

# 부동산실명법의 해석 및 개정에 관한 소고\*

-명의신탁 근절의 관점에서-

## A Review on the Interpretation and Revision of the Act on Registration of Real Estate under Actual Titleholder's Name

-From the Point of View of Eradication  
of Title Trust or Total Prohibition-

권 오 상\*\*

Kwon, Ohsang

### 목 차

- |                               |                    |
|-------------------------------|--------------------|
| I. 시작하며                       | III. 부동산실명법의 개정 검토 |
| II. 유형별 명의신탁의 법률관계와<br>불법원인급여 | IV. 맺으며            |

<https://doi.org/10.35148/ilsire.2025..31.3>

투고일: 2025. 9. 1. / 심사완료일: 2025. 11. 13. / 게재확정일: 2025. 11. 13.

\* 이 논문은 2025. 8. 28. 건국대학교 법학연구소 국대학술대회 - 부동산 관련 법제에 관한 최신 쟁점 -에서 발표한 글을 수정, 보완한 글입니다. 당시 전체사회를 맡아주신 건국대학교 법학전문대학원 최광선 교수님과 토론을 맡아주신 이화여자대학교 법학전문대학원 김화 교수님께 감사드리고, 심사를 통해 고견을 주신 익명의 심사위원 들께도 감사드립니다.

\*\* 전남대학교 법학전문대학원 부교수, 변호사

Associate Professor, Chonam National University Law School, Lawyer

부동산 명의신탁은 일제강점기 재산 보호 수단으로 시작되었지만, 이후 투기·탈세·강제집행 회피 등 반사회적 목적으로 악용되었다. 부동산실명법의 시행 이후에도 명의신탁이 근절되지 않는 이유는, 대법원이 명의신탁을 불법으로 보면서도 수탁자가 부동산 소유권이나 거래대금 반환을 청구할 수 있는 여지를 남겨두었기 때문이다. 특히 대법원은 불법원인급여 조항(민법 제746조) 적용을 소극적으로 해석해 수탁자의 경제적 이익 회수를 허용해 왔다.

이러한 현실을 개선하기 위해선 두 가지 접근이 필요하다. 먼저 해석론적으로 불법원인급여 이론을 적극 적용해 수탁자의 부당이득 반환청구를 차단해야 한다. 만약 즉각적인 판례변경이 어렵다면 입법적으로 수탁자의 경제적 이익 회수 가능성을 차단해야 한다.

부동산실명법의 구체적인 개정 방향은 다음과 같다. 첫째, 실명법에 수탁자가 소유권이전등기청구 등 어떠한 권리도 주장할 수 없음을 명확히 규정해야 한다. 둘째, 과징금 부과 기준을 실거래가로 바꾸고 부과율을 50%로 상향해 명의신탁의 경제적 유인을 제거해야 한다. 셋째, 부부·종중·종교단체에 대한 예외를 규정한 제8조 특례는 우회적 명의신탁의 통로가 될 수 있으므로 폐지할 필요가 있다.

결국 부동산실명법의 본래 입법 목적은 명의신탁을 통한 반사회적 부동산 거래를 근절하는 데 있으며, 이를 위해서는 수탁자에게 돌아갈 수 있는 모든 경제적 이익의 경로를 차단하는 해석과 입법이 병행되어야 한다. 이러한 조치를 통해 부동산 거래의 투명성을 확보하고, 투기적 수요를 억제하며, 부동산실명법의 실효성을 높일 수 있을 것이다.

**[주제어]** 부동산실명법, 부당이득반환청구, 불법원인급여, 신탁자의 반환청구권 금지, 과징금, 특례의 폐지

## I. 시작하며

부동산 명의신탁<sup>1)</sup>은 진정한 권리가 아닌 다른 사람을 마치 권리자

1) 이하에서 명의신탁은 부동산 명의신탁을 지칭한다.

인 것처럼 등기부상 표시해 두는 것으로서 법률행위와 등기가 부합하지 않는 상황에 해당하지만, 의용민법 시대부터 조선고등법원의 판례가 그 유효성을 인정한 이래 대법원도 같은 태도를 유지해 왔다.<sup>2)</sup> 일제강점기에 종종 명의로 직접 부동산의 소유권을 등기할 수 없게 되자 종종원의 명의로 등기를 마쳐둔 관행으로부터 명의신탁이 비롯되어 법원이 그 유효성을 인정해 온 것으로 본다.<sup>3)</sup> 그런데 광복 이후에 급속히 진행된 경제성장과 산업화 과정을 거치며 명의신탁은 투기나 강제집행 면탈, 조세 포탈, 재산의 은닉 등 탈법과 편법행위의 주요 수단으로 악용되었다.

부동산 명의신탁의 폐해를 제거하기 위해 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률(이하 ‘부동산실명법’이라 한다)이 1995년 3월 제정되어 같은 해 7월 1일부터 시행되었다. 부동산실명법은 부동산소유권 등 부동산에 관한 물권을 실제적 권리관계와 일치하게 하기 위해 실권리자의 명의로 등기하도록 함으로써 등기제도를 악용한 투기나 탈세·탈법행위와 같은 반사회질서적인 행위를 방지하고 부동산 거래정상화와 부동산의 가격안정을 도모함으로써 국민경제의 건전한 발전에 이바지하는 것을 입법 목적으로 한다(부동산실명법 제1조). 부동산실명법은 그 입법 목적을 달성하기 위해 명의신탁약정은 무효이고(부동산실명법 제4조 제1항), 그 약정에 따라 이루어진 등기로 인한 부동산에 관한 물권변동도 원칙적으로 무효로 하며(부동산실명법 제4조 제2항 본문), 이 법을 위반한 자에 대해서는 과징금과 이행강제금, 벌칙 조항 등 제재 규정을 통해 규율한다(부동산실명법 제5조, 제6조, 제7조).

2) 곽윤직/김재형, 물권법 제9판, 박영사, 2024, 126쪽.

3) 다만 일제강점기부터 종종 부동산소유권 보호를 필요성으로 인해 관습과 판결을 통해 이어져 온 것이 명의신탁의 연원이라는 점에 대해서는 이를 비판하는 견해도 유력하다. 일제강점기 당시의 판결문들을 볼 때 명의신탁 법리가 확립되었다는 증거가 확실하지 않고 명의신탁 법리가 종종에 유리한 법리인지도 확실하지 않다는 점 등을 논거로 한다. 이에 관하여서는 김영희, “양자간 부동산소유권 등기명의신탁에 관하여”, 토지법학 제40권 제2호, 한국토지법학회, 2024, 283-291쪽.

그런데도 부동산실명법이 그 역할을 제대로 수행해 왔는지는 의문이다. 부동산실명법 시행 이후에도 부동산실명법에 위반된 명의신탁은 근절되지 않고 있으며, 그 원인을 법원이 제공하고 있다고 보는 시각도 유력하다.<sup>4)</sup> 즉 대법원은 부동산실명법 시행 이후에도 한편으로는 명의신탁의 무효를 얘기하면서도 다른 한편으로는 명의신탁 무효에 따른 법적 효과와 관련하여 신탁자의 소유권 회수나 부당이득반환청구에 우호적인 태도를 보여 왔고, 이는 명의신탁이 근본적으로 금지될 것이 아니라는 인식을 불러일으킨다.<sup>5)</sup> 실제로 다수의 선행연구는 3자간 등기 명의신탁에서 명의수탁자가 부동산을 처분한 때에 명의신탁자에게 부당이득반환청구권을 인정하여 신탁자를 과도하게 보호하고 있으며 이는 부동산실명법의 입법취지를 저버리는 것이라고 비판한다.<sup>6)</sup> 명의신탁이 근절되지 않는 또 하나의 이유를 명의신탁자가 부동산실명법과 법원의 판결에 따라 제재받아도 명의신탁을 통해 취할 수 있는 경제적 이익이 제재에 따른 손해를 웃도는 경우가 많은 데서 찾을 수도 있다. 이 경우 신탁자는 처벌을 감수하더라도 불법적인 명의신탁을 계속해서 시도할 동인이 있다고 볼 수도 있다.<sup>7)</sup>

4) 이충훈, “부동산 명의신탁자의 부당이득반환청구권에 관한 비판적 검토 -대법원 판례를 중심으로-”, 중앙법학 제27집 제1호, 중앙법학회, 2025, 112쪽; 김영희, “명의신탁 반론”, 비교사법 제32권 제1호, 한국사법학회, 2025, 162쪽; 김덕중, “명의신탁약정과 불법원인급여”, 원광법학 제36권 제3호, 원광대학교 법학연구소, 2020, 109쪽.

5) 김영희, “명의신탁 반론”, 163쪽.

6) 이혜리, “3자간 명의신탁에서 수탁자의 임의처분에 따른 책임 -대법원 2022. 6. 9. 선고 2020다208997 판결-”, 일감부동산법학 제26호, 건국대학교 법학연구소, 2023, 241쪽; 장병주, “3자간 명의신탁에서 명의수탁자의 신탁재산 처분에 따른 법적 책임”, 민사법의 이론과 실무 제25권 제2호, 민사법의 이론과 실무학회, 2022, 183쪽; 박신욱, “3자간 등기명의신탁에서 명의수탁자의 처분행위에 따른 부당이득반환청구권의 주체”, 재산법연구 제39권 제2호, 한국재산법학회, 2022, 238쪽.

7) 권오상, “부동산실명법을 위반한 등기명의신탁의 사법적 효력”, 법학논고 제70집, 경북대학교 법학연구원, 2020, 189쪽.

물론 대법원은 명의신탁자와 수탁사 간에 수탁자가 추후 명의신탁의 목적이 된 부동산을 처분하면 수탁자가 제3자로부터 받은 매매대금을 신탁자에게 반환하기로 한 약정도 부동산실명법에 위반되어 무효라고 판단하거나,<sup>8)</sup> 명의신탁자와 수탁자 간에 횡령죄의 구성요건인 위탁관계가 인정될 수 없으므로 수탁자가 신탁부동산을 임의로 처분하였더라도 수탁자의 횡령죄 성립 가능성을 부정한 판결<sup>9)10)</sup> 등을 통해 부동산실명법의 실효성을 유지하고자 한 면모도 보였다.<sup>11)</sup> 하지만 일견 부동산

8) 대법원 2006. 11. 9. 선고 2006다35117 판결; 대법원 2013. 3. 14. 선고 2011다103472 판결; 대법원 2015. 2. 26. 선고 2014다63315 판결; 대법원 2015. 9. 10. 선고 2013다55300 판결.

9) 대법원 2021. 2. 18. 선고 2016도18761 전원합의체 판결. 이 판결에서 대법원은 신탁자와 수탁자 사이에 형법상 보호할만한 가치가 있는 신임관계가 없다고 보았다. 다만 대법원 2021. 6. 3. 선고 2016다34007 판결에서 수탁자가 신탁자와 양자간의 명의신탁약정에 따라 신탁자로부터 소유권이전등기를 이전받은 부동산을 추후에 임의로 처분하였을 때, 형사상 횡령죄가 성립하는지와 관계없이 신탁자에 대해 민사상의 불법행위책임을 진다고 보았다. 즉 대법원은 동일한 사실관계라고 하더라도 민사책임과 형사책임은 지도이념 및 증명책임의 부담과 증명의 정도 등에 있어서 서로 다른 원리가 적용된다는 점을 명확히 구분하여 판단하고 있다. 그리고 이는 결과적으로 신탁자에게 경제적 이익의 귀속을 허용하는 결과로 이어진다. 형법과 민법을 구분하여 판단하는 대법원의 태도를 비판하며 형법상 보호할만한 가치가 없는 신임이라고 판단했다면 민법상으로도 신탁자를 보호해서는 견해로는 조충영, “명의신탁과 횡령죄에 관한 제 문제”, 법학연구 제61권 제3호, 부산대학교 법학연구소, 2020, 19쪽.

