정될 수 있다고 하더라도, 일반적인 법률관

---

141) 변종필, "해석근거로서의 '법질서의 통일성'과 '형법의 독자성'", 형법해석과 논증, 세창출판사(2012), 218 이하

142) Hans-Jürgen Bruns는 1938. 교수자격논문 말미에서, "법적 해석과 형법 이외의 법률에서의 개념을 변경하는 경우에, 건전한 국민감정을 최상의 원칙으로 취급해야 한다"고 하여 형법 해석에 있어 민법학자적 사고로부터의 해방을 주장하였고("Die Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken, Beiträge zu einer selbständigen, spezifisch strafrechtlichen Auslegung- und Begriffsbildungsmethodik", Berlin 1938, S. 332), 이는 나치 법학자의 모토로 사용되고 민족재판소장(Volksgerichtshofsvorsitzenden) Freisler에 의하여 처음 인용되었다고 한다. http://www.humboldt-forum-recht.de/druckansicht/druckansicht.php?artikelid=79 참조 (2015. 3. 26. 방문); Klaus Lüderssen, "Die Wiederkehr der Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken - eine Warnung", FS-Ernst Walter Hanack zum 70. Geburtstag(Part 2), de Gruyter(1999), S. 490
그러나 현재 이러한 견해를 전적으로 취하는 학설이나 판례는 전혀 없다고 할 수 있다. 조병선, "독일환경형법의 이론체계 (하) -새로운 환경형법이론의 시도와 한계-", 인권과 정의 215호, 대한변호사협회(1994), 97

143) 박달현, "명의신탁부동산의 임의처분과 형사책임", 경영법률 17집 4호, 한국경영법률학회(2007), 429~430; 박달현, "부동산실명법의 시행과 부동산명의신탁의 형사법적 문제점 검토", 비교형사법연구 6권 2호, 한국비교형사법학회(2004), 113

144) 신동운, 형법총론, 법문사(2015), 22

계를 논할 때에는 법질서의 통일성 관점에서 민사적 법률관계를 원칙적으로 전제하여 살펴야 할 것이다. 형법의 임무는 법을 창조하는 것이 아니라 법을 보호하는 것이고, 다만 형법이 보호할 수 있는 이익, 곧 법익이라는 개념을 형법은 창조할 수 있는 것이다[145]. 이에 따라 형법의 법익보호가 필요하지 않은 영역에 대하여는, 민사적 구제가 가능하더라도, 형법의 독자성 입장에서 형법의 적용은 배제될 수 있는 것이다[146].

이하에서의 논의도 민사적 법률관계를 전제하여 살펴보도록 한다.

V. 검토의 순서: 부동산명의신탁 관련한 법률적인 문제, 동산명의신탁 관련한 법률적인 문제

먼저 부동산명의신탁 관련한 법률적인 문제를 살펴본다. 특히 명의신탁을 민법상 무효라고 규정한 부동산실명법이 시행된 지 약 20년이 된 상황에서 부동산실명법에서 금지하는 명의신탁 관계에 있어서 수탁자의 부동산 처분과 관련한 법적 문제에 관하여 살펴본다. 부동산실명법 제정 이전부터 현재까지, 민·형사 판례의 축적이 많이 이루어졌으므로, 판례를 중심으로 살펴보되, 양자간 명의신탁, 중간생략등기형 명의신탁, 계약명의신탁으로 대별하여 부동산실명법에서 금지된 명의신탁 약정의 명의수탁자의 처분행위가 범죄를 구성하는지, 구성한다면 어떠한 범죄를 구성하는지에 관하여 살펴본다. 근본적으로는, 부동산실명법이 금지하는 명의신탁 약정에 기초한 신뢰관계가 형사법적으로 보호할 가치가 있는 것인지에 관하여 살펴본다.

그리고 명의신탁된 물건[147]에 관하여 어떠한 행위를 하였을 경우 횡

---

145) Ingeborg Puppe, “Anmerkungen zur Befreiung des Strafrechts vom ökonomistischen Denken”, ZIS(2010. 3.), 216 (www.zis-online.com 참조. 2015. 5. 5. 방문)

146) 가령 단순한 채무불이행에 대한 형법의 적용 배제 등

147) 허용되는 동산 및 부동산 명의신탁뿐만 아니라, 허용되지 않는 부동산 명의신탁이라고 하더라도 명의수탁자의 부동산 처분행위가 횡령죄에 해당할 수 있다고 볼 경우, 마찬가지로 문제될 수 있다.

령죄의 미수 내지 기수라고 볼 것인지(미수를 인정할 수 있는지와 인정할 수 있다면 언제 미수가 성립한다고 보아야 하는지와 언제 기수가 성립한다고 보아야 하는지)를 살펴본다. 이에 관하여 대법원 2012. 8. 17. 선고 2011도9113 판결이 있었다.

또한 명의신탁된 부동산에 대하여 수탁자가 신탁자의 의사에 반하여 처분행위를 한 이후 다시 이를 처분하는 행위를 하였을 경우(가령 부동산에 대하여 근저당권을 설정하였다가, 차후 추가로 근저당권을 설정하거나 매도하는 경우), 이러한 후행행위는 처벌 가능하지에 관하여 살펴본다. 이에 관하여는 기존 판례를 변경하는 대법원 2013. 2. 21. 선고 2010도10500 전원합의체 판결이 있었다.

그리고 부동산 외에 예금이나 주식 등에 명의신탁이 이루어지고 있는 것으로 보이는바, 이와 관련한 법률관계도 살펴본다. 특히 예금의 경우 금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률(1993. 8. 13. 금융실명제를 긴급 실시하기 위한 대통령 긴급경제명령의 대체법률로 1997. 12. 31.부터 시행됨. 이하 '금융실명법'이라 한다)이 제정되어 있으므로, 부동산실명법과 마찬가지로 보아야 할 것인지에 관하여 살펴본다.

제3장 부동산 명의신탁의 법률관계

제1절 부동산실명법 제정 이전

I. 민사 법률관계

1. 명의신탁의 유효성

부동산실명법 제정 이전의 판례는 명의신탁이 유효하다는 입장이었으나, 학설은 견해가 대립되고 있었는데 이를 소개하여 보면 다음과 같다.

가. 유효설

먼저 유효설은 명의신탁에 있어서 당사자들의 합의는 외관에 나타난 법적 효과를 부정하는 것이 아니라 내부적으로 신탁자가 소유자이지만 외부적으로 수탁자를 소유자로 나타내기 위하여 소유권이전등기를 하는 것으로, 수탁자는 신탁계약에 반하여 소유권을 행사하지 아니할 채권적 의무를 부담하는 것을 내용으로 하고 있기 때문에 명의신탁은 허위표시가 아니며, 따라서 그 효과는 유효하다고 한다[148].

유효설은 다시 상대적 권리이전설과 절대적 권리이전설로 나뉘는데, 판례는 상대적 권리이전설의 입장이었다. 즉 내부적 소유권과 외부적 소유권을 구분하여 내부적 소유권은 신탁자에게, 외부적 소유권은 수탁자에게 있다는 것으로, 명의신탁은 법률행위를 가장하기 위해서가 아니라 경제적인 목적에 따른 것이라는 견해이고(관계적 내지 상대적 소유권귀속)[149], 절대적 권리이전설은 대내적 소유권과 대외적 소유권의 구

148) 김형수, "부동산실명등기법률에 대한 연구", 134~5; 박혜영, "부동산명의신탁의 형사적 문제점", 검찰 117호, 대검찰청(2006. 12.), 276

149) 대법원 1966. 2. 15. 선고 65다2531 판결, 대법원 1981. 7. 28. 선고 80다1819 판결, 대법원 1987. 3. 10. 선고 85다카2508 판결, 대법원 1988. 2. 9. 선고 87다424 판결, 대법원 1991. 4. 23. 선고 91다6221 판결, 대법원 1993. 6. 8. 선고 92다18634 판결, 대법원 1997. 10. 10. 선고 96다38896 판결, 대법원 2000. 10. 6. 선고 2000다32147 판결

분은 우리나라가 부동산 물권변동에서 취한 형식주의 하에서는 인정될 수 없고, 따라서 수탁자가 완전한 소유자로 채권적 의무만을 신탁자에 대하여 부담한다는 견해이다[150].

나. 무효설

명의신탁은 통정허위표시라서 무효라고 보는 견해이다. 신탁행위의 경우에는 당사자가 일정한 권리변동을 의욕하여 그 의사를 표시하고 있으므로 이를 허위표시라고 할 수 없지만, 명의신탁의 경우에는 당사자들이 어떠한 목적을 위한 외관을 가장적으로 형성하면서 그 외관의 법적 효력을 부인하기로 합의하고 있으므로 허위표시이며 그 효과는 무효라고 한다[151]. 대표적으로 곽윤직 교수는 "이제 信託行爲와 名義信託을 비교해 볼 때에, 信託行爲에서는 當事者가 일정한 權利變動을 效果意思의 內容으로서 表示하고, 當事者는 그 表示된 대로의 權利變動을 意欲한다. 따라서 이때에 그 權利變動이라는 效果를 발생케 하는 法律行爲는 假裝된 外觀上의 行爲는 결코 아니며, 그 法律行爲는 虛僞表示가 아니다. 다만 그 法律行爲에 의하여 表示된 法的 效果와 當事者가 꾀하는 經濟的 目的과의 사이에는 틈이 있게 되어, 當事者가 한 法律行爲를 그들이 달성하려고 꾀하는 經濟的 目的에서 본다면 外觀上의 行爲인 것이 되나, 經濟的인 面을 떠나서 순수한 法律的 面만에서 본다면 그 法律行爲에 있어서는 內心의 效果意思와 表示上의 效果意思는 완전히 一致하고 있는 것이다. 그러므로 그 法律行爲에 의하여 일어나게 되는 權利變動으로 權利名義를 取得한 者(즉 受託者)는 그 權利를 行使할 수 있고, 權利名義를 喪失한 者(즉 信託者)는 그 權利를 行使할 수 있는 可能性을 剝奪당하게 된다. 다만 그 法律行爲의 效果는 그것에 의하여 當事者가 달성하려는 實質的·經濟的 意圖를 위하여서는 필요한 정도를 넘는 것이기 때문에 法律的으로 이를 調節하기 위한 關係(이것이 바로 信託關係에 있어서의 對內關係)를 따로 마련하게 되는 것이다. 위의 설명으

150) 권오창, "명의신탁이론의 재검토", 162~4; 유성준, "부동산실명제에 관한 연구", 건국대학교 행정대학원 석사학위논문(1995), 8~9.

151) 곽윤직, "명의신탁에 관한 판례이론의 연구", 19; 고상룡, "명의신탁과 허위표시", 고시계 통권 310호(1982. 12.), 68~70

로써 信託行爲는 虛僞表示가 아님이 충분히 증명된다고 생각한다. 다음에는 이른바 名義信託에 관하여 보자. 名義信託을 하기 위하여 當事者는 일정한 法律行爲를 하게 되나, 그 法律行爲는 當事者의 어떤 目的을 위한 外觀을 假裝的으로 만들기 위하여 이용되고 있을 뿐이다. 예컨대 甲이 그의 所有不動産을 乙에게 名義信託하기 위하여 賣買契約을 하고 所有權의 移轉登記를 하였다면, 이때의 賣買라는 法律行爲는 그 不動産의 所有權이 마치 乙에게 歸屬하는 것과 같은 外觀을 假裝的으로 만들어내기 위하여 이용하고 있을 뿐이고, 眞正으로 所有權이 乙에게 移轉하는 것을 意欲하고 있지는 않다. 바꾸어 말하면 假裝된 外觀的 行爲인 賣買와 그 履行行爲에 의하여 所有名義者가 된 乙이 그 所有權을 行使할 수 있다는 것과 또한 所有名義를 잃게 된 甲으로부터 所有權을 行使할 機會를 빼앗을 것을 意欲하고 있는 것은 아니다. 뿐만 아니라 그 假裝的으로 만들어낸 外觀의 法的 效力을 否認하는 데 관한 合意(즉 通情)가 當事者 사이에는 있는 것이다. 위의 例에서 甲·乙 사이에는 賣買와 그 履行行爲에 의하여 所有名義를 乙에게 移轉할 뿐이지 乙이 所有權을 取得하는 것은 아니라는 데 서로 合意하고 있는 것이다. 그러기 때문에 甲은 계속 所有權을 行使할 수 있고, 乙은 所有名義는 가지고 있으되 所有權을 行使하지는 못한다. 判例가 名義信託의 定義 가운데서 '對內的 關係에서는 信託者가 所有權을 保有하여 이를 管理·收益하면서……'라고 하고 있는 것은 바로 이 점을 말하는 것이다."라고 설명한다[152].

다. 한정적 유효설

명의신탁이 허위표시로서 무효는 아니지만 수탁자와 제3자 사이의 법률관계에 있어서 악의의 제3자까지 보호되는 것에 비판을 하면서 제기된 견해로, 프랑스법상의 표현소유권설(신탁행위의 법리가 아닌 등기의 외관을 신뢰한 제3자 보호라는 각도에서 표현소유권 개념을 도입하자는 견해)[153]이나 영미법상의 수동신탁설{수동신탁(passive trust)의

152) 곽윤직, "명의신탁에 관한 판례이론의 연구", 19~20
153) 고상룡, "명의신탁론의 재검토 소고", 민법학논총(곽윤직 교수 화갑기념논문집), 박영사(1985), 196; 권오승, 민법특강, 홍문사(1994), 210

법리에 따라 대내외적 관계에서 명의신탁자에게 소유권이 귀속되지만 선의의 제3자는 민법 제108조 제2항을 유추적용하여 보호할 수 있다는 견해}[154] 등이 있었다.

2. 법률관계

판례의 입장인 상대적 권리이전설에 따라 신탁자·수탁자 사이의 법률관계를 살펴본다.

가. 대내적 법률관계

소유권이 신탁자에게 유보된다[155]. 따라서 부동산소유권의 명의신탁의 경우 외부관계에 있어서는 수탁자에게 소유권이 있으나 내부관계에 있어서는 그 신탁계약에 기하여 사정(査定) 및 등기명의인인 수탁자에게 등기 없이도 그 부동산에 대한 실질적인 소유권을 주장할 수 있었다[156].

수탁자는 신탁자와의 명의신탁계약에 따라 신탁재산을 마음대로 처분하지 못하고 그 재산권의 명의를 보존할 의무를 지게 되며, 한편 명의신탁계약이 해지되면 신탁재산을 신탁자에게 반환하고 재산권의 명의를 회복시켜 줄 의무를 부담한다[157]. 수탁자는 원칙적으로 수탁의 이익을 향유하지 못한다[158].

나. 대외적 법률관계

대외적 소유권의 귀속주체는 수탁자가 되며[159], 매매계약의 매수인

---

154) 김상용, "영미신탁법상의 수동신탁법리에 의한 명의신탁이론의 재구성", 판례월보 201호, 판례월보사(1987. 6.), 27

155) 대법원 1965. 5. 18. 선고 65다312 판결

156) 대법원 1982. 11. 23. 선고 81다372 판결

157) 노재관, "명의신탁에 관한 연구", 51

158) 대법원 1983. 7. 12. 선고 83누139 판결 (명의신탁의 수탁자는 원칙적으로 수탁의 이익을 향유하지 못하고 신탁재산에 대한 권리취득이 금지되어 있으나 재산권이전에 관하여 대외적 관계에 있어서는 완전한 권리를 취득하고 유효한 처분행위도 할 수 있으므로 명의신탁에 의하여 부동산을 취득하였다면 지방세법 제110조의 규정에 불구하고 부동산취득세의 과세대상이 된다)

159) 위 65다312 판결, 대법원 1977. 11. 8. 선고 77다1162 판결

명의를 신탁한 경우 신탁자와 수탁자 사이의 관계는 내부적 관계에 불과한 것이고 대외적으로는 명의자인 수탁자가 매매당사자이므로 특별한 약정이 없는 한 신탁 관계의 종료를 이유로 하여 신탁자가 매도인에게 직접 소유권이전등기를 청구할 수 없다[160]. 수탁자는 대외적인 관계에 있어서 완전히 소유자로 행세할 수 있으므로 신탁재산에 대한 처분권한을 다른 사람에게 위임할 수 있다[161]. 또한 매도담보의 목적이 된 부동산을 제3자가 채권자로부터 취득할 경우 그 부동산이 관계당사자들 사이에서 신탁된 부동산이라는 사실을 알고 있었다 하더라도 그 취득행위는 유효하다[162].

II. 형사 법률관계

1. 재산범의 성립 여부

명의신탁 부동산을 수탁자가 처분하였을 경우 횡령죄가 성립하는지 여부에 관하여 판례의 변동이 있었다. 대법원 1970. 8. 31. 선고 70도1434 판결은 “피고인은 본건 부동산에 대한 고유의 지분과 아울러 피해자인 전OO로부터 신탁받은 동인의 지분에 대한 적법한 등기에 의하여 그 부동산을 피고인의 단독명의에 소유권이전등기 및 보존등기를 경료하였다는 것인즉, 위 대지 및 건물은 대외적 관계에 있어서는 피고인의 단독소유라고 할 것이고, 위 피해자가 설사 위 부동산의 실질적인 공유자였다 할지라고 그의 지분을 명의신탁에 의하여 피고인 단독명의로 등기하기를 승낙하고 그 지분에 관한 자신명의로 지분등기를 경료한 바 없는 이상 그를 위 지분에 대한 소유권자라고는 할 수 없는 것인즉 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 것”이라고 하여 횡령죄의 성립을 부정하였다[163]. 그러나 대법원 1971. 6. 22. 선

160) 대법원 1966. 9. 6. 선고 65다1271 판결
161) 대법원 1966. 1. 31. 선고 65다186 판결
162) 대법원 1969. 10. 23. 선고 69다1338 판결
163) 위 판결의 판결 요지는 “명의신탁 받은 부동산을 임의로 처분한 경우에 배임죄를 구

고 71도740 전원합의체 판결[164]은 위 70도1434 판결의 폐기하고 유사 사례에서 횡령죄의 성립을 긍정하였다. 그러나 위 전원합의체 판결에서 반대의견은 "원심 당시와 공소장 변경에 의한 공소사실 중에 적시된 바와 같이 본건 토지가 원래 공소외 1의 소유이었던 것을 동 종중이 피고인 1에게 명의 신탁하여 그의 명의로 소유권 보존등기가 경료된 것이었다 할지라도 그 등기가 경료되어 있는 이상 현행 민법상 그 토지는 대외적 관계에서는 물론 대내적 관계에 있어서도 피고인 1의 소유였다고 할 것(민법은 제187조 소정의 경우에 한하여 등기 없는 소유권을 인정하고 있다)이므로 설사 위 등기명의자인 피고인 1이 피고인 2와 공모하여 그 토지를 공소외 2의 대리인 공소외 3에게 매도하였다 한들 그것은 형법 제355조 제1항 소정의 횡령죄를 구성하는 행위였다

성함은 별론으로 하고 횡령죄를 구성하는 것은 아니다."라고 하여 배임죄의 성립 가능성은 인정하였다. 대외적으로 명의수탁자 소유이므로 횡령죄의 구성요건 중 '타인의 재물'이라는 점이 인정되지 않는다고 본 것이지만, '타인의 재물'은 아니더라도 명의수탁자를 위하여 부동산을 관리할 의무는 있다고 보아 배임죄의 성립 가능성은 인정한 것으로 생각된다. 다만 그 근거가 (1) 비록 대내적 소유권이 신탁자에게 있더라도 수탁자가 대외적 소유권자라서 형사적으로는 부동산을 수탁자의 재물로 보아야 하기 때문에 그렇다는 취지인지, 아니면 (2) 대내적으로 신탁자와 수탁자 사이에 채권관계만 인정되기 때문에 그렇다는 취지인지, (3) 대·내외적 소유권의 구분이라는 전근대적인 사고를 폐기하고자 하려던 시도였는지는 분명하지 않다. 다만, 대내적 소유권이 신탁자에게 있다고 보는 것이 당시 민사 법리였으므로(위 65다312 판결), 아마도 (1)을 근거로 한 것이 아닐까 생각되기도 하지만(대내적으로 수탁자가 신탁자에 대하여 물권적 의무를 부담하더라도 이는 배임죄에 있어서 '타인의 사무'에 해당한다고 볼 수도 있을 것이다), 71도740 전원합의체 판결의 반대의견은 명의신탁 관계에서 대내·외적으로 소유권이 신탁자에게 이전되기 때문에 횡령죄가 성립하지 않는다고 보았다는 점에서 (2)나 (3)을 근거로 한 것으로도 생각해 볼 수 있다.

164) 위 전원합의체 판결에서는 "청송심씨사평공파소종중 소유로서 피고인 심OO에게 신탁되어 같은 피고인 명의로 소유권보존등기가 되어 있는데 피고인 양명(주: 피고인들 둘)이 공모하여 이것을 타인에게 처분하였다면 이것은 피고인 심OO가 점유하는 위 소종중 소유의 이 사건 토지를 횡령하는 행위라 할 것이다."라고 하였는바, 명의신탁된 부동산은 명의수탁자의 명의신탁자에 대한 관계에서 '타인의 재물'이라고 본 것이다. 위 전원합의체 판결은 동일한 사안을 다시 판결한 것으로, 대법원 1970. 9. 29. 선고 70도1668 판결은 위 피고인들에 대하여 횡령죄가 성립하지 않는다고 본 원심을 파기하여 환송하였는데 환송 후 원심이 다시 횡령죄가 성립하지 않는다고 판단하여(아마도 위 70도1434 판결을 근거로 하였을 것으로 보인다) 검사는 원심이 당시 법원조직법(1970. 8. 7. 법률 제2222호로 일부 개정된 것) 제18조(大法院의 審判에서 判示된 法令의 解釋은 當該事件에 關하여 下級審을 羈束한다)를 위반하였다(즉 횡령죄가 유죄로 인정되어야 한다)는 이유로 상고하였고{검사의 상고이유에 관하여는 김기두·이수성, 판례교재 형법각론, 법문사(1982), 610 참조} 상고심인 대법원은 위 전원합의체 판결과 같이 판단한 것이다.

고는 볼 수 없다고 할 것인즉 본건에 관한 당원의 다수설에는 찬동할 수 없어 위와 같은 의견을 개진하는 바이다.(위 피고인들의 매도행위가 배임죄를 구성하는 여부는 별문제이다.)"라고 하여 배임죄가 성립할 수 있음은 별론으로 하더라도 횡령죄가 성립할 수 없다고 보았다.

2. 특별법상 처벌

부동산실명법 제정 이전 구 부동산등기특별조치법(1990. 8. 1. 법률 제4244호로 제정된 것) 제7조는 명의신탁을 금지하고 있었고, 이를 위반한 행위에 대하여 제8조에서 처벌규정을 두었었다[165]. 다만 부동산실명법에 제정되면서 관련 규정은 삭제되었다[166].

---

165) 제7조 (名義信託禁止)

① 租稅賦課를 免하려 하거나 다른 時點間의 價格變動에 따른 利得을 얻으려 하거나 所有權등 權利變動을 規制하는 法令의 제한을 회피할 目的으로 他人의 名義를 빌려 所有權移轉登記를 申請하여서는 아니된다.

② 第1項에 規定된 目的외의 사유로 他人의 名義를 빌려 所有權移轉登記를 申請하고자 하는 者는 不動産의 표시 및 實所有者의 姓名이나 名稱등 大法院規則이 정하는 내용을 기재한 書面을 작성하여 所有權移轉登記申請書와 함께 登記公務員에게 제출하여야 한다.

제8조 (罰則) 다음 各號의 1에 해당하는 者는 3年 이하의 懲役이나 1億원 이하의 罰金에 處한다.

1. 租稅賦課를 免하려 하거나 다른 時點間의 價格變動에 따른 利得을 얻으려 하거나 所有權등 權利變動을 規制하는 法令의 制限을 회피할 목적으로 第2條 第2項 또는 第3項의 規定에 위반한 때

3. 第1號의 目的으로 第7條 第1項의 規定에 위반하거나 第7條 第2項의 規定에 의한 書面을 허위로 작성하여 登記를 申請한 때

166) 1995. 3. 30. 법률 제4944호로 개정된 부동산등기특별조치법

제2절 부동산실명법 제정 이후[167]

I. 민사 법률관계

앞의 부동산실명법 제정 이전의 명의신탁 법률관계는 현행 부동산실명법상 허용되고 있는 명의신탁, 곧 종중 부동산의 명의신탁 및 배우자 명의신탁, 상호명의신탁 등의 경우 조세포탈·강제집행면탈이나 법령상 제한의 회피를 목적으로 하지 않는 때에는 그대로 타당하다[168]. 다만 그 외에 허용되지 않는 명의신탁의 경우에 관하여 검토하여 본다.

1. 명의신탁의 유형

양자간 명의신탁, 중간생략등기형 명의신탁[169], 계약명의신탁으로 나눌 수 있다.

2. 유형별 고찰

가. 양자간 명의신탁

양자간 명의신탁은 부동산의 등기부상 소유자가 그 등기명의를 수탁자에게 신탁하기로 하는 명의신탁 약정을 하고 수탁자에게 등기를 이전하는 형식의 명의신탁이다[170]. 판례에 따라 법리를 정리하여 보면 다음과 같다.

(1) 신탁자와 수탁자 사이의 법률관계

부동산실명법 제4조 제1항에 의하여 명의신탁 약정과 그에 따라 행

---

167) 이하 기본적인 내용은 졸고, "악의의 계약명의신탁에 있어 명의수탁자의 보관물 임의처분시 범죄성립 여부", 대법원판례해설 제94호(2012년 하), 법원도서관(2013), 701~16 인용·참조함

168) 이상태, "부동산 명의신탁에 관한 민·형법의 통합적 연구", 일감법학 30권(2015. 2.), 147

169) 제3자간 (등기)명의신탁이라고도 한다.

170) 이은혜, "부동산 명의신탁을 둘러싼 몇 가지 법률적 쟁점에 관한 검토 -부동산 실권리자 명의 등기에 관한 법률 시행 이후의 판례를 중심으로-", 재판실무연구, 광주지방법원(2009), 131

하여진 등기에 의한 부동산에 관한 물권변동이 무효가 되므로, 명의신탁자는 명의신탁 해지를 원인으로 하는 소유권이전등기 또는 말소등기를 청구할 수 없다[171].

다만 명의신탁 약정이 무효이기 때문에 소유권은 신탁자에게 있게 되고, 따라서 신탁자는 수탁자를 상대로 원인무효를 이유로 그 등기의 말소를 구하거나, 명의신탁대상 부동산에 관하여 자기 명의로 소유권이전등기를 경료한 적이 있었던 신탁자로서는 수탁자를 상대로 진정명의회복을 원인으로 한 이전등기를 구할 수도 있다[172]. 수탁자가 제3자에게 매도하였을 경우 이는 신탁자에 대하여 민법상 불법행위를 구성한다고 보는 견해가 있다[173].

(2) 대외적 법률관계

부동산실명법 제4조 제2항에 의하여 명의신탁 약정에 따라 행하여진 등기에 의한 부동산에 관한 물권변동은 무효가 되나 동법 제4조 제3항에 의하여 그 무효는 제3자에게 대항하지 못하고, 여기에서 제3자라 함은 명의수탁자가 물권자임을 기초로 그와의 사이에 새로운 이해관계를 맺은 사람을 의미한다[174]. 제3자라 함은 명의신탁 약정의 당사자 및 포괄승계인 이외의 자로서 명의신탁 약정에 기한 물권변동을 기초로 하여 새로운 법률원인으로써 이해관계를 맺은 자를 의미하는 것이므로, 명의신탁 부동산에 관하여 명의수탁자와 사이에 아무런 법률행위 없이 그 소유권이전에 관한 서류를 위조하여 명의수탁자로부터 소유권이전등기를 경료한 자와 그로부터 그 부동산을 양도받은 자는 제4조 제3항 소정의 제3자라고 할 수 없다[175]. 제3자에는 소유권이나 저당권 등 물

171) 대법원 1999. 1. 26. 선고 98다1027 판결, 대법원 2007. 6. 14. 선고 2005다5140 판결

172) 대법원 2002. 9. 6. 선고 2002다35157 판결, 대법원 2009. 1. 15. 선고 2007다51703 판결

173) 박영호, “매도인 악의의 계약명의신탁의 경우에 수탁자가 부동산을 임의로 처분하면 매도인에게 손해가 발생하는지 여부”, 대법원 판례해설 제97호 하(2014), 295~6; 이경철, “부동산실명제하의 명의신탁”, 중앙법학 제4집 제2호, 중앙법학회(2002. 9.), 56; 주석 민법 [물권 (2)], 536(권오창 집필); 지영난, “부동산실명법 시행 이후 부동산 명의신탁의 법률관계”, 서울지방법원 남부지원 실무연구 IV(2005), 63. 이 경우 손해는 부동산의 시가 상당이 된다고 한다.

174) 대법원 2001. 6. 26. 선고 2001다5371 판결

175) 대법원 2003. 5. 16. 선고 2003다11714 판결

권을 취득한 자뿐만 아니라 가압류채권자도 포함되고, 제3자의 선의·악의는 묻지 아니한다[176]. 다만 채무자(명의수탁자)가 명의신탁 약정에 따라 부동산에 관하여 그 명의로 소유권이전등기를 마쳤다면 부동산실명법 제4조 제2항 본문이 적용되어 채무자 명의의 위 등기는 무효이므로 위 부동산은 채무자의 소유가 아니기 때문에 이를 채무자의 일반 채권자들의 공동담보에 공하여지는 책임재산이라고 볼 수 없고, 채무자가 위 부동산에 관하여 제3자와 매매계약을 체결하고 그에게 소유권이전등기를 마쳐주었다 하더라도 그로써 채무자의 책임재산에 감소를 초래한 것이라고 할 수 없으므로 이를 들어 채무자의 일반 채권자들을 해하는 사해행위라고 할 수 없으며, 채무자에게 사해의 의사가 있다고 볼 수도 없다는 것이 판례이나[177], 의문이다. '제3자'라 함은 명의신탁 약정의 당사자 및 포괄승계인 이외의 자로서 명의수탁자가 물권자임을 기초로 그와의 사이에 직접 새로운 이해관계를 맺은 사람을 말한다고 할 것이기 때문이라는 점이 그 근거이나[178], 제3자에 대한 관계에서 채무자(명의수탁자)가 소유자이고, 위의 압류 또는 가압류채권자도 제3자에 해당한다고 본다면 명의수탁자의 일반채권자라 하여 달리 볼 것은 아니다[179]. 명의수탁자의 일반채권자는 사해행위취소를 통하여 책임재산이 명의수탁자에게 이전되면 그 책임재산에 압류 또는 가압류를 하여 강제집행에 나아갈 것이기 때문에, 사해행위 이전에 명의수탁자의 재산상태에 관한 제반정황을 인식하였다면 그 당시 단순한 채권자에 머물러 있지는 않았을 것이기 때문이다[180].

명의수탁자로부터 명의신탁된 부동산의 소유명의를 이어받은 사람이

---

176) 대법원 2000. 3. 28. 선고 99다56529 판결, 대법원 2009. 3. 12. 선고 2008다36022 판결

177) 대법원 2000. 3. 10. 선고 99다55069 판결

178) 위 99다56529 판결 (각주 176)

179) 그러나 명의수탁자의 일반채권자는 제3자에 해당하지 아니한다고 봄이 판례이다. 대법원 2007. 12. 27. 선고 2005다54104 판결

180) 즉 부동산가압류 등을 통해 채권보전을 하려 하였을 것이다. 채권적 권리에 그치는 경우라도 주택임대차보호법의 입법취지 등에 비추어 임차인의 경우 제3자에 해당한다고 보는 견해로, 지영난, "부동산실명법 시행 이후 부동산 명의신탁의 법률관계", 62; 목영준, "부동산실권리자명의등기에관한법률상 법률관계의 효력", 104; 권오창, "계약명의신탁의 법률관계에 관한 고찰(하)", 129 등이 있고, 대법원 2004. 4. 16. 선고 2003다58010 판결도 같은 입장이다.

위 규정에 정한 제3자에 해당하지 않는다면 그러한 자로서는 부동산실명법 제4조 제3항의 규정을 들어 무효인 명의신탁등기에 터 잡아 마쳐진 자신의 등기가 유효하다고 주장할 수 없고, 따라서 그 명의의 등기는 실체관계에 부합하여 유효라고 하는 등의 특별한 사정이 없는 한 무효라고 할 것이고, 등기부상 명의수탁자로부터 소유권이전등기를 이어받은 자의 등기가 무효인 이상, 부동산등기에 관하여 공신력이 인정되지 아니하는 우리 법제 아래에서는 그 무효인 등기에 기초하여 새로운 법률원인으로 이해관계를 맺은 자가 다시 등기를 이어받았다면 그 명의의 등기 역시 특별한 사정이 없는 한 무효임을 면할 수 없다고 할 것이므로, 이렇게 명의수탁자와 직접 이해관계를 맺은 것이 아니라 부동산실명법 제4조 제3항에 정한 제3자가 아닌 자와 사이에서 무효인 등기를 기초로 다시 이해관계를 맺은 데 불과한 자는 위 조항이 규정하는 제3자에 해당하지 않는다고 보아야 한다[181]. 이 경우 신탁자는 수탁자를 대위하여 제3자에게 위 계약에 따른 등기의 말소를 구할 수 있다[182].

부동산실명법 시행 후에 이루어진 양자간 명의신탁의 경우 명의신탁약정에 의하여 이루어진 수탁자 명의의 소유권이전등기는 원인무효로서 말소되어야 하고, 부동산은 여전히 신탁자의 소유로서 신탁자의 일반채권자들의 공동담보에 제공되는 책임재산이 되기 때문에, 신탁자의 일반채권자들의 공동담보에 제공되는 책임재산인 신탁부동산에 관하여 채무자인 신탁자가 직접 자신의 명의 또는 수탁자의 명의로 제3자와 매매계약을 체결하는 등 신탁자가 실질적 당사자가 되어 법률행위를 하는 경우 이로 인하여 신탁자의 소극재산이 적극재산을 초과하게 되거나 채무초과상태가 더 나빠지게 되고 신탁자도 그러한 사실을 인식하고 있었다면 이러한 신탁자의 법률행위는 신탁자의 일반채권자들을 해하는 행

---

181) 대법원 2005. 11. 10. 선고 2005다34667, 34674 판결 (명의수탁자의 반사회적 법률행위에 적극 가담하여 제3자 명의의 등기가 이루어진 경우 제3자 명의의 등기는 무효이고 무효인 등기를 기초로 다시 그로부터 증여 등에 의하여 등기를 넘겨받은 자도 제3자에 해당하지 아니한다고 본 사안); 조용현, "명의신탁 부동산의 처분이 명의신탁자의 채권자에 대한 관계에서 사해행위가 성립하는지", 대법원 판례해설 제93호(2012년 하), 법원도서관(2013), 95

182) 위 99다56529 판결 (각주 176, 178)

위로서 사해행위에 해당할 수 있고, 이 경우 사해행위취소의 대상은 신탁자와 제3자 사이의 법률행위가 될 것이고, 원상회복은 제3자가 수탁자에게 말소등기절차를 이행하는 방법에 의할 것이다[183].

나. 중간생략등기형 명의신탁

부동산을 그 소유자로부터 매수한 신탁자가 자신 명의로 소유권이전등기를 하지 아니하고, 수탁자와 맺은 명의신탁 약정에 따라 매도인으로부터 바로 수탁자 앞으로 중간생략의 소유권이전등기를 경료하는 형식의 명의신탁이다[184].

(1) 중간생략등기의 유효성

먼저 중간생략등기 자체의 유효성에 관하여 견해의 대립이 있다. 현행민법 시행 초기 형식주의를 관철해야 한다는 입장에서, 등기가 물권변동의 효력발생요건인 형식주의에서 법률행위만으로는 물권변동이 일어나지 않고 등기를 이전해야 물권변동이 생기고 등기 없이는 물권변동이 생기지 않으므로, 따라서 중간생략등기의 문제는 생기지 않는다는 견해가 있다[185]. 이에 반하여 다수설 및 판례의 입장은 유효하다고 본다. 이에 관하여는 합의조건부 유효설(중간취득자 을의 등기를 생략하는데 최초양도인 갑, 중간취득자 을 그리고 최종매수인 병 3자의 합의를 조건으로 하여 중간생략등기가 유효하다고 보는 견해[186]), 물권적

183) 대법원 2012. 10. 25. 선고 2011다107382 판결

184) 대법원 2010. 9. 30. 선고 2010도8556 판결; 이동명, "不動産實權利者名義登記에관한法律의 立法過程에서의 爭點", 판례연구 1집, 제주판례연구회(1997. 1.), 252 제2유형: 병(전소유자)으로부터 갑이 계약하고 병의 협조 하에 을에게 명의신탁하여 을 명의로 등기하는 경우.

185) 김기선, 한국물권법, 법문사(1990), 94~5(다만 미등기건물에 대하여 양도인이 보존등기를 하지 않고 양수인이 바로 보존등기를 하는 선행생략등기는 유효하다고 한다); 장경학, 물권법총론, 한국도서출판사(1959), 231; 장경학, 물권법, 법문사(1987), 231은 중간생략등기는 등기제도의 이상과 현실관행의 타협의 소산으로 일종의 필요악인데 관행의 사회적 기반을 개선하지 않고서는 그것을 막을 수 없다고 하면서, 부동산 투기를 유치·용인하는 중간생략등기 관행을 근절시킬 수 있는 방법은 이것을 특별한 사정이 없는 한 무효로 보는 것뿐이라고 한다.

186) 권용우, 물권법, 법문사(1993), 170; 김증한·이희봉, 민사사례연구(상), 동아학연사(1982), 398; 김현태, 신물권법(상), 일조각(1963), 89; 방순원, 신물권법, 일한도서출판사(1960), 41~2; 이영준, 물권법, 박영사(1990), 130; 최식, 신물권·담보물권법, 박영사(1962), 88. 논거는 일반적으로 법률행위에 의한 물권변동은 물권적 합의와 등기가 있어

기대권설(부동산 매매에 있어서 갑과 을 사이에 물권적 합의가 있는 후 매도인 갑이 등기에 필요한 일체의 서류를 취득자 을에게 교부하여 이제는 매수인 단독으로 등기 절차를 밟을 수 있는 상태에 달하였을 때에 그 매수인 을에게는 아직 물권적 합의의 목적인 부동산물권을 취득하지는 못하였지만, 물권적 합의의 목적인 부동산물권을 취득할 기대권을 가지는데 이것을 물권적 기대권이라 하며, 이 경우 을이 그 물권적 기대권을 병에게 양도한 경우에는 병은 직접 갑에게 자기 앞으로 이전등기를 할 것을 청구할 수 있으며, 이 경우에 을·병간의 물권적 기대권의 양도를 갑에게 대항하기 위한 아무런 요건도 필요치 않고, 또 중간자 을의 협력도 필요하지 않다는 견해[187]), 독일민법유추적용설(중간자의 동의가 있는 경우에 중간생략등기가 유효함은 물론이고, 그러한 동의가 없다 하더라도 우리 민법에는 명문의 규정은 없지만 '비권리자가 어떤 목적물에 대하여 행한 처분은 그것이 권리자의 사전동의를 얻어서 행하여진 경우에는 유효하다.'고 하는 독일민법 제185조 제1항[188])의 유추적용에 의해서 중간생략등기의 유효성을 인정하고자 하는 견해[189]), 합의의 효과설(이전등기의 당사자와 물권적 합의의 당사자가

야 발생하므로, 중간생략등기에 있어서도 3자간의 합의속에서 물권적 합의가 포함되어 있다고 볼 수 있으며, 그 합의에 따라 최초양도인과 최종양수인 사이에 이전등기가 행하여 졌다면 이는 물권행위의 무인성을 인정하는 한 유효하다는 것이다.

187) 김용한, 물권법론, 박영사(1993), 132; 김증한, 물권법, 박영사(1983), 88~9{그 후 김증한·김학동, 물권법, 90~92에서는 중간생략등기는 원칙적으로 효력이 없다는 취지로 견해를 바꿈}; 최종길, "물권적 기대권 (I)-독일민법에 있어서의 새로운 법리론-", 사법행정 49호(6권 2호), 한국사법행정학회(1965. 2.), 60; 황적인, 현대민법론 II [물권], 박영사(1988), 103; 황적인, 주석민법(II) 물권법, 법원사(1990), 218(김용한 집필); 물권적 기대권(dingliche Anwartschaftsrecht)은 「완전한 권리의 취득을 위한 요건 중 일부는 이미 실현되어 있으나 아직 실현되어 있지 않은 자의 권리취득의 전망」{Ludwig Raiser, Dingliche Anwartschaften, Tübingen: J.C.B. Mohr(Paul Siebeck), 1961, S.3f} 또는 「물권취득을 위한 몇 개의 요건은 갖추어 졌으나 아직 갖추어지지 않은 요건이 남아 있는 자의 지위」{Fritz Bauer, Lehrbuch des Sachenrechts, 12. Aufl., München: C.H.Beck, 1983, §3 II 3. Anwartschaftsrechte}라는 독일의 이론을 도입하여 부동산 매매에 있어서 물권적 합의까지 마쳤으나 아직 등기를 하지 않은 자의 법적 지위를 물권적 기대권 혹은 「물권 마이너스등기」 또는 「준물권」이라고도 표현한다. 김형수, "중간생략등기와 규제법", 법학논총 3집, 조선대학교 법학연구소(1997), 374

188) BGB §185 Abs. 1: Eine Verfügung, die ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand trifft, ist wirksam, wenn sie mit Einwilligung des Berechtigten erfolgt.

189) 곽윤직, 물권법, 박영사(1992), 170. "예컨대, 갑·을 사이에 부동산 매매가 있고,

상이하여 불일치하지만 실체적 권리관계에 부합하기 때문에, 중간생략등기 합의의 효과에 의해 중간자가 매도인에 대한 등기청구권을 매수인에게 채권양도하지 않아도 양수인이 직접 등기청구를 할 수 있다는 견해[190]), 채권양도설(채권양도의 법리에 의하여 병에게 등기청구권을 인정하여 간접적으로 3자의 합의나 중간자의 동의 없이도 중간생략등기가 유효하다는 견해[191]), 제3자를 위한 계약병존설{갑이 을에게 부동산을 매도하는 경우에 있어서 특별히 그 부동산을 을만이 계속 소유해야 한다는 사정이 없는 한, 갑은 대금을 받는데 목적이 있는 것이고, 그 후 을이 그 부동산을 병에게 전매하는데 반대하여야 할 이유가 없기 때문에 갑·을 사이의 법률행위(채권계약이나 물권적 합의) 속에는 을이 후에 자신의 명의로 이전등기를 하지 않고 그 부동산을 전매할 수 있으며, 이 경우 그 전득자에게 등기이전을 해 주기로 하는 묵시적 합의가 있었다는 견해[192])} 등의 대립이 있었고, 판례는 3자 합의론을 취하여 오고 있다[193].

을·병 사이에 그 부동산을 전매하는 채권행위가 있게 되면 이들 채권행위에는 물권행위 내지 물권적 합의도 있었던 것이 된다(물권행위의 독자성을 부인하는 입장). 그리고 갑·을 사이의 이 물권행위는 비권리자인 을이 갑의 부동산소유권을 처분하는 데에 대한 동의로서의 의미를 갖는 것으로 새길 수 있다. 따라서 을·병 사이의 채권행위와 거기에 포함되어서 행하여진 물권행위는 유효하게 되고, 이들 갑·을, 을·병 사이의 채권행위와 물권행위에 의하여 갑·병 사이에 그러한 채권행위와 물권행위가 있었던 것이 된다. 그러므로 갑으로부터 병으로의 이전등기가 있으므로 소유권은 유효하게 갑으로부터 병에게 이전하게 되고, 등기청구권은 채권행위에서 생기므로 갑·병 사이에 그러한 채권행위가 있었던 것으로 보기 때문에 병은 갑에 대하여 등기에 협력할 것을 요구할 수 있게 된다."; 곽윤직·김재형, 물권법, 122~123도 독일민법을 유추한다는 언급은 없으나 같은 취지로 보인다.

190) 이영준, 물권법, 박영사(2009), 135~6. 채권양도설이 아님을 밝히고 있다.

191) 이호정, "부동산의 최종매수인(전득자)의 최초매도인에 대한 등기청구권", 고시계(1981. 7.), 22~24; 홍성재, 부동산물권변동이론, 법문사(1992), 341~2

192) 이태재, 물권법, 진명문화사(1985), 95. 갑·을 사이의 매매계약에는 등기협력청구권을 목적으로 하는 제3자(전득자)를 위한 계약이 병존되어 있다고 할 수 있으므로(민법 제539조), 병은 을의 동의 없이도 갑에 대하여 이전등기를 청구할 수 있다고 본다.

193) 최초매도인과 중간자 및 최종매수인 사이에 중간생략등기의 합의가 있으면 최종매수인에게 중간생략등기청구권을 인정할 수 있다는 입장이다{엄동섭, "중간생략등기합의의 법적 성질", 민사판례연구 [28], 박영사(2006. 2.), 21~2}. 일본 대심원은 이에 관하여 공정증서원본불실기재죄가 성립한다고 보았으나{大審院 1919(大正 8). 12. 23. 判決}, 조선고등법원은 '등기법상 허용하는 등기로 추호도 부실의 등기로 볼 수 없고 형법 제157조의 범죄를 구성하지 아니한다.'고 하였고{朝高判 1923(大正 12年 民上 第435號). 1. 30.(조선고등법원민사판결록 10卷 6)}, 대법원도 '불실의 등기라고 볼 수는 없다'고

그러나 중간생략등기 자체가 유효하다고 보더라도 부동산실명법에 의하면 명의신탁 약정이 제4조 제1항에 의하여 무효로 되기 때문에, 소유권이전등기를 하게 된 원인행위인 명의신탁 약정이 무효이므로 소유권이전등기도 무효로 되고, 따라서 소유권은 여전히 매도인에게 남게 된다.

1) [신탁자와 매도인 및 수탁자의 관계] 이 경우 신탁자는 위 부동산에 관하여 매도인과의 매매계약에 기초하여 매도인에게 이전등기청구권을 행사할 수 있고, 등기명의가 수탁자에게 있으므로 매도인을 채권자대위하여 수탁자를 상대로 말소등기청구를 할 수 있다고 할 것이다[194]. 이 경우 채권자대위의 법적 성질이 법정소송담당(실체법상 채권자대위권의 법적 성격을 법정재산관리권이라고 보는 점[195]에 근거하여, 채권자대위소송은 법률상 권리관계의 주체에 갈음하여 그 주체의 채권자인 제3자에게 관리처분권을 부여한 것으로, 채권자가 자기 채권의 보전을 할 수 있도록 그에게 법률상 권리관계의 주체인 채무자의 권리에 관하여 소송수행권을 부여한 전형적인 법정소송담당이라고 보는 견해[196]로, 채권자대위권이 프랑스의 간접소권[197][198]에서 비롯되었고, 채

판시하였다(대법원 1967. 11. 28. 선고 66도1682 판결).

194) 부동산실명법 소정의 유예기간이 경과하여 명의신탁 약정과 그에 의한 등기가 무효로 된 경우에도 마찬가지이다(대법원 1999. 9. 17. 선고 99다21738 판결, 대법원 2002. 3. 15. 선고 2001다61654 판결). 명의신탁자에게 위와 같이 매도인에 대한 소유권인전등기청구권이 인정되므로, 명의수탁자를 상대로 부당이득을 원인으로 한 소유권이전등기를 구할 수 없다. 대법원 2008. 11. 27. 선고 2008다55290, 55306 판결

195) 여하윤, 채권자대위권 연구, 경인문화사(2007), 36(채권자 자신의 권리이기는 하나 효과는 채무자에게 귀속된다는 점에서 통상적인 권리와는 다르다고 본다); 민법주해 [IX] 채권 (2), 박영사(2001), 747~749(김능환 집필)에 의하면, 채권자대위권이 구체적으로 어떤 종류의 실체법상 권리인가에 관하여 견해가 나뉘어져 있는바, 대리권설, 재산관리권설(또는 법정재산관리권설), 법정포괄담보권설, 직접청구권설 등의 대립이 있는데, 채권자대위권은 법률행위뿐 아니라 사실행위도 그 대상이 된다는 점, 채권자대위에 의해 회복된 채무자 재산에서 우선변제를 받는 것이 원칙은 아니며 금전채권뿐만 아니라 특정채권보전을 위해서도 행사가 가능하다는 점, 채권자대위권의 연혁은 간접소권에서 비롯되었다는 점 등을 이유로 재산관리권설(또는 법정재산관리권설)이 통설이라 한다.

196) 이시윤, 민사소송법, 박영사(2008), 135

197) 간접소권의 연혁에 관하여는 여하윤, "채권자대위권 행사의 객체, 프랑스 민법상의 간접소권과의 비교를 중심으로", 홍익법학 9권 1호, 홍익대학교(2008), 33 이하; 원상철, "우리 민법상 채권자대위권제도의 기능에 대하여 -프랑스민법상 간접소권의 기능을 중심으로-", 법학연구 49집, 한국법학회(2013), 433 이하; 박효진, "채권자대위소송에 관한 연구", 서울대학교 석사학위논문(1993), 3 이하. 프랑스에서는 채권자가 채무자의 책

권자에 의해 보전된 책임재산이 채무자에게 귀속되어 다른 채권자들과 함께 공동 책임재산이 됨[199]을 그 근거로 한다. 판례[200]의 입장)이므로[201] 말소등기청구권 자체는 매도인이 수탁자에 대하여 행사할 수 있을 뿐, 신탁자는 매도인과의 매매계약을 근거로 매도인의 수탁자에 대한 권리를 대위행사할 수 있게 되는데, 이 경우 신탁자는 부동산에 대하여가 아니라 매도인에 대하여 소유권이전등기청구권을 갖게 된다. 즉

임재산을 마련하는 수단으로, 보전행위(actes consevatoires), 간접소권(action oblique. 채권자대위권), 채권자취소권(action paulienne)이 인정된다고 한다.

각 개념에 관하여 http://www.dictionnaire-juridique.com/index.php 참조 (2015. 7. 2.)

198) 간접소권은 프랑스법에서 강제집행제도가 불완전하여 채권의 전부명령에 관한 규정은 두고 있으나 추심명령에 관한 규정은 두고 있지 않기 때문에 이러한 불비를 보충하기 위하여 두었다고 설명된다. 곽윤직, 채권총론, 박영사(2000), 169; 강봉석, "채권자대위권에 있어서 채권보전의 필요성", 민사판례연구 [24], 박영사(2002), 173~176. 채권자가 자신의 비용으로 책임재산을 보전해도 다른 채권자들과 함께 평등배당을 받을 뿐이라서 (라퐁텐-La FONTAINE-의 우화 '원숭이와 고양이') 강제집행법이 완비된 후로는 잘 이용되지 않고 있으나, 1980년대 이후 공유물분할의 소, 특정물채권을 보전하기 위한 소송에서는 여전히 활용되고 있다고 한다. 오수원, "프랑스의 채권자대위권에 있어서 채권자의 채권과 특정물채권자 -1980년대 이후의 새로운 경향-", 법조 통권 제528호, 법조협회(2000), 61~64

199) 대법원 1975. 5. 27. 선고 74다1657 판결

200) 대법원 2008. 10. 23. 선고 2008다37223 판결, 대법원 1988. 6. 14. 선고 87다카2753 판결

201) 이에 대하여 법률요건설은 채권자대위소송도 실체법상의 청구일 뿐 법정소송담당은 아니며, 따라서 피보전권리의 존재는 본안요건이지 소송요건이 아니라는 입장이다{호문혁, 민사소송법, 법문사(2014), 249~50}. "채권자대위소송도 민법이 채권자에게 인정한 대위권이라는 실체법상의 권리를 소송상 행사하는 것이지 아무런 권리관계 없이 채무자를 위하여 소송을 하거나 어떤 직무를 행사하기 위하여 소송을 하는 것이 아니다. 뿐만 아니라 이 때 채권자는 자기 채권의 보전을 위하여 대위권을 행사하는 것으로, 자신의 이익을 위하여 소송을 수행하는 것이다. 그리고 민법상 채권자가 대위권을 행사하려면 원칙적으로 채권자의 피보전채권의 이행기가 도래하여야 한다(민법 제404조 제2항). 이는 대위청구의 소도 피보전채권이 이행기가 도래하여야 제기할 수 있음을 뜻한다. 만일 대위소송을 단순히 채무자의 채권을 행사하는 것이라고 본다면 이러한 요건이 필요하지 않을 것이다. 이를 보더라도 채권자대위소송은 단순히 채무자의 채권을 행사하는 것이 아니라 채권자 자신의 권리인 대위권을 행사하는 것임을 알 수 있다. 더구나 우리나라에서 이전등기청구권이나 말소등기청구권의 대위행사와 같이 특정채권의 보전을 위하여 대위권을 행사하는 것을 허용하고 있고 소송도 이러한 경우가 훨씬 더 많다. 대부분 이러한 대위청구를 할 때에는 채권자의 채무자에 대한 이전등기나 말소등기 청구를 함께 한다. 이러한 경우에는 대위권행사가 채권자 자신을 위한 청구라는 것이 더욱 뚜렷이 부각된다. 그러므로 채권자대위소송을 소송담당이라고 하는 것은 타당하지 않다."고 한다. 호문혁, "채권자대위소송과 중복제소", 서울대학교 법학(35권 1호), 서울대학교 법학연구소(1994), 248~250; 원유석, "채권자대위소송에 있어서 피보전권리의 존부에 대한 판단기준", 민사판례연구 [22], 박영사(2000), 474~475. 실체법상 권리로 구성할 경우에는 횡령죄로 이론구성이 가능할 수 있다고 생각된다.

매도인에 대하여 채권자의 지위에 있게 된다.

2) [매도인과 수탁자의 관계] 수탁자 명의의 등기는 무효이므로 매도인은 방해배제청구권에 기하여 수탁자에게 등기의 말소를 구하거나 진정등기명의회복청구권에 기하여 소유권이전등기를 구할 수 있으므로, 수탁자가 부동산을 처분하게 되면 매도인에 대하여 불법행위책임을 부담하게 된다는 견해도 있을 수 있다. 그러나 ① 매도인이 명의신탁 약정을 모르고 있었을 경우는 물론 이를 알고 있었다고 하더라도 매수인인 신탁자의 요구에 따라 등기명의를 수탁자 앞으로 이전하여 준 이상 매매계약의 체결이나 그 이행에 있어 과실이 있다거나 귀책사유가 있다고 할 수 없고(부동산실명법 시행 전), ② 부동산실명법 시행 후라 하더라도 자신의 편의를 위하여 수탁자 앞으로의 등기이전을 요구한 신탁자가 그것을 매도인의 귀책사유로 주장하는 것은 신의칙에 비추어 허용되지 않으므로 결국 매도인에게는 위 이행불능에 대한 귀책사유가 없으며, 오직 신탁자에게만 귀책사유가 있다고 할 것이므로 결국 매도인은 신탁자에 대하여 그 반대급부의 이행(매매대금의 지급 등)을 청구할 수 있고, 만일 이를 이행받았다면 부동산을 반환받지 않아도 되므로, 결국 수탁자가 부동산을 임의로 처분하더라도 매도인에게는 아무런 손해가 발생하지 않고, 따라서 수탁자가 부동산을 임의 처분하더라도 매도인의 수탁자에 대한 손해배상청구는 인정되지 않는다고 보는 견해[202]가 타당하다.

(2) 계약명의신탁과 중간생략등기형 명의신탁의 구별[203]

현실에서 매도인과 명의신탁자, 명의수탁자가 존재하는 상황에서 명의신탁자가 매도인과 접촉하여 매매계약을 체결할 경우, 이를 매도인이 명의신탁 약정을 알고 있는 계약명의신탁으로 볼 것인지, 중간생략등기형 명의신탁으로 볼 것인지에 관하여 판단하기 곤란한 경우가 있다[204]. 그리고 사실관계를 어찌 보는가에 따라서는 명의신탁이 아니라 매도인

202) 주석 민법 [물권(2)], 537~8(권오창 집필)

203) 이하 기본적인 내용은 졸고, "악의의 계약명의신탁에 있어 명의수탁자의 보관물 임의처분시 범죄성립 여부", 704~709 인용 · 참조함

204) 따라서 견해에 따라서는 매도인 악의의 계약명의신탁과 중간생략등기형 명의신탁은 '질적으로' 동일하다고 본다. 이호중, "계약명의신탁과 횡령 · 배임죄", 고시계 47권 12호(2002. 12.), 83

의 거래상대방측 내부에서 대리행위가 존재하는 것으로 볼 수 있는 경우도 있다. 따라서 사실관계 확정 문제로, 이와 같이 3자가 거래에 관여되어 있는 경우, 이를 명의신탁관계로 볼 것인지, 명의신탁관계로 본다면 계약명의신탁인지 아니면 중간생략등기형 명의신탁인지가 문제된다.

계약명의신탁은 신탁자가 매도인과 계약에서 수탁자와의 명의신탁 약정에 기초하여 자신이 아닌 수탁자를 계약당사자로 하는 것으로, 등기가 아니라 계약당사자라는 지위에 관한 명의신탁[205]이다. 중간생략등기형 명의신탁의 경우 매도인과 신탁자 사이에서 계약이 체결되기 때문에 매도인이 명의신탁사실을 알게 된다[206]. 계약명의신탁은 매도인이 명의신탁 사실을 아는 경우와 이를 모르는 경우가 있는데 전자의 경우(매도인 악의의 계약명의신탁) 중간생략등기형 명의신탁과의 구별 기준은, 계약당사자를 누구로 볼 것인가에 있다[207]. 이는 결국 매매계약이라는 법률행위를 어떻게 해석할 것인가, 즉 당사자 확정의 문제이다[208]. 통상 계약해석의 기준은 "상대방의 객관적 입장에서 어떠한 의미로 이해하는 것이 합리적인가"라고 할 수 있는데, 이는 계약해석이 당사자들 사이의 법률관계를 규율하는 규범을 발견하는 것으로, 법해석에서와 같이 추상적 · 일반적인 것이 아니라, 개별적 사안의 당사자들의 입장에서 구체적 · 특수적인 차원에서 규범을 발견하는 작업인 것이다[209]. 따라서 계약해석에 있어서는 구체적 · 개별적 사정과 일반성 · 보편성을 함께 살펴야 하고, 이를 위하여는 어떤 종류의 계약인가, 당사자가 무엇에 종사하며 어떤 직책을 가지고 있는가, 그의 사회생활상 신분이 무엇인가(직업 · 경제적 지위 · 신분 등), 계약 목적물이 동산인가 부동산인가, 부

205) 양창수, "부동산실명법의 사법적 규정에 의한 명의신탁의 규율 -소위 계약명의신탁을 중심으로-", 민법연구 제5권, 박영사(2006), 144

206) 목영준, "부동산실권리자명의등기에관한법률상 법률관계의 효력", 91. 현행 인감증명제도상, 용도가 매도용인 인감증명을 신청할 때에는 매수인란에 매수인의 성명, 주소, 주민등록번호를 기재하여야 하므로(인감증명법시행령 제13조 제3항), 매도인이 명의신탁사실을 모르고 수탁자 명의 소유권이전등기에 필요한 인감증명을 받을 수 없으나, 다만 근저당권이나 전세권의 경우에는 가능할 수도 있다고 한다. 목영준, 위 논문, 94

207) 백재명, "부동산명의신탁과 횡령죄", 형사판례연구 (7), 박영사(1999), 371

208) 양창수, "부동산실명법의 사법적 규정에 의한 명의신탁의 규율", 168

209) 양창수, 위 논문, 169

동산이라면 토지인가 건물인가, 대체물인가 비대체물인가, 특정물인가 불특정물인가(종류와 수량 또는 성질 등), 어떠한 동기나 연유로 계약 체결에 이르게 되었으며 어떠한 경위로 계약당사자의 지위를 갖게 되었는가(계약체결의 구체적 동기나 연유 등), 같은 유형의 일반적인 계약에서 통상적으로 어떠한 내용이 계약에 편입되는가(당해 계약유형에서의 통상의 내용) 등이 고려되어야 할 것이다[210]. 일반적으로 부동산거래의 목적물인 토지 · 건물은 비대체물 · 특정물이어서, 시장에서의 대체물이나 불특정물 거래행위와 같이 정형적 · 비개성적 · 반복적인 것이 아니고 비정형적 · 개성적 · 일회적이므로, 이러한 계약에서 당사자 확정은, 특히 부동산 매도인의 입장에서는 매수인이 대금지급 등 자신의 채무를 이행할 수 있는 자금력이나 신용 등이 중요하기 때문에, 매우 중요한 의미를 갖게 된다[211]. 따라서 원칙적으로, 자신을 외부적으로 계약당사자로 드러낸 사람, 곧 계약의 법률효과가 자신에게 귀속되도록 표상시킨 사람을 당사자라고 이해하는 것이 합리적이다[212].

부동산 매매계약에 관하여 대법원[213]은 “계약을 체결하는 행위자가 타인의 이름으로 법률행위를 한 경우에 행위자 또는 명의인 가운데 누구를 계약당사자로 볼 것인지에 관하여는, 우선 행위자와 상대방의 의사가 일치한 경우에는 그 일치한 의사대로 행위자 또는 명의인을 계약당사자로 확정하여야 하고, 행위자와 상대방의 의사가 일치하지 않는 경우에는 그 계약의 성질 · 내용 · 목적 · 체결경위 등 그 계약 체결 전후의 여러 사정을 토대로 상대방이 합리적인 사람이라면 행위자와 명의자 중 누구를 계약당사자로 이해할 것인지에 따라 결정할 것이나(대법원 1998. 3. 13. 선고 97다22089 판결, 대법원 2003. 12. 12. 선고 2003다44059 판결 등 참조), 타인을 통하여 부동산을 매수함에 있어 매수인 명의를 그 타인 명의로 하기로 하였다면 이와 같은 매수인 명의의 신탁관계는 그들 사이의 내부적인 관계에 불과한 것이므로 특별한 사정이 없는 한 대외적으로는 그 타인을 매매당사자로 보아야 할 것이

210) 양창수, 위 논문, 169~170
211) 양창수, 위 논문, 170
212) 양창수, 위 논문, 171
213) 대법원 2010. 11. 11. 선고 2008도7451 판결. 그 외 대법원 2011. 2. 10. 선고 2010다83199, 83205 판결 등

다(대법원 2003. 9. 5. 선고 2001다32120 판결[214], 대법원 2007. 9. 7. 선고 2005다48154, 48161 판결[215] 등 참조).”라고 하였다.

아파트 분양계약에 관하여 대법원[216]은 “원심은, 제1심판결을 인용하여 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 소외 1은 조합원 자격 결여 등의 사유 때문에 직접 분양계약을 체결할 형편이 못되자 사위인 소외 2의 승낙을 얻어 소외 2의 명의로 수지 2차 현대 연합주택조합(이하 ‘이 사건 조합’이라 한다)과 사이에 용인시 동천동 동천마을 현대2차 홈타운 OOO호에 관한 분양계약을 체결하고 분양대금을 완납한 다음 계약명의자인 소외 2 앞으로 소유권보존등기를 마친 것으로 추인되므로 소외 1과 소외 2 사이에는 위 분양계약과 관련하여 이른바 계약명의신탁 약정(이하 ‘이 사건 명의신탁 약정’이라 한다)이 체결되었으며, 그 분양계약의 다른 당사자인 이 사건 조합은 이 사건 명의신탁 약정의 존재를 알지 못한 채 소외 2를 진정한 피분양자로 알고 계약을 체결한 것으로 봄이 상당하다고 판단하였다. 제출된 증거를 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍할 수

---

214) 2001다32120 판결 (판결요지 [2] 어떤 사람이 타인을 통하여 부동산을 매수함에 있어 매수인 명의 및 소유권이전등기 명의를 그 타인 명의로 하기로 하였다면 이와 같은 매수인 및 등기 명의의 신탁관계는 그들 사이의 내부적인 관계에 불과한 것이므로 특별한 사정이 없는 한 대외적으로는 그 타인을 매매 당사자로 보아야 한다. [3] 어떤 사람이 타인을 통하여 부동산을 매수함에 있어 매수인 명의 및 소유권이전등기 명의를 타인 명의로 하기로 약정하였고 매도인도 그 사실을 알고 있어서 그 약정이 부동산실권리자명의등기에관한법률 제4조의 규정에 의하여 무효로 되고 이에 따라 매매계약도 무효로 되는 경우에, 매매계약상의 매수인의 지위가 당연히 명의신탁자에게 귀속되는 것은 아니지만, 그 무효사실이 밝혀진 후에 계약상대방인 매도인이 계약명의자인 명의수탁자 대신 명의신탁자가 그 계약의 매수인으로 되는 것에 대하여 동의 내지 승낙을 함으로써 부동산을 명의신탁자에게 양도할 의사를 표시하였다면, 명의신탁 약정이 무효로 됨으로써 매수인의 지위를 상실한 명의수탁자의 의사에 관계없이 매도인과 명의신탁자 사이에는 종전의 매매계약과 같은 내용의 양도약정이 따로 체결된 것으로 봄이 상당하고, 따라서 이 경우 명의신탁자는 당초의 매수인이 아니라고 하더라도 매도인에 대하여 별도의 양도약정을 원인으로 하는 소유권이전등기청구를 할 수 있다). 위 판시 내용에 의하면 악의의 계약명의신탁으로 보여진다. 즉 매도인이 명의신탁 사실을 안다는 것만으로 당연히 중간생략등기형 명의신탁이 되는 것은 아니라고 생각된다. 처분문서가 있을 경우 원칙적으로 그 명의자가 당사자가 된다고 보아야 할 것이다.

215) 수탁자 본인 명의로 계약을 체결하든, 신탁자가 대리인 표시를 하여 체결하든 수탁자가 계약당사자이다. 계약체결 당시 뒤에 숨은 자를 당사자로 하기로 하는 합의(특별한 사정)가 있다면 달리 보아야 할 것이다.

216) 대법원 2008. 9. 25. 선고 2007다74874 판결

있고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 채증법칙 위배 등의 위법이 없다."라고 하여 명의수탁자를 당사자로 보았다[217].

보험계약에 관하여 대법원[218]은 "행위자 또는 명의인 가운데 누구를 당사자로 할 것인지에 관하여 행위자와 상대방의 의사가 일치한 경우에는 그 일치하는 의사대로 행위자의 행위 또는 명의자의 행위로서 확정하여야 할 것이지만, 그러한 일치하는 의사를 확정할 수 없을 경우에는 계약의 성질, 내용, 목적, 체결경위 및 계약체결을 전후한 구체적인 제반 사정을 토대로 상대방이 합리적인 인간이라면 행위자와 명의자 중 누구를 계약 당사자로 이해할 것인가에 의하여 당사자를 결정하여야 한다."고 하였다.

이를 종합하면, 신탁자가 수탁자를 매매계약상의 매수인으로 내세워 수탁자의 이름으로 부동산 매매계약을 체결하도록 하거나, 혹은 신탁자가 수탁자와의 내부적 합의인 명의신탁 약정에 따라 부동산 매매계약상의 매수인 명의를 수탁자로 하는 매매계약을 체결하는 경우, 특별한 사정이 없는 한, 그 명의인인 수탁자가 계약의 당사자가 된다(名義說[219]). 판례도 "부동산등기 특별조치법 제2조 제1항, 제3항 소정의 소유권이전등기를 신청하지 아니한 자로서 부동산등기 특별조치법 위반의 범죄주체가 되는 '소유권이전을 내용으로 하는 계약을 체결한 자'는 매매·교환·증여 등 소유권이전을 내용으로 하는 계약의 당사자를 가리키는 바, 어떤 사람이 타인을 통하여 부동산을 매수함에 있어 매수인 명의를

---

217) 2007다74874 판결의 원심은 이 사건 조합이 명의신탁 약정 사실을 알지 못하였다고 인정할 자료도 없으나, 일반적으로 주택조합에서 조합원들의 명의신탁 약정 사실을 알고 있을 가능성은 적으므로, '이 사건 조합이 명의신탁 약정의 존재를 알지 못한 채 제O승을 진정한 피분양자로 알고 계약을 체결한 것으로 봄이 상당하다'고 판단하였다.

218) 대법원 1995. 9. 2. 선고 94다4912 판결, 대법원 2001. 5. 29. 선고 2000다3897 판결 등(명의 도용 사례). 그 외 타인의 승낙 하에 그 타인 명의로 보험계약을 체결한 사안에서도 위와 동일한 취지로 판시하고 있다. 대법원 1998. 3. 13. 선고 97다22089 판결; 대법원 1998. 5. 12. 선고 97다36989 판결; 대법원 1999. 6. 25. 선고 99다7183 판결 등

219) 이와 달리 가공인 내지 假設人 명의로 주식을 인수할 때에는 명의가 아니라 실질에 따라 주주를 확정한다고 봄이 일반적이다(實質說). 대법원 2005. 2. 18. 선고 2002도2822 판결(신주발행에 있어서 타인의 명의로 주식을 인수한 경우에는 실제로 주식을 인수하여 그 대금을 납입한 명의차용인만이 실질상의 주식인수인으로 주주가 되고, 단순한 명의대여자에 불과한 자는 주주로 볼 수 없다); 양창수, "부동산실명법의 사법적 규정에 의한 명의신탁의 규율", 170 각주 60

그 타인 명의로 하기로 하였다면, 이와 같은 매수인 명의의 신탁관계는 그들 사이의 내부적인 관계에 불과한 것이어서 대외적으로는 그 타인을 매매당사자로 보아야 하므로, 달리 특별한 사정이 없는 한 그 본인은 소유권이전을 내용으로 하는 계약을 체결한 자라고 볼 수 없다. 반면에, 계약의 일방 당사자가 타인의 이름을 임의로 사용하여 법률행위를 한 경우에는 누가 그 계약의 당사자인가를 먼저 확정하여야 할 것인데, 행위자 또는 명의자 가운데 누구를 당사자로 할 것인지에 관하여 행위자와 상대방의 의사가 일치한 경우에는 그 일치한 의사대로 행위자의 행위 또는 명의인의 행위로서 확정하여야 할 것이지만, 그러한 일치하는 의사를 확정할 수 없을 경우에는 그 계약의 성질, 내용, 목적, 체결경위 등 그 계약 체결을 전후한 구체적인 제반 사정을 토대로 상대방이 합리적인 사람이라면 행위자와 명의자 중 누구를 계약 당사자로 이해할 것인가에 의하여 당사자를 결정하고, 이에 터잡아 계약의 성립 여부와 효력을 판단하여야 한다."라고 판시하여 명의설을 따르고 있다[220]. 즉 실질적으로 작성되는 계약서의 명의자를 기준으로 할 때 계약명의신탁의 계약당사자는 수탁자(매수인)와 매도인이라 할 것이고, 중간생략등기형 명의신탁의 계약당사자는 신탁자(매수인)와 매도인인데 단지 등기만 수탁자 명의로 하는 것이다[221].

다만 판례에서 말하는 '특별한 사정'은, 가령 거래 상대방이 당사자를 甲으로 알고 있으면서, 단지 甲이 자신을 나타내는 방법으로 乙의 성명 등을 사용하고 있다고 인식하고, 실질적인 계약당사자인 甲이나 계약명의자인 乙도 상대방의 이러한 인식을 알면서도 이를 시정하기 위한 조치를 취하지 아니할 경우를 말한다고 할 것이다[222]. 즉 수탁자가 계약

220) 대법원 2008. 3. 27. 선고 2007도7393 판결. 그 외 대법원 1993. 4. 23. 선고 92다909 판결 [타인을 통하여 부동산을 매수하면서 매수인 명의를 타인으로 한 경우의 매매당사자(=타인)], 대법원 1997. 5. 16. 선고 95다29116 판결 등; 권오창, "계약명의신탁의 법률관계에 관한 고찰(상) -부동산실권리자명의등기에관한법률 제4조 제2항 단서의 해석을 중심으로-", 법조 48권 5호(1999. 5.), 129 이하 참조.

221) 신탁자가 수탁자의 대리인으로 법률행위를 할 수 있다(양창수, "부동산실명법의 사법적 규정에 의한 명의신탁의 규율", 173). 즉 계약명의신탁의 경우 통상 신탁자나 신탁자 측의 사람이 수탁자의 대리인으로 계약행위를 하는 것이 일반적이다(기업이 그 임직원 명의로 부동산 구입하는 경우가 전형적인 예이다). 이동명, "不動産實權利者名義登記에관한法律의 立法過程에서의 爭點", 252 각주 13

222) 양창수, "부동산실명법의 사법적 규정에 의한 명의신탁의 규율", 172

체결 당시 거래 상대방과 사이에 뒤에 숨은 신탁자를 계약당사자로 하기로 합의하였을 경우, 수탁자와 상대방 사이의 계약관계는 가장행위로서 무효이고 배후의 당사자인 신탁자가 계약당사자가 된다고 보아야 할 것이다. 결국 종합하면, 계약서가 등기이전만을 위하여 별도로 작성되었다거나 하는 등의 특별한 사정이 없는 한 계약서의 명의인이 계약당사자이기 때문에, 계약명의신탁에 있어서 매도인이 명의신탁 사실을 알았다는 것만으로 바로 중간생략등기형 명의신탁이 되는 것은 아니고, 계약당사자를 신탁자로 하기로 하는 합의가 없다면 이 경우 매도인 악의의 계약명의신탁으로 해석하여야 할 것이다(위 2001다32120 판결).

다. 계약명의신탁[223]

(1) 매도인 선의

매도인이 신탁자와 수탁자 사이에 명의신탁 사실을 모르는 경우, 명의수탁자로의 소유권이전등기는 유효하다(부동산실명법 제2조 제1호, 제4조).

1) [수탁자와 매도인 사이의 관계] 부동산실명법 제4조 제2항 단서에 따라 수탁자 명의의 등기는 확정적으로 유효하게 되어 수탁자가 당해 부동산에 대하여 완전한 소유권을 취득하게 된다[224]. 따라서 수탁자가 자신의 명의로 된 부동산을 처분하더라도 그러한 처분행위는 유효하고, 그 행위가 매도인에 대하여 불법행위가 될 수는 없다.

2) [신탁자와 매도인 사이의 관계] 신탁자와 매도인 사이에는 아무런 법률관계가 없기 때문에 상호간에 아무런 권리관계(채권 · 채무관계)도 생기지 않는다[225].

3) [신탁자와 수탁자 사이의 관계] 부동산실명법 제4조 제1항에 따라 명의신탁 약정은 무효이고, 따라서 신탁자가 수탁자를 상대로 명의신탁 약정을 원인으로 한 소유권이전등기를 청구할 수는 없으나, 수

223) 이하 기본적인 내용은 졸고, "악의의 계약명의신탁에 있어 명의수탁자의 보관물 임의처분시 범죄성립 여부", 709~16을 인용 · 참조함

224) 대법원 2002. 12. 26. 선고 2000다21123 판결

225) 김윤영, "계약명의신탁과 3자간 명의신탁의 법률관계", 판례연구 24집, 부산판례연구회(2013. 2.), 95

탁자는 명의신탁 약정에 따라 신탁자가 자신에게 제공한 매수자금 등을 취득하는데 명의신탁 약정이 무효라면 그러한 매수자금 등은 법률상 원인 없이 취득하게 된 것이므로 신탁자는 수탁자를 상대로 부당이득반환을 구할 수 있다고 봄이 판례이다. 부당이득의 범위에 관하여는 계약명의신탁 약정 및 등기가 부동산실명법 시행 전인가, 후인가에 따라 달리 판단한다. ① 부동산실명법 시행 전에 계약명의신탁에 따라 명의신탁 약정이 있다는 사실을 알지 못하는 매도인으로부터 명의수탁자 앞으로 소유권이전등기가 경료되고 같은 법 소정의 유예기간이 경과한 경우, 판례는 부동산실명법 시행 전에 체결된 명의신탁 약정이 유예기간 경과 시까지 신탁자가 그 명의로 등기이전을 하는데 '법률상 장애가 없는 경우'에는 부동산 자체를 부당이득반환의 대상으로 보고 있다[226]. 신탁자는 부동산실명법의 시행 후 같은 법 제11조 소정의 유예기간이 경과하기 전까지는 언제라도 명의신탁 약정을 해지하고 당해 부동산에 관한 소유권을 취득할 수 있었다는 취지에서이다[227]. 그러나 부동산실명법 시행에 의하여 수탁자에게 소유권이 확정적으로 귀속되도록 법률에서 규정하고 있기 때문에 이를 두고 과연 법률상 원인 없이 이익을 취득하는 것이라고 보는 것이 타당한 것인지, 이를 법률상 원인 없이 이익을 취득하는 것이라고 하더라도 이익의 대상이 왜 부동산이 되어야 하는 것인지[228] 의문이다. 이 경우에도 부당이득의 대상이 되는 것은 매매자

226) 위 2000다21123 판결. 따라서 판결의 취지상 '법률상 장애가 있었을 경우'에는 명의신탁자는 당해 부동산의 소유권을 취득할 수 없었다고 보게 되므로, 이 경우 부동산 자체가 아니라 명의수탁자에게 제공한 매수자금을 부당이득의 대상으로 보게 될 것이다(대법원 2008. 5. 15. 선고 2007다74690 판결).

227) 위 2000다21123 판결, 대법원 2008. 11. 27. 선고 2008다62687 판결

228) 부동산 자체가 부당이득의 대상이 되는 근거에 관하여, 부당이득에서 일반적으로 '법률상 원인 없는 이익'이 발생하는 경우를 '손실자의 급부행위로 인한 경우'와 '기타의 방법으로 인한 경우'로 나누고, '기타의 방법으로 인한 경우'의 예로 이익이 '수익자의 사실행위', '제3자의 행위', '법률의 규정'으로 발생한 경우를 들고 있는바, 기존 계약명의신탁의 경우 부당이득의 일으키는 사실은 '신탁자의 급부행위'가 아닌 '부동산실명법의 시행'과 '그 유예기간의 경과'이므로, 명의신탁 약정은 소급해서 무효가 되는 것이 아니라 유예기간의 경과 시점부터 무효로 되는 것이어서 수탁자는 이미 지급받은 매매대금 상당액을 부당이득하였다기 보다는 부동산의 소유권 자체를 부당이득하였다고 봄이 타당하다는 견해가 있다. 고제성, "계약명의신탁에 있어서 신탁자의 부당이득반환청구(대법원 2002. 12. 26. 선고 2000다21123 판결을 중심으로)", 민형사실무연구, 서울북부지방법원(2004), 22, 25~6

금 상당으로 보아야 하는 것 아닌가 생각된다[229]. ② 부동산실명법 시행 후에 계약명의신탁 약정이 체결되고 명의수탁자가 선의의 매도인과 부동산 매매계약을 체결하여 수탁자의 명의로 소유권이전등기를 마친 경우, 신탁자는 애초부터 당해 부동산의 소유권을 취득할 수 없었으므로, 위 계약명의신탁 약정의 무효로 인하여 신탁자가 입은 손해는 당해 부동산 자체가 아니라 명의수탁자에게 제공한 매수자금이고, 따라서 명의수탁자는 당해 부동산 자체가 아니라 명의신탁자로부터 제공받은 매매자금 상당액을 부당이득하였다고 본다[230]. ③ 계약명의신탁 약정은 시행 전이고 등기는 시행 후인 경우에는 부동산실명법 부칙 제2조 제2항[231]에 의하여 제11조가 적용되지 않는다고 볼 것이므로 신탁자는 부동산의 소유권을 취득할 수 없어, 부당이득반환의 대상은 매매자금 상당이 된다[232].

(2) 매도인 악의

매도인이 명의신탁 약정사실을 알고 있었던 경우 명의수탁자로의 소유권이전등기는 무효이다(부동산실명법 제4조 제1항, 제2항 본문). 이에 대하여는 ⓐ 부동산실명법 제4조 제2항 단서의 "명의신탁 약정이

---

229) 김미리, "간접대리명의신탁(이른바 계약명의신탁)의 명의신탁자와 명의수탁자간 부당이득반환관계", 법조 53권 2호(2004. 2.), 196~204; 목영준, "부동산실권리자명의등기에관한법률상 법률관계의 효력", 100~1; 양창수, "부동산실명법의 사법적 규정에 의한 명의신탁의 규율", 155~6; 주석 민법 [물권 (2)], 527~8(권오창 집필) 등에 의하면, 앞의 각주의 견해는, 부동산실명법이 유예기간 경과에 의한 무효의 적용대상에 시적 제한을 두지 않아 유예기간의 경과에 의하여 기존 명의신탁 약정도 모두 무효로 됨(따라서 그 약정에 기한 급부도 원인 없었던 것으로 됨)을 간과하였다는 점, 부동산실명법 시행 전에 수탁자 앞으로 경료된 소유권이전등기는 매매계약을 등기원인으로 하여 이루어진 것이어서 법률상 원인이 없다고 볼 수 없다는 점, 부당이득의 대상은 엄밀히 말하면 내부적 소유권일 뿐 외부적 소유권까지 그 대상이 되는 것은 아니며 내부적 소유권이라는 것은 채권적 권리에 가깝다는 점 등에서 동의하기 어렵다. 즉 내부적 소유권에 상당하는 것은 부동산의 소유권이 아니라 그 취득에 들어간 비용이라고 보아야 한다.

230) 대법원 2010. 10. 14. 선고 2007다90432 판결, 대법원 2007. 6. 14. 선고 2007다17284 판결, 대법원 2005. 1. 28. 선고 2002다66922 판결. 구체적으로 매수자금 및 취득세, 등록세 등 취득비용이다.

231) 제4조의 규정은 이 법 시행 전에 명의신탁 약정을 하고 이 법 시행 후에 이에 의한 등기를 한 경우에도 이를 적용한다.

232) 대법원 2012. 11. 15. 선고 2012다69197 판결 (명의신탁자와 명의수탁자 사이에 경매절차의 낙찰명의에 대한 명의신탁 약정이 체결되었는데, 명의신탁 약정은 경매절차의 낙찰허가일인 1995. 3. 30. 이전에 체결되었으나 매각대금 완납은 부동산실명법이 시행된 1995. 7. 1. 이후인 1995. 9.경에 이루어진 사안)

있다는 사실을 알지 못한다."는 것을 계약해석에 관한 지침을 정하는 문구로 이해하여, "부동산에 관한 물권을 취득하기 위한 계약에서 그 일방당사자가 명의신탁 약정이 있다는 사실을 알지 못하는 등의 사유로 명의수탁자가 그 타방당사자인 것으로 해석되는 경우에는 그러하지 아니하다."라고 해석함으로써, 이 문구를 "명의수탁자가 부동산 취득의 원인계약의 일방당사자가 된다."는 요건에 흡수시켜 계약명의신탁의 경우 매도인의 선의, 악의를 구별하지 않고 물권변동은 유효하여 수탁자가 소유권을 취득한다고 하는 견해(물권변동 유효설)[233]와, ⓑ 부동산실명법 제4조 제2항의 문리해석상 수탁자에게 경료된 소유권이전등기는 무효이므로 소유권은 매도인에게 남게 된다는 견해(물권변동 무효설. 판례[234])가 있다. ⓐ견해가 법문언이나 문법구조에 솔직하지 못한 감은 있으나 법문의 '가능한 語義와 意味聯關의 범위 안에서[235]' 취할 수 없는 전혀 불가능한 해석은 아니라 생각된다[236]. 다만 문리해석상으로는 ⓑ견해와 같게 해석하는 것이 자연스럽고 타당해 보이므로 이에

---

233) 양창수, "부동산실명법의 사법적 규정에 의한 명의신탁의 규율", 175~6; 서정, "명의신탁자가 명의수탁자를 상대로 부동산 자체를 부당이득반환으로 구하는 청구의 가부", 민사판례연구 [26], 박영사(2004), 236~9. 그 근거로 첫째 매도인이 명의신탁 약정이 있음을 알고 있었다고 하더라도 여전히 그 원인행위와 처분행위의 당사자에는 변동이 없으므로 이를 달리 취급할 이유가 없다는 점, 둘째 명의신탁 약정에 대한 매도인의 인식 여부에 따라 소유권이전등기의 유무효를 결정한다면, 선의의 매도인은 소유권변동의 무효를 주장할 수 없는 반면 악의의 매도인은 소유권변동의 무효를 주장하여 그 반환을 청구할 수 있게 되어 명백한 평가모순이 된다는 점, 셋째 매매계약을 무효로 돌리는 것은 계약당사자 모두의 의사에 반한다는 점, 넷째 법률관계의 당사자가 매도인의 처신에 따라 불필요한 분쟁에 휘말릴 가능성이 있다는 점을 들고 있다.

234) 대법원 2009. 5. 14. 선고 2007도2168 판결 (명의신탁자와 명의수탁자가 이른바 계약명의신탁 약정을 맺고 명의수탁자가 당사자가 되어 명의신탁 약정이 있다는 사실을 알지 못하는 소유자와 부동산에 관한 매매계약을 체결한 후 그 매매계약에 따라 당해 부동산의 소유권이전등기를 명의수탁자 명의로 마친 경우에는, 명의신탁자와 명의수탁자 사이의 명의신탁 약정의 무효에도 불구하고 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률 제4조 제2항 단서에 의하여 그 명의수탁자는 당해 부동산의 완전한 소유권을 취득한다. 이와 달리 소유자가 계약명의신탁 약정이 있다는 사실을 안 경우에는 수탁자 명의의 소유권이전등기는 무효이고 당해 부동산의 소유권은 매도인이 그대로 보유하게 된다. 어느 경우든지 명의신탁자는 그 매매계약에 의해서는 당해 부동산의 소유권을 취득하지 못하게 되어, 결국 그 부동산은 명의신탁자에 대한 강제집행이나 보전처분의 대상이 될 수 없다). 따름 판결 대법원 2011. 12. 8. 선고 2010도4129 판결

235) im Rahmen ihres möglichen Wortsinns und des Bedeutungszusammenhanges

236) ⓐ견해를 취하는 입장에서도 법문언에 솔직하지 못한 해석이라는 점은 인정하고 있다. 양창수, "부동산실명법의 사법적 규정에 의한 명의신탁의 규율", 176~7

따른 신탁자, 수탁자, 매도인 사이의 법률관계를 살펴본다.

1) [수탁자와 매도인 사이의 관계] 제4조 제2항에서 등기로 이루어진 물권변동이 무효로 된다고 규정하고 있을 뿐, 수탁자와 매도인 사이의 매매계약의 효력에 관하여는 달리 규정이 없기 때문에 그 매매계약도 무효로 된다고 보아야 하는 것인지는 해석의 여지가 있다. 반대견해도 있을 수 있으나[237], 신탁자와 수탁자 사이의 명의신탁 약정이 무효이기 때문에 이를 전제로 하는 수탁자와 매도인 사이의 매매계약도 무효로 되고, 따라서 부동산소유권은 여전히 원소유자인 매도인에게 남게 되어 매도인은 소유권에 기해 수탁자 명의의 소유권 등기의 말소나 진정명의회복을 위한 소유권이전등기를 청구할 수 있다고 할 것이다[238]. 이 때 수탁자가 매도인에게 지급한 매매대금도 원인 없는 급부가 되기 때문에 매도인은 수탁자에 대하여 매매대금을 부당이득으로서 반환할 의무를 부담하게 된다. 이 경우 당해 부동산의 소유권은 매매계약을 체결한 소유자에게 그대로 남아 있으므로 명의수탁자가 자신의 명의로 소유권이전등기를 마친 부동산을 제3자에게 처분하면 이는 매도인의 소유권 침해행위로서 불법행위가 된다는 견해도 있지만[239], 명의수탁자로부터 매매대금을 수령한 상태의 소유자로서는 그 부동산에 관한 소유명의를 회복하기 전까지 신의칙 내지 민법 제536조 제1항[240] 본문의 규정에 의하여 명의수탁자에게 이와 동시이행의 관계에 있는 매매대금 반환채무의 이행을 거절할 수 있는데, 이른바 계약명의신탁에서 명의수탁자의 제3자에 대한 처분행위가 유효하게 확정되어 소유자에 대한 소유명의 회복이 불가능한 이상, 소유자로서는 그와 동시이행관계에 있는 매매대금 반환채무를 이행할 여지가 없고, 또한 명의신탁자는

---

237) 각주 233의 견해는 물권변동 유효설이기 때문에 이러한 입장이라 할 것이다. 다만 물권변동 무효설을 취하면서 수탁자와 매도인 사이의 계약이 유효하다고 보는 견해는 없는 듯하다.

238) 권오창, “부동산명의신탁의 법률관계에 관한 시론”, 인권과 정의 243호, 대한변호사협회(1996. 11.), 71

239) 박영호, “매도인 악의의 계약명의신탁의 경우에 수탁자가 부동산을 임의로 처분하면 매도인에게 손해가 발생하는지 여부”, 298

240) 제536조 (동시이행의 항변권) ① 쌍무계약의 당사자 일방은 상대방이 그 채무이행을 제공할 때 까지 자기의 채무이행을 거절할 수 있다. 그러나 상대방의 채무가 변제기에 있지 아니하는 때에는 그러하지 아니하다.

소유자와 매매계약관계도 없어 소유자에 대한 소유권이전등기청구도 허용되지 아니하므로, 결국 소유자인 매도인으로서는 특별한 사정이 없는 한 명의수탁자의 처분행위로 인하여 어떠한 손해도 입은 바가 없다고 보아야 한다[241].

2) [신탁자와 매도인 사이의 관계] 신탁자는 매도인(원소유자)과 계약관계가 없으므로 매도인에 대해 아무런 권리를 갖지 못한다. 다만 신탁자는 수탁자와의 명의신탁 약정에 기하여 매수자금 상당을 지급하였고 이는 법률상 원인 없는 급부이기 때문에 수탁자에 대하여 부당이득반환청구권이 있으므로, 그 부당이득반환청구권을 보전하기 위하여 수탁자의 매도인에 대한 매매대금 상당의 부당이득반환청구를 수탁자를 대위하여 채권자대위권을 행사하는 것이 가능하다[242]. 이와 관련하여, 판례는 매도인이 명의신탁 약정의 존재를 알았던 경우에 해당하여 매매계약이 부동산실명법 제4조 제2항 본문에 의하여 무효인 경우 무효사실이 밝혀진 후 매도인과 명의신탁자 사이에 별도의 양도약정을 한 것으로 볼 수 있는 경우에는 예외적으로 신탁자가 매도인을 상대로 소유권이전등기청구권을 가진다고 판시한 바 있는데, "어떤 사람이 타인을 통하여 부동산을 매수함에 있어서 매수인 명의 및 소유권이전등기 명의를 타인 명의로 하기로 약정하였고 매도인도 그 사실을 알고 있어서 그 약정이 부동산실명법 제4조의 규정에 의하여 무효로 되고 이에 따라 매매계약도 무효로 되는 경우에 매매계약상의 매수인의 지위가 당연히 명의신탁자에게 귀속되는 것은 아니지만, 그 무효사실이 밝혀진 후에 계약상대방인 매도인이 계약명의자인 명의수탁자 대신 명의신탁자가 그 계약의 매수인으로 되는 것에 대하여 동의 내지 승낙을 함으로써 부동산을 명의신탁자에게 양도할 의사를 표시하였다면, 명의신탁 약정이 무효로 됨으로써 매수인의 지위를 상실한 명의수탁자의 의사에 관계없이 매도인과 명의신탁자 사이에 종전의 매매계약과 같은 내용의 양도약정이 따로 체결된 것으로 봄이 상당하고, 따라서 이 경우 명의신탁자는 당초의 매수인이 아니라고 하더라도 매도인에 대하여 별도의 양도약정

241) 대법원 2013. 9. 12. 선고 2010다95185 판결

242) 목영준, "부동산실권리자명의등기에관한법률상 법률관계의 효력", 107. 물론 채권자대위권 행사의 일반적인 요건, 특히 채무자인 수탁자의 무자력이 충족되어야 할 것이다.

을 원인으로 하는 소유권이전등기청구를 할 수 있다고 보아야 할 것이다."[243]라는 것이다. 그런데, 위 판결 사안은 부동산실명법이 제정되기 이전에 신탁자와 수탁자 사이에 명의신탁 약정이 유효하게 이루어진 다음 매도인과 수탁자 사이에 매매계약이 체결된 것이어서 부동산실명법 시행 이후 명의신탁 약정이 이루어진 경우에도 위 판례에서 판시하고 있는 법리가 그대로 적용될 수 있는지 여부에 관하여는 의문이 제기될 수 있으나, 매도인과 신탁자 사이에서 매매계약이 새로이 체결되었다면 마찬가지로 보아야 할 것이다[244].

3) [신탁자와 수탁자 사이의 관계] 명의신탁 약정이 무효이므로 신탁자는 수탁자에 대하여 아무런 권리를 주장할 수 없게 된다. 다만 신탁자는 수탁자에게 부동산 매수자금에 관하여 부당이득반환을 청구할 수 있다[245]. 그렇다면 나아가 수탁자가 신탁자의 의사에 반하여 부동산

---

243) 대법원 2003. 9. 5. 선고 2001다32120 판결. 대법원 1997. 5. 16. 선고 95다29116 판결도 같은 취지

244) 김윤영, "계약명의신탁과 3자간 명의신탁의 법률관계", 93~4. 현재 이에 대한 명시적 판례를 찾아보기 어렵고, 학계에서의 별다른 논의는 없으나, 다음과 같은 근거, 즉 ① 일반적인 부동산매매계약에 있어서 매수인이 누구인가는 중요한 요소라고 보기 어려우므로, 매매계약 체결 당시 실권리자가 신탁자인 사실을 매도인이 알고 있었다면 매도인의 입장에서는 신탁자에게 소유권이전등기를 해 줄 의사도 있었다고 볼 것이어서, 부동산실명법 이후 체결된 명의신탁 약정에 대하여 위 판례상 법리를 적용하더라도 매도인의 의사에 반한다고 보기 어렵고, 한편 매매계약관계가 이미 종료된 것으로 생각하여 실질적 이해관계가 없는 매도인을 신탁자와 수탁자 사이의 법률관계에 끌어 들이는 것보다 실권리자인 신탁자에게 소유권이전등기청구권을 부여함으로써 실질적인 이해당사자인 신탁자와 수탁자 사이에 소유권이전등기 문제를 정리토록 하는 것이 신탁자와 수탁자의 의사에도 부합한다고 볼 것인 점, ② 부동산실명법의 제정목적이 부동산에 관한 소유권과 그 밖의 물권을 실체적 권리관계와 일치하도록 실권자 명의로 등기하도록 하는데 있다는 것을 고려하면, 신탁자가 부동산실명법상 부과되는 과징금과 벌칙을 감수하고 자신의 명의로 소유권이전등기를 하고자 하는 경우 이를 부인할 필요가 없는 점, ③ 3자간 등기명의신탁에 있어서 매도인이 신탁자와 수탁자 사이의 명의신탁 약정을 알고 있는 경우와 계약명의신탁에 있어서 매도인이 신탁자와 수탁자 사이의 명의신탁 약정을 알고 있는 경우를 비교해 볼 때, 양자는 비록 매매계약상 매수인이 신탁자와 수탁자 중 누구로 볼 것인가라는 점에서 결정적 차이가 있다고 할 것이나, 매도인이 매매계약 체결 당시 신탁자와 수탁자 사이에 명의신탁 약정이 있고 실권리자가 신탁자인 사실을 알고 있다는 점에 있어서는 차이가 없으므로, 굳이 양자를 달리 취급할 이유가 없는 것으로 보이는 점 등을 고려하면, 명의신탁 약정이 부동산실명법 제정 이후에 이루어진 경우에도 위 판시와 같은 예외를 인정하는 것이 타당할 것이라고 한다.

245) 목영준, "부동산실권리자명의등기에관한법률상 법률관계의 효력", 103. 다만 이 경우 그 매수자금 지급이 불법원인급여에 해당하는지에 관하여는 논란이 있다. 김문관, "부동산실명법 시행 이후 명의신탁관계에서의 부당이득반환청구", 판례연구 15집, 부산판례연

을 처분할 경우 불법행위가 성립하는가? 혹은 신탁자의 의사에 반하여 부동산에 관한 소유권이전등기를 신탁자에게 경료해 주지 않는다면 불법행위인가? 명의신탁 약정이 무효라면 그에 기한 의무는 존재할 수 없으므로 이를 위법하다고 평가할 수는 없다고 보아야 할 것이다[246].

II. 형사 법률관계

부동산실명법에서 허용하는 명의신탁에 대하여는 기존의 판례 이론이 그대로 적용될 것이다[247].

그렇다면 부동산실명법에 의하여 금지되는 명의신탁의 경우, 수탁자가 명의신탁 부동산을 임의로 처분한 경우 어떠한 형사죄책을 부담하는가? 이하 부동산실명법상 금지되는 명의신탁에서의 형사죄책에 관하여 살펴본다.

1. 양자간 명의신탁

가. 학설

학설은, 명의신탁 약정이 무효이기 때문에 부동산의 소유권은 여전히 명의신탁자에게 있으므로 민사법리상 신탁자로부터 수탁자에게 경료된 소유권이전등기는 원인무효에 기한 것이라서 신탁자는 수탁자에게 소유권이전등기말소나 진정명의회복을 통해 부동산의 반환을 청구할 수 있고, 명의수탁자는 제3자에게 유효하게 부동산을 처분할 수 있기 때문에(부동산실명법 제4조 제3항), 명의수탁자는 등기명의에 의해 타인(명의신탁자)의 부동산을 보관하는 자에 해당하며, 명의신탁 약정이 무효라고 하더라도 신탁자와 수탁자 사이에는 사실상의 신뢰관계는 존재하기 때문에(신탁자로부터 수탁자에게 경료된 소유권이전등기가 불법원인급

구회(2003), 83

246) 송오식, "계약명의신탁에서 명의수탁자의 처분행위와 불법행위 성립 여부", 309; 양창수, "부동산실명법 제4조에 의한 명의신탁의 효력", 88

247) 이상태, "부동산 명의신탁에 관한 민·형법의 통합적 연구", 147

여는 아니므로), 신탁부동산을 처분한 때에 횡령죄가 성립한다고 보는 것이 다수설이다[248].

그러나 명의신탁 약정에 기한 부동산의 소유권 이전은 불법원인급여이기 때문에 반환 청구를 못한다거나, 불법원인급여는 아니라고 하더라도 명의신탁자와 명의수탁자 사이의 신뢰관계는 보호할 가치가 없다거나, 명의신탁이라는 잘못된 관행을 형법 투입을 통하여 방조하는 것은 타당하지 아니하고 형법의 보충성 입장에서도 형사처벌은 불가하다는 반대 견해[249]도 유력하다.

나. 판례

부동산실명법 제4조 제1항에 의하여 명의신탁 약정은 무효로 되고, 소유권이전등기를 위한 원인행위인 명의신탁 약정이 무효이므로 소유권이전등기도 무효로 되기 때문에, 소유권은 여전히 신탁자에게 남게 된다. 따라서 명의신탁된 부동산은 신탁자의 소유이므로 수탁자의 신탁자에 대한 관계에서는 '타인(신탁자)의 재물'임이 인정된다[250]. 따라서 다

---

248) 권오창, "계약명의신탁의 법률관계에 관한 고찰(하)", 135; 김성돈, 형법각론, SKKUP(2013), 418; 김일수 · 서보학, 형법각론, 박영사(2015), 297; 박달현, "부동산실명법의 시행과 부동산명의신탁의 형사법적 문제점 검토", 152; 배종대, 형법각론, 홍문사(2015), 539; 손동권 · 김재윤, 형법각론, 율곡출판사(2015), 438~9; 백재명, "부동산명의신탁과 횡령죄", 376; 서보학, "부동산명의신탁과 형법상 재산죄의 성부에 대한 검토", 경희법학 제50권 제2호, 경희대학교 법학연구소(2015), 102; 이상철, "명의신탁부동산의 처분행위와 횡령죄 -3자간명의신탁에 관한 대법원 2010. 6. 24. 선고 2009도9242 판결을 중심으로-", 일감법학 24호(2013. 2.), 88; 이재상, 형법각론, 박영사(2013), 400; 이창섭, "부동산명의수탁자의 횡령죄 주체성", 형사판례연구 (19), 박영사(2011), 254; 이형국, 형법각론, 법문사(2007), 417; 임웅, 형법각론, 법문사(2013), 453~4; 장영민, "명의신탁된 부동산영득행위의 죄책", 법학논집(제3권 제1호), 이화여자대학교(1998), 62; 정성근 · 박광민, 형법각론, SKKUP(2015), 448~9; 정영일, 형법강의 [각론], 도서출판 학림(2013), 265; 다만 김일수, "미수의 불법귀속에 관한 연구", 고려법학 제40호, 고려대학교 법학연구원(2003), 26~7는 신뢰관계는 보호할 가치가 없기 때문에 기수는 아니지만 횡령죄의 불법에 필요한 행위반가치는 존재하고 최소한의 법익평온상태를 교란시킬 정도의 결과반가치는 있다고 보아 횡령죄의 불능미수설을 취한다.

249) 박상기, 형법각론, 박영사(2011), 381; 박상기, 총론 · 각론 강의 형법학, 집현재(2015), 673; 박상기, "부동산명의신탁과 횡령죄", 법률신문 제2642호(1997. 10. 27.), 14; 양천수, 부동산 명의신탁, 영남대학교 출판부(2010), 137~8; 오영근, 형법각론, 박영사(2014), 363; 이주일, "명의신탁과 형사처벌에 대한 비판적 재검토", 한국법학회 법학연구 29집(2008. 2.), 268, 284; 정도영, "부동산실명법에 위반한 부동산명의신탁과 횡령죄", 광주지방법원 재판실무연구(1998), 360~1

250) 대법원 2000. 2. 22. 선고 99도5227 판결, 대법원 1999. 10. 12. 선고 99도3170 판결 등

수설과 마찬가지로, 수탁자는 신탁자의 재물을 보관하는 지위에 있으므로 횡령죄의 주체가 될 수 있다고 본다.

다. 사견

만약 양자간 명의신탁에서 신탁자와 수탁자 사이의 신뢰관계 자체가 형법상 보호할 가치가 있는 것이라고 본다면, 다수설의 입장이 민사법리의 논리적 귀결일 것이다. 그러나 후술하는 바와 같이 그 신뢰관계가 형법상 보호할 가치가 있다고 볼 수 있을 것인지는 의문이고, 그러한 신뢰관계를 형법상 보호할 가치가 없다고 볼 경우에는 횡령죄나 배임죄 등 신뢰관계 침해 범죄는 성립이 부정될 것이다.

2. 중간생략등기형 명의신탁

가. 학설

범죄가 성립하지 않는다는 견해(신탁자와 수탁자 사이에 형법상 보호할 만한 가치 있는 신뢰관계가 없기 때문에, 이를 전제로 하는 횡령죄는 성립하지 않는다는 입장)[251], 신탁자에 대하여 횡령죄가 성립한다는 견해(명의신탁 약정이 무효이므로 소유권이 매도인에게 회복되고 신탁자는 매도인과의 매매계약에 기하여 매도인의 수탁자에 대한 소유권이전등기말소등기청구 내지 진정명의등기회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구를 대위할 수 있게 되고, 명의신탁 약정이 무효라고 하더라도 신탁자와 수탁자 사이에 사실상의 신뢰관계를 인정할 수 있다는 입장)[252], 매도인에 대하여 횡령죄가 성립한다는 견해(명의신탁 약정이

---

251) 강동범 · 이강민, “등기명의신탁과 수탁자의 형사책임”, 법학논고 41집, 경북대 법학연구원(2013. 2.), 18; 양천수, 부동산 명의신탁, 138~140; 천진호, “명의신탁부동산 처분행위와 형사책임”, 비교형사법연구 4권 1호, 한국비교형사법학회(2002), 488; 천진호, “부동산실명법상 부동산명의수탁자의 형사책임”, 형사재판의 제문제 제5권, 박영사(2005. 10.), 284~5; 조기영, “재산범죄와 ‘보호할 가치 있는 신뢰관계’”, 형사법연구 26권 1호, 한국형사법학회(2014), 115 이하

252) 김성돈, 형법각론, 419; 배종대, 형법각론, 540; 이창섭, “부동산명의수탁자의 횡령죄 주체성”, 255; 장영민, “명의신탁된 부동산영득행위의 죄책”, 법학논집(제3권 제1호), 65; 정영일, 형법강의 [각론], 265; 조준현, 형법각론, 474; 김일수, “미수의 불법귀속에 관한 연구”, 28은 양자간 명의신탁에서와 마찬가지로 횡령죄의 불능미수라고 본다.

무효이기 때문에 매도인으로부터 수탁자 명의로 경료된 소유권이전등기는 무효라서 소유권은 매도인에게 귀속하고, 수탁자는 매도인에게 소유권을 회복시켜 주어야 할 협력의무가 있기 때문에 매도인과 수탁자 사이에 신뢰관계가 긍정된다는 입장)[253], 매도인과 신탁자 모두에 대하여 횡령죄가 성립한다는 견해(중간생략등기형 명의신탁의 경우에는 매도인, 신탁자, 수탁자 사이의 3자간 법률관계를 종합적으로 관찰하여 파악하여야 하는데, 매도인은 수탁자로부터 소유권을 회복하여 신탁자에게 이전하여야 할 의무를 부담하고 수탁자는 이에 대해 협력의무를 부담하기 때문에, 수탁자는 양인 모두에 대하여 보관자의 지위를 갖는다는 입장)[254], 신탁자에 대한 횡령죄는 성립할 수 없고 신탁자에 대한 배임죄나 매도인에 대한 점유이탈물횡령죄가 성립한다는 견해(신탁자는 소유권자가 아니라 수탁자에 대하여 매도인을 대위하여 소유권이전등기를 청구할 수 있는, 단지 채권적 권리를 가질 뿐이고 수탁자는 신탁자에 대하여 소유권이전등기를 간접적으로 경료할 의무를 부담하기 때문에 수탁자는 신탁자에 대한 등기협력의무 위배시 배임죄가 성립하고, 수탁자는 소유권자인 매도인에 대하여는 그와의 사이에 신뢰관계를 인정할 수 없기 때문에 신뢰관계의 존재를 전제로 하는 횡령죄는 성립할 수 없고 다만 부동산을 제3자에게 유효하게 처분할 수 있는 권한이 수탁자에게 있기 때문에 부동산에 대한 매도인의 점유는 상실된 것으로 보아 수탁자의 처분시 점유이탈물횡령죄만 성립할 수 있다는 입장)[255]로 나뉜다.

나. 판례

판례는 중간생략등기형 명의신탁의 경우, 수탁자는 신탁자의 재물을

---

253) 권오창, "계약명의신탁의 법률관계에 관한 고찰(하)", 135; 백재명, "부동산명의신탁과 횡령죄", 377; 이재상, 형법각론, 401; 이형국, 형법각론, 417; 임웅, 형법각론, 455; 장영민, "명의신탁된 부동산영득행위의 죄책", 고시계 490호(1997. 12.), 38; 정성근 · 박광민, 형법각론, 450; 조준현, 형법각론, 법원사(2012), 473

254) 손동권 · 김재윤, 형법각론, 440; 이창섭, "부동산 명의수탁자의 횡령죄 주체성", 251~2

255) 김일수 · 서보학, 형법각론, 298; 서보학, 위 논문, 105~106; 서요한, "명의신탁된 부동산 영득행위의 죄책", 재판실무 2집, 창원지방법원(2005), 406. 신탁자의 신탁부동산에 대한 소유권을 확보할 수 있는 기대를 상실케 하기 때문이라 한다.

보관하는 지위에 있다고 보아 수탁자가 명의신탁 부동산을 임의로 처분하면 신탁자에 대하여 횡령죄가 성립한다고 본다[256].

다. 사견

앞서 살펴본 민사적 법률관계를 기초로 하여 살펴보면, 수탁자의 입장에서 자신의 명의로 경료된 부동산은 신탁자 소유의 부동산이 아니고

---

256) 대법원 2010. 1. 28. 선고 2009도1884 판결 [부동산을 그 소유자로부터 매수한 자가 그의 명의로 소유권이전등기를 하지 아니하고 제3자와 맺은 명의신탁 약정에 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 실권리자명의 등기에 관한 법률 시행 전에 이루어졌고 같은 법이 정한 유예기간 이내에 실명등기를 하지 아니함으로써 그 명의신탁 약정 및 이에 따라 행하여진 등기에 의한 물권변동이 무효로 된 후에 처분이 이루어졌다고 하여 달리 볼 것은 아니다(대법원 2001. 11. 27. 선고 2000도3463 판결 등 참조)]. 그 외 대법원 2008. 4. 10. 선고 2008도1033 판결, 대법원 2002. 8. 27. 선고 2002도2926 판결, 대법원 2002. 2. 22. 선고 2001도6209 판결 등. 중간생략등기형 명의신탁에 관한 최초의 판례는 2001. 11. 27. 선고 2000도3463 판결이고, 이 판결에 대하여는 정형식, “이른바 중간생략등기형 명의신탁에 있어서 수탁자가 부동산을 임의로 처분한 경우 횡령죄의 성립 여부(적극) -대법원 2001. 11. 27. 선고 2000도3463 판결-”, 대법원판례해설 제39호(2001 하반기), 법원도서관(2002) 논문에 그 해설이 실려 있다. 이 논문에서는 수탁자를 신탁자에 대한 횡령죄로 인정하였다(위 논문, 452~3). 먼저 횡령죄의 핵심징표 중 하나인 “재물의 타인성”에 관하여 “신탁자와 수탁자 간의 명의신탁 약정은 부동산실명법 제4조 제1항에 따라 무효이다. 또한, 수탁자 명의의 소유권이전등기도 명의신탁 약정에 따라 이루어진 것이므로 부동산실명법 제4조 제2항 본문에 의하여 무효이다. 따라서 당해 부동산의 소유권은 여전히 매도인에게 있으며, 매도인은 그 소유권에 기하여 수탁자에게 그 명의 소유권이전등기의 말소를 청구할 수 있고, 진정명의회복청구권에 기하여 수탁자에게 소유권이전등기를 구할 수도 있다. 한편 매도인과 신탁자 간의 매매계약은 유효하므로, 신탁자는 매도인에 대한 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 위 매도인을 대위하여 수탁자에 대하여 그 명의의 소유권이전등기의 말소 또는 매도인 앞으로의 이전등기를 구할 수 있고, 매도인에게는 위 매매계약을 원인으로 한 소유권이전등기를 구할 수 있다”라고 한다(위 논문, 449). 다음으로 위탁관계에 관하여 “횡령죄를 판단함에 있어서의 보관위탁관계의 설정은 반드시 소유자와 사이에서 이루어져야만 되는 것은 아니다. 제3자의 소유물을 보관 위탁할 수 있는 것이고, 따라서 명의신탁 약정이 무효로 됨으로써 여전히 소유권을 보유하고 있는 매도인과 사이에 위탁관계를 인정할 수 없으므로 수탁자를 횡령죄에 있어서 보관자로 볼 수 없다는 부정설의 입장은 타당치 않다고 생각된다. 횡령죄의 보관관계는 사실상의 위탁관계이면 족한 것이고, 그것이 유효할 것임을 요하는 것은 아니라 할 것이며(양자간 명의신탁에 관한 앞에서 본 두 개의 대법원 판결도 명의신탁 약정이 무효라고 할지라도 위탁관계를 인정할 수 있다는 취지라 할 것이다), 또한 반드시 소유자의 위탁행위에 의할 필요는 없는 것이다. 신탁자와의 관계에서 위탁관계를 인정할 수 있다고 봄이 타당하다고 본다.(긍정설)”라고 한다(위 논문, 450 이하). 위탁관계의 설정을 제3자가 할 수 있다는 것은 대법원 1985. 9. 10. 선고 84도2644 판결(각주 706)을 전제로 한 것으로 보인다.

매도인 소유의 부동산이다[257]. 명의신탁 약정이 무효이기 때문에 수탁자 명의로 경료된 부동산의 소유권이전등기는 원인무효이기 때문이다. 따라서 신탁자가 채권자대위권을 행사하여 매도인의 수탁자에 대한 소유권이전등기말소등기를 청구할 수 있고, 매도인에 대하여는 매매계약에 기초하여 소유권이전등기를 청구할 수 있다는 것만으로 횡령죄에 있어 '타인의 재물성' 요건(즉 그 부동산이 신탁자의 재물이라고 보는 것)을 갖추었다고 볼 수는 없다. 우리 법제는 부동산 물권변동에 있어 등기를 요하는 형식주의를 택하고 있고 의사주의를 택하고 있는 법제가 아니다. 따라서 유효한 원인에 기하여 등기가 자신의 명의로 경료되기 전에는 그 부동산의 소유권을 취득할 수 없다. 즉 신탁자와 수탁자 사이에 명의신탁 약정이 있다고 하더라도, 부동산에 관하여 신탁자 명의로 소유권이전등기가 경료되지 않았다면 신탁자의 소유라고 볼 수 없다[258]. 물론 신탁자가 갖는 채권자대위권의 본질을 물권적인 것으로 본다면 판례의 논리는 수긍할 수도 있을 것이나 채권자대위권의 본질은 전술한 것처럼 법정소송담당이다[259]. 또한 원칙적으로 채권자대위권은 특정채권의 보전을 위하여 행사할 수 없는 것이지만, 우리 판례는 예외적으로 이전등기청구권이나 이전등기말소청구권의 보전을 위하여는 특정채권의 보전을 위하여도 그 행사를 인정하고 있다[260]. 즉 채권자대위권이 등기이전청구권 보전을 위하여 행사된다고 하더라도 이는 예외적인 권리행사이다. 더욱이 채권자대위권은 채권자인 신탁자가 채무자인 매도인에 대한 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 매도인의 수탁자에 대한 소유권이전등기말소등기청구권을 행사하는 것이다. 즉 수탁자로부터 매도인 앞으로 소유권이전등기 말소청구 또는 진정명의회복을

257) 이러한 점에서 신탁자에 대하여 횡령죄가 성립한다고 보는 입장은 타당하다고 볼 수 없다. 부동산은 신탁자의 것이 아니기 때문이다.

258) 김일수 · 서보학, 형법각론, 298

259) 각주 195 본문

260) 대법원 1990. 11. 27. 선고 90다6651 판결, 대법원 1963. 1. 24. 선고 62다825 판결 등. 물론 피보전채권의 성질(특정채권인가 아닌가)을 기준으로 분류하는, 예외적인 모습(전용형)과 원칙적인 모습(본래형)의 구별은, 해석상 불명확성의 소지를 내포하고 있고, 현실에서는 특정채권 행사를 위해 채권자대위권 행사가 많이 이루어지고 있다는 점에서, 그 분류기준을 전환할 필요성이 있다고 보는 견해도 있다. 여하윤, 채권자대위권 연구, 100~1

원인으로 한 이전등기청구가 신탁자에 의하여 이루어진다고 하더라도 그와 같은 말소청구나 진정명의회복을 원인으로 한 이전등기청구는 신탁자의 권리가 아니고 이는 매도인의 권리이다. 신탁자의 권리는 매도인에 대한 소유권이전등기청구권, 곧 채권이다. 즉 채권자대위권 행사 주체인 신탁자는 부동산의 소유자가 아니다. 따라서 부동산의 소유권은 매도인에게 남게 되고, 그렇다면 수탁자의 입장에서 '타인의 재물'성, 곧 매도인의 소유임은 인정된다고 볼 수 있을 것이지만, 신탁자의 소유로 인정되지는 않는다[261].

수탁자는 신탁자와 명의신탁 약정을 맺었을 뿐 매도인과 명의신탁 약정 기타 부동산에 대한 위탁관계 내지 신뢰관계를 인정할 만한 법률관계를 형성한 것은 아니기 때문에 수탁자와 매도인 사이에 횡령죄나 배임죄의 구성요건인 신뢰관계가 인정된다고 볼 수도 없다[262]. 가사 신뢰관계가 인정된다고 보아 구성요건해당성이 충족된다고 하더라도, 실질적으로 그 구성요건에 의하여 보호되는 법익이 침해되었는지 여부를 살펴보아야 한다. 앞서 민사법률관계에서 살펴본 것처럼 수탁자가 부동산을 처분하더라도 원칙적으로 매도인에게 손해가 발생하는 경우는 없다. 매도인이 신탁자로부터 매매대금을 모두 수령하게 될 경우 부동산에 대하여는 더 이상 실질적인 이해관계를 갖는다고 볼 수 없기 때문에, 가사 수탁자가 부동산을 임의처분한다 하더라도 매도인에게 소유권 내지 재산권의 침해가 생긴다고 보기는 어렵다[263]. 따라서 수탁자가 매도인에 대하여 배임죄나 횡령죄가 성립될 가능성은 없다[264].

---

261) 만약 앞서 본 것처럼 채권자대위권의 성질에 관하여 법정소송담당이 아니라 실체법상의 권리라고 이해할 경우, 신탁자에게 권리가 직접 귀속되기 때문에 횡령죄로 의율될 가능성이 생긴다. 그러나 그렇다고 하더라도 이는 물권적 성질의 것으로 볼 수는 없다고 할 것이기 때문에 여전히 횡령죄가 아니라 배임죄 성립 가능성을 검토함이 타당할 것이다.

262) 남천규, "명의신탁부동산을 임의처분한 명의수탁자의 형사책임", 고려대학교 석사학위논문(2008. 6.), 60. 이러한 점에서 매도인에 대한 횡령죄가 성립한다고 보는 박상기, 형법각론, 379; 박상기, 총론·각론 강의 형법학, 673; 백재명, 위 논문, 377; 정성근·박광민, 형법각론, 450 등의 입장은 타당하다고 볼 수 없다.

263) 이동명, 위 논문, 264. 명의신탁이 무효이므로 수탁자는 신탁자에 대하여도 배임죄가 성립하지 않는다고 본다.

264) 졸고, "악의의 계약명의신탁에 있어 명의수탁자의 보관물 임의처분시 범죄성립 여부", 702

다만 수탁자가 부동산을 처분하여 제3자에게 소유권이전이 유효하게 이루어질 경우, 신탁자는 매도인을 채권자대위한다고 하더라도 수탁자의 매도인에 대한 소유권이전등기의무는 이행불능이 될 수 있고, 이러한 경우 매도인의 신탁자에 대한 소유권이전등기의무 역시 이행불능이 된다는 점에서, 신탁자에게 매도인에 대한 소유권이전등기청구권이라는 채권이 침해되는 결과가 생길 수 있다. 즉 수탁자는 신탁자의 채권자대위권행사에 응하여 자신에게 경료된 소유권이전등기의 말소등기에 협력할 의무를 부담하는 지위에 있다고 볼 수 있을 뿐이다. 이러한 관점에서 본다면, 등기협력의무 위반을 이유로 수탁자는 신탁자에 대하여 배임죄가 성립될 가능성은 있다고 볼 수도 있다[265]. 아래에서 살펴보는 계약명의신탁에 있어서 신탁자와 수탁자 사이에 신뢰관계가 없음을 전제로 횡령죄나 배임죄가 성립되지 않는다고 본 것과 마찬가지로[266], 중간생략등기형 명의신탁에서도 신탁자와 수탁자 사이의 신뢰관계를 인정할 수 없다고 본다면 결국 수탁자에게 배임죄도 성립하지 않는다는 보는 것이 타당하다고 생각한다[267].

이에 관하여 하급심(1심[268], 2심[269])에서 중간생략등기형 명의신탁의 경우 보호할 만한 신뢰관계가 존재하지 않음을 이유로 횡령죄나 배임죄 모두 성립되지 아니한다는 취지로 선고한 판결이 상고되어 1년가량 상고심에 계류되었다가[270] 결국 기존 판례의 입장에 따라 파기환송된 사례가 있었다[271].

---

265) 박흥식, “수탁자의 수탁부동산 처분행위와 횡령죄(지정토론문)”, 판례연구 1집, 제주판례연구회(1997. 1.), 319 “수탁자에게 신의성실의 원칙에 따라 수탁받은 부동산에 대한 원상회복의무 등 타인의 사무를 처리하는 자로서의 지위는 인정할 수 있다 할 것이므로 (이하 생략)”

266) 선의의 계약명의신탁에 관한 2005도9733 판결(각주 289)은 수탁자가 신탁자에게 부당이득으로 명의신탁의 대상이 된 부동산을 반환할 의무가 있음에도 수탁자가 이를 처분한 사안이었는데, 수탁자에게 신탁자에 대한 횡령죄의 성립을 부정하였는바, 이는 신탁자와 수탁자 사이에 신뢰관계가 존재하지 않음을 전제한 것이다. 악의의 계약명의신탁에 관한 2011도7361 판결(각주 304)도 마찬가지이다.

267) 졸고, “악의의 계약명의신탁에 있어 명의수탁자의 보관물 임의처분시 범죄성립 여부”, 703

268) 수원지방법원 평택지원 2008. 6. 26. 선고 2007고단797 판결 (필자가 재판장이었음)

269) 수원지방법원 2009. 6. 18. 선고 2008노3160 판결 (항소기각)

270) 종전 판례에 명백히 배치됨에도 1년간 상고심에 계류되었던 것으로 보아, 당시 대법원에서도 이에 관한 기존 판례의 변경 여부를 논의하였던 것으로 생각된다.

위 사례의 내용은 서울에 거주하는 명의신탁자가 농지에 관하여 매도인과 매매계약을 체결한 후 그 농지 인근에 거주하는 자신의 처남에게 명의신탁을 한 사례였다. 횡령죄로 기소되었으나, 위에서 살펴본 것과 같은 이유에서 1심 법원은 수탁자가 '신탁자의 부동산'을 보관한다고 볼 수 있겠는지(즉 신탁자 소유의 부동산이라고 볼 수 있겠는지)에 관하여 검사에게 석명을 구하였고, 이에 검사는 공소장변경을 통하여 예비적으로 배임죄를 추가한 사례였다. 위 사례의 특이성은 명의신탁의 대상이 된 부동산이 농지였는바 명의신탁 약정 당시 소유권을 취득할 수 있는 자격이 농업인에게 제한된다는 점이었다. 따라서 농지법의 취지나 부동산실명법의 취지에 반하는 신뢰관계에 기한 명의신탁이었다. 이에 1심 법원은 "1948. 7. 17. 제정된 대한민국헌법[272] 이래 현행 대한민국헌법[273]에 이르기까지 헌법은 경자유전의 원칙을 천명하여 왔고 그 구체화된 법률로서 농지개혁법과 농지법이 존재하여 왔으며, 이는 국가산업의 기간이라 할 농업을 보호하고 그 근본이 되는 농지의 소유권 왜곡을 방지하고자 하는 역사적 반성에 따라 규정된 것이라 할 것인데, 현행 농지법상 농지는 자기의 농업경영에 이용하거나 이용할 자가 아니면 소유하지 못하도록 규정하고 있고(농지법 제6조 제1항) 이러한 법률의 제한은 위에서 언급한 헌법의 규정의 취지에 비추어 강행규정으로 해석하여야 하며 이에 반하는 명의신탁 약정은 무효로 보아야 하는바, 이 사건에 관하여 보건대 OOO가 이 사건 부동산을 자신의 농업경영에 이용하거나 이용할 목적으로 취득하였다고 볼 사정이 엿보이지 않으므로 피고인과 OOO 사이의 명의신탁 약정은 무효로 보아야 하며, 그 양자 사이에 보호할 가치있는 신뢰관계가 형성되어 있다고 보기도 어렵기 때문에[274], 이러한 신뢰관계를 전제로 하는 횡령죄나 배임죄는 성립될 여지가 없다. 또한 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률 제4조는 명의신탁 약정을 무효라고 규정하고 있으므로, 민사적 법률관계에 있어서 OOO가 피고인에 대하여 채권자대위를 통해 소유권이전등기청

271) 대법원 2010. 7. 22. 선고 2009도6090 판결
272) 제86조
273) 제121조
274) 농지개혁법 관련 대법원 1979. 3. 27. 선고 79도141 판결 참조.

