

창원지방법원 마산지원 2023. 2. 15 선고 2020가합100222 판결 [사해행위취소]

재판경과

부산고등법원(창원) 2024. 11. 28 선고 2023나10880 판결

창원지방법원 마산지원 2023. 2. 15 선고 2020가합100222 판결

전문

원고A

소송대리인 법무법인 미래로

담당변호사 강정한, 김해봉

피고1. B

2. C주식회사

3. D

피고들 소송대리인 법무법인 가온누리

담당변호사 김성훈

변론 종결 2022. 12. 21.

판결 선고 2023. 2. 15.

주문

1. 이 사건 소 중 주위적 청구 부분, 피고 B에 대한 소유권이전등기청구권가등기 말소청구 부분, 피고 C주식회사에 대한 소유권이전등기청구권가등기 이전의 부기등기 말소청구 부분을 각 각하한다.

2. 피고 C주식회사는 원고에게 305,021,369원 및 이에 대하여 2020. 8. 12.부터 2023. 2. 15.까지는 연 5%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.
3. 원고의 피고 D, C주식회사에 대한 나머지 청구를 각 기각한다.
4. 소송비용 중 원고와 피고 B, D 사이에 생긴 부분은 원고가, 원고와 피고 C주식회사 사이에 생긴 부분 중 3/5는 원고가, 나머지는 피고 C주식회사가 각 부담한다.
5. 제2항은 가집행할 수 있다.

N

청 구 취 지

주위적 청구: 피고 B와 E 사이에 별지 목록 기재 각 부동산에 관하여 2015. 11. 3. 체결된 매매예약을 510,771,158원 한도 내에서 취소하고, 피고들은 공동하여 원고에게 510,771,158원 및 이에 대하여 이 사건 판결 확정일 다음날부터 다 갚는 날까지 연 5%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.

제1 예비적 청구: E에게, 피고 B은 별지 목록 기재 각 부동산에 관하여 창원지방법원 마산지원 2015. 11. 3. 접수 제65694호로 마친 소유권이전등기청구권가등기의 말소등기절차를, 피고 C주식회사는 별지 목록 기재 각 부동산에 관하여 같은 법원 2018. 11. 28. 접수 제45130호로 마친 소유권이전청구권가등기의 이전등기 및 같은 법원 2019. 2. 28. 접수 제7020호로 마친 소유권이전등기의 각 말소등기절차를, 피고 D은 별지 목록 제2 내지 9항 기재 부동산에 관하여 같은 법원 2019. 10. 10. 접수 제35869호로 마친 소유권이전담보가등기의 말소등기절차를 각 이행하라.

제2 예비적 청구: 피고 C주식회사는 원고에게 500,000,000원 및 이에 대한 2019. 8. 26.부터 이 사건 청구취지 및 청구원인변경신청서 부분 송달일까지는 연 5%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.1)

이 유

1. 기초사실

가. 당사자들의 지위

1) E는 별지 목록 기재 각 부동산을 포함한 총 103개 부동산(이하 '별지 목록 기재 각 부동산을 '제1 부동산', 나머지 부동산을 '제2 부동산'이라 하고, 합하여 칭할 때는 '이 사건 각 부동산'이라 한다)의 소유자였던 자이고, 원고는 2012년경 E로부터 위 각 부동산을 양수하는 내용의 매매예약을 체결한 자이다.

2) 피고 B은 E로부터 이 사건 각 부동산에 관한 소유권이전청구권가등기를 경로받은 자이고, 피고 C주식회사(이하 '피고 C'라 한다)는 피고 B으로부터 제1 부동산에 관한 위 소유권이전청구권가등기를 이전받은 뒤 소유권이전의 본등기를 마친 자이다.

3) 한편, 피고 D은 피고 C와 대물반환예약을 체결한 뒤 별지 목록 제2 내지 9 부동산에 관하여 소유권이전담보가등기를 마친 자이다.

