

서울중앙지방법원 2021. 1. 15 선고 2019가합580957 판결 [사해행위취소]

전 문

원고 A

소송대리인 법무법인 더 가디언즈

담당변호사 김수정

피고 B

소송대리인 법무법인 주성

담당변호사 신인경

소송복대리인 변호사 조정근, 소리나

변론종결 2020. 11. 27.

판결선고 2021. 1. 15.

주 문

1. 이 사건 소 중 별지 목록 기재 부동산의 3/10 지분에 관한 근저당권설정등기말소등기청구 부분을 각하한다.
2. 원고의 나머지 청구를 기각한다.

3. 소송비용은 원고가 부담한다.

청 구 취 지

1. 피고와 C 사이에 별지 목록 기재 부동산(이하 '이 사건 부동산'이라고 한다)에 관하여 2015. 12. 7. 체결된 근저당권설정계약(이하 '이 사건 근저당권설정계약'이라고 한다)을 취소한다.
2. 피고는 C에게 이 사건 부동산에 관하여 서울중앙지방법원 2015. 12. 8. 접수 제353728호로 마친 근저당권설정등기(이하 '이 사건 근저당권설정등기'라고 한다)의 말소등기절차를 이행하라.

이 유

1. 기초 사실

가. 원고와 C 사이의 이혼 소송 등

- 1) 원고는 2014. 6. 24. C을 상대로 서울가정법원에 이혼, 위자료 및 재산분할청구 등의 소를 제기하였고(서울가정법원 2014드단38404호), 이에 C은 원고를 상대로 서울가정법원 2015드단306104호로 이혼 및 위자료 등 청구의 반소를 제기하였다(위 법원은 2015. 8. 21. 재정합의결정을 하였으며, 위 사건은 위 법원 2015드합2232, 2249호로 재배당되었다). 위 법원은 2017. 3. 15. 원고와 C의 각 이혼 청구는 인용하고, 각 위자료 청구는 기각하며, C은 원고에게 재산분할로 1,000,000,000원 및 이에 대한 지연손해금을 지급하라는 등의 판결을 선고하였다.
- 2) 이에 원고와 C은 각자 서울고등법원 2017르148, 155호로 항소하였는데, 서울고등법원은 2018. 1. 16. 제1심판결 중 C의 이혼 청구 부분을 취소하고, C의 이혼 청구를 기각하며, 제1심판결 중 원고의 위자료 청구 부분을 일부 취소하고, C은 원고에게 위자료로 20,000,000원 및 이에 대한 지연손해금을 지급하며, 제1심판결 중 원고의 재산분할청구 부분을 변경하여, C은 원고에게 1,050,000,000원 및 이에 대한 지연손해금을 지급하라는 등의 판결을 선고하였다. 이에 C이 대법원

2018므 136, 143호로 상고하였으나, 대법원은 2018. 4. 20. 상고이유서 부제출을 이유로 C의 상고를 기각하는 판결을 선고하였다(이하 '관련 가사 사건'이라고 한다).

나. 이 사건 근저당권설정계약의 체결 등

C은 2015. 12. 7. 피고와 사이에 이 사건 근저당권설정계약을 체결하고, 2015. 12. 8. 피고에게 이 사건 부동산에 관하여 위 설정계약을 원인으로 채권최고액을 300,000,000원으로 정하여 이 사건 근저당권설정등기를 마쳐 주었다.

다. 이 사건 부동산에 관한 근저당권 및 가등기 현황

이 사건 부동산에는 이 사건 근저당권설정계약 당시 이미 선순위 근저당권 및 가등기가 마쳐져 있었는데, 그 구체적 내역은 아래와 같다[이하 권리자의 상호 중 '주식회사' 부분은 생략하고, 순번 4번의 D(2015. 6. 5. 'E'으로 개명하였다. 이하 편의상 개명 전후를 불문하고 'D'으로 지칭한다) 명의의 소유권이전담보가등기를 '이 사건 가등기'라고 한다].

