

창원지방법원 2023. 1. 12 선고 2021가합50942 판결 [소유권이전등기 말소 등 청구의소]

전 문

원고(선정당사자)A

피고1. B

2. C

3. D

피고 1 내지 3의 소송대리인 법무법인 대신

담당변호사 채동우, 홍하진

4. E조합

변론 종결2022. 11. 17.

판결 선고2023. 1. 12.

주 문

1. 원고(선정당사자)의 피고들에 대한 청구를 모두 기각한다.

2. 소송비용은 원고(선정당사자)가 부담한다.

N

청 구 취 지

① 피고 B은, 주식회사 F(최초 상호는 'G 주식회사'였으나, 2006. 5. 23. 'H 주식회사'로 상호가 변경되었고, 2008. 1. 10. '주식회사 F'으로 상호가 재차 변경되었다. 이하 각 상호변경 전후를 구분하지 않고 'F'이라 지칭한다)에게 별지 목록 제1, 2항 기재 각 부동산에 관하여 진정명의회복을

원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행하고, 원고(선정당사자, 이하 '원고 A'이라 한다)에게 179,566,766원, 선정자 I(이하 원고 A과 선정자 I을 함께 지칭할 때에는 '원고들'이라 한다)에게 359,133,534원 및 위 각 돈에 대하여 2012. 3. 15.부터 2022. 6. 9.자 청구취지 및 청구원인 변경신청서 부분 송달일까지는 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 각 지급하라.

② 피고 C은 F에게 별지 목록 제3, 4항 기재 각 부동산에 관하여 진정명의회복을 원인으로 한 각 소유권이전등기절차를 이행하라.

③ 주위적으로, 피고 D는 F에게 별지 목록 제3항 기재 부동산에 관하여 창원지방법원 산청등기소 2020. 8. 4. 접수 제10022호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라. 예비적으로, 피고 C은 원고 A에게 33,333,333원, 선정자 I에게 66,666,667원 및 위 각 돈에 대하여 2020. 8. 5.부터 2022. 6. 9.자 청구취지 및 청구원인 변경신청서 부분 송달일까지는 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 각 지급하라.

④ 주위적으로, 피고 E조합(이하 '피고 E'이라 한다)은 F에게 별지 목록 제2항 기재 부동산에 관하여 창원지방법원 산청등기소 2021. 3. 16. 접수 제3426호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라. 예비적으로, 피고 B은 원고 A에게 64,053,333원, 선정자 I에게 128,106,667원 및 위 각 돈에 대하여 2021. 3. 17.부터 2022. 6. 9.자 청구취지 및 청구원인 변경신청서 부분 송달일까지는 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 각 지급하라.

⑤ 주위적으로, 피고 E은 F에게, 별지 목록 제3, 4항 기재 부동산에 관하여 창원지방법원 산청등기소 2020. 8. 4. 접수 제10020호로 마친 근저당권설정등기, 같은 등기소 같은 날 접수 제10021호로 마친 지상권설정등기의 말소등기절차를 각 이행하라. 예비적으로, 피고 C은 원고 A에게 137,000,000원, 선정자 I에게 274,000,000원 및 이에 대하여 2020. 8. 5.부터 2022. 6. 9.자 청구취지 및 청구원인 변경신청서 부분 송달일까지는 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

이 유

1. 기초 사실

가. F의 대표자 변경 내역

F은 2004. 12. 2. 설립되었다가 2019. 12. 2. 해산간주된 법인이다. 위 기간 동안 F의 대표자가 변경된 내역은 아래 표 기재와 같다.

2004. 12. 2. ~ 2006. 5. 22.	대표자인 이사	
2006. 5. 23. ~ 2007. 12. 1.	대표이사	원고
2007. 12. 2. ~ 2008. 1. 9.	임기만료 후 대표이사	
2008. 1. 10. ~ 2010. 4. 20.	대표자인 이사	J
2010. 4. 21. ~ 2014. 2. 16.	대표이사	원고
2014. 2. 17. ~ 2019. 12. 2.	대표이사	K

나. F의 토지 낙찰 등

- 1) F은 2008. 5. 15. 창원지방법원 진주지원 L 부동산임의경매 절차에서 경남 산청군 M(이하 위 N리에 소재한 토지를 특정함에 있어 행정구역의 표시를 생략한다) 임야 142,647m²를 낙찰가격 1,751,000,000원에 매수하고, 같은 날 그 소유권이전등기를 마쳤다.
- 2) 2009. 4. 23. 위 토지로부터 ○ 임야 10,161m²(이하 '이 사건 제1토지'라 한다) 및 P 임야 8,827m²(이하 '이 사건 제2토지'라 한다)가 각 분할되었다.

