

不動產 名義信託法理의 基礎 序說

鄭相鉉*

I. 序說	2. 相續稅法上的 名義信託規制
II. 名義信託理論의 形成	3. 不動產登記特別措置法에 의한 名義信託規制
1. 名義信託理論의 發端	4. 不動產實名法에 의한 名義信託의 規制
2. 名義信託理論의 展開	IV. 結語
3. 名義信託理論의 歷史的 評價	
III. 不動產 名義信託의 規制立法	
1. 序	

I. 序說

이른바 명의신탁이라고 하는 것은 명의신탁자와 명의수탁자 사이에, 대내적으로는 명의신탁자가 부동산물권을 보유하거나 보유하기로 하면서, 대외적으로는 명의수탁자가 자신의 이름으로 등기하고 권리자로서의 외관을 갖도록 하는 상태를 의미하며, 이를 위한 약정을 명의신탁약정이라고 한다. 이것은 법인격 없는 사단으로서 등기능력이 인정되지 않았던 종중이 이전부터 소유하고 있던 토지나 임야에 대하여, 종중원의 이름으로 등기하는 것을 가능하도록 한데서 유래한 것이며, 진정한 부동산의 소유권자가 자신의 이름으로 등기할 수 없는 경우에, 예외적으로 인정된 우리 판례법상의 법이론이었다. 그리고 종래 이러한 명의신탁이론에 의하면, 진실한 권리자와 등기명의자의 불일치를 야기하는 명의신탁약정 자체가 유효할 뿐만 아니라, 대내적인 소유관계에 근거하여 명의신탁자는 명의신탁약정의 해지를 통하여 등기명의를 회복할 수

* 성균관대학교 법과대학 교수, 법학박사.

있었으며, 대외적인 소유관계에 근거하여 명의수탁자로부터 부동산을 취득한 제3자는 선의·약의를 불문하고 유효하게 소유권을 취득할 수 있는 것으로 이해하였다.

그러나 명의신탁약정에 있어서 명의신탁자는 명의수탁자에게 진정한 소유권을 이전하거나 취득하게 할 의사가 없이 소유명의만을 명의수탁자에게 두는 것이므로, 비진의의사표시 내지 통정허위표시로서 무효의 소지가 있다. 그리고 실질적인 소유권과 형식적인 소유권의 분리 내지 양립은 우리 민법상 1물1권주의와 부동산 물권변동의 형식주의 그리고 부동산 등기제도의 명확한 공시기능에 비추어 허용되기 어렵다. 나아가 연혁적으로 종중재산의 등기를 가능하게 할 목적으로 시작된 명의신탁은 오늘날 재산의 은닉과 분산 및 탈세, 부동산투기 등의 수단으로 이용되며, 부동산 거래질서의 문란과 부정행위로 이어지는 반사회성을 극명하게 드러내고 있다.

그리하여 명의신탁약정에 의한 부동산거래를 의심스러운 정도로 일관되게 용납하여 온 대법원의 태도에 대하여, 법이론적인 측면에서는 통정허위표시로서 무효라는 견해와 함께 그 효력에 대한 논란이 일찍부터 전개되었고, 일제의 식민지 경제정책의 일환으로 탄생한 연혁적인 이유와 부동산 거래질서에서 부정적으로 나타나는 법정책적 측면이 고질적인 문제점으로 지적되어 왔다. 이와 같은 부정적 시각이 지배적이라는 판단에 따라, 정부는 1990년 부동산등기특별조치법 제7조에 의하여, 탈세나 투기, 탈법을 목적으로 하는 명의신탁을 금지하였고, 나아가 1995년에 제정된 부동산실권리자명의등기에 관한 법률(이하 부동산실명법) 제4조는 명의신탁약정과 그에 따른 물권변동의 전면적인 무효를 선언하기에 이르렀다. 그리고 종래 불명확하게 논의되었던 부동산 명의신탁의 개념, 유형 등을 명확하게 규정하고, 그 외 약정당사자에 대한 근거규정(제2조)과 명의신탁금지규정의 위반에 대한 과징금 및 벌칙(제5조·제7조), 실권리자명의의 등기강제와 이행강제금(제6조), 종중과 배우자 명의신탁의 특례(제8조), 장기 미등기자에 대한 제재(제10조), 기존 명의신탁약정에 대한 취급(제11조·제12조), 실명등기에 대한 조세부과의 특례(제13조), 기존 양도담보권자의 서면제출의무(제14조) 등과 같은 세부적인 내용도 자세하게 규정하고 있다.

다만 이러한 부동산실명법에 의하더라도, 명의신탁된 부동산의 소유권귀속과 명의신탁약정의 무효에 따른 명의신탁자의 목적물반환청구 여부에 대하여는 전혀 규정하는 바가 없기 때문에, 학설과 판례에 의한 해결을 기대할 수 밖에 없다. 따라서 이하의 연구는 우리 민법상의 특유한 문제로 인식되어 온 명의신탁이론의 기초적인 내용과 명의신탁약정의 효력 및 신탁재산의 반환여부 및 소유권의 귀속에 관한 문제를 궁극적인 해결과제로 삼은 것이다. 다만 그 중에서 선행적으로 본 논문에서는 명의신탁

탁이론의 기초로서, 이론의 형성과정과 관련 규제입법의 내용, 특히 부동산실명법의 규정내용과 그 평가, 명의신탁의 개념과 유형을 분석하는 정도에 그치고, 이를 토대로 특히 부동산실명법에 따른 명의신탁약정의 효력과 목적물에 대한 반환 및 소유권 귀속의 문제는 다른 논문을 통하여 연구결과를 밝히기로 한다.

II. 名義信託理論의 形成

1. 名義信託理論의 發端

명의신탁이론은 중중재산의 관리를 위하여, 일제시대 조선고등법원이 법률상의 근거 없이 구성한 판례이론이었으며, 해방 이후 대법원판례를 통해 확립된 것이다. 즉 일제는 조선에 대한 경제적 지배의 토대를 확고히 하기 위하여, 1912년 8월의 토지 조사령과 1918년 7월의 임야조사령을 통한 토지 및 임야조사사업을 실시하였는데, 그 조사결과에 근거하여 각 개인에게 토지 및 임야의 창설적 소유권을 부여하기 위한 처분으로서 사정¹⁾을 한 후, 이에 따라 토지대장 및 임야대장을 작성하고 부동산 등기부를 편철하였다.

그런데 당시의 「조선부동산등기령」(1912.3.18, 제령 제9호)에는 권리능력 없는 중중 명의로 종토 등의 중중부동산을 등기할 수 있는 규정이 없었으므로²⁾, 중중재산은 부득이 중중원 중의 1인 또는 수인의 명의로 사정을 받아 등기를 할 수 밖에 없었고³⁾,

1) 토지 및 임야조사사업에 있어서 査定과 裁決은 기존의 지주로부터 신고를 받아, 일정한 토지 및 임야의 조사(査定)와 확인(裁決)을 거쳐, 근대민법상의 소유권을 法認해 주는 것이었다.

2) 郭潤直, 不動産登記法, 大旺社, 1979, 47면 이하 ; 金鍾權, 實務不動産登記法(上), 司法行政學會, 1985, 49면 이하 ; 許奎·盧宗相·李泰勳, “宗中·宗中財産에 관한 諸考察-沿革的·實務的-”, 司法論集 제4집, 法院行政處, 1973, 73면 이하

3) 당시 개인소유의 토지에 대한 사정과 등기는 별문제가 없었으나, 공유지 특히 그 중에서 가장 많은 비중을 차지하고 있었던 중중재산에 대하여는 중중이 권리능력을 갖지 못한다는 이유로 중중 명의로 신고하거나 등기하는 것을 허용하지 않았다. 그리하여 사업당국은 중중을 법인화하여 법인 명의로 신고하거나 중중 구성원 중의 1인 명의 또는 중중원 공유의 명의로 신고할 것을 권유하였다. 朝鮮總督府 臨時土地調査局調査規定(1913년) 제8조는 “서원, 중중 기타 단체명으로 신고하는 것에 대해서는 법인자격을 구비하였는가를 조사하여 법인자격이 없는 경우에는 그 성질에 따라 공유명의로 신고시킨다. 단 단체원 중의 상당명의인을 세워 신고할 때는 수리할 수 있다”고 규정하고, 朝鮮林野調査令(1918.5.1, 制令 제5호) 제3조에 의한 申告心得(1918년) 제2항에서도 “중중재산 기타 법인의 자격을 갖추지 않은 단체의 소유 또는 연고 있는 토지는 공유 또는 개인소유로 신고할 수 있다”고 규정하였다. 그리하여 중중재산을 신고하거나 등기하는 방법은 법인격을

이에 대하여 판례는 토지조사령 제15조 및 조선임야조사령 제15조에 근거하여⁴⁾, 사정 또는 재결의 소유권에 대한 창설적 효력을 인정함으로써, 중중재산의 소유권을 등기명의인으로서의 중중원 1인 또는 수인에게 확정적으로 귀속시켰다.⁵⁾ 다만 이와 같이 중중재산을 중중원 중의 1인 또는 수인의 명의로 사정을 받아 등기를 한 경우에, 형식적인 소유권은 그들에게 귀속시킬 수 밖에 없다고 하더라도, 실질적인 소유권은 중중원의 전체에게 있는 것이므로, 중중재산의 구체적인 관리·수익·처분권은 여전히 중중에게, 즉 중중원 전체에게 부여하는 법리를 구상하게 되었다. 그 결과 실소유자인 중중과 등기명의자인 중중원 중의 1인 또는 수인과의 사이에 소유권의 귀속에 대한 분쟁의 발생은 불가피한 것이었고, 이에 대하여 판례는 부득이하게 소유권의 귀속을 획일적으로 처리할 경우에 발생할 수 있는 당사자의 저항을 회피하고, 실질적인 소유권자로서 중중에 대한 재산의 귀속을 인정하기 위하여, 그 타협적인 방법으로서, 일단 대내·대외적으로는 사정 내지 재결의 주체였던 중중원 중의 1인 또는 수인에게 소유권이 귀속하는 것으로 보고, 부득이한 중중재산의 소유권귀속에 대한 취지를 고

취득하여 법인명으로 하는 방법, 중중원 전원의 공유로 하는 방법, 중중원 중의 1인 또는 수인의 명의로 하는 방법이 있었다. 그런데 중중의 법인격 취득은 홍보가 잘 되지 않은 상태에서 우리에게 매우 낮은 제도였고, 실제로 그러한 사례는 거의 없었으며, 중중원의 공유명으로 신고하는 것 역시 번거롭고 그 후의 처분이나 분할가능성으로 인하여 이러한 방법을 취한 사례도 거의 없었고, 가장 손쉽게 중손의 이름으로 하거나 중원들 3-5명의 연명으로 신고하거나 등기하는 경우가 많았다고 한다(沈羲基, “중중재산분쟁의 원인과 해결방안의 모색”, 法史學研究 제14호, 韓國法史學會, 1993, 25-26면).

- 4) 土地調査令 제15조 = 토지소유자의 권리는 사정의 확정 또는 재결에 의하여 확정한다. 제16조 = 사정으로써 확정된 사항 또는 재결을 거친 사항에 대하여는 좌의 경우에 사정이 확정되거나 재결이 있는 날로부터 3년 내에 고등토지조사위원회에 재심을 신청할 수 있다. 단 처벌될 행위에 대한 판결이 확정되었을 때에 한한다. 1. 처벌될 행위에 기하여 사정 또는 재결이 되었을 때, 2. 사정 또는 재결의 증거로 된 문서가 위조 또는 변조된 것일 때, 朝鮮林野調査令 제15조 = 임야소유자의 권리는 사정의 확정 또는 재결에 의하여 확정된다. 제16조 = 사정으로써 확정된 사항 또는 재결을 거친 사항에 대하여는 아래의 경우에 있어서 사정이 확정되거나 재결이 있는 날로부터 3년 내에 임야조사위원회에 재심을 신청할 수 있다. 단 처벌될 행위에 대한 판결이 확정되었을 때 또는 증거혼결 이외의 이유로써 형사소송절차를 개시 또는 실행할 수 없을 때에 한한다. 1. 처벌될 행위에 기하여 사정 또는 재결이 있을 때, 2. 사정 또는 재결의 증거로 된 문서가 위조 또는 변조된 것일 때(法院行政處, 主要舊法令集(上), 裁判資料 제41집, 1987, 762면, 769면)
- 5) 朝鮮高等法院 1916.5.16, 民集3-580 ; 동 1917.3.27, 民集4-207 = 토지조사령에 의한 사정 또는 재결은 하나의 행정처분이지만, 그러한 사정 또는 재결이 확정된 때에는 동령 제15조에 의하여 토지소유자의 소유권은 이로 인하여 확정되는 것이며, 동령 제16조의 규정에 의한 재심신청으로 변경되지 아니하는 한, 그 사정 또는 재결명의인은 종래의 소유권을 가지고 있었는지의 여부에 관계없이 절대적으로 그 토지의 소유자로 확정된다.

