

# 법질서의 통일성 및 명의신탁의 반사회성에 따른 부동산실명법의 입법적 개선방안에 관한 연구

## A Study on the Improvements of the Real Estate Real Name Act for Unity of Legal Order and Anti-Social Characteristics of Title Trust Agreement

이 재 학\*

Lee, Jae-Hak

### 목 차

- |   |  |
|---|--|
| I. 서론   | IV. 법질서의 통일성 및 명의신탁의 반사회성에 따른 부동산실명법의 개선방안 |
| II. 부동산실명법의 입법취지 및 명의신탁                                 | V. 결론                                      |
| III. 대법원 2016. 5. 19. 선고 2014도6992 전원합의체 판결의 판결 요지 및 의미 |  |

부동산실명법 제1조는 ‘부동산에 관한 소유권과 그 밖의 물권을 실제 권리관계와 일치하도록 실권리자 명의로 등기하게 함으로써 부동산 등기제도를 악용한 투기·탈세·탈법행위 등 반사회적 행위를 방지하

투고일 : 2016. 12. 31. / 심사의뢰일 : 2017. 1. 17. / 게재확정일 : 2017. 2. 6.

\* 건국대학교 법학연구소 책임연구원, 법학박사

Principal Researcher, Institute of Legal Studies, Konkuk University, Ph.D

고 부동산 거래의 정상화와 부동산 가격의 안정을 도모하여 국민경제의 건전한 발전에 이바지함'을 목적으로 한다고 천명하고 있다. 즉 부동산실명법은 실권리자의 명의가 아닌 타인의 명의로 등기를 하는 명의신탁을 금지하고 있다. 명의신탁은 강행법규 위반행위이며 그 불법행위의 만연으로 인한 사회가치 및 질서에 대한 폐해가 심각한 반사회질서행위이다. 그와 같은 반사회질서행위에서 주도적 역할을 하는 명의신탁자는 사회에 대한 해악적 성격이 상당한 불법행위자이며 반사회질서행위자인 것이다. 그와 같은 불법성과 반사회성으로 징표되는 명의신탁행위는 더 이상 방치되어서는 안 된다. 반사회적 행위인 명의신탁약정에 따른 명의신탁자와 명의수탁자에게는 그에 상응한 형벌이 부과되어야 한다. 특히 명의신탁자에게는 명의신탁행위라는 반사회적 행위에 따른 불법원인급여성이 인정되는 신탁부동산에 대한 소유권이 인정되어서는 안 되며, 특히 반사회적인 명의신탁약정에 따라 명의신탁자자 명의수탁자에게 부동산을 명의신탁하는 행위는 불법원인급여성을 갖게 되므로 명의신탁자의 명의수탁자에 대한 부동산 소유권이전등기청구권을 행사할 수 없도록 하는 것이 타당하다. 불법적인 명의신탁행위를 근절시킬 방안으로서 다음 세 가지 방안을 제시하고자 한다. 첫째, 실질적으로 명의신탁자의 신탁부동산에 대한 소유권을 인정해주는 이행강제금 규정의 삭제, 둘째, 법질서 통일성의 고려 및 부동산실명법의 입법 목적의 실질적 실현을 위하여 신탁부동산에 대한 명의수탁자의 소유권 인정의 명문화, 셋째, 원칙이 원칙으로서의 역할을 하도록 실명화에 대한 예외 없는 원칙, 즉 예외적 특례 중 배우자 특례의 폐지와 종중 및 종교단체 특례에 대한 부분적 개정이 바로 그것이다.

**[주제어]** 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률, 명의신탁약정, 불법원인급여, 명의신탁자, 명의수탁자

## I. 서론

국민들로 하여금 정상적인 법률생활을 하도록 하여야 함이 법률의 입법 목적이며, 법률에 흠결이 있다면 판례는 흠결을 판례에 의하여 보충하여 국민들로 하여금 정상적인 법률생활을 하도록 준법사상을 담

아 법이론을 개발하여 국민들로 하여금 올바른 법률생활을 하도록 함이 그 본래의 기능이다.<sup>1)</sup> 그와 같은 법의 입법 목적과 판례에 의한 흠결의 보충 및 개정이 필요한 법률이 바로 1995년 3월 30일 법률 제4944호 공포되어, 1995년 7월 1일부터 시행된 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률(이하 ‘부동산실명법’이라 한다)이다. 부동산실명법은 부동산에 관한 소유권과 그 밖의 물권을 실권리자 명의로 등기하게 함으로써 부동산 등기제도를 악용한 투기·탈세·탈법행위 등 반사회적 행위를 방지하고 부동산 거래의 정상화와 부동산 가격의 안정을 도모하여 국민경제의 건전한 발전에 이바지함을 목적으로 하고 있음(동법 제1조) 선언하고 있다. 시행된 지 21년이 지난 부동산실명법은 제1조에서 선언하고 있는 바와 같이 부동산등기제도를 악용한 투기·탈세·탈법행위 등 반사회적 행위 및 공직자의 재산등록의 회피, 부동산에 대한 공법적 규제의 회피, 강제집행의 면탈, 기업의 비업무용토지의 취득 등 사회에 유해한 행위로서<sup>2)</sup> 부동산실명법에 반하여 범죄를 구성하는 불법적 관계인 사실상의 위탁관계이며<sup>3)</sup> 타인의 명의로 부동산거래를 하는 명의신탁의 금지를(동법 제3조) 핵심으로 하며 또한 과징금(동법 제5조) 및 이행강제금(동법 제6조) 규정을 두어 실권리자 명의로 등기하도록 유도하는 정책적인 고려가 담긴 실명화법이다. 그러나 금지규정의 준수 및 정책적 고려가 담긴 동법의 입법 목적은 시행 후 21년의 유예기간이 주어졌음에도 실현되지 못하고 있는 것이 주지의 사실이다.

부동산실명법이 금지하고 있는 명의신탁행위는 강행법규를 위반한 불법행위이며 그 불법행위의 만연으로 인한 사회가치의 파괴 및 사회질서에 대한 폐해가 상당한 반사회성을 띄고 있는 반사회적 행위이다.

1) 김상용, “부동산거래 선진화를 위한 제도개선: 명의신탁, 공정증서의 법제화로 극복을”, 부동산 Focus 제98호, 한국감정원 부동산연구원, 2016, 2쪽.

2) 김상용, 위의 논문, 2쪽.

3) 대법원 2016. 5. 19. 선고 2014도6992 전원합의체 판결.

그와 같은 반사회적 행위에서 주도적 역할을 하는 명의신탁자는 불법행위자이며 사회의 근본가치 및 질서유지에 있어서 해악적 성격이 상당한 보호의 필요성이 없는 불법행위자이다. 명의신탁에 관한 현행 규정 및 종래 판례의 태도 역시 이에 대한 일정한 책임이 있음은 부인할 수 없는 사실이다. 불법성과 반사회성으로 징표되는 명의신탁행위는 더 이상 방치해서는 안 된다. 그와 같은 반사회적 행위로서의 명의신탁약정에 따른 명의신탁자와 명의수탁자에게는 그에 상응한 죄책이 부과되어야 하며, 특히 주도적이며 비난가능성이 높은 명의신탁자에게는 명의신탁 행위라는 반사회적 행위에 따른 불법원인급여성이 인정되는 신탁부동산에 대한 소유권이 인정되어서는 안 된다. 불법적인 명의신탁행위는 근본적으로 근절시킬 방안으로서 본고에서 제시하는 것은 크게 세 가지이다. 첫째, 실질적으로 명의신탁자의 신탁부동산에 대한 소유권을 인정해주는 이행강제금 규정의 삭제이다. 둘째, 법질서 통일성의 고려 및 부동산실명법의 입법목적의 실효적 성과를 위하여 신탁부동산에 대한 명의수탁자의 소유권을 명문으로 인정하는 것이다. 셋째, 원칙이 원칙으로서의 역할을 하도록 실명화에 대한 예외 없는 원칙, 즉 예외적 특례 중 배우자 특례의 폐지와 종중 및 종교단체<sup>4)</sup> 특례에 대한 부분적 개정이다. 그와 같은 목적 하에서 본고의 논의를 진행하고자 한다. 우선적으로 부동산실명법의 제정배경 및 입법취지를 살펴봄으로써 동법이 적용되는 또는 적용되지 않는 명의신탁과의 관계를 분석할 것이다. 그런 다음 명의신탁과 관련하여 핵심적인 사항인 명의신탁행위의 불법성과 반사회성 징표를 최근 대법원 판례(2016. 5. 19. 선고 2014도6992 전원합의체 판결)의 판결요지 및 동 판례의 의미에 대한 분석에서 살펴볼 것이다. 그리고 논의의 핵심인 명의신탁의 반사회성과 관련하여 명의신탁부동

4) 동법 제8조 제3호의 '종교단체의 명의로 그 산하 조직이 보유한 부동산에 관한 물건을 등기하는 경우'가 예외적 특례로 추가된 것은 2013.7.12. 시행된 개정 부동산실명법(법률 제11884호)에서부터이다.

산의 불법원인급여성에 관한 논증과 더불어 개정 금융실명법과의 법질서 통일성의 차원에서 부동산실명법의 입법적 개선방안을 제시하고자 한다.<sup>5)</sup>

## II. 부동산실명법의 입법취지 및 명의신탁

### 1. 부동산실명법의 제정배경 및 입법취지

부동산실명법의 제정배경은 재정경제원에서 발간한 ‘부동산실명법 해설(1995)’에 상세히 기술되어 있다. 즉 부동산 명의신탁제도는 1912년 제정된 조선부동산등기령에는 종종 명의로 등기를 할 수 있는 규정이 없었던 관계로 불가피하게 종종원의 명의로 등기를 하게 된 것이 시초이며, 이후 판례를 통하여 그 유효성이 인정되었다. 명의신탁제도는 우리 민법이 채택하고 있는 부동산 취득은 등기를 요한다는 물권취득의 형식주의와 하나의 물건에는 하나의 권리만 인정된다고 하는 일물일권주의에 상충되는 제도이며, 민사관계에 있어서의 법적안정성의 훼손 등 사법질서를 왜곡시킨다는 비판이 학계를 중심으로 꾸준히 제기되었다. 또한 1993년 실시된 금융실명제의 완결조치인 금융자산소득종합과세가 1996년 실시되는데, 이러한 상황 하에서 부동산 차명 소유의 길을 열어 놓을 경우, 금융시장에서의 비실명자금이 부동산시장으로 유입되어 자금의 흐름이 왜곡될 우려가 있다는 지적이 있었다. 이러한 인식을 바탕으로 부동산 투기와 음성불로소득이 이 땅에 발붙이지 못하게 하고 경제정의

5) 다만 명의수탁자의 신탁재산의 임의처분과 관련된 횡령죄의 성립여부 논의는 종래의 상당수 연구가 이루어졌고 특히 이전형 명의신탁을 제외한 중간생략등기형 명의신탁 및 계약명의신탁에서의 횡령죄의 불성립이 판례를 통하여 인정되었기에 본고에서는 명의수탁자의 임의적인 신탁재산의 처분행위에 대한 횡령죄 성립여부에 관하여는 본고의 논의 과정에서 필요한 부분에 한하여 다루고자 한다.

