

3자간 명의신탁에서 수탁자의 임의처분에 따른 책임*

—대법원 2022. 6. 9. 선고 2020다208997 판결—

Liability Caused by the Title Trustee's Arbitrary Disposition

—Supreme Court Decided June 9, 2022 2020da208997
Judgment—

이 혜 리**

Hyeri Lee

목 차

- | | |
|---------------------|----------------|
| I. 서론 | IV. 부당이득의 법률관계 |
| II. 대상판결 | V. 불법행위의 법률관계 |
| III. 매매계약상 법률관계의 분석 | VI. 결론 |

<https://doi.org/10.35148/ilsire.2023..26.177>

투고일: 2023. 4. 20. / 심사완료일: 2023. 5. 23. / 게재확정일: 2023. 5. 29.

* 본 논문은 2022년도 원광대학교 연구비 지원에 의해서 수행된 연구임.

** 원광대학교 법학전문대학원 부교수(인공지능사회연구소 연구위원), 법학박사, 뉴욕주 변호사

Professor at Wonkwang University School of Law, PhD Degree in Civil Law, Attorney at Law

부동산실명법상 3자간 명의신탁에서 수탁자가 신탁부동산을 임의로 처분하면 매도인은 소유권을 잃고 신탁자의 소유권이전등기청구권은 이행불능에 빠지게 된다. 대법원은 대상판결을 비롯한 수 차례의 판결을 통해 위와 같은 경우 수탁자는 신탁자에 대하여 부당이득반환책임 및 불법행위책임을 부담하는 반면 매도인에 대하여는 아무런 책임을 부담하지 않는다고 판시하였다. 그러나 이러한 판단은 사적자치의 토대를 이루는 물권법적 질서와 계약법적 질서에 대한 존중 없이 신탁자의 이익을 과도하게 보호하여 부동산실명법의 취지를 저버리는 결과를 낳는다.

첫째, 소유권이라는 배타적이고 절대적인 지배권을 상실한 매도인은 원칙적으로 손해를 입었다고 보아야 한다. 침해부당이득에 있어서 손해는 추상적이고 객관적으로 파악되어야 하며, 불법행위에 있어서도 소유권은 채권적 청구권에 의해 가치가 감소될 수 없기 때문이다.

둘째, 신탁자는 비록 매도인에 대한 소유권이전등기청구권이라는 채권을 침해받았지만 그와 함께 매도인과의 매매계약 관계를 통하여 취득한 이익들을 공제하면 손해가 없다고 보아야 한다. 신탁자는 귀책사유 있는 매도인에 대한 손해배상청구권 내지 해제에 따른 원상회복청구권이 있으며, 설령 귀책사유가 없더라도 매도인의 수탁자에 대한 위 부당이득 반환청구권 및 손해배상청구권에 대하여 대상청구권을 행사할 수 있기 때문이다. 사실 손해의 존부를 따지기 이전에도 신탁자의 수탁자에 대한 부당이득반환청구권이나 불법행위에 기한 손해배상청구권은 성립하지 못한다. 부당이득 관계의 유무는 유형론에 의하여 판단하는 것이 합리적인데, 수탁자에 대한 급부가 없어 급부부당이득은 성립하지 않고, 상대적 권리에 불과한 채권의 침해는 침해부당이득을 구성하지 못한다. 또한 불법행위의 법률관계와 관련하여 수탁자의 임의처분 행위가 단지 채권의 목적인 급부가 이행불능된 것에 불과한 신탁자와의 관계에서 보이는 위법성은 소유권을 침해당한 매도인과의 관계에서 보이는 위법성에 비할 바 없이 작다.

셋째, 이와 달리 신탁자가 수탁자에 대한 직접 청구를 통해 구제받을 수 있다고 한다면 부동산실명법의 취지에도 반하는 것이다. 부동산실명법은 실권리자 명의의 등기 강제라는 수단을 통하여 “부동산등기제도를 악용한 투기·탈세·탈법행위 등 반사회적 행위를 방지하고 부동산 거래의 정상화와 부동산 가격의 안정을 도모하여 국민경제의 건전한 발전에 이바지함”을 목적으로 한다. 만약 신탁자가 수탁자의 임의처분으로 명의신탁약정을 통해 이루려던 목적을 달성하지 못한 경우에 수탁자에 대한 직접적 청구를 통해 자신의 손실을 보전할 수 있다면 위와 같은 부동산실

명법의 취지는 몰각될 수밖에 없을 것이다.

[주제어] 3자간 명의신탁, 수탁자의 임의처분, 부당이득반환, 불법행위, 부동산
산실명법

I. 서론

부동산실명법상 3자간 명의신탁¹⁾에서 수탁자가 신탁부동산을 임의로 처분하면 매도인은 소유권을 잃고 신탁자의 소유권이전등기청구권은 이행불능에 빠지게 된다. 이러한 경우 처분대금 상당의 이익을 얻은 수탁자는 이로 인하여 손해를 입은 자에게 부당이득의 반환책임이나 불법행위에 기한 손해배상책임을 부담하게 된다. 문제는 매도인과 신탁자 가운데 누구에 대하여 이러한 책임을 부담하는지이다.

대법원은 지난 2002년 수탁자의 매도인에 대한 불법행위책임을 부정하는 취지의 판결(이하 ‘2002년 불법행위 판결’이라고 한다)²⁾을 하였고, 2021년에는 수탁자의 매도인에 대한 부당이득 반환책임을 부정하는 동시에 신탁자에 대한 부당이득 반환책임을 인정하는 판결(이하 ‘2021년 부당이득 판결’이라고 한다)³⁾을 하였다. 이어 대법원은 2022년 대상판결⁴⁾을 통해 수탁자의 신탁자에 대한 불법행위책임을 인정함으로써 위 문제에 대한 법원의 입장을 모두 밝혔다.

그러나 일견 일관되어 보이는 대법원의 입장은 소유권을 상실한 매도인에 대한 책임을 부정하고 무효인 명의신탁관계의 상대방인 신탁자에

1) 대법원은 ‘중간생략형 명의신탁’이라는 용어를 사용하고 있으나 본고에서는 강학상 보다 많이 사용하는 ‘3자간 명의신탁’이라는 용어를 사용하기로 한다.

2) 대법원 2002. 3. 15. 선고 2001다61654 판결.

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

4) 대법원 2022. 6. 9. 선고 2020다208997 판결.

대한 책임을 긍정한다는 점에서 선뜻 납득하기 어려운 점이 있다. 본고에서 필자는 실제 이론적인 측면에서도 대법원의 입장이 부당하다는 점을 밝혀보고자 한다.

II. 대상판결

1. 사실관계 및 소송의 경위

원고는 A로부터 토지(이하 ‘이 사건 토지’라고 한다)를 매수하면서 그 등기는 원고와 명의신탁약정을 맺은 피고 명의로 하기로 약정하였다. 원고로부터 매매대금을 받은 A는 피고에게 소유권이전등기를 마쳐주었다. 그 후 피고는 임의로 이 사건 토지를 B에게 매도하고 B 앞으로 소유권이전등기를 마쳐주었다. 원고는 피고가 원고의 동의 없이 이 사건을 토지를 처분한 것을 문제삼으면서 피고를 상대로 불법행위에 기한 손해배상 또는 부당이득의 반환으로서 피고가 지급받은 매매대금 상당 금액⁵⁾의 지급을 구하는 소를 제기하였다.

원고는 주위적으로 다음과 같은 두 가지 사유를 들어 피고에게 매매대금 상당의 손해배상책임이 있다고 주장하였다. 첫째, 피고는 명의신탁약정 및 이 사건 토지를 원고에게 이전한다는 묵시적 위임약정에 따라 원고의 동의 없이는 이 사건 토지를 처분하지 않을 의무 또는 처분하더라도 원고에게 그 매매대금을 지급할 의무를 부담하므로 피고가 임의로 이를 처분한 것은 불법행위에 해당한다. 둘째, 원고는 A에 대하여 매매계약에 따른 소유권이전등기청구권을 갖고 있었으나 피고의 처분행위

5) 실제 사안에서는 원고와 A, 피고와 B 사이의 각 매매계약 당시 매수인이 근저당권 피담보채무를 인수하기로 하였기 때문에 원고의 청구 금액 역시 매매대금에서 근저당권 피담보채무액을 공제한 금액이었고, 이에 대한 지연손해금도 함께 청구되었지만, 설명의 편의상 본문에서는 이와 같은 내용은 생략하였다.

로 인해 위 청구권의 행사가 불가능하게 되었는바 이는 제3자의 채권침해로서 불법행위에 해당한다.

또한 원고는 예비적으로 피고가 이 사건 토지를 매도함으로써 법률상 원인 없이 매매대금 상당의 이익을 얻었고 이로 인하여 원고는 A에 대한 소유권이전등기청구권을 상실함으로써 같은 금액 상당의 손해를 입었으므로, 피고는 원고에게 매매대금 상당의 부당이득반환책임이 있다고 주장하였다.

2. 원심법원의 판단

원심법원은 불법행위를 원인으로 한 원고의 주위적 청구를 다음과 같은 이유로 배척하였다.⁶⁾ 첫째, 명의신탁약정 및 이에 부수한 묵시적 위임약정은 「부동산 실권리자 명의 등기에 관한 법」(이하 ‘부동산실명법’이라고 한다)에 따라 무효일 뿐만 아니라 보호할 만한 가치가 없다.⁷⁾ 둘째, 부동산실명법은 명의신탁자와 명의수탁자 쌍방을 형사처벌하고 있고, 부동산실명법상 명의수탁자의 제3자에 대한 처분은 유효하며, 명의신탁자와 명의수탁자 사이에는 보호 가치 있는 신원관계가 없으므로, 제3자에 대한 채권침해의 법리상⁸⁾ 피고의 처분행위로 원고가 소유권이전등기청구권을 잃더라도 불법행위가 되지는 않는다.

한편 원심법원은 부당이득을 원인으로 한 원고의 예비적 청구에 대하

6) 서울고등법원 2020. 1. 10. 선고 2018나2029205 판결.

7) 원심법원은 이와 같은 판단의 근거로 3자간 명의신탁에서 신탁자와 수탁자 사이에 형법상 보호가치 있는 위탁신임관계가 존재하지 않는다는 판례 법리를 제시하였다(대법원 2016. 5. 19. 선고 2014도6992 전원합의체 판결).

8) 원심법원은 “채권침해의 위법성은 침해되는 채권의 내용, 침해행위의 태양, 침해자의 고의 내지 해의의 유무 등을 참작하여 구체적, 개별적으로 판단하되, 거래의 자유 보장의 필요성, 경제·사회정책적 요인을 포함한 공공의 이익, 당사자 사이의 이익균형 등을 종합적으로 고려하여 신중히 판단하여야 한다”는 판례 법리(대법원 2007. 9. 6. 선고 2005다25021 판결)를 제시하였다.

여는 그러한 청구의 가능성을 수궁하면서도 증명의 부족을 이유로 이를 기각하였다. 즉, 원심법원은 명의수탁자의 제3자에 대한 처분이 있는 경우 매도인의 명의신탁자에 대한 소유권이전등기의무는 이행불능이 되고, 그 결과 명의신탁자는 신탁부동산의 소유권을 이전받을 권리를 상실하는 손해를 입는 반면 명의수탁자는 처분대금이나 보상금을 취득하는 이익을 얻게 되므로, 명의수탁자는 명의신탁자에게 그 이익을 반환해야 한다고 판시하였다.⁹⁾ 그러나 원심법원은 원고가 주장하는 손해액의 전제가 되는 이 사건 토지의 시가에 관한 증거가 부족하다는 이유로 결국 원고의 부당이득반환 청구를 받아들이지는 않았다.¹⁰⁾

3. 대법원의 판단

대법원은 원심판결이 3자간 등기명의신탁에서 명의수탁자의 임의처분에 따른 불법행위 성립 여부에 관한 법리 등을 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다면서 원심판결을 파기하여 환송하였다. 대법원은 원심법원과 달리 3자간 명의신탁에서 명의수탁자가 소유권이전등기를 경료받은 후 제3자에게 임의로 처분할 경우 명의신탁자의 소유권이전등기청구권을 침해하므로 제3자에 의한 채권침해에 따른 불법행위가 성립한다고 보았다. 3자간 명의신탁에서 명의수탁자의 임의처분 등을 원인으로 제3자 앞으로 소유권이전등기가 된 경우 부동산실명법 제4조 제3항에 따라 제3자는 유효하게 소유권을 취득하고, 그 결과 매도인의 명의신탁자에 대한 소유권이전등기의무는 이행불능이 되고 만다. 대법원은

9) 원심 법원은 이와 같은 판단의 근거로 부동산실명법 시행 전의 3자간 명의신탁에서 유예기간의 경과에 따라 명의신탁약정과 물권변동이 무효로 된 이후 명의수탁자가 제3자에게 처분한 사안에 관한 판례 법리(대법원 2011. 9. 8. 선고 2009다49193, 49209 판결)를 제시하였다.

10) 참고로 제1심 판결은 법리적 측면에서는 원심법원과 유사한 입장을 취하였지만, 부당이득반환청구 역시 증명이 있다고 보아 인용하였다는 점에서 원심판결과 차이가 있다(서울동부지방법원 2018. 5. 17. 선고 2016가합109688 판결).

명의수탁자가 신탁자의 채권을 ‘알면서 침해’하였다는 점에 기초하여 위법성을 인정하였다. 즉, “명의수탁자가 명의신탁자의 채권인 소유권이전등기청구권을 침해한다는 사정을 알면서도 명의신탁받은 부동산을 자기 마음대로 처분하였다면 이는 사회통념상 사회질서나 경제질서를 위반하는 위법한 행위로서 특별한 사정이 없는 한 제3자의 채권침해에 따른 불법행위책임이 성립한다”는 것이다.

이러한 대법원의 판시는 언뜻 보기에 종전의 판례와 긴장관계에 서는 것처럼 보이기도 한다. 대법원은 2016년 전원합의체 판결(이하 ‘2016년 형사판결’이라고 한다)¹¹⁾을 통해 3자간 명의신탁에서 명의신탁자는 부동산 소유자가 아니고 명의신탁자와 명의수탁자 사이에 위탁신탁관계를 인정할 수도 없으므로, 명의수탁자가 신탁 부동산을 임의로 처분해도 명의신탁자에 대한 관계에서 횡령죄가 성립하지 않는다고 판결한 바 있기 때문이다. 대상 판결은 이를 의식하여 위 2016년 형사판결과 대상판결이 서로 모순되지 않는다면, 그 근거로 민사책임과 형사책임에 서로 다른 원리가 적용된다는 점을 들고 있다. 즉, “위법행위에 대한 형사책임은 사회의 법질서를 위반한 행위에 대한 책임을 묻는 것으로서 행위자에 대한 공적인 제재인 형벌을 그 내용으로 하는 데 반하여, 민사책임은 다른 사람의 법익을 침해한 데 대하여 행위자의 개인적 책임을 묻는 것으로서 피해자에게 발생한 손해의 전보를 그 내용으로 하고 손해 배상제도는 손해의 공평·타당한 부담을 그 지도원리로” 하기 때문에, 형사상 범죄를 구성하지 않는 침해행위라고 하더라도 그것이 민사상 불법행위를 구성하는지는 형사책임과 별개의 관점에서 검토해야 한다는 것이다. 이처럼 대법원은 2016년 형사판결이 명의신탁관계에서 명의신탁자의 소유권이전등기청구권을 보호할 수 없다는 취지로 오해되어서는 안된다는 점을 강조하고 있다.

한편, 대법원은 부당이득 반환청구 부분에 관한 원고의 상고에 관하

11) 대법원 2016. 5. 19. 선고 2014도6992 전원합의체 판결.

여는, 사실심인 원심의 전권사항에 속하는 증거의 취사선택과 사실인정을 다투는 것에 지나지 않아 적법한 상고이유가 되지 못한다는 이유를 받아들이지 않았다.

4. 주요 쟁점

대법원은 2016년 형사판결을 통해 3자간 명의신탁에서 수탁자의 임의 처분이 신탁자에 대하여 횡령죄가 되지 않음을 밝히는데 이어 2021년에는 양자간 명의신탁에서도 수탁자의 임의 처분이 신탁자에 대하여 횡령죄가 되지 않는다고 판결한 바 있다(이하 ‘2021년 형사판결’이라고 한다).¹²⁾¹³⁾ 그러나 대법원은 민사책임에 관하여는 이와 다른 태도를 보인다. 즉, 대법원은 2021년 양자간 명의신탁에서 수탁자의 신탁자에 대한 불법행위 책임을 인정하는 판결(이하 ‘2021년 불법행위 판결’이라고 한다)¹⁴⁾을 내놓았고, 대상판결은 2021년 불법행위 판결을 인용하면서 3자간 명의신탁에서도 수탁자의 신탁자에 대한 불법행위 책임을 인정하였다.

12) 대법원 2021. 2. 18. 선고 2016도18761 전원합의체 판결.

13) 횡령죄가 성립하기 위하여는 재물의 보관자와 재물의 소유자 사이에 형법상 보호가치 있는 법률상 또는 사실상의 위탁신탁관계가 존재해야 한다. 3자간 명의신탁관계를 다룬 2016년 형사판결에서는 ① 근거지우는 명의신탁약정 및 이에 부수한 위임약정은 무효이고, ② 명의신탁자와 명의수탁자 사이의 사실상의 위탁관계라는 것도 불법적인 관계에 지나지 않아 형법상 보호가치 있는 신탁에 의한 것이라고 할 수 없으며, ③ 명의신탁자는 소유자가 아니고, ④ 명의신탁자가 매도인을 대위하여 신탁부동산을 이전받을 수 있는 법적 가능성을 이유로 명의신탁자를 사실상 소유권자라고 평가할 수는 없다는 점 등을 들어 명의신탁자와 명의수탁자 사이의 위탁신탁관계를 부정하였다. 한편 양자간 명의신탁관계를 다룬 2021년 형사판결에서는 위 ①, ② 외에 ③ 명의수탁자의 소유권이전등기말소주의무는 명의신탁자가 소유권에 기한 방해배제청구로 말소를 구하는 것에 대하여 상대방으로서 응할 처지에 있음에 불과하고, ④ 명의수탁자가 제3자와 한 처분행위가 부동산실명법상 유효하게 될 가능성이 있다고 하더라도 그것이 위탁관계가 존재함을 전제한 것이라고 볼 수는 없다는 점 등을 들어 명의신탁자와 명의수탁자 사이의 위탁신탁관계를 부정하였다.

14) 대법원 2021. 6. 3. 선고 2016다34007 판결.

위와 같은 판례의 입장은 민사책임과 형사책임에 서로 다른 원리가 적용된다는 점을 근거로 하여 양자간 명의신탁과 3자간 명의신탁에 있어서 수탁자의 신탁자에 대한 불법행위책임을 통일적으로 규율하려는 것으로서 언뜻 보기에 일관성이 있어 보이기도 한다. 그러나 3자간 명의신탁에서는 양자간 명의신탁에서와 달리 신탁자에게 소유권이 인정되지 않고 신탁자와 매도인 사이의 매매계약이 존재한다는 점에서 당사자들의 이익 상황이 전혀 다르다. 사적자치에 기반을 하는 근대 사법체제에 있어서 재화를 개인에게 배타적으로 귀속시키는 물권법의 법리와 재화의 이동 및 이와 관련된 위험의 분배를 개인 간의 자발적 합의에 맡기는 계약법의 법리는 불법행위나 부당이득의 법리 적용에 있어서 우선적으로 고려되어야 한다.

이러한 문제의식은 무엇보다 3자간 명의신탁에서 수탁자의 임의 처분으로 손해를 입은 자가 누구인가라는 질문 앞에서 뚜렷하게 형체를 드러낸다. 수탁자의 신탁자에 대한 부당이득 반환의무가 인정될 것인지에 관한 2021년 부당이득 판결은 이를 잘 보여주고 있다. 위 판결에서 다수의견은 매도인은 매매대금을 보유할 수 있어 아무런 손해가 없고 오히려 신탁부동산의 소유권을 이전받을 수 없게 된 신탁자가 손해를 입었다고 보았다. 그러나 반대의견은 소유권의 배타적 성격과 계약에 의한 위험분배를 중시하면서, 수탁자의 임의 처분으로 인해 손해를 입은 자는 단지 매도인에 대하여 소유권이전등기청구를 할 수 있는 채권자에 불과한 신탁자가 아니라 신탁부동산의 소유자인 매도인이라고 주장하였다. 위 판결에 관하여는 적지 않은 평석¹⁵⁾이 나와 있지만, 필자는 반대

15) 권영준, “2021년 민법 판례 동향”, 법학 제63권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2022, 330쪽; 이계정, “삼자간 등기명의신탁에서 명의수탁자의 처분으로 인한 부당이득의 법률관계”, 법조 제71권 제2호, 법조협회, 2022, 310쪽; 권오상, “등기명의신탁에서 명의수탁자의 처분행위시 명의신탁자의 법적 지원”, 법학논총 제34권 제3호, 국민대학교 법학연구소, 2022, 75쪽; 오지용, “2021년 민법총칙 및 물권법 중요판례 평석”, 인권과 정의 통권 504호, 대한변호사협회, 2022, 33쪽; 박신욱, “3자간 등기명의신탁에서 명의수탁자의 처분행위에 따른 부당이득반환청구권의 주체”, 재산법

의견이 보다 설득력이 있다고 생각한다.

