

대구고등법원 2022. 2. 18 선고 2021나23842 판결 [사해행위취소]

재판경과

대구고등법원 2022. 2. 18 선고 2021나23842 판결

대구지방법원 포항지원 2021. 6. 3 선고 2020가합10126 판결

전문

원고, 항소인A조합

소송대리인 법무법인 중원 담당변호사 윤삼수, 이기광, 이한나

피고, 피항소인1. B

2. C

3. D

4. E

5. F

피고 2 내지 5의 소송대리인 법무법인 이우스

담당변호사 오세욱, 곽별

변론 종결2022. 1. 28.

판결 선고2022. 2. 18.

제1심판결대구지방법원 포항지원 2021. 6. 3. 선고 2020가합10126 판결

주문

1. 제1심판결을 취소한다.

2. 별지 목록 기재 각 부동산에 관하여,

가. 피고 B와 G 사이에 2019. 8. 27. 체결된 매매예약을 취소하고,

나. 피고 C, D, E 및 H와 G 사이에 2019. 6. 11. 각 체결된 근저당권설정계약을 각 취소한다.

3. G에게1) 별지 목록 기재 각 부동산에 관하여,

가. 피고 B는 대구지방법원 포항지원 2019. 8. 27. 접수 제56309호로 마친

소유권이전등기청구권가등기의 말소등기절차를 이행하고,

나. 대구지방법원 포항지원 2019. 8. 21. 접수 제55048호로 마친 근저당권설정등기 중 피고 C은

(1)근저당권설정등기의, 피고 D는 (2)근저당권설정등기의, 피고 E는 (3)근저당권설정등기의 각 말소등기절차를 이행하고,

다. 피고 E, F은 대구지방법원 포항지원 2019. 8. 21. 접수 제55048호로 마친

(4)근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.

4. 소송 총비용은 피고들이 부담한다.

N

청 구 취 지 및 항 소 취 지

1. 청구취지

○ 주위적 청구취지: 주문 제2, 3항과 같다.

○ 예비적 청구취지: G에게2) 별지 목록 기재 각 부동산에 관하여, 피고 B는 대구지방법원 포항지원 2019. 8. 27. 접수 제56309호로 마친 소유권이전등기청구권가등기의 말소등기절차를 이행하고, 대구지방법원 포항지원 2019. 8. 21. 접수 제55048호로 마친 근저당권설정등기 중 피고 C은 (1)근저당권설정등기의, 피고 D는 (2)근저당권설정등기의, 피고 E는 (3)근저당권설정등기의, 피고 E, F은 (4)근저당권설정등기의 각 말소등기절차를 이행하라(원고는 이 법원에 이르러 예비적 청구를 추가하였다).

2. 항소취지

주문 제1, 2, 3항과 같다.3)

이 유

1. 기초 사실

가. G의 원고에 대한 채무 발생

1) 포항시 북구 I 답 1,775m² 토지(이하 '이 사건 토지'라 한다)의 소유자이던 J는 위 토지에 16세대 규모의 연립주택을 신축하기 위하여 2017. 11. 28. 원고로부터 850,000,000원을 K 명의로 대출받았다.

2) J는 2018년경 G에게 이 사건 토지 및 그 지상에 신축 중이던 건물과 건축주 명의 등을 모두 양도하였고, 그에 따라 G은 2018. 11. 7. 이 사건 토지에 관하여 소유권이전등기를 마친 다음 위

1)항 기재 대출금채무를 면책적으로 인수할 것을 예정하고 같은 날 원고에게 이 사건 토지에 관하여 채권최고액 1,020,000,000원의 근저당권설정등기를 마쳐주었다. 그 후 G은 2019. 1. 8. 위 대출금채무를 면책적으로 인수하였고, 그 무렵 원고에게 이 사건 토지 지상에 신축 중이던 건물에 관한 후취담보약정서4) 를 작성하여 주었다.