가 보다 확고히 세워질 수 있는 기반을 마련하는 한편, 사법질서의 왜곡을 시정하고, 실수요자 중심으로 부동산 거래가 이루어지도록 하여 부동산가격의 안정에 기여하도록 부동산실명법의 입법을 추진하게 된 것이었다.<sup>6)</sup>

부동산실명법 제1조는 ‘부동산에 관한 소유권과 그 밖의 물권을 실제적 권리관계와 일치하도록 실권리자 명의로 등기하게 함으로써 부동산 등기제도를 악용한 투기·탈세·탈법행위 등 반사회적 행위를 방지하고 부동산 거래의 정상화와 부동산 가격의 안정을 도모하여 국민경제의 건전한 발전에 이바지함’이 동법의 목적임을 천명하고 있다. 즉 ‘부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률’이라는 동법의 법명에서 명확하게 선언하고 있듯이 동법은 부동산의 등기에 관하여 부동산 실권리자의 명의·명의수탁자의 명의로 등기를 요함을 근본적인 동법의 입법 목적으로 선언하고 있다. 부동산실명법은 명의신탁약정에 따라 명의신탁자의 명의로 아닌 명의수탁자의 명의로 등기하는 부동산 명의신탁을 금지한다(동법 제3조). 또한 명의신탁약정을 무효로 하고(동법 제4조 제1항) 명의신탁약정에 따른 등기로 이루어진 부동산에 관한 물권변동 역시 무효로 함을(동법 제4조 제2항) 규정하고 있다. 또한 실권리자명의 등기의무를 위반한 명의신탁자에게 과징금(동법 제5조)과 이행강제금(동법 제6조)을 부과하여 명의신탁자 자신의 명의로 등기할 것을 강제하고 있다. 다만 동법 제4조 제3항에서 제1항과 제2항의 무효는 제3자에 대항하지 못한다고 하여 대외적으로는 명의신탁의 효력을 인정하는 것과 같은 태도를 취하고 있다.<sup>7)</sup>

6) 재정경제원, 부동산실명법 해설, 1995, 6쪽.

7) 부동산실명법의 규정에 의해 명의신탁자와 명의수탁자 사이의 위탁관계가 민사법상 불법이라고 선언되었음에도 불구하고 명의신탁의 유형에 따라 소유권이 누구에게 있는가에 대해 견해가 나뉘고 있다. 이에 더해 민사법상 불법적으로 된 명의신탁자와 명의수탁자 사이의 위탁관계가 형법적으로 보호할 만한 가치가 있는 것으로 볼 수 있을 것인지의 여부에 따라 명의수탁자가 신탁부동산을 임의로 처분한 행위가 형법상

## 2. 명의신탁에 관한 개관

부동산실명법의 규제대상인 명의신탁약정은 명의신탁자와 명의수탁자 사이에 대내적으로는 명의신탁자가 부동산에 관한 물권을 보유하거나 보유하기로 하고 물권에 관한 등기는 명의수탁자의 명의로 하는 약정과 등기를 그 요건으로 한다. 즉 대내적으로는 명의신탁자가 부동산물권을 보유하여 관리·수익하면서 공부(公簿)상 명의만을 명의수탁자로 하는 것을 의미한다.<sup>8)</sup> 부동산실명법상 규제 대상권리와 규율대상이 되는 명의신탁을 유형별로 살펴보면, 부동산실명법은 ‘부동산에 관한 소유권이나 그 밖의 물권’<sup>9)</sup>에 관한 명의신탁을 그 규율대상으로 한다(동법 제2조 제1호). 부동산실명법에 의해 규율되는 명의신탁의 유형은 부동산에 관한 소유권이나 그 밖의 물권을 보유한 자 또는 사실상 취득하거나 취득하려고 하는 자가 타인과의 사이에서 대내적으로는 실권리자가 부동산에 관한 물권을 보유하거나 보유하기로 하고 그에 관한 등기는

---

횡령죄 또는 배임죄의 구성요건에 해당되는지에 대하여 상당한 논란이 야기되고 있다(송문호, “부동산 명의신탁의 형법상 의미와 전망”, 형사정책연구 제27권 제3호, 한국형사정책연구원, 2016, 7쪽). 대법원은 양자간 명의신탁에 있어서는 부동산실명법 시행이전과 차이 없이 횡령죄를 인정하지만, 계약명의신탁에 대해서는 횡령죄와 배임죄의 성립을 부정하고 있다. 또한 중간생략등기형 명의신탁의 경우에 기존에는 횡령죄의 성립을 인정하였으나 후술하는 바와 같이 최근 대법원은(대법원 2016. 5. 19. 선고 2014도6992 전원합의체 판결) 중간생략등기형 명의신탁에서 명의신탁자는 신탁부동산의 소유권을 가지지 아니하고, 명의신탁자와 명의수탁자 사이에 위탁신탁관계를 인정할 수도 없다. 따라서 명의수탁자가 명의신탁자의 재물을 보관하는 자라고 할 수 없으므로, 명의수탁자가 신탁받은 부동산을 임의로 처분하여도 명의신탁자에 대한 관계에서 횡령죄가 성립하지 아니한다고 하여 종래의 견해를 변경하였다.

8) 재정경제원, 앞의 책, 22쪽.

9) 부동산실명법은 명의신탁약정을 ‘부동산에 관한 소유권이나 물권을 보유한 자 또는 사실상 취득하거나 취득하려고 하는 자가 타인과의 사이에서 대내적으로는 실권리자가 부동산에 관한 물권을 보유하거나 보유하기로 하고 그에 관한 등기(가등기 포함)는 그 타인의 명의로 하기로 하는 약정’이라고 정의하고 있다. 그러므로 소유권 이외에 전세권·저당권·지상권 등 물권을 타인의 명의로 등기하는 경우에도 동법에 의한 규제대상이 된다(대법원 1998. 9. 4. 선고 98다20981 판결).

그 타인의 명의로 하기로 하는 약정을 하는 경우이다(동법 제2조 제1호).

## 2.1 명의신탁의 의의 및 성립요건

### 2.1.1 명의신탁의 의의

명의신탁이란 대내적으로는 명의신탁자가 소유권 기타의 권리를 보유하고 재산을 관리·수익하고 있으나 공부상 명의를 명의수탁자로 하는 것을 말한다.<sup>10)</sup> 명의신탁은 실정법에 의하여 유효성이 인정된 정상적인 부동산 거래방식이 아니라 판례에 의하여 유효성이 인정된 변칙적·비정상적 부동산 거래행위이다.<sup>11)</sup> 원래 명의신탁은 일제의 식민지 정책의 수행을 위한 법제도의<sup>12)</sup> 하나로 토지조사령(1912) 및 임야조사령(1918)에 의한 토지 및 임야의 사정 당시 종중재산을 종중 자체의 명의로 등기하는 방법이 없어서 편의상 종중원의 명의로 사정을 받고 그 명의로 등기를 하게 된 것에서부터 비롯된 것이었다.<sup>13)</sup> 일제 강점기부터 법원은 판례로 그와 같은 경우에 종중, 종중원 및 제3자 사이의 법률관계에 관하여 일정한 법리를 형성하여 왔는데, 그러한 법리가<sup>14)</sup> 해방 이후

10) 대법원 1987. 5. 12. 선고 86다카2653 판결; 대법원 1993. 11. 9. 선고 92다31699 판결.

11) 김상용, 앞의 논문, 2쪽.

12) 김상용, 위의 논문, 2쪽.

13) 명의신탁의 연혁에 대한 추가적인 견해를 살펴보면, 일제에 의하여 토지조사사업을 할 당시에 우리나라에는 종중 소유의 토지가 많았다. 그런데 당시 조선부동산등기령은 권리능력 없는 종중에 등기능력을 인정하지 않았다. 일제는 일제의 식민지 지배 권력에 저항할 수 있는 우리나라에서 강한 결속력이 있는 인적공동체인 종중의 해체를 목적으로 종중 토지를 종중대표자명의로 등기를 하도록 하고, 그러면 종중과 등기명의자인 종중대표자간의 내부적 관계에서는 종중이 소유자이고, 종중과 등기명의자인 종중대표자 이외의 제3자에 대한 관계에서는 등기명의자인 종중대표자가 소유자라는 소위 관계적 소유권이론을 만들어 이를 적용함으로써, 등기명의자인 종중대표자가 종중재산을 처분하면 종중으로 하여금 종중 토지를 잃게 함으로써 종중과 종중대표자간의 내부적 갈등을 유발하게 하여, 일제에 저항할 수 있는 공동체인 종중의 와해 내지 해체를 위하여 이러한 명의신탁을 인정하고, 관계적 소유권이론을 한국에 이식시킨 것이었다(김상용, 위의 논문, 2-3쪽).

우리 법원의 판례로 승계되었다.<sup>15)</sup> 즉 명의신탁은 우리나라 고유의 전통적인 제도가 아니라, 일제에 의하여 토지 및 임야의 사정이라는 명목 하에 우리에게 이식된 의도가 순수하지 못한<sup>16)</sup> 제도였던 것이다.

### 2.1.2 명의신탁의 성립요건

명의신탁관계는 명의신탁자와 명의수탁자 사이에 명의신탁관계 설정계약에 의하여 성립한다. 따라서 부동산에 관한 명의신탁 관계가 성립하려면 명의신탁자가 명의수탁자에게 부동산에 관한 공부상의<sup>17)</sup> 소유

14) 종래 대법원 판례(대법원 1966. 2. 15. 선고 65다2531 판결; 대법원 1987. 3. 10. 선고 85다카2508 판결; 대법원 1993. 6. 8. 선고 92다18634 판결; 대법원 2000. 10. 6. 선고 2000다32147 판결)는 명의신탁도 일반적인 신탁행위의 범주에 넣어 민법학상의 신탁 이론을 원용하여 대내적·대외적으로 소유권이 분리되는 법리인 관계적 소유권 이론에 따라 해석해왔다. 관계적 소유권론은 독일에서 형성된 양도담보의 법률관계를 일본에서 이론구성을 하면서, 양도담보권자와 양도담보권 설정자간에는 양도담보권자가 소유자이고, 양도담보권자와 양도담보권설정자이외의 제3자와의 관계에서는 양도담보권자가 소유자라는 법리로 설명하던 소유권이론이었으나, 이러한 관계적소유권 이론이 우리나라에 의용(依用)이 되어 우리나라에서는 지금도 양도담보의 이론구성에 있어서 일부의 법률가가 이러한 법리를 따르고 있으며, 명의신탁에도 여전히 이를 적용 하고 있다. 그리고 관계적 소유권이론에 의하면 대외적인 소유자로부터 당해 부동산을 취득한 제3자는 그가 선의이든 악의이든 당해 부동산의 소유권을 취득한다고 이론구성하고 있다. 이는 부동산등기의 공신력을 인정하는 경우보다도 제3자를 더욱 강하게 보호하는 부당한 문제가 발생한다. 등기의 공신력을 인정하는 독일에서는 정당하지 못한 등기임을 알지 못한 선의의 제3자만이 당해 부동산의 소유권을 선의 취득할 수 있다. 그러나 명의신탁을 관계적 소유권론에 입각하여 이론 구성하는 법이론과 판례에 의하면 악의의 제3자까지도 당해 명의신탁부동산의 소유권을 취득할 수 있다고 한다. 이는 이치와 사리에 맞지 아니한다. 독일과 일본에서는 이미 양도담보에서 대외적으로는 물론 대내적으로도 양도담보권자가 완전한 소유자이며, 양도담보권설정자는 양도담보권자에 대해서 채권적인 반환청구권을 가질 뿐이라고 이론구성하고 있다(김상용, 위의 논문, 각주1)에서 재인용).

15) 박윤직, 물권법 신정수정판, 박영사, 1999, 137-138쪽.

16) 김상용, 앞의 논문, 3쪽.

17) 판례는 가옥대장도 공부에 포함되는 것으로 보고 있다(대법원 1981. 12. 8. 선고 81다카367 판결); 동 판례에 대해 “이들은 목적물에 대한 소유관계를 공시하는 공시방법이 아니기 때문에 여기서 말하는 장부에는 포함되지 않는 것으로 보아야 할 것”이라고

명의를 신탁한다는 의사표시를 하고 이를 받아들이는 명의수탁자의 의사표시의 합의가 성립되어야만 한다.<sup>18)</sup> 명의신탁이 성립하려면 합의 외에 명의수탁자 명의의 등기가 있어야 한다.<sup>19)</sup> 또한 명의신탁설정약정은 반드시 명시적으로 체결될 필요는 없으며,<sup>20)</sup> 명의신탁의 목적은 불문한다. 판례는 양도소득세를 회피하기 위한 방법으로 부동산을 명의신탁 한 것이라 하더라도 그러한 이유 때문에 민법 제103조의 반사회적 법률행위로서 위 명의신탁이 무효라고 할 수 없다고 한다.<sup>21)</sup> 다만 강행 규정이나 사회질서에 위반되는 경우에 명의신탁약정은 무효가 된다.<sup>22)</sup> 명의신탁의 대상은 부동산에 한정되지 않고, 선박 및 자동차 등과 같이 등기·등록에 의하여 권리관계가 공시되는 경우에는 그의 대상이 될 수 있다.<sup>23)</sup> 소유권이 명의신탁의 대상이 됨에는 의문이 없고 용익물권도 명의신탁관계가 성립할 수 있다.<sup>24)</sup>

## 2.2 부동산실명법의 적용을 받는 명의신탁 및 유형

부동산실명법이 금지하는 명의신탁약정이란 부동산에 관한 소유권 기타 물권을 보유한 자 또는 사실상 취득하거나 취득하려고 하는 자가 타인과의 사이에서 대내적으로는 실권리자가 부동산에 관한 물권을 보

---

비판하는 견해로는 권오승, “명의신탁”, 고시연구 제17권 제9호, 고시연구사, 1990, 98쪽.

