

< 논 문 >

名義信託不動産의 實名轉換(下)
— 不動産實名法 제11조·제12조에 대한 裁判例를 계기로—

梁 彰 洙*

V. 大法院 1998년 11월 10일 판결 98다30827사건(판례공보 98하, 2841면)

1. 이 판결도 소송이 두 번에 걸쳐 행하여진 사안에 대한 것이다.

(1) 이 사건의 사실관계에서 명의신탁자는 前訴에서 유예기간 내에 수탁자의 공동상속인들에 대하여 명의신탁 해지를 원인으로 소유권이전등기를 청구하여, 전부의 승소판결을 받았다. 그런데 그 訴提起에 있어서 “공동상속인들 중 일부를 착오로 쟁송의 상대방에서 누락”시킨 결과 상속지분이 잘못 표시되어서, 결국 그 소송 결과에 따른 실명등기를 하지 못했다. 그러자 그는 1996년 7월 이후에 제기된 이 사건 소에서 전소에서 누락되었던 공동상속인을 상대로 같은 청구를 하였던 것이다.

原審法院은 이 사건 제소가 유예기간의 도과 후에 행하여졌다고 해서 명의신탁약정이 무효가 되었으므로 그 해지를 원인으로 하는 소유권이전등기청구는 허용되지 않는다고 청구를 기각하였다. 그러나 대법원은 원심판결을 파기하였다.

(2) 대법원은 大判 98.6.26(앞의 IV. 참조)에서 실시한 바 있는 법 제11조 제4항의 입법취지(판시 [1])를 그대로 반복한 후에, “[그러므로 그 규정상의] ‘부동산물권에 관한 쟁송’이라 함은 **명의신탁자가 당사자로서** 해당 부동산에 관하여 자신이 실권 리자임을 주장하여 이를 공적으로 확인받기 위한 쟁송이면 족하다”는 일반적인 해석론을 앞세운다(이하 판시 [4]). 이러한 **일반적·추상적** 해석론은 종전에는 보이지 않던 것이다.

그리고는 “[前訴에서의] 쟁송의 취지가 당해 명의신탁관계 전체를 대상으로 삼고 있는 것”이라면 누락된 공동상속인에 대하여도 ‘부동산물권에 관한 쟁송’이 제기된

* 서울대학교 法科大學 教授

것으로 보아야 한다고 판단한다. 나아가 위 판결은 “그 제2차 소송이 제1차 소송의 확정 후 상당한 기간 내에 이루어진 것으로서 당해 쟁송이 계속되고 있다고 평가되는 경우라면, 위와 같은 일련의 소송들은 **그 전체가 일체가 되어** 위 법조항에서 말하는 ‘부동산물권에 관한 쟁송’에 해당된다고 봄이 상당하다”고도 판시하고 있다. 이러한 판단에 기하여 결국 “공동상속인의 일부를 누락한 채 제기된 前訴訟이 법 시행 전 또는 유예기간 중에 이루어진 이상, 위 일련의 소송의 계속 중에는 기존의 명의신탁관계가 실효되지 않는다”고 결론짓는 것이다.

2. 이 대법원판결을 어떻게 볼 것인가?

(1) 이 중 뒤의 판단이 앞의 大判 98.6.26에서 이미 표명된 「전체적 관찰」의 태도를 반복한 것임을 명백하다. 특히 “상당한 기간 내에 …” 운운하는 부분은 大判 98.6.26.의 판시와 직결된다.

문제는 판시 [4]의 의미이다. 이는, 「전체적 관찰」과는 별도로, 前訴에서의 명의신탁자의 소송상 주장이 物的으로 신탁목적물 전체에 미치는 것이었다면 비록 그것이 人的으로 누락이 있었다고 하여도 제11조 제4항의 쟁송요건을 충족한다는 태도를 취한 것이라고 이해될 여지도 있다. 그러나 이 부분 판시도 역시 「전체적 관찰」의 커다란 테두리 안에서 보다 特화된 考慮要素로서의 의미를 가지는 것이지, 그와는 무관하게 제11조 제4항의 「쟁송」의 요건을 충족하는 별개의 徵表를 제시한 것은 아니라고 이해하는 것이 적절하지 않을까. 적어도 「전체적 관찰」에 입각하여 제11조 제4항의 쟁송요건을 판단한다는 대법원의 태도를 전제로 하는 경우에는 그렇게 말할 수 있을 것이다.

(2) 그러나 판시 [4]의 抽象論 그 자체가 적절한지에는 의문이 없다. 앞서도 본 대로, 법 제11조 제4항의 「쟁송」에는 實名轉換을 하기 위하여 그 존부의 확정이 요구되는 權利關係가 다투어진 쟁송, 즉 전제쟁송이 포함된다. 거기서는 반드시 신탁자가 당사자이어야 할 이유가 없다. 나아가 신탁자가 「實權利者」라거나 기타 명의신탁관계 자체의 존부나 내용이 소송물이거나 爭點일 필요도 없다. 또 거기서 「권리관계」란 그 존재가 인정됨으로써 실명전환이 허용되게 되는 법률관계뿐만 아니라 그 존재가 확인됨으로써 실명전환을 할 수 없게 되는 것도 포함된다고 하겠다.

그러므로 법 제11조 제4항의 「쟁송」이라고 하려면 어느 경우에도 “명의신탁자가 당사자가 되어”야 하고 또한 그 쟁송이 “실권리자임을 공적으로 확인받기 위한 것”이어야 한다는 판시에 찬성할 수 없다. 이러한 抽象論은 결국 猶豫期間이 연장되는 경우를 부당하게 제한하는 것이다.

(3) 그러나 구체적 사건해결로서는 대법원판결의 태도는 타당하다고 할 것이다.

이 사건에서는 법 제11조 제4항의 「쟁송」에 해당함에 의문이 없는 實名轉換爭訟에 있어서 **수탁자가 사망하여** 그 공동상속인을 상대로 物的으로 신탁부동산 **전부**의 실명전환등기를 訴求하였다는 것이다. 여기서는 원래 수탁자가 1인이었는데 그가 사망하고 공동상속이 일어남으로써 실명전환소송이 그 복수의 상속인들을 상대로 하여 행하여진 것뿐으로서, 신탁부동산 전부에 관하여 소유권이전등기청구를 한 것을 보아도 신탁자의 실명전환소송은 명의신탁관계의 전면적 종결을 의욕한 것이라고 여겨진다. 그렇다면 뒤의 VI.2.에서 보는 대로 요컨대 중요한 것은 「실명전환」의 확정적 의사가 공적으로 표현되었는지 여부라고 할 것이므로, 비록 人的으로 피고의 지정에 잘못이 있었다고 하여 달리 볼 것은 아니라고 하여야 하지 않을까. 결국 위의 판결은 유예기간 연장의 한 요건으로서의 「실명전환쟁송」의 내용을 보다 구체적으로 제시하는 데 의미가 있다고 할 것이다.

(4) 다른 한편 이 사건은, 명의신탁 당사자의 일방이나 쌍방, 또는 그 목적물이 다수인 경우에 그 중 일부 사람 사이에서 또는 일부 목적물(또는 1개의 목적물의 일부)에 관하여만 전제쟁송 또는 실명전환쟁송이 행하여진 경우에 그것이 유예기간의 연장에 어떠한 영향을 미치는가 하는 흥미로운 一般問題를 의식하게 한다.

