

3자간 등기명의신탁에서의 매매계약과

그에 따른 법률관계

- 대법원 2021. 9. 9. 선고 2018다284233 전원합의체 판결에 대한 평석을 겸하여 -

정 문 환

초록

이 글은 대법원 2021. 9. 9. 선고 2018다284233 전원합의체 판결(이하 ‘대상판결’이라 한다.)을 분석하며, 이른바 ‘3자간 등기명의신탁’에서 매도인, 명의신탁자, 명의수탁자의 법률관계가 어떻게 규율되어야 하는지에 대해 답하고자 한다. 대상판결, 그리고 3자간 등기명의신탁에 대한 기존 연구들 다수는 매도인과 명의신탁자 사이 체결된 매매계약의 효력을 단순히 긍정할 뿐, 그 근거에 대해 충분한 설명을 제시하지 않는다. 또한 애당초 매도인과 명의신탁자가 매매목적물인 부동산에 관해 명의수탁자 명의의 등기를 경료하기로 약정했음에도 불구하고 판례와 학설 다수는 별다른 설명 없이 두 당사자 사이에는 매도인이 명의신탁자 명의의 등기를 마칠 것을 내용으로 하는 매매계약이 성립한다고 단정한다. 그러나 ‘왜 매매계약이 유효한지’, 그리고 ‘매매계약이 유효하다면 그 구체적 내용이 무엇인지’는 자명한 것으로 치부하여 설명을 생략하기에는 너무나도 중요한 물음이다.

이에 이 글은 민법 제137조가 규정하는 일부무효 법리에 따라 매도인과 명의신탁자 사이 체결된 매매계약의 효력과 내용을 검토하기로 한다. 보다 구체적으로는, 일부무효 법리가 관련 규범의 목적을 관철하면서도 당사자의 이익을 조정하는 기능을 가짐을 논증하고, 민법 제137조의 적용 결과를 결정하는 당사자의 가정적 의사 판단을 위한 구체적 기준을 제시한다. 이를 통해 명의신탁자와 매도인 사이 체결된 매매계약은 효력이 인정되고, 이 계약은 명의수탁자가 아닌 명의신탁자 명의의 소유권이전등기를 경료할 것을 내용으로 한다는 점을 보이고자 한다.

위와 같은 해석을 바탕으로 대상판결 사안에서는 일부무효 법리가 적용됨에 따라 그 효력이 인정된 매매계약이 ‘관련 규범의 목적을 관철하는 동시에 당사자의 합리적인 이익을 보호하기 위한 계약’으로서의 지위를 획득하게 된다. 그러므로, 명의수탁자가 등기명의를 기화로 제3자에게 부동산을 양도하거나 그에 관한 근저당권을 설정하기 전은 물론, 그 후에도 매매계약의 구속력이 관철되어야 한다. 따라서 명의신탁자는 매도인에게 매매계약상 채무불이행책임을 물을 수 있는 반면, 명의수탁자에게 직접 부당이득반환을 구할 수는 없고 명의수탁자의 명의신탁자에 대한 불법행위책임 역시 제한적으로 인정될 뿐이다. 한편, 매도인은 부동산 소유자로서 명의수탁자에 대한 (침해)부당이득반환청구권을 보유하게 되며 불법행위를 원인으로 한 손해배상을 청구할 수도 있다.

주제어: 일부무효, 3자간 등기명의신탁, 이익조정, 채무불이행책임, 부당이득

[사실관계 및 판결요지]

I. 사실관계

원고는 2010. 3. 31. 소외인과의 사이에 매수인 명의를 원고의 아들인 피고로 하여 소외인 소유의 부동산(이하 ‘이 사건 부동산’이라 한다.)을 10억 원에 매수하기로 하는 매매계약(이하 ‘이 사건 매매계약’이라 한다.)을 체결했다. 원고는 2010. 5. 13. 소외인에게 매매대금 10억 원을 완납했는데, 원고는 위 매매대금 10억 원 전부를 자신이 2008. 4. 3. 개설한 이후 계속해서 관리해온 피고 명의의 차명계좌로부터 출금했다.

원고로부터 매매대금 전액을 지급받은 소외인은 2010. 5. 17. 이 사건 부동산에 관해 피고 명의의 소유권이전등기를 경료했고, 원고에게 이 사건 부동산을 인도했다. 위 소유권이전등기가 마쳐진 이래로 원고가 이 사건 부동산에 거주하고 있으며, 이 사건 부동산에 관한 등기필증을 소지한 채 재산세를 납부해왔다.

피고는 이 사건 부동산에 관한 소유권이전등기가 자신의 명의로 이루어져 있음을 기화로, 2014. 12. 11. 이 사건 부동산에 관해 채권최고액 6억 원, 채무자 피고, 근저당권자 한국스탠다드차타드은행(이하 ‘SC은행’이라 한다.)의 근저당권(이하 ‘이 사건 근저당권’이라 한다.)설정등기를 마치고, SC은행으로부터 5억 원을 대출받았다.

II. 제1심 및 원심의 판단

1. 제1심판결(수원지방법원 성남지원 2017. 7. 7. 선고 2016가합201278 판결)

원고는 ① 소외인을 대위하여, 피고가 이 사건 부동산에 관한 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행할 것을 청구하고, ② 피고가 SC은행에게 이 사건 부동산에 관한 근저당권을 설정해줌으로써 대출받은 5억 원을 원고 자신에게 부당이득으로 반환할 것을 청구했으나, 제1심판결은 이를 모두 기각했다.

제1심판결에 따르면 피고가 이 사건 매매계약 체결과정에 전혀 관여하지 않았고, 이 사건 부동산에 관해 피고 명의의 소유권이전등기가 마쳐진 후 피고가 아닌 원고가 이 사건 부동산에 거주하며 등기필증을 소지하고 재산세를 납부한 것은 사실이지만, 이와 같은 사실만으로는 원고와 피고 사이에 이 사건 부동산에 관한 명의신탁약정이 존재한다고 단언할 수 없다. 오히려 원고와 피고 사이에 명의신탁약정이 체결되었다는 사실을 증명할 문서가 없는 점, 원고가 장기간 피고를 경제적으로 지원해온 점 등을 고려했을 때 원고가 이 사건 매매계약을 체결했을 당시 이 사건 부동산의 소유권을 피고에게 귀속시키려는 의사를 가졌다고 보아야 한다.

이처럼 원고와 피고 사이의 명의신탁약정이 존재하지 않고 원고가 이 사건 부동산 소유권을 피고에게 귀속시키기로 한 이상, 소외인이 이 사건 부동산에 관한 피고 명의의 소유권이전등기를 마침으로써 피고는 이 사건 부동산 소유권을 적법·유효하게 취득했다고 할 것이며, 피고가 SC은행에 이 사건 근저당권을 설정해줌으로써 5억 원을 대출받은 것은 이 사건 부동산 소유권의 적법한 행사라 할 것이다.

2. 원심판결(서울고등법원 2018. 10. 12. 선고 2017나2041062 판결)

제1심판결과 달리, 원심판결은 원고와 피고 사이에 명의신탁약정이 존재하므로 이 사건 매매계약상 매수인이 피고가 아닌 원고라 판단했다. 이 사건 매매계약을 체결하는 데 관여한 행위자인 원고와 소외인 사이에는 매매목적물의 소유권이전등기를 피고 명의로 할 뿐, 매수인을 원고로 하는 의사의 합치가 있었다는 것이다.

이에 따라 원심판결은 피고에게 이 사건 부동산에 관한 말소등기의무 내지 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기의무가 있음을 인정했다. 원심판결에 따르면 이른바 ‘3자간 등기 명의신탁’에서 명의신탁자와 명의수탁자 사이 체결된 명의신탁약정 및 그에 따른 명의수탁자로의 물권변동은 모두 무효이다. 그렇기에 이 사건 부동산의 소유권은 매도인에게 존속하고, 피고 명의의 소유권이전등기는 원인 없는 무효의 등기이다. 이에 원고는 이 사건 매매계약에 따라 소외인에 대해 행사할 수 있는 이 사건 부동산에 관한 소유권이전등기청구권을 보전하기 위해 소외인의 피고에 대한 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구권을 대위행사할 수 있다.

한편, 원심판결은 제1심판결과 마찬가지로 피고의 원고에 대한 부당이득반환의무를 부정했다. 원심판결에 따르면, 피고는 이 사건 부동산에 관한 원인 없는 무효의 소유권이전등기를 기화로 이 사건 근저당권을 설정했으므로 근저당권설정등기말소의무를 부담하나, 해당 의무가 이행불능에 이르렀다고 볼 사정이 없다. 설사 이 사건 근저당권이 말소되기 전 피고가 이 사건 부동산을 담보로 제공함으로써 이득을 얻었다고 하더라도, 이 사건 근저당권이 설정됨에 따라 손해를 입은 자는 이 사건 부동산의 소유자인 소외인이다. 따라서 피고는 원고에 대해 부당이득반환의무를 부담하지 않는다.

Ⅲ. 대법원의 판단(대법원 2021. 9. 9. 선고 2018다284233 전원합의체 판결)

1. 다수의견

다수의견은 아래와 같은 논리에 따라 원고는 ① 소외인을 대위하여 피고에게 이 사건 부동산의 진정한 등기명의 회복을 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 청구할 수 있고, ② 피고에게 이 사건 근저당권의 피담보채무액 상당의 이익을 부당이득으로 반환할 것을 청구할 수 있다고 판단했다.

3자간 등기명의신탁 사안에서 명의신탁자와 명의수탁자 사이 체결된 명의신탁약정은 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률(이하 ‘부동산실명법’이라 한다.) 제4조 제1항에 따라 무효이다. 이에 매도인은 명의수탁자에게 소유권이전등기의 말소를 청구할 수 있으며, 명의신탁자에 대해서는 소유권이전등기의무를 부담한다. 명의신탁자가 매도인에 대한 소유권이전등기청구권을 피보전권리로 하여 명의수탁자에게 소유권이전등기의 말소 내지 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기를 청구할 수 있음은 물론이다.

그러나 명의수탁자가 임의로 제3자에게 부동산을 처분한 경우, 부동산실명법 제4조 제3항에 따라 제3자는 당해 부동산을 유효하게 취득한다. 이에 매도인의 명의신탁자에 대한 소유권이전

등기의무는 이행불능이 된다. 이와 같은 이행불능에 관해 매매계약 체결 및 이행 과정에서 매도인의 귀책사유가 있다고 보기 어렵고, 설령 귀책사유가 있다고 하더라도 부동산실명법을 위반한 명의신탁자가 매도인에게 매매대금의 반환을 구하거나 소유권이전등기의무의 이행불능에 따른 손해배상을 구하는 것은 신의칙에 따라 허용되지 않는다. 이로써 매도인은 이미 명의신탁자로부터 지급받은 매매대금을 명의신탁자에게 반환하지 않고 계속 보유할 수 있으며, 명의신탁자에 대해 채무불이행책임을 부담하지 않기에 명의수탁자의 임의처분에 의해 손해를 입지 않는다. 반면 명의신탁자는 매도인으로부터 매매목적물의 소유권을 이전받을 권리를 잃었으므로 손해를 입게 된다. 따라서 명의신탁자는 명의수탁자에게 그가 임의처분을 통해 법률상 원인 없이 취득한 처분대금에 대해 부당이득반환을 청구할 수 있다.

명의수탁자가 제3자를 위해 부동산에 관한 근저당권을 설정한 경우, 매도인의 명의신탁자에 대한 소유권이전등기의무는 명의수탁자가 부동산 소유권을 제3자에게 이전한 경우와 달리 이행불능이 되지 않는다. 고로 명의신탁자는 매매계약상 소유권이전등기청구권을 피보전권리로 해 매도인의 명의수탁자에 대한 소유권이전등기의 말소등기청구권 내지 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구권을 대위행사할 수 있다. 한편, 매도인이 아닌 명의신탁자가 명의수탁자에 대한 부당이득반환청구권을 보유한다는 법리는 명의수탁자가 부동산 소유권을 제3자에게 이전한 때뿐만 아니라 제3자를 위해 해당 부동산에 관한 근저당권을 설정한 때에도 마찬가지로 적용된다. 명의수탁자는 근저당권의 피담보채무액 상당의 이익을 얻었는데, 명의신탁자에게는 해당 가치만큼의 부담을 안게 된 부동산 소유권을 취득할 권리만 남는 반면, 매도인은 명의신탁자에 대한 채무불이행책임을 지지 않아 지급받은 매매대금을 계속해서 보유할 수 있기 때문이다.

2. 반대의견

반대의견은 아래 논리에 따라 다수의견과 달리 ① 명의신탁자가 아닌 매도인이 명의수탁자에 대해 그가 근저당권을 설정함으로써 얻은 부당이득을 반환할 것을 청구할 수 있고, ② 명의신탁자는 명의수탁자가 설정한 근저당권을 매도인이 말소하지 못한 경우에 한해 매도인에게 채무불이행책임을 물을 수 있다고 판단했다.

명의신탁자와 명의수탁자 사이의 명의신탁약정이 무효임에 따라 매매목적물은 여전히 매도인 소유이며, 만일 명의수탁자가 임의로 제3자에게 매매목적물의 소유권을 이전한다면 제3자가 해당 목적물을 취득함은 다수의견에서 본 바와 같다. 그런데 부동산실명법이 적용되는 한, 명의신탁자가 명의수탁자에게 직접 부당이득반환청구권을 행사할 수는 없다. 만일 양자 간 부당이득관계를 인정한다면 명의신탁자와 명의수탁자 사이에 직접적인 법률관계가 있다고 보아 명의신탁약정의 효력을 긍정하는 것과 같은 결과가 발생하며, 이는 부동산실명법의 취지에 반하므로 허용될 수 없다. 한편, 매도인의 명의수탁자에 대한 부당이득반환청구권은 인정되어야 한다. 명의수탁자가 부동산을 제3자에게 처분함으로써 매도인은 부동산 소유권을 상실하게 되는데, 명의수탁자의 임의처분으로 인해 매도인이 보유하는 소유권의 할당이익이 침해되었으므로, 매도인은 명의수탁자에게 그가 취득한 처분대금을 부당이득으로 반환할 것을 청구할 수 있다.

아울러 부동산실명법에 따라 명의수탁자 명의의 소유권이전등기가 효력을 가질 수 없음이 명백하므로, 매도인은 매매계약상 소유권이전등기의무를 이행하기 위해 명의수탁자 명의의 소유권이전등기를 말소할 의무가 있다. 매도인이 위와 같은 의무를 게을리해 매도인의 소유권이

전등기의무가 이행불능이 된다면, 이행불능에 대한 매도인의 과실이 없다고 할 수 없다. 이에 따라 명의신탁자는 매도인에게 매매계약을 근거로 채무불이행책임을 물을 수 있다.

이상의 법리는 명의수탁자가 제3자에 대해 부동산에 관한 근저당권을 설정한 때에도 마찬가지로 적용된다. 고로 명의신탁자는 명의수탁자에 대한 부당이득반환청구권을 가지지 못하는 반면, 부동산에 관한 제3자의 근저당권이 유효하게 성립함에 따라 부동산 소유권을 침해받은 매도인은 명의수탁자에게 그가 근저당권을 설정함으로써 얻은 이익을 반환할 것을 부당이득반환청구권 또는 불법행위를 원인으로 하는 손해배상청구권에 기해 주장할 수 있다. 아울러 매도인은 매수인에 대해 매매목적물에 제한이나 부담이 없는 완전한 소유권이전등기를 이행할 의무를 부담한다. 따라서 매도인이 근저당권을 말소하지 않은 채 명의신탁자에게 부동산 소유권을 이전했다면 이는 채무를 완전히 이행한 것으로 볼 수 없고, 따라서 명의신탁자는 매도인에게 채무불이행에 따른 손해배상을 구할 수 있다. 결국 명의수탁자인 피고의 근저당권 설정에 의한 직접적 손해는 명의신탁자인 원고가 아닌 매도인, 즉 소외인에게 귀속하므로 소외인이 피고에게 부당이득반환을 구할 수 있을 뿐 원고가 피고에게 부당이득반환을 청구할 수 없다는 원심의 판단은 정당하다.

