

대 법 원

판 결

사 건 2018다284233 소유권이전등기 등

원고, 피상고인 겸 상고인

원고

소송대리인 법무법인 위

담당변호사 위현석 외 3인

피고, 상고인 겸 피상고인

피고

소송대리인 법무법인(유한) 동인

담당변호사 김진권 외 1인

원 심 판 결 서울고등법원 2018. 10. 12. 선고 2017나2041062 판결

판 결 선 고 2021. 9. 9.

주 문

원심판결 중 부당이득반환청구에 대한 원고 패소 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 서울고등법원에 환송한다.

원고의 나머지 상고와 피고의 상고를 각 기각한다.

이 유

상고이유(상고이유서 제출기간이 지난 후에 제출된 각 상고이유보충서의 기재는 상고이유를 보충하는 범위 내에서)를 판단한다.

## 1. 사안의 개요

원심판결 이유와 기록에 따르면 다음과 같은 사실을 알 수 있다.

가. 원고는 2010. 3. 31. 이 사건 부동산에 관하여 소유자인 소외인과 매매계약을 체결하고, 2010. 5. 13.까지 소외인에게 매매대금 10억 원을 모두 지급하였다. 소외인은 원고와 피고의 명의신탁약정에 따라 2010. 5. 17. 이 사건 부동산에 관하여 피고 명의로 소유권이전등기를 마쳐주었다.

나. 피고는 2014. 12. 11. 주식회사 한국스탠다드차타드은행(이하 'SC은행'이라 한다)으로부터 5억 원을 대출받으면서 이 사건 부동산에 채권최고액 6억 원인 이 사건 근저당권을 설정하였다.

다. 이 사건 근저당권설정등기는 원심 변론종결시까지 말소되지 않았다.

## 2. 원심의 판단과 쟁점

가. 원고는, 명의수탁자인 피고가 이 사건 근저당권을 설정하고 대출을 받음으로써 피담보채무액 상당의 이익을 얻었고 그로 인하여 원고에게 같은 금액의 손해를 가하였다고 주장하면서, 피고를 상대로 부당이득반환을 구하였다.

원심은, 3자간 등기명의신탁의 경우 명의신탁약정과 그에 따른 소유권이전등기가 모두 무효로 되고 부동산의 소유권은 매도인에게 남아 있으므로 이 사건 근저당권설정으로 손해를 입은 자는 매도인이자 소유자인 소외인이지만 원고가 아니라는 이유로 원고의 부당이득반환청구를 받아들이지 않았다.

나. 이 사건 쟁점은, 3자간 등기명의신탁에서 명의수탁자가 제3자에게 부동산을 매도

하거나 부동산에 관하여 근저당권을 설정하는 등으로 처분행위를 하고 제3자가 「부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률」(이하 '부동산실명법'이라 한다) 제4조 제3항에 따라 부동산에 관한 권리를 취득하게 되는 경우, 그 과정에서 명의수탁자가 얻은 이익에 관하여 명의신탁자가 명의수탁자를 상대로 직접 부당이득반환을 청구할 수 있는지 여부이다.

### 3. 대법원의 판단

가. 3자간 등기명의신탁에서 명의수탁자가 제3자에게 부동산에 관한 소유명의를 이전하였을 때 명의신탁자가 명의수탁자에게 직접 부당이득반환청구를 할 수 있는지 여부

3자간 등기명의신탁에서 명의수탁자의 임의처분 또는 강제수용이나 공공용지 협의취득 등을 원인으로 제3자 명의로 소유권이전등기가 마쳐진 경우, 특별한 사정이 없는 한 제3자는 유효하게 소유권을 취득한다(부동산실명법 제4조 제3항). 그 결과 매도인의 명의신탁자에 대한 소유권이전등기의무는 이행불능이 되어 명의신탁자로서는 부동산의 소유권을 이전받을 수 없게 되는 한편, 명의수탁자는 부동산의 처분대금이나 보상금 등을 취득하게 된다. 판례는, 명의수탁자가 그러한 처분대금이나 보상금 등의 이익을 명의신탁자에게 부당이득으로 반환할 의무를 부담한다고 보고 있다(대법원 2011. 9. 8. 선고 2009다49193, 49209 판결, 대법원 2015. 9. 10. 선고 2015다207235 판결, 대법원 2019. 7. 25. 선고 2019다203811, 203828 판결 등 참조). 이러한 판례는 타당하므로 그 대로 유지되어야 한다. 그 이유는 다음과 같다.

1) 3자간 등기명의신탁은, 명의신탁자가 소유자로부터 부동산을 양수하면서 명의수탁자와 명의신탁약정을 하여 소유자로부터 바로 명의수탁자 명의로 해당 부동산의 소

유권이전등기를 하는 것이다.

이러한 경우 명의신탁약정은 부동산실명법 제4조 제1항에 따라 무효이므로 명의신탁자와 명의수탁자 사이에 부동산에 관하여 직접적인 법률관계는 존재하지 않는다. 그러나 명의신탁자는 여전히 매도인에 대하여 매매계약을 원인으로 하는 소유권이전등기청구권을 가지고 있고, 매도인은 명의신탁자에게 매매계약에 따른 소유권이전등기의무를 부담함과 동시에 명의수탁자에게 소유권에 기한 방해배제청구권으로서 소유권이전등기의 말소 또는 진정등기명의 회복을 원인으로 소유권이전등기의 이행을 구할 수 있으며, 명의수탁자는 매도인에 대하여 소유권이전등기의 말소의무 또는 진정등기명의 회복을 원인으로 소유권이전등기의무를 부담하는 지위에 있다. 이와 같이 3자간 등기명의신탁관계에 있는 명의신탁자, 명의수탁자 및 매도인은 부동산에 관하여 계약상 또는 법률상의 권리를 가지면서 그에 대응하는 의무를 부담하게 된다. 이는 부동산에 관한 소유권과 그 밖의 물권을 실체적 권리관계에 일치하도록 실권리자 명의로 등기하게 한다는 부동산실명법의 목적과 취지에 부합한다.

그런데 명의수탁자의 임의처분, 강제수용이나 공공용지 협의취득 등을 원인(이러한 소유명의 이전의 원인관계를 통틀어 이하에서는 '명의수탁자의 처분행위 등'이라 한다)으로 부동산에 관하여 제3자 명의로 소유권이전등기가 마쳐진 경우에는, 부동산실명법 제4조 제3항에 따라 제3자가 유효하게 소유권을 취득함으로써 명의신탁자, 명의수탁자 및 매도인이 앞에서 본 바와 같이 가지는 권리·의무에 변동이 발생하게 된다. 이러한 상황에서는 실체적 권리관계에 부합하도록 부동산 실권리자 명의로 등기하게 한다는 부동산실명법의 목적은 더 이상 달성할 수 없게 된다.

이와 같이 제3자 보호규정의 적용으로 인하여 명의신탁자, 명의수탁자 및 매도인이

부동산에 관하여 가지는 계약상 또는 법률상 권리와 그에 대응하는 의무에 변동이 발생하는 경우, 그로 인한 이해관계를 부당이득반환을 통하여 조정함에 있어서는, 부동산 실권리자 명의등기의 실현이라는 부동산실명법의 목적 및 취지와 더불어 공평·정의의 이념에 근거하여 법률상 원인 없이 재산상 이익을 얻은 자에게 그 이익으로 인하여 손해를 입은 자에 대하여 반환의무를 부담시킨다는 부당이득반환 제도의 취지를 함께 고려할 필요가 있다.

2) 명의수탁자는 부동산 매매계약의 당사자도 아니고 부동산의 소유권을 유효하게 취득한 자도 아니어서 부동산에 관하여 아무런 권리를 가지지 않는다. 그런데 명의수탁자의 처분행위 등과 부동산실명법 제4조 제3항에 따라 부동산 소유권이 제3자에게 유효하게 이전되는 경우, 명의수탁자는 부동산의 소유자가 아님에도 소유명의를 가지고 있었음을 이유로 제3자와의 관계에서 처분대금이나 보상금 등을 취득하게 된다. 그러나 그 이익은 명의수탁자가 부동산의 소유자가 아님에도 그 부동산의 교환가치로 취득한 것이므로 법률상 원인 없는 이익으로서 정당한 권리자에게 반환하여야 한다.

3) 명의신탁자는 매매대금 지급이라는 매매계약상 의무를 이행하였면서도 소유권을 취득하지 못한 상태였으므로, 매도인에 대한 소유권이전등기청구권을 피보전권리로 삼아 매도인의 명의수탁자에 대한 소유권이전등기의 말소등기청구권 또는 진정등기명의 회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구권을 대위행사하여 매도인 앞으로 소유명의를 회복시킨 후 매도인을 상대로 자기에게 소유권이전등기를 이행할 것을 청구할 수 있는 지위에 있다. 그런데 부동산의 소유권이 명의수탁자의 처분행위 등과 부동산실명법 제4조 제3항에 따라 제3자에게 유효하게 이전되면 매도인의 명의신탁자에 대한 소유권이전등기의무는 이행불능이 되므로, 명의신탁자는 매도인에게 매매대금을 지급하

였으면서도 그에 대한 반대급부인 부동산의 소유권을 이전받을 권리를 상실하는 손해를 입게 된다.

4) 매도인은 명의신탁자의 요구에 따라 명의수탁자 명의로 소유권이전등기를 하여 주었음에도 명의신탁약정과 명의수탁자 명의의 소유권이전등기가 무효로 됨으로써 명의수탁자로부터 부동산 소유명의를 되찾아 명의신탁자에게 매매계약을 원인으로 한 소유권이전등기를 마쳐 주어야 하는 지위에 있다. 그런데 명의수탁자의 처분행위 등이 있으면 앞서 본 바와 같이 매도인의 명의신탁자에 대한 소유권이전등기의무는 이행불능이 된다. 대법원은 부동산실명법이 시행되기 이전에 매도인이 명의신탁자의 부탁에 따라 명의수탁자에게 등기명의를 이전하여 준 사안에서 명의수탁자의 처분행위 등이 있는 경우 매도인에게 매매계약의 체결이나 그 이행에 관하여 귀책사유가 있다고 보기 어려우므로 명의신탁자가 실명등기를 하지 아니한 사정에 기인하여 매도인에게 매매대금의 반환을 구하거나 명의신탁자 앞으로 재차 소유권이전등기를 마칠 것을 요구하는 것은 신의칙상 허용되지 않는다고 하였다(대법원 2002. 3. 15. 선고 2001다61654 판결 참조). 부동산실명법이 시행된 이후에 3자간 등기명의신탁이 이루어진 경우에도 마찬가지로, 매도인에게 매매계약의 체결이나 그 이행에 관하여 귀책사유가 있다고 보기 어렵고, 설령 귀책사유가 있다고 하더라도 부동산실명법 위반상태를 야기한 명의신탁자가 매도인에 대하여 매매대금의 반환을 구하거나 소유권이전등기의무의 이행불능에 따른 손해배상청구를 하는 것은 여전히 신의칙상 허용되지 않는다. 매도인은 명의수탁자의 처분행위 등으로 인하여 부동산실명법 제4조 제3항에 따라 부동산의 소유권을 상실하고 명의신탁자에 대하여 소유권이전등기의무와 그 이행불능으로 인한 손해배상책임도 부담하지 않게 되는 한편 명의신탁자로부터 받은 매매대금은 그대로 보유하게 되

므로, 명의수탁자의 처분행위 등으로 인하여 매도인에게 경제적 손실이 발생한다고 할 수 없다.

5) 명의수탁자가 부동산의 처분행위 등에 대한 대가로 받은 이익은 명의수탁자의 처분행위 등과 부동산실명법 제4조 제3항에 따라 제3자가 유효하게 소유권을 취득함에 따라 얻게 된 이익이고, 명의신탁자는 당초 매도인을 통하여 부동산 소유권을 취득할 수 있는 권리를 가지고 있다가 위와 같은 제3자의 유효한 소유권 취득으로 인하여 매도인을 매개로 하더라도 부동산 소유권을 취득할 수 없는 손해를 입은 한편, 매도인은 위와 같이 제3자의 유효한 소유권 취득에도 불구하고 그의 재산에 경제적 손실을 입었다고 할 수 없다. 이러한 사정을 고려하면, 명의수탁자가 부동산의 처분행위 등으로 법률상 원인 없이 얻은 이익은 사회통념상 명의신탁자가 입은 손해로 인한 것으로서 명의신탁자에게 반환되어야 한다.

6) 이와 같이 3자간 등기명의신탁에서 명의수탁자의 처분행위 등으로 제3자가 부동산의 소유권을 취득할 경우, 그로 인하여 법률상 원인 없이 이익을 얻은 명의수탁자가 명의신탁자에 대하여 직접 부당이득반환의무를 부담한다고 보더라도, 3자간 등기명의신탁관계의 한 당사자인 매도인으로부터 권리를 박탈하거나 의무를 추가적으로 부담하게 하는 것이 아니고, 명의수탁자도 원래 명의신탁자나 매도인에 대하여 독자적인 항변권 등을 가지지 않았기 때문에 명의수탁자로부터 권리를 박탈하거나 추가적인 의무를 부담하게 하는 것이 아니며, 명의신탁자에게 부당한 이익이나 권리를 부여하는 것도 아니다.

