

서울고등법원 2022. 3. 31 선고 2021나2022686 판결 [사해행위취소]

재판경과

대법원 2022. 9. 29 선고 2022다228933 판결

서울고등법원 2022. 3. 31 선고 2021나2022686 판결

서울중앙지방법원 2021. 4. 8 선고 2018가합529894 판결

전 문

원고, 피항소인 별지1 원고들 목록 기재와 같다.

원고들 소송대리인 법무법인 로원 담당변호사 한경민

피고, 항소인 1. A

2. B

3. C

피고들 소송대리인 법무법인(유한) 한별

담당변호사 허종선, 이효주

변론 종결 2022. 2. 10.

판결 선고 2022. 3. 31.

제1심판결 서울중앙지방법원 2021. 4. 8. 선고 2018가합529894 판결

주 문

1. 피고들의 항소를 모두 기각한다.

2. 항소비용은 피고들이 부담한다.

N

청 구 취 지 및 항 소 취 지

1. 청구취지

피고들은 제1심 공동피고 E(이하 'E'라고만 한다)에게 오산시 H 전 2,010m²(이하 '제1부동산'이라 한다)에 대한 각 1/3 지분에 관하여, 제1심 공동피고 F(이하 'F'이라고만 한다)에게 오산시 J 답 3,078m²(이하 '제2부동산'이라 한다)에 대한 각 1/3 지분에 관하여, 제1심 공동피고 G(이하 'G'이라고만 하고, E, F, G을 함께 칭할 때 'E 등'이라 한다)에게 오산시 K 답 2,598m²(이하 '제3부동산'라 하고, 제1, 2, 3부동산을 통칭할 때 '이 사건 각 부동산'이라 한다)에 대한 각 1/3 지분에 관하여 각 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행하라.

2. 항소취지

제1심 판결 중 피고들에 대한 부분을 취소하고, 그 취소 부분에 해당하는 원고들의 피고들에 대한 청구를 모두 기각한다.

이 유

1. 기초사실

가. 당사자들의 지위

1) 주식회사 I(이하 '이 사건 회사'라 한다)은 주택건설업, 부동산 임대업 및 분양업, 토목 건축업, 부동산 매매업 등을 영위하는 회사로서 Q 주식회사(이하 'Q'이라 한다), 주식회사 AE(이하 'AE'라 한다) 등과 함께 R가 실질적으로 경영하고 있다.

2) R는 Q를 시행자로 하여 오산시 T동 일대 토지에 아파트를 건설하여 분양하는 도시개발사업을 추진하면서 이 사건 회사 등을 통하여 1997년경부터 오산시 T동 일대 토지를 매수하였다.

나. 이 사건 각 부동산의 매매와 이전등기

1) 이 사건 회사는 2003. 4. 2. 당시 대표이사였던 S 명의로 E와 사이에 농지인 제1부동산에 관한 매매계약을 체결하였는데, 당시 개인이나 법인 누구 명의로도 등기이전을 할 수 있고, 신탁등기로도 할 수 있기로 하는 특약사항을 약정하였다. 이에 따라 제1부동산에 관하여는 2003. 8. 4. 이 사건 회사의 감사인 피고 A1)을 수탁자로 하여 신탁을 원인으로 한 소유권이전등기가 마쳐졌다.

2) 이 사건 회사는 2002. 4. 29. F와 사이에 농지인 제2부동산에 관한 매매계약을 체결하였다. 제2부동산에 관하여는 2004. 1. 7. 이 사건 회사의 직원인 N을 수탁자로 하여 신탁을 원인으로 한 소유권이전등기가 마쳐졌다.

3) 이 사건 회사는 2002. 12. 6. 위 N 명의로 G와 사이에 농지인 제3부동산에 관한 매매계약을 체결하였는데, 당시 제1부동산에 관한 매매계약과 같은 특약사항을 약정하였다. 이에 따라 제3부동산에 관하여는 2003. 7. 30. 이 사건 회사의 직원인 O를 수탁자로 하여 신탁을 원인으로 한 소유권이전등기가 마쳐졌다.

4) 이 사건 각 부동산에 관한 위 각 소유권이전등기의 등기원인으로 된 신탁계약에 따르면 수익자는 이 사건 회사로 지정되어 있었다.

5) 이 사건 소송의 제1심 법원은 2021. 4. 8. 이 사건 각 부동산에 관한 위 각 매매계약의 당사자가 이 사건 회사임을 전제로 E 등에 대하여 이 사건 회사에게 이 사건 각 부동산에 관하여 위 각 매매를 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행할 것을 명하였고, 이 부분에 관한 제1심 판결은 그대로 확정되었다(이하 이 사건 각 부동산에 관한 위 각 매매계약을 통칭하여 '이 사건 각 매매계약'이라 한다).

다. 이후의 등기 경과

1) 제1부동산에 관하여는 2006. 12. 7. 다시 E 앞으로 신탁재산의 귀속을 원인으로 하는 소유권이전등기, 이 사건 회사의 직원인 L 앞으로 매매를 원인으로 하는 소유권이전등기, 이 사건 회사의 직원인 M 앞으로 신탁을 원인으로 하는 소유권이전등기가 연이어 마쳐졌고, 2009. 7. 1.