다. 이 사건 제1토지의 소유명의 변경 등

- 1) F은 2009. 5. 13. 피고 B 앞으로 이 사건 제1토지에 관하여 2009. 4. 3.자 매매를 원인으로 하는 소유권이전등기를 마쳐주었다.
- 2) 피고 B은 같은 날 Q조합 앞으로 이 사건 제1토지에 관하여 채무자를 피고 B으로 하고 채권최고액을 390,000,000원으로 하는 근저당권설정등기를 마쳐주었다.
- 3) 이 사건 제1토지는 2011. 12. 28. O 임야 6876m², R 임야 769m²(2014. 6. 25. S 대 762m²로

등록전환되었다), T 임야 916m², U 임야 706m²(2020. 12. 28. 별지 목록 제2항 기재 토지로 등록전환되었다), V 임야 894m²로 분할되었다. 그리고 ○ 임야 6876m²는 2013. 9. 30. O 임야 6619m², W 임야 257m²(2014. 6. 25. X 대 255m²로 등록전환되었다)로 다시 분할되었다.

4) 피고 B은 위와 같이 분할된 이 사건 제1토지 중 일부를 아래 표 기재와 같이 처분하였다.

○ 임야 6619m ² 중	지분 6876분의 321.94	2012. 3. 2.자 매매	2012. 3. 14.	Y
지분 6876분의 2203.6	2012. 2. 15.자 매매	Z		
지분 6876분의 2252.31	2012. 2. 23.자 매매	AA		
지분 6876분의 1031.74	2012. 2. 15.자 매매	AB		
지분 6876분의 1021.64	2012. 2. 15.자 매매	AC		
W 임야 257m ² (X 대 255m ²) 중	지분 6876분의 44.77	미처분		
지분 6876분의 2203.6	2012. 2. 15.자 매매	2012. 3. 14.	Z	
지분 6876분의 2252.31	2012. 2. 23.자 매매	AA		
지분 6876분의 1031.74	2012. 2. 15.자 매매	AB		
지분 6876분의 1021.64	2012. 2. 15.자 매매	AC		
지분 6876분의 366.71	2013. 10. 11.자 공유물분할	2013. 10. 15.	Y	
R 임야 769m ² (S 대 762m ²)	2012. 3. 2.자 매매	2012. 3. 14.	Y	
T 임야 916m ²	2012. 2. 1.자 매매	2012. 3. 2.	AB	
U 임야 706m ² (AD 대 700m ²)	미처분			
V 임야 894 m ²	2012. 2. 15.자 매매	2012. 3. 14.	AC	

5) 피고 B은 2021. 3. 16. 피고 E 앞으로 별지 목록 제2항 기재 토지에 관하여 채무자를 피고 B으로 하고 채권최고액을 240,000,000원으로 하는 근저당권설정등기를 마쳐주었다.

라. 이 사건 제2토지의 소유명의 변경 등

1) F은 2009. 5. 13. 피고 C 앞으로 이 사건 제2토지에 관하여 2009. 4. 3.자 매매를 원인으로 하는 소유권이전등기(이하 이 사건 제1, 2토지에 관한 피고 B, C 명의 각 소유권이전등기를 함께 일컬어 '이 사건 각 등기'라 한다)를 마쳐주었다.

2) 피고 C은 같은 날 Q조합 앞으로 이 사건 제2토지에 관하여 채무자를 피고 C으로 하고

채권최고액을 364,000,000원으로 하는 근저당권설정등기를 마쳐주었다.

3) 이 사건 제2토지는 2012. 3. 30. 별지 목록 제3, 4항 기재 각 토지로 분할되었다.

4) 피고 C은 2020. 8. 4. 별지 목록 제3, 4항 기재 각 토지에 관하여 피고 E 앞으로, 채무자를 피고 C으로 하고 채권최고액을 684,000,000원으로 하는 근저당권설정등기와 '건물 기타 공작물이나 수목의 소유'를 목적으로 하고 존속기간을 30년으로 하는 지상권설정등기를 각 마쳐주었다.

