

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

전 문

원고, 피항소인주식회사 A

소송대리인 법무법인(유한) 바른

담당변호사 손흥수

원고공동소송참가인, 피항소인B

소송대리인 변호사 김형순

피고, 항소인주식회사 AM

소송대리인 법무법인 성진

담당변호사 최찬영, 백이슬

피고보조참가인, 항소인1. 주식회사 S

피고보조참가인 1의 소송대리인 변호사 서왕식

2. 주식회사 AN

3. AO 주식회사

피고보조참가인 2, 3의 소송대리인 변호사 박종욱, 오흥석

변론 종결2021. 3. 9.

판결 선고2021. 4. 27.

제1심판결수원지방법원 2019. 1. 23. 선고 2016가단804721, 2018가단508843(공동소송참가)

판결

주 문

1. 제1심판결 중 아래에서 각하를 명한 피고 패소 부분을 취소한다.
2. 원고공동소송참가인의 공동소송참가신청 중 별지 목록 제5항 기재 부동산에 관한 소유권이전등기의 말소등기절차의 이행을 구하는 부분을 각하한다.
3. 피고 및 피고보조참가인들의 나머지 항소를 모두 기각한다.
4. 소송총비용 중 원고와 피고 사이에 생긴 부분 중 보조참가로 인한 부분을 제외한 나머지 부분의 1/10은 원고가, 9/10은 피고가, 보조참가로 인한 부분은 피고보조참가인들이 각 부담하고, 원고공동소송참가인과 피고 사이에 생긴 부분은 보조참가로 인한 부분을 포함하여 1/2는 원고공동소송참가인이, 나머지는 피고와 피고보조참가인들이 각 부담한다.

N

청 구 취 지 , 항 소 취 지 및 공 동 소 송 참 가 취 지

1. 청구취지 및 공동소송참가취지

피고는 D 주식회사에게 별지 목록 제5항 기재 부동산에 관하여 수원지방법원 용인등기소 2015. 11. 12. 접수 제226309호로 마친 소유권이전등기의 말소등기절차를, E에게 별지 목록 제17항 기재 부동산에 관하여 수원지방법원 용인등기소 2015. 11. 12. 접수 제226309호로 마친 소유권이전등기의 말소등기절차를 각 이행하라.

2. 항소취지

제1심판결 중 피고 패소 부분을 취소하고, 그 패소 부분에 해당하는 원고와 원고공동소송참가인의 청구를 모두 기각한다.

이 유

1. 이 법원의 심판범위

제1심법원은 원고의 피고에 대한 별지 목록 제5항 기재 부동산(이하 '이 사건 1부동산'이라고 한다)에 관한 소유권이전등기의 말소를 구하는 부분은 인용하고, 별지 목록 제17항 기재 부동산(이하 '이 사건 2부동산'이라고 한다)에 관한 소유권이전등기의 말소를 구하는 부분은 각하하는 판결을 선고하였고, 원고공동참가인의 피고에 대한 이 사건 1, 2부동산에 관한 소유권이전등기의 말소를 구하는 부분은 전부 인용하였다.

이에 대하여 피고 및 피고보조참가인들만이 피고 패소 부분에 대하여 각 항소하고 원고는 항소를 하지 않았으므로, 원고의 이 사건 2부동산에 관한 청구 부분은 이 법원의 심판범위에서 제외된다.

2. 기초사실

가. 별지 목록 기재 각 부동산에 관한 근저당권의 설정 등

1) 1순위 근저당권의 설정 및 이전 등 가) 주식회사 H(변경 전 상호는 '주식회사 F'로, 이하 'H'이라고 한다)은 2001. 6. 18. E가 대표이사로 있던 주식회사 G(이하 'G'이라 한다)에 70억 원을 변제기 2002. 6. 19.로 정하여 대출하였고, G이 H에 대하여 현재 또는 장래에 부담할 대출금 채무 등을 담보하기 위하여 E 소유의 별지 목록 기재 각 부동산(그 중 일부는 AP 등 앞으로 명의수탁되어 있었다)에 관하여 수원지방법원 용인등기소 2001. 6. 18. 접수 제62403호로 채권최고액 91억 원, 채무자 G으로 하는 공동근저당권 설정등기(이하 위 공동근저당권 설정등기에 기한 권리를 '1순위 근저당권'이라고 한다)를 마쳤다.

나) H은 2002. 8. 16. G과 위 2001. 6. 18.자 대출금 채권의 변제기를 2003. 2. 16.까지로 연장하고, 이율 연 15%, 지연손해금율 연 25%로 정하는 내용의 여신거래약정을 체결하였다.

다) H은 2004. 1. 29. 주식회사 I(이하 'I'라고 한다)에 G에 대한 대여원금 70억 원과 그 이자 채권(이하 '1순위 근저당권의 피담보채권'이라고 한다)을 양도함과 동시에, I에 1순위 근저당권을 이전하는 부기등기를 마쳐 주었다. I는 1순위 근저당권 중 91분의 78 지분에 관하여 주식회사 J에 수원지방법원 용인등기소 2004. 1. 29. 접수 제8812호로 채권액 60억 원, 채무자 I인

근저당권부질권 설정등기를 마쳐 주었다.

라) I는 2006. 5. 19. K에게 1순위 근저당권의 피담보채권을 양도하였고, 2006. 7. 27. K에게 1순위 근저당권을 이전하는 부기등기를 마쳐 주었다.

마) K은 2007. 3. 8. L, M에게 1순위 근저당권의 피담보채권을 양도하였고, 다음 날 L, M에게 1순위 근저당권을 이전하는 부기등기를 마쳐 주었다.

2) 2순위 근저당권의 설정 및 이전 등 가) 원고(변경 전 상호 '주식회사 N')는 2001. 6. 18. G에 50억 원을 대여하고, G이 원고에 대하여 현재 또는 장래에 부담할 대출금채무 등을 담보하기 위하여 별지 목록 기재 각 부동산에 관하여 수원지방법원 용인등기소 2001. 6. 18. 접수 제62404호로 채권최고액 59억 원, 채무자 G으로 하는 공동근저당권 설정등기(이하에서 위 공동근저당권 설정등기에 기한 권리를 '2순위 근저당권'이라고 한다)를 마쳤다. 그 후 원고는 대화를 거치면서 2003. 2. 11. G에 70억 원을 이율 연 16%, 지연손해금율 연 25%, 변제기 2004. 2. 11.로 정하여 대출하였다.

나) 원고는 2003. 3. 6. O에게 G에 대한 70억 원 상당의 대출금 채권 중 59억 원 상당의 대출금 채권(이하 '2순위 근저당권의 피담보채권'이라고 한다)을 양도하였고, 다음 날 O에게 2순위 근저당권을 이전하는 부기등기를 마쳐 주었다.

다) ○은 2003. 6. 16. I에 2순위 근저당권의 피담보채권을 양도하였고, 2003. 9. 16. 2순위 근저당권을 이전하는 부기등기를 마쳐 주었다.

라) 원고는 2003. 9. 16. I에 55억 원을 대출하였고, 같은 날 2순위 근저당권의 피담보채권에 관하여 채권액 59억 원, 채무자 1인 근저당권부질권 설정등기를 마쳤다.

나. 별지 목록 기재 각 부동산 중 일부에 대한 신탁

1) 주식회사 R(이하 'R'라고 한다)는 2002. 4. 12. E의 소유였던 이 사건 1부동산에 관하여 2002. 4. 11. 매매예약을 원인으로 한 소유권이전청구권가등기(이하 '이 사건 가등기'라고 한다)를 마쳤다.

2) 피고보조참가인 주식회사 S(이하 '피고보조참가인 S'라고 한다)는 2003. 6. 25. R로부터 위 소유권이전청구권을 양수한 다음, 2003. 6. 26. 이 사건 1부동산에 관하여 피고보조참가인 S의 명의로 위 소유권이전청구권가등기의 이전등기를 마쳤다.

3) 피고보조참가인 S는 2003. 8. 5. 위 가등기를 기초로 이 사건 1부동산에 관하여 2002. 4. 11. 매매를 원인으로 한 소유권이전등기를 마쳤고, 2003. 8. 8. D 주식회사(이하 'D'이라고 한다)와 이 사건 1부동산을 포함한 아래 [표1] 기재 7개 부동산에 관한 신탁계약(이하 '이 사건 신탁계약'이라 하고, 위 7개 부동산을 통틀어 '이 사건 신탁 부동산'이라고 한다)을 체결한 다음, 같은 날 D에 위 신탁을 원인으로 한 소유권이전등기를 마쳐 주었다.

[표1] 이 사건 신탁 부동산

1	용인시 V 임야 97,507 m ²	별지 목록 순번 1항 기재 부동산
2	용인시 AQ 임야 20,033m ² 1) 해당 토지는 2009. 12. 29. '용인시 처인구 AS'로 지번이 변경되어 등록전환되었고, 2010. 1. 12. 그 중 일부가 용인시 처인구 AT 토지로 분할되었다.	
3	용인시 X 임야 99m ²	별지 목록 순번 3항 기재 부동산
4	용인시 Y 대지 902m ²	별지 목록 순번 4항 기재 부동산
5	용인시 AA 대지 706m ²	별지 목록 순번 6항 기재 부동산
6	용인시 Z 창고용지 448m ²	이 사건 1부동산
7	용인시 Y, V 지상벽돌조 스라브지붕 주택 2층 38.22㎡세멘부력조 스텔트지붕 축사 1동 350.20㎡	별지 목록 순번 18항 기재 부동산

다. 별건 경매절차에 따른 근저당권자 등에 대한 배당

채권자 신용보증기금, 근저당권자 M, L의 신청에 따라 다음 [표2] 기재 6개 부동산 중 D와 AR의 소유 부분에 관하여 수원지방법원 P, Q(병합)호로 부동산강제경매절차(이하 '별건 경매절차'라 한다)가 진행되었고, 2008. 4. 23. 실제 배당할 금액 70,108,373,227원 중 1순위 근저당권의 질권자인 주식회사 J에게 6,031,353,085원, 1순위 근저당권자인 L, M에게 3,068,646,915원, 합계 9,100,000,000원이 배당되었고, 2순위 근저당권의 질권자인 원고에게 5,900,000,000원이 배당되었으며, 소유자인 D에게 합계 36,874,593,999원이 배당되었다.

[표2] 별건 경매절차 대상 부동산

1	용인시 V 임야 97,507 m ²	각 D 소유 67894/97507 지분 전체- 각 AR 소유 1654/97507 지분 전체	해당	별지 목록 순번 1항 기재 부동산
---	-----------------------------------	---	----	-----------------------

1	용인시 V 임야 97,507 m ²	각 D 소유 67894/97507 지분 전체- 각 AR 소유 1654/97507 지분 전체	해당	별지 목록 순번 1항 기재 부동산
2	용인시 AU 임야 27,886 m ²	-	-	
3	용인시 AQ 임야 20,033 m ²	전부	해당	-
4	용인시 X 임야 99㎡	전부	해당	별지 목록 순번 3항 기재 부동산
5	용인시 Y 대지 902㎡	전부	해당	별지 목록 순번 4항 기재 부동산
6	용인시 AA 대지 706㎡	전부	해당	별지 목록 순번 6항 기재 부동산

라. 2008.경 별지 목록 기재 각 부동산에 관한 경매절차의 개시 및 취소

1) L, M은 2008. 11. 25. 수원지방법원 AV로 이 사건 1, 2각 부동산 및 별지 목록 제18항 기재 부동산(이하 위 3필지 부동산을 통틀어 '이 사건 각 부동산'이라고 한다)에 관한 임의경매를 신청하였고, 수원지방법원은 2008. 12. 11. 이 사건 각 부동산에 관한 임의경매개시결정을 하였다.

2) 그러나 이 사건 2부동산의 소유자였던 E가 2009. 1. 5. 수원지방법원 AW로 위 임의경매개시결정에 대한 이의를 신청하여 2009. 6. 24. 위 신청이 인용됨에 따라, 위 임의경매개시결정이 취소되고 L, M의 위 임의경매신청이 기각되었다.