이에 대하여는 여기서 詳論하지 아니하나(한편 뒤의 VII.2.(1) 참조), 유예기간을 인정한 취지에 비추어 보면, 적어도 원칙적으로는 當事者마다 또한 目的物마다 각각 별개로 유예기간 연장을 인정할 것인가를 판단하여야 하며, 이는 전제쟁송이든 실명전환쟁송이든 다를 바 없다고 생각된다. 그러나 개별적 사안에 따라서는 예외적으로 이를 보다 擴張的으로 인정하여야 할 경우도 없지 않을 것이다. 예를 들면 하나의 쟁송에서 당사자 전원에 대하여 또는 목적물 전부에 대하여 공통되는 爭點이 제기되어서 그 쟁송의 결과에 좇아 관련 분쟁 전부가 해결될 것으로 객관적으로 기대될 만한 합리적 사정이 있다면, 그리하여 당사자 전원 또는 목적물 전부에 대하여 쟁송을 제기하지 아니한 것이 정당화될 수 있는 것이라면, 당해 쟁송이 그 전원 또는 전부에 대하여 법 제11조 제4항의 「쟁송」으로서의 의미를 가진다고 하여야 할 경우가 있을 수 있을 것이다. 혹 위 大判 98.11.10은 이러한 理解를 안에서 설명하는 것이 더욱 유의미할지도 모른다.

VI. 大法院 1999년 1월 26일 판결 98다1027사건(판례공보 99상, 347면)

1. 이 판결은 우선 그 간의 裁判例에서 판단된 바들이 보다 종합적인 설명틀 안에서 위치를 부여받고 있다는 점에서 주목할 만하다. 이에 의하면, 出發點은 앞의 V.에

서 본 大判 98.11.10의 판시 [4]이다. 그로부터(“따라서”) 판시 [2](즉 법 제11조 제4항의 「쟁송」에는 신탁자가 신탁관계에 기하여 적극적으로 쟁송을 제기한 경우 외에도 그가 신탁관계를 부정당하여 제소당한 경우도 포함된다는 命題)가 도출된다. 이 論理聯關은 반드시 당연한 것은 아니라는 점에서 그러한 설시는 흥미롭다. 그리하여 이 판결은 나아가 제11조 제4항의 「쟁송」은 “그 결과에 의하여 곧바로 실명등기를 할 수 있어야 하는 쟁송으로 제한되는 것은 아니”라고 한다. 그러나 앞서 본 대로 전제쟁송이 그 「쟁송」에 포함된다고 해석한다면, 이는 당연한 판시라고 하겠다.

2. 그런데 —이 판결의 主眼은 여기에 있는데— “[그러나] 적어도 다툼의 대상인 권리관계가 확정되기 전까지는 실명등기를 할 수 없는 쟁송이어야 한다고 해석함이 상당하다”는 것이다(이하 판시 [5]). 이는, 이 사건에서 문제된 등기청구권 등의 보전을 위하여 행하여진 假處分(아마도 處分禁止假處分)은 제11조 제4항의 「쟁송」에 해당되지 않는다는 결론을 이끌어내기 위한 논리적 전제로서 실시된 것이다.

(1) 판시 [5]의 抽象論은 전제쟁송이 법 제11조 제4항의 「쟁송」에 해당한다고 이해하는 입장에서는 환영할 만한 것이다. 그러나 그러한 입장에서 보면 위 판결이 판시 [4]을 이 문제에 대한 출발점으로 실시하는 것은 유감이다. 아니면 판시 [4]도 충분히 「柔軟」하거나 —보다 정직하게 말하면— 「내용 없는」 空虛定式(Leerformel) 이어서, 그 實質的 內容을 판시 [5]로 채울 수 있는 가능성은 여전히 남는다고 볼 수 있을까?

(2) 그런데 위의 판시 [5]가 가처분사건으로는 법 제11조 제4항의 「쟁송」에 해당하지 않는다는 결론을 도출함에 있어서 반드시 필요한 것인가에는 의문이 없지 않다.

예를 들면 수탁자가 신탁자를 상대로 하여 신탁부동산의 인도를 청구하여 제기한 소송에서 신탁자가 명의신탁관계를 주장하여 다투는 것이²⁷⁾ 「쟁송」에 해당함은 앞의 IV.3.(2)(b)에서 본 대로이다. 그런데 이러한 결론은, 판시 [5]에 따르는 한, 거기서 말하는 「다툼의 대상인 권리관계」가 이 경우 수탁자의 인도청구권 자체뿐만 아니라 항변사유를 뒷받침하는 바의 명의신탁관계도 포함한다고 해석하지 않으면 위와 같은 결론을 끌어낼 수 없다. 그렇다면 예를 들면 명의신탁 해지로 인한 소유권이전등기청구권을 보전하기 위한 처분금지가처분의 경우에도 판시 [5]에서 말하는 「다툼의 대상인 권리관계」에는 역시 명의신탁관계가 포함된다고 하여야 할 것이다. 그렇게 보면 판시 [5]가 어떠한 의미에서 가처분으로써는 제11조 제4항의 쟁송요건

27) 신탁자의 債權的 用益權에 관하여는 앞의 IV.3.(2)(b) 참조.

이 충족되지 **않는다는** 이유가 된다고 할 것인지 하는 의문이 드는 것이다.

3. 그런데 위 판결은 현명하게도 다음과 같은 이유를 덧붙이고 있다. 즉 “가처분은 그것이 당해 부동산에 대하여 이루어지고 그 필요성이 인정되는 경우라고 하더라도 등기청구권 등의 피보전권리를 보전하기 위한 것이지 가처분권자인 실권리자의 권리를 공적으로 **확인받기 위한** 절차라고 볼 수는 없으므로 이러한 가처분은 위에서 말하는 ‘부동산물권에 관한 쟁송’에 해당한다고 할 수 없다”는 것이다.

(1) 이 판결이 신탁자의 위와 같은 처분금지가처분으로는 일반적으로 법 제11조 제4항의 「쟁송」에 해당하지 않는다고 판단한 것은 타당하다. 그런데 그 理由에 대하여는, 가처분만으로는 통상 법 제11조 제4항이 유예기간의 연장을 인정하는 취지를 충족하지 못한다고 하였으면 족하였을 것이다.

앞의 IV.2.(2)(a)에서 말한 바와 같이, 수탁자가 실명전환을 거부하는 등의 사유가 있어 신탁자가 실명전환쟁송을 제기하였다면 이와 같이 신탁자측이 실명전환을 위하여 합리적으로 기대될 수 있는 법적 수단을 강구한 경우에까지 신탁자에 대하여 실명전환의무불이행을 이유로 하는 법적 제재를 가할 수는 없는 것이다. 그러면 신탁자가 수탁자를 상대로 처분금지가처분을 얻은 경우도 「합리적으로 기대가능한 실명전환을 위한 법적 조치」를 다했다고 할 것인가? 만일 명의신탁의 해지를 원인으로 하는 소유권이전등기청구소송을 本案으로 제기할 수 있었는데도 가처분을 거는 것에 그쳤다면(그리고 이것이 通常이다), 이를 긍정할 수 없으며 따라서 이에 대하여 유예기간의 연장이 인정되어서는 안 될 것이다.

