

서울서부지방법원

제 2 형 사 부

판 결

사건	2020노751 횡령
피고인	A
항소인	검사
검사	이종찬(기소), 전형준(공판)
변호인	변호사 이진우(국선)
원심판결	서울서부지방법원 2020. 5. 27. 선고 2019고단4228 판결
판결선고	2021. 7. 8.

주 문

원심판결을 파기한다.

피고인을 징역 10월에 처한다.

이 유

1. 항소이유의 요지(사실오인 및 법리오해)

피고인과 피해자 B, C는 가족들인 F, G, H(이하 ‘이 사건 매수인들’이라 한다) 명의로 부동산을 매수하였다가 전매하여 그 수익을 분배하기로 하는 공동사업약정을 체결하였다. 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률(이하 ‘부동산실명법’이라 한다)에 따라 경기 양평군 E 대 3,329㎡(이하 ‘이 사건 토지’라고 한다) 및 그 매각대금의 소유권이 명의수탁자인 이 사건 매수인들에게 귀속되지만,

이 사건 매수인들은 피해자들을 통해 피고인에게 이 사건 토지에 관한 매도권한을 위임하여 줌으로써 그 매매대금의 소유권을 명의신탁자에게 이전한다는 의사를 표시한 것으로 보아야 한다. 따라서 피고인이 보관한 이 사건 매매대금은 조합체의 재산으로 보아야 하고, 조합원 중 한 사람인 피고인이 위 매매대금을 보관하던 중 임의로 소비하였으므로 횡령죄가 성립한다.

2. 공소장변경에 따른 심판대상 추가

검사는 당심에서 기존의 공소사실을 주위적 공소사실로 유지하면서, 이 사건 토지 매매대금이 이 사건 매수인들 소유라고 본다면, 피고인은 매수인들의 위임을 받아 위 매매대금을 보관하는 지위에 있다는 이유로, 아래와 같이 피해자를 'B, C'에서 'G, H'로 변경하는 내용으로 예비적 공소사실을 추가하는 공소장변경 허가신청을 하였고, 이 법원이 이를 허가함으로써 심판대상이 추가되었다.

피고인은 R부동산중개법인의 공인중개사로서, B, C와 함께 D 등으로부터 금원을 차용하여 피고인과 B, C의 가족 명의로 토지를 매수하고 분할등기를 한 후 이를 다시 매도하여 차용금과 경비 등을 제외한 수익금을 정산하여 분배하기로 하는 구두 약정을 체결하였다.

이에 피고인은 2018. 2. 20.경 D 등으로부터 6억 원을 차용하고 분할 전 경기 양평군 E 토지를 5억 원에 매수하여 피고인의 딸 F, B의 처인 피해자 G, C의 처인 피해자 H 3명의 공동명의로 소유권이전등기를 마쳤다. 이후 위 토지는 2018. 6. 1. 부터 2018. 7. 16.까지 'E, I, J, K, L'의 5필지(이하 '이 사건 토지'라 한다)로 분필되

었다.

한편 피고인은 피해자들을 대리하여 2018. 4. 13.경부터 2018. 6. 15.경까지 경기 양평군에 있는 M공인중개사무소에서 4회에 걸쳐 이 사건 토지에 관한 매매계약을 각 체결하여, 2018. 4. 13.경부터 2018. 9. 6.경까지 피고인 명의 N은행 계좌(계좌번호 1 생략) 등으로 위 토지에 관한 매매계약에 따른 계약금, 중도금, 잔금 등 매도대금 합계 5억 9,600만 원을 교부받았다.

피고인은 위와 같이 교부받은 토지 매매대금을 피해자들을 위하여 보관하던 중, 2018. 5. 29.경 O에게 개인채무변제 명목으로 4,000만 원을 이체하여 임의로 사용한 것을 비롯하여 그 무렵부터 2018. 12. 28.경까지 사이에 별지 범죄일람표 기재와 같이 총 31회에 걸쳐 합계 1억 3,578만 원을 채무변제, 대여금 등으로 임의로 사용하여 이를 횡령하였다.