5) 피고 C은 2020. 8. 4. 피고 D 앞으로 별지 목록 제3항 기재 토지에 관하여 채무자를 피고 C으로 하고 채권최고액을 220,000,000원으로 하는 근저당권설정등기를 마쳐주었다.

마. 선행소송의 경과

1) F은 피고 B에 대하여 창원지방법원 2012가합1146호로 이 사건 제1토지의 매매대금을 청구하는 소를, 피고 C에 대하여 창원지방법원 2012가합1344호로 이 사건 제2토지의 매매대금을 청구하는 소를 각 제기(이하 '선행소송'이라 한다)하였고, 이에 대하여 위 법원은 2013. 10. 17.(피고 B에 대하여) 및 2013. 11. 21.(피고 C에 대하여) F의 청구를 인용하는 판결을 각 선고하였다.

2) 이에 대하여 피고 B이 부산고등법원 (창원)2013나4336호로, 피고 C이 부산고등법원(창원)2013나4794호로 각 항소하면서 "이 사건 각 등기는 이 사건 제1, 2토지를 담보로 F이 대출을 받을 수 있도록 하기 위한 목적의 명의신탁약정에 기한 것이었으나, 이후 피고들은 F의 실질적인 사주인 K를 통하여 F에 대여한 약 770,000,000원 상당의 돈의 변제에 갈음하여 위 각 토지의 소유권을 피고들이 취득하는 것으로 대물변제의 합의를 하였다."고 주장하였다. 위 항소심 진행 도중인 2014. 2. 17. F의 대표이사로 취임한 K는 위와 같은 피고들의 주장에 대하여 아무런 반박을 하지 아니하였고, 항소심 변론기일에도 출석하지 아니하였다. 이에 항소심 법원은 'F과 위 피고들 사이에서 이 사건 제1, 2토지에 관한 매매계약이 성립하였다고 볼 수 없다'는 이유로 제1심판결을 취소하고, F의 청구를 기각하는 판결을 각 선고하였으며(피고 B에 대한 판결은 2014. 9. 26., 피고 C에 대한 판결은 2014. 12. 4. 각 선고), 위 각 판결은 그대로 확정되었다.

바. K의 사실확인서 작성

K는 피고 B, C에게 2014년 2월자로 아래와 같은 내용의 사실확인서(이하 '이 사건 사실확인서'라 한다)를 작성하여 주었다.

1. 본인은 경남 산청군 AE, M 토지를 F으로 경락받을 때 피고 B으로부터 입찰보증금으로 1억 8,000만 원을 차용한 사실이 있습니다.
2. 당시 1년 내에 배액을 갚아주거나 갚지 못할 시 금액에 비례해서 땅을 넘겨주기로 하였습니다.
3. 그런데 이후 위 차용금 및 대출을 위해 매각한 P(피고 C), O(피고 B) 토지담보대출 이자와 추가 차용금을 갚지 못해 위 부동산의 소유권을 피고 C, B에게 넘긴 것이 사실입니다.

사. 원고들의 F에 대한 지급명령 확정

원고들은 2014. 9. 2.경 창원지방법원 2014차2480호로 K, F, AF, AG을 상대로 지급명령을 신청하였다. 이에 위 법원은 2014. 9. 3. 'K, F, AF, AG은 연대하여 원고 A에게 1,000,000,000원, 선정자 I에게 2,000,000,000원 및 각 이에 대하여 2014. 7. 1.부터 다 갚는 날까지 연 30%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라'는 내용의 지급명령(이하 위 지급명령에서 지급을 명한 돈을 '이 사건 지급명령금'이라 한다)을 하였고, 위 지급명령은 그대로 확정되었다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 5, 9, 27호증, 을가 제1 내지 5호증(가지번호 있는 것은 가지번호 포함), 증인 K의 증언, 변론 전체의 취지

2. 원고들의 주장 요지

가. 이 사건 각 등기는 F과 피고 B, C 사이에서 이 사건 제1, 2토지에 관한 매매계약이 존재하지 아니함에도 위 각 토지를 담보로 F이 대출을 받을 수 있도록 하기 위하여 위 피고들의 명의를 빌린 것에 불과한바, 이 사건 각 등기는 통정허위표시에 의한 것으로서 무효이다.

