

서울중앙지방법원 2019. 9. 26 선고 2017가합527617 판결 [소유권이전등기청구 등]

전 문

원 고 A

소송대리인 가. 변호사 김형순

나. 법무법인 대동

피 고 1. 주식회사 B

3. 주식회사 D (변경전상호 : 주식회사 E)

담당변호사 정동주

소송대리인 변호사 박종욱, 오흥석

7. 망 I의 소송수계인 J

변론 종결 2019. 6. 27.

판결 선고 2019. 9. 26.

주 문

1. 이 사건 소 중 피고 C 주식회사, 주식회사 D, 주식회사 F, G, H 주식회사에 대한 소를 각 각하한다.
2. 피고 J는 원고에게 별지 목록 기재 각 부동산에 관하여 2002. 8. 21. 매매를 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행하라.
3. 원고의 피고 주식회사 B에 대한 청구를 기각한다.
4. 소송비용 중 원고와 피고 J 사이에 생긴 부분은 피고 J가 부담하고, 원고와 나머지피고들 사이에 생긴 부분은 원고가 부담한다.

N

청 구 취 지

주문 제2항 및 피고 J에게, 1) 별지 목록 제1, 2항 기재 각 부동산에 관하여, 피고 주식회사 B는 수원지방법원 용인등기소 2003. 8. 5. 접수 제110495호 마친 소유권이전등기의, 피고 C 주식회사는 같은 등기소 2003. 8. 8. 접수 제112458호로 마친 소유권이 전등기의, 2) 별지 목록 제2항 기재 부동산에 관하여, 피고 주식회사 B는 같은 등기소 2004. 1. 6. 접수 제1243호로 마친 소유권이전등기의, 피고 주식회사 D은 같은 등기소 2015. 11. 12. 접수 제226309호로 마친 소유권이전등기의, 3) 별지 목록 제1항 기재 부동산에 관하여, 피고 주식회사 F은 같은 등기소 2016. 12. 19. 접수 제197789호로 마친 소유권이전등기의, 피고 주식회사 D은 같은 등기소 2017. 2. 17. 접수 제25760호로 마친 소유권이전등기의, 피고 주식회사 G는 같은 등기소 2017. 2. 17. 접수 제25762호로 마친 소유권이전등기의, 피고 H 주식회사는 같은 등기소 2017. 2. 17. 접수 제25764호로 마친 소유권이전등기의 각 말소등기절차를 이행하라.

이 유

1. 기초사실

가. 별지 목록 기재 각 부동산(이하 위 3개 부동산을 통틀어 '이 사건 부동산'이라하고, 일부 부동산만을 일컬을 경우 목록 순번에 따라 각 '이 사건 1부동산', '이 사건2부동산', '이 사건 3부동산'이라 한다)은 I의 소유였다.

나. 이 사건 1, 2부동산에 관하여,

1) 2002. 4. 12. 주식회사 K(이하 'K'라 한다)는 2002. 4. 11. 매매예약을 원인으로 한 소유권이전청구권가등기(이하 '이 사건 가등기'라 한다)를 마쳤고(뒤에서 보듯이 이는 형식적 채무자인 K의 실질적 채무자인 I에 대한 장래의 구상금채권을 담보하기 위한 것이다),

2) 피고 주식회사 B(이하 '피고 B'라 한다)는 2003. 6. 25. K로부터 위 소유권이 전청구권을 양수한

다음, 2003. 6. 26. 피고 B의 명의로 위 소유권이전청구권가등기의 이전등기를 마쳤고,

3) 그 후 피고 B는 2003. 8. 5. 위 가등기를 기초로 2002. 4. 11. 매매를 원인으로 한 소유권이전등기를 마쳤고, 2003. 8. 8. 피고 C 주식회사(이하 '피고 C'이라 한다)와 위 부동산에 관한 신탁계약(이하 '이 사건 신탁계약'이라 한다)을 체결한 다음, 같은 날 피고 C에 위 신탁을 원인으로 한 소유권이전등기를 마쳐주었다.

다. 그 후 이 사건 2부동산에 관하여, 2004. 1. 6. 피고 B는 신탁재산의 귀속을 원인으로 한 소유권이전등기를 마쳤다.

라. 그 후 이 사건 부동산에 관하여 수원지방법원 L로 부동산임의경매절차(이하 '이 사건 경매절차')가 개시되어, 2016. 1. 6. 실제 배당할 금액 991,468,000원 중에서 1순위로 당해세에 관한 교부권자인 용인시에게 12,012,760원이, 2순위로 근저당권자인 M,N에게 각 489,727,620원이 각 배당되었고, 피고 주식회사 D(이하 '피고 D'이라 한다)은 이 사건 경매절차에서 이 사건 부동산을 매수하여 2015. 11. 12. 매수대금을 모두 납부하고 같은 날 피고 D 명의로 소유권이전등기를 마쳤다.