려하여, 내부적으로는 소유권이 종종 자체, 즉 종종원 전체에게 다시 이전되는 방식으로 법률구성을 한 것이다. 이와 같이 종종원 중의 1인 또는 수인을 명의수탁자로 보고, 종종을 명의신탁자로 이해하는 이러한 내용이 이른바 명의신탁이론을 창설한 당시 조선고등법원의 태도였다.⁶⁾ 물론 판례는 초기에 “신탁행위”⁷⁾ 또는 “신탁적 양도행위”⁸⁾ 등의 용어를 사용하였으며, 해방 후에 이르러 우리 법원의 고안으로 “명의 신탁”이라는 용어가 일반화되었다.⁹⁾

2. 名義信託理論의 展開

(1) 당시 조선고등법원의 판결을 살펴보면, 명의신탁이론이 판례에 의하여 형성된 배경에는 일체의 토지 및 임야에 대한 사정을 전후하여, 우리나라에 신탁행위의 법리가 인정되고 있었기 때문에 가능하였던 것으로 판시하고 있다. 즉 조선고등법원의 판결 중에는 “구 한국의 법률에 의하면 신탁행위로 인하여 수탁자는 신탁자 이외의 자에 대하여 신탁자의 승낙을 얻지 않고는 목적물을 처분하지 아니하는 채무의 부담하에 소유권을 취득하고, 그 후 그 채무에 위배하여 목적물을 제3자에게 양도한 경우에도, 양수인이 선의인 때에는 완전히 그 소유권을 취득한다”는 판시를 볼 수 있고¹⁰⁾, “신탁자와 수탁자와의 내부관계에서는 소유권의 이전의 효과가 생기지 아니하나, 제3자에 대한 외부관계에서는 표면상의 소유자는 진정한 소유자로 보며, 이와 같은 신탁행위는 조선민사령(1912.3.18, 제령 제7호) 전에도 조리에 기한 법칙으로서 조선에서 행해 온 것”이라고 판시한 것에서도 볼 수 있다.¹¹⁾ 그리고 명의신탁의 법률구

6) 朝鮮高等法院 1912.10.29, 民集243 ; 동 1916.11.24, 民集3-856 ; 동 1917.11.13, 民集4-956 ; 동 1918.5.7, 民集5-365 ; 동 1918.6.11, 民集5-507 ; 동 1918.12.17, 民集5-1011 ; 동 1920.2.13, 民集7-45

7) 朝鮮高等法院 1912.10.29, 民集2-43 ; 동 1918.5.7, 民集5-365

8) 朝鮮高等法院 1917.3.13 ; 동 1929.2.19

9) 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 제5권, 韓國司法行政學會, 1989.10, 50면. 우리 대법원이 명의신탁이라는 용어를 판결의 본문, 즉 판단부분에서 인용하고 그 의미를 명확하게 밝힌 것은 대판 1965.5.18, 65다512(판례카드 1877)가 시초이지만, 그 당시에도 이미 하급심판결에서 명의신탁이라는 용어가 사용되고 있는 것을 볼 수 있고(서울고판 1955.10.26, 4288민공84 ; 동 1957.12.28, 4290민공753-754 ; 대구고판 1957.6.19, 4289민공139), 대법원판결에서도 마찬가지였다(대판 1961.11.23, 60누43 ; 동 1962.1.25, 4294민상165 ; 동 1963.7.25, 63누89 ; 동 1963.9.19, 63다388 ; 동 1964.12.29, 64다1176).

10) 朝鮮高等法院 1912.10.29, 民集2-43

11) 朝鮮高等法院 1916.11.24, 民集3-856

성에 대한 구체적 의미 및 신탁재산의 처분과 관련하여, “신탁행위에 있어서 신탁자와 수탁자의 내부관계에 있어서는 소유권이전의 효과가 생기지 않으나, 제3자에 대한 외부관계에 있어서는 표면상의 소유자는 진정한 소유자로 간주되어야 하는 것이며, 제3자가 표면상의 소유자인 수탁자로부터 신탁의 목적인 물건을 매수한 경우에, 신탁의 사실을 예지하고 있느냐의 여부에 불구하고, 제3자는 완전히 그 소유권을 취득하는 것”이라고 판시한 바 있다.¹²⁾

(2) 그 후 중중의 허락 없이 등기명의인이 제3자에게 중중재산을 처분한데 대하여, 중중이 무효를 주장하면서 소유권이전등기의 말소를 청구하는 소송이 빈발하자, 1930년 조선부동산등기령을 개정하여 제2조의 4를 신설하고¹³⁾, 이에 따라 중중과 같은 권리능력 없는 법인도 등기능력을 가지게 되었다.¹⁴⁾ 그리고 해방 후 민법과 함께 시행된 현행 부동산등기법 역시 제30조를 통하여, 권리능력 없는 법인의 등기능력을 인정하고 있다.¹⁵⁾ 더욱이 우리 법원은 적용범위를 등기의 대상인 부동산 소유권의 명의신탁 뿐만 아니라, 동산, 채권, 법적 지위 등으로 확대하였고, 그 목적에 있어서도 등기절차의 복잡성 회피, 금융거래의 편리성 등과 같이, 단순히 법률상의 편의를 위한 이용도 인정하여 왔다. 즉 면허 없이 자동차를 실제로 운행하는 자가 운전면허를 받은 자의 명의로 운행하는 소위 지입형태의 경우에, 면허를 받은 자는 자동차를 운행하는 자와의 내부관계에도 불구하고, 외부관계에 있어서는 자신의 영업명의를 표시한 것으로서 종업원을 지휘하고 감독할 의무가 있으므로, 민법 제756조의 사용자책임

12) 朝鮮高等法院 1918.6.11, 民集5-507

13) 朝鮮不動產登記令(1912.3.18, 制令 제9호)의 1930년 10월 23일(制令 제10호) 개정령 제2조의 4는 “1. 중중, 문중 기타 법인이 아닌 사단 또는 재단으로서 조선총독이 정하는 것에 속하는 부동산의 등기에 관하여는 그 사단 또는 재단으로써 등기권리자 또는 등기의무자로 간주한다. 2. 전항의 등기는 그 사단 또는 재단의 이름으로써 그 대표자 또는 관리인이 이를 신청하여야 한다”고 규정하였고, 朝鮮不動產登記令施行規則(1912.3.22, 總督府令 제36호)의 1931년 8월(總督府令 제106호) 개정규칙 제42조의 2는 “조선부동산등기령 제2조의 4에서 규정하는 사단 또는 재단은 다음과 같다. 1. 중중 또는 문중, 2. 종교단체 또는 포교규칙 제15조 제1항의 규정에 의하여 동규칙이 준용되는 종교유사단체, 3. 대정 6년 조선총독부령 제21호에 의하여 설정된 신사”라고 규정하였다(전게 法院行政處 발간 主要舊法令集(上), 562면, 602면).

14) 金炳華, 韓國司法史(近世編), 一潮閣, 1995, 189면

15) 不動產登記法(제정 1960.1.1, 법률 제536호) 제30조 역시 “①중중, 문중 기타 대표자나 관리인이 있는 법인 아닌 사단이나 재단에 속하는 부동산의 등기에 관하여서는 그 사단 또는 재단을 등기권리자 또는 등기의무자로 한다. ②전항의 등기는 그 사단 또는 재단의 명의로 그 대표자 또는 관리인이 이를 신청한다”고 규정하여, 종래 조선부동산등기령 제2조의 4와 거의 동일하게 규정되었다.

을 부담할 수 밖에 없다는 취지의 판결을 통하여, 동산으로서 등록의 대상이 되는 자동차를 실제로 운행하는 자가 면허를 받은 자에게 명의신탁한 것으로 이해하였다.¹⁶⁾ 마찬가지로 등록의 대상이 되는 중기(건설기계)의 경우에도 법원은 동일한 판결을 하였으며¹⁷⁾, 그 외 선박의 인도를 받지 못한 상태에서도 선적증서에 선박의 소유자로 기재하는 형태로 선박의 명의신탁을 인정하였다.¹⁸⁾ 물론 일반적인 동산에 관하여는 공부상 그 소유관계가公示될 수 없는 것이기 때문에, 명의신탁이 성립할 여지가 없다고 판시하였다.¹⁹⁾ 한편 사금채취광업권²⁰⁾, 어업권²¹⁾, 주식²²⁾, 은행자산 내지 예금주의 지위²³⁾에 관한 명의신탁뿐만 아니라, 나아가 구 전신전화규정 제224조 제3항에 타인 명의로 전화가입의 청약을 한 때에는 전화판서가 승낙하지 않는다는 규정이 있다고 하여, 개인 사이의 전화가입권에 대한 명의신탁계약이 당연 무효는 아니라고 한 판결²⁴⁾ 역시, 일종의 채권적 지위인 전화가입권의 명의신탁을 인정한 것이라고 할 수 있다. 또한 2인의 채권자가 채무자에 대한 채권을 담보하기 위하여, 3자 합의로서 채권자 중의 1인에게 채권의 담보를 위한 가등기를 한 경우에, 이들 채권자 사이에는 가등기명의자인 채권자에 대하여 다른 채권자가 그 채권담보의 한도에서 명의신탁을 한 것으로 인정한 판결이 있고²⁵⁾, 토지분양계약상의 매수인 명의를 신탁한 경우에는 신탁자가 수탁자와의 관계에서 명의신탁계약을 해지하였다더라도, 매도인과의 사이에 매수인(피분양계약자) 명의를 변경하는 절차를 취하지 아니하는 이상, 대외적인 관계에 있어서는 여전히 수탁자가 분양계약상의 소유권이전등기청구권자라고 할 것이고, 소유권이전등기청구권이 채권적 청구권이라고 하여, 명의신탁약정의 해지로써 당연히 신탁자에게 귀속되는 것은 아니라고 한 판례에서도, 토지분양계약의 체결에 있어서 계약당사자의 지위에 대한 명의신탁을 인정하고 있다.²⁶⁾

16) 대판 1962.1.11, 61다548 ; 동 1973.5.22, 72다2572 ; 동 1987.5.26, 86다카2677 ; 동 1987.9.8, 87다카1026

17) 대판 1989.7.25, 88다카17273 ; 동 1989.9.12, 88다카18641 ; 동 1992.9.8, 92다19101

18) 대판 1966.12.20, 66다1554

19) 대판 1994.10.11, 94다16175

20) 대판 1994.3.8, 93도2272

21) 대판 2000.9.8, 99다26924

22) 대판 1994.9.27, 92누19538 ; 동 2003.10.10, 2002두9667 ; 동 2004.10.15, 2003두5723 ; 동 2004.7.22, 2002두9322-9339

23) 대판 1988.12.27, 88누10060 ; 동 2001.1.5, 2000다49091

24) 대판 1971.9.28, 71다1382

25) 대판 1980.9.9, 79다2072-2073

3. 名義信託理論의 歷史的 評價

명의신탁을 고안하고 발전시킨 판결의 내용을 정리하면, 일제초기의 조선고등법원은 독일의 신탁행위이론에 근거한 것으로 판단된다.²⁷⁾ 그런데 조선고등법원의 판례 중에는 명의신탁의 법리가 이미 한국의 법률 또는 조리에 의한 법칙으로서 존재하고 있었다는 내용의 판시를 하였고, 수탁재산의 처분과 관련하여서도, 처음에는 명의수탁자로부터 신탁재산을 취득한 제3자가 선의인 경우에 한하여 유효하게 소유권을 확보할 수 있다고 하였으나, 그 후에 제3자는 선의 또는 악의를 불문하고 유효하게 소유권을 취득할 수 있다는 내용으로 변경한 사실이 있다. 이와 같이 대외적 소유관계에 대한 법원의 입장을 변경한 것은 중증 등이 보유한 재산을 그 명의자로부터 취득한 제3자가 선의이든 악의이든 관계없이, 적법하게 소유권을 취득할 수 있다고 함으로써, 일제에 대하여 조직적으로 저항할 수 있는 씨족공동체의 재산적 기초를 파괴하고, 중증 내부의 분쟁을 촉진시키는 결과를 가져왔던 것으로 평가된다.²⁸⁾ 그리고 명의신탁의 법리가 한국의 법률 또는 조리에 의한 법칙으로 존재하였다는 판시를 보더

26) 대판 1989.11.14, 88다카19033

27) 독일민법상의 신탁행위(fiduziarisches Rechtsgeschäft)는 로마법상 이미 12표법 시대에서 그 연원을 발견할 수 있는데, 채무자가 담보의 목적물을 채권자에 대하여 mancipatio(악취식소유권이전 행위)나 in jure cessio(법정양도)의 방법에 의해서 이전하고, 채무의 이행이 있을 때는 소유물을 반환할 것을 약정하는 방식이었다. 이 때 mancipatio나 in jure cessio는 채권자와 채무자 사이에 존재하는 신탁계약(fiducia cum creditore contacta)에 기한 것이고, 채권자는 신탁상의 채무자로서 그 소유물에 관한 배신적 행위, 즉 제3자에게 목적물의 소유권을 양도하지 않을 의무를 부담했던 것이다. 따라서 로마법에 있어서 신탁행위는 채권담보나 재산관리라는 경제적 목적을 위하여, 신탁자가 그의 소유에 속하는 물건을 수탁자에게 완전히 이전하되, 수탁자는 그에게 이전된 소유권을 행사함에 있어서 제한을 받고, 채무의 변제 등으로 신탁자가 반환을 요구하는 경우에는 이를 반환할 채무를 부담하는 것이었다. 이러한 로마법상의 신탁계약을 원용하여, 독일민법은 양도담보나 추심을 위한 채권양도를 이론적으로 설명할 수 있게 되었고, 내용상 신탁자는 제3자에 대하여도 효력이 있는 완전한 권리를 수탁자에게 이전하고, 수탁자는 신탁재산에 대하여 일정한 의무를 부담하는 특징이 있다. 이에 관하여 자세한 것은 郭潤直, “名義信託에 관한 判例理論의 研究”, 法學 제15권 제2호, 1974.12, 6-8면; 李庚熙, “不動產名義信託에 관한 問題點”, 法律研究 제4집, 延世大學校法律問題研究所, 1986, 105-106면; 鄭光洙, “名義信託에 관한 考察”, 債權法에 있어서 自由와 責任(金亨培教授華甲記念論文集), 博英社, 1994, 217면 이하

28) 沈義基, “朝鮮後期 宗中の 團體性과 所有形態”, 法史學研究 제10호, 韓國法史學會, 1989, 40면; 金相容, “名義信託”, 民事法學 제11·12號, 韓國民事法學會, 1995, 270면 주6; 尹喆洪, “名義信託의 無效性”, 人權과 正義 제207호, 大韓辯護士協會, 1993.11, 51면

라도, 이 역시 그 이전의 역사적 기록 내지 실제 조사에 근거한 것이 아니라, 아무런 근거를 제시하지 않은 상태로 판결문에 언급되었음을 알 수 있다. 따라서 이와 같은 조선고등법원의 판시는 대외적 소유관계에 관한 한, 일체에 대항할 수 있는 중종의 재산적 기초를 파괴하기 위하여, 명의수탁자의 처분행위를 제3자의 선의 또는 악의에 관계 없이 적법한 것으로 인정하였고, 궁극적으로는 이러한 목적에서 명의신탁의 법리를 고안하였음에도 불구하고, 그 법리구성의 연원을 일체 자신들의 의도 내지 목적에 의한 것이 아니라, 한국에 자생하는 내부적 법률구성에 기인한 것으로 오해할 수 있도록 왜곡한 측면이 있음을 부인할 수 없다.²⁹⁾

그리고 이러한 명의신탁법리의 구성이 가능하였던 것은 이론적으로 토지조사령과 조선임야조사령 제15조에 의한 사정 또는 재결의 소유권에 대한 창설적 효력이 인정되었기 때문임을 간과해서는 안되며, 이러한 법률구성은 당시 일본법학에도 없었고 조선에도 없었던 것이다.³⁰⁾ 또한 일제초기에 중종재산은 공유로 이해되었는데, 공유

