

수원지방법원 2019. 1. 23 선고 2016가단804721, 2018가단508843 판결 [소유권이전등기말소
청구의 소, (공동소송참가) 소유권이전등기말소 청구의 소]

재판경과

수원지방법원 2021. 4. 27 선고 2019나58957, 2019나58964 판결

수원지방법원 2019. 1. 23 선고 2016가단804721, 2018가단508843 판결

전문

원고 주식회사 한●●은행

부천시 부천로 XXXX

대표이사 김△일

지배인 김△희

소송대리인 법무법인(유한) 바른

담당변호사 박상오, 손흥수

원고공동소송

참가인 김■태

용인시 처인구 XXXX

소송대리인 변호사 김형순

소송대리인 법무법인 두우

담당변호사 김덕진 문아라

피고 주식회사 동△개발

평택시 청원로 XXXX

대표이사 최■원, 김●원, 임□택

소송대리인 변호사 서왕식

소송대리인 법무법인 로쿨 담당변호사 손수일, 박제현, 이보라

소송복대리인 변호사 김유미

변론종결 2019. 1. 9.

판결선고 2019. 1. 23

주 문

1. 원고의 소 중 별지 목록 제17항 기재 부동산에 관한 부분을 각하한다.
2. 피고는 소외 케△▽×동산신탁 주식회사에게 별지 목록 제5항 기재 부동산에 관하여 수원지방법원 용인등기소 2015. 11. 12. 접수 제226309호로 마친 소유권이전등기의 말소등기절차를 이행하라.
3. 피고는 소외 김◆주에게 별지 목록 제17항 기재 부동산에 관하여 수원지방법원 용인등기소 2015. 11. 12. 접수 제226309호로 마친 소유권이전등기의 말소등기절차를 이행하라.
4. 소송비용 중 원고와 피고 사이에 생긴 부분 중 1/10은 원고가, 나머지는 피고가 각 부담하고,

원고공동소송참가인과 피고 사이에 생긴 부분은 피고가 부담한다.

청 구 취 지

원고 : 주문 제2항 및 피고는 소외 김◆주에게 별지 목록 제17항 기재 부동산에 관하여 수원지방법원
용인등기소 2015. 11. 12. 접수 제226309호로 마친 소유권이전등기의 말소등기절차를 이행하라.
원고공동소송참가인(이하 '참가인'이라고만 한다) : 주문 제2, 3항 기재와 같다.

이 유

1. 인정 사실

가. 주식회사 제△△△신용금고는 2001. 6. 18. 주식회사 삼□산업(이하 '삼□산업')에 70억 원을
변제기 2002. 6. 19.로 정하여 대여하고, 삼□산업이 주식회사 제△△△신용금고에 대하여 현재
또는 장래에 부담할 대출금채무 등을 담보하기 위하여 별지 목록 기재 각 부동산에 관하여
수원지방법원 용인등기소 2001. 6. 19. 접수 제62403호로 채권최고액 91억 원, 채무자
삼□산업으로 하는 공동근저당권설정등기(이하 이에 의한 권리를 '1순위 근저당권')를 마쳤다.

나. 주식회사 제△△△신용금고는 2002. 3. 22. 주식회사 제□▲▲저축은행으로 상호를 변경하였고,
주식회사 제□▲▲저축은행은 2002. 8. 16. 삼□산업과 2001. 6. 18.자 대출금 채권의 변제기를
2003. 2. 16.까지로 연장하고, 이율 연 15%, 지연손해금을 연 25%로 정하는 내용의
여신거래약정을 체결하였다.

다. 주식회사 제□▲▲저축은행은 2004. 1. 29. 주식회사 솔□더스(이하 '솔□더스')에 삼□산업에
대한 대여원금 70억 원과 이에 대한 이자채권(이하 통틀어 '1순위 근저당권의 피담보채권')을

양도하고, 같은 날 1순위 근저당권에 관하여 이전의 부기등기를 마쳐주었다. 솔□더스는 1순위 근저당권 중 91분의 78 지분에 관하여 주식회사 동□▲▲저축은행에 수원지방법원 용인등기소 2004. 1. 29. 접수 제8812호로 채권액 60억 원, 채무자 솔□더스인 근저당권부질권 설정등기를 마쳐주었고, 2006. 5. 19. 최△석에게 1순위 근저당권의 피담보채권을 양도하고, 2006. 7. 27. 1순위 근저당권에 관하여 이전의 부기등기를 마쳐주었다. 김♡섭, 최■원은 2007. 3. 8. 최△석에게서 1순위 근저당권의 피담보채권을 양도받고, 다음날 1순위 근저당권에 관하여 이전의 부기등기를 마쳤다.

라. 원고(변경 전 상호 '주식회사 새◇리 상♡◇@은행')는 2001. 6. 18. 삼□산업에 50억 원을 대여하고, 삼□산업이 원고에 대하여 현재 또는 장래에 부담할 대출금채무 등을 담보하기 위하여 별지 목록 기재 부동산에 관하여 수원지방법원 용인등기소 2001. 6. 18. 접수 제62404호로 채권최고액 59억 원, 채무자 삼□산업으로 하는 공동근저당권설정등기(이하 이에 의한 권리를 '2순위 근저당권')를 마쳤다. 그후 원고는 대환을 거치면서 2003. 2. 11. 삼□산업에 70억 원을 이율 연 16%, 지연손해금율 연 25%, 변제기 2004. 2. 11.로 정하여 대출하였다.

