

不動產實名法の 私法上の 問題點과 對處方案

金 相 容*

차 례

I. 序 說

II. 不動產實名法の 私法上の 內容과 問題點

1. 名義信託의 禁止
2. 既存 名義信託의 實名轉換
3. 長期 未登記防止를 위한 登記申請의 義務化
4. 公然한 讓渡擔保, 假登記擔保의 實現可能性

III. 實名制 實施에 따른 對處方案

1. 將來의 名義信託禁止에 따른 對處方案
2. 登記申請義務主義에 대한 對處方案
3. 隱匿된 變則擔保의 規制에 대한 對處方案
4. 既存 名義信託의 實名轉換強制에 대한 對處方案

IV. 評 價

* 延世大學校 經法大學 教授

I. 序 說

1995年 年初에 名義信託 禁止를 主된 內容으로 하는 不動產實名制 實施計劃이 발표되고, 그것을 뒷받침하는 不動產實權利者名義登記에 관한 法律(이를 略稱하여 “不動產實名法”이라 한다)이 1995年 3月 30日 法律 第4944號로 制定되어, 1995年 7月 1日부터 實施되었다.

不動產去來實名法の 主된 內容은 將來의 名義信託의 禁止와 既存 名義信託의 實名轉換이지만, 그 이외에도 假登記擔保와 讓渡擔保에 관하여 規定하고 있고, 不動產을 買受하고 장기간 未登記狀態로 방치해두어 事實상 買受人이 賣渡人에게 名義信託한 것과 같은 경우에 대한 規制規定을 함께 規定하고 있다.

그런데 不動產實名法에서 規律되고 있는 私法的 法律問題는 이와 같이 將來의 名義信託의 禁止, 既存 名義信託의 實名轉換, 公然한 讓渡擔保, 假登記擔保의 實施, 登記申請義務主義에 의한 長期未登記 狀態의 解消이지만, 그 解消方法은 正常的인 私法法理에 의한 방법보다는 刑罰과 行政罰에 의한 規制 내지 處罰爲主로 구성되어 있다. 또한 그 規制의 정도가 너무 심하다고 생각되며, 過剩禁止의 原則에 위배되지 않을까 하는 의구심을 떨쳐 버릴 수 없다.

이러한 內容의 不動產實名法の 制定에 따라 私法的 法律關係에 대한 公法的 規制의 限界問題가 새롭게 제기되고 있다. 不動產去來實名制의 완벽한 實施를 위해서는 登記原因書面을 公證하는 것이 가장 理想的이고 바람직한 制度이다. 이러한 바람직하고 이상적인 制度가 있고, 그것을 實施할 수 있는 與件을 마련하지 않은 채, 刑罰 및 行政罰에 의한 規制만으로 不動產去來實名制를 실시하고자 하는 것은 너무 法實證主義的이고 法律萬能主義라는 비판을 免치 못할 것으로 생각된다. 다른 한편으로는 不動產去來實名制의 實施를 위한 바람직한 제도를 선택하지 아니하고 威 的인 規制手段을 선택한 것은 國家權力 行使의 濫用이라 아니할 수 없다.

이러한 內容이 不動產去來實名制의 內容의 전부는 아니지만, “不動產實權利者 名義登記에 관한 法律”이 施行되었으므로 同法에서 規定되어 있는 內容에 관련된 사람은 同法에서 규정하고 있는 禁止事項을 지키고, 賦課된 義務를 이행하여야 한다.

同法에서는 名義信託을 전면적으로 금지하지 아니하고, 宗中不動産 및 夫婦間의 名義信託은 여전히 許容하며(同法 第8條), 既存 名義信託의 實名轉換義務 역시 宗中不動産, 配偶者, 宗教團體, 鄉校, 書院所有의 名義信託不動産에 대해서는 實名轉換義務를 면제하여 주고 있다(同法 第11條第1項 但書 後文).

이와 같이 不動産去來가 實名으로 이루어지고 기존의 非實名去來는 實名으로 轉換하여야 하나, 同法이 너무 짧은 기간에 制定되고 例外를 허용하고 있으며, 法理論的으로도 미비점이 있고 規制方法이 適正하지 못하여, 同法의 施行에는 많은 問題點과 紛爭이 발생할 것으로 예상된다.

그러나 어떠한 法律이라도 일단 制定되어 시행되면 強制力이 발생하는바 同法에서는 同法의 規定을 위반한 名義信託者는 물론 名義受託者도 함께 처벌하므로(同法 第7條, 第12條), 同法의 시행과 관련하여 “不動産實權利者名義登記에 관한 法律”에서 規律하고 있는 私法的 法律問題의 內容과 그 問題點 및 個人 또는 企業이 名義信託者이거나 또는 名義受託者인 경우에 앞으로 어떻게 對處할 것인가에 관하여, 同法에 대한 批判的 視角에서 상세히 고찰해 보고자 한다.

II. 不動産實名法の 私法上の 內容과 問題點

1. 名義信託의 禁止

(1) 將來의 名義信託의 禁止와 그 背景

不動産實名法이 施行된 1995年 7月 1日부터는 일정한 例外의 경우를 제외하고는 名義信託이 禁止되고(同法 第3條第1項), 名義信託約定은 물론, 그 約定에 基한 不動産物權變動도 無效이다(同法 第4條第1項, 第2項 本文). 그러므로 1995年 7月 1日부터는 不動産의 名義信託이 허용되지 아니하며, 同法 施行前에 名義信託約定을 하고 同法 施行後에 그 名義信託約定에 基한 登記를 한 경우에도, 그 名義信託約定과 그에 基한 不動産物權變動도 無效이다(同法 附則 第2條第2項).

이와 같이 不動産實名法에 의하여 禁止되는 不動産名義信託의 대상이 되는 不動産物權은 不動産所有權에 限하지 아니하고, 모든 不動産物權을 包括한다(同法 第2條第1項 本文). 종래 문제가 되었던 不動産의 名義信託은 不動産所有權에 限

定하였지만, 不動產實名法에서는 不動產名義信託을 모든 不動產物權에 擴大하였다. 그러므로 토지, 건물 뿐만 아니라 不動產으로 다루어 지는 立木(立木에 관한 法律 第3條第1項), 工場財團(工場抵當法 第14條第1項, 第15條), 鑛業財團(鑛業財團抵當法 第15條)에 있어서의 名義信託도 同法에 의하여 금지된다고 해석하여야 할 것이다.

그러면 不動產實名法에서 不動產의 名義信託이 禁止되고 있기 때문에 모든 名義信託이 禁止되었다고 이해할 것인가? 그렇게는 이해할 수 없을 것으로 생각된다. 먼저 同法에서 宗中과 配偶者間의 名義信託은 例外的으로 租稅逋脫, 強制執行免脫, 또는 法令上の 制限의 回避目的이 없는 한 이를 인정하고 있으며(同法 第8條), 登記, 登錄에 의하여 公示되는 船舶, 自動車, 航空機, 重機의 名義信託은 不動產實名法の 規律對象이 되는 名義信託으로는 볼 수 없을 것이다. 왜냐하면, 登記 또는 登錄에 의하여 公示되는 動產은 不動產에 관한 法理가 적용되지만, 不動產은 아니기 때문에 不動產實名法이 적용되지 아니한다고 할 것이다.

