

서울남부지방법원 2024. 9. 5 선고 2023나65707 판결 [부당이득금반환]

재판경과

서울남부지방법원 2024. 9. 5 선고 2023나65707 판결

서울남부지방법원 2023. 8. 30 선고 2022가단6465 판결

전문

원고(선정당사자), 항소인A

원고(선정당사자) 및 원고 보조참가인의 소송대리인 변호사 이기덕

원고 보조참가인주식회사 B

피고, 피항소인C

소송대리인 남부종합 법무법인 담당변호사 오성규

변론 종결2024. 6. 20.

판결 선고2024. 9. 5.

제1심판결서울남부지방법원 2023. 8. 30. 선고 2022가단6465 판결

주문

- 원고(선정당사자) 및 원고 보조참가인의 항소를 각 기각한다.
- 항소비용은 원고(선정당사자) 및 원고 보조참가인이 부담한다.

N

청 구 취 지 및 항 소 취 지

제1심 판결을 취소한다. 피고는 원고(선정당사자, 이하 '원고'라 한다) 및 선정자들에게 각 25,000,000원 및 이에 대하여 이 사건 청구취지 및 청구원인 변경신청서 부분 송달일 다음날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 비율로 계산한 돈을 각 지급하라.

이 유

1. 기초사실

가. D건물재건축사업 경과

1) D재건축조합(이하 '조합'이라 한다)은 부천시 소사구 E대 957.9m²(이하 '이 사건 대지'라 한다)에 주상복합건물을 건설하는 재건축사업을 추진하기 위하여 설립된 조합이다. 조합은 1996. 7. 28. 창립총회에서 '조합원이 창립 당시 소유하고 있던 주택 또는 상가의 등기부상 전용면적의 1.5배에 해당하는 전용면적을 배정하고, 공유면적은 전체 건축물의 전용면적 대비 공용면적의 비율로 산출하며, 배정 위치는 주택의 경우 추첨, 상가는 당시 소유하던 상가의 위치를 기준으로 배정한다'는 내용의 안건을 가결하였고, 주택건설촉진법 제44조 제1항에 따라 조합원을 20명으로 하여 1997. 3. 27. 부천시장으로부터 설립을 인가받았다.

2) 조합은 2000. 4. 11. 원고 보조참가인(이하 '참가인'이라 한다)과 사이에, 조합이 참가인에게 이 사건 대지 지상에 집합건물인 근린생활시설 및 공동주택 아파트(이하 '이 사건 건물'이라 한다)의 신축을 공사대금 60억 7,000만 원에 도급하는 내용으로 공사도급계약을 체결하였다.

3) 참가인은 공사를 진행하였으나 조합으로부터 기성고에 따른 공사대금을 제때 지급받지 못하였고, 이에 조합과 참가인은 2003. 10. 9. 및 같은 달 23.경 공사대금의 지급 방법과 관련하여 '참가인이 이 사건 건물을 직접 분양하여 분양대금 중 일정액은 조합에게 돌려주고(각 조합원의 구 건물 소유 지분에 해당하는 돈을 책정하여 지급), 나머지 건물 분양대금을 공사대금에 충당한다.'는 내용의 약정(이하 '이 사건 약정'이라 한다)을 체결하였는데, 당시 조합은 위 약정 체결에 관하여 총회의

결의를 거치지 않았다.

4) 이 사건 건물의 공사는 2005. 11.경 자금난으로 인하여 지상 11층 골조공사까지만 진행된 상태였는데, 조합은 2005. 11. 1. 이 사건 건물 지층(F호) 549.84㎡, 상가 1층 129.14㎡, 상가 3층 400.26㎡, 상가 4, 5, 6층 각 567.3㎡, 아파트 7층(G호, H호, I호, J호) 327.86㎡, 아파트 8층(K호, L호, M호, N호) 327.86㎡, 아파트 9층(O호, P호) 169.18㎡, 아파트 10층(Q호, R호, S호) 201.89㎡, 아파트 12층(T호) 66.97㎡, 아파트 13층(U호) 58.32㎡, 아파트 14층(V호, W호) 118.41㎡의 총 분양대금을 위 공사대금 상당인 60억 7,200만 원으로 평가한 후 참가인에게 대금이 완납되었다는 내용의 상가 및 아파트공급계약을 작성하여 주었다.