마. 원고는 2003. 3. 6. 최성학에게 삼□산업에 대한 70억 원 상당의 대출금 채권 중 59억 원 상당의 대출금 채권을 양도(이하 통틀어 '2순위 근저당권의 피담보채권')하였고, 다음날 2순위 근저당권에 관하여 이전의 부기등기를 마쳐주었다. 최성학은 2003. 6. 16. 솔□더스에 2순위 근저당권의 피담보채권을 양도하고, 2003. 9. 16. 2순위 근저당권에 관하여 이전의 부기등기를 마쳐주었다.

바. 원고는 2003. 9. 16. 솔□더스에 55억 원을 대여하고, 같은 날 2순위 근저당권의 피담보채권에 관하여 채권액 59억 원, 채무자 솔□더스인 근저당권부질권 설정등기를 마쳤다.

사. 채권자 신용보증기금의 신청에 따라 별지 목록 기재 부동산 중 제5항, 제17항, 제18항 기재 부동산(이하 제5항 부동산을 '이 사건 1부동산', 제17항 부동산을 '이 사건 2부동산', 위 세부동산을

통틀어 '이 사건 부동산'이라 한다)을 제외한 나머지 부동산에 관하여 수원지방법원

2007타경19968, 2007타경28979(병합)호로 부동산강제경매절차(이하 '별건 경매절차')가

개시되어, 1순위 근저당권의 질권자인 주식회사 동□▲▲저축은행이 6,031,353,085원, 1순위

근저당권자인 김♡섭, 최■원이 3,068,646,915원 합계 91억 원을 배당받았고, 2순위 근저당권의

질권자인 원고가 59억 원을 배당받았다.

아. 이 사건 1부동산은 김◆주의 소유였는데, 주식회사 레▽▽▼베스트(이하 '레▽▽▼베스트'라

한다)는 2002. 4. 12. 위 부동산에 관하여 2002. 4. 11. 매매예약을 원인으로 한

소유권이전청구권가등기를 마쳤는데, 주식회사 삼□□□치디(이하 '삼□□□치디'라 한다)는 2003.

6. 25. 레▽▽▼베스트로부터 위 소유권이전청구권을 양수하여 위 부동산에 관하여 삼□□□치디는

2003. 8. 5.까지 이 사건 1부동산에 관하여 2002. 4. 11. 매매를 원인으로 한 소유권이전등기를

마친 후, 2003. 8. 8. 케△▽×동산신탁 주식회사 (이하 '케□▲신탁'이라 한다)와 위 부동산에 관한

신탁계약(이하 '이 사건 신탁계약'이라 한다)을 체결하여 같은 날 케□▲신탁에게 위 신탁을 원인으로

한 소유권이전등기를 마쳤다.

자. 김♡섭, 최■원의 신청에 따라 이 사건 부동산에 관하여 수원지방법원 2015타경6011호로

부동산임의경매절차(이하 '이 사건 경매절차')가 개시되어, 집행법원은 2016. 1. 6. 실제 배당할 금액

991,468,000원 중에서 1순위로 당해세에 관한 교부권자인 용인시에 12,012,760원을, 2순위로

근저당권자인 김♡섭, 최■원에게 각 489,727,620원을 각 배당하였으며, 피고는 이 사건

경매절차에서 이 사건 부동산을 매수하여 2015. 11. 12. 매수대금을 모두 납부하고 같은 날 피고

명의로 소유권이전등기를 마쳤다.

[인정 근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 5호증, 갑나 제1 내지 21호증(가지번호 있는 것은 가지번호

포함, 이하 같다)의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 원고의 청구에 대하여

가. 이 사건 1부동산에 대하여

1) 원고의 주장

이 사건 경매절차는 이미 피담보채무가 변제되어 소멸한 근저당권에 기하여 개시되어 무효이므로, 피고의 이 사건 1부동산에 대한 소유권이전등기는 원인무효의 등기이다. 원고는 삼□□□치디에 대하여 약속어음 공정증서에 기한 71억 5천만 원의 채권이 있고 삼□□□치디에 대하여 약속어음 공정증서에 기한 71억 5천만 원의 채권이 있고, 삼□□□치디는 이 사건 신탁계약에 기하여 케□▲신탁에 대하여 잔여재산인 이 사건 1부동산의 반환을 구할 권리가 있으므로, 원고는 이를 피보전권리로 하여 삼□□□치디와 케□▲신탁을 순차대위하여 피고를 상대로 이 사건 1부동산에 관한 소유권이전등기의 말소등기절차의 이행을 구한다.

2) 피보전채권의 존재

가) 원고의 삼□□□치디에 대한 채권

갑 제33호증의 기재에 의하면, 원고는 삼□□□치디에 대하여 약속어음 공정증서에 기한 71억 5천만 원의 채권이 있다고 할 것이다.