순번	등기일	등기목적	권리자	의무자(채무자)	채권최고액
1	2014. 3. 21.	근저당권설정	F	C	120,000,000원
2	2014. 3. 24.	근저당권설정	F	C	919,200,000원
3	2014. 5. 16.	근저당권설정	F	C	84,000,000원
4	2014. 5. 21.	소유권이전담보가등기	D	C	

[인정 근거] 다툼 없는 사실, 이 법원에 현저한 사실, 갑 제1, 2호증의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 원고의 주장

원고는 관련 가사 사건에 따라 C에 대하여 재산분할채권 및 위자료채권을 취득하였고, C은 채무초과상태에서 원고를 포함한 일반채권자들에 대한 사해의사로 피고와 사이에 이 사건 근저당권설정계약을 체결하였다. 따라서 원고는 C에 대한 위 채권을 피보전채권으로 하여 사해행위인 이 사건 근저당권설정계약을 취소하고, 원상회복으로 이 사건 근저당권설정등기의 말소를 구한다.

3. 관할에 대한 직권 판단

가. 원고는 이 사건 사해행위취소청구의 피보전채권으로 C에 대한 재산분할채권, 이혼에 따른 위자료채권을 피보전채권으로 주장하고 있다. 그런데 재산분할청구권 보전을 위한 사해행위취소청구는 가사소송법 제2조 제1항 제1호 가사소송사건의 다목 다류(類) 사건 중 '4) 민법 제839조의3에 따른 재산분할청구권 보전을 위한 사해행위(詐害 行爲) 취소 및 원상회복의 청구'에 해당되는 것으로, 이에 대한 심리와 재판은 가정법원의 전속관할인바(가사소송법 제2조 제1항), 이 사건 소에 관하여 민사법원인 이 법원에 관할이 있는지 직권으로 살펴본다.

나. 살피건대, ① 이혼에 따른 위자료채권을 피보전채권으로 한 사해행위취소청구는 현행법상으로는 일반 민사사건으로 지방법원의 관할이고, 법상 가사소송과 민사소송의 병합이 허용되지 않는 점, ② 채권자가 사해행위의 취소를 청구하면서 그 보전하고자 하는 채권을 추가하거나 교환하는 것은 그 사해행위취소권을 이유 있게 하는 공격방법에 관한 주장을 변경하는 것일 뿐이지 소송물 또는 청구 자체를 변경하는 것이 아니므로, 소의 변경이라 할 수 없어서(대법원 2003. 5. 27. 선고 2001다13532 판결 등 참조), 사해행위취소청구를 하면서 당사자가 그 피보전채권으로 이혼에 따른 재산분할청구권 외에 다른 일반 채권을 동시에 주장하고 있는 경우에 피보전채권에 따라 민사소송과 가사소송을 별도로 진행하여야 한다고 보는 것은 소송의 불경제일 뿐만 아니라, 당사자의 공격방법에

관한 주장을 제한하는 결과를 초래하게 되고, 중복제소의 문제 또는 어느 한쪽의 판결이 먼저 확정될 경우 다른 사건에 대하여는 기판력 저촉의 문제가 발생하는 점, ③ 사해행위취소청구를 하면서 당사자가 그 피보전채권으로 이혼에 따른 재산분할청구권 외에 다른 일반 채권을 동시에 주장하는 경우에도, 그 사건이 가정법원의 전속관할에 속하는지는 법상 명백하지 않고(가사소송법은 재산분할청구권 보전을 위한 사해행위취소 및 원상회복청구가 가정법원의 전속관할에 속한다는 것만을 규정하고 있다), 이러한 법규정 미비로 인한 불이익을 당사자에게 돌리는 것 또한 불합리한 점, ④ 가사소송법은 일반 민사소송과 다른 특성을 가진 가사에 관한 소송과 비송 및 조정에 대한 절차를 규정하고 있어서, 일반 민사소송절차와는 다른 특례들을 인정하고 있으나, 채권자취소권은 제3자인 수익자 또는 전득자를 반대편 당사자로 하여 거래행위를 대상으로 하는 것인 만큼, 반드시 가사소송절차에 의하여야 할 당위성은 없는 것으로 보이는 점 등을 종합하면, 사해행위취소청구에서 당사자가 피보전채권으로 이혼에 따른 재산분할청구권 외에 위자료청구권을 동시에 주장하는 이 사건 같은 경우에는 민사법원인 이 법원에 관할이 있다고 봄이 상당하다.