나. G의 별지 목록 기재 각 부동산 처분행위

1) G이 이 사건 토지 지상에 연립주택을 신축하던 중 G의 채권자 L가 2019. 8. 19. 위 신축 중인 건물에 대하여 부동산가압류결정을 받았고, 그에 따른 가압류의 집행으로 2019. 8. 21. 별지 목록 기재 각 부동산(이하 통틀어 '이 사건 건물'이라고만 한다)에 관하여 소유권보존등기가 마쳐졌다.

2) G은 2019. 6. 11. 이 사건 건물에 관하여 피고 C, D, E 및 H와 각 근저당권설정계약을 체결하고, 위 각 계약에 따라 대구지방법원 포항지원 2019. 8. 21. 접수 제55048호로 피고 C에게 채권최고액 150,000,000원의 (1)근저당권설정등기, 피고 D에게 채권최고액 150,000,000원의 (2)근저당권설정등기, 피고 E에게 채권최고액 300,000,000원의 (3)근저당권설정등기, H에게 채권최고액 300,000,000원의 (4)근저당권설정등기를 각 마쳐주었다. 그 후 H는 2019. 8. 26. 피고 E, F에게 각 확정채권 일부 양도(각 양도액 150,000,000원)를 원인으로 하여 위 피고들에게 각

(4)근저당권일부이전의 부기등기를 마쳐주었다.

3) G은 피고 B에 대한 차용금채무를 담보하기 위하여 2019. 8. 27. 피고 B와 이 사건 건물에 관한 매매예약을 체결하고, 대구지방법원 포항지원 2019. 8. 27. 접수 제56309호로 피고 B에게 위 매매예약을 원인으로 한 소유권이전청구권가등기를 마쳐주었다(이하 G과 피고 C, D, E 및 H 사이에 2019. 6. 11. 각 체결된 근저당권설정계약, G과 피고 B 사이에 2019. 8. 27. 체결된 매매예약을 통틀어 '이 사건 처분행위'라고만 한다).

[인정 근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 4, 23호증(가지번호 있는 것은 각 가지번호 포함, 이하 같다), 을나 제1호증의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 원고의 주장

가. 주위적 청구

원고는 G에 대하여 대출원리금 채권을 가지고 있다. 원고가 이 사건 토지에 관하여 선순위 근저당권을 취득하였으나 그 지상에 이 사건 건물이 신축되는 바람에 이 사건 토지는 구분건물을 위한 대지사용권의 제한을 받게 되었고, 그 결과 담보가치가 하락하여 위 근저당권만으로는 채권 전부의 만족을 얻을 수 없게 되었다. 그런데 G이 피고들과 통모하여 이 사건 처분행위를 함으로써 공동담보의 부족을 초래하거나 그 부족이 심화되었고, 이는 원고를 비롯한 일반채권자를 해하는 사해행위에 해당한다. 따라서 이 사건 처분행위는 취소되어야 하고 그에 따른 원상회복으로 이 사건 건물에 관한 피고들 명의의 각 근저당권등기 및 소유권이전청구권가등기는 말소되어야 한다.

나. 예비적 청구

이 사건 처분행위는 G이 피고들과 통모하여 원고의 이 사건 건물에 관한 후취담보권을 침해한 반사회적 법률행위로서 무효이고, 그에 따라 마쳐진 피고들 명의의 각 근저당권설정등기 및 소유권이전청구권가등기는 모두 원인무효의 등기이다. 따라서 원고는 이 사건 건물에 관한 후취담보(근저당권) 설정청구권을 보전하기 위해 G을 대위하여 피고들에게 이 사건 건물에 관한 피고들 명의의 각 근저당권설정등기 및 소유권이전청구권가등기의 각 말소를 구한다.

