

부산고등법원 2023. 1. 12 선고 2021나56391 판결 [사해행위취소]

재판경과

부산고등법원 2023. 1. 12 선고 2021나56391 판결

부산지방법원 동부지원 2021. 7. 22 선고 2018가합102743 판결

전문

원고(선정당사자), 항소인S

소송대리인 법무법인 믿음 담당변호사 임수진

피고, 피항소인1. C

2. 주식회사 D

피고들 소송대리인 변호사 김민영

변론 종결 2022. 11. 10.

판결 선고 2023. 1. 12.

제1심판결 부산지방법원 동부지원 2021. 7. 22. 선고 2018가합102743 판결

주문

1. 제1심판결 중 선정자 F의 피고 주식회사 D에 대한 청구에 관한 부분을 취소한다.

피고 주식회사 D는 선정자 F에게 [별지2] 목록 기재 부동산 중 등기부 갑구 순위번호 269번 주식회사 E 지분에 관하여 부산지방법원 동부지원 남부산등기소 2017. 5. 26. 접수 제27391호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.

2. 원고(선정당사자) 및 선정자 F를 제외한 나머지 선정자들의 피고 C에 대한 항소를 모두 기각한다.
3. 이 법원에서 추가된 원고(선정당사자) 및 선정자 F를 제외한 나머지 선정자들의 피고 C에 대한 예비적 청구 부분 소를 모두 각하한다.
4. 원고(선정당사자) 및 선정자 F를 제외한 나머지 선정자들과 피고 C 사이에 생긴 항소 제기 이후의 소송비용은 원고(선정당사자) 및 선정자 F를 제외한 나머지 선정자들이 부담하고, 선정자 F와 피고 주식회사 D 사이에 생긴 소송총비용은 피고 주식회사 D가 부담한다.

N

청 구 취 지 및 항 소 취 지

1. 청구취지

가. 주위적 청구취지

주문 제1항 및 피고 C은 원고(선정당사자) 및 선정자 F를 제외한 나머지 선정자들에게1) [별지3] 목록 기재 각 해당 지분 비율에 따라 [별지2] 목록 기재 부동산 중 등기부 갑구 순위번호 169번 주식회사 E 지분 전부에 관하여 부산지방법원 동부지원 남부산등기소 2015. 3. 31. 접수 제22304호로 마친 근저당권설정등기 및 등기부 갑구 순위번호 168번 주식회사 E 지분 전부에 관하여 같은 등기소 2017. 7. 21. 접수 제39019호로 마친 근저당권설정등기의 각 말소등기절차를 이행하라.

나. 예비적 청구취지

주위적 청구취지 기재와 같이 등기된 각 근저당권은 존재하지 않음을 확인한다.

2. 항소취지

제1심판결을 취소하고, 청구취지 기재와 같은 판결을 구한다.

[원고(선정당사자) 및 선정자들은 이 법원에서 예비적 청구를 추가하였다. 한편, 제1심 판결 중 제1심 공동원고 B에 대한 부분은 항소 제기 없이 분리 확정되었다.]

이 유

1. 인정사실

다음 사실은 당사자 사이에 다툼이 없거나, 갑 제1 내지 12호증, 을 제6 내지 8, 11 내지 13호증(가지번호 포함)의 각 기재와 변론 전체의 취지에 의하여 이를 인정할 수 있다.

가. 당사자의 지위

원고(선정당사자) 및 선정자들은 G어촌계원 또는 그 상속인들²⁾ 이다[이하에서는 편의상 이 사건 소송 당사자의 지위는 '원고(선정당사자)'와 '선정자'를 구별하지 않고 모두 '원고'라고 하되, 개별적인 특정의 필요가 있는 경우에는 위 망인들을 '피상속인들', 그 상속인인 위 선정자들을 '상속원고들', 상속원고들을 제외한 나머지 원고들을 '나머지 원고들'이라고 한다].

나. 공유수면매립공사 및 어업손실보상약정

1) G어촌계의 어항으로 사용되던 G 내항에 공유수면매립공사를 하던 부산광역시 수영구(이하 '수영구'라고 한다)는 2002. 6. 14.경 G어촌계와 사이에, 위 공사로 인한 어업손실보상으로 위 공사에 의하여 향후 조성될 토지에 지하 1층, 지상 2층, 연면적 800평 규모의 활어직판장을 신축하여 나머지 원고들과 피상속인들을 포함한 G어촌계원 197명에게 제공하기로 하는 약정을 하였다.

2) 그 후 위 G어촌계원들과 그 지분을 매수한 매수인들(이하 통틀어 '지분권자들'이라고 한다)은 신축될 활어직판장 중 지하 1층과 지상 2층의 경우 각 1/197 지분에 관하여, 지상 1층의 경우 구분소유로 보존등기될 각 구분점포에 관하여 각 위 G어촌계원들 앞으로 소유권이전등기를 마치기로 하는 내용의 합의를 하였고, 수영구도 이에 동의하였다.