마. 그 후 이 사건 1부동산에 관하여,

1) 피고 주식회사 F(이하 '피고 F'이라 한다)은 2016. 12. 19. 신탁을 원인으로 하여 같은 날 소유권이전등기를 마쳤고,

2) 2017. 2. 17. 피고 D은 2017. 2. 17. 신탁재산의 귀속을 원인으로 한 소유권이 전등기를 마쳤고,

3) 같은 날 뒤이어 피고 주식회사 G(이하 '피고 G'라 한다)는 2017. 2. 10. 매매를 원인으로 한 소유권이전등기를 마쳤고,

4) 같은 날 뒤이어 피고 H 주식회사(이하 '피고 H'이라 한다)는 2016. 11. 17. 신탁을 원인으로 한 소유권이전등기를 마쳤다.

바. I는 이 사건 소 제기 후인 2017. 6. 6. 사망하였고, 법정상속인으로는 피고 J와 O, P, Q이 있는데, O, P, Q은 상속포기 심판(서울가정법원 2017느단7290)에 의하여 상속포기 하였고, 피고 J가 I를 단독으로 상속하였다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 6, 11, 13, 14, 19, 46, 47호증(가지번호 모두포함, 이하에서 가지번호를 별도로 실시하는 경우를 제외하고는 이하 같다), 을바 제3호증의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 원고의 주장

가. 원고는 이 사건 부동산에 관하여 1에게 2002. 8. 21.자 매매계약 또는 2009. 5.25.자 약정에 기초한 소유권이전등기청구권을 보유하고 있다.

나. 한편 이 사건 1, 2부동산에 관하여 1는 피고 B에 대하여 1) 매매계약 해제에 따른 원상회복으로서 소유권이전등기의 말소등기청구권, 또는 2) 배임적 이중매매로서무효에 따른 말소등기청구권, 또는 3) 무효인 가등기에 기한 본등기로서 경료된 소유권이전등기에 대한 말소등기청구권을 보유하고 있고1), 피고 B는 피고 C에 대하여 이 사건 신탁계약에 기초한 잔여재산 반환청구권으로서 소유권이전등기의 말소등기청구권을 보유하고 있는바, 피고 J가 1의 권리를 승계하였다(이하에서는 1의 사망 전후를 불문하고 피고 J가 상속한 법률관계도 편의상 1의 채권채무로 실시하기로 한다).

다. 나아가 이 사건 경매절차는 이미 피담보채무가 소멸한 근저당권에 기하여 개시되어 무효이므로, 이 사건 부동산에 관한 피고 D 명의의 소유권이전등기, 그 후 이 사건 1부동산에 관하여 순차로 마쳐진 피고 F, 피고 D, 피고 G, 피고 H 명의의 각 소유권이전등기는 원인무효인 위 피고 D의 등기에 터 잡은 등기로서 모두 무효이다.

라. 따라서 원고는 피고 J에 대하여 이 사건 부동산에 관하여 소유권이전등기절차의 이행을 구하고,

나아가 피고 1에 대한 위 소유권이전등기청구권을 피보전채권으로 하여, 1) 이 사건 1부동산에 관하여는, 1 1를 대위하여 피고 B를 상대로, 2 1, 피고 B를 순차로 대위하여 피고 C을 상대로, ③

피고 1, 피고 B, 피고 C을 순차로 대위하여 피고F, 피고 D, 피고 G, 피고 H을 상대로 각

소유권이전등기의 말소등기절차의 이행을 구하고, 2) 이 사건 2부동산에 관하여는, 1 1를 대위하여

피고 B를 상대로, 2 1, 피고 B를 순차로 대위하여 피고 C을 상대로, ③ 피고 1, 피고 B를 순차로

대위하여 피고 D, 피고 F, 피고 G, 피고 H을 상대로 각 소유권이전등기의 말소등기절차의 이행을 구한

다.2)

3. 피고 J에 대한 판단

가. 청구의 표시

I는 원고에게 별지 목록 기재 각 부동산에 관하여 2002. 8. 21. 체결한 매매계약에 따른 소유권이전등기절차를 이행할 의무가 있고, I가 사망하여 피고 J는 I의 권리의무를 승계하였다.

나. 자백간주 판결 (민사소송법 제208조 제3항 제2호, 제150조 제3항)

4. 피고 B에 대한 판단

가. 피보전채권의 존재

1) 채권자대위소송에서 대위에 의하여 보전될 채권자의 채무자에 대한 권리(피보전채권)가 존재하는지 여부는 소송요건으로서 법원의 직권조사사항에 해당하여 자백간주의 대상이 될 수 없는바(대법원 2009. 4. 23. 선고 2009다3234 판결 등 참조), 위 3.항에서 살핀 바와 같이 피고 J에 대한 청구가 인용됨에도 불구하고 나머지 피고들에 대한 관계에서는 원고의 I에 대한 채권의 존재의 입증 필요하다고 할 것이다.

2) 따라서 살피건대, 원고는 피보전채권으로서 2002. 8. 21.자 매매계약 또는 2009. 5. 25.자 합의각서에 따른 소유권이전등기청구권을 주장한다.

먼저 2002. 8. 21.자 매매계약에 관하여 보건대, 갑 제7호증의 1 내지 4의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면, R 주식회사와 I 사이에 2002. 8. 21. 이 사건 부동산 등에 관하여 매매계약이 체결된 사실은 인정되나, 위 사실만으로 곧바로 원고가 I에 대한 소유권이전등기청구권을 가진다고 볼 수는 없고, 원고가 제출한 증거들만으로 이를 인정하기에 부족하며, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 원고의 I에 대한 위계약에 따른 소유권이전등기청구권은 인정될 수 없다.

