

대 법 원

제 1 부

판 결

사 건	2017다228618 소유권말소등기
원고, 피상고인	원고 소송대리인 법무법인 에스엔 담당변호사 김지웅 외 1인
피고, 상고인	피고 1 외 1인 소송대리인 법무법인(유한) 율촌 담당변호사 강석훈 외 4인
원 심 판 결	서울고등법원 2017. 4. 19. 선고 2016나2077798 판결
판 결 선 고	2019. 1. 31.

주 문

원심판결을 파기한다.

제1심판결 중 피고 1 패소 부분을 취소하고, 이 사건 소를 각하한다.

소송총비용은 원고가 부담한다.

이 유

1. 사실관계

기록에 의하면 다음과 같은 사실을 알 수 있다.

가. 원고는 2003. 4. 2. 소외 1, 소외 2, 소외 3, 소외 4(소외 2의 사망으로 소외 5, 소외 6, 소외 7이 각 지분상속을 하였고, 이하 위 상속인들을 포함하여 '소외 1 등'이라고 한다)과 사이에 토지거래허가구역 내에 있던 광주시 (주소 1 생략) 임야 21,106㎡와 (주소 2 생략) 임야 4,849㎡를 대금 5억 원에 매수하는 내용의 매매계약(이하 '이 사건 제1매매계약'이라고 한다)을 체결하였으나, 원고 명의로 소유권이전등기를 마치지 못하고 있었다.

나. 원고의 요청에 따라 소외 8은 2003. 11. 29. 소외 1 등과 사이에 위 각 토지를 5,300만 원에 매수하는 내용의 매매계약서를 작성하였고, 같은 날 위 (주소 1 생략) 임야에 관하여 토지거래허가를 받은 다음 2003. 12. 29. 위 (주소 1 생략) 임야에 관하여 소외 8 앞으로 공유자전원지분이전등기를 마쳤다.

다. 위 (주소 1 생략) 임야는 광주시 (주소 3 생략) 임야 9,920㎡와 원심판결 별지 목록 기재 각 부동산(이하 '이 사건 각 부동산'이라고 한다)으로 분할되었고, 현재 이 사건 각 부동산은 토지거래허가구역에서 해제되었다.

라. 피고 1은 2004. 7. 31. 소외 8로부터 위 별지 목록 제1, 4, 6, 7항 기재 각 부동산(이하 '이 사건 매매부동산'이라고 한다)을 대금 5억 원에 매수(이하 '이 사건 제2매매계약'이라고 한다)하고, 소외 8을 상대로 수원지방법원 성남지원 2011가합5703호로 소유권이전등기절차의 이행을 구하였고, 2014. 11. 10. 승소 확정판결에 따라 이 사건 매매부동산에 관하여 2004. 7. 31.자 매매를 원인으로 한 소유권이전등기를 마쳤다.

마. 피고 1은 2015. 6. 4. 피고 전의 신용협동조합과 사이에 이 사건 매매부동산을

공동담보로 하여 근저당권설정계약을 체결하고, 위 부동산에 관하여 채권최고액을 5억 2,000만 원으로 하는 피고 전의 신용협동조합 명의의 근저당권설정등기 및 지상권설정등기(이하 '이 사건 근저당권 및 지상권설정등기'라고 한다)를 마쳐 주었다.

바. 피고 1은 2015. 6. 19. 위 별지 목록 제2, 3, 5항 기재 각 부동산(이하 '이 사건 경매부동산'이라고 한다)을 강제경매절차에서 매수하여 피고 1 명의로 소유권이전등기를 마쳤다.

사. 원고는 수원지방법원 성남지원 2012가합10443호로 소외 8에 대하여는 이 사건 각 부동산에 관한 소유권이전등기 말소등기절차의 이행을 구하고, 소외 1 등에 대하여는 이 사건 각 부동산에 관한 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 소를 제기하였다. 이 소송에서 2014. 11. 13. '원고에게, 소외 1 등은 각 그 소유지분에 관하여 2014. 11. 13.자 매매를 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행하고, 원고는 위 소외 1 등에 대하여 위 2014. 11. 13.자 매매계약 및 이 사건 제1매매계약의 이행불능, 집행불능 등으로 인한 매매대금 반환이나 손해배상 청구 등 일체의 금전적 청구를 포기한다'는 내용으로 조정(이하 '이 사건 화해'라고 한다)이 성립하였고, 이후 소외 8에 대하여는 원고의 청구가 인용되어 확정되었다.