오히려 3자간 등기명의신탁에서 명의신탁자와 매도인 사이의 매매계약에 기한 소유권이전등기의무가 이행불능이 됨으로써 발생하는 계약해제나 손해배상의 법률관계, 매

도인과 명의수탁자 사이에서 명의수탁자가 매도인의 소유권을 침해함으로써 발생하는 부당이득반환 또는 불법행위로 인한 손해배상의 법률관계를 각각 구분하여 개별적으로 이해관계를 조정하게 될 경우, 구체적 사정에 따라서는 부당이득반환청구권이나 손해배상청구권 등이 인정되지 않는 경우도 있고 과실상계 등의 사유로 인하여 제한적으로 인정되는 경우도 있을 수 있어서, 손해의 보전이 충분하지 못함과 동시에 예상치 못한 이익을 얻게 되는 결과가 발생하게 된다. 이러한 결과를 용인하는 것은 공평의 이념에 기초한 부당이득반환 제도의 취지에 배치된다.

7) 3자간 등기명의신탁에서 명의신탁자, 명의수탁자 및 매도인은 3자간 합의, 즉 명의신탁자와 명의수탁자 사이의 명의신탁약정과 매도인이 명의신탁자의 요청으로 명의수탁자에게 등기명의를 이전하기로 하는 합의에 따라 매도인이 명의신탁자로부터 매매대금을 지급받고 명의수탁자에게 부동산의 등기명의를 이전함으로써 매매계약이 모두 이행되고 법률관계가 종료되었다고 인식한다. 이후 명의수탁자의 처분행위 등으로 명의신탁자가 부동산의 소유권을 취득하지 못하게 되더라도 이에 대해 매도인에게 귀책사유가 없다고 보는 이상 매도인은 명의신탁자로부터 받은 매매대금을 그대로 보유하게 되고 경제적 손실도 입지 않는다. 비록 명의수탁자의 처분행위 등으로 명의신탁자, 명의수탁자 및 매도인 3자 사이에 이해관계를 조정해야 하는 법률관계가 형성되더라도 위와 같은 지위에 있는 매도인을 명의수탁자의 처분행위 등으로 인한 이해관계 조정에 끌어들이는 필요가 없다. 명의수탁자의 처분행위 등으로 인한 명의신탁자, 명의수탁자 및 매도인 사이의 권리·의무의 변동은 명의신탁자와 명의수탁자 사이에서 이루어진 명의신탁약정이 무효인 데서 비롯된 것이므로 이에 따른 이해관계 조정의 문제도 명의신탁약정의 당사자인 명의신탁자와 명의수탁자 사이에서 해결하는 것이 타당하고 이 과정

에서 매도인이 반드시 개입해야 할 논리 필연적 이유도 없기 때문이다. 설령 매도인을 이해관계 조정에 참여시키더라도 명의수탁자가 처분행위 등으로 얻은 처분대금이나 보상금 등의 이익은 실제 매도인을 거쳐 명의신탁자에게 귀속되는 것과 같다. 그러므로 굳이 매도인을 끌어들이는 것보다는 명의신탁자가 명의수탁자에게 직접 부당이득반환 청구권을 행사하도록 하는 것이 법률관계를 간명하게 해결하는 것으로서 합리적이다.

나. 3자간 등기명의신탁에서 명의수탁자가 부동산에 관하여 근저당권을 설정하였을 때 명의신탁자가 명의수탁자에 대하여 직접 부당이득반환청구를 할 수 있는지 여부

명의수탁자가 부동산에 관하여 제3자에게 근저당권을 설정하여 준 경우에도 부동산의 소유권이 제3자에게 이전된 경우와 마찬가지로 보아야 한다.

명의수탁자가 제3자에게 부동산에 관하여 근저당권을 설정하여 준 경우에 제3자는 부동산실명법 제4조 제3항에 따라 유효하게 근저당권을 취득한다. 이 경우 매도인의 부동산에 관한 소유권이전등기의무가 이행불능된 것은 아니므로, 명의신탁자는 여전히 매도인을 대위하여 명의수탁자의 부동산에 관한 진정한회복을 원인으로 한 소유권이전등기 등을 통하여 매도인으로부터 소유권을 이전받을 수 있지만, 그 소유권은 명의수탁자가 설정한 근저당권이 유효하게 남아 있는 상태의 것이다. 명의수탁자는 제3자에게 근저당권을 설정하여 줌으로써 피담보채무액 상당의 이익을 얻었고, 명의신탁자는 매도인을 매개로 하더라도 피담보채무액 만큼의 교환가치가 제한된 소유권만을 취득할 수밖에 없는 손해를 입은 한편, 매도인은 명의신탁자로부터 매매대금을 수령하여 매매계약의 목적을 달성하였으면서도 근저당권이 설정된 상태의 소유권을 이전하는 것에 대하여 손해배상책임을 부담하지 않으므로 실질적인 손실을 입지 않는다.

따라서 3자간 등기명의신탁에서 명의수탁자가 부동산에 관하여 제3자에게 근저당권

을 설정한 경우 명의수탁자는 근저당권의 피담보채무액 상당의 이익을 얻었고 그로 인하여 명의신탁자에게 그에 상응하는 손해를 입혔으므로, 명의수탁자는 명의신탁자에게 이를 부당이득으로 반환할 의무를 부담한다.

다. 이 사건에 관한 판단

1) 원고의 상고이유 중 부당이득반환청구 부분(상고이유 제4, 5점)에 관하여

위 1.항의 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 명의수탁자인 피고가 SC은행에 이 사건 근저당권설정등기를 마쳐줌으로써 SC은행은 유효한 근저당권을 취득하였고, 명의수탁자인 피고는 자기 소유가 아닌 이 사건 부동산으로 근저당권의 피담보채무액 상당의 이익을 얻었으며, 명의신탁자인 원고는 피담보채무액 만큼의 교환가치가 제한된 소유권을 취득할 수밖에 없는 손해를 입었으므로, 피고는 원고에게 그 이익을 부당이득으로 반환하여야 한다.

이와 달리 원고의 부당이득반환청구를 받아들이지 않은 원심의 판단에는 3자간 등기 명의신탁에서 부당이득반환의 법률관계에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이를 지적하는 원고의 이 부분 상고이유 주장은 이유 있다.

2) 원고의 상고이유 중 주식인도청구 부분(상고이유 제1, 2, 3점)에 관하여

원심은 원고와 피고 사이에 원심판결 별지2 목록 기재 주식(이하 '이 사건 주식'이라 한다)에 관한 명의신탁의 증거가 없고, 피고가 주식회사 영천셀테크의 주주로서 활동하기도 하였다는 사정 등을 근거로 원고가 피고에게 이 사건 주식을 명의신탁하여 피고는 형식상의 주주에 불과하다고 인정하기에 부족하다는 제1심판결을 인용하면서 원고의 이 부분 항소를 기각하였다.

원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면, 이러한 원심의 판단에 상고이유 주장과

같이 필요한 심리를 다하지 아니한 채 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 증명책임 분배에 관한 법리오해, 변론주의 위반, 이유모순 등으로 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

### 3) 피고의 상고이유에 관하여

원심은 원고, 피고와 소외인 사이의 이 사건 부동산에 관한 3자간 등기명의신탁을 인정한 다음, 명의신탁자인 원고가 매도인인 소외인을 대위하여 명의수탁자인 피고에 대하여 소외인에게 진정한 등기명의 회복을 위한 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 원고의 청구를 인용하였다.

원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면, 이러한 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 필요한 심리를 다하지 아니한 채 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 이유가 모순되는 등으로 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

### 4. 결론

그러므로 원심판결 중 부당이득반환청구에 관한 원고 패소 부분을 파기하고 이 부분 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하며, 원고의 나머지 상고와 피고의 상고를 각 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다. 이 판결에는 원고가 피고에게 직접 부당이득반환청구를 할 수 있는지에 관하여 대법관 김재형, 대법관 박정화, 대법관 김선수, 대법관 노태약, 대법관 이흥구의 반대의견이 있다. 그 외에는 관여 법관의 의견이 일치하였고, 다수의견에 대한 대법관 조재연의 보충의견, 반대의견에 대한 대법관 박정화, 대법관 노태약의 보충의견이 있다.

5. 쟁점에 관한 대법관 김재형, 대법관 박정화, 대법관 김선수, 대법관 노태약, 대법관 이흥구의 반대의견

다수의견은 3자간 등기명의신탁에서 부동산의 소유명의가 명의수탁자에서 제3자에게 이전되거나 제3자에게 근저당권이 설정됨으로써 명의수탁자가 이익을 얻었다면, 명의신탁자는 명의수탁자를 상대로 직접 부당이득반환을 청구할 수 있다고 한다.

그러나 3자간 등기명의신탁에서 명의수탁자의 처분행위 등으로 제3자에게 소유권이 이전되고 명의수탁자가 부동산의 처분대금이나 보상금 등을 취득하는 이익을 얻게 되더라도, 명의신탁자는 명의수탁자를 상대로 직접 부당이득반환을 청구할 수 없다. 이와 달리 다수의견이 명의신탁자의 명의수탁자에 대한 직접적인 부당이득반환청구권을 인정하는 판례로 들고 있는 대법원 2011. 9. 8. 선고 2009다49193, 49209 판결 등은 부동산실명법 시행 이후에는 더 이상 유지될 수 없으므로 변경되어야 한다. 그 이유는 다음과 같다.

가. 명의수탁자의 처분행위 등으로 부동산의 소유권이 제3자에게 이전된 경우에 관하여 본다.

1) 부동산실명법 시행 후에는 명의신탁자와 명의수탁자 사이에 직접적인 법률관계가 없다.

가) 부동산실명법 제4조 제1항, 제2항에 따르면 3자간 등기명의신탁에서 명의신탁약정은 무효이고 이에 의해 마쳐진 명의수탁자 명의의 소유권이전등기도 무효이다. 다만 명의신탁자와 매도인 사이의 매매계약은 유효하므로 명의신탁자는 매도인에 대하여 매매계약에 따른 소유권이전등기청구권을 취득할 뿐, 명의수탁자와 어떠한 법률관계도 맺지 못한다. 따라서 명의신탁자가 명의수탁자에 대한 권리를 행사하기 위해서는 매도인을 대위하여야 한다. 즉 자신의 매도인에 대한 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 매도인을 대위하여 명의수탁자 앞으로 마쳐진 무효인 소유권이전등기의 말소등기

를 하거나 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기를 매도인 앞으로 할 것을 청구할 수 있을 뿐이다. 이와 같은 법리는 명의수탁자의 처분행위 등이 있다고 하여 달라지지 않는다. 명의신탁자가 매도인을 대위하여 명의수탁자를 상대로 소송을 하는 중에 명의수탁자의 처분행위 등이 있다고 하여 그때부터 명의신탁자가 매도인을 대위하지 않고 명의수탁자를 상대로 직접 권리를 행사할 수 있다고 볼 수 없다.

나) 다수의견에 따르면 명의신탁자는 명의수탁자가 처분행위 등을 하기 전까지는 매도인에 대한 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 매도인을 대위해서만 명의수탁자에 대한 권리행사가 가능하였는데, 명의수탁자의 처분행위 등이 있다는 우연한 사정에 의하여 종전까지 존재하지 않았던 명의수탁자에 대한 청구권이 발생하여 직접 권리행사가 가능하게 된다. 이는 신탁부동산이 처분대금이나 보상금 등의 대상으로 변할 경우 명의신탁자와 명의수탁자의 직접적인 법률관계를 긍정하는 결과가 되어 명의신탁을 유효하게 보는 것과 같은 효과를 낳게 한다.

2) 명의수탁자의 처분행위 등과 직접적인 원인관계가 있는 손해를 입은 사람은 소유자인 매도인이지만 명의신탁자가 아니다. 따라서 명의수탁자가 처분행위 등으로 얻은 이익에 대한 부당이득반환청구권은 매도인에게 귀속된다.

가) 부동산실명법이 시행되기 전에는 명의신탁약정이 유효하였고, 그에 따라 마쳐진 명의수탁자 명의의 등기에 대외적인 소유권이 인정되었으므로, 매도인이 명의신탁자의 요구에 응하여 명의수탁자에게 소유권을 이전하면 매도인은 그 소유권을 상실하여 매도인으로서의 의무가 종료되고, 명의신탁자는 명의수탁자와의 명의신탁약정에 따른 법률관계만을 갖게 되었다.

그러나 부동산실명법이 시행된 후에는 앞서 본 바와 같이 3자간 등기명의신탁에서

명의신탁약정 및 그에 따른 명의수탁자 명의의 소유권이전등기가 모두 무효이므로 부동산의 소유권은 여전히 매도인에게 있고, 명의신탁자는 매도인에 대하여 소유권이전등기청구권을 보유하는 지위에 있다. 따라서 명의수탁자의 처분행위 등으로 제3자가 유효하게 소유권을 취득하게 되면 매도인은 그 부동산의 소유권을 잃는다. 이때 명의수탁자가 부동산의 소유명의를 가지고 있었다는 이유로 그에 따른 처분대금이나 보상금 등의 이익을 취득하는 것은 타인의 권리를 위법하게 침해함으로써 그 권리를 상실시키고 그 침해로 이익을 얻게 되는 것이므로, 이른바 침해부당이득에 해당한다. 따라서 명의수탁자는 처분행위 등으로 얻은 이익을 그 정당한 소유자인 매도인에게 반환하여야 한다.

나) 관례도 무권리자가 타인의 권리를 제3자에게 처분하였으나 선의의 제3자 보호규정에 의하여 원래의 권리자가 권리를 상실한 사안에서, 그 권리자는 무권리자를 상대로 무권리자가 제3자로부터 그 처분의 대가로 수령한 것을 이른바 침해부당이득으로 보아 반환을 청구할 수 있음을 명백히 하였다(대법원 2011. 6. 10. 선고 2010다40239 판결, 대법원 2020. 5. 21. 선고 2017다220744 전원합의체 판결 등 참조). 이러한 법리는 명의수탁자가 제3자에게 신탁부동산을 처분한 경우에도 마찬가지로 적용되어야 한다.