다음으로 2009. 5. 25.자 약정에 관하여 보건대, 갑 제8호증의 3의 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면, 원고와 I 사이에 2009. 5. 25. '2002. 8. 21.자 매매계약과 관련하여 그 매매대금의 지급은 모두 완결되었고, 따라서 I는 참가인에게 이 사건 부동산에 관하여 위 매매계약을 원인으로 한 소유권이전등기를 이행하겠다'는 내용의 합의각서가 작성된 사실이 인정되는바, 위 인정사실에 의하면 원고는 I에 대하여 2009. 5. 25.자 약정에 기초한 소유권이전등기청구권을 가지고, 이는

채권자대위소송에서 피보전채권이 될 수 있다 할 것이다.

이에 대하여 일부 피고들은 위 약정 당시 I는 이미 이 사건 부동산의 소유권을 상실하여 무권리자였고, 원고가 I에게 지급하기로 한 17억 원을 지급하지 않아 피고 J가 원고의 채무불이행을 이유로 위 약정을 해제하였다고 주장하며 원고의 I에 대한 채권의 존재를 다툰다.

살피건대, 타인 권리의 매매가 허용되는 이상(민법 제569조 참조) 위 약정 당시 I가 이 사건 부동산의 소유자가 아니었다는 사정이 위 약정의 효력에 영향을 미친다고 볼 수 없고, 을가 제1호증의 1, 2의 각 기재만으로는 위 약정이 추후 해제되었다고 인정하기에 부족하며, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 위 피고들의 위 주장은 모두 이유 없다.

3) 따라서 원고의 I에 대한 2009. 5. 25.자 약정에 따른 이 사건 부동산에 관한 소유권이전등기청구권이 존재한다.

나. I의 피고 B에 대한 채권

1) 인정사실

갑 제11호증의 1의 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면, I와 피고 B 및 S(피고B의 대표이사)와 사이에 2003. 6.경 이 사건 1, 2부동산 등에 대한 권리를 양도함에 있어서 권리 양도의 대가로 ① 피고 B 등은 파주 선산을 경락 등의 방법으로 취득하여 이를 I에게 무상 양도하고, ② S은 I에게 20억 원을 지급하고, T 건물 및 U 건물의 소유권을 취득하여 이를 I에게 무상으로 양도하되, 위 부동산에 대한 경락대금 및 부대비용은 위 20억 원에서 공제하기로 한다는 내용의 합의(이하 '이 사건 합의'라 한다)를하고, 2003. 8. 4.경 위와 같은 내용을 담은 합의서를 작성한 사실이 인정된다.

2) 이 사건 합의의 해제로 인한 원상회복으로서 말소등기청구권 인정 여부

가) 원고의 주장

피고 B는 이 사건 합의에 따른 의무를 전혀 이행하지 않아 I는 이 사건 합의를 해제하였으므로, 피고 B는 I에 대하여 계약 해지에 따른 원상회복으로서 이 사건 1,2부동산에 관한 소유권이전등기를 말소할 의무가 있다.

나) 이 사건 1부동산

갑 제11호증의 8의 기재에 의하면, 1가 2008. 7. 4.경 이 사건 1부동산을 포함한 20개 필지(이하 '대상부동산'이라 한다)에 대하여 이 사건 합의 해제를 원인으로 한가액반환을 구하는 소(서울중앙지방법원 2008가합64220)를 제기한 사실, 위 소송에서 위 법원은 2009. 2. 20. 피고 B 등이 이 사건 합의에 따른 의무를 불이행하여 해제 의사표시가 담긴 위 사건의 소장 부분이 2008. 7. 31. 피고 B 등에게 송달되어 적법하게 해제되었다고 판단하면서, 원상회복에 관하여는 대상부동산 대부분이 제3자에게 처분되어 경험법칙 또는 거래상의 관념에 비추어 볼 때 원물반환의무는 이행불능이 되었다는 이유로 가액반환으로서 청구금액인 5억 원을 전부 인용하는 판결을 선고한 사실, 위 판결은 2009. 3. 11. 그대로 확정된 사실이 인정된다.

위 인정사실에 의하면, 이 사건 1부동산에 관하여 피고 B는 1에게 이 사건 합의 해제에 따른 원상회복으로서 위 5억 원의 지급의무가 존재한다고 할 것이므로, 달리 위 금전지급의무가 원물반환의무로 전환되었다고 볼 만한 아무런 증거가 없는 이 사건에 있어서 이와 다른 전제에서 이 사건 1부동산의 원물반환을 구하는 원고의 이부분 주장은 이유 없다.

다) 이 사건 2부동산

원고는 1가 2008. 5. 22. 이 사건 2부동산에 관하여 '계약해지로 인한 소유권원상회복청구권'을 피보전권리로 하여 처분금지가처분결정을 받았음을 이유로 그 무렵 이 사건 2부동산에 관한 이 사건 합의가 해제되었다는 취지로 주장한다.

