

碩 士 學 位 論 文

# 名義信託에 관한 法理的 考察

「不動產實權利者名義登記에 관한法律」을 中心으로

A theoretical Analysis of the Custom  
of Real Estate Nominal Trust

- Focused on the Act forcing the Registration of

Real Name -



濟州大學校 大學院

法 學 科

夫 順 煥

# 목 차

제 1 장 서 론 .....	1
제1절 연구목적과 연구배경 .....	1
제2절 연구대상과 연구방법 .....	2
제3절 논문의 구성 .....	3
제 2 장 명의신탁의 기초이론 .....	5
제1절 신탁 .....	5
제2절 명의신탁의 의의와 배경 .....	8
1. 명의신탁의 의의 .....	8
2. 명의신탁관행의 배경 .....	11
제3절 명의신탁의 활용범위 .....	14
1. 중중재산의 명의신탁 .....	14
2. 일필지중 일부매수와 전필지에 대한 소유권이전등기 .....	16
3. 일필지중 특정부분 매수와 공유지분등기 .....	17
4. 귀속재산의 매수 및 불하 .....	17
5. 농지의 명의신탁 .....	18
6. 사찰재산의 명의신탁 .....	19
7. 자동차·항공기·선박·건설기계 등의 명의신탁 .....	19
제4절 명의신탁의 성립요건과 유형 .....	20
1. 성립요건 .....	20
2. 명의신탁의 유형 .....	24

3. 명의신탁 유형에 따른 법률관계 .....	31
제5절 명의신탁의 유효성에 관한 법리 .....	37
1. 판례의 이론 .....	38
2. 명의신탁에 대한 학설 .....	46
3. 비판과 사건 .....	51
4. 명의신탁의 악용예와 규제 .....	54
<b>제 3 장 부동산실명법의 내용 .....</b>	<b>59</b>
제1절 법률의 개관 .....	59
1. 제정배경 .....	59
2. 내용개요 .....	62
제2절 부동산실명법의 적용범위 .....	63
1. 명의신탁의 유형 .....	63
2. 장기 미등기의 경우 .....	66
3. 적용이 배제되는 경우 .....	66
제3절 실권리자 명의의 등기의무 .....	67
1. 원칙 .....	67
2. 명의신탁약정의 사법적 무효 .....	67
3. 명의신탁약정의 무효와 제3자에 대한 효력 .....	74
4. 위반에 대한 제재 .....	77
5. 종중 및 배우자에 대한 특례 .....	85
제4절 장기미등기자에 대한 벌칙 등 .....	88
제5절 기존 명의신탁약정에 의한 등기의 실명등기 .....	89
1. 실명등기의무 .....	89

2. 실명등기의무 위반의 효력 .....	90
제6절 양도담보의 공시 .....	91
1. 공시의무 .....	91
2. 공시의무 위반의 효력 .....	91
3. 기존 양도담보권자의 서면제출의무 .....	92
제7절 부동산등기특별조치법의 규정 중 명의신탁에 관한 규정의 삭제 .....	92
<b>제 4 장 부동산실명법의 문제점과 개선방안 .....</b>	<b>93</b>
제1절 부동산실명법에 대한 관점 .....	93
제2절 제정목적의 문제점 .....	95
제3절 명의신탁개념의 확대 .....	98
제4절 명의신탁의 무효와 제3자 보호 .....	99
제5절 장기미등기자에 대한 규제의 부적절 .....	101
제6절 기존 명의신탁등기의 실명등기 강제 .....	102
제7절 양도담보에 대한 규제의 부적절 .....	103
제8절 중중 및 부부간의 예외적 허용 .....	104
<b>제 5 장 결    론 .....</b>	<b>106</b>
<b>*    참 고 문 헌 .....</b>	<b>111</b>
<b>*    Abstract(영문초록) .....</b>	<b>118</b>

# 제 1 장 서 론

## 제 1 절 연구목적과 연구배경

이 연구는 부동산의 명의신탁을 법리적으로 분석 고찰함과 동시에 그것을 규제하기 위하여 제정된 부동산실권리자명의등기에관한법률이 발효함에 따라 야기될 수 있는 문제점들을 집중적으로 검토하는 데에 그 목적이 있다.

부동산이야말로 가장 완벽하게 수요와 공급의 법칙이 적용되는 분야이지만 국토는 좁고 인구는 많은 우리나라에서는 ‘자기 집’이라는 개념 하에 나의 거처 (Meine Wohnung, my home)가 아니라 바로 나의 소유권이 적용되는 ‘내 재산’(Mein Besitz, my property)을 생각하여 왔다.

부동산에 대한 소유욕과 집착이 유달리 강할 수밖에 없는 우리나라에서 부동산, 특히 토지는 재산가치의 증식수단이 되어왔던 소이(所以)이다. 멀리 고려시대, 조선시대의 토지가 정치적 이슈의 뒤 배경이 되었던 것은 잠시 접어둔다 치더라도 광복이후에도 부동산을 목적으로 한 각종의 투기·탈세·탈법행위와 부정부패행위는 우리나라 역대 정권의 진퇴문제로 등장하곤 하였다.

부동산을 뚝뚝하고 투명하게 내 것으로 공시하여 가질 수 없는 사람들은 일제시대 이래로 이른바 명의신탁이라는 방식을 취하여 왔던 것이다. 명의신탁은 일반적으로 신탁자가 실질적으로는 자신의 소유임에도 불구하고 부동산의 등기상 명의를 실질적 거래관계가 없는 수탁자에게 매매 등의 형식을 빌어 이전하여 두는

것을 말한다. 이러한 명의신탁은 우리 민법의 모델이 된 불란서나 독일 등 외국에서는 그 유례를 찾을 수가 없는 우리의 관행이었다. 특히 이 관행을 그간 판례가 폭넓게 인정하여 줌으로써 그 본질이 부동산 투기와 탈세 등 탈법수단으로 악용되어 경제질서를 문란시키고 사회적 부정부패심리를 조장하기에까지 이르게 된 것이다.

정부는 이를 근절한다는 차원에서 이른바 부동산실명제를 실시하였고, 부동산실권리자명의등기에관한법률(이하 '부동산실명법'으로 줄여 말한다)을 1995. 7. 1 시행에 들어가게 되었다. 이 법률은 그간 음으로 양으로 성행해오던 '부동산명의신탁 약정'을 사법적으로 무효화하고 나아가서 불법화 한 점에 그 핵심내용이 있다. 그렇다면 부동산 명의신탁은 이제 과거의 법리적인 고찰만으로써는 부족하고 새로 도입된 부동산실명법의 내용에 대한 합리적이고 타당한 해석론, 그리고 그것을 둘러싸고 야기되는 문제점들에 대한 논의도 당연히 필요하게 된 것이다.

## 제 2 절 연구대상과 연구방법

이 연구는 부동산을 목적으로 하는 명의신탁을 그 대상으로 한다. 부연하면 부동산을 목적으로 하는 소유권을 실소유자인 신탁자가 아닌 법상의 소유자 수탁자의 명의로 등기한 경우를 대상으로 하는 것이다. 따라서 이 연구는 명의신탁이라는 개념 하에 널리 부동산뿐만 아니라 어업권이나 광업권, 전화가입청구권 및 주식에까지 확대하여 이해하는 관행과는 한계를 짓는다. 또한 이 연구는 부동산 즉 토지와 그 정착물에 관한 명의신탁과 등기실명제를 대상으로 하므로 다른 재

산과 관련하는 것은 이 연구의 범위에 속하지 않는다.

부동산실명법은 부동산실명제 실시를 위한 정책적 입법으로 부동산 투기와 탈세·탈법 행위를 방지하기 위한 입법취지가 있다. 그러나 이 연구는 명의신탁의 사법상 효과와 그에 관련한 부동산실명법의 해석, 적용에 관한 것이다. 따라서 명의신탁을 둘러싼 공법상 특히 형법상의 논의 또한 주요한 법률문제이지만 부동산실명법 위반 또는 명의신탁의 사법이외의 법률적 효력에 관하여는 원칙적으로 이 연구에서 다루지 않는다.

연구방법에 있어서 이 연구는 문헌연구로 진행한다. 먼저 부동산을 대상으로 한 명의신탁의 관행에 대한 고찰과 그것의 법리적 구조 그 효력에 관한 논의 등을 선행연구 중심으로 진행하고 또한 판례의 변천을 살펴본다. 부동산실명법이 성립되기까지의 명의신탁제도의 관행상 문제들을 언급하고 이 법의 전후에 걸친 법원의 입장을 검토함에 있어서는 판례집을 참조하여 연구한다.

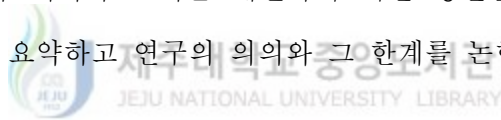
### 제 3 절 논문의 구성

이 연구는 모두 장으로 구성된다. 제1장은 서론으로, 연구목적과 배경, 연구대상의 범위와 연구방법에 이어 논문의 구성을 다룬다.

제2장에서는 명의신탁에 관한 개괄적 이론으로 명의신탁의 정의와 그 경제적 의미, 명의신탁의 이론적 근거와 발전과정을 연혁적으로 살펴본 다음 명의신탁이 성립하기 위한 법률요건과 명의신탁의 유형, 법률관계에 대하여 알아보며 부동산

명의신탁에 관한 법리를 다룬다. 여기에서는 명의신탁에 관하여 지금까지 있어온 학설로 명의신탁의 유효설, 무효설, 절대적 권리이전설, 표현소유권설 그리고 수동신탁법리적용설 등을 비교 검토한 다음 법원의 판례는 명의신탁을 어떠한 요건 하에서 인정하였으며 명의신탁이 성립된 경우의 법률관계를 명의신탁자와 명의수탁자간의 대내관계와 수탁자와 제3자간의 대외관계에서 어떻게 해결하였는지를 살펴본다. 제3장에서는 부동산실명법의 내용으로 먼저 부동산실명법을 개관한 다음 법률의 체제에 따라서 명의신탁의 무효, 특례, 장기미등기와 기존신탁등기의 실명전환, 부동산 양도담보와의 관계 등의 순서대로 알아본다.

제4장은 부동산실명법의 문제점과 개선방안으로 먼저 부동산실명법이 안고있는 문제점은 무엇인가 제시하고 이를 개선하기 위한 방안을 알아본다. 제5장에서는 이 연구의 결과를 요약하고 연구의 의의와 그 한계를 논한다.





## 제 2 장 명의신탁의 기초이론

### 제 1 절 신탁

부동산 명의신탁 개념의 전제로서 신탁제도에 관하여 고찰할 필요가 있다. 法系的으로 볼 때 신탁제도는 로마법에서 비롯하여 대륙법계와 영미법계에서 다같이 발전한 법률행위(Rechtsgeschaeft) 제도이다. 아래에서는 독일법과 영미법상의 신탁제도에 이어 신탁제도가 우리나라에서 어떻게 활용되고 있는가를 살펴본다.

먼저 독일법상의 신탁행위이론<sup>1)</sup>은 로마법상의 신탁이론을 바탕으로 하여 형성·발전된 것이다. 로마법에 있어서의 신탁(Fiducia)의 특질은 채권담보 또는 재산관리라는 경제적 목적을 위하여 신탁자가 그의 소유에 속하는 물건을 수탁자에게 완전히 이전하되 수탁자가 그에게 이전된 소유권을 행사함에 있어서 일정한 채무를 부담하고 채무의 변제 등으로 신탁자가 반환을 요구하는 때에는 이를 반환할 채무를 부담하는 것이었다. 이는 독일 보통법 시대부터 동산 저당제도를 인정치 않는 독일민법의 태도를 불편하게 여긴 거래계에서 양도담보(Sicherungsuebereignung)등을 설명하는 법적 기술로 채용된 개념이다.

영미법상의 신탁(trust)은 신탁자가 법률행위에 의하여 수탁자에게 재산권을 귀

---

1) 현행 독일법상의 신탁행위이론은 독일 보통법시대에 독일 민법의 해석상의 문제를 해결하기 위하여 Regelsberger에 의하여 세워진 이론이다. Regelsberger(1831-1910)는 독일태생의 민법학자로 Romanisten에 속한다. 질권우선론, 저당권, 유치권 등 담보물권 분야에 업적이 많으며 대표적인 저작은 「Pandekten」이다. 특히 그는 1880년 자신의 논문 “Zwei Beitäge zur Lehre vonder Cession”에서 역사적인 것으로부터 정의되는 법형성 이론으로부터 현재의 실제적인 문제를 풀 수 있도록 신탁행위이론을 발전시켰다. 이에 관하여서는 Wolfgang Asmus, Dogmengeschichtliche Grundlagen der Treuhand, 1977. S. 12.참조.

속케 하면서 동시에 그 재산을 일정한 목적에 따라 자기 또는 수익자를 위하여 관리, 처분할 구속을 가함으로써 성립하는 법률관계이다. 즉 신탁의 당사자로서는 위탁자(trustor)·수탁자(trustee)·수익자(beneficiary)의 3당사자와 신탁재산(trust property)이 있고 위탁자가 신탁행위에 의하여 수탁자에게 신탁재산을 귀속시키고 동시에 그 재산을 일정한 신탁목적에 따라서 이것을 수익자를 위하여 또는 특별한 목적을 수행하기 위하여 관리 내지 처분하여야 할 구속을 수탁자에게 가하는 것에 의해 성립하는 법률관계를 말한다. 수탁자는 보통법(Common Law)상의 권리자가 되지만 형평법(Equity)상의 관리 및 처분의 제한을 받으며 수익자는 신탁 재산에 대하여 형평법(Equity)상의 소유권을 가지게 된다.

서양의 신탁이론이 도입되기 전 우리나라 신탁제도의 기원은 투탁제도(投託制度)라 할 수 있으나<sup>2)</sup> 그 외에도 종중재산의 관리, 토지처분 등에서도 신탁의 성격을 읽을 수 있다. 투탁(投託)이란 토지소유자가 자신의 땅을 관이 소유하는 관장토(官莊土) 또는 관방전(官房田)처럼 가장하여 횡포한 관리의 주구(誅拘)를 면하는 동시에 그 땅자체를 빼앗기지 않고 자기재산을 안전하게 보호하려던 제도였다.

종중 재산관리는 종산(宗山)과 위토(位土)로 나뉜 종중재산을 토지공부인 양안에는 보통 종중 또는 문중이라고 적었고 때에 따라 그 종중이나 문중을 대표하는 유사(有司) 또는 문장(門長) 이름으로 적는 제도적 관행이었다. 토지처분제도는 사대부 내지 노비를 소유하는 자는 토지를 팔 때에는 자기의 명의를 문기상에 직접 표시하지 아니하고 현재의 위임장과 같은 패지(牌旨) 또는 패자(牌子)를 작성하여 노복(奴僕)에게 주면 노복(奴僕)은 자기 이름으로 매매계약서를 작성한 뒤에

---

2) 장형룡, 「신탁법개론」, 한학사, 1985, pp.24-26.

패지와 함께 사는 사람에게 넘겨주었으며 토지를 살 때에도 노복의 이름으로 사서 등기하고 소유하고 있을 때는 그 노복(奴僕)에게 관리시키는 관행이었다.

우리나라 영미법상의 신탁(trust) 제도가 도입된 것은 1922. 4. 21. 법률 제62호 신탁법의 제정을 통하여 일본에 도입된 것이 조선민사령에 따라 한반도에 의용(依用)되면서 부터이며 현행 신탁법은 1961. 12. 30. 법률 제900호로 제정 공포되었다. 한편 독일의 신탁행위이론은 일본에서 신탁법이 제정되기 전부터 학설 및 판례를 통하여 도입되었으며 우리나라에서는 조선고등법원 1912. 10. 29 판례에서 신탁행위라는 용어를 사용하기 시작하면서 신탁법상의 신탁과는 다른 민법학상의 신탁행위(Treuhandgeschaef)가 발전되기 시작하였다.

민법학상의 신탁행위라 함은 신탁자가 수탁자에게 자기 또는 타인의 경제상의 이익을 위한 일정한 목적을 가지고 그 목적을 초과하는 법적 수단으로서 재산권을 이전하고 수탁자로 하여금 일정한 목적을 달성하는데 적합한 법률효과 내에서 그 재산권을 보유 또는 관리, 처분하게 하는 법률행위이다.<sup>3)</sup> ‘일정한 목적’에는 채권담보, 채권추심, 어음·수표금 추심, 재산의 보전 및 관리, 재산처분 및 매각, 미성년자의 증여 등 다양하지만 이는 경제상의 목적에 국한된다. 이에 대하여 판례는 아무런 제한을 두고 있지 않다.<sup>4)</sup> 대법원 판례는 상대적 권리 이전설을 취하고 있는 듯하나 초기에는 당사자의 의사를 고려하지 않는 설에 입각하여 아무런 유보도 없이 양도담보에 있어서는 일반적으로 대외관계에 있어서만 소유권이 채

---

3) 이는 당사자가 그 목적인 법률효과보다 초과한 효력을 부여하는 법률행위라는 의미에서 ‘목적초과설’에 따른 이론이다.

4) ‘권리의 이전’에 관한 학설로는 절대적권리이전설, 형식적권리이전설, 상대적권리이전설(내외구분설), 해제조건부권리이전설등이 있다. 허규, “신탁행위와 신탁법상의 신탁”, 「사법논집」, 제5집, 1974, pp. 13-17.

권자에게 이전된다고 하다가<sup>5)</sup> 나중에는 당사자의 의사를 고려하여 별도의 특약이 없는 경우에만 신탁행위의 효과는 내외관계로 구별된다고 보았다.

신탁법 제1조 제2항에 의하면 신탁이라 함은 신탁설정자(이하 '위탁자'라 한다)와 신탁을 인수하는 자(이하 '수탁자'라 한다)와의 특별한 신임관계에 의하여 위탁자가 특정의 재산권을 수탁자에게 이전하거나 기타의 처분을 하고 수탁자로 하여금 일정한 자(이하 수익자라 한다)의 이익을 위하여 또는 특정한 목적을 위하여 그 재산권을 관리, 처분케하는 법률관계를 말한다.<sup>6)</sup>

신탁에서 수탁자는 명의와 관리, 처분권을 가지는 특수한 관리권자이다. 따라서 수탁자에 대하여 단지 재산권의 명의를 이전되기만 하고 적극적으로 관리, 처분할 권리의무가 주어지지 아니하는 신탁(명의신탁)은 신탁법상의 신탁이 아니다.<sup>7)</sup> 이러한 수탁자의 관리처분권한은 배타적이다. 이 점에서 권능의 수여자가 아직 경합적으로 처분권을 보유하는 수권(Ermaechtigung)과는 구별된다.

## 제 2 절 명의신탁의 의의와 배경

### 1. 명의신탁의 의의

부동산 명의신탁의 개념을 정의 내리는 것은 그 법리적 성격과 관련하여 결코 간단한 문제가 아니다. 일설은 대내적 관계에서는 신탁자가 소유권을 보유하여 이

---

5) 대판 1954. 11. 18, 4286 민상 63 ; 동 1955. 3. 31, 4287 민상 124.

6) 허규, 전제논문, pp. 29-30.

7) 대판 1971. 1. 29, 70 도 2716.

를 관리·수익하면서 공부상의 소유명의만을 수탁자로 하여두는 것을 말한다.<sup>8)</sup> 다른 학자는 당사자간 신탁에 관한 채권계약으로 신탁자가 실질적으로 자기의 소유인 부동산을 실제적인 거래관계가 없는 수탁자에게 매매 등의 형식으로 이전하여 두는 것<sup>9)</sup>이라고 한다. 판례는 “부동산의 명의신탁이라 함은 당사자간의 신탁에 관한 채권계약에 의하여 신탁자가 실질적으로는 그의 소유에 속하는 부동산의 등기명의를 실제적인 거래관계가 없는 수탁자에게 매매 등의 형식으로 이전하여 두는 것을 일컫는 것”이라고 판시하여<sup>10)</sup> 대내관계에 있어서는 신탁자가 목적물의 소유권을 그대로 보유하여 이를 관리·수익하지만 제3자에 대한 대외관계에 있어서는 수탁자가 단지 공부상의 명의자에 불과한 것이 아니라 완전한 소유권을 취득하는 것<sup>11)</sup>으로 보고 있다. 더 나아가 등기·등록에 의하여 공시할 수 있는 명의신탁 뿐만 아니라 일종의 지명채권으로 인정되는 전화사용권의 명의신탁,<sup>12)</sup> 가 등기의 명의신탁,<sup>13)</sup> 토지분양계약체결상의 계약당사자의 명의신탁<sup>14)</sup> 등을 인정하였다. 또한 말소등기절차의 번잡을 피하기 위한 명의신탁<sup>15)</sup> 은행금융상의 편의를 위한 명의신탁<sup>16)</sup>에 이르기까지 다양하게 명의신탁을 인정하고 있다.<sup>17)</sup>

명의신탁을 소유권에만 한정하여 인정할 것이냐를 두고 논의가 있을 수 있으나 공부(公簿)에 의하여 권리관계를 표시하는 것이 가능한 이상 소유권에 관하여서만 명의신탁을 국한시킬 필요는 없고 제한물권이나 채권도 명의신탁의 대상이 된

8) 곽윤직, 「물권법(민법강의II)」, 박영사, 2002, p. 391.

9) 김준호, 「민법강의 : 이론과 사례」, 법문사, 2000, p.10.

10) 대판 1972. 11. 18, 72 다 1789 ; 동 1993. 11. 9, 92 다 31699.

11) 대판 1963. 9. 19, 63 다 338 ; 동 1971. 3. 23, 71 다 225 ; 동 1974. 6. 25, 74 다 423 ; 동 1982. 11. 23, 81 다 372.

12) 대판 1971. 9. 28, 71 다 1382.

13) 대판 1980. 9. 9, 79 다 2072, 2073.

14) 대판 1989. 11. 14, 88 다카 19033.

15) 대판 1980. 4. 22, 79 다 1872.

16) 대판 1966. 7. 5, 66 다 709.

17) 명의신탁의 인정 여부에 관하여는 대법원 판례 (대판 1998. 2. 27, 97 다 49251 ; 동 1998. 4. 10, 96 르 1434 ; 동 1998. 4. 24, 97 다 44416)도 일관되게 인정하고 있다.

다고 할 것이다.<sup>18)</sup> 또한 명의신탁을 하는 목적은 이를 묻지 않는다. 일반적으로 명의신탁은 재산의 보전, 관리를 목적으로 하나 당사자 특히 신탁자의 단순한 편의를 위한 명의신탁관계도 있을 수가 있다.

명의신탁이란 본래 이 연구의 대상인 부동산을 목적으로 한 경우에만 문제되는 것은 아니다. 등기·등록 등의 공적장부에 의하여 공시할 수 있는 물건의 소유권에 관하여 명의신탁자와 명의수탁자간의 명의신탁계약에 의하여 명의신탁자와 명의수탁자간의 대내적 관계에서는 명의신탁자가 소유권을 보유하고 신탁목적물을 관리·수익·처분하면서 등기·등록 등의 명의신탁의 소유명의만을 수탁자로 하여 두는 법률관계이다.<sup>19)</sup> 따라서 공부상 공시할 수 없는 재산에 대하여는 명의신탁이 성립될 여지가 없는 것이다.<sup>20)</sup>

부동산명의신탁에 대하여 법리적인 공방을 벌여야 하는 이 연구에서와는 별도로 객관적으로 공인된 명의신탁의 개념을 찾기로 하면 결국 실정법의 표현에 의존하게 된다.

부동산 실권리자명의등기에관한법률<sup>21)</sup>은 그 제2조에서 “부동산에 관한 소유권 기타 물권(이하 “부동산에 관한 물권”이라 한다)을 보유한 자 또는 사실상 취득하거나 취득하려고 하는 자(이하 “실권리자”라 한다)가 타인과의 사이에서 대내적으로는 실권리자가 부동산에 관한 물권을 보유하거나 보유하기로 하고 그에 관한

---

18) 이영준, “명의신탁의 유효성에 관하여”, 「사법논집」, 제19집, 1988, p.11.

19) 곽윤직, 전제서, p.391 ; 이영준, 「민법총칙」, 박영사, 2001, p.181 ; 대판 1993. 11. 9, 92다 31699.

20) 대판 1994. 10. 11, 94 다 16175.

21) 제정 1995. 3. 30 법률 제4944호 ; 일부개정 1996. 12. 30 법률 제5193호(상속세 및 증여세법) ; 일부개정 1997. 8. 22 법률 제5371호(금융기관 부실자산 등의 효율적처리 및 성업공사의 설립에 관한 법률) ; 일부개정 1997.12.13 법률 제5453호(행정절차법의 시행에 따른 공인회계사법 등의 정비에 관한 법률).

등기(가등기를 포함한다. 이하 같다)는 그 타인의 명의로 하기로 하는 약정(위임·위탁매매의 형식에 의하거나 추인에 의한 경우를 포함한다)”이라고 규정한다.

## 2. 명의신탁관행의 배경

명의신탁제도는 일제시대 이래 판례에 의하여 형성<sup>22)</sup> 발전 되어온 제도로서 실제 우리의 생활과 폭넓게 그리고 빈번하게 이용되어 왔다. 명의신탁은 일제하 토지나 임야의 사정과 관련이 있었고 특히 당시에는 종중의 이름으로 소유권을 등기할 방법이 없었기 때문에 종중재산의 소유권을 등기하는 데 있어서 이용되었고 최근까지 농지나 사찰재산 등을 포함한 광범위한 분야에서 이용되어 왔다.

한일합방직후인 1912년 일본은 「조선민사령」을 정하는 동시에 「조선부동산등기령」을 정해서 부동산등기제도를 도입하였다. 그러나 당시 아직 부동산대장이 없었기 때문에 등기제도를 곧 실시할 수 없게 되자 그 시행을 연기하고 토지조사와 임야조사에 착수하였다. 1912년 8월에 「토지조사령」을 정하여 토지(주로 전답과 택지)의 조사와 소유자의 사정 및 재결이 착수되었다. 여기서 말하는 사정은 소유권의 창설적 효력을 부여하는 행정처분이었다.<sup>23)</sup> 토지조사가 완결된 것은 1917년 12월이었으며 그 결과를 바탕으로 토지대장이 작성되었고 이것을 기초로 하여 등기부를 작성하게 되었다. 이 토지조사가 완결된 다음 해인 1918년에 일본은 「임야조사령」을 정하여 본격적인 임야조사에 들어갔으며 이 사업이 완결된 것은 1935년이다. 이 조사를 바탕으로 하여 임야대장이 만들어지게 되었다.

22) 토지법제사적으로 볼 때 명의신탁이 판례에 의하여 인정되기 전에도 투탁제도라는 이와 유사한 제도가 있었다. 이에 관하여는 박병남, 「한국법제사」, 법문사, 1974, pp.19-20.

23) 대판 1998. 4. 14, 96 다 39011 ; 동 1995. 6. 9, 94 다 9177.

1912년의 「토지조사령」과 1918년의 「임야조사령」에 의하여 토지와 임야에 대해 조사가 실시된 이후에는 주로 종중 또는 문중 소유의 토지에 대한 신탁이 훨씬 많이 행하여 졌다.

조선토지조사령(제령 제2호) 제4조에 의하면 토지의 소유자는 조선총독이 정한 기간내에 그 주소, 성명, 또는 명칭 및 소유자의 소재, 지목, 지번, 인표, 등급지적, 결수를 임시토지국장에게 신고하도록 하고 동령 제15조는 토지소유자의 권리는 사정의 확정 또는 재결에 의하여 확정된다고 하였다. 또한 조선임야조사령(제령 제5호) 제3조에 의하여 임야의 소유자는 도장관이 정한 기한내에 성명 또는 명칭, 주소 및 임야의 소재, 지적을 부윤 또는 면장에게 신고하여야 한다고 하였다. 그런데 당시 종중 또는 문중과 같은 권리능력 없는 단체의 명의로 직접 사정을 받을 방법이 없었다.

당시 일본의 민법을 그대로 식민지 조선에 적용시킨 의용민법은 권리주체로 자연인과 법인만 인정하였고 당시의 조선부동산등기령에 종중 자체의 명의로 등기할 수 있는 규정도 없었기 때문이다. 그렇다고 종중원(宗中員) 모두의 명의로 사정을 받는 것도 대단히 번거로웠다. 그리하여 일종의 편법으로 종손 또는 종중의 덕망 있는 자로서 1인 또는 수인의 종중원 명의로 사정을 받아 등기를 하게 된 것이다.

그 후 1930년에 「조선부동산등기령」이 개정<sup>24)</sup>되어 종중 및 문중 기타 법인

---

24) 1930년(소화 5년) 제령 10호로서 개정된 조선부동산등기령 제2조의 4에 “종중,문중 기타 법인 아닌 사단 또는 재단으로서 조선총독이 정하는 것에 속하는 부동산의 등기에 관하여는 그 사단 또는 재단을 등기권리자 또는 등기 의무자로 간주한다”고 규정하고 다시 조선부동산등기령시행규칙 제42조의 2에 “조선부동산등기령 제2조의 4에 규정한 사단 또는 재단은 다음과 같다”고 하고 그 제1호에 “종중 및 문중”이라고 규정하면서 종중에 등기능력을 인정하였다.



아닌 사단 또는 재단으로서 조선총독이 정하는 것에 속하는 부동산의 등기에 관하여는 그 사단 또는 재단을 등기권리자 또는 등기의무자로 보아 그 대표자 또는 관리인이 등기를 신청할 수 있도록 규정하였으나 실제로는 종중재산을 종중원 개인명의로 등기하는 예가 많았고 또 종래 종중원 명의로 한 등기도 그 회복절차의 번거로움 때문에 그대로 놔두는 경우가 많았다. 그러다 보니 종중원 가운데 종중재산이 자기의 명의로 등기되었음을 기화로 이를 제3자에게 처분하는 경우가 생기게 되고 이것이 쟁송문제로 대두되는 일이 많았다. 이에 당시 한반도에서 최고법원격인 조선고등법원<sup>25)</sup>은 종중토지를 종중원 수인의 명이나 개인의 명의로 등기한 것을 무효로 보지 않고 신탁행위의 법리로 이론구성을 하여 이를 유효한 것으로 인정하였으며<sup>26)</sup> 종중의 명의자들에게 신탁한 것이라 보았던 것이다. 거기에는 신탁행위의 법리가 동원되었다. 이에서 더 나아가 조선고등법원은 구한국의 법이 이러한 신탁행위를 인정하고 있었다고 하거나(조고판 1912. 10. 29) 조선민사령의 시행전에도 조리에 기한 법칙으로서 행하여졌던 것이라고 실시하였다.<sup>27)</sup>

그 후 조선고등법원은 종중재산을 종중의 ‘합유’라고 견해를 바꾼 바 있으나<sup>28)</sup> 당시에는 합유의 등기방법이 따로 없었기 때문에 여전히 신탁으로 보아 왔다.<sup>29)</sup> 그리하여 신탁당사자간의 대내관계에서는 종중의 합유관계라 하여도 대외관계는 수탁자의 소유로 보아 수탁자가 제3자에게 처분한 경우 제3자는 유효하게 소유권을 취득한다고 하였다.<sup>30)</sup>

25) 조고판 1912. 10. 29, 민집 2권, p.43 ; 동 1917. 11. 24. 민집 3권, p.354.