구권을 행사할 수 있다 하더라도 이는 채권적인 권리에 불과할 뿐이므로, 피고인이 OOO에 대하여 형법 제355조 제1항에 규정하는 '타인의 재물을 보관하는 자'의 지위에 있다고 볼 수도 없고[275], 위와 같은 명의신탁 약정을 법으로 금하고 있는 이상 이를 기초로 한 신뢰관계도 보호할 필요가 없으므로, 결국 횡령죄나 배임죄는 성립할 여지가 없다"는 이유로 무죄를 선고하였고, 항소심은 보다 자세한 설시를 통하여 1심의 결론을 유지하였다.

즉 항소심은 "① 명의신탁자와 명의수탁자 사이의 명의신탁 약정은 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률(이하 '실명법'이라 한다) 제4조 제1항, 제12조 제1항에 의하여 무효이고, 명의신탁 약정에 따라 행하여진 등기에 의한 부동산에 관한 물권변동도 역시 무효이므로(실명법 제4조 제2항, 제12조 제2항), 명의신탁자와 명의수탁자 사이에 실명법상의 위탁관계는 존재하지 않고, 단지 사실상의 위탁관계가 존재할 뿐인 점, ② 실명법은 부동산에 관한 소유권 기타 물권을 실체적 권리관계에 부합하도록 실권리자 명의로 등기하게 함으로써 부동산등기제도를 악용한 투기, 탈세, 탈법행위 등 반사회적 행위를 방지할 목적으로 제정되었을 뿐만 아니라(제1조), 명의신탁금지 규정을 위반한 명의신탁자에 대하여 5년 이하의 징역 또는 2억원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있어(제7조 제1항 제1호), 명의신탁자와 명의수탁자 사이에 사실상의 위탁관계가 존재하더라도 그와 같은 위탁관계는 범죄를 구성하는 불법적 관계일 뿐이므로, 명의신탁자의 위탁관계를 보호할 이유가 없을 뿐만 아니라, 명의신탁을 금지하고 이를 위반한 명의신탁자에게 형사적으로 제재를 가하면서도 명의신탁자의 위탁관계를 보호한다는 명목으로 명의수탁자를 횡령죄의 주체로 인정하는 것은 법해석상의 모순인 점, ③ 제3자간 등기명의신탁에서 명의신탁자는 매도인에 대하여 매매계약에 기한 소유권이전등기를 청구할 수 있고, 그 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 매도인을 대위하여 명의수탁자에게 무효인 그 명의 등기의

275) 춘천지방법원 원주지원 2008. 2. 13. 선고 2007고단110 판결(재판장 황승태 판사)도 명의신탁자와 수탁자 사이의 위탁관계는 범죄를 구성하는 불법적인 관계일 뿐이므로 보호의 필요성이 없다는 취지로 판결하였다. 그러나 항소심에서는 명의신탁의 유형이 중간생략등기형 명의신탁이 아니라 매도인 선의의 계약명의신탁이라서 명의수탁자가 부동산의 소유권을 취득하기 때문에 횡령죄가 성립할 여지가 없다고 판단하였다.

말소를 구할 수 있으므로(대법원 1999. 9. 17. 선고 99다21738 판결 등), 명의신탁자가 신탁부동산에 대하여 전혀 권리가 없는 것은 아니나, 한편, 명의신탁자는 신탁부동산의 소유권을 취득한 적이 없고 단지 매도인에 대하여 채권적인 소유권이전등기청구권을 보유하고 있을 뿐이어서, 명의수탁자도 명의신탁자에게 직접적으로 신탁부동산의 소유권을 이전해 주어야 할 아무런 의무가 없다고 보아야 할 것이고, 명의신탁자에 대하여 직접적인 소유권이전 의무가 없는 명의수탁자를 명의신탁자의 재물을 보관하는 자로 보는 것은 논리의 비약이라고 보지 않을 수 없는 점, ④ 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 소유권이전등기를 수탁자 명의로 경료한 이른바 "계약명의신탁"의 경우에는 '명의수탁자'를 타인의 재물을 보관하는 자라고 볼 수 없다고 보고 있음(대법원 2009. 9. 10. 선고 2009도4501 판결)에 반해, "제3자간 명의신탁"의 경우에는 '명의수탁자'를 타인의 재물을 보관하고 있는 자라고 보아 서로 형사법적인 판단을 달리 하고 있는데, 물론 제3간 등기명의신탁과 계약명의신탁은 계약의 형식, 명의수탁자의 가담 정도, 명의신탁된 대상 등 서로 달리 볼 여지가 없는 것은 아니나, 현실적으로 양 유형이 명확히 구별되지 않는 경우도 많고, 오히려 명의신탁자를 은닉하여 명의신탁 자체를 외부적으로 표출하지 않는 점에서 계약명의신탁의 위법성이나 비난가능성은 제3자간 등기명의신탁의 그것보다 결코 덜하지 않다고 할 것이며, 명의수탁자만을 두고 보면 매수인이 되어 매매계약을 체결하는 등 적극적·능동적으로 명의신탁에 가담한 계약명의신탁의 명의수탁자가 단순히 명의만 대여한 제3자간 등기명의신탁의 명의수탁자보다 더 비난받을 가능성도 있다고 할 것임에도, 제3자간 등기명의신탁과 계약명의신탁을 구분하여 그 각 명의수탁자의 형사적인 책임을 달리 취급할 이유가 없는 점, ⑤ 부동산 등기제도를 악용한 투기, 탈세, 탈법행위 등 반사회적 행위의 방지를 위해 명의신탁을 금지하는 내용의 실명법이 제정된 이상, 위법한 명의신탁을 억제하고 적법한 실명등기를 유도하는 방향으로 실명법을 해석

해야 함은 당연하고, 실명법이 명의신탁자에게 신탁부동산의 소유권이 귀속되는 것을 막는 취지는 아니더라도, 제3자간 등기명의신탁의 명의신탁자에게는 민사적으로 매도인을 대위하여 신탁부동산을 회복할 수 있는 기회를 주면 족하므로, 민사적인 구제방법 외에 형사적으로 명의수탁자를 횡령죄로 처벌하는 것은 부동산 회복 여부에 대한 불확실한 위험을 감수하는 한편 불법상태를 방치한 명의신탁자를 필요 이상으로 보호하는 것이라고 할 것이고, 이는 위법한 명의신탁의 억제라는 실명법의 제정취지나 규범목적과는 거리가 멀고 형법의 보충적 성격에도 맞지 않는 가벌성의 확대일 뿐인 점에 비추어 보면, 제3자간 등기명의신탁의 명의수탁자가 명의신탁자에게 신탁부동산의 반환을 거부한 행위를 횡령죄로 평가할 수 없다고 할 것이고, 결국 이 사건에서 피고인이 임수남에게 이 사건 토지를 매도한 매매대금 중 임수남의 지분에 해당하는 금원의 반환을 거부하였다고 하더라도 횡령죄는 성립하지 않는다고 할 것이다."라는 이유로 횡령죄 관련하여 보호할 가치 있는 신뢰관계를 인정할 수 없다고 보았고 배임죄 관련하여서도 마찬가지로 판단하였다.

대법원에서는 위와 같은 신뢰관계가 보호할 가치가 있는지에 관한 명시적인 판단 없이[276] 기존 법리(위 2000도3463 판결)에 따라 횡령죄가 성립된다고 판단하였다.

대법원은 중간생략등기형 명의신탁의 경우 수탁자의 신탁자에 대한 횡령죄 성립을 긍정하지만(위 2009도1884 판결. 각주 256), 가사 명의신탁의 신뢰관계를 형법적으로 보호할 가치가 있는 것이라 보더라도,

276) "부동산을 그 소유자로부터 매수한 자가 그의 명의로 소유권이전등기를 하지 아니하고 제3자와 맺은 명의신탁 약정에 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 실권리자 명의 등기에 관한 법률 시행 전에 이루어졌고 같은 법이 정한 유예기간 이내에 실명등기를 하지 아니함으로써 그 명의신탁 약정 및 이에 따라 행하여진 등기에 의한 물권변동이 무효로 된 후에 처분이 이루어졌다고 하여 달리 볼 것은 아니다(대법원 2001. 11. 27. 선고 2000도3463 판결 참조). 또한 그 제3자가 그와 같은 명의신탁 약정에 따라 그 명의로 신탁된 부동산을 신탁자의 부탁에 따라 매도하고 그 대금을 수령하여 보관하던 중 일부에 대한 반환을 거부하였다면 횡령죄가 성립한다."라고 판단하였을 뿐이다. 물론 이는 묵시적으로 신뢰관계가 보호할 가치가 있다고 판단한 것으로 볼 수도 있으나, 보호할 가치 있는 신뢰관계인지의 문제를 정면으로 다루지는 아니한 것으로 생각된다.

이에 대하여 배임죄를 적용함이 맞다고 생각된다.

3. 계약명의신탁

계약명의신탁에 있어서 매도인이 실질적인 매수인이 계약명의자인 수탁자라고 인식하였는가, 아니면 실질적인 매수인이 계약명의자가 아닌 그 배후의 신탁자로 인식하였는가, 즉 매도인의 실질적인 매매계약 체결자(신탁자)에 대한 인식 유무를 기준으로 매도인 선의의 계약명의신탁과 매도인 악의의 계약명의신탁으로 구별한다.

가. 선의의 계약명의신탁

매도인이 계약당사자가 계약명의자인 수탁자가 아니라 그 배후에 있는 신탁자라는 사실을 몰랐을 경우, 매도인과 명의수탁자 사이의 매매계약은 유효하다(부동산실명법 제4조 제2항 단서). 그러나 명의신탁 약정은 무효이므로 명의수탁자는 그 부동산의 소유권을 확정적으로 취득하게 된다. 이 경우 수탁자가 부동산을 처분하였을 경우 어떠한 죄책을 부담하는가에 관하여 견해가 대립한다. 횡령죄가 성립한다는 견해[277], 배임죄가 성립한다는 견해[278], 무죄라는 견해[279]로 나뉜다.

(1) 학설

횡령죄가 성립한다는 견해는 다음과 같이 설명한다. 신탁자와 수탁자 사이에 위임 유사의 계약이 성립한다고 보아, 위임계약에 관한 민법 제

277) 백재명, “부동산명의신탁과 횡령죄”, 378~383; 강해룡, “명의신탁과 부동산실명법의 법리”, 법률신문 4091호(2012. 12. 27.), 12; 법률신문 법률정보 (https://www.lawtimes.co.kr/Legal-Info/Research-Forum-View.aspx?Serial=2120 참조, 2015. 6. 15. 방문)

278) 김성돈, 형법각론, 420; 배종대, 형법각론, 543; 이재상, 형법각론, 402; 이형국, 형법각론, 417; 임웅, 형법각론, 455; 장영민, “명의신탁된 부동산영득해위의 죄책”, 39; 정성근 · 박광민, 형법각론, 452; 최상욱, “명의신탁부동산의 처분과 형사책임”, 형사법연구 13권, 한국형사법학회(2000), 201

279) 권오창, “계약명의신탁의 법률관계에 관한 고찰(하)”, 135~6; 김성천 · 김형준, 형법각론, 소진(2015), 463; 김일수 · 서보학, 형법각론, 301; 박상기, 형법각론, 380~1; 손동권, “명의신탁 부동산을 임의처분한 경우의 형사책임”, 형사법연구 15호, 한국형사법학회(2001), 178~9; 신동운, “횡령죄와 배임죄의 관계”, 한국형사법학의 새로운 지평: 유일당 오선주 교수 정년기념논문집(2001), 333; 오영근, 형법각론, 364; 정영일, 형법강의 [각론], 266; 조준현, 형법각론, 483; 허성희, “부동산의 명의신탁과 횡령죄의 성부”, 대전지방법원 실무연구자료 6권(조용무법원장 정년퇴임기념), 대전지방법원(2005), 333

684조 제2항[280]을 적용하여 수탁자는 자신의 명의로 매수한 부동산을 보관하고 있다가 신탁자의 요구에 따라 이를 신탁자에게 이전하여 주기로 하는 약정을 명의신탁 약정과 함께 체결한 것으로 구성할 수 있으며, 또한 위임 유사의 계약과 명의신탁 약정이 병존하는 상태에서 명의신탁 약정이 무효로 된다고 하더라도 민법 제137조 단서[281]에 따라 나머지 계약 부분인 위임 유사의 계약은 그대로 남게 되고, 따라서 당사자 의사 해석에 의한 위임 유사의 계약에 따라 수탁자는 신탁자에게 부동산의 소유권을 이전할 의무를 부담하게 되며, 또한 위임 유사의 계약이 아니라 신탁자와 수탁자 사이의 위탁매매와 유사한 계약으로 보아 상법 제103조[282]가 유추적용될 경우 수탁자가 매도인으로부터 부동산의 매수하게 되면 수탁자와 신탁자 사이에서는 부동산의 소유권이 신탁자에게 귀속되고, 따라서 수탁자의 부동산 임의처분시 횡령죄가 성립한다고 본다[283]. 그 외에 부동산실명법에 의한 명의신탁 약정 및 그에 따른 물권변동의 유·무효를 차치하고 대내적 관계에서 소유권이 신탁자에게 있다는 이유로 횡령죄의 성립을 긍정하는 입장[284], 수탁자의 소유권은 껍데기일 뿐이고 수탁자는 신탁자와의 관계에서 부당이득반환의무를 부담하고 이러한 의무가 단지 민사상 채무불이행은 아니기 때문에 횡령죄의 성립이 가능하다는 견해[285]가 있다.

배임죄가 성립한다는 견해[286]는 부동산실명법 제4조 제2항 단서에

---

280) 민법 제684조(수임인의 취득물 등의 인도, 이전의무) ① 수임인은 위임사무의 처리로 인하여 받은 금전 기타의 물건 및 그 수취한 과실을 위임인에게 인도하여야 한다. ② 수임인이 위임인을 위하여 자기의 명의로 취득한 권리는 위임인에게 이전하여야 한다.

281) 민법 제137조(법률행위의 일부무효) 법률행위의 일부분이 무효인 때에는 그 전부를 무효로 한다. 그러나 그 무효부분이 없더라도 법률행위를 하였을 것이라고 인정될 때에는 나머지 부분은 무효가 되지 아니한다.

282) 상법 제103조(위탁물의 귀속) 위탁매매인이 위탁자로부터 받은 물건 또는 유가증권이나 위탁매매로 인하여 취득한 물건, 유가증권 또는 채권은 위탁자와 위탁매매인 또는 위탁매매인의 채권자간의 관계에서는 이를 위탁자의 소유 또는 채권으로 본다.

283) 백재명, “부동산명의신탁과 횡령죄”, 378~383

284) 박달현, “부동산실명법의 시행과 부동산명의신탁의 형사법적 문제점 검토”, 131

285) 박재혁, “명의신탁 부동산의 처분행위와 횡령죄의 성립여부 -대법원 2012. 12. 13. 선고 2010도10515 판결-”, 대한변협신문 493호, 대한변호사협회(2014. 5. 5.), 12. 모든 유형의 명의신탁에 있어서 횡령죄가 성립한다는 입장으로 보인다. https://news.koreanbar.or.kr/news/articleView.html?idxno=10799 참조 (2015. 6. 15. 방문)

286) 각주 278

따라 수탁자에 대한 소유권이전등기는 유효하므로 수탁자는 부동산의 소유권을 완전하게 취득하고, 부동산의 소유권을 취득한 수탁자가 부동산을 처분하더라도 이는 '타인의 재물'이 아니라 자기의 재물을 처분한 것이므로 횡령죄는 성립할 수 없으나, 다만 신탁자와 수탁자 사이에 사실상의 신뢰관계(신임관계)가 존재한다고 보아 수탁자는 신탁자에게 부동산에 관하여 소유권을 이전하여 줄 의무를 부담하고 이는 타인의 사무이므로 배임죄가 성립된다고 한다.

사견은 횡령죄나 배임죄 모두 성립할 수 없다는 견해를 지지하며 이하 서술한다.

(2) 사견

법현실에서 제137조 단서가 적용되는 일부 무효의 경우는 거의 없기 때문에[287], 위임 내지 위탁매매 유사의 계약이 명의신탁 약정과 함께 체결되었을 경우, 명의신탁 약정이 무효로 되면, 그와 함께 체결된 위임 내지 위탁매매 유사의 계약도 민법 제137조 본문에 따라 전부 무효가 된다고 보아야 한다. 따라서 위임 내지 위탁매매 유사의 계약은 명의신탁 약정과는 별개로 유효하게 존재함을 전제로 하여 부동산의 소유권이 신탁자에게 귀속된다는 견해는 타당하지 않다. 즉 명의신탁 약정의 대상이 된 부동산은 수탁자에게 귀속되므로, 수탁자의 재물일 뿐 '타인(신탁자)의 재물'이 아니다. 따라서 수탁자에게 횡령죄는 성립될 수 없다[288][289]. 다음으로 배임죄의 성립이 문제되는데, 수탁자는 신탁

---

287) 양창수, "부동산실명법의 사법적 규정에 의한 명의신탁의 규율", 민법연구 제5권, 박영사(2006), 151

288) 대법원 2000. 3. 24. 선고 98도4347 판결, 대법원 2000. 9. 8. 선고 2000도258 판결. 양창수, "명의신탁에 대한 규율 재고", 165

289) 대법원 2006. 9. 8. 선고 2005도9733 판결 [부동산 실권리자 명의등기에 관한 법률 시행 전에 계약명의신탁에 따라서 수탁자가 당사자가 되어 그 명의신탁 약정이 있다는 사실을 알지 못하는 소유자와 사이에서 부동산매매계약을 체결하고 소유권이전등기를 수탁자 명의로 경료한 다음 위 법률 시행 후 1년의 유예기간 내에 실명등기를 경료하지 아니한 경우, 수탁자가 형법 제355조 제1항에 정한 '타인의 재물을 보관하는 자'에 해당하는지 여부(소극)]. 사실관계는, 부동산이 원래 공소외 2가 그 명의로 등기하여 소유하고 있었는데, 교회신도들과 피고인은 명의신탁 약정을 하여, 피고인이 1991. 11. 11. 공소외 2와 사이에 피고인을 매수인으로 한 매매계약을 체결하여 1992. 7. 29. 피고인의 이름으로 소유권이전등기를 경료하였다는 것이다. 신탁자와 수탁자 사이에 계약명의신탁 약정 및 그에 따른 등기가 부동산실명법 시행 이전에 이루어져 민사적으로는 수탁자에게 부동산 자체에 대하여 부당이득반환의무가 있는 사안임에도(2000다21123 판결 참조. 각

자에게 매매대금 상당의 부당이득반환의무를 부담할 뿐[290]이고 민사상 불법행위를 이유로 한 손해배상책임도 부담하지 않으므로, 수탁자가 신탁자에 대해 형사상 '타인의 사무를 처리하는 자'의 지위에 있다고 보기 어렵다[291]. 결국 어떤 죄도 성립하지 아니한다고 봄이 타당하다[292].

(3) 판례

판례도 선의의 계약명의신탁이 문제되었던 사례에 관하여 횡령죄가 성립할 수 없다고 판단하였다[293].

주 224) 횡령죄의 성립을 부정하여 파기환송하였고, 파기환송 후 원심은 무죄를 선고하여 그대로 확정되었다(대전지방법원 2006. 12. 15. 선고 2006노1846 판결).

290) 대법원 2001. 9. 25. 선고 2001도2722 판결. 명의신탁 약정의 시기에 따른 부당이득의 범위 관련하여 각주 226~32 본문 참조

291) 2001도2722 판결 (배임죄는 『타인의 사무를 처리하는 자』가 그 임무에 위배하는 행위로서 재산상 이익을 얻고, 이로 인하여 본인에게 손해를 가한 경우에 성립하는바, 위와 같은 계약명의 신탁에 있어서, 수탁자는 전 소유자인 매도인뿐만 아니라 신탁자에 대한 관계에서도 유효하게 당해 부동산의 소유권을 취득하고, 그 부동산의 처분대금도 당연히 수탁자에게 귀속된다고 하는 이상 신탁자는 수탁자에 대하여 부당이득반환청구권을 행사하는 것은 별론이나 수탁부동산의 반환이나 처분대금의 반환은 물론 불법행위를 원인으로 한 손해배상청구 등도 할 수 없게 된다 할 것이다. 원심이 같은 취지에서 계약명의신탁에 있어서, 단지 부당이득반환의무만을 부담하는 수탁자인 피고인이 이 사건 부동산을 위 피해자의 허락 없이 매도하여서는 아니 되고, 매도하더라도 그 대금을 위 피해자에게 전달해 주거나 위 피해자를 위하여 사용할 임무가 있는 등 위 수탁부동산 및 그 처분대금에 대하여 『타인의 재산을 보전·관리하는 자』의 지위에 있다고는 볼 수 없으므로, 피고인이 이 사건 부동산을 임의로 매도하여 그 처분대금을 반환하지 아니하고 소비하였다 하여 이를 배임죄로 처벌할 수는 없다고 판단하였음은 정당하고 거기에 법리오해의 위법이 있다 할 수 없다). 그 외 대법원 2004. 4. 27. 선고 2003도6994 판결, 대법원 2007. 3. 29. 선고 2007도766 판결, 대법원 2008. 3. 27. 선고 2008도455 판결 등. 다만 위 판결 사안들은 모두 부동산실명법 이후에 명의신탁 등기가 경료된 것들이어서 부당이득반환의 대상이 매수자금인 금전이다. 따라서 부동산실명법 시행 전에 계약명의신탁 등기가 경료되어 부당이득반환의 대상이 부동산 자체가 될 경우 어떠한 죄책을 부담하는지 문제될 수 있으나, 2005도9733 판결의 취지상 횡령죄의 성립이 부정된다고 생각된다. 또한 수탁자에게 부동산의 소유권이 확정적으로 귀속되기 때문에 점유이탈물횡령죄도 성립하지 않는다. 배임죄의 성립 여부가 문제되는데, 대법원 2003. 7. 25. 선고 2001도7117 판결에서 배임죄의 성립 가능성을 언급하고 있으나, 위 판결 사안에서 피해자는 부동산 매매차액을 목적으로 피고인에게 투자한 사람으로 부동산의 소유권 취득을 목적으로 한 것이 아니어서, 피고인과 피해자 사이에 계약명의신탁관계가 존재한다고 할 수 있는지에 관하여 의문이 있다. 즉 계약명의신탁에 관하여 그 법리를 일반화시킬 수 있는 판결은 아니라고 생각된다.

292) 양창수, "부동산실명법의 사법적 규정에 의한 명의신탁의 규율", 179

293) 위 98도4347 판결, 2000도258 판결, 2005도9733 판결 등(각주 288, 289). 2007도766 판결(각주 291)은 수탁자가 신탁 부동산에 관한 등기를 이전받기 전에 소유자와 사이의 합의로 매매계약을 해제하고 그 매매대금을 반환받은 경우, 수탁자가 그 매매대금에 대하여 '타인의 재물을 보관하는 자'에 해당하지 않는다고 보았다.

나. 악의의 계약명의신탁

매도인이 수탁자와 신탁자 사이의 명의신탁 약정을 알고 있는 경우이다. 앞서 살펴본 것처럼 악의의 계약명의신탁에 관하여, 부동산실명법 제4조 제2항 단서의 해석은 계약해석 지침으로 이해함으로써 악의의 계약명의신탁을 선의의 계약명의신탁의 법률관계와 같게 해석하는 입장(수탁자로의 물권변동 유효설)과 이와 달리 부동산실명법 제4조 제2항 본문을 적용하여 매도인으로부터 수탁자에게 경료된 부동산의 소유권이전등기는 무효이므로 소유권이 매도인에게 복귀한다고 해석하는 입장(수탁자로의 물권변동 무효설)이 있음은 살펴보았다[294].

(1) 수탁자로의 물권변동 유효설을 따를 경우 죄책

선의의 계약명의신탁과 마찬가지로 횡령죄나 배임죄 모두 성립하지 아니하게 된다[295].

(2) 수탁자로의 물권변동 무효설을 따를 경우 죄책

신탁자는 매도인과 아무런 법률관계가 없기 때문에 매도인에게 원칙적으로 아무런 권리를 갖지 못하고, 다만 수탁자에게 민법상 매매대금 상당의 부당이득반환청구권을 갖는다. 수탁자가 부동산을 처분할 경우, 매도인에 대한 횡령죄 긍정설[296], 신탁자에 대한 배임죄 긍정설[297], 무죄설[298]로 나뉜다.

매도인에 대한 횡령죄 긍정설은 수탁자와 매도인 사이의 물권변동은 무효라서 소유권이 매도인에게 복귀하므로, 실체법상 매도인이 소유권자임을 근거로 한다. 신탁자에 대한 배임죄 긍정설은 부동산실명법에서 물권변동인 소유권이전등기만이 무효로 된다고 규정하고 있고 매도인과

294) 각주 233~236 본문

295) 양창수, "부동산실명법의 사법적 규정에 의한 명의신탁의 규율", 179

296) 권오창, "계약명의신탁의 법률관계에 관한 고찰(하)", 136; 박상기, "부동산명의신탁과 횡령죄", 형사판례연구 (7), 박영사(1999), 280; 백재명, "부동산명의신탁과 횡령죄", 384; 조준현, 형법각론, 482; 이호중, "계약명의신탁과 횡령·배임죄", 83은 매도인 악의의 계약명의신탁과 중간생략등기형 명의신탁은 '질적으로' 동일하다고 본다. 김일수, "미수의 불법귀속에 관한 연구", 28은 양자간 명의신탁과 마찬가지로 횡령죄의 불능미수로 본다.

297) 김일수·서보학, 형법각론, 299; 배종대, 형법각론, 541~2; 서보학, 위 논문, 111; 장영민, "명의신탁된 부동산영득행위의 죄책", 38; 정성근·박광민, 형법각론, 451

298) 김성돈, 형법각론, 421; 정영일, 형법강의 [각론] 266; 허성희, "부동산의 명의신탁과 횡령죄의 성부", 333

수탁자 사이에는 명의신탁 약정이 없으므로 물권변동의 원인행위인 매도인과 수탁자 사이의 매매계약은 여전히 유효하여, 유효한 매매계약에 기하여 수탁자는 매도인에게 매매대금을 지급하고, 매도인은 수탁자에게 등기를 경료해 주었으며, 매도인이 명의신탁의 관계를 알고 있으므로 수탁자가 부동산을 처분하더라도 '매도인(원소유자)에 대한' 관계에서는 횡령죄가 성립된다고 볼 수는 없다고 한다. 매도인과 수탁자 사이의 매매계약 및 수탁자와 제3자와의 매매가 모두 유효한바, 이를 전체적으로 살펴보면 소유권을 취득한 수탁자가 제3자에게 매도한 것과 같은 외관, 즉 중간생략등기와 유사한 형태가 된다. 따라서 매도인과 제3자에 대하여는 유효한 등기이전행위이기 때문에 매도인에 대하여 범죄행위가 성립하지는 않는다. 다만 수탁자는 신탁자에 대한 관계에서 자신이 부동산에 관한 소유권을 제3자에게 유효하게 취득하도록 할 수 있는 지위에서 이를 신탁자에게 이전될 수 있도록 협력하여야 할 의무를 부담하는바, 수탁자가 그러한 지위를 얻게 되는 것은 신탁자와의 명의신탁 약정에 포함된 위임행위에 의한 것이므로, 신탁자의 사무를 처리하는 지위에 있는 수탁자가 부동산의 소유권이전등기의무를 위배하는 행위를 할 경우 신탁자에 대하여 배임죄의 죄책을 부담한다고 본다.

살피건대 수탁자와 매도인 사이의 법률관계가 무효라는 점 외에 악의의 계약명의신탁과 선의의 계약명의신탁 사이의 차이점은 없다. 이러한 점에서 매도인은 수탁자를 상대로 소유권에 기하여 소유권이전등기말소등기를 청구하거나, 진정등기명의회복을 위한 소유권이전등기를 청구할 수 있다. 다만 부동산의 소유권이 매도인에게 남더라도, 매도인과 수탁자 사이에는 신뢰관계가 존재한다고 볼 수 없다[299]. 그리고 현실에서

299) 가령 매도인과 매수인 사이에 매매계약에 의하여 매매대금 지급과 동시에 소유권이전등기가 경료된 후 매매계약이 무효, 취소, 또는 계약해제된 경우, 매수인이 매도인에 대하여 '타인의 재물을 보관하는 자' 혹은 '타인의 사무를 처리하는 자'라고 해석하기는 어렵다. 매수인이 민사적으로 부당이득반환의무를 부담하는 지위에 있다고 하더라도 형사적인 책임까지 부담한다고 볼 것은 아니라고 생각된다. 다만 점유이탈물횡령의 성립이 문제되는데, 점유이탈물이란 점유자의 의사에 의하지 않고 그 점유를 벗어난 재물이어야 하는데, 매도인과 매수인 사이의 매매계약에 따라 매도인이 자의로 소유권이전등기를 경료하여 주었다면 과연 매도인의 의사에 의하지 않고 점유를 벗어난 재물로 볼 수 있을 것인지, 나아가 점유이탈물횡령의 객체로 부동산이 포섭되는지도 의문이라는 점에서 부정함이 타당하다.

소유권이전등기가 경료되는 것은 매매대금이 모두 지급되었을 경우인데, 매매대금을 모두 지급받은 매도인과 소유권이전등기를 경료받은 수탁자가 서로에 대하여 원상회복으로서 매매대금반환 및 소유권이전등기말소를 구하는 것은 일반적이지 않다. 또한 매도인과 수탁자 사이의 매매대금반환과 소유권이전등기말소는 공평의 관념상 동시이행관계에 있다고 볼 것인바[300], 매매계약이 무효라는 이유로 매도인이 수탁자에게 매매대금을 전부 반환하여 선이행한 후 소유권이전등기의 말소를 구하는 상황에서 수탁자가 부동산을 처분하게 될 경우 횡령죄를 성립시킬 필요도 있을 수 있을 것이지만, 그와 같은 경우는 이례적일 뿐만 아니라 그와 같은 상황이라도 위 2005도9733 판결(각주 289) 취지상, 횡령죄가 성립할 수 있다고 단정하기는 어려워 보인다.

매도인과 수탁자 사이의 법률관계 이외의 법률관계, 즉 신탁자와 수탁자 사이의 법률관계 및 매도인과 신탁자 사이의 법률관계는 매도인 선의의 법률관계와 동일하다. 즉 수탁자 명의 부동산은 신탁자의 소유가 아니고, 따라서 수탁자는 신탁자에 대하여 타인의 재물을 보관하는 지위를 갖지 아니하므로 횡령죄는 성립하지 않는다. 중간생략등기형 명의신탁의 경우 신탁자의 채권자대위권 행사로 매도인을 대위하여 수탁자에게 소유권이전등기의 말소등기청구가 가능하나, 계약명의신탁에서 신탁자는 매도인에게 아무런 권리를 주장할 수 없기 때문에 수탁자에게 채권자대위권을 통하여 부동산 자체에 관한 권리를 주장할 수는 없다[301]. 다음으로 배임죄의 성립 여부를 보면, 민법 제137조 본문의 '일부 무효, 전부 무효' 법리에 따라 명의신탁 약정이 무효로 되면 이와 함께 신탁자와 수탁자 사이의 위임계약도 무효로 되므로, 신탁자와 수탁자 사이에는 매매대금 등에 대한 부당이득반환의 문제만 남을 뿐 수탁자는 신탁자에 대하여 민사상 불법행위책임도 부담하지 않는다. 신탁자가 매도인을 상대로 민사상 권리주장을 할 수 있는 경우는 수탁자가 무자력일 경우 신탁자의 수탁자에 대한 부당이득반환채권을 피보전채권

300) 목영준, "부동산실권리자명의등기에관한법률상 법률관계의 효력", 103 이하; 권오창, "계약명의신탁의 법률관계에 관한 고찰(하)", 126 이하

301) 허성희, "부동산의 명의신탁과 횡령죄의 성부", 331~2; 정형식, "이른바 중간생략등기형 명의신탁에 있어서 수탁자가 부동산을 임의로 처분한 경우, 횡령죄의 성립 여부(적극)", 454

으로 하여 채권자대위권을 행사함으로써 매도인에게 수탁자가 지급한 매매대금의 반환청구를 하는 것인데, 그것만으로 수탁자가 신탁자에 대하여 '타인의 사무를 처리하는 자'의 지위를 부여할 수 있는 근거가 되기는 어렵다고 할 것이다[302]. 따라서 배임죄도 부정된다[303].

수탁자의 책임 외에, 매도인의 책임이 문제되는 경우가 있을 수 있다. 계약명의신탁 약정이 존재한다는 사실을 아는 매도인이 수탁자와 매매계약 체결 후 중도금까지 받은 상태에서 이를 제3자에게 2중매매할 경우에 어떠한 죄책을 부담하게 될 것인가의 문제이다. 이는 중간생략등기형 명의신탁이나 매도인 선의의 계약명의신탁에서는 문제되지 않는다. 이러한 유형에서는 매도인과 그 거래상대방 사이의 계약은 유효하기 때문이다. 현재 이에 관하여는 별다른 논의는 없는 듯하다. 앞서 수탁자로의 물권변동 유효설에 따를 경우에는 매도인에게 배임죄가 성립한다고 할 것이지만, 물권변동 무효설을 따를 경우에는, 매도인에게 배임죄가 성립될 수 있을 것인지 견해가 나뉠 수 있다. 매매계약 자체가 무효이고 그에 따른 물권변동도 무효가 되며 매매대금을 반환할 경우 손해발생의 위험도 없고 양자 사이에 부당이득반환의 문제만 남기 때문에 매도인이 배임죄의 주체가 될 수 없다는 견해와 수탁자는 매도인으로부터 부동산을 매수할 경우 이를 제3자에게 유효하게 매도할 수 있는 권리를 취득하게 되는데 이러한 권리를 취득하게 하여야 할 임무를 저버린 매도인의 행위는 배임죄가 될 수 있다는 견해로 나뉠 수 있을 것이다. 통상 2중매매의 동기가 거래대상물의 가격앙등이라는 점을 고려하면 수탁자의 권리도 보호될 필요성이 있다는 관점도 가능하다. 2중매매에서 1매수인에 대한 매도인의 등기협력의무에 기초하여 '타인의 사무를 처리하라는 자'의 지위가 부여된다는 전제에 서 있는 판례의 입장에 서면, 배임죄를 인정하기 어려울 것이다.

---

302) 위 2001도2722 판결(각주 291), 위 2003도6994 판결(각주 408) 참조

303) 정형식, 위 논문, 454; 조원철, "명의신탁등기가 부동산실권리자명의등기에관한법률 시행으로 무효로 된 후에 명의수탁자가 임의로 신탁부동산을 처분한 경우 매도인이 명의수탁자의 처분행위로 인하여 손해를 입었다고 볼 수 있는지 여부(소극) -대법원 2002. 3. 15. 선고 2001다61654 판결-", 대법원판례해설 40호(2002 상반기), 법원도서관(2002), 373~4; 주석 형법 [각칙 (6)], 한국사법행정학회(2006), 361(노태악 집필)

(3) 사견 및 판례

매도인 선의인 계약명의신탁에 있어서의 결론과 마찬가지로, 수탁자는 명의신탁의 대상이 된 부동산을 처분하더라도 아무런 죄책을 부담하지 않는다고 보아야 한다. 판례[304]는 "명의신탁자와 명의수탁자가 이른바 계약명의신탁 약정을 맺고 명의수탁자가 당사자가 되어 명의신탁 약정이 있다는 사실을 알고 있는 소유자와 부동산에 관한 매매계약을 체결한 후 매매계약에 따라 부동산의 소유권이전등기를 명의수탁자 명의로 마친 경우에는 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률(이하 '부동산실명법'이라 한다) 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 명의신탁약정의 무효에 대한 예외를 설정한 취지일 뿐 매도인과 명의수탁자 사이에 위 처분행위를 유효하게 만드는 어떠한 신임관계가 존재함을 전제한 것이라고는 볼 수 없으므로, 말소등기의무의 존재나 명의수탁자에 의한 유효한 처분가능성을 들어 명의수탁자가 매도인에 대한 관계에서

304) 대법원 2012. 11. 29. 선고 2011도7361 판결. 이 판결에 대하여 대법원 공보관실은 "이번 판결은 부동산실명법이 금지하고 있는 명의신탁을 일반 형법에 의해 보호하는 것은 바람직하지 않고, 부동산실명법 자체에 명의신탁 행위를 처벌하는 규정을 두고 있으므로 명의신탁자를 형법적으로 보호할 필요성이 없다는 의미"라고 설명했다. 좌영길 기자, 「'계약명의신탁'서 수탁자의 부동산 임의처분 "횡령죄 안돼"」, 법률신문 4086호 (2012. 12. 10.), 5 https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Print-News?serial=69988 참조 (2015. 6. 15. 방문)

횡령죄에서 '타인의 재물을 보관하는 자' 또는 배임죄에서 '타인의 사무를 처리하는 자'의 지위에 있다고 볼 수도 없다."라고 하여 횡령죄나 배임죄의 성립을 부정하였다[305].

4. 근본적인 의문: 보호할 가치 있는 신뢰관계 유무

그러나 위의 일반론적 설명은 부동산실명법상 금지되는 명의신탁에 있어서도 신탁자와 수탁자 사이의 신뢰관계를 형사상 보호할 필요가 있다는 전제에서 기술한 것이다. 그러나 과연 그러한 신뢰관계를 보호할 수 있는가? 이는 아래 제4장 제3절에서 검토한다.

305) 이 판결에 관한 해설로 졸고, "악의의 계약명의신탁에 있어 명의수탁자의 보관물 임의처분시 범죄성립 여부", 686 이하 참조

제4장 명의신탁된 부동산의 처분과 관련된 특수문제

제1절 횡령 미수 문제

I. 문제의 제기

명의신탁된 부동산을 신탁자의 의사에 반하여 매도하거나 근저당권을 설정하는 등 담보제공행위를 할 경우, 실무에서는 통상적으로 횡령죄로 의율한다. 기존의 판례도 이를 횡령죄로 의율하여 왔다. 처분행위 모두에 관하여 횡령죄로 의율하는 것에는 의문이 없지 않으나[306], 일응 횡령죄가 성립한다는 전제에서 문제될 수 있는 것은 과연 명의신탁 부동산의 처분 관련하여 횡령 미수를 인정할 수 있겠는지, 인정한다면 언제를 실행의 착수로 보아 미수로 평가하여야 하는지 여부가 문제된다.

II. 횡령죄의 연혁: 우리 형법에서 횡령죄가 제정된 경위

1. 우리나라 형법전의 제정경위

일제강점기 1907년의 일본형법을 의용하던 우리나라는, 해방이후 형법을 제정하면서 1940년 일본형법가안의 영향을 강하게 받아서 그 일본형법가안에 약간의 수정을 거쳐 1953년 형법전을 제정하였다[307].

2. 1940년 일본형법가안의 횡령죄와 배임죄 규정 내용

1940년 일본형법가안 제442조 제1항(횡령죄)은 “타인의 재물을 보관하는 자가 그 물건을 횡령한 때 또는 상당한 이유없이 그 물건의 반

306) 부동산은 용익가치와 교환가치를 갖기 때문에 이 전체를 처분하는 매도행위의 경우에는 횡령으로 의율하는 것이 타당할 것이지만, 용익가치나 교환가치만을 처분하는 행위(가령 근저당권설정행위 등)는 횡령으로 의율하는 것이 타당한 것인지 의문이다. 이에 관하여 후술.

307) 신동운, “횡령죄와 배임죄의 관계”, 320

환을 거부하여 본인에게 재산상의 손해를 가한 때에는 5년 이하의 징역 또는 5천엔 이하의 벌금에 처한다."라고, 제2항(배임죄)은 "타인의 사무를 처리하는 자가, 자기 또는 제3자의 이익을 도모하여, 그 임무에 위반한 행위를 하여, 본인에게 손해를 가하고, 재산상 불법한 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 한 때에도 또한 전항과 같다."라고 하여 횡령죄와 배임죄를 같이 규정하고 있었다[308]. 그리고 제445조에서 제442조의 미수범 처벌규정을 두었다[309]. 이러한 일본형법 가안은, 당시의 역사적인 분위기상, 신뢰침해죄(Treubruch)라는 새로운 형태의 범죄유형을 제안한[310] 독일의 귀르트너(Franz Gürtner) 초안[311]이 중요한 시사점을 제공하였을 것으로 추측된다[312][313].

---

308) 신동운, "횡령 후의 횡령죄 성립 여부", 서울대학교 법학 54권 4호, 서울대학교 법학연구소(2013), 308

309) 신동운, "횡령죄와 배임죄의 관계", 321~2

310) 이와 같이 제안한 이유에 관하여 핵심적인 부분은 "결정적인 관점은 신뢰침해(Treubruch)라는 관념이다. 이처럼 간단하고도 민족 전래의 관념(diesen einfachen und volkstümlichen Gedanken)에 효력을 불어넣는 것이야말로 민족사회주의[나치스]적 형법개정의 과제이다. 배반(Verrat)과 신뢰침해(Treubruch)와 같은 관념을 개별사안적 해석방식 아래 비좁게 한정된 구성요건 속에 용해시켜 넣음으로써 그 본질을 훼손하였던 것이 바로 자유주의적 법사상의 특징이었다. 이러한 사정은 내란죄(Hoch- und Landesverrat)와 배임죄(Untreue)에도 그대로 해당된다. 권한남용설은 배임죄(Untreue)와 일반횡령죄(Unterschlagung)를 명확하게 구별할 수 있게 해준다는 장점을 가지고 있기는 하다. 그러나 권한남용설은 구성요건을 형식적인 것으로 만들어 버리고 범죄의 본질을 흐리게 한다. 이에 반해 오늘날 해야 할 일은 신뢰침해(Treubruch)라는 기본관념을 새로운 윤리질서와 법질서의 본질적 구성부분으로 구축해 내는 것이며 이로부터 출발하여 배임죄(Untreue)의 개념을 새롭게 규정하는 것이다."라는 것이다. Gürtner, Das kommende deutsche Strafrecht Besonderer Teil, Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission, 1935, S. 334(337 f) {신동운, "횡령 후의 횡령죄 성립 여부", 301 및 Kathrin Rentrop, Untreue und Unterschlagung (§§266 und 246 StGB), Juristische Zeitgeschichte 27, Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2007, S. 146 Fn. 87에서 재인용)

311) 신동운, "횡령 후의 횡령죄 성립 여부", 302

§ a. **신뢰침해(Treubruch)**

① 신임관계(Treuverhältnis)에 기초하여 타인의 재산상 이익(Vermögensinteresse)을 관리해야 할 의무를 지고 있는 자가 그 의무를 침해하거나, 신임관계에 기초하여 타인의 재산을 관리해야 할 의무를 지고 있는 자가 그 의무에도 불구하고 악의적으로 그 의무를 이행하지 아니하고, 이로써 관리해야 할 재산의 주체에게 손해를 가한 때에는 경징역(Gefängnis)으로 처벌한다.

② 위탁받은 동산이나 법률, 관청의 위탁 또는 법률행위에 기하여 타인의 재산을 처분하거나 타인에게 의무를 부담시킬 권한이 있는 자가 그 권한을 남용하여 타인의 동산을 자기 또는 제삼자에게 위법하게 영득하게 한 자는 특별히 신뢰침해죄

3. 현행 횡령죄와 배임죄 규정 내용

위 일본형법가안에 기초하여 정부초안{제380조 제1항 “타인의 재물을 보관하는 자, 그 재물을 횡령하거나 그 반환을 거부한 때에는 5년 이항의 징역 또는 10만원 이하의 벌금에 처한다.”(횡령죄), 제2항 “타인의 사무를 처리하는 자, 그 임무에 위배하는 행위로써 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가한 때에도 전항의 형과 같다.”(배임죄), 제384조에서 미수범 처벌규정을 둠}이 제출되었고, 약간의 수정을 거쳐 현행 횡령죄 및 배임죄의 규정이 제정되었는데, 위 일본형법가안과는 “본인에게 재산상의 손해를 가한 때”라는 표현이 삭제된 것 외에는 거의 같고, 위 표현은 횡령죄의 배임죄적 성격을 부각하기 위함이었는바, 이 부분이 삭제된 이유를 추측한다면, 반환거부를 통하여 불법영득의사를 표현하는 것 자체가 이미 본인에 대한 재산상 손해의 발생을 의미하는 것이어서 굳이 손해발생의 표지를 명시할 필요가 없었기 때문으로 보인다[314].

4. 독일형법의 영향

1940년 일본형법가안은, 역사적인 분위기상, 당시 독일 나치스 형법의 영향을 받았을 것임이 짐작되고[315], 결국 우리 형법은 일본을 통하

(Treubruch)로 처벌한다.

③ 특별히 중한 경우에는 중징역(Zuchthaus)에 처한다.

§ b **일반횡령(Unterschlagung)**

강도, 절도 또는 신뢰침해(Treubruch)의 경우를 제외하고 타인의 동산을 불법하게 영득한 자는 경징역으로 처벌한다. 경한 경우에는 구류로 처벌한다.

312) 그렇게 보는 이유는 가안이 횡령과 배임을 단일 조문의 제1항과 제2항으로 규정하고 있다는 점 때문이다. 다만 가안의 경우에는 횡령죄를 제1항으로 하고, 배임죄가 제2항으로 뒤바뀌어 있다는 부분이 독일의 귀르트너 초안과 다른 점이다. 신동운, “횡령 후의 횡령죄 성립 여부”, 305; 최준혁, “독일법이 한국에 미친 영향 -한국 형법의 역사와 정체성-”, 인하대학교 법학연구 14집 3호, 인하대학교 법학연구소(2011. 11.), 199

313) 독일 나치스 시대의 형법 개정과정에 관하여 Kathrin Rentrop, Untreue und Unterschlagung (§§266 und 246 StGB), S. 129 ff.

314) 신동운, “횡령죄와 배임죄의 관계”, 325

315) 신동운, “횡령 후의 횡령죄 성립 여부”, 305; 최준혁, “독일법이 한국에 미친 영향“, 199

여 독일형법의 영향을 받은 것이므로, 독일, 일본의 횡령죄 규정과 함께 비교해 보는 것이 법해석에 참고가 될 수도 있을 것이다.

5. 독일형법 및 일본형법의 횡령죄 규정

가. 독일형법과의 비교

독일형법의 횡령죄 규정은 그 대상을 동산에 한정하고 미수범 규정이 있다. 독일은 점유이탈물횡령죄(Unterschlagung)를 '자신이 또는 제3자로 하여금 동산인 타인의 재물을 불법하게 영득하거나 영득하게 하는 범죄'로 규정하고 있고, 그 재물이 위탁물일 경우에 횡령죄(Veruntreuung)로 가중하여 처벌하고 있으며 미수범 규정이 있다[316]. 즉 독일형법은 횡령죄를 기본적으로 불법영득범죄로 이해하여, 편제상으로 '절도와 횡령'을 19장에서 함께 규정하고 있다[317]. 독일에서 횡령죄의 기수시기에 관하여는 표현설(Manifestationstheorie), 즉 영득의사가 외부에서 인식할 수 있게끔 표시되었을 경우 기수에 이른다는 견해가 지배적인 입장으로 판례도 마찬가지이나[318], 영득의사의 실현행위뿐만 아니라 소유권배제의 결과도 필요하다고 보는 견해(Verwirklichungstheorie, Enteignungstheorie)도 있다[319][320]. 독일형

---

316) §246 Unterschlagung (1) Wer eine fremde bewegliche Sache sich oder einem Dritten rechtswidrig zueignet, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wenn die Tat nicht in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist. (2) Ist in den Fällen des Absatzes 1 die Sache dem Täter anvertraut, so ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe. (3) Der Versuch ist strafbar. Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 29. Aufl. München: C.H.Beck, 2014, §246; 법무부, 독일형법, 2008. 5., 184, 489~490

317) 이정원, "우리 형법과 독일 형법의 횡령죄에 대한 비교법적 고찰", 비교형사법연구 4권 2호, 한국비교형사법학회(2002), 282

318) Schönke/Schröder, a.a.O., Rn. 10; Wolfgang Joecks, Strafgesetzbuch -Studienkommentar-, 2. Aufl., München: C.H.Beck, 2000, S. 507; Manifestationstheorie는 "완화된 표현설(gemäßigte -. BGHSt 14, 38, 41)"과 "엄격 표현설(strenge -)"로 나뉜다고 한다. 前者는 누구에게든 영득의사의 행위로 이해될 수 있는 행위를 하면 족하다고 하고, 後者는 다의적인 행위를 분리하여 사안의 제반사정을 알고 있는 관찰자가 횡령이라고 동의하는 행위를 충족해야 한다고 한다. 前者에 의하면, 행위자가 타인의 책을 자신의 책장에 꽂는 것으로 기수에 이른다. 後者에 의하면, 빌려온 책을 자신의 책장에 있는 자신의 책들 사이에 꽂는 것으로는 부족하고, 빌려온 책에 빌려준 사람의 이름을 지우고 자신의 이름을 적어 넣어야 기수가 된다.

법에서 배임은 사기와 함께 제22장에 규정되어 있다. 그리하여 독일에서는, 사기죄도 배임죄도 재산을 보호법익으로 하는 점에서 공통이고, 게다가, 법익침해의 태양도, 사기죄에는, 피해자가 자기위험에 관련된 것 같은 기망에 의해 신뢰를 하게 하는 것에 의한 것임에 대해, 배임죄에서는, 타인의 신뢰를 남용하는 점에서, 모두 타인의 신뢰에 대한 행위를 요구하는 것이어서, 공통된다고 이해되고 있다[321]. 독일형법 제246조 제1항은 법규정상[322] 다른 재산범죄에 대하여 보충관계에 있다고 해석된다[323]. 그리고 독일형법 제246조 제2항(위탁물횡령)은 제266조 제2항에 대하여 보충관계에 있다는 판례[324]가 있으나, 학설은 비판적이다[325].

우리 형법과는 객체가 동산에 한정된다는 점, 배임과 함께 규정되어

---

319) Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht BT Teilband 1: Straftaten gegen Persönlichkeits- und Vermögenswert, 10. Aufl., Heidelberg: C.F.Müller, 2009, S. 429. 따라서 횡령미수가 성립되는 경우가 넓어진다. 물건의 판매하려는 제안이 무용으로 끝났을 경우, 점유의 이전이 무용으로 끝났을 경우 횡령의 미수가 된다.

320) 표현설에 대하여는 다음과 같은 비판이 가능하다. 가령 맡겨진 보석을 매각하기로 결심한 행위자는 거래상과 연락을 하고, 보석을 포장하여, 거래상을 만나기 위하여 집을 나서고, 커피숍에서 거래상을 만나서, 매각합의를 하고는, 보석을 넘겨주는데 표현설에 의하면 이러한 모든 행위를 영득행위라고 보게 될 것이다. 예컨대 갑이 책을 빌렸는데 몇 달 후 소유자가 그 책 어떻게 되었느냐고 묻자 그 책을 가질 의사로 '그런 책은 내가 가지고 있지 않은데'라고 대답하자 소유자는 그 책은 갑만이 빌려갈 수 있었다는 사실을 지적하고 갑은 단지 기억을 깜빡했다고 사과하면서 책을 돌려주었다 하더라도 갑의 행위는 영득행위로 인정된다. 또한 남이 잃어버린 지갑을 발견한 갑이 이를 갖기 위해서 우선 주위를 살피다가 재빨리 주머니에 넣었고 몇분 후 파출소를 지나가다 양심에 찔려 지갑을 주은 그대로 경찰에 가져다 주었다고 하더라도 영득행위가 될 수 있다. 즉 표현설에 대한 비판으로, 무엇이 영득인가라는 질문에 대하여 영득의사를 표현하는 것이 영득이다라고 하는 것은 동어반복 내지 순환논법이라는 것이다. 이용식, "횡령죄의 기수성립에 관한 논의 구조 -횡령죄의 구조-", 형사판례연구 (21), 박영사(2013), 263

321) 山中敬一, 刑法各論 I, 成文堂(2004), 406 각주 1

322) ... wenn die Tat nicht in anderen Vorschriften mit schwerer Straf bedroht ist.

323) Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht, Besonderer Teil, 2. Aufl., Bielefeld: Gieseking, 2009, §15 Rn. 42; Michael W. Birk, Die Unterschlagung nach dem 6. Strafrechtsreformgesetz, Tübingen: MVK, 2003, S. 18 ff., 33

324) BGH, Beschl. v. 26. 6. 2012. - 2StR 137/12. 회사의 직원인 피고인이 회사의 공금을 지속적으로 영득하여 배임행위를 함과 동시에 위탁물횡령을 하였다는 이유로 상상적 경합으로 기소된 사안에서, 위탁물횡령죄(제246조 제2항)는 배임죄(제266조 제2항)와 보충관계에 있다고 보았다. http://lexetius.com/StGB/246 참조 (2015. 7. 5. 방문)

325) Michael Heghmanns, "Beschl. v. 26. 6. 2012. - 2StR 137/12", ZJS 1/2013, S. 124. 점유이탈물횡령(제246조 제1항)과 같은 보충조항(formelle Subsidiaritätsklausel)이 없음에도 그와 같이 해석하는 것은 타당하지 않다는 것이다.

있지 않고 절도와 함께 규정되어 있어 신뢰관계보다는 영득행위에 중점을 둔다는 점에서 차이가 있다.

나. 일본형법과의 비교

일본은 횡령죄를 '자기가 점유하는 타인의 물건을 횡령한 자는, 5년 이하의 징역에 처한다.', '자기의 물건이라도, 공무소로부터 보관을 명받은 경우에 있어, 그것을 횡령한 자도, 전항과 같다.'[326]고 규정하고 있고 미수범 규정이 없다. 따라서 동산뿐만 아니라 부동산도 그 객체가 될 수 있다. 일본에서는 횡령죄는 횡령행위가 개시되면 그 완료를 기다리지 않고 기수에 이른다고 본다[327]. 불법영득의 의사가 객관화된 시점, 즉 불법영득의 의사가 확정적으로 외부에 표현된 시점에 횡령죄의 실행의 착수가 있고, 이와 동시에 기수에 달한다고 본다[328]. 횡령죄에는 미수를 인정하는 것이 불가능하다고 보는 것이 지배적인 견해이다[329]. 건물의 소유자를 상대방으로 그 점유자가 허위의 소유권을 주장하여 소유권이전등기를 구하는 민사소송을 제기하면, 그 후 소취하되더라도 기수라고 본다[330]. 이는 표현설의 입장이라 할 것이다. 다만 일부 견해는 부동산에 관하여, 처분의 의사표시의 시점이 아니라 소유권침해

---

326) 252條 (1) 自己の占有する他人の物を横領した者は, 5年以下の懲役に處する. (2) 自己の物であっても, 公務所から保管を命ぜられた場合において, これを横領したも, 前項と同様とする.

327) 大審院 1910(明治 43). 12. 1. 判決. 아마도 미수범 규정이 없는 까닭으로 생각된다. 즉 침해범으로 구성하여 법익침해의 결과가 발생하여야만 기수에 이른다고 볼 경우, 기수에 이르지 못하는 미수는 처벌하지 못하게 되어, 불가벌이 되는 영역이 증가할 수 있다. 그러나 이러한 해석은 배임죄와의 관계를 특별관계로 보는 일본에서 바람직한 것인지 의문이다. 왜냐하면 횡령미수로 처벌되지 않을 경우, 배임미수로 인정할 수 있다고 생각되기 때문이다.

328) 前田雅英(編輯代表), 條解 刑法, 弘文堂(2013), 809

329) 山中敬一, 刑法各論 I, 390; 條解 刑法, 809

330) 最高裁 1950(昭和 25). 9. 22. 判決 "自己が管理占有していた右建物を不法にも自己の物とすることを決意し、判示のごとき偽造文書を利用して、右建物の所有者Aに対して、判示のごとく自己の所有権を主張し、所有権移転登記を求める旨の民事訴訟を提起し、よつて、被告人は右建物を自己の物とする意思を表明したというのであつて、右の事実は、原判決挙示の証拠上認め得るところである。しからば、原判決が被告人の右所為に対し業務上横領罪の既遂をもつて、問擬したのは正当であつて、たとえ、被告人がその後右訴を取下げた事実がありとしても、それがために横領罪の未遂をもつて論ずべきではない." 판결의 타당성은 의문이다. 사기미수로 의율하였어야 하는 것 아닌가 생각된다.

가 확정적으로 되는 등기가 완료된 시점에 기수가 된다고 본다. 즉 의사표시와 등기의 완료와의 사이에 시간적 간격이 존재하는 경우가 있고, 이론상으로도 실제상으로도, 불가벌인 미수와 기수의 구별은 중요성을 갖는다고 보고 있다[331]. 편제상으로 배임죄를 사기와 공갈의 죄와 같이 37장에서 규정하고, 횡령죄는 38장에서 규정한다. 그럼에도 횡령죄와 배임죄의 관계에 관하여, 일반법과 특별법의 관계[332] 혹은 보충관계로 봄이 다수설이다[333].

우리 형법과는 객체가 동산에 한정되어 있지 않고 부동산도 객체가 되나, 다만 미수범 처벌규정이 없다는 점, 서로 다른 장에 규정되어 있다는 점, 횡령죄와 배임죄의 법정형이 서로 다르다[334]는 점에서 차이가 있다. 다수설이 횡령죄와 배임죄를 일반법과 특별법의 관계[335] 혹은 보충관계로 본다는 점에서는 유사하다.

다. 소결

미수범 규정 유무가 횡령죄 미·기수 판별의 결정적 징표는 아니라고 보여진다. 독일의 입법과 일본의 입법을 살펴보았을 때, 미수범 규정이

---

331) 山中敬一, 刑法各論 I, 390

332) 朝高判 1939(昭和14). 9. 21. (횡령죄와 배임죄는 임무위배를 공통으로 하는 일반법과 특별법의 관계에 있고, 구별의 요점은 행위의 객체의 차이에 존재) 조선고등법원판결록 26卷, 537

333) 大コメンタール刑法 第13卷, 青林書院(2000), 173, 395~6

334) 배임죄(일본형법 제247조)는 징역 5년 이하 또는 50만엔 이하의 벌금에 처해지고, 횡령죄(일본형법 제252조)는 징역 5년 이하에 처해지도록 규정하고 있다. 업무상횡령죄(일본형법 제253조)는 10년 이하의 징역에 처하도록 규정되어 있다. 특별배임죄(일본회사법 제960조 이하)는 징역 10년 이하 또는 1,000만엔 이하의 벌금에 처해지도록 규정되어 있다.

335) 대법원 1961. 12. 14. 선고 4294형상371 판결 "횡령죄는 타인의 재물을 보관하는 자가 그 재물을 횡령함으로써 성립하는 것이고, 여기에 재물이라 함은 물리적으로 관리 가능한 것이어야 함으로 재산상의 이익에 관하여는 배임죄는 성립할지언정 횡령죄는 성립의 여지가 없는 것이며, 즉 횡령죄는 배임죄의 특별규정으로 개개의 재물에 관하여 성립하는 것이라고 해석함이 타당하다 할 것이다." 특별관계로 보는 입장으로는 이재상, 형법각론, 388; 오영근, 형법각론, 395; 이석배, "횡령죄와 배임죄의 관계", 동아법학 46호(2010. 2.), 367; 택일관계로 보는 입장으로는 신동운, "횡령죄와 배임죄의 관계", 334~5; 독립관계(원칙적으로 별개의 독립된 범죄이나 교차 내지 중복되는 부분에 국한하여 택일관계)로 보는 입장으로는 문형섭, 재산범죄론의 이해, 전남대학교 출판부(2006), 275~6

있는가 여부가, 횡령죄의 기수와 미수를 판단하는데 있어서 절대적인 영향을 미치는 것으로 보이지는 않는다고 생각된다. 미수범 규정이 있는 독일의 경우에도 영득의사가 객관적으로 외부로 표시되었을 때 기수에 이른다고 보는 것이 판례 및 지배적인 견해이고, 미수범 규정이 없는 일본도 마찬가지 입장이다. 다만 기수의 인정범위를 결정하는데 고려요소로서 전혀 의미가 없는 것은 아니다. 미수범 규정이 있는 독일의 경우에는 소유권배제의 결과가 발생하였을 때 기수가 된다고 보는 입장이 있으나, 미수범 규정이 없는 일본에서는 동산의 경우 그러한 입장을 취하는 견해는 없다고 보여지기 때문이다.

다만, 독일에서 지배적인 학설인 표현설을, 부동산 등 소유권 공시방법이 따로 있거나 이동성이 떨어지는 물건 등에도 그대로 채용할 수 있는지는 회의적이다. 독일의 경우 횡령죄의 객체가 동산에 한정되기 때문에, 독일에서 횡령의 미·기수시점에 관한 이론을 부동산 횡령에 관하여도 그대로 적용하는 것은 곤란하다. 독일은 이동성 높은 동산에 관하여 기수시점에 관한 학설(표현설)이 발달하였다고 보이므로, 소유권 공시방법이 따로 있거나 이동성 없는 물건에 대하여도 독일 학설을 그대로 채용하는 것은 문제가 있을 수 있다[336].

따라서 일반인의 상식에 부합하는 해석이 필요하다. 미수범 규정이 없는 일본에서도 동산에 관하여는 표현설을 취하여 기수의 시점을 앞당기면서도, 부동산 횡령죄는 법익침해의 결과가 발생하여야 기수가 된다고 보는 입장이 있음은 전술하였다. 일반인의 상식으로는, 행위자가 범행 계획을 완성하여야 범행에 성공했다, 즉 범행이 기수에 이르렀다고 볼 것이다. 이러한 관점에서의 해석이 필요하다.

III. 횡령죄의 본질, 보호법익 및 특이성

1. 본질

월권행위설과 영득행위설의 대립이 있다. 월권행위설은 위탁된 물건에 대한 권한을 초월하는 행위를 함으로써 위탁에 의한 신임관계를 깨

336) 신동운, “횡령죄의 미수범 성립 여부”, 법률신문 4064호(2012. 9. 17.), 13

뜨리는 데 횡령죄의 본질이 있다고 한다[337]. 따라서 불법영득의 의사 여부를 불문하고 신임관계를 객관적으로 해칠만한, 위탁물에 대한 모든 월권행위는 횡령행위가 된다고 본다. 영득행위설(통설)은 횡령이란 위탁된 타인의 물건을 불법하게 영득하는 것을 의미하므로 영득의사를 실현하는 모든 행위는 횡령행위가 될 수 있다고 본다[338]. 반환거부의 경우에는 영득할 것을 요하지 않으므로 월권행위설을 취하고 그 이외의 경우에는 영득행위설을 취하는 이원설도 있었다[339].

월권행위설에 의할 경우 횡령죄의 성립범위가 넓어질 수 있다[340]. 가령 타인의 재물을 보관하는 자가 그 재물을 영득할 생각 없이 고의로 손괴하는 경우에도 신임관계가 깨진 것이므로 횡령죄가 성립할 것이다(영득행위설에 의하면 이 경우 손괴죄가 성립할 수는 있어도 횡령죄가 성립하지는 않는다). 또한 월권행위설은 객관적으로 신임관계를 깨뜨리는 행위를 하면 기수에 이른다고 보기 때문에 영득행위가 완료되지 않더라도 기수에 이를 수 있다는 점에서 영득행위설보다 기수시기가 앞당겨질 수 있다[341]고 생각되나[342], 반드시 그런 것도 아니라고 보인다[343].

---

337) 정성근 · 박광민, 형법각론, 425; 정창운, "횡령미수론에 관한 일고찰", 법정 15권 4호(1960. 4.), 30 이하

338) 김성돈, 형법각론, 396; 오영근, 형법각론, 350; 이재상, 형법각론, 389

339) 견해 변경 전 오영근, 형법각론, 박영사(2009), 463. 시간적으로 미분할 경우 반환거부 행위 자체에서 물건 영득의 의사가 전제되고, 그 이후 물건을 은닉, 손괴하더라도 이러한 은닉, 손괴의 의사는 영득의 의사 이후에 생기는 것으로 보아야 한다는 점에서 반환거부 행위일 경우에도 영득행위설이 타당하다고 생각된다.

340) 신동운, "부동산에 대한 횡령행위와 횡령죄의 본질", 고시연구 285호(1997. 12.), 135

341) 가령 배임죄를 침해범이 아닌 위태범(위험범)으로 파악할 경우 기수시기를 앞당기게 된다. 안경옥, "배임죄의 손해발생의 위험", 판례월보 357호, 판례월보사(2000), 36

342) 즉 횡령죄의 본질에 관하여 월권행위설을 취할 경우, 기수에 있어서는 표현설을 취하는 것이 논리적이라고 생각된다. 월권행위설을 취하면서 표현설을 취하는 견해로는 정영석, 형법각론, 법문사(1981), 356

343) 월권행위설을 취한 정창운, "횡령미수론에 관한 일고찰", 31~2를 보면, "(을의 위탁에 의해 을의 금원을 은행에 보관중인) 갑이 은행으로부터 예금을 拂戾를 받았을 때에 횡령의 착수가 있으며 그 예금을 소비하였을 때에 횡령의 기수가 있다고 보아야 하는가. 이 경우에도 횡령의 실행개시는 은행에 대하여 예금의 불여를 청구하였을 때에 있다고 보아야 할 것 아닐가. 또 횡령의 기수는 은행으로부터 예금 불여를 받았을 때가 아닐가. 예금의 불여를 받았을 때에 착수가 있고 그 예금을 소비하였을 때에 기수가 있다고 보는 것과 그 어느 것이 이론적이겠는가"라고 적고 있다. 물론 월권행위설을 취하면서 표현설

판례는 영득행위설의 입장에 서 있는 것으로 평가된다[344].

2. 보호법익

학설은 횡령죄의 보호법익은 소유권[345]이라고 설명한다. 판례는 소유

에 의할 경우에는 예금청구시에 이미 기수가 된다고 보기 때문에, 위 글이 월권행위설을 적절히 설명한 것인지는 의문이다. 다만 위 논문에서 엿볼 수 있는 것은, 해석은 상식에 따라야 한다는 것이다. 그 외 위 논문, 32에서는 ① 타인의 재물을 보관하는 자가 타인의 재물을 매각 또는 질입하는 행위가 기수가 되려면 보관물의 수수가 있어야 되고, 그 이전에 발각되면 미수에 그친다고 하고, ② 회사창고에서 유가증권을 差出하여 자기채무에 대한 담보로 채권자에게 제공하였을 때에는 인출시에 기수에 이르고 담보제공행위는 불가벌적 사후행위가 된다(이는 비자금 조성의 목적이 개인적 착복 목적일 경우 자금인출시 기수가 된다고 보는 판례 입장과 같다)고 한다.

344) 대법원 1972. 12. 12. 선고 71도2353 판결 (그 사용이 자신의 이익을 위한 것이 아니고 본인을 위하여 긴급을 요하는 사항이었음에도 불구하고 그에 대한 예산책정이 없었으므로 그 간격을 메꾸기 위하여 이에 유용하였을 경우에는 그 금원에 대하여 유용자에게 불법영득의 의사가 있었다 할 수 없다); 대법원 1993. 3. 9. 선고 92도2999 판결 {횡령죄의 구성요건으로서의 횡령행위란 불법영득의사를 실현하는 일체의 행위를 말하고, 횡령죄에 있어서의 행위자는 이미 타인의 재물을 점유하고 있으므로 점유를 자기를 위한 점유로 변개하는 의사를 일으키면 곧 영득의 의사가 있었다고 할 수 있지만, 단순한 내심의 의사만으로는 횡령행위가 있었다고 할 수 없고 영득의 의사가 외부에 인식될 수 있는 객관적 행위가 있을 때 횡령죄가 성립한다. (미등기건물의 관리를 위임받아 이를 보관하고 있는 피고인이 임의로 그 건물에 대하여 자신의 명의로 보존등기를 경료하거나 타인에게 근저당권설정등기를 경료하였다면 이는 객관적으로 불법영득의 의사를 외부에 발현시키는 행위로서 횡령죄에 해당한다고 본 사례)}; 대법원 2009. 11. 26. 선고 2007도8945 판결 {업무상횡령죄에 있어서의 불법영득의 의사란 자기 또는 제3자의 이익을 꾀할 목적으로 업무상의 임무에 위배하여 보관하는 타인의 재물을 자기의 소유인 것같이 사실상 또는 법률상 처분하는 의사를 말하므로, 예산을 집행할 직책에 있는 자가 자신의 이익을 위한 것이 아니고 경비부족을 메우기 위하여 예산을 유용한 경우 그 예산의 항목유용 자체가 위법한 목적을 가지고 있다거나 예산의 용도가 엄격하게 제한되어 있는 경우는 별론으로 하고 그것이 본래 책정되거나 영달되어 있어야 할 필요경비이기 때문에 일정한 절차를 거치면 그 지출이 허용될 수 있었던 때에는 그 간격을 메우기 위한 유용이 있었다는 것만으로 바로 그 유용자에게 불법영득의 의사가 있었다고 단정할 수는 없다(대법원 1995. 2. 10. 선고 94도2911 판결 참조)}

345) 김일수, 한국형법 Ⅲ, 박영사(1997), 620; 유기천, 형법학 [각론강의 상], 일조각(1982), 269; 이영란, 형법학 각론강의, 형설출판사(2013), 380; 이재상, 형법각론, 387~8 등에서 '소유권'을 보호법익으로 기술하고, 그 외 '본권'을 보호법익으로 기술하지는 않는다. 다만 학설에서는 보호법익을 '소유권 등 본권'으로 보는 판례의 입장을 비판하는 견해는 없는 것으로 보인다. 오영근, 형법각론, 348은 횡령죄의 보호법익은 민법상의 소유권이 아니라 사실상의 소유상태라고 주장한다. "A의 재물을 B가 절취하고 이를 C가 임대하여 甲에게 보관시켰는데 甲이 그 물건을 횡령한 경우, 횡령죄의 피해자는 A가 아니라 B이고, C도 피해자라고 할 수 있다"는 이유이다. 그러나 이는 객체의 착오 중 구체적 사실의 착오에 불과하고, 이는 동기에 착오에 불과하여 형사상 별 의미가 없다. 즉 물건이 누구의 소유인가는 甲에게 무의미하기 때문이다. 이 경우 甲의 행위가 횡

권 등 본권을 보호법익으로 보고 있다[346]. 다만 본권만이 보호법익이 되는 것인지는 의문의 여지가 있다. 가령 소유자로부터 사용대차한 사람으로부터 그 물건을 다시 사용대차한 자가 그 물건을 영득하였을 경우, 행위자는 소유권을 침해한 것인가, 본권을 침해한 것인가? 위탁관계는 소유자에 의하여 행하여졌을 것을 요하지 않으며, 소유자의 의사에 반하지 않으면 제3자에 의하여 이루어져도 상관없다[347]. 따라서 본질적으로는 소유권의 침해가 있어야 하나, 이에 부수하여 그 물건에 대한 본권도 침해될 수 있다고 보는 것이 타당하다고 생각한다. 그러나 오로지 본권만 침해될 경우에는 횡령죄가 성립될 수 없다고 생각한다. 가령 위 동산의 사용대차관계에서 행위자가 자신의 사용대주에 대한 반환을 거부하고 소유자의 반환요구에는 응한 경우가 그러하다[348]. 또한 부동산의 지상권자가 부동산을 임대하였는데 그 임차인이 그 부동산을 원래 지상권설정기간보다 1개월 더 점유하면서 사용하였다 하더라도 소유자에 대하여 횡령죄가 성립하는 것은 아니다.

여기서 소유권 침해의 구체적인 의미는 사람과 재물 사이의 관계[349]

령죄에 해당하는가에 관하여 보호가치가 없는 신뢰관계의 파괴이므로 기수 성립 여부가 문제될 수 있다. 강동범, "소위 불법원인급여와 횡령죄의 성부", 형사재판연구 (1), 박영사(1993), 194~5는, 대법원 1976. 11. 23. 선고 76도3067 판결(절도범으로부터 장물보관을 위탁받은 자가 이를 영득하였을 경우 장물보관죄가 성립하는 외에 횡령죄는 불가벌적 사후행위이다)에서는 불법원인에 기한 신뢰관계를 전제로 하여도 횡령죄의 성립을 인정하였으나, 대법원 1988. 9. 20. 선고 86도628 판결(뇌물로 지급하라고 교부받은 금원을 횡령한 것은 횡령죄가 성립되지 않는다)은 이를 부정하였다고 평가하고 있다. 대법원 1999. 6. 11. 선고 99도275 판결(피고인 1이 피고인 2로부터 공소외 2에 대한 뇌물공여 또는 배임증재의 목적으로 전달하여 달라고 교부받은 금전은 불법원인급여물에 해당하여 그 소유권은 피고인 1에게 귀속되는 것으로서 피고인 1이 위 금전을 공소외 2에게 전달하지 않고 임의로 소비하였다고 하더라도 횡령죄가 성립하지 않는다)도 위 86도628 판결과 같은 취지이다. 다만 불법원인급여라도 수익자의 불법성이 더 클 경우에는 민사상 반환청구권이 인정될 수 있으므로 횡령죄가 성립할 수 있다. 대법원 1999. 9. 17. 선고 98도2036 판결(포주가 윤락녀와 사이에 윤락녀가 받은 화대를 포주가 보관하였다가 분배하기로 약정하고도 보관중인 화대를 임의로 소비한 경우, 제반 사정에 비추어 포주의 불법성이 윤락녀의 불법성보다 현저히 크다는 이유로 횡령죄를 구성한다고 본 사례) 참조.

346) 대법원 2002. 11. 13. 선고 2002도2219 판결

347) 이재상, 형법각론, 394

348) 山中敬一, 刑法各論 I, 390. 질물의 보관을 위탁받은 자가, 그것을 자기 좋을 대로 소유자에게 교부한 행위는, 소유권을 침해하는 것이 아니어서, 배임죄는 차치하고, 횡령죄를 구성하지는 않는다.

349) 사법상 법률관계에 있어, 독일민법 903조에서의 소유권 개념은 사람과 물건 사이의

가 아니라 행위자와 소유자 사이의 법적 관계에 관한 것이라고 보는 것이 더 정확할 것이다[350]. 법률관계로서의 권리와 의무는 오직 사람들 사이에서만 가능한 것이므로[351], 소유권의 구조에서 '사람과 재물 사이의 관계'보다 법적으로 내 것과 네 것을 승인할 수 있는 '사람들 사이의 관계'가 더 중요한 의미를 갖기 때문이다[352]. 다만 그러한 관계에 대한 침해가 어떤 태양으로 어느 정도에 이르렀을 경우에 횡령의 미수나 기수에 이른다고 평가하여야 하는가가 문제된다.

3. 특이성

횡령죄가 다른 재산범죄와 구별되는 특이성은, '횡령죄에 있어서의 행위자는 이미 타인의 재물을 점유하고 있으므로[353] 그 물건의 처분이 용이하다'는 점이다[354]. 즉 '불법영득의 의사'를 외부로 표현하는 것만으로도 이미 범죄실현이 가능하다는 점에서 특이성을 갖는다. 이러한 점 때문에 전술한 바와 같이 표현설(表現說)이 등장하게 된 것이다. 표현설은 물건의 용익가치와 교환가치가 분리되기 전, 즉 물건에 대한 점유만으로 그 소유권을 공시할 수 있을 경우에는 항상 타당할 수 있었다. 그러나 점유만으로 그 소유권을 공시할 수 없는 부동산이나, 의사의 외부적 표현만으로 행위자에게 물건을 사용·수익·처분할 수 있는 지배력이 귀속된다고 볼 수 없는 경우(가령 행위자가 물건을 처분할 수 있는 지위에 있기는 하지만 현실점유하지 못하는 경우 등)에는 달리 보

절대적 지배관계에 있다고 본다. Nagel/Eger, Wirtschaftsrecht II, Eigentum, Delikt und Vertrag, mit einer Einführung in die ökonomische Analyse des Rechts, 4. Aufl., München: Oldenbourg, 2003, S. 33

350) 이용식, "횡령죄의 기수성립에 관한 논의 구조", 154

351) Helmut Rittstieg, "Zur Entwicklung des Grundeigentums", Juristen Zeitung 38. Jahrg., Nr. 5/6, 11. März 1983, S. 164

352) Reinhard Brandt, "Eigentumstheorien von Grotius bis Kant", Stuttgart: Frommann-Holzboog 1974, S. 10

353) 위 92도2999 판결

354) 김일수, 한국형법 III, 620 "절도의 죄와 달리 타인의 점유를 침해하지 않는다는 점이 횡령죄의 특성이다"; 다만 독일형법은 6차 개정을 통해 이러한 점유 요건(die Besitz oder Gewahrsam hat)을 배제시켰고 이로 인하여 법규정의 포섭범위를 좁게 해석을 해야 하는지, 넓게 해석을 해야 하는지의 문제를 야기시켰다. Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht BT Teilband 1, S. 417

아야 할 것이다.

4. 부동산등기제도로 인한 부동산 횡령의 특이성

부동산등기제도라는 공시방법이 생기고, 또한 그에 의해 부동산의 용익가치와 교환가치의 분리가 가능해지면서 교환가치만이 전전유통되게 되었다[355]. 이에 따라 부동산 횡령죄에 있어서는 처분의 양태에 변화가 생기게 되었을 것임을 추측할 수 있다. 즉 동산을 현실점유하는 자가 그 물건의 반환을 거부하는 것(횡령은 기수에 이를 것이다)과, 부동산등기부상 명의수탁자가 그 부동산에 대해 반환을 거부하는 것은 동일하게 평가할 수는 없다. 부동산의 경우 명의신탁의 방법으로 수탁자에게 이전등기를 경료하였다고 하더라도, 통상 부동산 등기권리증을 신탁자가 가지고 있다고 보면, 수탁자가 단지 동네방네 돌아다니며 '이 부동산은 이제 내 것이다'라고 불법영득의사를 외부로 표현하였다고 하여 그 물건에 대한 용익·처분권능이 수탁자에게 귀속된다고 평가하기는 부족할 것이기 때문이다. 따라서 부동산의 경우 점유, 즉 '사실상 지배'는 부동산을 처분할 수 있는 지위에 있는지에 따라 판단하여야 할 것이다.

그렇다면 소유권 공시방법이 있는 부동산이나 쉽게 움직일 수 없는 물건의 횡령에 있어, 실행의 착수가 언제인지(미수), 불법영득이 언제 완성되었다(기수)고 보아야 하는지가 문제될 수 있다. 이와 관련하여 2가지 방법론이 있을 수 있다. 즉 법문상의 '영득'의 해석에 의하여 검토하는 방법[356], 횡령죄의 보호법익 보호의 정도가 어떠한가에 따라 검토하는 방법[357]이 있을 수 있다. '횡령' 내지 '영득'이라는 법문 자체가 갖는 추상성을 고려할 경우, 어느 정도의 행위가 '횡령'의 미수 내지 기수에 해당하는지를 해석하는 것과 그 행위로 인하여 '법익침해(내지 위험)'가 완성되었는지를 평가하는 것은 결국 같은 기준이 적용되는 것

355) 안병훈, "근저당권에 관한 연구", 19. 이리하여 등장하게 된 것이 부동산등기부의 전신인 도시장부(Stadtbuch)이다.
356) 이용식, "횡령죄의 기수성립에 관한 논의 구조"의 논증 방식
357) 대법원 2012. 8. 17. 선고 2011도9113 판결의 원심인 춘천지방법원 2011. 6. 22. 선고 2010노197 판결이 취한 논증 방식

아닌가 생각된다.

IV. 횡령죄의 보호법익 보호의 정도

1. 침해범인가 위험범인가?

횡령죄는 행위자가 이미 재물을 사실상 지배하고 있다는 점에서, 다른 범죄에 비하여 비교적 용이하게 그 보호법익(소유권 등 본권)을 침탈할 수 있다. 따라서 횡령죄의 보호법익을 어느 정도로 보호할 것인가, 즉 어느 정도의 행위가 있으면 횡령의 기수로 처벌될 것인가가 문제된다. 우리나라에서 횡령의 불법영득의사가 외부로 표현되면 기수에 이른다는 表現說(위험범 내지 위태범설)[358], 횡령의 불법영득의사가 실현되어야 기수에 이른다는 實現說(침해범설)[359]로 견해가 나뉜다.

침해범으로 보는 입장은 ① 횡령죄의 미수범 처벌규정(제359조)을 무의미한 것으로 해석하기보다는 유의미한 것으로 해석하는 것이 해석의 원칙에 부합한다는 점[360], ② 횡령죄가 표현범이라는 것은 횡령의 의사가 표현되는 방식이 매우 다양하다는 것이지 횡령의 고의(불법영득의사)가 표현되면 즉시 기수가 된다는 의미로 볼 필요는 없으므로, 횡령의 의사는 표현되었지만 영득하지 못한 경우에는 횡령죄의 미수가 된다고 해야 한다는 점, ③ 표현설에 의하면 우편물 속에 든 돈을 영득하기 위해 봉투를 뜯다가 다시 봉한 경우에도 이미 영득의사가 표현되었으므로 미수가 아니라 기수가 된다고 해야 하나 이는 사회통념상 부당하다는 점[361], ④ 우리 형법은 횡령에 미수범규정을 두고 있기 때문에 결과의 발생 이전에도 횡령미수로 처벌가능하므로, 침해범으로 구성한다고 하여 권리자의 권리보호가 늦추어지는 것이 아니라는 점, ⑤ 문언상 '~한 자'라고 되어 있는바, 이는 법익침해를 전제로 하는 규정이라

358) 이재상, 형법각론, 407~8; 이영란, 형법학 각론강의, 380. 구체적으로는 표현설도 구체적 위험범설과 추상적 위험범설로 나눌 수 있을 것이다. 표현설을 취한다고 하여 논리적으로 추상적 위험범설과 연결되는 것은 아니라고 보여진다.

359) 김일수, 한국형법 Ⅲ, 621, 641; 오영근, 형법각론, 349

360) 김태명, "횡령죄의 기수시기와 장물죄의 성립여부", 형사법연구 23호, 한국형사법학회(2005. 6.), 133

361) 김태명, "횡령죄의 기수시기와 장물죄의 성립여부", 123

는 점 등을 근거로 들 것이다.

위험범으로 보는 입장(침해범설에 대한 반론)은 ① 횡령죄는 이미 재물에 대한 지배상태가 형성되어 있기 때문에 법익침해가 용이하다는 점에 중점을 두어야 한다는 점, ② 침해범으로 구성할 경우 권리보호가 너무 늦추어질 수 있다는 점, ③ 위험범도 구체적 위험범과 추상적 위험범이 있으며, 구체적 위험범의 경우에는 침해범과 마찬가지로 미수범 처벌규정이 적용될 여지가 많다는 점, ④ 횡령죄와 배임죄의 관계상 법익 보호정도를 같게 보아야 하는바, 판례도 일관하여 횡령죄와 배임죄를 함께 위험범으로 보고 있다는 점, ⑤ 재물의 종류에 따라 개별적·구체적으로 법익침해의 위험을 검토하기에는 침해범보다 위험범으로 구성하는 것이 탄력적일 수 있다[362]는 점 등을 논거로 들 것이다.

2. 판례는 위험범으로 파악함이 주류적

판례는 횡령죄를 위험범으로 파악하는 것이 주류적이다. 예금[363]이나 동산[364][365][366]에 관한 판례, 부동산에 관한 판례[367][368] 등에서 위험범

---

362) 침해범으로 보는 것과 구체적 위험범으로 보는 것은 실제에 있어 차이를 가져오지 않는다. 동일한 사실관계에 대한 평가의 차이로 볼 수도 있기 때문이다. 즉, 배임죄에 있어 구체적 위험범설의 경우에는 '재산상의 손해발생의 위험이 있기 때문에' 기수가 된다고 보고, 침해범설의 경우에는 '재산상의 손해가 발생했기 때문에' 기수가 된다고 보기 때문이다. 오영근, 형법각론, 377

363) 대법원 1975. 4. 22. 선고 75도123 판결 (횡령죄나 배임죄는 양자가 다 침해범이 아니고 위태범이므로 피고인의 이건 소위와 같이 업무상 보관중인 정기예금을 자기 개인의 채무에 대한 담보로 제공함으로써 횡령죄가 성립된다 할 것이니 논지는 이유 없다)

364) 대법원 2002. 11. 13. 선고 2002도2219 판결 "피고인이 위 공장에 속하는 토지와 건물 및 기계에 관하여 주식회사 ○은행에게 공장저당법에 따른 근저당권을 설정하여 주고 대출을 받으면서 이 사건 기계들 중 피고인이 보관하고 있던 김○복 소유의 위 일람표 순위 3, 4를 제외한 나머지 기계들까지 자신의 소유인 것처럼 근저당권 목적물 목록에 포함시켰으나, 공장저당법에 따라 근저당권의 목적이 되는 것으로 목록에 기재된 물건이라도 그것이 근저당권설정자의 소유가 아니고 다른 사람의 소유인 경우에는 그 물건에 대하여 근저당권의 효력이 미치지 아니하므로 피고인의 위 기계들에 대한 근저당권설정행위는 횡령죄가 되지 아니한다."고 본 원심에 대하여 대법원은 "횡령죄는 다른 사람의 재물에 관한 소유권 등 본권을 그 보호법익으로 하고 본권이 침해될 위험성이 있으면 그 침해의 결과가 발생되지 아니하더라도 성립하는 이른바 위태범이므로, 다른 사람의 재물을 보관하는 사람이 그 사람의 동의 없이 함부로 이를 담보로 제공하는 행위는 불법영득의 의사를 표현하는 횡령행위로서 사법상 그 담보제공행위가 무효이거나 그 재물에 대한 소유권이 침해되는 결과가 발생하는지 여부에 관계없이 횡령죄를 구성한다. 그렇다면 피고인이 보관하던 김○복 소유의 위 기계들을 담보로 제공한 것은 김○복의 권리에

대한 현실적인 침해가 없더라도 그 기계들에 대한 불법영득의 의사를 실현하는 행위로서 횡령죄를 구성하는 것으로 보아야 한다. 그럼에도 불구하고, 원심이 이 부분에 대하여 무죄를 선고한 것은 횡령죄의 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못을 저지른 것이다."라고 판단하여 횡령죄를 무죄라고 본 원심판결을 파기환송하였다. 동산이라는 점 때문에 불법영득의사가 외부로 표현되어 담보로 제공됨으로써 실현되었을 때 기수라고 본 것이다. 그러나 동산에 대한 공장저당법에 기한 담보제공이 사법상 무효라서 私法上 원소유자인 김○복의 소유권을 침해할 여지는 없다(대법원 1992. 8. 29. 92마576 부동산경락불허가결정, 대법원 1998. 10. 12. 98그64 강제집행정지 결정). 소유권 침해의 여지가 없다는 측면에서 횡령의 기수가 아니라 횡령의 불능미수가 아닌가 문제될 수 있다. 불능미수에 있어서 법률상 불능의 개념은 민사법상 불능이 아닌 형사법상 불능으로 보아야 한다는 관점에서 보면 불능미수가 아닌 기수로 봄이 타당할 것이나, 사실상 불능의 관점에서 본다면 불능미수로 볼 여지도 있다고 생각된다.

365) 대법원 2009. 2. 12. 선고 2008도10971 판결 {피고인은 피해자 주식회사에 동산(쇼트기)을 매도한 후 피해자 주식회사로부터 이를 임차하였음에도, 이를 은행에 공장근저당권을 설정하여 담보로 제공한 것은 횡령에 해당한다고 본 사안}

366) 대법원 2007. 9. 21. 선고 2007도4429 판결 (상고기각)

사실관계: 주차설비를 피고인이 피해자로부터 소유권유보부매매계약에 기해 인도받아 점유하던 중, 위 주차설비가 설치되어 있는 부동산을 제3자에게 매매하는 계약을 체결함(제3자와의 매매계약에 주차설비를 제외한다는 규정이 없음. 주차설비는 부동산에 부합되지 않음).

1심: 제3자에 대한 점유의 이전이 없으므로, 횡령죄는 성립하지 않는다.

2심: 매매계약 이행으로 불법영득의사는 객관적으로 외부로 표현되었다 할 것이므로 횡령죄는 기수에 이르렀다.

367) 대법원 1993. 3. 9. 선고 92도2999 판결 (횡령죄의 구성요건으로서의 횡령행위란 불법영득의사를 실현하는 일체의 행위를 말하고, 횡령죄에 있어서의 행위자는 이미 타인의 재물을 점유하고 있으므로 점유를 자기를 위한 점유로 변개하는 의사를 일으키면 곧 영득의 의사가 있었다고 할 수 있지만, 단순한 내심의 의사만으로는 횡령행위가 있었다고 할 수 없고 영득의 의사가 외부에 인식될 수 있는 객관적 행위가 있을 때 횡령죄가 성립한다); 미등기부동산의 보관자가 자신 명의로 소유권보존등기를 경료한 후 제3자에게 근저당권을 설정한 사안이었다. 위 판결에서 소유권보존등기 행위 및 근저당권설정등기 행위에 각 횡령죄가 성립한다고 보고, "피해자의 승낙 없이 건물을 자신의 명의로 보존등기를 한 때 이미 횡령죄는 완성되었다 할 것이므로", 이후의 근저당권설정행위는 불가벌적 사후행위로 판시하였다. 위 판결에서 "보존등기를 한 때 이미 횡령죄는 완성되었다 할 것"이라고 판시한 부분에서 '완성'의 의미가 '기수'라는 의미인지 '미수'를 포함하는 의미인지는 불명하다. 기수 이후로 본 듯하나, 횡령죄를 위험범으로 본다면, 위 사안에서 기수시점은 등기시가 아니라 등기신청시로 파악하여야 할 것이다. 다만 위 판결 사안은 명확한 기수시점이 문제된 사안은 아니었다.

368) 대법원 1994. 4. 12. 선고 94도355 판결 (죄명: 횡령미수)

사실관계: 종중이 종원들에게 명의신탁한 토지에 관하여, 1987. 1. 22. 종중이 등기명의인들을 상대로 신탁해지를 원인으로 한 소유권이전등기청구 소송을 제기하자, 피고인 등은 공모하여 같은 해 7. 27. 토지 중 2/7지분을 제3자에게 매도하여 계약금 6천만원을 수령하고 나머지 잔금을 지급받지 아니한 상태에서 제3자가 잔금을 지급하지 아니하였다.

1심 및 원심은 '횡령미수'의 유죄를 인정하였고, 대법원은 상고기각하였다. 대법원은 원심을 수긍하는 외에 특별한 판시는 없었다. 위 판결도 계약금 수령만으로는 기수가 아

으로 본 것으로 생각된다.

장물죄와의 관계도 살펴볼 필요가 있다. 장물죄는 본범이 기수에 이른 이후에 성립될 수 있다는 점에서 횡령의 기수 이후에 성립할 수 있기 때문이다. 대법원 2001. 5. 8. 선고 2001다2181 판결에서 "회사직원의 공금횡령행위에 대하여 구체적인 공모를 하지는 않았지만 그가 정상적이 아닌 부정한 방법으로 금원을 마련하여 송금하는 사정을 미필적으로나마 인식하고 있으면서도 이를 계속하여 묵인한 채 송금을 받은 경우, 횡령행위에 대한 방조 또는 장물취득행위에 해당한다."라고 판시한 바 있다. 송금행위가 횡령에 해당한다고 볼 경우, 상대방을 '횡령행위에 대한 방조'로 보는 것은 횡령행위 기수(완료) 이전에 범행에 가담하였다는 것이므로 횡령에 대한 미필적 인식 있는 상대방이 송금받을 때까지 횡령이 기수에 이르지 않았다는 취지라서 횡령죄를 '침해범'으로 구성하는 것이고, 상대방을 '장물취득행위'로 보는 것은 송금행위 완료 이전에 횡령이 기수에 이른다는 취지[369]라서 횡령죄를 위험범(추상적 혹은 구체적)으로 구성하는 것이다. 횡령죄를 침해범으로 구성한다면, 상대방의 수령 이후에야 장물성을 갖게 되므로 상대방은 장물취득은 될 수 없다고 보아야 할 것이다. 따라서 위 판시에서 '횡령행위에 대한 방조 또는 장물취득행위' 양자를 병기한 것은, 횡령이 기수와 함께 완료되어 (승계적) 방조가 성립하지 않는 사안으로 본다면, 그리 적절해 보이지는 않는다. 대법원 2004. 12. 9. 선고 2004도5904 판결은 '갑이 회사 자금으로 을에게 주식매각 대금조로 금원을 지급한 경우, 그 금원은 단순히 횡령행위에 제공된 물건이 아니라 횡령행위에 의하여 영득된 장물에 해당한다고 할 것이고, 나아가 설령 갑이 을에게 금원을 교부한 행위 자체가 횡령행위라고 하더라도 이러한 경우 갑의 업무상횡령죄가 기수에 달하는 것과 동시에 그 금원은 장물이 된다고 한 사례(을에게 장물취득이 인정될 수 있음에도 무죄로 선고한 원심을 파기환송[370])'인데 횡령죄의 기수 및 장물취득 성립을 인정한 판례로, 추상적

닌 미수로 보았다. 불법영득의사가 실현되었다고 볼 수 없기 때문이고, 그렇다면 적어도 횡령죄를 추상적 위험범으로 파악한 것은 아니라고 볼 수 있다.

369) 장물죄는 본범이 기수에 이르러야 성립한다. 주석 형법 [각칙(6)], 533

370) 환송후 원심(대구고등 2005. 3. 18. 선고 2004노659 판결)은 장물취득을 유죄로 인정하였다.

위험범설에 의하더라도(회사 자금을 인출했을 때 기수에 이른다고 볼 것임), 구체적 위험범설에 의하더라도(인출하여 지급행위를 할 때, 즉 투수의 손을 이탈한 공처럼 돈이 건너가면서 기수에 이른다고 볼 것임) 장물성은 인정이 가능하지만 침해범설에 의하면 인도와 동시에 장물성이 인정되므로, 상대방에게 장물취득죄는 인정될 수 없을 것이다. 대법원 1984. 4. 24. 선고 83도2116 판결은 "종중이 그 소유의 토지를 피고인의 조부 (갑)에게 위탁관리케 하고 동인 명의로 토지사정을 받은 것인데 (갑)이 사망하자 그 상속인인 피고인의 부 (을)이 상속등기와 아울러 매매를 가장하여 피고인 앞으로 소유권이전등기를 경료하였다면 그로써 (을)의 종중에 대한 횡령행위는 이미 완성하였다고 봄이 상당하고 달리 종중이 피고인에게 이 사건 토지를 새로이 보관위탁한 사실이 인정되지 않는 한 피고인은 위 (을)의 횡령 행위로 인하여 생긴 장물인 위 토지에 관하여 장물취득 또는 양여자의 지위에 섬은 별론으로 하고 피고인이 위 토지를 매각한 경우 종중에 대한 횡령죄를 구성한다고 볼 수는 없다."라고 하고 있는바, 횡령죄의 완성 시점을 '등기시'로 본 것이다. 표현설(특히 추상적 위험범설)의 입장이라면 '소유권이전을 위한 서류를 마련하였을 때(불법영득의사가 외부적으로 객관화되는 최초의 시점은 매도용 인감증명서 발급신청시일 것임)' 혹은 '등기신청시' 등 불법영득의사가 외부적으로 객관화되는 시점이어야 하는데, '등기시'로 본 것은 침해범으로 구성한 것으로 생각되는 부분이다. 구체적 위험범설에 따르면 '등기신청시'라고 보는 것이 더 정확하리라고 생각된다. 위 사안에서 피고인은 자신 명의로 소유권이전등기 경료시에 군복무중이어서 부친의 횡령사실을 알지 못하였기 때문에(위 판결에 "피고인은 위 이전등기 당시에는 군복무중이어서 본건 토지에 관하여 동인 앞으로 소유권이전등기가 경료된 사실을 몰랐다가 뒤에 이 사실을 알게 되자"라는 부분), 그 이후의 처분행위는 장물양도(양여)가 될 수 있을지언정 장물취득은 인정될 수 없다고 생각되므로[371], '장물취득'자의 지위에 설

371) 장물취득은 장물의 점유 이전 혹은 등기 이전으로 인한 취득시 장물의 정을 알아야 하고, 장물양도는 장물의 취득시 장물의 정을 알았다면 별도로 성립하지 아니한다. 즉 장물양도는 장물임을 모르고 취득한 후 그 내용을 알면서 양도한 때에만 성립한다. 김성돈, 형법각론, 474; 이재상, 형법각론, 454

수 있다는 판시 부분은 다소 부적절해 보인다. 대법원 2003. 9. 23. 선고 2003도3840 판결은 타인 소유의 이삿짐을 보관하는 지위에 있는 갑이 을에게 이를 판매한 사안에서, 갑의 횡령죄와 을의 장물취득죄를 유죄로 인정한 원심을 유지하였는바, 침해범으로 본다면 을은 횡령죄의 공범의 죄책만이 문제된다고 보아야 할 것이다.

이상의 장물죄 판례를 종합하여 보면, 판례는 대체로 횡령죄를 침해범으로 구성한 것이 아니라 위험범으로 구성해 온 것으로 이해된다.

3. 판례상 침해범으로 본 사례

횡령미수에 관하여 침해범으로 본 대표적인 사례로 대법원 1955. 6. 28. 선고 4288형상141 판결[372]을 들 수 있다.

사실관계는 "甲과 乙은 Y(영덕)군의 직원으로서 Y군의 구호미 93대(袋)를 Y군의 부채정리에 충당할 계획으로 그 구호미를 수배할(배급받을) 사람에게 배급한 것처럼 모든 문서를 가장처리한 후에 Y경찰서 서장 피고인 丙에게 그 구호미를 처분함에 대한 승낙을 구하였던바, 피고인 丙은 이에 동의하였을 뿐만 아니라 그 동향인 丁에게 그 매각을 알선하였다."라는 것이다. 이에 대하여 원심은 '피고인 丙은 甲·乙의 횡령죄가 기수된 후에 그 구호미의 처분에만 관여하였음에 불과하므로 횡령죄가 성립하지 않는다.'고 판단하였다. 이에 대하여 검사는 상고이유로 '(1) 丙은 情을 알면서 구호미의 매각알선을 하였으므로 장물아보[373]에는 해당할 터인데 이로 유죄판결을 하지 아니하였음은 부당하고, (2) 본건 횡령의 기수시기는 丙이 매각처분을 한 시일일 것이고 甲·乙이 서로 모의를 하고 구호미를 배급한 것처럼 처리한 행위는 횡령의 예비행위에 불과하므로, 丙은 횡령의 공동정범이 될 수 있다.'라고 주장하였다.

대법원은 "피고인 丙은 甲·乙의 공모범행 진행 도중에 가담 공모한

372) 김태명, "횡령죄의 기수시기와 장물죄의 성립여부", 112~3; 법률신문 174호(1955. 10. 17.) 3~4; 엄상섭, "횡령죄의 기수시기", 법정(法政) 제10권 제12호(통권 80호), 1955. 12., 7에서 인용. 종합법률정보, 코트넷 판결문 검색, 대법원판례집, 대법원 판례카아드, 대법원 판결 요지집에는 위 판결이 등재되지 않은 것으로 보인다.

373) 臟物牙保. 현행 장물알선

것으로서 동 횡령죄는 전시 매각처분에 의하여 그 영득을 실현 완료하여서 기수에 도달하였다고 볼 것이요, 그 매각처분 전의 행위는 동 처분을 완수하기 위한 예비 내지 착수 후의 중간행위로 봄이 타당하다 할 것이다. 피고인 丙의 행위를 위 양인(甲·乙)의 횡령 후의 처분행위에 가담하였음에 불과하다는 취지 하에 범죄불성립을 이유로 무죄를 선고한 조치는 횡령죄의 기·미수(旣·未遂)의 법리를 오해한 위법이 있다."라고 하여 원심판결을 파기하였다.

위 판결에 관한 평석으로, 먼저 효당 엄상섭(1907~1960)[374]은 "횡령죄의 기수시기가 매각처분의 횡령형태에 있어서도 매각의 완료 이전에 있는 것이고 따라서 甲·乙의 횡령행위의 기수는 구호미를 Y군의 부채정리에 충당할 의사가 행동화되는 순간에 성립되었으며 그 이후에 있어서의 일련의 행위는 그 횡령행위의 결과를 확실케 함과 동시에 죄상발각을 방지하는 적확한 수단을 취하였음에 불과한 것인 즉 이 점에 한해서는 원심판결이론이 정당하다고 하여야 할 것이다."라고 하였음에 반하여, 신동운 교수는 "형법상 횡령죄의 미수범 처벌규정을 두기에 앞서 미수범 처벌조문이 없었던 의용형법 하에서 해석상 많은 논란이 있었고, 우리 입법자는 이를 입법적으로 해결하기 위하여 횡령죄에 미수범 처벌규정을 둔 것으로 추측할 수 있다. 그렇다면 횡령죄의 기수시기를 좀 더 뒤의 시점으로 미루어서 해석하는 견해가 우리 형법의 해석론으로 보다 타당하다는 추론을 해 볼 여지도 있다."라고 하였다[375].

사견으로는 위 대법원 판결은 우리 형법의 횡령미수범 처벌규정의 존재의의를 살려 횡령죄를 침해범으로 구성한 것으로 생각된다. 즉 매각처분이 완료되어야 기수에 이른다고 본 것은, 단지 외부에 불법영득의 사가 객관적으로 드러난 사실만으로는 부족하고 그 행위계획에 따라 불법영득이 실현되는 시점에 이루어진다고 본 것이다. 추상적 위험범으로 보았다면 구호미를 수배할 사람에게 배급한 것처럼 모든 문서를 가장처리함으로써 구호미를 부채정리에 충당할 의사가 외부로 나타난 때에 기수에 이르렀다고 볼 것이고(위 원심 판단), 따라서 丙은 횡령기수 이후

374) 엄상섭, 위 논문, 8

375) 신동운·허일태 편저, 효당 엄상섭 형법논집, 서울대학교 출판부(2004), 342. 정확히는 위 판례를 평석한 것이 아니라 횡령죄의 미수범 규정에 관한 평가라고 보인다.

에 가담한 것에 불과하게 된다. 결국 위 판례는 구체적 사안에서 기수 시기가 달라질 수 있음을 보인 것으로 평가할 수 있다. 위 대법원 판결 외에도 하급심 판결들 중에는 횡령미수를 인정한 경우가 많이 있다[376]. 침해범설이 간명하고 법규정 문언의 구조와도 부합하며, 그와 같이 이론구성하더라도 권리자의 법익보호에 문제가 생기지 아니한다. 우리 형법에는 횡령죄의 미수범 규정이 존재하기 때문이다.

4. 위험범으로 파악하더라도 구체적 위험범임

가사 횡령죄를 침해범이 아닌 위험범으로 파악한다 하더라도 구체적 위험범으로 해석하여야 한다고 생각된다.

먼저 횡령죄는 개인적 법익, 특히 재산적 법익에 관한 범죄이다. 사회적 법익이나 국가적 법익은 추상적 위험의 발생도 방위하여야 할 필요가 있다. 그러나 개인적 법익의 경우 추상적 위험의 발생으로 인하여

376) 대구지방법원 김천지원 2010. 8. 18. 선고 2010고단911 판결 (업무상횡령미수) {피해자로부터 위탁받아 키우던 돼지를 제3자에게 매도하려 한 피고인이 제3자와 매매계약을 체결한 상태에서 위탁돼지임을 제3자가 알게 되어 계약이행이 불발된 사례(1심 판결 확정됨)}; 대구지방법원 의성지원 2010. 1. 14. 선고 2009고단155 판결 (횡령미수 등) {종중 부동산을 명의수탁한 종중원이 불법영득의사로 종중 부동산 매매계약을 체결하고 계약금을 수령한 행위에 대하여 횡령미수 인정함(횡령미수 피고인은 항소하였으나 대구지방법원 2010. 10. 7. 선고 2010노467 판결로 항소기각되어 확정됨)}; 부산지방법원 2010. 1. 11. 선고 2010고단5758 판결 (업무상횡령미수) {회사 경리직원인 피고인이 회사 공금을 횡령하기로 마음먹고 회사 계좌에서 6,600만원짜리 자기앞수표 1장을 인출한 후, 이를 강도당한 것처럼 하려 하였으나 적발된 사례(1심 판결 확정됨)}; 서울남부지방법원 2008. 8. 20. 선고 2007고단4425 판결 (횡령미수) {부동산 지분의 명의수탁자가 그 부동산 지분을 제3자에게 매도하는 계약을 체결하고 계약금 및 중도금을 수령하였으나 명의신탁자로부터 소송을 당하여 제3자에게 소유권이전등기를 경료해 주지 못하고 잔금도 지급받지 못한 사안(1심 판결 확정됨)}; 수원지방법원 성남지원 2007. 7. 13. 선고 2007고단1317 판결 (횡령미수 등) {타인에게 자신 명의의 통장을 양도한 피고인이, 그 통장에 입금된 타인의 예금을 인출하여 영득하려 하였으나 은행 직원에게 적발되어 예금 인출에 실패한 사례(1심 판결 확정됨)}; 대구지방법원 2003. 5. 13. 선고 2002고단7540 판결 (횡령미수) {피고인이 보관하던 제3자 소유 맨션 공급계약서를 타인에게 담보로 제공하였으나 타인이 그 공급계약서가 피고인의 것이 아님을 알아 실패한 사례(1심 판결 확정됨)}; 부산지방법원 1995. 11. 7. 선고 95고단4021 판결 (횡령미수) {피고인이 보관하던 피해자 물건을 처분하려 제3자에게 처분의뢰하였으나 피해자에게 적발되는 바람에 처분에 실패한 사례(1심 판결 확정됨)}; 서울중앙지방법원 2012. 6. 13. 선고 2012고단332 판결 (업무상횡령미수) {종중 재산을 관리하던 대표자가 종중 부동산을 매도하려고 중도금까지 수령하였는데, 토지거래허가가 지연되어 잔금 지급이 이루어지지 않으면서 미수에 그친 사안}

구체적 위험의 발생도 명확한 경우가 아닌 한, 추상적 위험의 발생만으로 기수로 처벌할 필요는 없다.

개인적 법익에 관한 범죄를 침해범, 구체적 위험범, 추상적 위험범으로 분류하면 다음과 같다.

❶ 침해범: 살인죄(§250~253), 상해죄(§257~259), 폭행치사상죄(§262), 과실치사상죄(§266~8), 낙태치사상죄(§269③, §270③), 유기치사상죄/학대치사상죄(§275), 체포·감금죄(§276~281), 약취·유인죄(§287~293), 강요죄(§324), 강간·강제추행죄(§297~299, 301~303), 비밀침해죄(§316②)[377], 주거침입죄·퇴거불응죄(§319~321)[378], 권리행사방해죄(§323), 절도죄(§329~332)[379], 강도죄(§333~341), 사기죄(§347~349)[380], 공갈죄(§350), 장물죄(§362)[381], 손괴죄(§366~7, 369~370)

❷ 구체적 위험범: 업무방해죄(§314)[382], 배임죄(§355①)[383]

---

377) 김일수·서보학, 형법각론, 190; 이재상, 형법각론, 225. 반대로 §316①과 마찬가지로 §316②도 추상적 위험범으로 보는 견해로는 오영근, 형법각론, 196

378) 대법원 1995. 9. 15. 선고 94도2561 판결 (신체의 극히 일부분이 주거 안으로 들어갔지만 사실상 주거의 평온을 해하는 정도에 이르지 아니하였다면 주거침입죄의 미수에 그친다. (중략) 야간에 타인의 집의 창문을 열고 집 안으로 얼굴을 들이미는 등의 행위를 하였다면 피고인이 자신의 신체의 일부가 집 안으로 들어간다는 인식하에 하였더라도 주거침입죄의 범의는 인정되고, 또한 비록 신체의 일부만이 집 안으로 들어갔다고 하더라도 사실상 주거의 평온을 해하였다면 주거침입죄는 기수에 이르렀다). 미수범 규정이 있어서 법문의 형태('~에 침입한 자'라고 하여, 추상적 위험범인 것처럼 규정되어 있음)와 달리 침해범으로 해석하더라도 피해자 보호에는 지장이 없다고 생각된다. 대법원의 태도를 추상적 위험범으로 이해하는 입장으로는 김성돈, "침해범/위험범, 결과범/거동범, 그리고 기수/미수의 구별기준", 형사판례연구 (19), 박영사(2009), 21 각주 17.

379) 절도죄를 위험범이라고 보는 입장도 있으나 소수설이다{유기천, 형법학 [각론강의상], 189~90; 이재상, 형법각론, 250}. 침해범이라고 봄이 타당하다. 주석 형법 [각칙(5)], 한국사법행정학회(2006), 286

380) 재산상 손해가 발생하여야 한다는 점에서 침해범으로 이해하는 것이 통설이다(이재상, 형법각론, 327). 다만 사기죄의 재산상 손해에는 경제적 관점에서 재산상태가 악화되었다고 볼 수 있는 재산가치에 대한 구체적 위험, 즉 재산상 손해발생의 위험만으로도 손해가 발생했다고 볼 수 있다. 이러한 의미에서 구체적 위험범으로 파악할 수도 있다.

381) ① 위험범이라고 보는 견해, ② 침해범이라고 보는 견해, ③ 알선은 위험범이고 나머지 장물죄는 침해범이라는 견해가 대립한다. 장물취득의 경우 장물인 줄 알고 잔금까지 지급하고도 고민하다고 매수를 거부한 것만으로 기수에 이르렀다고 평가하기는 어렵다는 점에서 침해범으로 구성함이 상당하다. 대법원 1976. 11. 23. 선고 76도3067 판결(절도범인으로부터 장물보관을 의뢰받고 그 정을 알면서 이를 인도받아 보관하고 있다가 자기 마음대로 이를 처분하였다 하여도 장물보관죄가 성립되는 때에는 이미 그 소유자의 소유물추구권을 침해하였으므로)은 침해범으로 본 것으로 보인다.

382) 대법원 2007. 12. 27. 선고 2007도5030 판결 (신청인이 업무담당자에게 허위의 주장을 하면서 이에 부합하는 허위의 소명자료를 첨부하여 제출한 경우 그 수리 여부를 결정하는 업무담당자가 관계 규정이 정한 바에 따라 그 요건의 존부에 관하여 나름대로 충분히 심사를 하였으나 신청사유 및 소명자료가 허위임을 발견하지 못하여 그 신청을 수리하게 될 정도에 이르렀다면 이는 업무담당자의 불충분한 심사가 아니라 신청인의 위계행위에 의하여 업무방해의 위험성이 발생된 것이어서 이에 대하여 위계에 의한 업무방해죄가 성립된다); 대법원 2008. 6. 26. 선고 2008도2537 판결 (상대방으로부터 신청을 받아 상대방이 일정한 자격요건 등을 갖춘 경우에 한하여 그에 대한 수용 여부를 결정하는 업무에 있어서는 신청서에 기재된 사유가 사실과 부합하지 않을 수 있음을 전제로 그 자격요건 등을 심사·판단하는 것이므로, 그 업무담당자가 사실을 충분히 확인하지 아니한 채 신청인이 제출한 허위의 신청사유나 허위의 소명자료를 가볍게 믿고 이를 수용하였다면, 이는 업무담당자의 불충분한 심사에 기인한 것으로서 신청인의 위계가 업무방해의 위험성을 발생시켰다고 할 수 없어 위계에 의한 업무방해죄를 구성하지 않는다. (중략) 한편 원심은 업무방해죄가 구체적 위험범이라고 명시한 바 없으므로 이에 대한 검사의 상고이유는 판단하지 아니한다); 2008도2537 판결에서 행위자의 행위 종료만으로 범죄의 기수를 인정하지 아니하고 위험성 발생 유무를 기준으로 범죄의 기수 여부를 판단한 것은, 업무방해죄를 추상적 위험범이 아니라 구체적 위험범으로 파악한 것이고, 이에 검사는 상고이유로 이러한 점을 지적한 것으로 보인다. 위 2008도2537 판결의 1심 판결(서울중앙지방법원 2007. 11. 14. 선고 2007고단4651 판결 6쪽 3번째줄)은 구체적 위험범임을 명시적으로 밝혔다. (1심 판결이 항소기각, 상고기각되어 확정됨)

대법원 2011. 3. 17. 선고 2007도482 전원합의체 판결 (쟁의행위로서 파업이 언제나 업무방해죄에 해당하는 것으로 볼 것은 아니고, 전후 사정과 경위 등에 비추어 사용자가 예측할 수 없는 시기에 전격적으로 이루어져 사용자의 사업운영에 심대한 혼란 내지 막대한 손해를 초래하는 등으로 사용자의 사업계속에 관한 자유의사가 제압·혼란될 수 있다고 평가할 수 있는 경우에 비로소 집단적 노무제공의 거부가 위력에 해당하여 업무방해죄가 성립한다고 보는 것이 타당하다-다수의견)은 구체적 위험범을 넘어 침해범적으로 구성한 것이 아닌가 생각된다.

학설은 업무방해죄를 추상적 위험범으로 파악하는 입장(오영근, 형법각론, 183; 이영란, 형법학 각론강의, 230; 이재상, 형법각론, 215)과 구체적 위험범으로 파악하는 입장{김태명, "업무방해죄의 법적 성질과 결과발생의 요부", 형사판례연구 (18), 박영사(2010), 138}으로 나뉜다.

일본의 판례는 방해결과를 발생시킬 위험(おそれ)이 있는 행위를 하면 족하다고 본다{最高裁 1936(昭和 11). 5. 7. 판결, 추상적 위험범에 가까움}. 일본의 학설은, 업무를 방해할 위험이 있는 상태를 생기게 하는 것을 요한다고 하여 구체적 위험범으로 보는 견해(団藤, 福田, 大塚)보다, 미수범 규정이 없음에도 현실적으로 업무방해의 결과가 생길 것을 요하는 침해범으로 해석하는 견해가 다수설이다(平野, 中山, 大谷, 曾根, 中森, 西田, 林, 山口, 山中敬一). 보호법익이 '業務活動의 圓滑한 遂行'이기 때문이다. 山中敬一, 刑法各論 I, 216

383) 대법원 2000. 4. 11. 선고 99도334 판결 (배임죄는 현실적인 재산상 손해액이 확정될 필요까지는 없고 단지 재산상 권리의 실행을 불가능하게 할 염려 있는 상태 또는 손해 발생의 위험이 있는 경우에 바로 성립되는 위태범이므로, 이 사건에서와 같이 피고인들이 그 업무상 임무에 위배하여 부당한 외상 거래행위를 함으로써 업무상 배임죄가 성립하는 경우 담보물의 가치를 초과하여 외상 거래한 금액이나 실제로 회수가 불가능하게 된 외상거래 금액만이 아니라 재산상 권리의 실행이 불가능하게 될 염려가 있거나 손해 발생의 위험이 있는 외상 거래대금 전액을 그 손해액으로 보아야 하고, 또한 그것을 제3

❸ 추상적 위험범: 폭행죄(§260~1)[384], 낙태죄(§269①②, 270①②)[385], 유기죄(§271~2)[386], 학대죄(§273~4)[387], 협박죄(§283~28

자가 취득한 경우에는 그 전액을 특정경제범죄가중처벌등에관한법률 제3조에 규정된 제3자로 하여금 취득하게 한 재산상 이익의 가액에 해당하는 것으로 보아야 할 것인바, 원심이 피고인들의 판시와 같은 배임행위에 의하여 본인인 조합이 입은 재산상 손해액을 그 거래 전 기간에 걸쳐 원심 상피고인에게 외상으로 공급한 백미대금의 총액으로 본 조치나 원심 상피고인으로 하여금 취득하게 한 재산상 이익의 가액을 같은 백미대금의 총액으로 보아 위 같은 법률을 적용한 조치는 모두 위의 법리에 따른 것으로 정당하고, 거기에 배임죄에 있어서의 손해액의 범위에 관한 법리오해의 위법 등이 있다고 볼 수 없다), 대법원 1975. 12. 23. 선고 74도2215 판결, 대법원 1985. 8. 20. 선고 84도2109 판결 (배임죄에서 본인에게 손해를 가한 때라 함은 현실적인 실해를 가한 경우에 한정되는 것은 아니라 하여도 적어도 실해발생의 위험성은 있어야 된다 할 것이므로 그 위임받은 타인의 사무가 부동산소유권이전등기의무인 경우에는 매도인의 임무위배 행위로 인하여 매수인이 가지고 있는 소유권이전등기청구권이 이행불능에 빠질 위험성이 있어야 된다), 대법원 1990. 10. 16. 선고 90도1702 판결 [배임죄에 있어서 '재산상 손해를 가한 때'라 함은 현실적인 손해를 가한 경우뿐만 아니라 손해발생의 위험을 초래한 경우도 포함되는 것이므로(당원 1989. 11. 28. 선고 89도1309 판결 등 참조) 원심이 확정한 바와 같이 피고인이 피해자에게 이 사건 염전의 2분지 1지분을 매도하고 계약금과 중도금을 받고서도 잔금과 상환으로 이전등기절차를 하여 줄 임무에 위배하여 은행 앞으로 이 사건 염전에 대하여 근저당권설정등기를 하였다면 비록 피해자가 위 근저당권설정등기를 하기 전에 처분금지가처분을 해두었다 하더라도 그것만으로 피해지가 매수한 위 지분부분에 대하여 실행발생의 위험이 발생하지 않았다고 볼 수는 없다 할 것이므로 이러한 가처분은 이 사건 배임죄의 성립에 아무런 영향을 미칠 수 없다 하겠다(당원 1969. 9. 30. 선고 69도1001 판결; 1973. 1. 16. 선고 72도2494 판결 등 참조)], 대법원 2008. 5. 29. 선고 2005도4640 판결 (극단적인 위험이 수반되는 모험거래에 있어 손해발생의 구체적 위험이 있음을 인정한 사례), 대법원 2010. 9. 30. 선고 2010도6490 판결 (법인의 대표자 또는 피용자가 그 법인 명의로 한 채무부담행위가 관련 법령에 위배되어 법률상 효력이 없는 경우에는 그로 인하여 법인에게 어떠한 손해가 발생한다고 할 수 없으므로, 그 행위로 인하여 법인이 민법상 사용자책임 또는 법인의 불법행위책임을 부담하는 등의 특별한 사정이 없는 한 그 대표자 또는 피용자의 행위는 배임죄를 구성하지 아니한다) 등을 검토하면, 재산상 권리의 실행을 불가능하게 할 염려 있는 상태 또는 실해 발생의 위험성이 생겨야 기수가 된다는 취지이므로, 이는 추상적으로 발생할 수도 있는 위험이 아니라 현실로 위험이 발생될 수 있어야 함을 의미한다고 볼 것이어서, 결국 구체적 위험범으로 파악하고 있다고 보인다(오영근, 형법각론, 377).

일본 판례는 본인에게 손해가 생긴 시점에 기수에 이르고(山中敬一, 刑法各論 I, 424), 재산상의 손해가 생기지 않은 때는 미수라고 본다{最高裁 1953(昭和 28). 2. 13. 判決, 1932(昭和 7). 10. 31. 判決}. 다만 재산상의 손해의 개념은 실해발생의 위험을 생기게 하는 경우를 포함한다고 보기 때문에{最高裁 1962(昭和 37). 2. 13. 判決}, 결국 일본 판례도 우리 대법원의 입장과 같다.

384) 오영근, 형법각론, 63. 신체의 건재, 신체의 온전성을 보호법익으로 하고, 폭행행위라는 거동만으로 성립하고 신체의 온전성에 대한 침해나 구체적 위험이라는 결과발생을 요하지 않기 때문에 추상적 위험범이다.

385) 대법원 2005. 4. 15. 선고 2003도2780 판결 (낙태죄는 태아를 자연분만기에 앞서서 인위적으로 모체 밖으로 배출하거나 모체 안에서 살해함으로써 성립하고, 그 결과 태아가 사망하였는지 여부는 낙태죄의 성립에 영향이 없다)

5)[388], 명예훼손·모욕죄(§307~311), 신용훼손죄(§313)[389], 경매·입찰방해죄(§315)[390], 비밀침해죄(§316①), 업무상비밀누설죄(§317)[391]

이상과 같이, 재산적 법익에 대한 범죄에 있어서 추상적 위험의 발생만으로 기수에 이른다고 보는 경우는 없어 보인다. 즉 재산권에 관한 개인적 법익에 대하여는 침해에 대한 구체적 위험이나 침해결과가 발생할 때 기수에 이른다고 보아야 한다. 개별적인 상황을 고려하지 않고, 모든 경우에 단지 불법영득의사의 표현만으로 기수에 이른다고 볼 경우, 형법을 심정형법화시키므로[392] 옳지 않다. 국가적 법익이나 사회적

386) 독일형법상 유기죄는 구체적 위험범으로 본다. 독일형법 §221①은 "사람을 다음 각호의 1에 해당하게 하고 그로 인하여 그를 사망 또는 중한 건강훼손의 위험에 빠뜨린 자는 3월 이상 5년 이하의 자유형에 처한다"라고 규정하여, 사망이나 중한 건강훼손의 위험 발생을 그 요건으로 하기 때문이다. Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, §221 Rn. 8

387) 대법원 2000. 4. 25. 선고 2000도223 판결 "형법 제273조 제1항에서 말하는 '학대'라 함은 육체적으로 고통을 주거나 정신적으로 차별대우를 하는 행위를 가리키고, 이러한 학대행위는 형법의 규정체제상 학대와 유기의 죄가 같은 장에 위치하고 있는 점 등에 비추어 단순히 상대방의 인격에 대한 반인륜적 침해만으로는 부족하고 적어도 유기에 준할 정도에 이르러야 한다." (18세에 이른 친딸을 합의하에 간음한 행위를 학대죄로 기소한 사안에서, 간음행위가 '유기'의 정도에 준할 정도라고 볼 수 없다는 이유로 무죄를 선고한 사례)

388) 대법원 2007. 9. 28. 선고 2007도606 전원합의체 판결 "일반적으로 사람으로 하여금 공포심을 일으키게 하기에 충분한 것이어야 하지만, 상대방이 그에 의하여 현실적으로 공포심을 일으킬 것까지 요구하는 것은 아니며, 그와 같은 정도의 해악을 고지함으로써 상대방이 그 의미를 인식한 이상, 상대방이 현실적으로 공포심을 일으켰는지 여부와 관계없이 그로써 구성요건은 충족되어 협박죄의 기수에 이르는 것으로 해석하여야 한다". 다수의견은 협박죄를 추상적 위험범으로 해석한 것인데, 당시 소수의견은 침해범으로 해석하여야 한다고 보았다. 이 판결에 대한 비판으로 김혜경, "협박죄의 추상적 위험범적 해석의 타당성", 재판과 판례 19집(2010), 543 이하 참조. 통설은 협박죄를 침해범으로 본다. 두 견해의 실익은 협박미수 성립범위의 광협에 있다.