3) 명의신탁자와 명의수탁자 사이에는 부당이득반환관계를 직접적으로 인정할 만한 법률상 원인 없는 급부나 비용지출, 배타적인 권리침해 등의 법률관계가 존재하지 않는다.

가) 명의신탁자는 명의신탁약정에 따라 명의수탁자에게 등기명의만을 신탁한 것일 뿐, 명의수탁자에게 직접적인 급부나 비용을 지출한 바 없고, 이러한 급부의 제공은 명

의신탁약정의 내용을 구성하지도 않는다. 명의신탁자는 매도인으로부터 부동산을 매수하고 매도인에게 매매대금을 지급하여 매도인에 대하여 부동산에 관한 소유권이전등기청구권을 가지는 매도인의 채권자에 불과하고, 위와 같은 채권은 매도인 아닌 제3자에게 대항할 수 있는 권리가 아니다. 따라서 계약당사자가 아닌 제3자인 명의수탁자가 처분행위 등을 하였다고 하더라도 매도인의 소유권을 침해하였을 뿐, 이를 두고 명의신탁자에게 속하는 배타적인 권리를 침해하였다고 볼 수 없다.

또한 명의수탁자의 처분행위 등으로 명의신탁자가 매도인에게 갖고 있는 소유권이전등기청구권이 이행불능에 이르게 되었다고 하더라도, 이로써 명의신탁자가 매도인에 대하여 갖고 있는 채권이 소멸하였다고 볼 수 없고, 명의신탁자는 매도인에 대하여 여전히 손해배상청구권이나 계약해제 등의 권리를 보유한다.

이와 같이 신탁부동산의 소유권이 제3자에게 이전되더라도 이를 원인으로 하여 명의신탁자와 명의수탁자 사이에 직접적인 급부의 청산관계나 권리침해에 따른 보상관계가 발생하지는 않는다. 따라서 명의수탁자의 처분행위 등으로 매도인이 그 소유권을 상실하여 결과적으로 명의신탁자의 소유권이전등기청구권이 이행불능에 이르게 되었다고 하더라도, 매도인을 제외한 채 명의신탁자와 명의수탁자 사이에 부당이득반환관계가 직접 성립한다고 볼 수 없다.

나) 판례는 부동산실명법 시행 전 3자간 등기명의신탁이 이루어진 경우에 부동산실명법에서 정한 유예기간이 경과하여 명의신탁약정과 그에 따른 등기가 무효로 되더라도 부동산의 소유권이 매도인에게 복귀된 마당에 명의신탁자가 무효의 등기명의인인 명의수탁자를 상대로 그 이전등기를 청구할 수 없다고 판단하였고(대법원 2008. 11. 27. 선고 2008다55290, 55306 판결 등 참조), 3자간 등기명의신탁에서 명의신탁자가

부동산의 소유자도 아니고 명의신탁자와 명의수탁자 사이에 위탁신임관계도 없어서 명의수탁자가 명의신탁자의 재물을 보관하는 자라고 할 수 없으므로 명의수탁자가 부동산을 임의로 처분하여도 명의신탁자에 대한 관계에서 횡령죄가 성립하지 않는다고 판단하였다(대법원 2016. 5. 19. 선고 2014도6992 전원합의체 판결 등 참조). 이와 같은 판례의 입장은 3자간 등기명의신탁에서 명의신탁자와 명의수탁자 사이에는 직접적인 법률관계가 존재하지 않음을 주된 근거로 삼은 것으로 해석할 수 있다.

4) 명의수탁자의 처분행위 등으로 매도인이 명의신탁자로부터 받은 매매대금을 확정적으로 보유할 수 있게 되었다거나 매도인에게 손실이 발생하지 않는다고 단정할 수 없다.

가) 다수의견은 명의신탁자가 매도인에게 부탁하여 명의수탁자에게 부동산 소유명의를 이전하였다면 명의신탁자로 실명등기를 하지 않았다는 사정에 기인하여 매도인에게 매매대금의 반환을 구하거나 명의신탁자 앞으로 소유권이전등기를 마칠 것을 요구하는 것은 신의칙상 허용되지 않는다는 대법원 2002. 3. 15. 선고 2001다61654 판결을 인용하면서, 부동산실명법이 시행된 후에도 명의신탁자가 매도인에게 매매대금의 반환을 구하거나 소유권이전등기의무의 이행불능에 따른 손해배상을 청구하는 것은 여전히 신의칙상 허용되지 않는다고 한다. 그러나 이는 타당하지 않다. 대법원 2001다61654 판결은 부동산실명법이 시행되기 전 명의신탁이 유효하였던 시기에 명의신탁자의 요구에 응한 매도인에게 잘못을 인정할 수 없다는 전제에서 명의신탁자가 매도인에게 매매대금의 반환이나 소유권이전등기를 구하는 것은 신의칙상 허용되지 않는다고 판단한 것이다. 그러나 부동산실명법의 시행으로 명의신탁약정이나 그에 따른 물권변동이 무효라는 점이 명백해진 상황에서 3자간 등기명의신탁이 이루어진 경우 대법원 2001다

61654 판결의 법리를 그대로 적용하기는 어렵다. 다수의견은 부동산실명법 위반상태를 야기한 것은 명의신탁자이기 때문에 부동산실명법이 시행된 후에도 명의신탁자는 매도인에게 매매대금 반환이나 손해배상청구를 할 수 없다고 하나 옳지 않다. 부동산실명법을 위반한 3자간 등기명의신탁관계는 매도인이 이를 승낙하였기 때문에 성립하는 것이지 명의신탁자 단독으로 발생시킬 수 없다. 이는 부동산실명법 제4조 제2항 후문에서 명의수탁자가 어느 한쪽 당사자가 되고 상대방 당사자는 명의신탁약정이 있다는 사실을 알지 못하여 명의신탁약정과 물권변동을 무효로 보지 않는 경우와 명백히 다르다. 또한 명의신탁자는 부동산실명법 시행 전과 달리 매도인에게 어떠한 신뢰를 형성한 바도 없다. 부동산실명법 시행 전에는 명의신탁약정이 유효하였으므로 매매계약의 유효한 종결을 믿은 매도인을 보호할 필요성이 있었다. 그러나 부동산실명법 시행 후에는 명의신탁약정이 무효라는 점이 명백하므로 매도인에게 매매계약이 유효하게 종결될 것이라는 신뢰가 형성될 여지가 없고 이러한 신뢰를 보호할 필요도 없다. 명의신탁자와 매도인 사이의 문제는 민법 제390조 등 계약에 관한 일반법리가 적용되어야 하고, 여기에 신의칙을 적용할 여지가 없다.

나) 또한 다수의견이 매도인은 명의수탁자로부터 소유명의를 회복할 때까지 명의신탁자에 대하여 매매대금을 반환하거나 소유권을 이전하지 않아도 되기 때문에 매도인에게 손해가 없다고 보는 것은 옳지 않다. 침해부당이득에서 권리자에게 발생한 손해는 권리자에게 배타적으로 할당된 이익을 누릴 가능성이 침해행위로 인하여 원천적으로 봉쇄되었다는 것 자체를 의미하는 것이지 권리자가 구체적, 실질적으로 손해를 입었을 것까지 요구하지는 않는다. 나아가 소유권을 상실한 매도인에게 손해가 없다고 볼 수도 없다. 매도인의 명의수탁자에 대한 부당이득반환청구권은 명의수탁자가 매도

인의 신탁부동산에 대한 소유권을 침해함으로써 발생한 법정채권이기 때문이다.

다) 매도인과 명의수탁자 사이의 부당이득반환관계와 명의신탁자와 매도인 사이의 매매계약관계는 별개의 법률관계이다. 매도인과 명의수탁자 사이의 부당이득반환관계에서 매도인과 명의신탁자 사이의 매매대금 보유 여부나 손실 여부 등을 고려하여야 한다고 보는 것은 명의신탁자와 명의수탁자 사이에 명의신탁약정이 유효하게 존재하였다는 사정을 전제로 하는 것이므로, 명의신탁약정을 무효로 보는 부동산실명법의 취지에 부합하지 않는다.

5) 명의신탁자는 매도인을 상대로 매매계약상 권리를 행사할 수 있다.

명의수탁자의 처분행위 등으로 명의신탁자가 부동산을 취득할 수 없게 되었을 때, 명의신탁자는 매도인을 상대로 계약해제권을 행사하여 원상회복을 청구하는 방법으로 매매대금을 반환받거나 채무불이행에 따른 손해배상을 청구하는 방법으로 권리구제를 받을 수 있다. 매도인이 명의신탁자로부터 매매대금을 모두 지급받고 명의수탁자에게 소유명의를 이전하는 3자간 등기명의신탁의 특성상 통상적인 매매계약과 달리 매도인은 매매대금을 모두 지급받고 명의신탁자의 요구에 따라 명의수탁자에게 소유권이전등기절차를 이행한 이후에도 그 소유권이전등기는 무효이므로, 매도인은 여전히 신탁부동산에 관하여 명의신탁자에게 그 소유권이전등기의무를 부담하고 있고 매도인으로서의 의무이행을 완료한 것이 아니다. 따라서 매도인이 이를 알면서도 그 의무를 게을리하여 소유권이전등기의무가 이행불능에 이르렀다면 매도인은 명의신탁자에게 이행불능에 대한 책임을 져야 한다. 매도인은 명의신탁자에게 민법 제390조에 따라 채무불이행으로 인한 손해배상책임을 부담하고, 명의신탁자는 민법 제546조에 따라 매매계약을 해제하고 매도인에게 원상회복을 청구할 수 있다. 명의신탁자는 매도인을 대위하여, 매

도인의 명의수탁자에 대한 처분대금이나 보상금에 관한 대상청구권을 행사할 수도 있고 매도인의 부당이득반환청구권을 행사할 수도 있을 것이다. 명의신탁자나 매도인의 과실의 정도 등에 따라 손해의 보전이 충분하지 못할 수 있으나, 이는 명의신탁자가 자초한 면이 있어 반드시 부당하다고 볼 것은 아니다. 이와 같은 점에서 명의신탁자가 매도인에 대하여 매매대금의 반환을 구하거나 소유권이전등기의무의 이행불능에 따른 손해배상을 청구할 수 없는 대신 명의수탁자로부터 처분대금이나 보상금 등 전액을 반환받아야 함을 전제로 판단한 다수의견은 명의신탁자를 지나치게 보호한다는 비판에서 자유로울 수 없다.

6) 매도인에게 귀책사유가 없다고 단정하는 것은 부동산실명법의 목적과 취지에 반한다.

가) 다수의견은 매도인이 명의신탁자의 요구에 따라 명의수탁자에게 등기명의를 이전하였다면 매도인에게 매매계약의 체결이나 그 이행에 관하여 귀책사유가 있다고 보기 어렵거나, 설령 귀책사유가 있다고 하더라도 매도인에 대하여 매매대금의 반환을 구하거나 소유권이전등기의무의 이행불능에 따른 손해배상을 청구할 수 없다는 전제에서, 명의신탁자와 명의수탁자가 직접 부당이득반환으로 이해조정을 하여야 한다고 한다. 다수의견이 들고 있는 위 대법원 2001다61654 판결도 부동산실명법 시행 전에 이루어진 명의신탁관계에서, 명의신탁자가 매도인을 대위하여 명의수탁자를 상대로 처분대금 상당액의 손해배상을 청구한 사안에서 '매도인의 이행불능에 귀책사유가 없어 명의신탁자가 신의칙상 매도인에게 매매대금반환을 청구하거나 명의신탁자 앞으로 소유권이전등기를 마칠 것을 요구할 수 없어 매도인의 명의수탁자에 대한 손해배상청구권이 인정되지 않는다'고 하여, 매도인에게 책임이 없다고 판시한 바 있다.

나) 그러나 이와 같은 논리는 명의신탁약정을 당초부터 무효로 보는 부동산실명법 시행 후에는 더 이상 적용할 수 없다. 부동산실명법은 다수의견에서 본 바와 같이 부동산의 소유권 등 물권변동에 관하여 실제적 권리관계에 일치하도록 실권리자 명의로 등기한다는 목적과 취지에서 마련된 법률이다. 이 법은 1995. 3. 30. 제정되어 약 25년간 시행되어 오면서, 국민들 사이에 부동산에 관하여 실권리자 명의로 등기하지 않는 경우 그 등기는 무효이고, 이를 위반한 명의신탁관계는 형사처벌과 과징금·이행강제금 부과대상으로서 법적으로 보호받지 못한다는 것이 널리 알려져 있다. 이러한 상황에서 명의신탁자의 부탁을 받고 명의신탁자의 명의신탁관계에 협조하거나 이를 묵인하면서 명의수탁자에게 소유명의를 이전한 매도인의 행위는 부동산실명법을 무시하고 명의신탁자의 탈법행위에 조력하는 것이다. 사정이 이런데도 매도인이 명의신탁자의 요구에 응하였다는 이유만으로 법원이 매도인에게 귀책사유가 없다거나 이행불능에 따른 책임이 없다고 하는 것은 부동산실명법을 무력화하고, 실권리자 명의 등기가 이루어지게 하려는 부동산실명법의 목적과 취지에서 벗어난 법해석이다.

7) 명의수탁자의 처분행위 등이 있는 경우 명의신탁자의 명의수탁자에 대한 직접적인 부당이득반환청구권을 인정하는 것 또한 부동산실명법의 목적과 취지에 반한다.