왜 이와 같이 不動產의 名義信託을 全面的으로 禁止하는 것일까? 그 이유는 어디에 있느냐하는 의문이 제기된다. 사실 名義信託은 우리나라에서 近代的 不動產登記制度를 實施할 때 부터 이용되기 시작하였다. 그러나 名義信託이 利用되던 初期에는 宗中 등 非法人社團 名義로 登記가 不可能하였기 때문에, 宗中の 代表者 또는 宗中員의 名義로 登記할 必要性이 있었고 그 有效性은 認定되어야 할 必要性이 있었다.

그러나 1960年代에 들어 오면서 經濟開發計劃의 實施와 함께 不動產投機가 일어나기 시작하였고, 그때 不動產投機의 合法的인 方法으로 中間省略登記와 이 名義信託이 일반적으로 널리 利用되었다. 또한 中間省略登記와 名義信託이 結合된 中間省略名義信託이 不動產投機를 위한 方法으로 가장 一般的으로 利用되었다.

이러한 不動產投機의 合法的 方法으로 利用되었던 名義信託에 대한 規制方法이 여러가지 方法으로 講究되었으나, 그 規制法律에 대한 憲法裁判所 및 大法院이 그 規制法律의 實效性을 떨어 뜨리는 決定 및 判決을 함으로써, 끝내 不動產實名法の 制定에 의해 立法的으로 判例를 變更하는 極端的인 措置를 취하게 된 것이다.

이와 같은 不動產實名法이 制定되게 된 法制史의 背景을 살펴보면, 名義信託이 不動產投機의 方法으로 이용되므로, 1981年 12月 31日에 相續稅法을 개정하

여 그 第32條의2에서 名義信託을 전면적으로 贈與로 擬制하여 名義信託者에게 贈與稅를 賦課할 수 있도록 하였다. 그러나 同規定은 1989年 7月 21日 憲法裁判所에 의하여 一部違憲決定이 내려졌다.¹⁾ 그 理由는 租稅逋脫 또는 租稅回避의 目的이 없는 名義信託을 贈與로 擬制하는 것은 實質課稅의 原則에 反하는 名目課稅라는 것이었다. 그러므로 名義信託의 贈與擬制에 의하여 名義信託을 근절하려던 立法的 努力도 憲法裁判所에 의한 一部違憲決定에 의하여 실패하고 말았다. 그 다음에는 名義信託에 대하여 보다 강한 規制를 加하고자 하는 立法的 노력을 기울여 1990年 8月 1日에는 不動產登記特別措置法을 制定하여 同年 9月 1日부터는 脫稅, 脫法, 投機目的의 名義信託에 대하여는 3年 이하의 懲役 또는 1億원 이하의 벌금에 처하도록 하고(同法 第7條第1項, 第8條第3號) 脫稅, 脫法, 投機의 목적이 없는 名義信託의 경우에는 그 事由書를 登記公務員에게 제출하도록 하였다(同法 第7條第2項).

이와 같이 不動產登記特別措置法에서 名義信託을 禁止하니, 中間省略名義信託을 逆으로 이용하는 名義信託解止의 方法에 의하여 실제로는 名義信託이 행하여지고, 大法院에서는 不動產特別措置法上の 名義信託 禁止規定은 단순한 團束規定에 불과하고, 따라서 脫稅, 脫法, 投機目的의 名義信託約定도 有效하다고 判決함으로써,²⁾ 不動產登記特別措置法の 制定, 實施에 의하여 名義信託을 根絶하려던 立法的 努力도 결국 無爲로 끝날 수 밖에 없었다. 名義信託의 有效性 인정의 判例와 관련하여서는, 行政府側에서는 오랫동안 수많은 不動產投機抑制對策을 수립하고 집행하여 왔으나, 法院의 判決에 의하여 그 有效性을 인정받아오던 名義信託의 벽을 넘을 수 없었기 때문에 취한 불가피한 조치로서 不動產實名法을 제정하였다는 自評이 없지 않다.³⁾

또한 名義信託은 1993年 6月 11日 公職者倫理法의 改正에 의해서 公職者의 財産을 登錄, 公表하게 하고, 1993年 8月 13日에는 “金融實名去來에 관한 大統領緊急財政經濟命令”에 의한 金融實名制의 전면적 實施에 의하여, 投機性 資金이 金融市場에도 證券市場에도 갈 수가 없게 되고, 갈 곳은 不動產市場뿐이었다.

1) 憲裁決定 1989.2.21, 89헌마38.

2) 大判 1993.8.13, 92다42651.

3) 權五昌, “不動產實名制 實施에 따른 不動產政策 方向”, 「국토정보」(國土開發研究院, 1995. 8), 31面.

또한 經濟活動이 왕성해짐으로써 침체되었던 不動產景氣가 살아날 움직임을 보이고, 1995年 6月 27日에 實施된 4大 地方自治選舉를 앞두고 不動產投機를 事前에 遮斷할 必要性이 있었다.

이와 같은 法制史的, 經濟政策的 必要性에 의하여 不動產實名法은 制定되게 된 것이다. 그러나 名義信託이 不動產投機의 方法으로 利用된지가 30年 이상이지났음에도 불구하고 名義信託을 없애기 위한 根本的인 方法은 制度化하지 않고, 規制만 強化하는 方法을 하여온 것은 國家權力을 잘못 行使한 것이며, 國家權力의 濫用이라 아니 할 수 없을 것이다.

이 不動產實名法の 施行과 함께 不動產登記特別措置法上的 名義信託에 관한 規定은 모두 그 效力을 喪失하게 되었다(同法 附則 第4條第2項).

(2) 名義信託의 種類와 그 效力

1) 名義信託約定의 概念과 效力

不動產實名法에서는 名義信託約定을 不動產物權을 保有한 者 또는 事實상 取得하거나 取得하려 하는 者가 그 不動產에 관한 物權을 保有하거나 保有하기로 하고 他人名義로 登記하기로 하는 約定이라 概念定義하고 있다(同法 第2條第1號 本文). 이와 같이 對內的으로 實權利者가 不動產物權을 保有하고 登記만을 他人名義로 하여두기로 하는 約定을 名義信託約定이라 하고, 他人名義에는 他人名義로의 本登記가 중심이 되지만 假登記도 포함된다. 그리고 同條 同號는 名義信託約定이라 하지 않더라도 實質的으로 名義信託을 위하여 委任, 委託賣買의 形式을 취하거나, 追認에 의한 경우도 名義信託約定에 포함시키고 있다. 그러므로 約定의 名稱如何를 불문하고 實權利者의 名義로 登記하지 아니하고 他人名義로 登記할 것을 約定하면 모두 名義信託에 포함된다고 보고자 한다.

그리고 이러한 名義信託約定은 無效이다(同法 第4條第1項). 이와 같이 無效가 되는 名義信託에는 2者間登記名義信託, 3者間登記名義信託, 즉 中間省略名義信託, 契約名義信託, 그리고 2人 이상이 共同으로 不動產을 買受하고 所有權移轉登記는 그 중 1人名義로 登記하여 두는 경우 등이 모두 포함된다. 그러나 共有不動產으로 共有者가 區分하여 占有하면서 登記는 共有로 하여 두는 相互名義信託은 有效하다고 한다.

