

名義信託不動産의 所有權歸屬

崔 彰 烈*

I. 序論	1. 名義信託約定의 概念
II. 名義信託의 類型	2. 名義信託約定의 效力
1. 兩者間의 名義信託	III. 名義信託不動産의 所有權歸屬
2. 中間省略 名義信託	1. 兩者間의 名義信託
3. 間接代理 名義信託	2. 中間省略 名義信託
4. 小結	3. 間接代理 名義信託
III. 名義信託 約定	IV. 結 論

I. 序 論

명의신탁은 원래 실정법상의 개념이 아니라 조선고등법원¹⁾ 이래 우리 대법원에 이

* 東國大學校 法科大學 助教授.

1) 명의신탁은 한일합방 후 조선총독부가 토지조사나 임야조사를 통하여 근대민법상의 소유권을 부여하는 과정에서 당시의 朝鮮不動産登記令에 따르면 법인격을 취득하지 못한 宗中소유의 토지나 임야를 宗中名義로登記할 수 없었기 때문에 부득이 종중의 대표자나 宗員名義로 査定받아 등기를 하게 된 것을 규율하기 위한 역사적 산물이었다. 이러한 토지조사사업은 식민지였던 우리나라에 근대적 토지소유권을 확립하고자 하는 목적 외에 상당한 분량의 종중이나 문중, 왕실, 사찰소유의 토지를 착취하기 위한 수단으로 이루어진 측면이 있다. 그 후 실소유자인 종중과登記명의인인 종원 사이의 분쟁이 빈발하게 되자 조선고등법원 판례(朝高判 1918. 10. 29, 조선고등법원민사판결록 5권 민1011; 朝高判 1920. 2. 13, 조선고등법원민사판결록 7권, 45면)명의신탁이론으로 종중의 실질적 소유권을 인정하는 한편,登記명의자인 종원으로부터 재산을 취득한 제3자를 보호하여 왔다. 그 후 1930년경 조선부동산등기령이 개정되어 권리능력 없는 사단의登記능력을 인정하였음에도 불구하고 그 후에도 이러한 명의신탁을 통한 등기의 효력을 인정하게 되었다.

르기까지 근1세기에 걸쳐 판례를 통해 확고하게 형성된 우리 민법상의 고유한 법리²⁾로서, 판례의 축적에 따라 방대한 내용의 精緻한 이론으로 발전되어 왔다. 그 핵심적인 내용은 명의신탁자와 명의수탁자간³⁾의 약정에 의하여 對象不動產의 등기명의를 명의수탁자가 보유하고 있더라도 대외적 관계에서만 소유자일 뿐, 대내적인 관계에서는 명의신탁자가 목적물의 사용·수익·처분권을 갖는 실질적인 소유자라는 것이다. 다만, 명의수탁자명의의 등기를 신뢰하여 그로부터 신탁부동산의 소유권 등을 취득한 자는 선의자 뿐 아니라 악의자일지라도 완전한 소유권을 취득한다는 것이었다. 명의신탁은 연혁적으로 등기할 수 없는 중중소유부동산의 등기방법으로 출발하였으나 점차 投機・脫稅・脫法行爲 등 反社會的 行爲⁴⁾의 통로로 기능하게 됨에 따라 판례에서는 명의신탁의 유효성을 인정하면서도 이를 행정적·입법적으로 규제하려는 시도는 꾸준히 계속되었다.

먼저, 명의신탁을 규제하기 위하여 1981년 상속세법을 일부 개정하여 명의신탁을 증여로 보아 증여세를 부과하기 시작하였다(상속세법 제32조 2). 그러나 이 상속세법 규정에 대해 헌법재판소는 지난 1989년 7월 限定合違憲決定⁵⁾이 내려졌다.

그 후 1989년 토지공개념제도의 도입 방침이 확정된 후 1990년 8월 「不動產登記에 관한 特別措置法」에 의해 명의신탁을 금지하는 법률이 제정되었다. 이 법에서는 부동산거래 후 등기를 의무화하는 한편, 세금 회피나 부동산투기 및 불법거래 등을 목적으로 하는 명의신탁을 금지하도록 하였다. 동법 제7조 2항과 제8조 제3호에 따르면 세금회피, 부동산매매에 따른 시세차익, 소유권규제회피 등의 목적으로 명의신탁을 이용하는 경우 3년 이하의 징역이나 1억원 이하의 벌금형에 처하도록 규정하였다. 그러나 대법원이 부동산특별조치법상의 명의신탁 금지규정은 단순한 團束規定에 불과하다고 보아 투기·탈세·탈법목적의 명의신탁약정의 私法上의 效力을 인정하는

2) 名義信託은 독일의 신탁행위이론에서 원용된 개념으로 이는 로마법상의 信託行爲理論(Fiducia-Lehre)에 바탕을 두고 있다. 독일의 신탁행위이론은 양도담보, 채권추심을 위한 채권의 양도와 같이 일정한 목적을 위하여 권리를 양도하는 경우에 한하여 적용되던 것으로, 우리 판례가 인정하는 명의신탁은 名義를 信託하는 경우에까지 신탁이론을 확대하여 적용하는 것이다(김영조, 名義信託의 法律關係에 관한 연구, 법학연구 2집, 한국법학회, 1999, 127면).

3) 이하에서는 명의신탁자와 명의수탁자를 신탁자와 수탁자로 줄여 부르기도 한다.

4) 명의신탁의 폐해로는 양도세·취득세·상속세·법인세 등의 탈세수단, 도시민의 농지취득이나 토지거래허가제한의 탈피, 강제집행 면탈이나 공직자재산등록 회피, 재산은닉 수단 등으로 악용되었다(金亨洙, 不動產實名登記法律에 대한 研究, 民法의 課題와 現代法の 照明: 耕巖 洪天龍博士華甲紀念, 耕巖洪天龍博士華甲紀念刊行委員會, 1997, 181면).

5) 憲裁決 1989. 2. 21, 89헌마38.

판결⁶⁾을 내림으로써 부동산등기특별조치법의 제정·실시에 의하여 명의신탁을 근절하려던 입법적 노력도 실효를 거두기 어렵게 되었다.

이에 1995. 3. 30.에 不動産 實權利者 登記名義에 관한 法律(이하에서는 부동산실명등기법이라고 한다)이 제정⁷⁾되어 1995. 7. 1.부터 시행되게 되었다. 동법에서는 종래 판례가 그 유효성을 인정하여 오던 명의신탁에 대하여 일부의 예외⁸⁾를 제외하고는 강력하게 禁壓하는 내용으로 규정되었다. 즉, 명의신탁 행위자에 대하여 과징금 부과, 이행강제금 부과, 형사처벌 등 행정적·형사적 규제와는 별도로 명의신탁의 私法上的 效力을 무효화하는 많은 규정을 두고 있다. 그 주된 내용은 명의신탁약정 및 등기를 금지하고(동법 제3조), 명의신탁의 약정을 무효로 함(동법 제4조 1항)과 아울러, 명의신탁약정에 따라 행하여진 등기에 의한 부동산에 관한 물권변동을 원칙적으로 무효로 한다(동법 제4조 2항 본문). 다만, 부동산에 관한 물권을 취득하기 위한 계약에서 명의수탁자가 일방당사자가 되고 타방당사자가 선의인 경우에는 물권변동의 유효성을 인정한다(동법 제4조 2항 단서). 그러나 명의신탁약정의 무효나 명의신탁약정에 따른 물권변동의 등기를 제3자에게 대항할 수 없도록 하였다(동법 제4조 3항). 이와 같은 내용의 부동산실명법에 대하여 위헌법률심판제청이 있었으나, 헌법재판소에서는 “명의신탁의 私法的 效力否定에 관한 동법 제4조 1항, 2항 본문에 대하여 헌법상의 기본원칙인 헌법 제119조 제1항의 자본주의적 시장경제질서 내지 제10조의 행복추구권에 내재된 사적자치의 원칙의 본질 또는 헌법 제23조 1항의 재산권보장의 원칙의 본질을 침해하거나, 헌법 제37조 제2항의 과잉금지의 원칙에 위배된다고 할 수 없는 것”이라고 하여 합헌으로 결정하였다.⁹⁾

종래에는 명의신탁의 유효여부에 대한 논의가 주류를 이루었으나 부동산실명등기법에서 명의신탁의 약정이나 이로 인한 물권변동을 원칙적으로 무효화함으로써 어느 정도 입법적인 해결을 도모하였다고 볼 수 있다. 다만, 명의신탁의 유효성에 대한 문제는 부동산실명등기법에서도 예외적으로 담보목적 명의신탁이나 상호명의신탁 중중 재산 명의신탁 등을 인정하므로 그 범위에서는 논의의 실익이 남아 있다고도 볼 수 있다.¹⁰⁾ 그러나 부동산실명등기법 시행 이후의 논의는 주로 동법에서 규율하고 있는

6) 大判 1993. 8. 13, 92다42651.

7) 同法에서는 부동산 이외의 물권에 대한 명의신탁에 대하여도 규정하고 있으나 본고에서는 ‘不動産’에 관한 ‘所有權’을 중심으로 살펴보고자 한다.

8) 담보목적 명의신탁, 구분소유적 상호명의신탁, 신탁법상의 등기등이 제2조의 명의신탁약정의 개념에서 배제되고, 중중의 부동산, 배우자의 부동산에 대하여 일부규정의 적용이 배제되고 있다.

9) 憲裁判 2001. 5. 31, 2000헌바63.

私法的 效力에 관한 해석에 맞추어져 있다고 볼 수 있다. 즉, 부동산실명등기법에서는 오랜 세월 동안 판례를 통해 그 유효성이 인정되던 명의신탁약정의 私法上的 效力이 무효화할 뿐 아니라 그로 인한 물권변동까지 부인하게 됨으로써 판례에 의해 형성된 명의신탁의 법리에 대한 새로운 탐구가 필요하게 되었다. 특히, 부동산실명등기법에 의해 물권변동이 무효화된다면 그 부동산의 소유권은 누구에게 귀속되는가의 문제는 당사자간에도 첨예한 이해관계가 대립하는 문제일 뿐 아니라 부동산실명등기법의 실효성의 문제와도 직결되는 문제라고 할 것이다. 그런데 부동산실명등기법에서는 명의신탁약정의 유형에 따라 물권변동의 효력을 달리 하고 있다. 따라서 이 문제를 살펴보기 위해서 먼저 무효화되는 명의신탁약정에는 어떠한 유형이 있으며 그 내용은 무엇인지를 먼저 살펴보고자 한다. 그리고 나서, 각 유형별로 명의신탁부동산의 소유권이 누구에게 귀속되는지를 검토하고자 한다. 다만, 명의신탁약정이나 이로 인한 물권변동의 무효의 제3자에 대한 대항력의 문제는 별도의 논문에서 살펴보기로 한다.

II. 名義信託의 類型

1. 兩者間의 名義信託

양자간의 명의신탁은 명의신탁자와 명의수탁자간에 명의신탁약정을 맺어 그 등기를 수탁자에게 이전하는 형식의 명의신탁을 말한다. 부동산의 소유자 기타 물권자인 A가 B와 명의신탁약정을 맺고 그 부동산을 B에게 가장매매나 증여의 형식으로 B명의로 등기하는 경우이다. 이때의 소유자에는 부동산등기명의자인 경우도 있지만 건물 신축자와 같은 원시취득자 또는 민법 제187조에 따라 법률의 규정에 의하여 소유권을 취득한 자도 포함된다.¹¹⁾ 이에 관하여 ‘移轉型 名義信託¹²⁾’ 또는 ‘單純名義信託¹³⁾’

10) 姜台星, 名義信託에 있어서의 여러 문제점, 法學論攷 제15집, 경북대법학연구소, 1999, 63면.

11) 윤기수, 不動産實名法 제4조에 의한 不動産名義信託에 관하여, 재판실무연구, 광주지방법원, 2003, 10면.

12) 李銀榮, 物權法, 博英社, 2002, 265면. 그러나 수탁자재산을 목적으로 하는 명의신탁이나 제한물권 설정을 목적으로 하는 명의신탁을 포괄할 수 없다는 점이 지적된다(金美利, 不動産實名義者登記에 관한 法律 제4조에 의한 名義信託의 私法的 規律, 司法論集 제32집, 법원행정처, 2001, 698면).