3자간 등기명의신탁에서 명의수탁자의 처분행위 등으로 부동산의 소유권이 제3자에게 이전되는 경우 부동산실명법 제4조 제3항의 제3자 보호규정에 따라 명의신탁자가 부동산의 소유권을 이전받을 수 없음이 확정된다. 이러한 제3자 보호규정은 명의신탁약정으로 형성된 외관을 신뢰한 제3자의 보호와 거래안전을 위하여 실권리자 명의로 등기하게 하는 부동산실명법의 목적 달성을 제한하는 측면이 있다. 한편 부동산실명법은 위와 같이 신탁부동산이 제3자에게 이전되어 실권리자 명의로의 등기가 불능이 된

경우 명의신탁자, 명의수탁자 및 매도인 사이의 이해관계를 조정하는 규정을 두고 있지 않으므로, 법해석을 통하여 위 법의 목적과 취지를 구현할 필요가 있다. 그런데 다수의견과 같이 명의신탁자가 명의수탁자를 상대로 직접 부당이득반환청구를 할 수 있다고 하면 마치 명의신탁자와 명의수탁자 사이에서 명의신탁약정이 유효한 것과 같은 효과를 일으켜 명의신탁자가 자신 앞으로의 등기이전이 불가능하게 되었을 때 투입한 매매대금을 쉽게 회수할 수 있게 된다. 이는 명의신탁자에게 실권리자로서 그 소유명의 등기를 하도록 하는 것이 법의 취지인데도 간편하게 명의수탁자로부터 명의신탁자에게 직접 부동산에 관한 소유권이전등기는 허용하지 않음에 반하여, 그것을 위반하였을 때에는 직접 그 손실을 회복할 수 있게 하는 해석으로서, 명의신탁약정과 그에 따른 물권변동을 무효로 하는 부동산실명법의 태도에 정면으로 반한다.

8) 다수의견은 부당한 이익을 얻은 명의수탁자와 재산상 손해를 입은 명의신탁자 사이에 직접 부당이득반환관계를 인정하는 것이 공평·정의의 이념에 부합하고 이해관계의 조정이 간명하다는 것을 주된 근거로 보고 있다. 그러나 다수의견의 이러한 관점은 부당이득반환청구권의 성립요건을 불분명하게 하고 부당이득반환청구권이 성립할 수 있는 범위를 지나치게 확장할 우려가 있다.

가) 부당이득반환제도의 목적으로 들고 있는 공평·정의의 이념은 매우 추상적인 개념이다. 부당이득반환청구권은 특정 법률행위에 따라서 효과가 발생하는 채권이 아니라 법률에서 정한 요건에 따라 발생하는 법정채권인데, 민법 제741조에서 정하는 부당이득반환청구권의 요건인 '법률상 원인 없는 이득'과 '그로 인한 손해' 등도 일의적인 개념이 아니어서 개별 사안에서 부당이득반환청구권의 요건을 충족하는지 판단하기는 쉽지 않다. 단지 재산상 손해를 입은 자와 이득을 얻은 자 사이에 반환관계를 인정하

는 것이 공평·정의의 이념에 부합하고 이해관계의 조정이 간명하다는 이유만으로 부당이득반환청구권을 인정할 수 있다고 보게 되면, 개별 사안에서 어느 경우에 부당이득반환청구권을 인정할 수 있을지 판단하기 어렵다.

나) A가 B로부터 B소유의 동산을 매수하는 계약을 체결하고 매매대금을 B에게 모두 지급하였지만 인도를 받지 않은 상황에서 우연히 B소유 동산의 점유를 취득한 C가 이를 D에게 매도하고 점유까지 이전하여 D가 B소유 동산을 선의취득한 사안을 가정한다. 이 경우 A는 매매계약을 해제하고 B에 대하여 원상회복으로 매매대금의 반환을 청구하고, B는 C에 대하여 B소유 동산의 처분대가를 부당이득으로 반환해 달라고 청구할 수 있다. 그런데 공평·정의의 이념에 부합하고 이해관계의 조정이 간명하다는 이유로 부당이득반환관계를 인정할 수 있다고 보게 되면, A가 C에게 직접 부당이득반환을 구하는 것도 가능하게 된다. 그러나 이러한 권리는 배타적 물권의 침해가 아닌 채권침해에 불과하다고 보아 실무상 A의 C에 대한 직접 부당이득반환청구를 인용하는 사례는 드물다.

또 다른 예를 들어본다. A가 그 소유 부동산을 B에게 매도하고, B는 다시 C에게 매도하는 매매계약이 각 체결되었고 매매대금이 C에서 B에게, B에서 A에게 순차로 지급되었지만 부동산의 소유권이전등기가 이루어지지 않은 상태에서 A가 부동산을 D에게 매도하여 소유권이전등기까지 마친 경우를 가정한다. 이 경우 A와 B 사이의 매매계약, B와 C 사이의 매매계약에서 소유권이전등기의무가 이행불능이 되므로 각 계약의 채권자인 B와 C가 각 매매계약을 해제하고 계약의 상대방인 A와 B에게 각각의 매매대금에 대한 원상회복을 구하게 될 것이다. 이 경우에도 공평·정의의 이념에 부합하고 이해관계의 조정이 간명하다는 이유로 부당이득반환관계를 인정할 수 있다고 보면 A와

B 사이, B와 C 사이의 구체적인 계약관계를 무시한 채 C는 A가 얻은 부동산 처분대가 상당에 대해 A에게 직접 부당이득의 반환으로 구하는 것도 가능하게 된다. 그러나 이러한 경우에도 실무상 C의 청구가 인용된 사례는 드물다.

다) 개별 사안에서 부당이득반환청구권을 인정하려면 반환채권자와 반환의무자 사이에 근거가 되는 실체적 권리관계, 즉 법률상 원인이 없는 급부나 비용지출, 배타적인 권리침해 등의 존재가 전제되어야 한다. 3자간 등기명의신탁에서 명의수탁자의 처분행위 등이 있는 때에도 마찬가지이다. 부당이득반환관계는 소유권을 침해당한 때도인 것과 그로 인하여 처분대금이나 보상금 등의 이익을 얻은 명의수탁자 사이에서 인정되어야 하지, 단순히 추상적으로 공평·정의의 이념에 부합한다거나 이해조정이 간명하다는 이유만으로 직접적인 법률관계가 없는 명의신탁자와 명의수탁자 사이에서 부당이득반환관계를 인정할 수는 없다.

라) 대법원은 다수 당사자 사이의 이익의 취득과 권리의 상실이 엮힌 사안에서, 직접적인 계약의 당사자가 아니라거나 급부의 반환 당사자가 아니라는 등의 이유로 부당이득반환을 부정하고 있다. 대법원 2005. 7. 22. 선고 2005다7566, 7573 판결은 제3자를 위한 계약관계에서 낙약자와 요약자 사이의 법률관계(이른바 기본관계)를 이루는 계약이 해제된 경우 그 계약관계의 청산은 계약의 당사자인 낙약자와 요약자 사이에 이루어져야 하므로, 특별한 사정이 없는 한 낙약자가 이미 제3자에게 급부한 것이 있더라도 낙약자는 계약해제에 기한 원상회복 또는 부당이득을 원인으로 제3자를 상대로 그 반환을 구할 수 없다고 판단하였고, 대법원 2003. 12. 26. 선고 2001다46730 판결은 계약의 일방 당사자가 계약상대방의 지시 등으로 급부과정을 단축하여 계약상대방과 또 다른 계약관계를 맺고 있는 제3자에게 직접 급부한 경우, 그 급부로서 급부를 한

계약당사자의 상대방에 대한 급부가 이루어질 뿐 아니라 그 상대방의 제3자에 대한 급부도 이루어지는 것이므로 계약의 일방 당사자는 제3자를 상대로 법률상 원인 없이 급부를 수령하였다는 이유로 부당이득반환청구를 할 수 없다고 보았다. 이러한 판례에 따르면 이 사건에서도 부당이득반환청구를 부정해야 한다.

9) 부동산실명법 시행으로 명의신탁약정이 무효가 되면서, 대법원은 부동산실명법 시행 전에 이루어진 유효한 명의신탁에 의해 명의신탁자가 실질적 소유자로서 명의수탁자와 사이에 이루어진 법률관계를 토대로 한 판결들을 부동산실명법의 법리에 부합하게 차례로 변경하였다. 즉 명의신탁자는 명의수탁자를 상대로 ① 부동산 자체에 관하여 부당이득반환을 원인으로 소유권이전등기를 청구할 수 없고(대법원 2008. 11. 27. 선고 2008다55290, 55306 판결 등 참조), ② 명의신탁해지를 원인으로 한 소유권이전등기를 청구할 수 없으며(대법원 1999. 1. 26. 선고 98다1027 판결, 대법원 2008. 10. 23. 선고 2008다43693 판결 등 참조), ③ 부동산 반환약정을 원인으로 한 부동산반환내지 소유권이전등기의 말소를 청구할 수 없다(대법원 2006. 11. 9. 선고 2006다35117 판결, 대법원 2015. 9. 10. 선고 2013다55300 판결 등 참조). 그리고 3자간 등기명의신탁에서 명의신탁자가 부동산의 소유자도 아니고 명의신탁자와 명의수탁자 사이에 위탁신임관계도 없어서 명의수탁자가 명의신탁자의 재물을 보관하는 자라고 할 수 없으므로, 명의수탁자가 부동산을 임의로 처분하여도 명의신탁자에 대한 관계에서 횡령죄가 성립하지 않는다(대법원 2016. 5. 19. 선고 2014도6992 전원합의체 판결 등 참조).

이와 같은 법리는 명의수탁자의 처분행위 등으로 인한 명의신탁자, 명의수탁자 및 매도인 사이의 이해관계 조정에도 일관되게 적용하여야 하고, 이에 따라 다수의견에서 들고 있는 종전 판결 등은 변경되어야 한다.

나. 명의수탁자가 부동산에 관하여 근저당권을 설정한 경우에 관하여 본다.

3자간 등기명의신탁에서 명의수탁자가 신탁부동산에 관하여 근저당권을 설정한 경우에 명의신탁자, 명의수탁자 및 매도인 3자간의 법률관계는 기본적으로 앞서 본 바와 같은, 명의수탁자의 처분행위 등으로 부동산의 소유권이 제3자에게 이전된 경우와 같다.

명의수탁자가 제3자에게 부동산에 관하여 근저당권을 설정하면 제3자는 유효하게 근저당권을 취득한다(부동산실명법 제4조 제3항). 매도인이 부동산에 관한 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기 등을 통하여 소유명의를 회복하더라도 매도인은 근저당권이 설정된 제한된 소유권을 갖게 된다. 이처럼 부동산에 관하여 아무런 권리 없이 소유명의를 가지는 자에 불과한 명의수탁자가 부동산에 관하여 제3자에 대하여 근저당권을 설정하는 행위는 매도인의 소유권을 침해하는 행위로서 명의수탁자는 근저당권설정으로 얻은 이익을 침해부당이득으로서 매도인에게 반환할 의무 또는 불법행위에 따른 손해배상 의무를 부담한다.

통상적으로 매매계약에서 매도인은 매매목적물에 제한이나 부담이 없는 완전한 소유권이전등기를 이행할 의무를 부담한다(대법원 2000. 11. 28. 선고 2000다8533 판결 등 참조). 3자간 등기명의신탁에서 명의신탁자와 매도인의 관계에서도 마찬가지이다. 명의수탁자가 부동산에 관하여 근저당권을 설정하였다고 하여 달리 볼 것은 아니다. 매도인은 원칙적으로 명의신탁자에 대하여 담보가 설정되지 않은 신탁부동산의 소유권을 이전할 의무를 부담한다. 매도인이 명의수탁자가 설정한 근저당권을 말소하지 못한 채 명의신탁자에게 부동산의 소유권을 이전하였다면 이는 매매계약에 따른 채무를 이행하지 않은 것으로서 명의신탁자에게 손해배상책임을 부담한다. 다만 매도인에게 채무불

이행책임을 어느 정도까지 물을 수 있는지는 개별 사안에 따라 달라질 수 있을 것이다.

또한 명의신탁자는 매도인과 관계에서 매매계약에 따라 부동산에 관한 소유권이전등기청구권만 가지는 지위에 있을 뿐이고 부동산의 소유권을 가지지 않으므로, 명의수탁자가 부동산에 근저당권을 설정하는 행위로 명의신탁자의 권리가 침해되는 것은 아니다.

따라서 명의수탁자는 매도인에 대하여 부당이득반환의무나 손해배상의무를 부담하고, 명의신탁자에 대하여 부당이득반환의무를 부담하지 않는다.

#### 다. 이 사건의 결론

원심은 이 사건 근저당권의 설정으로 발생한 손해는 이 사건 부동산의 매도인인 소외인에게 귀속되고 원고에게는 손해가 없다는 이유로 원고의 피고에 대한 이 사건 근저당권의 피담보채무액 상당의 부당이득반환청구를 받아들이지 않았다. 이러한 원심의 판단은 정당하다. 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나 필요한 심리를 다하지 않거나 부당이득에 관한 법리 오해, 석명 의무 위반 등으로 판결에 영향을 미친 잘못이 없다. 이 부분에 대한 원고의 상고는 기각되어야 한다.

이상과 같은 이유로 다수의견에 찬성할 수 없다.

### 6. 다수의견에 대한 대법관 조재연의 보충의견

#### 가. 부동산실명법의 취지

부동산실명법은 부동산 소유권을 실권리자에게 귀속시키는 것을 전제로 명의신탁약정과 그에 따른 물권변동을 규율하고 있다(대법원 2019. 6. 20. 선고 2013다218156 전

원합의체 판결 참조).

