

## 부동산명의신탁의 유형에 따른 처분행위와 사해행위

—대법원 2013. 9. 12. 선고 2011다89903판결을 중심으로—

### The Act of Disposition and Fraudulent Act under the Type of Title Registration by a Third Party's Name Focusing the Supreme Court Sentenced Ruling on September 12, 2013 2011DA89903

김 현 선\*

Kim, Hyeon-Son

#### 목 차

|                          |                         |
|--------------------------|-------------------------|
| [사실관계 및 소송의 경과]          | III. 부동산실명법상 명의신탁법리와 사해 |
| [연구]                     | 행위 법리가 동시에 발생한 경우 충돌    |
| I. 문제의 제기                | 문제                      |
| II. 부동산명의신탁 후 처분행위에 따른 법 | IV. 이 사건 대상판결의 검토       |
| 률관계                      | V. 결 론                  |

부동산명의신탁 또는 사해행위 중 어느 하나의 법률행위만 있는 경우라면 각각 법리에 비추어 판단해도 좋을 것이지만, 그렇지 않아도 복잡한 명의신탁과 사해행위취소 법리에 비추어 두 개의 법률행위가 함께 일어난다면 법조인의 입장에서 골머리를 앓을 수밖에 없다고 토로하는 것을 보면, 간단한 문제로 보여지지 않는다. 더구나 강제집행을 면하기 위해 채무자의 재산은닉과 처분은 점차 고도화되어 가고 있는 실정이고, 그에 맞서 채권자의 사전적 법적조치 또한 신속하게 이루어지는 등 두 사람간의 다툼은 그야말로 첨예가경이다.

투고일 : 2015. 12. 31. / 심사외일 : 2016. 1. 26. / 게재확정일 : 2016. 2. 12.

\* 한국표준협회 전문위원, 법학박사.

Expert Advisor for the Korea Standards Association (Professor)

위 두 법리가 충돌한 경우 전형적인 이익충돌로 어느 견해를 선택하는 것이 법체계에 더 부합하느냐에 관한 문제이기 때문에 그 해결방법에 있어서 어느 방법을 취하든 비판은 감내해야 한다. 더구나 이에 대한 상세한 국내문헌이 존재하지 않은 바, 필자는 부동산명의신탁 이후 사해행위가 발생한 경우 ‘부동산실명법 자체로 해결하는 방법’과 ‘부동산명의신탁법리와 사해행위 법리의 혼용으로 해결하는 방법’ 두 가지를 제안하고, 이 사건 대상판결과 달리 전자의 방법으로 해결하였다. 또한 부동산명의신탁 약정 자체가 사해행위가 되어 부동산명의신탁법리와 사해행위 법리가 동시에 발생한 경우도 위 두 가지 방법 이외 ‘사해행위법리 자체로 해결하는 방법’을 추가하여 문제를 해결하였다.

따라서 부동산을 명의신탁 한 경우 이를 금지하고 있는 부동산실명법 자체로도 완벽하게 해결하지 못하고 제도·정책상 기형적으로 문제를 해결하고 있는 상황에서 굳이 사해행위 법리까지 끌어들여 복잡한 양상까지 만들 필요는 없으므로 법적조치에 있어서 부동산실명법 자체로 해결하는 방법이 현행법령에 가장 적합한 해석이라 할 수 있다.

**[주제어]** 명의신탁, 부동산명의신탁, 부동산명의신탁과 사해행위, 부동산실명법, 사해행위, 채권자취소권

## [사실관계 및 소송의 경과]

### 1. 사실관계

(1) A는 이 사건 부동산을 취득하되 사위 B 명의로 소유권이전등기를 마치기로 하는 내용의 명의신탁약정을 위 B와 체결하고, 2004년 9월 16일 이 사건 부동산에 관하여 열린 서울서부지방법원 2003타경13150호 부동산임의경매절차에서 사위인 B 명의로 입찰에 참가하여 156,800,000원에 이 사건 부동산을 낙찰 받았는데, 낙찰대금 중 56,800,000원은 A 본인의 자금으로, 나머지 100,000,000원은 B 명의로 주식회사 신한은행으로부터 부동산담보대출을 받아 납부하였다.

(2) B는 2004년 9월 16일 이 사건 부동산에 관하여 서울서부지방법원 접수 제42593호로 같은 날 임의경매로 인한 매각을 원인으로 하여 소유권이전등기를 마쳤고, 같은 날 같은 법원 접수 제42594호로 채무자 B, 근저당권자 주식회사 신한은행, 채권최고액 120,000,000원으로 정하는 근저당권설정등기를 마쳤다.

(3) B는 위 경매절차에서 이 사건 명의신탁에 따라 취득한 이 사건 부동산에 관하여 2004년 12월 10일 A에게 소유권이전청구권가등기를 설정하여 주었는데, 그 등기원인은 ‘2004년 12월 3일자 매매예약’을 그 등기원인으로 기재하였고, 이 사건 명의신탁에 따라

A에게 처분권한을 위임하는 내용의 위임장, 인감증명을 비롯하여 소유권이전등기를 위하여 필요한 모든 서류를 교부하였다.

(4) B를 대리한 A는 2007년 4월 5일 매도인 B, 매수인 C, 매매대금 180,000,000원으로 정한 내용의 매매계약서를 작성하였는바, 특약사항에는 다음과 같은 내용이 기재되어 있었다.

“① 매도인(B)은 가등기(권리인 A)를 말소한다. ② 매수인(C)은 소유자(B)가 채무자로 된 주식회사 신한은행 일산지점의 은행융자금액을 인수한다. ③ 매수인(C)은 D 발행의 차용증에 대한 대물변제로 매수한다.”

(5) 이후 C는 서울서부지방법원 2007년 4월 10일 접수 제16881호로 이 사건 부동산에 대한 소유권이전등기를 마쳤는바, ‘2007년 4월 5일자 매매’를 그 등기원인으로 하였고, 같은 날 A 명의의 소유권이전청구권가등기는 ‘2007년 4월 5일자 해제’를 원인으로 하여 말소되었다.

(6) A의 채권자 서인천세무서는 B와 C를 상대로 사해행위취소 및 부당이득금반환청구의 소를 제기하였다.

## 2. 소송의 경과

### 2.1 제1심의 판단

D는 2007년경 B와 C를 상대로 인천지방법원 부천지원(2007가합6481)에 사해행위취소 및 부당이득금반환청구의 소를 제기하였다.<sup>1)</sup> 법원은 명의신탁자인 B가 A로부터 제공 받은 매매대금(56,800,000원)을 부당이득으로 반환할 의무는 인정되지만 B가 A의 지시에 따라 C에게 소유권을 이전해 준 것으로 위 금전채무이행에 갈음한 대물변제가 이루어졌고 이로써 부당이득반환채무가 소멸되었다는 이유로 2008년 7월 11일 D의 패소 판결을 하였다. D는 서울고등법원(2008나74491호)에 항소를 하였으나 2008년 12월 19일 ‘원고는 피고들에 대한 청구를 포기한다. 소송비용은 각자 부담하고 서로 상환을 청구하

#### 1) 청구취지

① 피고들 사이에 별지목록 기재 부동산에 관하여 2007.4.5. 체결된 매매계약을 취소하고, ② 피고 C는 피고 B에게 서울서부지방법원 2007.4.10. 접수 제16881호로 마친 소유권이전등기의 말소등기절차를 이행하라. 및 ③ A를 대위하여 피고 B는 원고에게 151,627,693원과 이에 대한 지연손해금을 지급하라는 내용이다.

지 않는다.’는 내용의 화해권고결정이 내려졌고, 원고의 이의신청 없이 화해권고결정이 확정되어 1심판결이 그대로 확정되었다.

D는 다시 인천지방법원 부천지원<sup>2)</sup>에 사해행위취소 및 부당이득금반환의 소를 제기하였다. 이 사건이 대상판결의 1심 사건이다.<sup>3)</sup> 따라서 이 사건 대상판결 1심은 전소에서 항소를 취하함으로써 사해행위취소청구권 일체를 포기한 것으로 봄이 상당하고, 또한 이 사건 소 중 부당이득금반환청구 부분은 이 사건 사해행위취소청구가 인용되지 않는 이상 전소 확정판결의 기판력에 저촉된다고 하여 원고의 패소판결을 하였다.

## 2.2 원심의 판단

원심은 이 사건 부동산에 관하여 체결된 A와 사위 B 사이의 명의신탁약정은 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률 제4조 제1항에 따라 무효가 되고 명의신탁자인 A는 이 사건 부동산의 소유권을 취득할 수 없으므로 B는 A에게 이 사건 부동산의 매수대금 156,800,000원 중 소외인으로부터 제공받은 56,800,000원을 반환할 의무를 부담하고 있었는데, B는 2007년 4월 5일 위 부당이득반환채무를 변제할 의사로 A에게 이 사건 부동산의 소유권이전등기에 필요한 인감증명 등의 서류 및 위임장을 교부함으로써 묵시적으로 이 사건 부동산의 소유권을 이전하기로 약정(이하 ‘제1대물변제계약’이라 한다)하였고, A는 C에게 170,000,000원의 약정금채무를 부담하고 있었는데, 그 변제에 갈음하여 A에게 이 사건 부동산에 대한 소유권을 이전하여 주기로 하는 내용의 대물변제계약(이하 ‘제2대물변제계약’이라 한다)을 체결하였으며, 제2대물변제계약의 이행을 위하여 제1대물변제계약에 의하여 B로부터 자신의 명의로 소유권이전등기를 한 다음 다시 C에게 소유권을 이전하는 과정을 축약·생략하여 B로부터 C에게 바로 소유권이전등기를 마쳐 주기로 B, C들과 순차로 약정하였다고 인정한 후, A는 제1대물변제계약에 따라 B에 대하여 이 사건 부동산에 관한 소유권이전등기청구권이 있었는데 C에 대한 위 약정금채

2) 인천지방법원 부천지원 2010. 2. 10. 선고 2009가단9982 판결.

3) 청구취지

1. A와 피고 C 및 피고 B 사이에 별지목록 기재 부동산에 관하여 각 2007.4.5. 체결된 대물변제계약을 각 취소한다.
2. 피고 C는 원고에게 별지목록 기재 부동산에 관하여 서울서부지방법원 2007.4.10. 접수 제16881호로 마친 소유권이전등기의 말소등기절차를 이행하라.
3. 피고 B는 원고에게 56,800,000원과 이에 대하여 2004.9.16.부터 이 사건 소장부분 송달일까지는 연 5%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

무의 변제에 갈음하여 C에게 위 소유권이전등기청구권을 양도함으로써 책임재산을 감소시키는 사해행위를 하였다고 판단하여 수익자인 C에 대하여 제2대물변제계약의 취소 및 원상회복으로 C 명의의 소유권이전등기의 말소를 명하였다.<sup>4)</sup>

한편, 전소 확정판결의 기판력에 저촉 되느냐에 대한 판단은 ‘사해행위취소대상이 되는 소송물은 2007년 4월 5일자 제1, 제2의 각 대물변제계약이라 할 것이고, 전소의 소송물은 2007년 4월 5일자 피고들 사이의 매매계약이라고 할 것인 바, 양 소송은 소송물을 달리할 뿐만 아니라 당사자를 달리하여 기판력이 미치지 아니한다.’라고 판단하였다.

### 3. 대법원의 판단

부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률 제4조 제1항, 제2항에 의하면 이른바 계약명의 신탁약정에 따라 수탁자가 당사자가 되어 명의신탁약정이 있다는 사실을 알지 못하는 소유자와 사이에 부동산에 관한 매매계약을 체결한 후 그 매매계약에 따라 수탁자 명의로 소유권이전등기를 마친 경우에는 신탁자와 수탁자 사이의 명의신탁약정의 무효에도 불구하고 수탁자는 당해 부동산의 완전한 소유권을 취득하게 되고, 다만 수탁자는 신탁자에 대하여 매수대금 상당의 부당이득반환의무를 부담하게 된다. 또한 신탁자와 수탁자 사이에 신탁자의 지시에 따라 부동산의 소유 명의를 이전하기로 약정하였더라도 이는 명의신탁약정이 유효함을 전제로 명의신탁 부동산 자체의 반환을 구하는 범주에 속하는 것에 해당하여 역시 무효이다. 그리고 이와 같이 신탁자가 수탁자에 대하여 부당이득반환채권만을 가지는 경우에는 그 부동산은 신탁자의 일반채권자들의 공동담보에 제공되는 책임재산이라고 볼 수 없고, 신탁자가 위 부동산에 관하여 제3자와 매매계약을 체결하는 등 신탁자가 실질적인 당사자가 되어 처분행위를 하고 소유권이전등기를 마쳐 주었다고 하더라도 그로써 신탁자의 책임재산에 감소를 초래한 것이라고 할 수 없으므로, 이를 들어 신탁자의 일반채권자들을 해하는 사해행위라고 할 수 없다.<sup>5)</sup>

한편, ‘제2 대물변제계약이 사해행위에 해당되어 취소된다고 하더라도 이는 전소확정판결의 기판력이 미치지 않는 표준시 이후에 생긴 법률관계에 해당한다고 할 수 없다’고 판단하였다.

4) 인천지방법원 2011. 9. 20. 선고 2010나4806 판결.

5) 대법원 2013. 9. 12. 선고 2011다89903 판결.

## [연 구]

## I. 문제의 제기

부동산명의신탁제도는 1995년 3월 30일 부동산실권리자 명의 등기에 관한 법률(이하 ‘부동산실명법’이라 한다)이 제정되기 이전에 판례로서 인정해 왔었다. 판례는 귀속재산 매매계약에 있어서 매수자명의를 다른 사람 명의로 신탁하고 수탁자가 그 소유권을 취득한 다음 그 소유권을 이전하기로 하는 취지의 계약은 특별사정이 없는 한 신탁당사자간에는 유효하다고 하였다.<sup>6)</sup> 그런데 부동산명의신탁은 실재에 있어서 부동산등기제도를 악용한 투기·탈세·탈법행위 등 반사회적 행위로 악용되어 그 피해가 상당하였다. 따라서 부동산에 관한 소유권과 그 밖의 물권을 실체적 권리관계와 일치하도록 부동산실명법을 제정하여 1995년 7월 1일부터 시행한 바, 실권리자 명의로 등기하게 함으로써 원칙적으로 명의신탁을 금지하였다. 다만, 예외적으로 부동산실명법 제8조<sup>7)</sup>는 종중의 명의신탁<sup>8)</sup> 및 배우자간의 명의신탁이 조세 포탈, 강제집행의 면탈 또는 법령상 제한의 회피를 목적으로 하지 아니하는 경우의 특례를 인정하여, 명의신탁약정 및 그에 따른 등기의 효력(동법 제4조), 과징금(동법 제5조), 이행강제금(동법 제6조), 벌칙(동법 제7조), 기존 명의신탁의 실명등기의무 위반의 효력(동법 제12조 제1항, 제2항)에 관한 부동산

---

6) 대법원 1966. 12. 20. 선고 66다1602 판결.

7) 부동산실명법 제8조(종중, 배우자 및 종교단체에 대한 특례)

다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우로서 조세 포탈, 강제집행의 면탈(免脫) 또는 법령상 제한의 회피를 목적으로 하지 아니하는 경우에는 제4조부터 제7조까지 및 제12조 제1항부터 제3항까지를 적용하지 아니한다.

1. 종중(宗中)이 보유한 부동산에 관한 물권을 종중(종중과 그 대표자를 같이 표시하여 등기한 경우를 포함한다) 외의 자의 명의로 등기한 경우
2. 배우자 명의로 부동산에 관한 물권을 등기한 경우
3. 종교단체의 명의로 그 산하 조직이 보유한 부동산에 관한 물권을 등기한 경우
- 8) 종중과 종중원 등 등기명의인 사이에 어떤 토지에 관한 명의신탁 여부가 다투어지는 사건에 있어서, 일단 그 토지에 관하여 등기명의인 앞으로 등기가 경료 될 당시 어느 정도의 유기적 조직을 가진 종중이 존재한 사실이 증명되고, 그 다음 그 토지가 종중의 소유로 된 과정이나 내용이 직접 증명된 경우는 물론, 등기명의인과 종중과의 관계, 등기명의인이 여럿이라면 그들 상호간의 관계, 등기명의인 앞으로 등기가 경료 된 경위, 시조를 중심으로 한 종중 분묘의 설치상태, 분묘수호와 봉제사의 실태, 그 토지의 규모와 관리상태, 그 토지에 대한 수익의 수령·지출관계, 제세공과금의 납부관계, 등기필증의 소지관계 등 여러 정황에 미루어 그 토지가 종중 소유라고 볼 수밖에 없는 상당한 자료가 있는 경우라면, 그 토지가 종중의 소유로서 등기명의인 앞으로 명의신탁 한 것이라고 인정할 수 있다(대법원 2000. 7. 6. 선고 99다11397 판결).

산실명법 규정의 적용을 배제하였다.<sup>9)</sup> 그런데, 부동산실명법이 시행되었음에도 여전히 조세 포탈, 강제집행의 면탈 또는 법령상 제한의 회피를 목적으로 이용되고 있는 바, 특히 부부간의 재산명의를 가장이혼과 결부되어 조세채권을 포탈하는 경우가 있을 수 있고, 더 나아가 이 사건의 대상판결과 같이 사해행위와 결부되어 복잡한 양상으로 전개 되고 있는 추세이다.