대상 판결은 3자간 명의신탁에서 수탁자의 임의 처분이 있는 경우 수탁자의 신탁자에 대한 불법행위책임을 인정함으로써 신탁자가 손해를 입었음을 수궁하고 있다. 이는 일견 2021년 부당이득 판결의 다수의 견과 일맥상통하는 것처럼 보인다. 재미있는 것은 2021년 부당이득 판결의 반대의견을 주도했던 김재형 대법관이 대상판결의 주심을 맡았다는 점이다. 그렇다면 3자간 명의신탁에서 수탁자의 임의처분이 있는 경우, 수탁자가 매도인에 대하여 부당이득 또는 불법행위책임을 지는 동시에 신탁자에 대하여도 불법행위책임을 부담하는 것이 논리적으로 가능하다는 것인가. 그것이 가능하다 해도 소유권의 배타적 성격과 계약에 의한 위험분배에 대한 고려는 더 이상 이루어지지 않아도 되는가. 이러한 결과는 부동산실명법의 입법취지에 과연 부합하는 것인가.

이러한 논의에서는 무엇보다 수탁자의 임의 처분으로 인한 매도인과 신탁자 사이의 매매계약상 법률관계의 변화를 어떻게 파악하고 반영할 것인지에 관한 견해 차이가 큰 역할을 한다. 따라서 아래에서는 매매계약상 법률관계의 분석을 출발점으로 하여 사적자치의 토대를 이루는 물권법적 질서와 계약법적 질서가 부당이득법과 불법행위법에 어떻게 영향을 미치는지 차례로 분석해보기로 한다. 대상판결은 불법행위책임에 관하여만 판단하고 부당이득 책임에 관하여는 적법한 상고이유에 해당하지 않는다면 따로 판단하지 않았다. 그럼에도 불구하고 부당이득법적 검토를 먼저 하는 이유는 2021년 부당이득 판결을 계기로 이루어진 광범위하고 깊이있는 논의의 성과를 활용하기 위해서이다. 한편 위와 같은 분석에 있어서는 명의신탁에 관한 법률관계에 있어서 사적자치를

연구 제39권 제2호, 한국재산법학회, 2022, 238쪽; 이성진, “3자간 등기명의신탁과 부당이득반환청구”, 민사법의 이론과 실무 제25권 제1호, 민사법의 이론과 실무학회, 2021, 201쪽; 김송, 3자간 등기명의신탁에서 수탁자의 신탁부동산 처분에 대한 수탁자의 부당이득반환의무, 법학연구 제33권 제1호, 충남대학교 법학연구소, 2022, 67쪽 참조.

제한하고 있는 부동산실명법의 입법취지가 충실히 반영될 필요가 있으므로 말미에서는 이에 관한 검토도 이루어질 것이다.

Ⅲ. 매매계약상 법률관계의 분석

1. 매매계약의 효력과 내용

1.1 매매계약의 유효성

부동산실명법은 명의신탁약정 및 그에 따른 등기로 인한 부동산 물권 변동은 무효라고 규정하지만(제4조 제1항, 제2항), 매도인과 신탁자 사이의 매매계약의 효력에 관하여는 해석에 맡겨져 있다.

학설은 대체로 매도인과 신탁자 사이의 매매계약을 유효로 보고 있다.¹⁶⁾ 유효설은 무엇보다 계약법의 법리상 신탁자와 수탁자 사이에 체결된 명의신탁약정이 신탁자와 매도인 사이의 매매계약의 효력에 영향을 미칠 수는 없다는 점을 근거로 한다.¹⁷⁾ 신탁자가 매도인에게 매매계약에 기한 소유권이전등기를 청구할 수 있도록 하는 것은 실권리자 명의로 등기가 이루어지도록 하게 하려는 부동산실명법의 취지에 부합한다는 점을 강조하는 견해도 있다.¹⁸⁾

16) 목영준, “부동산실권리자 명의등기에 관한 법률상 법률관계의 효력”, 인권과 정의 제261호, 대한변호사협회, 1998, 99쪽; 백정현, “부동산실권리자명의등기에 관한 법률의 문제점과 법률관계”, 재판과 판례 제6집, 대구판례연구회, 1997, 336쪽; 양창수, “부동산실명법 제4조에 의한 명의신탁의 효력 -소위 등기명의신탁을 중심으로-”, 민법연구 제5권, 박영사, 2003, 127쪽.

17) 양창수, 위의 논문, 127쪽.

18) 송덕수, “명의신탁된 부동산을 명의수탁자가 처분한 경우의 법률관계 -명의신탁의 유형에 관한 논의를 포함하여-”, 법학논집 제19권 제1호, 이화여자대학교 법학연구소, 2014, 28쪽.

그러나 일부 학자들은 매매계약의 무효를 주장하기도 한다. 이에 따르면, 3자간 명의신탁에서 매도인과 신탁자 사이의 매매계약에는 매도인이 수탁자 앞으로 소유권이전등기를 경료하기로 하는 특약이 붙어 있고, 이러한 특약은 매매계약의 본질적 내용에 속하는 것으로서 부동산실명법상 수탁자 앞으로의 유효한 소유권이전등기가 불가능한 이상 매매계약은 원시적 불능의 급부를 목적으로 하는 것으로서 무효라는 것이다.¹⁹⁾ 매도인으로서 수탁자 앞으로의 소유권이전등기를 위해 매도인과 수탁자를 당사자로 하는 매매계약이 체결된 것처럼 가장할 수밖에 없다는 점을 고려해볼 때, 매도인은 이미 명의신탁관계의 설정을 위한 목적의 불법성 내지 반사회성에 전도되어 있을 뿐만 아니라, 그렇지 않다고 하더라도 신탁자에게 목적의 불법성 내지 반사회성이 인정되는 이상 매도인과 신탁자 사이의 매매계약은 무효로 된다는 견해도 있다.²⁰⁾

판례는 일찍이 유효설의 입장을 명확히 하였다. 즉, “명의신탁 약정과 그에 의한 등기가 무효로 되면 명의신탁 부동산은 매도인 소유로 복귀하므로 매도인은 명의수탁자에게 무효인 명의수탁자 명의의 등기의 말소를 구할 수 있게 되고, 매도인과 명의신탁자 사이의 매매계약은 여전히 유효하므로, 명의신탁자는 위 매매계약에 기한 매도인에 대한 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 매도인을 대위하여 명의수탁

19) 박동진, “부동산실명법 제4조에 의한 부동산명의신탁의 효력”, 저스티스 제32권 제3호, 한국법학원, 1999, 74-75쪽(신탁자의 매도인에 대한 매매대금의 지급은 불법원인급여에 해당하지 않는다고 한다); 권오상, “부동산실명법을 위반한 등기명의신탁의 사법적 효력”, 법학논고 제70집, 경북대학교 법학연구원, 2020, 197쪽(신탁자의 수탁자에 대한 부당이득반환청구는 불법원인급여에 해당하여 허용되지 않는다고 주장한다).

20) 정상현, “명의신탁약정의 효력과 신탁재산의 반환여부에 대한 법리 재검토”, 성균관법학 제19권 제1호, 성균관대학교 법학연구소, 2007, 158쪽. 다만 위 견해는 신탁재산의 복귀를 배척하는 정도의 불법원인이 존재하는가에 관하여는 의문을 제기한다(같은 논문, 173쪽).

자에게 무효인 명의수탁자 명의의 등기의 말소를 구할 수 있다”는 것이다.²¹⁾

무효설은 매도인과 신탁자 사이의 매매계약이 목적의 원시적 불능 또는 불법성 내지 반사회성으로 인해 무효라고 주장한다. 그러나 위 매매계약의 주된 목적은 단지 수탁자 명의의 등기를 경료하는데 그치는 것이 아니라 매수인인 신탁자에게 신탁부동산의 소유권을 이전하는 것이다(민법 제568조 제1항 참조). 매도인으로서는 특약에 따라 수탁자에게 이전등기를 하더라도 부동산실명법상 여전히 자신에게 남아 있는 소유권에 기하여 등기 명의를 회복한 뒤 신탁자에게 소유권이전등기를 경료함으로써 소유권을 이전해줄 수 있다. 따라서 위 매매계약의 목적이 원시적 불능으로 인해 무효라고 볼 수는 없다.

한편, 부동산실명법이 시행된 지 이미 25년 이상 흘러 국민들이 명의 신탁이 금지된다는 점을 잘 알고 있는 상황에서 목적의 불법성이나 반사회성을 지적하는 주장에 일부 수긍할 만한 부분이 없는 것은 아니다.²²⁾ 판례는 범죄행위를 목적으로 하는 계약²³⁾이나 배임행위에 적극 가담한 계약²⁴⁾을 사회질서 위반으로 무효로 보아 왔다. 그러나 3자간 명의신탁에서 매도인과 신탁자 사이에 체결된 매매계약의 반사회성을 이와 같은 정도로 평가하기는 어려워 보인다. 판례에 따르면 부동산실명법의 입법 취지는 “부동산에 관한 소유권과 그 밖의 물권을 실체적 권리관계와 일치하도록 실권리자 명의로 등기하게 함으로써 부동산등기제도를 악용한 투기·탈세·탈법행위 등 반사회적 행위를 방지하고 부동산 거래

21) 대법원 1999. 9. 17. 선고 99다21738 판결.

22) 권영준, 앞의 논문, 329쪽.

23) 대법원 1971. 10. 11. 선고 71다1645 판결; 대법원 2001. 4. 24. 선고 2000다71999 판결.

24) 대법원 2013. 10. 11. 선고 2013다52622 판결; 대법원 1992. 3. 31. 선고 92다1148 판결(명의수탁자의 범죄적인 처분행위에 적극 가담한 취득행위를 무효로 본 사례인데, 현재는 수탁자의 임의 처분이 횡령죄에 해당하지 않는다는 판례가 확립되었기 때문에 달리 볼 여지가 있다고 생각된다).

의 정상화와 부동산 가격의 안정을 도모하여 국민경제의 건전한 발전에 이바지함”에 있다.²⁵⁾ 탈법행위를 방지하고 부동산 거래를 정상화하기 위해서는 신탁자에게 과징금을 부과하고 신탁자와 수탁자를 처벌함으로써 신탁리자 명의 등기의 유인을 제공하는 것으로 충분하다(부동산실명법 제5조, 제7조). 이를 넘어 매도인과 신탁자 사이의 매매계약 자체를 무효로 하는 것은 헌법상 과잉금지의 원칙에 반해 계약 체결의 자유를 지나치게 제한하는 것이다. 부동산실명법이 매도인과 신탁자 사이의 매매계약의 효력에 관하여 별다른 규정을 두지 않은 것은 바로 이러한 점을 우려했기 때문이라고 이해할 수 있으며, 따라서 매매계약은 그대로 유효하다고 보아야 할 것이다.²⁶⁾ 그렇다고 하여 매도인이 수탁자에게 소유권이전등기를 해 줌으로써 명의신탁관계 설정에 협력하였다는 엄연한 사실이 비난으로부터 자유로울 수는 없을 것이다. 뒤에서 보듯이 이는 수탁자의 임의 처분으로 인한 소유권이전등기의무의 이행불능과 관련하여 매도인에게 귀책사유를 인정하는 근거로 작용한다.

1.2 수탁자에 대한 소유권이전등기가 매도인의 채무에 미치는 영향

3자간 명의신탁에서 특약에 따라 수탁자에게 소유권이전등기를 마친 매도인은 자신의 매매계약상의 의무를 다하였다고 생각할 수 있다. 부동산실명법이 시행되기 전의 3자간 명의신탁 관계에서는 그렇게 볼 여지가 없는 것은 아니다. 수탁자에 대한 소유권이전등기에 따라 신탁자는 적어도 수탁자와의 관계에서 대내적으로는 신탁부동산의 소유권을 취득하게 되고, 언제나 명의신탁약정을 해지함으로써 대외적으로도 소유

25) 대법원 2016. 5. 19. 선고 2014도6992 전원합의체 판결.

26) 그 밖에 3자간 등기명의신탁에서 명의신탁자와 매도인 간의 매매계약이 무효라는 견해에 대한 비판적 검토에 관하여는, 송오식, “3자간 등기명의신탁과 불법원인급여 해당 여부 -대법원 전원합의체 2015다13850사건과 관련하여-”, 재산법연구 제36권 제1호, 한국재산법학회, 2019, 63쪽 참조.

권을 주장할 수 있게 된다. 따라서 매도인의 매매계약상 소유권이전 채무는 변제로 소멸하였다고 볼 여지도 있다.²⁷⁾ 그러나 판례는 이와 달리 보았다. 즉, 부동산실명법 시행 이전에 이루어진 3자간 명의신탁에서 수탁자가 신탁부동산을 임의로 처분하자 신탁자가 매도인을 대위하여 수탁자를 상대로 불법행위에 기한 손해배상청구를 한 사안에 관한 2002년 불법행위 판결에서, 대법원은 부동산실명법에서 정한 유예기간 경과에 의하여 명의신탁약정과 그에 의한 등기가 무효로 되어 명의신탁된 부동산이 매도인 소유로 복귀함을 지적하면서, 위 법은 “매도인과 명의신탁자 사이의 매매계약의 효력을 부정하는 규정을 두고 있지 아니하여 유예기간 경과 후로도 매도인과 명의신탁자 사이의 매매계약은 여전히 유효하므로 명의신탁자는 매도인에 대하여 매매계약에 기한 소유권이전등기를 청구할 수 있”다고 판시하였다. 한편, 뒤에서 다시 보겠지만 위 판결은 수탁자의 임의처분에도 불구하고 매도인은 아무런 손해가 없다고 함으로써, 신탁자가 매도인을 거치지 않고 직접 수탁자에게 부당이득반환청구를 하여 구제받을 수 있다는 대법원의 기본적 입장의 핵심적 논리를 제공한 바 있다.

이처럼 부동산실명법 시행 전의 3자간 명의신탁의 경우에도 매도인이 수탁자에 대한 소유권이전등기에 의하여 신탁자에 대한 소유권이전 의무를 면하지 못한다면, 부동산실명법 시행 후의 3자간 명의신탁의 경우에는 더욱더 그렇게 볼 수밖에 없다. 즉, 매도인은 여전히 수탁자로부터 등기 명의를 회복하여 신탁자에게 소유권이전등기를 해 줄 의무가 있다. 그렇다면 매도인은 언제 소유권이전등기 의무의 지체에 빠지게 될까. 신탁자에 대한 소유권이전등기 의무의 기한은 따로 정해지지 않은

27) 2021년 부당이득 판결의 반대의견은 “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”라고 설시한 것으로 보아 이러한 입장에 서 있는 것으로 보인다.

경우가 많을 것이고, 정해져 있었다고 하더라도 특약에 따라 수탁자에게 이전등기를 한 이상 기한이 유예된 것으로 보아야 할 것이다. 따라서 매도인은 신탁자가 매매대금 채무의 이행 또는 이행제공과 함께 소유권 이전등기를 요구할 때 비로소 지체에 빠지게 된다고 할 것이다.

2. 수탁자의 처분과 매매계약 관계의 변화

2.1 소유권이전등기의무의 이행불능

부동산실명법의 규정상 수탁자가 신탁자의 동의 없이 제3자에게 신탁부동산을 처분하고 소유권이전등기를 마친 때에는 매도인의 신탁자에 대한 소유권이전등기의무는 이행불능이 된다. 제3자가 유효하게 신탁부동산의 소유권을 취득하는 결과 매도인은 반사적으로 소유권을 잃게 되고, 그 결과 사회관념상 더 이상 자신에게로 등기 명의를 회복할 수 없기 때문이다. 결국 매도인의 소유권이전등기의무는 이행불능이 되어 소멸한다.

2.2 매도인의 채무불이행 책임 유무

이 경우 매도인이 채무불이행으로 인한 손해배상의무 내지 해제에 따른 원상회복으로서 매매대금 반환의무를 지게 될 것인지 여부는 매도인의 귀책사유가 인정될 것인지, 인정되더라도 매도인의 신뢰가 보호되어야 할 것인지 여부에 달려 있다. 이 문제를 놓고 2021년 부당이득 판결의 다수의견과 반대의견은 첨예하게 대립하였다.

다수의견은 2002년 불법행위 판결²⁸⁾을 인용하면서 논리를 전개하였다. 위 판결은 부동산실명법이 시행되기 이전에 매도인이 명의신탁자의

28) 대법원 2002. 3. 15. 선고 2001다61654 판결.

부탁에 따라 명의수탁자에게 등기명의를 이전하여 준 사안에서 명의수탁자의 처분행위 등이 있는 경우 매도인에게 매매계약의 체결이나 그 이행에 관하여 귀책사유가 있다고 보기 어려우므로 명의신탁자가 실명 등기를 하지 아니한 사정에 기인하여 매도인에게 매매대금의 반환을 구하거나 명의신탁자 앞으로 재차 소유권이전등기를 마칠 것을 요구하는 것은 신의칙상 허용되지 않는다고 판단한 바 있다. 구체적으로 다수의 의견은 다음과 같은 논거를 들어 신탁자가 매도인에 대하여 채무불이행에 기한 청구를 할 수 없다고 보았다. ① 부동산실명법이 시행된 이후에 3자간 등기명의신탁이 이루어진 경우에도 매도인에게 매매계약의 체결이나 그 이행에 관하여 귀책사유가 있다고 보기 어렵다. ② 설령 귀책사유가 있다고 하더라도 부동산실명법 위반상태를 야기한 명의신탁자가 매도인에 대하여 매매대금의 반환²⁹⁾을 구하거나 소유권이전등기의무의 이행불능에 따른 손해배상청구³⁰⁾를 하는 것은 여전히 신의칙상 허용되지 않는다.³¹⁾

이에 대하여 반대의견은 다음과 같은 논거를 들어 매도인의 귀책사유를 인정하고 신탁자가 매도인을 상대로 계약해제권을 행사하여 원상회복을 청구하는 방법으로 매매대금을 반환받거나 채무불이행에 따른 손

29) 2021년 부당이득 판결의 다수의견에서 언급된 ‘매매대금의 반환’은 귀책사유 있음을 전제로 하므로 법정해제에 따른 원상회복을 의미하는 것으로 보인다. 이에 비해 2002년 불법행위 판결에서 언급된 ‘매매대금의 반환’은 귀책사유 없음을 전제로 하므로 채무자 위험부담주의에 따른 부당이득반환을 의미하는 것으로 여겨진다.

30) 2021년 부당이득 판결의 다수의견은 2002년 불법행위 판결에서와 달리 이행불능에 따른 손해배상청구 역시 신의칙상 허용되지 않는다고 판시하였다.

31) 2021년 부당이득 판결의 다수의견에 대한 보충의견은 그 이유를 다음과 같이 밝히고 있다. “매도인이 부동산실명법 위반에 협조한 것을 두고 이행불능에 대한 과실이 있다고 보더라도 위에서 본 바와 같은 명의신탁자의 이행불능에 대한 과실은 주의 의무 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.”

해배상을 청구하는 방법으로 권리구제를 받을 수 있다고 보았다. ① 부동산실명법을 위반한 3자간 등기명의신탁관계는 매도인이 이를 승낙하였기 때문에 성립하는 것이지 명의신탁자 단독으로 발생시킬 수 없다. ② 매도인이 수탁자에게 마쳐준 소유권이전등기는 무효이므로 매도인은 여전히 신탁자에게 소유권이전등기의무를 부담하고, 따라서 매도인이 이를 알면서도 그 의무를 게을리하여 이행불능에 이르렀다면 그에 대한 책임을 져야 한다. ③ 부동산실명법이 이미 약 25년간 시행되어 오면서 이를 위반한 등기와 명의신탁관계는 법적으로 보호받지 못한다는 것이 널리 알려진 상황에서 명의신탁자의 부탁을 받고 명의신탁자의 명의신탁관계에 협조하거나 이를 묵인하면서 명의수탁자에게 소유명의를 이전한 매도인의 행위는 부동산실명법을 무시하고 명의신탁자의 탈법행위에 조력하는 것이다. ④ 부동산실명법 시행 후에는 명의신탁약정이 무효라는 점이 명백하므로 매도인에게 매매계약이 유효하게 종결될 것이라는 신뢰가 형성될 여지가 없고 이러한 신뢰를 보호할 필요도 없으므로 여기에 신의칙을 적용할 여지가 없다. ⑤ 다수의견이 인용한 2002년 불법행위 판결은 부동산실명법이 시행되기 전 명의신탁이 유효하였던 시기에 명의신탁자의 요구에 응한 매도인에게 잘못을 인정할 수 없다는 전제에서 이루어진 것이므로 부동산실명법의 시행으로 명의신탁약정이나 그에 따른 물권변동이 무효라는 점이 명백해진 상황에서 3자간 등기명의신탁이 이루어진 경우 위 판결의 법리를 그대로 적용하기 어렵다.

매도인의 귀책사유 유무에 관하여 학설은 양분되어 있다. 먼저 귀책사유 부정설의 논거는 다음과 같다. ① 매도인은 이행불능의 원인이 된 수탁자의 처분행위에 관여한 바가 없고 단지 신탁자의 요청에 따라 명의수탁자 앞으로 등기를 경료하였을 뿐이다.³²⁾ ② 매도인이 명의신탁약정을 알았더라도 매도인이 명의수탁자에게 등기명의를 이전한 것과

32) 김종석, “3자간 등기명의신탁관계에서 부당이득반환관계”, 사법 제59호, 사법발전재단, 2022, 786쪽.