29) 昭和 8년(1933년) 朝鮮總督府中樞院에서 발행한 「民事慣習回答彙集」에 나타난 고래의 관습을 살펴 보면, 선조의 분묘소재지인 임야 기타 분묘에 부속하는 전답은 중종의 공유로 하고, 중종 규약을 통하여 그 관리자를 선임하거나 종손에게 관리하도록 한 경우가 있는데, 이는 종손의 단독처분을 허용하지 않았고, 제3자가 종손과 소유권 양수계약을 체결하여도 권리를 취득할 수 없었다는 사실(43-宗中共有財産=關スル件, 77-79頁), 종토나 위토는 종가의 소유에 속하고 종손은 그 처분에 있어서 친족의 승낙을 얻을 필요는 없지만, 친족의 공유로 되어야 할 특별한 이유 또는 약속이 있는 때에는 공유자의 승낙을 필요로 한다는 사실(54-宗土ノ處分=關スル件, 97頁), 선조의 분묘는 장자손계의 家에 속하고, 문중의 공유가 아니지만, 그 이전에 있어서는 문중의 협의에 따라야 하고, 장자손이 단독으로 할 것은 아니라는 사실(56-墳墓ノ所有及移轉=關スル件, 99-100頁), 묘토나 위토를 반드시 제사를 지내는 후손에게 속하는 것이라 할 수 없고, 문중의 공유에 속하는 것으로 할 수도 있다는 사실(65-墓位土所有者=關スル件, 111-112頁), 문중 공유의 묘답은 묘지에 관한 소송비용을 충당하기 위한 경우라도, 문장이 단독으로 매각할 수 있다는 관습은 없고, 명의인이나 종손 혹은 문장이라고 하더라도 그 답의 소유명의인의 이름으로 하는 것이 통례라는 사실(77-墓位土ノ處分=關スル件, 128-129頁), 공유인 묘답을 문장이 문중의 일부인 자와 협의하여 그 이름으로 매각할 수 있다는 관습은 없다는 사실(91-共有墓畝ノ處分=關スル件, 147頁), 문중 공유의 산에 있는 입목의 처분에는 공유자 전원의 협이가 있어야 하고, 문중의 특별수권이 없으면 그러한 처분행위를 할 수 없다는 사실(97-門中共有山ノ立木處分=關スル件, 157-158頁), 종족의 설묘와 채초를 목적으로 임야를 매입하여 사용구역을 정하여 종족으로 하여금 관리하게 한 경우에, 그 처분권이 종가에 유보한 예가 있고, 종족이 사용하고 있는 구역을 처분할 때에는 종족의 협의를 거쳐야 한다는 사실(169-宗山=關スル件, 253-254頁), 중종재산의 처분은 중종의 협의에 의하여야 하고 종손 단독의 처분은 허용되지 않는다는 사실(297-宗中有財産=關スル件, 433-434頁) 등에서 나타난 바와 같이, 중종의 재산은 그 공유로 함이 일반적이고, 그 처분에 있어서도 중종원의 협의를 거쳐야 한다는 것을 알 수 있다.

30) 朴秉濂, 韓國法制史攷, 法文社, 1974, 149면 ; 沈羲基, 전계논문(각주 28), 40-41면

관계는 구성원에게 확정된 지분이 있고, 그 결합의 정도가 미약하여 언제든지 분할청구가 가능하였기 때문에, 이는 단체의 해체를 제도적으로 촉진하는 강력한 유인이 되었다. 그런데 1927년 조선고등법원의 판례가 종중의 재산소유에서 공유개념을 부정하고³¹⁾, 학설 역시 지분개념을 인정하지 않는 합유 또는 총유로 이해하기 시작하였으며, 부동산등기령의 개정으로 종중명의로의 등기가 가능하게 되었음에도 불구하고, 명의수탁자와 거래한 제3자가 유효하게 종중재산을 취득할 수 있다는 명의신탁의 법리가 허용되는 한, 단체로서의 종중재산이 유지되기는 어려운 지경에 봉착하게 된 것은 매우 유감스러운 처사였다.³²⁾ 이러한 사정은 조선이 국권을 회복한 후에도 부동산등기법에 의하여 종중 등과 같이 권리능력 없는 법인 자체의 명의로 등기가 가능하게 되었지만, 판례가 명의신탁의 법리를 일관적으로 유지하고, 나아가 오히려 그 적용범위를 확대한 것은 그러한 의미에서 당연하게 비판받아야 할 내용이라고 할 수 있다.

III. 不動産 名義信託의 規制立法

1. 序

연혁적으로 명의신탁은 진정한 부동산의 소유자가 자신의 명의로 등기할 수 없는 경우에, 타인의 명의로 등기하여 외부적으로 공시하되, 그 외관과 무관하게 내부적인 실질적 소유관계를 인정하는 법이론으로서, 타인명의로 등기할 수 밖에 없는 실상을 교정하기 위하여 창안된 것이다. 그런데 오늘날 등기에 관한 법령이 어느 정도 정비되었음에도 불구하고, 정상적인 법이론으로서 받아들이기 어려웠던 명의신탁이론이 최근까지도 활발하게 이용되고 있는 것은 그 소유자가 책임재산의 은닉을 통하여 조세를 포탈하거나 강제집행을 면탈하기 위한 목적에서, 또는 부동산투기 등의 탈법수단으로 이용할 수 있는 근거를 제공하였기 때문이다.³³⁾ 그리하여 이와 같은 불법목적의 명의신탁관계가 형성되는 것을 방지하기 위하여 다음과 같은 다양한 입법적 조치가 시행되어 왔다.

31) 朝鮮高等法院 1927.9.23, 民集14-321

32) 沈羲基, 전계논문(각주 28), 40면

33) 명의신탁의 폐해에 대하여는 金相容, “禁止되는 名義信託과 許容되는 名義信託”, 民事法研究 2, 法元社, 1997, 379-380면; 權龍雨, “韓國의 名義信託制度의 功過”, 土地法學 제11호, 韓國土地法學會, 1995.12, 198면 이하

2. 相續稅法上の 名義信託規制

명의신탁으로 인한 사회적 폐단을 시정할 목적으로, 종래 상속세법의 개정을 통하여, 명의신탁을 모두 증여로 의제하여 증여세를 부과하도록 하였다(제32조의 2).³⁴⁾ 물론 이러한 증여의제의 규정이 실질과세의 원칙에 반하는 등 문제점이 있었으나, 대법원은 이 규정에 충실하여 증여의 실질을 갖추지 않은 명의신탁에 대하여 증여세부과 처분을 정당한 것으로 판결하였다.³⁵⁾ 그리고 헌법재판소 역시 위 규정을 “조세회피의 목적이 없이 실질소유자와 명의자를 다르게 등기 등을 한 경우에는 적용되지 아니하는 것으로 해석하는 한, 헌법에 위반되지 아니한다”는 한정합헌해석을 하여³⁶⁾, 기본적으로는 명의신탁약정을 유효하게 취급하면서, 다만 조세의 회피 등을 목적으로 하는 명의신탁약정에 대하여만 세법상의 제한을 가하였다. 이러한 헌법재판소의 합헌결정에 따라, 1990년 “조세회피의 목적 없이 명의신탁을 한 경우에는 증여로 보지 아니한다”는 내용으로 상속세법이 개정되었고³⁷⁾, 이에 대법원 역시 명의신탁행위가 증여

34) 1974년 12월 21일 상속세법의 개정(법률 제2691호)에 의하여 제32조의 2가 신설되고, 신탁법에 의하여 신탁재산인 사실을 등기 또는 등록하지 않은 재산에 대하여는 수탁자에게 증여하는 것으로 의제되는 규정을 두고(제32조의2 = 재산에 대하여 신탁을 설정한 경우에 신탁법 제3조의 규정에 의하여 신탁재산인 사실을 등기 또는 등록하지 아니하거나 증권에 표시하지 아니하거나 주권과 사채권에 관하여는 또한 주주명부 또는 사채원부에 기재하지 아니하고 수탁자의 명의로 등기·등록·표시 또는 기재된 신탁재산은 당해 등기·등록·표시 또는 기재를 한 날에 위탁자가 그 신탁재산을 수탁자에게 증여한 것으로 본다), 그 후 1981년 12월 31일(법률 제3474호) 동 조를 개정하여, 명의신탁재산에 대한 증여의제를 추가하였다(제32조의2(제3자 명의로 등기 등을 한 재산에 대한 증여의제) = ①권리의 이전이나 그 행사에 등기·등록·명의개서 등(이하 "등기 등"이라 한다)을 요하는 재산에 있어서 실질소유자와 명의자가 다른 경우에는 국세기본법 제14조의 규정에 불구하고 그 명의자로 등기 등을 한 날에 실질소유자가 그 명의자에게 증여한 것으로 본다. ②제1항의 규정은 신탁업법에 의한 신탁업을 영위하는 자가 신탁재산인 사실을 등기 등을 하는 경우에는 이를 적용하지 아니한다). 이러한 상속세법은 1996년 12월 30일 상속세 및 증여세법(법률 제5193호)으로 전면 개정되고, 동법은 제43조에서 명의신탁재산의 증여추정 규정을 두었으며, 1998년 12월 28일 제5582호 개정법률에 의하여 종전의 제43조가 삭제되고, 제41조의 2에서 명의신탁재산의 증여의제로 변경되었으며, 2003년 12월 30일 법률 제7010호 개정법률에 의하여 제41조의 2가 삭제되고, 제45조의 2에서 동일하게 규정되었다.

35) 대판 1987.4.23, 86누486

36) 헌재결 1989.7.21, 89헌마38

37) 1990년 12월 31일(법률 제4283조) 상속세법 제32조의 2 제1항에 단서를 추가하여, “다만 타인의 명의를 빌려 소유권이전등기를 한 것 중 부동산등기특별조치법 제7조 제2항의 규정에 의한 명의신탁에 해당하는 경우 및 조세회피목적 없이 타인의 명의를 빌려 등기 등을 한 경우로서 대

세를 회피할 목적으로 이루어진 것이 아니라면, 증여세의 부과대상이 아니라고 해석하였다.³⁸⁾ 그 후 1993년 조세회피의 목적조항에서의 증여세 뿐만 아니라, 국세나 지방세, 관세까지 포함시키는 조항이 신설되었고³⁹⁾, 헌법재판소는 이 조항도 위헌이 아니라고 결정하였다.⁴⁰⁾ 그러나 이러한 조치 역시 명의신탁을 금지시키기 위한 근본적 대책으로서는 미흡하였고, 결국 실제적 권리관계에 부합하는 등기를 강제하기 위하여, 1990년의 부동산등기특별조치법과 1995년의 부동산실명법이 제정되기에 이르렀다.

3. 不動産登記特別措置法에 의한 名義信託規制

상속세법의 개정으로 명의신탁에 대한 세제상의 간접적 규제와 더불어, 정부는 부동산투기의 수단으로 이용되는 허위 및 부실등기 신청행위와 투기억제를 위한 제한 법령 회피 목적의 각종 편법 및 탈법행위를 직접적으로 규제함으로써, 등기부기재와 거래의 실제내용이 일치하도록 하고, 건전한 부동산 거래질서를 확립하려는 목적에서, 부동산등기특별조치법을 제정하였다(1990.8.1, 법률 제4244호). 특히 명의신탁과 관련하여서는 조세면탈 및 투기목적의 거래행위와 권리변동을 규제하는 법령의 제한을 회피할 목적으로, 타인의 명의를 빌려 소유권이전등기를 신청할 수 없도록 규정하고(동법 제7조 제1항), 이를 위반한 경우에는 3년 이하의 징역이나 1억원 이하의 벌금에 처할 수 있도록 규정하였다(제8조).

통령령이 정하는 때에는 그러하지 아니하다”고 규정하였다. 그리고 증여의제로 보지 않는 경우에 대하여는 1990년 12월 31일(대통령령 제13196호) 상속세법시행령 제40조의 6(증여의제로 보지 아니하는 경우)을 신설하여, “법 제32조의 2 단서의 규정에 의하여 다음 각 호의 1에 해당하는 재산은 이를 등기 등의 명의자에게 증여한 것으로 보지 아니한다. 1. 소관세무서장이 부동산등기특별조치법 제7조 제3항의 규정에 의하여 등기공무원으로부터 송부받은 등기신청서와 서면을 통하여 조사한 결과, 동법 제7조 제1항의 규정에 의한 조세회피 등의 목적에 해당하지 아니한다고 인정되는 부동산, 2. 다음 각목의 1에 해당하는 경우의 부동산 외의 재산. 가. 실질소유자가 국내에 거주하지 아니하는 경우로서 법정대리인 또는 재산관리인의 명의로 등기 등을 한 경우, 나. 명의가 도용된 경우, 다. 기타 제3자 명의로 등기 등을 한 경우로서 소관세무서장이 조세회피의 목적이 없다고 인정하는 경우”로 규정하였다.

38) 대판 1991.6.11, 91누810 ; 동 1992.3.10, 91누3956

39) 1993년 12월 31일(법률 제4662호) 증여세법 제32조의 2에 제3항을 신설하여, “제1항에서 조세라 함은 국세기본법 제2조 제1호, 제7호에 규정된 국세, 지방세 및 관세법에 규정된 관세를 말한다”라고 규정하였다.