18) 대법원 1981. 12. 8. 선고 81다카367 판결.

19) 지원림, 민법강의 제6판, 홍문사, 2008, 597쪽.

20) 대법원 2001. 3. 9. 선고 2001다1478 판결.

21) 대법원 1991. 9. 13. 선고 91다16334,16341(반소) 판결.

22) 타인의 명의를 빌려 농지분배를 받게 하는 내용의 명의신탁은 농지개혁법상 경자유전의 원칙에 비추어 그 효력을 인정할 수 없고, 당사자 사이에 명의신탁의 약정이 있었다고 하더라도 대외적으로는 물론 대내적으로도 그 소유권은 농지의 수분배자에게 귀속한다(대법원 1995. 12. 26. 선고 95다40366 판결).

23) 대법원 1996. 6. 25. 선고 96다12009 판결; 대법원 1988. 11. 8. 선고 87다카 2188 판결.

24) 대법원 1998. 9. 4. 선고 98다20981 판결.

유하거나 보유하기로 하고 그에 관한 등기(가등기 포함)는 그 타인의 명의로 하기로 하는 약정을 말한다(동법 제2조 제1호). 따라서 제3자 명의로 설정된 담보목적의 가등기나<sup>25)</sup> (근)저당권등기도<sup>26)</sup> 동법의 적용대상이 된다. 명의신탁관계가 성립하기 위하여 명의수탁자 앞으로 새로운 소유권이전등기가 행해지는 것이 반드시 필요한 것은 아니며, 부동산 소유자가 소유하는 부동산의 전부 또는 일부 지분에 관하여 제3자를 위하여 대외적으로만 보유하는 관계에 관한 약정을 하는 경우에도 부동산실명법에서 정하는 명의신탁관계가 성립할 수 있다.<sup>27)</sup>

부동산실명법이 적용되는 명의신탁의 유형에는 이전형 명의신탁(양자간 등기명의신탁), 중간생략등기형 명의신탁(3자간 등기명의신탁), 그리고 계약명의신탁(위임형 명의신탁)이 있다.<sup>28)</sup> 간략하게 살펴보면, 이전형 명의신탁은 명의신탁자가 명의신탁약정에 따라 명의수탁자의 명의로 등기를 이전하는 명의신탁을 말하며, 중간생략등기형 명의신탁은 명의신탁자가 매매계약의 당사자가 되어 매도인과 매매계약을 체결하나 매도인과 합의 하에 등기를 매도인으로부터 명의신탁자와 명의신탁 약정을 맺은 명의수탁자에게로 직접 이전하는 경우를 말한다. 따라서 명의신탁자의 명의를 공부상에 나타나지 않는다는 점에서 양자간 등기 명의신탁과 구별된다. 부동산실명법 제2조 제1호에서 ‘부동산에 관한 물권을 사실상 취득한 자가 타인과의 사이에서 대내적으로 실권리자가 부동산에 관한 물권을 보유하거나 보유하기로 하고 그에 관한 등기는 그 타인의 명의로 하기로 하는 약정’이 바로 이 유형의 명의신탁을 의미한다.<sup>29)</sup> 계약명의신탁은 명의수탁자가 명의신탁자와의 명의신탁약정

25) 대법원 2002. 12. 24. 선고 2002다50484 판결.

26) 대법원 2007. 1. 1. 선고 2006다50055 판결.

27) 대법원 2010. 2. 11. 선고 2008다16899 판결.

28) 목영준, “부동산실권리자명의등기에 관한 법률상 법률관계의 효력”, 인권과 정의 제 261호, 대한변호사협회, 1998, 93쪽.

29) 중간생략등기와 중간생략형 명의신탁은 중간자가 등기에 나타나지 않는다는 점에서

에 의하여 자신이 매매계약의 당사자로서 매매계약을 체결하고 명의수탁자 자신의 명의로 등기를 하는 경우를 말한다. 즉 명의신탁의 목적이 단지 공부상의 명의가 아니라 계약당사자 지위라는 점에서 공부상의 명의만을 대상으로 하는 등기명의신탁과 구별된다.<sup>30)</sup> 부동산실명법 제2조 제1호에서 ‘부동산에 관한 물권을 취득하려는 자가, 위임 혹은 위탁 매매의 형식에 의하여, 타인과의 사이에서 대내적으로는 실권리자가 부동산에 관한 물권을 보유하거나 보유하기로 하고 그에 관한 등기는 타인의 명의로 하기로 하는 약정’이란 계약명의신탁을 의미한다.<sup>31)</sup>

### 2.3 부동산실명법의 적용을 받지 않는 명의신탁(유효한 명의신탁)

양도담보 및 가등기담보, 상호명의신탁, 신탁법이나 신탁업법에 의한 신탁재산인 사실을 등기하는 경우는 부동산실명법에서 규율하고자 하는 명의신탁약정에 해당하지 않는다.<sup>32)</sup> 또한 부동산실명법 제8조는 중

공통점을 갖고 있으나 다음과 같은 차이점이 있다. 첫째, 중간생략등기의 경우에 중간자와 최종매수인 사이에 진정한 매매계약이 있어 중간자는 소유권이전의 한 과정을 담당하는 반면에, 중간생략형 명의신탁에서는 중간자가 신탁자로서 수탁자에게 소유권이전등기를 해 준 이후에도 물건에 대한 사용·수익권 및 처분권을 유보하려 한다. 둘째, 중간생략등기는 특별한 사정이 없는 한 이미 경료된 경우에 중간생략의 하자가 치유되어 최종매수인은 소유권을 취득하나, 중간생략형 명의신탁에서는 수탁자가 그 명의로 등기되어 있더라도 소유권을 취득하지 못한다(이은영, 민법 I, 제5판, 박영사, 2007, 417-418쪽).

- 30) 따라서 명의신탁목적 부동산 등을 매수하는 매수인의 지위는 원칙적으로 명의수탁자에게 있는 것이고 명의신탁자에게 있는 것이 아니다. 이에 반해 등기명의신탁에 있어서는 부동산 등 매수인은 “명의신탁자”이고, 명의수탁자는 그 거래행위에 전혀 관여하지 않는다.
- 31) 권오창, “계약명의신탁의 법률관계에 관한 고찰-부동산실권리자등기에관한법률 제4조 제2항 단서의 해석을 중심으로-”, 법조 제48권 제6호, 법조협회, 1999, 103-104쪽.
- 32) 양도담보 및 가등기, 상호명의신탁(지분등기) 및 신탁등기는 고유의 경제적 기능을 가지고 있고, 명의신탁과는 달리 등기부상에 실질권리자가 나타나기 때문에 약용의 소지가 없다는 점에서 금지되는 명의신탁약점의 범위에서 제외하였다(재정경제원, 앞의 책, 26쪽).

중이 보유한 부동산에 관한 물권을 중중외의 자의 명의로 등기한 경우, 배우자 명의로 부동산에 관한 물권을 등기한 경우, 그리고 종교단체의 명의로 그 산하 조직이 보유한 부동산에 관한 물권을 등기한 경우에 그의 등기가 조세 포탈, 강제집행의 면탈 또는 법령상 제한의 회피를 목적으로 하지 아니하는 경우에는 동법 제4조(명의신탁의 효력), 제5조(과징금), 제6조(이행강제금), 제7조(벌칙), 및 제12조(실명등기의무 위반의 효력)가 적용되지 아니한다고 규정하고 있다. 부동산실명법의 제정목적, 특례 인정취지 및 다른 비법인사단과의 형평성 등을 고려할 때, 동법 제8조에서의 중중은 고유한 의미의 중중만을 의미한다.<sup>33)</sup> 또한 배우자는 법률상의 배우자로 한정된다.<sup>34)</sup>

### Ⅲ. 대법원 2016. 5. 19. 선고 2014도6992 전원합의체 판결의 판결 요지 및 의미

‘대법원 2016. 5. 19. 선고 2014도6992 전원합의체 판결’은 명의신탁자가 매수한 부동산에 관하여 부동산실명법을 위반하여 명의수탁자와 맺은 명의신탁약정에 따라 매도인에게서 바로 명의수탁자 명의로 소유권 이전등기를 마친 이른바 중간생략등기형 명의신탁을 한 경우에 명의수탁자가 명의신탁자의 재물을 보관하는 자인지 그리고 명의수탁자가 신

33) 대법원 2007. 10. 25. 선고 2006다14165 판결

34) 부동산실권리자명의등기에관한법률 제8조 제2호는 배우자 명의로 부동산에 관한 물권을 등기한 경우로서 조세포탈, 강제집행의 면탈 또는 법령상 제한의 회피를 목적으로 하지 아니하는 경우에는 그 명의신탁약정과 그 약정에 기하여 행하여진 물권변동을 무효로 보지 않는다는 특례를 규정하고 있는바, 본래 명의신탁등기가 부동산실권리자명의등기에관한법률의 규정에 따라 무효로 된 경우에도 그 후 명의신탁자가 수탁자와 혼인을 함으로써 법률상의 배우자가 되고 위 특례의 예외사유에 해당되지 않으면 그 때부터는 위 특례가 적용되어 그 명의신탁등기가 유효로 된다고 보아야 한다(대법원 2002. 10. 28. 자 2001마1235 결정).

탁받은 부동산을 임의로 처분하면 명의신탁자에 대한 관계에서 횡령죄가 성립하는지 여부가 문제가 된 사안에 대한 판결이나 동 전원합의체 판결의 판결 요지를 살펴보면 명의신탁의 불법성 및 반사회성에 대한 법원의 태도변화를 감지할 수 있다. 이에 이하에서는 우선 동 전원합의체 판결의 판결 요지 및 동 판결의 의미를 살펴봄으로써 명의신탁의 불법성 및 반사회성에 관한 본격적인 논의에 앞서 그에 관한 변화된 법원의 입장을 살펴보고자 한다.

### 1. 대법원 2016. 5. 19. 선고 2014도6992 전원합의체 판결의 판결 요지

형법 제355조 제1항이 정한 횡령죄의 주체는 타인의 재물을 보관하는 자라야 하고, 타인의 재물인지 아닌지는 민법, 상법, 기타의 실체법에 따라 결정하여야 한다. 횡령죄에서 보관이란 위탁관계에 의하여 재물을 점유하는 것을 뜻하므로 횡령죄가 성립하기 위하여는 재물의 보관자와 재물의 소유자(또는 기타의 본권자) 사이에 법률상 또는 사실상의 위탁·신임관계가 존재하여야 한다. 이러한 위탁·신임관계는 사용대차·임대차·위임 등의 계약에 의하여서뿐만 아니라 사무관리·관습·조리·신의칙 등에 의해서도 성립될 수 있으나, 횡령죄의 본질이 신임관계에 기초하여 위탁된 타인의 물건을 위법하게 영득하는 데 있음에 비추어 볼 때 위탁·신임관계는 횡령죄로 보호할 만한 가치 있는 신임에 의한 것으로 한정함이 타당하다.