10) 만약 후술하는 바와 같이, 신탁부동산이 불법원인급여에 해당된다고 본다면 수탁자의 횡령죄 성립이 부정되는 논거는 신탁자와 수탁자 사이에 형법상 보호할만한 신임관계가 존재하지 않는다고 보기 이전에 그 전 단계 구성요건인 신탁부동산에 대한 ‘재물의 타인성’ 요건부터 부정되어 수탁자의 횡령죄가 성립하지 않을 것이다. 불법원인급여 제도의 효과로 신탁부동산의 소유권이 수탁자에게 귀속되기 때문이다. 이에 관하여서는 정태근, “부동산 명의신탁 유형별 명의수탁자의 횡령죄 성립에 관한 검토”, 중앙법학 제23집 제4호, 중앙법학회, 2021, 92쪽.

11) 정문환, “3자간 등기명의신탁에서의 매매계약과 그에 따른 법률관계”, 법학평론 제13권, 서울대학교 법학평론 편집위원회, 2023, 411쪽에서는 이러한 판결들이 명의신탁자와 수탁자 간의 법률관계를 철저하게 부정하여 기형적인 부동산 거래형태를 사전에 방지하려는 부동산실명법의 입법 목적이 관철된 결과로 평가한다.

실명법에 위반된 부동산 명의신탁을 금지하려는 태도로 보이면서도 다른 한편으로는 명의신탁자의 이익을 보호하려는 듯한 태도를 보이는 대법원의 태도로 인해 부동산실명법의 실효성을 완전히 담보하기는 어려운 것으로 보인다.

특히 법원은 명의신탁자가 명의신탁의 목적이 된 부동산의 소유권을 취득하거나 해당 부동산의 매입을 위해 수탁자에게 제공한 금전 등을 부당이득반환청구권 행사를 통해 되찾는 것에 대해 우호적이다.<sup>12)</sup> 후술하겠지만 불법원인급여 법리를 적극 적용하여 명의신탁자에게 이익(그 이익이 명의신탁약정의 목적 부동산이든 매매대금 명목으로 수탁자에게 지급한 금전이든)의 귀속을 차단할 수 있다. 그런데도 대법원이 불법원인급여 법리의 적용을 주저하는 핵심적인 이유는, 불법원인급여 법리를 적용하면 수탁자가 부당한 재산상의 이익을 얻고 명의신탁자는 재산권을 박탈당하는 가혹한 결과가 초래될 수 있다는 우려 때문이다.

결국 이러한 사법부의 소극적 태도는 결과적으로 불법적인 명의신탁 약정을 한 신탁자에게 일종의 안전한 출구를 제공하는 셈이 되어 부동산실명법의 실효성을 약화한다. 따라서 입법자의 의지와 판례법리 간의 틈을 메우고 부동산실명법의 입법 목적을 실질적으로 달성하기 위한 입법적 결단이 요구된다.

이 글은 명의신탁을 근절하는 방안을 현행 부동산실명법 체계 아래에서 해석론으로 해결하는 방법과 부동산실명법을 개정하는 방법으로 나누어 검토해 보고자 한다. 현행 부동산실명법과 대법원 판례가 가진 명백한 한계를 비판적으로 분석하고, 명의신탁의 경제적 유인을 원천적으로 차단하는 것을 목표로 한다. 이를 위해 먼저 현행 부동산실명법의 해석론을 통해 명의신탁이 근절될 수 있도록 명의신탁의 유형 및 유형별 법률관계와 신탁자의 부당이득반환청구가 불법원인급여에 해당한다는

12) 대표적으로 대법원 2021. 9. 9. 선고 2018다284233 전원합의체 판결.

점을 확인한다(Ⅱ). 다음으로 부동산실명법의 개정을 통한 명의신탁 근절에 대해서 살피고자 한다. 구체적으로 명의신탁약정과 그에 따른 물권 변동(부동산실명법 제4조), 명의신탁에 대한 제재(부동산실명법 제5조 이하), 명의신탁 특례 규정의 폐지(부동산실명법 제8조) 세 부분으로 나누어 검토한다(Ⅲ). 이를 통해 현재의 대법원 판례의 변경과 더욱 근본적인 해결 방안으로 현행 부동산실명법의 개정을 촉구하는 것으로 글을 맺고자 한다(Ⅳ).

## Ⅱ. 유형별 명의신탁의 법률관계와 불법원인급여

### 1. 부동산 명의신탁의 유형

부동산실명법이 규율하는 명의신탁은 등기명의신탁과 계약명의신탁으로 구분된다. 등기명의신탁은 부동산의 소유자로 등기된 신탁자가 수탁자 명의로 등기를 이전하는 양자간 등기명의신탁과 신탁자가 부동산의 소유자인 매도인으로부터 해당 부동산을 매입하면서 수탁자 명의로 등기하기로 약정하는 방식의 3자간 등기명의신탁으로 구분된다. 계약명의신탁은 수탁자가 부동산의 물권변동 원인이 되는 계약을 체결할 때 직접 계약의 당사자로 나서 부동산의 소유자인 매도인과 계약을 체결하고 자신(수탁자)의 명의로 등기를 마치는 형태이다. 양자간 등기명의신탁, 3자간 등기명의신탁, 계약명의신탁 중 어디에 해당하더라도 명의신탁자와 수탁자 사이에는 명의신탁약정이 존재하는 것을 전제로 한다.

신탁자와 수탁자 사이의 명의신탁약정은 언제나 무효지만(부동산실명법 제4조 제1항), 명의신탁약정의 존재를 알지 못한 선의의 매도인을 보호하기 위해 수탁자 앞으로 마친 등기는 예외적으로 유효하다(부동산

실명법 제4조 제2항 단서). 바로 이 점에서 3자간 등기명의신탁과 계약명의신탁을 구별할 실익이 있다. 즉 부동산실명법 제4조 제2항 단서는 부동산 물권을 취득하려는 계약에서 수탁자가 어느 한쪽 당사자가 되고 계약의 상대방 당사자는 명의신탁약정이 있다는 사실을 모른 때에는 그러하지 않다고 규정하고 있는데, 이에 따르면 수탁자가 명의신탁약정의 목적물인 부동산의 물권(소유권)을 취득하기 위한 계약(주로 매매계약이 될 것이다)의 일방당사자가 되어야만 한다.

따라서 수탁자가 부동산 매매계약의 직접 당사자로 나서는 계약명의신탁일 때에만 부동산실명법 제4조 제2항 단서가 적용될 수 있고, 신탁자가 계약의 당사자면서 수탁자의 명의만 빌어 등기를 마치는 방식의 3자간 등기명의신탁일 때에는 위 단서 조항이 적용될 여지가 없다. 그리고 부동산실명법 제4조 제2항 단서가 적용되는 경우라면 결국 매도인과 수탁자 간의 매매계약도 유효하다는 것을 의미한다.<sup>13)</sup>

## 2. 유형별 법률관계

### 2.1 양자간 등기명의신탁

신탁자와 수탁자 사이의 신탁약정은 무효이고(부동산실명법 제4조 제1항), 명의신탁약정에 따라 행하여진 등기에 의한 부동산 물권변동 역시 무효이다(부동산실명법 제4조 제2항 본문). 명의신탁약정에 따라 이루어진 등기에 의한 부동산 물권변동이 예외적으로 유효가 되는 경우는 수탁자가 부동산 물권변동의 원인이 되는 계약<sup>14)</sup>의 한쪽 당사자로 나서는 경우 즉 계약명의신탁일 때 뿐이므로 양자간 등기명의신탁에서

13) 대법원 2015. 12. 23. 선고 2019다266751 판결.

14) 이하에서는 매매계약을 전제로 하여 각 사안을 살핀다.

명의신탁약정과 그 약정에 따른 부동산의 물권변동은 항상 무효이다. 따라서 신탁자가 부동산의 소유권을 갖고, 그는 수탁자에게 원인무효를 이유로 등기의 말소를 구하거나 진정명의회복을 원인으로 하여 이전등기 할 것을 구할 수도 있다.<sup>15)</sup>

생각건대 양자간 등기명의신탁에서 신탁자가 여전히 명의신탁의 목적이 된 부동산의 소유권을 가지고 있는 것은 부동산실명법을 위반한 명의신탁을 근절하는데 한계로 작용한다. 이를 해결하기 위해서는, 현재 대법원의 태도와는 다르지만, 명의신탁자가 수탁자를 상대로 명의신탁 약정에 따라서 명의수탁자 명의로 이전된 등기말소청구를 불법원인급여에 해당한다고 보아 부정하는 방안을 생각해 볼 수 있다. 또 다른 방안은 현행 부동산실명법을 개정하여 신탁자의 반환청구를 막는 등의 방법을 고려할 수 있다. 그리고 이러한 해결 방안은 비단 양자간 등기명의신탁의 경우에만 해당하는 것이 아니라 3자간 등기명의신탁이나 계약 명의신탁도 마찬가지이다.

## 2.2 3자간 등기명의신탁

3자간 등기명의신탁은 신탁자가 계약의 당사자가 되어 매도인과 매매계약을 체결하되, 매도인과 합의하여 그 등기를 매도인으로부터 신탁자인 매수인과 명의신탁약정을 맺은 수탁자 앞으로 직접 이전하는 방식으로 ‘중간생략등기형 명의신탁’이라고도 부른다. 중간생략등기는 복수의 권리변동 원인이 있는 경우에 그 전부가 실체관계에 부합할 때 유효한 것으로 되지만,<sup>16)</sup> 3자간 등기명의신탁의 경우 명의신탁자와 명의수탁자 간의 명의신탁약정이 무효이므로 매도인으로부터 수탁자 앞으로

15) 대법원 2002. 9. 6. 선고 2002다33157 판결.

16) 대법원 1997. 3. 14. 선고 96다22464 판결.

직접 중간생략등기가 마쳐졌다고 하더라도 그 등기는 실제관계에 부합하지 않아서 무효이다.<sup>17)</sup>

이 경우 부동산의 소유권은 매도인에게 원상복귀하고 매도인은 자신의 소유권에 기해 수탁자를 상대로 수탁자 명의의 등기말소를 청구할 수 있다. 그리고 대법원의 태도에 따르면, 매도인과 명의신탁자 간의 매매계약은 유효한 것이 되어 신탁자는 매도인을 상대로 하여 매매계약에 기한 소유권이전등기를 청구할 수 있고,<sup>18)</sup> 명의수탁자가 명의신탁자 앞으로 바로 마쳐준 소유권이전등기도 실제관계에 부합하는 등기로서 유효하다고 본다.<sup>19)20)</sup>

판례가 매도인과 신탁자 사이의 매매계약을 유효하다고 보는 이유는 부동산실명법상 3자간 등기명의신탁에서 부동산 물권변동의 원인이 되는 계약의 무효를 규정한 바가 없고,<sup>21)</sup> 명의신탁약정의 무효는 명의신탁자와 수탁자 간의 법률관계에 대한 것일 뿐이어서 원소유자인 매도인과 신탁자 사이에 체결한 매매계약에는 아무 영향이 없다고 보기 때문이다.<sup>22)</sup> 이에 따르면 매도인은 신탁자를 상대로 부동산 매매계약에 기한 매매대금의 지급을 청구할 수 있고, 신탁자는 매도인을 상대로 매매계약

17) 그렇기 때문에 중간생략등기 명의신탁이 아니라 중간생략등기형 명의신탁이라고 불리운다.

18) 대법원 2013. 12. 12. 선고 2013다26647 판결.

19) 대법원 2004. 6. 25. 선고 2004다6764 판결.

