

서울동부지방법원 2021. 9. 9 선고 2019가단14371 판결 [사해행위취소]

전 문

원고A 주식회사

소송대리인 변호사 곽성환

피고1. B

2. C

3. D

피고들 소송대리인 E

피고들 소송대리인 법무법인 법승

담당변호사 이금호

변론 종결2021. 6. 17.

판결 선고2021. 9. 9.

주 문

1. 이 사건 소를 각하한다.
2. 소송비용은 원고가 부담한다.

N

청 구 취 지

○ 주식회사 F(이하 'F')에게, ① 피고 B은 별지 목록 제1항 기재 건물 지분에 관하여

서울동부지방법원 2018. 8. 31. 접수 제134048호로 마친, 같은 제2항 기재 건물 지분에 관하여

같은 법원 같은 날 접수 제134055호로 마친, 같은 제3항 기재 건물 지분에 관하여 같은 법원 같은 날 접수 제134060호로 마친, 같은 제4항 기재 건물 지분에 관하여 같은 법원 같은 날 접수 제134065호로 마친, 같은 제5항 기재 건물 지분에 관하여 같은 법원 같은 날 접수 제134069호로 마친, 같은 제6항 기재 건물 지분에 관하여 같은 법원 같은 날 접수 제134073호로 마친, ② 피고 C는 같은 제7항 기재 건물 지분에 관하여 같은 법원 2018. 9. 12. 접수 제139176호로 마친, 같은 제8항 기재 건물 지분에 관하여 같은 법원 같은 날 접수 제139193호로 마친, 같은 제9항 기재 건물 지분에 관하여 같은 법원 같은 날 접수 제139180호로 마친, 같은 제10항 기재 건물 지분에 관하여 같은 법원 같은 날 접수 제139191호로 마친, ③ 피고 D은 같은 제11항 기재 건물 지분에 관하여 같은 법원 같은 날 접수 제139184호로 마친, 같은 제12항 기재 건물 지분에 관하여 같은 법원 같은 날 접수 제139189호로 마친 각 소유권이전등기의 말소등기 절차를 이행하라.

이와 선택적으로,

○ 피고 B과 F 사이의 별지 목록 제1 내지 6항 기재 각 건물 지분에 관한, 피고 C와 F 사이의 같은 제7 내지 10항 기재 각 건물 지분에 관한, 피고 D과 F 사이의 같은 제11, 12항 기재 각 건물 지분에 관한 2018. 8. 1. 각 매매계약을 각 취소한다. F에게, ① 피고 B은 별지 목록 제1항 기재 건물 지분에 관하여 서울동부지방법원 2018. 8. 31. 접수 제134048호로 마친, 같은 제2항 기재 건물 지분에 관하여 같은 법원 같은 날 접수 제134055호로 마친, 같은 제3항 기재 건물 지분에 관하여 같은 법원 같은 날 접수 제134060호로 마친, 같은 제4항 기재 건물 지분에 관하여 같은 법원 같은 날 접수 제134065호로 마친, 같은 제5항 기재 건물 지분에 관하여 같은 법원 같은 날 접수 제134069호로 마친, 같은 제6항 기재 건물 지분에 관하여 같은 법원 같은 날 접수 제134073호로 마친, ② 피고 C는 같은 제7항 기재 건물 지분에 관하여 같은 법원 2018. 9. 12. 접수 제139176호로 마친, 같은 제8항 기재 건물 지분에 관하여 같은 법원 같은 날 접수 제139193호로 마친, 같은 제9항 기재 건물 지분에 관하여 같은 법원 같은 날 접수 제139180호로 마친, 같은 제10항 기재 건물 지분에 관하여 같은 법원 같은 날 접수 제139191호로 마친, ③ 피고 D은 같은 제11항 기재 건물 지분에 관하여 같은 법원 같은 날 접수 제139184호로 마친, 같은 제12항 기재 건물 지분에 관하여 같은 법원 같은 날 접수 제139189호로 마친 각 소유권이전등기의 말소등기 절차를 이행하라.

이 유

1. 기초 사실관계

가. 이 사건 각 건물 지분에 관한 피고들 명의의 각 소유권이전등기 경위

1) F은 2008. 9. 10. 자신이 소유하고 있던 별지 목록 기재 각 건물(이하 위 각 건물 모두를 가리킬 때 '이 사건 각 건물'이라 하고, 위 각 건물을 개별적으로 가리킬 때 해당 항에 따라 '○항 건물'이라 하며, 위 각 건물을 포함한 별지 목록 기재 '1동의 건물'을 '이 사건 집합건물'이라고 한다) 중 각 1/2 지분에 관하여 소외 G에게 '2008. 9. 3. 매매예약'을 원인으로 한 소유권이전청구권가등기(이하 '이 사건 각 가등기')를 마쳐 주었다.