살피건대, 갑 제5호증의 기재에 의하면, 이 사건 2부동산에 관하여 2008. 5.22.자 가처분결정을 원인으로 '계약해지로 인한 소유권원상회복청구권'을 피보전권리로 한 처분금지가처분 기입등기가 마쳐진 사실은 인정된다. 그러나, 위 가)항에서 살핀 바와 같이 이 사건 1부동산에 관한 해제 의사표시가 위 서울중앙지방법원 2008가합64220 사건의 소장 부분의 송달로써 행사된 점, 위 소송은 2008. 7. 4.에서야 소제기되었고 그 소장 부분은 2008. 7. 31.에야 피고 B에게 송달된 점 등을 고려하면, 위 사실만으로 위 2008. 5. 22. 무렵 이 사건 2부동산에 관한 이 사건 합의가 적법하게 해제되었다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 따라서 원고의 이 부분주장도 이유 없다.

3) 배임에 의한 이중매매로서 무효에 따른 말소등기청구권 인정 여부

가) 원고의 주장

피고 B는 I가 이미 원고에게 이 사건 부동산을 매도한 사실을 잘 알면서도 2003. 6.경 I에게 적극적으로 이중매매를 요청하는 등 적극 가담하여 이 사건 합의를 하였는바, 이 사건 합의는 배임에 해당하는 이중매매로서 무효이므로, I는 피고 B에 대하여 무효인 피고 B 명의의 소유권이전등기의 말소청구권을 갖는다.

나) 판단

(1) 이중매매를 사회질서에 반하는 법률행위로서 무효라고 하기 위해서는, 제2매수인이 이중매매 사실을 아는 것만으로는 부족하고, 나아가 매도인의 배임행위(또는 배신행위)를 유인, 교사하거나 이에 협력하는 등 적극적으로 가담하는 것이 필요하며, 그와 같은 사유가 있는지를 판단할 때에는 이중매매계약에 이른 경위, 약정된 대가 등 계약 내용의 상당성 또는 특수성 및 양도인과 제2매수인의 관계 등을 종합적으로 살펴보아야 한다(대법원 2009. 9. 10. 선고 2009다23283 판결 등 참조).

(2) 살피건대, 갑 제21 내지 44호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, I의 동서로서 이 사건 매매계약이 체결될 당시 주식회사 V(대표이사 I)의 부사장이었던 W이 2003년 5월경부터 2003년 7월경 사이에 피고 B의 부사장으로 근무하며 I와 피고 B가 이 사건 각 부동산에 관하여 체결한 매매계약에 관여한 사실은 인정된다. 그러나 위 인정사실만으로는 피고 B가 이 사건 매매계약 체결 사실 등을 잘 알면서도 I의 배임행위에 적극 가담하였다고 단정하기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 위 매매계약이 반사회질서에 해당하는 법률행위라는 원고의 위 주장은 이유 없다.

4) 무효인 가등기에 터잡은 본등기로서 소유권이전등기에 대한 말소등기청구권 인정 여부

가) 원고의 주장

이 사건 가등기는 K의 I에 대한 대여금채권 또는 구상금 채권을 담보하기 위한 담보가등기이다. K는 피고 B에게 이 사건 가등기에 대한 이전등기를 마쳐주었으나, 당시 피담보채권이 존재하지 아니하였거나 채무인수가 함께 이루어지지 아니하여 결국 위 담보가등기에 관한 피담보채권의 양도가 수반되지 아니하였다. 따라서 피고 B 명의의 가등기이전등기는 담보물권의 부종성 또는 수반성에 반하거나 가등기담보 등에 관한 법률(이하 '가등기담보법'이라 한다)을 잠탈하는 것이어서 무효이고, 이에 터 잡아 마쳐진 본등기 역시 가등기담보법에 반하여 무효이다.

나) 판단

(1) 이 사건 가등기의 성질

앞서 든 증거들 및 그 인정근거에 의하면, 1 I 등과 K는 2002. 4. 10. K가 I 등의 소유인 이 사건 1, 2부동산을 포함한 인근 토지를 담보로 X은행과 Y은행으로부터 합계 60억 원을 대출받아 이를 I 등에게 교부하되, K의 채권 보전을 위하여 위 부동산에 관하여 K 명의의 가등기를 설정하기로 약정한 사실, ② 위 약정에 따라 2002.4. 11. 위 부동산에 관하여 채권최고액 38억 원, 채무자 K, 근저당권자 주식회사 X으로 하는 근저당권설정등기가, 같은 날 채권최고액 57억 원, 채무자 K, 근저당권자 주식회사 Y으로 하는 근저당권설정등기가 각 마쳐졌고, K는 위 저축은행들로부터 합계 60억 원(= 29억 원 + 31억 원)의 대출을 받아 이를 I 등에게 교부한 사실, ③ 위 각 담보대출금의 이자는 I 등이 K 명의로 저축은행들에 직접 납부하였고, K의 대표이사 Z는 수사기관에서 I 에게 대출 명의를 빌려준 것이라고 진술한 사실이 인정된다.

위 인정사실에 의하면, 이 사건 가등기는 비록 매매예약을 원인으로 한소유권이전청구권을 보전하는 것으로 등기되어 있지만, 그 실질은 차명대출의 형식적채무자인 K가 실질적 채무자인 I 에 대하여 장래 갖게 될 수도 있는 구상금채권(이는 K와 I 사이의 특약에 의하여 발생할 수도 있고, 그러한 특약이 없더라도 민법 제688조에 따라 수임인의 비용상환청구권으로 인정될 수 있다)을 담보하기 위해 마친 담보가 등기라 할 것이다.