40) 헌재결 1998.4.30, 96헌바87 ; 동 2004.11.25, 2002헌바66

그런데 처벌규정과는 별개로, 동법 제7조의 성격에 대하여 당시의 학설은 이를 효력규정으로 보는 입장⁴¹⁾과 단속규정으로 보는 입장⁴²⁾으로 갈렸고, 판례는 당초 하급심판결에서 다소의 혼란이 있다가, 결국 대법원은 이를 단속규정이라고 판시하여, 이에 위반한 명의신탁행위의 사법상 효력을 인정하였다. 즉 이전의 하급심판결 중에는 중간생략등기형태의 명의신탁에 대하여, 조세회피를 위한 것이라면 그 자체로서 범죄행위가 되는 것으로, 이는 단순한 처벌규정이 아니라 선량한 풍속 기타 사회질서에 관한 규정이며, 이와 같은 불법적인 목적의 명의신탁약정은 무효라고 판시하고, 나아가 반사회적 명의신탁약정에 의하여 이루어진 소유권이전등기는 민법 제746조의 불법원인급여로서 이미 경료된 등기의 말소나 그에 대신하는 이전등기신청도 허용되지 않는다고 하여, 효력규정으로 파악한 재판례가 있다.⁴³⁾ 그러나 다른 하급심판결에서는 국토이용관리법상의 규제를 회피할 목적으로 이루어진 명의신탁약정에 대하여, 이를 단속규정으로 파악하였고⁴⁴⁾, 대법원 역시 “부동산등기특별조치법 제7조 제1항은

41) 黃迪仁, “中間省略登記의 效力”, 司法行政, 1993.9, 9면 ; 金相容, 전계논문(각주 28), 279-280면

42) 郭潤直, 物權法, 博英社, 2004, 90면 ; 宋德洙, “名義信託”, 考試研究, 1993.1, 126면 ; 文容宣, “名義信託理論의 再檢討 : 不動産登記特別措置法上の 名義信託禁止의 私法的 效力”, 民事判例研究 제17권, 民事判例研究會, 1995.5, 66면 ; 尹喆洪, 전계논문, 50면

43) 부산지판 1992.4.9, 92가단2901 ; 동 1993.5.20, 93가단32282

44) 피고는 1990년 6월 9일 자신의 소유인 토지 2필지를 소외인에게 대금 22억 4천 8백 6십 5만원에 매각하는 계약을 체결한 후, 당일 계약금으로 2억원을 지급하고, 같은 해 7월 12일까지 중도금으로 10억 4천 8백 6십 5만원, 그리고 8월 22일까지 잔금으로 10억원을 지급하기로 하였고, 피고는 소외인으로부터 계약금과 그 후 중도금을 지급받았다. 그리고 실제 매수인인 원고는 소외인으로 하여금 위 매매계약을 체결하도록 하였고, 소외인은 피고로부터 소유권이전등기를 경료받은 후 다시 원고에게 소유권이전등기를 경료하여 주기로 약정한 사실이 있었다. 그런데 이후 원고는 소외인과의 사이에 명의신탁약정을 해지하는 의사표시를 하였고, 이로써 원고는 소외인과 피고를 공동피고로 하여, 소외인에 대하여는 원고와의 사이에 성립한 명의신탁관계가 그 해지의 의사표시가 담긴 소장의 송달로써 적법하게 해지되었다고 주장하면서, 이를 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 구하고, 피고에 대하여는 소외인에 대한 명의신탁해지를 원인으로 한 소유권이전등기청구권 및 위 토지에 대한 인도청구권을 보전하기 위하여, 소외인을 대위하여 소유권이전등기절차의 이행 및 토지의 인도를 청구하였다. 이에 대하여 소외인은 원고의 청구를 인낙하였고, 피고는 원고가 소외인의 명의를 빌려 위 토지에 관한 매매계약을 체결하였다 하더라도, 그 토지는 국토이용관리법 소정의 거래계약 신고구역 내에 있기 때문에, 신고구역 내에 있는 토지에 관하여 거래계약을 체결하려는 자는 계약내용과 그 토지의 이용목적 등을 신고하여야 한다는 국토이용관리법 제21조의 7 제1항 및 소유권 등 권리변동을 규제하는 법령의 제해를 회피할 목적의 명의신탁을 규제하고 있는 부동산등기특별조치법 제7조에 위배된다고 하여, 위 매매계약의 무효를 주장하였다. 이에 제1심법원(광주지판 1991.7.29, 90가합10683)과 제2심법원(광주고판 1992.8.26, 91나2112)은 모두 부동산등기특별조치법 제7조의 위반이 사법상 법률행

조세부과를 면하려 하거나 다른 시점간의 가격변동에 따른 이득을 얻으려 하거나 소유권 등 권리변동을 규제하는 법령의 제한을 회피할 목적으로 타인의 명의를 빌려 소유권이전등기를 신청하여서는 안된다고 규정하고, 이에 위반한 경우에는 같은 법 제8조에 의하여 처벌하도록 규정되어 있으나, 위 규정 자체에 의하더라도 그 등기신청의 원인행위인 같은 법 제7조 제1항 소정의 목적에 의한 계약명의를 신탁약정 자체가 금지된다고는 해석할 수 없으므로, 지적하는 명의신탁약정이 그 사법적 법률행위의 효력까지 부인되는 것은 아니라 할 것이다. 또한 국토이용관리법 소정의 토지거래신고구역에 관한 규정은 단속법규에 불과한 것이어서, 이에 위반한 거래계약의 사법적 효력까지 부인되는 것은 아니라 할 것이며, 원고와 소외인 사이의 이 사건 계약상 매수인 명의의 신탁이 단순한 통정허위표시에 불과하여 무효라고도 할 수 없다고 판시하여, 상고를 기각하였다.⁴⁵⁾

그런데 사실 이 판결에서도 제7조 제1항을 효력규정으로 해석한 것인지 아니면 단속규정으로 해석한 것인지는 명확하지 않다. 왜냐하면 판시에 비추어 “명의신탁약정이 그 사법적 법률행위의 효력까지 부인되는 것은 아니”라고 할 뿐, 위 규정이 그 성질상 단속규정이기 때문에, 그에 위반한 행위라도 사법상 효력이 유지된다고 판시한 것인지 명확하지 않으며, 동법 제7조 제1항 역시 “명의신탁의 등기신청행위”를 금지하고 있는 것이지, “명의신탁약정” 자체를 금지하고 있는 것은 아니기 때문이다. 그러나 이러한 판례의 입장에 대하여, 동법 제7조는 명의신탁의 등기만이 아니라 그 원인행위인 명의신탁약정까지도 제한하는 규정이라고 해석하면서, 대법원은 기본적으로 이 규정을 단속규정으로 파악하였다고 이해하는 견해가 일반적이지만, 이들 대부분도 판례의 결론에 대하여는 비판적이다.⁴⁶⁾

그러나 이러한 부동산등기특별조치법의 규제에도 불구하고, 명의신탁은 현실적으로 그 해지의 방법에 의하여 탈법적으로 이용되고 있다. 즉 매수인이 매도인으로부터 부동산을 매수하면서, 이들 사이에는 명의신탁약정에 의하여 매도인의 명의로 등기해 둔 것이라고 전제를 가장하고, 실제 수탁자 명의의 등기는 명의신탁의 해지를 원인으로 소유권이전등기를 신청하는 방법이다. 이러한 방법을 이용하면, 명의신탁의 해지

위의 효력까지 부인하는 것은 아니라고 하여 피고의 주장을 배척하였으며, 이에 피고는 상고하였다.

45) 대판 1993.8.13, 92다42651(위 광주지판 1991.7.29, 90가합10683과 광주고판 1992.8.26, 91나2112의 상고심) ; 동지 1995.11.14, 94누11729

46) 金相容, “名義信託契約의 私法的 效力”, 民事判例評釋(1), 法元社, 1995, 239면 이하 ; 南潤鳳, “名義信託의 規制”, 法學論叢 제11집, 漢陽法學會, 1994, 317면 ; 文容宣, 전계논문, 68면

는 그 법률적 성격이 단독행위이므로, 허가구역 내에서의 토지거래에 대한 허가나 신고(구 국토이용관리법)⁴⁷⁾, 가구별 소유상한을 초과하는 택지취득의 허가(구 택지소유상한에 관한 법률)⁴⁸⁾, 산림경영 외의 목적을 위한 임야취득에서의 임야매매증명(산림법)⁴⁹⁾, 부동산거래의 검인계약서 사용 및 등기신청의무주의(부동산등기특별조치법)⁵⁰⁾ 등을 모두 회피할 수 있기 때문이다. 그리하여 명의신탁을 규제하는 법리 내지 법률이 제대로 그 기능을 발휘하지 못하게 되고, 여전히 부동산투기가 만연되는 현실을 규제하기 위하여, 근본적인 대책으로 강구된 것이 부동산실명제이고, 그 핵심내용으로서 명의신탁의 사법적 효력을 부인하는 부동산실명법이 제정되었다.

-
- 47) 1977년 임시행정수도건설을 위한 특별조치법(1977.7.23, 법률 제3007호)에서 토지거래허가제도가 처음으로 규정되었다가, 1978년의 토지종합대책으로서 이른바 8·8조치를 통하여 국토이용관리법(1972.12.30제정, 법률 제2408호)에 옮겨졌다. 그 후 1999년 법률 제5907호에 의하여 국토이용관리법상의 토지거래신고제도가 폐지되었고, 2002년 2월 4일 도시계획법과 국토계획법 및 국토이용관리법에 의한 종래 도시지역과 비도시지역의 2원적 운용을 통합하여, 국토이용관리법을 폐지하고 국토의 계획 및 이용에 관한 법률(제6853호)이 제정되었으며, 토지거래허가제도 역시 이 법 제118조에 재이식되었다(허가구역 안에 있는 토지에 관한 소유권·지상권(소유권·지상권의 취득을 목적으로 하는 권리를 포함한다)을 이전 또는 설정(대가를 받고 이전 또는 설정하는 경우에 한한다)하는 계약(예약을 포함한다. 이하 “토지거래계약”이라 한다)을 체결하고자 하는 당사자는 공동으로 대통령령이 정하는 바에 따라 시장·군수 또는 구청장의 허가를 받아야 한다).
- 48) 택지소유상한에 관한 법률(1989.12.30 제정, 법률 제4174호) 제10조 제1항에서 허가에 관한 규정을 두었으나(개인이 매매·교환·증여 기타 계약을 원인으로 하여 가구별 소유상한을 초과하여 택지를 취득하거나 법인이 계약을 원인으로 하여 택지를 취득하고자 할 때에는 당해 계약(예약을 포함한다. 이하 같다)체결 전에 관할 시장·군수 또는 자치구의 구청장(이하 “시장·군수”라 한다)의 허가를 받아야 한다), 1998년 9월 10일 법률 제5571호에 의하여 법률 자체가 폐지되었다.
- 49) 산림법(1961.12.27 제정, 법률 제881호)이 1990년 1월 13일 법률 제4206호에 의한 개정으로 제111조 제1항에서 처음으로 임야매매증명제도가 규정되었다(산림을 경영하고자 하거나 산림경영 외의 목적으로 이용하기 위하여 대통령령이 정하는 임야를 매수하고자 하는 자는 임야의 소재지를 관할하는 시장·군수의 임야매매증명(이하 “매매증명”이라 한다)을 발급받아야 한다). 그 후 1997년 4월 10일 법률 제5323호에 의한 개정으로 임야매매증명제도는 폐지되었다.
- 50) 부동산등기특별조치법(1990.8.1 제정, 법률 제4244호) 제3조 제1항에서 검인계약서에 관한 규정을 두고 있다(계약을 원인으로 소유권이전등기를 신청할 때에는 다음 각 호의 사항이 기재된 계약서에 검인신청인을 표시하여 부동산의 소재지를 관할하는 시장(구가 설치되어 있는 시에 있어서는 구청장)·군수(이하 “시장 등”이라 한다) 또는 그 권한의 위임을 받은 자의 검인을 받아 관할 등기소에 이를 제출하여야 한다).

4. 不動産實名法에 의한 名義信託의 規制

(1) 概要

문민정부의 출범 중반인 1995년 1월 6일 정부는 대통령 연두기자회견을 통하여, 부동산실명제의 전격적인 실시를 공표하였고, 그에 따라 부동산에 관한 소유권 기타 물권을 실제적 권리관계에 부합하도록 실권리자의 명의로 등기하게 함으로써, 부동산 등기제도를 악용한 투기, 탈세, 탈법행위 등 반사회적 행위를 방지하고, 부동산거래의 정상화와 부동산가격의 안정을 도모하여, 국민경제의 건전한 발전에 이바지할 목적으로 “부동산실권리자명의등기에 관한 법률”(1995.3.30 제정, 법률 4944호)을 제정하였다.⁵¹⁾ 물론 이 법률이 종래의 명의신탁만을 규제하기 위한 것은 아니지만, 그 주된 내용은 시행일인 동년 7월 1일 이후의 부동산 물권변동등기를 실권리자 명의로 하도록 하고(제3조 제1항), 기존의 차명등기 역시 시행 후 1년간의 유효기간을 두어 실명으로 전환하도록 강제하며(제11조 제1항), 이를 위반한 경우에는 명의신탁의 약정 및 물권변동을 원칙적으로 무효로 할 뿐만 아니라(제4조 제1항·제2항, 제12조 제1항), 과징금 및 이행강제금을 부과하고(제5조·제6조, 제12조 제2항), 이와 더불어 벌금(제7조, 제12조 제3항)에 처할 수 있도록 규정하였다. 다만 동법은 명의수탁자로부터 명의신탁된 부동산을 전득한 제3자는 선의 또는 악의에 관계 없이 확정적으로 유효하게 물권을 취득할 수 있는 것으로 규정하고 있다(제4조 제3항). 또한 종래 조세면탈 및 투기목적의 거래행위와 권리변동을 규제하는 법령의 제한을 회피할 목적으로 타인의 명의를 빌려 소유권이전등기를 신청할 수 없도록 규정한 부동산등기특별조치법 제7조의 내용 역시 부동산실명법에서 포섭하였다(제10조).⁵²⁾

51) 연두기자회견의 발표 이전인 1994년 10월경, 이미 구 경제기획원과 법무부 등 관계부처의 실무팀을 중심으로 부동산실명제의 준비작업이 추진되었다. 그 결과 1995년 1월 6일 연두기자회견에서의 발표가 있었고, 이어서 1월 9일 실무작업을 토대로 한 재경원과 법무부의 공동발표가 있었으며, 1월 16일 최초의 재경원시안을 바탕으로 한 초안을 작성하였고, 1월 27일 “부동산 실소유자 명의 등기에 관한 법률안”을 입법예고하였으며, 2월 8일 공청회를 거쳐, 2월 21일 정부안으로 확정되었다. 이 정부안은 2월 23일 제172회 임시국회에 제출되었으나, 국회에서는 정부가 제출한 법률안과 3월 3일 민주당이 제출한 “부동산 명의신탁 규제에 관한 법률안”과 함께 심의한 후, 정부안을 다소 수정하여 3월 18일 제173회 임시국회에서 “부동산실권리자명의등기에 관한 법률”로서 확정·의결되었다. 3월 30일 법률 제4944호로 공포되었고, 시행령은 5월 19일에, 그리고 시행규칙은 6월 17일에 확정·공포하여, 부동산실명제의 시행을 위한 법률적인 준비가 완료되었다(財政經濟部, 不動産實名法解説, 1999.10, 4-5면).

(2) 適用對象

① 名義信託約定의 意味와 例外

부동산실명법에 의한 명의신탁의 규제는 부동산의 소유권 기타 물권에 대한 명의 신탁약정을 적용대상으로 하고, 그와 같은 물권을 소유하거나 사실상 취득 내지 취득 하려고 하는 실권리자가 타인과의 사이에, 대내적으로는 실권리자가 부동산에 관한 물권을 보유하거나 보유하기로 하면서, 그에 관한 등기는 그 타인의 명의로 하는 명의신탁약정을 체결하는 경우에 적용된다. 물론 이 때 타인명의의 등기는 가등기를 포함하며, 명의신탁의 약정은 위임이나 위탁매매의 형식 또는 추인의 방법으로도 가능하다(제2조 제1호). 이러한 명의신탁약정에 의하여 자신의 부동산에 관한 물권을 타인명의로 등기하게 하는 실권리자를 명의신탁자라 하고, 실권리자의 부동산에 관한 물권을 자신의 명의로 등기하는 자를 명의수탁자라고 한다(제2조 제2호, 제3호).