5) 참가인, X 등이 신청한 인천지방법원 부천지원 2006카합1087호 사건의 2006. 12. 5.자 가처분결정(이하 위 가처분을 '이 사건 가처분'이라 한다)에 따른 가처분등기의 촉탁으로 2006. 12. 5. 이 사건 건물에 관하여 조합 명의의 소유권보존등기가 마쳐졌는데, 이 사건 건물 중 1층 전유부분은 Y호 181.22㎡, Z호 77.5㎡, AA호 74.18㎡, AB호 295.99㎡이었다.1) 한편, 2003. 4.경 작성된 이 사건 건물에 대한 건축허가 도면(이하 '최초 건축허가도면'이라 한다)에는 위 건물 1층의 전유부분은 Y호 내지 AA호만 표기되어 있다가 그 후 신축 과정에서 일부 설계변경이 이루어졌다.

6) 조합은 2006. 12. 12. 임시총회를 열어 참가인과 체결한 이 사건 약정에 관하여 설명하고, 이를 추인하는 의미에서 '참가인이 조합원들에 대하여 구 건물 소유 지분만큼 돈을 책정하여 지급하고, 이 사건 건물 중 아파트 3세대 G호2), S호, W호는 참가인이 조합과 협의하여 처분하고, 상가 1층 16평을 제외한 나머지 상가부분과 잔여 아파트 22세대는 참가인이 임의로 처분한다'는 내용의 안건을 의결하였다.

7) 조합은 2008. 9. 30. 이 사건 건물에 관하여 부천시장으로부터 사용승인을 받았고, 그 직후인 2008. 10. 24. 구분을 원인으로 이 사건 건물 중 Y호 중 62.9㎡가 AC호로, 82.96㎡가 AD호로 각 이기되면서 AC호, AD호에 대한 소유권보존등기가 마쳐졌으며(Y호의 전유부분 면적은 35.36㎡로 감소되었다), 또한 도면번호 누락을 원인으로 AE호 68.93㎡에 대한 소유권보존등기가 마쳐졌다. 그 후 2013. 12. 23. Z호 77.5㎡, AA호 74.18㎡, AE호 68.93㎡, AC호 62.9㎡, AD호

82.96m²가 모두 Y호로 합병되었고 이기된 위 각 등기부는 모두 폐쇄되었다(Y호의 전유부분 면적은 401.83m²로 증가되었다).

8) 조합은 참가인이 일반분양하기로 한 이 사건 건물 중 아파트 22세대 및 상가의 처분과 관련하여 다시 2009. 4. 15., 2009. 4. 21. 및 2009. 4. 24. 세 차례에 걸쳐 임시총회를 개최하고 안건을 의결하였고, 참가인의 요구에 따라 이 사건 건물의 각 전유부분에 관하여 AG 등에게 각 소유권이전등기를 마쳐주었다.

나. 피고의 소유권이전등기 경로

1) AF은 2010. 1. 7. AG로부터 AE호를 매수하였는데(이하 위 매수와 관련된 매매계약을 '이 사건 매매계약'이라 한다), 당시 AE호에 관하여 채무자 AG, AH, 근저당권자 피고, 채권최고액 400,000,000원으로 된 근저당권설정등기(이하 '이 사건 근저당권'이라 한다)가 마쳐져 있었고, 피고가 2008. 12. 31. AG에 대한 3억 원의 약속어음공정증서에 기하여 인천지방법원 부천지원 A로 강제경매개시결정을 받아 강제경매절차가 진행되고 있었다.

2) AF은 AG로부터 AE호를 매수하면서 AG의 피고에 대한 채무를 인수하였다(이하 위 인수를 내용으로 한 계약을 '이 사건 채무인수계약'이라 한다). 피고는 2010. 1. 15. AE호에 대한 위 근저당권설정등기를 말소하고 강제경매신청을 취하하였고, AF은 이를 대신하여 2010. 1. 21. 피고에게 그 소유인 의정부시 AT에 있는 AU아파트 F호(이하 '이 사건 부동산'이라 한다)에 관하여 의정부지방법원 의정부등기소 접수 제5244호로 소유권이전청구권의 가등기(이하 '이 사건 가등기'라 한다)를 마쳐주었다.

