

부동산명의신탁의 반사회성에 관한 연구*

A Study on the Antisociality of Real Property Title Trust

김 상 현**

Kim, Sang-Hyun

목 차

- | | |
|---------------------------------|---------------------|
| I. 서론 | III. 판례의 태도와 학계의 동향 |
| II. 부동산명의신탁의 유래와 부동산신탁
법의 제정 | IV. 결론 |

일제강점기에 중증의 재산권을 유지하기 위한 공여지책으로 활용했던 부동산명의신탁은 해방 이후에도 이러한 관행을 법원이 유효화시키면서 각종 세금탈루와 투기의 수단, 재산을 은닉하여 채권자를 해하는 수단으로 적극 악용되어 사회적으로 큰 문제가 되어온 것이 사실이다. 이에 정부는 상속세법, 부동산등기특별법, 현재의 부동산신탁명법의 제정에 이르기까지 이러한 부당성을 바로잡기 위한 노력이 있어왔다. 이러한 노력의 결실이 부동산등기제도를 악용한 투기·탈세·탈법행위 등 반사회적 행위의 방지를 입법목적으로 하는 부동산신탁명법의 제정이다. 부동산신탁명법은 부동산명의신탁약정 자체의 사법적 효력을 무효로 하

투고일 : 2018. 6. 30. / 심사회의일 : 2018. 7. 10. / 게재확정일 : 2018. 7. 25.

* 본 논문은 2018년도 신한대학교 학술연구비에 의해 연구되었음.

** 법학박사, 신한대학교 사회과학대학 공공행정학과 교수

Professor Dr. jur., Dept. of Public Administration, Shin-Han University

고 있고, 명의신탁약정의 당사자는 무효로서 제3자에게 대항하지 못한다고 하여 악의의 제3자도 포함하고 있다는 것은 반사회적 명의신탁행위를 근절하겠다는 강력한 법정책적 의지가 담겨있다고 생각된다. 그렇다면 적어도 부동산실명법상 명의신탁행위는 이 법의 규범목적에 따라 엄격하게 해석되어야 한다. 그러나 우리의 판례는 부동산실명법 제정 이후에도 시종일관 부동산실명법상 명의신탁행위에 대하여 “그 자체로 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하는 경우에 해당한다고 단정할 수 없다.”고 하여 반사회성 인정을 정면으로 부정하고, 단지 과징금 규정과 형벌규정을 둔 단속법규로 평가하고 있으며, 이러한 연장선에서 “부동산실명법이 비록 부동산등기제도를 악용한 투기·탈세·탈법행위 등 반사회적 행위를 방지하는 것 등을 목적으로 제정되었다고 하더라도, 무효인 명의신탁약정에 기하여 타인 명의의 등기가 마쳐졌다는 이유만으로 그것이 당연히 불법원인급여에 해당한다고 볼 수 없다.”고 하여 명의신탁자의 명의수탁자에 대한 부당이득반환청구권을 인정하고 있다. 이러한 판례법리는 그간의 부동산실명법 제정과정과 입법목적에 상당한 괴리가 있는 법리로 생각되며, 결과적으로 부동산실명법을 무력화하여, 여전히 부동산투기와 탈세 등을 조장하고 있는 듯하여 매우 유감스럽다. 또한 부동산실명법을 부동산등기제도의 악용으로 인한 폐해를 단절하기 위한 법으로 인식하고 있는 국민 일반의 법감정적 측면에서도 바람직하지 않다. 결국 부동산명의신탁은 민법 제103조의 반사회적 법률행위로서 평가받아야 할 것이고, 따라서 응당 민법 제746조의 불법원인급여의 법리가 적용되어 당연히 명의신탁자는 명의수탁자에게 부당이득반환청구를 할 수 없어야 한다.

[주제어] 부동산명의신탁, 부동산실명법, 반사회성, 민법 제103조, 불법원인급여

I. 서론

부동산명의신탁약정이란 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률(이하 부동산실명법)에 따르면 “부동산에 관한 소유권이나 그 밖의 물권을 보유한 자 또는 사실상 취득하거나 취득하려고 하는 자가 타인과의 사이

에서 대내적으로는 실권리자가 부동산에 관한 물권을 보유하거나 보유하기로 하고 그에 관한 등기는 그 타인의 명의로 하기로 하는 약정(제2조 제1호)”을 말한다. 여기에서 등기는 가등기도 포함하며, 약정에는 위임·위탁매매의 형식에 의하거나 추인에 의한 경우도 포함한다. 이러한 명의신탁은 일제강점기부터 유래되어 해방 이후에도 판례가 유효한 법률행위로 인정하는 법리를 전개하면서¹⁾ 점차 투기·탈세·탈법행위의 온상이 되어 왔다. 이에 정부는 이를 근절하고자 상당한 노력을 하였는데, 특히 1990년 공포된 부동산등기특별조치법에는 명의신탁에 의한 조세부과 면탈 및 투기한 자에 대하여 징역과 벌금의 형벌을 부과하는 내용을 규정하기에 이른다. 그러나 판례는 이 법을 이른바 단속법규로 평가하고, 결국 종전 판례의 태도가 유지되면서²⁾ 그 실효성이 크게 축소된다. 이 후 정부는 1995년 부동산등기제도를 악용하여 투기·탈세 등을 목적으로 하는 부동산명의신탁을 직접 반사회적 행위로 규정하면서 부동산명의신탁약정의 사법상 효력을 부인하는 부동산실명법을 제정한다. 그럼에도 불구하고, 판례는 이 법 또한 단속법규로 평가하면서 부동

1) 판례에 따르면, “명의신탁은 대내적인 관계에서는 신탁자가 소유권을 보유하여 이를 관리·수익하면서 소유명의만을 수탁자로 해두는 것으로 유효하고 내부관계에서 신탁자는 수탁자에게 언제나 신탁재산에 대한 실질적인 소유권을 행사할 수 있다는 것이요(대법원 1965. 5. 18. 선고 65다312 판결, 대법원 1982. 11. 23. 선고 81다372 판결 등), 그러나 제3자와의 대외관계에서는 수탁자가 완전한 소유권을 취득하므로 이러한 수탁자로부터 신탁재산을 취득한 제3자는 선의나 악의를 불문하고 그 소유권을 취득한다(대법원 1963. 9. 19. 선고 63다388 판결, 대법원 1970. 11. 30. 선고 70다1831 판결 등).”는 법리를 전개하였다.

2) 대법원 1993. 8. 13. 선고 92다42651 판결(“부동산등기특별조치법 제7조 제1항은, 조세부과를 면하려 하거나 다른 시점간의 가격변동에 따른 이득을 얻으려 하거나, 소유권 등 권리변동을 규제하는 법령의 제한을 회피할 목적으로 타인의 명의를 빌려 소유권이 전등기를 신청하여서는 아니된다고 규정하고, 이에 위반한 경우에는 같은 법 제8조에 의하여 처벌하도록 규정되어 있으나, 위 규정 자체에 의하더라도 그 등기신청의 원인 행위인 같은법 제7조 제1항 소정의 목적에 의한 계약명의의 신탁약정 자체가 금지된다고는 해석할 수 없으므로 지적하는 명의신탁약정이 그 사법적 법률행위의 효력까지 부인되는 것은 아니라 할 것이다”).

산명의신탁의 반사회성을 부인하고 있는 실정이다.³⁾ 이러한 판례의 태도는 법리적 측면 및 법정정책 측면에서 타당한 것일까? 그리고 악용되고 있는 부동산명의신탁에 대한 국민 일반(서민)의 법감정에 일치하는 것일까? 이러한 문제의식 하에서 우선, 부동산명의신탁의 유래와 이를 제어하려는 노력들 중 특히 부동산실명법의 내용을 살펴보고, 부동산명의신탁의 반사회성에 대한 쟁점사항들에 대한 판례와 학계의 입장들을 검토하기로 한다.

Ⅱ. 부동산명의신탁의 유래와 부동산실명법의 제정

1. 부동산명의신탁의 유래

부동산명의신탁은 1912년 일제강점기에 토지조사령과 조선민사령에 의한 중증재산의 몰수를 피하기 위한 수단으로서 유래하게 된 것이다.⁴⁾

3) 대법원 2003. 11. 27. 선고 2003다41722 판결; 대법원 2014. 7. 10. 선고 2013다74769 판결 등; “부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률이 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 법률이 비록 부동산등기제도를 악용한 투기·탈세·탈법행위 등 반사회적 행위를 방지하는 것 등을 목적으로 제정되었다고 하더라도, 무효인 명의신탁약정에 기하여 타인 명의의 등기가 마쳐졌다는 이유만으로 그것이 당연히 불법원인급여에 해당한다고 볼 수 없다.”