13) 裴炳日, 考試界(1997. 2.), 64면. 단순명의신탁에 대응하는 개념에는 단순하지 않은 명의신탁에는 3자간의 명의신탁 뿐 아니라 부동산실명등기법이 적용되지 않는 상호명의신탁도 포함되므로 양자

이라는 표현도 사용된다. 양자간의 명의신탁에서는 먼저 명의신탁자와 명의수탁자간에 명의신탁정이 있는 후 이에 기초하여 신탁자 소유의 부동산을 수탁자 명의로 등기하여 두게 된다. 양자간의 명의신탁에서는 처음부터 신탁자 소유의 부동산을 수탁자에게 등기하여 두는 경우도 있지만, 수탁자 소유의 부동산을 매수하거나 수증받은 상태에서 신탁자에게 이전등기하지 아니하고 수탁자명의로 그대로 두는 형식의 명의신탁도 가능하다.¹⁴⁾

2. 中間省略 名義信託

(1) 명의신탁자가 한편으로는 매도인과 부동산물권을 취득하기로 하는 계약을 체결하고, 다른 한편으로는 명의수탁자와 명의신탁약정을 체결한 다음, 매도인의 협조아래 매도인으로부터 명의수탁자 명의로 부동산물권을 직접 이전등기하는 경우이다. 매도인이 일단 명의신탁자에게 이전등기한 후에 명의수탁자에게 명의신탁약정에 기초하여 이전등기해야 하겠지만 매도인의 양해와 명의신탁약정에 의해 매도인으로부터 명의수탁자에게 바로 이전등기함으로써 명의신탁자의 등기가 생략된 형태의 中間省略登記가 이루어진 형태이다. 즉, 명의신탁자가 매도인인 토지소유자로부터 소유권이전등기를 넘겨 받은 뒤 다시 수탁자 앞으로 소유권이전등기를 경로하여 줌으로써 양자간 명의신탁관계를 형성할 수도 있으나, 토지소유자로부터 신탁자, 신탁자로부터 수탁자에 이르는 동일 토지에 대한 소유권이전등기라는 同種給付의 連鎖的 過程을 단축하기를 원하는 경우에 매매계약관계의 외부에 있는 수탁자에게 직접 당해 토지의 소유권이전등기를 경로하기로 하는 特約을 통하여 매도인의 소유권이전등기의무를 수탁자에게 이행하도록 함으로써 신탁자와 수탁자가 권리관계의 당사자임에도 불구하고 등기의 변동은 매도인과 수탁자 사이에 이루어지는 형태의 명의신탁이다.¹⁵⁾

(2) 이 경우 매도인 B가 소유권이전등기를 신탁자 본인 A가 아닌 제3자 C에게 경로하기로 하는 특약은 일종의 第3者方履行(Erfüllung durch Leistung an Dritte)의 約定¹⁶⁾이라 할 수 있다. 이로써 매도인 B는 자신의 계약상대방이 아닌 C에게 소유권이

간의 명의신탁을 표현하는 개념으로는 충분치 않다고 본다.

14) 그러나 부동산의 매수인이 이전등기를 하지 않고 있는 미등기매수의 경우에는 명의신탁관계가 있다고 볼 수 없다. 왜냐하면, 당사자 사이의 신탁자와 수탁자간의 명의신탁관계를 설정하는 약정이 존재하지 않기 때문이다. 다만, 부동산실명등기법에서는 이를 명의신탁으로 취급하지는 않지만, 과징금이나 이행강제금을 부과하여 등기이행을 독려하고 있다(동법 제10조).

15) 金美利, 전계논문(註,12), 701면.

전등기를 경료하여 주는 것인데 이는 신탁자 A와 그의 계약상대방인 B사이의 補償關係(Revalirungsverhältnis)에 기초한 것이다. 한편, 이와는 별도로 신탁자 A는 제3자 C 사이에, C를 위와 같은 매도인 B의 채무이행의 상대방으로 하기로 하는 명의신탁의 약정을 체결하게 되고 이로부터 A와 C사이에 對價關係(Valutaverhältnis)가 발생한다. 이 두 관계가 매도인의 입장에서 보면 소유권상실이라는 출연을 정당화하는 原因(causa)이 되는 것이고, 수탁자의 입장에서 보면 소유권취득이라는 이익을 정당화하는 원인이 된다.¹⁷⁾ 이와 같이 중간생략 명의신탁에서는 매도인과 명의신탁자간에는 부동산물권을 취득하는 계약을 맺고, 명의신탁자와 명의수탁자 사이에는 명의신탁약정을 맺은 후 매도인에게서 명의신탁자로의 등기를 생략한 채 명의수탁자에게로 직접 이 전등기하는 형식으로 이루어진다.

3. 間接代理 名義信託

(1) 간접대리명의신탁이란 명의수탁자가 명의신탁자로부터 원소유자로부터 부동산물권을 취득할 것을 위임받아 직접 계약당사자가 되어 매도인과 부동산물권취득계약을 체결하고 자신의 명의로 등기하는 경우이다. 이를테면 명의수탁자가 매도인으로부터 대상부동산을 취득하여 명의신탁자와의 사이에 등기명의신탁관계를 형성함에 있어서 부동산매수의 수임인(간접대리인)인 명의수탁자가 부동산소유자(간접대리의 상대방)의 사이에서 부동산취득의 위임인(간접본인)인 명의신탁자 계산으로 부동산매매계약을 체결하고(간접대리행위) 명의수탁자명으로 등기를 하여두는 형태이다. 이러한 유형은 명의수탁자가 명의신탁자의 간접대리인의 지위에서 그의 계산이나 이익으로 신탁대상인 권리를 취득하기 위한 매매, 교환, 증여 등 원인관계의 일방당사자가 되

16) 이에 관하여는 梁彰洙, 不動產實名法 제4조에 의한 名義信託의 效力: 소위 登記名義信託을 중심으로, 서울대 法學 38卷 1號 (103號), (1997. 5.), 56면 이하; 金美利, 전계논문(註12), 701면 이하 참조.

17) 일반적으로 名義信託에 대하여 假裝行爲로서 무효라고 하는 견해(郭潤直, 名義信託에 관한 判例理論의 研究, 厚巖民法論集, 1991, 博英社, 261면)도 있지만, 梁彰洙 교수는 소유권명리의 이전을 일차적·직접적인 내용으로 하는 명의신탁약정 그 자체가 소유권이전의 正當原因(iusta causa traditionis)이 될 수 있다고 본다. 그 이유로 現實贈與처럼 당사자 사이에 아무런 채무가 없더라도 당사자 사이에 原因合意(causa-Abrede)만 있으면 소유권이전이 일어날 수 있는데, 명의신탁약정은 단순한 원인합의를 넘어서서 그 당사자 사이의 일정한 채무를 발생시키며 신탁자가 통상의 경우보다 강력한 채권법적 지위에 서는 신탁행위가 되기 때문이라고 한다(梁彰洙, 前揭論文(註16), 58-61면).

어 원권리자와 계약을 체결하고 등기를 이전받는다든 점에서 간접대리에 의한 등기 명의신탁이라고 부를 수 있다.¹⁸⁾

(2) 이는 명의신탁자가 명의수탁자에게 등기명의를 포함하여 계약명의까지 신탁한다는 의미에서 契約名義信託이라고도 불리우는 유형이다. 앞의 두 유형의 명의신탁에서는 매매계약의 체결 등 부동산의 취득과정을 신탁자가 행하게 되고 등기명의만은 수탁자 앞으로 해 놓는다는 의미에서 登記名義信託이라고 불리우는 것에 대하여, 이 유형에서는 신탁자의 위임에 의하여 수탁자가 직접 자기명의로 契約까지 체결한다는 의미에서 계약명의신탁이라는 용어가 사용된다고 한다.¹⁹⁾ 그러나 등기명의신탁이라는 명칭에 대비되는 의미에서의 계약명의신탁이란 용어도 정확하지 못한 점이 있다. 왜냐하면 계약명의신탁이라는 유형의 명의신탁에서도 후에 등기명의를 신탁이 이루어지고 있음에도 계약명의신탁에서는 등기명의를 아니라 계약명의만의 신탁이라는 의미로 오해될 소지가 있기 때문이다. 또한 계약명의신탁이라는 용어는 契約當事者名義信託과의 구별도 곤란하다. 계약당사자명의신탁은 일방의 계산으로 타방이 제3자와의 사이에 계약당사자관계에 들어가게 된 경우 일반에 관하여 계약당사자로서의 지위를 명의신탁했다는 의미로 사용되고 있다 예를 들면 금융기관으로부터 동일인대 대출한도액의 제한이 있는 경우에 대출의 편의를 위해 금융계약상의 당사자명의를 빌려주거나 그를 위하여 자신이 직접 대출을 받아주는 등의 사정으로 명의대여자가 금융계약상의 당사자로 된 경우에도 사용될 수 있다.²⁰⁾ 그러나 이와 같이 쌍방향으로 일방의 계산으로 타방이 제3자와의 사이에 계약당사자의 지위에 서게 되는 관계는 계약 당사자의 지위 자체에 대하여 일반적인 등기나 등록이 불가능하다는 점에서 등기를 매개로 하여 등기능력 있는 권리를 대상으로 형성되는 명의신탁관계와는 구별된다. 따라서 계약당사자 명의신탁일반에 관하여는 본질적으로 위임에 따른 간접대리의 관계이므로 이들 상호간의 관계는 그 성질에 반하지 않는 한 위임에 관한 민법 제680조 이하의 규정이 적용되어야 하며, 그 중 계약당사자 명의신탁의 과정을 거쳐서 형성되는 신탁자와 수탁자간의 등기명의신탁관계만을 間接代理 名義信託이라는 개념으로 사용하는 것이 타당하다고 본다.²¹⁾

18) 金美利, 전계논문(註12), 714면.

19) 權五稔, 不動産名義信託의 法律關係에 관한 試論, 판례연구 제1집, 제주판례연구회, 1997, 270면.

20) 이 외에도 타인명의로 계약을 체결하는 사례로는 株式引受를 받음에 있어서 다른 사람의 승낙을 얻어 그 사람 이름으로 주식을 인수하거나(大判 1998. 4. 10, 97다50619), 물건을 구매함에 있어 실제구매자의 부탁에 따라 자신의 명의를 빌려주고 그 명의로 구매약정을 체결하는 것을 승낙한 경우(大判 1996. 9. 24, 96다21492)등이 있다.

(3) 이와 같은 계약명의신탁이라는 개념은 종래 판례²²⁾에 의해서 발전되어 온 것으로 A이 상대방인 C와의 계약체결과정에서 타인인 B를 내세워 B명의로 C와 계약을 체결하는 경우뿐 아니라, A가 타인인 B의 이름을 빌려 자신이 직접 타인인 B명의로 상대방과 계약을 체결한 경우를 포함하여 사용하고 있다.²³⁾ 그런데 이와 같이 판례에 의해서 사용되어온 소위 계약명의신탁이라는 개념자체를 부정하는 입장도 있다. 즉, 계약을 타인명의로 체결하였다고 하더라도 계약당사자가 누구이냐를 특정하는 문제만 남을 뿐이지 대내외적 관계에 따라 계약자로 취급되는 자가 다르게 되는 명의신탁관계가 성립하는 것은 아니라는 것이다.²⁴⁾ 그 이유는 이러한 경우에 부동산에 관한 명의신탁의 법리를 그대로 적용할 경우 실질관계에 무관하게 대외적 관계에서는 수탁자에게 법률효과가 귀속된다고 보는 결과가 되어 실질적 타당성을 결하게 될 가능성이 있고, 명의신탁이 해지되는 경우에도 소유권의 복귀가 문제되는 것이 아니라 당사자지위나 계약에 의해서 발생한 채권의 귀속만이 문제가 될 것이므로 본래의 명의신탁이론이 그대로 적용될 수 없다는 것을 이유로 한다.²⁵⁾ 그러나 소위 계약명의신탁

21) 金美利, 전제논문(註12), 720면 참조.

22) 大判 1889. 11. 14, 88다카19033; 大判 1993. 8. 13, 92다42651.

23) 예컨대 “각 점유자 합의하에 내부관계에 있어서는 점유부분에 관한 각 점유자로 하되, 외부관계에 있어서는 그 1인을 대표자로 하여 가격을 예정함이 없이 적당한 가격으로 동인으로 하여금 단독으로 입찰하게 하는 것은, 당사자 간의 신탁입찰이었고, 고가경매를 방해하는 불법행위라고 할 수 없으므로 위와 같은 계약은 유효하다”(大判 1957. 10. 21, 4290民上368)고 하거나, “특별한 사정이 없는 한 管財當局과 귀속재산매매계약을 체결함에 있어서 매수인명의를 다른 사람 명의로 신탁하고 소유자가 소유권을 취득한 다음 그 소유권을 이전한다는 취지의 계약은 신탁당사자간에 유효하다고 할 것”(大判 1966. 12. 20, 66다1620)이라고 한다.