2. 원고의 청구 요지 및 원심의 판단

가. 원고의 청구 요지는 아래와 같다.

소외 1 등은 원고에게 이 사건 화해에 따라 이 사건 각 부동산에 관한 소유권이전등기절차를 이행할 의무가 있다. 이 사건 제1매매계약이 강행법규 위반으로 무효인 이상 그에 기초하여 마쳐진 소외 8 명의의 소유권이전등기와 그에 기하여 마쳐진 피고들 명의의 각 소유권이전등기, 이 사건 근저당권설정등기와 지상권설정등기는 모두 무효이

다. 이 사건 각 부동산의 원래 소유자인 소외 1 등은 피고들에게 위 각 등기의 말소를 청구할 수 있다. 원고는, 원고의 소외 1 등에 대한 위 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 소외 1 등을 대위하여 피고들을 상대로 위 각 등기의 말소를 구한다.

나. 원심은 아래와 같은 이유로, 원고는 소외 1 등에 대한 위 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 소외 1 등이 피고들에 대하여 가지는 위 각 말소등기청구권을 대위행사할 수 있다고 판단하고, 이 사건 채권자대위의 소의 피보전권리가 부존재한다는 피고의 본안전 항변을 배척하였다.

즉, 원고가 늦어도 소외 1 등과 소외 8 사이의 매매계약서 작성 당시에는 자신이 토지거래허가를 받을 수 없음을 알고 토지거래허가를 잠탈하기 위하여 허위로 위 매매계약서를 작성하도록 하였으므로, 이 사건 제1매매계약은 확정적으로 무효이다. 이 사건 각 부동산에 관한 소외 8 명의의 소유권이전등기는 무효인 이 사건 제1매매계약에 기초하여 마쳐진 것으로써 무효이다. 위와 같이 무효인 소외 8 명의의 소유권이전등기에 기초한 피고 1 명의의 소유권이전등기와 이를 기초로 마쳐진 피고 전의 신용협동조합 명의의 이 사건 근저당권 및 지상권설정등기 역시 모두 무효이다. 이 사건 각 부동산의 소유권은 당초의 소유권자들인 소외 1 등에게 여전히 남아 있으므로, 소외 1 등은 무효인 위 각 등기의 말소등기청구권을 가진다. 원고는 소외 1 등에 대하여 이 사건 화해에 따라 2014. 11. 13. 매매를 원인으로 한 소유권이전등기청구권을 가진다.

3. 대법원의 판단

채권자대위소송의 피보전권리의 존부에 관하여 직권으로 살핀다.

가. 채권자대위권을 행사하는 경우, 채권자가 채무자를 상대로 그 보전되는 청구권에 기한 이행청구의 소를 제기하여 승소판결을 선고받고 그 판결이 확정되었다면, 특별한

사정이 없는 한 그 청구권의 발생원인이 되는 사실관계가 제3채무자에 대한 관계에서도 증명되었다고 볼 수 있다(대법원 1995. 2. 10. 선고 94다39369 판결, 대법원 1995. 12. 26. 선고 95다18741 판결 등 참조). 그러나 그 청구권의 취득이, 채권자로 하여금 채무자를 대신하여 소송행위를 하게 하는 것을 주목적으로 이루어진 경우와 같이, 강행법규에 위반되어 무효라고 볼 수 있는 경우 등에는 위 확정판결에도 불구하고 채권자대위소송의 제3채무자에 대한 관계에서는 피보전권리가 존재하지 아니한다고 보아야 한다(대법원 2015. 9. 24. 선고 2014다74919 판결 참조). 이는 위 확정판결 또는 그와 같은 효력이 있는 재판상 화해조서 등이 재심이나 준재심으로 취소되지 아니하여 채권자와 채무자 사이에서는 그 판결이나 화해가 무효라는 주장을 할 수 없는 경우라 하더라도 마찬가지이다.

