

대 법 원

제 1 부

판 결

사 건 2015다253573 소유권말소등기  
원고, 상고인 원고  
소송대리인 법무법인 세종(담당변호사 문용호 외 2인)  
피고, 피상고인 피고  
소송대리인 법무법인 장강(담당변호사 김종화 외 2인)  
원 심 판 결 서울중앙지방법원 2015. 11. 10. 선고 2015나31765 판결  
판 결 선 고 2019. 5. 16.

주 문

원심판결 중 예비적 청구에 관한 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 서울중앙지방법원 합의부에 환송한다.

원고의 주위적 청구에 관한 상고를 기각한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 주위적 청구에 대한 상고이유 제1점에 관하여

가. 원심은 제1심 판결을 인용하여 다음과 같이 판단하였다.

1) 이 사건 가등기는 소외 1이 피고와 소외 2 명의의 매매예약계약을 위조하여 마친 무효의 등기이고, 이후 피고는 소외 2로부터 이 사건 지분을 매수하면서 소외 2와 위 매매계약에 기한 소유권이전등기청구권의 보전을 위하여 무효인 이 사건 가등기를 유용하기로 합의한 다음 이 사건 가등기에 기하여 본등기를 마쳤으므로, 위 가등기 유용의 합의로써 그 합의의 상대방인 소외 2에 대하여는 이 사건 가등기의 유효를 주장할 수 있다.

2) 한편 채권자대위권은 채무자의 제3채무자에 대한 권리를 행사하는 것이므로, 제3채무자는 채무자에 대해 가지는 모든 항변사유로써 채권자에게 대항할 수 있으나, 채권자는 채무자가 주장할 수 있는 사유의 범위 내에서 주장할 수 있을 뿐이고, 자기와 제3채무자 사이의 독자적인 사정에 기한 사유를 주장할 수는 없다. 원고는 위 가등기 유용의 합의가 있기 전에 이 사건 지분에 대하여 강제경매개시결정 기입등기를 마쳐 등기부상 이해관계를 가지게 되었으므로 피고는 원고에게 위 가등기 유용의 합의로써 대항할 수 없지만, 소외 2를 대위하여 이 사건 가등기 및 본등기의 말소를 구하는 원고로서는 원고 자신이 피고에 대하여 가지는 위와 같은 사유를 주장할 수 없다.

나. 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유 주장과 같은 등기 유용의 합의의 효력 및 채권자대위 소송에서 채권자가 주장할 수 있는 사유 등에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

## 2. 주위적 청구에 대한 상고이유 제2점에 관하여

원심은, 원고가 제출한 증거만으로는 이 사건 가등기 유용의 합의가 강제집행을 면

탈하기 위한 목적에서 이루어진 것이라고 볼 수 없다고 판단하였다.

관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단에 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나 사실을 인정하거나, 반사회질서의 법률행위에 관한 법리를 오해하는 등으로 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

### 3. 예비적 청구에 대한 상고이유 제3점에 관하여

가. 부동산 강제경매개시결정 기입등기는 채권자나 채무자가 직접 등기공무원에게 이를 신청하여 행할 수는 없고 반드시 법원의 촉탁에 의하여 행하여지는바, 이와 같이 당사자가 신청할 수 없는 강제경매개시결정 기입등기가 법원의 촉탁에 의하여 말소된 경우에는 그 회복등기도 법원의 촉탁에 의하여 행하여져야 하므로, 이 경우 강제경매 신청채권자가 말소된 강제경매개시결정 기입등기의 회복등기절차의 이행을 소구할 이익은 없고, 다만 그 강제경매개시결정 기입등기가 말소될 당시 그 부동산에 관하여 소유권이전등기를 경료하고 있는 사람은 법원이 그 강제경매개시결정 기입등기의 회복을 촉탁함에 있어서 등기상 이해관계가 있는 제3자에 해당하므로, 강제경매 신청채권자로서는 그 사람을 상대로 하여 법원의 촉탁에 의한 그 강제경매개시결정 기입등기의 회복절차에 대한 승낙청구의 소를 제기할 수는 있다(대법원 2002. 4. 12. 선고 2001다84367 판결, 대법원 2017. 1. 25. 선고 2016다28897 판결 등 참조).

나. 원심이 인용한 제1심 판결 이유와 적법하게 채택된 증거들에 의하면 다음과 같은 사실을 알 수 있다.