3) AF은 2010. 10. 7. 피고와 사이에 이 사건 채무인수계약상 채무를 포함한 채권채무관계에 관하여 일괄 합의를 하였는데, 위 합의의 주요한 내용은 별지2 기재와 같다(이하 '2010. 10. 7.자 합의'라 한다).

4) 한편, AF이 피고를 상대로 이 법원 2010가합6223호로 청구이의의 소를 제기하였고, 이 법원은 2010. 11. 9. 'AF과 피고가 2010. 10. 7.자 합의서 내용에 따른 쌍방의 의무를 성실히 이행하고, AF이 위 합의서 기재에 따른 의무를 모두 이행하면 피고 가 AF에 대하여 가압류·압류 등 보전처분 및 강제집행절차를 일체 진행하지 아니한다'는 내용의 화해권고결정(이하 '이 사건 화해권고결정'이라

한다)을 하였고, 쌍방이 모두 이의신청을 하지 아니하여 위 결정은 그 무렵 그대로 확정되었다.

5) 피고는 AF이 2010. 10. 7.자 합의 및 이 사건 화해권고결정에서 지급하기로 정한 임대료 등을 지급하지 않자 AF으로부터 받아두었던 소유권이전등기서류를 이용하여 2010. 12. 8. 이 사건 부동산에 관한 이 사건 가등기에 기하여 소유권이전등기를 마쳤고(이하 '이 사건 소유권이전등기'라 한다), AJ는 같은 날 이 사건 부동산에 관하여 채무자 피고, 채권최고액 6억 원으로 된 근저당권설정등기를 마쳤다.

다. AF의 피고에 대한 소유권이전등기 말소등기청구소송 경과

1) AF은 2011. 2. 1. 피고와 AJ를 상대로 하여 의정부지방법원 2011가합1177호로 이 사건 부동산에 관하여 마쳐진 피고 명의의 이 사건 소유권이전등기와 AJ 명의의 근저당권설정등기에 대한 말소등기청구소송을 제기하였다. 위 소송에서 AF은 '① 2010. 10. 7.자 합의 당시 AF과 피고 사이에서 이 사건 가등기에 기초하여 소유권이전등기를 경료하기로 합의한 바가 없었고, ② 이 사건 가등기는 AF과 피고가 내연관계로 지낼 당시 AF의 재산을 은닉하기 위해 설정한 통정허위표시에 의한 무효의 가등기이며, ③ 피고가 이 사건 가등기를 기초하여 이 사건 소유권이전등기를 한 것은 가등기유용으로 무효 사유에 해당하고, ④ AF은 2010. 11. 1. 피고에게 18,000,000원을 지급하여 2010. 10. 7.자 합의를 이행하였으므로, 이 사건 소유권이전등기는 원인 없이 마쳐진 것이며, ⑤ 이 사건 가등기는 담보가등기인데, 피고가 가등기에 기한 소유권이전등기를 마치면서 가등기담보 등에 관한 법률(이하 '가등기담보법'이라 한다)에 따른 청산절차를 거치지 아니하였으므로, 이 사건 소유권이전등기는 강행법규인 가등기담보법에 위배되어 무효이고, ⑥ 피고가 AF의 사소한 부수적 의무의 위반을 들어 이 사건 소유권이전등기를 경료한 것은 권리남용에 해당하므로, 이 사건 소유권이전등기 및 이에 기한 근저당권설정등기는 모두 무효로서 말소되어야 한다'고 주장하였다.

2) 그러나 위 법원은 2012. 2. 9. ' 2010. 10. 7.자 합의 당시 이 사건 부동산의 시가는 24억 원이고, 당시 이 사건 부동산에는 20억 원의 전세권이 설정되어 있으며, 피고의 AF에 대한 채권은 4억 2,800만 원이므로, 이 사건 부동산의 실제 담보가치 4억 원은 그 피담보채무액 4억 2,800만 원에 미치지 못하여 이 사건 가등기에는 가등기담보법이 적용되지 않는다'는 이유 등으로 AF의 주장을 모두 배척한 후 AF의 피고와 AJ에 대한 청구를 모두 기각하는 판결을 선고하였다.