2) F에 대하여 확정된 판결 채권을 보유하고 있던 소외 H는 2011. 6. 11. 이 사건 각 건물 중 11개 건물(7항 건물은 제외)과 이 사건 집합건물의 다른 구분소유 건물 17개를 합한 총 28개 건물 중 F 소유 지분에 관하여 각 마쳐진 G 명의의 각 가등기에 관하여 이 법원에 사해행위취소 및 소유권이전청구권가등기 말소등기절차 이행청구의 소(서울동부지방법원 2011가합13447)를 제기하였다.

3) H는 위 나.항의 소송 진행 도중 소를 통정허위표시를 원인으로 한 가등기 말소등기절차 이행청구권의 대위청구의 소로 변경하여 2012. 6. 1. 위 법원으로부터 전부 승소판결을 받았고, 위 판결은 그 후 항소기각, 상고기각 판결에 의해 2013. 5. 28. 확정되었다(이하 '가등기말소 판결').

4) 위 가등기말소 판결에도 불구하고 해당 가등기들은 말소되지 않은 상태로 있었는데, 2018. 8. 1. 이 사건 각 가등기 중 1 내지 6항 건물의 가등기는 피고 B에게, 7 내지 10항 건물의 가등기는 피고 C에게, 11, 12항 건물의 가등기는 피고 D에게 각 양도되었다.

5) 피고들은 위 같은 날 이 사건 각 가등기에 기한 매매예약 완결권을 행사한 후, 피고 B은 2018. 8. 31., 피고 C, D은 각 2018. 9. 12. 각 청구취지 기재와 같이 이 사건 각 건물의 각 해당 지분에 관하여 자신들 명의로 소유권이전등기를 마쳤다(이하 '이 사건 각 이전등기').

나. 원고의 F에 대한 채권 취득

1) 원고는 2018. 4. 10. F을 상대로 이 법원에 건물인도 및 부당이득반환 청구의 소(서울동부지방법원 2018가단6861)를 제기하여 2019. 5. 16. 위 법원으로부터 'F은 원고에게 600만 원 및 이에 대하여 2018. 4. 26.부터 다 갚는 날까지 연 15%의 비율로 계산한 돈과 2018. 4. 1.부터 이 사건 집합건물 I호를 J으로부터 인도받을 때까지 월 60만 원의 비율로 계산한 돈을 각 지급하라'는 취지의 일부 승소판결을 받았고, 위 판결은 그 후 항소기각 판결에 의해 확정되었다(이하 '원고의 확정판결 채권').

2) 또한 원고는 F을 상대로 이 법원 2015카합141 소송비용액확정 결정에 따른 16,790,770원의 채권을 보유하고 있다(이하 '원고의 소송비용 채권').

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1, 3, 4, 15호증(가지번호 포함, 이하 별도의 가지번호 표시가 없는 경우 같다)의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 대위에 의한 말소등기절차 이행청구

가. 원고의 주장 요지

피고들 명의의 이 사건 각 이전등기는 통정허위표시에 의해 원인무효인 G 명의의 이 사건 각 가등기에 터잡아 이루어진 것이므로 역시 무효인 등기인바, 위 각 이전등기의 말소등기청구권자인 F이 위 청구권을 행사하지 않고 있으므로, F의 채권자인 원고가 대위하여 위 각 이전등기의 말소를 구한다.

나. 피보전채권의 존재

1) 청구원인에 관하여 원고가 위 채권자대위권을 행사1) 한 2021. 2. 24.까지 제1의 나. 1)항의 판결 주문에 기재된 이 사건 집합건물 I호에 관하여 J으로부터 인도가 이루어지지 않은 사실은 당사자 사이에 명백한 다툼이 없으므로, 위 날짜를 기준으로 한 원고의 확정판결 채권액은 원금 600만 원, ㉠ 2018. 4. 26.부터 2021. 2. 24.까지 위 600만 원에 대한 연 15%의 비율로 계산한 지연손해금 2,554,520원(원 미만 버림, 이하 같다) ㉡ 2018. 4. 1.부터 2021. 2. 24.까지 월 60만 원의 비율로 계산한 20,914,285원 [= (60만 원 × 34개월) + (60만 원 × 24/28일)] 등 합계 29,468,805원(= 600만 원 + 2,554,520원 + 20,914,285원)이다.

또한 원고의 소송비용 채권액은 앞서 본 바와 같이 16,790,770원이므로, 결국 원고는 F에 대하여 총

46,259,575원(= 29,468,805원 + 16,790,770원)의 채권을 보유하고 있다.