4) 일본은 1912년에 토지조사령을 제정하여 모든 토지를 신고하도록 강제하였는데, 토지조사령 제4조는 ‘조선총독이 정한 기간 내에 토지 소유관계를 신고’하도록 정하고 있었으며 이 기간 내에 신고가 이루어지지 않은 조선 영토 내의 모든 토지는 조선총독부가 몰수하였다. 한편 조선민사령이 중증을 권리·의무의 주체로 인정하지 않았기 때문에 중증 명의의 소유권을 취득하는 것이 불가능하여 찾은 방법이 중증 구성원 가운데 대표로 한 사람 또는 여러 사람의 명의로 중증의 토지를 등기하는 방법이었다(정혜옥, “명의신탁의 반사회성 판단기준”, 중앙법학 제18집 제3호, 중앙법학회, 2016.9, 177-178쪽 참조).

이러한 관행은 1930년 종중이 법인이 아니더라도 부동산 등기와 관련해서는 그 대표자나 관리인이 등기관리자 또는 등기의무자로서 등기를 신청할 수 있도록 조선부동산등기령이 개정되었음에도 불구하고,⁵⁾ 그리고 현행 부동산등기법 제26조에 “종중, 문중, 그 밖에 대표자나 관리인이 있는 법인 아닌 사단이나 재단에 속하는 부동산의 등기에 관하여는 그 사단이나 재단을 등기관리자 또는 등기의무자로 하며(동조 제1항), 제1항의 등기는 그 사단이나 재단의 명의로 그 대표자나 관리인이 신청한다(동조 제2항).”는 규정 하에서도 계속되었다.

문제는 법원이 이러한 명의신탁을 유효한 법률행위로 인정하였는데, 심지어 “부동산매수인이 제3자에게 그 부동산의 소유권을 신탁하여 매도인으로부터 그 제3자 명의로 직접 소유권이전등기를 경유한 경우에 그 매매계약이 해제되어 매도인이 그 소유권의 명의를 회복하고자 할 때에는 매도인은 매수인을 대위하여 그 제3자에 대하여 신탁계약을 해제하고 소유권이전등기의 말소를 청구 할 수 있다.”⁶⁾고 하여 해당 부동산에 대하여 신탁자의 명의로 등기가 된 사실이 전혀 없이 수탁자의 명의로 등기가 된 경우, 즉 중간생략등기형 등기도 인정하기에 이르른다. 이러한 법원의 판단은 등록세, 취득세, 양도소득세 등 각종 세금탈루와 나아가 투기의 수단으로 적극 악용되어 사회적으로 큰 문제가 되어왔다.

2. 부동산실명법의 제정

2.1. 부동산실명법 제정 전 정부의 노력

이러한 부동산명신탁의 문제점을 해소하기 위하여 정부는 1981년 12월 31일 개정되어 다음 해 1월 1일 시행된 상속세법 개정으로 신설된

5) 권용우, “금지된 명의신탁과 부동산소유권의 귀속”, 법학논총 제30권 제2호, 단국대학교 법학연구소, 2006, 143쪽.

6) 대법원 1963. 1. 24. 선고 62다825 판결.

제32조의2 제1항에 명의신탁등기가 이루어진 경우 이를 증여로 의제하여 증여세를 부과하도록 하였다. 그러나 헌법재판소는 “위 법률조항에는 무차별한 증여의제로 인한 위헌의 소지가 있으므로 예외적으로 조세 회피의 목적이 없음이 명백한 경우에는 이를 증여로 보지 않는다고 해석하여야 한다.”⁷⁾고 함으로써 1990년 12월 31일 해당 조항의 단서에 조세 회피나 조세포탈을 위한 명의신탁의 경우에만 증여로 간주하게 되었고, 이외의 명의신탁의 경우에는 유효하게 되어 규제의 실효성이 크게 상실되었다.⁸⁾

이후 1990년 8월 1일 공포된 부동산등기특별조치법 제7조 및 제8조에 조세부과를 면하려 하거나 다른 시점간의 가격변동에 따른 이득을 얻으려 하거나 소유권등 권리변동을 규제하는 법령의 제한을 회피할 목적으로 타인의 명의를 빌려 소유권이전등기를 신청하여서는 아니되며, 이를 위반한 때에는 3년 이하의 징역이나 1억 원 이하의 벌금에 처한다고 규정한다.⁹⁾ 그러나 대법원은 “이 규정 자체에 의하더라도 그 등기신청

7) 헌법재판소, 1989. 7. 21. 선고 89헌마38 결정.

8) 윤철홍, “부동산신탁명의의 법률적 검토”, 규제연구 통권 제11호, 한국규제학회, 1995, 21-22쪽; 홍봉주, “중간생략등기형 명의신탁과 수탁자의 형사책임 - 대법원 2016. 5. 19. 선고 2014도6992 전원합의체판결”, 법학연구 제28집 제1호, 충남대학교 법학연구소, 2017, 235쪽 참조.

9) (구) 부동산등기특별조치법 제7조(명의신탁금지) ① 조세부과를 면하려 하거나 다른 시점간의 가격변동에 따른 이득을 얻으려 하거나 소유권등 권리변동을 규제하는 법령의 제한을 회피할 목적으로 타인의 명의를 빌려 소유권이전등기를 신청하여서는 아니 된다. ② 제1항에 규정된 목적외의 사유로 타인의 명의를 빌려 소유권이전등기를 신청하고자 하는 자는 부동산의 표시 및 실소유자의 성명이나 명칭등 대법원규칙이 정하는 내용을 기재한 서면을 작성하여 소유권이전등기신청서와 함께 등기공무원에게 제출하여야 한다. ③ 등기공무원이 제2항의 신청을 받은 때에는 지체없이 그 신청서와 서면의 사본 각 1통을 부동산의 소재지를 관할하는 세무서장에게 송부하여야 한다. 제8조(벌칙) 다음 각호의 1에 해당하는 자는 3년 이하의 징역이나 1억원 이하의 벌금에 처한다. 1. 조세부과를 면하려 하거나 다른 시점간의 가격변동에 따른 이득을 얻으려 하거나 소유권등 권리변동을 규제하는 법령의 제한을 회피할 목적으로 제2조 제2항 또는 제3항의 규정에 위반한 때

의 원인행위인 같은 법 제7조 제1항 소정의 목적에 의한 계약명의의 신탁약정 자체가 금지된다고는 해석할 수 없으므로 지적하는 명의신탁 약정이 그 사법적 법률행위의 효력까지 부인되는 것은 아니라 할 것”이라고 하면서, “이 사건 계약상 매수인 명의의 신탁이 단순한 통정허위표시에 불과하여 무효라고도 할 수 없다.”고 하여,¹⁰⁾ 이 규정을 이른바 단속규정으로 보면서, 결국 이 법에 의하여도 사법상의 명의신탁계약을 거의 규제할 수 없게 되어 명의신탁의 규제에 관한 유명무실한 법률이 되어 버렸다.¹¹⁾

2.2. 부동산실명법의 제정과 내용

이 후 1995년 7월 1일, 부동산명의신탁에 대하여 형사처벌, 과징금, 이행강제금 등 제재수단을 한층 강화시키는 한편, 사법상 효력까지 부인하는 부동산실명법을 제정하기에 이른다.¹²⁾ 특히 이 법의 목적을 “부동산에 관한 소유권 그 밖의 기타 물권을 실체적 권리관계에 부합하도록 실권리자 명의로 등기하게 함으로써 부동산등기제도를 악용한 투기·탈세·탈법행위 등 반사회적 행위를 방지하고 부동산거래의 정상화와 부동산가격의 안정을 도모하여 국민경제의 건전한 발전에 이바지함”이라고 제1조에 규정함으로써 부동산명의신탁은 반사회적 행위임을 명화

10) 대법원 1993. 8. 13. 선고 92다42651 판결.

11) 윤철홍, 앞의 논문, 23쪽.

12) 이 법에 대해서 윤철홍 교수는 “명의신탁에 대하여 상속세법과 부동산특별조치법에 의해서 상당히 엄한 규제가 부과되었는데도 불구하고, 명의신탁이 당사자간에 내밀히 성립하는 속성상의 특징 때문에 거의 발각되지 않았다. 또한 발각되었다고 하더라도 사법상의 효력까지 부인되는 것이 아니었다. 그래서 그 규제 역시 미약할 수 밖에 없었다. 더 나아가 명의신탁과 중간생략등기가 결합된 형태와 명의신탁 계약관계가 전혀 없는 사이에 명의신탁 계약해지에 의한 투기가 일어나게 되었다. 그래서 부동산 거래질서의 문란뿐만 아니라, 투기에 의한 불로소득을 얻는 계층의 사회정의의 문란이 만연되기에 이르렀다. 따라서 이에 대한 근본적인 대책이 요구되어 나타난 것”이라고 한다(윤철홍, 위의 논문, 23쪽).