26) 高橋隆二, “宗中財産を驍る法律關係に就て,” 司法協會雜誌, 第19券, 第11號, p.866.

27) 조고판 1916. 11. 24.

28) 조고판 1912. 12. 3 ; 동 1913. 9. 12 ; 동 1917. 10. 19 참조.

29) 박윤직, 전계서, p.390 참조.

30) 조고판 1929. 2. 19.

이러한 관례의 태도는 종중의 단체성은 인정하였지만 명의수탁자에 의한 임의의 처분행위는 막지 못하였고 위에서 언급한 바와 같이 1930년의 「조선부동산등기령」 개정에도 불구하고 똑같은 양상은 지속되었다.

### 제 3 절 명의신탁의 활용범위

#### 1. 종중재산의 명의신탁

일제하에 실시된 조선토지조사령 또는 조선임야조사령에 의한 사정 당시 종중 또는 문중재산을 등기하는 방법이 없어 편의상 종중원 중의 1인 또는 수인 명의로 사정을 받거나 등기를 하는 명의신탁이 행하여졌고 이러한 종중재산의 명의신탁이 명의신탁의 대부분을 차지하였다.<sup>31)</sup> 현행 부동산등기법상 종중의 등기능력이 인정됨에도 일제하 토지조사령 또는 임야조사령에 의한 사정 당시 종중재산을 종중원 중의 1인 또는 수인 명의로 사정받고 동인들 명의로 등기한 사례가 많았던 까닭에 종중재산의 귀속을 다투는 분쟁이 생기게 되었으며 형식적으로는 종중의 존재와 대표자 자격을 다투는 모습으로 소송상 표출되었다.

원래 종중재산은 종손이나 명망있는 종원에게 신탁하여 그 명의로 사정받아 등기하는 것이 통례라 하지만 종중재산의 권리주체의 결정은 기본적으로 사실문제에 속한다.

판례에 의하면 종중재산은 종중원의 총유에 속하는 것이나 종중재산인 부동산

---

31) 대판 1963. 9. 19, 63 다 388 ; 동 1970. 11. 30, 70 다 1831.

을 종중원 또는 종중원이 아닌 사람의 1인 또는 수인에게 명의신탁하여 수탁자명의로 등기하는 이른바 신탁적 양도행위는 유효하다고 하고 장손이 있는데 차자손(次子孫)에게 신탁하여 경작 시킨것도 관습상 어긋나지 아니하며<sup>32)</sup> 미성년자에 대한 명의신탁도 가능하다고 한다.<sup>33)</sup> 종중재산을 신탁받은 자가 소유권이전등기를 경료한 경우 이 종중과 수탁자인 종중원 사이에는 이른바 신탁행위의 법리가 적용되고<sup>34)</sup> 이러한 명의신탁은 신탁법상의 신탁이 아니며<sup>35)</sup> 종중의 총유에 속하는 토지에 관하여 편의상 1인 또는 수인에게 그 권리를 신탁하고 그 자의 단독소유 또는 공유로써 사정받고 등기를 하게 한 것은 통상의 총유관계는 내부관계에 한하고 대외관계에서는 수탁자의 단독소유 또는 공유로 하는 취지로 볼 것이라고 한다.<sup>36)</sup> 종중명의로 등기할 수 있는 현행법하에서도 종중재산을 종중명의로 등기하지 않고 종중원 중의 1인 또는 수인에게 명의신탁하는 경우가 많이 있다.

토지소유권이전등기 등과 관련하여 어떤 토지가 종중의 소유인데 사정 당시 종원 또는 타인 명의로 신탁하여 사정받은 것이라고 인정하기 위하여 판례는<sup>37)</sup> 사정 당시 어느 정도의 유기적 조직을 가진 종중이 존재하였을 것과 사정 이전에 그 토지가 종중의 소유로 된 과정이나 내용이 증명되거나 또는 여러 정황에 미루어 사정 이전부터 종중 소유로 인정할 수 밖에 없는 많은 간접자료가 있을 때에 한하여 이를 인정할 수 있을 뿐이고 그와 같은 자료들이 충분히 증명되지 아니하고 오히려 반대되는 사실의 자료가 많을 때에는 이를 인정하여서는 아니 된다고 할

---

32) 대판 1966. 6. 28, 66 다 704.

33) 대판 1969. 7. 8, 69 다 514.

34) 대판 1963. 9. 19, 63 다 338.

35) 대판 1970. 11. 30, 70 다 1831.

36) 대판 1971. 5. 24, 71 다 625.

37) 대판 2002. 7. 26, 2001 다 76731.

것이며 그 간접자료가 될 만한 정황으로서는 사정명의인과 종중과의 관계 사정명의인이 여러 사람인 경우에는 그들 상호간의 관계, 한 사람인 경우에는 그 한 사람 명의로 사정받게 된 연유, 종중 소유의 다른 토지가 있는 경우에는 그에 대한 사정 또는 등기관계, 사정된 토지의 규모 및 시조를 중심으로 한 종중 분묘의 설치 상태, 분묘수호와 봉제사의 실태, 토지의 관리 상태, 토지에 대한 수익이나 보상금의 수령 및 지출관계, 재세공과금의 납부관계, 등기필증의 소지관계, 그밖의 모든 사정을 종합적으로 검토하여 판단하여야 할 것이다.

## 2. 일필지중 일부매수와 전필지에 대한 소유권이전등기

일필지의 토지중 특정된 일부토지를 매매하면서 분할되어 있지 아니한 관계등으로 편의상 이를 포함하는 종전 토지 전체에 대하여 그 소유권이전등기를 경료하였다면 특별한 사정이 없는 한 매매하지 아니한 일부토지에 관하여는 이를 매수자에게 명의신탁한 경우에 해당한다.<sup>38)</sup>

판례는 토지소유자가 토지의 일부를 매도하고 이전등기만은 매수인의 청구가 있으면 분할해 주기로 하고 매도인 명의의 등기를 그대로 두기로 하여 신탁한 채 전전양도 되고 나머지 토지는 타인에게 매도되어 전전양도 되면서 토지 전체에 대하여 이전등기를 받은 사람이 자기가 매수하지 아니한 부분을 분할해 주기로 승낙하였다면 등기명의인과 일부 토지의 최종매수인과의 사이에 직접 명의신탁관계가 성립한다고 본다.

---

38) 대판 1969. 1. 28, 68 다 2234 ; 동 1988. 2. 9, 87 다 424 ; 동 1988. 6. 28, 88 다카 3601 ; 동 1989. 9. 12, 88 다카 33179.

### 3. 일필지중 특정부분 매수와 공유지분등기

우리나라 부동산거래에 있어서 일필지의 토지중 일부를 특정하여 매수하면서 토지가 분할되어 있지 아니한 관계 등으로 소유권이전등기는 편의상 일필지 전체에 관하여 공유지분이전등기를 하는 경우가 많이 있다.

이와 같은 경우에 판례는 명의신탁이론을 도입하여 '내부적으로는 구분소유, 외부적으로는 공유'라고 하는 이론구성을 하고 이를 상호명의신탁이라 한다.<sup>39)</sup> 즉 일필지의 토지중 일부를 특정하여 취득한 수인이 공유지분이전등기를 경료한 경우 각 공유등기 명의인은 각자 자기의 지분에 상응하는 특정부분에 대하여 소유권을 취득하는 것이지만 그 특정부분에 있어서 등기된 지분을 초과하는 지분에 대하여는 다른 부분의 구분소유권자에게 그 소유명의를 신탁하고 동시에 다른 구분소유권자로부터 자기의 특정취득부분을 제외한 나머지 부분에 대한 지분소유권명의를 수탁 받은 것으로 된다. 따라서 구분소유권자 상호간에 구분소유권자수에 상응하는 다면계약이 성립한 것으로 보며 구분소유권자가 그 소유부분을 타인에게 양도한 경우에도 새로이 구분소유권자로 된 양수인과의 사이에 구분소유관계 즉 상호명의신탁제도는 계속 유지된다고 본다.

### 4. 귀속재산의 매수 및 불하

판례는 특별한 사정이 없는 한 관재당국과 귀속재산매매계약을 체결함에 있어서 매수자 명의를 다른 사람 명의로 신탁하고 수탁자가 그 소유권을 취득한 다음

---

39) 대판 1968. 7. 30, 65 다 1221 ; 동 1977. 2. 8, 76 다 2525 ; 동 1988. 8. 23, 85 다카 1436 ; 동 1992. 12. 8, 91 다 44216.

그 소유권을 이전한다는 취지의 계약은 신탁 당사자간에는 유효한 것으로서 일종의 명의신탁계약으로 볼 수 있다고 한다.<sup>40)</sup>

## 5. 농지의 명의신탁

농지개혁법상 농지를 매수할 수 있는 자는 기성 농가 또는 농가가 되려는 자 즉 매수당시 농가는 아니더라도 농지를 자경 또는 자영할 의사가 있어야 하고 수탁자가 자경 또는 자영하지 아니하는 단순한 명의신탁은 농지개혁법의 규정에 의하여 당연히 무효다.<sup>41)</sup> 농지를 자경할 능력이 없는 자 또는 자영의사가 없는 자에게 명의신탁하거나 타인의 명의를 빌려서 농지의 분배를 받은 것은 농지개혁법에 위배된다고 하여 무효로 하여 명의신탁을 인정하지 않은 사례도 있다.<sup>42)</sup> 농지개혁법 소정의 자경하지 않는 자의 농지인지의 여부는 농지개혁법 시행 당시의 경작자가 등기부상 소유자인가 아닌가에 따라 결정할 것이 아니고 실질적 소유자가 경작하고 있는지의 여부에 따라 결정하여야 할 것이다.<sup>43)</sup> 따라서 신탁자가 실제 자경하는 농지는 농지개혁법 소정의 비자경농지에서 제외하는 것이 타당하고 수탁자가 신탁농지를 자경하는 경우에는 농지개혁법시행으로 수탁자의 자경지로 인정되고 신탁자는 신탁계약을 해지하더라도 그 농지의 반환을 청구할 수 없고 소유권이전등기도 청구할 수 없으며 다만 신탁자는 수탁자에 대하여 그 상환을 면한 이득에 대하여 법령에 정한 범위내에서 그 반환을 청구할 수 있다.

---

40) 대판 1964. 6. 9, 63 다 987 ; 동 1978. 5. 23, 78 다 217, 218.

41) 대판 1965. 8. 24, 65 다 1036.

42) 대판 1965. 7. 27, 65 다 1043 ; 동 1971. 12. 14, 71 다 2123.

43) 대판 1965. 5. 31, 65 다 597.

## 6. 사찰재산의 명의신탁

전통사찰보존법 제6조 제1항 제2호에 의하면 전통사찰의 지주가 대통령령이 정하는 부동산을 대여, 양도 또는 담보의 제공으로 하려할 때에는 대통령령이 정하는 바에 따라 관할청의 허가를 받도록 규정하고 있으므로 이 규정에 위반하여 관할청의 허가없이 사찰재산을 처분한 행위는 무효라고 할 것이다. 하지만 사찰재산으로 등기하기 아니한 부동산의 경우에는 이를 처분하는 데 관할청의 허가를 요하지 아니한다. 그러나 위의 법률의 취지는 사찰로 하여금 그 본래의 존립목적과 아울러 사회문화의 향상에 기여케 할 목적을 이룩하게 하기 위한 것이므로 그 재산의 처분에 관하여 관할청의 허가를 얻은 여부에 관계없이 사찰의 목적을 이탈하거나 사찰의 존립을 위태롭게 하는 결과를 초래할 위험이 있는 정도의 재산처분은 무효라고 할 것이다. 따라서 그 재산이 제3자에게 명의신탁되어 있다고 하더라도 명의수탁자인의 그 재산처분행위는 전통사찰보존법상의 사찰재산보호에 관한 법리와 명의신탁에 관한 법리를 조화시키는 입장에서 무효라고 할 것이다.<sup>44)</sup>

## 7. 자동차<sup>45)</sup> · 항공기 · 선박 · 건설기계 등의 명의신탁

44) 대판 1987. 1. 20, 85 다카 2536 ; 동 1991. 8. 27, 90 다 19848.

45) 자동차는 도로운송차량법에 의하여 자동차등록원부에 등록하도록 되어 있고(동법 제4조), 자동차소유권의 득실변경은 등록을 받아야 그 효력이 생긴다(동법 제5조). 그런데 자동차의 실질소유자가 회사명의로 등록하고 실체는 실질소유자가 차를 운행·관리하는 「지입」 제도가 있다. 이러한 지입차량에 대하여 명의신탁을 인정하는 것이 자동차 명의신탁이다. 관례(대판 1968. 11. 5, 68 다 1658)는 지입차량은 설사 당사자 사이의 특약에 의하여 내부관계에서 지입자가 그 소유권을 보유하며 운행에 관한 사항을 전담하여 처리하여 왔다 하더라도 대외적 관계에 있어서는 그 소유권은 지입회사에 귀속된다고 한다. 자동차의 공시 방법은 자동차등록원부에 등록하는 것이다. 따라서 등록원부에 등록되어 있는 이상 실질적인 소유자와 명의자가 다르다고 하면 명의신탁을 인정할 것은 무리가 아니며 실제 많이 행하여 지고 있다.

명의신탁은 등기부 또는 등록부 등에 의하여 소유관계가 공시되는 재화에 한하여 진정한 소유자가 아닌 자를 외관상 소유자인 것처럼 표시해 두려는 제도이므로 소유관계가 공부에 의해 공시되는 재화에 한한다.

또한 준물권이라 할 수 있는 어업권, 지명채권에 속하는 전화가입사용권, 특허권 등의 무체재산권도 공부상의 표시가 가능한 한 명의신탁의 대상이 될 수 있다. 따라서 토지와 그 정착물, 즉 부동산 이외의 등록에 의하여 권리관계가 공시되는 자동차·항공기·선박·건설기계 등의 소유권에 있어서의 명의신탁은 유효하다. 그러나 동산에 대해서는 명의신탁은 공시된 소유관계(외부적 소유관계)와 실제 소유관계(내부적 소유관계)가 분리되어 있는 소유권의 관계적 귀속이론을 그 바탕으로 하고 있다. 실제 동산의 경우에는 그 공시방법을 공부에 기재할 수 없으므로 이러한 소유관계의 분리가 힘들게 되는데 대법원 역시 동산에는 명의신탁관계가 성립될 수 없다고 판시하였다.<sup>46)</sup>

## 제 4 절 명의신탁의 성립요건과 유형

### 1. 성립요건

#### (1) 신탁약정과 공시방법

##### 1) 당사자간의 합의

명의신탁이 성립하기 위하여는 신탁자와 수탁자 간에 형식적으로 소유권을 이

---

46) 대판 1994. 10. 11, 94 나 16175.



전한다는 명의신탁설정에 관한 합의(계약)가 있어야 한다.<sup>47)</sup> 내부적으로는 신탁자가 신탁재산의 소유권을 보유하되 외부적으로는 일정한 목적을 넘어서 이를 행사하지 아니할 의무를 지는 것을 내용으로 하는 당사자간의 신탁계약이 있어야 한다. 명의신탁관계는 반드시 신탁자와 수탁자 간의 명시적 계약에 의하여서만 성립되는 것이 아니라 묵시적 합의에 의하여서도 성립될 수 있다.<sup>48)</sup> 이는 반드시 명시적으로 할 필요는 없고 묵시적인 것이라도 전후 사정에 비추어 합의가 있었다고 볼 수 있으면 족하다.<sup>49)</sup> 따라서 신탁자의 일방적인 법률행위만으로써는 명의신탁관계가 성립하지 않는다. 또한 단지 공부상 타인 명의로 등재된 것만으로는 명의신탁이 존재한다 할 수 없다.<sup>50)</sup>

## 2) 명의이전과 공시



제주대학교 중앙도서관  
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

명의신탁이 성립하기 위하여는 명의신탁의 합의에 따른 소유권이전등기가 이행되어야 한다. 이러한 등기는 소유권의 이전을 내용으로 하는 등기이면 되고 그 원인을 매매라고 하든 증여라고 하든 상관이 없다. 실제로는 부동산에 대한 명의신탁등기의 대부분이 그 원인을 매매로 기재하고 있다. 또한 공부상 명의수탁자 명의로 등기 또는 등록이 되어야 한다.<sup>51)</sup> 공부에 해당하는 가장 대표적인 것으로

47) 대판 1972. 5. 23, 71 다 2760 ; 동 1981. 12. 8, 81 다카 367 ; 권오근, “명의신탁”, 「민법주해」, 제V권, 1992, p.515.

48) 대판 2001. 1. 5, 2000 다 49091.

49) 대판 1991. 12. 13, 91 다 8159.

50) 대판 1981. 12. 8, 81 다카 367.

51) 그러나 판례는 공부상의 등기 또는 등록을 명의신탁의 필수요건으로 보지않고 있다(대판 1963. 1. 24, 62 다 825). 이 경우에 비록 명의신탁 관계를 인정하더라도 물권변동에 있어서 성립요건주의를 취하고 있는 현행 민법에 반하지 않는다고 한다(대판 1979. 2. 24, 69 다 2193).

는 부동산등기부, 토지·임야대장, 건축물관리대장 등이 있으며 등록원부도 여기에 포함한다.<sup>52)</sup> 토지사정인 명부라든지 수분양자명부 등의 문서도 공부로 보는 경우도 있다. 그리고 공부상의 명의를 반드시 소유자로서의 명의에 한정하지 않고 담보권자, 채권자 등의 명의로도 할 수 있다.<sup>53)</sup>

이상과 같은 요건이 구비되었다고 하여 아무런 제한 없이 명의신탁이 인정되는 것은 아니라 명의신탁이 행하여지는 목적 또한 그에 부합하여야 한다. 판례가 부동산과 관련하여 대체로 목적상 유효하다고 인정한 것으로는 담보를 위한 것, 중재재산의 명의신탁, 재단법인의 설립을 목적으로 출연재산을 재단법인의 설립 전까지 발기인의 명의로 등기하는 경우, 대지소유자 명의로 제3자가 건축허가를 득하여 신축된 건물을 대지소유자의 명의로 보존등기하는 경우, 분할이 되어 있지 않은 관계로 토지의 일부분을 매수하고 그 진부에 대하여 등기를 하는 경우나 부동산 중에 특정부분을 매수하여 공유지분등기를 하는 경우 등과 같이 일정한 경제적 목적이 인정된 경우이다. 농지를 자경할 능력이 없는 자 또는 자영의사가 없는 자에게 명의신탁하거나 타인의 명의를 빌려서 농지의 분배를 받은 것은 농지개혁법에 위배되어 무효이므로 명의신탁을 인정하지 아니하였다.<sup>54)</sup>

## (2) 당사자간의 절과 관계없이 성립하는 경우

판례는 여러 사람이 일필의 토지중 일부를 특정해 매수하고 당사자간의 합의에 의하여 공유지분이전등기를 경료한 경우 당사자 내부관계에 있어서는 각 특정부

---

52) 대판 1966. 5. 3, 66 다 397 ; 동 1981. 12. 8, 81 다카 367 ; 동 1989. 9. 12, 88 다카 18641.

53) 대판 1983. 11. 8, 82 다카 1948 ; 동 1990. 5. 25, 89 다카 13384.

54) 대판 1965. 7. 27, 65 다 1043 ; 동 1971. 12. 14, 71 다 2123.

분의 소유권을 각자 취득하게 되고 각 공유지분등기는 각자의 특정매수부분에 관하여 상호간에 명의신탁하고 있는 것이라고 일관되게 보았다.<sup>55)</sup>

이러한 상호명의신탁에 있어서 당사자의 의사는 ‘1개의 특정부분을 소유하겠다는 것’과 ‘공유지분등기를 경료하겠다는 것’ 뿐인데 판례는 이러한 사안에 관하여 당사자 사이의 명의신탁계약의 성립을 인정하고 있는 것이다. 또한 더 나아가 판례는 그 당사자의 지위를 이전받은 자에게까지 명의신탁관계가 성립한다고 한다.<sup>56)</sup>

### (3) 공부상 신탁자명으로 공시된 사실이 없는 경우

판례는 의하면 명의신탁관계가 성립하기 위해서는 명의신탁계약이 존재하면 족하므로 공부상 신탁자명으로 등기·등록되지 않았던 신탁재산에 관하여도 수탁자명으로 등기, 등록하면 명의신탁관계가 성립할 수 있고<sup>57)</sup> 따라서 부동산의 소유권을 매수한 사람이 자기 앞으로 소유권이전등기를 경료하지 아니하고 제3자 명의로 직접 소유권이전등기를 경료한 경우에도 제3자와 매수인간에 이러한 것을 내용으로 하는 신탁계약이 존재하면 유효한 명의신탁관계가 성립한다고 한다.

그러나 이에 대하여 학설은 다툼이 있어 무효설은 신탁계약이 있다 하더라도 형식주의를 취하고 있는 현행 민법상의 이론으로서는 명의신탁이 있기 전에 신탁재산에 관하여 신탁자명의 소유권이전등기가 경료되어 있어야 한다고 한다. 즉 중간생략등기에 의한 명의신탁에 있어서는 신탁자는 결코 소유권을 취득하지 못하고 따라서 명의신탁에 의하여 대내적으로 보유할 소유권이 존재하지도 않으며 그럼에도 불구하고 판례가 신탁자는 공부상 소유자로 등기된 사실이 없다하더라도

55) 대판 1962. 2. 22, 4294 민상 1025 ; 동 1979. 6. 26, 79 다 741.

56) 대판 1974. 9. 24, 74 다 1204, 1205 ; 동 1987. 2. 24, 86 다카 2273.

57) 대판 1963. 1. 24, 62 다 825.

명의신탁의 성립에는 영향이 없다고 하는 것은 중대한 과오이며 토지거래의 과정과 관련된 명의신탁의 실질적인 문제점이라고 지적한다.<sup>58)</sup>

한편 유효설은 명의신탁에 의하여 발생하는 신탁자와 수탁자간의 소유관계는 관념적인 것이고 소유권의 기능이 사용, 수익권능(이용소유권)과 처분권능(상위소유권)으로 분화되어 전자는 신탁자에게 후자는 수탁자에게 귀속하는데 신탁계약에 의하여 수탁자에게 소유권이전등기가 경료된 후에 신탁자에게 남은 것은 사용, 수익권능에 불과한 것이므로 처분권능을 수탁자에게 이전하는 신탁관계를 인정하는 한 명의신탁은 유효하게 성립하며 뿐만 아니라 중간생략등기에 의한 명의신탁을 무효로 하게 되면 명의신탁제도는 그 기능 태반을 상실하게 될 것이라 하여 판례를 지지한다.<sup>59)</sup>



## 2. 명의신탁의 유형

### (1) 유형에 관한 판례

뒤에서 보는 부동산실명법의 적용범위와 관련하여 명의신탁의 유형에 관하여 논의가 있으며 그것은 명의신탁이 법률상 명문의 근거를 가진 제도가 아니라 판례이론에 의하여 발전되어 온 제도인 데서 비롯된다.

그동안 판례가 명의신탁으로 인정해 온 법률관계는 다음과 같은 몇 가지 유형으로 분류할 수 있다.<sup>60)</sup> 판례가 구성하는 명의신탁의 법률관계는 그 적용범위가

58) 권용우, “명의신탁의 판례이론”, 「고시연구」, 제178호, 1989.1, pp.27-28.

59) 이영준, 전계논문, pp.32-35.

60) 문용선, “명의신탁이론의 재검토 ; 부동산등기특별조치법상의 명의신탁금지의 사법적 효력”, 「민사판례연구회(편)」·「민사판례연구 XVII」, 박영사, 1995에서 인용.

매우 넓어서 실제 거래관계에서는 甲이 자기 자금으로 부동산을 매입하되 乙에게 부탁하여 그의 명의로 등기를 마치기로 약정한 다음 실제 매매계약은 甲과 乙이 공동매수인이 되어 체결한 후 등기는 乙단독 명의로 마치는 경우와 같이 아래 각 유형의 명의신탁이 혼합되어 있는 경우도 있을 수 있으며 나아가 아래의 3가지 유형으로는 설명되지 않는 경우가 나타날 가능성도 배제할 수 없을 것이다.

첫번째 유형은 원칙적인 형태로서 신탁자가 자기 소유의 부동산을 수탁자에게 신탁하는 경우이다. 두번째 유형은 신탁자가 제3자로부터 부동산을 매수하면서 매도인으로 부터 곧바로 수탁자 앞으로 등기를 경로하는 경우이며 세번째 유형은 신탁자의 위임에 따라 수탁자가 자기 이름으로 매도인으로부터 부동산을 취득한 다음 등기 역시 수탁자 이름으로 마치는 경우로서 앞의 두 유형과 구별된다는 의미에서 계약명의신탁이라고 불리기도 한다. 앞의 두 유형의 명의신탁에서는 매매 계약체결 등 부동산을 취득하는 과정은 신탁자가 행하게 되고 단지 등기명의만을 수탁자 앞으로 해놓는다는 의미에서 등기명의신탁으로 불리는데 비하여 계약명의 신탁에서는 신탁자의 위임에 따라 수탁자가 직접 자신의 명의로 계약을 체결한다는 점에서 계약명의신탁이라는 용어가 사용되고 있다.<sup>61)</sup> 그런데 특히 뒤의 두가지 형태의 명의신탁에서는 신탁자가 법률상 소유권을 취득한 사실이 없으므로 부동산물권변동에 있어서 이른바 형식주의를 취하고 있는 우리 민법의 체계와 합치되지 않는다는 비판이 제기되어 왔는데 대법원은 이러한 형태의 명의신탁도 성립될 수 있다고 한 것이다.

---

61) 이러한 형태의 명의신탁을 인정한 사례로는 대판 1989. 11. 14, 88 다카 19033, 1993. 8. 13, 92 다 42651 판결 등을 들 수 있으며 위 판례들에 대한 평석으로는 송덕수, “타인의 명의를 빌려 체결한 토지분양계약의 효력”, 「민사판례연구」, 제14집 ; 문용선, 상계논문 등이 있다.

## (2) 학설상의 유형

명의신탁은 강학상 그 형태가 다양하다. 우선 그 성질에 따라 「광의의 명의신탁」과 「협의의 명의신탁」으로 구분할 수 있으며<sup>62)</sup> 등기부상에 신탁관계가 표시되는지에 따라 「공연한 명의신탁」과 「은닉된 명의신탁」<sup>63)</sup>으로 나눌 수 있다. 또한 「단순한 명의신탁」과 「상호명의신탁」<sup>64)</sup>으로 구분되며 이루어지는 형태에 따라 「등기명의신탁」과 「계약명의신탁」 등으로 구분하기도 한다.

그러나 주로 문제가 되어 왔던 것은 등기명의신탁과 계약명의신탁 및 상호명의신탁 등 세가지이다.<sup>65)</sup>

### 1) 등기명의신탁

등기명의신탁은 계약당사자에 따라 다시 「2자간의 명의신탁」과 「중간생략 명의신탁(3자간 명의신탁)」으로 나누어지는데 부동산실명법에서는 이 둘을 합하여 ‘등기명의신탁’이라고 한다.

#### ① 2자간 명의신탁

2자간 명의신탁이란 명의신탁자와 명의수탁자 사이에만 성립되는 명의신탁을 말한다. 이는 일반적으로 명의신탁자가 부동산의 강제집행을 피하거나 재산을 은닉할 목적으로 또는 기타 일정한 경제적 목적을 달성하기 위하여 명의수탁자와

62) 광윤직, 전계서, p.358.

63) 김상용, “영미 신탁법상의 수동신탁(passive trust)법리에 의한 명의신탁이론의 재구성”, 판례월보 201호, 1987. 12, p.39.

64) 대판 1987. 12. 9, 79 다 634.

65) 부동산실명법은 법 제2조 제1호에서 위 3가지 유형의 명의신탁이 모두 동법이 규율하고자 하는 명의신탁의 범위에 포함됨을 명백히 하고 있다. 권오창, “부동산명의신탁의 법률관계에 관한 시론 ; 부동산실권리자명의등기에 관한 법률의 시행과 관련”하여, 「판례연구」, 제1집, 제주판례연구, 1997. pp.270-271.

명의신탁계약을 체결하여 수탁자 명의로 등기·등록하여 두는 경우이다.

판례<sup>66)</sup>는 타인명의로 건축허가를 받아 그 타인명의로 소유권보존등기를 하는 경우에도 이를 2자간 명의신탁으로 보고 있다. 즉 “건축주가 대지소유자의 명의로 건축허가를 받아 건축을 하고 건물 매입자에게 소유권이전등기를 마쳐 주기로 약정한 경우 대지소유자의 명의로 한 보존등기는 명의신탁에 의한 등기”라 판시하였다.

## ② 중간생략명의신탁

3자간 명의신탁이라고도 하는 중간생략 명의신탁이란 중간생략등기와 명의신탁이 결합된 형태의 명의신탁이다. 중간생략 등기란 물권변동의 과정의 전부 또는 일부를 생략하여 현재의 물권관계를 기재하고 있는 등기를 총칭하는 것이다. 즉 부동산물권이 최초의 양도인으로부터 중간취득자에게 중간취득자로부터 최종취득자에게 전전 이전되어야 할 경우에 그 중간취득자의 등기(중간등기)를 생략해서 최초의 양도인으로부터 직접 최후의 취득자에게 등기하는 것을 말한다. 예를 들면 매도인 甲으로부터 乙이 부동산을 매수하고 丙과 명의신탁계약을 체결한 다음 소유권이전등기는 매도인 甲에게서 명의수탁자인 丙에게로 직접 하는 경우로 종래에 부동산투기의 방법으로 많이 이용되어 왔다.

중간생략등기의 그 유효성에 관하여는 논란이 있다. 현행민법 제186조에 의하여 부동산물권변동의 효력에 관하여 형식주의를 취하고 있기 때문에 중간생략등기라는 현상자체를 인정할 여지가 없다는 주장도 있다.<sup>67)</sup>

66) 대판 1983. 5. 10, 82 다카 1952 ; 동 1983. 7. 12, 83 누 139.

67) 대항요건주의(불법주의)를 취하는 법제하에서는 중간생략등기는 진실한 권리변동의 과정을 표시하지는 않더라도 현재의 권리상태를 공시하는 것이 되나, 형식주의(독법주의)를 취하는 법제하에서는 중간생략등기에 의하여서는 현재의 권리상태를 공시하는 것이 되지 못하기 때문이다.

그러나 통설<sup>68)</sup>은 현행 민법하에서도 중간생략등기의 문제는 생길 수 있는 것으로 보고 중간생략등기의 유효성을 인정하고 있다. 또한 중간생략등기가 유효하기 위해서는 중간자의 동의 내지는 3자의 합의가 필요하다는 것이 일반적이다. 그러나 판례<sup>69)</sup>는 “중간자의 동의 내지는 3자의 합의가 있을 때에는 중간생략등기가 유효하나 그러한 합의가 없더라도 이미 중간생략등기가 적법한 등기원인에 의하여 성립되어 있을 때에는 합의가 없었음을 이유로 그 무효를 주장하지 못하고 따라서 그 말소를 청구하지 못한다”라고 판시함으로써 중간생략등기의 유효성을 인정하고 있으며 3자 합의가 반드시 중간생략등기의 유효 요건은 아니라고 판시하여 중간생략등기에 관한 유효성의 요건을 이원화 하고 있다.