다. 활어직판장 매매계약 체결

1) 한편, 지분권자들은 2006. 3. 23. 총회를 개최하여 활어직판장 신축 및 증축 관련 업무를 효율적으로 처리하기 위하여 'H추진위원회'(이하 '추진위원회'라고 한다)를 구성하고, 추진위원회에 위 업무를 위임하였다.

- 2) 추진위원회는 위와 같은 위임에 따라 활어직판장 신축 및 증축 관련 업무를 수행하는 과정에서, K로부터 향후 신축될 활어직판장 중 ① 지상 2층, ② 지상 3층부터 7층까지의 용적률 400%의 증축권, ③ 지상 2층부터 7층 부분의 대지 지분을 5,750,000,000원에 매수하겠다는 제안을 받았다.
- 3) 위 제안의 수용 여부를 결정하기 위하여 2007. 3. 15. 개최된 지분권자들 총회에서는 참석자 146명 중 138명의 찬성으로 위 제안과 같은 내용의 계약 체결에 동의하는 결의가 이루어졌다.
- 4) 이에 추진위원회는 2007. 3. 20. 주식회사 E(K의 주도로 설립된 주식회사 L이 주식회사 M으로 상호 변경되었다가 현재의 상호로 다시 변경되었다. 이하 상호 변경 전후를 불문하고 'E'라고만 한다)와 위 제안과 같은 내용의 매매계약(이하 '이 사건 매매계약'이라고 한다)을 체결하면서 계약금 3억 원은 계약 당일, 잔금 5,450,000,000원은 '등기부상 최종 지분소유자 전원으로부터 증축동의서 및 소유권이전 제반 서류 징구 완결 시'에 지급받기로 약정하였다.

라. 활어직판장 신축 및 지분이전등기

- 1) 수영구는 공유수면매립공사 완료 후 활어직판장의 대지로 제공될 부산 수영구 N 잡종지 495m² 및 O 잡종지 1,829m²에 관하여 2007. 2. 7. 소유권보존등기 내지 소유권이전등기를 마쳤고, 그 후 위 각 토지 위에 활어직판장 건물(이하 '이 사건 건물'이라고 한다)이 신축되었다.
- 2) 이 사건 건물은 2008. 11. 10. 수영구 명의로 소유권보존등기가 마쳐졌다가, 2009. 1. 23. 1층은 활어판매 용도의 195개 구분점포로, 2층 중 1,286.71m²는 식당시설 용도의 1개 구분점포인 [별지2] 목록 기재 부동산(이하 '이 사건 P호 건물'이라고 한다)으로 각 구분등기 되었고, 그 후 이 사건 P호 건물은 2011. 3.경 나머지 원고들, 망 AZ를 제외한 나머지 피상속인들, 상속원고들 중 망 AZ를 단독상속한 원고 F 등의 앞으로 지분이전등기(각 1/195 지분)가 마쳐졌다.

마. 일부 지분권자들과 E 사이의 분쟁 및 E의 지분이전등기

- 1) 한편, 일부 지분권자들이 이 사건 매매계약의 효력을 부인하면서 지분소유권이전등기절차의 이행이나 증축허가 신청에 대한 동의를 거부하자, E는 2008. 1. 8. 나머지 원고들과 피상속인들을 비롯한 일부 지분권자들을 상대로 하여 부산지방법원 동부지원 2008가합84호로 이 사건 P호 건물 중 각 1/197 지분에 관하여 이 사건 매매계약을 원인으로 한 지분이전등기절차의 이행을 구하는 소송을 제기하였는데, 위 소송에서 E와 나머지 원고들 및 피상속인들 사이에서는 E의 위 청구를

그대로 인정, 인용하는 내용의 인낙조서와 판결이 작성되거나 확정되었다(이하 위 소송을 '이 사건 제1선행소송'이라고 한다).3) 2) E는 이 사건 제1선행소송의 인낙조서 및 확정판결에 기하여, 2011. 4. 11. 이 사건 P호 건물 중 나머지 원고들과 망 AZ를 제외한 나머지 피상속인들의 각 1/197 지분에 관하여 지분이전등기(등기부 갑구 순위번호 168, 169번, 이하 위 지분을 '이 사건 제1지분'이라고 하고, 그 등기를 '이 사건 제1지분이전등기'라고 한다)를 마치고, 2016. 6. 27. 이 사건 P호 건물 중 원고 F의 1/197 지분에 관하여 지분이전등기(등기부 갑구 순위번호 269번, 이하 위 지분을 '이 사건 제2지분'이라고 하고, 그 등기를 '이 사건 제2지분이전등기'라고 한다)를 마쳤다.

바. 피고들의 근저당권설정등기

1) 피고 C은, 이 사건 제1지분 중 등기부 갑구 순위번호 169번 지분에 관하여 R로부터 부산지방법원 동부지원 남부산등기소 2015. 3. 31. 접수 제22304호로 등기된 채권최고액 346,658,000원인 근저당권을 양수받아 같은 등기소 2016. 8. 26. 접수 제48345호로 그 이전의 부기등기를 마치는 한편, 이 사건 제1지분 중 등기부 갑구 순위번호 168번 지분에 관하여 같은 등기소 2017. 7. 21. 접수 제39019호로 채권최고액 1,400,000,000원인 근저당권설정등기를 마쳤다(이하 위 각 근저당권설정등기를 '이 사건 제1근저당권설정등기'라고 한다).

