

# 不動產의 二重賣買와 眞正名義回復을 위한 所有權移轉登記請求訴訟의 認定與否\*

鄭 相 鉉\*\*

## I. 對象判決의 檢討

- 대법원 2002.4.26, 2001다8073(본소) · 2001다8080(반소)판결

### 1. 사실개요

원고(반소 피고) : X1-X5(망 소외 G의 처 및 자녀, 서울 송파구 삼전동 거주)

피고(반소 원고) : Y1(김OO, 경기도 구리시 교문동 거주)

Y2(배OO, 서울 강동구 명일동 거주)

(1) 이 사건 토지는 경기도 양주군 소재 2,935평에서 분할된 토지 중의 일부인데, 당초 소외 H(함OO)가 미등기인 상태로 소유하고 있다가, 1950년 4월 1일 소외 G(강OO)가 매수하였으나, 미등기인 상태로 주택과 축사를 지어 점유·사용하고 있었다.

(2) 이러한 매매사실을 알고 있는 소외 L(이OO)은 그 토지가 미등기인 상태이며,

\* 본 연구는 「不動產의 二重賣買에 있어서 所有權移轉登記節次履行을 위한 確定判決과 既判力」(比較私法 제10권 제1호(통권 제20호), 2003.3.31, 187면 이하)을 수정하여, 구체적인 판례에 적용한 평석이며, 특히 진정명의회복을 위한 소유권이전등기청구소송에 대하여 보다 자세한 논술을 부가하였다.

\*\* 영남대학교 법과대학 조교수·법학박사

舊토지대장에는 여전히 소의 H 명의로 등재되어 있음을 기화로, 소의 H의 장남이자 호주상속인인 소의 H1에게, 분할전 토지의 전부를 L 자신의 명의로 소유권이전등기를 하고, 이를 처분하여 그 이익을 분배하자고 제의하여 공모한 후, 소의 H의 사망으로 상속인이 된 H1으로부터 L에게 매도되었다는 내용의 허위 매매계약서를 작성하고, 이를 근거로 1976년 5월 15일 소유권이전등기절차이행청구의 소를 제기하여, 7.26 승소판결을 받고<sup>1)</sup>, 판결이 확정되자, 이에 근거하여 동년 9월 23일 소의 H1 명의의 소유권보존등기와 소의 L 명의의 소유권이전등기를 경료하였다.

(3) 이에 소의 G가 L을 상대로 소유권이전등기말소청구소송을 제기하였으나, 대법원은 확정판결의 기판력에 저촉되는 청구라 하여, G의 청구를 기각하였고<sup>2)</sup>, 이에 대한 재심청구 역시 기각되었다.<sup>3)</sup>

(4) 이 사건 토지는 1976년 10월 11일 소의 L에 의하여 3필지로 분할된 후, 각각 순차적으로 매도되어 2필지는 1988년 10월 8일 피고 Y1이 저당권의 실행으로 경락받아 소유권이전등기를 경료하였고, 나머지 1필지는 1988년 5월 18일 역시 저당권의 실행으로 피고 Y2가 경락받아 소유권이전등기를 경료하였다.

(5) 한편 이러한 토지의 전매와 소유권이전등기가 진행되고 있던 1986년과 1988년 사이에, 소의 G는 L이 청구한 건물철거 및 토지인도소송에서 승소하였고, 1992년 6월 26일 당시 토지를 점유하고 있던 피고 Y1과 Y2의 저당권자 및 지상권자를 상대로 한 토지인도소송에서도 승소의 확정판결을 받았다. 이를 근거로 소의 G는 토지를 인도받은 후, 타인의 출입을 방지하기 위한 꽃말과 말뚝, 주거용 컨테이너를 설치하고, 농작물의 씨앗을 파종하는 등 1997년 3월경까지 토지를 점유하여 왔다.

(6) 그런데 G는 위 토지인도소송의 제기와 함께 1989년 12월경 이 사건 토지를 포함한 21필지에 대하여, 피고 Y1과 Y2를 포함한 59인을 상대로 소유권이전등기말소 및 그 지상의 가옥철거소송을 제기하였다가, 이 사건 토지를 포함한 16필지에 대하여 소유권취득의 주장이 배척되어 패소하였다.<sup>4)</sup> 이 판결을 전제로 피고들은 1997년 3월 5일 이 사건 토지에 G가 설치한 울타리의 철거 및 농작물의 제거와 함께, 꽃나무 묘목을 식재하고, 철조망을 설치하는 등 소의 G의 출입을 봉쇄하였으며, 그 후에도 토지의 일부에 콘크리트를 타설하고 컨테이너박스과 철판펜스를 설치하는 등, 피

1) 서울지방법원 성북지원 76가합205

2) 대판 1978.12.26, 78다1692

3) 대판 1981.1.27, 79사1

4) 대법원 1996.7.30, 94다32122

고들과 소외 G 사이의 점유에 대한 분쟁은 계속되었다.

(7) 이에 G는 1997년 5월 20일 피고 Y1과 Y2를 상대로 이 사건 토지에 대한 점유반환과 점유방해배제, 점유방해예방 및 손해배상청구의 소를 제기하였고, 피고 Y1은 반소를 통하여, 점유방해배제로서 G가 설치한 콘테이너박스의 취거와 일실임대료를 청구하였다. 본소의 원고인 소외 G는 이 사건 소송이 2심에 계속중이었던 2000년 6월 20일 사망하였고, 그 처인 원고 X1과 자녀들인 X2, X3, X4, X5가 상속하여, 소송절차를 수계하였다.

## 2. 원심판단

제1심법원에서는 원고의 청구를 배척하였으나<sup>5)</sup>, 항소심은 원고의 본소 청구로서 이 사건 토지의 점유관계에 대하여, 소외 G와 원고들의 적법한 점유취득을 인정하고, 피고들이 이 사건 토지들을 정당하게 경락받아 이를 소유하고 있다는 주장과 Y1의 반소 청구에 대하여, 1973년 9월 23일 소외 L 명의의 소유권이전등기는 토지의 원소유자인 소외 H1의 배임행위에 적극 가담하여 이루어진 것으로서, 민법 제103조 소정의 사회질서에 반하는 법률행위를 원인으로 하여 이루어진 무효의 등기라 할 것이므로, 이에 터잡아 분할 후의 토지에 경료된 피고 Y1 명의의 각 소유권이전등기 역시 원인 무효의 등기라 할 것이므로, 토지의 소유권은 소외 망 H의 재산상속인들에게 남아 있다고 하여, 피고들의 주장을 배척하였다.<sup>6)</sup> 이에 피고 Y1과 Y2가 대법원에 상고하였다.

## 3. 판결요지

대법원은 피고들의 상고를 모두 기각하면서, “부동산의 제2매수인이 매도인의 배임행위에 적극 가담한 결과, 제2매매계약이 반사회적 법률행위에 해당하여 무효인 경우에, 그 무효인 제2매매계약을 원인으로 하는 제2매수인 앞으로의 소유권이전등기가 확정판결에 따라 마쳐졌다 하더라도, 그 확정판결의 기판력에 저촉되지 않는 범위에서는 제1매수인이 위 소유권이전등기의 무효를 주장할 수 있다”고 판시하였다.

5) 서울지방법원 의정부지원 1999.8.20. 97가합8004·본소, 98가합7060·반소

6) 서울고등법원 2000.12.28. 99나55689·본소, 99나55696·반소

#### 4. 대상판결의 쟁점과 의의

본 사안은 미등기상태의 토지가 매도되었으나 제1매수인이 아직 소유권이전등기를 경료하지 않은 것을 알고서, 제2매수인이 매도인의 상속인과 공모하여 허위의 매매계약서를 작성하고, 소유권이전등기절차이행의 확정판결에 근거하여 소유권보존등기 및 그 이전등기를 경료한 후, 제3자에게 다시 매각한 것이다. 이에 대하여 판례는 제2의 매매행위가 매도인의 배임행위에 제2매수인이 적극 가담하여 이루어진 반사회적 이중매매행위로서 무효이므로, 그에 근거한 제2매수인 및 전득자의 소유권이전등기 역시 원인무효의 등기이며, 비록 그러한 등기가 확정판결에 따라 경료되었다고 하더라도, 그 기판력에 저촉되지 않는 범위 내에서 무효를 주장하는 것은 가능하다는 내용이다. 따라서 본 판례는 전형적인 이중매매행위의 내용을 담고 있으며, 특히 (1)이중매매행위의 반사회적 무효성 여부, (2)전득자의 적법한 소유권취득 여부, (3)확정판결에 기한 소유권이전등기의 기판력 등이 문제될 수 있다. 다만 본 논문에서는 실체법상의 (1), (2)문제는 관련되는 부분에서 간략하게 언급하고, 판결요지에서 그 의미를 명확하게 언급하고 있는 원인무효의 법률행위에 근거한 소유권이전등기절차이행의 확정판결과 기판력을 중심으로 한다. 물론 그 외에도 제2매매행위의 공모에 의한 통정허위표시 여부(민법 제108조)나 제1매수인의 매도인에 대한 이행불능의 전보배상청구(민법 제390조), 대상청구권의 인정여부, 매매계약의 해제와 원상회복 및 손해배상청구(민법 제546조, 제548조, 제551조), 매도인의 담보책임(민법 제570조) 등도 쟁점이 될 수 있으나, 이들은 제1매수인에게 부동산을 귀속시킬 수 있는 직접적인 법리구성이 아니므로, 논의의 대상에서 제외시키기로 한다.

## II. 평석

### 1. 서설

우리 민법은 법률행위로 인한 부동산의 물권변동에 있어서, 성립요건주의를 취하고 있기 때문에, 매도인이 자신의 부동산을 일단 제1매수인에게 매도하였더라도, 그 소유

권이전등기가 경료되기 전에, 이를 다시 제2매수인에게 이전하고, 제2매수인은 자신의 명의로 등기함으로써, 제1매수인의 존재와 관계없이 소유권을 취득할 수 있게 된다. 이와 같이 특정의 부동산에 관하여 매도인이 2인의 매수인과 별도의 매매계약을 체결하는 행위를 이중매매(Doppelverkauf) 내지 이중양도(Doppelveräußerung)라고 한다. 그런데 이와 같은 민법의 원칙론에 입각하여, 부동산의 이중매매행위를 무한정으로 허용한다면, 그것은 선량한 시민사회의 정의관념에 반할 뿐만 아니라, 거래관계에서 요구되는 신의성실을 해치는 결과를 초래할 수도 있다. 따라서 학설과 판례는 제2매수인이 매도인과 제1매수인 사이의 선행 매매사실이나 목적 부동산에 대한 제1매수인의 객관적인 이용상황을 잘 알고 있으면서, 부당하게 개입하여 제2매매계약을 체결하고, 그에 근거하여 소유권이전등기를 하는 이른바 매도인의 배임행위에 적극 가담한 경우에는 민법 제103조의 사회질서 위반행위로서 이를 무효로 파악한다.

그런데 판례는 이러한 이중매매행위의 무효성을 근거로, 제1매수인이 매도인을 대위하여 제2매수인 명의의 등기를 말소하고, 제1매매계약과 매도인에게 회복된 등기명의를 근거로 소유권이전등기를 청구할 수 있으며, 나아가 그러한 무효는 이른바 절대적 무효이므로, 제2매수인으로부터 목적부동산을 취득한 전득자 역시 선의인 경우라도 보호받을 수 없다고 한다. 그러나 부동산의 반사회적 이중매매행위는 민법 제103조 위반의 무효인 동시에, 제746조의 불법원인급여에 해당함으로써, 제1매수인을 보호하기 위한 등기말소청구권의 대위행사는 곤란하게 되고, 또한 부동산 거래의 안전과 등기제도의 취지에 비추어, 선의의 전득자에 대한 보호의 필요성이 있으므로, 이에 대한 판례의 새로운 이론구성이 필요할 것이다.

더욱이 실무상 제2매수인이 제2매매계약의 무효에 대비하여, 매도인에 대한 소유권이전등기의 절차이행을 위한 소송을 제기하고, 화해조서의 작성 기타 확정판결을 받아, 그에 근거한 소유권이전등기를 경료하는 경우가 종종 있는데, 이러한 경우에는 그 확정판결의 기판력과 관련하여 보다 심각한 문제를 야기시킨다. 왜냐하면 매도인에 의한 말소등기청구권의 행사나 제1매수인에 의한 대위행사가 그러한 확정판결의 기판력에 저촉되어 허용되지 않음으로써, 실질적인 소유권과 형식상의 등기명의를 불일치되는 결과를 초래하기 때문이다.

