

# 계약명의신탁에서 신탁자와 수탁자 사이의 새로운 부동산소유권이전약정의 효력

-대법원 2014. 8. 20. 선고 2014다30483 판결을 중심으로-

## The Effect of the New Agreement of Transferring Real Estate Ownership between Title Truster and Title Trustee in the Contract Title Trust

김 대 희\*  
Kim, Dae-Hee

### 목 차

- |                   |                 |
|-------------------|-----------------|
| I. 들어가는 글         | IV. 대상판결에 대한 평가 |
| II. 대상판결의 소개      | V. 맺는 글         |
| III. 계약명의신탁과 부당이득 |                 |

부동산실명법 제4조 제1항은 “명의신탁약정은 무효로 한다.”고 규정한다. 계약명의신탁 또한 명의신탁의 한 유형에 포함되므로 역시 무효이다. 기존의 대법원 판례는 계약명의신탁 관계에서 명의수탁자가 명의신탁자에게 부동산소유권을 이전하기로 하는 약정 또한 무효이고, 다만 명의수탁자는 명의신탁자에게 부동산 매수자금 상당의 부당이득반환의무를 부담한다고 하였다. 그러나 최근 대법원은 기존 판례와는 다른 취지의 판결을 선고하였다. 즉, 명의수탁자와 명의신탁자 사이에 부당이득반환의무의 이행에 갈음하여 명의신탁된 부동산 자체를 양도하기로 합의하고 그에 따라 명의신탁자 앞으로 소유권이전등기가 종료된 경우에는 그 소유권이전등기는 유효하다고 한 것이다. 원심은 기존 판례에 따라 그 약정을 무효라고 보았다. 그러나 대상판결은 계약명의신탁 관계가 성립한 후 새로운 소유권이전약정이 있는 경우 그 약정이 어떠한 경우에는 유효이고 어떠한 경우에는 무효인

투고일 : 2016. 12. 31. / 심사외뢰일 : 2017. 1. 16. / 게재확정일 : 2017. 2. 7.

\* 강원대학교 법학전문대학원 부교수, 변호사

Associate Professor, Law School of Kangwon National University

지 명확한 판단기준을 제시하지 못하고 있다. 또한 원심에서는 명의신탁자의 등기가 실체 관계에 부합하지 않는다고 판단하였는데 그 부분에 대한 판단도 이루어지지 않았다. 결국 대상판결은 중요한 쟁점에 대하여는 판단하지 않은 아쉬운 판결로 남게 되었다. 이 논문에서는 계약명의신탁에서 부당이득의 대상이 무엇인지를 밝히고 대상판결이 기존의 판례와 어떻게 다른 것인지를 분석한 다음 대상판결을 평가해 보았다.

**[주제어]** 부동산실명법, 명의신탁, 계약명의신탁, 부당이득, 명의신탁자, 명의수탁자, 소유권이 전등기

## I. 들어가는 글

주지하는 대로 명의신탁 제도는 외국에는 없는 우리나라에 특유한 제도이다. 대법원은 “대내적 관계에서는 신탁자가 소유권을 보유하고 이를 관리수익하면서 공부상의 소유명의만을 수탁자로 하여 둔 것”을 명의신탁이라고 정의하고,<sup>1)</sup> 이와 관련하여 수십 년 동안 방대한 판례법 체계가 형성되기에 이르렀다.<sup>2)</sup> 그러나 이러한 명의신탁제도가 투기·탈세·강제집행면탈 등을 위한 수단으로 악용되면서 사회경제적 폐해가 발생하자 1995년 3월 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률(이하 ‘부동산실명법’ 또는 단순히 ‘법’이라 칭한다)을 제정하여 명의신탁에 대하여 강력한 통제를 하게 되었다. 위 법은 명의신탁약정을 한 명의신탁자<sup>3)</sup>와 명의수탁자 쌍방을 형사처벌하고 신탁자에 대하여 과징금, 이행강제금을 부과하여 명의신탁약정 당사자에 대하여 형사적, 행정적 제재를 가하는 것은 물론이고, 명의신탁약정을 무효라고 선언함으로써(법 제4조 제1항) 그동안 판례에 의해 형성된 명의신탁의 사법적 효력에도 막대한 영향을 끼치게 되었다.

대상판결은 이른바 계약명의신탁약정 이후에 신탁자와 수탁자 사이에 명의신탁부동산을 신탁자 소유로 하는 새로운 소유권이전약정이 이루어진 경우 그 약정이 유효하다고 판시하였다. 그러나 이러한 판시는 기존 판례의 태도와 상당히 다르다. 이 논문은 대상판결이 전원합의체 판결에 의하지 않고 기존의 태도와 다른 판단을 한 이유가 무엇인지, 대상판결과 기존 판례 사이에 어떠한 차이점이 있는지 고민하는 과정에서 작성되었다.

1) 대법원 1965. 5. 18. 선고 65다312 판결.

2) 기존의 판례 이론과는 달리 명의신탁이 통정허위표시로서 무효라는 견해로는 박윤직/김재형, 물권법 제8판, 박영사, 2015, 127쪽.

3) 이하 명의신탁자는 단순히 ‘신탁자’로 줄여 쓰기도 하고, 명의수탁자를 ‘수탁자’로 줄이는 경우도 있다.

아래에서는 먼저 대상판결의 사실관계와 판단 내용을 소개하고(Ⅱ), 계약명의신탁 관계에서 부당이득반환의 일반 법리를 살펴본다(Ⅲ). 여기에서는 부당이득반환의 대상이 무엇인지에 대하여 집중적으로 검토하였다. 이어서 대상판결에 대한 평가(Ⅳ)를 하기 위하여 명의신탁약정 이후 신탁자와 수탁자가 새로운 소유권이전약정을 하는 경우에 관한 기존의 판례를 분석하고, 부당이득반환의무의 이행에 갈음하는 소유권이전약정의 효력을 검토한 다음 대상판결을 종합적으로 분석한 후 결론(Ⅴ)을 맺기로 한다.

## Ⅱ. 대상판결의 소개

### 1. 사실관계 및 원고의 주장

① 원고와 피고가 계약명의신탁약정을 체결하고 명의수탁자인 원고가 2003년 4월 9일 매도인과 사이에 이 사건 부동산을 포함한 6필지의 부동산에 관하여 매매계약을 체결하였다.

② 원고는 피고(명의신탁자)로부터 매매대금 일부를 제공받고 금융기관으로부터 매수 부동산을 담보로 자금을 대출받아 매매대금을 지급하고 2003년 5월 12일 이 사건 부동산에 관하여 원고 명의로 소유권이전등기를 경료 하였다.

③ 당시 매도인은 명의신탁약정의 존재에 대하여 알지 못하였다.

④ 그 후 원고와 피고 사이에 이 사건 부동산의 소유권을 피고 앞으로 이전하여 주기로 하는 내용의 양도약정<sup>4)</sup>이 체결되었고, 그에 따라 2005년 5월 25일 이 사건 부동산에 관하여 피고 앞으로 2005년 4월 25일 매매를 원인으로 하는 소유권이전등기가 마쳐졌다.

⑤ 원고는 2009년 8월 4일 피고를 상대로 창원지방법원 2009가합10775호로 이 사건 부동산에 관한 매매잔대금 지급을 구하는 소(이하 ‘전소(前訴)’라고 한다)를 제기하였으나, 위 법원은 “원고와 피고가 계약명의신탁약정을 체결하여 그에 기하여 원고가 매도인과 사이에 이 사건 부동산에 관한 매매계약을 체결하고 자신 명의로 소유권이전등기를

4) 위 양도약정이 구체적으로 언제 체결되었는지는 판결문만으로는 확실하지 않다. 다만, 대상판결을 평석한 이재욱 판사의 사실관계 정리에 따르면 위 약정이 2005.7.말 또는 8.말경 체결된 것이라고 한다(이재욱, “계약명의신탁에 있어서 수탁자의 신탁자에 대한 부당이득반환의무의 이행에 갈음하는 신탁부동산에 관한 소유권이전약정의 인정요건 및 그 효력”, 판례연구 제27집, 부산판례연구회, 2016, 87쪽). 그렇다면 이 약정은 매매계약 일자를 2005.4.25.로 소급하여 작성한 것이 되는 셈이다.