나. 원고의 E에 대한 위약금 등 채권의 발생

1) 원고는 2012년경 공동주택 등을 신축하여 개발·분양하는 사업을 추진하기 위하여 E로부터 이 사건 각 부동산을 총 190억 원에 매수하는 내용의 매매예약을 체결한 뒤, E에게 매매예약금 11억 원을 지급하였다. 위 매매예약 제9조 제2항 제2호에는 E가 원고와 매매예약을 체결하고 예약금을 지급받은 후, 이 사건 각 부동산을 제3자에 매각 또는 양도할 시에는 '이미 지급받은 예약금의 3배를 위약금으로 원고에게 반환하고, 원고가 이 사업을 위해 투입한 용역비(세금계산서 발행분에 의거) 일체를 E가 원고에게 지급한다'고 기재되어 있다.

2) E는 2013. 12. 24. 이 사건 각 부동산에 관하여 원고와 근저당권설정계약을 체결하고, 원고에게 창원지방법원 마산지원 2013. 12. 26. 접수 제68787호로 채무자 E, 채권최고액 27억 원인 근저당권 설정등기(이하 '이 사건 근저당권'이라 한다)를 마쳐주었다. E가 원고를 상대로 제기한 이 사건 근저당권 말소청구소송(대구지방법원 경주지원 2014가합3146호, 대구고등법원 2016나25554호, 대법원 2018다202484호)에서 이 사건 근저당권의 피담보채권은 'E의 귀책사유로 위 매매예약이 해제될 경우 발생할 매매예약금 반환 및 위약금채권과 원고가 부동산 개발을 위해 투입한 용역비상환채권'이라는 점이 인정되었다.

3) 원고는 2018. 1. 24. E를 상대로 앞서 지급한 매매예약금 11억 원과 위약금 22억 원, 피고가 부동산 개발 사업을 위해 투입한 용역비 1,062,820,000원, 합계 4,362,820,000원의 지급을

구하는 소를 제기하였고(창원지방법원 2018가합50355), 위 소송에서 매매예약금 및 위약금 합계 22억 원과 원고가 실제로 지출하여 발생한 손해로서 용역비 332,700,000원이 인정되어 2018. 9. 6. 'E는 원고에게 2,532,700,000원 및 이에 대한 지연손해금(그중 1,100,000,000원에 대하여는 2013. 6. 10.부터, 1,432,700,000원에 대하여는 2018. 3. 22.부터 각 2018. 9. 6.까지는 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 15%의 각 비율로 계산한 돈)을 지급하라'는 내용의 판결(이하 '이 사건 관련 판결'이라 한다)이 선고되었으며, 위 판결은 그 무렵 확정되었다.

다. 제1 부동산에 관한 권리변동

- 1) E는 2015. 11. 3. 피고 B와 'E가 피고 B에게 이 사건 각 부동산을 매도한다'는 내용의 매매예약(이하 '이 사건 매매예약'이라 한다)을 체결하고 피고 B에게 창원지방법원 마산지원 2015. 11. 3. 접수 제65694호로 소유권이전청구권가등기(이하 '이 사건 가등기'라 한다)를 마쳐주었다.
- 2) 피고 C는 2018. 11. 26. 피고 B으로부터 제1 부동산에 관한 위 가등기를 양수한 뒤 창원지방법원 마산지원 2018. 11. 28. 접수 제45130호로 이 사건 가등기 이전의 부기등기(이하 '이 사건 가등기 이전의 부기등기'라 한다)를 마쳤고, 2019. 2. 28. 이 사건 가등기에 기한 본등기(이하 '이 사건 본등기'라 한다)를 마쳤다.
- 3) 피고 C는 2019. 10. 10. 피고 D와 별지 목록 제2 내지 9 부동산에 관하여 대물반환예약을 체결한 뒤 피고 D에게 창원지방법원 마산지원 2019. 10. 10. 접수 제35869호로 소유권이전담보가등기(이하 '이 사건 담보가등기'라 한다)를 마쳐주었다.