24) 康鳳洙, 名義信託에 있어서 內部的 所有權의 意味, 民事裁判의 諸問題 5권, 1986, 773면; 權五坤, 名義信託에 관한 判例의 動向, 民事判例研究 X, 博英社, 1988, 514면; 宋德洙, 이른바 契約名義信託의 效力과 求償權의 制限, 判例實務研究 II, 博英社, 1998, 337면.

25) 宋德洙, 他人의 名義를 빌려 체결한 土地分讓契約의 效力, 民事判例研究 IX, 博英社, 1992, 84면, 이 입장에서는 A가 B와 계약을 체결하면서 C의 승낙을 얻어 계약을 체결한 경우에 借用名義使用 行爲라는 용어를 사용하면서 명의사용에 관하여 승낙을 얻은 경우이거나 명의를 冒用 한 경우를 포괄하여 동일한 범주 내에서 설명하는 것이 적절하다고 하면서 다만, 당해 계약에 실질적인 이해 관계를 가지고 있으면서도 자신의 계산으로 계약을 체결하는 A가 자신은 뒤에 숨고 C를 내세워 C로 하여금 계약을 체결하려는 경우 독일의 허수아비행위(Strohmannsgeschäft) 이론으로 설명하는 것이 타당하다고 한다. 이에 따르면 허수아비란 법률행위를 함에 있어서 사실적 또는 법적 근거에서 직접 행위 할 수 없거나 또는 직접 행위하고 싶지 않은 배후조종자(Hintermann)에 의하여 표면에 내세워진 자를 말하는 것으로서, 허수아비가 제3자와 행한 법률행위의 효과는 그 허수아비에 귀속되어 허수아비가 모든 권리를 취득하고 의무를 부담하게 된다. 이는 제3자가 허수아비약

의 개념을 인정하는 입장에서는, 계약상 당사자로 표시되는 명의자와 계약을 체결하는 행위자 및 실제로 자금을 부담하는 자 등이 서로 일치하지 아니하는 경우에는 우선 누구를 계약의 당사자로 볼 것인지의 문제는 契約當事者確定의 문제인 동시에 法律行爲의 解釋의 문제²⁶⁾이지만, 그 외에도 신탁자와 수탁자의 계약사무처리의무, 사무처리에 필요한 비용의 求償問題²⁷⁾, 명의신탁의 해지에 관한 법률관계²⁸⁾ 등에서는 부동산의 명의신탁과 유사한 법률관계가 발생하므로 명의신탁이라는 개념에 의해 이러한 법률관계를 설명하는 입장²⁹⁾이 타당하다고 본다.

III. 名義信託 約定

1. 名義信託約定의 概念

1) 序說

부동산실명등기법에서는 명의신탁약정에 대하여 “명의신탁약정”이라 함은 부동산에 관한 소유권 기타 물권(이하 “부동산에 관한 물권”이라 한다)을 보유한 자 또는 사실상 취득하거나 취득하려고 하는자(이하 “실권리자”라고 한다)가 타인과의 사이에

정을 알고 있어도 마찬가지로 다만, 허수아비와 제3자가 그 행위의 효과를 처음부터 직접 배후조정자에게 발생하도록 合意한 경우에는 배후조정자가 직접 권리를 취득하고 의무를 부담하게 된다. 또한 허수아비는 자기가 취득한 권리의 객체를 배후조정자에게 양도하여야 하며, 다른 한편으로는 배후조정자의 행위의 구속으로부터 벗어나게 해 줄 것을 청구할 수 있다. 허수아비가 소유하게 된 객체에 관하여는 외부관계에 있어서는 허수아비가 완전한 권리를 갖는 신탁관계가 존재한다는 것이다(宋德洙, 전제논문, 103-107면).

26) 계약당사자 확정에 관한 법률행위에 관해 확립된 판례로는 大判 1995. 9. 2, 94다4912가 있다. 이에 따르면 “이 경우에 누가 그 계약당사자인가를 먼저 확정하여야 할 것으로서, 당사자 또는 행위자 가운데 누구를 당사자로 할 것인지에 관하여 행위자와 상대방의 의사가 일치하는 경우에는 그 일치하는 의사대로 행위자의 의사대로 행위자의 행위 또는 명의인의 행위를 확정하여야 할 것이지만, 그러한 일치하는 의사를 확정할 수 없을 경우에는 계약의 성질, 내용, 목적, 체결경과 및 계약체결을 전후한 구체적인 제반 사정을 토대로 상대방이 합리적인 인간이라면 행위자와 명의자 중 누구를 계약당사자로 이해할 것인가에 의하여 결정하여야 한다”고 판시하고 있다.

27) 尹眞秀, 契約當事者の 確定에 관한 考察(上), 法曹 제46권 12호(1997. 12.), 22면.

28) 梁彰洙, 不動産實名法の 私法的 規定에 의한 名義信託의 規律 : 소위 契約名義信託을 중심으로, 省谷論叢 제28輯 3卷(1997. 7.), 358면.

29) 權五昶, 契約名義信託의 法律關係에 관한 考察(上), 法曹 제48卷 5號(1999. 5.), 127면.

서 대내적으로는 실권리자가 부동산에 관한 물권을 보유하거나 보유하기로 하고 그에 관한 등기(가등기를 포함한다)는 타인명의로 하기로 하는 약정(위임·위탁매매의 형식에 의하거나 주인에 의한 경우를 포함한다)을 말한다고 규정하고 있다(동법 제2조 1호) 이하에서 그 구체적인 내용을 차례로 살펴보고자 한다.

2) 名義信託約定의 法的 性質

(1) 名義信託約定

종래 판례에 의해 형성된 명의신탁이론에서는 名義信託이라는 용어가 주로 사용되면서³⁰⁾ 명의신탁약정과 이 약정에 따라 이루어진 물권변동을 명확하게 구별하지 않았다. 그러나 부동산실명등기법에서는 제2조 1호에서 명의신탁약정을 구체적으로 정의하고 나아가 제4조에서는 명의신탁약정의 효력(제4조 1항)과 이에 따라 이루어진 등기에 의한 부동산에 관한 물권변동의 효력(제4조 2항)을 구별하여 규정하고 있다. 이와 같이 명의신탁의 약정과 이로 인한 물권변동의 효력을 구별하여 규정함으로써 명의신탁자와 명의수탁자 사이의 명의신탁계약관계와 물권행위의 효력을 구별하여 처리하는 것이 가능하게 되었고, 특히 간접대리명의신탁에서는 명의신탁약정은 무효로 하되, 이와는 달리 물권변동의 효력은 유효로 취급할 수 있게 되었다.³¹⁾

명의신탁약정은 계약의 일종³²⁾으로서 신탁자와 수탁자의 합의만으로 성립하는 諾

30) 조선고등법원판례에서는 信託行爲, 信託的 讓渡行爲라는 용어를 사용하다가 우리 대법원에 와서 信託 혹은 名義信託이라는 용어를 사용하면서 名義信託이라는 용어가 정착되었다(權五稔, 契約 名義信託의 法律關係에 관한 考察(下), 法曹 제48권 6호(1999. 6.), 90면, 92면).

31) 현행 부동산실명등기법의 제정과정에서 법률안을 마련하는 준비단계에서의 초안작업에 참여한 梁彰洙 교수는 명의신탁의 약정의 정의를 비롯한 규율대상의 파악과 그 범위, 무효의 제3자에 대한 효력, 기존 명의신탁이나 소유권이전등기를 장기간 해태하는 경의 처리 등에 관한 기본기각의 차이로 탈퇴하였으나, 등기명의신탁과 계약명의신탁의 구분이나, 명의신탁약정과 이에 기한 소유권이전등기 또는 소유권변동을 나누어 규율하는 것은 그의 생각이 반영·관철된 부분이라고 한다(梁彰洙, 전제논문(註16), 54면).

32) 따라서 명의신탁계약으로 사용하는 것도 생각해 볼 수 있으나 부동산실명등기법에서 명의신탁 약정으로 규정하고 있고, 부동산물권취득계약과 구별하는 의미에서 명의신탁약정이라는 용어를 사용하고자 한다. 한편, 위약금의 약정(민법 제398조 4항), 계약금의 약정처럼 주된 계약에 종된 계약으로서의 명칭으로 사용하는 경우에 계약이라는 용어 대신에 ‘約定’이라는 명칭이 자주 사용되고 있는 것에 비추어, 명의신탁약정도 독립된 형태로 사용되기도 하지만 물권취득계약과 관련되어 체결되는 경우가 많다는 점을 고려한다면 명의신탁약정이라는 표현이 적절하다고 생각한다.

成契約으로서 신탁자와 수탁자의 신뢰를 기초로 하는 계속적 채권계약이라고 할 것이다.³³⁾ 또한 명의신탁약정은 신탁자가 수탁자에게 소유권 보유에 관한 사무의 처리를 위탁하고 수탁자가 이를 승낙하여 성립한다는 점에서 본다면, 당사자 사이에 특약이 없는 한 민법상의委任과 유사한 성질을 가지게 되므로 민법 제680조 이하의 위임에 관한 규정이 준용되어야 한다.³⁴⁾ 따라서 수탁자는 신탁자에 대하여 소유권이전등기를 收取할 義務를 지고, 사무처리상황 보고의무(민법 제683조), 위임사무처리로 인하여 받은 금전 기타의 물건 및 그 수취한 과실의 인도의무(민법 제684조)³⁵⁾, 선량한 관리자로서의 주의의무 등을 부담한다. 이에 대하여 신탁자는 사무처리에 필요한 비용선급의무가 있으며, 이미 지출한 비용은 지출한 날 이후의 이자를 가산하여 상환할 의무(민법 제667조, 제668조) 등을 부담하여야 한다. 또한 수탁자는 특별한 약정이 없으면 위임사무의 처리대가인 보수를 청구하지 못하지만(민법 제668) 수탁자가 상인인 경우에 그 사무처리가 그 영업범위 내에 속한 때에는 상당한 보수의 지급을 청구할 수 있다(상법 제61조)

(2) 不動産에 관한 物權

부동산실명등기법 제2조에서 명의신탁약정의 대상이 되는 물건은 부동산에 관한 소유권 기타 물건이다. 여기에서의 부동산은 부동산에 관하여 명확한 규정을 두고 있지 않다. 법제정의 배경으로 볼 때 토지와 건물을 대상으로 한 것으로 이해되지만 입법취지가 실권리자명의도 등기함으로써 공시제도를 악용한 반사회적 행위를 방지하고자 함에 있으므로 좁게 한정할 필요는 없으므로 토지, 건물 뿐 아니라 입목등기를 갖춘 입목³⁶⁾도 대상이 되는 것은 포함된다고 할 것이다. 또한 부동산은 아니지만 부동산과 유사하게 등기나 등록에 의해 공시되는 선박, 항공기, 자동차, 중기 등의 명의신탁도 부동산실명등기법의 적용이 문제될 수 있으나, 현행법이 명백하게 ‘不動産’에 관한 명의신탁약정만을 적용대상으로 하고 있고, 강력한 과징금이나 벌칙규정을 두고 있다는 점에서 적용대상에서 제외하여야 할 것이다.³⁷⁾

33) 權五稔, 전계논문(註30), 93면.

34) 梁彰洙, 전계논문(註16), 76면 이하; 權五稔, 상계논문(註30), 93면.

35) 이러한 인도의무 속에 사무처리의 일환으로서 소유권이전등기를 자기명의로 유지하는 것도 포함되므로 소유권을 신탁자 명의로 이전할 의무는 포함되지 않다고 보아야 할 것이다(梁彰洙, 전계논문(註16), 78면).

36) 입목에 관한 법률에 의해서 등기된 입목은 포함되지 않는다는 입장도 있다(權五稔, 전계논문(註30), 95면).