나. 설령 이 사건 각 등기가 통정허위표시에 의한 것이 아니라고 할지라도, 이는 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률(이하 '부동산실명법'이라 한다)을 위반한 명의신탁약정에 기초한 것으로서 무효이다. 그리고 ① K가 2010년 10월경 F의 적법한 대표자가 아니었던 점, ② 피고 B은 F이 아닌 K 개인에 대한 채권을 가지고 있을 뿐인바, F의 재산인 이 사건 제1, 2토지를 통해 위 채권을 대물변제하는 것은 F에 대한 배임 내지 횡령에 해당하는 범죄행위인 점, ③ 피고 B, C에게 채무의 변제에 갈음하여 이 사건 제1, 2토지의 소유권을 이전할 것을 약정하는 것은 대물변제의 예약에 해당하므로 이에 대하여는 민법 제607조, 제608조 또는 가등기 담보 등에 관한 법률(이하

'가등기담보법'이라 한다)이 적용되어야 할 것인데, 위 피고들이 이 사건 제1, 2토지를 자신들의 소유로 귀속함에 있어 아무런 청산절차를 거치지 아니한 점, ④ 이 사건 제1, 2토지의 소유권을 위 피고들에게 이전하는 것은 '중요자산의 처분 및 양도'에 해당하여 F의 이사회 또는 주주총회 결의를 거쳐야 함에도 그 절차를 흠결한 점 등에 비추어 보면, 피고 B, C이 K와 2010년 10월경 이 사건 제1, 2토지에 관한 대물변제 합의를 함에 따라 이 사건 각 등기가 실체관계에 부합하게 되었다는 피고들의 주장은 받아들일 수 없다.

다. 따라서 피고 B, C은 F에게 이 사건 제1, 2토지 중 위 피고들 명의로 소유명의를 남아있는 별지 목록 기재 각 부동산에 관하여 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기의무를 이행할 의무가 있고, 피고 B은 이 사건 제1토지 중 무단으로 처분한 일부 필지 또는 지분에 관하여 그 매각대금 상당액을 부당이득으로 반환할 의무가 있다. 나아가 별지 목록 제2, 3, 4항 기재 각 토지에 관하여 피고 D, E 앞으로 마쳐진 각 근저당권설정등기 및 지상권설정등기 역시 무효의 등기에 기초한 것이므로, 주위적으로 피고 D, E은 F에게 위 각 등기를 말소할 의무가 있다. 다만, 위 피고들이 민법 제108조 제2항 소정의 선의의 제3자 또는 부동산실명법상 수탁자가 물권자임을 기초로 새로운 이해관계를 맺은 제3자에 해당한다면, 예비적으로 피고 B, C은 위 각 근저당권의 피담보채무 상당액을 F에 부당이득으로 반환할 의무가 있다. 이에 원고들은 이 사건 지급명령금 채권의 보전을 위하여, F을 대위하여 피고들을 상대로 청구취지 기재와 같은 판결을 구한다.

3. 피고 B, C, D에 대한 청구에 관한 판단

가. 통정허위표시에 의한 등기로서 무효라는 주장에 대한 판단

의사표시의 진의와 표시가 일치하지 아니하고 그 불일치에 관하여 상대방과 사이에 합의가 있는 경우에는 통정허위표시가 성립한다(대법원 2016. 6. 23. 선고 2014다41889 판결 등 참조). 그러나 당사자들이 외면적으로 표시된 법률행위 속에 실제로는 다른 행위를 할 의사를 감추고 그에 관하여 상호 합의가 있는 경우, 외형행위는 통정허위표시로서 무효라고 하더라도 내면적으로 의욕한 법률행위는 유효하다고 볼 수 있다(대법원 2021. 12. 10. 선고 2019다239988 판결 등 참조). 이 사건에 관하여 보건대, 이 사건 각 등기가 이 사건 제1, 2토지를 담보로 대출을 받기 위한 목적으로 F이 피고 B, C에게 명의신탁하여 이루어진 것임은 당사자 사이에 다툼이 없거나 또는 앞서 든 증거들

및 변론 전체의 취지에 의하여 인정된다.

그러나 이 사건 각 등기의 원인이 된 F와 위 피고들 사이의 매매계약이 통정허위표시를 요소로 하는 가장행위에 해당하여 무효라고 하더라도, 그 배후에 있는 내면적으로 의욕한 법률행위인 명의신탁 약정까지 민법 제108조 제1항에 따라 무효가 되는 것은 아니므로, 이와 다른 전제에 선 원고들의 이 부분 무효 주장은 받아들이지 아니한다.