이처럼 동일한 부동산에 대하여 명의신탁과 사해행위 법률행위가 순차적 또는 동시에 발생한 경우 채권자 입장에서 사해행위 이유로 취소할 수 있는가? 채권자취소권은 사해행위로 이루어진 채무자의 재산처분행위를 취소하고 그 원상회복을 구하기 위한 권리로 서 사해행위에 의해 일탈된 채무자의 책임재산을 총채권자를 위하여 채무자에게 복귀시 키기 위한 것이다. 채권자취소권의 대상이 되는 채권자를 해하는 행위라 함은 ‘채무자가 재산권을 목적으로 한 법률행위’로서 그로 인하여 채무자의 소극재산이 적극재산을 초 과하게 되거나 채무초과 상태를 더 나빠지게 하는 행위를 의미하고, 채무자가 채권자를 해함을 알면서 법률행위를 할 것이 요구된다.<sup>10)</sup> 그렇다면 부동산명의신탁의 처분행위에 대해 사해행위가 성립하는지 여부는, 부동산명의신탁의 유형과 그 명의신탁법리에 따라 신탁재산의 소유권이 신탁자와 수탁자 중 누구에게 귀속하느냐에 따라 좌우된다. 특히, 부동산명의신탁약정 자체가 사해행위에 해당되면 채권자는 수익자 및 전득자를 상대로 소유권이전등기 말소를 구하고 매도인을 상대로 채무자를 대위하여 소유권이전등기절 차의 이행을 구할 수 있는 등 민법상 사해행위 법리가 적용되어, 두 법리가 불가피하게 충돌할 수밖에 없다. 따라서 이 사건의 대상판결이 계약명의신탁의 법리와 관계없이 실질적으로 신탁자가 소유권을 취득한 것과 같은 결과가 되었는데도, 대상판결은 명의 신탁법리에 치중한 나머지 신탁자의 처분행위를 취소하지 못하게 하여 일반채권자에게 재산적 불이익을 초래하고 신탁자를 보호하는 결과를 초래하였다<sup>11)</sup>는 비판이 있다. 또 한, 신탁자를 보호함으로써 탈법적으로 이용될 가능성도 있어 보인다는 주장도 있다.<sup>12)</sup>

위 두 법리가 충돌한 경우 전형적인 이익충돌로 어느 견해를 선택하는 것이 법체계에

9) 이와 같이 특례규정을 둔 것은 우리나라에서 부부 사이의 재산관리 관행상 배우자간의 명의신탁을 인정해 주어야 할 현실적 필요성과 이를 원칙적으로 금지하여 기존의 명의신탁을 해소하려 할 경우 그 과정에서 부부 사이의 분란과 사회적 혼란이 초래될 염려 등을 고려한 것이라고 한다(대법원 2012. 5. 24. 선고 2011두15718 판결).

10) 대법원 2012. 10. 25. 선고 2011다107375 판결.

11) 박재성, “부동산명의신탁과 사해행위”, 재판실무연구 2013, 광주지방법원, 2014.1, 153쪽.

12) 김선혜, “2013년 민사(물권법) 중요판례”, 인권과 정의 제440호, 대한변호사협회, 2014.3, 33쪽.

더 부합하느냐에 관한 문제이기 때문에 그 해결방법에 있어서 어느 방법을 취하든 비판은 감수해야 한다. 더구나 이와 관련된 해결방법에 대한 상세한 국내문헌이 존재하지 않은 바,<sup>13)</sup> 필자는 부동산명의신탁 이후 신탁자가 직접 자신의 명의 또는 수탁자의 명의로 제3자와 매매계약을 체결하는 등 신탁자가 실질적 당사자가 되어 법률행위를 하는 경우 신탁자의 채권자 입장에서의 법적조치를 두 가지 방법으로 제안하였다. 첫째, 부동산실명법 자체로 해결하는 방법이다(이하 ‘부동산실명법 자체로 해결하는 방법’이라 한다). 둘째, 신탁자가 수탁자 명의로 부동산을 신탁(이하 ‘1차 처분행위’라 한다)한 당시에는 신탁자가 채권자를 해하는 법률행위가 아니지만 그 후 신탁자가 실질적 당사자가 되어 제3자에게 처분한 경우(이하 ‘2차 처분행위’라 한다) 즉 신탁자의 채권자를 해하는 법률행위를 한 경우 1차적으로 부동산명의신탁법리로 소유권 귀속을 판단한 다음 소유권 귀속을 보유한 자를 기준으로 그 소유권을 보유한 자가 처분한 경우 그 소유권 보유자의 다른 채권자들에게 사해행위가 된다는 법리로 파악하여 해결하는 방법(이하 ‘부동산명의 신탁법리와 사해행위 법리의 혼용으로 해결하는 방법’이라고 한다)을 생각해 볼 수 있다.

신탁자의 채권자 입장에서는 전자의 경우 부동산실명법 자체로 해결하면 별 문제는 없으나, 후자의 경우 즉 1차 처분행위가 있는 후 2차 처분행위 시 채권자를 해하는 법률행위가 있다면 사해행위 법리를 생각하지 않을 수 없으므로 부동산실명법 자체로만 해결할 수 없는 문제가 있다. 후자의 방법으로 문제를 해결하는 것이 타당한지 여부와 타당하다면 채권자(신탁자의 채권자)의 경우 어느 법리로 법적조치를 해야만 더 유리한지 검토해 볼 필요성이 있다. 이 사건 대상판결은 후자의 방법으로 해결하였다.

따라서 이 장에서는 후자의 경우가 가능하다는 전제하에서 부동산명의신탁 유형에 따라 ‘부동산실명법 자체로 해결하는 방법’과 ‘부동산명의신탁법리와 사해행위 법리의 혼용으로 해결하는 방법’을 비교하여 살펴보기로 한다. 한편, 부동산명의신탁 약정 자체가 사해행위가 되어 부동산명의신탁법리와 사해행위 법리가 동시에 발생한 경우도 이

13) 박재성, 앞의 논문은 이 사건 대상판결을 다루었으나 해결방법을 제시하지 않았고, 이준현의 논문도 이 사건 대상판결에 대해 평석을 하였으나 판결의 고도 논리적 완결성에 대해 칭찬하면서 결과의 부당성을 지적하고, 선행된 두 판례에 반하므로 위 선행된 판례의 연장선에서 문제를 해결한다고만 주장하였다. 이준현, “계약명의신탁에 있어서 신탁자가 수탁자 명의의 부동산을 제3자에게 처분한 행위와 채권자취소권- 대법원 2013.9.12. 선고 2011다89903 판결의 검토-”, 동아법학 제66호, 동아대학교 법학연구소, 2015, 531-555쪽. 다음 논문들도 명의신탁과 사해행위 성립 여부만 간략하게 다루었을 뿐 그 해결방법을 제시하지 않았다: 성봉경, “명의신탁부동산의 처분과 사해행위”, 명지법학 제5호, 명지대학교 법학연구소, 2006, 79-96쪽; 정근규, “부부간 명의신탁해지의 사해행위성 유무”, 송무자료집 제11집, 서울고등검찰청, 2008, 55-70쪽; 진상훈, “부동산신탁의 유형별 사해행위 판단방법”, 민사집행법연구 제4권, 한국민사집행법학회, 2008. 2, 312-360쪽.



대상판결의 직접적인 문제는 아니지만 위 두 가지 방법 이외 ‘사해행위법리 자체로 해결하는 방법’을 추가하여 문제를 해결하고자 한다.

## II. 부동산명의신탁 후 처분행위에 따른 법률관계

### 1. 양자 간 명의신탁

#### 1.1 의 의

양자 간 또는 2자간 명의신탁이란 신탁자 소유의 부동산을 수탁자 명의로 하는 명의신탁약정을 맺고 소유권이전등기를 하는 방식을 말한다. 이러한 방식은 원칙적으로 부동산실명법에 의하여 명의신탁 약정과 이에 따라 행하여진 수탁자 명의 등기에 의한 부동산물권변동도 무효(동법 제4조 제1항, 제2항 본문)이므로, 수탁자 명의의 부동산 소유권은 여전히 신탁자에게 보유되어 있다. 수탁자가 반환을 거부한 경우 방법은 신탁자가 수탁자를 상대로 소유권에 기한 방해배제청구권을 행사하여 수탁자명의로의 등기의 말소 등기 또는 진정명의 회복을 원인으로 하는 소유권이전등기를 구할 수 있다.<sup>14)</sup> 그런데 수탁자 명의의 등기를 말소 할 수 있다고 하더라도 부동산실명법이 금지하는 명의신탁은 민법 제103조의 반사회질서의 법률행위에 해당되느냐에 따라 민법 제746조의 불법원인급여 여부로 소유권이 달라진다. 이에 대하여 다음과 같이 견해의 대립이 있다.<sup>15)</sup>

#### 1.2 부동산실명법 자체로 해결하는 방법

신탁자의 수탁자에 대한 부동산명의신탁(1차 처분행위) 이후 신탁자가 직접 자신의 명의 또는 수탁자의 명의로 제3자와 매매계약을 체결하는 등 신탁자가 실질적 당사자가

14) 대법원 2002. 9. 6. 선고 2002다35157 판결; 그런데 신탁자가 수탁자를 상대로 한 소유권이전등기말소청구소송에서 패소확정판결을 받은 경우에, 다시 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구의 소를 제기할 수 없다. 즉, 소유권이전등기말소청구소송에서 패소확정판결을 받았다면 그 기판력은 그 후 제기된 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구소송에도 미치므로 다시 진정명의회복을 위한 소유권이전등기청구소송을 제기할 수 없다는 것이다(대법원 2001. 9. 20. 선고 99다37894 전원합의체 판결).

15) 상세한 사항은 권용우, “금지된 명의신탁과 부동산소유권의 귀속”, 법학논총 제30권 제2호, 단국대학교 법학연구소, 2006, 152쪽 이하 참조.

되어 법률행위를 하는 경우(2차 처분행위) 부동산실명법 자체로 해결하는 방법으로 학설에 따라 다르다.

### 1.2.1 학 설

#### 1.2.1.1 불법원인급여긍정설

부동산실명법이 금지하는 명의신탁은 민법 제103조의 반사회질서의 법률행위에 해당되므로, 민법 제746조의 불법원인급여에 해당되어 부당이득반환청구권은 배제된다는 견해이다.<sup>16)</sup> 따라서 신탁자의 수탁자에 대한 1차 처분행위가 있는 경우 부동산소유권은 수탁자에게 귀속되어 신탁자는 수탁자 명의의 소유권이전등기의 말소를 청구할 수 없게 된다. 그 이유는 부당이득반환청구권이 인정된다면 명의신탁을 금지하여 부동산실명제를 정착시키고자 하는 부동산실명법의 목적과 취지를 살릴 수 없게 된다는 것이다.<sup>17)</sup>

마찬가지로 신탁자가 직접 자신의 명의 또는 수탁자의 명의로 제3자와 매매계약을 체결하는 등 신탁자가 실질적 당사자가 되어 법률행위를 하는 경우(2차 처분행위)에도 신탁자의 책임재산이 아니기 때문에 제3자에게 대항할 수 없다.

#### 1.2.1.2 불법원인급여부정설

부동산실명법이 금지하는 명의신탁으로 수탁자 명의로 경로 된 소유권이전등기는 실체관계가 부합하지 않는 원인무효의 등기로 이 경우 원인 없는 등기 명의도 법률상 원인 없는 재산상 이득으로 보아 등기이전을 부당이득으로 보고 신탁자는 수탁자 명의로 경로 된 소유권이전등기의 말소를 청구할 수 있다. 이 견해는 단순한 부동산실명법을 위반한 명의신탁 약정에 따른 소유권이전등기는 불법원인급여라고 볼 수 없다고 한다.<sup>18)</sup> 따라서 부동산소유권은 여전히 신탁자에게 귀속되어 신탁자는 수탁자 명의의 소

16) 재정경제원 편, 부동산실명법해설, 기획재정부, 1995.4, 34쪽; 김상용, 채권각론 하, 법문사, 1998, 65쪽; 박종두, “부동산명의신탁의 규제와 실명전환”, 수원지방변호사회지 7집, 수원지방변호사회, 1997.11, 46쪽; 이영준, 민법총칙, 박영사, 1993, 231쪽(법률행위가 실현하고자 하는 가치가 현행 법질서의 법적 확신이 실현하고자 하는 가치에 반하므로 당해 법률행위의 효력을 인정하면 법의 정신 및 임무에 부합하지 않게 되어 무효로 할 수 밖에 없는 경우, 이러한 법률행위는 선량한 풍속 기타 사회질서에 반한다는 것이다); 권용우, 앞의 논문, 157쪽; 이문호, “금융, 부동산실명법(제) 소고 - 대법원 2008다35828 전원합의체판결과 관련하여-”, 인권과 정의 395호, 대한변호사협회, 2009.7, 138쪽.

17) 박종두, 앞의 논문, 46쪽.

18) 양창수, “부동산실명법 제4조에 의한 명의신탁 효력-소위 등기명의신탁을 중심으로-”, 법학 제38권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 1997, 83쪽; 박동진, “부동산실명법 제4조에 의한 부동산명의신탁의 효력”, 저스티

유권이전등기의 말소를 청구할 수 있다는 견해이다.

이 견해에 의하면 신탁자가 수탁자에게 1차 처분행위가 있는 경우 신탁자의 채권자는 채권자대위권으로 신탁자 명의로 소유권이전등기가 가능하다. 또한 신탁자가 직접 자신의 명의 또는 수탁자의 명의로 제3자와 매매계약을 체결하는 등 신탁자가 실질적 당사자가 되어 법률행위를 하는 경우(2차 처분행위)도 신탁자의 채권자는 대위권 행사로 소유권이전등기가 가능하지만, 무효를 가지고 신탁자는 제3자(선의, 악의 불문<sup>19)</sup>)에게 대항하지 못하므로(부동산실명법 제4조 제3항) 신탁자의 채권자도 제3자에게 대항하지 못할 뿐이다. 만약 수탁자가 임의로 제3자에게 처분하였다면 신탁자는 수탁자를 상대로 불법행위를 이유로 손해배상을 청구할 수 있고, 수탁자가 수령한 매매대금과 이자를 부당이득으로 반환청구할 수 있으므로 신탁자의 채권자도 대위권 행사로 수탁자에게 부당이득 반환청구를 할 수 있을 것이다.

## 1.2.2 판례

판례는 부동산실명법 시행이전<sup>20)</sup>이든 이후이든<sup>21)</sup> 양자 간 명의신탁이 불법원인급여에 해당되지 않는다는 불법원인급여부정설을 취하고 있다. 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

스 제32권 제3호, 한국법학원, 1999.9, 71쪽, 권오창, “부동산명의신탁의 법률관계에 관한 시론 : 부동산실권리자명의 등기에 관한 법률의 시행과 관련하여”, 인권과 정의 제243권, 대한변호사협회, 1996.11, 69쪽; 목영준, “부동산실권리자명의등기에 관한 법률상 법률관계의 효력”, 인권과 정의 제261권, 대한변호사협회, 1998.5, 98쪽; 김미리, “부동산실권리자명의등기에 관한 법률 제4조에 의한 명의신탁의 사법적 규율”, 사법논집 제32집, 법원행정처, 2001, 744-745쪽; 최창열, “명의신탁부동산의 소유권귀속” 성균관법학 제17권 제3호, 성균관대학교법학연구소, 2005, 304쪽.

19) 대법원 1959. 1. 15. 선고 4290민상667 판결; 대법원 1963. 9. 19. 선고 63다388 판결; 대법원 2009. 3. 12. 선고 2008다36022 판결; 제3자는 선의이어야 한다는 견해 (곽윤직, 물권법, 박영사, 2005, 96쪽; 고상룡, 물권법, 법문사, 2001, 414쪽).

20) 대법원 1991. 3. 12. 선고 90다18524 판결; 대법원 1993. 5. 25. 선고 93다296 판결; 대법원 1993. 12. 10. 선고 93다12947 판결; 대법원 1994. 4. 15. 선고 93다61307 판결.

21) 대법원 1996. 12. 23. 선고 95다22436 판결; 대법원 2000. 3. 10. 선고 99다55069 판결; 대법원 2002. 9. 6. 선고 2002다35157 판결; 대법원 2003. 11. 27. 선고 2003다41722 판결.

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 없다고 하였다.<sup>22)</sup> 또한, 강행법규에 위반하여 명의신탁약정을 한 신탁자가 그 강행법규위반으로 무효가 되었다는 이유로 물건적 청구권을 행사하는 것이 신의칙에 위반되지 않는다고 하였다.<sup>23)</sup> 한편, 양자 간 등기명의신탁에서 명의수탁자가 신탁부동산을 처분하여 제3취득자가 유효하게 소유권을 취득하고 이로써 명의신탁자가 신탁부동산에 대한 소유권을 상실하였다면, 명의신탁자의 소유권에 기한 물건적 청구권, 즉 말소등기청구권이나 진정명의회복을 원인으로 한 이전등기청구권도 더 이상 그 존재 자체가 인정되지 않고, 그 후 명의수탁자가 우연히 신탁부동산의 소유권을 다시 취득하였다고 하더라도 명의신탁자가 신탁부동산의 소유권을 상실한 사실에는 변함이 없으므로, 여전히 물건적 청구권은 그 존재 자체가 인정되지 않는다.<sup>24)</sup>

### 1.2.3 검토

부동산실명법에 위반된 명의신탁약정은 반사회질서의 법률행위로서 무효이며 이에 따른 등기도 민법상 불법원인급여에 해당되어 이미 등기가 마쳐진 경우 명의신탁자는 소유권을 주장할 수 없다는 하급심판결을 주목할 필요가 있다. 부동산실명법 제4조는 명의신탁약정을 무효로 하고 그에 따라 행하여진 등기에 의한 부동산에 관한 물건변동도 무효로 하고 있는바, 이는 민법 제103조에 규정된 반사회질서의 법률행위를 구체화한 것으로 효력규정이다. 그리고 반사회질서의 법률행위인 무효인 명의신탁약정에 따라 이루어진 등기는 민법 제746조에 정한 불법원인급여에 해당한다. 따라서 비록 명의신탁약정에 따라 행하여진 등기에 의한 부동산에 관한 물건변동이 무효라고 할지라도 이미 등기가 마쳐진 이상 그 반환을 구하는 의미의 등기말소 또는 이전등기 청구는 허용할

22) 대법원 2003. 11. 27. 선고 2003다41722 판결; 대법원 1994. 4. 15. 선고 93다61307 판결(양도소득세를 회피하기 위한 방법으로 자신 앞으로 소유권이전등기를 하지 아니하고 미등기인 채로 피고 관세청직장주택조합과 매매계약을 체결하였고, 또 그것이 투기의 목적으로 행하여진 것이라 하여 그것만으로 그 매매계약이 사회질서에 반하는 법률행위로서 무효로 된다고 할 수도 없다).