2) 名義信託의 種類와 그 效力關係

名義信託에도 그 種類를 여러가지로 나누어 볼 수 있다. 첫째로 名義信託者와 名義受託者間에 名義信託約定을 하고 그 約定에 基하여 登記를 하는 登記名義信託이 있다. 이 登記名義信託에는 다시 名義信託者의 不動產物權을 名義信託約定에 의하여 名義受託者名義로 登記하여 두는 2者間名義信託으로서, 그 2者間名義信託은 당연히 無效가 되며, 그 名義信託約定에 基한 不動產物權變動도 效力이 발생하지 아니한다(同法 第4條第2項 本文). 특히 名義信託約定에 基한 不動產物權變動도 無效라고 明示的으로 規定하고 있는 것은, 不動產物權變動에 관하여 物權行爲의 無因性を 취하든 有因性を 취하든 不動產物權變動의 效力을 發生하지 않게 할 趣旨에서 規定한 것으로 생각된다.

그리고 中間省略名義信託은 賣渡人과 名義信託者(즉 買受人)間에 賣買契約을 締結하고, 第3者인 名義受託者와 名義信託者間에 名義信託契約을 하고, 賣買契約에 基한 所有權移轉登記는 賣渡人에게서 직접 名義受託者에게로 하는 方法의 名義信託이다. 이 경우에 賣渡人은 名義受託者가 買受人이 아님을 알고서 그에게로 所有權移轉登記를 할 수 있도록 協력을 한다. 이 점이 다음에 설명할 契約名義信託과 다른 점이다.

따라서 3者間名義信託에 있어서는 名義信託者와 名義受託者間의 名義信託約定이 無效이고, 賣渡人과 名義受託者間의 不動產物權變動은 無效가 되지만, 賣渡人과 名義信託者, 즉 買受人間의 賣買契約은 有效한 것으로 豫定하여 立法이 이루어져 있다.

둘째로 契約名義信託으로서 名義信託者와 名義受託者間의 名義信託約定은 無效이지만, 賣渡人과 買受人인 名義受託者間의 賣買契約은 有效하고, 그들간의 不動產物權變動도 有效한 것으로 規定되어 있다(同法 第4條第1項 但書). 이 契約名義信託에 있어서 賣買契約은 賣渡人과 買受人間에 이루어지고 賣渡人은 買受人이 名義受託者임을 알지 못한다. 이에 反해 3者間登記名義信託에 있어서는 賣渡人과 名義信託者間에 賣買契約이 締結되고 登記는 賣渡人에게서 名義受託者에게로 經了되고, 賣渡人은 名義信託者와 名義受託者間의 名義信託約定이 있음을 알고 있다. 그러나 契約名義信託에 있어서는 賣渡人은 買受人이 名義受託者임을 알지 못한다. 이러한 점들이 3者間登記名義信託과 契約名義信託의 차이점이다.

이러한 차이점에 기초하여 3者間登記名義信託에 있어서는 賣渡人과 名義受託者間의 不動產物權變動은 無效이다. 그러나 契約名義信託에 있어서는 賣渡人과 名義受託者間의 不動產物權變動은 그 效力이 인정된다. 따라서 契約名義信託에 있어서 名義受託者는 단순히 허수아비(Strohmann)로서 賣渡人과 賣買契約을 締結하는 것이다.

3) 名義信託約定 및 그에 基한 不動產物權變動의 無效와 名義信託者 名義로의 登記強制 可能 與否

禁止되는 名義信託을 한 名義信託者는 5년 이하의 懲役 또는 2億원 이하의 罰金에 처해지며(同法 第7條第1項第1號), 名義受託者는 3年 이하의 懲役 또는 1억 원 이하의 罰金에 처해진다(同法 第7條第2項). 또한 名義信託者에게는 당해 不動產價額의 100分の 30에 해당하는 課徵金이 賦課된다(同法 第5條第1項). 그리고 課徵金의 賦課를 받은 名義信託者에게 名義受託者 名義의 登記를 名義信託者 名義로 登記할 것이 強制되는 履行強制金을 賦課할 수 있도록 同法이 規定하고 있다(同法 第6條第1項 本文).

여기서 名義信託登記의 效力과 關連하여 名義受託者에게로 所有權移轉登記가 경료되어 있는 登記를 名義信託者에게로 登記하도록 履行強制金을 賦課하면서 強制할 수 있는냐하는 것이다. 먼저 名義信託登記는 登記名義信託에서는 無效이며, 契約名義信託에 있어서는 有效하다. 그 각각의 경우를 나누어 살펴보면, 2者間 登記名義信託에 있어서는 名義信託約定도 不動產物權變動도 無效이다. 그러므로 名義信託不動產의 所有權은 당연히 名義信託者에게 귀속하지만, 登記만은 名義受託者 名義로 이루어져 있어서 그 名義受託者 名義의 登記는 名義信託者의 所有權을 侵害하고 있다. 그러므로 名義信託者는 名義受託者에 대하여 物權의 妨害除去請求權으로서 名義受託者 名義의 登記의 抹消를 請求할 수 있다. 그러나 이때 名義信託者가 名義受託者에게로의 所有權移轉登記는 不法原因給與(民法 第746條 本文)에 해당될 수도 있고, 惡意의 非債辨濟(民法 第742條)가 되어 그 返還을 請求할 수 없게 된다. 그럼에도 불구하고 名義信託者 名義로 登記를 하여야 하고, 登記하도록 履行強制金을 賦課할 수 있도록 한 規定은 立法上의 잘못이 있다고 생각된다.

더욱더 不動產實名法 第1條는 禁止되는 名義信託을 反社會的 行爲로 규정하고

있다. 그러므로 2者間 名義信託契約은 反社會秩序의 法律行爲(民法 第103條)로서, 名義信託者는 名義受託者를 상대로 하여 受託者名義의 登記의 抹消를 청구할 수 없다고 해석하여야 할 것이다. 그럼에도 불구하고 名義信託者에게로 登記하도록 履行強制金을 賦課하도록 한 立法은 잘못이 아니라 할 수 없을 것이다.

다음으로 中間省略名義信託의 경우를 살펴보면 賣渡人과 名義信託者間的 賣買契約은 有效하므로 名義受託者 名義로 經了된 所有權移轉登記를 抹消하고 賣渡人에게서 買受人에게로의 賣買契約에 기한 所有權移轉登記를 할 것을 強制하고, 이를 실현하기 위하여 履行強制金을 賦課할 수 있도록 規定하고 있으나, 이 경우도 立法上의 잘못이 있다고 생각된다. 買受人인 名義信託者가 名義受託者 名義의 登記를 抹消하기 위해서는 債權者代位權에 基하여 賣渡人이 名義受託者에 대하여 갖고 있는 登記抹消請求權을 行使하여야 하는데, 그 때에는 역시 賣渡人과 名義受託者間에는 不法原因給與이거나, 惡意의 非債辨濟가 되어 登記抹消를 請求할 수 없다고 할 것이다. 그러므로 名義信託者 名義로의 所有權移轉登記가 불가능하므로 名義信託者에게 履行強制金을 賦課할 수 없다고 할 것이다.

그 다음의 契約名義信託의 경우도 역시 名義受託者名義로 登記되어 있는 不動產物權은 不法原因給與이거나, 또는 惡意의 非債辨濟의 擴大適用이 可能하다고 할 것이다.