나) 삼□□□치디의 케□▲신탁에 대한 채권

이 사건 신탁계약(갑 제34호증)에 의하면, "제21조 (처분대금의 정산) ① 수탁자가 신탁부동산을 환가하여 정산하는 경우의 순위는 다음 각호에 의한다. 5. 수탁자가 발생한 수익권증서상의 우선수익자의 채권(증서금약 한도내), 6. 제1호 내지 제5호의 채무를 변제한 후 잔여액이 있을 경우 신탁자에게 지급, ⑤ 신탁 전에 발생한 권리의 실행으로 신탁부동산의 환가대금 중 일부를 수탁자가 수령한 때의 대금정산도 위 ①항의 순서에 따른다. 제24조 (신탁종료) ① 이 신탁계약은 제21조 ⑤항에 에 의한 신탁부동산의 처분에 의하여 종료한다."고 규정하고 있다. 이 사건 신탁계약은 신탁부동산에 설정되어 있던 별건 경매절차 및 이 사건 경매절차의 실행으로 2008년경 종료되었다고 할 것이고, 케□▲신탁은 별건 경매절차에서 배당받은 잉여금으로 우선수익자에게 여신거래 한도액 전액을 지급하였으므로, 신탁자인 삼□□□치디는 수탁자인 케□▲신탁에 대하여 잔여재산인 이 사건 1부동산에 관한 반환청구를 가진다고 할 것이다.

3) 보전의 필요성

살피건대, 갑 제6호증의 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 삼□□□치디는 2006. 8.경 자신의 발행한 당좌수표와 약속어음에 관하여 부도를 내었고, 2006. 12. 31.경 무렵 자산은 95,523,768,545원, 부채는 100,456,076,964원으로 4,932,308,419원의 채무초과상태에 있었으며 2007. 3. 31. 폐업 처리되었다고 할 것이므로, 삼□□□치디는 무자력이라고 봄이 상당하다. 삼□□□치디가 이 사건 1부동산에 관한 케□▲신탁에 대한 등기청구권을 보전하기 위하여 케□▲신탁의 피고에 대한 등기청구권을 대위행사하는 경우 케□▲신탁의 무자력은 요하지 않는다.

4) 피고의 소유권이전등기의 원인무효

가) 공동저당을 이루는 각 저당권은 각 독립성을 가지지만 동일한 채권을 담보하기 때문에 부종성의 적용에 있어서는 공동운명관계에 있으며, 근저당권의 물상보증인은 피담보채권의 채권최고액을 변제하면 근저당권설정등기의 말소를 구할 수 있는 것이고(대법원 1974. 12. 10. 선고 74다998 판결 참조), 공동근저당권의 목적물이 물상 보증인의 소유일 경우, 공동근저당권자가 공동근저당권의 목적 부동산 중 일부 부동산에 대한 경매절차에서 자신의 우선변제권을 행사하여 우선변제권 범위의 채권최고액에 해당하는 전액을 배당받은 경우에는 후에 이루어지는 공동근저당권의 다른 목적 부동산에 대한 경매절차를 통해서 중복하여 다시 배당받을 수는 없다(대법원 2012. 1. 12. 선고 2011다68012 판결 취지 참조).

나) 위에서 본 바와 같이 1순위 근저당권 설정 당시 이 사건 부동산을 비롯한 이 사건 공동담보 부동산이 모두 채무자 삼□산업의 소유가 아닌 김◆주를 비롯한 물상보증인들의 소유였으므로, 별건 경매절차에서 채권최고액 91억 원 전액이 배당된 이상, 1순위 근저당권의 피담보채권은 더 이상 1순위 근저당권에 의하여 담보되지 않는 무담보채권으로 남게 되고, 결국 1순위 근저당권 설정등기는 그 피담보채권이 없는 무효인 등기에 해당한다.

다) 한편 피담보채권의 소멸로 저당권이 소멸하였는데도 이를 간과하고 경매개시결정이 되고 그 경매절차가 진행되어 매각허가결정이 확정되었다면 이는 소멸한 저당권을 바탕으로 하여 이루어진 무효의 절차와 결정으로서 비록 매수인이 매각대금을 완납하였다고 하더라도 그 부동산의 소유권을

취득할 수 없다(대법원 1999. 2. 9. 선고 98다51855 판결 참조). 따라서 피고가 비록 이 사건 경매절차에서 매각대금을 완납하였다고 하더라도 이 사건 경매절차는 무효이므로 이 사건 1부동산의 소유권을 취득할 수 없다.

라) 피고의 주장에 대한 판단

(1) 피고는, 이 사건 경매절차가 개시되기 전인 2014. 9. 20.경 이 사건 부동산의 소유자인 김◆주, 삼□□□치디, 케□▲신탁과 사이에 최■원, 김♡섭의 잔존 채권액의 점위 내에서 이 사건 1부동산에 관한 1순위 근저당권설정등기를 유용하기로 합의하였으므로, 이 사건 경매절차는 유효하다고 주장하나, 최■원, 김♡섭과 케□▲신탁 사이에 이 사건 1부동산에 관한 1순위 근저당권설정등기의 유용 합의가 있었음을 인정할 증거가 없으므로, 피고의 이 부분 주장은 이유 없다.