3. 검사의 사실오인 주장에 대한 판단

가. 주위적 공소사실

피고인은 R부동산중개법인의 공인중개사로서, B, C와 함께 D 등으로부터 금원을 차용하여 피고인과 B, C의 가족 명의로 토지를 매수하고 분할등기를 한 후 이를 다시 매도하여 차용금과 경비 등을 제외한 수익금을 정산하여 분배하기로 하는 구두약정을 체결하였다.

이에 피고인은 위 약정에 따라 2018. 2. 20.경 D 등으로부터 6억 원을 차용한 후 ‘경기 양평군 E 토지’를 5억 원에 매수하여 피고인의 딸 F, 피해자 B의 처 G, 피해자 C의 처 H 3명의 공동 명의로 소유권이전등기를 마쳤다. 이후 위 토지는 2018. 6. 1.부터 2018. 7. 16.까지 ‘E, I, J, K, L’의 5필지로 분필되었다.

한편 피고인은 피해자들을 대리하여 2018. 4. 13.경부터 2018. 6. 15.경까지 경기 양평군에 있는 M공인중개사무소에서 4회에 걸쳐 위 토지에 관한 매매계약을 각 체결하여, 2018. 4. 13.경부터 2018. 9. 6.경까지 피고인 명의 N은행 계좌(계좌번호 1 생략) 등으로 위 토지에 관한 매매계약에 따른 계약금, 중도금, 잔금 등 매도대금 합계 5억 9,600만 원을 교부받았다.

피고인은 위와 같이 교부받은 위 토지 매매대금을 피해자들을 위하여 보관하던 중, 2018. 5. 29. 경 O에게 개인채무변제 명목으로 4,000만 원을 이체하여 임의로 사용한 것을 비롯하여 그 무렵부터 2018. 12. 28.경까지 사이에 별지 범죄일람표 기재와 같이 총 31회에 걸쳐 합계 1억 3,578만 원을 채무변제, 대여금 등으로 임의로 사용하여 이를 횡령하였다.

나. 원심의 판단

피고인과 피해자들이 조합체로서 이 사건 매수인들과 명의신탁약정을 체결한 다음 선의의 매도인으로부터 이 사건 토지를 매수한 다음 매수인들 명의로 소유권이전등기를 마쳤다. 이는 계약명의신탁에 해당하여 이 사건 토지에 관한 물권변동은 유효하지만 피고인, 피해자들(또는 피고인, 피해자들을 조합원으로 하는 조합체)과 이 사건 매수인들 사이의 명의신탁약정은 무효이므로, 이 사건 매수인들은 이 사건 토지의 전 소유자인 매도인뿐만 아니라 신탁자인 피고인, 피해자들(또는 위 조합체)에 대한 관계에서도 유효하게 이 사건 토지의 소유권을 취득하였고, 이 사건 매수인들 소유인 이 사건 토지를 처분하여 취득한 매매대금 또는 전매차익 역시 이 사건 매수인들 소유일 뿐 피고인, 피해자들(또는 위 조합체)의 재물이라고 볼 수 없다. 원심은 피고인이 피해자들의 재물을 보관하는 자

의 지위에 있지 않다는 위와 같은 이유로 주위적 공소사실을 무죄로 판단하였다.

다. 당심의 판단

1) 관련 법리

가) 조합재산은 조합원의 합유에 속하는 것이므로 조합원 중 한 사람이 조합재산의 처분으로 얻은 대금을 임의로 소비하였다면 횡령죄의 죄책을 면할 수 없고, 이러한 법리는 내부적으로는 조합관계에 있지만 대외적으로는 조합관계가 드러나지 않는 이른바 내적 조합의 경우에도 마찬가지이다. 합유에 속하는 동업재산을 횡령하면 지분비율에 관계없이 임의로 횡령한 금액 전부에 대하여 횡령죄가 성립한다(대법원 2008. 2. 14. 선고 2007도10645 판결, 대법원 2009. 10. 15. 선고 2009도7423 판결 등 참조).