이행불능의 직접적 원인인 명의수탁자의 임의처분을 동일시하기는 어렵다.³³⁾ ③ 매도인의 귀책사유를 인정하여 신탁자의 매도인에 대한 손해배상채권이 인정되더라도 매도인의 무자력 등으로 인해 채권자대위권의 요건이 충족되지 않는다면 신탁자가 출연한 재산을 수탁자로부터 회수할 수 없는 경우도 발생할 수 있다.³⁴⁾ 그 밖에 해제의 원인을 제공한 신탁자가 매도인을 상대로 해제권을 행사하는 것은 신의칙이나 금반언의 원칙에 반한다고 주장하는 견해도 있다.³⁵⁾

이에 비해 귀책사유 긍정설은 수탁자의 임의 처분으로 인한 소유권이 전등기의무의 이행불능에 관하여 매도인의 귀책사유를 인정하면서, 신탁자는 매도인에 대한 손해배상채권을 피보전채권으로 하여 매도인의 수탁자에 대한 손해배상청구권 또는 부당이득반환청구권을 대위해야 한다고 주장한다.³⁶⁾ 그 논거는 다음과 같다. ① 매도인이 명의신탁약정의 존재와 수탁자 명의의 등기가 무효라는 점에 관하여 악의이고, 무효인 3자간 등기명의신탁 관계를 형성함에 적극적으로 협력한 자로서 부동산의 소유권이 여전히 자신에게 있는 상태를 유지하였고, 그 와중에 그의 소유권이전등기의무가 불능이 되었다면 그에게 귀책사유가 있다고 보아야 한다.³⁷⁾ ② 매도인은 명의수탁자 앞으로 소유권이전등기를 경료하였다고 해서 명의신탁자와의 매매계약상 의무가 완전히 이행되었고, 추후 신탁자로부터 매매계약에 따른 이행청구를 받지 않을 것이라는 정당한 신뢰가 형성되었다고 볼 수 없다. 계약명의신탁과 달리

33) 송덕수, 앞의 논문, 32쪽; 이계정, 앞의 논문, 293쪽.

34) 김종석, 앞의 논문, 786쪽. 위 견해는 이러한 분석을 근거로 하여 신탁자의 수탁자에 대한 부당이득반환청구권을 인정하면 매도인을 대위할 필요가 없어서 수탁자가 취득한 재산을 모두 전보 받을 수 있으므로 이해관계를 명확하고 공정하게 조정할 수 있게 된다고 주장한다.

35) 김동훈, “채무불이행의 효과 -계약의 해제: 한국민법의 개정시안을 중심으로”, 민사법학 제65호, 한국민사법학회, 2013, 401쪽.

36) 김송, 앞의 논문, 88-89쪽, 93쪽.

37) 양창수, 앞의 논문, 126-129쪽 참조.

3자간의 명의신탁의 경우 선의의 매도인을 보호하는 규정이 없는 것은 무효인 명의신탁약정이 있음을 알고 이에 협력한 매도인에게는 보호할 신뢰가 없다는 방증이다.³⁸⁾ ③ 신의칙의 적용은 실정법상 구체화된 제도를 보충적으로 수정·보완하는데 제한되어야 하고, 이를 넘어서 적용할 경우 계약충실의 원칙에 반할 뿐 아니라 과실상계 및 대상청구권과 같은 제도가 형해화될 수 있다.

생각건대, 부동산실명법 시행 후에 이루어진 3자간 명의신탁에서 수탁자의 임의 처분으로 인해 매도인의 신탁자에 대한 소유권이전등기의 무가 이행불능이 되는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 매도인에게 귀책사유가 인정되어야 할 것이다. 부동산실명법상 여전히 소유권이 매도인에게 남아있는 이상 매도인으로서 언제라도 소유권에 기한 방해배제 청구권의 행사로서 수탁자 명의의 등기를 말소할 수 있는 지위에 있었다. 그럼에도 불구하고 이를 게을리하였다면 그 와중에 수탁자가 임의로 신탁부동산을 처분하여 이행불능이 된 것에 책임이 없다고 말할 수는 없을 것이다. 신의칙에 기대어 신탁자가 매도인에 대한 채무불이행 책임을 추궁하는 것을 부정하는 것 역시 납득하기 어렵다. “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” 한다.³⁹⁾ 이러한 법리에 비추어볼 때 부동산실명법이 시행된 지 오랜 세월이 흘러 매도인이 수탁자에게 소유 명의를 넘겨주더라도 여전히 소유권을 보유하고 신탁자에 대하여 소유권이전등기의무를 부담한다는 점이 명백해진 이상 매도인에게 계약관계의 종료에 관한 신뢰가 형성되었다고 보기 어렵고, 설사 그러한 신뢰를 가졌다고 하더라도 민법상

38) 김송, 앞의 논문, 89쪽.

39) 대법원 2003. 4. 22. 선고 2003다2390, 2406 판결.

신의성실의 원칙으로 보호할 정당한 신뢰라고 보기는 어렵다. 부동산실명법이 이른바 계약명의신탁에서 매매계약을 유효한 것으로 믿은 선의 매도인을 보호하는 반면(제4조 제2항 단서) 3자간 명의신탁에서는 매도인의 신뢰를 보호하는 규정을 두지 않고 있는 것은 바로 이 때문이라고 할 수 있다. 다만 신탁자 역시 수탁자에게로의 등기를 요청하고 이후 매도인을 대위하여 위 등기를 말소하여 자기 명의로 소유권이전등기를 할 수 있었으므로, 이를 게을리하여 매도인의 채무불이행에 관하여 과실이 있다고 평가되는 경우에는 과실상계가 이루어져야 할 것이다. 과실상계의 여부 및 정도는 일률적으로 말할 수 없고 사안에 크게 의존할 것이다.⁴⁰⁾

2.3 위험부담의 문제

이처럼 매도인은 특별한 사정이 없는 한 신탁자에 대한 소유권이전등기 의무의 이행불능에 귀책사유가 인정되어 손해배상책임을 지거나 해제에 따른 원상회복의무를 부담한다. 그러나 견해를 달리하여 매도인에게 귀책사유가 없다고 보더라도 매도인이 언제나 책임에서 벗어나는 것은 아니다. 우리 민법은 제537조에서 쌍무계약상의 채무가 쌍방의 책임 없는 사유로 이행할 수 없게 된 때에는 채무자는 상대방의 이행을 청구하지 못한다고 함으로써 채무자 위험부담주의를 선언하는 한편, 민법 제538조 제1항에서 채무가 채권자의 책임 있는 사유로 이행할 수 없게 된 때에는 채무자는 상대방의 이행을 청구할 수 있다고 규정한다. 즉 채무자의 귀책사유 없이 채무가 이행불능이 되는 경우에도 채권자에게 책임이 없어 민법 제537조가 적용되는 경우라면 채무자는 기존에 지급받았던 매매대금을 신탁자에게 부당이득으로 반환해야 하는 것이다.⁴¹⁾ 그렇다면 수탁자의 임의처분에 따라 매도인의 신탁자에 대한 소유

40) 2021년 부당이득 판결 반대의견의 보충의견 참조.

권이전등기의무가 이행불능이 된 경우에 어느 조항이 적용되어야 할까.

이 문제를 두고 학자들의 견해는 나뉘어 있다. 먼저 제537조가 적용되어야 한다는 견해는, 신탁자의 명의신탁약정 체결이 매도인의 소유권이 전의무의 불능에 직접적인 원인이 되었다거나 계약위반적 행태로서 매도인의 이행을 방해했다고 보기 어렵고, 수탁자에게 이전등기를 한 매도인에게도 비난의 여지가 있는 이상 신탁자에게만 일방적으로 책임이 있다고 보기 어렵다는 점을 근거로 한다.⁴²⁾ 이에 비해 제538조 제1항이 적용되어야 한다는 견해는, 신탁자가 법률상 금지된 명의신탁약정을 체결한 것이 이행불능의 발단이 되었고, 신탁자가 적시에 필요한 조치를 취하지 않았다는 점을 근거로 신탁자에게 책임 있는 사유가 인정된다고 한다.⁴³⁾

판례는 후자의 입장을 취하는 것으로 보인다. 즉, 2021년 부당이득 판결 다수의견의 보충의견은 “매도인에게 소유권이전등기의 이행불능에 대한 귀책사유가 있다고 볼 수 없는 한편 채권자인 명의신탁자에게 책임 있는 사유로 이행할 수 없게 된 때에 해당한다고 볼 수 있으므로, 매도인은 민법 제538조 제1항에 따라 매매대금을 보유할 수 있고 명의신탁자에 대하여 이행불능으로 인한 손해배상책임을 부담하지 않는다”고 밝히고 있다.⁴⁴⁾

41) 대법원 2009. 5. 28. 선고 2008다98655, 98662 판결.

42) 이성범, “3자간 등기명의신탁에서 명의수탁자가 신탁부동산을 임의로 처분한 경우의 법률관계 -대법원 2022. 6. 9. 선고 2020다208997 판결을 중심으로-”, 한국민사법학회 2022년 제4회 판례연구회 자료집, 한국민사법학회, 2022, 77쪽.

43) 양창수, 앞의 논문, 126쪽; 이계정, 앞의 논문, 294쪽.

44) 다만 2002년 불법행위 판결은 “명의신탁자가 자신의 귀책사유로 같은 법에서 정한 유예기간이 지나도록 실행등기를 하지 아니한 사정에 기인하여 매도인에 대하여 매매대금의 반환을 구하거나, 명의신탁자 앞으로 재차 소유권이전등기를 경료할 것을 요구하는 것은 신의칙상 허용되지 아니하고”라고 하여 다소 모호한 입장을 취하고 있다. 매매대금 반환을 구할 수 없는 이유를 신의칙에서 찾는 이유는 매매대금 반환의무의 존재, 즉 매매대금 채무의 소멸을 전제로 하는 것으로 볼 수 있기 때문이다.

필자는 특별한 사정이 없는 한 매도인의 귀책사유가 인정되어 위험부담의 문제를 논할 필요가 없다는 입장이지만, 그럼에도 불구하고 매도인의 귀책사유 없음을 전제로 하여 이 문제에 관하여 생각해본다면 제538조 제1항이 적용된다고 보는 것이 보다 논리적이라고 여겨진다. 판례는 ‘채권자의 책임 있는 사유’의 의미를 “채권자의 어떤 작위나 부작위가 채무의 내용인 급부의 실현을 방해하고 그 작위나 부작위는 채권자가 이를 피할 수 있었다는 점에서 신의칙상 비난받을 수 있는 경우”로 보고 있다.⁴⁵⁾ 신탁자에 의한 명의신탁약정의 체결 및 비실명등기의 방치는 위 범주에 어렵지 않게 들어갈 수 있으며, 위와 같은 신탁자의 용태가 반드시 이행불능의 직접적 원인이 될 필요는 없을 것이다. 또한 매도인의 귀책사유를 부정하는 마당에 매도인에 대한 비난가능성을 이유로 신탁자의 책임 있는 사유를 부정하는 것은 이해하기 어렵다.

2.4 대상청구

한편 신탁자가 수탁자의 임의처분에 따른 소유권이전등기의무의 후발적 이행불능으로 인해 매도인이 얻은 이익에 관하여 대상청구권을 행사하는 경우라면, 매도인은 매매대금을 그대로 보유하는 대신에 신탁자에게 대상이익을 이전할 의무를 부담하게 된다. 이권이 없는 것은 아니지만,⁴⁶⁾ 판례는 채무자에게 귀책사유가 있는 경우는 물론 그렇지 않은 경우에도 대상청구권을 인정하고 있다.⁴⁷⁾ 채권자의 책임 있는 사유가 있는지 여부 역시 문제되지 않는다.⁴⁸⁾

45) 대법원 2011. 1. 27. 선고 2010다25698 판결.

46) 정상현, “대상청구권의 인정 여부에 관한 법리 재검토”, 성균관법학 제19권 제3호, 성균관대학교 법학연구소, 2007, 708쪽 이하.

47) 대법원 1992. 5. 12. 선고 92다4581, 92다4598 판결.

48) 이계정, 앞의 논문, 300쪽; 다만 제537조가 적용되는 경우와 제538조 제1항이 적용되는 경우 사이에는 미묘한 차이가 있다. 전자의 경우에는 대상청구권의 행사에

그렇다면 수탁자의 임의처분에 따른 이행불능으로 인하여 매도인이 얻은 대상이익은 어떤 것이 있을까. 우선 수탁자가 임의처분의 대가로 받은 처분대금이 매도인에게 이전되었다면 신탁자는 그 처분대금의 상환을 구할 수 있을 것이다. 처분대금이 아직 매도인에게 이전되지 않았다면 어떻게 될까. 만약 매도인이 수탁자의 임의처분으로 인하여 수탁자에 대한 손해배상청구권이나 부당이득반환청구권을 취득한다면 신탁자는 위 권리들의 양도를 구할 수 있을 것이다.⁴⁹⁾ 문제는 이미 매매대금을 지급받은 매도인의 경우에는 실질적 손해가 없는 것은 아닌지, 그래서 불법행위나 부당이득이 성립하지 않는 것은 아닌지 하는 의문이 제기될 수 있다는 점이다. 2002년 불법행위 판결은 수탁자의 임의처분에도 불구하고 매도인은 손해가 없어 매도인의 수탁자에 대한 손해배상청구권을 부정한 바 있고, 2021년 부당이득 판결의 다수의견은 위 판결을 인용하며 매도인의 수탁자에 대한 부당이득반환청구권 역시 부정하였다. 이에 반해 2021년 부당이득 판결의 반대의견은 매도인의 수탁자에 대한 부당이득반환청구권의 성립을 전제로 신탁자가 대상청구권을 행사하여 그 양도를 구할 수 있다고 보았다.⁵⁰⁾

수탁자의 임의처분시 매도인이 수탁자에 대하여 불법행위를 원인으로 하는 손해배상청구나 부당이득 반환청구를 할 수 있는지 여부는 신탁자의 수탁자에 대한 손해배상청구나 부당이득 반환청구의 가부라고 하지는, 본고가 주로 다루고자 하는 문제와 표리관계에 있다. 따라서 상세한 내용은 뒤에서 다루기로 하고 여기서는 문제의 소재만을 밝히기로 한다.

의하여 비로소 매도인이 매매대금을 보유할 수 있게 되는 반면, 후자의 경우에는 대상청구권 행사 이전에 이미 매도인이 매매대금을 보유할 수 있는 지위에 있기 때문이다(이성범, 앞의 논문, 78쪽 참조).

49) 대법원 1996. 10. 29. 선고 95다56910 판결.

50) 반대의견은 “명의신탁자는 매도인을 대위하여, 매도인의 명의수탁자에 대한 처분대금이나 보상금에 관한 대상청구권을 행사할 수도 있고 매도인의 부당이득반환청구권을 행사할 수도 있을 것이다”라면서 다소 모호하게 설명한다. 그러나 반대의견의 보충의견은 본문에 설명한 바와 같은 내용을 명확히 밝히고 있다.

IV. 부당이득의 법률관계

1. 법률상 원인

1.1 통일론과 유형론

우리 민법은 제741조에서 부당이득반환청구권의 요건사실을 단일하게 규정하고 있다. 그럼에도 불구하고 부당이득의 기초를 통일적으로 파악하려는 입장과 유형에 따라 나누어 파악하려는 입장이 대립하게 된 것에는 독일 부당이득법 이론의 영향이 크다. 독일 민법은 급부에 의한 부당이득과 그 밖의 부당이득을 별도로 인정하면서도 이들을 묶어 하나의 통일적인 제도로 규정하였다. 독일 민법의 제정 초기에는 보통법학의 영향 아래 부당이득의 요건을 원리적 수준에서 통일적으로 파악하려는 경향이 있었지만, 20세기에 들어서는 유형론이 부상하게 되었다.⁵¹⁾

먼저 빌부르크(W. Wilburg)는 ‘부당성’을 법적 원인(causa) 없음으로 대체한 것은 급부부당이득을 염두에 두었기 때문이라면서 침해부당이득에는 권리의 속성 내지 해당 법적 지위의 할당내용(Zuweisungsgehalt)이라는 다른 기준이 적용되어야 한다고 주장함으로써 포문을 열었다.⁵²⁾ 이어서 캐머러(E. von Caemmerer)는 빌부르크의 이론을 발전시켜 이른바 열린 유형론으로 정립하였다. 즉, 재화 운동법(Recht der Güterbewegung)으로서의 계약법의 보충규범인 급부부당이득법과, 소유권 기타 절대권의 재화귀속기능(Güterzuordnung Funktion)에 터잡아 인정되는 불법행위의 보충규범으로서의 침해부당이득법을 비롯하여, 구상이나 비용상환 등 서로 다른 부당이득의 유형에 서로 다른 기능과

51) 김용담, 주석민법: 채권각칙 5 제5판, 한국사법행정학회, 2022, 698-701쪽(이계정 집필부분) 참조.

52) Wilburg, *Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht*, Kritik und Aufbau, 1934.

요건을 배정한 것이다.⁵³⁾ 이러한 유형론은 결국 독일의 통설로 자리잡았다.

독일법의 영향으로 우리나라에서도 통일설과 유형론이 주장되어 왔다. 먼저 통일설은 부당이득반환청구권의 공통된 기초를 공평의 원칙 또는 사회적 정의에서 찾는다. 즉, 일반적·형식적으로는 정당화되는 재산적 가치의 이동이 이득자와 손실자와의 상대적·실질적 관계에서는 법의 이상인 정의와 형평에 어긋나는 경우 정의와 형평에 맞도록 이를 조정하는 것이 부당이득 제도의 본질이라는 것이다.⁵⁴⁾ 통일설에 의하면 ‘법률상의 원인’이란 재산적 가치의 변동이 당사자들 사이의 관계에 있어서도 정당한 것으로 되는 상대적·실질적 이유를 의미한다.⁵⁵⁾

이에 비해 유형론은 부당이득의 기초를 유형별로 설명하려는 이론이다.⁵⁶⁾ 먼저 급부부당이득은 급부자가 의식적·목적지향적 급부를 하였으나 실제 채무가 존재하지 않는 경우에 성립하며, 계약법의 보충규범으로 기능한다. 반면에 침해부당이득의 성립 여부에 있어서는 권리의 속성 내지 해당 법적 지위의 할당내용이 중요한 기준이 되며, 물권적 청구권과 같이 재화를 보호하는 기능을 담당하고 불법행위법의 보충규범으로 기능한다. 그 밖에 다른 유형의 부당이득으로는, 의무 없이 타인에 속하는 사무를 자신의 비용으로 처리한 경우에 발생하는 비용부당이득이 있는데, 이는 사무관리에 대한 보충규범으로 기능한다.

판례 중에는 통일설에 입각한 판시가 많았다. 예컨대 대법원은 전원 합의체 판결을 통해 “부당이득제도는 이득자의 재산상 이득이 법률상

53) E. von Caemmerer, “Bereicherung und unerlaubte Handlung”, *FS für Rabel Bd. 1.*, Mohr, 1954, S. 209 ff.

54) 김중환/김학동, 채권각론 제7판, 박영사, 2006, 693쪽.

55) 관윤직, 채권각론 제6판, 박영사, 2012, 346쪽.

56) 관윤직, 민법주해 제17권 채권(10), 박영사, 2005, 161쪽(양창수 집필 부분); 김형배, 사무관리·부당이득, 박영사, 2003, 157쪽 이하; 양창수/권영준, 권리의 변동과 구제: 민법Ⅱ 제3판, 박영사, 2017, 499쪽 이하.

원인을 결여하는 경우에 공평과 정의의 이념에 근거하여 이득자에게 그 반환의무를 부담시키는 것으로서, 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”라고 밝힌 바 있다.⁵⁷⁾

하지만 최근에는 유형론에 입각한 판시도 늘어나고 있다. 명시적으로 ‘급부부당이득’ 및 ‘침해부당이득’이라는 용어를 사용하여 후자에 관한 법리가 전자에는 적용되지 않을 수 있다거나,⁵⁸⁾ 후자의 경우에는 전자와 달리 수익자에게 법률상 원인의 존재에 관한 증명책임이 있다는 등의 판시가 이어지고 있는 것이다.⁵⁹⁾ 특히 2020년의 대법원 전원합의체 판결(이하 ‘2020년 부당이득 판결’)⁶⁰⁾은 “정당한 권원 없이 집합건물의 공용부분을 배타적으로 점유하여 사용한 자는 부동산의 점유·사용 그 자체로 부당한 이익을 얻게 된다”고 판시하여 주목을 받았다. 위와 같은 판시는 권리의 귀속 내지 할당내용이라는 침해부당이득 판단의 기준을 수용한 것으로 평가할 수 있을 것이다.⁶¹⁾

생각건대, 통일설은 부당이득 제도를 포괄적으로 설명할 수 있고, 독일법과 달리 우리 부당이득의 발생원인에 대하여 통합적으로 규정하고 있는 민법 제741조에도 부합한다는 장점이 있다. 그럼에도 불구하고 통일설은 그 추상성과 막연함으로 인해 실제로는 별다른 내용이 없다는

57) 대법원 2015. 6. 25. 선고 2014다5531 전원합의체 판결.