하게 밝힌다.¹³⁾

이 법의 주요 내용은 다음과 같다. 1995년 7월 1일 이후에는 부동산의 물권변동등기는 실권리자 명의로 하도록 하고(제3조 제1항) 채무의 변제를 담보하기 위하여 채권자가 부동산에 관한 물권을 이전받는 경우에는 채무자, 채권금액 및 채무변제를 위한 담보라는 뜻이 적힌 서면을 등기신청서와 함께 등기관에게 제출하여야 한다(제3조 제2항). 이를 위반하여 타인과 맺은 명의신탁약정은 무효로 하며(등기부에 양도담보사실을 표시한 경우는 예외로 함), 계약명의신탁의 경우를 제외하고는¹⁴⁾ 명의신탁약정에 의한 부동산의 물권변동은 무효로 하되(제4조 제1항 및 제2항),¹⁵⁾ 다만, 명의신탁약정의 당사자는 무효로서 제3자에게 대항

13) 이에 대하여 김상용, “부동산실명법 규정의 제모순점”, 고시계 통권 제480호, 국가고시학회, 1997, 79쪽에 따르면 “부동산실명법 제1조는 명의신탁이 금지되는 권리를 부동산에 관한 소유권뿐만 아니라, 기타의 물권도 포함시키고 있는데, 부동산소유권 이외에 부동산에 관한 제한물권에까지 명의신탁을 금지하는 법규정을 굳이 둘 필요가 있는지에 관하여 의문이며, 종래에 문제가 되었던 명의신탁은 부동산소유권에 집중되어 있었음에도 불구하고, 부동산에 관한 용익물권 및 담보물권에도 확대인정하는 것은 그 실익이 없다.”고 한다.

14) 명의신탁약정에 따른 등기로 이루어진 부동산에 관한 물권변동은 무효로 하되, 부동산에 관한 물권을 취득하기 위한 계약에서 명의수탁자가 어느 한쪽 당사자가 되고 상대방 당사자는 명의신탁약정이 있다는 사실을 알지 못한 경우에는 그러하지 아니하다(부동산실명법 제4조 제2항). 따라서 계약명의신탁에 기한 부동산물권변동은 매도인이 선의인 경우에는 유효하고, 악의인 경우에는 무효이다. 이에 대해서 김상용, 위의 논문, 82쪽에 따르면, “과연 매도인이 선의나 악의냐에 따라서 채권행위인 매매계약은 유효하지만, 그것에 기한 물권변동은 유효하기도 하고, 무효인 경우가 있을 수 있는지 의문이며, 법률이 선의이면 유효하고, 악의이면 무효인 것으로 규정할 수 있는지 의문이며, 물권행위의 독자성을 부인하고 유인성을 취하고 있는 판례의 태도와도 배치된다.”고 한다. 따라서 “계약명의신탁에 있어서는 명의신탁 약정만이 무효이고, 매도인과 매수인간의 채권행위와 물권행위는 매도인의 선의, 악의를 불문하고 유효하다고 할 것”이라고 주장한다.

15) 명의신탁자가 취득한 부동산에 관하여 부동산실명법을 위반하여 명의수탁자와 맺은 명의신탁약정에 따라 증여자로부터 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, 명의수

하지 못한다(제4조 제3항).¹⁶⁾¹⁷⁾ 제3조 제1항을 위반하여, 타인명의로 등기를 한 명의신탁자와 양도담보사실기재의무를 위반한 채권자 및 채무자를 거짓으로 적어 제출하게 한 실채무자에 대하여는 부동산가액의

탁자가 신탁받은 부동산을 임의로 처분하여도 명의신탁자에 대한 관계에서 횡령죄가 성립하지 아니한다(대법원 2016. 5. 19. 선고 2014도6992 전원합의체 판결 참조).

- 16) 본 조항에 대한 판례에 따르면, “부동산신탁명법 제4조 제2항 본문에 “명의신탁약정에 따른 등기로 이루어진 부동산에 관한 물권변동은 무효로 한다.”라고 규정하고 있으므로, 이른바 양자간 등기명의신탁에 있어서 명의신탁자는 신탁부동산의 소유자로서 명의수탁자를 상대로 원인무효를 이유로 소유권이전등기의 말소를 구할 수 있을 뿐 아니라 진정한 등기명의의 회복을 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 구할 수 있다(대법원 2002. 9. 6. 선고 2002다35157 판결 참조). 그러나 부동산신탁명법 제4조 제3항의 “제1항 및 제2항의 무효는 제3자에게 대항하지 못한다.”는 규정에 따라, 무효인 명의신탁등기 명의자 즉 명의수탁자가 신탁부동산을 임의로 처분한 경우, 특별한 사정이 없는 한 그 제3취득자는 유효하게 소유권을 취득하게 되고, 이로써 명의신탁자는 신탁부동산에 대한 소유권을 상실한다. 한편 소유자가 자신의 소유권에 기하여 실체관계에 부합하지 아니하는 등기의 명의인을 상대로 그 등기말소나 진정명의회복 등을 청구하는 경우에, 그 권리는 물권적 청구권으로서의 방해배제청구권(민법 제214조)의 성질을 가지는데, 이와 같은 등기말소청구권 등의 물권적 청구권은 그 권리자인 소유자가 소유권을 상실하면 이제 그 발생의 기반이 없게 되어 더 이상 그 존재 자체가 인정되지 아니하는 것이다(대법원 2012. 5. 17. 선고 2010다28604 전원합의체 판결 참조). 따라서 양자 간 등기명의신탁에서 명의수탁자가 신탁부동산을 처분하여 제3취득자가 유효하게 소유권을 취득하고 이로써 명의신탁자가 신탁부동산에 대한 소유권을 상실하였다면, 명의신탁자의 소유권에 기한 물권적 청구권 즉 말소등기청구권이나 진정명의회복을 원인으로 한 이전등기청구권도 더 이상 그 존재 자체가 인정되지 않는다고 할 것이다. 그 후 명의수탁자가 우연히 신탁부동산의 소유권을 다시 취득하였다 하더라도 명의신탁자가 신탁부동산의 소유권을 상실한 사실에는 변함이 없으므로, 여전히 물권적 청구권은 그 존재 자체가 인정되지 않는다고 할 것이다(대법원 2013. 2. 28. 선고 2010다89814 판결)”라고 한다.

- 17) 김상용, 앞의 논문, 85-86쪽에서는 본 조항에 대해서 “여기서 제3자는 명의신탁부동산에 대하여 등기를 하고 권리를 취득한 자이든, 등기를 하지 아니하고 권리를 취득한 자이든 모두 포함된다고 해석된다.”고 하면서, “이와 같이 무효인 등기를 기초하여 설정된 제3자의 권리를 그 제3자가 선의이든 악의이든 제3자의 명의로 등기를 한 경우이든, 등기를 하지 아니한 경우이든 보호받을 수 있도록 규정하고 있는 것은 등기의 공신력을 넘어, 등기의 권리창설적 효력을 인정하고 있는 것”이라고 하면서, “과연 우리나라에서 부실등기의 가능성을 내재하고 있는 부동산등기에 이러한 권리창설적 효력을 인정할 수 있는지 의문”이라고 한다.

30퍼센트에 해당하는 금액의 범위에서 과징금으로 부과하고(제5조 제1항 제1호, 제2호), 과징금을 부과받은 자가 실권리자 명의로 등기를 하지 아니하는 경우에는 첫째에는 부동산가액의 10퍼센트, 둘째해에는 20퍼센트의 이행강제금을 부과하며(제6조 제1항),¹⁸⁾ 명의신탁약정에 의하여 타인명의로 등기를 한 명의신탁자와 양도담보 사실기재의무를 위반한 채권자 및 채무자를 거짓으로 적어 제출하게 한 실채무자 대하여는 5년 이하의 징역 또는 2억 원 이하의 벌금, 명의수탁자에 대하여는 3년 이하의 징역 또는 1억 원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다(제7조). 다만, 중중이나 배우자간에 타인명의로 등기를 한 경우로서 조세포탈,