마쳤다가, 그 후에 원고와 피고 사이에서 원고의 피고에 대한 부당이득반환의무의 이행에 갈음하여 이 사건 부동산에 관한 소유권이전등기를 경료해 주기로 하는 내용의 이 사건 양도약정을 체결한 다음 그에 기하여 피고 명의의 소유권이전등기가 마쳐진 것으로 보이므로, 피고 명의의 소유권이전등기는 위 양도약정에 기한 것으로 유효하다”는 이유로 원고의 청구를 기각하였고, 위 판결은 항소와 상고를 거쳐 그대로 확정되었다.

⑥ 이 사건에서 원고는 예비적으로<sup>5)</sup> 원고와 피고 사이에 계약명의신탁약정이 체결되었고 그 후 명의신탁약정을 전제로 이 사건 양도약정이 체결되어 피고 명의로 소유권이전등기가 마쳐졌으므로, 위 계약명의신탁약정은 부동산실명법에 위반하여 무효이고, 이 사건 양도약정 역시 무효인 명의신탁약정을 전제로 명의신탁부동산 자체의 반환을 구하는 것으로 무효라고 주장하면서 소유권이전등기의 말소를 구하였다.

## 2. 제1심<sup>6)</sup>

제1심은 원고의 예비적 주장을 받아들여 다음과 같이 판시하고 원고 승소 판결을 선고하였다.

원고와 피고는 이 사건 부동산이 피고가 원고에게 명의신탁한 재산임을 전제로 원고가 피고의 요구에 따라 다시 피고 명의로 소유권이전등기를 하기로 하는 이 사건 양도약정을 체결하였는바, 위 양도약정은 새로운 약정의 형식을 통해 무효인 명의신탁 약정이 유효함을 전제로 명의신탁부동산 자체의 반환을 약속한 것에 불과하여 역시 무효라고 할 것이다.

## 3. 원심<sup>7)</sup>

제1심에 대하여 피고만이 항소하여 ‘수탁자인 원고가 신탁자인 피고 앞으로 경료해준 이 사건 소유권이전등기는 실체관계에 부합하는 등기로서 유효하다’고 주장하였으나

5) 한편, 원고는 주위적으로 피고가 매매계약에 따른 대금을 지급하지 않아 위 매매계약이 해제되었으므로 피고는 원고에게 소유권이전등기를 말소할 의무가 있다고 주장하였으나, 위 주장은 매매계약 체결사실이 인정되지 않아 받아들여지지 않았다. 위 주위적 주장은 이 논문과 관계가 없으므로 이하 더 이상 언급하지 않는다.

6) 창원지방법원 2013. 10. 30. 선고 2013가합1433 등 판결.

7) 부산고등법원 2014. 4. 2. 선고 2013나4381 등 판결.

다음과 같은 이유로 받아들여지지 않았고 원심은 결국 항소기각 판결을 선고하였다.

계약명의신탁약정이 부동산실명법 시행 전인 경우에는 유예기간이 경과하기 전까지는 명의신탁자는 언제라도 명의신탁약정을 해지하고 당해 부동산에 관한 소유권을 취득할 수 있었던 것과 달리 이 사건과 같이 계약명의신탁약정이 부동산실명법 시행 후인 경우에는 명의신탁자인 피고는 애초부터 당해 부동산의 소유권을 취득할 수 없었으므로, 계약명의수탁자인 원고가 계약명의신탁자인 피고 앞으로 바로 경로해 준 이 사건 소유권이전등기가 실제관계에 부합한다고 볼 수 없다.

#### 4. 대법원

먼저, 대법원은 계약명의신탁이 이루어진 경우 수탁자가 신탁자에게 반환하여야 할 부당이득의 대상을 매수자금이라고 하고 나서, 당사자가 부당이득반환의무의 이행에 갈음하여 이 사건 부동산을 신탁자인 피고에게 양도하기로 하는 내용의 양도약정을 체결하였다는 사실을 인정한 뒤, 아래와 같이 판시하고 다른 상고이유에 대한 판단을 생략하고 원심판결을 파기환송하였다.

계약명의신탁의 당사자들이 그 명의신탁약정이 유효한 것, 즉 명의신탁자가 이른바 내부적 소유권을 가지는 것을 전제로 하여 장차 명의신탁자 앞으로 목적 부동산에 관한 소유권등기를 이전하거나 그 부동산의 처분대가를 명의신탁자에게 지급하는 것 등을 내용으로 하는 약정을 하였다면 이는 명의신탁약정을 무효라고 정하는 부동산실명법 제4조 제1항에 좇아 무효라고 할 것이다. 그러나 명의수탁자가 앞서 본 바와 같이 명의수탁자의 완전한 소유권 취득을 전제로 하여 사후적으로 명의신탁자와의 사이에 위에서 본 매수자금반환의무의 이행에 갈음하여 명의신탁된 부동산 자체를 양도하기로 합의하고 그에 기하여 명의신탁자 앞으로 소유권이전등기를 마쳐준 경우에는 그 소유권이전등기는 새로운 소유권 이전의 원인인 대물급부의 약정에 기한 것이므로 그 약정이 무효인 명의신탁약정을 명의신탁자를 위하여 사후에 보완하는 방책에 불과한 등의 다른 특별한 사정이 없는 한 유효하다고 할 것이고, 그 대물급부의 목적물이 원래의 명의신탁부동산이라는 것만으로 그 유효성을 부인할 것은 아니다.

### III. 계약명의신탁과 부당이득

#### 1. 서론

계약명의신탁이 이루어진 경우 당사자 사이의 법률관계<sup>8)</sup>는 매도인이 명의신탁약정의 존재를 알았는지 몰랐는지에 따라 다르다. 매도인 선의<sup>9)</sup>인 경우를 간단히 살펴보면 우선, 신탁자와 수탁자 사이의 명의신탁약정은 무효이지만(법 제4조 제1항), 매수인 명의의 소유권이전등기는 유효하다(법 제4조 제2항 단서). 즉, 명의수탁자는 명의신탁부동산에 관하여 완전한 소유권을 취득하게 되고 명의신탁자는 매도인에 대하여는 아무런 권리를 가질 수 없다. 문제는 신탁자와 수탁자 사이의 내부관계인데 신탁자가 수탁자에 대하여 부당이득반환을 청구할 수 있는지, 그것이 가능하다면 부당이득반환의 대상이 무엇인지, 수탁자가 신탁자에게 목적 부동산을 임의로 반환한 경우 그 효력은 어떠한지 등 많은 쟁점이 발생한다. 이 항에서는 앞의 두 가지 논점에 대하여 살펴보고, 마지막 쟁점은 다음 IV.항에서 살펴보기로 한다.

#### 2. 부당이득반환청구의 가부

명의신탁에 제공된 부동산 또는 그 매수자금은 불법원인급여(민법 제746조)에 해당되어 신탁자는 수탁자를 상대로 부당이득반환청구를 할 수 없다는 견해도 있다.<sup>10)</sup> 명의신탁을 일률적으로 공서양속에 반한다고 평가할 수는 없으나, 그것이 투기탈세탈법행위 등에 악용된 경우에는 그 목적의 반사회성과 결합하여 공서양속에 반하고 그와 같은

- 
- 8) 지면 관계상 명의신탁의 유형에 따른 법률관계 정리는 생략한다. 이에 대하여는 권오창, 편집대표 김용담, 주석 민법 물권(2), 한국사법행정학회, 2011, 500쪽 이하; 이은영, 물권법 제4판, 박영사, 2006, 282-287쪽 참조; 이에 관한 대법원 판례를 정리를 문헌으로는 이은혜, “부동산 명의신탁을 둘러싼 몇 가지 법률적 쟁점에 관한 검토: 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률 시행 이후의 판례를 중심으로”, 재판실무연구, 광주지방법원, 2008, 129쪽 이하 참조.
- 9) 아래에서는 매도인이 명의신탁약정 사실을 몰랐을 경우를 선의로, 알았을 경우를 악의로 표현한다. 그리고 추가적인 다른 설명이 없는 한, 대상판결의 사실관계에서 인정된 바와 같이 매도인은 선의인 경우만을 가정하여 논의를 진행하기로 한다.
- 10) 강봉석, “명의신탁에 관한 연구: 계약명의신탁에서 부당이득의 반환문제”, 홍익법학 제15권 제1호, 홍익대학교 법학연구소, 2014, 162-165쪽; 권용우, “금지된 명의신탁과 부동산소유권의 귀속”, 법학논총 제30권 제2호, 단국대학교 법학연구소, 2006, 168쪽; 오시영, “부동산 명의신탁과 불법원인급여 성립 여부에 대한 고찰”, 동북아법연구 제10권 제2호, 전북대학교 동북아법 연구소, 2016, 471-477쪽.