389) 구체적 위험범으로 보는 견해로는 배종대, 형법각론, 301.

390) 대법원 1994. 5. 24. 선고 94도600 판결 (입찰방해죄는 위계 또는 위력 기타의 방법으로 입찰의 공정을 해하는 경우에 성립하는 위태범으로서, 입찰의 공정을 해할 행위를 하면 그것으로 족한 것이지 현실적으로 입찰의 공정을 해한 결과가 발생할 필요는 없다). 구체적 위험범으로 보는 견해로는 배종대, 형법각론, 317

391) 구체적 위험범으로 보는 견해로는 김일수·서보학, 형법각론, 196; 배종대, 형법각론, 329

392) 『주관설을 부정할 수 있는 가장 중요한 논거는 "생각은 처벌되지 아니한다(Cogitationis poenam nemo patitur)"의 원칙이다. 이 원칙은 법률이 어디에도 명시하고 있지는 않지만 형법의 전체 영역에서 예외없이 지켜져야 한다는 데 거의 이론의 여지가 없다』 성낙현, "횡령의 객관적 구성요건의 실체", 법조 통권 589호(2005. 10.), 30

법익의 경우에도, 경우에 따라서는 구체적 위험범으로 파악하는 경우도 있다{직무유기죄, 일반교통방해죄(§185)[393] 등}. 그러나 개인적 법익의 경우에는 행위 자체에 의한 추상적 위험의 발생만으로도 처벌하는 경우는 신체(폭행죄), 생명(낙태 · 유기 · 학대죄), 명예(명예훼손죄), 신용(신용훼손죄), 비밀(비밀침해죄)에 관한 경우이고, 재산죄에 관한 경우에 추상적 위험의 발생만으로도 범죄가 기수에 이른다고 해석하는 범죄는 없는 것으로 보인다[394]. 판례가 영득의사가 외부로 표시된 경우에 모두 기수에 이른다고 보지 않고 "영득의 의사가 외부에 인식될 수 있는 객관적 행위가 있을 때 횡령죄가 성립한다."고 보는 것(위 92도2999 판결)도, 횡령죄를 추상적 위험범이 아니라 구체적 위험범으로 파악한 것이라고 볼 수 있다.

다음으로 배임죄의 해석과 균형을 맞추어야 한다. 횡령죄의 일반규정으로 파악되는 배임죄의 경우, 횡령죄와 마찬가지로 신뢰관계를 위반한 행위를 처벌하지만, 그러한 신뢰관계 위반의 의사표시가 외부에서 객관적으로 인식할 수 있는 상황이 된다고 하여 바로 기수를 인정하지 않고, 행위 태양에 따라 법익침해의 구체적 위험이 발생되어야 기수에 이른다고 본다. 행위의 객체가 재물인가 재산상 이익인가에 따라서 횡령죄 혹은 배임죄가 성립한다고 파악될 뿐, 횡령죄가 배임죄보다 보호의 정도가 더 강하여야 할 이유가 없다. 만약 횡령죄를 배임죄보다 특별히 더 보호해야 하였다면 입법자가 법정형을 동일하게 하지는 않았을 것이다. 따라서 횡령죄와 배임죄의 보호법익 침해에 대한 보호 정도는 동일

393) 대법원 1995. 9. 15. 선고 95도1475 판결 (형법 제185조의 일반교통방해죄는 일반 공중의 교통안전을 그 보호법익으로 하는 범죄로서 육로 등을 손괴 또는 불통케 하거나 기타의 방법으로 교통을 방해하여 통행을 불가능하게 하거나 현저하게 곤란하게 하는 일체의 행위를 처벌하는 것을 그 목적으로 한다); 대법원 2009. 7. 9. 선고 2009도4266 판결 (공항 여객터미널 버스정류장 앞 도로 중 공항리무진 버스 외의 다른 차의 주차가 금지된 구역에서 밴 차량을 40분간 불법주차하고 호객행위를 한 것이, 다른 차량들의 통행을 불가능하거나 현저히 곤란하게 한 것으로 볼 수 없어 형법 제185조의 일반교통방해죄를 구성하지 않는다고 한 사례). 이는 현실적인 위험이 발생되어야 기수에 이른다는 것으로 구체적 위험범 내지 침해범으로 파악하였다고 볼 여지가 있다.

394) 김태명, "횡령죄의 기수시기와 장물죄의 성립여부", 111. "횡령죄를 위험범으로 파악하는 대법원의 견해에 대해서는 타인의 재산을 침해하는 것을 본질로 하는 다른 재산죄와 균형을 이루고 있지 못하다는 것과 다른 재산죄와는 달리 횡령죄에 있어서는 미수범 처벌규정이 거의 의미를 갖지 못한다는 것을 문제점으로 지적할 수 있다."

하여야 하지 이를 달리 볼 이유가 없다. 따라서 배임죄의 실행의 착수 및 기수에 관한 논의가 횡령죄에 있어서도 마찬가지로 적용되어야 한다. 배임죄의 실행의 착수 및 기수 시기에 관하여 판례를 살펴보면, 대법원 2003. 3. 25. 선고 2002도7134 판결은 “피고인은 제1차 매수인인 피해자로부터 계약금 및 중도금 명목의 금원을 교부받고 나서 제2차 매수인인 심OO에게 위 부동산을 매도하기로 하고 심OO으로부터 계약금을 지급받은 뒤 더 이상의 계약 이행이 이루어지지 않은 것으로 보이는바, 부동산 이중양도에 있어서 매도인이 제2차 매수인으로부터 계약금만을 지급받고 중도금을 수령한 바 없다면 배임죄의 실행의 착수가 있었다고 볼 수 없다.”라고 하였다. 위 판결은 2중 매매의 경우 2차 매수인으로부터 계약금 수령만으로는 배임의 실행 착수가 없다고 보는 것으로, 대법원 1983. 10. 11. 선고 83도2057 판결보다도 실행의 착수 시기를 더 늦춘 것으로 평가된다. 83도2057 판결에서는 ‘계약금과 중도금까지 수령한 이상’ 실행착수가 있다고 본 것이지, ‘계약금’만 수령하였을 경우에 실행착수가 있다고 본 것인지에 관하여는 언급하지 아니하였음에도, 2002도7134 판결은 한걸음 더 나아가 ‘중도금’ 수령까지 하여야 실행착수가 있다고 보았다[395]. 83도2057 판결은 “피고인이 이 사건 부동산을 제1차 매수인에게 매도하고 계약금과 중도금까지 수령한 이상 특단의 약정이 없으면 잔금수령과 동시에 매수인 명의로의 소유권이전등기에 협력할 임무가 있고 이 임무는 주로 위 매수인을 위하여 부담하는 임무라고 할 것이므로, 위 매매계약이 적법하게 해제되었

395) 계약금만 받더라도 배임죄의 추상적 위험이 발생하였다(실행의 착수가 있다)고 볼 수도 있다. 유사한 구조에서, 횡령죄의 경우에는 계약금만 받더라도 실행의 착수를 인정할 것이다. 그러나, 배임죄의 경우에는 계약금의 수령 단계에서는 배액을 상환하여 계약을 해제할 수 있고(민법 제565조 제1항) 중도금을 수령한 이후에야 비로소 임의로 계약을 해제할 수 없으나(따라서 이 때에 비로소 ‘타인의 사무를 처리하는 자’의 지위가 생김) 중도금의 수령만으로도 아직 상대방 계약자의 소유가 아님에 반해, 횡령죄는 목적물이 이미 피해자의 소유이기 때문에 법익침해의 추상적 위험 발생의 시기가 배임죄보다 빨라진다는 논리가 가능하다. 즉 횡령죄는 계약금의 수령으로 실행의 착수를 인정할 수 있다 해도, 배임죄는 계약금의 수령만으로는 실행의 착수를 인정할 수 없다는 이론구성이 수긍 못할 바는 아니다. 채권침해와 물권침해는 그 보호정도가 다를 수 있는 것이다. 가령 회사의 부동산에 대표이사가 개인채무 담보 목적으로 근저당권설정계약을 체결할 경우, 만약 이를 배임으로 의율한다면 실행의 착수가 있었다고 보아야 할 것이다. 근저당권설정등기에 의하여 기수에 이를 것이다.

다면 모르되 그렇지 않은 이상 피고인이 다시 제3자와 사이에 위 부동산에 대한 매매계약을 체결하고 계약금과 중도금까지 수령한 것은 위 제1차 매수인에 대한 소유권이전등기 협력임무의 위배와 밀접한 행위로서 배임죄의 실행착수라고 보아야 할 것이다."라고 하였는바, '협력임무의 위배와 밀접한 행위로서 배임죄의 실행착수'라고 표현한 것에 주목할 필요가 있다. 배임죄에 관하여 실행착수가 존재한다고 본 것은 배임죄가 적어도 추상적 위험범이 아님을 의미한다고 생각된다. 추상적 위험범은 대부분 행위 자체에 의하여 그 위험성이 표출되어 기수에 이르기 때문이다. 따라서 판례는 배임죄를 구체적 위험범 내지 침해범으로 본 것으로 이해되며, 그 중 어떤 것인지는 다음 판례에서 알 수 있다. 대법원 1999. 6. 22. 선고 99도1095 판결은 "법률적 판단에 의하여 당해 배임행위가 무효라 하더라도 경제적 관점에서 파악하여 배임행위로 인하여 본인에게 현실적인 손해를 가하였거나 재산상 실해발생의 위험을 초래한 경우에는 재산상의 손해를 가한 때에 해당되어 배임죄를 구성하는 것이라고 볼 것이다."라고 한다. 즉 현실적인 손해를 가하였거나 재산상 실해발생의 위험을 초래한 경우 재산상의 손해를 가한 때에 해당한다고 보고 있는바, 이는 침해범 내지 구체적 위험범으로 본 것으로 평가할 수 있다. 그런데 실해발생의 위험을 초래한 경우는 실해발생이 이루어진 경우는 아니기 때문에, 결국 판례는 배임죄의 기수시기가 실해발생이 아니라 그보다 전단계인 실해발생의 위험단계라고 본 것이라는 점에서, 구체적 위험범으로 보았다고 평가할 수 있다고 생각된다[396]. 대법원 1985. 10. 8. 선고 83도1375 판결은 "부동산의 매도인으로서 매수인에 대하여 그 명의의 소유권이전등기절차에 협력할 의무있는 자가 그 임무에 위배하여 다시 차용금의 담보로 제공하여 제3자명의의 가등기를 경료해 준 경우 그 가등기절차를 마침으로서 배임행위는 기수가 되었다고 볼 것이며 그것이 후에 말소되었다 하더라도 이미 성립한 배임죄에 아무런 영향이 없다."고 하는바, 위 판례에 대하여, 구체적 위험범으로 파악할 경우에는 등기를 마치기 이전에 이미 기수가 되었다고 보아야 할 것인데, 등기시에 기수가 된다고 하는 것은 침해범

396) 오영근, 형법각론, 377

설의 입장이라 할 것이라는 견해[397]가 있다. 그러나 이미 등기가 마쳐진 상태이므로 굳이 정확한 기수시점을 적시하지 않은 것으로 파악할 수도 있다. 그 외 대법원 2010. 2. 26. 선고 2009도13187 판결(채무자가 채권자와 사이에 그로부터 금원을 차용하되 그 담보로 채무자 소유의 주식에 대하여 현실 교부의 방법으로 양도담보를 설정하기로 약정하고 채권자로부터 차용금의 일부 또는 전부를 수령한 이상 특단의 사정이 없는 한 채무자는 채권자에게 그 주식을 현실로 교부함으로써 채권자가 그 주식에 대한 양도담보권을 취득하는 데에 협력할 임무가 있다고 할 것이므로, 아직 채권자에게 주식의 현실 교부가 이루어지지 아니한 상태에서 채무자가 제3자와 사이에 그로부터 금원을 차용하되 그 담보로 그 주식의 일부 또는 전부에 대하여 현실 교부의 방법으로 양도담보를 설정하기로 약정하고 제3자로부터 차용금의 일부 또는 전부를 수령하였다면 이는 채권자에 대한 양도담보권취득을 위한 주식교부절차 협력의무위배와 밀접한 행위로서 배임죄의 실행의 착수에 해당한다고 할 것이다)[398], 대법원 2006. 7. 27. 선고 2006도2096 판결(피고인이 어업면허를 명의수탁받은 자를 사주하여 어업면허에 대한 손실보상청구권을 양도받았으나 이후 소송 과정에서 손실보상청구권이 없는 것으로 확정된 사안에서, 피고인에 대하여 배임미수죄로 처벌한 원심판결을 수긍한 사례)[399], 대법원 2005. 10. 28. 선고 2005도5713 판결(양수인에게 무허가건물을 인도할 의무를 부담하는 양도인이 중도금 또는 잔금까지 수령한 상태에서 양수인의 의사에 반하여 제3자에게 그 무허가건물을 이중으로 양도하고 중도금까지 수령하였다면 이는 양수인에 대한 관계에서 임무위배행위로써 배임죄의 실행의 착수가 있었다고 할 것이고, 더 나아가 제3자로부터 잔금을 수령하고 무허가건물을 인도하였다면 이는 배임죄의 기수에 해당한다), 대법원 2001. 9. 28. 선고 99도

397) 이재홍, “2중매매와 관련된 대법원 판례의 연구 -대법원판례를 중심으로-”, 판례월보 288호, 판례월보사(1994), 38

398) 만일 일부 주식이 현실적으로 제3자에게 교부되었다면 이로써 배임죄는 기수에 이르렀다고 보아야 할 것이다.

399) 이미 1, 2심 원고승소 판결이 대법원에서 파기환송된 민사사건이었다는 점에서, 환송 후 원심 단계에서 지위를 양수한 피고인이 패소로 확정되었다고 하더라도, 과연 위험성이 인정될 수 있다고 볼 것인지에 대해 반대 견해도 가능한 사건이었다고 생각된다.

2639 판결(재단법인의 이사장이 주무관청의 허가를 받지 않고 기본재산을 매각하는 계약을 체결하고 대금을 수령한 사안에서, 주무관청의 허가가 없는 이상 매매계약의 체결만으로는 업무상배임죄의 실행의 착수를 인정할 수 없다고 본 원심판결에 대하여 매매계약의 유·무효와 관계없이 이사장의 행위는 배임죄의 실행의 착수에 해당한다고 하여 원심판결을 파기한 사례)[400], 대법원 1992. 10. 27. 선고 91도2346 판결(해사채취권의 동업자 중 1인이 다른 동업자의 지분을 임의로 매도하기로 한 사안[401]에서 배임미수죄를 유죄로 인정한 원심판단을 수긍한 사례), 대법원 1984. 8. 21. 선고 84도691 판결(부동산소유자가 동 부동산을 제1차 매수인에게 매도하고 계약금과 중도금까지 수령한 이상 특단의 약정이 없으면 잔금수령과 동시에 매수인 명의로의 소유권이전등기에 협력할 임무가 있고 이 임무는 주로 위 매수인을 위하여 부담하는 임무라고 할 것이므로 위 매매계약이 적법하게 해제되었다면 모르되 그렇지 않은 이상 이를 다시 제3자와의 사이에 그 부동산에 대한 매매계약을 체결하고 계약금과 중도금까지 수령한 것은 위 제1차 매수인에 대한 소유권이전등기협력의무의 위배와 밀접한 행위로서 배임죄의 실행의 착수라고 보아야 할 것인바 이와 같은 이론은 부동산소유자가 대물변제로 양도하여 놓고 그 양수인에게 소유권이전등기를 하지 아니하고 제3자에게 양도하는 경우도 동일하다 할 것이다)[402], 대법원 1981. 7. 28. 선고 81도966 판결(피고인이 캬바레영업을 할 목적으로 캬바레건물을 임차하면서 임대차계약이 종료될 때에 반환하기로 하는 약정 아래

---

400) 제3자가 의도한 정관변경이 완성되고, 약정한 대가를 전부 받을 때를 기수단계로 보더라도(이 경우 주무관청의 정관상 목적변경의 허가 여부가 문제된다), 약정대로 대가 일부를 취득하고, 이사 일부를 매수인측 사람으로 취임까지 시킨 이상 적어도 배임죄의 실행의 착수는 있다고 볼 수 있는바, 그 받은 대가의 반환에 대하여 재단법인이 당사자 또는 사용자로서 민사상 손해배상의 책임을 질 가능성이 있기 때문임이, 위 판결의 근저에 전제되어 있다고 보인다.

401) 판결에 기재된 공소사실의 요지상(피고인은 나머지 동업자들의 동의 없이 임의로 이를 공소외 이문박 등에게 매도하기로 하였다는 요지의 이 사건 공소사실), 매도한 상태가 아니라 매도하기로 한 상태에서 적발된 것으로 보인다.

402) 그 외 2중 계약이 배임으로 문제된 사안으로는, 전세권설정계약 중도금 수령 후 저당권을 설정한 사례(대법원 1993. 9. 28. 선고 93도2206 판결), 기존 채무에 대한 담보목적의 부동산양도담보설정계약 체결 후 지상권을 설정한 사례(1997. 6. 24. 선고 96도1218 판결), 2중으로 근저당권을 설정한 사례(대법원 2008. 3. 27. 선고 2007도9328 판결) 등이 있다.

캬바레영업허가 명의를 이전받았다면 임대인에 대한 대내적 관계에서는 위 영업허가권의 단순한 임차인 내지 명의수탁자에 불과하다 할 것이므로 임대차계약 종료시에 이를 반환하는 범위 안에서 타인의 사무를 처리하는 자라고 할 것이니 이 임무에 위배하여 이를 제3자에게 처분하고 그 명의를 이전하려 하였다면 배임미수에 해당한다), 대법원 1969. 2. 25. 선고 68도1261 판결(부동산을 매도한 자가 매수인에게 소유권이전등기를 거치지 않고 다른 사람에게 이를 매도하여 그 권리를 이전하려 한 것은 배임미수에 해당한다고 본 사례), 대법원 1966. 9. 27. 선고 66도912 판결(군조합의 구매주임이 정상가격보다 높은 가격으로 묘목을 판매하여 재산상 이득을 취득하고 조합원들에게 손해를 끼칠 목적으로 조합원들로부터 묘목의 구매신청서를 받은 이상 업무상배임의 실행에 착수한 것이라 할 것이고, 위 묘목 판매사업이 조합사업으로 확정할 절차인 이사회의 결의나 도지부의 승인을 거치지 아니하였더라도 이는 조합내부의 절차에 불과한 것이어서 위 결론에는 영향이 없다) 등이 있다.

또한 횡령죄에는 통상적으로 추상적 위험범에는 존재하지 않는 미수범 처벌규정이 있다. 입법자가 횡령죄를 추상적 위험범으로 생각하였다면, 굳이 미수범 처벌규정을 두지 않았을 것이다. 왜냐하면 행위 자체의 위험성만으로 처벌되는 추상적 위험범은, 그러한 행위가 완료되면 기수이므로, 굳이 미수범 처벌규정을 둘 이유가 없기 때문이다. 물론 현행 형법의 제정을 실질적으로 주도하였던 효당 엄상섭은, 횡령죄의 미수범은 독립행위의 경합 등에 있어(형법 제19조), 그 불벌의 발생을 방지하고자 미수범 규정을 둔 것이라고 한다[403]. 하지만, 해석자의 지평선은 현재에 있기에, 과거에 입법자가 바라보던 지평선을 이해하기란 쉽지 않고[404], 다를 수밖에 없는 것이다. 형법 제정당시인 1953.경에는 물권변동에 있어 의사주의를 취하고 있었기 때문에 의사표시에 의하여 물권변동의 효력이 생기므로 의사표시 자체로 소유권침해가 발생하였다

403) 엄상섭, 위 논문, 6~7. “가령 위탁물을 보관하던 수인이 의사연락 없이 독립하여 영득하였는데, 위탁물이 없어져 버린 경우, 불벌을 방지하기 위해 마련되었다”는 취지이다.

404) Aharon Barak, Purposive Interpretation in Law, Princeton University Press(2005), 56. “An interpreter's horizons are in the present, making it difficult for him or her to understand a text whose horizons existed in the past.”

고 볼 수 있었으나, 현행 민법은 형식주의를 취하고 있으므로 의사표시만으로는 물권변동의 효력이 생기지 않는다. 따라서 형법 제정 당시와 현재는 그 지평선이 다를 수밖에 없다. 또한 의사주의를 취하는 일본에서도 부동산 횡령의 경우 등기시를 기수시점으로 보는 견해가 있음(각주 331)은 전술하였다. 즉 위험범의 존재를 인정하는 형법에서의 기수시점은 민사법의 논리와 반드시 일치되지 않을 수 있다. 덧붙여 효당의 위와 같은 설명 자체에 모순도 있다. 즉 표현설에 따르면 이미 위탁물을 일부라도 영득한 사실이 인정되면 모두 기수일 뿐, 위탁물이 모두 없어져야만 기수가 되는 것은 아니기 때문에(모두 없어져야 기수가 된다는 것은 침해범설의 논리적 귀결이다) 독립행위의 경합이 발생할 수 없기 때문이다. 결국 독립행위의 경합 때문에 미수범 규정을 두었다는 논리는 수긍할 바 못된다.

나아가 법해석은 有象無象도 납득할 수 있게끔 상식에 부합하여야 한다. 일반인의 관점에서 본다면, 보관물을 매각하려다가 중도금 이행이 되지 아니하여 실패한 경우 횡령에 실패하여 미수에 그쳤다고 관념하지, 이미 횡령은 기수에 이르렀다고 관념하는 사람은 없을 것이다. 예금을 보관하던 자가 이를 인출하여 영득하기 위해 은행에 예금인출서를 작성하여 제출하였다가 적발되어 범행에 성공하지 못했을 경우, 횡령에 실패했다고 보는 것이 상식에 맞는다. 반면 표현설(특히 추상적 위험범설)은 위와 같은 경우에 횡령이 성공하여 기수에 이르렀다고 볼 것이지만, 이는 일반인의 상식에 맞지 않는다. 그러나 '등기완료시' 또는 적어도 '등기신청시'에 횡령이 완성된다고 보는 것은 일반인의 상식에 어긋나지는 않을 것이다. 이와 달리, 만약 외부에 불법영득의사가 표현되었다고 볼 수 있는 '소유권이전을 위한 매도인용 인감증명서 발급신청시'에 횡령죄가 기수에 이른다고 보는 것은, 일반인의 상식에 맞지 않는, '속화(俗化)된 법률말기(法律末技)'[405][406]만을 고집하여 법현실에 다소 부합하지 못하는 해석을 한다는 느낌을 피하기 어려울 것이다. 앞에서 살펴본 것처럼, 횡령미수를 인정하여 확정된 하급심 판결례(각주 376)

405) 속화된 법률말기 = 표현설(을 취하면서 횡령죄를 추상적 위험범으로 파악하는 견해)
406) 신동운 · 허일태, 효당 엄상섭 형법논집, 4에서 표현 인용.

도 상식에 부합되는 판결을 한 것으로 평가할 수 있다.

현재 횡령죄를 침해범으로 이해하는 입장이 다수설이 되었다. 과거 횡령죄를 침해범이 아닌 위태범으로 이해하는 입장이 다수인 경우도 있었으나, 현재의 학설은 횡령죄를 위태범으로 이해하는 입장보다 침해범으로 이해하는 입장이 수적으로 우세한 양상이다[407]. 재산범죄에 있어서 유독 횡령죄만을 추상적 위험범으로 구성하여 소유권에 대한 조금의 위험이라도 있을 경우 범죄가 기수에 이른다고 구성할 필요도 없다. 미수범 처벌규정이 엄존(儼存)하는 점도 이를 뒷받침한다.

마지막으로 범죄계획 및 행위태양, 행위객체를 고려하여 기수·미수를 평가하여야 한다. 행위자의 범죄계획 및 행위태양을 살펴서, 행위자가 소유권의 어떠한 부분을 침해하는가를 살펴보아야 한다. 즉 ① 그 물건을 스스로 영득하려는 것인가, 아니면 제3자에게 영득시키려는 것인가, ② 용익권능을 침해하는가(자신이 사용하는가), 아니면 교환권능을 침해하는가(3자에게 매도하여 그 대가를 얻으려 하는가), ③ 소유자의 요구에도 불구하고 반환을 거부한 것인가(자신의 지배상태를 유지하는가), 아니면 소유자 모르게 이를 영득한 것인가(적극적으로 지배권을 타인에게 이전하는가), ④ 객체가 동산인가, 부동산인가(이동성이 높은가, 낮은가)라는, 범죄계획 및 행위의 법익침해 태양, 객체의 특성 등을 총체적으로 살펴보아야 한다.

[범죄계획] 업무상횡령죄에 있어서는 범죄계획에 따라 기수시기가 달라진다. ① 당초부터 비자금을 빼내어 개인적으로 착복할 목적으로 비자금을 조성하였다면 비자금을 조성하는 행위 자체로서 기수가 되고[408], ② 비자금 조성의 주체가 대표이사이고, 비자금 조성 목적이 개

---

407) 주석 형법 [각칙 (6)], 322 각주 24, 25. 침해범으로 보는 입장: 김일수·서보학, 형법각론, 282; 김태명, "횡령죄의 기수시기와 장물죄의 성립여부", 125; 배종대, 형법각론, 524; 백형구, 형법각론, 청림출판(2002), 204; 오영근, 형법각론, 349; 이정원, 형법각론, 신론사(2012), 412; 이형국, 형법각론, 411; 정성근·박광민 형법각론, 426; 진계호·이존걸, 형법각론, 대왕사(2008), 449. 위험범으로 보는 입장으로는 김성천·김형준, 형법각론, 455; 박상기, 형법각론, 362; 박상기, 총론·각론 강의 형법학, 663; 손동권·김재윤, 형법각론, 421; 유기천, 형법학 [각론강의 상], 269; 이영란, 형법학 각론강의, 380; 이재상, 형법각론, 388; 임웅, 형법각론, 444

408) 대법원 2009. 2. 12. 선고 2006도6994 판결 (업무상횡령죄가 성립하기 위하여는 자기 또는 제3자의 이익을 꾀할 목적으로 업무상 임무에 위배하여 자신이 보관하는 타인의 재물을 자기의 소유인 것 같이 사실상 또는 법률상 처분하는 의사를 의미하는 불법영

인의 이익을 위한 것인지 뚜렷하지 아니하며, 대표이사가 비자금 집행을 최종적으로 관리, 결재하는 경우 등에서는 그 비자금을 여전히 법인의 관리하에 있으므로 구체적인 사용시에 비로소 기수가 된다[409]. 또한 회사 공금을 배임증재를 위하여 교부한 경우 배임증죄와 업무상횡령의 상상적 경합이 된다[410].

[용익가치 혹은 교환가치만의 영득과 횡령] 횡령은 위탁물 자체를 영득한다고 평가할 수 있어야 한다. 용익가치만을 영득한다면 횡령이라고 볼 수 없다. 가령 부동산 명의수탁자가 땅의 경작권을 확보하기 위하여 등기는 신탁자에게 반환하고, 점유의 이전을 거부하는 경우, 이는 횡령으로 의율할 수 없다. 물론 동산의 경우에는 동일한 행위를 횡령으로 평가할 수 있다. 가령 사용대차한 동산을 1달 더 쓰겠다는 이유로 반환을 거부하는 경우 그러하다[411]. 마찬가지로 교환가치만을 취한다고 할 경우에도 횡령이라고 평가하기 어려울 수 있다[412]. 그러나 용익가치만

득의 의사가 있어야 하는 것인바, 법인의 운영자 또는 관리자가 법인을 위한 목적이 아니라 법인과는 아무런 관련이 없거나 개인적인 용도로 착복할 목적으로 법인의 자금을 빼내어 별도로 비자금을 조성하였다면 그 조성행위 자체로써 불법영득의 의사가 실현된 것이고, 이때 그 행위자에게 법인의 자금을 빼내어 착복할 목적이 있었는지 여부는 그 법인의 성격과 비자금의 조성 동기, 방법, 규모, 기간, 비자금의 보관방법 및 실제 사용용도 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다); 대법원 2007. 7. 26. 선고 2007도4164 판결 (법인의 비자금은, 그 비자금 조성 동기, 방법, 조성기간, 비자금의 보관방법, 비자금의 실제 사용용도 등에 비추어 그 조성행위가 법인을 위한 목적이 아니고 행위자가 법인의 자금을 빼내어 착복할 목적으로 행하여졌음이 명백히 밝혀진 경우 비자금 조성행위 자체로써 불법영득의 의사가 실현된 것으로 볼 수 있다); 대법원 2010. 5. 13. 선고 2009도13463 판결 (회사 자금을 빼돌려 횡령한 다음 그 중 일부를 더 많은 장비 납품 등의 계약을 체결할 수 있도록 해달라는 취지의 묵시적 청탁과 함께 배임증재에 공여한 사안에서, 위 횡령의 범행과 배임증재의 범행은 서로 범의 및 행위의 태양과 보호법익을 달리하는 별개의 행위라고 봄); 즉 개인적 목적으로 회사 자금을 인출하였다면 그 즉시 횡령이 기수에 이르고, 그 후 배임증재의 고의가 생겼다면 양 죄는 실체적 경합관계에 있다.

409) 대법원 2006. 8. 24. 선고 2006도3039 판결 (동광제약의 자금을 인출하여 차명계좌에 입금하였는데, 입금 목적인 개인 소비를 위한 것인지, 아니면 회사를 위한 것인지 불명하였던 사안으로, 불법영득의사가 입증되었다고 보기 어렵다는 이유로 무죄 선고한 사례)

410) 대법원 2008. 11. 13. 선고 2006도4885 판결. 즉 배임증재시(금원 교부시)에 횡령의 기수가 된다.

411) 이는 사실인정의 문제로, 그와 같은 행위는 위탁물 자체에 대한 영득으로 평가할 수도 있을 것이다.

412) 가령 부동산 명의수탁자가 제3자에게 부동산의 일부 가액에 상당하는 부분을 채권최고액으로 하여 근저당권설정등기를 경료해 준 경우, 명의수탁자의 의사가 임시변통할 생

을, 혹은 교환가치만을 취하는 것이라고 하더라도, 그러한 행위를 위탁물 전체를 영득하는 것으로 평가할 수 있는 정도라면(가령 위탁물 가액에 상당하는 금원을 차용하고 위탁물을 담보로 제공하는 경우 혹은 위탁물 전체에 30년의 지상권을 설정하는 등으로 실질적으로 소유자의 용익권능 행사를 불가능하게 하는 경우), 이는 위탁물을 횡령한 것으로 평가할 수 있을 것으로 생각된다[413].

[행위의 태양 - 반환의 거부] 대법원은 "형법 제355조 제1항에서 정하는 '반환의 거부'라고 함은 보관물에 대하여 소유자의 권리를 배제하는 의사표시를 하는 행위를 뜻하므로, 타인의 재물을 보관하는 자가 단순히 반환을 거부한 사실만으로는 횡령죄를 구성하는 것은 아니며, 반환거부의 이유 및 주관적인 의사 등을 종합하여 반환거부행위가 횡령행위와 같다고 볼 수 있을 정도이어야만 횡령죄가 성립한다."고 보는 바[414], 이는 단순한 반환거부 의사표시행위만으로 바로 횡령죄가 성립

각으로 그와 같은 행위를 하였다면, 부동산 전체를 영득하는 것으로 사실인정하는 것은 사실관계의 의제(일부에 대한 영득의사를 전부에 대한 영득의사로 인정)이므로 in dubio pro reo의 원칙에 반하는 것이다. 이 경우에는 그 근저당설정 채권최고액 상당의 교환가치라는 이익을 영득한 것으로 평가하는 것이 경험칙상 맞다. 동산의 경우에도 마찬가지로 볼 것이다. 따라서 이러한 경우에는 횡령이 아니라 그 영득액 상당의 배임죄로 범죄를 구성하여야 할 것이다. 이에 관하여 2010도10500 전원합의체 판결 관련하여 후술한다.

413) 물론 이 경우 배임죄로 의율하여야 한다는 견해도 가능하고, 그러한 견해가 논리적이기는 하다.

414) 대법원 2002. 9. 4. 선고 2000도637 판결 (보관자의 지위에 있는 등기명의자가 명의이전을 거부하면서 부동산의 진정한 소유자가 밝혀진 후에 명의이전을 하겠다는 의사를 표시하였다면 불법영득의 의사를 가지고 그 반환을 거부한 것이라고 단정할 수 없다고 한 사례); 대법원 1993. 6. 8. 선고 93도874 판결 {피해자가 아파트를 피고인의 거주를 위하여 매수하면서 피고인 앞으로 소유권이전등기를 경료하였고, 피고인은 피해자 경영의 회사에 재직하는 동안 위 아파트에 무상으로 거주할 수 있도록 피해자로부터 승낙받고 그 무렵부터 가족들과 함께 거주하여 왔던바, 피해자가 1992. 2.경 회사 경영에서 손을 떼면서 위 아파트를 회사 공동경영자인 O영식의 처남인 반O언에게 넘겨 줄 것을 요구하자, 피고인은 자신이 입주한지 3개월밖에 되지 않았고 겨울철이어서 이사할 곳도 마땅하지 않았으며 또한 자신이 그 동안 회사에 이바지한 점을 고려하여 자신이 위 아파트를 매수할 수 있도록 자금을 빌려달라고 부탁하였으나 거절당하였고, 이에 같은 달 24. 경에는 피고인이 반O언에게 전세금 4,000만 원에 계속 거주할 수 있도록 부탁하여 그 승낙을 받았으나(등기명의는 반O언의 처 앞으로 넘겨 주기로 약속하였다), 피고인이 전세금을 마련하기 위하여 피해자를 협박한 사실로 인하여 같은 해 3. 13. 수사관들에게 연행됨으로써 결국 위 아파트의 등기명의를 넘겨 주지 못한 채 구속되기에 이른 사실이 인정되는 바, 위 인정사실에 의하면 피고인이 피해자의 요구에 의하여 위 아파트의 소유권이전등기를 피해자 또는 동인이 지정한 반O언에게 넘겨 주지 아니하였다 하더라도 그

되는 것이 아니라 그러한 의사표시행위가 횡령행위와 동가성이 있어야 한다고 보는 것으로, 결국 의사표시행위가 소유권침해에 이르거나 소유권침해에 대한 구체적·현실적인 위험성을 갖는다고 평가될 수 있어야 횡령죄가 성립한다는 취지로 이해할 수 있다. 반환거부에 관한 대법원 2010. 2. 25. 선고 2010도93 판결도 사실관계에 비추어 행위자의 반환거부행위에 이미 소유권침해가 되었거나 또는 구체적 위험성이 있다고 보아 횡령 기수에 이르렀다고 본 것으로 판단된다[415]. 즉 반환거부로 인한 횡령에 있어서는, 위탁물을 억류 또는 은닉하거나, 이미 반환했는데 왜 다시 달라고 하느냐고 하거나, 분실하였다고 하는 등의 적극적 행위를 하면 실행의 착수와 동시에 기수에 이른다고 볼 것이고, 소극적으로 반환을 거부하는 경우에도, 그 반환거부에 정당한 이유가 없는 한, 영득행위와 동일하게 평가할 수 있을 경우 횡령죄는 기수에 이른다고 할 것이다[416].

와 같은 반환의 지연행위를 불법영득의 의사를 실현하는 횡령행위라고 보기는 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다}; 대법원 1998. 7. 10. 선고 98도126 판결 (공소외 1측의 교회재산 반환요구에 대하여 교회가 두 편으로 갈라지기 전의 교인들의 총의가 없으므로 전체 교인들의 총의나 원만한 해결이 있을 때까지 잠정적으로 보관하고 있겠다는 이유 등으로 그 명도를 거부한 사례. 횡령이 성립하지 않는다고 보았다)

415) 2010도93 판결 (공소외 2 등을 위하여 이 사건 임야를 보관하고 있는 피고인 1이 공소외 2 등으로부터 그 반환요구를 받고도 이를 거부하였다면 이는 객관적으로 불법영득의 의사를 외부에 발현시키는 행위로서 이때에 이미 횡령죄는 완성되었다고 할 것이므로, 그 횡령행위의 완성 후에 타인에게 근저당권설정등기를 경료해 준 행위는 공소외 2 등에 대한 새로운 법익침해를 수반하지 않는 이른바 불가벌적 사후행위로서 별도의 횡령죄를 구성하지 않는다고 할 것이다); 다만 위 판결에서 불법영득의사가 객관적으로 외부에 표현되어 실현된 시기(구체적 위험이 발생한 시기)를 단지 반환을 거부한 때로 볼 것인가에는 논란의 여지가 있을 수 있다. 근저당권설정행위를 하여야 부동산에 대한 소유권을 취하려는 의사가 객관화된 것 아닌가라고 볼 수도 있기 때문이다. 근저당권설정까지 행한 사실관계에 비추어 반환요구를 거부한 시점에 횡령이 이미 완성되었다고 본 것으로 보여진다.

대법원 2009. 12. 10. 선고 2008도10669 판결 {피해자로부터 불상(금제삼존불상)을 팔아달라는 부탁을 받았는지 또는 부탁을 받지 않은 상태에서 가지고 나왔는지는 분명하지 아니하나 불상을 보관하고 있었음은 명백한 상태에서, 피해자로부터 불상의 반환을 요구받고도 이를 반환하지 아니하였고, 그와 같이 반환하지 못하는 이유를 수시로 번복하고 있을 뿐 불상의 행방에 관하여 납득할 만한 설명을 하지 못하고 있는 행위가, 형법 제355조 제1항의 '타인의 재물을 보관하는 자가 그 반환을 거부한 때'에 해당한다고 본 사례}; 이 판결도 사실관계에 비추어 반환거부의 의사표현이 있을 때 이미 소유권이 침해되었거나 침해의 구체적 위험이 발생한 것으로 평가하였다고 생각된다.

416) 정창운, "횡령미수론에 관한 일고찰", 32

[행위객체가 동산인가 부동산인가] 쉽게 움직일 수 있는 동산의 경우, 공시방법이 별도로 있거나 쉽게 움직일 수 없는 재물보다 횡령하기 쉬울 것이다. 대법원 2012. 8. 17. 선고 2011도9113 판결은 쉽게 움직일 수 없는 수목에 대한 횡령 미수에 관한 사안으로, 그 사안의 내용은 “피해자가 나무 매입자금을 대고 나무를 매입하면 피고인이 가식을 하여 관리를 하기로 하는 약정을 한 후, 피해자는 2007. 4. 8. 소나무 39주, 팥배나무 1주를 1,200만원에 매수하는 계약을 체결하고 매수비용을 지급한 다음, 피고인은 위 나무를 자신이 관리하는 땅에 가식하는 작업을 한 후 이를 관리하여 왔는데, 피고인은 피해자로부터 나무를 처분하여도 좋다는 허락을 받지 아니하였음에도, 2008. 4. 8. 제3자에게 위 나무를 1억 9,000만원에 매도하는 계약을 체결하고, 즉석에서 계약금 명목으로 5,000만원을 교부받아 이를 임의로 사용하였다.”는 것이다. 이에 대하여 1심 법원은 횡령의 기수로 인정하였고, 항소심 법원은 매매계약만으로는 횡령의 기수에 이르렀다고 볼 수 없고 단지 횡령의 미수라고 판단하였다. 즉 항소심은 동산의 횡령 관련하여 『횡령죄의 객체인 ‘재물’은 민법상의 동산과 부동산을 불문하는바, 동산의 경우에는 소유자의 위탁에 의하여 행위자가 그 동산을 보관, 점유하는 것이 통례이므로, 동산의 소유권에 관한 공시방법인 ‘점유’라는 객관적 요소가 행위자에게 이미 확보되어 있는 사실관계에 수반하여, 그 행위자가 불법영득의사를 대외적으로 표현하는 ‘임의의 계약 체결’, ‘반환 거부’ 등의 행위를 함으로써 곧바로 본권 침해에 관한 구체적인 재산상 위험이 발생하게 된다고 할 것이고, 따라서 이러한 ‘금전’, ‘동산’ 등과 관련된 전형적인 횡령범행에 대하여는 ‘횡령미수(형법 제359조)’라는 단계를 상정하기가 현실적으로 매우 어렵다』고 하고, 부동산 횡령 관련하여 『부동산의 경우에는 소유자와 행위자 사이의 위탁관계가 ① 점유만 주어진 경우, ② 등기만 주어진 경우, ③ 점유와 등기가 모두 주어진 경우 등의 다양한 사실관계가 존재할 수 있으므로, 주로 “금전”, “동산” 등을 전제로 하는 형법상의 앞서 본 법리가 일률적으로 적용된다고 단정하기는 어렵다. 이 사건의 경우와 같이 수목이 토지에서 분리되지 아니한 채 특별한 명인방법도 없이 그 자리에 그대로 정착되어 있는 상

황 하에서, 보관자가 “불법영득의사를 표현한다”고 하는 주관적 구성요소에 부합하는 횡령죄 특유의 객관적 구성요소(본권 침해의 구체적인 재산상 위험)가 이 사건의 경우에 충족되었는지 여부에 대하여는 신중한 검토가 필요하다고 하겠다. 수목을 비롯한 부동산매매 등과 관련된 민법상의 관계규정 및 법리에 관하여 살피건대, 매매계약의 당사자가 아직 매매목적물의 소유권을 확보하지 않았다고 하더라도 이를 일률적으로 무효로 보는 것이 아니라 매매계약 당시를 기준으로 한 사회통념에 비추어 볼 때 실현가능성이 있는지 여부를 가늠하여 ‘이행불능’으로 보거나 또는 ‘매도인의 담보책임’의 영역으로 파악하기도 하고(민법 제569조), 나아가 매매계약의 당사자가 계약금만을 수수한 단계에서는 다른 일방의 계약위반이나 잘못이 없더라도 매수인은 계약금의 반환을 포기하는 방법으로, 매도인은 계약금의 배액을 상환하는 방법으로 언제든지 매매계약을 해약할 수 있으므로(민법 제565조 제1항), 부동산의 처분권한이 없는 자가 해당 부동산에 관한 점유, 가등기, 본등기, 명인방법, 물건의 분리반출 등의 그 어떤 것도 실행하지 아니한 채 오로지 제3자와 사이에 매매계약만을 체결한 가운데 계약금만을 수수한 상태에서, 그 해당 부동산 전체에 대하여 횡령죄가 ‘기수’에 이르렀다고 선뜻 파악하는 것은 그다지 합리적이라고 보기 어렵다고 할 것이다. 덧붙여, 부동산의 2중매매에 의한 배임죄의 경우에는 계약금만을 수수한 상태에서는 ‘타인의 사무처리를 하는 자’의 지위를 부정하고, 계약금과 중도금을 수수함으로써 매매계약에 대한 자유로운 해제가 불가능해진 상태하에서만 배임죄의 성립을 긍정하는 것이 판례와 통설의 일관된 입장[417]인 점에 비추어 볼 때, 횡령죄에 있어서 ‘임의의 처분행위’와 관

417) 다만 이는 배임죄에 있어 기수(구체적 위험이 발생한 시점)가 중도금 수수 시점이라고 판단한 것으로 보이는데, 적절한 설시가 아니다. 계약금과 중도금을 수수하여 매매계약의 해제가 불가능해진 상태에서 배임죄의 기수를 인정할 것은 아니기 때문이다. 부동산 2중매매에 있어 선매수인에게 이전등기를 할 의무가 있는 매도인이 후매수인으로부터 계약금과 중도금을 수수할 경우라도 선매수인에게 이전등기를 하지 못할 불가역적 상황에 이른 것이 아니라 단지 추상적 위험만 발생하였기 때문에(선매수인에게 이전등기할 수도 있기 때문이다), 후매수인으로부터 중도금을 받았더라도 선매수인에 대한 배임죄는 미수(실행의 착수) 단계에 이르렀을 뿐이다(본문 116~7의 99도1095, 2002도7134 판결). 배임죄를 구체적 위험범 내지 침해범으로 파악할 경우, 2중매매로 인한 배임행위가 기수에 이르려면, 선매수인에게 등기를 이행하는 것이 불가역적인 상황이 된 때, 즉 후매수인에게 등기서류를 교부한 때 내지 후매수인이 등기를 마친 때로 보아야 할 것으로

련하여서는 계약금만을 수수한 상태에서 정당한 소유자에 대하여 본권 침해의 구체적인 재산상 위험이 발생하였다고 파악하는 것이 온당한 조치인지 의문을 지울 수 없다. 끝으로, 수목에 관한 무권한자의 계약행위로 인하여 거래상대방에 대하여는「계약금 상당의 손해가 발생하였다」라고 보아 사기죄의 성립을 긍정하면서, 그와 동시에 수목의 소유자에 대하여는「계약금의 수수에 의하여 수목 전체의 시가 상당의 손해가 발생하였다」라고 보아 횡령죄의 성립을 긍정하는 조치가, 사회구성원들의 보편적인 법 감정상 선뜻 수긍할 수 있는 것인지에 대하여도 의문을 갖게 된다. 횡령죄는 다른 사람의 재물에 관한 소유권 등 본권을 그 보호법익으로 하고 본권이 침해될 위험성이 있으면 그 침해의 결과가 발생하지 아니하더라도 성립하는 이른바 '위험범'에 해당하는데, 여기서 '위험범'이라는 것은 횡령죄가 개인적 법익침해를 전제로 하는 재산범죄의 일종임을 감안하여 볼 때 단순히 사회일반에 대한 막연한 '추상적 위험'이 발생하는 것만으로는 부족하고, 소유자의 본권 침해에 대한 '구체적 위험'이 발생하는 수준에 이를 것을 요하며, 나아가 어떠한

생각한다. 판례(대법원 1984. 11. 27. 선고 83도1946 판결, 대법원 1969. 2. 25. 선고 68도1261 판결)는 이전등기까지 마쳐진 사안에서 기수를 인정하였다. 즉 판례가 기수의 시점을 등기서류 교부시로 본 것인지, 등기시로 본 것인지는 위 판결 사안만으로는 확정할 수 없다. 등기서류를 교부받고도 이전등기를 하지 않는 경우에 관한 사안(통상적으로 그런 경우는 거의 없으므로)은 없는 것으로 보이기 때문이다. 만약 그렇게 등기서류를 교부하여 준 후 다시 선매수인에게 등기이전을 완료하였을 경우, 행위자의 죄책이 문제될 수 있다. 이 경우 후매수인에 대하여는 아무런 죄도 되지 않는 것인가? 2중매매에 있어 후매수인에 대한 계약이행은 비난가능하나, 선매수인에 대한 계약이행은 원래 예정되어 있던 의무의 이행이라서 비난가능하다고 볼 것은 아니다. 즉 선매수인에 대한 계약이행은 후매수인에 대한 배임행위의 결과반가치를 구성한다고 볼 수는 없다. 따라서 추상적 위험성만 있는 상태이고 더 이상의 법익침해가 있다고 볼 수는 없으므로, 후매수인에 대하여 불능미수가 될 뿐이라고 생각된다(이와 같이 구성할 경우 실행의 착수가 언제인지에 관해서, 즉 추상적 위험 발생시점이 언제인지에 관해 의문이 제기될 수 있고, 선매수인에 대한 채무이행이 주관적으로도 비난가능하다고 볼 수는 없다는 관점에서는 유죄가 될 수 없다는 견해도 가능하다). 다만 후매수인이 2중매매 사실을 알고 있었다면 행위자의 행위반가치도 비난할 정도라고 볼 수 없을 것이므로, 불능범이라서 불가벌이라고 보아야 할 것이다. 대법원 1977. 10. 11. 선고 77도1116 판결은 "배임죄 성립에 관하여 형법이 목적하는 바는 민법상 이중매매의 경우 일방에 대하여 채무 불이행책임을 부담하는 것과는 다르므로 이중매매의 경우 선매수인에 대하여 소유권이전등기를 이행한 것은 후매수인에 대하여 그 임무를 위법하게 위배하였다고는 할 수 없다."라고 하여 배임죄의 성립을 부정하였는데, 그 사안에서 후매수인이 선매매사실을 알고 있었는지 여부는 알 수 없다. 따름 판결인 대법원 1986. 12. 9. 선고 86도1112 판결, 대법원 1992. 12. 24. 선고 92도1223 판결에서도 후매수인이 2중매매를 알고 있었는지 불명하다.

행위에 의하여 소유권 등 본권 침해에 대한 구체적인 위험이 발생하였는지 여부는 해당 재물의 속성, 재산권의 확보방법, 거래실정 등의 제반사정을 고려하여 합리적으로 판단하여야 한다. 그리고 행위자가 불법영득의사의 발현이 표시되었다고 하더라도 부동산에 관한 공시제도나 거래실정 등의 제반사정에 비추어 볼 때 횡령죄에 상응하는 객관적인 구성요소가 아직 실행 또는 충족되지 아니하였고, 소유권 기타 본권 침해에 대한 구체적인 위험이 발생하지도 아니하였다면, 이는 횡령죄의 미수범이 성립될 뿐이며 기수범이 성립되었다고 보기는 어렵다고 할 것이다』라고 판시하였고, 대법원은 상고기각을 통해 항소심 법원의 판단을 수긍하였다. 위 항소심은 횡령죄를 구체적 위험범으로 파악한 것으로 볼 수 있다.

V. 횡령의 미수/기수 시기

1. 미수 시기(실행의 착수)

물건을 영득하려는 의사를 외부적으로 표시한 때이다. 횡령죄에 있어 실행의 착수(추상적 위험)는 물건을 영득하려는 의사를 외부로 표시할 때 나타난다[418]. 표현설(특히 추상적 위험범설)에서 기수라고 보는 시점은 원칙적으로 구체적 위험범설에서는 미수 시점이다[419]. 물론 그러

418) 견해에 따라서는 영득의사가 외부적·객관적으로 표현되기만 하면 바로 기수가 되므로 횡령죄의 미수는 이론상 가능할지라도 실제상으로는 인정하기 어렵다고 하면서, 매매계약을 체결하거나 매매의 의사를 표시하는 청약에 의하여도 횡령은 이미 기수가 된다고 한다(유기천, 형법학 [각론강의 상], 303; 이영란, 형법학 각론강의, 396; 이재상, 형법각론, 407). 그러나 불법은 행위반가치와 결과반가치로 이루어지는바, 영득의사의 외적 표현은 의사결정규범으로서의 형법에 반하는 의사결정, 즉 행위반가치의 표상일 뿐이다. 그것만으로 결과반가치가 충족될 수도 있을 것이나, 그렇지 않은 경우가 더 많다. 결과반가치는, 구체적인 행위자의 행위(금전처럼 외적 표현만으로도 족하다고 볼 수 있는지, 행위자가 재물 자체를 영득하려 하는 것인지, 그 매매를 통하여 매매대금을 영득하려는 것인지 등)를 평가하여야 한다. 단지 행위반가치만으로 범죄를 기수로 구성하는 것은, 형법을 심정형법화시키는 것으로 타당하지 않다고 생각한다.

419) 유기천, 형법학 [각론강의 상], 304; 이영란, 형법학 각론강의, 396; 이재상, 형법각론, 408에 의하면 '우편배달부가 우편물 속에 돈이 들어 있는 것으로 알고 봉투를 뜯었다가 돈을 꺼내지 않고 다시 봉하거나(RG 65, 148), 자기의 소유물이나 무주물을 타인의 재물로 오신하고 영득한 경우' 횡령의 중지미수 내지 불능미수를 인정할 수 있다고 하나, 표현설(특히 추상적 위험범설)의 논리를 일관하면 위 우편물 사례는 이미 기수에

한 의사의 표시만으로도 구체적 위험이 되는 경우도 있다. 가령 물건을 소지하는 형태(가령 악지할 수 있는 휴대품이나 쉽게 이동가능한 동산의 경우)로 점유하는 경우이다[420]. 이는 '반환거부의 의사'를 소유자에게 분명하게 밝혀 소유자의 권리행사를 배제하거나, 혹은 '이 물건은 나의 것'이라고 외부(소유자 기타 제3자)에 객관적으로 표시하는 것으로 구체적 위험은 발생되었다고 평가할 수도 있을 것이다. 그러나 부동산과 같이 소유권에 대한 공시제도가 있는 물건이나 이동성이 현저히 떨어지는 물건의 경우에는, 단지 외부적인 의사표현만으로 기수에 이른다고 평가하기는 어려울 것이다. 다만 사실관계에 비추어 이미 반환을 거부할 의사가 객관적으로 분명하였다면 소유권 침해의 결과 내지 침해의 구체적 위험이 발생된 것으로 볼 수도 있을 것이다.

2. 기수시기

소유권 기타 본권의 행사에 장애가 되는 사유가 발생하거나 혹은 사회통념상 법익침해의 결과발생이 불가피하게(불가역적으로) 되는 시점에 구성요건적으로 기수에 이른다고 평가하여야 할 것이다.

법익침해의 정도에 따라 기수 여부를 판별하는 것과 관련하여, 이용식 교수는 구성요건적으로 기수에 이른 시점이 언제인지, 즉 횡령죄의 구성요건인 영득행위의 개념을 파악한 다음 구성요건적으로 영득행위에 포섭시킬 수 있는 행위를 확정한 후 그러한 행위로 인하여 법익침해가 발생하였다고 평가할 수 있는지의 순서에 의하여 기수를 판단하여야 한다고 본다[421]. 그 내용은 다음과 같다.

『기수는 구성요건의 모든 요소를 충족하는 경우에 인정되는 것이 보편적으로 받아들여지고 있다. 기수와 미수의 구별은 어디까지나 구성요건실현 여부에 관한 문제이다. 그렇다면 기수와 미수를 구별함에 있어서 구성요건실현 여부를 문제 삼지 아니하고 곧바로 그 보호법익에 대

이른 것으로 보아야 하고, 구체적 위험범설이나 침해범설에 의할 경우에야 위와 같은 행위는 미수로 평가될 수 있는 것이다.

420) 2008도10669 판결 (각주 415)

421) 이용식, "횡령죄의 기수성립에 관한 논의 구조 -횡령죄의 구조-", 257~8

한 침해 여부를 검토하는 것이 타당한가 하는 의문이 제기된다. '법익을 침해·위태화했기 때문에 구성요건이 충족되고 기수가 인정된다'고 하는 말에는 구성요건실현 여부를 판단함에 법익의 관점 즉 보호법익의 침해·위태화 여부가 실질적 내용적으로 고려된다는 의미가 담겨져 있다고 할 수 있다. 그러나 보호법익이 침해되었다고 하여 모두 구성요건이 실현되고 기수가 되는 것은 아니다. 예컨대 강간죄(형법 제297조)에서 강간이 미수에 그친 경우에도 성적 자기결정권이라는 보호법익은 침해된 것이다[422]. 결국 보호법익의 관점을 고려하는 것은 구성요건의 내용범위를 제한적으로 해석하기 위한 것이라고 볼 수 있다. 즉 법익은 구성요건요소의 제한원리이지 근거원리는 아니다. 그렇다면 기수와 미수의 구별에 있어서도 보호법익의 침해나 위험은 기수의 성립범위를 제한하는 역할을 하는 것이지, 적극적으로 구성요건실현 여부를 근거지우는 혹은 결정하는 기준으로 작용하는 것은 아니다. 그러므로 주거에의 "침입"을 완성하지 못했는데 주거의 사실상의 평온이 침해되었다고 하여 보호법익이 침해되었기 때문에 기수가 인정된다고 할 수는 없다. 그리고 주거에 침입하였지만 아직 주거의 사실상의 평온이 침해되지 않았다면 역시 기수의 성립을 인정할 수 없다. 횡령죄의 경우에도 "횡령"이라는 구성요건요소를 실현하지 못하였다면 소유권이라는 보호법익의 침해가 인정되더라도 기수의 성립은 부정되는 것이고, "횡령"이라는 구성요건요소를 실현했지만 보호법익인 소유권침해가 인정되지 않는 경우에는 기수의 성립은 부정된다고 할 것이다.』

즉 미수는 범죄의 실행에 착수하여 구성요건의 실현이 완성되지 못한 때를 의미하고, 기수는 구성요건을 모두 실현하여 완성한 경우를 의미하는데, 구성요건의 실현이 형식적으로 완성되었다는 것만으로 기수에 이른다고 볼 수 없고, 실질적으로 법이 금지하고 있는 법익침해가 이루어졌는지(내지 위험이 발생되었는지)가 보충적으로 다시 검토되어야 하고, 법익침해(내지 위험) 발생이 충족된다면 범죄는 기수에 이르렀다고

422) 김성규, "법익을 통한 기수와 미수의 구별에 대한 비판적 고찰", 비교형사법연구 10권 1호, 한국비교형사법학회(2008), 66

평가되어야 하는 것이고, 따라서 행위가 구성요건을 모두 실현하였다고 하더라도, 보충적으로 다시 살펴보아 법이 금지하는 정도의 법익침해가 이루어지지 않았다면, 이는 미수로 평가되어야 하며, 또한 행위가 범행계획을 완성하지 못하여 형식적으로도 구성요건을 실현하지 못한 채 끝났다면, 이는 위험성 유무에 따라 미수로 평가될 수 있을 뿐이고, 나아가 보충적으로 법익침해(내지 구체적 위험이 발생되었는지)를 검토할 필요는 없는 것이라는 취지이다. 따라서 횡령의 기수 여부를 검토함에 있어 보호법익의 침해나 위험을 검토하기보다는 횡령의 구성요건요소가 실현되었는지, 곧 행위 객체에 대한 '소유권자의 배제' 여부가 먼저 검토되어야 한다는 것이다[423].

타당한 지적이다. 다만 '횡령' 내지 '영득'이라는 법문 자체가 갖는 추상성을 고려할 경우, 특히 영득의사가 외부적으로 표현되면 영득행위에 이미 진입되었다고도 볼 수 있다는 점에서, 어느 정도의 행위가 '횡령'의 미수나 기수에 해당하는지를 평가하는 것과 그 행위로 인하여 '법익침해(내지 위험)'가 완성되었는지를 평가하는 것은 규범적인 평가를 전제로 한다(이러한 논증구조에 따르더라도 법익은 구성요건요소의 제한원리로 작동한다)는 점에서, 결국에는 같은 기준에 의할 수밖에 없는 것이 아닌가 생각된다. 행위자의 개별적 행위계획에 따라서 구성요건이 모두 실현되어 기수에 이르렀는지를 기준으로 한다고 하더라도, 법익침해의 완성 내지 구체적 위험발생으로 인한 기수 여부 자체는 일반인의 기준에 따라 평가되어야 할 것이기 때문이다[424].

[동산의 경우] 동산을 자신이 영득하려 할 경우에는 그러한 의사가 외부로 객관화된 때에 기수에 이르렀다고 볼 것이고, 제3자에게 매도하여 대가를 영득하려 하는 때에는 적어도 계약금을 지급받아야 미수에 이르렀다고 보아야 할 것이다. 그리고 잔금 지급 등으로 인도가 이루어지기 직전이어야 현실적·구체적 위험이 생겨 기수에 이르렀다고 평가함이 상당하다.

---

423) 이용식, "횡령죄의 기수성립에 관한 논의 구조 -횡령죄의 구조-", 279

424) 가령 행위자는 위탁물을 매도하고 금전을 수령하여 이를 자신의 금고에 넣는 행위까지 이루어지는 범행계획을 가지고 있었다고 하더라도, 횡령범행은 일반적으로 금전을 수령하는 것에서 완성된다고 평가될 뿐 금고에 넣어야 완성된다고 보지는 않는다.

다만 위탁물을 제3자에게 점유개정 방식의 양도담보로 제공할 때에는 ① 횡령이라는 견해(목적물 자체를 담보로 제공한 것이고, 차후 강제집행을 하게 되어도 양도담보권자가 양도담보권실행을 위한 환가절차를 거쳐 우선변제 받게 되어 소유권 상실의 구체적 위험이 발생되었기 때문. 2002도2219 판결, 대법원 2005. 2. 18. 선고 2004다37430 판결), ② 배임이라는 견해(양도담보권자의 채권액을 증액할 수도 있고, 만약 그러한 행위가 이루어질 경우 이를 횡령한 물건에 대한 횡령행위로 구성하는 것은 문제가 있고, 따라서 선행 양도담보권 설정행위는 교환가치 일부만을 취득한 이득죄, 즉 배임죄로 구성하는 것이 논리적이기 때문), ③ 무죄라는 견해(대법원 2007. 2. 22. 선고 2006도6686 판결. 점유개정의 방법으로 양도하더라도 첫 번째 양도담보권자에게 어떠한 재산상 손해의 위험이 발생한다고 볼 수 없기 때문)가 있을 수 있다[425].

[쉽게 이동 불가능한 수목의 경우] 악지(握持)하거나 쉽게 움직일 수 있는 물건이 아닌 경우, 가령 땅에 고정되어 있는 물건인 경우에는 구체적 위험의 발생함으로써 기수에 이르는 시기를 동산과는 달리 보아야 한다고 생각한다. 명인방법 없는 수목의 경우, 공시방법이 없다. 다만 민법 제256조(부동산에의 부합)는 “부동산의 소유자는 그 부동산에 부합한 물건의 소유권을 취득한다. 그러나 타인의 권원에 의하여 부속된 것은 그러하지 아니하다.”라고 규정하고 있다. 따라서 수목이 토지를 임차하여 이식된 것일 경우 토지에 부합하지 않는다. 이 경우 수목은 동산과 같게 취급된다. 동산의 경우, 무권리자에 의하여 양수인이 그 권리를 취득하려면, 인도(양수인에 의한 점유)가 있어야 하고 그러한 인도시까지 양수인이 선의이어야 한다[426]. 이와 같은 과정이 종료될 경우 법익침해의 결과가 발생하여 기수에 이른다. 수목의 매매에 의한 횡령의 경우에도, 적어도 중도금의 교부(혹은 그 이후 인도가 이루어지기 직전의 행위)가 있어야 법익침해의 구체적 위험이 발생한 것으로 생각

425) 독일에서는 두 번째 양도담보 제공행위에 의하여 첫 번째 양도담보권자의 권리 행사를 사실상 중단시킬 경우 횡령행위를 구성한다고 본다. Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, §246 Rn. 17; BGH GA 65, 207, MDR/D 67, 173

426) 민법주해 [V] 물권 (2), 박영사(2002), 457(이인재 집필)

된다. 인도시까지 양수인이 선의이어야 하지만, 원 소유자가 양도인의 무단 양도사실을 알게 되어 이를 저지하는 조치를 취하는 경우는 사회통념상 예외적이라고 생각되기 때문이다. 즉 중도금 지급 이후로는 사회통념상 인도에 의한 양도행위가 예정되어 있으므로, 소유권 행사에 제한이 가해진 것으로 평가할 수 있을 것이다.

다만 횡령죄를 구체적 위험범으로 파악할 경우, 몇 가지 문제를 생각할 수 있다.

① 먼저 명확한 기수시점이다. 위에서는 계약금의 지급만으로는 기수가 아니며, 중도금 지급 혹은 등기서류의 교부 단계에 기수에 이른다고 서술하였는데, 기수의 정확한 시점이 언제인지에 대하여는 견해의 대립이 있을 수 있다. 실익은 미수의 성립범위에 있다. 구체적 위험범으로 볼 경우 기수시점을 최대한 늦추어야 미수의 성립범위도 넓어진다. 일반인의 시각에서 보았을 때, 물건의 영득이 완료된 시점, 혹은 물건을 매각하여 금원을 영득하려 할 경우에는 물건의 매각을 완료하여 금원을 수중에 갖게 된 시점에 횡령이 성공하였다고 볼 것이고, 그 이전단계에서 적발되었다면 횡령에 실패하였다고 볼 것이다. 이러한 점에서 기수시점은 최대한 늦추어야 사회통념에 부합할 수 있다[427]. 이런 의미에서 침해범적으로 구성하는 것이 기수시점 판별을 명료하게 한다는 장점이 있다[428].

② 다음으로 구체적 위험만 발생된 후 법익침해의 결과가 발생하지 않은 사이(가령 수탁자가 명의신탁 부동산을 제3자에게 매도함에 있어 중도금 지급 혹은 등기서류 교부 이후 매수인이 이행을 하지 않아 매매가 이행완료되지 않은 경우 등)에, 수탁자가 부동산을 제3자에게 다시

427) 물론 구체적 위험이 발생한 후 법익침해결과가 발생하기 전에 결과발생을 저지하는 행위를 하였을 경우, 이를 중지미수로 평가할 수 있는가의 문제점은 여전히 존재한다. 그러한 문제 때문에, 가능하면 법익침해의 결과발생 시점으로 기수 시점을 늦추어보는 것이 타당할 것으로 생각한다. 그렇게 보더라도 미수범 규정이 있기 때문에 처벌의 흠결이 생기지는 않는다.

428) 김봉수, “횡령죄의 미수범 성립여부”, 형사판례연구 (21), 박영사(2013), 46~8. 횡령죄의 미수, 기수의 성립 여부에 관하여도 총칙상의 미수, 기수에 관한 논리를 그대로 들여오면 된다는 것이다. 가령 횡령을 위해서 동산 또는 부동산을 팔겠다는 청약 내지 청약의 유인은 예비행위이고, 채권행위로서 매매계약을 체결한 것은 실행의 착수로서 미수이며, 나아가 동산의 인도나 부동산 등기의 이전에 의하여 소유권 침해의 결과를 발생시키는 것은 기수로 평가하여야 한다는 것이다. 타당한 견해라고 생각한다.

매도하면, 후행행위는 불가벌적 사후행위인지 여부이다. 불가벌적 사후행위는 동일법익 침해에 대한 2중적인 처벌을 막는 것이다. ⓐ등기가 완료되지 않은 상태이지만 동일법익 침해의 구체적 위험은 이미 발생되었으므로, 후행행위는 별개의 횡령죄는 성립하지 않는다는 견해와, ⓑ 동일법익 침해에 대한 구체적 위험만 발생되었을 뿐 법익 침해의 결과가 발생된 것은 아니므로, 후행행위도 횡령죄에 해당한다는 견해(따라서 후행행위 처벌이 2중적인 처벌이라고 볼 수는 없고, 후행행위로 등기행위가 이루어진 경우에는 양형요소로서 고려할 수 있을 것)[429]로 나뉠 수 있다.

횡령죄에 있어서 실행의 착수(법익침해의 추상적 위험 발생) 및 기수시점(법익침해의 구체적 위험 발생)은 개별적인 사안마다 행위자의 범행계획, 행위태양, 행위객체에 따라서 구체적으로 살펴보아야 한다. 표현설(특히 추상적 위험범설)에서의 설명처럼 일률적으로 '영득의사의 외적 표현'만으로 법익침해의 위험이 발생하여 기수에 이르렀다고 평가하는 것은, 형법의 의사결정규범으로서의 역할만을 강조하는 것으로, 현실에서 이루어지는 횡령행위의 다양한 양태를 외면하는 것이다. 따라서 침해범설이 타당하나, 위험범설을 택한다면 구체적 위험범설을 택하는 것이 타당하고, 언제 구체적 위험이 발생한 것으로 볼 것인지는 개개의 사안에서 구체적으로 살펴보아야 할 것으로 생각된다.

VI. 명의신탁 부동산에 대한 횡령의 미수/기수 시기

429) 가령 절도범이 도품을 피해자 몰래 집에서 들고 나오다가 걸려서 거실에 두고 나왔다가, 다음날 다시 찾아가 훔쳐오는 경우, 동일법익이라도 2번 침해되었다고 평가할 수 있다. 혹은 절도범이 도품을 훔쳐왔다가 다시 가져다 놓았다가 다시 훔쳐왔다고 할 경우에도, 동일 법익이 1번 침해된 것이 아니라 동일 법익이라도 2번 침해되었다고 평가할 수 있기 때문이다. 즉 동일피해자의 동일물건이라도 법익침해가 2번 이상 불가능한 것은 아니다. 부동산을 담보로 제공하는 형태를 횡령으로 볼 경우, 횡령행위에 의한 담보가등기를 말소한 후 다시 새로운 범의로 담보가등기를 경료하였을 경우 새로운 법익에 대한 침해행위로 보아 별개의 횡령죄가 성립한다고 보는 것이 판례이다(위 78도2175 판결, 대법원 1979. 8. 28. 선고 79도1611 판결). 또한 소유물의 외부적 침해라고 할 손괴죄의 경우, 하루는 물건의 일부(자전거 앞바퀴)를 손괴하고, 그것만으로 효용이 완전히 손괴되지 않은 물건의 다른 일부(자전거 뒷바퀴)를 다음날 손괴할 경우, 뒤의 손괴행위가 불가벌이라고 평가할 수는 없을 것이다.

부동산의 경우, 매매하고자 부동산중개업소에 매매를 의뢰하는 경우 실행의 착수로서 법익침해에 대한 추상적 위험이 발생하였다고 할 것이다. 물론 이에 대하여는 2중매매 관련 배임죄에 있어서 제1매수인으로부터 중도금까지 지급받아 타인의 사무를 처리하는 지위를 갖게 된 매도인이 제2매수인으로부터 계약금만 받은 단계에서는 배임죄의 실행착수가 인정되지 아니하여 미수의 죄책도 부담하지 아니하고 제2매수인으로부터 중도금을 지급받아야 실행의 착수가 인정되어 미수가 인정된다고 보는 판례의 입장과 상치된다는 비판이 가능할 수 있다[430]. 그러나 ① 배임죄의 임무위배행위가 개시되는 시점은 계약이행에 들어가야 하는 단계라고 보아야 하므로 중도금을 받았을 때가 실행의 착수로 인정될 것이지만, 횡령죄는 영득죄이고 재물영득행위가 개시되는 때인 계약금을 받는 시점에 실행착수를 인정하는 것이 가능하다고 보아야 할 것이라는 점[431], ② 행위의 대상에 대한 피해자의 권리의 구체화 정도의 관점에서 볼 때, 부동산 2중매매의 경우 피해자인 제1매수인의 권리가 구체화되는 단계는 중도금을 지급한 이후라고 할 것이지만(그 전에 매도인은 계약금의 배액을 상환하고 언제든지 계약을 해지할 수 있다), 횡령죄의 경우에는 소유권자의 권리는 이미 구체화된 단계에 있다고 보아야 할 것이라는 점에서 양자를 반드시 동일하게 볼 것은 아니라고 생각된다.

부동산 매매에 따른 횡령에 있어서 매매계약 체결만으로는 기수에 해당하는 법익침해 내지 법익침해의 구체적 위험이 발생되었다고 볼 수 없다. 왜냐하면 계약금의 배액을 상환하여 매매계약을 언제든지 해제할 수 있기 때문에, 계약체결만으로는 소유권 기타 본권의 행사에 장애가 되는 사유가 발생하거나 혹은 사회통념상 법익침해의 결과발생이 불가피하게(불가역적으로) 되었다고 볼 수 없기 때문이다[432]. 부동산 매매계약에 있어서 소유권 기타 본권의 행사에 장애가 되는 사유가 발생하

430) 신동운, “횡령죄의 미수범 성립 여부”, 5; 조현욱, “부동산횡령죄의 미수”, 단국대학교 법학논총 36권 2호(2013), 353

431) 이용식, “횡령죄의 기수시점에 관한 논의 구조 -횡령죄의 구조-”, 279

432) 물론 이에 대하여는 통상적으로 매매계약이 체결되면 그 이후 중도금, 잔금의 지급으로 나아가는 것이 일반적이므로 매매계약만으로도 구체적 위험이 발생한 것이라고 볼 수 있다는 견해가 있을 수 있다.

거나 혹은 사회통념상 법익침해의 결과발생이 불가역적으로 되는 시점은 아무리 빨라도 '중도금의 지급시'(또는 '이전등기를 위한 서류의 교부 시점')라고 생각한다. 이 시점 이후에는 매매계약을 해제할 수 없고 이행하여야 하며, 특히 '이전등기를 위한 서류의 교부 시점'의 경우에는 소유권자가 수탁자의 횡령사실을 알았다고 하더라도, 더 이상 손을 쓸 수 없게 되기 때문이다[433]. 따라서 중도금을 받지 않은 상태라면 이는 추상적 위험이 발생하였을 뿐이므로 미수가 성립될 뿐이고 기수에 이른 것이 아니다. 이 단계의 미수는 가벌적 행태의 원시형태[434]라고 할 불능미수[435]의 결과반가치에 해당하는 미수이다(불능미수의 위험성은 일반적으로 추상적 위험을 의미한다[436]). 나아가 등기가 경료되면 법익침

433) 대법원 1963. 9. 19. 선고 63다388 판결은 『원심은 그 판결이유에서 "종중소유재산을 명의신탁 받은 사람들이 종중의 결의없이 종중의 한사람인 위 최O문에게 그 처분권을 위임함은 대 종중관계에 있어서는 무효라 아니할 수 없으며 피고 이O득은 위 최O문의 처일뿐 아니라 앞에서 본바와 같이 확정판결에 의하여 그 전에 취득한 소유권등기는 종중에 대하여 무효로서 말소까지 하게 된 경위로 보아 이 토지가 종중 재산으로 위 최O문이 처분권이 없다는 것을 능히 알고 있었음이 인정되므로 이 이전등기는 원인무효라고 아니할 수 없고 따라서 이 이전등기로서는 동 피고가 소유권을 취득할 수 없노라" 하였다. 대체로 종중이 그 소유의 부동산을 종회원에게 신탁하여 등기부상 그 종회원의 명의로 소유권의 등기를 경유하였을 때에는 이 종중과 그 수탁자인 종회원과의 사이에는 이른바 신탁 행위의 법리가 적용되는 것이요 따라서 이 수탁자인 종회원으로부터 그 부동산을 양수한 제3자는 그가 선의이었건 또는 악의이었건 가릴 것 없이 적법하게 신탁자인 종중의 부동산에 관하여 그 소유권을 취득한다고 보아야 된다. 왜냐하면 신탁행위에 있어서 수탁자는 그 대외적인 관계에 있어서는 완전히 소유권자로서 행세할 수 있기 때문이다. 그렇다면 위에서 본 원심의 판단이유에 의하건데 전주 최씨 경남공파 종중으로부터 본건 토지의 신탁을 받은 사람들은 그 신탁받은 본건 토지의 처분권을 종중의 한사람인 최O문에게 수여하여 피고 이O득은 이 최O문을 통하여 본건 토지의 소유권을 취득하였다는 것인바 이러한 경우에는 필경 신탁자인 전주최씨 경남공파 종중의 본건 토지를 이 종중의 처분결의없이 그 등기부상의 수탁자들이 함부로 제3자에게 처분하였고 그 취득자는 그와 같은 사정을 알고 있었다는 취지로 귀결되는 것이므로 위에서 본 신탁행위의 법리에 좇아 피고 이O득은 적법히 본건 토지의 소유권을 취득한다고 보아야 될 것이다 그러므로 원심판단은 신탁의 법리를 오해한 것이 틀림없고 이 상고 논지는 이유 있다.』라고 판시하였다. 횡령행위 상대방이 명의신탁 사실을 알고 있었다 하더라도 수탁자와 짜고 불법영득할 것을 공모한 것이 아닌 한 그 횡령죄의 공동정범이 되지 아니하고, 명의수탁자가 외부관계에 있어 소유자로 간주되므로 이를 취득한 제3자는 수탁자가 신탁자의 승낙 없이 매각하는 정을 알고 있는지 여부에 불구하고 장물취득죄가 성립하지 아니한다(대법원 1979. 11. 27. 선고 79도2410 판결, 대법원 1985. 6. 25. 선고 85도1077 판결). 매매는 유효하기 때문이다.

434) 김일수, "미수의 불법귀속에 관한 연구", 2

435) 형법 제25조의 협의의 장애미수와 제27조의 불능미수는 합쳐서 광의의 장애미수이다.

436) 안원하, 위 논문, 195~7, 209

해의 결과가 발생하는 것이다. 횡령죄를 침해범으로 보는 입장[437]에서는 등기가 경료되어야 기수에 이른다고 보게 될 것이다[438]. 결국 부동산 횡령의 경우 기수에 이르는 시점은 소유권 기타 본권의 행사에 장애가 되는 사유가 발생하거나 혹은 사회통념상 법익침해의 결과발생이 불가피하게(불가역적으로) 되는 시점을 기준으로 하여야 할 것으로, 그 행위에 의해 구체적 위험이 발생했다고 평가하려면, 등기를 할 수밖에 없게 되는 시점인 "등기서류 교부시" 등 거의 등기경료에 근접한 시점에 기수에 이른다고 보아야 할 것으로, 등기시로 보는 침해범설의 입장[439]과 실질적으로 같게 될 것이다.

다음으로, 부동산의 담보제공으로 횡령죄가 성립할 수 있는가? 가령 1억원 부동산에 채권최고액 1,000만원의 근저당권 혹은 담보가등기를 설정할 경우, 부동산 전체에 대하여 횡령죄가 성립하는가? 판례는 근저당권설정등기 혹은 가등기의 경료시에 기수가 된다고 본다[440]. 그러나 횡령죄가 소유권 침해 범죄이고, 소유권의 침해위험이 구체적·현실적으로 발생하여 기수에 이르는 시점은, ① 근저당권설정만으로도 소유자는 소유권 행사에 이미 제약이 발생하였기 때문에(매매시 가격 저감 등 교환가치의 감소) 위험이 이미 구체적·현실적으로 발생한 것으로 보아야 한다는 견해, ② 소유권 침해의 구체적·현실적 위험이 발생하는 것은 근저당권설정만으로는 어렵고(추상적인 위험만 있을 뿐이다), 근저당권 실행에 기한 임의경매 개시결정이 이루어진 때부터라고 보아야 할 것이라는 견해가 있을 수 있다. ①견해에 의하면 기수, ②견해에 의하면 미수이다.

사견으로는, 저당권설정만으로는 물건 자체가 아니라, 물건에서 채권최고액 상당의 교환가치만을 취한 것으로 평가하여야 하므로, 부동산의 교환가치라는 재산상 이익을 취득하는 배임행위라고 평가하여야 한다고 생각한다. 그렇다면, 근저당권설정에 의해 융통한 금원 상당에 대한 이득범죄는 이미 완성되었다고 볼 수 있음에도 불구하고 영득범죄의 미수

437) 김일수, 한국형법 Ⅲ, 641
438) 김일수, 한국형법 Ⅲ, 644
439) 김봉수, 위 논문, 247
440) 위 2005도2413 판결, 대법원 1978. 11. 28. 선고 78도2175 판결

라고 평가하는 것은 타당하지 않다. 또한 표현설(특히 추상적 위험범설)의 입장에서, 수탁자가 부동산의 일부 가액에 상당하는 근저당권을 설정하여 금원을 일시 변통한 경우에도 수탁자가 부동산 전체를 영득하였다고 사실인정하는 것은 in dubio pro reo의 원칙에 반하는 것일 뿐만 아니라 책임주의에도 반하는 것이다. 기존의 판례는 근저당권설정등기 혹은 담보가등기 경료시에 횡령의 기수가 된다고 보고 있으나 문제가 있다. 특히 횡령죄의 일반규정이라 할 배임죄의 경우, 근저당권설정행위가 배임행위가 될 경우 부동산 가액 전부를 배임액으로 보지 않는 것과도 비교된다. 이에 관하여는 제2절에서 보다 자세히 논한다.

제2절 불가벌적 사후행위 문제[441]

종중의 부동산을 종원 명의로 등기하는 경우, 이는 부동산실명법에서 허용하고 있는 명의신탁이다(부동산실명법 제8조). 그런데 종중의 부동산을 명의신탁받은 종원이, 그 부동산이 자신에게 등기되어 있음을 기화로 수차에 걸친 금원 차용에 관한 담보제공으로 수차에 걸쳐 저당권설정등기를 경료할 경우, 각 행위가 모두 처벌가능한 것인지 문제된다. 기존 판례는 최초의 저당권설정행위로 명의신탁 부동산에 대한 횡령이 기수에 이르고, 그 이후의 행위는 불가벌적 사후행위로 판단하였는데, 이러한 기존 판례와 이를 변경한 2010도10500 전원합의체 판결의 타당성에 관하여 살펴본다.

I. 불가벌적 사후행위에 대한 개관

범죄에 의하여 획득한 위법한 이익을 확보하거나 사용·처분하는 구성요건에 해당하는 사후행위가 이미 주된 범죄(선행행위)에 의하여 완전히 평가되어 새로운 법익침해가 생기지 아니하여 별죄를 구성하지 않는 경우를 불가벌적 사후행위(mitbestrafte Nachtat)라고 하는바, 이는 법조경합 중 흡수관계(Konsumption)의 하나로 파악된다[442].

불가벌적 사후행위의 요건으로 사후행위는 구성요건해당성, 위법성, 책임이 충족되어야 하고, 주된 범죄와 보호법익이 같고 보호법익 침해가 주된 범죄로 침해된 양을 초과하지 않아야 하며, 주된 범죄의 처벌 여부는 불문한다는 점 등이다[443].

---

441) 이하 기본적인 내용은 졸고, "횡령죄의 불가벌적 사후행위에 관한 판례의 변경", 사법 24호, 사법발전재단(2013. 6.), 325~67 인용·참조. 위 졸고에서는 명의신탁 부동산에 관한 저당권설정행위에 관하여 횡령죄설의 입장이었으나 본고에서는 이를 배임죄설로 변경하였다는 점에 차이가 있다.

442) 이재상·장영민·강동범, 형법총론, 525; Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, vor. §52 Rn. 129; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, 44. Aufl., Heidelberg: C.F.Müller, 2014, S. 347.

443) 신동운, 형법총론, 737~8; 이재상·장영민·강동범, 형법총론, 박영사(2015), 526~528; 조현욱, "불가벌적 사후행위 -대법원 2008. 3. 27. 선고 2007도9328 판결

또한 재산범죄에 한하지 않으며[444], 다만 제3자가 사후행위에 가담한 경우에 제3자는 주된 행위를 같이 범하지 않은 이상 사후행위로 처벌될 수 있다[445].

II. 이중적 횡령, 중첩적 횡령의 문제

명의신탁된 부동산에 대하여 수탁자가 처분행위를 하여 처벌대상이 되는 경우, 가령 명의신탁 부동산에 저당권을 설정하였다가 그 후 다시 저당권을 설정하거나, 저당권을 설정하였다가 이후 매도를 하거나, 미등기 부동산에 관하여 보존등기 이후 저당권을 설정하는 등의 행위를 할 경우에 나중에 이루어진 행위는 불가벌적 사후행위가 되는지에 관한 판례의 변천에 관하여 살펴본다.

1. 대법원 2013. 2. 21. 선고 2010도10500 전원합의체 판결 선고 이전

가. 유형별 검토 (판례)

(1) 저당권설정(선행행위) 이후 저당권설정(후행행위)

대법원 1978. 11. 28. 선고 78도2175 판결은 “타인의 재물을 공유하는 자가 공유자의 승낙을 받지 않고 공유대지를 담보에 제공하고 가등기를 경료한 경우 횡령행위는 기수에 이르고 그 후 가등기를 말소했다고 하여 중지미수에 해당하는 것이 아니며 가등기말소 후에 다시 새로운 영득의사의 실현행위[446]가 있을 때에는 그 두개의 횡령행위는 경

-”, 비교형사법연구 제10권 제1호, 한국비교형사법학회(2008), 373~375

444) 대법원 1982. 4. 27. 선고 82도285 판결 (형법 제98조 제1항의 간첩죄를 범한 자가 그 탐지수집한 기밀을 누설한 경우나 구 국가보안법 제3조 제1호의 국가기밀을 탐지 수집한 자가 그 기밀을 누설한 경우에는 양죄를 포괄하여 1죄를 범한 것으로 보아야 하고, 간첩죄와 군사기밀누설죄 또는 국가기밀탐지수집죄와 국가기밀누설 등 두가지 죄를 범한 것으로 인정할 수 없다)

445) Schönke/Schröder, a.a.O., Rn. 133; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 348

446) 판결 사안 내용상 근저당권설정행위를 말한다.

합범 관계에 있다."고 하면서 "횡령죄는 상태범이므로 횡령행위의 완료 후에 행하여진 횡령물의 처분행위는 그것이 그 횡령행위에 의하여 평가되어 버린 것으로 볼 수 있는 범위 내의 것이라면 새로운 법익의 침해를 수반하지 않은 이른바 불가벌적 사후행위로서 별개의 범죄를 구성하지 않는다[447]."라고 판시하였다. 같은 취지의 대법원 1996. 11. 29. 선고 96도1755 판결은 명의신탁받아 보관 중이던 토지를 피해자의 승낙 없이 제3자에게 근저당권설정등기를 경료해 준 경우 횡령죄가 성립하고, 그 후 또 다시 다른 사람에게 근저당권설정등기를 경료해 주었다 하더라도 이는 횡령물의 처분행위로서 별개의 횡령죄를 구성하지 않는다고 한 사례이다[448]. 또한 대법원 1999. 4. 27. 선고 99도5 판결은 부동산 명의수탁자가 신탁자의 승낙 없이 갑 앞으로 근저당권설정등기를 경료하였다가 그 후 그 말소등기를 신청함과 동시에 을 앞으로 근저당권설정등기를 신청하여 갑 명의의 근저당권말소등기와 을 명의의 근저당권설정등기가 순차 경료된 경우, 을 명의의 근저당권설정행위가 불가벌적사후행위인지 여부에 관하여 이를 긍정하였다[449].

(2) 저당권설정(선행행위) 이후 매도(후행행위)

대법원 1998. 2. 24. 선고 97도3282 판결은 "횡령죄는 타인의 재물을 보관하는 자가 그 재물을 횡령하는 경우에 성립하는 범죄이고, 횡령죄의 구성요건으로서의 횡령행위란 불법영득의사를 실현하는 일체의 행위를 말하는 것이어서 타인의 재물을 점유하는 자가 그 점유를 자기를 위한 점유로 바꾸려고 하는 의사를 가지고 그러한 영득의 의사가 외부

447) 피해자로부터 수탁한 부동산에 관하여, (1) 73. 11. 10. 김OO에게 담보가등기 경료, [74. 2. 7. 위 가등기 말소, 74. 2. 8. 임OO에게 담보가등기 경료], (2) 74. 2. 15. 이OO에게 근저당권설정, (3) 74. 4. 1. 강OO에게 근저당권설정, (4) 74. 7. 12. 허O에게 근저당권설정하여 줌. 이 중 74. 2. 8. 담보가등기 경료에 대해 75. 2. 27. 유죄판결 선고받아 그 무렵 확정되었다. 그 후 (1)~(4)에 대하여 공소제기되었다. 이에 대해 (1)과 확정판결 범행 사이에는 경합범 관계에 있고, (2)~(4)는 확정판결 범행의 불가벌적 사후행위로 판단하였다.

448) 사안의 내용을 근저당권설정등기 및 말소등기의 시간순으로 단순화시켜 보면, 제1번 설정, 제2번 설정, 제1번 말소, 제3번 설정, 제2번 말소의 순으로 진행된 사안에서, 제3번 설정행위가 횡령죄로 기소된 사건이었다.

449) 명의수탁자의 횡령행위는 갑 앞으로 근저당권설정등기를 경료할 당시에 완성되었으므로 그 후 다시 을 앞으로 근저당권설정등기를 경료한 행위는 횡령물의 처분행위로서 새로운 법익의 침해를 수반하지 않는 이른바 불가벌적 사후행위에 해당하여 별도의 횡령죄를 구성하지 아니한다고 판단하였다.

에 인식될 수 있는 객관적 행위를 하였을 때에는 그 재물 전체에 대한 횡령죄가 성립되고, 일단 횡령을 한 이후에 다시 그 재물을 처분하는 것은 불가벌적 사후행위에 해당하여 처벌할 수 없으므로, 타인으로부터 명의신탁받아 보관중이던 토지에 대하여 피해자인 명의신탁자의 승낙 없이 제3자에게 근저당권설정등기를 경료해 주면 그 때에 그 토지에 대한 횡령죄가 성립하고, 그 후 피해자의 승낙 없이 그 토지를 다른 사람에게 매도하더라도 이는 횡령물의 처분행위로서 별개의 횡령죄를 구성하지 아니한다[450].”라고 판시하였다.

같은 취지의 대법원 1999. 11. 26. 선고 99도2651 판결은 “명의신탁 받아 보관 중이던 토지를 명의신탁자의 승낙 없이 제3자에게 근저당권설정등기를 경료해 준 경우 위 토지 전체에 대한 횡령죄가 성립하며, 그 후 다시 피해자의 승낙 없이 다른 사람에게 이를 매도하더라도 이는 소위 불가벌적 사후행위에 해당하는 횡령물의 처분행위로서 별개의 횡령죄를 구성하지 아니한다.”라고 판시하였고, 대법원 2000. 3. 24. 선고 2000도310 판결은 “부동산의 명의수탁자가 신탁자의 승낙 없이 갑 앞으로 근저당권설정등기를 경료했다가 후에 그 말소등기를 신청함과 동시에 을 앞으로 소유권이전등기를 신청함에 따라 갑 명의의 근저당권말소등기와 을 명의의 소유권이전등기가 순차 경료된 경우, 갑 명의의 근저당권설정등기를 경료할 당시에 해당 부동산에 대한 불법영득의 의사를 외부에 객관적으로 나타냄으로써 횡령죄는 이미 완성되었고, 을 명의의 소유권이전등기가 경료되기 전에 동시에 신청한 갑 명의의 근저당권에 대한 말소등기가 먼저 경료되었다고 하더라도 갑 명의의 근저당권설정등기의 말소는 을 명의의 소유권이전등기의 준비행위에 불과하다 할 것이어서 명의신탁자의 소유권에 대한 침해가 회복되지 아니한 상태에서 행하여진 을 명의의 소유권이전등기를 경료해 준 행위는 횡령물의 처분행위로서 새로운 법익의 침해를 수반하지 않는 이른바 불가벌적 사후행위에 해당하여 별도의 횡령죄를 구성하지 아니한다.”라고 판시하였다.

---

450) 선행행위인 저당권설정행위가 1991. 10. 17.이고, 후행행위인 부동산 매도행위는 1992. 5. 30.이라서, 피해자의 고소 시점인 1996. 11. 5.에는 이미 선행행위의 공소시효가 지난 사안이다.

(3) 보존등기 혹은 반환거부(선행행위) 이후 저당권설정(후행행위)

대법원 1993. 3. 9. 선고 92도2999 판결은 “미등기건물의 관리를 위임받아 보관하고 있는 자가 임의로 건물에 대하여 자신의 명의로 보존등기를 하거나 동시에 근저당권설정등기를 마치는 것은 객관적으로 불법영득의 의사를 외부에 발현시키는 행위로서 횡령죄에 해당하고, 피해자의 승낙 없이 건물을 자신의 명의로 보존등기를 한 때 이미 횡령죄는 완성되었다 할 것이므로, 횡령행위의 완성 후 근저당권설정등기를 한 행위는 피해자에 대한 새로운 법익의 침해를 수반하지 않는 불가벌적 사후행위로서 별도의 횡령죄를 구성하지 않는다.”고 판시하였고, 대법원 2010. 2. 25. 선고 2010도93 판결도 같은 취지이다[451].

(4) 기타

대법원 2005. 6. 24. 선고 2005도2413 판결은, 피고인이 종중의 회장으로부터 담보 대출을 받아달라는 부탁과 함께 종중 소유의 임야를 이전받은 다음 임야를 담보로 금원을 대출받아 임의로 사용하고 자신의 개인적인 대출금 채무를 담보하기 위하여 임야에 근저당권을 설정하였다면 비록 피고인이 임야를 이전받는 과정에서 적법한 종중총회의 결의가 없었다고 하더라도 피고인은 임야나 위 대출금에 관하여 사실상 종중의 위탁에 따라 이를 보관하는 지위에 있다고 보아야 할 것이어서 피고인의 위 행위가 종중에 대한 관계에서 횡령죄를 구성한다고 한 사례이다[452].

---

451) 피고인들이 공모하여 피고인 1이 망 공소외 1의 공동상속인인 피해자 공소외 2 등과 함께 상속받은 이 사건 임야를 공소외 2 등을 위하여 보관하던 중 공소외 2 등으로부터 ‘임야를 처분하여 상속지분대로 분배를 하거나 상속지분 비율대로 소유권이전등기를 경료해 달라’는 요구를 받고도 그 반환을 거부하고 2007. 9. 12.경 이 사건 임야에 관하여 공소외 3 앞으로 채권최고액 8,000만 원의 근저당권설정등기를 경료해 줌으로써 이 사건 임야 중 피고인 1의 상속지분을 제외한 나머지를 횡령하였다는 이 사건 공소사실을 유죄로 판단하면서, 반환거부로 인한 횡령죄(선행행위)와 근저당권설정등기의 경료(후행행위)로 인한 횡령죄가 각각 별개로 성립한다고 전제하고, 양 죄를 실체적 경합범의 관계에 있는 것으로 본 원심 판결을, 근저당권설정은 불가벌적 사후행위임을 이유로 파기한 사례

452) 첫 번째 행위의 객체는 대출금이고, 두 번째 행위의 객체는 부동산 자체이므로, 두 행위는 동일법익을 침해한 것이 아니라고 보아 두 번째 행위는 불가벌적 사후행위 아니라고 본 듯하다.

나. 기존 판례 법리의 논거[453]

(1) 영득의 1회성과 재물의 불가분성, 횡령죄의 상태범으로서의 성격

횡령죄는 재산상 이익이 아니라 재물을 대상으로 하는 영득범죄이다. 이 경우 가분적인 물건의 일부를 영득하였을 경우에는 그 일부에 한하여 횡령죄가 성립할 수 있을 것이다. 그러나 가분적이지 아니한 물건의 일부를 영득할 목적으로 그 물건 전체를 영득한다면, 이는 물건 전체에 대하여 영득의사가 발현된 것으로 평가할 수 있고, 이 경우 물건 전체에 대하여 횡령죄가 성립한다.

또한 횡령죄는 상태범이다[454]. 이는 횡령행위가 종료된 이후에도 그 불법상태는 계속 유지됨을 의미한다. 재물을 대상으로 하는 횡령죄는, 물건에 대하여 영득의 의사가 외부로 표현되어야 성립하는 것이다[455]. 따라서 불가분인 물건에 대하여 물건 일부에 대한 영득의사를 표현하면, 불가분적 물건에 대한 영득의 1회성으로 인하여, 그 영득의 의사는 물건 전체에 대하여 표현된 것이다. 따라서 횡령이 이루어진 상태에 있는 물건을 다시 영득하는 것은 새로운 법익침해가 있다고 할 수 없다. 물론 가분적인 물건의 일부에 대하여 영득의사를 표현하면 그 부분에 한정하여 횡령죄가 성립한다고 볼 수 있을 것이다[456].

부동산의 경우, 원칙적으로 토지는 필지를 단위로 하고 건물도 개별

---

453) 이하 기본적인 내용은 졸고, “횡령죄의 불가벌적 사후행위에 관한 판례의 변경”, 사법 24호, 사법발전재단(2013. 6.), 335~7 이하 인용ㆍ참조

454) 위 78도2175 판결, 92도2999 판결, 96도1755 판결 등

455) 횡령죄의 기수 시기에 관한 표현설(이재상, 형법각론, 407; 이영란, 형법학 각론강의, 396)의 입장에서는 영득의사가 외부로 표현될 경우 기수에 이르고 그 목적물에 대한 처분을 필요로 하지 아니한다고 본다. 그러나 이는 행위반가치만을 고려한 것으로 결과반가치를 고려하지 않았다는 점에서 타당성이 떨어진다. 영득의사가 외부로 표현된다 하여 바로 기수에 이는 것이 아니고, 이는 행위반가치 요소일 뿐이고 결과반가치 요소로 볼 것은 아니다. 결과반가치가 어느 정도 충족되었는가는 행위로 인한 법익침해의 정도를 구체적으로 살펴보아야 한다.

456) 가령 가분적인 대여금채권을 상속받은 자가 그 상속분을 넘는 금액을 영득하였을 경우, 대여금채권액 전부가 아니라 영득한 금액 상당만 횡령액이 된다고 본 대법원 2006. 6. 30. 선고 2005도5338 판결(채무자 법인의 대표이사인 피고인이 피상속인의 채무자 법인에 대한 대여금채권을 공동상속하고도 피고인이 단독으로 피상속인의 채무자 법인에 대한 채권을 변제받는 것으로 회계처리하면서 채무자 법인의 자금을 인출한 사안에서, 횡령금액을 잘못 산정한 원심판결을 파기한 사례) 참조

적인 1동의 건물을 권리의 대상으로 한다. 즉 가분의 단위는 1개의 필지(지분 포함) 혹은 1동의 건물이다. 따라서 지분으로 나누어지지 아니한 부동산은 그 일부에 대하여 영득의사를 표현하면 결국 전체를 영득한 것으로 취급된다[457]. 위탁된 부동산의 전체 가액 중 일부 가액을 채권최고액으로 하여 저당권이 설정된다고 하더라도, 그 저당권의 목적이 된 부동산 전체가 저당권자에게 담보로 제공되는 것이기 때문에, 결국 행위자는 부동산 전체를 횡령한 것으로 보아야 한다. 물론 지분으로 나누어진다면 이 경우에는 지분에 한하여 횡령죄가 성립한다고 볼 수 있을 것이다[458]

(2) 불가분적 물건에 대한 횡령죄 성립 이후에는 동일 물건에 대한 횡령죄가 다시 성립할 수 없다.

횡령죄는 물건의 위탁자인 소유자의 지배를 배제시키고 점유자가 그 물건을 지배하게 되는 것이므로, 위의 논리를 관철하면, 일단 물건 전체에 대하여 횡령죄가 성립한 이상 그 물건은 소유자의 지배가 배재되어 행위자의 지배 영역으로 들어오게 된 것이므로, 그 물건에 대하여 다시 영득행위를 하더라도 소유자의 지배를 배제한다는 요소가 탈락하게 되는바, 이미 법익침해가 완성되어 새로운 구성요건의 충족은 불가하다는 것으로 이해할 수 있다. 가령 가액 10억원의 부동산에 대한 불

457) 위 97도3282 판결

458) 대법원 1997. 1. 20. 선고 96도2731 판결[피고인은 1993. 8. 3. 피해자 김태희로부터 판시 정릉주유소와 고덕주유소의 대지와 건물에 관하여 명의신탁해지를 원인으로 한 소유권이전등기의 소송을 제기받자 그 소송비용을 마련하기 위하여 피고인이 위 김태희로부터 명의수탁받은 이 사건 목동 주유소의 대지와 건물의 2분의 1 지분에 대하여 같은 달 21. 채권최고액 금 250,000,000원(원심판결의 금 200,000,000원은 착오기재로 보임), 권리자 이영일로 하는 내용의 근저당권설정등기를 경료하였다는 것이므로, 이 때에 피고인으로서는 위 부동산 지분 전체에 대한 불법영득의 의사를 외부에 객관적으로 나타냄으로써 위 부동산 지분 전체에 대한 횡령죄는 이미 완성되었다고 할 것이다. 따라서, 그 후 피고인이 위 근저당권설정등기를 말소하여 피해자의 소유권에 대한 침해를 회복하지 아니한 상태에서, 위 부동산 지분 중 5분의 1을 1993. 9. 20. 공소외 박우익에게 금 180,000,000원에 매도처분하여 동인에게 소유권이전등기를 경료해 주었다 하더라도, 이는 위 부동산 지분에 대한 횡령행위 완료 후에 행하여진 횡령물의 처분행위로서 위 횡령행위에 의하여 평가된 것으로 볼 수 있는 범위 내의 것이라고 할 것이니, 피고인의 위와 같은 행위가 별개의 횡령죄를 구성하지는 않는다고 보아야 할 것이다]을 보면, 2분의 1지분을 수탁한 자가 그 중 5분의 1지분을 처분하였을 경우 5분의 1지분에 대하여 횡령이 성립한다는 취지로 읽을 수 있다. 또한 위 2000도310 판결도 지분을 위탁받은 자가 그 지분을 처분한 것을 횡령으로 인정하고 있다.

법영득의사의 발현으로 채권최고액 100만원의 근저당권을 설정하면, 그 부동산 전체에 대하여 횡령죄가 성립하는 것이며, 이후 행위자 그 부동산에 추가로 100만원의 근저당권을 설정하거나 이를 매도하더라도 후자는 이미 법익침해가 완성된 이후의 행위이기 때문에 불가벌인 것이다. 이는 절도범이 절취한 재물을 손괴할 경우와 유사하다. 이러한 법논리적 귀결이 형평에 어긋난다고 볼 수 없다.

(3) 배임죄와의 구별

이득죄인 배임죄의 경우에는 재산상 이익을 대상으로 하지만, 영득죄인 횡령죄는 재물을 대상으로 한다. 부동산을 보관하는 자가 부동산을 매각하거나 이에 저당권을 설정하는 행위는 부동산 자체를 매도하거나 부동산 자체를 담보로 제공하는 행위를 통하여 재물 자체를 영득하는 것이므로, 이를 배임죄로 규율할 수는 없다.

다. 기존 판례 법리의 문제점[459]

(1) 1개의 부동산도 분리 가능하다.

부동산에 대하여 지분제도가 인정되어 있기 때문에 법제도상 1개의 부동산도 분리가능하다. 따라서 분리가능성을 전제하면 1개의 부동산에 대하여 1회의 영득만이 가능하다는 '영득의 1회성' 가설은 타당성이 떨어진다.

(2) 일반적인 상식과 어긋난다.

기존 판례의 가장 큰 문제는 일반적인 상식과 어긋난다는 점이다. 만약 10억원의 부동산을 그 시가에 매도하여 그 대금을 받을 경우 이는 부동산 자체를 영득한 것으로 보는 것에 부당함이 없을 터이지만, 10억원의 부동산을 담보로 제공하고 1억원을 빌린 후 채권최고액을 1억원으로 하는 근저당권을 설정하였을 경우 부동산 자체가 담보로 제공된 것이기 때문에 10억원의 부동산 자체를 영득하였다고 보는 것은 상식에 어긋난다. 특히 이는 행위자의 행위 정도와 다르게 책임이 부과될 수 있다는 점에서 책임원칙에도 반할 소지가 있다. 또한 그 근저당권설

459) 이하 기본적인 내용은 졸고, "횡령죄의 불가벌적 사후행위에 관한 판례의 변경", 337~8 인용 · 참조

정자인 행위자가 그 후 그 부동산에 채권최고액 5억원의 근저당권을 추가로 설정하였을 경우 이에 대하여 이미 선행 근저당권설정행위에 의하여 부동산 자체를 영득한 것이기 때문에 후행 근저당권설정행위는 불가벌이라고 보는 것도 어색하다. 이를 단순히 양형자료로 고려할 수 있다는 견해[460]도 있으나, 일반적인 상식에 맞지는 않는다[461].

또한 기존 판례에 의하면 명의신탁 부동산에 대해 소액의 임의처분행위를 하여 가벼운 형으로 처벌받은 사람이 있을 경우 이후 추가로 거액의 임의처분행위를 하더라도 그 사람을 더 이상 횡령죄로 처벌할 수 없지만, 다른 한편, 명의신탁 부동산에 대해 임의의 저당권을 설정한 자가 채무를 변제하여 저당권을 말소시킨 다음 다시 임의의 저당권설정행위를 하면, 그 사람은 별개의 새로운 소유권을 침해하였다는 이유로 횡령죄로 처벌되었는데[462], 양자를 대비해 보면, 전자는 불법영득의사를 더욱 발전시켜서 범죄의 규모를 키우는 악질적 사안임에도 불구하고 불처벌로 되는데 반하여, 후자는 저당권 등을 말소하여 소유권을 원상회복시켰다는 긍정적 요소가 있음에도 불구하고 재차 횡령죄로 처벌되었는바, 이는 명백히 모순이라고 하지 않을 수 없다[463].

(3) 법적용의 불명확성 및 처벌의 불균형

1983. 12. 31. 법률 제3693호로 제정된 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률(이하 '특경가법'이라 함) 제3조[464]의 적용과 관련하여 현실적으로 문제된다. 기존 판례의 논리를 관철하면, 10억원 상당의 부동산에 1억원의 근저당권을 설정할 경우에도 이를 부동산 자체를 영득한

460) 김창종, "불가벌적 사후행위의 범위", 재판자료 50집(1990), 222

461) 이상원, "횡령죄의 이득액과 가벌적 후행행위 (상)", 저스티스 131호, 한국법학원(2012), 181; 정웅석, "명의신탁과 불가벌적 사후행위", 형사법의 신동향 통권 8호, 대검찰청(2007. 6.), 169

462) 위 78도2175 판결

463) 신동운, "횡령 후의 횡령죄 성립 여부", 294

464) 제3조(특정재산범죄의 가중처벌) ① 「형법」 제347조(사기), 제350조(공갈), 제351조(제347조 및 제350조의 상습범만 해당한다), 제355조(횡령·배임) 또는 제356조(업무상의 횡령과 배임)의 죄를 범한 사람은 그 범죄행위로 인하여 취득하거나 제3자로 하여금 취득하게 한 재물 또는 재산상 이익의 가액(이하 이 조에서 "이득액"이라 한다)이 5억원 이상일 때에는 다음 각 호의 구분에 따라 가중처벌한다.
1. 이득액이 50억원 이상일 때: 무기 또는 5년 이상의 징역
2. 이득액이 5억원 이상 50억원 미만일 때: 3년 이상의 유기징역
② 제1항의 경우 이득액 이하에 상당하는 벌금을 병과(倂科)할 수 있다.

것으로 본다면 특경가법 제3조 제1항 제2호가 적용되어 3년 이상의 징역형 및 벌금형이 병과될 수 있어야 한다. 그러나 판례는 이 경우 이득액이 얼마인가를 따져서 결론을 도출한다[465]. 이는 특경가법에 대하여는 기존 판례의 논리를 그대로 적용하지 않는 것이다. 그리고 근저당권 설정으로 인한 횡령의 경우에 무엇을 기준으로 일반 형법상의 횡령 혹은 특경가법상의 횡령을 적용할 것인지도 문제된다. 횡령죄는 위험범이므로 부동산 자체가 경매실행될 경우에 실질적으로 손해액의 최대한이 그 기준이라는 견해가 있을 수 있고, 부동산 자체의 가액을 기준으로 하여야 한다는 견해가 있을 수 있으며, 채권최고액이라는 견해가 있을 수 있고 횡령행위로 실제로 얻게 된 금원 상당이라는 견해가 있을 수

---

465) 대법원 2009. 6. 11. 선고 2009도2880 판결(상고기각)의 원심인 서울고법 2009. 3. 26. 선고 2009노86 판결은 "형법 제355조 제1항의 횡령죄는 타인의 재물을 보관하는 자가 그 재물을 횡령하거나 그 반환을 거부함으로써 성립하고, 그 재물의 가액이 얼마인지는 문제되지 아니하는 데 비하여, 횡령으로 인한 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반죄에 있어서는 횡령한 재물의 가액이 5억 원 이상 또는 50억 원 이상이라는 것이 범죄구성요건의 일부로 되어 있고 그 가액에 따라 그 죄에 대한 형벌도 가중되어 있으므로, 이를 적용함에 있어서는 횡령한 재물의 가액을 엄격하고 신중하게 산정함으로써, 범죄와 형벌 사이에 적정한 균형이 이루어져야 한다는 죄형균형 원칙이나 형벌은 책임에 기초하고 그 책임에 비례하여야 한다는 책임주의 원칙이 훼손되지 않도록 유의하여야 한다(대법원 2007. 4. 19. 선고 2005도7288 전원합의체 판결 참조). 따라서 타인의 재물을 횡령한 경우에 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조의 적용을 전제로 하여 그 재물의 가액을 산정함에 있어서는, 횡령행위의 태양에 따라 소비, 반출, 은닉, 매각, 증여, 교환 등의 경우에는 그 재물의 시가 상당액이 곧 그 가액이라고 볼 것이지만, 이 사건과 같이 담보제공으로 인한 횡령의 경우에는 담보권 자체의 가치에 중점이 있기 때문에 위 소비, 매각 등으로 인한 횡령의 경우와 다르게 취급하는 것이 마땅하다고 할 것이므로, 특별한 사정이 없는 한 담보권의 채권최고액 범위 내에서의 피담보채권액을 이득액이나 피해액으로 보는 것이 일반의 상식에도 부합한다고 할 것이다. 또한 특정물을 담보로 제공하고 대출받은 경우 피담보채권액 상당의 재산상의 이익을 취득한 배임죄로 평가할 수 있는 점에 비추어 보면, 같은 행위를 횡령죄로 평가하는 경우에도 그 이득액을 횡령물의 가액이 아니라 피담보채권액으로 보는 것이, 배임죄와의 관계에서 보더라도 타당한 해석이라 아니할 수 없다. 나아가 이득액이 범죄구성요건의 일부로 되어 있는 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반죄에 있어서는 특정물을 담보로 제공함으로써 횡령행위가 완성하는 경우에, 특정물 전부에 대하여 횡령행위가 완성하는 것이 아니라 특정물 중 일부(피담보채권액 부분)에 대하여만 횡령행위가 완성하는 것으로 해석하는 것이 타당하고, 만약 특정물 전부에 대하여 횡령행위가 완성하는 것으로 해석한다면 특정물 전부의 시가 상당액에서 피담보채권액을 빼고도 잔존가치가 있어 이를 담보로 추가 대출받는 경우 이러한 추가 대출행위는 이른바 불가벌적 사후행위에 해당한다 하여 별도의 횡령죄를 구성하지 아니한다고 보아야 할 것인데 이러한 해석이 불합리함은 다언을 요하지 않는다고 할 것이다."고 하여, 배임죄와의 관계상 특경가법(횡령)의 이득액은 실제 이득액에 한정되어야 함을 밝히고 있다.

있다. 결국 법적용 기준이 불명확해지는 것으로 이는 형법과 특경가법의 횡령죄 적용의 구별경계인 5억원 선상에서 특히 문제될 수 있다. 또한 동일 부동산에 관하여 1억원의 근저당권을 설정한 후 7억원의 근저당권을 설정한 자와 7억원의 근저당권을 설정한 후 1억원의 근저당권을 설정한 자는 전체적으로 볼 경우 동일하다고 보아야 함에도, 선행행위에 대하여만 전자에 대하여는 특경가법상의 횡령이, 후자에 대하여는 일반 형법상의 횡령이 적용된다고 본다면 그러한 처벌의 불균형에 대하여 납득할 만한 설명을 할 수 없다.

(4) 선행행위가 공소시효 완성 등의 이유로 처벌 불가능한 경우

선행행위가 공소시효 완성, 책임 무능력 등의 사유로 처벌 불가능한 경우, 선행행위나 후행행위 모두 처벌할 수 없게 된다는 문제점이 있다[466].

이하 외국의 사례에 관하여 살펴보고, 특히 대법원의 기존 입장과 같은 결론에 이르렀던 일본의 경우 불가벌적 사후행위가 아니라 가벌적 행위로의 판례 변경이 있었는바, 이에 관하여 살펴본다.

2. 외국의 사례

가. 일본: 最高裁判所 2003. 4. 23. 判決의 소인(訴因) 이론[467]

(1) 공소사실

피고인은 종교법인 A의 책임임원인데 대표임원과 공모하여, 업무상 보관중인 A 소유 제1토지를 매각한 후 이전등기하여 횡령하고, 업무상 보관중인 A 소유 제2토지를 매각한 후 이전등기하여 횡령하였다.

(2) 원심이 인정한 사실관계

피고인은 그 전에 제1토지에 대하여 제1, 2근저당권을 설정하였다. 피고인은 그 전에 제2토지에 대하여 제3근저당권을 설정하였다.

(3) 원심의 판단

---

466) Harro Otto, Grundkurs Strafrecht: Allgemeine Strafrechtlehre, Berlin: de Gruyter, 2004, S. 352

467) 이하 기본적인 내용은 졸고, “횡령죄의 불가벌적 사후행위에 관한 판례의 변경”, 338~41 인용 · 참조

제1, 3근저당권의 설정경위와 그 차입금의 사용용도가 분명하지 않아, 그 근저당권설정행위가 횡령죄를 구성하는지가 명료하지 않고, 가령 횡령죄를 구성한다고 하더라도 공소시효가 완성되었다. 그리고 제2근저당권설정은 횡령에 해당하는데, 제1토지의 매각과 제2근저당권설정과는 토지 매각이 훨씬 중요하다고 하여, 제1, 2토지를 매각한 것이 각 근저당권설정과의 관계에 있어서 소위 불가벌적 사후행위라는 점을 부정하고, 공소사실을 유죄로 인정한 제1심을 유지하였다.

(4) 피고인의 상고이유

종전 最高裁 1956(昭和31). 6. 26. 判決(甲이 소유하는 부동산을 제3자에게 매각하였지만, 소유권이전등기를 하지 않은 것을 기화로, 乙에게 그 부동산에 저당권을 설정한 경우 횡령죄가 성립하고, 그 후 乙에게 부동산소유권이전등기를 해 주어도, 별개로 횡령죄를 구성하지 않는다[468])에 반한다.

(5) 最高裁의 판단

위탁을 받아 타인의 부동산을 점유하는 자가, 거기에 임의로 저당권을 설정하고 그러한 취지의 등기를 마친 후에도 그 부동산은 타인의 물건이고, 수탁자가 그것을 점유하고 있는 것에 변함이 없으며, 수탁자가 그 후에 그 부동산을 임의로 매각하는 등의 소유권이전행위를 하고 그 취지의 등기를 마친 때에는 위탁의 임무에 반하여, 그 물건에 관하여 권한 없이, 소유자가 아니라면 할 수 없는 처분을 한 것에 다름 아니다. 따라서 매각 등에 의한 소유권이전행위에 대하여 횡령죄의 성립 자체는 이를 긍정할 수 있다고 말할 수 있으며, 선행의 저당권설정행위가 존재하는 것은, 후행의 소유권이전행위에 있어서 범죄의 성립 자체를 방해하는 사정이 될 수는 없다고 해석함이 상당하다[469].

---

468) 甲がその所有する不動産を第三者に売却したが、所有権移転の登記をしていないのを奇貨とし、乙に対し右不動産に抵当権を設定した場合は、横領罪が成立し、その後乙に右不動産の所有権を移転しその登記をしても、別に横領罪を構成しない。

469) 委託を受けて他人の不動産を占有する者が、これにほしいままに抵当権を設定してその旨の登記を了した後においても、その不動産は他人の物であり、受託者がこれを占有していることに変わりはなく、受託者が、その後、その不動産につき、ほしいままに売却等による所有権移転行為を行いその旨の登記を了したときは、委託の任務に背いて、その物につき権限がないのに所有者でなければできないような処分をしたものにほかならない。したがって、売却等による所有権移転行為について、横領罪の成立自体は、これを肯定することがで

그와 같이 소유권이전행위에 대하여 횡령죄가 성립하는 이상, 선행 저당권설정행위에 대하여 횡령죄가 성립하는 경우에 있어서 동죄와 후행의 소유권이전에 의한 횡령죄와의 죄수평가의 여하와 관계없이, 검찰관은 사안의 경중, 입증의 난이 등 제반의 사정을 고려하여, 선행의 저당권설정행위가 아니라, 후행의 소유권이전행위를 이유로 공소를 제기할 수 있다고 해석된다.

또한 그러한 공소를 제기받은 법원은, 소유권이전의 점만을 심리의 대상으로 해야 하고 범죄의 성립 여부를 결정함에 있어, 그 매각에 선행하여 횡령죄를 구성하는 저당권설정행위가 있었다고 하는, 소인 외(訴因 外) 사정에 파고 들어가 심리판단할 것은 아니다. 그러한 경우 피고인에 대하여, 소인 외의 범죄사실을 주장 입증하는 것에 의해 소인이 되어 있는 사실에 대해 범죄의 성부를 다투는 것을 허용하는 것은, 소인 외의 범죄사실을 둘러싸고, 피고인은 범죄성립의 증명을, 검찰관은 범죄불성립의 증명을 지향하는 등, 당사자 쌍방에 부자연스러운 소송활동을 행하게 하는 것이 될 지도 몰라, 소인(訴因)제도를 채택하는 소송절차의 본지에 부합하지 않는다고 할 것이다.

이상의 점은 업무상횡령에도 다르지 않다.

그렇다면 본건에 있어서, 피고인이 본건 제1토지에 있어서 제1, 2저당권을 설정하고, 제2토지에 제3근저당권을 설정하여, 각각 그 취지의 등기를 마친 것은, 그 후 피고인이 그 토지 등을 매각하여 그 취지의 각 등기를 마친 것을 업무상횡령죄로 의율하는 것에 방해가 되지 않는다. 따라서 본건 제1, 2토지 매각에 관한 소인에 있어서 업무상횡령죄의 성립을 인정하고, 각 범죄사실을 인정한 제1심판결을 유지한 원판결의 결론은 정당하다.

이상과 같이, 형소법 제410조 제2항에 의하여, 본건 인용판례를 당원의 상기 견해에 반하는 한도에서 변경하고, 원판결을 유지하는 것이 상당하다고 인정되므로, 소론의 판례위반은 결국 원판결파기의 이유가 되지 않는다.

きるというべきであり、先行の抵当権設定行為が存在することは、後行の所有権移転行為について犯罪の成立自体を妨げる事情にはならないと解するのが相当である。

(6) 위 판결에 대한 평가

위 최고재판소 판결의 사안은 근저당 설정 후 이전등기를 마친 경우에 관한 사안이다. 최고재판소 판결의 요지는 결국, 검사는 사안의 경중 등을 고려하여 이전등기를 마친 행위를 기소하면 되고, 법원은 공소제기된 이전등기를 마친 행위에 대하여만 판단하면 된다는 것으로, 소인(訴因)은 '이전등기 사실'이므로, 이전등기에 앞선 근저당권설정행위는 이전등기로 인한 횡령죄의 성립에 영향이 없다는 것이고, 피고인은 소인 외(訴因 外)의 사실인 근저당권설정 사실을 주장하여 소인(訴因)인 이전등기로 인한 횡령죄의 성립을 부정할 수 없다는 것이다. 다만, 선행 근저당권설정행위가 이미 유죄 판단을 받았다면, 소인(訴因)을 달리하는 이후의 이전등기행위는 불가벌적 사후행위인지 가벌적 행위인지 여부에 대하여는 명시적인 기준을 제시하지 않았다.

우리 법제에서 위 최고재판소 판결을 원용할 수 있을 것인지에 관하여는 견해의 대립이 가능할 수 있다. 위 일본의 판례가 소인개념을 기초로 판단하였지만, 그 기본전제는 선행 근저당권설정행위보다 후행 이전등기로 인하여 법익 침해가 더 증가하였으므로, 선행 행위에 의하여 침해되지 아니한 새로운 법익이 침해된 이상 불가벌적 사후행위가 아니라는 사고에 근거한 것으로 볼 수 있다[470]. 일본 학설도 "이에 의하여, 횡령 후의 횡령행위에 관해, 불가벌적 사후행위는, 부정되었다. 횡령은, 저당권의 설정이라고 하는 부분적인 소유권의 침해에 의해 성립하지만, 그 후의 횡령행위에 의해서 오히려 남아있던 소유권이 침해된 때, 횡령 후의 횡령은, 새로운 법익침해이고, 불가벌적 사후행위로서의 선행의 횡령에 흡수되지 않는다고 하는 것이다."라고 위 판결을 설명하고 있다[471]. 이는 결국 후행행위의 법익침해가 선행행위가 침해하지 않은 법익을 침해하였다고 평가된다면 후행행위는 불가벌적 사후행위로 되지

470) 1심 판결을 인용한 항소심 판결은, "토지를 담보로 제공하였다고 하는 선행행위는, 토지가 가지고 있는 경제적 가치만을 침해한 행위임에 반해, 토지의 매각이라고 하는 후행행위는, 경제적 가치를 포함, 토지가 가진 가치 전부를 제3자에게 양도하는 것이고, 선행행위에 대한 위법평가에 포함되어 있지 않다(土地を担保に入れるという先行行為は、土地が有する経済的価値のみを侵害する行為であるのに対し、土地の売却という後行行為は、経済的価値を含め、土地が有する価値のすべてを第三者に譲渡するものであって、先行行為に対する違法評価に包含し尽くされていない)."라고 하고 있다.

471) 山中敬一, 刑法各論 I, 398

않는다는 취지로 볼 수 있다. 즉 일본 형사소송법에 특유한 소인개념이 위 최고재판소 판결의 결론에 영향을 미친 것은 분명한 것으로 보이지만, 다른 한편으로는 불가벌적 사후행위의 요건이 충족되지 않았다는 관점에서 위 판결의 결론이 도출된 것으로 이해할 수도 있다. 원칙적으로 "불가벌적 사후행위이기 때문에 후행 횡령행위를 동시에 기소하여 처벌할 수 없지만, 입증의 난이도, 후행행위의 처벌 필요성 등에 대한 검토 등을 통해 후행행위만을 횡령죄로 기소할 수 있고(일죄의 일부기소), 이때 법원은 공소사실로 기재되지 않은 선행행위를 심리, 판단할 수 없다고 하겠으며, 아울러, 공소시효완성, 책임조각사유 등을 이유로 선행행위를 처벌할 수 없는 경우, 선행행위의 가벌 평가에 포괄되지 않기 때문에 후행행위를 횡령죄로 처벌할 수 있다."는 것이다[472].

그러나 위 최고재판소 판결은 구체적 타당성의 관점에서 새로운 입론을 한 것으로 평가할 수는 있겠지만, 그러한 입론은 일본 형사소송법 특유의 소인 개념에서 비롯한 것인데, 우리 형사소송법에는 소인 개념을 두고 있지 않다는 점에서 이를 그대로 수용할 수는 없다. 선행행위에 대해 횡령죄가 성립됨을 전제로 후행행위를 다시 횡령죄로 처벌할 수 있는가의 논의를 함에 있어서, 비록 실체는 소송법적으로 형성되기 때문에 형벌권의 기초가 되는 범죄사실은 선험적으로 존재하는 것은 아니라고 할지라도[473], 선행행위의 처벌 여부의 불명확성을 이유로 후행행위를 처벌할 수 있다고 보는 것은, 논지의 핵심을 빗겨가는 것이다[474]. 소인 이외의 사실에 대한 피고인과 검사의 입증활동을 허용할 경우, 피고인은 선행행위의 범죄성립을, 검사는 선행행위의 범죄불성립을 입증하여야 하는 등 당사자 쌍방에 부자연스러운 소송활동을 하게 하는 것은 타당하지 않다는 고려가 깔린 것이라는 견해[475]도 있으나,

---

472) 권창국, "횡령행위 후의 횡령죄 성립가능성에 관한 검토", 형사재판의 제문제 제6권, 박영사(2009), 362

473) 高木俊夫, "委託を受けて管理する他人の不動産にほしいままに抵當權を設定しその登記を了した後にこれを賣却した行爲の犯罪性とその審理方法", ジュリスト No.1281, 有斐閣(2004. 12. 15.), 168

474) 같은 취지로 이상원, "횡령죄의 이득액과 가벌적 후행행위 (하)", 저스티스(2012. 10.), 246~7; 鈴木左斗志, "横領物の横領と共罰的事後行爲", 判例タイムズ No.1207(2006. 6. 15.), 47

475) 福崎伸一郎, "時の判例 - 最高裁 平成 15年 4月 23日 大法廷 判決", ジュリスト

피고인의 정당방위 주장에 대하여 상대방 침해행위의 범죄불성립을 입증하는 경우처럼, 검사에게 범죄불성립을 입증하여야 하는 경우가 없는 것도 아니며, 선행행위의 범죄불성립에 대한 입증책임은 종국적으로 검사에게 있다[476].