나) 매수인들이 상호 출자하여 공동사업을 경영할 것을 목적으로 하는 조합이 조합재산으로서 부동산의 소유권을 취득하였다면 민법 제271조 제1항의 규정에 의하여 당연히 그 조합체의 합유물이 되고, 다만 그 조합체가 합유등기를 하지 아니하고 그 대신 조합원 1인의 명의로 소유권이전등기를 하였다면 이는 조합체가 그 조합원에게 명의신탁한 것으로 보아야 한다(대법원 2006. 4. 13. 선고 2003다25256 판결 참조). 다) 횡령죄는 타인의 재물을 보관하는 자가 그 재물을 횡령하는 경우에 성립하는 범죄이므로, 횡령의 대상이 된 재물이 타인의 소유이어야 한다. 그런데 부동산실명법 제2조 제1호 및 제4조의 규정에 의하면, 신탁자와 수탁자가 명의신탁약정을 맺고 이에 따라 수탁자가 당사자가 되어 명의신탁약정이 있다는 사실을 알지 못하는 소유자와 사이에서 부동산에 관한 매매계약을 체결한 후 그 매매계약에 기하여 당해 부동산의 소유권이전등기를 수탁자 명의로 마친 경우에는 그 소유권이전등기에 의한 당해 부동산에 관한 물권변동은 유효하지만 신탁자와 수탁자 사이의 명의신탁약정은 무효이므로, 수탁자는 전 소유자인 매도인뿐만 아니라 신탁자에 대한 관계에서도 유효하게 당해 부동산의 소유권을 취득한 것으로 보아야 하고, 따라서 그 수탁자는 타인의 재물을 보관하는 자라고 할 수 없다(대법원 2000. 3. 24. 선고 98도4347 판결, 대법원 2010. 11. 11. 선고 2008도7451 판결, 대법원 2016. 2. 18. 선고 2015도12152 판결 등 참조).

2) 구체적 판단

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 내지 사정들을 종합하여 보면, 피고인과 피해자들은 부동산을 전매하여 그 차익을 나누기로 하는 동업관계에

있었고, 피고인이 피해자들을 위하여 조합재산인 이 사건 매매대금을 보관하던 중 이를 임의로 소비한 이상 횡령죄의 성립이 인정된다. 이와 결론을 달리한 원심판결에는 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있고, 이를 지적하는 검사의 주장은 이유 있다.

가) 피고인과 피해자들의 공동사업약정

피고인과 피해자들은 2017년경부터 R부동산을 동업으로 운영하는 한편, 함께 자금을 마련하여 부동산을 매수하되 피고인, 피해자들의 가족 명의로 소유권이전등기를 마치고, 이를 다시 매도하여 차용금과 경비 등을 제외한 수익금을 정산하여 분배하는 사업도 공동으로 하기로 약정하였다.<각 주1>

피해자들이 매수할만한 토지를 찾아오면, 피고인이 매수한 토지를 분할하여 제3자에게 다시 매도한 다음 그 매각대금을 피고인 명의 계좌로 지급받아 각종 비용을 공제한 나머지 이익을 1/3씩 분배하는 일련의 업무를 담당하기로 하였다.

나) 계약명의신탁의 성립

피고인과 피해자들은 D, V으로부터 토지 매수자금 등으로 6억 원을 빌려 2018. 2. 20. 피고인의 딸 F, B의 처 G, C의 처 H 3인을 매수인으로 내세워 명의신탁약정이 있다는 사실을 알지 못하는 P 으로부터 이 사건 토지를 대금 5억 원에 매수한 다음, 2018. 4. 6. 이 사건 매수인들 공동명의로 소유권이전등기를 경료하였다.