58) 대법원 2008. 9. 11. 선고 2006다46278 판결.

59) 대법원 2011. 6. 10. 선고 2010다40239 판결(선의의 제3자 보호규정으로 인해 무권리자의 처분행위로 권리를 잃은 권리자가 무권리자를 상대로 침해부당이득 반환청구를 할 수 있다고 한 사례).

60) 대법원 2020. 5. 21. 선고 2017다220744 전원합의체 판결.

61) 김용담, 앞의 책, 729-730쪽 제741조 이계정 집필부분 참조.

문제점을 지닌다.⁶²⁾ 즉, 공평과 정의의 이념은 매우 추상적인 개념이고 민법 제741조의 ‘법률상 원인 없는 이득’과 ‘그로 인한 손해’ 역시 일의적인 개념이 아니어서 개별 사안에서 부당이득반환청구 요건의 충족 여부를 판단하기가 쉽지 않다. 따라서 유형론을 받아들임으로써 부당이득반환청구권이 공평과 정의를 앞세워 재화의 귀속에 관한 물건법 질서⁶³⁾와 재화의 이전에 관한 계약법 질서를 문란하게 하고 궁극적으로 사적자치의 기반을 약화시키는 것을 막아야 할 것이다. 즉, 개별 사안에서 부당이득반환청구권을 인정하려면 반환채권자와 반환의무자 사이에 근거가 되는 실제적 권리관계, 즉 법률상 원인이 없는 급부나 비용지출, 배타적인 권리침해 등의 존재가 전제되어야 한다.⁶⁴⁾ 물론 오늘날 널리 인정되고 있는 급부부당이득, 침해부당이득, 비용부당이득의 범주에 포섭되지 못하는 새로운 유형의 부당이득이 앞으로 나타날 가능성을 배제할 수는 없으나,⁶⁵⁾ 이는 통일설로의 복귀가 아니라 새로운 유형의 정립을 통해 해결할 일이다.

1.2 침해부당이득과 할당이론

할당이론이란 권리의 속성 내지 해당 법적 지위의 할당내용을 침해부당이득 성립 여부에 있어서 중요한 기준으로 삼아야 한다는 주장을 말한다.⁶⁶⁾ 이에 따르면 침해부당이득을 주장하는 자의 권리에 배타적 이익이 할당되어 있는지가 침해부당이득의 성립에 있어서 관건이 된다. 그렇

62) 박윤직, 민법주해 제17권 채권(10), 164쪽 제741조 양창수 집필부분 참조.

63) 침해부당이득은 ‘소유권 기타 절대권의 재화귀속기능(güterzuordnung Funktion)’과 관련되어 있기 때문이다.

64) 2021년 부당이득 판결의 반대이견 참조.

65) 김용담, 앞의 책, 731쪽 제741조 이계정 집필부분 참조; 2021년 부당이득 판결 다수이견의 보충이견 참조.

66) 김용담, 위의 책, 701쪽. 권리귀속설(Zuweisungsgehaltstheorie)이라고도 한다.

다면 어떠한 경우에 이러한 이익이 할당되어 있다고 할 수 있을까.

이 문제는 그리 간단한 것이 아니며, 이 때문에 할당이론은 그 추상성 내지 불투명성으로 인해 비판을 받고 있기도 하다.⁶⁷⁾ 우선 소유권, 지식 재산권과 같은 절대적 지배권에는 배타적 이익이 할당되어 있으나, 채권과 같은 상대권에는 배타적 이익이 할당되어 있지 않다고 할 수 있을 것이다.⁶⁸⁾ 그러나 권리의 속성에만 의존하는 위와 같은 기준은 할당된 내용이 무엇인지 설명하지 못하는 한계가 있다. 오늘날 독일에서는 이를 극복하기 위한 몇 가지 주장이 제기되고 있다.⁶⁹⁾

제1설은 물권적 청구권과 같은 금지청구권(*Unterlassungsanspruch*)이 인정되는 경우에 침해부당이득이 성립될 수 있다고 본다. 제2설은 문제 되는 법적 지위가 사용기능(*Nutzungsfunktion*)을 포함하는지 여부와 이를 대가를 받고 처분할 수 있는지 여부에 의하여 침해부당이득의 성부가 결정된다고 한다. 독일의 판례가 이에 따른다고 한다. 제3설은 할당의 내용은 불법행위법에 의한 보호에 의하여 결정되고, 불법행위법은 어떤 법익이 특정인에게 할당되는가 하는 점에 관하여 독립된 법적 규율 프로그램을 포함하고 있다고 한다.⁷⁰⁾ 예컨대 이중매매에 가담하는 행위가 양속위반으로 인한 독일 민법 제826조의 불법행위에 해당하는 경우라면, 비록 절대권의 침해는 없다고 하더라도 계약 상대방만이 아니라 제3자에 대하여도 보호되므로 이미 할당내용을 가진 법률적 지위가 존재한다는 것이다.

국내에서는 이에 관한 논의가 많지 않지만, 불법행위에 의한 보호

67) Alexander Peukert, *Güterzuordnung als Rechtsprinzip*, Mohr Siebeck, 2008, S. 458 ff; 최윤석, “부당이득의 체계”, 재산법연구 제31권 제호, 한국재산법학회, 2014, 175쪽.

68) E. von Caemmerer, *op. cit.*, S. 209 ff.

69) Habersack, Mathias, *Münchener Kommentar zum BGB/Schwab*, 8. Auflage., C. H. Beck, 2020, BGB § 812 Rn. 289 ff.

70) Karl Larenz/Claus Wilhelm Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II-, Besonderer Teil, 2. Hbd., 13. Aufl.*, C.H. Beck, 1994, S. 170.

여부를 할당내용의 존부 판단의 기준으로 삼는 제3설을 지지하면서, 이를 근거로 3자간 명의신탁에서 수탁자의 임의처분시 수탁자의 신탁자에 대한 부당이득 반환책임을 긍정한 2021년 부당이득 판결의 다수의견에 찬동하는 견해가 있다.⁷¹⁾ 즉, 이러한 경우에 수탁자의 행위는 제3자의 채권침해에 해당하여 신탁자에 대한 불법행위책임이 성립될 수 있으므로, 수탁자의 신탁자에 대한 침해부당이득반환의무 역시 성립한다는 것이다.

그러나 이러한 견해에는 찬성하기 어렵다. 법경제학적으로 볼 때 침해부당이득은 배타적 재산권의 침해를 전제로 하는 제도라고 이해된다. 배타적 재산권의 침해가 있더라도 그로 인한 이익의 반환을 청구할 수 없다면 이미 설정된 재산권의 보호는 공허하게 된다는 점이 침해부당이득을 인정하는 근거가 되기 때문이다.⁷²⁾ 그런데 우리 민법상 불법행위에 대하여는 타인의 간섭을 배제할 수 있는 금지청구권이 부여되어 있지 않으므로 불법행위법에 의하여 보호되는 지위를 배타적 재산권으로 평가하기 어렵다. 금지청구권에 의하여 타인의 간섭을 배제할 수 있음을 의미하는 권리의 배타성을 강조하는 이유는 그것이 배분적 효율성을 달성하기 위한 최적의 구제수단이기 때문이다. 즉, 금지청구권에 의한 침해의 배제가 가능할 때 협상을 통한 자발적 거래에 의해 재화가 그것에 가장 높은 효용을 느끼는 사람에게 이전되기 때문이다.⁷³⁾

하지만 금지청구권이 인정되는 모든 경우에 침해부당이득을 인정하는 제1설에도 찬동할 수도 없다. 예컨대 영업의 침해에 대하여는 금지청구권이 인정되고 있지만, 막상 영업은 보호법익의 종류와 범위에 관한

71) 법률신문, “3자간 등기명의신탁에서 명의신탁자의 명의수탁자에 대한 부당이득 반환청구”, 2022. 2. 21, <<https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?serial=176541>>, 검색일: 2023. 4. 15.

72) 윤진수, “부당이득법의 경제적 분석”, 서울대학교 법학 제55권 제3호, 서울대학교 법학연구소, 2014, 117-119쪽.

73) 이상용, “데이터세트에 대한 배타적 보호”, 인권과 정의 제503호, 2022, 119쪽.

명확한 기준이 없어서 개별 소송에서 확정되는 이른바 범주적 권리(Rahmenrecht)에 불과하다.⁷⁴⁾ 부정경쟁행위의 경우에도 금지청구권이 인정되고 있지만 이는 단지 공정한 경쟁의 기회를 침해할 뿐이다.⁷⁵⁾ 그리고 점유자의 점유가 침해된 경우 점유보호청구권이 인정되지만, 점유 자체는 사실상의 지배로서 재산상 이익의 귀속을 내용으로 하는 독자적인 할당내용을 가지고 있지 않으므로 침해부당이득의 반환은 인정되지 않는다.⁷⁶⁾

결국 사용 권능을 포함하는 배타적 권리, 전형적으로는 절대적 지배권의 경우에 배타적 이익이 할당되어 있다고 말할 수 있을 것이고, 그것이 침해된 경우에 침해부당이득이 성립한다고 보는 것이 적절할 것이다. 이러한 입장은 제2설과 유사하나 금지청구권에 의한 타인 간섭의 배제 가능성이 추가적으로 요구된다는 점에서 차이가 있다. 판례는 “물건의 소유자가 그 물건에 관한 어떠한 이익을 상대방이 권원 없이 취득하고 있다고 주장하여 그 이익을 부당이득으로 반환청구하는 경우에는, 우선 상대방이 얻는 이익의 구체적인 내용을 따져서 그 취득을 내용으로 하는 권리가 일반적으로 유상으로 부여되는 것이어서 그 이익이 부당이득 반환의 대상이 될 만한 것인지를 살펴보아야” 한다고 판시하고 있는데,⁷⁷⁾ 위와 같은 입장과 어느 정도 부합하는 것으로 여겨진다.

74) Karl Larenz/Claus-Wilhelm Canaris, *op. cit.*, S. 544.

75) Habersack, Mathias, *op. cit.*, BGB § 812 Rn. 283.

76) 김용담, 앞의 책, 736쪽 제741조 이체정 집필부분 참조. 다만 이 문헌에서 다루어진 것은 점유의 침해 사안이 아니라 소유권이 타인의 점유에 의하여 침해된 사안에서 물건의 반환은 침해부당이득이 아닌 소유물반환청구에 의해야 한다는 논의임을 유의할 필요가 있다.

77) 대법원 2009. 11. 26. 선고 2009다35903 판결.

1.3 수탁자의 임의처분으로 인한 부당이득 반환관계

1.3.1 통일설에 의할 경우 - 신탁자에 대한 부당이득

2021년 부당이득 판결의 다수의견은 통일설에 입각하여 논리를 전개한다. 특히 다수의견에 대한 보충의견은 부당이득을 실질에 따라 유형화하는 것이 유용한 도구가 될 수 있음을 인정하면서도, 결국은 구체적인 사안에서 정의와 공평의 이념에 따라 부당이득의 성립 여부와 부당이득 반환의 권리관계를 판단하여야 한다고 강조하고 있다. 그 결과 다수의견은 수탁자의 임의처분에 따라 매매대금을 지급하였으면서도 신탁부동산의 소유권을 이전받을 수 없게 되는 손해를 입은 신탁자가 처분대금을 취득하는 이익을 얻은 수탁자를 상대로 직접 부당이득반환청구를 할 수 있고, 그것이 공평의 이념에 부합한다고 보았다. 그렇게 하더라도 “매도인으로부터 권리를 박탈하거나 의무를 추가적으로 부담하게 하는 것이 아니고, 명의수탁자도 원래 명의신탁자나 매도인에 대하여 독자적인 항변권 등을 가지지 않았기 때문에⁷⁸⁾ 명의수탁자로부터 권리를 박탈하거나 추가적인 의무를 부담하게 하는 것이 아니며, 명의신탁자에게 부당한 이익이나 권리를 부여하는 것도 아니”기 때문이다. 다수의견은 매도인의 신탁자에 대한 채무불이행 책임을 부정하는 것을 전제로, 신탁자가 매도인에 대한 손해배상청구권을 바탕으로 수탁자의 매도인에 대한 부당이득반환청구권을 행사하는 방식으로 이해관계를 조정하는 경우에는 구체적인 사정에 따라서는 위 권리들이 인정되지 않거나 과실상계 등의 사유로 제한적으로 인정되는 경우도 있을 수 있어서, 신탁자의 손해보전이 불충분하거나 매도인이 예상치 못한 이익을 얻게 되는

78) 매도인과 수탁자 사이에는 어떤 계약관계도 존재하지 않으므로 이들 사이에는 항변권이 존재하지 않고, 매도인과 신탁자 사이에는 매매계약이 체결되어 있으나 매도인은 신탁자에게 신탁부동산의 소유권을 이전한 바 없으므로 신탁자에 대하여 소유권 반환 등을 이유로 동시이행의 항변권을 행사할 수 없다. 김종석, 앞의 논문, 802쪽 참조.

결과가 되어 오히려 공평의 이념에 반하게 된다고 설명한다.

통일설을 취한다고 하여 반드시 신탁자에 대한 부당이득이 성립한다는 결론이 도출되는 것은 아니며 반대의 결론에 이를 수도 있다.⁷⁹⁾ 등기 명의신탁의 경우 판례는 신탁자가 수탁자로부터 부동산의 등기 명의를 가져오기 위해서는 매도인을 매개한 대위청구의 구제수단만을 허용하고 있고, 명의신탁자가 명의수탁자를 상대로 직접 이전 청구하는 것을 허용하지 않는다.⁸⁰⁾ 그런데 명의수탁자가 제3자에게 처분하였다고 해서 그 사정만으로 신탁자가 직접 수탁자에게 직접 청구권을 행사할 수 있는 관계로 바뀌는 것은 논리에 맞지 않는다는 주장이 가능한 것이다.

그러나 통일설을 취하는 학설들은 대체로 수탁자의 신탁자에 대한 부당이득 반환의무를 인정하는 것이 거래의 실제 모습과도 부합하고 공평한 이해관계 조정이 될 수 있다고 주장한다.⁸¹⁾ 신탁자와 수탁자 사이의 직접적인 부당이득반환관계를 부정하면 신탁자가 출연한 재산을 회수할 수 있는 방법이 없어 매도인에게 과도한 이익을 얻게 하거나 신탁자의 재산을 박탈하는 결과가 발생할 수도 있고, 매매계약이 종결되었다고 생각할 매도인을 다시 이해관계 조정에 참가시켜 그의 지위를 불안정하게 한다는 것이다.⁸²⁾

79) 김종석, 위의 논문, 789-759쪽 참조. 다만, 저자는 통일설에 근거하여 명의수탁자의 명의신탁자에 대한 부당이득반환의무를 부정하는 논리를 소개하면서도, 결론에서는 부당이득반환의무를 인정하는 입장을 옹호하는 태도를 취한다.

80) 대법원 2008. 11. 27. 선고 2008다55290, 55306 판결 등.

81) 조용현, “3자간 등기명의신탁에서 수탁자가 부동산을 처분한 경우의 법률관계 (2011. 9. 8. 선고 2009다49193 판결)”, 대법원판례해설 제89호, 법원도서관, 2012, 456쪽.

82) 김종석, 앞의 논문, 785-88쪽.

1.3.2 유형론에 의할 경우

1.3.2.1 신탁자에 대한 급부부당이득

유형론의 입장에 의하더라도 통일설과 마찬가지로 수탁자의 신탁자에 대한 부당이득이 성립될 수 있을까. 먼저 급부부당이득의 가능성부터 살펴보기로 한다. 쾰터(H. W. Kötter)는 ‘의식적이고 목적지향적인 다른 사람의 재산 증가’라는 부당이득법적 급부의 개념을 제시하고, 위 개념에 급부부당이득의 당사자를 정하는 기능을 부여하였다.⁸³⁾

그렇다면 신탁자가 수탁자에게 어떠한 급부를 하였다고 볼 수 있을까. 신탁자와 수탁자 사이에 무효인 명의신탁약정이 체결되어 있는 것은 사실이다. 그러나 신탁자는 수탁자에게 등기명의만을 신탁하였을 뿐 수탁자에게 직접적인 급부나 비용을 지출한 것은 아니다. 더구나 이러한 급부의 제공은 명의신탁약정의 내용을 구성하지도 않는다.⁸⁴⁾ 따라서 수탁자의 신탁자에 대한 급부부당이득은 성립되지 않는다.

학설에 따라서는 신탁자와 수탁자 사이에 부당이득법적 급부가 있었음을 전제로 신탁자의 수탁자에 대한 부당이득반환청구권을 인정하기도 한다.

먼저 3자간의 등기명의신탁에서 매매계약 및 명의수탁자 명의 등기가 유효라는 전제 하에 명의수탁자가 제3자에게 처분한 경우 그 대가인 매매대금을 명의신탁자에게 부당이득으로서 반환해야 한다는 견해가 있다. 위 견해에 따르면 부동산실명법에서 수탁자 명의의 등기를 무효로 규정한 것은 형식주의 및 성립요건주의를 따르는 민법에 배치되므로 옳지 않고, 등기를 마친 명의수탁자에게 대내외적으로 소유권을 인정해야 한다고 한다.⁸⁵⁾ 다만 명의신탁자가 지급한 매매대금은 명의수탁자의

83) H. W. Kötter, “Zur Rechtsnatur der Leistungskondition”, *AcP* 153. Bd., Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, 1954, S. 193.

84) 2021년 부당이득 판결 반대이견.

85) 이상근/진재인, “부동산실명법 시행 후의 명의신탁 법리”, *홍익법학* 제22권 제2호,

소유권 취득을 위하여 급여된 것이고, 명의신탁약정은 무효이므로 매매 대금은 명의신탁자에게 부당이득으로 반환되어야 한다고 한다.⁸⁶⁾

한편 매매계약 및 명의수탁자 명의 등기가 유효라는 전제 하에 명의 신탁자가 명의수탁자를 상대로 한 부당이득반환청구는 삼각관계에서의 부당이득반환청구권에서 대가관계만 무효인 경우에 해당하여 허용되므로, 명의수탁자는 명의신탁자에게 처분대금을 부당이득으로 반환할 의무가 있다고 보는 견해도 있다. 위 견해는 3자 간의 등기명의신탁관계를 일종의 제3자를 위한 계약 또는 단축급부로 보고, 신탁자와 수탁자 사이의 대가관계인 명의신탁약정이 무효인 경우, 기본관계는 유효하므로 신탁자는 수탁자에게 처분대금을 부당이득반환청구할 수 있다고 한다.⁸⁷⁾ 그러나 이에 대하여는 비록 3자간의 명의신탁은 삼각관계에서의 부당이득반환청구권과 유사한 듯 보이나, 명의수탁자 명의로 경료된 소유권이전등기를 매도인의 명의신탁자에 대한 급부 및 명의신탁자의 명의수탁자에 대한 급부의 단축으로 평가할 수 없다는 비판이 있다.⁸⁸⁾ 오히려 매도인이 강행법규를 위반하여 무효인 명의신탁에 기한 지시로 명의수탁자에게 소유권이전등기를 마쳐준 것이 당좌거래약정상의 채무 이행으로 위조된 어음소지인에게 어음금을 지급한 사안과 법률적으로 유사하다는 것이다.⁸⁹⁾ 이 경우 은행은 재산의 손실을 입었으므로 어음금을 지급받은 자에게 부당이득반환청구를 할 수 있다(이 때 지급은행이 어음발행인에 대한 채무이행으로 급부했다고 볼 수 없다). 위 견해에 따르면 이와 마찬가지로 매도인이 명의수탁자에게 부당이득반환청구를

홍익대학교 법학연구소, 2021, 244쪽.

86) 이상근/진재인, 위의 논문, 247쪽.

87) 이호형, “명의신탁에 관한 판례의 고찰”, 법학논고 제69집, 경북대학교 법학연구원, 2020, 208쪽.

88) 제철웅, “등기청구권과 침해부당이득”, 민사법학 제93호, 한국민사법학회 2020, 313쪽.

89) 제철웅, 위의 논문, 312쪽.

할 수 있다는 결론에 이르게 된다.

앞서 보았던 것처럼 신탁자는 수탁자에게 어떠한 급부를 하였다고 볼 수 없고 그러한 급부의 제공이 명의신탁약정의 내용을 구성하지도 않는다. 무엇보다 위 두 견해들은 이미 부동산실명법에서 수탁자 등기가 무효임을 규정한 입법자의 의사 및 입법취지에 반한다는 점에서 설득력이 부족하다고 할 것이다.⁹⁰⁾

1.3.2.2 신탁자에 대한 침해부당이득

신탁자의 수탁자에 대한 침해부당이득은 성립할 수 있을까. 침해부당이득의 성립에 있어서 관건이 되는 것은 이를 주장하는 자의 권리나 법적 지위에 배타적 이익이 할당되어 있는지 여부이다.