구체적으로 부동산실명법에 의하여 규제되는 명의신탁약정의 대상은 원칙적으로 부동산에 한정되기 때문에, 토지나 건물 외에 관련 법률에 의하여 부동산으로 취급되는 입목, 공장재단, 광업재단은 포함될 수 있지만, 해석상 부동산과 동일하게 다루어지는 동산으로서, 등기 내지 등록의 대상이 되는 선박, 항공기, 자동차, 건설기계와 기타 전화가입사용권, 주권 등의 경우에는 부동산실명법이 적용될 수 없을 것이다.⁵³⁾ 또한 부동산에 관한 소유권 기타 물권을 대상으로 하는데, 담보물권은 피담보채권과의 부종성에 비추어, 담보물권만의 명의신탁은 곤란하지만, 피담보채권과 함께 하는 경우에는 가능할 것이다. 나아가 담보물권의 명의신탁은 실효성이 거의 없으므로, 부동산실명법의 규제대상에서 제외하여도 문제가 없을 것이라는 견해⁵⁴⁾가 있으나, 외부적으로는 담보물권의 명의신탁 역시 실권리자를 은닉하는 수단으로 이용될 수 있기 때문에, 규제의 대상이 될 수 있다고 생각한다.⁵⁵⁾

52) 이로써 부동산등기특별조치법 제7조는 1995년 3월 30일(법률 4944호)에 의하여 삭제되었다.

53) 權五昶, “不動産名義信託의 法律關係에 관한 試論”, 判例研究 제1집, 濟州判例研究會, 1997, 269면 ; 金相容, “不動産實名法 規定의 諸矛盾點”, 考試界 제42권 제2호, 1997.2, 79면

54) 金載英, “不動産名義信託”, 裁判實務研究1997, 光州地方法院, 1998.1, 33-34면 ; 李東明, “不動産實權利者名義登記에 관한 法律의 立法過程에서의 爭點”, 判例研究 제1집, 濟州判例研究會, 1997, 251면

55) 담보물권의 명의신탁에 대하여 실효성을 부정하는 견해에 의하면, 예를 들어 甲이 丙에게 금전을 대여하면서 丙의 양해 하에 丙의 부동산에 대하여 乙 명의의 저당권을 설정하는 경우에는 채권자와 저당권자가 일치하지 않으므로, 명의신탁약정의 유효와 관계없이 저당권의 부종성에

그리고 부동산실명법은 위임과 위탁매매에 의한 수임인 또는 위탁매매인 명의의 등기에 대하여도 적용이 가능한 것으로 규정하고 있는데, 민법 제684조 제2항과 상법 제102조에 의하면 위임계약 또는 위탁매매계약에 의하여 수임인 또는 수탁인의 지위에서 제3자로부터 부동산을 취득하고, 그 계약의 내용으로서 위임인이나 위탁인에게 실질적인 소유권이 유보되는 것으로 약정하는 것이 가능하다. 그런데 이와 같은 형식으로 부동산의 취득이 허용된다면, 민법이나 상법의 규정에 의하여 적법하게 계약등기명의신탁과 동일한 결과를 야기할 수 있다. 물론 외부적인 등기명의를 실권리자에게 이전하는 방법에 있어서, 위임이나 위탁매매의 경우에는 그 계약의 이행으로서 수임인이나 수탁인 명의의 등기를 위임인이나 위탁인에게 이전하게 되고, 명의신탁의 경우에는 명의신탁약정의 해지를 통하여 명의수탁자의 명의를 명의신탁자에게로 이전하기 때문에, 이론적으로 구별되는 점도 있다. 그럼에도 불구하고 현실적으로는 이들의 구별이 쉽지 않기 때문에, 부동산실명법의 목적과 실효성을 고려하여 명의신탁약정과 동일한 규제를 하게 된 것이다.⁵⁶⁾ 다만 위임이나 위탁매매의 경우에는 거래의 상대방이 위임계약 내지 위탁매매계약의 존재에 대하여 선의·악의를 불문하고 유효하게 취급되지만, 부동산실명법상의 계약등기명의신탁에서는 매도인이 악의인 경우에는 무효이므로, 동법의 취지에 비추어 명의신탁의 실질적 내용을 갖춘 위임이나 위탁매매에 있어서도 거래의 상대방이 악의인 경우에만 적용의 대상이 된다고 해석해야 할 것이다.

의하여 乙은 저당권을 취득할 수 없고, 소유권과 달리 甲이 乙과의 관계에서 내부적으로 저당권을 행사한다는 것 자체가 무의미하다고 한다. 그리고 甲과 乙이 계약등기명의신탁을 하고 乙 명의로 丙에게 금전을 대여한 후 乙 명의로 저당권을 설정하는 경우에는 丙과의 관계에서 채권자는 乙이므로 乙의 저당권취득은 유효하지만, 이 경우에도 甲이 乙에 대하여 내부적으로 저당권을 행사하는 것은 무의미하다. 다만 이 때 甲이 원할 경우 명의신탁을 해지하고 乙로부터 저당권을 이전받을 수는 있으나, 甲과 乙 사이에서는 처음부터 甲이 채권자이므로, 乙로부터 丙에 대한 채권을 이전받을 수 없어서 그 이전등기는 무효로 볼 수 밖에 없다는 것이다. 한편 가장 현실적인 방법으로 甲이 사실상 자금주이면서 乙에게 금원을 대여한 후 다시 乙이 丙에게 대여하게 하고 乙 명의로 저당권을 취득하는 경우가 있는데, 이는 이론상 명의신탁이 아니므로 본법의 규제대상으로 할 수 없다고 한다. 그러나 이러한 견해는 명의신탁에 있어서 단지 실권리자가 명의자에 대하여 신탁된 권리를 행사하는 것만이 주된 목적이 아님을 간과한 것으로 보인다. 즉 소유권과 달리 저당권을 실권리자가 명의상의 권리자를 상대로 행사하는 것은 무의미할 수 있지만, 실제로 금전대차계약에 있어서 채권자로서의 지위와 저당권자로서의 지위를 계약등기명의신탁의 방법으로 타인에게 이전하게 되면, 적어도 외부적으로는 저당권에 대한 실권리자가 드러나지 않게 되고, 그로 인한 금융 내지 세제상의 탈법수단으로 이용될 수 있기 때문이다.

56) 李東明, 전계논문, 253면

또한 부동산실명법은 명의신탁의 대상인 부동산물권에 관하여 본등기 외에 가등기를 수탁자 명의로 해 두는 약정 역시 규제대상에 포함하고 있다. 이 역시 명의신탁자가 타인으로부터 부동산물권을 취득하면서, 대내적인 소유권을 전제로 명의수탁자에 대한 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 가등기를 하기로 하는 약정을 명의신탁약정으로 취급하고, 그 무효와 그에 따른 가등기 역시 무효임을 규정한 것이다. 이것은 가등기의 형식을 차용하여 명의신탁의 효과를 거두려는 의도를 방지하기 위한 것으로 이해되는데, 종래 판례가 명의신탁의 성립요건으로서 명의신탁약정 및 그 대상이 되는 권리에 대하여 등기를 요구하였던 점과 비교해 보면, 상당한 차이가 있다. 그런데 이러한 규정이 채권담보의 목적으로 담보가등기를 설정하면서 타인에게 명의를 신탁하는 경우에도 적용될 수 있는가가 문제된다. 물론 해석상 가등기담보법에 의하여 담보가등기권리자에 대하여도 경매청구권이나 우선변제권 등이 인정되어, 담보가등기 자체를 담보물권의 일종으로 볼 수 있으므로, 담보가등기 역시 부동산에 관한 물권에 해당되고, 따라서 타인명의로 담보가등기를 설정하는 것 역시 명의신탁에 해당될 것이다.⁵⁷⁾

한편 동법 제2조 제1호는 채무의 변제를 담보하기 위한 타인명의로의 등기형태나 상호명의신탁의 형태, 신탁법 내지 신탁업법에 의한 신탁재산의 명의신탁은 명의신탁약정 개념에 포함되지 않는다는 예외규정을 두고 있다. 그런데 이와 관련하여 부동산실명법의 제정 당시 공청회에서 부동산의 실명화를 위하여서는 명의신탁 뿐만 아니라 미등기전매나 양도담보 등의 경우도 규제할 필요성이 있다는 견해가 제시되었지만⁵⁸⁾, 미등기전매, 즉 중간생략등기는 기존의 부동산등기특별조치법 제8조 제1호에 의하여 처벌이 가능하고, 양도담보는 엄격한 의미의 명의신탁이 아니므로, 본 법의 직접적인 규제대상에서는 제외하되(제2조 제1호 가목), 양도담보를 가장하여 명의신탁규제를 피하여 갈 우려가 있는 경우에는 양도담보임이 등기부상에 나타날 수 있도록 하였다(제3조 제2항, 제14조). 그리고 상호명의신탁의 경우는 최초의 법안에서는 법원의 해석을 통하여 제외할 수 있다는 고려에서 명백하게 규정하지 않았으나, 최종적으로 확정하는 과정에서 제외되었고(제2조 제1호 나목), 신탁법 또는 신탁업법에 의한 신탁 등기의 경우는 본 법의 입법목적에 비추어 당연히 제외되어야 하는 것으로 규정하였다(제2조 제1호 다목).⁵⁹⁾ 다만 채무변제의 담보나 상호명의신탁은 실권리자가 자신의

57) 權五稔, 전계논문, 271-272면

58) 공청회 서정우 변호사의 견해(법률시안 제8조)

59) 李東明, 전계논문, 250-251면

이름으로 등기하는 경우를 전제로 한 것이므로, 실제 채권자가 타인의 이름으로 빌려 채무변제의 담보를 위하여 가등기를 하거나 구분소유인 부동산임에도 불구하고, 그 중의 1인이 구분소유자 이외의 타인 명의로 등기하는 경우에는 규율대상이 되는 것으로 해석해야 할 것이다.⁶⁰⁾

② 實權利者 名義 登記義務와 그 違反에 대한 制裁

부동산실명법 제3조 제1항에서는 부동산에 관한 물권을 명의신탁약정에 의하여 명의수탁자의 이름으로 등기할 수 없도록 규정하고, 제2항에서는 채무의 변제를 담보하기 위하여 채권자가 부동산에 관한 물권을 이전받는 경우에는 채무자, 채권금액 및 채무변제를 위한 담보임을 기재한 서면을 등기신청서에 첨부해야 하는 것으로 규정하고 있다. 그리고 동법 제5조 제1항에 의하면, 동조 제1항에 위반하여 등기한 명의신탁자와 제2항에 위반하여 등기한 채권자 및 실채무자에게는 명의신탁의 대상이 된 부동산가액의 100분의 30에 해당하는 금액의 범위에서 과징금이 부과되고⁶¹⁾, 특히 제6조에 의하면, 제3조 제1항에 위반하여 과징금이 부과된 명의신탁자는 지체 없이 당해 부동산에 관한 물권을 자신의 명의로 등기해야 하며, 이를 위반한 경우에는 과징금 부과일로부터 1년이 경과한 때에 부동산평가액의 100분의 10에 해당하는 금액을, 다시 1년이 경과한 때에 부동산평가액의 100분의 20에 해당하는 금액을 각각 이행강제금으로 부과하도록 규정하고 있다.⁶²⁾ 나아가 동법 제7조 제1항에서는 제3조

60) 土地去來實名制座談, 人權과 正義, 大韓辯護士協會, 1995.7, 19-20면(박일환 부장판사의 의견); 權五稔, 전제논문, 273면

61) 제5조 제2항에서 당해 부동산의 가액은 과징금을 부과하는 날 현재, 소유권의 경우에는 소득세법 제99조의 규정에 의한 기준시가, 소유권 외의 물권의 경우에는 상속세 및 증여세법 제61조 제5항 및 제66조의 규정에 의하여 대통령령이 정하는 방법에 의하여 평가한 금액으로 하고, 제3항에서 과징금의 부과기준은 제2항의 규정에 의한 부동산가액, 제3조의 규정을 위반한 기간, 조세를 포탈하거나 법령에 의한 제한을 회피할 목적으로 하였는지 여부 등을 고려하여 대통령령으로 정하며, 제4항 내지 제7항에서는 과징금의 부과 및 징수에 대한 구체적인 방법과 절차를 규정하고 있다. 특히 제5조 제1항은 제정 당시 부동산가액의 100분의 30에 해당하는 금액을 과징금으로 부과할 수 있도록 규정하였으나, 과잉금지의 원칙이나 평등의 원칙에 위배된다는 헌법재판소의 불합치결정(헌재결 2001.5.31, 99헌가18·99헌바71·111·2000헌바51·64·65·85·2001헌바2)으로, 100분의 30에 해당하는 금액의 범위 안에서 과징금을 부과할 수 있도록 개정하였다(2002.3.30, 법률 제6683호).

62) 다만 제6조 제1항 단서에서는 제4조 제2항 단서에 의하여 허용되는 계약등기명의신탁의 경우에는 명의신탁자의 등기전환의무가 없으며, 자신의 명의로 등기할 수 없는 정당한 사유가 있는 경우에는 그 사유가 소멸된 후에 자신의 명의로 등기하면 된다. 그리고 동조 제2항에서 이행강제

제1항에 위반하여 등기한 명의신탁자와 제2항에 위반하여 등기한 채권자와 실채무자, 그리고 이들을 교사하여 규정을 위반하도록 한 자는 5년 이하의 징역 또는 2억원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고, 제2항에서는 제3조 제1항을 위반하여 자신의 명의로 등기한 명의수탁자 및 그를 교사하여 규정을 위반하도록 한 자에 대하여, 3년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금에 처하도록 규정하며, 이들의 규정위반을 방조한 자 역시 1년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다.