23) 대법원은 2002. 3. 15. 선고 2001다67126 판결.

24) 대법원 2013. 2. 28. 선고 2010다89814 판결.

수 없다고 판시하였다.<sup>25)</sup> 또한 하급심<sup>26)</sup>에서 불법적 목적의 소유권이전에 대해 명의회복을 요구할 수 없다며 원고 패소 판결을 내렸는바, 위 하급심 판결은 “대법원은 강제집행을 면할 목적으로 부동산 명의를 신탁하는 경우는 불법원인급여가 아니고, 양도소득세 회피방법으로 명의신탁 한 것이라도 무효라고 할 수 없다는 견해를 적용하고 있다”며 판례의 문제점을 지적하며, “정부가 법원에 의해 유지된 명의신탁제도를 폐지하기 위해 도입한 부동산실명제가 시행 10년이 넘어가지만 대법원은 명의신탁의 유효성에만 집착해 신탁자의 재산을 보호하는 입장을 취하고 있다”고 비판했다.

생각건대, 명의신탁약정은 부동산실명법 제4조 제1항에 따라 무효이고, 그에 따라 그와 함께 체결된 위임계약도 무효이지만, 이는 실권리자 명의의 등기를 강제하기 위하여 사회정책적 필요에 따라 법률이 그 효력을 부인한 것일 뿐, 위 명의신탁약정 및 위임계약이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반되기 때문이 아니다. 또한, 판례가 밝혔듯이 부당이득의 반환청구가 금지되는 사유로 민법 제746조가 규정하는 불법원인이라 함은 그 원인되는 행위가 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하는 경우를 말하는 것으로서, 법률의 금지에 위반하는 경우라 할지라도 그것이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하지 않는 경우에는 이에 해당하지 않으며,<sup>27)</sup> 부동산실명법의 궁극적인 목적은 정책적 취지에서 실권리자의 명의로 등기되기를 바라는 것이고,<sup>28)</sup> 신탁자의 반환청구를 부정한다면 불법원인에 가담한 수탁자에게 부당이득을 허용하는 것이 되어 정의의 관념에 맞지 않으므로<sup>29)</sup> 실권리자에의 등기회복을 인정하는 불법원인급여부정설이 타당하다.

### 1.3 부동산명의신탁법리와 사해행위 법리의 혼용으로 해결하는 방법

신탁자가 수탁자 명의로 부동산을 신탁(1차 처분행위)한 당시에는 신탁자가 채권자를 해하는 법률행위가 아니지만 그 후 신탁자의 채권자를 해하는 법률행위를 한 경우(2차 처분행위) 1차적으로 부동산명의신탁법리로 소유권 귀속을 판단한 다음 소유권 귀속을 보유한 자를 기준으로 그 소유권을 보유한 자가 처분한 경우 그 소유권 보유자의 다른 채권자들에게 사해행위가 된다는 법리로 파악하여 해결하는 방법으로 학설에 따라 다르다.

25) 서울중앙지방법원 2003. 11. 28. 선고 2003가합49028 판결.

26) 서울서부지방법원 2006. 6. 9. 선고 2005가단2182 판결.

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

28) 이은영, 물권법, 박영사, 2003, 275쪽.

29) 이은영, 위의 책, 275쪽; 양창수, 앞의 논문, 83쪽.

### 1.3.1 학 설

#### 1.3.1.1 불법원인급여긍정설

신탁자의 수탁자에 대한 1차 처분행위만 있는 경우 수탁자의 소유이므로 신탁자의 채권자는 채권자대위권으로 신탁자 명의로 소유권이전등기를 할 수 없다. 또한 부동산 소유권은 수탁자에 귀속되어 채무초과 상태에 있는 신탁자가 직접 자신의 명의 또는 수탁자의 명의로 제3자와 매매계약을 체결하는 등 신탁자가 실질적 당사자가 되어 법률 행위를 하는 경우(2차 처분행위) 신탁자의 일반채권자들의 공동담보에 공하여지는 책임 재산이라고 볼 수 없어 사해행위가 되지 않는다. 반면에 수탁자가 신탁자에게 소유권이전등기를 경료해 주거나 제3자에게 처분하면 수탁자의 책임재산이므로 수탁자의 일반채권자들에게는 사해행위가 된다는 가정을 할 수 있다.<sup>30)</sup>

#### 1.3.1.2 불법원인급여부정설

신탁자의 수탁자에 대한 1차 처분행위만 있는 경우 신탁자의 소유이므로 신탁자의 채권자는 채권자대위권으로 신탁자 명의로 소유권이전등기를 할 수 있다. 또한 부동산 소유권은 신탁자에 귀속되어 채무초과 상태에 있는 신탁자가 직접 자신의 명의 또는 수탁자의 명의로 제3자와 매매계약을 체결하는 등 신탁자가 실질적 당사자가 되어 법률 행위를 하는 경우(2차 처분행위) 신탁자의 일반채권자들의 공동담보에 공하여지는 책임 재산이므로 사해행위가 된다. 따라서 제3자가 악의인 경우 신탁자의 채권자는 신탁자와 제3자와의 매매계약을 취소하고 순차적으로 제3자에게 소유권이전등기 말소, 수탁자에게 신탁자 명의로 소유권이전등기를 할 수 있다. 제3자가 선의인 경우는 신탁자의 채권자는 선의의 제3자에 대항할 수 없다(민법 제406조 제1항 후단). 다만, 2차 처분행위 시 명의신탁으로 신탁자가 수탁자에게 가지는 매매대금 상당의 부당이득금반환청구가 가능한지 여부에 대한 다툼이 있을 수 있다(상세한 사항은 3.3.1.1항 참조). 만약, 수탁자가 신탁자에게 소유권이전등기를 경료해 주거나 제3자에게 처분하면 수탁자의 책임재산이 아니므로 수탁자의 일반채권자들에게는 사해행위가 되지 않는다는 가정을 할 수 있다.

### 1.3.2 판 례

“부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률의 시행 후에 부동산의 소유자가 등기명의를

30) 대법원 2007. 12. 27. 선고 2005다54104 판결도 같은 논리이다.

수탁자에게 이전하는 이른바 양자 간 명의신탁의 경우 명의신탁약정에 의하여 이루어진 수탁자 명의의 소유권이전등기는 원인무효로서 말소되어야 하고, 부동산은 여전히 신탁자의 소유로서 신탁자의 일반채권자들의 공동담보에 제공되는 책임재산이 된다. 따라서 신탁자의 일반채권자들의 공동담보에 제공되는 책임재산인 신탁부동산에 관하여 채무자인 신탁자가 직접 자신의 명의 또는 수탁자의 명의로 제3자와 매매계약을 체결하는 등 신탁자가 실질적 당사자가 되어 법률행위를 하는 경우 이로 인하여 신탁자의 소극재산이 적극재산을 초과하게 되거나 채무초과상태가 더 나빠지게 되고 신탁자도 그러한 사실을 인식하고 있었다면 이러한 신탁자의 법률행위는 신탁자의 일반채권자들을 해하는 행위로서 사해행위에 해당한다.”라고 하여 불법원인급여부정설을 취하고 있다.<sup>31)</sup>

반면, 수탁자의 입장에서 부동산의 실제 소유자인 명의신탁자가 명의수탁자로부터 그 등기를 회복하는 과정에서 그 중간단계로 명의신탁의 양 당사자들과 그 부동산에 관한 가등기권자가 모두 합의한 바에 따라 그 가등기에 기한 본등기를 경로한 경우, 명의수탁자가 명의신탁자에 대한 반환의무의 이행의 한 방법으로서 그것이 사해행위를 구성하는 것은 아니다.<sup>32)</sup> 수탁자는 무권리자이므로 수탁자가 신탁자에게 소유권이전등기를 경로해 주거나 수탁자 명의의 소유권이전등기말소등기절차를 이행하는 행위는 권리관계에 부합하는 것으로 사해행위에 해당되지 않는다는 것이다.

### 1.3.3 검토

소유권의 귀속관계에서 다수설과 판례인 불법원인급여부정설에 의하면 신탁자가 실질적 당사자가 되어 제3자와 매매계약을 체결하고 소유권이전등기를 마친 경우(2차 처분행위) 사해행위가 성립된다. 이때 제3자가 악의인 경우 신탁자의 채권자는 신탁자와 제3자 간의 매매계약을 취소하고 순차적으로 제3자에게 소유권이전등기 말소, 수탁자에게 신탁자 명의로 소유권이전등기를 할 수 있다.

문제는 제3자가 선의인 경우 신탁자의 채권자는 제3자에게 대항할 수 없지만(민법 제406조 제1항 후단) 수탁자에게 부당이득금반환을 청구할 수 있는가 여부이다. 왜냐하면, 1차 처분행위시 명의신탁으로 수탁자는 신탁자에게 소유권이전등기를 해 주어야 할 의무가 있는데, 신탁자의 요구로 제3자에게 소유권이전등기를 마쳐 주었기 때문이다.

31) 대법원 2012. 10. 25. 선고 2011다107382 판결(이 경우 사해행위취소의 대상은 신탁자와 제3자 사이의 법률행위가 될 것이고, 원상회복은 제3자가 수탁자에게 말소등기절차를 이행하는 방법에 의한다.); 대법원 2012. 8. 23. 선고 2012다45184 판결; 대법원 2000. 3. 10. 선고 99다55069 판결.

32) 대법원 1996. 9. 20. 선고 95다1965 판결; 대법원 2007. 12. 27. 선고 2005다54104 판결.

수탁자가 임의로 처분한 경우에는 신탁자는 수탁자에게 부당이득금반환을 청구할 수 있지만 신탁자가 실질적 당사자가 되어 제3자와 매매계약을 체결하고 소유권이전등기를 마친 경우에는 달라진다(상세한 사항은 3.3.1.1.항 참조).

#### 1.4 법적조치의 비교

부동산실명법 자체로 해결하는 방법과 부동산명의신탁법리와 사해행위 법리의 혼용으로 해결하는 방법에 의하면 신탁자의 수탁자에 대한 1차 처분행위의 경우는 불법원인급여부정설에 의하면 같다. 다만, 2차 처분행위의 경우 부동산실명법 자체로 해결하는 방법은 제3자의 선의·악의를 불문하고 신탁자의 채권자는 대항할 수 없는 반면 부동산명의신탁법리와 사해행위 법리의 혼용으로 해결하는 방법은 사해행위 성립여부와 사해행위가 성립된다면 제3자의 선의·악의에 따라 다르다.

### 2. 3자간 명의신탁

#### 2.1 의 의

‘3자간 명의신탁’ 또는 ‘중간생략등기형 명의신탁’이란 신탁자가 수탁자와 명의신탁 약정을 맺고 신탁자가 매매계약의 당사자가 되어 매도인과 매매계약을 체결하되 다만 등기를 매도인으로부터 수탁자 앞으로 직접 이전하는 방식을 말한다.<sup>33)</sup> 신탁자와 원소유자간의 매매계약은 유효하지만 신탁자와 수탁자간의 명의신탁 약정과 수탁자명의의 등기이전은 무효이다. 따라서 부동산실명법 하에서 부동산소유권은 원소유자에게 보유된다. 종전 명의신탁을 유효로 보았던 판례<sup>34)</sup>는 이 경우 신탁자가 부동산소유권을 보유하고 있었던 것으로 보았다.

#### 2.2 부동산실명법 자체로 해결하는 방법

신탁자의 수탁자에 대한 부동산명의신탁(1차 처분행위) 이후(2차 처분행위) 신탁자가

33) 대법원 2002. 2. 22. 선고 2001도6209 판결.

34) 대법원 1971. 3. 23. 선고 71다225 판결; 대법원 1982. 11. 23. 선고 81다372 판결.



직접 자신의 명의 또는 수탁자의 명의로 제3자와 매매계약을 체결하는 등 신탁자가 실질적 당사자가 되어 법률행위를 하는 경우 부동산실명법 자체로 해결하는 방법으로 학설에 따라 다르다.

## 2.2.1 학 설

### 2.2.1.1 명의신탁자소유권설

신탁자와 수탁자간의 명의신탁 약정과 수탁자명의로 등기이전은 무효이지만 신탁자와 원소유자간의 매매계약은 유효하므로 원소유자가 수탁자명의로 소유권이전등기를 말소하고 자기명의로 등기를 회복한 후 매수인 신탁자에게 소유권이전등기를 경료 함으로써 신탁자가 소유권을 취득하고, 만약 원소유자가 스스로 절차를 밟지 않으면 신탁자는 매도인에 대한 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 매도인을 대위하여 수탁자에 대하여 그 명의의 소유권이전등기의 말소 또는 매도인 앞으로의 이전등기를 구할 수 있고, 매도인에게는 위 매매계약을 원인으로 한 소유권이전등기를 구할 수 있다는 견해이다.<sup>35)</sup>

이 견해에 의하면 신탁자가 수탁자에게 1차 처분행위가 있는 경우 신탁자의 채권자는 채권자대위권으로 명의수탁자에게는 소유권이전등기말소를 구하고 매도인에게는 신탁자 명의로 소유권이전등기가 가능하다. 또한 신탁자가 직접 자신의 명의 또는 수탁자의 명의로 제3자와 매매계약을 체결하는 등 신탁자가 실질적 당사자가 되어 법률행위를 하는 경우(2차 처분행위)도 신탁자의 채권자는 순차로 신탁자 명의로 소유권이전등기가 가능하지만, 무효를 가지고 신탁자는 제3자(선의, 악의 불문)에게 대항하지 못하므로(부동산실명법 제4조 제3항) 신탁자의 채권자도 제3자에게 대항하지 못할 뿐이다. 한편, 수탁자가 임의로 처분한 경우 매도인의 명의신탁자에 대한 소유권이전등기의무는 이행불능으로 되고 그 결과 명의신탁자는 신탁부동산의 소유권을 이전받을 권리를 상실하는 손해를 입게 되는 반면, 명의수탁자는 신탁부동산의 처분대금을 취득하는 이익을 얻게 되므로, 불법행위책임으로 손해배상을 청구하거나, 또한 명의수탁자는 명의신탁자에게 받은 매매대금을 부당이득으로 반환할 의무가 있으므로,<sup>36)</sup> 신탁자의 채권자는 대위권을

35) 이은영, 앞의 책, 277쪽; 배병일, “명의신탁 등기”, 고시계 제480권, 국가고시학회, 1997.2, 65쪽; 권오창, 앞의 논문, 69쪽; 목영준, 앞의 논문, 99쪽; 백정현, “부동산실권리자 명의등기에 관한 법률의 문제점과 법률관계”, 재판과 판례 제6집, 대구판례연구회, 1997, 336쪽; 최창열, 앞의 논문, 307쪽.

36) 대법원 2011. 9. 8. 선고 2009다49193,49209 판결.

행사하여 명의수탁자에게 부당이득반환을 청구할 수 있을 것이다.

#### 2.2.1.2 명의수탁자소유권설

부동산실명법이 금지하는 명의신탁은 무효로 된다고 하더라도 수탁자 명의로 경료된 등기는 민법 제746조의 불법원인급여에 해당되어 원소유자는 수탁자에 대하여 소유권이전등기의 말소를 청구할 수 없다는 견해이다.<sup>37)</sup> 따라서 수탁자가 부동산 소유권을 보유하게 된다.

마찬가지로 신탁자가 수탁자에게 1차 처분행위를 한 경우 신탁자의 채권자는 신탁자를 대위하여 수탁자 명의의 소유권이전등기의 말소를 청구할 수 없고, 신탁자가 직접 자신의 명의 또는 수탁자의 명의로 제3자와 매매계약을 체결하는 등 신탁자가 실질적 당사자가 되어 법률행위를 하는 경우(2차 처분행위)에도 신탁자의 책임재산이 아니기 때문에 제3자에게 대항할 수 없다.

#### 2.2.1.3 원권리자소유권설

부동산실명법에 의하여 원소유자가 수탁자 명의로 이전등기 하는 것이 불가능하다면 당해 매매계약상의 채무는 계약체결 시부터 이행이 불가능한 것으로 되고, 따라서 채권 관계가 성립하지 않기 때문에 신탁자는 매도인에 대하여 목적부동산의 소유권이전등기를 청구할 수 없고, 매매대금에 대해서 민법 제741조의 부당이득반환으로 청구할 수 있다는 견해이다.<sup>38)</sup> 이 견해에 의하면 원소유자가 부동산 소유권을 보유하게 된다.

신탁자가 수탁자에게 1차 처분행위를 한 경우 신탁자의 채권자는 대위하여 수탁자 명의의 소유권이전등기의 말소를 청구할 수 없고, 신탁자가 직접 자신의 명의 또는 수탁자의 명의로 제3자와 매매계약을 체결하는 등 신탁자가 실질적 당사자가 되어 법률행위를 하는 경우(2차 처분행위)에도 신탁자의 책임재산이 아니기 때문에 제3자에게 대항할 수 없다.

### 2.2.2 판 례

부동산실명법 소정의 유예기간 경과에 의하여 기존 명의신탁 약정과 그에 의한 등기

37) 김상용, 앞의 책, 65쪽; 박종두, 앞의 논문, 47쪽; 권용우, 앞의 논문, 162-163쪽.

38) 박동진, 앞의 논문, 75쪽.