4. 피고의 본안전 항변에 관한 판단

피고는, 이 사건 근저당권설정등기는 2015. 12. 8. 마쳐졌는데, 원고는 그로부터 1년이 도과한 2019. 9. 26. 이 사건 소를 제기하였으므로, 이 사건 소는 사해행위취소권 행사의 제척 기간을 경과하여 제기된 것으로서 부적 법 하다고 항변한다.

채권자취소권의 행사에서 그 제척 기간의 기산점인 '채권자가 취소원인을 안 날'은 채권자가 채권자취소권의 요건을 안 날, 즉 채무자가 채권자를 해함을 알면서 사해행위를 하였다는 사실을 알게 된 날을 말한다. 이때 채권자가 취소원인을 알았다고 하기 위해서는 단순히 채무자가 재산의 처분행위를 하였다는 사실을 아는 것만으로는 부족하며, 구체적 인 사해행위 의 존재를 알고 나아가 채무자에게 사해의 의사가 있었다는 사실까지 알 것을 요한다. 사해행위 의 객관적 사실을 알았다고 하여 취소원인을 알았다고 추정할 수는 없고, 그 제척기간의 도과에 관한 증명책임은 사해행위취소소송의 상대방에게 있다(대법원 2018. 4. 10. 선고 2016다272311 판결 등 참조). 이 사건에 관하여 보건대, 갑 제2호증의 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면, 원고가 서울가정법원

2014즈단689호로 이 사건 부동산 중 1/2 지분에 관하여 재산분할을 원인으로 한 소유권이전등기청구권을 피보전권리로 한 가처분을 신청하였고, 2014. 7. 4. 가처분 결정을 받아 가처분등기를 마친 사실이 인정된다.

그러나 원고는 이혼에 따른 재산분할 과정에서 이 사건 부동산이 현물분할될 것을 전제로 C이 장래 이 사건 부동산을 타에 처분하거나 담보에 제공하는 것을 막기 위하여 위와 같은 가처분을 신청한 것으로 보이고, 이 사건 부동산에 관하여 위 가처분등기가 마쳐진 이후 이 사건 근저당권설정등기가 마쳐진 점 등을 고려하면, 위 인정 사실 및 피고가 제출한 증거만으로는 원고가 이 사건 부동산에 관하여 이 사건 근저당권설정등기가 마쳐진 2015. 12. 8. C이 채권자를 해함을 알면서 이 사건 근저당권설정계약을 체결하였다는 사실을 알았다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

따라서 피고의 본안전 항변은 이유 없다.

5. 이 사건 소 중 이 사건 부동산의 3/10 지분에 관한 근저당권설정등기말소등기청구 부분에 대한 직권 판단

근저당권설정등기의 말소등기절차의 이행을 구하는 소송 도중에 그 근저당권설정등기가 말소된 경우에는 더 이상 근저당권설정등기의 말소를 구할 법률상 이익이 없다(대법원 2013. 4. 26. 선고 2011다37001 판결 등 참조).

변론종결 후 제출된 참고자료에 의하면, ① 이 사건 가등기권자인 D이 2020. 1. 30. 이 사건 부동산 중 3/10 지분에 관하여 주식회사 G(이하 'G'라고만 한다)에게, 나머지 7/10 지분에 관하여 주식회사 H(이하 'H'라고만 한다)에게 각 2020. 1. 29.자 권리양도를 원인으로 이 사건 가등기 이전의 부기등기를 마쳐 준 사실, ② G는 2020. 12. 23. 이 사건 부동산 중 3/10 지분에 관하여 2015. 1. 1.자 대물반환을 원인으로 위 가등기에 기한 본등기를 마친 사실, ③ 가등기에 기하여 본등기가 된 때에는 본등기의 순위가 가등기한 때로 소급함으로써 가등기 후 본등기 전에 이루어진 중간처분이 본등기보다 후순위로 되어 실효되는데, 이 사건 근저당권설정등기가 이 사건 가등기 후 마쳐졌음을 이유로 이 사건 근저당권의 목적이 이 사건 부동산 중 7/10 지분으로 변경되는 내용의 변경등기가

마쳐진 사실이 인정된다.

