

서울고등법원 2024. 11. 21 선고 2023나2024709 판결 [사해행위취소]

재판경과

서울고등법원 2024. 11. 21 선고 2023나2024709 판결

의정부지방법원 2023. 5. 24 선고 2021가합53887 판결

전문

원고, 항소인A

소송대리인 법무법인 반율

담당변호사 유록수

원고보조참가인R

피고, 피항소인1. B

2. 주식회사 C

피고들 소송대리인 변호사 김노식

변론 종결2024. 7. 18.

판결 선고2024. 11. 21.

제1심판결의정부지방법원 2023. 5. 24. 선고 2021가합53887 판결

주문

- 원고보조참가인의 보조참가를 허가한다.
- 원고의 항소를 모두 기각한다.

3. 항소 제기 이후의 소송비용 중 보조참가로 인한 부분은 원고보조참가인이 부담하고, 나머지는 원고가 부담한다.

N

청 구 취 지 및 항 소 취 지

제1심판결을 취소한다. 피고 B은 원고에게 317,000,000원 및 이에 대하여 2018. 1. 20. 부터 이 사건 소장부분 송달일까지는 연 5%, 그다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라. 1) 주위적으로, (1) ① 포천시 D 대 645.4m²에 관하여 의정부지방법원 포천등기소 2015. 11. 20. 접수 제47009호 소유권이전청구권가등기에 기한 소유권이전청구권에 대하여 피고 B과 피고 주식회사 C 사이에 2019. 7. 1. 체결된 매매계약을 취소하고, ② 피고 주식회사 C는 피고 B에게 포천시 D 대 645.4m²에 관하여 의정부지방법원 포천등기소 2019. 7. 1. 접수 제23361호로 마친 소유권이전청구권가등기 이전등기의 말소등기절차를 이행하라. (2) 예비적으로, 피고 주식회사 C는 피고 B에게 포천시 D 대 645.4m²에 관하여 의정부지방법원 포천등기소 2019. 7. 1. 접수 제23361호로 마친 소유권이전청구권가등기 이전등기의 말소등기절차를 이행하라.

이 유

1. 기초사실

이 법원이 이 부분에 관하여 설시할 이유는, 아래와 같이 일부 내용을 고치거나 추가하는 것 이외에는 제1심판결 이유 해당 부분 기재와 같으므로, 민사소송법 제420조 본문에 의하여 이를 그대로 인용한다.

○ 제3면 19행의 "주식회사 H" 다음에 "(변경 후 상호: 주식회사 S, 이하 변경 전후를 구별하지 않고 'H'이라 한다)"를, 끝 행의 "11. 20." 다음에 "의정부지방법원 포천등기소 2015. 11. 20. 접수

제47009호로"를 각 추가한다.

○ 제4면 4행의 "같은 날" 다음에 "의정부지방법원 포천등기소 2019. 7. 1. 접수 제23361호로", 10행의 "소유권이전청구권가등기" 다음에 "(이하 '이 사건 담보가등기'라 한다)"를 추가한다.

○ 제4면 11행, 14~15행의 "위 가등기에 기한 피담보채권"을 "이 사건 담보가등기의 피담보채권"으로 고친다.

○ 제5면 3행의 "가등기"를 "이 사건 담보가등기"로, 5행의 "이 사건 제3부동산에 관한 소유권이전청구권등기의 말소"를 "피고 B을 상대로 이 사건 담보가등기의 말소"로 각 고친다.

○ 제5면 글상자 아래 5행의 "수령하였다." 다음에 아래 내용을 추가한다.

『이에 따라 원고, I는 2019. 11.경 위 사건에서 피고 B이 이 사건 담보가등기의 피담보채무의 원리금을 초과하여 공탁금을 수령하였다고 주장하며 피고 B에 대한 소유권이전청구권가등기 말소청구를 부당이득반환청구로 변경하였다.』

2. 보조참가신청의 적법 여부에 관한 판단

가. 피고들 주장의 요지

원고보조참가인이 이 사건 제2부동산에 관한 지분소유권이전등기를 회복하기 위해서는 이 사건 가등기와 이 사건 가등기의 이전등기, 이에 기한 본등기까지 모두 무효임을 이유로 말소되어야 하는데, 원고가 이 사건 소송에서 승소하더라도 이 사건 가등기까지 무효로 되는 것은 아니어서 원고보조참가인이 이 사건 소송의 결과에 대하여 법률상의 이해관계를 가진다고 보기 어려우므로, 원고보조참가인의 보조참가신청은 부적법하다.