18) 이러한 이행강제금을 부과하도록 정한 취지에 대해서 판례는 “부동산실명법 제3조 제1항, 제4조 제2항 단서, 제5조 제1항 제1호, 제6조 제1항, 제2항의 규정 내용과 체계 등을 종합하면, 부동산실명법이 제3조 제1항을 위반한 명의신탁자에 대하여 위반행위 자체에 대한 제재로서 과징금을 부과하는 것에 그치지 아니하고 명의신탁자에게 부동산에 관한 물권을 자신의 명의로 등기할 의무를 부과하고 위반할 경우 이행강제금을 부과하도록 정한 것은, 이를 통하여 명의신탁자에게 심리적 압박을 주어 위반행위로 초래된 등기명의와 실제적 권리관계의 불일치 상태를 해소할 것을 간접적으로 강제함으로써 위법상태를 제거하고 부동산실명법의 실효성을 확보하기 위한 데 취지가 있다(대법원 2016. 6. 28. 선고 2014두6456 판결)”고 한다. 한편 매도인이 악의인 계약명의신탁에서 명의신탁자가 부동산실명법 제6조가 정한 이행강제금 부과대상에 해당하는지 여부에 대해서는 “명의신탁자와 명의수탁자가 이른바 계약명의신탁 약정을 맺고 매매계약을 체결한 소유자도 명의신탁자와 명의수탁자 사이의 명의신탁약정을 알면서 매매계약에 따라 명의수탁자 앞으로 부동산의 소유권이전등기를 마친 경우 부동산실명법 제4조 제2항 본문에 따라 명의수탁자 명의의 소유권이전등기는 무효이고 매도인과 명의수탁자가 체결한 매매계약도 원시적으로 무효이므로, 부동산의 소유권은 매매계약을 체결한 소유자에게 그대로 남아 있게 되며, 명의신탁자는 소유자와 매매계약 관계가 없기 때문에 명의신탁자가 소유자를 상대로 부동산에 관하여 소유권이전등기 청구를 하는 것도 허용되지 아니한다. 이와 같이 매도인이 악의인 계약명의신탁에서 부동산실명법 제4조에 따라 명의신탁약정과 물권변동이 모두 무효인 까닭으로 명의신탁자가 부동산의 소유자를 상대로 이전등기청구권을 가지지 못하는 경우까지 부동산에 관한 물권을 자신의 명의로 등기하지 아니하였다는 이유로 명의신탁자에게 이행강제금을 부과하는 것은 부동산실명법 제6조가 정한 이행강제금의 제도적 취지에 부합한다고 보기 어렵다는 이유로 매도인이 악의인 계약명의신탁에서 명의신탁자는 부동산실명법 제6조가 정한 이행강제금 부과대상에 해당하지 아니한다(대법원 2016. 6. 28. 선고 2014두6456 판결)고 해석하고 있다.

강제집행의 면탈 또는 법령상 제한의 회피 등 위법을 목적으로 하지 아니하는 경우에는 그 등기를 유효한 것으로 하고, 과징금부과 및 처벌을 하지 아니한다는 예외를 두고 있다(제8조).¹⁹⁾²⁰⁾

Ⅲ. 판례의 태도와 학계의 동향

1. 판례의 태도

부동산명의신탁행위는 1995년 부동산실명법이 제정되기 전에도 “명의신탁은 대내적인 관계에서는 신탁자가 소유권을 보유하여 이를 관리·수익하면서 소유명의만을 수탁자로 해두는 것으로 유효하고 내부관계에서 신탁자는 수탁자에게 언제나 신탁재산에 대한 실질적인 소유권을

- 19) 이 조항과 관련하여 판례는 “부동산실명법 제8조의 내용과 문장 구조에 비추어 보면, 부동산에 관하여 부부간의 명의신탁 약정에 따른 등기가 있는 경우 그것이 조세 포탈 등을 목적으로 한 것이라는 점은 예외에 속한다. 따라서 이러한 목적이 있다는 이유로 등기가 무효라는 점은 이를 주장하는 자가 증명하여야 하고, 위 규정에서 ‘조세 포탈 등의 목적’은 명의신탁약정과 그에 따른 등기의 효력을 가리는 기준이 될 뿐만 아니라 과징금·이행강제금의 부과 요건, 형벌조항의 범죄구성요건에 해당한다. 이러한 목적이 있는지는 부부간의 재산관리 관행을 존중하려는 특례규정의 목적과 취지, 부부의 재산관계와 거래의 안전에 미치는 영향, 조세 포탈 등의 행위를 처벌하는 다른 형벌조항과의 체계적 연관성 등을 고려하여 판단하여야 한다. 한편 부동산실명법 제8조의 ‘강제집행의 면탈’을 목적으로 한 명의신탁에 해당하려면 민사집행법에 따른 강제집행 또는 가압류·가처분의 집행을 받을 우려가 있는 객관적인 상태, 즉 채권자가 본안 또는 보전소송을 제기하거나 제기할 태세를 보이고 있는 상태에서 한쪽 배우자가 상대방 배우자에게 부동산을 명의신탁함으로써 채권자가 집행할 재산을 발견하기 곤란하게 할 목적이 있다고 인정되어야 한다. 부부간의 명의신탁 당시에 막연한 장래에 채권자가 집행할 가능성을 염두에 두었다는 것만으로 강제집행 면탈의 목적을 설βολ리 인정해서는 안 된다(대법원 2017. 12. 5. 선고 2015다240645 판결).”고 한다.
- 20) 이 규정에 대하여 금지되어 무효인 명의신탁과 허용되어 유효성이 인정되는 명의신탁 간에 근본적인 차이가 있는지 의문이며, 동일한 명의신탁을 법률에 의하여 무효인 것과 유효인 것으로 구분할 수 있는지 의문이며, 이와 같은 구분은 너무 법실증주의적 인 사고의 결과가 아닌가 하는 비판이 있다(김상용, 앞의 논문, 81쪽 참조).

행사할 수 있다는 것이고,²¹⁾ 그러나 제3자와의 대외관계에서는 수탁자가 완전한 소유권을 취득하므로 이러한 수탁자로부터 신탁재산을 취득한 제3자는 선의나 악의를 불문하고 그 소유권을 취득한다.”²²⁾고 하여 유효한 법률행위로서 취급되었다.

이러한 판례의 태도는 부동산실명법 제정 이후에도 부동산실명법의 취지와 상반하여 명의신탁자의 부당이득반환청구권을 인정함으로써 실질적으로 종래의 태도를 그대로 유지하고 있다고 볼 수 있다. 즉, “부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률이 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,”²³⁾ 나아가 부동산실명법은 “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, 이 법이 비록 부동산등기제도를 악용한 투기·탈세·탈법행위 등 반사회적 행위를 방지하는 것 등을 목적으로 제정되었다고 하더라도, 무효인 명의신탁약정에 기하여 타인 명의의 등기가 마쳐졌다는 이유만으로 그 것이 당연히 불법원인급여에 해당한다고 볼 수 없다”²⁴⁾는 것이다. 물론

21) 대법원 1965. 5. 18. 선고 65다312 판결; 대법원 1982. 11. 23. 선고 81다372 판결 등.

22) 대법원 1980. 4. 8. 선고 80다1 판결; 대법원 1991. 3. 12. 선고 90다18524 판결; 대법원 1992. 6. 9. 선고 91다29842 판결; 대법원 1994. 4. 15. 선고 93다61307 판결 등.

23) 대법원 2014. 7. 10. 선고 2013다74769 판결.

24) 대법원 2003. 11. 27. 선고 2003다41722 판결 등, 특히 대법원 2014. 7. 10. 선고 2013다74769 판결에서 명의신탁자인 참가인이 매수인으로서 부담하여야 할 매매대금의 지급채무를 면하기 위하여 명의수탁자인 피고 1 등을 기망하는 방법을 사용하였다고 하더라도 이 사건 명의신탁약정에 기하여 피고 1 앞으로 마쳐진 이 사건 지분에 관한

부동산실명법 제정 전에도 “불법원인급여를 규정한 민법 제746조 소정의 불법의 원인이라 함은 재산을 급여한 원인이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하는 경우를 가리키는 것으로서, 강제집행을 면할 목적으로 부동산의 소유자명의를 신탁하는 것이 위와 같은 불법원인급여에 해당한다고 볼 수는 없다.”²⁵⁾고 한 바 있다. 다만 부동산실명법 제8조의 특례가 적용되는 중증 등의 명의신탁과 관련한 판례에서 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 하면서,²⁶⁾ 이 경우 제3자와 명의신탁자 사이에서만 상대적으로 효력이 없는 것이라고는 할 수 없고 제3자와 명의수탁자 사이에서도 무효인 것으로 보아야 하는 것이므로 제3자가 명의수탁자에 대하여 위 매매계

이전등기가 불법원인급여에 해당하지 않는다고 판단하였다(이 사건에서는 (1) 피고 1과 피고 2 사이에 체결된 이 사건 근저당권설정계약은 통정허위표시에 해당하거나, 피고 2가 명의수탁자인 피고 1의 참가인에 대한 배신행위에 적극 가담한 행위에 해당한다고 보아, (2) 피고 2는 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률 제4조 제3항에서 정한 제3자라고 볼 수 없고, 따라서 이 사건 지분에 관한 이 사건 근저당권설정등기는 무효인 피고 1 명의의 이전등기에 기초한 것이어서 무효라고 판단하였다). 이러한 판례의 입장에 대해서 이은영 교수는 “명의신탁자와 수탁자에 대한 등기명의의 탈환을 가능하게 하는 것으로 부동산실명법의 무효규정을 사실상 무력화시키는 결과를 초래하여 유감”이라고 비판하고 있다(이은영, “민법 제103조와 제104조에서 사적자치에 대한 규제”, 법학연구 통권 제52집, 전북대학교 법학연구소, 2017, 179-180쪽).