앞서 본 법리에 따르면, 이 사건 토지에 관한 물권변동은 유효하지만 피고인, 피해자들(또는 피고인, 피해자들을 조합원으로 하는 조합체)과 이 사건 매수인들 사이의 명의신탁약정은 무효이므로, 이 사건 매수인들은 위와 같이 소유권이전등기를 마침으로써 이 사건 토지의 전 소유자인 매도인뿐만 아니라 신탁자인 피고인, 피해자들(또는 위 조합체)에 대한 관계에서도 유효하게 이 사건 토지의 소유권을 취득하였다고 보아야 한다.

다) 이 사건 토지의 매도 경위

이 사건 토지는 2018. 6. 1.부터 2018. 7. 16.까지 ‘경기 양평군 E, I, J, K, L’의 5필지로 분할된 후 여러 사람들에게 매각되었고, 피고인은 2018. 4. 13.경부터 2018. 9. 6.경까지 피고인 명의 N 은행 계좌(계좌번호 1 생략) 등으로 이 사건 토지에 관한 매각대금 합계 5억 9,600만 원을 수령하였다.

피해자들은 피고인이 이 사건 매수인들의 대리인으로서 이 사건 토지를 매각할 수 있도록 명의수탁자인 G, H로부터 위임장, 매도인용 인감증명서 등 매매에 필요한 서류를 받아 피고인에게 건네주었고, 일부 매매계약을 체결할 당시 피고인과 현장에 동석하기도 했다.

라) 매매대금의 귀속

앞서 본 법리에 따르면, 선의의 계약명의신탁에 있어서 수탁자가 계약명의신탁 약정에 따라 취득한 부동산을 임의로 처분할 경우 그 수탁자는 타인의 재물을 보관하는 자라고 볼 수 없어 신탁자에 대한 횡령죄가 성립되지 않는다. 그러나 이 사건은 피고인이 수탁자는 아니어서 위 법리가 그대로 적용되기는 어렵다. 다만 계약명의신탁 법리에 의하여 이 사건 매매대금이 수탁자인 이 사건 매수인들 소유에 속하는 것인지, 아니면 조합재산에 귀속되는 것이냐가 쟁점이 된다.

살피건대, ① 피고인이 이 사건 토지를 매각하는 것에 대하여 피해자들 모두 사전에 동의했고, 명의수탁자인 이 사건 매수인들도 피고인이 대리인으로서 이 사건 토지를 매도할 수 있도록 피해자들을 통해 위임장, 인감증명서 등을 제공하여 준 점, ② 이에 따라 피고인이 이 사건 매수인들을 대리하여 이 사건 토지를 매도한 다음 매도대금을 자신 명의 통장으로 송금받은 점, ③ 이 사건 매수인들은 피고인 및 피해자들의 가족인 점, ④ 이 사건 매수인들이 지금껏 피고인, 피해자들을 상대로 소유권을 주장하며 이 사건 토지의 매도대금 반환을 요구한 정황은 없는 점 등에 비추어 보면, 피고인, 피해자들 및 이 사건 매수인들 사이에서는 피고인이 이 사건 매수인의 대리인으로서 이 사건 토지를 매도하여 그 대금을 조합체에 귀속시키기로 하는 약정이 있었다고 봄이 타당하다. 따라서 피고인이 매매대금을 자신의 계좌로 지급받음으로써 위 매매대금은 피고인 및 피해자들 조합체의 조합재산에 귀속된 것으로 보아야 한다.