(2) 피고는, 원고가 다른 사건에서 이 사건 경매절차가 유효함을 전제로 배당금을 지급받았음에도 이 사건 경매절차가 무효라고 주장하는 것은 신의칙에 반하여 허용될 수 없다고 주장하나, 그러한 사정만으로 원고의 이 사건 청구가 신의칙에 반한다고 할 수 없으므로, 피고의 이 부분 주장도 이유 없다.

(3) 피고는, 민사집행법 제267조에서 "매수인의 부동산 취득은 담보권 소멸로 영향을 받지 아니한다."고 규정하고 있고, 피고는 이 사건 1부동산에 대한 대금을 모두 완납하였기 때문에 근저당 피담보채무의 영향을 받지 않고 유효하게 소유권을 취득한다고 주장하나, 위 규정은 실체상 존재하는 근저당권에 기하여 경매개시 결정이 있었다면, 가사 그 후 근저당 채무가 변제 등에 의하여 소멸되었다 하더라도 그 경매절차가 그대로 진행되어 경락인이 경락대금을 납부한 때에는 경락인의 소유권취득을 다룰 수 없다는 것이어서 피담보채권의 소멸로 저당권이 소멸하였는데도 이를 간과하고 경매개시결정이 되고 그 경매절차가 진행된 경우에는 적용되지 않는다고 할 것이므로, 피고의 이 부분 주장도 이유 없다.

(4) 피고는, 이 사건 경매 신청권자인 최■원, 김♡섭이 삼□□□치디에 대하여 집행력 있는 약속어음

공정증서를 가지고 있어 이 사건 경매신청은 유효하다고 주장하나, 최■원, 김♡섭이 위 집행권원에 따라 이 사건 1부동산에 경매신청하지 않은 이 사건에 있어 피고의 이 부분 주장도 이유 없다.

(5) 피고는, '채권자들이 이 사건 부동산에 관한 경매 등 강제집행을 하여도 향후 민형사상 어떠한 이익을 제기하지 않을 것을 확인한다'라고 합의하여 경매절차가 무효임을 주장할 권리를 포기하였으므로 낙찰자인 피고를 상대로 소유권이전등기의 말소를 구할 수 없다고 주장하나, 이 사건 1부동산에 대한 이 사건 경매절차 당시 소유자이던 케□▲신탁이 위와 같이 합의를 하였다는 점을 인정할 증거가 없으므로, 피고의 이 부분 주장도 이유 없다.

5) 따라서, 원고는 삼□□□치디, 케□▲신탁을 순차 대위하여 피고를 상대로 이 사건 1부동산에 관한 소유권이전등기의 말소등기절차이행을 구할 수 있다고 할 것이므로, 피고는 케□▲신탁에게 이 사건 1부동산에 관한 소유권이전등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다.

나. 이 사건 2부동산에 대하여

1) 원고의 주장

이 사건 경매절차는 이미 피담보채무가 변제되어 소멸한 근저당권에 기한 개시되어 무효이므로, 피고의 이 사건 2부동산에 대한 소유권이전등기는 원인무효의 등기이고, 원고는 소유자 김◆주에 대해 2순위 근저당권의 피담보채무에 대한 연대보증채권이 있어 이를 피보전권리로 하여 소유자 김◆주를 대위하여 피고를 상대로 이 사건 2부동산에 관한 소유권이전등기의 말소등기절차의 이행을 구한다.

2) 피보전채권의 존부

가) 채권자대위소송에 있어서 대위에 의하여 보전될 채권자의 채무자에 대한 리가 인정되지 아니할 경우에는 채권자가 스스로 원고가 되어 채무자의 제3채무자에 대한 권리를 행사할 당사자적격이 없게 되므로 그 대위소송은 부적법하여 각하하여야 할 것이므로(대법원 1991. 6. 11. 선고 91다10008 판결 등 참조), 과연 원고에게 그 주장과 같은 채권자대위의 피보전채권이 있는지에 관하여 본다.

나) 살피건대, 갑 제3호증의 1, 2, 제3호증의 1, 2, 제30호증의 1, 2의 각 기재에 의하면, 원고가

삼□산업에 대한 채권 중 일부를 최성학에게 양도하기 위하여 작성한 채권양도증서에 김◆주가 보증인으로 표기되어 있고, 최성학이 위 채권을 솔□더스에 양도하면서 작성한 채권양도계약서에 김◆주가 채권양도승낙의 의사를 표시하는 기재가 한 사실을 인정할 수 있다. 그러나 원고와 삼□산업 사이의 여신거래약정서에는 김◆주가 연대보증인으로 기재되어 있지 아니하고, 달리 원고 또는 원고로부터 채권을 양수한 주체들과 김◆주 사이에 연대보증계약이 체결되었음을 인정할 처분문서가 존재하지 아니하는 점에 비추어, 위 채권양도증서나 채권양도계약서의 각 기재만으로는 김◆주가 2순위 근저당권의 피담보채무에 관하여 연대보증채무를 부담한다고 단정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

3) 따라서 원고의 이 부분 소는 당사자적격이 없어 부적법하다.