[연구]

I. 서론

대법원 2021. 9. 9. 선고 2018다284233 전원합의체 판결(이하 ‘대상판결’이라 한다.)은 명의신탁자가 매도인으로부터 부동산을 매수하며 그 부동산의 소유권이전등기를 명의수탁자 명의로 마치는, 3자간 등기명의신탁¹⁾을 다루고 있다. 대상판결의 다수의견과 반대의견은 3자간 등기명의신탁에서 명의신탁자와 명의수탁자 사이의 명의신탁약정이 무효인 것과 별개로 매도인과 명의신탁자 사이의 부동산 매매계약은 유효하다는 점에 대해 동의한다. 그러나 대상판결의 다수의견과 반대의견은 막연히 매매계약이 유효함을 전제로 해 각자의 논리를 개진할 뿐, 그 효력의 근거를 제시하고 있지는 않다. 더 나아가 만일 매매계약이 유효하다면 그 구체적 내용이 어떻게 확정되는지에 관해서도 면밀한 검토가 요구될 것이다. 이에 관해 대상판결의 두 의견은 매도인이 매매계약상 소유권이전등기의무를 이행해야 할 상대가 명의신탁자라는 명제를 전제로 하고 있다. 그러나 명의신탁자와 매도인이 매매계약을 체결한 시점에 의욕했던 바는 매도인이 매매목적물인 부동산에 관해 명의수탁자 명의의 소유권이전등기를 마치는 것이었으므로, 대상판결의 두 의견이 견지하는 위 전제는 결코 당연한 것이라 할 수 없다. 그렇다면 대상판결은 매매계약의 당사자들이 당초 의욕했던 바와 일치하지 않는 새로운 내용의 계약을 직접 만들어낸 것인가?

3자간 등기명의신탁 사안에서 매매계약의 효력 및 (매매계약이 유효하다면) 그 구체적 내용은, 매도인, 명의신탁자, 명의수탁자로 이루어진 삼각관계를 규율하는 방식을 결정하는 데 있어 출발점이 되는 핵심적인 문제다. 그렇기에 매매계약이 유효하고, 그 매매계약에 따라 매도인이 명의수탁자가 아닌 명의신탁자 명의로 매매목적물의 소유권이전등기를 마칠 의무를 부담한다고 단언하면서도 그 구체적 법리를 제시하지 않는 대상판결에는 의문이 따를 수밖에 없다. ‘3자간 등기명의신탁 사안에서 왜 매매계약이 유효한지’, 그리고 ‘매매계약이 유효하다면 그 구체적 내용, 특히 매도인의 매매목적물에 관한 소유권이전등기의무 이행방식은 무엇인지’는, 자명한 것으로 치부해 설명을 생략하기에는 너무나도 중요한 물음이다.

위와 같은 문제의식을 뿌리 삼아, 본 평석에서는 민법 제137조가 규정하는 일부무효 법리에 따라 앞서 제기한 두 물음에 답하고자 한다. 더 나아가 일부무효 법리에 따른다면 명의신탁자, 매도인, 명의수탁자 사이의 법률관계도 대상판결의 다수의견이 전개한 논증과는 다른 방식으로 설명되어야 한다는 점을 보일 것이다. 이를 위해 먼저 3자간 등기명의신탁의 법적 성질과 부동산실명법의 입법 목적을 살펴본 후, 일부무효 법리에 따라 결정되는 매매계약의 효력과 그 내용을 검토함으로써 매도인과 명의신탁자 사이의 매매계약은 유효하되, 그 내용은 일반적인 부동산 매매계약²⁾으로 ‘수정’된다는 점을 밝힐 것이다(II). 다음으로는 명의수탁자가 제3자에게

1) 본 평석에서는 대법원, 그리고 부동산실명법안을 마련하는 데 주도적 역할을 맡은 재정경제부가 사용한 표현을 존중해 ‘3자간 등기명의신탁’, ‘2자간 등기명의신탁’, ‘계약명의신탁’이라는 개념어를 사용하기로 한다. 그러나 위 개념어들에는 그 표현상 문제가 없지 않다. 가령 ‘3자간 등기명의신탁’이라는 명칭은 그 자체로만 보면 제3자가 관여하고 명의수탁자 명의의 등기가 이루어지는 계약명의신탁도 포함하는 것으로 인식될 수 있으므로 ‘중간생략(등기)명의신탁’이 보다 적절한 명칭이라 할 수 있다. 이상 명의신탁 유형별 명칭에 대한 문제제기로는, 송덕수, “명의신탁된 부동산을 명의수탁자가 처분한 경우의 법률관계 - 명의신탁의 유형에 관한 논의를 포함하여”, 법학논집 제19권 제1호, 이화여자대학교 법학연구소(2014), 17면 참조.

2) 본 평석에서 ‘일반적인 부동산 매매계약’이란, 매도인이 제3자가 아닌 매수인 명의의 소유권이전등기를 마칠 것을

부동산 소유권을 이전한 경우의 법률관계를, 3자간 등기명의신탁 사안에 일부무효 법리가 적용된다는 사실을 고려해 새로이 구성해보고자 한다(Ⅲ). 결론부터 말하자면, 명의신탁자는 매도인에게 채무불이행책임을 물을 수 있으나 명의수탁자에 대해서는 부당이득반환청구권을 가지지 않고 불법행위를 원인으로 한 손해배상청구권은 제한적으로 행사할 수 있을 뿐이며, 명의수탁자는 오로지 매도인에 대해서만 (침해)부당이득반환의무를 부담한다. 마지막으로 명의수탁자가 부동산에 관해 제3자를 위한 근저당권을 설정한 경우에도 제3자에 대한 부동산 소유권 이전의 경우와 유사한 방식으로 법률관계가 규율되어야 함을 설명한다(Ⅳ).

Ⅱ. 부동산실명법에 따른 3자간 등기명의신탁에서의 법률관계

1. 3자간 등기명의신탁의 법적 성질

‘등기명의신탁’이란 “부동산에 대한 물권과 관련하여 대내적 관계에서는 신탁자가 물건을 보유·수익하지만 대외적 관계, 즉 등기부에는 수탁자를 물권자로 등재해 놓는 유형의 명의신탁”을 의미한다.³⁾ 이와 같은 성질을 지닌 등기명의신탁은 ‘2자간 등기명의신탁’과 ‘3자간 등기명의신탁’으로 분류된다. 2자간 등기명의신탁에서는 제3자의 관여 없이 부동산의 실권리자인 명의신탁자가 명의수탁자 명의로 그 부동산에 관한 권리의 등기를 마치는 반면, 3자간 등기명의신탁에서는 명의신탁자가 매도인으로부터 부동산의 소유권을 취득하는 과정에서 그 등기만이 제3자인 명의수탁자 명의로 마쳐진다.⁴⁾ 한편, ‘계약명의신탁’에서도 명의신탁자, 명의수탁자, 매도인으로 구성된 삼각관계가 발생한다. 그러나 계약명의신탁은 계약해석상 매수인이 명의신탁자가 아닌 명의수탁자라는 점에서 3자간 등기명의신탁과 구별된다.⁵⁾ 정리하자면, 3자간 등기명의신탁에서는 명의신탁자가 매수인으로서 매도인과의 사이에 부동산을 목적으로 한 매매계약을 체결하고, 그 매매계약에 따라 명의신탁자가 부동산을 인도받되 해당 부동산에 대한 소유권이전등기는 명의수탁자 명의로 마쳐진다.

3자간 등기명의신탁 사안에서 매도인이 부동산 매매계약 당사자가 아닌 제3자에게 소유권이전등기를 마쳐주는 것은 일종의 ‘제3자방 이행’에 해당한다.⁶⁾ 이 지점에서 3자간 등기명의신탁은 민법 제539조 이하의 ‘제3자를 위한 계약’, 그리고 ‘지시관계에 따른 단축급부’(이하 ‘지시단축급부’라 한다.)와 유사하다. 그러나 3자간 등기명의신탁과 위 두 개념 사이에는 결정적인 차이가 있으므로 각 사안에는 동일한 법리가 적용될 수 없다.

먼저 제3자를 위한 계약은 “계약당사자가 아닌 사람이 그 계약의 효력으로 계약당사자에 대하여 직접 채권을 취득하는 내용의 계약”을 뜻하는데,⁷⁾ 제3자를 위한 계약에서 수익자가 계약에 따른 권리를 취득하는 것은 계약당사자인 요약자와 낙약자 사이에 “제3자인 수익자에

내용으로 하는 매매계약을 의미한다.

3) 박동진, “부동산실명법 제4조에 의한 부동산명의신탁의 효력”, 저스티스 제32권 제3호, 한국법학원(1999), 65면.

4) 3자간 등기명의신탁은 명의신탁자가 부동산에 관해 소유권이 아닌 다른 권리를 취득하는 사안 역시 포함하는 개념이나, 본 평석에서는 3자간 등기명의신탁을 매매계약을 통해 명의신탁자가 매도인으로부터 부동산 소유권을 취득하고자 하는 경우로 한정해 논하기로 한다.

5) 대법원 2022. 4. 28. 선고 2019다300422 판결 참조.

6) 양창수, “부동산실명법 제4조에 의한 명의신탁의 효력: 소위 등기명의신탁을 중심으로”, 법학 제38권 제1호, 서울대학교 법학연구소(1997), 56면.

7) 양창수·김재형, 계약법, 제3판, 박영사, 2020, 243면.

게 권리를 취득시키려는 합의”가 성립하기 때문이다.⁸⁾ 그러나 3자간 등기명의신탁에서는 명의신탁자와 매도인 사이 이와 같은 합의가 이루어지지 않으므로, 제3자인 명의수탁자가 매도인에게 직접 소유권이전등기의무를 이행할 수 없다고 보아야 한다. 물론 매매계약의 양 당사자는 매도인이 명의수탁자 명의의 소유권이전등기를 마칠 것을 약정한다. 그러나 이 약정은 매도인이 명의신탁자에 대한 소유권이전등기의무를 이행하는 방식에 관한 합의일 뿐, 해당 채무의 이행 상대를 변경할 것을 목적으로 하지 않는다. 즉, 명의신탁자가 매매계약 체결 시점에 가지는 의사는 어디까지나 “형식상 제3자에게 소유권을 취득하게 할 의사”에 불과하고, “실제로는 자신이 소유권을 취득할 의사”라 할 것이다.⁹⁾ 따라서 명의수탁자는 명의신탁자와 매도인이 체결한 매매계약을 근거로 소유권이전등기청구권을 위시한 그 어떠한 권리도 주장할 수 없다.

3자간 등기명의신탁은 지시단축급부와도 동일시할 수 없다. 지시단축급부의 핵심은 채무자가 채권자의 지시에 따라 제3자에게 급부를 제공함으로써 채무자의 채권자에 대한 급부의무와 채권자의 제3자에 대한 급부의무가 동시에 이행된다는 점이다.¹⁰⁾ 그런데 3자간 등기명의신탁에서 채권자(명의신탁자)의 지시는 강행법규인 부동산실명법에 반하는 명의신탁약정에 기한 것이기에 그 존재 자체를 부정해야 하므로 지시단축급부는 애당초 성립할 수 없다.¹¹⁾ 3자간 등기명의신탁과 지시단축급부 사이에는 이러한 차이가 있으므로, 3자간 등기명의신탁을 지시단축급부와 동일시함으로써 그 법률관계를 규율하는 데 있어 지시단축급부 법리를 그대로 적용할 수는 없다.

적지 않은 수의 문헌은 제3자를 위한 계약 내지 지시단축급부와 유사성에 근거해 3자간 등기명의신탁에 관한 논의에서 명의신탁자와 명의수탁자 사이의 관계를 ‘대가관계’로, 매도인과 명의신탁자 사이의 관계를 ‘보상관계’로 설명한다.¹²⁾ 이와 같은 설명은 분명 경제적이고 효율적이나, 본 평석에서는 3자간 등기명의신탁의 독자적 성질을 강조하기 위해 ‘대가관계’나 ‘보상관계’라는 표현을 사용하지 않기로 함을 미리 밝혀둔다.

2. 부동산실명법

가. 부동산실명법의 입법목적

부동산실명법은 1995. 3. 30. 제정되어 같은 해 7. 1. 시행되었다. 부동산실명법 제1조는 부동산실명법이 “부동산에 관한 소유권과 그 밖의 물권을 실체적 권리관계와 일치하도록 실권리자 명의로 등기하게 함으로써 부동산등기제도를 악용한 투기·탈세·탈법행위 등 반사회적 행위를 방지하고 부동산 거래의 정상화와 부동산 가격의 안정을 도모하여 국민경제의 건전한 발전에 이바지함을 목적으로 한다.”라고 선언하고 있다. 결국 부동산실명법은 “의무는 없고 권리만 있는 기형의 부동산 등기형태”¹³⁾인 명의신탁의 효력을 부정함으로써 ‘부동산 거래

8) 위의 책, 245면.

9) 이호행, “명의신탁에 관한 판례의 고찰”, 법학논고 제69집, 경북대학교 법학연구원(2020), 210면.

10) 김형석, “지급지시, 급부관계, 부당이득”, 법학 제47권 제3호, 서울대학교 법학연구소(2006), 292면.

11) 제철웅, “등기청구권과 침해부당이득: 새로운 법리의 형성과정에 관한 고찰”, 민사법학 제93호, 한국민사법학회(2020), 312-313면.

12) 양창수(주 6), 52-93면; 이계정, “삼자간 등기명의신탁에서 명의수탁자의 처분으로 인한 부당이득의 법률관계”, 법조 제71권 제2호, 법조협회(2022), 281-316면 등 참조.

13) 재정경제부, 부동산실명법 해설, 1999, 3면.

정상화’를 일차적인 목적으로 삼는다.

나. 명의신탁약정과 그에 따른 물권변동의 원칙적 무효

부동산 거래의 정상화라는 목적을 달성하기 위해 부동산실명법은 명의신탁약정과 그에 따른 물권변동의 효력을 원칙적으로 부정한다. 부동산실명법 제3조 제1항에 따라 누구든지 명의신탁약정에 따라 부동산에 관한 물권을 명의수탁자 명의로 등기해서는 안 된다. 아울러 동법 제4조 제1항은 명의신탁자와 명의수탁자 사이에 체결된 명의신탁약정을 무효로 하고 있다. 명의신탁자와 명의수탁자 사이에 명의신탁약정을 주요한 내용으로 하는 위임계약이 체결되었다면, 양 당사자가 명의신탁약정 없이 위임계약을 체결했을 가능성이 사실상 없기에 민법 제137조 본문에 따라 그 위임계약 전체를 무효로 한다.¹⁴⁾ 이외에도 ① 명의신탁자와 명의수탁자 사이에 향후 명의수탁자가 부동산을 처분하는 경우 명의수탁자가 제3자로부터 지급받은 매매대금을 명의신탁자에게 반환하기로 하는 약정이 있더라도 이 약정 역시 부동산실명법에 의하여 무효라고 설시한 대법원 판결,¹⁵⁾ ② 명의수탁자가 부동산을 임의로 처분하는 행위가 횡령죄를 구성한다고 판단한 과거 판결들¹⁶⁾과 달리, 부동산실명법에 따라 명의신탁약정이 효력을 가지지 않는 한 명의신탁자와 명의수탁자 사이에는 횡령죄의 전제조건인 위탁관계가 인정될 수 없다고 판시한 대법원 판결들¹⁷⁾은 명의신탁자와 명의수탁자 사이의 법률관계를 철저히 부정해 ‘기형적인 부동산 거래형태’를 사전에 방지하고자 하는 부동산실명법의 목적이 관철된 결과라 할 것이다.

다음으로 부동산실명법 제4조 제2항 본문은 명의신탁약정에 따른 부동산에 관한 물권변동 역시 무효임을 명시하고 있다.¹⁸⁾ 동항 단서는 오로지 매도인이 선의인 계약명의신탁의 경우에만 한해 명의신탁약정에 따른 물권변동의 효력을 긍정하므로, 3자간 등기명의신탁약정에 따른 부동산 물권변동은 언제나 무효이다. 한편, 부동산실명법 제4조 제3항은 명의신탁약정의 무효와 그에 따른 물권변동의 무효가 제3자에게 대항할 수 없음을 규정함으로써 제3자를 보호한다. 이에 따라 명의수탁자는 무권리자임에도 불구하고 유효하게 매도인 소유의 부동산을 처분할 수 있다. 이는 일정한 요건이 갖추어졌을 때 부동산실명법이 명의신탁약정에 따른 물권변동을 긍정해 명의수탁자에게 처분권을 부여한 것으로 해석될 수 없고, 단지 부동산실명법의 일차적인 목적인 부동산 거래의 안정을 위해 명의수탁자 명의의 등기를 신뢰한 제3자를 보호하는 과정에서 발생한, 불가피한 결과라 새길 것이다.