20) 다만 이때 명의신탁자는 매도인에 대하여 매매계약에 기한 소유권이전등기청구권을 가지고 있어 손해가 없고 소유권은 매도인에게 복귀한 상태이므로 명의신탁자가 명의수탁자에게 부당이득을 원인으로 한 소유권이전등기를 구할 수 없다고 본다. 대법원 2008. 11. 27. 선고 2008다55290, 55306 판결.

21) 대법원 2002. 3. 15. 선고 2001다61654 판결; 홍봉주, “이른바 3자간 등기명의신탁에 있어서 신탁부동산의 임의처분시 민사법률관계와 범죄성립 여부”, 일감법학 제36호, 건국대학교 법학연구소, 2017, 103쪽.

22) 양창수, “부동산실명법 제4조에 의한 명의신탁의 효력 -소위 등기명의신탁을 중심으로-”, 서울대학교 법학 제38권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 1997, 79쪽.

에 기한 부동산의 소유권 이전을 구할 수 있다. 이때 신탁자는 자신의 매도인에 대한 그 소유권이전등기청구권을 보전하기 위해 매도인을 대위해서 수탁자 앞으로 마쳐진 등기의 말소를 구할 수 있다.<sup>23)</sup>

하지만 이러한 대법원의 법리는 수탁자의 처분으로 인해 소유권이라는 배타적 권리를 상실한 실질적 피해자는 매도인임에도 불구하고, 계약상 채권만을 가진 신탁자를 직접적인 부당이득의 주체로 인정한다는 점에서 물권법의 기본 원리에 부합하지 않는다는 비판에 직면해 있다.<sup>24)</sup> 또한, 계약관계의 청산은 계약 당사자 사이에서 이루어져야 한다는 원칙에도 불구하고, 매도인을 배제한 채 신탁자와 수탁자 간의 직접적인 해결을 인정하는 것은 계약법의 기본 원리를 따르지 않는 것이라는 지적이 제기된다.<sup>25)</sup>

한편 매도인과 신탁자 간의 부동산 매매계약이 무효라고 보는 견해도 유행하다. 즉 매도인과 신탁자 사이에 체결된 부동산 매매계약은 매도인과 신탁자의 합의에 따라 매매계약의 당사자가 아닌 제3자(수탁자)에게 등기를 이전하도록 하는 특약이 존재하고, 이 특약은 매매계약의 본질을 이루는 것으로 보아야 하는데 수탁자 앞으로 등기를 이전하는 것이 부동산실명법 제4조에 의해 애초부터 불가능하므로 원시적 불능으로 보아야 한다는 점을 논거로 한다.<sup>26)</sup> 혹은 명의신탁약정이 민법 제103조에 위반되어 무효이고, 이러한 명의신탁약정의 반사회적 목적이 매도인과 신탁

23) 대법원 2013. 2. 15. 선고 2012다46637 판결; 대법원 2019. 7. 25. 선고 2019다203811, 203828 판결.

24) 이해리, 앞의 논문, 185쪽.

25) 이계정, “삼자간 등기명의신탁에서 명의수탁자의 처분으로 인한 부당이득의 법률관계 -대법원 2021. 9. 9. 선고 2018다284233 전원합의체 판결-”, 법조 제71권 제2호, 법조협회, 2022, 301쪽.

26) 박동진, “‘부동산실권리자명의등기에 관한 법률’에 의거한 부동산명의신탁제도의 검토와 동 법률의 해석”, 연세법학연구 제6권 제1호, 연세대학교 연세법학연구회, 1999, 298쪽.

자 간의 매매계약에 전도되기 때문에 위 매매계약도 무효라고 보기도 한다.<sup>27)</sup>

생각건대 먼저 부동산실명법에 위반한 명의신탁약정은 그 자체로 반사회적 행위에 해당하여 민법 제103조에 위반된다고 보아야 한다.<sup>28)</sup> 부동산실명법 제1조에서 명의신탁이 반사회적인 행위임을 명시하고 있기 때문이다. 그리고 3자간 등기명의신탁에서 매도인과 신탁자는 부동산 매매계약을 체결할 때 수탁자 앞으로 부동산소유권 등기를 직접 이전하기로 하는 특약을 맺었는데, 이는 불법적인 동기가 표시되었거나 계약 상대방인 매도인이 알고 있는 때에 해당한다. 판례에 따르면 “민법 제 103조에 의해 무효로 되는 반사회질서적인 행위는 그 법률행위의 목적인 권리나 의무의 내용이 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하는 경우뿐만 아니라, 내용 자체는 반사회적인 것이 아니라고 하더라도 법률로써 이를 강제하거나 법률행위에 반사회적인 조건이나 금전적 대가가 결부됨으로써 반사회적 성질을 띠게 되는 때와 표시되거나 상대방에게 알려진 그 법률행위의 동기가 반사회적인 경우를 포함한다”라고 하여 불법적인 동기가 표시되거나 상대방에게 알려진 경우라면 법률행위 자체를 무효라고 본다.<sup>29)</sup> 위와 같은 대법원의 태도에 비추어 보면, 3자간 등기명의신탁에서 매도인과 신탁자가 맺은 특약 역시 부동산실명법 위반 목적이라는 반사회적인 동기가 표시되었거나 상대방이 알고 있는 경우라고 볼 수 있으므로 결국 매도인과 신탁자 간의 매매계약도 무효라고 보는 것이 타당하다. 이 경우 신탁자는 매도인을 상대로 매매계약에 기한

27) 정상현, “명의신탁약정의 효력과 신탁재산의 반환여부에 대한 법리 재검토”, 성균관법학 제19권 제1호, 성균관대학교 비교법연구소, 2007, 158쪽.

28) 이와 달리 판례는 탈세, 강제집행 면탈 등을 목적으로 명의신탁약정을 맺는 것 자체가 사회질서에 반하는 것은 아니라고 본다. 대법원 2003. 11. 27. 선고 2003다 41722 판결.

29) 대법원 2010. 5. 27. 선고 2009다12580 판결.

부동산소유권이전등기를 청구할 수 없다. 남은 문제는 매도인에게 부동산 매매대금을 교부하였다면 이를 부당이득으로 반환청구할 수 있을지, 매도인은 신탁자의 청구에 대하여 민법 제746조의 불법원인급여에 해당한다는 항변을 할 수 있을지 여부이다.

### 2.3 계약명의신탁

계약명의신탁은 수탁자가 직접 매매계약의 일방당사자로 나서 매도인과의 사이에 매매계약을 체결한 후 수탁자 앞으로 등기를 이전하는 방식으로, 매도인이 선의인지 악의인지에 따라서 법률관계가 달라진다.

매도인이 선의인 경우에는 신탁자와 수탁자 사이의 명의신탁약정은 무효이나(부동산실명법 제4조 제1항) 명의신탁약정의 존재를 알지 못한 선의의 매도인을 보호하기 위해 수탁자 명의의 등기는 예외적으로 유효한 것으로 한다(부동산실명법 제4조 제2항 단서). 이에 따라 수탁자는 매도인뿐만 아니라 명의신탁자에 대해서도 유효하게 당해 부동산의 소유권을 취득한다.<sup>30)</sup> 하지만 신탁자가 수탁자에게 부동산 매수자금으로 교부한 금원은 무효인 명의신탁약정에 기한 것이므로, 판례는 수탁자가 명의신탁자에게 그 매수자금 상당액의 부당이득 반환의무를 부담하는 것으로 본다.<sup>31)</sup> 이 경우에도 판례 입장과 달리 신탁자의 부당이득반환 청구를 부정해야 한다는 반론이 있고 이에 관하여서는 항을 달리하여 살핀다.

30) 대법원 2000. 3. 24. 선고 98도4347 판결.

31) 대법원 2007. 6. 14. 선고 2007다17284 판결; 대법원 2008. 5. 15. 선고 2007다74690 판결; 대법원 2010. 10. 14. 선고 2007다90432 판결; 대법원 2014. 8. 20. 선고 2014다30483 판결; 대법원 2019. 6. 13. 선고 2017다246180 판결. 판례는 계약명의신탁약정이 부동산실명법이 시행된 후에 이뤄진 때에는 명의신탁자는 처음부터 해당 부동산의 소유권을 득할 수 없었으므로 명의신탁약정의 무효로 명의신탁자가 입게 된 손해는 해당 부동산 그 자체가 아니라 명의수탁자에게 교부한 매수자금이 된다고 본다.

매도인이 악의이면 신탁자와 수탁자 사이의 명의신탁약정은 무효이고(부동산실명법 제4조 제1항), 그 약정에 따른 수탁자 명의의 등기도 무효가 되므로 부동산의 소유권은 매도인에게 속한다(부동산실명법 제4조 제2항 본문). 매도인은 소유권에 기하여 수탁자를 상대로 수탁자 앞으로 마쳐진 등기의 말소를 구할 수 있다. 그리고 수탁자 명의의 등기는 무효가 되므로 결국 매도인과 수탁자 간의 매매계약은 처음부터 그 이행이 불가능한 것을 목적으로 하는 것이어서<sup>32)</sup> 매도인과 수탁자 사이에 체결된 부동산 매매계약도 무효가 된다.<sup>33)</sup> 따라서 매도인이 수탁자에게 받은 매매대금은 계약 당사자인 수탁자에게 부당이득으로 반환하여야 한다. 한편 신탁자는 매도인과 직접적인 계약관계가 없으므로 신탁자가 매도인에게 권리를 갖는 것은 없다.

### 3. 민법 제746조의 적용 문제

부동산실명법이 예정하고 있는 명의신탁의 법률관계에서 신탁자는 소유권에 기한 방해배제청구권이나 부당이득반환청구권을 행사하여 수탁자를 상대로 명의신탁약정의 목적부동산의 소유권이나 매매대금 상당의 금원의 반환을 청구할 수 있다. 이때 신탁자의 청구에 대해서 수탁자가 민법 제746조의 불법원인급여 규정을 내세워 항변할 수 있을지 문제가 된다.<sup>34)</sup>

32) 김준호, 민법강의 제28판, 법문사, 2022, 1515쪽.

33) 대법원 2003. 9. 5. 선고 2001다32120 판결.

34) 민법 제746조가 민법전 채권편 부당이득의 장에 규정되어 있어서, 동 조항의 적용이 부당이득반환청구에 한정되는지에 대해서 논의가 있으나 통설과 판례는 동 조항을 민법 제103조의 표리관계에 있는 일반규정으로 파악하여 부당이득의 영역뿐만 아니라 물권 등 다른 권원에 기한 급부의 반환청구나 불법행위에 기한 손해배상청구의 경우에도 적용되는 조항으로 파악한다. 이에 관하여서는 편집대표 김용덕, 주석 민법: 채권각칙5 제5판, 한국사법행정학회, 2022, 969쪽; 대법원 1979. 11. 13. 선고

즉 양자간 등기명의신탁인 때에는 수탁자 명의로 이전된 등기말소청구가 불법원인급여인지, 3자간 등기명의신탁인 때에는 신탁자가 매도인에게 지급한 금전이 불법원인급여인지, 계약명의신탁인 때 매도인이 선의이면 신탁자가 수탁자에게 교부한 매매대금이 불법원인급여로 볼 수 있는지 다투어진다. 그간 학설상으로는 주로 양자간 등기명의신탁에서 신탁자가 수탁자를 상대로 명의신탁된 부동산소유권의 반환을 청구할 수 있는지에 대해 불법원인급여임을 이유로 부정하는 견해와 불법원인급여에 해당하지 않아 반환청구가 가능하다는 견해로 대립해 왔고,<sup>35)</sup> 판례<sup>36)</sup> 역시 양자간 등기명의신탁에서 전원합의체 판결을 통해 불법원인급여에 해당하지 않는다는 기존의 입장을 재확인한 바 있다. 이하에서 좀 더 자세히 살핀다.