부동산에 관한 소유권 기타 물권이 대상이므로 소유권이외의 지상권, 지역권, 전세권, 저당권도 물권이므로 대상이 될 수 있지만, 등기된 임차권이나 주택임대차보호법이나 상가임대차보호법에 의하여 대항력을 갖춘 경우에도 그 적용대상에서 제외된다고 보아야 한다.³⁸⁾

(3) 事實上 取得하려고 하는 者

부동산실명제법에서는 부동산에 관한 물권을 보유한 자 또는 사실상 취득하려고 하는 자를 명의신탁자로 규정하고 있다. 여기서 물권을 보유하고 있는 자라고 함은 사실상으로나 법률상으로 완전한 권리를 취득하고 있는 자를 말한다. 따라서 소유권 기타 물권에 관하여 등기를 마친 자는 물론이고 건물의 신축자와 같이 원시취득자, 법률의 규정에 의해 물권을 취득하였으나 아직 등기를 마치지 아니한 자 등도 포함된다. 나아가 매매계약이나 교환계약과 같은 권리취득의 원인행위를 하였다는 것만으로는 부족하고, 계약상의 반대급부를 모두 이행하는 등 권리취득을 위한 원인행위와 그에 따른 의무이행이 이루어졌으나 등기만 갖추지 못한 경우이어야 한다.³⁹⁾ 그러나 여기에서의 사실상 보유하려고 한다고 하는 것이 국세기본법 제14조에서 재산 등이 사실상 귀속되는 자에 대한 실질과세의 원칙과 같은 일정한 내용을 내포하기 보다는 등기와 같은 요건을 갖추지 못하여 법률상의 소유권을 취득하지 못한 사람이라는 의미로 보아야 하고, 오히려 그 구체적인 의미내용은 대내적으로 소유권을 보유한 자의 개념에 흡수하여 이해되어야 한다.⁴⁰⁾

(4) 對內的인 所有權 保有

종래의 판례에 의해서 형성된 명의신탁의 법리는 「명의신탁의 대외적 관계에서는 수탁자가 완전한 소유권을 취득하지만, 신탁자와 수탁자 사이의 대내적 관계에서는

37) 정해상, 부동산명의신탁의 법리에 관한 재고, 중앙법학 제5집 제1호, 중앙대 법학연구소, 2003, 296면.

38) 睦榮垞, 不動産實權利者名義登記에 관한 法律上 法律關係의 效力, 人權과 正義 第261號(1998.05), 92면, 그러나 不動産賃借權도 적용대상이 된다는 견해가 있으나(尹喆洪, 不動産實權利者名義登記에 관한 法律의 制定過程과 問題點, 崇實大 法學論叢 9輯(1995), 176면), 위 조항에서 物權에 한정한다는 점과 입법예고안에 임차권이 포함되었다가 국회심의과정에서 삭제한 점에 비추어 임차권에 대하여는 적용되지 않는다고 보아야 할 것이다.

39) 權五昶, 전계논문(註30), 97면.

40) 梁彰洙, 전계논문(註16), 63-66면.

신탁자가 소유권을 취득한다」는 이른바 關係的 歸屬(relative Zuständigkeit)을 인정해 왔다. 그러나 이와 같이 소유권을 대내적 관계와 대외적 관계를 나누는 것은 절대권인 물권의 본질이나 물권법정주의에 어긋날 뿐 아니라, 형식주의를 취하고 있는 우리 민법의 체계상 부동산의 등기명의는 이전하면서 소유권은 그대로 보유한다는 관념이 허용될 수 없는 것이다.⁴¹⁾ 또한 연혁적으로도 이와 같은 상대적 권리이전설이 일제시대의 고등법원판례를 우리 대법원이 그대로 수용한 것인데 의사주의를 취하는 일본에서도 이미 오래전에 절대적 권리이전설의 입장으로 판례가 변경⁴²⁾되었음에도 우리 판례는 종전이론을 답습한 것이라 한다.⁴³⁾ 실제로, 절대적 권리이전설의 입장에 의하더라도 신탁자는 명의신탁약정에 따른 채권적 효과로서 신탁자의 사용·수익·처분에 관한 모든 권한을 갖게 되므로 상대적 권리이전설과 특별한 차이가 없다. 상대적 권리이전설의 입장에 의할 경우의 소유권에 기초한 물권적으로 구성함으로써 소멸시효의 적용을 배제할 수 있다는 점이다. 그러나 목적물을 인도받아 사용·수익하는 매수인의 소유권이전등기청구권은 시효로 소멸하지 않는다는 것이 판례의 입장⁴⁴⁾이므로 이를 위하여 대내적 소유권이라는 개념을 인정할 필요는 없다⁴⁵⁾ 따라서 형식주의를 취하고 있는 현행민법 아래에서는 대내외적 관계에서 수탁자가 완전한 소유권을 취득하고, 부동산실명등기법 제2조에서의 대내적으로 실권리자가 물권을 보유한다는 것은 명의신탁약정에 따라 신탁자는 수탁자에 대한 관계에서 행사할 수 있는 채권적 권한을 보유한다는 의미로 이해하여야 할 것이다.⁴⁶⁾ 따라서 신탁자는 대내적적으로 부동산에 관한 물권을 보유하는데 그 구체적인 내용은 부동산을 점유하여 사용·수익할 권리 및 부동산을 처분할 권리를 신탁자가 가지는 것을 말하나, 수탁자가 사용·수익하고 있다고 하더라도 신탁자가 처분권을 가지고 있는 이상 명의신탁자에 해당한다고 할 것이다.⁴⁷⁾

(5) 委任・委託賣買의 형식에 의하거나 追認에 의한 경우 포함

41) 權五昶, 전계논문(註30), 99면.

42) 日大審 大正13(1924). 12. 24.(民集3, 555頁).

43) 康鳳洙, 전계논문(註24), 63면.

44) 大判(全) 1976. 11. 6, 76다148.

45) 權五昶, 전계논문(註30), 100면.

46) 梁彰洙, 전계논문(註16), 70면; 康鳳洙, 전계논문(註24), 77면; 權五昶, 전계논문(註30), 101면.

47) 睦榮堧, 不動産實權利者名義登記에關한法律上 名義信託約定의 效力, 民事判例研究 XXI, 1999, 93면.

명의신탁약정이 명백하게 명의신탁에 형식에 의한 경우 뿐만 아니라 위임·위탁매매의 형식에 의한 경우 또는 추인에 의한 경우도 포함된다. 그런데 “위임·위탁매매의 형식에 의한 경우를 포함한다”는 의미가 무엇을 의미하는지에 대하여 학설이 대립한다. 이에 관하여 위임은 민법 제684조 2항, 위탁매매는 상법 제102조에 의해 인정되는 제도로서 수임인 또는 위탁매매인은 자신의 이름으로 취득한 부동산을 위임인이나 위탁자에게 이전할 의무를 부담하게 되고 이를 금지하는 것은 타당하지 않으므로 위 조항은 위임 위탁매매의 형식을 빌려 명의신탁하는 것을 막겠다는 취치이지, 진정한 위임·위탁매매에 의한 위임인 또는 위탁자 앞으로 등기하는 것을 금지하는 것은 아니라는 견해가 있다⁴⁸⁾ 이에 대하여 민법과 상법상의 위임이나 위탁매매이라고 하더라도 그 계약내용 중에 명의신탁약정과 동일한 내용이 포함되는 경우에는 그 효력을 부인함으로써 명의신탁규제의 실효성을 기하려는 것으로 이해해야 한다는 견해가 있다. 따라서 위 조항은 민법 제684조 2항이나 상법 제102조의 특별규정 내지 예외조항으로 이해하여야 한다고 한다.⁴⁹⁾ 생각건대, 위탁매매의 형식을 빌려 명의신탁을 하는 경우와 진정한 명의신탁을 구별하는 것이 쉽지 않고, 명의신탁규제의 실효성을 위해서는 後說이 타당하다고 본다.

또한 추인에 의한 명의신탁도 금지되는 바, 이는 신탁자가 수탁자와 상의 없이 수탁자명의로 등기한 후에 수탁자가 추인을 하는 형식으로 명의신탁하는 것을 금지하고자 하는 것이다. 명의신탁은 일종의 계약인 명의신탁약정과 등기라는 두 가지 요소에 의하여 이루어지는데 단독행위인 추인에 의하여 이루어지는 경우에 부동산신탁등기법이 적용되는지의 여부에 관하여 분명히 함으로써 규제의 실효성을 도모하기 위한 것이다.⁵⁰⁾ 즉, 부동산신탁등기법은 무효인 법률행위에 대한 추인과 같이 단독행위의 형식을 빌어 동법의 규제를 회피하는 것을 막기 위한 것이라고 할 수 있다.⁵¹⁾

2. 名義信託約定의 效力

48) 李東明, 不動産實權利者登記에 관한法律의 立法過程에서의 爭點, 判例研究 제1집, 제주판례연구회, 1997, 254면.

49) 權五昶, 전게논문(註30), 105면; 陸榮竣, 전게논문(註47), 93면.

50) 소홍철, 부동산신탁권리자등기에 관한 법률에 관한 법률관계에 관하여, 재판실무연구, 광주지방법원, 2000, 159면.

51) 權五昶, 전게논문(註30), 105면. 참고로 원인무효의 소유권이전등기가 묵시적 추인에 의하여 명의신탁등기로서 유효하게 된다고 본 판례로는 大判 1992. 12. 8, 92다29689가 있다.

(1) 부동산실명등기법 제4조 1항은 명의신탁약정은 무효로 한다고 규정하고 하고 있으므로 신탁자와 수탁자 사이의 명의신탁약정은 동법 제8조 소정의 예외사유에 해당하지 않는 한 무효가 된다. 따라서 명의신탁약정을 포함하는 위임 등의 계약이 전체적으로 무효가 된다고 보아야 할 것이다. 왜냐하면, 어떠한 위임 등의 계약이 명의신탁약정을 포함하는 것이라면 법률행위의 일부무효의 법리에 따라서 명의신탁약정이 무효가 되면 전부가 무효가 된다(민법 제137조 본문적용). 다만, 명의신탁약정이 없더라도 그 법률행위를 하였을 것이라고 인정될 때에 한하여 나머지 부분(가령 부동산취득의 원인행위를 할 것을 위탁하는 부분)은 무효가 되지 않는다.⁵²⁾ 특히, 간접대리 명의신탁약정은 민법 제684조 2항과 같이 명의수탁자가 부동산을 매수하여 보관하고 있다가 명의신탁자의 의사에 따라 그에게 이전하여 주기로 하는 내용의 일종의 「위임약정」과 등기명의는 명의수탁자명으로 하되 내부적으로는 신탁자 소유로 하기로 하는 「명의신탁약정」으로 구성된다. 이때 명의신탁약정은 법 제4조 1항에 따라 무효이고, 위 계약에 있어 명의신탁은 법률행위의 중요한 요소일 것이므로 명의신탁의 약정이 무효인 이상 위임약정도 민법 제137조 본문의 一部無效의 法理에 따라 무효가 된다.⁵³⁾

(2) 종래의 판례에서 형성된 명의신탁의 효력에 대하여 유효설과 무효설이 대립하였던 것과 관련하여 부동산실명등기법의 입법취지가 명의신탁약정 그 자체가 통정허위표시 또는 반사회질서행위로서 무효이기 때문에 이를 다시 확인하였다는 견해가 있다.⁵⁴⁾ 그러나 명의신탁약정을 무효화하는 특별법이 제정되었다는 것에 의해 명의신탁의 본질이 허위표시나 반사회질서로서 무효라는 것에는 의문이 있다. 왜냐하면, 부동산실명등기법의 제정과정에서 명의신탁약정의 효력을 어떻게 규율할 것인지에 관하여 무효설을 취한 취지는 기존의 판례를 부정하거나 기존의 법체계를 부정하기 보다는 명의신탁약정의 효력에 관하여 판례변경에 의할 경우 기존 명의신탁자들의 지위가 불안해지므로 입법으로 유예기간을 두어서 사회적 혼란을 줄이면서 시정하고

52) 梁彰洙, 전계논문(註16), 78면.

53) 睦榮堉, 전계논문(註47), 100면; 朴東瓊, 不動産實名法 제4조에 의한 不動産名義信託의 效力, 저스티스 제32권 3호(99. 10.), 한국법학원, 77면; 宋鎬瑛, 不動産名義信託과 不當利得, 광운비교법학, 제3·4호, 광운대비교법연구소, 150면, 이에 대하여 李銀榮 교수는 명의신탁은 무효라고 하더라도 신탁자와 수탁자 사이의 위임계약은 유효하므로 수탁자는 매도인으로부터 인도받은 부동산을 신탁자에게 넘겨주어 신탁자로 하여금 사용·수익하게 하고, 그 소유권도 이전하여야 한다고 한다(李銀榮, 전게서(註12), 278면).

54) 李銀榮, 상게서(註12), 268면.