그러므로 이하에서는 부동산의 반사회적 이중매매행위와 관련하여 발생할 수 있는 실체법상의 이론구성을 전제로, 확정판결의 기판력 저촉과 제1매수인의 소유권확보를 위한 판례의 태도를 재검토해 보기로 한다.

## 2. 반사회적 이중매매의 실체법상 이론전개

### 가. 반사회적 이중매매행위의 무효성

(1) 이중매매행위에 대한 판례의 일반적인 태도는 제2매수인이 선행매매사실을 알았다고 하더라도, 이를 모두 무효의 계약이라고 단정할 수는 없으며, 제2매수인이 매도인의 배임행위에 적극 가담함으로써 정의의 관념에 반하는 경우에 한하여, 민법 제103조 위반의 반사회적 법률행위라고 판시하고 있다. 즉 제2매수인이 선행매매사실을 인식한 것이나<sup>7)</sup>, 형법상 배임죄의 처벌을 받았다는 사실<sup>8)</sup>, 매도인과 제2매수인이 단지 이중매매행위를 공모하였다는 사실<sup>9)</sup>의 관련성만으로는 무효가 아니며, 제2매수인이 매도인의 배임행위에 적극 가담한 구체적 행위태양으로서, 매도인에 대한 적극적인 기망<sup>10)</sup>이나 권유<sup>11)</sup>, 매도인과 제2매수인 사이의 폭리적 요소<sup>12)</sup>, 가장매매행위<sup>13)</sup> 등이 개재된 경우에만 무효로 본다.

(2) 학설 역시 이러한 판례의 태도와 동일한 원리에 따른다. 즉 이중매매행위는 특별한 경우를 제외하고는 주로 매도인과 매수인들 사이에, 매매대금 등의 계약조건에 영향을 받게 되고, 이것은 매도인의 이익과 직접적인 관련을 갖게 되므로, 자본주의적 경제질서 아래에서는 원칙적으로 유효한 계약이라고 한다. 다만 매도인이 제1매수인과의 매매계약을 도의시키고, 제2의 매매계약과 제2매수인의 소유권이전등기를 경료하는 배임행위에, 제2매수인이 적극적으로 가담함으로써, 정의의 관념에 반하여 사회적 경제질서를 교란시키는 경우에는, 민법 제103조의 위반으로서 무효라고 이해하는 입장이 주류를 이루고 있다.<sup>14)</sup> 특히 그러한 무효성의 판단기준으로서 “매도인의 배임

7) 대판 1956.9.29, 4289민상362 ; 동 1965.6.15, 65다596 ; 동 1972.12.26, 72다365 ; 동 1977.4.12, 75다1780 ; 동 1978.9.12, 78다1150 ; 동 1994.3.11, 93다55289

8) 대판 1974.2.26, 73다120

9) 대판 1981.5.26, 80다2635

10) 대판 1969.11.25, 66다1565 ; 동 1975.11.25, 75다1311 ; 동 1981.12.22, 81다카197

11) 대판 1970.10.23, 70다2038 ; 동 1977.4.26, 76다2419

12) 대판 1963.3.28, 62다682 ; 동 1972.4.28, 72다343

13) 대판 1989.3.28, 87다카2372 ; 동 1974.2.26, 73다120

14) 金曾漢, “二重買賣의 反社會性”, 法政 제19권 9호, 1964.9, 7-9면 ; 郭潤直, 民法總則, 博英社, 2000, 303면 ; 黃述仁, 現代民法論I(總則), 博英社, 1985, 165면 ; 李太載, 民法總則, 法文社, 1981, 239면 ; 張庚鶴, 民法總則, 法文社, 1995, 446면 ; 金壽洙, 民法總則, 三英社, 2001, 336면 ; 高翔龍, 民法總則, 法文社, 1999, 344면 ; 李英俊, 民法總則, 博英社, 1991, 235면 ; 李銀榮, 民法總則, 博英社, 2000, 375-377면 ; 權龍雨, 民法總則, 法文社, 2000, 347면 ; 白泰昇, 民法總則, 法文社, 2000, 350-351면 ; 金俊鎬, 民法總則, 法文社,

행위에 적극적으로 가담하는 매수인의 비난가능성” 또는 “배신적 악의취득에 대한 비난가능성”을 들고 있는데, 보다 구체적으로 제2매수인이 선행하는 제1매매행위를 안 것만으로는 부족하고, 설득과 기망, 권유 등의 적극적인 가담행위나 적어도 매매를 요청하여 계약에 이르는 정도가 되어야 하는 것으로 이해한다.<sup>15)</sup> 그리고 제1매매계약의 체결상태와 관련하여서는 단지 계약의 체결과 계약금의 지불만으로는 매도인의 배임행위를 인정할 수 없으며, 매도인에게 대금을 완불하고 점유를 이전받아 사실상의 소유자로서, 점유·사용하는 객관적 사실이 있어야 하는 것으로 보는 견해도 있고<sup>16)</sup>, 반사회적 이중매매행위가 반드시 형사법규에 저촉되는 범죄행위에 국한되는 것은 아니지만, 범죄를 내용으로 하는 행위는 대체로 정의관념에 반하고, 판례 역시 매도인의 배임행위와 그러한 배임행위에 제2매수인이 적극 가담할 것을 요건으로 하고 있음에 비추어, 이중매매행위의 무효성을 판단하기 위한 기준으로서는 배임죄의 성립여부가 참고가 되어야 할 것이므로, 형법상의 학설과 판례에 따라 제1매수인이 매도인에 대하여 중도금을 지급하고 난 이후의 이중매매행위는 배임죄가 성립되고, 따라서 민법상 반사회적 법률행위로서 무효가 된다는 견해도 있다.<sup>17)</sup>

#### 나. 제1매수인의 원상회복 가능성

(1) 부동산의 이중매매에 있어서 주된 보호의 대상은 제2매수인에 의하여 침해된 목적물의 원상회복을 제1매수인에게 가능하도록 하는 것이다. 이에 대하여 판례는 제2매수인이 매도인의 배임행위에 적극적으로 가담하여 이중매매행위를 하고, 그러한 제

1999, 331면 ; 權英俊·金鎮, 民法總則, 三潮社, 2001, 154면 ; 池元林, 民法講義, 弘文社, 2002, 170면 ; 金玟中, 民法講義, 斗聖社, 1997, 118면 ; 張庚鶴, “不動産二重賣渡의 反社會性”, 法曹 제23권 8호, 1974.8, 85면 ; 李容勳, “反社會의 二重讓渡와 不法原因給與”, 民事法の 諸問題(溫山方順元先生古稀記念), 博英社, 1985, 23면

15) 李英俊, 전제서, 236면 ; 白泰昇, 전제서, 350면 ; 李容勳, 전제논문, 27면 ; 金俊鎬, “反社會의 不動産二重賣買에 관한 判例理論”, 韓國民事法學的 現代的 展開(然藍襄慶淑教授華甲紀念論文集), 博英社, 1991, 314면

16) 金容漢, “不動産의 二重賣買에 있어서의 問題點”, 考試研究, 1987.1, 86-89면 ; 崔敏根, “不動産 二重賣買의 反社會性的 基準試論”, 現代民法學的 諸問題(請軒金會漢博士華甲紀念), 博英社, 1981, 106면 ; 孫基植, “二重賣買와 反社會秩序的 法律行爲”, 대법원판례해설 제12호, 1990.11, 183면 ; 李銀榮, 전제서, 377면 ; 金會漢, 전제논문, 7면 이하. 물론 이에 대하여 부동산의 객관적 점유 및 이용상대는 제2매수인의 적극 가담을 추정하는 한 요소는 될 수 있어도, 이러한 점만으로 이중매매의 반사회성을 인정하기는 곤란하다는 견해도 있다(서현무, “부동산의 이중양도 : 반사회성 판단의 기준과 제1양수인의 보호방안”, 판례연구1998, 전주지방법원, 1998, 157면).

17) 金俊鎬, 전제논문, 313-315면 ; 서현무, 전제논문, 147면

2의 매매행위가 반사회적 법률행위로서 무효임에도 불구하고, 자신의 명의로 소유권이 전등기를 경료한 경우, 제1매수인은 실질적 소유자라 할 수 있는 매도인을 대위하여, 제2매수인 명의의 등기에 대한 말소를 청구할 수 있는 것으로 판시하고 있다.<sup>18)</sup> 그런데 민법 제746조에서 규정하고 있는 불법의 의미에 대하여, 판례는 민법 제103조의 선량한 풍속 기타 사회질서 위반행위와 동일하게 이해하므로, 제2매수인의 적극 가담에 의한 반사회적 이중매매행위는 민법 제103조 위반으로서 무효인 동시에 불법원인으로 인한 급여가 되고, 따라서 급여자인 매도인은 당해 부동산에 대한 부당이득반환 청구권을 행사할 수 없게 된다.<sup>19)</sup> 나아가 판례는 불법의 원인으로 급여된 부동산에 대하여, 급여자의 소유권에 기한 물권적 청구권 역시 급여자가 반환청구를 할 수 없게 되는 반사적 효과로서, 수익자인 제2매수인에게 귀속된다는 태도를 취하고 있다.<sup>20)</sup> 그러므로 제2매수인의 적극적 가담행위에 의한 매도인의 부동산 이중매매행위는 사회질서위반으로서 무효일 뿐만 아니라 불법원인급여에 해당하고, 그 소유권이 수익자인 제2매수인에게 귀속된다면, 매도인은 원칙적으로 제2매수인에 대하여 위 등기의 말소를 청구할 수 있는 법적 근거가 없게 된다. 따라서 제1매수인이 대위하고자 하는 매도인의 권리가 전혀 없기 때문에, 판례의 이론구성에는 납득할 수 없는 모순이 발생하는 것이다.

(2) 이에 대하여 다수설은 반사회적 이중매매행위가 민법 제103조 위반으로서 무효이지만, 예외적으로 이 경우에는 불법원인급여에 해당하지 않는다고 하면서, 제1매수인에 의한 채권자대위권의 행사가 가능하다고 한다. 다만 민법 제746조의 적용을 배제하는 근거에는 다소 차이가 있는데, 대체로 제1매수인을 보호하기 위하여서라고 한다. 즉 이중매매행위에 있어서는 매도인의 급여가 수익자인 제2매수인에게 머물지 않고, 제3자인 제1매수인에게 자동적으로 귀속되어야 하기 때문이라거나<sup>21)</sup>, 제1매수인에게는 불법성을 인정할 수 없기 때문에<sup>22)</sup> 또는 제2매수인이 보다 큰 불법의 당사자이기 때문에<sup>23)</sup>, 그리고 제1매수인의 원상회복청구에 대하여 제2매수인은 매도인에

18) 대판 1968.2.27, 67다2285 ; 동 1983.4.26, 83다카57 ; 동 1997.11.28, 95다43594

19) 대판 1960.12.27, 4293민상359 ; 동 1965.11.30, 65다1837 ; 동 1969.11.11, 69다925 ; 동 1983.11.22, 83다430 ; 동 1991.3.12, 90다18524

20) 대판(전합) 1979.11.13, 79다483 ; 대판 1989.9.29, 89다카5994 ; 동 1988.9.20, 86도628 ; 동 1999.6.11, 99도275

21) 李英俊, 전게서, 253-257면 ; 金嘯洙, 전게서, 340면 ; 金相容, 債權各論(下), 法文社, 1998, 72면

22) 金光泰, 전게논문, 160면

23) 李銀榮, 債權各論, 博英社, 2000, 714면 ; 池元林, 전게서, 172면 ; 서현무, 전게논문,



게 그 급부를 반환함으로써 협력할 의무를 부담하는데, 이러한 법률관계에서 생기는 매도인의 반사회적 권리를 제1매수인이 대위하여 행사하는 것이므로, 이러한 한도에서는 반사회적 이중매매로 인한 급부가 매도인과 제2매수인 사이에서는 불법원인급여에 해당하지 않는다고 한다.<sup>24)</sup>

(3) 한편 이러한 채권자대위권적 이론구성의 문제점을 지적하면서, 다른 근거를 제시하는 견해도 있다. 그 하나로서 제1매수인이 반사회적 법률행위의 무효와 매매목적물의 반환을 소송상 주장하는 경우에, 그는 이러한 청구의 이해당사자로서 무효확인소의 제기할 수 있는 소의 이익이 있는 자이므로, 제2매수인에 대한 무효확인소송의 결과로서, 직접 소유권이전등기말소를 청구할 수 있다는 견해가 있다(직접청구설).<sup>25)</sup> 또한 매도인과 제2매수인 사이의 이중매매계약이 민법 제406조에서 규정하고 있는 채권자취소권의 행사요건을 충족한다면, 제1매수인은 매도인에 대한 채권자의 자격으로 그러한 사해행위를 취소함으로써, 매매목적물의 원상회복을 청구할 수 있다고도 한다(채권자취소권설).<sup>26)</sup> 그리고 반사회적 이중매매행위에 있어서는 제1매수인이 매도인에 대하여 갖는 채권을 제2매수인이 위법하게 침해하였으므로, 제1매수인은 제2매수인에게 불법행위책임으로서 손해배상을 청구할 수 있다는 견해도 있는데(채권침해설)<sup>27)</sup>, 손해배상의 방법에 대하여 원상회복을 주장하는 견해<sup>28)</sup>와 금전배상을 주장하는 견해<sup>29)</sup>로 나누어진다.