한편 동법 제11조 제1항에 의하면, 기존의 명의신탁약정에 의하여 부동산에 관한 물권을 명의수탁자의 이름으로 등기하거나 하도록 한 자는 동법 시행일부터 1년의 기간 이내에 실명으로 등기하도록 규정하고⁶³⁾, 이를 위반한 경우에 동법 제12조는 명의신탁약정의 효력에 관한 제4조 규정에 따라 이를 무효로 하며, 제5조 및 제6조에서 규정하는 과징금과 이행강제금을 부과할 수 있고, 이 법 시행 전에 명의신탁약정에 의한 등기를 한 사실이 없는 자가 실명등기를 가장하여 등기한 때에는 5년 이하의 징역 또는 2억원 이하의 벌금에 처할 수 있도록 규정하고 있다. 실명등기를 하는 방법은 단순등기명의신탁의 경우에는 명의수탁자가 자신의 등기를 명의신탁자에게 이전등기하거나 또는 말소등기의 형태로 할 수 있을 것이고, 중간생략등기명의신탁이나 계약등기명의신탁에 있어서는 명의수탁자가 명의신탁자에게 이전등기를 할 수도

금의 부과를 위한 유예기간의 기준일자에 있어서도, 정당한 사유로 등기할 수 없었던 경우에는 그 정당한 사유가 소멸한 때로부터 기산한다. 또한 동조 제3항에서는 이행강제금의 부과에 대한 구체적인 방법과 절차를 제5조 제4항 내지 제7항의 규정을 준용하도록 규정하고 있다.

63) 물론 동조 제1항 단서에서 공용징수·판결·경매 기타 법률의 규정에 의하여 명의수탁자로부터 제3자에게 부동산에 관한 물권이 이전된 경우(상속에 의한 경우를 제외한다)와 종교단체, 향교 등이 조세포탈, 강제집행의 면탈을 목적으로 하지 아니하고 명의신탁한 부동산으로서 대통령령이 정하는 부동산의 경우에는 실명으로 전환하지 않아도 되며, 제2항에서는 기존 명의신탁자가 당해 부동산에 관한 물권에 대하여 매매 기타 처분행위를 하고 유예기간 이내에 그 처분행위로 인한 취득자에게 직접 등기를 이전한 경우나 기존 명의신탁자가 유예기간 이내에 다른 법률의 규정에 의하여 당해 부동산의 소재지를 관할하는 시장·군수 또는 구청장에게 매각을 위탁하거나 대통령령이 정하는 바에 의하여 “금융기관부실자산 등의 효율적 처리 및 한국자산관리공사의 설립에 관한 법률”에 의하여 설립된 한국자산관리공사에 매각을 의뢰한 경우(매각위탁 또는 매각의뢰를 철회한 경우에는 예외)에는 실명등기를 한 것으로 보고, 제3항에서 실권리자의 귀책사유 없이 다른 법률의 규정에 의하여 실명등기 또는 매각처분 등을 할 수 없는 경우에는 그 사유가 소멸한 때부터 1년 이내에 실명등기 또는 매각처분 등을 하여야 하며, 이 법 시행 전 또는 유예기간 중에 부동산물권에 관한 쟁송이 법원에 제기된 경우에는 당해 쟁송에 관한 확정판결(이와 동일한 효력이 있는 경우를 포함한다)이 있는 날부터 1년 이내에 실명등기 또는 매각처분 등을 해야 하는 것으로 규정하고 있다.

있으며, 수탁자 명의의 등기를 말소한 후, 명의신탁자가 원소유자로부터 다시 이전등기의 형태로 할 수도 있을 것이다.

③ 宗中과 配偶者 名義信託의 例外

부동산실명법은 종중 및 배우자의 재산에 대하여는 조세포탈이나 강제집행면탈 내지 법령상의 제한을 회피하는 것이 아닌 한, 동법의 규율대상에 포함되지 않는 것으로 규정하고 있다(제8조). 즉 종중이 보유한 부동산에 관한 물권을 종중원 명의로 등기한 경우와 부부 사이에 각자의 부동산에 관한 물권을 상대방 배우자 명의로 등기한 경우에 대하여는 조세포탈이나 강제집행의 면탈 또는 법령상 제한의 회피를 목적으로 하지 않는 한, 명의신탁의 약정 및 물권변동의 무효(제4조), 과징금(제5조), 이행강제금(제6조), 벌칙(제7조)에 관한 규정을 적용하지 않는 것으로 규정하여 예외적 취급을 하고, 나아가 기존의 종중 및 배우자의 명의신탁에 대한 유예기간 내의 실명등기의무위반에 대하여도 제4조 내지 제6조의 제재규정을 적용하지 않는다(제8조, 제12조 제1항, 제2항).

이와 같은 종중의 명의신탁에 대한 특례는 부동산실명제의 시행을 위한 준비작업의 초기에 발표된 재경원장관과 법무부장관의 공동발표문에서도 언급된 바 있었으나(1995.1.9), 그 후 부동산등기법상 종중 명의의 등기가 가능함에도 불구하고, 종중에 대한 실명등기의 예외를 인정하는 것은 곤란하다는 비판이 강하였다. 그리하여 공청회의 법안에서는 부동산실명법 시행 후 장래의 종중에 대한 명의신탁을 무효로 하되, 과징금이나 이행강제금, 형사처벌은 면제하기로 하였고, 기존의 종중에 대한 명의신탁에 대하여도 실명의무를 부과하며, 유예기간 내에 실명등기를 하지 않는 경우에 마찬가지로의 규제를하기로 하였다. 그런데 국회의 심의과정에서 현행법과 마찬가지로 명백한 불법목적이 없는 한, 위와 같은 규제규정을 모두 배제함으로써 그 특례를 인정하게 되었다. 물론 부동산실명법의 기초과정에서는 종중명의로 실명등기를 하고 종중의 대표자가 선정되지 않은 경우에는 등기부에 종중재산임을 명기하자는 주장도 있었고⁶⁴⁾, 그에 반하여 현행법으로서도 종중 명의의 등기가 가능하지만, 이를 위해서는 정관 기타의 규약, 대표자임을 증명하는 서면, 종중원 총회의 결의서, 대표자의 주민등록표등본, 부동산등기용 등록번호를 증명하는 서면 등을 첨부하여야 하는데, 우리나라의 수많은 종중 가운데 정관 기타의 규약을 보유하고 있는 경우가 많지 않으

64) 공청회 서정우 변호사의 견해(법률시안 제9조 제4항)

므로, 중중재산의 실명등기를 위하여 이를 새롭게 작성해야 하는 점, 전국에 산재해 있는 중중원을 대상으로 중중총회를 소집하여 그 결의서를 첨부해야 하는 점, 대표자임을 증명하는 서면과 부동산등기용등록번호를 증명하는 서면은 부동산소제지를 관할하는 시장, 군수, 구청장으로부터 부여받아야 하는데, 이를 위하여 시·군·구에 중중등록을 해야 하는 점 등에 비추어, 중중 명의의 등기가 현실적으로는 매우 곤란하기 때문에, 부동산실명법에서는 특별히 그 예외를 인정할 필요성을 주장한 견해도 있었다.⁶⁵⁾

한편 부부가 소유하고 있는 각자의 부동산물권에 대하여는 현행법이 부부별산제를 채용하고 있으나, 사실상 부부 사이에는 서로의 소득을 공유하여 사용하는 것이 일반적이므로, 부부의 재산에 대한 명의신탁을 규제하는 것은 무리라고 생각하여, 명백히 탈법수단으로 이용되는 경우를 제외하고는 중중과 마찬가지로 특례를 마련하였다.⁶⁶⁾

④ 長期未登記의 規制

부동산실명법 제10조에 의하면, 부동산의 소유권이전을 내용으로 하는 계약을 체결한 자는 반대급부의 이행을 사실상 완료한 날 또는 계약당사자의 일방만이 채무를 부담하는 경우에는 그 계약의 효력이 발생한 날로부터 3년 이내에 소유권이전등기신청을 하지 아니하면, 명의신탁의 경우와 마찬가지로 과징금, 이행강제금 및 형사처벌의 제재를 받도록 규정하고 있다(물론 이 법 시행일 이전에 기간이 경과한 경우에는 시행일로부터 기산). 이와 같은 규정을 둔 것은 사실상 부동산을 취득한 후 장기간 동안 본인 명의로 등기를 하지 않을 경우, 현재의 등기명의자에게 명의신탁을 하는 것과 동일한 결과를 초래하기 때문일 것이다. 그런데 부동산실명법 제정 당시 기존의 명의신탁을 실명으로 전환할 수 있는 유예기간을 1년으로 규정한 것(제11조)과 균형을 맞추기 위하여 등기유예기간을 6개월로 단축해야 한다는 견해도 있었으나⁶⁷⁾, 매수인이 자신의 위험부담으로 등기를 하지 않는 것에 대하여 지나치게 규제할 필요성은 없다는 점과 기존 명의신탁등기의 전환에 따르는 유예기간을 1년으로 제한한 점(제11조 제1항), 일반적인 등기청구권의 소멸시효를 10년으로 하고 있는 점 등을 고려하여, 3년의 유예기간을 두는 것으로 규정하였다.⁶⁸⁾

65) 李東明, 전계논문, 261-262면

66) 李東明, 전계논문, 263면

67) 제172회 국회 법제사법위원회 제3차 회의(1994.3.3)에서 참고인 박일환 부장판사와 윤철홍 교수의 진술 ; 공청회 서정우 변호사의 견해(법률시안 제7조)

(3) 不動産實名法上 名義信託의 類型

① 意義

부동산실명법은 원칙적으로 명의신탁약정을 무효로 하고(제4조 제1항), 등기에 의한 부동산의 물권변동 역시 무효라고 한다(제4조 제2항 본문). 다만 부동산의 취득을 위한 계약에서 명의수탁자가 계약의 상대방사자가 되고, 그 타방당사자가 명의신탁의 사실을 알지 못한 경우에는 물권변동의 효력을 유효한 것으로 규정하고 있다(제4조 제2항 단서). 이와 같은 규정에 비추어 보면, 제4조 제2항 단서에 의하여 명의신탁을 위한 물권변동이 유효인 경우를 제외하고, 그 외의 모든 명의신탁의 약정과 물권변동은 허용되지 않는 것으로 이해된다.

그런데 이와 같이 부동산실명법의 규정에 따라 검토될 수 있는 명의신탁의 유형은 대체로 세 가지 정도로 구분된다. 즉 그 첫째가 종래 종중재산 등에 대한 명의신탁과 같이 전통적인 형태로서, 명의신탁자가 명의신탁약정에 따라 신탁부동산의 등기명의를 수탁자에게 이전하는 형태이고, 둘째는 현재 부동산을 소유하고 있는 자로부터 명의신탁자가 직접 매매계약을 체결하고, 명의수탁자와의 사이에 명의신탁약정에 근거하여 그 소유등기를 매도인으로부터 명의수탁자에게 직접 이전하는 형태이며, 셋째는 명의신탁자가 수탁자에게 명의신탁의 약정과 함께 신탁부동산에 대한 매매계약까지 위임하여, 수탁자가 직접 매도인과 매매계약을 체결하는 동시에, 등기명의 역시 수탁자에게 이전하는 형태이다. 우리 판례 역시 신탁자가 수탁자에게 자신의 등기명의를 단순하게 신탁하는 2자간 명의신탁 뿐만 아니라, 신탁자가 매도인으로부터 부동산을 매수하면서 자기 명의로 등기를 경료하지 않은 채, 바로 수탁자에게 이전등기를 하는 3자간 명의신탁의 형태도 인정하고 있다.⁶⁹⁾

② 分類方法과 名稱

이러한 형태의 명의신탁에 대하여 사용하고 있는 명칭은 견해에 따라 다소 다르게 구분되고 있다. 즉 재정경제부에서 발간한 “부동산실명법 해설”에서 밝히고 있는 유

68) 李東明, 전계논문, 254-255면

69) 대판 2001.8.21, 2000다36484 ; 동 2001.11.27, 2000도3463 ; 동 2002.3.15, 2001다61654 ; 동 2002.2.22, 2001도6209 ; 동 2002.8.27, 2002도2926

형은 우선 “등기명의신탁”과 “계약명의신탁”으로 구분한 후, 등기명의신탁을 다시 “2자간 명의신탁”과 “3자간 명의신탁”으로 구분하고 있으며⁷⁰⁾, 또 이에 따르는 견해도 적지 않다.⁷¹⁾ 여기서 2자간에 이루어지는 등기명의신탁이 위의 첫 번째 유형에 해당하고, 3자간에 이루어지는 등기명의신탁은 두 번째 유형, 그리고 계약명의신탁으로 불리는 것이 위의 세 번째 유형에 해당한다. 물론 이러한 명칭의 구별에 대하여 다르게 분류하는 분도 많다. 즉 첫 번째의 유형은 “2자간 명의신탁”⁷²⁾, “이전형 명의신탁”⁷³⁾, “단순명의신탁”⁷⁴⁾ 등으로 지칭하고, 두 번째 유형에 대하여는 “3자간 명의신탁”⁷⁵⁾, “중간생략형 명의신탁”⁷⁶⁾ 내지 “중간생략명의신탁”⁷⁷⁾이라고 하며, 세 번째 유형은 “계약명의신탁”⁷⁸⁾ 또는 “위임형 명의신탁”⁷⁹⁾, “간접대리명의신탁”⁸⁰⁾ 등으로 불

70) 財政經濟部, 不動産實名法解説, 1999, 20면

71) 梁彰洙, “不動産實名法 제4조에 의한 名義信託의 效力-소위 登記名義信託을 중심으로-”, 民法研究 제5권, 博英社, 1999, 80-81면; 동 “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-”, 民法研究 제5권, 博英社, 1999, 138면; 池元林, 民法講義, 弘文社, 2004, 509면; 嚴東燮, “名義信託”, 고시연구 2004.1, 207-208면; 姜台星, 物權法, 大明出版社, 2004, 687면; 李建泳, “不動産 實名法下에서의 이른바 契約名義信託과 不當利得”, 民事法研究 제11집 제2호, 大韓民事法學會, 2003, 5면; 朴東鎮, “不動産實名法 제4조에 의한 不動産名義信託의 效力”, 저스티스 제32권 제3호, 韓國法學院, 1999.10, 66면; 金亨洙, “不動産實名登記法律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), 1997, 185-186면; 윤기수, “不動産實名法 제4조에 의한 不動産名義信託에 관하여, 재판실무연구 2003, 光州地方法院, 2004, 10면; 李景喆, “不動産實名制下的 名義信託”, 中央法學 제4집 제2호, 中央法學會, 2002, 28면; 陸榮堉, “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, 101-102면; 金紋寬, “不動産實名法 施行 이후 名義信託關係에서의 不當利得返還請求”, 判例研究 제15집, 釜山判例研究會, 2002.12, 78면 이하; 金載英, 전계논문, 38면

72) 高翔龍, 物權法, 法文社, 2001, 410면; 丁海相, “不動産名義信託의 法理에 관한 再考”, 中央法學 제5집 제1호, 中央法學會, 2003, 299면 이하; 白正鉉, “不動産實權利者名義登記에 관한 法律의 問題點과 法律關係”, 裁判과 判例 제6집, 大邱判例研究會, 1997, 323면

73) 李銀榮, 物權法, 博英社, 2000, 265면

74) 裴炳日, “名義信託登記”, 고시계 1997.2, 58면; 吳東燮, “名義信託 解止後의 登記名義의 回復方法”, 民事法研究 제5집, 大韓民事法學會, 1996, 55면

75) 丁海相, 전계논문, 302면 이하

76) 李銀榮, 전계서, 265-266면; 高翔龍, 전계서, 411면; 白正鉉, 전계논문, 323면

77) 金相容, “不動産實名法の 私法上の 問題點과 對處方案”, 民事法研究(2), 法元社, 1997, 395면; 文容宣, 전계논문, 58면 이하; 裴炳日, 전계논문, 58면

78) 高翔龍, 전계서, 411면; 李相泰, 要解 物權法, 法元社, 1997, 257면; 丁海相, 전계논문, 305면 이하; 위 각주 69의 인용내용; 金亨洙, 전계논문, 186면; 윤기수, 전계논문, 10면; 陸榮堉, 전계논문, 102면; 白正鉉, 전계논문, 323면

리고 있다.