따라서 名義信託約定 및 그에 基한 不動產物權變動을 無效로 規定하면서, 名義信託者名義로 登記하도록 履行強制金을 賦課하는 것은 法理論上 성립될 수 없다고 할 것이다. 따라서 名義信託者에게 履行強制金을 賦課할 수 있도록 한 規定은 立法上의 잘못이라 아니할 수 없다.

(3) 第3者에 대한 關係

名義受託者에게서부터 名義信託된 不動產物權을 轉得한 第3者는 확정적으로 不動產物權을 取得한다(同法 第4條第3項). 여기서 第3者에는 善意者이든 惡意者이든 모두 포함되는 것으로 이해하고 立法이 이루어져 있다. 자세히 살펴보면 契約名義信託의 경우에는 名義受託者가 正當한 所有者이므로 그 者로부터 轉得한 第3者는 善意이든 惡意이든 당해 不動產物權을 取得한다고 할 수 있을 것이다. 그러나 登記名義信託에 있어서는 名義受託者는 비록 自己名義로 登記가 經료되어 있지만 不動產物權者가 아니다. 그러므로 登記의 公信力이 인정되지 아니하고

있는 우리나라에서는 轉得者는 不動產物權을 取得할 수 없다. 그러나 去來安全을 위하여 名義信託者는 轉得者가 取得한 不動產物權을 否認할 수는 없다고 할 것이다. 또 한편 名義信託者는 어느 경우의 名義信託에 있어서도 名義受託者로부터 不動產物權을 회복할 수 없으므로, 名義受託者로부터 轉得한 第3者는 확정적으로 당해 不動產物權을 取得하게 된다고 할 것이다.

그러나 立法의 形式에 있어서는 善意의 第3者에게 對抗할 수 없다고 할 것이지, 惡意의 第3者에게 對抗할 수 없도록 한 것은 立法上の 잘못이 있다고 할 것이다. 法の 根本目的은 善意者를 保護하는데 있는 것이지 惡意者를 保護하는데 있는 것이 아니다. 또한 登記의 公信力을 인정하고 있는 法制에 있어서도 善意者에게만 不動產物權의 善意取得이 인정되고 있을 뿐이다.⁴⁾ 그럼에도 불구하고 制定法에서 惡意의 第3者까지 보호한 立法을 한 것은 立法權의 濫用이라 아니할 수 없다.

2. 既存 名義信託의 實名轉換

(1) 實名轉換의 義務化

不動產實名法이 制定, 施行되기 前에 이미 이루어져 있던 名義信託은 1995年 7月 1일부터 1996年 6月 30日까지 1年의 猶豫期間內에 名義信託者名義로 實名轉換을 하여야 한다(同法 第11條第1項 本文). 그러나 다음의 경우에는 實名轉換義務가 免除된다. 즉 名義信託되어 있는 不動產이 公用徵收, 判決, 競賣 기타 法律의 規定에 의하여 名義受託者로부터 第3者에게 당해 名義信託不動產에 관한 物權이 移轉된 경우, 宗中, 配偶者, 宗教團體, 鄉校 등이 租稅浦脫, 強制執行의 免脫을 目的으로 하지 아니하고 名義信託한 不動產은 實名轉換義務가 免除된다(同法 第11條第1項 但書). 여기에는 書院도 포함된다. 그렇지만 相續에 의하여 不動產物權이 移轉된 경우에는 實名轉換을 하여야 한다.

그리고 1年의 猶豫期間內에 名義信託者名義로 實名轉換登記를 하지 아니하였다 하더라도, 다음의 경우에는 實名轉換을 한 것으로 본다. 즉 1年의 猶豫期間內에 名義信託不動產을 處分하고, 名義受託者에게서 取得者名義로 직접 移轉登記

4) 獨逸民法 제892조 參照.

가 이루어졌거나, 1년의 猶豫期間內에 당해 名義信託不動産을 管轄하는 市長, 郡守 또는 區廳長에게 賣却을 委託하거나, 成業公社에 賣却을 依賴한 경우에는 實名轉換을 한 것으로 擬制한다(同法 第11條第2項). 그러나 賣却委託이나 賣却依賴를 撤回한 경우는 實名轉換을 한 것으로 擬制하지 아니한다(同法 第11條第2項 第2號 但書).

그리고 1년의 猶豫期間은 例外없이 1995年 7月 1日부터 1996年 6月 30日까지로 確立적인 것이 아니라, 名義信託者의 歸責事由없이 다른 法律의 規定에 의하여 實名轉換 또는 賣却委託 또는 賣却依賴를 할 수 없는 경우에는 그 事由가 消滅한 때로부터 1년의 猶豫期間이 起算되며(同法 第11條第3項), 不動産實名法 施行前 또는 猶豫期間中에 당해 名義信託不動産에 관하여 訴訟 기타 爭訟이 繼續中인 때에는, 判決 기타 爭訟에 관한 決定이 확정된 때로부터 1년의 猶豫期間이 起算된다(同法 第11條第4項).

그런데 宗中所有의 不動産에 대한 名義信託과 夫婦間의 既存 名義信託에 있어서 實名轉換義務가 있는가에 관하여는 견해가 다를 수 있는 素地가 있다고 생각된다. 왜냐하면 既存 名義信託의 實名轉換義務에 관한 同法 第12條에는 宗中不動産에 대한 名義信託 및 夫婦間의 名義信託에 관하여 實名轉換義務를 직접 규정하지 아니하고 있으며, 許容되는 名義信託에 관한 同法 第8條에서는 既存 名義信託의 實名轉換義務 不履行의 경우에 처벌을 규정하고 있는 同法 第12條第1項 및 第2項을 적용하지 아니한다고 규정하고 있기 때문이다. 私見으로는 宗中不動産에 대한 既存 名義信託 및 夫婦間의 既存 名義信託에도 實名轉換義務가 免除된다고 생각된다.

(2) 實名轉換 不履行時의 法的 效果

1년의 猶豫期間內에 名義信託者에게로 實名轉換을 하지 아니하면 既存 名義信託約定은 무효가 되며, 또한 그것에 基한 不動産物權變動도 무효가 된다(同法 第12條第1項). 그런데 既存 名義信託은 判例에 의하여 그 有效性이 인정되어 왔다. 그럼에도 불구하고 猶豫期間內에 實名轉換을 하지 아니하였다고 하여 그 私法的 효력을 부인하는 것은, 溯及立法에 의한 私法的 效力의 否認으로서 法理論적으로 容納될 수 없는 것이 아닌가 생각된다. 違憲의 素地가 있다고 생각된다.

그리고 猶豫期間內에 實名轉換을 하지 아니하면 당해 不動産價額의 100分の

30에 해당하는 課徵金이 賦課되며 또한 履行强制金도 賦課된다. 여기서 履行强制金の 賦課는 將來名義信託에 있어서와 마찬가지로 理論的으로 成立될 수 없다고 생각된다. 既存名義信託의 約定 및 그것에 基한 不動產物權變動을 無效로 하면서, 有效를 前提로 하는 履行强制金を 賦課하는 것은 論理的으로 成立될 수 없는 것이라 생각된다.