25) 대법원 1994. 4. 15. 선고 93다61307 판결; 같은 취지, 대법원 1980. 4. 8. 선고 80다1 판결; 대법원 1991. 3. 12. 선고 90다18524 판결 등.

26) 대법원 2008. 3. 27. 선고 2007다82875 판결; 이 판결에서 “이때 제3자가 명의수탁자의 배임행위에 적극 가담하는 행위란 수탁자가 단순히 등기명의만 수탁받았을 뿐 그 부동산을 처분할 권한이 없는 줄을 잘 알면서 명의수탁자에게 실질소유자 몰래 신탁재산을 불법처분하도록 적극적으로 요청하거나 유도하는 등의 행위를 의미하는 것”이라고 한다.

약이 유효함을 전제로 하여 그 불이행을 이유로 하는 손해배상을 청구할 수는 없다고 한다.²⁷⁾

한편 헌법재판소는²⁸⁾ “부동산실명법이 제정됨에 따라 명의신탁약정의 효력과 그에 기한 물권변동의 효력은 계약 주체의 의사에 상관없이 법률에 의하여 정하여지게 되었으나, 사인 간에 어떠한 법률행위가 행하여지고 그 효과를 그대로 인정할 경우 헌법상의 기본원리나 공익에 근본적으로 배치되거나 실질적인 불평등을 초래할 때에 그 효력을 부인하는 예는 민법에서 반사회적 법률행위나 불공정한 법률행위를 무효로 보는 규정 등 여러 분야에서 찾을 수 있으므로, 계약 주체의 의사와 상관없이 법률이 어떠한 계약의 효력을 무효로 본다고 하여 그것이 곧 기본권의 본질적 내용을 침해한다고는 볼 수 없다.”고 하면서도 “부동산실명법은 명의신탁약정에 따라 행하여진 등기에 의한 물권변동도 무효로 하고 있으므로 재산권의 본질적 침해와는 더욱 거리가 있게 되는 바, 만일 명의신탁약정만을 무효로 하고 그에 기한 물권변동을 유효로 본다면, 명의신탁된 부동산에 관한 권리가 언제나 명의수탁자에게 확정적으로 귀속되는 결과가 되어 명의신탁자는 그 부동산에 관한 권리를 상실하게 되고, 이러한 경우 명의신탁자는 자신의 재산을 직접적으로 박탈당하는 결과를 감수하여야 하므로 재산권의 본질적 부분을 침해하게 될 소지가 크다고 하겠으나, 부동산실명법은 명의신탁약정에 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 것”이며, “계약명의신탁의 경우에는 명의신탁자가 계약의 당사자

27) 대법원 1992. 6. 9. 선고 91다29842 판결.

28) 헌법재판소 2001. 5. 31. 선고 99헌가18, 99헌바71·111, 2000헌바51·64·65·85, 2001헌바2(병합) 전원재판부 결정

가 아니고 명의신탁도 무효가 되어 있으므로 명의신탁자는 매도인이나 수탁자에게 소유권 이전을 구할 아무런 권원을 가지지 못하게 되나, 이 경우에도 부당이득의 법리에 따라 매매대금에 상당하는 금원을 반환받을 가능성은 열려있다고 보여지므로 이 역시 재산권의 본질적 침해가 있다고 보기는 어려운 것²⁹⁾이라고 하여, 결국 판례의 태도와 동

29) 반면, 본 결정의 소수의견에 의하면, “위 입법이 방지하고자 하는 ‘소유사실의 은닉’은 그 자체가 반사회적 행위라고 할 수 없고, ‘투기’는 명의신탁이 이를 용이하게 하는 점은 부인할 수 없지만 부동산가격의 비정상적인 급등과 같은 경제적 투기요인이 상존하는 한 어떠한 형태로든 존재하게 되는 것이지 명의신탁을 무효로 한다고 하여 근원적으로 예방될 수 있는 것은 아니며, ‘탈세’ 또한 그 유혹은 상존하여 철저한 적발 및 엄정한 추징이 이루어지지 않으면 신종탈세수법이 계속 등장하여 오히려 거액의 탈세가 이루어지기 마련이지 명의신탁의 무효화만으로 이를 효과적으로 억제할 수 없다. 더욱이, 모든 명의신탁약정이 소유사실의 은닉, 투기, 탈세, 기타 반사회적 행위를 목적으로 행하여지는 것도 아닐 뿐더러, 설사 그러한 부정한 목적을 위한 수단으로 행하여지는 명의신탁약정을 제재하기 위하여서라도 반드시 명의신탁약정 자체의 효력을 부인하는 방법만 있는 것은 아니라고 할 것이다. 예를 들면 명의신탁약정 및 그에 따른 등기는 종전과 같이 유효한 것으로 하되 일정기간 내에 수탁자 명의를 신탁자명으로 바꾸도록 하는 의무를 지우거나, 혹은 실명전환한 사람에게는 세제상의 혜택을 주는 등 일정한 유인을 마련하여 실명전환을 유도하는 방법도 있고, 외국의 경우에서처럼 등기부상 명의자와 실권리자를 일치시키기 위한 방법으로 등기원인의 공증제를 도입하거나 부동산등기실질심사제를 도입하고 등기에 공신력을 부여함으로써 실명이 아닌 등기가 이루어지기 어렵도록 하는 보다 덜 기본권침해적인 방법을 취할 수도 있다. 여기서 다수의견은 우리나라가 아직 공증제나 부동산등기실질심사제를 도입하기에는 준비가 미비하여, 우선 당장 명의신탁의 사법적 효력을 부인하는 것이 불가피하다고 한다. 그러나 부동산등기가 실권리자의 명의로 등기되어 올바른 공시기능을 하도록 관리하는 것은 원칙적으로 부동산등기를 관장하는 국가의 책무라 할 것이지 국민의 책무가 그보다 앞선다고 할 수는 없다. 따라서 국가가 등기원인을 효율적으로 심사하는 등 실권리자등기가 이루어지도록 하는 여러 가지 방법을 먼저 강구하여야 할 것이지, 국가가 스스로의 책무는 게을리하면서 지난 80여년 간 판례에 의하여 확고하게 형성되고 이미 국민 법의식의 일부가 되어 버린 명의신탁계약의 사법적 효력을 일거에 부인하고 나아가 과징금, 이행강제금에 형벌까지 가하는 방법으로 국민에게 책임을 전가함은 아무리 입법목적이 정당하다고 하여도 결코 온당한 방법이라고 할 수 없다. 또 이렇게 무리한 방법을 취한 나머지, 명의신탁약정이 불법원인급여가 아닌 한 명의신탁자가 그 부동산을 회복할 수 있어야 하는데 이를 방해받게 되는 등 우리 법의 일반원칙상 납득할 수 없는 결과를 낳게 된다. 결국 명의신탁의 무효화는

일하게 명의신탁자는 민법 제741조 이하의 부당이득반환청구를 할 수 있고, 이러한 부당이득반환청구는 민법 제746조의 불법원인급여의 적용이 배제된다는 논리이다.³⁰⁾

위와 같은 입법목적을 달성하기 위하여 적절한 방법이라고 보기 어렵고, 기본권침해를 최소화하는 규정이라고도 할 수 없다. 부동산실명법 제정 당시에는 부동산가격이 속동하여 전국적으로 부동산투기가 극심하고, 동시에 그와 관련한 각종 불법·탈법행위가 만연하여 위와 같이 무리한 입법이라도 이를 시급히 도입하지 않을 수 없었던 나름대로의 이유가 있었을 것이다. 그러나 그 이후 지난 수년간의 실정을 살펴보면, 금융실명제가 정착되고 경제거래에 있어 전자적 장비에 대한 의존도가 높아졌으며 이를 검색하는 효율적인 수단도 함께 발달하여, 과세관청이 거래의 금전거래가 뒤따르게 되는 부동산거래 관련정보를 포착할 가능성이 한결 높아졌으며, 반면 국가적 경제위기를 겪는 등 여러 가지 달라진 여건으로 말미암아 부동산가격은 거품이 대폭 제거되어 과거와 같은 극심한 부동산투기의 우려는 현저히 줄어들게 되었다. 한편, 경제활동의 다양화에 따라 주식, 채권 및 그 파생상품 등 부동산의 가치를 능가하는 고가의 가치수단도 속속 개발되고 있어 부동산이 경제계에서 차지하는 비중은 상당히 감소되었다. 따라서 헌법이 우리나라의 기본적 경제질서로 채택한 자유시장경제질서와, 사적자치의 원칙과 같은 헌법상의 기본적 가치들에 대한 희생을 무릅쓰면서까지 명의신탁약정을 무효로 함으로써 부동산과 관련한 투기나 탈세를 방지하여야 할 절박할 필요성은 입법당시에 비하여 대폭 줄어들었다고 할 수 있다. 이렇게 볼 때 명의신탁무효규정으로 인하여 피하고자 하는 공공의 필요성은 감소하였음에도 불구하고 명의신탁을 무효로 하는 극단적 방법을 여전히 사용함은, 공공의 필요에 비하여 지나치게 사인의 재산권행사과 사적자치권을 제한하는 것으로서, 법익의 균형을 유지하고 있다고 볼 수 없다.”고 한다(헌법재판소 2001. 5. 31. 선고 99헌가18, 99헌바71·111, 2000헌바51·64·65·85, 2001헌바2(병합) 전원재판부 결정 소수의견).

