

대전지방법원 2021. 11. 11 선고 2020나125021 판결 [근저당권설정등기말소등기절차이행]

전 문

원고, 항소인 A

소송대리인 법무법인 연승

담당변호사 심규황

피고, 피항소인 B

소송대리인 변호사 백명근

변 론 종 결 2021. 10. 7.

판 결 선 고 2021. 11. 11.

제1 심판결 대전지방법원 천안지원 2020. 10. 28. 선고 2019가단7989 판결

주 문

1. 이 법원에서 추가된 예비적 청구를 포함하여 제1심판결을 다음과 같이 변경한다. 이 사건 소를 모두 각하한다.
2. 소송총비용은 원고가 부담한다.

청 구 취 지 및 항 소 취 지

1. 청구취지

가. 주위적 청구취지

피고는 원고에게 9,500만 원 및 이에 대하여 2021. 10. 1.자 청구취지 및 청구원인 변경신청서 부분

송달 다음날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.

나. 예비적 청구취지

피고와 소외 D 사이에 별지 목록 기재 각 부동산에 관하여 2018. 1. 30. 체결된 근저당권설정계약을 취소한다. 피고는 원고에게 9,500만 원 및 이에 대하여 이 판결 확정일 다음날부터 다 갚는 날까지 연 5%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.

2. 항소취지

제1심판결을 취소하고, 위 청구취지 기재와 같은 판결을 구한다.

이 유

1. 인정사실

이 법원이 이 부분에 설시할 이유는 제1심판결 2면 13행 말미에 “(이하 ‘이 사건 근저당권설정등기’라 하고, 위 근저당권설정등기에 기한 근저당권을 ‘이 사건 근저당권’이라 한다)”를 추가하는 외에는 제1심판결의 이유 중 제1항의 기재와 같으므로, 민사소송법 제420조 본문에 의하여 이를 그대로 인용한다.

2. 주위적 청구에 대한 판단

가. 원고의 주장 요지

이 사건 근저당권은 피고와 D의 통정허위표시에 의하여 설정된 것으로서 무효이고, 피고가 이 사건 부동산에 관한 임의경매절차에서 위 근저당권에 기하여 9,500만 원을 배당받은 것은 부당이득에 해당하므로, 피고는 이를 D에게 반환할 의무가 있다. 원고는 D에 대하여 이 사건 부동산에 관한 소유권이전등기의 말소청구권을 갖고 있는바, 이를 보전하기 위해 D의 피고에 대한 위 부당이득반환청구권을 대위하여 행사한다.

나. 관련 법리

채권자가 보전하려는 권리와 대위하여 행사하려는 채무자의 권리가 밀접하게 관련되어 있고 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 필요한 경우에는 채권자대위권의 행사가 채무자의 자유로운 재산관리행위에 대한 부당한 간섭이 된다는 등의 특별한 사정이 없는 한 채권자는 채무자의 권리를 대위하여 행사할 수 있어야 한다(대법원 2007. 5. 10. 선고 2006다82700, 82717 판결 등 참조). 한편 채권자대위소송에서 피보전채권 내지 피보전적격이 인정되지 아니한 경우 채권자가 스스로 원고가 되어 채무자의 제3채무자에 대한 권리를 행사할 당사자적격이 없게 되는 것이어서 그 대위소송은 부적법하여 각하되어야 한다(대법원 1993. 7. 13. 선고 92다48857 판결 등 참조).

다. 판단

위 법리에 비추어 이 사건에 관하여 본다.