이른바 중간생략등기형 명의신탁 또는 삼자간 등기명의신탁에 있어서 수탁자가 부동산을 임의로 처분한 경우 횡령죄의 성립여부로서 판례에 의하면 신탁자가 수탁자와 명의신탁 약정을 맺고 신탁자가 매매계약의 당사자가 되어 매도인과 매매계약을 체결하되 다만 등기를 매도인으로 부터 수탁자 앞으로 직접 이전하는 이른바 중간생략등기형 명의신탁 또는 삼자간 등기명의신탁 관계에서 명의수탁자가 명의신탁된 부동산 지분을 임의로 처분하였다면 횡령죄가 성립한다.<sup>70)</sup>

## 2) 계약명의신탁

계약명의신탁이란 명의신탁자와 명의수탁자 사이에 당사자의 지위에 관한 명의신탁을 약정하고 계약상의 당사자 지위의 명의수탁자가 매도인과 매매계약을 채

68) 곽윤직, 전거서, p.173 ; 김중환, 「물권법강의」, 박영사, 1984, p.75 ; 대판 1964. 9. 22, 64 다 587 ; 동 1965. 3. 23, 64 다 1900 ; 동 1969. 1. 28, 67 다 1974 등.

69) 대판 1967. 5. 30, 67 다 588 ; 동 1972. 7. 25, 71 다 2053 ; 동 1980. 2. 12, 79 다 2104.

70) 대판 2002. 2. 22, 2001 도 6209.



결한 다음 명의수탁자 명의로 소유권이전등기를 하는 것을 말한다. 예를 들면 명의신탁자 乙이 명의수탁자 丙과 계약당사자 지위에 관한 명의신탁계약을 체결한 후 명의수탁자 丙이 매도인 甲과 매매계약을 체결하고 丙의 명의로 소유권이전등기를 함으로써 乙과 丙간에 명의신탁관계가 성립하는 경우이다.

계약명의신탁과 중간생략명의신탁과의 차이점은 전자의 경우는 매도인이 乙과 丙 사이에 명의신탁약정의 사실이 있음을 모르는 것이고 후자의 경우에는 매도인은 매수인이 명의수탁자라는 것을 알면서도 소유권이전 등기에 조력한다는 점이다. 기업이 비업무용 토지를 매입할 때 임직원 명의로 매입하는 방법이 계약명의신탁의 전형적인 경우에 해당한다.

### 3) 상호명의신탁

상호명의신탁이라 함은 수인이 공동으로 동일물건의 부동산을 취득한 다음 그 부동산의 등기는 당사자의 합의에 의하여 공유로 하여 두고 구체적으로 위치와 면적을 특정하여 지분등기가 경료되었을 때 그들 공유자 상호간의 지분부분(즉 자신이 구분소유하고 있는 부분 이외의 것)은 명의신탁 관계에 있게 되는 경우이다.<sup>71)</sup> 이 명의신탁은 공유관계는 지분만을 등기할 수 있을 뿐이며 구체적으로 분할 사용하는 관계를 등기할 수 없기 때문에 일어나는 현상이다. 원래 1필의 토지의 일부를 매수한 경우에는 그 토지를 먼저 분할하여 그 부분의 관하여 소유권이전등기를 하여야 특정부분의 소유권을 취득할 수 있다. 그러나 현실적 거래의 실정은 각종 규제법의 저촉과 기타 사정으로 면적비율에 따른 공유지분등기를 경료하는 경우가 많다. 그런데 공유지분은 공유물의 전체에 효력이 미치고 공유자가

71) 대판 1980. 12. 9, 79 다 634 ; 동 1987. 2. 24, 86 다카 2273 등.

공유물 중 특정부분을 배타적으로 사용할 수는 없다. 판례는 이러한 경우에 등기상 공유자로 된 자들 사이에 명의신탁관계를 인정하여 그와 같은 법률관계를 해결하였다.<sup>72)</sup>

지분소유권이전등기와 관련하여 판례를 살펴보면 환지에정지 경작자들이 환지에정지의 일부를 각 위치 특정하여 분배받아 상환을 완료한 후 환지 예정지대로 환지 확정된 경우 수분배자들 및 그 전전양수인들 사이의 소유관계(=상호명의신탁관계)는 환지에정지를 경작하던 자들이 구 농지개혁법(1994. 12. 22. 법률 제 4817호 농지법 부칙 제2조로 폐지)의 시행으로 환지에정지의 일부를 각 위치 특정하여 분배받아 상환을 완료하면 그 수분배자들은 비록 당해 특정 부분의 면적 비율에 따른 지분소유권이전등기를 경료하였다 하더라도 환지에정지 전체에 대한 공유지분을 취득하는 것이 아니라 각기 분배받아 점유중인 환지에정지의 특정부분의 구분소유적인 소유권을 취득하였다가 그 후 환지에정지대로 환지확정되는 경우 그 특정 부분에 대한 소유권을 확정적으로 취득하게 된다 할 것이고 이 경우 수분배자들 및 그 전전양수인 등 공유자들 사이에는 상호명의신탁 관계가 성립한다<sup>73)</sup>고 판시하였다.

부동산실명법 입법과정에서도 상호명의신탁이 공유자간의 지분편차가 매우 큰 경우에는 사실상 명의신탁의 효과가 나타나기 때문에 규제할 필요성이 있다는 견해가 있었다. 그러나 실제소유자가 공유자로 모두 등기되고 탈법·탈세 등의 반사회성이 희박하다는 이유에서 금지대상에서 제외시켜 규제하지 않는다.

---

72) 권오곤, “명의신탁에 관한 판례의 동향”, 「민사판례연구」, 제10집, 1988, p.535.

73) 대판 2000. 3. 14, 98 다 46778.

### 3. 명의신탁 유형에 따른 법률관계

명의신탁약정은 신탁자와 수탁자 사이에 무효가 된다. 이에 대한 법률관계는 구체적인 경우에 따라 다르게 나타나게 되며 명의신탁의 유형은 다양하므로 앞에서 본 몇가지 유형으로만 설명하기는 어렵다. 우선 부동산실명법 제4조 제1항의 명의신탁약정만이 있었던 경우와 제4조 제2항의 명의신탁에 따른 등기를 경료한 경우의 법률관계가 다를 것이고 명의신탁에 따른 등기를 경료한 경우에도 등기의무신탁이나 계약명의신탁의 경우와 같이 여러 가지 유형에 따라 그 법률관계가 다를 것이다. 여기서는 부동산실명법 제4조 제1항의 경우와 제4조 제2항 및 제4조 제3항의 경우를 살펴보기로 한다.



#### (1) 신탁자가 자기 소유의 부동산을 수탁자에게 신탁하는 경우(제1유형)

신탁자가 소유하던 부동산을 매매,증여를 가장하여 수탁자의 명의로 이전등기하는 2자간의 명의신탁의 경우에는 명의신탁약정이 무효로 됨에 따라 소유권은 명의신탁자에게 귀속된다. 다시말하면 명의신탁자와 명의수탁자 사이의 명의신탁약정 및 소유권이전등기가 무효로 되므로 양자간에는 계약관계가 존재하지 않는 것이 되고 소유권은 명의신탁자에게 귀속되므로 신탁자가 수탁자를 상대로 명의신탁 해지를 원인으로 하는 원상회복청구를 할 수 없음은 당연하다.<sup>74)</sup> 그런데 수탁자 앞으로 경료된 등기가 무효인 이상 신탁자는 여전히 신탁부동산에 대하여 소유권을 보유하고 있으며 따라서 신탁자는 수탁자를 상대로 소유권에 기한 방해배제청구권을 행사하여 수탁자 명의의 등기의 말소를 구하거나 진정명의회복을 원

74) 권오창, 전계논문, p.277.

인으로 하는 소유권이전등기를 구할 수 있을 것이다. 여기에서 스스로 강행법규를 위반하여 법률행위를 한 자가 나중에 그 행위가 강행법규에 위반되어 무효임을 주장하는 것이 신의칙에 어긋나는 것이냐 하는 문제가 대두되는데 판례는 이러한 사정만으로는 신의칙에 위반되지 않는다고 보고 있다.<sup>75)</sup> 또한 신탁자와 수탁자간의 명의신탁약정이 무효이므로 수탁자 명의의 등기는 법률상 원인없는 것이 되고 수탁자 명의의 등기는 부당이득에 해당되어<sup>76)</sup> 신탁자는 수탁자를 상대로 부당이득반환청구권을 행사하여 등기의 말소나 이전등기를 구할 수 있을 것이다. 그러나 이과정에서 법원이 명의신탁의 위법성이 크다고 인정하여 불법원인급여로 판결하는 경우에는 소유권을 회복하지 못하게 될 수도 있다.<sup>77)</sup>

## (2) 신탁자가 제3자로부터 부동산을 매수한 다음 직접 수탁자 앞으로 등기를 마치는 경우(제2유형)

신탁자가 원소유자(매도인)로부터 계약당사자가 되어 부동산을 매수하면서 수탁자의 명의를 빌어 등기하기로 약정하는 3자간의 명의신탁의 경우 명의신탁약정이 무효로 됨에 따라 소유권은 형식상 원소유자에게 귀속된다.

다시말하면 명의신탁자와 명의수탁자 사이의 채권적 효력인 명의신탁약정은 무효가 되므로 명의신탁자는 명의수탁자에게 명의신탁약정을 이유로 한 소유권이전등기청구를 할 수 없고 원소유자와 명의수탁자 사이의 소유권이전등기도 무효가 되므로 소유권은 원소유자에게 귀속되는 것이다. 명의신탁자는 명의신탁의 법리를

75) 대판 1991. 9. 10, 91 다 19432 ; 동 1995. 11. 21, 94 다 20532.

76) 광윤직, 「채권각론」, 박영사, 2002, p.533.

77) “부동산실명법해설”, 「세무제도」, 1995, p.107. 그러나 이 경우 명의신탁약정만을 맺었다는 사정만으로 불법원인급여에 해당된다고 보기 어렵다는 견해가 다수이다. 권오창, 전개논문, p.278 ; 김상용, “부동산거래실명제 입법안에 관한 검토”, 「법률신문」, 1995 .1. 16, p.14.

더 이상 이용할 수 없기 때문에 과징금 및 처벌을 감수하면서 명의수탁자명의의 등기를 말소하고 원소유자를 상대로 계약을 원인으로 하는 소유권이전등기를 청구하여 등기를 회복하여야 한다. 만약 명의수탁자가 명의신탁 부동산을 되돌려 주지 않을 경우 재판을 통하여 소유권을 회복하여야 하는데 이때 법원이 명의신탁의 위법이 크다고 인정하여 불법원인급여로 판결하는 경우에는 소유권을 회복하지 못하게 될 수도 있다. 한편 매도인과 수탁자 사이의 이루어진 매매계약의 효력은 어떻게 되는가. 부동산실명법은 신탁자와 수탁자 사이의 명의신탁약정을 무효로 하고 있을 뿐 신탁자가 체결한 매매계약의 효력에 관하여는 별다른 규정을 두고 있지 아니하므로 동 매매 계약은 유효하다고 보아야 할 것이다.<sup>78)</sup> 따라서 신탁자는 매도인을 상대로 매매대금반환을 구할 수 없으며 목적부동산을 자기 이름으로 등기하기 위하여는 매도인을 대위하여 수탁자를 상대로 무효인 수탁자 명의의 등기의 말소를 구하고 아울러 매도인을 상대로 매매계약에 기한 소유권이전등기청구를 하여야 할 것이다.<sup>79)</sup> 다시말하면 우선 명의신탁등기가 무효이므로 명의 수탁자 명의로 등기되어 있는 명의신탁 부동산은 당연히 매도인에게 복귀하게 되지만 등기명의는 수탁자 명의로 남아있게 되므로 명의신탁자는 먼저 매도인을 대위하여 수탁자 명의의 등기를 말소한 다음 다시 매도인을 상대로 매매계약을 원인으로 소유권이전등기를 요구할 수 있을 것이다.

### (3) 신탁자의 위임에 따라 수탁자가 자기 이름으로 매매계약을 체결하고 등기도 수탁자 명의로 마치는 경우(제3유형)

78) 권오창, 전계논문, p.279. ; 고창현, “토지거래실명제(좌담회)”, 「인권과 정의」, 1995, p.10.  
 79) 권오창, 상계논문, p.279 ; 전 소유자인 매도인 입장에서는 매매계약 당시 예상하지 못하였던 사정으로 다시 소유권을 회복하여 매매계약에 따라 매수인에게 등기를 이전해 줄 의무가 생기게 되는 문제가 나타난다.

원소유자인 매도인이 명의수탁자와 직접 계약을 체결하여 명의수탁자에게 등기를 이전해 주는 경우이다. 부동산실명법은 이 경우의 채권적 효력 역시 부인하고 있다. 그런데 물권적효력에 대하여는 다른 경우와 마찬가지로 무효로 하되 상대방 당사자가 명의신탁 약정이 있다는 사실을 알지 못한 경우에는 유효로 하고 있다(동법 제4조 제2항 단서). 이것은 제3자를 보호하고 거래관계의 혼란을 피하기 위한 규정이다. 따라서 이와 같은 유형의 경우에는 물권변동의 효력이 매도인의 선악에 따라 결정된다.

### 1) 당사자간의 채권적 법률관계

이 경우는 당사자를 중심으로 둘로 나누어 살펴보면 먼저 신탁자와 수탁자의 관계는 두가지의 약정이 존재하게 된다. 하나는 부동산을 수탁자 명의로 매수하려는 일종의 위임계약이고 또다른 하나는 매수한 부동산을 수탁자 명의로 등기해 달라고 하는 명의신탁 약정이 존재하게 되는 것이다. 이 중 명의신탁 약정은 그 계약의 중요한 요소가 될 것이고 명의신탁 약정이 무효가 되면 신탁자와 수탁자간의 계약 전체가 무효가 될 것이므로<sup>80)</sup> 위탁자와 수탁자 사이에는 계약상의 권리·의무가 존재하지 않게 될 것이다. 다음으로 매도인과 수탁자와의 관계이다. 제1유형에서 살펴 보았듯이 양자간의 매매계약은 유효하다고 볼 것이다. 그런데 이 경우의 효력이 누구에게 발생하느냐는 위 당사자들이 법률효과의 발생을 진정으로 의욕하고 있느냐에 따라 다르게 효력이 미치게 된다.<sup>81)</sup> 즉 어떤 법률행위를 함에 있어서 그 법률행위 실질 당사자인 신탁자는 배후에 숨어 있고 수탁자가 자기의 이름으로 법률행위를 하는 경우에 수탁자와 양도인 모두가 법률효과의 발생

80) 양창수, “토지거래실명제(좌담회)”, 「인권과 정의」, 1995, p.10.

81) 권오창, 전계논문, p.280.

을 진정으로 원하고 있는 것으로 인정되는 경우는 수탁자와 양도인에게 법률효과가 발생하게 될 것이다. 그러나 양도인과 수탁자가 처음부터 법률행위 효과를 신탁자에게 귀속 시키고자 법률행위를 하였다면 신탁자에게 직접 법률행위의 효력이 미치게 될 것이다.<sup>82)</sup>

이러한 경우 상대방인 양도인이 명의신탁약정을 알았을 경우와 몰랐을 경우를 나누어 살펴 보기로 한다.

## 2) 상대방이 명의신탁약정의 존재를 몰랐던 경우(매도인이 선의인 경우)

이 경우 물권변동은 유효하고(부동산실명법 제4조 제2항 단서조항) 수탁자 앞으로 경료된 등기는 확정적으로 유효하게 된다. 또한 신탁자와 양도인 사이에는 계약관계가 존재하지 아니하고 신탁자로서는 양도인에게 등기이전을 청구하거나 매매계약상의 권리를 행사할 수 없게 된다. 신탁자와 수탁자와의 관계 즉 내부관계를 살펴보면 신탁자가 수탁자를 상대로 명의신탁약정에 의한 이전등기청구를 할 수 없게 된다. 다만 신탁자는 수탁자에게 매매대금 등을 부당이득으로 반환받을 수 있을 뿐이다. 이때 수탁자가 취득하게 되는 부동산을 현물로 반환 청구할 수 있는지에 대해 다툼이 있다.<sup>83)</sup> 신탁자가 수탁자로부터 부동산을 현물로 반환받을 수 있는가 여부에 관하여는 수탁자가 부동산을 취득한 것은 명의신탁약정에

---

82) 송덕수, “타인의 명의를 빌려 체결한 토지분양의 효력”, 「민사판례연구」, 제14집, p.107. ; 양창수 교수는 이 문제에 관하여 “일반적으로 매도인이 매수인의 배후에 실질적인 주체가 있다는 것을 알았는지 여부만에 의하여 매수인이 달라지는 것은 아니며 매수인으로 나타난 사람이 아니라 그 배후에 있는 계약체결을 위탁한 사람을 계약의 당사자라고 인정하거나 적어도 대리에서의 본인인 것처럼 그에게 계약의 효과를 귀속시키려는 의사가 있었는가 하는 점 등을 종합하여 구체적 사안에 따라 해결 될 문제”라고 한다 ; 양창수, 전계좌담회, p.27.

83) 긍정설 : 고창현, 박일환, 김광년, 전계좌담회 자료, p.30. ; 부정설 : 양창수, 상계좌담회 자료, p.30. 참조.

의한 것인데 그것이 무효가 된 이상 신탁자에 대한 관계에서는 부당이득이 되며 또한 법 제3조 및 제4조가 수탁자에게 부동산을 귀속시키는 취지는 아니라는 점 등을 근거로 이를 긍정하는 견해도 있다.<sup>84)</sup> 그러나 수탁자는 매도인과의 매매계약에 기하여 부동산을 취득하였으므로 법률상 원인이 없다고 볼 수 없으며 또한 신탁자가 입은 손실은 부동산에 대한 소유권이 아니라 자신이 제공한 매매대금이라고 할 것이므로 부동산을 현물로 반환 받을 수 없다고 생각한다.<sup>85)</sup> 부당이득 반환청구에 대해 금전 부당이득이 원칙이므로 현물 반환을 부정하는 것이 맞다고 생각한다.

### 3) 상대방이 명의신탁약정의 존재를 알았던 경우(매도인이 악의인 경우)

상대방(매도인)이 명의신탁약정의 존재를 알고서 계약한 경우에는 수탁자 앞으로 이루어진 등기는 무효가 되고 부동산에 대한 소유권은 그대로 매도인에게 남아 있게 된다. 다만 당사자 사이의 채권적 법률관계는 매매계약상의 매수인으로서의 권리·의무를 신탁자가 취득하게 되는지 혹은 수탁자가 취득하게 되는지에 따라 달라지게 되며 해석상 복잡한 문제들이 발생한다.

앞서 언급한 바와 같이 위와 같은 사안에서는 원칙적으로 실제 계약체결자인 수탁자가 매수인으로서의 지위를 가지게 되고 신탁자는 매매계약상 아무런 권리도 가지지 못하게 될 것이다.<sup>86)</sup> 한편 매도인과 수탁자 사이에 체결된 매매계약은

---

84) 양창수, 상계좌담회 자료, p.30.이하

그 이외에 위 관례연구회에서는 명의수탁자가 법률효과의 발생을 진정으로 의욕한 것은 사실이나 이때 명의수탁자의 의사는 자기의 계산 아래 신탁자의 소유로 취득하기 위해 목적물을 매수한 것이므로 수탁자에게 확정적인 소유권을 귀속시키는 것은 무리라는 견해도 제시되었다.

85) 양창수, 상계좌담회 자료, p.30.

86) 권오창, 전계논문, p.82.



형식상 유효하게 성립되기는 하였으나 부동산실명법 제4조 제2항에 의하여 매도인의 수탁자에 대한 재산권이전의무가 이행될 수 없는 경우이므로 원시적으로 무효라고 해석되고 있다. 따라서 수탁자는 매도인에 대하여 매매대금의 반환을 청구할 수 있으며 신탁자는 부당이득반환의 방법으로 매도인<sup>87)</sup>이나 수탁자로부터(수탁자가 매도인으로부터 매매대금을 반환받은 경우) 매매대금을 돌려받을 수 있지 않을까 생각한다.

한편 앞서 살펴 본 바와 같이 예외적으로 수탁자와 매도인 사이에 당초부터 법률효과를 신탁자에게 직접 귀속시키려는 의사의 합치가 있다고 볼 수 있는 사안이라면 수탁자는 일종의 신탁자의 직접 대리인에 지나지 않게 되고 그 결과 신탁자는(계약서상의 명의와는 관계없이) 자신이 직접 매수한 경우와 마찬가지로의 지위에 서게 되며 신탁자, 수탁자, 매도인 간의 구체적인 법률관계 역시 앞에서 살펴본 제2유형의 명의신탁의 경우와 동일하게 규율될 것이다.

## 제 5 절 명의신탁의 유효성에 관한 법리

부동산 명의신탁에서 중요한 문제는 그 이론구성이다. 즉 명의신탁의 법적 성질을 어떻게 보느냐에 따라 명의신탁을 둘러싼 법률관계가 달라진다.

명의신탁은 그 법리적 출발이 판례에 있으므로 먼저 판례의 이론을 살펴보고 이

---

87) 권오창, 상계논문, p.282 ; 다만 신탁자의 손실과 매도인의 수익 간에는 수탁자라는 제3자의 행위가 기재되어 있으므로 손실과 수익 사이의 인과관계를 인정할 수 있는가 하는 의문이 생기게 되는데 부당이득에서의 수익과 손실 사이의 인과관계는 반드시 직접적인 것일 필요는 없고 사회 관념상 그 연락이 인정되면 충분하므로 이 경우에도 부당이득의 성립을 긍정할 수 있지 않을까 제시하고 있다.

에 대한 학설의 대립을 알아 본 다음 그것에 대한 비판을 시도하고자 한다.

## 1. 판례의 이론

명의신탁에 관한 판례의 입장<sup>88)</sup>은 기본적으로 신탁행위의 법리에 근거하면서 그것이 통정의 허위표시가 아닌 때에는 그 유효성을 인정하는 것이다.<sup>89)</sup> 이에 의하면 명의신탁 관계는 대내관계와 대외관계로 나누어 이른바 소유권의 관계적 귀속을 인정한다. 신탁자와 수탁자 사이의 내부관계와 이들 당사자와 제3자에 대한 외부관계를 구별하여 이론을 세우는 상대적 권리이전설<sup>90)</sup>에 입각해 있는 것이다.

### (1) 대내관계



명의신탁의 대내관계는 명의신탁계약에 기하여 수탁자 명의로 등기·등록이 되었더라도 신탁자와 수탁자간의 대내적 관계에서는 여전히 신탁자가 소유권 및 기타 재산권을 가지고 신탁재산을 관리·수익하게 된다. 따라서 신탁자는 언제든지 수탁자에 대하여 명의신탁된 재산에 대한 그의 실질적인 소유권을 주장할 수 있다.<sup>91)</sup> 명의신탁계약에 의하여 수탁자 명의의 소유권이전등기가 경료되었다 하더라도 신탁자와 수탁자 사이에서는 신탁자가 소유권을 보유하고 있으므로 신탁자는 공부상의 소유명의를 없더라도 수탁자에게 언제든지 유보된 실질적 소유권을

88) 대판 1963. 9. 19, 63 다 388.

89) 대판 1965. 5. 18, 65 다 312 ; 특히 대판 1966. 4. 19, 66 다 386은 소유권이전 등기가 신탁에 의한 것이라 하여도 통정한 허위의 의사표시에 의한 것이 아닌 이상 원인무효의 등기라 할 수 없다고 판시하여 명의신탁 자체만으로는 허위표시가 되지 않음을 밝히고 있다.

90) 김광년, “명의신탁에 관한 판례이론검토”, 「판례월보」, 제257호, 1992. 12, p.18.

91) 대판 1972. 11. 28, 72 다 1789 ; 동 1982. 11. 23, 81 다 372.

주장할 수 있고 수탁자 명의의 소유권이전등기가 경료된 후에도 신탁재산을 관리·수익한다. 반면에 수탁자는 자기 명의로 등기는 되어 있지만 신탁자에 대하여 소유권을 주장할 수 없다.<sup>92)</sup> 따라서 수탁자가 신탁재산을 임의로 처분하면 형법상 횡령죄를 구성한다.<sup>93)</sup> 소유권 이외의 권리가 소유권과 관련되어 발생한 경우에 그 권리는 신탁자에게 귀속된다.<sup>94)</sup>

신탁자, 수탁자, 양수인의 삼면계약 또는 수탁자의 동의하에 명의신탁자가 그 신탁계약상의 지위를 양도하면 양수인은 신탁자와 동일한 지위를 가지므로 언제든지 명의신탁계약을 해지하고 소유권이전등기청구 또는 소유권에 기한 말소등기청구를 할 수 있다.<sup>95)</sup> 또한 수탁자가 여럿인 경우에는 신탁재산이 합유에 속한 것이라도 그 수탁자들 간의 소유형태는 언제나 공유이며<sup>96)</sup> 1인 또는 수인이 1필지의 토지일부를 특정하여 매수하고 그 소유권이전등기를 1필지 전체에 대하여 공유지분이전등기를 한 상호명의신탁의 경우에는 내부관계에 있어서 각자 자기가 특정매수부분의 소유권을 취득하고 공유관계가 형성되는 것은 아니다.<sup>97)98)</sup>

이 밖에도 판례이론에 의하면 명의신탁한 대지 위에 제3자가 신탁자의 승낙을 받아 공작물을 설치한 경우에 수탁자는 그 제3자에게 공작물의 철거를 청구할 수

---

92) 대판 1966. 7. 19, 66 다 1007 ; 동 1982. 6. 22, 82 다카 247, 248.

93) 대판 1999. 10. 12, 99 도 3170 ; 동 2000. 2. 22, 99 도 5227 ; 동 2001. 11. 27, 2000 도 3463 ; 동 2002. 2. 22, 2001 도 6209 참조.

94) 대판 1987. 5. 12, 86 다카 2653.

95) 대판 1989. 11. 28, 88 다카 30603.

96) 대판 1967. 10. 25, 66 다 2333 ; 동 1992. 7. 14, 97 다 15341 참조.

97) 대판 1973. 2. 28, 72 다 317 ; 동 1977. 2. 8, 76 다 2525.

98) 대판 1980. 12. 9, 79 다 634는 “수인이 일필지의 토지를 각 위치 특정하여 그 일부씩 매수하고 편의상 그 소유권이전등기만은 공유지분 이전등기를 경료한 경우에는 관계당사자 내부관계에 있어서는 각 특정 매수부분의 소유권을 취득하고 각 공유지분등기는 각자 특정 매수한 부분에 관하여 각 상호명의신탁하고 있는 것이다”라고 판시하고 있다.

없다.<sup>99)</sup> 수탁자가 명의신탁된 당해 부동산을 점유하고 있는 경우라도 그의 점유는 점유권의 성질상 자주점유가 아니기 때문에 부동산 소유권을 시효취득할 수 없다.<sup>100)</sup> 명의신탁된 부동산에 대한 점유취득시효 완성 후 그 소유권이전등기가 경료되기 전에 명의신탁이 해지되어 등기명의가 명의신탁자에게 이전된 경우<sup>101)</sup> 또 수탁자의 상속인은 피상속인의 법률상 지위를 그대로 승계하는 것이므로 별도의 소유의 의사로 점유를 개시하였다고 인정할만한 사유가 없는 한 시효취득을 할 수 없다.<sup>102)</sup> 신탁관계는 당사자 일방(특히 수탁자)이 사망하여도 당연히 소멸되지는 않고 상속인과의 사이에 그대로 존속한다.<sup>103)</sup> 명의신탁관계가 목적달성 불능, 존속기간의 경과, 해지 등의 사유로 종료된 때는 수탁자는 신탁자에게 명의를 복귀시켜야 할 의무가 있고<sup>104)</sup> 신탁관계 종료로 발생하는 신탁자의 신탁등기말소 등기청구권은 소멸시효의 대상이 되지 않는다.<sup>105)</sup>

수탁자는 신탁자와의 명의신탁계약에 따라 신탁재산을 마음대로 처분하지 못하고 그 재산권의 명의를 보존할 의무를 지게 되며 한편 명의신탁계약이 해지되면 신탁재산을 신탁자에게 반환하고 소유명의를 회복시켜줄 의무를 진다. 수탁자가

99) 대판 1965. 8. 24, 65 다 1081.

100) 대판 1992. 4. 14, 91 다 46533.

101) 대판 2001. 10. 26, 2000 다 8861 ; 명의신탁된 부동산에 대하여 점유취득시효가 완성된 후 시효취득자가 그 소유권이전등기를 경료하기 전에 명의신탁이 해지되어 그 등기명의가 명의수탁자로부터 명의신탁자에게로 이전된 경우에는 명의신탁의 취지에 따라 대외적 관계에서는 등기 명의자만이 소유권자로 취급되고 시효완성 당시 시효취득자에게 져야 할 등기의무도 명의수탁자에게만 있을 뿐이므로 명의신탁자의 등기 취득이 등기의무자의 배임행위에 적극 가담한 반사회적 행위에 근거한 등기라든가 또는 기타 다른 이유로 원인무효의 등기인 경우는 별론으로 하고 그 명의신탁자는 취득시효 완성 후에 소유권을 취득한 자에 대하여 그에 대하여 취득시효를 주장할 수 없다는 것이다.

102) 대판 1975. 9. 23, 74 다 2091, 2092.

103) 대판 1982. 11. 23, 81 다 372.

104) 대판 1972. 5. 26, 72 다 632.

105) 대판 1980. 4. 8, 80 다 173.

이러한 의무에 위반하여 신탁재산을 제3자에게 처분하면 수탁자는 신탁자에 대하여 채무불이행이나 불법행위로 인한 손해배상의무를 지게 된다.

명의수탁자가 그 수탁부동산을 점유하는 경우에 그 점유의 성질에 관하여 판례는 명의수탁자의 점유가 권원의 성질상 타주점유임을 밝히고 있다. 또한 수탁자의 상속인은 피상속인의 법률상의 지위를 그대로 승계하는 것이므로 상속인이 따로 이 소유의 의사로써 점유를 개시하였다고 인정할 수 있는 별개의 사유가 존재하지 않는 한 수탁자의 상속인으로서 시효의 효과로 인하여 부동산의 소유권을 취득할 수 없다고 한다.

신탁법상의 신탁에 있어서는 신탁재산은 수탁자가 사망하여도 그 상속재산에 속하지 아니하고(같은 법 제25조) 수탁자의 사망으로 수임사무는 종료하게 되나 명의신탁의 경우에는 당사자 일방의 사망으로 신탁관계가 소멸하지 않고 그 상속인과의 사이에서 승계된다. 이 경우 승계의 성질은 포괄적 승계라 할 것이다.

