

名義信託不動産의 實名轉換(上)

— 不動産實名法 제11조·제12조에 대한 裁判例를 계기로 —

梁 彰 洙*

I. 序

1. 1995년 7월 1일부터 시행되고 있는 「不動産實權利者名義登記에 관한 法律」(이하 「부동산실명법」 또는 단지 「법」)은 주지하는 대로 판례가 파악·전개하여 온 바의 소위 名義信託을 규율하고 있는데, 이 법률의 해석에는 어려운 문제가 적지 않다. 필자는 종전에 발표된 논문에서¹⁾ 이에 관하여 몇 가지 제안을 한 바 있다. 이 글들은 대체로 同法의 주된 규율대상, 즉 부동산실명법이 시행된 후에 행하여지는 명의신탁²⁾ 염두에 두고 쓰여진 것이다. 그러나 아마도 당장 해결되어야 할 것은, 부동산실명법이 시행되기 전에 이미 명의신탁이 행하여진 경우(이하 「기존의 명의신탁」)³⁾ 그 등기를 동법이 정하는 바의 「實權利者」 앞으로 전환하는 것과 관련된 문제들이다.

2. 이는 기본적으로 법 제11조, 제12조를 어떻게 해석·운용할 것인가에 귀착된다

* 서울大學校 法科大學 教授

- 1) 梁彰洙, “不動産實名法 제4조에 의한 名義信託의 效力—소위 登記名義信託을 중심으로”, 서울대 法學 38권 1호(1997. 5), 52면 내지 93면; 同, “不動産實名法の 私法的 規定에 의한 名義信託의 規律—소위 契約名義信託을 중심으로”, 省谷論叢 28輯 3卷(1997. 7), 395면 내지 432면. 그 후 同, 民法研究, 제5권(1999), 73면 이하 및 135면 이하에 각 收錄되었다(이하에서는 이에 의하여 인용한다).
- 2) 同法 附則 제1조는 동법이 1999년 7월 1일부터 시행된다고 정하고 있으며, 특히 附則 제2조 제2항은 명의신탁의 사법적 효력을 정하는 핵심규정인 동법 제4조가 “이 법 시행 전에 명의신탁약정을 하고 이 법 시행 후에 이에 의한 등기를 한 경우에도”(原文上의 漢字를 한글로 바꾸기도 하였다. 이하 같다) 적용된다고 특별히 정하여, 동법이 동법 시행 전의 명의신탁에는 적용되지 아니함을 명백히 하고 있다.
- 3) 前註에서 본 대로 명의신탁약정이 동법 시행 전에 행하여졌으나 그에 기한 등기가 그 후에 행하여진 경우에는 동법 제4조가 적용된다고 하는 것에 좇아, 여기서 「기존의 명의신탁」이란 동법 시행 전에 명의신탁약정이 행하여지고 또한 그에 기한 등기가 이미 행하여진 경우를 가리킨다.

고 할 수 있다.

법 제11조 제1항은 기존의 명의신탁에 대하여 그 시행일로부터 1년(이는 그 규정에서 「猶豫期間」이라고 불리운다) 내에 “실명등기하여야 한다”고 정한다. 여기서 「실명등기」란 “이 법 시행 전에 명의신탁약정에 의하여 명의수탁자의 명의로 등기된 부동산에 관한 물권을 이 법 시행일 이후 명의신탁자의 명의로 등기하는 것을 말한다”(법 제2조 제4호)(강조는 引用者가 가한 것이다. 이하 같다).⁴⁾ 그런데 同條 제3항, 제4항은 유예기간의 기산점이 동법 시행일보다 뒤로 미루어져서 결과적으로 유예기간의 연장이 인정되는 경우를 정하고 있다. 즉 “실권리자의 귀책사유 없이 다른 법률의 규정에 의하여 제1항 및 제2항의 규정에 의한 실명등기 또는 매각처분 등을 할 수 없는 경우”에는 그 사유가 소멸한 때로부터(제3항), 또 —뒤에서 보는 대로 특히 빈번하게 문제가 되는 경우로서— “이 법 시행 전 또는 유예기간 중에 부동산물권에 관한 쟁송이 법원에 제기된 경우에는 당해 쟁송에 관한 확정판결(이와 동일한 효력이 있는 경우를 포함한다)이 있는 날로부터” 각기 1년 이내에 실명전환을 하여야 한다는 것이다.⁵⁾

그러면 기존의 명의신탁에 관하여 법이 정하는 기간 내에 실명전환이 행하여지지 아니한 경우에는 명의신탁관계는 어떻게 되는가? 이 점을 정하는 것이 바로 법 제12조인데, 私法的 效力에 대하여 제1항은 기존의 명의신탁에 관하여 유예기간 안에 실명전환을 하지 아니한 경우에는 “그 기간이 경과한 날 이후의 명의신탁약정 등의 효력에 관하여는” 법 제4조를 적용한다고 정한다.⁶⁾ 그리하여 기존의 명의신탁에 있어서도 명의신탁약정 및 그에 기한 부동산물권변동은 모두 無效가 되는 것이다.

부동산실명법이 시행되기 전에 명의신탁이 빈번하게 행하여지던 것을 생각하면, 기존의 명의신탁의 실명전환에 관하여 정하는 위의 규정들을 둘러싸고 적지 않은 쟁송이 일어날 것임은 충분히 예상할 수 있는 일이었다.

4) 그런데 동조 제2항은 명의신탁자 앞으로 등기를 환원하지 아니하여도 그가 매매 등의 행위를 하고 유예기간 내에 그 취득자에게 직접 등기를 이전한 경우 및 그가 유예기간 내에 관할 시장이나 성업공사 등에 매각을 위탁한 경우에도 이를 실명등기한 것으로 본다고 정하고 있다. 뒤에서 보는 제3항, 제4항에서 「실명등기」 외에 “또는 매각처분 등”이라고 하는 것은 이 제2항의 경우를 가리키는 것이다. 이러한 경우를 모두 포함하여 이하에서는 「實名轉換」이라고 부르기로 한다.

5) 그 외에 1999년 9월 2일 법률 제6015호로 제정된 「재외동포의 출입국과 법적 지위에 관한 법률」(1999년 12월 2일부터 시행된다) 제11조 제2항은 동법이 정하는 國內居住申訴를 한 외국국적의 동포는 기존의 명의신탁에 관하여 “이 법 시행일로부터” 1년 내에 실명전환을 한 경우에는 부동산실명법 제12조 제1항(및 제2항)을 적용하지 아니한다고 정하고 있다.

6) 그리고 同條 제2항은 과징금과 이행강제금에 대한 동법 제5조, 제6조도 적용된다고 정한다.

3. 本稿는 그 사이에 나온 이에 대한 大法院의 裁判例들⁷⁾ 모아 그 내용을 분석하고 약간의 주석을 달고자 하는 것이다. 위 규정들에 대한 해석론을 추상적·일반적으로 전개하는 것보다는, 이러한 작업을 통하여 당사자들 사이에 일어나는 분쟁의 실제 양상을 이해하고 이를 배경으로 보다 實直한 논의를 도모할 수 있지 않을까 생각되기도 하는 것이다. 물론 다른 한편으로 논의가 분산되고 체계성이 모자란 점이 있을지 모르나, 이는 감수하기로 한다.

그리하여 이하에서는 대체로 재판례가 나온 時間的 順序에 좇아 차례로 살펴보기로 한다.

II. 大法院 1997년 4월 8일 판결 96다55846사건(판례공보 97상, 1395면)

1. 이 판결은 필자가 아는 한에서는 부동산실명법에 대한 대법원의 최초의 판단이다.

원고는 피고 명의의 등기가 原因無效라고 주장하여 피고를 상대로 그 등기의 말소를 청구하는 이 사건 소를 제기하여 소송이 진행 중 유예기간이 경과되고 난 후에야 비로소 名義信託解止를 원인으로 하여 소유권이전등기를 청구하는 것으로 변경하였다는 것이다. 대법원은 이 판결에서 이러한 경우도 유예기간 중에 법 제11조 제4항에서 정하는 「부동산물권에 관한 爭訟」(이하 「법 제11조 제4항의 爭訟」)이 제기된 것에 해당한다고 판단하였다. 그리하여 원심법원이 당사자 간의 명의신탁관계를 인정한 다음 원고의 청구를 인용한 판결을 肯認하였다.