약정에 따라 급부된 것은 불법원인급여에 해당하여 반환을 구할 수 없다는 견해<sup>11)</sup>도 이와 같은 범주에 있다고 생각한다.

그러나 부동산실명법의 목적은 부동산의 실체적 권리관계와 등기를 일치시키는 데 있는 것이고(법 제1조 참조), 이를 위반한 신탁자에 대하여 형벌과 과징금의 제재를 부과하고 있기는 하지만 명의신탁에 제공된 부동산의 소유권을 신탁자 명의로 복귀시키는 것을 금지하는 것이라고는 할 수 없다. 명의신탁에 제공된 부동산이라고 하여 부당이득반환청구를 허용하지 않는다면 신탁자는 자신의 비용을 들이고도 아무 것도 얻은 것이 없고, 반면 수탁자는 비용을 전혀 들이지 않고도 부동산을 보유하는 셈이 되어<sup>12)</sup> 신탁자의 부당이득반환청구를 인정하지 않을 수는 없다고 판단되고, 그것이 헌법상 보장된 재산권 보장(헌법 제23조) 및 사적 자치를 위해서 타당하다고 생각한다. 따라서 명의신탁에 제공된 부동산 또는 매수자금을 불법원인급여에 해당한다고 볼 수는 없다.<sup>13)14)</sup>

판례<sup>15)</sup> 또한 “부동산실명법이 규정하는 명의신탁약정은 ... 그 자체로 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하는 경우에 해당한다고 단정할 수 없을 뿐만 아니라, 위 법률은 원칙적으로 명의신탁약정과 그 등기에 기한 물권변동만을 무효로 하고 명의신탁자가 다른 법률관계에 기하여 등기회복 등의 권리행사를 하는 것까지 금지하지는 않는 대신, 명의신탁자에 대하여 행정적 제재나 형벌을 부과함으로써 사적자치 및 재산권보장의 본질을 침해하지 않도록 규정하고 있으므로, 위 법률이 비록 부동산등기제도를 악용한 투기·탈세·탈법행위 등 반사회적 행위를 방지하는 것 등을 목적으로 제정되었다고 하더라도, 무효인 명의신탁약정에 기하여 타인 명의의 등기가 마쳐졌다는 이유만으로 그것이 당연히 불법원인급여에 해당한다고 볼 수 없다.”고 판시하여 부당이득이 성립한다고 보았고, 대상판결 또한 부당이득이 가능하다는 전제에서 아래에서 보는 바와 같이

11) 서정, “명의신탁자가 명의수탁자를 상대로 부동산 자체를 부당이득반환으로 구하는 청구의 가부: 이른바 계약명의신탁을 중심으로”, 민사판례연구 제26권, 민사판례연구회, 2004, 242-245쪽.

12) 서정, 위의 논문, 240쪽.

13) 권오창, 앞의 책, 499-500쪽; 양창수 민법연구 제5권, 박영사, 117-121쪽; 이상태, “부동산 명의신탁에 관한 민·형법의 통합적 연구”, 일감법학 제30권, 건국대학교 법학연구소, 2015, 149쪽.

14) 아직은 시기상조이나 경제의 흐름이 투명화되고 국민의 법감정이 투기나 탈세 목적의 명의신탁을 허용하지 않을 때에는 법원의 판단에 따라 부당이득반환이 허용되지 않을 수도 있을 것이라고 전망하는 견해도 있다(백정현, “부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률의 문제점과 법률관계”, 재판과 판례 제6집, 대구판례연구회, 1997, 352쪽).

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

부당이득반환의 대상이 무엇인가를 판시하고 있다.

### 3. 부당이득반환의 대상

신탁자가 수탁자에게<sup>16)</sup> 매수자금을 제공하고 수탁자가 그 매수자금으로 매도인으로 부터 실제 부동산을 취득한 경우 신탁자는 수탁자를 상대로 그 부동산을 부당이득으로 반환청구할 수 있는가?

#### 3.1 부동산이 부당이득반환 대상이라는 견해<sup>17)</sup>

이 견해는 헌법상 국민의 재산권은 보장되어야 하고, 수탁자는 명의신탁약정에 기하여 부동산을 취득하였으므로 그것이 무효로 된 이상 신탁자에 대한 관계에서는 부당이득이며, 부동산실명법이 신탁자에게 부동산소유권의 귀속을 막고 수탁자에게 종국적으로 부동산소유권을 귀속시키려는 취지는 아니고, 명의신탁의 부정적 측면인 부동산투기는 과세문제로 해결할 수 있으며, 신탁자가 수탁자로부터 부동산을 현물로 반환받을 수 있다고 보는 것이 당사자 사이의 신뢰나 형평에 부합한다는 점 등을 근거로 한다.

명의신탁약정의 무효에도 불구하고 신탁자와 수탁자 사이에 위임계약이 체결된 것으로 보고 수탁자는 위임의 본지에 따라 매도인으로부터 인도받은 부동산을 신탁자에게 인도하고, 소유권이전등기도 해주어야 한다는 견해<sup>18)</sup>도 결과적으로 이와 같다고 생각한다.

#### 3.2 매수자금이 부당이득반환 대상이라는 견해<sup>19)</sup>

이 견해는 수탁자는 매도인과의 매매계약에 따라 부동산을 취득하였으므로 그 취득이 법률상 원인이 없다고 볼 수 없고, 금전의 가치적 특성과 금전부당이득에 관한 일반법

16) 경우에 따라서는 신탁자가 직접 매도인에게 매수자금을 지급할 수도 있다. 이하 같다.

17) 배병일, “부동산실명법상 계약명의신탁에 있어서 부당이득반환으로서의 원물반환”, 저스티스 제143호, 한국법학원, 2014, 24-25쪽; 백정현, 앞의 논문, 342쪽.

18) 이은영, 앞의 책, 287쪽.

19) 권오창, 앞의 책, 527쪽; 김덕중, “계약명의신탁과 부당이득반환청구권: 판례를 중심으로”, 원광법학 제29권 제1호, 2013, 원광대학교 법학연구소, 2013, 192-194쪽; 김미리, “간접대리명의신탁(이른바 계약명의신탁)의 명의신탁자와 명의수탁자간 부당이득 반환관계”, 법조 제53권 제2호, 법조협회, 2004, 192쪽; 서정, 앞의 논문, 247쪽; 양창수, 앞의 책, 155-156쪽; 이상태, 앞의 논문, 156쪽.

리<sup>20)</sup>에 비추어 부동산 반환은 불가능하며, 매도인 선의인 계약명의신탁에서 이행강제금을 부과하지 않은 것(부동산실명법 제6조 제1항 단서)은 신탁자가 등기명의를 회복할 수 없다는 것을 전제로 한 입법이라는 점 등을 그 근거로 한다.

### 3.3 판례

우선 대상판결에서도 이 쟁점이 판단되었다.