3) L, M은 위 인용 결정에 대하여 수원지방법원 2009라533호로 항고하였으나, 위 항고는 2010. 5. 20. "별건 경매절차에서 L, M의 1순위 근저당권의 피담보채권 채권최고액 상당 금액이 배당됨으로써 위 피담보채권이 모두 소멸하였다"는 등의 이유로 기각되었다. L, M은 대법원 2010마876호로 위 기각 결정에 대하여 재항고하였으나, 2010. 9. 10. 위 재항고 역시 기각되었다.

마. 이 사건 경매절차에 따른 이 사건 선행등기의 경로

1) L, M의 신청에 따라 이 사건 각 부동산에 관하여 수원지방법원 T로 부동산임의경매절차(이하 '이 사건 경매절차'라고 한다)가 진행되었고, 2016. 1. 6. 실제 배당할 금액 991,468,000원 중에서 12,012,760원이 당해세 교부권자인 용인시(1순위)에, 각 489,727,620원이 근저당권자인 L, M(2순위)에게 각 배당되었다.

2) 피고는 이 사건 경매절차에서 이 사건 각 부동산을 매수하여 2015. 11. 12. 매수대금을 완납하고, 같은 날 위 각 부동산에 관하여 수원지방법원 용인등기소 2015. 11. 12. 접수 제226309호로 매각을 원인으로 한 소유권이전등기를 마쳤다.

바. 피고보조참가인 주식회사 AN, AO 주식회사 명의의 각 소유권이전등기

이 사건 1부동산에 관하여, 주식회사 AX(이하 'AX'이라고 한다)은 2016. 12. 19. 신탁을 원인으로 하여 같은 날 소유권이전등기를 마쳤다가 2017. 2. 17. 피고가 2017. 2. 17.자 신탁재산의 귀속을 원인으로 한 소유권이전등기를 마쳤고, 같은 날 뒤이어 피고보조참가인 주식회사 AN(이하 '피고보조참가인 AN'라고 한다)가 매매를 원인으로 한 소유권이전등기를 마쳤으며, 같은 날 뒤이어 피고보조참가인 AO 주식회사(이하 '피고보조참가인 AO'이라고 한다)가 신탁을 원인으로 한 소유권이전등기를 마쳤다.

[인정 근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 5, 14, 15, 36호증, 갑나 제1 내지 6, 11, 17, 19호증(가지번호 있는 것은 가지번호 포함, 이하 같다), 을다 제4, 5호증의 각 기재, 변론 전체의 취지

3. 원고의 청구에 관한 판단

가. 원고의 주장

이 사건 경매절차는 이미 피담보채무가 변제되어 소멸한 근저당권에 기하여 개시되어 무효이므로, 피고의 이 사건 1부동산에 대한 소유권이전등기는 원인무효의 등기이다. 원고는 피고보조참가인 S에 대하여 약속어음 공정증서에 기한 71억 5천만 원의 채권이 있고, 피고보조참가인 S는 이 사건 신탁계약에 기하여 D에 대하여 잔여재산인 이 사건 1부동산의 반환을 구할 권리가 있으므로, 원고는 이를 피보전권리로 하여 위 피고보조참가인과 D을 순차대위하여 피고를 상대로 이 사건 1부동산에 관한 소유권이전등기의 말소등기절차의 이행을 구한다.

나. 본안전항변에 관한 판단

1) 피고 및 피고보조참가인들의 본안전항변의 요지 원고의 채권자대위권에 기한 이 사건 소는 피보전채권인 원고의 피고보조참가인 S에 대한 채권 및 피고보조참가인 S의 D에 대한 채권이 모두 존재하지 아니하고, 피고보조참가인 S가 피고에 대한 소를 제기하지 않기로 하는 부제소 합의를 하였으며, 채무자인 위 피고보조참가인이 이미 자신의 권리를 행사하였고, 위 피고보조참가인이나

D이 무자력이 아니며, 위 피고보조참가인의 D에 대한 채권의 이행기가 도래하지 않았으므로 부적법하다.

2) 피보전채권의 존부 가) 원고의 피고보조참가인 S에 대한 채권

(1) 인정사실

갑 제33호증의 기재에 의하면, 피고보조참가인 S, 주식회사 AY, AZ, U이 2005. 3. 2. 원고와 사이에 공증인가 법무법인 BA 2005년 제37호로 액면금 7,150,000,000원, 발행일 2005. 3. 2., 발행인 피고보조참가인 S 외 3인, 수취인 원고로 기재된 약속어음(이하 '이 사건 약속어음'이라고 한다)의 소지인에게 이 사건 약속어음금의 지급을 지체할 때에는 즉시 강제집행을 받더라도 이의가 없음을 인낙하는 취지의 공정증서(이하 '이 사건 공정증서'라 한다)를 작성하여 준 사실이 인정된다.

위 인정사실에 의하면, 원고의 피고보조참가인 S에 대한 위 약속어음 공정증서에 기한 채권은 원고의 채권자대위권 행사에 있어 피보전권리가 될 수 있다.

(2) 원인채권 부존재 및 변제 주장에 대한 판단2) 피고 및 피고보조참가인들(이하 '피고 등'이라고 한다)은 이 사건 약속어음은 동일인 대출한도 제한을 회피하기 위하여 발행되는 등 그 원인채권이 존재하지 아니하여 무효이고, 설령 원인채권이 존재한다고 하더라도 원인채권 내지 약속어음 채권 모두 이미 변제로 소멸하였다는 취지로 주장한다.

살피건대, 채권자대위권을 재판상 행사하는 경우 채권자는 그 채권의 존재 사실 및 보전의 필요성, 기한의 도래 등을 입증하면 족한 것이며, 채권의 발생원인사실 또는 그 채권이 제3채무자에게 대항할 수 있는 채권이라는 사실까지 입증할 필요가 없다(대법원 1995. 2. 10. 선고 94다39369 판결). 또한 어음은 원인관계와 상관없이 일정한 어음상의 권리를 표창하는 증권이므로, 어음의 소지인은 소지인이라는 사실만으로 어음상의 권리를 행사할 수 있고 그가 어떠한 실제적 이익을 가지는지 증명하여야 하는 것이 아니므로(대법원 1997. 7. 25. 선고 96다52649 판결, 대법원 1998. 5. 22. 선고 96다52205 판결 등 참조), 어음발행의 원인관계 및 그 원인채무가 이미 변제되었다거나 소멸하였다는 사정은 이를 주장하는 측에서 증명하여야 한다(대법원 2007. 9. 20. 선고 2007다36407 판결 등 참조).

이 사건의 경우, 을다 제1호증의 기재만으로는 위 약속어음의 원인채권이 존재하지 아니한다는 점을

인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다(오히려 갑 제42호증의 기재에 의하면, 원고가 2005. 3. 3. 주식회사 AY에게 5,500,000,000원을 대출하여 준 사실이 인정되는데, 피고보조참가인 S는 주식회사 AY의 원고에 대한 위 대출금 채무를 보증하기 위하여 2005. 3. 2. 주식회사 AY과 함께 원고에게 이 사건 약속어음을 발행하여 준 것으로 보인다).

또한 을 제25호증의 기재에 의하면, 원고가 2011. 8. 26. 서울중앙지방법원 BB 배당절차에서 이 사건 약속어음 공정증서를 집행권원으로 하여 받은 채권 압류 및 추심명령의 추심채권자로서 430,086,996원을 배당받은 사실은 인정되나, 그와 같은 사정만으로 이 사건 약속어음의 원인채권 혹은 약속어음 채권이 전액 변제되었다고 보기 어렵고, 을 제26호증, 을다 제1호증의 각 기재를 더하여 보더라도 이를 인정하기에 부족하며, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

(3) 시효소멸 완성 주장에 대한 판단

피고 등은 원고의 S에 대한 약속어음 채권 혹은 약속어음의 원인채권 모두 시효가 완성하여 소멸하였으므로 원고의 이 사건 소는 피보전채권이 존재하지 아니하여 부적법하다고 주장한다.

(가) 피고가 피보전채권의 소멸시효 항변권을 원용할 수 있는지 여부

채권자가 채권자대위권을 행사하여 제3자에 대하여 하는 청구에 있어서, 제3채무자는 채무자가 채권자에 대하여 가지는 항변으로 대항할 수 없고, 채권의 소멸시효가 완성된 경우 이를 원용할 수 있는 자는 원칙적으로 시효이익을 직접 받는 자뿐이고, 채권자대위소송의 제3채무자는 이를 행사할 수 없다고 할 것이나(대법원 2004. 2. 12. 선고 2001다10151 판결 등 참조), 채권자가 채무자에 대한 채권을 보전하기 위하여 제3채무자를 상대로 채무자의 제3채무자에 대한 채권에 기한 이행청구의 소를 제기하는 한편, 채무자를 상대로 피보전채권에 기한 이행청구의 소를 제기한 경우, 같은 소송 또는 다른 소송에서 채무자가 그 소송절차에서 소멸시효를 원용하는 항변을 하였고, 그러한 사유가 현출된 채권자대위소송에서 심리를 한 결과, 실제로 피보전채권의 소멸시효가 적법하게 완성된 것으로 판단되면, 채권자는 더 이상 채무자를 대위할 권한이 없는 바(대법원 2000. 5. 26. 선고 98다40695 판결, 대법원 2008. 1. 31. 선고 2007다64471 판결 등 참조), 채무자가 소멸시효 원용권을 재판상 행사한 경우에는 제3채무자도 이를 이유로 피보전채권이 존재하지 않는다는 주장을 할 수 있다고 할 것이고, 채무자가 소멸시효 원용의 항변을 채무자를 상대로 제기된

피보전채권에 기한 이행청구의 소에서 행사한 경우에만 가능하다고 볼 것은 아니다.

이와 같은 법리에 비추어 보건대, 채무자인 피고보조참가인 S가 제1심 판결 선고 후인 2019. 2. 14. 보조참가신청서 및 항소장을 제출하고, 이 법원에서 원고의 위 피고보조참가인에 대한 약속어음의 원인채권 내지 약속어음 채권이 시효로 소멸하였다는 항변을 원용한 사실은 기록상 명백하므로, 피고는 그와 같은 사정을 주장하여 원고의 채권자대위권의 피보전채권이 존재하지 아니함을 주장할 수 있다(따라서 피고가 소멸시효 항변을 원용할 수 없으므로, 민사소송법 제76조 제1항 단서에 따라 피고보조참가인 S도 소멸시효 항변을 할 수 없다는 원고의 주장은 그 자체로 이유 없다3)).

한편 원고는 2016. 12. 23. 피고를 상대로 이 사건 소를 제기하여 채무자에게도 그로 인한 소멸시효 중단의 효과가 생기므로 채무자 S는 그 이후로는 소멸시효 항변을 원용할 수 없다는 취지로도 주장하나, 소멸시효 항변 원용의 시기에 그와 같은 제한이 있다고 보기 어려우므로 원고의 위 주장은 이유 없다.

(나) 약속어음 채권이 시효 완성으로 소멸하였는지 여부

약속어음의 발행인에 대하여 어음상의 청구권은 지급기일로부터 3년간 행사하지 않으면 시효로 소멸하고(어음법 제77조 제1항 제8호, 제70조 제1항), 일람출급어음의 지급제시는 발행일로부터 1년 내에 하여야 하는데(어음법 제34조 제1항), 그 기간 내에 적법한 지급제시가 없다면 그 기간의 말일에 만기가 도래한 것으로 보고, 그때부터 어음채무의 소멸시효가 진행한다(대법원 2007. 11. 15. 선고 2007다40352 판결 등 참조).

앞서 본 바와 같이 이 사건 약속어음은 일람출급식 어음으로서 발행일이 2005. 3. 2.이므로 이 사건 약속어음 채권의 만기는 발행일로부터 1년이 지난 다음 날인 2006. 3. 2.부터 소멸시효가 진행되는데, 그로부터 3년이 도과한 후인 2016. 12. 23. 이 사건 소가 제기된 사실은 기록상 명백하나, 한편 갑 제5호증의 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 원고가 위 소멸시효기간 만료전 이 사건 공정증서상 약속어음금 채권 7,150,037,700원을 청구채권으로 하여 이 사건 신탁계약에 따른 위탁자 겸 수익자인 S가 D에 대하여 가지는 신탁수익금 청구채권 및 신탁재산 처분대금 정산채권에 관하여 서울중앙지방법원 2008타채8679호로 채권압류 및 추심명령을 신청하여 2008. 4. 21. 위 법원으로부터 채권압류 및 추심명령을 받았고, 그 무렵 위 채권압류 및 추심명령이

제3채무자인 D에게 송달된 사실이 인정되는바, 이로써 원고의 약속어음 채권은 2008. 4. 21.경 소멸시효가 중단되었다고 봄이 상당하다.