3자간 명의신탁관계에서 신탁자는 매도인에 대하여 신탁부동산에 관한 소유권이전등기청구권이라는 채권을 가지고 있을 따름이다. 종래 채권과 같은 상대적 권리는 배타적 이익이 할당되어 있지 않으므로 이를 침해하더라도 침해부당이득은 성립하지 않는 것으로 이해되어 왔다.⁹¹⁾ 예외적으로 무권리자에 대한 변제에 의하여 채권이 소멸되는 경우(민법 제470조, 제471조 등) 변제수령자는 진정한 채권자의 채권을 침해하여 이익을 보유하게 되었으므로 채권자에 대해 부당이득반환의무가 인정될 뿐이다.⁹²⁾ 명의수탁자의 처분으로 명의신탁자의 소유권이전등기청구권은 이행불능이 되지만, 무권리자에 대한 변제 사안처럼 채권이 소멸되지는 않고 손해배상청구권이나 계약해제권으로 변형되어 존재한다. 따라서 전통적인 견해에 따르면 신탁자에 대한 침해부당이득은 성립되기 어렵다.

일부 견해는 채권적 지위 침해의 경우에도 제한적 범위에서 침해부당

90) 김송, 앞의 논문, 85쪽.

91) 김용담, 앞의 책, 701쪽 제741조 이제정 집필부분 참조; E. von Caemmerer, *op. cit.*, S. 209 ff.

92) 박윤직, 민법주해 제17권 채권(10), 255쪽 제741조 양창수 집필부분 참조.

이득이 성립될 수 있다고 주장한다. 채권적 지위의 침해가 있는 경우 그러한 침해는 각기 다른 목적에 이바지하는 민사법상 권리구제수단(여기에서는 채권자대위권)의 활용을 통해 간접적으로 제거될 수 있다. 그런데 그 간접적인 권리수단의 내재한 목적 설정 때문에 초래된 제도상의 한계로 말미암아 권리 침해상태가 제거되지 못하고, 그러한 상태가 법질서에 의해 정당화될 수 없는 경우라면 대체적인 구제수단으로서 침해 부당이득반환청구가 검토될 수 있다는 것이다.⁹³⁾ 예컨대 본래 점유자는 취득시효 완성 당시의 진정한 소유자를 상대로 취득시효 완성을 원인으로 하는 소유권이전등기청구를 할 수 있고, 만약 원인무효의 등기가 경로되어 있다면 진정한 소유자를 대위하여 등기명의인을 상대로 말소등기를 청구해야 하지만, 원인무효의 등기가 등기명의인의 소유자에 대한 승소확정판결에 기한 경우에는 기판력 배제가 어려운 점을 고려하여 등기명의인을 상대로 취득시효 완성을 원인으로 소유권이전등기를 구할 수 있다.⁹⁴⁾ 이러한 경우 점유자가 대위채권자로서 누릴 수 있었던 지위는 그의 이익을 위하여 그에게만 할당된 채권적 지위로 볼 수 있다는 것이다.

그러면 신탁자가 매도인에 대한 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 매도인을 대위하여 수탁자를 상대로 구할 수 있는 소유권이전등기의 말소등기청구권을 신탁자에게 배타적으로 할당된 이익으로 볼 수 있을까. 그러나 위 견해에 의하더라도 3자간 명의신탁에 있어서 신탁자의 채권자대위권은 매도인의 일반 채권자들 역시 동일한 권리를 보유하고 있는 점 등을 고려해 볼 때 신탁자의 이익을 실현시키기 위해 그에게만 할당된 채권적 지위라고 볼 수는 없다고 한다.⁹⁵⁾ 오히려 명의수탁자

93) 제철웅, 앞의 논문, 298쪽.

94) 대법원 1999. 7. 9. 선고 98다29575 판결.

95) 이에 비해 대위채권자의 이익을 위하여 그에게만 할당된 채권적 지위로 볼 수 있는 사례로는 대법원 1999. 7. 9. 선고 98다29575 판결 및 대법원 2005. 5. 26. 선고 2002다43417 판결 등.

에 대한 소유권이전등기 말소등기청구권은 소유자인 매도인에게 할당된 권리이고 명의신탁자와 매도인의 채권자는 각자 자신의 권리를 실현하기 위해 이 권리를 대신 행사할 수 있는 지위를 가질 뿐이다.⁹⁶⁾

한편, 불법행위에 의한 보호 여부를 할당내용의 존부 판단의 기준으로 삼는 견해를 받아들인다면, 그리고 대상판결과 같이 수탁자의 임의처분의 결과 신탁자의 소유권이전등기청구권이 이행불능에 빠짐으로써 제3자의 채권침해에 따른 불법행위가 성립한다고 본다면 수탁자의 신탁자에 대한 침해부당이득이 성립한다고 볼 수 있게 된다.⁹⁷⁾ 그러나 이미 살펴본 것처럼 사용 권능을 포함하는 배타적 권리, 전형적으로는 절대적 지배권의 경우에 배타적 이익이 할당되어 있다고 보아야 하며, 불법행위에 의한 보호 여부를 할당내용의 존부 판단의 기준으로 삼을 수는 없다. 더구나 뒤에서 자세히 검토하겠지만 수탁자가 신탁자에 대하여 채권침해로 인한 불법행위책임을 진다는 대상판결이 타당한 것인지도 의문이 있다. 결국 수탁자의 신탁자에 대한 침해부당이득은 성립하지 않는다.

1.3.2.3 매도인에 대한 침해부당이득

사실 매도인이야말로 3자간 명의신탁에서 수탁자의 임의처분으로 인해 침해부당이득을 주장할 수 있는 지위에 있다. 배타적 이익이 할당된 전형적인 권리인 소유권을 잃게 되기 때문이다. 침해부당이득의 성립에 관한 할당이론이 재화의 이동보다는 재화의 보호 빛 그 귀속질서의 차원에서 발전되어 온 것임을 고려할 때,⁹⁸⁾ 소유권을 침해당한 매도인과 수탁자 사이에 침해부당이득이 성립하는 것이 더 자연스럽다. 2021년 부당이득 판결의 반대의견은 수탁자가 신탁부동산을 임의처분하여 매도인의 소유권을 상실시키고 처분대금을 취득하는 것은 ‘침해부당이득’

96) 제철웅, 앞의 논문, 308-309쪽.

97) 윤진수, 앞의 논문(각주 71).

98) 박윤직, 민법주해 제17권 채권(10), 243쪽 이하 제741조 양창수 집필부분 참조; 김용담, 앞의 책, 828쪽 이하 제741조 이계정 집필부분 참조.

에 해당한다고 명확히 밝힘으로써 유형론에 입각한 논리를 전개하였다. 판례는 선의의 제3자 보호규정 때문에 무권리자의 처분행위로 인하여 원래의 권리가 권리를 상실한 사안에서 침해부당이득의 성립을 인정한 바 있는데,⁹⁹⁾ 3자간 명의신탁에서 수탁자의 임의처분으로 인해 신탁자가 권리를 상실한 사안 역시 이와 유사하므로 같은 법리가 적용되어야 한다는 것이다. 반대의견은 “단지 재산상 손해를 입은 자와 이득을 얻은 자 사이에 반환관계를 인정하는 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”면서 다수의견이 기대고 있는 통일설의 입장을 반박한다.

한편, 매도인에 대한 침해부당이득의 성립을 전제로 매도인의 수탁자에 대한 부당이득반환청구권이 손해배상자 대위의 법리에 따라 신탁자에게 이전된 것으로 구성한다면 2021년 부당이득 판결 다수의견의 결론을 납득할 수 있다는 견해가 있다.¹⁰⁰⁾ 위 견해는 손해배상자의 대위를 규정한 민법 제399조는 권리를 침해당한 자가 침해된 권리에 갈음하는 손해를 이미 전보받은 경우 이를 전보한 자에게 피침해자의 침해된 권리를 대체하는 손해배상청구권 또는 부당이득반환청구권이 당연히 이전되도록 하는 경우에도 유추적용할 수 있다고 주장한다. 이에 따르면 매도인은 수탁자의 임의처분으로 소유권을 상실하였지만, 신탁자로부터 매매대금을 지급받아 사실상 손해를 전보받았으므로, 위 소유권 상

99) 대법원 2011. 6. 10. 선고 2010다40239 판결. 친일재산으로 국가 소유로 인정된 부동산을 무권리자인 기존 소유자가 국가에 반환하지 않고 제3자에게 매도하여 국가의 소유권을 상실하게 하면서 처분대가를 수령한 것은 침해부당이득에 해당하므로 국가에 이를 반환하여야 한다고 판단한 사례이다. 이에 관한 평석으로는 김지원, “처분된 친일재산의 부당이득반환-대법원 2011. 6. 10. 선고, 2010다40239 판결”, 중앙법학 제13집 제4호, 중앙법학회, 2011.

100) 제철웅, 앞의 논문, 314쪽.

실로 인해 취득한 수탁자에 대한 부당이득반환청구권은 손해배상자 대위의 법리에 따라 법률상 당연히 신탁자에게 이전하게 된다. 위 주장은 상당히 흥미롭기는 하지만 찬동하기는 어렵다. 귀책사유 여하에 따라 손해배상을 해야 할 지위에 있는 자는 매도인인데 오히려 상대방인 신탁자가 대위한다는 것은 손해배상자 대위 제도와는 이익구조가 상이하여 유추적용은 무리라고 여겨지기 때문이다. 차라리 이행불능에 따른 대상청구권 행사의 맥락에서 분석하는 것이 보다 명확하고 설득력이 있을 것이다.

1.3.2.4 기타

한편 2021년 부당이득 판결 다수의견이 신탁자와 아무런 법률관계가 없는 수탁자가 매매목적물을 통하여 이득을 얻었다는 이유로 신탁자가 수탁자를 상대로 직접 부당이득반환청구를 할 수 있다고 선언한 것은 전용물소권을 인정한 결과라고 보는 견해도 있다.¹⁰¹⁾ 이에 따르면, 신탁자의 수탁자에 대한 부당이득반환청구는 이득이 전용된 것은 아니어서 계약 밖의 이익에 관한 부당이득반환이라는 근대적 의미의 전용물소권에 해당한다고 한다.¹⁰²⁾

그러나 이러한 견해에는 찬성하기 어렵다. 전용물소권은 판례에 의하여 확고하게, 그리고 타당하게 부정되고 있기 때문이다.¹⁰³⁾ 3자간 명의 신탁에서는 채권자대위권 제도를 활용하여 신탁자가 어느 정도 손해를 전보받을 수 있음에도 대상판결에서만 유독 전용물소권을 인정해야 할 특별한 이유가 존재하는 것도 아니다.¹⁰⁴⁾ 다수의견 역시 통일설에 입각하여 공평과 정의의 관념에 따라 결론을 도출하고 있을 뿐 전용물소권의

101) 박석일, “3자간 명의신탁에서 명의신탁자의 명의수탁자에 대한 부당이득반환청구권 인정 여부”, 재산법연구 제37권 제2호, 한국재산법학회, 2020, 138쪽.

102) 박석일, 위의 논문, 120쪽.

103) 대법원 2002. 8. 23. 선고 99다66564, 66571 판결.

104) 김송, 앞의 논문, 85쪽.

법리를 원용하고 있지 않다.

1.4 부당이득반환청구권의 중첩 문제

수탁자는 신탁부동산의 임의처분으로 인해 처분대금 상당의 이득을 취득하였으므로 그가 부당이득반환의무를 부담하는 것은 명백하다. 그에 비해 누가 수탁자를 상대로 부당이득반환청구권을 취득하는가에 관하여는 앞서 본 바와 같이 여러 견해의 대립이 있다. 나아가 복수의 부당이득반환청구도 가능할 것인지, 가능하다면 이들 사이의 관계는 어떠한지 문제될 수 있다.

통일론은 구체적 사안에서 정의와 공평의 이념에 따라 부당이득의 성립 여부와 부당이득 반환의 권리관계를 판단하기 때문에 통일론에 의한다면 복수의 부당이득 반환관계가 인정되기는 쉽지 않을 것이다. 하지만 유형론에 의할 경우 부당이득반환청구권의 중첩이 인정될 여지가 있다.¹⁰⁵⁾ 이는 침해부당이득에서 손실 여부의 판단이 법질서에 의해 배타적으로 귀속된 이익의 침해 상태 자체에 따라 구체적인 재산 감소 여부를 따지지 않고 이루어지기 때문이다.¹⁰⁶⁾

실제로 일부 견해는 직접적인 소유권 침해에 기초한 매도인의 수탁자에 대한 부당이득반환청구권을 인정하면서 제3자의 채권침해가 인정될 경우 병존적으로 신탁자의 명의수탁자에 대한 부당이득반환청구권도 인정될 수 있다고 보고 이때 양 부당이득반환청구권이 부진정연대의 관계에 설 수 있다고 보기도 한다.¹⁰⁷⁾ 만약 이러한 입장을 받아들인다면

105) 이성범, 앞의 논문, 69쪽; 독일법상 침해부당이득에서 ‘그의 손실로(auf dessen Kosten)’라는 요건은 부당이득반환청구권자를 정하는 역할을 하는 것으로 이해되고 있다(윤진수, “집합건물 공용부분의 무단점유로 인한 부당이득”, 자율과 정의의 민법학: 양창수 고회 기념논문집, 양창수 교수 고회기념논문집 간행위원회, 2021, 763쪽).

106) 안병하, “인격권 침해와 부당이득 반환”, 민사법학 제68호, 한국민사법학회, 2014, 506-507쪽.

부진정연대채무자들 사이의 구상 가능성 및 구상 범위의 판단 기준과 관련하여 매우 어려운 문제가 생기게 될 것이다. 그러나 앞서 본 것처럼 신탁자에 대한 침해부당이득은 성립될 수 없으므로 대상 판결의 사안에서 부당이득반환청구권의 중첩 문제는 발생하지 않는다.

2. 손해 - 물권법적 질서의 존중

2.1 부당이득법상 손해의 개념

부당이득반환청구권이 성립하려면 이득과 손해 및 이들 사이의 인과관계와 법률상 원인의 흠결이라는 요건이 갖추어져야 한다(제741조). 수탁자의 임의처분과 관련하여 이들 가운데 가장 문제가 되는 것은 ‘손해’의 개념이다.

부당이득법상 손해의 의미는 통일설과 유형론에 의하여 서로 달리 이해된다. 먼저 통일설은 기본적으로 손해가 이득의 표리관계에 서는 것으로 보아 차액설적으로 파악한다. 유형설의 경우 급부부당이득과 침해부당이득에 있어서의 손해를 다르게 파악한다.¹⁰⁸⁾ 급부부당이득에서는 급부가 있었으나 법률상 원인이 흠결된 경우에는 그 급부가 수익자의 이득이자 손실자의 손해가 된다.¹⁰⁹⁾ 한편 침해부당이득에서는 손해의 개념이 추상적으로 파악된다. 즉, 법질서에 의해 누군가에게 배타적으로 할당된 이익이 침해된 그 상태가 바로 손해로 인정되며, 실제로 그 이익이 실현될 가능성은 문제되지 않는다.¹¹⁰⁾

107) 김종석, 앞의 논문, 801쪽.

108) 이계정, “집합건물 공용부분 무단사용자에 대한 관리단의 부당이득반환청구 거부 -대법원 2020. 5. 21. 선고 2017다220744 전원합의체 판결-”, 법조 제70권 제1호, 법조협회, 2021, 380-381쪽.

109) 참고로 독일 민법학계에서는 제812조 제1항 제1문의 ‘그의 손실로(auf dessen Kosten)’는 ‘타인의 급부로(durch die Leistung)’에는 걸리지 않으므로 급부부당이득에 관하여는 손실 요건이 필요 없다는 논의가 있다(Larenz/Canaris, *op. cit.*, S. 131).

기존의 판례는 대체로 현실적이고 구체적인 손해의 발생을 요구함으로써 차액설적 입장을 취한 것¹¹¹⁾이 많았지만 그렇지 않은 것¹¹²⁾도 있어 일관되지 않았다. 그러던 중 2020년 부당이득 판결은 집합건물 공용부분을 무단사용한 경우에 구분소유자에게 손해가 없어서 무단사용자에 대하여 부당이득반환청구권을 행사할 수 없다는 종래의 판례를 파기하면서 차액설적 입장에서 벗어나는 모습을 보였다. 즉, 위 판결의 다수의견은 “정당한 권원 없이 집합건물의 공용부분을 배타적으로 점유하여 사용한 자는 부동산의 점유·사용 그 자체로 부당한 이익을 얻게 된다. 이로 인하여 다른 구분소유자들은 해당 공용부분을 사용할 수 있는 가능성이 원천적으로 봉쇄되는 손해를 입었으므로 이로써 민법 제741조에 따른 부당이득반환의 요건이 충족되었다고 볼 수 있다. 그 외에 해당 공용부분에 대한 별개 용도로의 사용 가능성이나 다른 목적으로 임대할 가능성이 추가적으로 요구된다고 볼 수 없다”고 판시하였다. 이에 대한 김재형 대법관의 보충의견은 “타인의 재산권 등을 침해하여 이익을 얻었음을 이유로 부당이득반환을 구하는 이른바 침해부당이득에서는, 권리가 침해행위로 현실적·구체적 손해를 입을 것이 요구되지 않고, 침해행위로 말미암아 그 재산으로부터 이익을 누릴 가능성이 박탈되었다는 것 자체로 권리자에게 손해가 있다고 보아 부당이득반환을 인정해야 한다”고 서술함으로써 침해부당이득에 있어서의 독자적인 추상적 손해 개념을 정립하였다.¹¹³⁾

110) 안병하, 앞의 논문, 506-507쪽.

111) 대법원 1988. 4. 25. 선고 87다카1073 판결(토지를 불법점유하더라도 토지 소유자에게 이익이 발생할 여지가 없는 경우라면 토지 소유자는 부당이득반환청구를 할 수 없다고 한 사례).

112) 대법원 1996. 5. 14. 선고 94다54283 판결(토지 상공에 고압전선이 설치된 경우 토지사용자가 토지를 농지로만 이용하여 왔고 그 지상에 고층 건물을 지을 수 없더라도 토지 상공에 대한 구분지상권에 상응하는 차임 상당의 손해를 입었다고 보아 부당이득을 인정한 사례).

113) 김용담, 앞의 책, 729-730쪽 제741조 이계정 집필부분 참조.

비록 우리 민법상 부당이득과 불법행위의 성립을 위하여 공히 ‘손해’가 요건이 되고 있지만,¹¹⁴⁾ 부당이득법에서의 손해는 위법한 행위로 인해 발생할 필요가 없다는 점에서 원칙적으로 불법행위법에서의 손해와는 구별된다. 불법행위는 피해자에게 발생한 ‘구체적 손해’를 기준으로 하여 이를 전보함으로써 피해자에게 ‘있어야 할 상태로의 복귀’를 꾀하는 것임에 대하여, 부당이득 제도는 이득자에게 생긴 ‘이득’을 기준으로 이득의 반환을 꾀하는 것으로 이득자로부터 ‘있어서는 아니될 상태를 제거’하는 것이다.¹¹⁵⁾ 이와 같은 부당이득 제도의 취지와 손해가 아닌 ‘이익’을 반환하도록 하고 있는 민법 제741조의 규정 등을 등을 종합해 볼 때, 침해부당이득에서는 권리자가 수익자의 침해행위로 재산을 이용할 가능성이 박탈되었다는 사실 자체로 손해가 있다고 보아야 할 것이다.

3자간 명의신탁에서 수탁자의 임의처분으로 인하여 수탁자의 매도인에 대한 침해부당이득이 성립한다는 본고의 논지에 의한다면 매도인의 손실은 다름 아닌 신탁 부동산의 소유권 상실이 된다. 2021년 부당이득 판결의 반대의견 역시 수탁자가 신탁부동산을 임의처분하여 매도인의 소유권을 상실시키고 처분대금을 취득하는 것은 ‘침해부당이득’에 해당한다고 하여 침해부당이득의 추상적 손해 개념을 견지하였다. 다만 원물 반환이 사회관념상 불가능하므로 그 가액을 수탁자가 받은 이익, 즉 처분대금 범위 내에서 반환해야 할 것이다. 이때 임의처분 당시의 신탁 부동산의 시가 상당액을 가액 산정의 기준으로 삼아야 하겠지만,¹¹⁶⁾

114) 일본 민법은 ‘損失’이라는 용어를 사용하고(제703조), 독일 민법 역시 ‘Kosten’이라는 용어를 사용함으로써(제812조 제1항) 우리 민법과는 달리 불법행위에서의 손해와 부당이득에서의 손실을 구별하고 있다. 한편 대법원 판례도 부당이득에 관하여 ‘손실’ 또는 ‘손실자’라는 표현을 종종 사용해 왔다(대법원 1995. 5. 12. 선고 94다 25551 판결 등).

115) 김중환/김학동, 앞의 책, 707쪽.

116) 대법원 2020. 5. 21. 선고 2017다220744 전원합의체 판결 참조.

수탁자가 염가로 처분하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 수탁자가 받은 처분대금을 가액으로 인정하여도 무방할 것이다.

2.2 차액설적 접근

그러나 2021년 부당이득 판결의 다수의견은 통일설적 관점을 전제로 하여 차액설에 입각하여 손실 여부를 판단하고 있다. 즉, 매도인은 비록 수탁자의 임의처분으로 인하여 소유권을 잃게 되지만 매매대금을 그대로 보유할 수 있으므로 손해가 없는 반면, 신탁자는 매매대금을 지급하였으면서도 신탁부동산의 소유권을 이전받을 수 없게 되는 손해를 입었으므로 신탁자가 수탁자를 상대로 부당이득반환청구권을 취득하게 된다는 것이다. 본고는 매도인에 대한 침해부당이득이 성립한다는 전제 아래 매도인에게 신탁 부동산 가액 상당의 추상적 손해가 발생한다는 입장을 취하고 있지만, 설령 차액설적 입장에 의하더라도 다수의견은 지지받을 수 없음을 지적하고자 한다.