나. 판단

1) 관련 법리 특정 소송사건에서 한쪽 당사자를 보조하기 위하여 보조참가를 하려면 그 소송의 결과에 대하여 이해관계가 있어야 한다. 여기서 이해관계라고 함은 사실상·경제상 또는 감정상의 이해관계가 아니라 법률상의 이해관계를 말하는 것으로, 그 소송의 판결의 기판력이나 집행력을 당연히 받는 경우 또는 적어도 그 판결을 전제로 하여 보조참가를 하려는 자의 법률상의 지위가 결정되는 관계에 있는 경우를 의미한다(대법원 2017. 6. 22. 선고 2014다225809 전원합의체 판결 등 참조). 한편 어떤

부동산에 관하여 채권담보를 위한 가등기가 경로된 후에 매매에 의하여 그 소유권을 취득한 제3자가 채무원리금을 변제함으로써 피담보채무가 전부 소멸하였음에도 불구하고 등기부상 가등기가 그대로 남아있음을 이용하여 가등기 명의자가 가등기에 기한 소유권이전의 본등기를 경로하고 나아가 타인 명의로 가등기까지 경로하였다 하더라도 피담보채무의 소멸 후의 위 담보가등기는 원인무효라 할 것이고, 위 가등기에 기하여 경로된 본등기 및 타인 명의의 가등기도 원인무효라 할 것이며, 나아가 위 가등기에 기한 본등기가 경로됨으로써 등기공무원이 직권으로 한 가등기 후의 위 제3자 명의의 소유권이전등기의 말소등기 역시 원인무효이어서 위 제3자는 여전히 소유권자로서의 지위를 잃지 않는다고 할 것이므로, 위 제3자로서는 위 말소등기의 회복 여부에 관계없이 소유권에 기한 방해배제청구로서 직접 등기명의자를 상대로 원인무효인 위 각 가등기 및 가등기에 기한 본등기의 말소를 청구하여 그 등기가 말소되면 등기공무원이 다시 직권으로 말소된 위 제3자 명의의 소유권이전등기의 회복등기를 할 수 있다 할 것이고, 위 제3자 명의로 경로된 소유권이전등기가 잘못 말소되었다 하여 이미 목적달성으로 소멸한 전소유자에 대한 소유권이전등기청구권이 다시 발생한다고 할 수 없으므로 위 제3자에게는 전소유자를 대위하여 위 각 가등기 및 본등기의 말소를 청구할 피보전권리가 없다(대법원 1997. 10. 24. 선고 97다29097 판결 등 참조).

2) 구체적 판단 위 법리에 비추어 살피건대, 피고 회사가 2019. 7. 1. 이 사건 제2부동산에 관하여 이 사건 가등기의 이전등기를 마친 사실은 앞서 본 바와 같고, 앞서 든 증거들과 갑나 제16, 31호증의 각 기재에 의하면, 2020. 12. 24. 이 사건 제2부동산에 대한 강제경매 개시결정이 이루어진 사실, 위 경매절차에서 원고보조참가인과 T가 2024. 3. 15. 매각대금을 완납하고 2024. 3. 20. 각각 위 부동산 중 1/100, 99/100 지분에 관하여 소유권이전등기를 마친 사실, 피고 회사가 2024. 5. 8. 이 사건 제2부동산에 관하여 이 사건 가등기의 이전등기에 기한 본등기로 2024. 4. 20. 매매를 원인으로 하는 소유권이전등기를 마친 사실, 이에 따라 원고보조참가인과 T 명의의 위 지분소유권이전등기가 직권으로 말소된 사실이 인정된다.

이 사건 소송에서 원고가 승소하여 이 사건 가등기의 이전등기가 원인무효로 판단될 경우, 위 가등기의 이전등기에 기하여 경로된 피고 회사 명의의 본등기 및 위 본등기가 경로됨으로써 등기공무원이 직권으로 한 원고보조참가인 명의의 지분소유권이전등기의 말소등기 모두 원인무효로

되어, 원고보조참가인은 이 사건 제2부동산의 공유자로서 피고 회사를 상대로 이 사건 가등기의 이전등기에 기한 본등기의 말소를 청구할 수 있고, 그 등기가 말소되면 등기공무원이 다시 직권으로 말소된 이 사건 제2부동산에 관한 지분소유권이전등기의 회복등기를 할 수 있다. 따라서 원고보조참가인은 이 사건 소송의 결과에 대하여 법률상의 이해관계를 가진다고 봄이 타당하므로, 피고들의 위 주장은 이유 없다.