- 30) 더불어 헌법재판소 2001. 5. 31. 선고 99헌가18, 99헌바71·111, 2000헌바51·64·65·85, 2001헌바2(병합) 전원재판부 결정에 따르면, “부동산실명법 제4조 제3항에서는 명의신탁의 무효는 제3자에게 대항할 수 없다고 규정하여, 명의신탁된 부동산이 제3자에게 이전되는 경우에는 명의신탁자가 부동산에 관한 권리를 회복할 방법이 없게 되지만, 이는 명의신탁에 기한 물건변동의 효력이 명의신탁약정의 당사자가 아닌 다른 사람의 권리와 충돌할 경우 그 제3자의 권리를 보호하고 거래의 안전을 지키기 위하여 예외를 인정한 것으로서 명의신탁의 유, 무효와 관계없이 유지될 수 있는 정당한 법리이므로, 이 점을 이유로 위 제4조 제1항, 제2항의 규정이 사적자치의 본질에 반한다거나 재산권의 본질을 침해한다고 볼 것도 아니라 할 것이다. 결국, 위와 같은 각 사정 및 부동산실명법의 입법목적 등에 비추어 보면, 명의신탁의 효력과 관련된 위 규정들은 헌법 제37조 제2항의 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 조항이라고 할 것”이라고 한다.

2. 학계의 동향

부동산명의신탁의 유효성에 대한 논의는 1970년대 중반 이후부터 본격화 되었는데, 부동산실명법 제정 이전에는 명의신탁은 허위표시로서 무효라는 견해,³¹⁾ 선의의 제3자만을 보호하는 관점에서 제한적으로 유효하다는 견해,³²⁾ 판례의 태도를 그대로 수용하여 유효하다는 견해³³⁾가 대립하고 있었다.

그런데 부동산실명법 제정 이후에는 부동산실명법의 성격을 어떻게 규정하여야 하는가가 논의의 쟁점사항 중 하나가 되었다. 이에 대한 주요 견해는 크게 세가지로 분류할 수 있다. ① 부동산실명법의 입법목적, 위반자에 대한 과징금, 형벌 등의 규정 등을 두고 있다는 점을 고려하면 부동산명의신탁약정이 기본적으로 민법 제103조의 반사회질서행위로 평가될 수 있으나, 민법 제103조의 반사회질서행위는 구체적인 계약의 목적내용으로 평가하는 것이고, 부동산실명법은 특별법으로서 반사회적 목적여부를 불문하고 부동산명의신탁약정의 무효를 규정하고 있다는 점에서 현행법상 부동산명의신탁약정에 대한 민법 제103조의 적용

31) 이 견해에 의하면, 명의신탁을 하기 위하여 당사자는 일정한 법률행위를 하게 되나, 그 법률행위는 당사자의 어떤 목적을 위한 외관을 가장적으로 만들기 위하여 이용되고 있을 뿐이고 진정으로 당사자가 소유권의 이전을 의욕하고 있지 않기 때문에 허위표시라고 한다(곽윤직, “명의신탁에 관한 판례이론의 연구”, 후암민법논집, 박영사, 1991, 245쪽 이하; 김용한, 물권법론, 박영사, 1989, 345쪽; 권오곤, “명의신탁에 관한 판례의 동향”, 민사판례연구X, 박영사, 1988, 404-405쪽).

32) 이 견해에 의하면, 아무런 처분권이 없는 명의수탁자는 표현소유자에 해당하면, 그 외관을 믿고 거래한 선의나 무중과실의 제3자는 그 외관자출에 진정한 소유자의 귀책사유가 있는 한 완전한 권리를 취득한다는 것이다(고상용, “명의신탁이론의 재검토 소고”, 민법학논총(곽윤직 교수 회갑논문집), 박영사, 1985, 199쪽).

33) 이 견해에 의하면, 명의신탁에 의하여 내부적인 소유권은 신탁자가 보유하지만 외부적인 소유권은 수탁자에게 있으며, 이러한 명의신탁계약은 내심의 효과의사와 표시상의 효과의사 일치하므로 사적자치원칙에 의하여 허위표시가 아니라 유효한 계약이라고 하여(이영준, “명의신탁의 유효성에 관하여”, 사법논집 제19집, 법원행정처, 1988, 7쪽 이하) 판례의 법리를 그대로 인용하고 있다.

가능성은 없다는 견해,³⁴⁾ ② 부동산실명법에 의한 명의신탁약정은 바로 반사회질서행위로 볼 수 없고, 동법의 입법취지가 부동산의 등기와 실제 관계를 일치시키는 데 있는 것이며, 강행법규 위반행위로 이해하는 견해,³⁵⁾³⁶⁾ ③ 부동산실명법의 입법취지가 등기제도를 악용한 투기·탈세·탈법행위 등 반사회적 행위를 방지하기 위한 것이고, 따라서 부동산실명법상 명의신탁의 금지는 반사회질서를 규제하는 민법 제103조 반영의 특별법률로 이해하여야 하며, 그 무효의 근거를 민법 제103조 위반으로 무효라고 하여야 한다는 견해³⁷⁾ 등이 있다.

34) 정해상, “부동산명의신탁의 법리에 관한 재고”, 중앙법학 제5권 제1호, 중앙법학회, 2003, 298-299쪽.

35) 권오창, “부동산명의신탁의 법률관계에 관한 시론”, 인권과 정의 제277호(11월호), 대한변호사협회, 1996, 69쪽 이하; 박동진, “부동산실명법 제4조에 의한 부동산명의신탁의 효력”, 저스티스 제32권 제3호, 한국법학원, 1999, 72쪽; 양창수, “부동산실명법 제4조에 의한 명의신탁의 효력”, 법학 제38권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 1997, 85쪽 등.

36) 이러한 견해에 대하여 박종두 교수는 “부동산실명법 제1조가 “부동산에 관한 소유권 그 밖의 기타 물권을 실제적 권리관계에 부합하도록 실권리자 명의로 등기하게 함으로써 부동산등기제도를 악용한 투기·탈세·탈법행위 등 반사회적 행위를 방지하고 부동산거래의 정상화와 부동산가격의 안정을 도모하여 국민경제의 건전한 발전에 이바지함을 목적으로 한다.”라고 하고 있으므로 동 규정의 해석상 등기와 실제적 권리관계와 부합을 궁극적 목적으로 한다고 보기 어렵다. 왜냐하면 동법 규정의 문언은 등기와 실제적 권리관계의 일치를 내세우고 있지만, 동법 제정의 그 본질적 목적은 부동산등기제도를 악용한 투기·탈세·탈법행위 등 반사회적 행위의 방지를 위한 데 있다고 보아야 할 것이기 때문이며, 또한 논리적으로도 부동산실명법이 등기와 실제적 권리관계의 일치를 위한 제도라고 함은 부당하다”고 한다(박종두, “부동산명의신탁금지과 소유권의 귀속”, 민사법학 제20호, 한국민사법학회, 2001, 585-586쪽).

37) 박종두, 위의 논문, 588쪽; 이은영, 물권법, 박영사, 1998, 268쪽 등. 특히 김상용, 앞의 논문, 80쪽에서는 “부동산실명법 제1조에 명의신탁을 반사회적 행위로 규정하고 있고, 제4조 제1항에서는 명의신탁의 약정을 무효로 규정하고 있는데, 이러한 양 조문에 비추어 보면, 부동산실명법의 입법자들은 명의신탁의 약정이 모두 반사회적 행위이기 때문에 명의신탁의 약정이 무효인 것으로 이해된다”고 한다. 다만, “명의신탁의 약정이 언제나 반사회적인 행위인지 의문”이라고 하면서, “견해에 따라서는 명의신탁의 방법에 의하여 부동산투기가 합법적으로 행하여 졌고, 부동산투기에 의하여 사회가 가진 자와 갖지 못한 자로 분열되는 현상이 초래되었으므로 명의신탁을 반사회적

상기 견해 중 ①, ②의 견해에 의할 경우, 판례의 태도와 마찬가지로 민법 제746조가 적용되지 않으며, 따라서 명의신탁자는 명의수탁자에게 부당이득반환청구권을 행사할 수 있다. 그러나 ③의 견해에 의할 경우, 부동산실명법에 위반하여 무효화된 명의신탁은 민법 제103조에 위반한 반사회질서행위에 해당되므로 당연히 민법 제746조가 적용되어 명의신탁자는 수탁자에 대해서 부당이득반환청구권은 배제된다.³⁸⁾

3. 소결

이상에서 살펴본 바, 부동산명의신탁의 반사회성에 관한 논의의 쟁점은 부동산실명법의 입법목적에 따라 부동산실명법상 명의신탁약정의 무효는 반사회적 행위이기 때문이므로 직접 민법 제103조의 반사회적 법률행위에 해당하고, 따라서 민법 제746조 불법원인급여가 적용되어 결국 명의신탁자는 명의수탁자에 대하여 부당이득반환청구권을 행사할 수 없으며, 그 반사회적 이익으로 명의수탁자가 부동산물권을 갖는 것으로 이해할 것인가? 아니면, 부동산실명법을 단순히 단속법규로 보고, 따라서 부동산실명법상 명의신탁은 민법 제103조나 제746조는 적용되지 않아 종래 판례 이론처럼 명의신탁자는 명의수탁자에 대하여 부당이득반환청구권을 행사할 수 있는 것으로 이해할 것인가로 모아진다.