2) 피고 주식회사 D(이하 '피고 D'라고 한다)는 이 사건 제2지분 등에 관하여 부산지방법원 동부지원 남부산등기소 2017. 5. 26. 접수 제27391호로 채권최고액 400,000,000원인 근저당권설정등기를 마쳤다(이하 위 근저당권설정등기를 '이 사건 제2근저당권설정등기'라고 한다).

사. 관련 민사소송

1) 나머지 원고들과 망 AZ를 제외한 나머지 피상속인들은 E를 상대로 하여, ① 부산지방법원 동부지원 2011가단14390호로 이 사건 제1지분이전등기의 말소등기절차의 이행을 구하는 소송을 제기하였다가 2011. 11. 18. '위 청구는 이 사건 제1선행소송에서 확정된 법률관계와 모순되는 정반대의 사항을 소송물로 삼은 것으로서 이 사건 제1선행소송의 인낙조서나 확정판결의 기판력에 저촉되어 허용되지 않는다'는 이유로 패소판결을 선고받았고, 위 판결은 그에 대한 항소(부산지방법원 2011나23788)와 상고(대법원 2012다58623)가 모두 기각되어 2012. 10. 16. 그대로 확정되었고, ② 부산지방법원 동부지원 2012가합3509호로 이 사건 매매계약의 해제를

주장하면서 이 사건 제1지분이전등기의 말소등기절차 이행을 구하는 소송을 제기하였다가 2013. 3. 28. 패소판결을 선고받았고, 위 판결은 그에 대한 항소(부산고등법원 2013나3446)가 모두 기각되어 2014. 2. 12. 그대로 확정되었다(이하 위 각 소송을 '이 사건 제2선행소송'이라고 한다).

2) 원고 F는 이 사건 소송 계속 중 E를 상대로 하여 부산지방법원 2019가합40013호로 이 사건 제2지분에 관하여 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 소송을 제기하였다가, 2020. 2. 5. 위 1)의 ①항의 판결이유와 같은 이유로 패소판결을 선고받았고, 위 판결은 그에 대한 항소(부산고등법원 2020나52316)와 상고(대법원 2021다212733)가 모두 기각되어 2021. 5. 28. 그대로 확정되었다(이하 위 소송을 '이 사건 제3선행소송'이라고 한다).

3) 또한, 원고 F를 포함한 이 사건 제1, 2지분 해당 원고들 내지 그 피상속인들은 2017. 12. 1. 및 2018. 11. 26. E를 상대로 하여 부산지방법원 2017가합51972호 및 2018가합42753호로 위 각 지분에 관한 소유권확인을 구하는 소송을 제기하였는데, 위 법원은 2018. 11. 21. '이 사건 매매계약은 공유물인 이 사건 건물의 공유자인 지분권자들 전원의 동의를 결한 공유물의 처분, 변경으로서 무효이고, 이 사건 제1, 2지분이전등기가 실체적 권리관계에 부합한다고 볼 수도 없다'는 이유로 위 원고들 내지 그 피상속인들의 승소판결을 선고하였고, 위 판결은 그에 대한 E의 항소(부산고등법원 2019나50154 및 2019나50130)와 상고(대법원 2020다212675 및 2020다212668)가 모두 기각되어 2020. 6. 11. 그대로 확정되었다(이하 위 소송을 '이 사건 소유권확인소송'이라고 한다).

2. 판단

가. 원고들의 주장 요지

이 사건 매매계약은 공유물인 이 사건 건물의 처분, 변경을 내용으로 하는 것임에도 이 사건 건물의 공유자인 나머지 원고들 및 피상속인들을 포함한 지분권자들 전원의 동의 없이 체결되었으므로 무효이고, 이 사건 매매계약을 원인으로 하여 마쳐진 E 명의의 이 사건 제1, 2지분이전등기 역시 무효이므로, E는 이 사건 제1, 2지분 소유권을 취득하지 못하였고, 원고들이 여전히 이 사건 제1, 2지분 소유권자이다. 따라서 원고들은 피고들에 대하여, ① 주위적으로 이 사건 제1, 2지분 소유권에 기한 방해배제청구로써 처분권한 없는 E의 처분행위에 기하여 원인무효인 이 사건 제1,

2지분이전등기에 터 잡아 마쳐진 이 사건 제1, 2근저당권설정등기의 말소등기절차의 이행을, ② 예비적으로 이 사건 제1, 2근저당권설정등기상 근저당권의 부존재 확인을 각 구한다.