#### 173-175면

24) 李容勳, 전계논문, 28-35면 ; 權龍雨, 전계서, 351-352면

25) 金顯泰, “反社會的 二重賣買의 경우 展開될 수 있는 法律關係”, 民事法學의 諸問題(小峰金容漢教授華甲記念), 博英社, 1990, 142면, 150면

26) 金旭坤, 註釋債權總則(上), 韓國司法行政學會, 1984, 407-409면 ; 金亨培, 債權總論, 博英社, 1998, 432면 ; 金曾漢, “不動産 二重賣買의 反社會性”, 저스티스 제10권 1호, 1972.3, 193면 ; 梁彰洙, “債權者取消權의 被保全債權과 詐害行爲”, 考試界, 1991.4, 28-30면 ; 洪春義, “不動産의 二重賣買와 第1買受人의 保護”, 不動産法學의 諸問題(石霞金基洙教授華甲記念), 博英社, 1992, 245-247면

27) 郭潤直, “二重賣買에 있어서의 私法上的 法律關係”, 考試研究, 1965.6, 104면 ; 崔棧, “不動産의 二重賣受가 反社會秩序의 法律行爲로서 無效로 된다고 한 判決”, 司法行政 제13권 9호, 1972.9, 35-37면

28) 尹眞秀, “不動産의 二重賣買와 原狀回復”, 民事法學 제6호, 1986, 177-182면

29) 權五乘, “不動産의 二重讓渡”, 民法의 爭點, 法元社, 1990, 47면, 49-52면

### 다. 선의의 전득자 보호

(1) 반사회적 이중매매행위에 의하여 소유권을 취득한 제2매수인이 이를 다시 제3자에게 매도한 경우, 만일 법률행위의 무효를 근거로 소유권을 매도인에게 회복시켜야 한다면, 그러한 사실에 대하여 선의인 제3자의 보호가 문제될 수 있다. 물론 이러한 문제는 민법 제103조 위반의 반사회적 법률행위를 절대적 무효로 보고, 등기의 공신력을 인정하지 않으며, 물건행위의 유인성에 따를 경우 발생하는 것이다.

(2) 이에 대하여 판례는 반사회적 이중매매행위를 절대적 무효로 취급하고, 순차적으로 경료된 소유권이전등기는 전득자의 선의·악의에 관계없이 무효라고 판시하고 있다.<sup>30)</sup>

(3) 학설은 보다 구체적으로 반사회적 이중매매행위에 있어서 무효의 효과는 그 이후의 법률행위에 미치는 파급효과를 차단하는 이른바 상대적 무효라고 하면서<sup>31)</sup>, 나아가 선의의 전득자 보호를 위하여 민법 제108조 2항을 유추적용할 수 있다는 견해도 있고<sup>32)</sup>, 앞서 본 채권자취소권적 구성으로서, 민법 제406조 제1항 단서의 “채권자를 해함을 알지 못한 경우에는 그러하지 아니하다”는 전득자 보호규정을 염두에 두고, 반사회적 이중매매행위에 있어서 제2매수인으로부터 목적 부동산을 취득한 선의의 전득자를 보호하려는 견해<sup>33)</sup>, 불법행위적 구성으로서 제1매수인은 직접 제2매수인에 대하여 목적물의 반환을 청구할 수 있지만, 그러한 청구권은 채권적인 것에 불과하므로, 전득자에 대하여는 그가 선의인 한 대항하지 못한다는 견해<sup>34)</sup>, 물건행위의 무인성을 인정하는 견해<sup>35)</sup>, 등기의 공신력을 예외적으로 인정하지는 견해<sup>36)</sup> 등이 주장되고 있다. 반면에 반사회적 이중매매행위의 절대적 무효성을 강조하고, 등기의 공신력을 인정하지 않는 한, 선의의 전득자를 보호하는 것은 불가능하다는 입장도 있다.<sup>37)</sup>

30) 대판 1977.2.22, 75다226·227 ; 동 1979.7.24, 79다942 ; 동 1984.6.12, 82다카672 ; 동 1985.11.26, 85다카1580 ; 동 1996.10.25, 96다29151

31) 權龍雨, 전게서, 351-353면

32) 高翊龍, “不動產의 二重賣買와 第1買受人의 保護”, 民法學特講, 法文社, 1995, 355면 ; 洪性載, 不動產物權變動論, 法文社, 1992, 333면

33) 金旭坤, 전게서, 407-409면

34) 尹眞秀, “反社會의 不動產 二重讓渡에 있어서 轉得者의 地位”, 法曹 제47권 9호, 1998.9, 161면 이하 ; 權五乘, 전게논문, 51-52면

35) 金曾漢, 전게논문(주14), 7면 이하 ; 金顯泰, 전게논문, 146면

36) 金應烈, “不動產의 二重賣買에 관한 考察-惡意取得者를 中心으로”, 司法論集 제15집, 1984, 26-31면

37) 崔敏根, 전게논문, 108면 ; 金俊鎬, 전게논문, 319면 ; 서현무, 전게논문, 177면

### 3. 반사회적 이중매매와 확정판결의 기판력 저축에 대한 이론전개

#### 가. 문제점

부동산의 반사회적 이중매매에 있어서 제1매수인의 보호를 위한 실체법상의 합리적 이론구성에도 불구하고, 제2매수인의 명의로 되어 있는 부동산이 제1매수인에게 귀속 되도록 하기 위해서는 소송절차와 관련하여 다시 살펴 보아야 할 문제가 있다. 즉 학설과 판례의 입장에 따르면, 매도인과 제2매수인 사이에 반사회적 이중매매행위의 무효와 불법원인급여 규정의 적용여부를 불문하고, 제2매매행위에 있어서 매수인이 소유권이전등기를 위한 확정판결 내지 제소전 화해조서의 작성 등을 통하여 기판력을 발생시키게 되면, 그러한 기판력의 저축으로 인하여, 매도인이 제2매수인의 소유권이전등기말소를 청구할 수 없음을 물론이고, 제1매수인이 매도인을 대위하여 그와 같은 청구를 하는 것 역시 허용되지 않기 때문에, 법률적으로 제1매수인의 충분한 보호는 불가능하게 되고, 무권리자인 제2매수인이 소유권을 확정적으로 취득하게 되는 불합리가 발생하는 것이다. 물론 대법원에서는 이전의 소유권이전등기청구소송이나 말소등기청구소송의 확정판결에도 불구하고, 그 기판력의 저축을 회피하기 위하여 진정명의회복을 위한 소유권이전등기청구소송을 인정한 바 있으므로, 이러한 종류의 소송절차를 고려하면, 이중매매에 있어서도 기판력의 저축으로 인한 제1매수인의 어려움을 다소나마 해소할 수 있을 것이라고 생각한다. 그러나 최근의 전원합의체판결은 일정한 요전에 의하여 진정명의회복을 위한 소유권이전등기청구소송을 제한하는 입장에 있으므로, 이러한 소송제도의 변화를 주시하면서, 그 허용가능성을 살펴 보아야 할 것이다.

#### 나. 판례의 태도

(1) 판례에 따르면, “부동산의 소유자에 대하여 소유권이전등기를 청구할 지위에 있기는 하지만, 아직 그 소유권이전등기를 경료하지 않은 상태에서, 제3자가 부동산의 소유자를 상대로, 그 부동산에 관한 소유권이전등기절차이행의 확정판결을 받아, 소유권이전등기를 경료한 경우, 그 확정판결이 당연무효이거나 재심의 소에 의하여 취소되지 않는 한, 종전의 소유권이전등기청구권을 가지는 자가 부동산의 소유자에 대한 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여, 부동산의 소유자를 대위하여 제3자 명의의 소유권이전등기가 원인무효임을 내세워, 그 등기의 말소를 구하는 것은 확정판결의 기판력에 저촉되므로 허용될 수 없다”고 판시하였다.<sup>38)</sup> 그리고 이러한 판시의 내용은 확정

판결과 동일한 효력을 가진 제소전 화해조서에 의하여, 제2매매행위의 소유권이전등기가 경료된 경우에도, 동일하게 나타나고 있다.<sup>39)</sup>

(2) 이러한 판례의 내용을 보다 구체적으로 살펴보면, 확정판결의 기판력 저촉문제와 관련하여, 법원의 몇 가지 중요한 판단을 발견할 수 있다. 즉 기판력있는 확정판결에 의하여 소유권이전등기가 경료된 이상, 그 원인행위의 무효임을 이유로 확정판결의 당연무효를 주장할 수 없다는 점<sup>40)</sup>과 제1매수인이 이해관계인의 지위에서 매도인을 대위할 필요없이 직접 소유권이전등기의 말소를 구하는 것도 허용되지 않는다는 사실<sup>41)</sup>, 그리고 제2매수인의 소유권이전등기절차이행의 확정판결에 근거한 전득자의 소유권이전등기에 대하여, 그 말소를 구하는 것도 역시 기판력에 저촉된다는 것이다.<sup>42)</sup>

#### 다. 화설의 입장

##### (1) 제1설(직접청구설)

이 견해는 반사회적 이중매매행위가 민법 제103조 위반의 무효로서, 제2매수인 명의의 등기 역시 실질적으로 무효라면, 목적부동산의 소유권은 여전히 매도인측에 존재하는 것이므로, 형식상의 등기명의인으로서 무권리자인 제2매수인은 부동산의 실체법상 소유권과 일치시키기 위하여 철폐하여야 할 의무를 부담한다고 전제한다. 물론 매도인과 제2매수인 사이의 소유권이전등기절차이행을 위한 확정판결 내지 화해조서의 기판력으로 말미암아, 매도인측이 등기의 말소를 소송으로는 청구할 수 없지만, 그 구조는 이른바 자연채무와 같은 형태로 존재하기 때문에, 매매계약의 채권자로서 매도인에 대하여 이전등기를 청구할 수 있는 제1매수인은 실체법상 무효등기의 명의인인 제2매수인에 대하여, 이전등기의 실행에 장애가 되는 등기의 말소를 청구할 수 있으며, 이러한 해석이 소송법상의 기판력과 배치되는 것은 아니라고 한다.<sup>43)</sup> 또한 앞서 본

38) 대판 1999.2.24, 97다46955. 동지 대판 1975.8.19, 74다2229 ; 동 1980.12.9, 80다1836·1837 ; 동 1981.2.24, 80다1838 ; 동 1987.3.24, 86다카1958 ; 동 1988.2.23, 87다카777 ; 동 1992.5.22, 92다3892 ; 동 1993.2.12, 92다25151 ; 동 1996.6.25, 96다8666 ; 동 2003.3.28, 2002다57140

39) 대판 1982.12.28, 81다카1247 ; 동 1992.11.27, 92다8521 ; 동 1999.10.8, 98다38760 ; 동 2000.7.6, 2000다11584

40) 대판 1987.3.24, 86다카1958

41) 대판 1996.6.25, 96다8666

42) 대판 1987.3.24, 86다카1958 ; 동 1996.6.25, 96다8666

43) 李在性, “實體上 無效인 登記가 確定判決에 의하여 經了된 경우의 效力”, 李在性判例評釋集 10, 育法社, 1989, 608-611면

바와 같이, 제1매수인은 무효확인의 소를 제기할 수 있는 소의 이익이 있는 자이고, 이를 통하여 제2매수인에 대하여 직접 소유권이전등기말소를 청구할 수 있다는 견해 역시, 같은 맥락으로 이해할 수 있을 것이다.<sup>44)</sup>

## (2) 제2설(채권자취소권설)

부동산의 반사회적 이중매매행위가 민법 제406조에서 규정하고 있는 채권자취소권의 행사요건을 충족한다면, 제1매수인은 매도인에 대한 채권자의 자격으로 사해행위의 취소와 원상회복을 청구할 수 있다고 하는 견해<sup>45)</sup>에 의하더라도, 그러한 청구는 제2매수인의 소유권이전등기절차이행을 위한 확정판결의 소송물이 다르므로, 기판력의 저촉문제는 발생하지 않는 것으로 이해할 수 있다.