다수의견이 매도인에게는 손해가 없다고 보는 근거는, 매도인은 귀책사유가 없어 신탁자에게 손해배상채무를 부담하거나 해제에 따른 원상회복의무를 부담하지 않고, 설령 귀책사유가 있다고 하더라도 위와 같은 청구를 하는 것은 신의칙에 반하므로 이미 지급받은 매매대금을 그대로 보유할 수 있다는 점에 있으며, 신탁자에게 손해가 발생하였다고 보는 근거 역시 신탁자의 소유권이전등기청구권이 이행불능이 되었음에도 불구하고 위와 같이 권리구제가 불가능하다는 점에 있다. 그러나 앞에서 상세히 논증한 바와 같이 매도인에게는 소유권이전등기의무의 이행불능에 대한 귀책사유가 존재하며, 신의칙에 기대어 매도인에 대한 손해배상청구나 원상회복청구를 부정하는 것도 타당하지 않다.

2.3 이득과 인과관계

수탁자의 임의처분으로 인한 부당이득의 문제에 있어서 손해의 개념이 중요한 역할을 하는 것에 반해 이득이나 인과관계의 요건은 그다지 문제되지 않는다.

먼저 부당이득의 요건에 있어서 이득의 의미는 통일설과 유형설에서 각기 다르게 설명된다. 먼저 통일설의 관점에서 이득의 의미에 관하여는 취득 과정의 결과로 생긴 수익자의 전체 재산의 증가라고 보는 차액설¹¹⁷⁾과 수익자가 취득한 구체적 대상이나 그 가액으로 보는 구체적 대상설¹¹⁸⁾이 대립하고 있었으나, 제747조 제1항의 조문 체계와 문구에 비추어 구체적 대상으로 보는 견해가 지지를 넓혀가고 있다. 한편 유형론의 관점에서 구체적 대상설을 살펴보자면, 급부부당이득의 경우에는 그 급부가, 침해부당이득에서는 특정인에게 배타적으로 할당된 이익이 이득이 될 것이다.¹¹⁹⁾ 한편 수익의 방법에는 제한이 없는바, 손실자와 수익자 사이 또는 이들 중 하나와 제3자 사이의 법률행위나 사실행위에 의할 수도 있고, 단순히 자연적 사실에 의할 수도 있다.¹²⁰⁾ 법리가 이와 같다면 통일설에 의하건 유형론에 의하여 소유권 또는 소유권이전등기 청구권의 침해부당이득으로 파악하건 수탁자는 임의처분으로 인해 처분대금 상당의 이익을 얻었다고 할 수 있을 것이므로 이득의 요건과 관련하여 별다른 문제는 생기지 않는다고 할 것이다.

인과관계의 요건 역시 문제되지 않는다. 먼저 통일설의 경우, 과거에는 독일 민법 제정을 계기로 배제된 전용물소권이 인정되지 않는 근거를 설명하기 위하여 손실과 이득 사이에 ‘직접적 인과관계설’이 주장되기도 했다. 그러나 그 후 인과관계를 직접적인 것에 한정한다면, 예컨대

117) 박윤직, 민법주해 제17권 채권(10), 351쪽 제741조 양창수 집필부분 참조.

118) 박윤직, 위의 책, 534-537쪽; 김형배, 앞의 책, 225-226쪽.

119) 김용담, 앞의 책, 758쪽 제741조 이계정 집필부분 참조.

120) 김용담, 위의 책, 759쪽 제741조 이계정 집필부분 참조.

편취 금전에 의한 제3자의 채무 변제 사안에서 편취당한 자가 제3자에게 직접 부당이득반환청구를 할 수 없게 되는 등 공평의 원칙에 반한다는 점이 지적되면서,¹²¹⁾ 수익과 손실 사이의 인과관계는 사회관념상 연락이 인정되면 족하다는 ‘사회관념설’이 통설의 지위를 차지하게 되었다.¹²²⁾ 유형론의 경우에도 인과관계는 큰 역할을 하지 못한다. 급부부당이득의 경우에는 급부가 수익자의 이득이자 손실자의 손해가 되고, 침해부당이득의 경우에도 손실자의 손해는 침해자가 얻은 이득에 대한 상대적 개념에 불과하기 때문이다.¹²³⁾ 다만 침해부당이의 관점에서 보면 매도인과 수탁자 사이에서 이득과 손실의 인과관계를 인정하는 것이 보다 자연스럽다고 할 수 있다. 침해부당이득에서 이득과 손실은 통상 하나의 행위과정에서 일어나는데,¹²⁴⁾ 수탁자의 부동산처분이라는 하나의 행위로 발생하는 이득과 손실은 수탁자가 얻은 처분대금 상당과 매도인의 부동산 소유권 상실이라고 할 수 있기 때문이다.¹²⁵⁾

3. 다수 당사자 사이의 부당이득 반환관계 - 계약법적 질서의 존중

3자간 명의신탁에서 수탁자의 임의처분이 있는 경우에는 신탁자, 수탁자, 매도인 등 3인의 당사자들 사이에서의 부당이득 반환관계가 문제된다. 다수 당사자들 사이의 부당이득 반환관계의 설명과 관련하여 통일설은 유형론에 비하여 보다 어려움을 겪어 왔다. 예컨대 삼각관계에서의 부당이득의 문제와 관련하여 통일설은 ‘이득과 손실 사이의 직접적 인

121) 판례는 이러한 사안에서 부당이득반환청구를 인정하고 있다. 대법원 2008. 3. 13. 선고 2006다53733, 53740 판결 등 참조.

122) 박윤직, 채권각론 제6판, 354쪽.

123) 김용담, 앞의 책, 762-763쪽 제741조 이계정 집필부분 참조.

124) 박윤직, 민법주해 제17권 채권(10), 248쪽 제741조 양창수 집필부분 참조.

125) 김종석, 앞의 논문, 792쪽.

과관계’ 개념을 통하여 지시관계에서의 부당이득 문제를 해결하고자 하였으나,¹²⁶⁾ 지시에 따른 단축된 급부가 이루어진 경우에 그 한계를 드러냈다. 이에 유형론을 전제로 한 급부관계설, 실질적 평가기준설이 제시되어 삼각관계에서의 부당이득의 문제를 정치하게 해결하게 된 것이다.¹²⁷⁾

2021년 부당이득 판결의 다수의견은 통일설을 전제로 하여 공평의 원칙 및 법률관계의 간명한 처리를 근거로, 특히 다수의견의 보충의견은 자기책임의 원칙을 근거로 신탁자와 수탁자 사이에서 부당이득 반환 관계를 인정하면 족하고 매도인을 끌어들이 필요는 없다고 주장한다. 이에 비해 반대의견은 유형론을 전제로 매도인의 수탁자에 대한 침해부당이득이 성립되는 것으로 보면 족하다고 하면서도, 다수의견이 오히려 공평의 원칙과 자기책임의 원칙에 반한다고 주장한다. 공평의 원칙에 관한 다수의견의 논지는 앞에서 상세히 살펴보았으므로 여기서는 법률관계의 간명한 처리와 자기책임의 원칙에 관하여만 검토하기로 한다.

법률관계의 간명한 처리에 관한 다수의견은 수탁자의 처분행위로 인한 권리의무의 변동은 명의신탁약정이 무효인 데서 비롯된 것이므로 이해관계 조정 역시 “명의신탁약정의 당사자인 명의신탁자와 명의수탁자 사이에서 해결하는 것이 타당”하며, “매도인을 이해관계 조정에 참여시키더라도 명의수탁자가 처분행위 등으로 얻은 처분대금이나 보상금 등의 이익은 실제 매도인을 거쳐 명의신탁자에게 귀속되는 것과 같”다는 점을 논거로 한다. 그러나 위와 같은 주장은 타당하지 않다. 법률관계의 간명한 해결이 그토록 중요하다면 수탁자의 임의처분으로 인한 이행불능 전에 신탁자가 수탁자로부터 직접 소유권이전등기를 넘겨받을 수 있도록 허용하지 않는 이유를 설명하기 어렵기 때문이다. 무엇보다 법률

126) 정태윤, “독일에서의 부당이득의 삼각관계에 대한 논의가 우리 민법에도 그대로 타당한가?”, 비교사법 제14권 제4호, 한국사법학회, 2007, 210쪽 참조.

127) 이계정, “삼자간 등기명의신탁에서 명의수탁자의 처분으로 인한 부당이득의 법률관계”, 633쪽.

관계의 간명한 해결이라는 것만으로 계약 상대방도 아닌 제3자로부터 부당이득반환을 받을 수 있는 근거가 될 수 있는지 의문이 있다.¹²⁸⁾ 독일 부당이득법이 전용물소권(actio in rem verso)을 ‘당사자 사이에 극히 착종되고 불명확한 관계’가 발생된다는 이유에서 의식적으로 거부하였다는 역사적 사실은 이를 잘 보여준다.¹²⁹⁾

한편 자기책임의 원칙은 흥미롭게도 다수의견의 보충의견과 반대의견이 모두 근거로 들고 있는 논거이다. 다수의견의 보충의견은 반대의견처럼 신탁자가 매도인을 대위하여 수탁자를 상대로 손해배상청구권이 나 부당이득반환청구권을 행사하여야 한다면, “명의수탁자의 처분행위 등으로 인한 위험을 매도인에게 부담시키고 명의수탁자의 무자력 위험까지 부담하게 함으로써 부동산실명법 위반상태를 주도적으로 야기한 명의신탁자가 인수하여야 할 위험을 매도인에게 전가하는 결과를 가져온다”고 주장한다. 이에 비해 반대의견은 신탁자와 수탁자 사이의 부당이득 반환관계를 인정하면 신탁자는 자신이 만든 위험을 스스로 부담하지 않은 채 매매계약의 당사자도 아닌 수탁자에게 부당이득반환을 구함으로써 문제를 해결할 수 있게 되므로, 이는 “명의신탁자가 자기책임에 따라 체결하고 이행한 계약상 위험을 제3자인 명의수탁자에게 전가하는 것으로 계약법상 기본원리에 반한다”고 주장한다.

다수의견과 반대의견이 분기한 것은 결국 수탁자의 임의처분이라는 예기치 못한 상황으로 인하여 당초 예정되었던 바와 같이 신탁자가 매도인을 통하여 신탁부동산의 소유권을 취득하는 것이 불가능해진 상황에서 누가 그 위험을 떠안느냐에 관한 견해 차이에서 비롯된 것이다. 다수의견은 결과적으로 신탁자가 자신과 매매계약을 체결한 당사자도 아닌 수탁자를 상대로 손해의 전보를 피하는 것을 허용하면서 매도인을 책임

128) 대법원 2002. 8. 23. 선고 99다66564, 66571 판결; 대법원 2005. 7. 22. 선고 2005다7566, 7573 판결.

129) 김용담, 앞의 책, 698-699쪽 제741조 이계정 집필부분 참조.

에서 해방시키는 반면 반대의견은 신탁자에게 매매계약의 상대방인 매도인에 대한 계약상 구제방법만을 허용한다. 다만 여기에서 문제되는 위험은 삼각관계의 부당이득에서 논해지는 전형적인 위험과는 다소 성격이 다르다. 수탁자와 매도인 사이에 아무런 계약관계가 없기 때문에 수탁자가 매도인에 대하여 갖는 항변권의 침해 또는 매도인의 무자력 위험이 수탁자에게 전가되는 문제는 발생하지 않기 때문이다. 그럼에도 불구하고 다수 당사자 간의 부당이득 반환관계의 처리는 자기책임의 원칙에 충실하게 이루어질 필요가 있다.

자기책임의 원칙이 반드시 계약법에만 적용되는 것은 아니다. 그러나 본질적으로 불이행의 위험을 내포하고 있는 계약 제도가 재화와 위험의 자발적 거래를 통해 사회적 효용을 극대화한다는 이유에서 정당화되고,¹³⁰⁾ 이러한 입장에서 위험의 적절한 분배를 위하여 계약법이 마련된 이상, 다수 당사자의 법률관계 내에 계약관계가 존재한다면 이를 가장 우선시하여 법률관계를 처리해야 할 것이다. 3자간 명의신탁에서 존재하는 유효한 계약은 매매계약뿐이므로,¹³¹⁾ 신탁자로서는 자신이 체결한 매매계약상의 구제수단에 의지하여 귀책사유 있는 매도인을 상대로 손해배상청구나 해제에 따른 원상회복청구권을 행사하거나 이를 피보전채권으로 하여 무자력인 매도인을 대위하여 수탁자를 상대로 소유권 침해를 원인으로 하여 침해부당이득의 반환청구 또는 불법행위에 기한 손해배상청구를 할 수 있을 뿐이라고 보아야 한다. 물론 신탁자가 자신의 권리구제수단으로 손해배상청구권을 선택한 경우에는 과실상제나

130) 명순구, 민법총칙, 법문사, 2005, 10쪽 이하(“사적 자치의 원칙은 자신의 이해관계에 관한 최상의 판단자가 바로 자신이라는 자유주의적 개인주의를 철학적 토대로 한다”); 권영준, “계약법의 사상적 기초와 그 시사점,” 저스티스 제124호, 한국법학원, 2011, 174쪽; 이상용, “인공지능과 계약법,” 비교사법 제23권 제4호, 한국사법학회, 2016, 1688-1690쪽.

131) 반대의견이 타당하게 지적하는 바와 같이 다수의견은 “매매계약의 당사자인 매도인을 배제하고 부동산실명법에 의하여 무효인 별개의 명의신탁약정을 끌어와” 해결하려는 기이한 태도를 보인다.

책임제한 여하에 따라 매매대금 상당액의 전부를 회복하지 못하고 결과적으로 매도인이 뜻하지 않은 이득을 얻게 될 수도 있다. 그러나 이는 매도인이 자초한 측면이 있어 손해의 공평한 분담을 꾀하는 손해배상법의 법리에 따른 결과일 뿐만 아니라 무엇보다 신탁자는 원상회복청구권이나 대상청구권의 행사를 선택함으로써 이를 피할 수 있으므로 위와 같은 사정만으로는 공평에 반한다고 보기 어렵다.

V. 불법행위의 법률관계

부동산실명법상 명의신탁자는 소유자가 아니고, 명의신탁자와 명의수탁자 사이에 위탁신탁관계가 인정되지 않기 때문에 명의수탁자를 명의신탁자의 보관자로 볼 수 없다. 따라서 명의수탁자가 신탁부동산을 임의로 제3자에게 처분하여도 횡령죄는 성립하지 않는다.¹³²⁾ 그러나 명의신탁자의 소유권이전등기청구권이 침해된 이상 횡령죄의 성부와 관계없이 명의수탁자는 명의신탁자에 대하여 민사상 불법행위책임을 부담한다는 것이 판례태도이다.¹³³⁾ 대상판결은 명의수탁자가 명의신탁

132) 명의신탁자가 매수한 부동산에 관하여 부동산실명법을 위반하여 명의수탁자와 맺은 명의신탁약정에 따라 매도인에게서 바로 명의수탁자 명의로 소유권이전등기를 마친 이른바 중간생략등기형 명의신탁을 한 경우, 명의신탁자는 신탁부동산의 소유권을 가지지 아니하고, 명의신탁자와 명의수탁자 사이에 위탁신탁관계를 인정할 수도 없다. 따라서 명의수탁자가 명의신탁자의 재물을 보관하는 자라고 할 수 없으므로, 명의수탁자가 신탁받은 부동산을 임의로 처분하여도 명의신탁자에 대한 관계에서 횡령죄가 성립하지 아니한다(대법원 2016. 5. 19. 선고 2014도 6992 전원합의체 판결).

133) 명의수탁자가 3자간 등기명의신탁에 따라 매도인으로부터 소유권이전등기를 넘겨받은 부동산을 자기 마음대로 처분한 행위가 형사상 횡령죄로 처벌되지 않더라도, 이는 명의신탁자의 채권인 소유권이전등기청구권을 침해하는 행위로서 민법 제750조에 따라 불법행위에 해당하여 명의수탁자는 명의신탁자에게 손해배상책임을 질 수 있다. 그 이유는 다음과 같다. ① 대법원은 2016. 5. 19. 선고 2014도 6992 전원합의체 판결을 통해 ... 명의수탁자가 신탁부동산을 임의로 처분해도 명의신탁

자의 채권인 소유권이전등기청구권을 침해한다는 사정을 알면서도 명의신탁받은 부동산을 자기 마음대로 처분하였다면 이는 사회통념상 사회질서나 경제질서를 위반하는 위법한 행위로서 특별한 사정이 없는 한 제3자의 채권침해에 따른 불법행위책임이 성립한다고 판시하였다.

기존 판결들에 따르면, 제3자에 의한 채권침해는 엄격하게 인정되는데, 이는 절대적인 물건과는 달리 채권은 채무자를 통해서만 그 권리가 실현될 수 있는 상대권이고, 자유경쟁이 허용되는 상황에서 채권침해의 불법행위책임을 쉽게 인정할 경우 거래 활동이 위축될 수 있기 때문이다.¹³⁴⁾ 대법원 판결에서 제3자에 의한 채권침해의 위법성이 문제된 사안

탁자에 대한 관계에서 횡령죄가 성립하지 않는다고 판결하였다. ② 민사책임과 형사책임은 지도이념, 증명책임의 부담과 그 증명의 정도 등에서 서로 다른 원리가 적용된다. 위법행위에 대한 형사책임은 사회의 법질서를 위반한 행위에 대한 책임을 묻는 것으로서 행위자에 대한 공적인 제재인 형벌을 그 내용으로 하는데 반하여, 민사책임은 다른 사람의 법익을 침해한 데 대하여 행위자의 개인적 책임을 묻는 것으로서 피해자에게 발생한 손해의 전보를 그 내용으로 하고 손해배상제도는 손해의 공평·타당한 부담을 그 지도원리로 한다. 따라서 형사상 범죄를 구성하지 않는 침해행위라고 하더라도 그것이 민사상 불법행위를 구성하는지는 형사책임과 별개의 관점에서 검토해야 한다. ③ ... 제3자는 유효하게 소유권을 취득한다(부동산실명법 제4조 제3항). 그 결과 매도인의 명의신탁자에 대한 소유권이전등기무효는 이행불능이 되어 명의신탁자로서는 부동산 소유권을 이전받을 수 없게 된다. 명의수탁자가 명의신탁자의 채권인 소유권이전등기청구권을 침해한다는 사정을 알면서도 명의신탁받은 부동산을 자기 마음대로 처분하였다면 이는 사회통념상 사회질서나 경제질서를 위반하는 위법한 행위로서 특별한 사정이 없는 한 제3자의 채권침해에 따른 불법행위책임이 성립한다. ④ 대법원 2014도 6992 전원합의체 판결은 횡령죄의 본질이 신임관계에 기초하여 위탁된 타인의 물건을 위법하게 영득하는 데 있고 명의신탁자와 명의수탁자의 관계는 형법상 보호할 만한 가치 있는 신임관계가 아니므로 명의수탁자의 임의처분행위에 대하여 횡령죄를 인정할 수 없다고 한 것이지 명의신탁관계에서 명의신탁자의 소유권이전등기청구권을 보호할 수 없다는 취지는 아니다. 따라서 명의수탁자의 임의처분으로 명의신탁자의 채권이 침해된 이상 형법상 횡령죄의 성립 여부와 관계없이 명의수탁자는 명의신탁자에 대하여 민사상 불법행위책임을 부담한다고 봄이 타당하다(대법원 2022. 6. 9. 선고 2020다208997 판결).

134) 김선화, “채권의 실현을 방해하는 제3자 채권침해의 위법성 판단 기준 -대법원 2021. 6. 30. 선고 2016다10827 판결을 중심으로-”, 사법 제60호, 사법발전재단,

은 ① 채권의 실현을 방해하는 경우(이 유형은 다시 제3자가 채무자의 책임재산을 감소시키는 경우와 제3자가 채무자의 채무이행을 방해하는 경우로 나눌 수 있다), ② 경쟁적 계약관계에서 이중계약을 체결하는 경우, ③ 특약점 계약상 독점적 판매권을 침해하는 경우, ④ 제3자가 계약파기를 유인하는 경우이다.¹³⁵⁾

위 각 사안유형은 특징을 달리하는데, 제3자가 채권의 실현을 방해하는 ① 유형의 경우 채권 자체는 소멸하지 않고 존속하고 있지만 채권의 현실적인 만족이 좌절된 것이고, 경쟁적 계약관계와 독점판매계약이 문제되는 ②, ③ 유형에서는 자유경쟁의 원칙이 허용되는 범위와 그 한계가 문제된다. 한편 ④ 유형에서는 계약파기를 유인한 제3자의 행위태양을 규범적으로 어떻게 평가하여야 할 것인지가 주된 쟁점이 된다.