3. 주위적 청구에 대한 판단

가. 피보전채권의 존재

1) 원고의 채권액 J가 원고로부터 850,000,000원을 K 명의로 대출받았고, G이 2019. 1. 8. 위 대출금채무를 면책적으로 인수함에 따라 원고가 G에 대하여 대출원리금 채권을 가지고 있음은 위 기초 사실에서 본 바와 같으며, 갑 제3, 7호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면 G은 2019. 7. 11.경부터 위 대출금에 대한 이자 납입을 연체하여 2019. 8. 13. 기한의 이익을 상실한 사실, 원고의 G에 대한 대출금채권액은 2020. 1. 14. 기준 합계 867,847,686원(= 대출원금 838,732,268원 + 이자 등 29,115,418원)인 사실이 인정되는 바, 위 인정 사실에 의하면 원고는 이 사건 처분행위가 이루어진 2019. 6. 11. 및 2019. 8. 27. 당시 G에 대하여 적어도 위 대출원금 838,732,268원 상당의 채권을 가지고 있었다.

2) 이 사건 토지의 가액에 관하여 가) 관련 법리 및 문제의 소재

채무자 소유의 부동산에 대하여 채권자 앞으로 근저당권이 설정되어 있고, 그 부동산의 가액 및 채권최고액이 당해 채무액을 초과하여 채무 전액에 대하여 채권자에게 우선변제권이 확보되어 있다면, 그 범위 내에서는 채무자의 재산 처분행위는 채권자를 해하지 아니하므로 사해행위가 성립되지 않는다고 보아야 하고, 당해 채무액이 그 부동산의 가액 및 채권최고액을 초과하는 경우에는 그 담보물로부터 우선변제 받을 금액을 공제한 나머지 채권액에 대하여만 채권자취소권이 인정된다. 한편 피보전채권의 존재와 그 범위는 채권자취소권 행사의 한 요건에 해당되므로, 이 경우 채권자취소권을 행사하는 채권자로서는 그 담보권의 존재에도 불구하고 자신이 주장하는 피보전채권이 그 우선변제권 범위 밖에 있다는 점을 주장·입증하여야 한다(대법원 2002. 11. 8. 선고 2002다41589 판결 등 참조).

G이 원고에 대한 위 대출금채무의 담보를 위하여 원고에게 채권최고액 1,020,000,000원의 선순위 근저당권을 설정해 주었고, 이 사건 처분행위 당시 원고의 위 대출금채권액이 위 채권최고액을 초과하지 않음은 앞서 본 바와 같으므로, 결국 원고의 위 대출금채권이 채권자취소권의 피보전채권이 될 수 있는지 여부는 담보물인 이 사건 토지의 가액이 원고가 주장하는 대출금채권액을 초과하는지 여부에 달려 있다.

나) 주장

이 사건 토지의 가액과 관련하여, 원고는 이 사건 처분행위 당시 신축 중이던 이 사건 건물로 인하여

그 용도가 제한된 상태를 기준으로 가액을 평가해야 한다고 주장한다. 반면 피고들은 대지사용권의 제한이 없는 나대지 상태를 기준으로 이 사건 토지의 가액을 평가해야 한다고 주장한다.

다) 판단

앞서 든 증거들과 갑 제5, 12 내지 19호증의 각 기재 또는 영상 및 변론 전체의 취지에 의하여 인정되는 아래와 같은 사정을 종합해 보면, 이 사건 처분행위 당시 이 사건 토지의 가액은 그 지상에 신축 중이던 이 사건 건물로 인하여 그 용도가 제한된 상태를 기준으로 평가하는 것이 타당하다.

① 사해행위취소소송에서 목적물의 가치는 사해행위 당시의 현황에 따른 객관적 시가로 산정함이 원칙이고, 담보로 제공된 부동산이 토지이고 그 위에 건물이 존재한다면 장차 그 토지가 경매 등에 의하여 제3자에게 매각되는 경우 법정지상권이 성립하지 않는다고 하더라도 건물의 규모, 구조와 용도 및 건물에 관련된 권리관계에 비추어 사실상 건물의 철거가 곤란하거나 철거에 상당한 시간과 비용이 소요되는 등의 경우에는 이러한 모든 사정들을 감안하여 토지의 가액을 평가하여야 한다(대법원 2014. 9. 4. 선고 2012다63656 판결 참조).