라. 이 사건 근저당권의 일부 이전 및 피고 C의 이 사건 각 부동산 취득 등

- 1) 원고는 이 사건 각 부동산에 관하여, ① 2016. 10. 12. F에게 이 사건 근저당권의 피담보채권 중 8억 원을 양도하고, 이를 원인으로 하여 창원지방법원 마산지원 2016. 10. 12. 접수 55424호로 근저당권 일부이전(8억 원)의 부기등기를, ② 2018. 3. 14. F에게 이 사건 근저당권의 피담보채권 중 7억 원을 양도하고, 이를 원인으로 하여 창원지방법원 마산지원 2018. 3. 14. 접수 제11724호로 근저당권 일부이전(7억 원)의 부기등기를, ③ 2018. 9. 27. G에게 이 사건 근저당권의 피담보채권 중 2억 원을 양도하고 이를 원인으로 하여 창원지방법원 마산지원 2018. 9. 27. 접수 제37716호로 근저당권 일부이전(2억 원)의 부기등기를 각 마쳐주었다.

2) F은 2018. 1. 16.경 이 사건 각 부동산에 관하여 임의경매를 신청하였으나(창원지방법원 마산지원 H, 이하 '이 사건 경매절차'라 한다), 2018. 11. 22. 원고, 피고 C로부터 아래와 같은 내용의 약정서(이하 '이 사건 약정서'라 한다)를 교부받은 뒤 위 임의경매 중 제1 부동산에 관한 부분을 취하하였다. 이 사건 약정서에는 피고 C의 연대보증인으로 원고 이름이 기재되어 있으며, 원고의 도장이 날인되어 있다.

약정서

F과 피고 C는 다음과 같이 약정한다.

1. 피고 C는 F에게 육억원을 지급하고 이 사건 경매절차의 취하를 구한다.
 2. F은 피고 C로부터 육억원을 지급받음과 동시에 위 경매사건의 취하에 필요한 인감증명을 제출하고 경매취하서에 서명 날인한다.
 3. 피고 C는 이 사건 경매사건의 모사건 마산지원 1 사건의 1번 물건 경매보증금을 반환받는 즉시 이억원을 F에게 지급한다.
 4. 피고 C는 모사건의 F 배당금액과 기지급한 금액의 합계가 일십오억원에 미치지 못하면 부족액을 채워 F에게 지급하고 F의 근저당권을 해제를 구한다.
 5. F은 모사건 경매배당금과 피고 C로부터 지급받은 채권인도금액의 합이 일십오억원에 달하면 즉시 모사건 1번 물건(34필지)의 F의 근저당을 말소한다.
 6. 피고 C는 F의 경매 신청취소에 따른 비용으로 일천만원을 약정과 동시에 F에게 지급한다.
- F의 배당금과 피고 C가 F에게 지급한 금액이 일십오억을 초과할때는 초과한 금액을 피고 C의 보증인(원고)에게 송금기로 한다.

피고 C의 연대보증인 원고

- 3) 이 사건 경매절차 중 제2 부동산에 관한 부분은 취하되지 않고 계속 진행되었고, 피고 C는 2018. 10. 26. 위 경매절차를 통해 제2 부동산의 소유권을 취득하였다. 한편, 앞에서 살펴본 바와 같이 피고 C는 2018. 11. 26. 피고 B으로부터 이 사건 매매예약에 따른 소유권이전등기청구권을 양수한 뒤 2019. 2. 28. 이 사건 가등기에 기한 본등기를 마침으로써 제1 부동산의 소유권을 취득하였다.
- 4) 한편, 원고는 이 사건 경매절차 중 제1 부동산에 관한 부분이 2018. 11. 22. 취하된 후인 2018.

11. 27.경 제1 부동산에 관하여 강제경매신청(창원지방법원 마산지원 J)을 하였는데, 위 강제경매절차는 피고 C의 이 사건 본등기의 경로로 인하여 종료되었다. 또한, 원고는 2019. 2. 18. 제1 부동산에 관하여 이 사건 근저당권에 기해 임의경매개시신청을 하였다(창원지방법원 마산지원 K).