(2) 이 사건 가등기에 대한 피고 B 명의 이전등기의 효력

(가) 앞서 든 증거들 및 그 인정근거에 의하면, I가 이 사건 합의에 따라 피고B가 2003. 6. 25. 무렵 K와 이 사건 1, 2부동산 등에 관하여 마쳐진 가등기의 모든 권리는 B가 양도받되, 이 사건 1, 2부동산 등을 담보로 한 K 명의의 대출금채무 합계 60억원을 B가 면책적으로 인수하기로 약정한 사실이 인정된다.

(나) 위 인정사실에 의하면, 이 사건 가등기는 처음에는 I 에 대한 장래의 구상금채권을 담보하기 위한 담보가등기였으나, 부동산 소유자인 I 등과 가등기권자인 K및 이 사건 가등기의 양수인인 피고 B 사이에서 이 사건 가등기를 I 와 B 사이의 이 사건 합의(매매)를 원인으로 한 소유권이전청구권을 보전하는 가등기로 유용하기로 하는 내용의 합의가 있었다고 봄이 타당하다. 따라서 이 사건 가등기에

대한 피고 B 명의 이전등기는 2003. 6. 이 사건 합의 즉 매매를 원인으로 한 소유권이전청구권 보전을 위한 가등기로 유효 하게 성립되었다고 보아야 한다. 이와 달리 위 가등기이전등기가 담보가등기를 이전받은 것임을 전제로 피담보채권이 함께 양도되지 않아 담보물권의 수반성에 위배되어 무효라는 취지의 원고의 이 부분 주장은 나아가 살필 것 없이 이유없다.

(다) 다음으로, 가등기담보법과 관련하여 담보가등기를 소유권이전청구권 보전을 위한 가등기로 유용하는 것이 가능한지 보건대, 가등기담보법이 적용되는 담보가등기의 경우에는 가등기권리자가 그 목적물의 소유권을 취득하려면 반드시 가등기담보법제3조, 제4조가 정한 청산절차를 사전에 거쳐야 하기 때문에(대법원 2017. 5. 17. 선고2017다202296 판결 등 참조) 위 청산절차를 거치지 않은 상태에서 이루어진 소유권이 전청구권 보전을 위한 가등기로의 유용 합의는 강행법규인 가등기담보법에 위배되어무효라고 볼 여지가 있으나, 가등기담보법이 적용되지 않는 담보가등기의 경우에는 등기부에 담보가등기라는 취지가 등기되어 있지 않은 이상(이 사건 가등기는 그 실질이 담보가등기임에도 소유권이전청구권 보전을 위한 가등기로 등기되어 있었다) 소유권이 전청구권 보전을 위한 가등기로 유용하는 합의가 허용되지 않는다고 할 아무런 근거가 없다.

그런데 가등기담보법은 차용물의 반환에 관하여 다른 재산권을 이전할것을 예약한 경우에 적용되므로(대법원 2016. 10. 27. 선고 2015다63138, 63145 판결등 참조), 이 사건 가등기와 같이 차명대출에서 형식적 채무자가 실질적 채무자에 대하여 갖는 장래의 구상금채권을 담보하기 위하여 가등기가 마쳐진 경우에는 위 법률이 적용되지 않는다. 이에 대하여 원고는 K와 I 등 사이에 차용증서(갑 제46호증)가 작성되었으므로 이에 따른 대여금채권도 이 사건 가등기의 피담보채권에 해당한다고 주장하나, 위 차용증서는 I 등이 K 명의를 빌려 대출을 받으면서 형식적 채무자인 K의 법적 불안을 해소하기 위하여 작성해 준 것일 뿐 K와 I 등 사이의 실질관계가 금전소비대차라고 보기 어렵다. 그러므로 이 사건 가등기를 소유권이전청구권 보전을 위한 가등기로 유용하는 것은 허용된다고 할 것이다.

(라) 다음으로, 담보가등기인 이 사건 가등기가 그 피담보채권이 변제되지 않은 상태에서 소유권이전청구권 보전을 위한 가등기로 유용될 수 있는지 보건대, 피고B가 I 등이 K 명의로 대출받은 채무를 인수함에 따라 I 등이 장래 구상금채무를 부담하게 될 가능성이 없어지게 되어 이

사건 가등기는 피담보채권의 소멸로 말소되어야할 운명이었으므로, 피고 B가 1 등으로부터 이 사건 1, 2부동산 등을 매수하기로 하고 그에 기초한 소유권이전청구권의 보전을 위하여 무효가 될 이 사건 가등기를 유용하기로 합의하는 것은 충분히 가능하다고 할 것이다.