그런데 부동산을 매수한 명의신탁자가 자신의 명의로 소유권이전등기를 하지 아니하고 명의수탁자와 맺은 명의신탁약정에 따라 매도인에게서 바로 명의수탁자에게 중간생략의 소유권이전등기를 마친 경우, 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률(이하 ‘부동산실명법’이라 한다) 제4조 제2항 본문에 의하여 명의수탁자 명의의 소유권이전등기는 무효

이고, 신탁부동산의 소유권은 매도인이 그대로 보유하게 된다. 따라서 명의신탁자로서는 매도인에 대한 소유권이전등기청구권을 가질 뿐 신탁부동산의 소유권을 가지지 아니하고, 명의수탁자 역시 명의신탁자에 대하여 직접 신탁부동산의 소유권을 이전할 의무를 부담하지는 아니하므로, 신탁부동산의 소유자도 아닌 명의신탁자에 대한 관계에서 명의수탁자가 횡령죄에서 말하는 ‘타인의 재물을 보관하는 자’의 지위에 있다고 볼 수는 없다. 명의신탁자가 매매계약의 당사자로서 매도인을 대위하여 신탁부동산을 이전받아 취득할 수 있는 권리 기타 법적 가능성을 가지고 있기는 하지만, 명의신탁자가 이러한 권리 등을 보유하였음을 이유로 명의신탁자를 사실상 또는 실질적 소유권자로 보아 민사상 소유권이론과 달리 횡령죄가 보호하는 신탁부동산의 소유자라고 평가할 수는 없다. 명의수탁자에 대한 관계에서 명의신탁자를 사실상 또는 실질적 소유권자라고 형법적으로 평가하는 것은 부동산실명법이 명의신탁약정을 무효로 하고 있음에도 불구하고 무효인 명의신탁약정에 따른 소유권의 상대적 귀속을 인정하는 것과 다름이 없어서 부동산실명법의 규정과 취지에 명백히 반하여 허용될 수 없다.

그리고 부동산에 관한 소유권과 그 밖의 물권을 실제적 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 하고 있는 부동산실명법의 입법 취지와 아울러, 명의신탁약정에 따른 명의수탁자 명의의 등기를 금지하고 이를 위반한 명의신탁자와 명의수탁자 쌍방을 형사처벌까지 하고 있는 부동산실명법의 명의신탁관계에 대한 규율 내용 및 태도 등에 비추어 볼 때, 명의신탁자와 명의수탁자 사이에 위탁신임관계를 근거 지우는 계약인 명의신탁약정 또는 이에 부수한 위임약정이 무효임에도 불구하고 횡령죄 성립을 위한 사무관리·관습·조리·신의칙에 기초한 위탁신임관계가 있다고 할 수는 없다. 또한

명의신탁자와 명의수탁자 사이에 존재한다고 주장될 수 있는 사실상의 위탁관계라는 것도 부동산실명법에 반하여 범죄를 구성하는 불법적인 관계에 지나지 아니할 뿐 이를 형법상 보호할 만한 가치 있는 신임에 의한 것이라고 할 수 없다. 그러므로 명의신탁자가 매수한 부동산에 관하여 부동산실명법을 위반하여 명의수탁자와 맺은 명의신탁약정에 따라 매도인에게서 바로 명의수탁자 명의로 소유권이전등기를 마친 이른바 중간생략등기형 명의신탁을 한 경우, 명의신탁자는 신탁부동산의 소유권을 가지지 아니하고, 명의신탁자와 명의수탁자 사이에 위탁신임관계를 인정할 수도 없다. 따라서 명의수탁자가 명의신탁자의 재물을 보관하는 자라고 할 수 없으므로, 명의수탁자가 신탁받은 부동산을 임의로 처분하여도 명의신탁자에 대한 관계에서 횡령죄가 성립하지 아니한다.<sup>35)</sup>

## 2. 대법원 2016. 5. 19. 선고 2014도6992 전원합의체 판결의 의미와 명의신탁의 불법성

‘대법원 2016. 5. 19. 선고 2014도6992 전원합의체 판결’은 크게 두 가지 면에서 그 의의가 있다고 생각한다. 첫째, 부동산실명법이 적용되는 명의신탁의 유형, 즉 이전형 명의신탁, 중간생략등기형 명의신탁, 그리고 계약명의신탁 중 계약명의신탁에서 명의수탁자가 신탁받은 부동산을 임의로 처분한 것에 대하여 매도인이 선의이든 악의이든 명의신탁자에 대한 관계에서 횡령죄가 성립하지 아니한다고 한 기존의 판결에<sup>36)</sup> 더하여 중간생략등기형 명의신탁에서 신탁부동산의 소유권은 명의신탁자에게 있지 않고, 명의신탁자와 명의수탁자 사이에 위탁신임관계를 인정할 수 없기에 명의수탁자가 명의신탁자의 재물을 보관하는

35) 대법원 2016. 5. 19. 선고 2014도6992 전원합의체 판결.

36) 대법원 2000. 3. 24. 선고 98도4347 판결; 대법원 2009. 9. 10. 선고 2009도4501 판결; 대법원 2010. 11. 11. 선고 2008도7451 판결; 대법원 2012. 11. 29. 선고 2011도7361 판결; 대법원 2012. 12. 13. 선고 2010도10515 판결.

자라고 할 수 없으므로, 명의수탁자가 신탁받은 부동산을 임의로 처분하여도 명의신탁자에 대한 관계에서 횡령죄가 성립하지 아니한다고 하여 상기 유형들 중 두 가지 유형에서의 명의수탁자의 명의신탁자에 대한 횡령죄의 성립을 부정하고 있다. 생각건대 명의신탁약정에 따른 명의수탁자 명의의 등기를 금지하고 이를 위반한 명의신탁자와 명의수탁자 쌍방을 형사처벌하고 있는 부동산실명법이 적용되는 명의신탁의 세 가지 유형 중에서 그 기본형은 이전형 명의신탁이라 할 수 있다. 그렇다면 계약명의신탁 외에도 중간생략등기형 명의신탁에서의 위탁신임관계가 형법상 보호가치 있는 신임관계도 아니고 또한 명의수탁자가 명의신탁자의 재물을 보관하는 자가 아니기에 횡령죄의 성립이 인정되지 않는다는 상기 전원합의체 판결의 판결 요지에 비추어 볼 때 명의신탁유형의 기본형인 이전형 명의신탁에서의 명의신탁자와 명의수탁자의 위탁신임관계 역시 형법상 보호가치 있는 신임관계라 할 수 없는 불법원인위탁관계로서 이전형 명의신탁에서도 동일한 취지의 판결이 나오는 것이 논리적 일관성이 있고 합리적이라고 본다.

둘째, 상기 전원합의체 판결에서 가장 주목받아야 할 것은 바로 ‘명의신탁의 불법성’과 ‘명의신탁관계를 불법적인 사실상의 위탁관계’로 파악하고 있다는 것이다. 이에 대한 상세한 것은 후술하나 간략하게 살펴보면, 종래 판례는 일관되게 부동산실명법이 규정하는 명의신탁약정은 부동산에 관한 물권의 실권리자가 타인과의 사이에서 대내적으로는 실권리자가 부동산에 관한 물권을 보유하거나 보유하기로 하고 그에 관한 등기는 그 타인의 명의로 하기로 하는 약정을 말하는 것일 뿐이므로, 그 자체로 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하는 경우에 해당한다고 단정할 수 없을 뿐만 아니라, 부동산실명법이 부동산등기제도를 악용한 투기·탈세·탈법행위 등 반사회적 행위를 방지하는 것 등을 목적으로 제정되었다고 하더라도, 무효인 명의신탁약정에 기하여 타인 명의의 등기가 마쳐졌다는 이유만으로 그것이 당연히 불법원인급여에 해당한다고

볼 수 없다고<sup>37)</sup> 하여 무효인 명의신탁약정에 기한 명의신탁행위 자체는 불법원인급여에 해당하지 않는다고 하였다. 그러나 명의신탁자와 명의수탁자 사이의 사실상의 위탁관계가 위 전원합의체 판결에서 판시한 바와 같이 ‘부동산실명법에 반하여 범죄를 구성하는 불법적인 관계’이고 그 불법적인 원인행위에 기한 급여행위 자체가 국민생활의 기초이며 사회질서관계에서 상당한 위치를 차지하고 있는 부동산과 관련된 행위라면 그와 같은 급여행위를 단순한 개인의 일탈로 치부할 수 없는 사회질서에 반하는 행위로서 평가하는 것이 과도한 평가라고 할 수 없다고 본다.

#### IV. 법질서의 통일성 및 명의신탁의 반사회성에 따른 부동산실명법의 개선방안

지금까지 현행 부동산실명법의 입법취지, 부동산실명법이 적용되는 또는 적용되지 않는 명의신탁유형에 관하여 살펴본 후 명의신탁의 불법성 및 중간생략등기형 명의신탁에서의 명의수탁자의 신탁부동산의 임의처분행위에 대한 횡령죄의 불성립을 판시한 최근 대법원 전원합의체 판결을 살펴보았다. 이하에서는 논의의 중심인 명의신탁행위의 반사회성 및 법질서의 통일성에 따른 부동산실명법의 개정의 필요성을 논한 후 그에 따른 입법적 개선방안을 제시하고자 한다.

##### 1. 법질서의 통일성 및 명의신탁의 반사회성

###### 1.1 부동산실명법의 법질서의 통일성 고려

금융 및 부동산과 관련된 실명법, 즉 금융실명거래 및 비밀보장에

37) 대법원 2003. 11. 27. 선고 2003다41722 판결.

관한 법률 및 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률의 입법의 필요성은 법 시행 이전에 횡행하던 부동산 명의신탁과 가명·차명계좌를 이용한 재산은닉, 조세포탈, 투기조장으로 인한 사회위기감 조성 등의 부동산 및 금융 거래의 탈법·위법적인 관행으로 인한 폐해 때문이었다.<sup>38)</sup> 그와 같은 탈법·위법적인 금융거래와 관련하여 대법원은 금융기관에 대한 기명식예금에 있어서, 명의의 여하를 묻지 아니하고 또 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 봄이 상당하다<sup>39)</sup>고 함으로써 예금주를 판단함에 있어서 명의를 고려하지 않았기에 실제 금융거래에서 탈법 및 위법행위가 계속해서 행해졌다. 그와 같은 불법행위를 방지하기 위하여 1997년 12월 31일 금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률(이하 ‘금융실명법’이라 한다)이 제정되었다. 금융실명법은 실지명의에 의한 금융거래를 실시하고 그 비밀을 보장하여 금융거래의 정상화를 기함으로써 경제정의를 실현하고 국민경제의 건전한 발전을 도모함을 목적으로 함을(동법 제1조) 규정하였다. 그러나 동법의 시행 이후에도 명의를 빌린 자와 명의를 빌려준 자의 사이에 합의에 의한 차명거래는 규제를 할 수 없었고<sup>40)</sup> 또한 차명으로 금융거래

38) 이문호, “금융, 부동산실명법(제) 소고-대법원 2008다45828 전원합의체판결과 연관하여”, 인권과 정의 제395호, 대한변호사협회, 2009, 123쪽.

39) 대법원 1987. 10. 28. 선고 87다카946 판결.

40) 대법원 2009. 3. 19. 선고 2008다45828 전원합의체 판결(다수의견) 본인인 예금명의자의 의사에 따라 예금명의자의 실명확인 절차가 이루어지고 예금명의자를 예금주로 하여 예금계약을 작성하였음에도 불구하고, 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 한다. [대법관 박시환의 별개의견] 금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률 제3조 제1항은 실명확인 절차를 거칠 것을 예금계약의 효력요건으로 규정한 것이고, 위 규정의

를 하는 자는 세금측면에서만 불이익을 당하였고 주된 규제대상은 금융기관 종사자였기에 일반인에 의한 탈법·위법한 차명거래를 규제하는데 있어서 한계를 노출하였다. 이에 대한 반성으로 2014년 11월 29일부터 시행된 개정 금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률(이하 ‘개정 금융실명법’이라 한다)이 시행되게 되었다. 개정 금융실명법의 주요 내용은 다음과 같다. 첫째, 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<sup>41)</sup> 목적으로 타인의 실명으로 금융거래를 하여서는 아니 된다(동법 제3조 제3항).<sup>42)</sup> 둘째, 실명이 확인된 계좌 또는 외국의 관계 법령에 따라 이와 유사한 방법으로 실명이 확인된 계좌에 보유하고 있는 금융자산은 명의자의 소유로 추정한다(동법 제3조 제5항). 셋째, 제3조 제3항의 규정을 위반한 자는 5년 이하의 징역

---

취지에 반하는 예금계약의 효력을 부정하는 강행규정이라고 보아야 한다. 따라서 출연자 등이 예금명의자 명의로 실명확인 절차를 거쳐 예금계약을 하면서, 금융기관과의 합의하에 출연자 등을 예금계약상의 예금반환청구권을 갖는 예금계약의 당사자로 하기로 별도로 약정한 경우 등에는, 그 별도의 약정에 관하여 당사자들이 명확한 증명력을 가진 구체적이고 객관적인 증거를 남겨 두었는지 여부와 관계없이, 그러한 별도의 약정 자체는 강행규정인 금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률 제3조 제1항에 위반되어 효력이 없는 것으로 보아야 한다. 결국 이러한 경우에는 금융기관과 예금명의자 사이의 예금계약만이 유효하게 성립할 뿐이어서, 예금반환청구권을 갖는 예금계약의 당사자는 예금명의자이다.

