

서울남부지방법원 2020. 11. 11 선고 2019가단241350 판결 [소유권이전등기말소청구 등의 소]

전 문

원 고 A

소송대리인 법무법인 (유한) 화우

담당변호사 박영우, 김유정

피 고 1. B

2. C

3. D

피고 2, 3의 소송대리인 법무법인 일산

담당변호사 이해진

변론 종결 2020. 10. 21.

판결 선고 2020. 11. 11.

주 문

1. 이 사건 소를 모두 각하한다.
2. 소송비용은 원고가 부담한다.

N

청 구 취 지

주위적으로, 경기 파주시 E 임야 5626㎡, 경기 파주시 F 임야 338㎡, 경기 파주시 G임야 171㎡에 대하여, 피고 C, 피고 D은 각 피고 B에게 의정부지방법원 고양지원 파주등기소 2019. 5. 24. 접수 제36570호로 마친 각 1/2 지분에 관하여 각 소유권 이전등기의 말소등기절차를 이행하라.

예비적으로, 피고 B, 피고 C은 각자 원고에게 연대하여 위 토지의 2019. 5. 16.자 시가 상당에 해당하는 금원 및 위 금원에 관하여 위 일자부터 이 사건 소장 부분 송달일까지는 연 5%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

이 유

1. 인정사실

파주시 E 임야 6,135㎡(2017. 1. 25. 파주시 E 임야 5,626㎡, F 임야 338㎡, G 임야171㎡으로 각 분할되었다. 이하 분할 전후를 통틀어 '이 사건 토지'라 한다)는 2015.10. 7. 피고 B 앞으로 같은 일자 매매를 원인으로 한 소유권이전등기가 마쳐졌다가 2017. 2. 2. 피고 C 앞으로 같은 일자 매매예약을 원인으로 한 소유권이전등기가 마쳐졌으며 2019. 5. 16. 피고 D 앞으로 위 가등기 중 1/2 지분에 관하여 소유권이전등기 일부 이전의 부기등기가 마쳐졌고, 2019. 5. 24. 피고 C, D 앞으로 2019.5. 16.자 매매를 원인으로 한 가등기에 기한 본등기가 마쳐졌다.

[인정사실] 다툼 없는 사실, 갑1, 2의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 원고의 주장

가. 원고, 피고 B과 H은 2015. 9. 하순에서 2015. 10. 초순 무렵 이 사건 토지를 매입하여 지상에 전원주택을 건축하여 분양하는 개발사업(이하 '이 사건 사업'이라 한다)을 공동으로 영위하기로 하고, 피고 B은 분양계약 체결시 한 세대당 250만 원 등을 지급받기로 약정(이하 '이 사건 공동사업약정'이라 한다)하면서 피고 B 앞으로 이 사건토지에 관한 소유권이전등기를 마쳤고, 2017. 3. 2. 원고 앞으로 매매대금 11억 원에 소유권을 이전하기로 하는 내용의 매매계약을 체결하였음에도

피고 B은 이 사건 공동사업약정에 따른 자산보관의무를 위반하여 피고 C, D에게 이 사건 토지에 관한 소유권이전가등기 및 본등기를 마쳐주었다.

나. 이에 주위적으로, 원고는 피고 B에 대한 자산보관의무의 이행 또는 2017. 3. 2. 매매계약상 의무 이행으로서 이 사건 토지에 관한 소유권이전등기청구권이 있고, 피고 C, D은 피고 B의 처분행위에 적극가담하였으므로 위 처분행위는 민법 제103조에 따라무효이거나 가등기담보에 관한 법률(이하 '가등기담보법'이라 한다)을 위반한 무효이므로(가사 가등기담보법이 적용되지 않는 경우라 하더라도 원고로부터 775,550,785원을변제받은 뒤 가등기 및 본등기를 말소하여야 한다) 원고는 원고의 피고 B에 대한 위와 같은 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 피고 B을 대위하여 피고 C, D을 상대로 이 사건 토지에 관한 소유권이전등기의 말소등기절차 이행을 구한다.

다. 예비적으로, 피고 B은 원고에게 이 사건 공동사업약정을 위반한 처분행위를 한채무불이행 또는 불법행위로 인한 손해배상책임(이후 시가를 입증할 예정이다)을 부담하는바, 원고에게 이 사건 토지의 2019. 5. 16. 당시 시가상당액을 지급할 의무가 있고, 피고 C은 원고의 피고 B에 대한 채권을 침해하는 불법행위를 저질렀으므로 피고 B과 각자 원고에게 위 시가 상당액의 손해배상의무가 있다(제1예비적 청구원인). 뿐만 아니라 피고 C은 2019. 3. 25. 이 사건 토지에 관한 가등기에 기한 본등기를 마치고 정산을 해주겠다고 약정하였음에도 정산금을 지급하지 아니하였으므로 원고에게 원고가 이 사건 토지 매매대금으로 지급한 매매대금 및 비용 합계 490,577,377원¹⁾ 상당의 부당이득을 반환할 의무가 있다(제2예비적 청구원인).