가 무효로 되면 명의신탁 부동산은 매도인 소유로 복귀하므로 매도인은 명의수탁자에게 무효인 명의수탁자 명의의 등기의 말소를 구할 수 있게 되고, 한편 같은 법은 매도인과 명의신탁자 사이의 매매계약의 효력을 부정하는 규정을 두고 있지 아니하여 위 유예기간 경과 후로도 매도인과 명의신탁자 사이의 매매계약은 여전히 유효하므로, 명의신탁자는 위 매매계약에 기한 매도인에 대한 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 매도인을 대위하여 명의수탁자에게 무효인 명의수탁자 명의의 등기의 말소를 구할 수 있다는 것이 판례<sup>39)</sup>의 태도로 이는 명의신탁자소유권설의 입장을 취하고 있다. 또한, 3자간 등기명의신탁에 있어 명의신탁등기가 부동산실명법 시행에 의하여 무효로 된 후에 명의수탁자가 임의로 신탁부동산을 처분한 경우, 매도인이 명의수탁자의 처분행위로 인하여 손해를 입었다고 볼 수 있는지 여부에 대해 판례는 매도인으로서 명의수탁자가 신탁부동산을 타에 처분하였다고 하더라도, 명의수탁자로부터 그 소유명의를 회복하기 전까지는 명의신탁자에 대하여 신의칙 내지 민법 제536조 제1항 본문의 규정에 의하여 이와 동시이행의 관계에 있는 매매대금 반환채무의 이행을 거절할 수 있고, 한편 명의신탁자의 소유권이전등기청구도 허용되지 아니하므로, 결국 매도인으로서 명의수탁자의 처분행위로 인하여 손해를 입은 바가 없다고 판시하였다.<sup>40)</sup>

### 2.2.3 검 토

계약의 타방 당사자가 명의신탁사실을 알았던 경우에는 신탁자와 수탁자간의 명의신탁약정은 법 제4조 제1항에 의해 무효이고, 수탁자 명의의 소유권이전등기도 제4조 제2항 본문에 따라 무효이다. 따라서 명의신탁자소유권설에 의하면 부동산실명법 제4조 제2항의 본문취지에 정면으로 반한다. 그러나 부동산실명법 입법취지가 명의신탁의 방법으로 부동산소유권취득을 금지하려는 것이지 실소유자의 소유권이전을 금지하려는 것이 아닌 점, 매도인과 신탁자 간의 매매계약의 효력에 관하여 별다른 규정이 없으므로 동 매매계약은 유효하므로 소유권귀속문제는 명의신탁자소유권설에 따라 해결하는 것이 타당하다.

39) 대법원 1999. 9. 17. 선고 99다21738 판결; 따라서 명의신탁자는 명의수탁자를 상대로 부당이득반환을 원인으로 한 소유권이전등기를 구할 수 없다(대법원 2008. 11. 27. 선고 2008다55290, 55306 판결).

40) 대법원 2002. 3. 15. 선고 2001다61654 판결.

### 2.3 부동산명의신탁법리와 사해행위 법리의 혼용으로 해결하는 방법

신탁자가 수탁자 명의로 부동산을 신탁(1차 처분행위)한 당시에는 신탁자가 채권자를 해하는 법률행위가 아니지만 그 후 신탁자의 채권자를 해하는 법률행위를 한 경우 1차적으로 부동산명의신탁법리로 소유권 귀속을 판단한 다음 소유권 귀속을 보유한 자를 기준으로 그 소유권을 보유한 자가 처분한 경우(2차 처분행위) 그 소유권 보유자의 다른 채권자들에게 사해행위가 된다는 법리로 파악하여 해결하는 방법으로 학설과 제3자의 선의·악의에 따라 다르다.

#### 2.3.1 학 설

##### 2.3.1.1 명의신탁자소유권설

신탁자가 수탁자에게 1차 처분행위를 한 경우 신탁자의 책임재산이므로 신탁자의 채권자는 채권자대위권으로 순차적 신탁자 명의로 소유권이전등기 가능하다. 또한 부동산 소유권은 신탁자에 귀속되어 채무초과 상태에 있는 신탁자가 직접 자신의 명의 또는 수탁자의 명의로 제3자와 매매계약을 체결하는 등 신탁자가 실질적 당사자가 되어 법률행위를 하는 경우(2차 처분행위) 신탁자의 일반채권자들의 공동담보에 공하여지는 책임재산<sup>41)</sup>이므로 사해행위가 된다. 제3자가 악의인 경우 신탁자의 채권자는 신탁자와 제3자와의 매매계약을 취소하고 순차적으로 제3자 및 수탁자에게 소유권이전등기 말소하고, 매도인에게 신탁자 명의로 소유권이전등기를 할 수 있고, 제3자가 선의인 경우 신탁자의 채권자는 선의의 제3자에 대항할 수 없다(민법 제406조 제1항 후단). 다만, 2차 처분행위 시 명의신탁으로 신탁자가 수탁자에게 가지는 매매대금 상당의 부당이득금반환청구가 가능한지 여부에 대한 다툼이 있을 수 있다(상세한 사항은 3.3.1.1항 참조). 문제는 신탁자의 채권자 입장에서 애초부터 등기부에 신탁자 명의로 등기된 바 없으므로 명의신탁 된 부동산을 찾아내기 어렵지만, 일단 신탁자가 계약의 당사자로 참여한 사실을 채권자들이 잘 알고 있고, 신탁자와 수탁자간의 관계, 신탁자의 채무초과 상태, 수탁자의 부동산구입 자력 등 제반사정에 비추어 판단할 때 추정해 볼 수 있다.

41) 신탁자는 수탁자에게 소유권이전등기청구권만을 갖게 되는 바, 위 소유권이전등기청구권을 신탁자인 채무자의 책임재산으로 볼 수 있는지 문제이지만 그 재산이 채권인 경우에는 그것이 용이하게 변제를 받을 수 있는 확실성이 있는 것인지 여부를 합리적으로 판정하여 그것이 긍정되는 경우에 한하여 적극재산에 포함시키므로(대법원 2001. 10. 2. 선고 2001다32533 판결) 신탁자가 그 부동산을 타인에게 처분한다면 사해행위가 성립할 수 있다고 한다(박재성, 앞의 논문, 159-160쪽 참조).

한편, 무권리자인 수탁자가 명의신탁 된 부동산을 처분하거나 신탁자에게 소유권이전 등기를 경료 하더라도 수탁자의 책임재산이 아니므로 수탁자의 일반채권자들에게는 사해행위가 되지 않는다고 가정할 수 있다.

### 2.3.1.2 명의수탁자소유권설

신탁자가 수탁자에게 1차 처분행위를 한 경우 수탁자의 책임재산이므로 신탁자의 채권자는 채권자대위권으로 순차적 신탁자 명의로 소유권이전등기가 불가능하다. 또한, 부동산 소유권은 수탁자에 귀속되어 채무초과 상태에 있는 신탁자가 직접 자신의 명의 또는 수탁자의 명의로 제3자와 매매계약을 체결하는 등 신탁자가 실질적 당사자가 되어 법률행위를 하는 경우(2차 처분행위) 신탁자의 일반채권자들의 공동담보에 공하여지는 책임재산이라고 볼 수 없기 때문에 사해행위가 되지 않고, 반면에 수탁자가 명의신탁 된 부동산을 처분하거나 신탁자에게 소유권이전등기를 경료해 주면 수탁자의 책임재산이므로 수탁자의 일반채권자들에게는 사해행위가 된다고 가정할 수 있다.

### 2.3.1.3 원권리자소유권설

신탁자가 수탁자에게 1차 처분행위를 한 경우 원소유자의 책임재산이므로 신탁자의 채권자는 채권자대위권으로 순차적 신탁자 명의로 소유권이전등기가 불가능하다. 또한, 부동산 소유권은 원소유자에 귀속되어 채무초과 상태에 있는 신탁자가 직접 자신의 명의 또는 수탁자의 명의로 제3자와 매매계약을 체결하는 등 신탁자가 실질적 당사자가 되어 법률행위를 하는 경우(2차 처분행위), 수탁자가 신탁자에게 소유권이전등기를 경료해 주면 신탁자 또는 수탁자의 일반채권자들의 공동담보에 공하여지는 책임재산이라고 볼 수 없기 때문에 사해행위가 되지 않는다고 가정할 수 있다.

## 2.3.2 판 례

신탁자가 처분했을 때 아직 우리 대법원 판례는 존재하지 않는다. 따라서 앞서 학설에 의해 도출할 수밖에 없다. 반면, 수탁자가 처분했을 때는 다음과 같은 판례가 존재한다. “채무자가 이른바 중간생략등기형 명의신탁 또는 3자간 명의신탁 약정에 따라 명의수탁자로서 부동산에 관하여 그 명의로 소유권이전등기를 마쳤다면 부동산실명법 제4조 제2항 본문이 적용되어 채무자 명의의 위 소유권이전등기는 무효이므로 위 부동산은

채무자의 소유가 아니기 때문에 이를 채무자의 일반 채권자들의 공동담보에 공하여지는 책임재산이라고 볼 수 없고, 채무자가 위 부동산에 관하여 제3자와 매매계약을 체결하고 그에게 소유권이전등기를 마쳐주었다 하더라도 그로써 채무자의 책임재산에 감소를 초래한 것이라고 할 수 없으므로 이를 들어 채무자의 일반 채권자들을 해하는 사해행위에 해당한다고 할 수 없다<sup>42)</sup>고 하였다.

## 2.4 법적조치의 비교

채무초과 상태에 있는 신탁자가 직접 자신의 명의 또는 수탁자의 명의로 제3자와 매매계약을 체결하는 등 신탁자가 실질적 당사자가 되어 법률행위를 하는 것으로 소유권의 귀속관계에서 다수설과 판례인 명의신탁자소유권설에 의할 경우 법적조치는 앞서 살펴본 양자간의 명의신탁 유형의 경우와 같다.

부동산실명법 자체로 해결하는 방법과 부동산명의신탁법리와 사해행위 법리의 혼용으로 해결하는 방법에 의하면 신탁자의 수탁자에 대한 1차 처분행위의 경우는 명의신탁자소유권설에 의하면 같다. 다만, 2차 처분행위의 경우 부동산실명법 자체로 해결하는 방법은 제3자의 선의·악의를 불문하고 신탁자의 채권자는 대항할 수 없는 반면 부동산 명의신탁법리와 사해행위 법리의 혼용으로 해결하는 방법은 사해행위 성립여부와 사해행위가 성립된다면 제3자의 선의·악의에 따라 다르다.

## 3. 계약명의신탁

### 3.1 의 의

명의신탁자와 명의수탁자가 이른바 계약명의신탁 약정을 맺고 명의수탁자가 당사자가 되어 명의신탁약정이 있다는 사실을 알지 못하는 소유자와의 사이에 부동산에 관한 매매계약을 체결한 후 매매계약에 따라 당해 부동산의 소유권이전등기를 수탁자 명의로 마친 경우를 말한다. 계약명의신탁은 명의신탁자와 명의수탁자 사이의 명의신탁약정의 무효에도 불구하고(부동산실명법 제4조 제1항), 원소유자가 명의신탁자와 명의수탁자

42) 대법원 2008. 9. 25. 선고 2008다41635 판결; 대법원 2007. 12. 27. 선고 2005다54104 판결; 대법원 2000.

3. 10. 선고 99다55069 판결.

사이의 명의신탁약정이 있다는 사실을 알지 못한 경우에는 물권변동은 유효로 하고 있다(동조 제2항 단서). 따라서 명의수탁자는 당해 부동산의 완전한 소유권을 취득하게 되고, 다만 명의수탁자는 명의신탁자에 대하여 부당이득반환의무를 부담하게 될 뿐이다. 그런데 계약명의신탁약정이 부동산실명법 시행 후에 이루어진 경우에는 명의신탁자는 애초부터 당해 부동산의 소유권을 취득할 수 없었으므로 위 명의신탁약정의 무효로 명의신탁자가 입은 손해는 당해 부동산 자체인지 아니면 명의수탁자에게 제공한 매수자 금인지 다툼이 있다.

### 3.2 부동산실명법 자체로 해결하는 방법

신탁자의 수탁자에 대한 부동산명의신탁(1차 처분행위) 이후(2차 처분행위) 신탁자가 직접 자신의 명의 또는 수탁자의 명의로 제3자와 매매계약을 체결하는 등 신탁자가 실질적 당사자가 되어 법률행위를 하는 경우 부동산실명법 자체로 해결하는 방법으로 학설에 따라 원소유자의 선의·악의에 따라 다르다.

#### 3.2.1 원소유자(매도인)의 선의

##### 3.2.1.1 명의신탁자소유권설

신탁자와 수탁자간의 명의신탁 약정은 무효이고, 수탁자는 자기명의로 계약을 체결하고 등기까지 하였으나, 내부적으로는 신탁자의 계산으로 부동산을 매수한 것에 불과하므로 수탁자에게 확정적으로 소유권을 귀속시킬 수 없어, 신탁자는 수탁자에 대한 부당이득반환청구로서 소유권이전등기를 청구할 수 있다는 견해이다.<sup>43)</sup>

이 견해에 의하면 신탁자가 수탁자에게 1차 처분행위가 있는 경우 신탁자의 채권자는 채권자대위권으로 순차적 신탁자 명의로 소유권이전등기가 가능하다. 또한 신탁자가 직접 자신의 명의 또는 수탁자의 명의로 제3자와 매매계약을 체결하는 등 신탁자가 실질적 당사자가 되어 법률행위를 하는 경우(2차 처분행위)도 신탁자의 채권자는 명의신탁약정이 무효가 된 이상 신탁자에 대한 관계에서 부동산자체도 부당이득이 되므로 대위권 행사로 소유권이전등기가 가능하지만, 부동산실명법 제4조 제3항에 의해 무효를 가지고 신탁자는 제3자(선의, 악의 불문)에게 대항하지 못하므로 신탁자의 채권자도

43) 이은영, 앞의 책, 278-279쪽; 배병일, 앞의 논문, 66쪽; 백정현, 앞의 논문, 342쪽; 박길성, “부동산실명법 시행 후의 명의신탁에 관한 소고”, 민사법연구 제9집, 대한민사법학회, 2001, 150쪽.

제3자에게 대항하지 못할 뿐이다. 다만, 2차 처분행위 시 명의신탁으로 신탁자가 수탁자에게 가지는 매매대금 상당의 부당이득금반환청구가 가능한지 여부에 대한 다툼이 있을 수 있다.

### 3.2.1.2 명의수탁자소유권설

신탁자와 수탁자 사이의 물권변동은 유효하고, 수탁자 명의로 경료 된 소유권이전등기도 유효하므로 수탁자가 확정적으로 부동산소유권을 취득하게 되어 신탁자에 대하여도 소유권을 주장할 수 있다는 견해이다.<sup>44)</sup> 이 견해에 의하면 수탁자의 소유권 취득은 부당이득이지만 신탁자는 그 부당이득반환으로 수탁자에게 소유권이전등기를 청구할 수 없다. 수탁자가 임의로 처분한 경우 수탁자의 처분은 적법한 것으로 신탁자는 수탁자를 상대로 불법행위 이유로 손해배상을 청구할 수 없다. 다만 신탁자는 수탁자에게 지급한 매매대금에 대해 부당이득반환청구권을 가진다.

만약 자의적으로 수탁자가 신탁자에게 소유권이전등기를 경료해 준 경우 그 등기의 효력은 어떻게 되는가. 이에 대하여 그 소유권이전의 원인이 없거나 무효이므로 수탁자는 신탁자에게 언제든지 그 반환을 청구할 수 있는데, 다만 수탁자가 그 채무 없음을 알면서 신탁자 앞으로 소유권이전등기를 마친 경우에는 민법 제742조의 비채변제의 법리에 따라 그 반환청구가 부인될 뿐이라는 견해<sup>45)</sup>와 수탁자가 신탁자 앞으로 자의로 소유권이전등기를 마쳐준 경우에 있어서 당사자들의 의사는 신탁부동산을 신탁자 앞으로 반환함으로써 당사자 사이의 명의신탁약정과 동 약정이 무효로 됨에 따라 발생한 법률문제를 종결시키려는 합의가 존재한다고 해석하는 것이 합리적일 것이고, 부동산실명법이 신탁자가 신탁재산을 찾아오는 것을 막으려는 입장에 서 있는 것은 아니라는 점 등을 고려하면 등기효력을 인정하는 것이 타당하다는 견해가 있다.<sup>46)</sup>

또한, 소유권이 수탁자에게 귀속된다면 명의신탁 약정으로 신탁자가 수탁자에게 지급한 매매대금은 부당이득에 해당되므로 이를 반환하여야 하는가하는 문제인데, 반환하여야 한다는 견해<sup>47)</sup>와 민법 제746조의 불법원인급여이고, 부동산실명법 취지에 비추어

44) 양창수, “부동산실명법의 사법적 규정에 의한 명의신탁 규율-소위 계약명의신탁을 중심으로-”, 민법연구 제5권, 박영사, 1999, 155-156쪽; 권오창, 앞의 논문(인권과 정의), 70쪽; 목영준, 앞의 논문, 101쪽; 최창열, 앞의 논문, 310-311쪽.

45) 양창수, “부동산실명법의 사법적 규정에 의한 명의신탁의 규율 : 소위 계약명의신탁을 중심으로”, 성곡논총 제28집 3권, 성곡학술문화재단, 1997, 371쪽.

46) 권오창, “계약명의신탁의 법률관계에 관한 고찰(하)”, 법조 제48권 제6호, 법조협회, 1999, 125쪽.



반환청구는 허용되지 않는다는 견해<sup>48)</sup>가 있다. 또한, 부당이득금으로 반환한다면<sup>49)</sup> 그 범위와 관련하여 부동산 자체인지 신탁자가 수탁자에게 지급한 매매대금인지 여부이다. 부동산실명법 이전에 명의신탁약정을 하고 같은 법 소정의 유예기간이 경과하여 명의수탁자가 부동산에 관한 완전한 소유권을 취득하였다면 당해 부동산 자체를 부당이득하였다고 보는 것이 타당하고, 부동산실명법 이후 명의신탁 약정을 한 경우에는 신탁자가 수탁자에게 지급한 매매대금이라고 보아야 한다.<sup>50)</sup>

이 견해에 의하면 신탁자가 수탁자에게 1차 처분행위가 있는 경우 신탁자의 채권자는 채권자대위권으로 순차적 신탁자 명의로 소유권이전등기를 할 수 없다. 또한 신탁자가 직접 자신의 명의 또는 수탁자의 명의로 제3자와 매매계약을 체결하는 등 신탁자가 실질적 당사자가 되어 법률행위를 하는 경우(2차 처분행위)도 신탁자의 책임재산이 아닐 뿐만 아니라 부동산실명법 제4조 제3항에 의해 그 무효를 가지고 신탁자는 제3자(선의, 약의 불문)에게 대항하지 못하므로, 신탁자의 채권자도 제3자에게 대항하지 못한다.