나. 독일

독일에서 횡령죄에 있어서 반복된 영득(wiederholte Zueignung)이 가능한 것인지에 관하여 다툼이 있다. 즉 행위자가 그의 영득의사를 특정한 물건에 대하여 상이하지만 연속적인 행위로써 표시할 수 있는지 여부가 문제된다. 이에 관하여는 동일 물건에 대한 반복적 영득의사의 표시는 각각 별개의 구성요건에 해당하고, 다만 후행 영득행위는 불가벌적 사후행위로 선행행위에 흡수된다고 보는 견해[477]와 타인의 물건을 가벌적 행위(절취, 횡령, 사기 등)에 의하여 영득한 범인은 구성요건상 물건을 더 이상 영득할 수 없다는 견해[478]로 나뉜다. 특히 제6차 개정을 통해 형식적 보충조항(formelle Subsidiaritätsklausel)이 들어왔지만, 이는 횡령과 대등한 형태의 범행에 대해 적용되는 것이지 반복된 영득행위에 대하여 적용되는 것은 아니기 때문에 여전히 문제된다고 한다[479]. 독일은 횡령죄의 객체가 동산으로 제한되어 있어 부동산에 대한 반복된 영득에 관한 사례는 없다.

다만 배임죄와 관련하여, 타인의 재산을 관리하는 자가 동일 부동산에 관하여 수개의 근저당권을 설정한 행위가 모두 처벌되는지, 아니면 최초의 근저당권설정행위만 처벌되는지에 관한 사례로, 스투트가르트 고등법원 판결 중 '권한 없는 자가 부동산등기부에 소유권이전등기 또

No.1255, 有斐閣(2003. 11. 1.), 140~1

476) 피고인은 주장책임(evidential burden: a burden of raising an issue. 의미상으로는 '쟁점화 책임'이라고 하는 것이 더 적절할 듯함)만을 부담하고 종국적인 설득책임(persuasive burden)은 검사에게 부과된다. 이상원, "횡령죄의 이득액과 가벌적 후행행위 (하)", 247. 영미의 형사소송에서 주장책임과 설득책임의 개념에 관하여는 Andrew Stumer, The Presumption of Innocence: Evidential and Human Rights Perspectives, Oxford and Portland Oregon(2010), 9 이하

477) Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, §246 Rn. 19

478) BGHSt 14, 38 v. 7. 12. 1959. (NJW 1960, 684)

479) Münchener Kommentar zum StGB, 2. Aufl., 2014, § 246 Rn. 38

는 토지채무(Grundschuld) 설정등기를 하는 것은 권한 있는 자에게 형법 제263조 및 제266조의 재산상 손해를 의미할 수 있다'[480]는 판결이 있다. 독일형법상 저당권설정등기와 같이 재산에 대한 물권적인 부담을 가하는 행위는 재산의 처분행위로서 배임행위에 해당한다고 일반적으로 보고 있다[481]. 위 판결에서 문제된 사안[482]에 대하여 법원은, 주택 부

480) OLG Stuttgart, Beschl. vom 14. März 1985 - 3Ss(14) 823/84 [NStZ 1985, 365 ff.] (이 판결의 검색·해석에 이춘근 판사의 도움을 받음)

1. Das Grundbuch ist ein öffentliches Buch i. S. der §271, 272 StGB, soweit es dingliche Rechte an einem Grundstück bezeugt.
2. Die Eintragung eines Nichtberechtigten im Grundbuch kann für den wahren Berechtigten einen Vermögensschaden i. S. der §263 und 266 StGB darstellen.
3. Wer die ihm trotz erloschener Vollmacht verbliebene Urkunde zum Nachteil des früheren Vollmachtgebers im Rechtverkehr verwendet, kann dadurch die Befugnis missbrauchen, über fremdes Vermögen zu verfügen.

481) Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, §266 Rn. 15; 독일에서 부동산담보권(Grundpfandrecht)으로는 저당권(Hypothek), 토지채무(Grundschuld), 정기토지채무(Rentenschul)로 나뉘고, 토지채무는 저당권과 달리 피담보채권의 존재를 전제하지 않으나 실제로는 채권담보를 위하여 설정되며 최고액저당보다 보전토지채무가 많이 이용된다고 한다. 김재형, 근저당권연구, 박영사(2000), 21, 36 이하

482) 사실관계는 다음과 같다.

피고인 A의 모인 증인 C는 1972년 주택 부지(Hausgrundstück)에 대한 강제집행을 추진하였다. 지정된 경매기일 직전에 증인 C는 그 주택 부지를 스스로 경락받기로 결정하였다. 증인 C는 경매기일에 출석하지 않으려 하였기 때문에, 2명의 피고인들에게 자신의 대리인으로서 위 주택 부지를 경락받고 그와 관련된 일련의 후속 업무를 처리하도록 위임하였다. 이러한 목적을 위하여 증인 C는 1972년 8월 14일 위 주택 부지와 관련된 모든 업무를 처리할 수 있는 권한을 피고인 각각에게 부여하는 내용의 서면 위임장에 서명하였다.

피고인 B는 1972년 8월 15일 증인 C의 대리인으로서 위 주택 부지를 135,000마르크에 경락받고 같은 해 가을에 그와 관련된 후속 업무를 처리하였다. 피고인 B가 증인 C에게 자신의 노고에 대한 대가로 경락받은 위 주택 부지의 절반을 자신의 처에게 양도해 줄 것을 요구하자, 피고인 B와 증인 C 사이에 다툼이 발생하였다. 증인 C는 1972년 10월 구두로 대리권을 철회하였으나 위임장을 반환받는 것을 소홀히 하였다.

피고인들은 1979년 위 위임장을 가지고 자신들이 양도받기를 원하는 위 주택 부지를 취득하기로 결심하였다. 이러한 의도로 피고인 B는 1979년 12월 17일 공증인의 면전에서 위 위임장을 제시하며 증인 C의 대리인으로서 자신의 처와 함께 공증인으로 하여금 증인 C와 자신의 처 사이의 권리부여계약(Ausstattungsvertrag)을 공증하게 하였고, 그 결과 자신의 처가 경락받은 위 주택 부지 중 550㎡를 취득하게 되었다. 그와 동시에 피고인 B는 또한 제출된 위임장을 근거로 증인 C의 참칭 대리인(angeblicher Vertreter)으로서 피고인 A와 사이에 피고인 A가 위 주택 부지 중 나머지 517㎡ 및 위 부지 지상 주택을 36,990마르크에 취득한다는 내용의 매매계약을 체결하였다. 약정된 매매대금은 증인 C가 사망한 후 상속인에게 지급되었다. 그 이후 피고인 B는 증인 C의 참칭 대리인으로서 물권적 합의를 하고 소유권이전등기에 동의하였다. 피고인 A가 1980년 9월 10일 등기부에 새로운 소유자로 등기되었다.

지에 관하여 소유권이전등기가 경료됨으로써 주택 부지의 경제적 가치에 대한 구체적 위험을 발생시키는 배임죄를 범한 다음, 토지채무설정등기를 경료함으로써 그 경제적 가치에 대한 '새로운' 구체적 위험을 발생시켜[483] 또 다른 배임죄를 범하였고 이는 경합범의 관계에 있다고 판시하였다.

그리고 연방대법원[484]과 소수설[485]은 주된 행위가 공소시효의 완성으로 처벌할 수 없게 되면 불가벌적 사후행위를 주된 행위와 별도로 처벌할 수 있다고 보고 있다.

다. 미국

주마다 부동산이 횡령의 대상이 될 수 있는지 여부에 관하여 달리 규정하고 있다. 일부 주들은 부동산도 횡령의 대상으로 보아[486] 그 처

증인 C가 위와 같은 사실을 알게 되자, 그녀는 1980년 9월 15일 위 주택 부지를 처분할 수 없다는 내용의 가처분을 피고인들에 대하여 하였다. 자신의 처와 협의 후 피고인 B는 1980년 9월 19일 알렌(Aalen) 등기소에 출석하여 공증대리인(Notarvertreter) D 면전에서 자신의 처의 서면 위임장을 제시하며 권리부여계약과 매매계약을 통하여 취득된 위 주택 부지에 340,000마르크를 초과하는 토지채무를 신청하였다. 그런 다음 피고인 B는 위 토지채무 설정등기를 신청하고 철회된 대리권에 관한 서류를 새로이 제시하며 물권적 합의를 하였으며, 증인 C를 위해 경료된 처분금지 가등기(die Vormerkung aus dem Verfügungsverbot)를 철회하였고, 자신의 이름으로 순위해제(Rangrücktritt)를 신청하였다. 그와 함께 피고인 B는 증인 C의 대리권에 기하여 위 토지채무신청에 동의하였다. 토지채무 설정등기와 동시의 순위해제 등기는 같은 날 경료되었다.

483) Durch diese Grundschuld, die gleichfalls gutgläubig erworben kann, wäre das Grundstück in seinem wirtschaftlichen Wert erneut konkret gefährdet worden.

484) BGH, 27. 10. 1992, 5 StR 517/92 : Es handelt sich um eine Nachtat, durch die die bereits erlangten Vorteile der durch Unterlassen begangenen Tat gesichert werden sollten; diese Nachtat ist hier wegen der Verjährung der Vortat strafbar. Der Senat hält an seiner Auffassung, daß die Nachtat nur dann und deshalb "straflos" gelassen wird, wenn und weil sie durch die Strafe für die Haupttat schon hinreichend gesühnt wird, fest. Bei der (mitbestraften) Nachtat geht es um die Bewertung einer selbständigen, tatbestandsmäßigen, rechtswidrigen und schuldhaften Handlung unter dem Gesichtspunkt der Strafbedürftigkeit. Der Unrechtsgehalt der (mitbestraften) Nachtat wird durch die Bestrafung der in erster Linie strafwürdigen Haupttat abgegolten. Kann eine Bestrafung der Haupttat nicht erfolgen, entfällt der Grund für die Straflösigkeit der Nachtat, ohne daß es darauf ankommt, weshalb die Haupttat straffrei bleibt.

485) Laufhütte/Saan/Tiedemann, Leipziger Kommentar StGB, 12. Aufl., Berlin: de Gruyter, 2012, Vor §52 Rn. 163

486) one (e.g., a trustee, agent, guardian) who has power to sell or mortgage

분 · 담보제공(mortgage)을 횡령으로 의율가능하다고 보지만[487], 다른 주들은 그러한 해석을 금지한다[488]. 법원은 연방법 하에서 공무원이 부동산을 횡령할 수 없다고 해석하였는데, 그 이유는 횡령은 동산(personal property)에 제한되어 있기 때문이라고 한다[489]. 미국 주석서에서, 일반적인 인식은 횡령죄는 절도죄에서 발전된 개념이므로 동산에 한정된다고 보고 있다고 한다[490]. 미국 판례 중 부동산을 횡령의 대상으로 본 판례로 People v. Roland 판결(1933)[491]이 있었다. 이는 캘리포니아 주법원에서 문제된 것으로, 부동산 소유자(principal)가 에이전트에게 부동산 1필지를 신탁하였고, 후에 그 소유자(신탁의 수익자. cestui que)가 소유권의 회복(re-conveyance)을 구하자, 수탁자인 에이전트는 자신의 소유라고 주장하며 반환을 거부한 사안이었다[492].

캘리포니아 형법전(California Penal Code) 제484조(section 484)

---

another's real estate, and who deprives the other of it by fraudulently transferring it to a bona fide purchaser or mortgagee, ought to be guilty of embezzlement. {3 Subst. Crim. L. § 19.6. (2d ed.) Embezzlement}

487) Model Penal Code and Commentaries (Official Draft and Revised Comments) Part Two, American Law Institute(1980), 167; Wayne R. LaFave, CRIMINAL LAW, West(2010), 998

488) http://embezzlement.uslegal.com/character-of-embezzled-property/ 참조 (2015. 5. 10. 방문) "There is some difference of opinion among various jurisdictions regarding the nature of real property as a subject of embezzlement. While some statutes hold that real property may be the subject of embezzlement, some others expressly bar such construction. Courts have also held that real property is not subject to embezzlement under a federal statute proscribing embezzlement by an officer because embezzlement is limited to items of personal property"

489) http://codes.lp.findlaw.com/uscode/18/I/31/657 참조(공무원이 행위 주체인 횡령 규정. 2015. 5. 10. 방문). 18 U.S. Code § 657 : Lending, credit and insurance institutions을 보면 행위 객체로 "any moneys, funds, credits, securities or other things of value belonging to such institution"이 규정되어 있다.

490) 26 Am. Jur. 2d Embezzlement § 14. Real Property (because embezzlement has acquired a well-established connotation approaching the sanctity of a common-law meaning, and is limited to items of personal property, similar to the offense of larceny, after which the statute prohibiting such embezzlement was patterned.)

491) 134 Cal. App. 675, 26 P.2d 517 (2d Dist. 1933) [Westlaw 판례검색에서 Yellow Flag가 붙어 있다. Yellow Flag는 negative treatment(선례로서 큰 가치는 없으나 여전히 유효한 취급)를 의미]

492) Orvill C. Snyder, "Word-Magic and The Embezzlement of Real Property", 28 Am. Inst. Crim. L. & Criminology 171 (1937) 참조

제1항이 “훔치거나(steal), 가지고 가거나(take), 들고 가거나(carry), 이끌고 가거나(lead), 혹은 가지고 떠나는(drive away)” 방법에 의한 행위를 규정하고 있고, 그 행위는 “동산(‘personal property’로 되어 있고, 이는 우리나라의 동산에 해당)”[493]을 객체(thing)로 규정하고 있다. 제2항은 “사술에 의해 자신에게 위탁된 재산(property)을 약탈하는 행위”를 규정하고 있다. 제503조 횡령죄는 “재산(property)을 위탁받은 사람의 사술적인 약탈이 횡령이다.”라고 규정하고 있다[494]. 제484조 제1항에 비추어 제484조 제2항의 재산(property)은 동산으로 해석함이 맞겠지만, 캘리포니아 주법원은 제1항이 ‘personal property’로 규정함에 반하여 제2항과 제503조는 ‘property’라고 규정하고 있으므로, ‘property’에는 ‘real and personal property’가 포함된다고 해석하였다. 행위의 비난 정도에 비추어 보면, ‘property’라는 단어의 의미는 협의의 절도(larcency)보다 횡령(embezzlement)에서 더 넓게 해석되어야 한다는 것이다[495].

위 판결과 비슷한 시기에 조지아 주법원에서 선고된 Manning v. State 판결 (1932)[496]의 경우 횡령의 객체에서 부동산을 제외한다는 판시를 하였다. 조지아 형법전[497]의 조문 형식은 캘리포니아 형법전과

493) 우리나라의 동산에 해당하는 것이다. “Everything that is the subject of ownership that does not come under the denomination of real property; any right or interest that an individual has in movable things.” http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/personal+property 참조 (2015. 5. 10. 방문)

494) Embezzlement is the fraudulent appropriation of property by a person to whom it has been entrusted. 현재도 동일하게 규정되어 있다. http://www.leginfo.ca.gov/cgi-bin/displaycode?section=pen&group=00001-01000&file=503-515 참조(2015. 5. 10. 방문)

495) 위 캘리포니아 주법원의 판단을 지지하는 입장으로는 Orvill C. Snyder, 위 논문, 164, 165, 171, 172 (1937). 캘리포니아 형법전의 특이성에서 가능한 해석이었다고 하면서, 상당수의 재산에 대해 신탁이 이루어지던 당시(1930년대)에 형사처벌이라는 강력한 도구로 이러한 신탁행위를 보호하는 것은 필요하다고 기술하고 있다.

496) 175 Ga. 875, 166 S. E. 658 (1932)

497) 타인으로부터 약속어음(note), 환어음, 채권, 수표(check), 은행환어음(draft), 우편환(money order), 면 또는 다른 생산물, 또는 다른 제품 또는 가치가 있는 물건을 소유자 또는 이를 배달하는 자의 사용 또는 이익을 위하여 신탁 받은 자가 자신의 사용을 위해 이를 사기적으로 유용하는 경우, 1년 이상 5년 이하의 징역이나 노역에 처한다(If any person who has been intrusted by another with any note, bill of exchange, bond, check, draft, order for the payment of money, cotton or other produce, or any

다르기 때문으로 보인다[498]. 그 외 오하이오 주법원에서 선고된 State v. Clark 판결 (1938)[499]도 마찬가지로 해석하였는바, 위와 같은 조지아 주법원의 해석이 일반적인 것으로 인정되는 것으로 보인다. 다만 그 이후 American Law Institute에 의하여 1962. 제정된 모범형법전(Model Penal Code)은 횡령(embezzlement)을 포함하는 광의의 절도(theft)의 객체에 부동산이 포함된다는 것을 규정하여, 그 후 다수의 주에서 모범형법전의 규정을 수용하였다[500].

신탁받은 부동산에 대하여 신탁자의 의사에 반하여 저당권을 설정하는 행위는 미국법상으로는 신탁의 파기 행위(Breach of Trust)에 해당한다. 다만 신탁 파기행위는, 그에 따른 민사 손해배상을 청구하는 것이 일반적이므로, 미국 판례상 부동산에 대한 담보설정행위에 관하여 불가벌적 사후행위가 논해진 경우는 찾기 어려웠다.

라. 영국

영국의 경우 2007. 1. 15. 시행된 Fraud Act 2006 제4조[501]에서

---

other article or thing of value, for the purpose of applying the same fot the use or benefit of the owner or person delivering it, shall fraudulently convert the same to his own use, he shall be punished by imprisonment and labor in the penitentiary for not less than one year nor longer than five years). Sec. 192 of the Penal Code of 1910. {Orvill C. Snyder, 위 논문, 173}

498) Orvill C. Snyder, 위 논문, 165

499) 60 Ohio App. 367, 21 N.E. 2d 484 (1938)

500) Model Penal Code and Commentaries (Official Draft and Revised Comments) Part Two, 167~8

501) http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/35/section/4 참조 (2015. 5. 10. 방문). 위 사이트에서 조문에 관한 설명으로 '이 조문에 대해 현재까지 알려진 현저한 효과는 없다(There are currently no known outstanding effects for the Fraud Act 2006, Section 4).'고 기재되어 있으나 업데이트되지 아니한 기재로 보인다.

4 Fraud by abuse of position

(1) A person is in breach of this section if he—

(a) occupies a position in which he is expected to safeguard, or not to act against, the financial interests of another person,

(b) dishonestly abuses that position, and

(c) intends, by means of the abuse of that position—

(i) to make a gain for himself or another, or

(ii) to cause loss to another or to expose another to a risk of loss.

(2) A person may be regarded as having abused his position even though his conduct consisted of an omission rather than an act.

우리나라의 배임행위에 해당하는 조문을 신설하였다. 이에 대하여 영미법의 전통에서는 신뢰의 파괴 행위는 민사적으로 규율되었기 때문에 신뢰의 파괴(breach of confidence)를 범죄화하는 것에 대한 우려,[502] 그리고 그 내용의 불명확성에 대한 우려[503]가 있었다. 그러나 현재 위 규정은 신뢰관계 위반행위 전반에 대하여 적용되고 있는 것으로 보인다[504].

---

502) Ben Allgrove/Simon Sellars, "The Fraud Act 2006: is breach of confidence now a crime?", Journal of Intellectual Property law & Practice (Oxford University, 2009), 278~282의 Abstract에 "Legal context Section 4 of the Fraud Act 2006 created a new criminal offence for persons dishonestly abusing a position of trust intending to gain a financial advantage. During its passage through Parliament, concern was raised that the section 4 offence would criminalize breach of confidence. This concern was dismissed by the Government, who maintained that it was not intended to intrude into the field covered by the civil field of breach of confidence."라고 한 것으로 보아, 우리나라의 배임죄에 해당하는 breach of trust(breach of confidence)가 Fraud Act 2006 제정 전까지는 범죄로 규정되어 있지 않았던 것으로 보인다.
http://jiplp.oxfordjournals.org/content/4/4/278.abstract 참조 (2015. 5. 10. 방문)

503) David Ormerod, "The Fraud Act 2006 – Criminalising Lying?", [2007] Criminal Law Review 193; Jennifer Collins, "Fraud by Abuse of Position: Theorising Section 4 of the Fraud Act 2006", [2011] Crim. L. R. 513

504) R v Gale [2008] EWCA Crim 1344 {DHL에서 근무하는 피고인은 자신이 '알려진 물건(known goods)'라고 표시할 경우 별다른 검사 없이 세관을 통과할 수 있는 서류를 작성할 권한을 가지고 있었는데, 100파운드를 받고 미국에서는 불법적인 물건(17만달러 상당)에 대하여 별다른 검사 없이 '알려진 물건'이라는 표시를 해 주었던 사안. Janet Loveless, Complete Criminal Law: Text, Cases, and Materials, Oxford University Press(2014), 639; 다만 피고인이 누구에 대하여 fiduciary duty를 부담하는지에 관하여 판결 내용에 명시적인 판단이 없다는 비판이 있다. Andrew Bodner, "The Fraud Act and the Future of Fraud Prosecution", Presentation on the Fraud Act at Butterworths Serious Crime Conference, London, 2010. 3. 30., 3 (https://www.matrixlaw.co.uk/Articles.aspx 참조. 2015. 7. 5 방문)}; R v Marshall [2009] EWCA Crim 2076 {지능이 다소 모자라는 사람을 위하여 예금통장을 관리해 주던 피고인이 그 사람의 예금계좌에서 7,600 파운드를 인출하여 사용한 사안. Jacqueline Martin and Tony Storey, Unlocking Criminal Law, Routledge(2013), 509}; R v Chase [2010] EWCA Crim 1630 {서비스를 공급하는 계약자들과의 계약감독업무를 담당하는 일을 하는 피고인이 컴퓨터시스템을 조작하여 그가 사적으로 원하는 물품들을 적법한 청구서에 넣어서 계약자들로 하여금 공급하도록 하여 그 물품들을 취득한 사안. http://www.cps.gov.uk/legal/s_to_u/sentencing_manual/fraud_by_abuse_of_position/ 참조 (2015. 6. 22. 방문)}; R v Woods [2011] EWCA Crim 1305 (베팅 가게의 부매니저가 고객의 베팅을 1파운드에서 100파운드로 바꾸어 1000파운드를 배당받은 다음 고객에게는 10파운드를 주고 자신이 990파운드를 취득한 사안. Janet Loveless, 위 책, 639)

이러한 신뢰관계 위반행위는 그 이후 제정된 Bribery Act 2010 제2조[505]와 중첩되어 적용될 여지도 있다[506]. 다만 배임행위 관련하여 불가벌적 사후행위 여부가 다루어진 예는 찾기 어려웠다.

마. 캐나다

위탁받은 재산에 관하여 신탁 파기행위를 한 후, 또다시 신탁 파기행위를 한 경우 다시 처벌이 되는 것인지에 관하여는 명시적인 사안은 발견할 수 없었으나, 다만 정확히 불가벌적 사후행위가 문제된 사례는 아니지만, 회사의 관리자가 자신이 관리하는 다른 회사의 자금 마련을 위하여 회사 재산을 담보로 제공하여 수회에 걸쳐 대출금을 받아 빼돌린 사안에서 법원은 이를 포괄하여 처벌한 사례[507]가 있다. 위 사안에서 저당권 대출금들(mortgage advances)이라는 용어에서 보아 동일 부동

---

505) Bribery Act 2010
Section 2 Offences relating to being bribed
(1) A person ("R") is guilty of an offence if any of the following cases applies.
(2) Case 3 is where R requests, agrees to receive or accepts a financial or other advantage intending that, in consequence, a relevant function or activity should be performed improperly (whether by R or another person).
(3) Case 4 is where—
(a) R requests, agrees to receive or accepts a financial or other advantage, and
(b) the request, agreement or acceptance itself constitutes the improper performance by R of a relevant function or activity.
http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/section/2 참조 (2015. 6. 25. 방문)

506) Law Commission(Great Britain), Reforming Bribery, The Stationery Office(2008). 39. 위 Bribery Act 2010 Section 1의 규율대상이 되는 행위(Bribe를 제공하는 행위)는 그 상대방이 공무원에 한정되지 않는다. 따라서 우리나라의 배임증재에 해당하는 행위도 규율대상으로 한다.
Section 1 Offences of bribing another person
(1) A person ("P") is guilty of an offence if either of the following cases applies.
(2) Case 1 is where—
(a) P offers, promises or gives a financial or other advantage to another person, and
(b) P intends the advantage—
(i) to induce a person to perform improperly a relevant function or activity, or
(ii) to reward a person for the improper performance of such a function or activity.
http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/section/1 참조 (2015. 6. 25. 방문)

507) Duncan W. Glaholt/Markus Rotterdam, "Breach of Trust - Are You Exposed?", 49 Construction Law Report (2d), 1998, 245

산에 대하여 저당권을 설정하여 수회에 걸쳐 대출(loans)을 받은 사안으로 보이는데, 그 수회에 걸친 행위 모두가 신뢰의 파괴(breach of trust)에 해당될 수 있음을 인정한 점에서 최초 행위만을 처벌대상으로 삼은 것이 아니라고 보인다. 캐나다법과 유사한 규정 형식으로 인도법[508], 나이지리아법[509]이 있다.

3. 2010도10500 전원합의체 판결의 내용[510]

가. 판결요지

[다수의견]

㉮ 횡령죄는 다른 사람의 재물에 관한 소유권 등 본권을 보호법익

---

508) http://commerciallegal.blogspot.kr/2010/05/criminal-breach-of-trust.html (2015. 5. 10. 방문) 및 http://www.legalserviceindia.com/articles/crbt.htm 참조 (같은 날 방문)
Section 405 of the Indian Penal Code defines Criminal Breach of Trust as under:
405. Criminal breach of trust.— Whoever, being in any manner entrusted with property, or with any dominion over property, dishonestly misappropriates or converts to his own use that property, or dishonestly uses or disposes of that property in violation of any direction of law prescribing the mode in which such trust is to be discharged, or of any legal contract, express or implied, which he has made touching the discharge of such trust, or wilfully suffers any other person so to do, commits "criminal breach of trust".
위 각 사이트의 내용을 종합하면 우리 형법상 반환 거부에 의한 횡령죄도 위 규정으로 규율되고 있었고 property에는 동산과 부동산이 모두 포함된다고 해석된다[남편이 부인에게 물건의 반환을 거부한 것을 횡령으로 의율한 사례로 Rashmi Kumar v. Mahesh Kumar Bhada, (1997) 2 SCC 397].

509) http://www.nigeria-law.org/Criminal%20Code%20Act-Part%20VI%20%20to%20the%20end.htm 참조 (2015. 5. 10. 방문)
Chapter 40: Frauds by Trustees and Officers of Companies and Corporations: False Accounting
434. Any person who, being a trustee of any property, destroys the property with intent to defraud, or, with intent to defraud, converts the property to any use not authorised by the trust, is guilty of a felony, and is liable to imprisonment for seven years.

510) [사안의 내용] 피고인들은 피해자 종중의 일원으로, 피고인 1은 1995. 10. 20. 피해자 종중으로부터 이 사건 토지를 명의신탁받아 보관하던 중 자신의 개인 채무 변제에 사용하기 위한 돈을 차용하기 위해 이 사건 토지에 관하여 1995. 11. 30. 채권최고액 1,400만 원의 근저당권을, 2003. 4. 15. 채권최고액 750만 원의 근저당권을 각 설정하였고, 그 후 피고인들이 공모하여 2009. 2. 21. 이 사건 토지를 공소외인에게 1억 9,300만 원에 매도하였다.

으로 하고 법익침해의 위험이 있으면 침해의 결과가 발생되지 아니하더라도 성립하는 위험범이다. 그리고 일단 특정한 처분행위(이를 '선행 처분행위'라 한다)로 인하여 법익침해의 위험이 발생함으로써 횡령죄가 기수에 이른 후 종국적인 법익침해의 결과가 발생하기 전에 새로운 처분행위(이를 '후행 처분행위'라 한다)가 이루어졌을 때, 후행 처분행위가 선행 처분행위에 의하여 발생한 위험을 현실적인 법익침해로 완성하는 수단에 불과하거나 그 과정에서 당연히 예상될 수 있는 것으로서 새로운 위험을 추가하는 것이 아니라면 후행 처분행위에 의해 발생한 위험은 선행 처분행위에 의하여 이미 성립된 횡령죄에 의해 평가된 위험에 포함되는 것이므로 후행 처분행위는 이른바 불가벌적 사후행위에 해당한다. 그러나 후행 처분행위가 이를 넘어서서, 선행 처분행위로 예상할 수 없는 새로운 위험을 추가함으로써 법익침해에 대한 위험을 증가시키거나 선행 처분행위와는 무관한 방법으로 법익침해의 결과를 발생시키는 경우라면, 이는 선행 처분행위에 의하여 이미 성립된 횡령죄에 의해 평가된 위험의 범위를 벗어나는 것이므로 특별한 사정이 없는 한 별도로 횡령죄를 구성한다고 보아야 한다.

㉯ 따라서 타인의 부동산을 보관 중인 자가 불법영득의사를 가지고 그 부동산에 근저당권설정등기를 경료함으로써 일단 횡령행위가 기수에 이르렀다 하더라도 그 후 같은 부동산에 별개의 근저당권을 설정하여 새로운 법익침해의 위험을 추가함으로써 법익침해의 위험을 증가시키거나 해당 부동산을 매각함으로써 기존의 근저당권과 관계없이 법익침해의 결과를 발생시켰다면, 이는 당초의 근저당권 실행을 위한 임의경매에 의한 매각 등 그 근저당권으로 인해 당연히 예상될 수 있는 범위를 넘어 새로운 법익침해의 위험을 추가시키거나 법익침해의 결과를 발생시킨 것이므로 특별한 사정이 없는 한 불가벌적 사후행위로 볼 수 없고, 별도로 횡령죄를 구성한다.

[대법관 이상훈, 대법관 김용덕의 별개의견]

㉮ 타인의 부동산에 근저당권을 설정하는 선행 횡령행위로 인하여 부동산 전체에 대한 소유권 침해의 위험이 발생함으로써 그에 대한 횡령죄가 성립하는 이상, 그 이후에 이루어진 당해 부동산에 대한 별개의

근저당권설정행위나 당해 부동산의 매각행위 등의 후행 횡령행위는 이미 소유권 침해의 위험이 발생한 부동산 전체에 대하여 다시 소유권 침해의 위험을 발생시킨 것에 불과하므로, 특별한 사정이 없는 한 선행 횡령행위에 의하여 평가되어 버린 불가벌적 사후행위로 보는 것이 논리상 자연스럽다.

㈏ 선행 횡령행위로 발생한 소유권 침해의 위험이 미약하여 과도한 비용과 노력을 들이지 아니하고도 그 위험을 제거하거나 원상회복할 수 있는 상태에서 그보다 월등히 큰 위험을 초래하는 후행 횡령행위를 저지른 경우에는 그 행위의 반사회성이나 가벌성이 충분히 인정되고 일반인으로서도 그에 대한 처벌을 감수함이 마땅하다고 여길 만하다. 이와 같은 경우에는 예외적으로 이를 불가벌적 사후행위로 볼 것이 아니라 처벌대상으로 삼을 필요가 있다. 기존의 판례를 변경하지 아니하고도 이러한 해석이 가능하고, 이러한 해석을 하려면 판례를 변경하여야 한다고 보더라도 그 범위 내에서만 제한적으로 변경함으로써 충분하다.

[대법관 이인복, 대법관 김신의 반대의견]

㈎ 형법 제355조 제1항에서 규정한 횡령죄는 재물의 영득을 구성요건적 행위로 삼는다는 점에서 재산상의 이익을 대상으로 하는 같은 조 제2항의 배임죄와 구분되는데, 재물에 대한 불법영득의사는 피해자의 소유권 등 본권에 대한 전면적 침해를 본질적 내용으로 하므로 그러한 불법영득의사에 기한 횡령행위가 있을 경우 이미 그에 의한 법익침해의 결과나 위험은 그 소유권 등의 객체인 재물의 전체에 미친다고 볼 수밖에 없고, 따라서 일단 위와 같은 횡령죄가 성립한 후에는 재물의 보관자에 의한 새로운 처분행위가 있다고 하여 별도의 법익침해의 결과나 위험이 발생할 수 없음은 당연한 논리적 귀결이다.

㈏ 타인의 부동산을 보관 중인 자가 그 부동산의 일부 재산상 가치를 신임관계에 반하여 유용하는 행위로서, 즉 배임행위로서 제3자에게 근저당권을 설정한 것이 아니라, 아예 해당 부동산을 재물로서 불법적으로 영득할 의사로, 즉 횡령행위로서 근저당권을 설정한 것이라면, 이러한 횡령행위에 의한 법익침해의 결과나 위험은 그때 이미 위 부동산에 관한 소유권 전체에 미치게 되고, 이 경우 후행 처분행위에 의한 추

가적 법익침해의 결과나 위험은 법논리상 불가능하다고 보아야 한다.

나. 다수의견의 이론적 근거[511]

(1) 재물의 일부도 영득의 대상

횡령의 객체는 물건인데, 물건 전체뿐만 아니라 물건 일부도 그 대상이 된다. 동산의 경우 일부만을 떼어내면 그 부분에 대하여 횡령이 성립하고, 나머지 부분에 대하여는 횡령이 성립하지 않는다. 부동산의 경우 이를 제3자에게 처분할 수 있는 지위에 있어야 보관자로서의 지위가 인정되므로[512], 분필제도나 지분제도를 통해 1필지를 수개의 필지로 분할하거나 지분을 나누어서 그 일부만을 영득할 수 있다[513]. 이 경우 그 부분 이외의 나머지 부분은 영득하였다고 볼 수 없다. 또한 지분으로 나누어지지 않았다고 하더라도 부동산의 내재 가치를 고려할 경우 그 가치에 대한 담보설정을 전제하는 근저당권설정도 동일 부동산에 대하여 수회 인정될 수 있다고 보아야 한다[514].

(2) 영득의 대상에 가치도 포함

영득범죄에서 영득의 대상이 무엇인가에 관하여 견해가 대립한다. 형법 제329조 이하 재산범에서 재물이라는 개념을 사용하고 있고, 주로 절도죄의 해석과 관련하여 절취의 대상으로 규정되어 있는 '재물'에 관한 불법영득의사의 내용과 관련하여 재물 자체를 영득하는가, 아니면 재물의 가치를 영득하는가에 관하여 물체설(Substanztheorie)[515], 가치

---

511) 이하 기본적인 내용은 졸고, "횡령죄의 불가벌적 사후행위에 관한 판례의 변경", 341~9 인용 · 참조

512) 대법원 2007. 5. 31. 선고 2007도1082 판결, 대법원 2004. 5. 27. 선고 2003도6988 판결

513) 대법원 2001. 11. 27. 선고 2000도3463 판결 (명의수탁자가 신탁 받은 부동산의 일부에 대한 토지수용보상금 중 일부를 소비하고, 이어 수용되지 않은 나머지 부동산 전체에 대한 반환을 거부한 경우, 부동산의 일부에 관하여 수령한 수용보상금 중 일부를 소비하였다고 하여 객관적으로 부동산 전체에 대한 불법영득의 의사를 외부에 발현시키는 행위가 있었다고 볼 수는 없으므로, 그 금원 횡령죄가 성립된 이후에 수용되지 않은 나머지 부동산 전체에 대한 반환을 거부한 것은 새로운 법익의 침해가 있는 것으로서 별개의 횡령죄가 성립하는 것이지 불가벌적 사후행위라 할 수 없다고 한 사례); 96도2731 판결, 2000도310 판결

514) 김대웅, "횡령한 부동산에 대한 횡령죄의 성립 여부", 형사판례연구 (18), 박영사 (2010), 161~2

515) Karl Binding, Lehrbuch des gemeinen Deutschen Strafrechts Besonderer Teil

설(Sachwerttheorie)[516], 결합설(Vereinigungstheorie)[517]이 대립한다[518]. 통설의 입장인 결합설은 "소유자인 것과 같이 행동하는 것(se ut dominum gerere)"이라는 사고에서 출발하여, 행위자가 소유자를 배제하고 물건 자체나 또는 물건에 화체된 가치(verkörperte Sachwert)를 자신의 재산에 병합시키는 경우에 영득이 인정된다고 본다[519]. 이러한 해석은 횡령에 대하여도 타당하다[520].

마찬가지로 부동산 자체에 내재된 가치도 영득의 대상이 될 수 있다. 즉 부동산에 저당권을 설정하고 이를 담보로 금전을 융통하는 경우, 부동산에 내재되어 있는 교환가치를 영득한다고 평가할 수 있는 것이고, 그러한 가치가 소진될 때까지는 수회의 영득행위가 가능한 것이다. 특경가법 제3조[521] 제1항은 '재물 또는 재산상 이익의 가액'을 '이득액'이라고 규정하여, 횡령에 관하여도 '이득액'이라는 용어를 사용하고 있다. 이는 횡령의 대상이 반드시 물건에 한정되지 않음을 전제로 한 것일 수

Band 1, Leipzig: Wilhelm Engelmann, 1902, S. 268; Daniel Gehrmann, Systematik und Grenzen der Zueignungsdelikte, Bern: Peter Lang, 2002, S. 45; RGSt 10, 369, 371

516) Friedrich Doerr, Über das Objekt bei den strafbaren Angriffen auf vermögensrechtliche Interessen, Breslau: Schletter, 1897, S. 91ff.; Wilhelm Sauer, "Schließen sich Diebstahl und Sachbeschädigung begrifflich aus?", diss. Halle, 1908, S. 38 ff.; RGSt 40, 10

517) 김성돈, 형법각론, 284~5; 성낙현, "절도죄의 보호법익과 불법영득의 대상", 74; Hans-Joachim Rudolphi, "Der Begriff der Zueignung", Godtdammer's Archiv für Strafrecht 1965, S. 33 ff.; Jan Zopfs, "Der Tatbestand des Diebstahls - Teil 2", ZJS 6/2009, S. 653; Manfred Maiwald, Der Zueignungsbegriff im System der Eigentumsdelikte, Heidelberg: Winter, 1970, S. 17 ff.; Küper/Zopfs, Strafrecht Besonderer Teil: Definitionen mit Erläuterungen, Heidelberg: C.F.Müller, 2015, Rn. 808; Wessels/Hillenkamp, Strafrecht Besonderer Teil 2, 35. Aufl. Heidelberg: C.F.Müller, 2012, §242 Rn. 146; RGSt 61, 228, 233; BHGSt 35, 152, 156

518) Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, §242 Rn. 49

519) 전지연, "현금카드범죄에 대한 형사법적 대응방안", 한림법학 6권, 한림대학교 법학연구소(1997), 64; Sascha Mikolajczyk, "Das Aneignungselement der Zueignung", ZJS 1/2008, S. 19; 다만 이는 단순히 사용가치(Gebrauchswert)가 아니라 재물의 특수한 기능가치(Funktionswert)로 보며, 금전의 경우에는 화체된 가치가 아니라 액면가액(Wertsumme)이 중요시된다. Roxin, "Geld als Objekt von Eigentums- und Vermögensdelikte", H. Mayer-FS, Duncker & Humblot, 1966, S. 466; 박양빈, "불법영득의사", 232

520) Jan Zopfs, "Der Tatbestand des Diebstahls - Teil 1", ZJS 5/2009, S. 506

521) 각주 464

있다. 입법적으로 재물뿐만 아니라 재산상 이익도 횡령의 대상이 될 수 있게 규정하고 있는 국가도 있다[522]. 즉 관념적으로는 영득의 대상에서 재산상 이익이 반드시 제외되어야 하는 것은 아니다.

(3) 횡령죄는 위험범

저당권설정행위를 통해 행위자는 부동산 자체를 담보로 제공하기 때문에, 부동산 전체에 대한 영득의사가 표현된 것으로 평가할 수 있다. 또한 횡령죄는 위험범이기 때문에 부동산 전체에 대한 영득의사가 표현되었을 경우 부동산 전체에 대하여 소유권 침해의 위험이 발생하게 되고 기수에 이르게 된다. 따라서 처음의 근저당권설정행위로 횡령죄가 기수에 이르게 되었을 경우, 그 이후의 근저당권설정행위 역시 이미 위험이 발생한 재물에 대한 소유권 침해 행위이므로 선행하는 근저당권설정행위의 위험 평가에 포함되어야 한다고 보는 것이 논리적일 수도 있다. 그러나 위험의 정도나 양은 다를 수 있다. 소유권이라는 보호법익이 침해되는 결과가 발생하기 까지 위험은 누적될 수 있다. 즉 법익침해의 위험에서 법익침해 완성의 결과가 발생하기까지 사이에는 현실적 · 관념적으로 공간(Raum)이 존재한다. 근저당권설정만으로 소유권이 침탈되는 것은 아니고 위험만이 존재할 뿐이다. 나아가 소유권의 제3자에 대한 이전을 통하여 소유권 침해가 완성되는 것이다. 즉 소유권 침해의 결과가 완성되기까지는 위험은 가중될 수 있다. 근저당권설정만으로는 소유권의 처분권능 일부에 위험이 발생하였다고 할 것이지만, 소유권을 제3자에게 이전할 경우에는 소유권의 용익권능과 처분권능 모두에 법익침해의 결과가 발생한다.

(4) 횡령행위 태양에 따른 위험의 정도와 양의 차이 고려

다수의 횡령행위로 인해 발생하는 위험의 정도와 양이 일치하는 것이 아니다. 즉 선행 근저당설정에 의한 횡령으로 발생하는 위험[523]의 정도

522) 구 만주형법[제264조에서 '자기의 점유하는 타인의 재물 또는 재산상의 이익을 횡령한 자는 5년 이하의 도형(徒刑) 또는 2천환 이하의 벌금에 처한다(260조). 260조의 죄의 미수범은 이를 벌한다.'고 규정하고 있었다. 박일흠, "횡령미수의 적용여지", 검찰 50호, 대검찰청(1973), 127; 정창운, 횡령미수론에 관한 일고찰, 30]이나, 현재 스위스형법 제138조가 그러하다. Wolfgang Wohlers, Strafrecht Besonderer Teil, Online(2015), 4. Veruntreuung http://www.rwi.uzh.ch/elt-lst-wohlers/strafrechtbt/veruntreuung/de/html/index.html#/veruntreuung/de/html/unit_abs1.html 참조 (2015. 6. 19. 방문)

와 양, 그 후의 후행 근저당설정에 의한 횡령으로 발생하는 위험의 정도와 양은 서로 다를 수 있다. 선행 근저당권설정이 그대로 존재할 경우 후행 근저당설정에 의해서 소유권 침해의 위험은 가중된다. 즉, 선행행위를 횡령으로 구성하고, 후행행위도 횡령으로 구성한다 하더라도 그 횡령행위에 의해 발생한 것이 법익침해의 위험 정도에 불과한가, 법익침해의 완성인가, 또한 위험성의 정도와 양이 그대로인가, 가중되었는가에 따라 다를 수 있는 것이다. 따라서 선행 횡령행위에 의해 위험이 발생된 부분과 다른 부분에 후행 횡령행위에 의하여 새로운 위험이 발생하거나, 위험이 가중되거나, 혹은 소유권 침해(배제)의 결과가 초래된 경우 이는 불가벌적 사후행위가 아니라고 보아야 한다. 즉, 근저당권설정행위로 인해 침해된 법익도 부동산에 대한 위탁자의 권리 중 담보권 부분에 한한다고 할 것이고, 이후 이루어진 매도행위는 먼저 이루어진 근저당권설정행위에 의해 침해된 법익의 범위를 초과하여 부동산에 대한 위탁자의 소유권을 침해하였다고 할 것이다[524].

(5) 선행 처분행위로 부동산 교환가치가 0으로 평가되는 경우의 문제

선행 처분행위로 이미 부동산의 교환가치가 0으로 될 경우 후행 횡령행위는 성립 불가능한 것 아닌가의 문제가 있으나, 교환가치 외에 용익가치도 부동산에서 중요한 가치이고, 부동산 가격의 유동성으로 인하여 부동산의 교환가치가 선행 횡령행위 당시에는 0이었으나 그 이후

---

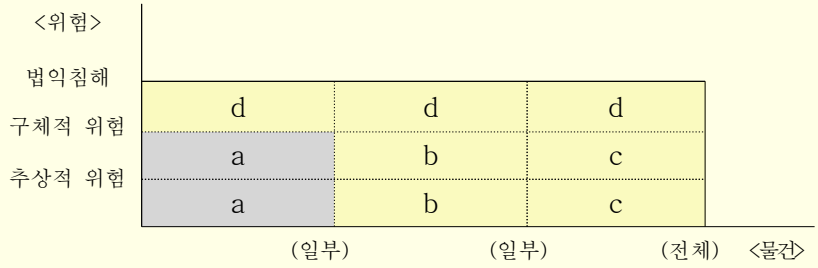
523) 이 위험에 대하여 2중의 의미가 있다고 보는 일본 학설도 비슷한 견해라고 할 수 있다. 즉 근저당설정으로 인한 위험에 관해 「첫 번째로 '저당권설정의 효과를 감수하지 않으면 안되는 위험성'. 두 번째로 '첫 번째 위험이 인정되는 것을 전제로 하여, 환가처분에까지 사태가 진전될 위험성'이다(후자의 위험성에 관해 불가벌적 사후행위로 해석하는 입장으로는, 예를 들어 藤木, 大塚). 오히려, 후자의 위험성에 관해서도, 그 정도를 고려할 필요가 있다. 그 결과, 예를 들어 피담보채권액이 토지가격에 비해서 소액인 경우에는, 위험성이 부정되는 것도 있을 수 있다고 생각된다」고 하는 견해이다. 鈴木左斗志, "横領物の横領と共罰的事後行爲", 54 각주 43.

524) 위 전원합의체 판결의 원심 판결문 5쪽 참조. 이와 다른 관점에서 ① 선행행위인 저당권설정을 횡령으로 구성하면서, 후행행위가 저당권설정행위인 경우에는 불가벌적 사후행위이고, 후행행위가 소유권이전이면 가벌적 후행행위라는 견해가 있다{정웅석, "명의신탁과 불가벌적 사후행위", 171 참조}; 또한 ② 횡령의 대상은 재물이라 하더라도, 영득의 대상은 재물에만 한정되는 것은 아니고 이익도 그 대상이 될 수 있다는 견해가 있을 수 있다. 즉 물건의 교환가치 기타 이익도 횡령죄의 영득 대상이 될 수도 있다는 것이다{이상원, "횡령죄의 이득액과 가벌적 후행행위", 2012. 3. 26. 제97차 형사실무연구회 발표자료, 23 이하에서 실질가치설을 주장하고 있다}. 스위스형법(138조)은 재산상 이익을 재물과 함께 횡령의 객체로 보고 있다(각주 522).

그보다 높게 평가될 수 있으며, 신탁자를 선행 근저당권에 대한 피담보채무를 변제하고 원상회복할 여지도 있기 때문에[525], 후행 횡령행위는 성립할 수 있다고 보아야 한다.

(6) 논거에 대한 도해

(가) 기존의 논의: "타인으로부터 위탁된 물건에 대한 저당권의 설정, 양도담보권의 설정도, 위탁의 본지에 반하는 한 횡령죄를 구성하며, 또한, 타인에게 양도한 부동산이 등기부상 아직 자신의 소유명의로 되어 있는 것을 기화로, 그 부동산에 관해 저당권을 설정하여 그 취지의 등기를 한 때에도 횡령죄가 성립하고, 단지 그 경우, 후에 채무의 변제 불능 때문에 환가처분에 대신하여 대물변제에 의해 채권자에게 소유권의 이전등기를 하여도, 이른바 사후의 처분으로 횡령죄를 구성하지 않는다"[526]고 보았다. 이를 圖解하면 다음과 같다(위험의 정도는 위쪽으로 증가됨).



☞ 근저당권설정으로 물건의 일부 가치(a)에 대하여 위험 발생하지만(짙은 회색 부분), 이로 인하여 나머지 부분 전체(b, c, d)에 대하여 위험이 발생한 것으로 평가한다. 결국 전체 소유권에 대하여 침해 위험이 발생된 상태로 본다. 따라서 나머지 일부 가치(b or c)에 근저당권을 설정하거나 물건을 매도하더라도(d), 이는 처음의 일부 가치(a)에 대한 위험 발생시 이미

525) 이상원, "횡령죄의 이득액과 가벌적 후행행위 (하)", 242 각주 78도 근저당권이 설정으로 교환가치가 거의 없어진 부동산도 거래의 대상이 될 수 있음을 밝히고 있다. 다만 선행행위로 설정된 기존 근저당권을 말소시키고 동일 내용의 근저당권을 다시 설정하는 행위는 소유권 침해 위험을 증대시키는 것인지에 관하여는 졸고, "횡령죄의 불가벌적 사후행위에 관한 판례의 변경", 346~7 참조

526) 大コメンタール刑法 第13卷, 375~6(最高裁 2003. 4. 23. 判決 선고 前 주석).

발생되었던 위험이 평가된 것으로 보게 된다. 따라서 b or c에 대해 근저당권이 설정되거나 전체가 매도되더라도(d) 불가벌적 사후행위로 구성한다. 이는 1개 물건의 불가분을 전제한다[527].

(나) 새로운 논의 : ① 횡령죄에서 신뢰관계 위반을 배제한 순수한 형태의 소유권 위태(침해)를 관념하는 것은 불가능하며, 우리형법상 배임죄와 횡령죄 규정이 마련되게 된 연혁을 입법사적으로 고찰하여 보면, 1930년대의 독일형법으로부터 일본형법가안의 계수를 거쳐 우리 형법에 현행 형태로 입안되게 되었는바, 위 독일형법에서 가장 중요하게 본 것이 신뢰침해에 대한 처벌이기 때문에, 이러한 입법사적 연혁을 고려한다면 소유권자와 보관자 사이에 존재하는 신뢰관계 침해의 정도를 고려하여야 하고, 그러한 신뢰관계는 가분적일 수 있으므로, 신뢰관계가 존속되지 아니할 경우까지는 동일 물건에 대한 횡령이 다시 가능할 수 있다는 견해[528], ② 재물 일부에 대한 영득을 인정할 수 있으므로 재물 전체가치의 일부만을 횡령하는 경우 그 부분에 한하여 횡령죄가 성립하고 잔존부분은 여전히 소유자에게 남아 있기 때문에, 이를 계속 보관하는 사람은 후행 처분행위로써 다시 횡령할 수 있으므로, 수회의 횡령행위는 실질가치설(각 행위로 행위자가 실질적으로 얻은 가치)의 입장에서 해결해야 한다는 견해[529], ③ 원래 현금이나 동산과 같이 사실상 점유하는 경우와 달리 부동산이나 예금통장의 점유 등 관념적인 점유와 같이 객체의 종류, 점유의 성격, 침해수단의 태양에 따라서는 비록 선행 행위가 횡령죄를 구성하더라도 후행행위에 대해 별도의 횡령죄를 인정할 만한바 즉, 부분횡령죄를 인정할 여지는 충분히 존재한다는 견해[530], ④ '1개의 물건이라도 그 소유권 상실의 위험은 여러 번

527) 1개 물건의 불가분성을 나타내는 의미에서 내부를 점선으로 그림.

528) 신동운, "횡령 후의 횡령죄 성립 여부", 291, 310; 전원합의체 판결 이전에도 신동운, "부동산에 대한 횡령행위와 횡령죄의 본질", 140은 기존 대법원 판례(96도1755 판결 등)의 문제점을 지적하면서 불법영득의사에 추가하여 신뢰관계의 침해 정도도 횡령죄 성립 여부를 결정하는 요소로 참작하여야 함을 이미 지적하고 있었다.

529) 이상원, "횡령죄의 이득액과 가벌적 후행행위 (하)", 250

530) 노명선, "2013년 형법 중요 판례", 인권과 정의 440호, 대한변호사협회(2014. 3.), 89

발생할 수 있으며 각 위험성의 정도도 고려되어야 하는바, 저당권설정행위는 매각행위가 후속할 것을 전제로 횡령죄가 되는 것이 아니라 그 자체가 횡령죄로 되는 것이므로 후속 매각행위는 독립된 범죄로서 처벌 가능하다'라는 견해[531], ⑤ '횡령은 저당권의 설정이라고 하는 부분적인 소유권의 침해에 의해 성립하지만, 그 후의 횡령행위에 의해서 오히려 남아있던 소유권이 침해되었을 때, 횡령 후의 횡령은, 새로운 법익침해'라는 견해[532], ⑥ "「소유권 등의 본권이 보호법익이다」라는 관점을 중시하는 입장은, 「저당권의 설정으로 영득에 의해 본권을 침해하게 되고, 나아가 재산범을 성립시킬 수 있는 법익침해는 있을 수 없다」라고 하는 것으로 되기 쉽다. 물론, 저당권설정에 의해 「부분적 소유권」이 침해되어도, 잔여 부분에 관해서는 영득가능하다라고 설명하는 것도 가능하지만, 횡령죄로서 처벌 가치가 있는가 아닌가라는 형법상의 관점, 즉 「타인의 재물」이라고 할 수 있는가 아닌가의 문제로서 처리해야 한다"라는 견해[533], ⑦ 객체, 객체에 대한 점유의 성격, 침해수단의 태양에 따라서 부분횡령이 본래적으로 인정될 수 있는 경우가 있다는 견해[534]가 등장하였다. 이를 圖解하면 다음과 같다[535].

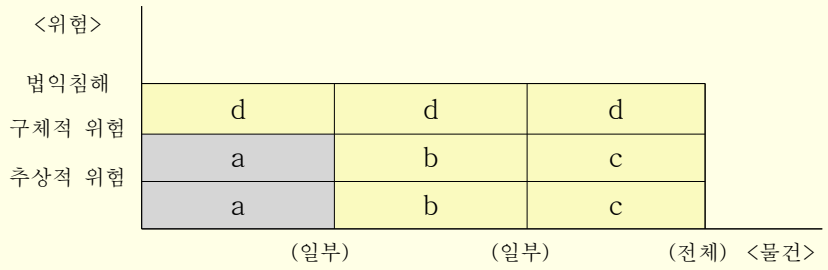
---

531) 鈴木左斗志, 위 논문, 52~6. 특히 54 본문 및 각주 43 『'저당권을 설정하게 하는 것에 의해 소유자는, 환가처분에 의해 소유권을 상실할 위험을 맞게 된다.' '여기서의 위험에는 2중의 의미가 있다. 제1은, 저당권설정의 효과를 감수하지 않으면 안될 위험성이고 제2는, 제1의 위험이 인정됨을 전제로 하여, 환가처분에까지 사태가 진전될 위험성이다. 후자의 위험성에 관해, 저자와는 차이가 있는데, 후속하는 무단 매각행위를 불가벌적 사후행위로 해석하는 입장(註: 위 기존의 논의)에서 언급하는 것이다. 오히려, 후자의 위험성에 관해서도, 그 정도를 고려할 필요가 있다.', '무단 저당권설정행위는, 무단 매각행위의 후속을 전제로 하는 것이 아니라 독립적으로 횡령죄가 성립된다'』; 이상원, "횡령죄의 이득액과 가벌적 후행행위 (하)", 249

532) 山中敬一, 刑法各論 I, 398

533) 前田雅英, 刑法各論講義, 東京大學出版會(2007), 315

534) 伊東研祐, "横領後の横領", 別冊 ジュリスト No.190, 有斐閣(2008. 3.), 137은 가령 선불(프리페이드)카드나 금전 대용 서비스포인트가 기록된 타인의 카드 보관을 위탁받은 경우, 카드의 행사때마다 횡령이 성립된다고 한다. 같은 취지에서 高橋則夫, 刑法各論, 成文堂(2014), 385 각주 57은 선불카드에 대하여 부분절도도 성립할 수 있다(가령 프리페이드 카드)고 본다. 그러나 일정한 화폐가치를 표창하면서 현금으로서의 전용 및 가액분할이 분명한 선불카드 등과 그렇지 아니한 부동산과는 차이가 있는바, 만약 부동산이 지분으로 나뉘거나 분필이 된다면 선불카드 등과 같게 평가될 수 있을 것이지만, 그렇지 않다면 달리 보아야 할 것이다. 후술하는 대법원 2010. 5. 27. 선고 2009도9008 판결(각주 581)은 예금통장 절도 관련하여 예금통장이 갖는 증명가치에 대한 영득이 있기 때문에 절도가 성립한다고 보는바, 이에서 부분횡령의 단초를 찾을 있을 수 있다고 생각된



☞ 근저당권설정으로 물건의 일부 가치(a)에 대하여 위험이 발생하지만(짙은 회색 부분), 이로 인하여 나머지 부분 전체(b, c, d)에 대하여는 위험이 발생하지 않은 것으로 평가한다. a에 대한 위험 발생은 그 자체에 한정되는 것이므로, 나머지 b, c, d에 대한 위험 발생이나 침해는 별개의 행위가 있어야 하며, 따라서 그러한 별개의 행위는 별도 처벌이 가능하다. 이러한 논리는 1개의 물건이라도 현실적·관념적으로 가분적일 수 있음, 즉 취득(영득) 내지 침해의 대상이 1개의 물건의 일부에 그칠 수 있음을 전제로 한다[536].

이 경우 선행 처분행위(근저당권설정행위)에도 불구하고 신뢰관계(위탁관계)가 존속한다고 볼 수 있는가라는 문제가 제기되지만, 선행 처분행위가 소유권자를 배제시키는 소유권의 사실상 박탈이라는 법익침해의 결과를 가져오지 않는 이상, 신뢰관계는 존속한다고 보는 것이 타당하다[537]. 배임죄 관련하여 대법원 2005. 10. 28. 선고 2005도4915 판결

다. 증명기능을 경제적 가치로 보는 것에 찬성하는 견해로 오영근, "타인의 예금통장으로 예금을 인출하고 바로 반환한 경우의 죄책", 고시계 643호, 고시연구사(2010. 9.), 159 참조

535) 위 도해는 ②③④⑤견해에 들어맞는 것이지만, ①견해도 위 도해의 세로축을 신뢰관계 침해 정도로 이해할 경우, ⑥견해도 '타인의 재물이라고 할 수 있는가'라는 의미가 '소유권 침해가 완성되었는가'라고 이해할 경우에는 같다.

536) 鈴木左斗志의 견해도 선행행위로 재물 전부가 영득된 것이 아니라 후행행위로 추가 영득될 부분이 잔존함을 전제한다. 이상원, "횡령죄의 이득액과 가벌적 후행행위 (하)", 249; 1개 물건의 가분성을 나타내는 의미에서 내부, 외부 실선으로 그렸다. 다만 일부에 관해서라도 구체적 위험을 넘어 소유권 침해가 완성될 때 전체에 대해 침해가 완성되어 소유권 행사가 사실상 배제되는 경우도 있다(경매실행 환가처분).

537) 신동운, "횡령 후의 횡령죄 성립 여부"가 바로 이러한 전제에 서 있다. 또한 "소유권 전부가 영득되면 횡령 후에 소유권이나 위탁관계가 남아 있을 수 없다"는 견해{이상원,

은, 동일 부동산에 수회에 걸쳐 근저당권설정행위를 할 경우 수개의 배임죄가 성립한다고 보았는데, 이는 재산권의 침해가 완성되어 재산권자의 재산권 행사가 사실상 배제될 때까지 신뢰관계가 존속됨을 전제한 것이다[538]. 일단 신뢰관계에 반하는 행위를 하면 신뢰관계 전부가 깨어진 것 아닌가라고 생각할 수도 있으나, 일부에 대하여만 영득(이득)의사가 있고 나머지에 대하여는 위탁자에게 돌려줄 의사가 있는 경우도 있고, 피고인에게 유리하게 사실확정을 한다면 후자와 같이 해석하여야 할 것이다.

다. 관련 판례의 검토

(1) 선행행위가 침해범인 경우

• 후행행위가 동일법익을 침해하는 경우 대체로 불가벌적 사후행위로 판단된다.

가령 절도한 재물을 손괴한 경우(다수설에 의하면 절도죄는 침해범임), 사기한 재물을 손괴한 경우 또는 사기한 재물을 임의로 소비한 경우[539], 무기명증권인 열차승차권을 절취하여 이를 현금으로 교환한 경

"횡령죄의 이득액과 가벌적 후행행위 (하), 249}도 그 이면에는 재물의 일부가치만 영득될 경우 위탁관계가 남아 있을 수 있다고 보는 것이다. 最高裁 2003. 4. 23. 判決의 원심인 東京高裁 2001. 3. 22. 判決(...위탁관계는, 각 저당권설정 후에도, 기본적으로 계속되고 있다고 인정될 수 있으므로...)도 마찬가지 입장이다. 이와 달리 담보권 설정으로 위탁관계가 모두 소멸된다는 견해로는 권창국, "횡령행위 후의 횡령죄 성립가능성에 관한 검토", 354~5, 358~9

538) 신뢰관계가 존속하지 않으면 횡령죄는 성립하지 않는다. 그리고 여기서의 신뢰관계는 일방향적인 것이 아니라 쌍방향적인 것이어야 한다. 일방향적인 신뢰관계만 존재하는 경우의 전형이 사기죄이다. 그러한 일방향적·편면적 신뢰관계만으로 횡령죄나 배임죄가 성립될 수 있을지 문제된다.

539) 미국 하급심 판결에서 기망으로 취득한 재물을, 기망 당시의 언사에 반하여 임의소비(횡령)한 경우 횡령죄 성립은 부정되고 사기죄만 성립한다고 본다. [i] United States v. Croft, 750 F.2d 1354 (7th Cir. Wis. 1984). [ii] People v. Riggins, 13 Ill. 2d 134, 1958 Ill. LEXIS 244. [iii] State v. Hornbeck, 143 N.M. 562 (N.M. Ct. App. 2008). [iv] State v. Ditzel, 77 Wyo. 233, 1957 Wyo. LEXIS 20. [v] State v. Ensley, 177 Ind. 483 (Ind. 1912). [vi] Dove v. Commonwealth, 41 Va. App. 571, 574 (Va. Ct. App. 2003). [vii] United States v. McCarthy, 271 F.3d 387 (2d Cir. N.Y. 2001). http://embezzlement.uslegal.com/elements-of-embezzlement/ 및 http://caselaw.findlaw.com/nm-court-of-appeals/1145197.html 참조(각 2015. 5. 10. 방문). 위 State v. Hornbeck, 143 N.M. 562 (N.M. Ct. App. 2008)에서 아래와 같이 언급하고 있다.

우[540]), (점유이탈물횡령으로) 습득한 자기앞 수표를 현금과 교환한 경우[541], 장물인 자기앞수표를 현금 대신 교부하는 경우[542], 본범으로부터 장물보관을 의뢰받은 자가 그 의뢰취지에 반하여 장물을 제3자에게 담보로 제공한 경우[543] 등을 들 수 있다.

{15} The facts supporting "entrustment" were the same facts supporting the completion of the fraud-namely, when PCA handed Defendant the $600,000 check, the fraud was complete and the "entrustment" began. This is fatally inconsistent because, as discussed above, embezzlement requires a finding that the defendant lawfully came into possession of the property by entrustment. Any entrustment necessarily could not have been lawful if the jury determined that fraud was used to get possession of the money. For this reason, under the facts of this case, guilty verdicts for both embezzlement and fraud are mutually exclusive. See United States v. Daigle, 149 F.Supp. 409, 414 (D.D.C.1957) (holding that "where a guilty verdict on one count negatives some fact essential to a finding of guilty on a second count, two guilty verdicts may not stand"); State v. Speckman, 326 N.C. 576, 391 S.E.2d 165, 167 (1990) ("[S]ince property cannot be obtained simultaneously pursuant to both lawful and unlawful means, guilt of either embezzlement or false pretenses necessarily excludes guilt of the other."); Davis v. United States, 37 App. D.C. 126, 133 (1911) (holding that the defendant's conviction for embezzlement of a specified sum of money was inconsistent with a conviction under another count for obtaining the money by false pretenses); cf. State v. Ortiz, 90 N.M. 319, 321-22, 563 P.2d 113, 115-16 (Ct. App. 1977) (holding that when the facts support either a conviction for fraud or embezzlement, charging in the alternative did not violate double jeopardy).

540) 대법원 1975. 8. 29. 선고 75도1996 판결 (이 사건 열차승차권은 그 성격상 도난당한 즉시 피해자는 그 가액 상당의 손실을 입게 되고 절취한 자는 그 상당의 재물을 취득한다 할 것이므로 피고인이 절취한 이건 열차승차권으로 역직원에게 자기의 소유인양 속여 현금과 교환하였다 하여도 이를 가리켜 새로운 법익침해가 있는 것으로 볼 수는 없고 따라서 절도죄 외에 달리 사기죄가 성립한다고 볼 수 없다. 이는 절도행위의 불가벌적 사후행위로 보아야 할 것이고 별도로 사기죄를 구성하는 것을 아니라고 할 것인바, 이는 열차승차권은 그 자체에 권리가 화체되어 있는 무기명증권이므로 이를 곧 사용하여 승차하거나 권면가액으로 양도할 수 있고 매입금액의 환불을 받을 수 있는 것으로서 그 환불을 받음에 있어 비록 기망행위가 수반한다 하더라도 따로이 사기죄로 평가할 만한 새로운 법익의 침해가 있다고 할 실질을 가진 것으로 볼 수 없어 절도의 사후처분행위로서 불가벌적인 것으로 볼 수 있다)

541) 대법원 1980. 1. 15. 선고 79도2948 판결

542) 대법원 1982. 7. 27. 선고 82도822 판결 (절취한 자기앞수표의 환금행위에 관한 사례). 同旨: 대법원 1987. 1. 20. 선고 86도1728 판결; 대법원 1993. 11. 23. 선고 93도213 판결 (금융기관 발행의 자기앞수표는 그 액면금을 즉시 지급받을 수 있는 점에서 현금에 대신하는 기능을 가지고 있어서 장물인 자기앞수표를 취득한 후 이를 현금 대신 교부한 행위는 장물취득에 대한 가벌적 평가에 당연히 포함되는 불가벌적 사후행위로서 별도의 범죄를 구성하지 아니한다)

543) 대법원 2004. 4. 9. 2003도8219 판결에 대하여는, 본범과 장물범 사이의 위탁관계는

• 후행행위가 이종의 법익을 침해하는 경우 대체로 가벌적 후행행위로 판단된다[544].

절취 또는 갈취한 통장으로 현금을 인출하여 편취하는 경우[545], 절취한 전당표로 전당포에서 전당물을 편취하는 행위[546], 장물을 자기의 것인 양 제3자에게 담보로 제공하고 금원을 편취한 행위[547], 강취한 신용카드로 물품을 구입하여 편취한 경우[548], 사람을 살해한 자가 사체를

불법원인급여이기 때문에 횡령죄의 구성요건해당성이 아예 충족될 수 없으므로 불가벌적 사후행위로 구성하는 것은 논리모순이라는 반론이 가능하다. 다만 위 사안은 고의의 장물취득이 아니라 업무상과실장물취득이 문제된 사안이라는 점, 중간에 본범 외의 자들이 개재되어 있다는 점 등의 특이성이 있고, 이를 고려하면 불법원인급여라 하더라도 행위자 입장에서는 적어도 불능미수가 성립될 수 있다고 보이고 이를 전제로 하여 불가벌적 사후행위 여부가 검토될 수 있을 것이다.

544) 독일에서도 절취한 문서를 훼손시켜 문서은닉죄를 범하는 경우 절도죄와 문서은닉죄는, 선행행위가 개인적 법익을 침해하고 후행행위가 사회적 법익을 침해하기 때문에 불가벌적 사후행위로 보지 않는 견해가 있다. Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht Allgemeiner Teil Teilband 2, 7. Aufl., Heidelberg: C.F.Müller, 1989, § 56, Rn. 29

545) 대법원 1974. 11. 26. 선고 74도2817 판결 (피고인이 이OO 양복점에서 동인 명의의 은행예금 통장을 절취하여 그를 이용하여 은행원을 기망하여 진실한 명의인이 예금을 찾는 것으로 오신시켜 예금의 인출명의 하의 금원을 편취한 것이라고 인정하고 이는 절도죄 외 새로운 법익을 침해한 것이라는 견지에서 사기죄를 인정한 조치는 정당하고, 위 절도행위 후에 예금인출행위가 그 절도행위의 연장이라든가 또는 그에 흡수되는 것이라고도 볼 수 없다 할 것이고, 사기의 피해자는 은행이 되는 수도 있고, 은행이 피해자가 되지 아니하는 경우에는 예금통장 명의인이 피해자가 되는 수도 있다할 것이므로 논지는 그 어느 것이나 이유없다); 1979. 10. 30. 선고 79도489 판결 (피고인이 공소외인을 협박하여 이에 외포된 동인으로부터 복지자금관리위원회 명의로 된 예금통장과 인장을 교부케 하여 이를 갈취한 뒤 동 예금 인출에 관한 사문서를 위조 및 행사하여 예금을 인출 편취한 범죄사실을 수긍할 수 있고); 대법원 1990. 7. 10. 선고 90도1176 판결 (영득죄에 의하여 취득한 장물을 처분하는 것은 재산죄에 수반하는 불가벌적 사후행위에 불과하므로 다른 죄를 구성하지 않는다 하겠으나 강취한 은행예금통장을 이용하여 은행직원을 기망하여 진실한 명의인이 예금의 환급을 청구하는 것으로 오신케 함으로써 예금의 환급명목으로 금원을 편취하는 것은 다시 새로운 법익을 침해하는 행위이므로 여기에 또 다시 범죄의 성립을 인정해야 하고 이것으로써 장물의 단순한 사후처분과 같게 볼 수는 없는 것이다); 다만 "영득죄에 의하여 취득한 장물을 처분하는 것은 재산죄에 수반하는 불가벌적 사후행위에 불과하므로 다른 죄를 구성하지 않는다"라는 설시 부분은 재고를 요한다. 절취한 장물을 처분하는 것은 사기죄가 성립할 수 있다. 대법원 2012. 7. 26. 선고 2012도5105 판결 참조. 독일 판례 입장도 같다. BGH, Urt. v. 27. 8. 2008. - 2 StR 329/08 (NStZ 2009, 38 ff.)

546) 대법원 1980. 10. 14. 선고 80도2155 판결 (절취한 전당표를 제3자에게 교부하면서 자기 누님의 것이니 찾아 달라고 거짓말을 하여 이를 믿은 제3자가 전당포에 이르러 그 종업원에게 전당표를 제시하여 기망케 하고 전당물을 교부받게 하여 편취하였다면 이는 사기죄를 구성하는 것이다)

547) 대법원 1980. 11. 25. 선고 80도2310 판결

유기한 경우[549], 백지가계수표를 절취한 후 이를 위조하여 현금으로 할인받은 경우[550], 절취한 대마를 흡입할 목적으로 소지한 경우[551], 타인의 사무를 처리하는 자가 그 사무처리상 임무에 위배하여 본인을 기망하고 착오에 빠진 본인으로부터 재물을 교부받은 경우[552], 장물을 취득한 후 마치 장물이 아닌 것처럼 매수인을 기망하여 이를 매도하는 경우[553] 등을 들 수 있다.

(2) 선행행위가 위험범인 경우

• 후행행위가 '위험의 질적 증가'로서 새로운 위험의 초래나 침해로 볼 수 있는 사례로 먼저 마약류관리에 관한 법률 위반 관련 판례를 살펴본다.

마약류관리에관한법률위반죄의 보호법익(국민보건) 및 법익보호의 정도(위험범)에 관하여, 먼저 위 법률 제1조(목적)는 "이 법은 마약·향정신성의약품·대마 및 원료물질의 취급·관리를 적정하게 함으로써 그

548) 대법원 1997. 1. 21. 선고 96도2715 판결 (강취한 신용카드를 가지고 자신이 그 신용카드의 정당한 소지인인양 가맹점의 점주를 속이고 그에 속은 점주로부터 주류 등을 제공받아 이를 취득한 것이라면 신용카드부정사용죄와 별도로 사기죄가 성립한다)

549) 대법원 1997. 7. 25. 선고 97도1142 판결

550) 대법원 1998. 10. 27. 선고 98도2084 판결 (백지가계수표를 절취한 후 이를 위조하여 현금으로 할인받은 경우 수표위조와 위조수표행사 및 사기행위는 모두 새로운 법익의 침해로 보아야 하고 그 법익침해가 절도범행보다 큰 것이 대부분이므로 위와 같은 수표위조 등 행위가 절도범행의 불가벌적 사후행위가 되는 것은 아니다)

551) 대법원 1999. 4. 13. 선고 98도3619 판결 (대마취급자가 아닌 자가 절취한 대마를 흡입할 목적으로 소지하는 행위는 절도죄의 보호법익과는 다른 새로운 법익을 침해하는 행위이므로 절도죄의 불가벌적 사후행위로서 절도죄에 포괄흡수된다고 할 수 없고 절도죄 외에 별개의 죄를 구성한다고 할 것이며, 절도죄와 무허가대마소지죄는 경합범의 관계에 있다)

552) 대법원 2002. 7. 18. 선고 2002도669 전원합의체 판결 (업무상배임행위에 사기행위가 수반된 때의 죄수 관계에 관하여 보면, 사기죄는 사람을 기망하여 재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 취득하는 것을 구성요건으로 하는 범죄로서 임무위배를 그 구성요소로 하지 아니하고 사기죄의 관념에 임무위배 행위가 당연히 포함된다고 할 수도 없으며, 업무상배임죄는 업무상 타인의 사무를 처리하는 자가 그 업무상의 임무에 위배하는 행위로써 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가하는 것을 구성요건으로 하는 범죄로서 기망적 요소를 구성요건의 일부로 하는 것이 아니어서 양 죄는 그 구성요건을 달리하는 별개의 범죄이고 형법상으로도 각각 별개의 장에 규정되어 있어, 1개의 행위에 관하여 사기죄와 업무상배임죄의 각 구성요건이 모두 구비된 때에는 양 죄를 법조경합 관계로 볼 것이 아니라 상상적 경합관계로 봄이 상당하다 할 것이고, 나아가 업무상배임죄가 아닌 단순배임죄라고 하여 양 죄의 관계를 달리 보아야 할 이유도 없다)

553) 대법원 2011. 4. 28. 선고 2010도15350 판결

오용 또는 남용으로 인한 보건상의 위해를 방지하여 국민보건 향상에 이바지함을 목적으로 한다."라고 규정하고 있으며, 위 법률은 구 마약법·향정신성의약품관리법 및 대마관리법을 각각 폐지하면서 제정한 법률로(2000. 1. 12. 제정된 마약류관리에관한법률 부칙 제2조), 위 마약류관리에 관한 법률을 비롯한 구 마약법·향정신성의약품관리법 및 대마관리법 등의 보호법익은 국민보건(공중의 건강)인바[554], 공중의 건강을 보호법익으로 하는 이러한 죄는 법익침해의 발생 위험만으로 범죄가 성립하는 위험범이다[555]. 법익의 침해는 마약 등이 체내에 흡수되었을 때 완성된다고 볼 것이고, 그렇다면 법익침해의 완성에 이르는 과정까지 위험은 질적으로 증가될 수 있는 것이다. 대법원 1982. 12. 28. 선고 82도2380 판결은 "판매의 목적으로 히로뽕을 제조하였다 하더라도 제조한 히로뽕의 매매행위는 그 제조행위에 흡수되는 관계에 있는 것이 아니고 그 처벌규정을 달리 하고 있는 별개의 구성요건을 충족하므로, 히로뽕 제조행위는 향정신성의약품관리법 제40조 제2항, 제1항 제3호에, 제조된 히로뽕의 매매행위는 동법 제42조 제1항 제1호에 해당하여 경합범으로 처단하여야 한다."라고 하였는바, 히로뽕 매매행위와 히로뽕 제조행위는 모두 위험범으로 평가할 수 있다(미수규정이 존재한다고 하여 반드시 침해범으로 구성할 것은 아니다[556]). 히로뽕의 제조행위 후에 이루어지는 히로뽕의 매매행위가 국민보건(공중의 건강)이라는 법익을 침해할 위험을 더 증가시키는 행위라고 볼 수 있다. 즉 제조행위 이후 매매행위를 통하여 법익침해 위험의 질적 증가가 이루어졌다고 볼 수 있다. 따라서 제조행위의 법익침해 위험에 매매행위의 법익침해 위험이 포함되어 있다고 볼 수는 없다. 같은 논리에서 마약성분추출죄는 매매목적소지죄와 실체적 경합관계에 있게 된다[557]. 마약성분추출을 한다고 하여 이를 타인에게 반드시 매매할 것이 예정되어 있는 것은 아니

554) 차병직, "마약류에 대한 문화적·의학적·법학적 측면", 서울지방변호사회 변호사-법률실무연구- 25집(1995), 396
555) 차병직, 위 논문, 396
556) 가령 방화죄의 경우, 형법 제164조, 제165조 및 제166조 제1항의 범죄는 추상적 위험범에, 제166조 제2항과 제167조는 구체적 위험범에 속한다고 해석된다(이재상, 형법각론, 510). 그러나 위 추상적 위험범의 경우 미수범 규정이 있다(형법 제174조).
557) 대법원 1977. 12. 13. 선고 77도1380 판결

므로, 매매목적소지에 의하여 보호법익 침해의 위험이 증가되었다고 평가될 수 있을 것이기 때문이다. 그렇다면 매매목적소지와 매매행위의 경우에도 후자가 보호법익 침해의 위험을 더 증가시킨다는 점에서(공중의 건강을 해하는 더 직접적인 행위이므로) 실체적 경합으로 보아야 할 것이나[558], 소지행위가 매매실행행위와 불가분의 관계에 있거나 사회통념상 매매실행행위의 일부로 평가되는 경우에는 소지행위는 매매행위에 흡수된다고 봄이 타당할 것이다[559]. 대법원 1990. 1. 25. 선고 89도1211 판결은 "향정신성의약품관리법 제42조 제1항 제1호가 규정하는 향정신성의약품수수의 죄가 성립되는 경우에는 그 수수행위의 결과로서 그에 당연히 수반되는 향정신성의약품의 소지행위는 수수죄의 불가벌적 수반행위로서 수수죄에 흡수되고 별도의 범죄를 구성하지 않는다고 볼 것이다."라고 하고 있는바, 자신이 투약할 목적으로 향정신성의약품을 매수한 후 이를 일시적으로[560] 소지하는 것은 법익침해의 위험을 증가시킨다고 볼 수 없으므로 불가벌로 본 것이다[561]. 마찬가지로 수인이 공모하여 자신들이 투약할 목적으로 향정신성의약품을 매수한 후 이를

---

558) 대법원 1996. 4. 12. 선고 96도304 판결. 그 외에 ㉠ 마약소지가 마약매매(미수)에 흡수된다고 하면, '마약매매미수에 그쳐 미수감경하는 경우' 단순 소지한 자보다 오히려 경하게 처벌될 수 있다는 점, ㉡ 매매목적 이외의 목적(소지자가 사용할 목적)으로 소지하고 있는 자가 매매할 경우 소지죄와 매매죄가 성립하는데, 매매목적으로 소지하였다는 이유로 소지죄가 성립하지 않는다고 한다면 처벌에 불균형이 초래된다는 점이 지적될 수 있다.

559) 다만 일시적으로 소지하였을 경우에 관하여, 소지행위는 매매행위에 흡수된다고 보는 판례(위 77도1380 판결)와 실체적 경합범이 성립할 수 있다는 취지의 판례(위 96도304 판결)가 각각 존재하는바, 사회통념상 매매행위와 불가분 내지 일부의 행위로 평가되는 소지행위와 일시적 소지행위가 차이가 있을런지는 의문이다.

560) '일시적으로'라고 파악하는 이유는 89도1211 판결이 대법원 1990. 7. 27. 선고 90도543 판결[흡연을 목적으로 매입한 대마를 흡연할 기회를 포착하기 위하여 2일 이상 하의 주머니에 넣고 다닌 행위가 대마매매죄와는 별도로 대마소지죄를 구성하는지 여부(적극)]과 동일 재판부에서 선고되었는바, 각 사안의 내용상 '일시적'인지 여부가 다른 것으로 보이고, 이와 같이 보아야 두 판결을 모순 없이 이해할 수 있기 때문이다.

561) 다만 위 89도1211 판결은 불가벌적 수반행위라는 표현을 사용하였으나, 통상 불가벌적 수반행위는 살인에 수반하는 손괴(의복 손괴) 등을 의미하는 것으로, 1개의 행위를 전제함{윤동호, "공소사실의 동일성 판단기준과 죄수 및 경합론의 관계", 고려대학교 박사학위논문(2005), 120~121}. 이에 반하여 불가벌적 사후행위는 2개 이상의 행위를 전제한다. 따라서 수수 후 소지행위는 2개의 행위로 봄이 상당하므로, 불가벌적 사후행위라고 파악함이 타당하지 않을까 생각된다. 이원일, "향정신성의약품의 매매죄와 수수죄의 관계", 형사재판의 제문제 2권(1999), 303에서도 위 89도1211 판결 사안을 '불가벌적 사후행위'라고 기술하고 있다.

공범들 사이에서 분배하였다면 법익침해의 위험을 증가시켰다고 볼 수 없으므로 불가벌이라고 보아야 하겠지만, 단지 자신의 향정신성의약품 매수를 알선한 것에 대한 사례조로 일부를 교부한 것이라면 이는 법익침해의 위험을 증가시킨 것으로 평가함이 상당할 것이다[562]. 대법원 1995. 7. 28. 선고 95도869 판결[563]은 "매입한 향정신성의약품을 처분함이 없이 계속 소지하고 있는 경우, 그 소지행위가 매매행위와 불가분의 관계에 있는 것이라거나, 매매행위에 수반되는 필연적 결과로서 일시적으로 행하여진 것에 지나지 않는다고 평가되지 않는 한 그 소지행위는 매매행위에 포괄 흡수되지 아니하고 향정신성의약품의 매매죄와는 별도로 향정신성의약품의 소지죄가 성립한다고 보아야 한다."라고 하였다. 매매 후 자신이 투약할 목적으로 소지하였다면, 이를 두고 법익침해의 위험을 증가시켰다고 볼 수 있는가? 이에 관하여는 견해가 대립될 수 있다. 위 95도869 판결의 원심(인천지방법원 1995. 3. 30. 선고 95노141 판결)은 89도1211 판결을 원용하여 불가벌적 사후행위라고 파악하였는바, 이는 매수인이 스스로 투약할 목적이었다면 수수행위가 수반됨을 전제한 것으로 보인다. 그러나 소지기간의 증가는, 자신 이외의 제3자(일반인)에 대한 투약가능성을 열기 때문에[564] 법익침해의 위험이 증가되지 않는다고 볼 수는 없을 것이다. 따라서 실체적 경합범으로 봄이 타당하다.

이상의 마약범죄에 있어 불가벌적 사후행위 성부에 관한 검토의 의미는 횡령죄를 위험범으로 볼 경우, 위험범인 마약범죄에 있어서의 위험증가 및 이를 새로운 법익침해 위험으로 보는 것에 관한 논리가 횡령죄에서도 유사하게 적용될 수 있다는 점이다.

---

562) 이원일, "향정신성의약품의 매매죄와 수수죄의 관계", 310

563) 同旨: 90도543 판결(각주 560), 대법원 1998. 10. 13. 선고 98도2584 판결, 1999. 8. 20. 선고 99도1744 판결, 2008. 5. 29. 선고 2008도2539 판결

564) 가령 대법원 2012. 12. 13. 선고 2011도6797 판결{비록 원심판결에서 설시한 사정 때문에 피고인으로부터 이 사건 모조품 가방을 구매한 구매자들은 그 출처를 혼동할 우려가 없다고 하더라도, 구매자로부터 이 사건 모조품 가방을 양수하거나 구매자가 지니고 있는 이 사건 모조품 가방을 본 제3자가 그 출처를 혼동할 우려가 있는 등 일반 소비자의 관점에서는 그 출처를 혼동할 우려가 있으므로, 피고인이 이 사건 모조품 가방을 판매한 것은 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (가)목 소정의 '타인의 상품과 혼동하게 하는 행위'에 해당한다}도, 일반인에 대한 관계에서 열려 있는 법익침해 위험을 처벌근거로 삼은 것이다.

• 다음으로 간첩죄와 군사기밀누설죄를 살펴본다.

형법 제98조 제1항의 간첩죄와 제2항의 군사기밀누설죄의 보호법익 및 법익보호의 정도에 관하여 보면, 위 두 죄의 보호법익은 국가의 존립과 안전이고, 보호의 정도는 추상적 위험범이다[565]. 위 각 죄는 형법 제2편 제2장 외환의 죄에 속하며, 국가의 존립과 안전을 위태롭게 하는 범죄라는 점에서 내란의 죄와 본질을 같이 하나, 외부로부터 국가의 존립을 위태롭게 하는 행위를 처벌하는 것이라는 점에서 내란의 죄와 구별된다[566]. 형법 제98조 제1항의 간첩죄와 제2항의 군사기밀누설죄의 관계에 관하여는, 간첩죄가 성립하면 군사기밀누설죄는 불가벌적 사후행위가 된다는 견해[567], 실체적 경합범으로 보는 견해[568], 포괄일죄가 성립한다는 견해[569]로 나뉘는데, 간첩행위로 인한 위험보다, 간첩행위로 수집한 기밀을 적국에 누설하는 행위로 인한 위험이 보다 크다는 점에서 간첩행위로 침해될 수 있는 법익에 기밀누설행위로 침해될 수 있는 법익이 포섭된다고 볼 수는 없을 것이고, 따라서 불가벌적 사후행위로 보는 것은 타당하지 않을 것으로 보인다. 실체적 경합범이나 포괄일죄로 볼 경우에는 간첩행위의 공소시효가 완성된 이후라도 기밀누설행위를 처벌할 수 있다는 점에서 실익이 있다[570]. 판례는 포괄일죄가 성립한다고 본다. 대법원 1982. 4. 27. 선고 82도285 판결은 “형법 제98조 제1항의 간첩죄를 범한 자가 그 탐지수집한 기밀을 누설한 경우나 구 국가보안법 제3조 제1호의 국가기밀을 탐지 수집한 자가 그 기밀을 누설한 경우에는 양죄를 포괄하여 1죄를 범한 것으로 보아야 하고, 간첩죄와 군사기밀누설죄 또는 국가기밀탐지수집죄와 국가기밀누설등 두가지 죄를 범한 것으로 인정할 수 없다.”라고 하고, 대법원 1982. 2. 23. 선고 81도3063 판결은 “위 형법 제98조 제1항의 간첩행위는 적국에 제보하기 위하여 은밀히 또는 묘계로서 우리나라의 군사상은 물론 정치, 경제, 사회, 문화, 사상 등 기밀에 속한 사항 또는 도서, 물건

565) 오영근, 형법각론, 676
566) 이재상, 형법각론, 683
567) 이재상 · 장영민 · 강동범, 형법총론, 528
568) 김일수, “법조경합”, 고시연구 20권 8호(1993. 8.), 63
569) 오영근, 형법각론, 681
570) 김용덕, “국가기밀에 관한 죄의 체계적 고찰”, 군사법연구 제2집(1984), 69

을 탐지 수집함을 말하는 것이고, 직무에 관하여 군사상기밀을 지득한 자가 이를 적국에 누설한 경우에는 형법 제98조 제2항에, 직무에 관계없이 지득한 군사상 기밀을 적국에 누설한 경우에는 형법 제99조에 해당한다 함이 당원의 판례이다(당원 1975. 5. 13. 선고 75도862 판결 참조). 그러므로, 형법 제98조 제1항에 규정된 간첩행위는 기밀에 속한 사항 또는 도서, 물건을 탐지 수집한 때에 기수가 되는 것이고 간첩이 이미 탐지수집하여 지득하고 있는 사항을 타인에게 보고, 누설하는 행위는 간첩의 사후행위로서 간첩행위 자체라고는 볼 수 없는바, 위에서 본 1심 판시 사실에 의하면 1심은 피고인 1이 이미 탐지 수집한 사항을 입북하여 북괴 간부나 지도원 등에게 보고, 누설한 행위 자체를 간첩행위로 인정한 것이라고 볼 수 밖에 없으니, 이점에서 원심은 형법 제98조 제1항의 간첩죄의 구성요건에 관한 법리를 오해한 위법이 있다."라고 판단하고 있다. 여기서 '사후행위'의 의미가 무엇인가는 분명하지 않으나[571], 불가벌적 사후행위를 의미하는 것은 아니라고 보인다[572].

참고적으로 절도죄의 보호법익의 보호정도에 관하여 견해의 대립이 있는바, 침해범으로 파악하는 것이 다수설임에 반하여, 위험범으로 파악하는 소수설[573]도 있다. 절도죄를 위험범으로 파악하는 소수설은, ① 절도죄의 보호법익인 소유권은 민법상 개념이며 형법에 고유한 소유권 개념은 없으므로, 절도죄에 있어 행위자는 외관상 소유자의 지위는 취득할 수 있어도 피해자는 이로 인하여 소유권을 잃지 않으므로, 절도죄에 의하여 소유권이 침해될 수는 없다는 점, ② 절도죄는 절취만 있으면 완성되는 것으로 소유권의 내용이 침해되어야 기수에 이르는 것이 아니라는 점을 근거로 한다[574]. 이러한 논거에 대하여 다수설에서는 민법상 소유권의 침해는 반드시 소유권의 상실만을 말하는 것이 아니고 점유의 침탈이나 방해로써 소유권의 내용인 사용 · 수익을 방해하는 경

571) 김용덕, 위 논문, 69; 위 '사후행위'라는 표현은 대법원 2011. 1. 20. 선고 2008재도11 전원합의체 판결에서도 사용되고 있으나, 그 구체적 의미가 무엇인지는 정확히 나타나 있지 아니하다. 다만 위 82도285 판결의 취지상 포괄일죄로 본 것으로 보여진다.
572) 주석 형법 [각칙 (1)], 한국사법행정학회(2006), 96
573) 이재상, 형법각론, 250; 유기천, 형법학 [각론강의 상], 189
574) 이재상, 형법각론, 250

우에도 소유권의 침해라고 보아야 하므로 위 견해에 동조하지 아니한다[575]. 절도죄를 침해범으로 파악할 경우에는 절도죄에 의하여 이미 소유권은 침해된 것이므로, 그 이후 그 물건을 손괴하였다고 하여 소유권의 침해가 더 증가한 것은 아니라는 결론에 이르는바, 즉 불가벌적 사후행위라고 보게 된다. 그러나 절도죄를 위험범으로 파악할 경우에는, 절도로 인하여 소유권침해의 위험이 발생된 후 손괴에 의하여 소유권이 상실되는 결과가 발생하였으므로, 법익침해가 완성된 것이다. 즉 불가벌적 사후행위가 아니라고 보는 것이 논리적일 것이다[576]. 그러나 절도죄를 위험범으로 파악하는 입장에서도 이 경우 불가벌적 사후행위라고 본다[577].

라. 전원합의체 판결의 검토[578]

(1) 다수의견에 대한 검토

저당권설정은 부동산 자체를 영득하여 이를 담보로 채권자에게 제공하는 것이기 때문에 부동산에 대한 영득범죄라는 다수의견의 논리는, 저당권설정은 부동산의 보관자가 보관 부동산을 이용하여 부동산에 내재하는 교환가치라는 재산상의 이익(편익)을 얻는 것이라는 점을 간과하였다. 저당권설정을 하더라도 부동산의 소유관계에는 아무런 변동이 생기지 아니한다. 단지 소유권 행사에 일부 제한이 가하여질 뿐이다. 즉 부동산의 보관자가 보관의무를 위배하는 행위를 통하여 소유권에 내재하는 교환가치의 일부를 영득하는 행위이다. 즉 행위자의 의사는 물건 자체가 아니라 물건이 갖는 가치에 집중된 것이다. 저당권설정으로 물건 자체에 대한 횡령죄가 성립한다면, 영득의 대상이 되는 부동산이 1개일 경우, 그 이후에 동일 물건에 재차 영득행위를 한다고 하더라도, 이는 위탁자의 영역이 아니라 보관자의 영역에서 문제되는 것, 즉 이미

---

575) 주석 형법 [각칙 (5)], 2006, 286

576) 前田雅英, 刑法各論講義, 316 각주 19에서도 最高裁 2003. 4. 23. 判決 취지에 비추어 보면, 절도 후의 손괴행위도 불가벌적 사후행위가 아닐 수도 있으나, 위 판결과는 미묘한 차이가 있다고 기술하고 있다.

577) 이재상 · 장영민 · 강동범, 형법총론, 526

578) 이하 기본적인 내용은 졸고, “횡령죄의 불가벌적 사후행위에 관한 판례의 변경”, 349~50, 364~367 인용 · 참조

침해된 법익의 범위 내에서 다시 법익이 침해되는 것임을 간과한 것이다. 가령 절도범이 도품을 손괴할 경우, 절도에 의해 발생하는 법익 침해(내지 그 위험[579])는 "점유의 상실 + 소유권의 배제"이기 때문에 소유권자 등 권리자는 도품의 반환을 구할 수 있다. 즉 법익침해의 위험(소유권이 완전히 소멸될 수 있는 위험)이 존재하게 된다. 그러나 절도범이 도품을 손괴하여 멸실시키면 소유권자 등 권리자는 "점유의 상실 + 영구적 권리(통상 소유권) 상실"이라는 결과에 이르게 되어 소유권이라는 법익침해는 완성(소유권이 완전히 소멸)된다. 즉 절도의 경우에도 절도가 기수에 이르렀다 하더라도, 그 후 법익침해의 정도와 양은 증가될 수 있다. 그러나 그렇다고 하더라도, 절도의 기수로 행위자가 재물 전체에 대한 소유권자 유사의 지위를 얻게 되어 그 재물에 대한 지배를 하게 되었다면 도품의 손괴는 절도죄의 불가벌적 사후행위라고 보아야 한다(통설). 그러나 저당권설정은 절도와는 다르다. 저당권설정만으로 부동산의 보관자가 소유권자와 유사한 지위를 얻었다고 보기 어렵다. 이 점에서 횡령죄 구성설은 찬성하기 어렵다.

또한 부동산에 대하여 지분이나 분필에 의한 분할이 이루어지지 않은 이상 그 부동산은 불가분적인 1개의 물건으로 보아야 한다.

가치에 대한 영득도 인정될 수 있다는 관념이 모든 물건에 대하여 확장될 수는 없다. 영득의 대상에 관한 결합설의 가치 영득에 관한 설명 중 의미가 있는 것은 물건에 화체된 가치라는 점이다. 가령 현금인출기능이 있는 신용카드나 현금카드를 사용하여 현금을 인출한 후 신용카드를 원래 있던 곳에 가져다 놓았을 경우처럼, '물체에 특별히 내재된 가치(lucrum ex re)'가 아니라 '물건을 사용하여 도달할 수 있는 가치(lucrum ex negotio cum re)'를 영득할 경우에는 절도로 의율될 수 없다는 것이다[580]. 그러나 가치 취득의 수단에 불과한 신용카드가 아니라

---

579) 절도죄를 위험범으로 구성하는 견해는, 절도에 의해 소유권 상실이 발생하는 것은 아니기 때문에, 위와 같은 상황에서 소유권 침해의 위험이 생긴 것으로 평가할 것이다. 절도죄를 위험범으로 구성하는 견해로는 이재상, 형법각론, 250; 유기천, 형법학 [각론강의 상], 189

580) 대법원 1999. 7. 9. 선고 99도857 판결; Bockelmann, ZStW 65(1953), S. 575 ff.; Eser, JuS 1964, S. 477, 481; Rainer Paulus, Der strafrechtliche Begriff der Sachzueignung, Neuwied: Luchterhand Verlag, 1968, S. 163 ff.; 그러나 이에 대하여는 다툼이 있다고 하며(Werner Beulke, Klausurenkurs im Strafrecht II: Ein Fall-

그 자체에 일정한 가치가 화체되어 있다고 볼 수 있는 선불카드나 자격증권인 예금통장의 경우에는 이를 가지고 가서 그에 내재되어 있는 예금이나 금전적 가치를 사용한 후 원래 있던 자리에 가져다 놓았다고 하더라도 그것에 내재되어 있는 가치에 대한 절도죄가 인정될 수 있다고 본다[581]. 선불카드나 예금통장은 그것에 내재되어 있는 금전을, 유가증권과 같이 법률상은 아니더라도, 사실상 직접적으로 표창한다고 볼 수 있다. 그리고 그 내재되어 있는 금전의 가액은 유동적이지 않고 계량적·확정적이다. 즉 바로 전용될 수 있는 금전이 예금통장에 기재되어 있는 문자나 선불카드 내 데이터의 형식으로 담겨 있는 것이다. 따라서 그 예금통장이나 선불카드로부터 가치(증명적 기능가치)를 영득했다고 볼 수도 있겠지만, 그보다는 그것이 표창하고 있는 금전 자체를 영득했다고 평가함이 상당하다. 즉 예금통장이나 선불카드를 통하여 유체화될 수 있는 금전 자체가 영득의 대상이 되는 것으로, 결국 그 예금통장이나 선불카드와 눈에 보이지 않는 선으로 연결되어 있는 금전을 영득한 것이다[582]. 결국 결합설에서 말하는 물건에 화체된 가치(verkörperte Sachwert)라는 의미는, 물질적으로는 아니지만 물건 자체를 통해 관념적으로 유형화시킬 수 있는 가치를 의미한다고 보아야 한다. 따라서 이와 같이 평가될 수 없는 디지털 정보 자체는 재물이 아니라서 영득의

---

und Repetitionsbuch für Fortgeschrittene, Heidelberg: C.F.Müller, 2014, S. 105), 현금카드를 예금통장과 반드시 달리 보아야 하는 것인지 의문이 없지는 않다. 가령 BGHSt 4, 236, 238(NJW 1953, 1151)

581) 2009도9008 판결(예금통장은 예금채권을 표창하는 유가증권이 아니고 그 자체에 예금액 상당의 경제적 가치가 화체되어 있는 것도 아니지만, 이를 소지함으로써 예금채권의 행사자격을 증명할 수 있는 자격증권으로서 예금계약사실 뿐 아니라 예금액에 대한 증명기능이 있고 이러한 증명기능은 예금통장 자체가 가지는 경제적 가치라고 보아야 하므로, 예금통장을 사용하여 예금을 인출하게 되면 그 인출된 예금액에 대하여는 예금통장 자체의 예금액 증명기능이 상실되고 이에 따라 그 상실된 기능에 상응한 경제적 가치도 소모된다. 그렇다면 타인의 예금통장을 무단사용하여 예금을 인출한 후 바로 예금통장을 반환하였다 하더라도 그 사용으로 인한 위와 같은 경제적 가치의 소모가 무시할 수 있을 정도로 경미한 경우가 아닌 이상, 예금통장 자체가 가지는 예금액 증명기능의 경제적 가치에 대한 불법영득의 의사를 인정할 수 있으므로 절도죄가 성립한다); Schönke/Schröder, a.a.O., Rn. 50

582) 예금통장 관련하여 통장의 자격증권으로서 증명기능이라는 가치에 대한 불법영득을 인정한 2009도9008 판결의 경우, 증명기능이라는 가치의 침해는 예금의 인출을 전제한다는 점에서 결국 예금통장이 유가증권은 아니라고 하더라도 예금채권을 표창하고 있음을 전제로 하는 것이다.

대상이 될 수 없고[583], 마찬가지로 부동산에 내재된 가치가 있다고 하더라도 부동산을 통해 그 가치가 사실상 표창된다고 볼 수 없으며 또한 내재된 가치의 가액이 계량적·확정적이지 않고 시간의 흐름에 따라 유동적이므로 유형화도 불가하여 그 가치는 영득의 대상으로 취급할 수 없다. 이러한 가치는 단지 재산상 이익 취득의 대상이 될 뿐이다.

저당권설정을 횡령으로 보는 판례 법리에 사실상의 규범력을 인정하더라도, 그 법리가 잘못된 것이라면 시정하여야 한다. 저당권설정을 통해 소유권에 내재하는 일부 가치를 영득하는 행위는 배임죄로 구성함이 타당하다. 배임죄로의 이론구성에 관하여는 아래 5.항에서 살펴본다.

(2) 별개의견에 대한 검토

후행 처분행위가 선행 처분행위의 손해액을 상당한 정도로 넘어서거나 매도에까지 이를 정도로 소유권을 침해하는 경우, 원칙적으로 불가벌적 사후행위가 아니고 새로운 횡령죄로 처벌하여야 하며 선행 처분행위의 공소시효 완성이 후행 처분행위에 영향을 미치지 않는다는 취지의 별개의견[584]의 경우, 어떤 경우에 손해액이 상당한 정도로 넘어섰다고 파악할 수 있을 것인지 명확한 기준이 제시되지 않는다. 즉 '선행 횡령행위로 발생한 소유권 침해의 위험이 미약하여 과도한 비용과 노력을 들이지 아니하고도 그 위험을 제거하거나 원상회복할 수 있는 상태에서 그보다 월등히 큰 위험을 초래하는 후행 횡령행위를 저지른 경우'라는 기준에 명확성이 없다는 난점이 있다. 형법이 행위자에 대한 추상적·일반적 의사결정규범으로 작용한다면, 구체적 사안에 적용된 형법의 해석이라 할 판례는 행위자에게 구체적·실질적 의사결정규범으로 작용한다. 그렇기 때문에 행위자가 자신이 맞이하는 사안과 유사한 사안에 대

583) 통설, 판례도 디지털 정보는 재물로 보지 않는다. 대법원 2002. 7. 12. 선고 2002도745 판결; 송문호, "디지털정보 부정사용의 형법적 규제", 법학연구 36집, 전북대학교 법학연구소(2012. 9.), 29; 이원상, "유비쿼터스 사회에서의 절도죄 고찰", 형사정책연구 20권 2호, 한국형사정책연구원(2009 여름호), 208; Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, §242 Rn. 50; Jan Zopfs, "Der Tatbestand des Diebstahls - Teil 1", S. 506

584) 이러한 견해를 취하는 입장으로 방기태, "수탁부동산의 영득행위와 불가벌적 사후행위 -횡령죄를 중심으로-", 창연논집 8집(손용근 사법연수원장 퇴임기념), 사법연수원(2011), 495, 499; 조현욱, "명의수탁자의 보관 부동산 후행 처분행위의 불가벌적 사후행위 해당여부", 법학논고 42집, 경북대학교 법학연구원(2013), 214

한 판례가 있다면 그 판례를 의사결정규범으로 삼아 행동하게 될 것이다. 죄형법정주의에서 명확성의 원칙을 요구하는 이유가 바로 이 때문이다. 그런데 별개의견이 제시하는 기준은 불명확하다. 가령 수탁자가 1억원의 부동산에 5천만원의 근저당권을 설정한 후, 다시 5천만원의 근저당권을 설정하거나 혹은 매도할 경우 후행행위는 불가벌적 사후행위인가? 또한 선행행위 후 부동산의 가격이 상승한다면, 선행행위 당시의 가격에 기초하여 위와 같은 기준을 적용할 것인가, 아니면 후행행위 당시의 가격에 기초하여 위와 같은 기준을 적용할 것인가? 별개의견의 기준으로는 결론을 내리기 어렵다. 이는 행위자뿐만 아니라 판례를 선례로 하여 재판규범으로 적용하는 법원에 대하여도 마찬가지이다. 별개의견이 제시한 기준의 핵심요소가 되는 '미약', '과도', '월등' 등은 추가적인 객관적 기준이 제시되지 않는 한 수범자나 법집행자에게 모두 불명확하여 합리적인 기준으로 작용하기 어렵다[585]. 즉 별개의견은 실질적 의사결정규범으로서, 또한 재판규범으로서의 판례의 기능을 수행할 수 없다는 난점이 있다[586].

다만 별개의견의 중심에는 횡령죄에 있어서 소유권 내지 1개의 물건의 불가분성이 전제되어 있다. 즉 횡령죄의 객체가 가치가 아닌 물건이라면, 횡령죄는 소유권을 침해하는 범죄이고 1개의 물건에 대하여는 1개의 소유권만 존재할 수 있으므로, 1개의 물건의 일부에 대한 침해라도 그 침해의 효력은 전부에 미쳐 결국 소유권 전부가 침해된 것이어서 그 이후에는 소유권 침해 위험이 발생하더라도 처벌할 수 없다고 보는 별개의견의 논리는 타당하다[587].

즉 별개의견은 근저당권설정행위를 횡령죄로 보는 입장을 유지한다는 전제에서, 후행행위에 대한 처벌의 필요성 때문에 다소 불명확하더라도 그 처벌기준을 마련하기 위한 불가피한 논리적 귀결이라고 볼 수 있다.

---

585) 이상원, "횡령인가 불가벌적 사후행위인가", 119.

586) 물론 그러한 난점에도 불구하고 별개의견은, 무죄에서 유죄로 판례를 변경할 경우에 가져올 수 있는 행위자의 불안한 법적 지위에 대하여 형법의 겸억적 성질을 강조한 것으로, 형사법상의 인간 군상에 대한 애정 내지 연민이 그 근저에 자리하고 있다고 생각된다.

587) 이와 관련하여 졸고, "횡령죄의 불가벌적 사후행위에 관한 판례의 변경", 363의 별개의견에 대한 반론에 관한 입장은 변경한다.

(3) 반대의견에 대한 검토

형법은 행위자의 주관적 의도만을 처벌하는 것이 아니고[588], 행위반가치와 결과반가치가 결합된 행위를 처벌하는 것이다. 명의수탁자의 근저당권설정행위가 횡령죄로 처벌되려면, 행위자가 주관적 측면에서 횡령의 대상물에 대한 영득의사를 표현하였다고 평가되어야 하고 또한 객관적 측면에서 횡령의 대상물에 대한 영득이 있어야 하는 것이다. 다만 주관적 측면의 사실인정은 규범적일 수밖에 없고, 그러한 규범적 판단은 객관적으로 외부로 드러나는 정형적 행위에서 도출될 수밖에 없다. 판례가 근저당권설정행위를 횡령으로 보았던 이유는 부동산의 담보제공을 통해 부동산 자체를 영득하였다고 보았기 때문으로 생각된다. 기존 판례의 입장대로라면 반대의견을 받아들이기 쉽지 아니하지만, 행위자가 부동산의 담보제공을 통해 얻는 것은 부동산 자체가 아니라 그 담보제공을 통한 금융상의 이익이라고 보는 것이 보다 정확한 평가이기 때문에, 외부로 나타나는 객관적 사정을 관찰하여 행위자의 주관적 측면을 평가해야 한다고 보는 반대의견은, 행위책임 원칙에 들어맞는 것으로, 결국 근저당권설정행위는 배임행위라는 결론으로 생각된다. 사견으로는 이 견해에 찬성하고 추가적인 논거에 관하여 후술한다.

4. 포괄일죄로 구성하는 방안에 대한 검토[589]

가. 논거

배임죄에 관하여 대법원 2009. 7. 23. 선고 2007도541 판결[590]은

588) “Cogitationis poenam nemo patitur!” 불법적인 혹은 부도덕한 의도는 어느 정도의 외적 결과에 의해 평가할 수 있다. 이는 확실히 인식될 수 있는 외적 행위로 고의가 드러나지 않는 경우, 그러한 고의는 처벌될 수 없음을 의미한다. Carl Ludwig von Bar(translated by Thomas S. Bell and others), A History of Continental Criminal Law, the LawBook Exchange, Ltd.(1916 초간, 1999 재간), 522

589) 이하 기본적인 내용은 졸고, “횡령죄의 불가벌적 사후행위에 관한 판례의 변경”, 359~63 인용 · 참조

590) 피고인들의 각 지원행위가 그 구체적인 행위 태양이 다소 다르기는 하나 이는 모두 공소외 1 주식회사에 자금을 지원하여 공소외 1 주식회사의 부도를 막거나 지연시키기 위한 목적을 가진 유사한 형태의 자금지원행위이고, 그와 같은 행위로 인한 이익이 모두 공소외 1 주식회사에 귀속되며 그로 인한 피해자는 모두 지원회사이고, 위 각 지원행위가 모두 공소외 1 주식회사의 부도를 방지하거나 이를 지연시키려는 단일한 의사에 따

“수 개의 업무상 배임행위가 있더라도 피해법익이 단일하고 범죄의 태양이 동일할 뿐만 아니라, 그 수 개의 배임행위가 단일한 범의에 기한 일련의 행위라고 볼 수 있는 경우에는 그 수 개의 배임행위는 포괄하여 일죄를 구성한다고 할 것이다(대법원 2004. 7. 9. 선고 2004도810 판결, 대법원 2007. 1. 12. 선고 2006도6464 판결 등 참조).”라고 판시하였다. 즉 판례는 포괄일죄에 해당하기 위해서는 구성요건해당성, 위법성, 책임이 인정되어야 하며, 객관적 요건으로서 구성요건적으로 동일하고, 침해법익이 동종이어야 하며, 침해행위가 유사하고, 시간적·장소적으로 계속되어야 하며, 주관적 요건으로서 범의의 단일성과 계속성을 요구한다. 다만「범행을 일정한 기간 동안 반복하여 범하였다면 그 범의가 단일하고 계속된 것이라고 볼 수 있을 것」이라 하여, 범죄의 계속성이 인정되면 범의의 단일성과 계속성을 긍정하기도 하였다[591].

횡령에 있어서도 선행행위(근저당권설정)가 소유권을 침해하지만 그 침해된 부분이 물건의 일부 가치에 한하고, 후행행위(근저당권설정 또는 매매행위)에 의하여 그 물건의 나머지 가치가 침해된 것이라면, 선행행위와 후행행위는 포괄하여 일죄가 성립한다고 할 수도 있다[592].

이와 같은 이론구성의 장점은, ① 영득액이 재물의 가액을 한도로 하게 된다는 점[593], ② 동일한 행위태양의 선행행위와 후행행위를 모두

라 일정 기간 동안 지속적, 반복적으로 행해진 일련의 행위라고 함이 상당하므로, 이 사건 각 지원행위는 지원회사별로 포괄일죄의 관계에 있다고 판단하여 최후 지원행위부터 공소시효 진행된다고 판단한 사안

591) 대법원 1978. 12. 13. 선고 78도2545 판결, 대법원 1982. 10. 26. 선고 81도1400 판결

592) 林幹人, 刑法の基礎理論, 東京大學出版會(1995), 235 주 25(동일한 재물에 대하여 횡령죄가 성립한 후에 다시 횡령죄가 성립될 수 있으며 양자는 연속범의 관계에 있다고 봄); 김대웅, 위 논문, 167~8은 ‘특수한 형태의 포괄일죄’로 구성해야 한다고 주장한다(연속범이라는 취지는 아닌 듯하다). 즉 횡령죄의 객체와 횡령행위로 영득한 것의 개념을 구분하여, 횡령죄의 객체는 하나이나 횡령행위에 의한 영득은 여러 번 가능하다는 전제에 선 것으로(김대웅, 위 논문, 160~1, 169), 이는 독일에서의 반복된 영득(wiederholte Zueignung)에 관한 논의와 유사하다(각주 477). 그 외 松宮孝明, “不可罰的·共罰的事後行爲”, Jurist 增刊 刑法の爭点 シリーズ 2, 有斐閣(2007), 127은 선행행위와 후행행위가 시간적 근접성이 없더라도, 전체를 포괄일죄로 구성하고, 다만 그 중 하나가 처벌되면 기판력이 나머지에도 미친다고 본다.

593) 물론 근저당권설정 후 이를 말소하여 침해된 소유권을 회복하였다가 다시 근저당권설정이나 매매를 할 경우에는 영득액이 재물의 가액을 초과할 수 있겠지만, 이 경우 소유권회복 후 새로운 고의에 의한 횡령행위는 선행행위와 범의의 단일성이나 계속성이 인정

횡령으로 의율할 수 있다는 점, ③ 후행행위 불처벌의 불합리함이 사라지고, 검사가 어떻게 기소하는가에 따라 범죄의 성립 및 죄수관계에 차이가 나는 문제도 생기지 않고, 실체법의 문제인 죄수론에 소송법적 해결책을 도입하는 어색함[594]도 피할 수 있으며, 판례상 확립된 포괄일죄의 법리에 의하여 소송법적 논점(공소시효의 기산점, 일죄의 일부 기소, 확정판결의 기판력 범위 등)을 무리 없이 해결할 수 있다는 점 등이다[595].

나. 문제점

먼저 포괄일죄로 구성하는 견해 중 연속범으로 보는 견해에 대하여는 연속범 이론의 문제점을 지적 가능하다. 구 형법 제55조는 "연속한 수개의 행위가 동일한 죄명에 걸릴 때에는 일죄로 처벌한다."라고 하여 연속범 규정을 두었으나, 현행 형법에서는 삭제되었다. 그리하여 현행 형법에서의 판례는 연속범이라는 용어는 사용하지 않는다. 따라서 판례가 "연속범=포괄일죄"라고 본다는 식의 분석은 잘못이라는 지적이 있다[596]. 일본에서도 1947(昭和 22). 형법 개정시 연속하여 범한 다른 죄에까지 기판력이 확대되어 처벌할 수 없는 부당한 경우가 많았기 때문에 구형법 제55조의 연속범 규정을 삭제하였으나, 해석상 연속범적 사고를 전혀 인정하지 않는 것도 합리적이지 않고, 일정한 범위에서 연속한 행위를 일죄로서 포괄적으로 취급할 필요가 있다고 한다[597]. 일본 판례도 약 4개월간에 38회에 걸쳐 위법하게 마약을 환자에게 교부한 행위를 포괄하여 일죄로 인정하였다[598].

될 수 없기 때문에 포괄일죄가 아니라 실체적 경합범이 된다고 봄이 상당하다. 위 78도2175 판결 및 그 파기환송 후 상고심 판결인 대법원 1979. 8. 28. 선고 79도1611 판결(피고인이 공유관계에 있는 대지를 공소외 갑에게 가등기를 경료함으로써 횡령죄가 성립한 후 상당한 기간이 경과하여 위 가등기를 말소하여 소유권에 대한 침해를 회복한 후 다시 공소외 을에게 가등기를 경료한 것은 재차 횡령죄를 범한 것이 된다) 참조.

594) 일본 最高裁의 소인 이론을 의미하는 것으로 보인다.

595) 김대웅, 위 논문, 168

596) 김성돈, "연속범의 죄수", 형사정책연구 제8권 제1호, 한국형사정책연구원(1997. 3.), 210

597) 前田雅英, 刑法總論講義, 東京大學出版會(1989), 470

598) 最高裁 1957. 7. 23. 判決

그런데 독일 연방재판소는 1994. 5. 3. 연속범을 넓게 일죄로 보던 판례를 변경하였고,[599] 그 후 우리나라에서도 포괄일죄의 성립범위를 넓게 인정하는 판례의 태도에 비판적인 견해가 증가하고 있다[600].

연속범의 개념을 인정할 경우 행위자는 기판력의 범위가 확장된다는 점에서 유리하나[601], 공소시효[602], 공소사실의 특정 문제[603], 법원의

---

599) 김성돈, 위 논문, 193~4는 『1994년 5월 3일 연방재판소 판결은 마침내 연속범이라는 법형상에 대한 지금까지의 태도를 결정적으로 변화시키는 판결을 내렸다. 연방재판소는 그 판시내용에서 먼저 연속범이라는 제도에 대해 점차적으로 불신이 고조되어 온 배경을 기술하였다: 첫째, 연속적 관련성을 인정하게 되면 공소시효의 기산점이 최후의 행위부분이 종결되는 시점까지 늦추어져 상고심의 입장에서 캐캐묵은 과거지사까지 다루어야 할 경우가 없지 않다는 점, 둘째, 개별행위부분에 대한 사실확정이 불충분하게 그리고 총체적으로만 이루어짐으로써 피고인의 방어적 지위를 더욱 열악하게 한다는 판단, 셋째, 연속범에 관한 판례의 태도가 통일성을 잃고 있어서 상호모순적 결의론적 전개과정을 밟아왔다느니, 사례마다 상이한 근거지움과 상이한 결과를 도출하여 왔다느니 하는 비난을 받아온 결과 이와 같은 고도의 신축성있는 판결 태도는 법적안정성을 상실케 되는 위험성을 내포하고 있다는 점에 대한 반성, 넷째, 연속적 관련성의 존부 판단이 잘못될 경우 전체 판결이 폐기될 경우가 많으므로 연속범의 인정실익으로서 그 동안 각광을 받아 온 소송경제라는 효과도 실제로는 그 반대일 수도 있다는 생각 등이 상세하게 제시되었다. 그리고 나서 연방재판소는 근친상간(독일형법 제173조), 감독자의 성폭행(독일형법 제174조), 어린이에 대한 성폭행(독일형법 제176조), 그리고 사기죄(독일형법 제263조) 등과 같은 구성요건에 대해서는 연속범을 더 이상 인정할 수 없다는 결정을 내리고 있다. 그리고 앞으로는 연속범을 인정할 수 없는 앞의 네 가지 구성요건 이외의 경우에도 실현된 불법 및 책임에 대해 평가하여 연속적 관련성을 인정하는 것이 불가피할 경우에 한해서만 연속범을 인정할 수 있다고 한다. 게다가 동 판결은 각 규범의 구체적 범죄성격이 연속범인정의 척도가 된다는 범죄관련적 관찰태도를 보이고 있다. 즉 자연적 행위단일성으로 결합되지 아니한 수 개의 구성요건실현을 한데 묶을 수 있는 특별하게 중요한 구성요건 관련적 이유가 나타나는 경우에만 연속적 관련성의 존재를 인정할 수 있다고 한다. 이러한 엄격한 척도를 사용하면 장차 연속적 관련성의 인정은 매우 드문 예외적 현상일 것이라고 한다. 그러나 이와 같은 연방재판소 판결의 의의에 대해서는 아직 독일학계 내에서도 의견이 분분하다. ① 연속범이라는 법형상을 완전히 폐지한 것이라고 보는 견해도 있고 ② 제한적이긴 하지만 연속범인정가능성을 분명히 열어두고 있는 것으로 이해하여야 한다는 견해도 있다. ③ 최근 독일형법학계에서는 이를 연속범에 관한 판례변경이라고 규정하는 분위기가 지배적이고 이를 토대로 하여 이 판례변경의 파급효과에 대한 전망을 하는 단계에 있다.』라고 한다.

600) 김성돈, 위 논문, 202 이하; 박광민, “연속범이론의 재검토”, 형사법연구 13호, 한국형사법학회(2000. 6.), 131 이하; 이경렬, “수죄인 연속범의 소송법적 문제의 해결방법 제안”, 형사법연구 제17호, 한국형사법학회(2002), 76; 허일태, “연속범의 죄수”, 형사판례연구 (5), 박영사(1997), 166 이하

601) 물론 연속범에 해당하는 행위 중 하나에 대하여 판결이 확정될 경우, 그 이전의 행위 전체에 대하여 기판력이 미치게 되나, 이는 불합리할 수 있다. 또한 동일 부동산에 대한 수회의 근저당 설정행위를 연속범 등 포괄일죄로 구성하는 것은 후행행위만 먼저 처벌하게 될 경우 그보다 더 죄질이 무거운 선행행위가 있었다고 하더라도 선행행위를 처벌할 수 없는 문제를 야기할 수 있다.

심리과정상 심리의 부담 증가 및 소송경제의 문제점[604]이 제기된다[605].

횡령죄나 배임죄의 포괄일죄 여부가 문제된 대법원 사례에서 포괄일죄를 인정한 예도 있으나[606], 대부분의 경우 포괄일죄의 성립을 부정하였다[607].

---

602) 공소시효가 최종행위시부터 진행하게 되므로, 행위자는 연속범으로 평가되는 기왕의 모든 행위에 대하여 처벌받게 될 가능성이 생기게 되고, 반대로 법원은 외견상 이미 공소시효가 지난 사건까지 심리를 해야 한다.

603) 포괄일죄의 경우 공소사실의 특정에 있어 단일범의 경우에 비하여 보다 관대하게 취급됨으로써, 피고인의 방어권 행사가 불리하게 될 위험이 있다.

604) 과거의 사건까지 일일이 확인해야 된다는 점에서 심리의 부담이 증가하고, 또한 포괄일죄로 인정된 행위 중 하나라도 잘못되었을 경우 전부를 파기하여야 하는 문제점이 있다.