3) 이에 대하여 AF이 항소하였으나(서울고등법원 2012나25717호) 2012. 12. 21. 항소기각 판결이 선고되었고, AF이 상고하였으나(대법원 2013다11065호) 2013. 4. 25. 상고기각 판결이 선고되었다(이하 위 소송을 '이 사건 선행소송'이라 한다).

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 5, 30, 49 내지 63호증(가지번호 있는 것은 가지번호 포함, 이하 같다), 을 제1 내지 8호증의 각 기재 및 영상, 변론 전체의 취지

2. 원고의 주장

아래 3항 중 가.의 1)항, 나.의 1)항, 다.의 1)항, 라의 1)항, 마.의 1)항, 바의 1)항, 사.의 1)항에서 원고가 주장하는 것과 같은 이유로 이 사건 소유권이전등기는 무효의 등기이므로, 이 사건 부동산은 여전히 AF의 소유이다. 원고 및 선정자들은 참가인 또는 조합에 대하여 금전채권을 가지고 있고, 참가인은 조합의 채권자이며, 조합은 AF의 채권자이다. 그런데 현재 참가인과 조합 및 AF이 모두 채무초과 상태에 있고, AF은 피고에 대하여 이 사건 부동산의 소유권을 행사하지 않고 있으므로, 원고 및 선정자들은 참가인 또는 조합의 채권자로서 참가인, 조합, AF을 순차로 대위하거나 조합, AF을 순차로 대위하여 피고에게 이 사건 부동산의 사용·수익에 따른 임료 상당의 부당이득 반환으로서 합계 1,485,073,972원을 지급할 의무가 있고, 원고는 그 중 일부 청구로서 각 2,500만 원의 반환을 구한다.

3. 판단

가. AE호에 대한 구분소유권의 불성립에 관한 주장에 대한 판단

1) 원고의 주장 이 사건 가처분결정에 따른 가처분등기의 촉탁으로 2006. 12. 5. 이 사건 건물 1층에 대하여 조합 명의의 소유권보존등기가 마쳐짐에 따라 이 사건 건물 1층의 3개 호실(Y호, Z호, AA호)의 구분소유권이 성립하였는데, 그때까지 AE호에 대한 구분행위가 없었으므로 AE호는 구분소유권의 객체인 전유부분이 될 수 없어 AE호에 관하여 2008. 10. 24. 조합 명의로 마친 소유권보존등기는 무효이고, 그에 터 잡은 이 사건 소유권이전등기 역시 무효이다.

2) 판단 가) 1동의 건물에 대하여 구분소유가 성립하기 위해서는 객관적·물리적인 측면에서 1동의 건물이 존재하고, 구분된 건물부분이 구조상·이용상 독립성을 갖추어야 할 뿐 아니라, 1동의 건물 중 물리적으로 구획된 건물부분을 각각 구분소유권의 객체로 하려는 구분행위가 있어야 한다. 여기서

구분행위는 건물의 물리적 형질에 변경을 가함이 없이 법률관념상 건물의 특정 부분을 구분하여 별개의 소유권의 객체로 하려는 일종의 법률행위로서, 그 시기나 방식에 특별한 제한이 있는 것은 아니고 처분권자의 구분의사가 객관적으로 외부에 표시되면 인정된다. 따라서 구분건물이 물리적으로 완성되기 전에도 건축허가신청이나 분양계약 등을 통하여 장래 신축되는 건물을 구분건물로 하겠다는 구분의사가 객관적으로 표시되면 구분행위의 존재를 인정할 수 있고, 이후 1동의 건물 및 그 구분행위에 상응하는 구분건물이 객관적·물리적으로 완성되면 아직 그 건물이 집합건축물대장에 등록되거나 구분건물로서 등기부에 등기되지 않았더라도 그 시점에서 구분소유가 성립한다(대법원 2013. 1. 17. 선고 2010다71578 전원합의체 판결 참조).