이에 대하여 피고 보조참가인 S는 원고의 채권압류 및 추심명령의 피압류채권인 이 사건 신탁계약상 신탁수익금 청구채권 및 신탁재산 처분대금 정산채권이 존재하지 않으므로 위 압류 및 추심명령이 무효여서 시효중단효가 발생하지 않고, 위 압류 및 추심명령이 유효하다고 하더라도 집행대상이 존재하지 아니하므로 집행불능이 되어 시효중단사유가 종료한다는 취지로 주장하고, 피고 및 피고보조참가인 AN, AO은, 위 채권압류로 인한 시효중단은 추심명령으로 인하여 집행절차가 종료되므로 그때부터 새롭게 시효가 진행되고, 실제의 추심행위 혹은 공탁이 완료되기 전까지 시효중단의 효력이 계속되고 있다고 볼 경우 사실상 무제한적으로 시효가 연장되어 부당하다는 취지로 주장한다.

먼저 위 채권압류 및 추심명령의 피압류채권이 부존재하여 채권압류 및 추심명령이 무효인지, 혹은 집행불능으로 인한 시효중단 사유가 발생하여 그때부터 새로운 시효가 진행되는지에 관하여 본다. 소멸시효의 중단사유 중 채권압류에 의한 시효중단은 채권압류가 해제되거나, 피압류채권이 그 기본계약관계의 해지, 실효, 소멸시효 완성 등으로 소멸함으로써 압류의 대상이 존재하지 않게 되어 채권압류 자체가 실효되거나, 채권압류에 기초한 강제집행절차가 종료될 때 그 중단사유가 종료하고 그때부터 새로이 시효가 진행된다(대법원 2014. 1. 29. 선고 2013다47330 판결, 대법원 2017. 4. 28. 선고 2016다239840 판결 등 참조). 또한 신탁행위로 수익자를 신탁재산의 귀속권리자로 정한 경우 수익자의 채권자가 수익자의 수탁자에 대한 신탁수익권의 내용인 급부청구권을 압류하였다면, 특별한 사정이 없는 한 그 압류의 효력은 수익자가 귀속권리자로서 가지는 신탁원본의 급부청구권에 미친다(대법원 2016. 3. 24. 선고 2013다15654 판결, 2018. 12. 27. 선고 2018다237329 판결 참조).

그렇다면 설령 피고보조참가인 S의 주장과 같이 위 채권 압류 및 추심명령의 피압류채권인 신탁수익금 청구채권 및 신탁재산 처분대금 정산채권이 존재하지 않는다고 하더라도, 위 채권압류 및 추심명령은 아래 나)항에서 인정되는 잔여 신탁재산인 이 사건 1부동산에 관한 소유권이전등기청구권에 대하여도 효력이 있으므로, 위 압류는 그 대상이 여전히 존재하여

유효하다고 할 것이어서, 시효중단사유가 종료하였다고 보기 어려우므로 위 피고보조참가인의 주장은 받아들일 수 없다.

다음으로 추심명령으로 인하여 채권압류의 집행절차가 종료되었는지에 관하여 보건대, 추심명령이 있는 경우 채권집행절차의 종료는 채권압류 및 추심명령을 받은 채권자가 제3채무자로부터 피압류채권을 추심한 다음 민사집행법 제236조 제1항에 따른 추심신고를 한 경우 그 때까지 다른 압류·가압류 또는 배당요구가 없으면 그 추심한 범위 내에서 피압류채권은 소멸하고, 집행법원은 추심금의 충당관계 등을 조사하여 집행채권 전액이 변제된 경우에는 집행력 있는 정본을 채무자에게 교부하며, 일부 변제가 된 경우에는 그 취지를 집행력 있는 정본 등에 적은 다음 채권자에게 돌려주는 등의 조치를 취함으로써 이루어지므로(대법원 2004. 12. 10. 선고 2004다54725 판결 참조), 피고 및 피고보조참가인 AN, AO의 주장과 같이 추심명령을 받은 것만으로 위 채권압류의 집행절차가 종료되었다고 볼 수 없고, 달리 위 채권압류 및 추심명령에 따른 강제집행절차가 종료되었다고 인정할 증거가 없다.

(다) 약속어음 원인채권이 시효 완성으로 소멸하였는지 여부

이 사건 약속어음 채권이 원고의 피고보조참가인 S의 채권에 대한 압류 및 추심명령을 받음으로써 시효진행이 중단된 상태임은 앞서 본 바와 같은데, 어음이 수수된 당사자 사이에서 채권자가 어음채권을 피보전권리로 하여 채무자의 재산을 압류함으로써 그 권리를 행사한 경우에는 그 원인채권의 소멸시효를 중단시키는 효력이 있으므로(대법원 1999. 6. 11. 선고 99다16378 판결 등 참조), 원고의 위 채권압류 및 추심명령에 따라 이 사건 약속어음의 원인채권 역시 그 시효가 중단되었다고 할 것이어서, 피고 등의 위 주장도 이유 없다.

따라서 원고의 피고보조참가인 S에 대한 피보전채권이 시효로 소멸하여 존재하지 아니하므로 원고의 이 사건 소가 부적법하다는 피고 등의 주장은 모두 없다.

나) 피고보조참가인 S의 D에 대한 채권

(1) 인정사실

갑 제34호증, 갑나 제11호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 이 사건 신탁계약의 주요 내용은 다음과 같은 사실, 수탁자인 D은 이 사건 신탁계약에 따라 2004. 1. 6.부터 2005. 11. 1.까지

3회에 걸쳐 우선수익자 BC 주식회사에게 1, 2순위 수익권증서(권면액 합계 27,000,000,000원)을 발행한 사실이 인정된다.

부동산담보신탁계약서

제1조(신탁목적) 이 신탁은 신탁부동산의 소유권 관리와 "갑"(S를 의미한다, 이하 같다)이 부담하는 채무 내지는 책임의 이행을 보장하기 위하여 "을"(D을 의미한다, 이하 같다)이 신탁부동산을 보전·관리하고 채무불이행시 환가·정산하는데 그 목적이 있다.

제2조(신탁기간) ① 신탁기간은 별첨 2의 1과 같이 하며, "갑"은 신탁기간 종료전에 "을"과 협의하여 그 기간을 연장할 수 있다.

제14조 (비용의 부담) ① 신탁부동산 및 신탁이익에 대한 제세공과금, 유지관리비 및 금융비용 등과 기타 신탁사무의 처리에 필요한 제비용 및 신탁사무 처리에 있어서의 "을"의 책임없는 사유로 발생한 손해는 "갑"이 부담한다.

② 신탁재산에 속하는 금전으로 제①항의 제비용 등을 지급함에 부족하고 "갑"으로부터 그 부족금액을 받을 수 없을 경우에는 "을"이 상당하다고 인정하는 방법으로 신탁부동산의 일부 또는 전부를 처분하여 지급에 충당할 수 있다.

제17조(신탁부동산의 처분시기) ① 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 신탁기간 종료 전이더라도 우선수익자의 요청에 의하여 신탁부동산을 처분할 수 있다.(중략)

1. 우선수익자와 "갑"간에 체결한 여신거래계약 위반시
2. 신탁계약 위반시
3. 기타 경제사정의 변화 등 상당한 사유로 신탁부동산으로부터 우선수익자의 채권확보가 불가능하다고 판단될 때

제21조(처분대금 등 정산)

① 수탁자가 신탁부동산을 환가하여 정산하는 경우의 순위는 다음 각호에 의한다.

1. 신탁계약 및 처분절차와 관련하여 발생된 비용과 신탁보수
2. 제3호에 우선하는 임대차보증금
3. 신탁계약 체결전 설정된 저당권자 등의 채무 (채권최고 한도내)

4. "을"이 인정한 임대차계약 체결된 임차인의 임차보증금

5. "을"이 발행한 수익권증서상의 우선수익자의 채권(증서금액 한도내)

6. 제1호 내지 제5호의 채무를 변제한 후 잔여액이 있을 경우 "갑"에게 지급

② 신탁부동산 처분과 관련하여 "을"이 받은 계약보증금(계약해제시 위약금 포함) 중도금, 잔금 등은 이해관계인에게 지급할 때까지 "을"이 관리하며 그 운용수익금은 제①항의 신탁원본에 산입한다.

③ 처분대금 등의 정산은 처분대금을 완전히 수납한 후에 한다. 다만, 처분대금을 분할납부하는 경우 "을"에게 손해가 없는 때에는 완전수납 전이라도 정산할 수 있다.

④ 제①항 제6호의 금액은 "갑"이 매수인에게 신탁부동산을 명도하고, 매수인의 인수확인서를 "을"에게 제시하였을 때 지급한다.

⑤ 이 신탁계약 전에 발생한 권리의 실행으로 신탁부동산의 환가대금 중 일부를 "을"이 수령한 때의 대금정산도 제①항의 순서에 따른다.

제24조(신탁종료)

① 이 신탁계약은 신탁기간 만료, 신탁기간 중 "갑"이 우선수익자에 대한 채무를 변제하고 신탁계약을 해지하는 때, "갑"이 수익권증서를 교부받은 후 우선수익자와 여신거래를 하지 아니하고 그 수익권증서를 반환하여 신탁계약을 해지하는 때 및 제23조 제①항·제②항에 의한 신탁해지, 제21조 제⑤항 및 제17조 제①항 제1호 내지 제3호에 의한 신탁부동산의 처분에 의하여 종료한다.

<별첨 2>

1. 신탁기간: 2003년 8월 8.일부터 2006년 8월 31.일까지

2. 수익자

1	상호	BC 주식회사
신탁원본 및 신탁수익의 수익자		
(주)S		

<별첨 4> 특약사항

제2조(신탁종료) 신탁기간 만료에도 불구하고 채무자와 우선수익자간의 여신거래약정에 따른 채무 미상환 등으로 수익권증서의 회수가 지연될 경우에는 동 수익권증서가 회수될 때까지 신탁은 종료되지 아니한다.

(2) 판단

먼저 이 사건 신탁계약이 종료되었는지 여부에 관하여 본다. 이 사건 신탁계약 제21조 제5항, 제24조 제1항에 의하면, 이 사건 신탁은 신탁계약 전에 발생한 권리의 실행으로 신탁부동산에 대한 경매가 진행되어 신탁부동산이 처분된 경우에도 종료하게 된다. 그런데 구 신탁법(2011. 7. 25. 법률 제10924호로 전부개정되기 전의 것, 이하 같다) 제55조는 신탁의 목적을 달성하였거나 달성할 수 없게 된 때에도 신탁이 종료하는 것으로 규정하고 있고, 이 사건 신탁계약은 채무자인 위탁자가 부담하는 채무의 이행을 위하여 채권자를 수익자로, 부동산신탁전문회사를 수탁자로 하여 그 수탁자에게 담보의 목적으로 부동산을 소유권을 이전하고, 채무자가 수익자에 대한 채무를 이행하지 아니할 때 담보를 실행하여 그 매각대금을 채권자인 수익자에게 지급하고 잔액이 있을 때에 채무자에게 반환하기 위한 목적으로 체결된 부동산 담보신탁에 해당하므로, 결국 이 사건 신탁부동산에 대한 경매로 인하여 위와 같은 담보신탁의 목적을 달성하였거나 달성할 수 없게 되면 당사자들 사이에 별도의 의사표시가 없더라도 이 사건 신탁계약은 당연히 종료한다고 봄이 상당하다. 살피건대, 근저당권자 M, L 등의 신청에 따른 별건 경매절차에서 이 사건 신탁부동산 중 이 사건 1부동산 및 별지 목록 제18항 기재 부동산을 제외한 나머지 신탁부동산이 모두 매각된 사실은 앞서 본 바와 같고, 갑 제7, 36호증, 갑나 제23, 59호증의 각 기재에 의하면, D은 2008. 4. 30. 우선수익자 BC 주식회사에게 별건 경매절차에서 소유자로서 배당된 잉여금 중 27,000,000,000원을 지급한 사실, D은 우선수익자에게 지급하고 남은 신탁수익금 중 일부를 소송비용 등으로 지출하고 2009. 9. 8. 나머지 금액을 전부 공탁한 사실이 인정되는바, 사정이 이와 같다면 이 사건 신탁계약은 신탁부동산의 대부분이 경매로 매각되어 그 환가대금으로 우선수익자에게 수익권 최고한도액이 전액 지급되어 위탁자의 채무 이행이 완료되었으므로, 구 신탁법 제55조에 따라 그 신탁의 목적이 달성되어 종료되었다고 봄이 상당하고, 피고 및 피고보조참가인 C, AO의 주장과 같이 신탁부동산 중 이 사건 1부동산이 환가되지 아니하고 D의

명의로 남아있다는 사정이나, 피고보조참가인 S와 D 사이에 신탁계약에 의한 당해세의 납부 등 비용정산문제가 남아 있고 D에게 신탁계약 내지 신탁법상 자조매각권이 인정된다는 사정 혹은 원고가 피고보조참가인 S의 D에 대한 신탁부동산 처분대금 정산채권에 관하여 압류 및 추심명령을 받은 것을 비롯하여 피고보조참가인 S의 소유권이전청구권이나 기타 수익권이 압류 및 가압류되어 있는 사정들은 모두 이미 목적이 달성되어 종료한 신탁의 효력에 어떠한 영향을 미친다고 볼 수 없고4), 달리 이를 인정할 증거가 없다.