나. 원고 F를 제외한 상속원고들 및 나머지 원고들의 피고 C에 대한 청구에 관한 판단

1) 주위적 청구(이 사건 제1근저당권설정등기 말소등기절차 이행 청구)에 대한 판단 가) 전·후 양소의 소송물이 동일하지 않다고 하더라도, 후소의 소송물이 전소에서 확정된 법률관계와 모순되는 정반대의 사항을 소송물로 삼았다면 이러한 경우에는 전소판결의 기판력이 후소에 미치게 된다(대법원 2002. 12. 6. 선고 2002다44014 판결 등 참조). 한편 말소등기청구사건의 소송물은 당해 등기의 말소등기청구권이고 그 동일성 식별의 표준이 되는 청구원인, 즉 말소등기청구권의 발생원인은 당해 등기원인의 무효라 할 것으로서, 등기원인의 무효를 뒷받침하는 개개의 사유는 독립된 공격방어방법에 불과하여 별개의 청구원인을 구성하는 것이 아니다(대법원 1993. 6. 29. 선고 93다11050 판결 등 참조). 나아가 소유권이전등기말소소송의 확정판결 이후에 근저당권설정등기 등이 마쳐졌는데 위 판결의 당사자가 근저당권자를 상대로 그 근저당권설정등기의 말소등기청구 등을 하는 경우 현재의 근저당권자는 위 확정된 전 소송의 사실심 변론종결 후의 승계인으로서 위 확정판결의 기판력은 위 확정된 전소의 말소등기청구권의 존재 여부를 선결문제로 하는 근저당권설정등기의 말소등기청구에 모두 미친다고 할 것이다(대법원 2003. 3. 28. 선고 2000다24856 판결 등 참조).

나) E가 나머지 원고들과 피상속인들을 비롯한 일부 지분권자들을 상대로 이 사건 매매계약을 원인으로 한 지분이전등기절차의 이행을 구한 이 사건 제1선행소송에서 E의 청구를 그대로 인정, 인용하는 내용의 인낙조서와 판결이 작성되거나 확정된 사실, 그 후 나머지 원고들과 망 AZ를 제외한 나머지 피상속인들이 E를 상대로 이 사건 제1지분이전등기의 말소등기절차의 이행을 구하는 이 사건 제2선행소송을 제기하였다가 패소판결을 선고받고 그 판결이 2012. 10. 16. 및 2014. 2. 12. 그대로 확정된 사실, 한편 피고 C은 이 사건 제2선행소송의 판결이 확정된 이후인 2015. 3. 31. 및 2017. 7. 21. 이 사건 제1지분이전등기에 터 잡아 이 사건 제1근저당권설정등기를 마친 사실은 앞서 본 바와 같은바, 위 인정사실을 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 이 사건 제2선행소송의 확정판결 이후 이 사건 제1근저당권설정등기를 마친 피고 C은 이 사건 제2선행소송의 사실심 변론종결 후의

승계인에 해당하고, 따라서 이 사건 제2선행소송의 확정판결의 기판력은 그 당사자 내지 그 상속인인 위 원고들의 E에 대한 이 사건 제1지분이전등기의 말소등기청구권의 존재 여부를 선결문제로 하는 피고 C에 대한 이 사건 제1근저당권설정등기 말소등기절차 이행 청구에도 그대로 미친다고 할 것이므로, 이 사건 매매계약 및 이 사건 제1지분이전등기의 무효를 이유로 한 위 원고들의 이 부분 청구는 이 사건 제2선행소송에서 확정된 법률관계와 모순되는 판단을 구하는 것으로 이 사건 제2선행소송의 확정판결의 기판력에 저촉되어 허용될 수 없다.

다) 이에 대하여 위 원고들은, 이 사건 소유권확인소송의 확정판결에 의하여 이 사건 제1지분에 관한 E의 소유권이 부인되었으므로, 위 원고들의 이 부분 청구는 이 사건 제1근저당권설정등기나 그 근저당권이 무권리자인 E의 처분행위에 기한 것으로서 무효라는 것이어서, 위 원고들의 E에 대한 이 사건 제1지분이전등기의 말소등기청구권의 존재 여부를 선결문제로 하는 것이 아니라는 취지로 주장하나, 앞서 본 바와 같이 이 사건 소유권확인소송의 확정판결은 이 사건 매매계약이 무효임을 주된 이유로 하는 것이고, E에게 이 사건 제1지분에 관한 처분권한이 없다는 위 원고들의 위 주장 역시 E의 이 사건 제1지분 취득의 원인이 된 이 사건 매매계약 및 이 사건 제1지분이전등기가 모두 무효라는 것과 다를 바 없어 그 자체로 이 사건 제2선행소송에서 확정된 법률관계와 모순되는 판단을 구하는 것에 불과하므로, E에 대한 이 사건 제1지분이전등기의 말소등기청구권의 존재 여부를 선결문제로 하는 것이라고 봄이 상당하다. 위 원고들의 위 주장은 이유 없다.

라) 또한 위 원고들은, 이 사건 제2선행소송의 확정판결 이후 그와 모순되는 이 사건 소유권확인소송의 확정판결이 있었으므로, 이 사건 제2선행소송의 확정판결의 기판력은 배제되어야 한다는 취지로 주장한다.