### 3.1 학설의 대립

명의신탁자가 명의수탁자에게 제공한 급부가 불법원인급여에 해당한다고 보는 견해는 명의신탁약정은 그 자체로 반사회질서적인 법률행위여서 무효이고, 그 약정에 따라 명의신탁된 부동산은 민법 제746조가 규정한 불법원인급여로서 신탁자는 수탁자를 상대로 해당 부동산소유권의 반환을 구할 수 없다고 본다.<sup>37)</sup> 명의신탁에 제공된 부동산이 불법원인이라고 보는 견해는 부동산실명법이 명의신탁의 약정과 그 약정에

---

79다483 전원합의체 판결.

35) 다만 반드시 이에 한정하여 논의되는 것은 아니다.

36) 대법원 2019. 6. 20. 선고 2013다218156 전원합의체 판결.

37) 김상용, “무효인 명의신탁에 있어서의 부당이득반환청구권의 인정여부”, 고시계 제51권 제12호, 고시계사, 2006, 25쪽; 강봉석, “명의신탁에 관한 연구 -계약명의신탁에서 부당이득의 반환문제-”, 홍익법학 제15권 제1호, 홍익대학교 법학연구소, 2014, 164쪽; 권용우, “금지된 명의신탁과 부동산소유권의 귀속”, 법학논총 제30권 제2호, 단국대학교 법학연구소, 2006, 157쪽.

다른 물권의 변동을 무효라고 규정한 이유가 명의신탁약정이 반사회질서적인 행위이기 때문이고, 따라서 부동산실명법 제4조는 민법 제103조가 구체화 된 조항이라고 이해한다.

반면에 수탁자가 명의신탁약정에 따라 취득한 부동산소유권이 불법원인급여에 해당하지 않는다고 보는 견해는 민법 제746조의 ‘불법의 원인’의 해석에 있어서 민법 제103조의 사회질서 위반이 있더라도 이것이 곧 민법 제746조의 요건을 충족하는 것은 아니며 ‘불법의 원인’은 제한적으로 해석되어야 한다고 주장한다.<sup>38)</sup> 부동산실명법 제4조 제1항은 명의신탁약정의 무효는 입법정책적인 효력규정의 성격을 가지므로 동조에 따라 명의신탁약정과 그에 따른 물권의 변동이 무효로 되는 사정만으로는 이를 불법원인급여로 보기는 어렵다고 본다.<sup>39)</sup> 나아가 명의수탁자에게 명의신탁부동산의 소유권을 귀속시키는 결과는 사회 일반의 정의관념에도 반하는 것으로 보기도 한다.<sup>40)</sup>

한편 절충적인 견해로서 부동산등기제도를 악용한 투기나 탈세·탈법행위 등 반사회적 행위에 해당하는 명의신탁의 경우는 불법원인급여로 보아야 한다는 의견이 있다.<sup>41)</sup> 또 다른 절충적인 견해는 부동산실명

38) 양창수, 앞의 논문, 82쪽; 정상현, 앞의 논문, 171쪽에서는 민법 제103조는 사적자치의 제한원리로서 작용하거나 공공복리를 실천하는 원리로서 전체 법체계를 지배하는 공통적인 이념이지만, 민법 제746조는 사회적으로 비난받을만한 급여에 대한 모든 반환청구권을 배척하는 것이 아니라 불법을 원인으로 한 부당이득반환청구권을 배척하는 규정이어서, 두 규정의 적용 범위가 일치한다고 볼 수 없다고 본다. 따라서 민법 제746조의 불법의 원인은 가급적 좁게 해석되어야 한다는 전제 아래, 부동산실명법에 위반된 명의신탁이 강행법규인 부동산실명법에 위반한 것으로 이해하는 경우는 물론이고, 민법 제103조에 위반하는 반사회적 목적을 가진 것으로 보더라도 민법 제746조에 위반되는 불법원인급여에 해당하지는 않는 것으로 설명한다.

39) 김미리, “간접대리명의신탁(이른바 계약명의신탁)의 명의신탁자와 명의수탁자간 부당이득 반환관계”, 법조 제53권 제2호, 법조협회, 2004, 205쪽.

40) 지원림, 민법강의 제21판, 홍문사, 2024, 472쪽.

41) 이영준, 물권법 전정신판, 박영사, 2009, 181쪽. 이 견해는 명의신탁이 반사회질서적

법 시행 후에 이루어진 명의신탁과 그에 따른 물권변동은 반사회질서적 이어서 불법원인급여에 해당하지만, 부동산실명법에 따른 실명전환의무를 이행하지 않은 기존의 명의신탁약정은 입법정책적인 고려로 무효로 규정된 것이므로 이때 이전이 이루어진 등기를 불법원인급여라고 볼 수는 없다는 의견도 있다.<sup>42)</sup>

### 3.2 판례의 태도

대법원은 “부동산실명법이 규정한 명의신탁약정은 부동산 물권의 실권리자가 타인과 사이에 대내적으로는 실권리자가 그 부동산에 관한 물권을 보유하거나 보유하기로 하고 그에 관한 등기는 그 타인의 명의로 하기로 하는 약정을 말하는 것일 뿐이므로, 그 자체로 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한다고 단정할 수 없고, 위 법률은 원칙적으로는 명의신탁약정과 그에 따른 등기에 기한 물권의 변동만을 무효로 하고 신탁자가 다른 법률관계에 기해 등기회복 등의 권리행사를 하는 것까지 금지하지 않는 대신, 명의신탁자에 대하여 행정적 제재 혹은 형벌을 부과함으로써 사적자치와 재산권 보장의 본질을 침해하지 않도록 규정하였으므로, 이 법률이 비록 등기제도를 악용한 투기나 탈세·탈법행위 등 반사회적인 행위를 방지하는 것을 입법 목적으로 하여 제정되었더라도, 무효인 명의신탁약정에 기해 다른 사람 명의의 등기가 마쳐졌다는 이유만으로 그것이

---

인 목적을 가져 무효가 되는 때에는 명의신탁자가 수탁자에 대한 말소등기청구권의 행사가 신의성실의 원칙에 위반되어 허용되지 않는다고 본다. 즉 강행법규에 반하여 무효인 법률행위라는 것을 알면서도 그 법률행위를 스스로 감행한 자가 그 무효를 주장하는 것은 신의성실의 원칙에 위반되어 허용되지 않는다고 보는 것이다.

42) 김상용, 앞의 논문, 26쪽. 이 견해는 기존 명의신탁의 유효성이 오랫동안 인정되었으므로 법적 계속성과 안정성의 측면에서 부동산실명법 시행 후 1년의 유예기간 내에 신탁자 명의로 실명 전환을 하지 않는 때에도 이를 장래의 명의신탁과 같게 취급하는 것이 타당하지 않다고 본다.

당연히 불법원인급여에 해당한다고 할 수 없다”라고 판시하여<sup>43)</sup> 명의신탁 부동산의 반환에 민법 제746조가 적용되지 않는다는 점을 명확히 하였다.

또한 대법원은 부동산실명법상 규정의 문언과 내용, 체계, 입법목적 등을 종합하여 보았을 때, 이 법을 위반해서 무효인 명의신탁약정에 따라서 수탁자 명의로 등기했다는 이유만으로 당연히 불법원인급여에 해당하는 것으로 단정할 수 없고, 이는 농지법상 제한을 회피하기 위해 명의신탁을 한 경우에도 마찬가지라고 판시하였다.<sup>44)</sup> 나아가 대법원은 탈세의 목적으로 한 명의신탁약정에 따라 타인 명의의 등기가 마쳐진 경우라고 하더라도 불법원인급여에 해당하지 않는다고 판시하여<sup>45)</sup> 동거나 목적을 가리지 않고 불법원인급여에의 해당성을 부정한다.<sup>46)</sup>

### 3.3 검토

민법 제746조는 민법 제103조와 표리관계에 있는 일반규정으로서 사

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

44) 대법원 2019. 6. 20. 선고 2013다218156 전원합의체 판결. 다수의견은 그 논거로써 불법원인급여인지는 부동산실명법의 규정과 그 규범목적을 고려하여 판단해야 하는데, 입법자는 신탁부동산의 소유권이 명의신탁자에게 귀속됨을 전제로 규정함으로써 민법 제103조와 제746조의 관계를 부동산실명법 자체에서 명확하게 해결하고 있다는 점, 농지법상의 처분명령을 회피하는 방법으로 명의신탁약정을 한 경우처럼 명의신탁약정과 그보다 위법성이 약한 단순한 행정명령 불이행의 행위가 결합하여 있더라도 그 이유만으로 불법행위급여 규정의 적용 여부를 달리 판단할 수 없다는 점, 명의신탁자에게 부동산 소유권의 귀속을 인정하지 않으면 신탁자의 재산을 본질적으로 침해할 소지가 큰 점을 논거로 한다. 이에 반하여 반대의견은 명의신탁을 근절하려면 사법적 결단이 필요한 점, 부동산실명법 제정 당시와는 다르게 명의신탁이 반사회적 행위라는 공통의 인식이 형성되어 있는 점, 부동산실명법상 과징금이나 이행강제금 조항은 신탁자가 불법적 상황을 해소하는 것을 간접적으로 강제하는 조항일 뿐이라는 점을 논거로 들며 불법원인급여에 해당한다고 보았다.

45) 대법원 2010. 9. 30. 선고 2010도8556 판결.

46) 편집대표 김용덕, 앞의 책, 995쪽.

회적인 타당성이 없는 행위를 행한 자는 스스로 불법한 행위였음을 주장하여, 그 복구를 형식의 여하에 불구하고 소구할 수 없다는 이상을 표현한 조항이고,<sup>47)</sup> 동조가 불법의 원인으로 인해 재산을 급여하거나 혹은 노무를 제공한 때에 그 이익을 반환할 것을 청구하지 못하도록 규정한 것은 그에 대한 법적인 보호를 거절함으로써 소극적으로나마 법적 정의를 유지하려고 하는 취지이다.<sup>48)</sup> 만약 어떠한 행위가 민법 제103조에 위반되어 무효가 되었음에도 불구하고, 급부자가 부당이득반환을 청구하여 그 이익을 자신에게 귀속시킬 수 있도록 허용한다면 이는 결과적으로 민법 제103조가 금지하는 상황을 용인하는 것이어서 불합리하기 때문이다.

한편 민법 제746조에서 말하는 ‘불법’의 의미에 관해서는, 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하는 것을 의미하고 시대의 윤리 사상에 바탕을 둔 것이 아닌 국가의 정책적 견지에서 정해진 강행법규 위반은 이에 포함되지 않는다고 보는 사회질서위반설(광의설),<sup>49)</sup> 선량한 풍속 기타 사회질서의 위반뿐만 아니라 단속법규를 제외한 모든 강행법규(효력법규)의 위반도 이에 포함된다고 보는 강행법규위반 포함설(수정광의설),<sup>50)</sup> 민법 제746조는 민법 제103조와 표리관계에 있는 것이 아니라 별개의 조항이라는 전제 아래 동조의 불법은 선량한 풍속 위반만을 의미한다고 보는 양속위반설(협의설)<sup>51)</sup> 등으로 견해가 나뉜다. 판례는 기본적으로 사회질서위반설과 같은 입장<sup>52)</sup>이라고 평가받았으나, 최근 들어 강행법

47) 대법원 1979. 11. 13. 선고 79다483 전원합의체 판결.

48) 대법원 1994. 12. 22. 선고 93다55234 판결.

49) 광윤직, 채권각론 제6판(중판), 박영사, 2018, 364쪽.

50) 이은영, 채권각론 제5판, 박영사, 2007, 710쪽.