피고는 원고의 주장과 같은 신탁의 종료사유가 발생하였다고 하더라도 신탁의 잔여재산이 귀속권리자에게 이전될 때까지는 그와 같은 사무를 처리하는 범위 내에서 귀속권리자를 수익자로 하는 신탁이 존속하게 되므로 이 사건 1부동산을 신탁재산으로 하는 신탁이 유효하게 존재한다고 주장하나, 구 신탁법 제61조 본문에 따라 신탁이 종료한 경우에 신탁재산이 그 귀속권리자에게 이전할 때까지는 신탁이 존속하는 것으로 간주되더라도, 이는 신탁이 종료하여도 그 잔여재산을 귀속권리자에게 완전히 이전시킬 때까지 상당한 시일이 걸리므로, 귀속권리자의 권리를 보호하고 수탁자가 신탁의 나머지 업무를 마치도록 하기 위한 것에 불과하므로, 위 조항에 의하여 존속하는 것으로 간주되는 신탁은 그 목적에 한정하는 법정신탁이고, 법정신탁은 어디까지나 신탁관계의 종료를 전제로 하는 것이므로 법정신탁관계가 존속한다고 하여 원래의 신탁관계가 종료되지 않는 것으로 볼 수는 없으며, 법정신탁관계의 존재가 귀속권리자의 수탁자에 대한 권리행사에 장애가 될 수도 없다(대법원 2005. 4. 15. 선고 2004다24878 판결, 대법원 2014. 1. 16. 선고 2012다101626 판결 등 참조). 따라서 피고가 주장하는 사정은 이 사건 신탁계약이 종료되었다는 점에 방해가 되지 아니한다.

피고는 이 사건 신탁계약 제2조 제1항에 따라 이 사건 신탁계약의 기간 만료 전에 피고보조참가인 S와 D사이에 이 사건 1부동산에 관하여 신탁계약기간의 연장 합의가 있었으므로 신탁계약이 존속한다는 취지로도 주장하나, 별건 경매 종료 후 약 7년간 D이 이 사건 1부동산에 관한 소유권을 위탁자인 피고보조참가인 S에게 이전하지 않고 있었다고 하더라도, 을다 제11호증의 기재만으로는 피고보조참가인 S와 D이 이 사건 1부동산에 관하여 이 사건 신탁계약을 연장하기로 합의하였다는 사실을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

또한 피고 등은 위탁자인 피고보조참가인 S는 2014. 9. 20.자 합의에 따라 D에 대한 잔여재산 반환청구권을 포기하였다고도 주장하나, 위 주장도 아래에서 보는 바와 같이 이유 없다.

그렇다면 이 사건 신탁계약의 종료에 따라 귀속권리자인 위탁자 피고보조참가인 S는 특별한 사정이 없는 한 수탁자인 D에 대하여 잔여재산인 이 사건 1부동산에 관한 반환청구권을 가지게 된다.

3) 부제소합의 등 주장에 관한 판단 가) 피고 내지 피고보조참가인들의 주장

피고보조참가인 S는 M, L이 신청한 이 사건 경매가 무효인 사실을 잘 알면서 위 경매를 통하여 이 사건 1부동산이 매각되는 것에 아무런 이의를 제기하지 않을 것이라는 내용의 2014. 9. 20.자 합의서를 작성하였는바, 이를 통하여 D에 대한 잔여재산 반환청구권을 포기하고, D을 대위하는 방법을 포함하여 여하한 형태로 매수인인 피고에 대하여 소유권을 부인하는 취지의 소를 제기하지 않기로 하는 내용의 부제소 합의를 하였다. 이로 인하여 피고보조참가인 S에 대하여는 그 권리를 행사할 수 없는 법률적 장애가 존재한다. 혹은 그와 같은 합의서의 작성으로 위 피고보조참가인은 이미 D에 관한 잔여재산 반환청구권을 행사한 것이므로 채권자대위소송에 있어 채무자의 권리 불행사 요건도 흠결하였다. 따라서 피고보조참가인 S, D을 순차 대위하여 청구하는 원고의 피고에 대한 소는 부적법하다.

나) 인정사실

갑 제18호증의 3의 일부 기재, 을 제2, 6호증의 각 기재에 의하면, 다음과 같은 사실이 인정된다.

(1) 피고보조참가인 S와 피고보조참가인 대표이사 U은 이 사건 각 부동산에 관하여 아래와 같은 2014. 9. 20.자 확인서를 작성하였고, G와 G의 대표이사 E도 문구의 차이는 있으나 이와 동일한 취지의 같은 날짜 확인서를 작성하여 L에게 교부하였다(위 S와 U 작성의 확인서 및 G와 E 작성 확인서를 통틀어 '이 사건 확인서'라고 한다).

1. 위 부동산에는 2001.6.18. 수원지방법원 용인등기소 접수 제62403호

근저당권설정등기(채권최고액 9,100,000,000원)가 되어 있고, 위 근저당권설정은 공동담보였고, 채권자 M, L은 일부 부동산이 경매로 매각되면서 배당을 받았지만, 이자, 원금순으로 채무를 정산한 결과, 2014.9.20. 현재 미변제금이 약 50억 원 이상(원금 및 이자)임을 확인한다.

2. 그러므로 위 부동산의 근저당권은 위 채무의 범위 내에서 유효함을 인정하고, 채권자들이 위

부동산에 대한 경매 등 강제집행을 하여도 향후 그 강제집행에 대하여는 민,형사상 어떠한 이익을 제기하지 않을 것을 확인한다.

(2) M, L은 위 확인서 작성 일자와 같은 날짜로 E와 G에 아래와 같은 약속서를 작성하여 주었다.

1. 별지 부동산에 설정된 근저당권 관련 M, L 본인들은 향후 별지 부동산에 한정된 경매진행을 위해서만 위 각 확정판결 및 확인서에 기한 권리를 주장할 수 있을 뿐이며, 다른 대상, 목적으로는 어떠한 형태로도 위 각 확정판결 및 '확인서'에 기한 권리를 주장할 수 없음을 확인한다.
2. 위 각 확정판결 및 '확인서'에 기한 권리는 향후 별지 부동산에 한정된 경매진행으로만 행사할 수 있음을 인정하며, 위 근저당권 및 그 피담보채권은 별건 경매사건의 배당 및 향후 별지 부동산에 한정된 경매의 배당진행으로 인하여 최종적, 확정적으로 소멸된 것으로 간주됨을 확인한다.
3. 위 부동산에 대한 경매 등 강제집행을 하여도 향후 그 강제집행에 대하여는 민,형사상 어떠한 이익을 제기하지 않을 것을 확인한다.

다) 관련 법리

채권의 포기는 반드시 명시적인 의사표시로만 하여야 하는 것이 아니고 채권자의 어떠한 행위 내지 의사표시의 해석에 의하여 그것이 채권의 포기라고 볼 수 있는 경우에도 이를 인정하여야 하나, 그와 같이 인정하기 위해서는 해당 권리관계의 내용에 따라 이에 대한 채권자의 행위 내지 의사표시의 해석을 엄격히 하여 그 적용 여부를 결정하여야 하며(대법원 2010. 10. 14. 선고 2010다40505 판결 등 참조), 채권의 포기를 주장하는 사람이 그에 대한 증명책임을 진다(대법원 2017. 8. 24. 선고 2017다206328 판결 등 참조).

부제소합의는 소송당사자에게 헌법상 보장된 재판청구권의 포기과 같은 중대한 소송법상의 효과를 발생시키는 것이다. 이와 같이 그 합의의 존부 판단에 따라 당사자들 사이에 이해관계가 극명하게 갈리게 되는 소송행위에 관한 당사자의 의사를 해석할 때는 표시된 문언의 내용이 불분명하여 당사자의 의사해석에 관한 주장이 대립할 소지가 있고 나아가 당사자의 의사를 참작한 객관적·합리적 의사해석과 외부로 표시된 행위에 의하여 추단되는 당사자의 의사조차도 불분명하다면, 가급적 소극적 입장에서 그러한 합의의 존재를 부정할 수밖에 없다. 그리고 권리의무의 주체인 당사자 간에서의 부제소합의라도 그 당사자가 처분할 수 있는 특정된 법률관계에 관한 것으로서 그 합의 당시

각 당사자가 예상할 수 있는 상황에 관한 것이어야 유효하게 된다(대법원 2019. 8. 14. 선고 2017다217151 판결).

위 법리에 비추어 이 사건에 관하여 보건대, 앞서 본 증거들에 갑나 제53호증의 일부 기재, 갑 제31, 32, 38호증, 갑나 제56, 58호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지를 종합하여 알 수 있는 다음과 같은 사정에 비추어 보면, 이 사건 합의는 피고보조참가인 S가 경매신청 채권자들인 M, L에 대하여 이 사건 경매에 대한 민·형사상 이의를 제기하지 않을 것을 확인하는 내용으로 보일 뿐이고, 나아가 이를 D과의 관계 혹은 피고와의 관계에서의 권리포기 약정이나 부제소합의 약정이라고 해석하기는 어렵다. 따라서 위 피고보조참가인에게 권리를 행사할 수 없는 법률상 장애가 있다고 보기 어렵다. 또한 이 사건 합의서의 작성으로 피고보조참가인 S가 D에 관한 신탁종료를 원인으로 한 잔여재산 분배청구권의 행사를 포기하거나 부제소합의를 한 것으로 볼 수 없는 이상 위 피고보조참가인이 D에 대한 자신의 권리를 행사했다고 보기도 어려우며, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 따라서 피고 등의 위 본안전항변은 이유 없다.

① 이 사건 확인서가 최초로 제출된 것은 2017. 2. 21.경으로 M, L 등이 무효인 근저당권에 기하여 이 사건 2차 경매를 신청한 것은 사기에 해당한다는 이유로 특정경제가중처벌등에관한법률위반(사기) 등으로 고소당하자, M, L의 변호인이 이 사건 2차 경매의 신청이 사기에 해당하지 않는다고 주장하며 수사기관에 제출한 변호인 의견서의 첨부서류로 제출되었다.

② 그 이후 이 사건 확인서는 관련 당사자들 사이에서 진행된 민사소송에서 이 사건 경매의 무효 여부가 쟁점이 되었을 때 E, U, S 등과 사이에 이 사건 각 부동산에 관한 1순위 근저당권설정등기를 유용하기로 합의가 있었기 때문에 이 사건 2차 경매는 유효하다는 주장의 증거로 제출되었다. 그러나 위 관련 민·형사사건에서 이 사건 합의서는 그 작성일자인 2014. 9. 20. 무렵 작성되었다고 보기 어렵다는 이유로 위 1순위 근저당권설정등기 유용 합의의 주장은 모두 배척되었다(이 사건 확인서의 작성자 중 한 명인 U도 관련 사건에서 증인으로 출석하여 이 사건 합의서가 일자를 소급하여 작성된 것이라고 인정하였다).