2) 피고들의 주장에 관하여 가) 이에 대하여 피고들은, F이 원고에 대하여 임대차보증금반환 채권을 가지는 소외 K로부터 3,500만 원의 채권을 양수하여 원고의 채권과 상계하였으므로 원고의 피보전채권은 소멸하였다고 주장한다.

살피건대 을 제2 내지 5호증의 각 기재에 의하면 K가 2003. 8. 4. 원고로부터 주거용 오피스텔인 이 사건 집합건물 L호를 임대차보증금 3,500만 원, 임대차기간 2003. 8. 7.부터 12개월간으로 정하여 임차하는 내용의 임대차계약을 작성한 사실, 이후 K는 2020. 1. 13. 위 임대차계약에 기한 3,500만 원의 임대차보증금반환 채권을 F에게 양도하였다는 취지의 내용증명우편을, F은 2020. 2. 12. 위 양수금채권과 원고의 F에 대한 채권을 상계한다는 취지의 내용증명우편을 각 원고에게 발송한 사실은 인정되나, 한편으로 갑 제5 내지 9호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 보태어 보면, 이 사건 집합건물은 그 신축과정에서, 그리고 뒤에 보게 되는 증축, 개축, 합체 과정[아래 다. 3)의 다)항 ① 부분 참조]에서 권리관계가 매우 복잡하게 얽힘으로써 K가 위 임대차계약을 체결할 무렵에는 민사, 형사 분쟁이 빈발하는 등 각 구분소유 건물에 대한 분양주체, 임대주체가 대단히 혼란스러운 상황이었던 사실을 인정할 수 있으므로, 앞서 든 증거들만으로 K가 원고에게 실제 위 임대차계약상의 임대차보증금을 지급하여 그 반환 채권을 보유하고 있다는 사실을 인정하기 부족한 것으로 판단되고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

또한 갑 제30호증의 기재에 의하면, 원고는 2011. 5. 18. 위 L호에 대한 자신의 소유 지분(1/2 지분) 전부를 소외 M에게 매도하여 2011. 5. 25. 그에게 소유권이전등기 절차를 마쳐준 사실을 인정할 수 있으므로, 설령 K가 원고에 대하여 임대차보증금반환 채권을 보유하고 있었다고 가정하더라도 그 채무는 위 소유권이전등기 경로와 함께 임대인 지위를 승계한 M에게 면책적으로 승계되었다 할 것이다.

따라서 피고들의 이 부분 주장은 받아들일 수 없다.

나) 다음으로 피고들은, F이 2020. 7. 8.경 원고에 대하여 확정판결 채권 및 양수금 채권을 가지는 소외 N으로부터 합계 380,573,572원의 채권을 양수하여 원고의 채권과 상계하였으므로 원고의 피보전채권은 소멸하였다고 주장한다.

살피건대 을 제6호증의 기재에 의하면, N이 2020. 7. 20. 원고에게 ' 2020. 7. 8. F에게 ㉔ N이 원고를 상대로 보유한 서울동부지방법원 2017가합870 판결 채권 원금 잔액 210,136,381원 및 지연손해금 56,909,537원 채권, ㉕ N이 O에게 양도하였다가 다시 양수받은 위 서울동부지방법원 2017가합870 판결 채권 중 일부인 원금 88,759,974원 및 지연손해금 24,767,680원 채권을 각 양도하였다'는 취지의 채권양도통지를 한 사실은 인정된다.

그러나 아래 다.의 3)항에서 보는 바와 같이 위 ㉔ 채권은 위 채권양도 당시 잔존 금액이 있었다고 볼 수 없고, 위 ㉕ 채권은 O으로부터 N에게 채권양도가 있었다고 볼 증거가 없으며, 그 무엇보다도 위 ㉔, ㉕ 채권과 관련하여 F이 원고를 상대로 상계의 의사표시를 하였다고 볼 증거가 없다.

따라서 피고들의 이 부분 주장도 받아들일 수 없다.

다. 채무자(피대위자)의 무자력 요건

1) 쟁점의 소재 채권자가 채무자를 대위함에 있어서 대위에 의하여 보전될 채권자의 채무자에 대한 권리가 금전채권인 경우에는 그 보전의 필요성 즉, 채무자가 무자력인 때에만 채권자가 채무자를 대위하여 채무자의 제3채무자에 대한 권리를 행사할 수 있으므로(대법원 1993. 10. 8. 선고 93다28867 판결, 대법원 2009. 2. 26. 선고 2008다76556 판결), 채권자에 의해 채무자의 무자력이 입증되지 아니한다면 위 대위청구의 소는 부적법하게 된다.