위 인정 사실에 의하면, G의 본등기에 따라 이 사건 근저당권이 담보하는 범위가 일부 말소의 의미로 7/10 지분으로 변경된 것이므로, 이 사건 부동산 중 C의 3/10 지분을 목적으로 하는 이 사건 근저당권은 말소되었다고 봄이 상당하다.

따라서 이 사건 소 중 이 사건 부동산의 3/10 지분에 관한 근저당권설정등기말소등기청구 부분은 부적법하다.

6. 원고의 나머지 청구에 관한 판단

가. 피보전채권의 존재

1) 채권자취소권에 의하여 보호될 수 있는 채권은 원칙적으로 사해행위라고 볼 수 있는 행위가 행하여지기 전에 발생한 것임을 요하나, 그 사해행위 당시에 이미 채권 성립의 기초가 되는 법률관계가 발생되어 있고, 가까운 장래에 그 법률관계에 기하여 채권이 성립되리라는 점에 대한 고도의 개연성이 있으며, 실제로 가까운 장래에 그 개연성이 현실화되어 채권이 성립된 경우에는 그 채권도 채권자취소권의 피보전채권이 될 수 있다(대법원 2008. 5. 29. 선고 2008다5806 판결 등 참조).

민법 제839조의3 제1항은 재산분할청구권 보전을 위한 사해행위취소권을 인정하고 있는데, 위 조항은 '부부의 일방이 다른 일방의 재산분할청구권 행사를 해함을 알면서도 재산을 목적으로 하는 법률행위를 한 때'만을 요건으로 하여, 당사자 사이의 이혼 성립 등이 민법 제839조의3에 의한 사해행위취소의 요건은 아니어서, 아직 구체적 내용이 형성되지 아니한 장래의 채권에 대하여도 피보전권리성을 인정하겠다는 취지를 명문화한 것으로서, 재산분할청구권 성립시기와 관계없이 명의를 가진 배우자가 분할대상재산을 몰래 처분한 경우 사해행위를 인정하여 그 취소권을 행사할 수 있도록 하여 상대적으로 명의를 갖지 못한 배우자의 권리를 보호한다는 데 그 입법취지가 있다. 앞서 살펴본 민법 제839조의3의 입법취지와 부부는 사실상 혼인이 파탄상태에 이른 때부터 이혼과 재산분할청구를 준비하게 되고, 명의를 가진 일방의 배우자는 이때부터 혼인재산을 몰래 처분하는

경향이 있는 점 등을 고려할 때, 혼인재산의 공동형성과 혼인관계 파탄이라는 사실관계가 현존하는 상태가 재산분할청구권과 이혼에 따른 위자료청구권의 성립 기초가 되는 법률관계 및 가까운 장래에 채권이 성립할 고도의 개연성을 판단할 기준이 된다고 할 것이다.

2) 원고가 2014. 6. 24. C을 상대로 서울가정법원에 이혼, 위자료 및 재산분할청구 등의 소를 제기한 사실, 원고가 서울가정법원 2014즈단689호로 이 사건 부동산 중 1/2 지분에 관하여 재산분할을 원인으로 한 소유권이전등기청구권을 피보전권리로 한 가처분을 신청하였고, 2014. 7. 4. 가처분 결정을 받아 가처분등기를 마친 사실은 앞서 본 바와 같다.

관련 가사 사건에서 인정된 원고와 C의 혼인 파탄 경위 등을 보면, 원고와 C은 2008. 9. 11.경 말다툼 끝에 몸싸움할 정도로 크게 다투었고, 이로 인하여 원고는 우측 봉우리빗장 관절의 염좌 등 상해를 입기도 하였으며, C은 위와 같이 원고와 다투 후 원고 및 자녀들을 남겨둔 채 가출하였고 그때부터 관련 가사 사건이 진행되는 동안 계속하여 원고 및 자녀들과 별거를 하였다는 것이다. 또한 C은 2014. 3. 내지 같은 해 5.경 원고와 상의 없이 원고와 자녀들이 거주하고 있는 그 소유의 이 사건 부동산을 F에 담보로 제공하고 합계 936,000,000원을 대출받았는데, 뒤늦게 이를 알게 된 원고는 2014. 6. 24. C을 상대로 이혼 등 청구의 소를 제기한 것으로, 관련 가사 사건에서는 C이 가출하는 방법으로 원고와 동거, 협조하여야 할 부부로서의 의무를 포기하고 원고를 버림으로써 부부 사이의 신뢰와 애정을 결정적으로 훼손시켰다고 할 것이므로, 원고와 C의 혼인관계 파탄의 근본적이고 주된 책임은 C에게 있다고 판단하였다.