다시 L 앞으로 신탁재산의 귀속을 원인으로 하는 소유권이전등기가 마쳐졌다가, 2017. 5. 4. 이에 대한 각 1/3 지분의 비율로 제1심 공동피고 D종중회(이하 '이 사건 종중'이라 한다)의 종원들인 피고들 앞으로 매매를 원인으로 하는 소유권이전등기가 마쳐졌다.

2) 제2부동산에 관하여는 2006. 12. 7. 다시 F 앞으로 신탁재산의 귀속을 원인으로 하는 소유권이전등기, L 앞으로 매매를 원인으로 하는 소유권이전등기, N 앞으로 신탁을 원인으로 하는 소유권이전등기가 연이어 마쳐졌고, 2009. 7. 1. 다시 L 앞으로 신탁재산의 귀속을 원인으로 하는 소유권이전등기가 마쳐졌다가, 2017. 5. 4. 이에 대한 각 1/3 지분의 비율로 피고들 앞으로 매매를 원인으로 하는 소유권이전등기가 마쳐졌다.

3) 제3부동산에 관하여는 2006. 12. 7. 다시 G 앞으로 신탁재산의 귀속을 원인으로 하는 소유권이전등기, L 앞으로 매매를 원인으로 하는 소유권이전등기, 이 사건 회사의 직원인 P 앞으로 신탁을 원인으로 하는 소유권이전등기가 연이어 마쳐졌고, 2009. 7. 1. 다시 L 앞으로 신탁재산의 귀속을 원인으로 하는 소유권이전등기가 마쳐졌다가, 2017. 5. 4. 이에 대한 각 1/3 지분의 비율로 피고들 앞으로 매매를 원인으로 하는 소유권이전등기가 마쳐졌다.

4) 한편 이 사건 각 부동산에 관하여는 2011. 6. 20. 수원지방법원 2011카단201818 가처분 결정에 따라 피고 A 앞으로 양도담보를 원인으로 하는 소유권이전청구권을 피보전권리로 하는 가처분 등기가 기입되었고, 피고들 명의로 소유권이전등기가 마쳐진 날인 2017. 5. 4.에는 이 사건 종중 앞으로 매매예약을 원인으로 한 공유자지분 전부이전청구권등기가 마쳐졌다.

앞서 본 위 각 등기 경과를 정리하면, 아래 표2) 기재와 같다.

1	1965. 1. 30.소유자 E	1978. 2. 21.소유자 F	2002. 7. 3.소유자 G
2	2003. 8. 4.[2003. 8. 4. 신탁]수탁자 피고 A	2004. 1. 7.[2004. 1. 5. 신탁]수탁자 N	2003. 7. 30.[2003. 7. 30. 신탁]수탁자 O
3	2006. 12. 7.[2006. 12. 7. 신탁재산 귀속]소유자 E	2006. 12. 7.[2006. 12. 7. 신탁재산 귀속]소유자 F	2006. 12. 7.[2006. 12. 7. 신탁재산 귀속]소유자 G
4	2006. 12. 7.[2006. 12. 7. 매매]소유자 L		
5	2006. 12. 7.[2006. 12. 7. 신탁]수탁자 M	2006. 12. 7.[2006. 12. 7. 신탁]수탁자 N	2006. 12. 7.[2006. 12. 7. 신탁]수탁자 P
6	2009. 7. 1.[2009. 6. 30. 신탁재산의 귀속]소유자 L		
7	2011. 6. 20.[2011. 6. 20. 수원지방법원의 가처분결정(2011카단101616)]피보전권리 양도담보를 원인으로		

1	1965. 1. 30.소유자 E	1978. 2. 21.소유자 F	2002. 7. 3.소유자 G
	하는 소유권이전등기청구권채권자 피고 A		
8	2017. 5. 4.[2017. 4. 26. 매매]공유자 피고들(각 1/3 지분)		
9	2017. 5. 4., 공유자전원지분전부이전청구권가등기[2017. 4. 26. 매매예약]가등기권자 이 사건 중중		

[인정근거] 다툼 없는 사실, 이 법원에 현저한 사실, 갑 제10 내지 14, 16, 18호증, 을가 제3, 6, 8, 17호증, 을라 제3, 6호증의 각 기재(가지번호 있는 경우 포함, 이하 따로 가지번호를 특정하지 않는 한 이와 같다), 변론 전체의 취지

2. 본안전항변에 관한 판단

가. 피고들의 항변 요지

이 사건 각 부동산에 관하여 마쳐진 피고들 명의의 지분이전등기가 E 등, 이 사건 회사, L 사이의 3자간 등기명의신탁 약정에 따라 마쳐짐으로써 무효인 L 명의의 소유권이전등기에 터잡아 이루어져 무효임을 전제로 원고들이 이 사건 회사에 대한 투자금 반환채권 등을 보전하기 위하여 이 사건 회사의 E 등에 대한 소유권이전등기청구권, E 등의 피고들에 대한 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구권을 순차 대위행사하는 이 사건 소송에서 피고들은 다음과 같은 본안전항변을 한다.