3. 참가인의 청구에 대하여

가. 본안전 항변에 대하여

피고는 참가인의 청구는 중복소송에 해당하여 부적법하다고 주장한다.

살피건대, 채권자대위소송이 계속 중인 상황에서 다른 채권자가 동일한 채무자를 대위하여 채권자대위권을 행사하면서 공동소송참가신청을 할 경우, 양 청구의 소송물이 동일하다면 민사소송법 제83조 제1항이 요구하는 '소송목적이 한쪽 당사자와 제3자에게 합일적으로 확정되어야 할 경우'에 해당하므로 참가신청은 적법하다. 이때 양 청구의 소송물이 동일한지는 채권자들이 각기 대위행사하는 피대위채권이 동일한지에 따라 결정되고, 채권자들이 각기 자신을 이행 상대방으로 하여 금전의 지급을 청구하였더라도 채권자들이 채무자를 대위하여 변제를 수령하게 될 뿐 자신의 채권에 대한 변제로서 수령하게 되는 것이 아니므로 이러한 채권자들의 청구가 서로 소송물이 다르다고 할 수 없다. 여기서 원고가 일부 청구임을 명시하여 피대위채권의 일부만을 청구한 것으로 볼 수 있는 경우에는 참가인의 청구금액이 원고의 청구금액을 초과하지 아니하는 한 참가인의 청구가 원고의 청구와 소송물이 동일하여 중복된다고 할 수 있으므로 소송목적이 원고와 참가인에게 합일적으로 확정되어야 할 필요성을 인정할 수 있어 참가인의 공동소송참가신청을 적법한 것으로

보아야 한다(대법원 2015. 7. 23. 선고 201다30301, 30325 판결)고 할 것인바, 피고의 본안전 항변은 이유 없다.

나. 이 사건 1부동산에 대하여

1) 참가인의 주장

이 사건 경매절차는 이미 피담보채무가 변제되어 소멸한 근저당권에 기하여 개시되어 무효이므로, 피고의 이 사건 1부동산에 대한 소유권이전등기는 원인무효의 등기이다. 참가인은 김◆주에 대하여 2009. 5. 25.자 약정에 기초한 이 사건 1부동산에 관한 소유권이전등기청구권이 있고, 김◆주는 삼□□□치디에 대하여 매매계약해제에 따른 원상회복으로 소유권이전등기청구권이 있으며, 삼□□□치디는 이 사건 신탁계약에 기하여 케□▲신탁에 대하여 잔여재산인 이 사건 1부동산의 반환을 구할 권리가 있으므로, 참가인은 이를 피보전권리로 하여 김◆주, 삼□□□치디, 케□▲신탁을 순차대위하여 피고를 상대로 이 사건 1부동산에 관한 소유권이전등기의 말소등기절차의 이행을 구한다.

2) 피보전채권의 존재

가) 원고의 김◆주에 대한 채권

(1) 갑나 제8호증의 3의 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면, 김◆주가 2009. 5. 25. 참가인과 사이에, '2002. 8. 21.자 매매계약과 관련하여 그 매매대금의 지급은 모두 완결되었고, 따라서 김◆주는 참가인에게 이 사건 부동산에 관하여 위 매매계약을 원인으로 한 소유권이전등기를 이행하겠다'는 내용의 합의각서를 작성한 사실을 인정할 수 있다.

(2) 위 인정사실에 의하면 참가인은 김◆주에 대하여 2009. 5. 25.자 약정에 기초한 소유권이전등기청구권을 가지고 있고, 이는 채권자대위소송에서 피보전채권이 될 수 있다.

(3) 이에 대하여 피고는, 참가인의 김◆주에 대한 소유권이전등기청구권의 시효가 완성되어

소멸되었다고 주장하나, 채권자가 채권자대위권을 행사하여 제3자에 대하여 하는 청구에 있어서, 제3채무자는 채무자가 채권자에 대하여 가지는 항변으로 대항할 수 없으며, 채권의 소멸시효가 완성된 경우 이를 원용할 수 있는 자는 원칙적으로는 시효이익을 직접 받는 자뿐이고, 채권자재위소송의 제3채무자는 이를 행사할 수 없다(대법원 2009. 9. 10. 선고 2009다34160 판결 등 참조)고 할 것이므로, 피고의 이 부분 주장은 이유 없다.

또한, 피고는, 김◆주가 2018. 2. 22.경 참가인의 잔금지급의무위반을 이유로 이 사건 부동산에 관한 매매계약 해제의 의사표시를 하였다고 주장하나, 을 제14호증의 기재만으로는 이를 인정하기에 부족하고(을 제14호증은 김◆주가 2017. 6.경 사망한 이후 작성된 서류이기도 하다), 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 피고의 이 부분 주장도 이유 없다.