(3) 實名轉換 假裝行爲에 대한 規制

實際로는 賣買 등 不動產去來契約을 締結하고, 그 移轉登記는 既存 名義信託을 解止하고 名義信託者에게로 實名轉換하는 것으로 假裝하여 登記한 者에 대해서는 5年 이하의 懲役 또는 2億원 이하의 罰金에 처하도록 規定하고 있다(同法 第12條第3項).

이러한 假裝行爲는 實名轉換의 猶豫期間內에 일어날 수 있다. 이러한 實名轉換을 假裝한 脫法行爲를 事前에 遮斷하기 위하여 이와 같은 規定을 둔 것으로 이해된다.

3. 長期 未登記防止를 위한 登記申請의 義務化

不動產實名法에서는 賣買 등 不動產의 所有權移轉을 目的으로 하는 契約을 締結하고, 有償契約에 있어서는 殘代金完納日로부터, 無償契約의 경우에는 契約의 效力發生日로부터 3年內에 登記를 申請하도록 義務化하고(同法 第10條第1項), 3年 이내에 登記를 申請하지 아니하면 5年 이하의 懲役 또는 2億원 이하의 罰金에 처하고(同法 第10條第4項), 當해 不動產價額의 100分の 30에 해당하는 金額의 課徵金を 賦課하고, 課徵金の 賦課通知를 받고 1年 이내에 登記申請을 하지 아니하면, 當해 不動產價額의 100分の 10에 해당하는 價額의 履行强制金を 賦課하고, 그 履行强制金 賦課通知를 받은 날로부터 다시 1年이 經過하면 100分の 20에 해당하는 金額의 履行强制金を 賦課한다(同法 第10條第3項).

登記申請義務主義는 不動產登記特別措置法에서도 規定하고 있다. 不動產登記特別措置法에서는 不動產의 所有權移轉을 目的으로 하는 所有權移轉登記(同法 第2條第2項, 第3項) 및 일정한 제한된 범위내에서의 保存登記(同法 第2條第4項)의 申請을 義務化하고 있고, 60日의 登記申請期間內에 登記를 申請하지 아니하

면 당해 不動産의 登錄稅額의 5倍 이하의 過怠料를 賦課할 수 있도록 하고 있다 (同法 第11條).

여기서 유의할 점은 不動産實名法上的의 登記申請의 義務化와 不動産登記特別措置法上的의 登記申請의 義務化의 目的이 서로 다르다는 것이다. 前者의 경우는 名義信託을 禁止하고자 함이 그 目的이며, 後者の 경우는 中間省略登記를 禁止하고자 함이 그 目的이다. 前者의 경우는 賣買를 하고 3年 동안 移轉登記를 하지 아니하고 방치한다는 것은 買受人이 賣渡人에게 名義信託을 한 것과 同一한 것으로 보고자 하는 目的이 內在해 있다고 할 것이다.

兩 法律上的의 登記申請義務의 懈怠로 인한 過怠料와 課徵金의 2重賦課의 문제를 調整하기 위하여 不動産登記特別措置法에 의하여 過怠料의 制裁를 받은 者에 대하여는 不動産實名法上的의 課徵金 賦課에 있어서는 既納付한 過怠料는 控除하도록 하고 있다(同法 第10條第1項).

不動産實名法에 의한 登記申請의 義務化는 오로지 不動産의 所有權을 移轉할 目的으로 하는 契約에 의한 所有權移轉登記에 한하며, 禁止되는 名義信託의 對象과 같이 모든 不動産物權을 包括하지 아니한다. 오로지 契約에 의한 所有權移轉登記에 한한다.

그리고 不動産實名法 施行前에 不動産을 취득하고 殘代金完納日 또는 契約의 效力發生日이 이미 경과한 경우에는 이 法 施行日을 起算日로 하여, 이 法 施行日로부터 3年內에 登記하도록 規定하고 있다(同法 附則 第3條).

4. 公然한 讓渡擔保, 假登記擔保의 實現可能性

(1) 公然한 讓渡擔保, 假登記擔保 申請의 義務化

擔保目的을 위하여 所有權을 移轉하거나 所有權移轉의 豫約을 하고, 所有權移轉의 本登記 또는 所有權移轉을 위한 假登記를 하면, 그 讓渡擔保 또는 假登記擔保는 變則擔保로서 그 有效性이 認定된다. 그런데 이러한 變則擔保의 登記는 登記簿上 擔保目的을 전혀 表示하지 아니하고 所有權移轉의 本登記 또는 所有權移轉을 위한 假登記를 한다. 그러므로 所有權移轉의 本登記를 한 경우에, 그 實體的 內容을 調査하여 確認하지 않는 한, 단순한 所有權移轉登記인지, 名義信託登記인지, 아니면 讓渡擔保登記인지를 區別할 수가 없다. 그러나 그 모든 登記의 私

法上の 效力은 그 목적대로 인정되고 있다. 그리고 假登記도 請求權保全의 假登記인지 擔保假登記인지 登記簿上에는 전혀 구별되지 아니하지만, 그 私法上の 效力은 모두 인정된다.

假登記擔保法은 이러한 變則擔保의 有效性을 모두 認定하고 있다. 그래서 일찍부터 讓渡擔保, 假登記擔保도 登記簿上 擔保目的임을 公示할 수 있도록 할 필요성이 있음이 주장되었다. 그런데 이번의 不動產實名法에서 名義信託을 위하여 讓渡擔保 또는 假登記擔保의 方法으로 活用하는 脫法行爲를 防止하기 위하여 擔保目的의 讓渡擔保, 假登記擔保는 그것이 擔保目的임을 登記簿上 기재될 수 있는 가능성을 提供하고 있다. 그래서 不動產實名法에서는 讓渡擔保, 假登記擔保의 設定에 있어서는 債務者, 債權金額 및 債權辨濟를 위한 擔保라는 뜻이 記載된 書面을 登記公務員에게 登記申請書와 함께 提出하도록 하고(同法 第3條第2項), 이를 違反한 債權者, 및 債務者를 虛僞로 記載케 한 實債務者에 대하여는 당해 不動產價額의 100分の 30에 해당하는 課徵金을 賦課하도록 규정하고 있다(同法 第5條第1項). 그리고 이를 違反한 債權者 및 債務者를 虛僞로 記載케 한 實債務者에 대하여 5年 이하의 懲役 또는 2億원 이하의 罰金을 처할 수 있도록 규정하고 있다(同法 第7條第1項第2號).

그러나 登記實務에서는 擔保目的임을 기재한 書面을 備置만 할뿐 登記簿에 擔保目的임을 기재하지는 않고 있다. 그 이유는 讓渡擔保나 假登記擔保가 그 實質은 擔保物權이지만 登記는 登記簿의 甲區에 하므로, 甲區에 擔保物權임을 표시하게 되면, 甲區의 登記와 乙區의 등기의 혼란이 발생하게 될 것을 염려한 때문으로 생각된다. 그러나 登記簿에 擔保目的임을 기재하도록 하여야 할 것이다.

그런데 이와 같이 公然한 讓渡擔保, 假登記擔保를 실현하기 위하여 엄격한 規制規定을 두고 있으나 이를 위반한 隱匿된 讓渡擔保, 假登記擔保가 무효이나 하는 것이다. 즉 隱匿된 讓渡擔保, 假登記擔保에 관한 規制規定이 效力規定인가 아니면 단순한 團束規定인가가 問題이다. 名義信託에 대한 禁止規定은 效力規定임에 틀림이 없지만 讓渡擔保, 假登記擔保에 대한 規制規定은 단순한 團束規定이라고 해석하여야 할 것이다. 왜냐하면 擔保目的의 所有權移轉의 本登記 또는 所有權移轉을 위한 假登記임을 登記簿上 表示하지 아니하였다 하더라도 그 讓渡擔保, 假登記擔保의 私法上の 效力을 부인할 수 없기 때문이다.