생각건대, 부동산실명법상 명의신탁행위는 다음과 같은 점에서 민법 제103조의 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하는 행위에 해당한다고 보아야 할 것이다. 첫째, 앞서 살펴본 명의신탁의 유래와 연혁, 부동산실명법의 제정과정과 부동산실명법상 명의신탁을 부동산등기제도를 악용한 투기·탈세·탈법은 반사회적 행위로 명확하게 규정하고 있는 점,³⁹⁾

행위로 볼 수 있을지 모르나, 상호명의신탁, 중중소유 부동산의 명의신탁 및 부부간의 명의신탁을 제외한 모든 명의신탁의 약정을 반사회적 행위로 평가하는 것은 너무 의제적이라 아니할 수 없다.”는 비판이 있다.

38) 박종두, 앞의 논문, 588쪽 참조.

둘째, 동법 제4조 제3항에 명의신탁약정의 당사자는 무효로서 제3자에게 대항하지 못한다고 하여 악의의 제3자를 포함한 점(입법의 잘잘못을 떠나 반사회적 행위임을 강조한 것으로 볼 수 있지 않을까 생각된다),⁴⁰⁾ 셋째, “법률행위의 목적인 권리의무의 내용이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반되는 경우뿐만 아니라, 그 내용 자체는 반사회질서적인 것이 아니라고 하여도 법률적으로 이를 강제하거나 법률행위에 반사회질서적인 조건 또는 금전적인 대가가 결부됨으로써 반사회질서적 성질을 띠게 되는 경우 및 표시되거나 상대방에게 알려진 법률행위의 동기가 반사회질서적인 경우를 포함”하고,⁴¹⁾ “그 법률행위가 유효로 인정될 경우의 부작용, 거래자유 보장 및 규제의 필요성, 사회적 비난의 정도, 당사자 사이의 이익균형 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 사회통념에 따라 합리적으로 판단하여야 한다.”⁴²⁾는 민법 제103조의 반사회적 법률행위가 될 수 있는 요건에 대하여 우리 판례가 제시하고 있는 고려 사항들의 대부분이 그 문언상 일반 국민의 입장에서라도 부동산실명법상 명의신탁은 반사회적이라고 할 수 밖에 없는 점 등이다. 따라서 부동산 명의신탁행위가 “선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하는 경우에 해당한

39) 김상용, 앞의 논문, 80쪽에 따르면, “부동산실명법에서는 명의신탁의 약정을 민법 제103조에 반하는 반사회질서적 행위도 아니고, 그것보다 사회적 비난의 강도가 큰 반사회적 행위로 규정하고 있다.”고 한다.

40) 김상용, 위의 논문, 86쪽에 따르면, “사견으로는 법이란 선의자를 보호하여야 하는 것이지, 법률로써 악의자를 보호하는 것은 법의 근본이념에 반하는 것이라 생각된다. 악의자가 보호를 받는 경우에도 그것은 법률적용의 구체적인 경우에 법이론에 의하여 개별적으로 인정될 수는 있다고 하더라도, 실정법으로써 명문의 규정에 의하여 확실히 악의자를 보호하는 규정을 두는 것은 법의 근본이념에 반하는 입법이라 아니할 수 없다. 생각건대, 부동산실명법에서 선의, 악의를 불문하고 제3자가 보호받을 수 있도록 규정되어 있으나, 동 조항의 구체적인 해석, 적용에 있어서는 선의의 제3자에 한정하여 보호하도록 하여야 할 것”이라는 비판이 있다.

41) 대법원 2000. 2. 11. 선고 99다56833 판결; 대법원 2010. 5. 27. 선고 2009다12580 판결 등

42) 대법원 2015. 7. 23. 선고 2015다200111 전원합의체 판결.

다고 단정할 수 없다.”고 한 판례의 태도는 부동산실명법을 부동산등기 제도의 악용으로 인한 폐해를 단절하기 위한 법으로 인식하고 있는 국민 일반의 법감정적 측면과 부동산명의신탁을 근절하려는 정부의 법정정책 의지의 측면에서 바람직하지 않다고 사료된다.⁴³⁾ 더불어 반사회질서 행위가 아닌지에 대한 이유 자체를 실시하지 않아 혼란을 가중시키고 있다는 점도 매우 유감스럽다.

그렇다면 탈세 및 투기 등을 위한 부동산명의신탁이 반사회질서 행위로 평가되면, 바로 민법 제746조가 적용되는가? 이에 대해서는 판례의 태도에 변화가 있었다. 즉 종래 판례는 제103조의 반사회질서 행위이면 제746조 불법원인급여가 적용된다고 하여 두 조항을 표리일체의 관계로 동치 시켰기 때문에 곧바로 적용되는 결과가 도출되었다.⁴⁴⁾ 그런데 최근의 판례에 따르면 “민법 제746조에서 말하는 ‘불법’이 있다고 하려면, 급여의 원인 된 행위가 내용이나 성격 또는 목적이나 연유 등으로 볼 때 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반될 뿐 아니라 반사회성·반윤리성·반도덕성이 현저하거나, 급여가 강행법규를 위반하여 이루어졌지만 이

43) 명의신탁은 부동산등기제도를 직접 악용하여 세금을 면탈하고, 불로소득의 폐해를 조장하며 부의 축적수단으로 활용되고, 재산을 은닉하여 채권자를 해하는 수단이 되어 왔으며, 유한한 국토의 효율적 분배에 혼란에 이르게 하는 전형적인 반사회성을 띠고 있으며, 더 나아가 망국적 병이라고 까지 하고 있다(정상현, “명의신탁약정의 효력과 신탁재산의 반환여부에 대한 법리 재검토”, 성균관법학 제19권 제1호, 성균관대학교 비교법연구소, 2007.6, 147쪽; 윤철홍, “부동산명의신탁과 부동산실명제법”, 민사특별법연구, 법원사, 2003, 137쪽; 강신웅, “부동산이중양도에 관한 판례의 법리적 검토”, 인권과 정의 제367권, 대한변호사협회, 2007, 31쪽 참조).

44) “부당이득의 반환청구가 금지되는 사유로 민법 제746조가 규정하는 불법원인이라 함은 그 원인되는 행위가 선량한 풍속 기타 사회질서에 위배되는 경우를 말하는 것이고, 민법 제103조에 의하여 무효로 되는 반사회질서 행위는 법률행위의 목적인 권리의 무의 내용이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위배되는 경우뿐만 아니라, 그 내용 자체는 반사회질서적인 것이 아니라고 하여도 법률적으로 이를 강제하거나 법률행위에 반사회질서적인 조건 또는 금전적인 대가가 결부됨으로써 반사회질서적 성질을 띠게 되는 경우 및 표시되거나 상대방에게 알려진 법률행위의 동기가 반사회질서적인 경우를 포함한다(대법원 2010. 5. 27. 선고 2009다12580 판결 등).”

를 반환하게 하는 것이 오히려 규범목적에 부합하지 아니하는 경우 등에 해당하여야 한다.’⁴⁵⁾고 하고 있는데, 이러한 최근 판례를 적용하면, 비록 부동산실명법이 강행법규라고 하더라도 또한 이 법상 명의신탁행위가 반사회성이 현저하다 하더라도 민법 제746조에 따라 명의수탁자가 명의 신탁자에게 해당 부동산 또는 부당이득을 반환하는 것이 오히려 규범목적에 부합한 경우인가? 이 또한 앞서 반사회질서행위인가의 여부의 판단과 마찬가지로 결론에 이를 수 밖에 없다. 즉 투기·탈세·탈법의 수단으로서 명의신탁행위 당사자들의 불법성의 무게를 비교할 수 없을 뿐더러 무엇보다도 이러한 불법을 근절할 수 있는 가장 강력하고 효과적인 방법이 명의신탁자의 부당이득반환청구 자체를 할 수 없게 하는 것이기 때문이다.