나) 김◆주의 삼□□□치디에 대한 채권

살피건대, 갑 제11호증의 9의 기재에 변론 전체의 취지에 의하면, 김◆주와 삼□□□치디 사이의 매매계약이 삼□□□치디의 채무불이행을 이유로 2008. 7. 1.경 해제된 사실을 인정할 수 있고, 위에서 본 바와 같이 이 사건 신탁계약이 종료되어 삼□□□치디가 케□▲신탁으로부터 이 사건 1부동산의 소유권을 회복할 이 사건에 있어 그 원상회복 방법은 원물반환이라고 봄이 상당하므로(서울중앙지방법원 2008가합64220호 사건에서 위 해제에 따른 원상회복으로 5억 원의 지급을 명한 판결이 확정되기는 하였으나, 대상 부동산 전체 시가에 비추어 이는 원물반환이 불가능한 일부 부동산의 원상회복에 한정된다고 할 것이고, 원물반환이 가능한 부동산에 대하여까지 위 가액배상으로 원상회복이 확정된 것으로 보기는 어렵다), 김◆주는 해제에 따른 원상회복으로 이 사건 1부동산 자체를 삼□□□치디로부터 반환받은 권리가 있다고 할 것이다.

다) 삼□□□치디의 케□▲신탁에 대한 채권

위에서 본 바와 같이 신탁자인 삼□□□치디는 수탁자인 케□▲신탁에 대하여 잔여재산인 이 사건 1부동산에 관한 반환청구권을 가진다고 할 것이다.

3) 보전의 필요성

살피건대, 참가인이 김◆주, 삼□□□치디, 케□▲신탁을 순차대위하여 소유권이전등기청구권이라는 특정채권의 보전을 위하여 피고에 대한 등기청구권을 대위행사하는 이 부분 청구에 있어

피대위자들의 무자력은 요하지 않는다.

4) 피고의 소유권이전등기의 원인무효

위에서 본 바와 같이 피고가 비록 이 사건 경매절차에서 매각대금을 완납하였다고 하더라도 이 사건 경매절차는 무효이므로 이 사건 1부동산의 소유권을 취득할 수 없고, 이를 다투는 피고의 주장들도 모두 이유 없다.

5) 따라서, 참가인은 김◆주, 삼□□□치디, 케□▲신탁을 순차 대위하여 피고를 상대로 이 사건 1부동산에 관한 소유권이전등기의 말소등기절차이행을 구할 수 있다고 할 것이므로, 피고는 케□▲신탁에게 이 사건 1부동산에 관한 소유권이전등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다.

다. 이 사건 2부동산에 대하여

1) 참가인의 주장

이 사건 경매절차는 이미 피담보채무가 변제되어 소멸한 근저당권에 기하여 개시되어 무효이므로, 피고의 이 사건 2부동산에 대한 소유권이전등기는 원인무효의 등기이고, 참가인은 소유자 김◆주에 대해 2009. 5. 25.자 약정에 기초한 소유권이전등기청구권이 있어 이를 피보전권리로 하여 소유자 김◆주를 대위하여 피고를 상대로 이 사건 2부동산에 관한 소유권이전등기의 말소등기절차의 이행을 구한다.

2) 피보전채권의 존부

위에서 본 바와 같이 참가인은 김◆주에 대하여 2009. 5. 25.자 약정에 기초한 소유권이전등기청구권을 가지고 있고, 이는 채권자대위소송에서 피보전채권이 될 수 있다고 할 것이며, 이를 다투는 피고의 주장은 모두 이유 없다.

3) 보전의 필요성

살피건대, 참가인이 김◆주를 대위하여 소유권이전등기청구권이라는 특정채권의 보전을 위하여 피고에 대한 등기청구권을 대위행사하는 이 부분 청구에 있어 김◆주의 무자력은 요하지 않는다.

4) 피고의 소유권이전등기의 원인무효

가) 공동저당을 이루는 각 저당권은 각 독립성을 가지지만 동일한 채권을 담보하기 때문에 부종성의

적용에 있어서는 공동운명관계에 있으며, 근저당권의 물상보증인은 피담보채권의 채권최고액만을 변제하면 근저당권설정등기의 말소를 구할 수 있는 것이고(대법원 1974. 12. 10. 선고 74다998 판결 참조), 공동근저당권의 목적물이 물상보증인의 소유일 경우, 공동근저당권자가 공동근저당권의 목적 부동산 중 일부 부동산에 대한 경매절차에서 자신의 우선변제권을 행사하여 우선변제권 범위의 채권최고액에 해당하는 전액을 배당받은 경우에는 후에 이루어지는 공동근저당권의 다른 목적 부동산에 대한 경매절차를 통해서 중복하여 다시 배당받을 수는 없다(대법원 2012. 1. 12. 선고 2011다68012 판결 취지 참조).

나) 위에서 본 바와 같이 1순위 근저당권 설정 당시 이 사건 2부동산을 비롯한 이 사건 공동담보 부동산이 모두 채무자 삼□산업의 소유가 아닌 김◆주를 비롯한 물상보증인들의 소유였으므로, 별건 경매절차에서 채권최고액 91억 원 전액이 배당된 이상, 1순위 근저당권의 피담보채권은 더 이상 1순위 근저당권에 의하여 담보되지 않는 무담보채권으로 남게 되고, 결국 1순위 근저당권 설정등기는 그 피담보채권이 없는 무효인 등기에 해당한다.