즉, 부동산실명법은 명의신탁약정과 그에 따른 물권변동을 무효라고 규정하는 한편 (제4조 제1항, 제2항), 명의신탁자에게 위반행위에 대한 제재로서 과징금을 부과하면서 지체 없이 명의신탁 부동산에 관한 물권을 자신의 명의로 등기할 의무를 지우고 이를 위반하는 경우 과징금 외에 이행강제금을 추가로 부과하도록 규정하고 있다(제5조 제1항 제1호, 제6조). 명의신탁약정과 그에 따른 물권변동의 무효로 말미암아 부동산 물권은 등기와 상관없이 종전 등기명의인에게 그대로 남아 있게 되므로, 명의신탁자는 명의신탁약정이 아닌 다른 법률관계에 기초하여 등기회복 등의 권리행사를 할 수 있고, 나아가 부동산 등기명의와 실체적 권리관계의 불일치를 해소시켜야 할 의무를 부담한다.

이와 같이 부동산실명법은 명의신탁약정과 그에 따른 등기로 이루어진 물권변동을 무효로 하면서도 명의신탁자가 다른 법률관계에 기하여 등기회복 등의 권리행사를 하는 것까지 금지하지는 않고, 명의신탁자에게 심리적 압박을 주어 등기명의와 실체적 권리관계의 불일치 상태를 해소할 것을 간접적으로 강제함으로써 위법상태를 제거하고 부동산실명법의 실효성을 확보하려는 목적으로 명의신탁자에 대하여 행정적 제재나 형벌을 부과하고 있을 뿐(대법원 2003. 11. 27. 선고 2003다41722 판결, 대법원 2016. 6. 28. 선고 2014두6456 판결, 대법원 2019. 6. 20. 선고 2013다218156 전원합의체 판결 등 참조), 명의신탁자의 명의신탁 부동산에 관한 권리를 상실시킴으로써 그로부터 재산적 이익을 박탈하거나 명의수탁자에게 명의신탁 부동산과 관련된 재산적 이익을 보유하도록 하는 규정을 두고 있지 않다. 한편 부동산실명법은 명의신탁자와 명의수탁자에게 행정적 제재와 형벌을 부과하면서도 종전 등기명의인인 매도인에 대하여는 그 행위

에 대하여 부동산실명법 위반 방조 등 일반적인 형사책임이 적용되는 것은 별론으로 직접적인 행정적 제재를 규정하고 있지 않다.

#### 나. 부당이득반환 제도의 의의

부당이득반환 제도는 이득자의 재산상 이득이 법률상 원인을 결여하는 경우에 공평과 정의의 이념에 근거하여 이득자에게 그 반환의무를 부담시키는 것으로서(대법원 2008. 3. 13. 선고 2006다53733, 53740 판결 등 참조), 특정한 당사자 사이에서 일정한 재산적 가치의 변동이 생긴 경우에 그것이 일반적·형식적으로는 정당한 것으로 보이지만 그들 사이의 재산적 가치의 변동이 상대적·실질적인 관점에서 법의 다른 이상인 공평의 이념에 반하는 모순이 생기는 경우에 재산적 가치의 취득자에게 가치의 반환을 명함으로써 그와 같은 모순을 해결하려는 제도이다(대법원 2015. 6. 25. 선고 2014다5531 전원합의체 판결 참조). 이러한 재산적 가치의 부당한 변동을 조정함에 있어 부당이득을 실질에 따라 유형화하여 부당이득의 성립 여부를 판단하는 것은 부당이득에 관련된 법률관계를 구체적이고 명확하게 파악하는 데 유용한 도구가 될 수 있다. 다만, 현실의 법률관계에서는 부당이득이 다양한 원인에 기초하여 여러 모습으로 나타날 수 있고, 그 중에는 부당이득의 일정한 유형에 포함되지 않거나 부당이득의 유형에 관한 판단기준을 그대로 적용하는 것이 적절하지 않은 경우도 있을 수 있다. 그러므로 결국은 구체적 사안에서 정의와 공평의 이념에 따라 부당이득의 성립 여부와 부당이득반환의 권리관계를 판단하여야 할 것이지, 유형화된 부당이득의 틀 속에서만 부당이득에 관한 문제를 해결할 것은 아니다.

#### 다. 다수의견에 대한 보충과 반대의견에 대한 반박

1) 명의신탁자와 명의수탁자 사이에서도 부당이득반환의 법률관계가 발생할 수 있

다.

가) 부동산실명법 시행 이후 명의신탁약정과 그에 따른 등기가 이루어진 경우 부동산실명법 제4조 제1항, 제2항에 따라 명의신탁약정과 그에 따른 등기로 이루어진 물권 변동이 무효로 됨으로써 명의신탁자와 명의수탁자 사이에서 신탁부동산에 관한 법률관계는 존재하지 않는다고 볼 수 있다. 다만 그러한 경우에도 명의신탁자는 유효한 매매 계약을 매개로 신탁부동산에 관하여 자기 명의로 소유권이전등기를 실현할 수 있다. 그런데 명의수탁자의 처분행위 등이 있게 되면 부동산실명법 제4조 제3항과 결합하여 제3자가 유효하게 신탁부동산에 관한 물권을 취득하고, 그로 인하여 부동산실명법이 목적하는 실권리자 명의등기는 실현될 수 없거나 제한받게 된다. 명의수탁자의 처분행위 등이 있기 전에는 매도인을 매개로 명의신탁자의 등기명의를 실현할 수 있었으나, 명의수탁자의 처분행위 등이 있게 되면 신탁부동산의 소유권 귀속과 관련하여 제3자의 소유권 취득이라는 '새로운 사건'이 발생하는 것이다. 이러한 '새로운 사건'으로 인하여 매도인을 매개로 실권리자 명의등기를 실현하고자 하는 부동산실명법의 목적은 달성할 수 없게 되는 한편 그 사건 발생 이전의 권리·의무관계에 변동이 생길 수밖에 없다. 이러한 법률관계의 변동은 명의신탁자와 명의수탁자 사이에서 명의신탁약정이 이루어진 것에서 비롯되었으므로 명의신탁자와 명의수탁자 사이에서도 재산적 가치 이동을 조정하여야 할 법률관계가 발생하는 것이다.

부동산실명법은 부동산의 실권리자 명의등기의 실현을 목적으로 하는 것이지 명의신탁자로부터 재산적 권리를 박탈하는 것을 목적으로 하는 것이 아니므로, 명의수탁자의 처분행위 등과 부동산실명법 제4조 제3항으로 인하여 부동산의 실권리자 명의등기의 실현이 불가능하게 된 이상, 명의신탁자와 명의수탁자 사이에서 부당이득의 법률관계

를 인정하는 것을 두고 부동산실명법에 의하여 무효인 명의신탁약정과 그로 인한 등기를 유효인 것으로 취급하는 것과 같다고 볼 수 없다. 부동산실명법의 목적을 달성할 수 없게 된 단계에 이르러서까지 명의신탁약정의 무효를 이유로 '새로운 사건'의 발생으로 나타나게 된 명의신탁자와 명의수탁자 사이의 법률관계를 부정할 필요는 없다.

나) 판례는 제3자 보호규정에 따라 무권리자의 처분행위로 인하여 원래의 권리자가 권리를 상실하는 경우 무권리자가 얻은 이익은 침해부당이득으로서 원래의 권리자에게 반환되어야 한다고 보고 있다. 이러한 법리는 무권리자가 당해 부동산을 처분할 수 있게 되는 과정에서 원래의 권리자가 아무런 대가를 얻지 못한 사안에서 선언된 것이다. 원래의 권리자인 매도인이 명의수탁자의 처분행위 등으로 소유권을 상실하면서도 명의신탁자와의 매매계약에 따라 매매대금을 수령하고 이를 보유할 수 있게 되는 등으로 다수 당사자 사이에 이익의 취득과 권리의 상실이 밀접하게 관련되어 발생하는 3자간 등기명의신탁과 같은 사안에까지 이를 침해부당이득의 유형에 해당한다고 보아 그에 대한 법리를 그대로 적용할 것은 아니다. 앞서 본 바와 같이 부당이득의 유형화를 통하여 부당이득반환을 둘러싼 권리관계를 구체적이고 명확하게 파악할 수 있으나 부당이득반환 제도의 취지와 현실의 다양한 사실관계 등을 고려할 때 특정한 유형의 틀에서만 부당이득의 성립이나 반환의 권리관계를 파악하는 것은 적절하지 않다.

다) 반대견해는 부당이득반환청구권의 성립요건이 추상적 개념으로 되어 있어 개별 사안에서 부당이득반환청구권의 성립요건을 충족하였는지를 판단하는 것이 쉽지 않으므로, 부당이득반환청구권을 인정하려면 반환채권자와 반환의무자 사이에 근거가 되는 실체적 권리관계, 즉 법률상 원인 없는 급부나 비용지출, 배타적인 권리침해 등의 존재가 전제되어야 하고, 3자간 등기명의신탁에서 명의수탁자의 처분행위 등이 있는 때에

도 마찬가지로 한다. 그런데 반대건해가 이 부분 주장에서 예시하는 사례는 원래 소유자로부터 물건을 매수한 매수인과 원래 소유자의 소유권을 침해한 자 사이에 아무런 관련이 없는 사례이고, 반대건해가 들고 있는 기존 판례는 제3자를 위한 계약 또는 단축급부의 지시로 제3자에게 급부한 경우 제3자에 대하여 급부 자체의 반환을 구하는 사안에 관한 것이다. 반면, 3자간 등기명의신탁 사안은 매수인인 명의신탁자와 명의수탁자 사이의 명의신탁약정과 그에 따른 등기로 인하여 명의신탁자, 명의수탁자 및 매도인 사이에 신탁부동산의 등기명의를 둘러싼 권리관계가 형성되어 있는 상태에서 명의수탁자의 처분행위 등으로 그 권리관계가 변동하는 것으로서, 반대건해에서 예시하는 사례와는 사안을 달리하고 반대건해가 들고 있는 판례 사안과도 같지 않다. 그러므로 단지 특정 목적물 또는 급부를 둘러싼 다수 당사자의 법률관계가 존재한다는 유사점만으로 부당이득반환의 성립 여부에 관하여도 결론을 같이해야 한다고 볼 수는 없다. 3자간 등기명의신탁에서 명의수탁자의 처분행위 등으로 발생하는 권리관계의 변동은 단순히 무권리자의 처분행위로 인하여 발생하는 그것에 비하여 복잡하게 나타나고, 이는 법률상 무효인 명의신탁약정과 그에 따른 등기에서 비롯된 것이므로, 이러한 상황을 유발한 명의신탁자와 명의수탁자의 관계를 고려하지 않을 수 없다.

2) 명의수탁자의 처분행위 등이 있는 경우 명의수탁자의 법률상 원인 없는 이득과 그로 인한 명의신탁자의 손해가 인정되어 부당이득반환청구권의 성립요건이 충족된다.

가) 명의수탁자의 처분행위 등과 부동산실명법 제4조 제3항으로 인하여 명의수탁자는 소유자가 아닌데도 처분대금이나 보상금 등의 법률상 원인 없는 이익을 얻는다.

나) 매도인은 명의수탁자의 처분행위 등이 있기 전에는 신탁부동산의 소유자로서 명의수탁자에 대하여 소유명의 회복을 청구할 수 있으나 명의수탁자의 처분행위 등이 있

는 경우에는 신탁부동산의 소유권을 상실한다. 그런데 그와 동시에 매도인은 신탁부동산에 관한 소유권이전등기의무에서 벗어나고, 나아가 매매계약에 기하여 수령한 매매대금을 보유하면서 소유권이전등기의무의 이행불능에 따른 손해배상책임을 부담하지 않거나, 적어도 명의신탁자가 매도인에 대하여 매매대금의 반환을 구하거나 소유권이전등기의무를 요구하는 것은 신의칙상 허용되지 않는다. 그 이유는 다음과 같다.

(1) 매도인은 명의신탁자에 대하여 매매계약상 소유권이전등기의무를 부담하고 있으나 명의수탁자의 처분행위 등으로 인하여 소유권이전등기의무가 이행불능이 된 경우, 특별한 사정이 없는 한 매도인에게 그 이행불능에 대하여 귀책사유가 있다고 보기 어렵다. 매도인과 명의신탁자의 매매계약 체결, 명의신탁자의 요청에 따른 명의수탁자 명의의 소유권이전등기, 명의수탁자의 처분행위 등으로 인한 소유권이전등기의무의 이행불능이 일어나는 일련의 과정에서 매도인이 매수인인 '명의신탁자'에 대하여 매매계약상 부담하는 주의의무를 위반하였다고 할 수 없기 때문이다.

한편 소유권이전등기의무의 상대방인 명의신탁자는 부동산실명법이 금지하는 명의신탁약정과 그에 따른 등기를 적극적으로 의도하여 명의수탁자를 섭외하고 매도인과 매매계약을 체결하여 매도인과 명의수탁자로 하여금 실체관계에 부합하지 아니하는 등기를 현출하게 하였을 뿐만 아니라 그 이후에라도 매도인을 대위하여 명의수탁자 명의의 소유권이전등기를 말소하고 자기 명의로 소유권이전등기를 함으로써 명의수탁자의 처분행위 등으로 인한 이행불능의 결과를 회피할 수 있었음에도 불구하고 그러한 조치를 게을리 하였다.