605) 김성돈, 위 논문, 202 이하

606) 대법원 2001. 9. 7. 선고 2001도1830 판결 [피해자는 새마을금고로서 그 피해법익이 동일하고, 다만 횡령의 수단, 방법으로 예금주들의 예탁금(1년만기의 정기예금)을 담보로 하여 예금주들이 대출받은 형식으로 서류를 꾸미거나(24건 중 23건), 직접 시재금을 횡령하는 방법을 택하였는바(1건), 전자는 피고인이 업무상 보관하고 있는 새마을금고의 돈을 빼돌리고 이를 은폐하는 방편으로 그와 같은 허위의 대출서류를 꾸며 대출을 가장한 것에 불과하여 직접 시재금을 임의로 인출한 경우와 비교하여 방법상의 차이가 있을 뿐이며, 허O영과 피고인 자신의 잘못으로 새마을금고에 입힌 손실이나 개인적인 채무를 메꾸려는 목적에서 저지른 것이고, 일부 범행은 정O훈과 공모하기도 하였으나 24회의 범행 모두 1998. 10. 2.부터 1999. 8. 5.까지 10개월 동안 비교적 단기간에 이루어진 점 등에 비추어 결국 단일하고 계속된 범의의 발현에 의한 일련의 범행이라 보아야 할 것이므로, 이를 포괄적으로 파악하여 일죄로 인정함이 상당하다]

607) 대법원 2010. 9. 30. 선고 2010도8556 판결 (피고인의 이 사건 범행은 명의신탁된 부동산에 관하여 2005. 11. 18. 근저당권을 설정한 행위로서, 2008. 5. 8. 근저당권을 설정한 행위와는 기본적인 사실관계를 달리하므로, 2008. 5. 8. 근저당권을 설정한 행위에 대하여 이미 불가벌적 사후행위라는 이유로 무죄판결을 받아 확정되었더라도 그 이전에 완성된 이 사건 범행을 횡령죄로 처벌하는 것이 일사부재리 원칙 내지 이중처벌금지의 원칙에 반한다고 할 수 없다고 한 사례); 대법원 2004. 7. 22. 선고 2004도3011 판결 (판시 범죄사실 제1, 2, 3항은 그 피해자가 동일하나, 범인과 범행시기 및 구체적인 범행방법이 다르다고 할 것이므로 위 각 범죄사실은 그 범의의 단일성과 계속성을 인정하기 어렵고 별개의 범의에 의하여 저질러진 횡령범행이라고 판단한 것은 위 법리에 따른 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 업무상횡령죄의 죄수에 대한 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다); 대법원 1985. 8. 13. 선고 85도1275 판결 (피해자인 OO건설주식회사, 이O선, 주식회사OO개발 및 OO흥업주식회사로부터 각기 등기신청절차의 의뢰를 받고 등록세 등 등기비용을 업무상 보관중 각 횡령하였다는 사실로 인하여 경합 1죄로 처단되였음이 분명하며 본건 범죄사실은 공소외 OO산업주식회사 및 OO건재주식회사로부터 각기 등기신청절차의 의뢰를 받고 등록세 등 등기비용을 업무상 보관중 각 횡령하였다는 것이므로 그것들은 동종의 범죄이기는 하나 피해법익을 모두 달리하고 있으므로 위 확정판결의 범죄사실이나 본건 각 범죄사실이 포괄 1죄로 될 리 없으니 위 확정판결의 기판력이 본건 범죄사실에 미친다고 할 수 없다);

2010도10500 전원합의체 판결 사안의 경우(최초 근저당권설정은 1995. 11. 30., 두 번째 근저당권설정은 2003. 4. 15., 매매를 원인으로 한 이전등기행위는 2009. 3. 23.에 이루어짐. 제일 마지막 행위가 기소됨)에도, 14년의 간격이 있는 선행행위와 후행행위를 일반적인 포괄일죄 법리로 구성하는 것은 적절하지 않다. 범행기간의 이격성뿐만 아니라, 두 행위가 계속된 범의의 발현에 의한 범행이라고 볼 수도 없기 때문이다[608].

물론 포괄일죄로 구성하는 입장은, 통상적인 포괄일죄가 아니라 특수한 형태의 포괄일죄라는 주장(즉 피해자, 행위객체, 기존의 신뢰관계를 침해한다는 점에서 동일하지만, 행위의 태양이나 범의의 계속성에서는 동일성이 다소 떨어지더라도 포괄일죄로 인정하자는 것)이므로, 일반적인 포괄일죄의 성립요건 불충족을 이유로 한 비판이 타당하지 않을 수 있다. 그러나 특수한 사안의 해결을 위하여 포괄일죄의 일반적 성립요건을 수정해야 할 당위가 있는 것인지 의문이다. 즉 처벌을 위하여 자의적인 기준을 세운 것이라는 비판이 가능하다. 또한 만약 행위자가 포괄일죄로 처벌된 후, 그 행위자가 위탁된 부동산에 대하여 추가로 근저당권을 설정하였을 경우, 기판력의 범위가 어디까지 미치는 것으로 볼 것인가의 문제가 있다. 즉 포괄일죄로 평가한다는 것은 물건 전체를 영득한 것으로 본다는 의미로 생각되는데, 그렇게 볼 경우 일단 포괄일죄

대법원 1993. 10. 12. 선고 93도1512 판결 (피고인이 1981. 7. 초순경부터 1983. 2. 19.경까지 사이에 8회에 걸쳐 소속대 주계창고 및 2, 4종 창고에서 업무상 보관중인 군용백미 등을 꺼내어 타인에게 매각하거나 피고인 자신이 임의로 소비한 것으로 공소제기된 사안. 다만 1, 2 범죄사실은 유죄로, 3~8 범죄사실은 무죄로 판단되었고, 단일한 범의를 인정할 수 없어 실체적 경합범으로 유죄 선고됨); 대법원 2004. 4. 28. 선고 2004도927 판결 {피고인이 2000. 4. 6.부터 같은 해 11. 2.까지 주식회사 OO상호신용금고의 출자자인 주식회사 OOO코리아에 41회에 걸쳐 376억 9,000만 원을 대출하여 배임행위를 하고, 주식회사 OO 명의로 2000. 6. 28. 5억원, 같은 해 6. 30. 15억원, 같은 해 7. 10. 10억원, OO산업개발 주식회사 명의로 같은 해 10. 20. 15억원을 각 대출하여 주식회사 동신에 동일인 여신한도를 초과하여 45억원을 대출하였다는 범죄사실 등으로 2001. 10. 19. 서울고법에서 특경가법위반(배임) 등으로 유죄 판결이 확정됨. 위 사건은 피고인이 노OO, 김OO, 손OO, 전OO에 대한 배임적 대출행위로 인한 특경가법위반(배임)이라서, 대출의 상대방이나 대출의 일시 등이 상이하여 단일한 범의에 기한 일련의 배임행위로서 포괄일죄의 관계에 있다고 보기 어렵다고 한 사안}

608) 양 행위에 관해 성립하는 횡령죄가 포괄일죄의 관계에 있다는 것도, 행위의 연속성 또는 기회의 동일성을 근거로 하는 것이다. 鈴木左斗志, 위 논문, 55

로 처벌받은 이후에 다시 유사한 형태의 신뢰관계 침해행위를 할 경우 이를 다시 처벌할 수 있는 것인지에 대하여 분명한 결론을 내리기 어렵게 된다는 난점이 있다[609]. 물론 포괄일죄로 구성하면서 기판력의 범위는 기왕의 행위에 의하여 영득한 부분에만 제한된다는 논리를 구성하여 기판력의 범위를 제한할 수도 있을 것이지만, 그러한 논리구성은 횡령죄설과 마찬가지로 횡령의 객체는 재물이나 영득은 그 가치만 해당할 수 있다는 전제에 서 있는 것이라서, 횡령죄설에 대한 비판, 즉 화체되지 아니한 가치 영득이라 개념 설정의 문제점은 여전히 남게 됨을 지적할 수 있다.

5. 배임죄로의 구성[610]

가. 재물이란 용익가치와 교환가치가 결합된 것임

근저당권설정으로 얻는 것은 부동산의 교환가치이지 부동산 자체가 아니다. 용익가치와 교환가치가 결합된 온전한 재물(물건)[611]이 영득의 대상이 된다. 만약 용익가치나 교환가치의 일부만 얻었다면, 이는 가치를 취득한 것이다[612]. 기존의 판례는 근저당권설정을 횡령으로 보아 그 영득대상은 부동산 자체로 보았다[613]. 그러나 근저당권설정에 의해 얻는 것은 교환가치의 일부일 뿐으로[614], 용익가치는 신탁자에게 남게 된

609) 물론 이 견해에서도 기존의 위탁관계를 대체하는 새로운 위탁관계가 생긴 경우, 새로운 위탁관계를 침해하는 행위는 실체적 경합관계에 있는 횡령죄가 성립한다고 보기 때문에, 확정 판결 이후에도 위탁관계가 존속한다면 이는 새로운 위탁관계로 볼 수 있고, 따라서 이러한 위탁관계를 침해하는 행위에 대하여는 실체적 경합관계의 횡령죄가 성립할 수 있다는 주장도 가능할 수는 있으나, 확정 판결로 새로운 위탁관계가 부여된다고 평가하는 것은 타당성이 없다.

610) 이하 기본적인 내용은 졸고, “횡령죄의 불가벌적 사후행위에 관한 판례의 변경”, 350~7 인용 · 참조함

611) 형법상 재물은 일반적으로 민법상 물건과 같은 의미로 이해되지만, 형법 제346조에서 관리 가능한 동력을 재물에 포함시키고, 권리행사방해죄나 음화 등의 반포죄에서는 재물이 아니라 물건이라는 용어를 사용하고 있다. 이재상, 형법각론, 251

612) 문영식, “횡령죄와 배임죄의 구별”, 형사법의 신동향 통권 34호(2012. 3.), 316

613) 위 97도3282 판결 ‘횡령행위란 불법영득의사를 실현하는 일체의 행위를 말하는 것이어서 (중략) 그러한 영득의 의사가 외부에 인식될 수 있는 객관적 행위를 하였을 때에는 그 재물 전체에 대한 횡령죄가 성립되고’, 위 2000도310 판결 ‘근저당권설정등기를 경료할 당시에 해당 부동산에 대한 불법영득의 의사를 외부에 객관적으로 나타냄’

다. 특히 신탁자가 부동산을 점유하면서 등기만 수탁자에게 이전한 상태에서 수탁자가 등기권리증 없이 근저당권을 설정한 경우, 근저당권설정은 용익가치를 침해하지 못한다. 단지 차후 근저당권의 실행으로 용익가치마저도 상실될 위험에 처해질 수 있게 될 뿐이지만, 이러한 위험은 구체화된 것으로 평가할 수는 없는 것이다. 또한 판례 중에도 명의수탁자가 명의신탁 부동산에 근저당권을 설정한 행위를 횡령이 아닌 배임죄로 의율한 경우도 있었다. 즉 대법원 1990. 10. 30. 선고 90도1858 판결은 "신탁자와의 사이에 금전적인 계산을 할 것이 있다고 하여도 부동산에 관한 명의신탁관계가 유지되고 있는 법률관계 하에서 수탁자가 신탁자의 승낙이나 처분권한 없이 근저당권설정등기를 하게 하면 배임행위에 해당한다."라고 하여, 수탁자의 근저당권설정행위를 배임죄로 의율하였다. 이는 근저당권설정행위로 인하여 행위자가 얻는 것은 물건 자체가 아니라 그에 내재한 가치에 불과함을 인식한 것으로 평가할 수 있다.

나. 부동산등기부의 등장과 저당권제도

부동산등기부제도 및 저당권제도로 인하여 부동산의 용익가치와 교환가치는 분리가 가능하게 되었다. 소유권은 사용, 수익, 처분권능을 그 바탕으로 하는바(민법 211조), 만약 용익가치와 교환가치가 분리될 수 없는 경우 그 재물은 횡령의 대상이 될 수 있을 것이다. 일반적으로 동산의 경우에는 용익가치와 교환가치가 분리되는 경우가 드물기 때문에[615] 대부분의 경우 동산 일체가 영득대상이 된다[616]. 횡령죄는 자기

---

614) 淺田和茂, 「判批」, 『重要判例解說平成15年度』, 169[冨高彩, "不可罰的·共罰的事後行爲論と財産罪の成否(2·完)", 上智法學論集 53卷 1号(2009), 147~8에서 재인용]; 十河太朗, "●刑事法學の動き● 宮川基 「横領物の横領」", 法律時報 78卷 8号(2006. 7.), 126은 위 일본 最高裁 판결의 1심 판결이, "저당권설정에 관해 횡령죄가 성립하는가는 明言하지 않고, 「경제적 가치만을 침해하는 범죄」라는 표현을 사용한 점에 의해 배임죄의 성립을 시사했다. 또한, 그 항소심판결도, 배임죄설에 호의적인 태도를 보였다."라고 기술하고 있다. [十河太朗의 위 글은, 宮川基, "横領物の横領", 東北學院大學論集法律學 63号(2004), 101 이하 논문의 개요를 소개하고 약간의 코멘트를 붙인 것이다. 위 글, 124]

615) 비슷한 취지로 김대웅, 위 논문, 160 "현실적인 면에서 보더라도, 횡령죄를 예외 없이 재물 전체에 대한 영득죄라고 보는 견해는 일반적으로 1개 물건의 일부만을 처분하는 것이 가능하지 않은 동산의 경우에는 타당할지 몰라도(이하 생략)" 참조

가 이미 점유하고 있는 타인의 재물에 대한 영득이라는 측면, 곧 그 영득행위로 인하여 용익가치와 교환가치 모두를 얻게 된다는 점을 그 본질로 하는 것이다[617]. 하지만 법률관계의 복잡화로 용익권능과 처분권능은 분리되기에 이르렀는데, 특히 중세 말 화폐경제의 발달로 부동산을 용익가치로서뿐만 아니라 교환가치로 파악하면서, 부동산담보권도 용익가치의 얻기 위한 토지의 현실적 지배를 요건으로 하는 부동산질에서, 점유에는 변화가 없으면서 소유자가 단지 담보권만을 상대방에게 제공하는 형태의 신질(die neuere Satzung)로 변화되었으나, 당시 이를 공시할 만한 수단이 없었기 때문에, 이를 공시하기 위하여 오늘날 부동산등기부의 전신인 도시장부(Stadtbuch) 제도가 등장하게 되었다고 한다[618]. 즉 부동산에 관하여 용익가치는 그대로 두고 교환가치만을 분리하여 이를 이전할 수 있는 저당권 제도가 등장하게 된 것으로, 현재 독일이 가장 발달된 저당제도를 가진 국가라고 한다[619]. 부동산에 제한물권(근저당권 등의 담보물권이나 지상권 등의 용익물권)을 설정하면[620], 이는 부동산의 교환가치나 용익가치를 취득하는 것으로 물건 자체를 영득하는 것이 아니다. 횡령죄의 본질은 영득행위이다[621]. 현재 횡령죄의 본질은 신뢰관계 침해에 중점을 둔 월권행위설에서 영득행위에 중점을 두는 영득행위설로 옮겨갔다. 따라서 행위자가 '무엇을 영득하였는가'에 중점을 두어야 한다[622].

---

616) 다만 동산에 있어 용익가치와 교환가치가 분리되는 경우를 상정한다면, 위탁물을 제3자에게 점유개정 방식의 양도담보로 제공하는 경우를 생각할 수 있다. 이 경우 횡령이라는 견해, 배임이라는 견해, 무죄라는 견해(2006도6686 판결)가 있을 수 있다. 각주 425 본문 내용 참조

617) 김일수, 한국형법 III, 623

618) 안병훈, "근저당권에 관한 연구", 19

619) 안병훈, 위 논문, 51

620) 판례 중 근저당권설정과 동시에 지상권 설정을 한 것을 횡령으로 의율한 사안(대법원 2004. 7. 22. 선고 2004도2142 판결)은 있으나, 지상권만 설정한 행위에 대하여 횡령이나 배임으로 의율한 사안을 찾을 수는 없었다.

621) 횡령죄의 본질에 관하여 월권행위설과 영득행위설의 대립이 있다. 판례는 영득행위설이다. 대법원 1972. 12. 12. 선고 71도2353 판결, 위 92도2999 판결 등 참조.

622) BGHSt 14, 38(v. 7. 12. 1959.; NJW 1960, 684)에서 "영득이라는 것은, 물건에 관한 지배의 확립, 또는, 물건에 관한 최초의 처분행위이고, 그에 의한 지배지위의 단순한 이용은 아니다. 환언하면, 영득이라는 것은, (유책 및 가벌적으로) 권리자를 배제하여 자주점유를 기초로 하는 것이다. 이와 같이, 본래의, 따라서 법적으로 중요한 영득행위와, 영득에 연속한 후의 지배의사의 실현행위(Herrschaftsbetätigung)를 동일하게 취급하는

다. 배임죄의 처벌례와의 균형

대법원 2005. 10. 28. 선고 2005도4915 판결은 “배임죄는 재산상 이익을 객체로 하는 범죄이므로, 1인 회사의 주주가 자신의 개인채무를 담보하기 위하여 회사 소유의 부동산에 대하여 근저당권설정등기를 마쳐 주어 배임죄가 성립한 이후에 그 부동산에 대하여 새로운 담보권을 설정해 주는 행위는 선순위 근저당권의 담보가치를 공제한 나머지 담보가치 상당의 재산상 이익을 침해하는 행위로서 별도의 배임죄가 성립한다.”라고 하였는바, 동일 부동산에 수회 근저당권을 설정한 사안에서 각 근저당권설정행위 모두를 배임죄로 의율하여 후행 배임행위에 대한 불가벌적 사후행위성을 부정하였다[623]. 회사의 대표이사는, 부동산을 처분할 수 있는 지위에 있는 명의수탁자와 별반 다를 바가 없다. 그럼에도 수회의 근저당권설정행위에 대하여 양자가 달리 취급될 이유가 없다. 명의수탁자는 최초의 근저당권설정행위만으로 처벌되고, 대표이사는 모든 근저당권설정행위로 처벌된다면, 이는 처벌에 있어서 형평에 어긋나게 될 것이다. 더욱이 선행 근저당권설정행위에 대한 공소시효가 완성된 후 후행 근저당권설정행위가 이루어졌을 때, 선행행위로 인하여 후행행위도 처벌할 수 없게 된다면, 이는 불합리할 것이다.

것은 허용되지 않는다. (중략) 요건데, 영득 후의 지배의사의 사후 표명은, 통상, 구성요건상 무의미하다. 영득후의 지배의사의 표명은 여러차례 말하여진 것처럼, (불가벌의) 이용범죄가 아니고, 모두 범죄적으로 야기된 所有者類似의 支配(eigentümerähnlichen Herrschaft)를 단순히 이용하고 있는 것에 지나지 않는다. 이러한 것은, 횡령죄 그 자체에 관해서도 타당하다. 그가 점유하고 있는 타인의 동산을 불법적으로 영득한 자는, 다시 지배의사의 실현에 의해서, 한번 더 횡령죄를 실행하는 것은 아니다.(이하 생략)”라고 영득의 개념을 밝히고 있다. 위 사안은 식품샘플의 화학검사비용을 상인들로부터 편취한 공무원이 이를 소비한 행위에 대해, 그 소비를 횡령죄로 의율할 수 있는가에 대한 사안이었다. 원심은 이를 긍정하였으나, 위 판결에서 공무원의 소비·사용은 영득(사기죄) 후의 지배의사의 사후 표명으로 구성요건상 무의미하다, 즉 지배지위의 단순한 이용에 불과하다고 하여 영득을 인정할 수 없다고 보아 횡령죄의 성립을 부정하였다. 이는 불가벌적 사후행위가 아니라 구성요건해당성이 없다는 것이다. 冨高彩, “不可罰的·共罰的事後行爲論と財産罪の成否(1)”, 224~6

623) 배임죄는 횡령죄와는 달리 특정물이 아닌 재산상 이득을 객체로 하는 범죄이므로, 추가로 담보권을 설정할 때마다 그 담보가치 상당의 새로운 재산상 이익을 침해하는 것으로 볼 수 있어, 별개의 배임죄를 구성한다고 보는 데에 별다른 異論이 없다. 2010도10500 전원합의체 판결 사안에서 피고인은 불가벌적 사후행위 주장을 하였었다.

라. 이종 행위에 대한 영득대상 동일 취급의 불합리성

명의신탁 부동산에 대한 처분행위의 태양은 다양하다. 수탁자가 신탁자의 반환요구에 대하여 명시적으로 그 반환을 거부하는 경우, 수탁자가 급한 금원마련을 위하여 신탁자 모르게 근저당권을 잠시 설정하여 금원을 융통하였다가 이를 말소하려는 경우, 제3자에게 매도하여 그 매매대금을 영득하는 경우, 제3자에게 매도하여 그 대금을 영득하려다가 이에 이르지 못하고 금융기관에 부동산을 담보로 제공하여 근저당권을 설정하고 금원을 대출받는 경우 등 그 행위태양은 다양할 수 있다. 그런데 여기서 부동산의 매도행위와 근저당권설정행위는 그 행위태양이 다를 뿐만 아니라 그로 인하여 행위자가 얻게 되는 결과물이 다름에도, 각 행위 모두 부동산을 영득한 행위로 평가하는 것은 불합리하다.

부동산을 매도하는 행위는 부동산 전체의 가치를 취하는 것이지만 근저당권설정행위는 교환가치만을 취하는 것이다. 가령 1억원 부동산을 매도하여 그 매매대금을 취한 사람과, 1억원의 부동산을 채권자에게 담보로 제공하고 채권최고액 2천만원의 근저당권을 설정하여 채권자로부터 2천만원을 빌려 이를 취한 사람의 불법은 다르게 평가되어야 한다. 수탁자가 급전 마련을 위해 부동산의 가액에 미치지 못하는 금액으로 근저당권을 설정하고 일시적으로 담보제공하였다가 곧 이를 변제할 의사였다면, 그의 고의 및 행위책임은 그 부동산의 일부 교환가치에만 미친다고 보아야 함에도[624] 부동산 전체에 미친다고 보는 것은, 실체법상 책임원칙 및 소송법상 in dubio pro reo의 원칙에 반하는 것으로, '부동산을 전부 취득하려던 것이 아니라, 부동산의 일부 가치만 취득하려 한 것이다.'라는 점에 대하여 피고인에게 입증하도록 하여 입증책임을 전환시키는 것을 넘어, 아예 '피고인에게는 부동산 자체를 영득할 의사가 있었다.'고 의제(擬制)를 하는 것과 다르지 않은바, 형사법에서 이러한 법률상 의제는 무죄추정의 원칙에 반하는 것이다[625]. 행위자는 자신

624) 대법원 2009. 6. 11. 선고 2009도2880 판결(상고기각)의 원심인 서울고법 2009. 3. 26. 선고 2009노86 판결 참조 (각주 465)

625) 법률상 추정은 반증을 허용하지 않는 추정(의제)과 반증을 허용하는 추정으로 나뉜다. 추정규정이 많은 미국의 경우, 원칙적으로 무죄 추정의 원칙상 법률상 추정은 허용되지 않으나, 다음과 같은 조건을 충족하면 합헌으로 본다고 한다. ① 첫째, 전제사실의 추정사실에 대한 합리적 (밀접)관련성이 있어야 하고, ② 둘째, 피고인은 반증을 할 수 있고,

이 신뢰관계에 반하여 행위한 부분 이외의 부분에 대하여는 여전히 신뢰관계를 지켜 보관자의 지위를 유지할 수도 있는 것이고[626], 이러한 사실관계 인정이 행위자에게 유리한 것이라면, 그와 같이 사실인정을 하여야 하는 것이다. 횡령은 용익가치와 교환가치 모두를 영득하는 경우를 상정한 것인바[627], 매도행위는 횡령이 될 수 있다고 하더라도, 근저당권설정행위도 같게 취급할 것이 아니다.

마. 근저당권설정행위과 실행행위의 차이

근저당권설정 후 근저당권이 실행되어 매각될 경우 전체 소유권이 상실된 경우 부동산에 대한 소유권은 상실될 수 있다. 그러나 부동산에 근저당권을 설정할 경우, 경매법에서 정한 이상적인 상황(즉 그 물건의 최고가에 의한 매각[628] 및 이에 따른 채권자들의 채권만족[629])이 실현된다면, 근저당권실행으로 부동산이 매각된다고 하더라도, 근저당권이 설정되었던 가치 부분에 한정되어 소유권이 침해되는 것이다. 이 경우 행위자가 얻게 되는 이익과 피해자에게 발생하는 손해는 일치하게 된다[630].

바. 배임죄와 횡령죄의 규율대상

반증의 정도는 증거의 우월 정도로 족하며, ③ 셋째, 피고인이 증거제출책임을 다하지 않는다고 하더라도 판사가 반드시 유죄를 선고하여야 하는 것은 아니라고 한다. 민영성, “거증책임과 법률상의 추정”, 고시연구 31권 9호(2004. 09.), 170, 173~4

626) 2005도4915 판결(각주 538 본문)은, 선행 배임행위가 있다고 하더라도 여전히 신임관계는 존재함을 전제한다.

627) 김일수, 한국형법 Ⅲ, 623. ‘점유’하는 타인의 재물, 즉 타인의 재물에 대한 용익가치를 지배하는 자가 그 재물을 영득하는 경우가 원래적인 횡령의 모습이다.

628) 물론, 남성민, 2012. 3. 26. 제97차 형사실무연구회 지정토론문, 3에 의하면, “최근 1년간 서울중앙지방법원에서 경매된 토지의 평균 매매가율(매각가/감정가)은 약 63%”라고 한다.

629) 이시윤, 민사집행법, 박영사(2007), 24 “민사집행법의 이상은 특히 매각절차에서 널리 일반 매수희망자를 참여시켜 적정한 가격으로 매각하여 채권자·채무자 모두 손해보지 않도록 하는 한편(이하 생략)”; 최고가매수신고인에게 매각결정을 하는 것도 이러한 이유이다(민사집행규칙 §66).

630) 이에 반해, 소유권은 소유자의 인격(person)을 떠나서는 생각할 수 없다는 점에서, ‘물질적 보상이 따른다 하더라도 소유권 침해는 존재할 수밖에 없다.’는 입장이 있다. 성낙현, “횡령의 객관적 구성요건의 실체”, 38~9

배임죄는 재산상 이익을, 횡령죄는 재물을 그 대상으로 하므로 부동산 자체를 영득한 것이 아니라면 횡령죄가 성립한다고 볼 수 없다[631].

횡령죄와 배임죄의 관계에 관하여 이를 특별관계로 볼 것인지, 택일관계로 볼 것인지에 관하여는 견해의 대립이 있다. 양자의 관계를 특별관계라고 보는 견해(현재 다수설)는, 횡령죄의 주체는 배임죄의 주체가 될 수 있고 횡령죄의 영득 객체는 재물이고, 배임죄의 이득 객체는 재산상 이득이라고 보며, '타인의 재물을 보관하는 자'와 '타인의 사무를 처리하는 자'는 위탁자와 신임관계의 존재가 있어야 한다는 점에서 같다고 본다. 그리하여 '타인의 재물을 보관하는 자'는 모두 '타인의 사무를 처리하는 자'에 포섭된다고 본다[632]. '타인의 재물을 보관하는 자'에 포섭된다고 하여, 반드시 횡령죄로 의율하여야 하는 것이 아니며, 오히려 영득의 객체에 따라 달리 의율해야 한다고 본다. 또한 '타인의 재물을 보관하는 자'를 '타인의 사무를 처리하는 자'로 의율한다 하여 이것이 잘못된 것도 아니라고 본다. 즉 횡령죄는 배임죄의 부분집합이 된다. 판례는 양죄의 죄질뿐만 아니라 법정형이 동일하다는 근저에서, 배임을 횡령으로 의율하거나 횡령을 배임으로 의율한 것이 잘못은 아니라고 보고 있다[633]. 그러나 판례에는 논리적인 모순이 있다. 재물을 영득

631) 淺田和茂, "横領後の横領", ジュリスト No.1269, 有斐閣(2004. 6. 10.), 169

632) 손동권, "양도담보물을 임의처분한 경우의 형사책임", 형사정책연구 20권 1호, 한국형사정책연구원(2009. 봄호), 552 "횡령죄의 주체는 그 재물을 보관하고 있어야 하나, 배임죄의 주체는 타인의 사무를 처리하는 자이어야 한다. 그런데 횡령죄의 객체인 재물은 재산상의 이익에 포함되고, 타인의 재물을 보관하는 것은 타인의 사무를 처리하는 것에 포함된다. 따라서 횡령죄와 배임죄의 관계는 특별과 일반의 관계에 있게 된다."

633) 대법원 2006. 5. 26. 선고 2003도8095 판결 (대학교수가 판공비 지출용 법인신용카드를 업무와 무관하게 개인적 용도에 사용한 행위는 업무상횡령죄가 아닌 업무상배임죄를 구성한다고 한 사례. 다만 업무상배임죄에 해당하는 행위를 업무상횡령죄로 의율하여 처단한 잘못이 판결에 영향을 미치는 위법이 아니다); 대법원 2006. 6. 27. 선고 2006도1187 판결 [주식회사의 구성원들은 적법한 방법으로 회사를 위한 업무를 수행하여야 하므로, 회사의 임직원이 업무수행을 하면서 관계 법령을 위반함으로써 형사재판을 받게 된 것에 관하여 회사의 대표이사가 해당 임직원의 변호사비용, 벌금, 위로금 등을 회사의 자금으로 지급하는 경우, 원칙적으로 그 대표이사는 해당 임직원에게는 그 지급액 상당의 이익을 취득하게 하고 회사에게는 동액 상당의 손해를 가한 것으로서 업무상 배임죄에 해당한다고 하겠고(대법원 2003. 5. 30. 선고 2002도235 판결 등 참조), 이러한 변호사선임비용 등의 지급이 회사의 이익을 도모할 목적으로 합리적인 범위 내에서 이루어졌다는 등의 특별한 사정이 없는 이상 이에 관하여 이사회의 의결 등이 있었다는 사정만으로 형사책임을 면한다고 할 수 없다(대법원 1990. 2. 23. 선고 89도2466 판결, 1999. 6. 25. 선고 99도1141 판결, 2003. 5. 30. 선고 2003도1174 판결 등 참조). ...

하는 행위에 대하여 배임죄로 기소된 경우 공소장 변경 없이 횡령죄로 인정하는 것은 가능하겠지만, 그렇지 아니한 행위를 횡령죄로 기소하였을 경우 공소장 변경 없이 배임죄로 인정하는 것은 가능하지 않다고 보아야 하기 때문이다.

양자의 관계를 택일관계로 보는 유력설은 우리 형법의 입법자가 횡령죄와 배임죄를 행위 객체로 구별하였다는 점에 주목한다. 형법 제정을 주도한 효당 엄상섭은 형법 제정 과정에서 "배임죄를 '횡령죄'의 장 하로 옮길 것"이라고 하면서 그 이유에 관하여 "'배임죄'와 '횡령죄'와의 관계는 현행 (의용)형법 제246조 제1항 소정의 사기죄와 사기이득죄와의 관계와 동일하다는 것이 통설로 되어 있기 때문이다."[634]라고 적고 있다. 이는 횡령죄와 배임죄는 동일하게 신뢰침해를 본질로 하는 범죄이지만 횡령죄는 재물을, 배임죄는 재산상 이익을 객체로 하는 범죄로 본 것으로 이해할 수 있다[635]. 즉 조문에 규정된 것처럼, 행위객체가 '재물'인가 아니면 '재산상 이익'인가 여부로 검토하면 충분하다고 할 것이다[636]. 이와 같이 볼 경우 횡령죄와 배임죄는 배임행위를 본질로 하는 범죄로서, 행위객체가 재물인가 재산상 이익인가에 따라 구별되는, 상호 배타적 · 택일적 관계에 있게 된다[637].

연혁적으로 보면 택일관계에 있다고 보는 것이 타당할 것이다. 양 견해의 구별 실익은 재물을 대상으로 한 영득행위를 배임죄로 기소하였을

업무상배임죄에 해당하는데도 이를 업무상횡령죄로 처벌하였다 하더라도 그와 같은 법령적용의 잘못은 판결 결과에 영향을 미치는 것이 아니다]; 대법원 1999. 11. 26. 선고 99도2651 판결 (횡령죄와 배임죄는 다 같이 신임관계를 기본으로 하고 있는 같은 죄질의 재산범죄로서 그 형벌에 있어서도 경중의 차이가 없고 동일한 범죄사실에 대하여 단지 법률적용만을 달리하는 경우에 해당하므로 법원은 배임죄로 기소된 공소사실에 대하여 공소장변경 없이도 횡령죄를 적용하여 처벌할 수 있다); 대법원 1990. 11. 27. 선고 90도1335 판결 (업무상배임죄에 해당하는데도 이를 업무상횡령죄로 처벌한 사례); 대법원 1975. 4. 22. 선고 75도123 판결 (횡령죄에 해당하는데도 배임죄로 처벌한 사례)

634) 엄상섭, "형법요강해설", 법정 제3권 제9호(1948. 9.), 18 이하 및 제3권 제10호(1948. 10.), 13 이하

635) 신동운, "횡령 후의 횡령죄 성립 여부", 309; 유기천, 형법학 [각론강의 (상)], 302

636) 신동운, "횡령죄와 배임죄의 관계", 334

637) 신동운, "횡령죄와 배임죄의 관계", 335; 김재윤, "횡령죄와 배임죄의 관계 - 문형섭 선생의 횡령죄와 배임죄의 관계에 대한 이해를 중심으로", 법학논총 30집 1호, 전남대학교 법률행정연구소(2010. 4.), 150~1. 다수설은 특별관계라고 보고 있으나, 재물과 재산상 이익의 개념을 준별한다면 배임죄와 횡령죄는 행위의 객체를 전혀 달리하게 되기 때문에 택일관계에 있다고 봄이 타당하다.

경우 이를 공소장 변경 없이도 유죄로 인정할 수 있겠는가에 있을 것이다. 특별관계설에서는 긍정하겠지만 택일관계설에서는 이를 부정하게 될 것이다[638]. 다만, 어느 견해에 의하더라도 횡령죄와 배임죄의 객체가 서로 다르다는 점에는 이견이 없다. 양자의 관계를 택일관계로 이해하는 입장에서도 위탁 부동산에 대한 저당권설정행위를 배임이라고 보는 입장[639]이 있다. 즉 횡령죄와 배임죄의 관계를 어떻게 보는가가 저당권설정행위를 횡령으로 볼 것인지, 배임으로 볼 것인지와 필연적 연관성을 갖는 것은 아니라고 생각된다.

사. 특경가법상 횡령의 이득액 개념

특경가법상의 이득액 개념이 횡령에 관하여도 규정되어 있지만, 이도 횡령의 목적물이 재물에 한정된 경우를 상정한 것으로 보아야 한다. 법규정상 '재물 또는 재산상 이익의 가액'을 이득액이라고 하는데, 횡령에 관하여는 '재물의 가액'에 걸린다고 보아야 한다. 가령 이미 저당권이 설정되어 있는 부동산을 위탁받았는데, 그 부동산을 매도한 경우라거나 부동산의 명목상 가액과 실질적 가액이 다를 경우 행위자가 횡령으로 얻게 되는 구체적인 이득액에 대하여 규정한 것이라고 보아야 한다.

아. 일본형법과 해석론의 차이점

명의신탁 부동산을 매도하여 소유권을 이전하였을 경우, 이것이 횡령에 해당함은 분명하나, 소유권이전이 아니라 담보제공행위인 근저당설정을 왜 횡령으로 구성하게 되었을지 그 연유를 살펴볼 필요가 있다. 일본에서는 위탁물횡령과 배임을 구별하는 기준으로 ① 권한남용설[640](배임행위를 법적대리권의 남용으로 해석하고, 법적대리권의 남용 이외의 경우, 즉 사실행위의 남용으로, 권한을 완전히 일탈한 행위에 관하

638) 재물에 대한 영득행위가 아닌 배임행위를 횡령죄로 기소하였을 경우, 공소장 변경이 없다면 어느 견해에 의하더라도 무죄를 선고하여야 할 것이나, 판례는 이와 다른 입장을 취하고 있다.

639) 淺田和茂, "横領か背任か", 別冊 ジュリスト No.190, 有斐閣(2008. 3.), 135

640) 滝川幸辰, 刑法各論, 世界思想社(1951), 173 {木村光江, "横領と背任の區別", Jurist 增刊 刑法の爭點 シリーズ 2, 有斐閣(2007), 212; 주석 형법 [각칙 (6)], 315~6에서 재인용}

여 횡령죄가 성립하고, 그 이외가 배임죄로 된다고 한다[641]. 양죄를 택일관계로 본다. 이에 대하여는 배임행위를 법적대리권의 남용으로 한정할 수 없다는 비판이 있다), ② 행위의 객체에 의한 구별설[642](객체가 재물이면 횡령죄, 이익이면 배임죄가 성립한다는 것이다. 따라서 횡령과 배임 모두가 적용될 수 있는 행위가 횡령으로 규율될 수 있다면 배임이 아닌 횡령이 적용되게 되므로, 횡령을 배임의 특별관계로 본다. 배임의 영역은 횡령이 성립하지 않는 부분이다. 이에 대하여 금전을 배임죄의 객체에서 제외하는 것은 곤란한바, 금전에 관한 배신행위에 대하여 반드시 횡령을 적용해야 할 것인가라는 비판이 있다[643]), ③ 권한의 일탈은 횡령죄, 권한의 남용은 배임죄로 구별하는 견해[644](양죄를 택일관계로 본다. 이에 대하여는 횡령죄의 본질에 관한 월권행위설의 주장이어서, 통설적 견해인 영득행위설과는 부합하지 않는다는 비판이 있다[645]), ④ 재물에 대한 영득행위가 횡령이고 그 외의 배신행위가 배임이라는 설[646](이와 같이 볼 경우 양자는 특별관계나 보충관계가 아니라 택일관계에 있게 된다[647]), ⑤ 본인의 명의·계산으로 하면 배임, 자기의 명의·계산으로 하면 횡령죄라는 설(일본 판례의 주류[648])로 나

---

641) 오스트리아 형법이 제153조 제1항 배임죄가 법률행위에 의한 위임관계를 위반하는 경우를 규율하고, 그 외에 사실행위에 의한 위임관계를 위반하는 경우 위탁물횡령죄로 규율한다. Rudolf Rengier, Strafrecht Besonderer Teil I: Vermögensdelikte, 14. Aufl., München: C.H.Beck, 2012, Rn. 83~85

642) 牧野英一, 刑法各論 下卷, 有斐閣(1951), 760; 小野淸一郎, 新訂刑法講義 各論, 有斐閣(1949), 274; 木村龜二, 刑法各論, 法文社(1959), 150; 江家義男, 刑法各論, 靑林書院(1963), 321; 岡野光雄, 刑法要說各論, 成文堂(2009), 196

643) 林幹人, 刑法各論, 東京大學出版會(1999), 301

644) 植松正, 刑法槪論 II(各論), 勁草書房(1975), 458; 藤木英雄, 刑法講義各論, 弘文堂(1986), 354; 大塚仁, 刑法槪說 [各論], 有斐閣(2005), 320; 前田雅英, 刑法各論講義, 338; 佐久間修, 刑法各論, 成文堂(2006), 233

645) 西田典之, 刑法各論, 弘文堂(2000), 247

646) 平野龍一, 刑法槪說, 東京大學出版會(1977), 232; 西田典之, 刑法各論, 246~7; 大谷實, 刑法講義各論, 成文堂(2013), 338; 山口厚, 刑法各論, 有斐閣(2005), 327; 曾根威彦, 刑法各論, 弘文堂(2006), 186~7; 伊東研祐, 刑法講義 各論, 日本評論社(2011), 235~6; 山中敬一, 刑法各論 I, 410; 淺田和茂, "橫領か背任か", 135는 이 설을 따르면서, 부동산의 매각은 횡령이지만 저당권의 설정은 배임으로 해석한다.

647) 淺田和茂, "橫領か背任か", 135

648) 大コメンタール刑法 第13卷, 396; 山口雅高 判事는 횡령죄와 배임죄의 구별 기준은, 처분행위가 소유자가 아니면 할 수 없는 것을 권한 없이 한 것인가 어떤가, 환언하면 본인의 계산으로 행하였는가, 행위자의 계산으로 행하였는가를 고려하여야 하는바, 본인의

뉜다[649]. 횡령죄와 배임죄의 구별 실익은, 횡령죄의 법정형이 배임죄의 법정형보다 무겁다는 점[650]이다. 따라서 횡령죄와 배임죄 모두 적용될 수 있는 행위에 대하여 양자는 법조경합 관계에 있게 되어 원칙적으로 횡령죄가 적용되기 때문에, 이 경우 횡령죄의 성립범위(횡령행위의 유무)가 문제되게 된다[651].

그런데 일본형법과 우리 형법에서 배임죄 규정의 근본적인 차이가 있다. 일본형법에서는 배임죄의 성립에 있어 반드시 불법이득의사가 필요하지 않지만[652], 우리 형법에서는 불법이득의사가 필요하다는 점이다[653]. 즉 일본에서는 타인의 사무를 처리하는 자가 위탁자를 위하여 보관하는 물건을 손괴하더라도 배임죄가 성립할 수 있지만[654], 우리 형법에서는 손괴죄만이 성립할 수 있을 뿐이다[655]. 따라서 일본형법에서 횡령죄와 배임죄의 관계는 모든 영역에서 중첩될 수 없음이 분명하고, 일부 중첩되는 부분이 존재할 가능성이 있을 뿐이다[656]. 만약 재산상 이익의 개념이 재물의 개념을 포섭하는 관계라고 볼 경우[657], 우리 형

계산에 의한 것인지 행위자의 계산에 의한 것인지는, 처분행위의 내용, 성질, 그것과 부여된 권한과의 관계, 처분행위를 한 동기, 목적 기타 사정의 존재에 의하여 판단된다고 한다. 山口雅高, "背任と横領の區別", 刑事事實認定重要判決50選 (下), 立花書房(2014), 79~82

649) 山中敬一, 刑法各論 I, 410~3; 주석 형법 [각칙 (6)], 315~6

650) 횡령죄는 징역형만 규정되어 있음에 반해 배임죄는 벌금형(단순배임죄의 경우 50만엔 이하, 특별배임죄의 경우 1,000만엔 이하)이 선택형으로 규정되어 있다.

651) 木村光江, "横領と背任の區別", 212; 前田雅英, 刑法各論講義, 337

652) 일본형법 제247조 배임죄는 "타인을 위하여 그 사무를 처리하는 자가 자기 또는 제3자의 이익을 도모하거나 본인에게 손해를 가할 목적으로 그 임무에 위배되는 행위를 하여 본인에게 재산상의 손해를 가한 때에는 5년 이하의 징역 또는 50만엔 이하의 벌금에 처한다."라고 규정하고 있다. 여기서 '자기 또는 제3자의 이익을 도모하거나 본인에게 손해를 가할 목적'을 図利加害目的이라 하는데, 조문상 図利와 加害는 "and" 관계가 아니라 "or" 관계이다.

653) 우리나라 배임죄는 목적범이다. 이용식, "고의와 목적에 관하여", 현대형사법론: 죽헌 박양빈 교수 화갑기념 논문집, 고시연구사(1996), 403

654) 木村光江, 위 논문, 212

655) 우리나라 형법 제355조 제2항 배임죄에서 이익을 얻는 것과 본인에게 손해를 가하는 것은 "and" 관계이다.

656) 즉 양자 사이에 교집합이 존재할 수 있을 뿐이다.

657) 권오걸, "장물의 성립요건과 범위 -컴퓨터등사용사기죄와 배임죄를 중심으로", 비교형사법연구 8권 2호, 한국비교형사법학회(2006. 12.), 424; 손동권, "부동산처분행위와 관련한 횡령죄와 배임죄의 구별문제", 현대법학의 이론: 우재 이명구박사 화갑기념논문집 [III], 고시연구사(1996), 542; 오영근, 형법각론, 327; 임웅, "재산범죄에 있어서 '재물'

법에서는 횡령죄의 주체는 모두 배임죄의 주체가 될 수 있고[658], 따라서 양죄의 관계는 부분집합의 관계(법조경합으로서 특별관계)에 있게 되지만[659], 앞서 본 것처럼 입법연혁에 의한다면 택일관계에 있다고 보는 것이 보다 타당할 것이다.

그러나 우리 형법에서는 양죄의 법정형이 동일하기 때문에 이를 엄밀하게 구별할 실익이 크다고 볼 수는 없다[660]. 일본형법에서는 횡령죄에는 벌금형 처벌규정이 없으나, 배임죄에는 벌금형 규정이 있기 때문에 양형에 있어 횡령죄가 아닌 배임죄로 처벌되는 것에 상당한 이익이 있다[661]. 그렇지만 우리 형법에서는 양죄의 법정형이 동일하다. 즉 어느 죄로 처벌되는가가 큰 의미를 갖지 못한다. 따라서 일본형법에서 배임죄와 횡령죄의 구별에 관한 기준을 우리 형법 해석에 그대로 차용하는 것은 회의적이나, 참고는 가능하다고 생각한다. 일본에서 현재 유력설은 위 ④견해(재물에 대한 영득행위가 횡령이고 그 외의 배신행위가 배임이라는 설로 양자를 특별관계나 보충관계가 아니라 택일관계에 있다

과 '재산상의 이익' 개념에 대한 비판적 고찰", 형사법연구 21권 4호, 한국형사법학회(2009), 365~6. 모든 재물은 재산상 가치(이익)로 평가될 수 있다. 그러나 재산상 가치가 재물로 평가될 수는 없다. 판례도 횡령죄와 배임죄의 관계에서는 재물이 재산상 이익의 개념에 포함되는 것으로 보는 듯하지만, 사기죄와 컴퓨터등사용사기죄의 관계에 있어서는 양 재물과 재산상 이익 개념을 준별하여 택일적 관계로 보는 듯하다. 대법원 2002. 7. 12. 선고 2002도2134 판결

658) 횡령죄와 배임죄 모두 신뢰관계를 전제로 하는 것이라면, 횡령죄의 주체인 '타인의 재물을 보관하는 자'는 '타인의 재물을 보관하는 사무를 처리하는 자'이고 이는 배임죄의 주체도 된다.

659) 이상원, "횡령죄의 이득액과 가벌적 후행행위 (하)", 235. 즉 배임죄의 범위 내에 횡령죄가 자리하게 된다. 즉 속집합이 된다. 만약 재물의 개념과 재산상 이익의 개념을 동일시하면 양자는 같아지게 된다. 다수설이 정확히 이러한 입장인지는 불분명하지만, 횡령죄와 배임죄의 관계에 있어서는 이러한 입장으로 생각된다. 김재윤, "횡령죄와 배임죄의 관계", 139~141(특히 그림) 참조

660) 사실심(원심)에서 횡령죄인 것을 배임죄로, 혹은 배임죄인 것을 횡령죄로 처벌하였더라도 판결 결과에 영향이 없다는 것이 대법원의 확고한 입장이다(각주 633). 그러나 소송법적 관점에서 구성요건상 입증의 대상이 달라진다는 점에서 그 구별이 실무상 유의미함은 부정하기 어렵다. 문형섭, 재산범죄론의 이해, 263 이하; 김재윤, "횡령죄와 배임죄의 관계", 137

661) 물론 특별배임죄와 업무상횡령죄의 경우, 특별배임죄에는 벌금형이 선택형뿐만 아니라 병과형도 규정되어 있기 때문에, 반드시 특별배임죄가 업무상횡령죄보다 경한 것인지에 관하여 의문을 제기하면서 특별배임죄가 더 무겁다고 보는 견해도 있다. 內田幸隆, "横領罪と背任罪との區別", 法學教室 359号, 有斐閣(2010. 8.), 40; 內田幸隆, "背任罪と横領罪の關係", 早稻田法學會誌 52卷(2002), 50

고 봄)인데, 이 견해를 택하는 학자 중에는 위탁된 부동산의 매각은 횡령이지만 저당권의 설정은 배임이라고 보는 입장[662]이 있다. 즉 횡령죄와 배임죄의 관계를 어떻게 보는가가 저당권설정을 횡령으로 볼 것인지, 배임으로 볼 것인지와 연관성을 갖는 것은 아니라고 생각된다.

2010도10500 전원합의체 판결 사안과 관련하여, 명의신탁된 부동산에 대한 근저당설정은 항상 보관자 자신의 이름으로 할 수밖에 없다. 따라서 일본의 위탁물횡령과 배임의 구별에 관한 기준 중 일본 판례가 취하는 ⑤설에 따르면, 보관자는 자신의 명의·계산으로 근저당을 설정하므로, 횡령죄가 성립한다. 그러나 회사 명의의 재산을 관리하는 대표이사의 경우에는 회사의 명의·계산으로 근저당을 설정할 수밖에 없으므로 배임죄로 의율될 것이다[663]. 부동산 보관자의 저당권설정행위를, 경우에 따라 횡령 또는 배임으로 구성하게 된 연유는 위와 같은 일본의 판례[664] 기준에서 비롯된 것 아닐까 조심스럽게 추측해 본다[665]. 일본의 판례는, 일본형법상 미수범 규정이 없는 횡령을 추상적 위험범으로 구성하기 때문에[666], 저당권설정을 횡령으로 구성하더라도 논리적 정합성에 크게 어긋나지는 않는다. 그러나 우리 형법은 횡령죄에 미수범 규정을 두고 있고, 앞서 살펴본 것처럼 다른 재산범죄와 달리 횡령죄만을 추상적 위험범으로 구성할 필요가 없다. 저당권설정은 실질적으로 소유

662) 淺田和茂, "横領か背任か", 135.

663) 위 2005도4915 판결

664) 대표적으로 最高裁 1959(昭和 34). 2. 13. 判決은 삼림조합 조합장들이 스스로 점유하는 정부대부금을 그 사용용도 외로 유용한 행위에 관해 횡령죄의 성립을 인정하였는바, 정당한 권한에 기하지 않고 마음대로 피고인들 '개인의 이익(계산)'으로 유용한 행위에 불법영득의사가 인정되어 횡령죄가 성립된다고 판단하였다. 木村光江, "横領と背任の區別", 213; 山口雅高, "背任と横領の區別", 72; 그 외 이러한 기준에 의한 대표적인 판례로 大審院 1914(大正 3). 6. 13. 判決

665) 앞서 朝高判 1929(昭和 4). 7. 18.(각주 73)도 저당권설정행위를 횡령죄로 의율하였다.

666) 각주 327에서 본 것처럼, 일본에서 횡령죄는 횡령행위가 개시되면 그 완료를 기다리지 않고 기수에 이른다고 본다{大審院 1910(明治 43). 12. 1. 判決}. 즉 불법영득의 의사가 객관화된 시점, 즉 불법영득의 의사가 확정적으로 외부에 표현된 시점에 횡령죄의 실행의 착수가 있고, 이와 동시에 기수에 달한다고 본다(條解 刑法, 765). 횡령죄에는 미수를 인정하는 것이 불가능하다고 보는 것이 지배적인 견해이다. 따라서 건물의 소유자를 상대방으로 그 점유자가 허위의 소유권을 주장하여 소유권이전등기를 구하는 민사소송을 제기하면, 그 후 소취하되더라도 기수{最高裁 1950(昭和 25). 9. 22. 判決}라고 본다.

권침해에 관하여 추상적 위험만 발생시키는 행위일 뿐인데[667], 저당권 설정만으로 횡령의 기수로 판단할 경우 판례가 횡령을 구체적 위험범(2011도9113 판결) 내지 침해범(4288형상141 판결. 각주 372)으로 보는 것과 논리적 정합성에서도 문제가 생긴다.

6. 배임죄설 구성에 대한 반론과 재반론[668]

가. 반론

저당권설정행위에 대한 배임죄 구성설에 대하여는 다음과 같은 반론이 가능할 수 있다.

먼저 저당권설정행위를 배임으로 구성할 경우 횡령이 성립하는 범죄유형이 축소될 수 있다. 저당권설정행위를 통해 위탁물이 담보로 제공되면 불법영득의사가 외부적으로 표현되었기 때문에 영득행위가 이루어졌다고 보아야 함에도 불구하고 소유권침탈적 불법처분이라고 하는 요건을 새로이 요구하는 것은 타당하다고 볼 수 없고[669], 동산만을 객체로 하는 독일의 횡령개념에 근거하여, 횡령행위를 재구성하려고 하는 것은 그 목적·수단에 있어 타당하지 않고, 또한 횡령의 성립범위를 너무 축소시킨다는 문제가 있다[670]는 것이다.

다음으로 판례 법리를 변경할 필요성이 적고 기존에 저당권설정행위를 횡령으로 처벌한 판례를 바꾼다면 변경대상이 되는 판례가 너무 많으며 실무에도 혼란을 초래할 수 있다는 것이다. 타인의 재물을 보관하는 자가 이를 제3자에게 담보로 제공한 행위를 횡령죄로 의율한 기존의 판례는 그 행위 객체가 부동산 전체라는 점에 기초하고 있는바, 이러한 논리도 타당성이 있으므로 그 논리의 부당함을 이유로 종전판례 전체를 바꿀 필요도 없을 뿐만 아니라 그러한 판례 변경은 현실적으로

---

667) 그 자체만으로는 소유권 침해의 구체적 위험이 생겼다고 보기 어렵고, 채무자의 채무불이행, 경매개시 및 매각절차를 거쳐야 하기 때문이다.

668) 이하 기본적인 내용은 졸고, "횡령죄의 불가벌적 사후행위에 관한 판례의 변경", 356~8 인용·참조함

669) 十河太朗, "●刑事法學の動き● 宮川基 「横領物の横領」", 125(宮川基 논문 개요 부분)

670) 冨高彩, "不可罰的·共罰的事後行爲論と財産罪の成否(2·完)", 158

도 쉽지 않다[671]. 조선고등법원 이래 명의신탁 부동산 보관자의 저당권 설정행위는 횡령으로 구성되어 왔고, 이러한 이론 구성은 규범력을 형성하였다[672]. 따라서 기존 판례의 논리를 근간으로 이에 일부 수정을 하는 것이 아니라 기존 판례의 논리구성을 무시하는 이론구성은 타당하지 않다. 따라서 명의신탁자의 저당권설정 및 매도행위 모두 횡령으로 의율하고, 다른 방향에서 후행행위의 가벌성 근거를 찾아야 한다. 즉 불가벌적 사후행위 범위를 변경하여 불처벌의 불합리함은 해소될 수 있다.

또한 장물죄의 적용에 있어서도 문제를 초래한다. 행위자가 횡령죄로 의율될 경우 그 상대방에 대하여 장물죄의 성립이 가능하지만, 배임죄로 의율될 경우 그 상대방에 대하여 장물죄는 성립하지 않게 되어 처벌의 공백이 발생할 수 있다.

마지막으로 재물을 가치로 미분하게 될 경우, 재물과 재산상 이익의 구분을 허물어뜨려 그 경계를 모호하게 하여 배임죄 적용범위의 무한한 확장을 야기할 수 있다. 또한 법적용에 있어서도 난점을 야기할 수 있는바 가령 자동차등불법사용죄를 범한 행위자가 그 행위 중에 그 물건에 대하여 불법영득의사를 갖게 될 경우, 이러한 행위는 사용가치가 배제된 재물이라는 점에서 온전한 재물이 아니므로 재산상 이익으로 평가하여야 할 것인가(따라서 그러한 행위는 불가벌인가)라는 의문이 제기될 수 있다.

나. 재반론

그러나 위와 같은 반론은 타당하지 않다.

먼저 배임으로 의율되어야 하는 행위는 배임으로 의율되는 것이 행위

---

671) 이상원, “횡령인가 불가벌적 사후행위인가”, 형사재판의 제문제 7권(차한성 대법관 퇴임기념), 형사실무연구회(2014), 121

672) 사실적인 것의 규범력. 국가학에 관한 논의로, Georg Jellinek의 ‘사실적인 것의 규범력 이론’을 참고할 수 있다. 이는 지배복종관계에 있는 힘의 조직으로서의 국가가 힘의 지배에 기초하여 완성된 사실을 만들어 내면, 이 완성된 사실은 성립과정이나 그 내용의 옳고 그름을 따질 필요 없이 규범적 효력을 갖게 된다는 것이다{류병화, 법철학, 박영사(1987), 351}. 즉 법은 항상 오랜 기간에 걸쳐 행해져 온 사실상의 관계의 승인에서 파생하는 것이다{임준호, “성공한 내란과 옐리네크의 ‘사실적인 것의 규범력’”, 인권과 정의 234호, 대한변호사협회(1996), 23}.

자에게 유리하다. 배임의 경우에는 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배되는 행위를 함으로써 본인에게 손해 내지 손해발생의 위험이 초래되었다는 점이 입증되어야 하지만, 횡령의 경우에는 그와 같은 손해 내지 손해발생의 위험에 관한 입증이 필요 없고 보관물에 대한 영득이라는 점만 입증이 되면 족하다. 이에 실무에서 배임이 아니라 횡령으로 기소하려는 경향이 강한 것으로 보인다[673]. 즉 배임인지 횡령인지 애매한 영역에서 횡령으로 기소되는 것이 행위자에게 불리한 측면이 있다. 따라서 횡령의 규율범위를 좁히는 것이 과연 부당하다고 볼 수 있는 것인지 의문이다. 나아가 근저당권설정행위를 배임죄로 의율한다고 하여, 횡령죄가 성립하는 범죄유형이 현저히 줄어든다고 할 수 없다. 저당권설정과 같이 용익가치는 그대로 두고 교환가치의 일부만이 담보로 제공되는 형태, 즉 교환가치와 용익가치를 분리하여 관찰할 수 있는 범행은 그리 많지 않다. 또한 기존에 근저당권설정행위를 횡령죄로 보던 판결을 모두 변경할 필요도 없다. 횡령죄와 배임죄 사이의 교차인정은 판결 결과에 영향이 없다는 것이 대법원의 확고한 입장이다[674]. 따라서 횡령죄로 기소되었다고 하더라도 이를 배임죄로 인정하는 것이 일반적으로는 가능할 것으로 생각된다[675]. 그러므로 저당권설정행위를 배임죄로 의율하게 하더라도 실무상 혼란을 초래할 염려는 없다고 할 수 있다.

그리고 우리 형법상 횡령죄를 추상적 위험범으로 해석할 필요가 없다. 미수범 처벌규정이 없는 일본형법은 법의 흠결을 막기 위하여 횡령죄를 추상적 위험범으로 해석할 필요가 있겠으나[676], 우리 형법에는 횡

673) 김재윤, "횡령죄와 배임죄의 관계", 135; 문형섭, 재산범죄론의 이해, 263 이하

674) 각주 633 (2003도8095 판결, 2006도1187 판결, 99도2651 판결, 90도1335 판결, 75도123 판결 등) 참조

675) 다만 교차인정을 하지 않는 것이 현저하게 정의와 형평에 반한다고 볼 수 없는 이상, 반드시 이를 심판할 의무가 있는 것은 아니라는 것이 판례의 입장이다. 대법원 1999. 7. 27. 선고 99도1905 판결[횡령죄가 인정된다고 하여 법원이 공소장변경 없이 직권으로 피고인을 횡령죄로 처벌하지 않는 것이 현저하게 정의와 형평에 반한다고 볼 수도 없으므로, 원심이 공소제기된 업무상배임죄에 대해서만 심리·판단하여 무죄를 선고한 결론은 정당하고(이하 생략)]

676) 저당권을 설정하는 것은 소유권 침해(상실)에 대한 가정적·추상적 위험이다. 채무자의 채무불이행과 경매개시결정을 통한 경매절차를 거쳐 종국적으로 매각에 이르러야 소유권 배제가 이루어지기 때문이다. 각주 667

령죄의 미수범 처벌규정이 존재하므로, 구체적 위험범이나 침해범으로 해석하더라도 법의 흠결은 발생하지 않는다. 영득범죄가 인정되려면 소유권자의 물건에 대한 지배로부터의 배제가 필요한 것인데 저당권설정만으로는 그렇게 된다고 볼 수 없다.

그리고 명의신탁 부동산에 관한 저당권설정행위에 관하여 횡령죄로 의율된 사안에서, 그 상대방인 저당권자를 장물죄로 의율하는 경우는 없다[677]. 저당권자는 저당권설정행위에 의하여 교환가치를 얻을 뿐 물건 자체의 점유나 처분권한을 얻지는 못하기 때문이다[678]. 또한 명의신탁 부동산을 매도하는 경우에도, 그 상대방에 대하여 원칙적으로 장물취득죄가 성립하지 않는다. 장물죄의 본질에 관하여 위법상태유지설에 의하든, 추구권설에 의하든 행위자의 상대방이 행위객체에 대하여 적법하게 소유권을 취득하게 되어 피해자가 더 이상 추구권을 행사할 수 없게 될 경우 장물성은 소멸한다고 보아야 한다[679]. 부동산 명의신탁에 있어 부동산실명법 시행 전·후를 막론하고, 수탁자로부터 부동산을 매수한 자는 원칙적으로 그 부동산의 소유권을 적법하게 취득한다[680]. 물

---

677) 대법원 1984. 4. 24. 선고 83도2116 판결(본문 107 참조)은 부동산도 장물이 될 수 있음을 밝혔다. 그러나 부동산이 장물로 취급되는 경우 자체가 많지 않아 위 판결 외에 부동산에 관하여 장물로 인정한 판례는 찾기 어렵다. 부동산은 동산과 달리 소재를 이전할 수가 없으며 부동산등기부나 토지대장, 가옥대장 등 공부(公簿)에 의하여 그 권리관계를 공시하고 있으므로 그 동일성을 확인하기가 용이하며 특히 우리 민법 아래서는 소유권변동은 등기부에 등재되어야 효력을 발생하고 있으므로 실제 문제로서 장물인 정을 알면서 장물인 부동산을 취득하는 일이 발생하기는 어렵기 때문일 것이다{김성곤, "부동산의 장물성", 검찰 55호, 대검찰청(1974), 141~2 참조}. 민법상 소유권변동에 있어 의사주의를 취하던 때의 판결로 朝高判 1936(昭和 11年 刑上 第84號). 7. 20.(조선고등법원 판결록 23卷 632)은 "양도한 토지에 대해 등기부상 소유 명의가 의연하게 양도인에게 있음을 기화로 하여 멋대로 다른 매각을 한 경우 매주(賣主)에 대해서는 횡령죄를 구성하며, 정을 알고 매수하려는 자에 대해서는 장물죄를 구성하며, 피해자가 예전 매매자에 대해서 장물반환 청구권을 가지고 있는가 여부는 불문하고 피해자는 이미 소유권 이전등기를 거쳤더라도 영득(領得)한 매주(賣主)에 대하여서는 그 토지의 인도청구권을 가지고 있는 것이다"라고 하여 매수인은 장물고매(臟物故買)의 죄책을 부담한다고 보았으나 형식주의를 취하는 현행 민법 하에서는 배임죄만이 문제될 수 있을 뿐이다.

678) 부동산은 장소의 이동이 불가능하다는 점, 장물죄의 본질은 그 물건이 이동함으로써 원소유자의 추구를 곤란하게 하는 것을 방해하는 것이라는 점에서 장물죄의 객체가 될 수 없다는 견해도 있다. 條解 刑法, 821; 大コメンタール刑法, 491

679) 김성돈, 형법각론, 470; 손동권, "부동산처분행위와 관련한 횡령죄와 배임죄의 구별문제", 572~3; 이재상, 형법각론, 449

680) 부동산실명법 시행 전에 관하여는 대법원 1963. 9. 19. 선고 63다388 판결, 부동산실명법 시행 후에 관하여는 부동산실명법 제4조 제3항

론 명의수탁자와 제3자가 서로 짜고 불법영득할 것을 공모하는 정도에 이를 경우에는 횡령죄의 공동정범이 성립될 수는 있다[681]. 그에 미치지 아니할 경우[682]에는 형사처벌의 대상이 된다고 볼 수 없다고 보아야 한다. 횡령죄의 공동정범이 성립된다면 별도로 장물죄의 성립은 인정되지 않는다[683]. 결국 명의신탁 부동산에 대하여 수탁자에게 횡령죄가 성립한다고 하더라도 그 상대방에게 장물죄가 성립하는 경우는 실질적으로 없다고 보아야 한다. 이러한 논리는 1인 회사의 대표이사가 임무에 위배하여 자신의 개인채무 담보를 위해 회사 소유의 부동산에 근저당권 설정등기를 마쳐 주는 등으로 배임죄를 범하는 경우에도 마찬가지이다[684]. 즉 거래상대방의 대향적 행위의 존재를 필요로 하는 유형의 배임죄에 있어서 거래상대방으로서는 기본적으로 배임행위의 실행행위자와는 별개의 이해관계를 가지고 반대편에서 독자적으로 거래에 임한다는 점을 감안할 때, 거래상대방이 배임행위를 교사하거나 그 배임행위의 전 과정에 관여하는 등으로 배임행위에 적극 가담함으로써 그 실행행위자와의 계약이 반사회적 법률행위에 해당하여 무효로 되는 경우 배임죄의 교사범 또는 공동정범이 될 수 있음은 별론으로 하고[685], 관여의 정도가 거기에까지 이르지 아니하여 법질서 전체적인 관점에서 살펴볼 때 사회적 상당성을 갖춘 경우에 있어서는 비록 정범의 행위가 배임행위에 해당한다는 점을 알고 거래에 임하였다는 사정이 있어 외견상 방조행위로 평가될 수 있는 행위가 있었다 할지라도 범죄를 구성할 정도의 위법성은 없다고 봄이 상당하다[686]. 즉 일상적 거래를 하는 과정

681) 대법원 1979. 11. 27. 선고 79도2410 판결 (각주 433 참조)

682) 이는 일상적·중립적 행위로서 방조행위 정도에 이르는 것으로 평가되는 경우를 의미한다. 아래 배임죄 관련한 일상적·중립적 행위와 방조행위의 처벌 여부 참조

683) 김성돈, 형법각론, 477; 이재상, 형법각론, 457

684) 대법원 2005. 10. 28. 선고 2005도4915 판결 사안

685) 2중매매의 경우 제2매수인 관련하여 대법원 1975. 6. 10. 선고 74도2455 판결 참조

686) 위 2005도4915 판결. 독일에서 일상적·중립적 방조행위의 가벌성 여부 및 불가벌성의 근거에 관하여는 여러 견해로 나뉘어 있다. 전면처벌의 입장으로는 확장적 방조이론{Extensive Beihilfetheorie. Katharina Beckemper, “Strafbare Beihilfe durch alltägliche Geschäftsvorgänge”, Jura 2001, 163(169); Frank, StGB Kommentar, 18. Aufl., Tübingen J.C.B. Mohr(Paul Siebeck), 1931, § 49 Anm. II; Harald Niedermair, “Straflose Beihilfe durch neutrale Handlungen?”, ZStW 107(1995), 507(539)}이 있다. 불가벌이라는 입장에는, 불가벌성의 근거를 사회상당성 내지 직업적 상당성에서 구하는 견해{Lehre von der Sozialadäquanz. Winfried Hassemer,

에서 결과적으로 배임행위를 돕는 것이 되어버린 경우, 이를 처벌대상에서 제외하여 거래활동의 자유라는 일반적 행동자유를 보장하는 것으로[687], 사법상 유효한 행위라면 형법에서도 이를 불가벌로 보는 것이 법질서 통일의 원칙에 비추어 타당하다[688]. 또한 사법상 유효하지 아니한 행위라고 하더라도 불가벌로 평가되는 경우도 있을 수 있다[689]. 결

"Professionelle Adäquanz", wistra 1995, 81}, 객관적 귀속이론에서 구하는 견해{Lehre von der objektiven Zurechnung. Karsten Gaede, "Die strafbare Beihilfe und ihre aktuellen Probleme – Die gelungene Prüfung der §§ 27 und 28 StGB", JA 2007, 757(760)}, 주관적 고의 제한에서 구하는 견해{Subjektive Einschränkungstheorien. Christian Baumgarte, "Die Strafbarkeit von Rechtsanwälten und anderen Beratern wegen unterlassener Konkursanmeldung", wistra 1992, 41(43, 46), 위법성조각에서 구하는 견해(Lehre vom Rechtswidrigkeitsausschluss. Knut Amelung, "Die Neutralisierung geschäftsmäßiger Beiträge zu fremden Straftaten im Rahmen des Beihilfetatbestandes", FS-Grünwald, Nomos, 1999, 27) 등이 있다.

687) 이용식, "일상적·중립적 행위와 방조 -방조행위의 개념적 의미내용과 방조의 불법귀속의 이해구조-", 서울대학교 법학 48권 1호, 서울대학교 법학연구소(2007. 3.), 334; 이용식, "일상적·중립적 행위와 방조 -방조행위의 개념적 의미내용과 방조의 불법귀속의 이해구조-", 현대 형법이론 II, 박영사(2008), 269. 판례에서 양적 개념으로 위법성이라는 용어를 사용할 때, 이는 불법의 개념으로 받아들여야 할 것이다. 이를 객관적 귀속의 관점에서 허용된 위험 내지 법적으로 중요하지 않은 위험의 창출로 보는 입장{신양균, "배임행위의 거래상대방의 형사책임", 형사판례연구 (15), 박영사(2007. 9.), 247}도 맥락을 같이 한다고 생각한다.

688) 원형식, "배임적 거래행위의 상대방의 형사책임", 형사법연구 21권 1호, 한국형사법학회(2009 봄), 532

689) 위 2005도4915 판결 사안. 가령 대표이사가 대표권을 남용하여 회사의 재산을 처분하는 등 거래행위를 한 경우, 거래 상대방이 이를 알았거나 알 수 있었을 경우에 그 처분행위는 무효로 될 수 있다(대법원 1995. 4. 11. 선고 94다33903 판결). 특히 거래 상대방이 무효사유를 알았던 것이 아니라 '알 수 있었을 경우'라면 고의가 조각되기 때문에 장물죄는 성립하지 않는다. 다만 '알았을 경우' 이러한 행위도 원칙적으로 유효하고 다만 회사는 거래상대방에 대하여 악의의 항변을 통해 무효라고 주장할 수 있다고 본다면{이동흡, 대표이사의 대표권남용행위, 재판자료 38집, 법원도서관(1987), 32}, 법률효과는 유효하게 발생되었다가 권리행사가 저지되는 것으로 취급될 것이다. 즉 일단 유효한 법률효과 발생으로 인하여 거래 상대방은 장물죄가 성립되지 않는다고 보아야 할 것인바, 그 처분행위가 결과적으로 무효로 판단된다고 하여, 필연적으로 그 거래 상대방이 배신행위에 대한 공범이 될 수 있는 것은 아니라는 논리가 가능할 수 있다. 그러나 소송법상의 항변사유는 권리장애 항변, 권리소멸 항변, 권리저지 항변으로 나뉘고{박찬주, "항변3분설에 대한 재검토", 경희법학 45권 2호, 경희대학교 법학연구소(2010), 72}, 거래행위의 유무효를 결정하는 악의의 항변을 권리장애 항변이라고 볼 경우{김영희, "항변과 항변권", 민사법학 42호, 한국사법행정학회(2008), 77}, 법률효과 자체가 처음부터 발생되지 않는다고 보아야 하므로 거래 상대방이 배신행위에 대한 공범이 되거나 장물취득죄가 성립될 수 있다는 논리도 가능하다.

국 명의신탁 부동산에 대한 저당권설정행위를 횡령죄로 의율하든, 배임죄로 의율하든 장물죄의 성립과 관련하여 실질적인 차이가 생기지는 않는다.

마지막으로 재물을 가치로 미분하게 될 경우 재물과 재산상 이익의 경계가 모호하게 될 수도 있을 것이다. 그러나 재물이 용익가치(사용·수익가치)와 교환가치로 구성된다고 볼 수 있더라도, 부동산이 아닌 동산의 경우 이러한 가치가 분리되는 경우는 일상에서 별로 없다. 부동산은 장소적 이동성이 없고 등기라는 공시제도가 있으며 물권법상으로도 용익가치와 교환가치가 분리될 수 있도록 규정되어 있으나(민법 제279조 이하 지상권, 제303조 이하 전세권, 제356조 이하 저당권) 동산의 경우에는 예외적인 경우를 제외하고는 그와 같이 가치가 분리되는 경우는 거의 없다. 물론 자동차등불법사용죄의 경우 자동차라는 재물의 용익가치를 침해하는 범죄이므로[690], 이미 침해된 용익가치를 제외하면 교환가치만 남기 때문에 이 상태의 재물을 자동차등불법사용죄를 범한 행위자가 불법영득의사를 가지고 영득할 경우 이를 절도죄[691]로 평가할 수 있겠는지 문제될 수 있다. 그러나 자동차등불법사용죄는 재물의 용익가치를 침해하는 범죄이기는 하나 이는 일시 사용을 전제로 하여 그러한 일시 사용이 종료될 경우 용익가치 침해는 종료되고 소유자에게 용익가치가 회복됨을 전제하고 있기 때문에, 자동차등불법사용죄를 범하는 상태에서 이루어지는 불법영득행위는 회복이 전제된 용익가치와 교환가치가 결합된 재물의 소유권에 대한 침해행위로 평가할 수 있다. 따라서 그러한 경우 절도죄가 성립된다고 볼 수 있고, 다만 자동차등불법사용죄와 포괄일죄의 관계에 있다고 평가함이 상당할 것이다[692]. 부

690) 보호법익이 소유권인가 사용권인가에 대하여 견해가 대립하는바, 사용권설이 다수설이다. 김성돈, 형법각론, 297. 대법원 2002. 4. 26. 선고 2002도429 판결은 "통상의 절도죄와 비교하여 볼 때 불법영득의 의사가 없다는 점에서 구성요건이 완화되어 있는 대신 형량도 낮고 구류 또는 과료가 선택형으로 규정되어 있으나, 주관적인 요건을 제외한 나머지 범죄의 구성요건이나 태양이 절도죄와 동일"하다고 판시한 점에 비추어 소유권설의 입장이 아닌가 추측된다.

691) 이 경우 소유권 기타 본권자의 점유가 배제된 상태라는 점에서 절도죄가 아니라 점유이탈물횡령죄가 성립한다고 보는 견해도 가능할 수 있다. 그러나 자동차등불법사용의 행위자가 불법영득의사를 갖기 전까지는 소유권 기타 본권자의 점유는 회복이 예정되어 있으므로 소유권 기타 본권자의 점유 배제를 전제하는 점유이탈물횡령죄는 성립할 수 없다고 생각된다.

동산의 경우 물권법상 용익가치에 관한 물권(가령 지상권)과 교환가치에 관한 물권(가령 저당권), 양자를 포괄하는 물권(소유권)이 구분되어 있다. 따라서 부동산 자체의 소유권을 침해하는 행위와 부동산 자체가 아닌 부동산의 가치를 침해하는 행위는 구분될 수 있다. 지상권 등 용익물권은 용익가치를 제한시키고 저당권 등도 교환가치를 제한시킬 수 있다. 그러나 그것만으로 소유권자의 부동산에 대한 지배가 배제된다고 평가할 수는 없다. 지상권 등 용익물권의 경우 일정한 기간이 지나면 소멸하며, 지상권이나 저당권 등 제한물권은 그 자체만으로 소유권 상실의 결과를 가져오지는 않기 때문이다. 양자 모두 재물이 갖는 일부 가치를 침해한 것으로 평가할 수 있을 뿐이라고 생각된다. 부동산에 대한 횡령이 인정되지 않는 법제에서도 부동산에 대한 물적 부담을 지우는 행위를 배임죄로 의율하는바[693], 저당권설정행위를 배임죄로 의율하는 법적용이 배임죄의 적용범위를 부당히 확장시키는 것은 아니라고 생각된다.

덧붙여 다수의견에 대한 논거의 도해 자체는, 재물 자체가 아니라 재물의 가치에 대한 분할이라는 전제, 즉 횡령죄가 아니라 배임죄를 전제로 할 경우 더 잘 이해될 수 있다. 하나의 물건은 그 자체로 불가분인 것이다. 그 물건이 가분적일 수 있다는 사고는, 물건을 나누는 것이 아니라 물건에 내재되어 있는 가치를 나눈다는 사고가 깔려 있는 것이다. 그렇기 때문에 물건의 일부 가치에 발생하는 위험은 다른 영역에는 미치지 않을 수 있고, 따라서 미치지 아니한 영역에 대한 재산권 침해행위는 배임죄로 의율되어야 하는 것이다.

따라서 명의신탁 부동산에 저당권을 설정하는 행위를 횡령으로 보는 판례의 태도는 수긍하기 어렵고, 배임죄로 보는 것이 타당하다고 생각된다[694].

---

692) 물론 이와 같이 자동차등불법사용죄를 범하여 행위가 종료되기 전에 동일한 자동차에 대하여 절도죄를 범하는 경우, 실무에서는 양죄의 포괄일죄가 아니라, 애초 재물에 대한 절취의 고의가 있다고 보아 절도죄만으로 기소될 것으로 생각된다. 대법원 2002. 9. 6. 선고 2002도3465 판결 사안 내용 참고.

693) OLG Stuttgart, Besch. vom 14. 3. 1985 - 3Ss(14) 823/84 (각주 480)

694) 문영식, “횡령죄와 배임죄의 구별”, 316; 淺田和茂, “横領後の横領”, 169

제3절 부동산 명의신탁에 있어 신뢰관계의 형사상 보호 문제[695]

I. 불법적인 신뢰관계의 보호 문제

1. 횡령죄의 구성요건과 신뢰관계

횡령죄의 구성요건을 간단히 살펴본다. 형법 제355조 제1항은 “타인의 재물을 보관하는 자가 그 재물을 횡령하거나 그 반환을 거부한 때에는 5년 이하의 징역 또는 1천500만원 이하의 벌금에 처한다.”라고 규정하고 있는바, 여기서 “타인의 재물”에 관하여는 재물의 소유권이 타인에게 속하여야 한다는 의미이고, 여기서 타인이란 행위자 이외의 자로 자연인, 법인, 비법인사단 등 법인격 없는 단체[696] 또는 조합[697]을 포함하며, 행위자와 타인의 공동소유(협의의 공유[698], 합유[699], 총유 포함)도 타인의 소유로 본다. 재물의 타인성은 민법에 의하여 판단된다[700]. 따라서 형식주의 입법 하에서는 소유자가 제1매수인과 매매계약 체결 후 중도금을 수령한 상황에서 제2매수인과 매매계약을 체결하고 제2매수인에게 이전등기를 경료하는 2중매매의 경우, 부동산의 소유권은 여전히 매도인에게 남아 있고 제1매수인에게 이전된 상태가 아니기 때문에 매도인은 배임죄의 주체가 될 뿐 횡령죄의 주체가 될 수는 없다[701]. 소유권유보부 매매의 경우 매수인은 매도인의 물건을 보관하는 지위에 있으므로, 이를 제3자에게 처분하면 횡령죄가 성립한다[702].

---

695) 이하 기본적인 내용은 졸고, “악의의 계약명의신탁에 있어 명의수탁자의 보관물 임의처분시 범죄성립 여부”, 689~701 인용 · 참조함

696) 대법원 1955. 2. 11. 선고 4287형상169 판결 (사친회장으로서 사친회의 공금을 보관한 경우에 비록 사친회가 법인격 없는 단체이라 하더라도 공인이 그 공금을 소비함은 자기 물건 아닌 물건을 소비한 점에 있어서 자기가 점유하는 타인의 물건을 횡령한 행위로 봄이 정당하다)

697) 대법원 1982. 9. 28. 선고 81도2777 판결, 대법원 1975. 5. 27. 선고 75도1014 판결

698) 대법원 2000. 11. 10. 선고 2000도4335 판결, 대법원 1983. 8. 23. 선고 80도1161 판결

699) 대법원 1984. 1. 24. 선고 83도940 판결, 대법원 1983. 2. 22. 선고 92도2467 판결

700) 이재상, 형법각론, 397; 이영란, 형법학 각론강의, 388

701) 대법원 1988. 12. 13. 선고 88도750 판결

702) 할부매매에 관한 대법원 2007. 6. 14. 선고 2005도7880 판결 참조

그리고 타인의 재물을 “보관”하기 위하여는 위탁자와 사이에 ‘위탁관계 내지 신임관계’가 존재하여야 하고, 그 흠결시에는 점유이탈물횡령죄가 문제될 뿐이다. 다만 판례는 송금착오의 경우 예금주와 송금인 사이에 신의칙상 보관관계가 인정됨을 이유로 예금주가 이를 알면서 인출한 행위에 대하여 횡령죄의 성립을 긍정하나[703], 이 경우 위탁관계가 존재한다고 보기는 어렵다[704]. 위탁관계는 통상 위탁자와 수탁자 사이에서 계약에 의하여 발생하는 것이 일반적이지만, 관습이나 신의칙 혹은 법령에 의해서도 발생할 수 있고, 법률상 유효하지 아니한 사실상의 위탁관계에 의하여도 가능하며[705], 소유자 아닌 제3자의 위탁행위에 의하여도 가능하다[706]. 문제는 그러한 신뢰관계가 불법적인 원인에 기

---

703) 대법원 2010. 12. 9. 선고 2010도891 판결 [어떤 예금계좌에 돈이 착오로 잘못 송금되어 입금된 경우에는 그 예금주와 송금인 사이에 신의칙상 보관관계가 성립한다고 할 것이므로, 피고인이 송금 절차의 착오로 인하여 피고인 명의의 은행 계좌에 입금된 돈을 임의로 인출하여 소비한 행위는 횡령죄에 해당하고(대법원 1968. 7. 24. 선고 1966도1705 판결, 대법원 2005. 10. 28. 선고 2005도5975 판결, 대법원 2006. 10. 12. 선고 2006도3929 판결 등 참조), 이는 송금인과 피고인 사이에 별다른 거래관계가 없다고 하더라도 마찬가지이다. 원심이 유지한 제1심판결은, 그 채택 증거를 종합하여 피고인은 2008. 6. 4.경 피해자 공소외 주식회사에 근무하는 이름을 알 수 없는 직원이 착오로 피고인 명의의 홍콩상하이(HSBC)은행 계좌로 잘못 송금한 300만 홍콩달러(한화 약 3억 9,000만 원 상당)를 그 무렵 임의로 인출하여 사용한 사실을 인정하였다. 이를 위 법리에 비추어 살펴보면, 피고인의 행위는 횡령죄에 해당한다고 할 것이다]

704) 송금착오 판례의 법리에 의한다면, 신분증이 들어있는 지갑을 주운 사람은, 그 신분증으로 지갑의 소유자 주소를 파악할 수 있음에도 이를 영득할 경우 신의칙상 위탁관계를 인정할 수 있다고 보아 점유이탈물횡령이 아닌 횡령으로 처벌이 가능하게 될 것이나 이는 부당하다. 따라서 송금착오 사안은, 횡령이 아니라 점유이탈물횡령이나 은행에 대하여 신의칙상 고지의무 위반을 이유로 한 사기죄[最高裁 2003(平成 15). 3. 12.(誤った振込みがあることを知った受取人が、その情を秘して預金の払戻しを請求することは、詐欺罪の欺罔行為に当たる)]로 의율함이 보다 타당할 수 있다{권창국, “송금착오와 횡령죄에 있어서 위탁관계 및 점유”, 법률신문 3391호(2005. 9. 1.), 15; 이재상, 형법각론, 394}. 다만 유실물법 제1조의 규정내용{제1항 본문은 “타인이 유실한 물건을 습득한 자는 이를 신속하게 유실자 또는 소유자, 그 밖에 물건회복의 청구권을 가진 자에게 반환하거나 경찰서(지구대·파출소 등 소속 경찰관서를 포함한다. 이하 같다) 또는 제주특별자치도의 자치경찰단 사무소(이하 "자치경찰단"이라 한다)에 제출하여야 한다”라고, 제2항은 “물건을 경찰서에 제출한 경우에는 경찰서장이, 자치경찰단에 제출한 경우에는 제주특별자치도지사가 물건을 반환받을 자에게 반환하여야 한다”고 규정하고 있으므로, 유실물법이라는 법령에 기초한 반환의무를 이유로 하여 습득자를 분실자의 재물을 보관하는 지위에 있는 자로 ‘억지로’ 인정할 수도 있다}에도 불구하고, 유실물 습득은 점유이탈물횡령으로 의율되므로, 그러한 의무가 없음에도 신의칙상 고지의무를 인정하여 법정형이 더 높은 사기죄로 처벌하는 것은 불합리하다고 생각된다.

705) 대법원 1987. 10. 13. 선고 87도1778 판결

초하는 경우이다.

2. 불법원인급여와 횡령죄

위탁관계가 불법하여 위탁자가 보관자에게 반환청구를 할 수 없는 불법원인급여(Kondiktio wegen verwerflichen Empfanges)의 경우[707], 보관자는 횡령죄의 주체로서 '타인의 재물을 보관하는 자'라고 볼 수 있는지 여부가 문제된다. 이에 관하여는 소극설(횡령죄 부정설)[708], 적극설(횡령죄 긍정설)[709], 절충설의 대립이 있다.

먼저 ⓐ 소극설은 i) 불법원인급여에 의하여 민사상 소유권이 수탁자

---

706) 대법원 1985. 9. 10. 선고 84도2644 판결

707) 불법원인급여와 불법원인위탁을 구별할 것인지 여부에 관하여 논의가 있다. 그 구별을 긍정하는 입장에서는 불법원인으로 소유권의 이전을 목적으로 하는 불법원인급여와 소유권이 이전이 아니라 단순히 점유의 이전에 그치는 불법원인위탁을 구별하여, 전자의 경우에는 민법이 예정하고 있는 불법원인급여이지만, 후자의 경우에는 민법이 예정하고 있지 않은 급여라서 소유권이 위탁자에게 남기 때문에 횡령죄의 성립이 인정되어야 한다는 입장이다{강동범, "소위 불법원인급여와 횡령죄의 성부", 181; 장승일, "불법원인위탁과 횡령죄 성부의 재검토", 형사법연구 제25권 제3호, 한국형사법학회(2013 가을), 142; 林幹人, 財産犯の保護法益, 169 이하}. 그리고 이에 대하여 불법원인급여에 해당하지 않는 불법원인위탁의 경우 위탁관계가 보호할 가치가 없기 때문에 횡령죄가 아니라 점유이탈물횡령죄가 성립한다는 견해도 있다{野村稔, 不法原因給付にかかる物件の横領, 刑法判例百選 II: 各論, 有斐閣(1992), 107}. 그러나 위탁도 급여의 한 내용으로 보아야 한다는 점에서 구별 불필요설이 타당하다고 생각한다. 이에 관한 논의로, 장영민, "불법원인급여와 횡령죄", 형사판례연구 (8), 박영사(2001), 273~4

708) 김종원, 형법각론(상), 법문사(1973), 229; 박상기, 형법각론, 381~4; 박상기, 총론·각론 강의 형법학, 678; 박장우, "불법원인급여와 횡령죄의 성부", 법조 제38권 제5호, 법조협회(1989), 128; 배종대, 형법각론, 531; 서일교, 형법각론, 박영사(1974), 179~180; 손동권·김재윤, 형법각론, 429~30; 이건호, 형법각론, 일신사(1976), 356; 이정원, 형법각론, 421~2; 이형국, 형법각론연구(I), 법문사(1997), 489; 이형국, 형법각론, 414; 장영민, "불법원인급여와 횡령죄", 279~80; 정성근·박광민, 형법각론, 435; 이영란, 형법학 각론강의, 386; 조현옥, "불법원인급여와 횡령죄의 성립여부", 형사법연구 제18호, 한국형사법학회(2002), 280~283, 289; 진계호·이존걸, 형법각론, 456~7; 황산덕, 형법각론, 방문사(1989), 308, 317

709) 강구진, "불법원인급여와 횡령죄", 새법정 1권 10호, 한국사법행정학회(1971), 67; 강구진, 형법강의 각론 [I], 박영사(1983), 354; 김종원 공저, 형법각론, 한국사법행정학회(1986), 387(오도기 집필); 박정헌, "불법원인급여와 횡령", 형사법에 관한 제문제(하), 재판자료 제50집, 법원행정처(1990), 328~9; 백형구, 형법각론, 208; 유기천, 형법학 [각론강의 상], 271; 이상윤, "불법원인급여와 횡령죄", 외국논집 제15집, 한국외국어대학교 외국학종합연구센터 법학연구소(2003), 294~5; 임웅, 형법각론, 468~9; 정영석, 형법각론, 354; 홍함표, "불법원인급여와 재산죄의 성부문제", 검찰 제28호, 대검찰청(1970), 138

에게 이전된다는 점[710], ii) 법질서의 통일성 관점에서 형사법과 민사법에서 같은 법률관계가 인정되어야 한다는 점[711], 곧 민법 제746조가 우리 민법의 체계상으로는 부당이득을 구성하는 일부 규정으로 되어 있지만, 자신의 불법을 원용하여 법의 보호를 청구하는 것이 허용되지 않는다는 이념은 사법의 모든 영역에 적용될 수 있고[712], 따라서 불법원인으로 인한 급여의 반환청구를 배척하는 것은 부당이득으로 인한 경우뿐만 아니라, 소유권에 기한 물권적 반환청구, 원상회복청구, 불법행위를 이유로 하는 손해배상청구에도 적용되어야 한다[713]는 점, iii) 횡령죄의 신뢰관계는 그에 대한 형법적 보호가 필요한 경우이어야 하는데 불법원인급여의 신뢰관계는 형사상 보호가치가 없다는 점[714]을 근거로 든다. 판례는 종래 도박채무에 갈음하여 토지에 대한 매도증서를 작성하고 소유권을 이전한 사안[715], 도박채무를 피담보채권으로 하여 부동산을 양도담보로 제공하고 소유권이전등기를 경료한 사안[716]에서 물권변동의 유인성설에 기초하여 원인행위가 무효일 경우 소유권은 급여자에게 그대로 남게 되고, 따라서 부당이득반환청구권은 인정될 수 없다고 하더라도 물권적 청구권은 급여자에게 남게 되므로 민법 제746조는 물권적 청구권에 유추적용되지 않는 점에 근거하여 부동산에 대한 급여자의 소유권귀속을 인정하고 소유권에 기한 반환청구를 인정하였다[717]. 그런데 종래의 판시를 변경한 대법원 1979. 11. 13. 선고 79다483 전원합의체 판결[718]에 의하면, 불법원인급여에 의하여 급부자가 아닌 그

---

710) 이재상, 형법각론, 396; 이영란, 형법학 각론강의, 386

711) 김종원, 형법각론(상), 228~9

712) 김증한 · 김학동, 채권각론, 박영사(2006), 740, 747; F. K. Neubecker, “Der abstrakte Vertrag in seinen historischen und dogmatischen Grundzugen”, Archiv für burgerlichen Recht 22, 1903, S. 34 ff., S. 70

713) 谷口知平, “民法第708條の獨立性について”, 民法論 第3卷 不當利得 · 知的財産權等の研究, 有斐閣(1990), 45

714) 장영민, “불법원인급여와 횡령죄”, 271, 279~280; 남상근, “불법원인 급여물의 횡령죄 성부”, 형사정책 제21권 제1호, 한국형사정책학회(2009), 73; 원혜욱, “횡령죄에 있어서의 위탁관계”, 형사판례연구 (14), 박영사(2006. 9.), 164

715) 대법원 1960. 9. 15. 선고 60다57 판결

716) 대법원 1977. 6. 28. 선고 77다728 판결

717) 종래 일본 판례의 입장도 유사하였다. 大審院 1910(明治 43). 7. 5. 判決

718) 대법원 1979. 11. 13. 선고 79다483 전원합의체 판결(민법 제746조는 단지 부당이득제도만을 제한하는 것이 아니라 동법 제103조와 함께 사법의 기본이념으로서, 결국

상대방에게 소유권이 귀속되어서, 결국 '타인의 재물'이 아니라 행위자 자신의 재물이 되므로, 불법원인급여이든 불법원인위탁이든 위탁자의 교부행위에 의하여 상대방은 자신의 물건을 보관하는 것이 되고, 따라서 이를 처분한다 하더라도 위탁물의 처분이 될 수는 없게 된다는 입장을 취하게 되었다[719]. 다만 불법을 원인으로 한 급여가 있고, 그 불법원인이 급여자에게 있는 경우에는 수익자에게 불법원인이 있는지 여부, 수익자의 불법원인의 정도, 그 불법성이 급여자의 그것보다 큰지 여부를 막론하고 급여자는 불법원인급여의 반환을 구할 수 없는 것이 원칙이나, 수익자의 불법성이 급여자의 그것보다 현저히 큰 데 반하여 급여자의 불법성은 미약한 경우에도 급여자의 반환청구가 허용되지 않는다면 공평에 반하고 신의성실의 원칙에도 어긋나므로, 이러한 경우에는 민법 제746조 본문의 적용이 배제되어 급여자의 반환청구는 허용되기 때문에, 예외적으로 수익자인 수탁자보다 급여자인 위탁자의 불법성의 정도가 미약하여 그 신뢰관계를 보호할 필요성이 있을 경우 횡령죄의 성립이 인정될 수 있다[720].

ⓑ 積極說(횡령죄 긍정설)은, i) 민법상 자연채무가 인정될 수 있기 때문에 반환청구권이 완전히 없다고 볼 수는 없고, 단지 소송법상 소추

사회적 타당성이 없는 행위를 한 사람은 스스로 불법한 행위를 주장하여 복구를 그 형식여하에 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); 最高裁 1970(昭和 45). 10. 21. 判決과 같은 취지인바, 시간적 선·후상 대법원은 일본 판결도 고려하였을 것으로 보인다.

719) 대법원 1988. 9. 20. 선고 86도628 판결(민법 제746조에 불법의 원인으로 인하여 재산을 급여하거나 노무를 제공한 때에는 그 이익의 반환을 청구하지 못한다고 규정한 뜻은 급여를 한 사람은 그 원인행위가 법률상 무효임을 내세워 상대방에게 부당이득반환청구를 할 수 없고, 또 급여한 물건의 소유권이 자기에게 있다고 하여 소유권에 기한 반환청구도 할 수 없어서 결국 급여한 물건의 소유권은 급여를 받은 상대방에게 귀속된다는 것이므로 조합장이 조합으로부터 공무원에게 뇌물로 전달하여 달라고 금원을 교부받은 것은 불법원인으로 인하여 지급 받은 것으로서 이를 뇌물로 전달하지 않고 타에 소비하였다고 해서 타인의 물을 보관중 횡령하였다고 볼 수는 없다)

720) 대법원 1999. 9. 17. 선고 98도2036 판결 (포주가 윤락녀와 사이에 윤락녀가 받은 화대를 포주가 보관하였다가 절반씩 분배하기로 약정하고도 보관중인 화대를 임의로 소비한 경우, 포주와 윤락녀의 사회적 지위, 약정에 이르게 된 경위와 약정의 구체적 내용, 급여의 성격 등을 종합해 볼 때 포주의 불법성이 윤락녀의 불법성보다 현저히 크므로 화대의 소유권이 여전히 윤락녀에게 속한다는 이유로 횡령죄를 구성한다고 본 사례)

가 불가능한 것뿐이며, 재산범죄에 있어 위탁자에게 민법상 반환청구권이 없더라도 형법의 독자성 입장에서 행위자의 가벌성은 인정될 수 있다는 점[721], ii) 민법상 보관자가 반환의무를 부담하지 아니한다 하여 위탁자가 소유권을 상실하고 보관자가 소유권을 취득하는 것으로 되지는 않는다고 보는 것이 일반인의 법감정에 부합하므로, 일반인의 법감정상 소유권은 여전히 급여자에게 있다고 보아야 한다는 점[722], iii) 위탁관계는 상호간 신임관계가 있으면 족하므로 위탁자가 법률상 목적물을 위탁할 권한이 있는지 여부와 수탁자가 법률상 위탁을 받을 권한이 있는지 여부는 중요하지 않고, 위탁관계를 발생시키는 계약이 법률상 무효라고 하더라도 사실상 위탁관계는 인정될 수 있다는 점[723], iv) 횡령죄를 인정하지 아니하면 범죄에 대한 범죄는 범죄가 되지 아니한다는 형사정책상의 문제가 있다는 점[724], v) 급여자(위탁자)뿐만 아니라 수급자(보관자)에게도 불법성이 존재한다는 점[725]을 든다. i)과 ii)에 대하

721) 유기천, 형법학 [각론강의 상], 271; 임웅, 형법각론, 468~9; 민법 제746조의 취지에 관하여 영미 보통법에 있어서 불법계약이 무효가 되면 이미 이행된 급부는 그 반환청구가 배척된다는 원리, 즉 '부도덕한 원인에 의한 경우에는 소권이 없다'(Ex turpi causa non oritur actio)는 법리가 형성되었고, 영미 형평법에서의 He who comes into equity must come with clean hands(형평법원에 들어오고자 하는 자는 깨끗한 손으로 와야 한다)라는 격언을 인용하면서 당사자 사이의 사사로운 관계에서는 급여자가 여전히 소유권자이면서 수탁자가 임의로 목적물을 급여자에게 반환하는 것까지 금지하는 것은 아니라고 해석하는 견해도 같은 결론에 이를 것이다{정상현, 영미 계약법에 있어서 불법계약의 효력과 급부물의 반환청구, 성균관법학 제24권 제2호(2012. 6.), 236; 정상현, 이른바 불법성비교이론에 대한 고찰, 비교사법 제9권 제2호, 한국비교사법학회(2002), 43}. 종래 보통법과 형평법은 엄연히 다른 법역이었으나 법원의 통일로 위 두 법리는 같은 법원에서 적용될 수 있게 되었다고 한다. Philip S. James, Introduction to English Law, 12th ed., Butterworths(1989), 34{정상현, 위 논문, 236에서 재인용}; Edmund Henry Snell, The Principles of Equity, Sweet & Maxwell(2010), 5 이하

722) 정영석, 형법각론, 354

723) 강구진, 형법강의 각론 [I], 354

724) 홍함표, "불법원인급여와 재산죄의 성부문제", 138

725) 박정헌, "불법원인급여와 횡령", 314~5. 독일연방대법원은 불법원인급여의 반환청구권 관련 민사사건에서 급부가 단지 '일시적인 목적을 위하여' 그 수령자에게 행하여진 것이어서 수령자가 이를 종국적으로 향유할 것은 아니고 그는 단지 중간다리에 불과한 경우 반환청구가 항상 허용되어야 한다는 이론을 반복하였고(BGH 28, 255), 이러한 논리는 형사사건에도 이어져 "이 규정에 있어서 '급여'라 함은 수익자에게 이전하는 경우만을 말하는 것이어서 일시의 목적을 위해서 행하여진 이행은 이에 해당하지 않기 때문이다."라고 설명하는바(BGH NJW 1954, 889), 이러한 독일 판례의 태도에 비추어 위 대법원 1988. 9. 20. 선고 86도628 판결에 대하여 의문을 제기하고 있다.

여는 형사법과 민사법의 법질서 통일을 해하여 민사적으로 인정되지 않는 권리를 형사적으로 부여하는 셈이 된다는 비판이, iii)에 대하여는 사실상의 위탁관계를 보호한다고 하여 불법적인 신뢰관계까지 모두 보호되어야 하는 것은 아니라는 비판이, iv)에 대하여는 범죄에 대한 범죄를 처벌하여야 하는 경우도 있지만 그렇게 하지 않는 것이 형사적책적으로 필요한 경우도 있을 수 있다는 비판이, v)에 대하여는 일반적으로 불법원인급여자의 불법성이 그 상대방의 불법성보다 현저히 크다는 비판이 가능하다.

ⓒ 折衷說은, i) 불법원인급여를 소유권을 이전할 의사로 급부물의 점유를 이전하는 불법원인급여와 소유권이 이전되지 아니하는 불법원인위탁으로 나누어, 전자의 경우에는 상대방에게 소유권이 있으므로 횡령죄가 성립하지 않지만 후자의 경우에는 상대방에게 소유권이 없고 급여자에게 소유권이 유보되므로 횡령죄가 성립한다는 견해[726], ii) 같은 논리에서, 불법원인급여의 경우 횡령죄의 성립을 부정하고 불법원인위탁의 경우 행위반가치는 인정되나 법익평온상태의 교란 정도의 결과반가치만 긍정되므로 기수가 아닌 미수(불능미수)가 성립될 수 있다는 견해[727], iii) 반환청구권이 인정되지 않는 범위에서는 수급자의 급부물에 대한 행위는 법률상 방임된 행위이며 그 행위는 횡령죄를 구성하는 것은 아니지만 불법원인으로 재물을 위탁한 경우 그 위탁은 법의 보호 밖에 있고 위탁관계위배로서의 위탁물횡령죄의 성립에 필요한 요건을 결한 것으로 되기 때문에 점유이탈물횡령죄가 성립한다는 견해[728]로 나뉜다. 이러한 견해들에 대하여는 민법 제746조의 '급여'의 의미는 소유권의 이전이 아닌 '점유의 이전'을 의미하므로[729] 양자는 달리 취급될 수 없다는 비판이 가능하다[730]. ii) 견해의 경우 행위자가 불법원인사실을 인식하지 못하였을 경우(자신에게 소유권이 있음에도 그렇지 않다고 인식

726) 김성천 · 김형준, 형법각론, 471; 유지민, 불법원인급여와 횡령죄, 검찰 제37호, 대검찰청(1971. 5.), 99~100; 장승일, 불법원인위탁과 횡령죄 성부의 재검토, 142
727) 김일수, 한국형법 Ⅲ, 631; 김일수 · 서보학, 형법각론, 288
728) 江家義男, 刑法各論, 324~5
729) 가령 강도범행에 사용하게 할 목적으로 총을 대여하는 경우라도, 이러한 대여행위는 민법 제746조의 불법원인급여에 해당한다.
730) 이재상, 형법각론, 396

하는 경우)에는 타당할 수도 있지만 행위자가 불법원인사실을 인식하였을 경우(자신에게 소유권이 귀속됨을 인식하는 경우) 행위자의 영득행위에 행위반가치 및 그에 대한 비난가능성이 있겠는지 의문이므로[731] 행위반가치의 존재를 전제로 하는 불능미수라고 볼 수 있는지 의문[732]이다. iii) 견해의 경우에도 불법원인급여에 의하여 급여자의 소유권이 상실된다는 점에서 여전히 소유권이 급여자에게 있음을 전제하는 점유이탈물횡령죄가 성립한다는 것도 의문이다.

3. 편면적 신뢰관계의 성립 가능성

기망에 의하여 명의신탁이 이루어진 이후 그 명의신탁된 부동산을 처분할 경우 횡령죄가 성립할 수 있을 것인가? 혹은 기망에 의하여 금전을 수수한 사람이 그 금전을 금전 지급자를 위하여 보관할 의무 내지 처리할 의무가 있을까?

배임죄와 관련하여 대법원 2008. 3. 27. 선고 2007도9328 판결은 "부동산에 피해자 명의의 근저당권을 설정하여 줄 의사가 없음에도 피해자를 속이고 근저당권설정을 약정하여 금원을 편취한 경우라 할지라도, 이러한 약정은 사기 등을 이유로 취소되지 않는 한 여전히 유효하여 피해자 명의의 근저당권설정등기를 하여 줄 임무가 발생하는 것이고, 그럼에도 불구하고 임무에 위배하여 그 부동산에 관하여 제3자 명의로 근저당권설정등기를 마친 경우, 이러한 배임행위는 금원을 편취한 사기죄와는 전혀 다른 새로운 보호법익을 침해하는 행위로서 사기 범행의 불가벌적 사후행위가 되는 것이 아니라 별죄를 구성한다."라고 판시하고 있다.

피해자에게 근저당권을 설정해 주겠다고 기망하여 금원을 편취한 다

---

731) 가령 불법정치자금 전달을 목적으로 금원을 수탁자에게 교부하였을 경우, 수탁자가 불법정치자금이라는 사정을 인식하지 못한 경우와 인식한 경우에, 불법정치자금이라는 사정을 인식하지 못한 자로서는 이를 위임의 취지에 따라 행동하여야 함에도 그와 같이 행동하지 않은 점에 대한 비판이 가능할 것이지만, 이를 인식한 자로서는 그 위임의 취지에 따라 행동하여야 한다는 규범명령은 가능하지 않다는 점에서 과연 위임의 취지에 반한 의사결정을 비난할 수 있겠는가의 문제가 있다. 물론 이에 대하여는 견해 대립이 가능하다. Münchener Kommentar zum StGB, §266 Rn. 169

732) 손동권, "명의신탁부동산을 임의처분한 경우의 형사책임", 174

음 목적 부동산에 관하여 제3자에게 근저당권을 설정하여 준 행위에 대하여 원심은 후행행위가 배임행위에는 해당하나 불가벌적 사후행위로 평가하였음에 반하여, 대법원은 새로운 법익을 침해한 것이므로 불가벌적 사후행위가 아니라고 본 것이다. 위 판결에 대하여는 비판이 이루어지고 있다[733]. 과연 피기망자에 대한 근저당권설정의무가 기망자의 사무인지, 피기망자의 사무인지, 또한 기망행위에 의하여도 신뢰관계가 형성될 수 있을 것인지 여부에 대한 것이다. 비판으로는, ① "근저당권 설정등기와 같은 의무는 어디까지나 사법상의 불법행위나 채무불이행의 문제이지 형사법의 규율대상이 될 수는 없으므로 피고인은 타인의 사무를 처리하는 자가 아니다"라는 견해[734], ② "피고인이 처음부터 피해자에게 저당권을 설정하여 줄 의사 없이 저당권을 설정하여 주기로 한 약정은 피해자에 대한 기망 수단으로 사용된 것에 불과하기 때문에 위와 같은 진정성에 기초하지 않은 약정으로 인해 피고인과 피해자 사이에 신임관계가 형성되어 위 약정을 위반한 피고인에게 신임관계 위배를 본질로 하는 배임죄가 성립한다고 하는 것은 부자연스러운 논리"라는 견해[735]가 있다. 일단 근저당설정을 위한 금원을 모두 지급하였을 경우 그로 인한 사무는 타인의 사무라고 못볼 바 아니라는 점[736]에서 ① 견해는 타당성이 떨어진다. 배임죄에서의 신뢰관계는 양자간에 적법하게 성립되어야 하는 것 아닌가 사료된다[737]. 즉 편면적으로는 적법하고,

---

733) 이승준, "배임행위의 기망행위에 대한 불가벌적 사후행위 여부", 법학연구 53권 3호, 부산대학교 법학연구소(2012. 8.), 75 이하; 이진석, "사기죄와 배임(또는 횡령)죄의 양립 가능성에 관한 검토", 재판실무연구 4권, 수원지방법원(2011. 12.), 347; 조현욱, "불가벌적 사후행위", 형사법의 쟁점과 판례, 법문사(2009), 179, 181~3; 허일태, "2008년 형사법 판례 연구", 인권과 정의 391호, 대한변호사협회(2009. 3.), 98~9. 공통적으로 위 2007도9328 판결에서 피고인은 배임죄의 주체가 될 수 없다고 보고 있다.

734) 조현욱, 위 논문, 181; 허일태, 위 논문, 98~9

735) 이진석, 위 논문, 347

736) 근저당권설정등기의무가 있음에도 이에 위반하여 제3자에게 근저당권을 설정한 것을 배임죄로 처벌한 대법원 1971. 11. 15. 선고 71도1544 판결, 1993. 9. 28. 선고 93도2206 판결 등 참조. 다만 위 판결들에서, 피고인의 의무 발생원인은 기망에 의한 것인지, 적법한 법률행위에 의한 것인지는 명확하지 아니하다(71도1544 판결은 죄명이 '배임'만 있는 것으로 보아 기망행위가 의무 발생원인은 아니었을 것으로 추측됨).

737) 앞서 본 State v. Hornbeck 판결(각주 539, 특히 'mutually exclusive' 부분) 참조. 동일한 취지에서 이진석, 위 논문, 347도 "기망행위를 전제로 하는 사기죄와 신임관계 위배를 본질로 하는 배임죄는 두 개의 구성요건이 상호 대립적인 요소를 포함하고 있어서 일방의 범죄가 성립되는 때에는 타방의 범죄는 성립할 수 없고, 일방의 범죄가 무죄

다른 편면으로는 위법할 경우에는 배임죄에서의 신뢰관계라고 볼 수 없는 것 아닌가 사료된다. 따라서 신뢰관계의 존재가 인정되는가의 관점에서 접근하는 ② 견해가 타당하다고 생각된다. 물론 피해자의 행위자에 대한 신뢰관계만이 존재한다고 하더라도 배임죄에서의 신뢰관계가 인정된다고 보는 견해도 있을 수 있다[738]. 그러나 애초 행위자가 피해자에 대하여 기망에 의하여 신뢰관계를 형성한 경우 신뢰관계 이행의 기대가능성은 없다는 점에서, 행위자에게 불가능을 기대하는 것으로 보아야 하는 것 아닌가 생각된다. 만약 부동산을 구매하여 이를 담보(근저당권설정)로 제공하여 주겠다고 속이고 금원을 차용한 경우, 실제로 부동산을 구매한 사람과 부동산을 구매하지 않은 사람 사이에 불법의 차이가 없는데, 전자에 대하여 후자보다 피해자에 대한 피해보전의 의무이행을 더 해야 한다고 보아야 할 근거가 없다. 오히려 후자는 아예 부동산도 사지 않아서 더 나쁜 사람으로 볼 수도 있다. 즉 사기죄의 완성에 의하여 금전의 소유권은 행위자에게 귀속되는 것이고, 이로써 행위자에게 더 이상의 신뢰관계를 기대할 것이 아니다[739]. 따라서 신뢰관계를 의제시켜 후행행위를 배임죄로 구성하는 것은 타당하지 아니하다. 물론 위 판결 사안을 처벌해야 할 실질적인 필요성은 있을 수 있다. 만약 부동산을 갖고 있는 사람이 차일피일 미루다가 사기죄의 공소시효 완성 후에 비로소 근저당권설정을 제3자에게 해 주는 경우가 있을 수 있기 때문이다. 근저당권설정을 제3자에게 해 줄 때 배임행위가 완성된다는 점에서 배임죄의 공소시효가 사기죄의 공소시효보다 더 뒤에 기산될 것이다. 즉 사기죄의 공소시효가 완성되더라도 배임죄의 공소시효는 여전히 진행될 수도 있는 것이다[740]. 그러나 과연 사기죄의 공소시효

로 될 경우에만 타방의 범죄가 성립할 수 있는 비양립적인 관계이기 때문이다"라고 적고 있다. 사기죄와 횡령죄를 비양립적 관계로 본 대법원 2011. 5. 13. 선고 2011도1442 판결 참조.

738) 위 2007도9328 판결이 그와 같은 취지로 보인다.

739) 이는 2010도10500 전원합의체 판결 사안과는 차이나는 점이다. 그 사안에서는 재산상 이익을 취득한 범위 내에서 신뢰는 깨어지고, 위탁된 물건의 나머지 잔존가치 내에서는 여전히 신뢰관계(위탁관계)가 존속한다고 볼 수 있기 때문이다.

740) 형법상 사기의 공소시효(10년)가 배임의 공소시효(7년)보다 길고, 특정경제범죄가중처벌등에관한법률 제3조에서는 양 죄의 법정형이 같다. 따라서 사기와 배임의 공소시효의 기산점이 같은 상황에서는 문제가 생기지 아니한다.

기간 동안(10년[741]) 근저당설정 등을 해 주지 않는 사람(행위자)을, 가만히 보고만 있을 사람(피해자)이 있겠는가는 의문이 아닐 수 없다. 위 2007도9328 판결 사안에서도 사기죄는 공소시효가 완성되지 아니하였다. 다른 한편으로, 처음에는 기망의 고의가 없던 사람이 근저당권을 설정해 주지 않는 경우가 있을 수 있는데, 이는 전형적인 배임행위이므로 당연히 배임죄만 성립하고 공소시효도 배임죄를 기준으로 하여 계산하면 될 것이다.

또한 다음의 사례들과 위 판결 사안을 비교해 보면 위 판결의 결론이 타당한 것인지 재고하여야 할 것으로 생각된다. ① 이미 제3자에게 근저당권설정을 하기로 되어 있는 상태에서 행위자가 피해자에게 근저당권설정을 해준다면서 금원을 편취한 후 제3자에게 근저당권을 설정해 준 경우, ② 제3자로부터 부동산을 구매하기로 중도금까지 지급한 상태에 있는 행위자가 잔금 마련을 위해 위와 같은 행위를 한 경우, ③ 아예 부동산을 소유하고 있지 아니한 행위자가 위와 같은 행위를 한 경우, ④ 재산이 매우 많은 행위자가 위와 같은 행위를 한 경우. 위 경우들과 위 판결 사안을 비교하여 볼 경우, 위 판결 사안의 불법성이 더 크다고 볼 수 있을까? 따라서 위 2007도9328 판결은 타당성이 떨어진다.

즉 편면적 신뢰관계에 기하여서는 배임죄나 횡령죄가 성립할 수 없다고 보아야 할 것이다.

II. 외국의 입법 및 실무례

1. 독일[742]

독일은 절도죄와 횡령죄가 같은 장에 규정되어 있고, 횡령죄(Veruntreuung)는 점유이탈물횡령죄(Unterschlagung)에 신뢰관계의 존재를 전제로 가중처벌하게 규정되어 있다. 횡령죄와 관련하여 공서양속

741) 형사소송법 제249조

742) 아래 온라인 사이트를 주로 참조함.
https://beck-online.beck.de/?vpath=bibdata/komm/MuekoStGB_2_Band5/stgb/cont/MuekoStGB.stgb.p266.glB.glII.gl1%2Ehtm (2015. 3. 16. 방문)

에 반하는 신뢰관계에 기한 위탁관계가 가능한지 여부에 관하여 문제가 된다[743]. 일반적으로, 소유권자 스스로 그 물건을 다른 사람에게 공서양속에 반하는 목적에 사용하도록 위탁한 경우, 가령 절도를 위한 도구를 구매하도록 하기 위하여 돈을 교부하는 경우와 같은 경우에는 일반적으로 긍정된다[744]. 연방대법원의 입장도 같다[745]. 그러나 소유권자 아닌 제3자의 위탁이 소유권자의 이익을 침해하는 경우, 가령 절도범이 장물을 제3자에게 보관시키는 경우에는 위탁관계(Anvertrauen)를 부정한다[746]. 점유이탈물횡령죄보다 위탁물횡령죄에 대하여 재산권침해에 대해 가중 처벌하는 근거가 신뢰관계의 침해인데 공서양속에 반하는 위탁관계에서는 신뢰관계를 보호할 수 없기 때문이다[747]. 행위자가 위탁관계의 전제사실에 관하여 착오가 있는 경우, 즉 그가 절도에 관하여는 아무것도 알지 못하는 경우에는, 그 영득에 의하여 횡령죄의 미수와 점유이탈물횡령죄의 기수의 상상적 경합이 될 것이다[748].

배임죄의 성립과 관련하여, 법이나 공서양속에 반하는 법률관계가 신뢰관계의 기초가 될 수 있는지가 문제되는바, 이를 소위 "Ganovenuntreue"라고 한다[749]. 즉 배임죄에 있어서 신뢰관계(Treueverhältnis)와 관련

---

743) Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, §246 Rn. 30

744) Schönke/Schröder, a.a.O., Rn. 30

745) BGH NJW 1954, 889. 위조통화를 입수하여 달라는 의뢰를 받은 피고인이 그것을 위해 위탁받은 2,500마르크를 자기를 위해 소비한 사안에서, 피고인과 위탁자의 계약은 무효이지만 피고인은 법적 근거 없이 수취하여 부당이득한 금전을 위탁인에게 반환할 의무를 부담하고, 이 의무에 대하여는 불법원인급여의 규정은 적용되지 않는바, 급여라 함은 수급인에게 이전(übergehen)되는 경우만을 말하는데, 일시의 목적을 위하여 행하여진 경우는 이에 해당하지 않기 때문이라는 이유에서였다; 하급심 사안으로 OLG Braunschweig NJW 1950, 656. 피고인은 공정가격 23마르크를 하회하는 암거래 가격으로 트레일러 트럭의 매수를 의뢰받고 4마르크를 예탁받아 그것을 자기를 위해 영득하였는데, 위와 같은 이유에서 불법원인급여 규정은 적용되지 않는다고 보았다.

746) RG 40, 222 v. 18. 6. 1907. (절도가 장물을 후에 매각할 의사로 피고인에게 보관을 의뢰하였는데, 피고인이 이를 영득한 경우에 관한 사례); RG 70, 7(장물의 매각을 의뢰받은 피고인이 그 일부를 자기의 이익을 위하여 매각한 사안)

747) Schönke/Schröder, a.a.O., Rn. 30; 목적론적 해석상 부정된다고 보는 입장으로 Wolfgang Mitsch, Strafrecht, BT 2: Vermögensdelikte(Kernbereich)/Teilband 1, Berlin: Springer(2003), S. 215

748) Schönke/Schröder, a.a.O., Rn. 30

749) Münchener Kommentar zum StGB(이하 'MüKoStGB'), §266 Rn. 165; Ganovenuntreu를 일본에서는 "ならず者背任"으로 번역한다. 樋口亮介, "ドイツ財産犯講義ノート", 東京大學法科大學院ローレビュ 8卷(2013. 9.), 209

하여, 독일 민법 제138조에서 정한 공서양속에 반하여 무효인 법률행위 등이 사실상의 신뢰관계(faktisches Treueverhältnis)의 근거가 될 수 있는지에 관하여 견해의 대립이 있는바, 결론적으로 다수설[750]과 연방대법원[751]은 이러한 경우에도 사실상 신뢰관계가 있다고 보아 배임죄의 성립을 긍정하고 있다.

법이나 공서양속에 반하는 위임을 실행하지 않는 것 자체로는 배임죄의 구성요건에 해당하지 않는바, 수탁자가 그 위임의 실행에 대하여 아무런 법적 의무를 갖지 않고, 위탁자의 기대는 재산적 가치를 갖지 않는다[752]. 본범의 위임을 실행하지 않은 장물범은 배임죄에 해당하지 않는다[753].

다툼이 있는 것은 배임의 구성요건이 고려되는지 여부로, 수임자가 법이나 공서양속에 반하는 위임의 실행을 위하여 교부된 금전이나 그 밖의 위탁 대상을 위임된 취지에 반하게 유용하였을 경우이다[754]. 지배적인 견해는 배임죄의 구성요건해당성을 긍정하는데, 근거에 대하여는, 불한당(Ganoven)에게 재산을 보호없는 상태로 포기되게 하는 영역은 허용될 수 없다는 것[755], 또한 법질서의 통일성이 어떤 다른 판단을 지

---

750) Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 60. Aufl., München: C.H.Beck, 2013, §266 Rn. 44; Schünemann, LK StGB, 12. Aufl. 2008, §266 Rn. 64; 다른 견해로 Schönke/Schröder, §266 Rn. 31

751) BGHSt 8, 258f (BGH NJW 1956, 151; 국가적대적인 조직이 국가적대적인 목적을 위해 마련한 돈을 착복한 자도 배임죄를 저지를 수 있다는 판례); BGHSt 20, 145 (BGH NJW 1965, 770); BGH NStZ-RR 1999, 184, 185(불법적으로 취득된 재산의 상실이 제266조가 정한 의미에서의 손해가 될 수 있다는 판례)

752) BGHSt 8, 254 (258) v. 17. 11. 1955. {NJW 1956, 151 (152)}; BGHSt 20, 143 (146) v. 19. 1. 1965. {NJW 1965, 770 (771)}; RGSt 73, 157(158) v. 4. 6. 1939.; Luthmann NJW 1960, 419; Schönke/Schröder, a.a.O., Rn 31; Schünemann, a.a.O., Rn. 65; Fischer, a.a.O., Rn. 45; Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht, Besonderer Teil, §22 Rn. 31 ff.; Wessels/Hillenkamp, Strafrecht Besonderer Teil 2, §266 Rn. 774; MüKoStGB, a.a.O., Rn. 166

753) MüKoStGB, a.a.O., Rn. 166

754) MüKoStGB, a.a.O., Rn. 167

755) BGHSt 8, 254 (258) v. 17. 11. 1955. {NJW 1956, 151 (152)}; BGHSt 20, 143 v. 19. 1. 1965. {NJW 1965, 770}; BGH v. 6. 12. 1983. (NJW 1984, 800); BGH v. 26. 10. 1998. {NStZ-RR 1999, 184 (185f.)}; Franke, JuS 1981, 444; Kühl, JuS 1989, 505 (512); Luthmann NJW 1960, 419; Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 24. Aufl., München: 2001, §266 Rn. 10; Schünemann, a.a.O., Rn. 65; Fischer, a.a.O., Rn. 46; Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf/Weber, a.a.O., §22 Rn.

배하는 것은 아니며, 법질서는 재산범의 영역에서 그 유래상 보호가치 없는 재산을 만들지 않았다는 것이다[756]. 판례는 다음과 같은 사례, 1953년 9월 선거에 앞서 연방공화국에서 SED(독일통일사회당)가 FDJ(자유독일청년당)의 '위법한 선동행위'를 위하여 FDJ 당원에게 건네준 금원을 부당이득한 경우[757], 증권법 규정에 위반한 주식선물거래를 위해 교부된 위임자의 금원을 취지에 반하여 사용한 경우[758], 뇌물을 가지고 위임에 반해 투기행위를 한 경우[759]와 같이 법률 또는 공서양속에 반하는 법률관계에 있어서 배임죄의 구성요건해당성을 인정하였다.

지배적인 견해에 대하여 의문이 제기되는바, 법이나 공서양속에 반하는 법률관계는 신뢰파괴의 구성요건을 근거지우는 신뢰관계와는 부합될 수 없다는 것이다[760]. 불법적으로 영득된 이익 또는 범죄행위의 실행을 위해 쓰여질 대상을 배후에 있는 자를 위하여 형법적으로 보호한다면, 전체법질서에 있어서 묵과하기 어려운 모순을 가져오게 된다는 것이다[761].

다른 의문은, 그러한 신뢰관계에서 실질적으로 충분히 타당한 재산보호의무라는 법적지위가 도출되는가 여부로, 수임자가 위법한 위임을 엄밀히 제한된 취지에 따라 독자적 판단 없이 실행할 경우 재산보호의무 위반은 부정될 것이나, 법에 반하는 위임으로 그 위임자에 대한 재산보호의무를 근거지우는 것이 타당한 것인지는 의문이 제기될 수 있다[762].

2. 일본

절도범인 등으로부터 도품 등의 보관을 의뢰받은 자가 그것을 횡령한 경우에 관하여, 大審院은 이를 불법원인급부물이기 때문에 위탁자와의 관계에서는 횡령죄는 성립하지 않고 도품의 소유자의 추구권침해는 장

39; Wessels/Hillenkamp, a.a.O., Rn. 774
756) MüKoStGB, a.a.O., Rn 167.
757) BGHSt 8, 254 v. 17. 11. 1955. (NJW 1956, 151)
758) BGH v. 6. 12. 1983. (NJW 1984, 800)
759) BGH v. 26. 10. 1998. (NStZ-RR 1999, 184)
760) MüKoStGB, a.a.O., Rn. 168
761) MüKoStGB, a.a.O., Rn. 168
762) MüKoStGB, a.a.O., Rn. 169

물죄(도품 등 보관죄)에 의해서 평가되므로 그와의 관계에서도 횡령죄는 성립하지 않는다고 하였다[763]. 또한, 절도범인의 위탁을 받아 도품을 매각한 장물범인이 대금을 착복하더라도, 위탁계약은 민법 제90조에 의해 무효로 되고, 그 금전은 위탁자에게 귀속되지 않으므로 횡령죄의 성립을 부정하였다[764]. 大審院은, 장물인 것을 모르고 운반을 위탁받은 물건의 점유자가, 장물임을 알게 된 후 이를 영득한 경우에 일본형법 제254조의 점유이탈물횡령죄가 아니라 제252조의 횡령죄가 성립한다고 하였다[765]. 피해자의 소유권이 보호되는 것은 당연하더라도, 민법상 무효인 위탁관계도 보호되어야 하는 것으로 본 것이다[766]. 또한, 민법상 반환청구될 수 없는 물건에 관하여도 횡령죄는 성립하는 것으로서, 장물이라도 횡령죄는 성립한다고 하여, 장물의 매각대금의 횡령에 위탁물횡령을 인정하고 있는 판례도 있는데[767], 最高裁는 이 판례에 따르고 있다[768]. 도품 등의 보관범인이 이를 영득하여도 횡령죄는 성립하지 않는다고 하는 모두의 판례가 현재도 유지되고 있는가는, 확실히 의문인 듯하다[769]. 이에 관하여 학설은 횡령죄가 성립한다는 견해, 신뢰관계가 존재하지 않으므로 횡령죄가 성립하지 않고 점유이탈물횡령죄가 성립한다는 견해, 횡령죄를 인정할 수 없고 장물죄 규정을 유추적용하여야 한다는 견해, 수탁자가 도품 등인 것을 안 후에는 횡령죄는 성립하지 않지만 도품 등에 관한 죄의 성립을 인정할 수 있다고 하는 견해 등이 있다[770].