1) 피보전채권의 흠결 가) 원고들의 피보전채권에 관하여

(1) 원고들 중 AE와의 투자계약을 체결하였을 뿐인 별지2 채권내역표 순번 1, 4~6, 8, 10~12, 14, 15, 17, 19, 20, 22, 26, 27, 30, 32, 34~37, 39, 40, 43~48, 53, 56, 57, 61, 62, 64~71, 73, 75, 77 원고들(이하 '순번 ○ 원고'의 방식으로 특정하기로 한다)은 AE에 대해 투자금반환채권을 가졌을 뿐이고, AE의 시공보증사에 지나지 않은 이 사건 회사에 대하여는 채권자가 아니다.

이들 중 일부는 나중에 이 사건 회사와 합의서를 작성하기도 하였으나 이 사건 회사는 그 합의서가 작성된 시기인 2017. 7.~10.에서야 비로소 채무자가 되었을 뿐이고, 시공보증만으로는 AE의 투자금반환채무를 보증하지 아니한다.

특히 순번 12, 30, 34, 45, 65, 73 원고들은 AE와 투자계약서만 작성하였을 뿐이고, 이 사건 회사로부터 지급확약서를 받거나 이 사건 회사를 상대로 지급명령을 받은 적도 없으므로 이 사건 회사의 채권자가 아니다.

(2) 원고들 중 순번 3, 9, 6, 21, 28, 31, 38, 41, 49, 50, 52, 54, 60, 63, 73 원고들은 이 사건 회사와 금전소비대차 약정서를 작성하였으나, 위 약정서는 이 사건 회사의 법인인감증명서가 첨부된 경우에만 효력이 있는데 이러한 인감증명서가 첨부되어 있지 아니하므로 위 약정서는 아무런 효력이 없다.

(3) 그 외 원고들 중 ① 순번 2, 13 원고들은 이 사건 회사의 채권자로부터 적법하게 채권을 양수하였는지 확인되지 아니하고, ② 순번 7 원고는 이 사건 회사에 송금한 명의자일 뿐, 그 송금한 돈이 대여금인지 여부를 확인할 수 없으며, ③ 순번 23 원고는 Q 명의의 확약서만 제출하고 있고, ④ 순번 25, 58 원고들은 R로부터 지급확약서를 받은 자들로서 R에 대한 개인채권자일 뿐이며, ⑤ 순번 29 원고는 이 사건 회사 상무 명의의 차용증을 제출하고 있어 상무의 개인채권자일 뿐이고, ⑥ 순번 72 원고는 이 사건 회사의 하수급업체로부터 채권을 양도받았다고 하나 실제 공사를 하였는지, 공사를 하였더라도 실제 양도받았는지 여부가 확인되지 아니하므로 이 사건 회사의 채권자가 아니다.

나) 이 사건 회사의 피보전채권에 관하여3) 이 사건 회사와 E 등 사이에 체결되었던 이 사건 각 매매계약은 2006. 12. 7. 해제되었고, 그 후 Q이 E 등과 이 사건 각 부동산에 관하여 새로운 매매계약을 체결하고 L 명의로 소유권이전등기를 마쳐두었던 것이므로, 이 사건 회사는 E 등에 대하여 이 사건 각 부동산에 관한 소유권이전등기청구권을 갖고 있지 않다.

2) 보전 필요성의 흠결 가) 이 사건 각 부동산은 농지인데, 이 사건 회사는 농지취득자격증명을 받을 수 없으므로 피고들이 E 등에게 이 사건 각 부동산에 관한 소유권이전등기절차를 이행한다고 하더라도 이 사건 회사의 E 등에 대한 소유권이전등기청구권은 현실적 이행이 불가능하고, 이 사건 각 부동산 자체가 이 사건 회사의 책임재산이 되는 것도 아니므로, 원고들이 E 등을 대위하여 이 사건 각 부동산에 관한 소유권이전등기청구권을 대위행사한다고 하여 원고들 채권의 현실적 이행을 유효·적절하게 확보할 수 없다.

나) 이 사건 종중은 이 사건 회사에 대하여 45억 원 이상의 대여원리금 채권을 가지고 있고, 이를

담보하기 위하여 이 사건 각 부동산에 관하여 가등기, 즉 제9번 등기를 마쳐두었고, 피고들 명의의 소유권이전등기, 즉 제8번 등기 또한 이 사건 회사와의 양도담보약정에 따라 이 사건 종중이 피고들에게 명의를 신탁하여 이전등기를 마쳐두었다. 그런데 이 사건 각 부동산의 가액은 약 34억 원에 불과하므로, 피고들이 E 등에게 소유권이전등기절차를 이행한다고 하더라도 그 가액을 초과하는 채권을 피담보채권으로 하는 이 사건 종중 명의의 제8번 등기가 존속하므로 원고들이 E 등의 피고들에 대한 소유권이전등기청구권을 대위행사하더라도 채권의 현실적 이행을 유효·적절하게 확보할 수 없다.