3. 매매계약의 효력

가. 문제제기

명의신탁자와 명의수탁자 사이의 명의신탁약정 및 이를 포함한 위임계약의 무효 자체는 제

14) 양창수(주 6), 78면.

15) 대법원 2015. 9. 10. 선고 2015다207235 판결 참조.

16) 대법원 1999. 10. 12. 선고 99도3170 판결; 대법원 2002. 2. 22. 선고 2001도6209 판결 참조.

17) 대법원 2016. 5. 19. 선고 2014도6992 전원합의체 판결; 2021. 2. 18. 선고 2016도18761 전원합의체 판결 참조.

18) 물권변동의 효력은 그 원인행위인 명의신탁약정이 무효인 한 인정될 수 없으므로 부동산실명법 제4조 제2항 본문은 당연한 사실을 확인한 규정이라 할 것이다.

3자인 매도인과 명의신탁자 사이의 법률관계에 아무런 영향을 미칠 수 없다. 그런데 명의신탁자와 매도인 사이에는 일반적인 매매계약 대신, 매도인이 부담하는 소유권이전등기의무의 이행 방식에 관한 특약이 포함된 매매계약이 성립한다. 이는 매매목적물인 부동산에 관한 소유권이전등기를 명의수탁자 명의로 마치기로 하는 특약(이하 ‘명의신탁특약’¹⁹⁾이라 한다.)으로, 부동산실명법의 입법목적과 전면적으로 충돌한다. 그럼에도 불구하고 부동산실명법은 명의신탁자와 명의수탁자 사이의 명의신탁약정을 무효로 할 뿐, 명의신탁자와 매도인 사이의 명의신탁특약의 효력에 대해서는 침묵한다. 그렇다면 명의신탁특약이 포함된 매매계약은 유효한가? 이 질문에 대한 답을 찾기 위해서는 먼저 기존 학설과 판례에 대한 검토가 요구된다.

나. 학설 및 판례

1) 무효설

명의신탁약정과 마찬가지로, 명의신탁자와 매도인 사이에 체결된 매매계약 역시 무효라는 견해가 있다. 그 근거로는 ① 명의신탁특약에 의해 발생하는 매도인의 소유권이전등기의무는 부동산실명법 제4조 제1항 내지 동조 제2항에 따라 원시적·객관적 불능으로 무효라 할 것인데, 명의신탁특약은 매매계약의 본질적 부분이기에 매매계약 전체를 무효로 보아야 한다는 점,²⁰⁾ ② 부동산실명법의 취지를 고려할 때 명의신탁자가 부동산 소유권을 취득할 가능성을 배제해야 한다는 점,²¹⁾ ③ 명의신탁특약 체결 시 명의신탁자가 매매계약을 체결하게 된 동기(재산은닉·탈세·강제집행면탈 등)의 불법성이 매도인에게 표시되거나 알려질 것이므로 매매계약은 민법 제103조에 반해 무효라는 점²²⁾이 제시된다.

2) 유효설

유효설은 매매계약의 효력을 긍정한다. 그 근거로는 ① 명의신탁자와 명의수탁자 사이의 법률관계가 명의신탁자와 매도인 사이의 매매계약에 아무런 영향을 미치지 않으므로 매매계약은 당연히 유효하다는 견해,²³⁾ ② 부동산실명법이 매매계약을 무효로 하는 규정을 두지 않은 한 부동산실명법의 취지가 매매계약을 원인으로 하는 명의신탁자의 소유권 취득을 금하려는 것이라 해석할 수 없고,²⁴⁾ 부동산실명법의 궁극적 목적인 등기명의와 실권리자의 일치를 위해서는 오히려 매매계약에 효력을 부여해 명의신탁자가 소유권을 취득할 수 있도록 해야 한다는 견

19) 부동산실명법 제2조 제1항은 ‘명의신탁약정’을 “부동산에 관한 소유권이나 그 밖의 물건(이하 ‘부동산에 관한 물건’이라 한다)을 보유한 자 또는 사실상 취득하거나 취득하려고 하는 자[이하 ‘실권리자’(實權利者)라 한다]가 타인과의 사이에서 대내적으로는 실권리자가 부동산에 관한 물권을 보유하거나 보유하기로 하고 그에 관한 등기(가등기를 포함한다. 이하 같다)는 그 타인의 명의로 하기로 하는 약정”으로 정의하고 있으므로, 3자간 등기명의신탁 사안에서의 명의신탁약정이란 ‘부동산 소유권을 취득하려고 하는 자’인 명의신탁자와 명의수탁자 사이의 약정만을 의미한다. 이에 따라 명의신탁자와 매도인 사이 체결된 특약은 명의신탁약정과 구별되어야 하므로 이 글에서는 ‘명의신탁특약’이라는 용어를 사용하기로 한다.

20) 박동진(주 3), 74면; 권오상, “부동산실명법을 위반한 등기명의신탁의 사법적 효력 - 명의신탁자에게 소유권귀속을 차단하는 방안을 중심으로”, 법학논고 제70집, 경북대학교 법학연구원(2020), 195면.

21) 권오상(주 20), 195면. 저자는 부동산실명법의 취지상 명의신탁자의 부동산 소유권 취득이 배제되어야 하는 이유를 구체적으로 밝히지 않으나, 명의신탁약정을 체결해 부동산실명법을 위반한 명의신탁자가 부동산 소유권을 취득하는 것은 바람직하지 않다는 인식을 전제로 한 것이라 추측된다.

22) 위의 논문, 196면.

23) 김증한·김학동, 물권법, 제9판, 박영사, 1997, 355면; 양창수(주 6), 79면; 이은영, 민법 I, 제4판, 박영사, 2005, 414면.

24) 송덕수(주 1), 28면.

해,²⁵⁾ ③ 부동산실명법은 명의신탁약정을 금지할 뿐 매매계약을 허용한다는 전제 아래 명의신탁특약에 따라 명의수탁자 명의의 소유권이전등기를 마친 매도인의 행위를 지시단축급부행위로 보아 매매계약은 물론, 명의신탁특약에 따른 명의수탁자 명의의 소유권이전등기도 유효하다는 견해²⁶⁾ 등이 있다.²⁷⁾

특기할 점은 바로 위에서 언급한 견해 ③을 제외한 유효설 대다수가 명의신탁특약이 포함된 당초의 매매계약 대신, 매도인이 명의신탁자에게 부동산을 인도하고 그 소유권을 이전해야 한다는 일반적인 내용의 매매계약을 긍정한다는 사실이다. 이들은 명의신탁특약의 존재를 의식하고 있지 않은 것으로 보인다.

3) 판례

판례는 일관되게 유효설을 견지해왔다. 판례에 따르면, 부동산실명법 제4조 제1항 내지 동조 제2항에 따라 명의수탁자 명의의 소유권이전등기는 무효이므로 부동산 소유권은 매도인에게 존속하고, 명의신탁자와 매도인 사이의 매매계약은 여전히 효력을 가지므로 명의신탁자는 매도인을 대위해 명의수탁자에 대해 소유권이전등기의 말소를 구할 수 있다.²⁸⁾ 대상판결 다수의견과 반대의견 역시 명의신탁약정이 무효라는 사실과 무관하게 “명의신탁자는 여전히 매도인에 대하여 매매계약을 원인으로 하는 소유권이전등기청구권을 가지고 있고, 매도인은 명의신탁자에게 매매계약에 따른 소유권이전등기의무를 부담” 한다고 설시해 명의신탁특약을 제외한 매매계약의 나머지 부분이 유효임을 명시적으로 긍정하고 있다.²⁹⁾ 대부분의 유효설과 마찬가지로 판례 역시 명의신탁특약을 의식하고 있지 않은 것으로 보이며, 단순히 일반적인 내용의 매매계약을 인정할 뿐이다.

4) 검토

매매계약 전체의 효력에 관해 논하기에 앞서, 명의신탁특약의 효력이 문제된다. 학설들과 판례는 명의신탁특약이 무효라는 점에 대해 대체로 동의하고, 이는 타당하다. 원시적·객관적 불능인 채무를 발생시키는 계약은 무효인데,³⁰⁾ 명의신탁특약은 부동산실명법 제4조 제1항 내지 동조 제2항에 의해 명시적으로 금지되는 명의수탁자 명의의 등기를 매도인이 부담하는 채무의 이행방식 내지 그 결과로 정함으로써 원시적·객관적 불능인 매도인의 채무를 발생시키기 때문이다.

매매계약의 효력에 대해서는, 이를 긍정해야 한다. 우선, 명의신탁특약이 매매계약의 본질적 부분이므로 매매계약 전체의 효력이 부정되어야 한다는 주장은 받아들이기 어렵다. 매도인의 소유권이전등기의무는 매매계약의 본질적 부분이라 할 것이지만, 명의신탁특약은 단지 소유권이전등기의무의 이행방식에 관한 약정일 뿐이다. 이와 같은 부수적인 약정을 매매계약 전체의 본질적 내용으로 평가하기에는 무리가 있다. 이에 더해, 계약 일부를 이루는 특약이 무효일 때에는 민법 제137조의 일부무효 법리를 엄밀히 적용하여 계약의 효력 여부 및 그 범위를 정해

25) 위의 논문, 28면; 이계정(주 12), 288면.

26) 이호행(주 9), 208-212면.

27) 구체적인 근거는 제시하지 않으나 명의신탁자와 매도인 사이에 체결된 매매계약의 효력을 인정하는 견해로는, 양창수·권영준, 권리의 변동과 구제, 제3판, 박영사, 2017, 402면.

28) 대법원 1999. 9. 17. 선고 99다21738 판결; 대법원 2004. 6. 25. 선고 2004다6764 판결; 대법원 2011. 9. 8. 선고 2009다49193,49209 판결 등 참조.

29) 대법원 2021. 9. 9. 선고 2018다284233 전원합의체 판결.

30) 민법주해(IX), 박영사, 1995, 230면(양창수 집필); 양창수·김재형(주 7), 402면.

야 할 것이지, 무효인 특약을 계약의 본질적 부분이라 단정해 계약 전체의 효력을 일률적으로 부정해서는 안 된다. 그렇기에 일부무효 법리에 따른 별도의 검토 없이 명의신탁자와 매도인 사이의 매매계약을 무효라 단언하는 견해는 위 매매계약이 명의신탁특약과 나머지 부분으로 구성되어 있음을 스스로 인정했음에도 불구하고 민법 제137조가 적용됨에 따라 매매계약 전부가 무효로 되지는 않을 가능성이 있음을 간과한 해석이라 할 것이다.

부동산실명법의 취지를 고려하더라도 매매계약은 유효하다고 보아야 한다. 부동산실명법 제1조가 선언하는 바와 같이, 부동산실명법의 일차적 목적은 명의신탁약정에 관여한 이들의 제재가 아닌, 부동산에 관한 실체적 권리관계와 등기명의의 일치를 통한 부동산 거래의 정상화이다. 즉, 부동산실명법은 부동산에 관한 권리를 보유할 수 없는 명의수탁자 명의의 등기를 부정할 뿐, 당초부터 부동산에 관한 권리를 취득할 의사를 가져온 명의신탁자 명의의 등기를 금지하지 않는다. 부동산실명법이 매매계약의 효력을 무효로 하는 규정을 두지 않은 이상 가급적 그 효력은 존중되어야 한다.³¹⁾ 게다가 유효설이 지적하듯,³²⁾ 오히려 명의신탁자가 부동산 소유권을 취득하는 것이 부동산실명법의 취지에 부합하는 결과라 할 것이다. 대법원은 명의수탁자와 명의신탁자 사이의 관계에서 불법원인급여의 존재를 계속해서 부정하고 있는데,³³⁾ 이는 명의수탁자 명의 등기의 말소 및 명의신탁자 명의 등기의 경료야말로 실체적 권리관계에 부합하는 등기 실현이라는 부동산실명법의 목적을 달성하기 위한 적절한 방법이라는 인식이 반영된 해석이라 판단된다. 명의신탁자가 부동산 소유권을 취득할 수 없다는 견해는 위와 같은 해석과 양립할 수 없다.

매매계약 전체가 민법 제103조 위반을 이유로 무효라는 주장 역시 받아들일 수 없다. 명의신탁자와 명의수탁자 사이에서는 민법 제103조와 밀접한 관련을 맺고 있다고 해석되는 민법 제746조상 불법원인급여관계가 인정되지 않는다는 점, 부동산실명법은 명의신탁약정과 달리 명의신탁특약을 금지하는 규정을 두고 있지 않다는 점 등을 고려할 때, 명의신탁특약을 민법 제103조에 의해 금지해야 할 정도로 반사회적인 행위라 해석하기에는 무리가 있다. 설사 매매계약이 민법 제103조에 반한다고 하더라도 해당 조항에 반하는 매매계약 부분은 오로지 명의신탁특약뿐이므로 매매계약 전체의 효력은 일부무효 법리에 따라 결정되어야 할 것이다.

상기한 이유에 따라 매매계약의 효력에 대한 유효설 및 판례의 결론은 기본적으로 타당하다.³⁴⁾ 그러나 유효설을 채택한 다수의 연구³⁵⁾와 판례는 당초 명의신탁특약이 포함된 매매계약을 체결했을 당시 당사자들이 의욕했던 바와 달리, 매도인이 명의수탁자가 아닌 명의신탁자에 대해 소유권이전등기를 마칠 의무를 부담한다고 설명하면서도 이처럼 매매계약이 ‘수정’되는 근거에 대해서는 침묵한다. 이처럼 유효설과 판례가 결하고 있는 설명은 일부무효 법리에 대한 면밀한 검토에 의해 보충되어야 한다고 생각된다. 이에 이하에서는 일부무효 법리를 분석한 후, 3자간 등기명의신탁 사안에 일부무효 법리가 적용될 수 있는지, 그리고 그러하다면 해당 법리가 명의신탁자, 명의수탁자, 매도인의 삼각관계에 어떠한 영향을 주는지를 검토한다.

31) 이동진, “매도인 악의의 계약명의신탁과 명의수탁자의 부동산 처분에 대한 책임 -대법원 2013.9.12. 선고 2010다 95185 판결-”, 재산법연구 제34권 제4호, 한국재산법학회(2018), 292면.

32) 이계정(주 12), 288면.

33) 대법원 2003. 11. 27. 선고 2003다41722 판결; 대법원 2014. 7. 10. 선고 2013다74769 판결 등 참조.

34) 물론 유효설 중 명의신탁특약에 따라 명의수탁자 명의의 소유권이전등기를 마친 매도인의 행위를 지시단축급부행위로 보아 명의신탁특약을 포함하는 매매계약은 물론, 명의신탁특약에 따른 명의수탁자 명의의 소유권이전등기까지도 유효하다는 견해(본 평석 13면 유효설의 견해③)는 타당하지 않다. 앞서 설명한 바와 같이 3자간 등기명의신탁은 지시단축급부와 명백히 구분되기 때문이다.

35) 양창수(주 6), 79면; 송덕수(주 1), 32면; 이계정(주 12), 288-293면 등 참조.

다. 3자간 동기명의신탁과 일부무효

1) 일부무효 법리

가) 요건

민법 제137조는 “법률행위의 일부분이 무효인 때에는 그 전부를 무효로 한다. 그러나 그 무효부분이 없더라도 법률행위를 하였을 것이라고 인정될 때에는 나머지 부분은 무효가 되지 아니한다.” 라고 정하여 법률행위 일부가 무효라면 원칙적으로 법률행위 전부를 무효로 하되, 일정한 요건이 충족된다면 무효인 부분을 제외한 법률행위의 나머지 부분이 효력을 가질 가능성을 긍정한다.