증뢰를 위해서 교부한 금전을 소비한 경우에 관해서, 횡령죄를 인정

763) 大審院 1922(大正 11). 7. 12. 判決 (절취된 자동차임을 아는 자에게 위탁하여 보관시킨 것은, 불법원인급부이다. 臟物奇藏罪를 범한 자가, 그 장물에 관해 횡령행위를 하여도, 따로 횡령죄를 구성하지 않는다)

764) 大審院 1919(大正 8). 11. 19. 判決 (절도범인의 위탁에 의해 장물을 牙保한 자가, 그 대금을 부정하게 영득하여도, 횡령죄를 구성하지 않는다)

765) 大審院 1938(昭和 13). 9. 1. 判決

766) 町野 朔, "不法原因給付と詐欺 · 横領", ジュリスト 刑法の爭點, 有斐閣(2000), 184

767) 大審院 1915(大正 4). 10. 8. 判決 (횡령죄의 목적물은, 단지 범인이 점유하는 타인의 소유물이면 족하고, 반드시 물건의 급부자가 민법상 반환을 청구할 수 있는 물건일 것을 필요로 하지 않는다)

768) 最高裁 1961(昭和 36). 10. 10. 判決

769) 町野 朔, "不法原因給付と詐欺 · 横領", 184

770) 大コメンタール刑法 第13卷, 362

하는 것이 大審院, 最高裁의 일관된 판례인바, 이러한 금전은 불법원인급부물이므로 위탁자는 반환을 청구할 수 없는 것이고 수탁자인 행위자에게는 횡령죄는 성립되지 않는다고 하는 주장에 대해, 위탁자가 반환청구할 수 없다고 하여도, 이는 의연 그 소유인 물건이므로, 행위자가 '타인의 물건'을 횡령하였다고 말할 수 있는 것이고, 동죄의 성립에 문제는 없다고 하고 있다[771].

위의 형사판례 이후, 最高裁 민사 대법정 판결[772]은, 불법원인급부자가 급부한 물건의 반환을 청구할 수 없게 된다고 하는 '반사적 효과'로, 목적물의 소유권은 급부자의 손을 떠나서 수급부자에게 귀속된다고 판시했다. 그 사안의 내용은 첩관계를 유지할 목적으로 신축된 미등기의 건물을 애인에게 증여하여 인도한 자가 그 후 관계가 냉각되자 증여는 무효이고 건물은 증여자의 소유에 속한다고 주장한 사안으로, 最高裁는 첩관계 유지를 위한 건물 증여는 공서양속에 위반되어 무효이고, 건물의 인도는 불법원인급부에 해당하고, 불법원인급부자는 목적물의 소유권이 자기에게 있다는 이유로 급부한 물건의 반환을 청구할 수 없고 증여자에게 급부한 물건의 반환을 청구할 수 없는 반사적 효과로서 그 물건의 소유권은 수증자에게 귀속된다고 판결하였다. 형법의 횡령죄에 있어서 '타인의'라는 것은, '타인 소유의'라는 의미이고, 소유권의 존부는 민사법에 의해 결정된다고 하는 것이 일반적이며, 위의 형사판례도 이러한 것을 전제로 하고 있다고 보이는데, 이러한 민사판결에 의해 불법원인급부물의 수탁자가 '타인의 물건'을 횡령하는 것은 불가능하게 되는 것 아닌가 하는 문제가 생긴다[773].

학설 중에는 보호되어야 할 이익이 존재하는 이상 민법상의 문제에도 불구하고 형법상 처벌할 가치가 있는 행위는 형법의 민법으로부터의 독자적 관점에서 처벌되어야 하기 때문에 형법상 횡령죄가 성립한다는 견해[774], 불법원인급부와 불법원인급여를 구분하여 위 최고재 민사판결의

771) 大審院 1910(明治 43). 7. 5. 判決, 1910(明治 43). 9. 22. 判決, 1913(大正 2). 12. 9. 判決, 最高裁 1948(昭和 23). 6. 5. 判決

772) 最高裁 1970(昭和 45). 10. 21. 判決

773) 町野 朔, "不法原因給付と詐欺 · 横領", 185

774) 前田雅英, 刑法各論講義, 309~10; 森下忠, "不法原因給付にかかる物件の横領", ジュリスト 增刊 基本判例解說 シリーズ No.2, 有斐閣(1973. 10.), 275~6은 민법에

사안과 같이 건물을 증여한 경우와 달리 형사판례의 사안에서처럼 증뢰자금을 교부한 경우에는 금전의 '위탁'은 있으나 물건의 종국적 이전인 '급부'는 인정되지 않기 때문에 민법상의 불법원인급여라고 할 수 없어 그 증뢰자금은 여전히 위탁자의 소유에 속하므로 횡령죄가 성립한다고 하는 견해[775], 형법의 민법에의 종속성 입장에서 위탁관계 자체는 보호될 수 없으므로 횡령죄는 성립할 수 없으나 소유권 자체는 위탁자에게 있다고 보아야 하기 때문에 점유이탈물횡령죄로 처벌할 수 있다는 견해가 있다.

3. 미국[776]

횡령죄는 신탁 관계(fiduciary duty)를 파괴하는 형사적 신탁 파기 행위(criminal breach of trust)로, 보통법상 협의의 절도(common-law larceny)가, 무단 침입(trespass) 없이 피고인이 점유하게 된 도품에 대하여 확장되어 적용되는 성문법상의 범죄이다[777]. 절도(larceny)와 횡령(embezzlement)은 많은 공통점이 있기는 하지만, 서로 구별되는 별개의 범죄행위로, 횡령과 달리 절도는 무단 침입을 요건으로 하고, 또한 절도는 서로 모르는 사람들 사이에서도 발생할 수 있으나, 횡령은 오직 피고인이 신탁 관계(fiduciary duty)에 따라서 문제되는 재산의 점유가 위탁된 경우에만 발생할 수 있다는 점, 따라서 결국 절도(larceny)는 단일한 충동적 행위(single impulse)에서 비롯되지만 횡령은 지속적 성질의 범죄 성향을 갖는 차이가 있다고 한다[778].

횡령은 피고인이 아닌 다른 사람이 문제된 재산을 전적으로 소유하고 있었다는 점에 대한 입증(proof)을 요건으로 하지만, 그에 반하여 몇몇 주(가령 미네소타주)에서는, 피고인이 부분적으로 그 재산을 소유하고

서 불법원인급여물의 소유권 귀속에 관하여 명문의 규정(국가에 귀속한다는 등)을 두어야 한다고 주장한다.

775) 林幹人, 財産犯の保護法益, 東京大學出版會(1984), 170; 大谷實, 刑法講義各論, 307~10; 西田典之, 刑法各論, 224

776) 이 부분 자료 수집 · 해석에 사법정책연구원 변지영 연구위원의 도움을 받음

777) 26 Am. Jur. 2d Embezzlement § 1. Generally; definitions https://a.next.westlaw.com/Search/Home.html?transitionType=Default&contextData=(sc.Default) 참조 (WestlawNext online. 2015. 7. 5. 방문. 이하 같음)

778) 26 Am. Jur. 2d Embezzlement § 8. Larceny

있었다고 하더라도 횡령이 성립한다(피고인의 항변 사유가 될 수 없다)고 보며, 피고인이 형식적인 법적 명의(technical legal title) 또는 소유권의 외적 징표(indicia of ownership)를 갖고 있다고 하더라도 오로지 다른 사람을 위하여 추심(collection)이나 매매(sale)의 목적으로 그 법적 명의가 이전되어진 경우에는 횡령죄의 죄책을 부담할 수 있고, 반면 소유자가 피고인에게 형식적인 법적 명의뿐만 아니라 소유자의 모든 실질적인 이익(all beneficial interest)까지도 전부 양도하려는 의도를 가지고 재산을 양도한 경우 횡령죄나 횡령죄의 성격을 가진 범죄에 해당할 수 없다고 한다[779].

횡령죄의 객체가 되는 재산의 성질에 관하여, 주법 또는 그 주법에 사용된 법률용어(terms)에 관해 법원이 부여하는 해석에 의하여 규율되며, 몇몇 주법에 따르면, 협의의 절도(larceny)의 객체는 횡령의 객체가 될 수 있다고 보고, 수표나 어음, 또는 채무부담의 증거가 되는 수단(instrument)이 법적으로 무효라고 하더라도 횡령죄의 객체가 될 수 있는바, 광의의 절도(theft)에 의하여 취득되거나 보유된 재산과 같이 그 재산 취득 또는 보유에 있어서의 불법성이라던가 혹은 횡령된 재산이나 금원이 피고인에게 위탁된 목적의 불법성과 같은 것은 횡령죄의 성립에 방해가 되지 않기 때문에, 금제품(contraband)도 횡령의 대상이 될 수 있다고 한다[780].

이와 같이 재산 취득 또는 보유에 있어서의 불법성, 즉 불법원인의 목적으로 교부된 재산의 횡령과 관련하여 이를 인정한 판례들이 있다. 매사추세츠주 대법원 판결[781]은 불법적인 목적으로 피고인에게 위탁된 금원이라도 횡령죄의 객체가 된다는 판결이다. “주식중개인인 피고인이 Irwin Wood라는 사람으로부터 200달러의 가치가 있는 수표(a piece of paper, of the value of $200)를 받고, 여러 철도회사들의 주식을 Wood의 이름으로 신용 매입해 줄 것을 부탁받았다. Wood는 자신이 피고인에게 교부한 위 수표가 주식 매수 비용으로 모두 소요되지 않고,

779) 29A C.J.S. Embezzlement § 12. Ownership of property-Ownership or title in accused

780) 29A C.J.S. Embezzlement § 9. Property subject to embezzlement

781) Commonwealth v. Cooper, 130 Mass. 285, 288 (1881)

주식 매도인에게 보증금으로 지급되는 것으로 이해하였다. 피고인은 위와 같이 주식의 신용 매입을 위하여 교부받은 200달러를 자신의 개인적 펀드 자금에 사용하였다."는 사실관계에 대하여, 피고인은 2가지의 주장을 하였는데, 먼저 개인적 펀드에 사용하는 것은 당시 주식중개에 있어서 관행이라는 주장을 하였으나 이는 증거가 없어 배척되었고, 다음으로 Wood가 자신에게 200달러만 주고 주식을 신용 매입해 달라고 하였을 때, 이것은 일종의 도박 계약(gambling contract)이고, 주법에 따르면 이는 불법이므로 자신이 그 금원을 착복하였다고 하더라도 횡령이 될 수 없다고 주장하였다. 그러나 매사추세츠주 대법원은 "Wood가 피고인으로 하여금 도박이나 불법 계약을 체결할 것을 예측하거나 권한을 부여하였다는 증거가 없다. 가사 Wood가 그러한 불법 계약을 하도록 하였다고 하더라도, 그 수표나 금원은 협의의 절도나 횡령(larceny or embezzlement)의 객체가 될 수 있는바, 만약 피고인이 사기의 방법으로 이를 자신의 개인적 용도로 착복하면, 불법적인 목적으로 재산이 위탁되어졌다는 것을 입증한다고 하여 횡령죄에 대한 항변 사유(defense)가 될 수 없다."고 판시하였다. 캘리포니아주 항소법원 판결[782]도 같은 취지의 판결로, 피해자 Bonsall이 피고인에게 합법적이지 않은 거래를 위하여 계좌 입금을 부탁하며 현금을 교부하였으나 피고인이 그 금원을 피해자의 계좌에 입금하지 않은 것에 대하여, "이러한 금원이 불법적인 거래(illegal transaction)를 위한 목적으로 피고인에게 교부된 것이든, 아니면 엄밀하게 합법적인 거래(strictly legal one)를 위하여 교부된 것이든, ... (중략) ..., 이는 Bonsall의 금원"이라고 하면서, '불법적인 목적을 위해 피고인에게 위탁된 금원이라는 것이 횡령죄 성립에 대한 항변 사유가 될 수 없다(it was held to be no defense to an indictment for the embezzlement of the money, that it was entrusted to the defendant for an illegal purpose).'고 한 다른 주들의 선례를 언급하였다. 엄밀히 불법원인급여에 관한 판례는 아니지만 Washington D.C. 연방항소법원 판결[783]은 피해자가 신탁 펀드(trust

782) People v. Woollacott, 80 Cal. App. 275 (1926)
783) U.S. v. Taylor, 867 F. 2d 700 (1989)

fund)에 관하여 실질적 소유권을 가지고 있을 경우 피고인이 그에 관하여 법적 명의(legal title)을 가지고 있더라도 횡령죄가 성립한다고 하였다. 피해자 Emma가 자신이 자신의 형제와 함께 공동 명의로 되어 있는 예금계좌에 대하여, 자신의 형제가 요양원에 들어갔기 때문에, 그 예금계좌의 명의로 바꾼 다음, 피해자가 사망한 이후 그 예금계좌에 있는 금원을 그녀가 다니는 교회에 기부하여 '배고프고 가난한 사람들에게 도움을 주기 위하여' 사용되도록 하게 해 달라고, 피고인인 은행지점장에게 부탁하였으나, 피고인이 자신 명의를 위 계좌에 올려 피해자의 예금계좌에서 22,400달러 상당의 금액을 인출한 사안이었다. 연방항소법원은, "피고인이 위 계좌에서 실질적 이익까지 양도받지는 못하였다. 명의상의 공동 소유(nominal joint tenancy)는 단지 유언에 의한 처분(testamentary disposition)을 의도한 것으로 볼 수 있다. 또는 신탁에 의하여, 피고인은 공동 소유에 있어서 수탁자로서 법적 명의를 가진 것으로 볼 수 있으며 ... (중략) ... 피고인이 자기 자신의 재산으로부터는 횡령할 수 없다는 항변은 인정될 수 없다."고 판시하였다.

III. 우리나라의 경우

1. 민법 제746조의 불법원인급여

민법 제746조와 민법 제103조는 사회적 타당성이 없는 행위에 대한 법적 보호의 거절이라는 사법의 이상을, 한편에서는 이행청구의 거절로, 다른 한편에서는 복구의 거절이라는 형식으로 표현형태만 달리하여 규정한 표리관계에 있다고 하는 것이 일반적인 설명이다[784].

즉 불법원인급여에 해당하는 행위는 민법 제103조에 해당하는 행위라고 볼 수 있다[785].

---

784) 민법주해 [II] 총칙 (2), 박영사(2006), 226(민일영 집필); 민법주해 [XVII] 채권 (10), 박영사(2005), 453, 473(박병대 집필)

785) 물론 법률행위가 전제되지 아니한 급부에 대하여도 제746조는 적용될 수 있다는 점에서 반드시 표리관계에 있다고 볼 수는 없다는 견해도 우세하다. 민법주해 [XVII] 채권 (10), 453~4, 473~4(박병대 집필); 難波譲治, "公序良俗と不法原因給與", 椿 壽夫 · 伊藤 進 編 公序良俗違反の研究, 日本評論社(1995), 351

2. 사회상규의 해석

형법 제20조는 정당행위라는 표제 하에 "法令에 依한 行爲 또는 業務로 因한 行爲 其他 社會常規에 違背되지 아니하는 行爲는 罰하지 아니한다."라고 규정하고 있다. 법령에 의한 행위 또는 업무로 인한 행위는 사회상규에 위배되지 아니하는 행위의 예로, 포괄적인 위법성조각사유로서 '사회상규에 위배되지 아니하는 행위'를 정당행위로 규정하고 있다. 이렇게 포괄적으로 위법성조각사유를 규정한 입법례는 이를 찾아보기 쉽지 않다[786]. 우리 형법 제정시 영향을 준 일본형법에도 '사회상규'라는 용어는 사용하지 않고 있다[787].

독일에서 논의되는 사회상당성이론(die Lehre von der sozialen Adäquanz)은 Welzel이 주창한 것으로 "국민의 공동생활에서 역사적으로 형성된 질서 안에서 기능적으로 행해진 행위는 사회적으로 상당"하며 이러한 행위는 구성요건해당성이 부인된다는 것이다[788]. 독일에서는 사회상당성이론을 위법성조각사유로 파악하지 않고 소극적 구성요건요소로 파악하는 것이 지배적이다[789].

우리나라에서는 사회상당성이론의 필요성을 부정하는 견해[790]도 있으나, 사회상규는 사회적 상당성과 구별해야 하며 사회상규에 위배되지 아니하는 행위는 위법성을 조각한다고 보는 것이 일반적이다[791].

---

786) 이상용, "형법 제20조 정당행위 규정 중 사회상규에 관한 연구", 서울대학교 박사학위논문(2002), 1, 99

787) 일본형법 개정예비초안, 개정형법가안 등에 관하여는 이상용, 위 논문, 27~33

788) Hans Welzel, "Studien zum System des Strafrechts", ZStW 58, 1939, S. 491 ff. Welzel은 사회상당성을 일종의 관습법적 정당화사유로 보다가(Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 6. Aufl., Berlin: de Gruyter, 1958, S. 74) 구성요건제한을 위한 일반적 해석원리로 파악하였다(Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 10. Aufl., Berlin: de Gruyter, 1967, S. 54). 독일에서 사회상당성이론의 내용 및 전개과정에 관하여는 Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Band I, 4. Aufl., München: C.H.Beck, 2006, D § 10 Rn. 33 ff.

789) Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Vorbem. §§ 32 Rn. 107a; Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Vor § 32 Rn. 29; BGHSt 23, 226, 228

790) 배종대, 형법총론, 홍문사(2013), 330; 오영근, 형법총론, 박영사(2014), 85; 천진호, "사회적 상당성 이론에 대한 비판적 고찰", 형사법과 세법, 학당명형식교수화갑기념논문집(1998), 59

791) 김일수 · 서보학, 형법총론, 박영사(2014), 164, 245; 이상용, 위 논문, 105

다만 구분하여야 한다는 것과 구분할 수 있느냐는 것은 별개의 문제로, 두 개념은 모두 형법 이전의 사회윤리적 가치구조와 관련을 맺고 있으며, 사회상규는 행위의 가치판단 척도이고 사회상당성은 그 가치판단의 결과이기 때문에, 단지 하나는 명사이고 다른 하나는 형용사의 명사형이라는 점에서만 구분될 수 있다는 지적[792]처럼, 사회상규와 사회상당성을 구분하기란 매우 어려운 일이다[793].

따라서 실질적으로 보다 문제되는 것은 우리 형법에 고유한 '사회상규'의 의미를 어떻게 채울 것인가라는 점이라고 할 수 있다[794].

그 의미를 찾기 위하여는 '사회상규'라는 용어가 어떻게, 언제부터 사용되었는지를 살펴볼 필요가 있다. 이에 관하여는 가인 김병로[795]가 1915.~1916.경 법학계라는 잡지에 쓴 '犯罪構成의 要件되는 違法性을 論홈'이라는 논문에서 실질적 위법성을 논하면서 언명한 '사회적 반상규성'이라는 용어에서 시사를 얻을 수 있다고 생각된다[796].

가인은 위 논문에서 "大槪 犯罪構成의 客觀的 要件되는 違法의 槪念은 一定ᄒᆞᆫ 行爲가 그 行爲의 特別準則되는 法의 令禁[797]에 違反ᄒᆞ야 法律上 保護ᄒᆞ는 一定ᄒᆞᆫ 利益에 對ᄒᆞ야 傷害 又는 危險의 事實을 發現ᄒᆞ고 그 行爲가 社會의 公評에 因ᄒᆞ야 社會的 反常規性 卽 違法의 特別性이 有홈을 要ᄒᆞᄂᆞ니 違法의 一素因되는 違法性 卽 違法의 特別性의 觀念은 一定ᄒᆞᆫ 行爲에 對ᄒᆞᆫ 社會的 價値問題이라. 그 行爲가 社會的 公眼目의 普遍的 判定에 因ᄒᆞ야 法律上 保護의 無價値性 及 犯罪構成의 有價値性의 附帶됨을 爲홈이니 換言ᄒᆞ면 一定ᄒᆞᆫ 行爲의 特別準則되는 法의 令禁에 違反ᄒᆞ야 一定ᄒᆞᆫ 法益에 傷害 又는 危險을 加ᄒᆞᆫ 行爲 즉 外形上 行爲의 違法形態를 成ᄒᆞᆫ 行爲가 更히 社會의 普遍的 眼目의 價値判斷에 因ᄒᆞ야 行爲의 違法性 卽 反常規的 特別性이 有홈에 決定됨을

792) 김영환, "형법 제20조 정당행위에 관한 비판적 고찰", 김종원교수화갑기념논문집, 법문사(1991), 130
793) 이상용, 위 논문, 105, 107
794) 이상용, 위 논문, 107
795) 가인 김병로의 생애, 활동에 관하여는 한인섭, 식민지 법정에서 독립을 변론하다, 경인문화사(2012); 김학준, 가인 김병로 평전, 민음사(2001) 등 참조
796) 신동운, "형법 제20조 사회상규 규정의 성립경위", 서울대학교 법학 제47권 제2호, 서울대학교 법학연구소(2006. 6.), 194~5
797) 令禁. 명령과 금지

爲홈이라. 要컨대 一定의 行爲가 法의 令禁에 違反ᄒᆞ야 法益을 侵害ᄒᆞᆫ 事實의 發現은 違法의 形態이오 社會의 公眼目에 因ᄒᆞ야 行爲의 反常規的 違法性된 價値判斷은 違法의 實質이니 此의 形樣과 實質이 合體된 行爲가 犯罪構成의 客觀要件되ᄂᆞᆫ 違法을 成홈이니라. 違法性은 卽 反常規的 特別性을 謂홈이오 社會的 常規ᄂᆞᆫ 公의 秩序와 善良의 風俗을 謂홈이니 公序良俗은 違法性의 價値判斷의 基礎됨은 勿論이오 社會共有의 關係에 對ᄒᆞᆫ 非行을 判斷홈에 唯一ᄒᆞᆫ 明鑑이 되ᄂᆞ니 公法과 私法을 勿論ᄒᆞ고 一般法律의 目標된 者이라 謂치 아니치 못ᄒᆞᆯ지라."[798]라고 서술하고 있는바, 이는 구성요건에 해당하는 행위가 형식적 위법성을 충족하더라도 그 사회가 내리는 공적 평가에 의하여 사회적 반상규성이 인정되지 않는다면 그 행위에 실질적 위법성이 인정되지 않는다는 것이고, 실질적 위법성의 판단기준은 바로 사회상규라고 본 것으로 사회상규의 개념을 '공공의 질서와 선량한 풍속'으로 정의하고 있다[799]. 형법 제20조의 사회상규 개념은 이로부터 나왔다고 해도 과언이 아니다[800].

한편 1927. 일본형법 예비초안 제17조는 "법령 또는 정당한 업무로 인한 행위 또는 공의 질서 또는 선량한 풍속에 어긋나지 않는 관습으로 인한 행위는 죄가 되지 아니한다."라고 규정하고 있었다[801].

가인에게 영향을 많이 주었을 것으로 추측되는 牧野英一(마키노 에이이치)은 민법상의 공서양속 개념을 채용하고자 했고[802], 가인은 대법원장이 주축이 된 법전편찬위원회에서 민법초안을 기초하였으므로[803], 결

798) 金炳魯, "犯罪構成의 要件되ᄂᆞᆫ 違法性을 논홈", 法學界 第3號(1915. 12.), 3~4

799) 신동운, "형법 제20조 사회상규 규정의 성립경위", 195~6

800) 한인섭, 식민지법정에서 독립을 변론하다, 경인문화사(2012), 55 각주 54; 특히 가인은 해방 후 법전편찬위원회 위원장으로서 형법전 가운데 총칙부분의 기초를 담당하였다. 신동운, "제정형법의 성립경위", 형사법연구 20호, 한국형사법학회(2003 겨울), 9 이하

801) 이상용, 위 논문, 28; 허일태, 형법연구 II, 동아대학교 출판부(2004), 271

802) 김학준, 가인 김병로평전, 67; 신동운, "형법 제20조 사회상규 규정의 성립경위", 193; 이상용, 위 논문, 28. 가인은 1910. 3. 동경으로 유학을 떠난 후 1913. 3. 明治大學 법학부를 졸업하였고 그 해 여름 다시 동경으로 가서 '법률고등연구과'에서 연구를 하였는데, 그곳에서 그는 그보다 10세 연상인 牧野英一 동경제국대학 교수로부터 형법학을 수강하였다.

803) 이홍민 · 명순구, "민법상 조문제목의 법적 효력 - 민법 제정과정상의 문제점을 중심으로", 법조 673호(2012. 10), 112; 윤대성, "전세권의 입법과 법리", 민법학의 회고와 전망: 민법전 시행 삼십주년 기념논문집, 한국민사법학회(1993), 390. 가인도 민법초안이 일본법과 공통되는 부분이 많음은 인식하고 있었으나, 민법초안이 일본법을 모방한

국 사회상규에 관한 형법 제20조 규정은 '반사회질서의 법률행위'라는 표제하에 "선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 사항을 내용으로 하는 법률행위는 무효로 한다."라고 규정하고 있는 민법 제103조와 맥락을 같이 한다고 추측된다. 민법 제103조에서 규정하는 '선량한 풍속'과 '사회질서'의 상호관계가 어떠한가에 관하여 i) 사회질서가 상위개념으로 선량한 풍속은 그 일종 내지 예시라고 보는 견해[804], ii) 선량한 풍속은 윤리개념이고 사회질서는 공익개념으로 양자는 서로 병존·대립하는 개념이라고 보는 견해[805], iii) 선량한 풍속을 유지하는 것은 국가사회의 일반적 이익에 적합한 것이고, 역으로 국가사회의 일반적 이익을 존중하는 것은 시대의 도덕적 개념에 부합하기 때문에 양자는 그 범위가 대개 일치할 뿐만 아니라, 이론상으로도 명료하게 구별되지 아니하므로, 양자를 구별할 필요 없이 일괄하여 사회적 타당성이라고 보면 된다는 견해[806]로 대립하나, 입법자의 의도나 조문의 구조상 '사회질서'가 '선량한 풍속'을 포섭한다고 보는 것이 타당하다. 그리고 사회질서란 구체적으로 우리 사회생활의 평화와 질서를 유지하는 데 일반국민이 반드시 지켜야 할 일반규범을 말한다고 보아야 한다[807]. 즉 사회질서는 사회의 일반규범을 의미하는 것으로 사회상규와 같은 개념으로 보아도 무방하리라 생각된다.

물론 민법 제103조는 선량한 풍속을 사회질서의 한 내용으로 보고 있고 법률행위에 대한 규율임에 반하여, 형법 제20조의 사회상규에 반하지 아니하는 행위는 법률행위를 포함하여 형법상 행위 전반에 대한 규율이라는 점에 차이가 있지만, 양자 모두 위법성 판단의 실질적 기준

것은 아니고 각국의 법을 참고하였으며, 일본법이 독일법이나 프랑스법의 영향을 받았기 때문에 비슷하게 보이는 것이라고 하고 있다. 국회사무처, 제26회 국회정기회의속기록 제30호(1957. 11. 6.), 5~6. http://likms.assembly.go.kr/record/mhs-60-010.do 참조 (2015. 5. 27. 방문)

804) 이재철, "법률행위와 사회적 타당성", 판례월보(1964. 6.), 15; 民議院 法制司法委員會 民法案審議小委員會, 民法案審議錄 上卷(1957), 70; 곽윤직·김재형, 민법총칙, 박영사(2012), 282; 김용한, 민법총칙론, 박영사(1997), 260

805) 김상용, 민법총칙, 화산미디어(2007), 384; 이영준, 민법총칙, 박영사(2007), 231~2

806) 고상룡, 민법총칙, 법문사(2003), 334; 김증한·김학동, 민법총칙, 박영사(2001), 310; 백태승, 민법총칙, 법문사(2009), 362; 이은영, 민법총칙, 박영사(2009), 367; 정기웅, 민법총칙, 법문사(2009), 331; 민법주해 [II] 총칙 (2), 218(민일영 집필)

807) 곽윤직·김재형, 민법총칙, 282

이 되는 것이라는 점에서 본질적으로 같다고 생각된다.

결국 형법 제20조의 사회상규에 반하지 아니하는 행위는 사회질서에 위반하지 아니하는 행위라고 볼 수 있다[808].

3. 부동산실명법 제1조의 '반사회적 행위'의 의미

한편 부동산실명법 제1조는 "이 법은 부동산에 관한 소유권과 그 밖의 물권을 실체적 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 한다."라고 규정하고 있다. 앞서 본 것처럼 민법 제103조는 '반사회질서의 법률행위'라는 표제 하에 "선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 사항을 내용으로 하는 법률행위는 무효로 한다."라고 규정하고 있다. 부동산실명법은 '반사회질서'라는 용어를 사용하지 않고 '반사회적 행위'라는 용어를 사용하고 있다. 부동산실명법 외에 '반사회적'이라는 용어를 사용하는 법률은 출판문화산업 진흥법[809], 영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률[810], 청소년 보호법[811] 등이다.

그렇다면 '반사회질서'와 '반사회적 행위'는 서로 같은 의미인가, 다른 의미인가? 부동산실명법 외의 법률에서 사용하는 '반사회적 행위'는 부동산실명법에서 사용하는 '반사회적 행위'와는 구별되는 면이 있다. 부동산실명법에서 사용하는 '반사회적 행위'는 부동산등기제도를 악용한

---

808) 신동운, 형법총론, 264 "법질서단일의 원칙이란 어느 한 부분법질서에서 위법하지 않다고 판단되는 행위는 다른 부분법질서에서도 동일하게 판단되어야 한다는 원칙을 말한다."

809) 제2조 8. "유해간행물"이란 국가의 안전이나 공공질서 또는 인간의 존엄성을 뚜렷이 해치는 등 반국가적 · 반사회적 · 반윤리적인 내용의 유해한 간행물로서 제17조에 따른 간행물윤리위원회가 제19조제1항에 따라 심의 · 결정한 것을 말한다.

810) 제29조 ⑦ 제2항 각 호의 상영등급에 대한 구체적인 분류기준은 다음 각 호의 사항을 고려하여 대통령령으로 정한다.
5. 주제 및 내용의 폭력성 · 선정성 · 반사회적 행위 등에 관한 사항

811) 제9조(청소년유해매체물의 심의 기준) ① 청소년보호위원회와 각 심의기관은 제7조에 따른 심의를 할 때 해당 매체물이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 청소년유해매체물로 결정하여야 한다.
5. 청소년의 건전한 인격과 시민의식의 형성을 저해(沮害)하는 반사회적 · 비윤리적인 것

투기 · 탈세 · 탈법행위 등으로, 이러한 행위는 등기제도 관련한 법률행위를 전제로 한 것임에 비하여, 위 출판문화산업 진흥법, 영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률, 청소년 보호법 등에서 사용하는 '반사회적 행위'는 주로 법률행위 이외의 사실행위를 의미하는 것으로 보인다. 즉 부동산실명법과 그 외의 법률에서 사용된 '반사회적 행위'는 서로 동질적인 것으로 보이지는 않는다. 다만 후술하는 바와 같이 위 출판문화산업 진흥법, 영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률, 청소년 보호법 등에서 사용된 '반사회적 행위'는 부동산실명법의 해석에도 참고는 될 수 있을 것이다.

부동산실명법에서 사용된 '반사회적 행위'의 일례로 부동산등기제도를 악용한 투기 · 탈세 · 탈법행위 등을 들고 있다. 그렇다면 '반사회적 행위'라는 것은, 위에서 살펴본 '사회상규에 반하는 행위' 내지 '사회질서에 위반하는 행위'로 해석해도 무방한 것인가?

4. '사회상규에 반하는 행위'와 '반사회적 행위'의 관계[812)]

이에 대하여는 양자가 같은 의미라는 입장과 양자가 다른 의미라는 입장의 대립이 가능할 것이다.

가. 일치한다고 보는 입장 (불법원인급여 긍정설)

양자가 같은 의미라는 입장은 부동산실명법의 입법취지가 부정한 목적으로 이용되는 명의신탁의 근절이라는 점에 있음을 강조할 것이다. 따라서 입법자가 '반사회적 행위'라고 표현한 것은, 부정한 목적으로 이용되는 명의신탁이 '사회질서 내지 사회상규에 반하는 행위'라고 본 것으로 이해할 것이다[813)814)].

---

812) 이하 기본적인 내용은 졸고, "악의의 계약명의신탁에 있어 명의수탁자의 보관물 임의처분시 범죄성립 여부", 695~704 인용 · 참조함

813) 명시적으로 이러한 입장을 택한 견해는 없다. 그러나 명의신탁 약정에 기한 소유권이전등기를 불법원인급여로 보는 견해는 이러한 입장과 같다고 생각된다. 불법원인급여로 보는 입장으로 권용우, "금지된 명의신탁과 부동산소유권의 귀속", 단국대학교 법학논총 30권 2호(2006. 12.), 157, 162, 169, 171; 김상용, "부동산실명법의 사법상의 문제점과 대처방안", 법제연구 제9호, 한국법제연구원(1995), 160; 김상용, "부동산명의신탁과 그 금지입법에 관한 고찰", 논문집(사회과학편) 제27집, 강남대(1996), 37~8; 김상용,

탈세나 부동산투기의 목적으로 명의신탁을 이용하는 것을 금지하였던 부동산등기특별조치법 제7조 제1항[815]을 단속규정으로 해석한 대법원 판례[816]를 변경하기 위하여 위와 같이 규정한 것이다[817]. 따라서 명의신탁 자체가 불법원인급여에 해당한다고 볼 것이다[818].

부동산가격의 상승으로 자살하는 사람이 수십명에 이르는 현실을 경

"부동산실명법 규정의 제 모순점", 고시계 480호(1997. 2.), 83 이하; 김상용, "부동산명의신탁금지와 소유권의 귀속", 민사법학 제20호, 한국민사법학회(2001), 588~9; 박종두, "부동산명의신탁의 규제와 실명전환", 수원지방변호사회지 7호, 수원지방변호사회(1997. 11.), 46; 윤철홍, "'부동산실권리자 명의등기에 관한 법률'의 제정과정과 문제점", 숭실대학교 법학논총 9집(1996), 170~1; 이충훈, "명의신탁과 부당이득반환청구권", 홍익법학 12권 1호(2011), 99~101; 박상기, "계약명의신탁과 수탁자의 법적 책임", 형사재판의 제문제 제7권, 형사실무연구회(차한성 대법관 퇴임기념, 2014), 140~141은 "부동산실명법이 금지하고 있는 부동산명의신탁은 단순히 부동산실권리자와 등기명의인을 일치시키고자 하는 행정목적을 달성하기 위해 규정한 것은 아니다. 오히려 투기나 탈세가 인간의 본능이기는 하지만 우리 사회에서 문제되는 양상은 부동산명의신탁과 같은 법 제도의 도움을 받아 허용되거나 용인될 수밖에 없는 인간본능의 한계점을 넘어섰다는 데에 문제가 있다. 신탁자가 수탁자에게 지급한 금전이나 수탁자 명의의 부동산에 대한 반환청구권의 부인으로 인하여 신탁자의 재산권에 대한 본질적인 침해가 인정되는 결과가 초래되는 것이 염려되어 이를 부당이득반환청구권으로 해결하려는 것은 결국 이 법이 달성하고자 하는 목적, 즉 명의신탁방법에 의한 부동산취득을 계속 허용하는 결과를 가져올 수밖에 없다. 부동산실명법 시행이후 18년의 짧지 않은 세월이 흘렀다. 명의신탁방법에 의한 부동산소유가 형사처벌의 대상이 되는 범죄행위에 해당한다는 불법인식을 하기에 부족하지 않은 시간이라고 본다. 수탁자의 부동산처분행위를 횡령죄 등 형사처벌의 대상으로 여전히 파악함으로써 결과적으로 부동산실명법이 금지하고자 하는 부동산명의신탁 제도를 유지하는 것은 입법목적에 배치되는 것이다."라고 한다.

814) 판례 중에도 민법 제103조의 해석에 관하여 '반사회적 법률행위'라는 표현을 사용한 판례가 있다. 대법원 1991. 9. 13. 선고 91다16334(본소), 16341(반소) 판결, 대법원 1992. 12. 22. 선고 91다35540, 35557 판결

815) 각주 165, 166 참조

816) 대법원 1993. 8. 13. 선고 92다42651 판결 (부동산등기특별조치법 제7조 제1항, 제8조의 규정 자체에 의하더라도 등기신청의 원인행위인 같은 법 제7조 제1항 소정의 목적에 의한 계약명의의 신탁약정 자체가 금지된다고는 해석할 수 없으므로 그와 같은 명의신탁 약정이 그 사법적 법률행위의 효력까지 부인되는 것은 아니다)

817) 김상용, "부동산거래실명법률에 대한 평가와 실명제 실시의 전제요건", 민사재판의 제문제: 송천이시윤박사화갑기념 (상), 민사실무연구회 · 한국민사소송법학회 · 한국민사법학회(1995), 146. 위 92다42651 판결에서 '신탁약정 자체가 금지된다고 해석할 수 없으므로'라고 판시하면서 단속규정으로 보고 있으므로, '산탁약정 자체가 금지된다'고 해석할 수 있다면 명의신탁은 사법적 효력이 부인되는 행위로 단속규정이 아닌 효력규정 위반이어서 불법원인급여에 해당할 여지가 커지게 된다.

818) 박종두, "부동산명의신탁의 규제와 실명전환", 45; 박종원, "부동산명의신탁에 관한 판례의 동향", 246; 임웅, 형법각론, 453도 불법원인급여로 보지만 전술한 것처럼 횡령죄가 성립할 수 있다는 입장이다.

험하였던 우리나라에서 명의신탁은 단순히 행정법적 불법이나 경제정책에 반하는 행위에 불과한 것이 아니라 반사회성이 매우 큰 행위라고 할 수 있으며, 이런 의미에서 명의신탁에 의한 수탁자로의 소유권이전등기는 불법원인급여라고 할 수 있고, 불법원인급여에 대해 횡령죄는 성립할 수 없으며, 명의신탁에 대하여 과징금과 형벌이 처해지는데 범죄행위인 명의신탁에 의한 법률관계를 형법이 보호해야 할 이유가 없다[819]. 사적 자치의 한계기준으로서의 선량한 풍속 기타 사회질서는 그 내용이 선험적으로 결정되는 것이 아니고 수범자들의 윤리의식이나 질서의식에 의하여 구체화되어 가야 할 불특정 개념이자 시대와 사회에 따라 그 모습을 달리하는 유동적 개념으로, 명의신탁의 악용 방지를 통해 행위자들 스스로 명의신탁을 꺼리게 만들어야 하는 정책적 이유도 있다[820].

명의신탁자가 보호되지 않는 것은 스스로의 불법에서 기인하는 것이고 그에 대하여는 민사적 규제만으로 족하지 않으며, 부동산실명법의 금지규정은 명의신탁을 이용한 탈세·탈법 등 反경제질서 행위를 규제하기 위한 것으로 민법 제103조의 특별규정이므로, 무효인 모든 명의신탁은 반사회적 법률행위로서 그들간의 반환청구는 불법원인급여에 해당되어 명의신탁자는 그 반환을 청구할 수 없다[821].

다만 양자간 명의신탁에서는 명의신탁 약정에 기하여 신탁자로부터 수탁자에게 급부행위가 직접 이루어지기 때문에 불법원인급여로 보지만, 중간생략등기형 명의신탁이나 계약명의신탁에서는 급부행위의 주체가 명의신탁 약정 당사자가 아니기 때문에 불법원인급여로 보지 않는 견해[822]도 있다.

나. 일치하지 않는다고 보는 입장 (불법원인급여 부정설)

이에 대하여 '반사회적 행위'라는 것이 반드시 '사회상규에 반하는 행위'가 아니라는 입장은 입법자가 '반사회질서 내지 반사회상규'라는

819) 오영근, 형법각론, 363
820) 서정, "명의신탁자가 명의수탁자를 상대로 부동산 자체를 부당이득반환으로 구하는 청구의 가부", 244~5
821) 김상용, "무효인 명의신탁 약정에 기한 급부의 불법원인급여 성립 여부", 법률신문 3149호(2003. 2. 24.), 15
822) 박상기, "부동산명의신탁과 횡령죄", 278~80

용어를 사용하지 않았음에 주목할 것이다. 곧 '사회상규에 위배되는 행위'는 '반사회적 행위'라고 단언할 수는 있을 것이지만, '반사회적 행위'라는 것은 반드시 '사회상규에 위배되는 행위'는 아니라고 볼 것이다[823].

문리해석상 '…적(的)'이라는 것은 "'그 성격을 띠는', '그에 관계된', '그 상태로 된'의 뜻을 더하는 접미사"[824]로 어간과 동일하게 되었다는 의미라기보다는 어간의 의미에 근접한다는 의미로 쓰이게 됨이 통상적이기 때문이다. 가령 출판문화산업 진흥법 시행령 별표2의2 영화의 상영등급 및 비디오물의 등급 분류기준 5호에는 "주제 및 내용은 민주적 기본질서를 부정하여 국가 정체성을 현저히 훼손하거나 범죄 등 반사회적 행위를 조장하여 사회질서를 심각하게 문란하게 하는 것"이라고 규정하고 있다. 이는 반사회적 행위는 사회질서를 문란하게 하는 원인이 되는 것일 뿐 그 자체로 반사회질서행위는 아님을 의미한다고 볼 수 있다. 즉 '반사회적 행위'라고 하여 반드시 '사회상규에 반하는 행위'라고 단정할 수는 없다고 보아야 한다는 견해가 가능하다.

또한 입법자가 '반사회적 행위'가 불법원인급여라고 파악하였다면, 부동산실명법 자체에 그와 관련된 법규정을 두었을 것이나 부동산실명법에 그러한 규정은 없고, 현실에서 수많은 명의신탁 사례가 있고 그것이 받아들여지고 있음에도 심정적으로 불법원인급여라는 편견을 갖는 것은 위험하다[825].

---

823) 권오창, "부동산명의신탁의 법률관계에 관한 시론", 68; 목영준, "부동산실권리자명의등기에 관한 법률상 법률관계의 효력", 98; 박동진, "부동산실명법 제4조에 의한 부동산명의신탁의 효력", 저스티스 32권 3호, 한국법학원(1999), 72~3; 박동진, "'부동산실권리자명의등기에 관한 법률'에 의거한 부동산명의신탁제도의 검토와 동 법률의 해석", 연세법학연구 6집 1권, 연세법학연구회(1999), 295; 문성제, "부동산명의신탁과 재산권의 인정", 재산법연구 제21권 제1호, 한국재산법학회(2004), 70; 양창수, "부동산실명법 제4조에 의한 명의신탁의 효력", 81~3; 최창열, "명의신탁부동산의 소유권귀속", 성균관법학 17권 3호, 성균관대학교 비교법연구소(2005. 12.), 304; 양창수, "부동산실명법 제4조에 의한 명의신탁의 효력", 83{양창수, "부동산실명법 제4조에 의한 명의신탁의 효력-소위 등기명의신탁을 중심으로-", 민법연구 5권, 박영사(2005), 117}은 명의신탁은 다양한 이유에 기하여 다양한 목적을 위하여 행하여지는데 여기에서 비윤리성을 읽는 것은 윤리의 내면성이라는 본질을 왜곡하는 것이거나 아니면 그 사람의 경험미숙 또는 실제생활에 대한 관찰이 적절하지 아니함을 의미할 뿐이라고 한다.

824) Naver 국어사전 (2015. 2. 24. 방문)

825) 박재혁, "실명거래위반행위와 불법원인급여", 사법 12호, 사법연구지원재단(2010),

다. 경우에 따라 구분하여야 한다는 입장

명의신탁은 관습적으로 사용되었으나 그 폐해를 규제하기 위해 부동산실명법이 제정되었다는 점을 고려하면, 투기나 탈세, 강제집행을 면하기 위한 명의신탁 중 법원이 판단하여 그 불법의 정도가 매우 큰 경우는 불법원인급여로 보고 불법의 정도가 가벼운 경우는 불법원인급여로 보지 않아야 한다는 입장[826], 명의신탁 약정의 성립목적과 체결경위, 수탁자에게 지급된 대가의 내용, 이행에 이른 과정, 급부반환에 따른 관련 이해득실 등을 종합해 볼 때 신탁목적인 부동산물권의 반환을 허용함이 오로지 부도덕한 신탁자의 이익만을 도모하는, 진정으로 추악한 것으로 인정되는 경우 등과 같이 신탁자에게 부당이득법에 의한 보호를 주기에 참을 수 없는 정도의 불법이 존재하는 경우에만 그 불법원인성을 긍정하여야 한다는 입장[827], 명의신탁행위가 ① 법률이 엄격히 금지하는 부동산의 취득제한을 회피하려는 탈법적인 목적과 동기에서 이루어진 것이고, 그 불법성의 정도가 중대하여 이를 용인할 경우 건전한 사회경제질서를 해치는 경우, ② 그 자체가 법죄행위로서 국가의 기본적 존립을 위태롭게 하는 탈세를 위한 목적에서 이루어진 경우, ③ 정의관념이나 기본적 법질서를 파괴하려는 불순한 목적으로 이루어진 경우 등에는 불법원인급여라고 보는 입장[828]이 있다.

라. 보호할 가치 없는 신뢰관계라는 입장

부동산실명법은 명의신탁 약정 및 이에 기한 물권변동의 사법상 효력을 부정할 뿐만 아니라 명의신탁자와 수탁자를 형사적으로 처벌하고 있으므로, 부동산의 소유권 귀속관계를 따질 필요 없이 명의신탁자와 수탁자 사이의 신탁부동산에 대한 위탁관계는 횡령죄나 배임죄에 있어 법

154~6

826) 김기수, "부동산명의신탁의 여명론", 고시계 480호(1997. 2.), 98; 이인철 "명의신탁과 불법원인급여", https://www.lawtimes.co.kr/Legal-Info/Research-Forum-View?Serial=1747 {법률신문 법률정보, 2015. 3. 2. 방문; 법률신문 3474호(2006. 7. 13.), 15}

827) 김미리, "부동산실권리자명의등기에관한법률 제4조에 의한 명의신탁의 사법적 규율", 사법논집 제32집, 법원도서관(2001), 744~5

828) 양경승, "명의신탁행위가 불법원인급여에 해당하는지 여부와 그 판단기준", 판례연구 1집, 부산판례연구회(1997), 303

적으로 보호되어야 할 신뢰관계가 아니기 때문에 신뢰관계 위배라는 보호법익이 침해될 여지가 없는바, 어떤 유형의 명의신탁이라고 하더라도 그에 대한 소유권 반환 등의 문제는 민사법리에 따라 해결하도록 허용한다고 하더라도, 수탁자를 부동산실명법상 금지규정 위반으로 처벌하는 외에, 수탁자의 명의신탁 부동산 처분행위에 관하여 수탁자를 일반 형법상의 횡령죄나 배임죄로 규율할 수는 없다는 것이다[829].

마. 판례

대법원은 부동산실명법이 시행되기 이전 탈세목적의 명의신탁이라 하더라도 민법 제103조에 해당하지 않는다고 보았다[830]. 부동산실명법 시행 이후 대법원 2003. 11. 27. 선고 2003다41722 판결은 부동산실명법을 위반하여 명의신탁하는 행위는 불법원인급여로 볼 수 없다고 보았다. 위 2003다41722 판결은 "부당이득의 반환청구가 금지되는 사유로 민법 제746조가 규정하는 불법원인이라 함은 그 원인되는 행위가 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하는 경우를 말하는 것으로서, 법률의 금지에 위반하는 경우라 할지라도 그것이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하지 않는 경우에는 이에 해당하지 않는다."라고 하면서, "위 법률(주: 부동산실명법)이 비록 부동산등기제도를 악용한 투기·탈세·탈법행위 등 반사회적 행위를 방지하는 것 등을 목적으로 제정되었다고 하더라도, 무효인 명의신탁 약정에 기하여 타인 명의의 등기가 마쳐졌다는 이유만으로 그것이 당연히 불법원인급여에 해당한다고 볼 수 없다."라고 하여, 투기·탈세·탈법행위 등 반사회적 행위가 당연히 사회질서에 위반하는 경우에 해당한다고 보지는 않은 것으로, 부동산실명법을 위반한 행위는 단속법규에 위반된 행위에 불과하다고 해석한 것이

---

829) 천진호, "명의신탁부동산 처분행위의 형사책임", 492; 조기영, "재산범죄와 '보호할 가치 있는 신뢰관계'", 형사법연구 26권 1호, 한국형사법학회(2014), 115 이하의 내용을 요약함

830) 대법원 1991. 9. 13. 선고 91다16334(본소), 16341(반소) 판결. 이 판결 및 위 91다35540, 35557 판결은 '반사회적 법률행위'라는 표현을 사용하고는 있으나, 부동산실명법이 제정되기 전의 것이라서 부동산실명법에 사용된 '반사회적 행위'라는 법문을 염두에 두었다고 볼 수는 없다. 즉 위 판결에 사용된 '반사회적 법률행위'는 부동산실명법의 '반사회적 행위'와는 달리 보아야 할 것으로 생각된다.

다[831].

이러한 판례의 입장에 대하여 다음과 같은 논거가 제시될 수 있다.

i) 불법원인급여에 해당하는지 여부는 "그 행위의 실질에 즉응하여 당시의 사회생활 및 사회감정에 비추어 진정으로 윤리도덕에 반하는 추악한 것으로 인정되느냐의 여부에 따라서 결정하여야 한다."[832]는 것을 추상적인 기준으로 하면서도, 구체적으로는 당사자들의 행위목적이나 「사회질서」의 강행에 의하여 달성하고자 하는 객관적 제도목적, 만일 급부의 반환이 인정되면 실제로 그 제도목적이 관철되지 못하는 것이 아닌지 여부, 원래는 긍정되어야 할 반환의무를 이 경우에 부인함으로써 그 제도목적이 얼마만큼 달성될 것인지 여부, 반환의무가 부인되는 경우의 당사자 간의 형평, 법규나 「사회질서」에 의한 금지가 그 내용이 명확하고 또한 보편적으로 숙지되어 국민의 행위지침으로서의 선명성과 방향지시성을 갖추고 있는 정도 등을 고려하여 개별적으로 판단할 수밖에 없을 것이나, 부동산실명법 제1조의 「투기·탈세·탈법행위 등」의 목적으로 행하여지는 명의신탁에 대하여도 그것이 불법원인급여에 해당한다고는 할 수 없고, 개별사안의 구체적인 사정 여하에 따라서 불법원인급여를 긍정함이 타당하다는 점[833], ii) 부동산실명법이 규정하는 명의신탁 약정은 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(제2조 제1호), 그 자체로 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하는 경우에 해당한다고 단정할 수는 없다는 점[834], iii) 부동산실명법은 원칙적으로 명의신탁 약정과 그에 기한 물권변동만을 무효로 한다고 규정하고 있을 뿐 신탁자가 그 무효에 기초한 법률관계에 관하여 원상회복 등의 권리행사까지 금지시키지는 아니하였고, 신탁자에 대하여 부동산실명법 자체에 형벌규정을 두고 행정벌을 가하고 있는바,

---

831) 김형한, "명의신탁된 부동산과 불법원인급여", 재판과 판례 제13집, 대구판례연구회 (2005), 354~5. 다만 김형한 판사는 이러한 판례의 태도에 대하여 비판적인 입장을 취하고 있다.

832) 最高裁 1962(昭和 37). 6. 12. 判決

833) 양창수, "부동산실명법 제4조에 의한 명의신탁의 효력", 82~3, 86

834) 위 2003다41722 판결 이유

이는 헌법재판소 2001. 5. 31. 선고 99헌가18, 99헌바71 · 111, 2000헌바51 · 64 · 65 · 85, 2001헌바2(병합) 전원재판부 결정[835]을 비롯하여 대법원 2002. 8. 27. 선고 2002다373 판결[836]과 위 2000다21123 판결, 대법원 2010. 2. 11. 선고 2008다16899 판결[837]에서 사적자치 및 재산권보장 원칙의 본질을 침해하지 않는 것임이 수차 확인되었다는 점, 따라서 명의신탁 약정에 기한 물권변동을 불법원인급여로 보아 그 소유권 회복을 금지시킬 경우 이는 부동산실명법의 입법취지에 반하는 결과를 초래할 수 있다는 점, iv) 대법원 2002. 9. 6. 선고 2002다35157 판결과 2002. 9. 24. 선고 2001다33017 판결('2자간 명의신탁'), 대법원 2002. 11. 22. 선고 2002다11496 판결('3자간 명의신탁'), 대법원 2002. 12. 26. 선고 2000다21123 판결('계약명의신탁')의 경우 등 대법원은 각 유형별 명의신탁 모두에 대하여 명의신탁자의 권리행사를 인정하고 있다는 점[838] 등이 근거로 제시될 수 있다. 이와 같이 명의신탁 약정에 기초한 물권변동이 불법원인급여가 아니므로, 그에 기초한 신뢰관계를 침해한 수탁자는 형사처벌될 수 있다는 판례의 태도는 그 이후로도 반복되었다[839].

---

835) 99헌가18 등 결정 (부동산실명법은 명의신탁 약정에 기한 물권변동도 원칙적으로 무효로 함으로써 등기명의신탁의 경우 명의신탁자가 부동산실명법에 대한 행정적 제재나 처벌은 별론으로 하고 그 부동산에 대한 소유권을 회복할 가능성을 열어 놓고 있으므로, 재산권의 본질적 부분을 침해하는 정도에는 이르지 않았다고 볼 것이다.); 부동산실명법 입법 당시 공청회에 참석한 다수인의 입장은 수탁자에게 소유권을 확정적으로 귀속시키는 것은 위헌의 소지가 있다고 보았다고 한다. 부동산실명법 해설, 104

836) 2002다373 판결 (명의신탁 약정과 그 등기에 의한 물권변동만을 무효로 하고 기존 명의신탁자가 다른 법률관계에 기하여 등기회복 등의 권리행사를 하는 것까지 금지하지는 않음으로써 기존 명의신탁자의 기득 재산권 보장과 법이 추구하는 목적달성과의 조화를 꾀하고 있음을 알 수 있다)

837) 2000다21123 판결, 2008다16899 판결 (부동산실명법 제3조 및 제4조가 명의신탁자에게 소유권이 귀속되는 것을 막는 취지의 규정은 아니므로)

838) 박재혁, "실명거래위반행위와 불법원인급여", 153

839) 대법원 2010. 9. 30. 선고 2010도8556 판결은 "부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률이 규정하는 명의신탁 약정은 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 자체로 선량한 풍속 기타 사회질서에 반한다고 단정할 수 없을 뿐만 아니라, 위 법률이 비록 부동산등기제도를 악용한 투기 · 탈세 · 탈법행위 등 반사회적 행위를 방지하는 것 등을 목적으로 제정되었다고 하더라도, 무효인 명의신탁 약정에 기하여 타인 명의의 등기가 마쳐졌다는 이유만으로 그것이 당연히 불법원인급여에 해당한다고 볼 수 없고(대법원 2003. 11. 27. 선고 2003다

그러나 2011도7361 판결은 새로운 관점을 보여주었다. 즉 매도인 악의의 계약명의신탁에 있어서는 신탁자와 수탁자 사이에 횡령죄나 배임죄에 있어서의 신뢰관계가 존재하지 않는다고 보았는바, 그 이면에는 명의신탁 약정에 기초한 신뢰관계는 형사상 보호할 가치가 없다는 것이 전제된 것이다[840].

바. 사견

먼저 불법의 정도에 따라 구분하여야 한다는 입장은, 어떠한 경우에 불법의 정도가 강하다고 볼 것인지, 그리고 어떠한 경우에 불법의 정도가 약하다고 볼 것인지에 대한 기준이 분명하지 않기 때문에 찬동하기 어렵다. 다음과 같은 이유에서 신뢰관계가 인정될 수 없다고 보아야 한다.

(1) 불법원인급여 여부

부동산실명법이 허용되지 않는 명의신탁을 민법상 무효라고 규정하고, 명의신탁 행위에 대하여 형사적 제재를 가하고 있다는 점에서, '반사회적 행위'는 '사회질서에 위반하는 행위'라고 해석하는 것이 타당하다[841]. 민사적으로 무효임을 선언하여 명의신탁 약정 자체에 의한 반환을 금지하고 있는 법규정이 있음에도, 우회적인 방법으로 민사적 구제를 하여 준다는 것은 타당하다고 볼 수 없다.

도박에 기한 채무나 2중매매의 경우 사회질서에 위반하는 행위로 보는 것이 일반적인바[842], 그렇다면 사회질서위반의 정도에 비추어 명의

41722 판결 참조), 이는 탈세의 목적으로 한 명의신탁 약정에 기하여 타인 명의의 등기가 마쳐진 경우라도 마찬가지이다"라고 판단하였다. 이는 부동산실명법 이전의 사안으로, 세금회피목적으로 이루어진 미등기전매행위에 대하여 민법 제103조를 적용하지 아니한 대법원 1993. 5. 25. 선고 93다296 판결과 맥을 같이 한다.

840) 좌영길 기자, 「'계약명의신탁'서 수탁자의 부동산 임의처분 "횡령죄 안돼"」(각주 304)의 대법원 공보관실 설명 참조; 졸고, "악의의 계약명의신탁과 범죄성립 여부", 698

841) 김형한, "명의신탁된 부동산과 불법원인급여", 355~6

842) 최근 대물변제 예약 관련 대법원 2014. 8. 21. 선고 2014도3363 전원합의체 판결의 태도에 비추어 2중매매의 경우 대법원이 입장을 변경할 가능성도 없지는 않을 것으로 생각되지만, 배임죄의 기능과 2중매매를 불법으로 보는 사회통념을 고려할 때 태도 변경은 어려울 뿐만 아니라 타당하지도 않다고 생각된다. 이용식, "배임죄에 대한 지나친 제한해석의 우려 -확대해석의 경계와 함께-", 대법원 형사실무연구회 2014년 심포지움 지정토론문 참조

신탁이 이보다 경한 행위인가? 서울중앙지방법원 2003. 11. 28. 선고 2003가합49028 판결은 이에 관하여 시사점을 준다.

“부동산실명법은 채무의 변제를 담보하기 위한 경우(제3조 제2항), 종중이나 배우자간의 명의신탁에 관한 특례를 두고 있고(제8조), 그 밖에 신탁제도가 필요한 사람은 신탁법을 이용하면 된다. 그렇게 하지 않고 부동산실명법이 금지하는 명의신탁을 감행하는 것은 온갖 탈법행위 또는 위법행위를 부추기는 것이므로 단순히 사적인 법률행위의 영역에 그치는 것이 아니다. 따라서 이러한 경우 명의신탁을 반사회질서의 법률행위로 보아 사법상의 보호를 차단하는 것은 바람직하며 사적자치의 본질을 침해하는 것도 아니다. 나아가 부동산실명법이 시행된 지도 어언 8년이 넘었고, 대부분의 국민도 그 취지에 공감하고 있어, 부동산실명제는 하나의 사회질서로 자리잡은 것으로 보인다. 그렇다면 부동산실명법에 위반된 명의신탁은 반사회질서의 법률행위라고 해야 마땅하다. 명의신탁을 이처럼 반사회질서의 법률행위로 보아야 하는 이유는 판례가 인정하는 도박에 관련된 금전의 대여나 채무부담 또는 이중매도의 경우와 비교해 보아도 분명하다. 먼저, 도박에 관하여는 그 법정형이 부동산실명법위반에 관하여 정한 그것보다 가벼울 뿐만 아니라 최근 각종 복권이나 경마, 전자도박 등이 성행하면서 반사회질서의 법률행위로까지 규제해야 할 필요성이 떨어지고 있다. 다음, 명의신탁은 이중매도의 경우보다 훨씬 국가·사회의 공공적 질서 내지 일반적 이익과 직결되어 있다. 그러므로 부동산실명제는 투명한 부동산거래질서를 확보하고 선진사회로 나아가기 위하여 필요할 뿐만 아니라 갈수록 중요성이 커지는 새로운 사회질서로서 반드시 확립되어야 한다. 그렇게 하기 위하여 부동산실명법은 과징금이나 형사처벌 조항을 두고 있으나 이것만으로는 한계가 있으며 명의신탁자에게 민사상의 구제를 허용하게 되면 부동산실명제의 근간에 심각한 훼손을 초래할 우려가 있다. 따라서 법원은 명의신탁자가 부동산실명법에 위반된 명의신탁 약정이나 그에 따른 등기의 무효를 원인으로 구하는 어떤 민사상의 청구에도 협력을 거부하여야 한다. 이렇게 할 경우 매도인이나 명의수탁자에게 부당이득을 주게 될 수도 있으나 이는 보다 중요한 사회질서의 확립을 위해 불가피

한 결과이다."

위 판결은 비록 하급심 판결이고 항소장 각하되어 대법원의 판단을 받지는 못하였지만, 그 재판장이 현재 대법관[843]이라는 점에서, 차후 대법원이 명의신탁이라는 '반사회적 행위'가 '사회상규 또는 사회질서에 위반하는 행위'인지 여부에 대한 태도변경이 있을 수 있지 않을까라는 기대를 해 본다. 권리구제는 깨끗한 손(clean hands)을 가진 사람에 대하여 이루어져야 하는바, 그렇지 아니한 자를 보호하는 것은 사법제도에 의하여 제공되는 정의에 관한 의문을 야기할 수 있다[844]. 따라서 불법원인급여라고 보는 입장이 원칙적으로 타당하다고 생각한다.

(2) 보호할 가치 있는 신뢰관계 여부

그러나 불법원인급여라는 결론은 명의신탁의 모든 유형에 바로 긍정될 수 있는 것은 아니다. 불법원인이 명의신탁 약정에 있다고 하더라도, 불법원인급여가 되려면 그 명의신탁 약정의 당사자 사이에서의 급부행위가 있어야 할 것인데, 명의신탁 약정 당사자 사이에서 부동산이 급부의 대상이 되는 것은 양자간 명의신탁 이외의 유형에서는 바로 긍정되기가 쉽지 않기 때문이다. 중간생략등기형 명의신탁이나 악의의 계약명의신탁의 경우 긍정할 여지가 없지는 않지만, 반드시 그렇다고 단정하기도 어렵다.

또한 불법원인급여라고 보는 것은 현실성이 떨어질 수 있다. 현실에서는 명의신탁에 기한 법률관계에 기초하여, 명의신탁 대상이 된 부동산에 관하여 실질적인 출연자가 그 권리를 회복할 수 있어야 한다는 관념이 일반적인 것으로 보인다. 현실에서 문제되는 민사소송에서 대부분의 경우 명의신탁이 있었다고 하여 이를 불법원인급여이기 때문에 반환

---

843) 조희대 대법관

844) 영미에서 clean hands doctrine은 3가지 기본적인 원리, 사법의 염결성(judicial integrity), 정의(justice), 그리고 공익(public interest)으로 구성되는바, 깨끗하지 아니한 자에 대한 보호는 그자로 하여금 그러한 부정한 행위(inequitable conduct)를 하도록 할 뿐만 아니라 사법제도로 제공되는 정의에 대한 의문을 야기하기 때문에 법원은 그자에 대하여 문을 열어서는 안되고 "그자의 이익을 위해 관여하는 것을 거부해야" 한다고 한다. William J. Lawrence, "Application of the Clean Hands Doctrine in Damage Actions", 57 Notre Dame L. Rev. 674~5 (1982). 다시 말해, 그러한 자에 대한 보호는, 일반인으로 하여금 사법부를 그러한 자와 같은 지위에 있는 것으로 생각하게 할 수 있다.

을 허용할 수 없다고 보는 경우는 위 서울중앙지방법원 2003가합 49028 판결 이후로는 없는 것으로 보인다. 특히 서두에서 기술한 것처럼, 명의신탁이 주로 재산이 있는 사람과 재산이 없는 사람 사이에서 이루어진다는 점에서, 실질적으로 민사적인 구제를 인정한다 하더라도 그러한 구제방법은 별 실효성이 없을 수 있다. 즉 명의수탁자에 대한 형사 제재만이 유일한 법적 제재인 경우가 많을 것으로 생각된다. 따라서 굳이 민사적인 구제까지 금지할 필요가 있는지에 대하여는 다소 회의적인 생각이 없지 않다[845]. 부동산실명법 제정 이전에는 명의신탁이 유효함을 전제로 하여 명의신탁 약정의 해지를 원인으로 한 이전등기청구나 소유권에 기한 말소등기청구가 허용되었지만, 이제는 무효로 되었기 때문에 양자간 명의신탁의 경우에 소유권이전등기의 말소등기청구가 가능할 수 있을 뿐, 그 이외의 유형에 관하여는 명의신탁자가 직접 부동산에 대하여 물권적 권리를 주장할 수 있는 경우는 없고, 명의신탁 약정이 무효임을 전제로 다소 복잡하게 권리를 행사할 수 있을 뿐이다.

따라서 차선이기는 하나, 불법원인급여라고 단정할 수는 없더라도, 형법상 보호할 만한 신뢰관계는 아니라는 견해가 보다 현실적이다.

먼저 형법의 보충성 원칙상 형벌에 의한 제재는 다른 법익보호수단에 의하여 법익이 보호될 수 없는 경우에 한하여 최후수단(ultima ratio)으로 사용되어야 하는바, 민법이나 행정법 기타 법규범을 포함해 다른 구제수단이 있다면 그 구제수단을 활용해야 한다[846]. 형법 외의 다른 수단을 우선적으로 강구하여 형법 적용 자체의 절대적 필요성을 충족하지 않는 한 차선으로서만 고려하게끔 제한하여야 한다[847]. 즉 형사 관계에 있어서는 보충성의 원칙에 비추어서 더더욱 수탁자에 대한 제재는 금지

845) 현행 실무상 민사적 구제방법까지 배제시키는 것은 어렵지 않을까 생각된다.

846) 박달현, "사법방해죄 도입가능성과 그 필요성 검토", 형사정책연구 23권 3호, 한국형사정책연구원(2012), 23~4; 이보녕 · 송경석, "형벌의 의미와 정당성 -언제나 형벌은 필요한가?-", 법조 통권 656호, 법조협회(2011), 61; Klaus Lüderssen, "Die Wiederkehr der Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken - eine Warnung", S. 487

847) 이용식, "비례성 원칙을 통해서 본 형법과 헌법의 관계", 형사법연구 25호, 한국형사법학회(2006. 6.), 36; 조국, 절제의 형법학, 박영사(2014), '책머리에 부쳐' iii "요컨대, 형법은 칼이다. 이 칼은 의사의 메스처럼 조심스럽고 섬세하게 사용되어야지 망나니의 칼처럼 휘둘러져서는 안 된다. 칼은 '사회적 유해성'이 명백 · 현존한 행위에 대하여 다른 제재수단이 없는 경우에만 가해져야 한다."; Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Band I, § 2 Rn. 28

되어야 할 것이다[848]. 민사상 구제 혹은 부동산실명법에 규정된 형사처벌규정으로 처벌하면 족하지 일반 형법상의 배임죄나 횡령죄로 의율하는 것은 형사처벌의 과잉이다.

다음으로 부동산실명법의 취지는 부동산등기제도를 악용한 투기·탈세·탈법행위 등 반사회적 행위를 방지하기 위한 것이므로, 부동산실명법을 위반하여 위와 같은 목적을 달성하려는 자에 대하여 형사법적 보호를 하여서는 안된다. 법치주의에 당연히 내재하는 자기책임의 원칙(Prinzip der Selbstverantwortung)[849]은, 재산범죄와 관련하여 법익의 주체는 자신의 법익보호에 대하여 스스로 책임이 있으며 국가의 원조 없이 가능하고 기대되는 자기보호를 위한 조치를 취하여 손해로부터 자신의 법익을 보호하여야 한다는 것을 말한다[850]. 피해자가 자신의 방어수단을 가지고 있으며 이 수단으로 스스로 자신의 법익을 보호할 수 있을 때에는 형법은 최후수단으로 남아있어야 한다[851]. 따라서 개인이 스스로 인식하면서 자신의 재화를 위태롭게 하여 자기보호를 소홀히 한 때에는 형법적 보호가 감소되거나 전적으로 부인될 수 있다[852]. 명의신탁자는 자

848) 윤상민, "금지되는 명의신탁 부동산의 처분행위와 관련한 형사책임", 원광법학 23권 1호, 원광대학교 법학연구소(2007), 195~6; 장영민, 불법원인급여와 횡령죄, 271; 조기영, "재산범죄와 '보호할 가치 있는 신뢰관계'", 114~5

849) 헌법재판소 2004. 6. 24. 선고 2002헌가27 결정 (자기책임의 원리는 헌법 제10조로부터 파생되는 자기결정권의 한계논리로서 책임부담의 근거로 기능하는 동시에 자기가 결정하지 않은 것이나 결정할 수 없는 것에 대하여는 책임을 지지 않고 책임부담의 범위도 스스로 결정한 결과 내지 그와 상관관계가 있는 부분에 국한됨을 의미하는 책임의 한정원리로 기능한다. 이러한 자기책임의 원리는 인간의 자유와 유책성, 그리고 인간의 존엄성을 진지하게 반영한 원리로서 그것이 비단 민사법이나 형사법에 국한된 원리라기보다는 근대법의 기본이념으로서 법치주의에 당연히 내재하는 원리로 볼 것이고 헌법 제13조 제3항은 그 한 표현에 해당하는 것으로서 자기책임의 원리에 반하는 제재는 그 자체로서 헌법에 위반된다). 헌법재판소 2009. 6. 25. 선고 2007헌마40 결정, 헌법재판소 2011. 9. 29. 선고 2010헌마68 결정; Uwe Murmann, Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht, Heidelberg: Springer, 2005, S. 147 ff.

850) Lothar Kaiser, Opferverantwortung und Täter (Sonder) Pflichten im Bereich der Vermögensdelikte - Untersuchung über den Einfluß der Täter-Opfer-Interaktion auf die Einschränkung der Strafbarkeit im Bereich der Vermögensdelikte unter besonderer Berücksichtigung der Massenkriminalität, Münster, 1991, S. 15~7

851) Lothar Kaiser, a.a.O., S. 16; Theo Vogler, "Möglichkeiten und Wege einer Entkriminalisierung", ZStW 90, 1978, S. 145 ff.

852) 조기영, "재산범죄와 '보호할 가치 있는 신뢰관계'", 104; vgl. Uwe Murmann, 위 책, S. 248

기책임의 원칙에 따라 형법상 보호가 부인될 수 있는 경우라고 생각한다. 부동산실명법에 의하여 명의신탁이 금지됨에도 이를 위반하여 명의신탁을 한 자를 보호하기 위하여, 그 명의신탁 약정에 위배되게 행동한 상대방에 대하여 형사처벌을 가하는 것은 자기책임의 원칙에 반하는 것이다. 부동산실명법은 명의신탁행위 자체에 대하여 형사제재를 가하고 있는바, 명의신탁자를 명의수탁자보다 무겁게 처벌하고 있다[853]. 부동산실명법에서 명의수탁자에 대한 제재는 위와 같은 형사제재 이외에는 없으나, 명의신탁자에 대하여는 과징금[854], 이행강제금[855]을 부과하도록 규정하고 있다. 이는 입법자가 명의신탁자의 불법성을 명의수탁자의

---

853) 부동산실명법 제7조 제1항, 제2항. 나아가 부동산실명법 제7조 제3항은 명의신탁 행위에 대한 방조범 처벌규정을 두고 있다. 여기의 방조범에 매도인도 포함된다고 볼 수 있을 것인지(특히 중간생략등기형 명의신탁이나 매도인 악의의 계약명의신탁의 경우)에 관하여는 견해대립이 있을 것으로 보인다. 실무상 부동산실명법 제7조 제3항 위반으로 처벌된 예로, 대법원 2007. 11. 15. 선고 2007도6025 판결, 서울중앙지방법원 2010. 6. 1. 선고 2010고정731 판결이 있으나 방조범으로 처벌된 피고인들은 매도인이 아니라 중개한 자였다. 그 외에 약식명령에 의하여 매도인이 처벌된 사례가 있는지에 관하여는 검색을 할 수는 없었다. 중간생략등기형 명의신탁이나 매도인 악의의 계약명의신탁의 경우 대향적 상대방인 매도인은 항상 존재할 수밖에 없는데, 제7조 제1항과 제2항에서 신탁자와 수탁자에 대한 처벌규정을 따로 두고 있으면서 매도인에 대하여는 따로 규정을 두고 있지 않다는 점, 매도인은 누구 명의로 등기가 경료되는지에 관하여 별다른 이해관계가 없다는 점, 계약명의신탁에 있어서 매도인이 명의신탁 사실을 알게 되었는지 여부는 우연적 사정에 기인하며 일반적으로 매도인 선의의 계약명의신탁과의 관계에서 불법의 정도에 차이가 있다고 평가하기 어렵다는 점, 매도인 악의의 계약명의신탁에서 매도인이 방조범으로 처벌되지 않는다고 본다면 중간생략등기형 명의신탁에서도 매도인을 방조범으로 처벌되지 않는다고 보는 것이 균형모순을 방지할 수 있다는 점 등에서, 원칙적으로 매도인은 제7조 제3항의 방조범의 범주에 포함되지 않는다고 보는 것이 타당하다고 생각된다.

854) 부동산실명법 제5조 (과징금)

① 다음 各號의 1에 해당하는 者에 대하여는 당해 不動産價額의 100分의 30에 해당하는 課徵金을 賦課한다.

1. 第3條 第1項의 規定을 위반한 名義信託者

855) 부동산실명법 제6조 (이행강제금)

① 第5條 第1項 第1號의 規定에 의한 課徵金을 賦課받은 者는 지체없이 당해 不動産에 관한 物權을 자신의 名義로 登記하여야 한다. 다만, 第4條 第2項 但書에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하며, 자신의 名義로 登記할 수 없는 정당한 사유가 있는 경우에는 그 사유가 消滅된 후 지체없이 자신의 名義로 登記하여야 한다.

② 第1項의 規定을 위반한 者에 대하여는 課徵金賦課日(第1項 但書 後段의 경우에는 登記할 수 없는 사유가 消滅한 때를 말한다)부터 1年이 경과한 때에 第5條 第2項의 規定에 의한 不動産價額(이하 "不動産評價額"이라 한다)의 100分의 10에 해당하는 금액을, 다시 1年이 경과한 때에 不動産評價額의 100分의 20에 해당하는 금액을 각각 履行强制金으로 賦課한다.

불법성보다 높게 평가한 것으로 볼 수 있다. 명의수탁자라 하더라도 명의신탁자에 대한 소유권이전등기절차 인수청구를 통하여 명의수탁자의 지위에서 벗어날 수 있는 방법이 있음에도, 그러한 행위를 하지 않는다 하여 제재를 가하지는 않는 것으로 입법자는 결단하였다고 볼 수 있기 때문이다. 즉 명의신탁행위 자체를 형사처벌하여 이를 범죄화하면서도 신탁자와 수탁자 사이에 이루어진 범죄행위 자체에 대하여 신뢰관계를 인정한다는 것은 논리모순일 뿐만 아니라 입법취지에도 부합되지 않는다[856]. 따라서 명의신탁자의 불법에 기인하여 발생한 소유권이나 재산권의 침해를, 명의수탁자에 대한 일반형법상의 재산범죄 적용이라는 적법으로 보호할 수는 없다. 부동산실명법은 명의신탁행위를 범죄행위로 규정하고 있는데, 이를 일반형법을 통하여 보호하게 된다면, 부동산실명법의 명의신탁 금지라는 일반예방적 기능이 달성되기는 어려울 것이다.

형법상 배임죄와 횡령죄는 신뢰관계 침해를 보호법익의 한 요소로 삼고 있다[857]. 형법에 있어서 법익은, 구성요건해당성이 인정된다고 하더라도 이를 제한하는 원리로 작용하는바[858], 법익론은 처벌의 정당성을 검토할 때 사용되는 도구의 하나로 널리 인식되고 있다[859]. 횡령죄의 보호법익은 소유권, 구체적으로는 보호할 만한 가치 있는 신뢰관계에 기하여 위탁된 소유권이라고 할 것이다. 따라서 단순히 소유권 침해를 처벌하는 것이 아니라 보호할 가치 있는 신뢰관계가 전제되는 소유권 침해를 처벌하는 것이다[860]. 배임죄도 마찬가지로 보호할 가치 있는 신뢰관계가 전제되는 재산권 침해를 처벌하는 것이다. 즉 횡령죄나 배임

856) 천진호, "명의신탁부동산 처분행위의 형사책임", 492; 수원지방법원 2009. 6. 18. 선고 2008노3160 판결(각주 269 본문 참조)

857) 독일 귀르트너 초안, 일본형법가안을 거쳐 우리 형법의 횡령죄와 배임죄 규정이 제정되게 된 경위 및 이러한 입법적 연혁에 비추어 신뢰관계는 보호법익으로 보아야 한다는 점에 관하여, 신동운, "횡령 후의 횡령의 성립 여부", 298 이하 참조

858) 그리하여 형벌권의 자의적 운용으로부터 개인을 보호하는 것이 목표이다. 안동준, "법익론의 생성, 발전과 변환", 법학논총 28권 1호, 전남대학교 법학연구소(2008. 6.), 394

859) 嘉門優, "法益論の現代的意義", 刑法雜誌 50卷 2号, 日本刑法學會(2011), 131

860) 횡령죄에 있어서 신뢰관계와 소유권, 배임죄에 있어서 신뢰관계와 재산권이 서로 병렬적인 보호법익인지 견해가 나뉠 수 있으나, 신뢰관계가 전제된 소유권 내지 신뢰관계가 전제된 재산권으로 보더라도 신뢰관계가 보호법익이라는 점에서는 본질적 차이가 없다고 생각한다.

죄에 있어서는 신뢰관계는 보호법익의 중요한 일부를 이룬다고 보아야 한다. 보호할 만한 가치 있는 신뢰관계가 전제된 소유권이나 재산권이 아니라면 그에 대한 침해행위로 법익 침해가 발생하였다고 볼 수는 없을 것이다. 그렇다면 부동산실명법이 금지하고 있는 명의신탁에 "보호할 가치" 있는 신뢰관계가 있다고 보아야 하는가?

"보호할 가치" 여부에 의하여 보호법익 침해 여부를 살피는 선례로 업무방해죄의 예를 들 수 있다. 업무방해죄에 관하여 판례는 "형법상 업무방해죄의 보호대상이 되는 '업무'란 직업 또는 계속적으로 종사하는 사무나 사업으로서 타인의 위법한 행위에 의한 침해로부터 보호할 가치가 있으면 되고, 반드시 그 업무가 적법하거나 유효할 필요는 없으므로 법률상 보호할 가치가 있는 업무인지 여부는 그 사무가 사실상 평온하게 이루어져 사회적 활동의 기반이 되고 있느냐에 따라 결정되고, 그 업무의 개시나 수행과정에 실체상 또는 절차상의 하자가 있다 하더라도 그 정도가 사회생활상 도저히 용인할 수 없는 정도로 반사회성을 띠는 데까지 이르지 아니한 이상 업무방해죄의 보호대상이 되며"라고 하여, 보호할 가치가 있는지 여부에 따라 업무방해죄의 성립 여부를 판단한다[861]. 그 중에는 "법원의 직무집행정지 가처분결정에 의하여 그 직무집행이 정지된 자가 법원의 결정에 반하여 직무를 수행함으로써 업무를 계속 행하는 경우 그 업무는 국법질서와 재판의 존엄성을 무시하는 것으로서 사실상 평온하게 이루어지는 사회적 활동의 기반이 되는 것이라 할 수 없고, 비록 그 업무가 반사회성을 띠는 경우라고까지는 할 수 없다고 하더라도 법적 보호라는 측면에서는 그와 동등한 평가를 받을 수밖에 없으므로, 그 업무자체는 법의 보호를 받을 가치를 상실하였다고 하지 않을 수 없어 업무방해죄에서 말하는 업무에 해당하지 않는다."고 한 사례가 있는바[862], 반사회성을 띠지 않더라도 사법부의 판단을 무시하는 직무집행은 법적 보호라는 측면에서는 동등한 평가를 받

861) 대법원 2013. 11. 28. 선고 2013도4430 판결, 대법원 2010. 5. 27. 선고 2008도2344 판결, 대법원 2008. 3. 14. 선고 2007도11181 판결, 대법원 2006. 3. 9. 선고 2006도382 판결, 대법원 2003. 4. 11. 선고 2002도1747 판결, 대법원 2002. 8. 23. 선고 2001도5592 판결, 대법원 2001. 11.30. 선고 2001도2015 판결, 대법원 1996. 11. 12. 선고 96도2214 판결, 대법원 1991. 6. 28. 선고 91도944 판결 등

862) 위 2001도5592 판결

게 되어 형법적 보호를 부여할 수 없다는 취지이다.

입법부가 제정한 법률을 선언하는 작용을 하는 사법부[863]의 판단을 무시하는 직무집행이 반사회성을 띠지 않는다고 하더라도 형법적 보호를 부여할 수 없다면, 입법부의 의사가 직접 드러나 있는 법률을 무시하는 행위에도 또한 형법적 보호를 부여할 수 없다고 보아야 할 것이다. 만약 사법부의 결단에 대한 보호와 입법부의 결단에 대한 보호를 차별한다면, 이는 사법부의 자의적인 판단이라고밖에 할 수 없을 것이다. 앞서 살펴본 것처럼 명의신탁자에 대한 입법자의 불법성 평가는 명백하다. 그러한 불법성 평가를 받는 명의신탁자에 대하여 우회적인 방법으로 그의 명의신탁행위를 보호하는 것은 불필요한 일이다.

(3) 구성요건 해석에 있어서 이익형량

입법자는 법익을 제한 내지 보충하는 다른 여러 가지 법익까지도 고려하여 구성요건을 정하고 있는 것이므로, 반대이익이나 병행이익 등을 고려에 넣어야 하고, 바로 이러한 점에서 구성요건 해석에 관하여도 이익형량이 필요하게 된다[864]. 그 반대이익이 헌법에 규정된 기본권이나 가치, 기본질서에 해당할 수 있는 경우에는 그것을 고려해야 함은 물론이다[865]. 개별 형벌법규에 있어서 이러한 이익은 어떻게 결정되는가에 관하여 입법자의 의사에 의한다는 견해[866]도 있으나 법규에서 목적론적 논리에 의하여 객관적으로 정해지는 것이 타당할 것이다[867].

우리 헌법은 사회적 시장경제질서(soziale Marktwirtschaftsordnung),

---

863) 극단적으로 법관은 법률의 입이다(La bouche de la Loi)! Charles-Louis de Montesquieu, Vom Geist Der Gesetze, 1748, S. 225 {André Brodocz, Die Macht der Judikative, Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2009, S. 32 Fn. 50 및 윤재왕, "법관은 법률의 입? -몽테스키외에 관한 이해와 오해-", 안암법학 30호, 고려(2009), 130 각주 63에서 재인용; 'phonograph theory'. Morris R. Cohen, Law and Social Order: Essays in Legal Philosophy, Transaction Books(1982), 146}. 물론 몽테스키외가 위와 같이 표현한 것은 당시 영국의 형사재판에 있어 법관의 형벌선고가 배심원의 판단에 따라 지나치게 형식적이었던 점을 비판하려는 것이었다. 윤재왕, 위 논문, 135

864) 이용식, "형법에 있어서의 이익형량", 현대 형법이론 I, 박영사(2008), 321

865) 이용식, "형법에 있어서의 이익형량", 321

866) Philipp Heck, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1932, S. 156

867) 이용식, "형법에 있어서의 이익형량", 321; Erich Schwinge, Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht, Bonn: Ludwig Rohrscheid, 1930, S. 59, 63

즉 사유재산제의 보장과 자유경쟁을 기본원리로 하는 시장경제질서를 근간으로 하되 사회복지·사회정의·경제민주화 등을 실현하기 위하여 부분적으로 수정을 가한 경제질서를 택하고 있다[868]. 이는 국민 전체의 생존과 공동체의 유지를 위해 개개인의 이기적 행위를 적절히 규제하자는 것으로 공정한 거래, 독과점의 배제, 재화의 공정한 배분 등을 그 내용으로 한다[869]. 또한 토지에 대하여 '토지공개념', 곧 토지가 가지는 기능에 따라 공공복리를 위하여 가장 효율적으로 이용되지 않으면 아니 되며 이를 위하여 국가에 의한 적절한 규제가 가해져야 한다는 관념 내지 원칙을 도입하였다[870].

헌법의 최고규범성으로 인해 헌법에 규정된 목적과 그로부터 도출되어지는 원리 혹은 원칙은 모든 법을 구속하게 되는데, 여기서 형법은 헌법이 지향하는 목적을 달성하기 위해 고려되어지는 최후수단으로서의 성격을 갖는다[871]. 비례성 원칙은 이익형량을 통해 헌법상 보호되는 가치가 동시에 최적의 상태로 실현되도록 하여야 함을 말한다[872]. 명의신탁을 금지하는 이유는 우리 경제·사회에 잔존하는 음성 불로소득이 발붙이지 못하게 하고 부동산거래도 실수요자 중심으로 이루어져 부동산 가격 안정에 기여함으로써[873], 경제주체 사이에 부의 편중을 막고 자원을 합리적으로 배분하기 위함이며, 이는 폐해가 명백한 부동산 명의신탁이라는 계약자유원칙에 대한 합리적인 제한이다[874]. 결국 부동산실명

---

868) 권영성, 헌법학원론, 법문사(2010), 163; 김철수, 헌법학신론, 박영사(2014), 256. 그 구체적인 규정이 헌법 제23조 제1항(모든 국민의 재산권은 보장한다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다), 제2항(재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다), 제119조 제2항(국가는 균형있는 국민경제의 성장 및 안정과 적정한 소득의 분배를 유지하고, 시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하며, 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화를 위하여 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있다), 제121조 제1항(국가는 농지에 관하여 경자유전의 원칙이 달성될 수 있도록 노력하여야 하며, 농지의 소작제도는 금지된다), 제122조(국가는 국민 모두의 생산 및 생활의 기반이 되는 국토의 효율적이고 균형있는 이용·개발과 보전을 위하여 법률이 정하는 바에 의하여 그에 관한 필요한 제한과 의무를 과할 수 있다) 등이다.

869) 권영성, 헌법학원론, 164; 한수웅, 헌법학, 법문사(2011), 306

870) 권영성, 헌법학원론, 168

871) 이용식, "비례성 원칙을 통해 본 형법과 헌법의 관계", 28

872) 계희열, 헌법학(상), 박영사(2005), 372

873) 부동산실명법 해설, 발간사

874) 부동산실명법 해설, 111

법상의 명의신탁 금지는 계약자유라는 이익보다 우위에 있는 헌법 규정들에 내재한 가치나 기본질서를 실현하려는 수단으로 보아야 한다. 그럼에도 명의신탁 약정을 어긴 명의수탁자에 대한 형벌 부과를 통해 우회적으로 명의신탁을 보호하는 것은 위와 같은 헌법 규정의 취지에 반하여 헌법이 보호하여야 하는 가치를 일반형법의 적용에 의하여 침해되게 만들 수 있다.

부동산 명의신탁은 필연적으로 소유권 왜곡 현상을 발생시키고, 역사적으로 소유권 왜곡 현상은 그 국가를 쇠락의 길로 가게 하였음을 상기해야 한다. 명의신탁 이론형성의 시작은 앞서 본 것처럼 일제강점기 토지의 권리관계를 확인하기 위한 토지조사사업에서 비롯되어 불가피하게 인정된 제도이기 때문에, 그 이론의 시작에 위법이 있었다고 볼 수는 없다[875]. 그러나 "악화(惡貨)는 양화(良貨)를 구축(驅逐)한다."[876]는 말처럼, 선량한 동기를 가진 자보다 선량하지 않은 동기를 가진 자가 그러한 제도를 악용하는 경우가 더 많을 수 있다. 명의신탁을 건전한 목적으로 이용하는 사람의 수와, 탈세 등 부정한 목적으로 이용하는 사람의 수를 비교한다면 누가 더 많을지는 자명하다. 소유권 왜곡 현상 시정과 투기자본의 건전성 조장이 부동산실명제의 주된 목적이다. 독과점을 배제하고 자원의 적절한 배분이 이루어질 수 있도록 하는 것이 사회적 시장경제질서를 완성하는 것이다. 특히 어떤 토지보다도 투기의 위험이 높은 농지의 경우 농업인 이외의 수요자는 없어야 한다[877]. 농업인 이외의 수요자가 없다는 전제에서 농지의 가격은 실제 농업인의 수요에 의하여 결정될 것이다. 그러나 농업인이 아닌 수요자의 농지 취득도 법적으로 보호될 경우(수탁자의 처분행위를 일반 형법으로 제재함으로써 신탁자를 보호하는 경우), 농지에 대한 수요는 늘어나 가격은 올라가게 될 수밖에 없다[878]. 우리 경제가 세계경제질서에 편입되어 농산물의 국가간 유통이 이루어지고 기업농이 글로벌하게 이루어지는 상황이므로, 경자유전의 원칙이 오늘날 산업구조에서 타당성이 없어 헌법

875) 현행법상으로도 종중, 부부간, 상호명의신탁은 예외로 허용된다.
876) Gresham's law "Bad money drives out good"
877) 헌법재판소 2003. 11. 27. 선고 2003헌바2 결정
878) 경제학의 수요-공급 곡선을 생각하여 보면 자명한 결론이다. 규제된 시장에 잠입하는 수요자로 인하여 수요곡선은 우이동하게 되고 이는 가격을 높일 수밖에 없게 된다.

제121조는 삭제해야 한다는 견해[879]도 있다. 그러나 우리 경제가 세계경제질서에 편입되었다고 하더라도 외부로부터의 식량 공급은 언제든 중단될 수 있으므로[880], 식량자급력은 갖추고 있어야 한다[881]. 따라서 농지에 대하여, 투기자본이 유입되도록 방치하여서는 아니된다. 투기자본의 유입에 의한 토지 소유권의 왜곡으로 자원의 적절한 배분이 왜곡되어서는 안된다.

사법부의 권력이 오늘날 정치 및 정책결정 과정에서 핵심 요소라는 점은 의문의 여지가 없다[882]. 명의신탁에 관한 형사처벌에 관하여는 이론적 결론에서 한걸음 더 나아가 정책적인 결단이 필요하다.

879) 정종섭, 헌법학원론, 박영사(2014), 233

880) KBS 과학카페 제작팀, KBS 과학 다큐멘터리 과학카페 2, 예담(2008), 123 '최근 밀가루를 비롯한 곡물 가격이 급증하면서 지구촌 각국이 총성 없는 식량전쟁을 벌이고 있다'. 그 외 이철호, 식량전쟁, 식안연(2012); 식량의 유통 및 배분의 문제점 관련하여 Raj Patel, Stuffed and Starved - The Hidden Battle for the World Food System, Melville House(2012) 참조

881) 윤병선, "글로벌 식량위기와 한국의 자급력", 한국대학신문(2012. 9. 23.자 칼럼 · 기고) http://news.unn.net/news/articleView.html?idxno=114348 참조(2015. 5. 28. 방문)

882) André Brodocz, Die Macht der Judikative, S. 13

제5장 동산 등 명의신탁

동산 등의 명의신탁은 원칙적으로 공부에 의하여 소유관계가 표시되는 재화, 즉 '입목에 관한 법률'에 의하여 등기된 입목 · 선박 · 항공기 · 자동차 · 중기 등의 소유권에 관하여 성립된다[883]. 그 법률관계에 관하여는 앞서 살펴본 부동산실명법 제정 이전의 부동산 명의신탁에 관한 대외적 법률관계와 대내적 법률관계에 대한 설명과 대체로 같다. 이하에서는 명의신탁자의 자동차에 대한 취거행위나 처분행위 관련하여 어떠한 죄책을 부담하는지에 관하여 대법원에서 구체적으로 문제된 사안을 중심으로 살펴본다.

제1절 명의신탁자의 명의신탁 자동차 취거행위와 절도죄[884]

I. 문제의 제기

행위자가 자신의 어머니 명의로 명의신탁한 자동차를 채권자에게 담보로 제공하여 인도한 후, 채권자가 점유하고 있는 그 자동차를 채권자 몰래 가져올 경우, 행위자에게 절도죄가 성립하는가?

II. 쟁점

1. 명의신탁 자동차의 대내외적 소유권 귀속

등록을 권리변동 요건으로 하는 물건의 명의신탁 약정이 유효할 경우, 명의신탁자와 명의수탁자(등록명의자) 외에 제3자도 위와 같은 명의신탁 약정의 존재를 알고 있었다면, 제3자에 대해서도 위 물건의 소

883) 민법주해 [V] 물권 (2), 513(권오곤 집필)

884) 이하 기본적 내용은 졸고, "명의신탁자가 담보로 제공한 명의신탁 자동차를 임의로 취거한 행위의 형사죄책", 대법원 판례해설(2012 상반기), 법원도서관(2012), 804~834에서 인용 · 참조함

유권이 명의신탁자에게 귀속된다고 볼 수 있는지 여부가 문제된다. 등록을 권리변동 요건으로 하는 자동차 등을 명의신탁한 경우, 의사주의가 아닌 형식주의(등록이 물권변동의 성립요건)를 취한 현행 법제에서도 대내외적 소유권을 구분하는 것이 타당한지 여부에 대하여도 논의가 있을 수 있으나, 판례상 확립된 태도는 이를 인정하고 있다. 아래에서 살펴본다.

2. 명의신탁자의 제3자 점유 명의신탁 자동차 취거행위

명의신탁 자동차의 대내외적 소유권 귀속과 관련하여 절도죄의 구성요건인 '타인의 재물' 및 권리행사방해죄의 구성요건인 '자기 소유의 물건'의 해석이 문제된다.

III. 명의신탁 자동차의 대내외적 소유권 귀속

판례에 의하여 확립된 법리이므로 판례를 중심으로 살펴본다. 이하에서는 명의상의 소유자와 실질적으로 관리, 처분권한을 갖는 자가 분리되어 있을 경우에 관한 유사 사안들에 대하여 살펴본다.

1. 유형별 검토

가. 자동차 지입계약

대법원 2003. 5. 30. 선고 2000도5767 판결은 피고인이 택시회사에 택시를 지입하여 운행하면서 일일입금 및 공과금을 납부하지 아니하여 위 회사로부터 위 택시의 반환을 요구받던 중, 위 택시를 위 회사 차고지에 입고하여 위 회사가 위 택시를 점유하게 되었음에도 그 다음날 위 회사 차고지에 주차되어 있던 위 택시를 점유권자인 위 회사의 승낙 없이 임의로 취거한 사안으로, 1, 2심 모두 위 택시를 피고인의 소유로 인정하여 권리행사방해죄의 유죄를 인정하였으나, 대법원은 "위 택시는 자동차등록원부에 유한회사 OO택시 명의로 등록되어 있으므로, 이 사

건 공소사실과 같이 피고인이 위 택시를 위 회사에 지입하여 운행하였다 하더라도, 피고인이 위 회사와 사이에 위 택시의 소유권을 피고인이 보유하기로 약정하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 위 택시는 그 등록명의자인 위 회사의 소유이고 피고인의 소유는 아니라고 할 것인바, 원심이 인용한 제1심판결 명시의 증거들에 의하여도 피고인과 위 회사 사이에 위 택시를 피고인의 소유로 하기로 하는 약정이 있었다고 인정하기 어렵고, 달리 위 택시가 피고인의 소유라고 인정할 증거도 없다"라고 판시하여 권리행사방해죄는 성립하지 않는다는 취지로 파기환송하였다. 판례는 지입차량의 소유권에 관하여 '특별한 사정이 없는 한'[885] 지입자동차의 소유권은 등록명의자인 회사에게 있다고 본다. 구 자동차운수사업법, 구 화물자동차운수사업법, 현행 여객자동차운수사업법에서 명의이용 금지규정을 두어 지입을 금지하였고, 그 위반에 대하여 면허취소나 형사처벌 등의 제재를 가하였다[886]. 운수사업에 사용되는 자동차에 대한 행정법적인 등록이나 세금 등의 관리를 지입회사가 대부분 전담하고, 지입차주는 지입료를 납부하는 등의 현실을 고려하면, 지입차주와 지입회사 사이의 소유권귀속은 일반 자동차의 명의신탁과는 달리 원칙적으로 지입회사의 소유로 봄이 타당하다[887]. 따라서 위 사안에서 피고인은 권리행사방해죄가 아니라 타인의 재물을 절취한 것으로 보아야 하므로 절도죄로 의율되어야 한다[888]. 이 판결 사안은 대상사안과, 대내적 소유관계에서 명의자인 지입회사에게 소유권이 있다고 본다는 점에서 차이가 있다. 그렇지만 행위자에게 행위 객체인 자동차에 대하여 '타인의 재물(재물의 타인성)'이라는 점에 대한 인식이 있었는가에 관하여는 대상사안과 마찬가지의 논의가 가능할 수 있다.

---

885) 특별한 사정이란 당사자 사이에서 소유권을 지입차주에게 귀속시키기로 약정하였을 경우를 말한다. 대법원 1989. 9. 12. 선고 88다카18641 판결, 대법원 1967. 4. 25. 선고 67다142 판결, 대법원 1965. 4. 20. 선고 65다132 판결. 다만 대법원 1968. 11. 5. 선고 68다1658 판결(그 명의로 등록되지 아니한 자동차에 대하여는 대내외를 막론하고 소유권을 취득하지 못한다)은 위와 달리 보고 있다.

886) 다만 화물자동차의 경우 법령의 개정으로 다소 다르게 규율되고 있다.

887) 이주원, "'여객자동차 운수사업법' 제81조 제7호에서 유상운송 제공행위를 처벌하는 '자가용 자동차'의 의미(여객자동차 운수사업법 제73조 제1항, 제81조 제7호)", 대법원판례해설 66호(2006 하반기), 법원도서관(2007), 559

888) 파기환송심인 전주지방법원 2003. 10. 24. 선고 2003노777 판결은 절도죄로 공소장을 변경하여 유죄(벌금형)를 선고하였다.

대법원 2010. 10. 14. 선고 2008도6578 판결은 “권리행사방해죄에서의 보호대상인 ‘타인의 점유’는 반드시 점유할 권원에 기한 점유만을 의미하는 것은 아니고, 일단 적법한 권원에 기하여 점유를 개시하였으나 사후에 점유권원을 상실한 경우의 점유, 점유권원의 존부가 외관상 명백하지 아니하여 법정절차를 통하여 권원의 존부가 밝혀질 때까지의 점유, 권원에 기하여 점유를 개시한 것은 아니나 동시이행항변권 등으로 대항할 수 있는 점유 등과 같이 법정절차를 통한 분쟁해결시까지 잠정적으로 보호할 가치있는 점유는 모두 포함된다고 볼 것이며, 다만 절도범인의 점유와 같이 점유할 권리없는 자의 점유임이 외관상 명백한 경우는 포함되지 아니한다.”라고 법리를 설시하면서, 운수회사 직원인 피고인이 회사 대표 갑 등과 공모하여 지입차주인 피해자들이 점유하는 각 차량 또는 번호판을 지입료 등 연체를 이유로 무단 취거한 사안에서, 위 권리행사방해행위가 형법상 정당행위에 해당하지 않는다고 하였다. 위 사안에서는 지입료 연체로 인하여 ‘지입차주의 점유’의 성질이 자신을 위한 자주점유에서 지입회사를 위한 타주점유로 바뀌므로 ‘타인의 점유’를 침해하는 것은 아니지 않는가가 문제될 수도 있으나, 형법에서의 점유는 사실상의 점유를 의미한다고 할 것이고, 판결 사안 내용상 점유의 성질이 바뀌었다고 보기는 어려울 것으로 생각된다. 다만 위 판결 사안에서 지입차량이 지입회사인 법인의 소유이지 그 대표기관인 행위자(자연인인 대표이사)의 소유는 아니기 때문에, 행위자의 소유임을 전제로 한 권리행사방해죄가 성립할 수 있겠는지 문제될 수 있다. 판례는 행위자가 회사의 대표기관의 지위에서 직무와 관련하여 행위한 경우 행위자를 지입차량의 소유자인 것으로 보아 판단하였다. 즉 판례는 회사의 소유인 재물에 관하여 직무집행과 관련되어 있을 경우 대표이사를 회사와 동일시하고[889], 과점주주나 부사장은 그와 같게 보지 않

889) 대법원 1992. 1. 21. 선고 91도1170 판결. 판결의 내용은 주식회사 OO관광의 대표이사인 피고인이 피해자가 채권을 담보하기 위하여 점유하는 위 회사의 버스를 피해자의 의사에 반하여 취거한 행위에 관한 사안으로, 원심은 위 버스는 피고인의 소유가 아니라는 이유에서 무죄를 선고하였으나, 대법원은 “피고인이 위 회사의 대표이사의 지위에 기하여 그 직무집행 행위로서 위 김OO 등이 점유하는 위 회사의 물건을 취거한 경우에는, 피고인의 행위는 위 회사의 대표기관으로서의 행위라고 평가되므로, 위 회사의 물건도 권리행사방해죄에 있어서의 ‘자기의 물건’이라고 보아야 할 것이니, 원심으로서는 피고인의 위 버스의 취거행위가 위 회사의 대표이사의 지위에 기한 직무집행 행위인지 여부에

는데[890], 대표이사라 하더라도 법인격이 다른 이상 절도죄의 주체가 된다고 보아야 하는 것 아닌가라는 의문이 생긴다[891]. 법인의 대표기관이 자연인으로서의 기능과 법인으로서의 기능을 함께 수행한다고 볼 경우, 법인의 범죄능력을 긍정하는 입장[892]에서 판례와 같이 해석하는 것이

관하여 심리하여 보아야 할 것임에도 불구하고, 이에 이르지 아니한 채 위 버스가 권리행사방해죄에 있어서의 '자기의 물건'에 해당하지 아니한다고 단정하고 바로 검사의 항소를 기각한 원심의 조처는 필경 권리행사방해죄의 법리를 오해하고 심리를 제대로 하지 아니한 위법을 저질렀고 이는 판결에 영향을 미쳤다."라고 하여 파기환송하였다. 법인의 대표기관이 직무집행에 관하여 법인의 재물을 취거하면 절도죄가 아닌 권리행사방해죄로 의율된다는 것이다. 독일형법 제289조는 '소유권자를 위하여(zugunsten des Eigentümers)' 자기 또는 타인의 물건을 취거하는 행위를 권리행사방해죄로 처벌하기 때문에(Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, §289 Rn. 3), 독일에서는 이러한 사안에서 회사의 대표이사 또는 직원이 회사를 위하여 그 사용권자 등으로부터 회사의 소유물을 취거할 경우 권리행사방해죄로 의율될 수 있다.

890) 대법원 1984. 6. 26. 선고 83도2413 판결

891) 1인 회사에서 주주 겸 대표이사가 회사 재산을 처분할 경우 횡령, 배임이 성립할 수 있는 것인지에 관한 논의에서는 회사의 재산과 대표이사의 재산을 구분하여 보는 것이 판례이다(대법원 1983. 12. 13. 선고 83도2330 전원합의체 판결). 위 전원합의체 판결은 권리행사방해에 관한 판결과 배치되는 것 아닌가라는 문제가 제기될 수 있다. 위 전원합의체 판결에 비판적인 입장{송옥렬, "이사의 민사책임과 형사책임의 판단기준", 상사판례연구 6권(2006), 91; 윤영신, "차입매수(LBO)시 피인수회사의 자산을 담보로 제공하는 행위와 업무상배임죄", 상사판례연구 7권(2007), 385}도 있으나, 1인 회사에서의 횡령, 배임 문제는 행위자가 회사의 이익을 위하여 행위하는 것이 아니라는 점, 회사와 주주 양자의 관계뿐만 아니라 회사 채권자들과의 관계도 고려되어야 한다는 점 등에서 회사 재산과 개인 재산을 동일시할 수 없고, 따라서 횡령이나 배임이 성립할 수 있다고 보아야 하며{김일수, "일인회사의 주주 겸 대표이사의 업무상배임", 변호사 -법률실무연구- XVII, 서울지방변호사회(1987), 315; 이용식, "횡령·배임죄와 이사의 자기거래", 상사판례연구 IV권, 박영사(2000), 241}, 따라서 위 권리행사방해죄에 관한 판례와 배치되는 것은 아니라고 생각된다.

892) 논리적으로 법인실재설이 법인의 범죄능력 긍정설로, 법인의제설이 법인의 범죄능력 부정설로 연결될 것 같지만, 반드시 그런 것도 아니다{조국, "법인의 형사책임과 양벌규정의 법적 성격", 서울대학교 법학 48권 3호, 서울대학교(2007), 61}. 다만 법인의 범죄능력에 관하여 전통적으로 영미에서는 긍정하여 왔고 대륙법계 중 독일에서는 부정하여 왔으나{같은 대륙법계라도 네덜란드 형법 제51조는 미국과 유사하게 원칙적으로 모든 범죄에 대하여 법인의 범죄능력을 인정한다. 이에 관하여 B. F. Keulen & E. Gritter, "Corporate Criminal Liability in the Netherlands", vol 14.3 Electronic Journal of Comparative Law(12. 2010.), 3 (http://www.ejcl.org 참조. 2015. 7. 5. 방문)}, 현재 사회에서 중요한 역할을 하는 법인의 범죄행위 규제에 대한 필요성 때문에, 법인의 범죄능력에 관한 대륙법계의 해석과 미국법에서의 법적 규율은 상당히 근접해가고 있고 {Ronald Helfendehl, "Corporate Criminal Liability: Model Penal Code Section 2.07 and the Development in Western Legal Systems", 4 Buff. Crim. L. Rev. 283, 288, 300 (2000)}, 독일에서도 현재 법인의 범죄능력을 인정하는 입장이 늘고 있다고 한다 {박강우, "독일에서 법인의 형사책임", 한국형사법의 새로운 지평: 심온 김일수교수화갑

불가능한 일은 아닐 것이다[893]. 그러나 이러한 논리는 법인의 범죄능력을 부정하는 입장에서는 반드시 수긍할 수 있는 것은 아니라고 생각된다[894].

대법원 1983. 4. 12. 선고 83도292 판결은 피해자가 OO종합중기 주식회사에 페이로더(pay loader)[895]를 지입한 후 그 융자금이자, 지입료 등을 납부하지 아니하자, 위 회사 대표이사인 피고인이 지입약정에 따라 위 페이로더를 취거하여 왔고, 이에 피고인은 권리행사방해죄로 기소된 사안이다. 1심은 '지입약정서에 지입료 미납시 페이로더를 취거할 수 있도록 하였기 때문에, 피고인의 행위는 피해자의 승낙이 있는 것으로 믿었으므로 범의가 없거나, 위법성이 없다'고 보아 무죄를 선고하였고, 원심은 '법률상의 반환청구절차를 거치지 않은 이상 피고인의 행위는 범의가 없거나 위법성이 없다고 볼 수 없다'고 판시한 후, '위 페이로더가 피고인의 소유에 속하지 아니하고 위 회사의 소유에 속하기 때

기념논문집, 박영사(2006), 16}.

893) 영미에서 법인의 범죄능력 인정은 대위책임(vicarious liability) 이론에서 출발한다{김호기 · 김택수 · 최준혁, 기업의 경제활동에 관한 형사법제 연구(II), 한국형사정책연구원(2010), 86; 이주희, "양벌규정의 실효성 확보에 관한 고찰". 법학연구 47집, 한국법학회(2012. 8.), 247~8}. 사법상의 법리에서 비롯된 상위자 책임의 원칙(doctrine of respondeat superior) 내지 법인 내부 기관의 행위를 법인의 행위와 동일시하는 법리(alter ego theory, identification doctrine)가 있고(법인과 동일시할 수 있는 경영진의 기준 제시 판결로 Tesco Supermarkets Ltd v Nattrass, [1972] A. C. 153), 미국의 Model Penal Code section 2.07은 전형적인 개인범죄에 대하여 적어도 이사진이나 고위경영자(high managerial agent)가 '기업을 위해(in behalf of)' '직무의 범위 내에서(within the scope of his office or employment)' 행위할 경우 이를 법인의 범죄행위로 본다{조병선, "기업형사책임과 책임원칙", 형사법연구 22권 1호, 한국형사법학회(2010. 봄), 15; Ronald Helfendehl, 4 Buff. Crim. L. Rev. 283, 289; 미국 MPC section 2.07의 내용은 http://www.law-lib.utoronto.ca/bclc/crimweb/web1/mpc/mpc.html 참조. 2015. 7. 5. 방문}. 위와 같은 영미의 법리에 의할 경우 법인의 대표자가 직무와 관련하여 범행을 할 경우 이는 법인의 행위가 됨과 동시에 대표자 개인의 행위도 되는 것이고, 그렇다면 법인과 대표자가 공동하여 범행을 범하게 되는 것이므로, 법인의 소유물이라면 법인과 대표기관이 권리행사방해죄의 공동정범이 될 수 있을 것이다. 물론 이러한 논리는 법인이 피고인일 경우에는 당연히 수긍할 수 있을 것이지만, 대표기관인 자연인만 피고인일 경우 법인과 공동정범으로 보지 않는 이상은 당연히 수긍할 수 있는 것은 아니라는 반론도 가능하다.

894) 다만 우리 형법에서 법인의 범죄능력에 관한 일반 규정은 존재하지 않고, 주로 행정형법에서 법인의 범죄능력이 양벌규정 관련하여 법인의 과실책임 영역에서 일반적으로 논의되기 때문에, 위 판결 사안을 법인의 범죄능력 유무와 결부시키는 것이 가능한지는 충분한 검토가 필요할 것으로 생각된다.

895) 대법원 판결문에는 '페이로다'라고 기재되어 있으나 페이로더가 표준어로 보인다.

문에 권리행사방해죄는 성립될 수 없고, 공소장변경절차 없이 배임죄를 인정할 수 없다'고 판시하여 항소를 기각하였다. 이에 검사는 권리행사방해죄가 인정되지 않으면 절도죄를 직권으로 인정해야 한다는 취지로 상고를 제기하였고, 대법원은 "피고인의 소위는 권리행사방해죄를 구성하지 않는다고 판시한 조치는 정당하여 이에 심리미진의 위법이 있다고 할 수 없고 이 페이로다가 실질적으로 피고인 소유라고 볼만한 자료가 없으므로 이 점에 관한 상고논지는 독자적 견해로서 채용할 것이 되지 못한다. 법원은 공소장에 명시된 특정사실에 관하여만 심리판단할 수 있을 따름이고 다만 공소사실의 동일성이 인정되는 범위에서만 공소장 기재 범죄사실과 다른 범죄사실을 인정할 수 있는 것이므로, 권리행사방해로 기소된 사건에 있어서 그 동일성을 인정할 수 없는 절도죄로 처단할 수 없다."라고 하여 상고를 기각하였다. 이는 지입된 중기가 지입회사의 소유임을 전제한 것이다. 지입회사의 대표이사는 지입회사와 법인격을 달리하므로 권리행사방해죄의 주체가 될 수 없다고 본 것으로, 대표이사가 회사의 물건을 취거한 행위는 절도죄로 의율될 수 있으나 공소장 변경 없이 절도죄를 인정할 수 없다는 취지이다. 그러나 우리 형법에 권리행사방해죄가 규정된 연혁상 취거 태양에 관하여는 절도죄가 권리행사방해죄의 모규정 내지 일반규정이 될 수 있다는 점(즉 양자는 본질적으로 같은 형태의 범죄라는 점), 권리행사방해나 절도죄 모두 피해자 점유의 침해를 그 행위태양으로 한다는 점, 절도와 권리행사방해의 구성요건적 차이는 행위의 객체가 행위자의 소유인가 행위자 이외의 자의 소유인가 여부이고 이는 객관적으로 판단될 수 있다는 점에서 피고인의 방어권 행사에 실질적 불이익을 가져오지는 않는다고 볼 수 있으므로, 공소사실의 동일성은 인정할 수 있고, 따라서 현저히 정의에 반한다고 볼 수 있는 경우에는 공소장 변경 요구를 한다거나 공소장 변경 없이 절도죄를 인정할 수도 있을 것이라는 견해도 있을 수 있다고 생각된다[896]. 이 판결에서는 위 91도1170 판결과는 달리 대표이사를

896) 대법원 판례에 의할 경우, 법원이 공소장변경이 없더라도 직권으로 처벌하지 않은 것이 위법하다고 하려면 ① 공소사실의 동일성이 인정되는 범위 내일 것, ② 공소가 제기된 범죄사실보다 가볍거나 동일한 범죄사실일 것(대법원 2007. 7. 26. 선고 2006도637 판결), ③ 피고인의 방어권행사에 실질적 불이익이 없을 것(대법원 2004. 12. 10. 선고 2004도5652 판결), ④ 인정되는 범죄사실을 처벌하지 않은 것이 현저하게 정의와 형평

회사 소유의 물건에 관하여 권리행사방해죄의 주체가 될 수 없다고 보았는데, 법인은 실재하지 않기 때문에 대표이사가 직무집행 관련한 행위를 하더라도 이를 법인의 행위라고 볼 수 없다는 결론(법인의 범죄능력을 부정하는 입장)도 가능할 것이다. 다만 이러한 83도292 판결의 결론은 91도1170 판결과 서로 모순됨은 부정하기 어렵다[897].

대법원 1989. 11. 14. 선고 89도773 판결은 "을이 갑회사로부터 중기를 갑회사에 소유권을 유보하고 할부로 매수한 다음 병회사에 이를 지입하고 중기등록원부에 병회사를 소유자로 등록한 후 을의 갑에 대한 할부매매대금 채무를 담보하기 위하여 갑명의로 근저당권설정등록을 하였으며 위 중기는 을이 이를 점유하고 있었는데 갑의 회사원인 피고인들이 합동하여 승낙 없이 위 중기를 가져간 경우, 지입자가 사실상의 처분관리권을 가지고 있다고 하여도 이는 지입자와 지입받은 회사와의 내부관계에 지나지 않는 것이고 대외적으로는 자동차등록원부상의 소유자 등록이 원인무효가 아닌 한 지입받은 회사가 소유권자로서의 권리(처분권 등)를 가지고 의무(공과금 등 납세의무, 중기보유자의 손해배상책임 등)를 지는 것이므로 피고인들의 중기취거행위는 지입받은 회사인 병의 중기등록원부상의 소유권을 침해한 것으로서 특수절도죄에 해당한다."고 판결하였다. 위 83도2413 판결과 마찬가지로, 대외적 관계에서는 등록명의자인 지입회사가 소유자이므로 회사의 직원인 피고인들은 지입차량의 소유자가 아니라는 전제에서 위와 같이 판단한 것이다. 법인의 행위는 대표기관만이 할 수 있다는 전제에 설 경우 대표기관이 아

에 반할 것(대법원 2003. 5. 13. 선고 2003도1366 판결)이라는 요건을 필요로 하고, 공소장변경 요구는 법원의 재량에 속하는 것이라서, 공소장 변경을 요구하지 아니하였다 하여 위법이라고 보지는 않는 입장이다(재량설). 특히 절도죄의 법정형이 권리행사방해죄의 법정형보다 중하기 때문에 절도죄를 권리행사방해죄보다 가볍거나 동일한 범죄로 보기도 어렵다. 이러한 점에서 공소장변경 없이 절도죄로 인정하는 것은 다소 곤란하다고 보인다.

897) 법인의 범죄능력과 관련하여 어느 판결이 보다 타당한 것인지에 관하여 차후 추가적인 논의가 필요할 것으로 생각된다. 대법원 1984. 10. 10. 선고 82도2595 전원합의체 판결은 법인의 범죄능력을 부정한 바 있다. 따라서 91도1170 판결은 위 전원합의체 판결에 저촉될 여지가 있다(물론 적용법조가 다르기 때문에 저촉의 여지는 없다고 볼 수도 있다). 그러나 법인의 범죄능력을 부정한 위 전원합의체 판결이 여전히 유효하다고 볼 것인지는 추가적인 논의가 필요할 것이다. 법인의 이익을 위해 행동한 것이라면, 법인의 대표기관이 법인과 공동하여 배임죄를 저질렀다고 볼 수도 있을 것이기 때문이다.

닌 회사의 직원은 직무집행과 관련하여서도 회사와 동일시할 수 없기 때문에 회사의 재물은 타인의 재물이 된다는 논리이다. 따라서 회사의 직원 입장에서는 지입차량은 '타인의 재물'이기 때문에 권리행사방해죄의 객체가 아닌 절도죄의 객체가 된다.

대법원 2015. 6. 25. 선고 2015도1944 전원합의체 판결은, 피고인들이 해외로 밀수출할 화물차량 마련을 위하여 운수회사와 지입계약이 체결된 화물차량을 운수회사 몰래 차량운행자(지입차주)로부터 헐값에 구입하여 장물죄로 기소된 사안에서, 차량운행자가(지입차주)가 이를 매도할 경우 그 거래상대방인 피고인들은 장물취득의 죄책을 부담한다고 보았다. 지입차량은 특별한 사정이 없는 한 대·내외적 소유권이 지입회사에 있기 때문에, 지입차주가 자신이 보관하던 지입차량을 임의로 처분할 경우 횡령죄로 의율될 수 있다[898]. 다만 횡령행위의 기수시점을 언제로 보는가에 따라 그 거래상대방에게 장물취득죄가 성립할 수 있을 것인지 달라질 수 있다. 기존에 횡령죄에 관한 판례는 횡령죄를 (구체

898) 기존의 대법원 1978. 10. 10. 선고 78도1714 판결, 대법원 2006. 12. 22. 선고 2004도3276 판결은 등록되는 자동차 등의 경우 유효하게 처분할 수 있는 권능이 있어야 횡령죄의 주체가 될 수 있다고 보았는데, 위 전원합의체 판결에 의하여 변경되었다. 이는 등록의 대상이 되는 자동차뿐만 아니라 부동산에 관하여도 문제될 수 있다. 김인겸, "부동산에 관한 횡령죄에 있어서 타인의 재물을 보관하는 자의 지위에 있는지 여부에 대한 판단 기준", 대법원판례해설 통권 제56호 (2005 상반기), 법원도서관(2005), 335에서는 부동산 보관자의 경우 반드시 '법률상 유효하게' 처분할 수 있는 지위에 있어야 할 것은 아니라고 설명하고 있지만, 판례는 나뉘어 있다. 즉 '법률상 유효하게' 처분할 수 있는 지위에 있는 경우에 성립한다고 보는 경우(대법원 1989. 12. 8. 선고 89도1220 판결, 대법원 2000. 4. 11. 선고 2000도565 판결, 대법원 2004. 5. 27. 선고 2003도6988 판결, 대법원 2007. 5. 31. 선고 2007도1082 판결, 대법원 2010. 6. 24. 선고 2009도9242 판결)와, '외견상 유효하게' 처분할 수 있는 지위에 있는 경우에 성립한다고 보는 경우(대법원 2005. 6. 24. 선고 2005도2413 판결)가 있다. 학설도 부동산 횡령의 보관자 지위에 있기 위하여는 '외견상' 유효하게 처분할 수 있는 있는 지위에 있는 것으로 족하다고 보는 견해(이재상, 형법각론, 391)와 법률상 유효하게 처분할 수 있는 지위에 있어야 한다고 보는 견해(김성돈, 형법각론, 399)로 나뉜다. 일반 동산과 달리 등록의 대상이 되는 자동차나 부동산의 경우 선의취득이 인정되지 아니하므로, 실체적 권리가 민사적으로 침해될 위험은 없다고 볼 수도 있으나, 등록의 대상이 되는 자동차는 이동성으로 인하여 보관자의 처분으로 권리자의 권리행사가 배제될 가능성이 높고, 민사소송으로 권리보호가 가능하다 하더라도 실체적 권리관계가 소송절차에서 그대로 인정된다거나 집행된다는 보장은 없는 것이므로(실체법상의 권리관계가 절차법적으로 항상 긍인되는 것은 아니다), 외견상 처분할 수 있는 지위에 있는 자가 물건을 처분할 경우 실체법상 소유자가 그 소유권을 상실할 위험이 없다고 단언하기는 어렵다. 따라서 원칙적으로 '외견상 유효하게 처분할 수 있는 지위'에 있으면 족하다고 생각된다.

적) 위험범으로 파악하여 온 것으로 보이고 이 때문에 거래상대방에게 점유이전이 완료되지 아니한 상태에서도 장물성을 갖게 된다[899]고 보았는바, 위 전원합의체 판결도 이러한 논리에 따른 것으로 생각된다[900].

나. 자동차 리스계약

대법원 2005. 11. 10. 선고 2005도6604 판결은, BMW파이낸셜서비스코리아로부터 친구 명의로 BMW 차량 리스계약을 체결한 피고인이, 채권자에게 채무변제 독촉을 받자 그 차량 및 열쇠, 자동차등록증 사본을 채권자에게 인도하였다가, 미리 소지하고 있던 보조키로 채권자 몰래 다시 가져온 사안이다. 제1심과 원심은, 차량의 소유권이 피고인에게 있음을 전제로 피고인의 채권자에 대한 권리행사방해죄를 인정하였으나, 대법원은 "이 사건과 같이 자동차를 매수하였을 뿐 대금을 완납하지 아니한 경우에는 대외적으로 그 소유권은 등록명의자인 매도인에게 있는 것이고, 대내적으로도 당사자의 의사가 소유권을 이전하지 아니할 의사가 분명하여 그 소유권은 매도인에게 있고, 따라서 피고인의 피해자, BMW파이낸셜서비스코리아에 대한 관계에서, 그 차량 소유권은 BMW파이낸셜서비스코리아에 있다. 피고인은 타인 소유, 타인 점유의 물건을 취거한 것으로 절도죄가 성립한다."라고 보아 파기환송하였다. 민사법리상 자동차할부매매 목적물인 리스차량은 대금이 완납될 때까지 등록명의자인 리스회사가 소유권자이다. 이는 아래에서 볼 자동차 할부매매의 법률관계와 다른 것이다. 다만 위 판결 사안은 대상사안과 마찬가지로, 피고인을 절도죄로 의율할 경우 피고인이 과연 위 차량의 소유권이 자기 이외의 자에 속한다고 인식하였겠는지가 문제될 수

899) 이에 관하여는 제4장 제1절 Ⅳ. "2. 판례는 위험범으로 파악함이 주류적" 부분 판례 참조. 판례는 횡령을 구체적 위험범으로 이해하여 거래 상대방에게 인도되기 이전에 장물성을 갖는다고 본다.

900) 물론 위 사안의 1심 판결 범죄사실에는 "피고인들은 OOO과 함께 2013. 9. 초순경 충남 천안시 서북구 신당동에 있는 '만남의 광장' 휴게소 앞에서, 배OO이 피해자 회사와 지입계약을 체결한 후 운행관리권을 위임받아 보관하다가 횡령한 화물차량을"이라고 기재되어 있기 때문에(대전지방법원 2014. 8. 28. 선고 2014고단1590 판결 3쪽), 지입차주가 화물차량을 피고인들에게 매도하기 이전에 이미 횡령을 하였던 것인지는 분명하지 않다.