### 3.2.1.3 판 례

판례는 계약명의신탁약정이 부동산실명법 시행 후인 경우에는 명의신탁자는 애초부터 당해 부동산의 소유권을 취득할 수 없었으므로 위 명의신탁약정의 무효로 인하여 명의신탁자가 입은 손해는 당해 부동산 자체가 아니라 명의수탁자에게 제공한 매수자금이라 할 것이고, 따라서 명의수탁자는 당해 부동산 자체가 아니라 명의신탁자로부터 제공받은 매수자금을 부당이득 하였다고 하여 명의수탁자소유권설에 따르고 있다.<sup>51)</sup> 다만 부동산실명법 이전(부동산 자체 반환)과 이후(부당이득금 반환)를 나누어 문제를 해결하고 있다.

한편, 수탁자가 이를 임의로 처분하더라도 이는 법적으로 자기 소유의 부동산처분에 불과하다는 점에서 신탁자에 대한 민사적인 불법행위도 성립되지 않음은 물론이고, 형

47) 권오창, 앞의 논문(인권과 정의), 71쪽; 배병일, 앞의 논문, 66쪽; 박동진, 앞의 논문, 78쪽; 목영준, 앞의 논문, 101쪽.

48) 김상용, “부동산실명법 규정의 제모순점”, 고시계 제480권, 국가고시학회, 1997.2, 85쪽; 권용우, 앞의 논문, 169쪽.

49) 청구권 행사는 10년의 소멸시효에 해당하고, 신탁자가 해당 부동산을 점유 사용하더라도 시효진행에는 영향을 미치지 못한다(대법원 2009. 7. 9. 선고 2009다23313 판결).

50) 부동산 취득에 소요된 취득세, 등록세 상당액도 부당이득으로 인정하고 있다(대법원 2005. 1. 28. 선고 2002다66922 판결 등)

51) 대법원 2005. 1. 28. 선고 2002다66922 판결.

사적인 횡령, 배임죄의 처벌도 불가능하다. 즉, 수탁자는 처분한 부동산의 법적인 소유권을 가진다는 점에서 횡령죄의 대상이 되는 “타인의 재물을 보관하는 자”라고 볼 수 없고,<sup>52)</sup> 배임죄 역시도 수탁자는 신탁자에 대해 ‘타인의 사무를 처리하는 자’에 해당하지 않는다는 이유로 부정되고 있다.<sup>53)</sup>

### 3.2.2 원소유자(매도인)가 악의인 경우

원소유자가 신탁자와 수탁자간의 명의신탁약정 사실을 알고 있었다면 부동산실명법 제4조 제2항의 단서가 적용될 수 없고, 원소유자와 수탁자간의 매매계약은 무효이고, 수탁자 명의로 경료 된 소유권이전 등기는 원인무효의 등기가 되어 부동산소유권은 원소유자에게 그대로 귀속된다. 따라서 명의수탁자가 자신의 명의로 소유권이전등기를 마친 부동산을 제3자에게 처분하면 이는 매도인의 소유권 침해행위로서 불법행위가 된다. 그러나 명의수탁자로부터 매매대금을 수령한 상태의 소유자로서는 그 부동산에 관한 소유명의를 회복하기 전까지는 신의칙 내지 민법 제536조 제1항 본문의 규정에 의하여 명의수탁자에 대하여 이와 동시이행의 관계에 있는 매매대금 반환채무의 이행을 거절할 수 있는데, 이른바 계약명의신탁에서 명의수탁자의 제3자에 대한 처분행위가 유효하게 확정되어 소유자에 대한 소유명의 회복이 불가능한 이상, 소유자로서는 그와 동시이행관계에 있는 매매대금 반환채무를 이행할 여지가 없다. 또한 소유자인 매도인 으로서는 특별한 사정이 없는 한 명의수탁자의 처분행위로 인하여 어떠한 손해도 입은 바가 없으므로 손해배상을 청구할 수 없다.<sup>54)</sup> 결국 원고가 이른바 계약명의신탁에서의 악의의 매도인인지, 2자간 등기명의신탁에서의 신탁자인지에 따라 매도인의 손해배상 청구권 여부가 달라지는 것이다.

한편, 신탁자는 수탁자에 대하여 소유권이전등기를 청구할 수 없고, 원소유자의 관계에 있어서도 아무런 법률관계가 없으므로 목적부동산에 대한 소유권이전등기청구를 할 수 없다.<sup>55)</sup> 그런데 신탁자가 수탁자에게 지급한 매매대금을 반환 받을 수 있는가 문제이다. 신탁자가 매도인 상대로 부당이득으로 직접 청구할 수 있다는 견해<sup>56)</sup>와 불법

52) 대법원 2006. 9. 8. 선고 2005도9733 판결.

53) 대법원 2004. 4. 27. 선고 2003도6994 판결.

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

55) 신탁자가 매도인에게 직접 청구할 수 있다는 견해가 있다. 권오창, 앞의 논문(인권과 정의), 71쪽 각주 43); 배병일, 앞의 논문, 67쪽.

56) 권오창, 앞의 논문(인권과 정의), 71-72쪽; 배병일, 앞의 논문, 67쪽; 박동진, 앞의 논문, 81쪽.

원인급여로 청구할 수 없다는 견해<sup>57)</sup>가 있다.

### 3.2.3 검토

명의신탁자소유권설은 부동산실명법 시행이전에 명의신탁을 약정하고 부동산실명법 시행 후 유예기간이 경과하기 전까지는 명의신탁자는 언제라도 명의신탁약정을 해지하고 당해 부동산에 관한 소유권을 취득할 수 있기 때문에 가능하나, 현행 부동산실명법은 물권변동은 유효로 하기 때문에 적합하지 않고, 현행법령에 가장 적합한 해석을 할 수 있는 명의수탁자소유권설이 타당하지만 부동산실명법 이전(부동산 자체 반환)과 이후(부당이득금 반환)를 나누어 문제를 해결하는 판례의 태도가 적합하다.

## 3.3 부동산명의신탁법리와 사해행위 법리의 혼용으로 해결하는 방법

신탁자가 수탁자 명의로 부동산을 신탁(1차 처분행위)한 당시에는 신탁자가 채권자를 해하는 법률행위가 아니지만 그 후 신탁자의 채권자를 해하는 법률행위를 한 경우 1차적으로 부동산명의신탁법리로 소유권 귀속을 판단한 다음 소유권 귀속을 보유한 자를 기준으로 그 소유권을 보유한 자가 처분한 경우 그 소유권 보유자의 다른 채권자들에게 사해행위가 된다는 법리로 파악하여 해결하는 방법으로 학설과 원소유자 또는 제3자의 선의·악의에 따라 다르다.

### 3.3.1 원소유자(매도인)의 선의

#### 3.3.1.1 명의신탁자소유권설

신탁자가 수탁자에게 1차 처분행위를 한 경우 신탁자의 책임재산이므로 신탁자의 채권자는 채권자대위권으로 순차적 신탁자 명의로 소유권이전등기가 가능하다. 또한, 부동산 소유권은 신탁자에 귀속되어 채무초과 상태에 있는 신탁자가 직접 자신의 명의 또는 수탁자의 명의로 제3자와 매매계약을 체결하는 등 신탁자가 실질적 당사자가 되어 법률행위를 하는 경우(2차 처분행위) 신탁자의 일반채권자들의 공동담보에 공하여지는 책임재산이므로 사해행위가 된다. 제3자가 악의인 경우 신탁자의 채권자는 신탁자와 제3자와의 매매계약을 취소하고 순차적으로 신탁자 명의로 소유권이전등기 가능하고,

57) 권용우, 앞의 논문, 171쪽.

제3자가 선의인 경우 신탁자의 채권자는 신탁자와 제3자간의 매매계약을 취소하지 못한다. 문제는 제3자가 선의인 경우 신탁자의 채권자는 제3자에게 대항할 수 없지만(민법 제406조 제1항 후단) 수탁자에게 부당이득금반환을 청구할 수 있는가 여부이다. 왜냐하면, 1차 처분행위 시 명의신탁으로 수탁자는 신탁자에게 소유권이전등기를 해 주어야 할 의무가 있는데, 신탁자의 요구로 제3자에게 소유권이전등기를 마쳐 주었기 때문이다. 수탁자가 임의로 처분한 경우에는 신탁자는 수탁자에게 부당이득금반환을 청구할 수 있지만 신탁자가 실질적 당사자가 되어 제3자와 매매계약을 체결하고 소유권이전등기를 마친 경우에는 달라진다. 이에 대하여 국내 문헌이 존재하지 않으므로 이 사건 대법판결(1, 2, 3심)에 적시한 것을 근거로 필자가 두 가지 관점에서 다툼의 여지를 판단하고자 한다. 먼저 부당이득금반환을 할 수 없다는 관점으로 본다면 신탁자와 제3자간의 매매계약은 사해행위에 해당되어 취소되면 수탁자의 대물변제<sup>58)</sup>는 현실적 이행이 이루어지지 않는 결과가 되어 수탁자가 신탁자에게 지급하여야 할 당초의 부당이득금반환채무가 소멸되지 않았으므로 부당이득금반환청구가 가능하다고 할 수 있다(이 사건 대법판결의 원고의 주장). 반면, 부당이득금반환을 청구할 수 없다는 관점에서 보면 이는 수탁자가 신탁자의 지시에 따라 제3자에게 소유권이전등기를 해 주었기 때문에 부당이득금반환채무의 이행에 같은 것으로 보아 그 채무가 소멸하였기 때문이라고 할 수 있다. 또한 사해행위의 취소는 취소소송의 당사자 간에 상대적으로 취소의 효력이 있는 것으로 당사자 이외의 제3자는 다른 특별한 사정이 없는 이상 취소로 그 법률관계에 영향을 받지 않는 것이므로,<sup>59)</sup> 신탁자와 제3자 사이의 매매계약이 사해행위에 해당하여 취소된다고 하더라도 그 취소의 효력이 취소소송의 당사자가 아닌 수탁자에게 미친다고 할 수 없기 때문에 부당이득금반환청구를 할 수 없다고 할 수 있다(이 사건 대법판결의 태도). 생각건대, 부당이득금반환청구를 할 수 없다고 보는 것이 타당하다. 왜냐하면 사해행위의 목적부동산 등을 새로운 법률관계에 의하여 취득한 전득자 등은 민법 제406조 제1항 단서에 의하여 보호되므로, 사해행위의 취소에 상대적 효력만을 인정하는 것은 사해행위 취소채권자와 수익자 그리고 제3자의 이익을 조정하기 위한 것으로 그 취소의 효력이 미치지 아니하는 제3자의 범위를 사해행위를 기초로 목적부동산에 관하여 새롭게 법률행위를 한 그 목적부동산의 전득자 등만으로 한정할 것이 아니기 때문이다.<sup>60)</sup>

58) 계약명의신탁으로 수탁자가 신탁자에게 지급할 부당이득금반환을 신탁자의 요구에 의해 제3자에게 소유권이전등기를 해 주었기 때문에 수탁자는 대물변제를 한 셈이다.

59) 대법원 2009. 6. 11. 선고 2008다7109 판결.

60) 대법원 2005. 11. 10. 선고 2004다49532 판결.

한편, 수탁자가 명의신탁 된 부동산을 처분하거나 신탁자에게 소유권이전등기를 경료해 주면 수탁자의 책임재산이 아니므로 수탁자의 일반채권자들에게는 사해행위가 되지 않는다고 가정할 수 있다.

### 3.3.1.2 명의수탁자소유권설

신탁자가 수탁자에게 1차 처분행위를 한 경우 수탁자의 책임재산이므로 신탁자의 채권자는 채권자대위권으로 순차적 신탁자 명의로 소유권이전등기가 불가능하다. 또한, 부동산 소유권은 수탁자에 귀속되어 수탁자가 명의신탁 된 부동산을 처분하거나 신탁자에게 소유권이전등기를 경료해 주면 수탁자의 일반채권자들의 공동담보에 공하여지는 책임재산이므로 사해행위가 되고, 반면에 채무초과 상태에 있는 신탁자가 직접 자신의 명의 또는 수탁자의 명의로 제3자와 매매계약을 체결하는 등 신탁자가 실질적 당사자가 되어 법률행위를 하는 경우(2차 처분행위) 신탁자의 책임재산이 아니므로 신탁자의 일반채권자들에게는 사해행위가 되지 않는다고 가정할 수 있다.

### 3.3.1.3 판례

판례는 명의수탁자가 취득한 부동산은 채무자인 명의수탁자의 일반 채권자들의 공동담보에 제공되는 책임재산이 되고, 명의신탁자는 명의수탁자에 대한 관계에서 금전채권자 중 한 명에 지나지 않으므로, 명의수탁자의 재산이 채무의 전부를 변제하기에 부족한 경우 명의수탁자가 위 부동산을 명의신탁자 또는 그가 지정하는 자에게 양도하는 행위는 특별한 사정이 없는 한 수탁자의 다른 채권자의 이익을 해하는 것으로서 다른 채권자들에게 대한 관계에서 사해행위가 된다고 한다.<sup>61)</sup> 반면, 채무초과 상태에 있는 신탁자가 직접 자신의 명의 또는 수탁자의 명의로 제3자와 매매계약을 체결하는 등 신탁자가 실질적 당사자가 되어 법률행위를 하는 경우는 이 사건 대상판결과 같이 사해행위가 되지 않는다. 이 문제는 이 사건 대상판결의 검토에서 상세히 살펴보기로 한다.

61) 대법원 2008. 9. 25. 선고 2007다74874 판결; 대법원 2000. 3. 10. 선고 99다55069 판결; 대법원 2005. 1.

28. 선고 2002다66922 판결; 대법원 2007. 12. 27. 선고 2005다54104 판결.

### 3.3.2 원소유자(매도인)가 악의인 경우

#### 3.3.2.1 사해해위 성립 여부

수탁자는 소유권을 취득하지 못하므로 신탁자에게 처분하거나 제3자에게 처분하였다면 수탁자는 무권리자로서 그 재산이 수탁자의 채권자를 위한 책임재산이 되지 못하므로 수탁자의 행위가 수탁자의 채권자에 대하여 사해행위가 될 수 없을 것이다. 마찬가지로 신탁자가 수탁자로부터 소유권이전등기를 받고 이를 처분한 경우 신탁자 명의로 경료된 등기는 원칙적으로 무효의 등기로 신탁자의 채권자를 위한 책임재산이 되지 못하므로, 신탁자의 행위가 신탁자의 채권자에 대하여 사해행위가 될 수 없다고 가정할 수 있다.

#### 3.3.2.2 판 례

어떤 사람이 타인을 통하여 부동산을 매수함에 있어 매수인 명의 및 소유권이전등기 명의를 타인 명의로 하기로 약정하였고, 매도인도 그 사실을 알고 있어서 그 약정이 부동산실명법 제4조의 규정에 의하여 무효로 되고 이에 따라 매매계약도 무효로 되는 경우에, 매매계약상의 매수인의 지위가 당연히 명의신탁자에게 귀속되는 것은 아니다.<sup>62)</sup> 따라서 부동산에 관하여 부동산실명법 제4조 제2항 본문이 적용되어 명의수탁자인 채무자 명의의 소유권이전등기가 무효인 경우에는 그 부동산은 채무자의 소유가 아니기 때문에 이를 채무자의 일반 채권자들의 공동담보에 공하여지는 책임재산이라고 볼 수 없고, 채무자가 위 부동산에 관하여 제3자와 근저당권설정계약을 체결하고 나아가 그에게 근저당권설정등기를 마쳐주었다 하더라도 그로써 채무자의 책임재산에 감소를 초래한 것이라고 할 수 없으므로 이를 들어 채무자의 일반 채권자들을 해하는 사해행위라고 할 수 없고, 채무자에게 사해의 의사가 있다고 볼 수도 없다.<sup>63)</sup>

## 3.4 법적조치의 비교

명의신탁자소유권설을 취할 경우 부동산명의신탁법리로 해결하는 방법과 부동산명의신탁법리와 사해행위법리의 혼용으로 해결하는 방법을 비교 해 보았을 때, 1차 처분행

62) 대법원 2003. 9. 5. 선고 2001다32120 판결.

63) 대법원 2000. 3. 10. 선고 99다55069 판결.

위에 있어서 법적조치는 동일하다. 그러나 2차 처분행위에 있어서는 약간 다르다. 즉 부동산명의신탁법리로 해결하는 방법은 결론에 이르러 신탁자의 채권자는 제3자가 선의이든 악의이든 대항할 수 없지만, 부동산명의신탁법리와 사해행위 법리의 혼용으로 해결하는 방법은 제3자가 악의인 경우 신탁자 명의로 소유권이전등기의 원상회복이 가능하고, 선의인 경우에는 원상회복이 불가능하고 다만 부당이득금반환청구를 할 수 있느냐의 다툼의 여지가 있다. 이점에 있어서 명의신탁자소유권설을 취할 경우 신탁자의 채권자 입장에서는 부동산명의신탁법리와 사해행위법리의 혼용으로 해결하는 방법이 더 유리하다는 것을 알 수 있다.