51) 송덕수, “불법원인급여”, 민법학논총 제2권(후암 광윤직 선생 고회기념논문집), 박영사, 1995, 433쪽; 안병하, “불법원인급여의 체계적 이해 -송덕수, “불법원인급여”, 후암 광윤직 선생 고회기념 민법학논총 제2권, 박영사, 1995, 423-454면의 평석을 겸하여”, 법학논집 제25권 제4호, 이화여자대학교 법학연구소, 2021, 213쪽에서 재인용.

52) 대법원 2003. 11. 27. 선고 2003다41722 판결에서 “부당이득 반환청구가 금지되는

규가 갖는 규범의 목적을 고려하여 민법 제746조의 적용을 제한하려는 태도를 보인다.<sup>53)</sup>

생각건대 민법 제746조의 불법에 해당하는지를 판단함에 있어서는 강행법규 자체뿐만 아니라 해당 강행법규의 입법취지까지 고려하는 것이 중요하다고 판단된다. 개개의 강행법규는 결국 해당 법률의 입법목적 을 실현하기 위한 수단이 되므로, 특정 규정(부동산실명법 제4조)뿐만 아니라 그 법률(부동산실명법)의 입법목적까지 고려해야만 민법 제746 조의 ‘불법’에 해당하는지를 명확히 판단할 수 있기 때문이다. 그리고 부동산실명법의 입법목적은 실권리자 명의의 등기를 통해 부동산의 소유권을 실제적 권리관계와 일치시킴으로써 부동산등기제도를 악용한 투기·탈세·탈법행위 등 반사회적 행위를 방지하고 부동산 거래의 정상화와 부동산 가격의 안정을 도모하여 국민경제의 건전한 발전에 이바 지하는 것이다(부동산실명법 제1조). 즉 실권리자 명의로 등기를 경로하 는 것 자체가 입법목적이 아니라, 실권리자 명의의 등기경로를 수단으로 삼아 부동산 투기·탈세·탈법행위 등 반사회적 행위를 방지하는 것이 법의 정확한 입법취지라고 할 것이다.

이러한 점을 고려한다면 불법적인 강행규정인 부동산실명법 제4조에 위반되는데 그치지 않고 그 자체로 반사회질서적인 행위로 볼 수 있다.

---

이유로 민법 제746조가 규정한 불법원인은 그 원인이 되는 행위가 선량한 풍속이나 기타 사회질서에 위반하는 경우를 의미하는 것으로서, 법률상의 금지에 위반하더라도 그것이 선량한 풍속이나 기타 사회질서에 위반하지 않으면 이에 해당하지 않는다”라고 판시하여 민법 제746조의 ‘불법’에 강행법규위반은 포함되지 않는다고 판단하였다.

- 53) 대법원 2017. 3. 15. 선고 2013다79887, 79894 판결에서 “(민법 제746조의) ‘불법’이 있다고 하려면, 급부의 원인이 된 행위가 내용이나 성격 혹은 목적이나 연유 등에 비추어 볼 때 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반될 뿐만 아니라 반사회성이나 반윤리성·반도덕성이 현저하거나, 급부가 강행법규를 위반해 이뤄졌지만 이를 반환하게 하는 것이 오히려 규범의 목적에 부합하지 않는 경우 등에 해당해야 한다.”라고 판시하여 규범의 목적을 고려한 판단을 하였다.

따라서 반사회질서적인 행위인 명의신탁관계에서 신탁자가 부당이득반환 제도를 이용하여 수탁자를 상대로 부동산의 소유권이나 매매대금 등의 반환을 구하는 것은 불법원인급여에 해당하여 허용되어서는 안 될 것이다.<sup>54)55)</sup>

그런데 명의신탁약정의 목적이 된 부동산이나 이에 제공된 금원을 불법원인급여가 아니라고 보는 현재 대법원의 태도는 명의신탁 근절에 전혀 효과적이지 않다. 이에 더하여 판례는 부동산의 소유권이든 부동산의 소유권을 취득하기 위해 신탁자가 제공한 매매대금이든 그 이익이 신탁자에게 귀속되는 것을 허용함으로써, 비록 대법원이 의도하지는 않았을지라도, 불법적인 명의신탁을 방조하는 결과를 낳았다.

54) 이러한 필자의 견해는 대법원 2019. 6. 20. 선고 2013다218156 전원합의체 판결의 다수의견과는 관점을 달리한다. 위 판결에서 대법원은 “명의신탁에 대해 불법원인급여의 규정을 적용하면 재화의 귀속에 관한 정의의 관념에 반하는 불합리한 결과를 초래할 뿐만 아니라 판례의 태도 혹은 부동산실명법 규정에도 합치되지 않는다”라고 하면서 그 이유로써 “부동산실명법을 위반하여 무효인 명의신탁등기가 불법원인급여인지 판단하기 위해서는 부동산실명법의 규정과 그 규범 목적을 고려하여 판단해야 한다. 입법자는 부동산소유권이 신탁자에게 귀속됨을 전제로 하여 규정함으로써, 민법 제103조와 제746조의 관계를 부동산실명법 자체에서 명확히 해결한다. 이러한 입법 체계에 비추어 보면 부동산실명법이 금지한 명의신탁이 반사회질서적인지를 따져 불법원인급여의 적용을 달리하는 시도는 바람직하지 않다”는 점을 들고 있다. 부동산의 소유권이 명의신탁자에게 귀속됨을 전제로 규정된 조항은 부동산실명법 제5조 제1항 제1호의 과징금 조항이나 동법 제6조의 이행강제금 조항을 의미한다. 그러나 대법원의 다수의견이 언급한 각 조항은 명의신탁자 스스로 부동산실명법을 위반한 불법적인 명의신탁의 상태를 해소하는 것을 간접적으로 강제하려는 것으로 해석할 수 있을 뿐만 아니라(이 판결의 반대의견이다), 부동산실명법의 입법 목적을 고려해야 함에도 다수의견이 이를 간과하였다는 점에서 타당하지 않다.

55) 이와 달리 신탁자의 부당이득반환청구권을 부정하면서 그 논거를 불법원인급여에서 찾지 않고, 부동산실명법이 소유권의 대내외적 분열을 인정하지 않으므로 수탁자 앞으로 소유권이전등기가 마쳐진 이상 수탁자에게 완전한 소유권이 이전되었다는 해석에 근거하여 원고 청구가 기각되어야 한다는 견해도 있다. 이에 관하여서는 이상근/진재인, “부동산실명법 시행 후의 명의신탁 법리”, 홍익법학 제22권 제2호, 홍익대학교 법학연구소, 2021, 252쪽.

결국 부동산실명법의 규범목적이나 입법취지를 고려하였을 때, 명의신탁자에게 어떠한 형태로든 이익이 귀속되는 것은 전면적으로 차단할 필요가 있다.<sup>56)</sup> 이렇게 해야만 투기나 탈세·탈법행위 등 반사회질서적인 행위의 금지를 목표로 하는 부동산실명법의 취지를 달성할 수 있기 때문이다. 이와 같은 방식으로 부동산실명법을 운용하면 신탁자로서는 명의신탁의 대상이 된 부동산의 소유권 혹은 매매대금 명목의 금원 등 경제적 이익을 되찾지 못할 것이어서 불법적인 명의신탁이 근절될 수 있을 것으로 본다. 당초 부동산실명법상 처벌 규정까지 두어 명의신탁을 금지하였으나 명의신탁이 근절되지 않는 이유가 처벌을 감수하고서라도 명의신탁을 시도할 동인이 존재한다는 것을 그 이유로 들 수 있는데, 신탁자에게 경제적 이익의 귀속을 전면 차단하면 명의신탁을 시도할 동인을 원천적으로 제거하는 것이기 때문이다.

### Ⅲ. 부동산실명법의 개정 검토

현행 부동산실명법 규정과 판례법리로 명의신탁을 근절할 수 있다면 가장 바람직할 것이다. 그러나 현재의 판례법리는 신탁자에게 부동산의 소유권이나 매매대금 명목으로 지급한 금원의 반환을 인정하고 있고, 이러한 판례의 태도가 변경되지 않는 한 현행 부동산실명법 체계 아래에서 명의신탁의 근절을 기대하는 것은 무리이다.<sup>57)</sup> 그렇다면 명의신탁을

56) 오시영, “부동산 명의신탁과 불법원인급여 성립 여부에 대한 고찰”, 동북아법연구 제10권 제2호, 전북대학교 동북아법연구소, 2016, 473쪽에서는 부동산실명법이 제정된 의미는 명의신탁자의 반환청구권을 부정할 때 드러난다고 설명한다.

57) 대법원은 2019. 6. 20. 선고 2013다218156 전원합의체 판결을 통해 명의신탁약정에 제공된 부동산이나 금전이 불법원인급여에 해당하지 않는다는 기존의 입장을 재차 확인한 바 있다.

근절하기 위한 또 하나의 방안으로서 판례가 변경되는 것을 기다리는 대신 부동산실명법 개정을 통해 명의신탁을 근본적으로 근절하는 방안도 고려할 수 있다.

## 1. 부동산실명법 제4조의 개정

### 1.1 현행 부동산실명법 제4조의 한계와 개정의 필요성

현행 부동산실명법은 명의신탁약정을 무효로 규정하고(부동산실명법 제4조 제1항), 그 약정에 따른 등기로 이루어진 부동산 물권변동도 원칙적으로 무효로 규정한다(부동산실명법 제4조 제2항 본문). 위 각 규정은 명의신탁약정의 사법적인 효력을 부정함으로써 그 법적 기반을 제거하려는 입법자의 의도를 담고 있다. 그러나 이 규정들의 법적 효과는 당초의 입법취지와는 달리 역설적으로 신탁자의 재산권 회복을 위한 발판으로 작용한다.

구체적으로 양자간 등기명의신탁인 때에는 명의신탁약정과 수탁자 명의의 부동산소유권 이전등기가 모두 무효이므로 소유권이 신탁자에게 그대로 남아있게 되어, 신탁자는 수탁자에게 소유권이전등기의 말소를 청구할 수 있다. 3자간 등기명의신탁관계에서는 수탁자 명의의 등기는 무효가 되고 부동산의 소유권은 매도인에게 복귀되는데, 현행 판례의 태도에 따르면 매도인과 신탁자 간의 부동산 매매계약은 유효하므로 신탁자는 매도인을 상대로 계약상 의무의 이행으로 부동산소유권이전등기를 구할 수 있다. 이처럼 현행 제4조가 규정하고 있는 명의신탁약정의 무효와 그 명의신탁약정에 따른 등기에 의해 이루어진 부동산 물권변동의 무효 규정은 명의신탁관계를 완전히 해체하지 못할 뿐만 아니라, 신탁자가 일정한 제재(부동산실명법상 과징금이나 이행강제금의 납부

등)의 위험만 감수한다면 오히려 신탁자의 이익을 보호하는 법적 출구를 마련해 주는 결과를 초래한다. 이러한 상황은 반사회적인 명의신탁 행위의 근절이라는 부동산실명법상 입법 목적을 달성하는데 한계로 작용한다.

이에 더하여, 전술한 바와 같이, 대법원은 2013다218156 전원합의체 판결 등을 통해 신탁자의 부당이득반환청구권을 인정하고 불법원인급여 법리의 적용을 부정함으로써 명의신탁을 투기적인 수단으로서의 매력을 더욱 높이는 결과를 초래하였다. 그런데 다른 한편으로 대법원은 최근 부동산실명법을 위반한 양자간 등기명의신탁관계에서 명의신탁자가 신탁부동산을 임의로 처분한 사안에서 횡령죄의 성립을 부정함으로써 기존의 태도를 변경하였다.<sup>58)</sup> 이는 신탁자와 수탁자 간의 명의신탁 관계를 형법적으로 보호할 만한 가치가 있는 신임관계로 보지 않겠다는 것인데, 이러한 형사 관례의 변경에도 불구하고 민사적으로는 여전히 신탁자의 부당이득반환청구권을 인정함으로써 신탁자의 이익을 보호하는 것은 바람직하지 않다고 판단된다. 형사상 신탁자의 보호를 거둔 이상 민사적으로도 신탁자에 대한 보호를 제거하여 신탁자가 자신의 불법에 대한 모든 위험을 감수하도록 법체계를 정비할 필요가 있다.