따라서 이하 항을 바꾸어 채무자인 F의 무자력 요건을 검토하기로 한다.

2) F의 소극 재산 가) 위 나.의 1)항 원고에 대한 채무 합계 : 46,259,575원

나) 지방세 체납액 : 60,360,440원(다툼 없음)

다) 국세 체납액 : 12,618,790원(다툼 없음)

라) 광진구청 부과 과징금 : 653,005,240원(다툼 없음)

마) 이 사건 집합건물 P, Q호에 설정된 근저당권 관련 피담보채무

갑 제31호증의 5, 6의 각 기재에 의하면, 2009. 1. 30. 위 각 부동산의 F 지분 각 1/2 지분에 관하여 이들 지분을 공동담보로 한 채무자 F, 근저당권자 R, 채권최고액 1억 2,000만 원인 근저당권설정등기가 각 마쳐진 사실은 인정된다.

그러나 한편 갑 제41호증의 기재에 변론 전체의 취지를 보태어 볼 때, 위 R는 2013. 4. 10. 이미

사망하였고 이후 그 상속인들로부터 권리 행사가 없었던 사실을 인정할 수 있으므로, 위 각 근저당권의 설정 시기상 위 피담보채무는 이미 시효소멸하였다는 피고들 주장에 수긍이 가고 달리 이를 뒤집을 만한 증거가 없다.

따라서 원고의 이 부분 주장은 받아들일 수 없다.

바) 합계 : 772,244,045원[= 가) + 나) + 다) + 라)]

3) F의 적극 재산 가) 위 나. 2)의 나)항 ㉠ 채권

㉠ N이 원고를 상대로 이 법원 2017가합870호로 대여금청구의 소를 제기하여 2017. 9. 21. 위 법원으로부터 "피고2) 는 원고3) 에게 3억 5,000만 원 및 이에 대하여 2003. 7. 1.부터 2017. 9. 21.까지 연 5%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지 연 15%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라."는 내용의 일부 승소판결을 받은 사실 및 위 판결이 그 무렵 확정된 사실은 당사자 사이에 다툼이 없고, N이 2020. 7. 20. 원고에게 위 확정판결 채권(이하 'N의 판결 채권') 중 원금 잔액 210,136,381원 및 지연손해금 56,909,537원의 채권을 F에게 양도하였다는 취지의 채권양도통지를 한 사실은 앞서 본 바와 같다.

㉡ 나아가 을 제6호증의 기재에 의하면, 위 채권양도통지 당시 N은 위 판결 채권을 아래 표와 같이 순차로 양도한 이후의 잔액을 순번 6번과 같이 계산하여 F에게 채권양도를 하고 이를 원고에게 통보한 사실을 인정할 수 있다.

12017. 5. 10.(양도 후 잔액)	J	이자	20,000,000	350,000,000	72,745,575
F	이자	150,000,000	350,000,000		
			350,000,000		
22018. 1. 16.(양도 후 잔액)	S	이자	10,000,000	350,000,000	35,998,999
T	이자	20,000,000	350,000,000		
U	이자	30,000,000	350,000,000		
			350,000,000		
32018. 4. 10.(양도 후 잔액)	V	이자	20,000,000	350,000,000	8,081,190
F	이자	20,000,000	350,000,000		
			350,000,000		
42018. 8. 27.(양도 후 잔액)	O	원리금	150,000,000	228,074,340	0

12017. 5. 10.(양도 후 잔액)	J	이자	20,000,000	350,000,000	72,745,575
52018. 9. 18.(양도 후 잔액)	F	원리금	20,000,000	210,136,381	0
62020. 7. 8.	F	원리금	267,045,918	210,136,381	56,909,537

㉔ 그러나 갑 제25호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 보태어 보면, N의 판결 채권과 관련한 소는 그가 원고를 상대로 2007. 3. 7. 이미 받은 이 법원 2007차2217 지급명령 채권의 소멸시효 완성을 막기 위하여 다시 제기한 소였는데, N은 위 판결이 확정되기 전인 2017. 8.경 위 지급명령 채권 중 일부인 3억 원을 양수인 W에게 양도하고(아래 순번 1번의 채권양도 또한 시기상 위 판결 채권이 아닌 지급명령 채권을 양도한 것이 된다) 그 무렵 이를 원고에게 통지한 사실을 인정할 수 있는바, 위 인정사실에 의하면 전항의 표는 위 W에 대한 채권양도가 누락된 것이므로, 아래 표와 같이 수정되어야 한다.