나. 부동산실명법을 위반한 명의신탁 등기로서 무효라는 주장에 대한 판단

1) 이 사건 각 등기가 F와 피고 B, C 사이의 명의신탁약정에 기하여 이루어진 사실은 앞서 본 바와 같으므로, 특별한 사정이 없는 한 이 사건 각 등기는 부동산실명법 제4조 제2항 본문에 따라 무효이다.

2) 이에 대하여 피고 B, C, D는 '피고 B, C이 F에 약 770,000,000원에 달하는 돈을 대여하였는데, 피고 B, C이 2010년 10월경 F의 실질적인 사주인 K와 위 대여금의 변제에 갈음하여 이 사건 제1, 2토지를 대물변제받기로 합의함에 따라 이 사건 각 등기는 실체관계에 부합하는 것으로서 유효하게 되었다'고 항변한다.

살피건대, 앞서 든 증거들과 을가 제13, 16호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하여 알 수 있는 아래와 같은 사실 내지 사정 및 이에 기초한 판단을 종합하여 보면, F와 피고 B, C 사이에서 이 사건 제1, 2토지에 관한 대물변제 합의가 성립하였다고 할 것인바, 이로써 당초 명의신탁약정에 의하여 이루어졌던 이 사건 각 등기는 실체적 권리관계에 부합하는 등기로서 유효하게 되었다고 할 것이므로, 피고 B, C, D의 위 항변은 이유 있다(피고 B, C 명의로 등기되어 있는 부동산에 관한 등기부취득시효의 완성, 부당이득반환채무에 관한 소멸시효의 완성, 동시이행, 상계, 신의칙 위반 등을 다투는 위 피고들의 나머지 예비적 항변에 대하여는 나아가 판단하지 아니한다).

① 피고 B은 2008. 2. 22. F의 계좌로 185,000,000원을 송금하였고, 2008년 3월경부터 2010년 8월경까지 K, AF(K의 처), AG, AH 등의 계좌로 합계 245,250,000원을 송금하였다. 그 밖에도 피고 B, C은 2009. 5. 13. 이 사건 제1, 2토지를 담보로 대출받은 합계 340,000,000원에서 대출실행비용 등을 공제한 337,900,000원을 AF에게 송금하였고, AF은 위 돈을 F의 채권자인 소외 AI에게 송금하였다. 이와 같이 피고 B, C이 F 또는 K의 관계자들에게 송금한 돈이 합계

768,150,000원에 달한다.

② 피고 B, C은 2010년 10월경 K와 사이에서 위 송금액에 관한 채무의 변제에 갈음하여 이 사건 제1, 2토지를 위 피고들의 소유로 귀속시키기로 하는 대물변제의 합의를 하였다.

③ 위 대물변제 합의 당시 K는 이 사건 제1, 2토지 일대에 전원주택을 신축하여 분양하는 사업을 추진할 목적으로 F의 주식 49.9%를 실질적으로 보유(30%는 사촌형수 AJ의 명의로, 19.9%는 배우자가 다니는 절의 승려인 AG 명의로 각 보유)하면서 F의 운영에 깊숙이 관여하고 있었다(갑 제3호증의 2 제7면 참조).

④ 무권대리행위 또는 무권대표행위에 대한 추인이 있는 경우 다른 의사표시가 없는 한 계약시에 소급하여 그 효력이 생긴다(민법 제133조 본문). 그리고 무권대리행위나 무권대표행위의 추인은 그 행위가 있음을 알고 그 효과를 자기에게 귀속시키도록 하는 단독행위로서 그 의사표시의 방법에 관하여 일정한 방식이 요구되는 것이 아니므로 묵시적으로도 이를 할 수 있다(대법원 2010. 12. 23. 선고 2009다48206 판결 등 참조). 위와 같은 법리에 비추어 보건대, 설령 위 대물변제 합의 당시 F의 실질적 사주 지위에 있었던 것으로 보이는 K에게 F를 적법하게 대리 또는 대표할 권한이 없었다고 하더라도, K가 2014. 2. 17. F의 대표이사로 취임한 이후 피고 B, C에게 이 사건 제1, 2토지를 대물변제하였다는 취지의 이 사건 사실확인서를 작성하여 주거나 또는 선행소송 항소심에서 위 피고들의 주장에 대하여 아무런 대응을 하지 않음으로써 위 대물변제 합의의 법적 효과가 F에 귀속됨을 명시적 또는 묵시적으로 추인하였다고 봄이 타당하다(원고들은 이 사건 사실확인서가 F이 아닌 K 개인 명의로 작성되어 F에 대해 효력이 없다는 취지로 주장하기도 하나, 상행위의 대리에 있어 현명을 요구하지 않는 상법 제48조 본문의 규정은 회사 대표기관의 대표행위에도 유추적용하여야 할 것이므로¹⁾, 원고들의 위 주장은 받아들이기 어렵다).