당사자 사이 일부무효의 효과에 대한 합의가 미리 이루어졌거나 계약교섭과정에서 일부무효의 효과에 대한 당사자의 실제 의사가 확인될 수 있는 경우에는 민법 제137조가 적용되지 않는다.³⁶⁾ 37) 법률행위 일부가 무효일 경우 전체 법률행위가 가지는 효력에 대해 당사자가 미리 합의했음에도 불구하고 그와 다른 결과를 양 당사자에게 강제하는 것은 사적자치의 원칙을 정면으로 위배하므로 허용되지 않기 때문이다. 법률행위 일부를 무효로 만드는 규범이 일부무효의 효과에 대해 미리 규정하고 있는 경우에도 민법 제137조는 적용될 수 없다.³⁸⁾ 애초에 해당 규범에 의해 법률행위 일부가 무효로 된 이상 그 규범이 달성하려는 목적이 관철되어야 할 것이고, 다른 아닌 해당 규범이 그 방법을 규정하기 때문이다. 같은 이유로 관련 규범에 의해 무효인 부분뿐만 아니라 법률행위의 나머지 부분까지 무효로 한다면 그 규범에 명백히 반하는 결과가 발생할 경우에도 민법 제137조의 적용을 고려하지 않고 곧바로 잔부유효의 효과를 인정해야 한다.³⁹⁾

위와 같은 사정이 존재하지 않더라도 민법 제137조가 적용되기 위해서는 ‘법률행위의 일체성’ 과 ‘법률행위의 분할가능성’ 이 추가로 요구된다.⁴⁰⁾ 먼저 법률행위의 일체성은 당사자가 복수의 법률행위를 일체로 여기고(이른바 ‘일체적 의사’), 개별 법률행위 사이 객관적 관련성이 있을 때 인정된다.⁴¹⁾ 다음으로 법률행위의 분할가능성은 무효부분을 제외한 나머지 법률행위 부분이 독자적인 법률행위로 성립할 수 있음을 의미한다.⁴²⁾ 분할될 수 없는 단일한 법률행위가 무효라면 민법 제138조가 적용될 수 있겠으나,⁴³⁾ 민법 제137조가 적용될 수는 없다.⁴⁴⁾

36) Bork, Reinhard, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl., Tübingen, 2016, S. 481f.; 민법주해(IV), 제2판, 박영사, 2022, 34면(이동진 집필).

37) 위 법리가 직접 인정된 대표적인 판결로는 대법원 2010. 3. 25. 선고 2009다41465 판결이 있다.

38) 안병하, “일부무효와 무효행위의 전환 - 대법원 2016. 11. 18. 선고 2013다42236 전원합의체 판결”, 법조 제66권 제2호, 법조협회(2017), 513면.

39) 대법원 2004. 6. 25. 선고 2004다2199 판결; 대법원 2007. 6. 28. 선고 2006다38161 판결; 대법원 2008. 9. 11. 선고 2008다32501 판결; 대법원 2010. 7. 22. 선고 2010다23425 판결 등 참조.

40) 민법주해(IV)(주 36), 23-31면.

41) 위의 글, 28면. 이 견해는 복수의 법률행위가 하나로 결합한 ‘넓은 의미의 일체인 법률행위’와 단일한 법률행위인 ‘좁은 의미의 일체인 법률행위’를 나누어 전자의 경우 민법 제137조가 적용되기 위해 일체적 의사와 객관적 관련성이 요구된다고 하나, 후자의 경우에도 두 요소가 요구된다고 할 것이다.

42) Neuner, Jörg, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl., München, 2020, S. 696.

43) Bork, Reinhard(주 36), S. 486.

44) 다만 대법원은 민법 제137조와 민법 제138조의 적용요건을 엄밀히 구분하고 있지 않다. 일례로 대법원 2016. 11.

나) 효과: 전부무효 또는 잔부유효

위 요건이 충족되어 민법 제137조가 적용된다면 법률행위 전부가 무효이거나, 무효부분을 제외한 법률행위의 나머지 부분만이 효력을 가진다. 개별 사안에서 전부무효와 잔부유효 중 어떤 효과가 발생하는지는 당사자의 의사에 따라 결정된다. 법률행위 당사자 일방 또는 쌍방이 무효인 부분을 포함한 법률행위 전부가 유효하지 않다면 애당초 법률행위를 행하지 않았으리라는 사정이 인정될 경우에는 민법 제137조 본문이 적용되어 전부무효의 효과가 발생한다.⁴⁵⁾ 반대로 그 무효부분이 없더라도 법률행위를 했으리라는 당사자 모두의 의사가 인정된다면 동 조 단서가 적용되어 법률행위의 나머지 부분은 효력을 가진다. 유의할 점은 위에서 설명했듯 법률행위가 성립한 당시 당사자가 일부무효의 효과에 대해 명백한 의사를 가졌다면 민법 제137조가 적용되지 않는다는 사실이다. 그렇기에 민법 제137조의 적용 결과를 결정하는 기준은 필연 당사자의 실제 의사가 아닌 가정적 의사다. “전부무효 또는 잔부유효의 판정기준으로서의 당사자의 의사는 실재하는 의사가 아니라, 법률행위의 일부분이 무효임을 법률행위 당시에 알았다면 당사자쌍방이 이에 대비하여 의욕하였을 가정적 의사(hypothetischer Wille)”이며, 이는 “거래의 관행과 신의성실의 원칙을 따라 당사자가 이성적으로 하였으리라는 결단”을 의미한다.⁴⁶⁾ 그러나 이 정의는 구체적 사안에서 당사자의 가정적 의사가 어떻게 확정되는지 알려주지 않는다. 가정적 의사의 내용은 어떻게 확정되는가?

다) 민법 제137조의 규범목적과 당사자의 가정적 의사 판단

당사자의 가정적 의사를 판단하는 방법을 파악하기 위해서는 먼저 민법 제137조의 규범목적에 검토되어야 한다. 민법 제137조의 취지가 무엇인지에 따라 해석자가 적극적으로 당사자의 가정적 의사를 평가할 수 있는지 여부가 달라지기 때문이다. 민법 제137조는 그 효과로 본문에서는 전부무효를, 단서에서는 잔부유효를 규정함으로써 그 외관상 전부무효의 원칙을 채택하고 있다. 전부무효의 원칙이 관철된다면 당사자 쌍방이 일부무효의 사정을 알았더라도 나머지 법률행위 부분을 의욕했을 것이 명백한 경우에만 잔부유효의 효과가 인정되어야 한다. 그렇다면 해석자가 적극적으로, 그리고 규범적으로 잔부유효의 효과를 의욕하는 당사자의 가정적 의사를 도출해낼 여지는 줄어든다.

그러나 그 문언에도 불구하고 전부무효의 원칙을 관철하는 것은 민법 제137조의 규범목적이라고 할 수 없다. 민법 제137조는 본래 법률행위의 일부가 무효일 때 법률행위 전부를 무효로 한다면 오히려 개인의 의사를 고려하지 않은 편협한 결과가 발생할 수 있다는 전제 아래 “먼저 무효부분을 [법률의 규정, 관습, 조리 등에 의하여] 보충하여 합리적인 내용으로 개조하여 연후에 그 합리적인 내용을 강제하는 것이 당사자의 목적에 명백히 [반하는 경우에만] 전부를 [무효로 하는] 것”을 목적으로 신설되었다.⁴⁷⁾ 즉, 입법자는 민법 제137조를 통해 법률행위

18. 선고 2013다42236 전원합의체 판결의 다수의견은 임대차계약 중 임대차보증금에 관한 약정에 따라 정해진 임대차보증금 액수가 표준임대차보증금액을 초과한 사안의 해결을 위해, 민법 제138조에 따른 무효행위 전환의 법리를 적용한 바 있다. 그러나 임대차보증금에 관한 약정이 임대료에 관한 약정 등 임대차계약 중 나머지 부분으로부터 분할될 수 있고, 전자만이 무효인 위 사안에서는 민법 제137조가 적용되어야 한다. 이와 같은 대법원의 해석에 관해서는 별도의 연구가 필요하겠으나, 이는 본 평석의 범위를 넘어선다.

45) Bork, Reinhard(주 36), S. 481.

46) 민법주해(Ⅲ), 박영사, 2010, 274면(김용담 집필).

47) 민의원 법제사법위원회 민법안 심의소위원회, 민법안심의록 상권, 1957, 89면. 띄어쓰기와 쉼표는 오늘날 한국어 문법에 맞게 필자가 추가했고, 그 추가가 이루어진 부분은 대괄호를 이용해 표시했다.

존속을 위해 해석자가 무효부분을 적극적으로 보충하는 것을 허용한다.⁴⁸⁾

민법 제137조가 해석자에게 이와 같은 권한을 부여한 것은, (일부가 무효이기는 하지만) 이미 성립한 법률행위를 존속시킴으로써 당사자의 이익을 조정하기 위함이다. 일부가 무효라는 이유로 법률행위 전부를 무효로 한다면 당사자는 처음부터 새로이 법률행위를 성립시켜야 하고, 이때 그 성립이 보장되는 것도 아니다. 자연 이 과정에서 당사자는 당초 법률행위를 성립시킴으로써 얻으리라 기대했던 이익을 상실할 위험에 노출된다. 가령 계약이 체결되었다가 계약 일부가 무효임을 이유로 계약 전체가 효력을 잃는다면, 계약당사자로서는 새로운 사정을 반영해 계약의 내용을 수정하기 위해 상대방과 교섭하거나, 새로운 계약 상대를 물색해야 한다. 이 당사자는 주어진 조건 아래 자신이 가장 선호하는 방식으로 최초의 계약을 체결했을 것인데, 전부무효로 인한 계약의 내용 및 상대방의 변경에는 언제나 당사자의 선호가 좌절되어 최초의 계약이 보장했던 이익을 상실할 가능성이 따른다. 그렇기에 법률행위를 성립시킴으로써 당사자가 기대했던 이익은 보호될 필요가 있고, 법률행위 상대방이 일부무효의 유일한 원인 내지 주요한 원인을 제공했다면 그 필요성은 배가된다.

다만 보호되는 당사자의 이익은 구체적인 상황에서 합리적인 당사자가 가졌을 이익이어야 한다. 만일 당사자가 기대한 이익이 합리적이지 않다면 이를 법적으로 보호할 이유는 없기 때문이다. 어떠한 이익이 합리적인지 여부를 판단할 때에는 법률행위 일부를 무효로 만든 규범의 취지 내지 목적을 고려해야 할 것이다. 아울러 일방 당사자의 이익을 보호하고자 상대방 당사자에게 중대한 불이익을 감수하도록 요구할 수는 없다. 어느 일방의 이익만을 보호하는 것은 민법 제137조의 본래 목적인 이익조정에 부합한다고 할 수 없기 때문이다. 일부무효 법리가 당사자의 이익을 무조건 보장하는 것이 아니라, 관련 규범의 목적을 관철하면서도 일단 상대방 당사자와의 관계에서 이익조정을 거친 후 당사자의 이익을 보호한다는 점에서 가정적 의사 판단은 규범적 성질을 가진다. 자연 해석자에게는 가정적 의사를 인정하는 데 있어 상당한 재량이 부여된다.

이와 같은 해석은 다른 법제에서도 발견된다. 독일 민법 제139조는 우리 민법과 마찬가지로 문언상 전부무효를 원칙으로 설정하고 있는데, 잔부유효를 가능하게 하는 가정적 의사는 구체적 사안에서 공평하고 합리적인 당사자가 가졌을 이익을 검토함으로써 확인된다고 해석된다.⁴⁹⁾ 즉, 독일에서도 일부무효 법리를 당사자의 이익을 조정하기 위한 수단으로 보아, 법률행위의 효력을 결정하는 데 있어 해석자에게 상당한 재량이 인정된다. 프랑스에서는 잔부유효의 원칙을 채택한 현행 프랑스 민법 제1184조가 2016년 제정되기 전까지 구 프랑스 민법 제1172조가 합의(계약)의 조건이 무효라면 이에 기반한 합의도 무효라고 정하고 있었을 뿐, 일부무효에 대한 명시적인 규율 방법이 정해지지 않았다.⁵⁰⁾ 이러한 입법의 공백에도 불구하고 파기원(Cour de Cassation)은 계약 일부가 무효인 경우 그 부분이 계약 전체의 효력에 있어 필수적인지 여부에 따라 전부무효 또는 잔부유효의 효과가 발생한다는 법리를 확립했고,⁵¹⁾ 더 나아가 잔부유효가 당사자의 의사에 부합한다는 사정이 명백한 경우에만 잔부유효의 효과를 인정하던 종래

48) 김천수, “일부무효에 관한 민법 제137조의 해석 및 적용범위”, 비교사법 제7권 제1호, 한국비교사법학회(2000), 126면.

49) Neuner, Jörg(주 42), S. 698.

50) 구 프랑스 민법 제900조가 무상계약의 일부가 무효일 경우 나머지 부분은 유효하다고 정하기는 했지만, 이는 무상 계약에만 적용되는 규정이었다.

51) Chabas, François et al., Leçons de Droit Civil, t. 2, v. 1, Obligations, Théorie Générale, Montchrestien, 9^e éd., Paris, 1998, p. 322.

판례를 변경해 잔부유효가 당사자의 의사에 명백히 반한다고 평가되는 경우를 제외하고는 잔부유효의 효과가 발생한다는 법리를 발달시켰다.⁵²⁾ 전부무효의 원칙을 채택하면서도 당사자의 가정적 의사 판단에 있어 해석자에게 상당한 재량을 부여하는 독일의 해석론과, 입법의 공백에도 불구하고 일부무효 법리를 발달시킨 후 잔부유효를 인정할 여지를 점차 확대해간 프랑스의 해석론은 일부무효 법리가 해석자에 의한 적극적인 당사자의 이익조정을 목적으로 함을 방증한다.

대법원 역시 위와 같은 이익조정의 필요성을 전제로 당사자의 가정적 의사를 판단하는 기준을 정립해왔다. 먼저 대법원이 민법 제137조의 적용을 긍정하면서도 잔부유효에 대한 당사자의 가정적 의사를 부정해 법률행위 전부가 무효라 판단한 사안유형으로는 ① 잔부유효의 결과를 인정한다면 급부와 반대급부 사이의 등가성이 파괴되는 경우,⁵³⁾ ② 잔부유효의 결과를 인정한다면 계약의 본래 목적을 달성할 수 없는 경우,⁵⁴⁾ ③ 무효부분과 나머지 부분 중 하나가 다른 하나의 조건이 되어 사실상 불가분의 관계를 이루는 경우⁵⁵⁾가 있다. 이와 같은 사정이 있다면 잔부유효의 결과가 당사자의 가정적 의사에 명백히 반한다고 평가되어야 하는데, ①의 경우에는 잔부유효의 효과를 인정하게 되면 유상계약의 핵심인 급부 간 등가성이 파괴되어 당사자 일방에게 수인범위를 벗어나는 불이익이 부과되어 합리적인 이익조정이 이루어지지 않고, ②와 ③의 경우에는 잔부유효의 경우 양 당사자 모두 본래 기대했던 이익을 획득할 수 없기 때문이다.

대법원은 위와 같은 사정이 없다고 해서 바로 잔부유효의 효과를 인정하는 것이 아니라 몇 가지 요소를 추가로 검토한다. 먼저 잔부유효의 결과를 인정하더라도 당사자 모두에게 불이익이 발생하지 않고 오히려 양자 모두 본래 기대했던 이익을 어느 정도 취득할 수 있는 경우에는 민법 제137조 단서의 적용이 당연히 인정된다.⁵⁶⁾ 또한, 민법 제137조 단서가 적용될 경우 당사자 일방에게 불이익이 발생하기는 하나 그 정도가 수인해야 할 범위 내에 있다고 평가되는 반면, 상대방 당사자의 이익을 보호할 필요가 있다면 잔부유효의 효과가 인정된다.

이와 같은 법리가 인정된 대표적인 사안은 임대주택 분양계약에 따라 정해진 분양전환가격이 구 임대주택법을 위시한 관련 법령에서 정한 산정기준에 따른 금액을 초과해 분양계약 중 분양전환가격에 대한 부분이 무효일 때 나머지 분양계약의 효력이 문제되는 경우로, 대법원은

52) Malaurie, Philippe et al., Droit des Obligations, LGDJ, 8^e éd., Issy-les-Moulineaux, 2016, p. 389.