## 1.2 구체적 개정 방안: 신탁자의 반환청구권 금지 조항 신설

부동산실명법을 위반한 명의신탁을 일소하기 위해서는 명의신탁자가 이익을 회복할 가능성을 원천적으로 차단하는 방향으로 부동산실명

58) 대법원 2021. 2. 18. 선고 2016도18761 판결. 이 판결을 통해 기존에 부동산실명법을 위반한 양자간 명의신탁을 한 경우, 명의수탁자가 명의신탁자에 대한 관계에서 '타인의 재물을 보관하는 자'의 지위에 있다고 보아 명의수탁자가 그 명의로 신탁된 부동산을 임의로 처분하면 명의신탁자에 대한 횡령죄가 성립한다고 판시한 대법원 1999. 10. 12. 선고 99도3170 판결, 대법원 2003. 12. 26. 선고 2003도4893 판결, 대법원 2009. 8. 20. 선고 2008도12009 판결, 대법원 2011. 1. 27. 선고 2010도12944 판결 등은 모두 폐기되었다.

법 제4조를 개정하는 것이 가장 효과적일 것이다. 즉 명의신탁약정과 그에 따른 부동산 물권변동의 법적 효력을 명의신탁자에게 어떠한 이익의 귀속도 불허하는 방향으로 강화하는 것을 골자로 개정할 필요가 있다. 구체적으로 현행 부동산실명법 제4조에 제4항을 신설하는 개정안을 아래와 같이 제안한다.

현행 부동산실명법	부동산실명법 개정안
제4조(명의신탁약정의 효력) ① 명의신탁약정은 무효로 한다.	좌동
② 명의신탁약정에 따른 등기로 이루어진 부동산에 관한 물권변동은 무효로 한다. 다만, 부동산에 관한 물권을 취득하기 위한 계약에서 명의수탁자가 어느 한쪽 당사자가 되고 상대방 당사자는 명의신탁약정이 있다는 사실을 알지 못한 경우에는 그러하지 아니하다.	좌동
③ 제1항 및 제2항의 무효는 제3자에게 대항하지 못한다.	좌동
-	④ 명의신탁자는 명의수탁자를 포함하여 누구에 대해서도 소유권이전등기말소청구나 부당이득반환청구 기타 어떠한 청구도 할 수 없다.

신탁자가 부동산의 소유권이나 그 매매대금상당액의 반환청구를 하지 못하도록 하면 명의신탁을 시도할 동기를 제거하는 것으로 볼 수 있으므로 명의신탁의 일소에 효과적일 것으로 생각한다. 왜냐하면 신탁자가 부동산실명법의 행정처분(과징금)이나 형벌(벌금 등)을 부과받을 수 있는 위협에도 불구하고 명의신탁을 시도하는 것은 과징금이나 벌금 등을 납부하더라도 명의신탁을 통한 이익의 환수를 기대할 수 있는 데서 비롯된 것인데, 신탁자의 반환청구를 허용하지 않는 것은 신탁자에게로 이익의 귀속을 원천적으로 막는 조치이기 때문이다.

위 개정안 중 제4항 신설에 더하여 명의신탁에 제공된 부동산의 소유권을 수탁자에게 확정적으로 귀속시키는 내용을 추가하는 개정안도 고

려할 수 있다. 이는 특히 양자간 등기명의신탁인 때 명의신탁약정과 명의신탁약정에 따른 등기에 의한 물권변동도 무효이므로 소유권이 원래의 소유자인 신탁자에게 남아있게 되는 때에 논의의 실익이 있다. 신설되는 제4항에 따라 신탁자의 수탁자에 대한 모든 청구권을 금지하더라도 부동산의 법적인 소유권은 여전히 원소유자인 신탁자에게 남아 있는, 권리관계가 불확실한 상태를 초래한다고 볼 여지도 있기 때문이다.

하지만 굳이 부동산의 소유권을 수탁자에게 확정적으로 귀속시키는 조항을 두지 않더라도 신설되는 제4항의 반사적 효과로써 수탁자는 명의신탁에 제공된 부동산의 소유권을 취득한다고 볼 수 있다. 따라서 제4항의 신설만으로 충분하다고 생각한다. 이와 달리 만약 명의신탁에 제공된 부동산의 소유권이 수탁자에게 귀속되는 것이 아니라 입법 정책적으로 국가에 귀속시키고자 한다면, 소유권 귀속에 관한 내용은 개정안에 반드시 포함되어야 할 것이다. 명의신탁에 제공된 부동산의 소유권을 국가에 귀속시키는 것이 타당한지 혹은 신설되는 제4항의 반사적 효과로써 명의수탁자에게 귀속시키는 것이 타당한지에 관하여서는 별도의 검토가 필요하다. 다만 소유권의 국가 귀속은 자칫 과도한 국가의 개입으로 비칠 수 있으므로 신중해야 할 것으로 생각한다.

제4항의 신설과 관련하여 신탁자의 반환청구권을 부정하는 것이 신탁자의 재산권의 본질적인 내용을 침해한다는 반론이 제기될 수 있다. 참고로 헌법재판소는 명의신탁약정을 무효로 하는 부동산실명법 제4조 제1항의 위헌 여부에 대해서 명의신탁자가 부동산의 소유권을 이전받거나 최소한 매매대금을 반환받을 수 있는 길이 열려있음을 이유로 동 조항을 합헌으로 결정한 바 있다.<sup>59)</sup> 이러한 헌법재판소의 결정에 비추어 볼 때, 명의신탁자의 반환청구권을 부정하는 조항을 신설하면 신설 조항은 헌법재판소로부터 위헌 판단을 받을 여지가 크다고 예상하기도 한다.<sup>60)</sup>

59) 헌법재판소 2001. 5. 31. 선고 99헌가18 등 결정.

하지만 명의신탁자의 부동산소유권을 포함하여 헌법이 보장하는 재산권은 아무런 제한 없이 행사할 수 있는 기본권이 아니다. 즉 헌법 제23조 제1항 본문은 “모든 국민의 재산권은 보장된다”라고 규정하고 있지만 단서에서 “그 내용과 한계는 법률로 정한다”라고 규정하고 있고, 동조 제2항은 “재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다”라고 규정하고 있다. 또한 기본권의 제한 원리를 규정한 헌법 제37조 제2항은 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며...”라고 규정하여 재산권도 법률의 범위 내에서 행사가 가능한 권리임을 명확히 하고 있다. 그런데 부동산 특히 토지는 자연적으로 존재하는 자원이고, 그 공급이 제한적이고 고정되어 있으며, 사회 전체의 경제활동과 생활에 필수적인 기반이라는 점에서 사유재이더라도 공공적 성격과 사회적 중요성을 지닌 특수한 재화로 보아야 한다는 점에 비추어 보면<sup>61)</sup> 법률인 부동산실명법을 통한 부동산 명의신탁에 대한 규제를 이해할 수 있다. 즉 명의신탁자는 스스로 부동산실명법이라는 실정법을 위반하여 법질서를 교란한 자이므로, 그 불법행위의 결과물에 대한 권리 상실은 법 위반자인 신탁자가 감수해야 할 위험이므로 이를 가리켜 재산권의 본질적 내용의 침해라고 볼 수는 없다.

한편 현행 부동산실명법 제4조 제2항 단서가 계약명의신탁에서 선의의 매도인을 보호하는데 이 부분을 삭제하는 것이 필요한지도 살펴볼 필요가 있다. 부동산실명법 제4조 제2항 단서는 매도인이 선의인 계약명의신탁의 경우 부동산 물권의 변동을 유효로 인정하는데, 이는 신탁자에

60) 박재완, 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률의 문제점 및 개선안 연구, 2012년도 법무부 연구용역 과제보고서, 한양대학교 법학연구소, 2012, 81쪽.

61) 김영희, 앞의 논문, 211쪽에서 부동산소유권에 관한 질서는 사회의 공적인 질서와 사적인 질서가 모두 연결된 질서라고 표현하는데, 이 부분 역시 부동산의 특수한 재화로서의 성격을 강조한 설명으로 이해된다.

게 부동산 매수자금 상당의 부당이득반환청구권을 발생시켜 명의신탁 시도의 유인을 남긴다. 따라서 계약명의신탁의 경우에도 매도인의 선의 여부와 관계없이 명의신탁약정에 기한 모든 물권변동을 무효로 처리한다면 신탁자가 부동산 자체 또는 매수자금을 회수할 수 있는 법적 기반을 약화시키는 것이므로 삭제할 실익이 있다고 볼 수 있다.

그러나 계약명의신탁 관계에서 선의의 매도인은 불법적인 명의신탁에 가담한 자가 아니다. 신탁자와 수탁자 간의 계약명의신탁약정에 전혀 기여한 바가 없음에도 불구하고 신탁자와 수탁자 사이의 사정으로 인해 부동산 물권변동을 무효로 한다면 선의의 매도인에게 지나치게 가혹하다. 그리고 부동산실명법 제4조 제2항 단서를 삭제하려는 이유는 결국 명의신탁자가 부동산의 소유권 혹은 부동산 매수자금 등의 재산을 회복하는 것을 막기 위함인데, 이는 신탁자의 반환청구권을 부정하는 부동산실명법 제4조 제4항의 신설만으로도 충분히 달성할 수 있다.

또한 거래의 안전 측면도 고려할 필요가 있다. 계약명의신탁 관계에서 선의의 매도인을 보호하지 않는다면, 거래당사자인 매도인으로서 부동산을 매수하려는 자가 계약의 당사자가 아닐 수 있다는 사정을 항상 의심하거나 확인해야 할 뿐만 아니라, 실제 매도인이 주의의무를 다하더라도 매수인(수탁자)과 신탁자 간의 계약명의신탁약정을 알기가 사실상 어렵다. 이러한 점을 고려하였을 때, 부동산실명법 제4조 제2항 단서를 삭제하는 것은 그 효과가 제한적이고 부동산 거래의 안정성에 부정적인 영향을 미치므로 타당하지 않다고 판단된다. 결국 부동산실명법 제4조 제2항 단서는 존치하고 명의신탁자의 반환청구를 부정하는 제4항만 신설하면 충분하다고 본다.

## 2. 명의신탁에 대한 제재 규정의 개정

### 2.1 과징금과 이행강제금 규정의 개정 필요성

명의신탁의 근절을 위해서는 신탁자가 명의신탁을 시도할 경제적 유인을 제거하는 것에 더하여 부동산실명법 위반 행위에 대한 제재를 강화하여 사전적 억지력을 높이는 것 또한 효과적일 수 있다. 이를 위해서는 현행 제재 규정의 개정을 검토할 필요가 있다.

현행 부동산실명법 제5조 제1항은 명의신탁자에게 해당 부동산 가액의 100분의 30에 해당하는 금액의 범위에서 과징금을 부과하도록 규정하고 있고, 여기서 과징금 부과 기준이 되는 부동산 가액을 평가하는 기준은 부동산 가격공시에 관한 법률에 따른 개별공시지가 등을 기준으로 한다(부동산실명법 제5조 제2항 제1호, 소득세법 제99조). 그리고 과징금이 부과된 후 1년이 지난 때에는 부동산평가액의 100분의 10에 해당하는 금액을, 다시 1년이 지난 때에는 부동산평가액의 100분의 20에 해당하는 금액을 각각 이행강제금으로 부과하도록 규정하고 있다(부동산실명법 제6조).