원고가 채권자대위의 피보전채권으로 들고 있는 소유권이전등기 말소청구권은, 채무자인 C와 수익자인 D 사이에 이 사건 부동산에 관하여 체결된 재산분할계약이 사해행위로 취소됨에 따라 원고가 D를 상대로 위 부동산에 관한 소유권이전등기의 말소를 구할 수 있는 원물반환 방법의 원상회복청구권에 해당하고, 위와 같은 사해행위의 취소 및 원상회복은 채무자의 사해행위를 채권자와 수익자 사이에서 ‘상대적으로’ 취소하고 채무자의 책임재산에서 일탈한 재산을 회복하여 이에 대한 ‘일반채권자의 강제집행’이 가능하도록 하는 것을 목적으로 하는 것으로서 이는 채권자대위의 피보전채권이 될 수 없을 뿐 아니라¹⁾, 설령 D가 피고에 대하여 위 배당액 상당의 부당이득반환채권을 보유한다 하더라도(그러나 원고가 제출한 증거만으로는 D와 피고 사이에 체결된 이 사건 근저당권설정계약이 통정허위표시에 의한 것이라고 보기도 어렵다), 원고가 이를 대위하여 행사하는 것이 위와 같은 원상회복청구권의 이행을 유효·적절하게 확보하기 위하여 필요한 경우에 해당한다고 볼 수도 없으므로, 원고의 피보전채권 내지 피보전적격이 인정되지 아니한다.

따라서 이 사건 소 중 원고의 주위적 청구 부분은 부적법하다.

3. 예비적 청구에 대한 판단

가. 원고의 주장 요지

설령 이 사건 근저당권설정계약이 통정허위표시에 의한 것이 아니라 하더라도, 이는 채권자인 원고를 해하는 사해행위에 해당하므로 취소되어야 하고, 피고는 가액배상 방법에 의한 원상회복으로서 원고에게 위 배당액 9,500만 원 및 이에 대하여 이 판결 확정일 다음날부터 다 갚는 날까지 민법이 정한 연 5%의 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

나. 관련 법리

사해행위취소의 소는 채권자가 취소의 원인을 안 날로부터 1년, 법률행위가 있는 날로부터 5년 내에 제기하여야 하고(민법 제406조 제2항), 위와 같은 채권자취소권의 행사기간은 제소기간이므로 법원은 그 기간의 준수 여부에 관하여 직권으로 조사하여야 하고 그 기간이 도과한 후에 제기된 채권자취소의 소는 부적법한 것으로 각하하여야 한다(대법원 2015. 6. 24. 선고 2015다10134 판결 등 참조).

한편 채권자가 전득자를 상대로 민법 제406조 제1항에 의한 채권자취소권을 행사하기 위해서는, 같은 조 제2항에서 정한 기간 안에 채무자와 수익자 사이의 사해행위의 취소를 소송상 공격방법의 주장이 아닌 법원에 소를 제기하는 방법으로 청구하여야 하는 것이고, 비록 채권자가 수익자를 상대로 사해행위의 취소를 구하는 소를 이미 제기하여 채무자와 수익자 사이의 법률행위를 취소하는 내용의 판결을 선고받아 확정되었더라도 그 판결의 효력은 그 소송의 피고가 아닌 전득자에게는 미칠 수 없는 것이므로, 채권자가 그 소송과는 별도로 전득자에 대하여 채권자취소권을 행사하여 원상회복을 구하기 위해서는 위에서 본 법리에 따라 민법 제406조 제2항에서 정한 기간 안에 전득자에 대한 관계에 있어서 채무자와 수익자 사이의 사해행위를 취소하는 청구를 하지 않으면 아니 된다(대법원 2005. 6. 9. 선고 2004다17535 판결).

다. 판단

C의 채권자인 원고가 D나 피고를 상대로 사해행위임을 주장하며 취소를 구할 수 있는 것은 C과 D

사이의 2016. 11. 8.자 재산분할 계약인데(사해행위취소의 대상이 되는 행위는 채무자가 한 채권자를 해하는 법률행위이지 수익자와 전득자 사이의 법률행위가 아니므로, D와 피고 사이에 체결된 이 사건 근저당권설정계약은 사해행위에 해당되지 않고, 사해행위를 이유로 그 취소를 구할 수도 없다), 갑 제1 내지 3, 7호증(가지번호 포함)의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 2018. 6. 25. F조합의 신청에 따라 대전지방법원 천안지원 E로 이 사건 부동산에 관한 임의경매절차가 개시되었는데, 원고는 위 경매절차에서 일부 매각물건에 대한 근저당권자로서 2018. 9. 3. 채권계산서를 제출하기도 한 점, ② 이후 원고가 법무법인 G을 소송대리인으로 선임하는 등 일정 기간 소송을 준비하여 2018. 9. 6. C, D를 상대로 사해행위취소의 소를 제기한 점 등을 종합하면, 원고는 늦어도 2018. 9. 3.에는 위 사해행위의 존재를 알았다고 봄이 상당하다.