명의수탁자소유권설을 취할 경우 부동산명의신탁법리 자체로 해결하는 방법과 부동산명의신탁법리와 사해행위법리의 혼용으로 해결하는 방법을 비교해 보면 1차 처분행위의 경우는 법적조치가 동일하다. 2차 처분행위에 있어서도 부동산명의신탁법리와 사해행위법리의 혼용으로 해결하는 방법은 사해행위가 성립되지 않기 때문에 부동산명의신탁법리로 해결하는 방법과 같다고 할 수 있다. 결국 계약명의신탁 중 명의수탁자소유권설을 취할 경우 부동산명의신탁 법리 자체로 해결하는 방법과 부동산명의신탁법리와 사해행위법리의 혼용으로 해결하는 방법의 법적조치는 동일하다는 것을 알 수 있어 신탁자의 채권자를 보호하는 측면이 있다고 단정할 수 없다.

이처럼 양자 간의 명의신탁, 3자간의 명의신탁, 계약명의신탁 중 명의신탁자소유권설을 취할 경우 신탁자의 채권자를 보호하는 측면이 있지만, 계약명의신탁 중 명의수탁자소유권설을 취할 경우 부동산명의신탁법리 자체로 해결하는 방법과 부동산명의신탁법리와 사해행위법리의 혼용으로 해결하는 방법에 있어서 법적조치가 동일하므로 신탁자의 채권자를 보호하는 측면이 있다고 단정할 수 없다.

## [법적조치의 비교-계약명의신탁]

| 계약<br>명의<br>신탁                                                                                               | 부동산명의신탁법리로 해결하는 방법             |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         | 부동산명의신탁법리와 사해행위법리의 혼용으로<br>해결하는 방법<br>※ 사해행위 성립여부는 신탁자 기준                                                                                                                                                                                                  |                                                                                                                                                                                                                                                                                |                                                                                                                                                                                  |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 학설<br>과<br>판례                                                                                                | 원<br>소<br>유<br>자<br><br>선<br>의 | <ul style="list-style-type: none"> <li>◦ 명의신탁자소유권설 -신탁자 소유</li> </ul>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | <p>&lt;판례&gt;</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>◦ 명의수탁자소유권설을 취하면서 다음과 같이 해결</li> <li>◦ 부동산실명법 이전 -부동산 자체 + 신탁자 책임재산</li> <li>◦ 부동산실명법 이후 -부당이득반환(매매대금) + 수탁자 책임재산</li> </ul>                                                                      | <ul style="list-style-type: none"> <li>◦ 명의신탁자소유권설 : 신탁자 소유 + 사해행위 성립</li> </ul>                                                                                                                                                                                               | <p>&lt;판례&gt;</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>◦ 명의수탁자소유권설을 취하면서 다음과 같이 해결</li> <li>◦ 부동산실명법 이전 : 신탁자 소유 + 사해행위 성립</li> <li>◦ 부동산실명법 이후 : 수탁자 소유 + 사해행위 불성립</li> </ul> |
|                                                                                                              |                                | <ul style="list-style-type: none"> <li>◦ 원인무효 -원소유자 소유</li> </ul>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       | <ul style="list-style-type: none"> <li>◦ 원소유자의 소유 + 사해행위 불성립</li> </ul>                                                                                                                                                                                    |                                                                                                                                                                                                                                                                                |                                                                                                                                                                                  |
| ◦ 1차<br>처분<br>행위<br>(명의<br>신탁)<br>신탁<br>자→<br>수탁<br>자                                                        | 원소<br>유자<br><br>선의             | <ul style="list-style-type: none"> <li>◦ 명의수탁자소유권설 : 신탁자의 채권자는 채권자대위권으로 순차적 신탁자 명의로 소유권이전등기를 할 수 없다.</li> <li>◦ 명의신탁자소유권설 : 신탁자의채권자는 채권자대위권으로 순차적 신탁자 명의로 소유권이전등기를 할 수 있다.</li> </ul>                                                                                                                                                                                                                                                                                   | <p>&lt;판례&gt;</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>◦ 명의수탁자소유권설을 취하면서 다음과 같이 해결</li> <li>-부동산실명법 이전 : 신탁자의 채권자는 채권자대위권으로 순차적 신탁자 명의로 소유권이전등기 가능</li> <li>-부동산실명법 이후 : 신탁자 채권자는 채권자대위권으로 순차적 신탁자 명의로 소유권이전등기 불가능, 다만 매매대금의 부당이득반환 대위권행사는 가능</li> </ul> |                                                                                                                                                                                                                                                                                |                                                                                                                                                                                  |
|                                                                                                              |                                | <ul style="list-style-type: none"> <li>◦ 신탁자는 원소유자에게 소유권이전등기청구 불가</li> <li>◦ 원소유자는 수탁자를 상대로 소유권이전등기말소 또는 소유권이전등기청구 가능</li> <li>◦ 신탁자가 수탁자에게 지급한 매매대금반환 문제 : 견해대립</li> </ul>                                                                                                                                                                                                                                                                                             | <ul style="list-style-type: none"> <li>◦ 좌 등</li> </ul>                                                                                                                                                                                                    |                                                                                                                                                                                                                                                                                |                                                                                                                                                                                  |
| ◦ 2차<br>처분<br>행위<br>신탁<br>자→<br>제3자<br>(신탁<br>자가<br>실질<br>적<br>당사<br>자가<br>되어<br>제3자<br>에게<br>처분<br>한<br>경우) | 원소<br>유자<br><br>선의             | <ul style="list-style-type: none"> <li>◦ 명의수탁자소유권설 -신탁자의 책임재산이 아닐 뿐만 아니라 부동산실명법 제4조 제3항에 의해 그 무효를 가지고 신탁자는 제3자(선의, 악의 불문)에게 대항하지 못하므로, 신탁자의 채권자도 제3자에게 대항하지 못한다.</li> <li>-다만, 2차 처분행위시 명의신탁으로 신탁자가 수탁자에게 가지는 매매대금 상당의 부당이득금반환청구가 가능한지 여부에 대한 다툼이 있을 수 있음</li> <li>◦ 명의신탁자소유권설 : 신탁자의 채권자는 명의신탁약정이 무효가 된 이상 신탁자에 대한 관계에서 부동산자체도 부당이득이 되므로 대위권 행사로 소유권이전등기가 가능하다. 다만 부동산실명법 제4조 제3항에 의해 무효를 가지고 신탁자는 제3자(선의, 악의 불문)에게 대항하지 못하므로, 신탁자의 채권자도 제3자에게 대항하지 못할 뿐이다.</li> </ul> | <p>명의수탁자<br/>소유권설<br/>(대상판결)</p>                                                                                                                                                                                                                           | <p>명의신탁자<br/>소유권설</p>                                                                                                                                                                                                                                                          |                                                                                                                                                                                  |
|                                                                                                              |                                | <ul style="list-style-type: none"> <li>◦ 수탁자가 처분한 경우 : 원소유자에 대해 불법행위 성립. 그러나 매매대금반환과 소유권이전등기는 동시이행관계이므로 원소유자가 매매대금을 수탁자에게 반환하지 않는 한 손해배상청구 불가</li> </ul>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                | <ul style="list-style-type: none"> <li>-사해행위 불성립</li> <li>-사해행위가 성립되지 않아 신탁자의 채권자는 신탁자와 제3자간의 매매계약을 취소하지 못한다.</li> <li>-다만, 2차 처분행위시 명의신탁으로 신탁자가 수탁자에게 가지는 매매대금 상당의 부당이득금 반환청구가 가능한지 여부에 대한 다툼이 있을 수 있음</li> </ul>                                         | <ul style="list-style-type: none"> <li>-사해행위 성립</li> <li>-제3자 악의 : 신탁자의 채권자는 신탁자와 제3자와의 매매계약을 취소하고 순차적으로 신탁자 명의로 소유권이전등기 가능</li> <li>-제3자가 선의 : 신탁자의 채권자는 신탁자와 제3자간의 매매계약을 취소하지 못한다. 다만, 2차 처분행위시 명의신탁으로 신탁자가 수탁자에게 가지는 매매대금 상당의 부당이득금반환청구가 가능한지 여부에 대한 다툼이 있을 수 있음</li> </ul> | <ul style="list-style-type: none"> <li>◦ 좌 등</li> </ul>                                                                                                                          |



### III. 부동산실명법상 명의신탁법리와 사해행위 법리가 동시에 발생한 경우 충돌문제

#### 1. 문제의 제기

신탁자가 수탁자 명의로 부동산을 신탁(1차 처분행위)한 당시에 신탁자가 채권자를 해하는 법률행위가 있고, 그 후 신탁자가 실질적 당사자가 되어 제3자에게 처분(2차 처분행위)한 경우 부동산실명법상 명의신탁법리와 사해행위 법리가 동시에 발생하여 충돌할 수 있다.

부동산실명법 제4조 제3항에 의하면 명의신탁약정과 등기의 무효는 제3자에게 대항하지 못한다고 규정하고 있다. 반면에 부동산명의신탁약정 자체가 사해행위에 해당되면 채권자는 수익자 및 전득자를 상대로 소유권이전등기 말소를 구하고 매도인을 상대로 채무자를 대위하여 소유권이전등기절차의 이행을 구할 수 있는 등 민법상 사해행위 법리가 적용될 수 있다. 즉, 신탁자의 법률행위와 관련이 있고, 부동산명의신탁약정 자체에 관한 사해행위이므로 그러한 법률행위는 신탁자이기 때문이다.

이 사건 대상판결의 직접적인 문제는 아니지만 부동산실명법상 명의신탁법리와 사해행위 법리가 동시에 발생한 경우 그 충돌은 불가피하므로 그 해결방안을 모색할 필요가 있다.

#### 2. 해결방법에 있어서의 유형<sup>64)</sup>과 문제점

##### 2.1 부동산실명법 자체로 해결하는 방법

부동산명의신탁법리와 사해행위가 동시에 충돌한 경우 오로지 부동산실명법 자체로 판단하는 방법이다. 이 방법은 일반법과 특별법의 관계를 명확히 구별함으로써 법해석에 있어서 충실한 방법으로 그 근거가 명확하다. 이 방법은 앞서 II. 각 항목의 부동산실명법 자체로 해결하는 방법과 같다.

64) 필자가 3가지 방법으로 그 해결방안을 모색한 것으로 추후 여러 가지 방법으로 해결방안이 논의되었으면 한다.

## 2.2 부동산명의신탁법리와 사해행위법리의 혼용으로 해결하는 방법

부동산명의신탁법리와 사해행위가 동시에 충돌한 경우 1차적으로 부동산명의신탁법리로 소유권 귀속을 판단한 다음 소유권 귀속을 보유한 자를 기준으로 그 소유권을 보유한 자가 처분한 경우 그 소유권 보유자의 다른 채권자들에게 사해행위가 된다는 법리로 파악하여 두 법리를 혼용한 경우이다. 이 방법은 일반법과 특별법의 관계를 명확히 구별하지 않고 혼용하고 있어 법해석에 있어서 문제점이 있다. 이 방법은 앞서 II. 각 항목의 부동산명의신탁법리와 사해행위법리의 혼용으로 해결하는 방법과 같다.

## 2.3 사해행위 법리 자체로 해결하는 방법

부동산명의신탁법리와 사해행위가 동시에 충돌한 경우 부동산실명법으로 법리구성을 하지 않고 처음부터 오로지 사해행위 법리로 판단하는 방법이다. 이 방법은 일반법과 특별법의 혼용관계에서 특별법을 버리고 일반법을 선택한 경우이다. 즉 신탁자의 채권자 선택으로 부동산실명법의 법리를 버리고 처음부터 사해행위 법리로 해석한 것이다.

## 3. 부동산명의신탁의 유형별 검토

부동산실명법 자체로 해결하는 방법과 부동산명의신탁법리와 사해행위법리의 혼용으로 해결하는 방법은 이미 앞서 살펴보았으므로 여기에서는 ‘사해행위 법리 자체로 해결하는 방법’만 살펴보기로 한다.

### 3.1 양자 간의 명의신탁

양자 간의 명의신탁약정이 신탁자인 채권자와의 관계에서 공동담보인 재산에 대한 집행을 어렵게 함으로써 부동산명의신탁약정 자체가 민법상 사해행위가 될 수 있다. 따라서 사해행위 법리 자체로 해결하는 방법에 의할 경우 1차 처분행위가 있고 수탁자가 악의인 경우 신탁자의 채권자는 수탁자를 상대로 소유권이전등기말소청구하여 신탁자 명의로 소유권을 원상회복 할 수 있고, 수탁자가 선의인 경우 신탁자의 채권자는 수탁자에게 대항할 수 없다.

한편, 신탁자가 직접 자신의 명의 또는 수탁자의 명의로 제3자와 매매계약을 체결하는 등 신탁자가 실질적 당사자가 되어 법률행위를 하는 경우(2차 처분행위) 신탁자, 수탁자, 제3자가 모두 악의인 경우 신탁자의 채권자는 제3자를 상대로 소유권이전등기말소를 구할 수 있고, 제3자가 선의인 경우는 신탁자의 채권자는 제3자를 상대로 소유권이전등기말소를 구할 수 없고, 수탁자를 상대로 가액반환을 청구할 수 있다.

### 3.2 3자간 명의신탁

3자간 명의신탁(중간생략형명의신탁)도 공동담보인 금전을 출연하여 그 대가인 부동산을 매수하고도 신탁자의 공동담보재산으로 편입시키지 않고 명의수탁자 앞으로 소유권이전을 마치기로 하는 내용의 약정이므로, 이는 특별한 사정이 없는 한 신탁자의 채권자를 해하는 사해행위가 될 수 있다.

3자간 명의신탁에 있어서 부동산명의신탁약정 자체도 사해행위에 해당한다고 최초로 판시한 바 있다.<sup>65)</sup> 즉, 원고의 채무자인 소외인은 채무초과 상태 하에서 매수한 이 사건 부동산에 관하여 그 등기명의를 아들인 피고 1에게 신탁하고 이에 따라 피고 1 앞으로 소유권이전등기를 마쳤는데, 이 사건 명의신탁은 소외인이 공동담보인 금전을 출연하여 그 대가인 이 사건 부동산을 매수하고도 그의 공동담보재산으로 편입시키지 않고 명의수탁자인 피고 1 앞으로 소유권이전을 마치기로 하는 내용의 약정이라 할 것이므로, 이는 특별한 사정이 없는 한 소외인의 채권자인 원고를 해하는 사해행위가 된다 할 것이고, 그 명의신탁약정에 따라 피고 1 명의로 소유권이전등기를 마칠 당시 소외인에게 채권자인 원고를 해할 사해의사가 있었다고 봄이 상당하고, 나아가 수익자인 피고 1 및 전득자인 피고 2에 대하여도 위 사해행위에 대한 악의가 있음이 추정된다고 할 것이며, 따라서 이 사건 명의신탁약정은 채권자인 원고를 해하는 행위로서 취소를 면할 수 없다고 할 것이고, 그에 따라 전득자인 피고 2는 수익자인 피고 1에게, 피고 1은 피고 3, 4에게 이 사건 부동산에 관하여 자신들 명의의 각 소유권이전등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있고, 피고 3, 4는 소외인에게 이 사건 부동산에 관하여 매매를 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행할 의무가 있으므로 원고는 채무자인 소외인을 대위하여 피고 3, 4에게 그 이행을 구할 수 있다고 판단하였다.

65) 대법원 2004. 3. 25. 선고 2002다69358 판결; 이 사례의 경우 명의신탁 유형에 대하여 명확하게 밝히지 않았지만 3자간의 명의신탁으로 추정된다고 한다(박재성, 앞의 논문, 165쪽).

신탁자의 수탁자에 대한 1차 처분행위가 있고 신탁자, 매도인, 수탁자 모두가 악의인 경우 신탁자의 채권자는 대위권행사로 순차적 수탁자를 상대로 소유권이전등기말소를 청구하고, 매도인 상대로 신탁자 명의로 소유권을 원상회복 할 수 있다. 한편, 신탁자가 직접 자신의 명의 또는 수탁자의 명의로 제3자와 매매계약을 체결하는 등 신탁자가 실질적 당사자가 되어 법률행위를 하는 경우(2차 처분행위) 신탁자, 수탁자, 매도인, 제3자가 모두 악의인 경우 신탁자의 채권자는 대위권행사로 순차적 제3자를 상대로 소유권이전등기말소를 구할 수 있고, 매도인을 상대로 소유권이전등기를 청구할 수 있다.

### 3.3 계약명의신탁

계약명의신탁약정이 신탁자인 채권자와의 관계에서 책임재산의 감소 또는 부족을 초래하는 행위라면 부동산명의신탁약정 자체가 사해행위가 될 수 있을 것이다.

신탁자의 수탁자에 대한 1차 처분행위가 있고 매도인 선의, 신탁자 및 수탁자가 악의인 경우 신탁자의 채권자는 대위권행사로 순차적 수탁자를 상대로 소유권이전등기말소를 청구하고, 매도인 상대로 신탁자 명의로 소유권을 원상회복 할 수 있다. 한편, 신탁자가 직접 자신의 명의 또는 수탁자의 명의로 제3자와 매매계약을 체결하는 등 신탁자가 실질적 당사자가 되어 법률행위를 하는 경우(2차 처분행위) 신탁자, 수탁자, 제3자가 모두 악의인 경우 신탁자의 채권자는 대위권행사로 순차적 제3자를 상대로 소유권이전등기말소를 구할 수 있고, 매도인을 상대로 소유권이전등기를 청구할 수 있다.

## 4. 검 토

부동산실명법상 법리로 그 유형별 사해행위 성립여부를 살펴본다면 즉 소유권귀속의 문제로 사해행위를 살펴보면 큰 문제는 없어 보인다. 그러나 앞서 살펴보았듯이 부동산 명의신탁약정 자체에 대한 사해행위성립 여부와 결부하여 판단하면 누구를 보호할 것인가 충돌은 불가피하다. 왜냐하면 사해행위 법리에 치중하다보면 신탁자의 일반채권자를 보호하는 결과가 발생할 수 있는 반면 부동산명의신탁법리를 중요시 한다면 특히 계약명의신탁에 있어서 채무자인 신탁자를 보호하는 결과가 초래할 수 있다.