있다.

다. 자동차 할부매매 및 소유권유보부매매

대법원 2001. 10. 26. 선고 2001도4546 판결은, “피고인은 현대자동차 OO영업소 과장으로 근무하던 자인바, 1995. 4. 6. 피해자 심OO이 현대자동차써비스 주식회사로부터 할부로 매입한 금 117,428,520원 상당의 이 사건 굴삭기 1대의 할부금을 연체하여 1998. 1. 5. 그 소유의 주택에 대하여 강제경매를 신청하였으나, 피해자가 일정한 기한까지 할부대금을 지급하여 주기로 하는 내용의 각서[901]를 작성하여 주어 같은 해 7월 20일 위 부동산강제경매를 취하해 주었음에도 피해자가 위 각서의 내용대로 이행하지 않자, 같은 해 9월 20일 전북 진안군 부귀면 소재 공사현장에서 위 굴삭기를 추레라에 싣고 와 같은 해 10월 26일 박OO에게 매도함으로써 이를 절취한 것이다.”라는 공소사실에 대하여 무죄를 선고한 원심 판결[902]을 파기하고, “절취란 타인이 점유하고 있는 자기 이외의 자의 소유물을 점유자의 의사에 반하여 그 점유를 배제하고 자기 또는 제3자의 점유로 옮기는 것을 말하는 것으로, 비록 약정에 기한 인도 등의 청구권이 인정된다고 하더라도, ‘취거 당시에’ 점유 이전에 관한 점유자의 명시적 · 묵시적인 동의가 있었던 것으로 인정되지 않는 한, 점유자의 의사에 반하여 점유를 배제하는 행위를 함으로써 절도죄는 성립하는 것이고, 특별한 사정이 없는 한 불법영득의 의사가 없었다고 할 수는 없다는 점에서, 위와 같은 약정과 각서 등의 교부가 있었다고 하여 불법영득의 의사를 부정한 원심은 위법하다.”고 판시하여 파기환송하였다[903]. 자동차 할부매매의 경우 소유권은 할부매매계

---

901) 그 각서에는 “귀사의 어떠한 조치에도 이의를 제기하지 않겠다”는 취지가 기재되어 있었다.

902) 선고유예(유죄)를 선고한 제1심 판결에 대해 원심은, 피해자가 작성한 포기각서(약정 할부금을 3회 이상 연체 또는 인도금을 지정 결제일에 미결제시 귀사의 조치에 따라 위 굴삭기에 대한 권한을 포기할 것을 각서한다) 및 양도증명서 등에 기하여 박OO에게 위 굴삭기를 매도할 당시에 피고인에게 권리자를 배제하고 타인의 물건을 자기의 소유물과 같이 그 경제적 용법에 따라 이용, 처분하려는 의사인 불법영득의 의사가 있었다고 볼 수 없다고 보아 1심 판결을 파기하고 무죄를 선고하였다.

903) 파기후 환송심(항소심)은 항소기각(전주지방법원 2001노1591), 상고기각(2002도2016).

약을 체결하고 소유권이전등록을 받은 명의자에게 있다.

다만 위 사안에서는 행위자에게 불법영득의사가 있었다고 볼 수 있겠는지가 문제될 수 있다. 행위자가 자신이 아닌 제3자를 위하여 재물을 절취하였을 경우 불법영득의사가 있다고 볼 것인지 문제될 수 있으나, 형법상 불법영득의사는 반드시 자신이 영득할 의사일 필요는 없다[904]. 구 독일형법은 '자신이 영득할 의사(Absicht, die Sache sich rechtswidrig zuzueignen)'라고 규정하여 물건을 제3자가 영득하게 할 의사인 경우 영득의사를 인정할 수 있는지, 또한 제3자에게 판매할 목적으로 물건을 절취하였을 경우 물건 자체가 아니라 물건 가치를 취한 것 아닌지 등이 문제되었다. 독일 연방재판소[905]는 "형법 제246조 점유이탈물횡령의 법적 구성요건은 행위자가 물건을 스스로 영득하는 것이다. DDR 당원이 우편물에서 빼낸 금원을 국고에 귀속시킨 행위는 그 표지를 충족시키지 못한다."고 판단하였고[906], 이는 법개정에 영향을 미쳤다. 독일은 제6차 형법개정법률(StrafrechtsReformGesetz vom 26. 1. 1998.)에서 제3자가 영득하게 할 의사인 경우에도 불법영득의사를 인정하는 것으로 개정하여 이러한 문제를 해결하려 하였다[907]. 원래 소유권 배제(Enteignung)의 행위만 있을 경우에는 불법영득의사를 인정할 수 없기 때문에 절도가 성립한다고 볼 수 없으나[908], 제3자영득의사(Drittzueignungsabsicht)는 소유권 배제(Enteignung) 요소와 소유권 취득(Aneignung) 요소의 중간에 위치하는 것이다[909]. 이에 관하여 문제되는 것은 행위자가 제3

---

904) 독일형법과 규정 내용이 다른 우리 형법 규정상 불법영득의사를 구성요건상 필요하다고 볼 것인지에 관하여 문제가 제기된다.

905) BGHSt 41, 187 v. 25. 7. 1995. DDR Postplünderungsfällen

906) 이 판결에 비판적인 견해로 Wolfgang Naucke, Die Strafjuristische Privilegierung staatsverstärkter Kriminalität, Juristische Abhandlungen Band 29, Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1996, S. 59
http://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BGH&Datum=25.07.1995&Aktenzeichen=GSSt 1/95 및 http://www.servat.unibe.ch/dfr/bs041187.html 참조. 2015. 6. 30. 방문.

907) §242 (1) Wer eine fremde bewegliche Sache einem anderen in der Absicht wegnimmt, die Sache sich oder einem Dritten rechtswidrig zuzueignen,; 마찬가지로 §246 (1) Wer eine fremde bewegliche Sache sich oder einem Dritten rechtswidrig zueignet,; 이에 따라 BGHSt 41, 187는 폐기되었다.

908) Karl Binding, Lehrbuch des gemeinen Deutschen Strafrechts Besonderer Teil Band 1, S. 267

909) Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, §242 Rn. 58

자를 통해 어느 정도까지 영득을 실현해야 이를 긍정할 수 있는가로, 오로지 제3자가 그 물건을 손괴하는 등의 의도로 이를 취득한 것이라면 이를 인정할 수 없고, 최소한 행위자가 지배적으로 그 물건을 영득하는 행위를 실현해야 하고 제3자가 그 물건을 수익할 가능성이 있어야 긍정된다고 한다[910]. 그러나 우리 형법은 독일형법과 같게 볼 필요는 없다. 형법 제329조는 '타인의 재물을 절취한 자'라고 규정하고 있고, 그 절취행위가 자신을 위해서인지 아니면 제3자를 위해서인지에 관하여는 규정하고 있지 않기 때문에 제3자영득의사가 구성요건에서 배제되었다고 단정할 수 없기 때문이다. 또한 자기영득의사임이 전제되어야 한다고 하더라도, 제3자에게 영득시키려면, 특별한 사정이 없는 한, 먼저 자기가 영득하지 않고서는(소유자의 지위를 차지하지 않고서는) 타인에게 영득하게 할 수 없기 때문에 이 경우에도 영득의사는 인정된다고 보아야 한다[911]. 대법원 2014. 2. 21. 선고 2013도14139 판결도 이러한 취지에서 "어떠한 물건을 점유자의 의사에 반하여 취거하는 행위가 결과적으로 소유자의 이익으로 된다는 사정 또는 소유자의 추정적 승낙이 있다고 볼 만한 사정이 있다고 하더라도, 다른 특별한 사정이 없는 한 그러한 사유만으로 불법영득의 의사가 없다고 할 수는 없다."라고 판단하였다[912].

---

910) Jan Zopfs, "Der Tatbestand des Diebstahls - Teil 2", S. 657 (http://www.zjs-online.com 참조); Schönke/Schröder, a.a.O., Rn. 58. 그리고 누구도 영득하지 않는 경우(Quasi-Dereliktion) 영득의사를 인정할 수 있는지에 관하여는 부정적으로 본다(Gerhard Wolf). http://www.prof-wolf.de/Loesungshinweise-zur-Klausur-S.8657.98.html 참조 (2015. 7. 2. 방문)

911) 김성돈, 형법각론, 283; 최대권, "불법영득의 의사와 사용절도", 서울대학교 법학 6권 2호, 서울대학교 법학연구소(1964), 148; Gabriele Wolfslast, "Anm. zum BGH, Beschl. V. 31. 3. 1993. -3 BJs 512/90-2(141)-AK5/93", NStZ 1994, S. 542 ff.; Hans-Joachim Rudolphi, "Der Begriff der Zueignung", Godtdammer's Archiv für Strafrecht 1965, S. 42; 이에 대하여 제3자에게 영득시킬 의사가 있을 뿐인 경우 사안에 따라서는 현행법상으로 처벌할 수 없다는 견해로 김성룡, "절도죄의 재물과 제3자 영득에 관한 해석론의 문제점", 비교형사법연구 12권 1호, 한국비교형사법학회(2010), 141, 147 참조.

912) 위 판결 사안은 "피고인은 2011년 9월경 승용차의 소유자인 ○○캐피탈로부터 공소외인 명의로 위 승용차를 리스하여 운행하던 중, 사채업자로부터 1,300만원을 빌리면서 위 승용차를 인도하였다. 위 사채업자는 피고인이 차용금을 변제하지 못하자 위 승용차를 매도하였고 최종적으로 피해자가 위 승용차를 매수하여 점유하게 되었다. 피고인은 위 승용차를 회수하기 위해서 피해자와 만나기로 약속을 한 다음 2012. 10. 22.경 약속

대법원 2010. 2. 25. 선고 2009도5064 판결은, 할부매매된 차량의 소유권을 그 대금을 대신 지급한 대출회사에 유보시키기로 하는 소유권유보부매매 약정을 체결한 대출회사의 직원이 매수인이 할부금을 지급하지 아니한다는 이유로 임의로 그 차량을 취거하여 온 사안에 대하여, "소유권유보부매매는 동산을 매매함에 있어 매매목적물을 인도하면서 대금완납시까지 소유권을 매도인에게 유보하기로 특약한 것을 말하며, 이러한 내용의 계약은 동산의 매도인이 매매대금을 다 수령할 때까지 그 대금채권에 대한 담보의 효과를 취득·유지하려는 의도에서 비롯된 것이다. 따라서 부동산과 같이 등기에 의하여 소유권이 이전되는 경우에는 등기를 대금완납시까지 미룸으로써 담보의 기능을 할 수 있기 때문에 굳이 위와 같은 소유권유보부매매의 개념을 원용할 필요성이 없으며, 일단 매도인이 매수인에게 소유권이전등기를 경료하여 준 이상은 특별한 사정이 없는 한 매수인에게 소유권이 귀속되는 것이다. 한편 자동차, 중기, 건설기계 등은 비록 동산이기는 하나 부동산과 마찬가지로 등록에 의하여 소유권이 이전되고, 등록이 부동산 등기와 마찬가지로 소유권이전의 요건이므로, 역시 소유권유보부매매의 개념을 원용할 필요성이 없는 것이다"라고 하여 할부매매의 목적물이 된 차량에 대하여 소유권유보부매매 약정을 주장한 피고인의 주장을 배척하고 피고인을 절도죄로 본 원심을 유지하였다.

장소에 주차되어 있던 위 승용차를 미리 가지고 있던 보조열쇠를 이용하여 임의로 가져갔다. 이후 위 승용차는 공소외인을 통하여 약 한 달 뒤인 2012. 11. 23.경 ○○캐피탈에 반납되었다."는 사실관계를 기초로 공소제기되었다. 요약하면, 피고인은 소유권자에게 귀속시키기 위하여 승용차를 점유하는 채권자로부터 승용차를 취거하였는바, 이 경우 보호법익의 침해가 있다고 볼 것인가{소유권만을 보호법익으로 본다면 침해되지 않는다고 할 것이나, 소유권 기타 본권(비전형담보권 포함)을 보호법익으로 본다면 침해가 있다고 볼 것임}, 제3자영득의사일 경우 우리 형법상 불법영득의사로 인정할 수 있는가, 특히 그 제3자가 소유자일 경우 불법영득의사가 인정될 수 있겠는가, 권리행사방해죄는 성립될 수 있는가{절도죄의 보호법익을 소유권으로 보고, 형법상 소유권을 사실상의 소유상태라고 보는 견해에서는 권리행사방해죄의 성립이 가능하다고 해석할 수도 있을 것이다}가 핵심적으로 문제된다. 절도죄의 보호법익을 소유권만으로 이해하는 전제에 서면 위 사안에서 소유권 배제 요소를 전제로 하는 불법영득의사는 부정될 것이나(오영근, "2014년도 형법판례 회고", 형사판례연구회 2015. 3. 발표자료, 11 참조), 소유권 기타 본권으로 볼 경우에는 불법영득의사가 긍정될 수 있을 것이다{이용식, "2014년 분야별 중요판례분석 (9) 형법 각칙", 법률신문 4309호(2015. 4. 9.), 12}.

라. 자동차 명의신탁

대법원 2007. 1. 11. 선고 2006도4498 판결은 자동차의 실질적 소유자인 피해자가 피고인(피해자의 지인)의 어머니 명의로 등록한 차량을 피고인이 임의로 운전하여 절도죄로 기소된 사안에서, 제1심은 선고유예(유죄)하였으나, 원심은 "자동차관리법 제6조에 의하면, 자동차 소유권의 득실변경은 등록을 하여야 그 효력이 생기는 것이므로 그 등록이 없는 한 대외적 관계에서는 물론 당사자의 대내적 관계에 있어서도 그 소유권을 취득할 수 없다."는 이유로, 등록명의자인 "피고인의 어머니가 소유자"라고 보았다. 또한 피고인의 어머니가 피고인에게 처분권한을 일임하였으므로 피고인에게 그 처분권한도 있다고 보아 결국 타인의 재물을 절취한 것이 아니라는 이유로 무죄를 선고하였다. 대법원은 "자동차나 중기(또는 건설기계)의 소유권의 득실변경은 등록을 함으로써 그 효력이 생기고 그와 같은 등록이 없는 한 대외적 관계에서는 물론 당사자의 대내적 관계에 있어서도 그 소유권을 취득할 수 없는 것이 원칙이지만(대법원 1968. 11. 5. 선고 68다1658 판결, 1970. 9. 29. 선고 70다1508 판결 등 참조), 당사자 사이에 그 소유권을 그 등록명의자 아닌 자가 보유하기로 약정하였다는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는 그 내부관계에 있어서는 그 등록명의자 아닌 자가 소유권을 보유하게 된다고 할 것이다(대법원 1989. 9. 12. 선고 88다카18641 판결, 2003. 5. 30. 선고 2000도5767 판결 등 참조). 그런데 만약 이 사건 공소사실과 같이 이 사건 승용차는 피해자 공소외 1이 구입한 것으로 위 피해자의 실질적인 소유이고, 다만 장애인에 대한 면세 혜택 등의 적용을 받기 위해 피고인의 어머니인 공소외 2의 명의를 빌려 등록한 것이고, 나아가 원심 판시와 같이 피고인이 이 사건 당시 공소외 2로부터 위 승용차를 가져가 매도할 것을 허락받고 그녀의 인감증명 등을 교부받은 뒤에 피고인이 이 사건 승용차를 위 피해자 몰래 가져갔다면, 피고인과 공소외 2의 공모·가공에 의한 절도죄의 공모공동정범이 성립된다고 보아야 한다."[913]고 판단하였다. 이는 지입차량과는 달리

913) 파기환송된 항소심은, 차량의 위탁관계에 관해 증거조사를 거쳐, 피해자 위탁 없이 피고인이 임의로 자동차를 가져온 것으로 사실인정하여 피고인 단독 절도죄를 인정하였다(수원지방법원 2007. 6. 14. 선고 2007노358 판결).

일반 자동차의 경우에는 명의신탁 법리가 그대로 적용될 수 있음을 밝힌 것이다. 즉 지입차량에서는 특별한 사정이 없는 한 대·내외적 소유권이 지입회사에 있는 것이지만, 일반 차량의 경우에는 당사자 사이의 약정에 의하여 대내적 소유권은 명의신탁자에게 유보할 수 있는 것이다. 다만 이는 당사자 사이의 계약 형식이 지입계약인지 아니면 명의신탁 약정인지에 따라 내부적 소유관계를 달리 규율한다는 것은 아니고, 계약 내용의 실질에 따라 구체적인 사실관계를 살펴서 내부적 소유관계를 밝혀야 한다는 것으로, 내부관계에 있어서 실질적 소유자의 의사에 반하여 차량을 취거하였다면 절도죄의 죄책을 부담하게 되는 것이다[914].

2. 판례의 분석

가. 내부적 소유관계

등기나 등록에 의하여 소유권이 공시되는 부동산이나 자동차는, 명의신탁이나 지입계약 등에 의하여, 그 대외적 소유권과 대내적 소유권을 달리 정할 수 있다. 다만 대내적 소유권 귀속에 관한 약정의 당사자 사이에서만 효력이 있으므로, 가사 그러한 약정을 제3자가 인식하고 있다고 하더라도 제3자에게까지 그러한 대내적 소유관계를 주장할 수 없다. 공시제도가 인정되는 물건의 소유권은 원칙적으로 공시방법에 따라 결정되어야 하는데, 명의신탁이나 지입계약 등의 약정에 의하여 공시된 것과 다른 소유관계가 존재한다고 하더라도, 이는 매우 예외적인 관계이므로, 그러한 예외적인 관계를 약정 당사자 이외의 자에 대하여까지 확장할 수는 없기 때문이다. 즉 제3자가 그러한 약정을 인식하였다고 하여 그러한 예외적 관계의 규율 범위를 확장한다면, 일반적인 법률관계에 불안정을 가져오게 될 수 있다. 또한 형사적 규율을 위하여 민사 법률관계와 다른 법률관계를 인정하는 것도 마찬가지 결과를 가져올 수 있기 때문이다[915].

914) 同旨: 대법원 2012. 4. 26. 선고 2010도11771 판결, 대법원 2013. 2. 28. 선고 2012도15303 판결, 대법원 2014. 9. 25. 선고 2014도8984 판결

나. 외부적 소유관계

등록명의자가 소유자이다.

다. 대상사안의 소유관계

피고인과 그 어머니 사이의 명의신탁 약정에 따라, 대내적(신탁자와 명의자 사이) 소유권은 피고인(명의신탁자)에게 있고, 대외적(신탁자와 명의자 외부) 소유권은 명의자인 어머니에게 있다고 할 것이다. 다만 대내적 소유관계는 명의신탁 약정을 알고 있는 제3자에게 미치지 않음은 전술하였다. 즉 제3자에 대하여는 명의자자인 어머니가 소유자이다.

IV. 절도죄의 구성요건

절도죄의 보호법익에 대하여는 '소유권설', '본권설', '점유설', '소지설'의 대립이 있다[916]. 교과서상으로는 대체로 소유권을 보호법익으로 보지만, 판례는 본권설 내지 점유설에 가깝다고 설명된다[917]. 권리행사방해죄 규정이 우리 형법에 존재하는 의의를 살린다면 소유권설이 타당하다고 볼 것이지만[918], 보호법익을 소유권만으로 제한할 경우에 발생할 수 있는 법의 흠결 문제[919], 권리행사방해죄가 재산죄 영역이 아닌

---

915) 다만 대법원 1999. 4. 15. 선고 97도666 전원합의체 판결 다수의견에 대한 보충의견에서는 '목적과 용도가 특정된 금전의 횡령' 사안에서 민법과는 달리 형법상 소유권 개념을 인정할 수 있다고 밝히고 있다.

916) 절도죄의 보호법익에 대하여 자세히는 이용식, "소유자의 절도범으로부터의 자기소유물 탈환과 자구행위", 전남대학교 법학논총 제30집 제1호(2010), 76~87 참조

917) 절도죄의 보호법익이 무엇인가와 관련하여, 점유설은 우리나라에도 과거 주장자(정창운)가 있었으나 현재는 없고, 일본의 일부 학설이 이에 따르고 있다. 일본에서 점유설 입장에서는 일본형법 242조를 注意的 규정으로 파악하고, 본권설 입장에서는 일본형법 242조를 창설적 규정으로 파악하게 될 것이다.

918) 신해중, "군용물 재산범죄에 있어서 불법영득의 의사", 군사법연구 8집, 육군본부(1990), 104

919) 가령 행위자가 아무런 사정을 모르는 소유자로 하여금, 소유자가 채권자에게 담보로 제공한 물건을 마치 행위자가 채권자에게 소유자를 대신하여 채무를 모두 변제하였기 때문에 소유자가 다시 가져가도 되는 것처럼 말하여 소유자가 이를 실행에 옮긴 경우, 행위자를 절도죄로도, 권리행사방해죄로도 처벌할 수 없게 된다. 독일형법과 같이 제3자의 소유물에 대한 권리행사방해죄도 긍정할 경우(Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, §289 Rn. 2), 행위자는 권리행사방해죄의 간접정범이 될 수 있다. 물론 권리행사방해죄

형법 제37장 '권리행사를 방해하는 죄'에 규정되어 있는 점에서 추론되는 입법자의 의사[920], 소유권자의 자기 물건 취거행위 처벌과의 불균형[921] 등을 고려하면 소유권에 한정되는 것으로 볼 필요는 없는 것 아닌가 생각된다[922]. 또한 불법적인 점유에까지 그 보호법익을 확장할 수 있는 소지설도 찬동하기 어렵다. 가령 소유자의 소지품을 날치기하여 도망하는 절도범을 쫓아가 그로부터 소지품을 회수한다면, 이는 구성요건해당성이 없는 것이지 자구행위로서 위법성이 조각되는 것이 아니다[923]. 왜냐하면 그와 같은 절도범의 점유는 절도죄에 있어서 보호대상이 될 수 없기 때문이다. 결국 보호법익에 관하여 본권설과 점유설(본권은 없지만 보호할 가치 있는 점유)의 대립만 남는다고 할 수 있다.

1. 객관적 구성요건[924]

'타인의 재물'이어야 한다. 이는 원칙적으로 '자기 이외의 자 소유' + 타인의 점유[925]이어야 한다[926]. 다만 판례 중에는 그와 달리 본 것으

를 자수범으로 보고, 자수범에 대하여 간접정범을 부정하는 입장에서는 불가벌로 볼 것이다.

920) 즉 입법자가 권리행사방해죄를 반드시 재산죄로 이해한 것이 아닐 수 있다. 재산범죄와 달리 '물건'이라는 용어를 쓴 것도 이러한 점을 보여준다.

921) 소유권자가 자신의 물건을 취거할 경우에는 권리행사방해죄로 의율됨에 반하여, 소유권자 아닌 자가 소유권자를 위하여 소유권자의 물건을 취거할 경우에는 권리행사방해죄도 성립하지 않고 절도죄도 성립하지 않는다고 볼 경우, 결과반가치가 더 높다고 볼 수 있는 경우가 오히려 불가벌이 된다는 불균형이 발생할 수 있다.

922) 이용식, "2014년 분야별 중요판례분석 (9) 형법 각칙", 12

923) 이용식, "소유자의 절도범으로부터의 자기소유물 탈환과 자구행위", 95, 98~9; 일본에서도 절도범인으로부터 자기의 소유권을 탈취하는 경우 절도죄의 구성요건해당성을 인정하는 취지는 아니라고 일반적으로 보는바, 일본형법 제242조의 '타인의 점유'에는 '평온한 점유'는 포함되지만 그렇다고 하여 명백히 불법적인 점유까지 포함되는 것은 아니기 때문이라 한다. 김지웅, "형법상 점유에 관한 연구", 동의대학교 박사학위논문(1992), 38

924) 주석 형법 [각칙 (5)], 308 이하 참조

925) 통상 '타인의 재물'을 '자기 이외의 자 소유로 타인이 점유하는 물건'으로 본다.

926) 대법원 1980. 11. 11. 선고 80도131 판결 (절도죄는 재물의 점유를 침탈하므로 인하여 성립하는 범죄이므로 재물의 점유자가 절도죄의 피해자가 되는 것이나 절도죄는 점유자의 점유를 침탈하므로 인하여 그 재물의 소유자를 해하게 되는 것이므로 재물의 소유자도 절도죄의 피해자로 보아야 할 것이다); 대법원 2001. 10. 26. 선고 2001도4546 판결 (형법상 절취란 타인이 점유하고 있는 자기 이외의 자의 소유물을 점유자의 의사에 반하여 그 점유를 배제하고 자기 또는 제3자의 점유로 옮기는 것을 말하는 것으로, 비록 약정에 기한 인도 등의 청구권이 인정된다고 하더라도, 취거 당시에 점유 이전에 관한

로 보이는 사례가 있다.

대법원 1973. 2. 28. 선고 72도2538 판결[927]은 “외상 매매계약의 해제가 있고 동 외상 매매물품의 반환 청구권이 피고인에게 있다고 하여도 절도라 함은 타인이 점유하는 재물을 도취하는 행위 즉 점유자의 의사에 의하지 아니하고 그 점유를 취득하는 행위로서 절도행위의 객체는 점유라 할 것이므로 피고인이 위 정O운의 승낙을 받지 않고 위 물품들을 가져갔다면 그 물품에 대한 반환 청구권이 피고인에게 있었다 하여도 피고인의 그 행위는 절도행위에 해당한다.”라고 하였다. 위 판결은 해제의 효과로 인한 원상회복의 내용에 관하여 물권적 효과설을 전제한 것으로, 이에 따라 ‘소유권’이 매도인에게 복귀하므로 ‘점유’만을 절도의 보호법익으로 본 것으로 생각된다. 그러나 위 72도2538 판결이 선고되기 전 대법원 1969. 11. 25. 선고 69다1517 판결은 매매계약에 의하여 매수인 앞으로 소유권이전등기가 마쳐진 경우 매매계약에 해제사유가 있어 해제된다고 하더라도 매수인의 소유권이 당연히 소멸된다고 볼 수 없다고 하였다. 위 69다1517 판결에 의하면 소유권은 여전히 매수인측에 남는 것으로 볼 수 있기 때문에[928] 위 형사판결에서도 ‘타인의 점유’는 ‘자기 이외의 자 소유 + 타인의 점유’를 전제한 것으로 볼 여지도 있다. 그러나 위 69다1517 판결 이전에 선고된 대법원 1964. 3. 24. 선고 63다557 판결은 이전등기를 경료받지 못한 제3자는 해제의 소급효에 의해 보호되는 제3자가 아니라고 보았고, 그 이전에 선고된 대법원 1962. 3. 29. 선고 4294민상1429 판결도 계약해제

점유자의 명시적·묵시적인 동의가 있었던 것으로 인정되지 않는 한, 점유자의 의사에 반하여 점유를 배제하는 행위를 함으로써 절도죄는 성립하는 것이고, 그러한 경우에 특별한 사정이 없는 한 불법영득의 의사가 없었다고 할 수는 없는 것이다)

927) 이 판결에 대하여 『절도죄의 보호법익을 단순한 점유로 보는 견해에서라면 문제될 것이 없다. 그러나 ‘타인의 재물’이라는 의미를 정확히 해석, 적용하기 위하여서는 해제가 소유권의 지속을 당연히 수반하는가, 즉 반환청구권의 민법상 의미를 명확히 하여 소유권이 피고인에게 귀속된다면 권리행사방해죄가 성립되고 절도죄 성립은 없다. 또한 절도가 본권을 보호법익으로 볼 경우 이 사안에 있어 채무자에게 아무런 본권도 없어 절도가 성립하지 않는다』라고 비판이 있다. 이수성, “판례회고 2호(1973년도)”, 서울대학교(1974), 150. 비슷한 취지로 박양빈, “불법영득의사”, 고시연구 245호(1994. 7.), 232~233.

928) 계약 해제의 효과에 관하여 물권행위의 독자성과 무인성을 취하여 채권적 효과설을 취할 경우, 이러한 논리적 귀결에 이르게 된다. 가령 김기선, 한국채권법각론, 법문사(1973), 76; 김석우, 채권법각론, 박영사(1978), 134

의 효과로 원물반환의무를 인정하였는바, 이는 해제로 인해 소유권이 매도인에게 되돌아감(물권적 효과설)을 전제로 한 것으로 생각된다. 위 72도2538 판결 선고 당시 학설은 물권적 효과설과 채권적 효과설로 나뉘어 있던 것으로 보이나[929], 위 72도2538 판결은 물권적 효과설에 따라 소유권 귀속에 불문하고 '타인이 점유'하는 물건을 절도의 객체로 본 것으로 보인다. 이와 같이 볼 경우 취거에 의한 권리행사방해죄에 해당하는 행위는 모두 절도죄에도 포섭될 수 있다[930]. 권리행사방해죄에 있어서 '점유'를 법정절차를 통한 분쟁해결시까지 잠정적으로 보호할 가치있는 점유는 모두 포함된다고 보므로(대법원 2006. 3. 23. 선고 2005도4455 판결, 대법원 2010. 10. 14. 선고 2008도6578 판결)[931],

---

929) 구상진, "계약해제의 효과", 새법정 3권 5호(27호), 한국사법행정학회(1973), 87~88; 곽윤직, 채권각론(상), 법문사(1973), 167(물권적 효과설); 이태재, 채권각론신강, 진명문화사(1977), 127(물권적 효과설); 대법원 1977. 5. 24. 선고 75다1394 판결은 "민법 548조 1항 본문에 의하면 계약이 해제되면 각 당사자는 상대방을 계약이 없었던 것과 같은 상태에 복귀케 할 의무를 부담한다는 뜻을 규정하고 있는바 계약에 따른 채무의 이행으로 이미 등기나 인도를 하고 있는 경우에 그 원인행위인 채권계약이 해제됨으로써 원상회복 된다고 할 때 그 이론 구성에 관하여 소위 채권적 효과설과 물권적 효과설이 대립되어 있으나 우리의 법제가 물권행위의 독자성과 무인성을 인정하고 있지 않는 점과 민법 548조 1항 단서가 거래안정을 위한 특별규정이란 점을 생각할 때 계약이 해제되면 그 계약의 이행으로 변동이 생겼던 물권은 당연히 그 계약이 없었던 원상태로 복귀한다 할 것이다"라고 하여 계약의 해제로 물권도 복귀한다는 입장(물권적 효과설)을 명시적으로 밝혔다.

930) 구 형법(의용된 일본형법) 제242조는 자기의 소유물이라도 타인의 점유 하에 있으면 타인의 소유로 본다는 간주규정을 두었다. 이에 자기의 소유물도 절도죄의 객체가 될 수 있었다. 따라서 위 사안의 경우에도, 행위자에게 '타인의 점유'에 대하여 인식이 있는 이상, 구 형법(일본형법)이 적용되면 절도죄로 의율됨에 별다른 의문이 있을 수 없다. 구 형법에 없던 권리행사방해죄가 제정 형법에 들어오게 된 것은 독일형법 제289조의 권리행사방해죄(Pfandkehr)의 영향을 받은 것으로 보인다(이재상, 형법각론, 475). 현행 형법에 권리행사방해죄를 분리하여 규정하면서 절도죄나 강도죄 등에 적용되던 위 간주규정은 삭제되었으나, 그 행위태양이 비슷한 권리행사방해죄에는 따로 미수범 처벌규정을 두지 않았다. 따라서 절도죄의 보호법익을 소유권만이라고 보는 입장을 관철하면, 권리행사방해 미수 부분(소유권자가 자기 물건 취거에 실패한 경우나, 소유권자 아닌 자가 '재물의 타인성'에 관한 착오가 있어 권리행사방해죄의 불능미수로 의율되어야 하는 경우 등)에 대하여는 입법의 공백(법의 흠결)이 생기게 된다. 그러나 본권설이나 점유설에 의하면, 권리행사방해 미수는 절도의 미수로 의율될 수 있기 때문에, 법의 흠결 문제는 생기지 아니한다.

931) 형법상 자구행위는 법정절차에 의하여 청구권을 보전하기 불능한 경우에 그 청구권의 실행불능 또는 현저한 실행곤란을 피하기 위한 상당한 행위를 말하는 것이므로(대법원 1984. 12. 26. 선고 84도2582, 84감도397 판결, 대법원 2006. 3. 24. 선고 2005도8081 판결, 대법원 2007. 12. 28. 선고 2007도7717 판결), 법정절차에 의하여 청구권

절도죄와 권리행사방해죄가 같은 행태의 범죄유형이라면, 아래에서 살펴볼 절도죄에 있어서의 점유도 권리행사방해죄에 있어서의 점유와 같게 해석함이 상당하다.

소유는 민법상 '소유권'을 의미한다(통설)[932]. 이에 대하여 형법의 독자적 관점에서 사실상의 소유상태라는 소수설[933]이 있다.

'점유'는 민법과는 달리 사실상의 개념으로(판례, 통설[934]), 절도죄에 있어서의 점유는 재물에 대한 사실상의 지배(tatsächliche Sachherrschaft)라는 점에서 민법상의 점유와 공통되지만, 재물에 대한 현실적, 물리적 작용에 의하여 인정되는 순수한 지배관계라는 점에서 민법상 점유와 구분되기 때문에[935] 민법상의 간접점유, 상속에 의한 점유의 이전 등은 형법상 인정되지 아니한다[936]. 점유에 관하여 민법상 행위능력이 요구

이 보전될 수 있음에도 자기 소유물을 취거하는 행위는, 자구행위 요건이 불비되어 특별한 사정이 없는 한 위법성이 조각될 수 없다. 점유의 의미를 '법정절차를 통한 분쟁해결 시까지 잠정적으로 보호할 가치있는 점유'라고 본 2005도4455 판결은 자구행위의 요건과의 관계에서 그와 같이 해석한 것으로 생각된다. 따라서 권원없음이 명백하지 아니한 이상, 그 점유는 보호되어야 할 것이다.

932) 김성돈, 형법각론, 271; 김성천 · 김형준, 형법각론, 319; 배종대, 형법각론, 361; 유기천, 형법학 [각론강의 상], 189; 이용식, "소유자의 절도범으로부터의 자기소유물 탈환과 자구행위", 76 이하; 이재상, 형법각론, 257; 조준현, 형법각론, 303; Jan Zopfs, "Der Tatbestand des Diebstahls - Teil 1", S. 507

933) 오영근, 형법각론, 243(사실상의 소유상태설). 『절도죄의 보호법익은 민법상의 소유권이 아니라 재물을 사용 · 수익 · 처분하는 '사실상의 소유상태'라고 해야 한다. 영득이 사실상의 소유자가 되는 것을 말하고 "훔친 물건을 훔쳐도 도둑질이다"라고 하는 것은 원래 주인에 대한 도둑질이 아니라 현재 그 물건을 가지고 있는 사람에 대한 도둑질이라는 의미이다. 이 경우 현재 그 물건을 가지고 있는 사람은 민법상의 소유권자가 아니라 사실상의 소유자이고, 절도죄의 보호법익은 후자를 의미한다고 해야 한다』; 그러나 형법의 독자성을 강조한 Bruns도 절도죄나 횡령죄에 있어서는 예외적으로 민법에 종속된다고 주장하였다. Hans-Jürgen Bruns, Die Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken, S. 290 (林幹人, 財産犯の保護法益, 157에서 재인용)

934) 김성돈, 형법각론, 273; 이재상, 형법각론, 259~60

935) 김성돈, 형법각론, 273; 이재상, 형법각론, 260

936) Jan Zopfs, a.a.O., S. 508; 대법원 2012. 4. 26. 선고 2010도6334 판결(재물을 위와 같은 의미에서 사실상으로 지배하는지 여부는 재물의 크기 · 형상, 그 개성의 유무, 점유자와 재물과의 시간적 · 장소적 관계 등을 종합하여 사회통념에 비추어 결정되어야 한다. 그렇게 보면 종전 점유자의 점유가 그의 사망으로 인한 상속에 의하여 당연히 그 상속인에게 이전된다는 민법 제193조는 절도죄의 요건으로서의 '타인의 점유'와 관련하여서는 적용의 여지가 없고, 재물을 점유하는 소유자로부터 이를 상속받아 그 소유권을 취득하였다고 하더라도 상속인이 그 재물에 관하여 위에서 본 의미에서의 사실상의 지배를 가지게 되어야만 이를 점유하는 것으로서 그때부터 비로소 상속인에 대한 절도죄가 성립할 수 있다); 다만 이 판결은 대법원 1993. 9. 28. 선고 93도2143 판결(피해자를

되는 것도 아니다[937]. 절도죄에 있어 어떤 물건이 타인의 점유 하에 있는지 여부는, 객관적인 요소로서의 관리범위 내지 사실적 관리가능성 외에 주관적 요소로서의 지배의사를 참작하여 결정하되 궁극적으로는 당해 물건의 형상과 그 밖의 구체적인 사정에 따라 사회통념(Verkehrsauffassung)이나 일상 생활관념(Anschauung des täglichen lebens)에 비추어 규범적 관점에서 판단하여야 한다[938]. 형법상 점유는 현실적이어야 하지만 반드시 점유자가 직접 악지·소지하거나 항상 감수(監守)하여야 되는 것은 아니며, 사회통념상 점유자의 실력적 지배하에 있다고 보여지는 한 점유는 유지되고 있다고 본다[939].

2. 주관적 구성요건

고의가 있어야 하는바 "재물의 타인성에 대한 인식"이 고의의 내용이다[940]. 또한 "절취한다"라는 점에 대한 인식도 고의의 내용이 된다. "절취(竊取)"의 축자적 의미는 '몰래 갖는다'는 것이지만, 해석상 이는 '타인의 의사에 반하여 물건을 갖는다'는 의미로 해석된다[941]. 절취에 대한 인식이 없어도 고의가 조각된다[942].

살해한 방에서 사망한 피해자 곁에 4시간 30분쯤 있다가 그곳 피해자의 자취방 벽에 걸려 있던 피해자가 소지하는 물건들을 영득의 의사로 가지고 나온 경우 피해자가 생전에 가진 점유는 사망 후에도 여전히 계속되는 것으로 보아야 한다)에 비추어 행위자와 사자 사이의 공동점유는 인정될 수도 있지 않았겠는가라는 반론도 가능할 수 있다.

937) Jan Zopfs, a.a.O., S. 507

938) 대법원 1999. 11. 12. 선고 99도3801 판결, 대법원 2008. 7. 10. 선고 2008도3252 판결; BGHSt 16, 271 (273), BGHSt 41, 198 (205). 사회통념상 농부가 자기 밭에 두고 온 농기구라도 사실상 점유하고 있는 것으로 볼 수 있다.

939) 위 2008도3252 판결. 그 사안 내용 및 대법원의 판단의 분석에 관하여 신동운, 판례분석 형법각론, 법문사(2014), 416~7 참조

940) 대법원 1983. 9. 13. 선고 83도1762, 83감도315 판결(고양이 절취 사안. 타인의 고양이를 자신이 잃어버린 고양이로 생각하여 들고 오다가 주인이 반환을 요구하여 돌려준 사안에서 재물의 타인성을 오신하여 그 재물이 자기에게 취득할 것이 허용된 물건으로 오인하였으므로 고의가 조각된다고 봄); 대법원 2010. 8. 19. 선고 2010도7484 판결(시계 절취 사안, 피고인이 피해자에게 납품하는 시계가 일부 완성되지 않은 부분이 있어 이를 보완한 후 인도하기로 하였으므로 피해자의 소유로 인식하지 않았다고 보아 고의를 조각함); 대법원 2004. 8. 30. 선고 2003도7915 판결(저금통 절취 사안, '피고인은 그 저금통의 동전은 자신이 넣은 것이라서 그 저금통은 자신의 것'이라고 주장했으나, 그와 같이 볼 증거 없다고 봄)

941) 대법원 2014. 9. 25. 선고 2014도8984 판결, 대법원 2010. 2. 25. 선고 2009도5064 판결

나아가 불법영득의사가 있어야 하는지에 대하여는 견해의 대립이 있다. 통설은 불법영득의사가 필요하다는 것이지만[943], 소수설[944]은 독일 형법과 달리 우리의 재산범은 목적범이 아니라는 점, 형법상 재산범죄의 행위태양은 점유취득뿐만 아니라 영득까지 포함되어 있기 때문에 영득은 고의의 대상이 된다는 점, 영득의 의사 외에 불법영득의 의사까지 필요한 것은 아니라는 점, 영득의 위법성에 대한 인식은 책임요소로 고려하는 것이 타당하다는 점, 불법영득의사의 개념이 다의적이고 불명확하다는 점 등을 들면서 우리 형법상 불법영득의사를 초과주관적 구성요건요소로 따로 요구할 필요가 없다고 본다.

불법영득의사의 실질이 '영득의 불법'인가[945], '취득의 불법'인가[946]에 관한 논의가 있으나, 이는 절도죄의 보호법익에 관한 본권설과 점유설의 대립과 유사해 보인다. 위 2013도14139 판결은 "불법영득의 의사란 타인의 물건을 그 권리자를 배제하고 자기의 소유물과 같이 그 경제적 용법에 따라 이용·처분하고자 하는 의사를 말하는 것으로서, 단순히 타인의 점유만을 침해하였다고 하여 그로써 곧 절도죄가 성립하는 것은 아니나, 재물의 소유권 또는 이에 준하는 본권을 침해하는 의사가 있으면 되고 반드시 영구적으로 보유할 의사가 필요한 것은 아니며, 그것이 물건 자체를 영득할 의사인지 물건의 가치만을 영득할 의사인지를 불문한다"라고 불법영득의사를 정의하고 있다[947].

---

942) 대법원 2010. 7. 15. 선고 2010도4541 판결 (판촉용 볼펜 사안. '판촉용 볼펜을 무료로 나누어주는 것으로 알았다'는 피고인 주장을 받아들여, 피고인이 피해자의 의사에 반하여 물건을 가져온 것이 아니라고 보아 '절취'의 고의를 조각함)

943) 김성돈, 형법각론, 281

944) 오영근, "불법영득의사", 고시계 543호(2002. 5.), 94~6; 오영근, "타인의 예금통장으로 예금을 인출하고 바로 반환한 경우의 죄책", 154~6; 오영근, "2014년도 형법판례 회고", 11

945) 이정원, "재산범죄에서의 불법영득의 의사와 불법이득의 의사에 관한 연구", 비교형사법연구 창간호, 한국비교형사법학회(1999)

946) 박양빈, "불법영득의사", 고시연구 21권 8호(245호)

947) 대법원 1965. 2. 24. 선고 64도795 판결은 피고인이 자신이 잃어버린 총을 보충하기 위하여 같은 소속대 3회기중대 공소외 갑 소지 군용 칼빈소총 1정을 무단히 가지고 나온 사안에 대하여, 권리자(국가)를 배제할 의사를 가지고 한 것이 아니므로 피고인에게 영득의 의사가 있었다고 볼 수 없다고 하였다. 그러나 위 판결 사안에서 물건의 재산적 가치가 경미하지 아니하고, 물건사용 자체의 사회적 중요성이나 위험성을 고려할 경우 불법영득의사를 인정함이 타당하다고 보는 견해가 있다. 이윤근, "불법영득의 의사와 사용절도", 법조 14권 6호(1965. 6.), 58

V. 대상사안의 검토

위 자동차는 명의신탁자로부터 담보로 제공받은 피해자가 점유하고 있었고 이는 형법상 보호할 가치 있는 점유이다. 제3자인 피해자에 대한 관계에서는 명의신탁된 자동차라고 하더라도 그 등록된 소유자인 어머니(명의수탁자)의 소유로 보아야 할 것이다. 따라서 자동차가 타인의 소유라는 점, 명의신탁자의 행위로 점유자의 점유가 배제되었다는 점은 인정된다.

1. 불법영득의사 유무

피해자의 소유권 기타 본권을 침해하여 자신의 소유물처럼 사용하려는 의사가 있을 경우 불법영득의사를 인정한다. 위 사안에서는 피고인이 스스로 영득하려 한 것이므로 불법영득의사는 인정된다.

2. '타인의 재물'에 대한 인식 유무[948]

오히려 위 사안에서 근본적으로 문제되는 것은 '타인의 재물(재물의 타인성)에 대한 인식' 유무라고 생각된다. 절도죄의 보호법익을 무엇으로 볼 것인가가 객관적 구성요건요소와 맞물려 문제된다. 이와 관련하여 다음과 같이 4개의 견해 대립을 상정해 본다.

1견해(타인 소유로 인식하였다고 보는 입장)는, 등록명의자가 어머니인 이상 행위자는 자신의 명의로 등록되지 아니한 차량에 관하여 타인의 재물이라는 인식이 가능하다는 견해이다. 이와 같이 볼 경우 행위자는 절도죄로 처벌될 수 있다.

2견해(자기 소유로 인식하였다고 보는 입장)는 설사 어머니 명의라 하더라도 실질적으로 자기의 소유라고 인식한다는 견해이다. 즉 일반인의 입장에서 볼 때, 명의신탁자는 그 차량의 실질적인 사용과 처분에 관한 권한이 자신에게 있기 때문에 이를 '자기 소유'로 인식할 것이다[949]. 주관적 '인식'의 문제는 존재론적 사실인정의 문제일 뿐, 규범적

948) 이하 기본적인 내용은 졸고, "명의신탁자가 담보로 제공한 명의신탁 자동차를 임의로 취거한 행위의 형사죄책", 823~833 인용 · 참조함

가치평가의 문제로 볼 수 없는바, 물론 대상사안의 경우 자기 소유로 인식하였다고 볼 경우 자기 소유가 아님에도 자기 소유로 인식하였으므로 절도죄는 성립할 수 없고 권리행사방해죄의 불능미수가 성립될 수 있을 뿐인데 권리행사방해죄에는 미수범 처벌규정이 없어 법의 흠결 문제가 생길 수 있으나, 차량이 주차된 장소에 따라서는 주거침입이나 건조물침입 등의 죄책이 성립될 수 있고, 가사 처벌규정이 없다 하더라도, 법의 흠결은 성문법체계에서는 불가피한 현상이므로 처벌의 필요성 때문에 법의 흠결이 생기는 경우에까지 법해석을 넓히거나, 행위자의 인식을 의제시킬 필요가 없다고 보는바, 만약 행위자의 인식을 타인의 재물성에 대하여 인식하였다고 의제할 경우 이는 우리 헌법 제27조 제4항의 무죄추정원칙[950]에 반하며, 따라서 '불명확할 경우 피고인의 이익으로(in dubio pro reo)' 원칙에 따라 피고인이 '자신의 소유'로 인식했다고 판단하여야 한다. 이와 같이 볼 경우 행위자는 불가벌이다.

3견해(타인 소유라고 인식하였다고 보는 입장)는, 사실인정도 규범적 평가라는 점[951]에 근거한다. '인식' 자체가 존재론적이라 하더라도, '어떻게 인식하였겠는가'는 증거를 통해 논리칙과 경험칙에 따라 추론과정을 거쳐 판단하는 것으로, 법관의 사실인정은 '어떻게 인식하였겠는가'

---

949) 김학동, "명의신탁이론의 연구", 판례월보 307호(1996), 71을 보면, "예컨대, 종중재산의 명의신탁 경우에, 종중은 … 비록 종원을 등기자로 함으로써 그를 대외적으로 종중재산의 귀속주체로 삼았더라도 … 이를 종중 자체의 소유로 여길 뿐만 아니라, 수탁자인 종원 역시 이를 종중의 것으로 여긴다. 따라서 등기명의자인 종원의 의사는 단지 채무만을 부담하는 자의 의사, 예컨대 갑이 을에게 부동산을 매각하고 아직 이전등기하지 않아 자신에게 등기명의가 남아 있는 경우에 있어서의 등기명의자인 갑의 의사와는 질적으로 다르다. 즉, 후자의 경우에는 갑은 아직 그 부동산이 자신의 것이라고 여기고, 다만 이를 을에게 넘길 의무를 지고 있다고 생각함에 대하여, 종중재산의 경우에 종원은 그 재산을 종중의 것이라고 생각하지 이를 자신의 것이고, 단지 이를 이전할 의무를 진다고 생각하는 것이 아니다."라고 기술하고 있다.

950) 증거법상, 인신구속상, 형사절차상 피고인에 대한 불이익 처우의 금지 원칙. 이진국, 인신구속과 무죄추정원칙, 형사정책연구 16권 4호, 한국형사정책연구원(2005. 1.), 35

951) 이용구, "사실인정 과정과 논증", 법관의 의사결정 '이론과 실무', 사법발전재단(2010), 163. "판결이유에 나타나는 구성요건이 구체화된 모습의 사실은 '의미표명으로서의 사안'이다. 쉽게 표현하면 법의 적용을 위해 준비된, 법관에게 제시되었던 여러 사실 중에서 법관이 법적으로 의미를 부여하는 과정을 통해 선택된 사실이다...(중략)... 법률가의 활동은 이미 완성된 모습으로 존재하는 사안을 법적으로 가치판단하는 시점에서 시작하는 것이 아니라, 법률가의 법적 가치판단을 기다리는 사안 자체를 형성하는 때에 이미 시작된다."

를 밝히는 과정인바, 인식주체의 가치관이나 편향에 따라 동일한 객체에 대한 인식도 서로 차이가 나기 때문에[952], 대상사안에서도, 행위자는 채권자에게 담보 제공된 자신의 차량에 대하여 '이제 거의 채권자의 것'이라고 인식할 것이다[953]. 행위의 규명에 존재론적 방법과 규범적 방법이 절충되고[954] 재판이 전지전능한 신의 영역이 아니라 유한한 존재일 수밖에 없는 인간의 영역이고 보면[955], 사실인정은 증거법에 따라 규범적으로 판단될 수밖에 없는 것이어서, 대상사안에서, 피고인이 차용금을 변제하지도 아니한 채 피해자 모르게 이 사건 차량을 가져왔다면, 행위자는 행위당시 차량이 자기의 소유가 아니라고 인식하였을 것이라고 봄이 타당하다. 따라서 행위자는 타인이 소유하는, 타인 점유의 재물을 취거하였으므로 절도죄가 성립한다.

4견해(절도죄의 침해대상을 상황에 따라 달리 보아야 한다는 입장)는 절도죄의 보호법익이 반드시 타인의 소유권을 전제로 한 점유이어야 하는가에 대한 회의에서 출발한다. 소유권이 아닌 점유의 침해만으로도 절도죄는 성립할 수 있다고 보아 형법 제329조에서 규정된 '타인의 재물'은, 항상 '범인 이외의 자의 소유의, 타인이 점유하는 물건'이라고 해석할 것이 아니라, 상황에 따라 단지 '타인이 점유하는 재물'이라고 해석할 필요가 있다고 본다. 입법사적으로, 의용형법이 폐지되고 현행 형법이 제정되면서 권리행사방해죄가 절도죄로부터 분리되어 규정되었는데, 이는 결국 본질에 있어서 양 범죄는 같은 형태의 범죄로, 법의 분화에 따라 권리행사방해죄가 절도죄로부터 별개의 범죄로 규정된 것이므로, 소유권에 관한 문제가 명확하지 않아 권리행사방해죄를 적용할 수는 없지만 점유의 침해가 분명한 경우에는, 권리행사방해죄의 모(母)

952) 변종필, "형사소송에서 진실개념", 고려대학교 박사학위논문(1996), 41에서 "서로 다른 주체가 세계 내에 존재하는 동일한 대상을 경험하고도 얼마든지 서로 상이한 척도나 관점에 따라 그 경험에 대한 다양한 해석을 할 수 있는 것과 같은 이치이다. 다시 말해 존재에 관해 달리 해석할 여지없이 완벽한 상황서술은 거의 불가능하다", "'사실'을 우리가 경험하는 객체나 대상과 유사한 방식으로 존재하는 어떤 것이라고 상정하는 것은 무의미하다."라고 기술하고 있다.

953) 다만 이는 객관적 사실(명의자인 어머니 소유)에 반한 인식(채권자 소유라는 인식)이므로 객체의 착오 중 구체적 사실의 착오 문제가 생기지만, 이는 동기의 착오에 불과하여 고의의 성립을 조각시키지 아니한다. 이재상 · 장영민 · 강동범, 형법총론, 179.

954) 이재상 · 장영민 · 강동범, 형법총론, 88

955) 김민기, "법관의 직무상 권한 및 그 한계", 우리법연구회 논문집 제6집(2010), 3

규정인 절도죄로 의율할 수밖에 없다고 본다. 우리나라 고조선의 범금 8조[956]나 서구의 10계명[957]에는 절도 외에, 횡령이나 사기, 권리행사 방해 등이 따로 규정되어 있지 않았으나 사기나 권리행사방해는 불가벌인 것도 아니었고, 로마법상 furtum이란 개념도 포괄개념이었던바[958], 그러한 포괄적 개념에서 다른 범죄형태들이 분화되었을 것이다[959]. 영국 판례 중에는 행위자가 피해자의 외부적 표시의사에 반하지 않게 물건을 가져간 행위에 대하여 사기죄나 절도죄 모두가 적용될 수 있다고 본 사례도 있다[960]. 즉 절도죄에서 '타인의 의사에 반하여'를, '타인의

---

956) 고조선 범금 8조 "相盜者男沒入爲其家奴, 女子爲婢, 欲自贖者, 人五十萬" 漢書 卷28下, 地理志 8下 燕郡 http://contents.history.go.kr/front/deManage.do?process=deOriginalView&treeId=010101&era=ancient&theme=politic&recordId=de_001_1101_0060 참조 (국사편찬위원회 "우리역사넷" 2015. 3. 26. 방문)

957) non furtum facies (도둑질해서는 안된다) [Exodus 20:15 (출애굽기 20장 15절)]

958) 절도 외에 강도, 횡령, 점유이탈물횡령, 점유침해, 사용침탈 및 몇몇 사기도 포함했던 것이다. 김일수, 한국형법 IV, 박영사(1997), 522; Heinrich Honsell, Römisches Recht, Berlin Heidelberg: Springer, 2015, S. 163; Kaser/Knütel, Römisches Privatrecht, 18. Aufl., München: C.H.Beck, 2005, § 51 Rn. 1; Kathrin Rentrop, Untreue und Unterschlagung (§§266 und 246 StGB), S. 7

959) 졸고, "명의신탁자가 담보로 제공한 명의신탁 자동차를 임의로 취거한 행위의 형사죄책", 831

960) Lawrence v Metropolitan Police Commissioner [1972] AC 6, House of Lords 사건. 사건 개요에 관해서는 http://e-lawresources.co.uk/Lawrence-v-MPC.php 참조 (2015. 3. 26. 방문), 판결문은 http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1971/2.html 참조 (2015. 6. 22. 방문). 1969. 9. 1. 영어를 잘 못하는 이탈리아 남자 Occhi가 영국 Victoria 역에 처음 여행을 왔다. 그는 택시 운전기사인 피고인에게 주소가 적혀진 종이쪽지를 보여주었다. 피고인은 Occhi에게, 길이 멀어서 비싸다고 말했다. Occhi는 그의 지갑에서 1파운드를 꺼내 피고인에게 주었다. 피고인은 1파운드로는 부족하다고 하면서 열려 있던 Occhi의 지갑에서 6파운드를 더 꺼내갔다. 그리고 나서 피고인은 Occhi를 택시에 태워 목적지까지 데려다 주었다. 정당한 운임은 10shillings 6denarius(penny)였다 (1파운드도 안됐다). 피고인은 절도죄로 유죄판결을 받자, 이탈리아 남자가 6파운드의 영득에 동의했으므로 그의 절도죄 유죄는 유지될 수 없다면서 상고했다. 상고는 기각되었다.

위 판결에서는 당시 Theft Act 1968 section 15 (1) Obtaining property by deception과 section 1 (1) Theft의 규정들이, 상호 배타적이냐, 즉 증명된 사실이 section 15 (1)에 따라 유죄가 될 경우 그러한 사실에 대해 section 1 (1)에 따라 유죄가 될 수 없는가가 문제되었다. 그 이전의 법률(Larcency Act 1916)에서는 절도죄가 성립되기 위하여 '상대방의 동의가 없을 것(without the consent of the owner)'이라는 요건이 요구되었으나, 위 조문에는 이를 규정하고 있지 않아서 상대방의 동의가 있는 경우에도 절도가 성립될 수 있는지가 문제되었다. 피고인은 명문의 규정이 없더라도 위와 같은 요건이 요구되는 것으로 절도죄 규정을 해석해야 한다고 주장하였는데, 그러한 주

외부적 의사'가 아니라 '타인의 내심의 의사'를 기준으로 판단할 경우에는, 재물사기의 구성요건을 충족하는 행위는 모두 절도에 포섭될 수도 있는 것이고, 절도죄 규정의 '타인의 재물'을 '타인이 점유하는 재물'이라고 해석할 수도 있는 것이다[961]. 우리형법의 절도죄와 동일한 법규정을 가진 일본[962]에서도 '타인의 재물'을 '타인이 점유하는 물건'으로 보고[963], 형법 제242조의 규정을 주의적 규정에 불과하다고 보는 입장[964]이 그 예라 할 것이다[965]. 우리 대법원은 형법 제55조 제1항 제6호의 "다액"의 해석과 관련하여 "법규정의 본질을 바꾸는 정도의 것이 아닌 한도에서 이를 합리적으로 해석함으로서 뒤쳐진 법률을 앞서가는 사회현상에 적응시키는 일방 입법기관에 대하여 법률의 개정 등을 촉구하는 것은 오히려 법원의 임무에 속하는 일"이라고 판시한 바 있다[966]. 대상사안에서도 '타인의 재물'을 '타인이 점유하는 재물'이라고 해석하는 것이 '문언의 가능한 의미'를 넘는 것은 아니므로, 소유와 점유의 분리가 가속화되는 현실에서, 필요하다면, 그와 같이 해석하는 것도 무리

장은 받아들여지지 않았고, 위 판결 피고인은 사기죄로도, 절도죄로도 처벌될 수 있다는 취지로 판단하였다.

사기행위에 관한 Theft Act 1968 section 15는 Fraud Act 2006에 의하여 대체되었으나, 위 판결에서처럼 절도와 사기의 양자가 서로 경합될 수 있을 것인지는 여전히 문제로 남아 있다고 한다. Janet Loveless, Complete Criminal Law, 565

961) 졸고, "명의신탁자가 담보로 제공한 명의신탁 자동차를 임의로 취거한 행위의 형사죄책", 831~2

962) 일본형법 제235조 "他人の財物を窃取した者は、窃盗の罪とし、10年以下の懲役に處する"라고 규정하고 있고, 이는 구성요건상 우리 형법과 같다.

963) 일본에서 大審院은 본권설을 취하였으나(大審院 1918(大正 7). 9. 25. 判決), 最高裁判所는 사기죄 관련하여 最高裁 1949(昭和 24). 2. 15.) 判決, 절도죄 관련하여 最高裁 1960(昭和 35). 4. 26. 判決에서 '소지라는 사실상의 상태 그 자체를 독립의 법익'으로 본다고 입장을 바꾸었고, 이는 점유설(소지설)로 평가받는다. 山中敬一, 刑法各論 I, 235~6. 다만 이 판결이 불법점유까지 포함하는 점유설은 아니라고 평가되고 있다고 한다. 김지웅, "형법상 점유에 관한 연구", 38

964) 山中敬一, 刑法各論 I, 258

965) 물론 일본에는 우리의 권리행사방해죄에 해당하는 규정이 없기 때문에 위와 같은 해석이 불가피하다고 볼 수도 있다.

966) 대법원 1978. 4. 25. 선고 78도246 전원합의체 판결의 다수의견. 당시 위 다수의견에 대하여 반대의견은 "법률에 명문규정이 있어 그 의미내용이 명확할 경우에는 비록 그 법규가 그보다 앞질러 진전하는 경제기타 사회적 실정에 아니 맞는다 하더라도 법관은 모름지기 국회의 입법작용에 의한 개정을 기다려야 할 것이지 사회적 실정에 맞게 하기 위한다 하여 또는 피고인에게 유리하게 해준다 하여 명문규정을 억지로 고쳐서 적용하여서는 아니된다."라고 밝힌 바 있다.

가 아니다. 따라서 행위자가 자기의 소유로 인식하였지만 타인이 점유하는 재물을 취거하였다면 이는 절도죄로 의율될 수 있다.

위 각 견해들을 살펴보건대, 1견해는 행위자의 인식을 공부의 기재내용만으로 의제하는 것이어서 타당하지 않고, 2견해는 사회현상의 변화에 따라가지 못한, 경직된 법해석이다. 물건에 대하여 교환가치와 용익가치를 분리하여 관찰하듯, 마찬가지로 물건에 대한 소유와 점유가 분리되면서 법률관계가 복잡화된 상황에서, 점유 자체의 보호 필요성은 커지고 있으며, 절도죄는 소유권 기타 본권과 점유도 함께 보호법익으로 한다는 점에서, 3견해나 4견해에 따라 대상사안에서 행위자에게 '재물의 타인성'에 대한 인식이 있었다고 보는 것이 타당하다.

제2절 명의신탁자의 담보제공 명의신탁 자동차 매도행위와 배임죄[967]

I. 문제의 제기

행위자가 자동차를 어머니 명의로 매수하면서, 자동차 구입대금을 캐피탈 주식회사로부터 대출받은 금원으로 지급하고, 그 대출금의 담보로 행위자가 어머니 명의로 구입한 위 자동차에 캐피탈 주식회사를 근저당권자로 하여 근저당권설정등록을 한 이후, 성명을 알 수 없는 사람에게 위 자동차를 담보로 제공하면서 금원을 차용한 이후 위 자동차가 소재불명으로 된 경우(즉 실질상 대포차로 매각한 경우), 행위자에게 배임죄가 성립할 수 있을까?

II. 쟁점

1. 명의신탁자의 명의신탁 자동차 매도행위와 배임죄 성부

자동차를 실질적으로 소유하며 타인 명의로 등록한 명의신탁자가, 타인 명의로 저당권이 설정된 자동차를 다시 성명불상자에게 담보로 제공하고 금원을 차용하면서 대포차로 사용될 수 있음을 인식하면서도 양도한 경우 배임죄가 성립하는지 여부가 문제된다. 간단히 말해 실질적인 자동차 소유자인 명의신탁자가 그 차량이 담보제공되어 있음을 알면서도 대포차로 매각하였을 경우 배임죄 성립이 가능한가이다.

2. 권리행사방해죄의 성부

행위자(명의신탁자)가 명의신탁된 자동차를 처분한 행위가 담보권자

967) 대상사안은 대법원 2012. 9. 13. 선고 2010도11665 판결 사안이다. 행위자는 자신이 운행하기 위해서 자신의 어머니와 함께 중고차매매상에 가서 자동차를 어머니 명의로 구입하였고, 당시 캐피탈 주식회사의 직원도 함께 그 자리에 나와 있었으며, 그 자리에서 행위자의 어머니가 대출계약서를 자신 명의로 작성하여 위 직원에게 교부하였고, 행위자 자신이 10회에 걸쳐 캐피탈 주식회사에 대한 대출금을 어머니 명의로 변제하였다. 대출금 납입이 연체되자, 캐피탈 주식회사의 직원은 피고인의 어머니를 계약자로, 피고인을 실납입자로 하여 대출금 납입을 독촉하는 내용의 전화를 하였다.

에 대하여 '자기의 물건'을 은닉한 행위가 될 수 있는지 여부도 문제된다.

III. 유사사안에 대한 사례 검토

1. 배임죄의 구성요건

객관적 구성요건으로서 ① '타인의 사무를 처리하는 자'일 것, ② '임무에 위배하는 행위(배임행위)'일 것[968], ③ 자기 혹은 제3자가 '재산상의 이익을 취득'할 것[969][970], ④ '본인에게 손해를 가'할 것[971][972]이라는 요건을 필요로 한다.

'타인의 사무를 처리하는 자'일 것이라는 요건 관련하여서는 신임관계(신뢰관계)의 존재가 전제된다. 구체적인 사례에서 대법원이 어떻게

---

968) 대법원 2004. 7. 9. 선고 2004도810 판결은 "배임죄에 있어서 임무에 위배하는 행위라 함은 처리하는 사무의 내용, 성질 등 구체적 상황에 비추어 법령의 규정, 계약의 내용 또는 신의칙상 당연히 하여야 할 것으로 기대되는 행위를 하지 않거나 당연히 하지 않아야 할 것으로 기대되는 행위를 함으로써 본인과의 신임관계를 저버리는 일체의 행위를 의미한다."라고 한다.

969) 재산상 이익의 취득을 요건으로 하는 점이 독일형법상 배임죄와 다르다. 오영근, 형법각론, 378, 386; Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, §266 Rn. 39. 재산상 이익을 보호하여야 할 자에게 손해를 가하는 것(... dem, dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat, Nachteil zufügt ...)이 요건이지 재산상 이익의 취득은 요건이 아니다.

970) 대법원 1999. 7. 9. 선고 99도311 판결은 "배임죄가 성립하려면 배임행위로 인하여 사무처리자가 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가하였다고 인정되어야 하고 여기서 제3자라 함은 사무처리자 또는 본인을 제외한 자를 말한다."라고 한다. 대법원 2007. 7. 26. 선고 2005도6439 판결도 같은 취지이다.

971) 법문의 규정을 중시하여 침해범으로 보아야 한다는 견해도 많으나(김일수 · 서보학, 형법각론, 382; 오영근, 형법각론, 377; 임웅, 형법각론, 486; 진계호 · 이존걸, 형법각론, 484 등), 구체적 위험범으로 보는 것이 타당하다고 보인다. 그러나 재산상 손해의 개념을 법률적 개념이 아니라 경제적 개념으로 파악할 경우 침해범설과 구체적 위험범설 사이에 실질적인 차이는 없다고 보인다.

972) 총체적으로 본인의 재산상태에 손실을 가하는 것으로, 법률적 관점이 아닌 경제적 관점으로 파악한다. 대법원 2007. 3. 15. 선고 2004도5742 판결은 "업무상배임죄에 있어 본인에게 재산상의 손해를 가한다 함은 총체적으로 보아 본인의 재산상태에 손해를 가하는 경우, 즉 본인의 전체적 재산가치의 감소를 가져오는 것을 말하는 것으로, 현실적인 손해를 가한 경우뿐만 아니라 재산상 실해 발생의 위험을 초래한 경우도 포함되며, 재산상 손해의 유무에 대한 판단은 법률적 판단에 의하지 아니하고 경제적 관점에서 파악하여야 한다."고 한다. 대법원 2004. 3. 26. 선고 2003도7878 판결도 같은 취지이다.

판단을 하였는지에 관하여 살펴보면, 대법원 1999. 6. 22. 선고 99도1095 판결은[973] "배임죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위로써 재산상 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가함으로써 성립하는바, 배임죄의 주체로서 타인의 사무를 처리하는 자라 함은 타인과의 대내관계에 있어서 신의성실의 원칙에 비추어 그 사무를 처리할 신임관계가 존재한다고 인정되는 자를 의미하고 반드시 제3자에 대한 대외관계에서 그 사무에 관한 권한이 존재할 것을 요하지 않으며, 또 그 사무가 포괄적 위탁사무일 것을 요하는 것도 아니고, 사무처리의 근거, 즉 신임관계의 발생근거는 법령의 규정, 법률행위, 관습 또는 사무관리[974]에 의하여도 발생할 수 있으므로, 법적인 권한이 소멸된 후에 사무를 처리하거나 그 사무처리자가 그 직에서 해임된 후 사무인계 전에 사무를 처리한 경우도 배임죄에 있어서의 사무를 처리하는 경우에 해당한다."라고 한다.

신임관계가 사실상에 기한 것에 의하여도 가능한지 여부에 관하여는 견해가 대립하나, 대법원 2003. 1. 10. 선고 2002도758 판결은 "타인과의 대내관계에 있어서 신의성실의 원칙에 비추어 그 사무를 처리할 신임관계가 존재한다고 인정되는 자를 의미하고, 반드시 제3자에 대한 대외관계에서 그 사무에 관한 대리권이 존재할 것을 요하지 않으며, 업무상배임죄에 있어서의 업무의 근거는 법령, 계약, 관습의 어느 것에 의하건 묻지 않고, 사실상의 것도 포함한다."라고 하여 사실상의 신임관계에 의한 것도 포함된다고 해석한다[975].

---

973) [사안의 내용] 피고인은 비법인사단인 연환주택조합 정산위원회의 정산위원장으로 활동하다가 총회의 불신임결의에 의해 해임되고 후임 정산위원장이 선출되었는데도 그 총회결의를 인정할 수 없다고 하면서 후임자에게 업무와 직인을 인계하지 아니하고 있었는데, 그러던 중 정산위원회를 상대로 하여 공소외 정O심이 대여금청구소송을, 공소외 손O선이 토지소유권이전등기청구소송을 각 제기하였고, 그 소장부본 및 변론기일소환장을 피고인이 자택에서 각 송달받았는바, 위 공소외인들의 청구내용의 당부에 의문이 있었으므로 피고인으로서는 위 제소사실을 정산위원회에 알려 주어 정산위원회의 운영규정에 의하여 위원회의 의결에 따라 응소 여부를 결정하게 하거나 아니면 이에 대하여 스스로 응소하였어야 함에도 위 제소사실을 정산위원회에 알려 주지도 아니하고 스스로 응소하지도 아니함으로써 조합으로 하여금 의제자백에 의한 패소 확정판결을 받게 한 사안.

974) 민법 제734조(사무관리의 내용) ① 의무없이 타인을 위하여 사무를 관리하는 자는 그 사무의 성질에 좇아 가장 본인에게 이익되는 방법으로 이를 관리하여야 한다.

975) 같은 취지에서 대법원 2000. 3. 14. 선고 99도457 판결은 "피고인은 위 학교법인의 이사 겸 위 학교법인이 설립 경영하는 위 고등학교의 교장으로서 그의 처인 공소외인이

다만 사실상의 신임관계에 기한 것 모두가 이에 포함된다고 볼 것인지에 관하여는 견해의 대립이 있는바, 대상사안 관련하여 후술한다.

2. 담보제공자의 배임죄 주체 여부 및 배임행위의 유형

구체적인 사안에서 대법원이 어떻게 판단을 내렸는지에 관하여 유형별로 살펴본다.

가. 유체동산 양도담보

대법원 1983. 3. 8. 선고 82도1829 판결은[976] "금전채무를 담보하기 위하여 채무자가 그 소유의 동산을 채권자에게 양도하되 점유개정에 의하여 채무자가 이를 계속 점유하기로 한 경우에는 특별한 사정이 없

위 학교법인의 이사장으로 선임되어 있으나, 사실상 피고인이 위 학교법인의 경영을 주도하며 재산관리 및 수익사업을 비롯한 법인업무 전반을 총괄하는 한편 위 고등학교의 교무를 총괄하면서 교비회계에 속하는 자금을 비롯하여 위 고등학교의 운영을 위하여 위 고등학교에 귀속된 모든 자금을 보관·관리하는 업무를 취급하고 있는 자이므로, 학교재산에 관한 임대차계약을 체결하는 경우 업무상 배임죄의 주체가 될 수 있다."라고 한다. 독일에서도 사실상의 대표이사(faktische Geschäftsführer(shadow director))의 경우 배임죄의 주체가 될 수 있다고 본다. Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, §266, Rn. 25; 대법원 1973. 3. 13. 선고 73도181 판결은 "피고인은 1963. 7. 20. 공소외 김○한으로부터 그 소유인 서울 서대문구 대조동에 있는 대지 877평 위에 주택을 건축하는 공사도급계약을 체결한 후 같은해 10. 중순경 착공 같은 해 12. 25.경 준공하였는데 같은 달 초순경 공사현장에서 피고인과 공사를 동업하던 이○도를 통하여 김○한으로부터 위 건물중의 한 채에 입주하기로 된 조○선(형식상 명의는 최○환) 등의 주택에 관한 권리증서, 인감증명서, 백지위임장, 매도증서 등 매도처분에 필요한 일체의 서류를 공사대금 80만원에 대한 채권확보조로 보관하였는바 이와 같은 문서를 보관하였으면 공사잔금을 지급받을 때까지 선량하게 보관하고 있다가 잔금이 청산되면 즉시 반환하여야 할 임무가 있음에도 불구하고 이를 보관하고 있음을 기화로 그 임무에 위배하여 같은 해 12. 25.경 한일부동산주식회사 승○선에게 위 조○선 소유의 서울 서대문구 대조동 지상건물을 대금 20만원에 매도한 후 보관한 서류로서 승○선 명의로 소유권 이전등기를 필하여 조○선에게 재산상 손해를 입혔다는 것이니 피고인이 설사 김○한으로부터 이전등기 소요서류를 받았다고 하여도 피고인으로서는 소유자인 조○선을 위하여 선량하게 보관하고 있다가 잔금이 청산되면 김○한에게 즉시 반환하여 조○선으로 하여금 그 소유재산을 완전히 회복하여 그 건물에 입주할 수 있도록 사무를 처리할 임무가 있다."라고 한다.

976) [사안의 내용] 피고인은 피해자의 요구에 따라 피해자에 대한 채무를 담보하기 위하여 1980. 3. 29. 피고인 소유의 기구류 시가 금 422만원 상당을 피해자에게 양도담보로 제공하고 그 점유는 피고인이 계속하기로 하는 계약을 체결 공증하였다. 피고인은 위 채무의 이행기가 도과한 1980. 5. 12. 위 기구류를 다른 채권자인 공소외 박○익에 대한 금 3,500,000원의 변제에 충당하기 위하여 위 채무액 상당을 대금으로 하는 매매계약을 체결한 후 동년 5. 23. 위 박○익에게 이를 인도하여 임의처분케 하였다.

는 한 이른바, 약한 양도담보가 설정된 것이라고 봄이 타당하고, 이 경우 동산의 소유권은 신탁적으로 이전됨에 불과하여 채권자와 채무자간의 대내적 관계에서 채무자는 의연 소유권을 보유하게 되나 채권자인 양도담보권자가 담보의 목적을 달성할 수 있도록 이를 보관할 의무를 지게 되어 부당히 이를 처분하거나 멸실, 훼손 기타 담보가치를 감소케 하는 행위가 금지된다 할 것이므로 채무자인 양도담보설정자는 채권자(양도담보권자)에 대하여 위 약정에 따른 그의 사무를 처리하는 자의 지위에 있게 된다 할 것이고, 위 채무자가 양도담보된 동산을 처분하는 등 부당히 그 담보가치를 감소시키는 행위를 한 경우에는 형법상 배임죄가 성립된다 할 것이다."라고 하였다. 대법원 2010. 11. 25. 선고 2010도11293 판결은[977] "금전채무를 담보하기 위하여 채무자가 그 소유의 동산을 채권자에게 점유개정에 의하여 양도한 경우에는 이른바 약한 양도담보가 설정된 것이라고 볼 것이므로, 채무자는 채권자(양도담보권자)가 담보의 목적을 달성할 수 있도록 이를 보관할 의무를 지게 되어 채권자에 대하여 그의 사무를 처리하는 자의 지위에 있게 된다 할 것이니, 채무자가 양도담보된 동산을 처분하는 등 부당히 그 담보가치를 감소시키는 행위를 한 경우에는 배임죄가 성립된다."라고 하였다. 즉 타인에게 담보로 제공된 동산을 보관하여 그 담보가치를 유지할 임무는 배임죄에 있어 타인의 사무에 해당한다고 본 것이다.

나. 공장저당

대법원 2003. 7. 11. 선고 2003도67 판결은[978] "공장저당권설정자

977) [사안의 내용] 피고인은 전주시 완산구 서신동에서 나이트클럽을 운영하던 자로서, 피해자 유한회사 ○○상사에게 위 나이트클럽 내에 있는 물건들(동산)을 양도담보로 제공하고 점유개정의 방법으로 점유하고 있었다. 그럼에도 불구하고 피고인은, 2008. 10. 2.경 위 ○빌딩 건물주인 정○권에게 "2008. 10. 10.까지 임대차 보증금 잔금 8,000만 원을 지급하지 못할 경우, 위 나이트클럽 내에 있는 모든 시설장치를 정○권에게 양도한다"는 취지의 포기각서를 작성하여 주었고, 임대인 정○권은 피고인이 약속한 임대차보증금을 지불하지 않자, 2008. 11. 20.경 이 사건 동산을 제3자에게 처분하였다. 따라서, 피해자가 양도담보권자라는 사실을 모르는 정○권 또는 제3자가 이 사건 동산을 선의취득하여, 피해자는 양도담보권을 상실하는 재산상 손해를 입었다.

978) [사안의 내용] 피고인이 제1심 공동피고인과 공모하여, 그 판시와 같이 그 대출금 채무를 대위변제하기로 하면서 이 사건 공장 등과 더불어 정○○으로부터 그가 1995. 7. 14. 한국산업은행에 공장저당법에 의하여 채권최고액 5억 원의 근저당권을 설정해 준

로부터 그의 금융기관에 대한 피담보채무를 이행인수하면서 공장저당법에 의하여 공장저당권이 설정된 공작기계를 함께 양수한 자는 그 채무 변제시까지 목적물을 담보 목적에 맞게 보관하여야 할 임무가 있다고 할 것이므로 그 임무에 위배하여 제3자에게 임의 매도하였다면 공장저당권자에 대하여 배임죄가 성립한다."라고 하였다[979].

다. 부동산 근저당

대법원 2007. 1. 11. 선고 2006도4215 판결은[980] "근저당권설정자는 채권자가 담보의 목적을 달성할 수 있도록 그 담보물을 보관할 의무를 지게 되어 채권자에 대하여 그의 사무를 처리하는 자의 지위에 있고, 한편 토지에 식재된 수목은 특별한 사정이 없는 한 그 토지의 부합물에 해당하여 그 토지에 설정된 근저당권의 효력이 미치므로, 근저당권설정자가 그 근저당권의 목적이 되는 토지에 식재된 수목을 처분하는 등으로 부당히 그 담보가치를 감소시키는 행위를 한 경우에는 배임죄가 성립하게 된다."라고 하였다.

기계 13대를 인수하였으므로(다만 한국산업은행에 대하여는 이행인수에 관한 통보가 없었고, 한국산업은행도 피고인에게 보관상의 주의의무를 통보한 바도 없음), 피고인으로서는 그 채무 변제시까지 그 목적물을 담보 목적에 맞게 보관하여야 할 임무가 있음에도 불구하고 그 임무에 위배하여, 1997. 12. 하순 일자 불상경 그 공장에서 위 담보로 제공한 기계기구 13점 중 그 판시 공작기계 12대 시가 약 2억 31,641,000원 상당을 김OO 및 성명불상 고철업자에게 2,500만 원에 임의 매도하여 그 금액 상당의 재산상 이익을 취득하고, 위 은행에 위 기계기구 시가 상당의 손해를 입혔다.

979) 위 사안에서 피고인은 상고이유로 "이 사건 기계에 대한 피고인과 한국산업은행과의 신임관계는 계약 당사자간의 매매계약 사실만으로 발생하는 것이 아니라, 채권자인 한국산업은행에 양도 사실을 통보하고 승인을 받은 이후에야 발생한다."고 주장하였으나, 우선, 피고인 등은 그 피담보채무를 면책적으로 인수하려 한 것이 아니므로 채무인수와 관련하여 산업은행의 동의를 받을 필요는 없고, 또 정OO이 그 공장부지 및 공장건물은 물론이고 공작기계를 양도함에 있어서 산업은행의 동의를 얻어야 그 양도계약이 유효하다고 볼 아무런 근거도 없으며, 더욱이 피고인 등은 단순히 공작기계만을 양도받은 것이 아니라, 공장 부지와 건물, 공작기계 일체 및 피담보채무를 양수한 것으로서 사실상의 영업양도로 볼 수 있고, 이에 따라 피고인 등은 공장저당권설정자인 정OO으로부터 공장재산 일체에 대하여 담보물 보관자로서의 지위까지 스스로 인수·승계하였다고 볼 수 있다.

980) [사안의 내용] 피고인은 피해자에 대한 차용금의 담보로 과수원에 관하여 피해자 앞으로 근저당권설정등기를 경료하여 주었다. 피고인은 피해자의 경매신청에 의하여 과수원에 대한 경매절차가 개시된 후인 2004. 6. 28.경 과수원에 대한 폐원신청을 하고, 그 무렵부터 2004. 8. 31.경까지 그 지상에 식재된 감귤나무들을 모두 굴취한 후 2004. 9. 3.경 북제주군으로부터 폐원보상비로 19,176,000원을 지급받았다.

라. 자동차 양도담보

대법원 1989. 7. 25. 선고 89도350 판결은 “담보된 동산이 자동차인 경우 소유권의 득실변경은 등록을 하여야만 그 효력이 생기는 것이지만, 그 사용방법에 따라 담보가치에 영향을 주는 것이므로 자동차를 양도담보로 제공하고 점유하는 채무자가 이를 처분하는 등 부당히 그 담보가치를 감소시키는 행위를 한 경우에도 역시 배임죄의 죄책을 면할 수 없다.”라고 하였다. 즉 양도담보로 제공된 차량을 대포차로 매각하는 등으로 그 소재를 파악할 수 없게 하여 담보가치를 감소시킬 경우에는 임무위배행위로 볼 수 있다는 취지이다[981].

마. 자동차 저당

대법원 2008. 8. 21. 선고 2008도3651 판결은[982] “자동차에 대하여 저당권이 설정되는 경우 자동차의 교환가치는 그 저당권에 포섭되고, 저당권설정자가 자동차를 매도하여 그 소유자가 달라지더라도 저당권에는 영향이 없으므로, 특별한 사정이 없는 한 저당권설정자가 단순히 그 저당권의 목적인 자동차를 다른 사람에게 매도한 것만으로는 배임죄가 성립하지 아니한다.”라고 하였다. 자동차 등 특정동산 저당법은 자동차 저당권에 관하여 동법에 규정한 것을 제외하고는 민법 중 저당권에 관한 규정을 준용하도록 하고(법 제12조), 민법상의 저당권과 달리, 경매 또는 입찰에 의하지 아니하고 그 저당권자에게 압류된 자동차의 매각을 허가하는 양도명령의 방법으로 환가할 수 있는 특례를 인정한다(제8

---

981) 위 사안에서 피고인들은 할부로 차량을 매입하여 이를 채권자 이OO 명의로 등록하였는바, 이는 피고인들과 채권자 이OO 사이에서 체결된 양도담보계약에 따른 것이었다. 따라서 대내적인 소유권은 피고인들이 보유하였다. 그런데 그 후 차량을 점유하던 피고인들은 공소외 김OO에게 위 차량을 매도하고 점유도 이전하였다. 여기까지의 사실관계만을 본다면, 이러한 매도행위로 차량의 행방을 알 수 없게 하였다면 피고인들은 임무위배행위를 한 것으로 볼 수도 있다. 그런데 그 직후 양도담보권자인 채권자 이OO는 스스로 그 등록명의를 김OO에게 이전하여 주었다. 이러한 사실관계에 의하면 채권자 스스로 피고인들의 매도행위에 대하여 이미 승인을 하였던 것으로 보여지기 때문에, 피고인들에게 배임죄의 죄책을 묻기는 어려웠던 사안으로 보인다.

982) [사안의 내용] 피고인이 피해자로부터 3,000만 원을 차용하면서 승용차에 근저당권을 설정해 주었다. 피고인은 승용차를 주식회사 OO자동차에 매도하였다. 피고인은 위 중고매매상사가 위 승용차를 제3자에게 대포차로 매도하였다고 주장하였다.

조). 부동산과 달리 자동차 저당권의 목적물은 자동차로 동산이어서 그 사용·수익자의 개성에 따라 사용방법에 차이가 생기고, 이에 따라 목적물인 자동차가 갖는 교환가치에도 영향을 준다(위 89도350 판결).

또한 자동차의 사용·수익자가 변동되는 경우 자동차의 소재 파악이 어려워 저당권의 실행이 곤란하게 될 가능성도 있어서, 자동차를 처분하는 행위가 배임죄의 임무위배행위인지 여부에 대하여 부동산 저당권과 같게 취급될 수 없는 차이점이 있다. 따라서 집행의 경우에도 자동차는 고도의 기동성과 은닉의 용이성이라는 특성이 있어 단순한 압류의 선언과 그 등록만으로는 처분금지의 실효를 거둘 수 없으므로 현실적인 점유확보절차가 필요하다[983]. 동산이라는 자동차의 특성상, 사용·수익자에 따라 사용방법에 차이가 있고, 이는 교환가치에 영향을 주어 감가상각의 정도에 차이를 가져오나, 감가상각이라는 가치의 저감만으로 저당권에 포함된 교환가치를 해하는 행위로 볼 것은 아니다. 자동차의 종류나 사용자에 따라 사용하는 방법이나 빈도가 달라질 수 있으므로, 감가상각의 발생은 저당권자가 이미 예정하였다고 보아야 하고, 저당권이 설정되어 있더라도 그 실행을 못하게 하는 경우가 아닌 이상 자동차를 임의대로 처분할 수 있다고 보아야 한다는 점, 저당권의 본질은 교환가치의 확보이지 점유 자체를 확보하는 것은 아니라는 점이 고려되어야 하기 때문에, 처분금지 특약이 없다면 특별한 사정이 없는 한, 자동차의 저당권설정자가 자동차를 처분하였다 하여 배임죄가 된다고 볼 수 없다. 다만 저당권설정자가 자동차의 행방이나 소재를 알 수 없게 처분한 경우(가령 대포차로 매각하거나, 외국으로 불법 수출될 것을 알면서 매각하거나, 사실상 폐차될 것을 알면서 매각하는 경우 등)와 같이 특별한 사정이 있다면 임무위배행위가 될 수 있다[984]. 이에 반하여 처분

983) 법원행정처, 법원실무제요 민사집행 [III], 2014, 92

984) 이 경우 권리행사방해죄로 의율되어야 한다는 견해가 가능하다. 다만 행위자가 명의신탁자임을 전제로 소유권 개념을 판단할 경우 권리행사방해죄가 성립될 수 없다. 그러나 명의신탁관계가 아님을 전제로, 소유자가 담보권자의 의사에 반하여 제3자에게 담보로 제공하여 물건이 은닉되게 하였을 경우 권리행사방해죄와 배임죄의 관계에 관하여, ① 배임죄 성립여부가 먼저 검토되어야 하고, 예외적인 경우에 권리행사방해죄 성립여부를 검토되어야 한다고 보는 견해{금융기관에 대한 피담보채무를 이행인수하면서 공장저당법에 의하여 공장저당권이 설정된 공작기계를 함께 양수한 자가 제3자에게 그 목적물을 임의로 처분한 경우, 일단 권리행사방해죄로 의율할 수는 있을 것으로 보이나, 그 법

금지특약이 있는 경우가 있다. 즉 이동성을 갖는 자동차의 특성상 저당권의 설정만으로 교환가치 확보가 어렵고 사용·수익자의 개성에 따라 감가상각 정도에 차이가 클 수 있으므로, 저당권자는 그러한 위험을 방지하기 위하여 설정자와 처분금지특약을 할 수 있다. 이러한 처분금지특약의 존재는 배임죄에 있어서의 타인의 사무에 해당하게 될 여지를 커지게 한다. 견해에 따라서는 처분금지특약이 있음에도 자동차를 매도하면 이는 재물을 보관하여야 하는 타인의 사무를 위반한 것으로 보아 배임죄가 성립된다고 볼 수도 있다. 다만 당사자 사이의 계약에 의한 단순한 민사상 채무를 위반한 경우 원칙적으로 배임죄가 성립하지 않는다는 것이 대법원 판례[985]이기 때문에, 자동차에 대한 저당권설정을 하고 처분금지특약을 한다고 하더라도 이는 단순한 민사상 채무 불이행에 불과하다고 볼 여지도 있다. 그러나 한편으로는 저당권설정자에게 교환가치를 유지할 의무를 넘어서 담보물인 자동차 자체를 보관할 의무가 인정될 경우 배임죄에 있어 타인의 사무라고 볼 여지도 있다.

정형이 배임죄보다 낮고(징역형은 같으나, 벌금형이 낮음), "취거, 은닉, 손괴"라는 구성요건의 정형적인 표지에 들어맞는지가 다투어질 수 있으므로, 굳이 권리행사방해죄로 갈 필요는 없는 것으로 보이지만, 역시 재산상 손해 발생 여부가 다투어지는 경우에 그 의율이 검토될 수는 있을 것이라는 견해. 이동신, "배우자에게 명의신탁한 부동산이 권리행사방해죄에서 말하는 '자기의 물건'에 해당하는지 여부", 대법원판례해설 59호(2005 하반기), 법원도서관(2006)}, ② 권리행사방해죄 성립여부가 먼저 검토되어야 하고, 예외적인 경우에 배임죄의 성립여부가 검토되어야 한다고 보는 견해(담보권 설정자가 담보물을 멸실 훼손한 경우에는 권리행사방해죄에 의하여 의율이 가능하므로 배임죄의 성립을 전제로 한 '타인의 사무 처리자'의 지위 인정 필요성은 높지 않으므로, 배임죄보다 권리행사방해죄가 성립하는지를 우선적으로 검토하여야 한다는 견해. 위 2008도3651 판결 사안의 경우 권리행사방해죄가 성립될 여지가 있음)가 가능할 것이다. 배임죄는 다른 재산범죄에 대하여 보충규정으로서의 성질을 가지므로, 계약관계 내지 사실상의 신임관계가 존재하지 않는 경우, 혹은 계약관계 내지 사실상의 신임관계가 존재하더라도 횡령죄나 권리행사방해죄로 의율될 수 있는 경우에는 횡령죄나 권리행사방해죄 규정이 우선적으로 적용됨이 타당하다고 생각된다. 물론 배임죄나 권리행사방해죄는 모두 형법상에 규정된 범죄이므로, 형법에 대한 특별법인 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 성립이 문제될 경우에는 특별법의 성립여부가 먼저 검토되어야 할 것으로 생각된다.

985) 대법원 1984. 12. 26. 선고 84도2127 판결 (피고인이 1982. 10. 5. 피해자에게 돈 1,300만원을 같은 해 10. 31.까지 변제할 것을 약정하면서 그 담보로 피고인 소유인 이 사건 부동산을 타에 매도하거나 그 부동산에 관하여 타에 추가로 담보설정하지 않겠다는 내용의 지불증을 작성한 후 이를 공증까지 한 바 있는데도, 이에 위배하여 추가로 근저당설정등기를 제3자에게 경료하여 주었다 하여도, 위와 같은 약정은 피고인이 자기소유의 부동산을 추후 매도하거나 타에 담보제공하지 않겠다는 내용에 불과하여 그런 약정에 따른 임무는 단순한 민사상의 채무에 해당할 뿐 배임죄의 타인의 사무가 아니라고 본 사례)

만약 처분금지특약에 위반하여 자동차를 처분한 행위가 배임죄에 해당한다고 본다면, 이를 부동산에 관한 저당권설정자에게도 적용할 수 있는지가 문제되지만, 자동차와 달리 부동산은 이동성이 없다는 점, 부동산의 경우 자동차와 달리 사용·수익자의 개성이 교환가치에 영향을 주는 경우가 거의 없다는 점, 목적물인 부동산의 처분 자체로 인하여 부동산의 교환가치에 차이가 오는 경우도 거의 없다는 점에서, 부동산에 관한 저당권자와 저당권설정자 사이의 처분금지특약을 저당권설정자가 위반하더라도, 이는 단순한 민사상 채무의 불이행에 불과할 것이므로, 배임죄의 주체가 될 수 없다고 보아야 할 것이다(위 84도2127 판결).

IV. 대상사안의 검토

객관적 구성요건으로 타인의 사무를 처리하는 자인지 여부에 관하여, 담보물 보관의무가 타인의 사무로 인정되는 경우에 배임죄가 성립할 수 있다.

이 사안에 있어서의 쟁점은 법적 효과에 구속되는, 행위자(명의신탁자)의 담보물 보관의무가 없다는 점이다. 행위자는 자신이 운행하기 위해서 자신의 어머니와 함께 중고차매매상에 가서 위 자동차를 어머니 명의로 구입하였고, 당시 캐피탈 주식회사의 직원도 함께 그 자리에 나와 있었으며, 그 자리에서 행위자의 어머니가 대출계약서를 자신 명의로 작성하여 위 직원에게 교부하였고, 행위자 자신이 10회에 걸쳐 캐피탈 주식회사에 대한 대출금을 어머니 명의로 변제한 사실이 인정될 뿐이다. 즉 행위자와 피해자 사이에는 대출계약의 법적 효과에 구속되는 담보물 보관의무가 존재하는 것은 아니다. 행위자는 법률상(계약상) 저당권설정자가 아니라, 위 자동차를 실질적으로 지배하는 자[986]일 뿐이므로, 이러한 자를 배임죄의 '타인의 사무를 처리하는 자'로 볼 것인지

986) 독일 연방대법원은 사실상의 신임관계에 기초한 재산관리의무를 인정하기 위해서는 무엇보다 행위자가 타인의 재산상 이익을 사실상 지배(관리)할 수 있는 지위(faktische Herrschaft über Vermögensinteressen eines anderen)에 있어야 한다고 한다. BGH NStZ 1996, 540f.; 1997, 124f.; Krey/Hellmann, Strafrecht, Besonderer Teil Band 2: Vermögensdelikte, 15. Aufl., Stuttgart: W. Kohlhammer, 2008, S. 329~30

문제되는바, 이에 대하여는 긍정설과 부정설이 대립할 수 있다. 즉 사실상 신임관계에 기해 담보물 보관의무를 인정할 수 있는가가 문제된다.

1. 배임죄 부정설

다음과 같은 논거를 들 수 있다. ① [행위자와 피해자 사이에는 직접 계약관계 없음] 실질적으로 행위자가 자신의 어머니를 내세워 피해자와 대출계약 및 저당권설정계약을 체결하여 어머니는 허명이라 하더라도, 행위자와 피해자 사이에는 계약관계 등으로 직접적인 접촉이 없었으며, 따라서 피해자는 행위자에 대하여 담보물 보존 등의 사무처리를 요구할 수 없고 행위자도 피해자에게 직접 의무를 부담하는 것은 아니라는 점, ② [대상사안과 일견 유사해 보이는 99도457 판결 사안과 대상사안은 다름] 위 99도457 판결 사안(각주 975)은 행위자가 피해자 법인의 실질적인 기관으로서 행위하여 왔기 때문에 피해자(학교법인)에 대하여 사실상 지배력을 행사하고 있었다는 점에서 대상사안과 다르므로, 위 판결을 이유로 타인의 사무임을 긍정할 수 없다는 점, ③ [배임죄 성립범위의 무한한 확장] 대상사안에서 신임관계를 인정할 경우, 저당권이 설정된 중고차량이 전전유통되면 그 매수인은 모두 '타인의 사무를 처리하는 자'로서의 지위를 갖게 되는바, 이는 직접 저당권설정계약을 체결하지도 않은 사람에 대하여 형사책임의 부담을 지우는 것으로 부당하다는 점, ④ [배임죄 성립의 엄격한 제한 필요] 현행과 같은 배임죄의 입법 연혁은 포괄적인 범죄성립규정을 만들어 사회적 해악을 일소하려는 독일 나치스의 전체주의적 사고, 즉 연혁적으로 나치스 시대에 부패상을 척결한다는 목적하에 마련된 것으로 계약관계 내지 사실상의 신임관계에 기반한 모든 재산범죄에 대해 적용하여 당벌적이고 배신적인 재산침해행위를 가능한 한 빠짐없이 규율하기 위한 규정이었는바[987], 이

987) 안경옥, "'사실상의 신임관계'에 기초한 배임죄 처벌의 한계", 형사판례연구 (9), 박영사(2001. 6.), 290 각주 35; Walter Perron 저 / 안동준 역, "Probleme und Perspektiven des Untreuetatbestandes(배임죄구성요건의 문제점과 전망)", 법학논총 30집 1호, 전남대학교 법학연구소(2010. 4.), 41~2; 이정원, "배임죄의 구조와 문제점", 법학연구 34집, 전북대학교 법학연구소(2011. 12.), 126

러한 점에 비추어 배임죄의 성립범위를 가능한 엄격히 제한하여야 한다는 점[988], ⑤ [사실상 신임관계는 특히 제한적으로 인정해야 함] 현재 '타인의 사무를 처리하는 자'의 발생근거가 너무 확대되어 있는바, '사실상 신임관계'에 기초하여 이를 인정하는 해석은 더욱 좁혀야 한다는 점, ⑥ [법체계 흠결은 어쩔 수 없이 존재할 수밖에 없고 형법은 보충적이어야 함] 법실증주의적으로 외형상 '법체계의 흠결(gap)'이 존재할 수밖에 없고, 입법자가 이와 같은 행위에 대한 형사적 규율을 하지 않았다는 것은 그러한 행위가 '형법'에 의해 규율될 것이 아니라 '민사법'이나 '도덕'에 의해 규율되어야 하는 것을 반증하는 것이며, 이러한 해석이 형법의 보충성 원칙에도 부합한다는 점, ⑦ [자동차관리법위반으로 처벌 가능] 대상사안과 같은 행위는 자동차관리법 제81조 제2호[989], 제12조 제1항[990] 혹은 제80조 제2호[991], 제12조 제3항[992]을 위반한 것으로 처벌할 수 있다는 점, ⑧ [명의신탁이 아닌 경우와 비교하더라도 처벌 필요성 없음] 대상사안과, 어머니가 실질적으로 구입한 차량을 아들이 운행하다가 대포차로 판 사안 사이에 본질적인 차이가 없음에도, 대상사안의 명의신탁자만을 형사처벌하는 것은 타당하지 않

988) 1933. 5. 26. 법률 개정에 의하여 제정된 배임죄에 관하여, 다소 명확하지 아니한 용어 사용 및 그 무제한적 포섭범위 때문에 독일 기본법 제103조 제2항의 명확성의 원칙에 반할 소지가 있어서 엄격 해석이 필요하다고 보는 것이 일반적이다. Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, §266 Rn. 19b; Gerhard Wolf, "Befreiung des Strafrechts vom nationalsozialistischen Denken?", HFR 1996, Beitrag 9, S. 8 Rn. 80; Harro Otto, Grundkurs Strafrecht: Die einzelnen Delikte, 3. Aufl., Berlin: de Gruyter, 1991, S. 238 (http://www.humboldt-forum-recht.de/deutsch/publikationen/deckblatt.html&artikelid=79 참조. 2015. 4. 27. 방문)

989) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 1년 이하의 징역 또는 300만원 이하의 벌금에 처한다.
2. 제12조 제1항을 위반하여 정당한 사유 없이 자동차 소유권의 이전등록을 신청하지 아니한 자

990) ① 등록된 자동차를 양수받는 자는 대통령령으로 정하는 바에 따라 시·도지사에게 자동차 소유권의 이전등록을 신청하여야 한다.

991) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 2년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다.
2. 제12조 제3항을 위반하여 자기 명의로 이전 등록을 하지 아니하고 다시 제3자에게 양도한 자

992) ③ 자동차를 양수한 자가 다시 제3자에게 양도하려는 경우에는 양도 전에 자기 명의로 제1항에 따른 이전등록을 하여야 한다.

다는 점, ⑨ [명의자를 처벌하면 족함] 대상사안과 같은 법현상의 규제를 위하여는, 명의자(행위자의 어머니)를 배임죄의 부작위범 내지 권리행사방해죄의 부작위범으로 규율하거나, 명의자를 행위자와의 배임죄 내지 권리행사방해죄의 공동정범 등으로 규율할 수 있고, 행위자의 행위가 명의자를 이용한 간접정범으로 구성될 수 있는지를 검토하여야 한다는 점 등이다.

2. 배임죄 긍정설

긍정설의 논거는 다음과 같다. ① [배임죄 성립범위가 한정됨] 대상사안과 같이 외견상의 명의인과 상대방 사이에서 명의인의 대행적 대리에 의해 직접 그 효과가 귀속되는 자만을 한정하여 사실상 신임관계를 인정한다면, 자동차가 전전유통되더라도 '타인의 사무를 처리하는 자'의 성립범위가 확대되지는 않을 것이라는 점[993], ② [법체계 흠결은 문언의 해석 가능한 범위 내에서 판사의 재량으로 보충해야 함] 법실증주의적으로 외형상 '법체계의 흠결(gap)'이 존재할 수밖에 없으나, '어려운 문제(hard case)[994]에 대한 판단은 법관의 재량에 의해 해결해야 한다'[995][996], 즉 해석은 제정된 규범에 의미를 부여하는 절차이지 구체적

---

993) 그 이후의 취득자도 '타인의 사무를 처리하는 자'의 범주에 들어갈 수 있으나, 이와 같이 확대되는 것에는 문제가 있을 수 있다.

994) 대표적 예로 "No Vehicles In the Park"의 해석과 같은 문제(Hart-Fuller Debate)가 있다. 문언 자체만의 의미(conventional meaning of its terms)를 볼 것인가, 아니면 문언에 내재한 목적(underlying purposes)까지 볼 것인가, 유모차(baby stroller)나 롤러스케이트(roller skate), 특히 기념비로서의 military truck(in perfect working order)은 vechicles에 포섭되는가, 어떤가에 관한 논쟁이다.
http://balkin.blogspot.com/2008/07/revisting-hart-v-fuller-no-vehicles-in.html (Brian Tamanaha 블로그, 2015. 4. 27. 방문) 및 Bernard W. Bell, "No Motor Vehicles in the Park": Reviving the Hart-Fuller Debate to Introduce Statutory Construction", 48 J. Legal Educ. 88 (1998) (http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/jled48&div=9&g_sent=1&collection=journals 2015. 4. 2. 방문), Frederick Schauer, A Critical Guide to Vehicles in the Park, 83 N.Y.U. L. Rev. 1109 (2008) (http://www.law.virginia.edu/pdf/faculty/hein/schauer/83nyu_l_rev1109_2008.pdf, http://www.law.nyu.edu/ecm_dlv/groups/public/@nyu_law_website__journals__law_review/documents/web_copytext/ecm_pro_059778.pdf 각 2012. 4. 30. 방문) 등 참조.

995) 조홍식, 경제학적 논증의 법적 지위 - 배제적 법실증주의의 관점에서, 서울대학교 법학 48권 4호, 서울대학교 법학연구소(2007), 150

996) http://www.jasononline.com/law/juris.htm (2012. 4. 30. 방문) 법체계에는 흠결이 존재하지 않는다는 입장(Hart에 반대한 Dworkin의 입장)에서도 결론은 같을 것이다.

이거나 결과론적인 입법 기관의 의도를 표현하는 절차가 아니므로[997], 처벌가치 있는 행위가 문언의 해석가능한 범위 내에서 법관의 법해석의 재량범위 내에 포섭될 수 있다면 이를 배제할 이유가 없다는 점, ③ [자동차관리법으로 처벌하기 어려움] 행위자를 자동차관리법 제12조 제1항의 '양수받는 자', 동조 제3항의 '양수한 자'에 포섭시키기에는 무리가 있기 때문에, 행위자를 자동차관리법위반으로 처벌하기는 어렵다는 점, ④ [명의신탁 아닌 경우와의 차별성] 대상사안에서 행위자의 행위는, 어머니가 실질적으로 차량을 구입하여 아들로 하여금 차량을 운행하게 하면서 차량 할부금 등은 어머니가 전적으로 부담한 경우와는 달리 보아야 한다는 점(즉 그 경우에는 아들의 행위를 어머니의 행위와 동일시할 만한 사정, 즉 어머니에게 형법상 '행위'로 평가할 수 있는 것이 있다고 볼 수 있으므로 배임죄의 부작위범 성립이 문제될 수 있음), ⑤ [명의자인 어머니를 처벌하는 것은 문제가 있음] 대상사안과 같은 법현상에 대한 규제를 위해서, 행위자가 아니라 행위자의 어머니를 배임죄의 부작위범 내지 권리행사방해죄의 부작위범으로 규율할 경우, 과연 대상사안과 같은 경우 명의자(행위자의 어머니)가 행위자의 행위에 대한 인식이 있었는지[998] 자체가 문제되고[999], 명의자(어머니)가 행위자로 하여금 자동차를 운행하도록 내버려 둔 행위를 배임의 구성요건 실현과 동가치성이 있다고 평가할 수 있을 것인지도 의문이라는 점[1000], 행위자와 명의자인 어머니를 공동정범으로 인정하려면 각 참여

"Law is a seamless system with its own autonomy. It provides one correct answer to any cases, difficult or not, by application of its rules, precedents, principles and spirit."

997) Aharon Barak, Purposive Interpretation in Law, 227 각주 48

998) 부작위범이 인정되기 위하여는 '행위(작위의무 이행)의 가능성'이 인정되어야만 하는데(이재상 · 장영민 · 강동범, 형법총론, 122), 명의자가 피고인의 행위에 대한 인식이 없는 이상 행위의 가능성은 인정될 수 없다.

999) 이를 규범적으로 보아 인식하였다고 본다면, 결국 민법상의 계약불이행책임을 형법상의 고의책임으로 전환시키는 것으로, 자신의 행위도 아닌 예견불가능한 타인(피고인)의 행위 결과에 의하여 명의자의 형사처벌이 좌우된다는 불합리함이 생긴다. 더욱이 사고뭉치 자식을 둔 부모는, 자신 명의의 물건 중 타인에게 담보로 제공되어 있는 것에 관해서는, 그 자식의 행위 여하에 따라 형사책임 유무가 결정될 수 있는 결과가 된다.

1000) 부작위범으로 처벌하려면 어머니에게 보증인 지위가 있어야 하고, 어머니의 부작위를 구성요건의 실현과 같게 평가할 수 있어야 한다(부작위의 동가치성). 이재상 · 장영민 · 강동범, 형법총론, 123~4. 이 사안에서는 구성요건의 실현은 아들(피고인)의 작위에

자의 범행에 대한 행위지배가 있어야 하나 대상사안에서는 명의자인 어머니의 행위로 평가할 만한 것이 없다는 점[1001], 행위자를 간접정범으로 처벌하려면 "어느 행위로 인하여 처벌되지 아니하는 자 또는 과실범으로 처벌되는 자"를 이용할 것, 즉 명의자가 적어도 형법상 행위로 평가할 만한 것을 행하였어야 하는데 과연 명의자가 대상사안에서 형법상 행위로 평가할 만한 어떤 것을 행하였는지 파악할 수 없다는 점[1002], ⑥ [행위자의 행위는 자연범적 성질을 지님] 일반적인 시각에서 행위자의 행태가 나쁘다고 느끼는 이유는 행위자의 차량 처분행위(대포차로 매각) 자체가 사회적으로 규제되어야 할 법현상이지 그의 미등록 전매행위를 비난하는 것이 아니라는 것, 즉 행위자의 행위가 단순한 행정범(법정범)이 아니라 반사회적·반도덕적인 행위인 형사범(자연범)으로 파악되기 때문이므로[1003][1004], 자동차관리법 등 행정형법에 의하여서가

있으므로, 결국 어머니의 부작위는 아들(피고인)의 작위와 동일시할 수 있어야 하나, 그렇다고 평가하기 어렵다. 만약 이와 달리 보아 행위정형의 동가성을 인정한다면, 결국 명의자가 자신이 아닌 타인에게 차량을 운행하게 하였을 경우 그 타인이 어떤 행동을 하더라도 명의자가 모든 책임을 부담할 수 있게 된다.

1001) 명의자인 어머니의 관여를 인정할 증거 없다. 명의자에 대해 자식인 행위자에게 자신 명의로 차량을 구입해 준 것에서 형법상 '행위'의 요소를 찾으려 한다면, 차라리 행위자의 자동차 구매당시의 '행위'에서 '기망적 요인'을 찾아 사기죄로 의율하는 편이 나을 것이다.

1002) 행위자는 최사장이라는 사람에게 포기각서를 작성해 주었을 뿐, 차량의 이전등록에 필요한 서류를 발급해 주었다는 사정은 나타나지 않는다. 즉 명의자인 어머니의 행위를 인정할 수 없다.

1003) 다수설은 행정범과 형사범의 구별을, 피침해규범의 성질을 기준으로 형사범은 그 행위를 금지하는 법규의 유무에 관계없이 인간으로서 당연히 하여서는 안 된다고 판단되는 반사회적·반도덕적 행위를 대상을 한 것임에 대하여(자연범), 행정범은 그 행위를 하는 것 자체가 당연히 반사회적·반도덕적 행위로 허용될 수 없는 것이 아니라 이를 금지하는 법규가 존재함으로써 비로소 허용될 수 없는 행위를 대상으로 한 것(법정범)이라고 보되, 행정범도 시간의 경과에 따라 국민의 도덕 내지 윤리감정을 형성하여 형사범으로 전화될 수도 있다는 상대적 구별설을 취하고 있다. 정만조, "행정형벌법규의 부지와 범의", 법조 27권 3호(1978. 3.), 47; 최봉석, "행정형벌에 관한 일고", 법조 51권 12호(2002. 12.), 116~123에서는 행정범과 형사범의 구별에 관하여 부정설, 긍정설이 있으며, 후자는 다시 법익에 대한 공격의 양태 등을 기준으로 구별하는 견해, 피침해이익의 성질을 기준으로 구별하는 견해, 피침해규범의 성질을 기준으로 구별하는 견해로 나눌 수 있다고 설명하고 있다. 손기식, "행정범에 있어서 고의·과실", 법조 47권 9호(1998. 9.), 7~10에서는 구별긍정설을 피침해이익의 성질을 표준으로 하는 견해, 피침해규범의 성질을 표준으로 하는 견해, 윤리를 표준으로 하는 견해, 생활질서의 차이를 표준으로 하는 견해로 나누고 설명하고 있다. 구별의 실익은 행정범의 비범죄화에 관한 논의와 관련되어 있다. 독일에서는 행정범을 형사범으로부터 분리하려는 시도가 18세기 이후부터 활발

아니라 일반형사법에 의하여 규율되어야 한다는 점, ⑦ [유사사안에 대한 99도457 판결과 이 사안은 동질적임] 위 99도457 판결 사안(각주 975)도 그 법적 평가만을 본다면 행위자와 피해자 학교법인 사이에는 계약관계가 존재하지 않으며 그 사안에서 주시하여야 할 것은 피해자 법인에 대한 지배가 아니라 '타인(학교법인)을 위한 사무에 대한 지배'가 있었는지 여부인바, 이 사안에서도 행위자는 자동차를 운행하여 실질적으로 지배하면서 '그 담보가치 보존의무를 실질적으로 지배'하고 있었기 때문에 '타인의 사무에 대한 지배'가 존재한다고 보아야 한다는 점, ⑧ [대상사안과 같은 유형에 대하여 신임관계를 인정한 선례가 없다고 단정할 수 없음] 위 73도181 판결 사안(각주 975)은 피고인과 타인 사이에 직접적인 교섭에 의하여 신임관계가 발생한 것이 아니며[1005], 위 2003도67 판결 사안(각주 978)의 경우에도 피고인과 공장저당권설정자 사이의 계약은 이행인수계약이라서, 위 두 사안에서 피고인과 피해자인 금융기관 사이에는 직접적인 계약관계가 없고 피해자인 금융기관이 피고인에 대하여 직접 권리를 주장할 수 있는 관계가 아니었다[1006]는 점에서 대상사안의 경우와 같다는 점, ⑨ [하급심 판결례] 의정부지방법원 2011. 2. 24. 선고 2010노2052 판결[1007], 대구지방법

히 전개된 결과 1952년 질서위반법(Gesetz über Ordnungswidrigkeiten)이 제정되기에 이르렀다고 하는바, 질서위반법의 규율대상이 되는 질서위반행위는 비록 국가적 명령과 금지에 위반하였으나 사회윤리적 비난의 여지가 적어 형벌을 과할만한 행위는 아니지만, 생명 · 신체 등 개인적 법익의 보호와 국가행정활동의 원활한 수행을 위해 이를 방치해서는 곤란한 규범-명령위반행위로서 이에 대하여 질서위반금(Geldbuße)이라는 금전적 제재를 받게 된다. 최봉석, 위 논문, 123~7

1004) 대법원 1969. 7. 29.자 69마400 결정은 "행정질서벌과 행정형벌은 행정법령에 위반하는데 대한 제재라는 점에서는 같다 하더라도 행정형벌은 그 행정법규 위반이 직접적으로 행정목적과 사회공익을 침해하는 경우에 과하여지는 것…(중략), 행정질서벌인 과태료는 직접적으로 행정목적이나 사회공익을 참해하는데 까지는 이르지 않고 다만 간접적으로 행정상의 질서에 장해를 줄 위험성이 있는 정도의 단순한 의무태만에 대한 제재로서 과하여지는데 불과"하다고 하여 그 성질상의 차이점에 관하여 판시한 바 있다.

1005) 문형섭, "배임죄에 관한 연구", 호남대학교 박사학위논문(2001), 62 각주 203. 배임죄의 본질에 관하여 배신설의 입장에 설 경우, "신임관계는 본인과의 사이에 존재하는 '객관적 관계'이므로 그것은 반드시 본인과의 직접적인 교섭에 의해 발생할 필요는 없고 간접으로 발생하는 경우도 있다고 한다. 채권담보로서 채무자로부터 제3자 소유의 부동산소유권이전등기에 필요한 서류를 교부 받은 때 채권자와 제3자 사이의 신임관계가 그것이다."라고 하면서 위 판례를 인용하였는데, 저자가 위 배신설의 입장을 지지하는 것인지는 불분명하다.

1006) 이행인수의 법률관계에 관하여는 곽윤직, 채권총론, 박영사(2000), 319 참조.

원 2011. 2. 22. 선고 2010고단5521 판결[1008]에서도 마찬가지로 자동차의 실질적인 지배자를 '타인의 사무를 처리하는 자'라는 전제하에 판단하였다는 점 등을 들 수 있다.

V. 사견

이 사안에서 자동차 매매계약 및 대출계약은 행위자를 위한 어머니의 "대행적 대리"[1009]에 의한 계약이다. 다만 우리 민법은 법률관계의 명확화와 상대방 이익의 보호를 위해 현명주의(민법 제114조 제1항)를 채택하고 있는바[1010], 대출계약과 관련하여 행위자와 어머니가 대출계약 상대방인 캐피탈 주식회사에 대하여 그 법적 효과가 행위자 본인에게 귀속된다고 주장할 수 있는지 문제되는데, 이는 일반 법률행위의 해석에 관한 문제로서, 제반 사정에 비추어 행위자 아닌 제3자를 위한 것임을 알 수 없다면 현명이 행해지지 않은 것으로(민법 제115조 본문), 알 수 있으면 현명이 행해진 것으로 보아야 할 것이고(민법 제115조 단서), 여기에 있어 의사표시의 객관적 내용만이 판단기준으로 되며, 당사자의 내심의 의사는 해석을 위한 자료로서 고려될 수 있을 뿐 특별한 의미를 갖지 않는다[1011]. 대상사안에서는 대출계약서라는 객관적 자료

1007) 피고인의 처에게 명의신탁되어 피해자에게 저당권설정된 자동차를 사채업자에게 담보로 제공한 사안으로, 그것만으로 피고인에게 임무위배행위가 없다고 보아 무죄판결이 선고되어 확정되었다.

1008) 회사의 대표이사인 피고인이 회사 명의로 차량을 구매하여 피해자 대출회사에 저당권을 설정한 후 사채업자에게 대포차로 판 사안으로, 피고인에게 임무위배행위가 있다고 보아 유죄판결이 선고되어 확정되었다.

1009) 대행적 대리는 대리인이 대리인 본인의 이름으로 법률행위를 하는데, 그 법적 효과는 본인에게 귀속되는 경우를 의미한다. 대법원은 "현명(顯名)이 있을 경우" 본인에 대하여 그 효력을 인정한다. 대법원 1995. 2. 28. 선고 94다19341 판결 (대리인이 본인의 대리인임을 나타내지 않고 대리인 자신의 이름으로 계약을 체결한 사안. 원고의 대리 주장(현명이 되었음을 전제함)에는 대행적 대리 주장도 포함됨을 인정한 판례) 참조. 다만 이 판결 사안은 상대방이 대행적 대리임을 알았던 경우(현명이 있던 경우)이고 상대방이 대행적 대리임을 알지 못하였던 경우(현명이 없던 경우)가 아니다. 2010도11665 판결 사안(각주 967)에서, 피해자는, 피고인 본인이 신용불량자이므로 피고인을 계약당사자로 하려는 의사는 없었을 것이다]. 대행적 대리에 대하여는, 대리적 효과의사나 상대방의 인식 결여 등 이론적 난점이 있다는 비판도 있다. 이영준, 민법총칙, 585~7

1010) 민법주해 [Ⅲ] 총칙 (3), 박영사(2000), 24(손지열 집필)

1011) 민법주해 [Ⅲ] 총칙 (3), 25(손지열 집필)

에 어머니의 명의로 계약이 체결되었고, 대출금의 납부도 어머니 명의로 이루어졌으므로, 현명(顯名)이 이루어졌다고 볼 수는 없다고 생각된다. 따라서 상대방인 캐피탈 주식회사에 대한 관계에서 계약당사자는 어머니라고 볼 것이다. 물론 행위자와 어머니 사이에서는 명의신탁 약정(특히 어머니의 대리의사)에 따라 어머니가 채무자로서 캐피탈 주식회사에게 대출금 지급의무를 부담하기 때문에, 행위자의 의무 불이행시 어머니는 행위자에게 대출금 납부를 요구할 수 있고, 어머니 자신이 변제하였을 경우에는 그 구상금을 행위자에게 청구할 수 있다고 할 것이다. 즉 실질적인 채무자는 행위자이다. 이 경우 캐피탈 주식회사가 행위자에게 대행적 대리를 주장하여 직접 행위자에게 할부대금을 청구할 수 있는가? 앞서 현명(顯名)이 없다고 법률행위를 해석하는 이상 이를 주장할 수는 없다고 보여지고, 다만 어머니가 무자력일 경우 캐피탈 주식회사는 행위자에 대하여 채권자대위권(민법 제404조)을 행사할 수는 있다고 생각된다. 결국 행위자와 캐피탈 주식회사 사이에 대출계약의 법적 효과에 구속되는 신임관계가 존재하는 것은 아니다. 다만, 명의신탁 약정에 따라 어머니의 대행적 대리에 의한 계약이 있으므로, 캐피탈 주식회사가 어머니에 대한 채권에 기해 어머니의 행위자에 대한 명의신탁 약정에 기한 채권(행위자가 어머니를 대신하여 납부하여야 하는 대출금 상당을, 행위자로 하여금 캐피탈 주식회사에 직접 지급하게 하거나, 어머니에게 지급하여 어머니가 캐피탈 주식회사에 지급하도록 청구할 수 있는 채권)을 대위행사할 수 있는 가능성(잠재성)이 있으므로, 행위자와 캐피탈 주식회사 사이에는 간접적인 채권, 채무관계가 있다고는 볼 수 있을 것이다. 그리고 어머니의 캐피탈 주식회사에 대한 채무와, 행위자의 어머니에 대한 채무는 실질적으로 동일하다. 또한 위와 같은 법리구성을 떠나 일반인의 입장에서도, 명의만 어머니로 하였을 뿐 행위자가 위 자동차의 대출금 지급의무를 부담하면서 위 자동차의 운행자(지배자 내지 실질적 소유자)였던 점에 비추어, 저당권자인 캐피탈 주식회사에 대한 관계에서 행위자는 실질상 채무자 겸 담보제공자로서 '위 자동차의 담보가치를 유지해야 할 담보물 보관의무'가 존재하였다고 봄이 상당하다[1012]. 즉 대리인의 '현명 없는' 대행적 대리에 의하여

그 법적 효과가 본인(행위자)과 상대방(캐피탈 주식회사) 사이에서 발생하지는 않는다고 하더라도, 본인(행위자)은 ① 실질적으로 위 자동차 관련 대출금 채무를 상대방(피해자)에게 부담하면서 ② 위 자동차를 실질적 · 사실적으로 지배하는 위치에 있으므로, 본인(피고인)은 상대방(피해자)에 대하여 실질적으로는 채무자 및 담보제공자로서의 지위를 갖게 되고, 따라서 신의칙 내지 사실상 신임관계에 의하여 상대방에게 담보물 보관의무를 갖는 것이다. 따라서 위 사안에서 행위자에게 배임죄가 성립될 수 있다고 봄이 타당하다.

권리행사방해죄의 성립 여부에 관하여 보건대, 행위자에게 권리행사방해죄가 성립하기 위하여는 행위자가 자동차의 소유자로서 또는 자동차의 소유자와 공동하여 범행에 이르렀어야 할 것이다. 명의신탁된 자동차의 소유권은 대외적으로는 명의수탁자에게, 대내적으로는 명의신탁자에게 귀속되고, 제3자에 대한 관계에서는 대외적 소유관계에 따라 소유권의 귀속이 결정된다. 따라서 대외적 관계에 있어서 행위자에게 자동차에 관한 소유권을 인정할 수 없고, 명의신탁자인 어머니와 공동하였다고 볼 만한 자료도 없으므로 권리행사방해죄는 성립할 수 없다고 봄이 타당하다.

1012) 그렇다면 행위자 이후의 유통과정에서의 취득자도 캐피탈 주식회사와 사이에서 사실상 신임관계가 존재한다고 볼 것인가? 이를 부정함이 상당하다고 생각된다. 행위자 이후로 자동차의 지배권을 취득한 자에 대하여 피해자가 차량의 인도청구는 가능할지언정, 채권자대위를 통하여 대출금 상당의 지급을 청구할 수는 없을 것이기 때문이다. 다만 행위자 이후로 자동차의 지배권을 취득한 자가 행위자의 지위를 그대로 승계한 경우라면(행위자의 어머니로부터 소유권이전등록을 받거나 계약인수를 통해 위 자동차를 운행하는 경우 등), 타인의 사무를 처리하는 자의 지위도 승계받는다고 봄이 상당할 것이다. 물론 반대견해도 가능할 것이다. 즉 배임죄는 고무줄과 같이 정형이 없는, 재산범에 대한 일반적 · 포괄적 처벌규정이기 때문에, '타인의 사무를 처리하는 자'의 범위획정에 있어 '사실상 신임관계'에 의해 성립되는 범위를 줄이자는 입장에서 그러할 것으로 보인다.

제3절 예금

I. 문제의 제기

예금계좌도 명의신탁의 대상으로 이용되는 경우가 있다. 금융실명제와 관련하여 명의신탁된 예금계좌에 있는 금원을 명의수탁자가 영득할 경우 횡령죄가 성립될 수 있을 것인지 문제된다[1013].

금융실명법 제3조(금융실명거래) 제1항은 "금융회사 등은 거래자의 실지명의(이하 "실명"이라 한다)로 금융거래를 하여야 한다."라고 규정하고 있는바, 위 규정에 의하여 실명을 사용하는 것이 강제되는 것은 아닌지, 실명을 사용하지 아니할 경우 그 예금주를 누구로 보아야 하는지 여부 등에 관하여 문제된다.