마. 원고의 추심명령

원고는 이 사건 관련 판결 정본에 기하여 2019. 8. 19. 창원지방법원 마산지원 2019타채103457호로 채무자 E, 제3채무자 피고 C, 청구금액 5억 원으로 하여, E의 피고 C에 대한 제1 부동산 매매대금 채권 중 위 청구금액 상당액에 관하여 채권압류 및 추심명령(이하 '이 사건 추심명령'이라 한다)을 받았고, 위 채권압류 및 추심명령은 2019. 8. 26. 피고 C에 송달되었다. [인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 5호증(가지번호 있는 것은 가지번호 포함, 이하 같다), 을 제1, 2, 7호증의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 원고 주장의 요지

가. 주위적으로, E는 2015. 11. 3. 원고에 대한 47억 원 상당의 위약금 채무, L은행에 대한 대출금 채무 등으로 채무초과에 빠진 상태에서 자신의 직원이었던 피고 B에게 자신의 유일한 부동산인 이 사건 각 부동산 관한 매매예약을 체결하고 이 사건 가등기를 마쳐주었는바, 이는 사해행위 해당한다. 따라서 이 사건 매매예약은 이 사건 소 제기 당시 원고의 E에 대한 채권액 510,771,158원의 한도에서 취소되어야 하고, 위 사해행위의 수익자인 피고 B와 전득자인 피고 C, D은 공동하여 원고에게 510,771,158원 및 이에 대한 지연손해금을 지급하여야 한다.

나. 제1 예비적으로, E와 피고 B 사이에 체결된 이 사건 매매예약은 통정허위표시로서 무효이다. 따라서 E에게, 피고 B은 이 사건 가등기의, 피고 C는 이 사건 가등기 이전의 부기등기 및 이 사건 본등기의, 피고 D은 이 사건 담보가등기의 각 말소등기절차를 이행할 의무가 있다.

다. 제2 예비적으로, 원고는 이 사건 관련 판결에 따라 확정된 채권을 집행채권으로 하여 이 사건 추심명령을 받았으므로, 피고 C는 원고에게 이 사건 추심명령에 기한 추심금 채권 5억 원 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

3. 사해행위취소 주장에 관한 판단(주위적 청구 부분)

가. 본안 전 항변에 관한 판단

1) 피고들은 원고가 채권자취소권을 행사하기 위해서는 취소원인을 안 날로부터 1년 내에 소를 제기하여야 하는데, 원고는 2018. 11. 21. 이 사건 약정서를 작성하면서 이 사건 매매예약이 사해행위에 해당한다는 것을 알 수 있었음에도 그로부터 1년이 지난 2020. 3. 1. 이 사건 소를 제기하였으므로 원고의 사해행위 취소 주장은 제척기간이 도과되어 부적법하다고 주장한다.

2) 채권자취소권 행사에 있어서 제척기간의 기산점인 채권자가 '취소원인을 안 날'이라 함은 채권자가 채권자취소권의 요건을 안 날, 즉 채무자가 채권자를 해함을 알면서 사해행위를 하였다는 사실을 알게 된 날을 의미한다고 할 것이므로, 단순히 채무자가 재산의 처분행위를 하였다는 사실만으로는 부족하고, 그 법률행위가 채권자를 해하는 행위라는 것 즉, 그에 의하여 채권의 공동담보에 부족이 생기거나 이미 부족상태에 있는 공동담보가 한층 더 부족하게 되어 채권을 완전하게 만족시킬 수 없게 되었으며 나아가 채무자에게 사해의 의사가 있었다는 사실까지 알 것을 요한다고 할 것이나, 그렇다고 하여 채권자가 수익자나 전득자의 악의까지 알아야 하는 것은 아니고, 또 채권자가 채무자의 재산상태를 조사한 결과 자신의 채권 총액과 비교하여 채무자 소유의 부동산의 가액이 그에 미치지 못하는 것을 이미 파악하고 있었던 상태에서 채무자의 재산에 대하여 가압류를 하는 과정에서 그 중 일부 부동산에 관하여 제3자 명의의 근저당권설정등기가 경료된 사실을 확인하였다면, 다른 특별한 사정이 없는 한 채권자는 그 가압류 무렵에는 채무자가 채권자를 해함을 알면서 사해행위를 한 사실을 알았다고 봄이 상당하다(대법원 2012. 1. 12. 선고 2011다82384 판결 참조).