양도 전 잔액				350,000,000	242,554,7954) 3억 5,000만 원에 대한 2003. 7. 1.부터 2017. 5. 10.까지 연 5%의 비율로 계산한 돈
12017. 5. 10.	J	이자	20,000,000	350,000,000	222,554,795
F	이자	150,000,000	350,000,000		
				350,000,000	72,554,795
양도 전 잔액				350,000,000	77,972,6035) 2017. 5. 10.까지의 지연손해금 잔액 72,554,795원과 2017. 5. 11.부터 2017. 8. 31.까지 원금 3억 5,000만 원에 대하여 연 5%의 비율로 계산한 지연손해금 5,417,808원을 합한 돈
22017. 8. 31.6) 채권양도 통지서에 '2017. 8.'로만 기재되어 있으므로, 해당 월 말일을 기준으로 계산함	W	원리금	300,000,000	127,972,603	0
				127,972,603	6,521,3437) 원금

양도 전 잔액				350,000,000	242,554,7954) 3억 5,000만원에 대한 2003. 7. 1.부터 2017. 5. 10.까지 연 5%의 비율로 계산한 돈
					127,972,603원에 대하여 2017. 9. 1.부터 2017. 9. 21.까지 연 5%의 비율로 계산한 지연손해금 368,140원과 그 다음날부터 2018. 1. 16.까지 연 15%의 비율로 계산한 지연손해금 6,153,203원을 합한 돈
양도 전 잔액				127,972,603	6,521,3438) 원금 127,972,603원에 대하여 2017. 9. 1.부터 2017. 9. 21.까지 연 5%의 비율로 계산한 지연손해금 368,140원과 그 다음날부터 2018. 1. 16.까지 연 15%의 비율로 계산한 지연손해금 6,153,203원을 합한 돈
32018. 1. 16.	S	이자9) 이하 채권양수도 당사자들 및 이 사건 원, 피고들의 의사를 고려하여 '이자'로만 표시된 채권양수도 당시까지의 원금 및 지연손해금 채권 모두를 양도하는 것으로 봄(단 지연손해금 채권을 우선함)	10,000,000	124,493,946	0
T	이자	20,000,000	104,493,946		
U	이자	30,000,000	74,493,946		
				74,493,946	2,571,57210) 원금 74,493,946원에 대하여 2018. 1. 17.부터 2018. 4. 10.까지 연 15%의 비율로 계산한 지연손해금
양도 전 잔액				74,493,946	2,571,57211) 원금 74,493,946원에 대하여 2018. 1. 17.부터 2018. 4. 10.까지 연 15%의 비율로 계산한 지연손해금
42018. 4. 10.	V	이자	20,000,000	57,065,518	0
F	이자	20,000,000	37,065,518		
				37,065,518	2,117,30412) 원금 37,065,518원에 대하여 2018. 4. 11.부터 2018. 8. 27.까지 연 15%의 비율로 계산한 지연손해금
양도 전 잔액				37,065,518	2,117,30413) 원금 37,065,518원에 대하여 2018. 4. 11.부터 2018. 8. 27.까지 연 15%의 비율로

양도 전 잔액				350,000,000	242,554,7954) 3억 5,000만원에 대한 2003. 7. 1.부터 2017. 5. 10.까지 연 5%의 비율로 계산한 돈
					계산한 지연손해금
52018. 8. 27.	O	원리금	150,000,000	0	0
				0	
양도 전 잔액				0	0
62018. 9. 18.	F	원리금	(20,000,000)	0	0
				0	
양도 전 잔액				0	0
72020. 7. 8.	F	원리금	(267,045,918)	0	0

㉔ 따라서 N이 F에게 2020. 7. 8. 채권양도의 의사표시를 할 당시 원고에 대한 판결 채권은 남아 있지 않았다.

㉕ 피고들은 N이 W에게 2017. 8. 양도한 3억 원의 채권을 W이 나중에 N에게 다시 양도하였으므로 위 2017. 8. 채권양도를 고려할 필요가 없다는 취지로 주장하는 것으로 보인다.

그러나 기존의 채권양도가 원인무효가 되는 것과 일단 유효한 채권양도에 의해 이전된 채권이 제2차 채권양도에 기하여 원래의 채권양도인에게 다시 이전되는 것은 전혀 다른 법률관계이다.

갑 제29호증의 각 기재에 의하면, W이 2018. 12. 14. N에게 그로부터 2017. 8.에 양수한 바 있는 원고에 대한 3억 원의 채권을 양도하고 그 취지를 원고에게 통지한 사실은 인정되나, 이로써 이미 이루어진 2017. 8. 채권양도가 소급하여 무효가 되는 것이 아니고 N이 새롭게 W의 채권을 양수취득한 것으로 보아야 하는바, 위에서 본 바와 같이 N이 2020. 7. 20. F에게 양도하여 원고에게 이를 통지하였다는 합계 267,045,918원의 채권에는 W으로부터의 위 양수채권이 포함되어 있지 않으므로, F이 해당 채권을 취득할 수는 없는 것이다.