(2) 既存의 讓渡擔保, 假登記擔保의 公然義務

既存의 讓渡擔保權者 및 假登記擔保權者는 不動產實名法 施行日로부터 1年の 猶豫期間內에 債務者, 債權金額 및 債權辨濟를 위한 擔保라는 뜻의 書面을 登記 公務員에게 提出하여야 하고(同法 第14條第1項), 이를 提出하지 아니한 債權者 및 債務者를 虛僞로 記載하게 하여 提出하게 한 實債務者에 대하여는, 당해 不動產價額의 100分の 30에 해당하는 課徵金을 賦課하도록 하고 있다(同法 第14條 第2項). 이러한 規制規定도 역시 團束規定이라 하여야 할 것이며, 遡及立法에 의한 規制라 아니할 수 없다.

Ⅲ. 實名制 實施에 따른 對處方案

1. 將來의 名義信託禁止에 따른 對處方案

宗中不動產의 名義信託, 配偶者間의 名義信託을 제외하고는 同法의 施行日로부터 不動產의 名義信託이 금지되고, 금지되는 名義信託의 私法上의 效力은 無效가 되며(同法 第4條第1項), 禁止되는 名義信託을 한 者는 名義信託者는 물론 名義受託者, 그들의 教唆者 및 幫助者도 刑事處罰을 받게된다(同法 第7條). 그러므로 名義信託을 하지도 말고 名義受託者가 되지도 말아야 한다.

일반적으로 名義受託者는 個人인 경우가 일반적일 것으로 생각된다. 그리고 名義信託者가 個人인 경우에 있어서는 登記名義信託이 주로 문제될 것이지만, 企業인 경우에는 契約名義信託이 주로 문제될 것이다.

그리고 相互名義信託은 허용되므로 문제가 없으나(同法 第2條第1號 目), 수인이 共同으로 不動產을 취득하고 登記만을 그 數人中の 1인 또는 一部の 者로 登記하게 되면, 그것도 금지되는 名義信託임을 有意하여야 할 것이다. 그러므로 共同所有의 不動產은 언제나 共同所有者 全員の 이름으로 登記하도록 하여야 한다.

宗中不動產에 대한 名義信託이 허용되므로 宗中の 濫設立을 하지 않아야 할 것이다. 우리의 慣習上 宗中은 5代祖 以上을 共同始祖로 하는 子孫이 설립할 수

있는 것이나, 日帝의 慣習調査報告書에서는 4代祖 以下를 共同始祖로 하는 宗中도 宗中을 설립할 수 있는 것으로 記錄되어 있다. 그러나 日帝의 慣習調査報告書의 內容은 잘못이며, 宗中の 濫設立에 의해 名義信託을 하는 일은 극히 자제되어야 할 것이다. 判例는 日帝의 慣習調査報告書에 따라 宗中을 인정하고 있다.⁵⁾ 이러한 관례 역시 變更되어야 할 것이다.

그리고 配偶者間的 名義信託이 허용되므로 名義信託을 위한 假裝婚姻을 생각할 수도 있을 것이나, 그러한 事例는 거의 없을 것으로 기대된다. 그러나 問題는 事實婚關係에 있는 夫婦間에도 名義信託을 허용할 것인가 하는 문제가 발생한다. 우리 民法에서는 禁婚範圍가 넓기 때문에 夫婦共同體를 이루고 있으나, 婚姻申告를 할 수 없는 事實婚이 적지 않다. 따라서 事實婚關係에 있는 夫婦間的 名義信託은 허용된다고 해석하여야 할 것이다. 이러한 점을 惡用하여 名義信託을 위하여 假裝된 事實婚關係의 유지는 없어야 할 것이다.

名義信託이 성립하기 위해서는 名義信託契約이 있어야 하는데 名義信託約定은 無效이므로 이를 회피할 목적으로 다른 名稱을 사용하는 경우를 예상할 수 있다. 그 중에서 名義信託을 목적으로 委任, 委託賣買, 追認한 경우, 그러한 契約 또는 追認도 역시 無效가 된다는 점을 잊어서는 아니될 것이다(同法 第2條第1號本文).

그리고 企業이 契約名義信託을 한 후 名義受託者가 企業에 대하여 그 名義信託不動產을 買受하는 경우도 예상할 수 있다. 그러나 이 때 名義受託者가 任職員인 경우는 쉽게 발견될 수 있을 것이지만, 그렇지 아니할 때에는 발견되지 아니할 수도 있다. 企業이 名義信託의 방법으로 不動產을 취득하는 것은 일반적으로 기업이 직접 부동산, 특히 토지를 취득하고자 할 때에는, 토지소유자들이 不當하게 높은 가격을 요구하기 때문이라고 알려져 있으나, 사실은 기업의 부동산취득에 너무 많은 公法的 規制가 행하여지고 있기 때문이라고 한다.⁶⁾ 그렇다면 지금까지 經濟建設을 위해 國家가 主導的으로 기업에 토지를 공급하여 왔음에도 불구하고, 왜 土地投機가 일어났으며, 기업이 名義信託을 이용하여 토지를 취득하였는가하는 反問에 答하기 어려울 것이다. 개인은 물론 기업도 이제는 더이상 名義信託을 이용하지 말아야 할 것이며, 政府도 기업이 業務用土地를 쉽게 취득할 수 있도록

5) 大判. 1994. 11. 11. 94 다 17772.

6) 孫在英, "부동산실명제와 기업활동", 「국토정보」(國土開發研究院, 1995. 8), 24面.

措置를 지속적으로 취하여야 할 것이다.

名義信託禁止를 회피하기 위하여 賣買, 贈與 등을 하고 그 賣買契約, 贈與契約을 取消하거나 解除하고서 抹消登記를 하지 않고 방치하는 경우를 예상해 볼 수 있다. 名義信託契約을 목적으로 그러한 行爲가 행해졌다면 그 取消, 解除는 無效가 된다고 할 것이다.

2. 登記申請義務主義에 대한 對處方案

長期未登記에 대한 규제를 회피하기 위하여, 실제로는 賣買를 하고 登記簿上에는 假登記를 한 후, 當事者間에는 提訴前和解調書を 작성하여 買受人이 그 提訴前和解調書を 가지고 단독으로 本登記를 신청할 수 있도록 하는 方案을 강구할 지도 모르며, 賣買를 한 후 買受人名義로 根抵當을 설정해서 偽裝하는 방법도 사용할 것으로 예상된다. 그리고 실제로는 賣買를 하고 公然한 變則擔保를 설정하여 偽裝하는 방법도 이용하는 事例를 예상할 수 있다. 어떠한 경우이든 실제로 賣買, 贈與 등을 하고, 登記는 假登記, 根抵當, 公然한 假登記擔保, 讓渡擔保 등을 설정하고 3년이 경과하면 처벌받는다는 것을 잊지 말아야 할 것이다.