② G이 원고에게 이 사건 토지에 관한 선순위 근저당권을 마친 무렵인 2018. 11.경 이 사건 건물 전체의 안전이나 외관을 유지하기 위한 지주, 외벽, 기초 공작물 등 기본 골조공사가 상당 부분 진행되었고, 위 건물 중 1, 2층은 외벽 마감공사까지 진행된 상태였다. 또한 이 사건 처분행위 직전인 2019. 5. 30.경 이 사건 건물의 철근콘크리트 및 조적공사가 완료되고 방수, 수장 및 미장공사와 타일공사 등 외부공사가 마무리되어 가는 상황이었고, 이 사건 처분행위 무렵인 2019. 8. 21. 가압류의 집행으로 이 사건 건물에 관하여 소유권보존등기가 마쳐지기도 하였는바, 이러한 사정에 비추어 볼 때 이 사건 건물은 이 사건 처분행위 당시 이미 건물의 외형을 상당 부분 갖춘 상태였던 것으로 판단된다.

③ G은 이 사건 건물을 신축할 목적으로 J로부터 이 사건 토지를 비롯하여 그 지상에 신축 중이던 건물과 건축주 명의 등을 모두 양수하였고, 이 사건 건물에 관한 후취담보약정서의 작성 경위, 이 사건 처분행위 당시 이 사건 건물의 신축 공사 진행 상황, 권리관계 등에 비추어 볼 때 원고와 피고들도 이 사건 토지 위에 이 사건 건물이 신축된다는 사실을 잘 알고 있었던 것으로 보인다.

④ 설령 이 사건 토지와 이 사건 건물의 소유자가 달라지고 이 사건 건물에 관하여 법정지상권이

성립하지 않는다고 하더라도, 현재 이 사건 건물은 도시가스 배관 설치와 내부 승강기 설치 및 안전 검사를 마친 후 준공승인 절차만을 앞두고 있는 점, 준공승인 이후 입주가 이루어진다면 철거에 상당한 시간이 소요될 것으로 예상되고, 철거가 이루어지더라도 예상 철거비용이 약 123,100,000원에 달하는 점 등을 고려하면, 이 사건 건물이 반드시 철거될 것이라고 단정할 수도 없을 뿐만 아니라, 건물의 철거 여부는 이 사건 처분행위 이후의 사정에 불과하다.

3) 소결 제1심법원의 감정인 M에 대한 감정촉탁결과에 의하면 이 사건 처분행위 당시(2019. 6. 11. 및 2019. 8. 27.) 신축 중이던 이 사건 건물로 인하여 그 용도가 제한된 상태에서 이 사건 토지의 가액이 2019. 6. 11. 기준으로 768,575,000원, 2019. 8. 27. 기준으로 772,125,000원인 사실을 인정할 수 있는바, 위 각 금액은 이 사건 처분행위 당시 원고의 대출금채권액 838,732,268원을 초과하지 아니함이 계산상 명백하므로, 그 차액은 채권자취소권의 피보전채권에 해당한다.

나. 사해행위 및 사해의사의 인정

1) 관련 법리 채무자의 재산이 채무의 전부를 변제하기에 부족한 경우에 채무자가 그의 재산을 어느 특정 채권자에게 대물변제나 담보조로 제공하였다면 특별한 사정이 없는 한 이는 곧 다른 채권자의 이익을 해하는 것으로서 다른 채권자들에 대한 관계에서 사해행위가 되는 것이고, 위와 같이 대물변제나 담보조로 제공된 재산이 채무자의 유일한 재산이 아니라거나 그 가치가 채권액에 미달한다고 하여도 마찬가지라고 할 것이다(대법원 2007. 7. 12. 선고 2007다18218 판결 등 참조).