마) 횡령액에 관하여

피고인은, 이 사건 토지 중 매각되지 않은 토지가 상당한데 이에 대한 피고인의 몫을 피해자들에게 이전한 점, D, V에 대한 채무도 피고인이 부담하게 된 점<각주2>, 피해자들이 수익금 명목으로 5,000만 원씩 미리 지급 받았으므로 피고인도 5,000만 원에 대해서는 매도대금에서 지급받을 권리가 있는 점 등에 비추어 보면, 피고인으로서 민사상 수익을 정산하여 분배할 의무가 있음은 별론으로 피해자들로부터 동의를 얻어 매매대금을 사용해야 하는 것은 아니고, 피고인의 행위로 인하여 피해자들이 실질적인 피해를 입은 것도 없으므로 횡령죄가 성립하지 않으며, 설령 횡령이 인정

되더라도 적어도 피고인의 몫에 해당하는 5,000만 원은 공제되어야 하므로 그 피해액은 85,780,000원에 한정되어야 한다는 취지로 주장한다.

그러나 ① 피고인 스스로 이 사건 토지 매도대금 중 1억 3,578만 원을 피해자들 동의 없이 임의로 소비하였다는 것을 인정하고 있고, 수사기관에서 피해자들과 입장을 바꿔서 생각해 보면 자신도 승낙하지 않았을 것이라고 진술한 점, ② 이 사건 토지를 매수하여 최종적으로 총 8필지로 분필한 후 피고인이 처분하지 아니한 3필지(Z 대 423㎡, AA 대 529㎡, AB 대 150㎡)에 대한 피고인의 1/3 지분에 관하여 2019. 1. 21. 피해자들 요구에 따라 모두 AC 명의로 이전등기를 해준 사실은 인정되나, <각주3> 앞서 본 법리에 따르면 동업재산을 임의로 사용한 이상 지분비율에 상관 없이 전부에 대한 횡령죄가 성립하므로, 피고인이 주장하는 위와 같은 사정은 양형에서 고려될 수는 있을지언정 횡령죄의 성립에는 영향을 미치지 아니한다. <각주4>

4. 결론

주위적 공소사실에 대한 검사의 항소는 이유 있으므로 형사소송법 제364조 제6항에 따라 원심판결을 파기하고 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다(주위적 공소사실을 유죄로 인정하는 이상 예비적 공소사실에 대해서는 따로 판단하지 아니한다).

【 】

다시 쓰는 판결 이유

범죄사실

앞서 본 제3의 가항 ‘주위적 공소사실’ 기재와 같다.

증거의 요지

1. 피고인의 일부 당심 법정진술

1. C, B의 각 원심 법정진술

1. 피고인에 대한 일부 검찰피의자신문조서

1. 수사보고(부동산 매매계약서 확인), 부동산매매계약서 2부

1. 수사보고(계좌내역 등 피의자 제출자료 첨부), 토지거래 상세내역, 계좌거래내역

1. 수사보고(1억 원 차용사실에 대한 Q 확인)

1. 수사보고(피의자 자료 제출), 계좌거래내역 등

1. 부동산(토지) 매매계약서 4부, 부동산등기사항전부증명서 5부

법령의 적용

1. 범죄사실에 대한 해당법조

형법 제355조 제1항

양형의 이유

1. 법률상 처단형의 범위: 징역 1월~5년

2. 양형기준에 따른 권고형의 범위

[유형의 결정] 횡령·배임범죄 > 01. 횡령·배임 > [제2유형] 1억 원 이상, 5억 원 미만 [특별양형인자] 없음

[권고영역 및 권고형의 범위] 기본영역, 징역 1년~3년

3. 선고형의 결정: 징역 10월

피고인은 피해자들과 부동산 전매 수익을 나누기로 하는 공동사업을 하는 과정에서 조합재산에 해당하는 이 사건 매매대금을 임의로 소비하여 횡령하였다. 횡령금액이 적지 않은데도 아직 피해가 회복되거나 피해자들로부터 용서받지 못하였다.