나) 이 사건 건물의 최초 건축허가도면상 1층은 3개 호실(호수는 표시되어 있지 않다)로 구분되어 있고, 이 사건 가처분결정에 따른 가처분등기의 촉탁으로 Y호 내지 AA호에 대하여 2006. 12. 5. 조합 명의의 소유권보존등기가 마쳐진 사실은 앞서 본 바와 같다. 그러나 이 사건 가처분 사건에서 법원의 현장조사명령에 따라 건축사 AN이 작성한 '현장조사 종합의견'에는 "근린생활시설 부분은 칸막이가 미시공 되어 건축허가 기준으로 조사함", "각층 내부벽체 위치 변경"이라고 기재되어 있는 점, 이 사건 건물에 관하여 인천지방법원 부천지원 AO로 진행된 강제경매절차에서 작성된 감정평가서에 의하더라도 2007. 4. 11. 당시 이 사건 건물은 미준공 상태로 일부 공사가 진행 중(공정률 약 85%)이었고, 제1층은 호별 위치가 확정되지 않은 상태였던 점 등에 비추어 보면, 원고가 제출한 증거들만으로는 조합 명의의 소유권보존등기가 마쳐진 2006. 12. 5.경 이 사건 건물 1층이 각각의 구분 건물로 물리적으로 구획되어 구조상·이용상 독립성을 갖추고 있었다거나, 구분행위에 상응하는 구분건물이 객관적·물리적으로 완성되었다고 보기 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, Y호 내지 AA호에 대한 구분소유가 성립되었다고 볼 수 없다. 오히려 위 인정사실과 앞서 든 증거들 및 변론 전체의 취지를 종합하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 2006. 12. 5. 이 사건 건물에 대한 조합 명의의 소유권보존등기 당시 1층에 Y호 내지 AA호뿐만 아니라 AB호 295.99㎡도 집합건물등기부에 전유부분으로 구분등기 된 점, ② 이 사건 건물에 관하여 2008. 9. 30. 사용승인이 이루어지고 그 직후인 2008. 10. 24. AB호와는 별도로 AE호 68.93㎡가 집합건물등기부에 전유부분으로 구분등기 된 점, ③ AE호에 관한 집합건물등기부에 첨부된 2008.

6.경 작성된 건물도면에는 최초 건축허가도면과는 달리 Y호에 해당하는 부분의 면적이 일부 감소되고 그 일부가 AC호, AD호로 구분되어 있으며, AE호에 해당하는 부분이 구획으로 구분되어 있는 점, ④ 이 사건 건물에 대한 건축허가 당시에는 1층 부분이 3개 호실로만 설계가 되었다가 신축 과정에서 일부 설계변경이 이루어져 사용승인 전 가처분등기 촉탁에 따른 직권 보존등기 당시 AB호 295.99m²에 대한 구분등기가, 사용승인 후 AE호 68.93m², AC호 62.9m², AD호 82.96m²에 대한 구분등기가 각 마쳐진 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 건물 1층의 각 호실들은 2007. 4. 11. 이후부터 신축공사가 완공되어 사용승인을 받기 이전인 2008. 6.경 사이에 이루어진 구분행위에 따라 구분소유권의 객체인 전유부분이 되었다고 봄이 타당하고, AE호가 구분소유권의 객체인 전유부분이 될 수 없다는 원고의 주장은 더 나아가 다른 점에 대하여 살펴 볼 필요 없이 이유 없다.

나. AE호에 대한 소유권보존등기가 중복등기로서 무효라는 주장에 대한 판단

1) 원고의 주장 AE호는 AB호와 동일한 하나의 부동산인데, AB호에 관하여 2007. 2. 7. 이미 조합 명의로 소유권보존등기가 마쳐졌으므로 그 후 AE호에 관하여 2008. 10. 24. 조합 명의로 마쳐진 소유권보존등기는 중복등기에 해당하여 무효이고, 그에 터잡아 마친 이 사건 소유권이전등기 역시 무효이다.