판례는 부동산 소유권의 명의신탁 관계가 해지되더라도 수탁자 명의의 등기가 남아 있는 한에 있어서는 외부관계에 있어서 수탁자의 소유임에 변동이 없는 것처럼 수탁자가 사망한 경우에도 수탁자의 상속인은 그 소유권을 적법하게 상속 취득하여 이를 제3자에게 유효하게 처분할 수 있다고 한다.

또한 수탁자가 명의신탁이 해지된 후 등기의 회복이 있기 전에 제3자에게 매도하여 그에 따른 소유권이전등기가 제3자 명의로 경료된 경우에는 수탁자가 신탁자에게 부담하고 있는 소유권이전등기의무는 이행불능상태에 있는 것이라고 보아야 한다고 한다.

## (2) 대외관계

명의신탁의 대외관계는 제3자에 대한 것으로 판례는 이 경우 수탁자를 완전한 소유자로 본다. 즉 대외적으로는 수탁자만이 소유권을 행사할 수 있는 반면 신탁자는 소유권을 행사할 수 없다.<sup>106)</sup> 그러므로 수탁자가 행한 신탁재산에 대한 처분행위는 완전히 유효하다. 즉 수탁자와 거래한 제3자는 명의신탁 관계가 있다는 사실에 대한 선의·악의를 불문하고 완전히 유효하게 목적물의 소유권을 취득한다.<sup>107)</sup> 수탁자가 신탁자의 승낙 없이 임의로 자신의 채권자에게 채무의 담보로 근저당권을 설정하여 등기한 경우에도 그 등기는 유효하며<sup>108)</sup> 수탁자가 사망한 경우에는 그 상속인이 명의신탁관계를 승계하여 존속하므로 그 상속인이 한 처분행위도 유효하게 된다.<sup>109)</sup> 또한 토지의 일부를 수탁자가 제3자에게 처분하였으나 그 전부에 대하여 소유권이전등기를 하였다면 제3자는 그 토지의 전부에 대한 소유권을 취득하게 된다.<sup>110)</sup> 그리고 상호명의신탁의 경우에는 외부관계에서는 그 토지 전체에 대하여 공유관계가 성립되어 그 공유지분등기는 특정부분에만 한정하는 것이 아니고 그 전부에 대하여 유효하게 이전된다.<sup>111)</sup> 수탁자는 대외적으로는 완전한 소유자로 취급되기 때문에 그 처분권한을 타인에게 위임할 수도 있다.<sup>112)</sup> 이와는 달리 신탁자는 수탁자 이외의 제3자에게 자기의 소유권을 주장할 수 없으므로 토지와 건물이 동일인의 소유를 전제로 한 법률상 또는 관습법상의 법정지

106) 대판 1987. 3. 10, 85 다카 2508 ; 그러나 제3자가 수탁자에게 신탁재산의 매각이나 담보의 제공 등을 적극적으로 권유하여 수탁자의 배임행위에 가담한 경우에는 수탁자와 제3자간의 계약은 반사회적인 법률행위로서 무효가 된다(대판 1991. 4. 23, 91 다 6221).

107) 대판 1968. 8. 31, 651 두 895.

108) 대판 1955. 8. 4, 1955 민상 189.

109) 대판 1965. 5. 18, 65 다 312 ; 동 1969. 2. 18, 68 다 2094.

110) 대판 1990. 11. 13, 90 다카 23066.

111) 대판 1962. 2. 22, 1025 민상 ; 동 1979. 7. 26, 79 다카 741.

112) 대판 1966. 1. 13, 65 다 186.

상권을 취득할 수 없다.<sup>113)</sup>

신탁재산의 소유권은 제3자에 대한 관계에서는 수탁자에게 있으므로 수탁자의 일반채권자는 수탁자명의로 되어있는 신탁재산에 대하여 강제집행을 하거나 경매를 할 수 있고 이 경우 신탁자는 소유권을 유보하고 있음을 이유로 제3자 이의의 소나 경매에 대한 이의를 제기할 수 없다.<sup>114)</sup>

반면에 신탁자의 채권자는 신탁재산에 대한 소유명의가 수탁자로 되어있는 이상 그 재산에 대하여 강제집행을 할 수 없고 이러한 신탁재산에 대하여 강제집행이 실시된 경우 수탁자는 소유권자로서 제3자 이의의 소를 제기할 수 있다. 신탁자의 일반채권자는 신탁자를 대위하여 명의신탁계약을 해지하고 이를 원인으로 신탁재산을 환원시킬 수 있으며 명의신탁설정행위가 사해행위가 되는 경우 채권자취소권을 행사할 수 있다.<sup>115)</sup>

명의신탁 재산에 대한 제3자의 침해가 있거나 원인무효의 등기가 경료된 경우에 수탁자는 소유자로서 마땅히 침해배제나 말소등기를 청구할 수 있고 때에 따라서는 손해배상청구권도 행사할 수 있다.<sup>115)</sup> 이런 경우 판례는 신탁자에게도 그러한 권리를 인정한 경우<sup>116)</sup>와 인정하지 않은 경우<sup>117)</sup>로 혼선을 빚어오다가 신탁자가 직접 그 권리를 행사하게 되면 신탁의 법률관계를 더욱 복잡하게 하므로 “신탁자가 수탁자를 대위함이 없이 직접 제3자에 대하여 신탁재산에 대한 침해의 배제를 청구할 수 없다”<sup>118)</sup>고 결론지었다.

---

113) 대판 1975. 3. 11, 74 다 1935 ; 동 1991. 5. 28, 91 다 7200.

114) 대판 1974. 6. 25, 74 다 423.

115) 권오곤, 전계논문, p.392.

116) 대판 1963. 3. 28, 63 다 76 ; 동 1966. 9. 27, 66 다 1159.

117) 대판 1967. 12. 29, 67 다 2034,

118) 대판 1979. 9. 25, 77 다 1079 ; 동 1989. 7. 25, 88 다카 7207.

그러나 판례는 모든 대외관계에서 수탁자만을 소유자로 취급하는 것은 아니다. 특히 명의신탁의 목적물에 대한 불법행위책임과 관련하여 공작물책임이 문제되었을 때에는 신탁자에게 그 공작물의 소유자로서의 책임을 부담시킨 경우도 있다.<sup>119)</sup>

### (3) 명의신탁의 해지와 효과

명의신탁의 법률관계는 원칙적으로 신탁자와 수탁자 사이의 명의신탁계약 해지의 의사표시로 종료된다. 또한 명의신탁계약에서 정한 사유가 발생하였을 때 명의신탁관계가 종료됨은 물론이고 그밖에 일반적인 법률관계의 소멸원인에 의하여도 종료된다. 그러나 신탁자나 수탁자의 사망으로 인하여 신탁관계가 당연히 소멸하지는 않는다.

명의신탁이 해지되면 명의신탁은 장래에 향하여 그 효력을 잃게 되며 수탁자는 신탁자에게 소유권이전등기를 하여야 할 청산의무를 부담한다. 그리고 채무불이행에 의한 손해가 발생하고 있는 경우에는 신탁계약의 해지와 아울러 그 손해의 배상도 청구할 수 있다.

판례이론에 의하면 명의신탁에 있어서 특별한 사정이 없는 한 신탁자는 언제든지 신탁계약을 해지하고 신탁재산의 반환을 청구할 수 있다.<sup>120)</sup>

이러한 것은 명의신탁의 이익이 신탁자에게 있다는 이론에 터잡은 것으로 「특별한 사정」이란 수탁자에게도 일말의 신탁이익이 있는 것으로 해석된다.<sup>121)</sup> 수탁자도 해지권을 갖는다고 할 것이다. 명의신탁이 해지되면 수탁자는 신탁재산을 신

119) 대판 1977. 8. 23, 77 다 246.

120) 대판 1964. 6. 9, 63 다 987 ; 동 1976. 6. 22, 75 다 174.

121) 권오곤, 전계논문, p.393.



탁자에게 반환할 의무를 지게된다. 이때 신탁자가 가지는 반환청구권은 두 가지라는 것이 판례이다. 그 하나는 명의신탁해지로 인한 신탁관계의 종료로서 이전등기 절차의 이행을 청구할 수 있고 다른 하나는 명의신탁 해지를 원인으로 소유권에 의해서도 그와 같은 청구를 할 수 있다는 것이다. 이 두 가지의 측면에서 소송물을 달리할 수 있다.<sup>122)</sup> 또한 이 청구는 물권적 청구이므로 소멸시효의 대상이 되지 않는다.<sup>123)</sup> 명의신탁이 해지된 후에도 등기가 수탁자의 명의로 그대로 존속하고 있는 이상 수탁자는 외부관계에 있어서의 지위에는 변함이 없다. 따라서 신탁재산을 제3자에게 처분한 것은 유효하게 되고 신탁자는 그 제3자에 대하여 자기의 소유권을 주장할 수 없다고 한다.<sup>124)</sup>

소유권말소등기의 최근 판례<sup>125)</sup>에서도 명의신탁 해지를 원인으로 하고 소유권에 기한 소유권이전등기청구의 가부(적극) 및 그것과 명의신탁 해지로 신탁관계의 종료만을 이유로 하는 소유권이전등기청구와의 관계는 명의신탁자는 명의수탁자에 대하여 신탁해지를 하고 신탁관계의 종료 그것만을 이유로 하여 소유 명의의 이전등기절차의 이행을 청구할 수 있음은 물론 신탁해지를 원인으로 하고 소유권에 기해서도 그와 같은 청구를 할 수 있고 이 경우 양 청구는 청구원인을 달리하는 별개의 소송이라 하고 있다.

---

122) 대법원판결은 종전에 신탁 해지만으로서는 그 부동산에 대한 소유권이 당연히 신탁자에게 귀속되는 것이 아니어서 신탁자에게는 수탁자에게 신탁해지를 이유로 하여서만 그 부동산의 소유권 이전 등기를 청구할 수 있을 뿐이라는 판례(대판 1970. 5. 12, 70 다 370)를 변경하였다. 대판 1976. 6. 22, 75 다 124 ; 동 1980. 12. 9, 79 다 634 ; 동 2002. 5. 10, 2000 다 55171, 즉 “수탁자에 대하여 신탁관계의 종료 그것만을 이유로 하여 소유 명의의 이전등기 절차의 이행을 구할 수 있다고 할 것은 물론이거니와, 신탁해지를 원인으로 하고 소유권에 기해서도 그와 같은 청구를 구할 수 있다고도 하여야 할 것”이라고 하여 종전의 판례를 변경한다고 그 이유를 밝히고 있다. 그리고 이러한 판결은 최근까지도 이어지고 있다(대판 1998. 4. 24, 97 다 44416, 판례월보 336호, p.136).

123) 대판 1976. 6. 22, 75 다 124.

124) 대판 1980. 11. 25, 80 다 2217 ; 동 1981. 12. 8, 80 다 3073.

125) 대판 2002. 5. 10, 2000 다 55171.

## 2. 명의신탁에 대한 학설

학설은 크게 판례를 지지하는 입장과 반대하는 입장 그리고 판례이론에 수정을 가하여 비판적으로 재구성하는 입장 등 세 갈래이다. 이러한 학설들은 모두 명의신탁의 유효성을 인정할 것인가의 문제에 귀착된다. 명의신탁에 관한 학설은 유효설,<sup>126)</sup> 무효설,<sup>127)</sup> 제한적유효설, 영미법상의 수동신탁의 법리를 적용하여 파악하고자 하는 견해<sup>128)</sup> 그리고 명의수탁자는 소유자로서의 외관만이 있고 실질적인 소유자로서의 권리를 갖지 못하는 표현소유권설<sup>129)</sup> 등으로 나누어진다.

### (1) 무효설

판례를 가장 신랄하게 비판하면서 반대하는 입장이 무효설<sup>130)</sup>이다. 이 학설은 다음과 같은 이유로 명의신탁이 무효라고 주장한다.

첫째, 명의신탁은 신탁자의 내심의 효과의사와 외관에 의하여 추단되는 표시상의 효과의사가 불일치한다는 점에서 민법 제108조 제1항에서 규정한 통정한 허위표시에 해당된다. 즉 진정으로 당사자가 소유권이전을 의욕하지 않고 가장적으로 만들어낸 외관의 법적효력을 부인하는 것에 대하여 당사자의 합의가 있었기 때문에 명의신탁은 틀림없는 허위표시라는 것이다. 명의신탁을 허위표시로서 무효로

126) 이영준, 「민법총칙」, 박영사, 2001, p.188-189 ; 동, “명의신탁의 유효성에 관하여” 「사법논집」, 제19집, 1988, p.7 이하 ; 김주영, 「민법총칙」, 삼영사, 1991, p.315 ; 권오승, 「민법특강」, 법문사, 1994, p.211.

127) 박윤직, 전계서, p.400.

128) 김상용, 「물권법」, 법문사, 1999, pp.499-500.

129) 고상룡, “명의신탁과 허위표시”, 「고시계」, 12월호, 1982, p.68.

130) 박윤직, 전계서, pp.394-400 ; 동 전계논문, pp.18-22.

한다고 해도 거래의 안전에는 전혀 문제가 생기지 않는다. 그 이유는 민법 제108조 제2항에 의하여 허위표시의 무효는 선의의 제3자에 대하여는 그 무효를 주장할 수 없기 때문이라고 한다. 즉 명의수탁자로 부터 명의신탁재산을 양수한 제3자는 동 규정에 의하여 선의인 경우에는 그 소유권을 취득할 수 있기 때문이다.

둘째, 명의신탁의 성립요건과 관련하여 공부상 신탁자의 명의로 등기한 사실이 없는 경우에도 명의신탁이 유효하게 성립할 수 있다는 판례에 대하여 신탁행위가 유효하기 위하여는 반드시 신탁자가 신탁재산을 수탁자에게 이전하여야만 되고 이 때 이전되는 권리는 완전한 권리어야 한다. 즉 등기가 물권변동의 성립요건이 되는 독법주의의 원칙상 등기한 사실이 없는 신탁자가 완전한 권리를 가질 수 없고 가지지 아니한 권리를 양도한다는 것은 어불성설이다.

셋째, 판례가 인정하고 있는 이른바 관계적소유권이 잘못임을 위에서 언급한 바와 같다.<sup>131)</sup>

## (2) 유효설

판례이론을 지지하는 유효설<sup>132)</sup>은 상대적권리이전설 또는 내외구분설이라고도 하는데 이 설은 다음과 같은 이유에서 명의신탁의 유효성을 인정하고 있다.

첫째, 명의신탁 그 자체가 허위표시가 아니다. 명의신탁을 향한 진정한 의사가 실제로 명의신탁의 약정 속에 담겨있기 때문이다.

둘째, 민법상 신탁의 본질은 외부적으로는 권리가 수탁자에게 넘어가지만 내부적으로는 권리가 여전히 신탁자에게 남아 있게 되는 이른바 권리에 있어서의 내

131) 그러나 박운직교수도 명의신탁제도를 이용하려는 선의의 자에게는 다소 불편이 있다는 것을 언급하고 있다. 상계논문, 참조.

132) 이영준, “명의신탁의 유효성에 관하여”, 「사법논집」, 제9집, 1988. pp.11-17.

부·외부관련의 분리에 있다. 명의신탁은 자기의 권리를 타인의 명의로 등기·등록하는 것으로서 재산의 보존·등기의 편의 등 경제적 목적이 있는 것으로 민법상의 신탁행위와 근본적인 차이가 없다. 이는 양도담보에서의 소유권이전이 채권담보라는 데에 그 목적에 있고 추심목적의 채권양도가 채권추심이라는 목적을 가지는 것과 같다.

셋째, 명의신탁에 경제적 목적이 있는 이상 이를 인정하는 것이 사적자치의 원칙에 비추어 옳다.

이러한 견해 이외에도 판례의 태도를 지지하는 입장으로 거래의 안전을 위하여 명의신탁을 유효로 하는 것이 불가피하다는 실천적인 근거를 드는 견해<sup>133)</sup>가 있다.



### (3) 절대적권리이전설(채권관계설)

절대적권리이전설은 판례의 이론에 부분적으로 찬동하고 있다. 즉 명의신탁을 신탁행위이론 속에 포함시켜 이해하나 상대적소유권이전설에서 말하는 내·외부적소유권이란 민법 제185조에서 규정한 물권법정주의에 반하므로 취하지 않는다. 이른바 내부적소유권은 진정한 소유권이 아니고 채권관계의 한 종류에 지나지 않는다. 부동산물권변동에 관하여 형식주의를 채택하고 있는 민법의 체계상 명의신탁의 경우에도 내부·외부에 관계없이 수탁자를 완전한 소유자로 보고 다만 이때의 수탁자의 지위는 신탁목적에 의한 채권적 제한을 받는 것으로 보아야 한다.<sup>134)</sup>

133) 권오승, “명의신탁”, 「고시연구」, 9월호, 1990, p.93.

134) 강봉수, “명의신탁에 있어서 내부적 소유권의 의미(III)”, 사법행정, 1987. 12, p.41.

따라서 이 견해에 의하면 신탁자와 수탁자 사이의 내부관계에서는 명의신탁의 본질상 신탁자가 소유자인데 외부 관계에 있어서는 수탁자가 소유자가 되고 신탁자는 수탁자에 대한 채권적 지위를 가지는데 불과하다. 그러나 이 설은 신탁재산에 대하여 신탁자가 이를 배타적으로 사용·수익하고 있다는 점을 설명하지 못하는 단점을 가진다.

#### (4) 표현소유권설

표현소유권설은 명의신탁을 수탁자에게 신탁재산에 대한 명의만이 이전되고 그 재산에 대한 권리를 적극적으로 행사할 수 있는 권리·의무가 없는 수동신탁으로 봄으로써 민법상의 신탁행위와 구별하여 신탁행위이론을 명의신탁에 적용하는 것은 적절하지 못하다고 한다. 명의신탁은 “실질적 권한이 없는 형식적 자격의 부여와 같은 법률관계를 실질적 권리와 수탁자간에 발생시키는 것”이다. 따라서 이 설에 의하면 수탁자로부터 신탁재산을 양수한 제3자는 선의·악의를 불문하고 그 소유권 취득이 유효하다는 판례는 부당하다.

표현소유권설의 주요 논거는 명의신탁 관계에서 권리의관을 신뢰한 제3자의 보호문제이다. 이러한 제3자를 보호하기 위하여서는 ‘표현소유권법리’를 채택하여 권리의관을 믿고 거래한 선의의 제3자만을 보호하자는 것이다.

이러한 표현소유권법리는 프랑스 학설·판례가 인정한 표현 상속인 또는 수도원 재산의 명의인에 관한 표현소유권이론<sup>135)</sup>을 도입하여 우리의 명의신탁론에 접목시킨 것이다. 프랑스의 표현소유권 이론을 소개하는 이유를 우리와 정치·경

---

135) 고상룡, “명의신탁논의 재검토 소고”, 「민법학논집」, 후암 관윤직교수 화갑 기념논문집, 1995, p.185.

제·사회면에서 그 배경이 다르지만 우리의 명의신탁 이론이 조선고등법원판례에 의하여 제기될 당시의 의용민법이 일본민법이며 일본민법은 프랑스 민법을 모델로 했기 때문에 적어도 법체계적인 면에서 당시의 우리의 경우와 유사성이 있다. 또한 프랑스의 교단(수도원)재산은 우리의 종중재산의 명의관계와 매우 유사하다. 등기에 공신력을 인정하지 않는 우리의 부동산거래에서 야기되는 제3자의 보호문제는 프랑스와 다를 바 없으며 또한 ‘표현소유권’은 명의수탁자의 지위를 의미하는 것이기 때문에 우리 민법 제185조의 물권법정주의에도 반하지 않는다. 실정법상 표현소유권이론의 근거가 될 수 있는 것은 민법 제108조 제2항을 유추적용하는 것이다.<sup>136)</sup> 이 설은 선의의 제3자만을 보호한다는 점에서는 유효설과 판이하고 무효설과 그 취지를 같이 하나 수탁자에게 신탁재산에 대한 명의만이 이전되고 그 재산에 대한 권리를 적극적으로 행사할 수 있는 권리·의무는 없는 것으로 이론 구성하는 것이 지나치게 부자연스럽다.

##### (5) 수동신탁법리적용설

수동신탁법리적용설<sup>137)</sup>은 실제적인 측면에서 명의신탁을 인정함으로써 탈세·탈법·부동산거래질서의 소란 등과 같은 부작용이 초래됨에도 불구하고 이를 무효로 인정하는 것은 부당하다고 한다. 명의신탁을 「공연한 명의신탁」(신탁자명의로 등기할 때 등기원인을 신탁으로 표시하는 것)과 「은닉된 명의신탁」(신탁자명의로 등기할 때 명의신탁 사실이 등기과정에서 드러나지 않는 것)으로 구분한 다음 공연한 명의신탁은 영미법상 신탁행위의 수동신탁을 은닉된 명의신탁에

---

136) 고상룡, 상계논문. p.185.

137) 김상용, 전계논문, p.28 이하.

는 영미법상 수동신탁의 법리를 적용하자고 한다.

영미법상의 신탁(trust)에 있어서는 수탁자가 신탁재산을 적극적으로 관리할 의무(duty of administration)가 있으면 이를 능동신탁(active trust)이라 하고 단순히 신탁재산에 대한 명의만을 수탁자 앞으로 하고 실제로 관리·처분은 수익자가 하는 경우를 수동신탁(passive trust)이라고 한다. 이때 능동신탁에 있어서는 위탁자(truster)가 수익자(beneficiary)를 위하여 수탁자(trustee)에게 재산권을 이전하면 수탁자는 보통법상의 권원(legal title)을 취득하고 수익자는 형평법상의 권원(equitable title)을 취득하게 된다. 그러나 수동신탁의 경우는 수익자가 보통법상의 권원과 형평법상의 권원을 함께 취득하고 수탁자는 명의상의 권원자가 되지만 신탁재산에 대하여는 아무런 권리도 취득하지 못한다. 이러한 이론적 근거로 수동신탁법리적용설은 우리의 명의신탁과 영미법상의 수동신탁이 그 실체가 같다고 파악하고 이 법리를 적용하자는 것이다.<sup>138)</sup> 특히 이 견해에 의하면 명의신탁에 있어 실제적 진실과 권리외관이 서로 합치하지 않은 경우에 실제적 진실을 더 존중하는 입장을 취하게 된다. 따라서 신탁자를 완전한 소유자로 보고 대외적으로도 수익자인 동시에 소유자로 취급하는 결론에 도달하게 된다. 이 설은 우리나라의 명의신탁에 아무런 실정법적 근거도 없이 영미법상의 제도를 적용하자는 데에 무리가 있다.

### 3. 비판과 사건

부동산명의신탁에 대한 판례는 주로 학설에서 다음과 같이 비판된다.

---

138) 김상용, 상계논문, p.28 ; 동 “명의신탁에 관한 판례비판”, 법률신문, 1988. 7. 14.

첫째, 명의신탁의 유효성과 관련하여 신탁행위는 원래 허위표시와 경계를 이루면서 형성·발전 되어온 제도임에도 판례는 명의신탁과 허위표시와의 관계에 대해서는 아무런 언급을 하지 않는다. 판례에 의하여 인정되는 명의신탁의 범위는 넓고 그 동안 축적된 판례의 양도 방대하지만 판례가 허위표시에 대한 검토를 너무 소홀히 하였다.<sup>139)</sup>

둘째, 판례는 이른바 상대적 소유권 또는 소유권의 상대적 귀속이라는 개념을 인정하여 대내소유권과 대외소유권으로 구별하고 있는데 이는 소유권이 획일적·포괄적인 권리라는 소유권의 본질에 배치된다. 특히 문제가 되는 것은 내부관계에서 신탁자에게 인정되는 소유권의 실체이다. 이는 민법 제185조의 물권법정주의와 같은 법 제186조의 독법(형식)주의에 정면으로 배치되는 것이기 때문이다.<sup>140)</sup> 예를 들어 특히 계약명의신탁의 경우 신탁자는 자기명의로 등기하지 않았기 때문에 소유권을 취득하지 못했음에도 불구하고 (내부적)소유권의 취득을 인정해야 하는 모순이 발생한다. 소유권은 절대적이며 배타성이 있는 권리이기 때문에 특정인(신탁자와 수탁자) 사이에서만 인정되는 편의적 구성은 허용되지 않는다.

셋째, 판례에 의하면 명의수탁자와 거래한 제3자, 특히 그가 악의인 경우까지도 보호된다. 법은 원칙적으로 선의자를 보호하는 것이지 악의자를 보호하지 않는다. 물론 악의자가 전혀 보호받지 못하는 것은 아니지만<sup>141)</sup> 원칙적으로 악의자를 보

---

139) 김광년, 전계논문, p.22 ; 김준호, 전계서, pp.200-212 ; 동, 「신탁행위론」, 법문사, 1997, p.167 ; 또한 명의신탁의 유효설을 취하는 입장에서 구체적인 사례에서 명의신탁이 허위표시에 해당하는 경우가 있을 수 있다고 한다(이영준, “명의신탁의 유효성에 관하여”, 사법논집, 제19집, 1988, p.15).

140) 강봉수, 전계논문, p.65 이하 ; 박윤직, 전계논문, p.20 이하 ; 권오승, “명의신탁”, 민법의 쟁점, 고시연구, 1990, p.154 ; 권오곤, 전계논문, p.521.

141) 예를 들어 민법 제246조 제1항에 의한 동산의 악의점유상의 시효취득에 의하여 소유권을 취득하는 경우가 이에 해당한다.



호하는 법리는 인정될 수 없다. 그런데도 불구하고 판례는 명의수탁자와 거래한 제3자의 선의·악의를 묻지 않고 소유권 취득을 인정하고 있다. 특히 판례가 인정한 여러 가지 유형의 명의신탁은 종종 재산을 종종 일원이나 그 대표자 명의로 등기할 수 밖에 없었던 본래의 경제적 목적과는 달리 대부분이 탈법, 강제집행의 면탈, 재산은닉, 투기 등에 이용되었다는 점에서 판례의 이론은 온당하지 못하다.

생각컨대 부동산명의신탁은 이미 그 연혁적 고찰을 통하여 밝혀진 바와 같이 입법적인 흠결에서 비롯한 관행과 판례이론에 의하여 형성된 법이다. 그럼에도 이 관행과 판례가 꾸준히 우리 사회에서 활용되어 왔고 어느 한계에 이르기까지는 그 유효성과 합법성이 지켜져 온 것도 사실이다. 따라서 부동산명의신탁을 그 이론적 설명은 차치 하고라도 아예 무효라고 주장하는 것은 타당하지 않다. 또한 지금까지 살펴본 어느 학설에 의하더라도 논리적으로 문제점은 다 가지고 있다.

물론 이 제도가 뒤에 부동산실명법에 의하여 무효로 규정은 된다 하더라도 적어도 부동산 명의신탁의 법리적 구조를 논하는 이 단계에서는 과거의 실제와 부합하는 해석만이 허용된다 할 것이다. 그런 의미에서 연구자는 부동산 명의신탁을 무효라고 보는 것보다는 판례에 의하든 아니면 학설에 의하든 일단은 유효한 것으로 이론 구성하는 데에 찬성한다. 요약하여 사건을 말하면 부동산명의신탁의 법리적 구조에 관하여는 그 유효성과 이론구성을 따로 분리하여 고찰하여야 한다고 생각한다. 그러할 때 부동산명의신탁의 관행=판례에 대하여는 신탁자와 수탁자 사이의 내부관계에서는 명의신탁의 본질상 신탁자가 소유자인데, 외부 관계에 있어서는 수탁자가 소유자가 되고 신탁자는 수탁자에 대한 채권적 지위를 가지는데 불과하다고 하는 것이 온당할 것 같다. 물론 이 설에 대하여 신탁재산에 대하여 신탁자가 이를 배타적으로 사용·수익하고 있지 않느냐는 비판이 주어지지만 그

와 같은 신탁자의 배타적 사용수익은 당사자간에서는 신탁약정에 의하여 당사자간에 합의한 내용이니까 그것을 존중하는 것이 사적자치의 원칙에 부합되고 제3자와의 관계에서는 구체적인 경우 신탁자와 제3자간의 우선관계를 따지면 되므로 크게 문제될 것이 없다 할 것이다.

#### 4. 명의신탁의 악용예와 규제

##### (1) 명의신탁제도의 악용예

###### 1) 탈세수단

부동산명의신탁의 폐단의 가장 대표적인 예로는 탈세의 수단으로 악용된 것들을 수 있다. 이와 관련하여 우선 문제가 되는 것은 상속세의 포탈이다. 즉 상속사유가 발생했을 때 상속인이 특정인과 결탁하여 상속부동산이 원래는 특정인의 소유인데 피상속인의 명의로 명의신탁되었다는 것을 가장하여 법원에 소유권이전등기소송을 제기하여 승소판결을 받은 후 특정인의 소유인 것처럼 하여 이를 상속재산에서 누락시키는 방법으로 상속세를 포탈하는 것이다.

부동산명의신탁은 증여세의 포탈수단으로 악용되기도 하였는데 부모가 부동산을 매입하여 미성년자인 자녀에게 증여하고자 할 때 특정인 명의로 등기해 두고 증여세 시효 만료인 10년이 경과하고 자녀가 성인이 되면 명의신탁의 해지를 이유로 법원의 판결을 받아 실제소유자인 수증자 명의로 등기하는 방법이었다.

양도세를 회피하기 위하여 부동산명의신탁이 악용되기는 마찬가지이다. 예를 들어 1세대 1주택을 보유한 사람이 새로이 취득한 주택을 무주택자 명의로 등기하여 두면 1세대 2주택의 중과세를 면할 수 있게 된다.

그밖에 법인이 법인명의로 기업의 목적 외 비업무용 토지를 취득하여 자산을 비합법적인 방법으로 증식할 경우 금융기관으로부터 여신중단이나 차입금리 자손 금불산입 등 금융제재를 받을 뿐만 아니라 높은 세율의 종합토지세와 법인세를 부담해야 하는데 이를 피하기 위한 방법으로 임원 또는 개인의 명의로登記하는 방법을 썼다.

## 2) 탈법·투기수단

부동산명의신탁은 탈세의 수단으로 뿐만 아니라 탈법·투기의 수단으로도 활용되어 왔다. 한 예로 우선 농지의 취득자격이 없는 외지인이 부동산투기를 목적으로 농지를 매입한 후 토지거래허가의 규제를 면하기 위하여 당해 농지의 소재지에 거주하는 농민과 명의신탁약정을 하고 등기를 농민명의로 해 두는 방법이다.

외국인 또는 외국의 기업이 내국인 명의로 명의신탁하여 외국인 토지취득 및 관리법상의 취득에 따른 제한을 회피하기 위하여 명의신탁이 이용되기도 하였다.

기존의 택지를 보유하고 있는 자가 투기나 택지확장의 목적으로 택지를 추가로 취득하였으나 택지상한초과에 해당될 때 취득허가나 택지소유상한초과 부담금을 면할 목적으로 타인의 명의로 등기해 두는 것도 부동산명의신탁이 악용되는 대표적인 경우이다.

토지거래허가규제에 따라 토지거래허가를 받을 수 없는 자가 부동산을 매입하고 등기명의로 매도인 이름으로 그대로 둔채로 근저당권을 설정해 두었다가 명의신탁해지나 저당권 실현 등에 의하여 실소유자의 명의로 소유권 이전·登記하는 방법이다.