위 인정 사실 및 앞서 본 원고와 C의 혼인관계 파탄의 경위와 그 책임소재 등을 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 ① 이 사건 근저당권설정계약 체결 당시 C의 귀책사유에 의하여 원고와 C은 사실상 혼인파탄상태에 있었던 점, ② C이 2014. 3. 내지 같은 해 5.경 원고와 상의 없이 원고와 자녀들이 거주하고 있는 그 소유의 이 사건 부동산을 F에 담보로 제공하여, 원고와 C의 혼인관계가 회복할 수 없을 정도로 악화된 것으로 보이는 점, ③ 실제 원고는 C의 위 담보 제공 이후 약 1달 뒤에 C을 상대로 이혼소송을 제기한 점에 더하여 결혼기간 동안 분할대상 재산의 형성과 유지에 대한 원고의 기여 정도 등을 보태어 보면, 이 사건 근저당권설정계약 당시 이혼에 따른 재산분할청구권 및 위자료청구권에 대한 성립의 기초가 되는 법률관계 및 그 채권이 성립되리라는 점에 대한 고도의

개연성이 있었으며, 결국 관련 가사 사건에서 원고의 재산분할채권 및 위자료를 인정하는 판결이 선고되어 그 판결이 확정되었는바, 관련 가사 사건에서 인정된 원고의 재산분할채권 및 위자료채권은 채권자취소권의 피보전채권이 될 수 있다고 봄이 상당하다.

나. 사해행위의 성립 여부

1) 채무자의 법률행위 등이 사해행위임을 주장하고 그 취소를 구하는 채권자는 그 피보전채권과 채무자의 법률행위 등의 존재사실은 물론, 채무자가 법률행위 등으로 인하여 무자력이 초래되었다는 사실, 채무자의 사해의 의사 등 사해행위 성립의 요건사실을 구체적으로 주장·증명하여야 한다(대법원 2014. 10. 27. 선고 2014다41575 판결 등 참조).

2) 채권자대위의 요건으로서의 무자력이란 채무자의 변제자력이 없음을 뜻하고 특히 임의 변제를 기대할 수 없는 경우에는 강제집행을 통한 변제가 고려되어야 하므로, 소극재산이든 적극재산이든 위와 같은 목적에 부합할 수 있는 재산인지 여부가 변제자력 유무 판단의 중요한 고려요소가 되어야 한다. 따라서 채무자의 적극재산인 부동산에 이미 제3자 명의로 소유권이전청구권보전의 가등기가 마쳐져 있는 경우에는 강제집행을 통한 변제가 사실상 불가능하므로, 그 가등기가 「가등기담보 등에 관한 법률」(이하 '가등기담보법'이라고 한다)에 정한 담보가등기로서 강제집행을 통한 매각이 가능하다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 위 부동산은 실질적으로 재산적 가치가 없어 적극 재산을 산정할 때 제외하여야 한다(대법원 2009. 2. 26. 선고 2008다76556 판결 참조).

그리고 채권자취소권은 채권의 공동담보인 채무자의 책임재산을 보전하기 위하여 채무자와 수익자 사이의 사해행위를 취소하고 채무자의 일반재산으로부터 일탈된 재산을 모든 채권자를 위하여 수익자 또는 전득자로부터 환원시키는 제도로써, 일탈된 채무자의 책임재산을 회수하여 채권의 실효성을 확보하는 데 목적이 있는데, 채무자의 법률행위를 취소하고 그에 따라 일탈된 재산을 채무자에게 회복시키더라도 그 재산에 대해 강제집행을 할 수 없다면 책임재산의 보전이라는 채권자취소권의 목적을 실현할 수 없는 점 등을 고려하면, 채권자대위권의 요건 중 채무자의 무자력 판단에 관한 위와 같은 법리는 채권자취소권의 요건 중 사해행위 판단의 영역에서도 적용할 수 있다고 할 것이다.