따라서 피고들의 위 주장은 다른 점을 살필 필요 없이14받아들일 수 없다.

㉖ 결국 위 ㉕ 채권은 F의 적극 재산에 포함되지 않는다.

나) 위 나. 2)의 나)항 ㉞ 채권

N이 O으로부터 2017가합870 판결 채권 중 일부인 원금 88,759,974원 및 지연손해금 24,767,680원 채권을 각 양수하였다고 볼 증거가 없으므로, 이를 F에게 적법하게 양도하였다고 볼 수 없다.

그러므로 위 ㉞ 채권 또한 F의 적극 재산에 포함되지 않는다.

다) 이 사건 집합건물 중 소유 지분

㉟ F이 이 사건 집합건물 중 아래 표 '호실'란 기재 각 건물에 관하여 해당 '지분'란 기재 지분을 각 보유하고 있는 사실은 당사자 사이에 다툼이 없다.

㊱ 원고는 이 사건 집합건물 X, I, P, Q호의 경우 가액을 초과하는 근저당권등기가 설정되어 잔존 가액이 없고, 이를 제외한 나머지 건물은 호실당 가액이 8,000만 원 정도이므로, F이 소유한 지분 가액 합계는 아래와 같이 239,999,999원이 된다고 주장한다.

1	X	1/3	0
2	I	1/3	0
3	Y	1/6	13,333,333
4	L	1/2	40,000,000
5	P	1/2	0
6	Q	1/2	0
7	Z	1/2	40,000,000
8	AA	1/6	13,333,333
9	AB	1/2	40,000,000
10	AC	1/2	40,000,000
11	AD	1/2	40,000,000
12	AE	1/6	13,333,333
합계	239,999,999		

㊱ 우선 순번 1번, 2번 건물의 가액에 관하여 보건대, 원고는 위 각 건물의 가액 합계가 1억 6,000만 원(= 8,000만 원 + 8,000만 원)에 불과하다고 주장하나, 아래의 인정에 비추어 받아들일 수 없다.

㉔ 즉 을 제7호증의 기재에 변론 전체의 취지를 보태어 보면, 이 사건 집합건물 중 위 순번 1번, 2번 건물은 각 같은 집합건물 AF호, AG호와 모양, 구조, 면적이 거의 동일하여 유사한 가치를 지니고 있는 사실, 그런데 비교대상인 위 AF호, AG호에 관하여 최근 법원(서울동부지방법원 AH 부동산임의경매 사건)이 위촉한 감정인에 의해 시가 감정이 이루어져 2020. 12. 4.을 기준 시점으로 한 평가가액이 AF호는 57억 원, AG호는 17억 9,000만 원으로 각 감정된 사실을 인정할 수 있는바, 위 인정사실에 의하면 같은 시점을 기준으로 한 위 순번 1번, 2번 건물의 시가 또한 약 74억 9,000만 원(= 57억 원 + 17억 9,000만 원) 정도로 추인된다 할 것이고, 위 금액은 이 사건 변론종결일을 기준으로 하더라도 큰 변동이 없을 것으로 판단된다.

㉕ 이에 대하여 원고는, 위 순번 1번, 2번 건물은 이 사건 집합건물의 실황과 등기부상 기재의 불일치 등으로 인해 매매나 경매가 불가능한 부동산이어서 전항의 감정평가액은 신빙성이 없다는 취지로 주장한다.

살피건대 갑 제43호증의 기재에 변론 전체의 취지를 보태어 보면, 이 사건 집합건물에 관하여 2002. 12.경 증축, 개축, 합체가 이루어지면서 증축 전 집합건물의 지상 1층이 지하 1층으로(그 결과 종전 지하 3층 건물이 지하 4층 건물로 되었다), 지상 2층이 지상 1층으로 각 변경되고 지상 2층부터 지상 9층까지 부분이 새롭게 신축된 사실, 이로 인해 같은 무렵 구 건축물대장이 폐쇄되고 새롭게 건축물대장이 작성되었고 등기부상 '1동 건물의 표시' 부분 또한 현재 상태로 변경된 사실, 이후 근저당권자인 A조합이 위 순번 1번, 2번 건물에 관하여 부동산임의경매신청(이 법원 AJ)을 하였는데, 이 법원은 2008. 10. 8. '매각부동산의 현황과 등기부 기재가 달라 동일성을 인정할 수 없다'는 이유로 기존의 경매개시결정을 취소하고 경매신청을 각하한 사법보좌관의 처분을 인가하는 결정을 하였으며, 이후 위 결정은 항고기각, 재항고기각 결정에 의해 확정된 사실은 인정할 수 있다. 그러나 위와 같은 이유로 경매신청이 각하되었다고 하더라도, 근저당권자는 해당 근저당권을 증축, 개축, 합체로 생긴 부동산 중 경매대상 부동산이 차지하는 비율에 상응하는 공유지분에 관한 것으로 등기부의 기재를 바로잡은 후 경매를 신청할 수 있어 위 각 건물에 대한 강제집행이 완전히 불가능하다고 단정할 수 없고, 한편으로 위 을 제7호증의 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면 위 각 건물에 관하여 임대차계약이 체결되어 법정과실이 발생하고 있는 것으로 보이므로, 어느모로 보나 위