이러한 법의 취지는 법 제11조 제4항이 “당해 爭訟에 관한 **確定判決**이 있는 날”을 연장된 유예기간의 기산점으로 규정하고 있는 데서도 명확하게 드러난다고 생각된다. 주지하는 대로 가처분은 決定에 의하여서도 행하여질 수 있고(민사소송법 제715조, 제700조 제1항 참조), 또 대부분은 실제로 결정으로 행하여지는 것이다.

(2) 이와 관련하여서는 다음과 같은 점도 지적되어야 한다. 처분금지가처분의 집행(민사소송법 제719조 제3항, 제710조 참조)이 있어도, 가처분채무자인 수탁자는 여전히 부동산소유자로 등기된 채로 남아 있고 또한 실체적으로도 부동산소유자로서의 지위를 잃지 않으며, 단지 그가 목적물에 대한 처분을 하여도 일정한 요건 아래서 그 효력을 가처분채권자에 대하여 대항할 수 없을 뿐이다(소위 相對的 無效). 이로써 물론 법 제2조 제4호에서 정하는 바의 「**實名登記**」에 해당하지 아니하고 나아가 **實名轉換**이 행하였다고도 할 수 없는데, 이와 같이 신탁자가 실명등기를 하지 아니하고 단지 스스로를 위하여 수탁자의 처분을 막아 자신의 권리를 保全하였다는

것만으로 공공적 목적을 위하여 부과된 실명전환의무가 말하자면 —유예기간의 연장이라는 형태로— 「완화」되어야 할 이유는 없는 것이다.

4. 이 판결은 신탁자의 가처분, 아마도 처분금지가처분이 법 제11조 제4항의 「쟁송」에 해당하지 않는다고 한다. 그렇다면 예를 들어 수탁자에 대하여 파산절차나 회사정리절차가 개시된 경우에 신탁자가 채권을 신고하여 그 절차에 참가하는 것(파산법 제201조, 회사정리법 제125조)은 어떠할까? 이는 파산 등의 경우 신탁자는 환취권이 없고 단지 일반채권자로서의 지위에 있을 뿐임을 전제로 하는 것이다.²⁸⁾ 이들 절차에서 그 신고에 의하여 확정채권이 債權表 또는 整理債權者表에 기재되면 확정판결과 동일한 효력을 가지므로(파산법 제215조, 회사정리법 제145조), 이 경우도 법 제11조 제4항의 「쟁송」에 해당한다고 하고, 그 절차의 종료시부터 연장기간이 진행된다고 해석할 수도 있을 것이다. 그런데 수탁자에 파산절차 등이 개시되면 수탁자에 대한 개별적 권리행사는 금지되고 신탁부동산은 포괄적 채권실현에 제공되어 일반적으로 실명전환이 불가능하게 되며, 그 한도에서는 유예기간에 관한 논의 자체가 무의미하다. 따라서 위와 같은 해석은 파산절차 등의 폐지(파산법 제319조 이하, 회사정리법 제272조 이하) 등으로 개별적 권리행사가 허용됨으로써 실명전환이 가능하게 되는 경우에 한정되어야 할 것이다.

VII. 大法院 1999년 9월 9일 결정 97마722사건(판례공보 99하, 2164면)

1. 이 판결은, 부동산실명법이 제정되기 전에 신탁자측에서 실명전환쟁송을 제기하여 승소의 확정판결을 얻었으나 그 판결 등에 실명등기를 할 수 없는 사정이 있었던 사안에 대한 것이다.

(1) 이 사건 재항고인은 1993년 12월에 수탁자의 상속인들 전원을 상대로 하여 명의신탁의 해지를 원인으로 한 소유권이전등기청구소송을 제기하였다. 그 소송은 1995년 9월 15일에 재항고인(그 소송의 원고)의 전부승소로 종결되었는데, 아마 소송 중에 피고들 일부가 청구를 인낙하여서 그들에 대하여는 판결이 없었던 듯하다. 그런데 위 판결과 인락조서를 가지고도 실명등기를 하지 못하였는데, 그것은 그 판결 등의 당사자 표시에 오류가 있었기 때문이었다. 재항고인은 위 판결 등의 경정을 신청하여, 1996년 9월 3일에 更正決定을 얻었다. 그리고 동월 30일에 위 판결 등

28) 신탁법상의 신탁에서 신탁자는 信託法 제22조에 의하여 환취권을 가지나, 명의신탁의 경우에는 개별집행절차에서도 第三者異議의 訴를 제기하지 못한다. 大判 74.6.25, 74다 423(공보 495, 7960); 大判 84.4.24, 83누506(集 32-2, 364) 등 참조.

및 경정결정에 의하여 소유권이전등기를 신청하였는데, 동년 10월에 이르러 등기공무원은 그 등기신청이 부동산실명법 소정의 유예기간 도과 후에 이루어졌다고 하여,²⁹⁾ 부동산등기법 제55조 제2호를 이유로 이를 각하하였다. 이 사건에서 재항고인은 등기공무원의 이 각하처분에 대하여 이의를 제기한 것이다.

원심법원은 등기공무원의 처분이 적법하다고 판단하였으나, 대법원은 이를 파기하였다.

(2) 위 결정에서 대법원은 판시 [1]와 판시 [4]를 잇달아(“...이므로”라는 말로 연결되고 있다) 인용한 후에, 이 사건을 겨냥하여서는 다음과 같이 판시한다.

“① 수탁자의 지위를 승계한 공동상속인들을 쟁송의 상대방으로 하여 소송을 제기하였는데 각기 다른 시기에 그 판결 등이 확정된 경우에는 그 쟁송의 취지가 당해 명의신탁관계 전체를 대상으로 삼고 있는 것이므로, 그에 관한 판결 등이 최종적으로 확정된 때를 당해 쟁송에 관한 확정판결 등이 있는 날로 봄이 상당하며, ② 이러한 소송에서 명의신탁자가 전부 승소하였음에도 불구하고 그 판결 등에 오류가 있어 그 소송결과에 따른 실명등기를 하지 못한 채 부득이 판결 등의 경정신청을 한 경우, 그 경정신청이 소송의 확정 후 상당한 기간 내에 이루어진 것으로서 당해 부동산에 관한 쟁송이 계속되고 있다고 평가되는 경우라면, 위와 같은 일련의 소송과 경정신청은 그 전체가 일체가 되어 위 법 조항에서 말하는 ‘부동산물권에 대한 쟁송’에 해당한다고 봄이 상당하다고 할 것이다.”

그러므로 위 소송이 법 시행 전 또는 유예기간 중에 이루어지고 그에 기한 등기신청이 최종적인 판결 및 경정결정일로부터 1년의 유예기간 내에 이루어진 이상, 기존의 명의신탁관계가 실효되지 않는다고 한다. 그런데 이 사건의 사실관계에서는 (i) 위 소송은 당해 명의신탁관계 전체를 대상으로 삼고 있는 것이고, (ii) 그更正申請은 위 소송 확정 후 상당한 기간 내에 이루어진 것이어서 위 소송과 경정절차는 그 전체가 일체가 되어 법 제11조 제4항의 「쟁송」에 해당하며, (iii) 등기신청이 위 경정결정일로부터 1년의 유예기간 내에 이루어졌으므로, 법 제12조는 적용되지 않고 기존의 명의신탁관계는 여전히 존속된다는 것이다.