3) 채권자가 가등기담보법에 의한 가등기담보권을 실행하여 그 담보목적 부동산의 소유권을 취득하기 위하여 채무자 등에게 하는 담보권 실행의 통지에는 채권자가 주관적으로 평가한 통지 당시의 목적 부동산의 가액과 피담보채권액을 명시함으로써 청산금의 평가액을 채무자 등에게 통지하면 족하며, 채권자가 이와 같이 주관적으로 평가한 청산금의 액수가 정당하게 평가된 청산금의 액수에 미치지 못한다고 하더라도 담보권 실행의 통지로서의 효력이나 청산기간의 진행에는 아무런 영향이 없고 청산기간이 경과한 후에는 그 가등기에 기한 본등기를 청구할 수 있다. 이 경우에, 채무자 등은 채권자가 통지한 청산금액을 다두고 정당하게 평가된 청산금을 지급받을 때까지 목적부동산의 소유권이전등기 및 인도채무의 이행을 거절하거나 피담보채무 전액을 채권자에게 지급하고 채권담보의 목적으로 마쳐진 가등기의 말소를 구할 수 있을 뿐 아니라, 채권자에게 정당하게 평가된 청산금을 청구할 수도 있다. 한편, 채무자는 채권자가 통지한 청산금액에 동의함으로써 청산금을 확정시킬 수 있으며, 그 경우 동의는 명시적뿐만 아니라 묵시적으로도 가능하다고 할 것이다. 또한, 채무자가 채권자의 청산금이 없다는 취지의 가등기담보권의 실행 통지에 대하여 아무런 이의를 하지 아니한 채 담보물에 대한 채권자의 본등기청구 내지 인도청구에 응한 경우에도, 그 청산통지 당시 채무자의 연령·지능·직업·경력 등에 비추어 채무자가 담보물의 객관적인 가치를 알 수 있는 정도에 이르렀는지 여부, 채무자의 궁박 정도, 담보물에 대한 본등기 경로 내지 인도 경위, 기타 여러 사정을 종합적으로 고려하여 볼 때, 본등기 경로 내지 인도 당시 채무자가 청산금액에 대하여 더 이상 다투지 아니할 의사이었다고 보여질 정도라면 청산금에 대하여 묵시적으로 동의한 것으로 인정할 수 있을 것이다(대법원 2008. 4. 11. 선고 2005다36618 판결 등 참조).

4) 이 사건 부동산에 관하여 2014. 5. 21. D 명의의 이 사건 가등기가 마쳐져 있던 사실은 앞서 본 바와 같다.

그리고 앞서 본 증거에 갑 제4호증, 갑 제16호증의 1, 갑 제23호증의 각 기재 및 이 법원의 D에 대한 사실조회 결과, 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 ① D은 C에게 2014. 5. 21.부터 2014. 10. 31.까지 사이에 합계 75,000,000원(2014. 10. 31. 기준 대여금 원금)을 대여하여 주면서 그 담보로 이 사건 가등기를 마쳤고, 이후 C으로부터 F에 대한 대출금 채무를 인수하면서 이 사건 부동산의 소유권을 이전받기 위하여 위 2014. 10. 31.부터 2개월 뒤인 2014.

12. 31.까지 C에게 청산금으로 39,000,000원을 지급한 것으로 보이는 점, ② D은 G, H에게 이 사건 가등기와 관련된 C에 대한 권리를 양도하였고, 양수인 중 1인인 G가 이 사건 부동산 중 3/10 지분에 관하여 가등기에 기한 본등기를 마쳤는데, 그 등기부상 등기원인일자가 2015. 1. 1.자 대물반환인 점, ③ D이 C에게 담보권 실행 통지 당시의 담보목적부동산의 가액에서 민법 제360조에서 정한 채권액과 담보목적부동산에 관하여 선순위담보권 등에 의하여 담보된 채권액을 뺀 금액을 청산금으로 지급하였는지 불명확하나, 1) C이 D으로부터 청산금을 지급받은지 약 6년 가량이 경과한 것으로 보이고, D으로부터 이 사건 가등기에 관한 권리를 이전받은 G가 이 사건 부동산 중 3/10 지분에 관하여 가등기에 기한 본등기까지 마쳤는데, C이 D이 통지한 청산금액에 동의함으로써 청산금을 확정시켜 그 청산금을 모두 변제받았을 가능성도 있는 점 등에 비추어 보면, 가등기담보권자인 D이 C에게 청산기간의 경과 후 청산금을 지급하여 2015. 1. 1.경부터는 이 사건 가등기에 기한 본등기청구권을 보유하고 있을 가능성을 배제할 수 없다.