각 건물의 재산적 가치를 부정할 수는 없다 할 것이다.

따라서 이와 다른 전제에 선 원고의 위 주장은 받아들이기 어렵다.

㉮ 다만 갑 제40호증의 기재에 변론 전체의 취지를 보태어 보면, 위 순번 1번, 2번 건물에는 ① 채무자 AK, 근저당권자 AI조합, 채권최고액 5억 2,000만 원인 근저당권등기, ② 채무자 AL, 근저당권자 AI조합, 채권최고액 3억 9,000만 원인 근저당권등기, ③ 채무자 AM, 근저당권자 AI조합, 채권최고액 5억 2,000만 원인 근저당권등기, ④ 채무자 AN, 근저당권자 AI조합, 채권최고액 6,500만 원인 근저당권등기가 공동담보로 마쳐져 있고, 그 중 ①, ②, ④ 피담보채무에 관하여 2021. 4. 9.을 기준으로 각 채권최고액을 초과하는 원리금채무가 잔존하고 있는 사실을 인정할 수 있으므로, 위 ①, ②, ④ 채권최고액 합계 9억 7,500만 원의 부담은 위 건물 가액 합계에서 공제되어야 한다.

㉯ 따라서 앞서 인정한 74억 9,000만 원에서 위 근저당권에 의한 부담금액 9억 7,500만 원을 빼고, 여기에 F의 지분 1/3 지분을 적용할 경우 위 순번 1번, 2번 건물의 지분 가액은 약 21억 7,166만 원[= 65억 1,500만 원(= 74억 9,000만 원 - 9억 7,500만 원) × 1/3, 만 원 이하 버림] 정도로 계산됨을 알 수 있다.

㉺ 다음으로 위 순번 3 내지 12번 기재 각 건물에 관하여 살피건대, 갑 제32호증의 기재에 변론 전체의 취지를 보태어 보면, 위 각 건물의 호실당 가액이 원고의 주장과 같이 약 8,000만 원 정도인 사실을 인정할 수 있고 반증이 없다.

피고들은 위 각 건물의 가액이 호실당 적어도 1억 1,500만 원에 이른다고 주장하나, 피고들이 원용하는 위 갑 제32호증의 기재만으로는 위 각 건물의 가액이 위 인정금액을 초과한다고 보기 어려우므로 위 인정을 뒤집을 수 없다.

다만 앞서 2)의 마)항에서 본 바와 같이 순번 5번, 6번 건물에 설정된 근저당권등기의 경우 그 피담보채무의 존재를 인정할 수 없어 합계 8,000만 원(= 2개 호실 × 8,000만 원 × 1/2 지분)의 가액이 잔존하고 있다고 보아야 하므로, 이와 어긋나는 원고의 주장은 받아들이지 않는다.

㉻ 그렇다면 위 각 건물에 관한 F의 소유 지분의 가액은 합계 약 2,491,659,999원(= 원고가 주장하는 239,999,999원 + 추가 인정한 위 ㉮ 약 21억 7,166만 원 + 추가 인정한 위 ㉺ 8,000만 원)정도로 평가된다.

4) 이 부분 결론 위 2), 3)항을 비교하여 보면 결국 이 사건 대위소송에 있어 채무자인 F의 무자력 요건이 입증되었다고 볼 수 없다.

라. 이 부분 소의 적법 여부

따라서 이 부분 소는 부적법하다.

3. 사해행위취소 및 이에 기한 말소등기절차 이행청구(선택적 청구)

가. 원고의 주장 요지

채무자인 F이 2018. 8. 1. 채무초과 상태에서 피고들에게 이 사건 각 건물 지분을 매도한 것은 원고와 같은 채권자들의 공동담보를 해치는 사해행위에 해당하므로, 위 각 매매계약은 취소되어야 하고 이에 따라 마쳐진 이 사건 각 이전등기는 말소되어야 한다.