그리고 실제로 賣買를 하고 買受人이 殘代金의 一部를 지급하지 아니하여 현실적인 殘代金支給日을 늦추어 3년의 登記申請義務期間의 起算日을 延期시키는 방법도 활용할 가능성이 있으며, 契約의 효력발생일을 늦추기 위하여 假裝停止條件을 달 수도 있을 것이다. 그러나 어느 경우이든 실제 거래내용에 따라 登記申請義務期間이 起算됨을 간과해서는 아니될 것이다. 脫法行爲에 의해 規制를 피하려고 해서는 아니될 것이다. 사실대로 제때에 所有權移轉登記를 하여야 함을 생활화하여, 正常的으로 부동산을 취득하도록 하여야 할 것이다.

3. 隱匿된 變則擔保의 規制에 대한 對處方案

名義信託禁止를 회피하기 위하여 이와같은 隱匿된 變則擔保를 이용하는 事例를 방지하기 위하여, 變則擔保의 설정에 의해서는 반드시 債權者, 債務者, 債權擔保의 목적 및 債權金額을 기재한 書面을 登記公務員에게 제출하도록 강제하고 있다(同法 第3條第2項, 第1條第1項第2號).

이러한 公然한 變則擔保는 假登記擔保法을 제정할 때, 그 때 그 法律에서 규정하고 그것의 實效性 確保를 위한 장치를 마련했어야만 했었다. 假登記擔保法の 制定, 施行에 의하여 變則擔保가 별로 행해지지 않게 되었는데, 不動產實名法の 制定, 施行에 의하여 이제 變則擔保는 더욱더 행해지지 아니할 것으로 생각된다. 오히려 새로 개발되어 이용되고 있는 變則擔保의 또 하나의 방법인 信託擔保가 행해질 可能性이 그만큼 높아졌다고 할 것이다. 특히 企業이 信託擔保의 방법을 활용할 가능성이 매우 높다고 할 것이다. 즉, 실제로는 賣買를 하고 買受人을 收益者로 하여 賣渡人이 不動產信託會社에 擔保信託을 한 後, 受託者인 不動產信託會社가 賣渡人의 債務不履行을 이유로 그 不動產을 任意賣却하고, 買受人인 受益者가 買受하는 變則的인 信託擔保가 행하여질 가능성이 없지 않을 것이다.

隱匿된 變則擔保에 대한 규제는 名義信託禁止를 회피하기 위한 방법으로 隱匿된 變則擔保의 활용을 방지하기 위함에 있으나, 隱匿된 變則擔保는 그 자체가 不實登記임에도 불구하고 그 有效性이 인정되어 온 것이다. 公然한 變則擔保는 당연히 이루어야 할 課題이었음을 想起하여야 할 것이다.

4. 既存 名義信託의 實名轉換強制에 대한 對處方案

不動產實名制 실시에 따라 個人이나 企業이 가장 고심하고 있는 課題는 이미 名義信託된 不動產의 實名轉換義務일 것이다. 名義信託者名義로 實名轉換을 하고자 하여도 名義受託者가 實名轉換에 협력하지 아니하는 경우, 名義信託者名義로 實名轉換이 불가능한 경우, 名義受託者가 實名轉換에 협력하면서 對價를 요구하는 경우가 있을 것이며, 實名轉換에 의하여 名義信託 당시의 法規違反이 있었을 때에는 同法에 의하여 刑事處罰·行政罰을 받게되며, 脫稅部分에 대해서는 租稅의 追徵을 받게되는 부담을 지게된다.

이러한 부담때문에 名義信託者가 實名轉換을 포기하는 事例도 예상되며, 名義信託者의 橫暴도 예상된다. 1년의 猶豫期間內에 實名轉換을 하지 아니하면 일정한 예외를 제외하고는 既存 名義信託이 無效가 되므로, 名義信託者가 名義信託契約을 解止하고 名義信託不動產의 所有權을 회복하지 못한다. 다만 不當利得을 원인으로 하여서는 名義信託者가 名義受託者를 상대로 하여 所有權의 반환을 청구할 수는 있다고 할 것이다.

實名轉換에 따른 여러가지 문제에 대한 對應方案을 차례로 살펴보면, 첫째로 名義信託者가 實名轉換에 협력하지 아니하는 경우에는, 名義信託者는 두 가지의 원인으로 實名轉換을 위한 訴를 제기할 수 있을 것이다. 즉 名義信託者가 名義受託者를 상대로 하여 名義信託契約의 解止의 意思表示를 하고 그것에 기해서 所有權移轉登記請求의 訴를 제기하거나, 名義信託契約을 解止함이 없이 바로 不動產實名法에 기해서 實名轉換을 원인으로 하여 所有權移轉登記請求의 訴를 제기할 수 있다고 할 것이다. 이와 같은 訴가 제기되면 實名轉換의 猶豫期間은 그 訴에 대한 判決이 확정된 날로부터 1년이 된다. 그러므로 訴를 提起하면 實名轉換의 猶豫期間을 연장할 수 있다.

둘째로 名義信託者가 農民이 아님에도 農地를 名義信託해 두었거나, 名義信託者 名義로 土地去來許可申請을 해서는 不許可處分을 받았을 경우와 같이 名義信託者 名義로의 實名轉換이 원천적으로 불가능한 경우에는, 當該 名義信託不動產을 管轄 市長·郡守·歐廳長에게 賣却委託을 하거나, 成業公社에 賣却依賴를 하면 될 것이다(同法 第11條第2項第2號). 名義信託者가 賣却委託 또는 賣却依賴를 함에는 名義受託者의 同意 내지 承諾이 있어야 한다고 할 것이다. 왜냐하면 名義信託은 그 對外的 關係에서는 名義受託者가 所有者이므로 賣却委託·賣却依賴는 名義信託契約 當事者 以外の 제3자와 法律關係를 형성하기 때문이다.

名義受託者가 同意 또는 承諾을 하지 아니한 때에는 名義信託者는 名義受託者를 상대로 하여 同意 또는 承諾에 갈음하는 判決을 얻어야 한다. 名義受託者는 名義信託者에 대하여 同意 또는 承諾을 하여 주는 對價를 요구하는 事例가 발생할 것으로 예상된다.

既存 名義信託의 實名轉換에 있어서 名義受託者는 不動產實名法の 立法趣旨 및 信義則에 의하여 實名轉換協力義務를 진다고 할 것이며, 이를 거부하고 對價를 요구하는 行爲는 信義則違反이 된다고 할 것이다. 不動產實名法에서 明示的으로 名義受託者에게 實名轉換協力義務를 규정했어야 했다고 생각된다.

그리고 名義受託者가 實名轉換에 협력하지 아니하고 名義信託不動產을 제3자에게 처분해 버리는 경우도 생각할 수 있다. 이러한 경우에 대비하여 名義信託者는 實名轉換을 위하여 名義信託不動產의 處分禁止假處分을 하여 둘 수도 있을 것이다.

셋째로 實名轉換에 따라 名義信託을 할 때에 關聯法律의 규정을 위반하였거나, 租稅를 포탈한 경우에는 刑事處罰 및 行政罰은 公訴時效 및 賦課期間이 완성

되지 아니하는 한 處罰을 받고 부담을 져야한다. 포탈한 租稅는 그 조세채권의 消滅時效가 완성되지 않는 한 追徵받아야 한다. 그리고 기업은 당해 토지에 대한 非業務用 判定에 따른 不利益도 받아야 한다.