3) 채무자의 권리 행사 이 사건 회사는 이 사건 각 부동산이 자기 소유임을 전제로 이 사건 종중에게 이 사건 각 부동산을 담보로 제공하기로 약정하고 피고들 명의로 소유권이전등기를 마쳤으므로, 이 사건 회사는 이 사건 각 부동산에 관하여 적극적인 권리를 행사한 것이고, 원고들은 이 사건 회사의 E 등에 대한 소유권이전등기청구권을 대위행사할 수 없다.

나. 원고들의 피보전채권 존부

1) 갑 제26호증의 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 순번 1~5, 7~11, 13~17, 19~23, 25~29, 31~33, 35~44, 46~50, 52~60, 62~64, 66~72, 74, 75, 77, 78번 원고들(이하 '제1원고들'이라고 한다) 등은 서울지방법원 2018차전1108396호로 이 사건 회사를 상대로 지급명령을 신청하여 2018. 6. 5. 위 법원으로부터 별지 2 채권내역 표 지급명령채권액란 기재 각 해당 금액의 지급을 명하는 지급명령을 받고, 2018. 7. 5. 그 지급명령이 확정된 사실, 위 확정된 지급명령의 청구원인은 '제1원고들 등은 이 사건 회사에게 대여 또는 투자를 하였고, 투자금 등이 원활히 회수되지 않아 이 사건 회사와 사이에 이 사건 회사가 제1원고들 등에게 위 채권액을 지급하되 변제기를 일시 유예하기로 하는 합의서까지 작성하였으나, 이 사건 회사는 기한의 이익을 상실하였다'는 취지인 사실을 인정할 수 있다.

위 인정사실에 의하면 제1원고들은 위 지급명령 발령 당시 이 사건 회사에 대하여 위 지급명령 상의 채권액 상당의 채권을 가지고 있었음을 확인할 수 있고, 그 이후 이 사건 회사가 변제하였다는 등의 사정이 없는 한 제1원고들은 같은 액수의 채권을 가지고 있는 것으로 추정된다. 다만 제1원고들 중 위 지급명령 상의 채권액보다 적은 액수의 채권을 주장하는 원고의 경우에는 해당 원고들이 주장하는

액수의 채권을 보유하고 있는 것으로 본다.

나) 갑 제21호증, 을가 제4호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 순번 6, 12, 18, 24, 30, 34, 45, 51, 61, 65, 73, 76 원고들(이하 '제2원고들'이라 한다)은 이 사건 회사와 사이에 아래 표 채권액란 기재 해당 금원을 해당 원고의 채권액으로 확정하고, 제2원고들이 이 사건 회사 소유 부동산에 처분금지가처분을 할 수 있도록 이 사건 회사가 협조하며, 이 사건 회사는 오산시 T동 일대의 도시개발사업이 원활히 진행되어 수익이 발생하였을 경우 즉시 채무를 변제하기로 하는 내용의 합의를 작성한 사실을 인정할 수 있다.

6	2017. 10. 24.	42,589,041원	갑 제21호증의 1
12	2017. 9.	35,000,000원	을가 제4호증의 56
18	2017. 8.	117,000,000원	을가 제4호증의 36
24	2017. 9. 13.	661,461,000원	을가 제4호증의 24
30	2017. 7.	259,560,000원	을가 제4호증의 16
34	2017. 8.	82,000,000원	을가 제4호증의 52
45	2017. 8.	30,000,000원	을가 제4호증의 24
51	2017. 8.	162,961,240원	을가 제4호증의 53
61	2017. 10. 24.	141,517,260원	갑 제21호증의 8
65	2017. 7.	256,000,000원	을가 제4호증의 15
73	2017. 8.	30,380,779원	을가 제4호증의 18
76	2017. 8.	54,440,000원	을가 제4호증의 11

위 인정사실과 더불어 제2원고들 대부분이 AE와의 투자계약을 작성한 점(갑 제1호증), AE와의 투자계약을 작성하였던 제1원고들이 위 투자계약서상 시공보증회사인 이 사건 회사를 상대로 한 지급명령신청 사건에서 승소하였던 점 등을 고려하여 보면, 제2원고들은 이 사건 회사에 투자 내지 대여를 하였다가 이 사건 회사가 투자금 내지 대여원리금을 제대로 반환하지 않자 이 사건 회사와 사이에 위 인정된 채권액을 이 사건 회사가 지급하기로 하는 내용의 합의를 작성하였던 것으로 보이므로, 제2원고들은 위 합의서 작성 당시 이 사건 회사에 대하여 위 합의서에서 확정된 채권액 상당의 채권을 가지고 있었던 것으로 보이고, 그 이후 이 사건 회사가 변제하였다는 등의 사정이 없는

한 제2원고들은 같은 액수의 채권을 가지고 있는 것으로 추정된다. 다만 제2원고들이 위 합의서에서 확정된 채권액보다 적은 액수의 채권을 주장하는 경우에는 해당 원고들이 주장하는 액수의 채권을 보유하고 있는 것으로 본다.

다) 결국 제1,2원고들은 이 사건 회사에 대하여 별지 2 채권내역표 '확인된 채권액'란 기재 해당 채권을 가지고 있고, 총 채권액은 4,672,483,131원에 이른다.