⑤ 기존의 무효등기를 새로운 실체관계를 공시하는 등기로 그대로 이용하는 무효등기의 유용은 그 합의 전에 등기상 이해관계가 있는 제3자가 생기지 않은 경우에 허용되는 것인데(대법원 2002. 12. 6. 선고 2001다2846 판결 등 참조), 위 대물변제 합의 당시 이 사건 각 등기가 무효임을 전제로 등기상 이해관계를 가지는 제3자는 없는 상황이었다.

⑥ 피고 B이 F의 계좌로 송금한 185,000,000원과 피고 B, C이 자신들의 명의로 대출을 받아 AK에게

송금한 337,900,000원이 F을 위한 용도로 사용되었음은 원고들도 인정하고 있다(원고들의 주장에 의하면 위 185,000,000원은 F이 낙찰받은 AE 임야 68,252m²의 낙찰대금으로 사용하였다는 것이고, 위 337,900,000원은 F의 채권자인 소외 AI에 대한 채무를 변제를 위하여 사용되었다는 것이다). 한편, 원고들은 피고 B이 아니라 K가 F에 185,000,000원을 대여한 것이고, 위 대여금은 소외 AL로부터 차용한 200,000,000원으로 이미 변제되었다고 주장하나, 갑 제8호증의 7을 비롯하여 원고들이 제출한 증거들만으로는 이를 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 그리고 피고 B의 송금액 중 K, AF, AG, AH 등의 계좌로 송금된 돈이 F의 사업과는 무관한 용도로 사용되었다는 구체적인 사정도 확인되지 않는다.

⑦ 설령 앞서 본 피고 B, C의 송금액 중 K 개인과의 금전거래가 일부 포함되어 있어 F의 재산인 이 사건 제1, 2토지를 통해 그 채무를 대물변제하는 것이 F에 대한 배임행위에 해당한다고 가정하여 보더라도, 그 대물변제 합의 자체가 반사회적 법률행위로서 무효라고 보기 위해서는 위 피고들이 그와 같은 K의 배임행위에 적극 가담하였을 것을 요한다. 그러나 위 피고들이 K의 배임행위에 적극 가담하였음을 확인할 수 있는 구체적인 사정도 없다.

⑧ 채무자가 채권자 앞으로 차용물 아닌 다른 재산을 이전한 경우에 있어 그 권리의 이전이 채무의 이행을 담보하기 위한 것이 아니고 그 채무에 갈음하여 상대방에게 완전히 그 권리를 이전하는 경우 즉 대물변제의 경우에는 설령 그 시가가 그 채무의 원리금을 초과한다고 하더라도 민법 제607조, 제608조가 적용되지 않는다(대법원 1992. 2. 28. 선고 91다25574 판결 등 참조). 그리고 채무와 관련하여 채무자 소유의 부동산의 소유권을 채권자에게 이전하기로 약정한 경우에, 그것이 종전 채무의 변제에 갈음하여 대물변제조로 이전하기로 한 것인지, 아니면 종전 채무의 담보를 위하여 추후 청산절차를 유보하고 이전하기로 한 것인지의 문제는 그 약정 당시의 당사자 의사해석에 관한 문제이다. 이 점에 관하여 명확한 증거가 없는 경우에는, 약정 당시의 채무액과 그 당시의 부동산의 가액, 당해 채무를 지게 된 경위와 그 후의 과정, 약정 당시의 상황, 그 이후의 당해 부동산의 지배 및 처분관계 등 여러 사정을 종합하여 그것이 담보목적인지 여부를 가려야 한다(대법원 2013. 1. 16. 선고 2012다11648 판결 등 참조).