2. 이 결정도 유예기간 연장의 요건으로서의 「실명전환쟁송」의 내용을 보다 구체적으로 제시하는 데 의미가 있다고 할 것이다.

29) 부동산실명법의 시행에 따르는 등기절차실무에 대하여는 앞의 III.2. 참조.

(1) 신탁자가 수탁자의 공동상속인들 전원을 상대로 명의신탁의 해지를 원인으로 소유권이전등기청구소송을 제기하였다면, 비록 그 소송이 일부 피고의 認諾 등으로 인하여 그들에 대한 소송관계가 먼저 종결된 경우라도, 유예기간은 그 전원에 대하여 종결된 때로부터 진행한다고 해석할 것이다. 이러한 경우에는 “명의신탁관계 전체를 대상으로” 하는 쟁송이 제기된 이상 신탁자로서는 그 쟁송 전체의 「승소」를 기다려서 실제의 실명등기에 나서는 것이 절차의 간편성의 점에서만 보더라도 합리적인 조치이므로, 먼저 소송이 종결된 피고들에 관하여 실명등기를 할 것을 강요하는 것은 무리일 것이다. 따라서 위의 실시 ①은 수긍할 만하다. 이러한 태도는 수탁자의 지위가 공동상속된 경우를 다룬 大判 98.11.10(앞의 V. 참조)와도 궤를 같이한다고 이해될 수 있다.

한편 이와 관련하여서는 당해 「쟁송」이 확정판결(또는 이에 준하는 사유) 이외의 사유로 종결된 경우, 예를 들면 訴의 取下(취하간주의 경우를 포함한다)나 却下로 종결된 경우를 어떻게 처리할 것인가 하는 문제가 제기된다. 당해 「쟁송」이 실명전환쟁송인 경우이거나 신탁자가 원고가 된 전제쟁송의 경우에는 처음부터 법 제11조 제4항의 「쟁송」이 계속되지 아니한 것으로 취급하여야 하며, 예를 들면 소멸시효에 관한 민법 제170조 제2항에서 정하는 바와 같은 追完은 여기서는 맥락을 달리하여서 허용되지 않는다고 할 것이다. 따라서 취하 등이 있을 후 6개월 내에 다시 소송 제기하더라도 유예기간의 연장은 인정되지 아니한다. 그러나 전제쟁송에 있어서 신탁자측이 피고로서 수동적 당사자가 된 경우에는 이와 같이 말할 수 없을 것이다. 이러한 경우에는 신탁자는 취하 등에 의하여 실명전환 실현의 장애사유가 제거되었다고 할 것이므로, 그 때부터 유예기간이 진행된다고 할 것이다.

(2) 위 실시 ②는 요컨대 실명전환쟁송에서 신탁자가 승소의 확정판결을 얻었어도 이에 기하여 실명등기를 실행할 수 없는 事由가 있는 경우에 그 사유가 판결경정절차에서 치유될 수 있는 성질의 것이고 또 상당한 기간 내에 그 절차에 의하여 실제로 치유된 때에는, 연장기간은 更正決定이 확정된 날로부터 진행된다는 취지이다. 이는 기본적으로 납득할 수 있으나, 세부적으로는 의문도 없지 않다.

(a) 법 제11조 제4항이 「쟁송」에 관한 “확정판결(이와 동일한 효력이 있는 경우를 포함한다)이 있는 날로부터” 1년 내에 실명전환을 하여야 한다고 정하는 것은, 실명전환쟁송의 경우에는 그 확정판결 등에 기하여 실명전환이 가능함을 전제로 하는 것이다. 그러므로 만일 판결에 민사소송법 제197조 제1항에서 정하는 바의 「명백한 오류」가 있어서 그로 말미암아 실명전환을 할 수 없다면,³⁰⁾ 그것이 경정되어 실명전환을 할 수 있게 된 때로부터 연장기간이 진행된다는 것은 오히려 당연하다고 하겠다.

(b) 다만 판결경정이 법원의 직권으로 행하여지는 경우는 별론으로 하고, 그것이 當事者の 申請에 의하여 행하여지는 경우에 그 신청이 언제까지 행하여져야 하는가의 문제가 제기될 수 있다. 위 판시 ②는 확정판결 후 상당한 기간 내에 신청이 있어야 한다고 한다. 그러나 이러한 입장에 의한다면 불합리한 결과가 생길 수 있다. 구체적 사건에서 그 「상당한 기간」이 1년 미만이라고(아마도 이것이 대부분의 경우가 아닐까?), 가령 6개월이라고 가정하여 보자. 그 기간을 초과하여 경정신청이 행하여진 경우에도 애초의 확정판결시로부터 1년 내에 실명등기가 신청되면 이에 기한 등기가 이루어져야 할 것이다. 그 때 등기를 신청하는 데는 경정결정이 요구되는데, 경정이 신청된다고 하여 바로 경정결정이 행하여지는 것은 아니다. 그러므로 실명등기가 행하여지는지 여부는 결국 법원이 당사자의 경정신청에 대하여 얼마나 빨리 대응하느냐에 달려 있게 되는 수궁하기 어려운 결과가 된다. 이러한 난점을 어떻게 극복할 것인지 의문이 없지 않으나, 결국 위와 같은 경우에도 당사자가 확정판결 후 1년 이내에 경정을 신청함으로써 족하다고 하면 어떨까.

위 판결의 사안에서 확정판결 후 11개월 15일도 더 지난 후 경정신청이 행하여졌어도, 대법원은 이것을 「상당한 기간」 내라고 하였는데, 그렇다면 이를 아예 1년으로 못박아도 좋다고 생각되는 것이다.

(c) 한편 위 판시 ②에서는 다시 앞서 살핀 「전체적 관찰」을 구사하여 “위와 같은 일련의 소송과 경정신청은 그 전체가 일체가 되어 위 법 조항에서 말하는 ‘부동산물권에 대한 쟁송’에 해당한다고 봄이 상당하다”고 하고 있다. 그러나 이는 「전체적 관찰」을 전제로 하여 이를 위 판결의 사안에 부자연스럽게 투영한 논리구사에 불과하다. 앞의 IV.3.(1)에서와 논한 바와 같이 이를 不要라고 평가한다면, 앞의 (a), (b)에서 말한 구체적 해석론으로 바로 처리될 수 있었을 것이다. 여기서는 구체적 해석론으로 結晶될 수 있는 「판결경정」이라는 개별적 事情要素를 「전체적 관찰」이라는 막연한 理解를 가지고 접근함으로써 오히려 그 윤곽이 불분명하게 되었다고 할 것이다. 마치 계약상 급부의 이행의무는 바로 계약의 효력으로 설명될 수 있음에도, 약속자는 「신의칙상」 당해 급부를 이행하여야 할 의무를 진다고 설명하는 것처럼.

VIII. 大法院 1998년 12월 11일 판결 98다43250사건(판례공보 99상, 119면)

이하에서 다루는 두 판결은 실명전환 없이 유예기간이 도과된 경우 명의신탁관계

30) 실명전환의 실현에 영향을 미치지 않는 「명백한 오류」는 애초 고려의 대상이 되지 못한다.