2. 이 판결은 우선, 법 제11조 제4항의 「쟁송」은, **애초부터** 신탁자가 수탁자를 상대로 명의신탁해지를 원인으로 한 소유권이전등기청구소송을 제기한 경우에 한정되지 않음을 밝힌 데 의미가 있다. 그러나 나아가 이 판결은 —적어도 이 단계에서는— 그 「쟁송」이란 원칙적으로 그러한 소송, 즉 ① 신탁자가 수탁자를 상대로 하여(當事者) ② 명의신탁해지를 원인으로 하여(請求原因) ③ 소유권이전등기를 청구하는(請求趣旨) ④ 본안소송(爭訟의 種類)을 의미한다는 입장을 취한 것이라고 이해될 여지도 없지 않다. 왜냐하면 여기서 위 1.에서와 같은 결론으로 이끄는 推論過程은 “명의신탁자가 위 법 시행 전 또는 유예기간 중에 수탁자를 상대로 명의신탁해지를 원인으로 한 소유권이전등기청구를 제기한 경우**만이 아니라** 이 사건에서와 같이 수탁자 명의의 소유권이전등기가 원인무효라는 이유로 그 말소를 청구하였다가 위 유예기간이 지나고 나서 비로소 명의신탁해지를 원인으로 하는 소유권이전등기청구로 변경한 경우에도 위 법 제11조 제4항에서 규정하는 유예기간 중에 부동산물권에 관

7) 적어도 公刊된 裁判集에 한정하는 한 이에 대한 下級審의 裁判例는 찾을 수 없었다.

한 쟁송을 제기한 것이 된다고 할 것”이라고 설시되고 있어서, 그 기준적 모델을 위 ① 내지 ④의 요건에 맞는 쟁송에서 구하고 있다고 여겨지기 때문이다.

바로 그렇기 때문에 위 판결은 이와 같이 기준적 소송에서 더 나아가 이 사건의 경우에도 위 「쟁송」의 요건을 충족한다고 보는 이유를 이것저것 들고 있다고 보아야 할 것이다. 즉, 법 제11조 제4항이 단지 “부동산물권에 관한 쟁송”이라고만 정하고 있다는 점, 법 제2조 제4호에서 실명등기의 형식이나 원인을 제한하지 않는다는 점, 그리고 그 법의 제정목적 등에 “비추어 보면”, 그 판시와 같이 「쟁송」의 범위를 말하자면 「확장」하는 것도 허용된다는 것이다.

3. 오히려 생각하여 볼 문제는, 과연 위 ① 내지 ④의 요건에 맞는 쟁송이 법 제11조 제4항의 「쟁송」의 기준적 모델이어야 하는가, 어떠한 이유로 그것이 그러한가 또는 그러하여야 하는가 하는 점일 것이다.

(1) 만일 법 시행 전 또는 유예기간 중에 신탁자가 수탁자를 상대로 명의신탁해지를 원인으로 하여 소유권이전등기청구소송을 제기한 경우라면, 신탁자는 —우리 실무가 즐겨 쓰는 상투어를 빌리자면 “다른 특별한 사정이 없는 한”— 언젠가는 승소의 확정판결을 받을 것이다. 그러므로 그 경우에 대하여 법 제11조 제4항은 단지 신탁자는 그 판결을 받은 후 1년 내에 이에 기하여 등기소에 실명등기를 신청하여야 한다는 의미 이상은 없다. 그런데 소송까지 제기하여 자기 명의의 등기를 원하는 명의신탁자라면 통상은 확정판결 후 바로 실명등기를 신청할 것이므로, 그러한 요구는 실제상으로는 대체로 불필요하다고 하여야 하지 않을까. 물론 승소의 확정판결을 받고도 실명등기를 게을리하는 신탁자도 없지는 않을 것이고 이 경우에는 수탁자 명의의 등기가 그대로 유지되므로 아마도 부동산실명법의 취지는 그 한도에서 실현되지 않는다고 할 수도 있겠다. 그리하여 그 경우에도 뒤의 4.에서 보는 대로 법 제11조 제4항이 적용된다고 하여야 할 것이다.

그런데 문제는 그것이 앞서 말한 의미의 「기준적 모델」이어야 하는가 하는 점이다. 법 제11조 제4항이 과연 그와 같이 기껏해야 예외적으로만 있을 것인 경우를 주로 상정하여 마련되었던 것인가?

(2) 정작 입법과정에서 법 제11조 제4항을 마련하면서 念頭に 두었던 것은 이러한 경우는 아니었던 것으로 생각된다.

부동산실명법의 立法作業을 주도한 財政經濟院(후의 財政經濟部)에서⁸⁾ 발간된 不

8) 재정경제원(당시는 經濟企劃院)의 부동산실명법 입법작업 주동에 대하여는, 우선 梁彰洙(註 1. 登記名義信託), 76면 특히 註 8 참조.

動產實名法 解説은, 위 규정에 대하여 “한편 법 시행 전 또는 유예기간 중에 名義信託된 不動產物權에 관한 爭송이 법원에 제기된 경우에는 권리관계가 확정되어야 실명등기 또는 매각처분을 할 수 있으므로, 유예기간을 당해 爭송에 관한 확정판결이 있는 날로부터 1년으로 연장하였다”고 설명하면서, 이어서 그 예로 “기존 名義受託者를 상대로 전소유자(매도인)가 매매가 무효임을 주장하여 소유권이전등기청구소송을 제기한 경우”를 들고 있다.⁹⁾ 여기서 「전소유자(매도인)」이라고 함은, 소위 「3자 간 등기명의신탁」의 경우,¹⁰⁾ 예를 들면 A로부터 부동산을 매수한 B가 이를 C에게 명의신탁하여 A로부터 C에게 직접 소유권이전등기를 경료한 경우의 「전소유자(매도인)」, 즉 A를 말한다.

이 예에서 우선 흥미를 끄는 것은, 그 소송은 실권리자, 즉 명의신탁자가 제기한 것이 아니라는 점이다(위 ①의 當事者의 점). 그리고 무엇보다도 중요한 것은, 이 설명에 의한다면, 법 제11조 제4항의 「쟁송」이란 실명전환의 법적 전제가 되는 권리관계, 다시 말하면 실명전환을 하기 위하여는 그 존부의 확정이 필요한 권리관계의 존재가 다투어진 爭송을 의미한다는 것이다. 그리고 거기서는 반드시 명의신탁관계의 존부나 내용이 소송물이 되지 않는 것은 물론 그것이 爭點이 되거나 나아가 주장될 필요도 없다(위 ②, ③의 請求原因과 請求趣旨의 점). 위의 예에서 A가 제기한 「소유권이전등기청구소송」(아마도 「소유권이전등기말소청구소송」이라도 별 차이는 없을 것이다)에서 그는 B와 C 사이에 명의신탁관계가 존재한다는 것에 대하여는 一言半句도 언급하지 않고서도, 자신과 B 사이의 매매의 무효를 주장하는 것만으로도 논리적으로 그 청구를 유지할 수 있는 것이다. 이것은 예를 들면 갑이 을에게 매도한 부동산을 을이 다시 병에게 매도하고 다만 소유권이전등기는 갑으로부터 병에게 직접 경료한 경우에 후에 갑이 을과의 매매계약의 무효를 주장함으로써, 또 그것만을 주장함으로써 충분히 병에의 이전등기의 말소를 청구할 수 있는 것과 마찬가지이다.¹¹⁾ 그러나 만일 그 소송에서 A가 승소하여 C의 등기가 말소된다면, 이미 B 앞으로의 實名登記는 이제 할 수 없게 된다고 하여도 좋다. 이는 예를 들면 갑이 을에게 매도한 부동산에 대하여 병이 그것이 자기 소유임을 주장하여 갑 명의로 있는 소유권이전등기의 말소를 청구하여 승소하면, 이미 갑의 을에

9) 財政經濟院, 不動產實名法 解説(1995. 4), 62면.

10) 소위 「3자 간의 등기명의신탁」에 대하여는, 우선 梁彰洙(註 1. 登記名義信託), 77면 이하 참조.

11) 판례도 같은 태도를 취한다. 예를 들어 大判 90.5.11, 89다카10514(공보 875, 1252)은, A와 B 사이의 양도원인행위가 강행법규에 반하여 무효이면, A가 B로부터의 매수인 C에게 직접 소유권이전등기를 경료한 경우에도, A는 C에 대하여 그 소유권이전등기의 말소를 청구할 수 있다고 한다. 이에 대한 理論的 說明으로는, 우선 梁彰洙(註 1. 登記名義信託), 81면 이하 참조(다만 81면 밑에서 셋째 줄의 B는 A로, 82면 위에서 셋째 줄의 A는 B로 정정되어야 한다).

대한 소유권이전등기의무의 이행은 불능이 되는 것과 다를 바 없을 것이다. 위의 설명에 의하면, 이와 같이 여기서 문제되는 「권리관계」는 그 존재가 인정되면 실명전환을 할 수 있게 되는 법률관계만이 아니라, 그 존재에 의하여 실명전환이 불능이 되는 것도 포함한다.

이상과 같이 법 제11조 제4항의 「쟁송」은 적어도 입법단계에서는 위 ① 내지 ④의 요건에 맞는 법적 쟁송을 염두에 둔 것이 아니라고 하겠다.

(3) 다른 한편 위 판결이 말하는 위 ① 내지 ④의 요건에 맞는 쟁송은 결국 實名登記, 즉 명의신탁자 앞으로의 소유권이전등기 그 자체를 내용으로 하는 것이다. 만일 부동산실명법이 시행된 후에 그 법의 취지에 좇아 신탁자가 실명전환을 하고자 하여도 수탁자가 신탁자 앞으로의 실명전환을 어떠한 이유에서든 거부하는 경우에는, 이를 위하여 신탁자는 수탁자를 상대로 명의신탁해지를 원인으로 소유권이전등기를 청구할 수밖에 없을 것이다.