다) 한편 피담보채권의 소멸로 저당권이 소멸하였는데도 이를 간과하고 경매개시결정이 되고 그 경매절차가 진행되어 매각허가결정이 확정되었다면 이는 소멸한 저당권을 바탕으로 하여 이루어진 무효의 절차와 결정으로서 비록 매수인이 매각 대금을 완납하였다고 하더라도 그 부동산의 소유권을 취득할 수 없다(대법원 1999. 2. 9. 선고 98다51855 판결 참조). 따라서 피고가 비록 이 사건 경매절차에서 매각대금을 완납하였다고 하더라도 이 사건 경매절차는 무효이므로 이 사건 2부동산의 소유권을 취득할 수 없다.

라) 피고의 주장에 대한 판단

(1) 피고는, 이 사건 경매절차가 개시되기 전인 2014. 9. 20.경 이 사건 부동산의 소유자인 김◆주, 삼□□□치디, 케□▲신탁과 사이에 최■원, 김♡섭의 잔존 채권액의 범위 내에서 이 사건 2부동산에 관한 1순위 근저당권설정등기를 유용하기로 합의하였으므로, 이 사건 경매절차는 유효하다고 주장한다.

살피건데, 을 제2호증의 1, 2의 각 기재에 의하면, 김◆주와 삼□□□치디의 청산인 이재윤은 '2014.

9. 20.을 기준으로 최■원, 김♡섭에 대한 미변제금이 약 50억 원 이상임을 확인하고, 이 사건 부동산에 관한 1순위 근저당권은 위 채무의 범위 내에서 유효함을 인정한다'는 내용이 기재된 2014. 9. 20.자 확인서(이하 '이 사건 확인서'라고 한다)를 작성하여 김♡섭에게 교부한 사실을 인정할 수 있다. 그러나 갑 제2, 13, 18, 31호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하여 인정되는 다음의 사정들을 고려하면, 을 제2, 15, 16호증의 각 기재만으로는 최■원, 김♡섭의 1순위 근저당권설정등기가 이 사건 경매절차에서 매각으로 말소되기 이전에 최■원, 김♡섭과 김◆주 및 삼□□□치디 사이에 1순위 근저당권에 관한 등기유용의 합의가 있었다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 피고의 이 부분 주장도 이유 없다.

① 이재윤의 진술에 의하더라도 이 사건 확인서는 2014. 9. 20.에 작성된 것이 아니라 그 이후에 작성하면서 일자를 소급하여 기재하였다는 것이므로, 최■원, 김♡섭과 김◆주 및 삼□□□치디 사이에 1순위 근저당권설정등기에 관한 유용 합의가 있었다고 하더라도 그 시점이 2014. 9. 20.이라고 할 수 없다. 이 사건 부동산에 관한 최■원, 김♡섭의 1순위 근저당권설정등기는 2015. 11. 12. 이 사건 경매절차에서 매각을 이유로 말소되었고, 이재윤은 그 이전인 2014. 9.경 구두 합의를 한 다음 2015. 10. 말경 이 사건 확인서를 작성하였다고 진술하고 있으나, 아래에서 보는 사정들에 비추어 구두 합의일이나 실제 작성 시점에 관한 이재윤의 위 진술은 믿기 어렵다.

② 이재윤은 이 사건 확인서를 작성하여 김♡섭에게 교부하였고, 그 후로 김♡섭이 이를 보관하고 있었다고 증언하였으므로, 그에 따르면 최■원, 김♡섭은 이 사건 확인서의 존재나 그에 기재된 근저당권설정등기의 유용 합의에 관하여 잘 알고 있었을 것이다. 그런데도 최■원, 김♡섭이 이 사건 확인서를 관련 민·형사사건에 제출하기 시작한 것은 2017. 2.경부터이다.

③ 피고(대표이사가 김♡섭이다)는 이 사건 경매절차의 매수인 지위에서 2016. 5. 30. 수원지방법원 2016가단518761호로 김■태 등을 상대로 건물인도의 소를 제기하였다. 그런데 그 사건에서 김◆주는, 최■원, 김♡섭이 별건 경매절차에서 채권최고액 전액을 배당받은 이상 1순위 근저당권은 무효이고 따라서 이 사건 경매절차 역시 무효라고 주장하면서 자신이 여전히 소유자임을 이유로 2017. 1. 17. 독립당사자참가신청을 하였다. 김◆주의 이러한 행위는 김◆주가 2015. 10.경 이미 이 사건 확인서를 작성·교부하였다는 이재윤의 진술과 모순된다.

④ 수원지방법원 2016가단518761호 사건에서도 별건 경매절차에서의 배당으로 인하여 1순위 근저당권이 무효인지 여부가 주된 쟁점이었으나, 김♡섭이 대표이사로 있던 피고는 수차례의 서면공방과 5회의 변론기일을 거치도록 자신의 소유권이전등기가 실체관계에 부합하는 등기라는 주장만 하였을 뿐 1순위 근저당권의 등기유용 합의에 관하여는 주장조차 하지 아니하다가, 2017. 6. 13.에 이르러 비로소 이 사건 확인서를 제출하면서 등기유용을 주장하기 시작하였다.