53) 대법원 1993. 12. 14. 선고 93다45930 판결 등 참조. 대법원 1993. 12. 14. 선고 93다45930 판결에서는 매매계약 목적물인 토지의 일부가 토지거래허가대상임에도 불구하고 토지거래허가가 이루어지지 않아 해당 부분에 대한 매매계약이 무효인 상황에서 나머지 토지 부분에 대한 매매계약의 효력이 문제되었는데, ① 나머지 토지 부분은 토지거래허가를 요구하는 토지 부분에 비해 그 토지의 성질상 낮은 가격으로 거래되는 것이 일반적이라는 점(그렇기에 잔부유효의 결과를 인정해 본래 합의되었던 대금을 단순히 일정 비율로 감액하는 것만으로는 급부 간의 등가성을 유지할 수 없다는 인식을 전제로 한다.), ② 본래 매수인이 아파트를 건설하고자 토지를 매수했으나 나머지 토지 부분에서는 그 토지의 형태상 아파트 건설이 불가하다는 점을 인정해 잔부유효를 의욕하는 당사자의 가정적 의사를 부정했다.

54) 대법원 1993. 12. 14. 선고 93다45930 판결 등 참조.

55) 대법원 1994. 9. 9. 선고 93다31191 판결; 대법원 2013. 5. 9. 선고 2012다115120 판결; 대법원 2017. 11. 9. 선고 2015다44274 판결 등 참조. 대법원 1994. 9. 9. 선고 93다31191 판결이나 대법원 2013. 5. 9. 선고 2012다115120 판결과는 달리, 대법원 2017. 11. 9. 선고 2015다44274 판결은 법률행위의 무효부분과 나머지 부분이 “경제적, 사실적으로 일체로서 행하여진 것으로 보아야 할 것이고, 어느 하나의 존재 없이는 당사자가 다른 하나를 의욕하지 않았을 것”이라는 법리를 명시적으로 언급하지는 않았다. 그러나 그 취지는 같다.

56) 대법원 2013. 4. 26. 선고 2011다9068 판결 참조. 이 판결은 15세 미만자를 피보험자로 한 보험계약 중 사망보험금에 대한 약정은 상법 제732조 위반으로 무효이나, 그 외의 장애에 대한 보험금약정은 유효하다고 보았다. 이는 위와 같은 결과를 인정하더라도 15세 미만의 자녀를 피보험자로, 자신을 수익자로 정해 보험계약을 체결한 부모가 자녀에게 재해가 발생한 경우 경제적 어려움에 대비하려는 보험계약의 본래 목적을 이룰 수 있고, 보험사에게도 예기치 못한 불이익이 발생하지 않기 때문이다.

분양전환가격에 대한 약정이 산정기준에 따른 금액을 초과하는 범위에서 무효일 뿐, 그 외 분양계약은 유효하다는 판단을 일관되게 유지해오고 있다.⁵⁷⁾ 이와 같은 판단에 따라 임대사업자는 본래 예정되었던 이익, 즉 분양전환가격에 상응하는 경제적 이익 중 일부를 상실한다. 그러나 일부무효의 근거인 관련 법령의 취지를 고려할 때 임차인의 ‘임대주택에서 거주할 이익’이 보호될 필요가 있고, 임대사업자는 여전히 법령에 의해 정해진 분양전환가격의 상한액을 얻을 수 있으므로 본래 분양계약을 체결함으로써 얻고자 했던 이익을 합법적인 범위 내에서 최대한 확보할 수 있다. 이처럼 잔부유효를 인정함에 따라 당사자 일방이 불이익을 감수하게 되더라도, 해당 당사자가 본래 계약을 통해 의욕했던 이익을 상당 부분 취득할 수 있다면 위 불이익은 수인범위 내에 있다고 할 것이다.

위와 같은 대법원 판결에서 주목할 또 다른 특징은, 당사자의 가정적 의사를 고려하는 데 있어 법률행위 일부를 무효로 만드는 규범의 목적이 중대한 의미를 지닌다는 사실이다. 당사자의 주관적 의사가 명백하지 않아 당사자의 가정적 의사의 탐구가 불확실할 때는 무효·취소 규범의 목적을 고려해야 할 것인데,⁵⁸⁾ 가정적 의사의 탐구에 있어 핵심적인 지위를 차지하는 당사자의 이익을 확정할 때에도 자연 규범목적이 고려되어야 한다. 위 대법원 판결이 보다 높은 분양전환가격의 경제적 이익을 누릴 임대사업자의 이익을 어느 정도 제한하는 한편, 임대주택에서 거주할 임차인의 이익을 적극적으로 보호해야 한다고 판단한 것은 국민의 주거생활 안정이라는 구 임대주택법의 규범목적⁵⁹⁾을 반영한 결과라 판단된다.

이상의 논의를 정리하면 당사자의 가정적 의사 판단은 총 세 단계의 평가를 거친다. ① 잔부유효의 결과를 인정할 때 급부 간 등가성이 파괴되거나 계약의 목적을 달성할 수 없는 사정이 있어서, 또는 법률행위의 무효부분과 나머지 부분이 밀접하게 결속되어 있어서, 잔부유효의 결과가 당사자의 가정적 의사에 명백히 반한다고 평가되는 경우 민법 제137조 단서는 적용될 수 없다. ② 그렇지 않은 경우라 하더라도, 만약 당사자 일방에게 불이익이 발생한다면 상대방에게 법률행위를 존속시킴으로써 보호해야 할 이익이 있는지 검토해야 한다. 이는 곧 이익조정 필요성의 평가인데, 만약 보호를 요청하는 이익이 없다면 민법 제137조의 적용은 원천적으로 배제된다. ③ 이익조정의 필요성이 인정된다면 당사자 일방이 감수해야 할 불이익이 관련 규범의 취지를 고려할 때 수인범위 내에 있는지 평가한다. 만일 위 불이익이 수인범위를 넘어설 정도로 중대한 것이라면 법률행위 전부가 무효라 보아야 한다. 위와 같은 판단 과정에서 각 당사자의 이익이 보호를 요청하는지 그 여부와 정도는 법률행위 일부를 무효로 만든 규범의 목적을 고려함으로써 결정된다.

2) 명의신탁자와 매도인 간 매매계약에의 일부무효 법리 적용 가능성

3자간 등기명의신탁 사안에서 부동산 매도인이 매수인이 아닌 제3자에게 그 부동산에 관한 소유권이전등기를 마쳐주는 것은 부동산실명법에 의해 금지되므로, 매매계약의 일부인 명의신탁특약은 이에 따른 매도인의 소유권이전등기의무가 원시적·객관적 이행불능이기에 무효이다. 따라서 위 문단에서 상술한 요건들이 충족된다면 민법 제137조가 적용된다.

57) 대법원 2020. 8. 27. 선고 2016다26198 판결; 대법원 2020. 8. 27. 선고 2017다211481 판결; 대법원 2020. 11. 12. 선고 2017다205295 판결 등 참조. 흥미로운 점은 위 판결들이 긍정하는 분양계약의 효력은 대법원 2011. 4. 21. 선고 2009다97079 전원합의체 판결에서부터 일관되게 인정되어왔으나, 해당 결론을 도출하는 데 있어 민법 제137조는 전혀 언급되지 않다가 최근에서야 고려되었다는 사실이다.

58) 민법주해(IV)(주 36), 37면.

59) 구 임대주택법(2012. 12. 18. 법률 제11587호로 개정되기 전의 것) 제1조 참조.

적어도 대상판결 사안에서는 매도인과 명의신탁자 사이의 명의신탁특약이 무효일 경우 전체 매매계약에 어떠한 효력을 부여할지에 대한 당사자의 합의 내지 명백한 실제 의사가 확인되지 않는다. 아울러 부동산실명법이 명의신탁자와 명의수탁자 사이의 명의신탁약정을 무효로 할 뿐, 명의신탁특약의 효력은 부정하지 않으므로 해당 사안에서는 일부무효의 효과에 대해 규정하는 강행법규도 없다. 또한 명의신탁특약의 무효로 인하여 매매계약 전부가 무효라 한다면 실제적 권리관계에 부합하지 않는 명의수탁자 명의의 등기도 경로되지 않을 것이므로 명의신탁특약을 무효화하는 부동산실명법을 위시한 관련 규범의 취지에 명백히 반하는 결과가 발생하지 않는다.

명의신탁특약과 나머지 매매계약 부분 사이에서는 일체성과 분할가능성 역시 인정된다. 3자간 등기명의신탁에서 매도인과 명의신탁자는 모두 명의신탁특약을 매도인의 매매계약상 소유권이전등기의무의 이행방식에 관한 합의로 인식하고 있으므로 일체적 의사 및 양 약정 사이의 객관적 관련성은 쉬이 발견되고, 따라서 일체성이 인정된다. 또한 명의신탁특약은 매도인이 부담하는 소유권이전등기의무의 이행방식에 관한 특약이므로, 명의신탁자와 매도인 사이의 매매계약은 ‘일반조항인 민법 제563조가 적용되어 매수인, 즉 명의신탁자 명의의 소유권이전등기를 마칠 의무를 매도인에게 부여하는 일반적인 매매계약’과 ‘명의신탁특약’으로 양분될 수 있다.

위 요건이 모두 충족되므로 3자간 등기명의신탁에서의 매매계약에는 민법 제137조가 적용된다. 그렇다면 민법 제137조 본문과 단서 중 무엇이 적용되는가? 이 사안에서 일반적 매매계약 부분만이 유효하다고 보더라도 급부 간 등가성이 파괴된다고 볼 사정은 발견되지 않는다.⁶⁰⁾ 또한 명의신탁자가 본래 매매계약을 체결하며 달성하고자 한 본질적인 목적이 일반적인 매매계약 부분만이 성립할 때 불능에 이르지도 않는다. 일반적으로 부동산 매수인은 부동산에 대한 사용·수익·처분권을 행사하기 위해 매매계약을 체결하고, 대상판결 사안의 명의신탁자 역시 위와 같은 목적을 가지고 매매계약을 체결한 것으로 보이는데,⁶¹⁾ 명의신탁특약을 제외한 매매계약의 나머지 부분만이 효력을 가진다고 해서 명의신탁자가 아파트를 사용·수익·처분하지 못할 우려는 없다. 이에 더해 명의신탁특약과 매매계약이 서로의 조건이라 할 정도로 밀접하게 결속되어 있다고 보기도 어렵다. 결국 잔부유효의 결과가 명의신탁자와 매도인의 가정적 의사에 명백히 반한다고 평가할 사정은 없다.

다음으로 당사자 일방에게 불이익이 발생하는지, 만일 그러하다면 상대 당사자에게 매매계약의 효력을 존속시킴으로써 보호해야 할 이익이 있는지 검토되어야 한다. 명의신탁특약의 효력만이 부정된다면 명의신탁자는 재산은닉, 탈세, 강제집행면탈 등의 이익을 상실한다. 한편, 매매계약 전부를 무효로 한다면 매도인은 이미 부동산을 확정적으로 처분했다고 신뢰했음에도 불구하고 부동산 매매계약의 내용을 처음부터 새로이 정하기 위해 명의신탁자와 교섭하거나, 아예 새로운 매수인을 물색해야 할 상황에 놓인다. 이 상황에서 매도인이 본래 매매계약을 체결함으로써 기대했던 이익, 즉 매도인이 합리적이라 여기는 매매대금의 취득은 보장되지 않는

60) 물론 매도인이 매수인 대신 제3자에게 소유권이전등기를 경로해야 한다는 사정이 고려되어 매매대금이 비교적 높은 금액으로 결정되었다면, 잔부유효의 효과가 인정될 경우 매매대금의 액수가 명의신탁특약의 효력이 부정되기 전의 상태 그대로 유지됨으로써 급부 간 등가성이 파괴될 여지가 있다. 그러나 대상판결 사안에서 매도인과 명의신탁자는 55평(약 182㎡) 면적의 아파트 대금을 10억 원으로 정했고, 이를 통상 합리적이라 인정되는 부동산 가격보다 현저히 높은 금액이라 보기는 어려울 것이다.

61) 대상판결 사안에서 명의신탁자가 계속해서 이 사건 부동산(아파트)에서 거주해왔고 이를 담보로 금전을 대출받았다는 점을 고려할 때 명의신탁자에게 부동산을 사용·수익·처분하는 외 별도의 특별한 목적이 있었다고 보기는 어렵다.

다. 특히 3자간 등기명의신탁의 성질상 명의신탁특약은 통상 매수인의 요구와 매도인의 ‘양해’에 의해 성립하고,⁶²⁾ 매도인은 일부무효의 주요한 원인을 상대방이 제공했음에도 불구하고 위와 같은 위험에 노출되므로 그 이익을 보호할 필요가 있다.

위와 같이 이익조정 필요성이 인정되므로 명의신탁자가 감수해야 하는 불이익이 부동산 실명법을 위시한 관련 법령의 취지를 고려할 때 수인범위 내에 있다면 명의신탁특약을 제외한 매매계약의 나머지 부분은 유효할 것이다. 그리고 민법 제137조 단서가 적용되더라도 명의신탁자가 부동산의 사용·수익·처분이라는 매매계약의 본질적 목적을 달성하는 데에는 아무런 문제가 없으므로, 재산은닉, 탈세, 강제집행면탈 등의 부수적이고 불법적인 이익의 상실은 명의신탁자가 감수해야 할 불이익이라고 평가되어야 한다. 부동산실명법은 위 이익들을 관계 당사자가 누리지 못하도록 막는 것을 목표로 하므로, 해당 이익들이 부동산실명법의 규범목적상 당사자의 가정적 의사 판단에서 보호가 요청되는 명의신탁자의 이익으로 고려될 수 없음은 물론이다. 게다가 명의신탁자가 매도인에게 명의신탁특약의 체결을 요청해 매매계약 일부의 무효, 그리고 이에 따른 불이익의 원인을 제공했다는 사실을 고려할 때 명의신탁자를 구제할 특별한 이유는 발견되지 않는다.

이로써 3자간 등기명의신탁 사안에서 민법 제137조가 적용되기 위한 요건이 모두 충족되고, 잔부유효의 효과를 발생시키는 당사자의 가정적 의사가 인정되므로, 민법 제137조 단서에 따라 명의신탁특약을 제외한 일반적인 매매계약은 여전히 효력을 갖는다는 결론이 도출된다. 이는 법적으로 승인된, 관련 규범목적에 부합하는 이익조정의 결과라 할 것이다.

4. 3자간 등기명의신탁 사안에서의 법률관계 처리

명의신탁자와 매도인 사이의 이익조정을 위해 3자간 등기명의신탁 사안에서는 매도인이 명의신탁자 명의의 소유권이전등기를 마칠 것을 내용으로 하는 일반적인 매매계약이 성립한다. 따라서 매도인이 매매목적물에 관해 명의수탁자 명의의 소유권이전등기를 마쳤더라도 매도인의 명의신탁자에 대한 소유권이전등기의무는 변제로써 소멸하지 않는다. 제3자방 이행이 채무자(매도인)의 채권자(매수인)에 대한 적법한 변제로 인정되는 것은, 채권자가 채무자에게 “타인에 대한 출연으로 자신에 대한 채무가 변제된다는 내용으로 … 授權했기 때문이다.”⁶³⁾ 그런데 3자간 등기명의신탁 사안에서는 수권의 근거인 명의신탁특약이 무효이므로, 매도인의 제3자방 이행은 적법한 변제라 할 수 없다. 고로 명의신탁자는 매도인에 대해 매매목적물에 관한 인도청구권과 소유권이전등기청구권을 여전히 보유하게 된다.⁶⁴⁾

한편, 명의수탁자는 등기명의를 취득했음에도 불구하고 부동산실명법 제4조 제1항 내지 동조 제2항에 따라 매매계약의 목적물인 부동산에 관해 어떠한 권리도 취득하지 못한다. 그 당연한 귀결로 부동산 소유권은 매도인에게 존속하고, 고로 매도인은 물권적 청구권을 행사함으로써 명의수탁자에게 소유권이전등기의 말소등기를 청구하거나 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기를 청구할 수 있다.

3자간 등기명의신탁 사안에서의 당사자 간 법률관계에 대한 위 설명은 일부무효 법리를 면

62) 대상판결 사안에서도 명의신탁특약은 명의신탁자의 요청과 매도인의 양해에 의해 성립했다.

63) 김형석(주 10), 292면.

64) 물론 대부분의 경우 매도인은 명의수탁자 명의의 소유권이전등기를 경료하는 것과 유사한 시기에 이미 명의신탁자에게 부동산을 인도했을 것이다.

밀히 검토하지 않은 기존의 유효설 및 판례⁶⁵⁾와 같다. 그렇기에 일부무효 법리의 검토는 적어도 명의수탁자가 부동산 소유권을 제3자에게 이전하거나 제3자를 위해 부동산에 관한 근저당권을 설정하지 않은 상황에서는 별다른 의미를 지니지 않는다. 기존 학설과 판례가 충분히 고려하지 않은 일부무효 법리의 검토가 실익을 가지는 것은 아래에서 살펴보듯 부동산실명법 제4조 제3항에 따라 제3자가 명의수탁자로부터 부동산에 관한 권리를 취득할 때부터이다.