③ M, L은 E와 G에게 이 사건 합의서에 대응하는 확약서를 작성하여 주었는데, 그 내용은 이 사건

토지 등에 관한 경매의 진행 및 그로 인한 근저당권 피담보채권의 소멸에 관한 것이었다. 또한 U은 관련 사건에서 피고보조참가인 S, U 작성의 합의서는 M, L으로 하여금 이 사건 토지 등에 대한 경매를 진행하도록 하되, S가 M, L에 대하여 잔여 채무가 있을 경우 이를 전부 면제하여 주는 조건으로 작성되었다는 취지로 진술하였다.

④ 위와 같은 확인서 및 확약서가 작성 및 제출된 시기와 그 작성 경위 등에 비추어 보면, 이 사건 확인서는 이 사건 2차 경매절차가 종료한 이후 M, L이 무효인 근저당권에 기하여 이 사건 2차 경매를 신청한 것이 민·형사상으로 문제가 될 경우 근저당권 유용의 합의에 따라 위 경매는 유효하다는 점을 주장하기 위하여 피고보조참가인 S, U, G, E가 M, L에 대한 채무를 감면받는 조건으로 경매신청 채권자들인 M, L을 위하여 일자를 소급하여 작성 및 교부하여 준 것으로 보인다(이 점은 위 합의가 합의서의 작성자들과 채권자들인 M, L 사이에 체결된 것으로 봄이 상당하다는 것을 뒷받침한다).

⑤ 신탁계약에 따라 수탁자 앞으로 소유권이전등기가 마쳐지면 대내외적으로 소유권이 수탁자에게 완전히 이전되는데, 이 사건 1부동산의 명의가 D 앞으로 남아 있었음에도 이 사건 합의서에는 이 사건 신탁과 관련된 언급이 전혀 없다. 또한 타인에 대하여 특정한 작위 또는 부작위를 청구할 수 있는 권리인 채권의 포기는 상대방 있는 단독행위이므로, 그 의사표시로 권리에 직접적인 영향을 받는 상대방에 대하여 하여야 하는데, 이 사건 확인서의 작성 및 교부 상대방은 D이 아닌 M, L이었고, 당시 위 합의와 관련된 내용을 D에게 통지하였음을 인정할 자료도 없다.

⑥ 한편 이 사건 합의서에 "민·형사상 어떠한 이의를 제기하지 않을 것"이라는 기재되어 있어, 그 문언상 부제소합의가 포함된 것으로 볼 여지가 있기는 하다. 그러나 위 합의서의 문구에 의하더라도 이의 부제기의 상대방은 이 사건 경매의 신청채권자들인 M, L이어서, D이나 피고가 부제소합의의 당사자라고 볼 수도 없다.

4) 보전의 필요성 및 이행기의 도래 인정 여부 살피건대, 갑 제6호증의 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 피고보조참가인 S가 2006. 8.경 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 처리된 사실이 인정되므로, 피고보조참가인 S는 무자력이라고 봄이 상당하다(한편 채권자대위소송에 있어 채무자가 무자력인지 여부를 판단함에

있어서는 채권자가 대위행사하려고 하는 당해 권리의 가액은 채무자의 일반재산의 가액에 합산할 것이 아니므로, 피대위채권인 위 피고보조참가인의 D에 대한 등기청구권을 무자력 판단에 고려하여야 한다는 피고의 주장은 그 자체로 이유 없다). 또한 피고보조참가인 S의 이 사건 1부동산에 관한 D에 대한 등기청구권을 보전하기 위하여 D의 피고에 대한 말소등기청구권을 대위행사하는 경우 D의 무자력은 요하지 않는다.

또한 원고의 피고보조참가인 S에 대한 약속어음 채권이 그 만기가 도래한 사실은 앞서 본 바와 같고, 피고보조참가인 S의 D에 대한 잔여재산 반환청구권도 이 사건 신탁계약의 종료로 이행의 청구가 가능하여 그 이행기가 도래하였다고 봄이 상당하다.

5) 선행 소송의 기판력을 받는지 여부 피고보조참가인 AN, AO은 이미 선행소송에서 주식회사 BD이 피고보조참가인 S의 D에 대한 소유권이전등기의 말소등기청구권을 대위행사하여 채무자인 위 피고보조참가인이 제3채권자를 통하여 자신의 권리를 행사하였다고 보아야 하므로 원고가 위 피고보조참가인의 권리를 대위하여 행사하는 것은 부적법하다는 취지로 주장한다.

살피건대, D에 대한 권리를 행사한 자가 채무자가 아니라 채무자의 채권자인 주식회사 BD인 것은 위 피고보조참가인들의 주장 자체로도 명백하다. 다만 어느 채권자가 채권자대위권을 행사하는 방법으로 제3채무자를 상대로 소송을 제기하여 판결을 받은 경우, 어떠한 사유로든 채무자가 채권자대위소송이 제기된 사실을 알았을 경우 그 판결의 효력이 채무자에게 미치고, 그 후 다른 채권자가 동일한 소송물에 대하여 채권자대위권에 기한 소를 제기하면 전소의 기판력을 받게 되는바(대법원 1994. 8. 12. 선고 93다52808 판결 참조), 주식회사 BD이 선행소송에서 대위 행사한 권리가 원고가 피고에 대하여 대위 행사하는 권리와 그 청구원인이 동일하면 선행소송의 기판력을 받게 되므로 원고의 이 사건 소도 부적법하게 된다.

그런데, 을다 제9호증의 기재에 의하면, 주식회사 BD(이하 'BD'이라고 한다)이 E에 대하여 이 사건 1부동산 등에 관한 2002. 10. 19.자 매매계약에 기한 소유권이전등기청구권이 있다고 주장하면서, E에 대하여는 소유권이전등기청구를, 피고보조참가인 S와 D 등에 대하여는 E를 대위하여 소유권이전등기의 말소등기청구를 구하는 소를 제기하여(서울중앙지방법원 2012가합103405), 위 법원으로부터 2014. 4. 17. E에 대한 청구는 인용하고, 피고보조참가인 S, D 등에 대한 청구는

기각하는 내용의 판결을 선고받은 사실, 이에 BD이 패소 부분에 대하여 항소하였으나(서울고등법원 2014나25360) 항소기각 판결을 선고받았고, 이에 대법원에 상고하였으나(대법원 2015다9929) 2015. 5. 14. 상고기각 판결을 선고받아 그 무렵 위 판결이 확정된 사실, 위 소송에서 BD은 이 사건 1부동산에 관하여 2002. 4. 11. R 앞으로 마쳐진 소유권이전등기청구권 가등기가 가장행위에 기초한 것으로 무효이거나 담보물권의 부종성 또는 수반성에 반하여 무효이고, 혹은 E와 피고보조참가인 S 사이에 2002. 4. 11. 체결된 매매계약이 반사회적인 이중매매에 해당하여 무효이므로, 원인무효인 이 사건 가등기에 터잡아 마쳐진 피고보조참가인 S와 D의 소유권이전등기도 모두 무효라고 주장하였으나 위 주장이 전부 배척되어 청구기각 판결을 받은 사실이 인정된다. 위 인정사실에 의하면, BD은 위 선행소송에서 E의 소유권에 기한 방해배제청구권을 대위행사하여 피고보조참가인 S 및 D를 상대로 순차료 경로된 소유권이전등기의 말소를 구한 반면, 원고의 이 사건 소는 피고보조참가인 S의 D에 대한 신탁계약 종료를 원인으로 하는 잔여재산 반환청구권을 순차 대위행사하여 피고 명의의 소유권이전등기의 말소를 구한 것이어서, 원고가 대위행사하는 S의 D에 대한 잔여재산 반환청구권과 그 청구원인이 동일하다고 보기 어렵다. 따라서 원고의 피고들에 대한 소는 BD의 선행소송의 기판력을 받는 경우에 해당하지 않는다.

다. 본안에 관한 판단

이 법원에서 이 부분에 관하여 설시할 이유는 제1심판결 제9면 (5) 부분을 아래와 같이 고쳐쓰는 외에는 제1심판결 제7면 내지 제10면의 '4) 피고의 소유권이전등기의 원인무효' 부분 기재와 같으므로, 민사소송법 제420조 본문에 의하여 이를 그대로 인용한다.

○ 고쳐쓰는 부분

『(5) 피고 등은 피고보조참가인 S 및 D이 이 사건 합의를 통하여 이 사건 경매에 대한 이의권을 포기하거나, 무효인 경매를 추인하여 유효로 하기로 하였으므로 이 사건 1부동산에 관한 피고에 대한 소유권이전등기 말소등기청구권을 포기하였고, 수탁자인 D은 위탁자의 의사에 반하여 피고 명의의 소유권이전등기의 말소를 구할 수 없다고 주장한다.

살피건대, 앞서 본 인정사실에다 앞서 본 증거들에 변론 전체의 취지를 종합하여 알 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 피고보조참가인 S가 무효인 경매절차를 추인할 권원이 있다고 보기도 어려울 뿐더러,

이 사건 경매개시 당시 이 사건 1부동산의 소유자는 D이었으므로 소유자가 아닌 피고보조참가인 S가 피고에 대한 소유권이전등기의 말소등기청구권을 포기할 수 없고, 이 사건 합의의 당사자가 아니었던 D이 피고에 대한 말소등기청구권을 포기하였다고 볼 수도 없는 점, 이 사건 합의는 앞서 본 바와 같이 위 피고보조참가인 등이 경매신청권자인 M, L과의 관계에서 채무를 감면받는 조건으로 경매에 대한 이의를 제기하지 아니하겠다는 취지에 불과할 뿐 위 피고보조참가인이 D을 대위하여 피고를 상대로 등기의 말소를 구할 권리를 포기하는 것으로 해석할 수도 없고, 위 피고보조참가인이 M, L이 아닌 피고에 대하여 포기의 의사표시를 하였다고 볼 자료도 없는 점 등에 비추어 보면, 피고에 대한 말소등기청구권을 포기하였다는 피고 등의 위 주장은 이유 없다.

또한 채권자대위권은 채무자가 그의 권리를 스스로 행사하지 않고 있을 경우 채권자가 이를 대위하여 행사할 수 있는 것으로, 대위권행사에 대한 채무자의 동의를 필요로 하지 않음은 물론이고, 채무자가 대위권행사에 반대하는 경우에도 가능하므로(대법원 1963. 11. 21. 선고 63다634 판결 참조), 이 사건 신탁계약상 위탁자인 피고보조참가인 S와 신탁자인 D을 순차 대위한 원고는 위 채무자들의 의사에 반하더라도 피고를 상대로 소유권이전등기의 말소등기청구권을 행사할 수 있다. 따라서 피고 등의 이 부분 주장도 이유 없다.

(6) 피고 등은 피고보조참가인 S가 이 사건 경매절차에 대하여 이의를 신청하지 아니하고 이를 유효로 취급하여 경매에 따른 배당금을 수령하기로 하였으므로, 위 피고보조참가인이 D을 대위하여 피고 명의의 소유권이전등기의 말소를 구하는 것은 금반언의 원칙 내지 신의칙에 위반되고, 원고도 이를 대위하여 행사할 수 없다는 취지로 주장한다.

살피건대, 신의성실의 원칙에 위배된다는 이유로 그 권리의 행사를 부정하기 위해서는 상대방에게 신의를 공여하였다거나 객관적으로 보아 상대방이 신의를 가짐이 정당한 상태에 있어야 하며, 이러한 상대방의 신의에 반하여 권리를 행사하는 것이 정의관념에 비추어 용인될 수 없는 정도의 상태에 이르러야 하고(대법원 2003. 4. 22. 선고 2003다2390, 2406 판결, 대법원 2004. 6. 11. 선고 2003다1601 판결 참조), 소유자가 근저당권설정계약의 무효를 주장하면서도 그 근저당권에 기한 임의경매절차의 배당절차를 통하여 그에게 배당된 돈을 수령하는 등의 행위가 객관적으로 보아 경락인으로 하여금 위 임의경매절차가 유효하다는 신뢰를 갖게 하는 정도에 이르러서, 그 후 그

경매절차의 무효를 주장하는 것이 금반언의 원칙 또는 신의칙 위반에 해당한다고 볼 만한 사정이 있는 경우에는 소유자가 경락인을 상대로 다시 근저당권의 무효를 주장하면서 소유권이전등기의 말소를 구하는 소를 제기할 수는 없다(대법원 1993. 12. 24. 선고 93다42603 판결 참조).