③ 私見

부동산실명법에 의하여 나타나는 명의신탁에 대하여 일반적으로 논의되고 있는 유형은 그 본질에 적합한 용어로서 설정되어야 할 것이라고 생각한다. 우선 부동산실명법에 의하여 명의신탁이 규제되는 이유는 타인의 명의를 차용하여 등기를 함으로써, 부동산 물권변동을 위한 당사자의 의사표시를 스스로 왜곡하고, 그 결과 실소유자와 등기명의상 소유자의 불일치 및 등기의 공시기능 약화를 통하여, 투기, 탈세 등의 탈법행위를 조장할 우려가 크기 때문이다. 물론 앞서 본 바와 마찬가지로 우리 판례가 종래의 명의신탁이론을 부동산 소유권 뿐만 아니라, 동산, 채권, 법적 지위 등으로 확대하였던 것은 사실이다. 그러나 적어도 부동산실명법에 의하여 규제되는 명의신탁의 대상은 원칙적으로 부동산의 등기에 관한 것임을 간과해서는 안되며, 그 명칭에 있어서도 부동산의 등기에 걸맞는 것이어야 한다.

특히 “계약명의신탁”이라는 용어는 금융거래상의 지위에 대한 신탁과 같이, 등기 내지 등록을 포함하지 않는 단순한 계약명의의 신탁을 의미하는 것으로 오인될 소지가 있다.⁸¹⁾ 왜냐하면 타인명의로 거래를 하는 경우에는 거래의 주체 내지 권리의 귀속 주체가 누구인가를 특정하는 문제가 있을 뿐, 대내관계나 대외관계 여하에 따라 권리자가 달라지는 이른바 명의신탁의 법리와는 다르기 때문이다. 이는 부동산 등과 같은 등기명의의 신탁이 이루어지지 않는 점에서, 전통적인 명의신탁과는 구별되어야 할 형태이고, 따라서 부동산실명법의 규율대상이 아니며, 명의신탁의 일반적인 법리 구성에서는 제외되어야 할 것이다. 그리고 “위임형 명의신탁”이나 “간접대리명의신탁” 역시 위임 내지 간접대리의 대상이 계약당사자로서의 지위인지 등기명의인지가 명확하지 않은 점이 있다. 앞서 본 바와 마찬가지로 이러한 형태 역시 3자간에 이루어지는 명의신탁의 모형을 갖는다면, 단순히 계약명의만을 신탁하는 형태로서 “3자간의 계약명의신탁”이나 “계약명의신탁”, “위임형 명의신탁”, “간접대리명의신탁”의 개

79) 李銀榮, 전계서, 266면

80) 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, 法院行政處, 2001, 713면 이하; 동, “間接代理名義信託(이른바 契約名義信託)의 명의신탁자와 명의수탁자간 不當利得 返還關係”, 法曹 제569호, 法曹協會, 2004.2, 177면 주 3

81) 權五坤, 民法註解(V), 物權(2), 博英社, 2004, 514면; 金載英, 전계논문, 37면 주78; 李景喆, 전계논문, 26면 주11; 金紋寬, 전계논문, 80면 주11; 吳東燮, 전계논문, 69-71면

넘은 등기명의의 신탁을 포함하는 경우와 어떻게 구별할 것인지 불명확한 문제가 있다. 한편 첫 번째 유형의 “이전형 명의신탁”은 모든 명의신탁의 유형이 등기의 이전을 전제로 하는 것이므로, 전형적인 모습의 명의신탁을 특정하는 용어로서는 적합하지 않은 것으로 생각된다.

이러한 의미에서 첫 번째 유형은 “단순등기명의신탁”이라는 용어가 좋을 것이고, 두 번째 유형은 “중간생략등기명의신탁”, 세 번째 유형은 계약체결에 관한 당사자로서의 명의와 등기명의를 포함하는 용어로서, “계약등기명의신탁”이 적당할 것으로 생각된다.

한편 부동산실명법 제4조와 관련하여 단순등기명의신탁의 유형과 중간생략등기명의신탁의 유형은 매도인이 명의신탁사실을 알고 있는 것으로 이해하여 이는 무효로 보고(제1항), 계약명의와 등기를 모두 위임하는 형태의 세 번째 유형은 매도인이 명의신탁 사실을 아는 경우와 알지 못하는 경우로 구분하여, 특히 알지 못하는 경우에는 유효인 것으로 규정하고(제3항), 그 반대해석상 이를 알고 있는 경우에는 무효가 되며, 학자들도 그렇게 이해하고 있다.⁸²⁾ 따라서 이른바 “계약등기명의신탁”은 매도인이 선의인 유효한 형태와 매도인이 악의로서 무효인 형태, 즉 “유효인 계약등기명의신탁”과 “무효인 계약등기명의신탁”로 다시 나누어질 수 있을 것이다.

또한 “중간생략등기명의신탁”은 명의신탁의 주된 대상인 등기명의가 매도인으로부터 수탁자에게로 직접 이전되는 형식에 비추어서는 “계약등기명의신탁”과 크게 차이가 없는 것으로 생각된다. 현행 부동산등기법에 의하면 등기신청서에 반드시 매매계약서 등의 등기원인서면을 제출해야 하는데, 등기신청서의 권리자와 등기원인서면의 권리자가 일치하지 않으면 등기신청이 각하된다(제55조). 그러므로 중간생략등기명의신탁의 경우에는 매도인과의 매매계약에서 실질적인 매수인의 지위에 있는 자가 명의신탁자라는 점은 계약등기명의신탁과 구별되지만, 명의수탁자로서의 등기이전을 위하여 계약서상의 매수인을 매도인의 양해 하에 명의수탁자의 이름으로 기재하는 점에서는 차이가 없는 것이다. “계약등기명의신탁”에 있어서도 명의신탁자가 명의수탁자에게 매수인으로서의 지위와 등기명의인으로서의 지위를 모두 위임하게 되면, 명의수탁자가 계약서상의 매수인으로서 기재되고, 등기 역시 명의수탁자의 이름으로 이루어지는 것이다. 결국 이들의 차이는 실질적인 매수인으로서의 지위를 명의신탁자가 갖는가 아니면 명의수탁자가 갖는가, 그리고 명의신탁자와 명의수탁자의 내부적인 관계가 어떠한 것인가의 차이에 불과한 것이다. 물론 이 문제 역시 좀 더 음미해 보면,

82) 金相容, 전계논문(각주 77), 395면

“중간생략등기명의신탁”의 경우에는 계약체결의 당사자가 명의신탁자임에도 불구하고, 등기를 명의수탁자의 이름으로 하기 위해서는 결국 계약서상의 매수인을 등기권리자와 일치시킬 수 밖에 없고, 결국 매도인의 양해를 얻어 계약서상의 매수인을 명의수탁자의 이름으로 기재하기 때문에, 매도인이 명의신탁약정 사실을 탐지할 가능성이 높고, 매도인이 명의신탁 사실에 대하여 악의일 확률이 높다. 반면 계약등기명의신탁에서는 계약의 체결 당사자로서 매수인이 명의수탁자가 되고, 등기명의 역시 명의수탁자에게 이전되기 때문에, 형식적으로 판단하여서는 명의신탁의 사실에 대하여 매도인이 선의일 가능성이 큰 것은 사실이다. 그러나 계약등기명의신탁에서도 매수인의 지위를 명의수탁자에게 위임한 것으로 보이지만, 그 목적물의 선택이나 대금의 지급 등 실질적인 부분에 대하여는 명의신탁자가 배후에서 지시, 조정 및 재정적 부담을 하고, 수탁자는 이른바 허수아비로서 계약을 체결하고 등기명의를 차용해 주는 자에 불과하다.

따라서 실질적으로는 중간생략등기명의신탁과 계약등기명의신탁의 결정적인 차이점을 발견하기 어렵다고 생각한다. 이러한 의미에서 본질적으로는 “중간생략등기명의신탁” 역시 “계약등기명의신탁”의 구체적인 형태일 뿐이며, 매도인이 명의신탁의 약정을 알고 있을 가능성이 매우 높기 때문에, “무효인 계약등기명의신탁”에 가까운 것이라고 할 수 있다. 그리고 중간생략등기명의신탁에 있어서도 매도인이 명의신탁의 약정사실에 대하여 선의인 경우가 있을 수 있다. 왜냐하면 중간생략의 형태로 명의수탁자에게 등기하고, 이를 위하여 매매계약서에도 매수인을 명의수탁자로 기재하지만, 이 때 매도인은 명의신탁자와 명의수탁자 사이에 명의신탁약정의 존재를 알지 못하고, 이를 단지 부동산등기특별조치법 제7조에서 금지하는 중간생략등기를 위한 것으로 인식할 수 있기 때문이다. 이러한 점에서 부동산실명법 제4조가 매도인이 선의인 계약등기명의신탁의 물권변동을 유효로 규정하고 있지만, 그 실질이나 형식에 있어서 크게 차이가 없는 중간생략등기명의신탁에 있어서도, 매도인의 선의와 악의를 구별하지 않은 것은 의문이다.

다만 부동산실명법 제4조의 해석에 비추어, 물론 사건으로는 이를 유효로 규정한 결정적 근거를 이해할 수 없지만, 계약등기명의신탁에 있어서 명의신탁사실에 대하여 매도인이 선의인 경우에 물권변동의 예외적 유효를 규정하고 있는 것은 차이점의 하나로 볼 수 밖에 없고, 명의신탁약정의 효력에 따른 구체적인 법률관계로서, 신탁재산의 반환문제와 관련하여 매수인으로서의 채권법적 지위를 누가 보유하는가에 따라 법리구성의 차이가 있을 것이므로, 그에 따른 법이론적인 구별의 의미는 있을 것이라

고 생각한다.

(4) 不動産實名法에 대한 立法論的 批判

① 부동산실명법은 명의신탁의 금지와 기존 명의신탁의 실명전환 등의 내용 및 그 위반에 대한 공법상의 제재를 주된 내용으로 한다. 그러나 부동산소유의 실명화는 부동산등기제도의 개선을 통하여 근본적인 해결이 가능함에도 불구하고, 국가의 공권력인 형벌권과 과세권을 수단으로 하여, 사법질서인 부동산거래관계에 공법적인 규제가 행해지고, 나아가 그 규제가 과도하고 모순적인 내용을 담고 있다는 비판이 제기되고 있다.⁸³⁾ 물론 입법과정에서도 명의신탁약정의 무효를 규정하는 것과 관련하여, 계약을 실권리자의 명의로 체결하든 타인의 명의로 체결하든, 그것이 민법 제103조에 위반되지 않는 한, 허용되어야 함에도 불구하고, 이를 법률로서 제한하는 것은 계약자유의 원칙 내지 헌법에 위반된다는 견해가 있었다. 그러나 부동산실명법은 타인 명의로 계약을 체결하는 것 자체를 금지하는 것이 아니고 자신이 실권리를 갖고 있는 부동산물권을 타인의 명의로 등기하는 내용의 명의신탁약정을 제한하는 것이므로, 재산권행사의 공공복리적합의무(헌법 제23조 제2항)나 토지공개념의 정신을 천명하고 있는 헌법상의 원칙(헌법 제122조)에 비추어, 이러한 내용의 규제가 헌법이나 계약자유의 원칙에 반하는 것은 아니라는 입장이 일반적이었다.⁸⁴⁾ 다만 그 규율방법이 정상적인 사법적 법리에 의하여 해소하는 것이 아니라, 행정벌이나 형벌에 의한 처벌적 조치로서 규제하는 것은 정도에 있어서 과잉금지원칙의 위반가능성을 배제할 수 없을 것이다.⁸⁵⁾ 특히 장기미등기를 규제하기 위한 과징금, 이행강제금 및 형사처벌의 제재가 과중하다는 비판이 있다. 즉 본질적으로 부동산을 매수한 자가 등기를 통하여 소유권을 가지든, 이전등기청구권의 형태로 채권적 권리를 가지든, 이는 권리자의 자유에 속하는 것이므로, 등기를 하지 않는 권리의 불행사에 대하여, 금지된 명의신탁과 유사한 과징금, 이행강제금 및 형사처벌의 과도한 제재를 하는 것은 헌법상 비례의 원칙 내지 과잉금지의 원칙에 반한다는 견해가 지배적이다.⁸⁶⁾

83) 金相容, 전계논문(각주 53), 77면

84) 李丞祐, “不動産實名制違憲論에 대한 反論”, 法律新聞 1995.1.16, 4면

85) 자세한 것은 金相容, 전계논문(각주 77), 391면 이하; 동, “名義信託의 法理構成과 問題點 및 公法的 規制”, 民事法研究(2), 法元社, 1997, 421면 이하; 金俊鎬, “名義信託”, 民事裁判의 諸問題(松泉李時潤博士華甲紀念), 博英社, 1995, 169면 이하; 金載英, 전계논문, 33면 이하

86) 土地去來實名制座談, 人權과 正義, 大韓辯護士協會, 1995.7, 37-38면(양창수 교수, 고창현 교수, 김광년 변호사의 의견); 不動産實權利者 名義登記에 관한 法律案에 대한 意見書, 人權과 正義,

② 그리고 계약등기명의신탁에 있어서 3자간의 관계를 보면, 매도인이 명의신탁의 약정 사실에 대하여 선의인 경우에는 매도인으로부터 명의수탁자에게로의 물권변동이 유효하고(제4조 제2항 단서), 그 반대해석상 매도인이 악의인 경우에는 무효인 것으로 해석되는데, 과연 매도인과 명의수탁자 사이에 채권행위인 매매계약이 유효함에도 불구하고, 이와 무관한 명의신탁약정에 대하여 매도인의 선의 또는 악의에 따라 물권변동의 효력을 유효 또는 무효로 규정할 수 있는지, 그리고 이를 어떠한 법원리에 의하여 설명할 것인지 의문이다.⁸⁷⁾ 그리고 물론 명의수탁자명의로의 등기이전을 위한 물권변동은 매매계약에 근거한 것이지만, 명의신탁관계의 형성을 위한 명의신탁의 약정은 무효로 하면서, 그에 근거한 물권변동의 효력을 예외적으로 유효하게 취급하는 것 역시 합리적인 법원리를 찾기 곤란하다. 또한 앞서 언급한 바와 같이, 그 본질에 있어서 계약등기명의신탁과 결정적인 차이를 발견할 수 없고, 명의신탁약정 사실에 대하여 매도인의 선의와 악의가 구별될 수 있는 중간생략등기명의신탁의 경우에, 유효한 물권변동의 예외를 규정하지 않은 것 역시 의문이다. 물론 위 규정을 긍정적으로 해석하자면, 중간생략등기명의신탁의 본질을 계약등기명의신탁과 동일한 것으로 이해하여, 명의신탁약정사실에 대하여 매도인이 선의인 경우에는 중간생략등기명의신탁에 있어서도 물권변동의 효력을 유효로 볼 수 있을 것이다.