3) 앞에서 든 증거들에 변론 전체의 취지를 더하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정들을 종합하면, 원고는 이 사건 약정서에 연대보증인으로 도장을 날인할 때 또는 늦어도 피고 C의 이 사건 가등기에 기한 본등기로 인하여 원고가 신청한 강제경매절차(창원지방법원 마산지원 J)가 종료된 2019. 2. 28.경에는 E가 원고를 비롯한 일반 채권자를 해함을 알면서 피고 B와 사해행위인 이 사건 매매예약을 체결하였다는 사실을 알았다고 보는 것이 상당하다. 그런데 원고가 그로부터 1년이 지난 2020. 3. 1. 이 사건 소를 제기한 것은 기록상 명백하므로, 결국 원고의 주위적 청구 부분은 제척기간이 경과한 후에 제기된 것으로서 부적법하다.

가) 원고는 2012.경 E로부터 이 사건 각 부동산에 관한 매매예약을 체결하고 매매예약금 조로 총

11억 원을 지급하였으며, 위 각 부동산을 개발하기 위해 상당한 용역비를 투입하였다. 그러나 E 측은 이 사건 매매예약 전 이 사건 각 부동산을 담보로 L은행으로부터 차용한 피담보채무 약 59억 원을 변제하지 못하였고, L은행의 신청으로 2013. 3. 29. 이 사건 각 부동산에 관한 임의경매절차(창원지방법원 마산지원 M)가 개시되었다. 원고는 위 임의경매절차 개시 등을 이유로 E와의 매매예약을 해제하였고, 그 이후에 매매예약 해제로 인한 위약금 청구, 이 사건 근저당권 말소청구 등 소송을 진행하였다. 원고는 위와 같은 과정을 거치면서 E의 재정상태가 어렵다는 점, 이 사건 각 부동산 외에는 별다른 재산이 없다는 점 등에 관하여 파악하고 있었을 것으로 보인다.

나) 원고는 F에게 이 사건 근저당권의 피담보채무 중 15억 원을 양도하고 이 사건 근저당권에 관하여 일부이전의 부기등기를 마쳐주었고, F은 원고로부터 이전받은 근저당권에 기하여 임의경매신청을 하였다. F은 피고 C로부터 2018. 11. 22. '피고 C가 F에게 6억 원을 지급하는 것을 조건으로 제1 부동산에 관한 임의경매신청을 취하한다'는 내용의 이 사건 약정서를 교부받은 뒤 이 사건 경매절차 중 제1 부동산에 관한 부분을 취하하였는데, 원고는 피고 C의 연대보증인으로 위 약정서에 서명·날인하였다. F이 임의경매신청을 할 당시 뿐 아니라 원고가 이 사건 약정서에 날인을 할 당시에 이 사건 각 부동산의 등기부에는 이 사건 가등기가 마쳐져 있었고, 원고는 이 사건 각 부동산의 소유자도 아닌 피고 C가 F에게 거액을 지불하며 경매신청을 취하시키는 내용의 이 사건 약정서에 연대보증인으로 서명·날인을 하기도 하였으므로 원고로서는 이 사건 각 부동산의 등기부 또는 피고 C를 통해 그 당시 이 사건 매매예약의 존재를 충분히 파악하였을 것으로 보인다.

다) 원고는 F이 이 사건 경매절차 중 제1 부동산에 관한 부분을 취하한 이후인 2018. 11. 27.경 제1 부동산에 관하여 강제경매신청을 하였으나(창원지방법원 마산지원 J), 2019. 2. 28. 피고 C가 이 사건 가등기에 기한 본등기를 마침으로서 위 강제경매절차가 종료되었다. 한편, 원고는 위 강제경매절차가 종료되기 전인 2019. 2. 18. 이 사건 근저당권에 기해 임의경매신청을 하기도 하였는바, 원고는 늦어도 위 강제경매절차가 피고 C의 이 사건 가등기에 기한 본등기로 인하여 종료된 2019. 2. 28.경에는 E가 피고 B와 이 사건 매매예약을 체결하였다는 사실을 알았다고 보는 것이 상당하다.