이 사건에 관하여 보건대, i) F이 경매절차에서 M 임야 142,647m²을 1,751,000,000원에 낙찰받은

점, ii) 위 토지에서 분할된 이 사건 제1, 2토지의 면적이 합계 18,988m²(= 제1토지 10,161m² + 제2토지 8,827m²)인 점, iii) Q조합이 제1, 2토지를 담보로 피고 B, C에게 대출한 돈이 합계 340,000,000원이고, 이에 관한 근저당권의 채권최고액은 합계 754,000,000원인 점, iv) 이 사건 제1, 2토지에 관한 대물변제 합의 당시 앞서 본 피고 B, C의 송금 경위, 그 사용 내역, K의 F 내 지위 등에 비추어 피고 B, C은 F 측에 대하여 약 770,000,000원 상당의 채권을 가지고 있었고, 이는 이 사건 제1, 2토지의 담보가치를 초과하는 것으로 보이는 점, v) 피고 B, C이 이 사건 제1, 2토지를 양도받으면서 추후 청산절차를 유보하였다는 사정은 보이지 않는 점2), vi) 피고 B, C은 이 사건 제1, 2토지를 양도받은 이후 위 토지를 담보로 한 대출의 원리금을 계속 변제하여 왔고, 위 토지를 제3자에게 처분하거나 이를 담보로 제공하기도 하였으며, 이에 대하여 F이 별다른 이의를 제기하지 않은 점(선행소송의 청구원인이나 갑 제12호증의 1, 2의 내용증명은 F이 위 피고들과의 대내적인 관계에서 제1, 2토지의 소유자임을 전제로 한 것이 아니다) 등에 비추어 보면, 이 사건 제1, 2토지를 피고 B, C에게 양도하기로 하는 합의는 채무의 담보 목적으로 이루어진 것이 아니라 그 채무의 대물변제를 위하여 이루어진 것이라고 봄이 상당하다. 따라서 이에 대하여는 민법 제607조, 제608조 및 가등기담보법이 적용되지 아니한다.

⑨ 상법 제393조 제1항에 따라 이사회 결의가 필요한 '중요한 자산의 처분'에 해당하는지 여부는 당해 재산의 가액, 총자산에서 차지하는 비율, 회사의 규모, 회사의 영업 또는 재산의 상황, 경영상태, 자산의 보유목적, 회사의 일상적 업무와 관련성, 당해 회사에서의 종래의 취급 등에 비추어 대표이사의 결정에 맡기는 것이 상당한지 여부에 따라 판단하여야 할 것인데(대법원 2016. 7. 14. 선고 2014다213684 판결 등 참조), 이 사건 제1, 2토지가 F의 총 자산에서 차지하는 비중이나 F의 회사 규모, 대물변제 합의 당시의 경영상태 등이 불명확한 점, 이 사건 제1, 2토지는 당초부터 이를 개발하여 타에 분양할 목적으로 취득한 것인 점, F이 다른 명의수탁자인 AM, AN에게 별도의 합의를 통해 명의신탁된 토지의 소유권을 취득하도록 하는 과정에서도 이사회 결의는 없었던 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면 이 사건 제1, 2토지의 처분이 상법 제393조 제1항 소정의 '중요한 자산의 처분'에 해당한다고 단정하기 어렵다(원고들은 변론종결 후 제출한 2022. 11. 16.자 참고서면을 통하여 K의 개인채무를 F의 재산으로 대물변제하는 것이 상법 제398조 소정의 이사의 자기거래에

해당하여 이사회 결의가 필요하다는 취지로 주장하기도 하였으나, 앞서 본 사정들에 비추어 보면 피고 B, C의 송금액 중 F 명의의 계좌로 송금되지 않은 부분이 있다는 사정만으로는 그에 관한 채무가 K의 위 피고들에 대한 개인채무라고 단정할 수 없다).

⑩ 설령 이 사건 제1, 2토지의 처분에 F 이사회의 결의가 필요하다고 가정하여 보더라도, 그 이사회 결의의 흠결을 거래 상대방이 알았거나 중대한 과실로 알지 못한 경우에 한하여 그 거래행위가 무효가 되는 것인데(대법원 2021. 2. 18. 선고 2015다45451 전원합의체 판결 등 참조), 이 사건에 있어 피고 B, C이 그러한 이사회 결의의 흠결을 알았다고 볼만한 사정은 없다. 나아가 이사회 결의는 회사의 내부적 의사결정 절차에 불과하고, 특별한 사정이 없는 한 거래 상대방으로서는 회사의 대표자가 거래에 필요한 회사의 내부절차를 마쳤을 것으로 신뢰하였다고 보는 것이 경험칙에 부합하며, 이 사건에 있어 그와 같은 이사회 결의의 흠결을 의심할 만한 특별한 사정도 없는 바, 위 피고들이 중대한 과실로 이 사건 제1, 2토지의 처분에 관한 이사회 결의의 흠결을 알지 못하였다고 볼 수도 없다.