③ 명의신탁약정이 무효인 경우에 동법 제1조는 부동산에 관한 소유권 기타 물권을 실체적 권리관계에 부합하지 않도록 타인명의로 등기함으로써, 부동산등기제도를 악용하는 투기, 탈세, 탈법의 목적으로 이루어진 행위를 반사회적 행위로 규정하고 있다. 그런데 이러한 반사회적 법률행위로서의 명의신탁약정은 민법 제103조에 위반하는 법률행위일 뿐만 아니라, 제746조의 불법원인급여 내지 제742조의 악의의 비채변제에 해당할 것이므로, 명의수탁자의 명의로 등기된 부동산의 물권을 실권리자의 명의로 회복하는 것은 곤란하며, 따라서 이를 회복할 수 있도록 이행강제금을 부과하고 있는 강제규정은 입법상의 모순이라는 견해가 있다.⁸⁸⁾ 그러나 이러한 결론은 명의신탁약정이 반사회적 법률행위이며, 민법 제746조의 불법원인급여 또는 제742조의 악의의 비채변제에 해당한다는 전제에서 가능하다. 특히 제746조의 적용범위와 관련하여 이와 다른 견해도 있기 때문에, 이러한 규정의 모순 여부를 일률적으로 단정할 수는 없을 것이다. 물론 유효한 것으로 평가되는 “허용된 계약등기명의신탁”의 경우

大韓辯護士協會, 1995.3, 89면

87) 동지 金相容, 전계논문(각주 53), 82면

88) 金相容, 전계논문(각주 53), 84-85면

에는 이행강제금의 부과규정이 적용되지 않으므로(제6조 제1항 단서), 이러한 문제는 비껴갈 수 있을 것이다.

④ 나아가 부동산실명법 제8조에서 종중과 부부 사이의 명의신탁에 대한 예외를 규정한 것에 대하여, 명의신탁의 본질에 있어서는 동일함에도 불구하고, 법률의 규정 에 의하여 종중이나 부부재산과 같이 예외적으로 유효성이 인정되는 명의신탁과 그 외의 금지되어 무효인 명의신탁을 구별하는 것은 너무 법실증주의적이고 법만능주의 적인 사상에 입각한 것이라는 비판이 있다.⁸⁹⁾

특히 종중의 명의신탁에 대한 예외를 규정한 것에 대하여, 부동산실명법 제8조는 원칙적으로 종중의 부동산물권에 관한 명의신탁을 허용한 것이며, 그에 대한 과징금, 이행강제금, 벌칙규정이 적용되지 않게 되었으므로, 현실적인 곤란함과 절차의 번잡 에도 불구하고, 종중의 명의로 등기하는 예는 찾아보기 어려울 것이다. 그리고 부동산 실명법 제11조에서 기존의 명의신탁약정에 의한 등기를 1년 이내에 실명으로 등기 해야 할 의무를 부과하고 있지만, 그 위반에 대한 효과로서 명의신탁약정의 무효와 과징금, 이행강제금의 부과에 대한 제12조 제1항, 제2항이 종중에 대하여는 적용되지 않기 때문에(제8조), 아무런 제재 없이 자율적으로 실명전환의무를 이행할 종중 역시 없어 보인다. 물론 현실적으로 전국의 중소규모 종중이 소유하고 있는 부동산을 실명 으로 등기하기에 곤란한 점이 많고, 기존의 명의신탁으로 이루어져 있는 재산관계를 1년 이내에 실명으로 전환하라고 규제하는 것은 비현실적일 지도 모른다. 그러나 이 문제를 언제까지 방치할 수는 없는 일이다. 아마도 기존의 종중 부동산은 대부분 종 중원 등에게 명의신탁이 되어 있을 것이지만, 적어도 이 법 시행 후에 새로이 종중이 취득하게 되는 부동산물권에 대하여는 명의신탁의 형태를 방지할 대책을 마련하였어 야 한다. 즉 일반적인 경우와 달리 종중 명의로 부동산물권을 등기하기 위해서는 현 실적으로 매우 번거로운 절차가 요구되므로, 기존의 종중 부동산에 대한 명의신탁은 예외적 취급을 하더라도, 종중이 새롭게 취득하게 되는 부동산물권과 관련하여서는 그에 적합한 다소 장기의 유예기간을 부여하더라도, 종중 명의의 실명등기를 유도하 는 규정이 필요했을 것이다. 그리고 나아가 향후 그 명의로 등기할 수 있는 종중을 파악하고, 행정청에 대한 등록, 약관 기타 규약의 제정 등을 충분히 홍보하여 계도하 는 노력이 선행되어야 한다. 그 후에 종중 명의로 등기할 수 있는 상당한 기간의 유 예를 통하여, 기존의 종중 부동산에 대한 명의신탁 역시 실명으로 전환하도록 강제하 면 될 것이다. 이와 같은 대책이 마련되지 않으면, 종중은 탈법수단으로서 이용될 가

89) 金相容, 전계논문(각주 53), 81면

능성이 매우 크다. 즉 종중의 설립에는 제한이 없으므로, 돌아가신 자신의 부친을 공동시조로 하는 형제간의 소규모 종중을 설립한 후, 실권리자가 취득한 부동산물권을 등기하고, 이를 종중으로부터 명의신탁받은 것처럼 약정서류를 작성한다면, 현재의 일반적인 명의신탁을 회피하는 탈법수단이 될 수 있기 때문이다. 물론 부동산실명법에서도 조세포탈, 강제집행의 면탈 또는 법령상의 제한을 회피할 목적으로 한 경우에는 규제가 가능한 것으로 규정되어 있지만, 사실상 상당한 재산능력이 있는 종중원으로 종중을 구성할 경우, 자금흐름 등의 파악으로 이를 확인할 수 있는 방법은 그리 많지 않을 것이다.

한편 부부간의 재산에 대한 명의신탁의 특례는 종중과 다소 다른 점이 있다. 우선 부부의 경우에는 부부 각자의 고유재산 내지 특유재산을 실명으로 등기하는데 종중과 같은 어려운 점이 없다. 그럼에도 불구하고 명의신탁의 형태로 등기하였다는 것은 이른바 탈법의 수단으로 이용되었을 가능성이 크고, 또 그에 대한 확인 역시 종중에 비하여 용이할 것이다. 그리고 민법상 부부재산관계의 기본적인 구조는 부부별산제이고, 공유재산의 경우에는 이를 일반적인 공유재산인지, 아니면 형식상의 공유재산일 뿐 실질적인 특유재산인지를 다시 확인해야 하는 번거로움도 있다. 그리고 쉽지는 않겠지만, 부부 사이의 자금흐름을 교묘하게 이용하여 탈법수단으로 이용할 여지는 충분히 있다. 그렇다면 굳이 부부재산에 대하여 종중과 같은 특례를 규정하여야 할 이유가 없고, 일반적인 경우와 마찬가지로 규제를 하는 것이 보다 명확할 것이라고 생각한다.

IV. 結語

부동산의 명의신탁법리는 당초 법인격 없는 사단으로서 등기능력이 인정되지 않았던 종중이 그 소유의 부동산을 종중원 중의 1인 또는 수인의 이름으로 등기할 수 있도록 하기 위하여 일제가 고안한 판례법상의 법이론이었다. 그런데 부동산등기에 관한 관계법령의 개정으로 종중 역시 자신의 명의로 부동산을 등기할 수 있게 되었음에도 불구하고, 여전히 종중원의 이름으로 등기를 하는 예가 많았고, 그로부터 등기명의인에 의한 재산의 처분 등과 관련하여 발생한 문제를 해결하는 과정에서, 등기명의인에게 대외적 소유권을 인정하여, 더욱 복잡하고 비논리적인 결과로 치닫고 말았다. 이러한 법이론이 구민법에 비하여 부동산등기의 중요성이 훨씬 강조된 현행 민법의 제정 후에도 변함없이 인정되었고, 이전보다 넓은 범위의 대상에 대하여, 그리고

보다 치밀한 구조와 다양한 형태로 변용된 경우에도 원용되어, 확고한 판례법이론의 하나로 자리 잡았다.

그러나 이와 같이 타인의 명의를 차용하여 등기를 하는 것은 부동산의 물권변동을 위한 당사자의 의사표시를 스스로 왜곡하는 것이며, 그 결과 실소유자와 등기명의상의 소유자를 불일치시킴으로써, 부동산에 대한 등기의 공시기능을 심각하게 약화시키고, 이를 통하여 투기, 탈세 등의 탈법행위를 조장하는 사회적 반가치를 형성하기에 이르렀다. 물론 그 간에 명의신탁의 약정을 무효로 해석하는 이론상의 시도가 있었고, 증여세법이나 부동산등기특별조치법을 통하여 이를 규제하는 입법론적 시도도 있었다. 그리고 급기야 부동산실명법에 의하여 명의신탁의 약정을 반사회적 행위로 규정하고, 이를 무효로 선언하는 극약처방을 하였지만, 광범한 예외의 인정과 구체적인 법규의 미비로 인하여, 여전히 완비된 규제로서는 부족하다는 평가에 직면해 있다.

이러한 차체에 본 논문은 기존의 연구성과를 검토하고 새로운 근거발견을 통하여, 명의신탁의 법리는 당시 조선에 존재하였던 법적 기초에 의한 것이 아니라, 중종의 재산적 기초를 파괴하기 위한 일제의 정책적 목적에 기인한 태생적 한계를 재음미하였다. 그리고 지속적으로 변용되고 치밀하게 응용되면서, 부동산의 물권변동과 등기의 공시기능을 왜곡하는 명의신탁행위를 규제하기 위하여, 다양하게 입법된 종래의 각종 규제 및 현재의 부동산실명법을 구체적으로 검토하고, 그 문제점을 하나하나 짚어 보았다. 이와 더불어 명의신탁약정의 효력에 대한 논의와 그에 따른 신탁재산의 반환에 관한 문제는 여전히 해결해야 할 과제로 남아 있다. 다만 이 문제는 명의신탁의 목적을 달성하기 위하여 이용되고 있는 구체적 유형에 따라 반환의 방법 내지 절차가 달라질 수 있으며, 그와 같은 내용을 정리하고 이론적으로 설명하는 것은 보다 정치한 논리에 의하여 가능하다고 생각하기 때문에, 이미 서론에서 밝힌 바와 같이, 다른 논문을 통하여 연구결과를 밝히기로 한다.



▶ 정상현

명의신탁(nominal trust), 종중(clan), 명의신탁자(nominal trustor)
 명의수탁자(nominal trustee), 단순등기명의신탁(simple nominal trust)
 부동산등기특별조치법(The Act of Special Measures of Registration)
 부동산실권리자명의등기에 관한 법률(The Act of Substantial Named
 Registration), 중간생략등기명의신탁(the nominal trust of intermediate
 abbreviated registration), 계약등기명의신탁(the nominal trust of contract
 and registration)

[abstract]

A study on the nominal trust theory of real estate

Jung, Sang-Hyun*

The nominal trust theory of real estate is originally developed through the judicial precedents. Especially, under the rule of Japanese imperialism, the clan could not register the real estate with its own name, because it had not a judicial personality. Therefore a real estate of the clan must had been registered in the name of its a member or members. By the way, many disputes took place in relation to clan's properties, for the reason that the nominal member disposed the property without the permission of the whole members. For the purpose of a solution to those problem, judicial precedents had contrived a following new theory.

This theory is that both parties of agreement compose with two parts ownership on the real estate, that is to say, the internal ownership and the external ownership. The internal ownership is held by a nominal trustor who is registered in his own name, and external ownership is granted to nominal trustee who possess the property substantially. And even though the nominal trustee, as external owner, dispose of the object to the another person without the internal owner's permission, the another person can acquire the ownership of the object valid.

Merely in era of Japanese imperialism, the judicial precedents judged erroneously that this theory had consisted as a general principle of law in Korea. But that theory had existed neither in Korea nor in Japan. On the contrary it had been abused to destroy the ground of clan's property by the government of Japanese imperialism. By the way, more serous problem is

* Dr. Jur., Professor, School of Law, Sungkyunkwan University

that the theory is maintained by judicial precedents at the present time. It carries on false transaction deed and its application to the large extent brings about many legal problems in the modern era, such as land speculation, tax dodging and evading law, etc.

Expecially, the theory of nominal trust and the intermediate abbreviated registration are not conformed to the formalistic registration system of Korean civil law. Therefore Korean government revised the partial provision of the act of inheritance tax(1974), and legislated the act of special measures of registration(1990) in order to eliminate unconformed registration, and the act of substantial named registration(1995) to restrain from unlawful agreement by nominal trust.

Consequently, this paper dealt with following points at issue. That is to say, the history and legal background of nominal trust theory, the rearrangement of various types on the nominal trust agreement, and the analysis on contents of the act of substantial named registration(1995) under the topic of present legal problems and betterment on the future, etc. Together with those points, there are still existent the problems on the effect of nominal trust agreement and on the return of nominal entrusted properties. Merely, these problems will be dealt through the my another paper.