계약명의신탁약정이 부동산실명법 시행 후에 이루어진 경우에는 명의신탁자는 애초부터 당해 부동산의 소유권을 취득할 수 없었으므로 위 명의신탁약정의 무효로 명의신탁자가 입은 손해는 당해 부동산 자체가 아니라 명의수탁자에게 제공한 매수자금이고, 따라서 명의수탁자는 당해 부동산 자체가 아니라 명의신탁자로부터 제공받은 매수자금만을 부당이득한다.

이렇듯, 판례는 부동산실명법 시행 후에는 매도인 선의인 계약명의신탁의 경우 신탁자가 애초부터 부동산의 소유권을 취득할 수 없었기 때문에 부당이득반환 대상은 매수자금이라고 한다.<sup>21)</sup> 판례는 원칙적으로 부동산실명법 시행 전·후를 구별하여 시행 전에는 부동산을 부당이득반환 대상으로 보고, 시행 후에는 매수자금을 부당이득 대상으로 보고 있다.<sup>22)</sup>

그러나 법 시행 전에 명의신탁약정을 체결하고 그 유예기간 내에 실명전환을 하지 않은 경우에는 부동산 자체를 부당이득한다고 판시하였다.<sup>23)</sup>

부동산실명법 시행 전에 명의신탁약정과 그에 기한 물권변동이 이루어진 다음 같은 법 제11조에서 정한 유예기간 내에 실명등기 등을 하지 않고 그 기간을 경과한 때에도 같은 법 제12조 제1항에 의하여 제4조의 적용을 받게 되어 위 법리가 그대로 적용되는

20) 부동산매수인이 대금지급의무를 불이행하고 그 금전으로 다른 부동산을 매수하였더라도 매도인이 매수인에 대하여 그 부동산의 이전을 청구할 근거가 없는 것과 같은 이치라고 한다(양창수, 앞의 책, 156쪽).

21) 같은 취지로 대법원 2008. 2. 14. 선고 2007다69148 판결; 2005. 1. 28. 선고 2002다66922 판결.

22) 이와 관련된 판례의 태도를 자세히 정리한 문헌으로 배병일, 앞의 논문, 15-24쪽; 이은혜, 앞의 논문, 145-147쪽 참조.

23) 대법원 2002. 12. 26. 선고 2000다21123 판결. 이 판결을 평석한 논문으로는 김미리, 앞의 논문, 172쪽 이하; 서정, 앞의 논문, 214쪽 이하 등이 있다.

것인바, 이 경우 명의수탁자는 명의신탁약정에 따라 명의신탁자가 제공한 비용을 매매대금으로 지급하고 당해 부동산에 관한 소유명의를 취득한 것이고, 위 유예기간이 경과하기 전까지는 명의신탁자는 언제라도 명의신탁약정을 해지하고 당해 부동산에 관한 소유권을 취득할 수 있었던 것이므로, 명의수탁자는 법 시행에 따라 당해 부동산에 관한 완전한 소유권을 취득함으로써 당해 부동산 자체를 부당이득하였다고 보아야 할 것이다.

### 3.4 검토

사건으로는 부동산을 부당이득으로 반환받을 수 있다는 견해에 찬성한다. 위에서 본 근거 이외에도 우선 부당이득제도의 취지에 비추어 매수자금을 제공한 실질적 당사자인 신탁자의 소유권을 부정하고 명의만을 빌려준 수탁자가 부동산의 소유권을 보유하는 것은 당사자 사이의 기대와 형평에 맞지 않는다.<sup>24)</sup>

또한, 매도인으로부터 수탁자에게 경료된 이전등기의 원인이 실질적으로 명의신탁약정이므로 그 약정이 무효인 이상 부동산 자체가 부당이득이 된다고 보아야 할 것이다.<sup>25)</sup> 물론 신탁자가 수탁자에게 교부한 것은 부동산이 아니고 매수자금이므로 부동산의 반환을 구할 수 없고 매수자금에 상응하는 금액만을 부당이득으로 반환받을 수 있다는 지적<sup>26)</sup>은 이론상 타당하다고 생각하지만, 신탁자가 수탁자에게 매수자금을 제공한 이유는 특정 부동산을 매수하기 위한 것이고 나아가 계약체결 여부, 대금지급조건 등 계약내용 일체를 신탁자가 결정하고, 반대급부인 매매대금뿐 아니라 등기비용 등도 모두 신탁자가 출연하는 것이 명의신탁관계의 원칙적인 모습이라는 점에서<sup>27)</sup> 일반적인 금전 제공과는 성질을 달리한다고 보아야 할 것이다. 즉, 보통의 명의신탁관계에서 신탁자는 목적물을 직접 선택하고 그 등기명의만을 수탁자에게 신탁하는 것이지, 신탁자가 매수자금을 수탁자에게 교부하여 수탁자로 하여금 그 재량으로 임의의 목적물을 매수하게 하는 것이 아니므로 수탁자의 이익은 신탁자가 지정한 특정 목적물이라고 할 수 있다.<sup>28)</sup>

그리고 명의신탁 대상 부동산 가격이 하락한 경우에도 매수자금을 부당이득이라고

24) 부동산을 취득하고자 했던 신탁자에게는 매수자금반환청구권만을 주고 그렇지 않은 수탁자에게는 부동산소유권을 주면서 그 대신 매수자금반환의무를 지우는 것은 당사자들의 의사에 반한다고 할 것이다.

25) 백정현, 앞의 논문, 342쪽.

26) 서정, 앞의 논문, 247쪽; 이상태, 앞의 논문, 156쪽.

27) 김문관, “부동산실명법 시행 이후 명의신탁 관계에서의 부당이득반환청구”, 판례연구 제15집, 부산판례연구회, 2004, 88쪽.

28) 배병일, 앞의 논문, 26쪽.

본다면 신탁자는 가격 하락분만큼 오히려 이익을 보게 되는데 이는 명의신탁을 금지하는 법의 의도에 역행하는 것이다.<sup>29)</sup> 반면 부동산실명법 상의 처벌을 감수하고 신탁자와의 인간적인 관계로 매수인 명의를 빌려준 수탁자는 그 가격 하락분만큼 손실을 부담하고 이 경우에는 신탁 부동산을 처분하여도 그 대금으로 부당이득반환의무를 완전히 이행할 수 없게 되는데 이러한 결과는 수탁자에게 지나치게 가혹하다고 생각한다.<sup>30)</sup>

또한 위 2000다21123 판결도 유력한 근거가 될 수 있다고 생각한다. 위 판결에서의 명의신탁약정은 법 시행 전에 이루어졌지만 유예기간이 지난 후에는 명의신탁약정과 그에 따른 물건변동의 효력에 대해서는 부동산실명법이 마찬가지로 적용되게 된다(법 제12조 제1항). 위 판결은 신탁자가 (명의신탁해지를 하고) 부동산을 취득할 수 있었다고 가정하고 있으나 유예기간 내에 해지를 하지 않은 이상 신탁자는 더 이상 해지를 할 수 없고, 결국 법 시행 후에 명의신탁약정을 한 것과 같이 취급된다. 따라서 판례의 논리를 일관한다면 위 경우에도 매수자금을 부당이득반환의 대상으로 보아야 한다.<sup>31)</sup>

마지막으로 부동산을 부당이득으로 반환받기 위해서는 신탁자가 수탁자로부터 소유권이전등기를 경료받아야 하는데 그 등기원인을 무엇으로 기재할 것인가 하는 문제가 있다. 등기를 할 때에는 등기원인을 기록하여야 하기 때문이다(부동산등기법 제48조 제1항 제4호). 부동산실명법 시행 전에는 명의신탁 해지를 등기원인으로 기록하였으나 법 시행 후에는 명의신탁약정이 무효이므로 그 해지를 원인으로 한 소유권이전등기가 허용되지 않는다.<sup>32)</sup> 사견으로는 이러한 경우 그 등기원인은 부당이득반환이라고 기재하는 것이 타당하다고 생각한다.

29) 배병일, 위의 논문, 27쪽.