3. 당사자 주장의 요지

가. 피고 B에 대한 청구

1) 원고 원고는 피고 B와 이 사건 제1매매계약을 체결한 후 피고 B에게 이 사건 제1부동산에 관한 소유권이전등기를 마쳐주었음에도 피고 B은 원고에게 잔금 317,000,000원을 지급하지 않았다. 따라서 원고는 피고 B에게 위 잔금 및 이에 대한 지연손해금의 지급을 구한다.

2) 피고 B 이 사건 제1매매계약은 가장매매에 해당하여 통정허위표시로서 무효이므로, 원고는 피고 B에 대하여 잔대금채권을 가지고 있지 않다.

나. 피고 회사에 대한 청구

1) 주위적 청구 가) 주위적 주장

(1) 원고

원고는 이 사건 제1매매계약에 따라 피고 B에 대하여 317,000,000원 상당의 잔대금채권을 가지고 있다. 설령 이 사건 제1매매계약이 무효라고 하더라도, 이 사건 제1부동산이 제3자에게 매각됨으로써 위 부동산에 관한 피고 B의 소유권이전등기말소의무가 이행불능이 된 이상, 원고는 피고 B에 대한 대상청구권을 가지고 있다. 그런데 피고 B은 채무초과상태에서 이 사건 가등기에 기한 소유권이전청구권을 피고 회사에게 매도한 후 위 가등기의 이전등기를 마쳐주었는바, 피고들 사이에 체결된 이 사건 제2매매계약은 사해행위에 해당하므로 이를 취소하고, 피고 회사에게 피고 B에 대하여 이 사건 가등기 이전등기의 말소등기절차를 이행할 것을 구한다.

(2) 피고 회사

이 사건 제1매매계약은 가장매매에 해당하여 통정허위표시로서 무효이므로 원고는 피고 B에 대하여 잔대금채권을 가지고 있지 않다. 설령 이 사건 제1매매계약이 가장매매에 해당하지 않는다고

하더라도 반사회적 법률행위 또는 원시적 이행불능 또는 조건불성취로 인하여 무효이거나, 피고 B의 채무불이행 또는 후발적 이행불능으로 해제되었다고 보아야 한다. 또한 이 사건 제1매매계약이 유효하다고 하더라도 피고 B은 원고에게 이미 잔금을 모두 지급하였으므로 피보전권리가 존재하지 않고, 이와 달리 원고의 피보전권리가 인정된다고 하더라도 이 사건 제2매매계약 당시 피고 B은 채무초과상태가 아니었으므로 위 매매계약을 사해행위라고 볼 수 없다.

나) 예비적 주장

(1) 원고

원고는 관련 소송의 확정판결에 따라 피고 B에 대하여 339,942,897원 및 이에 대한 지연손해금 상당의 부당이득반환청구권을 가지고 있는 채권자이다. 피고들 사이에 체결된 이 사건 제2매매계약은 사해행위에 해당하므로 이를 취소하고, 피고 회사에게 피고 B에 대하여 이 사건 가등기 이전등기의 말소등기절차를 이행할 것을 구한다.

(2) 피고 회사

원고가 피고 B에 대하여 가지는 위 부당이득반환청구권은 이 사건 제2매매계약이 체결된 이후에 발생한 채권이고, 위 매매계약 당시 이미 채권 성립의 기초가 되는 법률관계가 발생되어 있었다거나, 가까운 장래에 채권이 성립되리라는 점에 대한 고도의 개연성이 있었다고 볼 수 없으므로, 위 부당이득반환청구권은 피보전권리가 될 수 없다. 설령 위 부당이득반환청구권이 피보전채권이 될 수 있다고 하더라도, 이 사건 제2매매계약 당시 피고 B은 채무초과상태가 아니었으므로 위 매매계약을 사해행위라고 볼 수 없다.

2) 예비적 청구 가) 원고

원고는 피고 B에 대하여 이 사건 제1매매계약에 따른 잔대금채권 또는 관련 소송의 확정판결에 따른 부당이득반환청구권을 가지고 있는데, 이 사건 제2매매계약은 통정허위표시로 무효이므로, 원고는 무자력인 피고 B을 대위하여 피고 회사에 대하여 이 사건 가등기 이전등기의 말소등기절차의 이행을 구한다.

나) 피고 회사

이 사건 제1매매계약은 가장매매에 해당하여 통정허위표시로서 무효이므로 원고는 피고 B에 대하여

잔대금채권을 가지고 있지 않고, 이 사건 제2매매계약은 진정한 매매계약으로서 통정허위표시에 해당하지 않으므로 피대위권리가 존재하지 아니한다.