이와 같이 제1,2원고들이 지급명령, 합의서 등을 통하여 이 사건 회사에 대하여 금전채권을 보유하고 있음이 확인되는 이상 그중 일부 원고들이 채권을 취득한 경위, 근거서류 등에 있어서 다소 불명료한 점이 있다 하더라도 이들 원고가 이 사건 회사에 대하여 피보전채권을 가지고 있다는 점을 뒤집을 수는 없다. 따라서 일부 원고들이 이 사건 회사에 대한 피보전채권을 가지고 있지 않아 원고 적격이 없다는 피고들의 주장은 받아들일 수 없다.

다. 이 사건 회사의 피보전채권 존부

앞서 본 바와 같이 이 사건 소송의 제1심 법원은 E 등에 대하여 이 사건 회사에게 이 사건 각 부동산에 관하여 위 각 매매를 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행할 것을 명하는 판결을 선고하여 그에 관한 판결이 그대로 확정되었다.

따라서 이 사건 회사가 E 등에 대하여 이 사건 각 부동산에 관한 소유권이전등기청구권을 가지고 있음이 확정되었으므로, 이를 다투는 피고들의 항변은 이유 없다.

라. 보전 필요성의 존부

1) 이 사건 각 부동산은 지목이 전 또는 답으로서 농지이고(갑 제3호증), 이 사건 회사는 상법상 주식회사로서 농지취득자격증명을 받을 수 없는 점은 피고들이 주장하는 바와 같다.

그런데 도시개발사업의 실시계획이 고시된 경우 그 고시된 내용 중 국토의 계획 및 이용에 관한 법률에 따라 도시·군관리계획으로 결정하여야 하는 사항은 같은 법에 따른 도시·군관리계획이 결정되어 고시된 것으로 간주되고(도시개발법 제18조 제2항 전문), 그 과정에서 해당 실시계획에 대한 농지법 제34조에 따른 농지전용의 허가 또는 협의, 같은 법 제35조에 따른 농지의 전용신고와 같은 인·허가등에 관하여 관계 행정기관의 장과 협의한 사항에 관하여는 해당 인·허가등을 받은 것으로 보고, 그 실시계획을 고시한 경우에는 관계 법률에 따른 인·허가등의 고시나 공고를 한 것으로

본다(도시개발법 제19조 제1항 제8호). 농지를 취득하려는 자는 농지취득자격증명을 발급받아야 하나(농지법 제8조 제1항 본문), 국토의 계획 및 이용에 관한 법률에 따른 농지전용협의를 마친 경우에는 농업경영에 이용하지 않더라도 농지를 소유할 수 있고(농지법 제6조 제2항 제8호), 농지취득자격증명을 발급받지 아니하고 농지를 취득할 수도 있다(농지법 제8호 제1항 단서 제1호). 앞서 본 바와 같이 이 사건 회사, Q를 경영하는 R는 오산시 T동 일대 토지에 아파트를 건설하여 분양하는 도시개발사업을 추진하여 오면서 이 사건 회사 명의로 토지를 매입하여 왔다. 그 후 R는 위 도시개발사업이 원활하게 진행되지 않자 2010. 12.경 AY 주식회사와 함께 AZ 주식회사를 설립하여 위 도시개발사업을 추진하였고, 2013. 11.경에는 위 신설회사 명의로 오산시에 사업부지와 관련된 도시관리계획(지구단위계획, 용도지역) 변경 결정안을 제안하기도 하였으며, 2019.경에도 위 신설 회사를 통하여 오산시와 지구단위개발 계획을 협의하는 등 여전히 오산시 T동 일대에 도시개발사업을 추진하고 있다(갑 제30, 33, 37, 38, 46, 47호증의 각 기재, 변론 전체의 취지).

사정이 이와 같다면, 이 사건 회사 등이 추진하고 있는 도시개발사업의 성공 여하에 따라서는 이 사건 회사가 농지취득자격증명을 발급받지 않더라도 농지인 이 사건 각 부동산을 소유할 여지가 있으므로, 피고들이 E 등에게 이 사건 각 부동산에 관한 소유권이전등기절차를 이행하였을 경우 이 사건 회사가 E 등으로부터 이 사건 각 부동산에 관한 소유권이전등기를 넘겨받을 가능성이 전혀 없다고 단정할 수 없다. 따라서 이 사건 회사로의 소유권이전등기가 현실적으로 집행불가능함을 전제로 하는 피고들의 이 부분 주장은 받아들일 수 없다.

2) 채권자가 채무자의 권리를 대위하여 행하기 위한 요건으로서의 '보전의 필요성'은 채권자가 보전하려는 권리의 내용, 채권자가 보전하려는 권리가 금전채권인 경우 채무자의 자력 유무, 채권자가 보전하려는 권리와 대위하여 행사하려는 권리의 관련성 등을 종합적으로 고려하여 채권자가 채무자의 권리를 대위하여 행사하지 않으면 자기 채권의 완전한 만족을 얻을 수 없게 될 위험이 있어 채무자의 권리를 대위하여 행사하는 것이 자기 채권의 현실적 이행을 유효·적절하게 확보하기 위하여 필요한지 여부를 기준으로 판단하여야 하고, 채권자대위권의 행사가 채무자의 자유로운 재산관리행위에 대한 부당한 간섭이 되는 등 특별한 사정이 있는 경우에는 보전의 필요성을 인정할 수 없다(대법원 2020. 5. 21. 선고 2018다879 전원합의체 판결 참조).