⑪ 이 사건 제1, 2토지의 처분에 F 주주총회의 결의가 필요하다고 볼 근거도 없다(만약 원고들의 주장이 이 사건 제1, 2토지의 처분이 상법 제374조 제1항 제1호 소정의 영업양도에 해당하여 주주총회 결의가 필요하다는 취지라면, 그 처분이 영업양도에 해당한다는 점을 주장·증명하여야 할 것이나, 이에 관하여는 원고들의 구체적인 주장·증명이 없다).

다. 소결론

따라서 이 사건 각 등기가 무효임을 전제로 한 원고들의 피고 B, C, D에 대한 청구(피고 D를 주위적 피고로 한 청구 관련 피고 B, C을 예비적 피고로 한 청구 부분, 아래 4항의 피고 E을 주위적 피고로 한 청구 관련 피고 B, C을 예비적 피고로 한 청구 부분 각 포함)는 더 나아 살필 필요 없이 받아들이지 아니한다.

4. 피고 E에 대한 청구에 관한 판단

가. 통정허위표시로 인한 무효 주장에 기초한 청구에 관하여

이 사건 각 등기 중 이 사건 제2토지에 관한 부분이 민법 제108조 제1항에 의하여 무효라고 볼 수 없음은 앞서 본 바와 같으므로, 위 등기가 통정허위표시에 의한 것으로서 무효임을 전제로 하는

원고들의 피고 E에 대한 청구는 받아들이지 아니한다.

나. 부동산실명법을 위반한 명의신탁으로 인한 무효 주장에 기초한 청구에 관하여

부동산실명법 제4조 제3항에 의하면 명의신탁약정 및 이에 따른 등기로 이루어진 부동산에 관한 물권변동의 무효는 제3자에게 대항하지 못한다.

앞서 인정한 사실에 의하면, 피고 E은 피고 C이 이 사건 제2토지의 소유자임을 기초로 피고 C으로부터 근저당권을 설정받은 자로서 부동산실명법 제4조 제3항에서 말하는 제3자에 해당하므로, 원고들은 F과 피고 C 사이의 명의신탁약정 및 이에 따른 등기로 이루어진 이 사건 제2토지에 관한 소유권이전의 무효를 피고 E에게 대항하지 못한다(피고 E은 나머지 피고들과 달리 이 사건 각 등기가 실체관계에 부합한다는 항변을 하고 있지 않고, 통상공동소송에 해당하는 이 사건 소송에 있어 이른바 주장공통의 원칙은 적용되지 않는다).

따라서 피고 C에 대한 이 사건 제2토지의 소유권이전이 부동산실명법을 위반하여 무효임을 전제로 하는 원고들의 피고 E에 대한 청구 역시 받아들이지 아니한다.

5. 결론

그렇다면 원고들의 피고들에 대한 청구는 이유 없으므로 이를 모두 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장판사 김희수

판사 양철순

판사 이진석

별지

1) 주석 상법 총칙·상행위(1)(제4판), 한국사법행정학회(2013년), 389면 참조

2) 피고 B, C, D는 2021. 6. 21.자 준비서면에서 "이 사건 제1, 2토지를 평당 10~ 11만원으로 계산하여 피고 B, C이 인수하되 총 지급액에서 인수금액을 공제한 나머지 차액은 추후 정산받기로 약속하고 위 각 토지의 소유권을 위 피고들이 취득하였다"고 주장하였다(위 준비서면 6/12면).

그런데 이 사건 제1, 2토지를 평당 11만 원으로 계산하더라도 그 가액은 632,933,333원(= 이 사건 제1, 2토지 면적 $18,988\text{m}^2$ $3.3\text{m}^2 \times 110,000\text{원}$)으로 피고 B, C의 F 측에 대한 채권액 약 770,000,000원에는 미치지 않는바, 위와 같은 피고들의 주장은 이 사건 제1, 2토지를 통해 피고 B, C의 F 측에 대한 채권 중 '일부'를 대물변제 받았다는 취지로 보일 뿐이며, 위 각 토지에 관하여 별도의 담보권행사 및 정산절차를 거치기로 하였다는 취지의 주장은 아닌 것으로 보인다.