(마) 끝으로, 가등기 유용 합의 이전에 다수의 제3자의 가압류등기가 된 사정이 가등기 유용 합의의 효력에 영향을 미치는지 본다. 이 사건과 같이 가등기 유용의 합의에 따라 가등기이전등기를 마친 자는 언제든지 부동산의 소유자에 대하여 위 가등기 유용의 합의를 주장하여 가등기의 유효를 주장할 수 있고, 다만 그 가등기이전등기 이전에 등기상 이해관계를 가지게 된 자에 대하여는 위 가등기 유용의 합의 사실을 들어 그 가등기의 유효를 주장할 수는 없다(대법원 1998. 3. 24. 선고 97다56242 판결, 대법원 2009. 5. 28. 선고 2009다4787 판결 등 참조). 한편 채권자대위권을 행사하는 채권자는 채무자의 제3채무자에 대한 권리를 행사하는 것이므로 채무자 자신이 주장할 수 있는 사유의 범위 내에서 주장할 수 있을 뿐, 자기와 제3채무자 사이의 독자적인사정에 기한 사유를 주장할 수는 없다(대법원 2009. 5. 28. 선고 2009다4787 판결 등 참조). 그렇다면, 원고가 1를 대위하여 피고 B 명의 가등기이전등기의 무효를 주장하는 이 사건에서, 피고들이 위 가등기 유용의 합의로 원고에게 대항하지 못한다고 하려면, 1가 위 가등기 유용 합의 이전에 이 사건 부동산을 가압류하는 등 등기상 이해관계를 가지게 되었다는 사정이 있어야 하는데, 이를 인정할 증거가 없다.

(바) 따라서 이 사건 가등기에 대한 피고 B 명의 이전등기는 유효하다.

(3) 피고 B 명의 본등기의 효력

앞서 보았듯이 이 사건 가등기는 차명대출에서 형식적 채무자가 실질적 채무자에 대하여 갖는 장래의 구상금채권을 담보하기 위하여 마쳐진 것으로서 가등기담보법이 적용되지 않는 담보가등기이다. 또한 피고 B의 가등기 이전등기는 가등기 유용합의에 따라 담보가등기에서 소유권이전청구권 보전을 위한 가등기로 유용된 것이므로, 마찬가지로 가등기담보법이 적용되지 않는다. 그렇다면 어느 모로 보나 피고 B의 가등기에 기초한 본등기에는 가등기담보법이 적용될 여지가 없으므로, 이를 전제로 하는 원고의 주장은 나아가 살필 필요 없이 이유 없다.

또한, 원고가 주장하는 사정만으로는 피고 B의 가등기에 기초한 본등기가 선행 가압류권자들의 권리를 부당하게 침탈하려는 불법한 목적 달성을 그 동기로 한반사회적 법률행위로서 무효라고 보기

어렵고, 그 밖에 이를 인정할 증거가 없다.

5) 소결론

결국 I의 피고 B에 대한 소유권이전등기 말소청구권은 인정되지 않으므로, 원고의 피고 B에 대한 청구는 피대위권리의 존재가 인정되지 아니하여 이유 없다.

5. 피고 C에 대한 판단

가. 피보전채권에 관한 적법요건

1) 채권자대위소송에 있어서 대위에 의하여 보전될 채권자의 채무자에 대한 권리가 인정되지 아니할 경우에는 채권자가 스스로 원고가 되어 채무자의 제3채무자에 대한 권리를 행사할 당사자적격이 없게 되므로, 그 대위소송은 부적법하여 각하할 수밖에 없다(대법원 2008. 2. 28. 선고 2007다9412 등 참조). 이 사건과 같이 채권자가 복수의 중간채무자들을 순차로 대위하여 제3채무자에 대한 권리를 행사하는 경우 채권자의 피보전채권 뿐만 아니라 순차로 대위되는 중간채무자들의 피보전채권도 모두 존재하여야 한다. 따라서 이 사건에서 원고가 I와 피고 B를 순차 대위하여 피고 C에게 소유권이전등기의 말소를 구하려면, 피보전채권으로서 I에 대한 채권 뿐만 아니라 I의 피고 B에 대한 채권 역시 존재하여야 한다.

2) 그리고 채권자대위소송에서 대위에 의하여 보전될 채권자의 채무자에 대한 권리(피보전채권)가 존재하는지 여부는 소송요건으로서 법원의 직권조사사항이므로, 법원으로서 그 판단의 기초자료인 사실과 증거를 직권으로 탐지할 의무까지는 없다 하더라도, 법원에 현출된 모든 소송자료를 통하여 살펴본다 피보전채권의 존부에 관하여 의심할 만한 사정이 발견되면 직권으로 추가적인 심리·조사를 통하여 그 존재 여부를 확인하여야 할 의무가 있다(대법원 2009. 4. 23. 선고 2009다3234 판결 참조).

나. 이 사건의 경우

살피건대, 앞서 4.의 가. 항에서 살핀 바와 같이 원고의 I에 대한 소유권이전등기청구권이 존재한다. 그러나, I의 피고 B에 대한 소유권이전등기의 말소등기청구권이 존재하지 아니함은 위 4.의 나.

항에서 살핀 바와 같으므로, 원고가 1, 피고 B를 순차로 대위하여 구하는 피고 C에 대한 청구는 당사자적격을 흠결하여 부적법하다. 따라서 원고의 피고 C에 대한 청구는 본안에 대하여 나아가 살필 필요 없이 각하되어야 한다.