이 사건의 경우, 앞서 본 인정사실에다 앞서 본 증거들 및 변론 전체의 취지를 종합하여 알 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 ① D이 매수인인 피고에 대하여 경매 절차가 유효하다는 신의를 공여하였다고 볼 자료가 없는 점, ② S가 이 사건 2차 경매절차에 대하여는 별다른 이의를 제기하지 아니하여 경매절차의 진행을 방치하였다고 하더라도 S는 이 사건 2차 경매절차에서 배당금을 수령하는 등으로 경매절차에 관여한바 없는 점, ③ 이 사건 토지의 근저당권자인 M, L은 매수인인 피고의 회장 및 대표이사였으므로, 매수인인 피고는 무효인 근저당권에 기하여 경매절차가 개시된 것을 알면서 이 사건 토지를 매수하였다고 할 것인바, 설령 피고가 이 사건 경매가 유효하다고 신뢰하였다고 하여 이를 보호가치 있는 신뢰라고 보기도 어려운 점 등에 비추어 보면, 피고 등이 제출한 증거들만으로는 위 피고보조참가인이 D을 대위하여 피고에 대한 소유권이전등기의 말소를 구하는 것이 정의관념에 비추어 용인될 수 없는 상태에 이르러 금반언의 원칙 내지 신의칙 위반에 해당한다고 볼 만한 사정이 있다는 점을 인정하기도 어려우며, 달리 이를 인정할 증거가 없다.』

4. 참가인의 공동소송참가신청 중 이 사건 1부동산 부분에 대한 적법 여부

가. 참가인의 주장

이 사건 경매절차는 이미 피담보채무가 변제되어 소멸한 근저당권에 기하여 개시되어 무효이므로, 피고의 이 사건 1부동산에 대한 소유권이전등기는 원인무효의 등기이다.

이 사건 1부동산에 관하여, 참가인은 E에 대하여 2009. 5. 25.자 약정에 기한 소유권이전등기청구권이 있고, E는 피고보조참가인 S에 대하여 ① 2008. 7. 31.자 합의 해제에 따른 원상회복으로 소유권이전등기의 말소등기청구권을 가지거나, ② 무효인 가등기 유용의 합의에 기한 2003. 6. 26.자 가등기 이전의 부기등기에 터잡아 이루어진 본등기의 말소등기청구권을 가지거나, 또는 ③ 가등기담보법상 청산절차의 흠결 내지 배임적 이중매매로 무효인 본등기의 말소등기청구권을 가진다. 또한 참가인은 피고보조참가인 S에 대하여 2007. 1. 9. 협약서, 2007. 3.

합의각서, 2007. 3. 9. 합의서에 따른 소유권이전등기청구권이 있다. 그리고 피고보조참가인 S는 이 사건 신탁계약의 종료에 따라 D에 대하여 잔여재산인 이 사건 1부동산의 반환을 구할 권리가 있다. 따라서 참가인은 E, 피고보조참가인 S, D를 순차로 대위하여, 혹은 S와 D를 순차로 대위하여 피고를 상대로 이 사건 1부동산에 관한 소유권이전등기의 말소를 구한다.

나. 참가인의 소가 채권자대위소송의 적법 요건을 갖추었는지 여부에 대한 판단

제3자가 타인간에 계속된 소송에 공동소송인으로 참가하려면 소송의 목적이 당사자의 일방과 그 참가인에 대하여 합일적으로만 확정될 경우에 해당하여야 하고, 이 경우 공동소송참가인은 별소를 제기하는 것에 갈음하여 계속 중인 소송에 공동소송인으로 참가하는 것이므로 참가인 자신도 당사자적격을 갖추는 등 소의 적법요건을 갖추어야 한다. 이 사건과 같이 채권자가 복수의 중간채무자들을 순차로 대위하여 제3채무자에 대한 권리를 행사하는 경우, 채권자뿐만 아니라 순차로 대위되는 중간채무자들의 대위 부분도 모두 채권자대위소송의 소송요건을 갖추어야 소가 적법하다. 따라서 참가인의 이 사건 신청이 채권자대위소송의 적법 요건을 갖추었는지에 관하여 본다.

1) E의 피고보조참가인 S에 대한 피보전채권의 존부 가) 인정사실

갑 제21호증, 갑나 제11호증, 을 제23호증, 을다 제5, 12호증의 각 기재에 의하면, 다음과 같은 사실이 인정된다.

(1) E는 피고보조참가인 S와 U를 상대로 이 사건 1부동산 등에 관하여 피고보조참가인 S 등 앞으로 마쳐진 소유권이전등기의 원인행위인 합의를 소장 부분의 송달로써 해제한다고 주장하면서, 합의 해제를 원인으로 한 원상회복으로 각자 5억 원의 지급을 구하는 소를 제기하였고(서울중앙지방법원 2008가합64220), 2009. 2. 20. 위 법원으로부터 E와 피고보조참가인 S 등 사이의 합의가 2008. 7. 31. 소장 부분의 송달로써 해제되었으므로, 피고보조참가인 S 등은 E에게 원상회복의무가 있으나, 원물반환의무는 이행불능이 되었으므로 가액배상으로 E가 구하는 5억 원을 지급할 의무가 있다고 인정하여 원고 승소 판결을 선고하였고, 위 판결은 그 무렵 확정되었다(이하 'E의 선행소송'이라고 한다).

(2) 참가인은 이 사건 각 부동산에 관하여 참가인이 E에 대하여 2002. 8. 21.자 매매계약 또는 2009. 5. 25.자 약정에 기초한 소유권이전등기청구권이 있고, E는 피고보조참가인 S에 대하여 ① 2008. 7.

31.자 합의 해제에 따른 원상회복으로 소유권이전등기의 말소등기청구권을 가지거나, ② 배임적 이중매매로 무효인 소유권이전등기의 말소등기청구권이 있고, 혹은 ③ 무효인 가등기에 기한 본등기로 경료된 소유권이전등기에 대한 말소등기청구권이 있으며, 피고보조참가인 S는 D에 대하여 이 사건 신탁계약에 기초한 잔여재산 반환청구권으로서 소유권이전등기의 말소등기청구권을 보유하고 있는데, 이 사건 경매절차는 이미 피담보채무가 소멸한 근저당권에 기하여 개시되어 무효이므로, 위 각 부동산에 관한 피고 명의의 소유권이전등기 및 그 후 순차로 마쳐진 AX, 피고보조참가인 C, AO 명의의 각 소유권이전등기는 원인무효인 피고의 등기에 터 잡은 등기로서 모두 무효라고 주장하면서, 이 사건 각 부동산에 관하여 망 E의 소송수계인 BE를 상대로 소유권이전등기절차의 이행을 구하고, 이 사건 1부동산 등에 관하여 E 및 피고보조참가인 S와 D를 대위 및 순차대위하여 피고보조참가인들, D, 피고, AX 앞으로 마쳐진 각 소유권이전등기의 말소를 구하는 소를 제기하였다(서울중앙지방법원 2017가합527617).

(3) 위 법원은 2009. 9. 26. 참가인의 BE에 대한 청구는 망 E가 이 사건 각 부동산 등에 관하여 참가인에게 2002. 8. 21. 체결한 매매계약에 따른 소유권이전등기절차를 이행할 의무가 있다는 이유로 전부 인용하였으나, 피고보조참가인 S에 대한 청구는 아래 (5)항과 같은 이유로 기각하였고, D, 피고, AX 및 나머지 피고보조참가인들에 대한 소는 피고보조참가인 S에 대한 피보전채권이 인정되지 않는다는 등의 이유로 각하하는 판결을 선고하였다.

(4) 위 1심판결 중 BE 등에 대한 부분은 확정이 되었고, 참가인은 피고보조참가인 S, D, 피고에 대한 패소 부분에 대하여 항소하였으나(서울고등법원 2019나2050190), 2020. 7. 2. 항소심에서 항소기각 판결을 선고받았고, 2020. 12. 20. 대법원에서 상고기각 판결을 선고받음으로써(대법원 2020다257739) 나머지 부분도 확정되었다(이하 '참가인의 선행소송'이라고 한다).

(5) 참가인의 선행소송에서 E의 피고보조참가인 S에 대한 이 사건 1부동산에 관한 소유권이전등기의 말소등기청구권의 존부와 관련하여, ① E가 피고보조참가인 S를 상대로 합의 해제에 따른 원상회복으로 가액배상을 구한 선행 소송(서울중앙지방법원 2008가합64220)과 참가인이 E를 대위하여 위 피고보조참가인을 상대로 합의 해제에 따른 원상회복으로 소유권이전등기의 말소를 구하는 청구는 청구원인이 동일하므로 선행 사건 확정판결의 기판력에 반하여 허용될 수 없고, ② E가

이 사건 1부동산 등을 이중매매함에 있어 피고보조참가인 S가 그와 같은 사실을 잘 알면서 E의 배임행위에 적극 가담하였다고 보기 어려워 위 매매계약이 무효라고 보기도 어려우며, ③ 이 사건 가등기에 기하여 피고보조참가인 S 명의로 2003. 6. 26. 마쳐진 가등기의 부기등기는 유효하고 이에 따라 피고보조참가인 S 명의의 본등기도 달리 무효라고 볼 증거가 없으므로, 결국 E의 피고보조참가인 S에 대한 소유권이전등기 말소등기청구권은 인정되지 않는다고 하여 피고보조참가인 S에 대한 청구는 기각되었다.

나) 판단

채권자가 채무자를 상대로 이행의 소를 제기하여 패소의 확정판결을 받게 되면 채권자는 채무자의 제3자에 대한 권리를 행사하는 채권자대위소송에서 그 확정판결의 기판력으로 말미암아 더 이상 채무자에 대하여 동일한 청구원인으로 이행청구를 할 수 없으므로 그러한 권리를 보전하기 위한 채권자대위소송은 보전의 필요가 없게 되어 부적법하다(대법원 2003.5. 13. 선고 2002다64148 판결, 대법원 2002. 5. 10. 선고 2000다55171 판결 등 참조).

이 사건의 경우 앞서 본 인정사실에 의하면, 참가인 선행소송의 확정판결에 따라 ① E는 이 사건 각 부동산 등에 관한 합의 해제를 원인으로 한 원상회복으로 S 등에 대하여 원물반환이 아닌 가액반환을 구할 권리가 있고, ② 피고보조참가인 S 앞으로 마쳐진 이 사건 가등기에 기한 본등기가 무효라고 볼 증거가 없으므로 결국 E의 피고보조참가인 S에 대한 소유권이전등기 말소등기청구권은 인정되지 않는다는 점이 확정되었고, 참가인은 이 사건에서도 위 확정판결에서와 동일한 사유를 들어 E가 피고보조참가인 S에 대하여 ① 합의 해제에 따른 원상회복으로 소유권이전등기의 말소등기청구권 내지 ② 무효인 가등기의 이전등기에 기한 본등기의 말소등기청구권이 있다고 주장하는 바, 참가인의 위 피고보조참가인에 대한 선행소송과 참가인의 이 사건 채권자대위소송 중 E를 대위한 부분은 그 청구원인이 동일하다.

참가인은 ① E의 피고보조참가인 S에 대한 합의 해제에 따른 원상회복청구권과 관련하여, 가액배상이 인정된 E의 선행소송은 이 사건 1부동산을 제외한 나머지 부동산에 관한 것이어서 E는 여전히 이 사건 1부동산에 관하여 원물반환을 구할 수 있다는 취지로 주장하나, 위 각 증거들에 의하면, 참가인의 선행소송의 판결에서는 E의 선행소송에서 이 사건 1부동산을 포함하여 20필지 전체에 대한

원물반환의무가 이행불능되었다고 판단하여 가액반환을 명하였다는 이유로 그와 같은 참가인의 주장을 명시적으로 배척하고 참가인의 선행소송이 E의 선행소송 확정판결의 기판력에 반한다고 판시한 사실이 인정된다. 또한 참가인은 E가 선행판결의 가액배상금을 수령하지 아니한 이상, 이 사건 부동산에 관하여 여전히 원물반환을 구할 수 있다는 취지로도 주장하면서 대법원 94다15486 판결을 원용하고 있으나, 위 대법원 94다15486 판결은 그 사안이 전소와 후소의 당사자와 소송물이 다른 경우로 전소와 후소의 소송물이 동일한 이 사건과 달라 이 사건에 원용할 수 없다.