의 효력에 관한 것이다. 우선 大判 98.12.11, 98다43250(공보 99상, 119)을 본다.

1. 그 사실관계 및 소송의 경과는 다음과 같다.

(1) 甲은 부동산을 매수하고 대금을 지급하였으나 등기명의를 아버지 乙 앞으로 하여 두었다. 그는 생전에 그 명의를 妻인 피고에게 돌리려고 하였는데 소득세 등의 문제로 乙과 합의하여 피고 앞으로 우선 매매예약에 기한 소유권이전등기청구권 가등기만이 이루어졌고 본등기는 나중에 하기로 하였다. 그 후 甲도 乙도 모두 사망하였는데, 乙의 상속인인 원고들은 이 사건에서 피고의 가등기의 말소를 청구하였다. 청구원인은 명확하지 않으나 아마도 그 가등기의 원인인 명의신탁약정이 부동산실명법의 시행 및 유예기간의 도과로 무효가 되었다는 데 있다고 추측된다.

(2) 원심법원은 원고들의 청구를 기각하였다. 그 이유는 “수탁자인 乙이 신탁자의 상속인의 1인이자 그 상속인들의 실질적인 대표인 피고에게 장래 그 소유권을 이전할 의사로써 위 매매예약을 한 것”이어서 위 가등기는 피고가 乙에 대하여 가지는 소유권이전등기청구권을 表象하는 것으로서 실제적 권리관계에 부합한다는 것이다.

大法院은 우선 “유예기간 경과 후에는 명의신탁약정의 무효로 말미암아 신탁자 또는 그 상속인은 그 약정의 해지로 인한 소유권이전등기청구권이 없고, 수탁자에 대한 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 가등기를 해 두었어도 이 역시 원인 무효로서 말소되어야 한다”고 판시하여, 원심이 피고가 소유권이전등기청구권을 가진다고 판단한 것은 잘못이라고 하였다. 그렇지만 대법원은 결국 원고의 상고를 기각하였는데, 그것은 수탁자측의 소유권이전등기 자체도 명의신탁의 무효(부동산실명법 제4조 참조)로 인하여 말소되어야 하는 것으로서 그에게 所有權이 없으므로, 피고 명의의 가등기의 말소를 청구할 權原이 없다는 것이다.

2. 이 판결은 우선 위 사실관계에서와 같은 소위 「3자 간 명의신탁」에 있어서 종전의 명의수탁자가 유예기간의 도과 후에는 소유권을 상실하며 또한 신탁자도 수탁자를 상대로 가령 명의신탁의 해지 등을 원인으로 하는 소유권이전등기청구권을 가지지 못하여 신탁자 명의의 가등기는 말소되어야 한다는 점을 정면에서 긍정적인 점에서 의미가 있다고 하겠다. 이에 대하여는 별도로 논한 바 있으므로,³¹⁾ 여기서는 따로 언급하지 아니한다.

31) 이에 대하여는 우선 梁彰洙(註 1, 登記名義信託), 112면 이하, 115면 참조.

3. 그런데 나아가 이 판결에서 주목되는 것은 **부동산실명법의 시행 전에** 신탁자가 소유권의 회복을 위하여 자기 앞으로 소유권이전등기청구권의 보전을 위한 가등기를 해 두었던 경우에도 역시 그 가등기는 **原因無效**라고 판시한 점이다. 유예기간의 도과는 명의신탁약정과 그에 기한 부동산물권변동의 무효를 가져온다(법 제12조에 의한 제4조 적용). 그런데 만일 법 시행 전에 명의신탁약정이 「**解止**」되었고(이 사건의 사실관계에 그와 같은 법적 의미를 부여하는 것도 가능하지 않을까?), 그에 기하여 신탁자 앞으로의 등기회복은 아직 행하여지지 아니하였으나 그의 소유권이전등기청구권은 이미 **현실적으로** 발생하였다면, 그 경우에도, 과연 부동산실명법의 시행 및 유예기간의 도과에 의하여 그 권리가 소멸한다고 할 것인가? 이 판결의 사실관계는 이러한 문제를 제기한다. 위 판결은 혹 이러한 경우에도 그 소멸을 인정하였다는 점에서 의미가 있다고 할 수 있을지도 모른다.

위의 문제는 역시 긍정적으로 답하여야 할 것이다. 신탁자가 명의신탁를 해지한 데서 한 걸음 나아가 실명전환소송을 제기하고 법 시행 전에 승소의 확정판결을 얻었던 경우에도, 유예기간 내에 실명전환이 실제로 행하여지지 아니하면 역시 법 제12조의 적용을 받아야 한다. 그렇다면 단지 명의신탁이 법 시행 전에 해지된 것에 불과한 경우에는 더욱 그러할 것이다. 법 제11조에서 요구하는 것은 실명전환 그 자체이며, 다만 이를 위한 유예기간을 설정한 것뿐이다. 그러므로 실명전환을 하는 데 선행적으로 필요한 법적 조치를 취하였다는 것만으로는 그 요구가 충족되지 아니하는 것이다. 그리고 이는 법 시행 전에 신탁자가 권리보전을 위한 가등기를 얻었다는 사실에 의하여 달라질 수 없다. 법이 요구하는 것은 더 나아가 그 가등기에 기한 본등기로써 실명등기를 행하는 것이다.

IX. 大法院 1999년 9월 17일 판결 99다21738사건(판례공보 99하, 2189면)

1. 이 판결의 사실관계는 대법원판결만으로는 명확하지 아니하다. 그러나 아마도 원고가 甲으로부터 매수한 부동산을 피고에게 명의신탁하여 甲으로부터 피고에게 직접 소유권이전등기가 경료되었는데, 그 후 유예기간이 도과한 다음에 이 사건에서 원고가 甲을 대위하여 피고에 대하여 그 명의의 소유권이전등기의 말소를 청구한 것으로 추측된다.

대법원은 원고의 청구를 인용한 원심판결을 다음과 같이 판시하여 유지하였다.

“부동산실명법 소정의 유예기간 경과에 의하여 기존 명의신탁약정과 그에 의한 등기가 무효로 되면 명의신탁부동산은 매도인 소유로 복귀하므로 매도인은 명의수탁자에게 무효인 명의수탁자 명의의 등기의 말소를 구할 수 있게 되고, 한편 부동산실명

법은 매도인과 명의신탁자 사이의 매매계약의 효력을 부정하는 규정을 두고 있지 아니하여 위 유예기간 경과 후로도 매도인과 명의신탁자 사이의 매매계약은 여전히 유효하므로, 명의신탁자는 위 매매계약에 기한 매도인에 대한 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 매도인을 대위하여 명의수탁자에게 무효인 명의수탁자 명의의 등기의 말소를 구할 수 있다 ...”

2. 기존의 명의신탁에서 위 사건의 원고와 같은 명의신탁자가 유예기간을 초과하여 버렸다면, 그는 이제 등기명의를 회복할 방도가 없는가? 위 판결은 대법원이 이 문제를 최초로 정면으로 다룬 것이다.