3. 판단

가. 주위적 청구에 관한 판단

1) 채권자대위소송에서 대위에 의하여 보전될 채권자의 채무자에 대한 권리(피보전권리)가 존재하는지 여부는 소송요건으로서 법원의 직권조사사항이고(대법원 2009. 4.23. 선고 2009다3234 판결 등 참조), 피보전권리가 인정되지 아니할 경우 채권자 대위소송은 부적법하게 되어 각하될 수밖에 없다(대법원 1992. 7. 28. 선고 92다8996 판결등 참조).

2) 원고의 주장에 의하더라도 원고, 피고 B과 H은 이 사건 토지를 개발하는 이 사건 사업을 공동으로

영위하기로 하는 공동사업약정을 체결하였다는 것인바(분양계약체결시 한 세대당 250만 원을 지급받기로 한 원고 주장의 공동사업약정 내용에 비추어피고 B이 단순한 명의수탁자로 보이지 아니하고, 원고도 명의신탁 해지가 아닌 이 사건 공동사업약정에 따른 의무 이행을 구하고 있다), 이 사건 공동사업약정은 민법상 조합계약에 해당한다고 보는 것이 타당하다(이하 이 사건 공동사업약정에 따라 구성된조합을 '이 사건 조합'이라 한다).

3) 그렇다면 피고 B이 이 사건 공동사업약정에 따른 자산보관의무를 부담한다 하더라도 그 이행청구권은 조합재산으로 동업자들인 조합원의 준합유에 속하는바, 앞서 인정한 사실에 변론 전체의 취지를 종합하여 알 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 자산보관의무의 이행으로서 조합원 중 1인인 원고에게 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 행위가 조합재산의 보존행위라고 볼 만한 근거가 없는 점, 조합원 중 1인인 피고 B이 이에 대하여 적극적으로 반대의사를 표시하고 있으므로 합유물의 보존행위와 조합의 통상사무를 조합원 각자가 할 수 있도록 한 취지에 비추어 이는 통상적 의미의 보존행위내지 통상사무에 해당한다고 보기 어려운 점, 설령 외관상 보존행위 내지 통상사무에 해당한다고 하더라도 '다른 조합원의 이의가 있는 때'에 해당하므로 민법 제706조 제3항에 따라 원고의 이행청구는 즉시 중지되어야 하는 점 등에 비추어 보면, 조합원 중1인인 원고가 이 사건 토지에 관한 이행청구권(소유권이전등기청구권)을 보유하는 것으로 볼 수 없다.

4) 한편, 갑3의 1의 기재에 의하면, 원고와 피고 B은 2017. 3. 2. 매매대금 11억 원에 이 사건 토지를 매매한다는 내용의 매매계약을 체결한 사실을 인정할 수 있으나,갑3의 2에 변론전체의 취지를 종합하면, 위 2017. 3. 2.자 매매계약 이후 원고와 주식회사 I (원고는 이 사건 사업을 위하여 원고를 대표이사로 하여 설립한 법인이라고 주장한다)이 2018. 3. 9. 이 사건 토지에 관하여 매매대금 10억 3,000만 원에 매매계약을 다시 체결한 사실을 인정할 수 있는바(원고는 위 2018. 3. 9.자 매매계약의 중개인이었다), 이러한 사정에 비추어 보면 설령 피고 B이 이 사건 토지에 관한 매매계약에 따른 소유권이전등기 이행의무를 부담한다고 하더라도 이는 원고가 아닌 이 사건 조합 내지주식회사 I 에 대한 것일지언정 원고에 대하여 부담하는 것이라고 볼 수는 없다.

5) 그렇다면 원고의 피고 B에 대한 자산보관의무 이행청구권 내지 매매계약에 따른 이행청구권이 인정되지 아니하므로, 이 사건 소 중 주위적 청구 부분은 피보전권리가 인정되지 않아 부적법하다.

나. 예비적 청구에 관한 판단

조합재산을 상실하게 하거나 횡령하는 등으로 입게 된 손해배상청구권 내지 정산약정에 따른 조합재산 반환 청구권, 조합재산인 이 사건 토지 매입대금 상당의 부당이득반환청구권은 모두 이 사건 조합의 재산으로 조합원의 준합유에 속하고, 조합재산에 관한 소는 필수적 공동소송에 해당하여 조합원 전원이 공동으로 제기하여야 하므로 조합원 중 1인에 불과한 원고가 제기한 이 사건 소 중 예비적 청구 부분은 당사자적격을 갖추지 못하여 부적법하다.

4. 결론

그렇다면 이 사건 소는 모두 부적법하여 주문과 같이 판결한다.

판사 남신향

1) 다만, 이 사건 예비적 청구취지에 기재된 청구금액은 이 사건 토지의 2019. 5. 16. 당시 시가 상당액이다.