## (3) 제3설(채권침해설)

반사회적 이중매매행위는 제1매수인에 대한 채권침해가 되기 때문에, 불법행위에 의한 손해배상으로서 원상회복을 청구할 수 있다는 견해가 있는데, 이 견해에 의하더라도 원상회복청구의 본질이 채권적인 손해배상청구권의 형식으로서 전소의 소송물과 다르기 때문에, 기판력 저촉의 문제로부터 벗어날 수 있다고 한다.<sup>46)</sup>

## 다. 검토

(1) 기판력의 저촉문제와 관련한 판례의 내용은 제1매수인의 목적부동산에 대한 원상회복가능성을 더욱 어렵게 하는 것들이다. 그러나 기판력은 주문에 포함된 소송물로서 법률관계의 존부에 관한 판단에 대하여서만 생기는 것이므로, 소유권이전등기절차의 이행을 명한 확정판결의 기판력은 소송물인 그 이전등기청구권의 존부에만 미치고, 소송물이 되어 있지 아니한 소유권의 귀속 자체에까지 미치는 것은 아니라고 하면서, 소유권의 확인을 구하는 것은 기판력에 저촉되지 않는다는 것이 판례의 일반적인 태도이다.<sup>47)</sup> 그리고 특히 반사회적 이중매매행위와 관련하여, 제1매수인에 의한 소유권이

44) 金顯泰, 전계논문, 142면, 150면

45) 金旭坤, 전게서, 407-409면 ; 金曾漢, 전계논문(주20), 193면 ; 金亨培, 전계논문, 432면 ; 梁彰洙, 전계논문, 28-30면 ; 洪春義, 전계논문, 245-247면

46) 尹眞秀, 부동산의 이중양도에 관한 연구-제일양수인의 원상회복 청구를 중심으로-, 서울대학교 박사학위논문, 1993, 76-77면

47) 대판 1965.3.2, 64다1499 ; 동 1971.5.24, 71다632 ; 동 1971.9.28, 71다1727 ; 동 1972.10.10, 72다1430 ; 동 1973.9.12, 72다1436 ; 동 1975.5.27, 72다746 ; 동

전등기말소청구권의 대위행사가 기판력에 저촉된다는 의미를 “기판력에 저촉되는 주장을 할 수 없다는 취지에 불과하고, 매수인이 확정판결의 기판력이 미치는 매도인을 대위하지 아니한 경우에까지 확정판결의 내용에 저촉되는 주장을 할 수 없다는 취지는 아니다”라고 하면서, “원심이 확정판결의 기판력이 미치지 아니하는 제1매수인의 항변을 받아들여 확정판결에 기하여 이루어진 제2매수인 명의의 소유권이전등기가 무효라고 판단한 것은 정당”하다고 판시하였다.<sup>48)</sup> 이러한 판례에 비추어 보면, 결국 기판력이 미치지 않는 매도인의 청구를 제1매수인이 대위행사하는 것은 가능하다는 것이고, 그러한 청구의 하나로서 진정명의회복을 위한 소유권이전등기청구의 대위행사를 고려할 수 있을 것이다.

(2) 한편 학설 중의 제1설(直接請求說)을 살펴 보면, 반사회적 이중매매에 있어서 실체법상의 소유권과 등기명의를 일치시킬 필요성은 인정되지만, 그 방법으로서 매도인이 아니라 제1매수인이 직접 제2매수인에 대하여, 무효등기의 말소를 청구할 수 있다고 하는 것은 그 근거가 명확하지 않다. 또한 제2설과 제3설은 제2매수인에 의한 소유권이전등기절차이행의 확정판결과 청구취지를 달리하는 소송을 제기함으로써, 기판력의 저촉을 회피하려는 이론구성으로서 타당성이 있다. 그러나 이들 견해는 그 전제로서 실체법상의 이론구성에 문제가 많아 취하기 어려운 점이 있다. 특히 제2설(債權者取消權說)은 이중매매의 경우, 대체로 제1매매보다 제2매매의 대금이 다액일 것인데, 이로 인하여 채무자인 매도인이 채권자취소권행사의 요건으로서 무자력상태가 된다는 것은 기대하기 어렵다. 그리고 이러한 점을 보완하여 채무자가 무자력이 아닌 경우에도 채권자취소권을 인정할 수 있으며, 금전채권과의 균형에 비추어 취소채권자의 우선변제권이 보장되어야 한다는 견해가 있는데<sup>49)</sup>, 채권자취소권의 부정적 기능 중에는 채무자의 자유로운 관재행위를 제한하는 면이 존재하므로, 그 적용범위를 확장하는 것이 능사가 아니다. 또한 금전채권의 상계를 통한 취소채권자의 우선변제권을 인정하는 결과는 하나의 편법일 뿐이므로, 이러한 견해 역시 명확한 법적 근거는 없다고 할 것이다. 한편 채권자취소권을 행사하면 목적물은 매도인에게 귀속되지만, 그것은 모든 일반채권자의 만족을 위하여 존재하는 책임재산으로 복귀하는 것이므로, 채권

1979.9.25. 79다1218 ; 동 1980.4.22. 80다164 ; 동 1981.10.13. 80다1335 ; 동 1987.3.24., 86다카1958 ; 동 1990.1.12. 88다카24622 ; 동 1990.12.21. 88다카26482 ; 동 1993.7.27. 92다50072 ; 동 1999.7.27. 99다9806 ; 동 2003.5.16. 2002다68874

48) 대판 1988.2.23. 87다카777

49) 洪春義, 전제논문, 245-247면

자의 한사람인 제1매수인 역시 다른 채권자들과 공동으로 배당에 참가할 수 있을 뿐, 매도인에 대하여 당해 부동산의 소유권이전등기를 청구할 수 없게 되고, 따라서 제1매수인의 보호에 만족할 만한 결과를 도출할 수 없다는 점에 문제가 있다. 나아가 이 견해에 의하면, 민법 제406조 제1항 단서규정에 의한 채권자취소권 행사의 효과는 상대적인 것으로서, 선의의 전득자가 보호될 수 있다고 하지만, 이러한 규정에 있어서 전득자의 “선의”는 채무자의 사해행위성에 대한 것일 뿐, 반사회적 이중매매행위의 무효성에 대한 것이 아니므로, 동일한 차원에서 논의될 수는 없다. 제3설(債權侵害說) 역시 우리 민법상 손해배상의 방법은 원칙적으로 금전배상이며, 특별한 명문규정도 없이 이중매매로 인한 제2매수인의 손해배상책임을 굳이 원상회복으로 의제할 법적 근거가 없다. 그리고 제2매수인이 제1매수인의 채권을 침해하였다는 이유로 목적 부동산이 원상회복된다는 것은 결국 제2매수인 명의의 등기말소를 통하여, 매도인에게로 소유권이 복귀되는 것을 의미하는데, 불법행위의 피해자인 제1매수인에 대해서가 아니라, 매도인에 대한 손해배상, 즉 매도인에게 부동산을 원상회복하는 근거가 없다. 물론 이에 대하여 원상회복청구의 의미가 제1매수인 자신에게 직접 소유권이전등기를 청구하는 것이라고 항변한다면, 단순한 채권자의 입장에서 물권자인 제2매수인을 상대로 소유권이전등기를 청구하는 것이 가능한 지 의문이다. 또한 매도인의 등기협조에도 불구하고, 제1매수인이 소유권이전등기를 게을리하여 이중매매가 발생할 수 있는 여지를 제공한 경우에, 제1매수인의 과실을 인정한다면, 결국 손해배상액의 산정에 있어서 과실상계를 고려할 수 밖에 없고, 불법행위시와 원상회복시 중 어느 시점을 기준으로 할 것인지, 그리고 현물분할을 할 것인지 금전환가의 방법으로 할 것인지 명확하지 않다. 나아가 제1매수인에 의한 원상회복청구는 채권적인 것이기 때문에, 소유권자로서 등기한 전득자에게 대항할 수 없다고 하는데, 이러한 이론구성에 따라 물권과 채권의 우열 관계를 고려한다면, 선의의 전득자만 보호되고 악의의 전득자를 제외하는 근거가 무엇인지 의문이다.

(3) 생각전대 부동산의 이중매매로 인한 문제는 비단 매도인과 제2매수인 사이의 반사회적 제2매매계약과 그에 근거한 소유권이전등기절차이행의 확정판결 및 그 기관력의 저촉문제에 국한되는 것은 아니며, 그 외 제1매수인과 선의의 전득자 보호문제 역시 복합적으로 연관되어 있다. 그러므로 어떠한 이론구성을 취할 것인가는 이들 문제를 유기적으로 결합하고, 그로부터 타당한 결과를 이끌어 낼 필요가 있다고 생각한다. 우선 민법 제746조에서 규정하는 불법의 의미는 좁게 해석하는 전제를 두기로 한

다. 왜냐하면 불법원인급여제도는 근본적으로 급여자의 반환청구를 부정함으로써, 유효한 계약의 이행상태와 동일하게 되고, 수익자측에서 불법의 상태가 고착화되므로, 결국 민법 제103조가 반사회적 법률행위의 무효를 선언한 것과 모순되는 결과를 야기하기 때문이다.<sup>50)</sup> 이러한 해석론의 전제에서 반사회적 이중매매행위는 민법 제103조 위반의 무효인 법률행위이지만, 제746조의 불법원인급여에는 해당되지 않는 것으로 보아야 할 것이다. 그리고 적어도 이 규정이 급여자의 물권적 청구권에는 영향을 미치지 않는 것으로 해석하거나 단서규정의 탄력적 해석으로서 불법성비교이론을 원용하더라도, 동일한 결론에 이를 수 있을 것으로 생각한다. 따라서 제1매수인은 반사회적 이중매매행위의 무효에 근거하여, 매도인의 부당이득반환청구권 내지 물권적 청구권을 대위행사할 수 있게 될 것이다. 또한 선의의 전득자 보호는 이에 대한 특별규정을 제외하면, 우리 민법이 안고 있는 근본적인 문제이며, 특히 제1매수인의 보호와 선의의 전득자 보호는 이율배반적인 측면이 존재하므로, 궁극적으로는 입법론으로서 등기의 공신력을 인정할 수 밖에 없다고 생각한다. 다만 가능한 해석론으로서 민법 제108조 2항의 유추적용이나 불란서민법상의 표현소유권이론(*la théorie de la propriété apparente*)을 원용할 수 있을 것이다. 그리고 마지막으로 기관력의 저촉문제에 대하여는 1990년 대법원전원합의체판결에 의하여 인정된 이른바 진정명의회복을 위한 소유권이전등기청구소송을 원용할 경우, 제1매수인의 대위청구에 의하여 해결될 수 있다고 생각하며, 이하에서 보다 자세하게 기술하기로 한다.