2) G의 채무초과 상태 여부 앞서 든 증거들과 갑 제7, 8, 9, 11호증, 을가 제1호증, 을나 제15 내지 24호증의 각 기재, 제1심법원의 법원행정처에 대한 사실조회결과 및 변론 전체의 취지를 종합하면, G은 이 사건 처분행위 당시 적극재산으로 이 사건 토지 및 그 지상에 신축 중이던 이 사건 건물 외에 별다른 재산을 소유하고 있지 않았던 사실, 반면 G은 이 사건 처분행위 당시 적어도 아래 표 기재와 같이 합계 3,014,663,671원 상당의 채무를 부담하고 있었던 사실, 이 사건 처분행위 당시 신축 중이던 이 사건 건물로 인하여 그 용도가 제한된 상태에서 이 사건 토지의 가액이 2019. 6. 11. 기준으로 768,575,000원, 2019. 8. 27. 기준으로 772,125,000원인 사실, 이 사건 건물의 가액이 2020. 7. 7. 기준으로 합계 1,674,000,000원인 사실을 인정할 수 있고, 위 인정 사실에다가 이 사건

처분행위 당시 이 사건 건물이 미완성 상태였던 점 등을 보태어 보면, G은 이 사건 처분행위 당시 채무초과 상태에 있었다고 보는 것이 타당하다.

1	피고 B	141,527,482	갑 7, 9-12, 을가 1, 2020. 8. 11.자 준비서면
2	피고 C	100,000,000	을나 23, 2021. 4. 9.자 준비서면
3	피고 D	100,000,000	을나 24, 2021. 4. 9.자 준비서면
4	피고 E	225,000,000	을나 15~21, 2021. 4. 9.자 준비서면
5	피고 F	25,000,000	을나 22, 2021. 4. 9.자 준비서면
6	N 주식회사	1,435,180,6306) 을나 제10호증의 기재에 의하면 이 사건 건물 신축 공사의 수급인인 N 주식회사가 도급인인 G에게 이 사건 건물에 관한 유치권 포기각서를 작성해 준 사실은 인정되나, 위 공사에 대한 도급계약상 공사금액이 1,710,000,000원인 점, 위 회사가 실제로 이 사건 건물의 신축 공사를 완공 단계까지 진행하였던 것으로 보이는 점, 그 후 이 사건 토지 및 건물에 대한 임의경매절차에서 위 채권액에 대하여 유치권 신고를 한 점 등에 비추어 보면, 앞서 인정한 사실만으로 위 회사의 G에 대한 공사대금채권이 허위라고 보기 어렵다.	갑 6, 9-5, 13
7	주식회사 O	46,001,340	갑 4-17, 9-7
8	P조합	10,221,951	갑 4-17, 9-6
9	Q	55,000,000	갑 9-9
10	R	38,000,000	갑 9-11
11	원고	838,732,268	갑 3, 7, 8, 9-8
합계	3,014,663,671		

3) 사해행위 및 사해의사 G이 위와 같이 채무초과 상태에서 일부 채권자들인 피고들에게 이 사건

건물에 관하여 각 근저당권설정등기 및 소유권이전등기청구권가등기를 설정해 준 이 사건 처분행위는 원고를 비롯한 다른 채권자들에 대한 관계에서 사해행위가 된다.

나아가 앞서 인정된 사실에다가 갑 제19 내지 31호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 G은 피고 C, D, E 및 H 등에 대하여 단기간에 거액의 채무를 부담한 후, 2019. 8. 9. L의 부동산가압류 신청사건을 담당하였던 법무사 S에게 위 피고들 등에 대한 각 근저당권설정등기 신청에 관한 모든 권한을 위임함으로써 L의 부동산가압류 집행에 따라 이 사건 건물에 관한 소유권보존등기가 마쳐짐과 동시에 위 피고들 등에게 이 사건 건물에 관한 최선순위 근저당권을 설정하여 주었던 점, G은 2019. 8. 27. L의 부동산가압류가 해제됨과 동시에 피고 B에게 이 사건 건물에 관한 소유권이전등기청구권가등기를 설정해 주었던 점 등을 보태어 보면, G은 이 사건 처분행위로 인하여 채권의 공동담보에 부족이 생기거나 이미 부족상태에 있는 공동담보가 한층 더 부족하게 됨으로써 채권자들의 채권을 완전하게 만족시킬 수 없다는 사실을 인식하였다고 보이므로 사해의사가 인정되고, 수익자들인 피고들의 악의도 추정된다.