4. 판단

가. 피고 B에 대한 청구에 관한 판단

원고와 피고 B 사이에 이 사건 제1매매계약이 체결된 사실은 앞서 본 바와 같은바, 원고가 피고 B를 상대로 이 사건 제1매매계약에 기한 잔대금의 지급을 청구함에 대하여, 피고 B은 위 매매계약이 통정허위표시로서 무효라고 주장하므로, 위 매매계약이 통정허위표시로서 무효인지 여부에 관하여 살펴본다.

1) 의사표시의 진의와 표시가 일치하지 아니하고, 그 불일치에 관하여 상대방과 사이에 합의가 있는 경우에는, 통정허위표시가 성립한다(대법원 1998. 9. 4. 선고 98다17909 판결 등 참조).

2) 위에서 인정한 사실 및 앞서 든 증거들과 을 제8 내지 18호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 더하여 인정할 수 있는 아래와 같은 사실 또는 사정들을 종합하면, 이 사건 제1매매계약은 그 실제 계약 체결일이 언제인지 여부와 관계없이 원고가 동업관계였던 피고 B과 통정하여 형식적으로 체결한 가장매매계약이라고 봄이 타당하므로, 민법 제108조 제1항에 의해 무효이다. 따라서 피고 B의 위 주장은 이유 있고, 결국 이 사건 제1매매계약이 유효함을 전제로 한 원고의 잔대금 지급청구는 더 나아가 살펴볼 필요 없이 이유 없다.

① 이 사건 제1매매계약의 매매목적물인 이 사건 제1부동산은 원고, G, 피고 B이 2014. 7. 3.

체결한 동업계약에 기한 조합재산이므로 원고가 동업자인 G의 동의 없이 임의로 피고 B에게 처분할 수 없다. 또한 이 사건 제1매매계약의 특약에서는 매수인인 피고 B이 지급해야 할 잔금

317,000,000원을 차후 입주하는 임대차보증금으로 최우선 지급한다고 정하고 있는데, 위

임대차보증금 역시 조합재산이므로 원고와 피고 B이 G의 동의 없이 임의로 이를 잔금 지급에 갈음할 수 없다. 그런데 이 사건 제1매매계약의 체결이나 잔금 지급 방법 등에 관하여 G의 동의가 있었음을 인정할 만한 자료를 찾아볼 수 없다.

② 피고 B이 이 사건 제1매매계약에 따라 원고에게 실제로 매매대금을 지급하였다고 볼 만한 자료가 없고, 원고가 매매대금을 전부 지급받지 아니한 상태에서 계약체결일에 피고 B에게 이 사건

제1부동산에 관한 소유권이전등기를 마쳐주었는데, 이는 통상의 매매계약 사례와 비교해 보면 매우 이례적이다.

③ 원고는 동업관계였던 G, 피고 B를 상대로 의정부지방법원에 동업정산금반환청구 소송(의정부지방법원 2016가합2342)을 제기하였는데, 원고는 위 소송에서 이 사건 제1매매계약은 단지 O조합(이하 'O'이라 한다)으로부터 대출을 받기 위한 목적으로 체결된 가장매매임을 인정한 바 있고, 피고 B도 자신과 원고, G는 O으로부터 대출을 받고자 하였는데 원고가 신용상의 문제로 원고의 지분을 전부 자신에게 넘기기로 하여 매매를 원인으로 한 소유권이전등기를 해두었다는 취지로 답변하였다.

④ 또한, 원고는 H를 상대로 의정부지방법원에 사해행위취소 등 소송(의정부지방법원 2016가합2588)을 제기하였는데, 위 소송에서도 원고는 이 사건 제1부동산 중 건물이 완공된 후 출자금 회수하는 과정에서 대출문제로 이 사건 제1부동산에 관한 소유권을 피고 B에게 넘겨주었다고 주장하였고, 2016. 11.경 의정부지방법검찰청에 제출한 피고 B 등에 대한 고소장에서도 자신이 피고 B에게 이 사건 제1부동산의 소유권을 이전한 것은 단지 O으로부터 대출을 받기 위함이었다고 주장하였다.

⑤ 원고는, 원고가 2016. 6. 23. 피고에게 원고의 동업지분 50%를 매도하는 계약을 체결한 것을 근거로 이 사건 제1매매계약이 위 지분매매계약과 일체를 이루고 있어 유효하다는 취지로 주장하나, 원고는 H과의 가처분 이의 사건(의정부지방법원 2016카합306)에서 2015. 9. 24.자 이 사건 제1매매계약서와 2016. 6. 23.자 위 지분매매계약서가 모두 가장매매계약서임을 인정한 바 있다.