### 3) 재산 은닉수단

재산은닉수단의 사례는 강제집행을 면할 목적으로 채무자가 자기의 재산을 타인의 명의로 신탁하여 두는 경우와 공직자가 재산등록 과정에서 도덕적 비난과 신분상의 불이익을 염려하여 자신의 재산을 타인명의로 등기 해 두는 것 등을 들 수 있다. 이러한 사례들은 근래에 실시한 공직자 재산등록 및 공개에서 자주 드러난 바 있다.

이와 같은 불법적인 명의신탁의 악용은 단지 부동산거래의 질서를 어지럽힐 뿐만 아니라 불로소득에 따른 사회적 부정심리를 조장하였고 건전한 국민경제의 혼란, 국가조세 행정의 혼란 등 여러 가지 폐단을 야기 시켜 왔다. 이러한 명의신탁의 폐단의 원인은 명의신탁등기는 등기원인을 명의신탁계약으로 등기하지 아니하고 매매 또는 증여 등으로 기재함으로써 진정한 등기원인이 등기부에 나타나지 않아 그 진위의 구별이 어려웠기 때문이다. 이는 등기와 실제 권리관계가 부합되어야 할 등기제도의 이상에도 반하게 되는 것이다. 바로 이러한 이유에서 명의신탁이 부실등기의 원인을 제공하였다는 비난을 받기도 한다. 더욱이 이러한 폐단은 정부의 부동산정책의 실효성을 저하시킬 뿐만 아니라 더 나아가 부동산규제정책을 허구화시키는 결과를 가져오게 되었고 이로 인하여 명의신탁 자체가 사법질서를 왜곡시킨다는 지적을 받아 왔다.

### (2) 악용에 대한 규제

부동산명의신탁의 유효성에 관한 논란은 별론으로 하더라도 부동산 명의신탁의 폐해가 방치되기만 한 것은 아니고 이를 방지하기 위한 노력은 지속적으로 있어 왔다. 명의신탁 악용에 대한 대표적인 규제장치로 상속세법상 증여의제와 부동산

등기특별조치법상의 허용되지 않는 명의신탁에 관한 규정을 두게 되었다.

### 1) 상속세법상의 증여의제

명의신탁의 규제에 관한 첫번째 조치는 세법에 의한 규제로 1981년 12월 31일 상속세법을 개정하여 같은 법 제32조의 2에서 명의신탁을 모두 증여로 의제하여 증여세를 부과토록 하였다. 그러나 이것은 국세기본법 제14조의 실질과세의 원칙에 반하는 명목과세로서 입법상 많은 문제점이 내포되어 있었다. 그럼에도 불구하고 대법원은 증여의 실체를 갖추지 아니한 명의신탁에 대한 증여세부과처분이 정당한 것이라고 판결하였다.<sup>142)</sup> 그러나 이에 대하여 위헌소송이 제기되었고 이에 대한 헌법재판소의 결정은 조세회피 또는 조세포탈의 목적이 없는 명의신탁의 증여의제는 위헌이라는 일부위헌결정을 내렸다.<sup>143)</sup> 이 결정으로 조세의 회피나 조세의 포탈 목적을 위한 명의신탁의 경우에만 증여세를 부과할 수 있게 되었다. 그러나 이는 헌법재판소도 역시 명의신탁의 유효성을 인정하는 결과가 되었다.

### 2) 부동산등기특별조치법상의 규제

상속세법상의 명의신탁에 대한 규제에도 불구하고 계속 명의신탁의 방법으로 부동산투기가 근절되지 않자 정부는 1990년 8월 1일 민사특별법인 부동산등기특별조치법을 제정하여 같은 법 제7조 제1항에서 탈세·탈법·투기목적의 명의신탁등기신청을 금지하였다. 이 법 제8조 제3호에서는 이와 같은 목적의 명의신탁등기를 신청을 한 자에 대하여는 3년이하의 징역 또는 1억원이하의 벌금에 처하도록 하는 등의 처벌규정을 두어 규제를 더욱 강화하였다. 그러나 같은 법 부칙 제2조

142) 대판 1987. 4. 23, 86 누 486.

143) 헌재결정 1989. 7. 21, 89 헌마 38.

단서에서는 같은 법 시행일 이전에 명의신탁등기가 경료된 것에는 명의신탁의 목적에 관계없이 유효한 것으로 규정하고 있다. 즉 기존의 명의신탁에 대하여 그 유효성을 인정한다는 것이고<sup>144)</sup> 탈세·탈법·투기 목적이 없는 명의신탁은 그 사유서를 제출하여 명의신탁등기를 할 수 있도록 허용하였다. 그러나 이를 피하기 위하여 반대로 명의신탁해지의 방법으로 여전히 명의신탁제도는 악용되어 왔다.<sup>145)</sup> 특히 이 명의신탁해지는 단독행위이므로 이를 등기원인으로 하는 경우 국토이용관리법에서 정한 토지거래허가·신고 뿐만 아니라 그 밖의 개별법상의 규제를 피할 수 있게 되었다.



---

144) 명의신탁을 금지하는 규정이 효력규정인가 아니면 단순히 단속규정인가에 대하여 대법원 판례는 이를 단속규정으로 보고 있다(대판 1993. 8. 13, 92 다 42651).

145) 김상용, “부동산거래실명제에 관한 사법적 검토”, “부동산 실명제 실시에 따른 법적 검토”, 한국 부동산학회 학술발표지, 1995. 2. 17, p.32 참조.

## 제 3 장 부동산실명법의 내용

### 제 1 절 법률의 개관

#### 1. 제정배경

부동산 명의신탁은 일제시대 이래 판례에 의하여 확립된 이론으로서 우리의 법률생활에 깊은 영향을 미쳐온 제도이다. 그동안 명의신탁에 대하여는 법적 성격을 둘러싸고 유효론과 무효론이 대립되어 왔고 다른 한편으로는 명의신탁이 주로 탈법적인 목적으로 이용되어 왔다는 점 때문에 이를 금지하여야 한다는 사회적 요구가 꾸준히 증대되어 왔다. 종래 명의신탁에 관한 이론적인 논쟁은 주로 명의신탁이 민법상의 허위표시에 해당되는가 하는 점에 집중되어 있었다. 그러나 가령 명의신탁이 허위표시에 해당되어 무효라는 견해를 따르더라도 명의신탁에 의한 등기이전이 불법원인급여에 해당되지 않는 이상 신탁자는 부당이득반환청구<sup>146)</sup>의 형식으로 언제든지 수탁자로 부터 부동산을 되찾아 올 수 있을 것이므로 명의신탁에 대한 무효론 만으로는 명의신탁을 규제할 현실적인 요청 내지 필요성을 충족시키기 어려운 것이었다.

따라서 명의신탁을 실효적으로 금지시키기 위하여는 특별법을 통하여 민·형사

---

146) 대판 2001. 5. 8, 2000 다 43284, 43291, 43307 ; 명의수탁자와 제3자 사이의 인락조서에 의해 명의신탁된 토지의 소유권이 제3자에게 이전되었으나 인락조서의 성립이 명의수탁자의 불법행위에 기한 것이고 제3자가 불법행위에 적극 가담하였다면 제3자가 토지의 소유자임을 전제로 명의신탁자에게 토지의 점유·사용으로 인한 부당이득반환청구를 하는 것은 권리남용에 해당한다고 한 사례.

적인 규제를 가하는 방법밖에 없었으며 이에 대한 최초의 시도로 이루어진 것이 부동산등기특별조치법(1990. 8. 1. 법률 제4244호)이다. 즉 같은 법 제7조 제1항은 조세부과를 면하거나 전매차익을 얻으려 하거나 혹은 소유권 등 권리변동을 규제하는 법령의 제한을 회피할 목적으로 하는 명의신탁을 금지하고 이에 위반하는 자는 3년 이하의 징역이나 1억원 이하의 벌금에 처하도록 함으로써 탈법목적의 명의신탁을 금지하고 위반자에 대하여는 형사처벌까지 규정하였다. 그런데 대법원은 동 법률이 명의신탁의 사법상의 효력까지 부인하는 것은 아니라고 해석하였고<sup>147)</sup> 이에 따라 위 법률의 시행에도 불구하고 명의신탁에 관한 사법상의 법률관계는 종전과 다름없이 유지되었으며 동 법률이 규정하는 형사처벌만으로는 명의신탁을 효과적으로 금지시키지 못하였던 것이다.

그러던 중 문민정부 출범 이후 부동산실명제가 실시됨으로써 명의신탁의 사법상의 효력을 전면 부인하고 명의신탁자 등에 대하여는 형사처벌과 과징금을 부과하는 등 가히 혁명적인 내용을 담고 있는 부동산실권리자명의등기에 관한 법률이 1995. 3. 30. 법률 제4944호로 제정되기에 이르렀고 동 법률의 시행에 따라 명의신탁에 관한 법률관계는 근본적인 변화를 겪을 수밖에 없게 되었다. 부동산등기특별조치법은 탈법목적이 없는 명의신탁을 법률로 인정하였던 것인데 불과 몇 년만에 다시 전면적 금지와 함께 기존의 명의신탁에 대하여 까지 실명전환을 강제하게 된 것이다.<sup>148)</sup>

부동산실명법은 부동산에 관한 소유권 기타 물권을 실체적 권리관계에 부합하도록 실권리자 명의로 등기하게 함으로써 부동산등기제도를 악용한 투기·탈세·

---

147) 대판 1993. 8. 13, 92 다 42651.

148) 권오창, “부동산명의신탁의 법률관계에 관한 시론 ; 부동산실권리자명의등기에 관한 법률의 시행과 관련하여”, 제주관례연구회에서는 부동산실명법제정이 법적 안정성의 측면에서 커다란 문제가 있음을 지적한다.



탈법행위 등 반사회적 행위를 방지하고 부동산거래의 정상화와 부동산가격의 안정을 도모하여 국민경제의 건전한 발전에 이바지함을 목적으로 제정된 법률이다. 위 법률을 제정한 데에는 크게 다음과 같은 3가지 배경이 있었다.

### **첫째, 부동산정책의 실효성 확보**

부동산 명의신탁이 정부의 부동산정책의 실효성을 크게 떨어뜨리고 있다는 점이 부동산실권리자명의등기에관한법률 제정의 첫번째 동기이다. 부동산을 남의 이름으로 등기할 수 있도록 허용됨으로써 부동산 소유자들이 정부가 부과하고 있는 토지정책 관련 의무는 회피하면서 필요한 경우에는 언제든지 부동산에 관한 권리를 행사할 수 있다는 점에서 부동산규제의 허점이 지적되어 왔던 것이다.

### **둘째, 명의신탁약정의 물권법원칙 위배**

명의신탁은 그간 사법질서를 왜곡시키는 것이라는 비판이 학계를 중심으로 꾸준히 제기되어 왔다. 즉 명의신탁제도는 대외적으로는 등기 명의인이 부동산에 관한 권리와 의무를 가지고 있는 것처럼 등기하면서 대내적으로는 실권리자가 부동산에 관한 모든 권리를 행사하는 것으로 부동산에 관한 권리가 대내외로 양분되어 있기 때문에 민법이 채택하고 있는 부동산 취득은 등기를 요한다는 물권취득의 독법(형식)주의 및 한 물건에는 동일한 내용의 물권이 동시에 둘 이상 인정될 수 없다고 하는 일물일권주의원칙에 어긋난다.

### **셋째, 경제정의의 실현**

1993년 8월 실시된 금융실명제 제2단계이자 완결조치인 금융자산소득 종합과세가 1996년 실시되면서 부동산 차명 소유의 길을 열어 놓을 경우 금융시장에서 갈 길을 잃은 비실명자금이 부동산시장으로 흘러들어가 자금 흐름이 왜곡될 우려가 있었다. 정부는 이러한 인식을 바탕으로 부동산투기와 음성 불로소득을 차단하여

경제정의를 실천하는 한편 사법질서의 문제점을 시정하고 부동산거래가 실수요자 중심으로 이루어지도록 함으로써 부동산가격의 안정을 도모할 목적으로 위 법률의 제정을 추진하게 된 것이다.<sup>149)</sup>

## 2. 내용개요

내용면에서 이 법률은 4가지를 그 골격으로 한다. 첫째는 명의신탁을 원칙적으로 무효로 보는 것이며, 둘째는 장기 미등기를 명의신탁에 준하여 취급한다는 것, 셋째는 기존의 명의신탁등기를 실권리자 명의로 등기하도록 하는 것이며, 넷째는 부동산 양도담보에 있어서 담보의 내용을 공시하도록 하는 것이다.

적용범위와 관련하여 같은 법은 「부동산에 관한 소유권 기타 물권」을 실제적 권리관계에 부합하도록 채권리자 명의로 등기하는 것을 그 대상으로 한다(같은 법 제1조). 그렇게 함으로써 부동산등기제도를 악용한 투기·탈세·탈법행위 등 반사회적 행위를 방지하고 부동산거래의 정상화와 부동산가격의 안정을 도모하여 국민경제의 건전한 발전에 이바지함을 목적으로 하는 것이다(같은 법 제1조). 같은 법은 등기를 요건으로 하는 부동산물권을 대상으로 하고 그리고 이를 실권리자 명의로 등기하지 않고 타인의 명의로 등기하여 두는 명의신탁 약정관계를 규율하고자 하는 것이다. 그러므로 소유권 이외에 전세권·저당권·지상권 등 부동산물권을 타인의 명의로 등기하는 경우에도 같은 법에 의한 규제대상이 된다.

---

149) 재정경제원, 「부동산실명법 해설」, 1995. 4, pp.5-6.

## 제 2 절 부동산실명법의 적용범위

### 1. 명의신탁의 유형

「명의신탁약정」이란 “부동산에 관한 소유권 기타 물권을 보유한 자 또는 사실상 취득하거나 취득하려고 하는 자가 타인과의 사이에서 대내적으로는 실권리자가 부동산에 관한 물권을 보유하거나 보유하기로 하고 그에 기한 등기(가등기를 포함)는 그 타인의 명의로 하기로 하는 약정(위임·위탁매매의 형식에 의하거나 추인에 의한 경우를 포함한다)”을 말한다(같은 법 제2조 1호 본문). 여기서 부동산에 관한 물권을 보유한 자라 함은 신탁자가 자기명의로 등기를 마친 경우 이외에도 법률의 규정에 의하여 물권을 취득하였으나 아직 등기를 마치지 않은 경우 혹은 미등기 상태로 보유하는 부동산을 수탁자 앞으로 직접 보존등기를 마치는 경우 등이 포함될 수 있다. 사실상 취득하거나 취득하려고 하는 자라 함은 예컨대 부동산을 매수하여 매매대금을 모두 지급하는 등의 방법으로 사실상의 처분권을 취득하였으나 아직 등기를 마치지 아니한 자나 혹은 이와 같은 지위를 취득하고자 하는 자를 가리킨다. 명의신탁은 법률상 명문의 근거를 가진 제도가 아니라 판례이론에 의하여 발전되어온 것이고 그 유형에 관하여 판례가 인정하는 범위는 매우 넓다는 것은 이미 본 바와 같다.<sup>150)</sup>

그런데 부동산실명법은 법 제2조 제1호에서 위 3가지 유형의 명의신탁이 모두 같은 법이 규율하고자 하는 명의신탁의 범위에 포함됨을 명백히 한다.<sup>151)</sup> 또한 이

---

150) 위 명의신탁의 성립요건과 유형, 판례가 인정하는 유형 참조.

151) 권오창, 전계논문. p.270.

법 제2조 1항에서 “명의신탁약정”이라 함은 부동산에 관한 소유권 기타 물권(이하 “부동산에 관한 물권”이라 한다)을 보유한 자 이외에도 “사실상 취득하거나 취득하려고 하는 자”를 명의신탁의 주체로 포함시키고 있다.

부동산에 관한 물권을 보유한 자라 함은 신탁자가 자기 명의로 등기를 마친 경우 이외에도 법률의 규정에 의하여 물권을 취득하였으나 아직 등기는 마치지 아니한 경우 혹은 미등기 상태로 보유하는 부동산을 수탁자 앞으로 직접 보존등기를 마치는 경우 등이 모두 포함될 것이다. 그리고 사실상 취득하거나 취득하려고 하는 자라 함은 예컨대 부동산을 매수하여 매매대금을 모두 지급하는 등의 방법으로 사실상의 처분권을 취득하였으나 아직 등기를 마치지 아니한 자나 혹은 이와 같은 지위를 취득하고자 하는 자를 가리키는 것으로 이해되는데 따라서 신탁자가 아직 부동산 물권에 대한 등기를 마치지 아니한 상태에서 이루어지는 명의신탁도 부동산실명법의 규율대상이 될 것이다.

나아가 부동산실명법 제2조 제1호는 “위임, 위탁매매의 형식에 의하거나 추인에 의한 경우도 포함한다”라고 규정하고 있는데 위임 내지 위탁매매의 형식에 의한 경우라고 함은 예컨대 부동산을 취득하고자 하는 甲이 乙에게 매수대금을 제공하여 乙이 자신의 명의로 丙으로부터 부동산을 매수하여 등기 역시 乙앞으로 마치는 경우를 들 수 있는데 이때에 甲과 乙사이에는 甲이 乙에게 부동산을 사달라고 하는 일종의 위임계약과 매수한 부동산을 乙명의로 등기를 마쳐달라고 하는 명의신탁약정이 존재하게 되는데 법은 위와 같은 형태의 명의신탁약정도 무효로 하고 있다.<sup>152)</sup>

---

152) 다만, 권오창, 상계논문은 위임이나 위탁매매가 민,상법에 법정된 제도이고, 부동산실명법이 이것까지 무효로 하고 있는 것은 아니지만, 적어도 위임이나 위탁매매에 의하여 매수한 부동산을 먼저 수임인 명의로 등기하고, 나중에(곧바로 혹은 적절한 시기에) 위임인 명의로 등기를 마치기로 하는 내용의 약정은 부동산실명법 제2조 제1호가 정의하는 “명의신탁약정”으로서 무효라고 해석할 수 밖에 없다는 견해를 편다.

다음으로 위 조항을 해석함에 있어서 주목할 것은 동 조항이 명의신탁의 대상인 물권에 관하여 본등기 이외에 가등기를 수탁자 앞으로 경로해 두기로 약정하는 경우까지 포함시키고 있다. 따라서 예컨대 甲이 타인으로부터 부동산을 매수하고 그 대금을 지급함으로써 이를 사실상 취득한 상태에서 乙과 사이에 대내적으로는 甲이 위 부동산에 대한 사실상의 소유권을 보유하기로 하고 乙앞으로 소유권이전등기청구권을 보전하기 위한 가등기를 경로하기로 약정하는 경우에도 위 약정은 부동산실명법이 금지하는 명의신탁약정으로서 무효가 되고 위 약정에 따라 경로된 명의의 가등기 역시 무효가 된다. 이는 가등기의 형식을 빌려 사실상 명의신탁의 효과를 거두는 것을 막기 위한 규정이라 할 수 있다.

그런데 이와 같이 부동산에 관한 물권을 사실상 취득하거나 취득하려고 하는 자가 당해 물권에 관한 청구권보전의 가등기를 경로하는 경우 이외에 채무담보의 목적으로 이른바 담보가등기를 설정 받으면서 다른 사람에게 명의를 신탁하여 가등기를 경로한 경우에도 위 조항이 적용된다고 해석된다.<sup>153)</sup> 대법원은 부동산 소유권 이외에도 공부에 의하여 권리관계가 공시되는 경우(가입전화사용권, 주주명의 등)에 대하여 명의신탁관계를 인정하는 듯한 경향을 보여왔는데<sup>154)</sup> 법은 “부동산에 관한” 물권을 적용대상으로 삼고 있으므로 그 이외의 물건에 대한 명의신탁 관계에는 부동산실명법이 적용되지 아니할 것이다.

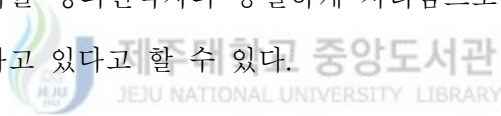
---

153) 서정우, 「민법주해」(VII), p.311 이하 및 재정경제원, 「전개서」, p.94.

154) 이 점에 관하여 자세한 것은 권오곤, “명의신탁에 관한 판례의 동향”, 민사판례연구, 제10집, 1988. 8, p.379 이하 참조.

## 2. 장기 미등기의 경우

명의신탁의 유형과 관련하여 특기할 만한 것은 장기미등기자에 대한 강력한 제재를 규정하고 있는 부동산실명법 제10조이다. 즉 법 제10조에 의하면 소유권이전을 내용으로 하는 계약을 체결하고 반대급부를 이행한 자가 그로부터 3년 이내에 소유권이전등기신청을 하지 아니하는 경우에는 명의신탁의 경우와 마찬가지로 과징금, 이행 강제금 및 벌칙을 부과 받게 된다. 이는 사실상 부동산을 취득하고 나서도 장기간 동안 자기 앞으로 등기를 마치지 아니하는 것은 현재의 등기 명의자에게 명의신탁을 하는 것과 동일한 결과를 초래하기 때문이라고 한다. 부동산실명법은 장기미등기자를 명의신탁자와 동일하게 처리함으로써 사실상 새로운 유형의 명의신탁을 인정하고 있다고 할 수 있다.



## 3. 적용이 배제되는 경우

부동산실명법 제2조 제1호 단서는 명의신탁약정에서 제외되는 3가지의 경우를 규정하고 있다. 다음의 3가지는 위의 명의신탁약정에서 제외한다(같은 법 제2조 1호 단서). 즉 ① 채무의 변제를 담보하기 위하여 채권자가 부동산에 관한 물권을 이전받거나 가등기하는 경우(소위 부동산의 양도담보와 가등기담보), ② 부동산의 위치와 면적을 특정하여 2인 이상이 구분소유하기로 약정을 하고 그 구분소유자의 공유로 등기하는 경우, ③ 신탁법 또는 신탁업법에 의한 신탁재산인 사실을 등기한 경우, 동조 단서 각호의 경우가 종래 판례가 말하는 고유한 의미의 명의신탁에 포함되는 것인지에 관하여는 논란의 여지가 있을 수 있겠으나 양도담보 및 가

등기, 상호명의신탁, 신탁법에 의한 신탁등기 등은 각기 고유의 경제적 기능을 가지고 있고 전형적인 명의신탁과 달리 등기부상에 실질권리관계가 나타나는 점을 고려하여 부동산실명법이 금지하는 명의신탁약정에 포함되지 아니함으로 명백히 하였다.

## 제 3 절 실권리자 명의의 등기의무

### 1. 원 칙

누구든지 부동산에 관한 물권을 명의신탁약정에 의하여 명의수탁자의 명의로 등기하여서는 아니된다(같은 법 제3조 1항). 즉 실권리자의 명의로 등기하여야 한다. 위의 실권리자 명의 등기의무에 위반한 경우에는 크게 두 가지 효과가 발생한다. 하나는 그 명의신탁약정을 무효로 하는 것이고 둘은 일정한 벌칙을 부과하는 것이다. 다만 중중 및 배우자의 경우에는 특례가 인정된다.

### 2. 명의신탁약정의 사법적 무효

#### (1) 사법적 효력의 부인

부동산등기특별조치법이 명의신탁행위의 사법적 효력까지를 부정한 것이 아니었던<sup>155)</sup> 반면에 부동산실명법상 명의신탁 약정은 무효이다.(제4조 1항)

이 규정의 도입배경은 부동산등기특별조치법에서 명의신탁을 금지하고 있음에

---

155) 대판 1993. 8. 13, 92 다 42651. 대법원은 위 규정을 단속 규정으로 파악하고 있다고 보아야 할 것이다. 문용선, 전계논문, p.154.

도 불구하고 명의신탁제도가 존속되고 있는 상황에서 명의신탁을 효과적으로 근절하기 위한 대책의 일환이라 할 수 있다. 입법자는 부동산등기특별조치법은 처벌을 위주로 하고 있기 때문에 명의신탁근절이라는 실효를 거두지 못하고 있다는 판단에 따라 명의신탁의 사법적 효력을 부인하는 것으로 기본방향을 잡게 된 것이다. 나아가 부동산 명의신탁은 투기·탈세 등 그 폐해가 명백한 이상 이익형량의 원칙상 이를 금지하는 것은 계약자유 원칙에 대한 합리적인 제한이라고 할 것이므로 위헌이라고 보기는 어렵다고 보았기 때문이다.<sup>156)</sup>

부동산실명법 제4조 제1항과 제2항에 의하여 명의신탁을 무효화하고 있는 근본 이유는 탈법·투기 등의 목적으로 악용되는 명의신탁을 근절하기 위해서이다. 그러나 양도담보, 상호명의신탁, 종중재산 및 부부간의 명의신탁 등 몇몇의 경우를 제외한 모든 경우에 명의신탁을 일률적으로 무효로 규정한 것에 대하여 특히 부동산등기특별조치법과 관련하여 명의신탁의 무효에 대하여 많은 문제점이 제기되고 있다.<sup>157)</sup> 탈법행위가 아닌 일정한 경제적 목적을 달성하기 위한 명의신탁의 경우 예를 들면 어떤 목적을 가지고 재단법인을 설립하고자 재산을 출연할 때 그 재산을 보전하기 위하여 재단법인의 성립 전까지 발기인의 명의로 등기하는 경우나 분할이 되어 있지 않은 토지의 일부를 매수하고 그 전부에 대하여 이전등기를 하는 경우 재개발사업을 위하여 개별소유자가 사업 시행자에게 사업의 편의상 권리를 이전하는 경우 등에는 명의신탁을 인정해야 할 필요성이 있다.

이와 관련하여 입법체계상 탈세·투기·탈법행위의 목적을 가지고 한 명의신탁

156) 재정경제원, 「전계서」, 1995. 4, p.111.

157) 국민의 법의식이 박약한 점을 들어, 미등기 부동산이 수백만건 존재하고, 등기와 권리관계를 일치시키고자 수 차례에 걸쳐 부동산 소유권이전등기에 관한 특별조치법을 시행하였으나 그 제도를 이용하지 못하는 소유자가 많은 현실을 감안할 때 권리의 실질과 등기가 맞지 않는다고 하여 명의신탁을 전부 무효로 하는 것은 큰 혼란을 초래하는 일이라는 견해 ; 안상수, 한국경향신문, 1995. 1. 10자, p.6.



은 금지하되 그 외의 것은 이를 허용한 종전의 부동산등기특별조치법 제7조의 규정이 명의신탁의 본질에도 부합하고 또한 그 규제를 탄력적으로 운용한다는 이유에서 오히려 더 바람직한 입법이었다고 평가하는 견해<sup>158)</sup>도 있다.

부동산실명법 제4조 제2항 본문에 의하면 명의신탁약정에 따라 행하여진 등기에 의한 부동산물권변동은 효력을 발생시키지 않게 된다. 그 결과 명의신탁등기를 하더라도 소유권은 계속해서 신탁자에게 남아 있게 된다. 이처럼 소유권이 신탁자에게 귀속되어 있다면 명의신탁을 금지하는 부동산실명법의 실효성이 저하될 수 있다. 특히 이는 법이론적 측면에서 볼 때 민법상의 불법원인급여에 관한 규정(민법 제746조)과도 일치하지 않는다. 즉 불법의 원인으로 인하여 재산을 급여한 경우에는 불법원인급여자가 그 재산을 청구하지 못한다는 민법 제746조에 의하면 급여된 재산은 수익자에게 소유권이 귀속되게 된다.

특히 탈세·탈법 등의 목적으로 명의신탁등기를 하는 경우에는 민법 제746조 본문에 따라 명의신탁자에게 소유권이 귀속된다고 보아야 논리적일 것이다. 더구나 명의신탁을 무효로 하고 겹겹의 제제를 가하는 법체계로 보아 그것을 불법원인급여와 달리 볼 이유가 없는데도 신탁약정은 무효이나 그 소유권의 귀속을 신탁자에게 남긴다는 것은 논리적이지 않다.

부동산실명법 제4조 제2항은 동조 제1항과 별개의 규정이 아니라 불가분의 관계에 있는 것으로 보아야 한다. 법률행위에 의한 부동산물권변동이 일어나기 위해서 우리나라와 같은 형식요건(讀法)주의 하에서는 등기를 하여야만 한다. 물권행위의 독자성을 인정하든 아니면 부정하든 채권행위 또는 물권행위와 등기라는 두 가지 요건이 모두 충족되어야 부동산물권변동이 일어나는 것이다. 이러한 점에서

---

158) 김준호, 「신탁행위론」, 법문사, 1997, p.190.

본다면 같은 법 제4조 제1항에 명의신탁약정은 무효이기 때문에 명의수탁자 앞으로 등기되었더라도 물권변동은 당연히 일어나지 않게 된다. 물권변동의 요건이 충족되지 않았기 때문이다. 따라서 동조 제2항의 “등기에 의한 … 물권변동은 무효로 한다”는 규정은 불필요한 규정이 된다.

## (2) 명의신탁의 무효와 물권행위이론

부동산물권변동의 원인은 법률행위에 의한 경우와 법률행위에 의하지 않은 경우(=법률규정에 의한 경우)로 나누어진다.<sup>159)</sup> 부동산명의신탁에서 문제되는 것은 전자인데 법률행위에 의한 부동산물권변동과 관련하여 특히 문제가 되는 것의 하나가 이른바 물권행위의 독자성문제이다. 현재 우리 나라의 경우 물권행위의 독자성인정 여부에 관하여는 많은 논란이 있어 물권행위의 독자성을 인정하는 견해와 부정하는 견해로 나누어져 있다.<sup>160)</sup>

독자성을 인정하는 견해에 의하면 원인행위인 채권행위와는 상관없이 이행행위인 물권행위에 등기라는 요건이 충족되면 부동산물권변동이 일어나게 된다. 이와는 달리 물권행위의 독자성을 부정하는 견해에 의하면 물권행위는 채권행위에 흡수되기 때문에 채권행위와 등기에 의하여 부동산물권변동이 일어나게 된다.

부동산실명법 제4조 제1항은 위 물권행위의 독자성에 관한 어느 이론에 의하여도 해석이 가능하여 두 가지 의미로 해석할 수 있다. 그 하나는 물권행위의 독자성을 취하는 경우 비록 채권행위인 명의신탁계약은 무효라 하더라도 물권행위인

---

159) 민법 제186조와 188조.

160) 현재 우리 나라의 학설은 물권행위의 독자성을 인정하는 견해가 다수설(최 식, 방순원, 김기수, 김증한, 김현태, 김용한, 이영준, 장경학 등)이며, 이를 인정하지 않으려는 소수설(곽윤직, 이영섭 등)의 대립이 있다. 판례(대판 1977. 5. 24, 75 다 1394)는 이유를 밝히고 있지 않지만 소수설의 입장을 취하고 있다 ; 곽윤직, 「물권법」, 박영사, 1999, p.83.