자 명의신탁약정만을 무효로 선언하고 나머지는 기존 법체계에 의해서 해결하고자 하였던 것⁵⁵⁾이어서, 입법에 의해 기존명의신탁의 본질을 확인하는 것은 아니었다는 점이다. 그리고 동법의 규율대상으로서의 명의신탁은 부동산에 관한 명의신탁만을 대상으로 하고 있고, 상호명의신탁, 중중명의신탁, 배우자명의신탁 등을 제외하여 그 효력을 인정하고 있다는 점에서⁵⁶⁾ 부동산신탁명등기법은 권리와 등기의 왜곡을 시정하여 등기의 적정을 도모하는 한도 내에서 입법에 의해 명의신탁약정 자체의 私法的 유효성을 부인함으로써 이를 규제하는 정책적 필요에 의한 효력규정⁵⁷⁾이라고 할 것이다.

(3) 명의신탁약정만을 무효라고 하고 있으므로 명의신탁약정에 따라 행하여지는 부동산취득의 원인계약, 예컨대, 전소유자와 수탁자 사이의 매매계약의 효력에는 영향이 없다고 해야 한다.⁵⁸⁾ 다만, 명의신탁약정의 무효는 수탁자로부터 물건을 취득한 제3자에 대하여는 유효한 것으로 취급될 수 있다.

(4) 명의신탁약정이 무효이므로 동 약정의 이행으로 받은 급부(예컨대, 수탁자가 신탁자로부터 받은 부동산매수자금)는 부당이득에 해당되는 바, 상대방에 대하여 부당이득반환으로 그 급부의 반환을 구할 수 있는지가 문제가 생긴다. 이에 관하여 긍정하는 입장에서는 부동산신탁명등기법의 금지규정은 명의신탁을 이용한 탈세·탈법 등의 반경제질서행위를 규제하기 위한 것으로 민법 제103조의 특별규정이므로, 무효인 모든 명의신탁은 반사회질서적 법률행위로서 그들간의 반환청구는 불법원인급여(민법 746조)에 해당되어 신탁자는 그 반환을 청구할 수 없다고 한다.⁵⁹⁾ 그러나 후술(IV.1.2))하는 바와 같이 명의신탁약정이 일반적으로 불법원인에 해당한다고 할 수 없고 개별적으로 검토하여 윤리도덕에 반하는 추악한 것에 한하여 개별적·구체적으로 파악하여 신중하게 제한적으로만 인정하여야 할 것이다.

55) 李東明, 전계논문(註48), 258면. 특히 부동산신탁명등기법 제정을 주도한 제정경계원에서 무효설을 선호하게 된 가장 큰 이유는 당시 토지초과이득세에 대한 위헌결정이 내려진지 얼마 되지 않은 상태라서 본법에 대하여도 위헌결정이 내려질 것을 염려한 때문이라고 한다. 즉, 당시 논의되었던 권리배제설에 따르면 명의신탁약정에 의한 등기는 유효하지만 명의신탁자가 명의신탁에 의한 권리를 명의수탁자에게 주장할 수 없으므로 결과적으로 명의수탁자에게 소유권이 귀속되게 되어 명의신탁자의 재산권을 침해하게 될 소지가 있었기 때문이라고 한다.

56) 金美利, 전계논문(註12) 726면.

57) 따라서 부동산등기제도를 악용한 투기·탈세·탈법행위 등 반사회적 행위에 해당되지 않는 명의신탁의 약정도 무효로 보아야 한다(大判 1998. 6. 26, 98다12874).

58) 梁彰洙, 전계논문(註16), 79면; 陸榮竣, 전계논문(註38), 99면; 朴東璵, 전계논문(註53), 69면.

59) 朴鍾斗, 不動産名義信託의 規制와 實名轉換, 水原地方辯護士會誌 제7호(1997. 11.), 수원지법변호사회, 42-47면.

IV. 名義信託不動産의 所有權歸屬

1. 兩者間の 名義信託

1) 信託者에게 所有權歸屬

(1) 부동산실명등기법은 제4조 1항에서 명의신탁약정을 무효로 함과 아울러 동조 2항에서는 명의신탁약정에 따라 행하여진 등기에 의한 부동산에 관한 물권변동이 무효로 된다고 규정하고 있다. 따라서 신탁자가 보유한 부동산물권에 대한 명의신탁약정에 따라서 행하여진 물권적 합의와 수탁자 명의의 명의신탁등기가 마쳐진 경우에도 부동산의 소유권은 여전히 신탁자에게 귀속된 채로 남아 있게 된다.⁶⁰⁾ 이 경우 수탁자 명의로 된 명의신탁등기는 실체관계에 부합하지 않는 원인무효의 등기로서 말소되어야 하고, 원권리자인 신탁자는 정당한 물권자로서 수탁자에게 소유권에 기초한 물권적 청구권을 행사할 수 있다. 그리고 양자간의 명의신탁에 있어서 신탁목적인 부동산물권변동의 원인이 되는 명의신탁약정이 동법 제4조 1항에 의해서 무효로 되고, 이에 따라 행하여진 신탁대상인 부동산물권에 대한 합의와 명의신탁등기에 의한 부동산물권변동의 효력을 무효로 하는 것은, 우리 민법상 법률행위로 인한 물권행위의 유인성·무인성을 둘러싼 논쟁에 있어서 적어도 부동산의 명의신탁과 관련된 물권행위는 有因性(causa-Abhängigkeit)에 입장을 입법에 반영한 것이라 하겠다.⁶¹⁾

(2) 신탁자에게서 수탁자에게로의 물권변동이 무효가 됨으로 인하여 명의신탁부동산의 소유권은 신탁자에게로 귀속되므로 신탁자는 물권적청구권을 행사하여 등기명의를 회복할 수 있다. 구체적으로는 민법 제214조의 所有物妨害排除請求權을 행사하여 수탁자명의로의 소유권이전등기청구권의 말소를 청구하거나 真正登記名義 回復登記請求權⁶²⁾을 행사할 수 있다. 다만, 신탁자가 위와 같은 등기를 회복하기 위하여 부동산

60) 부동산실명등기법에서 명의신탁약정과 아울러 물권변동도 무효로 함으로써 신탁자가 소유권을 회복할 수 있는 길이 있어 실효성이 없게 된다는 비판도 가능하나, 물권변동이 유효화된다면 수탁자가 소유권을 확정적으로 취득하게 되어 오히려 名義貸與나 名義信託의 결과를 용인하게 되는 결과가 되기 때문에 소유권은 신탁자에게 귀속하도록 한 것이다(李東明, 전계논문(註48), 258면).

61) 梁彰洙, 전계논문(註16), 79면; 朴東瓊, 전계논문(註53), 71면.

62) 大判 1990. 11. 27, 89다카 12398이래 인정되고 있다. 다만, 大判 1998. 10. 23, 98다35266에 의하면, 판례상 인정되고 있는 진정명의회복을 위한 소유권이전등기청구는 '자기 명의로 소유권을 표상하는 등기가 되어 있었거나' 또는 '법률에 의하여 소유권을 취득한' 진정한 소유자가 그 등기

실명등기법이 정하는 과징금, 이행강제금, 형사처벌을 받아야 하는 것은 별개의 문제이다.

(3) 그런데 스스로 강행법규에 위반하여 명의신탁약정을 한 자가 그 강행법규의 위반으로 무효가 되었다는 이유로 물권적 청구권을 행사하는 것이 신의성실의 원칙에 반하는 것인지가 문제된다. 이와 유사한 舊農地改革法違反⁶³⁾이나 舊國土利用管理法違反⁶⁴⁾에서 신의성실의 원칙에 위반되지 않는다고 한 것임에 비추어 명의신탁자의 등기말소청구권의 행사가 신의성실의 원칙에 반한다고 할 수는 없다.

(4) 명의신탁약정에 의한 수탁자명의의 등기도 원인무효의 등기로서 말소되어야 할 것이지만 원인없는 등기명의도 법률상 원인 없는 재산상의 이득으로 보아 부당이득 반환청구의 내용으로 수탁자명의의 등기말소청구권을 행사하여 신탁자의 소유명의를 회복할 수 있을지가 문제이다. 이에 관하여 구체적으로 살펴보고자 한다.

2) 登記名義의 不當利得返還請求

(1) 不當利得 該當與否

우리 판례의 입장인 물권행위의 유인성에 의하여 명의신탁약정이 무효라면 부동산의 소유권은 원래의 소유자이던 명의신탁인에게 처음부터 있었던 것이 되고, 수탁자는 처음부터 소유권을 갖지 않았던 것이 되므로 所有權 自體는 부당이득이 될 수 없다. 그런데 수탁자명의의 소유권이전등기와 같이 원인무효의 등기명의도 법률상 원인 없는 재산상의 이익으로 보아 신탁자가 부당이득반환으로서 수탁자에게 그 등기명의의 말소를 구할 수 있는지가 문제된다. 등기나 등록 등의 공시방법도 부당이득의 대상이 될 수 있다고 할 것이므로 신탁자는 수탁자 앞으로 경료된 소유권등기명의를 부당이득으로 반환할 것을 청구할 수 있다. 이 경우 수탁자명의의 소유권이전등기의 말소등기는 물론, 신탁자 앞으로의 소유권이전등기청구도 가능하다고 할 것이다.⁶⁵⁾

명의를 회복하기 위한 방법으로서 인정되는 것이므로 종중이 임야를 매수하였는데 종중명의의 등기가 곤란하여 종원 앞으로 명의를 신탁하였고, 종중 앞으로 등기한 사실이 없다고 스스로 자인하는 경우에는 위 청구는 허용될 수 없다는 취지이다.

63) 대판 1991. 9. 10, 91다19432.

64) 대판 1995. 11. 21, 94다20532.

65) 裴炳日, 전계논문(註13), 65면; 梁彰洙, 註釋債權各則(Ⅲ)(김중환 편집대표), 한국사법행정학회, 1986, 221면; 金美利, 전계논문, 742면. 그러나 등기명의가 부당이득이 된다고 하더라도 그 반환청구로서 등기의 말소를 구함은 몰라도 이전등기를 청구할 수는 없다는 견해도 있다(陸榮竣, 전계논문(註47), 98면).

(2) 不法原因給與 與否

등기명의의 부당이득반환청구로서 수탁자 명의의 등기에 관한 말소나 이전등기청구권을 긍정한다고 하더라도 무효인 명의신탁약정에 의한 수탁자의 부동산 취득이 민법 제746조의 불법원인급여에 해당하면 그 부당이득 청구가 배제되기 때문에 명의신탁약정이 불법원인에 해당하는지가 문제된다. 불법원인급여가 해당하면 부당이득반환청구권을 행사할 수 없을 뿐 아니라 소유권에 기초한 물권적 반환청구권도 행사할 수 없고, 그 반사적 효과로 수탁자가 소유권을 취득하게 된다는 것이 판례의 입장이다.⁶⁶⁾

가) 不法原因給與 肯定說

부동산실명등기법 위반의 무효인 명의신탁은 민법 제103조의 반사회질서에 해당하므로 민법 제746조의 본문이 적용되어 명의신탁자는 부당이득반환청구권을 행사할 수 없다고 한다. 명의신탁약정에 이로 인한 물권변동도 무효일뿐 아니라 이로 인한 등기이전은 민법 제756조의 불법원인급여에 해당하기 때문에 신탁자는 목적부동산의 반환청구권을 행사할 수 없고 그 反射의 效果로서 명의수탁자에게 소유권이 귀속한다고 한다. 그 근거로서는 부동산실명등기법의 명의신탁금지규정은 효력규정이므로 이에 위반하여 행한 명의신탁이 무효가 되더라도 만약 명의신탁자가 명의신탁재산을 부당이득으로 반환청구할 수 있다면 명의신탁을 금지하여 부동산실명제를 정착시키고자하는 동법의 목적과 취지를 살릴 수 없게 된다고 한다.⁶⁷⁾

나) 不法原因給與 否定說

명의신탁에 따른 이전등기를 부당이득으로 보고 신탁자는 수탁자에게 부당이득반환청구의 일환으로 수탁자에게 경료된 소유권이전등기의 말소 또는 진정등기회복을 청구할 수 있다고 한다. 그 근거로는, 부동산실명등기법의 궁극적인 목적은 실권리자 명의로 등기되기를 바라는 것이고, 신탁자의 반환청구를 부정한다면 수탁자에게 부당이득을 허용하는 것이 되어 正義觀念에 반하기 때문이라고 한다.⁶⁸⁾ 또한 민법 제746조의 불법의 의미를 판단함에 있어서 가능하면 불법원인의 의미를 제한하여 엄격하

66) 大判(全) 1979. 11. 13, 79다483.