2) 판단 가) 이 사건 건물 중 AE호가 AB호에서 호 명칭만 변경된 것으로 AB호와 동일한 부동산이라는 점은 원고가 제출한 증거들만으로는 이를 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 오히려 AB호 전유부분 295.99m²는 2006. 12. 5. 이 사건 가처분등기의 촉탁으로 직권으로 소유권보존등기가 마쳐진 이후 현재까지 전유부분의 건물의 표시에 아무런 변동이 없는 사실, AE호 전유부분 68.93m²는 이 사건 건물에 대한 사용승인 직후인 2008. 10. 24. 도면번호 누락을 원인으로 소유권보존등기가 마쳐졌고, 2013. 12. 23. Y호에 합병되면서 68.93m²가 그대로 이기되었으며 위 등기부는 폐쇄된 사실은 앞서 본 바와 같은바, 이러한 사실관계에 의하면 이 사건 건물 AB호와 AE호는 동일한 부동산이 아닌 별개의 부동산이라고 할 것이다.

나) 설령 원고 주장대로 AE호에 관하여 마쳐진 조합 명의로 소유권보존등기가 중복등기에 해당하여 무효라 하더라도, 이를 이유로 이 사건 매매계약을 해제할 수 있는지는 별론으로 하고, 그러한 사정만으로 이 사건 매매계약 및 그에 부수하여 이루어진 이 사건 채무인수계약이 당연히 무효로

된다고 볼 수 없다.

다. 명의신탁 약정의 무효에 따른 이 사건 소유권이전등기의 무효 주장에 대한 판단

1) 원고의 주장 참가인 또는 참가인의 대표이사 AH은 AE호를 AG에게 명의신탁 하였으므로 AG 명의의 소유권이전등기 및 피고 명의의 이 사건 근저당권설정등기는 모두 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률(이하 '부동산실명법'이라고 한다)에 위반되어 무효이다. 피고는 AG와 사이에 직접 새로운 이해관계를 맺지 않았고, 이 사건 근저당권 설정 이후 참가인 또는 AH에게 합계 29,000,000원을 대여하기까지 하였으며, AF은 AG가 아닌 참가인 또는 AH으로부터 AE호를 매수하였으므로 AF과 피고 모두 같은 법 제4조 제3항의 제3자에 해당하지 않는다. 따라서 이 사건 매매계약은 같은 법 위반으로 무효이고, 이에 부수한 이 사건 채무인수 계약도 무효이므로 위 채무인수계약에 터잡아 마친 이 사건 가등기 및 이 사건 가등기에 기하여 마친 피고 명의의 이 사건 소유권이전등기는 모두 무효이다.

2) 판단 부동산실명법 제4조 제3항에 의하면 명의신탁약정 및 이에 따른 등기로 이루어진 부동산에 관한 물권변동의 무효는 제3자에게 대항하지 못한다. 여기서 '제3자'는 명의신탁약정의 당사자 및 포괄승계인 이외의 자로서 명의수탁자가 물권자임을 기초로 그와 사이에 직접 새로운 이해관계를 맺은 사람으로서 소유권이나 저당권 등 물권을 취득한 자뿐만 아니라 압류 또는 가압류채권자도 포함하고 그의 선의·악의를 묻지 않는다(대법원 2021. 11. 11. 선고 2019다272725 판결 등 참조). 부동산을 명의신탁한 경우 소유권이 대외적으로 수탁자에게 귀속하므로, 수탁자가 수탁 부동산을 처분하였을 때에는 그 처분행위가 무효 또는 취소되는 등의 사유가 없는 한 제3취득자는 신탁재산에 대한 소유권을 적법히 취득하고 명의신탁관계는 소멸한다(대법원 2000. 10. 6. 선고 2000다32147 판결 등 참조). 먼저 참가인 또는 AH이 AE호를 AG에게 명의신탁하였음은 원고가 제출한 증거들만으로는 이를 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다. 또한 설령 참가인 또는 AH이 AG에게 AE호를 명의신탁하였다고 하더라도, 앞서 본 법리에 비추어 보면 이 사건 매매계약에 별도의 무효 또는 취소 사유가 없는 한 AF은 명의신탁재산인 AE호의 소유권을 적법하게 취득한다고 할 것이다. 따라서 원고의 위 주장은 어느 모로 보나 이유 없다.

라. 가등기담보 등에 관한 법률(이하 '가등기담보법'이라 한다) 위반으로 무효라는 주장에 대한 판단

1) 원고의 주장 이 사건 가등기에 기한 소유권이전등기 당시 이 사건 부동산의 가액이 피담보채권액을 초과함에도 피고는 AF에게 청산금 평가액을 통지하지 않았으므로 이 사건 소유권이전등기는 가등기담보법을 위반하여 무효이다.