확정판결의 기판력은 전소의 변론종결 전에 당사자가 주장하였거나 주장할 수 있었던 모든 공격방어방법에 미치는 것이고, 다만 그 변론종결 후에 새로 발생한 사유가 있어 전소 판결과 모순되는 사정 변경이 있는 경우에는 그 기판력의 효력이 차단되며, 여기에서 변론종결 후에 발생한 새로운 사유라 함은 새로운 사실관계를 말하는 것일 뿐 기존의 사실관계에 대한 새로운 증거자료가 있거나 새로운 법적 평가 또는 그와 같은 법적 평가가 담긴 다른 판결이 존재한다는 등의 사정은 그에 포함되지 아니한다(대법원 2016. 8. 30. 선고 2016다222149 판결 등 참조). 그리고 기판력

있는 전소판결과 저촉되는 후소판결이 그대로 확정된 경우에도 전소판결의 기판력이 실효되는 것이 아니고 재심의 소에 의하여 후소판결이 취소될 때까지 전소판결과 후소판결은 저촉되는 상태대로 그냥 기판력을 갖는 것이고, 후소판결의 기판력이 전소판결의 기판력을 복멸시킬 수 있는 것도 아니므로 기판력 있는 전소판결의 변론종결 후에 이와 저촉되는 후소판결이 확정되었다는 사정은 변론종결 후에 발생한 새로운 사유에 해당한다고 할 수 없다(대법원 1997. 1. 24. 선고 96다32706 판결 등 참조).

위와 같은 법리에 따라 살피건대, 이 사건 소유권확인소송의 당사자가 아닐뿐더러 이 사건 소유권확인소송 제기 이전에 이 사건 제1근저당권설정등기를 마친 피고 C에게 이 사건 소유권확인소송의 기판력이 미칠 여지가 전혀 없고, 이 사건 매매계약의 무효 여부 등은 이 사건 제2선행소송의 변론종결 전에 존재하던 사유에 불과하며, 이 사건 제2선행소송의 확정판결 이후 그와 모순되는 이 사건 소유권확인소송의 확정판결이 있었다는 사정은 이 사건 제2선행소송의 변론종결 후에 발생한 새로운 사유라고 볼 수 없으므로, 이 사건 소유권확인소송의 확정판결에 의하여 이 사건 제2선행소송의 확정판결의 기판력이 배제된다고 볼 수 없다. 위 원고들의 위 주장도 이유 없다. 마) 따라서 위 원고들의 주위적 청구 주장은 이유 없다.

2) 예비적 청구(이 사건 제1근저당권설정등기상 근저당권 부존재 확인 청구)에 대한 판단 가) 피고 C은, 위 원고들의 예비적 청구 부분 소는 확인의 이익이 없어 부적법하다고 본안 전 항변을 하므로, 먼저 이에 대하여 살펴본다.

나) 확인의 소는 반드시 원고, 피고 간의 법률관계에 한하지 아니하고, 원고, 피고의 일방과 제3자 또는 제3자 상호간의 법률관계도 그 대상이 될 수 있는 것이나, 그러한 법률관계의 확인은 그 법률관계에 따라 원고의 권리 또는 법적 지위에 현존하는 위험, 불안이 야기되어 이를 제거하기 위하여 위 법률관계를 확인의 대상으로 삼아 원고, 피고 간의 확인판결에 의하여 즉시로 확정할 필요가 있고, 또한 그것이 가장 유효적절한 수단이 되어야 확인의 이익이 있다고 할 것이다(대법원 1994. 11. 8. 선고 94다23388 판결, 1991. 12. 10. 선고 91다14420 판결, 대법원 1996. 11. 22. 선고 96다34009 판결, 대법원 1999. 9. 17. 선고 97다54024 판결 등 참조).

다) 위와 같은 법리에 따라 이 사건을 살피건대, 위 원고들이 피고 C을 상대로 E와 피고 C 사이의 이

사건 제1근저당권설정등기상의 근저당권이 부존재 한다는 확인판결을 받는다 하더라도, 그 판결의 효력이 제3자인 E에게는 미치지 않을 뿐만 아니라 그로 인하여 위 원고들의 권리가 확정되는 것도 아니어서 위 원고들의 권리 또는 법률적 지위에 현존하는 위험이나 불안정을 제거할 수 있는 경우라고 할 수 없고, 위 원고들이 그 주장과 같은 이 사건 제1지분 소유자로서의 권리 또는 그 지위의 불안, 위험을 해소시키기 위하여 곧바로 피고 C을 상대로 이 사건 제1근저당권설정등기의 말소등기절차의 이행을 구하거나 제3자이의의 소를 제기하여 이 사건 제1근저당권에 기한 강제집행의 불허를 구함으로써(실제로 위 원고들은 이 사건 소송에서 이 사건 제1근저당권설정등기의 말소등기절차의 이행을 구하는 주위적 청구를 하고 있을 뿐만 아니라 위 원고들 중 일부는 피고 C을 상대로 부산지방법원 동부지원 2020가합106441호로 이 사건 제1근저당권설정등기에 기한 강제집행의 불허를 구하는 취지의 제3자이의의 소를 제기하였다가, 제1심에서 패소판결을 선고받고 부산고등법원 2021나56438호로 항소를 제기하여 현재 항소심 계속 중에 있다) 근본적으로 분쟁을 해결할 수 있는 유효적절한 방법이 있음에도 이러한 방법이 아닌 이 사건 제1근저당권설정등기상 근저당권의 부존재 확인을 구하는 것은 확인의 이익이 있다고 볼 수 없다.