⑥ 원고에 대한 채권자였던 P이 피고 B 등을 상대로 의정부지방법원에 대여금 청구 소송(의정부지방법원 2017가합53187)을 제기하였는데, 위 사건에서 원고는 증인으로 출석하여 이 사건 제1부동산의 명의를 피고 B에게 이전해 놓은 이유에 대해 질문을 받자 "신용이 문제가 생겨서 O에 제가 이야기를 했더니 그러면 제가 채무자가 될 수 없다고 해서 미리 이야기를 했더니 이야기를 잘 해줬다고 하였습니다. 그래서 제가 채무자가 안 되고 이 두 사람2) 중에 '소유권자 중에 한 명을 택하라'고 해서 어차피 그때 당시는 아무런 트러블이 없었으니까 B한테 한 것입니다."라고 증언하였고, 2016. 6. 23.자 지분매매계약에 대한 질문을 받자 "동업지분매매계약은 실질적으로 한

것이 아니라 사업자등록증에서 제외되기 위해서입니다."라고 증언하였다.

⑦ 위에서 살펴본 바와 같이 그동안 원고는 이 사건 제1매매계약이 가장매매에 해당한다는 취지로 일관되게 주장하였고, 피고 B도 앞서 본 바와 같이 당시 원고의 동업자로서 위와 같은 사정을 양해하여 원고와 이 사건 제1매매계약을 체결한 후 자신 명의로 소유권이전등기를 마친 것으로 판단된다.

⑧ 실제로 이 사건 제1매매계약이 체결된 날 이 사건 제1부동산에 대해 채권최고액 1,820,000,000원, 채무자 G, 근저당권자 O의 근저당권설정등기가 마쳐졌고, 원고, G, 피고 B은 위와 같이 근저당권을 설정하고 대출받은 1,400,000,000원을 위 부동산에 이미 설정되어 있던 주식회사 Q의 대출금을 변제하는 데에 사용한 것으로 보인다.

나. 피고 회사에 대한 청구에 관한 판단

1) 주위적 청구 중 주위적 주장에 관한 판단 가) 피보전채권의 존부

(1) 잔대금채권

이 사건 제1매매계약이 가장매매로서 통정허위표시에 해당하여 무효임은 앞서 본 바와 같으므로, 원고가 피고 B에 대하여 이 사건 제1매매계약에 기한 잔대금채권을 가진다고 볼 수 없다.

(2) 대상청구권3) 원고가 이 사건 제1매매계약에 따라 피고 B에게 이 사건 제1부동산에 관한 소유권이전등기를 마쳐준 사실은 앞서 본 바와 같은데, 이 사건 제1매매계약은 통정허위표시에 해당하여 무효이므로, 피고 B은 원고에게 이 사건 제1부동산에 관한 소유권이전등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다. 그런데 앞서 든 증거에 의하면, 파주시 F 대 666.8m²와 그 지상 건물에 관한 임의경매절차에서 U, V가 2018. 1. 19. 매각대금을 완납하고 같은 날 각 1/2 지분에 관한 소유권이전등기를 마친 사실이 인정되므로, 이로써 피고 B의 위 소유권이전등기 말소의무는 이행불능이 되었다고 할 것이다.

그러나 대상청구권이 인정되기 위하여는 급부가 후발적으로 불능하게 되어야 하고, 급부를 불능하게 하는 사정의 결과로 채무자가 채권의 목적물에 관하여 '대신하는 이익'을 취득하여야 하는데(대법원 2003. 11. 14. 선고 2003다35482 판결 등 참조), 위 능산리 토지와 건물이 임의경매절차에서 매각됨으로써 피고 B이 이에 대신하는 이익을 취득하였다고 볼 만한 증거가 없으므로, 원고가 피고

B에 대하여 대상청구권을 가진다고 볼 수 없다.

나) 소결

위 잔대금채권 또는 대상청구권을 피보전채권으로 하여 사해행위의 취소 등을 구하는 원고의 주장은 더 나아가 살필 필요 없이 이유 없다.