67) 金相容, 債權各論(下), 박영사, 1998, 65면; 朴鍾斗, 전계논문(註58), 46면.

68) 李銀榮, 전계서(註12), 275면.

게 해석해 가는 경향에 있고, 특히 불법원인급여가 인정되게 되면 결과적으로 불법의 원인에 가담한 수익자에게 그 이득의 보유를 긍정하게 되므로 원칙적으로 이를 함부로 인정할 것은 아니라고 한다.⁶⁹⁾ 이와 같이 수익자는 아무런 대가를 지급하지 않고서 부동산물권을 취득하게 되어 건전한 법감정에 반할 뿐 아니라 헌법 제23조에 보장된 재산권의 본질적 내용을 침해할 소지가 있다고 한다.⁷⁰⁾ 그리고 부동산실명등기법은 명의신탁을 금지함으로써 왜곡된 부동산거래를 정상화시키자는 목적으로 제정된 것인데(동법 제1조 참조), 이러한 법률의 목적은 명의신탁자와 수탁자의 법률관계를 명의신탁약정이 있기 전의 상태로 되돌리면 족한 것이지, 명의신탁의 결과로 생긴 법률관계를 고착화하여 이로 인해 신탁자에게 불이익을 줌으로써 실현할 수 있는 것은 아니라고 한다.⁷¹⁾

다) 判例

우리 판례도⁷²⁾ 강행법규에 위반하여 재산을 급여하거나 노무를 제공하였다고 하더라도 그것이 선량한 풍속 기타 사회질서에 어긋나는 반윤리적인 것이 아닌 한 불법원인급여에 해당하지 아니하여 그 반환을 구할 수 없다고 판시하고 있다. 부동산실명등기법시행 이후의 판결⁷³⁾중에도 “부동산 실권리자 명의등기에 관한 법률 소정의 유예기간 경과에 의하여 기존 명의신탁약정과 그에 의한 등기가 무효로 되면 명의신탁 부동산은 매도인소유로 복귀하므로, 매도인은 명의수탁자에게 무효인 명의수탁자 명의의 등기를 말소할 수 있게 되고 한편 부동산실명법은 매도인과 명의신탁자 사이의 매매계약의 효력을 부정하는 규정을 두지 아니하여 위 유예기간 경과후로도 매도인과 명의신탁자 사이에 매매계약은 여전히 유효하므로, 명의신탁자는 위 매매계약에 기한 매도인에 대한 소유권 이전등기청구권을 보전하기 위하여 매도인을 대위하여 명의수탁자에게 무효인 명의수탁자 명의의 등기의 말소를 구할 수 있다.”라고 판시하고 있다.

라) 檢討

69) 梁彰洙, 전계논문(註16), 83면.

70) 朴東瓚, 전계논문(註53), 72면.

71) 宋鎬瑛, 전계논문(註53), 145면.

72) 大判 1983. 11. 22, 83다430.

73) 大判 1999. 9. 17, 99다21738.

(1) 부동산실명등기법은 제5조의 과징금의 부과대상을 제3조 1항의 규정을 위반한 명의신탁자에 한정하고 있다는 점에서 명의신탁자를 부동산물권의 보유자로 인정하는 것을 전제로 규정하고 있다고 볼 수 있다.⁷⁴⁾ 이는 입법의 과정에서 는 점에서 명의신탁자의 재판상반환청구권을 인정하지 않음으로써 명의신탁 부동산을 명의수탁자로 하는 방안도 주의 깊게 검토하였으나, 이 방안은 명의신탁자의 재산권에 대한 본질적인 침해로서 위헌의 소지가 있다는 점 때문에 채택되지 않았다는 언급⁷⁵⁾에서도 확인된다. 따라서 명의신탁약정이 무효로 됨에 따라 수탁자에 대한 급부를 불법원인급여로 보는 것은 타당하지 않다.

(2) 긍정설에서는 만약 명의신탁자가 명의신탁재산을 부당이득으로 반환청구할 수 있다면 명의신탁을 금지하여 부동산실명제를 정착시키고자하는 동법의 목적과 취지를 살릴 수 없게 된다고 하지만, 부동산실명등기법의 목적은 왜곡된 부동산거래를 정상화시키는 것이지 명의신탁의 결과로 생긴 법률관계를 고착화하여 그 반사적 효과로서 수탁자에게 부당한 이익을 얻는 것까지 허용하는 것은 아니라고 하겠다. 왜냐하면, 아무런 대가를 지급하지 않는 수탁자에게 소유권이 귀속되고 신탁자의 재산권이 박탈되게 되어 정의의 관념에 반할 뿐 아니라 헌법 제23조에 보장된 재산권의 본질적 내용을 침해할 가능성이 있기 때문이다.

(3) 민법 제746조의 불법원인의 해석에 있어서 단순히 민법 제103조의 공서양속위반이나 강행법규가 모두 불법원인으로 볼 것이 아니라 그 중에서도 그 행위의 실질에 비추어 당시의 사회생활 및 사회감정에 비추어 진정으로 倫理道德에 반하는 醜惡한 것으로 인정되느냐의 여부라는 추상적 기준⁷⁶⁾에 의해서 파악하여야 한다. 구체적으로는 당사자들의 행위목적이나 사회질서나 법규위반에 대한 인식 내지 의욕의 정도 등과 같은 主觀的 事情, 당해 법규나 문제된 사회질서의 강행에 의해 달성하고자 하는 客觀的 制度目的, 만일 급부의 반환이 認定되면 실제로 그 제도목적이 관철되지 못하는 것인지의 여부, 원래 긍정되어야 할 반환의무를 이 경우에 否認함으로써 그 제도목적이 얼마만큼 달성될 것인지 여부, 반환의무가 부인되는 경우의 당사자 간의 衡平, 법규나 사회질서에 의한 금지가 그 내용이 명확하고 또한 보편적으로 숙지되어 국민의 行動指針으로 선명성과 方向指示性을 갖추고 있는 정도 등을 종합적으로 고려하여 개별적으로 판단하여야 할 것이다.⁷⁷⁾

74) 정해상, 전계논문(註37), 301면.

75) 財政經濟院, 不動産實名法 解説, 1995면; 李東明, 전계논문(註48), 258면.

76) 日最判 1968. 6. 12.(民集 16-7, 1305).

(4) 위와 같은 점들을 고려하여 볼 때 명의신탁금지는 비록 부동산등기제도를 이용한 投機・脫稅・脫法行爲 등 反社會秩序를 방지한다고 하여도 명의신탁은 근대 민법의 시행과 더불어 오랜 세월동안 판례를 통하여 확고하게 그 유효성이 인정되어 오던 것이어서 국민들 사이에 별다른 위법성의 인식이 없이 행해진 것이므로 윤리도덕에 반하는 추악한 것이라고 볼 수는 없을 것이다. 또한 부동산투기도 이윤추구를 목적으로 하는 인간행위를 근간으로 삼는 자본주의에서 그 자체를 하등 도덕적으로 깨끗하지 못한 것이 아니며⁷⁸⁾, 강제집행면탈을 목적으로 하는 명의신탁에서는 수탁자의 물권변동이 유효화된다면 수탁자가 소유권을 확정적으로 취득하게 되어 오히려 名義貸與나 名義信託의 결과를 탈법행위를 용인하게 되는 결과가 되기도 한다. 따라서 부동산투기나 탈세 등을 막기 위해 명의신탁약정을 금지하고 각종 과징금이나 이행강제금 및 무거운 형벌과 같은 행정적・형사적 제재를 통해 규제하는 것은 별론으로 하고, 수탁자에 명의로 경료된 등기명의를 불법원인급여라고 그 반환청구를 부인할 수는 없다고 할 것이다.

2. 中間省略 名義信託

중간생략명의신탁의 경우에 신탁자와 수탁자의 명의신탁약정은 무효가 되므로 수탁자 앞으로 경료된 등기는 원인무효의 등기라고 할 수 있다. 그러면 중간생략 명의신탁에서 신탁부동산의 소유권은 최종적으로 누구에게 귀속되는가의 문제이다.

1) 名義受託者 歸屬說

부동산실명등기법 제4조 2항에서 명의신탁으로 인한 물권변동이 무효가 된다고 하더라도 수탁자명의로 경료된 명의신탁등기가 민법 제746조의 불법원인급여에 해당하여 매도인에게로의 새로운 이전등기청구권을 행사하거나 수탁자명의로의 소유권이전등기말소를 청구할 수 없어 그 반사적 효과로서 명의수탁자가 소유권을 계속 유지하게 된다는 설이다.⁷⁹⁾ 이는 受託者所有權維持說로 불리우는 입장이다.⁸⁰⁾

77) 梁彰洙, 전계논문(註16), 82-83면.

78) 梁彰洙, 전계논문(註16), 84면.

79) 金相容, 전계서(註67), 65면; 朴鍾斗, 전계논문(註58), 47면.

80) 朴東瓚, 전계논문(註53), 72면; 宋鎬嘆, 전계논문(註53), 146면.

이에 대하여는 무효인 중간생략부동산의 경우에 부동산실명법 제4조 2항의 규정에도 불구하고 명의수탁자가 소유권을 계속 보유하게 된다는 견해는 명의수탁자를 소유자로 인정하지 않겠다는 부동산실명등기법 제4조 2항 본문의 취지에 어긋날 뿐 아니라, 양자간의 명의신탁에서 본 바와 같이 수탁자 앞으로의 이전등기가 불법원인급여가 되지 않음을 생각하면 추종하기 어렵다는 비판이 제기된다.⁸¹⁾

2) 原權利者 歸屬說

부동산실명등기법이 명의신탁약정만을 무효로 하기 때문에 이와는 별도의 법률행위인 매매계약은 유효하다는 것만을 이유로 하여 명의신탁자가 채권자로서 목적부동산의 소유권을 취득할 수는 없다고 한다. 왜냐하면, 명의신탁약정의 무효가 원인행위인 채권계약에 영향을 미치지 않는다는 사실은 매매계약이 유효하기 위한 필요조건이기는 하나 충분조건은 되지 못하고, 매매계약이 채권행위로서의 일반적 유효요건을 갖추어야 하기 때문이다. 그런데 등기명의신탁에 의한 매매에서는 계약당사자간의 특약으로 채권자가 아닌 수탁자명으로 이전등기를 경료하기로 하는 특약을 맺는 것인데, 수탁자명의의 소유권이전등기특약이 불가능하다면 신탁자는 목적물의 취득을 포기하였을 것으로 해석되기 때문에 이러한 특약은 당해 매매계약의 본질적 부분을 이루는 것으로 보아야 한다. 따라서 부동산실명등기법에 의해 수탁자명의로의 등기에 의한 물권변동이 무효가 된다면, 이러한 매매는 원시적 불능을 목적으로 하는 무효인 계약이 체결된 것으로서 계약상의 권리의무관계는 소멸하게 되어 신탁자는 매도인에게 목적부동산의 소유권이전등기를 청구할 수 없게 된다고 한다. 이는 명의신탁의 방법을 통한 부동산취득을 금하려는 부동산실명등기법의 입법취지를 고려할 할 때에도 명의신탁자에게 목적부동산의 소유가능성을 봉쇄하는 것이 타당한 해석론이기 때문이라고 한다. 이는 受託者 所有權維持不可說 중 信託者 所有權取得不可說에 해당하는 견해이다.⁸²⁾

이에 대하여는 부동산실명등기법의 입법취지가 명의신탁의 방법으로 부동산취득을 금하려는 것이지 실소유자로의 소유권이전을 금하려는 것은 아니며, 동법에서 명의신탁자와 매도인의 매매계약을 부정하지 않으므로 원매매계약에 의해서 명의신탁자로서의 소유권이전을 부정할 이유는 없다는 비판이 제기된다.⁸³⁾

81) 宋鎬暎, 전계논문(註53), 148면.

82) 朴東瓚, 전계논문(註53), 74-75면.

83) 宋鎬暎, 전계논문(註53), 149면.