4. 통정허위표시로 인한 무효 주장에 관한 판단(제1 예비적 청구 부분)

가. 피고 B에 대한 이 사건 가등기 말소청구, 피고 C에 대한 이 사건 가등기 이전의 부기등기

말소청구의 적법여부에 관한 직권 판단

1) 관련 법리 가) 가등기의 이전에 의한 부기등기는 기존의 가등기에 의한 권리의 승계관계를 등기부상에 명시하는 것뿐으로 그 등기에 의하여 새로운 권리가 생기는 것이 아닌 만큼 가등기의 말소등기청구는 양수인만을 상대로 하면 족하고, 양도인은 그 말소등기청구에 있어서의 피고적격이 없다(대법원 1994. 10. 21. 선고 94다17109 판결 등 참조).

나) 또한 소유권이전청구권 이전의 부기등기는 기존의 주등기인 소유권이전청구권가가등기에 종속되어 일체를 이루는 것이어서 위 소유권이전청구권가등기가 당초 원인무효인 경우 주등기인 소유권이전청구권가등기의 말소만 구하면 되고 그 부기등기는 별도로 말소를 구하지 않더라도 주등기의 말소에 따라 직권으로 말소된다(대법원 1994. 10. 21. 선고 94다17109 판결 등 참조).

2) 구체적 판단 위 법리에 비추어 이 사건에 관하여 보건대, 제1 부동산에 관하여 2015. 11. 3. 피고 B 앞으로 이 사건 가등기가 마쳐졌다가 2018. 11. 26. 피고 C 앞으로 이 사건 가등기 이전의 부기등기가 마쳐진 사실은 앞에서 본 바와 같다. 따라서 원고가 피고 B를 상대로 이 사건 가등기의 말소를 구하는 부분은 피고적격이 없는 양도인을 상대로 하는 것이어서 부적법하고, 원고가 피고 C를 상대로 이 사건 가등기 이전의 부기등기의 말소를 구하는 부분은 소의 이익이 없어 부적법하다.

나. 피고 C, D에 대한 청구에 관한 판단

1) 채권자대위소송의 적법 여부 원고의 이 부분 청구는 E에 대한 금전채권자인 원고가 E를 대위하여 피고 C 명의의 이 사건 본등기와 피고 D 명의의 이 사건 담보가등기 말소를 구하는 것으로서 채권자대위소송이다.

채권자 대위소송이 적법하기 위해서는 ① 피보전채권이 존재하여야 하고, ② 피보전채권의 변제기가 도래하여야 하는바, 앞서 인정한 바와 같이, 원고는 E에 대하여 이 사건 관련 판결에 기한 금전채권을 가지고 있고, 위 금전채권의 변제기가 도래하였음은 분명하다.

또한, 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 있는 것인바(대법원 1993. 10. 8. 선고 93다28867 판결 등 참조), 앞서 인정한 사실과 변론 전체의 취지를 종합하면, E는 무자력인 것으로 판단되므로,

결국, 채권자대위소송은 그 요건을 갖추어 적법하다고 보인다.

2) 피대위채권의 존재 여부 원고는 피고 B은 E가 운영하는 회사의 직원으로 특별한 자력이 없는 자이고, 이 사건 매매예약이 체결될 당시는 원고와 E 사이에 이 사건 근저당권 말소청구소송이 진행 중이었으므로 피고 B이 위와 같이 불안정한 상태에 있던 이 사건 각 부동산에 관하여 매매예약을 체결한 것은 통정허위표시로서 무효라는 취지로 주장한다. 그러나 이는 원고의 추측에 불과하고 E와 피고 B 사이에 허위로 이 사건 매매예약을 체결한 뒤 이 사건 가등기를 마친다는 점에 관하여 의사합치가 있었다는 점에 관하여는 어떠한 증거도 제출하지 못하였다. 어떠한 의사표시가 통정허위표시로서 무효라고 주장하는 경우에는 이를 주장하는 자에게 그 사유에 해당하는 사실을 증명할 책임이 있으므로, 결국 이 사건 매매예약이 통정허위표시로 무효임을 전제로 한 원고의 피고 C에 대한 이 사건 본등기 말소청구, 피고 D에 대한 이 사건 담보가등기 말소청구는 이유 없다.