- 41) ‘그 밖에 탈법행위’는 법령상 금지규정을 위반한 위법행위 중에서 불법재산의 은닉, 자금세탁행위, 강제집행의 면탈 등과 같은 위법성의 정도에 이르는 것을 의미한다(금융투자협회, 개정 금융실명법 안내, 2014, 6쪽).
- 42) 그렇다고 모든 차명거래가 금지되는 것은 아니다. 불법재산의 은닉, 자금세탁행위, 공중협박자금의 조달행위, 강제집행의 면탈 및 그 밖의 탈법행위를 목적으로 하는 차명거래만 금지된다. 차명거래로 보지 않는 대표적인 유형은 다음과 같다. ① 계, 부녀회, 동창회 등 친목모임의 회비를 관리하기 위해서 대표자(회장, 총무, 간사 등)의 명의의 계좌를 개설하는 행위, ② 문중, 교회 등 임의단체 금융재산을 관리하기 위해 대표자(회장, 총무, 간사 등)의 명의 계좌를 개설하는 행위, ③ 미성년 자녀의 금융자산을 관리하기 위해 부모명의 계좌에 예금하는 행위 등이다(금융투자협회, 위의 책, 6쪽).

또는 5천만 원 이하의 벌금에 처하며 징역형과 벌금형은 병과할 수 있다 (동법 제6조).

이와 같이 개정 금융실명법은 부동산실명법과 달리 실명이 확인된 계좌의 금융자산은 동 계좌의 명의자의 소유로 함을 천명하였다. 개정 금융실명법과 같이 부동산실명법은 금융과 부동산이라는 그 대상을 달리할 뿐 동일한 입법목적を 가지고 있다고 본다. 즉 개정 금융실명법은 실지명의에 의한 금융거래를 실시하고 그 비밀을 보장하여 금융거래의 정상화를 꾀함으로써 경제정의를 실현하고 국민경제의 건전한 발전을 도모함을 목적으로 함을(동법 제1조), 그리고 부동산실명법은 부동산에 관한 소유권과 그 밖의 물권을 실제적 권리관계와 일치하도록 실권리자 명의로 등기하게 함으로써 부동산등기제도를 악용한 투기·탈세·탈법 행위 등 반사회적 행위를 방지하고 부동산 거래의 정상화와 부동산 가격의 안정을 도모하여 국민경제의 건전한 발전에 이바지함을 목적으로 함을(동법 제1조) 천명하고 있다. 즉 양 법은 부동산 명의신탁과 차명계좌를 이용한 차명거래로<sup>43)</sup> 재산은닉, 조세포탈 및 사회 해악적 투기행위로 인한 사회위기감 조성 및 사회질서의 파괴 등 부동산 및 금융 거래의 탈법·위법적인 관행으로 인한 폐해를 방지하여 국민경제의 건전한 발전을 도모하고자 하는 것이다. 그와 같다면 법질서의 통일성을 유지하고 부동산에 관한 차명거래 및 그 폐해를 차단하기 위하여 명의신탁된 부동산의 소유권을 등기명의자인 명의수탁자에 귀속시키는 것이 법질서의 통일성의 측면에서 논리적이며 바람직하다고 본다.<sup>44)</sup> 물권법정주

43) 불법 차명거래 해당되는 구체적인 사례는 다음과 같다. ① 채권자들의 강제집행을 회피하기 위해 타인 명의 계좌에 본인 소유 자금을 예금하는 행위(강제집행 면탈) ② 불법도박자금을 은닉하기 위하여 타인 명의 계좌에 예금하는 행위(불법재산 은닉) ③ 증여세 납부 회피를 위해 증여세 감면 범위를 초과하여 본인 소유 자금을 가족명의 계좌에 예금하는 행위(조세포탈행위) ④ 금융소득종합과세 회피를 위해 타인 명의 계좌에 본인 소유 자금을 예금하는 행위(조세포탈행위) ⑤ 생계형저축 등 세금우대 금융상품의 가입한도 제한 회피를 위하여 타인 명의 계좌에 본인 소유 자금을 분산 예금하는 행위(조세포탈행위)(금융투자협회, 위의 책, 7쪽).

의와 부동산물권변동에 관하여 형식주의를 채택하고 있는 우리 민법의 해석상, 명의신탁의 경우 소유권은 대외적으로는 물론 대내적으로도 명의수탁자에게 완전히 이전된다는 절대적 소유권이전설의<sup>45)</sup> 태도가 명의신탁행위의 불법성 및 부동산실명법의 법질서 통일성의 측면에서 타당하며 합리적이라고 생각한다.

## 1.2 명의신탁의 반사회성 및 불법원인급여성

명의신탁약정으로 제공된 신탁부동산의 불법원인급여성을 결정하는데 있어서 핵심적인 것은 명의신탁자와 명의수탁자간의 명의신탁약정에 의한 명의신탁행위가 부동산실명법 제1조에서 규정하고 있는 투기·탈세·탈법행위 등 반사회적 행위로서의 성격을 지니고 있는지의 여부이며, 그와 같은 반사회적 행위로서의 성격을 가지고 있는 것이 밝혀진 경우에 그에 따른 신탁부동산의 제공은 민법 제746조의<sup>46)</sup> 불법원인급

44) 동일한 견해로는 천진호, “부동산 명의수탁자 상속인의 횡령죄 성립 여부”, 형사판례연구 제23권, 한국형사판례연구회, 2015, 354쪽(최근 경제적 가치의 편중 현상이 더욱 심각해지고 부의 은닉과 합법을 가장한 대물림의 방법이 교묘해지면서 우리 사회에서는 ‘경제정의’, ‘경제민주화’라는 말이 더욱 강조되고 있다. 합법을 가장한 부동산의 차명거래나 차명등기가 왜 행해지고 있는지, 경제질서의 근간을 흔드는 이러한 불법을 차단하기 위한 효과적인 제도적 장치는 무엇인지, 그리고 사적 자치의 원칙이 적용되는 계약의 영역에서 계약자유의 원칙(계약체결의 자유·계약상대방선택의 자유·계약내용결정의 자유·계약방식의 자유)을 유보해 가면서까지 명의신탁약정 자체를 처벌하는 규정의 취지 등을 종합적으로 고려한다면 가장 실효적인 방법은 금융실명법에서 보듯이 신탁부동산의 소유권을 등기명의자인 명의수탁자에게 귀속시키는 것이라고 본다).

45) 권오창, “명의신탁이론의 재검토-종래 학설·판례상의 몇 가지 문제점을 중심으로”, 민사판례연구 23집, 민사판례연구회, 2001, 162-164쪽.

46) 반사회적 법률행위에 의하여 급부를 이행한 경우, 그 급부는 불법원인급여이므로 양도인은 그 반환을 청구할 수 없다(민법 제746조). 판례는 민법 제746조는 단지 부당이득제도만을 제한하는 것이 아니라 동법 제103조와 함께 사법의 기본이념으로서, 결국 사회적 타당성이 없는 행위를 한 사람은 스스로 불법한 행위를 주장하여 복구를 그 형식 여하에 불구하고 소구할 수 없다는 이상을 표현한 것이므로, 급부를 한 사람은

여의 성격을 갖게 될 것이며 그에 따라 명의신탁자는 명의수탁자에게 신탁된 부동산에 대한 반환청구권을 행사할 수 없다는 것이 바로 신탁부동산의 불법원인급여성에 관한 논의의 핵심이라 할 수 있다.

명의신탁약정으로 인하여 제공된 신탁부동산의 불법원인급여의 성립여부와 관련하여 일관되게 그의 성립을 부정하는 판례는 부동산실명법이 규정하는 명의신탁약정은 부동산에 관한 물권의 실권리자가 타인과의 사이에서 대내적으로는 실권리자가 부동산에 관한 물권을 보유하거나 보유하기로 하고 그에 관한 등기는 그 타인의 명의로 하기로 하는 약정을 말하는 것일 뿐이므로, 그 자체로 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하는 경우에 해당한다고 단정할 수 없을 뿐만 아니라, 위 법률은 원칙적으로 명의신탁약정과 그 등기에 기한 물권변동만을 무효로 하고 명의신탁자가 다른 법률관계에 기하여 등기회복 등의 권리행사를 하는 것까지 금지하지는 않는 대신, 명의신탁자에 대하여 행정적 제재나 형벌을 부과함으로써 사적자치 및 재산권보장의 본질을 침해하지 않도록 규정하고 있으므로, 위 법률이 비록 부동산등기제도를 악용한 투기·탈세·탈법행위 등 반사회적 행위를 방지하는 것 등을 목적으로 제정되었다고 하더라도, 무효인 명의신탁약정에 기하여 타인 명의의 등기가 마쳐졌다는 이유만으로 그것이 당연히 불법원인급여에 해당한다고 볼 수 없다는<sup>47)</sup> 입장을 취하고 있다. 부당이득 반환청구가 금지되는 사유로 민법 제746조가 규정하고 있는 불법원인이라<sup>48)</sup> 그 원인되는 행위가 선

---

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 귀속된다고(대법원 1979. 11. 13. 선고 79다483 전원합의체 판결) 하여, 소유권에 기한 물권적 청구권을 행사하여 급부한 것의 반환청구도 할 수 없다고 한다.

47) 대법원 2003. 11. 27. 선고 2003다41722 판결.

48) 다수설과 판례는 민법 제746조의 취지는 민법 제103조의 ‘선량한 풍속 기타 사회질서’에 반하는 사회적 타당성을 잃은 행위로 인한 결과를 복구하고자 하는 자에 대한 협력의 거절에 있다는 이유로 민법 제746조의 ‘불법원인’과 민법 제103조의 ‘반사회

량한 풍속 기타 사회질서에 위반하는 경우를 말하는 것으로서, 법률의 금지에 위반하는 경우라 할지라도 그것이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하지 않는 경우에는 이에 해당하지 않는다.<sup>49)</sup>

상기 판례와<sup>50)</sup> 같이 명의신탁부동산의 불법원인급여성을 부정하는 견해를 살펴보면, 명의신탁부동산을 불법원인급여물로 보면 부동산실명법에서 실질적 소유권이 명의신탁자에게 있다는 것을 전제로 이행강제금 규정을 둔 것과 모순되며,<sup>51)</sup> 명의신탁행위를 처벌하는 것은 부동산 등기와 관련하여 실제적 권리관계를 일치시키기 위한 압박을 가하기 위한 정책적 규정일 뿐이고, 형사처벌의 대상이 되는 행위라고 하여 일률적으로 위탁관계나 신임관계가 부정되는 것은 아니고,<sup>52)</sup> 부동산을 법적으로 타인의 소유로 하는 것은 개인의 자유에 속하는 사항으로서 명의신탁 자체가 그 성질상 당연히 위법하다고 할 수 없으며,<sup>53)</sup> 명의신탁행위는 민법 제103조 위반행위가 아닌 강행법규 위반 행위이므로 명의신탁자의 신임행위가 법적으로 보호받지 못할 정도로 불법하다고 할

---

상'을 동일한 개념으로 파악한다(대법원 2003. 11. 27. 선고 2003다41722 판결; 박운직, 민법총칙, 신정수정판, 박영사, 2000, 309쪽; 이영준, 민법총칙, 개정증보판, 박영사 2007, 263쪽).