6. 피고 D에 대한 판단

가. 이 사건 1부동산에 관한 2017. 2. 17.자 소유권이전등기 말소청구 : 중복제소

1) 본안전항변

위 피고는, 원고의 이 부분 청구는 AA은행이 피고 B에 대한 채권을 보전하기 위하여 피고 B, 피고 C를 순차로 대위하여 피고 D 등에게 청구한 소유권이전등기 말소등기 청구의 소와 중복제소에 해당하여 부적법하다는 취지로 주장한다.

2) 관련 법리

법원에 계속되어 있는 사건에 대하여 당사자는 다시 소를 제기하지 못하며(민사소송법 제259조), 채권자가 채무자를 대위하여 제3채무자를 상대로 제기한 채권자대위소송이 법원에 계속 중 채무자와 제3채무자 사이에 채권자대위소송과 소송물을 같이하는 내용의 소송이 제기된 경우, 양 소송은 동일소송이므로 후소는 중복제소금지원칙에 위배되어 제기된 부적법한 소송이라 할 것이고, 이 경우 전소, 후소의 판별기준은 소송계속의 발생시기의 선후에 의할 것이다(대법원 1992. 5. 22. 선고 91다41187 판결 등참조). 또한, 당사자와 소송물이 동일한 소송이 시간을 달리하여 제기된 경우 전소가 후소의 변론종결시까지 취하·각하 등에 의하여 소송계속이 소멸되지 않으면 후소는 중복제소금지에 위반하여 제기된 소송으로서 부적법하다(대법원 2017. 11. 14. 선고2017다23066 판결 등 참조).

3) 인정사실

아래와 같은 사실은 당사자들 사이에 다툼이 없거나, 이 법원에 현저하다.

가) 원고는 2017. 4. 19. 이 사건 소를 제기하였는데, 원고의 소장 부분은 2017.5. 8. 피고 D에게 송달되었다.

나) AA은행은 2017. 2. 22. 이 사건 1부동산에 관하여 피고 F, 피고 D, 피고 G, 피고 H를 상대로, 자신이 피고 B에 대한 채권자임을 전제로 피고 B, 피고 C를 순차로 대위하여 위 기초사실 마. 항 1)

내지 4) 기재 각 소유권이전등기의 말소등기를 청구하는 소(수원지방법원 2017가단506567)를 제기하였는데, AA은행의 소장 부분은 2017. 3.8. 피고 D에게 송달되었다.

다) AA은행이 피고 D에 대하여 제기한 위 채권자대위소송의 소송물은 모두 이 사건에서 원고가 순차 대위하여 피고 D에 대하여 청구하는 소송물과 동일하다.

라) AA은행이 제기한 위 소송은 2019. 5. 15. 제1심 판결이 선고되었고, 이에 대하여 쌍방 항소하여 항소심 재판이 계속 중이다(수원지방법원 2019나69254).

4) 판단

위 인정사실에 의하면, 이 사건 변론종결일인 2019. 6. 27. 위 선행사건이 소 계속 중이고, 이 사건은 위 선행 채권자대위소송과 소송물을 같이하는 소로서 중복소송에 해당하여 부적법하다. 따라서 위 피고의 본안전항변은 이유 있다.

나. 이 사건 2부동산에 관한 청구 : 피보전채권 부존재

1) 피보전채권에 관한 적법요건

채권자대위소송에 있어서 대위에 의하여 보전될 채권자의 채무자에 대한 권리가 인정되지 아니할 경우에는 채권자가 스스로 원고가 되어 채무자의 제3채무자에 대한 권리를 행사할 당사자적격이 없게 되므로, 그 대위소송은 부적법하여 각하할 수밖에 없다(대법원 2008. 2. 28. 선고 2007다9412 등 참조). 이 사건과 같이 채권자가 복수의 중간채무자들을 순차로 대위하여 제3채무자에 대한 권리를 행사하는 경우 채권자의 피보전채권 뿐만 아니라 순차로 대위되는 중간채무자들의 피보전채권도 모두 존재하여야한다. 따라서 이 사건에서 원고가 I와 피고 B 등을 순차 대위하여 피고 D에게 소유권이전등기의 말소를 구하려면, 피보전채권으로서 I에 대한 채권 뿐만 아니라 I의 피고 B에 대한 채권 역시 존재하여야 한다.

그리고 채권자대위소송에서 대위에 의하여 보전될 채권자의 채무자에 대한 권리(피보전채권)가 존재하는지 여부는 소송요건으로서 법원의 직권조사사항이므로, 법원으로서 그 판단의 기초자료인 사실과 증거를 직권으로 탐지할 의무까지는 없다 하더라도, 법원에 현출된 모든 소송자료를 통하여 살펴본다 피보전채권의 존부에 관하여 의심할 만한 사정이 발견되면 직권으로 추가적인

심리·조사를 통하여 그 존재 여부를 확인하여야 할 의무가 있다(대법원 2009. 4. 23. 선고 2009다3234 판결 참조).

2) 이 사건의 경우

살피건대, 원고의 I에 대한 피보전채권이 존재함은 앞서 본 바와 같으나, I의 피고 B에 대한 청구권이 존재하지 아니함은 앞서 살핀 바와 같으므로, 원고가 I, 피고 B등을 순차로 대위하여 피고 D에 대하여 제기한 이 사건 대위청구는 당사자적격을 흠결하여 부적법하다.