또한 ② E의 피고보조참가인 S에 대한 무효인 가등기에 기한 본등기의 말소등기청구권의 경우, 소유권에 기한 말소등기청구사건의 소송물은 당해 등기의 말소등기청구권이고, 그 동일성 식별의 표준이 되는 청구원인, 즉 말소등기청구권의 발생원인은 당해 '등기원인의 무효'라고 할 것이며, 등기원인의 무효를 뒷받침하는 개개의 사유는 독립된 공격방어방법에 불과하여 별개의 청구원인을 구성하는 것으로 볼 수 없으므로(대법원 2009. 1. 15. 선고 2007다51703 판결 참조), 이미 E의 피고보조참가인 S에 대한 이 사건 1부동산에 관한 소유권이전등기의 말소등기청구권이 없음이 판결로 확정된 이상, 그 판결의 기판력에 의하여 전소의 변론종결까지 주장할 수 있었던 등기원인의 무효사유를 들어 그 이전등기의 말소등기청구권이 있음을 주장할 수 없다.

그렇다면 참가인으로서는 선행소송 확정판결의 기판력으로 말미암아 E를 대위하여 S에 대하여 동일한 청구원인으로 이 사건 1부동산에 관하여 소유권이전등기의 말소등기청구를 할 수 없어 그 청구권을 보전할 필요성이 없으므로 이를 피보전권리로 하여 참가인이 E, 피고보조참가인 S, D를 순차대위하여 구하는 피고에 대한 이 사건 1부동산에 관한 청구는 부적법하다.

2) 참가인의 피고보조참가인 S에 대한 피보전채권의 존부 가) 인정사실

갑나 제8, 13, 14호증, 을다 제4호증의 각 기재에 의하면 다음과 같은 사실이 인정된다.

(1) 참가인은 피고보조참가인 S 및 U과 사이에 2007. 1. 9. 피고보조참가인 S가 참가인에게 이 사건 각 부동산 등에 관한 일체의 권리(사업권 및 소유권)를 이전하고, 참가인으로부터 130억 원을 수령하는 조건의 협약서를 작성하였는데(이하 '2007. 1. 9.자 협약'이라고 한다), 참가인은 위 각 부동산에 대하여는 진행 중이던 임의경매 신청채권자 BF, K에게 경매신청 취하를 위한 채무변제를 하기로 하였다.

(2) 그러나 참가인은 경매신청 취하를 위한 채무변제를 하지 못하였고, 참가인, 피고보조참가인 S, U 등은 M과 사이에 2007. 3. 5. M이 BC 소유의 수익증권 인수 비용 120억 원을 부담하는 등의 의무를 이행하고, 참가인 등은 M에게 별지 목록 기재 각 부동산에 대한 모든 권리를 이전함과 동시에 처분 및 개발 등 권한에 일체 관여하지 아니하고, M은 이를 매각 내지 개발한 다음 그 이득금 중 30%의 지분을 참가인에게 지급하는 등의 내용을 담은 인증합의서를 작성하였다.

(3) M, L은 2007.3.8. 위 경매신청 채권자들인 BF, K으로부터 별지 목록 기재 각 부동산에 마쳐진 근저당권 및 그 피담보채권을 양수하기로 하는 계약을 체결하고, 위 각 근저당권을 이전받았다.

(4) 참가인은 2007. 3. 9. 피고보조참가인 S와 사이에 아래와 같은 내용의 합의서를 작성하였다(이하 '2007. 3. 9.자 약정'이라고 한다).

참가인 및 BG을 "갑"이라 하고, U 및 S를 "을"이라 하며 갑과 을은 아래와 같이 합의한다.

1. 이 사건 임야 및 전답 일대의 개발행위 허가원에 대해 을 및 을의 관계자들이 보유한 허가권 명의를 갑 또는 갑이 지정한 자의 명의로 변경한다.

② 허가권 명의 변경의 모든 절차는 을의 책임으로 한다. 단, BH 명의의 허가권 이전과 비용의 부담은 갑이 협조한다.

2. BC 명의의 수익증권에 관하여 2007. 3. 5.자 약정의 내용대로 양수도 계약이 이행되지 않을 경우, 을은 2007. 4. 중순까지 서울중앙지법 2006가합49791 사건 재판부에 인낙서를 제출하며 을의 이행시 갑은 을에게 120억 원을 보장하여 준다.

단, 인낙에 필요한 아래의 서류는 2007. 3. 13.까지 법무법인 BI에 제출하여 보관하게 한다.

3. 을은 수익증권을 인수받음과 동시에 D과의 신탁을 해지한 후 수익증권을 갑에게 인계하고, 이 사건 임야 및 전답의 소유권을 갑 또는 갑이 지정하는 자에게 이전해 줄 것을 확약하며, 이 사건 임야 및 전답에 관한 소유권 등 모든 권리를 포기한다.

4. 을의 채권자(BC 포함)로 인해 2007. 1. 9.자 협약 또는 2007. 3.5.자 약정의 이행이 불가할 시에는 을은 개인 U 및 S 임직원 명의로 보유하고 있는 총 발행주식의 70%를 즉시 갑에게 양도한다.

5. 2007. 3.5.자 약정이 피고 M의 미이행으로 해지되더라도 2007. 1.9.자 협약은 유효함을 확인한다.

6. 을의 상기 사항 이행확인을 전제로 갑은 을에게 액면 593억 원의 당좌수표를 교부한다.
 7. 을이 위 제1 내지 4조까지의 사항 중 하나라도 이행하지 않을 경우, 갑이 지급한 593억원에 대하여 을이 갑에게 귀책사유 발생일로부터 3개월 내에 상환하기로 하는 조건의 채권채무계약으로 전환한다.
 8. 을의 미이행시는 E와 을 간의 민형사상 분쟁에 대해 갑은 관여하지 않는다.
 9. 본 합의는 2007. 1. 9.자 협약 또는 2007. 3. 5.자 약정의 이행종료시까지 유효함을 확인한다.
- (5) E는 참가인, 피고보조참가인 S와 사이에 2007. 3.경 E는 별지 목록 기재 각 부동산의 소유권자가 참가인임을 인정하며, 매각이나 개발 등에 필요한 관계 서류 및 인감증명서를 참가인이 요구하는 바에 따라 즉각적으로 인계 내지는 발급해준다는 취지의 합의각서를 작성하였다.
- (6) 참가인, 피고보조참가인 S, E는 2007. 3. 22. M에게 별지 목록 기재 각 부동산에 대한 매각 및 양도의 권한을 부여하되, 참가인 등이 직접 이 사건 전체 부동산을 2007. 6. 22.까지 매각할 경우에는 그 매각대금 중에서 M 등이 이 사건 전체 부동산에 관한 근저당권을 인수하는 데에 소요된 자금과 참가인의 차용금 80억 원 및 그 이자 등으로 총 39,984,000,000원을 M에게 최우선적으로 변제한다는 내용의 각서를 작성하였다.
- (7) BF, K의 근저당권을 인수한 M, L은 2007. 3. 22. 별지 목록 기재 각 부동산에 대한 경매신청을 취하하였다.

나) 판단

위 인정사실에 의하면, S가 2007. 1. 9. 별지 목록 기재 각 부동산에 관한 소유권 일체를 참가인에게 이전하기로 합의한 사실은 인정되나, 한편 위 2007. 1. 9.자 협약에 기초하여 별지 목록 기재 각 부동산에 관한 소유권 등 일체의 권리를 이전받기로 한 참가인이 2007. 3. 5.자 약정을 통하여 경매절차를 취소시킬 자금이 없어 직접 개발사업을 추진하는 것을 포기하는 대신, 참가인, 피고보조참가인 S가 M에게 그 매각 또는 개발 권한을 주고 M으로 하여금 경매절차를 취소시키도록 한 후 M으로부터 수익을 분배받기로 하고, 이를 위해 별지 목록 기재 각 부동산에 관하여 M 명의로 소유권이전등기를 마치기로 하는 내용의 계약이 체결되었다고 봄이 상당하다.

이에 대하여 참가인은 피고보조참가인 S는 2007. 3. 9.자 약정에 따라 참가인에게 별지 목록 기재 각

부동산에 관한 소유권을 이전할 의무가 있다고 주장하나, 위 약정 제9항에 의하면, 위 2007. 3. 9.자 약정은 2007. 1. 9.자 협약 및 2007. 3. 5.자 협약의 이행을 위하여 부수적으로 체결된 약정으로 보이는데, 위에서 본 바와 같이 2007. 3. 5.자 약정을 통하여 참가인은 2007. 1. 9.자 협약에서 인정되었던 별지 목록 기재 각 부동산에 관한 권한을 포기하고 M으로부터 수익을 분배받기로 약정한 사실이 인정된다.

그렇다면 참가인의 S에 대한 소유권이전등기청구권도 존재한다고 볼 수 없으므로, 참가인이 피고보조참가인 S, D을 순차대위하여 구하는 피고에 대한 소유권이전등기의 말소등기청구도 마찬가지로 부적법하다.

결국 이 사건 1부동산 부분에 관한 참가인의 공동소송참가신청도 소의 적법 요건을 갖추지 못하여 부적법하다.

5. 참가인의 이 사건 2부동산에 대한 청구에 관한 판단

가. 참가인의 주장

이 사건 경매절차는 이미 피담보채무가 변제되어 소멸한 근저당권에 기하여 개시되어 무효이므로, 피고의 이 사건 2부동산에 관한 소유권이전등기는 원인무효의 등기이고, 참가인은 E에 대하여 소유권이전등기청구권이 있으므로 이를 피보전권리로 하여 소유자 E를 대위하여 피고를 상대로 이 사건 2부동산에 관한 소유권이전등기의 말소등기절차의 이행을 구한다.

나. 피고의 본안전 항변에 관한 판단

1) 중복제소금지의 원칙의 위배 여부 피고는 ① 원고가 이미 채권자대위권을 행사하여 피고를 상대로 소유권이전등기의 말소등기절차의 이행을 구하고 있고, ② 참가인이 이미 E를 대위하여 피고 명의 등기의 말소를 구하는 소를 제기하였으므로(서울중앙지방법원 2017가합518309), E를 대위하여 피고 명의 소유권이전등기의 말소를 구하는 참가인의 소는 중복소송에 해당하여 부적법하다는 취지로 주장한다.

먼저 참가인의 공동소송참가로 인한 채권자대위소송이 중복소송에 해당하는지에 관하여 본다.

채권자대위소송이 계속 중인 상황에서 다른 채권자가 동일한 채무자를 대위하여 채권자대위권을 행사하면서 같은 제3채무자를 상대로 소를 제기한 경우, 두 개 소송의 소송물이 같다면 나중에 계속된

소는 중복제소금지의 원칙에 위배하여 제기된 부적법한 소가 된다고 할 것이나(대법원 1994. 11. 25. 선고 94다12517, 94다12524 판결), 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 적법하고(대법원 2015. 7. 23. 선고 2013다30301,30325 판결 참조), 이 경우 공동소송참가인의 소가 중복제소금지의 원칙에 위배하여 부적법하다고 보기 어렵다. 따라서 참가인이 별소 제기가 아닌 공동소송참가신청을 하여 E를 대위하여 피고 명의 등기의 말소를 구하는 소가 중복제소금지의 원칙에 위배된다는 피고의 주장은 그 자체로 이유 없다.

다음으로 참가인이 이미 E를 대위하여 피고를 상대로 소유권이전등기의 말소를 구하는 별소를 제기하였으므로 참가인의 소가 중복소송에 해당하는지에 관하여 보건대, 을다 제13호증의 기재 및 변론 전체의 취지를 종합하면, 참가인이 E를 대위하여 피고 등을 상대로 소유권이전등기절차 또는 소유권이전등기의 말소등기절차의 이행을 구하는 소를 제기하여(서울중앙지방법원 2017가합518309), 위 소송이 대법원에 계속 중인 사실은 인정되나, 위 각 증거들에 의하면 참가인은 위 소송에서 피고 등을 상대로 이 사건 각 부동산이 아닌 별건 부동산에 관한 소유권이전등기의 말소 등을 구하고 있는 사실이 인정되는바, 위 소송과 참가인의 이 사건 소는 소송물이 동일하지 않으므로, 참가인의 이 사건 소는 중복제소금지의 원칙에 위배되지 않는다. 피고의 위 주장도 이유 없다.