위 판시는 우선 기존의 명의신탁이 앞서서도 본 소위 「3자 간의 등기명의신탁」인 경우에 유예기간의 경과로 신탁부동산의 소유권은 원래의 소유자에게 복귀함을 정면에서 밝히고 있다. 이 판시 자체는 명의신탁약정으로 인한 부동산물권변동이 무효가 되는 이상(법 제4조 제2항 본문) 당연하다고 할 수 있을 것이다. 그런데 그 경우에 명의수탁자는 不法原因給與의 법리에 의하여 소유권을 여전히 보유한다는 주장도³²⁾ 있을 수 있음을 배경으로 하여 생각한다면, 위와 같은 판시는 이를 부정함을 시사하는 것으로 이해될 수 있을는지도 모른다.

3. 나아가 위 판시는 부동산실명법 제11조, 제12조, 또 동법 제4조는 원래의 소유자와 신탁자 사이의 채권관계에 영향을 미치지 않으며, 따라서 신탁자는 그 채권관계상의 소유권이전등기청구권에 기하여 이제 소유권을 회복한 원래의 소유자를 대위하여 그가 수탁자에 대하여 가지는 등기정정청구권을 행사할 수 있음을 밝히고 있다. 이러한 태도는 지극히 정당하다고 할 것이다.

(1) 부동산실명법 제12조 제1항은 종전의 명의신탁에 관하여 유예기간 안에 실명 등기를 하지 아니한 경우에는 同法 제4조를 적용한다고 규정하고 있다. 同項은 “... 그 期間이 經過한 날 이후의 名義信託約定 등의 效力에 관하여는 제4조의 규정을 적용한다”고 정하여, 마치 명의신탁약정이 유예기간 경과 후에 행하여진 경우에 대하여 제4조를 적용한다는 듯한 文章構造를 하고 있으나, 여기서 「그 기간이 경과한 날 이후의」가 「효력」에 걸리고 그 앞의 「명의신탁약정」에 걸리지 않는다고 이해할 것임은 여러 말을 요하지 않는다.

32) 필자는 전에 이러한 입장은 채택할 바 되지 못한다고 주장하였었다. 梁彰洙(註 1. 登記名義信託), 115면 이하.

그러므로 문제는 결국 종전의 명의신탁에 대하여 부동산실명법 제4조가 구체적으로 무엇을 의미하는가에 달려 있다.³³⁾

(2) 부동산실명법 제4조는 주지하는 대로 명의신탁약정과 그 약정에 기한 부동산 물권변동을 모두 무효라고 정하고 다만 그 무효는 “第三者에게 對抗하지 못한다”고 정한다. 명의신탁에 관한 종전의 판례법리에 의하면, 명의신탁약정은 유효이고 명의수탁자는 이를 원인으로 유효하게 소유권을 취득하며 한편 명의신탁자는 소위 「내부적 소유권」을 가지고 또 언제든지 명의신탁약정을 「해지」하여 그 등기의 이전을 청구할 수 있다고 하였었다. 그런데 이제 부동산실명법 아래서는 수탁자는 소유권을 가지지 못하고 따라서 등기도 무효이며 신탁자로서도 신탁약정이나 그 해지를 이유로 해서는 등기의 환원을 청구할 수 없게 된다.

위 규정을 B가 A로부터 부동산을 매수하고 C에게 명의신탁하여 A로부터 C에게 바로 소유권이전등기가 경료된 경우(소위 「3자 간의 등기명의신탁」)에 적용하여 보면, 결국 신탁자 B는 A를 상대로 하여서 매매계약상의 채권을 가질 뿐이고 소유권은 여전히 A에게 남아 있다는 것이 된다. 이 경우 매도인 A가 매수인 B의 요청에 따라 C에게 소유권이전등기를 경료하여 줌으로써 그의 매도인으로서의 채무는 이미 변제에 의하여 소멸하였으므로 이제 부동산실명법의 적용을 받는다고 해서 그 채무가 다시 살아난다고 할 수는 없는 것이 아닌가 하는 의문이 제기될 수 있다. 물론 동법 시행 전에는 그러한 C 앞으로의 등기는 A와 B 사이의 第三者方 給付의 約定에 좇은 것이어서³⁴⁾ “債務의 內容”에 따른 이행이 되고, A의 채무는 C의 소유권 취득과 함께 소멸되었다. 그러나 동법 시행 후에 그러한 일이 행하여지면 이제 C는 소유권을 취득할 수 없고 따라서 A는 C에의 등기이전으로써는 소유권이전채무를 이행할 수 없다. 그러므로 그의 그 채무는 여전히 남아 있게 되는 것이다.

이는 가령 토지거래허가를 받아야 하는 어떤 부동산을 갑이 을에게, 을이 병에게 매도하였는데 토지거래허가를 갑과 병 사이의 매매계약에 대하여 받고 그에 기하여 갑에서 병 앞으로 소유권이전등기가 된 경우에 類比하여 생각하여 볼 수 있다. 大判 96.6.28, 96다3982(공보 96하, 2344)은 타당하게도, 이러한 경우 병의 등기는 적

33) 金相容, “不動産實名法 規定의 諸矛盾點”, 考試界 1997년 2월호, 87면; 同, 物權法, 全訂版(1999), 458면은, 부동산실명법 제11조, 제12조의 규정은 효력규정이 아니라 단순한 단속규정이라고 하여야 한다고 주장한다. 이 주장은, 동법 제4조가 동법 시행 후의 명의신탁에 대하여는 효력규정이라고 하면서 제12조에 의하여 준용되어 기존의 명의신탁에 적용되는 경우에는 단속규정이라고 하는 것에 귀착된다. 그러나 하나의 규정이 규율대상의 시간적 선후에 따라 이와 같이 性質이 달라져야 할 이유는 없으며, 나아가 위와 같은 해석은 立法趣旨에도 맞지 않는다.

34) 이 점에 대하여는 梁彰洙(註 1. 登記名義信託), 78면 이하 참조.

법한 토지거래허가가 없이 행하여진 것이어서 무효라고 판시한다. 이 경우에도 여전히 같은 **원래대로** 을에 대하여 토지거래허가에 관한 협력의무를 부담하며, 을의 요청에 의하여 병 앞으로 직접 소유권이전등기가 행하여졌다고 해서 이를 부정할 수 없을 것이다. 이는 이제 무효인 명의신탁약정에 의하여 수탁자 앞으로 소유권이전등기가 행하여진 경우에도 다를 바 없는 것이다.

그리하여 결국 신탁자의 법적 지위는 매매목적물에 관하여 제3자의 무효등기가 행하여진 경우 일반과 같다. 즉 그는 매도인의 소유물방해배제청구권을 대위행사하여 제3자(이 경우에는 수탁자)로부터 등기의 환원(抹消, 또는 真正登記名義回復請求權을 인정한 大判(全) 90.11.27, 89다카12398(集 38-4, 50) 이후는 移轉)을 청구하고, 나아가 자기 앞으로의 소유권이전등기를 구할 수 있는 것이다.³⁵⁾

(3) 이러한 법리는 기존의 명의신탁에서 부동산실명법이 제11조에서 요구하는 實名轉換을 하지 못한 경우에도 마찬가지로 하여야 한다고 생각된다.