5. 추심금 청구에 관한 판단(제2 예비적 청구 부분)

가. 관련 법리

채권에 대한 압류 및 추심명령이 있다고 하더라도, 이는 채무자가 제3채무자에 대하여 가지고 있다고 주장되는 피압류채권의 추심권한을 채권자에게 부여하는 것에 불과하고, 그 채권압류 및 추심명령의 존재가 채무자가 실제로 그 주장과 같은 채권을 제3채무자에 대하여 가지고 있음을 확인하는 것이 아니다. 따라서 채권압류 및 추심명령에 기한 추심의 소에서 피압류채권(피추심채권)의 존재는 요건사실로서 그 증명책임은 원고에게 있다(대법원 2007. 1. 11. 선고 2005다47175 판결 등 참조).

나. 구체적 판단

1) 원고가 E에 대하여 이 사건 관련 판결에 따른 채권을 보유하고 있는 사실, 위 채권을 집행채권으로 하여 이 사건 추심명령을 받은 사실은 앞에서 살펴본 바와 같다. 그러나 피고 C는 E와 제1 부동산에 관하여 체결한 매매계약에 따른 매매대금은 총 21억 원인데, 피고 C는 2018. 7. 19.부터 2019. 8. 14.까지 총 1,585,000,000원을 E 또는 E의 채권자들에게 지급하였고, 209,978,631원은 주식회사 N에 대한 E의 연대보증채무를 면제하는 방식으로 정산하였으므로 E와 피고 C 사이의 제1 부동산 매매계약에 따른 매매대금 중 남은 금액은 305,021,369원에 불과하다고 주장한다. 위 법리에

비추어 이 사건을 보건대, 갑 제6호증 등 원고가 제출한 증거들만으로는 원고가 구하는 추심금 채권이 피고 C가 자인하고 있는 305,021,369원을 초과하여 존재한다는 사실을 인정하기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다(갑 제6호증에 따르면 E는 창원지방법원 마산지원 2019가합100974에서 증인으로 출석하여 '피고 C에게 제1 부동산을 처분하고 매매대금을 전부 다 받은 것으로 알고 있다. 더 이상 받을 돈이 없다'는 취지로 증언하였을 뿐이므로 이에 의하더라도 E의 피고 C에 대한 채권이 305,021,369원 이상 존재한다고 볼 여지는 없다).

2) 한편, 을 제6호증의 기재에 변론 전체의 취지를 더하면, 피고 C는 원고를 상대로 이 사건 근저당권설정등기의 말소등기청구를 하였는데, 항소심 법원은 2020. 11. 12. '원고는 피고 C로부터 10억 원을 한도로 301,774,359원 및 이에 대하여 2019. 7. 5.부터 다 갚는 날까지 연 15%의 비율로 계산한 돈을 지급받은 다음 이 사건 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라'는 취지의 판결을 선고하였고, 위 판결이 확정된 사실은 인정된다[창원지방법원 마산지원 2019가합100974, 부산고등법원(창원) 2020나11615, 대법원 2020다290026]. 결국 이 사건 근저당권의 피담보채권인 이 사건 관련 판결에 기한 원고의 E에 대한 집행채권은 위 판결에서 확정된 '301,774,359원 및 이에 대하여 2019. 7. 5.부터 다 갚는 날까지 연 15%의 비율로 계산한 돈'인데, 이와 같이 집행채권이 피압류채권인 305,021,369원보다 적다는 문제가 있을 수 있다. 그러나 집행채권의 부존재나 소멸은 집행채무자가 청구이의의 소에서 주장할 사유이지 추심의 소에서 제3채무자가 이를 항변으로 주장하여 집행채무의 변제를 거절할 수 있는 것이 아니다(대법원 1994. 11. 11. 선고 94다34012 판결, 대법원 1996. 9. 24. 선고 96다13781 판결, 대법원 2017. 5. 30. 선고 2015다25570 판결 등 참조). 또한 위 소송에서 확정된 이 사건 근저당권의 피담보채무의 원리금은 이 사건 판결선고일 기준으로 총 465,600,630원²⁾으로 피고 C가 자인하고 있는 E에 대한 채무액 305,021,369원을 초과한다.