그런데 원고가 이 사건 근저당권설정계약의 취소 및 이에 따른 원상회복을 예비적 청구취지로 하여 이 사건 소를 제기한 사실, 이후 원고는 D가 강제집행을 면탈할 목적으로 피고로부터 피담보채권 없이 이 사건 근저당권을 설정받은 후 이에 기하여 부동산 임의경매절차에서 9,500만 원을 배당받은 것이 반사회질서 법률행위에 해당하여 무효라고 주장하면서, 피고를 상대로 위 배당금 상당의 부당이득금을 반환을 구하는 것으로 청구취지를 교환적으로 변경한 사실(2020. 5. 22.자 청구취지 및 청구원인 변경신청서), 원고는 이 법원에 이르러 이 사건 근저당권이 사해행위에 해당한다고 재차 주장하며 그 취소와 이에 따른 가액배상을 구하는 예비적 청구취지를 추가한 청구취지 및 청구원인 변경신청서를 제출하였고, 2021. 10. 7. 이 법원의 변론기일에 위 변경신청서를 진술한 사실은 기록상 명백하다.

사정이 이와 같다면, 원고가 당초 이 사건 소장에 기재하였던 예비적 청구는 위와 같이 교환적으로 변경되어 취하되었고, 이후 원고가 다시 사해행위의 취소 및 가액배상을 구하는 예비적 청구를 추가한 시점에는 이미 1년의 제척기간이 도과하였다고 보아야 한다. 따라서 이 사건 소 중 원고의 예비적 청구 부분도 부적법하다(설령 위 2020. 5. 22.자 청구취지 및 청구원인 변경신청서에 기재된 원고의 의사를, 종전의 청구 중 사해행위의 취소를 구하는 부분만 취하하고 사해행위취소에 따른 가액배상방법의 원상회복청구는 여전히 위 부당이득반환청구와 선택적으로 주장하는 것으로

선행하더라도, 이 사건 소 자체가 앞서 본 바와 같이 원고가 사해행위의 취소원인을 알았다고 판단되는 2018. 9. 3.로부터 1년의 제척기간이 도과한 후인 2019. 9. 5. 제기되었음은 기록상 명백한바, 결국 원고의 청구취지를 위와 같이 선행하더라도 이 사건 소 중 원고의 예비적 청구 부분이 부적법함은 마찬가지이다).

4. 결론

그렇다면 이 사건 소는 부적법하므로 제1심판결을 변경하여 이 사건 소를 모두 각하한다.

재판장 판사 김매경, 판사 이정호, 판사 신옥영

별지

목 록

1. 천안시 동남구 H 대 1,012㎡
2. 천안시 동남구 H 지상 조적 및 경량철골조 철근콘크리트 슬래브 및 철판지붕 단층 단독주택 및 창고 152.88㎡(단독주택), 99㎡(창고). 끝.

1) 원고가 이 법원의 변론종결 후 제출한 참고서면에는 ‘C이 D에 대하여 가지고 있던 이 사건 부동산에 관한 소유권이전등기 말소청구권이 위 부동산에 관한 임의경매로 인하여 사실상 이행불능상태가 되었고, 이에 따라 C은 D의 피고에 대한 부당이득반환청구권을 대상청구권으로 취득하게 되었다’는 내용의 주장이 기재되어 있다. 그러나 앞서 본 바와 같이 사해행위취소는 채권자와 수익자 또는 전득자 사이에서만 상대적으로 채무자와 수익자 사이의 법률행위를 무효로 하는 데에 그치고 채무자와 수익자 사이의 법률관계에는 영향을 미치지 않으므로, 위 사해행위취소로 인하여 채무자인 C이 D에 대하여 어떠한 채권을 취득하게 되는 것은 아니다. 따라서 원고의 이 부분 주장도 이유 없다.