2) 판단 가등기담보법은 재산권 이전의 예약에 의한 가등기담보에 있어서 그 재산의 예약 당시의 가액이 차용액 및 이에 붙인 이자의 합산액을 초과하는 경우에 한하여 그 적용이 있다 할 것이므로, 가등기담보부동산에 대한 예약 당시의 시가가 그 피담보채무액에 미치지 못하는 경우에 있어서는 같은 법 제3, 4조가 정하는 청산금평가액의 통지 및 청산금지급 등의 절차를 이행할 여지가 없다(대법원 1993. 10. 26. 선고 93다27611 판결 등 참조). 또한 민사재판에 있어서는 다른 민사 사건 등의 판결에서 인정된 사실에 구속받는 것이 아니라 할지라도 이미 확정된 관련 민사 사건에서 인정된 사실은 특별한 사정이 없는 한 유력한 증거가 되므로 합리적인 이유설시 없이 이를 배척할 수 없다(대법원 1995. 10. 12. 선고 94다52768 판결 등 참조). 살피건대, 이 사건 선행소송에서 AF이 가등기담보법 위반 주장을 하였으나, 2010. 10. 7.자 합의 당시 이 사건 부동산의 시가는 24억 원이고, 당시 이 사건 부동산에 20억 원의 전세권이 설정되어 있었으며, 위 합의 당시 피고가 AF에 대하여 가지는 채권은 428,000,000원이었으므로, 이 사건 부동산의 실제 담보가치 4억 원이 그 피담보채무액 428,000,000원에 미치지 못하여 가등기담보법이 적용되지 않는다는 이유로 AF의 청구를 기각하는 판결이 선고되었고, 이에 AF이 항소 및 상고를 하였으나 항소기각 및 상고기각 판결이 각 선고된 사실은 앞서 본 바와 같다. 나아가 이 사건 선행소송에서 확정된 위와 같은 사실을 채용할 수 없는 특별한 사정을 인정할 만한 증거가 없고, 이 사건에서 원고가 제출한 증거들을 보태어 살펴보더라도 2010. 10. 7. 합의 당시 이 사건 부동산의 가액이 피담보채무액을 초과함을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 따라서 원고의 위 주장은 이유 없다.

마. 대여금채권의 양도에 따른 무효 주장에 대한 판단

1) 원고의 주장 피고가 2010. 2. 10.경 참가인 및 AH에 대한 대여금채권을 AK, AL, AM(이하 'BH 등 3인'이라 한다)에게 양도함으로써 이 사건 가등기의 피담보채무는 모두 소멸하였다. 또한 AE호에 관하여 피고 명의로 마쳐진 이 사건 근저당권은 참가인 및 AH의 피고에 대한 차용금 채무를 담보하기 위한 것이고, AF이 AG로부터 인수한 채무는 참가인 및 AH의 피고에 대한 차용금 채무의

보증채무이며, 이를 담보하기 위해 이 사건 부동산에 관하여 피고 명의의 이 사건 가등기를 마친 것인데, 주채무인 참가인 및 AH의 피고에 대한 차용금 채무는 늦어도 2010. 3. 16.경 변제 등에 의하여 모두 소멸하였고, 보증채무의 부종성에 따라 AF이 AG로부터 인수한 보증채무 역시 소멸되었다. 따라서 이 사건 가등기는 피담보채무가 존재하지 않아 무효이고, 이 사건 가등기에 기하여 마친 피고 명의의 이 사건 소유권이전등기도 무효이다.

2) 판단 피고가 참가인과 AH에 대한 대여금채권을 BH 등 3인에게 양도하였음은 원고가 제출한 증거들만으로는 이를 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없으며, 오히려 앞서 본 바와 같이 이 사건 선행소송에서는 이 사건 근저당권의 피담보채무인 AG, AH의 피고에 대한 채무를 인수한 AF이 2010. 10. 7.자 합의 당시 피고에 대하여 부담하는 채무가 428,000,000원이라는 사실이 인정될 뿐이다. 따라서 원고의 위 주장도 이유 없다.