Ⅲ. 병리적 상황의 해결(1): 명의수탁자가 부동산 소유권을 제3자에게 이전한 경우

1. 병리적 상황

부동산실명법의 일차적 목적은 실제적 권리관계와 등기명의를 일치시키는 것이다. 그리고 위 목적을 달성하기 위해 부동산실명법은 명의수탁자 명의로 마쳐진 등기의 효력을 원칙적으로 부정하고 부동산 소유권을 매도인에게 귀속시킨다. 그런데 명의수탁자가 제3자에게 부동산 소유권을 이전하는 순간, 제3자는 부동산실명법 제4조 제3항에 따라 권리자인 매도인을 경유하지 않고 부동산 소유권을 유효하게 취득한다. 물론 앞서 밝힌 대로 이는 명의수탁자에게 일정한 권리를 사후적으로 부여하기 위함이 아니라 거래안정을 도모함에 따른 반사적 결과에 불과하지만, 이로써 명의수탁자 명의의 등기가 말소될 가능성이 소멸함은 분명한 사실이다. 이처럼 부동산실명법이 허용하지 않는 명의수탁자 명의의 등기를 말소할 수 없게 되는 명의수탁자의 부동산 소유권 이전 사안은 부동산실명법의 취지가 관철될 수 없는 ‘병리적 상황’에 해당한다.

2. 매도인과 명의신탁자 간 법률관계

가. 매도인과 명의신탁자 간 법률관계에 대한 일부무효 법리의 영향

계약이 일단 성립했다면 특별한 사정이 없는 한 그 계약에 따라 계약당사자 간의 법률관계를 규율해야 할 것이고, 명의신탁 사안에서 명의수탁자 명의의 등기가 마쳐졌고, 그리고 명의수탁자가 부동산을 제3자에게 처분했다고 해서 전혀 다른 법률관계가 성립한다고 할 수는 없다.⁶⁶⁾ 따라서 명의수탁자가 부동산을 제3자에게 처분한 시점을 기준으로 매도인의 매매계약상 책임 존부를 달리 보는 대상판결의 다수의견에는 의문을 제기하지 않을 수 없다.

더 나아가 3자간 등기명의신탁에서는 계약의 구속력에 따른 규율이 더욱 강하게 요청된다. 앞서 3자간 등기명의신탁에서의 매매계약은 민법 제137조 단서가 적용됨에 따라 일반적인 매매계약으로서의 효력을 가지고, 이는 법적으로 승인된 당사자 간 이익조정의 결과라는 점을 논증했다. 그렇기에 일부무효 법리가 적용되어 그 내용이 수정된 계약은, ‘명의신탁특약을 무효로 만든 부동산실명법의 규범목적’을 실현하고, 또 규범목적에 위반하지 않는 범위 내에서 당사

65) 대상판결의 다수의견과 반대이견 역시 명의수탁자가 부동산 소유권을 제3자에게 이전하거나 부동산에 관한 근저당권을 제3자에게 설정해 주기 전의 상황에 대해서는 같은 설명을 제시하고 있다.

66) 이동진(주 31), 292면. 물론 이는 계약명의신탁을 전제로 한 서술이나, 3자간 등기명의신탁에서도 그 일반론적인 의미는 유효하다.

자의 이익을 조정한 결과' 라는 특수한 지위를 획득한다.

이와 같은 지위가 인정되는 이상 해당 계약의 구속력은 당사자 간 법률관계에서 일관되게 관철되어야 한다. 따라서 대상판결의 반대의견이 지적하듯, “명의신탁자와 매도인 사이의 매매계약은 매도인이 그 의무이행을 다할 때까지 여전히 종료되지 않으므로, 그 과정에서 이행불능 사유가 발생하였다고 하더라도 당사자는 본래의 매매계약에 따라 그 문제를 해결하여야” 하며, 매매계약에 근거해 명의신탁자가 매도인에 대해 가지는 권리를 신의칙에 따라 선불리 부정할 수는 없다.⁶⁷⁾ 만일 명의수탁자가 부동산을 제3자에게 처분한 이후 매매계약의 구속력을 부정한다면 매도인은 (물론 그 위법성은 덜 하겠으나) 명의신탁자와 마찬가지로 부동산실명법을 위배했음에도 명의신탁자에 대한 책임으로부터 자유로워져 별다른 불이익을 입지 않게 되며, 이는 타당하다고 할 수 없다. 또한 이 경우 명의신탁자는 자신의 손해를 오직 명의수탁자로부터 보전받을 수 있을 뿐인데, 공동으로 위법한 행위를 행한 명의신탁자와 매도인 중 명의신탁자만 명의수탁자의 무자력위험을 부담하도록 정하는 것은 타당하지 않은 해석임이 분명하다. 이처럼 일부무효 법리가 적용되었다는 사실은 3자간 등기명의신탁을 규율하는 데 있어 해석자에게 계약구속력을 가급적 존중할 것을 요청하는 것을 넘어, 이를 관철할 의무를 부과한다.

나. 매도인의 채무불이행책임

대상판결의 다수의견은 매도인에게 이행불능에 관한 귀책사유가 있다고 볼 수 없고, 자신의 편의를 위해 매도인에게 명의수탁자 명의의 소유권이전등기 경료를 요구한 명의신탁자가 매도인에게 채무불이행책임을 묻는 것은 신의칙에 반해 허용되지 않음을 이유로 매도인의 명의신탁자에 대한 채무불이행책임을 부정했다. 이는 대법원 2002. 3. 15. 선고 2001다61654 판결의 법리를 그대로 수용한 결과라 할 것이다.⁶⁸⁾

그러나 앞에서 설명한 바와 같이 일부무효 법리가 적용된 이상 명의수탁자가 부동산 소유권을 제3자에게 이전한 병리적 상황에서도 매매계약에 따른 법률관계는 관철되어야 하고, 따라서 매도인의 매매계약상 채무불이행책임은 신의칙만을 이유로 해서 부정될 수 없다. 그러므로 매도인의 채무불이행책임이 성립하는지 여부는 그 고유한 법리에 따라 철저히 검토되어야 한다. 주지하듯 민법 제390조의 채무불이행책임이 인정되기 위해서는 채무자의 채무불이행과 그에 대한 귀책사유가 요구된다. 명의수탁자가 부동산 소유권을 제3자에게 이전한 경우 매도인의 명의신탁자에 대한 소유권이전등기의무는 이행불능이 된다는 사실이 명백하므로, 매도인의 이

67) 일부무효 법리가 적용되더라도 3자간 등기명의신탁에서 일반적인 매매계약의 체결은 명의신탁자의 의사에 부합하지 않으므로 매매계약에 따른 문제 해결이 타당하지 않다는 주장은 일부무효 법리가 중시하는 '당사자의 의사'가 당사자가 실제 가졌거나 가지고 있는 의사가 아닌, 법질서에 의해 그 합리성이 승인된 가정적 의사임을 간과한 결함을 지니고 있다고 할 것이다. 3자간 등기명의신탁 사안에서 명의신탁자와 매도인의 가정적 의사가 매도인과 매수인의 이익조정을 위해 (명의신탁특약이 배제된) 일반적인 매매계약을 체결하려는 의사로 해석되어야 함은 II. 3. 다.에서 논증한 바 있다.

68) 대법원 2002. 3. 15. 선고 2001다61654 판결과 대상판결의 다수의견은 모두 이행불능에 관한 매도인의 귀책사유가 인정되지 않으므로, 명의신탁자가 매매대금의 반환을 구하거나 매매계약상 의무의 이행을 구하는 것이 신의칙상 허용되지 않는다고 설시하고 있다. 위 두 판결의 표현만을 본다면 귀책사유의 부재와 신의칙 사이에 인과관계가 있는 것으로 이해될 수 있겠으나, 매도인의 귀책사유가 인정되지 않는다면 애초에 채무불이행책임이 성립할 수 없다. 따라서 위 판결들은 ① 매도인의 귀책사유가 없어 애초에 채무불이행책임이 인정되지 않고, ② 설사 매도인의 귀책사유가 인정되더라도 자신의 편의를 위해 매도인에게 명의수탁자 명의의 소유권이전등기 경료를 요구한 명의신탁자가 매도인에게 채무불이행책임을 묻는 것은 신의칙상 허용되지 않는다는 법리를 제시한 것으로 판단된다.

행불능에 관한 귀책사유가 인정된다면 매도인은 채무불이행 책임을 부담하게 된다. 그리고 이하에서 논증하듯 매도인의 귀책사유는 인정되어야 한다.

3자간 등기명의신탁에서 매도인이 명의신탁자와의 사이에 명의신탁특약을 체결하고 이에 따라 명의수탁자 명의의 소유권이전등기를 마쳐주었다는 점, 그리고 명의수탁자가 제3자에게 부동산 소유권을 이전해줄 때까지 명의수탁자 명의로 마쳐진 소유권이전등기의 말소등기청구권을 행사하지 않았다는 점은 매도인의 소유권이전등기의무가 이행불능이 된 원인이다. 그리고 매도인은 명의수탁자 명의의 소유권이전등기를 방치할 경우 매도인의 소유권이전등기의무가 이행될 수 없을 우려가 있다는 사실을 예견하고, 위 등기를 말소함으로써 매도인의 소유권이전등기의무가 이행불능이 되는 것을 회피해야 할 주의의무가 있음에도 불구하고 이를 위반한 과실이 있다고 할 것이다. 이에 대해서는 ① 명의수탁자가 향후 부동산을 처분하리라는 사실을 알았거나 알 수 있었을 경우에만 매도인의 귀책사유가 인정된다는 비판,^{69) 70)} ② 명의신탁자와 명의수탁자 사이에 명의신탁약정이 체결되었음을 알았거나 알 수 있었을 경우에만 매도인의 귀책사유가 인정된다는 비판이 있다.⁷¹⁾ 그러나 3자간 등기명의신탁 법리 및 민법 제390조상 귀책사유의 의미를 고려할 때 두 비판은 받아들여질 수 없다.

먼저 첫 번째 비판은 ‘평균적인 일반인’ 이라면 명의수탁자 명의의 소유권이전등기가 경료될 경우 명의신탁자에 대한 소유권이전등기의무가 이행불능이 될 수 있음을 매도인이 의당 알았어야 한다는 사실을 간과한 해석이다. 민법 제390조의 ‘과실’은 채무자가 채무불이행의 발생을 예견하고 회피해야 할 주의의무를 부담함에도 이를 위반하는 경우 인정되는데, 그 주의의무는 채무자 개인의 주관적 능력, 지식 등을 기준으로 하는 것이 아니라, “객관적으로 평균적인 일반인을 기준으로 하여 정하여진다고 이해되고 있다.”⁷²⁾ 부동산실명법 제4조 제1항 내지 동조 제2항에 따라 명의수탁자 명의의 등기는 무효임이 명백하므로, 설사 매도인이 명의수탁자 명의의 소유권이전등기를 경료함으로써 자신의 의무를 모두 이행했다고 믿었더라도 이는 정당한 신뢰라 할 수 없다.⁷³⁾ 이에 더해 부동산실명법 제4조 제3항이 명의수탁자에 의한 부동산 처분이 유효할 수 있음을 명시한다는 점을 고려할 때, 부동산 매매계약을 체결하거나 체결하려는 당사자라면 누구나 부동산에 관한 명의수탁자 명의의 등기가 방치될 경우 제3자가 부동산 소유권을 취득해 매도인의 소유권이전등기의무가 이행불능이 될 수 있음을 예견할 수 있다. 게다가 부동산실명법 제4조 제3항의 해석상 (3자간 등기명의신탁의 존재에 대해) 약의의 제3자도 부동산 소유권을 취득할 수 있다는 법리가 확립되었으므로,⁷⁴⁾ 매도인의 주의의무 위반이 용인될 여지는 없다.

앞에서 언급한 첫 번째 비판은 명의신탁자 내지 명의수탁자의 행위와 매도인의 행위를 동등하게 평가할 수 없다는 인식 아래 매도인의 귀책사유를 부정하는데,⁷⁵⁾ 이와 같은 논리 역시 문제가 있다. 명의수탁자의 부동산 처분으로 매도인의 명의신탁자에 대한 소유권이전등기의무가 이행불능이 되려면 ① 명의신탁자와 매도인이 명의신탁특약을 체결한 행위,⁷⁶⁾ ② 매도인이

69) 송덕수(주 1), 32면; 이계정(주 12), 293면.

70) 이는 대상판결 다수의견에 대한 보충의견이 대상판결 반대의견에 가하는 비판이기도 하다.

71) 양창수(주 6), 89면.

72) 민법주해(IX)(주 30), 357면.

73) 이계정(주 12), 292면.

74) 양창수(주 6), 87면; 송덕수(주 1), 29면; 권오상(주 20), 193면. 참고로 부동산실명법 제4조 제3항이 선의의 제3자가 부동산 소유권을 취득하는 것만을 허용한다는 견해로는, 박동진(주 3), 83면 참조.

75) 송덕수(주 1), 32면; 이계정(주 12), 293면; 대법원 2021. 9. 9. 선고 2018다284233 판결, 다수의견에 대한 대법관 조재연의 보충의견.

매매목적물에 관해 명의수탁자 명의의 소유권이전등기를 마치고 그 상태를 방치한 행위, ③ 명의신탁자가 매도인을 대위해 명의수탁자 명의의 소유권이전등기의 말소를 청구하지 않은 행위, ④ 명의수탁자가 제3자에게 부동산을 처분한 행위가 모두 요구된다. 즉, 위 네 행위는 하나로 결합함으로써 매도인이 채무를 이행할 수 없게 되는 원인을 구성한다. 이와 달리 명의수탁자의 부동산 처분만이 이행불능의 직접적 원인이라 보아 매도인이 명의수탁자의 처분과 관련해 귀책사유를 가질 것을 요구하는 해석⁷⁷⁾을 받아들일 수는 없다.

물론 “명의신탁자는 부동산실명법이 금지하는 명의신탁약정과 그에 따른 등기를 적극적으로 의도하여 명의수탁자를 섭외하고 매도인과 매매계약을 체결하여 매도인과 명의수탁자로 하여금 실체관계에 부합하지 아니하는 등기를 현출하게” 하였다는 점에서,⁷⁸⁾ 그리고 명의수탁자는 부동산을 처분함으로써 부동산실명법 취지를 직접 몰각시켰다는 점에서, 단지 (통상 명의신탁자가 제안했을) 명의신탁특약에 따라 명의수탁자 명의의 등기를 마쳐주고 별도의 후속조치를 취하지 않은 매도인과 동등하게 평가될 수는 없다. 그러나 채권자 및 제3자의 행위가 채무자의 행위에 비해 사회적 비난가능성이나 불법성이 더 크다는 사실은 그 자체만으로는 채무자의 귀책성을 부정하지 못한다. 후술하듯 이와 같은 사정은 과실상계 법리의 적용으로 충분히 고려될 수 있다.

매도인이 명의신탁자와 명의수탁자 사이에 명의신탁약정이 체결되었음을 알았거나 알 수 있었을 경우에 한해 매도인의 귀책사유가 인정된다는 두 번째 비판 역시 적어도 오늘날에는 타당하다고 할 수 없다. 위 비판은 매도인이 명의신탁자로부터 소유권이전등기의무를 제3자에 대해 이행할 것을 요구받더라도 특별한 사정이 없는 한 그 사정을 조사하거나 탐문할 의무가 없다는 인식에 근거한다.⁷⁹⁾ 그러나 매수인 외 제3자 명의의 소유권이전등기를 부정하는 부동산실명법이 오랜 기간에 걸쳐 정착한 오늘날 매수인이 자신이 아닌 제3자의 명의로 소유권이전등기를 경로해달라고 요청한 것만으로도 매도인은 명의신탁약정의 존재를 의심해보아야 할 것이다. 한편, 대상판결 사안에서는 명의신탁자와 명의수탁자 사이에 이 사건 부동산을 대상으로 하는 증여나 전매계약이 이루어지지 않았고 매도인과 명의신탁자 사이에서도 명의수탁자가 최종적으로 부동산 소유권을 취득할 것을 의욕하는 의사는 발견되지 않는다.⁸⁰⁾ 따라서 중간생략 등기에 관한 합의가 성립했다는 이유로 매도인의 귀책이 부정될 가능성은 없다.