(2) 위와 같이 매도인에게 소유권이전등기의 이행불능에 대한 귀책사유가 있다고 볼 수 없는 한편 채권자인 명의신탁자에게 책임 있는 사유로 이행할 수 없게 된 때에 해

당한다고 볼 수 있으므로, 매도인은 민법 제538조 제1항에 따라 매매대금을 보유할 수 있고 명의신탁자에 대하여 이행불능으로 인한 손해배상책임을 부담하지 않는다. 매도인이 부동산실명법 위반에 협조한 것을 두고 이행불능에 대한 과실이 있다고 보더라도 위에서 본 바와 같은 명의신탁자의 이행불능에 대한 과실은 주의의무 위반의 내용이나 정도에 있어 매도인의 그것보다 현저히 무겁고 크다고 할 것이므로, 명의신탁자가 매도인에게도 이행불능에 대한 귀책사유가 있다고 주장하면서 매매대금의 반환을 구하거나 이행불능으로 인한 손해배상청구를 주장하는 것은 신의칙상 허용될 수 없다.

대법원 2011. 9. 8. 선고 2009다49193, 49209 판결은 명의신탁자의 명의수탁자에 대한 부당이득반환청구권을 인정하면서 명의신탁자가 매도인에 대하여 소유권이전등기의무의 이행불능으로 인하여 발생한 권리를 보전하기 위하여 명의수탁자에게 신탁부동산에 관한 보상금의 지급을 구할 수 있다고 판단한 원심의 판시는 적절하지 않다고 지적함으로써 명의신탁자가 매도인에 대하여 소유권이전등기의 이행불능에 따른 권리를 가지고 있지 않음을 전제로 판단하였다. 부동산실명법 시행 이후의 명의신탁약정과 그에 따른 등기가 이루어진 사안에 관한 대법원 2015. 9. 10. 선고 2015다207235 판결, 대법원 2019. 7. 25. 선고 2019다203811, 203828 판결은 위 대법원 2009다49193, 49209 판결의 법리를 부동산실명법의 시행 이후에 3자간 명의신탁약정을 하고 그에 의한 등기를 마친 경우에도 마찬가지로 적용될 수 있다고 판단함으로써 명의신탁자가 매도인에 대하여 소유권이전등기의무의 이행불능에 대하여 어떤 권리를 행사할 수 없음을 거듭 확인한 것으로 볼 수 있다.

다) 매도인은 명의신탁자로부터 매매대금을 수령하였으면서도 명의수탁자의 처분행위 등과 부동산실명법 제4조 제3항으로 인하여 명의신탁자에 대한 소유권이전등기의무

가 이행불능이 되더라도 매매대금의 반환을 거절할 수 있고 이행불능에 따른 손해배상 책임도 부담하지 아니하므로 명의수탁자의 처분행위 등으로 인하여 경제적 손실을 입었다고 할 수 없다. 또한 명의신탁자로서는 매매계약에 기초하여 매도인에게 매매대금을 지급하였으면서도 명의수탁자의 처분행위 등으로 인하여 신탁부동산에 관한 소유권을 이전받을 수 없게 되었고 그 이행불능에 대하여 매도인을 상대로 매매대금의 반환이나 손해배상을 청구하는 등으로 권리구제를 받을 수도 없으므로 명의수탁자의 처분행위 등으로 인하여 직접적인 손해를 입었다고 할 수 있다.

라) 이와 같이 명의수탁자의 처분행위 등과 부동산실명법 제4조 제3항으로 인하여 명의수탁자가 부동산의 처분대가 상당의 이익을 얻었고 그로 인하여 명의신탁자에게 부동산의 소유권을 취득할 수 있는 권리를 상실하게 하였으므로, 명의수탁자의 처분행위 등이 있는 경우 명의수탁자의 명의신탁자에 대한 부당이득반환의 성립요건은 충족되었다. 명의수탁자가 처분행위 등으로 얻은 이익에 대한 부당이득반환청구권은 명의신탁자에게 있다.

3) 명의신탁자의 명의수탁자에 대한 부당이득반환청구권을 인정하는 것은 명의신탁자에게 그의 의사결정에 따른 책임을 부담시키는 자기책임의 원칙에 부합하고, 이해관계 조정과정에서의 공평의 원칙에도 어긋나지 않는 해결방안이다.

가) 명의신탁자는 명의수탁자의 섭외, 명의신탁약정의 체결, 매도인과의 매매계약 체결과 명의신탁약정에 따른 등기의 이전과정을 스스로의 의사결정으로 진행하였으므로 자신의 의사결정에 대한 책임을 부담하여야 한다.

그런데 반대의견과 같이 매도인은 명의수탁자에 대하여 손해배상청구권이나 부당이득반환청구권을 행사하고 명의신탁자는 매도인에 대하여 계약해제권을 행사하여 원상

회복으로 매매대금을 반환받거나 채무불이행에 따른 손해배상을 청구하는 방법으로 권리구제를 받을 수 있다고 보면, 명의수탁자의 처분행위 등으로 인한 위험을 매도인에게 부담시키고 명의수탁자의 무자력 위험까지 부담하게 함으로써 부동산실명법 위반상태를 주도적으로 야기한 명의신탁자가 인수하여야 할 위험을 매도인에게 전가하는 결과를 가져온다.

나) 법률상 원인 없는 이득을 둘러싼 당사자들이 여럿 존재하는 경우, 당사자들 사이에서 부당이득반환의 권리관계를 어떻게 귀속시킬 것인지를 결정함에 있어 당사자들이 원래의 법률관계에서 가지는 법률상 항변권이나 위험부담의 정도가 달라져서는 안 되고 종전보다 많은 이익을 보유하거나 권리를 박탈하여서도 안 될 것이다.

3자간 등기명의신탁에서 명의수탁자의 처분행위 등으로 발생한 이해관계를 조정함에 있어, 명의신탁자의 명의수탁자에 대한 부당이득반환청구권을 인정하더라도 명의신탁자, 명의수탁자 및 매도인에게 명의수탁자의 처분행위 등 이전의 법률관계에서 인정되던 법률상 항변권이 박탈되거나 위험부담이 추가되지 않는다.

반면 명의신탁자가 매도인에 대하여 채무불이행에 따른 손해배상청구를 하는 경우 과실상계 등의 사유로 매도인이 보유하는 매매대금보다 명의신탁자가 매도인으로부터 받을 수 있는 금액이 적어지게 되는 경우도 상정할 수 있다. 이는 매도인에게는 명의수탁자의 처분행위 등으로 예상외의 이익을 보유하게 하는 한편 명의신탁자로부터 경제적 이익을 박탈하는 것이어서 공평의 이념과 부동산실명법의 취지에 맞지 않는다.

#### 라. 소결

다수의견이 명의신탁자의 명의수탁자에 대한 부당이득반환청구를 인정하는 것은 결코 3자간 등기명의신탁관계에서 명의신탁자를 보호하고자 하는 것이 아니다. 부동산실

명법은 명의신탁약정과 그에 따른 등기로 이루어진 부동산에 관한 물권변동을 무효로 하면서도 명의수탁자의 처분행위 등이 있는 경우 제3자 보호규정을 두어 부동산에 관한 물권변동이 유효하게 이루어지도록 하고 있다. 그런데도 부동산실명법은 그로 인하여 발생한 권리·의무관계의 변동에 관하여는 아무런 규정을 두지 아니하였으므로 결국 명의수탁자의 처분행위 등으로 인하여 발생하는 이해관계의 조정문제는 부당이득반환의 법리에 따라 해결할 수밖에 없다. 부동산실명법이 명의수탁자에게 신탁부동산의 처분대가 등을 보유하도록 허용한 것이 아닌 바에야 그 이익의 반환문제는 당사자 사이에 재산상 가치의 부당한 변동이 야기된 당초의 원인인 명의신탁약정의 당사자 사이에서 해결하는 것이 직접적이면서도 합리적이다. 뿐만 아니라 앞서 본 바와 같이 명의신탁자의 명의수탁자에 대한 부당이득반환청구권의 성립요건도 충족되므로 매매계약에 따라 매매대금을 취득하고 의무를 이행한 매도인을 굳이 부당이득반환의 법률관계에 다시 끌어들이 필요 없다.

이상과 같은 이유로 다수의견의 논거를 보충하고자 한다.

#### 7. 반대의견에 대한 대법관 박정화, 대법관 노태악의 보충의견

가. 부동산실명법에 의하여 무효인 명의신탁약정에서 명의신탁자와 명의수탁자 사이의 부당이득반환관계가 인정될 수 있는가

1) 다수의견 및 다수의견에 대한 보충의견은, 부동산실명법은 신탁부동산의 실권리자 명의 등기의 실현을 목적으로 하는 것으로서 명의신탁약정과 그에 따른 등기로 이루어진 물권변동을 무효로 하면서도 명의신탁자가 다른 법률관계에 기하여 등기회복 등의 권리행사를 하는 것을 금지하지 않고, 명의신탁자의 신탁부동산에 관한 권리를 상실시킴으로써 그로부터 재산적 이익을 박탈하는 것이 아니라고 한다.

반대의견도 부동산실명법이 명의신탁약정과 그에 따른 물권변동을 무효로 보면서도 명의신탁자가 다른 법률관계에 기하여 등기회복 등의 권리행사를 하는 것을 금지하지 않고, 명의신탁자의 재산적 이익을 박탈하는 것이 아니라는 것에 반대할 이유가 없다.

다만 반대의견은 명의신탁자의 실권리자로서의 등기회복과 그 재산상 이해관계를 조정하는 방법을 다수의견과 다르게 보는 것이다. 즉 반대의견은 다수의견에 대한 보충의견에서 실시한 명의신탁자의 등기회복 등의 권리행사를 가능하게 하는 '다른 법률관계'를 '명의신탁자와 매도인 사이의 매매계약'으로 보고, 이에 근거한 법률효과를 토대로 실권리자 명의로의 권리회복이든, 변형물에 대한 이해관계 조정이든 모두 일관되게 통일적으로 하여야 한다는 것이다.

반면 다수의견은, 명의신탁자와 매도인 사이의 매매계약에 기한 법률효과는 신탁부동산이 명의수탁자 명의로 그대로 있을 경우에만 적용되고, 명의수탁자의 처분행위 등으로 제3자가 신탁부동산을 취득하였을 경우에는 위 계약의 효과가 아닌, 명의신탁자와 명의수탁자 사이의 부당이득반환관계로써 이해관계 조정을 하면 된다는 것이다.

2) 명의신탁자와 매도인 사이의 매매계약은 유효하므로 그 계약이 종료될 때까지 유지되어야 한다. 다만 그 채무의 이행가능, 이행불능 여부에 따라 그로 인한 법률효과에 차이가 있을 뿐, 유효한 매매계약에 이행불능 사유가 발생하였다고 하여 원인무효의 법률행위가 되는 것은 아니다. 그런데 다수의견은 매매계약이 유지되고 있는 상황에서 이행불능 사유가 발생하면, 여전히 유효한 매매계약에 기한 법률관계는 그대로 둔 채, 매매계약의 당사자인 매도인을 배제하고 부동산실명법에 의하여 무효인 별개의 명의신탁약정을 끌어와 명의신탁자와 명의수탁자 사이의 부당이득반환관계로 해결하려고 한다.

3) 반대의견의 입장에서 살펴보면, 명의수탁자의 처분행위 등으로 인한 제3자의 소유권취득, 즉 다수의견에 대한 보충의견에서 말하는 '새로운 사건'은 명의신탁자와 매도인 사이의 매매계약에서의 이행불능 사유에 불과하므로, 당초부터 무효인 명의신탁 약정에 의한 명의신탁자와 명의수탁자 사이의 법률관계에 영향을 미치는 요소가 아니다.

반대의견은 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 한다고 본다. 즉 채무이행이 가능한 경우이든지 불능일 경우이든지 일관되게 매도인을 당사자로 한 법해석을 하여야 한다는 것이다.

나. 이러한 관점에서 다수의견과 그 보충의견을 구체적으로 반박하면서 반대의견의 논거를 보충하고자 한다.

1) 명의신탁자는 부당이득반환청구권을 가지는 권리자가 아니다.

명의신탁자는 명의수탁자에 대하여 부당이득반환을 청구할 수 있는 정당한 권리를 갖고 있지 않다. 명의신탁자는 매도인에 대하여 매매로 인한 소유권이전등기청구권이라는 채권만을 가질 뿐 물권인 소유권을 취득한 자가 아니고, 이러한 명의신탁자의 권리는 제3자가 신탁부동산을 취득하여 매도인의 채무이행이 불능이 되었다고 하여 달라지지 않는다.

반대의견에서 든 대법원 2008. 11. 27. 선고 2008다55290, 55306 판결은 3자간 등기 명의신탁에서 명의신탁자는 무효인 등기의 명의인인 명의수탁자를 상대로 직접 그 이전등기를 구할 수 없고 부당이득반환을 원인으로 한 소유권이전등기를 구할 수 없다고

판시하면서, 그 근거로서 명의신탁자는 매도인에 대한 소유권이전등기청구권을 가질 뿐이지 소유자가 아니라는 점을 들고 있다. 위와 같은 논거에 비추어 볼 때 명의수탁자의 처분행위 등으로 제3자가 소유권을 취득한 경우에도 명의신탁자는 소유자가 아니므로 명의수탁자를 상대로 부동산의 처분대금 등을 부당이득반환으로 구할 수 없다고 보아야 한다.

2) 다수의견은 명의신탁약정이 유효하다고 인정하는 것과 다름없다.