살피건대 다음에서 드는 사정을 고려할 때 원고들에게는 보전의 필요성이 있다고 판단되므로, 이를 다투는 피고들의 주장은 이유 없다.

① 원고들의 피보전채권은 앞서 본 바와 같이 금전채권이므로, 무엇보다도 채무자인 이 사건 회사의 무자력 여부가 보전의 필요성을 가름하는 관건이 된다. 그런데 이 사건 회사가 원고들이 대위하려는 이 사건 회사의 E 등에 대한 소유권이전등기청구권 외에 앞서 인정한 원고들의 채권액⁴⁾을 초과하는 적극재산을 가지고 있다는 아무런 증거가 없다.⁵⁾ ② 이 사건 회사는 2008. 10. 17. 이 사건 종중으로부터 30억 원을 차용하였다가 이를 변제하지 못하여 2014. 2. 28. 위 차용원리금을 45억 원으로 확정하고 이를 2014. 12. 31.까지 지급하기로 하면서 이 사건 각 부동산을 이 사건 종중이 지정하는 제3자에게 소유권이전등기를 마쳐주기로 하는 내용의 양도담보약정을 체결하였고, 이에 따라 피고들 명의로 이 사건 각 부동산에 관한 소유권이전등기가 마쳐졌다. 그런데 이 사건 각 부동산의 가액은 2018. 6. 기준으로 2,536,644,000원, 2021. 10. 기준으로 3,399,090,000원으로 양도담보권자인 이 사건 종중의 채권액 45억 원에 미치지 못하는 것은 사실이다(을가 제1, 2, 43, 49호증의 각 기재, 변론 전체의 취지).

그런데 원고들의 피보전채권이 금전채권인 점을 감안하면 이 사건 각 부동산의 소유권이 이 사건 회사로 귀속되는 것 자체로 원고들의 채권 실현가능성이 높아지는 것으로 보이는 점, 이 사건 종중의 채권이 반드시 이 사건 각 부동산에 대한 양도담보권의 실행으로 변제될 것이 예정되어 있는 것은 아닌 점(사업 진행에 따라서는 사업시행자에 의한 임의변제 가능성도 배제할 수 없다), 이 사건 각 부동산의 가액이 증가추세에 있는 것으로 보이는 점 등을 고려할 때 이 사건 종중의 가등기가 존재한다 하더라도 원고들이 이 사건 회사의 소유권이전등기청구권을 보전할 필요가 없다고 단정할 수는 없다.

마. 채무자의 권리 행사 여부

1) 채권자대위권 행사의 요건인 '채무자가 스스로 그 권리를 행사하지 않을 것'이라 함은 채무자의 제3채무자에 대한 권리가 존재하고 채무자가 그 권리를 행사할 수 있는 상태에 있으나 스스로 그 권리를 행사하고 있지 아니하는 것을 의미한다(대법원 1992. 2. 25. 선고 91다9312 판결 참조).

2) 그런데 피고들 주장에 의하더라도 이 사건 회사가 이 사건 종중에게 이 사건 각 부동산을 담보로

제공하기로 약정하고, 그 약정에 기초하여 피고들 명의로 소유권이전등기가 마쳐진 것을 두고 이 사건 회사가 그 권리를 행사한 것이라는바, 원고들이 대위행사하고자 하는 이 사건 회사의 권리는 이 사건 회사가 E 등에 대하여 갖는 이 사건 각 부동산에 관한 소유권이전등기청구권이므로 이 사건 회사가 실질적 소유자로서의 권리 행사하였다는 사정은 위 소유권이전등기청구권의 행사와는 전혀 무관한 사정에 지나지 않아 피고들의 이 부분 주장은 이유 없다.

바. 소결

결국 피고들의 본안전항변은 모두 이유 없고, 원고들의 이 사건 채권자대위소송은 소송요건을 구비하여 적법하다.

3. 본안에 관한 판단

가. 관련 법리

- 1) 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률(이하 '부동산실명법'이라 한다) 제4조에 의하면 명의신탁약정은 무효이고, 명의신탁약정에 따른 등기로 이루어진 부동산에 관한 물권변동은 무효이나(제1, 2항), 이와 같은 무효는 제3자에게 대항하지 못한다(제3항).
- 2) 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 2000. 3. 28. 선고 99다56529 판결, 대법원 2013. 3. 14. 선고 2012다107068 판결 등 참조). 이러한 법리는 특별한 사정이 없는 한 명의신탁약정에 따라 형성된 외관을 토대로 다시 명의신탁이 이루어지는 등 연속된 명의신탁관계에서 최후의 명의수탁자가 물권자임을 기초로 그와 사이에 직접 새로운 이해관계를 맺은 사람에게도 적용된다(대법원 2021. 11. 11. 선고 2019다272725 판결).
- 3) 이와 달리 오로지 명의신탁자와 부동산에 관한 물권을 취득하기 위한 계약을 맺고 단지 등기명의만을 명의수탁자로부터 경로받은 것 같은 외관을 갖춘 자, 명의신탁 부동산에 관하여 명의수탁자와 사이에 아무런 법률행위 없이 명의수탁자로부터 소유권이전등기를 경로한 자 등은 위 규정의 제3자에 해당되지 아니한다고 할 것이므로, 이러한 자로서는 위 규정을 들어 무효인 명의신탁등기에 터 잡아 마쳐진 자신의 등기의 유효를 주장할 수 없고, 따라서 그 명의의 등기는