이상의 이유로, 매도인의 채무불이행책임은 부정될 수 없다. 아울러 매도인의 귀책사유가 인정되므로 민법 제537조 내지 제538조 제1항 1문에 따른 위험부담 법리가 적용될 여지 역시 배제된다.

다. 과실상계와 대상청구권

위에서 언급한 바와 같이 매도인은 명의신탁자에 대해 채무불이행책임을 부담하나, 채무불이행에 관해서는 채권자인 명의신탁자의 과실이 병존한다. 이와 같은 사정은 채권자의 “과실

76) 만일 매도인과 매수인이 명의신탁특약을 체결하지 않았다면, 애초에 등기명의를 이전받은 제3자를 ‘명의수탁자’라 할 수 없으므로 부동산실명법 제4조 제3항이 적용될 여지가 없다. 이 경우 설사 제3자가 등기명의를 기화로 제3자에게 부동산을 처분하더라도 제3자는 부동산 소유권을 취득할 수 없다.

77) 이계정(주 12), 293면.

78) 대법원 2021. 9. 9. 선고 2018다284233 판결, 다수의견에 대한 대법관 조재연의 보충의견.

79) 양창수(주 6), 89면.

80) 대상판결의 원심판결인 서울고등법원 2018. 10. 12. 선고 2017나2041062 판결 참조.

이 채무자의 행위와 경합원인이 되어 채무불이행을 성립시켜 손해가 발생한 경우” 허용되는 과실상계 법리⁸¹⁾의 적용으로 해결된다. 부동산실명법의 규범목적에 관철하기 위해 명의신탁계약이 배제된 일반적인 내용의 매매계약이 구속력을 가지게 되면서 매도인은 명의신탁자의 요청에도 불구하고 명의수탁자 명의의 등기를 경료하거나 이를 방치하지 않을 비교적 높은 수준의 주의의무를 부담하게 되는데, 과실상계 법리가 적용됨에 따라 매도인은 통상 명의신탁자에 대해 단지 제한적인 범위의 손해배상의무만을 부담하게 될 것이므로 매도인에게 지나치게 큰 불이익을 부과하는 결과가 발생하지 않으리라 예상할 수 있다.

한편, 채무자는 “이행불능으로 이행청구권의 전부 또는 일부가 배제되는 채무불이행 일반에 대한 구제수단”으로서의 대상청구권을 보유할 수 있다.⁸²⁾ 이 사안에서도 (아래에서 살펴본 듯) 매도인의 소유권이전등기의무가 이행불능이 됨에 따라 매도인은 명의수탁자에 대한 부당이득반환청구권을 취득하므로 명의신탁자는 대상청구권을 행사함으로써 위 권리를 이전받을 수 있다.

3. 명의신탁자와 명의수탁자 간 법률관계

가. 부당이득반환청구권의 유형별 검토

대상판결의 다수의견은 법률관계의 조정이 “공평·정의의 이념에 근거하여 법률상 원인 없이 재산상 이익을 얻은 자에게 그 이익으로 인하여 손해를 입은 자에 대하여 반환의무를 부담시키는” 방식으로 이루어져야 한다는 이른바 ‘공평설’을 채택해 명의신탁자의 부당이득반환청구권을 인정했다.⁸³⁾ ⁸⁴⁾ 그러나 공평설이 구체적인 사건에서 부당이득 존재를 판단하는 구체적 기준을 제공할 수 있는지에 대해서는 강한 의문이 제기되어 왔다.⁸⁵⁾ 이에 명의신탁자가 명의수탁자에 대한 부당이득반환청구권을 가지는지 여부를 판단하기 위해서는 부당이득의 유형별 검토가 요구된다.⁸⁶⁾

먼저 명의신탁자와 명의수탁자 간 급부부당이득관계는 성립하지 않는다. 앞서 II. 1.에서 설명한 바와 같이 매도인이 명의수탁자에게 등기명의를 이전한 것은 지시단축급부라 평가될 수 없다. 뿐만 아니라 급부부당이득 법리는 주로 법률행위의 무효나 취소 사안에서 “계약법의 보충규범”으로 기능하는데,⁸⁷⁾ 명의신탁자는 매도인에게 채무불이행책임을 물어 구제받을 수 있

81) 민법주해(IX)(주 30), 611면.

82) 김형석, “대상청구권: 민법개정안을 계기로 한 해석론과 입법론”, 법학 제55권 제4호, 서울대학교 법학연구소 (2014), 128면.

83) 김종석, “3자간 등기명의신탁관계에서 부당이득반환관계”, 사법 제1권 제59호, 사법발전재단(2022), 800면.

84) 대상판결이 명의신탁자의 명의수탁자에 대한 부당이득반환청구권을 인정한 것은 수차례 확인되어온 판례법리를 그대로 수용한 결과라 생각된다. 대법원 2011. 9. 8. 선고 2009다49193,49209 판결은 명의수탁자가 제3자에게 부동산을 임의로 처분하는 경우, 또는 강제수용이나 공공용지 협의취득을 원인으로 제3자가 부동산 소유권을 취득하는 경우 매도인의 명의신탁자에 대한 소유권이전등기의무는 이행불능이 된다고 설시한 바 있다. 위 판결은 이로써 명의신탁자가 소유권을 이전받을 권리를 상실하는 손해를 입고 명의수탁자는 처분대금이나 보상금을 취득함으로써 이득을 얻으므로, 명의신탁자는 명의수탁자에게 부당이득반환을 원인으로 처분대금이나 보상금 등을 청구할 수 있다는 결론에 이른다. 즉, 명의신탁자는 매도인의 권리를 대위행사할 필요 없이, 명의수탁자에 대해 직접적인 권리를 보유하게 된다는 것이다. 위 법리는 대법원 2015. 9. 10. 선고 2015다207235 판결, 대법원 2019. 7. 25. 선고 2019다203811,203828 판결 등을 경유해 대상판결 다수의견으로 전해졌다.

85) 민법주해(XVII), 박영사, 2005, 163면(양창수 집필).

86) 부당이득에 관해 공평설이 갖는 한계와 유형론이 갖는 상대적 강점에 대해서는, 주석 민법 채권각칙(5), 제5판, 한국사법행정학회, 2022, 730-731면(이계정 집필) 참조.

87) 민법주해(XVII)(주 85), 174면.

는 만큼 급부부당이득 법리의 적용 범위를 다소 무리하게 확장할 필요 또한 없다. 명의신탁자와 명의수탁자 사이 급부부당이득관계를 인정한다면 매도인이 부동산실명법을 위반했음에도 불구하고 아무런 불이익을 받지 않게 되고 명의신탁자만이 명의수탁자의 무자력위험을 부담하게 됨에 따라 법률행위 일부를 무효로 하는 규범의 목적을 실현하는 범위 내에서 당사자의 이익을 조정하기 위해 일부무효 법리를 적용한 취지가 몰각되는 결과가 발생하기도 한다.

다음으로는, 명의신탁자와 명의수탁자 사이에 침해부당이득관계가 성립하는지 검토해야 한다. 침해부당이득관계는 개인에게 배타적으로 할당된 이익이 타인에 의해 침해되는 경우 성립한다.⁸⁸⁾ 명의수탁자가 부동산을 처분함으로써 매도인의 명의신탁자에 대한 채무가 이행불능이 된 사안에서는 명의신탁자가 본래 가졌던 소유권이전등기청구권이 만족될 수 없으므로 ‘제3자에 의한 채권침해’가 발생한다. 문제는, 채권은 채무자와의 관계에서만 주장할 수 있는 권리일 뿐 제3자에게 주장할 수는 없으므로 채권자에게 할당된 이익이라 볼 수 없다는 점이다. 그러나 ‘채권의 귀속’만큼은 제3자에게도 그 배타성을 주장할 수 있는 할당이익이며,⁸⁹⁾ 고로 채권의 귀속이 침해된 경우에 한해 침해부당이득관계가 성립할 수 있다고 해석된다.

채권귀속침해의 대표적인 사안은 채권의 준점유자에게 변제를 제공한 채무자가 민법 제470조 내지 제471조에 따라 면책됨으로써 진정한 채권자의 채권이 소멸하는 경우이다.⁹⁰⁾ 그런데 이와 달리 3자간 등기명의신탁에서 명의수탁자는 매도인이 보유한 채권의 귀속을 침해하지 않는다. 명의수탁자가 제3자에게 부동산을 처분하는 순간, 명의신탁자의 소유권이전등기청구권은 소멸하지 않고 매도인의 채무불이행책임을 원인으로 발생한 채권으로 전화(轉化)한다. 명의신탁자의 매도인에 대한 채권은 그 구체적 내용이 바뀌었을 뿐, 동일성을 유지하며 여전히 명의신탁자에게 귀속하므로 침해부당이득반환청구권은 성립하지 않는다.

한편, 명의수탁자의 처분이 이루어지기 전 명의신탁자는 매도인을 대위해 명의수탁자에게 소유권이전등기의 말소등기를 청구할 권리를 행사할 수 있었다. 그런데 명의수탁자가 부동산을 처분함에 따라 이와 같은 채권자대위권이 소멸하게 된다. 그렇다면 명의수탁자에 의한 명의신탁자의 채권자대위권 침해는 부당이득관계를 성립시키는가? 그러나 위 채권침해 역시 부당이득반환청구권을 발생시키지 않는다고 보아야 하는데, 명의신탁자뿐만 아니라 매도인의 여타 채권자들도 각자의 채권을 피보전권리로 삼아 소유권이전등기의 말소등기청구권을 대위행사할 수 있기에 위 채권자대위권은 명의신탁자에게 배타적으로 할당된 권리라 볼 수 없기 때문이다.⁹¹⁾ 아울러 명의신탁자가 보유하던 채권자대위권은 소유권이전등기청구권이라는 본권(本權)을 만족시키기 위한 수단적 권리에 불과한데, 본권이 채무불이행책임의 성립에 따라 다른 권리로 전화한 이상 명의신탁자가 부당이득 법리에 의해 구제받을 필요도 없다.⁹²⁾

나. 불법행위를 원인으로 한 손해배상청구권

88) von Caemmerer, Ernst, “Bereicherung und Unerlaubte Handlung”, Festschrift für Ernst Rabel, Bd. I, Tübingen, 1954, S. 353ff.

89) 위의 논문, S. 355.

90) 김현선, “제3자의 채권침해로 인한 구제수단”, 법률실무연구 제1권 제2호, 한국법이론실무학회(2013), 60면.

91) 제철웅(주 11), 308-309면.

92) 별론으로, 김종석(주 83), 801면에서는 명의수탁자의 부동산 처분으로 직접 침해된 것은 명의신탁자의 소유권이전등기청구권이 아닌 매도인의 소유권이라는 점을 근거로 명의신탁자의 부당이득반환청구권 발생을 회의하면서도, 별다른 설명 없이 명의수탁자에 대한 명의신탁자와 매도인의 부당이득반환청구권이 병존할 가능성을 배제하지 않는 견해가 제시된다. (위 논문에서 찾을 수 없는) 그 이유가 무엇인지와 무관하게, 이와 같은 해석은 타당하지 않다.

제3자에 의한 채권침해의 결과로 불법행위책임이 발생함으로써 명의신탁자가 명의수탁자에게 부동산 시가 범위 내 손해배상을 청구할 수 있다는 견해가 제시된 바 있다.⁹³⁾ 최근 대법원 역시 명의신탁자의 명의수탁자에 대한 불법행위를 원인으로 한 손해배상청구권을 인정했다.⁹⁴⁾ 이러한 해석은 ① 민법 제750조가 불법행위책임의 성립을 위해 일반적이고 추상적인 요건을 요구하는 만큼 제3자에 의한 채권침해 사안 역시 이 요건들을 충족할 수 있다는 점, ② 불법행위법에 따른 보호가 요청되는 다양한 채권침해 유형이 계속해서 나타나고 있다는 점 등을 고려해 채권침해 시 불법행위책임이 쉬이 인정되어야 한다는 견해⁹⁵⁾와 밀접한 관련을 맺고 있다고 생각된다.

위와 같은 견해는 어느 정도 타당하다고 생각된다. 물론 명의신탁자가 매도인에게 소유권이전을 구하거나 그 변형물로서의 채무불이행책임을 물을 수 있다면 명의수탁자의 불법행위책임은 부정되어야 할 것인데,⁹⁶⁾ 이 경우 불법행위책임의 요건인 ‘피해자의 손해’를 인정할 수 없기 때문이다. 그러나 전술했듯 통상 3자간 등기명의신탁을 규율할 때에는 과실상계 법리가 적용될 것이고, 이에 따라 명의신탁자가 매도인에 대해 채무불이행을 원인으로 청구할 수 있는 손해배상청구권의 범위가 제한되어 명의신탁자는 자연 손해를 입게 되므로 명의수탁자에 대해 불법행위를 원인으로 한 손해배상을 청구할 수 있을 것이다. 명의수탁자의 명의신탁자에 대한 불법행위책임을 인정한 대법원 2022. 6. 9. 선고 2020다208997 판결은 “명의수탁자가 명의신탁자의 채권인 소유권이전등기청구권을 침해한다는 사정을 알면서도 명의신탁 받은 부동산을 자기 마음대로 처분하였다면 이는 사회통념상 사회질서나 경제질서를 위반하는 위법한 행위로써 특별한 사정이 없는 한 제3자의 채권침해에 따른 불법행위책임이 성립한다.” 라고 실시하면서도 명의신탁자가 채권침해로 인해 구체적으로 어떤 손해를 입었는지 언급하지 않는데,⁹⁷⁾ 위 판결은 과실상계로 인해 명의신탁자가 매도인으로부터 얻을 수 있는 이익이 감소한 범위 내에서는 타당하다고 판단된다.

4. 매도인과 명의수탁자 간 법률관계

가. 부당이득반환청구권의 유형별 검토

매도인이 명의수탁자에 대해 부당이득반환청구권을 가지는지 여부는 명의신탁자의 경우와 마찬가지로 부당이득의 유형별로 판단되어야 한다. 우선 매도인과 명의수탁자 사이에는 명의신탁자와 명의수탁자 사이에서와 마찬가지로의 이유로 급부부당이득관계가 성립할 여지가 없다. 이에 반해 침해부당이득관계는 성립한다. 대상판결의 다수의견은 매도인이 명의신탁자로부터 수령한 매매대금을 계속해서 보유할 수 있으므로 부당이득반환청구권의 요건인 손해가 존재하지 않는다고 실시한다. 그러나 이는 침해부당이득 법리의 독자성을 고려하지 않은 해석이다. 침해부당이득의 반환을 주장하는 자는, ① 자신의 ‘배타적 이익’을 보장하는 권리가 있다는 사실과 ② 이러한 이익을 상대방이 침해함으로써 그가 이익을 보유하게 되었다거나 보유했었다는 상태를 주장·입증하는 것만으로도 부당이득반환청구권을 인정받을 수 있다.⁹⁸⁾ 즉, 개인에게

93) 송덕수(주 1), 32-33면.

94) 대법원 2022. 6. 9. 선고 2020다208997 판결 참조.

95) 강해아, “제3자에 의한 채권침해에 대한 연구”, 민사법학 제95호, 한국민사법학회(2021), 221면.

96) 양창수(주 6), 90면.

97) 대법원 2022. 6. 9. 선고 2020다208997 판결.