- 49) 대법원, 2003. 11. 27. 선고 2003다41722 판결; 그러나 이러한 민사적 범리가 법 규정에 매우 충실한 문리해석일 수는 있으나, '부동산에 관한 소유권 기타 물권을 실제적 권리관계에 부합하도록 실권리자 의로 등기하게 함으로써 부동산등기제도를 악용한 투기·탈세·탈법행위 등 반사회적 행위를 방지'하려는 부동산실명법의 입법취지와 적용 방향에 부합되는지에 대해서는 고민해 볼 필요가 있다. 만일 부동산실명법에 대한 민사적 해석이 제정 이전과 동일하다면 부동산실명법은 기껏해야 명의신탁자와 명의수탁자, 그리고 그 교사자나 방조자를 처벌하는 규정을 두고 있는 의미 밖에 없을 것이다(천진호, 앞의 논문, 353쪽).
- 50) 대법원 2003. 11. 27. 선고 2003다41722 판결.
- 51) 한석리, “명의신탁된 부동산의 처분행위에 대한 형사책임의 성부”, 비교형사법연구 제2권 제2호, 한국비교형사법학회, 2000, 357쪽; 송경호, “명의신탁된 부동산의 처분행위에 대한 형사책임”, 비교형사법연구 제2권 제2호, 한국비교형사법학회, 2000, 336쪽.
- 52) 이창섭, “부동산 명의수탁자의 횡령죄 주체상”, 형사판례연구 제19권, 한국형사판례연구회, 2011, 248쪽.
- 53) 양창수, “명의신탁에 대한 규율 제고”, 법조 제49권 제11호, 법조협회, 2000, 233-234쪽.

수 없다는 견해가<sup>54)</sup> 있다.

그러나 법률행위의 자유는 근대민법의 원칙이지만, 그 법률행위의 행위 시의 사회 및 국가의 사회질서 및 윤리질서에 반하는 법률행위가 당연히 허용되는 것이 아님은 주지의 사실이다. 민법 제103조는 법률행위가 윤리적 기본가치에 반하기 때문에 사회공동체에서 용인될 수 없는 법률행위의 효력을 부정하므로, 사적자치의 내재적 한계규정이라 할 수 있다.<sup>55)</sup> 일반적으로 선량한 풍속·사회질서 및 공정성을 합하여 사회적 타당성이라고 한다. 그와 같은 사회적 타당성은 근대민법의 원칙인 법률행위의 자유, 즉 사적자치의 내재적 한계를 이루는 것으로서 법률행위가 선량한 풍속·사회질서·공정성을 포함한 사회적 타당성을 잃게 되면 그 법률행위는 효력을 발생할 수 없다.<sup>56)</sup> 그와 같은 사회적 타당성을 잃은 법률행위는 반사회적 성격을 지니게 되고 법률행위의 반사회성은 법률행위의 내용 및 전체적인 법률행위의 특성에 의하여 확인할 수 있다. 또한 선량한 풍속은 오랜 도덕적 관행에서 형성될 것이고, 국민 전체의 이성적이고 합리적이며 공정하고 타당한 가치 기준의 변화에 따라 변동될 수 있다.<sup>57)</sup> 민법 제746조의 불법원인급여는 모든 강행법규에 위반한 행위에 성립하는 것이 아니라 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하는 경우로 한정해야 한다는 지적은 타당하다. 그러나 강행법규에 대한 위반 사례가 성행하여 그에 따른 사회적 폐해가 누적되어 사회가치 및 질서에 대한 침해 및 폐해가 심각하다면 그와 같은 강행법규 위반은 단순한 법규위반이 아니라 민법 제103조가 규정하고 있는 ‘선량한 풍속 기타 사회질서’에 위반되는 행위로 평가될 수 있을 것이다. 또한 그와 같이 평가하는 것이 사회적 타당성의 측면에서도 합리적이라고 본다.

54) 이보영, “부동산명의신탁과 형사책임”, 법학연구 제33집, 한국법학회, 2009, 325쪽.

55) 양형우, 민법의 세계(이론과 판례) 제9판, 피앤씨미디어, 2017, 182쪽.

56) 김상용, 민법총칙, 신정판 증보, 법문사, 2003, 396쪽.

57) 오시영, “부동산 명의신탁과 불법원인급여 성립 여부에 대한 고찰”, 동북아법연구 제10권 제2호, 전북대학교 동북아법연구소, 2016, 471-472쪽.

그리고 부동산실명법 제1조는 명의신탁을 투기·탈세·탈법행위 등 ‘반사회적 행위’의 수단으로서 전제하고 있다. 이는 민법 제103조의 ‘반사회질서적 행위’보다도 비난 강도가 더 크므로 명의신탁은 민법 제746조에 따른 ‘불법원인급여’에 해당하여 반환청구를 할 수 없다는 견해가<sup>58)</sup> 있다. 동 견해에 따르면 이전형 명의신탁의 경우에 명의수탁자의 임의처분에 대하여 횡령죄를 인정한다면<sup>59)</sup> ‘물권을 실제적 권리관계와 일치하도록 실권리자 명의로 등기하도록’ 규정한 부동산실명법에도 불구하고 부동산의 소유권은 명의신탁자에게 있는 것으로 인정하게 되어 부동산실명법이 추구하는 명의신탁약정의 무효화를 통한 악용방지라는 사회적 목적달성이 형법이론상 난관이 봉착할 수 있다고<sup>60)</sup> 한다. 부동산실명법의 입법 목적과 불법행위에 대한 보호의 불필요성을 고려할 때 동 견해의 태도가 타당하다고 생각하며 동 견해의 주장에 찬동한다. 또한 전술한 대법원 전원합의체 판결(2016. 5. 19. 선고 2014도6992)에서도 밝히고 있듯이, 명의신탁자와 명의수탁자 사이에 존재한다고 주장될 수 있는 사실상의 위탁관계라는 것은 부동산실명법에 반하여 범죄를 구성하는 불법적인 관계에 불과하고, 이는 형법상 보호할 만한 가치 있는 신임에 의한 것이라고 할 수 없다고 하여 명의신탁행위의 불법성을 인정하였고 또한 종래의 대법원의 판결과 달리 명의신탁에 제공된 신탁재산에 대한 불법원인급여성을 인정한 하급심 판결의<sup>61)</sup> 의미를 되새길 필요가 있다고 생각한다.

또한 대법원은 부동산실명법 제8조의 특례가 적용되는 종종 등의 명

58) 박상기, “부동산명의신탁과 횡령죄”, 형사판례연구 제6집, 형사판례연구회, 1998, 273쪽; 이문호, 앞의 논문, 134쪽; 이충훈, “명의신탁과 부당이득반환청구권”, 홍익법학 제12권 제1호, 홍익대학교 법학연구소, 2011, 104쪽.

59) 전술한 바와 같이 판례는 중간생략등기형 명의신탁과 계약명의신탁에서의 명의수탁자의 신탁재산의 임의처분에 대하여 횡령죄의 성립을 부정하였다.

60) 박상기, 앞의 논문, 278쪽.

61) 서울중앙지방법원 2003. 11. 28. 선고 2003가합49028 판결; 서울서부지방법원 2006. 6. 9. 선고 2005가단2182 판결; 부산지방법원 2007. 4. 18. 선고 2006가단25918 판결.

의신탁에 있어서 명의수탁자는 신탁재산을 유효하게 제3자에게 처분할 수 있고 제3자가 명의신탁사실을 알았다 하여도 그의 소유권취득에 영향이 없는 것이기는 하지만, 특별한 사정이 있는 경우, 즉 명의수탁자로부터 신탁재산을 매수한 제3자가 명의수탁자의 명의신탁자에 대한 배임행위에 적극 가담한 경우에는 명의수탁자와 제3자 사이의 계약은 반사회적인 법률행위로서 무효라고 할 것이고, 이때 제3자가 명의수탁자의 배임행위에 ‘적극 가담하는 행위’란 수탁자가 단순히 등기명의만 수탁 받았을 뿐 그 부동산을 처분할 권한이 없는 것을 잘 알면서 명의수탁자에게 실질소유자 몰래 신탁재산을 불법처분하도록 적극적으로 요청하거나 유도하는 등의 행위를 의미한다고<sup>62)</sup> 하여 명의수탁자가 명의신탁자에 대한 배임행위에 적극 가담한 경우에는 명의수탁자와 제3자 사이의 계약은 반사회적인 법률행위로서 무효라고 하여 ‘배임행위’에의 적극 가담성’이 있는 경우 그 법률행위는 반사회적인 법률행위라고 하였다. 명의수탁자로부터 신탁재산을 매수한 제3자의 명의수탁자의 배임행위에 적극 가담한 경우에 명의수탁자와 제3자 사이의 계약이 반사회적인 법률행위로서 무효라면, 부동산실명법이 무효로 규정한 명의신탁약정에 의하여 명의신탁자의 명의수탁자에게로 한 소유권 이전의 약정 자체 역시 부동산실명법 제3조에서 규정하고 실권리자등기의무의 위반행위에 대한 ‘적극적 가담행위’로 평가할 수 있을 것이다. 그렇다면 그와 같은 약정에 따른 부동산물권 변동이 무효이고, 부동산실명법이 금지하고 있는 명의신탁을 적극적으로 행하는 행위 역시 반사회적 법률행위로서 무효가 되는 것이 논리적일 것이다. 그러므로 명의신탁자와 명의수탁자 사이의 명의신탁약정은 강행법규를 위반한 불법적 행위이고 그와 같은 불법적 행위에의 적극적 가담성을 소지하고 있는 명의신탁자와 명의수탁자의 행위 역시 반사회적 행위로서 평가하는 합리적이다. 그와 같다면 그와 같은 반사회적인 명의신탁약정에 따라 명의신탁자자 명의

62) 대법원 2008. 3. 27. 선고 2007다82875 판결.

수탁자에게 부동산을 명의신탁하는 행위는 불법원인급여성을 갖게 되므로 명의신탁자의 명의수탁자에 대한 부동산 소유권이전등기청구권을 행사할 수 없는 것이 타당하다고 본다.<sup>63)</sup>

## 2. 부동산실명법의 입법적 개선방안

법질서의 통일성과 명의신탁의 반사회성에 비추어 볼 때, 부동산실명법상 무효인 명의신탁약정에 따른 명의신탁자의 명의수탁자 명의로의 부동산에 관한 등기행위는 원칙적으로 금지되어야 한다. 그러나 그와 같은 금지규정은 이미 부동산실명법 제3조 제1항에 규정되어 있고 이를 위반한 자에게는 과징금을 부과하고(동법 제5조), 과징금을 부과 받은 자가 자신의 명의로 등기를 하지 않을 시에는 이행강제금을 부과하고 있다(동법 제6조). 그러나 그와 같은 부동산실명법의 규정에도 불구하고 불법적이고 반사회적 행위로 평가하는 명의신탁행위가 여전히 행해지고 있으므로 반복된 반사회적 행위를 방지 및 차단할 수 있는 실질적이며 실효적인 강력한 조치가 필요하다고 본다. 그리하여 이하에서는 그와 같은 실질적·실효적 조치의 일환으로 현행 부동산실명법의 제 규정들에 대한 입법적 개선방안을 제시하고자 한다.

### 2.1 부동산실명법 제1조(목적)의 개정 및 제6조(이행강제금)의 삭제

부동산실명법은 부동산에 관한 소유권과 그 밖의 물권을 실제적 권리관계와 일치하도록 실권리자 명의로 등기하게 함으로써 부동산등기제

63) 한편 부동산 명의신탁의 반사회성을 인정하면서도 불법원인급여론을 수용하게 되면 신탁자의 수탁자에 대한 부당이득 반환청구권이 부정되므로 신탁자는 회복하기 어려운 재산상 손해를 입게 될 것이라는 문제점을 지적하면서 명의신탁의 반사회성의 인정이나 명의신탁행위에 대한 불법원인급여론의 수용을 부정하는 취지의 견해가 있다(문영식, “명의신탁 부동산의 처분행위에 관한 형법정책”, 형사법의 신동향 제51호, 대검찰청, 2016, 311-312쪽).