법 제11조 제4항과 같은 규정이 없다고 가정하여 보자. 그 때 신탁자가 유예기간 내에 위와 같은 소송을 제기·수행하여 실명등기를 위하여 할 수 있는 한의 노력을 한 경우예까지, 실명등기가 실제로 행하여진 것은 아니라고 하여, 법 제12조 제1항에서 정하는 대로 법 제4조를 기존의 명의신탁에 적용하여야 할 것인가? 필자는 그렇게 하여서는 아니된다고 생각한다. 즉 제11조 제1항에서 정하는 실명등기의무는, 실제로 실명등기가 행하여진 때는 물론이고, 위와 같이 신탁자가 실명등기를 실행하기 위하여 하여야 하고 또 할 수 있는 한의 권리행사를 유예기간 내에 실제로 한 경우에도 적법하게 이행된 것으로 보아야 했을 것이다. 다만 이 권리행사의 결과 승소의 확정판결을 얻는 등으로 실제로 실명등기를 실제로 할 수 있게 된 때에는 그로부터 상당한 기일 내에¹²⁾ 실명등기를 실행하여야 하며, 그렇게 하지 아니한 때에 비로소 법 제12조 제1항이 적용된다고 해석하면 족하였을 것이다.

이렇게 본다면, 법 제11조 제4항의 「쟁송」을 위와 같이 실명등기 그 자체를 내용으로 하는 것을 기준적 모델로 하여 이해하는 것은, 굳이 그 규정을 두어야 할 이유를 상당 부분 멸각시키는 결과가 된다.

(4) 또한 법 제11조 제4항의 규정위치로부터도 위와 같은 이해는 정당화된다. 이 규정과 그 앞의 同條 제3항은 모두 「유예기간의 연장」을 정한 규정으로 이해되고 있다.¹³⁾ 그런데 동 제3항은 “실권리자의 귀책사유 없이 다른 법률의 규정에 의하여

12) 법 제11조 제4항은 이와 같은 경우에 관한 한 앞의 (1)에서 본 대로 이 「상당한 기간」을 구체적으로 法定한 것이라고도 이해될 여지가 있다.

13) 財政經濟院(註 9), 61면의 표제 참조.

… 실명등기 또는 매각처분 등을 할 수 없는 경우”는 1년의 유예기간이 “그 사유가 소멸한 때”로부터 진행된다고 정하는데, 이 규정이 적용되는 예로서는 “유예기간 중 토지구획정리사업법에 의한 환지처분·도시재개발법에 의한 재개발사업 시행 등으로 인하여 **소유권이전등기를 할 수 없는 경우 등**”을 들고 있다.¹⁴⁾ 말하자면 同項은 실명전환이 「법률의 규정」이라는 객관적 장애사유에 걸려 있음으로 말미암아 실행될 수 없는 경우에 그 不實現에 대하여 신탁자에게 귀책사유가 있다고 할 수 없는 때에는 그 사유의 소멸시로부터 유예기간을 기산한다는 취지일 것이다.

그렇다면 바로 뒤의 제4항도 실명전환이 부동산물권에 관한 쟁송이라는 客觀的 障礙事由에 걸려 있음으로 말미암아 실행될 수 없는 경우(또는 당장은 실행될 수 있다고 하더라도 그 쟁송의 결과에 따라서는 실명등기의 효력이 부인되는 등으로 무의미하게 되는 경우)를 적어도 기준적 모델로 하여 마련되었다고 생각하는 것도 자연스러운 일일 것이다. 다시 말하면 위의 (2)에서 본 대로 「실명전환을 하기 위하여(또는 실명전환을 실효 있는 것으로 하기 위하여) 그 존부의 확정 필요한 권리관계」에 대하여 그 존부에 관한 쟁송이 계속 중이라는 객관적 장애사유가 있는 경우에는 당장 실명전환을 하게 하기보다는 그 쟁송의 결론을 기다려서 그로부터 1년 내에 실명전환을 하여야 한다는 취지라는 것이다.

따라서 그와 같은 장애사유가 있는 것이 아니고 단지 수탁자가 실명전환에 응하지 아니하는 등의 이유로 신탁자가 그를 상대로 소유권이전등기청구소송을 제기한 경우는 위 규정을 해석함에 있어서 지침적인 역할을 할 수는 없다고 하여야 하지 않을까.

4. 그러나 법 제11조 제4항과 같은 규정이 이미 명문으로 존재하는 마당에 위 ① 내지 ④의 요건에 맞는 쟁송을 거기서 말하는 “부동산물권에 관한 쟁송”에 해당한다고 해석할 것인가는 위 3.에서 본 문제와는 차원을 달리한다. 이 문제는 요컨대 거기서 정하는 「유예기간의 연장」의 혜택을 그러한 소송에 인정함이 타당한지에 따라 정하여질 것이다.

그렇게 보면 이는 긍정하여야 할 것이라고 생각된다. 당사자에게 「실명전환」을 하고자 하는 진지하고 확정적인 의도가 있더라도, 그 意圖만으로는 실명전환을 할 수 없는 경우도 얼마든지 있을 수 있다. 바로 생각할 수 있는 것은, 명의수탁자가 명의신탁의 사실을 부인하는 경우, 또는 어떠한 이유에서이든 「실명전환」을 거부하는 경우(수탁자가 신탁자로부터의 매수인에게 직접 소유권이전등기를 경료하는 것을 거부하는 경우도 이에 해당한다)이다. 이러한 사정이 있으면 명의신탁자는 등기환원을 위하여 명의수탁자를 상대로 예를 들면 명의신탁의 해지를 원인으로 하는

14) 財政經濟院(註 9), 62면.

소유권이전등기를 법원에 청구할 수밖에 없을 것이다. 이와 같이 신탁자측이 실명 전환을 위하여 합리적으로 기대될 수 있는 법적 수단을 강구한 경우에는 법 제11조 제4항에서 정하는 “爭訟이 法院에 제기”되었다고 하여 유예기간이 연장 되어야 한다. 바꾸어 말하면 수탁자가 임의로 신탁자 앞으로의 소유권이전등기를 경료하여 주려는 등으로 실명등기의 실행이 신탁자 자신의 의사만에 걸려 있는 경우에도 1년의 유예기간이 주어지는데, 그렇다면 신탁자가 —수탁자가 등기환원을 거절하는 등의 이유로— 부득이 법 시행 당시 이미 또는 법 시행일로부터 1년 내에 수탁자를 상대로 하여 소유권이전등기청구소송을 제기하고 승소의 확정판결을 받아 놓아서 이제 자신의 의사만에 의하여 실명등기를 실현할 수 있게 된 신탁자에게도 마찬가지로 그 시점(이때 신탁자는 앞서 말한 경우와 같은 처지에 있게 된다)으로부터 1년의 유예기간을 부여하는 것이 균형에 맞는 것이다.

이와 같이 해석하는 경우에는, 앞의 3.에서 본 바의 「실명전환을 하기 위하여 그 존부의 확정이 필요한 권리관계」의 存否가 다투어진 쟁송과 여기서 본 위 ① 내지 ④의 요건에 맞는 쟁송과의 관계가 문제되지 않을 수 없다. 이에 대하여는 뒤의 IV.3.(2)(c)에서 보기로 한다.

5. 그러면 위 판결의 사안에서처럼 이미 신탁자가 수탁자를 상대로 그 등기가 원 인무효라고 주장하여 그 말소를 구하는 소송을 제기하였다가 후에서야 비로소 이를 명의신탁해지를 원인으로 하는 소유권이전등기청구로 변경한 경우는 어떠한가? 이 역시 4.에서와 같이 판단되어도 좋을 것이고, 따라서 위 대법원판결의 결론은 수긍 될 수 있다.

수탁자가 신탁자 앞으로의 등기환원을 어떠한 이유에서 거부하는 경우에 신탁자의 입장에서 이를 관철하는 데 필요한 法的 觀點을 정확하게 指摘하는 것은 반드시 용이한 것이 아니다. 예를 들면 수탁자의 소유권등기가 전혀 原因 없이 행하여 졌는지, 假裝行爲에 기한 것인지, 그들 사이에 명의신탁약정이 존재하는지, 아니면 무슨 채권관계가 있어 담보약정이라도 있다고 할 것인지가 소송의 당초에 미리 정확하게 파악·주장될 것을 기대할 수는 없다. 명의신탁약정이 있었다는 것도 실은 소송에 나타난 자료의 면밀한 검토에 기하여 사후적인 법적 평가로서 비로소 發見 또는 象嵌된다고 하는 것이 실상에 보다 적절한 설명일 것이다.¹⁵⁾ 요컨대 이러한 사안맥락에서 법 제11조 제4항의 적용에 있어서 의미 있는 것은, 수탁자가 등기환원을 거부하였다는 것, 그리고 그에 따라 필요하게 된 신탁자의 법적 공격(“쟁송”)이 실제로 행하여졌다는 것 자체인 것이다.