채권침해의 위법성을 판단하는 요소로는 “일반적으로 채권에 대하여는 배타적 효력이 부인되고 채권자 상호 간 및 채권자와 제3자 사이에 자유경쟁이 허용되는 것이어서 제3자에 의하여 채권이 침해되었다는 사실만으로 바로 불법행위로 되지는 않는 것이지만, 거래에 있어서의 자유경쟁의 원칙은 법질서가 허용하는 범위 내에서의 공정하고 건전한 경쟁을 전제로 하는 것이므로, 제3자가 채권자를 해한다는 사정을 알면서도 법규에 위반하거나 선량한 풍속 또는 사회질서에 위반하는 등 위법한 행위를 함으로써 채권자의 이익을 침해하였다면, 이로써 불법행위가 성립한다고 하지 않을 수 없고, 여기에서 채권침해의 위법성은 침해되는 채권의 내용, 침해행위의 태양, 침해자의 고의 내지 해의의 유무 등을 참작하여 구체적, 개별적으로 판단하되, 거래자유 보장, 필요성, 경제·사회정책적 요인을 포함한 공공의 이익, 당사자 사이의 이익균형 등을 종합적으로 고려하여야 한다.”라고 판시하였다.¹³⁶⁾

2022, 252쪽.

135) 김선화, 위의 논문, 257-258쪽.

136) 대법원 2003. 3. 14. 선고 2000다32437 판결.

최근 제3자에 의한 채권침해 판례(2016다10827 판결)¹³⁷⁾에서는 수분양자인 원고가 시행사와 계약을 해제하고 중도금을 반환받으려는데 분양수입금의 관리계좌에 중도금을 인출하기 위하여 피고인 시공사의 동의가 필요함에도 시공사는 원고의 중도금 인출은 동의를 하지 않았고, 시행사는 무자력이 되어 결국 중도금을 지급받지 못한 사안에서 시공사의 동의 거부는 제3자에 의한 채권침해로 인정되었다. 위 판결에서 주목해야 할 점은 두 가지이다. 첫째 위 판례는 제3자에 의한 채권침해 사안 중 제3자가 ‘채권의 실현을 방해하는 경우’에 해당한다. 2016다10827 판결에서 원고의 시행사에 대한 중도금 반환청구권이 여전히 존속하고 있으므로 손해가 발생하지 않았다는 반론이 있을 수 있다.¹³⁸⁾ 그러나 채권의 실현이 방해되고 있는 것 자체를 손해라고 관념한다면, 이를 알고 악의적으로 방해하는 경우에는 제3자에 의한 채권침해를 이유로 불법행위가 성립할 수 있다.¹³⁹⁾ 둘째, 기존의 판례의 경우 제3자의 채권침해는 제3자가 채무자와 불법행위를 적극 공모하거나 사회상규에 반하는 수단을 사용하거나 채권자를 해할 의사로 채무자와 계약을 체결하는

137) 대법원 2021. 6. 30. 선고 2016다10827 판결. 상가 분양사업의 시행사인 갑 주식회사가 분양수입금 관리계좌에 입금된 수입금을 인출하기 위하여는 시공사인 을 주식회사의 동의서를 첨부하여야 한다는 사업약정에 따라 병과의 분양계약 해제에 따른 해약금 인출에 대한 동의를 을 회사에 요청하였으나, 을 회사가 인출에 동의하지 않은 채 관리계좌에서 자신의 공사대금을 변제받고자 우선적으로 금원을 인출함으로써 관리계좌의 잔고가 부족하게 되어 병이 해약금을 반환받지 못한 사안에서, 을 회사는 병에게 불법행위를 원인으로 해약금 상당의 손해를 배상할 책임이 있다고 본 원심판결이 정당하다고 한 사례.

138) 피고들과 갑은 을로부터 소 판매대금을 받은 돈을 편취하기로 공모하고, 을이 원고에게 위탁받아 소 8마리를 판매한 돈 110만 원이 든 가방을 들고 기차를 타는 순간 피고들이 위 돈가방을 가로채 도피한 후 이를 분배하여 착복한 사안에서 대법원은 원고의 을에 대한 채권이 소멸된 것이 아니고 을의 책임재산이 감소되었을 뿐으로서 원고는 간접적 손해를 본 것에 불과하여 불법행위가 성립된다고 하기 어렵다고 판시하였다. 대법원 1975. 5. 13. 선고 73다1244 판결.

139) 김재형, “제3자에 의한 채권침해 -판례의 전개를 중심으로”, 민법론 III, 박영사, 2007, 408쪽.

등의 특별한 사정이 있어야 한다고 하였다.¹⁴⁰⁾ 그러나 2016다10827 판결에서 제3자는 채무자와 공모하여 채권자의 채무실현을 방해한 것이 아니고, 계약침해와 관련한 채무자의 불법행위가 존재하지 않고 제3자의 불법행위만 존재하는 경우에도 제3자에게 불법행위책임이 성립할 수 있다고 설시하였다.¹⁴¹⁾ 일부 견해에 따르면, 2016다10827 판결에서 채무자와의 공모가 아닌 제3자만의 불법행위만으로도 제3자에 의한 채권침해를 인정한 이유는 사실상 분양대금 반환채권의 실현을 좌우할 수 있는 시공사(피고)의 우월한 지위에 있기 때문이라고 한다. 즉, 피고인 시공사가 중도금 인출을 거절하면 채무자인 시행사의 의사를 불문하고 곧바로 채권실현이 방해된다.¹⁴²⁾

대상판결에서도 명의신탁자가 매도인에 대해 소유권이전등기청구권 불능에 따른 손해배상청구권을 갖는다고 하더라도 아울러 매도인은 명의수탁자의 불법행위에 공모하지 않았다고 하더라도 명의수탁자가 명의신탁자를 해한다는 사실을 알면서 처분한 행위로 인해 명의신탁자에게 발생한 손해는 매도인에 대한 소유권이전등기청구권 자체이므로 명의수탁자의 제3자에 의한 채권침해는 성립한다. 부동산실명법에 의하여 명의수탁자로부터 등기를 이전받은 자는 악의·선의를 불문하고 소유권을 취득하기 때문에 명의신탁자의 매도인에 대한 소유권이전등기청구권의 실현을 좌우하는 우월한 지위에 있다고 볼 수 있다. 즉 명의수탁자가 신탁부동산을 처분하면 매도인의 의사와는 상관없이 명의신탁자의 소유권이전등기청구권의 실현이 좌절된다. 심지어 대상판결의 경우 명의수탁자는 자신에게 신탁부동산에 대한 소유권이 없음을 알면서도 처분한 것이므로 사회상규에 반하는 수단을 사용한 것에 해당된다.

140) 대법원 2001. 5. 8. 선고 99다38699 판결.

141) 대법원 2021. 6. 30. 선고 2016다10827 판결.

142) 김선화, 앞의 논문, 265쪽.

1. 위법성

1.1 위법성 판단의 기준

3자간 명의신탁에서 수탁자의 임의처분이 있게 되면 매도인의 신탁 부동산에 대한 소유권이 상실되는 한편 신탁자의 매도인에 대한 소유권이전등기청구권이 이행불능 상태에 빠지게 된다. 그렇다면 수탁자의 이러한 행위는 매도인이나 신탁자에 대하여 위법한 것으로 평가될 수 있을까.

불법행위 성립요건으로서의 위법성이 인정되기 위하여 권리침해가 필요한 것은 아니지만,¹⁴³⁾ 물권이나 채권과 같은 권리가 침해되는 경우에 위법성이 인정될 수 있다는 점에는 의문이 없다. 그러나 물권 침해행위와 채권 침해행위의 위법성을 동일하게 평가할 수는 없다. 통설인 상관관계설에 따르면 위법성의 판단은 피침해이익의 성질과 가해행위의 태양이라는 두 요소의 경중에 따라 이루어지기 때문이다.¹⁴⁴⁾ 학설과 판례는 상관관계설이 지닌 추상성의 한계를 극복하기 위하여 사안의 유형에 따라 구체화된 위법성 판단 방법을 발전시켜 왔다. 아래에서 수탁자의 임의처분이 매도인과 신탁자에 대한 관계에서 위법성이 인정될 것인지 차례로 살펴보기로 한다.

1.2 매도인에 대한 관계에서 위법성 인정 여부

소유권 등 물권¹⁴⁵⁾이나 지식재산권¹⁴⁶⁾을 침해하는 경우에는 특별한

143) 박규용, “인격권의 침해에 있어서 위법성”, 법학연구 제78권, 한국법학회, 2020, 275쪽 이하 참조.

144) 김용담, 주석민법: 채권각칙 6 제5판, 한국사법행정학회, 2022, 165쪽(이연갑 집필 부분).

145) 대법원 2008. 6. 12. 선고 2007다36445 판결 등.

사정이 없는 한 위법성이 인정된다. 배타적이고 절대적인 지배권의 성격을 지니기 때문이다. 따라서 3자간 명의신탁에서 수탁자가 신탁부동산을 임의처분하여 매도인의 소유권을 상실시키는 행위는 당연히 매도인에 대한 관계에서 위법한 행위로 평가된다.

1.3 신탁자에 대한 관계에서 위법성 인정 여부

어떠한 채권 침해가 위법성이 인정되는지 여부를 판단하기 위해서는 먼저 채권 침해의 태양을 나누어보는 것이 도움이 된다. 학설은 보통 ① 채권의 귀속 자체를 침해한 경우(예컨대 제3자가 무기명채권증서를 횡령하여 타인에게 선의취득하게 한 경우 등), ② 채권의 목적인 급부를 침해한 경우로 나누고, 후자는 다시 ①-1 급부의 침해로 채권이 소멸한 경우(예컨대 특정물의 인도를 목적으로 하는 채권에 관하여 제3자가 목적물을 멸실케 한 경우)와 ①-2 급부의 침해로 채권이 소멸하지 않는 경우(예컨대 제3자가 채무자와 공모하여 채권의 목적물을 파괴한 경우) 등으로 나누어 설명한다.¹⁴⁷⁾ 특히 ①-2의 경우 채권은 손해배상채권으로 변하여 존속하지만, 학설은 대체로 손해배상채권은 채권의 본래의 내용이 아니라는 이유로 불법행위의 성립 가능성을 인정한다.¹⁴⁸⁾

3자간 명의신탁에서 수탁자의 임의처분으로 신탁자의 매도인에 대한 소유권이전등기청구권이 이행불능으로 된 것을 채권의 침해로 파악할 수 있을까. 위와 같은 경우 이행불능의 원인은 매도인의 소유권 상실로 인해 매도인이 수탁자로부터 등기 명의를 회복할 수 없게 됨에 따라 결국 신탁자 역시 급부의 목적물인 소유권을 사회통념상 취득할 수 없게 된 것에 있다. 신탁자의 매도인에 대한 소유권이전등기청구권이 손해배

146) 저작권법 제125조 내지 제126조 등.

147) 박윤직, 채권각론 제6판, 71-73쪽.

148) 박윤직, 위의 책, 72쪽.

상채권으로 변형되어 존속한다는 필자의 입장을 전제한다면, 비록 간접적이기는 하지만 위와 같은 상황은 ①-2와 유사하다고 할 수 있으며, 따라서 채권의 침해는 있다고 할 것이다.

그렇다면 이러한 채권 침해는 위법한 것일까. 물권의 침해가 위법성을 징표하는 것과 달리 채권의 경우에는 그 침해 자체만으로 위법성이 인정되지는 않는다.¹⁴⁹⁾ 채권은 상대적 효력을 갖는 청구권에 불과하고, 제3자에게 공시되지 않으며, 특히 계약상 채권의 경우에는 자유경쟁의 원리가 고려되어야 하기 때문이다. 판례에 따르면 채권 침해행위가 위법한 것인지 여부는 “침해되는 채권의 내용, 침해행위의 태양, 침해자의 고의 내지 해의의 유무 등을 참작하여 구체적·개별적으로 판단하되, 거래자유 보장의 필요성, 경제·사회정책적 요인을 포함한 공공의 이익, 당사자 사이의 이익균형 등을 종합적으로 고려하여 판단”해야 한다.¹⁵⁰⁾

대상판결의 사안은 3자간 명의신탁에서 수탁자의 임의처분으로 침해되는 채권의 내용은 그 귀속이 아닌 급부의 침해, 그 중에서도 채권이 소멸하지 않는 경우에 해당할 뿐이다. 대상판결이 인용하는 2021년 불법행위 판결은 양자간 명의신탁에서 수탁자의 임의처분으로 인해 신탁자의 ‘소유권’이 침해되는 사안에 관한 것이므로 대상판결의 사안에서 위법성 판단의 기준으로 활용될 수는 없다. 침해행위 태양의 측면에서 보면, 수탁자는 비록 고의로 행위하기는 했지만, 신탁자와의 관계에서 범죄적으로 행위했다고는 볼 수 없고, 매도인의 소유권을 상실시킴으로써 간접적으로 신탁자가 소유권이전등기라는 급부를 받을 가능성을 침

149) 채권의 침해가 불법행위로 될 수 있다는 근거로서 ‘권리의 불가침성’을 드는 견해 역시 제3자의 채권침해가 모두 위법성을 띠다고 주장하지는 않는다(곽윤직, 채권 각론 제6판, 69쪽 참조). 한편, 채권 침해만으로 위법성이 인정되지는 않는다는 것이 채권의 상대적 효력만을 들어 제3자의 채권침해로 인한 불법행위책임을 부정하자는 것을 의미하는 것은 아니다(이동진, “순수재산손해에 대한 불법행위책임: 법·경제적 해명시도”, 비교사법 제27권 제1호, 한국사법학회, 2020, 46쪽 참조).

150) 대법원 2012. 9. 13. 선고 2010다77538 판결 등.

해한 것에 불과하여 직접적인 침해가 있었던 것은 아니다. 물론 수탁자의 처분행위가 보호받아야 할 거래의 자유에 속하는 것은 아니지만, 신탁자와 수탁자 사이의 명의신탁약정을 무효로 한 부동산실명법의 취지를 고려해보면 수탁자의 임의처분 행위로부터 보호되어야 할 신탁자의 이익이 월등하다고 보기는 어렵다. 특히 수탁자의 행위에 의하여 소유권을 잃게 되는 매도인의 이익과 비교해본다면 신탁자의 이익은 미미해보인다. 결국 수탁자의 임의처분을 신탁자와의 관계에서 위법하다고 평가하기는 어려워 보인다.

2. 손해

2.1 손해 판단의 기준

손해의 개념 내지 손해 판단의 기준은 손해의 공평한 분담을 목적으로 하는 불법행위책임에 있어서 매우 중요한 역할을 한다. 통설¹⁵¹⁾과 판례¹⁵²⁾가 취하는 견해인 차액설은 자연적 손해 개념을 전제로 하여, 불법행위가 없었더라면 피해자가 현재 가지고 있었을 이익 상태와 불법행위로 인하여 피해자가 현재 가지고 있는 이익상태 사이의 차이를 손해로 파악한다. 그러나 차액설은 비재산적 손해와 가정적 인과관계를 적절히 다룰 수 없다는 문제를 안고 있다. 규범적 손해 개념은 법적 가치평가를 통해 규범적으로 손해를 파악함으로써 이를 해결할 수 있다고 주장한다. 그러나 규범적 손해 개념은 논자에 따라 제각각이어서 하나의 손해 개념으로서 기능하기 어렵다.¹⁵³⁾ 결국 손해 사실의 인정은 차액설에 의하되 개별 사안에서 규범적 측면을 고려하여 이를 보완 수정하면 족하

151) 박윤직, 채권각론 제6판, 106쪽.

152) 대법원 1992. 6. 23. 선고 91다33070 전원합의체 판결.

153) 규범적 손해 개념이 하나의 손해 개념으로서 기능하지 못한다. 서광민, “손해의 개념”, 서강법학 제6권, 서강대학교 법학연구소, 2004, 128쪽.

다는 입장이 널리 받아들여지고 있다.¹⁵⁴⁾

3자간 명의신탁에서 수탁자의 임의처분으로 인하여 신탁자 또는 매도인이 입은 손해 역시 이러한 틀에 따라 판단될 수 있을 것이다. 즉, 총체적 재산상태의 변동과 이에 결부된 규범적 판단을 통하여 손해의 존부 및 범위를 구체적으로 밝혀내야 할 것이다. 이는 앞서 침해부당이득에 있어서의 손해가 추상적이고 객관적인 방식으로 파악된 것과는 다르다.¹⁵⁵⁾

2.2 매도인의 손해

2002년 불법행위 판결은 부동산실명법 시행 이전의 명의신탁 사안에서 수탁자의 임의처분이 있는 경우 매도인은 신탁부동산의 소유권을 상실하지만 이미 지급받은 매매대금을 그대로 보유할 수 있으므로 손해가 없다고 판단하였다. 즉, 매도인에게는 “매매계약의 체결이나 그 이행에 관하여 어떠한 귀책사유가 있다고 보기 어려우”며, 신탁자가 자신의 귀책사유로 인한 사정에 기인하여 “매도인에 대하여 매매대금의 반환을 구하거나, 명의신탁자 앞으로 재차 소유권이전등기를 경료할 것을 요구하는 것은 신의칙상 허용되지 아니하고,” 매도인은 “명의수탁자로부터 그 소유명의를 회복하기 전까지는 명의신탁자에 대하여 신의칙 내지 민법 제536조 제1항 본문의 규정에 의하여 이와 동시이행의 관계에 있는 매매대금 반환채무의 이행을 거절할 수 있”으므로 매도인으로서 명의수탁자의 처분행위로 인하여 손해를 입은 바가 없다는 것이다.

부동산실명법 시행 이전의 명의신탁은 유효하게 취급되었으므로 매도인으로서 수탁자에 대한 소유권이전등기를 마쳐준 이상 계약상의

154) 박운직, 채권각론 제6판, 107쪽; 김용담, 주석민법: 채권각칙 6 제5판, 220쪽 이연갑 집필부분.

155) 이성범, 앞의 논문, 69쪽.

의무를 다했다고 여길 수 있고, 따라서 이러한 경우 매도인에게 귀책사유가 없다는 위 판결의 태도는 타당하다. 매도인에게는 귀책사유가 없고 오히려 신탁자에게 귀책사유가 있다면 매도인은 손해배상책임이나 해제로 인한 원상회복의무를 부담하지 않고 민법 제538조 제1항이 적용되어 매매대금 반환채무를 부담하지 않는다. 그런 점에서 위 판결이 매매대금 반환채무의 존재를 전제로 하여 신탁부동산에 관한 소유 명의 회복과의 동시이행관계를 언급한 것은 부적절한 점이 있다. 그럼에도 불구하고 위 판결은 수탁자의 매도인에 대한 불법행위 책임과 관련하여 매도인의 손해가 차액설적 관점에 따라 판단되어야 함을 선언하였다는 점에서 큰 의의를 가지며, 앞서 본 것처럼 부적절하게도 수탁자의 매도인에 대한 부당이득 반환책임을 부정한 2021년 부당이득 판결에도 결정적인 영향을 미쳤다.

2002년 불법행위 판결이 취한 차액설의 관점에 따라 경우 대상판결의 사안에서 매도인의 손해가 인정될 수 있을까. 대상판결은 위 판결의 사안과 달리 부동산실명법 이후의 명의신탁에 관한 사안이다. 이러한 경우 앞서 본 것처럼 매도인에게는 소유권이전등기의무의 이행불능에 대한 귀책사유가 존재하므로 매도인은 신탁자에 손해배상채무나 해제에 따른 원상회복의무를 부담하며, 신의칙에 기대어 신탁자의 청구를 부정하는 것도 타당하지 않다. 나아가 2002년 불법행위 판결이 시사하는 것처럼 위와 같은 매도인의 의무가 매도인의 소유 명의 회복과 동시이행관계에 있다고 보는 것은 무리이며,¹⁵⁶⁾ 설사 그렇다고 하더라도 동시이행의 항변권의 존재와 손해 여부는 무관하다.¹⁵⁷⁾ 따라서 차액설의 관점에 의하더라도 특별한 사정이 없는 한 매도인의 손해는 존재한다고 할 수 있다.

156) 김종석, 앞의 논문, 802쪽 참조.

157) 송덕수, 앞의 논문, 31쪽. 천연하자면 매도인이 입은 소유권 침해로 인한 재산상 불이익이 매도인이 받은 매매대금과 반드시 일치하는 것도 아니다.

그러나 근본적으로 2002년 불법행위 판결은 매도인의 손해를 판단함에 있어 차액설적 관점에 지나치게 의존하였다는 점에서 비판될 수 있다. 앞서 보았듯이 차액설에 따른 손해의 판단은 사안에 따라 규범적 측면을 고려하여 수정될 필요가 있다. 매도인의 손해 여부를 판단함에 있어 고려되어야 할 규범적 요소로는 손익상계의 가부와 소유권 침해의 특수성 등 두 가지를 들 수 있다.

손익상계에 대한 판단은 차액설의 수정을 목적으로 하는 규범적 판단 요소이다. 특히 제3자의 피해자에 대한 자유로운 급부를 손익상계의 대상으로 삼을 것인지 여부를 판단함에 있어서는 제3자의 급부 목적을 고려하여야 하고,¹⁵⁸⁾ 나아가 제3자의 급부가 법률 규정에 의해 이루어지는 경우에는 그 규정의 목적 내지 취지를 고려해야 한다. 예컨대 2002년 불법행위 판결의 입장처럼 매도인에게 귀책사유가 없다고 보아 제 538조 제1항이 적용되고 그 결과 매도인이 매매대금을 그대로 보유할 수 있다고 보더라도 이러한 사정은 매도인의 손해를 판단함에 있어 고려되어서는 안된다. 위 조항의 취지는 “계약관계 내부에서 불능에 따른 양 당사자의 위험분배에 관한 것이며, 계약 일방 당사자가 제3자로부터 받은 침해로 인해 발생한 손해를 전보하려는 목적으로 규정된 것이 결코 아니”기 때문이다.¹⁵⁹⁾ 보다 근본적으로는 신탁자와 매도인이 매매계약에 의하여 스스로 결정한 위험분배의 내용을 매도인이 수탁자를 상대로 불법행위책임을 추궁함으로써 일방적으로 수정할 수 있도록 하는 것은 부당하다. 일종의 외부성을 일으켜 계약 제도의 효율성을 저해하기 때문이다.