다. 소결론

따라서 원고의 피고 D에 대한 청구는 모두 부적법하므로, 본안에 관하여 나아가 살필 필요 없이 각하되어야 한다.

7. 피고 F, 피고 G, 피고 H에 대한 판단 : 중복제소

가. 본안전항변

위 피고들은, 원고의 위 피고들에 대한 청구는 AA은행이 피고 B에 대한 채권을 보전하기 위하여 피고 B, 피고 C을 순차로 대위하여 위 피고들에게 청구한 소유권이전등기 말소등기 청구의 소와 중복제소에 해당하여 부적법하다는 취지로 주장한다.

나. 관련 법리

살피건대, 법원에 계속되어 있는 사건에 대하여 당사자는 다시 소를 제기하지 못하며(민사소송법 제259조), 채권자가 채무자를 대위하여 제3채무자를 상대로 제기한 채권자대위소송이 법원에 계속 중 채무자와 제3채무자 사이에 채권자대위소송과 소송물을 같이하는 내용의 소송이 제기된 경우, 양 소송은 동일소송이므로 후소는 중복제소금지원칙에 위배되어 제기된 부적법한 소송이라 할 것이고, 이 경우 전소, 후소의 판별기준은 소송계속의 발생시기의 선후에 의할 것이다(대법원 1992. 5. 22. 선고 91다41187 판결 등 참조). 또한, 당사자와 소송물이 동일한 소송이 시간을 달리하여 제기된 경우 전소가 후소의 변론종결시까지 취하·각하 등에 의하여 소송계속이 소멸되지 않으면

후소는 중복제소금지에 위반하여 제기된 소송으로서 부적법하다(대법원 2017. 11.14. 선고 2017다23066 판결 등 참조).

다. 인정사실

아래와 같은 사실은 당사자들 사이에 다툼이 없거나, 이 법원에 현저하다.

- 1) 원고는 2017. 4. 19. 이 사건 소를 제기하였는데, 원고의 소장 부분은 2017. 5.8. 피고 F, 피고 G에게, 2017. 5. 4. 피고 H에게 각 송달되었다.
- 2) AA은행은 2017. 2. 22. 이 사건 1부동산에 관하여 피고 F, 피고 G, 피고 H를 상대로, 자신이 피고 B에 대한 채권자임을 전제로 피고 B, 피고 C을 순차로 대위하여 위 기초사실 마.항 1) 내지 4) 기재 각 소유권이전등기의 말소등기를 청구하는 소(수원지방법원 2017가단506567)를 제기하였는데, AA은행의 소장 부분은 2017. 3. 7. 피고F, 피고 G, 피고 H에게 각 송달되었다.
- 3) AA은행이 위 피고들에 대하여 제기한 위 채권자대위소송의 소송물은 모두 이사건에서 원고가 순차 대위하여 위 피고들에 대하여 청구하는 소송물과 동일하다.
- 4) AA은행이 제기한 위 소송은 2019. 5. 15. 제1심 판결이 선고되었고, 이에 대하여 쌍방 항소하여 항소심 재판이 계속 중이다(수원지방법원 2019나69254).

라. 판단

위 인정사실에 의하면, 이 사건 변론종결일인 2019. 6. 27. 위 선행사건 소송이 계속 중이고, 이 사건은 위 선행 채권자대위소송과 소송물을 같이하는 내용의 소송이 제기된 경우로서 중복소송에 해당하여 부적법하다. 따라서 위 피고들의 본안전항변은 이유 있다.

8. 결론

그렇다면, 원고의 이 사건 소 중 피고 C, D, F, G, H에 대한 각 소는 모두 부적법하여 이를 각하하고, 피고 J에 대한 청구는 이유 있어 이를 인용하며, 피고 B에 대한 청구는 이유 없어 이를 기각하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 정도영, 판사 이효은, 판사 정지원

별지

목 록

1. 경기도 용인시 처인구 창고용지 418㎡
2. 경기도 용인시 처인구 , (지번변경 전 ,)
 위 지상
 벽돌조 스라브지붕 주택 2층 38.22㎡
 세멘부력조 스테트지붕 축사 1동 350.20㎡
3. 경기도 용인시 처인구 , (지번변경 전 ,)
 위 지상
 벽돌조 아스팔트섬굴잇기지붕 2층건 관리자
 1층 99.72㎡
 2층 206.76㎡

1) 이 사건 2부동산에 관하여는 피고 B 앞으로 1 매매를 원인으로 2003. 8. 5. 마쳐진 소유권이전등기, 2 신탁재산의 귀속을 원인으로 2004. 1. 6. 마쳐진 소유권이전등기가 존재하는바, 원고는 후자에 대하여 별도의 말소등기 권원을 주장하지 아니하는바, 위 두 등기에 대하여 동일하게

위 1) 내지 3) 청구권을 주장하는 것으로 보인다.

2) 피고 D 명의의 이 사건 1부동산에 관한 소유권이전등기 중 2015. 11. 12.자 소유권이전등기 및 이 사건 3부동산에 관한 소유권이전등기의 각 말소등기청구는 2018. 8. 20.자 소일부취하서에 대하여 위 피고가 이를 송달받은 날로부터 2주 이내에 이의 를 제기하지 않음으로써 민사소송법 제266조 제6항에 의하여 소취하로 소멸하였다.