30) 이는 무효인 계약에 관한 급부물이 금전인 경우에 항상 발생하는 문제로서 용인할 수밖에 없다는 견해가 있으나(서정, 앞의 논문, 247쪽), 신탁자가 제공한 금전은 특정 부동산을 매수하기 위한 자금이었다는 점에서 일반적인 금전 급부와는 달리 보아야 한다는 점은 이미 살펴보았다.

31) 이러한 관점에서 앞서 부당이득반환의 대상을 매수자금이라고 보는 견해는 위 판례의 결론에 찬성하지 않는다. 김미리, 앞의 논문, 212쪽.

32) 권오창, 앞의 책, 498쪽; 사법연수원, 부동산등기법, 2015, 170쪽; 명의신탁약정의 해지를 원인으로 한 명의신탁자의 소유권이전등기 신청은 그 신청취지 자체에 의하여 법률상 허용될 수 없음이 명백한 경우로서 부동산등기법 제55조 제2호(현행 제29조 제2호)의 '사건이 등기할 것이 아닌 때'에 해당하여 등기공무원은 이를 각하하여야 한다(대법원 1997. 5. 1. 자 97마384 결정).

## IV. 대상판결에 대한 평가

### 1. 대상판결의 분석

대상판결은 앞서 살펴본 일반 법리를 설시한 후 다음과 같이 판시하였다.

이 사건 양도약정은 원고와 피고가 명의신탁약정의 무효에 따른 원고의 매수자금반환 의무 등 부당이득반환의무의 이행에 갈음하여 체결한 대물급부의 약정으로서 새로운 소유권이전의 원인이 된다고 볼 것이고, 원심이 판시한 것처럼 ‘무효인 명의신탁약정이 유효함을 전제로 명의신탁부동산 자체의 반환을 약속한 것’이라고 쉽사리 단정할 수 있는 것이 아니다. 따라서 이 사건 양도약정에 기하여 마쳐진 이 사건 소유권이전등기는 다른 특별한 사정이 없는 한 유효한 등기라고 보아야 할 것이다.

대상판결의 구조를 분석하면 다음과 같다. ① 수탁자와 신탁자 사이에 법률문제를 종결시키려는 취지의 새로운 소유권이전약정이 있었다. 이는 전소 확정판결에서 인정된 사실이다. ② 민사재판에 있어서는 다른 민사사건 등의 판결에서 인정된 사실에 구속받는 것은 아니라 할지라도 이미 확정된 관련 민사사건에서 인정된 사실은 특별한 사정이 없는 한 유력한 증거가 된다.<sup>33)</sup> ③ 명의수탁자와 명의신탁자 사이의 새로운 소유권이전 약정은 유효하다. ④ 그러므로 소유권이전약정의 무효를 주장하는 원고의 주장은 이유 없다.

대상판결과 원심(구체적으로 제1심)은 결국 위 양도약정의 효력을 어떻게 보느냐에 따라 그 결론이 달라졌다고 하겠다. 즉, 원심은 위 양도약정을 ‘새로운 약정의 형식을 통해 무효인 명의신탁약정이 유효함을 전제로 명의신탁부동산 자체의 반환을 약속한 것’이라고 보았고, 대상판결은 ‘부당이득반환의무의 이행에 갈음하여 체결한 대물급부의 약정으로서 새로운 소유권이전의 원인’이라고 본 것이다. 그러나 대상판결은 유사 사안에서 대법원 판례의 입장과 다른 태도를 보인다고 평가되므로 먼저 이와 관련된 판례를 살펴본다.

33) 대법원 1995. 6. 29. 선고 94다47292 판결.

## 2. 소유권이전약정의 효력에 대한 판례 분석<sup>34)</sup>

### 2.1 대법원 2015. 2. 26. 선고 2014다63315 판결

명의신탁약정 당시 피고(수탁자)는 신탁자의 요구가 있는 경우 신탁자가 지정한 원고에게 소유권이전등기를 마쳐 주기로 약정하고 수탁자 명의의 소유권이전등기를 마친 다음, 수탁자의 임의 처분에 대비하여 원고 명의로 가등기를 마친 사안에서 “부동산실명법 시행 이후 부동산을 매수하면서 매수대금의 실질적 부담자와 명의인 간에 명의신탁관계가 성립한 경우, 그들 사이에 매수대금의 실질적 부담자의 요구에 따라 부동산의 소유 명의를 이전하기로 하는 등의 약정을 하였다고 하더라도, 이는 부동산실명법에 의하여 무효인 명의신탁약정을 전제로 명의신탁부동산 자체 또는 처분대금의 반환을 구하는 범주에 속하는 것이어서 역시 무효”라고 판시하여 위 가등기를 무효인 약정에 기한 것으로서 원인무효라고 보았다.

### 2.2 대법원 2013. 3. 14. 선고 2011다103472 판결

원고(신탁자)가 그의 자금으로 부동산을 취득하면서 편의상 그 소유권이전등기를 피고(수탁자) 명의로 하면서 ‘원고는 언제든지 피고에게 명의신탁부동산의 소유권이전을 청구할 수 있다’는 내용의 반환약정을 하고, 원고가 위 반환약정에 기하여 피고를 상대로 소유권이전등기를 청구한 사안에서, 대법원은, “위 반환약정은 새로운 약정의 형식을 통하여 무효인 명의신탁약정이 유효함을 전제로 명의신탁부동산 자체의 반환을 약속한 것에 불과하여 역시 무효”라고 판시하였다.

### 2.3 대법원 2006. 11. 9. 선고 2006다35117

A(신탁자)가 자신의 자금으로 피고(수탁자) 명의로 부동산을 낙찰받게 한 후 이를 제3자에게 매각하도록 지시하고 그 매각대금을 피고가 수령하였는데, 신탁자의 채권자인 원고가 A를 대위하여 피고를 상대로 그 매각대금에 대하여 부당이득반환청구를 한 사안에서, 부동산경매절차에서도 계약명의신탁관계가 성립할 수 있음을 인정하고, “A와

34) 아래 소개된 판결 이외에 추가적인 판례 소개는 이재욱, 앞의 논문, 102-106쪽 참조.

피고 사이의 위 명의신탁약정은 부동산실명법 제4조 제1항에 의하여 무효라 할 것이며, 따라서 A는 피고에게 이 사건 부동산 자체나 그 처분대금의 반환을 청구할 수는 없다(제공한 매수자금을 부당이득으로 청구할 수 있을 뿐이다). 나아가 A와 피고 사이에 A의 지시에 따라 이 사건 부동산의 소유 명의를 이전하거나 그 처분대금을 반환하기로 한 약정이 있다고 하더라도 이는 결국 명의신탁약정이 유효함을 전제로 명의신탁부동산 자체 또는 그 처분대금의 반환을 구하는 범주에 속하는 것에 해당하여 무효”라고 판단하였다.<sup>35)</sup>

### 3. 대상판결과 다른 판례의 차이

이상 살펴본 판례를 종합하면 판례의 기본 입장은 명의신탁약정과 함께(동시에 또는 그 이후에) 수탁자가 신탁자에게(또는 신탁자가 지정하는 제3자에게) 명의신탁부동산의 소유권을 이전하기로 약정하거나, 수탁자가 목적물을 처분하여 그 처분대금을 신탁자에게 반환하기로 약정하는 것은 ‘무효인 명의신탁약정이 유효함을 전제로 부동산 자체 또는 처분대금의 반환을 구하는 범주에 속하는 것이어서 역시 무효’라고 보는 것이다. 특히 위 2006다35117 판결에서 명의신탁을 위해 제공된 매수자금과 수탁자의 처분대금 사이에 구체적으로 얼마나 차이가 나는지는 알 수 없으나, 대법원은 일반론에 충실하게 무효인 명의신탁 약정과 함께 이루어진 신탁자와 수탁자 사이의 추가 약정은 기본적으로 무효라고 보는 입장인 것으로 평가할 수 있다. 그러나 대상판결은 별개의 소유권이전약정을 유효하다고 본 거의 유일한 판결인 것이다.