4) 피고들의 주장 등에 대한 판단 가) 사해행위가 아니라는 주장

피고들은 G이 자금난으로 사업을 계속 추진하기 어려운 상황에 처하게 되자 이 사건 건물을 피고들에게 담보로 제공하여 공사를 완성하는 것이 최선의 방법이라 생각하고 이 사건 처분행위를 한 것이므로 사해행위에 해당하지 않는다고 주장한다.

채무초과 상태에 있는 채무자가 그 소유의 부동산을 채권자 중의 어느 한 사람에게 채권담보로 제공하는 행위는 특별한 사정이 없는 한 다른 채권자들에 대한 관계에서 사해행위에 해당한다고 할 것이나, 자금난으로 사업을 계속 추진하기 어려운 상황에 처한 채무자가 자금을 융통하여 사업을 계속 추진하는 것이 채무 변제력을 갖게 되는 최선의 방법이라고 생각하고 자금을 융통하기 위하여 부득이 부동산을 특정 채권자에게 담보로 제공하고 그로부터 신규자금을 추가로 융통받았다면 특별한 사정이 없는 한 채무자의 담보권 설정행위는 사해행위에 해당하지 않는다(대법원 2001. 5. 8. 선고 2000다50015 판결 참조).

그러나 앞서 든 증거들 및 변론 전체의 취지에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 ① 피고 C이 2019. 6. 12. G에게 송금한 100,000,000원 중 50,000,000원이 같은 날 피고 B에게 송금된 점, ②

피고 D가 2019. 8. 26. G에게 송금한 100,000,000원 중 46,530,000원이 그 다음 날 피고 B에게 송금된 점, ③ 피고 E가 2019. 8. 30. G에게 송금한 30,000,000원이 같은 날 피고 B에게 전액 송금된 점, ④ 피고 F가 2019. 8. 30. G에게 송금한 25,000,000원 중 15,000,000원이 같은 날 피고 E에게, 6,000,000원이 같은 날 피고 B에게 각 송금된 점, ⑤ 앞서 본 바와 같은 거래내역을 비롯하여 G의 T조합 계좌(계좌번호 1 생략)에 나타난 거래내역을 살펴보면 G가 피고들로부터 융통한 자금 대부분이 입금 즉시 G의 개인채권자로 추정되는 사람들의 계좌로 송금된 내역이 다수 확인되는 점, ⑥ 피고 B는 이 사건 처분행위가 있는 직후인 2019. 8. 27.부터 2019. 9. 2.까지 사이에 G으로부터 합계 107,200,000원을 송금 받은 점, ⑦ 달리 G가 피고들로부터 융통한 자금이 이 사건 건물의 신축 공사에 사용하였다고 볼 만한 객관적인 증거를 발견할 수 없는 점 등에 비추어 보면, 피고들이 제출한 증거들만으로는 G가 이 사건 건물을 피고들에게 담보로 제공하여 융통한 자금을 이 사건 건물의 신축 공사에 사용하였음을 인정하기 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 피고들의 위 주장은 이유 없다.

나) 선의 항변

피고들은 이 사건 처분행위가 사해행위라는 사실을 인식하지 못하였으므로 선의라는 취지로 항변한다.

그러나 사해행위취소소송에서 수익자의 악의는 추정되므로 수익자로서는 자신의 책임을 면하려면 자신의 선의를 증명할 책임이 있고, 사해행위 당시 수익자가 선의였음을 인정함에 있어 객관적이고도 납득할 만한 증거자료 등이 뒷받침되어야 하며, 채무자의 일방적인 진술이나 제3자의 추측에 불과한 진술 등에만 터 잡아 사해행위 당시 수익자가 선의였다고 단정하여서는 안 된다고 할 것인바(대법원 2008. 7. 10. 선고 2007다74621 판결, 대법원 2006. 4. 14. 선고 2006다5710 판결 등 참조), 을나 제11 내지 14호증의 각 기재만으로는 악의 추정을 뒤집고 피고들이 이 사건 처분행위가 사해행위임을 알지 못하였음을 인정하기 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없으므로(오히려 앞서 본 이 사건 건물에 관한 담보권 설정 경위 등에 비추어 볼 때 피고들은 이 사건 처분행위가 사해행위임을 알았던 것으로 보인다), 피고들의 위 항변은 이유 없다.