명의신탁계약, 즉 소유권이전에 관한 물권적 합의의 유효성을 인정할 수 있다는 주장을 입법적으로 차단하려는 의도가 포함된 것으로 해석할 수 있다.<sup>161)</sup> 다른 하나는 물권행위의 독자성을 부정하는 경우에는 이러한 내용의 규정은 불필요한 것으로 되어 단지 주의적 규정에 불과한 것으로 해석된다.<sup>162)</sup>

### (3) 부동산의 계약명의신탁과 횡령죄 성립여부

신탁자와 수탁자 사이의 명의신탁 약정에 따라 수탁자가 명의신탁 약정이 있다는 사실을 알지 못하는 소유자와 사이에서 부동산매매계약을 체결한 후 당해 부동산의 소유권이전등기를 수탁자 명의로 경료한 경우 그 수탁자가 형법 제355조 제1항 소정의 ‘타인의 재물을 보관하는 자에 해당하는지 여부(소극)로서 이에 관한 대법원<sup>163)</sup>은 횡령죄는 타인의 재물을 보관하는 자가 그 재물을 횡령하는 경우에 성립하는 범죄인 바 부동산실권리자명의등기에관한법률 제2조제1호 및 제4조의 규정에 의하면 신탁자와 수탁자가 명의신탁 약정을 맺고 이에 따라 수탁자가 당사자가 되어 명의신탁 약정이 있다는 사실을 알지 못하는 소유자와 사이에서 부동산에 관한 매매계약을 체결한 후 그 매매계약에 기하여 당해 부동산의 소유권이전등기를 수탁자 명의로 경료한 경우에는 그 소유권이전등기에 의한 당해 부동산에 관한 물권변동은 유효하고 한편 신탁자와 수탁자 사이의 약정은 무효이므로 결국 수탁자는 전소유자인 매도인 뿐만 아니라 신탁자에 대한 관계에서도 유효하게 당해 부동산의 소유권을 취득한 것으로 보아야 할 것이고 따라서 그 수탁

---

161) 윤철홍, 전계논문, p.221.

162) 김상용, 전계논문, p.35.

163) 대판 2000. 3. 24, 98 도 4347 ; 동 2000.2. 22, 99 도 5227.

자는 타인의 재물을 보관하는 자라고 볼 수 없다고 한다.<sup>164)</sup>

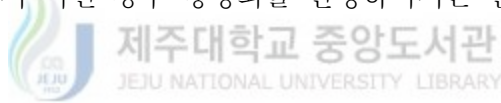
부동산실명법은 제3조 제1항에서 누구든지 부동산에 관한 물권을 명의신탁약정에 의하여 명의수탁자의 명의로 등기하여서는 안된다고 규정하고 있다. 또한 같은 법 제4조 제1항은 명의신탁약정은 무효이고 제2항은 명의신탁약정에 따라 행하여진 등기에 의한 부동산에 관한 물권변동은 무효로 하며 제2항 단서에 다만 부동산에 관한 물권을 취득하기 위한 계약에서 명의수탁자가 그 일방당사자가 되고 타방 당사자는 명의신탁약정이 있다는 사실을 알지 못한 경우에는 그러하지 않다고 규정하고 있다. 즉 계약명의신탁의 경우에 부동산의 원소유자인 매도인이 명의신탁사실을 모르는 경우에는 매도인과 수탁자 사이의 물권변동은 유효하며 수탁자 앞으로 경료된 등기는 유효하고 신탁자와 수탁자 사이에서는 신탁자가 수탁자를 상대로 명의신탁약정에 의한 이전등기청구를 할 수 없다. 그러므로 신탁자와 수탁자 사이의 내부적인 관계에서 신탁자가 부동산에 관한 소유권을 보유하기로 하는 약정으로 인한 권리·의무도 발생하지 않는다고 보아야 한다(이러한 입장은 원심판결이 판시한 바이다). 그 결과 수탁자의 임의처분행위에 대해서 이번 판결이 판시한 바와 같이 횡령죄를 인정할 수는 없다(반대로 계약의 타방 당사자인 원소유자, 즉 매도인이 명의신탁사실을 알고 있는 경우에는 동 법의 규정취지에 따라 수탁자 앞으로의 소유권이전등기가 무효가 되기 때문에 소유권은 원소유자에게 복귀한다. 그 결과 명의수탁자의 임의처분행위는 원소유자에 대한 관계에서 횡령죄가 성립한다고 보아야 한다).

이에 대해서 수탁자의 행위는 신의칙에 반하며 정의관념에도 반한다는 등의 이

---

164) 이 점에 관하여 자세한 것은 박상기, “계약명의신탁과 수탁자의 형사책임(판례평석)”, 법률신문, 2002. 8. 7.참조.

유로 수탁자에게 횡령죄를 인정하여야 한다는 견해 혹은 신탁자와 수탁자 사이에 사실상의 신임관계를 인정하여 수탁자에게 배임죄를 인정하여야 한다는 견해 그 밖에 부동산실명법의 목적은 부동산에 관한 물권을 실제적 권리관계에 부합하도록 실권리자 명의로 등기하도록 하는 것에 있는 것이지 신탁자가 신탁부동산의 소유권을 취득하지 못하도록 금지하는 것은 아니라고 보아야 한다는 이유를 들어 횡령죄를 인정하는 견해가 다수설이다. 그러나 부동산실명법의 입법취지와 명문규정에는 반하는 해석이라고 볼 수 밖에 없다. 다수설이 수탁자에게 횡령죄 혹은 배임죄를 인정하는 것은 결과적으로 신탁자가 신탁부동산의 진정한 소유권자인 것과 같은 외관을 여전히 남겨둠으로써 부동산실명법의 입법취지를 무색하게 할 가능성이 있다. 따라서 이런 경우 횡령죄를 인정하여서는 안 될 것이다.



#### (4) 농지의 명의신탁

대법원판례는 농지와 관련하여 농민 아닌 자가 신탁자가 되어 농가인 수탁자 앞으로 명의신탁을 한 경우, 이는 농지개혁법에 의해 무효이고<sup>165)</sup> 당사자간의 보관관계를 인정할 수 없으므로 수탁자가 이를 처분하더라도 횡령죄로 구성하지 않는다고 판시한다. 그 이유는 수탁자가 농지를 취득할 수 없으므로 보관하고 있다 할 수 없고 여기서의 취득은 점유와 같은 개념으로 못볼 바 아니기 때문이다. 농지개혁법상 농지를 매수할 수 있는 자는 기성 농가 또는 농가가 되려는 자 즉 매수당시 농가는 아니더라도 농지를 자경 또는 자영할 의사가 있어야 하고 수탁자

165) 대판 1965. 8. 24, 65 다 1036. 또한 판례는 농지개혁법 소정의 자경하지 않는 자의 농지인지의 여부는 농지개혁법 시행 당시의 경작자가 등기부상 소유자인가 아닌가에 따라 결정할 것이 아니고 실질적 소유자가 경작하고 있는지의 여부에 따라 결정하여야 할 것이라고 한다. 대판 1965. 5. 31, 65 다 597.

가 자경 또는 자영하지 아니하는 단순한 명의신탁은 농지개혁법의 규정에 의하여 당연히 무효이며 따라서 신탁자가 실제 자경하는 농지는 농지개혁법 소정의 비자경농지에서 제외하는 것이 타당하고 수탁자가 신탁농지를 자경하는 경우에는 농지개혁법시행으로 수탁자의 자경지로 인정되고 신탁자는 신탁계약을 해지하더라도 그 농지의 반환을 청구할 수 없고 소유권이전등기도 청구할 수 없으며 다만 신탁자는 수탁자에 대하여 그 상환을 면한 이득에 대하여 법령에 정한 범위내에서 그 반환을 청구할 수 있기 때문이다. 비록 과거의 판결이지만 부동산실명법의 입법취지와 규정의 해석상 실명법 이후에도 여전히 타당한 판결이라 할 것이다.

### 3. 명의신탁약정의 무효와 제3자에 대한 효력



명의신탁약정에 따라 행하여진 등기에 의한 부동산에 관한 물권변동은 무효로 한다(같은 법 제4조 2항). 따라서 명의수탁자의 명의로 등기되어 있다 하더라도 명의수탁자가 소유자가 되지는 못하고 명의신탁자가 소유자가 된다. 그 이유는 “명의신탁자가 당해 부동산의 실질소유자임을 감안할 때 명의신탁자가 어느 경우에도 소유권을 되찾아오지 못하는 것은 재산권의 본질적인 침해로서 위헌의 소지가 크다는 점을 고려한 것이다.”<sup>166)</sup>라고 설명한다. 그런데 소위 “계약명의의 신탁”에 있어서는 이에 대한 예외가 인정된다. 즉 부동산에 관한 물권을 취득하기 위한 계약에서 명의수탁자가 그 일방당사자가 되고 그 타방당사자는 명의신탁약정이 있다는 사실을 알지 못한 경우에는 그에 터잡아 경료된 부동산에 관한 물권변동은 그대로 효력을 발생한다(같은 법 제4조 2항 단서). 따라서 명의수탁자가 유효

166) 재정경제원, 「전계서」, 1995. 4, p.108.

하게 소유권을 취득하는 것이 된다. 그 결과 명의신탁자의 명의로 등기할 의무가 주어지지 않게 된다.

명의신탁자가 제3자에 대하여 진정한 등기명의의 회복을 원인으로 한 소유권이 전등기청구를 할 수 있는지 여부로서 토지소유권이전등기말소의 판례에 의하면 명의신탁에 있어서 대외적으로는 수탁자가 소유자라 할 것이고 명의신탁재산에 대한 침해배제를 구하는 것은 대외적 소유권자인 수탁자만이 가능한 것이며 신탁자는 수탁자를 대위하여 그 침해에 대한 배제를 구할 수 있을 뿐이므로 명의신탁 사실이 인정된다고 할지라도 신탁자는 제3자에 대하여 진정한 등기명의의 회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구를 할 수 있는 진정한 소유자의 지위에 있다고 볼 수 없다<sup>167)</sup>는 것이다.

명의신탁약정이 무효이거나 또는 그에 따라 행하여진 부동산물권변동이 무효인 경우에도 이로써 제3자에게 대항하지 못한다(같은 법 제4조 3항). 여기서 제3자가 선의이든 악의이든 이를 묻지 않는다. 악의의 제3자까지도 보호하는 것에 대하여는 악의의 제3자를 보호하는 것이 범감정상 맞지 않는다는 비판이 있을 수 있다. 그러나 제3자가 유효하게 소유권을 취득할 수 있게 함으로써 즉 명의신탁자의 사법상의 위치를 불안하게 함으로써 명의신탁을 억제하는 효과를 거둘 수 있고 명의신탁을 금지하는 부동산실명법에서 종전보다도 명의신탁자를 더 보호한다는 것은 타당하지 않다는 점이 고려된 것이다.<sup>168)</sup>

동 규정은 종래 판례의 태도<sup>169)</sup>와 궤를 같이 하고 있다. 여기에 대해 악의의 제3자까지 보호하는 것은 부당하다는 견해가 있다. 악의의 양수인까지 보호하므로

---

167) 대판 2002. 8. 21, 2000 다 36484.

168) 재정경제원, 「전계서」, 1995. 4, p.114.

169) 대판 1959. 1. 15, 4290 민상 667 ; 동 1969. 10. 13, 69 다 1338.

선의의 권리자만을 보호한다는 민법의 다른 제도와 균형을 잃게 된다는 것이다. 이에 대하여 다음의 이유를 들어 악의의 제3자도 보호되어야 한다는 규정이 타당하다고 하는 견해가 있다. 이 견해에 의하면 첫째, 신탁자의 탈법행위로 인한 소유권상실의 위험은 신탁자가 부담하여야 하는 것이지 등기를 믿고 거래한 제3자가 부담할 것은 아니라는 점 둘째, 제3자보다 신탁자를 보호하는 것은 부동산실명법의 입법취지에도 적합하지 않는다는 것 셋째, 실제 소송에서 선의와 악의를 구별하여 입증한다는 것이 용이하지 않기 때문이라는 이유이다.<sup>170)</sup> 생각컨대 부동산실명법의 입법취지를 살려 악의의 제3자 또한 보호되어야 한다고 생각한다. 또한 악의의 제3자 중에도 수탁자의 배임행위에 적극가담하여 처분행위를 한 경우에는 민법 제103조에 위반되는 행위로서 무효라고 할 수 있으므로 단순히 악의의 제3자라는 이유로 보호되지 않는 것은 타당하지 않다고 생각한다.

제3자에게 대항하지 못한다고 규정을 해석할 때 제3자의 범위를 어떻게 보아야 하느냐에 관한 문제이다. 이에 대해 동 조항이 규정하는 제3자에는 수탁자 명의의 등기에 터잡아 물권을 설정받은 자 또는 명의수탁자로부터 신탁부동산을 임차하여 점유하게 된 자와 같이 수탁자 명의의 등기를 기초로 신탁부동산에 관한 물권이나 사용·수익권을 취득한 자로 해석하여야 할 것이다.<sup>171)</sup> 동 조항을 명의수탁자와 거래한 제3자를 보호하기 위한 규정으로 해석할 수 있기 때문이다.

“제3자에게 대항하지 못한다”는 의미는 수탁자 명의의 등기는 무효이지만 제3자에 대한 관계에서는 유효한 것으로 취급되고 수탁자가 그 명의의 등기에 기여 처분한 처분행위는 유효하게 된다는 의미일 것이다. 그러나 제3자가 수탁자의

170) 권오창, 전계논문, p.283 ; 자칫 제3자의 거래의 안전을 해칠 우려가 있다는 점 등을 고려하여 보면 현행법의 태도에 찬성하고 있다.

171) 권오창, 상계논문, p.283.



처분행위에 적극 가담한 경우에는 수탁자의 처분행위는 무효가 된다는 종래의 판례의 태도<sup>172)</sup>와 같은 취지로 해석되리라고 생각한다.

#### 4. 위반에 대한 제재

부동산실명법 위반에 대한 제재는 과징금, 이행강제금 그리고 형사처벌로 중층 구조를 이룬다.

##### (1) 과징금

부동산실명법은 동 법률을 위반한 명의신탁자 등에 대하여 부동산 가액의 30%에 해당하는 과징금을 부과하며(법 제5조, 제10조 제1,2항, 제12조 제2항, 제14조 제2항) 과징금의 부과율이 30%로 정하여 진 것은 양도차익의 30% 내지 50%가 과세되는 양도소득세율과 과표의 최고 50% 부과되는 증여세율을 감안하여 제재의 실효성이 확보될 수 있는 수준으로 결정한 것이라고 한다(“부동산실명법 해설” 제39면). 부동산을 산 뒤 3년 이상 등기하지 않거나 남의 이름으로 등기를 했을 경우 무조건 부동산 가액의 30%를 과징금으로 부과하도록 되어있는 부동산실권리자명의등기법상 이 과징금 규정은 제정 당초부터 뒤에서 논하는 바와 같은 문제점을 가지고 있는 것으로 지적되어온 바 있었는데 2001년 5월 31일 헌법재판소는 이 과징금 규정에 대하여 ‘탈세나 투기를 위한 방편으로 이용되었는지 등을 고려하지 않고 일률적으로 과징금을 매기는 것은 과잉 금지의 원칙과 평등의 원칙에 어긋난다’며 헌법 불합치 결정을 내리고 2002년 6월 30일까지 관련 조항을

---

172) 대판 1963. 3. 28, 62 다 862 ; 동 1981. 7. 7, 80 다 2064 ; 동 1991. 4. 23, 91 다 6221.

고치도록 하였고 이에 따라 재정경제부는 그동안 부동산 가액의 30%를 일률적으로 부과하던 과징금이 헌법 불합치 결정을 받음에 따라 이같은 내용의 ‘부동산 실권리자 명의 등기에 관한 법률 개정안’을 2002년 4월 14일 입법 예고하고 관련 부처협의를 거쳐 9월 정기국회에 제출할 계획이라고 밝혔고 2002년 4월 10일 법무부도 부동산 취득 후 3년 내에 부동산 이전 등기를 하지 않거나 부동산 실명 등기를 하지 않은 경우 부동산 가액과 위반 기간 등에 따라 과징금을 차등 부과하는 ‘부동산실권리자명의등기에관한법률 시행령 개정안’이 국무회의를 통과, 시행에 들어간다고 밝혔다. 개정안에 따르면 부동산 가액이 5억원 이하일 경우 5%, 5억~30억원 이하는 10%, 30억원 이상이면 15%의 부과율이 적용된다. 위반기간이 1년 이하인 경우는 5%, 1~2년 이하 10%, 2년 이상이면 15%를 적용토록 했으며 조세포탈 등의 목적이 없는 것으로 인정되면 과징금을 50% 깎아주도록 했다.

판례<sup>173)</sup>는 부동산실권리자명의등기에관한법률 제11조 제3항에 의한 실명등기 또는 매각처분의 유예기간의 연장을 받기 위하여는 경제적 손실의 우려 등에 의한 사실상의 제약이 아니라 다른 법률의 규정에 의한 제한에 의하여 유예기간 내에 실명등기도 할 수 없고 매각처분(시장 등에 대한 매각위탁 및 한국자산관리공사에 대한 매각의뢰 포함)도 할 수 없어야 하며, 또한 명의신탁을 한 시점에서는 이러한 제한이 없었다가 그 후 법률의 개정 또는 운영상의 변동 등으로 인하여 이러한 제한이 생긴 경우에 해당하여야 한다고 하여 구 농지개혁법 (1994. 12. 22. 법률 제4817호 농지법 부칙 제2조로 폐지)에 의한 농지매매증명을 받을 수 없는 자가 토지를 매수하여 제3자 명의로 소유권이전등기를 마친 후에 부동산실권리자 명의등기에관한법률이 시행되자 명의신탁해지를 원인으로 한 소유권이전등기 소

---

173) 대판 2000. 9. 29, 2000 두 4170.

송을 제기하여 승소판결을 받았으나 여전히 농지법에 의한 농지취득자격증명을 발급받을 수 없다는 이유로 판결 확정일로부터 1년 이내에 실명등기 또는 매각처분을 하지 않은 경우 부동산실권리자명의등기에관한법률 제11조 제3항에 의한 유예기간의 연장을 받을 수 없다고 한다. 또한 부동산실권리자명의등기에관한법률 제11조 위반행위에 대한 과징금 처분에 있어 처분청이 그 위반행위의 종별을 동조 제4항이라고 기재하였으나 그 위반행위가 동조 제1항에 해당하는 경우 처분청의 적용법령 변경이 없더라도 법원이 근거 법령으로 동조 제1항을 적용하여 그 처분의 적법 여부를 판단하여야 하는지 여부로서 판례는 부동산실권리자명의등기에관한법률 제11조 위반행위에 대한 과징금 부과처분에 있어 원칙적으로 제1항이 적용되고 제3항이나 제4항은 제1항이 정한 유예기간보다 더 유리한 유예기간의 적용을 받고자 하는 자가 주장·입증하여 적용받을 수 있는 것에 불과하므로 비록 처분청이 부과처분을 함에 있어 그 위반행위의 종별을 같은 법 제11조 제4항이라고 기재하였다고 하여도 그 위반행위가 제1항에 해당하는 것이라면 이는 단순한 적용법령의 오류에 해당하는 것이어서 이와 같은 경우 처분청의 적용법령 변경이 없더라도 법원은 근거 법령으로 같은 법 제11조 제1항을 적용하여 그 처분의 적법 여부를 판단하여야 할 것이고 거기에 변론주의가 적용되지 아니한다<sup>174)</sup>라고 판시하였다.

## (2) 이행강제금

위 과징금을 부과받은 자가 1년 이내에 자신의 명의로 등기를 마치지 않는 경우에는 부동산 가액의 10%에 해당하는 이행강제금을 다시 1년이 경과한 때에는

---

174) 대판 2000. 12. 22, 99 두 11929.

20%에 해당하는 이행강제금을 추가하여 부과하도록 하고 있다.(법 제6조, 제10조 제3항, 제12조 제2항) 과징금과 이행강제금은 형사처벌과는 달리 명의신탁사실이 적발되면 사안의 경중과 관계없이 부동산 가액의 최고 60%에 해당되는 금액까지 부과되며 형사처벌에 대한 공소시효가 지난 이후에도 부과될 수 있다는 점에서 실효성 있는 제재수단이라 부동산실명법이 규정하고 있는 여러 가지 규제수단 중에서도 핵심적인 위치를 차지한다.

과징금(혹은 부과금)은 행정법상의 개념으로서 행정법상의 의무위반에 대하여 행정청이 의무위반행위로 인한 불법적인 이익을 박탈하기 위하여 의무자에게 부과 징수하는 금전이다.<sup>175)</sup>

우리나라에서는 독점규제 및 공정거래에관한법률이 처음으로 과징금제도를 도입한 이래 대기환경보전법 등 각종의 정법규가 이 제도를 채택하고 있다. 각종 법규에 산재해 있는 과징금의 법적 성격을 통일적으로 설명하는 것은 어렵겠지만 예컨대 자동차운수사업법등에서는 같은 법을 위반한 사업자에 대하여 행정처분을 하는 대신 과징금을 부과할 수 있는 이른바 변형과징금제를 채택하고 있다. 다만 과징금은 국민에게 금전적 의무를 부과한다는 점에서 법률상 명시적인 근거가 있어야 하고 더 나아가 헌법상의 과잉금지원칙에 비추어 과징금을 부과하여야 할 합리적인 근거가 있어야 하며 위반자의 의무위반의 정도나 취득한 이익의 크기에 비추어 과징금의 액수나 그 산정절차가 적정하게 규정되어야 할 것으로 생각된다. 독점규제 및 공정거래에관한법률상의 과징금은 시장지배적 사업자가 가격을 부당하게 인상한 경우에 그 가격 인상에 따른 이득액에 대하여 부과되는 것이고(같은 법 제6조) 대기환경보전법은 오염물질의 종류, 발생량, 배출기간 등의 기준에 의

---

175) 김동희, 「행정법」, 박영사, 2001, p.340.

하여 배출부과금을 정하도록 한다(법 제19조). 한편 부동산실명법 제15조는 과징금 및 이행강제금을 부과함에 있어서 거쳐야 할 청문절차에 대하여 규정한다.

### (3) 벌칙

위의 과징금과 이행강제금과는 별도로 벌칙이 주어진다. 즉 “명의신탁자 및 그를 교사한 자”는 5년 이하의 징역 또는 2억원 이하의 벌금에 처한다(같은 법 제7조 1항 1호). “명의수탁자 및 그를 교사한 자”는 3년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금에 처한다(같은 법 제7조 2항). 그리고 “명의신탁을 방조한 자”는 1년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다(같은 법 제7조 3항). 또한 법 제10조 제4항은 장기미등기자와 이를 교사, 방조한 자를, 법 제12조 제3항은 유예기간 내에 실명등기를 가장하여 등기를 한 자를 처벌하는 규정을 두고 있다. 부동산실명법의 제정과정에서는 특히 명의수탁자를 처벌할 것인지 여부에 관하여 논란이 있었는데 일부에서는 명의신탁이 쉽게 적발되게 하기 위해서는 수탁자를 처벌하지 않는 것이 바람직하다는 견해가 제기되었다.

명의수탁자는 명의신탁자의 공범일 뿐만 아니라 법에 위반되는 행위를 스스로 하였다는 점을 고려하여 명의수탁자도 처벌하기로 하였고 다만 명의신탁자에 비하여 그 형을 상당히 감경하여 규정하기로 한 것이다. 그리고 교사 방조범에 대한 처벌규정을 특별히 둔 것은 종래 부동산 중개업무에 종사하는 사람들에 의한 명의신탁 교사행위가 많았다는 점을 고려한 것이다.

벌칙조항의 해석과 관련하여 문제되는 경우를 살펴보면 첫째 부동산의 소유자가 강제집행면탈 등의 목적으로 제3자와 합의하여 허위의 저당권, 전세권, 지상권 등을 설정하는 행위가 부동산실명법 제7조 제1항 제1호, 제3조 제1항에 위반되는

지가 문제될 수 있다. 그러나 법 제7조 소정의 명의신탁자라 함은 명의신탁약정에 의하여 자신의 부동산에 관한 권리를 타인의 명의로 등기하게 하는 실권리자를 말하는 것이므로(법 제2조 제2호) 자신의 부동산에 관한 권리(즉 소유권)에 대한 등기는 그대로 둔 채 타인에게 허위의 담보물권 등을 설정하는 행위는 법 제7조에 위반된다고 볼 수 없을 것이다.

다음으로 부동산실명법 제7조 제1항은 법 제3조 제1항 및 제2항에 위반하는 경우를 모두 처벌하고 있는데 위 처벌조항과 관련하여 양도담보에 관하여 명의신탁이 이루어진 경우에 위 처벌 조항 사이의 관계를 어떻게 해석할 것인가 하는 문제가 생길 수 있을 것이다. 그런데 법 제3조 제2항의 규정을 위반한 채권자라고 하는 것은 원래의 채권자(실채권자)가 자기의 이름으로 등기신청을 하는 경우를 전제로 하는 것으로 해석되므로 예컨대 채권자가 양도담보권을 취득하였음에도 양도담보라는 사실을 신고하지 않은 채 자신의 명의로 매매를 원인으로 한 소유권이전등기를 마치는 경우를 규율하는 조항이고 채권자 甲이 乙에게 명의를 위탁하여 乙명의로 양도담보등기를 경료하거나 혹은 乙명의로 통상의 소유권이전등기를 경료하는 경우에는 법 제3조 제1항 위반의 문제가 생기게 된다.<sup>176)</sup>

한편 부동산등기특별조치법 제2조 제1항, 제11조에서는 부동산의 소유권이전을 내용으로 하는 계약을 체결한 자가 취득일로부터 60일 이내에 등기신청을 하지 아니하는 경우에는 과태료에 처하도록 하고 있는바 동 조항이 장기미등기자에 대한 제재를 규정하고 있는 부동산실명법 제10조와 어떠한 관계에 있는 것인지 살펴볼 필요가 있다. 부동산실명법 제10조는 특조법의 위 조항을 위반하여 과태료 부과대상이 되는 자가 3년 이내에 등기를 하지 아니하는 경우에는 과징금과 형사처

---

176) 권오창, 전계논문. p.281.

별을 가한다고 하고 다만 특별조치법(이하 특조법이라 한다)에 따라 과태료가 이미 부과된 경우에는 과징금에서 이를 차감하고 부동산실명법에 따라 과징금이 먼저 부과된 경우에는 특조법상의 과태료에 처하지 않도록 함으로써(특조법 제11조 제1항 단서) 양자 간의 관계를 명백히 한다.

이상과 같은 내용의 부동산실명법이 시행됨에 따라 부동산 취득에 따른 소유권이전등기를 규제하는 처벌조항은 다음과 같은 체계를 갖추게 되었다. 즉 부동산의 소유권이전을 내용으로 하는 계약을 체결한 자가 계약의 이행이 끝난 날로부터 60일 이내에 소유권이전등기신청을 하지 아니하는 경우에는 특조법 제11조에 따라 과태료(등록세액의 5배 이하 상당액)의 부과대상이 되며 나아가 위 과태료의 부과대상이 되는 자가 3년 이내에도 소유권이전등기 신청을 하지 아니하면 부동산실명법 제10조에 따라 과징금, 이행강제금, 형사처벌 등의 제재를 받게 된다. 또한 위와 같은 지위에 있는 자가 자기 이름으로 등기를 마치지 아니하고 바로 다른 사람에게 전매를 하는 경우에는(이른바 미등기 전매) 특조법 제11조, 제2조에 의하여 과태료를 부과 받게 되며 타인 이름으로 명의를 신탁하여 등기한 경우에는 부동산실명법에 따른 제재를 받게 되는 것이다.

#### (4) 공무원의 통보의무

부동산실명법 제9조는 시장, 군수, 구청장이나 국세청장은 일정한 경우에 같은 법 위반여부를 확인하기 위한 조사를 할 수 있다고 규정하고 있다. 시장, 군수, 구청장 등은 부동산실명법 위반자에 대하여 과징금을 부과, 징수하는 권한을 가지고 있으므로 법 위반여부에 대하여 조사할 수 있음은 당연하다고 할 수 있으며 명의신탁 단속의 실효성을 확보하고 조세부과 등의 행정작용과 효과적으로 연계

시킴을 위하여 국세청장에게도 같은 법 위반여부에 대한 조사권을 부여하고 있다. 그리고 법 제9조 제3항은 공무원이 그 직무를 행함에 있어서 동 법률의 규정에 위반한 사실을 알게 된 경우에는 국세청장과 당해 부동산의 소재지를 관할하는 시장, 군수 또는 구청장에게 그 사실을 통보하도록 하고 있다. 따라서 행정공무원이 토지관련 인허가업무 등 직무를 수행하는 과정이나 혹은 감사원이 직무감찰과정에서 부동산실명법 위반사실을 인지하게 된 경우에는 이를 통보하여야 할 것이다.

그런데 위 조항의 해석과 관련하여 명의신탁 부동산에 대한 소송이 법원에 제기된 경우나 혹은 다른 소송 과정에서 부동산의 명의신탁 사실이 드러난 경우에 법원이 그 사실을 통보할 의무를 부담하는 것인지 하는 의문이 있다. 이 조항은 행정공무원이 그 직무와 관련하여 인지한 사실을 통지할 의무를 규정하고 있는 것으로 보아야 할 것이고 재판기관인 동시에 국민의 권리구제기관인 법원은 행정기관과는 직무의 성격을 달리 하고 있으므로 위 조항이 법원에게 통지의무를 부과한 것으로 해석할 수는 없다.<sup>177)</sup> 다만 위 조항을 어떻게 해석하더라도 법원 전체적인 입장에서 통보의 필요여부나 혹은 그 절차를 통일할 필요가 있다고 생각되며 특히 등기공무원이 등기업무를 처리하는 과정에서 부동산실명법위반사실을 알게 된 경우와 같이 법원의 일반공무원이 재판업무 이외의 다른 업무를 처리하는 과정에서 이를 인지한 경우에는 그 사실을 통보해 줄 의무가 있다고 할 것이다.

---

177) 권오창, 상계논문, p.293.



## 5. 종중(宗中) 및 배우자에 대한 특례

종중이란 무엇인가 관례에 따르면 「고유한 의미의 종중이란 공동선조의 분묘 수호와 제사 및 종원 상호간의 친목을 도모할 목적으로 공동선조의 후손 중 성년 이상의 남자를 종원으로 하여 구성되는 자연발생적인 종족집단체를 뜻한다<sup>178)</sup>」는 것이다. 고유한 의미의 종중에 해당하느냐 하는 문제는 「첫째 종중의 목적, 둘째 그 성립과 조직의 경위, 셋째 구성원의 범위와 자격기준, 넷째 종중규약의 내용 등을 종합적으로 판단해서 파악해야 한다<sup>179)</sup>」는 것이다.

종중(宗中)이 보유한 부동산에 관한 물권을 종중 외의 자의 명의로 등기한 경우나 또는 배우자 명의로 부동산에 관한 물권을 등기한 경우로서 조세포탈·강제집행의 면탈 또는 법령상 제한의 회피를 목적으로 하지 아니하는 때에는 이에 관해서는 명의신탁약정의 무효, 과징금·이행강제금·벌칙·기존의 명의신탁약정에 의한 등기의 실명등기의무 위반의 효력 등에 관한 규정을 적용하지 않는다(같은 법 제8조). 종중원의 신규명의신탁을 허용하고 있지만 농지는 농지법상 농업인 또는 영농법인만이 소유할 수 있고 종중 명의로는 신규 취득할 수 없도록 규정하고 있다.