1) 소외 1은 2010. 7. 21. 피고에게 서울 성북구 (주소 생략) 상가건물의 지하 점포 제 ○○○호(이하 '이 사건 점포'라고 한다)를 360,000,000원에 분양하였다.

2) 소외 1은 위 상가건물 신축사업의 동업자인 화성에이앤씨 주식회사와 정산에 따라

이 사건 점포 중 35/100지분(이하 '이 사건 지분'이라고 한다)만을 취득하기로 하였고, 이후 사업자 지위를 소외 2에게 이전하면서 피고에게 소외 2와 이 사건 지분에 대해서만 새로운 매매계약을 체결할 것을 제안하였으나, 피고는 이를 거절하였다.

3) 소외 2는 2010. 10. 12. 이 사건 지분에 관하여 소유권보존등기를 마쳤다.

4) 소외 1은 2010. 10. 25. 소외 2와 피고 명의의 매매예약계약을 위조하여 이 사건 지분에 관하여 서울북부지방법원 동대문등기소 접수 제46498호로 2010. 10. 25. 매매예약을 원인으로 피고 명의의 지분전부이전청구권가등기(이하 '이 사건 가등기'라고 한다)를 마쳤다.

5) 원고는 2012. 4. 25. 소외 2의 채권자로서 이 사건 지분에 관하여 서울중앙지방법원 2012타경12963호로 강제경매개시신청을 하였고, 같은 날 이 사건 지분에 관하여 강제경매개시결정 기입등기(이하 '이 사건 경매개시결정 기입등기'라고 한다)가 마쳐졌다.

6) 이후 피고는 소외 1의 사기 등 범죄사실에 대한 형사사건 진행 중이던 2012. 7. 4. 소외 1이 편취한 돈 중 80,000,000원 상당의 반환 명목으로 소외 2로부터 이 사건 지분을 매수하면서 이 사건 가등기를 유용하기로 합의하였다(이하 '이 사건 등기 유용합의'라고 한다).

7) 2012. 7. 5. 이 사건 지분에 관하여 이 사건 가등기에 기한 본등기로서 2012. 7. 4. 자 매매를 원인으로 한 피고 명의의 지분전부이전등기(이하 '이 사건 본등기'라고 한다)가 마쳐짐에 따라 이 사건 경매개시결정 기입등기는 가등기에 의하여 보전되는 권리를 침해하는 등기로서 직권 말소되었다.

다. 위와 같은 사실관계를 앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원고는 무효인 이 사건 등기 유용합의가 있기 전에 이 사건 지분에 대한 강제경매개시결정을 통해 그 지

분을 압류하여 등기부상 이해관계를 가지게 되었으므로, 피고는 원고에게 이 사건 등기 유용합의로써 대항할 수 없고, 그에 따라 이 사건 경매개시결정 기입등기는 이 사건 가등기의 순위보전의 효력에 반하지 아니하여 직권으로 말소될 것이 아님에도 불구하고 원인없이 말소되었으므로 이 사건 경매개시결정 기입등기의 말소등기는 무효이며, 말소회복 될 이 사건 경매개시결정 기입등기와 이 사건 본등기는 양립 가능하여 피고는 이 사건 경매개시결정 기입등기의 말소회복등기에 관하여 등기상 이해관계 있는 제3자로서 승낙의 의사표시를 할 의무가 있다.

라. 그런데도 원심은 말소회복 될 이 사건 경매개시결정 기입등기와 이 사건 본등기는 양립할 수 없으므로, 이 사건 본등기를 먼저 말소하지 않는 한 위 경매개시결정 기입등기의 말소회복등기를 할 수 없고, 따라서 이 사건 가등기 및 본등기 명의자인 피고를 상대로 한 원고의 승낙청구는 당사자적격이 없는 사람에 대한 청구로서 부적법하다고 판단하였다.

이러한 원심판결에는 말소회복등기에 있어서 등기상 이해관계 있는 제3자의 승낙의 무에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이 점을 지적하는 상고이유 주장은 이유 있다.

4. 그러므로 원심판결 중 예비적 청구에 관한 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하며, 원고의 주위적 청구에 관한 상고를 기각하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장            대법관            김선수

대법관 권순일

주 심 대법관 이기택

대법관 박정화