우선 앞서 본 부동산실명법 제12조 제1항이 그 문언 자체로 “제4조의 規定을 **적용**한다”라고 하였으므로, 동법 시행 후의 명의신탁에서와 다른 결과를 인정하여서는 안 된다.

나아가 명의신탁이 명문으로 금지되었음에도 積極적으로 명의신탁약정 등을 한 사람에게도 위의 (2)에서와 같은 方策이 인정되는 터에, 명의신탁이 허용되는 때에 행한 명의신탁에 있어서 단지 消極적으로 실명전환을 하지 아니하였다고 해서 보다가혹한 불이익을 지우는 것은 균형이 맞지 않는다.

그러므로 실명전환을 하지 못한 信託者라고 하여서 부동산을 「빼앗기지 않을 수 없게」 되는 것은 아니다. 이러한 「전부 아니면 무」의 해결방안은 부동산실명법의 제정과정에서 극력 피하려고 하였던 選擇肢이었다. 다만 제12조 제2항에서 정하는 대로 동법 제5조 및 제6조가 적용되어, 과징금과 이행강제금의 제재를 받을 수 있게 되는 것뿐이다.

물론 이에 대하여는, 부동산실명법 시행 전에 일단 수탁자 앞으로의 소유권이전등기를 함으로써 소멸하였던 매도인(앞의 (2)에서 든 예에서의 A)의 소유권이전채무가 동법의 시행으로 그리고 동법 제12조의 적용에 의하여 다시 살아나게 되는 것, 다시 말하면 변제의 효력이 동조의 적용을 받음과 함께 상실된다는 것이³⁶⁾ 부

35) 同旨: 梁彰洙 발언, 座談會 土地去來實名制, 人權과 正義 1995년 7월호, 28면; 梁彰洙(註 1. 登記名義信託), 112면; 權五稔, “부동산명의신탁의 법률관계에 관한 시론”, 人權과 正義 1996년 11월호, 69면; 睦榮俊, “부동산실권리자명의등기에 관한 법률상 법률관계의 효력”, 人權과 正義 1998년 5월호, 99면; 李銀榮, 物權法(1998), 276면 이하.

36) 위 판결은 이를 당연한 전제로 판단하고 있다.

자연스럽게 느껴질지도 모른다.

그러나 이러한 식의 「부자연스러움」은 법의 세계에서는 반드시 드문 것만도 아니다. 예를 들어, 갑이 매매계약에 기하여 가지게 된 대금채권을 가지고 매수인 을에 대한 별도의 금전채무와 상계하여 대등액에서 채권채무를 **그 당시로서는 완전히 유효하게** 소멸시켰다고 하여도, 후에 그 매매계약이 적법하게 해제되면, 그 결과 을의 금전지급채무가 되살아남은 물론이고 갑의 금전채무도 부활하게 되는 것이다.³⁷⁾ 결국 부동산실명법 제12조가 실명전환하지 아니한 명의신탁에 대하여 동법 제4조를 적용하도록 한 것은 위와 같은 결과를 인정하는 것이라고밖에 해석될 수 없는 것이다.

(4) 또한 명의신탁이 부동산실명법의 시행보다 10년 이상 전에 행하여진 경우에는 신탁자의 매도인에 대한 소유권이전등기청구권이 時效로 消滅하였다고 할 것이어서 결국 신탁자는 소유권을 찾을 수 없다고 주장할지도 모른다.

그러나 실제에 있어서 매도인은 매매대금을 지급받음과 동시에 목적물인 부동산을 신탁자 = 매수인에게 「인도」하는 것이 통상이다. 그러므로 大判(全) 76.11.6, 76다148(集 24-3, 277) 이래의 확고한 판례에 의하여, 신탁자의 소유권이전등기청구권은 비록 채권적 권리임에도 불구하고 소멸시효에 걸리지 않는 것이 역시 통상일 것이다. 덧붙일 것은, 가령 매도인이 직접점유를 계속하였다고 하여도 신탁자가 그를 매개로 하여 간접점유를 취득하였다면 역시 「매수인에의 인도」가 있다고 할 것이므로 신탁자의 소유권이전등기청구권은 소멸시효에 걸리지 않는다는 점이다(민법 제196조 제2항, 제189조 참조). 이는 가령 매수인 = 신탁자가 지시하는 제3자에게 목적물의 직접점유를 이전한 경우에도 다를 바 없다. 요컨대 소멸시효의 적용을 배제하는 요건으로서의 「매수인에의 인도」는 반드시 직접점유의 이전에 한정되지 않으며, 점유개정 등을 포함하는 넓은 의미로 이해되어야 한다.

한편 명의신탁에 있어서 목적물이 신탁자에게 「인도」되지 아니한 예외적인 경우에는 어떠한가? 이 경우에는 신탁자의 소유권이전등기청구권이 —마치 소유권에 기한 말소등기청구권 등 물권적 청구권으로서의 등기청구권에서와 같이— 애초 소멸시효에 걸리지 않는다는 判例法理는 적용될 여지가 없을 것이다. 그러나 명의신탁약정에 기하여 수탁자 앞으로 소유권이전등기가 행하여진 통상의 경우라면, 그 소멸시효는 문제의 명의신탁이 부동산실명법 제12조의 적용을 받게 된 때로부터, 즉 빨라도 유예기간이 종료된 1996년 7월 1일부터 진행된다고 할 것이다. 왜냐하면 수탁자 앞으로의 소유권이전등기에 의하여 일단 소멸되었던 신탁자의 소유권이전등기청구권은 바로 同條의 적용에 의하여 비로소 부활되는 것이기 때문이다. 그러므

37) 大判 80.8.26, 79다1257등(공보 642, 13114) 참조.

로 실제로 신탁자의 소유권이전등기청구권이 시효로 인하여 소멸한다는 의문은 근거 없다고 할 것이다.

IX. 小結

1. 지금까지 명의신탁부동산의 실명전환과 관련하여 부동산실명법 제11조, 제12조를 적용한 대법원판결들을 차례로 살펴보았다. 앞에서 본 대로 이들은 사건해결의 결론에서는 대체로 수긍할 수 있는 태도를 취하고 있다. 그러나 그 결론을 뒷받침하는 이유의 제시에 있어서는 의문도 없지 않다. 이는 주로 위 판결들이 법 제11조 제4항의 「쟁송」에 관하여 신탁자가 등기의 회복 자체를 내용으로 하여 제기하는 소송을 기준적 모델로 상정한 데서 연유한다. 그러나 앞서 논증한 대로 위 규정은 원래는 그러한 「실명전환쟁송」이 아니라, 「실명전환을 하기 위하여는 그 존부의 확정 이 필요한 권리관계」의 存否가 다투어진 쟁송, 즉 「전체쟁송」을 염두에 두었던 것이다. 만일 대법원이 이 점을 인식하고 정당하게 평가하였다면, 아마도 「전체적 관찰」 운운하는 方法論적으로 의심적은 판단들을 동원할 필요는 없었을 것이다.

2. 아울러 本稿에서는 위 판결들을 계기로 하여 법 제11조 제4항의 「쟁송」에 대한 몇몇의 해석론을 제안하였다. 기존의 명의신탁에 관한 분쟁이 가까운 장래에 종식되리라고는 아마도 기대할 수 없을 것이다. 그 처리에 있어서 시사하는 바가 있다면 다행일 것이다.