생각건대, 명의신탁이 이루어지는 이유는 다양하며 그 중에서 고위공직자이어서 자신의 명의로 취득하는 것을 꺼려하는 경우나 부재지주의 농지취득과 같이 그 취득 자격 자체가 없는 경우처럼 신탁자명의로 부동산을 취득하는 것이 곤란한 경우이거나 수탁자명의로 등기하지 않으면 당해부동산을 취득하는 것이 무의미한 경우에는 수탁자명의로 등기가 명의신탁자와 매도인 사이의 매매계약의 본질적 부분을 이루는 경우도 있을 것이나, 탈세를 목적으로 하는 경우에 수탁자명의로 등기하여 세금을 절약할 수도 있지만 자신의 명의로 등기하는 것도 가능한 경우도 얼마든지 있을 수 있으므로 수탁자명의로 등기가 항상 매매계약의 본질적 내용을 이룬다고 볼 수 없고, 더 나아가 그것이 이행되지 않는다고 하여 목적부동산의 취득을 포기했을 것이라는 해석은 일반화하기 어려운 특수한 경우의 해석의 문제이므로 소유권귀속에 관한 법리적 논거로는 충분치 않다고 본다.

3) 名義信託者 歸屬說

이 견해는 명의신탁약정이 무효라고 하더라도 명의신탁자와 매도인사이의 매매계약은 여전히 유효하다고 보아 명의신탁자는 매도인을 상대로 매매계약상의 의무이행(소유권이전)을 주장할 수 있다는 입장이다. 그 근거로는 부동산실명등기법 제4조에서 신탁자와 수탁자 사이의 명의신탁약정만을 무효라고 규정하고 있기 때문에 물권변동의 원인행위인 매매계약은 명의신탁약정의 무효와 상관이 없다고 한다.⁸⁴⁾ 또는 수탁자명의로의 소유권이전채무는 結果債務인데 동 규정에 의해 소유권이전의 효력이 없으므로 채권자는 계약상의 채무이행을 요구할 수 있다는 점⁸⁵⁾, 만약, 부정설의 주장처럼 명의신탁자와 매도인 사이의 매매계약의 내용(즉, 수탁자 앞으로의 이전등기)이 실현될 수 없는 것으로 판명되더라도 원래의 명의신탁자와 매도인사이의 매매계약은 일종의 「無效行爲의 轉換의 法理」(민법 제138조 참조)에 준하여 매도인이 명의신탁자(이제는 단순한 매수인)에게로 매매계약상의 소유권이전의무를 행해야 하는 것으로 보아야 한다고 한다.⁸⁶⁾

이 견해에서는 매매계약은 여전히 유효하기 때문에 매도인인 원권리자는 수탁자명

84) 權五昶 不動產名義信託의 法律關係에 관한 試論, 人權과 正義 제243호(1996. 11.), 69면; 白正鉉, 不動產實權利者名義登記에 관한 法律의 問題點과 法律關係, 裁判과 判例 6輯, 대구관례연구회, 1997, 336면).

85) 梁彰洙, 전계논문(註16), 80면.

86) 宋鎬暎, 전계논문(註53), 149면.

의의 등기를 말소하고 자기 소유로 등기한 후에 다시 채권자인 신탁자에게 이전등기를 해야 할 채무를 부담하게 되고, 만약 매도인이 스스로 이러한 절차를 밟지 않는다면 신탁자는 채권자대위권을 행사하여 수탁자명의로 된 등기의 말소를 구할 수 있다고 한다. 신탁자는 수탁자명의로의 등기가 무효로 됨으로써 소유권을 회복한 매도인의 채권자로서 소유권 취득의 가능성은 회복하게 되지만, 수탁자명의로의 등기시에 매매대금은 이미 지급하였으므로 신탁자명의로의 소유권이전등기를 위해 대금의 지급을 동시이행의 항변권을 행사할 수 없는 先履行危險(Vorleistungsrisko)을 지게 된다고 한다. 이는 受託者 所有權維持不可說 중 信託者 所有權取得可能說에 해당하는 견해이다.⁸⁷⁾

4) 判例

판례⁸⁸⁾는 신탁자 소유권귀속설을 취하고 있다. 즉, “부동산실권리자등기에 등기에 관한 법률 소정의 유예기간 경과에 의하여 기존명의신탁 약정과 그에 의한 등기가 무효가 되면 명의신탁부동산은 매도인소유로 복귀하므로 매도인은 명의수탁자에게 무효인 명의수탁자명의로의 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 있다”고 판시하고 있다.

5) 檢討

무효인 중간생략 명의신탁의 경우에 수탁자 명의의 신탁부동산의 소유권은 부동산 실명등기법 제4조 2항의 취지에 따라 신탁자에게 귀속되어야 할 것이다. 명의신탁약정이 무효가 되더라도 물권취득의 원인행위인 채권행위에는 영향이 없으므로 여전히 유효하다고 하여야 할 것이다. 원권리자인 매도인은 수탁자에게 대한 등기경료로서 원권리자의 채무의 변제는 이루어졌지만, 부동산실명등기법에 의해 물권변동의 효력이 무효화되었으므로 結果債務(Erfolgsleistung)인 소유권이전채무는 이행되지 않은 것으로서 여전히 존속한다고 볼 수 있다. 다만, 수탁자명의로의 이전등기경료에 관한

87) 朴東瓚, 전계논문(註53), 74-75면.

88) 大判 1999. 9. 17, 99다21738.

명의신탁약정은 무효행위전환의 법리에 따라 신탁자에게로의 소유권이전의무를 부담한다고 보아야 할 것이다. 이렇게 해석하는 것이 양자간의 명의신탁이나 중간생략명의신탁에서 신탁자에게 소유권을 귀속시키고자 했던 입법취치에도 부합하며 명의신탁약정의 무효가 물권취득의 원인계약에 효력에 영향을 주지 않는다는 것에 합치되는 해석이라고 할 수 있다.⁸⁹⁾

3. 間接代理 名義信託

간접대리 명의신탁에 있어서 명의신탁약정은 무효이더라도 매도인과 수탁자 사이에 체결된 매매계약은 間接代理의 法理에 따라 유효하다고 할 것인데, 부동산실명등기법에서 간접대리 명의신탁에 따라 매도인과 수탁자 사이의 매매계약의 효력은 매도인이 명의신탁에 따른 계약체결이라는 사실을 알았는지 몰랐는지에 따라 다르게 정하고 있다.

1) 賣渡人 善意

(1) 所有權의 歸屬

명의신탁약정이 무효이므로 이 약정에 의해 신탁자가 수탁자에게 지급한 매매대금도 부당이득으로 반환되어야 한다. 그런데 신탁자로부터 수탁자가 수령한 매매대금을 이미 매도인에게 지급하고 목적부동산의 소유권을 취득하였다면 신탁자는 매매대금 대신에 부동산을 現物 또는 代位物(Surrogate)로서 수탁자에게 반환청구할 수 있겠는지 문제가 된다. 현물반환청구를 긍정하게 되면 신탁자에게 소유권이 귀속될 수 있고, 이를 부정하게 되면 소유권은 수탁자에게 귀속될 수 있으므로 다음과 같이 나누어 살펴보고자 한다.

가) 信託者 歸屬說

89) 양자간의 명의신탁과에서 명의신탁약정의 무효가 물권변동에 有因性을 띠지만, 중간생략 명의신탁과에서는 수탁자명의로의 물권변동의 원인(causa)은 원권리자로부터 수탁자간에 행하기로 하는 중간생략등기의 합의이므로 신탁자와 수탁자사이의 명의신탁약정은 신탁자 또는 수탁자가 위의 원인관계를 형성하고 신탁토지의 소유권을 이전받음에 있어서 단순한 緣由를 이루는데 불과하여 물권변동에 하등의 유인성을 띠지 못한다고 할 것이다.

명의신탁약정이 무효인 이상 신탁자는 수탁자에 대한 부당이득반환청구로서 소유권이전등기청구를 할 수 있다는 견해로서 現物返還請求肯定說이라고도 한다.⁹⁰⁾ 그 논거로는, (1)부동산실명등기법 제3조 및 제4조는 명의수탁자에게 소유권을 유지하도록 하는 취지이거나 명의신탁자에게 소유권이 귀속되는 것을 막는 취지가 아니라는 점, (2)예컨대, 땅값 등이 하락되면 명의신탁자에게 부동산을 귀속시키는 것이 가액반환을 받게 하는 것보다 더 불리하게 되므로 부동산의 소유권을 종국적으로 명의수탁자에게 귀속시킨다고 해서 반드시 명의신탁자에게 이익을 주는 것이 아니라는 점, (3)이를 허용하지 않는다면 사적자치의 원칙에 반하거나 과잉금지의 원칙에 반할 수 있다는 점, (4)실질적인 이전등기원인이 등기명의신탁약정이므로 명의신탁약정이 무효로 된 이상 명의신탁자에게 대한 관계에서 부동산 자체도 부당이득이 된다는 것⁹¹⁾ 등을 들고 있다.

나) 受託者 歸屬說

명의신탁자에게 부당이득의 반환으로서 소유권이전등기가 허용될 수 없다고 보는 견해이다. 그 논거를 살펴보면, 간접대리명의신탁의 경우에 명의신탁자는 수탁자에게 부동산구입자금만을 지원한 것일 뿐, 계약당사자가 아닌 그가 도무지 소유권을 취득해 본적이 없는 상태이므로 명의신탁자는 수탁자에게 소유권이전등기를 요구할 수 있는 권한이 전혀 없다⁹²⁾ 왜냐하면, 명의수탁자 명의의 소유권이전등기는 유효한 매매계약에 기한 것이어서 법률상 원인이 있는 것이고, 명의신탁자의 손해는 부동산과 아무런 관련이 없는 매매대금이므로 매매대금상당의 금전부당이득반환청구만을 할 수 있을 뿐이다. 또한 부당이득의 원칙은 금전부당이득이므로 소유권이전을 요구할 수 없다. 만약, 이를 허용하면 명의신탁자에게 결국 과거와 달라진 점이 없어 부동산실명등기법의 실효성을 떨어뜨리고 범법행위를 한 신탁자를 보호하는 결과다 되는 것을 용인하게 된다.⁹³⁾ 비록, 명의신탁약정내부에 존재하는 위임계약의 효력에 따라서 소유권이전등기를 요구해 볼 수도 있지만⁹⁴⁾, 이러한 해석론은 부동산실명등기법의

90) 朴東瓚, 전계논문(註53), 77면.

91) 裴炳日, 전계논문(註13), 66면 이하; 白正鉉, 전계논문(註84), 342면.

92) 宋鎬暎, 전계논문(註53), 152면.

93) 睦榮竣, 전계논문(註47), 112면, 梁彰洙, 부동산실명법의 사법적 규율에 의한 명의신탁의 규율, - 소위 계약명의신탁을 중심으로-, 민법연구 제5권, 1999, 155-156면; 朴東瓚, 전계논문(註53), 78면; 權五昶, 전계논문(註84), 71면.

취지를 몰각한 것이다. 즉, 부동산소유권에 대한 반환청구를 통해 명의신탁자가 목적 부동산을 취득할 수 있다면 결과적으로 종래 명의신탁을 인정한 경우와 마찬가지로 언제든지 명의신탁자가 소유권을 취득할 수 있으므로 그것은 부동산실명등기법의 취지에 어긋나는 것이다. 따라서 매매계약의 매수인에 해당하는 수탁자가 소유권을 취득하게 되는데, 그렇다고 해서 수탁자가 신탁자로부터 제공받은 부동산의 매수자금까지 보유할 권한을 가지는 것은 아니므로, 신탁자가 제공한 매매대금은 무효인 명의신탁의 이행을 위해 지급한 법률상 원인 없는 급부에 해당하므로 수탁자는 매도인에게 지급한 대금 상당의 금전을 신탁자에게 부당이득으로 반환함이 타당하다고 한다.⁹⁵⁾

다) 檢討

부당이득반환에서 원물반환이 원칙이고 이를 반환할 수 없을 때 가액반환을 하여야 하는 바(민법 제747조 1항), 신탁자가 수탁자에게 준 원물은 부동산이 아닌 매매대금이라고 보아야 한다. 다만, 금전이 원물인 경우에는 원물반환이라는 것이 무의미하므로 수탁자는 신탁자에게 그 가액인 매매대금 상당의 금원을 반환하여야 한다, 그리고 일반적으로 수익자가 이득에 갈음하여 취득한 것, 즉 代位物도 반환의 대상이 될 수 있으나 금전이득은 특정될 수 없어 대위물이 존재하지 않는다고 보아야 할 것이다.⁹⁶⁾

모든 명의신탁관계에 있어 신탁자에게 소유권이 회복될 수 있게 하고 과정금이나 형사처벌만을 받게 하려면 부동산실명등기법이 굳이 명의신탁의 사법적 효력을 부인하는 명문의 규정을 둘 필요가 없었을 것이다.⁹⁷⁾ 그리고 부동산실명등기법도 매도인이 선의⁹⁸⁾인 계약명의신탁인 경우에는 명의신탁자가 등기명의를 회복할 수 없다는 전제에서 다른 경우와는 달리 이행강제금을 부과하지 않는다.⁹⁹⁾ 따라서 신탁자는 부당이득으로 신탁부동산의 소유권을 현물반환청구는 허용되지 않으므로 소유권은 수

94) 李銀榮, 전계서(註12), 278면.