대상판결도 이 점을 충분히 인식하고 있다고 할 수 있다. 해당 부분을 다시 인용하면 “계약명의신탁의 당사자들이 명의신탁약정이 유효한 것, 즉 명의신탁자가 이른바 내부적 소유권을 가지는 것을 전제로 하여 장차 명의신탁자 앞으로 목적 부동산에 관한 소유권등기를 이전하거나 부동산의 처분대가를 명의신탁자에게 지급하는 것 등을 내용으로 하는 약정을 하였다면 이는 명의신탁약정을 무효라고 정하는 부동산실명법 제4조 제1항에 좇아 무효이다.”라고 하였다.

35) 이 사건의 원심은 피고가 A의 지시에 따라 이 사건 부동산을 처분하고 매매대금을 수령한 이상 피고는 A에게 그 처분대금을 반환할 의무가 있다고 보았다. 사건으로는 구체적 타당성의 측면에서 수탁자인 피고가 위 처분대금을 보유할 권리는 없고 이를 신탁자에게 반환하여야 한다고 생각한다. 그러나 대법원은 이 경우에도 기존 법리에 충실하게 신탁자는 그 처분대금의 반환을 구할 수 없고, 다만 명의신탁약정 당시 제공된 매수자금을 부당이득으로 청구할 수 있다고 하였다.

그러나 그 이후 판시 부분 즉, “명의수탁자의 완전한 소유권 취득을 전제로 사후적으로 매수자금반환의무의 이행에 갈음하여 명의신탁된 부동산 자체를 양도하기로 합의”한 경우 그 합의가 원칙적으로 유효하다고 한 부분은 선뜻 이해하기가 어렵다. 기존의 판례와 비교하여 보았을 때 명의신탁약정 이후 실제로 신탁자와 수탁자 사이에 새로운 소유권이전약정이 있는 경우<sup>36)</sup> 그 약정의 효력을 어떻게 볼 것인지에 대한 명백한 기준이 전혀 없는 것이다. 대상판결과 다른 판례를 종합해 볼 경우 새로운 소유권이전약정의 효력은 그 약정이 명의신탁약정이 유효함을 전제로 명의신탁부동산 자체의 반환을 구하는 범주에 속하는 것에 불과한지, 아니면 명의신탁약정의 무효(즉, 수탁자의 완전한 소유권 취득)를 전제로 부당이득반환의무의 이행에 갈음하여 명의신탁부동산을 양도하는 실질을 갖는 것인지 여부에 달려있다고 하겠는데,<sup>37)</sup> 이를 실제로 어떻게 구별할 수 있을 것인지 대상판결은 아무런 기준을 제시하지 않고 있다.

#### 4. 수탁자가 임의로 부동산 소유권을 신탁자에게 이전하는 경우

4.1 앞서 본 바와 같이 계약명의신탁약정은 무효이고 신탁자는 수탁자를 상대로 부당이득반환청구를 할 수 있으나, 이와 별개로 수탁자가 임의로 신탁자에게 명의신탁 부동산의 소유권이전등기를 마친 경우에 그 등기는 효력은 어떠한가? 즉, 그 등기는 실제관계에 부합<sup>38)</sup>하여 유효한가?

이에 대하여 당사자들의 합의에 따라 신탁자 앞으로 소유권이전등기가 마쳐진 경우에는 그 등기의 효력을 인정하는 견해<sup>39)</sup>가 있다. 이 견해는 수탁자는 신탁자에 대하여 부당이득반환의무를 부담하고 있으므로, 수탁자가 신탁자 앞으로 임의로 소유권이전등기를 마쳐준 경우에 당사자들의 의사는 명의신탁부동산을 신탁자 앞으로 반환함으로써

36) 새로운 약정이 존재하는지 여부를 판단하는 것조차도 쉽지 않다. 이는 기본적으로 법원의 사실확정의 문제이지만 이 사건에서도 실제로 원고는 양도약정의 존재 여부를 다투면서 양도약정부존재확인을 구하는 중간확인의 소를 병합하여 제기하였으나 부적법하다는 이유로 각하되었다. 다만 이 사건에서는 전소 확정판결이 존재하므로 양도약정의 존재가 비교적 쉽게 인정될 수 있었다고 하겠다.

37) 이재욱, 앞의 논문, 107쪽. 또한 이재욱 판사는 그 판단기준으로 당사자 사이의 관계, 반환약정시기, 부동산의 시가 변동 등 다양한 기준을 제시하고 있는바(같은 논문, 112-116쪽), 이는 경청할 가치가 있는 분석이라고 생각한다.

38) 등기가 실제관계에 부합한다고 하는 것은 그 등기절차에 어떤 하자가 있다고 하더라도 진실한 권리관계와 합치된다는 것을 말한다(대법원 1994. 6. 28. 선고 93다55777 판결).

39) 권오창, 앞의 책, 529-530쪽.

당사자 사이의 명의신탁약정과 동 약정이 무효로 됨에 따라 발생한 법률문제를 종결시키려는 합의가 존재한다고 해석하는 것이 합리적이라고 한다.

이와 반대로 이러한 경우 소유권 이전의 원인이 없거나 무효이므로 소유권이 일반적으로 이전되지 않으나, 다만 유효한 원인이 별도로 존재하는 경우(수탁자가 매수자금반환의무의 이행에 갈음하여 사후적으로 부동산 자체를 양도하기로 합의한 경우)에는 소유권이전등기는 유효하다는 견해가 있다.<sup>40)</sup>

4.2 이 문제에 대하여 대법판결의 원심은 중요한 판시를 하고 있다. 앞서 보았듯이 원심은 계약명의신탁에서 수탁자가 신탁자에게 임의로 경료해 준 소유권이전등기는 실체관계에 부합하지 않는다고 하였다. 원심은 그 판단의 전제로서 대법원 2004. 6. 25. 선고 2004다 6764 판결을 인용하여 이른바 3자간 등기명의신탁<sup>41)</sup>에서 수탁자가 자의로 신탁자에게 바로 소유권이전등기를 경료해 준 경우에는 그 등기를 실체관계에 부합한다고 하였다. 즉, 3자간 등기명의신탁의 경우 기존 명의신탁약정과 그에 의한 명의수탁자 명의의 등기가 모두 무효로 되고 명의신탁자는 명의신탁약정의 당사자로서 부동산실명법 제4조 제3항의 제3자에 해당하지 아니하므로 명의신탁자 명의의 소유권이전등기도 무효가 된다 할 것이지만, 부동산실명법은 매도인과 명의신탁자 사이의 매매계약의 효력을 부정하는 규정을 두고 있지 아니하여 매도인과 명의신탁자 사이의 매매계약은 여전히 유효하므로, 명의신탁자는 매도인에 대하여 매매계약에 기한 소유권이전등기를 청구할 수 있고, 그 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 매도인을 대위하여 명의수탁자에게 무효인 그 명의 등기의 말소를 구할 수 있으므로, 명의수탁자가 명의신탁자 앞으로 바로 경료해 준 소유권이전등기는 결국 실체관계에 부합하는 등기로서 유효하다는 것이다.

즉, 3자간 등기명의신탁에서는 매도인이 여전히 소유권을 가지고 있고 신탁자는 매도인을 상대로 매매계약에 기한 소유권이전등기를 청구할 수 있기 때문에 신탁자 명의의 등기는 실체관계에 부합하지만, 매도인 선의의 계약명의신탁에서는 수탁자가 소유권을 취득하였고 매도인과 신탁자 사이에는 아무런 계약관계도 존재하지 않아 신탁자는 수탁자뿐만 아니라 매도인에 대하여도 소유권이전등기청구를 할 근거가 없으므로 신탁자 명의의 등기는 실체관계에 부합한다고 볼 수 없다는 것이다. 필자는 대법판결을 분석하면서 이 부분의 법리가 이 사건의 가장 중요한 쟁점이라고 생각했는데 대법판결은 이

40) 양창수, 앞의 책, 159쪽. 대법판결의 결론과 일치한다. 대법판결의 주심 대법관이 바로 양창수 전 대법관이었다.

41) 이를 중간생략등기형 명의신탁이라고도 한다.