외국에 유사한 논의를 찾기 힘든 名義信託의 문제는 그러한 의미에서 「보편성」이 없다고도 할 수 있다. 그러나 이는 이 땅에서 법해석학을 영위하는 사람에게는 크나큰 挑戰이고 동시에 자신의 存在理由를 확인하는 계기가 될 소지가 있다고 한다면, 지나친 말일까?

[後記]

필자는 이 글에서 주장한 견해에 대한 실무자들의 생각을 듣기 위하여 2000년 2월 14일에 있었던 民事實務研究會에서 이 글을 축약된 형태로 발표하였다. 그에 이어진 질의 또는 의견개진(필자의 견해에 찬성하는 의견도 적지 않았지만) 중에서 필자의 입장에서 언급할 필요가 있다고 여겨지는 것에 대한 필자의 解明 또는 主張을 이 글의 논지를 보충하는 뜻에서 덧붙이고자 한다.

1. 부동산실명법 제11조 제4항에서 정하는 유예기간 연장의 혜택을 받는 것은 당연히 필자가 명명한 바의 實名轉換爭訟이 행하여진 경우만에 한정되며 그것은 규정의 문언으로 보아도(말미의 “實名登記 … 하여야 한다”는 말은 곧 그 앞의 「爭訟」도 실명전환 그 자체를 내용으로 하는 것을 의미한다는 것이다) 그렇다는 견해가 있었다. 그러므로 소위 전제쟁송이 행하여진 때에는 그것이 그 후에 행하여진 실명전환쟁송과 —대법원판결들이 말하는 대로— 「전체적으로 보아 일체를 이루는 경우」에 한정하여 고려될 여지가 있다는 것이다.

그러나 규정의 문언을 그렇게 이해하는 자체가 문제라고 생각되며, —앞의 II.3.에서 이미 밝힌 이유와 함께— 특히 위와 같이 해석하면, 전제쟁송이 종결된 후 1년 내에 당사자들이 自意로 실명전환등기를 신청해 온 경우(따라서 실명전환쟁송이 전혀 행하여지지 아니한 경우)에 그 신청이 수리되어서는 아니된다는 부당한 결론에 이르게 된다.

2. 나아가 위 규정은 유예기간의 연장을 **1회에 한하여** 허용하는 취지이고, 바로 그렇기 때문에 대법원은 「전체적으로 보아 1회」라는 논리를 끌어들이었다고 이해되는데, 필자의 주장대로라면 전제쟁송과 실명전환쟁송에 각 1회씩 도합 2회의 연장을 허용하는 것이 아닌가 하는 견해가 있었다.

이에 대하여는 첫째, 대법원의 입장대로 하더라도 전제쟁송이 법 제11조 제1항의 유예기간 내에 행하여지고 그 종결로부터 **상당한 기간 내에** 실명전환쟁송이 행하여지고 다시 그 승소판결에 기하여 **상당한 기간 내에** 실명등기신청이 행하여진 경우에는, 그 등기신청대로 등기가 이루어져야 한다는 점을 지적하고 싶다. 그렇다면 이는 2번에 걸쳐 기간의 연장이 부여되는 것이 아니고 무엇일까. 그것이 “상당한 기간”이면 —그것이 1년에서 조금 모자란 11개월 15일이라고 하여도— 허용되고, “1년의 기간”이라고 확정적으로 정하면 안 된다고 할 이유가 있을까. 그러한 견해는 지나치게 기교적이라고 생각된다. 본문에서도 쓴 것처럼(앞의 IV.3.(2)(c) 참조), 전제쟁송과 실명전환쟁송 간의 기간관계에 대한 필자의 해석론적 제안은 그 「상당한

기간]이라는 불명확한 요건을 명확하게 고정하기 위한 것이다.

둘째, 전제쟁송과 실명전환쟁송을 합하여 「전체적으로 보아 1회」라고 보는 논리는 수긍하기 어렵다. 앞의 IV.에서 본 大判 98.6.26.의 事案이나 앞의 II.3.(2)에서 본 『부동산실명법 해설』의 예에서 보는 것처럼, 전제쟁송과 실명전환쟁송은 當事者나 請求趣旨는 물론이고 특히 請求原因 나아가 爭點이 동일하거나 유사할 필요가 없는 것이다. 兩者는 단지 명의신탁의 목적물이 된 부동산에 대한 쟁송이라는 것 외에 무슨 관련이 있을 것이 요구되지 않는다. 어떠한 의미에서 양자가 「전체적으로 보아 1회」의 쟁송이라는 것인지 필자는 납득하기 어렵다. 오히려 여기서 「전체적으로 보아 1회」라는 이유실시는 “이미 내린 법적 결론을 사후에 논리적으로 정당화하기 위한 하나의 方便”(앞의 IV.4.(1)(b))에 불과하다고 생각하게 되는 것이다.

셋째로, 위와 같은 의견은, **실명전환쟁송은 당연히 있어야 하는데** 다만 그 전에 이것과 「전체적으로 보아 1회」라고 볼 수 있는 쟁송이 있으면 이것이 제기되는 시점에서 실명전환기간의 준수 여부를 판정하여 주는 것이라는 이해와 관련되는 것이다. 그러나 그러한 이해는 부당하다고 생각한다. 실명전환등기는 반드시 실명전환쟁송의 확정판결에 기하여 행하여져야 하는 것은 아니며, 오히려 앞의 III.에서 본 大決 97.5.1.에서도 보는 것처럼 당사자들이 自意로 실명전환등기를 신청하는 경우가 통상일 것이다. 이를 전제로 법 제11조 제4항은 —적어도 그 입법의 취지로서는— 전제쟁송이 걸려 있는 경우에는 그 종결을 기다려 그로부터 1년 내에 실명전환을 하여도 좋다는 취지인 것이다. 그러므로 위와 같은 이해는 본문에서도 누누히 말한 것처럼 앞뒤가 뒤바뀐 것이다(혹 어떤 법관들은 자신들이 다루는 것이 쟁송이므로, 쟁송이 아니면 법적 논의는 실제로 별다른 의미가 없는 것으로 생각하여, 부동산실명법이 정하는 실명전환은 당연히 신탁자가 수탁자를 상대로 실명등기를 구하는 쟁송을 제기하는 것을 통하여 행하여진다고 생각하는 것이나 아닌가 하는 억측을 하여 본다).

3. 또한 “복수의 소송을 전체적으로 보면 결국 실명등기를 할 수 있는 청구원인의 쟁송으로 볼 수 있는 경우에는 법 11조 4항의 쟁송에 해당한다고 보는 것이 대법원의 태도”라는 의견이 있었다. 그러나 이러한 의견도 우선 실명전환쟁송은 당연히 있어야 하고 그 판결에 의하여 실명전환이 행하여는 것을 전제한다고 생각되어서, 찬성하기 어렵다. 나아가 앞의 『부동산실명법 해설』의 예에서 보는 것과 같은 등기말소소송은 그에 의하여 “실명등기를 할 수 있”는 소송이라고는 말할 수 없다. 위의 견해는 이러한 쟁송**만**이 있는 경우에는 기간 유예의 혜택이 주어지지 않는다는 것이 대법원의 태도라고 주장하는 것일까?