3) 따라서 피고 C는 원고에게 추심금 305,021,369원 및 이에 대하여 2020. 8. 11.자 청구취지 및 청구원인변경신청서 송달일 다음날인 2020. 8. 12.부터 피고 C가 그 이행의무의 존부 및 범위에 관하여 항쟁함이 상당한 이 판결 선고일인 2023. 2. 15.까지는 민법이 정한 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지 소송촉진 등에 관한 특례법이 정한 연 12%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급할

의무가 있다[원고는 이 사건 추심명령이 피고 C에 송달된 2019. 8. 26.부터의 지연손해금을 구하고 있다. 그러나 추심명령은 압류채권자에게 채무자의 제3채무자에 대한 채권을 추심할 권능을 수여함에 그치고, 제3채무자로 하여금 압류채권자에게 압류된 채권액 상당을 지급할 것을 명하거나 그 지급 기한을 정하는 것이 아니므로, 제3채무자가 압류채권자에게 압류된 채권액 상당에 관하여 지체책임을 지는 것은 추심명령이 발령된 후 압류채권자로부터 추심금 청구를 받은 다음날부터이다(대법원 2012. 10. 25. 선고 2010다47117 판결 참조). 그런데 원고가 2020. 8. 11.자 청구취지 및 청구원인변경신청서를 제출하기 이전에 피고 C에 대하여 이 사건 추심명령에 기한 추심금 청구를 하였다는 사실을 인정할 증거가 없으므로, 피고 C는 원고의 추심금 청구 의사표시가 담긴 위 청구취지 및 청구원인변경신청서 송달 받은 다음날인 2020. 8. 12.부터 지체책임을 진다고 할 것이다. 따라서 원고의 지연손해금 청구 부분은 위 인정 범위 내에서만 받아들인다].

6. 결론

그렇다면 이 사건 소 중 주위적 청구 부분, 피고 B에 대한 소유권이전등기청구권가등기 말소청구 부분, 피고 C에 대한 소유권이전등기청구권가등기 이전의 부기등기 말소청구 부분은 각 각하하고, 원고의 C에 대한 추심금 청구는 위 위 인정범위 내에서 이유 있으므로 인용하며, 원고의 피고 D, C에 대한 나머지 청구는 이유 없으므로 각 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장판사김영욱

판사사해정

판사홍진국

별지

1) 본래 청구의 예비적 병합은 논리적으로 양립할 수 없는 수 개의 청구에 관하여 주위적 청구의 인용을 해제조건으로 예비적 청구에 대하여 심판을 구하는 형태의 병합을 의미하는 것인바, 원고의 주위적, 제1, 2 예비적 청구는 서로 논리적으로 양립 불가능한 청구에 해당한다고 보기 어려우므로 엄밀한 의미의 주위적·예비적 병합 관계라 할 수 없다. 다만, 논리적으로 양립할 수 있는 수 개의

청구라 하더라도 당사자가 심판의 순위를 붙여 청구를 한다는 취지에서 예비적 청구를 할 수 있으므로(대법원 2007. 6. 29. 선고 2005다48888 판결 등 참조), 이는 논리적으로 양립되는 수 개의 청구에 순위를 붙여 판단을 구하는 것으로서 부진정 예비적 병합에 해당한다고 보아, 청구취지를 그대로 주위적, 제1, 2 예비적 청구로 구분하여 기재하고, 원고가 정한 순서에 따라 판단한다.

2) 원금 301,774,359원 + 이자 163,826,271원($301,774,359 \times [3 + 226/365, (=2019.07.05.부터 2023.02.15.까지)] \times 15\%$)