5) 사해행위의 성립에 관한 주장 · 증명책임은 원고에게 있는데, 이 사건 근저당권설정계약이 체결된 2015. 12. 7. 당시 이미 이 사건 부동산에 관하여 D 명의의 이 사건 가등기가 마쳐져 있었고, 위 2015. 12. 7.경 이 사건 가등기가 가등기담보법에 정한 담보가등기에 해당한다는 등의 특별한 사정의 존재가 원고에 의하여 증명된 바도 없으므로, 이 사건 부동산은 이 사건 근저당권설정계약 당시 실질적으로 재산적 가치가 없어 채권의 공동담보로서의 역할을 할 수 없었다고 할 것이다. 따라서 C이 피고에게 채권자들의 공동담보가 되지 않는 이 사건 부동산에 관하여 근저당권을 설정하여 주었다고 하더라도, 이는 다른 채권자들의 이익을 해한다고 볼 수 없어 사해행위가 되지 않는다고 봄이 상당하다(앞서 제5항에서 살펴보았듯이 D으로부터 이 사건 가등기에 관한 권리를 이전받은 G가 이 사건 부동산 중 3/10 지분에 관하여 가등기에 기한 본등기를 마치고, 위 지분에 관한 C의 소유권이 이전됨과 동시에 위 지분에 관한 이 사건 근저당권설정 등기도 말소되었다). 따라서 이 사건 근저당권설정계약이 사해행위임을 전제로 한 원고의 사해행위취소 청구 및 나머지 원상회복 청구(이 사건 부동산 중 7/10 지분에 관한 근저당권설정등기말소등기청구 부분)는 더 나아가 살펴볼 필요 없이 이유 없다.

7. 결론

그렇다면 이 사건 소 중 이 사건 부동산의 3/10 지분에 관한 근저당권설정등기말소등기청구 부분은 부적법하여 이를 각하하고, 원고의 나머지 청구는 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 김정곤 판사 김경선 판사 전경세

목록

(1동의 건물의 표시)

서울 강남구 I에 있는 J아파트 K동

[도로명주소] 서울 강남구 L

철근콘크리트벽식 구조 평슬라브위 철골박공지붕 18층 아파트

지 1층 1,157.46㎡

1층 791.57㎡

2층, 3층 각 847.76㎡

4층 내지 11층 각 838.80㎡

12층 내지 15층 각 753.82㎡

16 내지 18층 각 558.94㎡

(대지권의 목적인 토지의 표시)

1. 서울 강남구 I 대 7,389㎡

(전유부분의 건물의 표시)

제5층 M호 철근콘크리트벽식구조 129.16㎡

(대지권의 표시)

1 소유권대지권 7,389분의 43.541. 끝.

1)2014. 12.경 기준 이 사건 부동산의 선순위담보권에 의하여 담보된 채권액은 원금을 기준으로 C이 F에 이 사건 부동산을 담보로 제공하고 받은 936,000,000원의 대출금으로 보이고, D의 C에 대한

대여금 원금은 75,000,000원, D이 C에게 지급하였다는 청산금은 39,000,000원이다. 이 사건 부동산의 2018. 6. 18. 기준 감정평가액은 1,780,000,000원이고(갑 제4호증), 관련 가사 사건에서 이루어진 2015. 11. 20. 기준 감정평가액은 1,250,000,000원이다(갑 제16호증의 1 제6, 7면 참조). 2014. 12.경 기준 이 사건 부동산의 가액, F의 대출과 관련된 이자, D의 C에 대한 대여금에 대한 이자 등을 확인할 자료는 없다.