2) 주위적 청구 중 예비적 주장에 관한 판단 가) 피보전채권의 존부

(1) 관련 법리

채권자취소권에 의하여 보호될 수 있는 채권은 원칙적으로 사해행위라고 볼 수 있는 행위가 행하여지기 전에 발생한 것임을 요하지만, 그 사해행위 당시에 이미 채권 성립의 기초가 되는 법률관계가 발생되어 있고 가까운 장래에 그 법률관계에 터잡아 채권이 성립되리라는 점에 대한 고도의 개연성이 있으며 실제로 가까운 장래에 그 개연성이 현실화되어 채권이 성립된 경우에는 그 채권도 채권자취소권의 피보전채권이 될 수 있다(대법원 2005. 6. 23. 선고 2005다20361 판결 등 참조). 여기서 채무자의 재산처분행위 이후에 발생한 채권이나 채무와 관련하여 채권자취소권을 인정하기 위한 요건으로서의 '고도의 개연성'은 단순히 향후 채권이나 채무가 성립할 가능성이 있는 정도에 그쳐서는 안 되고, 적어도 채무자의 사해의사를 추단할 수 있는 객관적 사정이 존재하여 일반적으로 누구라도 그 채권이나 채무의 성립을 예견할 수 있을 정도에 이르렀다고 볼 만한 상태에서 채무자의 재산처분행위가 이루어졌어야 하며, 구체적으로 이러한 고도의 개연성이 있는지는 채권자와 채무자 사이의 기초적 법률관계의 내용, 채무자의 재산 상태 및 그 변화 내용, 일반적으로 그와 같은 상태에서 채권 또는 채무가 발생하는 빈도 및 이에 대한 일반인의 인식 정도, 채무자의 재산처분행위와 채권 또는 채무 발생과의 시간적 간격 등 여러 가지 사정을 종합하여 객관적으로 판단하여야 한다(대법원 2013. 2. 14. 선고 2012다83100 판결 등 참조).

(2) 구체적 판단

원고의 피고 B에 대한 부당이득반환청구권은 피고 B이 변제공탁금을 수령한 2019. 7. 8. 발생하였는데, 이는 원고가 사해행위로 주장하는 이 사건 제2매매계약이 체결된 2019. 7. 1. 이후이므로, 위에서 본 법리를 적용하여 위 부당이득반환청구권이 원고의 사해행위취소청구의 피보전채권이 될 수 있는지에 관하여 살펴본다.

원고가 피고 B로부터 금원을 차용한 후 피고 B에게 이 사건 제3부동산에 관하여 이 사건 담보가등기를 마쳐준 사실, 피고 B의 딸인 K와 어머니인 L이 각 이 사건 담보가등기의 피담보채권에 관하여 채무자를 피고 B, 제3채무자를 원고, I로 하는 각 채권압류 및 전부명령을 받았고 위 각 명령이 확정된 사실, 이후 원고, I가 M와 사이에 이 사건 제3부동산에 관하여 매매대금 1,410,000,000원의 매매계약을 체결하였는데, 피고 B이 위 부동산에 관하여 청구금액을 546,465,000원으로 하여 임의경매를 신청한 사실, M가 이 사건 담보가등기 및 임의경매절차 진행을 이유로 원고와 I에게 잔금을 지급하지 않자 원고와 I가 피고 B을 상대로 이 사건 담보가등기의 말소를 구하는 관련 소송을 제기한 사실, 위 소송 진행 중 원고와 I가 2018. 11.경 M와 '2019. 6. 30.까지 이 사건 제3부동산에 관한 임의경매절차와 가등기 문제가 해결되지 아니하면 M가 변제공탁을 한다.'는 취지의 확약서를 작성한 사실은 앞서 본 바와 같다. 위 인정사실에 의하면, 이 사건 제2매매계약이 체결될 당시에는 관련 소송이 제기되어 이 사건 담보가등기의 피담보채무인 원고, I의 피고 B에 대한 잔여 대여금채무의 액수가 다투어지고 있었고, 원고, I와 M 사이에 2019. 6. 30.까지 관련 소송이 종료되지 않을 경우 M가 이 사건 담보가등기의 피담보채무를 변제공탁하기로 하는 내용의 확약서가 작성된 상황이었으므로, 원고의 부당이득반환청구권의 성립의 기초가 되는 법률관계는 존재하였다고 볼 여지가 있으나, 위에서 인정한 사실에 더하여 앞서 든 증거들과 갑 제31호증의 기재 및 변론 전체의 취지에 의하여 인정할 수 있는 아래와 같은 사정들에 비추어 보면, 원고가 제출한 증거들만으로는 이 사건 제2매매계약 체결 당시 위 부당이득반환청구권이 성립되리라는 점에 대한 고도의 개연성이 있었다고 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다. 따라서 위 부당이득반환청구권이 원고의 주장과 같은 사해행위취소청구의 피보전채권이 된다고 보기 어렵다.