15) 따라서 여기서 말하는 「신탁자」 또는 「수탁자」라는 用語도 그와 같이 사후적으로 주어 져야 할 것이다.

III. 大法院 1997년 5월 1일 결정 97마384사건(판례공보 97하, 1811면)

1. 이 결정은 등기공무원의 처분에 대한 異議事件에 대한 것이다.

이 사건에서는 1971년 5월 19일자로 갑 앞으로 소유권이전등기가 행하여졌는데 을이 1996년 8월 27일에 이르러(따라서 법 시행 후 1년이 경과한 후에) 갑 명의의 등기가 자신과 갑 사이의 명의신탁약정에 기하여 행하여졌다고 하여 명의신탁약정의 해지를 원인으로 자기 앞으로 소유권이전등기를 할 것을 신청하였다. 登記公務員은 이 등기신청은 부동산실명법에서 정하는 유예기간이 경과한 후에 행하여진 것으로서 不動産登記法 제55조 제2호에서 정하는 “사건이 등기할 것이 아닌 때”에 해당한다고 하여 이를 각하하였다. 乙의 재항고에 대하여 대법원은 법 제11조 제1항 본문, 제12조 제1항, 제4조의 규정에 비추어 위의 등기신청은 “그 신청취지 자체에 의하여 법률상 허용될 수 없음이 명백한 경우”로서 등기공무원의 처분은 정당하다고 판단하여 乙의 再抗告를 기각하였다.

2. 이는 비록 登記節次法上的 문제를 다룬 것이기는 하나, 종전의 명의신탁에 대하여 부동산실명법이 정하는 유예기간이 경과한 후에는 명의신탁해지를 원인으로 하는 등기청구권은 법률상 인정되지 아니함을 전제로 하는 것이라고 이해된다. 이 점에 대하여는 뒤의 VIII. 이하에서 다시 보기로 한다.

그런데 명의신탁의 해지를 원인으로 한 登記申請에 대하여 등기공무원이 유예기간의 도과 여부를 스스로 판단하여 이를 却下하는 것은 소위 形式的 審査主義의 원칙에 반하는 것이 아닌가 하는 의문이 제기될 수도 있겠다. 한편으로 부동산등기법에서 신청각하사유로 정하는 “사건을 등기할 것이 아닌 때”의 의미에 대하여는, 그것이 반드시 등기법상 등기가 허용되지 않는 경우뿐만 아니라 실체법상 등기가 허용되지 않는 경우, 즉 신청대로 등기가 되었다고 가정하더라도 실체법상 당연히 무효이어서 등기의 효력을 발생할 여지가 없는 사항을 내용으로 하는 등기신청인 경우도 포함한다고 해석되고 있기는 하다.¹⁶⁾ 그러나 다른 한편으로 “실체법상 무효인지 또는 유효한지에 관하여 판례나 학설상 다툼이 있는 사항 또는 실체법상의 효력을 판단하기 어려운 사항에 관하여는, 일응 接受해서 등기하는 것이 상당한 조치”라고 설명되고 있으며,¹⁷⁾ 그리하여 위 규정에 의하여 신청을 각하할 수 있는 것은 “一見하는 것만으로 그것이 본래 등기하여서는 안 되는 것임이 명백한 경우”에

16) 우선 郭潤直, 不動産登記法, 新訂(修正)版(1998), 222면; 申彦淑, 註解 改正 不動産登記法(1984), 369면 참조. 우리 규정과 같은 내용인 일본 부동산등기법 제49조 제2호의 해석에 대하여 幾代通, 不動産登記法, 제4판(1994), 156면; 吉野衛, 注釋 不動産登記法, 下卷, 新版(1982), 302면; 杉之原舜一, 新版 不動産登記法(1970), 222면 등 참조.

17) 郭潤直(前註), 同所. 幾代通(前註), 同所도 같은 서술을 한다.

한정된다는 것이 판례의 태도이다.¹⁸⁾ 이러한 이해에 비추어 본다면, 또 특히 앞의 II.3.에서 본 바와 같이, 「실명전환을 하기 위하여 그 존부의 확정 필요권리관계」의 存否가 다투어진 쟁송의 계속 기타 사유에 의하여서도 유예기간이 연장된다고 이해한다면, 과연 등기공무원이 명의신탁의 해지를 이유로 하는 등기신청에 대하여 등기신청을 각하할 수 있는지 의문이 제기될 여지가 없지도 않다고 생각된다.

그런데 1995년 6월 14일의 등기예규 제817호(“부동산실권리자명의등기에관한법률 시행에 따른 업무지침”) 제3항은, “명의신탁해지를 원인으로 하는 소유권이전등기 또는 소유권이전등기말소등기의 신청은 수리하여서는 아니된다. 다만 동법 제8조 내지 제11조 제1항 단서에 해당하거나, 위 법 시행일로부터 1년(법 제11조 제3항 및 제4항이 정하는 사유가 있는 때에는 각 사유가 소멸 또는 발생한 때로부터 1년) 이내에 실명등기하는 경우에는 그러하지 아니하다”고 정하고 있다. 이 例規에 의한다면, 유예기간의 연장을 주장하는 등기신청인으로서 자신의 등기신청이 「법 제11조 제3항 및 제4항이 정하는 사유가 소멸 또는 발생한 때로부터 1년」에 행하여졌음을 밝히고 증명하여야 하고, 등기공무원은 그 당부를 판단하여야 한다. 그것이 「맹백」하거나 간단한 일이 아님은 뒤의 VII.에서 보는 大決 99.9.9, 97마722(공보 99하, 2164)에서도 분명히 드러난다.

3. 또한 위 결정은, 부동산실명법이 정하는 課徵金을 부과받은 명의신탁자는 나아가 “지체 없이 … 자신의 명의로 등기하여 한다”고 정하는 법 제6조 제1항이 명의신탁자에게 명의신탁약정을 원인으로 하는 등기청구권을 부여하는 것이 아닌가 하는 문제도 다루고 있다. 대법원은 결론적으로 위의 규정은 “기존의 명의신탁약정과 명의수탁자 명의 등기가 무효로 되었음에도 불구하고 명의신탁자에게 새삼스럽게 명의신탁약정을 원인으로 하여 직접 명의수탁자로부터 등기를 청구할 수 있도록 私法上의 권리를 창설하는 것이라고 볼 수 없”고 단지 명의신탁자에 대하여 “공법상의 의무를 부과하는 것에 불과”하다고 판단하였다. 이 판단은 정당하다고 생각된다. 위 규정이 신탁자 앞으로 등기하여야 한다고 정하는 것은, 과징금의 부과 또는 납부에 의하여 實名登記義務(법 제3조 제1항 등 참조)가 면제되는 것이 아님을 주의적으로 규정하는 데 불과하고 명의신탁약정에 어떠한 私法上의 效力을 인정하는 취지는 아니기 때문이다.

4. 그런데 무엇보다도 이 대법원결정이 흥미를 끄는 것은, 부동산실명법 제12조

18) 예를 들면 大判 72.11.29, 72마776(集 20-3, 153); 大判 80.2.13, 79마412(集 28-1, 88); 大判 80.7.10, 80마150(集 28-2, 178) 등 확고한 판례는, “부동산등기법 제55조 제2호의 ‘사건이 등기할 것이 아닌 때’라고 함은 등기신청이 그 신청취지 자체에 의하여 법률상 허용할 수 없음이 명백한 경우를 말하는 것”이라고 한다. 吉野衛(註 16), 同所도 同旨.

를 적용하여 명의신탁약정에 기한 등기환원을 거부하였다는 사실 그 자체이다. 위 규정은 단기의 「유예기간」 안에 실명전환을 하지 아니하면 매우 엄한 제재(동조 제2항 참조)를 가하는 등 실제로는 명의신탁자의 종전의 지위를 실제로 박탈하는 것이 될 수 있어서, 재산권보장에 관한 헌법 제23조 등에 위반하는 규정이라는 違憲의 주장이 제기될 여지가 있다고 생각된다. 그러나 대법원은 이러한 위헌성의 문제에 대하여 적어도 일단은 부정적인 판단을 하여¹⁹⁾ 그 규정을 적용한 것으로 해석될 여지가 있다. 대법원이 위 결정을 함에 있어서 그 문제를 의식하였는지 여부는 확인할 자료가 없으나, 객관적으로 위 규정을 적용하여 명의신탁자의 권리를 부정한 것은 결국 위 규정이 함현이어서 유효함을 前提로 한 것으로 이해되기 쉽기 때문이다. 물론 앞의 II.에서 본 大判 97.4.8.도 위 규정의 적용이 문제된 것이기는 하나, 그 사건에서는 결론적으로 유예기간의 도과가 否認되어서, 위헌문제가 사건해결의 필연적인 논리고리를 형성하지는 아니하였었다. 그러나 이 결정은 위 규정을 정면에서 적용하여 종전에 인정되던 명의신탁자의 권리를 이제 부인한 것이므로, 兩者의 含意는 다른 바가 있다고 하지 않을 수 없다.