과징금과 이행강제금 규정의 개정 방향에 관해서는 두 가지 사항을 고려해야 한다. 첫 번째는 제재 규정의 실효성을 높이는 것이고, 다른 하나는 반사회적 명의신탁의 근절이라는 부동산실명법의 입법 목적을 달성하기 위해 이 법의 구조상의 체계성과 완결성을 제고하는 것이다.

우선 제재 규정의 실효성 제고와 관련하여서는, 현재 과징금 부과 기준이 되는 부동산 평가액이 통상 시가보다 낮은 공시지가라는 점은 과징금 제재의 효과를 반감시킨다고 볼 수 있다. 통상 공시지가는 시세보다 낮게 책정되는 점을 고려할 때 공시지가를 기준으로 한 과징금을 납부하더라도 명의신탁으로 인한 탈세나 시세차익 등 신탁자가 기대할

수 있는 이익이 더 크다면 사실상 과징금 부과 조항은 제재 규정의 효과를 거두기가 어렵다.

다음으로 부동산실명법 제6조의 이행강제금 규정은 과징금의 부과에도 불구하고 실권리자 명의로 등기하지 않은 때에 실명등기를 강제하기 위해 적용되는 조항이다. 일부 견해는 이 조항이 신탁자에게 부동산의 등기의무를 부과한 것 자체가 해당 부동산의 소유자가 신탁자라는 점을 전제로 한 것으로 해석한다.<sup>62)</sup> 그리고 이러한 해석을 바탕으로 이 조항을 신탁자에게 신탁부동산의 소유권을 귀속시키는 것이 정당하다는 논거로 삼고 있다. 이는 신탁자에게 부동산의 소유권이나 부동산 매수대금 상당액 등 모든 반환청구를 금지하는 것을 내용으로 하는 신설 조항의 내용에 정면으로 배치된다. 물론 이에 대해 이행강제금 조항을 단순한 간접강제 조항일 뿐이라는 반론도 가능할 것이나,<sup>63)</sup> 보다 근본적으로 부동산실명법의 해석상 이견의 여지를 없애는 차원에서 삭제를 고민할 필요가 있다.

한편 부동산실명법은 형사처벌 규정도 두고 있는데, 제7조는 벌칙 조항을 두어 이 법을 위반한 신탁자에게 ‘5년 이하의 징역 또는 2억 원 이하의 벌금’을, 수탁자에게 ‘3년 이하의 징역 또는 1억 원 이하의 벌금’에 처하도록 규정하고 있다. 벌칙 조항의 경우에는 단순히 형벌의 정도를 강화하는 것이 반드시 이 법의 강제력을 높일 것으로 보이지 않는다. 그것보다는 현행 처벌 조항을 엄격히 적용하는지에 따라서 위법 행위에 대한 이 법의 억지력을 높일 수 있다고 본다. 즉 단지 법정형을 높이는 것을 내용으로 부동산실명법 제7조를 개정하는 것보다는, 수사 절차에서는 법 위반자를 예외 없이 기소하고 재판절차에서는 대부분

62) 대법원 2019. 6. 20. 선고 2013다218156 전원합의체 판결; 송오식, “3자간 등기명의신탁과 불법원인급여 해당 여부”, 재산법연구 제36권 제1호, 한국재산법학회, 2019, 74쪽.

63) 대법원 2019. 6. 20. 선고 2013다218156 전원합의체 판결의 소수의견이다.

벌금형을 선고할 것이 아니라 실형 선고를 통해 이 법이 위하력을 갖도록 해야 할 것이다. 따라서 벌칙 조항의 경우 법 개정보다 현행 조항을 실효성 있게 운영할 필요가 있다고 생각한다.

## 2.2 구체적 개정 방안: 과징금 규정의 강화와 이행강제금 규정의 폐지

현행 과징금 규정의 실효성을 확보하기 위해 과징금의 부과 기준을 현실화하고 부과율도 상향할 것을 검토해야 한다. 과징금의 부과 기준과 관련하여서는 현행과 같이 부동산의 공시지가가 아닌 실거래가나 시세로 변경하고, 부과율도 현행 100분의 30보다 높여 100분의 50 범위까지 상향하여 조정하는 것을 제안한다.

명의신탁자가 명의신탁을 통해 기대할 수 있는 탈세로 인한 이익이나 부동산 투기로 인한 이익 등을 무력화할 수 있는 수준의 실효성 있는 제재가 필요하다는 점에서 과징금 부과 기준과 부과율을 변경하는 것은 과징금제도의 실효성을 강화하는 조치라고 할 수 있다. 예컨대 5억 원의 시세인 부동산이라고 하더라도 공시지가가 2억 원으로 평가된다면 현행 부동산실명법상 과징금은 최대 6천만 원에 그친다. 반면에 실거래가 기준으로 부동산 가액의 100분의 50 범위까지 과징금을 부과할 수 있다면 2억 5천만 원의 과징금을 부과할 수 있으므로 명의신탁을 통해 얻을 수 있는 이익을 상당 부분 상쇄하여 억지 효과를 기대할 수 있을 것으로 판단된다.

한편 부동산실명법 제6조의 이행강제금 규정은 전항의 개정 필요성에서 살핀 바와 같이 삭제하는 것이 타당하다. 구체적으로 이 조항은 신탁자에게 실명등기를 이행할 의무를 전제로 하고 있는데 이는 신탁자가 여전히 해당 부동산에 대한 실질적 권리를 보유하고 있다는 인식을 줄 수 있고, 신탁자에게 일정한 권리나 기대이익을 인정하는 효과를

날 수 있다. 이를 통해 동조가 신탁자에게 권리가 귀속되는 것에 대해 정당성을 부여하는 기능을 수행할 여지가 있다.

또한 신탁자의 반환청구를 인정하지 않는 신설조항과 상충될 우려도 있다. 실질적으로 소유권이 부정되는 관계에서 신탁자에게 실명등기이행의무를 강제하는 구조는 법체계상 불필요한 해석상의 혼란을 초래할 수 있다. 그리고 이행강제금제도 운영의 현실적인 측면을 고려하더라도 효과적인지 의문이 있다. 과징금보다 부과율이 낮고 이행강제금의 부과가 명의신탁이 해소에 적극적인 역할을 하였다는 사정을 찾기 어렵다.

그렇다면 부동산실명법의 구조적인 정합성을 기하고 불필요한 해석상의 논란을 차단하며, 반사회질서적인 명의신탁 근절이라는 입법취지를 명확히 하기 위해 이행강제금 규정은 폐지하는 편이 타당하다고 판단된다. 결국 과징금 제재를 현실화 내지 강화하여 명의신탁에 대한 억지효과를 집중하여 높이는 방식으로 제재 체계를 일원화하는 것이 바람직하다.

### 3. 명의신탁 특례 규정의 폐지

#### 3.1 현행 부동산실명법 제8조의 문제점

부동산실명법 제8조는 종중이 보유한 부동산을 종중 외의 자의 명의로 등기한 경우(제1호), 배우자 명의로 부동산에 관한 물권을 등기한 경우(제2호), 종교단체의 명의로 그 산하 조직이 보유한 부동산에 관한 물권을 등기한 경우, 조세 포탈이나 강제집행 면탈 또는 법령상 제한의 회피를 목적으로 하지 않는 한 제4조(무효 규정) 및 제5조부터 제7조까지(제재 규정)를 적용하지 않는다고 규정하고 있다. 이는 부동산실명법 제정 당시 예외규정을 두지 않으면, 종중과 부부 사이의 재산관리 관행

및 위법성에 관하여 인식하지 못한 채 부동산 명의신탁을 이용하여 온 다수의 국민들에게 피해가 갈 수 있다는 이유에서 종종재산과 부부간의 명의신탁에 대한 예외를 우선 인정했고 국회심의과정에서 종교단체도 추가되어 특례 규정이 마련된 것이다.<sup>64)</sup> 즉 법 제정 당시 명의신탁 관행이 사회 전반에 만연하였다는 사정을 고려하여 충격을 완화하고 부동산 실명법의 연착륙을 도모하기 위한 과도기적 조치라고 이해할 수 있다.

그런데 부동산실명법이 시행된 때로부터 30년이 지난 현시점에서 특례 규정이 존속할 필요가 있는지 의문이다. 우선 오늘날 종종은 ‘법인 아닌 사단’으로서 실체를 갖추고 있으며, 등기 또한 종종 명의로 얼마든지 가능하다. 배우자 간에 명의신탁을 통해 재산을 관리하는 관행이 현재에도 일반화되어 있다고 보기도 어렵고, 부부간의 재산관계는 민법 제830조의 부부별산제 등을 통해 규율이 가능하다 이러한 점을 고려하였을 때, 과거에 존재했던 형식적 제약은 이미 해소되었고 특례를 존속시킬 실질적 이유는 더 이상 존재하지 않는다고 생각한다.<sup>65)66)</sup>

또한 부동산실명법 제8조가 명의신탁의 특례를 인정함으로써 이 조항을 통해 조세포탈이나 강제집행 면탈 등의 목적을 숨기기 위한 명의신탁에 악용되었거나 악용될 소지가 크다. 이에 더하여 명의신탁의 예외를 인정하는 것은 법 적용의 형평성에 의문을 일으킨다. 일반 국민은 부동산실명법에 따라 명의신탁을 엄격히 규제받지만, 부부와 같이 특정한

64) 재정경제원, 부동산실명제 백서, 재정경제원, 1997, 14쪽.

65) 박재완, “부동산실명법에 대한 입법론적 고찰”, 법과정책연구 제13권 제1호, 한국법정책학회, 2013, 250쪽.

66) 실제 부동산실명법 제정 당시 종종, 부부간 명의신탁, 종교단체 외에도 명의신탁 특례의 범주를 넓힐지 논의가 있었고, 대표적인 예가 기업의 사업용 토지였다. 당시 기업의 사업용 토지는 명의신탁 예외 인정 범위를 최소화할 필요가 있다는 이유로 특례 적용의 범주에서 제외되었다. 마찬가지로 부동산실명법이 시행된 때로부터 오랜 시간이 흐른 현시점에서 종종이나 종교단체, 부부간 명의신탁의 경우에도 명의신탁 특례를 적용해야 할 논리 필연적인 이유를 찾기 어렵다.

신분상의 관계에 있는 자들이나 종중이나 종교단체 같은 특정한 단체들은 동일한 행위에 대해 특례 인정의 필요성이 명백하다고 보기 어려움에도 법적용을 받지 않는다. 이는 부동산실명법 적용의 일관성을 저해하고 종국적으로는 법의 규범력을 약화시킬 것이다.

### 3.2 구체적 개정 방향: 특례 규정의 전면 폐지

부동산실명법의 규범력을 강화하고 탈법적인 명의신탁의 시도를 원천적으로 차단하기 위해 부동산실명법 제8조 특례 규정은 폐지하는 편이 바람직하다. 특히 종중의 재산이나 부부 명의의 부동산은 상속이나 이혼 등의 관계에서 분쟁의 소지를 내포하고 있다. 종교단체도 특별히 사정은 다르지 않으므로 종중과 달리 취급할 이유도 없다. 부동산실명법 상 실명등기를 통해 권리관계를 명확히 하면 불필요한 소송을 예방하는 데에도 긍정적인 영향을 미칠 것으로 생각한다.