(가) 이 사건 제2매매계약 체결 당시 원고, I와 피고 B은 관련 소송에서 이 사건 담보가등기의 피담보채무 액수를 다투고 있는 상황이었는데, 위 사건의 제1심판결은 이 사건 제2매매계약이 체결된 때로부터 무려 1년이나 지난 2020. 10. 14.에서야 선고되었으므로 당시 수소법원이 누구의 주장을 받아들일지 알 수 없는 상황이었고, 달리 피고 B이 위 소송의 결과를 쉽게 예측할 수 있었다고 볼 만한 증거도 없다. 따라서 피고 B이 이 사건 제3부동산에 관한 임의경매를 신청하면서 청구한 금액이 피고 B의 실제 채권액보다 과다하였다고 단정하기 어렵다.

(나) 피고 B이 원고, I와 M 사이에 확약서가 작성된 사실을 미리 알고 있었다고 볼 만한 자료가 없고, 설령 피고 B이 위 확약서의 존재를 알고 있었다고 하더라도 M가 2019. 6. 30.이 도과하였을 때 실제로 공탁을 할지 여부에 대해서까지 알고 있었다고 볼 만한 자료가 없다.

(다) 원고는 M가 이 사건 제3부동산을 매수하기 전 피고 B에게 연락하여 가등기의 피담보채무 규모 등을 확인한 후 매수하였다거나 피고 B와 공모하여 M의 변제공탁 및 피고 B의 공탁금 수령이 이루어졌다는 취지로 주장하나, 원고가 제출한 증거들만으로는 위 주장사실을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

나) 소결

결국 위 부당이득반환청구권을 피보전채권으로 하여 사해행위의 취소 등을 구하는 원고의 주장은 더 나아가 살필 필요 없이 이유 없다.

3) 예비적 청구에 관한 판단 가) 피보전권리의 존재

원고의 피고 B에 대한 잔대금채권의 존재는 인정할 수 없으나, 관련 소송의 확정판결에 따라 피고 B이 원고와 I에게 339,942,897원 및 그 지연손해금 상당의 부당이득반환채무를 부담함은 앞서 본 바와 같다. 다만 위 판결에 있어서 중첩관계가 표시되지 아니한 이상 다수당사자의 채권관계는 분할채권이 원칙이므로 원고의 피고 B에 대한 부당이득반환채권은 169,371,448원(= 339,942,897원 × 1/2, 원 미만 버림) 및 그 지연손해금이라 할 것이고, 일응 위 부당이득반환채권은 채권자대위권의 피보전권리가 된다.

나) 보전의 필요성

채권자가 채무자를 대위함에 있어서 대위에 의하여 보전될 채권자의 채무자에 대한 권리가 금전채권인 경우에는 그 보전의 필요성이 인정되어야 하므로, 채권자는 원칙적으로 채무자가 무자력인 때에만 채무자를 대위하여 채무자의 제3채무자에 대한 권리를 행사할 수 있고(대법원 2009. 2. 26. 선고 2008다76556 판결 등 참조), 이와 같이 채권자대위권 행사의 요건인 보전의 필요성은 사실심의 변론종결 당시를 기준으로 판단되어야 한다(대법원 1976. 7. 13. 선고 75다1086 판결 등 참조).