다. 사해행위의 취소 및 원상회복

따라서 이 사건 처분행위는 사해행위이므로 이를 모두 취소하고, 그에 따른 원상회복으로 G에게 이 사건 건물에 관하여, 피고 B는 대구지방법원 포항지원 2019. 8. 27. 접수 제56309호로 마친 소유권이전등기청구권가등기의 말소등기절차를 이행하고, 같은 법원 2019. 8. 21. 접수 제55048호로 마친 근저당권설정등기 중 피고 C은 (1)근저당권설정등기의, 피고 D는 (2)근저당권설정등기의, 피고 E는 (3)근저당권설정등기의 각 말소등기절차를 이행하며, 피고 E, F은 대구지방법원 포항지원 2019. 8. 21. 접수 제55048호로 마친 (4)근저당권설정등기의 말소등기절차를 각 이행할 의무가 있다(이와 같이 원고의 주위적 청구를 전부 인용하는 이상, 원고의 예비적 청구에 대하여는 따로 판단하지 아니한다).

4. 결론

그렇다면 원고의 피고들에 대한 주위적 청구는 이유 있어 인용하여야 한다. 원고의 주위적 청구를 모두 기각한 제1심판결은 이와 결론을 달리하여 부당하므로, 원고의 항소를 받아들여 이를 취소하고 원고의 주위적 청구를 인용하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장판사강동명

판사사공민

판사정신구

별지

- 1) 주위적 청구취지에 '원고에게'라고 기재되어 있으나, 사해행위취소에 따른 원상회복은 그 목적물이 부동산인 경우 채무자의 등기명의를 회복함으로써 채무자의 책임재산을 회복하는 것이므로 위와 같이 선행하기로 한다.
- 2) 예비적 청구취지에 '원고에게'라고 기재되어 있으나, 원고의 주장에 의하더라도 채권자대위권의 행사로 G을 대위하여 각 등기의 말소를 구하는 것이므로 위와 같이 선행하기로 한다.
- 3) 항소심에서 새로이 추가된 예비적 청구 부분에 대하여는 애당초 항소가 제기될 여지가 없으므로, 항소취지는 당초의 불복범위에 한정된다.
- 4) 피고들은 위 약정서가 건물이 아닌 이 사건 토지의 담보를 약정하는 취지로 작성된 것이라고

주장하나, 위 약정서의 제목이 "담보제공을 위한 약정서(후취담보제공용)"이고 위 "(후취담보제공용)" 부분에 강조를 위한 동그라미 표시까지 되어 있는 점, 위 약정서에 첨부된 G의 실명확인증표가 출력된 일자(2019. 1. 22.)를 고려할 때 위 약정서가 이 사건 토지에 관한 원고 명의의 근저당권 설정 이후에 작성된 것으로 보이는 점, 원고가 위 약정서에 "양 지상 완공 후 건축물"이라는 기재를 임의로 추가하였다고 볼 만한 객관적인 증거가 없는 점 등에 비추어 보면, 피고들의 위 주장은 이유 없다.

5) 이자 및 지연손해금 채권을 포함하여 가압류한 경우를 제외하고는 원금만을 기준으로 산정하였다.

6) 을나 제10호증의 기재에 의하면 이 사건 건물 신축 공사의 수급인인 N 주식회사가 도급인인 G에게 이 사건 건물에 관한 유치권 포기각서를 작성해 준 사실은 인정되나, 위 공사에 대한 도급계약상 공사금액이 1,710,000,000원인 점, 위 회사가 실제로 이 사건 건물의 신축 공사를 완공 단계까지 진행하였던 것으로 보이는 점, 그 후 이 사건 토지 및 건물에 대한 임의경매절차에서 위 채권액에 대하여 유치권 신고를 한 점 등에 비추어 보면, 앞서 인정한 사실만으로 위 회사의 G에 대한 공사대금채권이 허위라고 보기 어렵다.