#### 4. 반사회적 이중매매와 진정명의회복을 위한 소유권이전등기청구의 허용여부

##### 가. 의의

진정명의회복을 위한 소유권이전등기청구소송<sup>51)</sup>은 진정한 소유자가 아닌 사람이 등

50) 자세한 것은 鄭相鉉, “民法 第746條 不法의 意味에 대한 一考察”, 民事法學 제19호, 2001, 169면 이하 참조

51) 학설과 판례의 일반적인 용어로서 「진정한 “등기명의”의 회복을 위한 소유권이전등기」라는 용어가 적절하다는 견해(金弘燁, “所有權移轉登記의 抹消登記請求訴訟과 真正名義回復을 위한 移轉登記請求訴訟에 있어서 既判力의 問題”, 法曹 제544호, 法曹協會, 2002.1, 191-192면 주6)도 있고, 이러한 용어는 등기명의를 가졌던 소유자와 등기명의를 가진 적이 없는 소유자를 구별하지 않는 것이므로, 「진정한 “소유명의”의 회복을 위한 소유권이전등기」라는 용어가 보다 정확하다는 견해도 있다(金吾洙, “真正名義回復을 위한 所有權移轉登記請求와 既判力의 問題(上)”, 인권과 정의, 1996.3, 48면 주1). 그러나 판례상 “이미 자기 앞으로 소유권을 표상하는 등기가 되어 있었거나 법률에 의하여 소유권을 취득한 자”



기부상의 소유명의자로登記되어 있는 경우에, 부진정한登記명의를 말소하는 것이 아니라, 진정한 소유자에게로 소유권을 이전등기함으로써, 진정한 소유자의登記명의를 회복하는 일종의 이전등기청구라고 할 수 있다. 이러한 권리를 인정할 필요성이 있는 경우는 다양하게 나타나는데, 일반적으로 들고 있는 예로서, 말소등기 대신 진정명의 회복을 위한 소유권이전등기가 필요한 경우는 ①통정허위표시에 의한 경우와 같이 법률행위의 무효로 인하여 말소등기가 이루어져야 할 것인데도 그러한 등기의 무효를 제3자에게 대항할 수 없는 경우가 있고(민법 제108조 2항), ②법률행위의 무효로 인하여 말소등기가 되어야 하지만, 다수당사자가 관련되어 각각의 당사자에게 일일이 말소등기를 청구하는 것보다는 최종의登記명의인을 상대로 이전등기를 청구하는 것이 절차상 간편하며, ③단독명의의 소유권이전등기 중 일부 공유지분이 무효인 경우에, 일부말소를 명하는 판결에도 불구하고 말소등기방법에 의한 집행은 불가능하고, 경정등기방법에 의할 수 밖에 없는데, 이 역시 경정등기의 취지에 반하게 되므로 지분의 이전등기를 하면 이론상의 난점을 해결할 수 있고, ④기판력의 제한으로 무효등기의 명의인에 대하여 말소등기를 청구할 수 없기 때문에, 이전등기의 방법으로 실제 소유자와登記명의인을 일치시킬 수 있다면, 소유자에게도 편의하고 등기부의 기재를 믿은 제3자도 보호할 수 있게 되는 경우 등이다.<sup>52)</sup>

특히 우리 대법원에서 진정명의회복을 위한 소유권이전등기청구소송이 주로 문제된

가 이러한 진정명의회복을 위한 소유권이전등기청구소송을 제기할 수 있는 것으로 하고, 학설의 경우에도登記명의를 가졌던 소유자나登記명의를 가진 적이 없는 소유자를 구별하지 않고 있으므로, 특별히 이들을 구별할 필요는 없다고 생각된다. 또한 우리 민법은 물건변동에 관하여 성립요건주의를 취하고 있으므로, 「등기명의」나 「소유명의」가 다르지 않고, 「진정한」이라는 관형어를 두고 있는 것 자체가 그러한 의미를 모두 포함하는 것으로 이해될 수 있을 것이다.

- 52) 진정명의회복을 위한 소유권이전등기청구에 대하여 일본은 이미 오래전부터 판례와 등기실무에 이용하였다. 즉 昭和30(1955)년 7월 5일의 최고재판소는 大正8(1919)년 9월 1일의 대심원판례를 답습하여, “부동산 등기부상의 소유명의인은 진정한 소유자에 대하여 소유권의 공시에 협력할 의무가 있으므로, 진정한 소유자는 소유권에 기하여 소유명의인에 대하여 소유권이전등기를 청구할 수 있다고 새기는 것이 상당하다”고 판시함으로써, 진정명의의 회복을 위한 소유권이전등기청구권을 인정하고, 그 후의 昭和32년 5월 30일과 昭和34년 2월 12일 및 昭和51년 10월 8일의 최고재판소 판결 역시 이러한 판결을 답습하였다. 다만 그에 따른 등기실무는 昭和30년의 최고재판소 판결이 있는 후에도, 상당기간 이를 수용하지 않고 있다가, 昭和36년 10월 27일 「民事 甲 第2722號 民事局長 回答」에 의하여 비로소 “진정명의의 회복을 원인으로 하는 소유권이전등기는 판결(화해조서)에 의하여 신청하는 경우에 한하여 수리”할 것을 지시하고, 昭和39년 2월 17일에 이르러 「民事三發 第125號 民事局 次三課長 回答」에 의하여 임의의 공동신청에 의한 이 등기의 신청도 수리하게 되었다(田桂元, “眞正名義回復을 위한 所有權移轉登記”, 司法行政 제472호, 韓國司法行政學會, 2000.4, 63-64면).

것은 대부분이 기판력의 제한을 회피하기 위한 경우였다. 즉 기판력의 저촉으로 인하여 실체법상 무효등기의 명의인에 대한 말소등기를 청구할 수 없거나 말소등기청구소송에서 패소한 경우에, 이전등기의 방법으로 실제 소유자와 등기명의인을 일치시킬 수 있다면, 소유권의 행사에 있어서 권리자의 이익에 합치될 뿐만 아니라, 등기제도가 부동산물권변동의 타당한 공시기능을 수행하게 되어, 등기부를 믿은 제3자에게 불측의 손해를 입히는 경우도 없을 것이기 때문이다. 따라서 반사회적 이중매매행위의 제2매수인이 소유권이전등기절차이행의 확정판결에 의하여 등기가 종료된 경우에, 매도인이 제2매수인을 상대로 말소등기를 청구하는 것이 기판력의 저촉으로 불가능하다면, 이와 별도로 진정명의회복을 위한 소유권이전등기청구의 가능성을 고려할 수 있을 것이다. 그렇다면 제1매수인은 이러한 이전등기청구권을 대위행사함으로써 매도인의 등기명의를 회복한 후, 궁극적으로 매매계약에 따른 이행청구권을 통하여 목적부동산의 소유권을 확보할 수 있을 것이다.

그런데 진정명의회복을 위한 소유권이전등기청구의 여러 가지 잇점에도 불구하고, 특히 기판력의 제한을 회피하기 위하여 이를 이용하는데 대하여는 그 허용여부에 대한 논의가 발생할 수 밖에 없는 이론적 난점이 있다. 그 하나는 이러한 이전등기청구가 인정될 필요성이 있는 구체적 유형들을 보면, 실체법상의 법률관계가 소멸되어 결과적으로 무효의 등기가 이루어진 경우인데, 이러한 경우에는 이론적으로는 현재 등기명의를 말소함으로써, 진정한 권리자의 명의를 회복할 수 있다고 할 것이며, 기판력의 제한 등으로 그러한 말소등기청구가 불가능하여 부득이 이전등기를 청구할 수 밖에 없는 때에는 소유권이전등기를 청구할 수 있는 실체법상의 새로운 법률관계가 존재하여야 하는데, 반사회적 이중매매행위의 무효를 근거로 매도인이 진정명의회복을 위한 소유권이전등기를 청구하는 경우에, 그러한 실체법상의 법률관계를 상정할 수 없다는 이론적 난점이 있다. 그리고 두 번째는 말소등기청구의 패소확정판결에도 불구하고, 진정명의회복을 위한 소유권이전등기청구의 인정하게 되면, 적어도 이러한 말소등기청구와 이전등기청구를 동일하게 소유권에 대한 방해배제로서의 본질을 가진 것으로 이해하는 입장에서는 동일한 소송물로서 기판력에 저촉되는 것으로 판단할 수 밖에 없다는 문제가 있다. 따라서 기판력의 제한을 회피하기 위하여 이와 같은 진정명의회복을 위한 소유권이전등기청구소송을 이용하는데 대하여는 그 허용여부의 찬반논의가 활발하다.

## 나. 허용여부에 대한 학설

진정명의회복을 위한 소유권이전등기청구의 취지를 인정하는 한, 이중매매의 사례에도 동일하게 적용될 수 있을 것인데, 특히 부동산의 이중매매 자체와 관련하여 이러한 청구권의 허용여부를 논의하는 견해는 거의 없으며, 간접적으로 그 가능성을 시사하거나 이를 부정하는 입장이 있을 뿐이다.

### (1) 긍정적 입장

이 견해는 반사회적 이중매매행위가 불법원인급여에 해당되지 않는다는 전제에서, 기판력의 저축을 회피하기 위한 방편으로, 제1매수인은 매도인을 대위하여 진정한 소유자명의의 회복을 위한 소유권이전등기청구를 할 수 있다고 한다.<sup>53)</sup> 물론 이러한 입장은 결국 무효등기를 정정하기 위하여, 말소등기청구와는 별도로 진정명의회복을 위한 소유권이전등기청구를 허용할 수 있다는 견해에 따른 것이고, 이러한 형식의 등기청구권이 말소등기청구권과 실질적으로나 형식적으로 별개의 청구권, 즉 별개의 소송물임을 근거로 한다.<sup>54)</sup> 또한 부동산 등기제도가 현재의 실질적인 권리상태를 일반에게公示하여 부동산거래의 안전을 보호하고자 하는 것이 그 목적이라면, 그와 같은 목적달성을 위하여 말소등기 이외에 이전등기를 청구하는 방법도 생각할 수 있다고 하면서, 다만 당사자로 하여금 중간명의인의 이익을 해하지 않는다는 입증을 요구하거나 중간명의인의 승낙을 얻도록 하는 견해 역시, 제한적이지만 유사한 입장에 따른 것이다.<sup>55)</sup>

### (2) 부정적 입장

부동산의 반사회적 이중매매와 이를 근거로 제2매수인이 소유권이전등기절차이행의 확정판결에 기하여 소유권이전등기를 경료한 경우에, 제1매수인이 매도인의 진정명의회복을 위한 소유권이전등기청구를 대위행사하는 것은 전소 확정판결의 기판력에 저촉

53) 文一鋒, “取得時效完成을 原因으로 한 所有權移轉登記請求의 相對方”, 法曹 제518호, 1999.11, 269면, 275면 이하

54) 金淸植, “真正名義回復을 위한 所有權移轉登記請求權의 許否 - 登記請求權의 節次法的 側面에 대한 檢討 -”, 民事判例研究(IV), 1982, 42면 이하; 裴炳日, “真正名義回復을 위한 所有權移轉登記請求”, 考試界, 1999.4, 61면; 文一鋒, 전계논문, 269면

55) 朴一煥, “真正한 登記名義回復을 위한 移轉登記請求權에 대한 고찰”, 登記에 관한 諸問題(上), 裁判資料 제43집, 1988.12, 340-341면, 347면; 李仁奎, “真正한 登記名義의 回復을 위한 移轉登記請求에 관하여”, 判例研究 제3권, 大邱地方法院判例研究會, 1992.12, 278-279면

되는 것이므로, 허용할 수 없다는 견해가 있다.<sup>56)</sup> 이러한 태도는 본질적으로 무효등기의 말소청구권이나 진정명의회복을 위한 소유권이전등기청구권이 모두 진정한 소유자의 등기명의를 회복하기 위한 목적을 가진 것이며, 그 발생근거와 법적 성질이 소유권에 근거한 방해배제청구권으로서 소송물은 동일하다는 견해에 따른 것이다.<sup>57)</sup>

## 다. 판례의 동향

### (1) 종래의 태도

① 당초 우리 대법원의 기본적인 태도는 등기원인이 무효인 경우, 말소등기에 갈음하여 진정명의회복을 위한 소유권이전등기를 청구하는 것은 허용되지 않는다는 입장이었다. 즉 종중원에게 명의신탁된 종중소유의 부동산을 피고가 자신의 명의로 이전등기를 경료한 데 대하여, 그 등기가 원인무효라고 하더라도, 원고 종중은 피고에 대하여 등기의 말소를 청구하는 것은 몰라도, 소유권회복을 위한 이전등기절차의 이행을 청구할 수는 없다고 하였고<sup>58)</sup>, 피고 명의의 지분소유권이전등기가 원인무효인 경우, 원고는 그 등기의 말소청구 이외에, 소유권회복을 원인으로 하는 지분소유권이전등기 절차의 이행을 청구할 수는 없다고 판시하여 왔다.<sup>59)</sup> 이것은 원인무효의 등기가 경료된 경우에도 등기의 말소를 청구할 수 있을 뿐, 현재의 등기명의인에 대하여 진정한 소유자가 직접 소유권이전등기청구를 할 수는 없다는 것이므로, 여기서 논의의 대상이 되고 있는 진정한 명의의 회복을 위한 소유권이전등기청구는 소송상 허용되지 않았다.