IV. 大法院 1998년 6월 26일 판결 98다12874사건(판례공보 98하, 1992면)

1. 약 1년의 간격을 두고 다시 부동산실명법의 적용이 문제된 이 판결은 여러 모로 흥미로운 판단을 담고 있다. 그리고 이는 그 후의 裁判例들에 방향을 부여하는 중요한 의미를 가진다.

(1) 이 사건의 사실관계를 단순화하면 다음과 같다.

원고와 피고가 원래의 토지소유자로부터 토지 1필의 특정 일부씩을 매수하였으나 등기를 넘겨받음에 있어서는 “분필로 인한 번거로움을 피하기 위하여” 두 사람이 합의하여 피고 1인 앞으로 소유권이전등기를 경료받았다. 그 후 피고는 그 전부를 갑에게 양도하였다. 그리하여 갑은 부동산실명법 시행 전에 원고를 상대로 원고가 점유하는 토지부분의 인도를 구하는 소송(「前訴」)을 제기하였는데, 전소에서 원고(그 사건의 피고)는 “이 토지부분의 실질적 소유권은 원고에게 있고 갑 명의의 소유권이전등기는 피고의 배신적 처분행위[이는 아마도 피고가 명의신탁자로서의 채권적 의무에 반하여 목적물을 처분하였다는 의미일 것이다]에 갑이 적극 가담하여 이루어진 것이어서” 무효라고 주장하면서 다투었다. 그 결과 원고의 주장이 받아들

19) 헌법재판소법 제41조 제1항에서 보는 대로, 대법원을 포함하여 법원은 당사자의 신청이 없어도 職權으로 위헌 여부의 심판을 제청할 수 있다.

여져서, 1996년 11월에 갑의 패소판결이 확정되었다. 그러자 원고가 동년 12월에 피고를 상대로 명의신탁의 해지를 원인으로 소유권이전등기를 청구한 것이 바로 이 사건이다.

原審法院은, 이 사건 소가 1996년 6월말로써 종료되는 부동산실명법상의 유예기간을 초과하여 제기되었으므로 이제 명의신탁의 해지를 이유로 하는 이전등기청구는 허용되지 않는다고 하여 청구를 기각하였다. 그러나 大法院은 원심판결을 파기하였다.

(2) 우선 대법원은, 부동산실명법이 유예기간을 둔 취지를 “오랜 기간 판례를 통하여 널리 그 효력이 인정되어 오던 부동산명의신탁 … [의] 사법적 효력을 부정함으로 인하여 발생할 수 있는 사회적 혼란을 막고 당사자의 법적 안정성을 도모하기 위하여 기존 명의신탁약정에 관한 한 이를 한시적으로 유효한 것으로 인정함으로써 명의신탁자로 하여금 그 기간 안에 명의신탁해지 등의 방법으로 실명전환을 할 수 있는 기회를 보장하자는 데에 있다”고 이해하고 있다(이하 판시 [1]). 여기서는 무엇보다 「사회적 혼란의 방지」나 「법적 안정성」만이 언급되고 명의신탁부동산에 대한 신탁자의 법적 지위의 유지·보장이라는 적어도 당사자에게는 보다 근본적인 이익에 별로 주목하지 아니한다는 점이 눈에 뜨인다.

이어서 이 판결은, 규정취지가 그러하므로 “법 제11조 제4항에서 말하는 ‘부동산물권에 관한 쟁송’에는 명의신탁자가 기존 명의신탁약정에 기하여 직접 쟁송을 제기한 경우뿐만 아니라 명의신탁자가 명의신탁관계를 **否定당하여** 제소당한 경우도 포함된다”고 해석하여야 한다고 설시한다(이하 판시 [2]).

나아가 결론적으로 이 사건 소송에서 원고는 명의신탁의 효력, 나아가 그 해지를 원인으로 하는 소유권이전등기청구권을 주장할 수 있다고 판단한다. 그런데 이러한 결론은, 前訴가 —판시 [2]의— “명의신탁자가 **명의신탁관계를 부정당하여** 제소당한 경우”에 해당한다는 이유에서 도출되고 있지 **않다**. 그와는 별도로, 이 사건의 사안을 교묘하게 시야에 둔 다음과 같은 설시(이하 판시 [3])가 위 판시에 이어지고 있다.

“수탁자 또는 전득자가 신탁자를 상대로 당해 부동산물권에 터잡아 제기한 인도청구소송 등에서 신탁자가 이 사건 부동산의 실질적 소유권은 자신에게 있고 전득자 명의의 소유권이전등기는 원인무효의 등기라고 적극 주장하여 그 소송에서 신탁자의 주장이 받아들여져 결국 위 인도청구소송 등이 수탁자 또는 전득자의 패소로 확정되어, 신탁자가 **협외에 의한 소유권 회복을 기대하고 있다**가 수탁자나 전득자가 이에 응하지 아니하여 부득이 명의신탁해지를 원인으로 소유권이전등기소송 등을 제기한 경우, 그 소송이 인도청구소송 등의 확정 후 **상당한 기간 내에** 이루어진 것으로서 당해 부

동산에 관한 쟁송이 계속되고 있다고 평가되는 경우라면, 위와 같은 일련의 인도청구 소송과 소유권이전등기청구소송 등은 그 전체로서 일체가 되어 위 법조항에서 말하는 ‘부동산물권에 관한 쟁송’에 해당된다고 봄이 상당하다고 할 것이므로, 먼저 제기된 위 인도청구소송 등이 위 법 시행 전 또는 유예기간 중에 이루어진 이상, 위 일련의 소송의 계속 중에는 기존의 명의신탁관계가 실효되지 않는다고 보아야 할 것이다.”

여기서 핵심적인 부분은, 법 제11조 제1항의 「쟁송」의 해석과 관련하여 前訴와 이 사건 소송은 이를 전체로서 관찰하면 「一體」로서 파악되어야 한다는 점이라고 할 것이다. 뒤의 V.에서 살펴보는 大判 98.11.10, 98다30827(공보 98하, 2841)과 합하여 보면, 이러한 全體的 觀察이야말로 제11조 제4항의 「쟁송」에 관한 판례의 태도를 이해함에 있어서 결정적인 의미를 가진 것이다. 나아가 만일 판례의 태도를 그와 같이 파악한다면 앞의 II.에서 본 大判 97.4.8, 96다55846(공보 97상, 1395)도, 비록 복수의 소송이 행하여진 사안에 대한 것은 아니나, 하나의 소송절차 내에서 請求의 變更이 있는 경우로서 역시 이를 전체적으로 볼 때 「계속된 하나의 쟁송」이라고 평가되었기 때문에 그 요건이 충족되었다고 판단된 것이라고 —사후적으로— 설명될 수 있을 것이다. 그리고 위의 인용설시에서 드는 다른 事實要素들, 예를 들면 前訴에서 명의신탁관계의 존재가 적극적으로 주장되었다든가, 전소가 종결된 후 신탁자가 협의에 의한 소유권 회복을 기대하고 있었다든가, 이 사건 소송이 전소의 종결 후 상당한 기간 내에 이루어졌다든가 하는 등의 사정은 그러한 전체적 관찰의 관점에서 볼 때 하나의 쟁송이 계속하고 있는지 아니면 별개의 쟁송이라고 할 것인지를 판단하는 하나의 자료에 불과한 것으로 이해될 수도 있을는지도 모른다.

또 하나 注目되는 것은, 이 판결은 後訴까지 합하여 법 제11조 제4항의 「쟁송」에 해당한다는 취지로 판단하고 있어서, 후소가 진행되고 있는 동안에는 아직 猶豫期間은 그 진행을 개시하지조차 않았다는 귀결이 된다는 점이다. 同規定은 유예기간은 “당해 쟁송에 관한 確定判決” 등이 있는 날로부터 진행된다고 정하고 있는데, 이는 당해 쟁송이 종결되었다는 의미로 이해할 것이다. 그런데 아직 「당해 쟁송」이 係屬 중이므로 유예기간은 아직 起算되지 아니하는 것이다.

2. 우선 판시 [1]에 대하여 보자.

만일 법 제11조 제4항 등의 규정취지를 이와 같이 「사회적 혼란의 방지」나 「법적 안정성」이라는 관점에서 이해한다면, 판시 [2]나 [3]과 같이 법 제11조 제4항의 「쟁송」을 보다 넓게 해석하려는 지향은 잘 설명될 수 없다고 여겨진다. 왜냐하면 가능한 한 예외(여기서는 유예기간의 연장)를 억제하고 조기에 기존의 명의신탁을 포함한 모든 명의신탁에 대하여 일률적·전면적으로 그 효력을 부인함으로써 「사회적 혼란」이 방지되고 「법적 안정성」이 도모된다고도 할 수 있기 때문이다.