(2) 피고는, 민사집행법 제267조에서 "매수인의 부동산 취득은 담보권 소멸로 영향을 받지 아니한다."고 규정하고 있고, 피고는 이 사건 2부동산에 대한 대금을 모두 완납하였기 때문에 근저당 피담보채무의 영향을 받지 않고 유효하게 소유권을 취득한다고 주장하나, 위 규정은 실체상 존재하는 근저당권에 기하여 경매개시 결정이 있었다면, 가사 그 후 근저당 채무가 변제 등에 의하여 소멸되었다 하더라도 그 경매절차가 그대로 진행되어 경락인이 경락대금을 납부한 때에는 경락인의 소유권취득을 다룰 수 없다는 것이어서 피담보채권의 소멸로 저당권이 소멸하였는데도 이를 간과하고 경매개시결정이 되고 그 경매절차가 진행된 경우에는 적용되지 않는다고 할 것이므로, 피고의 이 부분 주장도 이유 없다.

(3) 피고는, 이 사건 경매 신청권자인 최■원, 김♡섭이 김◆주에 대하여 확정판결에 기한 집행권원을 가지고 있어 이 사건 경매신청은 유효하다고 주장하나, 최■원, 김♡섭이 위 집행권원에 따라 이 사건 2부동산에 경매신청하지 않은 이 사건에 있어 피고의 이 부분 주장도 이유 없다.

(4) 피고는, '채권자들이 이 사건 부동산에 관한 경매 등 강제집행을 하여도 향후 민형사상 어떠한 이익을 제기하지 않을 것을 확인한다'라고 합의(이 사건 확인서)하여 경매절차가 무효임을 주장할 권리를 포기하였으므로 낙찰자인 피고를 상대로 소유권이전등기의 말소를 구할 수 없다고 주장한다. 살피건대, 갑 제2, 12, 18, 31호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하여 인정되는 다음의 사정, 즉 위에서 본 바와 같이 이 사건 확인서는 이 사건 경매절차 종료 후 사후에 만들어진 것으로 보이는 점, 피고가 이 사건 경매절차의 매수인 지위에서 2016. 5. 30. 수원지방법원 2016가단518761호로

김■태 등을 상대로 건물인도의 소를 제기하였는데, 그 사건에서 김◆주는, 최■원, 김♡섭이 별건 경매절차에서 채권최고액 전액을 배당받은 이상 1순위 근저당권은 무효이고 따라서 이 사건 경매절차 역시 무효라고 주장하면서 자신이 여전히 소유자임을 이유로 2017. 1. 17. 독립당사자 참가신청을 하였던 점, 이 사건 확인서의 내용에 의하더라도 "향후 강제집행에 대하여 이의를 제기하지 않는다"는 것으로서 이미 종료된 경매절차에까지 영향을 미친다고 보기는 어려운 점 등에 비추어 보면, 이 사건 확인서가 작성되었다고 하여 낙찰자인 피고를 상대로 소유권이전등기의 말소를 구할 수 없다고 할 수 없고, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 피고의 이 부분 주장도 이유 없다.

5) 따라서, 참가인은 김◆주를 대위하여 피고를 상대로 이 사건 2부동산에 관한 소유권이전등기의 말소등기절차이행을 구할 수 있다고 할 것이므로, 피고는 김◆주에게 이 사건 2부동산에 관한 소유권이전등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다.

4. 결론

그렇다면 원고의 소 중 이 사건 2부동산에 관한 부분은 부적법하여 각하하고, 나머지 청구 및 참가인의 청구는 이유 있어 인용하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

판사 정윤섭 별지

부동산 목록

1. 용인시 처인구 삼가동 산163-2 임야 69,548㎡
2. 용인시 처인구 삼가동 241-50 임야 73㎡
3. 용인시 처인구 삼가동 산163-5 임야 99㎡
4. 용인시 처인구 삼가동 147-2 대 109㎡
5. 용인시 처인구 삼가동 448 창고용지 418㎡
6. 용인시 처인구 삼가동 447-3 대 706㎡
7. 용인시 처인구 삼가동 250-1 답 630㎡
8. 용인시 처인구 삼가동 250-2 전 360㎡

9. 용인시 처인구 삼가동 250-13 답 154㎡

10. 용인시 처인구 삼가동 250-16 전 214㎡

11. 용인시 처인구 삼가동 250-20 전 1,802㎡

12. 용인시 처인구 삼가동 250-21 전 294㎡

13. 용인시 처인구 삼가동 447-1 전 7,689㎡

14. 용인시 처인구 삼가동 447-2 답 1,164㎡

15. 용인시 처인구 삼가동 448-1 답 3,990㎡

16. 용인시 처인구 삼가동 449 답 840㎡

17. 용인시 처인구 삼가동 147-4, 447-3(지번 변경 전 147-2, 447-3) 지상 벽동조

아스팔트싱글잇기지분 2층건 관리사 1층 99.72㎡, 2층 206.76㎡

18. 용인시 처인구 삼가동 147-2, 산163-2 지상 벽돌조 스라브지붕 주택 2층 38.22㎡, 세멘부릭조
스레트지붕 축사1동 350.20㎡. 끝.