한편 소유권 침해라는 침해 법익의 특성 역시 손해 판단에 있어서 고려될 필요가 있다. 손해배상법적 관점에서 볼 때 소유권은 채권적 청구권에 의해 그 가치가 감소 내지 박탈될 수 없기 때문이다.¹⁶⁰⁾ 예를

158) Gregor Thüsing, *Wertende Schadensberechnung*, CH. Beck, 2001, S. 89.

159) 이성범, 앞의 논문, 80쪽.

들어 타인의 건물을 위법하게 손상시켰다면 비록 그 전에 그 건물의 해제에 관한 계약이 존재하더라도 손해가 없다고는 할 수 없는 것이다.¹⁶¹⁾

결국 매도인은 수탁자의 임의처분으로 인하여 신탁부동산의 소유권을 상실하였으므로 그 교환가치 상당의 손해를 입었다고 보아야 한다.

2.3 신탁자의 손해

필자는 수탁자의 임의처분이 신탁자에 대하여 위법한 행위로 평가되는 것은 어렵다는 입장이지만, 만약 위법성이 인정된다고 하면 신탁자의 손해는 어떻게 평가되어야 할까. 대상판결은 손해액의 판단 기준에 관하여는 명시적으로 밝히지 않았지만, 수탁자가 지급받은 매매대금, 정확하게는 매매대금에서 매수인이 인수하기로 한 근저당권 피담보채무¹⁶²⁾를 공제한 금액 상당의 손해를 입었다는 신탁자의 주장에 대하여 별다른 언급이 없는 것으로 보아 차액설적 관점을 승인하고 있다고 볼 수 있을 것이다.

소유권 상실로 인한 매도인의 손해를 평가할 때 중요한 역할을 했던 규범적 요소들은 채권침해로 인한 신탁자의 손해를 평가하는 과정에서는 큰 역할을 하지 못한다. 그러나 차액설의 관점을 취한다면 수탁자의 임의처분으로 인하여 신탁자가 얻게 될 다른 이익들 역시 공제 대상으로서 고려되어야 한다. 즉, 앞서 보았던 것처럼 특별한 사정이 없는 한 매도인에게는 귀책사유가 인정되므로 신탁자는 매도인에 대하여 손해배상청구권이나 해제에 따른 원상회복청구권을 가지며, 설령 귀책사유가 인정되지 않는다고 하더라도 신탁자는 매도인이 수탁자에 대하여

160) BeckOK BGB/Johannes W. Flume, § 249, Rn. 379.

161) 이성범, 앞의 논문, 81-82쪽.

162) 신탁자 역시 매도인으로부터 신탁부동산을 매수할 당시 위 피담보채무를 인수하면서 매매대금에서 피담보채무액을 공제받았다.

취득할 부당이득반환청구권이나 불법행위에 기한 손해배상청구권에 대하여 대상청구권을 행사할 수 있는 것이다. 이는 수탁자의 임의처분으로 인해 발생하는 신탁자의 불이익이 신탁자와 매도인 간의 매매계약을 통한 위험분배의 메커니즘 안에서 고려되고 정리된 결과로 해석될 수 있을 것이다.¹⁶³⁾

2.4 손해배상청구권의 중첩 문제

위에서 본 것처럼 수탁자의 임의처분으로 인해 소유권을 상실한 매도인에게는 신탁부동산 가액 상당의 손해가 발생하는 반면 소유권이전등기청구권의 목적인 급부가 이행불능이 된 것에 그친 신탁자의 경우 채권의 가액에서 이행불능으로 인해 취득한 이익이 공제된 금액이 손해로 평가된다. 필자는 수탁자의 임의처분이 신탁자에 대하여 위법한 행위로 평가될 수 없다는 입장이지만, 견해를 달리하여 신탁자에 대한 위법성을 인정한다면 신탁자의 손해배상청구권과 수탁자의 손해배상청구권이 부진정연대 관계에 놓이게 될 것이다.

하지만, 계약 당사자의 주관적 합의에 따른 위험배분이 갖는 사회적·경제적 기능을 중시한다면, 그리고 채권침해로 인한 불법행위를 쉽게 인정할 경우 예컨대 하나의 급부 목적물의 멸실이 다수의 연쇄된 매매계약상 채권의 침해로 각각 구성하게 되어 법률관계의 혼란을 가져올 수 있다는 점을 고려한다면 양자택일적 손해의 인정도 정책적으로 고려해 볼 만하다고 생각된다.¹⁶⁴⁾ 즉, 3자간 명의신탁에서 수탁자의 임의처분으로 인하여 손해를 입은 자는 신탁자가 아닌 매도인일 뿐이라고 보는 것이 합리적일 수 있다.

163) 이성범, 앞의 논문, 84쪽.

164) 이성범, 위의 논문, 84-85쪽.

VI. 결론

지금까지 3자간 명의신탁에서 수탁자가 신탁부동산을 임의처분한 경우에 수탁자의 부당이득반환책임 및 불법행위책임에 관하여 살펴보았다. 대법원은 2021년 부당이득 판결과 대상판결을 통해 수탁자는 신탁자에 대하여 부당이득반환책임 및 불법행위책임을 부담하고, 매매대금을 보유할 수 있어 손해가 없는 매도인에 대하여는 책임을 부담하지 않는다고 판시하였다. 그러나 이러한 판단은 사적자치의 토대를 이루는 물권법적 질서와 계약법적 질서에 대한 존중 없이 신탁자의 이익을 과도하게 보호하여 결과적으로 부동산실명법의 취지를 저버리는 결과를 낳는다.

첫째, 소유권이라는 배타적이고 절대적인 지배권을 상실한 매도인은 원칙적으로 손해를 입었다고 보아야 한다. 침해부당이득에 있어서 손해는 추상적이고 객관적으로 파악되어야 하며, 불법행위에 있어서도 소유권은 채권적 청구권에 의해 가치가 감소 될 수 없기 때문이다. 소유권은 그 자체가 자유인 것은 아니지만, 자유 실현을 위한 물질적 바탕을 제공한다는 점에서 자유와 불가분의 관계에 있으므로,¹⁶⁵⁾ 소유권 질서는 법정채권관계에 불과한 부당이득이나 불법행위의 법률관계보다 먼저 고려되어야 한다. 따라서 매도인은 수탁자에 대하여 신탁부동산의 교환가치 범위 내에서 부당이득반환청구권 및 불법행위에 기한 손해배상청구권을 갖는다.

둘째, 신탁자는 비록 매도인에 대한 소유권이전등기청구권이라는 채권을 침해받았지만 그와 함께 매도인과의 매매계약 관계를 통하여 취득한 이익들을 공제하면 손해가 없다고 보아야 한다. 신탁자는 귀책사유 있는 매도인에 대한 손해배상청구권 내지 해제에 따른 원상회복청구권이 있으며, 설령 귀책사유가 없더라도 매도인의 수탁자에 대한 위 부당이득반환청구권 및 손해배상청구권에 대하여 대상청구권을 행사할 수

165) 헌법재판소 1998. 12. 24.자 89헌마214 결정 참조.

있기 때문이다. 사실 손해의 존부를 따지기 이전에도 신탁자의 수탁자에 대한 부당이득반환청구권이나 불법행위에 기한 손해배상청구권은 성립하지 못한다. 부당이득 관계의 유무는 유형론에 의하여 판단하는 것이 합리적인데, 수탁자에 대한 급부가 없어 급부부당이득은 성립하지 않고, 상대적 권리에 불과한 채권의 침해는 침해부당이득을 구성하지 못한다. 또한 불법행위의 법률관계와 관련하여 수탁자의 임의처분 행위가 단지 채권의 목적인 급부가 이행불능된 것에 불과한 신탁자와의 관계에서 보이는 위법성은 소유권을 침해당한 매도인과의 관계에서 보이는 위법성에 비할 바 없이 작다. 근본적으로는, 매도인과 신탁자 사이의 매매계약에 따라 자율적으로 정해진 위험배분의 내용은 계약상 급부가 이행불능이 됨으로 인하여 발생한 법률관계의 처리에 있어서 우선적으로 고려되어야 한다. 결국 신탁자는 수탁자의 재산으로부터 직접 전보받을 수는 없고 매도인과의 매매계약 관계에 기한 권리들을 기초로 매도인을 통하여 간접적으로 구제받을 수 있을 뿐이다.

셋째, 이와 달리 신탁자가 수탁자에 대한 직접 청구를 통해 구제받을 수 있다고 한다면 부동산실명법의 취지에도 반하는 것이다. 부동산실명법은 실권리자 명의 등기의 실현을 목적으로 하는 것이지 신탁자로부터 재산적 권리를 박탈하고자 하는 것은 아니지만,¹⁶⁶⁾ 그렇다고 하여 단지 실권리자 명의 등기 그 자체만을 목적으로 하는 것은 아니다. 오히려 부동산실명법은 실권리자 명의의 등기 강제라는 수단을 통하여 “부동산 등기제도를 악용한 투기·탈세·탈법행위 등 반사회적 행위를 방지하고 부동산 거래의 정상화와 부동산 가격의 안정을 도모하여 국민경제의 건전한 발전에 이바지함”을 목적으로 하는 것이다.¹⁶⁷⁾ 만약 신탁자가 수탁자의 임의처분으로 명의신탁약정을 통해 이루려던 목적을 달성하지 못한 경우에 수탁자에 대한 직접적 청구를 통해 자신의 손실을 보전

166) 2021년 부당이득 판결 다수의견의 보충의견 참조.

167) 2016년 형사판결 참조.

할 수 있다면, 그것도 임의처분 당시의 교환가치 상당액을 보상받음으로써 사실상 ‘이행이익’에 준하는 이익을 확보할 수 있다면, 위와 같은 부동산실명법의 취지는 몰각될 수밖에 없을 것이다.

참고문헌

1. 단행본

- 곽윤직, 채권각론 제6판, 박영사, 2012.
- _____, 민법주해 제17권 채권(10), 박영사, 2005.
- 김용담, 주석민법: 채권각칙 5 제5판, 한국사법행정학회, 2022.
- 김재형, “제3자에 의한 채권침해 -판례의 전개를 중심으로-”, 민법론 III, 박영사, 2007.
- 김증한/김학동, 채권각론 제7판, 박영사, 2006.
- 김형배, 사무관리·부당이득, 박영사, 2003.
- 명순구, 민법총칙, 법문사, 2005.
- 양창수, “부동산실명법 제4조에 의한 명의신탁의 효력 -소위 등기명의신탁을 중심으로-”, 민법연구 제5권, 박영사, 2003.
- 양창수/권영준, 권리의 변동과 구제: 민법II 제3판, 박영사, 2017.
- Alexander Peukert, *Güterzuordnung als Rechtsprinzip*, Mohr Siebeck, 2008.
- Habersack, Mathias, *Münchener Kommentar zum BGB/Schwab*, 8. Auflage., C. H. Beck, 2020.
- Karl Larenz/Claus Wilhelm Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II-, Besonderer Teil, 2. Hbd., 13. Aufl.*, C.H. Beck, 1994.
- Wilburg, *Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht*, Kritik und Aufbau, 1934.

2. 학술지

- 권영준, “2021년 민법 판례 동향”, 서울대학교 법학 제63권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2022, 221-366쪽.
- _____, “계약법의 사상적 기초와 그 시사점”, 저스티스 제124호, 한국법학원, 2011, 169-203쪽.

권오상, “등기명의신탁에서 명의수탁자의 처분행위시 명의신탁자의 법적 지위”, 법학논총 제34권 제3호, 국민대학교 법학연구소, 2022, 53-83쪽.

_____, “부동산실명법을 위반한 등기명의신탁의 사법적 효력”, 법학논고 제70집, 경북대학교 법학연구원, 2020, 187-210쪽.

김 송, “3자간 등기명의신탁에서 수탁자의 신탁부동산 처분에 대한 수탁자의 부당이득반환의무”, 법학연구 제33권 제1호, 충남대학교 법학연구소, 2022, 67-105쪽.

김동훈, “채무불이행의 효과 -계약의 해제: 한국민법의 개정시안을 중심으로”, 민사법학 제65호, 한국민사법학회, 2013, 385-417쪽.

김선화, “채권의 실현을 방해하는 제3자 채권침해의 위법성 판단 기준 -대법원 2021. 6. 30. 선고 2016다10827 판결을 중심으로-”, 사법제60호, 사법발전재단, 2022, 235-280쪽.

김종석, “3자간 등기명의신탁관계에서 부당이득반환관계”, 사법 제59호, 사법발전재단, 2022, 765-813쪽.

목영준, “부동산실권리자 명의등기에 관한 법률상 법률관계의 효력”, 인권과 정의 제261호, 대한변호사협회, 1998, 88-109쪽.

박규용, “인격권의 침해에 있어서 위법성”, 법학연구 제78권, 한국법학회, 2020, 275-301쪽.

박동진, “부동산실명법 제4조에 의한 부동산명의신탁의 효력”, 저스티스 제32권 제3호, 한국법학원, 1999, 61-87쪽.

박석일, “3자간 명의신탁에서 명의신탁자의 명의수탁자에 대한 부당이득반환청구권 인정 여부”, 재산법연구 제37권 제2호, 한국재산법학회, 2020, 111-145쪽.

박신욱, “3자간 등기명의신탁에서 명의수탁자의 처분행위에 따른 부당이득반환청구권의 주체”, 재산법연구 제39권 제2호, 한국재산법학회, 2022, 221-241쪽.

- 백정현, “부동산실권리자명의등기에 관한 법률의 문제점과 법률관계”, 재판과 판례 제6집, 대구판례연구회, 1997, 315-353쪽.
- 서광민, “손해의 개념”, 서강법학 제6권, 서강대학교 법학연구소, 2004, 123-145쪽.
- 송덕수, “명의신탁된 부동산을 명의수탁자가 처분한 경우의 법률관계 -명의신탁의 유형에 관한 논의를 포함하여-”, 법학논집 제19권 제1호, 이화여자대학교 법학연구소, 2014, 1-49쪽.
- 송오식, “3자간 등기명의신탁과 불법원인급여 해당 여부 -대법원 전원합의체 2015다13850사건과 관련하여-”, 재산법연구 제36권 제1호, 한국재산법학회, 2019, 55-83쪽.
- 안병하, “인격권 침해와 부당이득 반환”, 민사법학 제68호, 한국민사법학회, 2014, 495-523쪽.
- 오지용, “2021년 민법충치 및 물권법 중요판례평석”, 인권과 정의 제504호, 대한변호사협회, 2022, 29-45쪽.
- 윤진수, “부당이득법의 경제적 분석”, 서울대학교 법학 제55권 제3호, 서울대학교 법학연구소, 2014, 107-162쪽.
- 이계정, “삼자간 등기명의신탁에서 명의수탁자의 처분으로 인한 부당이득의 법률관계”, 법조 제71권 제2호, 법조협회, 2022, 281-316쪽.
- _____, “집합건물 공용부분 무단사용자에 대한 관리단의 부당이득반환 청구 가부 -대법원 2020. 5. 21. 선고 2017다220744 전원합의체 판결-”, 법조 제70권 제1호, 법조협회, 2021, 368-395쪽.
- 이동진, “순수재산손해에 대한 불법행위책임: 법·경제적 해명시도”, 비교사법 제27권 제1호, 한국사법학회, 2020, 29-73쪽.
- 이상근/진재인, “부동산실명법 시행 후의 명의신탁 법리”, 홍익법학 제22권 제2호, 홍익대학교 법학연구소, 2021, 225-256쪽.
- 이상용, “데이터세트에 대한 배타적 보호”, 인권과 정의 제503호, 대한변호사협회, 2022, 107-133쪽.

_____, “인공지능과 계약법”, 비교사법 제23권 제4호, 한국사법학회, 2016, 1639-1700쪽.

이성진, “3자간 등기명의신탁과 부당이득반환청구”, 민사법의 이론과 실무 제25권 제1호, 민사법의 이론과 실무학회, 2021, 201-243쪽.

이호형, “명의신탁에 관한 판례의 고찰”, 법학논고 제69집, 경북대학교 법학연구원, 2020, 199-232쪽.

정상현, “명의신탁약정의 효력과 신탁재산의 반환여부에 대한 법리 재검토”, 성균관법학 제19권 제1호, 성균관대학교 법학연구소, 2007, 145-182쪽.

_____, “대상청구권의 인정여부에 관한 법리 재검토”, 성균관법학 제19권 제3호, 성균관대학교 법학연구소, 2007, 671-728쪽.

정태윤, “독일에서의 부당이득의 삼각관계에 대한 논의가 우리 민법에 도 그대로 타당한가?”, 비교사법 제14권 제4호, 한국사법학회, 2007, 205-250쪽.

제철웅, “등기청구권과 침해부당이득”, 민사법학 제93호, 한국민사법학회 2020, 281-323쪽.

조용현, “3자간 등기명의신탁에서 수탁자가 부동산을 처분한 경우의 법률관계(2011. 9. 8. 선고 2009다49193 판결)”, 대법원판례해설 제89호, 법원도서관, 2012, 439-458쪽.

최윤석, “부당이득의 체계”, 재산법연구 제31권 제1호, 한국재산법학회, 2014, 145-192쪽.

E. von Caemmerer, “Bereicherung und unerlaubte Handlung”, *FS für Rabel Bd. I.*, Mohr, 1954, S. 334-401.

3. 자료집

윤진수, “집합건물 공용부분의 무단점유로 인한 부당이득”, 자율과 정의의 민법학: 양창수 고회 기념논문집, 양창수 교수 고회기념논문

집 간행위원회, 2021, 757-778쪽.

이성범, “3자간 등기명의신탁에서 명의수탁자가 신탁부동산을 임의로 처분한 경우의 법률관계 -대법원 2022. 6. 9. 선고 2020다208997 판결을 중심으로-”, 한국민사법학회 2022년 제4회 판례연구회 자료집, 한국민사법학회, 2022.

[Abstract]

Liability Caused by the Title Trustee's Arbitrary Disposition

—Supreme Court Decided June 9, 2022 2020da208997
Judgment—

Hyeri Lee*

Under Act On The Registration Of Real Estate Under Actual Titleholder's Name(hereinafter "Act on Actual Titleholder's Name"), if the title trustee arbitrarily disposes of the entrusted real estate in a three-party title trust, the seller loses ownership and the title trustor's claim for ownership transfer registration becomes impossible to perform. The Supreme Court has ruled through several rulings including the judgment which will be discussed in this paper, the trustee is liable for unjust enrichment and tort to the trustor, but is not liable to the seller. However, this results in abandoning the purpose of the Act on Actual Titleholder's Name by excessively protecting the interest of the trustor without respect for the order of property law and contract law, which form the basis of private autonomy.

First, the seller who has lost the exclusive and absolute right of ownership should be regarded as having suffered losses in principle. This is because damages must be grasped abstractly and objectively in the case of unjust enrichment, and even in torts, the value of ownership can not be reduced by claim based on personal right.

Second, although the trustor's right to a claim for ownership transfer registration against the seller has been violated, it should be considered

* Professor at Wonkwang University School of Law, PhD Degree in Civil Law, Attorney at Law

that there is no loss if the profits acquired through the sales contract with the seller are deducted. This is because the trustor has the right to claim damages against the seller attributable to the seller or to claim for reinstatement following termination, and even if there is no cause attributable to the seller, the trustor can exercise the right to claim against the seller for unjust enrichment and the right to claim damages for torts against the trustee. In fact, the trustor's claim for unjust enrichment or damages based on tort against the trustee can not be established even before the existence or non-existence of damages is questioned. It is reasonable to judge the existence of an undue enrichment relationship based on the typology. However, since there is no enrichment to the trustee, unjust enrichment does not exist, and infringement of claims that are merely relative rights does not constitute unjust enrichment. In addition, in relation to the legal relationship of tort, the illegality seen in the relationship with the trustor in which the trustee's arbitrary disposition is merely the impossibility of performance of the performance, which is the object of the claim, is incomparably smaller than the illegality seen in the relationship with the seller whose ownership has been infringed.

Third, if the trustor can seek for remedy through a direct claim against the trustee, it is contrary to the purpose of the Act on Actual Titleholder's Name. The Act on Actual Titleholder's Name "prevents antisocial acts such as speculation, tax evasion, and evasion of the law that abuse the real estate registration system, and promotes the normalization of real estate transactions and the stabilization of real estate prices, thereby contributing to the sound development of the national economy. to contribute". If the trustor fails to achieve the purpose of the title trust agreement due to the trustee's arbitrary disposition, if the trustor can make up for his or her loss through direct claims against the trustee, the purpose of the Act on Actual Titleholder's Name as above will inevitably be overlooked.

[Key Words] a three-party title trust, the trustee's arbitrary disposition, unjust enrichment, tort, the Act on the Registration of Real Estate Under Actual Titleholder's Name