가) 다수의견에 대한 보충의견은, 3자간 등기명의신탁에서 명의수탁자의 처분행위 등으로 부동산이 제3자에게 이전된 경우에 명의신탁자와 명의수탁자 사이의 부당이득 반환의 법률관계를 인정할 수 있다는 이유로, 3자간 등기명의신탁에는 당사자 사이에 이익의 취득과 권리의 상실이 밀접하게 관련되어 있어, 다른 무권리자 처분행위 등 사안과 다른 특별한 사정이 있다는 것을 든다. 결국 명의신탁자와 명의수탁자 사이의 관계를 고려할 수밖에 없다는 것이다.

그러나 부동산실명법 제4조 제1항, 제2항 본문은 명의신탁약정과 그로 인한 물권변동이 무효임을 명백히 밝히고 있고, 판례도 이러한 부동산실명법의 목적과 취지에 비추어 명의신탁약정에 부수한 부동산 매매의 위임 약정, 명의신탁약정을 전제로 한 명의신탁 부동산 및 그 처분대금 반환약정도 모두 무효로 보고 있다(대법원 2006. 11. 9. 선고 2006다35117 판결, 대법원 2015. 9. 10. 선고 2013다55300 판결 등 참조). 3자간 등기명의신탁에서도 명의신탁자와 명의수탁자 사이의 명의신탁약정은 무효이고, 이들 사이에는 아무런 법률관계가 존재하지 않는다는 전제에서 법률관계를 풀어 나아가야 부동산실명법의 목적과 취지에 부합한다. 판례가 3자간 등기명의신탁에서 명의신탁자가 명의수탁자에게 직접 부동산에 관한 소유권이전등기를 청구하는 것을 허용하지 않

고 매도인을 대위하여 명의수탁자에게 소유권이전등기 말소나 진정등기명의 회복을 원인으로 하는 소유권이전등기를 청구하게 하는 것이나, 명의수탁자가 부동산을 임의로 처분하더라도 명의신탁자에 대한 관계에서 횡령죄가 성립하지 않는다고 본 것은 명의신탁자와 명의수탁자 사이의 명의신탁약정이 무효이고 이들 사이에 아무런 법률관계가 존재하지 않는다는 전제에서 비롯된 것이다.

나) 명의신탁자와 명의수탁자 사이의 명의신탁약정을 무효로 보는 이상 명의신탁자와 매도인 사이의 법률관계와 매도인과 명의수탁자 사이의 법률관계는 각각 독립된 별개의 법률관계로 서로에게 아무런 영향을 줄 수 없다. 명의수탁자의 처분행위 등으로 부동산이 제3자에게 이전되는 경우, 이는 명의신탁자와 매도인 사이의 법률관계, 매도인과 명의수탁자가 사이의 법률관계에 각 개별적으로 영향을 미칠 뿐이다. 이에 따라 명의수탁자와 매도인 사이에서는 명의수탁자가 매도인의 소유권을 침해함에 따른 부당이득반환의 문제가, 명의신탁자와 매도인 사이에서는 매도인이 매매계약상 의무를 이행하지 못하게 됨으로써 계약상 채무불이행의 문제가 각 발생하게 된다. 따라서 3자간 등기명의신탁에서 명의수탁자가 부동산을 처분한 경우는 대법원 2011. 6. 10. 선고 2010다40239 판결에서 문제된, 무권리자가 타인의 권리를 제3자에게 처분하였으나 선의의 제3자 보호규정에 의하여 원래의 권리자가 권리를 상실한 사안과 그 구조가 같다. 진정한 권리자에게 권리를 반환하여야 하는 무권리자가 권리를 제3자에게 처분함으로써 권리를 상실하였을 때 무권리자는 진정한 권리자에게 처분의 대가를 부당이득으로 반환하여야 하듯이 명의수탁자도 부동산의 진정한 소유자인 매도인에게 처분의 대가 등을 반환할 책임이 있다.

다) 다수의견처럼 3자간 등기명의신탁에서 명의수탁자의 처분행위 등으로 부동산이

제3자에게 이전되었다는 이유로 부당이득반환의 법률관계를 인정하는 것은 명의신탁자와 명의수탁자 사이에 새로운 법률관계를 창설하는 것과 다름이 없다. 그리고 그 근거는 결국 명의신탁자와 명의수탁자 사이에 유효한 명의신탁약정이 존재하였다는 것, 즉 명의신탁약정의 유효성을 전제하고 있다고 볼 수밖에 없다.

그러나 부동산실명법 시행 후의 판례는 명의신탁약정의 유효성을 전제하거나 이를 기초로 하여 법률관계를 구성하는 것을 부정하는 태도를 유지하여 왔다. 다수의견처럼 명의신탁자의 명의수탁자에 대한 부당이득반환청구권을 인정한다면 이러한 판례의 일관된 태도에 반할 뿐만 아니라 부동산실명법을 위반하는 결과를 가져오게 된다.

라) 다수의견에 대한 보충의견에서는 부당이득반환관계를 유형화된 틀 속에서만 살펴 피지 말고, 구체적인 사안에서 공평의 이념에 따라 판단하여야 한다고 한다. 부당이득반환청구권의 인정 여부가 문제되는, 다수 당사자 사이의 이익의 취득과 권리의 상실 이 얽힌 사안은 3자간 등기명의신탁 외에도 다수 존재한다. 그러나 반대의견에서 살펴본 대법원 2003. 12. 26. 선고 2001다46730 판결, 대법원 2005. 7. 22. 선고 2005다7566, 7573 판결 등에서는 당사자들 사이에서 다수 당사자가 얽혀 있는 법률관계를 간명하게 해결할 수 있다거나 정의·공평의 원칙에 부합할 수 있다는 이유를 내세워 부당이득을 인정할 수 없다는 것이다. 오히려 당사자 사이에 계약 등 부당이득반환의 법률관계를 인정할 실체적 권리관계가 없는 경우에는 직접적인 부당이득반환관계를 인정하지 않고 있다. 그런데도 유독 3자간 등기명의신탁에서 명의신탁자와 명의수탁자 사이의 부당이득반환관계를 인정하려고 하는 다수의견은, 다수의견에 대한 보충의견에서의 부정에도 불구하고 명의신탁자와 명의수탁자 사이의 명의신탁약정을 유효하다고 보는 데에서 비롯된 것이라고 설명할 수밖에 없다.

3) 명의신탁자가 매도인을 상대로 매매대금의 반환을 구하거나 소유권이전등기의무의 이행을 요구하는 것이 신의칙상 허용되지 않는다는 다수의견의 논거는 합리적인 설득력이 부족하다.

가) 판례는 민법상 신의성실의 원칙에 관하여 '법률관계의 당사자는 상대방의 이익을 배려하여 형평에 어긋나거나 신뢰를 저버리는 내용 또는 방법으로 권리를 행사하거나 의무를 이행하여서는 안 된다는 추상적 규범으로서, 신의성실의 원칙에 위배된다는 이유로 그 권리의 행사를 부정하기 위해서는 상대방에게 신의를 공여하였다거나 객관적으로 보아 상대방이 신의를 가짐이 정당한 상태에 있어야 하고, 이러한 상대방의 신의에 반하여 권리를 행사하는 것이 정의관념에 비추어 용인될 수 없는 정도의 상태에 이르러야 하며, 또한 특별한 사정이 없는 한, 법령에 위반되어 무효임을 알고서도 그 법률행위를 한 자가 강행법규 위반을 이유로 무효를 주장한다고 하여 신의칙 또는 금반언의 원칙에 반하거나 권리남용에 해당한다고 볼 수는 없다.'고 본다(대법원 2001. 5. 15. 선고 99다53490 판결 등 참조).

나) 부동산실명법이 시행되기 전에는 명의신탁약정과 그에 따른 물권변동을 유효하다고 보았으므로 당시 매도인이 명의신탁자의 요청으로 명의수탁자에게 소유명의를 이전하였다면 매도인은 이로써 자신의 매매계약에 따른 의무이행을 완료하였다고 신뢰하였을 것이고 이러한 신뢰는 정당하였다. 그런데 부동산실명법의 시행으로 명의신탁자가 그 등기명의를 회복하지 못하였다는 등의 이유로 명의신탁자가 매도인을 상대로 소유권이전등기청구나 매매대금의 반환 등 매매계약상 의무이행을 다시 청구할 수 있다고 한다면 이미 매도인에게 형성된 신뢰를 훼손하는 결과를 가져온다. 따라서 부동산실명법 시행 전에 명의신탁약정에 따라 부동산 소유명의를 명의수탁자에게 이전한 매

도인의 신뢰를 보호할 필요성이 있었다. 이러한 이유로 대법원 2002. 3. 15. 선고 2001다61654 판결은 부동산실명법이 시행되기 전에 매도인이 명의신탁자의 요구에 따라 명의수탁자에게 소유명의를 이전하여 주었다면, 명의신탁자가 자신의 귀책사유로 법에서 정한 유예기간이 지나도록 실명등기를 하지 않은 사정에 기인하여 매도인에 대하여 매매대금의 반환을 구하거나, 명의신탁자 앞으로 다시 소유권이전등기를 마칠 것을 요구하는 것은 신의칙상 허용되지 않는다고 판단한 것이다.

그러나 이러한 법리는 부동산실명법이 시행된 이후에는 그대로 적용될 수 없다. 부동산실명법 시행 이후 명의신탁약정과 그에 따른 물권변동이 무효라는 것은 명의신탁자나 매도인 모두에게 명백하다. 매도인이 명의신탁자의 요청에 따라 소유명의를 명의수탁자에게 이전하더라도 이는 무효이므로 부동산의 소유권은 여전히 매도인에게 남아 있고, 명의신탁자와 사이의 매매계약이 유효하므로 매도인으로서 명의신탁자에 대하여 부동산의 소유권이전등기의무를 여전히 부담하고 있다는 사정을 알고 있다고 보아야 한다. 같은 이유에서 매도인에게 명의수탁자에 대한 소유명의 등기 이전으로 자신의 매매계약상 의무가 모두 이행되었고 이후 명의신탁자로부터 매매계약에 따른 이행청구를 받지 않을 것이라는 신뢰가 형성되었다고 볼 수 없다. 설령 매도인이 이와 같은 신뢰를 가졌다고 하더라도 이는 부동산실명법의 강행규정에 반하는 것으로서 민법상 신의성실의 원칙으로 보호할 정당한 신뢰로 볼 수 없다. 따라서 매도인에게 정당한 신뢰가 있었다고 볼만한 사정이 없는데도 명의신탁자의 매도인에 대한 매매계약에 따른 청구가 신의칙을 위반하는 것이라는 이유로 제한할 수는 없다.

다) 3자간 등기명의신탁에서 매도인에게 보호할 정당한 신뢰가 있는지는 이른바 계약명의신탁에서 매도인의 지위와 비교할 때 보다 명확하게 알 수 있다. 부동산실명법

제4조 제2항 단서는 부동산에 관한 물권을 취득하기 위한 계약에서 명의수탁자가 어느 한쪽 당사자가 되고 상대방 당사자는 명의신탁약정이 있다는 사실을 알지 못한 경우에는 명의신탁약정에 따른 물권변동을 무효로 하지 않는다고 정하고 있다. 계약명의신탁에서 선의의 매도인은 매매계약을 유효한 것으로 믿고 부동산에 관한 소유명의를 명의수탁자에게 이전하였을 것이므로, 이로써 자신의 매매계약상 의무를 모두 이행하였다는 신뢰가 형성되었다. 따라서 부동산실명법도 매도인의 이러한 신뢰를 보호하기 위해서 이때의 물권변동을 무효로 보지 않는 것이다. 반면 부동산실명법은 3자간 등기명의신탁에서의 매도인에 대해서는 계약명의신탁에서의 선의의 매도인과 달리 신뢰를 보호하는 규정을 두지 않았고, 오히려 부동산실명법 위반 방조라는 형사책임이 문제될 여지가 있다. 이는 무효인 명의신탁약정이 있음을 알고 이에 협력한 매도인에게는 보호할 신뢰가 없다는 것을 뒷받침한다.

라) 다수의견처럼 신의칙을 근거로 명의신탁자의 매도인에 대한 매매대금의 반환이나 이행불능으로 인한 손해배상청구가 확일적으로 허용되지 않는다고 단정하는 것은 명의신탁자의 매매계약상 권리를 원천적으로 박탈하는 것일 뿐만 아니라 향후 구체적 사안을 해결함에 있어서 법적 혼란을 가져올 수 있다.

다수의견에 대한 보충의견은 명의신탁자의 매도인에 대한 매매대금의 반환이나 이행불능에 따른 손해배상청구가 신의칙상 허용되지 않는다는 근거로 명의수탁자의 처분행위 등으로 매도인의 소유권이전등기의무가 이행불능이 된 것에 매도인에게는 아무런 귀책사유가 없거나, 설령 매도인에게 귀책사유가 있다고 하더라도 3자간 등기명의신탁을 현출한 명의신탁자의 귀책사유가 매도인의 그것보다 현저히 무겁다는 사정을 들고 있다.