② 한편 판례는 말소등기 외에 이전등기청구를 허용하지 않은 경우는 원칙적으로 등기원인이 처음부터 부존재 또는 무효인 경우로서, 등기 역시 효력을 발생하지 못하

56) 尹眞秀, “無効인 第2讓受人 名義의 所有權移轉登記가 確定判決에 의하여 이루어진 경우 第1讓受人 내지 그 承繼人의 救濟方法”, 民事判例研究(XXI), 2000, 16면

57) 金吾洙, “眞正名義回復을 위한 所有權移轉登記請求와 既判力의 問題(下), 人權과 正義 제 237호, 1996.5. 70-71면 ; 金載亨, “眞正名義回復을 위한 所有權移轉登記請求의 許容範圍”, 裁判의 한 길(金容俊憲法裁判所長華甲紀念論文集), 博英社, 1998, 342면 ; 李忠相, “眞正名義回復을 위한 所有權移轉登記請求와 既判力”, 저스티스 제66호, 2002.4. 148-149면, 153면 ; 朴淵徹, “眞正한 所有者名義의 回復을 위한 所有權移轉登記”, 判例研究 제11집, 서울지방변호사회, 1998, 227-230면 ; 김상수, “말소등기청구소송과 진정명의회복을 원인으로 한 이전등기청구소송의 소송물”, Jurist No.376, 2002.2. 45면 ; 金命洙, “전소인 소유권이전등기말소 청구소송의 확정판결의 기판력이 후소인 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기 청구소송에 미치는지 여부”, 대법원판례해설 제38호(2001년 하반기), 2002.6. 310-312면 ; 金弘燁, 전계논문, 196-199면 ; 尹眞秀, 전계논문(주46), 16면

58) 대판 1972.12.26, 72다1846·1847

59) 대판 1981.1.13, 78다1916

는 경우에 대한 것이고, 유효하였던 등기가 계약의 해제 등과 같이 후발적 사유에 의하여 소급적으로 효력을 상실하거나, 명의신탁의 해지 또는 양도담보권의 소멸 등과 같이 후발적 사유에 의하여 비소급적으로 효력을 상실하는 경우에는 말소등기가 아니라 이전등기를 인정하고 있었다. 즉 “증여로 인한 소유권이전등기가 해제된 경우, 증여자가 소유권이전등기의 말소등기절차이행을 소구하지 아니하고, 소유권이전등기를 청구하였다고 하여 위법이라 할 수는 없다”고 판시하거나<sup>60)</sup>, 그 외 “부동산명의신탁계약 해지의 의사표시가 있었어도, 신탁자는 그 소유권회복을 위한 이전등기청구권이 있을 따름이고, 그 소유권이 신탁자에게 당연히 귀속되는 것은 아니다”라고 판시하였으며<sup>61)</sup>, “특정채무의 담보를 위하여 채무자가 그 소유부동산을 채권자 명의로 이전등기를 한 경우에는 채무자가 피담보채권을 변제한 후에, 그 이전등기의 말소를 구하거나 이전등기를 구할 수 있다”고 판시하였다.<sup>62)</sup> 물론 이러한 판결이 등기의 무효 또는 취소와 달리, 해제·해지와 같이 후발적 사유에 의한 등기원인의 소멸을 근거로 한 것이기 때문에, 종래 우리 대법원이 이른바 진정명의의 회복을 위한 소유권이전등기청구권을 인정하였다고 보기는 어려울 것이다.

③ 나아가 판례 중에는 부동산이전등기청구의 절차이행을 위한 확정판결의 기판력에 저촉되어, 등기원인행위의 소멸로 인한 이전등기의 말소를 청구할 수 없는 경우에도, 소유권에 근거한 이전등기청구가 가능하다는 취지의 판결이 있어, 이른바 진정명의의 회복을 위한 소유권이전등기청구와 유사한 내용으로서 주목된다. 즉 “부동산이 귀속재산처리법의 규정에 따라 매매(불하)된 것이지만, 권한없는 자의 처분으로서 당연히무효인 것을 적법한 것으로 보아 취소하였음에도 불구하고, 피고가 불하를 원인으로 제기한 소유권이전등기청구소송에서 승소확정판결을 받아 소유권이전등기가 경료된 이상, 그 취소의 주장은 확정판결의 기판력에 의하여 차단되므로, 이를 원인으로 한 원고(국가)의 말소등기청구는 이유 없어 기각될 수 밖에 없지만, 원고에게 그 소유권이 있으므로, 소유권에 기한 이전등기를 청구하는 것은 별문제”라고 판시한 것이다.<sup>63)</sup>

## (2) 진정명의회복을 위한 소유권이전등기청구의 인정

① 진정명의회복을 위한 소유권이전등기청구를 원칙적으로 부정하던 대법원의 태도

60) 대판 1970.7.24, 70다1005

61) 대판 1970.5.12, 70다370 ; 동 1975.8.19, 75다273 ; 동 1980.12.9, 79다634

62) 대판 1965.6.29, 65다869

63) 대판 1975.5.27, 72다746

는 1990년에 이르러 큰 변화를 가져왔다. 즉 일제시대 장관의 소유였던 부동산이 舊 왕궁재산처분법에 의하여 국유가 되었는데, 그 후 6·25동란으로 관계공부가 소실되었다가 복구되는 과정에서, 토지대장의 소유권자가 소외 A로 잘못 기재되었다. 이를 기화로 A의 단독상속인 소외 A1로부터 그 부동산을 매수하였다고 주장하는 소외 B가 A1을 상대로 소유권이전등기절차이행의 청구소송을 제기하여 승소의 확정판결을 받고, 그에 근거하여 A1을 대위하여 소유권보존등기를 경료함과 동시에, B 자신의 명의로 소유권이전등기를 경료하였으며, 그 후 여러 사람의 매매계약을 거쳐, 피고 Y명의의 소유권이전등기가 경료되었다. 그런데 피고 Y명의의 소유권이전등기가 경료되기 전, 원고인 X(국가)는 소외 A1의 소유권보존등기와 B의 소유권이전등기의 무효를 주장하며, 그 말소등기절차의 이행을 청구하였으나, 입증부족으로 패소판결이 확정된 바 있다. 이에 원고 X는 다시 피고 Y명의의 등기가 원인무효임을 이유로, 부동산의 소유권확인과 동시에 소유권이전등기를 청구하였다.

② 원심은 부동산이 원고 X의 소유임을 확인하는 부분은 그대로 인용하였지만, 원고에게 직접 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 부분에 대하여는, 피고 Y명의의 등기가 원인 없이 이루어진 것이라면, 피고에 대하여 그 등기의 말소를 구하는 것은 몰라도, 직접 소유권이전등기절차의 이행을 구할 수는 없다고 판시하였다.<sup>64)</sup> 이에 원고 X는 상고하였다.

③ 대법원은 “이미 자기 앞으로 소유권을 표상하는 등기가 되어 있었거나 법률에 의하여 소유권을 취득한 자가 진정한 등기명의를 회복하기 위한 방법으로는 현재의 등기명의인을 상대로 그 등기의 말소를 구하는 외에, 진정한 등기명의를 회복을 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 직접 구하는 것도 허용되어야 할 것”이라고 판시하면서, 종래 이와 다른 취지의 판결들<sup>65)</sup>을 변경하였다.<sup>66)</sup> 그 이유로 “원인없이 여러 사람을 거쳐 피고 앞으로 등기가 마쳐진 경우에, 원고가 진정한 등기명의를 회복을 위하여 중간 등기명의인들을 상대로 그 등기의 말소를 구하는 것보다는, 최종 등기명의인인 피고를 상대로 하여 직접 이전등기를 구하는 것이 소송절차나 소송경제상으로 보아 훨씬 도움”이 될 뿐만 아니라, “소유권확인 부분만 인용되고 이전등기청구 부분이 받아들여지지 아니하게 된다면, 원고로서는 등기를 갖춘 진정한 소유권을 갖기 어려운 반면에, 피고로서는 원인 없는 무효의 등기만을 갖게 되어, 그 등기를 믿고 거래한 제3

64) 서울고판 1989.4.18, 88나43390

65) 대판 1972.12.26, 72다1846·1847 ; 동 1981.1.13, 78다1916

66) 대판(전합) 1990.11.27, 89다카12398

자에게 뜻하지 않은 불이익”을 줄 염려가 있기 때문이라고 판시하였다.<sup>67)</sup>

④ 이러한 전원합의체판결은 종래 무효인 등기원인에 근거하여 실질적인 소유권을 회복하기 위한 방법으로서, 말소등기청구 외에 진정명의회복을 위한 소유권이전등기청구를 부정하였던 태도를 변경한 것인데, 구체적으로 다음과 같은 취지에 근거한 것이다. 즉 첫째 부동산등기제도가 현재의 권리상태나 물건변동의 과정 및 절차를 표상하려는 목적이라면, 그것은 궁극적으로 사실에 맞지 않는 등기를 배제하고 진정한 권리관계를 공시함으로써, 부동산거래의 안전을 도모하기 위한 것이므로, 이를 위하여 말소등기의 방법에 의하거나 진정한 권리자에게 직접 이전등기를 하는 방법에 의하더라도 아무런 차이가 없다. 둘째 무효의 등기원인에도 불구하고 연속적으로 등기가 이전된 경우에, 진정한 권리자가 중간 등기명의인들까지 포함하여 순차적으로 등기말소를 청구하는 것보다는 현재의 최종등기명의인에 대하여 직접 이전등기를 청구하는 것이 소송절차나 소송경제에 부합한다. 그리고 셋째 이미 등기명의인이 무효인 등기원인에도 불구하고 이전등기청구소송의 확정판결에 근거하여 등기를 경료하였거나 진정한 권리자가 등기명의인을 상대로 한 말소등기청구소송에서 패소의 확정판결을 받음으로써, 기판력의 저촉으로 인하여 다시는 같은 소송을 제기할 수 없게 된다면, 일방은 등기명의를 회복할 수 없으므로 진정한 소유권을 갖기 어렵고, 상대방은 원인없는 무효의 등기만을 갖게 되며, 나아가 이러한 등기를 믿고 거래한 제3자에게 불측의 손해를 입힐 가능성이 있기 때문이라고 한다.

### (3) 1990년 전원합의체판결 이후의 동향

앞서 본 1990년의 전원합의체판결 이후에도, 소유권이전등기청구소송이나 말소등기

67) 대법원이 종래와 달리 진정명의회복을 위한 소유권이전등기청구를 처음으로 인정함에 따라, 그 공동신청을 위한 등기예규를 제정하여 시행하게 되었다. 즉 대법원은 「진정한 등기명의의 회복을 등기원인으로 하는 소유권이전등기신청의 수리 거부 등」(1991.2.4, 등기예규 제718호)을 제정하였고, 그 후 산림법의 개정(1997.4.10, 법률 제5323호)으로 임야매매증명제도의 폐지와 약간의 자구수정을 통하여 다시 개정되었는데, 제목을 「진정명의회복을 등기원인으로 하는 소유권이전등기절차에 관한 예규」(1998.1.7, 등기예규 제905호)로 하고, 제1호, 제2호, 제7호, 제8호 중 「진정한 등기명의의 회복」을 「진정명의회복」으로 수정하고, 제5호 중 “과 산림법 제111조의 규정에 의한 임야매매증명”을 삭제하였다. 다만 구체적인 내용에 있어서 제5호의 국토이용관리법 제21조의 7에 의한 토지거래신고필증제도는 1999년 2월 8일 법률개정으로 폐지되었으므로, 다음 개정시에 반영되어야 할 것이며, 농지개혁법 제19조 제2항의 농지매매증명은 농지법이 1994년 12월 22일 제정되면서(법률 제4817호), 제8조의 규정으로 대체되었음에도 불구하고, 농지개혁법의 내용으로 제19조 2항으로 규정한 것은 오류라고 생각된다.