필자는 그 규정의 취지를 바라보는 기본시각은 다음과 같은 것이어야 한다고 생각한다. 즉, 종래 유효한 것으로 法認된 명의신탁에 기하여 명의신탁자가 가지던 재산적 지위는 명의신탁에 법적 효력을 인정하기를 거부하는 새로운 법률의 제정·시행에 의하여 영향받아서는 안 되는 것이 원칙이다. 그런데 부동산실명법은 登記를 「실질적 권리관계」와²⁰⁾ 합치시키려는 입법목적은 실효 있게 달성하려면 장래에 대하여 명의신탁을 금지하는 것만으로는 부족하고, 종래 빈번하게 행하여져서 널리 퍼져 있는 既存의 名義信託에도 부득이 손을 대서 이를 일정한 방향으로 규율하지 않을 수 없다는 입장을 취한 것이다. 그런데 여기서 우리는 국민의 기본권을 제한하는 법률의 限界에 관한 다음과 같은 헌법상의 원칙도 상기할 필요가 있다. 기존의 명의신탁에 기한 既存의 「財産權」은 여전히 「保障」되어야 한다(憲法 제23조 제1항 제1문). 만일 이를 제한하고자 한다면, 우선 그 제한의 합리적인 근거를 제시·설득할 부담이 제한조치를 취하는 측(여기서는 국가)에게 지워지며, 나아가 그 제한의 내용도 그 근거인 목적을 달성하기에 적합하고(「적합성의 원칙」), 필요 이상으로 제한하여서는 안 되고(「최소침해의 원칙」) 또 그 목적과의 사이에 균형이 맞는 것이어야 한다(「비례의 원칙」).²¹⁾ 물론 헌법 제23조 제1항에서 정하는 대로 재산권의 내용과 한계 자체가 법률로 정하여지므로, 그러한 소위 基本權形成的 法律留保에 대하여는 원칙적으로 이들 원칙을 기본권의 법률유보에 대해서와 같은 내용으로 적용하기 어려울지 모른다.²²⁾ 그러나 既存의 名義信託으로 이미 얻어진 財産權을 事後立法으로 제한하는 것에 대하여는 큰 차이를 두기 어렵다고 생각된다.

그렇게 보면 유예기간의 부여 또는 연장은 오히려 당연한 것이고, 무슨 특혜가 아닌 것이다(필자는 나아가 법 제11조, 제12조의 규정내용은 전체적으로 볼 때 이

20) 이는 판례가 인정하는 바의 효력 없는 등기의 흠을 치유하는 그 「실체적 권리관계」라는 의미가 아니라 부동산실명법 제2조 제1호의 「事實上 保有」라는 말과 유사한 의미이다.

21) 헌법학에서 논의되는 이러한 「법률에 의한 기본권 제한의 한계」에 대하여는 우선 許營, 韓國憲法論, 新訂10版(1999), 276면 이하 참조. 한편 이들 원칙을 한 마디로 집약하는 바의 「과잉금지의 원칙」을 실제의 사건에 적용한 많은 헌법재판소의 재판이 있다.

22) 헌법 제23조 제1항 제2문에 표현된 재산권에 대한 立法形成權과 헌법 제37조 제2항에 기한 재산권제한입법에 대한 限界設定과의 긴장관계는 수많은 憲法裁判所決定에서 쉽사리 알 수 있는 바이다. 최근의 예로 도시계획법 제21조에 대한 憲裁決 98.12.24, 89헌마214등(憲集 10-2, 927)은, 한편으로 “재산권이 법질서 내에서 인정되고 보호받기 위하여는 입법자에 의한 형성을 필요로 한다. 즉, 재산권은 이를 구체적으로 형성하는 법이 없을 경우에는 재산에 대한 사실상의 지배만 있을 뿐이므로 다른 기본권과는 달리 그 내용이 입법자에 의하여 법률로 구체화됨으로써 비로소 권리다운 모습을 갖추게 된다”고 하면서도, 다른 한편으로 “그렇다고 하더라도 토지재산권에 대한 제한입법 역시 다른 기본권을 제한하는 입법과 마찬가지로 과잉금지의 원칙을 준수해야” 한다고 판시한다. 이 決定에 대한 評釋으로 金文顯, “都市計画法 제21조에 대한 憲法訴願”, 權寧星 교수 停年記念論文集(1999), 709면 이하 참조.

러한 「한계」를 넘어선 것으로서 헌법에 합치하지 아니한다고 볼 여지가 있다고 생각한다). 거칠게 말한다면, 법 제11조, 제12조 자체가 오히려 부득이한 例外的 制限이고, 따라서 종전의 명의신탁에 기한 당사자의 재산적 지위를 제한하는 법률규정은 이를 엄격하게 해석하여야 하며, 그 반면으로 예를 들면 법 제11조 제4항의 「쟁송」과 같이 종래의 재산적 지위가 그대로 유지되게 하는 바의 요건은 보다 완화해서 해석되어야 하는 것이다.

그런데 위 판결은 혹 이를 逆轉하여, 종전의 명의신탁도 위 법의 시행에 의하여 당연히 무효가 되어야 하는데, 다만 「사회적 혼란의 방지」와 「법적 안정성」을 위하여 예외적으로 유예기간의 특혜를 주었다고 본 것은 아닌가 하는 의문을 불러일으킨다.

3. 판시 [2]는 어떤가?

(1) 먼저 지적할 것은 여기서도 법 제11조 제4항의 「쟁송」의 말하자면 原型 내지 基本型을 위 ① 내지 ④의 요건에 맞는 쟁송에서 구하는 태도를 그대로 유지되고 있다는 점이다. 그것은 판시 [2]의 전반부분, 즉 “법 제11조 제4항에서 말하는 ‘부동산물권에 관한 쟁송’에는 명의신탁자가 기존 명의신탁약정에 기하여 직접 쟁송을 제기한 경우**뿐만 아니라**”고 실시하는 部分에서 드러난다.

(2) 나아가 후반부분(“명의신탁자가 명의신탁관계를 부정당하여 제소당한 경우도 포함된다”)은 우선 前訴의 내용을 제대로 반영하는 것인지가 의문이다. 前訴는 명의수탁자로부터의 전득자가 목적부동산을 점유하는 신탁자를 상대로 하는 토지인도 소송으로서, 그 청구는 명의신탁관계의 존재가 인정되더라도 긍정될 수 있고 「명의신탁관계가 부정」되어야만 성립할 수 있는 것이 아님은 물론이다. 그렇게 보면 前訴에서 그 원고가 명의신탁관계의 존재를 「부정」하는 주장을 하지 않았을 수도 있는 것이다.²³⁾

물론 이 판결에서 명의신탁자 자신이 제기한 소송이 아니라 그가 피고가 된 소송도 법 제11조 제4항의 「쟁송」에 해당할 수 있다는 부분은 종전에 보이지 않던 판시로서 의미가 없다고는 할 수 없다. 그러나 이 판결에서 결론을 지탱하는 실시는 역

23) 혹 그 취지는 大判 97.10.10, 96다38896(공보 97하, 3401)에서 판시하는 대로 명의수탁자가 목적물을 처분하여 제3자가 이를 유효하게 취득함으로써 “명의신탁관계는 소멸”하였다고 하는 의미인지도 모른다. 그런데 그 전의 大判 87.5.12, 86다카2653(공보 803, 968)은 수탁자로부터 제3자 앞으로 소유권이전등기가 경료되어 “형식상 수탁자의 명의신탁관이 해소되었다는 사유만으로” 신탁자와 수탁자 사이의 신탁계약상의 법률관계가 소멸하지 아니한다고 판시하고 있다. 그러므로 위 大判 97.10.10.의 취지를 일반화하는 데는 주저를 느낀다.

시 판시 [3]이라고 할 것이다. 또한 앞의 II.3.에서 본 대로, 「실명전환을 하기 위하여는 그 준부의 확정이 필요한 권리관계」의 存否가 다투어진 쟁송이 행하여지는 것으로서 족하다고 해석하고, 거기다 그 쟁송에서 명의신탁자가 원고인지 피고인지 상관없으며 나아가 그가 전혀 당사자가 되지 아니한 경우라도 무방하다고 덧붙인다면(앞의 II.3.(2) 참조), 판시 [2]와 같은 설시는 반드시 필요하지 않았을 수도 있을 것이다.

4. 나아가 판시 [3]에 대하여 본다.

(1) 우선 이와 같이 **전체적 관찰에 의하여** 법 제11조 제4항의 「쟁송」 유무를 판단한다는 대법원의 태도를 어떻게 평가할 것인가?

(a) 어떠한 구체적·개별적 법률요건의 충족 여부가 「**전체적 관찰**」 또는 「**종합적 관찰**」에 의하여 판단되어야 한다는 思考는 實務에서 즐겨 채용되고 있는 법해석수단의 하나이다. 단지 몇 가지 예를 들어 보자.