물론 특례 규정을 폐지하더라도 기존의 법질서에 대한 신뢰는 보호해야 할 필요가 있다. 부동산실명법 제8조의 폐지는 필연적으로 기존의 특례 대상자들에게 법적인 충격을 가져올 것으로 예상할 수 있기 때문이다. 따라서 법적 안정성의 측면에서 경과 규정을 별도로 두는 방안을 적극 검토해야 한다. 기존에 특례 규정을 적용받아 이루어진 명의신탁에 대해서는 일정 기간의 유예기간을 부여하고, 이 기간 내에 실명으로 전환하도록 유도하는 방안이 필요하다. 이는 특례 규정 폐지로 인한 법적, 사회적 혼란을 방지하고 장기적으로는 예외 없는 부동산 실명제도를 정착시키는 효과적인 방안이 될 것이다.

## IV. 맺으며

부동산 명의신탁은 부동산실명법 제정 이전부터 우리 사회에 만연했던 관행으로, 일제강점기 중증재산 보호를 위한 필요성에서 비롯되었으나 점차 투기, 탈세, 강제집행 면탈 등 반사회적 목적으로 악용되어 왔다. 이러한 폐해를 방지하고자 1995년 부동산실명법이 제정되었으나, 법 시행 후 약 30년이 지난 현재까지도 명의신탁은 근절되지 않고 있다. 명의신탁이 근절되지 않는 주된 원인은 대법원의 태도에서 비롯된다.

즉 대법원은 명의신탁약정과 그에 따른 물권변동을 무효로 규정하면서도, 신탁자가 수탁자를 상대로 부동산의 소유권이나 매매대금 상당액을 반환받을 수 있는 길을 열어두고 있다. 특히 대법원은 명의신탁자의 부당이득반환청구에 대해 불법원인급여 법리의 적용을 부정함으로써, 명의신탁자가 부동산실명법을 위반하더라도 경제적 이익을 회수할 수 있는 안전한 출구를 제공하고 있다.

이러한 상황에서 명의신탁을 근절하기 위해서는 두 가지 방향의 접근이 필요하다. 첫째, 해석론적 접근으로 민법 제746조의 불법원인급여 법리를 적극적으로 적용하여 명의신탁자의 부당이득반환청구를 차단하는 것이다. 둘째, 입법론적 접근으로 부동산실명법을 개정하여 명의신탁자의 경제적 이익 회수 가능성을 원천적으로 차단하는 것이다. 부동산실명법 개정 방안으로는 크게 세 가지를 제안한다.

먼저 제4조에 제4항을 신설하여 “명의신탁자는 명의수탁자를 포함하여 누구에 대해서도 소유권이전등기말소청구나 부당이득반환청구 기타 어떠한 청구도 할 수 없다”는 조항을 추가하는 것이다. 이를 통해 명의신탁자가 경제적 이익을 회수할 수 있는 법적 근거를 차단할 수 있다.

두 번째로 과징금제도의 실효성을 강화하고 이행강제금제도를 폐지하는 것이다. 과징금 부과 기준을 공시지가에서 실거래가로 변경하고,

부과율도 현행 100분의 30에서 100분의 50 범위까지 상향 조정하여 명의신탁의 경제적 유인을 제거해야 한다. 또한 이행강제금제도는 신탁자에게 실명등기 의무를 부과함으로써 신탁자가 여전히 부동산의 실질적 권리자라는 인식을 줄 수 있어 폐지하는 것이 바람직하다.

마지막으로 명의신탁 특례 규정(제8조)을 폐지하는 것이다. 종종, 부부간, 종교단체에 대한 특례는 부동산실명법 시행 초기의 과도기적 조치였으나, 현재는 그 필요성이 크게 감소했다. 이러한 특례는 법 적용의 형평성을 저해하고 탈법적 명의신탁의 통로로 악용될 소지가 있으므로 폐지하되, 기존 특례 대상자들에게는 적절한 경과 규정을 두어 법적 안정성을 보장할 필요가 있다.

결론적으로 부동산실명법의 입법 목적인 반사회적 명의신탁의 근절을 위해서는 명의신탁자에게 경제적 이익이 귀속되는 것을 전면적으로 차단하는 방향으로 법 해석과 개정이 이루어져야 한다. 이를 통해 명의신탁을 시도할 동인을 원천적으로 제거함으로써 부동산 거래의 정상화와 부동산 가격의 안정을 도모하고, 궁극적으로 국민경제의 건전한 발전에 이바지할 수 있을 것이다.

## 참고문헌

### 1. 단행본

- 곽윤직, 채권각론 제6판(중판), 박영사, 2018.  
 곽윤직/김재형, 물권법 제9판, 박영사, 2024.  
 김준호, 민법강의 제28판, 법문사, 2022.  
 이영준, 물권법 전정신판, 박영사, 2009.  
 이은영, 채권각론 제5판, 박영사, 2007.  
 지원림, 민법강의 제21판, 홍문사, 2024.  
 편집대표 김용덕, 주석민법: 채권각칙5 제5판, 한국사법행정학회, 2022.

### 2. 학술지

- 강봉석, “명의신탁에 관한 연구 -계약명의신탁에서 부당이득의 반환문제”,  
 홍익법학 제15권 제1호, 홍익대학교 법학연구소, 2014, 147-170쪽.  
 권오상, “부동산실명법을 위반한 등기명의신탁의 사법적 효력”, 법학논  
 고 제70집, 경북대학교 법학연구원, 2020, 187-210쪽.  
 권용우, “금지된 명의신탁과 부동산소유권의 귀속”, 법학논총 제30권  
 제2호, 단국대학교 법학연구소, 2006, 141-179쪽.  
 김덕중, “명의신탁약정과 불법원인급여”, 원광법학 제36권 제3호, 원광  
 대학교 법학연구소, 2020, 105-130쪽.  
 김미리, “간접대리명의신탁(이른바 계약명의신탁)의 명의신탁자와 명  
 의수탁자간 부당이득 반환관계”, 법조 제53권 제2호, 법조협회,  
 2004, 172-213쪽.  
 김상용, “무효인 명의신탁에 있어서의 부당이득반환청구권의 인정여  
 부”, 고시계 제51권 제12호, 고시계사, 2006, 18-27쪽.  
 김영희, “양자간 부동산소유권 등기명의신탁에 관하여”, 토지법학 제40  
 권 제2호, 한국토지법학회, 2024, 273-363쪽.

- \_\_\_\_\_, “명의신탁 반론”, 비교사법 제32권 제1호, 한국사법학회, 2025, 159-226쪽.
- 박동진, “부동산실권리자명의등기에 관한 법률’에 의거한 부동산명의 신탁제도의 검토와 동 법률의 해석”, 연세법학연구 제6권 제1호, 연세대학교 연세법학연구회, 1999, 281-313쪽.
- 박신욱, “3자간 등기명의신탁에서 명의수탁자의 처분행위에 따른 부당 이득반환청구권의 주체”, 재산법연구 제39권 제2호, 한국재산법학회, 2022, 221-241쪽.
- 박재완, “부동산실명법에 대한 입법론적 고찰”, 법과정책연구 제13권 제1호, 한국법정정책학회, 2013, 237-264쪽.
- 송오식, “3자간 등기명의신탁과 불법원인급여 해당 여부”, 재산법연구 제36권 제1호, 한국재산법학회, 2019, 55-83쪽.
- 안병하, “불법원인급여의 체계적 이해 -송덕수, “불법원인급여”, 후암 광윤직 선생 고희기념 민법학논총 제2권, 박영사, 1995, 423-454면의 평석을 곁하여-”, 법학논집 제25권 제4호, 이화여자대학교 법학연구소, 2021, 199-230쪽.
- 양창수, “부동산실명법 제4조에 의한 명의신탁의 효력 -소위 등기명의신탁을 중심으로-”, 서울대학교 법학 제38권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 1997, 52-93쪽.
- 오시영, “부동산 명의신탁과 불법원인급여 성립 여부에 대한 고찰”, 동북아법연구 제10권 제2호, 전북대학교 동북아법연구소, 2016, 451-487쪽.
- 이계정, “삼자간 등기명의신탁에서 명의수탁자의 처분으로 인한 부당이득의 법률관계 -대법원 2021. 9. 9. 선고 2018다284233 전원합의체 판결-”, 법조 제71권 제2호, 법조협회, 2022, 281-316쪽.
- 이상근/진재인, “부동산실명법 시행 후의 명의신탁 법리”, 홍익법학 제22권 제2호, 홍익대학교 법학연구소, 2021, 225-256쪽.

- 이충훈, “부동산 명의신탁자의 부당이득반환청구권에 관한 비판적 검토 -대법원 판례를 중심으로-”, 중앙법학 제27집 제1호, 중앙법학회, 2025, 111-154쪽.
- 이혜리, “3자간 명의신탁에서 수탁자의 임의처분에 따른 책임 -대법원 2022. 6. 9. 선고 2020다208997 판결-”, 일감부동산법학 제26호, 건국대학교 법학연구소, 2023, 177-250쪽.
- 장병주, “3자간 명의신탁에서 명의수탁자의 신탁재산 처분에 따른 법적 책임”, 민사법의 이론과 실무 제25권 제2호, 민사법의 이론과 실무학회, 2022, 153-190쪽.
- 정문환, “3자간 등기명의신탁에서의 매매계약과 그에 따른 법률관계”, 법학평론 제13권, 서울대학교 법학평론 편집위원회, 2023, 399-450쪽.
- 정배근, “부동산 명의신탁 유형별 명의수탁자의 횡령죄 성립에 관한 검토”, 중앙법학 제23집 제4호, 중앙법학회, 2021, 81-101쪽.
- 정상현, “명의신탁약정의 효력과 신탁재산의 반환여부에 대한 법리 재검토”, 성균관법학 제19권 제1호, 성균관대학교 비교법연구소, 2007, 145-182쪽.
- 조충영, “명의신탁과 횡령죄에 관한 제 문제”, 법학연구 제61권 제3호, 부산대학교 법학연구소, 2020, 99-126쪽.
- 홍봉주, “이른바 3자간 등기명의신탁에 있어서 신탁부동산의 임의처분 시 민사법률관계와 범죄성립 여부”, 일감법학 제36호, 건국대학교 법학연구소, 2017, 95-121쪽.

### 3. 보고서

- 박재완, 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률의 문제점 및 개선안 연구, 2012년도 법무부 연구용역 과제보고서, 한양대학교 법학연구소, 2012.

[ Abstract ]

**A Review on the Interpretation and  
Revision of the Act on Registration of Real  
Estate under Actual Titleholder's Name**  
—From the Point of View of Eradication  
of Title Trust or Total Prohibition—

Kwon, Ohsang\*

Real estate trusts originated as a means of protecting property during the Japanese colonial period but have since been exploited for antisocial purposes such as speculation, tax evasion, and avoiding compulsory execution. Even after the enactment of the ACT on Registration of Real Estate under Actual Titleholder's Name, name-based trusts persist. This is largely because the Supreme Court, while recognizing their illegality, has allowed trustees to reclaim ownership or proceeds, effectively permitting their economic recovery.

To address this, two approaches are needed. First, courts should actively apply the doctrine of unjust enrichment based on an illegal cause (Civil Code Article 746) to block restitution claims by trustees. Second, if judicial change is difficult, legislative reform must prevent trustees from recovering any economic benefit.

---

\* Associate Professor, Chonam National University Law School, Lawyer

Key proposed amendments to the Act include: Clearly stating that trustees may not assert any claims, such as ownership transfer. Changing penalty calculations to use actual transaction prices and raising the rate to 50% to deter trusts. Repealing Article 8, which allows exceptions for spouses, family associations, and religious organizations, as it creates loopholes.

Ultimately, the goal of the Act is to eliminate antisocial real estate transactions through name-based trusts. This requires both legal interpretation and legislative reform to fully block economic returns to trustees, ensuring transparency and reducing speculative demand.

**[Key Words]** ACT on Registration of Real Estate under Actual Titleholder's Name, Claim for Unjust Enrichment, Economic Benefits of Claims, Prohibition of Restitution Claims, Administrative Penalties, Abolition of Special Exceptions