살피건대, 원고가 피고 B에 대하여 위 부당이득반환채권을 가지고 있고, 앞서 든 증거들 및 갑

제59호증, 을 제27호증의 각 기재, 이 법원의 사단법인 W에 대한 신용정보제출명령 결과, 이 법원의 법원행정처에 대한 사실조회 결과에 의하면, 피고 B이 2023. 12. 26. 기준 신용정보 조회에 2018. 5. 8. 발생한 연체액으로 30,753,000원이 해제되지 않은 채 기재되어 있는 사실, 피고 B 소유의 포천시 X 대 42.9m²(이하 'X 토지'라 한다)에 관하여 강제경매가 개시된 사실은 인정된다. 그러나 앞서 든 증거들과 을 제58 내지 60호증의 각 기재에 의하면, X 토지에 관하여 피고 B이 그 소유권을 취득하기 이전인 2011. 9. 26. 설정된 Y조합 명의의 근저당권을 2018. 11. 7. 확정채권 대위변제를 원인으로 이전받은 것으로 보이는 사실, 원고가 피고 B을 상대로 한 의정부지방법원 2022가단102918 청구이의 소송에서 원고는 피고 B에 대한 위 부당이득반환채권을 자동채권으로 하여 피고 B의 원고에 대한 소송비용액확정 결정의 금액과 집행비용에 대하여 상계를 하였고, 그 결과 위 소송에서 피고 B의 원고에 대한 소송비용액확정결정의 금액과 집행비용의 합계 11,645,193원이 원고의 피고 B에 대한 위 부당이득반환채권과 대등액 범위 내에서 소멸된 것으로 판시한 판결이 2022. 8. 18. 선고됨으로써 2022. 9. 3. 확정된 사실, 또한 원고가 피고 B을 상대로 한 서울북부지방법원 2023가단138171 청구이의 소송에서 원고는 피고 B에 대한 위 부당이득반환채권을 자동채권으로 하여 피고 B의 양수금채권과 상계를 하였고, 그 결과 위 소송에서 피고 B의 원고에 대한 양수금채권 70,000,000원 및 그 이자 또는 지연손해금 57,903,005원 합계 127,903,005원이 그 상계적상일인 2019. 11. 16. 소급하여 원고의 피고 B에 대한 위 부당이득반환채권과 대등액 범위 내에서 소멸된 것으로 판시한 판결이 2024. 1. 10. 선고됨으로써 2024. 1. 30. 그대로 확정된 사실, 한편 피고 B이 원고를 상대로 2023. 1. 13. 제기한 의정부지방법원 2023가단100971 보관금반환 소송에서 피고 B은 원고에 대하여 원고가 피고 B의 위임에 따라 수령하였다며 파주시 F 지상 Z 건물에 관한 임대차계약 보증금 중 일부로 2억 원의 지급을 구하고 있는 사실이 인정되는바, 위와 같은 소송 경과와 그 내용, 원고의 위 부당이득반환채권의 잔존 금액, 원고와 피고 B 사이의 관계 등에 비추어 원고가 제출한 증거들만으로는 피고 B이 이 사건 변론종결일 현재 무자력 상태에 있다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

따라서 원고가 채권자대위권을 행사함에 있어 그 보전의 필요성이 인정되지 않는다.

다) 소결

결국 이 사건 소 중 소유권이전청구권 가등기 이전등기의 말소등기절차 이행을 구하는 예비적 청구 부분은 채권자대위권의 행사에 있어 그 보전의 필요성이 인정되지 않으므로 부적법하다.

5. 결론

원고보조참가인의 보조참가는 적법하므로 이를 허가한다. 이 사건 소 중 예비적 청구 부분은 부적법하므로 이를 각하하고, 원고의 나머지 청구(금전 청구 부분 및 매매계약의 취소 등을 구하는 주위적 청구 부분)는 각 이유 없으므로 이를 기각하여야 하는바, 제1심판결은 이와 결론을 같이하여 정당하므로 원고의 항소는 모두 이유 없어 이를 기각한다.

재판장판사남양우

판사홍성욱

판사채동수

- 1) 원고는 이를 주위적 청구와 예비적 청구로 나누어 구하고 있으나 모두 동일한 청구원인을 내용으로 하므로 동일한 청구에 지나지 않는다.
- 2) G, 피고 B을 의미한다.
- 3) 피고 회사는 원고가 최초 소제기 당시에는 '이 사건 제1매매계약에 따른 잔대금채권'만을 피보전채권으로 주장하다가, 이 법원에 이르러 뒤늦게 '이 사건 제1부동산에 관한 소유권이전등기 말소 의무의 이행불능으로 인한 대상청구권'을 피보전채권으로 추가한 것은 실기한 공격방어방법으로서 허용될 수 없다는 취지로 주장하나, 원고가 제1심에서는 이 사건 제1매매계약이 유효함을 전제로 위 잔대금채권만을 피보전채권으로 주장하였으나 제1심법원이 이 사건 제1매매계약이 무효이므로 원고의 잔대금채권이 인정되지 않는다고 판단하자, 원고가 이 사건 제1매매계약이 무효라고 하더라도 원고가 피고에 대하여 위 대상청구권을 가진다며 대상청구권을 추가한 것에 불과한 점 등에 비추어 볼 때, 원고가 이 법원에서 비로소 위 피보전채권에 관하여 주장, 증명을 하는 것이 고의 또는 중대한 과실로 공격방어방법을 뒤늦게 제출함으로써 소송의 완결을 지연시키게 하는 것이라고 보기는 어려우므로, 피고 회사의 위 주장은 받아들이지 않는다.