그러나 모든 3자간 등기명의신탁 사안에서 매도인에게 귀책사유가 없거나 명의신탁자의 귀책사유가 매도인의 그것보다 훨씬 무겁다고 확일적으로 단정할 수 있을지는 의문이다. 예를 들어 본다. 매도인이 세금 등 비용부담의 문제 때문에 높은 가격으로 부동산을 매수하는 것을 주저하는 매수인에게 등기명의신탁을 하게 되면 비용을 절감할 수 있다고 하면서 이를 권유하여 매도인이 원하는 가격으로 부동산을 매도하는 경우가 있을 수 있다. 또한 부동산을 급히 매도하고 싶은 매도인이 매수희망자를 찾지 못하고 있다가 적절한 매수인을 찾았으나 매수인이 자신의 명의로 부동산 소유권을 이전받을 수 없는 상황 또는 명의신탁자가 신탁부동산의 공법상 제한으로 인하여 소유권취득이 어려운 상황이었을 때 매도인이 나서서 명의신탁자에게 명의신탁약정의 방법을 알려주거나 명의수탁자를 적극 섭외한 뒤 매수인으로 하여금 섭외한 명의수탁자에게 등기명의를 신탁할 것을 권유하는 경우가 있을 수 있다. 이러한 경우에 과연 실체관계에 부합하지 않는 3자간 등기명의신탁을 적극적으로 현출한 것에 대한 주된 책임자가 명의신탁자이고, 매도인은 귀책사유가 없거나 명의신탁자보다 현저히 가볍다고 단정할 수 있을까? 이처럼 3자간 등기명의신탁관계가 형성되는 데에는 다양한 사정이 있을 수 있다. 다수의견처럼 구체적인 사정을 살피지 않은 채 매도인에게 귀책사유가 없거나 명의신탁자의 귀책사유가 매도인보다 훨씬 무겁다고 단정하고는 명의신탁자의 매도인에 대한 매매대금의 반환이나 이행불능으로 인한 손해배상청구를 원천적으로 박탈하는 것은 3자간 등기명의신탁에 관한 모든 사안에 대한 올바른 해결책이 될 수 없고, 구체적인 결론의 타당성을 이끌어 내기도 어렵다.

마) 대체로 3자간 등기명의신탁 사안은 명의신탁자의 이익을 위해 명의신탁자의 요청으로 발생하고, 매도인보다는 명의신탁자에게 귀책사유가 무거운 경우가 많을 것이

다. 그러나 이러한 경우에도 다수의견이 내세우는 신의칙과 같은 이유로 명의신탁자의 매도인에 대한 매매계약상 지위를 획일적으로 박탈하여서는 안 된다. 반대의견과 같이 명의신탁자의 매매계약상 권리는 민법 제390조 등의 일반 법리에 근거하여 행사를 보장하거나 제한하여야 하고 그 틀에서 명의신탁자와 매도인의 구체적 사정이 구현되게 하여야 한다. 조금 더 구체적으로 살펴본다. 매도인의 부동산에 관한 소유권이전등기의 무가 이행불능된 상황에서 명의신탁자의 귀책사유가 무겁다고 평가되는 경우가 있을 수 있다. 이러한 경우에는 민법 제396조의 과실상계 규정이 적용되어 매도인의 채무불이행에 따른 손해배상책임은 제한될 것이다. 또한 계약 전체의 사정에 비추어 보았을 때 명의신탁자의 귀책사유가 매도인의 그것보다 현저히 무겁거나, 매도인에게 책임을 물을 수 없을 정도로 귀책사유가 가벼워 매도인의 책임 있는 사유로 이행불능된 것이 아니라고 평가할 수 있는 경우도 예상할 수 있다. 이러한 경우에는 매도인에게 민법 제390조에 따른 손해배상의무나 명의신탁자에게 민법 제546조에 따른 해제권이 인정되지 않을 것이다. 이와 반대로 3자간 등기명의신탁이 매도인의 주도로 이루어져 명의신탁자보다 매도인의 책임이 훨씬 큰 경우가 있을 수 있다. 이러한 경우에는 명의신탁자에게 민법 제390조에 따른 손해배상청구권이나 민법 제546조, 제548조에 따른 해제권과 원상회복청구권이 인정될 것이다.

다수의견에 대한 보충의견은, 아마도 명의신탁자의 명의수탁자에 대한 직접적인 부당이득반환청구권을 인정하는 마당에, 다시 명의신탁자의 매도인에 대한 매매계약상의 권리관계를 인정할 수 없어 일괄하여 매도인의 책임을 부정하는 것은 아닌지 추측된다. 그러나 이는 본말이 전도된 해석이라고 볼 수밖에 없다.

4) 명의신탁자의 명의수탁자에 대한 부당이득반환청구권을 부정한다고 하여 공평의

이념에 반하는 결과가 발생하는 것은 아니다.

가) 다수의견에 대한 보충의견은 명의신탁자의 명의수탁자에 대한 부당이득반환청구권을 부정하면 명의신탁자가 인수할 위험을 매도인이 부담하여야 하거나 명의신탁자가 보유할 이익을 매도인이 보유하게 되는 결과가 발생하여 공평의 원칙에 부합하지 않는다고 한다.

그러나 명의수탁자의 처분행위 등으로 부동산이 제3자에게 이전되어 매도인의 부동산에 관한 소유권이전등기의무가 이행불능이 되었을 때의 법률효과는 명의신탁자와 매도인, 매도인과 명의수탁자의 개별적 법률관계에 따라 발생한다. 반대의견은 명의신탁자와 매도인 사이의 매매계약으로 인한 법률관계는 그 이행의 가능 여부와 상관없이 일관되게 그 당사자 사이의 매매계약에 의하여 해결하여야 한다는 것이지, 매도인에게 위험을 전가시키는 것이 아니다. 매매계약의 이행에 명의수탁자와 매도인의 무자력 위험까지 고려하여야 하기 보다는 부동산실명법의 입법취지에 더욱 충실할 필요가 있다. 다수의견과 같이 계약당사자나 명의수탁자의 무자력 위험까지 고려하여야 한다고 본다면 부당이득반환의 법리가 아니라 더욱 매매계약에 따른 원칙적인 방법으로 해결하여야 할 것이다.

다수의견에 대한 보충의견이 명의신탁자의 명의수탁자에 대한 부당이득반환청구권을 부정하는 것이 공평의 원칙에 부합하지 않다고 본 것은, 명의신탁자의 신탁부동산의 소유권 취득이라는 종국적인 목적 달성이 불가능하게 되었으므로 명의신탁약정의 취지에 맞게 명의신탁자가 투입한 매매대금이 명의신탁자에게 반환될 수 있게 이해관계가 조정되어야 한다는 것이나, 위와 같이 명의신탁약정을 전제로 한 해석은 부동산실명법의 시행 후에는 더 이상 받아들일 수 없다.

나) 명의신탁자의 명의수탁자에 대한 부당이득반환청구권을 부정하더라도 명의신탁자가 지출한 매매대금을 회수할 수 있는 방법이 없는 것은 아니다.

민법은 이행불능의 효과로서 채권자의 손해배상청구권과 계약해제권 외에 별도로 대상청구권을 규정하고 있지 않지만 판례는 해석상 대상청구권을 인정하고 있다(대법원 1992. 5. 12. 선고 92다4581, 92다4598 판결 등 참조). 매도인의 부동산에 관한 소유권이전등기의무가 이행불능이 되었으면 명의신탁자는 매도인에 대하여 대상청구권을 행사하는 방법으로 매매대금을 회수할 수 있다. 부동산이 수용 등으로 제3자에게 이전되어 보상금이 발생하였다거나 명의수탁자가 부동산을 제3자에게 처분하여 처분대금이 발생하였고, 그 보상금이나 처분대금이 매도인에게 이전되었다면 명의신탁자는 대상청구권의 행사로서 매도인을 상대로 보상금이나 처분대금에 대한 반환을 구할 수 있다. 만약 보상금이나 처분대금이 매도인에게 이전되지 않은 채 명의수탁자가 가지고 있다면 명의신탁자는 매도인에게 명의수탁자에 대한 부당이득반환청구권을 양도할 것을 대상청구권의 행사로 구할 수도 있다(대법원 1996. 10. 29. 선고 95다56910 판결 등 참조). 대상청구권은 채무자나 채권자에게 책임 있는 사유가 있는지를 묻지 않는다. 따라서 명의신탁자는 신탁부동산에 관한 매도인의 소유권이전등기의무가 이행불능이 되면 그 책임 유무를 따질 필요 없이 매도인에게 위와 같은 대상청구권을 행사하여 매매대금을 지출한 데 대한 손해를 전보받을 수 있다.

이와 같이 명의신탁자가 지출한 매매대금을 회수할 수 있는 방법이 원천적으로 배제되는 것도 아닌데 아무런 법률관계가 없는 명의신탁자와 명의수탁자 사이에서 부당이득반환의 법률관계를 인정하는 것은 옳지 않다.

5) 오히려 명의신탁자에게 명의수탁자에 대한 부당이득반환청구권을 인정하는 것은

자기책임의 원칙과 공평의 이념에 반하는 결과를 가져와 부당하다.

3자간 등기명의신탁에서 명의신탁자가 매매대금을 매도인에게 전부 지급하면서도 자신의 이익을 위하여 매수한 부동산에 관하여 무효인 명의신탁등기를 함으로써 불확정적인 법률관계를 조성하였다면 이로 인하여 발생할 수 있는 위험의 부담은 명의신탁자 스스로 부담하는 것이 자기책임의 원칙에 부합한다. 그런데 명의신탁자와 명의수탁자 사이의 부당이득반환의 법률관계를 인정하면 명의신탁자는 자신이 만든 위험을 스스로 부담하지 않은 채 매매계약의 당사자도 아닌 명의수탁자에게 부당이득반환을 구함으로써 문제를 해결할 수 있게 된다. 이는 명의신탁자가 자기책임에 따라 체결하고 이행한 계약상 위험을 제3자인 명의수탁자에게 전가하는 것으로 계약법상 기본원리에 반한다.

다. 부동산실명법 시행 이후에는 무효인 명의신탁약정에서 명의신탁자와 명의수탁자 사이의 부당이득반환관계를 인정할 수 없다.

1) 판례는 양 당사자 사이에 실체적 권리관계가 존재하지 않으면 부당이득반환의 법률관계를 인정하지 않는 태도를 보이고 있다. 계약상 채무자에게 채무이행을 구할 수 있으면 채무자를 통하여 권리구제를 받게 하고 제3자에 대한 부당이득반환청구를 부정하고(대법원 2002. 8. 23. 선고 99다66564, 66571 판결), 제3자를 위한 계약에서 제3자에게 급부가 이행되었더라도 그 이행이 낙약자와 요약자 사이 법률관계에서 이행으로서 의미를 갖는 것이라면 부당이득반환은 낙약자와 요약자 사이에서 성립할 뿐 낙약자가 제3자에게 부당이득반환을 구할 수 없다고 한다(대법원 2005. 7. 22. 선고 2005다7566, 7573 판결). 또한 권리 침해로 인한 부당이득반환관계는 권리와 권리를 침해한 자 사이에서 인정한다(대법원 2011. 6. 10. 선고 2010다40239 판결).

그런데도 종전 판례는 3자간 등기명의신탁에서 아무런 실체적 권리관계가 존재하지

않는 명의신탁자와 명의수탁자 사이의 직접적인 부당이득반환관계를 인정하고 있다. 이는 종전 판례가 명의신탁자와 명의수탁자 사이에 명의신탁약정이 유효하게 성립하였음을 전제로 법률관계를 판단하였기 때문이다. 부동산실명법 시행 전에 명의신탁약정과 물권변동이 있었던 경우라면 종전 판례의 태도를 수긍할 수 있다. 당시에는 명의신탁약정과 그로 인한 물권변동이 유효하였으므로 이를 전제하고 법률관계를 구성할 수 있었기 때문이다.

그러나 부동산실명법이 시행된 후 명의신탁약정과 그로 인한 물권변동이 이루어진 경우는 다르다. 명의신탁약정과 그로 인한 물권변동이 무효임은 명백하므로 명의신탁자와 명의수탁자 사이에 유효한 명의신탁약정이 존재하지 않는다는 전제에서 3자간 등기명의신탁의 법률관계를 판단하여야 한다. 명의신탁자와 명의수탁자 사이에는 아무런 법률관계가 존재하지 않고 명의신탁자와 매도인, 매도인과 명의수탁자 사이의 개별적인 법률관계만 존재하고, 명의신탁자는 별개의 법률관계의 당사자인 명의수탁자에게 부당이득반환청구권을 행사할 어떠한 법적 근거도 없다.

결국 명의신탁자와 명의수탁자 사이의 부당이득반환의 법률관계를 인정하는 것은 명의신탁자와 명의수탁자 사이의 명의신탁약정이 유효함을 전제로 한 종전 판례를 답습하는 것으로서 부동산실명법 시행 이후의 상황에는 맞지 않는다.

2) 부동산실명법 시행 이후에도 부동산 명의신탁의 관행이 사라지지는 않았으나 여러 가지 규제 등으로 인하여 부동산 명의신탁을 둘러싼 거래 환경이 변하였고, 부동산 명의신탁약정이 무효로서 법적으로 보호받기 어렵다는 점이 널리 알려져 이에 대한 국민의 법감정도 크게 변화하였다. 대법원은 반대의견에서 본 것처럼 부동산실명법의 규정 취지에 맞게 여러 논점들에 대하여 법리를 변경해 오고 있다. 3자간 등기명의신탁

의 경우에도 이러한 부동산실명법에 따른 법리가 적용되어야 하고, 부동산실명법 시행 이전의 논리에 따른 종전 판례를 답습하여 부동산실명법의 해석에 혼란을 주어서는 안 된다.

이상과 같은 이유로 반대의견의 논거를 보충하고, 다수의견 및 다수의견에 대한 보충의견에 대한 의견을 개진한다.

재판장            대법원장            김명수

                  대법관            이기택

                  대법관            김재형

                  대법관            조재연

주    심            대법관            박정화

                  대법관            안철상

                  대법관            민유숙

대법관 김선수

대법관 이동원

대법관 노정희

대법관 노태악

대법관 이흥구

대법관 천대엽