쟁점에 대하여는 전혀 판단하지 않고 다른 이유로 원심판결을 파기하였다. 따라서 이 쟁점에 대한 대법원 판단은 아직 없는 셈이다.

이 문제에 대하여 위 2004다6764 판결을 근거로 계약명의신탁약정 이후 수탁자가 임의로 신탁자 앞으로 경료해 준 소유권이전등기는 유효하다는 견해가 있다.<sup>42)</sup> 그러나 위 판결은 3자간 등기명의신탁의 경우에 해당하는 판결이므로 이를 그대로 계약명의신탁의 경우까지 확장하여 적용할 수 있을지는 의문이다. 대상판결의 원심은 신탁자에게 소유권이전등기청구권이 있는지 여부에 따라 결론을 달리하였다. 이 문제는 부당이득반환의 대상을 무엇으로 볼 것인가라는 문제와도 상당한 관계가 있다고 본다. 사건은 부당이득반환의 대상을 명의신탁부동산이라고 보기 때문에 대상판결 원심의 논리를 따르더라도 신탁자가 수탁자를 상대로 부당이득반환을 원인으로 소유권이전등기를 청구할 수 있으니 신탁자 명의의 소유권이전등기는 실체적 권리관계에 부합한다고 생각한다. 그러나 부당이득반환의 대상을 매수자급이라고 하더라도 앞서 본 부동산 명의신탁관계의 특성상(신탁자가 부동산을 지정하고 수탁자는 명의만 빌려줌) 신탁자 명의의 소유권이전등기가 실체관계에 부합한다는 판단을 받을 가능성도 충분하다고 생각한다. 그리고 실제로 명의신탁이 3자간 등기명의신탁인지 계약명의신탁인지 판단하는 것은 쉬운 일이 아니고<sup>43)</sup> 명의신탁의 유형에 따라 실체관계 부합 여부를 달리 볼 이유는 없다고 생각한다. 그러나 대상판결이 이 쟁점에 대하여 판단을 하지 않아 향후 대법원이 어떠한 판단을 할지는 미지수이다.

## 5. 대상판결의 종합적 검토

사건으로는 대상판결의 결론에는 찬성한다. 계약명의신탁은 무효이나 사후에 수탁자가 신탁자에게 부동산 소유권을 반환한 경우에는 신탁자의 소유권을 인정하는 것이 당사자의 합리적인 의사에 부합한다고 보기 때문이다. 그러나 대상판결이 유사한 쟁점을 다루는 다수의 기존 판례와 달리 별다른 구별 기준 없이 명의신탁약정 이후 신탁자와 수탁자 사이에 새로운 소유권이전약정이 이루어진 경우 그것이 원칙적으로 유효하다고

42) 배병일, 앞의 논문, 10쪽.

43) 대법원 2016. 5. 19. 선고 2014도6992 전원합의체 판결(이 판결은 3자간 등기명의신탁에서 매수인의 부동산 처분이 횡령죄가 되지 않는다고 판시한 유명한 판결이다)은 “구체적인 사건에서 명의신탁약정이 중간생략등기형 명의신탁인지 아니면 매도인 약의 계약명의신탁인지를 구별하는 것은 다수의 재판 사례를 통해 알 수 있듯이 법률전문가에게도 쉽지 않다”고 인정하였다.

본 점은 찬성하기 어렵다. 부당이득반환의 대상을 부동산이라고 하거나,<sup>44)</sup> 그렇지 않고 하더라도 신탁자 명의의 등기를 실체관계에 부합한다고 판단하였더라면 기존 판례와 상충되지 않고도 대상판결과 같은 결론에 도달할 수 있었을 것이다.

대상판결과 같이 새로운 소유권이전약정을 일반적으로 유효하다고 인정할 경우에는 명의신탁을 금지한 부동산실명법의 입법취지에 반한다고 보아야 한다. 신탁자와 수탁자의 신뢰관계가 유지되는 한, 가장의 채권계약을 통하여 명의신탁관계를 종료함으로써 부동산실명법을 잠탈할 수 있기 때문이다.<sup>45)</sup> 명의신탁약정 이후 상당한 시간이 지난 후에 별도로 소유권이전약정을 한 경우에도 마찬가지라고 할 수 있다.<sup>46)</sup>

대상판결 또한 계약명의신탁에서 부당이득반환의 대상을 매수자금으로 보되, 다만 그 반환의 중간 고리로 ‘매수자금 대신 부동산을 대물변제의 수단으로 제공하여 신탁자가 명의신탁부동산의 소유권을 취득한 경우에는 유효하다’고 보아 기존 판례의 태도와 상충되지 않는다고 평가할 여지도 있다. 그러나 이 사건에서 만약 전소 확정판결이 존재하지 아니하고, 양도약정(또는 대물변계약정) 이후에 아직 신탁자 명의로 소유권이전등기가 경료되지 않았다고 가정한다면, 신탁자가 수탁자를 상대로 양도약정을 근거로 소유권이전등기청구를 하였을 때 승소할 수 있었을까? 사건으로는 기존 판례의 태도를 보았을 때 이를 쉽게 인정하기는 어려울 것이라 생각한다. 대상판결은 전소 확정판결과 모순을 피하기 위해서 별다른 고민 없이 위 양도약정을 별개의 적법한 소유권이전의 원인이라고 판단하지 않았을까?<sup>47)</sup>

물론, 부당이득반환의 대상을 명의신탁부동산이라고 볼 경우에는 이와 같은 논의의 실익이 그렇게 크지 않다. 새로운 소유권이전약정을 원인으로 신탁자 명의로 소유권이전등기를 하는 경우나 아니면 무효인 명의신탁약정 이후 수탁자가 임의로 신탁자에게 소유권등기를 이전하여 주는 경우나<sup>48)</sup> 모두 신탁자가 명의신탁부동산의 소유권을 취득

44) 그러나 이 사건에서 신탁자인 피고가 이를 주장하지 않았기 때문에 변론주의 원칙상 법원으로서 이 문제를 판단할 수 없었을 것이다.

45) 서정, 앞의 논문, 224쪽.

46) 이 사건에서도 새로운 양도약정이 명의신탁약정 이후에 체결되기는 하였으나 계약서 상 매매계약일을 소급하여 작성하였다. 신탁자와 수탁자의 신뢰가 유지되는 한, 이러한 날짜의 조작은 얼마든지 가능하다고 할 것이다. 나아가 향후 신뢰가 깨어져 발생할 수도 있는 분쟁에 대비하여 명의신탁약정을 하면서 미리 작성일자나 백지로 두고 소유권이전약정을 해 두는 경우도 상정할 수 있다.

47) 대상판결은 이 사건의 사실관계가 전소 확정판결을 통하여 인정된 것이라고 하면서, 그 소송에서 피고 명의의 소유권이전등기가 유효하다고 판단하였다는 점을 부가적으로 실시하였다.

48) 이러한 등기는 실체관계에 부합하여 유효한 등기로 평가될 것이다.

하는 것은 다르지 않기 때문이다. 그러나 계약명의신탁관계에서 부당이득반환의 대상을 매수자금이라고 보는 대법원의 판단은 확고한 것이고 당분간 판례 변경을 기대하기는 쉽지 않다는 점에서 대상판결은 기존의 판례와 구별되는, 새로운 소유권이전약정의 효력을 인정하기 위한 상세한 기준을 제시하지 않고 단순히 전소 확정판결에서 인정된 사실에 근거하여 원심판결을 파기하였고, 다른 중요한 쟁점, 즉 양도약정에 따른 신탁자 명의의 소유권이전등기가 실체관계에 부합하는지에 대해서 아무런 판단도 하지 않았다는 점에서 매우 아쉽다고 생각한다. 매수자금을 부당이득으로 보는 현행 판례 하에서 신탁자 명의의 소유권이전등기가 실체관계에 부합하지 않는다는 원심의 판단도 충분히 수긍할 수 있다. 따라서 대상판결로서는 새로운 소유권이전약정의 효력을 인정하여 원심을 파기하더라도 부가적으로 실체관계 부합 여부에 대한 판단을 덧붙였으면 좋았을 것이라는 생각을 지울 수 없다.