청구소송에서 패소의 확정판결을 받은 후, 진정명의회복을 위한 소유권이전등기청구가 가능하다는 것은 많은 판결에서 확인되고 있다.<sup>68)</sup> 그러한 판례의 내용을 보다 구체적으로 검토하면, 당사자적격에 대하여 원고는 “이미 자기 앞으로 등기되어 있거나 법률에 의하여 소유권을 취득한 자”이며, 피고는 “현재의 등기명의인”이어야 하고<sup>69)</sup>, 소송물에 대하여는 “피고를 상대로 직접 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 것”이라고 판시하였다.<sup>70)</sup> 나아가 이러한 청구를 인정하는 근거에 대하여도, 명확하게 표현하지 않은 판례가 있지만<sup>71)</sup>, 대체로 “소유권에 기한 것”<sup>72)</sup>이라거나 “소유권의 효력”<sup>73)</sup>에 의한 것임을 분명히 하고 있다. 이러한 판례의 태도에 대하여, 학설은 부진정한 등기명의인이 진정한 소유자의 공시에 협력할 의무를 근거로 한 것이라는 견해도 있지만<sup>74)</sup>, 그러한 협력의무가 소유권이전등기청구권의 근거가 된다고는 말할 수 없으므로, 그 근거와 법적 성질을 명확히 밝힌 판례는 없다는 견해도 유력하게 주장되고 있다.<sup>75)</sup>

그러나 이러한 판례는 2001년에 들어와 또 한번의 변화를 겪게 되었다.

#### (4) 진정명의회복을 위한 소유권이전등기청구의 제한

① 조합의 자금으로 부동산을 매수한 후, 편의상 조합장이었던 원고 X의 명의로 1980년 4월 28일 소유권이전등기를 경료하였고, 동년 7월 16일 증여를 원인으로 하여 피고 Y(국가) 명의로 소유권이전등기가 경료되었다가, 1982년 3월 29일 피고 보조참가인 Y1의 명의로, 다시 1984년 12월 22일 피고 Y의 명의로 순차적인 소유권이전등기가 경료되었다. 그런데 원고 X는 피고 Y에 대한 증여의 의사표시가 극심한 강

68) 대판 1990.12.21, 88다카26482 ; 동 1992.11.10, 92다22121 ; 동 1993.7.27, 92다50072 ; 동 1995.3.10, 94다30829·30836·30843 ; 동 1996.12.20, 95다37988 ; 동 1997.5.16, 96다43799 ; 동 1997.6.27, 97다9529 ; 동 1998.9.8, 97다19878

69) 대판 1990.12.21, 88다카20026 ; 동 1993.2.23, 92다48970 ; 동 1995.3.10, 94다30829 ; 동 1997.3.11, 96다47142 ; 동 1998.10.23, 98다35266 ; 동 2000.2.25, 99다53704

70) 대판 1999.7.27, 99다9806

71) 대판 1990.12.21, 88다카26482 ; 동 1992.11.10, 92다22121 ; 동 1993.7.27, 92다50072 ; 동 1993.2.23, 92다48970 ; 동 1996.12.21, 95다37988 ; 동 1997.3.11, 96다47142 ; 동 1997.6.27, 97다9529 ; 동 2000.2.25, 99다53704

72) 대판 1990.12.21, 88다카20026 ; 동 1995.3.10, 94다30829·30826·30843 ; 동 1999.7.27, 99다9806

73) 대판 1997.5.16, 96다43799

74) 李仁奎, 전제논문, 276면

75) 金吾洙, 전제논문(上), 52면



박상태에서 이루어진 것이므로 무효이고, 따라서 피고 명의로 경료된 소유권이전등기는 원인무효의 등기라는 이유로, 피고 Y에 대하여 소유권이전등기의 말소를 청구하는 소송을 제기하였으나, 대법원에 의하여 패소판결을 받고 확정되었다.<sup>76)</sup> 이에 원고는 피고들 명의의 소유권이전등기가 경료될 즈음인 1980년 11월경 원호청장에 대한 진정서와 1981년 5월경 대통령에 대한 탄원서를 제출하여, 증여의 의사표시가 무효이거나 그렇지 않다고 하더라도 강박에 의한 것이라고 주장하여 그 의사표시를 취소하였으므로, 피고 명의의 소유권이전등기는 원인무효가 되었다고 하여, 본건 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기를 청구하였다.

② 원심은 1990년 전원합의체판결과 그 이후의 판례에 따라, 피고의 기판력 항변을 배척하였고<sup>77)</sup>, 이에 피고는 상고하였다.

③ 대법원의 다수의견은 “진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구권과 무효등기의 말소청구권은 어느 것이나 진정한 소유자의 등기명의를 회복하기 위한 것으로서 실질적으로 그 목적이 동일하고, 두 청구권 모두 소유권에 기한 방해배제청구권으로서 그 법적 근거와 성질이 동일”하므로, “그 소송물은 실질상 동일한 것으로 보아야 하고, 따라서 소유권이전등기말소청구소송에서 패소확정판결을 받았다면, 그 기판력은 그 후 제기된 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구소송에도 미친다고 보아야 할 것”이라고 하면서, 이와 저촉되는 한도 내에서 이전의 판결들<sup>78)</sup>을 변경하고, 원심을 파기·환송하였다.<sup>79)</sup> 물론 이에 대하여 별개의견은 소송물을 청구원인에 의하여 특정되는 실체법상의 권리 또는 법률관계라고 파악하고, 그에 의하여 소송의 동일성 여부가 식별된다는 소위 구조소송물이론에 비추어, 소송물이 동일한 것은 아니라는 점에서는 다수의견과 견해를 달리하면서도, 이들 청구의 목적이나 법적 근거 및 성질이 모두 소유권에 기한 방해배제청구권으로서 동일하므로, 실질에 있어서는 동일한 것이고, 원심판결은 반복소송으로 인한 신의칙의 위반이 있다고 하여, 결론에 있어서 다수의견에 찬성하였다.<sup>80)</sup> 한편 반대의견은 기판력의 범위를 결정하는 소송물은 원고의 청구 취지와 청구원인에 의하여 특정되는 것으로서, 사실관계나 법적 주장을 떠나 청구취지

76) 대판 1993.5.27, 93다8887

77) 서울고판 1999.6.10, 98나60165

78) 대판(전합) 1990.11.27, 89다카12398 ; 동 1990.12.21, 88다카26482 ; 동 1992.11.10, 92다22121 ; 동 1993.7.27, 92다50072 ; 동 1995.3.10, 94다30829·30836·30843 ; 동 1996.12.20, 95다37988 ; 동 1998.9.8, 97다19878

79) 대판(전합) 2001.9.20, 99다37894

80) 대법관 유지담, 배기원, 이강국

가 다르다면 소송물도 다른 것인 바, 전소와 이 사건 소송은 우선 그 청구취지가 다르므로, 이러한 법리의 적용을 배제할 만한 상당한 법적 근거가 없다면, 이들 소송의 소송물이 다르다고 보아야 할 것이라고 하였다.<sup>81)</sup>

④ 본 2001년 전원합의체판결은 실질적인 등기명의의 회복을 위한 목적과 소유권에 기한 방해배제청구권으로서 법적 근거와 성질이 동일하다는 일정한 판단기준을 제시하면서, 말소등기청구에서 패소의 확정판결을 받은 원고가 다시 진정명의회복을 위한 소유권이전등기청구를 한 것에 대하여, 소송물의 동일성과 기판력의 저촉을 인정하였다. 물론 이러한 다수의견에 대하여는 소송물의 개념을 포괄적으로 정의하는 분석방법에 비추어, 소송의 목적이나 법적 근거 및 성질에 따른 실질적 판단으로서, 소송물이 동일하다고 이해하면 문제가 없다는 견해도 있는 반면<sup>82)</sup>, 소송의 목적이나 법적 근거 및 성질에 의하여 소송물의 동일성을 식별하는 것은 극히 이해적일 뿐만 아니라, 그 구체적인 식별기준으로서는 독립적인 의미를 갖지 못하고 매우 불분명하므로, 바람직하지 않다는 견해도 있다.<sup>83)</sup> 한편 별개의견에 대하여는 청구취지와 청구원인이 다른 이상, 소송물이 다르다고 보는 것은 이론적으로 간명하고, 다른 대법원판례나 학설의 태도와 조화될 수 있다는 긍정적인 견해도 있으나<sup>84)</sup>, 이들 소송의 청구취지가 다르다고 보는 것은 청구형태의 차이만을 고려한 것으로 이해하기 어렵다는 견해도 있고<sup>85)</sup>, 신의칙상의 반복소송금지를 적용하는 것은 무리라는 비판도 있다.<sup>86)</sup> 또한 반대 의견에 대하여는 단지 청구취지가 다르면 소송물도 다르다는 형식적 논리만을 내세우는 것은 문제라는 비판이 있다.<sup>87)</sup>

⑤ 이러한 판결의 내용은 그 이후에도 동일한 취지로 인정되었다.<sup>88)</sup> 그런데 이 판결과 관련하여 특히 주목해야 할 것은 1990년 전원합의체판결 이후의 판례 중에, 원고가 말소등기청구소송이 아니라, 소유권이전등기청구소송을 제기하였다가 패소의 확정판결을 받고도, 다시 진정명의회복을 위한 소유권이전등기청구소송을 제기하는 것이 가능하다는 판결<sup>89)</sup>이 있었음에도 불구하고, 이러한 판결에 대하여는 그 변경의 여부

81) 대법관 송진훈

82) 李忠相, 전제논문, 156면

83) 金弘燁, 전제논문, 215-216면

84) 李忠相, 전제논문, 158면

85) 金弘燁, 전제논문, 218면

86) 李忠相, 전제논문, 158-159면 ; 金命洙, 전제논문, 314-316면

87) 金弘燁, 전제논문, 219-223면

88) 대판 2003.3.28, 2000다24856

89) 대판 1997.5.16, 96다43799 ; 동 1997.6.27, 97다9529

에 대하여 판단하지 않았다는 것이다. 즉 2001년의 전원합의체판결이 진정명의회복을 위한 소유권이전등기청구소송의 소송물에 대한 일정한 판단기준을 제시한 것이라면, 기판력의 저촉에 관하여 전소로서 말소등기청구소송 뿐만 아니라, 소유권이전등기청구소송에 대한 판결 역시 변경되어야 할 것이기 때문이다. 물론 소송물의 동일성을 전제로 그 변경여부가 판단되지 않았던 위 두 판결이 폐기되는 것은 시간문제라고 비판하는 견해도 있다.<sup>90)</sup> 또한 이 판결을 통하여 말소등기청구소송에서 패소의 확정판결을 받은 당사자는 판결의 기준시(사실심 변론종결시) 이전의 사유로 등기명의자가 되는 길이 두절되었으므로, 그것은 결국 판결의 기준시에 실제법상의 소유권 확정을 의미하는 것이고, 따라서 그러한 기준시 이전의 사유로 소유권확인의 소를 제기할 수 없다는 견해도 있다.<sup>91)</sup>

## 라. 검토

(1) 등기의 무효를 제3자에게 대항할 수 없는 경우나 다수에 의하여 순차적으로 등기명의가 변경된 경우에, 말소등기의 절차를 간소화하기 위한 경우 또는 무효인 일부의 공유지분등기를 회복하는 경우 등에 있어서는 말소등기청구에 갈음하여, 진정명의회복을 위한 소유권이전등기청구를 인정할 필요성이 있다는데 의문이 없으며, 이들에 관하여 분쟁의 대상이 된 판례도 거의 없다. 다만 문제되는 것은 그와 같은 실질적 등기명의의 일치를 위한 말소등기청구나 이전등기청구가 그 전소에 의하여 기판력의 저촉이 발생하는 경우이다. 즉 반사회적 이중매매행위에 있어서와 같이, 매도인과 제2매수인 사이에, 확정판결에 근거한 소유권이전등기가 경료된 경우, 무효등기의 회복을 위한 말소등기청구가 기판력에 저촉된다고 한다면, 그에 갈음하여 진정명의회복을 위

90) 李忠相, 전개논문, 151-153면

91) 김상수, 전개논문, 46-47면. 이 견해는 이전등기청구소송의 기판력이 소유권의 존부에도 미치는 것으로 보아야 하지만, 이것이 현재의 법해석으로 곤란하다면 신의칙 내지 정점효이론에 의하여 커버될 수 있다고 한다. 그러나 신의칙 내지 정점효이론에 의하여 반복소송이 금지되기 위해서는 ①분쟁내용이 된 판단이 전소에 있어서 주요한 쟁점으로 되고 양당사자가 공격방어를 다한 사항에 관하여 내려진 것이며, 그 때문에 상대방에게 그 사항에 관한 다툼은 그 판단에 의해 이미 결말이 난 것이라는 정당한 신뢰가 생긴 것, ②당사자가 그 쟁점에 관한 판단을 상소에 의해 다룰 수 있는 가능성을 가지고 있었던 것, ③전후 양소가 사회관계의 차원에 있어서의 동일 분쟁관계로부터 생긴 것, ④상대방이 신의칙에 반한다고 하여 각하를 구한 것 등의 요건을 갖추어야 하므로 사실상 적용될 수 있는 분야는 매우 한정적이고, 2001년도 전원합의체판결에서 별개의견이 이러한 신의칙을 근거로 들었지만, 과연 그 사안이 이러한 요건을 갖추었는지 의문이라고 하여 많은 비판을 받았다(金吾洙, “真正名義回復을 위한 所有權移轉登記請求와 既判力의 問題”, 民事裁判의 諸問題 제9권, 1997, 282-283면).