(aa) 민법 제652조는 민법 제643조(토지임차인에게 地上物買受請求權을 부여하고 있다) 등에 위반하는 약정으로 임차인에게 불리한 것은 무효라고 정한다. 그런데 토지임대차계약에서, 임차인이 계약기간의 만료 후 “건물을 철거하고 원상회복하여 임대인에게 토지를 반환”하기로 약정하였다고 하자. 이 약정은 토지임차인의 지상물매수청구권을 배제하는 것으로서 명백히 「임차인에게 불리」하다고 하지 않을 수 없을 것이다. 그러므로 위 약정은 민법 제652조에 좇아 무효인 것으로 생각된다. 그런데도 大判 92.4.14, 91다36130(集 40-1, 301); 大判 93.12.28, 93다26687(공보 94상, 521) 등은, “불리한 약정인지 여부는 우선 당해 계약의 조건 자체에 의하여 가려져야 하지만, 계약체결의 경위와 제반 사정 등으로 **종합적으로 고려하여 실질적으로** 임차인 등에게 불리하다고 볼 수 없는 특별한 사정을 인정할 수 있는 때에는 위 강행규정에 저촉되지 아니한다”고 판시하고, 이에 기하여 「당해 계약의 조건 자체」로 보면 임차인에게 불리하다고 하여야 할 約定을 당사자간의 계약관계의 「**종합적 관찰**」을 함으로써 불리하지 아니한 것으로 판단하고 있다.

이미 그러한 抽象論이 실시되기 전에 大判 82.1.19, 81다1001(集 30-1, 17)은, 임차인이 증·개축한 시설물과 부속 시설을 임대차 종료시의 현상대로 임대인에게 귀속시키기로 하는 임대차계약상의 약정이라도 “그 대가로 보증금 및 월차임을 파격적으로 저렴하게 하고 그 임대기간도 장기간으로 약정하였으며, [나아가] 임대인이 임대차 종료 후 즉시 임대건물을 철거하고 그 부지에 건물을 신축하려 하였으며 임

차인이 계약 당시부터 이를 알고 있었"던 事實關係 아래서는 "단지 부속물매수청구권을 배제하기로 하거나 또는 부속물을 대가 없이 임대인에게 귀속시키는 약정들과는 달라서" 임차인에게 불리한 약정이 아니라고 판시하여, 위와 같은 抽象論을 先取한 바 있는 것이다.

(bb) 그리고 최근의 예로는 무엇보다도, 목적물을 인도받은 부동산매수인이 이를 제3자에게 매도하고 그 점유를 이전한 경우 원래의 매도인에 대한 그의 소유권이전등기청구권이 시효에 걸리는지 여부가 문제된 大判(全) 99.3.18, 98다32175(공보 99상, 718)을 들 수 있다. 주지하는 대로 同判決에서 대법관 8인의 多數意見은 이를 부정하고 그 경우 소유권이전등기청구권은 소멸시효에 걸리지 않는다고 판단하였다. 그런데 그 이유의 하나로 "인도, 등기 중 어느 한쪽만이라도 권리행사하는 자는 **전체적으로 보아** 부동산에 관하여 권리 위에 잠자는 자라고 할 수 없다"는 점을 들고 있는 것이다.

그 외에 주택임대차보호법 제3조 제1항의 「주민등록」의 요건과 관련하여 일단 아들과 함께 住民登錄을 하였다가 일시적으로 다른 곳으로 이를 옮긴 후 다시 轉入申告한 사안에 대한 大判 96.1.26, 95다30338(공보 96상, 745)이나, 상해보험에서 무면허운전면책약관의 효력과 관련하여 "보험사고가 전체적으로 보아 고의로 평가되는 행위로 인한 경우에만" 그 약관의 유효성이 인정되며 무면허운전 자체가 고의행위인 것과는 별도로 大判 96.4.26, 96다4909(공보 96상, 1719) 등도 그 한 예로 들 수 있을 것이다.

(b) 물론 어떠한 법조항도 하나의 언어표현인 이상 그 의미는 그 표현이 자리잡은 전체적 문맥 속에서 파악되어야 함은 물론이다. 법해석방법의 하나로서의 體系解釋이란 바로 이러한 관점에서 행하여지는 바이다. 그리고 법률요건에 따라서는 그 성질상 당연히 "구체적 사건의 제반사정을 고려하여" 판단되어야 하는 경우도 없지 않다. 이는 예를 들면 과실상계의 비율을 정하는 때와 같이 非訟的 要素가 있는 경우가 그러할 것이나, 앞의 (a)에서 본 대로 어떠한 계약조항의 「불리」 여부와 같이 그 자체로서 당사자의 제반 사정에 대한 일정한 평가를 전제로 하는 경우도 아마 그렇다고 하여야 할 것이다.

그러나 **일반적으로 말하면**, 개별 법률요건의 충족 여부를 「구체적 사안의 전체적 평가(Gesamtwürdigung des Einzelfalles)」에 기하여 행하는 태도에 대하여는 慎重한 留保를 주장하지 않을 수 없다. 우선 당사자의 소송상 주장이나 입증의 활동은 법원의 판단이 어떠한 構圖 아래 행하여질 것인가를 예측하여 행하여지는데, 그러한 「전체적 평가」는 당사자의 변론활동의 초점 내지 방향을 불명료하게 한다. 뿐만

아니라 법원으로서도 심리·판단의 범위가 뜻하지 않게 넓어지게 되어 부담이 가중된다. 그리고 강조하고 싶은 것은, 이러한 「전체적 평가」는 실제로는 法適用者가 이미 내린 법적 결론을 사후에 논리적으로 정당화하기 위한 하나의 方便으로 내세워질 위험이 있다는 점이다. 그러한 위험은 특히 판결에서 당해 사건에 존재하는 다양한 事實要素 중 무엇이 당해 요건의 충족 여부를 결정하였는지가 알기 어렵다는 데서 잘 나타난다고 생각된다.

무엇보다도 「전체적 관찰」에는 일정한 제약이 있다. 「전체적」 또는 「종합적」이라고 하여도 결국은 부분적이며 또 부분적일 수밖에 없는 것이다. 당사자들이 주장하는 바의 「사실」 자체가 부분적이고, 법 적용자는 어차피 당사자들의 「모든」 사정을 고려하지는 않으며, —명확하게 의식하든, 의식하지 아니하든 간에— 해결되어야 할 당해 문제와 관련되는 또는 관련된다고 자신이 생각하는 사정만을 선별하여 고려한다. 그러므로 법해석자가 행하는 「전체적 관찰」이란 실상 일종의 形容矛盾인 것이다.

(c) 판시 [3]은 바로 이러한 위험을 담고 있다고 할 것이다. 그리고 이러한 판단의 「稀釋化」는 결론을 법적 추론에 의하여 정당화하였다는 논리적 요구를 충족하는지는 몰라도, 사실은 그 判斷의 實質的 理由를 정면으로 드러내지 아니함으로써 장래 法運用의 지침으로서의 기능 역시 희석화하는 것이다.

(2) 그리고 위 사건에서 법원은 이러한 「전체적 관찰」에 의하지 아니하고 보다 구체적인 법리의 적용으로도 동일한 結論을 얻을 수 있었다고 생각된다. 그것은 앞에서 이미 누차 시사한 대로 前訴 및 後訴를 공히 법 제11조 제4항의 「쟁송」으로 해석할 것이기 때문이다. 즉 실명전환 그 자체를 내용으로 하는 쟁송(이하 「實名轉換爭訟」)뿐만 아니라 「실명전환을 하기 위하여는 그 존부의 확정 필요한 권리관계」의 存否가 다투어진 쟁송(이하 「前提爭訟」)도 법 제11조 제4항의 「쟁송」인 것이다.

(a) 實名轉換爭訟이 법 제11조 제4항의 「쟁송」에 해당된다고 해석되어야 함에 대하여는 앞의 II.4.에서 본 대로이다. 그 경우에 비록 그 소송에서 원고(통상은 명의신탁자일 것이나, 그 외에 신탁자로부터의 매수인과 같이 신탁자를 대위하여 提訴한 사람인 경우도 있을 것이다.²⁴⁾ 승소의 판결이 확정된다고 하더라도, 그것 자체

24) 한편 여기서 말하는 「실명전환」은 반드시 명의신탁자 앞으로 등기를 환원하는 경우만을 말하는 것은 아니고, 앞의 註 4에서 본 대로, 신탁자가 제3자에게 매도하여 수탁자로부터 그 매수인 앞으로 직접 소유권이전등기가 경료되는 경우나 성업공사 등에 매각을 의뢰하는 경우를 포함한다(법 제11조 제2항 참조).

로 「실명전환」이 되는 것은 아니고,²⁵⁾ 원고가 이 판결을 가지고 실제로 등기신청을 하여야 한다(민사소송법 제695조, 부동산등기법 제29조 참조). 법 제11조 제4항에서 정하는 유예기간이란 이러한 실제의 실명전환등기를 위한 기간으로서의 의미를 가지는 것이다.

그러한 경우에 비록 그 소송이 원고(통상은 명의신탁자일 것이나, 그 외에 신탁자로부터의 매수인과 같이 신탁자를 대위하여 提訴한 사람인 경우도 있을 것이다) 승소의 판결이 확정된다고 하더라도, 그것 자체로 「실명전환」이 되는 것은 아니고, 원고가 이 판결을 가지고 실제로 등기신청을 하여야 한다(민사소송법 제695조, 부동산등기법 제29조 참조). 법 제11조 제4항에서 말하는 유예기간이란 이러한 실제의 실명전환등기를 위한 기간으로서의 의미를 가지는 것이다.