생각건대, 부동산실명법 자체로 해결하는 방법과 사해행위 법리 자체로 해결하는 법리의 충돌은 결국 부동산실명법 제4조와 민법 제406조(채권자취소권) 간의 일반법과

특별법의 관계를 생각하지 않을 수 없다. 따라서 원칙적으로 두 법리가 동시에 일어난다면 부동산실명법상 제4조가 우선적용 되어야 한다. 그러나 채권자는 처음부터 법 적용의 충돌 없이 어느 하나의 법리를 선택하여 일관성 있게 그 법리를 주장할 수 있다고 보아야 한다. 이 경우 어느 법리로 문제를 해결하는 것이 채권자입장에서 더 유리한지 채권자 스스로 판단해야 한다.

## IV. 이 사건 대상판결의 검토

### 1. 이 사건 대상판결이 부동산명의신탁에 해당되는지 여부와 명의신탁의 유형

부동산경매절차에서 부동산을 매수하려는 사람이 매수대금을 자신이 부담하면서 다른 사람의 명의로 매각허가결정을 받기로 약정하여 그에 따라 매각허가가 이루어진 경우, 부동산의 소유권을 취득하는 자(명의인) 및 매수대금의 부담자와 명의인 간에 명의신탁관계가 성립하는지 여부이다. 판례는 경매절차에서 매수인의 지위에 서게 되는 사람은 어디까지나 그 명의인이므로, 경매 목적 부동산의 소유권은 매수대금을 실질적으로 부담한 사람이 누구인가와 상관없이 그 명의인이 취득한다. 이 경우 매수대금을 부담한 사람과 이름을 빌려 준 사람 사이에는 명의신탁관계가 성립한다고 판시하였다.<sup>66)</sup> 명의신탁 유형은 밝히지 않았지만 계약명의신탁이라고 할 수 있다.

나아가 판례는 경매절차에서의 소유자가 위와 같은 명의신탁약정 사실을 알고 있었거나 소유자와 명의신탁자가 동일인이라고 하더라도 그러한 사정만으로 그 명의인의 소유권취득이 부동산실명법 제4조 제2항에 따라 무효로 되지 않는다고 하고, 이는 비록 경매가 사법상 매매의 성질을 보유하고 있기는 하나 다른 한편으로는 법원이 소유자의 의사와 관계없이 그 소유물을 처분하는 공법상 처분으로서의 성질을 아울러 가지고 있고, 소유자는 경매절차에서 매수인의 결정 과정에 아무런 관여를 할 수 없는 점, 경매절차의 안정성 등을 고려할 때 경매부동산의 소유자를 위 제4조 제2항 단서의 ‘상대방 당사자’라고 볼 수는 없기 때문이라고 한다.<sup>67)</sup>

66) 대법원 2002. 9. 10. 선고 2002두5351 판결; 대법원 2005. 4. 29. 선고 2005다664 판결; 대법원 2006. 11.

9. 선고 2006다35117 판결; 대법원 2008. 11. 27. 선고 2008다62687 판결.

67) 대법원 2012. 11. 15. 선고 2012다69197 판결.

이와 같이 판례는 경매목적 부동산에 관하여 소유자가 신탁자와 수탁자간의 명의신탁 약정 사실을 모르고 매수대금을 실질적으로 부담한 사람이 누구인가와 상관없이, 또한 소유자가 명의신탁약정 사실을 알고 있었거나 소유자와 명의신탁자가 동일인이라고 하더라도 대외적으로는 물론 대내적으로도 그 명의인이 취득한다. 예컨대, 이 대상판결과 같이 경매목적 부동산의 소유자는 신탁자 A와 수탁자 B간의 명의신탁약정을 몰랐고, A가 실질적으로 매각대금을 부담한 자라고 하여도 경매절차에서 경매목적부동산의 소유권은 B에게 귀속된다. 가사 A가 경매부동산의 소유자로서 다시 소유권을 취득할 목적으로 매각대금을 부담하고 사위인 B에게 경매에 참여케 하여 B명의로 낙찰을 받은 경우도 소유권은 B에게 귀속된다. 따라서 B는 매수인으로서 민사집행법 제136조에 의하여 매각대금을 납부한 후 6월 이내에 경매 부동산 소유자에 대한 인도명령신청을 할 수 있다. 이처럼 경매절차에 있어서 매수대금의 부담자와 명의인 간에 명의신탁관계가 성립하고, 그 유형은 계약명의신탁에 해당하므로 그 법리에 의하여 처리하면 될 것이다.

결론적으로 이 사건 대상판결과 같이 경매목적 부동산에 관하여 명의인이 소유자이고 명의신탁관계에 있지만 부동산실명법 제4조 제1항에 의해 무효로 하지 않고, 또한 명의인의 소유권 취득도 부동산실명법 제4조 제2항에 따라 무효로 하지 않는다. 다만, 주의할 점은 경매에서 취득한 부동산의 경우 그 소유권은 대외적으로나 대내적으로 모두 명의인이지만 신탁자와 수탁자간의 정산을 요하는 별도의 권리관계가 존재하는 때에는 명의신탁관계가 존재하지 않는다고 할 것이다.<sup>68)</sup> 이 사건 대상판결의 경우 사실관계에 비추어 신탁자와 수탁자간은 특수한 신분관계로 서로 정산을 요하는 별도의 권리관계가 존재하지 않았음을 알 수 있어, 명의신탁관계가 성립하고 이는 계약명의신탁으로 원소유자가 선의인 경우에 해당한다고 할 수 있다.

## 2. 이 사건 대상판결에 있어서 부동산의 처분행위 시점

A는 주식회사 시피파이낸셜(이하 ‘시피파이낸셜’이라고만 한다)의 지분 50%를 보유한 제1주주로서 위 회사의 형식상 대표이사로 등재되어 있었고, 시피파이낸셜이 2002년부터 2006년까지 귀속 법인세를 납부하지 아니한 것을 원인으로 하여 2007년 2월 26일부터 2007년 4월 9일까지 사이에 서인천세무서로부터 세무조사를 받았는데, 이후 2007년 7월 12일경 시피파이낸셜의 제2차 납세의무자로서 345,467,420원을 납부하라는 통보를

68) 대법원 2002. 3. 15. 선고 2000다7011 판결.

받았고, 그 후 위 금원을 납부하지 않음으로써 가산금 및 증가산금이 가산된 결과 2009년 9월 기준 A가 서인천세무서에 납부하여야 할 세액은 420,467,280원이었는바, 이에 대하여 서인천세무서의 A에 대한 국세고지 및 납부통지가 이루어졌다.

위와 같은 사실관계라면 A는 부동산 명의신탁 이후 그 부동산을 처분하고자 하였으므로 부동산명의신탁약정 자체에 대한 사해행위 문제는 아니고, 즉 신탁자 A가 수탁자 B명의로 부동산을 신탁(1차 처분행위)한 당시 신탁자 A가 채권자 D(서인천세무서)를 해하는 법률행위가 없었고, 명의신탁 후 신탁자 A가 실질적 당사자가 되어 제3자 C에게 처분한 경우(2차 처분행위)에 해당된다.

### 3. 신탁자의 채권자의 법적조치

이 사건의 경우 부동산실명법시행 이후 A와 B간의 부동산명의신탁약정행위가 있었고 그 명의신탁 유형은 계약명의신탁이며 원소유자가 선의에 해당된 경우라고 할 수 있다. 또한, 부동산명의신탁약정 자체에 대한 사해행위 문제는 아니고, 명의신탁이 이루어진 후 신탁자가 실질적인 당사자가 되어 제3자에게 부동산을 처분한 것에 해당된다. 따라서 앞서 살펴보았던 해결방법을 동원하여 이 사건 대상판결의 법적조치를 살펴보기로 한다. 단, 전소의 기판력 저촉문제는 다루지 않는다.

#### 3.1 부동산실명법 자체로 해결하는 방법

##### 3.1.1 신탁자 A의 1차 처분행위(명의신탁)

이 사건의 경우 부동산실명법시행 이후 A와 B간의 명의신탁약정행위가 있었고 그 명의신탁 유형은 계약명의신탁이며 원소유자가 선의에 해당된 경우라고 할 수 있다. 그 후 수탁자 B는 위 경매절차에서 명의신탁에 따라 취득한 이 사건 부동산에 관하여 2004년 12월 10일 신탁자 A에게 소유권이전청구권가등기를 설정하여 주었는바, 그 등기원인은 ‘2004년 12월 3일자 매매예약’을 그 등기원인으로 기재하였고, 명의신탁에 따라 2007년 4월 5일 신탁자 A에게 처분권한을 위임하는 내용의 위임장, 인감증명을 비롯하여 소유권이전등기를 위하여 필요한 모든 서류를 교부하였다(이하 ‘제1 대물변제계약’이라 한다).

따라서 1차 처분행위만 있고 소유권귀속에 관한 판례의 태도인 명의수탁자소유권설에 의하면 신탁자의 채권자 D는 신탁자 A를 대위하여 수탁자 B를 상대로 원인무효로

인한 소유권이전등기말소, 전소유자를 상대로 경매로 인한 소유권이전등기청구의 소를 순차로 제기할 수 없고, 신탁자 A가 수탁자 B에 받을 매매대금 상당액을 채권자대위권으로 하여 부당이득반환청구만 할 수 있을 것이다.

### 3.1.2 신탁자 A의 2차 처분행위

이 사건 대상판결의 경우는 신탁자 A의 2차 처분행위가 있었는데, 즉 신탁자 A가 채권자 C에게 지급할 대여금을 2007년 4월 5일 그 변제에 갈음하여 C(채권자2)에게 이 사건 부동산에 대한 소유권을 이전하여 주기로 하는 내용의 대물변제계약(이하 ‘제2대물변제계약’이라 한다)을 체결하고 제2대물변제계약의 이행을 위하여 제1대물변제계약에 따라 신탁자 A는 수탁자 B로부터 자신의 명의로 소유권이전의 본등기를 한 다음 다시 이를 토대로 채권자 C에게 소유권을 이전하는 과정을 해야 하는데 이를 축약·생략하여, 수탁자 B로부터 채권자 C에게 바로 소유권이전등기를 마쳐주기로 순차로 약정하고, 2007년 4월 10일 이 사건 부동산에 대한 소유권이전등기를 마쳤다.

이 사건 대상판결의 경우 신탁자 A가 실질적인 당사자가 되어 다른 일방 C(채권자2)에게 처분한 경우로 부동산실명법 제4조 제3항에 의해 C(선의, 악의 불문)에게 대항할 수 없고, D(채권자1)도 C에게 대항할 수 없을 것이다. 또한, A가 실질적인 당사자가 되어 처분한 경우 B는 명의신탁이 무효가 됨에 따라 부담하게 되는 매매대금 상당의 부당이득반환의무가 있는지 다툼이 있다. 필자는 앞서 살펴본바 와 같이 채무가 소멸되었기 때문에 D는 B에게도 부당이득반환을 청구할 수 없다고 보는 것이 타당하다. 물론 B가 임의대로 처분하여 A에게 지급할 채무가 존재한다면 D는 B에게 부당이득금반환을 청구할 수 있을 것이다.

## 3.2 부동산명의신탁법리와 사해행위 법리를 혼용하여 해결하는 방법

### 3.2.1 명의수탁자소유권설

#### 3.2.1.1 신탁자 A의 1차 처분행위

명의신탁약정 자체가 사해행위가 아니므로 1차 처분행위는 사해행위 법리가 적용되지 않는다. 따라서 부동산실명법 이전과 이후를 나누어 살펴보면 이 대상판결은 부동산실명법 이후 명의신탁 하였으므로 신탁자의 채권자 D는 신탁자 A를 대위하여 수탁자 B를 상대로 원인무효로 인한 소유권이전등기말소, 전소유자를 상대로 경매로 인한 소유



권이전등기청구의 소를 순차로 제기할 수 없고, 신탁자 A가 수탁자 B에 받을 매매대금 상당액을 채권자대위권으로 하여 부당이득반환청구만 할 수 있을 것이다.

### 3.2.1.2 신탁자 A의 2차 처분행위

명의수탁자소유권설은 수탁자가 완전한 소유권을 취득하므로 이 사건 대상판결의 부동산은 수탁자 B의 책임재산이다. 따라서 수탁자 B가 처분하든 신탁자 A가 실질적인 당사자가 되어 처분하든 신탁자의 책임재산에 감소를 초래한 것이라고 할 수 없어 신탁자의 일반채권자들을 해하는 사해행위는 성립되지 않는다.

이 사건 대상판결의 태도로 A는 여전히 B에 대하여 부당이득반환채권만을 가지므로, 이 사건 부동산은 채무자인 A의 일반채권자들의 공동담보에 제공되는 책임재산이라고 볼 수 없고, A가 실질적인 당사자로서 이 사건 부동산의 처분행위를 하였다고 하더라도 그로써 A의 책임재산에 감소를 초래한 것이라고 할 수 없으므로, 이를 들어 A의 일반채권자들을 해하는 사해행위라고 할 수 없다고 판단하였다. 한편 A가 실질적인 당사자가 되어 처분한 경우 B는 명의신탁이 무효가 됨에 따라 부담하게 되는 매매대금 상당의 부당이득반환의무가 있는지 다툼이 있다. 대상판결은 부당이득반환을 청구할 수 없다고 보았다(명의신탁자소유권설, 신탁자 A의 2차 처분행위 참조).

## 3.2.2 명의신탁자소유권설

### 3.2.2.1 신탁자 A의 1차 처분행위

명의신탁약정 자체가 사해행위가 아니므로 사해행위 법리는 적용되지 않고, 신탁자의 채권자는 채권자대위권으로 순차적 신탁자 명의로 소유권이전등기를 할 수 있다.

### 3.2.2.2 신탁자 A의 2차 처분행위

명의신탁자소유권설은 수탁자가 완전한 소유권을 취득하므로 이 사건 대상판결의 부동산은 신탁자 A의 책임재산이다. 따라서 신탁자 A가 실질적인 당사자가 되어 처분하든 신탁자의 책임재산에 감소를 초래하였다고 할 수 있어 신탁자의 일반채권자들을 해하는 사해행위가 성립된다.

이 사건 대상판결에서 채무자 A의 재산이 채무의 전부를 변제하기에 부족한 경우에 채무자가 그의 유일한 재산을 어느 특정 채권자(C)에게 대물변제로 제공하여 양도하였

다면 그 채권자(C)는 다른 채권자(대한민국)에 우선하여 채권의 만족을 얻는 반면 그 범위 내에서 공동담보가 감소됨에 따라 다른 채권자는 종전보다 더 불리한 지위에 놓이게 되므로 이는 곧 다른 채권자의 이익을 해하는 것이라고 보아야 한다. 판례<sup>69)</sup>도 채무자가 그의 유일한 재산을 채권자들 가운데 어느 한 사람에게 대물변제로 제공하는 행위는 다른 특별한 사정이 없는 한 다른 채권자들에 대한 관계에서 사해행위가 된다는 태도이다. 그렇다면 이 대상판결의 경우도 사해행위가 된다 할 것이다. 다만, 사해성의 일반적인 판단 기준에 비추어 그 행위가 궁극적으로 일반채권자를 해하는 행위로 볼 수 없는 경우에는 사해행위의 성립이 부정될 수 있다.<sup>70)</sup>

이처럼 제2대물변제계약이 사해행위가 된다고 한다면 제3자(C)가 악의인 경우 신탁자의 채권자 D는 신탁자 A와 제3자와의 매매계약을 취소하고 제3자와 수탁자를 상대로 소유권이전말소 청구를 순차적으로 하여 신탁자 명의로 원상회복을 하면 된다(원칙적으로 원물반환, 예외적으로 가액반환). 제3자(C)가 선의인 경우는 신탁자나 신탁자의 채권자는 제3자에게 대항할 수 없다. 다만, 1차 처분행위 시 명의신탁으로 신탁자가 수탁자에게 가지는 매매대금 상당의 부당이득금반환청구가 가능한지 여부에 대한 다툼이 있을 수 있다. 즉, 신탁자가 실질적 당사자가 되어 다른 일방 채권자(C)와 대물변제계약을 체결한 경우 사해행위에 해당하여 취소되면 부당이득반환청구를 할 수 있는가이다. 부당이득반환청구를 할 수 있다는 관점에 의하면 대물변제계약이 사해행위에 해당하여 취소되면 대물변제는 현실적 이행이 이루어지지 않는 결과가 되어 당초의 부당이득반환채무가 소멸되지 않았기 때문이라고 한다. 즉 이 사건 대상판결의 경우 D는 A를 대위하여 B에 대하여 부당이득반환의무의 이행을 청구할 수 있다는 견해이다. 반면 부당이득반환청구를 할 수 없다는 관점에 의하면 이 대상판결의 경우 B가 명의신탁자인 A의 지시에 따라 2007년 4월 5일 이 사건 부동산의 소유권을 C에게 이전해 준 것을 부당이득반환채무의 이행에 갈음한 대물변제로 보아 그 채무가 소멸하였기 때문이다. 또한, 사해행위의 취소는 취소소송의 당사자 간에 상대적으로 취소의 효력이 있는 것으로 당사자 이외의 제3자는 다른 특별한 사정이 없는 이상 취소로 그 법률관계에 영향을 받지 않는 것으로,<sup>71)</sup> A와 C사이의 제2대물변제계약이 사해행위에 해당하여 취소된다고 하더라도 그 취소의 효력이 취소소송의 당사자가 아닌 B에게 미친다고 할 수 없다는 것이다.

69) 대법원 2005. 11. 10. 선고 2004다7873 판결.

70) 대법원 2010. 9. 30. 선고 2007다2718 판결.

71) 대법원 2009. 6. 11. 선고 2008다7109 판결.