IV. 결론

이상에서 부동산명의신탁의 반사회성에 대하여 고찰해 본 바, 일제강점기에 중중의 재산권을 유지하기 위한 궁여지책으로 활용했던 부동산 명의신탁은 해방 이후에도 이러한 관행을 법원이 유효화시키면서 각종 세금탈루와 투기의 수단, 재산을 은닉하여 채권자를 해하는 수단으로 적극 악용되어 사회적으로 큰 문제가 되어온 것이 사실이다. 이에 정부는 상속세법, 부동산등기특별법, 현재의 부동산실명법의 제정에 이르기까지 이러한 부당성을 바로잡기 위한 노력이 있어왔다. 이러한 노력의 결실이 부동산등기제도를 악용한 투기·탈세·탈법행위 등 반사회적 행위의 방지를 입법목적으로 하는 부동산실명법의 제정이다. 부동산실명법은 부동산명의신탁약정 자체의 사법적 효력을 무효로 하고 있고, 명의신탁약정의 당사자는 무효로서 제3자에게 대항하지 못한다고 하여

45) 대법원 2017. 3. 15. 선고 2013다79887, 79894 판결.

악의의 제3자도 포함하고 있다는 것은 반사회적 명의신탁행위를 근절하겠다는 강력한 법정정책 의지가 담겨있다고 생각된다. 그렇다면 적어도 부동산실명법상 명의신탁행위는 이 법의 규범목적에 따라 엄격하게 해석되어야 한다.

그러나 우리의 판례는 부동산실명법 제정 이후에도 시종일관 부동산실명법상 명의신탁행위에 대하여 “그 자체로 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하는 경우에 해당한다고 단정할 수 없다.”고 하여 반사회성인정을 정면으로 부정하고, 단지 과징금 규정과 형벌규정을 둔 단속법규로 평가하고 있으며, 이러한 연장선에서 “부동산실명법이 비록 부동산등기제도를 악용한 투기·탈세·탈법행위 등 반사회적 행위를 방지하는 것 등을 목적으로 제정되었다고 하더라도, 무효인 명의신탁약정에 기하여 타인 명의의 등기가 마쳐졌다는 이유만으로 그것이 당연히 불법원인급여에 해당한다고 볼 수 없다.”고 하여 명의신탁자의 명의수탁자에 대한 부당이득반환청구권을 인정하고 있다. 이러한 판례법리는 그간의 부동산실명법 제정과정과 입법목적에 상당한 괴리가 있는 법리로 생각되며, 결과적으로 부동산실명법을 무력화하여, 여전히 부동산투기와 탈세 등을 조장하고 있는 듯하여 매우 유감스럽다. 또한 부동산실명법을 부동산등기제도의 악용으로 인한 폐해를 단절하기 위한 법으로 인식하고 있는 국민 일반의 법감정적 측면에서도 바람직하지 않다. 결국 부동산명의신탁은 민법 제103조의 반사회적 법률행위로서 평가받아야 할 것이고, 따라서 응당 민법 제746조의 불법원인급여의 법리가 적용되어 당연히 명의신탁자는 명의수탁자에게 부당이득반환청구를 할 수 없어야 한다.

참고문헌

1. 단행본

- 고상용, “명의신탁이론의 재검토 소고”, 민법학논총(곽윤직교수 회갑논문집), 박영사, 1985.
- 곽윤직, “명의신탁에 관한 판례이론의 연구”, 후암민법논집, 박영사, 1991.
- 권오곤, “명의신탁에 관한 판례의 동향”, 민사판례연구 10, 박영사, 1988.
- 김용한, 물권법론, 박영사, 1989.
- 윤철홍, “부동산명의신탁과 부동산실명제법”, 민사특별법연구, 법원사, 2003.
- 이은영, 물권법, 박영사, 1998.

2. 학술지

- 강신웅, “부동산이증양도에 관한 판례의 법리적 검토”, 인권과 정의 제 367호, 대한변호사협회, 2007, 27-42쪽.
- 권오창, “부동산명의신탁의 법률관계에 관한 시론”, 인권과 정의 제277호, 대한변호사협회, 1996, 59-80쪽.
- 권용우, “금지된 명의신탁과 부동산소유권의 귀속”, 법학논총 제30권 제2호, 단국대학교 법학연구소, 2006, 141-179쪽.
- 박동진, “부동산실명법 제4조에 의한 부동산명의신탁의 효력”, 저스티스 제32권 제3호, 한국법학원, 1999, 61-87쪽.
- 박종두, “부동산명의신탁금지와 소유권의 귀속”, 민사법학 제20호, 한국민사법학회, 2001, 570-598쪽.
- 양창수, “부동산실명법 제4조에 의한 명의신탁의 효력”, 법학 제38권

- 제1호, 서울대학교 법학연구소, 1997, 52-93쪽.
- 이은영, “민법 제103조와 제104조에서 사적자치에 대한 규제”, 법학연구 통권 제52집, 전북대학교 법학연구소, 2017, 161-194쪽.
- 윤철홍, “부동산실명제의 법률적 검토”, 규제연구 통권 제11호, 한국규제학회, 1995, 4-44쪽.
- 이영준, “명의신탁의 유효성에 관하여”, 사법논집 제19집, 법원행정처, 1988, 5-36쪽.
- 정상현, “명의신탁약정의 효력과 신탁재산의 반환여부에 대한 법리 재검토”, 성균관법학, 제19권 제1호, 성균관대학교 비교법연구소, 2007, 145-182쪽.
- 정해상, “부동산명의신탁의 법리에 관한 재고”, 중앙법학 제5권 제1호, 중앙법학회, 2003, 293-310쪽.
- 정혜욱, “명의신탁의 반사회성 판단기준”, 중앙법학 제18집 제3호, 중앙법학회, 2016, 177-208쪽.
- 홍봉주, “중간생략등기형 명의신탁과 수탁자의 형사책임- 대법원 2016. 5. 19. 선고 2014도6992 전원합의체판결”, 법학연구 제28집, 충남대학교 법학연구소, 2017, 227-255쪽.

[Abstract]

A Study on the Antisociality of Real Property Title Trust*

Kim, Sang-Hyun**

In real property title trust, the term "title trust agreement" means a stipulation made between a person who holds, has actually acquired or is to acquire the ownership of or other real rights to any real estate and another person, to the effect that the person having the actual right holds or is to hold the real right to the real estate internally and another person registers the ownership under his/her name. According to the Act on the Registration of Real Estate under Actual Titleholder's name(hereinafter referred to as The Real Estate Real Name Act), established in 1995, no person shall register any real right to real estate under the name of the title trustee pursuant to the title trust agreement(Article 3(1) of the Act). Also, Article 4 paragraphs (1) and (2) of the Act states that any title trust agreement shall be null and void and any change in the real rights to any real estate is nullified but such invalidity under paragraphs (1) and (2) shall not be effective in respect of any third person(Article 4(3) of the Act). In addition, A penalty within the limit of an amount equivalent to 30/100 of the value of the relevant real estate shall be imposed on any title truster who violates Article 3

* This work was supported by the Shihan University Research Fund, 2018.

** Professor Dr. jur., Dept. of Public Adminstration, Shin-Han University

(1)(Article 5 of the Act), and the title truster shall be punished by imprisonment for not more than five years, or by a fine not exceeding two hundred million won. Then a title trustee who violates Article 3 (1) shall be punished by imprisonment for not more than three years, or by a fine not exceeding one hundred million won(Article 7(2) of the Act). 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(Article 1 of the Act).

However, our cases can not be assumed that there is a violation of good morals or other social order in title trust agreement before or after The Real Estate Real Name Act has been enacted. Although the Act was enacted for the purpose of preventing antisocial acts, such as speculation, tax evasion, and illegal acts by abusing the real estate registration system, just because the registration of another person's name has been completed in connection with the null and void trust agreement does not necessarily constitute a performance for illegal cause, and therefore the title truster's claim for return of unjust enrichment to a trustee is recognized. These legal precedents are making the Real Estate Real Name Act ineffective and it seems that it is still encouraging real estate speculation and tax evasion, and it is very regrettable. For this reason, in my opinion, in the light of the purpose of the Real Estate Real Name Act, the provision of penalties for the title truster and the trustee, and the protection provision of any third person for malicious intention in the case of the two-person title trust, the real estate title trust

agreement should apply the juristic acts contrary to social order of Article 103 of Civil Act.

Consequently, the legal principle of the performance for illegal cause under Article 746 of the Civil Act should be applied so that the title truster can not claim the return of unjust enrichment to a trustee. In this way, it can be used to eradicate the abuse of the real estate title trust, and it is not against the ordinary legal sense of the people.

[Key Words] real property title trust, The Real Estate Real Name Act, the Antisociality, Article 103 of Civil Act, the performance for illegal cause