(b) 다른 한편 앞의 II.3.에서 본 대로, 법 제11조 제4항은 실명전환이 부동산물권에 관한 쟁송이라는 客觀的 障礙事由에 걸려 있음으로 말미암아 실행될 수 없는 경우(또는 당장은 실행될 수 있다고 하더라도 그 쟁송의 결과에 따라서는 실명등기의 효력이 부인되는 등으로 무의미하게 되는 경우)를 적어도 기준적 모델로 하여 마련되었다고 생각된다. 그 규정이 의미하는 바는, 어떠한 장애사유에도 불구하고 법 시행 1년 내에는 반드시 실명전환을 할 것을 명하는 것이 아니라, 실명전환을 객관적으로 기대할 수 없게 하는 사정이 있으면 그 사정이 제거된 때로부터 1년 내에 실명전환을 할 것을 명하는 것이라고 이해된다. 그러므로 前提爭訟에서는 명의신탁관계의 존부가 다투어지거나 또 명의신탁자나 수탁자가 그 당사자가 되거나 할 필요는 없다. 나아가 그 소송물이나 구체적인 쟁점이 무엇인지도 묻지 아니한다. 요컨대 그 쟁송은 그 결과 여하에 따라 명의신탁자가 실명전환을 위하여 진력할 것을 객관적으로 기대할 수 없게 되는 내용이면 족하다고 할 것이다.

위 사건의 사안에서 수탁자로부터의 전득자가 신탁자를 상대로 제기한 부동산인도소송에서 신탁자가 패소하였다고 가정하여 보자. 이때 그는 물론 전득자에 대하여 예를 들면 그의 소유권이전등기를 말소할 것을 청구하는 別訴를 제기하는 것은 가령 既判力에 의하여 차단되지 않으며, 만일 그 소송에서 승소한다면 실명전환을 실현할 가능성이 있다. 그러나 일단 전득자의 소유권취득이 긍정되어 인도소송에서 패소한 그에게 다시 그와 같은 別訴를 제기하여서까지 실명전환을 실현하여야 한다는 것은 객관적 기대가능성의 범위를 넘어서는 것이라고 생각된다. 따라서 위 판결의 結論은 首肯될 수 있다.

25) 등기 없는 부동산물권변동에 관한 민법 제197조에서 정하는 「판결」이 形成判決만을 의미한다는 것은 우선 大判 63.4.18, 62다223(集 11-1, 248) 이래 大判 70.6.30, 70다568(集 18-2, 104) 등 확고한 판례의 태도이다.

이상은 수탁자로부터의 양수인이 신탁자로부터의 매수인 또는 임차인을 상대로 목적물인도청구소송을 제기한 경우에도 마찬가지일 것이다. 신탁자는 명의신탁의 「채권적」 관계에 기하여 목적물을 점유하여 사용·수익할 권리를 가지는데, 그는 이를 제3자로 하여금 점유하게 하거나 사용·수익하도록 할 수 있다. 다시 말하면 신탁자의 의사에 기하여 목적물을 점유하는 자는 수탁자의 소유물반환청구를 부인할 수 있는 「占有할 權利」(민법 제213조 단서)를 가지는 것이다.²⁶⁾ 만일 위 소송에서 피고가 패소한다면, 이는 곧 수탁자의 원고에의 讓渡가 유효한 것이어서, 이제 신탁자에게는 실명전환에의 진력을 객관적으로 기대할 수 없음을 의미한다. 또한 이는 신탁자로부터의 매수인 등을 상대로 수탁자 자신이 명의신탁관계를 부인하면서 인도청구소송을 걸어온 경우도 크게 다를 바 없을 것이다.

(c) 이상과 같이 해석하면 실명전환쟁송과 전제쟁송 간의 관계가 문제될 수 있다. 이에 대하여는 다음과 같은 解釋論的 提案을 하고자 한다.

첫째, 전제쟁송이 법 시행 당시 또는 유예기간 동안에 係屬된 경우에는 명의신탁자는 그 쟁송이 종결된 날로부터 1년(이하 「延長期間」) 이내에 실제로 실명전환을 하면 이로써 적법한 실명전환이 행하여져서 법 제12조는 적용될 여지가 없다. 이에 대하여는 별도의 설명이 필요 없을 것이다.

둘째, 전제쟁송이 종결된 후에 실제로 실명전환이 행하여지지 아니하더라도 명의신탁자가 연장기간 내에 실명전환소송을 제기한 경우에는, 그 실명전환소송에 관한 확정판결 등이 있는 날로부터 1년 이내에 실명전환을 함으로써 족하다. 이는 실제로는, 판시 [3]이 전제쟁송의 종결 후 “상당한 기간 내에” 실명전환쟁송이 제기되어야 한다고 실시하여 「상당성」이라는 불명확한 요건에 걸리게 하는 것을, 그로부터 1년이라는 기간으로 명확하게 고정한다는 의미가 있다. 전제쟁송이 종결된 때로부터 1년의 기간이 부여된다면, 그것이 신탁자가 수탁자에게 그 기간 중 어느 때라도 실명전환을 요구한 경우에 수탁자가 이에 응하는가(그 경우에는 바로 실명전환이 행하여진다) 아니면 이에 불응하는가(그 경우에는 실명전환쟁송이 제기되어야 한다)에 의하여 달리 취급되어서는 안 될 것이다. 아무리 실명전환의 전제가 되는 법률관계가 前訴에 의하여 확정되어 실명전환의 객관적 장애가 제거되었다고 하더라도, 앞의 (a)에서 본 것처럼 명의수탁자가 실명전환을 거부한다면 역시 별도의 「爭訟」

26) 이에 대하여는 우선 梁彰洙(註 1. 登記名義信託), 99면 이하 참조. 大判 95.10.12, 95다 22283(공보 95하, 3733) 등도 同旨. 이 판결은 피고가 갑에게 명의신탁한 주택을 원고에게 임대한 사안에 대하여, “피고가 비록 이 사건 주택의 소유자가 아니라고 하더라도 주택의 명의신탁자로서 사실상 이를 제3자에게 임대할 권한을 가지는 이상, 임차인인 원고는 등기부상 주택의 소유자인 명의신탁자에 대한 관계에서도 적법한 임대차임을 주장할 수 있다”고 판시한다.

이 제기될 수밖에 없고, 그와 같이 실명전환을 위하여 필요한 것을 다한 사람에게 實名未轉換을 이유로 하는 각종의 법적 불이익을 과할 수는 없는 이치인 것이다.

셋째, 전제쟁송이 同時에 다수 계속한 경우에는, 그 전부가 終結되는 때로부터 연장기간이 개시된다.

넷째, 전제쟁송에 관한 확정판결이 있는 날로부터 1년 이내에 다시 전제쟁송이 係屬되는 경우에는, 뒤의 전제쟁송이 종결되는 때로부터 다시 연장기간이 설정된다고 할 것이어서, 그로부터 1년 내에 실명전환 또는 실명전환쟁송이 행하여지면 된다. 앞서 본 대로 전제쟁송으로 인하여 유예기간이 연장되는 취지에 비추어 보면, 전제쟁송이 순차적으로 연속하는 경우에는 그 전부가 종결되어 실명전환의 객관적 장애가 제거된 때로부터 비로소 유예기간이 개시된다고 할 것이기 때문이다.

(d) 결국 위 판결의 사실관계에서 문제된 대로, 前訴에서 명의신탁부동산을 수탁자로부터 취득한 제3자가 신탁자를 상대로 하여 자신의 권리취득의 유효를 전제로 하는 소송상 청구를 하였다면, 그리고 그 유효 여부가 쟁점이 되었다면, 그것만으로 前訴는 법 제11조 제4항의 「쟁송」에 해당된다고 보아야 할 것이다. 그리고 위 판결의 事案에서 정작 다루어져야 할 것은, 前訴가 종결된 후에 이번에는 「실명전환」 그 자체를 내용으로 하는 後訴가 제기된 경우에, 어떠한 요건 아래서 유예기간의 개시가 그 후소의 종결시로 미루어진다고 할 것인가 하는 문제가 아니었을까. 그리고 이는 앞의 (c)에서 본 대로 前訴의 종결 후 1년 내에 後訴가 제기된 경우에는 肯定되어야 할 것이다. 그렇다면 이 사건에서 전제쟁송이 종결된 다음달에 제기된 실명전환쟁송도 역시 바로 법 제11조 제4항의 「쟁송」이라고 할 것이다.

이렇게 보면 위 판결이 위 「쟁송」이 진행 중이어서 유예기간은 아직 개시조차 하지 않았고, 따라서 법 제12조가 적용될 여지가 없어서 종전의 명의신탁관계는 그대로 존속한다고 판단한 것은 타당하다. (繼續)