나. 피고들의 제척기간 관련 주장 및 판단

이에 대하여 피고들은, 원고의 이 사건 사해행위취소의 소가 민법 제406조 제2항의 제척기간(5년)을 초과하여 제기되었으므로 부적법하다고 주장한다.

그러므로 살피건대 채무자 소유의 부동산에 관하여 소유권이전 청구권의 보전을 위한 가등기가 마쳐졌다가 그 가등기에 기한 소유권이전의 본등기가 마쳐진 경우 가등기의 등기원인인 법률행위와 본등기의 등기원인인 법률행위가 명백히 다른 것이 아닌 한 가등기의 등기원인인 법률행위를 제쳐놓고 본등기의 등기원인인 법률행위만이 취소의 대상이 되는 사해행위라고 볼 것은 아니므로, 가등기의 등기원인인 법률행위가 있는 날이 언제인지와 관계없이 본등기가 마쳐진 날로부터 사해행위취소의 소의 제척기간이 진행된다고 볼 수는 없다(대법원 1991. 11. 8. 선고 91다14079 판결, 대법원 2006. 12. 21. 선고 2004다24960 판결).

즉 가등기에 기하여 본등기가 경료된 경우 가등기의 원인인 법률행위와 본등기의 원인인 법률행위가 명백히 다른 것이 아닌 한 사해행위 요건의 구비 여부는 가등기의 원인된 법률행위 당시를 기준으로 판단하여야 한다(대법원 1998. 3. 10. 선고 97다51919 판결, 대법원 2014. 3. 27. 선고 2013다1518 판결).

이 사건의 경우 피고들의 각 이전등기는 2008. 9. 10. 마쳐진 G의 이 사건 각 가등기를 양도받아 이루어진 것이므로 민법 제406조 제2항의 제척기간은 위 각 가등기가 마쳐진 날로부터 기산하여야

하는바(원고가 원용하는 대법원 2018. 11. 29. 선고 2017다247190 판결은 사안이 달라 이 사건에 원용할 수 없다), 이 사건 사해행위취소의 소가 위 제척기간을 도과한 2019. 8. 13. 제기된 사실은 기록상 명백하므로, 결국 이는 부적법한 제소이다.

4. 결론

그렇다면 원고의 선택적 청구는 어느 것이나 부적법하므로, 이 사건 소를 각하하기로 한다.

판사윤상도

별지

- 1) 원고의 2021. 2. 24.자 준비서면
- 2) 이 사건 원고
- 3) N
- 4) 3억 5,000만 원에 대한 2003. 7. 1.부터 2017. 5. 10.까지 연 5%의 비율로 계산한 돈
- 5) 2017. 5. 10.까지의 지연손해금 잔액 72,554,795원과 2017. 5. 11.부터 2017. 8. 31.까지 원금 3억 5,000만 원에 대하여 연 5%의 비율로 계산한 지연손해금 5,417,808원을 합한 돈
- 6) 채권양도 통지서에 '2017. 8.'로만 기재되어 있으므로, 해당 월 말일을 기준으로 계산함
- 7) 원금 127,972,603원에 대하여 2017. 9. 1.부터 2017. 9. 21.까지 연 5%의 비율로 계산한 지연손해금 368,140원과 그 다음날부터 2018. 1. 16.까지 연 15%의 비율로 계산한 지연손해금 6,153,203원을 합한 돈
- 8) 원금 127,972,603원에 대하여 2017. 9. 1.부터 2017. 9. 21.까지 연 5%의 비율로 계산한 지연손해금 368,140원과 그 다음날부터 2018. 1. 16.까지 연 15%의 비율로 계산한 지연손해금 6,153,203원을 합한 돈
- 9) 이하 채권양수도 당사자들 및 이 사건 원, 피고들의 의사를 고려하여 '이자'로만 표시된 채권양도도 당시까지의 원금 및 지연손해금 채권 모두를 양도하는 것으로 봄(단 지연손해금 채권을 우선함)
- 10) 원금 74,493,946원에 대하여 2018. 1. 17.부터 2018. 4. 10.까지 연 15%의 비율로 계산한

지연손해금

11) 원금 74,493,946원에 대하여 2018. 1. 17.부터 2018. 4. 10.까지 연 15%의 비율로 계산한

지연손해금

12) 원금 37,065,518원에 대하여 2018. 4. 11.부터 2018. 8. 27.까지 연 15%의 비율로 계산한

지연손해금

13) 원금 37,065,518원에 대하여 2018. 4. 11.부터 2018. 8. 27.까지 연 15%의 비율로 계산한

지연손해금

14) 원·피고들 사이에 W이 2017. 8. N으로부터 양수한 채권의 소멸 여부에 관한 다툼이 심하나,

이는 이 사건 쟁점과 무관하다.