## 3.3 이 사건 대상판결을 위 두 방법으로 해결할 경우 법적조치의 비교

이 사건 대상판결을 부동산실명법 자체로 해결하는 방법과 부동산명의신탁법리와 사해행위법리의 혼용으로 해결하는 방법을 비교해 보았을 때, 1차 처분행위에 있어서 법적조치는 다르다. 2차 처분행위에 있어서도 부동산실명법 자체로 해결하는 방법과 부동산명의신탁법리와 사해행위 법리의 혼용으로 해결하는 방법 중 명의수탁자소유권 설에 의하면 사해행위가 성립되지 않기 때문에 부동산실명법 자체로 해결하는 방법과 같다고 할 수 있다. 그런데 2차 처분행위에 있어서 부동산명의신탁법리와 사해행위법리의 혼용으로 해결할 때 명의수탁자소유권설과 명신탁자소유권설은 차이가 있다. 전자는 소유권 귀속이 수탁자로 신탁자의 일반채권자들을 해하는 사해행위가 성립되지 않지만 후자는 소유권 귀속이 신탁자로 신탁자의 일반채권자들을 해하는 사해행위가 성립된다는 점이다. 또한 후자는 사해행위가 성립되면 제3자가 악의인 경우 원상회복청구 할 수 있지만, 전자는 사해행위가 성립되지 않아 신탁자의 채권자는 제3자에게 대항 할 수 없다. 이러한 점에서 전자는 신탁자를 후자는 신탁자의 채권자를 보호하는 결과가

[이 사건 대상판결의 경우 법적조치 비교]

| 계약명의 신탁                                               | 부동산실명법 자체로 해결하는 방법                                                                                                                                             | 부동산명의신탁법리와 사해행위법리의 혼용으로 해결하는 방법                                                                                                                                                                                                                                                                            |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |
|-------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 견해                                                    | 필자의 견해<br>(명의수탁자소유권설)                                                                                                                                          | 이 사건 대상판결의 견해<br>(명의수탁자소유권설)                                                                                                                                                                                                                                                                               | 명의신탁자소유권설                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |
| 1차 처분행위<br>(명의신탁)<br>신탁자(A)→수탁자(B)                    | <ul style="list-style-type: none"> <li>신탁자의 채권자는 채권자대위권으로 순차적 신탁자 명의로 소유권이전등기를 할 수 없다. 다만, 신탁자 A가 수탁자 B에 받을 매매대금 상당액을 채권자대위권으로 하여 부당이득반환청구만 할 수 있다.</li> </ul> | <ul style="list-style-type: none"> <li>부동산실명법 이전: 신탁자의 채권자 D는 채권자대위권으로 신탁자 A 명의로 소유권이전등기 가능</li> <li>부동산실명법 이후(이 사건 대상판결): 신탁자의 채권자 D는 채권자대위권으로 신탁자 A 명의로 소유권이전등기 불가능, 다만 A가 B에게 받을 매매대금의 부당이득반환 대위권행사는 가능</li> </ul>                                                                                      | <ul style="list-style-type: none"> <li>신탁자의 채권자는 채권자대위권으로 순차적 신탁자 명의로 소유권이전등기를 할 수 있다.</li> </ul>                                                                                                                                                                                                              |
| 2차 처분행위<br>신탁자→제3자<br>(신탁자가 실질적 당사자가 되어 제3자에게 처분한 경우) | 신탁자 A나 신탁자의 채권자 D는 제3자 C에게 대항하지 못한다(부동산실명법 제4조 제3항). 다만, 2차 처분행위 시 명의신탁으로 신탁자 A가 수탁자 B에게 가지는 매매대금 상당의 부당이득금반환청구가 가능한지 여부에 대한 다툼이 있을 수 있다. 필자는 불가능하다고 봄         | <ul style="list-style-type: none"> <li>부동산 소유권은 수탁자 B</li> <li>사해행위 불성립</li> <li>사해행위가 성립되지 않아 신탁자의 채권자 D는 신탁자와 제3자 C간의 매매계약을 취소하지 못한다. 또한 부동산실명법 제4조 제3항에 의해 제3자에게 대항하지 못한다.</li> <li>다만, 2차 처분행위 시 명의신탁으로 신탁자 A가 수탁자 B에게 가지는 매매대금 상당의 부당이득금반환청구가 가능한지 여부에 대한 다툼이 있을 수 있다. 이 사건 대상판결은 불가능하다고 봄</li> </ul> | <ul style="list-style-type: none"> <li>부동산 소유권은 신탁자 A</li> <li>사해행위가 성립</li> <li>제3자 C가 악의: 신탁자의 채권자 D는 신탁자 A와 제3자 C와의 매매계약을 취소하고 순차적으로 신탁자 A 명의로 소유권이전등기 가능.</li> <li>제3자 C가 선의: 신탁자의 채권자 D는 제3자 C에게 대항하지 못한다. 다만, 2차 처분행위 시 명의신탁으로 신탁자 A가 수탁자 B에게 가지는 매매대금 상당의 부당이득금반환청구가 가능한지 여부에 대한 다툼이 있을 수 있다</li> </ul> |

발생된다. 한편 전자의 경우 제3자가 선의일 때 후자와 마찬가지로 신탁자의 채권자는 제3자에게 대항 할 수 없다는 점에서 동일하다.

#### 4. 검 토

이 사건 대상판결은 신탁자의 채권자를 해하는 법률행위를 한 경우 1차적으로 부동산 명의신탁법리로 소유권 귀속을 판단한 다음 소유권 귀속을 보유한 자를 기준으로 그 소유권을 보유한 자가 처분한 경우 그 소유권 보유자의 다른 채권자들에게 사해행위가 된다는 법리로 파악하여 부동산명의신탁법리와 사해행위 법리의 혼용으로 해결하고 그 학설 중 명의수탁자소유권설을 취하여 문제를 해결한 바, 다소 신탁자를 보호하는 측면이 있지만 어느 학설을 선택하여 그 법적용을 명확히 하는 등 일관성 있게 주장했다고 할 수 있다. 이점에 있어서 필자는 이 사건 대상판결을 통해 본 논문구성에 있어서 큰 영감을 얻었다.

이 사건 대상판결은 제2대물변제에 대한 사해행위 자체를 부정한 것이 아니라 계약명의신탁에 있어서 소유권의 귀속문제를 부동산실명법에 충실한 명의수탁자소유권설을 취하다 보니 소유권 귀속이 수탁자이므로 신탁자의 일반채권자들을 해하는 사해행위가 아니라고 하여 위 학설을 충실히 해석한 것에 지나지 않는다. 반면 명의신탁자소유권설을 취하면 소유권 귀속이 신탁자이므로 신탁자의 일반채권자들을 해하는 사해행위가 성립되어 신탁자의 채권자를 보호하는 형태가 된다.

그렇다면 실질적인 소유자인 명의신탁자가 사실상 소유자와 다른없는 주도적인 역할을 하여 처분하였다고 하여,<sup>72)</sup> 제2대물변제는 사해행위가 된다는 취지로,<sup>73)</sup> 또한 명의신탁법리에 치중한 나머지 신탁자의 처분행위를 취소하지 못하게 하여 일반채권자에게 재산적 불이익을 초래하고 신탁자를 보호하는 결과를 초래하였다고 하여<sup>74)</sup> 이 사건 대상판결을 비판하는 것은 바람직하지 않다.

생각건대, 계약명의신탁에 있어서 부동산실명법 자체로 해결할 것인가, 부동산명의신탁법리와 사해행위 법리의 혼용으로 해결할 것인가, 또한 후자의 방법으로 해결한다면 명의수탁자소유권설과 명의신탁자소유권설 중 어느 설에 의할 것인가 그 법적조치는

72) 이준현, 앞의 논문, 545-550쪽.

73) 김선혜, 앞의 논문, 33쪽.

74) 박재성, 앞의 논문, 153쪽.

1, 2차 처분행위에서 서로 다르므로 학설과 그 법적용을 일관성 있게 주장할 필요성이 있다. 왜냐하면 명의수탁자소유권설을 취하면서 사해행위 성립을 인정한다면, 명의신탁자소유권설을 취하면서 사해행위성립을 부정한다면 모순이므로 소유권귀속에 따라서 명확히 해석함이 논리적으로 타당성이 있다. 따라서 일관성 없게 당장 신탁자의 채권자를 보호한다는 측면에서 또는 신탁자에게 탈법을 조장하여 이를 방지한다는 측면에서 껴맞춰 법적분쟁을 해결하려고 한다면 학설과 그 법적용은 뒤죽박죽되어 더 복잡한 문제를 야기할 수 있기 때문이다.

한편, 이 사건 대상판결과 다른 명의신탁자소유권설을 취한다면 신탁자의 채권자를 보호했다고 할 수 있지만 반드시 그렇다고 할 수 없다. 왜냐하면 제3자가 악의이어야 하기 때문이다. 또한, 신탁자의 채권자는 신탁자의 재산이 불안정한 상황(이미 명의신탁한 상태)에서 신탁자와 법률행위를 한 점, 신탁자가 제3자와 법률행위를 하지 못하도록 미리 보전처분을 해 두지 못한 점 등을 보면 굳이 신탁자의 채권자를 보호할 필요가 있는지 의심하지 않을 수 없기 때문이다.

결국 이 사건 대상판결도 전형적인 이익충돌로 어느 견해를 선택하는 것이 법체계에 더 부합하느냐에 관한 문제이기 때문에, 명의신탁의 유형별 그 법적조치가 달라도 그 유형에 따른 학설에 의해 그 법적용을 일관성 있게 다루는 것이 다소 비판을 감내할 수 있다. 따라서 부동산을 명의신탁한 경우 이를 금지하고 있는 부동산실명법 자체로도 완벽하게 해결하지 못하고 제도·정책상 기형적으로 문제를 해결하고 있는 상황에서 굳이 사해행위 범리까지 끌어들이 복잡한 양상까지 만들 필요는 없고, 또한 법적조치도 크게 다를 바 없으므로 ‘부동산실명법 자체로 해결하는 방법’이 현행법령에 가장 근접한 해석이라 할 수 있다.

## V. 결 론

부동산명의신탁 또는 사해행위 중 어느 하나의 법률행위만 있는 경우라면 각각 법리에 비추어 판단해도 좋을 것이지만, 그렇지 않아도 복잡한 명의신탁과 사해행위취소 법리에 비추어 두 개의 법률행위가 함께 일어난다면 법조인의 입장에서 골머리를 앓을 수밖에 없다고 토로하는 것을 보면,<sup>75)</sup> 간단한 문제로 보여지지 않는다. 더구나 강제집행

75) 박재성, 앞의 논문, 149-150쪽.

을 면하기 위해 채무자의 재산은닉과 처분은 점차 고도화되어 가고 있는 실정이고 그에 맞서 채권자의 사전적 법적조치 또한 신속하게 이루어지는 등 두 사람간의 다툼은 그야말로 첨입가경이다.

이 사건 대상판결은 학설과 그 법적용을 명확히 하여 일관성 있게 문제를 해결하였다는 점에서 매우 논리적이다. 필자도 이점에 있어서 이 사건 대상판결에 대해 비판적 관점을 일관되게 견지하려고, 부동산명의신탁 이후 사해행위가 발생한 경우 ‘부동산실명법 자체로 해결하는 방법’과 ‘부동산명의신탁법리와 사해행위 법리의 혼용으로 해결하는 방법’ 두 가지를 제안하고, 이 사건 대상판결과 달리 전자의 방법으로 해결하였다. 또한, 부동산명의신탁 약정 자체가 사해행위가 되어 부동산명의신탁법리와 사해행위 법리가 동시에 발생한 경우도 위 두 가지 방법 이외 ‘사해행위법리 자체로 해결하는 방법’을 추가하여 문제를 해결하였다.

따라서 부동산을 명의신탁 한 경우 이를 금지하고 있는 부동산실명법 자체로도 완벽하게 해결하지 못하고 제도·정책상 기형적으로 문제를 해결하고 있는 상황에서 굳이 사해행위 법리까지 끌어들이 복잡한 양상까지 만들 필요는 없으므로 법적조치에 있어서 부동산실명법 자체로 해결하는 방법이 현행법령에 가장 적합한 해석이라 할 수 있다.

## 참고문헌

### 1. 단행본

- 고상룡, 물권법, 법문사, 2001.  
 곽윤직, 물권법, 박영사, 2005.  
 김상용, 채권각론(하), 법문사, 1998.  
 이영준, 민법총칙, 박영사, 1993.  
 이은영, 물권법, 박영사, 2003.  
 재정경제원 편, 부동산실명법해설, 1995.

### 2. 학술지

- 권오창, “부동산명의신탁의 법률관계에 관한 시론 : 부동산실권리자명의 등기에 관한 법률의 시행과 관련하여”, 인권과 정의 제243권, 대한변호사협회, 1996. 11, 59-80쪽.  
 ———, “계약명의신탁의 법률관계에 관한 고찰(하)”, 법조, 제48권 제6호, 법조협회, 1999, 90-138쪽.  
 권용우, “금지된 명의신탁과 부동산소유권의 귀속”, 법학논총 제30권 제2호, 단국대학교 법학연구소, 2006, 141-179쪽.  
 김미리, “부동산실권리자명의등기에 관한 법률 제4조에 의한 명의신탁의 사법적 규율”, 사법논집 제32집, 법원행정처, 2001, 689-813쪽.  
 김상용, “부동산실명법 규정의 제모순점”, 고시계 제480권, 국가고시학회, 1997. 2, 77-90쪽.  
 김선혜, “2013년 민사(물권법) 중요판례”, 인권과 정의 제440호, 대한변호사협회, 2014. 3, 32-33쪽.  
 목영준, “부동산실권리자명의등기에 관한 법률상 법률관계의 효력”, 인권과 정의 제261권, 대한변호사협회, 1998. 5, 90-111쪽.  
 박길성, “부동산실명법 시행 후의 명의신탁에 관한 소고”, 민사법연구 제9집, 대한민사법학회, 2001, 135-173쪽.  
 박동진, “부동산실명법 제4조에 의한 부동산명의신탁의 효력”, 저스티스 제32권 제3호,

- 한국법학원, 1999. 9, 61-87쪽.
- 박재성, “부동산명의신탁과 사해행위”, 재판실무연구 2013, 광주지방법원, 2014. 1, 149-167쪽.
- 박종두, “부동산명의신탁의 규제와 실명전환”, 수원지방법변호사회지 7집, 1997. 11, 42-47쪽.
- 배병일, “명의신탁등기”, 고시계 제480권, 국가고시학회, 1997. 2, 52-67쪽.
- 백정현, “부동산실권리자 명의등기에 관한 법률의 문제점과 법률관계”, 재판과 판례 제6집, 대구판례연구회, 1997, 316-345쪽.
- 성봉경, “명의신탁부동산의 처분과 사해행위”, 명지법학 제5호, 명지대학교법학연구소, 2006, 79-96쪽.
- 양창수, “부동산실명법 제4조에 의한 명의신탁 효력-소위 등기명의신탁을 중심으로-”, 법학 제38권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 1997, 52-93쪽.
- \_\_\_\_\_, “부동산실명법의 사법적 규정에 의한 명의신탁의 규율 : 소위 계약명의신탁을 중심으로”, 성곡논총 제28집 3권, 성곡학술문화재단, 1997, 353-390쪽.
- 이문호, “금융·부동산실명법(제) 소고 - 대법원 2008다35828 전원합의체판결과 연관하여-”, 인권과 정의 395호, 대한변호사협회, 2009. 7, 122-139쪽.
- 이준현, “계약명의신탁에 있어서 신탁자가 수탁자 명의의 부동산을 제3자에게 처분한 행위와 채권자취소권- 대법원 2013.9.12. 선고 2011다89903 판결의 검토-”, 동아법학 제66호, 동아대학교법학연구소, 2015, 531-555쪽.
- 정근규, “부부간 명의신탁해지의 사해행위성 유무”, 송무자료집 제11집, 서울고등검찰청, 2008, 55-70쪽.
- 진상훈, “부동산신탁의 유형별 사해행위 판단방법”, 민사집행법연구 제4권, 한국민사집행법학회, 2008. 2, 312-360쪽.
- 최창열, “명의신탁부동산의 소유권귀속” 성균관법학 제17권 제3호, 성균관대학교법학연구소, 2005, 283-316쪽.



## [ Abstract ]

## The Act of Disposition and Fraudulent Act under the Type of Title Registration by a Third Party's Name Focusing the Supreme Court Sentenced Rulling on September 12, 2013 2011DA89903

Kim, Hyeon-Son\*

Lawyer may make a decision following the individual reasoning if there are one juristic act between the title registration of real property by a third party's name and fraudulent act. It is quite trouble some if both acts happens at the same time reflecting very complicated legal reasoning of the title registration of real property by a third party's name and cancellation of fraudulent act. Many lawyers speak's their mind is nothing for it to such a headache. Therefore it is not simple question in the legal field.

Moreover, a situation that concealment and disposal of the debtor's property is becoming increasingly sophisticated to escape an enforcement, and proactive quarrels among the creditors of the legal action also quickly made against him, the conflicts between them are really accelerated. Because the issue is which one is more consistent with the legal framework concerning whether they choose to view on the conflicts of interest as a typical case of the above two conflicting jurisprudence which way is to take any criticism in its resolution must endure.

Moreover, the detailed national literature does not exist, I argue, as an author, if one may encounters the fraudulent act after registration of real property by a third party's name, how to solve a mix of the registration of real property by a third party's name. I insist that unlike the judicial ruling, the registration of real property by a third party's name can be solved by the act of substantial named registration and the combination both act of substantial named registration and reasoning of fraudulent act.

---

\* Expert Advisor for the Korea Standards Association (Professor)

In addition, if the real estate trust agreement conduct itself had been occurred while the registration of real property by a third party's name becoming the fraudulent act and both legal reasoning happened at the same time, I added another way to solve the issue of fraudulent act itself.

Therefore, the registration of real property by a third party's name is banned by the act of substantial named registration is not completely solved and currently government take action against this issue in the policy and system basis. It is a problem deformed legal action. So we should not choose the way to resolve itself by reasoning of the real estate title registration by a third party's name. I strongly believe that the best choice of legal action is the way to resolve itself by applying the real estate real name registration act may be the most appropriate interpretation of the current laws and regulations.

**[Key Words]** Title trust, Real estate trust by third party name, Trust and fraudulent act, Real property real name registration act, Creditor's right of revocation