

대 법 원

제 2 부

판 결

사 건 2019다261381 가등기말소  
원고, 피상고인 원고  
소송대리인 법무법인 세범 담당변호사 김수정 외 1인  
피고, 상고인 이넥스건설 주식회사  
소송대리인 법무법인(유한) 화우 담당변호사 김대휘 외 1인  
원 심 판 결 서울고등법원 2019. 7. 19. 선고 2019나2005909 판결  
판 결 선 고 2020. 5. 14.

주 문

상고를 기각한다.

상고비용은 피고가 부담한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 원심판결 이유와 기록에 따르면 다음 사실을 알 수 있다.

가. 소외 1은 2009. 1. 15. 소외 2, 소외 3, 소외 4(이하 '소외 2 등'이라 한다)을 대리하는 한편, 피고를 대표하여 원심판결 별지 목록 순번 제1~7번 기재 각 부동산 중 소외 2 등의 지분에 관하여 예약자를 소외 2 등으로, 예약권리자를 피고로 하는 매매 예약을 체결하고, 소외 2 소유의 같은 목록 순번 제8번 기재 부동산에 관하여 예약자를 소외 2, 예약권리자를 피고로 하는 매매예약 체결하였다(이하 위 각 매매예약을 합하여 '이 사건 매매예약'이라 한다).

나. 피고는 이 사건 매매예약을 원인으로 하여 원심판결 별지 목록 순번 제1~7번 기재 각 부동산 중 소외 2 등의 지분에 관하여는 지분이전청구권가등기를, 같은 목록 순번 제8번 기재 부동산에 관하여는 소유권이전청구권가등기를 마쳤다(이하 위 각 가등기를 합하여 '이 사건 가등기'라 한다).

다. 소외 2 등은 2011. 1. 17. 피고를 상대로 '소외 1이 권한 없이 임의로 이 사건 가등기를 마쳤다'고 주장하면서 소유권에 기하여 이 사건 가등기의 말소를 구하는 소를 제기하였다. 법원은 2012. 5. 25. '소외 1이 소외 2 등으로부터 처분 권한을 수여받은 바에 따라 이 사건 가등기를 마쳤다'고 보아 위 청구를 기각하였고 위 판결은 2012. 6. 14. 확정되었다(이하 '이 사건 전소'라 한다).

라. 소외 2 등은 2013. 5. 23. 피고를 상대로 '이 사건 가등기는 소외 1이 위조한 매매약서에 의하여 이루어진 것으로서 무효이거나 이 사건 매매예약은 쌍방대리에 해당하여 무효'라고 주장하면서 소유권에 기하여 이 사건 가등기의 말소를 구하는 소를 제기하였다. 위 사건의 항소심 법원은 2015. 6. 25. 이 사건 매매예약이 민법 제124조에서 정한 쌍방대리에 해당하여 무효이지만 이 사건 전소 판결의 기판력에 따라 이 사건 가등기의 말소를 구할 수 없다고 하여 위 청구를 기각하였고 위 판결은 2015. 11.

### 3. 확정되었다.

마. 원고는 이 사건 가등기가 마쳐진 부동산에 관하여 2017. 11. 14. 설정계약을 원인으로 하여 근저당권설정등기를 마쳤고 이후 피고를 상대로 이 사건 가등기의 말소를 구하는 이 사건 소를 제기하였다.

#### 2. 기판력에 관한 법리오해 주장에 대하여

가. 확정판결의 기판력은 확정판결의 주문에 포함된 법률적 판단과 동일한 사항이 소송상 문제가 되었을 때 당사자는 이에 저촉되는 주장을 할 수 없고 법원도 이에 저촉되는 판단을 할 수 없는 기속력을 의미하고(대법원 1987. 6. 9. 선고 86다카2756 판결), 확정판결의 내용대로 실체적 권리관계를 변경하는 실체법적 효력을 갖는 것은 아니다.

토지 소유권에 기한 물권적 청구권을 원인으로 하는 가등기말소청구소송의 소송물은 가등기말소청구권이므로 그 소송에서 청구기각된 확정판결의 기판력은 가등기말소청구권의 부존재 그 자체에만 미치고, 소송물이 되지 않은 토지 소유권의 존부에 관하여는 미치지 않는다. 나아가 위 청구기각된 확정판결로 인하여 토지 소유자가 갖는 토지 소유권의 내용이나 토지 소유권에 기초한 물권적 청구권의 실체적인 내용이 변경, 소멸되는 것은 아니다.

위 가등기말소청구소송의 사실심 변론종결 후에 토지 소유자로부터 근저당권을 취득한 제3자는 적법하게 취득한 근저당권의 일반적 효력으로서 물권적 청구권을 갖게 되고, 위 가등기말소청구소송의 소송물인 패소자의 가등기말소청구권을 승계하여 갖는 것이 아니며, 자신이 적법하게 취득한 근저당권에 기한 물권적 청구권을 원인으로 소송상 청구를 하는 것이므로, 위 제3자는 민사소송법 제218조 제1항에서 정한 확정판결

의 기판력이 미치는 '변론을 종결한 뒤의 승계인'에 해당하지 않는다.

따라서 토지 소유권에 기한 가등기말소청구소송에서 청구기각된 확정판결의 기판력은 위 소송의 변론종결 후 토지 소유자로부터 근저당권을 취득한 제3자가 근저당권에 기하여 같은 가등기에 대한 말소청구를 하는 경우에는 미치지 않는다.

나. 원심은 다음과 같은 이유로 '원고가 이 사건 전소 판결의 기판력이 미치는 변론종결 후의 승계인에 해당한다'는 피고의 주장을 받아들이지 않았다.

1) 원고는 이 사건 전소의 사실심 변론종결 후 소외 2 등으로부터 이 사건 부동산에 관한 근저당권을 적법하게 취득하였다.

2) 이 사건 소의 소송물인 원고의 근저당권에 기한 이 사건 가등기말소청구권은 원고가 위와 같이 취득한 근저당권의 일반적 효력으로서 발생한 것이지 이 사건 전소에서 패소한 소외 2 등의 가등기말소청구권을 승계함으로써 가지게 된 것이 아니다.

3) 원고는 이 사건 전소 판결의 기판력이 미치는 변론종결 후의 승계인에 해당한다고 볼 수 없다.

다. 원심의 위와 같은 판단은 앞에서 본 법리에 따른 것으로 정당하고 거기에 상고이유 주장과 같이 기판력에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

### 3. 나머지 상고이유 주장에 대하여

원심은 이 사건 매매예약은 소외 1이 소외 2 등과 피고 쌍방을 대리해서 체결한 것으로 민법 제124조에 따라 무효이므로 피고는 적법한 근저당권자인 원고에게 이 사건 가등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다고 판단하였다. 원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면 원심의 위와 같은 판단에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나 사실을 오인하는 등의 잘못이 없다.

#### 4. 결론

그러므로 상고를 기각하고, 상고비용은 패소자가 부담하도록 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장	대법관	박상욱
	대법관	안철상
주 심	대법관	노정희
	대법관	김상환