금융실명제가 실시되면서 은행과의 예금계약 당사자가 누구인지에 관하여 대법원 2009. 3. 19. 선고 2008다45828 전원합의체 판결이 선고된 바 있다[1014]. 위 판결 다수의견은 금융실명제 이후에 체결된 예금계약의 경우에는 원칙적으로 예금명의자를 예금주로 보아야 하고, 그와 같이 보지 않으려면 매우 특별한 사정이 있어야 한다고 하였다[1015].

1013) 대상사안은 대법원 2009. 7. 23. 선고 2009도2006 판결, 대법원 2010. 7. 22. 선고 2008도9954 판결의 사안

1014) 금융실명제가 실시되기 전에는 예금계약상의 예금주를 누구로 볼 것인가에 관하여 객관설, 주관설, 절충설 등으로 나뉘어 있었고, 대법원 1995. 8. 22. 선고 94다59042 판결 등은 "금융기관에 대한 기명식 예금에 있어서는 금융기관이 누구를 예금주라고 믿었는가에 관계없이 예금을 실질적으로 지배하고 있는 자로서 자기의 출연에 의하여 자기의 예금으로 한다는 의사를 가지고 스스로 또는 사자, 대리인을 통하여 예금계약을 한 자를 예금주로 보아야 한다."라고 하여 객관설을 따르고 있었다. 이에 관한 학설, 판례의 개요에 관하여 문성관, "금융실명제하에서의 출연자와 예금명의자가 서로 다른 경우 예금주의 인정 기준 및 출연자의 예금반환채권의 행사방법", 재판실무연구, 광주지방법원(2002), 29~31 참조

1015) "금융실명제가 시행된 후에는 특별한 사정이 없는 한 주민등록증 등을 통하여 실명확인을 한 예금명의자가 금융실명법 제3조 제1항 소정의 '거래자'로서 금융기관과 예금계약을 체결할 의사를 표시한 것으로 보아야 하고, 또한 대량적·반복적으로 이루어지는 예금거래를 신속하고 정형적으로 처리하여야 하는 금융기관으로서도, 출연자가 누구인지 여부 및 출연자와 예금명의자의 내부관계가 어떠한지에 구애받음이 없이 예금계약의 당사자 확정을 둘러싼 분쟁을 방지하고 법률관계를 명확히 하기 위하여 실명확인을 통하여 계약체결 의사를 표시한 예금명의자를 계약당사자로 받아들여 예금계약을 체결한 것이라고 보아야 하므로, 이와 같이 합치된 쌍방의 의사 및 그에 관한 금융기관의 신뢰는 존중

그렇다면 금융실명제 이후 실질적인 예금 출연자가 타인의 명의를 빌려 금융기관과 예금계약을 체결한 이후, 그 타인이 예금을 영득하였을 경우 그 예금의 소유권 귀속과 관련하여 그 타인을 처벌할 수 있을 것인지, 처벌한다면 어떠한 죄책을 부담하게 되는지가 문제될 수 있다.

II. 대상사안

명의신탁자가 명의수탁자의 통장과 도장을 직접 보관, 관리하다가 현금 인출 등의 필요가 있을 경우에 명의수탁자에게 통장과 도장을 건네주면서 심부름을 시켜왔는데 그 명의수탁자가 통장과 도장을 가지고 예금을 인출하여 영득한 경우[1016], 혹은 아예 명의신탁자가 명의수탁자에게 자신의 통장과 도장의 보관, 관리까지 맡겨 예금을 관리하여 왔는데 그 명의수탁자가 예금 인출을 거부하거나 임의로 예금을 인출하여 소비

되어야 한다. 결국, 위에서 본 처분문서에 표시된 의사표시의 해석에 관한 일반적인 법리와 아울러 투명한 금융거래를 추구하는 금융실명제 관련 법령의 규정과 입법취지, 예금계약 관련 기본약관, 금융실무의 관행, 예금거래의 특수성, 예금명의자와 금융기관의 의사 및 신뢰보호의 필요성 등을 종합하여 보면, 금융실명법에 따라 실명확인 절차를 거쳐 예금계약을 체결하고 그 실명확인 사실이 예금계약서 등에 명확히 기재되어 있는 경우에는, 일반적으로 그 예금계약서에 예금주로 기재된 예금명의자나 그를 대리한 행위자 및 금융기관의 의사는 예금명의자를 예금계약의 당사자로 보려는 것이라고 해석하는 것이 경험법칙에 합당하고, 예금계약의 당사자에 관한 법률관계를 명확히 할 수 있어 합리적이라 할 것이다. 그리고 이와 같은 예금계약 당사자의 해석에 관한 법리는, 예금명의자 본인이 금융기관에 출석하여 예금계약을 체결한 경우나 예금명의자의 위임에 의하여 자금 출연자 등의 제3자(이하 '출연자 등'이라 한다)가 대리인으로서 예금계약을 체결한 경우 모두 마찬가지로 적용된다고 보아야 한다. 따라서, 본인인 예금명의자의 의사에 따라 예금명의자의 실명확인 절차가 이루어지고 예금명의자를 예금주로 하여 예금계약서를 작성하였음에도 불구하고, 위에서 본 바와 달리 예금명의자가 아닌 출연자 등을 예금계약의 당사자라고 볼 수 있으려면, 금융기관과 출연자 등과 사이에서 실명확인 절차를 거쳐 서면으로 이루어진 예금명의자와의 예금계약을 부정하여 예금명의자의 예금반환청구권을 배제하고, 출연자 등과 예금계약을 체결하여 출연자 등에게 예금반환청구권을 귀속시키겠다는 명확한 의사의 합치가 있는 극히 예외적인 경우로 제한되어야 할 것이고, 이러한 의사의 합치는 금융실명법에 따라 실명확인 절차를 거쳐 작성된 예금계약서 등의 증명력을 번복하기에 충분할 정도의 명확한 증명력을 가진 구체적이고 객관적인 증거에 의하여 매우 엄격하게 인정하여야 한다."; 위 전원합의체 판결 이전에는 출연자와 금융기관 사이에 예금명의인이 아닌 출연자에게 예금반환채권을 귀속시키기로 하는 명시적 또는 묵시적 약정이 있는 경우 출연자를 예금주로 본다는 것이 판례의 입장이었으나(대법원 2000. 3. 10. 선고 99다67031 판결 등), 위 전원합의체 판결로 변경되었다.

1016) 대법원 2010. 7. 22. 선고 2008도9954 판결

한 경우[1017] 명의수탁자의 행위를 처벌할 수 있는가 문제된다. 평소 통장과 도장을 누가 관리하였는지가 문제될 뿐, 예금계좌 명의에 관하여 명의신탁이 이루어졌다(명의수탁자의 예금인출이 가능하다)는 점에서는 동일하다.

III. 쟁점

대상사안에서 금융실명법을 위반하여 명의신탁을 한 경우 그 명의신탁을 불법원인급여와 같게 보아 명의신탁자의 명의수탁자에 대한 반환청구를 인정하지 않을 것인가, 즉 명의신탁자와 명의수탁자 사이의 신뢰관계를 보호할 필요가 없는 것으로 볼 것인가 문제된다.

그리고 신뢰관계를 보호할 수 있는 것이라고 평가한다고 하더라도, 예금의 소유권이 누구에게 귀속되는지가 문제된다. 즉 횡령죄가 성립하기 위하여는 명의수탁자가 명의신탁자의 재물을 보관하는 지위에 있어야 하는데, 그 예금에 대하여 명의신탁자의 소유라고 인정할 수 있는지 여부가 문제된다.

IV. 보호가치 있는 신뢰관계 여부

이에 대하여는 다음과 같이 견해가 나뉠 수 있다.

1. 긍정설

먼저 횡령죄에서 보호할 만한 신뢰라는 개념을 강조하는 것 자체에 의문이 제기될 수 있다. 사기죄에서의 거래상대방에 대한 신뢰와 횡령죄에 있어서의 신뢰는 질적으로 서로 다른 것이 아니기 때문에[1018] 보호할 만한 신뢰라는 개념 설정 자체에 문제가 있다는 것이다.

특히 부동산실명법에서는 명의신탁의 민사적 효력이 무효라는 점을

1017) 대법원 2009. 7. 23. 선고 2009도2006 판결

1018) 문형섭, “횡령죄와 배임죄 -명확한 구별을 위한 제언-”, 법조 52권 5호(2003. 5.), 8~9

명문으로 규정하고 있음에 반하여, 금융실명법에서는 명의신탁의 효력에 관하여는 별다른 규정이 없다. 금융실명법 제3조 제1항은 “금융회사 등은 거래자의 실지명의로 금융거래를 하여야 한다.”라고 규정하고 있으나, 이를 위반하였을 경우 민사적 효력이 어떻게 되는지에 관하여 규정이 없을 뿐만 아니라, 별다른 제재 규정도 두고 있지 않다[1019]. 제1조에서 목적에 관하여 “이 법은 실지명의에 의한 금융거래를 실시하고 그 비밀을 보장하여 금융거래의 정상화를 기함으로써 경제정의를 실현하고 국민경제의 건전한 발전을 도모함을 목적으로 한다.”라고 규정하고 있을 뿐 부동산실명법과 달리 ‘반사회적’이라는 등의 언급이 없다. 그리고 형벌규정과 과태료도 명의신탁자나 명의수탁자에 대한 제재규정이 아니라 금융회사 등에 종사하는 사람에 대하여 적용될 뿐이다[1020]. 판례도 비실명금융거래계약의 사법상 효력은 무효가 아니라고 보고 있다[1021].

따라서 무효가 아닌 계약에 기초한 신뢰관계는 보호할 가치가 있다[1022].

2. 부정설

점유이탈물횡령죄에 비하여 횡령죄를 무겁게 처벌하는 이유는, 횡령

1019) 형벌규정은 제3조 제3항(누구든지 「특정 금융거래정보의 보고 및 이용 등에 관한 법률」 제2조 제3호에 따른 불법재산의 은닉, 같은 조 제4호에 따른 자금세탁행위 또는 같은 조 제5호에 따른 공중협박자금조달행위 및 강제집행의 면탈, 그 밖에 탈법행위를 목적으로 타인의 실명으로 금융거래를 하여서는 아니 된다)을 위반하였을 경우, 즉 탈법행위를 목적으로 한 행위에 대하여 있다.

1020) 제6조, 제7조

1021) 대법원 2001. 12. 28. 선고 2001다17565 판결 {구 금융실명거래및비밀보장에관한긴급재정경제명령(1997. 12. 31. 법률 제5493호 금융실명거래및비밀보장에관한법률 부칙 제2조로 폐지)이 시행된 후에는 금융기관에 예금을 하고자 하는 자는 원칙적으로 직접 주민등록증과 인감을 지참하고 금융기관에 나가 자기 이름으로 예금을 하여야 하는 것이므로, 예금명의자를 예금주로 보아야 할 것이나, 특별한 사정으로 출연자와 금융기관 사이에 예금명의인이 아닌 출연자에게 예금반환채권을 귀속시키기로 하는 명시적 또는 묵시적 약정이 있는 경우에는 출연자를 예금주로 하는 금융거래계약이 성립하는 것이고, 위 긴급재정경제명령이나 금융실명거래및비밀보장에관한법률에서 비실명거래행위를 금지하고, 비실명거래자에게 실명전환의무를 부과하며, 이를 위반하는 경우 금융기관의 임원 또는 직원에 대하여 과태료 부과처분을 하고, 실명전환의무위반자에게 과징금 부과처분을 하도록 규정하고 있더라도 비실명금융거래계약의 사법상 효력에는 영향이 없다}

1022) 임웅, 형법각론, 459~460

죄에 소유권침해뿐만 아니라 신뢰관계 파괴라는 배신행위에 있는 것이므로, 신뢰관계는 보호할 가치가 있어야 한다. 따라서 횡령죄에서의 신뢰관계를 사기죄의 그것과 질적으로 큰 차이가 없다고 보아 경시하는 입장은 타당하다고 보기 어렵다.

특히 예금계좌에 대한 명의신탁이 이루어질 경우, 통상 그 위탁의 목적, 동기가 민법 제103조에 해당하는 경우(뇌물이나 비자금 등 음성자금의 조성)가 많을 뿐만 아니라, 가사 그에 이르지 않는다고 하더라도 금융거래의 투명성을 확보하려는 금융실명제를 잠탈하려는 동기가 더하여지면, 이러한 행위는 형법적인 보호를 하지 않는 것이 타당할 것이다[1023]. 그러한 해석이 금융실명제 안착을 위하여도 필요하다.

자신의 실명을 감춘 채 이루어지는 비실명 금융거래는 음성적인 자금거래를 확대시키고 경제구조를 왜곡시킬 뿐만 아니라, 정치 · 경제 · 사회 · 문화 등 각 분야에도 부정적인 영향을 미쳐 불건전한 자금 행태, 비자금 조성, 부동산 투기 등 각종 사회 부조리 · 부패의 근원으로 작용하며, 금융소득종합과세의 회피나 상속세 · 법인세 등의 조세포탈, 각종 범죄수익금의 은닉, 자금세탁행위 등에 이용될 수 있는 등 그 폐해가 심대하므로 이를 엄격히 규제할 필요성이 매우 크다[1024].

3. 검토

'특정 금융거래정보의 보고 및 이용 등에 관한 법률' 제1조는 "이 법은 외국환거래 등 금융거래를 이용한 자금세탁행위와 공중협박자금조달행위를 규제하는 데 필요한 특정금융거래정보의 보고 및 이용 등에 관한 사항을 규정함으로써 범죄행위를 예방하고 나아가 건전하고 투명한 금융거래 질서를 확립하는 데 이바지함을 목적으로 한다."라고 규정하고 있다. 이에 따라 동법 제4조[1025]는 금융회사 등이 금융거래와 관련

1023) 대법원 1994. 3. 11. 선고 93다40522 판결, 대법원 2000. 2. 11. 선고 99다56833 판결 (법률행위의 목적인 권리의무의 내용이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반되는 경우뿐만 아니라, 그 내용 자체는 반사회질서적인 것이 아니라고 하여도 법률적으로 이를 강제하거나 그 법률행위에 반사회질서적인 조건 또는 금전적 대가가 결부됨으로써 반사회질서적 성질을 띠게 되는 경우 및 표시되거나 상대방에게 알려진 법률행위의 동기가 반사회질서적인 경우에도 불법원인급여에 해당될 수 있다)

1024) 대법원 2009. 3. 19. 선고 2008다45828 전원합의체 판결의 별개의견

하여 수수한 재산이 불법재산이라고 의심되는 합당한 근거가 있거나 금융거래의 상대방이 자금세탁행위나 공중협박자금조달행위를 하고 있다고 의심되는 합당한 근거가 있는 경우, 또는 '범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률' 제5조 제1항 및 '공중 등 협박목적을 위한 자금조달행위의 금지에 관한 법률' 제5조 제2항에 따라 금융기관 등의 종사자가 관할 수사기관에 신고한 경우 등에 있어 불법재산 등으로 의심되는 거래를 금융정보분석원장에게 보고하도록 규정하고 있고, 동법 제14조[1026]는 이를 위반하여 그 보고를 허위로 한 자를 형사처벌하도록 규정하고 있다. '범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률' 제5조[1027]도 같은 취지로 금융회사 등에 신고의무를 부여하고 있다. 여기

1025) 제4조 (불법재산 등으로 의심되는 거래의 보고 등)
① 금융회사 등은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 지체 없이 그 사실을 금융정보분석원장에게 보고하여야 한다.
1. 금융거래와 관련하여 수수(授受)한 재산이 불법재산이라고 의심되는 합당한 근거가 있는 경우
2. 금융거래의 상대방이 「금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률」 제3조 제3항을 위반하여 불법적인 금융거래를 하는 등 자금세탁행위나 공중협박자금조달행위를 하고 있다고 의심되는 합당한 근거가 있는 경우
3. 「범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률」 제5조 제1항 및 「공중 등 협박목적 및 대량살상무기확산을 위한 자금조달행위의 금지에 관한 법률」 제5조 제2항에 따라 금융회사 등의 종사자가 관할 수사기관에 신고한 경우
(제2항은 '금융회사 등은 금융거래와 관련하여 수수한 재산이 대통령령으로 정하는 금액 미만인 경우라도 그 재산이 불법재산이라고 의심되는 합당한 근거가 있거나 금융거래의 상대방이 자금세탁행위나 공중협박자금조달행위를 하고 있다고 의심되는 합당한 근거가 있는 경우 금융정보분석원장에게 보고할 수 있다.'는 취지로 규정되어 있었으나 2013. 8. 13. 개정된 법률 제12103호로 삭제되었다)

1026) 제14조 (벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.
1. 제4조 제1항 및 제4조의 2 제1항 · 제2항에 따른 보고를 거짓으로 한 자

1027) 제5조 (금융회사 등의 신고 등)
① 「특정 금융거래정보의 보고 및 이용 등에 관한 법률」 제2조 제1호에 따른 금융회사 등(이하 "금융회사 등"이라 한다)에 종사하는 사람은 같은 법 제2조 제2호에 따른 금융거래와 관련하여 수수한 재산이 범죄수익 등이라는 사실을 알게 되었을 때 또는 금융거래의 상대방이 제3조의 죄에 해당하는 행위를 하고 있다는 사실을 알게 되었을 때에는 다른 법률의 규정에도 불구하고 지체 없이 관할 수사기관에 신고하여야 한다.
② 금융회사 등에 종사하는 사람은 제1항에 따라 신고를 하려는 경우 또는 신고를 한 경우에 그 사실을 그 신고와 관련된 금융거래의 상대방 및 그의 관계자에게 누설하여서는 아니 된다.
③ 제1항이나 제2항을 위반한 사람은 2년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

서 불법재산의 개념은 '범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률' 제2조 제4호[1028]의 재산상의 부정한 이익을 취득할 목적으로 범한 중대범죄에 해당하는 범죄행위(형법상 뇌물죄, 정치자금법상 정치자금부정수수죄 등)에 의하여 생긴 재산 또는 그 보수로 얻은 재산인 범죄수익과 그 범죄수익에서 유래한 재산 및 이들 재산과 그 외의 재산이 합쳐진 재산인 범죄수익 등을 말한다. 그리고 그 범죄수익 등에 대해서 몰수할 수 있도록 규정하고 있다(범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률 제8조[1029]). 즉 범죄수익 기타 불법재산의 형성자에 대한 제재

1028) 제2조 (정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.
1. "특정범죄"란 재산상의 부정한 이익을 취득할 목적으로 범한 죄로서 별표에 규정된 죄(이하 "중대범죄"라 한다)와 제2호 나목에 규정된 죄를 말한다. 이 경우 중대범죄 및 제2호 나목에 규정된 죄와 다른 죄가 형법 제40조에 따른 상상적 경합(想像的 競合) 관계에 있는 경우에는 그 다른 죄를 포함하며, 외국인이 대한민국 영역 밖에서 한 행위가 대한민국 영역 안에서 행하여졌다면 중대범죄 또는 제2호 나목에 규정된 죄에 해당하고 행위지(行爲地)의 법령에 따라 죄에 해당하는 경우 그 죄를 포함한다.
2. "범죄수익"이란 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 것을 말한다.
가. 중대범죄에 해당하는 범죄행위에 의하여 생긴 재산 또는 그 범죄행위의 보수(報酬)로 얻은 재산
나. 다음의 어느 하나의 죄에 관계된 자금 또는 재산 1) 성매매알선 등 행위의 처벌에 관한 법률 제19조 제2항 제1호(성매매알선등행위 중 성매매에 제공되는 사실을 알면서 자금·토지 또는 건물을 제공하는 행위만 해당한다)의 죄 2) 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제5조 제2항 및 제6조(제5조 제2항의 미수범만 해당한다)의 죄 3) 국제상거래에 있어서 외국공무원에 대한 뇌물방지법 제3조 제1항의 죄 4) 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제4조의 죄 5) 국제형사재판소 관할 범죄의 처벌 등에 관한 법률 제8조부터 제16조까지의 죄 6) 공중 등 협박목적 및 대량살상무기 확산을 위한 자금조달행위의 금지에 관한 법률 제6조 제1항·제4항(제6조 제1항 제1호의 미수범에 한정한다)의 죄
3. "범죄수익에서 유래한 재산"이란 범죄수익의 과실(果實)로 얻은 재산, 범죄수익의 대가(對價)로 얻은 재산 및 이들 재산의 대가로 얻은 재산, 그 밖에 범죄수익의 보유 또는 처분에 의하여 얻은 재산을 말한다.
4. "범죄수익 등"이란 범죄수익, 범죄수익에서 유래한 재산 및 이들 재산과 그 외의 재산이 합쳐진 재산을 말한다.

1029) 제8조 (범죄수익 등의 몰수)
① 다음 각 호의 재산은 이를 몰수할 수 있다.
1. 범죄수익
2. 범죄수익에서 유래한 재산
3. 제3조 또는 제4조의 범죄행위에 관계된 범죄수익 등
4. 제3조 또는 제4조의 범죄행위에 의하여 생긴 재산 또는 그 범죄행위의 보수로서 얻은 재산
5. 제3호 또는 제4호의 규정에 의한 재산의 과실 또는 대가로서 얻은 재산 또는 이들 재산의 대가로서 얻은 재산 그 밖에 그 재산의 보유 또는 처분에 의하여 얻은 재산

뿐만 아니라, 금융기관 등에도 불법재산 거래에 대한 보고의무를 부여하고 그 위반시 형사적 제재를 가함으로써 강력한 규제를 하고 있다.

위 법규정의 취지상 범죄수익 기타 불법재산 형성의 목적으로 금원이 교부된 것이라면, 그러한 금원의 교부는 불법원인급여로 평가될 가능성이 크므로, 그에 관한 신뢰관계는 보호할 가치가 없음이 분명하다[1030].

문제는 그러한 동기가 나타나지 않는 경우이다. 그러한 경우에도 신뢰관계를 보호할 가치가 없다고 보아야 하는가? 신용불량자 등이 자신의 지인에게 통장 계좌를 빌려줄 것을 요구하는 경우가 왕왕 있다. 즉 자신의 명의로는 계좌를 개설하기 어려운 행위자가 생활의 불편을 해소하기 위하여 예금 명의를 빌려서 쓰는 것이다. 이는 부동산실명법에서 금지하는 명의신탁과 다르다. 통상 부동산 명의신탁의 경우, 명의신탁자는 재력이 많은 사람이 대부분인 반면, 예금 계좌 명의를 빌리는 경우에는 그와 반대로 그렇지 아니한 경우가 더 많다고 추측된다[1031]. 즉 한정된 자원의 효율적 배분의 문제가 생기는 부동산과는 다른 측면이 있다. 따라서 이러한 신뢰관계에 대하여 보호할 가치가 없다고 보기는 어렵다고 생각된다.

V. 예금에 대한 횡령죄의 성립 여부

---

② 제1항의 규정에 의하여 몰수할 수 있는 재산(이하 "몰수대상재산"이라 한다)이 몰수대상재산외의 재산과 혼화된 경우에 그 몰수대상재산을 몰수하여야 하는 때에는 혼화에 의하여 생긴 재산(이하 "혼화재산"이라 한다) 중 몰수대상재산(당해 혼화에 관련된 부분에 한한다)의 금액 또는 수량에 상당하는 부분을 몰수할 수 있다.

③ 제1항의 규정에 불구하고 동항 각호의 재산이 범죄피해재산(재산에 관한 죄, 특정범죄가중처벌등에관한법률 제5조의2 제1항 제1호·제2항 제1호의 죄 또는 「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」 제650조·제652조 및 제654조의 죄의 범죄행위에 의하여 그 피해자로부터 취득한 재산 또는 그 재산의 보유·처분에 의하여 얻은 재산을 말한다. 이하 같다)인 때에는 이를 몰수할 수 없다. 제1항 각호의 재산의 일부가 범죄피해재산인 경우에는 그 부분에 대하여도 또한 같다.

1030) 다만 반사회적 행위에 의하여 조성된 재산인 이른바 비자금을 소극적으로 은닉하기 위하여 임치한 것은 사회질서에 반하는 법률행위로 볼 수 없어 불법원인급여가 아니라고 한 원심 판결을 수긍한 대법원 판결(대법원 2001. 4. 10. 선고 2000다49343 판결)이 있으나, 예금 계좌 명의를 빌리는 것 자체가 비자금 조성과 결부되어 있는 것이라면 위 판결과는 다른 결론에 이르게 될 것이다.

1031) 실증적 통계는 없다. 그러나 실무에서 부동산의 횡령이 아니라 예금의 횡령이 문제되는 경우는 드물다.

횡령죄가 성립하기 위하여는 행위자가 타인 소유의 물건을 보관하는 지위에 있어야 한다. 그런데 명의수탁자의 계좌에 입금된 예금의 소유권은 누구에게 귀속되는가? 명의수탁자가 보관하는 재물이 있는가? 예금의 명의수탁자는 재물을 보관하는 것인가, 아니면 단지 채권을 관리하는 것이라고 보아야 하는가?

1. 재물 보관을 부정하는 입장

예금은 은행 등 법률이 정하는 금융기관을 수치인으로 하는 금전의 소비임치 계약으로서 수치인은 임치물인 금전 등을 보관하고 그 기간 중 이를 소비할 수 있고 임치인의 청구에 따라 동종 동액의 금전을 반환할 것을 약정함으로써 성립하는 것이다[1032]. 민법 제702조는 소비임치를 규정하고 있는바, 수치인이 계약에 의하여 임치물을 소비할 수 있는 소비임치의 경우 금전의 소유권이 원칙적으로 수치인에게 이전된다. 따라서 원칙적으로 예금은 수치인인 금융기관에 소유권이 귀속된다. 이에 따른 논리적 귀결로, 예금명의자인 명의수탁자가 예금을 소비하더라도, 이는 명의신탁자의 소유물을 소비한 것이 아니기 때문에 횡령죄의 성립 가능성은 없다고 볼 수 있다. 즉 금전이 갖는 고도의 유통성과 대체성 때문에 점유의 이전에 의하여 소유권도 이전한다고 보아야 한다는 것이다.

따라서 명의수탁자에게는 예금반환채권이 존재할 뿐이므로 횡령죄의 성립 여부는 문제되지 않고, 단지 배임죄의 성립가능성만 문제될 뿐이다.

2. 재물 보관을 긍정하는 입장

형법상 보관은 반드시 자신이 하여야 하는 것은 아니다. 형법에 있어서 보관이란 점유보다 넓은 개념으로 사실상 점유나 소지뿐만 아니라 법률상 관리 · 지배까지 포함하는바, 보관은 재물에 대하여 사실상 또는 법률상 지배력을 행사하는 상태, 즉 법률상 지배 · 처분이 가능한 상태를

1032) 대법원 1985. 12. 24. 선고 85다카880 판결

의미하므로, 재물에 대한 현실적 지배사실이 있으면 족하고 반드시 재물을 물리적으로 손에 넣고 있을 필요는 없는 것이다[1033].

금전이 대체물로서의 성격이 강한 물건이라 하더라도 특정물로 취급될 수 있을 경우에는 횡령죄에 있어 재물로 평가할 수 있다[1034]. 또한 명의수탁자는 금융기관을 통하여 예금을 지배하고 있다고 볼 수 있다. 횡령죄에 있어서의 불법영득의 의사라 함은 자기 또는 제3자의 이익을 꾀할 목적으로 보관하고 있는 타인의 재물을 자기의 소유인 것과 같이 사실상 또는 법률상 처분하는 의사를 의미하는 것으로, 명의수탁자 계좌에 입금되어 있는 것으로 처리된 금원은 목적과 용도가 특정된 금원과 동일하게 평가할 수 있으므로[1035], 결국 예금은 명의수탁자의 재물로 볼 수 있는 것이다. 예금채권의 지배와 그 기본금의 지배는 법률상 동일시될 수 있는바, 그 이유는 예금채권은 일반채권과는 달리 예금채권의 채무자인 금융기관 등에 대한 행정청의 지도·감독이 이루어져 그 이행에 대한 가능성이 매우 높아 예금채권자는 언제라도 자유롭게 그 예금채권을 현금화시키거나 처분가능하기 때문이다[1036].

나아가 위탁금전의 경우 형법상의 관점에서 볼 때, 수탁자에게 그 금전의 소유권을 부여하는 특단의 사정이 없는 한, 위탁자에게 그 금전의 소유권이 유보되고, 여기서 소유권의 유보는 위탁자가 수탁자에게 위탁한 금전에 대한 가치인 금액소유권을 보유한다는 것을 의미한다고 보아야 한다[1037]. 따라서 명의수탁자는 명의신탁자에 의하여 목적과 용도가 특정된 예금이라는 재물을 보관하는 자로 볼 수 있다.

1033) 주석 형법 [각칙 (6)], 323~4

1034) 유기천, 형법학 [각론강의 상], 274~6

1035) '타인으로부터 용도가 엄격히 제한된 자금을 위탁받아 집행하면서 그 제한된 용도 이외의 목적으로 자금을 사용하는 것은, 그 사용이 개인적인 목적에서 비롯된 경우는 물론 결과적으로 자금을 위탁한 본인을 위하는 면이 있더라도, 그 사용행위 자체로서 불법영득의 의사를 실현한 것이 되어 횡령죄가 성립'하며(대법원 2002. 8. 23. 선고 2002도366 판결), 「용도나 목적이 특정되어 보관된 금전은 그 보관 도중에 특정의 용도나 목적이 소멸되었다고 하더라도 위탁자가 이를 반환받거나 그 임의소비를 승낙하기까지는 횡령죄의 적용에 있어서는 여전히 위탁자의 소유물」이라고 할 것이다(대법원 2002. 11. 22. 선고 2002도4291 판결).

1036) 上嶌一高, "預金による占有", ジュリスト 刑法の爭點, 有斐閣(2000), 190

1037) 허일태, "위탁금전의 소비와 형법상 고유한 소유권개념", 형사판례연구 (12), 박영사(2004), 273

3. 검토

민사법리에 따른다면 명의수탁자는 채권을 관리하는 자라고 보는 것이 맞을 것이다. 부동산에 대한 점유는 등기에 의하여 인정된다고 하더라도 이는 점유개념의 확장에 의한 것이며, 국가에 의하여 관리되는 부동산등기제도와 달리 예금의 경우 금융기관에 의하여 관리된다. 부동산등기제도의 경우 특정 부동산에 대응하는 1개의 등기가 존재한다. 그런데 통상 금융기관에서에서의 지급준비율(cash reserve ratio)[1038]은 100%가 아니기 때문에 예금채권자 모두가 일시에 예금채권의 반환을 구할 경우에는 모두에 대하여 예금인출이 가능할 수 없기 때문에 과연 현금과 동일시할 수 있을 것인가 의문이다. 즉 부동산등기와 예금채권 계좌가 동일하게 관념될 수 없다.

그리고 예금에 대한 점유가 인정될 수 없다고 본다 하더라도 명의수탁자가 예금을 임의로 소비하였을 경우 처벌 불가능한 것도 아닌바, 명의수탁자는 타인의 사무를 처리하는 자로 볼 수 있기 때문에 배임죄의 성립이 가능하다고 볼 수 있기 때문이다. 따라서 민사법리에 따르면 배임죄로 보게 될 것이다. 그러나 현실에서 은행이 예금을 지급하지 못하는 사태는 매우 드물다는 점에서 횡령죄 성립이 가능하다고 평가할 수 있을 것으로 생각된다[1039]. 더욱이 앞서 살펴본 영득대상이 무엇인가에 관하여 통설인 결합설[1040]의 입장에 설 경우, 예금통장이 사실상 표창하는 예금에 대하여 보관한다는 관념이 가능할 것이다. 또한 위탁금전의 경우 신탁자와 수탁자 사이에서 명의신탁자에게 소유권을 유보하는 약정이 가능할 수 있으므로, 결국 수탁자인 예금명의자가 신탁자의 재물을 보관한다는 논리구성이 불가능하지 않다.

1038) 금융기관의 예금총액에 대한 현금준비 비율

1039) 판례도 타인의 금전을 위탁받아 보관하는 자가 보관방법으로 금융기관에 자신의 명의로 예치한 경우에 그 명의자에 대하여 횡령의 주체성을 긍정한다. 대법원 2000. 8. 18. 선고 2000도1856 판결

1040) 각주 517

제4절 주식

I. 주식이 명의신탁의 대상이 되는지 여부

대법원은 "대내적 관계에서는 신탁자가 소유권을 보유하여 이를 관리 · 수익하면서, 공부상의 소유명의만을 수탁자로 하여 둔 것"을 명의신탁이라 정의하지만[1041], 그 대상은 널리 공부에 의하여 소유관계가 표시되는 재화에 한정되지 않고 등기 · 등록 또는 신고하여야 법률행위의 효력이 생기는 물권이나 기타의 재산권에 관하여도 인정되고 있는 바, 가령 전화가입사용권[1042], 광업권[1043], 어업권 등에 대하여도 명의신탁이 있을 수 있다[1044]. 신분을 감추고 투기나 조세 회피 등의 불법적인 목적을 위하여 주식도 명의신탁의 주된 대상이 되고 있다[1045].

주권이 발행되었을 경우, 주식은 주권의 교부에 의하여 양도가 이루어지고, 주권의 점유자는 이를 적법한 소지인으로 보게 된다(상법 제336조). 그러나 주권이 발행되지 않았을 경우에는 회사의 성립 또는 신주납입기일 후 6월 이전에 주식의 양도가 이루어지면 당사자 사이에서는 유효하지만 회사에 대한 관계에서는 효력이 없고, 그러한 기간이 경과된 후에 주식의 양도가 이루어지면 회사에 대하여도 효력이 있다(상법 제335조 제3항). 즉 당사자의 의사표시만으로 양도의 효력이 생기는 것으로 규정하고 있다.

주식을 매수한 금원을 실질적으로 지급한 자와 주식명의인이 다를 경우 누구를 주주로 볼 것인지에 관하여 견해의 대립이 있는바, 이에 관

1041) 이러한 판례의 정의를 기초로, 명의신탁의 '명의'는 '소유명의'만을 의미한다고 보는 견해도 있다. 곽윤직 · 김재형, 물권법, 126

1042) 대법원 1971. 9. 28. 선고 71다1952 판결

1043) 다만 광업권은 물건이 아니므로 횡령죄의 객체가 될 수는 없다. 대법원 1994. 3. 8. 선고 93도2272 판결(광업권은 재물인 광물을 취득할 수 있는 권리에 불과하지 재물 그 자체는 아니므로 횡령죄의 객체가 된다고 할 수 없고, 광업법 제12조가 광업권을 물권으로 하고 광업법에서 따로 정한 경우를 제외하고는 부동산에 관한 민법 기타 법령의 규정을 준용하도록 규정하고 있다 하여 광업권이 부동산과 마찬가지로 횡령죄의 객체가 된다고 할 수는 없다)

1044) 주석 민법 [물권 (2)], 513(권오창 집필)

1045) 정대익, "타인명의 주식인수시 주주결정에 관한 새로운 해석론", 비교사법 21권 1호, 한국비교사법학회(2014), 238 각주 1

하여 살펴본다. 그리고 그 주식명의인이 그 주식을 임의로 처분하였을 경우 형사상 죄책에 관하여 살펴본다.

II. 민사 법률관계

타인의 명의로 주식을 매수하는 경우는 2가지로 나뉠 수 있다. 먼저 타인의 허락을 받지 않고 그 타인의 명의로 주식을 매수하는 경우와, 타인의 허락을 받고 그 타인의 명의로 주식을 매수하는 경우이다. 전자의 경우는 명의신탁과는 무관한 경우이므로 논의 대상에서 제외한다.

타인의 허락을 받아 그 타인 명의로 주식을 매수한 경우, 누가 주주가 되는가에 관하여 출연자가 주주로 된다는 견해(실질설)와 명의자가 주주로 된다는 견해(형식설)로 나뉜다[1046].

형식설은 i) 상법 제332조 제2항에서 명의대여자에게 주금납입의 책임을 지우고 있다는 점, ii) 의사표시의 해석에 있어서 당사자의 진정한 의사는 내심적 효과의사가 아닌 외부로 표시된 행위로부터 추단되는 의사(표시상의 효과의사)에 기초하여 해석하여야 하므로[1047], 주식청약서를 작성하여 인수할 주식의 종류 및 수량을 기재하여 기명날인까지 하게 된 명의자를 주주로 보는 것이 타당하다는 점, iii) 회사 법률관계의 집단성으로 인해 형식적 명의를 기준으로 획일적으로 법률관계를 처리하는 것이 타당하다는 점[1048] 등을 든다.

이에 대하여 실질설은 i) 상법 제332조 제2항에서 명의대여자에게 연대책임을 부담지우는 이유는 명의대여자를 주주라고 보기 때문이 아니라 회사의 자본충실을 기하고자 하는 정책적 이유에서라는 점, ii) 명의 여부와 관계없이 실제 법률행위를 한 자를 권리자로 보는 것이 당연

1046) 아래 형식설과 실질설의 근거 및 비판에 대하여 이철송, 회사법강의, 박영사(2010), 251~2; 정대익, "타인명의 주식인수시 주주결정에 관한 새로운 해석론", 256~62; 정영진, "명의차용주주와 명의개서 미필주주의 비교", 인하대학교 법학연구 16집 3호, 인하대학교 법학연구소(2013. 11.), 193~9 참조

1047) 이는 판례의 입장이기도 하다. 대법원 2002. 2. 26. 선고 2000다48265 판결, 대법원 1996. 4. 9. 선고 96다1320 판결

1048) 김상곤, "차명주식의 법률관계", BFL 제46호, 서울대 금융법센터(2011. 3.), 99; 양승규, "명의차용에 의한 주식인수와 주주자격", 상법의 논점, 삼지원(2002), 73

하다는 점, iii) 자신이 주주라는 점을 입증하여 권리행사를 한다면 법률행위의 해석원칙인 표시주의와 상반되지 않는다는 점, iv) 주식청약서상의 기재나 주주명부상 기재와 같은 요식성은 실질적인 주주가 누구인가를 결정하는 것과 큰 상관이 없다는 점 등을 든다[1049].

판례는 실질설의 입장인바, 주주총회결의무효확인 사건에 관한 대법원 1975. 9. 23. 선고 74다804 판결은 "주식을 인수함에 있어서 타인의 승낙을 얻어 그 명의로 출자하여 주식대금을 납입한 경우에는 실제로 주식을 인수하여 그 대금을 납입한 명의차용인만이 실질상의 주식인수인으로서 명의대여인으로부터 명의개서 등 절차를 밟은 여부와는 관계없이 주주가 된다 할 것이고 단순한 명의대여인은 주주가 될 수 없다."라고 판시하였고, 그 이후 이러한 판례의 태도는 유지되고 있다[1050]. 다만 대법원의 태도는 실질설은 유지하면서도 단순 명의대여자라는 점에 대한 입증책임의 정도를 높여 가능하면 명의자를 주주로 보고자 하는 의지가 엿보이는 방향으로 변하고 있는 것으로 평가된다[1051].

그러나 이상의 논의는 회사에 대한 관계에 관한 견해의 대립이다. 형식설에 의하여 회사에 대한 관계에서 명의자가 주주라고 보는 입장에서도 대내적인 관계, 즉 신탁자와 수탁자 사이의 관계에서는 명의신탁자가 주주라고 보고 있다[1052].

형사 법률관계를 논할 때, 명의신탁자의 처분행위가 문제되는 것은 신탁자와 수탁자 사이의 관계를 기초로 신뢰관계를 위반하여 행위한 경우이므로, 대내적인 관계에서 신탁자가 소유자라는 점을 전제로 형사 법률관계를 검토하여 본다.

1049) 이기수 · 최병규 · 조지현, 회사법, 박영사(2009), 169; 정동윤, 회사법, 법문사(2001), 125

1050) 대법원 1980. 9. 19.자 80마396 결정, 대법원 2010. 3. 11. 선고 2007다51505 판결 등

1051) 김상곤, "차명주식의 법률관계", 99

1052) 양승규, "명의차용에 의한 주식인수와 주주자격", 72

III. 형사 법률관계

1. 주권이 발행된 경우

주식은 주주의 지위를 의미할 뿐 그 자체가 재물은 아니기 때문에 횡령죄의 대상이 될 수 없고, 주주권을 표창하는 주권은 유가증권으로 횡령의 대상이 될 수 있다[1053]. 따라서 주권을 명의신탁한 경우 명의수탁자가 임의로 주권을 처분하면 횡령죄의 죄책을 부담하게 된다.

그런데 통상 상장법인의 경우 한국예탁결제원에 예탁되어 계좌간 대체 기재의 방식에 의하여 주권이 양도되는바, 이러한 주권도 횡령죄의 객체가 될 수 있는지 문제된다. 증권예탁제도는 '유가증권을 대량으로 보유하고 있는 증권회사나 기관투자가 등의 예탁자가 예탁기관에 계좌를 개설하여 대상 유가증권을 예탁한 후 증권의 양도나 질권 설정 등의 권리 이전, 배당금, 원리금 상환과 같은 권리 행사가 실물 유가증권의 이동없이 계좌부상의 기록만으로 이루어지는 제도'[1054]로, 예탁계약에 따라서 계좌설정자인 예탁자는 자신 또는 투자자 소유 유가증권을 중앙예탁기관인 한국예탁결제원에 예탁하고, 한국예탁결제원은 예탁자가 예탁한 유가증권을 다른 예탁자가 예탁한 유가증권과 함께 종류 및 종목별로 혼합보관[1055]하고 예탁유가증권에서 발생하는 모든 권리를 관리하며, 예탁자가 반환 청구를 하면 그 예탁자가 예탁한 동일한 유가증권을 반환하는 것이 아니라 예탁된 유가증권과 동종·동량으로 반환하는바, 예탁된 유가증권에 대하여 투자자와 예탁자는 투자자계좌부 및 예탁자계좌부에 기재된 유가증권의 종류·종목·수량에 따라 공유지분을 취득하고[1056], 투자자계좌부 또는 예탁자계좌부에 기재된 예탁자 또는

1053) 대법원 2005. 2. 18. 선고 2002도2822 판결

1054) 증권예탁결제제도, 증권예탁원(2003), 28

1055) 혼합보관을 혼장임치라고도 한다. 임치물의 소유권이 수치인에게 귀속되는 소비임치(일반적으로 예금의 경우)와 달리 혼장임치의 경우에는 수치인에게 임치물에 대한 소유권이나 처분권은 없고, 임치인에게 소유권이 귀속된다{곽윤직, 채권각론, 박영사(2003), 289~291}. 예탁된 증권에 대해서 소비임치가 아닌 혼장임치관계로 보는 이유는, 이를 소비임치로 파악하면 예탁된 증권의 소유권이 증권회사로 이전하게 되어 고객의 보호(물권적 보호)에 취약점을 보이고 또한 예탁하는 고객의 의사에도 맞지 않기 때문이다. 정대익, "증권매매위탁과 증권대체거래의 법적구조", 상사판례연구 15집, 한국상사판례학회(2003), 57

그 투자자는 각각 그 유가증권을 점유하는 것으로 간주하고 있고[1057], 증권의 교부를 위한 제3의 방법으로 계좌간 대체라는 방식을 채택하고 있는데, 계좌간 대체에 증권 교부의 효력을 부여함으로써 예탁유가증권에 대한 양도의 효력을 발생시키고 있으며[1058], 예탁주권의 양도는 투자자의 한국예탁결제원에 대한 예탁주권의 반환청구권의 양도라는 형식으로 이루어질 것이나, 실제로는 계좌간 대체의 방식으로 이루어지게 되고[1059], 따라서 예탁된 유가증권을 한국예탁결제원으로부터 반환받은 경우뿐만 아니라 예탁된 유가증권의 반환청구권을 양도하는 경우에도 그 목적물은 특정될 수 있다고 보아야 할 것이며[1060], 이러한 주권도 유가증권으로서 재물이라고 평가할 수 있으므로 횡령죄의 객체가 될 수 있다고 할 것이다. 판례도 이러한 주권은 횡령죄의 객체가 될 수 있다고 판단하였다[1061].

2. 주권이 발행되지 않은 경우

앞서 살펴본 것처럼 주권이 아닌 주식은 그 자체가 재물이 아니므로 횡령죄의 대상이 될 수 없다. 다만 주권이 발행되지 아니한 경우에도 주식은 거래의 대상이 될 수 있는 경우가 있고, 이러한 주식도 재산적

1056) 자본시장과 금융투자업에 관한 법률(2014. 1. 28. 법률 제12383호로 일부개정된 것) 제312조 제1항은 "예탁자의 투자자와 예탁자는 각각 투자자계좌부와 예탁자계좌부에 기재된 증권 등의 종류·종목 및 수량에 따라 예탁증권 등에 대한 공유지분을 가지는 것으로 추정한다."고 규정하고, 민사집행규칙 제176조도 예탁유가증권에 대한 강제집행 개시의 방법에 관하여 "「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」 제309조 제2항의 규정에 따라 한국예탁결제원에 예탁된 유가증권에 대한 강제집행은 예탁유가증권에 관한 공유지분에 대한 법원의 압류명령에 따라 개시한다."라고 규정하고 있다.

1057) 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제311조 제1항. 다만 명의신탁자의 점유는 직접점유가 아닌 간접점유에 해당하는데(정대익, 위 논문, 58), 횡령죄의 경우 '보관'의 의미는 반드시 직접점유할 것을 요하지 않고 사실상 또는 법률상의 지배를 의미하기 때문에 점유의 방식은 횡령죄의 성립을 방해하지 않는다.

1058) 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제311조 ② 투자자계좌부 또는 예탁자계좌부에 증권 등의 양도를 목적으로 계좌 간 대체의 기재를 하거나 질권설정을 목적으로 질물(質物)인 뜻과 질권자를 기재한 경우에는 증권 등의 교부가 있었던 것으로 본다.

1059) 이상 증권예탁결제제도, 94~102에서 발췌

1060) 물론 이에 대하여는 지분이 양도되는 것이라는 점, 목적물이 대체적이라는 점에서 특정된 것은 아니라는 반론도 가능하다.

1061) 대법원 2007. 10. 11. 선고 2007도6406 판결, 대법원 2008. 10. 23. 선고 2007도6463 판결 등

가치를 갖게 됨은 분명하다.

따라서 주권이 발행되지 아니한 주식이라 하더라도 명의신탁이 이루어질 수 있다. 물론 명의신탁은 공시방법이 있어야 하므로 주주명부의 존재는 전제되어야 할 것이다[1062]. 이 경우 이러한 주식을 처분하면 횡령죄가 성립된다고 볼 수 있는가? 재물이 아닌 이상 횡령죄의 객체에 해당한다고 볼 수는 없을 것이나, 재산상 이익이 있는 재산에는 포함되므로 배임죄의 객체는 될 수 있다고 해석함이 타당하다.

3. 주주권 행사

주식의 명의수탁자가 주식을 처분하는 행위를 한 것이 아니라 주식에 기한 주주권의 지위만을 행사한 경우, 그것이 범죄행위가 될 수 있는가? 그것이 위임자인 명의신탁자의 위임의 본지에 따른 것이 아닌 것으로 본인에게 재산상 손해를 가하는 등 배임죄의 구성요건을 충족시키는 경우 배임죄에 해당하는 경우도 있을 것이다.

1062) 법인세법(2014. 12. 23. 법률 제12850호로 일부개정된 것) 제118조는 내국법인에 대하여 주주명부의 작성을 의무화하고 있다.

결 론

1. 부동산실명법에 의하여 금지된 부동산 명의신탁에 있어 신탁자와 수탁자 사이의 신뢰관계는 형사적으로 보호할 가치가 없다.

명의신탁은 일제강점기 하에서 판례에 의하여 개념이 정립되었으나, 그 법현상은 투탁 등 그 이전부터 이미 존재하였다고 보인다. 다만 그러한 법현상이 발생하게 된 이유는, 행위자가 법제도에서 생기는 불이익을 회피하고자 하는 심리에서 그리하였던 것으로, 이는 지금도 마찬가지라고 보인다.

특히 부동산 명의신탁은 탈세나 재산은닉 등 음성적인 목적으로 많이 이루어졌고, 이러한 까닭에 부동산실명법이 제정·시행되었다.

부동산실명법은 예외적인 경우를 제외하고 부동산 명의신탁의 법적 효과를 무효로 규정하고 있다. 이 경우 그 무효의 의미를 어떻게 볼 것인가에 관하여, 불법원인급여로 보아야 한다는 입장, 불법원인급여가 아니라는 입장, 경우에 따라 나누어 살펴보아야 한다는 입장으로 나뉜다. 법현실에서 민사판례의 입장은 불법원인급여가 아니라는 입장이 확립된 것으로 보인다. 부동산실명법이 시행된 지 거의 20년이 지나가고 있는 지금, 이에 관한 민사판례는 바뀔 가능성은 매우 적은 것으로 생각된다.

다만 불법원인급여가 아니라고 보더라도, 명의신탁자와 명의수탁자 사이에서 무효인 명의신탁 약정에 기하여 부동산에 관한 소유권이전등기가 경료되었을 경우, 그 신뢰관계를 보호할 필요가 있는가?

부동산실명법의 제정 이유가 탈법적인 의도에서 행하여지는 명의신탁을 금지하자는 것이라면, 명의신탁자에게 민사적 구제방법을 부여하는 것은 별론으로 하더라도, 명의수탁자에 대한 형사제재를 통하여 민사적 구제를 간접적으로 강제하는 것은 형법의 보충성 원칙 내지 자기책임의 원칙에 부합하지 않는다.

따라서 부동산실명법이 범죄행위로 규정하는 명의신탁 약정에 기초한 신뢰관계는 형법상 보호할 가치가 없다고 봄이 타당하다. 매도인이 명의신탁 약정을 알고 있는 악의의 계약명의신탁에 관한 대법원 2012.

11. 29. 선고 2011도7361 판결은 이러한 사고를 내재하고 있다고 생각되며, 차후 다른 유형의 명의신탁에 대하여도 같은 취지의 법리가 전개될 수 있을 것이라 생각된다.

2. 명의수탁자가 명의신탁 부동산에 저당권을 설정하고 차후 다시 저당권을 설정하거나 매매하는 행위를 하였을 경우, 후행행위는 불가벌적 사후행위가 아니다.

대표이사가 회사 재산에 관하여 저당권을 설정하는 행위에 관하여는 배임죄로 의율함에 반하여, 명의수탁자가 명의신탁 부동산에 저당권을 설정하는 행위는 횡령죄로 의율되어 왔다. 그러나 명의수탁자가 명의신탁 부동산에 저당권을 설정하는 행위는 횡령죄가 아닌 배임죄로 의율되어야 한다. 물건의 용익가치와 교환가치가 분리될 수 없는 것이라면, 그 물건에 대한 횡령이 가능하다고 볼 것이지만, 물건의 용익가치와 교환가치가 분리될 수 있고, 또한 그 중 교환가치만을, 더욱이 그 교환가치 전부가 아니라 일부만을 취하는 행위는 물건 자체를 영득하는 것으로 평가할 수는 없다. 형법상 횡령죄와 배임죄가 행위 객체로 구별되는 바, 그와 같이 물건의 가치 일부만을 영득하는 행위는 배임죄로 평가되어야 한다. 그와 같이 본다면, 저당권을 설정하여 일부 가치만을 취한 후, 차후 나머지 잔존 가치를 취하는 행위는 불가벌적 사후행위가 될 수 없다. 비록 대법원 2013. 2. 21. 선고 2010도10500 전원합의체 판결은 이러한 행위가 횡령에 해당하지만 그로 인하여 법익침해의 결과가 완성되었다고 볼 수 없다면 그 후 다시 동일한 물건에 대한 횡령이 가능하다는 전제에서 판단을 하였으나, 그 논리적 구성은 오히려 배임죄에 가깝다고 생각된다.

그리고 명의신탁 부동산의 횡령 관련하여, 우리 형법에는 미수범 처벌규정이 있으므로 경우에 따라 미수범 처벌이 가능하다고 볼 것인데, 횡령에 의하여 소유권 기타 본권의 행사에 장애가 되는 사유가 발생하거나 혹은 사회통념상 법익침해의 결과발생이 불가피하게(불가역적으로) 되는 시점에 구성요건적으로 기수에 이른다고 평가하여야 할 것이다.

3. 예금이나 주식도 명의신탁의 대상으로 활용되고 있다. 이도 부동산

명의신탁과 마찬가지로 탈법적인 이유로 사용되고 있다.

그러나 부동산 명의신탁과 같이 민사적 효력에 관한 규율이 되어 있지는 않을 뿐만 아니라 법률 자체에도 그러한 명의신탁에 관하여 '반사회적 행위'라는 등의 언급이 없다. 따라서 예금이나 주식의 명의신탁은 부동산 명의신탁과는 달리 볼 수 있을 것으로 생각된다. 즉 명의신탁을 하게 된 동기에 따라서 구체적인 사안에서 달리 파악할 수밖에 없는 것 아닌가 생각된다.

參 考 文 獻

單行本

1. 국내서

강구진, 형법강의 각론 [I], 박영사(1983)
계희열, 헌법학(상), 박영사(2005)
고상룡, 민법총칙, 법문사(2003)
곽윤직, 물권법, 박영사(1992)
_____, 채권각론, 박영사(2003)
_____, 채권각론(상), 법문사(1973)
_____, 채권총론, 박영사(2000)
곽윤직 · 김재형, 물권법, 박영사(2015)
_____, 민법총칙, 박영사(2012)
권영성, 헌법학원론, 법문사(2010)
권오승, 민법특강, 홍문사(1994)
권용우, 물권법, 법문사(1993)
김기두 · 이수성, 판례교재 형법각론, 법문사(1982)
김기선, 한국물권법, 법문사(1990)
_____, 한국채권법각론, 법문사(1973)
김상용, 민법총칙, 화산미디어(2007)
김석우, 채권법각론, 박영사(1978)
김성돈, 형법각론, SKKUP(2013)
김성천 · 김형준, 형법각론, 소진(2015)
김용한, 물권법론, 박영사(1993)
_____, 민법총칙론, 박영사(1997)
김일수, 한국형법 III, IV, 박영사(1997)
김일수 · 서보학, 형법각론, 박영사(2015)
_____, 형법총론, 박영사(2014)
김재형, 근저당권연구, 박영사(2000)
김종원, 형법각론(상), 법문사(1973)
김종원 공저, 형법각론, 한국사법행정학회(1986)
김증한, 물권법, 박영사(1983)

김증한 · 김학동, 물권법, 박영사(1997)
_____, 민법총칙, 박영사(2001)
_____, 채권각론, 박영사(2006)
김증한 · 이희봉, 민사사례연구(상), 동아학연사(1982)
김철수, 헌법학신론, 박영사(2014)
김현태, 신물권법(상), 일조각(1963)
김호기 · 김택수 · 최준혁, 기업의 경제활동에 관한 형사법제 연구(II), 한국형사정책연구원(2010)
리차드 도킨슨 저/홍영남 역, 이기적 유전자, 을유문화사(1993)
류병화, 법철학, 박영사(1987)
문형섭, 재산범죄론의 이해, 전남대학교 출판부(2006)
민법주해 [II] 총칙 (2), 박영사(2006)
민법주해 [III] 총칙 (3), 박영사(2000)
민법주해 [V] 물권 (2), 박영사(2002)
민법주해 [IX] 채권 (2), 박영사(2001)
민법주해 [XVI] 채권 (9), 박영사(2001)
민법주해 [XVII] 채권 (10), 박영사(2005)
民議院 法制司法委員會 民法案審議小委員會, 民法案審議錄 上卷(1957)
박병호, 韓國法制史攷, 법문사(1974)
_____, 한국법제사, 민속원(2012)
박상기, 형법각론, 박영사(2011)
_____, 총론 · 각론 강의 형법학, 집현재(2015)
방순원, 신물권법, 일한도서출판사(1960)
배종대, 형법각론, 홍문사(2015)
_____, 형법총론, 홍문사(2013)
백태승, 민법총칙, 법문사(2009)
백형구, 형법각론, 청림출판(2002)
법무부, 독일형법, 2008. 5.
법원행정처, 법원실무제요 민사집행 [III], 2014
부동산실명법 해설, 재정경제원(1995. 4.)
서일교, 형법각론, 박영사(1974)
손동권 · 김재윤, 형법각론, 율곡출판사(2015)
신동운, 판례분석 형법각론, 법문사(2014)
_____, 형법총론, 법문사(2015)

신동운 · 허일태 편저, 효당 엄상섭 형법논집, 서울대학교 출판부(2004)
양천수, 부동산 명의신탁, 영남대학교 출판부(2010)
여하윤, 채권자대위권 연구, 경인문화사(2007)
오영근, 형법각론, 박영사(2009, 2014)
_____, 형법총론, 박영사(2014)
유기천, 형법학 [각론강의 상], 일조각(1982)
은행신탁연구회 편, 신탁용어사전, 은행계(1998)
이건호, 형법각론, 일신사(1976)
이기수 · 최병규 · 조지현, 회사법, 박영사(2009)
이시윤, 민사소송법, 박영사(2008)
_____, 민사집행법, 박영사(2007)
이영란, 형법학 각론강의, 형설출판사(2013)
이영준, 물권법, 박영사(1990)
_____, 물권법, 박영사(2009)
_____, 민법총칙, 박영사(2007)
이용식, 현대 형법이론 I, II, 박영사(2008)
이은영, 민법총칙, 박영사(2009)
이재상, 형법각론, 박영사(2013)
이재상 · 장영민 · 강동범, 형법총론, 박영사(2015)
이정원, 형법각론, 신론사(2012)
이철송, 회사법강의, 박영사(2010)
이철호, 식량전쟁, 식안연(2012)
이태재, 물권법, 진명문화사(1985)
_____, 채권각론신강, 진명문화사(1977)
이형국, 형법각론, 법문사(2007)
_____, 형법각론연구(I), 법문사(1997)
임 웅, 형법각론, 법문사(2013)
장경학, 물권법, 법문사(1987)
_____, 물권법총론, 한국도서출판사(1959)
정기웅, 민법총칙, 법문사(2009)
정동윤, 회사법, 법문사(2001)
정성근 · 박광민, 형법각론, SKKUP(2015)
정영석, 형법각론, 법문사(1981)
정영일, 형법강의 [각론], 도서출판 학림(2013)

정종섭, 헌법학원론, 박영사(2014)
조 국, 절제의 형법학, 박영사(2014)
조준현, 형법각론, 법원사(2012)
주석 민법 [물권 (2)], 한국사법행정학회(2011)
주석 형법 [각칙 (1)], 한국사법행정학회(2006)
주석 형법 [각칙 (5)], 한국사법행정학회(2006)
주석 형법 [각칙 (6)], 한국사법행정학회(2006)
증권예탁결제제도, 증권예탁원(2003)
진계호 · 이존걸, 형법각론, 대왕사(2008)
천관우, 近世朝鮮史硏究, 一潮閣(1979)
최식, 신물권 · 담보물권법, 박영사(1962)
KBS 과학카페 제작팀, KBS 과학 다큐멘터리 과학카페 2, 예담(2008)
한수웅, 헌법학, 법문사(2011)
한인섭, 식민지법정에서 독립을 변론하다, 경인문화사(2012)
허일태, 형법연구 II, 동아대학교 출판부(2004)
현승종, 로마법, 일조각(1982)
현승종 · 조규창, 로마법, 법문사(2004)
호문혁, 민사소송법, 법문사(2014)
홍유석 · 이명수, 신탁의 이론과 실무, 경진사(1991)
황산덕, 형법각론, 방문사(1989)
황적인, 주석민법(II) 물권법, 법원사(1990)
_____, 현대민법론 II [물권], 박영사(1988)

2. 독일서

Arzt, Gunther/Weber, Ulrich/Heinrich, Bernd/Hilgendorf, Eric, Strafrecht, Besonderer Teil, 2. Aufl., Bielefeld: Gieseking, 2009

Aschenbrenner, Mark, Die Sicherungsübereignung im deutschen, englischen und brasilianischen Recht, Tübingen: Mohr Siebeck, 2014

Bamberger, von Heinz-Georg/Roth, Herbert, Beck'scher Online-Kommentar BGB, 2015

Bauer, Fritz, Lehrbuch des Sachenrechts, 12. Aufl., München: C.H.Beck, 1983

Beulke, Werner, Klausurenkurs im Strafrecht II: Ein Fall- und Repetitionsbuch für Fortgeschrittene, 3. Aufl., Heidelberg: C.F.Müller, 2014

Binding, Karl, Lehrbuch des gemeinen Deutschen Strafrechts Besonderer Teil Band 1, Leipzig: Wilhelm Engelmann, 1902

Birk, Michael W., Die Unterschlagung nach dem 6. Strafrechtsreformgesetz, Tübingen: MVK, 2003

Braukmann, Michael, Das Pfandrecht unter dem Einfluß der vorklassischen und klassischen Tradition der römischen Rechtswissenschaft, Göttingen: Wallstein, 2008

Brodocz, André, Die Macht der Judikative, Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2009

Doerr, Friedrich, Über das Objekt bei den strafbaren Angriffen auf vermögensrechtliche Interessen, Breslau: Schletter, 1897

Fischer, Thomas, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 60. Aufl., München: C.H.Beck, 2013

Frank, Reinhard, StGB Kommentar, 18. Aufl., Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1931

Gehrmann, Daniel, Systematik und Grenzen der Zueignungsdelikte, Bern: Peter Lang, 2002

Heck, Philipp, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1932

Hierl, Susanne/Huber, Steffen, Rechtsformen und Rechtsformwahl: Recht, Steuern, Beratung, 1. Aufl., Wiesbaden: Gabler, 2008

Honsell, Heinrich, Römisches Recht, Berlin Heidelberg: Springer, 2015

Jaensch, Michael, Grundzüge des Bürgerlichen Rechts: mit 63 Fällen und Lösungen, Heldelberg: C.F.Müller, 2012

Joecks, Wolfgang, Strafgesetzbuch -Studienkommentar-, 2. Aufl., München: C.H.Beck, 2000

Kaser, Max/Knütel, Rolf, Römisches Privatrecht, 18. Auf.,

München: C.H.Beck, 2005
Klein, Franz, Abgabenordung, 12. Aufl., München: C.H.Beck, 2014
Krey, Volker/Hellmann, Uwe, Strafrecht, Besonderer Teil Band 2: Vermögensdelikte, 15. Aufl., Stuttgart: W. Kohlhammer, 2008
Küper, Wilfried/Zopfs, Jan, Strafrecht Besonderer Teil: Definitionen mit Erläuterungen, Heidelberg: C.F.Müller, 2015
Lackner, Karl/Kühl, Kristian, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 24. Aufl., München: C.H.Beck, 2001
Laufhütte, Heinrich Wilhelm/Saan, Ruth Rissing-van/Tiedemann, Klaus, Leipziger Kommentar StGB, 12. Aufl., Berlin: de Gruyter, 2012
Löhnig, Martin, Treuhand, Tübingen: Mohr Siebeck, 2006
Maiwald, Manfred, Der Zueignungsbegriff im System der Eigentumsdelikte, Heidelberg: Winter, 1970
Mathews, Kurt, Treuhandpraxis, ordnungsmäßige Durchführung rechtsgeschäftlicher Treuhandschaften, Neue Wirtschafts-Briefe Verlag, 1985
Maurach, Reinhart/Gössel, Karl Heinz/Zipf, Heinz, Strafrecht Allgemeiner Teil Teilband 2, 7. Aufl., Heidelberg: C.F.Müller, 1989
Maurach, Reinhart/Schroeder, von Friedrich-Chr./Maiwald, Manfred, Strafrecht BT Teilband 1: Straftaten gegen Persönlichkeits- und Vermögenswert, 10. Aufl., Heidelberg: C.F.Müller, 2009
Mitsch, Wolfgang, Strafrecht, Besonderer Teil 2: Vermögensdelikte (Kernbereich) / Teilband 1, Berlin: Springer, 2003
Münchener Kommentar zum StGB, 2. Aufl., München: C.H.Beck, 2014
Murmann, Uwe, Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht, Berlin Heidelberg: Springer, 2005
Nagel, Bernhard/Eger, Thomas, Wirtschaftsrecht II, Eigentum, Delikt

und Vertrag, mit einer Einführung in die ökonomische Analyse des Rechts, 4. Aufl., München: Oldenbourg, 2003

Naucke, Wolfgang, Die Strafjuristische Privilegierung staatsverstärkter Kriminalität, Juristische Abhandlungen Band 29, Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1996

Otto, Harro, Grundkurs Strafrecht: Allgemeine Strafrechtlehre, Berlin: de Gruyter, 2004

_____, Grundkurs Strafrecht: Die einzelnen Delikte, 3. Aufl., Berlin: de Gruyter, 1991

Paulus, Rainer, Der strafrechtliche Begriff der Sachzueignung, Neuwied: Luchterhand Verlag, 1968

Raiser, Ludwig, Dingliche Anwartschaften, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1961

Rengier, Rudolf, Strafrecht Besonderer Teil I Vermögensdelikte, 14. Aufl., München: C.H.Beck, 2012

Rentrop, Kathrin, Untreue und Unterschlagung (§§266 und 246 StGB), Juristische Zeitgeschichte 27, Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2007

Roxin, Claus, Strafrecht Allgemeiner Teil Band I, 4. Aufl., München: C.H.Beck, 2006

Scherner, Karl Otto, Salmannschaft, Servusgeschäft und venditio iusta, Frühformen gewillkürter Mittlerschaft im altdeutschen Privatrecht, Wiesbaden: F. Steiner, 1971

Schönke, Adolf/Schröder, Horst, Strafgesetzbuch Kommentar, 29. Aufl., München: C.H.Beck, 2014

Schwinge, Erich, Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht, Bonn: Ludwig Rohrscheid, 1930

Welzel, Hans, Das Deutsche Strafrecht, 6. Aufl., Berlin: de Gruyter, 1958

_____, Das Deutsche Strafrecht, 10. Aufl., Berlin: de Gruyter, 1967

Wessels, Johannes/Beulke, Werner/Satzger, Helmut, Strafrecht Allgemeiner Teil, 44. Aufl., Heidelberg: C.F.Müller, 2014

Wessels, Johannes/Hillenkamp, Thomas, Strafrecht Besonderer

Teil 2, 35. Aufl., Heidelberg: C.F.Müller, 2012

3. 영미서

Barak, Aharon, Purposive Interpretation in Law, Princeton University Press(2005)

Bean, John Malcolm William, The Decline of English Feudalism 1215-1540, Manchester University Press(1968)

Cohen, Morris R., Law and Social Order: Essays in Legal Philosophy, Transaction Books(1982)

LaFave, Wayne R., CRIMINAL LAW, West(2010)

Loveless, Janet, Complete Criminal Law: Text, Cases, and Materials, Oxford University Press(2014)

Law Commission(Great Britain), Reforming Bribery, The Stationery Office(2008)

Martin, Jacqueline and Storey, Tony, Unlocking Criminal Law, Routledge(2013)

Model Penal Code and Commentaries (Official Draft and Revised Comments) Part Two, American Law Institute(1980)

Mousourakis, George, Roman Law and the Origin of the Civil Law Tradition, Springer(2015)

Roby, Henry John, Roman Private Law in the Times of Cicero and of the Antonines (Vol. II), Cambridge University Press(1902)

Snell, Edmund Henry, The Principles of Equity, Sweet & Maxwell(2010)

Stumer, Andrew, The Presumption of Innocence: Evidential and Human Rights Perspectives, Oxford and Portland Oregon(2010)

von Bar, Carl Ludwig(translated by Thomas S. Bell and others), A History of Continental Criminal Law, the LawBook Exchange, Ltd.(1916 초간, 1999 재간)

Zwalve, Willem J., A Labyrinth of Creditors: a Short Introduction

to the History of Security Interests in Goods, Cambridge University Press(2009. 12.)

4. 일본서 (연도순)

牧野英一, 刑法各論 下卷, 有斐閣(1951)
木村龜二, 刑法各論, 法文社(1959)
江家義男, 刑法各論, 靑林書院(1963)
注釋民法(9) 物權(4), 有斐閣(1965)
注釋民法(11) 債權(2), 有斐閣(1965)
四宮和夫, 信託の硏究, 有斐閣(1970)
注釋民法(3) 總則(3), 有斐閣(1973)
植松正, 刑法槪論 II(各論), 勁草書房(1975)
平野龍一, 刑法槪說, 東京大學出版會(1977)
林軒人, 財産犯の保護法益, 東京大學出版會(1984)
藤木英雄, 刑法講義各論, 弘文堂(1986)
前田雅英, 刑法總論講義, 東京大學出版會(1989)
張亨龍, 韓國信託法槪論, 有信堂(1991)
林幹人, 刑法の基礎理論, 東京大學出版會(1995)
上嶋一高, 背任罪理解の再構成, 成文堂(1997)
西田典之, 刑法各論, 弘文堂(1999)
林幹人, 刑法各論, 東京大學出版會(1999)
大コメンタール刑法, 第13卷, 靑林書院(2000)
山中敬一, 刑法各論 I, 成文堂(2004)
山口厚, 刑法各論, 有斐閣(2005)
大塚仁, 刑法槪說 [各論], 有斐閣(2005)
佐久間修, 刑法各論, 成文堂(2006)
曾根威彦, 刑法各論, 弘文堂(2006)
前田雅英, 刑法各論講義, 東京大學出版會(2007)
岡野光雄, 刑法要說各論, 成文堂(2009)
伊東硏祐, 刑法講義 各論, 日本評論社(2011)
大谷實, 刑法講義 各論, 成文堂(2013)
前田雅英(編輯代表), 條解 刑法, 弘文堂(2013)
高橋則夫, 刑法各論, 成文堂(2014)

論文 其他 資料

1. 국내논문

강구진, “불법원인급여와 횡령죄”, 새법정 1권 10호, 한국사법행정학회(1971)

강동범, “소위 불법원인급여와 횡령죄의 성부”, 형사재판연구 (1), 박영사(1993)

강동범 · 이강민, “등기명의신탁과 수탁자의 형사책임”, 법학논고 41집, 경북대 법학원(2013. 2.)

강봉석, “채권자대위권에 있어서 채권보전의 필요성”, 민사판례연구[24], 박영사(2002)

강봉수, “명의신탁에 있어서 내부적 소유권의 의미”, 민사재판의 제문제 5권, 한국사법행정학회(1989)

강해룡, “명의신탁과 부동산실명법의 법리”, 법률신문 4091호(2012. 12. 27.)

고상룡, “명의신탁과 허위표시”, 고시계 통원 310호(1982. 12.)

_____, “명의신탁론의 재검토 소고”, 민법학논총(곽윤직 교수 화갑기념논문집), 박영사(1985)

고제성, “계약명의신탁에 있어서 신탁자의 부당이득반환청구(대법원 2002. 12. 26. 선고 2000다21123 판결을 중심으로)”, 민형사실무연구, 서울북부지방법원(2004)

곽윤직, “명의신탁에 관한 판례이론의 연구”, 서울대학교 법학 제15권 제2호(1974)

구상진, “계약해제의 효과”, 새법정 3권5호(27호), 한국사법행정학회(1973)

구상진, “조세포탈죄에 관한 연구”, 고려법학 49호, 고려대학교 법학연구원(2007. 11.)

구연모, “부동산등기의 진정성 보장 연구”, 경인문화사(2014)

국회사무처, 제26회 국회정기회의속기록 제30호(1957. 11. 6.)

권영준, “등기의 공신력”, 법조 통권 661호(2011. 10.)

권오걸, “장물의 성립요건과 범위 -컴퓨터등사용사기죄와 배임죄를 중심으로”, 비교형사법연구 8권 2호, 한국비교형사법학회(2006.

12.)
권오곤, “명의신탁에 관한 판례의 동향”, 민사판례연구 [10], 민사판례연구회(1988)
권오창, “계약명의신탁의 법률관계에 관한 고찰(상) -부동산실권리자명의등기에관한법률 제4조 제2항 단서의 해석을 중심으로-”, 법조 48권 5호(1999. 5.)
_____, “계약명의신탁의 법률관계에 관한 고찰(하) -부동산실권리자명의등기에관한법률 제4조 제2항 단서의 해석을 중심으로-”, 법조 48권 6호(1999. 6.)
_____, “명의신탁이론의 재검토 -종래 학설·판례상의 몇 가지 문제점을 중심으로-”, 민사판례연구 [23], 박영사(2001)
_____, “부동산명의신탁의 법률관계에 관한 시론”, 인권과 정의 243호, 대한변호사협회(1996. 11.)
권용우, “금지된 명의신탁과 부동산소유권의 귀속”, 단국대학교 법학논총 30권 2호(2006. 12.)
권창국, “송금착오와 횡령죄에 있어서 위탁관계 및 점유”, 법률신문 3391호(2005. 9. 1.)
_____, “횡령행위 후의 횡령죄 성립가능성에 관한 검토”, 형사재판의 제문제 제6권, 박영사(2009)
김대웅, “횡령한 부동산에 대한 횡령죄의 성립 여부”, 형사판례연구(18), 박영사(2010)
김경숙, “16, 17세기 노양처병산법(奴良妻幷産法)과 노비소송”, 역사와 현실 통권 68호, 한국역사연구회(2008)
김기수, “부동산명의신탁의 여명론”, 고시계 480호(1997. 2.)
김문관, “부동산실명법 시행 이후 명의신탁관계에서의 부당이득반환청구”, 판례연구 15집, 부산판례연구회(2003)
김미리, “간접대리명의신탁(이른바 계약명의신탁)의 명의신탁자와 명의수탁자간 부당이득반환관계”, 법조 53권 2호(2004. 2.)
_____, “부동산실권리자명의등기에관한법률 제4조에 의한 명의신탁의 사법적 규율”, 사법논집 제32집, 법원도서관(2001)
김민기, “법관의 직무상 권한 및 그 한계”, 우리법연구회 논문집 제6집(2010)
金炳魯, “犯罪構成의 要件되는 違法性을 논함”, 法學界 第3號(1915. 12.)

김봉수, “횡령죄의 미수범 성립여부”, 형사판례연구 (21), 박영사(2013)
김상곤, “차명주식의 법률관계”, BFL 제46호, 서울대 금융법센터(2011. 3.)
김상수, “명의신탁의 연혁에 관하여”, 토지법학 26-2호, 한국토지법학회(2010. 12.)
김상용, “무효인 명의신탁 약정에 기한 급부의 불법원인급여 성립 여부”, 법률신문 3149호(2003. 2. 24.)
_____, “부동산거래실명법률에 대한 평가와 실명제 실시의 전제요건”, 민사재판의 제문제: 송천이시윤박사화갑기념 (상), 민사실무연구회 · 한국민사소송법학회 · 한국민사법학회(1995)
_____, “부동산명의신탁금지와 소유권의 귀속”, 민사법학 제20호, 한국민사법학회(2001)
_____, “부동산실명법 규정의 제 모순점”, 고시계 480호(1997. 2.)
_____, “부동산실명법의 사법상의 문제점과 대처방안”, 법제연구 제9호, 한국법제연구원(1995)
_____, “신탁의 담보방법으로의 활용방안”, 한국민법의 새로운 전개: 고상룡교수 고희기념논문집, 법문사(2012)
_____, “영미신탁법상의 수동신탁법리에 의한 명의신탁이론의 재구성”, 판례월보 201호, 판례월보사(1987. 6.)
김성곤, “부동산의 장물성”, 검찰 55호, 대검찰청(1974)
김성규, “법익을 통한 기수와 미수의 구별에 대한 비판적 고찰”, 비교형사법연구 10권 1호, 한국비교형사법학회(2008)
김성돈, “연속범의 죄수”, 형사정책연구 제8권 제1호(1997. 3.)
_____, “침해범/위험범, 결과범/거동범, 그리고 기수/미수의 구별기준”, 형사판례연구 (19), 박영사(2009)
김성룡, “절도죄의 재물과 제3자 영득에 관한 해석론의 문제점”, 비교형사법연구 12권 1호, 한국비교형사법학회(2010)
김성필, “신탁법리의 사법적 체계화에 관한 연구”, 한양대학교 박사학위논문(1997)
김성욱, “조선시대의 토지사유제도에 관한 고찰”, 집합건물법학 9집, 한국집합건물법학회(2012. 6.)
김승정, “농지취득자격증명을 발급받지 못한 채 농지를 공매절차에서 매수하여 매각대금을 납부한 경우 매수인은 농지의 소유권을 취득하는지 여부”, 대법원판례해설 93호(2012 하), 법원도서관

(2013)
김영환, “형법 제20조 정당행위에 관한 비판적 고찰”, 김종원교수화갑기념논문집, 법문사(1991)
김영희, “항변과 항변권”, 민사법학 42호, 한국사법행정학회(2008)
김용덕, “국가기밀에 관한 죄의 체계적 고찰”, 군사법연구 제2집(1984)
김윤영, “계약명의신탁과 3자간 명의신탁의 법률관계”, 판례연구 24집, 부산판례연구회(2013. 2.)
김인겸, “부동산에 관한 횡령죄에 있어서 타인의 재물을 보관하는 자의 지위에 있는지 여부에 대한 판단 기준”, 대법원판례해설 통권 제56호 (2005 상반기), 법원도서관(2005)
김일수, “미수의 불법귀속에 관한 연구”, 고려법학 40호, 고려대학교 법학연구원(2003)
_____, “법조경합”, 고시연구 20권 8호(1993. 8.)
_____, “일인회사의 주주 겸 대표이사의 업무상배임”, 변호사 -법률실무연구- ⅩⅦ, 서울지방변호사회(1987)
김재윤, “횡령죄와 배임죄의 관계 - 문형섭 선생의 횡령죄와 배임죄의 관계에 대한 이해를 중심으로”, 법학논총 30집 1호, 전남대학교 법률행정연구소(2010. 4.)
김준호, “명의신탁의 본질”, 고시계 제42권 제2호(1997. 2.)
_____, “우리 민법학상의 신탁행위이론에 대한 평가”, 債權法에 있어서 自由와 責任: 金亨培敎授華甲記念論文集, 박영사(1994)
김지웅, “형법상 점유에 관한 연구”, 동의대학교 박사학위논문(1992)
김창종, “불가벌적 사후행위의 범위”, 재판자료 50집(1990)
김태명, “업무방해죄의 법적 성질과 결과발생의 요부”, 형사판례연구(18), 박영사(2010)
_____, “횡령죄의 기수시기와 장물죄의 성립여부”, 형사법연구 23호, 한국형사법학회(2005. 6.)
김학동, “명의신탁이론의 연구”, 판례월보 307호, 판례월보사(1996)
김학준, “수인이 부동산을 공동으로 매수하면서 매수인 명의를 그 중 1인으로 한 경우의 법률관계”, 대법원판례해설 62호(2006 상), 법원도서관(2006)
김형수, “부동산실명등기법률에 대한 연구”, 덕암 김병대교수 화갑 기념논문, 대흥기획(1998)
_____, “중간생략등기와 규제법”, 법학논총 3집, 조선대학교 법학연구

소(1997)
김형한, “명의신탁된 부동산과 불법원인급여”, 재판과 판례 제13집, 대구판례연구회(2005)
김혜경, “진화생물학적 관점에서 바라본 형사법체계”, 대법원 형사법연구회 2014. 9. 27. ‘학제적 관점에서 바라본 형사법’ 발표자료
_____, “협박죄의 추상적 위험범적 해석의 타당성”, 재판과 판례 19집(2010)
남상근, “불법원인 급여물의 횡령죄 성부”, 형사정책 제21권 제1호(2009)
남천규, “명의신탁부동산을 임의처분한 명의수탁자의 형사책임”, 고려대학교 석사학위논문(2008. 6.)
노명선, “2013년 형법 중요 판례”, 인권과 정의 440호, 대한변호사협회(2014. 3.)
노재관, “명의신탁에 관한 연구”, 서울대학교 석사학위논문(1984)
목영준, “부동산실권리자명의등기에관한법률상 법률관계의 효력”, 인권과 정의 261호, 대한변호사협회(1998. 5.)
문성관, “금융실명제하에서의 출연자와 예금명의자가 서로 다른 경우 예금주의 인정 기준 및 출연자의 예금반환채권의 행사방법”, 재판실무연구, 광주지방법원(2002)
문성제, “부동산명의신탁과 재산권의 인정”, 재산법연구 제21권 제1호, 한국재산법학회(2004)
문영식, “횡령죄와 배임죄의 구별”, 형사법의 신동향 통권 34호(2012. 3.)
문형섭, “배임죄에 관한 연구”, 호남대학교 박사학위논문(2001)
_____, “횡령죄와 배임죄 -명확한 구별을 위한 제언-”, 법조 52권 5호(통권 560호), 법조협회(2003. 5.)
문흥안, “매도담보「개념」을 재론함”, 민사재판의 제문제: 송천이시윤박사화갑기념 (상), 민사실무연구회(1995)
민영성, “거증책임과 법률상의 추정”, 고시연구 31권 9호(2004. 09.)
박강우, “독일에서 법인의 형사책임”, 한국형사법의 새로운 지평: 심온김일수교수화갑기념논문집, 박영사(2006)
박광민, “연속범이론의 재검토”, 형사법연구 13호, 한국형사법학회(2000. 6.)
박달현, “명의신탁부동산의 임의처분과 형사책임”, 경영법률 17집 4호,

한국경영법률학회(2007)
_____, “부동산실명법의 시행과 부동산명의신탁의 형사법적 문제점 검토”, 비교형사법연구 6권 2호, 한국비교형사법학회(2004)
_____, “사법방해죄 도입가능성과 그 필요성 검토”, 형사정책연구 23권 3호, 한국형사정책연구원(2012)
박동진, “‘부동산실권리자명의등기에 관한 법률’에 의거한 부동산명의신탁제도의 검토와 동 법률의 해석”, 연세법학연구 6집 1권, 연세법학연구회(1999)
_____, “부동산실명법 제4조에 의한 부동산명의신탁의 효력”, 저스티스 32권 3호, 한국법학원(1999)
박병호, “현대의 소송과 고문서”, 고문서연구 19권, 한국고문서학회(2001)
박상기, “계약명의신탁과 수탁자의 법적 책임”, 형사재판의 제문제 제7권, 형사실무연구회(차한성 대법관 퇴임기념, 2014)
_____, “부동산명의신탁과 횡령죄”, 법률신문 제2642호(1997. 10. 27.)
_____, “부동산명의신탁과 횡령죄”, 형사판례연구 (7), 박영사(1999)
박양빈, “불법영득의사”, 고시연구 245호(1994. 7.)
박영호, “매도인 악의의 계약명의신탁의 경우에 수탁자가 부동산을 임의로 처분하면 매도인에게 손해가 발생하는지 여부”, 대법원 판례해설 제97호 하(2014)
박일흠, “횡령미수의 적용여지”, 검찰 50호, 대검찰청(1973)
박장우, “불법원인급여와 횡령죄의 성부”, 법조 제38권 제5호, 법조협회(1989)
박재혁, “명의신탁 부동산의 처분행위와 횡령죄의 성립여부 -대법원 2012. 12. 13. 선고 2010도10515 판결-”, 대한변협신문 493호, 대한변호사협회(2014. 5. 5.)
_____, “실명거래위반행위와 불법원인급여”, 사법 12호, 사법연구지원재단(2010)
박정헌, “불법원인급여와 횡령”, 형사법에 관한 제문제(하), 재판자료 제50집, 법원행정처(1990)
박종두, “부동산명의신탁의 규제와 실명전환”, 수원지방변호사회지 7호, 수원지방변호사회(1997. 11.)
박종원, “부동산명의신탁에 관한 판례의 동향”, 민사법학 28호, 한국사

법행정학회(2005. 6.)
박찬주, “항변3분설에 대한 재검토”, 경희법학 45권 2호, 경희대학교 법학연구소(2010)
박혜영, “부동산명의신탁의 형사적 문제점”, 검찰 117호, 대검찰청(2006. 12.)
박효진, “채권자대위소송에 관한 연구”, 서울대학교 석사학위논문(1993)
박흥식, “수탁자의 수탁부동산 처분행위와 횡령죄(지정토론문)”, 판례연구 1집, 제주판례연구회(1997. 1.)
Walter Perron 저 / 안동준 역, “Probleme und Perspektiven des Untreuetatbestandes(배임죄구성요건의 문제점과 전망)”, 법학논총 30집 1호, 전남대학교 법학연구소(2010. 4.)
방기태, “수탁부동산의 영득행위와 불가벌적 사후행위-횡령죄를 중심으로-”, 창연논집 8집(손용근 사법연수원장 퇴임기념), 사법연수원(2011)
배병일, “계약명의신탁과 부당이득”, 민사법연구 13집 2호, 대한민사법학회(2005. 12.)
_____, “대법원 판례에서의 유사 종중”, 가족법연구 20권 2호, 한국가족법학회(2006. 9.)
백재명, “부동산명의신탁과 횡령죄”, 형사판례연구 (7), 박영사(1999)
변종필, “해석근거로서의 ‘법질서의 통일성’과 ‘형법의 독자성’”, 형법해석과 논증, 세창출판사(2012)
_____, “형사소송에서 진실개념”, 고려대학교 박사학위논문(1996)
서요한, “명의신탁된 부동산 영득행위의 죄책”, 재판실무 2집, 창원지방법원(2005)
서 정, “명의신탁자가 명의수탁자를 상대로 부동산 자체를 부당이득반환으로 구하는 청구의 가부”, 민사판례연구 [26], 박영사(2004)
성낙현, “횡령의 객관적 구성요건의 실체”, 법조 통권589호, 법조협회(2005. 10.)
손기식, “행정범에 있어서 고의·과실”, 법조 47권 9호, 법조협회(1998. 9.)
손동권, “명의신탁 부동산을 임의처분한 경우의 형사책임”, 형사법연구 15호, 한국형사법학회(2001)

_____, “부동산처분행위와 관련한 횡령죄와 배임죄의 구별문제”, 현대법학의 이론: 우재 이명구박사 화갑기념논문집 [III], 고시연구사(1996)
_____, “양도담보물을 임의처분한 경우의 형사책임”, 형사정책연구 20권 1호(2009. 봄호)
손재영, “부동산실명제와 기업활동”, 국토연구 166권, 국토연구원(1995. 8.)
송문호, “디지털정보 부정사용의 형법적 규제”, 법학연구 36집, 전북대학교 법학연구소(2012. 9.)
송오식, “계약명의신탁에서 명의수탁자의 처분행위와 불법행위 성립 여부”, 法學論叢 34輯 1號, 전남대학교 법학연구소(2014)
송옥렬, “이사의 민사책임과 형사책임의 판단기준”, 상사판례연구 6권(2006)
신동운, “부동산에 대한 횡령행위와 횡령죄의 본질”, 고시연구 285호, 고시연구사(1997. 12.)
_____, “제정형법의 성립경위”, 형사법연구 20호, 한국형사법학회(2003 겨울)
_____, “횡령죄와 배임죄의 관계”, 한국형사법학의 새로운 지평: 유일당 오선주 교수 정년기념논문집(2001)
_____, “횡령죄의 미수범 성립 여부”, 법률신문 4064호(2012. 9. 17.)
_____, “횡령 후의 횡령죄 성립 여부”, 서울대학교 법학 54권 4호, 서울대학교 법학연구소(2013)
신양균, “배임행위의 거래상대방의 형사책임”, 형사판례연구 (15), 박영사(2007. 9.)
신해중, “군용물 재산범죄에 있어서 불법영득의 의사”, 군사법연구 8집, 육군본부(1990)
심희기, “조선후기 토지소유에 관한 연구 -국가지주설과 공동체소유설 비판-”, 서울대학교 박사학위논문(1991)
안경옥, “배임죄의 손해발생의 위험”, 판례월보 357호, 판례월보사(2000)
_____, “‘사실상의 신임관계’에 기초한 배임죄 처벌의 한계”, 형사판례연구 (9), 박영사(2001. 6.)
안동준, “법익론의 생성, 발전과 변환”, 법학논총 28권 1호, 전남대학교 법학연구소(2008. 6.)

안병훈, “근저당권에 관한 연구”, 서강대학교 박사학위논문(2006)
양경승, “명의신탁행위가 불법원인급여에 해당하는지 여부와 그 판단기준”, 판례연구 1집, 부산판례연구회(1997)
양승규, “명의대여자의 책임”, 고시연구(1976. 12.)
_____, “명의차용에 의한 주식인수와 주주자격”, 상법의 논점, 삼지원(2002)
양창수, “명의신탁에 대한 규율 재고 -부동산실명법 시행 5년의 평가와 반성-”, 민법연구 제6권, 박영사(2007)
_____, “부동산실명법의 사법적 규정에 의한 명의신탁의 규율 -소위 계약명의신탁을 중심으로-”, 민법연구 제5권, 박영사(2006)
_____, “부동산실명법 제4조에 의한 명의신탁의 효력 -소위 등기명의신탁을 중심으로-”, 서울대학교 법학 38권 1호, 서울대학교 법학연구소(1997)
엄동섭, “중간생략등기합의의 법적 성질”, 민사판례연구 [28], 박영사(2006. 2.)
엄상섭, “횡령죄의 기수시기”, 법정(法政) 제10권 제12호(통권 80호), 1955. 12.
여하윤, “채권자대위권 행사의 객체, 프랑스 민법상의 간접소권과의 비교를 중심으로”, 홍익법학 9권 1호, 홍익대학교(2008)
오수원, “프랑스의 채권자대위권에 있어서 채권자의 채권과 특정물채권자-1980년대 이후의 새로운 경향-”, 법조 통권 제528호, 법조협회(2000)
오영근, “2014년도 형법판례 회고”, 형사판례연구회 2015. 3. 발표자료
_____, “불법영득의사”, 고시계 543호, 고시연구사(2002. 5.)
_____, “타인의 예금통장으로 예금을 인출하고 바로 반환한 경우의 죄책”, 고시계 643호, 고시연구사(2010. 9.)
우베 무어만 저 / 이원상 역, “배임죄(266 형법)와 모험거래(Risikogechäft)”, 형사정책연구 제20권 제4호, 한국형사정책연구원(2009. 12.)
우병창, “조선시대에 있어서의 재판법 연구”, 고려대학교 박사학위논문(1995)
우인성, “명의신탁자가 담보로 제공한 명의신탁 자동차를 임의로 취거한 행위의 형사죄책”, 대법원 판례해설(2012 상반기), 법원도

서관(2012)
_____, “악의의 계약명의신탁에 있어 명의수탁자의 보관물 임의처분시 범죄성립 여부”, 대법원판례해설 제94호(2012년 하), 법원도서관(2013)
_____, “횡령죄의 불가벌적 사후행위에 관한 판례의 변경”, 사법 24호, 사법발전재단(2013. 6.)
원상철, “우리 민법상 채권자대위권제도의 기능에 대하여-프랑스민법상 간접소권의 기능을 중심으로-”, 법학연구 49집, 한국법학회(2013)
원유석, “채권자대위소송에 있어서 피보전권리의 존부에 대한 판단기준”, 민사판례연구 [22], 박영사(2000)
원형식, “배임적 거래행위의 상대방의 형사책임”, 형사법연구 21권 1호, 한국형사법학회(2009 봄)
원혜욱, “횡령죄에 있어서의 위탁관계”, 형사판례연구 (14), 박영사(2006. 9.)
유성준, “부동산실명제에 관한 연구”, 건국대학교 행정대학원 석사학위논문(1995)
유지민, “불법원인급여와 횡령죄”, 검찰 제37호, 대검찰청(1971. 5.)
윤대성, “전세권의 입법과 법리”, 민법학의 회고와 전망: 민법전 시행 삼십주년 기념논문집, 한국민사법학회(1993)
윤동호, “공소사실의 동일성 판단기준과 죄수 및 경합론의 관계”, 고려대학교 박사학위논문(2005)
윤상민, “금지되는 명의신탁 부동산의 처분행위와 관련한 형사책임”, 원광법학 23권 1호, 원광대학교 법학연구소(2007)
윤영신, “차입매수(LBO)시 피인수회사의 자산을 담보로 제공하는 행위와 업무상배임죄”, 상사판례연구 7권(2007)
윤재왕, “법관은 법률의 입? -몽테스키외에 관한 이해와 오해-”, 안암법학 30호, 고려(2009)
윤진수, “공동소유에 관한 민법 개정안”, 민사법학 68호, 한국민사법학회(2014. 9.)
_____, “토지 및 임야 사정의 법적 성격 -원시취득론 비판-”, 서울대학교 법학 53권 1호, 서울대학교 법학연구소(2012)
윤철홍, “‘부동산실권리자 명의등기에 관한 법률’의 제정과정과 문제점”, 숭실대학교 법학논총 9집(1996)

이경렬, “수죄인 연속범의 소송법적 문제의 해결방법 제안”, 형사법연구 제17호, 한국형사법학회(2002)
이경철, “부동산실명제하의 명의신탁”, 중앙법학 제4집 제2호, 중앙법학회(2002. 9.)
이동명, “不動産實權利者名義登記에관한法律의 立法過程에서의 爭點”, 판례연구 1집, 제주판례연구회(1997. 1.)
이동신, “배우자에게 명의신탁한 부동산이 권리행사방해죄에서 말하는 ‘자기의 물건’에 해당하는지 여부”, 대법원판례해설 59호(2005 하반기), 법원도서관(2006)
이보녕 · 송경석, “형벌의 의미와 정당성 -언제나 형벌은 필요한가?-”, 법조 통권 656호, 법조협회(2011)
이상용, “형법 제20조 정당행위 규정 중 사회상규에 관한 연구”, 서울대학교 박사학위논문(2002)
이상원, “내적 조합과 민법 제713조의 유추적용 여부”, 대법원판례해설 2호, 법원도서관(1988)
이상원, “횡령인가 불가벌적 사후행위인가”, 형사재판의 제문제 7권(차한성 대법관 퇴임기념), 형사실무연구회(2014)
_____, “횡령죄의 이득액과 가벌적 후행행위 (상)”, 저스티스(2012. 8.)
_____, “횡령죄의 이득액과 가벌적 후행행위 (하)”, 저스티스(2012. 10.)
이상윤, “불법원인급여와 횡령죄”, 외국논집 제15집, 한국외국어대학교 외국학종합연구센터 법학연구소(2003)
이상철, “명의신탁부동산의 처분행위와 횡령죄 -3자간명의신탁에 관한 대법원 2010. 6. 24. 선고 2009도9242 판결을 중심으로-”, 일감법학 24호(2013. 2.)
이상태, “부동산 명의신탁에 관한 민 · 형법의 통합적 연구”, 일감법학 30권(2015. 2.)
이석배, “횡령죄와 배임죄의 관계”, 동아법학 46호(2010. 2.)
이수성, “판례회고 2호(1973년도)”, 서울대학교(1974)
이승준, “배임행위의 기망행위에 대한 불가벌적 사후행위 여부”, 법학연구 53권 3호, 부산대학교 법학연구소(2012. 8.)
이용구, “사실인정 과정과 논증”, 법관의 의사결정 ‘이론과 실무’, 사법발전재단(2010)

이용식, “2014년 분야별 중요판례분석 (9) 형법 각칙”, 법률신문 4309호(2015. 4. 9.)
_____, “고의와 목적에 관하여”, 현대형사법론: 죽헌 박양빈 교수 화갑기념 논문집, 법문사(1996)
_____, “배임죄에 대한 지나친 제한해석의 우려 -확대해석의 경계와 함께-”, 대법원 형사실무연구회 2014년 심포지움 지정토론문
_____, “비례성 원칙을 통해서 본 형법과 헌법의 관계”, 형사법연구 25호, 한국형사법학회(2006. 6.)
_____, “소유자의 절도범으로부터의 자기소유물 탈환과 자구행위”, 전남대학교 법학논총 제30집 제1호(2010)
_____, “위험사회에서의 법익보호와 적극적 일반예방”, 형사정책 13권 1호, 한국형사정책연구원(2001)
_____, “일상적·중립적 행위와 방조 -방조행위의 개념적 의미내용과 방조의 불법귀속의 이해구조-”, 서울대학교 법학 48권 1호, 서울대학교 법학연구소(2007. 3.)
_____, “형법에 있어서의 이익형량”, 현대 형법이론 I, 박영사(2008)
_____, “횡령죄의 기수성립에 관한 논의 구조 -횡령죄의 구조-”, 형사판례연구 (21), 박영사(2013)
_____, “횡령·배임죄와 이사의 자기거래”, 상사판례연구 IV권, 박영사(2000)
이우석, “토지조사사업에 의한 소유권확정과 판결의 저촉”, 영남법학 10권 2호, 영남대학교 출판부(2004)
이원상, “유비쿼터스 사회에서의 절도죄 고찰”, 형사정책연구 20권 2호, 한국형사정책연구원(2009 여름호)
이원일, “향정신성의약품의 매매죄와 수수죄의 관계”, 형사재판의 제문제 2권(1999)
이윤근, “불법영득의 의사와 사용절도”, 법조 14권 6호(1965. 6.)
이은혜, “부동산 명의신탁을 둘러싼 몇 가지 법률적 쟁점에 관한 검토 -부동산 실권리자 명의 등기에 관한 법률 시행 이후의 판례를 중심으로-”, 재판실무연구, 광주지방법원(2009)
이인철, “명의신탁과 불법원인급여”, 법률신문 3474호(2006. 7. 13.)
이재철, “법률행위와 사회적 타당성”, 판례월보(64. 6.)
이재홍, “2중매매와 관련된 대법원 판례의 연구 -대법원판례를 중심으로-”, 판례월보 288호, 판례월보사(1994)

이정원, “배임죄의 구조와 문제점”, 법학연구 34집, 전북대학교 법학연구소(2011. 12.)
_____, “우리 형법과 독일 형법의 횡령죄에 대한 비교법적 고찰”, 비교형사법연구 4권 2호, 한국비교형사법학회(2002)
_____, “재산범죄에서의 불법영득의 의사와 불법이득의 의사에 관한 연구”, 비교형사법연구 창간호, 한국비교형사법학회(1999)
이주원, “‘여객자동차 운수사업법’ 제81조 제7호에서 유상운송 제공행위를 처벌하는 ‘자가용 자동차’의 의미(여객자동차 운수사업법 제73조 제1항, 제81조 제7호)”, 대법원판례해설 66호(2006 하반기), 법원도서관(2007)
이주일, “명의신탁과 형사처벌에 대한 비판적 재검토”, 한국법학회 법학연구 29집(2008. 2.)
이주희, “양벌규정의 실효성 확보에 관한 고찰”. 법학연구 47집, 한국법학회(2012. 8.)
이진국, “인신구속과 무죄추정원칙”, 형사정책연구 16권 4호, 한국형사정책연구원(2005. 1.)
이진석, “사기죄와 배임(또는 횡령)죄의 양립 가능성에 관한 검토”, 재판실무연구 4권, 수원지방법원(2011. 12.)
이창섭, “부동산명의수탁자의 횡령죄 주체성”, 형사판례연구 (19), 박영사(2011)
이충훈, “명의신탁과 부당이득반환청구권”, 홍익법학 12권 1호(2011)
이혜정, “<默齋日記>를 통해서 본 16세기 婢夫ㆍ奴妻의 삶”, 한국사연구(2009)
_____, “16세기 노비의 삶과 의식세계: 「묵재일기」를 중심으로”, 경희대학교 박사학위논문(2012)
이호규, “한국 전통사회에 있어서의 단체적 소유”, 서울대학교 석사학위논문(1987)
이호정, “부동산의 최종매수인(전득자)의 최초매도인에 대한 등기청구권”, 고시계(1981. 7.)
이호중, “계약명의신탁과 횡령ㆍ배임죄”, 고시계 47권 12호(2002. 12.)
이홍민ㆍ명순구, “민법상 조문제목의 법적 효력 - 민법 제정과정상의 문제점을 중심으로”, 법조 673호(2012. 10)
임 웅, “재산범죄에 있어서 ‘재물’과 ‘재산상의 이익’ 개념에 대한 비판적 고찰”, 형사법연구 21권 4호, 한국형사법학회(2009)

임준호, “성공한 내란과 옐리네크의 ‘사실적인 것의 규범력’”, 인권과 정의 234호, 대한변호사협회(1996)
장승일, “불법원인위탁과 횡령죄 성부의 재검토”, 형사법연구 제25권 제3호, 한국형사법학회(2013 가을)
장영민, “명의신탁된 부동산 영득행위의 죄책”, 고시계 490호(1997. 12.)
_____, “명의신탁된 부동산영득행위의 죄책”, 법학논집(제3권 제1호), 이화여자대학교(1998)
장한철, “횡령죄와 불가벌적 사후행위, 배임죄의 성립여부”, 고시계 통권 691호(2014. 9.)
정기웅, “종중에 관한 법적 고찰(하)”, 사법행정 35권 8호, 한국사법행정학회(1994. 8.)
_____, “종중재산과 명의신탁”, 현대민법의 과제와 전망: 남송 한봉희 박사화갑기념논문집, 밀알(1994)
정대익, “증권매매위탁과 증권대체거래의 법적구조”, 상사판례연구 15집, 한국상사판례학회(2003)
_____, “타인명의 주식인수 시 주주결정에 관한 새로운 해석론”, 비교사법 21권 1호, 한국비교사법학회(2014)
정도영, “부동산실명법에 위반한 부동산명의신탁과 횡령죄”, 광주지방법원 재판실무연구(1998)
정만조, “행정형벌법규의 부지와 범의”, 법조 27권 3호(1978. 3.)
정상현, “영미 계약법에 있어서 불법계약의 효력과 급부물의 반환청구”, 성균관법학 제24권 제2호(2012. 6.)
_____, “이른바 불법성비교이론에 대한 고찰”, 비교사법 제9권 제2호, 한국비교사법학회(2002)
정영진, “명의차용주주와 명의개서 미필주주의 비교”, 인하대학교 법학연구 16집 3호, 인하대학교 법학연구소(2013. 11.)
정창운, “횡령미수론에 관한 일고찰”, 법정 15권 4호(1960. 4.)
정형식, “이른바 중간생략등기형 명의신탁에 있어서 수탁자가 부동산을 임의로 처분한 경우, 횡령죄의 성립 여부(적극)”, 대법원판례해설 제39호(2001년 하반기), 법원도서관(2002)
조 국, “법인의 형사책임과 양벌규정의 법적 성격”, 서울대학교 법학 48권 3호, 서울대학교(2007)
조기영, “재산범죄와 ‘보호할 가치 있는 신뢰관계’”, 형사법연구 26권 1

호, 한국형사법학회(2014)
조병선, “기업형사책임과 책임원칙”, 형사법연구 22권 1호, 한국형사법학회(2010. 봄)
_____, “독일환경형법의 이론체계 (하) -새로운 환경형법이론의 시도와 한계-”, 인권과 정의 215호, 대한변호사협회(1994)
조용현, “명의신탁 부동산의 처분이 명의신탁자의 채권자에 대한 관계에서 사해행위가 성립하는지”, 대법원 판례해설 제93호(2012년 하), 법원도서관(2013)
조원철, “명의신탁등기가 부동산실권리자명의등기에관한법률 시행으로 무효로 된 후에 명의수탁자가 임의로 신탁부동산을 처분한 경우 매도인이 명의수탁자의 처분행위로 인하여 손해를 입었다고 볼 수 있는지 여부(소극) -대법원 2002. 3. 15. 선고 2001다61654 판결-”, 대법원판례해설 40호(2002 상반기), 법원도서관(2002)
조현욱, “명의수탁자의 보관 부동산 후행 처분행위의 불가벌적 사후행위 해당여부”, 법학논고 42집, 경북대학교 법학연구원(2013)
_____, “부동산횡령죄의 미수”, 단국대학교 법학논총 36권 2호(2013)
_____, “불가벌적 사후행위 -대법원 2008. 3. 27. 선고 2007도9328 판결-”, 비교형사법연구 제10권 제1호, 한국비교형사법학회(2008)
_____, “불가벌적 사후행위”, 형사법의 쟁점과 판례, 법문사(2009)
_____, “불법원인급여와 횡령죄의 성립여부”, 형사법연구 제18호, 한국형사법학회(2002)
조홍식, “경제학적 논증의 법적 지위 - 배제적 법실증주의의 관점에서”, 서울대학교 법학 48권 4호, 서울대학교 법학연구소(2007)
지영난, “부동산실명법 시행 이후 부동산 명의신탁의 법률관계”, 서울지방법원 남부지원 실무연구 IV(2005)
지승종, “조선전기의 투탁과 압량위천”, 한국사회사학회(1987)
차병직, “마약류에 대한 문화적 · 의학적 · 법학적 측면”, 서울지방변호사회 변호사-법률실무연구- 25집(1995)
천진호, “명의신탁부동산 처분행위와 형사책임”, 비교형사법연구 4권 1호, 한국비교형사법학회(2002)
_____, “부동산실명법상 부동산명의수탁자의 형사책임”, 형사재판의 제문제 제5권, 박영사(2005. 10.)

최금숙, “영국 봉건시대에 있어서 처의 재산에 대한 남편의 권리”, 이화여대 법학논집(1996)
최대권, “불법영득의 의사와 사용절도”, 서울대학교 법학 6권 2호, 서울대학교 법학연구소(1964), 148
최봉석, “행정형벌에 관한 일고”, 법조 51권 12호, 법조협회(2002. 12.)
최상욱, “명의신탁부동산의 처분과 형사책임”, 형사법연구 13권, 한국형사법학회(2000)
최수정, “조합재산에 관한 민법개정 방향 -합유와 조합의 사무집행 방법을 중심으로-”, 민사법학 62호, 한국사법행정학회(2013. 3.)
최종길, “물권적 기대권 (I)”-독일민법에 있어서의 새로운 법리론-, 사법행정 49호(6권 2호), 한국사법행정학회(1965. 2.)
최준혁, “독일법이 한국에 미친 영향 -한국 형법의 역사와 정체성-”, 인하대학교 법학연구 14집 3호, 인하대학교 법학연구소(2011. 11.)
최창열, “명의신탁부동산의 소유권귀속”, 성균관법학 17권 3호, 성균관대학교 비교법연구소(2005. 12.)
하승완, “부동산실권리자명의등기에관한법률의 연구”, 조선대학교 박사학위논문(1999)
한상호, “토지조사부에 소유자로 등재된 사실과 사정의 추정 여부”, 대법원 판례해설 5호, 법원도서관(1986)
허규 · 노종상 · 이태훈, “종중 · 종중재산에 관한 제고찰 -연혁적 · 실무적-”, 사법논집 제4집, 법원행정처(1973)
허일태, “2008년 형사법 판례 연구”, 인권과 정의 391호, 대한변호사협회(2009. 3.)
_____, “연속범의 죄수”, 형사판례연구 (5), 박영사(1997. 8.)
_____, “위탁금전의 소비와 형법상 고유한 소유권개념”, 형사판례연구 (12), 박영사(2004)
허성희, “부동산의 명의신탁과 횡령죄의 성부”, 실무연구자료 6권(조용무법원장 정년퇴임기념), 대전지방법원(2005)
호문혁, “채권자대위소송과 중복제소”, 서울대학교 법학 35권 1호, 서울대학교 법학연구소(1994)
홍함표, “불법원인급여와 재산죄의 성부문제”, 검찰 제28호, 대검찰청 (1970)

황태윤, “이중매매와 횡령죄”, 전북대학교 법학연구 제39호(2013. 9.)

2. 독일 논문

Amelung, Knut, “Die Neutralisierung geschäftsmäßiger Beiträge zu fremden Straftaten im Rahmen des Beihilfetatbestandes”, FS-Grünwald, Nomos, 1999

Baumgarte, Christian, “Die Strafbarkeit von Rechtsanwälten und anderen Beratern wegen unterlassener Konkursanmeldung”, wistra 1992

Beckemper, Katharina, “Strafbare Beihilfe durch alltägliche Geschäftsvorgänge”, Jura 2001

Brandt, Reinhard, “Eigentumstheorien von Grotius bis Kant”, Stuttgart: Frommann-Holzboog, 1974

Gaede, Karsten, “Die strafbare Beihilfe und ihre aktuellen Probleme - Die gelungene Prüfung der §§ 27 und 28 StGB”, JA 2007

Hassemer, Winfried, “Professionelle Adäquanz”, wistra 1995

Heghmanns, Michael, “Beschl. v. 26. 6. 2012. - 2StR 137/12", ZJS 1/2013

Kaiser, Lothar, “Opferverantwortung und Täter (Sonder) Pflichten im Bereich der Vermögensdelikte - Untersuchung über den Einfluß der Täter-Opfer-Interaktion auf die Einschränkung der Strafbarkeit im Bereich der Vermögensdelikte unter besonderer Berücksichtigung der Massenkriminalität”, Münster, 1991

Lüderssen, Klaus, “Die Wiederkehr der Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken - eine Warnung”, FS-Ernst Walter Hanack zum 70. Geburtstag (Part 2), de Gruyter(1999)

Mikolajczyk, Sascha, “Das Aneignungselement der Zueignung”, ZJS 1/2008

Neubecker, F. K., “Der abstrakte Vertrag in seinen historischen und dogmatischen Grundzugen”, Archiv für burgerlichen Recht 22, 1903

Niedermair, Harald, “Straflose Beihilfe durch neutrale Handlungen?”, ZStW 107 (1995)

Rittstieg, Helmut, “Zur Entwicklung des Grundeigentums”, Juristen Zeitung, 11. März 1983

Roxin, Claus, “Geld als Objekt von Eigentums-und Vermögensdelikte”, H. Mayer-FS, Duncker & Humblot, 1966

Rudolphi, Hans-Joachim, “Der Begriff der Zueignung”, Godtdammer's Archiv für Strafrecht 1965

Puppe, Ingeborg, “Anmerkungen zur Befreiung des Strafrechts vom ökonomistischen Denken”, ZIS(2010. 3.)

Sauer, Wilhelm, “Schließen sich Diebstahl und Sachbeschädigung begrifflich aus?”, diss. Halle, 1908

Vogler, Theo, “Möglichkeiten und Wege einer Entkriminalisierung”, ZStW 90, 1978

Welzel, Hans, “Studien zum System des Strafrechts”, ZStW 58, 1939

Wolf, Gerhard, “Befreiung des Strafrechts vom nationalsozialistischen Denken?”, HFR(Humboldt Forum Recht) 1996, Beitrag 9

Wolfslast, Gabriele, “Anm. zum BGH, Beschl. V. 31. 3. 1993 -3 BJs 512/90-2(141)-AK5/93”, NStZ 1994

Zopfs, Jan, “Der Tatbestand des Diebstahls - Teil 1”, ZJS 5/2009

_____, “Der Tatbestand des Diebstahls - Teil 2”, ZJS 6/2009

3. 영미 논문

Allgrove, Ben/Sellars, Simon, “The Fraud Act 2006: is breach of confidence now a crime?”, Journal of Intellectual Property law & Practice (Oxford University, 2009)

Bell, Bernard W., “No Motor Vehicles in the Park": Reviving the Hart-Fuller Debate to Introduce Statutory Construction”, 48 J. Legal Educ. 88 (1998)

Bodner, Andrew, “The Fraud Act and the Future of Fraud Prosecution”, Presentation on the Fraud Act at Butterworths Serious Crime Conference, London, 2010. 3. 30.

Collins, Jennifer., “Fraud by Abuse of Position: Theorising Section 4 of the Fraud Act 2006”, [2011] Crim. L. R. 513

Cook, Robert N., “American Land Law Reform: Legal Co-ownership, Dower, And Curtesy”, Duke Law Journal, Volume 1960

Glaholt, Duncan W./Rotterdam, Markus, “Breach of Trust - Are You Exposed?”, 49 Construction Law Report (2d), 1998

Goebel, Roger J., “Reconstructing the Roman Law of Real Security”, Tulane Law Review 36 (1961)

Helfendehl, Ronald, “Corporate Criminal Liability: Model Penal Code Section 2.07 and the Development in Western Legal Systems”, 4 Buff. Crim. L. Rev. 283 (2000)

Keulen, B. F. & Gritter, E., “Corporate Criminal Liability in the Netherlands”, vol 14.3 Electronic Journal of Comparative Law(12. 2010.)

Lawrence, William J., “Application of the Clean Hands Doctrine in Damage Actions”, 57 Notre Dame L. Rev. 673 (1982)

Ormerod, David, “The Fraud Act 2006 - Criminalising Lying?”, [2007] Crim. L. R. 193

Schauer, Frederick, “A Critical Guide to Vehicles in the Park”, 83 N.Y.U. L. Rev. 1109 (2008)

Snyder, Orvill C., “Word-Magic and The Embezzlement of Real Property”, 28 Am. Inst. Crim. L. & Criminology (1937)

van Rhee, C. H., “Trusts, Trust-like Concepts and Ius Commune”, European Review of Private Law(2000. 3.)

4. 일본 논문 (연도순)

堀田力, “租税ほ脫犯をめぐる諸問題(三)”, 法曹時報 22권 6호(1970. 6.)

森下忠, “不法原因給付にかかる物件の横領”, ジュリスト 增刊 基本判例解說シリーズ No.2, 有斐閣(1973. 10.)

谷口知平, “民法第708條の獨立性について”, 民法論 第3卷 不當利得·知的財産權等の硏究, 有斐閣(1990)

野村稔, “不法原因給付にかかる物件の横領”, 刑法判例百選 II: 各論, 有斐閣(1992)

難波讓治, “公序良俗と不法原因給與”, 椿 壽夫·伊藤 進 編 公序良俗違反の硏究, 日本評論社(1995)

近江幸治/田炳西, “韓國の登記制度における名義信託と法的規制”, 比較法學 29卷 2号, 早稻田大學比較法硏究所(1996. 1.)

上嶌一高, “不動産の二重賣買と横領”, 別冊 ジュリスト 143號 {刑法判

例百選 Ⅱ 各論 [第4版]}, 有斐閣(1997. 5.)
上嶌一高,“預金による占有”, ジュリスト 刑法の爭點, 有斐閣(2000)
町野 朔, “不法原因給付と詐欺·横領”, ジュリスト 刑法の爭點, 有斐閣(2000)
內田幸隆,“背任罪と横領罪の關係”, 早稻田法學會誌 52卷(2002)
甲斐克則, “刑事立法と法益槪念の機能”, 法律時報 75卷 2号, 日本評論社(2003. 2.)
淺田和茂,“横領後の横領”, ジュリスト No.1269, 有斐閣(2004. 6. 10.)
高木俊夫, “委託を受けて管理する他人の不動産にほしいままに抵當權を設定しその登記を了した後にこれを賣却した行爲の犯罪性とその審理方法”, ジュリスト No.1281, 有斐閣 (2004. 12. 15.)
鈴木左斗志, “横領物の横領と共罰的事後行爲”, 判例タイムズ No.1207(2006. 6. 15.)
十河太朗,“●刑事法學の動き● 宮川基 「横領物の横領」”, 法律時報 78卷 8号(2006. 7.)
木村光江,“横領と背任の區別”, Jurist 增刊 刑法の爭點 シリーズ 2, 有斐閣(2007)
松宮孝明,“不可罰的·共罰的事後行爲”, Jurist 增刊 刑法の爭点 シリーズ 2, 有斐閣(2007)
伊東研祐,“横領後の横領”, 別冊 ジュリスト No.190, 有斐閣(2008. 3.)
淺田和茂,“横領か背任か”, 別冊 ジュリスト No.190, 有斐閣(2008. 3.)
冨高彩,“不可罰的·共罰的事後行爲論と財産罪の成否(1)”, 上智法學論集 52卷 4号(2009)
冨高彩, “不可罰的·共罰的事後行爲論と財産罪の成否(2·完)”, 上智法學論集 53卷 1号(2009)
內田幸隆,“背任罪と横領罪の區別”, 法學敎室 359号, 有斐閣(2010. 8.)
嘉門優,“法益論の現代的意義”, 刑法雜誌 50卷 2号, 日本刑法學會(2011)
樋口亮介, “ドイツ財産犯講義ノート”, 東京大學法科大學院ローレビュ 8卷(2013. 9.)
山口雅高,“背任と横領の區別”, 刑事事實認定重要判決50選 (下), 立花書房(2014)
岡田孝介, “信託財産に對する受益者の處分權と名義信託”, (詳解)信託判例, 金融財政事情研究所(2015)

5. 인터넷 사이트

http://theme.archives.go.kr/next/gazette/listKeywordSearch.do (관보)
http://jkd.scourt.go.kr/JO/main/index.jsp (조선고등법원판결록)
https://library.scourt.go.kr/main.jsp# (법원도서관 귀중본 · 고서 전자책 서비스)
http://elaw.klri.re.kr/kor_service/lawTotalSearch.do (대한민국 영문법령)
https://www.lawtimes.co.kr (법률신문)
https://news.koreanbar.or.kr (대한변협신문)
http://211.57.113.105/sch/p_museum/full.cgi?v_db=1&v_doc_no=00120936&v_list=0&v_kw_str=D2:DI%20AND%20(%C1%B6%BC%B1%20AND%20(A4:%B7%C1%B8%BB%BC%B1%C3%CA%20OR%20A4:%C1%B6%BC%B1 (국가문화유산종합정보서비스)
http://contents.history.go.kr/front/deManage.do?process=deOriginalView&treeId=010101&era=ancient&theme=politic&recordId=de_001_1101_0060 (국사편찬위원회"우리역사넷")
https://beck-online.beck.de/?vpath=bibdata/komm/MuekoStGB_2_Band5/stgb/cont/MuekoStGB.stgb.p266.glB.glII.gl1%2Ehtm
http://www.zis-online.com
http://www.zjs-online.com
http://www.humboldt-forum-recht.de/druckansicht/druckansicht.php?artikelid=79
http://www.humboldt-forum-recht.de/deutsch/publikationen/deckblatt.html&artikelid=79
http://www.servat.unibe.ch/dfr/bs041187.html
http://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BGH&Datum=25.07.1995&Aktenzeichen=GSSt 1/95
http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/db/ (HRR-Strafrecht.de, Januar 1999 ~)
http://lexetius.com/StGB/246
http://www.rwi.uzh.ch/elt-lst-wohlers/strafrechtbt/veruntreuung/de/html/index.html#/veruntreuung/de/html/unit_abs1.html (Wolfgang Wohlers, Strafrecht Besonderer Teil, Online)
https://a.next.westlaw.com/Search/Home.html?transitionType=Default&contextData=(sc.Default) (WestlawNext online)
http://e-lawresources.co.uk/Lawrence-v-MPC.php
http://balkin.blogspot.com/2008/07/revisting-hart-v-fuller-no-vehicles-in.html
http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/jled48&div=9&g_sent=1&collection=journals
http://www.law.nyu.edu/ecm_dlv/groups/public/@nyu_law_website__journals__

law_review/documents/web_copytext/ecm_pro_059778.pdf
http://www.jasononline.com/law/juris.htm
http://embezzlement.uslegal.com/elements-of-embezzlement/
http://caselaw.findlaw.com/nm-court-of-appeals/1145197.html
http://www.law.virginia.edu/pdf/faculty/hein/schauer/83nyu_l_rev1109_2008.pdf
http://jiplp.oxfordjournals.org/content/4/4/278.abstract
http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/35/section/4
http://embezzlement.uslegal.com/character-of-embezzled-property/
http://codes.lp.findlaw.com/uscode/18/I/31/657
http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/personal+property
http://www.leginfo.ca.gov/cgi-bin/displaycode?section=pen&group=00001-01000&file=503-515
http://www.nigeria-law.org/Criminal%20Code%20Act-Part%20VI%20%20to%20the%20end.htm
http://commerciallegal.blogspot.kr/2010/05/criminal-breach-of-trust.html
http://www.legalserviceindia.com/articles/crbt.htm
http://likms.assembly.go.kr/record/mhs-60-010.do
http://news.unn.net/news/articleView.html?idxno=114348
http://www.gbhwang.pe.kr/St-word/G-ta/%C5%F5%C5%B9.html
http://www.cps.gov.uk/legal/s_to_u/sentencing_manual/fraud_by_abuse_of_position/
http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1971/2.html
http://www.dictionnaire-juridique.com/index.php
http://www.ejcl.org
http://www.law-lib.utoronto.ca/bclc/crimweb/web1/mpc/mpc.html

『Abstract』

A Study on the Criminal Issues about Nominal Trust

Woo, In-sung
Law, Criminal Law
The Graduate School
Seoul National University

The basic reason of this thesis is originated from the question that under the “Act on the Registration of Real Estate under Actual Titleholder's name”(below abbreviated as ‘Actual Name Law’), except some nominal trusts allowed by Actual Name Law, when the nominal truster(below ‘truster’) has the nominal trust agreement with the nominal trustee(below ‘trustee’) about the real estate, then the truster can be punished under 5-year imprisonment or 2-hundred-million-won fine by Actual Name Law, and, although the degree of sanction(and illegality) of this punishable nominal trust is as much as that of the bribe, the trustee, according to the supreme court precedents, can be punished by the reason of the crime of embezzlement under Criminal Law(§355①) if he disposes the nominal-entrusted real estate or takes out a mortgage on the real estate as security. And this punishment on the trustee can, consequentially, protect the banned act ‘nominal trust’ of the truster, and this can infringe the legislator's purpose on Actual Name Law.

The recent decision(2011do7361) has held that the trustee, who has sold the entrusted real estate, is innocent, even if the seller knew that there was the nominal trust agreement between the truster and the trustee and that the trustee was the nominal purchaser of the sales contract. This decision has a significant meaning, because this decision saw the nominal trust relationship(particularly the truster) is not worthy of being protected by the sanction of the crime of embezzlement. I think this decision could affect the supreme court's pre-existing view on the other types of the nominal trust and the supreme court's pre-existing view could be changed. I think even if the nominal trust is not Kondiktio wegen verwerflichen Empfanges against commonly accepted social rules, the nominal trust agreement is not the trust relationship worthy of being protected by Criminal law. So I think this decision showed the desirable direction of construction on the criminal assessment of the nominal trust related with Actual Name Law and Criminal Law.

And as regards the nominal trust, there was a change about non-punishable subsequent act in supreme court precedents. When the trustee took out a mortgage on the entrusted real estate and the act constituted a crime of embezzlement, then after if the trustee takes out an additional mortgage on that real estate again or sells that real estate, the supreme court precedents viewed the subsequent act was absorbed into the assessment of illegality of the preceding act of taking out a mortgage, and thus the subsequent act could not be punishable. But the recent decision(2010do10500) changed the precedents and held that the subsequent act is punishable, because the subsequent act constitutes the crime of embezzlement. But I wonder why the act of taking out a mortgage should be

assessed as the crime of embezzlement. Because the aim of the act of taking out a mortgage is not to take the substance of the real estate but to take the value in that real estate. So the act should be assessed as a breach of trust(fiduciary duty) under Criminal Law(§355②). Anyway I think the change of supreme court precedents is appropriate in its outcome.

And according to the supreme court precedents, the embezzlement is consummated when the intention of the embezzlement is externally and objectively expressed. But some processes are needed to acquire the ownership of a thing(especially the real estate) or to seize the thing, so there can be the attempted embezzlement when the attempt to get the ownership of the real estate goes to fail. So this issue was examined.

In the other part of this thesis, the issues of the nominal trust in connection with registerable automobiles, deposit accounts, and stocks were dealt with.

Key words: nominal trust, trust relationship worthy of being protected by Criminal Law, commonly accepted social rules, Kondiktio wegen verwerflichen Empfanges, non-punishable subsequent act, attempted embezzlement

Student Number: 2011-30387