2) 권리남용 소송 주장에 대한 판단 피고는 참가인의 이 사건 소는 별지 목록 기재 각 부동산에 관한 개발행위를 방해할 목적에서 무차별적으로 제기한 민·형사소송 중 하나로 권리남용 소송에 해당하여 부적법하다는 취지로도 주장하나, 피고가 제출한 증거들만으로는 참가인의 이 사건 소가 권리남용 소송에 해당한다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 따라서 피고의 위 주장도 이유 없다.

3) 피보전채권의 존부 참가인이 선행소송에서 2019. 9. 26. 망 E의 소송수계인 BE는 참가인에게 이 사건 각 부동산에 관하여 2002. 8. 21. 체결한 매매계약에 따른 소유권이전등기절차를 이행하라는 내용의 판결을 선고받아, 위 판결이 그 무렵 확정된 사실은 앞서 본 바와 같으므로, 참가인은 E에

대하여 위 판결에 따른 소유권이전등기청구권이 있다.

이에 대하여 피고는 참가인의 E에 대한 피보전채권은 참가인과 E 사이에 2009. 5. 25. 작성된 "E가 참가인에게 2002. 8. 21.자 매매계약을 원인으로 한 소유권이전등기를 이행하겠다"는 내용의 합의각서에 따라 인정된 것인데, 위 합의각서를 작성할 당시 E는 이미 이 사건 2부동산의 소유권을 상실하여 무권리자였으므로 위 합의각서의 내용은 믿기 어렵고, 위 2009. 5. 25.자 합의각서가 해제되었으며, 한편 2002. 8. 21.자 매매계약은 관련 소송에서 인정되지 않았으므로 그 피보전채권이 존재하지 않는다는 취지로 본안전 항변을 하나, 채권자가 채무자를 상대로 하여 그 보전되는 청구권에 기한 이행청구의 소를 제기하여 승소판결이 확정되면 제3채무자는 그 청구권의 존재를 다툴 수 없는데(대법원 2000. 6. 9. 선고 98다18155 판결, 1998. 3. 27. 선고 96다10522 판결 등 참조), 참가인이 선행사건의 승소확정판결에 기한 청구권을 피보전채권으로 하여 이 사건 대위청구를 하고 있는 이상 피고는 그 청구권의 존재를 다툴 수 없다.

또한 피고는 참가인의 선행판결이 편취된 판결이므로 기판력을 인정할 수 없다는 취지로도 주장하나, 확정판결의 효력을 배제하기 위하여는 그 확정판결에 재심사유가 존재하는 경우 재심의 소에 의하여 그 취소를 구하여야 하는바, 피고가 제출한 증거들만으로는 참가인의 선행판결이 편취 판결이라고 단정할 수 없을 뿐만 아니라 재심소송이 아닌 이 사건 소송에서 이미 확정된 선행판결의 효력을 다툴 수 없다. 따라서 피고의 이 부분 주장은 모두 이유 없다.

4) 보전의 필요성 존부 참가인이 E를 대위하여 소유권이전등기청구권이라는 특정채권의 보전을 위하여 피고에 대한 등기청구권을 대위행사하는 이 부분 청구에 있어 E의 무자력은 요하지 않는다. 따라서 E가 무자력이 아니므로 참가인의 E에 대한 채권을 보전하기 위한 참가인의 이 사건 소가 부적법하다는 피고의 주장은 이유 없다.

5) 이 사건 합의를 통한 부제소 합의, 채무자 권리행사 주장 등에 관한 판단 피고는 E가 이 사건 합의를 통하여 피고와의 관계에서 이 사건 경매와 관련된 여하한 소송도 제기하지 않기로 하는 부제소 합의를 하였고, 이로 인하여 피고에 대하여는 말소등기청구권을 행사할 수 없는 법률적 장애가 존재하며, 그렇지 않다고 하더라도 E는 위 합의를 함으로써 피고에 대한 말소등기청구권을 행사한 것이어서 채권자대위소송에 있어 채무자의 권리 불행사 요건도 흠결하였으므로, E를 대위하여 피고

명의 등기의 말소를 구하는 참가인의 소는 부적법하다는 취지로 주장하나, 앞서 본 바와 같이 이 사건 합의의 당사자는 채무자인 E와 이 사건 경매의 신청채권자들인 M, L이라고 보아야 하고, 이를 피고와의 관계에서의 부제소합의 약정이라고 해석하기는 어렵고, 이 사건 합의에는 피고에 대한 아무런 언급도 없어 피고를 위한 제3자를 위한 계약이라고 볼 수도 없다. 따라서 E가 피고에게 권리를 행사할 수 없는 법률상 장애가 있다거나, E가 피고에 대한 권리를 행사했다고 보기도 어려우며, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 따라서 피고의 위 본안전항변은 이유 없다.

다. 본안에 관한 판단

이 법원에서 이 부분에 관하여 설시할 이유는 제1심판결 제20면 6행에 아래와 같은 부분을 추가하는 외에는 제1심판결 제15면 내지 제20면의 '4) 피고의 소유권이전등기의 원인무효' 부분 기재와 같으므로, 민사소송법 제420조 본문에 의하여 이를 그대로 인용한다.

○ 추가하는 부분

『(5) 피고는 E가 이 사건 합의를 통하여 이 사건 경매에 대한 이의권을 포기하여 이 사건 2부동산에 관하여 피고에 대한 소유권이전등기의 말소등기청구권도 포기하였으므로 원고가 E를 대위하여 피고를 상대로 소유권이전등기의 말소를 구할 수 없다는 취지로 주장한다.

살피건대, 앞서 본 인정사실에 더하여 앞서 본 증거들 및 갑 제2, 13, 18, 31호증의 각 기재와 변론 전체의 취지를 종합하여 알 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 이 사건 합의는 앞서 본 바와 같이 E 등이 채권자들인 M, L과의 관계에서 채무를 감면받는 조건으로 채권자들이 신청한 경매에 대한 이의를 제기하지 아니하겠다는 취지에 불과하여 이를 피고에 대한 권리를 포기하는 것으로 해석하기는 어려운 점, E가 M, L이 아닌 피고에 대하여 포기의 의사표시를 하였다고 볼 자료도 없는 점, E는 피고가 이 사건 경매절차의 매수인으로서 참가인 등을 상대로 수원지방법원 2016가단518761호로 제기한 건물인도의 소에서 2017. 1. 17. 독립당사자신청을 하면서 M, L이 별건 경매절차에서 채권최고액 전액을 배당받은 이상 1순위 근저당권은 무효여서 이 사건 경매절차역시 무효라고 주장한 점 등에 비추어 보면, E가 피고에 대한 소유권이전등기 말소등기청구권을 포기하였다는 피고의 주장은 이유 없다.

(6) 피고는 E가 이 사건 합의를 통하여 이 사건 경매절차에 대하여 이의를 신청하지 아니하고 이를

유효로 취급하기로 하였으므로 E가 매수인인 피고를 상대로 소유권이전등기의 말소를 구하는 것은 금반언의 원칙 내지 신의칙에 위반되고, 원고도 이를 대위하여 행사할 수 없다는 취지로 주장한다. 살피건대, 앞서 본 인정사실에다 앞서 본 증거들 및 변론 전체의 취지를 종합하여 알 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 ① 이 사건 합의서는 이 사건 경매절차가 종료한 후에 일자를 소급하여 작성된 것으로 보이므로, E가 이 사건 경매가 진행되는 과정에서 경매 절차가 유효하다는 신의를 공여하는 일련의 행위를 하였다고 보기는 어려운 점, ② E가 이 사건 경매에 대한 이의를 제기하지 아니하기로 한 상대방은 경매를 신청한 채권자들인 M, L이었고 매수인인 피고가 아니었던 점, ③ 한편 M, L은 매수인인 피고의 회장 및 대표이사였으므로, 매수인인 피고는 무효인 근저당권에 기하여 경매절차가 개시된 것을 알면서 이 사건 2부동산을 매수한 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면, 피고가 제출한 증거들만으로는 E가 피고에 대한 소유권이전등기의 말소를 구하는 것이 정의관념에 비추어 용인될 수 없는 상태에 이르러 금반언의 원칙 내지 신의칙 위반에 해당한다고 볼 만한 사정이 있다는 점을 인정하기도 어려우며, 달리 이를 인정할 증거가 없다.』

6. 결론

그렇다면, 참가인의 공동소송참가신청 중 이 사건 1부동산에 관한 부분은 부적법하여 각하하고, 원고의 이 사건 1부동산에 관한 청구 및 참가인의 이 사건 2부동산에 관한 청구는 모두 이유 있어 이를 인용하여야 할 것인바, 제1심판결은 이와 결론을 일부 달리 하여 부당하므로, 피고 및 피고보조참가인들의 항소를 일부 받아들여 제1심판결 중 위에서 각하를 명하는 피고 패소 부분을 취소한다.

재판장판사강태훈

판사정하경

판사박선민

별지

12. 그 중 일부가 용인시 처인구 AT 토지로 분할되었다.

2) 원고는, 채권자가 채무자를 상대로 채권자대위권의 피보전채권에 기한 이행청구의 소를 제기하여 승소판결이 확정된 경우, 그 승소확정판결에 의하여 피보전채권인 이행청구권에 대한 입증이 되었다고 할 것이므로 제3채무자가 그 청구권의 존재를 다툴 수는 없는데, 원고가 피보전채권의 존재를 입증하기 위하여 채무자인 S에 대한 집행권원인 약속어음 공정증서를 제출하였으므로 피고들로서는 그 피보전채권의 존재를 다툴 수 없다는 취지로 주장하나, 약속어음 공정증서는 집행권원으로서의 집행력이 있을 뿐, 약속어음에 공증이 된 것이라고 하여 확정판결과 같은 기판력을 가진다고 할 수 없으므로(대법원 1992. 4. 14. 선고 92다169 판결 참조), 원고의 주장은 이유 없다.

3) 또한 원고는 2021. 2. 15.자 준비서면에서 피고보조참가인 S가 자신에게 손해가 되는 판결을 구하고 있으므로 위 보조참가인의 보조참가신청은 보조참가의 요건을 갖추지 아니하여 부적법하다는 취지로 주장하나, 민사소송법 제74조는 "당사자가 참가에 대하여 이의를 신청하지 아니한 채 변론한 경우에는 이의를 신청할 권리를 잃는다"고 규정하고 있고, 원고는 피고보조참가인 S의 참가 후인 2019. 9. 24. 이 법원 제1차 변론기일에 출석하여 변론한 사실이 기록상 명백하므로, 원고는 위 보조참가에 대한 이의신청권을 상실하였다고 할 것이어서 원고의 보조참가에 대한 이의신청은 허용되지 않는다.

4) 한편 피고 등은 위와 같은 사정으로 인하여 D이 피고보조참가인 S에게 이 사건 1부동산에 관한 소유권을 이전할 수 없다는 취지로도 주장한다. 채권자가 채권자대위소송을 제기한 경우, 대위에 의하여 보전될 채권자의 채무자에 대한 권리가 인정되지 아니할 경우에는 채권자가 스스로 원고가 되어 채무자의 제3채무자에 대한 권리를 행사할 당사자적격이 없으므로, 채권자의 채무자에 대한 권리의 발생원인이 된 법률행위가 무효라거나 위 권리가 변제 등으로 소멸하였다는 등의 사실을 주장하여 채권자의 채무자에 대한 권리가 인정되는지 여부를 다투는 것은 가능하나(대법원 2015. 9. 10. 선고 2013다55300 판결), 피고 등의 위와 같은 주장은 피보전채권의 존재가 부정되는 부존재, 무효 등의 사유를 주장하는 것이 아니어서, 제3채무자인 피고는 채무자가 채권자에 대하여 가지는 항변으로 원고에게 대항할 수 없다고 할 것이다.