실체관계에 부합하여 유효라고 하는 등의 특별한 사정이 없는 한 무효이다(대법원 2003. 5. 16. 선고 2003다11714 판결, 2004. 8. 30. 선고 2002다48771 판결 등 참조).

나. 판단

1) 청구원인에 관하여 가) 앞서 본 바와 같이 이 사건 각 매매계약의 매수인이 이 사건 회사인 점,6) 이 사건 각 부동산은 E 등으로부터 이 사건 회사의 감사, 직원 등 명의로 신탁을 원인으로 한 소유권이전등기(제2번 등기)가 마쳐진 후, 일제히 E 등 명의로 신탁재산 귀속을 원인으로 한 소유권이전등기(제3번 등기)가 마쳐졌다가 같은 날 이 사건 회사의 직원인 L 명의로 각 소유권이전등기(제4번 등기)와 이 사건 회사의 직원들 앞으로 신탁을 원인으로 한 소유권이전등기(제5번 등기)가 마쳐진 점, 또 다시 일제히 L 명의로 신탁재산 귀속을 원인으로 한 소유권이전등기(제6번 등기)가 마쳐진 점, 이후 L은 이 사건 회사의 지시에 따라 피고들 앞으로 소유권이전등기(제8번 등기)를 마쳐주었던 점 등에 비추어 보면 이 사건 각 부동산은 이 사건 회사가 오산시 T동 일대에 추진하고 있던 도시개발사업을 위한 부지로 매수하면서 이 사건 각 부동산이 농지인 관계로 이 사건 회사의 직원들 명의로 그 소유 명의를 신탁하여 둔 것이라고 봄이 상당하다. 나) 이와 같은 명의신탁관계는 E 등, 이 사건 회사, 소유명의자로 된 이 사건 회사의 직원 사이의 3자간 명의신탁약정에 따른 것으로서 이러한 명의신탁약정에 따라 형성된 외관, 즉 제2번 등기를 토대로 다시 명의신탁이 이루어지는 등 제6번 등기에 이르기까지 연속된 명의신탁관계가 유지되었다고 봄이 상당하다.

따라서 명의신탁약정에 따라 마쳐진 제6번 등기는 무효이고, 제6번 등기에 터잡아 이루어진 피고들 명의의 제8번 등기 또한 일응 무효이므로, 피고들은 특별한 사정이 없는 한 E 등에게 이 사건 각 부동산에 관하여 진정한 명의 회복을 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행할 의무가 있다.

2) 피고들 항변에 관한 판단 가) 부동산실명법 제4조 제3항의 '제3자'에 해당하는지 여부7) (1) 항변 요지

피고들이 부동산실명법 제4조 제3항에서 말하는 이른바 '제3자'에 해당하는지 여부는 L 명의의 제6번 등기를 기준으로 판단되어야 하는데, 피고들은 L이 물권자임을 기초로 그와의 사이에 직접 새로운 이해관계를 맺은 사람으로서 '제3자'에 해당한다.

(2) 판단

앞서 본 바와 연속된 명의신탁관계에서 최후의 명의수탁자는 제6번 등기의 L이므로 그가 물권자임을 기초로 그와 사이에 직접 새로운 이해관계를 맺은 사람은 부동산실명법 제4조 제3항의 '제3자'에 해당한다.

그런데 앞서 본 바와 같이 피고들 명의의 제8번 등기는 L에게 명의를 신탁하였던 이 사건 회사와 이 사건 종종 사이의 이 사건 양도담보약정에 기하여 이 사건 종종이 지정하는 자인 피고들 명의로 마쳐진 등기이다. 즉 피고들은 최후의 명의수탁자인 L과 새로운 이해관계를 맺은 것이 아니라, 명의신탁자인 이 사건 회사와 이 사건 각 부동산에 관한 양도담보권을 취득하기 위한 계약을 맺은 뒤 단지 등기명의만을 명의수탁자로부터 경로받은 데에 지나지 않으므로 부동산실명법 제4조 제3항의 '제3자'에 해당하지 아니한다.

따라서 피고들의 이 부분 주장은 받아들이지 아니한다.

나) 제8번 등기가 실체권리관계에 부합하는지 여부

(1) 항변 요지

피고들 명의의 제8번 등기는 이 사건 회사와 이 사건 종종 사이의 유효한 이 사건 양도담보약정에 따라 마쳐진 것으로서 명의신탁자인 이 사건 회사와 이 사건 종종 사이에 양도담보권 설정을 위한 합의라는 실체관계가 있고, 이 사건 종종이 피고들에게 명의신탁하여 이루어진 제8번 등기는 부동산실명법 제8조 제1호에 따라 유효하므로, 제8번 등기는 실체적 권리관계에 부합하여 유효하다.