다만 피고인이 아직 매각되지 않은 토지 중 자신의 지분을 피해자들에게 이전해준 점, 이 사건 토지 전매로 인한 수익을 전부 정산하면 횡령금액에 비해 피해자들의 피해액이 적을 것으로 보이는 점, 피고인에게 이중 범죄로 2차례 벌금형을 선고받은 외에 범죄전력이 없는 점을 피고인에게 유리한 정상으로 참작하고, 그 밖에 피고인의 나이, 성행, 환경, 범행의 동기와 경위, 범행 후의 정황 등 이 사건 변론에 나타난 여러 양형조건을 종합하여 양형기준 권고형의 하한을 다소 벗어나 주문과 같이 형을 정한다.

판사 부상준(재판장) 송현직 박태수

별 지

범죄일람표

순번	일시	횡령금액(원)	사용처
1	2018. 5. 29.	40,000,000	피의자 명의 N은행계좌 (계좌번호 1 생략)에서 건외 O에 대한 개인 채무 변제로 사용
2	2018. 7. 12.	600,000	피의자 명의 N은행계좌 (계좌번호 1 생략)에서 건외 Q에게 대여금으로 임의 사용
3	2018. 8. 6.	10,000,000	R부동산 명의 S조합계좌 (계좌번호 2 생략)에서 건외 Q에게 대여금으로 임의 사용
4	2018. 8. 15.	7,000,000	피의자 명의 N은행계좌 (계좌번호 1 생략)에서
5	2018. 8. 21.	10,000,000	건외 Q에게 대여금으로 지급하여 임의 사용
6	2018. 8. 30.	4,000,000	피의자 명의 S조합계좌(계좌번호 3 생략)에서 건외 Q에게 대여금으로 지급하여 임의사용
7	2018. 9. 6.	33,000,000	피의자 명의 S조합계좌(계좌번호 4 생략)에서 건외 Q에게 대여금으로 지급하여 임의사용
8	2018. 9. 21.	15,000,000	피의자 명의 S조합계좌(계좌번호 3 생략)에서 건외 Q에게 대여금으로 지급하여 임의사용
9	2018. 10. 2.	300,000	
10	2018. 10. 10.	5,000,000	
11	2018. 10. 17.	500,000	
12	2018. 10. 20.	2,000,000	
13	2018. 10. 25.	130,000	
14	2018. 10. 26.	500,000	
15	2018. 10. 30.	500,000	
16	2018. 11. 23.	800,000	
17	2018. 11. 26.	300,000	
18	2018. 11. 27.	500,000	
19	2018. 11. 30.	500,000	
20	2018. 12. 9.	300,000	
21	2018. 12. 11.	250,000	
22	2018. 12. 12.	300,000	
23	2018. 12. 13.	300,000	

24	2018. 12. 15.	300,000	
25	2018. 12. 17.	400,000	
26	2018. 12. 19.	300,000	
27	2018. 12. 22.	200,000	
28	2018. 12. 23.	200,000	
29	2018. 12. 24.	300,000	
30	2018. 12. 26.	300,000	
31	2018. 12. 28.	2,000,000	
합계		35,780,000	

각주1: 명시적인 동업약정서는 없으나, 피고인과 피해자들 모두 구두로 이와 같은 공동사업약정을 하였다는 점에 대해서는 인정하고 있다. 피고인과 피해자는 이 사건 이전인 2018. 2. 6. 고양시 덕양구 X, Y 등 2필지를 매입하여 2018. 4. 10. 이를 처분하여 매매차익을 발생시키기도 했다.

각주2: 피해자들의 주장은 이와 다르다.

각주3: 이 사건 토지 약 1,000평 중 피고인이 약 630평을 매도하여 나머지 약 370평이 아직 매도되지 않고 남아 있다.

각주4: 피해자들은 정확한 정산이 어떻게 될 것인지는 모르겠지만 피고인의 정산에 관한 이와 같은 주장은 사실과 다르다는 취지로 주장하고 있고, 제출된 증거들만으로 피고인의 정산에 관한 주장을 모두 인정하기도 어렵다.