그러나 實名轉換에 의하여 1世帯 2住宅이 되는 경우로서 實名轉換住宅이 1件이고, 그 가액이 5千萬원 이하인 경우에는 讓渡所得稅를 추징당하지 아니하며, 贈與稅의 경우도 마찬가지로 不動産이 1件이고 그 贈與價額이 5천만원 이하인 경우에는 贈與稅를 추징당하지 아니한다(第13條第1項). 그리고 法人은 非業務用 不動産에 해당하나 猶豫期間 終了時까지 固有業務에 직접 사용하면 取得稅를 重課하여 追徵당하지 아니한다(同法 第13條第2項).

이러한 租稅追徵免除 이외의 處罰 및 租稅에 관하여는 그것이 賦課期間·公訴時效·消滅時效가 완성하지 않는 한 모두 감수하여야 한다. 이와같은 부담때문에 名義信託者가 實名轉換을 포기하는 사례도 발생할 것으로 예상된다.

그리고 이러한 負擔을 회피하기 위하여 名義信託者와 名義受託者가 合意하여 제3자에게 名義信託目的物을 처분하고 그 代金을 名義信託者에게 반환하는 경우도 많을 것으로 생각된다. 이러한 때, 즉 名義信託者가 實名轉換에 갈음하여 金錢으로 그 對價를 받는 경우에는 實名轉換은 이루어진 것으로 보지만(同法 第11條第2項第1號), 名義信託을 하였을 때 관련법규를 위반하였거나, 租稅를 포탈하였다면 처벌, 추징을 받아야 한다고 해석된다.

특히 名義信託者의 相續人도 實名轉換義務를 지며, 名義受託者의 相續人도 實名轉換協力義務를 부담함을 잊어서는 아니될 것이다. 이때 實名轉換에 의하여 밝혀진 名義信託者의 相續人은 刑事處罰은 받지 아니한다고 해석된다. 왜냐하면 刑事處罰의 相續은 인정되지 아니하기 때문이다.

그리고 1년의 猶豫期間內에 기존의 隱匿된 變則擔保는 公然한 變則擔保로 전환하여야 한다(同法 第14條).

IV. 評 價

不動産實名法은 名義信託을 無效로 하면서 그것과 관련된 長期未登記 狀態의 克服, 變則擔保의 公然化 등을 圖謀하여 不動産去來가 眞實 그대로 不動産登記簿에 登記되어 公示될 수 있도록 圖謀하고 있다.

그立法趣旨에는 수궁이 가지만 法理論에 맞지 않는 矛盾되는 規定을 두고 있으며, 不動產去來가 正常的으로 이루어 지도록 하는 根本的이고 根源的인 方法보다는 刑罰과 制裁의 規制爲主로 이를 實現하고자 하고 있다. 私法的 法律關係에 대하여 公法的 規制를 하면 할 수록 脫法行爲가 일어남을 잊어서는 안될 것이다.

그리고 不動產去來는 모든 國民의 日常的인 法律生活이기 때문에 規制의 정도가 심하고 規制의 範圍가 넓으면 실제로 法을 執行하지 못한다. 土地公概念 實踐法律들의 상당부분이 規制는 嚴하지만 제대로 實踐되지 못하였음을 看過해서는 아니될 것이다. 또한 모든 國民을 潛在的인 犯法者로 想定하고 制定된 法律은 결코 그 實效性을 거둘 수 없다는 歷史的 經驗을 잊어서는 아니될 것이다.

따라서 不動產實名法은 規制의 範圍가 넓고, 規制의 정도가 너무 심하며, 事前的 豫防方法보다는 事後的 規制方法으로 構成되어 있다. 생각컨대 短期的 衝擊療法은 될 수 있어도 長期的 不動產去來의 正常化를 위한 方法은 되지 못할 것으로 생각된다.

根本的으로는 登記原因書面을 公證하여야 한다. 그때의 公證은 私書의 認證(Beglaubigung)에 의해서는 아니되고 公正證書에 의한 公證(Beurkundung)이어야 한다. 그래야만 實體的 眞實을 擔保할 수 있는 것이다.

지금 不動產 關聯法律의 制定者들은 歷史에 대한 認識이 너무 短見이라고 생각된다. 확실한 方法을 취하지 아니하고, 당장의 一時的인 效果만을 생각하고 있는 것 같다. 먼 將來를 내다보고 不動產去來가 實名으로 이루어질 수 있도록 國民意識도 改革하고, 實名去來가 生活化될 수 있는 漸進的이고 確實한 公證方法을 차근차근히 制度化해 나아가야 할 것이다.

그리고 不動產去來의 實名化는 名義信託의 禁止만으로는 實現될 수 없다. 變則的인 去來의 方法으로 행하여지고 있는 中間省略登記, 登記原因의 虛偽記載 등도 함께 防止할 수 있는 法理論의 定立과 登記制度의 補完이 있어야 한다.

一時的인 충격요법으로서의 短期的인 對策은 國民들로 하여금 脫法行爲를 하게 하는 心理를 자극하여 法治主義의 原則에 反하는 效果를 낳으며, 法的安定性은 물론 法律生活의 繼續성과 一貫性도 害친다는 점을 看過해서는 아니될 것이다. 國民들이 지킬 수 있는 方法을 法制化하고, 恒久的인 對策을 강구하며, 보다 根源的이고 事物의 本性에 符合하는 制度의 마련이 필요하다고 생각된다.

그리고 名義信託禁止에 의한 不動產實名制를 威 的인 方法으로 시행하기에 이르기까지 그 原因을 제공하였던 것은 不動產投機의 方法으로 이용되었던 名義

信託의 有效性을 인정한 大法院 判例의 태도였다. 다시 말하면 이렇게 엄한 處罰 法律이 制定되게 된 가장 직접적인 원인은 名義信託의 有效性을 인정한 大法院判例였다고 아니할 수 없다. 결국 大法院判例에 의하여 부담을 지게 되는 者는 국민들이 되었음을 指摘하지 아니할 수 없다.

그리고 大法院은 不動產의 名義信託을 不動產所有權에 한정해서 인정하였으나, 實名法에서는 모든 不動產物權으로 확대하여 인정하였다. 行政府와 立法府는 國民의 財産을 보호하고, 自由로운 法律生活을 신장시켜야 할 國家機關이 實名制란 理念下에 國民의 自由로운 法律生活을 극도로 제한하는 愚를 범하였음을 지적하지 아니할 수 없다. 國民의 私法的 法律生活에 대한 公法的 規制의 限界問題를 새롭게 提起한 法律이라 아니할 수 없다. 결국 3府의 國家權力行使의 남용이 서로 上昇作用을 일으켜서, 그 짐을 고스란히 國民에게 轉嫁한 대표적인 事例가 不動產實名制 實施라 解釋하지 아니할 수 없다. 또 한편 國民의 側에서는 名義信託의 方法에 의하여 不動產投機를 하여 이와 같은 規制爲主의 不動產實名制의 실시를 自招하였음을 간과해서는 아니될 것이다. 不動產投機에 관한 한 우리나라는 賤民資本主義의 모습을 赤裸裸하게 실천하고 보여주었음을 반성하여야 할 것이다.