95) 宋鎬暎, 전계논문(註53), 153면.

96) 梁彰洙, 전계논문(註28), 368-369면.

97) 睦榮竣, 전계논문(註47), 112면.

98) 부동산실명법이 매도인이 악의인 계약명의신탁의 경우에도 이행강제금규정을 배제하지 않고 있으나 악의의 계약명의신탁도 신탁자가 수탁자로부터 등기명의를 회복할 방법이 없으므로 이행강제금부과배제를 하지 않은 것은 입법상의 착오라고 한다(睦榮竣, 전계논문(註47), 113면).

99) 睦榮竣, 전계논문(註47), 112-113면.

탁자에게 귀속되고 신탁자는 매매대금상당액을 금전부당이득으로 청구할 수 있을 뿐이라고 보아야 할 것이다.

(2) 信託者의 金錢不當利得請求權

간접대리명의신탁에서는 명의수탁자는 명의신탁자로부터 받은 원물이 매매대금이므로 수탁자는 매매대금상당의 가액을 명의신탁자에게 금전을 반환하여야 한다. 다만, 명의신탁자가 입은 손해가 이익에 미치지 못할 때에는 그 손해만큼만 반환하면 된다.¹⁰⁰⁾

부당이득의 반환범위는 명의수탁자가 선의인지 악의인지의 여부에 따라서 달라지게 된다. 이 경우 악의는 법률상 원인 없음을 알면서 이익을 얻은 경우를 말하므로 명의신탁관계가 부동산실명등기법 시행 이후에 성립하였는지의 여부에 따라 달라진다.

즉, 부동산실명등기법 시행 전에 성립한 명의신탁에서는 수탁자가 법률상 원인 없음을 알면서 이익을 얻은 경우라고 볼 수 없다. 따라서 매매대금의 수령당시의 수탁자는 선의의 수익자라고 할 것이다. 그러나 부동산실명등기법상의 실명전환기간이 도과되는 1996. 7. 2.부터는 법률상 원인 없이 이익을 얻은 사실을 알게 되어 그 때부터 악의의 수익자로 된다.

부동산실명등기법 시행이후에는 모든 명의신탁자는 악의의 수익자로 인정되므로 수탁자는 받은 이익에 이자를 붙여 반환하여야 하고, 명의신탁자에게 손해가 발생한 경우에는 그 손해도 배상하여야 한다.¹⁰¹⁾ 이때 부동산가격이 하락한 경우에도 마찬가지이다. 따라서 부동산가격이 하락한 경우에 신탁자는 손해를 보지 않는데 반하여, 수탁자는 신탁자의 의사에 따라서 원하지 않는 부동산을 매수하고도 매매대금에 이자까지도 부담하게 되는 불균형이 발생하는 점이 있다.

2) 賣渡人 惡意

매도인이 명의신탁약정을 알고서 계약을 체결한 경우에는 명의신탁약정 뿐만 아니라 부동산실명등기법 제4조 2항 단서가 적용되지 않으므로 부동산의 물권변동의 효력도 무효가 되므로 수탁자 앞으로 이루어진 등기는 원인무효의 등기가 되어 부동산

100) 大判 1982. 5. 25, 81다카1061.

101) 睦榮堧, 전게논문(註47), 154면.

에 대한 소유권은 매도인에게 그대로 남아 있게 된다.¹⁰²⁾ 매도인은 명의수탁자로서의 물권변동이 무효가 되었으므로 소유권이전등기의 말소를 청구할 수 있고, 명의수탁자는 매매계약의 무효를 이유로 이미 지급한 매매대금의 반환을 청구할 수 있다.

명의신탁자는 명의수탁자에게 소유권이전등기청구를 할 수 없음은 물론 매도인과의 사이에 아무런 법률관계가 없으므로 그에게 소유권의 이전등기청구를 할 수 없다. 그러나 명의신탁자는 명의수탁자에게 금전부당이득반환청구권을 갖게 되므로 이를 보전하기 위하여 명의수탁자를 대위하여 명의수탁자의 매도인에 대한 매매대금 상당의 부당이득반환청구권을 행사할 수 있다.¹⁰³⁾

VI. 結 論

부동산의 명의신탁을 어떻게 규제하여야 하는가는 그 본질을 어떻게 파악하는가와 밀접한 관련을 맺고 있다. 부동산실명등기법은 부동산명의신탁에 대하여 각종 행정적·형사적 규제를 함과 아울러 사법상의 효력도 무효화하는 강력한 내용을 담고 있다. 이는 명의신탁이 각종의 투기·탈세·탈법행위 등 반사회적 행위를 하는 수단으로 악용될 수 있다는 점에서 입법정책적 결단에 의하여 그러한 규제수단을 사용하는 것은 이해할 수 있는 일이다. 그런데 이러한 규제가 부동산의 명의신탁이 본질적으로 허용되지 말아야 할 惡으로 취급하는 전제위에 서 있다고 볼 수 있는가에 대하여는 의문이 있다. 왜냐하면 부동산실명등기법상의 많은 예외를 허용하고 있다는 점과 기본적으로 그동안 형성된 판례의 법리위에 특정의 명의신탁에 대하여 규제하고 있는 형식을 취하고 있다는 점 때문이다. 그리고 무엇보다도 당사자들의 명의신탁약정이 자유로운 합의에 의해 형성되는 私的自治의 영역에 속하는 것이기 때문에 당사자들의 자치적 결정을 존중해주는 것이 사법규율의 원칙이기 때문이다. 물론 이러한 사적 자치적 행위가 광범위한 반사회적 행위로 악용될 경우에 이를 규제할 필요는 있으나 그 규제는 과잉금지의 원칙 내에서 이루어져야 한다. 더 나아가 우리 민법은 물권변동에 관하여 이른바 형식주의 내지 등기주의를 취하고 있지만 등기의 공신력을 인정하지 않고 있다. 따라서 의도적인 명의신탁 이외에도 實權利者和 등기명의자가 다른 경우는 얼마든지 존재할 수 있고 실제로도 존재한다는 점이다. 따라서 부동산의 명의

102) 權五昶, 전제논문(註84), 71면.

103) 大判 1993. 10. 8, 93다28867.

신탁은 그 자체로는 私法上의 질서에서는 존재할 수밖에 없는 자연스러운 행위라는 전제하에, 다만 그 반사회성에 따른 피해를 적절하게 규제하기 위한 것이 부동산신탁 등기법의 취지라고 생각한다.

위에서는 이와 같은 관점에서 명의신탁부동산의 소유권이 누구에게 귀속되어야 하는지를 검토하여 보았다. 먼저 명의신탁의 유형과 관련하여 종래에는 주로 등기명의 신탁과 계약명의신탁으로 나누고, 등기명의신탁에는 양자간의 명의신탁과 중간생략 명의신탁이 있는 것으로 분류하였다. 그러나 이러한 분류는 계약명의신탁에는 등기명의 신탁이 없고 계약명의만의 신탁만 있는 것으로 오해될 뿐 아니라 계약당사자 명의신탁과도 혼동될 수 있으므로 계약명의신탁이라는 개념 대신 간접대리 명의신탁이라는 유형으로 분류하여 그 내용의 특성과 소유권 귀속에 대하여 살펴본 내용을 요약하면 다음과 같다.

양자간의 명의신탁에서는 명의신탁약정이나 물권변동의 무효로 말미암아 신탁부동산의 소유권은 명의신탁자에게 귀속되는 것으로 파악하였다. 이는 물권적청구권에 기초한 물권적 방해배제청구권이나 등기명의의 부당이득반환청구를 통한 수탁자명의의 등기말소 혹은 진정등기명의회복의 청구의 방법을 통해 이루어질 수 있다. 등기명의의 부당이득반환이 윤리도덕에 반하는 추악한 경우로 인정되면 불법원인급여에 해당하는 경우가 있을 수는 있으나, 위와 같은 명의신탁에 관한 관점에 비추어서 개별적이고 구체적으로 검토하여 신중하게 제한적으로만 인정되어야 할 것이다.

중간생략 명의신탁에서도 명의신탁약정이나 물권변동의 무효로 말미암아 신탁부동산의 소유권은 명의신탁자에게 귀속되는 것으로 파악하였다. 그 이유는 명의신탁약정이 무효로 되더라도 물권취득의 원인행위인 채권행위에는 영향이 없으므로 결과채무인 소유권이전채무를 무효행위전환의 법리에 따라 신탁자에게 이행하여야 하기 때문이다.

간접대리 명의신탁에서는 매도인이 선의인 경우와 악의인 경우의 물권변동의 효력을 달리하고 있는데, 매도인이 선의인 경우에는 물권변동의 효력이 유효하므로 신탁부동산의 소유권은 수탁자에게 귀속하고 다만 신탁자는 급부한 매매대금에 대한 금전부당이득반환청구만 할 수 있는 것으로 보아야 할 것이다. 매도인이 악의인 경우에는 물권변동의 효력이 무효로 되므로 수탁자 앞으로 행하여진 등기는 원인무효가 되어 부동산에 대한 소유권은 매도인에게 귀속된다고 보아야 할 것이다. 이 때 명의수탁자는 매매계약의 무효를 이유로 이미 지급한 매매대금의 반환을 청구할 수 있다.



최창렬

명의신탁, 중간생략 명의신탁, 간접대리 명의신탁, 부당이득반환, 불법
원인급여, 소유권귀속, 부동산실명등기법

[abstract]

A Study on Ownership Reversion of Title Trust Real Estate

Choi, Chang-Ryeol

How to regulate the title trust of a real has a close relation with how to grasp the nature. The Real Estate Real Name Registration Act includes strong contents to administratively and criminally regulate the title trust of a Real Estate and invalidate its private effect. It is understandable to use such regulative means by legislative policy determination as it can be abused as all kinds of anti-social acts such as speculation • tax evasion • illegal acts.

But it is questionable if such a regulation is assumed on that the title trust of a real property is seen as an unacceptable evil because of the aspects that The Real Estate Real Name Registration Act permits a lot of exceptions, and fundamentally takes on a type of regulating a specific title trust based on the legal principles of case laws formed for the meanwhile. And above all things, it belongs to the area of private autonomy formulated by parties' free agreement, so respecting for their autonomous decision is the rule of private law regulation.

No doubt this private autonomous act needs to be regulated if it is widely abused as an anti-social act, but the regulation should be done within the rule of excess prohibition.

Furthermore, our civil law takes a-so-called formalism to the change of a real right, while it does not admit the public confidence of a registration. Thus there may exist not only intentional title trusts, but also quite so many cases that actual entitled parties are different from the registered parties. So on the assumption that the title trust of a real estate is an essential natural

act to exist in the order of a private law, the Real Estate Real Name Registration Act is intended for properly controlling the evils of the anti-social nature.

From the viewpoint as above, the contents explored on the ownership reversion of the title trusted real estate can be summed up as follows:

In the title trust of two parties, the ownership of the trust real estate was understood as belonging to the title truster for the reason of invalidity of a title trust agreement, and change of a real right. It can be done through the hindrance removal claim of a real right based on the claim of a real right, or the claim of the registration cancellation or real registration title recovery of trustee through the illegal benefit return of a registration title. If the illegal benefit return of a registration title is recognized as an evil case contrary to ethical morality, it might fall under an illegal created benefit, but seen from the viewpoint on title trust as above, it should be prudently and concretely recognized.

In the interim omission title trust, the ownership of trust was understood as belonging to the title truster due to the invalidity of a title trust agreement of change of a real right. The reason is that even if the title trust agreement is void, the credit act, the reason act of the acquisition of a real right is not affected, so the resultant obligations should be performed to the truster according to the conversion legal principles if invalid act.

In the title trust of indirect representation, the effect of change of a real right differs depending on the vendor's good faith and bad faith, where in the case of the vendor's good faith, the effect of change of a real right is valid, and the ownership of the trusted real estate belongs to the trustee, but the truster can claim only the monetary illegal profit return to the sale price previously paid up. And in the case of the vendor's bad faith, the effect of change of a real right becomes void, so the registration done to the trustee becomes void, so the ownership to the real estate will have to be seen as belonging to the vendor, when the title trustee is thought to claim the return of the sale price already paid for the reason of the invalidity of the sale contract.