종중 및 배우자에 대해 특례를 인정하는 이유에 관하여 재정경제원은 먼저 대부분의 종중의 경우에는 그 재산을 종중원 명의로 등기하는 관행이 70-80년의 장기에 걸쳐 폭넓게 인정되어 왔고 또한 종중 소유 부동산을 종중 명의로 등기하기 위해서는 종중의 정관을 제출하여야 하고 또 이를 위하여는 종중총회를 개최하여

---

178) 대판 1995. 9. 15, 94 다 49007.

179) 대판 1995. 9. 15, 94 다 49007.

야 하는 등의 현실적인 어려움이 있으므로 특례를 인정하는 것이 타당하다고 보았다. 또한 우리 민법이 부부별산제를 채택하고는 있으나 현실적으로 대부분의 경우에는 부부간에 가사비용을 공동부담하고 자산 취득시에도 재산형성 기여도에 따라 실소유자를 명확히 가려 등기하지 않는 것이 우리나라 부부간의 재산관리관행이므로 이러한 실정에서 배우자간 명의신탁을 금지하여 처벌하는 것은 위법성의 인식이 없는 다수의 국민에게 현실적인 어려움을 주는 점에서 특례를 인정할 필요가 있을 것이라고 설명한다.<sup>180)</sup>

그러나 이에 대하여 예외를 인정할 필요가 없다는 반대견해<sup>181)</sup>도 있다. 즉 종중에 명의신탁을 인정하는 예외를 두는 것은(제8조) 실명제라는 대원칙의 실현에 부합하지 못할 뿐만 아니라 투기방지라는 측면에서도 이 법률안의 실효성을 떨어뜨릴 수 있다는 주장이다.



앞으로의 종중재산등기는 모두 실명으로 하도록 하고 기명의신탁된 종중재산도 종중명의로 실명유도하는 것이 바람직하고 이외의 예외를 인정해서 종중재산의 명의신탁을 정리하는 것은 이를 목적으로 한 종중의 창설, 운영등의 여러 가지 부작용을 낳을수 있을 뿐만 아니라 종중에게도 도움이 되지 못한다는 것이 애당초 명의신탁이라는 제도가 종중재산으로 부터 비롯된 것이기는 하지만 유감스럽게도 종중재산을 지켜주는 역할을 한 것은 아니라는 것이다. 즉 수탁자의 재산처분은 선악을 불문하고 제3자에게 대항하지 못한다는 것은 일부 소장학자들에 의해서 주장되는 것처럼 일체의 종중말살정책의 일환이라고 볼 여지가 있을 만큼 반종중

180) 재정경제원, 「전게서」, 1995. 4, pp.116-118.

181) 윤철홍, “부동산실권리자 명의등기에 관한 법률의 사법적 검토”, 「서영배박사 화갑기념 현대 민법의 전망」, 1995, p.228 ; 이경희, “부동산실권리자 명의등기에 관한 법률안의 문제점”, 법률신문, 1995. 3. 20, p.14.

적인 요소가 있다.<sup>182)</sup>

위 종중재산의 특례를 반대하는 견해는 동시에 부부간의 명의신탁을 허용하는 데에도 반대하는데 그 이유는 부부간에 특례를 인정하는 이유로서 우리나라에는 가사비용을 공동 부담하고 재산 취득시에도 재산형성 기여도에 따라 실질소유자를 명확히 가려 등기하는 재산관리관행이 없다고 하고 있으나 그와 같이 등기하는 입법례나 관행을 가진 나라는 없다. 현실적으로 불가능하기 때문이다. 따라서 실제로 그런 특례는 필요 없고 우선 명의신탁을 해 둔 경우에도 부부관계가 원만한 상태에 있는 동안은 애써 명의를 변경해야 할 필요는 없을 것이다. 그런 상태에서 명의신탁자인 배우자가 사망하면 그 재산은 결국 타방배우자의 고유재산으로 취급될 것이고 명의신탁자가 명의신탁을 주장할 수는 없을 것이다(이 때 물론 유언으로 등기의 회복을 주장하고 다른 사람에게 유증할 수는 있을 것이다). 또 명의수탁자가 사망한 경우에는 상속재산에 포함되어 처리될 것이다. 명의신탁자의 입장에서 이렇게 되는 것이 못마땅하면 기여분을 주장할 수도 있다. 그리고 그러한 상태에서 부부가 이혼을 하게 되면 물론 재산분할청구권에 의하여 자기의 기여도를 주장하여 분할을 받게 되고 그것이 싫으면 처벌을 각오하고 명의신탁을 주장하여 자기명의로 등기를 회복할 수 있을 것이다.

부동산실권리자명의등기에관한법률 시행 이전에 배우자 명의로 등기하였다가 같은 법 제11조에 정한 유예기간 중에 제기된 부동산물권에 관한 쟁송의 본안판결 확정일로부터 1년 이내에 이혼한 경우 명의신탁약정 및 이에 따른 부동산 물권변동이 유효한지 여부로서 판례에 의하면 부동산실권리자명의등기에관한법률

---

182) 이경희, “부동산실권리자 명의등기에 관한 법률안의 문제점”, 법률신문, 2392호, 법률신문사, 2002. 10. 5.

시행 이전에 행하여진 명의신탁등기로서 같은 법 시행 당시 신탁자와 수탁자가 배우자 관계에 있었고 신탁자가 조세포탈, 강제집행의 면탈 또는 법령상 제한의 회피를 목적으로 명의신탁 하였다고 볼 수 없는 이상 비록 신탁자가 같은 법 제 11조에 정한 유예기간 중에 제기된 부동산물권에 관한 쟁송의 본안 판결 확정일로부터 1년 이내에 재판상 이혼을 하고 그의 명의로 실명등기를 하지 아니하였다 고 하더라도 수탁자와 사이의 명의신탁약정 및 이에 따른 부동산물권변동을 유효하다<sup>183)</sup>고 판결하였다.

다음에 명의수탁자인 배우자의 재산이 강제집행을 당할 경우인데 이러한 명의 신탁을 유효로 한다면 명의신탁자인 배우자는 명의신탁을 해지하고 그 재산을 유지할 수 있을 것이다. 그러나 무효로 본다면 명의신탁자인 배우자는 처벌을 각오 하고 자기의 명의로 재산을 등기할 수 있을 것이다. 원리적으로 볼 때 부부라 하더라도 부부별산제를 취하고 있는 우리 법제하에서는 각자의 재산은 각자의 책임 재산이기도 하기 때문에 혼인중에도 정확한 공시를 필요로 한다. 결국 부부의 경우도 예외를 인정할 것은 아니라는 것이 반대론의 취지이지만 법해석상으로는 받아들일 수 없는 것은 명확하다. 법개정의 이론으로 참작하여야 할 것이다.

#### 제 4 절 장기미등기자에 대한 벌칙 등

부동산등기특별조치법에 의거 부동산의 소유권이전을 내용으로 하는 계약을 체결한 자는 계약의 당사자가 서로 대가적인 채무를 부담하는 경우에는 반대급부의 이

---

183) 대판 2002. 9. 27, 2001 다 42592.

행이 완료된 날부터 계약당사자와 일방만이 채무를 부담하는 경우에는 그 계약의 효력이 발생한 날부터 각각 60일 이내에 소유권이전등기를 신청하여야 하고(부동산등기특별조치법 제2조 1항) 이를 해태한 때에는 그 부동산에 대한 등록세액의 5배 이하에 상당하는 금액의 과태료를 부과한다(부동산등기특별조치법 제11조).

그런데 같은 법은 위 부동산등기특별조치법의 규정 이외에 따로 벌칙 등을 규정한다. 즉 위 소유권이전등기를 신청할 수 있는 때로부터 3년 내에 그 등기를 신청하지 아니한 등기권리자에 대하여는 부동산가액의 100분의 30에 해당하는 금액(부동산등기특별조치법에 의한 과태료가 이미 부과된 경우에는 이를 차감한 금액)을 「과징금」으로 부과한다(같은 법 제10조 1항). 한편 과징금을 부과 받고도 소유권이전등기를 신청하지 아니한 때에는 명의신탁에 준한 「이행강제금」을 부과한다(같은 법 제10조 3항). 그리고 별도로 「벌칙」을 부과한다. 즉 장기미등기자 및 그를 교사한 자는 5년 이하의 징역 또는 2억원 이하의 벌금에 처하고 장기미등기를 방조한 자는 1년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다(같은 법 제10조 4항).

## 제 5 절 기존 명의신탁약정에 의한 등기의 실명등기

### 1. 실명등기의무

#### (1) 원칙

같은 법 시행 전에 명의신탁약정에 의하여 부동산에 관한 물권을 명의수탁자의 명의로 등기하거나 하도록 한 명의신탁자는 같은 법 시행일(1995. 7. 1)로부터 1년의 기간 이내에 실명등기하여야 한다(같은 법 제11조 1항 본문).

그런데 다음의 경우에는 실명등기를 한 것으로 본다(같은 법 제11조 2항). 즉

- ① 기존 명의신탁자가 당해 부동산에 관한 물권에 관하여 매매 기타 처분행위를 하고 유예기간 이내에 그 처분행위로 인한 취득자에게 직접 등기를 이전한 경우
- ② 기존 명의신탁자가 유예기간 이내에 다른 법률의 규정에 의하여 당해 부동산의 소재지를 관할하는 시장·군수 또는 구청장에게 매각을 위탁하거나 성업공사에 매각을 의뢰한 경우

## (2) 예외

공용징수·판결·경매 기타 법률의 규정에 의하여 명의수탁자로부터 제3자에게 부동산에 관한 물권이 이전된 경우(상속의 경우는 제외)와 종교단체·향교 등이 조세포탈·강제연행의 면탈을 목적으로 하지 아니하고 명의신탁한 부동산으로서 대통령령이 정하는 부동산의 경우에는 각각 실명등기하지 않아도 된다(같은 법 제11조 제1항 단서·같은 법 시행령 제5조).

## 2. 실명등기의무 위반의 효력

위 유예기간 이내에 실명등기 또는 매각처분 등을 하지 아니한 경우에는 그 기간이 경과한 날 이후에 있어서는 종전의 명의신탁약정을 무효로 보고 나아가 명의신탁을 새로이 한 경우에 준하여 과징금과 이행강제금을 부과한

다(같은 법 제12조 1항·2항). 한편 같은 법 시행 전에 명의신탁약정에 의한 등기를 한 사실이 없는 자가 그에 의한 실명등기를 가장하여 등기를 한 때에는 5년 이하의 징역 또는 2억원 이하의 벌금에 처한다(같은 법 제12조 3항).

## 제 6 절 양도담보의 공시

### 1. 공시의무

채무의 변제를 담보하기 위하여 채권자가 부동산에 관한 물권을 이전 받는 경우 즉 부동산 양도담보의 경우에는 채무자·채권금액 및 채무변제를 위한 담보라는 뜻이 기재된 서면을 등기신청서와 함께 등기공무원에게 제출하여야 한다(같은 법 제3조 2항).

### 2. 공시의무 위반의 효력

위 공시의무를 위반하였다 하여 그 양도담보의 효력에 어떤 영향이 주어지는 것은 아니고 단지 벌칙 등이 부과되는 데 그친다. 즉 위 공시의무를 위반한 채권자 및 담보라는 뜻이 기재된 서면에 채무자를 허위로 기재하여 제출하게 한 실채무자에 대하여는 당해 부동산가액의 100분의 30에 해당하는 과징금을 부과하고(같은 법 제5조 1항 2호) 아울러 5년 이하의 징역 또는 2억원 이하의 벌금에 처한

다(같은 법 제7조 1항 2호). 이들을 교사한 자도 동일한 벌칙에 처한다(같은 법 제7조 1항). 한편 이들을 방조한 자는 1년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다(같은 법 제7조 3항).

### 3. 기존 양도담보권자의 서면제출의무

같은 법 시행 전에 부동산 양도담보를 받은 경우에는 같은 법 시행일로 부터 1년 내에 채무자·채권금액 및 채무변제를 위한 담보라는 뜻이 기재된 서면을 등기공무원에게 제출하여야 한다(같은 법 제14조 1항). 이를 위반한 채권자 및 담보라는 뜻이 기재된 서면에 채무자를 허위로 기재하여 제출하게 한 실채무자에 대하여는 그 부동산 가액의 100분의 30에 해당하는 과징금을 부과한다(같은 법 제14조 2항).

## 제 7 절 부동산등기특별조치법의 규정 중 명의신탁에 관한 규정의 삭제

부동산등기특별조치법은 명의신탁을 “금지되는 것”과 “허용되는 것”으로 나누어 규율하면서 일정한 벌칙규정을 두었는데(부동산등기특별조치법 제7조·8조 3호·9조 2호) 같은 법은 이들 규정을 전부 삭제하였다(같은 법 부칙 제4조 2항).



## 제 4 장 부동산실명법의 문제점과 개선방안

### 제 1 절 부동산실명법에 대한 관점

자유민주주의와 자본주의적 시장경제체제를 지지하는 대원칙은 소유권 절대의 원칙<sup>184)</sup>과 사적자치의 원칙(Privatautonomie)이다. 부동산실명법에 의한 명의신탁의 금지와 관련하여 우선 문제되는 것은 자유민주주의 헌법과 근대 민법정신을 계승한 우리 민법의 대원칙이 인정하는 소유권의 본질이 침해되는 것이 아니냐는 것이다. 부동산실명법이 전체적으로 초헌법적 기능을 가지고 있는 듯한 인상을 남기고 있다.<sup>185)</sup> 마치 같은 법에 의해서 부동산에 대한 소유권이 부여되고 침해되는 것과 같은 결과를 가져오기 때문이다. 명의신탁약정을 무효화하는 것 외에도 부동산실명법에 대한 정부의 입법예고가 있기 전까지 부동산실명제 추진내용이나 시안에 대한 논의의 가장 중요한 쟁점은 과거의 개별적인 특별법을 위반한 경우에 이에 대한 처리문제를 어떻게 할 것인가와 부동산실명법의 적용범위에 관한 것이었다. 그러나 기존의 명의신탁의 인정여부와 기업의 활성화를 위한 기업의 업무용

184) ‘소유권절대의원칙’은 근대민법의 원칙이 공공복리와 권리남용금지나 신의성실의 원칙의 지배를 받음으로써 합리적으로 수정된 오늘날 ‘소유권존중의 원칙’으로 바뀌어 표현함이 타당하다. 그러나 오늘날에도 소유권절대의 원칙을 운위할 수 있으려면 그것은 위와 같이 이념적으로 수정된 내용을 전제로 한 소유권절대의 원칙이라 할 수 있을 것이다.

185) ‘3년내에 등기를 하지 않으면 제3자에게 대항할 수 없다’는 규정은 등기의 효력이 소유권을 창설하고 무등기는 무권이라는 논리와 같은 것이며, 등기를 하지 않았다고 하여 소유권 자체가 부정되는 것은 아닌데도 이렇게 규정한 것은 입법상의 오류라 한다. 김형수, “부동산실명등기 법률에 대한 연구”, 「민법의 과제와 현대법의 조명」, 경암 홍천룡박사 화갑기념, 1997, p.193.

토지구입에 대한 예외에 관한 내용은 부동산실명법의 적용대상이 되었으며 다만 부부간의 명의신탁, 종중의 명의신탁 등에 대하여만 예외를 인정하게 되었다. 또한 명의신탁약정에 기한 부동산 등기나 실명 아닌 등기를 실명등기로 전환하는 일을 해태 할 경우에 내려지는 제재에 관하여도 입법당초부터 논의가 있었고 이에 관하여는 최근 입법적 조치가 이루어지고 있는 실정이다.

부동산실권리자명의등기에 관한 법률은 경제정의 실천이라는 기치아래 개혁입법으로서의 성격만을 지나치게 강조한 나머지 명의신탁의 본질에 관한 충분한 검토 없이 졸속으로 입법된 것으로 평가 할 수 있다. 무엇보다도 80여년에 걸쳐 내려 온 기존의 제도에 대한 질서와 신뢰도 존중되어야만 하는 것인데 입법자는 이들 제도를 전부 무시하여 버렸다. 그 밖에도 같은 법률에 관하여는 몇 가지 문제점들이 더 지적된다.<sup>186)</sup> 아래에서는 부동산실명법의 조문의 주요내용과 입법자의 취지를 파악한 후 같은 법의 개별조항에 내재되어 있는 문제점들을 검토해 보고자 한다.

그러나 그럼에도 불구하고 부동산실명법이 엄연히 발효한 현 시점에서는 순수 이론에만 집착하는 것보다는 실정법의 내용이 입법취지와 사회정의의 구현에 기여할 수 있도록 하는 해석과 적용이 모색되어야 할 것이다. 따라서 실정법의 해석은 법정책적인 이상론과는 간격을 두고 이루어져야 마땅하다고 생각한다.

---

186) 고상룡, “부동산실명제법안의 제문제”, 한국민사법학회(1995. 3. 11) 발표 논문 및 “명의신탁과 부동산실명제법”, 「고시 JOURNAL」, 1995. 2, pp.28-50 ; 김상용, “부동산거래실명제 입법예고 법률안의 내용과 문제점”, 사법행정, 1995. 3, pp.9-21 및 “부동산거래실명법률에 대한 평가와 실명제실시의 전제요건”, 「이시윤박사 화갑기념 민사재판의 제문제」(상), 박영사, 1995, pp.137-152 ; 윤철홍, “부동산실권리자명의등기에 관한 법률의 사법적 검토”, 「서영배박사 화갑기념 현대민법의 전망」, 1995, pp.205-232 ; 이경희, “부동산실권리자 명의등기에 관한 법률안의 문제점”, 법률신문 1995. 3. 20, p.14 각 참조.

## 제 2 절 제정목적의 문제점

부동산실명법의 근본목적은 같은 법 제1조에서 언급하고 있는 바와 같이 부동산에 관한 소유권 기타 물권을 실체적 권리관계에 부합하도록 실권리자 명의로 등기하게 함으로써 부동산등기제도를 악용한 투기·탈세·탈법행위 등 반사회적 행위를 방지하고 부동산거래의 정상화와 부동산가격의 안정을 도모하여 국민경제의 건전한 발전에 이바지하는 데에 있다. 동조에는 부동산물권의 실명등기에 대한 의무화와 명의신탁을 불법화함으로써 부동산거래의 정상화와 부동산가격의 안정의 추구라는 두 가지의 목적이 내포되어 있다. 이 부동산실명법은 명의신탁의 폐단을 인식한 결과물이다. 즉 그 동안 부동산등기 특별조치법을 통하여 명의신탁을 금지하고 있음에도 불구하고 제대로 그 기능을 발휘하지 못하여 현실적으로 명의신탁이 존재하고 있어 이를 개선하기 위해서였다.<sup>187)</sup>

부동산실명제를 실시하는데 있어서는 명의신탁금지가 가장 핵심적이며 필수적이다.<sup>188)</sup> 그 동안 명의신탁이 안고 있던 폐해를 감안해 볼 때 비정상적인 것을 정상적인 것으로 되돌리려는 입법의 당위성은 인정할 수도 있다. 명의신탁은 우리 민법이 취하고 있는 물권변동에 있어서의 형식주의와 일물일권주의에 반하면서도 오랜 세월동안 관행으로 이용하여 왔던 것이 사실이다.

그런데 문제는 부동산실명법의 입법과정과 당시의 정치상황을 고려하여 볼 때 지나치게 정책적으로 졸속으로 이루어졌다는 것이다. 이는 몇 년전만 하더라도 기본적으로 명의신탁을 허용하고 또 관례가 수십 년간 일관되게 인정해 온 사법질

187) 재정경제원, 「전계서」, 1997. 5, p.11.

188) 한국법제연구원, “부동산실명제의 입법방향”, 1995. 2. pp.44-45.

서를 뿌리째 뒤흔들어 놓는 결과를 가져와 법집행의 실효성과 관련한 많은 비판이 있었다. 본디 입법이란 왜곡된 법질서를 바로 잡는 것에 주된 목적을 두어야 하는 것이다.<sup>189)</sup> 특히 본법의 목적에서는 극히 한정된 경우를 제외하고는 모든 부동산명의신탁을 불법화하고 있는데 이는 계약자유 원칙이나 사소유권절대의 원칙을 근본적으로 제약하는 결과를 가져와 사유재산권에 대한 침해문제가 발생할 소지가 있다.

이와 관련하여 같은 법 제정의 필요성에 대한 의문을 제기하는 견해도 있다. 즉 같은 법은 기본적으로 명의신탁을 전면적으로 금지하자는 데서 출발하는데 탈세·투기·탈법의 목적이 없는 그 밖의 명의신탁의 경우에까지 이를 일률적으로 금지하는 것은 80여년에 걸쳐 우리의 생활에 정착되어 온 제도에 대한 기존의 신뢰를 일방적으로 무시하는 것으로서 문제가 있는 것이다. 결론적으로 종전의 부동산등기특별조치법의 관계규정을 보완하는 선에서 처리하면 충분하였을 것으로 보이고 굳이 같은 법을 제정할 필요까지는 없지 않았나 생각된다는 것이다.<sup>190)</sup> 종래의 「부동산등기특별조치법」 제7조는 조세부과를 면하려 하거나 다른 시점간의 가격변동에 따른 이득을 얻으려 하거나 소유권 등 권리변동을 규제하는 법령의 제한을 회피할 목적으로 타인의 명의를 빌려 소유권이전등기를 신청하는 것은 금지하였지만(제7조 1항) 그러한 금지되는 목적 외의 사유로 타인의 명의를 빌려 소유권이전등기를 신청하는 경우에는 실소유자의 성명 등 일정한 내용이 기재된 서면을 제출하면 되는 것으로 하여 이를 허용하였다(제7조 2항). 즉 탈세·투기·

---

189) 윤철홍, 전계논문, p.220.

190) 최원형, “명의신탁에 관한 연구”, 석사학위논문, 연세대학교 대학원, 1999. p.34.

탈법 목적의 명의신탁만을 금지하고 그 밖의 목적을 위한 명의신탁은 허용하였던 것이다. 그리고 금지되는 목적을 위해 타인의 명의로 소유권이전등기를 신청한 자 또는 금지되지 않는 목적인 것처럼 서면을 허위로 작성하여 그 등기를 신청한 자에 대해서는 2년 이하의 징역이나 1억원 이하의 벌금을 부과하였다(제8조 3호). 한편 허용되는 명의신탁의 경우에도 일정한 서면을 제출하지 아니하고 등기를 신청한 때에는 1년 이하의 징역이나 3천만원 이하의 벌금을 부과하는 규정을 두었다(제9조 2호).

명의신탁은 80여년에 걸친 판례를 통해 그 유효성을 인정받아 오면서 우리의 사법적 생활에 정착되어 온 제도이다. 다만 탈세 등의 목적으로 이용되는 등 문제의 소지는 있었다. 이러한 관점에서 위 법률은 명의신탁을 금지되는 것과 허용되는 것으로 이원화하면서 일정한 경우에 벌칙을 부과함으로써 그 실효성을 살리려고 하는 점에서 기본적으로 위 법률의 체계는 타당한 것으로 평가된다. 이처럼 명의신탁을 탄력적으로 규율하는 특별법이 이미 마련되어 있음에도 불구하고 어찌서 「부동산실권리자명의등기에관한법률」을 새로이 제정하였는지 의문이 간다(명의신탁을 규율하는 위 부동산등기특별조치법의 관계규정인 제7조·제8조 3호 및 제9조 2호는 위 같은 법의 제정으로 전부 삭제되었다).

생각컨대 입법자가 제시한 위 제정동기를 살핀다 하더라도 그것은 부동산 명의신탁제도 자체가 잘못 되었다기 보다는 그 제도를 악용하는 사회적 수요와 공급이 비난받아야 한다. 그것은 예컨대 공무원의 부정부패척결차원이나 조세포탈에 대한 추징의 문제 또는 공직자윤리 등의 문제로 다루었어야 옳다. 벼룩을 잡기 위하여 초가삼간을 태워 없애는 것 같은 우를 범하지 않았나 하는 것이다.

### 제 3 절 명의신탁개념의 확대

부동산실명법은 명의신탁의 개념을 매우 크게 확대하여 인정한다.<sup>191)</sup> 즉 같은 법 제2조 제1호에서는 명의신탁계약을 명의신탁약정이라 칭하고 그 개념을 위임, 위탁매매, 추인등 명칭 여하를 불문하고 “부동산에 관한 소유권, 기타 물권을 보유한 자 또는 사실상 취득하거나 취득하려는 자가 타인과의 사이에 그 타인의 명의로 부동산에 관한 물권을 등기하기로 하는 약정”이라고 정의한다. 이것은 소유권 이외의 지상권이나 전세권 등 부동산 제한물권에 까지도 명의신탁이 금지된다는 것을 의미한다.

그러나 이처럼 명의신탁의 개념을 소유권 이외의 부동산물권에까지 확대 적용하는 것은 많은 문제점이 있다. 물론 소유권에 관한 명의신탁 대신에 다른 부동산물권을 설정하는 방법으로 탈법행위가 이루어지는 것은 자주 있는 일이다.<sup>192)</sup> 그러나 소유권 이외의 물권을 탈법행위<sup>193)</sup> 또는 반사회적 행위의 수단으로 이용하는 경우는 거의 없다고 할 수 있다. 그런데도 명의신탁금지규정을 확대 적용함으로써 각각의 물권이 가지고 있는 특성이 무시될 수 있고 사인들간의 법률관계에 불필요한 부분까지 간섭하려 한다는 비판을 면치 못하고 있다.<sup>194)</sup> 특히 소유권 이외의 부동산물권에 대한 명의신탁에 대해서도 당해 부동산의 60%에 해당하는 과

---

191) 김상용, “부동산거래실명제 입법예고법률안의 내용과 문제점”, 「사법행정」, 1995. 3월호, p.10.

192) 이에 대한 예로는 명의신탁의 회피의 방법으로 가등기담보 또는 양도담보를 설정하고 소유권 취득을 위한 실행방법으로 소유권을 취득하는 것을 들 수 있다.

193) 예를 들면, 소유권을 취득할 수 없는 사람이 제3자 이름으로 소유권을 등기하고 그 물권에 높은 최고액의 근저당권을 설정 받는 방식이다.

194) 윤철홍, 전계논문, p.230 ; 같은 견해로 김상용, “부동산거래실명제에 관한 사법적 검토”, “부동산 실명제 실시에 따른 법적 검토”, 한국부동산법학회 학술발표대회 자료집, 1995. 2. 17, p.34.

징금을 부과하거나 형사처벌을 한다는 것은 형평성에도 맞지 않는다. 따라서 부동산실명법에서는 명의신탁의 금지범위를 소유권에 한정하는 것이 좋을 것으로 생각된다.

생각컨대 이 부분과 관련하여서는 입법동기에서 언급한 것처럼 근본적으로는 소유권존중이나 사적자치원칙을 파훼하면서까지 이루어진 입법의 귀결이지만 그 규제방식이나 제제의 정도가 과중한 점에서도 문제인 것이다.

## 제 4 절 명의신탁의 무효와 제3자 보호

부동산실명법 제4조 제1항은 “명의신탁약정은 무효로 한다”고 규정하고 동조 제2항은 “명의신탁약정에 따라 행하여진 등기에 의한 부동산에 관한 물권변동은 무효로 한다”고 규정함으로써 명의신탁의 효력을 전면적으로 부인하였다. 그러면서 제3항에는 “제1항 및 제2항의 무효는 제3자에게 대항하지 못한다”라고 규정하였다.

이 규정과 관련하여 문제가 되는 것은 불법원인급여와의 관계이다.<sup>195)</sup> 명의신탁 약정과 등기의 무효를 근거로 명의신탁자가 명의수탁자를 상대로 소유권반환을 청구할 때 명의수탁자는 불법원인급여를 이유로 하여 그 반환을 거절할 수 있는가? 이에 대하여는 명의신탁계약이 반사회적 법률행위인 경우와 그렇지 아니한 경우로 나누어 살펴보아야 한다.<sup>196)</sup>

195) 한국법제연구원, 전계 연구자료, p.47 ; 고창현 토지거래실명제 좌담회 발표자료, 1995. 4. 24, 「인권과 정의」, 제227호, pp.26-31.

196) 고창현, 상계자료, p.26.

반사회적 법률행위인 경우에는 명의신탁등기는 불법원인급여로서 명의신탁자는 반환을 청구할 수 없으며 명의수탁자로부터 명의신탁부동산을 취득한 제3자는 선의·악의를 불문하고 그 명의신탁부동산의 소유권을 취득한다. 이 경우 악의의 제3자가 보호되는 결과가 되나 그것은 불법원인급여의 법리에 따라 부득이한 것이다. 그러나 명의신탁계약이 반사회적 법률행위가 아닌 경우에는 명의신탁계약에 기한 소유권의 이전은 불법원인급여가 아니므로 명의신탁자는 명의수탁자를 상대로 부당이득을 원인으로 한 소유권 반환을 청구할 수 있다.

중간생략명의신탁의 경우에 있어서도 명의신탁계약이 무효이기는 하지만 반사회 질서의 법률행위가 아닌 이상 명의신탁자는 매도인이 명의수탁자에 대하여 행사할 수 있는 등기말소청구권을 대위행사함으로써 매도인 명의로 당해 부동산등기를 회복한 다음에 매도인을 상대로 매매계약에 기한 소유권이전등기청구권을 행사하여 소유권을 취득할 수 있다. 그러나 이때 매도인의 명의수탁자에 대한 등기말소청구권이 선행행위와 모순되는 경우에는 이를 행사하지 못하도록 하여야 한다.

이와 같이 명의신탁계약이 반사회적 법률행위가 아닌 경우에는 명의신탁자는 부당이득을 원인으로 하여 소유권을 회복할 수 있다. 그러나 명의수탁자가 제3자에게 부동산을 처분한 경우 취득자가 선의인 경우에도 등기의 공신력이 없으므로 그 선의의 전득자를 상대로 등기말소청구권을 행사할 수 있는 문제가 생긴다.

이러한 문제를 해결하기 위하여는 명의신탁계약 및 그에 기한 부동산물권변동의 효력이 발생하지 않음으로써 선의의 제3자에 대하여는 대항할 수 없도록 할 필요성이 인정된다. 그런데 부동산실명법 제4조 제3항에 의하면 단순히 제3자에게 대항하지 못하는 것으로 규정하고 있다. 이는 결과적으로 악의의 제3자까지도 보호



받게 되는 결과를 가져온다.<sup>197)</sup> 이러한 부당한 결과를 방지하기 위해서는 명의신탁계약 및 그에 기한 부동산물권변동의 무효로써 단지 선의의 제3자에 대하여 대항할 수 없도록 규정할 필요가 있다. 왜냐하면 법은 선의자를 보호하는 것에 그 근본목적은 두어야 하기 때문이다. 특히 반사회적인 명의신탁계약과 등기가 있음을 알고 거래한 자를 법률이 적극적으로 보호한다는 것은 법의 목적인 정의와도 일치하지 않는 것이다. 예를 들어 명의수탁자의 배임행위에 적극 가담하여 매수한 제3자의 경우에도 명의신탁자에 우선하여 보호받게 되는 것은 납득하기 어렵다. 그 이유는 명의신탁의 법률관계는 명의신탁의 본질에서 찾아야 하기 때문이다.<sup>198)</sup> 판례이론과 같이 명의신탁의 근거를 신탁이론에서 찾는다면 근본적으로 신탁행위의 근본적인 내용은 신탁목적물의 소유권을 대외적으로 수탁자에게 귀속시키는 것이다. 또한 명의신탁금지의 목적이 위법한 목적의 명의신탁을 방지하는 데에 있다면 입법도 이러한 방향에서 이루어져야 하는 것이다. 그러나 부동산실명법은 기존의 판례이론과는 달리 명의신탁의 효력을 부정하면서도 명의신탁자가 소유권을 회복할 수 있는 길을 열어 놓았다. 위헌의 시비를 방지한다는 입법취지<sup>199)</sup>에도 불구하고 부동산실명법의 본질을 흐리게 할 소지가 있다.