라) 이에 대하여 위 원고들은, 이 사건 제1근저당권설정등기의 말소등기절차의 이행 청구나 제3자이의의 소는 이 사건 제2선행소송의 확정판결의 기판력의 작용으로 어차피 배척될 가능성이 있으므로, 이 사건 제1근저당권설정등기상 근저당권의 부존재 확인을 구할 특별한 사정이 있다는 취지로 주장하나, 이행의 소 등을 제기할 수 있는데도 불구하고 확인의 소를 제기하는 것은 분쟁의 종국적인 해결 방법이 아니어서 확인의 이익이 없는 것이고(대법원 2006. 3. 9. 선고 2005다60239 판결 등 참조), 위 원고들의 주장과 같이 이행의 소 등이 배척될 가능성이 있다는 사정만으로 이와 달리 볼 수 없으므로(앞서 인용한 대법원 1999. 9. 17. 선고 97다54024 판결의 취지4) 참조), 위 원고들의 위 주장은 이유 없다.

마) 따라서 위 원고들의 예비적 청구 부분 소는 확인이 이익이 없어 부적법하다.

다. 원고 F의 피고 D에 대한 청구에 관한 판단

1) 주위적 청구(이 사건 제2근저당권설정등기 말소등기절차 이행 청구)에 대한 판단 가) 청구원인에 대한 판단

(1) 부동산 등기에는 공신력이 인정되지 아니하므로, 부동산의 소유권이전등기가 불실등기인 경우 그 불실등기를 믿고 부동산을 매수하여 소유권이전등기를 경료하였다 하더라도 그 소유권을 취득한 것으로 될 수 없고, 부동산에 관한 소유권이전등기가 무효라면 이에 터 잡아 이루어진 근저당권설정등기는 특별한 사정이 없는 한 무효이다(대법원 1967. 1. 23. 자 66마1165 결정, 대법원 2009. 2. 26. 선고 2006다72802 판결 등 참조). 그리고 부동산의 소유권에 기한 방해배제청구권 행사의 일환으로서 그 부동산에 관하여 마쳐진 근저당권설정등기의 말소를 구하려면 먼저 원고에게 그 말소를 청구할 수 있는 권원이 있음을 적극적으로 주장·입증하여야 하고, 만일 원고에게 그러한 권원이 있음이 인정되지 않는다면 설사 근저당권설정등기가 말소되어야 할 무효의 등기라고 하더라도 원고의 청구를 인용할 수는 없다(대법원 2005. 9. 28. 선고 2004다50044 판결 등 참조). 한편, 매매를 원인으로 한 소유권이전등기절차이행 청구에 관한 판결의 기판력은 그 등기청구권의 존부에만 미치고 등기청구권의 원인이 되는 채권계약의 존부나 그 목적부동산의 소유권의 귀속에 관하여는 미치지 아니하는 것이므로, 종전 소유자로서는 확정판결과 같은 효력이 있는 인낙조서에 의하여 피고 명의로 소유권이전등기가 경료되었다 할지라도 위 등기의 원인인 매매의 부존재를 이유로 여전히 자기가 공유지분권을 갖고 있음을 주장할 수 있고, 또 부동산 공유자의 한사람은 그 공유물에 대한 보존행위로서 공유물에 관한 원인무효의 등기 전부의 말소를 구할 수 있다 할 것이어서(당원 1971.11.30. 선고 71다1831 판결 참조), 종전 소유자는 공유자의 한 사람으로서 공유물의 보존을 위하여 위 인낙조서의 기판력에 저촉되지 않는 범위 내에서 후속 양수인 등 명의의 소유권이전등기가 원인 무효임을 주장하여 그 말소를 구할 수 있다(대법원 1982. 3. 9. 선고 81다464 판결 참조)5). 한편, 이미 확정된 관련 민사판결에서 확정된 사실은 이를 채용할 수 없는 특별한 사정이 나타나 있지 아니하는 한 유력한 증거자료가 된다고 할 것이어서 합리적인 이유 없이 이를 배척할 수 없다(대법원 1995. 1. 12. 선고 94다33002 판결, 대법원 2008. 1. 31. 선고 2007다59288 판결 등 참조).