도를 악용한 투기·탈세·탈법행위 등 반사회적 행위를 방지하고 부동산 거래의 정상화와 부동산 가격의 안정을 도모하여 국민경제의 건전한 발전에 이바지함을 목적으로 함(동법 제1조) 천명하고 있다. 그러나 수단으로서의 ‘실권리자 명의의 등기’와 목적으로서의 ‘반사회적 행위의 방지’는 수단과 목적의 타당성을 가지고 있으나 또 다른 목적인 ‘부동산 거래의 정상화와 부동산 가격의 안정 도모’는 불법성과 반사회성을 내포한 것으로 평가되는 명의신탁행위의 금지를 위한 궁극적인 목적으로서는 부적합하다고 본다. 부동산실명법은 부동산시장에서의 비실명자금으로 인한 자금흐름의 왜곡, 부동산 투기와 음성블로소득의 근본적 금지를 통한 경제정의의 확립, 사법질서 왜곡의 시정, 실수요자 중심의 부동산 거래를 통한 부동산가격 안정 등을 이유로 부동산실명법이 입법화 된 것이었다.<sup>64)</sup> 즉 부동산 거래의 정상화와 부동산 가격의 안정이라는 실거래에서의 목적과 더불어 불법적인 투기와 사법질서의 왜곡의 시정을 통한 경제정의의 확립 즉, 법질서의 확립을 궁극적인 목표로 삼아 그와 같은 불법행위에 대하여 용인하지 않겠다는 의지가 동법의 목적에 표출되는 것이 동법의 제정취지에 상응하는 목표로서의 가치를 지닌다고 생각한다.

또한 동법 제6조는 이행강제금 규정을 두고 있으나 동 규정은 부동산실명법의 입법 취지 및 입법 목적의 달성에 부합하지 않는다고 본다. 즉 전술한 바와 같이 명의신탁행위에 불법성 및 반사회성이 내재되어 있으므로 명의신탁부동산은 불법원인급여물의 성격을 갖는다고 보는 것이 논리적이다. 그와 같다면 명의신탁자에게는 신탁부동산에 대한 소유권반환청구권이 인정되지 않는 것이 논리적이고, 또한 신탁부동산은 개정 금융실명법과의 법질서의 통일성 측면에서 명의신탁자의 소유로 인정되는 것이 합리적이나, 동법 제6조에 규정된 이행강제금은 신탁부동산에 대한 실질적 소유권이 명의신탁자에 있다는 것은 실질적으로

64) 재정경제원, 앞의 책, 6쪽.

인정하게 되는 모순된 결과를 낳게 된다. 따라서 동 조항의 이행강제금 규정과 모순되므로 실질적 소유권은 명의신탁자에게 있고 신탁부동산은 불법원인급여물이 아니라는 해석론적인 평가를 할 것이 아니라, 명의신탁행위가 반사회적 행위로 평가되므로 신탁부동산의 소유권이 고의성을 가진 불법행위자인 명의신탁자에게 인정되지 않는다고 하는 것이 논리적이므로 실질적 소유권이 명의신탁자에 있음을 실질적으로 표현한 동법 제6조(이행강제금)는 삭제하도록 하고 그 위반에 대하여는 동법 제7조(벌칙)를 엄정하게 집행하는 것이 타당하다.

## 2.2 명의신탁부동산의 수탁자소유권의 명문화

전술한 바와 같이 개정 금융실명법은 모든 차명거래를 금지하는 것이 아니고, 동법 제3조 제3항은 ‘불법재산의 은닉, 자금세탁행위 또는 공중협박자금조달행위 및 강제집행의 면탈, 그 밖에 탈법행위를 목적’으로 하는 차명거래의 금지를, 그리고 동법 제3조 제5항은 ‘실명이 확인된 계좌에 보유하고 있는 금융자산은 명의자의 소유로 추정함’을 규정하고 있어 부동산실명법과는 달리 실명이 확인된 계좌의 금융자산은 동 계좌의 명의자를 소유자로 함을 규정하고 있다. 개정 금융실명법과 부동산실명법은 금융과 부동산이라는 대상을 달리할 뿐 유사한 입법 목적을 가지고 있다. 그와 같다면 실명법이라는 양 법률의 법질서의 통일성 고려 및 부동산실명법의 실효적 시행과 불법적인 명의신탁행위를 근절하기 위한 가장 실효적인 조치로서 신탁부동산의 소유권이 명의수탁자에게 있음을 명문으로 규정할 필요가 있다고 본다. 혹자는 사람들에게 있어서 부동산의 가치 및 전재산성을 이유로 가혹하다고 할 것이나 부동산과 금융자산은 그 형태만 달리할 뿐 경제적 가치 및 그 중요성은 동일한 것으로 평가될 수 있다. 반사회적 행위로서의 투기·탈세·탈법행위는 부동산의 경우에만 해당하는 것이 아님은 자명한 사실이다. 차명거래

및 명의신탁행위는 동일한 속성을 가지고 있다. 즉 비신뢰성, 허위성, 투명성의 결여 및 사회질서에 반하는 행위라는 공통된 특성을 가지고 있다고 본다. 그와 같은 속성이 공통적인 속성으로 평가된다면 양 행위에 대하여는 동일한 법적 평가와 더불어 불법행위에 대한 동일한 법적 제재가 취해지는 것이 형평성에 부합하며 또한 합리적이다. 그러므로 명의신탁행위 역시 차명거래의 근절을 위한 실효적인 조치인 계좌의 명의자를 소유자로 추정하는 것과 같이 신탁부동산의 소유권이 명의수탁자에게 속하는 것으로 하는 추정을 하는 규정을 신설할 필요성이 있다고 본다.

물론 동일한 불법행위에 가담한 명의수탁자에게도 불법행위에 대한 공동정범 및 교사범으로서의 책임이 있으므로 동일한 불법행위에 대하여 명의신탁자는 신탁된 부동산의 소유권을 잃고 명의수탁자는 소유권을 얻게 되는 것은 불법에 대한 공동책임에도 부합하지 않고 명의신탁자에게 너무 큰 희생을 치르게 한다는 비판이 있을 수 있다. 그러나 그와 같은 불법행위에 대하여 명의수탁자가 공동정범 및 교사범으로서의 죄책이 있다면 책임원칙에 따라 그에 상응한 처벌을 받도록 하면 될 것이다(동법 제7조). 그럼에도 가혹한 평가를 받을 수 있는 소유권의 명의수탁자에게로의 추정규정을 신설하고자 제언하는 것은 명의수탁자에게 신탁부동산의 소유권을 인정하는 추정규정을 신설하게 되면 명의신탁을 하고자 하는 잠재적 명의신탁자는 자신의 소중한 부동산을 타인의 명의로 하는 명의신탁행위를 결코 하지 않을 것이다. 그럼에도 불구하고 그와 같은 불법행위를 자행할 시에는 그에 대한 책임은 온전히 명의신탁이라는 불법행위 및 그의 결과를 인지 및 인식하고 행한 명의신탁자가 책임을 지는 것이 책임주의 원칙, 경제 정의의 실현, 및 사회적 타당성의 측면에서도 합리적이라고 본다.

### 2.3 배우자 특례의 폐지 및 종종·종교단체의 특례조항의 수정

부동산실명법은 조세 포탈, 강제집행의 면탈 또는 법령상 제한의 회피를 목적으로 하지 아니하는 경우에는 종종, 종교단체 및 배우자 사이의 명의신탁에 대하여 과징금, 이행강제금, 벌칙 등의 규정이 적용되지 않는다고 하여 예외적 특례를 인정하고 있다(동법 제8조). 그러나 불법행위를 규율하는 법의 적용은 가급적이면 일관성 및 형평성에 근거하여 시행되어야 한다. 물론 동법과 같은 예외적 규정 역시 필요하다. 그러나 그와 같은 예외적 규정은 법이 보호하고자 하는 이익과의 형량을 통하여 필요최소한에 그쳐야 한다. 그와 같은 보호이익에 대한 이익형량에 있어서 상기한 예외적 특례규정은 많은 문제점을 가지고 있다고 본다.

배우자 특례의 경우, 동법은 배우자간에 조세 포탈, 강제집행의 면탈 또는 법령상 제한의 회피를 목적으로 하지 아니하는 경우에는 배우자 명의로 부동산에 관한 물권을 등기할 수 있음을(동법 제8조 제2호), 즉 부부간의 명의신탁이 허용됨을 규정하고 있다. 그러나 민법은 부부의 일방이 혼인 전부터 가진 고유재산과 혼인 중 자기의 명의로 취득한 재산은 특유재산으로 인정하는(동법 제830조 제1항) 부부별산제를 취하고 있다. 또한 부부의 누구에게 속한 것인지 분명하지 아니한 재산은 부부의 공유로 추정됨을(동법 제830조 제2항) 규정하고 있다. 따라서 부부간의 재산관계는 민법 제830조에 규정된 부부별산제와 공유의 법리로 해결할 수 있다. 또한 이혼 시에는 재산분할청구권이<sup>65)</sup> 인정되므로 그에 따르면 될 것이다. 그런데 동법에서의 예외적 특례로 인정한 바와

65) 민법 제839조의2(재산분할청구권) ① 협의상 이혼한 자의 일방은 다른 일방에 대하여 재산분할을 청구할 수 있다.

② 제1항의 재산분할에 관하여 협의가 되지 아니하거나 협의할 수 없는 때에는 가정법원은 당사자의 청구에 의하여 당사자 쌍방의 협력으로 이룩한 재산의 액수 기타 사정을 참작하여 분할의 액수와 방법을 정한다.

③ 제1항의 재산분할청구권은 이혼한 날부터 2년을 경과한 때에는 소멸한다.

같이 부부간에 탈세, 탈법, 투기 및 강제집행의 면탈 외에 그 어떠한 목적이 있기에 부부간에 배우자에게 명의신탁을 할 것인지 그리고 그와 같은 특례를 인정할 필요성이 있는지 의구심이 든다. 또한 부부간의 명의신탁이 탈세, 탈법, 투기, 강제집행의 면탈 및 법령상 제한의 회피의 목적으로 행해졌을 경우에 그에 대한 입증은 누가 할 것이며 그와 같은 입증이 모든 부부에 대하여 가능할 지도 또한 의문이다. 그러한 이유로 부부간의 명의신탁에 대한 예외적 특례 규정은 삭제되는 것이 합리적이며 또한 법의 실효적 시행을 위하여 보호가치 없는 규정으로 인한 시행의 장애물을 만들 필요는 없다고 본다.

중중 및 종교단체의 경우, 부동산실명법 제8조는 중중이 보유한 부동산에 관한 물권을 중중 외의 자의 명의로 등기한 경우(제2호)와 종교단체의 명의로 그 산하 조직이 보유한 부동산에 관한 물권을 등기한 경우로서(제3호) 조세 포탈, 강제집행의 면탈 또는 법령상 제한의 회피를 목적으로 하지 아니하는 경우에는 중중 및 종교단체 명의신탁에 대하여 과징금, 이행강제금, 벌칙 등은 적용되지 않는다고 하여 예외적 특례를 인정하고 있다. 배우자간의 명의신탁은 일반적으로 두 명의 배우자 사이의 명의신탁인 관계로 양자간 명의신탁의 유형을 취하고 있고 근본적인 반사회적 성격의 명의신탁이기에 그 폐지가 당연히 요청된다. 그러나 중중 및 종교단체에 대한 특례의 경우에는 기본적인 구조를 두 가지 경우로 나누어서 살펴볼 필요가 있다. 첫째, 중중 및 종교단체의 소유이나 개인 명의로 명의신탁 된 경우, 둘째, 실질적으로 개인의 소유이나 중중 및 종교단체의 명의로 명의신탁 된 경우이다.