바. AE호에 대한 AG 명의 소유권이전등기가 총회 결의 부존재로 무효라는 주장에 대한 판단

1) 원고의 주장 창립총회에서 AE호를 조합원들에게 배정하기로 결의하였으므로 조합이 이와 다르게 AE호를 처분하려면 총회 결의를 거쳐야 하나, 조합은 2002. 2. 15. AG와 총회 결의 없이 AE호에 관하여 분양계약을 체결하였고, 사후추인에 관한 결의를 하지도 않았으므로 AG 명의의 소유권이전등기는 무효이며, 이에 따라 피고 명의로 마쳐진 소유권이전등기도 무효이다.

2) 판단 부동산등기부에 소유권이전등기를 하면 그 절차와 원인이 정당한 것이라고 추정되고 절차와 원인이 부당하다고 주장하는 당사자에게 이를 증명할 책임이 있다(대법원 2017. 10. 31. 선고 2016다27825 판결 등 참조). 살피건대, 원고가 제출한 증거들만으로는 위 분양계약이 총회 결의 없이 체결된 것이어서 피고 명의로 마쳐진 소유권이전등기가 원인 없는 무효의 등기라고 인정하기에 부족하고 달리 등기의 추정력이 복멸될 정도에 이르렀다고 볼만한 증거가 없다. 따라서 원고의 위 주장도 이유 없다.

사. AE호 분양계약이 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률(이하 '집합건물법'이라 한다) 제13조 및 제20조에 위반하여 무효라는 주장에 대한 판단

1) 원고의 주장 AE호는 집합건물인데 조합은 2002. 2. 15. AG에게 AE호 중 건물 부분인 전유부분만을 분양하고 소유권이전등기를 마쳐졌으므로, AE호 분양계약은 집합건물법 제13조3) 및

제20조4)를 위반하여 무효이다.

2) 판단 앞서 채용한 증거들과 갑 제74호증의 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① AE호의 분양계약서에는 전용면적은 68.93㎡로, 대지지분은 '건축법에 준함'이라고 기재되어 있고, 전유부분과 공유부분의 지분이 분리되어 있지 않은 점, ② AE호의 폐쇄등기부등본에도 전유부분의 건물과 대지권이 모두 표시되어 있는 점 등에 비추어 보면, 원고가 제출한 증거들만으로는 위 분양계약이 집합건물법 제13조 및 제20조를 위반하였다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 따라서 원고의 위 주장도 이유 없다.

아. 소결

그렇다면, 원고의 이 사건 청구는 더 나아가 다른 점에 대하여 살펴 볼 필요 없이 이유 없다.

4. 결론

그렇다면, 원고의 이 사건 청구는 이를 모두 기각할 것인바, 제1심 판결은 이와 결론을 같이 하여 정당하므로 원고와 참가인의 항소를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장판사이민수

판사송승용

판사명재권

별지

1) 당시 AB호에 대하여는 집합건물등기부의 표제부만 작성되고 갑구는 작성되지 않았다가 2007. 2. 7. 같은 법원 2007카단471호 가처분결정에 따른 가처분등기의 촉탁으로 조합 명의의 소유권보존등기가 마쳐졌다.

2) 이하에서는 호수로만 표시한다.

3) 제13조(전유부분과 공용부분에 대한 지분의 일체성)

① 공용부분에 대한 공유자의 지분은 그가 가지는 전유부분의 처분에 따른다.

② 공유자는 그가 가지는 전유부분과 분리하여 공용부분에 대한 지분을 처분할 수 없다.

③ 공용부분에 관한 물권의 득실변경은 등기가 필요하지 아니하다.

4) 제20조(전유부분과 대지사용권의 일체성)

① 구분소유자의 대지사용권은 그가 가지는 전유부분의 처분에 따른다.

② 구분소유자는 그가 가지는 전유부분과 분리하여 대지사용권을 처분할 수 없다. 다만, 규약으로써 달리 정한 경우에는 그러하지 아니하다.

③ 제2항 본문의 분리처분금지는 그 취지를 등기하지 아니하면 선의로 물권을 취득한 제3자에게 대항하지 못한다.

④ 제3조제3항의 규정은 제2항 단서의 경우에 이를 준용한다.