## V. 맺는 글

이상의 논의를 종합하여 다음과 같은 결론에 도달하였다.

첫째, 매도인 선의인 계약명의신탁에서 부당이득반환의 대상은 부동산 자체라고 보아야 한다. 부동산실명법의 입법취지는 부동산 물권을 실권리자 명의로 등기하게 함으로써 투기·탈세·탈법행위를 방지하고(법 제1조 참조), 신탁자가 부동산 소유권을 회복하는 과정에서 명의신탁한 사실이 발각되면 형사처벌과 과징금 등 제재를 가함으로써 명의신탁을 방지하고자 하는 것이지<sup>49)</sup> 신탁자가 명의신탁 재산을 회복할 수 있는 길을 막고자 하는 것은 아니기 때문이다. 부동산 자체를 부당이득으로 보게 되면 명의신탁을 금지시킨 부동산실명법의 입법취지가 훼손될 우려가 있다는 비판이 있을 수 있다. 그러나 부동산실명법 입법과정에서 계약명의신탁의 경우 신탁자에 의한 반환청구를 봉쇄하는 의견도 많았으나 재산권을 본질적으로 침해할 수 있다는 위헌 소지 때문에 채택되지 않았고, 신탁자에게는 소유권을 취득할 수 있는 길을 열어두되 그 대신 소송과정에서 명의신탁 사실이 밝혀지게 함으로써 법이 정하는 제재를 가하고 나아가서는 명의신탁 자체를 억지하려고 한 것이라는 설명<sup>50)</sup>을 보더라도 부동산실명법은 신탁자의 부동산소

49) 권오창, 앞의 책, 479쪽.

50) 양창수, 앞의 책, 157쪽.

유권 취득을 막으려고 했던 것은 아님을 분명히 알 수 있다. 분쟁 과정에서 명의신탁 관계가 드러난다면 부동산실명법이 정한대로 형사적, 행정적 제재를 가하면 되는 것이지 신탁자의 소유권취득을 막을 이유는 없다.

둘째, 대상판결은 명의신탁약정 이후 신탁자와 수탁자 사이의 새로운 소유권이전약정을 유효라고 판단하였다. 기존의 판례는 이를 부정하는 입장이었다. 이를 인정하게 될 경우 명의신탁을 금지한 부동산실명법의 입법취지를 크게 훼손할 우려가 있다. 그러나 대상판결은 새로운 소유권이전약정이 유효하기 위한 판단기준을 전혀 제시하지 않고 다만 전소 확정판결에서 인정된 사실을 그대로 인정하여 결론을 내렸다. 대상 판결의 결론에는 찬성하지만 이번 사건이 기존의 판례 사안과 어떻게 다른지 좀 더 자세한 설명이 필요했다고 생각된다.

셋째, 대상판결은 원심판결의 중요 판단 대상인 신탁자 명의의 등기가 실체관계에 부합하는지에 대하여 아무런 판단을 하지 않았다. 사건으로는 계약명의신탁에서 수탁자가 신탁자에게 임의로 경료해 준 소유권이전등기는 실체관계에 부합한다고 생각한다. 그러나 대상판결은 향후 이 쟁점이 다시 제기되는 경우 해결책을 제시하지 못하였다는 점에서 아쉽다고 평가하지 않을 수 없다.

## 참고문헌

### 1. 단행본

- 곽윤직/김재형, 물권법 제8판, 박영사, 2015.  
 권오창, 편집대표 김용담, 주석 민법 물권(2), 한국사법행정학회, 2011.  
 양창수, 민법연구 제5권, 박영사, 2009.  
 이은영, 물권법 제4판, 박영사, 2006.  
 사법연수원, 부동산등기법, 2015.

### 2. 학술지

- 강봉석, “명의신탁에 관한 연구: 계약명의신탁에서 부당이득의 반환문제”, 홍익법학 제15권 제1호, 홍익대학교 법학연구소, 2014, 147-170쪽.  
 권용우, “금지된 명의신탁과 부동산소유권의 귀속”, 법학논총 제30권 제2호, 단국대학교 법학연구소, 2006, 141-179쪽.  
 김덕중, “계약명의신탁과 부당이득반환청구권: 판례를 중심으로”, 원광법학 제29권 제1호, 2013, 원광대학교 법학연구소, 2013, 87-113쪽.  
 김문관, “부동산실명법 시행 이후 명의신탁 관계에서의 부당이득반환청구”, 판례연구 제15집, 부산판례연구회, 2004, 69-103쪽.  
 김미리, “간접대리명의신탁(이른바 계약명의신탁)의 명의신탁자와 명의수탁자간 부당이득 반환관계”, 법조 제53권 제2호, 법조협회, 2004, 172-213쪽.  
 배병일, “부동산실명법상 계약명의신탁에 있어서 부당이득반환으로서의 원물반환”, 저스티스 제143호, 한국법학원, 2014, 5-29쪽.  
 백정현, “부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률의 문제점과 법률관계”, 재판과 판례 제6집, 대구판례연구회, 1997, 315-353쪽.  
 서 정, “명의신탁자가 명의수탁자를 상대로 부동산 자체를 부당이득반환으로 구하는 청구의 가부: 이른바 계약명의신탁을 중심으로”, 민사판례연구 제26권, 민사판례연구회, 2004, 214-254쪽.  
 오시영, “부동산 명의신탁과 불법원인급여 성립 여부에 대한 고찰”, 동북아법연구 제10

권 제2호, 전북대학교 동북아법 연구소, 2016, 451-487쪽.

이상태, “부동산 명의신탁에 관한 민·형법의 통합적 연구”, 일감법학 제30권, 건국대학교 법학연구소, 2015, 137-181쪽.

이은혜, “부동산 명의신탁을 둘러싼 몇 가지 법률적 쟁점에 관한 검토: 부동산 실권리자 명의 등기에 관한 법률 시행 이후의 판례를 중심으로”, 재판실무연구, 광주지방법원, 2008, 129-153쪽.

이재욱, “계약명의신탁에 있어서 수탁자의 신탁자에 대한 부당이득반환의무의 이행에 갈음하는 신탁부동산에 관한 소유권이전약정의 인정요건 및 그 효력”, 판례연구 제27집, 부산판례연구회, 2016, 85-140쪽.

## [ Abstract ]

## The Effect of the New Agreement of Transferring Real Estate Ownership between Title Truster and Title Trustee in the Contract Title Trust

Kim, Dae-Hee\*

Article 4 paragraph 1 of the Act on the Registration of Real Estate under Actual Titleholder's name rules "Any title trust agreement shall be null and void." As a type of the title trust, contract title trust is also null and void. The existing judicial precedent of the Supreme Court said "the new agreement of transferring real estate ownership between title truster and title trustee in the contract title trust is also null and void. But title trustee shall bear the obligation to return unjust enrichment equivalent to the purchase fund to the title truster."

However, the Supreme Court recently sentenced a different judgment from the previous cases. The Supreme Court said, "Ownership transfer registration is valid if the title truster and the title trustee have agreed to transfer the real estate ownership registration in exchange for the fulfillment of the obligation of returning the unjust enrichment and accordingly the ownership transfer registration has been made." The court of appeal considered the agreement null and void according to the existing precedent.

However, this judgment does not provide a clear criterion as to whether a new ownership transfer agreement is valid in some cases or null and void in some cases after the contract title trust has been established. Also, the court of appeal judged that the ownership transfer registration of the title truster did not match the actual relationship, but the judgment of the Supreme Court at that part was not made. In the end, this judgment remained as an unsatisfactory ruling that did not judge important issues. In this paper, we clarify what the object of unjust enrichment is in the contract title trust, analyze how this decision differs from the existing cases, and then evaluate this judgment.

---

\* Associate Professor, Law School of Kangwon National University

**[Key Words]** the Act on the registration of real estate under actual titleholder's name, title trust, contract title trust, unjust enrichment, title truster, title trustee, ownership transfer registration