전술한 바와 같이 일제에 의하여 토지조사사업을 할 당시에 우리나라에는 중중 소유의 토지가 많았다. 그런데 당시 조선부동산등기령은 권리능력 없는 중중에 등기능력을 인정하지 않았다. 일제는 일제의 식민지 지배 권력에 저항할 수 있는 강한 결속력이 있는 인적공동체인 중중의 해체를 목적으로 중중 토지를 중중대표자의 명의로 등기를 하도록 하여,

중중과 등기명의자인 중중대표자간의 내부적 관계에서는 중중이 소유자이고, 중중과 등기명의자인 중중대표자 이외의 제3자에 대한 관계에서는 등기명의자인 중중대표자가 소유자라는 소위 ‘관계적 소유권이론’을 만들어 이를 적용함으로써, 등기명의자인 중중대표자가 중중재산을 처분하면 중중으로 하여금 중중토지를 잃게 함으로써 중중과 중중대표자간의 내부적 갈등을 유발하게 하여, 공동체인 중중의 와해 내지 해체를 위하여 이러한 명의신탁을 인정하였던 것이었다.<sup>66)</sup> 그러나 현행 부동산등기법은 중중, 문중, 그 밖에 대표자나 관리인이 있는 법인 아닌 사단이나 재단에 속하는 부동산의 등기에 관하여는 그 사단이나 재단을 등기권리자 또는 등기의무자로 한다고 규정하고 있다(동법 제26조 제1항). 즉 중중 및 문중 등 권리능력 없는 사단에게도 등기능력을 인정하고 있다.<sup>67)</sup> 그와 같다면 중중 및 문중 등 권리능력 없는 사단 역시 그 사단을 등기권리자로 하여 등기를 할 수 있다. 따라서 예외적 특례와 같이 중중 외의 자의 명의로 등기를 할 수 있도록 하는 예외적 명의신탁을 허용할 것이 아니라 중중의 명의로 등기를 하도록 유도하는 것이 바람직하다. 다음으로 실질적으로 개인의 소유이나 명의만 중중 및 종교단체의 명의로 명의신탁 된 경우에는 명의신탁에 관한 일반규정이 그대로 적용되면 될 것이다. 즉 실질에 있어서 개인의 소유이나 중중 및 종교단체 명의로 명의신탁 된 경우에는 그 신탁된 부동산의 소유권을 중중 및 종교단체에게 인정하면 될 것이다. 그와 같다면 명의신탁행위를 하는 부동산의 실질적 소유권자인 명의신탁자는 자신의 권리 및 재산에 대한 소유권 상실의 두려움으로 그와 같은 명의신탁을 하지 않을 것이기 때문이다. 결론적으로 현행 부동산실명법 제8조와 같은 예외적 특례를 인정할 것이 아니라 명의신탁에 관한 부동산실명법의 현행 규정 및 제안한 규정에

66) 김상용, 앞의 논문, 2-3쪽.

67) 부동산등기법 제26조(법인 아닌 사단 등의 등기신청) ① 중중, 문중, 그 밖에 대표자나 관리인이 있는 법인 아닌 사단이나 재단에 속하는 부동산의 등기에 관하여는 그 사단이나 재단을 등기권리자 또는 등기의무자로 한다.

따라 ‘예외 없는 실명화의 원칙’<sup>68)</sup>을 준수하는 것이 법질서의 통일성 및 일관성 있는 법적용을 위하여 타당하다고 본다.

## V. 결론

부동산실명법과 금융실명법은 탈법 및 위법한 차명거래를 규제하고 부동산 및 금융 거래의 정상화를 도모하여 국민경제의 건전한 발전을 도모한다는 유사한 입법 목적을 가지고 있다. 즉 금융 및 부동산이 현실 경제에서 차지하는 비중은 상당하기에 그와 관련된 거래를 함에 있어서 실지명의에 의한 거래 및 실권리자 명의에 의한 등기를 하도록 함으로써 탈법 및 위법한 거래를 규제하고자 하였던 것이다. 특히 부동산실명법은 실권리자 명의가 아닌 타인의 명의로 등기를 하는 명의신탁을 금지하고 있다. 명의신탁은 강행법규 위반행위일 뿐만 아니라 그 불법행위의 만연으로 인한 사회가치 및 질서에 대한 폐해가 실로 심각한 반사회적 행위이다. 그와 같은 불법적이며 반사회적인 행위에서 주도적 역할을 하는 명의신탁자는 사회에 대한 해악적 성격이 상당한 불법행위자이며 반사회질서행위자인 것이다. 그와 같은 불법성과 반사회성으로 징표되는 명의신탁행위는 더 이상 방치되어서는 안 된다. 반사회적 행위인 명의신탁약정에 따른 명의신탁자와 명의수탁자에게는 그에 상응한 형벌이 부과되어야 한다. 특히 명의신탁자에게는 명의신탁행위라는 반사회적 행위에 따른 불법원인급여성이 인정되는 신탁부동산에 대한 소유권이 인정되어서는 안 되며, 또한 반사회적인 명의신탁약정에 따라 명의신탁자 자 명의수탁자에게 부동산을 명의신탁하는 행위는 불법원인급여성을 갖게 되므로 명의신탁자의 명의수탁자에 대한 부동산 소유권이전등기

68) 박재완 “부동산실명법에 대한 입법론적 고찰”, 법과 정책연구 제13권 제1호, 동광문화사, 2013, 13쪽.

청구권을 행사할 수 없도록 하는 것이 타당하다고 본다. 불법적인 명의 신탁행위를 근절시킬 방안으로서 다음 세 가지 방안을 제시하고자 한다. 첫째, 실질적으로 명의신탁자의 신탁재산에 대한 소유권을 인정해주는 이행강제금 규정의 삭제, 둘째, 법질서의 통일성의 측면 및 부동산실명법의 입법 목적의 실효적 실현을 위하여 신탁부동산에 대한 소유권을 명의신탁자가 아닌 명의수탁자에게로의 명문의 인정, 셋째, 원칙이 원칙으로서의 역할을 하도록 실명화에 대한 예외 없는 원칙, 즉 예외적 특례 중 배우자 특례의 폐지와 종중 및 종교단체<sup>69)</sup> 특례에 대한 부분적 개정 이 바로 그것이다. 그와 같은 부동산실명법의 입법적 개선방안을 통하여 ‘부동산에 관한 소유권과 그 밖의 물권을 실권리자 명의로 등기하게 함으로써 부동산등기제도를 악용한 투기·탈세·탈법행위 등 반사회적 행위를 방지하여 국민경제의 건전한 발전에 이바지함’을 목적으로 한다는 부동산실명법의 입법 목적이 실질적이고 실효적으로 달성되기를 바라는 바이다.

## 참고문헌

### 1. 단행본

- 곽윤직, 민법총칙 신정수정판, 박영사, 2000.  
 곽윤직, 물권법 신정수정판, 박영사, 1999.  
 금융투자협회, 개정 금융실명법 안내, 2014.  
 김상용, 민법총칙 신정판 증보, 법문사, 2003.

69) 동법 제8조 제3호의 ‘종교단체의 명의로 그 산하 조직이 보유한 부동산에 관한 물권을 등기하는 경우’가 예외적 특례로 추가된 것은 2013.7.12. 시행된 개정 부동산실명법(법률 제11884호)에서부터이다.

양형우, 민법의 세계(이론과 판례) 제9판, 피앤씨미디어, 2017.

이영준, 민법총칙 개정증보판, 박영사 2007.

이은영, 민법 I 제5판, 박영사, 2007.

재정경제원, 부동산실명법 해설, 1995.

지원림, 민법강의 제6판, 홍문사, 2008.

## 2. 학술지

권오승, “명의신탁”, 고시연구 제17권 제9호, 고시연구사, 1990, 93-103쪽.

권오창, “계약명의신탁의 법률관계에 관한 고찰-부동산실권리자등기에 관한법률 제4조 제2항 단서의 해석을 중심으로-”, 법조 제48권 제6호, 법조협회, 1999, 90-137쪽.

\_\_\_\_\_, “명의신탁이론의 재검토-종래 학설·판례상의 몇 가지 문제점을 중심으로-”, 민사판례연구 제23집, 민사판례연구회, 2001, 152-175쪽.

김상용, “부동산거래 선진화를 위한 제도개선: 명의신탁, 공정증서의 법제화로 극복을”, 부동산 Focus 제98호, 한국감정원 부동산연구원, 2016, 2-14쪽.

목영준, “부동산실권리자명의등기에 관한 법률상 법률관계의 효력”, 인권과 정의 제261호, 대한변호사협회, 1998, 90-111쪽.

문영식, “명의신탁 부동산의 처분행위에 관한 형법정책”, 형사법의 신동향 제51호, 대검찰청, 2016, 279-320쪽.

박상기, “부동산명의신탁과 횡령죄”, 형사판례연구 제6집, 형사판례연구회, 1998, 266-280쪽.

박재완, “부동산실명법에 대한 입법론적 고찰”, 법과 정책연구 제13권 제1호, 동광문화사, 2013, 237-264쪽.

송경호, “명의신탁된 부동산의 처분행위에 대한 형사책임”, 비교형사법연구 제2권 제2호, 한국비교형사법학회, 2000, 329-348쪽.

- 송문호, “부동산 명의신탁의 형법상 의미와 전망”, 형사정책연구 제27권 제3호, 한국형사정책연구원, 2016, 5-26쪽.
- 양창수, “명의신탁에 대한 규율 제고”, 법조 제49권 제11호, 법조협회, 2000, 207-243쪽.
- 오시영, “부동산 명의신탁과 불법원인급여 성립 여부에 대한 고찰”, 동북아법연구 제10권 제2호, 전북대학교 동북아법연구소, 2016, 451-487쪽.
- 이문호, “금융, 부동산실명법(제) 소고-대법원 2008다45828 전원합의체 판결과 관련하여-”, 인권과 정의 제395호, 대한변호사협회, 2009, 122-139쪽.
- 이보영, “부동산명의신탁과 형사책임”, 법학연구 제33집, 한국법학회, 2009, 311-333쪽.
- 이창섭, “부동산 명의수탁자의 횡령죄 주체성”, 형사판례연구 제19권, 한국형사판례연구회, 2011, 236-265쪽.
- 이충훈, “명의신탁과 부당이득반환청구권”, 홍익법학 제12권 제1호, 홍익대학교 법학연구소, 2011, 83-108쪽.
- 천진호, “부동산 명의수탁자 상속인의 횡령죄 성립 여부”, 형사판례연구 제23권, 한국형사판례연구회, 2015, 337-372쪽.
- 한석리, “명의신탁된 부동산의 처분행위에 대한 형사책임의 성부”, 비교형사법연구 제2권 제2호, 한국비교형사법학회, 2000, 349-368쪽.

[Abstract]

## **A Study on the Improvements of the Real Estate Real Name Act for Unity of Legal Order and Anti-Social Characteristics of Title Trust Agreement**

Lee, Jae-Hak\*

Article 1 of The Real Estate Real Name Act states that the purpose of this Act is to contribute to the sound development of the national economy through the prevention of antisocial acts, such as speculation, evasion of taxes and acts circumventing laws, etc. which abuse the real estate registration system, the normalization of real estate transactions, and the stabilization of real estate prices, by having any ownership and other real rights to real estate registered under the names of those having real rights so as to conform to the substantial relation of rights. And Article 3 of The Act states that No person shall register any real right to real estate under the name of the title trustee pursuant to the title trust agreement. Article 4, Section 1 of The Act states that Any title trust agreement shall be null and void. The title trust agreement is illegal, and the title trust is anti-social(public) and has performance for illegal cause. That is, the title trust agreement motivated by speculation, tax evasion, evasion of compulsory execution etc, has to

---

\* Principal Researcher, Institute of Legal Studies, Konkuk University, Ph.D

be seen as action of anti-public order. And then, I think that, to eliminate from the criticism of title trust agreement, an Assembly must make law about a denial for trust's returning request. And Supreme Court must not guarantee the right of claim to return the trust property of title truster, whom can be considered as a criminal, but must consider the property which is offered by the title trust agreement contracts as the performance for illegal cause and deny the right to request a return, and finally guarantee the object that the Real Estates Real Name Act desires to achieve.

**[Key Words]** The Real Estate Real Name Act, Title Trust Agreement, Performance for Illegal Cause, Title Truster, Title Trustee