(2) 원고 F 등이 E를 상대로 하여 제기한 이 사건 소유권확인소송에서, 원고 F의 주위적 청구 주장과 같이 '이 사건 매매계약은 공유물인 이 사건 건물의 공유자인 지분권자들 전원의 동의를 결한 공유물의 처분, 변경으로서 무효이고, 이 사건 제1, 2지분이전등기가 실체적 권리관계에 부합한다고

볼 수도 없다'는 이유로 원고 F 등의 청구를 모두 인용한 판결이 그대로 확정된 사실은 앞서 본 바와 같은 바, 이 사건 소유권확인소송의 확정판결의 위와 같은 사실인정과 판단을 채용할 수 없는 특별한 사정이 나타나 있지 않은 이 사건에서, 이 사건 매매계약은 이 사건 건물의 공유자인 지분권자들 전원의 동의를 결한 공유물의 처분, 변경으로서 무효이고, 무효인 이 사건 매매계약을 원인으로 하여 마쳐진 E 명의의 이 사건 제2지분이전등기, 그에 터 잡아 마쳐진 이 사건 제2근저당권설정등기 역시 모두 무효라고 봄이 상당하고, 사정이 이와 같다면, 원고 F는 E 명의의 이 사건 제2지분이전등기에도 불구하고 여전히 이 사건 제2지분 소유권자라고 할 것이므로, 원고 F는 이 사건 제2지분 소유권에 기한 방해배제청구 내지 공유물인 이 사건 P호 건물의 보존행위로서 피고 D를 상대로 무효인 이 사건 제2근저당권설정등기의 말소등기절차의 이행을 구할 수 있다.

나) 피고 D의 주장에 대한 판단

(1) 피고 D는, 원고 F의 이 부분 청구는 이 사건 제1, 3선행소송의 확정판결의 기판력에 저촉되므로 허용되어서는 안 된다고 주장한다.

(2) 먼저, 이 사건 제1선행소송에 관하여 살피건대, 원인 없이 이전된 소유권이전등기라 하여 그 등기를 말소하라는 판결이 확정된 경우에 그 확정판결의 변론종결 후에 피고로부터 소유권이전등기 또는 담보권설정등기를 차례로 받은 자들은 민사소송법 제218조 제1항에서 말하는 이른바 변론종결 후의 승계인에 해당하고 따라서 전소의 기판력은 그에게 미치는 것이지만(대법원 1963. 9. 27. 선고 63마14 판결 등 참조), 전소의 소송물이 채권적 청구권인 소유권이전등기청구권일 때에는 전소의 변론종결 후에 전소의 피고인 채무자로부터 소유권이전등기를 경로받은 자는 전소의 기판력이 미치는 변론종결 후의 승계인에 해당한다고 할 수 없는 것인바(대법원 1993. 2. 12. 선고 92다25151 판결, 대법원 2003. 5. 13. 선고 2002다64148 판결 등 참조), 이 사건 제1선행소송의 소송물은 채권적 청구권에 불과한 E의 이 사건 매매계약에 기한 이 사건 제2지분 소유권이전등기청구권이므로, 피고 D가 이 사건 제1선행소송의 사실심 변론종결 후에 이 사건 제2근저당권설정등기를 마쳤다 하더라도, 피고 D를 이 사건 제1선행소송의 확정판결의 기판력이 미치는 변론종결 후의 승계인이라고 할 수 없다.

(3) 다음으로, 이 사건 제3선행소송에 관하여 살피건대, 원고 F가 이 사건 소송 계속 중 E를 상대로 이

사건 제2지분에 관하여 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 이 사건 제3선행소송을 제기하였다가 패소의 확정판결을 받은 사실은 앞서 본 바와 같으나, 피고 D는 이 사건 제3선행소송의 당사자가 아닐뿐더러 이 사건 제3선행소송 제기 전에 이미 이 사건 제2근저당권설정등기를 마친 데에 불과하여 이 사건 제3선행소송의 변론종결 후의 승계인이라고 볼 수도 없으므로, 이 사건 제3선행소송의 확정판결의 기판력이 피고 D에게 미친다고 볼 수 없다.

(4) 따라서 피고 D의 주장은 이유 없다.

2) 이와 같이 원고 F의 주위적 청구 주장을 받아들이는 이상, 예비적 청구 주장에 대하여는 따로 판단하지 않는다.

3. 결론

그렇다면 원고 F의 피고 D에 대한 주위적 청구는 이유 있으므로 이를 인용하고, 원고 F를 제외한 상속원고들 및 나머지 원고들의 피고 C에 대한 주위적 청구는 이유 없으므로 이를 모두 기각하며, 이 법원에서 추가된 예비적 청구 부분 소는 부적법하므로 이를 모두 각하하여야 한다.