할당된 권리를 타인이 침해함으로써 이익을 보유하게 되었다면, 그 권리의 침해는 곧 민법 제 741조상 ‘손해’를 구성한다. 3자간 등기명의신탁에서 매도인이 보유하던 부동산 소유권이 매도인에게 사용·수익·처분권을 위시한 배타적 이익을 보장함은 분명하고, 명의수탁자는 매도인의 소유권을 침해함으로써 제3자로부터 매매대금을 지급받는다. 이때 채권과 달리 물권은 그 자체가 물권자에게 할당된 이익이라 할 것이므로, 매도인의 손해는 소유권이 침해된 상태 그 자체이고,⁹⁹⁾ 매도인이 명의신탁자로부터 지급받았던 매매대금을 계속해서 보유할 수 있는지 여부는 부당이득반환청구권의 성립에 아무런 영향을 미치지 않는다.¹⁰⁰⁾

나. 불법행위를 원인으로 한 손해배상청구권

명의수탁자의 부동산 처분은 매도인의 부동산 소유권을 침해하므로 위법행위를 구성한다. 명의수탁자의 소유권 침해로 인해 매도인은 부동산 소유권을 상실했을 뿐만 아니라 명의신탁자에 대해 채무불이행책임을 부담하게 되므로 손해 역시 쉬이 인정된다. 설사 매도인의 채무불이행책임을 성립하지 않아 매도인이 명의신탁자로부터 지급받은 매매대금을 계속해서 보유할 수 있더라도, 그 매매대금이 부동산 시가보다 적은 경우에는 양자 사이 차액만큼의 손해가 인정될 것이다.¹⁰¹⁾

5. 소결

명의수탁자가 등기명의를 기화로 제3자에게 부동산을 처분함으로써 매도인의 명의신탁자에 대한 소유권이전등기의무가 이행불능이 된 병리적 상황의 해결은 아래와 같이 이루어져야 한다. 먼저 매도인은 명의신탁자에 대해 매매계약상 채무불이행책임을 부담한다. 이행불능에 관해 매도인과 명의신탁자가 공동으로 원인을 제공했다는 사정은 과실상계 법리가 적용됨으로써 충분히 고려될 수 있다. 일부무효 법리가 적용되어 매매계약의 구속력이 인정되는 이상, 그 구속력은 채무이행이 가능했을 때뿐만 아니라 병리적 상황에서도 존중되어야만 한다. 계약구속력이 일관되게 인정되어야 한다는 추상적 법원칙이 이와 같은 해석을 ‘바람직한’ 해석으로 만든다면, 일부무효 법리가 적용된다는 사실은 이를 ‘타당한’ 해석으로 만든다.

한편, 명의신탁자는 명의수탁자에 대한 부당이득반환청구권을 갖지 않는다. 양자 간에는 애초에 급부관계가 성립하지 않아 급부부당이득이 인정될 수 없고, 명의수탁자의 부동산 처분으로 인해 명의신탁자가 매도인에 대해 가지는 채권의 귀속이 침해된다고 볼 수도 없기 때문이다. 이에 반해 매도인은 명의수탁자에 대해 부당이득반환을 구할 수 있다. 명의수탁자는 매도인의 부동산 소유권을 침해했고, 이로써 명의수탁자가 매매대금 상당의 이익을 얻은 이상 침해 부당이득관계가 성립하기 때문이다.

매도인은 명의수탁자에 대해 불법행위를 원인으로 한 손해배상청구권 역시 행사할 수 있다. 명의수탁자가 부동산을 처분함으로써 매도인은 부동산 소유권을 상실할 뿐만 아니라, 매도인에 대해 채무불이행책임을 부담하게 되므로 손해를 입기 때문이다. 한편, 매도인에 대해 소유권이

98) 민법주해(XVII)(주 85), 245-246면.

99) 이계정(주 12), 297-298면.

100) 물론 이 글에서 제시한 대안적 해석에 따르면 채무불이행책임을 부담하는 매도인은 명의신탁자에게 매매대금의 상당 부분을 반환해야 할 것이다.

101) 송덕수(주 1), 31면.

전등기청구권 대신 채무불이행책임에 따른 권리를 갖게 된 명의신탁자는 과실상계 법리가 적용되어 매도인에 대한 권리가 제한되는 범위에 한해 명의수탁자에게 불법행위를 원인으로 한 손해배상을 구할 수 있다.

IV. 병리적 상황의 해결(2): 명의수탁자가 부동산에 제3자를 위한 근저당권을 설정한 경우

1. 병리적 상황

명의수탁자가 제3자에게 명의신탁 대상인 부동산 소유권을 이전한 사안과 같은 이유로 명의수탁자가 제3자에게 그 부동산에 대한 근저당권을 설정해준 사안도 부동산실명법의 취지가 불가피하게 관철되지 못하는 병리적 상황에 해당한다. 명의수탁자가 제3자에게 근저당권을 설정해주면 제3자는 명의수탁자가 무권리자임에도 불구하고 부동산실명법 제4조 제3항에 따라 근저당권을 유효하게 취득하는데, 그 반사적 결과로 명의수탁자 명의의 소유권이전등기는 말소될 수 없게 되기 때문이다.

2. 매도인과 명의신탁자 간 법률관계

가. 매도인의 채무불이행책임

명의수탁자가 제3자에게 근저당권을 설정해준 경우에도 명의수탁자가 부동산 소유권을 이전한 경우와 같이 신의칙을 이유로 매도인의 채무불이행책임을 선불리 부정할 수는 없다. 일부 무효 법리가 적용되어 당사자 간 이익을 조정하기 위한 방법으로서 매매계약이 선택된 이상, 그 구속력은 계속해서 관철되어야 하기 때문이다. 이에 이하에서는 매도인의 명의신탁자에 대한 채무불이행책임의 성부를 검토한다.

명의수탁자가 제3자에게 근저당권을 설정해준 경우, 매도인의 명의신탁자에 대한 채무는 이행불능이 되지 않는다. 비록 근저당권의 부담을 안은 상태이기는 하지만, 부동산 소유권은 여전히 매도인에게 귀속하기에 매도인은 명의신탁자에게 소유권이전등기의무를 이행할 수 있기 때문이다. 한편, 매도인은 특별한 사정이 없는 한 제한이나 부담이 없는 부동산의 소유권이전등기의무를 부담하므로,¹⁰²⁾ 제3자의 근저당권설정등기를 말소한 후 명의신탁자 명의의 소유권이전등기를 마쳐야 한다. 3자간 등기명의신탁에서는 매도인이 근저당권설정등기를 말소할 수 없는 사정을 찾을 수 없으므로, 명의신탁자는 매도인에게 소유권이전등기의 완전한 이행을 청구할 권리를 가진다.

매도인이 제3자의 근저당권설정등기를 말소하지 않은 채 명의신탁자 명의의 소유권이전등기를 마친 경우에는 어떤 법률관계가 발생하는가? 이는 “채무자가 주된 급부(또는 주급부)를 행하였으나 그것이 ‘채무의 내용에 좇은 이행’이 되지 못하는 경우”,¹⁰³⁾ 즉 불완전급부에 해당하므로, 매도인의 채무불이행책임이 인정되어야 한다. 한편, 매도인의 채무불이행(불완전급부)은 매도인과 명의신탁자가 각자 채권자대위권과 직접 보유한 권리를 행사해 명의수탁자 명

102) 대법원 1965. 9. 7. 선고 65다1367 판결; 대법원 1979. 11. 13. 선고 79다1562 판결 등 참조.

103) 민법주해(IX)(주 30), 227면.

의의 소유권이전등기를 말소하지 않고 방치했다는 사실에 기인하고, 민법 제396조는 불완전급부가 이루어진 때에도 적용될 수 있으므로,¹⁰⁴⁾ 명의신탁자와 매도인 사이의 법률관계는 과실상계 법리에 따라 조정되어야 한다.

나. 기타 구제수단

대상청구권은 어디까지나 채무가 이행불능이 된 때에만 인정될 수 있다.¹⁰⁵⁾ 고로 채무불이행이 발생하지 않거나 불완전급부가 발생할 뿐인, 명의수탁자의 근저당권 설정 사안에서는 명의신탁자의 대상청구권이 발생하지 않는다.

3. 명의신탁자와 명의수탁자 간 법률관계

명의수탁자가 제3자에게 부동산 소유권을 이전한 경우와 마찬가지로 이유로 명의신탁자와 명의수탁자 사이에는 급부부당이득관계가 성립하지 않는다. 명의신탁자의 매도인에 대한 매매계약상 채권은 그대로 존재하거나(매도인이 아직 명의신탁자 명의의 소유권이전등기를 마치지 않은 경우), 다른 채권으로 전화했으므로(매도인이 근저당권설정등기를 말소하지 않은 채 소유권이전등기를 마쳐준 경우) 침해부당이득관계도 인정되지 않는다.

명의신탁자는 명의수탁자에 대해 불법행위책임을 원인으로 한 손해배상청구권을 제한적인 범위 내에서 행사할 수 있을 것이다. 매도인이 부동산에 관한 근저당권설정등기를 말소한 후 명의신탁자에게 완전한 부동산 소유권을 이전할 가능성은 존속하며, 설사 매도인이 근저당권설정등기를 말소하지 않은 채 명의신탁자에게 부동산 소유권을 이전하더라도 명의신탁자는 매도인에 대한 채무불이행을 원인으로 한 채권을 보유하므로 손해는 부정될 수 있다. 그러나 통상 과실상계 법리가 적용되어 매도인이 채무불이행을 원인으로 명의신탁자에게 지급할 손해배상금의 범위가 제한될 것이므로, 그 범위 내에서는 명의수탁자의 명의신탁자에 대한 불법행위책임을 성립한다.

4. 매도인과 명의수탁자 간 법률관계

명의수탁자가 제3자에게 근저당권을 설정해줌으로써 매도인의 부동산 소유권은 근저당권의 제한 내지 부담을 갖게 된다. 이는 부동산 소유권 침해에 해당하므로, 매도인은 명의수탁자에게 침해부당이득반환을 구할 수 있다. 아울러 명의수탁자의 근저당권 설정으로 매도인은 근저당권자에게 피담보채무액을 지급해 근저당권을 소멸시키거나 명의신탁자에 대해 채무불이행책임을 부담해야 하므로 불법행위책임에 따른 손해배상청구권을 행사할 수도 있다.

5. 소결

이상의 논의를 요약하면 다음과 같은 법률관계가 구성된다. 명의수탁자가 제3자에게 근저당권을 설정해준 경우, ① 명의신탁자는 매도인에게 근저당권설정등기를 말소한 후 소유권이전등

104) 위의 글, 607면.

105) 위의 글, 240면.

기를 마쳐줄 것을 청구할 수 있고, 매도인이 근저당권을 소멸시키지 않은 채 소유권을 이전한다면 채무불이행책임을 물을 수 있다. ② 명의신탁자는 명의수탁자에 대해 부당이득반환청구권을 갖지 못하나 불법행위책임에 따른 손해배상청구권은 제한된 범위 내에서 가질 수 있다. ③ 반면 매도인은 명의수탁자에게 부당이득반환 내지 불법행위책임에 따른 손해배상을 구할 수 있다.

V. 결론

대상판결의 다수의견과 반대의견은 물론, 3자간 등기명의신탁에 관한 기존 연구들에서 매도인과 명의신탁자 사이 체결된 매매계약에 관한 면밀한 검토를 찾아보기는 쉽지 않다. 그러나 본 평석에서 드러나듯 매매계약의 효력은 명의수탁자에 의해 부동산 소유권이 이전되거나 근저당권이 설정되기 전은 물론이고 근저당권이 설정된 병리적 상황에서도 명의신탁자, 명의수탁자, 매도인이 구성하는 법률관계에 적지 않은 영향을 미친다.

그 구체적 내용을 요약하자면 다음과 같다. 매도인과 명의신탁자가 체결한 매매계약은 일부 무효 법리에 따라 그 효력이 부분적으로 인정되므로, 매매계약에 따라 법률관계를 형성하고 해결하려는 이익조정의 결과는 특별한 사정이 없는 한 어느 상황에서도 관철되어야 한다. 그렇기에 매도인의 명의신탁자에 대한 소유권이전등기의무가 이행불능이 되거나(명의수탁자의 부동산 처분 시) 매도인이 불완전급부를 행했다면(명의수탁자의 근저당권 설정 시) 명의신탁자는 의당 매도인에게 채무불이행책임을 물을 수 있어야 하며 신의칙에 기대어 그 책임을 부정할 수는 없다. 매도인의 채무불이행책임을 인정되는 이상 명의신탁자는 명의수탁자에게 부당이득반환을 구할 수 없고, 불법행위를 이유로 한 손해배상청구권은 제한적인 범위 내에서 성립할 뿐이다.

명의신탁 법리는 비교법적으로 유사한 예를 찾기 어려운 까다로운 법리라 할 것이다. 이러한 법리 앞에서 우리는 주저할 것이 아니라, 보다 엄밀한 논증을 개진해야 한다. 기존 학설 및 판결에서 그리 주목받지 못한 일부무효 법리를 중심으로 3자간 등기명의신탁을 설명하고자 한 이 평석이, 명의신탁 법리를 설명하는 데 작게나마 도움이 되길 바라며 글을 마친다.

참고문헌

국내문헌

단행본

- 김중환·김학동, 물권법, 제9판, 박영사, 1997.
민의원 법제사법위원회 민법안 심의소위원회, 민법안심의록 상권, 1957.
양창수·권영준, 권리의 변동과 구제, 제3판, 박영사, 2017.
양창수·김재형, 계약법, 제3판, 박영사, 2020.
이은영, 민법 I, 제4판, 박영사, 2005.
재정경제부, 부동산실명법 해설, 1999.

논문

- 강혜아, “제3자에 의한 채권침해에 대한 연구”, 민사법학 제95호, 한국민사법학회(2021).
권오상, “부동산실명법을 위반한 등기명의신탁의 사법적 효력 - 명의신탁자에게 소유권귀속을 차단하는 방안을 중심으로”, 법학논고 제70집, 경북대학교 법학연구원(2020).
김종석, “3자간 등기명의신탁관계에서 부당이득반환관계”, 사법 제59호, 사법발전재단(2022).
김천수, “일부무효에 관한 민법 제137조의 해석 및 적용범위”, 비교사법 제7권 제1호, 한국비교사법학회(2000).
김현선, “제3자의 채권침해로 인한 구제수단”, 법률실무연구 제1권 제2호, 한국법이론실무학회(2013).
김형석, “대상청구권: 민법개정안을 계기로 한 해석론과 입법론”, 법학 제55권 제4호, 서울대학교 법학연구소(2014).
_____, “지급지시, 급부관계, 부당이득”, 법학 제47권 제3호, 서울대학교 법학연구소(2006).
박동진, “부동산실명법 제4조에 의한 부동산명의신탁의 효력”, 저스티스 제32권 제3호, 한국법학원(1999).
송덕수, “명의신탁된 부동산을 명의수탁자가 처분한 경우의 법률관계 - 명의신탁의 유형에 관한 논의를 포함하여”, 법학논집 제19권 제1호, 이화여자대학교 법학연구소(2014).
안병하, “일부무효와 무효행위의 전환 - 대법원 2016. 11. 18. 선고 2013다42236 전원합의체 판결”, 법조 제66권 제2호, 법조협회(2017).
양창수, “부동산실명법 제4조에 의한 명의신탁의 효력: 소위 등기명의신탁을 중심으로”, 법학 제38권 제1호, 서울대학교 법학연구소(1997).
이계정, “삼자간 등기명의신탁에서 명의수탁자의 처분으로 인한 부당이득의 법률관계”, 법조 제71권 제2호, 법조협회(2022).
이동진, “매도인 악의의 계약명의신탁과 명의수탁자의 부동산 처분에 대한 책임 -대법원 2013.9.12. 선고 2010다95185 판결-”, 재산법연구 제34권 제4호, 한국재산법학회(2018).
이호행, “명의신탁에 관한 판례의 고찰”, 법학논고 제69집, 경북대학교 법학연구원(2020).
제철웅, “등기청구권과 침해부당이득: 새로운 법리의 형성과정에 관한 고찰”, 민사법학 제93호, 한국민사법학회(2020).

주석서

민법주해(Ⅲ), 박영사, 2010.

민법주해(Ⅳ), 제2판, 박영사, 2022.

민법주해(Ⅸ), 박영사, 1995.

민법주해(X V II), 박영사, 2005.

주석 민법 채권각칙(5), 제5판, 한국사법행정학회, 2022.

국외문헌

단행본

독일

Bork, Reinhard, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl., Tübingen, 2016.

Neuner, Jörg, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl., München, 2020.

프랑스

Chabas, François, Mazeaud, Henri, Mazeaud, Léon, & Mazeaud, Jean, Leçons de Droit Civil, t. 2, v. 1, Obligations, Théorie générale, Montchrestien, 9e éd., Paris, 1998.

Malaurie, Philippe, Aynès, Laurent, & Stoffel-Munck, Philippe, Droit des Obligations, LGDJ, 8e éd., Issy-les-Moulineaux, 2016.

논문

독일

von Caemmerer, Ernst, “Bereicherung und Unerlaubte Handlung”, Festschrift für Ernst Rabel, Bd. I, Tübingen, 1954.