## 제 5 절 장기미등기자에 대한 규제의 부적절

소유권이전등기를 신청할 수 있는 자가 3년 내에 그 등기를 신청하지 아니한

197) 김상용, 전계논문, p.36 ; 윤철홍, 전계논문, p.223.

198) 김준호, 「신탁행위론」, 법문사, 1997, p.190.

199) 재정경제원, 「전계서」, 1997. p.33.

때에는 명의신탁의 경우와 동일하게 과징금·이행강제금·벌칙을 적용한다(같은 법 제10조). 그러나 이 규정에 대해서는 다음 3가지 문제점이 제기된다.

첫째, 장기미등기는 명의신탁과는 근본적으로 그 성질이 다른 것이므로 이것을 명의신탁과 같이 다룬다는 것은 잘못된 것이다.

둘째, 부동산등기특별조치법에서는 위 경우에 60일 이내에 소유권이전등기를 신청하여야 하고 이를 위반한 경우에는 등록세액의 5배 이하에 상당하는 과태료에 처하는 것으로 규정하고 있는데(부동산등기특별조치법 제2조 1항·11조) 같은 법에 의하면 이를 3년으로 연장해 주는 것과 같은 결과를 초래하므로 부동산등기특별조치법의 위 규정을 무의미하게 한다는 것이다.

셋째, 국민의 등기에 대한 법인식을 감안할 때 장기미등기자에 대한 제재가 너무 과중하다는 것이다.

결론적으로 장기미등기의 경우에는 부동산등기특별조치법에 일임했어도 충분하였을 것이다.

## 제 6 절 기존 명의신탁등기의 실명등기 강제

기존의 명의신탁등기에 대하여는 법 시행일로부터 1년 이내에 실명등기로 전환하여야 하고 이를 위반한 경우에는 그것을 무효로 하고 나아가 과징금과 이행강제금을 부과한다(같은 법 제11조 1항·12조). 그러나 이미 과거에 판례에 의해 그 유효성을 인정받았던 명의신탁에 대해 1년 후에 이를 무효로 처리하는 것은 소급입법이 될 것이어서 상당한 위헌의 소지가 있다.

## 제 7 절 양도담보에 대한 규제의 부적절

부동산실명법 시행전에 채무의 변제를 담보하기 위하여 채권자가 부동산에 관한 물권을 이전받은 경우에는 이 법 시행일부터 1년의 기간이내에 채무자·채권 금액 및 채무변제를 위한 담보라는 뜻이 기재된 서면을 등기관에게 제출하여야 하고 만약 이를 위반한 채권자 및 동항의 규정에 의한 서면에 채무자를 허위로 기재하여 제출하게 한 실채무자에 대하여는 당해 부동산평가액의 100분의 30에 해당하는 과징금을 부과한다.(같은 법 제3조 2항·5조 1항 2호·7조 1항 2호·14조).

이 규정에 대하여 지적되는 문제점은 다음과 같다.

첫째, 양도담보는 담보제도로서 명의신탁과는 다른 영역에서 발전되어 왔고 또 이것을 규율하는 특별법으로 「가등기담보등에관한법률」(1983. 12. 30. 법 3681호)이 따로 제정되어 있다. 따라서 양도담보를 명의신탁과 함께 같은 법에서 같이 규율하는 것은 입법체계상 맞지 않다.

둘째, 이미 행하여진 양도담보에 대하여도 같은 법을 적용하는 것은 소급입법으로서 위헌의 소지가 있다.

셋째, 부동산 양도담보에 있어서 담보의 내용을 공시케 하는 것은 당사자가 진정으로 원하는 바가 아니기 때문에(당사자는 채권담보의 목적으로 진정으로 권리 이전의 형식을 취하는 것을 원하는 것이다) 사적자치를 침해한다.

넷째, 등기부의 갑구란에 소유권이전등기의 방식을 취하는 부동산 양도담보에 있어서 그 갑구란에 담보의 내용을 기재하도록 한다는 것은 부동산등기의 체계를 혼란하게 한다는 점등이다.

## 제 8 절 종중 및 부부간의 예외적 허용

종중 및 부부간의 예외적 허용(제8조)이 타당한가에 대한 지적으로<sup>200)</sup>

첫째, 민법은 제830조 제1항 “부부의 일방이 혼인 전부터 가진 고유재산과 혼인 중 자기의 명의로 취득한 재산은 그 특유재산으로 한다.” 동 제2항 “부부의 누구에게도 속한 것인지 분명하지 아니한 재산은 부부의 공유로 추정한다.”고 규정하여 부부별산제를 채택하고 있다.

부부간의 재산관계는 부부별산제와 공유의 법리에 맞기는 것이 옳으며 이혼을 할 경우에도 재산분할청구권(민법 제839조 제2항)이 인정되고 있으므로 구태여 부부간의 명의신탁을 허용할 필요가 있는가, 탈세·탈범·투기목적 나아가 강제집행면탈 이외에 무슨 목적으로 부부간에 명의신탁을 인정할 필요가 있는가, 과연 그 입증이 가능한 것인지, 그 입증을 못하게 되면 부부간의 명의신탁을 오히려 장려하는 결과를 초래할 우려가 있다고 본다. 따라서 고유재산에 대해서는 부부도 일반인들과 똑같은 존재이기 때문에 예외를 인정할 필요가 없다.<sup>201)</sup>

둘째, 종중의 경우 대표자가 아닌 중종원 명의의 명의신탁을 허용할 필요가 있는가에 대해서 현행 부동산등기법 제30조 제1항은 “종중·문중 기타 대표자나 관리인이 있는 법인 아닌 재단이나 재단에 속하는 부동산 등기에 관해서는 그 사단 또는 재단을 등기권리자 또는 등기의무자로 한다.”고 규정하고 있어 종중 등 권리능력 없는 사단에게도 등기능력을 인정하고 있다.

200) 한삼인, “부동산실권리자명의등기에 관한 문제점 ; 부동산명의신탁제도에 관한 세미나 (1996.9.2)”, 지정토론문, 「관례연구」, 제주관례연구회, 1997, 제1집, p.297 이하 참조.

201) 대한변호사협회, 「부동산실권리자명의등기에 관한 법률안에 대한 의견서」, 인간과 정의 제23호, 대한변호사협회지, 1995. 3, p.85.

따라서 이러한 종중 명의의 등기를 권장하는 것이 바람직하며 이것이 종중재산의 보호에 더 두텁다고 본다. 종중 명의로 등기해 놓은 것과 종중원 개인의 이름으로 등기해 놓은 경우 종중재산의 처분은 어느 쪽이 쉬운가, 종중원이 나쁜 마음으로 처분코자 할 경우가 훨씬 쉽다고 본다.

위 내용의 지적을 지지하는 입장이며 우리 민법 제830조는 부부별산제를 인정하고 있고 부동산등기법 제30조 제1항에서는 종중의 등기권리능력을 인정하고 있으므로 부부 각자의 명의·종중명의로의 등기를 권장해야 할 것이고 종중 및 배우자에게 명의신탁의 특례를 인정하는 것은 비합리적이라 생각된다.



## 제 5 장 결 론

명의신탁이란 외국에서는 거의 그 예를 찾아 볼 수 없는 우리만의 특유한 제도이다. 이것은 종종 소유의 토지에 대한 등기과정에서 그 당시의 법규상의 흠결로 인하여 부득이 발생하게 된 것이고 이것을 비롯하여 그 후 일정한 목적을 위하여 타인의 명의로 등기를 하여 두는 경우가 적지 않았다. 이처럼 일정한 목적을 위하여 타인의 명의로 등기를 하여 두는 경우를 관례는 명의신탁이라 하여 80여년에 걸쳐 방대한 관례법을 형성하여 왔으며 그 진행과정에서 거래계의 실체는 당초의 입법적 흠결에 대한 편법이기보다는 투기·탈법·탈세 등의 폐해를 낳았고 나아가서 사회적인 부조리의 수단 또는 매개체로서 악용되어왔다. 또한 이와 같은 관례이론과는 달리 학설은 명의신탁의 본질과 유효성을 둘러싸고 그 견해가 심하게 나누어져 있었다.

이러한 명의신탁을 규제하기 위하여 그동안 부동산등기특별조치법 등 여러 조치가 있었으나 실효를 거두지 못하게 되자 1995년 3월 30일 부동산실권리자명의 등기에관한법률이 제정·공포되고 1995년 7월 1일부터 시행되기에 이른 것이다.

부동산실명법에 대하여는 온당한 입법조치라는 평가와 함께 무엇보다도 명의신탁의 본질을 도외시하고 사적자치원칙을 파괴하는 잘못된 입법임을 지적하는 목소리도 높다. 법은 현실의 상황에 따라 변천되어야 하지만 재산권과 직결된 중대한 법률제정에 대하여는 더욱 신중성을 기했어야 했다는 것이다.

부동산실명법은 개혁입법이라고 하지만 법적안정성을 해칠 가능성을 드러낸 입법이고 특히 「부동산등기특별조치법」과 크게 다를 것이 없으면서 오히려 종전

의 부동산등기특별조치법에서 처럼 명의신탁을 금지하는 것과 허용되는 것으로 이원화하여 탄력적으로 운영하는 체계가 보다 “세련된 입법”이었을 것이라는 주장들이다.

이와 같은 상황에서 연구자는 부동산 명의신탁의 판례에 대한 개념, 역사, 기초이론과 실제적인 적용례에서 보는 각종의 폐단과 규제를 살펴보았다. 나아가서 부동산명의신탁의 법리적 설명 특히 그 본질과 유효성 여부, 그 해소와 법률관계에 관한 기왕의 판례와 이에 대한 학설의 대립을 논하고 이에 대한 비판과 연구자 나름의 결론을 이끌어 내었다. 마지막으로 부동산명의신탁에 대한 부동산실명법의 제정배경, 법률의 개괄적 내용과 문제점을 주로 선행연구와 판례 등을 중심으로 순서적으로 지적하였다. 이 연구의 목적에서 전제한 바와 같이 이 연구는 부동산의 명의신탁을 법리적으로 분석·고찰함과 동시에 그것을 규제하기 위하여 제정된 부동산실권리자명의등기에 관한 법률이 발효함에 따라 야기될 수 있는 문제점들을 집중적으로 검토하는 데에 그 목적을 두었다. 이와 같은 연구목적에 따라 아래에서는 먼저 부동산명의신탁에 대한 연구자 나름의 결론을 정리하고 연구의 의의와 한계를 논하고자 한다.

첫째, 부동산 명의신탁은 그 법리적 구조와 유효성 여부에 관한 이론적 바탕 위에서 그 개념정의가 이루어질 수 밖에 없는데 판례가 인정한 바에 의하면 부동산의 명의신탁이라 함은 “당사자 간의 신탁에 관한 채권계약에 의하여 신탁자가 실질적으로는 그의 소유에 속하는 부동산의 등기명의를 실제적인 거래관계가 없는 수탁자에게 매매 등의 형식으로 이전하여 두는 것을 일컫는 것”이고 대내관계에 있어서는 신탁자가 목적물의 소유권을 그대로 보유하여 이를 관리·수익하지만 제3자에 대한 대외관계에 있어서는 수탁자가 단지 공부상의 명의자에 불과한 것

이 아니라 완전한 소유권을 취득하는 것이다.

둘째, 부동산 명의신탁은 그 출발이 입법의 흠결(Gesetzesluecke)에서 시작한 가치중립적 내지는 허용될 수 있는 관행이었으며 이를 일제시대 이래의 판례가 지지함으로써 정립된 판례법이다. 따라서 부동산 명의신탁제도는 그 자체가 비난의 대상인 것이 아니라 그것의 악용이 문제였던 것이며 본질적으로는 강행법에 의하여 규제될 수 없는 사적자치의 한 양상이라 할 것이었다.

셋째, 부동산 명의신탁의 법리적 구조의 문제는 명의신탁에 대한 유효성을 두고 이를 어떻게 이론적으로 설명할 것이냐의 문제로서 명의신탁은 판례에 의하여 지지되고 판례에 의하여 이론 구성되었던 만큼 판례의 법리가 그 출발점이 되어야 한다. 그러할 때 판례는 부동산 명의신탁에 대하여 이른바 관계적소유권론을 취한다. 이에 의하면 명의신탁은 기본적으로 신탁행위의 법리에 근거하면서 그것이 통정의 허위표시가 아닌 때에는 유효하다. 명의신탁의 대내관계는 명의신탁계약에 기하여 수탁자 명의로登記·등록이 되었더라도 신탁자와 수탁자간의 대내적 관계에서는 여전히 신탁자가 소유권 및 기타 재산권을 가지고 신탁재산을 관리·수익하게 된다. 대외적으로는 수탁자만이 소유권을 행사할 수 있는 반면 신탁자는 소유권을 행사할 수 없다.<sup>202)</sup> 그러므로 수탁자가 행한 신탁재산에 대한 처분행위는 완전히 유효하다. 즉 수탁자와 거래한 제3자는 명의신탁 관계가 있다는 사실에 대한 선의·악의를 불문하고 완전히 유효하게 목적물의 소유권을 취득한다.

넷째, 부동산실명법은 부동산명의신탁제도의 폐해를 근절하고 부동산정책에 대한 실효성 확보와 경제정의의 실현 그리고 부동산명의신탁의 물권법정주의의 원

---

202) 대판 1987. 3. 10, 85 다카 2508 ; 그러나 제3자가 수탁자에게 신탁재산의 매각이나 담보의 제공 등을 적극적으로 권유하여 수탁자의 배임행위에 가담한 경우에는 수탁자와 제3자간의 계약은 반사회적인 법률행위로서 무효가 된다(대판 1991. 4. 23, 91 다 6221).



칙에 대한 논리적 위배의 교정이라는 목적하에 찬반양론의 심각하고 진지한 대립 속에서 제정된 법률이다.

다섯째, 이 법의 주요내용은 명의신탁의 사법적 무효화, 장기 미등기의 명의신탁에 준한 취급, 기존 명의신탁등기의 실권리자명의로의 등기 여행(厲行), 부동산 양도담보의 담보내용공시 여행(厲行) 등으로 요약된다. 그리고 이 법의 특징은 이상의 주요 내용이 모두 그 실효성을 확보하기 위하여 엄격한 제재조치를 수반하고 있다는 점이다. 이것은 부동산실명법이 그 성격상 강행법이고 따라서 당사자간의 임의적 합의로 배제되거나 채권적으로 유효로 할 수 없는 규정이라는 점이다.

여섯째, 부동산실명법은 이와 같은 제정목적과 내용 그리고 그 성격상 특히 다음과 같은 문제점들이 지적된다.

부동산실명법의 근본적 문제는 이 법률이 부동산명의신탁제도의 폐단을 막아 부동산에 관한 정부정책과 경제정의를 구현하겠다는 의욕하에 자유민주주의와 자본주의적 시장경제체제를 지지하는 소유권존중과 사적자치의 원칙을 파훼하는 수준의 급진적이고 강경한 개혁입법으로 이루어졌다는 비판에 있다. 특히 지난 80여 년에 걸쳐 내려 온 기존의 제도에 대한 질서와 신뢰를 무시하였다는 점이 비판의 중점이며 이에서 더 나아가 구체적인 문제점들로는 명의신탁개념의 지나친 확대, 명의신탁의 무효화와 제3자에 대한 무차별적 보호, 장기미등기자에 대한 과도한 제재, 기존명의신탁등기에 대한 소급입법적인 등기강제, 양도담보권자에 대하여도 적용됨으로 인한 특별법 규제의 중복, 종종 및 부부간의 예외적 허용 문제 등이 있다.

그런데 이러한 문제점들을 들어 이 법률의 부당성을 강조하는 것은 자칫 지난 날의 탈법, 탈세 등과 특히 부정부패의 도구로 악용되어온 명의신탁의 폐해, 그것

을 개선하기 위한 일련의 입법적 노력과 학자들의 논의를 한꺼번에 부정하는 잘못을 범하기 쉽다. 지금 부동산실명법은 그 입법취지를 제대로 관철하였다고 할 만큼 적용되지 못하였다. 법 생활의 안정이 깨뜨려졌음을 들어 부동산실명법의 제정을 비판하는 견해는 이해할 수 있으나 그럼으로써 다시 엄연한 실정법으로 자리매김한 부동산실명법에 대한 해석을 ‘입법정책적’으로 하려 하는 태도는 법해석학적 차원에서는 동의하기 힘들다. 지적된 문제점은 입법론으로서 의미를 두고 판례와 학설을 쌓아간 뒤 법개정에 나서야 할 것이다.

본 연구의 한계로서 부동산명의신탁은 그 출발이 입법의 불비(不備)로 인한 관행과 이를 지지한 판례에 있었기 때문에 그 법리적 구조의 문제도 당연히 판례의 이론에 대한 기존학설의 비판이라는 차원에서 진행될 수 밖에 없었고 부동산실명법에 관한 부분은 실정법에 대한 법해석학의 범주하에서 이루어질 수 밖에 없었다.

따라서 이 연구는 명의신탁의 법리적구조에 관하여는 판례이론과 선행연구의 타당성 검토와 비판, 부동산실명법에 관하여는 입법취지에 입각한 실정법 조문의 해석과 문제점 지적에 그칠 수 밖에 없었다.

향후 연구는 이러한 한계를 극복하고 부동산실명법에 대하여 쌓여가는 해석론과 판례를 대상으로 진행되어야 할 것이다.

## \* 참고 문헌

### I. 國內文獻

#### 【單行本】

- 고상룡, 「민법총칙」, 법문사, 2001.
- \_\_\_\_\_, 「물권법」, 법문사, 2001.
- 곽윤직, 「물권법(민법강의Ⅱ)」, 박영사, 2002.
- \_\_\_\_\_, 「민법주해(Ⅱ)」, 박영사, 1992.
- \_\_\_\_\_, 「민법총칙 : 민법강의(Ⅰ)」, 박영사, 2002.
- \_\_\_\_\_, 「채권각론」, 박영사, 2002.
- \_\_\_\_\_, 「후암민법논집」, 박영사, 1991.
- 권용우, 「물권법」, 법문사, 2000.
- 김기수, 「부동산의 법률지가」, 청림출판, 1995.
- 김백영, 「조세관례연구(Ⅱ)」, 법률정보센터, 1993.
- 김상용, 「물권법」, 법문사, 1999.
- \_\_\_\_\_, 「민사판례평석(Ⅰ)」, 법원사, 1995.
- 김용한, 「물권법론」, 박영사, 1993.
- 김주수, 「민법총칙」, 삼영사, 2001.
- \_\_\_\_\_, 「논점민법판례연습 : 물권법」, 삼영사, 1999.

- 김준호, 「신탁행위론」, 법문사, 1997.
- \_\_\_\_\_, 「민법강의 : 이론과 사례」, 법문사, 2000.
- \_\_\_\_\_, 「민법판례 : 사실·판결요지 및 해설」, 법문사, 2002.
- 김증한, 「물권법강의」, 박영사, 1984.
- 박병호, 「한국법제사」, 법문사, 1974.
- 심창수, 「민법연구(제3권)」, 박영사, 1995.
- 송영곤, 「민법의 쟁점 : 민법총칙·채권총론·채권각론」, 유스티니아누스, 2002.
- 양창수, 「독일민법전 : 총칙·채권·물권」, 박영사, 2001.
- 이은영, 「물권법」, 박영사, 2002.
- \_\_\_\_\_, 「채권각론」, 박영사, 2000.
- 이영준, 「물권법 : 민법강의(Ⅱ)」, 박영사, 2001.
- 장형룡, 「신탁법개론」, 한학사, 1985.
- 한삼인, 「판례민법(증보판)」, 법률행정연구원, 2000.
- 현승중, 「서양법제사」, 박영사, 1987.
- 홍성재, 「부동산물권변동론」, 법문사, 1991.
- 홍유석, 「신탁법」, 법문사, 1991.

## 【論 文】

- 강봉수, “명의신탁에 있어서 내부적 소유권의 의미” 「사법행정」, 제5권, 1989.
- \_\_\_\_\_, “명의신탁”, 「주석 물권법(상)」, 한국사법행정학회, 1991. 3.
- 강인애, “명의신탁과 명의대여에 대한 조세법상의 취급(상)·(하)”, 「대한변호사협회지」, 제147호, 1988. 11. ; 제148호 1988. 12.
- 고상룡, “명의신탁이론의 재검토 소고”, 「민법학 논집」, (후암 광윤직교수 화갑기념 논문집), 박영사, 1985. 12.
- \_\_\_\_\_, “명의신탁과 부동산실명제법”, 「고시 Journal」, 1995. 2.
- \_\_\_\_\_, “명의신탁논의 재검토 소고”, 「민법학논집」, (후암 광윤직교수 화갑기념 논문집), 1995.
- 고창현, “토지거래실명제 좌담회발표자료”, 「인권과 정의」, 제227호, 1995. 4. 24.
- 광윤직, “명의신탁에 관한 판례이론의 연구”, 「법학」, 제15권 2호, 서울대학교, 1974.
- 권오곤, “명의신탁에 관한 판례의 동향”, 「민사판례연구」, 제10호, 1988. 8.
- 권오승, “명의신탁”, 「고시연구」, 제198호, 1990. 9.
- 권오창, “부동산명의신탁의 법률관계에 관한 시론 : 부동산실권리자명의등기에 관한 법률의 시행과 관련하여”, 「판례연구」, 제1집, 1997. 1.
- 권용우, “명의신탁 해지의 효과”, 「고시계」, 제389호, 1989. 7.
- \_\_\_\_\_, “신탁재산의 시효취득”, 「월간고시」, 제199호, 1990. 8.
- 김상용, “부동산거래실명제 입법예고법률안의 내용과 문제점”, 「사법행정」, 제402호, 1995. 3.
- \_\_\_\_\_, “부동산거래실명제에 관한 사법적 검토”, 「부동산실명제 실시에 따른 법리적 검토」, 한국부동산법학회, 1995. 3.

- \_\_\_\_\_, “금지되는 명의신탁과 허용되는 명의신탁”, 「사법행정」, 1993. 9.
- \_\_\_\_\_, “부동산거래실명법률에 대한 평가와 실명제실시의 전제요건”, 「민사재판의 제문제(상)」, (이시윤박사 화갑기념 논문집), 1995.
- 김준호, “독일에 있어서 신탁행위의 등기”, 「현대민법의 과제와 전망」, (남송 한준희 교수 화갑기념 논문집), 밀알, 1994.
- 김학동, “명의신탁의 법률관계에 관한 판례이론”, 「고시계」, 1997. 2.
- 김형수, “부동산실명등기법률에 대한 고찰”, 「민법의 실제와 현대법의 조명」, (경암 홍천룡박사 화갑기념 논문집), 논문집간행회, 1997.
- 문용선, “명의신탁이론의 재검토 : 부동산등기특별조치법상의 명의신탁금지의 사법적 효력”, 「민사판례연구회, 민사판례연구(XVII)」, 박영사, 1995.
- 배병일, “명의신탁등기”, 「고시계」, 1997. 2.
- 송덕수, “명의신탁”, 「고시연구」, 1993. 1.
- \_\_\_\_\_, “타인의 명의를 빌려 체결한 토지분양계약의 효력”, 「민사판례연구」 XIV, 1995.
- \_\_\_\_\_, “타인의 명의를 사용하여 행한 법률행위”, 「사법연구」, 제2집, 1994.
- 송쌍중, “부동산실명제에 관한 조세 및 경제법 검토”, 「부동산실명제 실시에 따른 법적 검토」, 한국부동산법학회, 1995.
- 양창수, “부동산실명법 제4조에 의한 명의신탁의 효력”, 「법학」, 제38권 1호, 서울대학교, 1997.
- 윤철홍, “부동산실권리자 명의등기에 관한 법률의 사법적 검토”, 「현대민법의 전망」, (서영배박사 화갑기념 논문집), 1996.
- 이경희, “부동산명의신탁에 관한 문제점”, 「연세대 법률연구」, 제4집, 1986.

- 이영준, “명의신탁의 유효성에 관하여”, 「사법논집」, 제19집, 법원행정처, 1988. 12.
- 정광수. “명의신탁에 관한 고찰”, 「채권법에 있어서 자유와 책임」, (김형배교수 화갑기념 논문집), 1994.
- 정기웅, “중중재산과 명의신탁”, 「현대 민법의 과제와 전망」, (한봉희교수 화갑기념 논문집), 1994.
- \_\_\_\_\_, “명의신탁에 관한 법리연구”, 「부동산법학의 제문제」, (석호 김기수교수 화갑기념 논문집), 박영사, 1992.
- 최원형, “명의신탁에 관한 연구”, 「석사학위논문」, 연세대학교 대학원, 1999.
- 황유인, “등기의무주의의 필요성”, 「민법·경제법논집」, (성현 황유인교수 정년기념 논문집), 1995.
- 허 규, “신탁행위와 신탁법상의 신탁”, 「사법논집」, 제5집, 법원행정처, 1975.

## II. 外國文獻

### 【日本】

- 多田吉鐘, “宗中財産の査定と(一),(二),(三)”, 司法協會雜誌, 第四券, 第一號, 第二號, 第三號.
- 大阪谷公雄, 「信託」, 綜合判例研究叢書民法(22), 1969.
- 四宮和夫, 「信託法」, 法律學全集(33卷Ⅱ), 1989.
- \_\_\_\_\_, 「信託の研究」, 有斐閣, 1976.
- \_\_\_\_\_, “信託契約”契約法大系V(特殊の契約1), 有斐閣, 1963.
- 西本辰之助, “Fiducia と Treuhand”, 私法學の諸問題, 慶應通信株式會社, 1967.
- 稱本洋之助, 「註釋民法 總則」(3), 1973.
- 星野英-외 6人, 「民法講座 1」(民法總則), 有斐閣, 1984.
- \_\_\_\_\_, 「民法講座 2」(物權1), 有斐閣, 1984.
- \_\_\_\_\_, 「民法講座 3」(物權2), 有斐閣, 1984.
- 鈴木祿弥, 「民法總則講義」, 創文社, 1991.
- \_\_\_\_\_, 「物權法講義」, 創文社, 1991.
- 渡辺洋三, 「財産と法」, 財團法人 東京大學出版會, 1973.
- 高橋隆二, “宗中財産を驍る法律關係に就て,”司法協會雜誌, 第十九券, 第十一號.
- \_\_\_\_\_, “査定の效力-高等法院の判例につて-(一)(二),”司法協會雜誌, 第九券, 第八號, 第9號.



【區・美諸國】

Almond, Gabriel a, and S, Bingham Powell, "Comparative Politics" :

"A Development Approach," (Boston : little, Brown, 1966).

Ames, "The origin of uses and trusts," Harvard Law Review 21.

Bogert, Gieason/Bogert, George Taylor, "Handboor of Trusts," Sts ed., St Paul,  
West Publishing Co., 1973.

Maitland, "The origin of uses," Harvard Law Review 8. American  
Jurisprudence, 2nd ed., Vol.76(Trusts), Rochester, New York, The Lawyers  
Cooprative Publishing Co., 1975.

Fritz Baur, Lehrbuch des Sachenrechts, 15. Aufl., München, 1989.

Muenchener Kommentar, Burgerliches Gesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl. München, 1993

Dieter Medicus, Schuldrecht II, Besonderer Teil, 4. Aufl., 1990.

Hans Brox, Besondereres Schuldrecht, 16. Aufl., 1990.

Karl Heinz Schwab, Sachenrecht, 22. Aufl., 1989.

Manfred Wolf, Sachenrecht, 9. Aufl., 1990.

Dieter Reuter und Michael Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung, 1983.

# ABSTRACT

## A theoretical Analysis of the Custom of Real Estate Nominal Trust

- Focused on the Act forcing the Registration of  
Real Name -



제주대학교 중앙도서관 Soon-Hwan Bu  
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

Department of Law

Graduate School

Cheju National University

The purpose of the above thesis is to study the theoretical structure of the so to say Nominal Trust on real estate(Myonguisintak) and to interpret the new act : Real Estate-Real Name Registration Act (Budongsan Silmyongbop) regulating this practice.

According to the practice since Japanese occupation of Korean peninsula, the Nominal Trust has been very often used. This practice came into being, for at that time there were no specified way for the properties of family name associations, especially lands with shrine, rice peds for memorial ceremony etc. to be registered. Such real estates were allowed by the courts to be filed in the name of one or more of family members. At first, I handled the theoretical arguments on validity of nominal trust. Rules of supreme court admitted the practice as valid. On the base of court rule there have been a lot of nominal trust registrations. The supreme court describes the practice as the so to say "relative ownership theory", which explains the legal status of nominal trust makes the trustor real owner and the trustee nominal owner. In the relation with the other persons than the parties of nominal trust, as the court describes, the title of the real estate stays by the trustee as the estoppel shows.

This custom and practice became, then, the most popular way to

disguise corrupt transaction of property from the public. Also, he who would like to escape from tax the nominal trust has been very often used, not with saying real estate speculation. Furthermore, this practice is hardly to harmonize with the rule(numerus clausus of rights on things : Sachenrechte) of Korean Civil Code, which prohibits any other type of interest on things than the code prescribes.

So, the government established and promulgated the Real Name Registration Act for extermination of the Nominal Trust practice. But the Act has been criticized as it has many problems because it was established without deliberation, for only one purpose of prohibit of nominal trust practice in short time.

In this thesis, I investigated some law that was established for regulation of the Nominal Trust. There are the Real Name Registration Act, the Act of Taxes, and the Act of Registry of Real Property. According to the new law the nominal trust on real estate is not valid any longer. Registrations of nominal trust should be in

certain period corrected to a real name. In chapter 4 and 5 I examined and analyzed the content of The Real Estate-Real Name Registration Act and then evaluated the opinions arguing the new act. But, it can be so concluded:

Nominal Trust is no more effective, although it is confronted against the private autonomy. Since the act on the real estate real name registration(The Real Estate-Real Name Registration Act) was enacted and promulgated, arguments on the validity of nominal trust should be terminated. What to do further, is to observe the enactment of new law and to find any problem. Courts decisions are also should be evaluated with objective eyes on real development of situation of transformation of nominal trust into real names. Opinions arguing the new law are difficult to agree for the time being, because, they would run beyond the limit of interpretation of given act.