한 소유권이전등기청구는 가능할 것인가의 여부이다. 물론 이러한 문제는 반사회적 이 중매매의 무효로 인한 실질적 권리자의 권리회복이라는 구체적 타당성의 보호 법익과 기관력의 효과로서 당사자 사이의 분쟁에 대한 공권적 판단에 기초하여 법적 안정성을 유지한다는 법익이 상충하는 것이라고 할 수 있다.

(2) 그런데 민사소송에 있어서 기관력은 그 청구에 대한 판결내용이 당사자와 법원을 규율하는 새로운 기준으로서의 구속력을 가지기 때문에, 원칙적으로 당사자는 확정 판결의 내용에 반하는 반복소송을 제기하지 못하고, 법원 역시 그와 모순 내지 저촉되는 판단을 해서는 안된다. 물론 판결의 내용에 간과할 수 없는 중대한 하자가 존재하여 구체적 타당성을 고려할 수 밖에 없는 경우에는 재심제도(민사소송법 제451조)에 의하여 구제받을 수 있으며, 그렇지 못할 경우에는 실체법상의 반사회적 법률행위로서 무효라고 하더라도, 확정판결에 의한 기관력이 발생된 경우에는 반복된 절차에 의하여 법률관계를 반복할 수 없다. 그리고 기관력의 저촉여부를 판단하기 위하여 청구취지의 동일성을 논의함에 있어서는 전후 양소의 청구취지를 전체적이고 실질적으로 관찰하여야 하므로, 청구원인이 동일한 경우에는 특별한 사정이 없는 한, 단순히 청구취지만을 달리한다고 하여 별개의 소송물이라고 볼 수는 없으며, 청구취지가 실질적으로 다르지 아니하면, 동일한 청구원인에 의하여 포섭될 수 있는 동일한 소송물로 보아야 한다.<sup>92)</sup> 따라서 이론적으로 말소등기청구와 진정명의회복을 위한 소유권이전등기청구의 청구취지 및 청구원인, 나아가 소송물의 동일성을 검토하게 되면, 적어도 기관력의 저촉과 관련하여서는 진정명의회복을 위한 소유권이전등기청구권을 절차법적 권리로 파악하거나 그 소송물이 별개임을 인정하지 않는 한, 이러한 청구권의 존재는 그 의의를 상실하고 만다.

(3) 그러나 기관력의 존중을 통한 법적 안정성의 확보와 함께, 실체관계의 구체적 타당성 역시 무시되어서는 안되는 법익일 것이다. 특히 부동산등기제도의 목적이 권리 변동의 공시를 위한 것이든, 권리관계의 현상을 공시하기 위한 것이든, 원인무효의 등기로 인하여 실질적 소유자의 권리귀속과 형식상 등기명의의 괴리가 있는 경우, 이를 정정함으로써 일치시키는데 의미가 있는 것이므로, 그 방해배제청구권의 실질을 가지는 말소등기청구의 방법에 의할 것인지, 아니면 이전등기청구의 방법에 의할 것인지가 결정적으로 중요한 문제는 아니라고 할 것이다.<sup>93)</sup> 이러한 점에서 말소등기청구소송에

92) 金弘燁, 전계논문, 206면

93) 梁彰洙, 民法注解(V), 物權(2), 博英社, 1992, 264면 ; 金載亨, 전계논문, 337면 ; 金弘燁, 전계논문, 193면 주10

서의 패소판결에서 패소의 확정판결을 받은 자가 후에 진정명의회복을 위한 소유권이 전등기청구소송을 제기하는 것도 가능하다고 할 것이며, 실체법상의 소유권을 확인하는 소송의 제기 역시 가능하므로, 말소등기청구소송의 패소판결이 소유권의 확정을 의미하는 것은 더욱 아니다. 따라서 반사회적 이중매매행위에 있어서 매도인 및 제1매수인 사이의 소유권이전등기청구나 매도인의 말소등기청구가 패소의 확정판결을 받은 후에도, 진정명의회복을 위한 소유권이전등기청구의 허용 가능성을 고려할 수 있을 것이라고 생각한다.

### III. 결론과 판결의 당부

본 대상판결은 부동산의 이중매매에 있어서 제2매수인 명의의 소유권이전등기가 확정판결에 의하여 이루어진 경우에도 그 기판력에 저촉되지 않는 범위에서 제1매수인이 반사회적 이중매매행위의 무효를 주장할 수 있다고 판시하였다. 다만 이러한 판결은 본소 청구의 내용으로서 토지의 점유회복에 대한 근거를 제시하기 위하여 언급된 것일 뿐, 그러한 기판력을 회피할 수 있는 구체적 방안에 대한 것은 아니라는 아쉬움이 있다. 물론 그러한 기판력을 회피하기 위한 소송법상의 해결방안을 제시하는 것이 본 논문의 요지이다.

다른 판례들이 인정하는 것처럼 제2매매행위의 소유권이전등기가 확정판결에 기한 경우에도, 매도인이 소유권확인소송을 제기하거나 이를 제1매수인이 대위행사하는 것은 기판력에 저촉되지 않는다고 한다. 그렇다면 매도인은 소유권확인소송의 승소판결에 의하여 실질적인 소유권을 확인받았음에도 불구하고, 기판력의 저촉으로 인하여 등기명의를 확보할 수 없게 되는 반면, 제2매수인 기타 전득자는 등기명의를 지지만 실질적인 소유권을 갖지 못하는 것이 되므로, 어느 쪽도 완전한 소유권을 행사할 수 없는 결과가 된다. 그리고 대체로 제1매수인이 반사회적 이중매매의 목적물인 부동산을 점유하는 경우가 많고, 제2매수인과의 사이에 그 점유권에 기한 방해제거 등의 분쟁이 발생할 수가 있으며, 더욱이 등기명의를 지닌 제2매수인으로부터 목적 부동산을 전득한 제3자 역시 그러한 분쟁의 소용돌이에 빠지게 된다면, 결국 그 부동산의 실질적인 권리자와 등기명의를 지는 자를 일치시키지 않는 한, 지속적인 분쟁이 계속될 여지는 남게 된다.

본 대상판결의 내용도 바로 이러한 분쟁에 관한 것임은 다시 거론할 필요가 없다.

이러한 문제를 해결하기 위한 방안으로는 매도인에게 소유명의를 복귀시키든가, 아니면 제2매수인에게 실질적 소유권을 확정적으로 인정하든가, 어떠한 식으로든 해결할 필요가 있을 것이라고 생각한다. 그리고 결론적인 방법으로는 실체법상의 권리관계를 존중함으로써 구체적 타당성을 기할 수 있도록, 매도인의 소유명의를 복귀시키는 것이 바람직할 것이라고 생각된다. 적어도 반사회적 이중매매에 있어서는 제2매수인과 매도인이 악의적으로 기판력을 발생시키기 위하여, 제2매수인이 소유권이전등기절차의 이행을 위한 확정판결을 받거나 재판상 화해를 할 가능성이 크기 때문에, 이러한 경우에는 특히 제1매수인을 보호할 필요성은 크다고 할 수 있다.

따라서 진정명의회복을 위한 소유권이전등기청구를 인정한 1990년 대법원전원합의체판결의 태도는 특별한 사정에 의하여 소유권을 등기부상 정당하고 적법하게 공시하지 못하고, 나아가 영구히 공시하지 못하게 되는 경우를 상정하여, 기판력의 제한을 회피하는 방법으로 고려된 고뇌의 산물이며, 이중매매로 인하여 발생하는 기판력의 저촉문제에 있어서도 중요한 해결단서를 제공할 것으로 생각한다. 이러한 판결의 태도에 비추어 본다면, 반사회적 부동산의 이중매매를 불법원인급여로 보지 않거나, 급여물의 소유권이 매도인에게 귀속된다고 해석하는 한, 제2매수인의 형식적 등기명의에도 불구하고, 매도인은 소유권확인청구와 진정명의회복을 위한 소유권이전등기청구의 원용이 가능할 것이고, 이러한 경우에 제1매수인은 매도인의 위와 같은 권리를 대위행사할 수 있을 것이다. 왜냐하면 앞에서 제1매수인이 매도인을 대위할 수 없다고 한 판례는 제2매수인이 받은 확정판결의 “기판력이 미치는” 매도인의 권리에 대한 것이기 때문에, 이러한 기판력이 미치지 않는 매도인의 진정명의회복을 위한 소유권이전등기청구권을 제1매수인이 대위하여 행사하는 것은 얼마든지 가능하기 때문이다. 그리고 진정명의회복을 위한 소유권이전등기청구소송의 가능성을 제한한 2001년 대법원전원합의체판결에 의하더라도, 매도인과 제2매수인 사이의 소유권이전등기절차이행을 위한 확정판결의 기판력에 저촉되는 것은 매도인의 말소등기청구일 뿐이며, 진정명의회복을 위한 소유권이전등기를 청구하는 것은 가능하므로, 제1매수인이 매도인의 이러한 청구권을 대위행사하여 매도인 명의의 등기를 회복하고, 제1매매계약에 근거한 이행청구권을 행사함으로써, 소유권을 종국적으로 취득할 수 있을 것이라고 생각한다.

만일 이러한 결론을 인정하지 않는다면, 형식적인 등기명의를 가진 피고 Y1, Y2와 실질적인 소유자로서 원고 X1-X5의 법률관계는 지속적인 분쟁의 불씨를 내포하고 있

는 결과가 되며, 특히 점유권을 둘러싼 분쟁은 그 해결의 실마리를 찾을 수 없을 것이고, 이처럼 불명확한 법률관계의 현상을 법이 묵과하는 것은 법의 사명과 거리가 먼 것이다. 따라서 당초 미등기상태의 소외 H 소유로부터 상속에 의한 소외 H1 명의의 소유권보존등기가 경료되었으나, 반사회적 이중매매에 의한 소외 L 명의의 소유권이전등기는 민법 제103조 위반으로서 무효의 등기이고, 그로부터 전전매도를 거쳐 최종적인 명의자로서 피고 Y1과 Y2 명의의 소유권이전등기 역시 무효라고 할 것이다. 그리고 이중매매행위의 반사회성에도 불구하고, 이러한 행위가 불법원인급여에는 해당되지 않는다는 법리구성을 통하여, 소외 H1의 부당이득반환청구권 및 소유권에 기한 물건적 청구권을 그에 대한 채권자의 지위에서 원고 X1-X5는 대위행사할 수 있다. 나아가 피고 Y1-Y2 명의의 소유권이전등기가 기판력 있는 확정판결을 통하여 이루어졌다고 하더라도, 원고 X1-X5에게 진정명의회복을 위한 소유권이전등기청구소송의 가능성을 열어줌으로써 불명확한 소유권과 점유권에 대한 지속적인 분쟁의 소지를 미연에 방지할 수 있을 것이다.