따라서 제1심판결 중 원고 F의 피고 D에 대한 청구에 관한 부분은 이와 결론을 달리하여 부당하므로 이를 취소하여 원고 F의 피고 D에 대한 주위적 청구를 인용하고, 원고 F를 제외한 상속원고들 및 나머지 원고들의 피고 C에 대한 주위적 청구에 관한 부분은 이와 결론을 같이하여 정당하므로, 그에 대한 위 원고들의 항소를 모두 기각하며, 이 법원에서 추가된 위 원고들의 피고 C에 대한 예비적 청구 부분 소는 이를 각하하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

재판장판사박준용

판사최희영

판사추경준

별지

1) 아래에서 보는 바와 같이 주식회사 E는 2011. 4. 11. 원고(선정당사자) 및 선정자 F를 제외한 나머지 선정자들의 각 해당 지분에 관하여만 등기부 갑구 순위번호 168, 169번으로 지분이전등기를

마쳤고, 선정자 F의 해당 지분에 관하여는 2016. 6. 27.에 이르러서야 등기부 갑구 순위번호 269번으로 지분이전등기를 마친 점과 원고(선정당사자) 및 선정자들의 해당 각 지분에 관하여 설정된 해당 근저당권설정등기만의 말소등기절차의 이행을 구하는 취지의 2019. 1. 22. 자 청구취지 및 청구원인 변경신청서의 변경된 청구취지 및 청구원인의 기재 내용에 비추어 볼 때, 원고(선정당사자) 및 선정자 F를 포함한 선정자들 전부에게로 등기부 갑구 순위번호 168, 169번 주식회사 E 지분 전부를 목적으로 한 피고 C 명의의 각 근저당권설정등기의 말소등기절차의 이행을 구하는 취지로 기재된 2022. 9. 27. 자 청구취지 및 청구원인 변경신청서의 변경 후 청구취지 <주위적 청구취지> 제1항의 "별지 제1목록 1 내지 74 기재 각 원고들" 중 선정자 F에 대한 부분은 착오 기재임이 명백하다.

2) 구체적으로 ① [별지1] 선정자명단 순번 9, 64 내지 67 기재 선정자 U, V, W, X, Y은 망 Z(2018. 11. 29. 사망)의, 15, 68 내지 72 기재 선정자 AA, AB, AC, AD, AE, AF은 망 A(2020. 9. 4. 사망)의, 36, 73, 74 기재 선정자 AG, AH, AI 망 AJ(2018. 7. 12. 사망)의 각 상속인들로서 이 사건 소송 계속 중 Z, A, AJ의 사망에 따라 이 사건 소송을 수계하였고, ② 51 내지 54 기재 선정자 AK, AL, AM, AN는 망 AO(2016. 11. 8. 사망)의, 55 내지 59 기재 선정자 AP, AQ, AR, AS, AT는 망 AU(2017. 3. 19. 사망)의, 60 내지 62 기재 선정자 AV, AW, AX은 망 AY(2013. 4. 17. 사망)의, 63 기재 선정자 F는 망 AZ(2010. 2. 5. 사망)의 각 상속인들로서 이 사건 소를 제기하였다.

3) 다만, 위 소송 제1심에서 패소한 Q 등 일부 지분권자들은 부산고등법원 2009나785호로 항소하였는데, 위 법원은 '이 사건 매매계약은 무효'라는 등의 이유로 E의 청구를 기각하는 판결을 선고하였고, 위 항소심 판결은 그에 대한 E의 상고(대법원 2009다69005)가 기각되어 2009. 12. 24. 그대로 확정되었다.

4) 위 대법원 판결은, 경락인인 원고가 낙찰부동산에 관하여 설정된 가등기 명의인인 피고를 상대로 가등기 말소등기절차 이행청구와 가등기 무효확인 청구 등을 제1, 2예비적 청구로 한 사안에서, 제1예비적 청구인 가등기 말소등기절차 이행 청구를 기각한 원심판결을 수긍하면서도, '가등기가 무효라면 직접 그 말소를 구하는 것이 분쟁해결의 직접적이고 유효, 적절한 수단이라 할 것이므로, 달리 가등기의 무효확인을 구하는 것은 확인의 이익이 없다'는 이유로 제2예비적 청구인 가등기

무효확인 청구를 기각한 원심판결을 파기하고 그 부분 소를 각하하였다.

5) 다만, 부동산의 공유자는 그 공유물에 대한 보존행위로서 공유물에 관한 원인무효의 등기 전부의 말소를 구할 수 있는 것이 원칙이지만, 공유자의 1인인 소외인이 제3자가 피고를 상대로 하여 제기한 소송에 독립당사자참가를 하여 그 부동산이 전부 자신의 소유인데 그 부동산에 관하여 경료된 피고 명의의 소유권이전등기는 원인무효의 등기라고 주장하면서 그 등기의 말소를 청구하였으나 그 청구가 기각되어 확정되었다면, 그 소외인은 확정판결의 기판력에 의하여 피고 및 그 소송의 사실심변론종결 후에 피고로부터 부동산지분을 일부 매수한 다른 피고를 상대로 부동산 중 자신의 지분에 관하여 피고들 명의의 지분소유권이전등기의 말소를 구할 수 없는 지위에 놓여 있다고 할 것이므로, 원고들이 소외인과 부동산을 공유하고 있다고 하더라도, 위와 같이 더 이상 말소청구가 받아들여질 수 없게 된 소외인의 지분에 관한 한, 보존행위로서 피고들 명의의 소유권이전등기의 말소를 구할 수 없다(대법원 1994. 11. 18. 선고 92다33701 판결 등 참조).