한편, 구 국토의 계획 및 이용에 관한 법률(2016. 1. 19. 법률 제13797호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 국토계획법'이라고 한다)에서 정한 토지거래계약 허가구역 내 토지에 관하여 허가를 배제하거나 잠탈하는 내용으로 매매계약이 체결된 경우에는, 강행법규인 구 국토계획법 제118조 제6항에 따라 그 계약은 체결된 때부터 확정적으로 무효이다(대법원 2010. 6. 10. 선고 2009다96328 판결 등 참조). 계약체결 후 허가구역 지정이 해제되거나 허가구역 지정기간 만료 이후 재지정을 하지 아니한 경우라 하더라도 이미 확정적으로 무효로 된 계약이 유효로 되는 것이 아니다(대법원 2010. 3. 25. 선고 2009다41465 판결 등 참조).

나. 이러한 법리에 따라 살펴보면, 우선 기록을 통해 알 수 있는 아래와 같은 사실상, 이 사건 화해는 강행법규 위반으로 확정적으로 무효가 된 이 사건 제1매매계약에 따른 법률효과를 발생시키려는 목적에서 단지 재판상 화해의 형식을 취하여 위 매매계

약의 이행을 약정한 것에 불과하다고 보이므로, 위 매매계약과 마찬가지로 무효라고 봄이 타당하다. 즉, ① 원고는 소외 1 등과 토지거래허가구역 내에 있던 이 사건 각 부동산 등에 관하여 2003. 4. 2. 이 사건 제1매매계약을 체결한 뒤 토지거래허가를 받을 수 없다는 것을 알고, 2003. 11. 29. 허가요건을 갖춘 소외 8을 매수인으로 한 매매계약서를 작성한 뒤 소외 8 명의로 토지거래허가를 받아 소유권이전등기를 마쳤다. ② 이 사건 각 부동산이 토지거래허가구역에서 해제되자, 원고는 수원지방법원 성남지원 2012가합10443호로 소외 1 등에 대하여 이 사건 각 부동산에 관한 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 소를 제기하였고, 2014. 11. 13. '원고에게, 소외 1 등은 각 그 소유지분에 관하여 2014. 11. 13.자 매매를 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행한다'는 내용으로 이 사건 화해가 성립하였다. ③ 이 사건 화해의 기판력 범위와 관련이 있는 원고의 청구원인은 이 사건 제1매매계약에 기한 소유권이전등기청구이다. ④ 이 사건 화해의 내용은 소외 1 등이 원고에게 2014. 11. 13.자 매매계약에 근거하여 소유권이전등기절차를 이행한다는 내용이지는 하나, 이는 이 사건 화해가 성립한 날짜를 조정조항에 새로운 매매계약일로 기재한 것으로 보이고, 새로운 계약 내용은 전혀 존재하지 아니한다. ⑤ 이 사건 화해에는 이 사건 제1매매계약에 따른 매매대금을 쌍방이 인정함을 전제로 '이 사건 제1매매계약의 이행불능, 집행불능 등으로 인한 매매대금 반환이나 손해배상 청구 등 일체의 금전적 청구를 포기한다'는 내용이 포함되어 있다.

이처럼 이 사건 화해가 강행법규 위반으로 무효인 이상, 이 사건 화해의 당사자가 아닌 피고들에 대한 관계에서 원고의 소외 1 등에 대한 소유권이전등기청구권이 존재한다고 볼 수는 없다. 이는 이 사건 화해가 준재심절차에 의하여 취소되지 아니하여 그 당사자인 원고와 소외 1 등과 사이에서는 위 소유권이전등기청구권이 존재한다고

하더라도 마찬가지이다.

결국 원고의 이 사건 소는 채권자대위소송의 피보전권리가 존재하지 아니하므로, 당사자적격이 없는 자에 의하여 제기된 소로써 부적법하다고 할 것이다.

다. 그런데도 원심은 그 판시와 같은 이유만으로, 피고들은 이 사건 화해조서에 기재된 청구권의 존재를 다툴 수는 없다고 보아 '이 사건 소는 피보전권리가 부존재하여 부적법하다'는 피고들의 본안전 항변을 배척하고, 이 사건 소를 적법하다고 판단하였다. 이러한 원심의 판단에는 채권자대위소송의 피보전권리에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

4. 결론

그러므로 상고이유에 대한 판단을 생략한 채 원심판결을 파기하되, 이 사건은 이 법원이 직접 재판하기에 충분하므로 자판하기로 하여, 제1심판결 중 피고 1 패소 부분을 취소하고, 이 사건 소를 각하하며, 소송총비용은 패소자가 부담하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 이기택

 대법관 권순일

 대법관 박정화

주 심 대법관 김선수