(2) 판단

앞서 본 바와 같이 부동산실명법 제4조 제3항의 '제3자에 해당하지 않더라도 실체관계에 부합하는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는 명의신탁약정에 기한 등기라도 유효할 수는 있다.

그런데 제8번 등기는 다음에서 보는 점에 비추어 보면 실체관계에 부합하는 등기라고 할 수 없다.

① 부동산실명법 제4조 제3항의 '제3자'에 해당하기 위해서는 명의수탁자와 새로운 이해관계를 맺어야 하고, 명의신탁자와 물권취득을 위한 계약을 맺은 자는 여기에 해당하지 아니한다.

부동산실명법 제4조 제3항의 '제3자'가 아닌 자와 사이에 무효인 등기를 기초로 다시 이해관계를 맺은 데 불과한 자도 '제3자'에 해당하지 않는다(대법원 2007. 12. 27. 선고 2006다35995 판결

참조). 그런데 피고들의 주장은 명의신탁자와 물권취득을 위한 계약을 체결하고 그 등기명의를 이전받으면 그 등기는 실체관계에 부합한다는 것과 다름없는 것으로서 이는 부동산실명법 제4조에서 명의신탁약정과 이에 터잡은 등기를 무효로 하는 취지에 정면으로 위배된다.

② 등기가 실체관계에 부합한다고 하는 것은 그 등기절차에 어떤 하자가 있다고 하더라도 진실한 권리관계와 합치한다는 것을 말한다(대법원 1994. 6. 28. 선고 93다55777 판결). 따라서 제8번 등기가 실체관계에 부합하기 위해서는 이 사건 종중이 이 사건 각 부동산에 관한 양도담보권을 취득하였다는 점이 전제되어야 한다. 그런데 이 사건 종중은 이 사건 각 부동산의 처분권자인 E 등과 물권 취득에 관한 약정을 체결한 것이 아니라 무효인 명의신탁등기의 명의신탁자로서 이 사건 각 부동산에 관하여 아무런 처분권한이 없는 이 사건 회사와 양도담보약정을 체결한 것에 불과하고, E 등이 이 사건 종중 앞으로 양도담보권을 설정하는 데에 대한 동의 내지 추인을 하였다고 볼 만한 사정도 찾을 수 없으므로, 이 사건 종중이 이 사건 각 부동산에 관한 양도담보권을 유효하게 취득하였다고 볼 수 없다. 즉 제8번 등기는 이 사건 각 부동산의 실체관계에 부합하지 아니한다.8)

5. 결론

그렇다면 원고들의 피고들에 대한 청구는 모두 이유 있어 이를 인용하여야 할 것인바, 제1심 판결은 이와 결론을 같이하여 정당하다. 따라서 피고들의 항소는 모두 이유 없어 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장판사김흥준

판사김우수

판사조영철

별지

1) 피고 A은 뒤에서 보는 이 사건 종중의 대표자이기도 하다.

2) 순번은 시간 순서에 따랐고, 등기내역은 『등기일자, 등기목적 - [등기원인] - 권리자 및 기타사항 등』의 순서로 기재하였으며, 등기목적은 소유권이전등기 외의 경우에만 기재하였다. 이하 개별

등기를 지칭 시 순번에 따라 '제번 등기'라고 한다.

3) 피고들은 이 부분 주장과 관련하여 원고들에게 피대위채권이 인정되지 않는다고 주장하나(2021.

12. 22.자 준비서면 참조), 이 사건 회사의 E 등에 대한 소유권이전등기청구권은 E 등의 피고들에

대한 청구에서는 이 사건 회사의 채권자대위권 행사를 위한 피보전채권으로서의 지위를 갖는다.

4) 뒤에서 보는 바와 같이 이 사건 회사의 채무 중에는 이 사건 종중에 대한 45억 원의 대여원리금

채무도 있다.

5) 피고들이 주장하는 '보전의 필요성'을 판단하는 한 요소로서 '채무자의 권리를 대위하여 행사하는

것이 자기 채권의 현실적인 이행을 유효·적절하게 확보하기 위하여 필요하다'는 점은 채권자의

피보전채권이 금전채권인 경우에는 채무자가 무자력인 사실만으로도 이러한 요건이 충족된다는 것이

판례의 입장으로 보인다.

6) 제1부동산에 관한 매매계약서 상으로는 매수인이 이 사건 회사의 대표이사였던 S으로 기재되어

있으나(갑 제11호증), 당사자 사이에는 매수인이 이 사건 회사임에 일치되어 있었다고 보아야 할

것이다.

7) 피고들은 2022. 2. 24.자 참고서면에서 이 부분 주장을 철회하였으나, 위 준비서면은 변론 종결

후 제출된 준비서면으로 진술된 적이 없으므로 이에 관하여 판단하기로 한다.

8) 이 사건 종중이 양도담보권을 취득하지 못한 이상 이 사건 종중이 피고들에게 양도담보권의 명의를

신탁한 것이 유효한지 여부는 굳이 따질 필요가 없다.