

수원지방법원 여주지원 2021. 5. 18 선고 2020가단53922 판결 [사해행위취소]

---

## 전 문

원 고 A 주식회사

소송대리인 법무법인 메리트 담당변호사 김규동, 김형돈

피 고 B

변 론 종 결 2021. 5. 4.

판 결 선 고 2021. 5. 18.

## 주 문

1. 원고의 청구를 기각한다.
2. 소송비용은 원고가 부담한다.

## 청 구 취 지

피고와 C 사이에 2019. 10. 18. 경기 양평군 D 대 777㎡(이하 ‘이 사건 부동산’이라고 한다)에 관하여 체결한 근저당권해지계약을 취소한다. 피고는 이 사건 부동산에 관하여 2019. 10. 18. 접수 제48521호로 마친 근저당권말소등기의 회복등기절차를 이행하라.

## 이 유

### 1. 기초사실

가. 원고는 C을 상대로 서울중앙지방법원 2019가단5003014 약정금 청구소송을 제기하여 2019. 5. 22. ‘C은 원고에게 1억 원과 이에 대한 지연손해금을 지급하라.’는 판결이 선고되었고, 위 판결은 그 무렵 확정되었다.

나. C은 2016. 2. 16. 피고 소유인 이 사건 부동산에 채권최고액 5억 원인 근저당권설정등기(이하 ‘이 사건 근저당권’이라고 한다)를 마쳤다가 2019. 10. 18. 해지를 원인으로 근저당권설정등기를 말소하였다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 4, 5, 6호증, 변론 전체의 취지

## 2. 당사자 주장의 요지

가. 원고

C이 채무초과 상태에서 이 사건 부동산에 설정한 근저당권을 해지한 것은 채권자인 원고에 대한 관계에서 사해행위에 해당하므로, 피고는 근저당권말소등기의 회복등기절차를 이행하여야 한다.

나. 피고

피고는 사업 운영에서 발생한 우발채무로 인하여 이 사건 부동산이 경매로 넘어가더라도 일부를 보전하기 위해 C과 아무런 채권채무관계가 없음에도 C을 근저당권자로 하여 근저당권설정등기를 마쳤고, 이후 금융기관에서 대출을 받기 위해 C의 근저당권설정등기를 말소한 것이므로 이는 사해행위에 해당하지 않는다.

## 3. 판단

사해행위취소권은 채권의 공동담보를 보전하는 것을 목적으로 하므로 사해행위가 성립하려면 이 사건 근저당권이 공동담보에 제공되는 책임재산이라고 볼 수 있어야 한다.

한편 근저당권은 그 담보할 채무의 최고액만을 정하고, 채무의 확정을 장래에 보류하여 설정하는 저당권으로서(민법 제357조 제1항), 계속적인 거래관계로부터 발생하는 다수의 불특정채권을 장래의 결산기에서 일정한 한도까지 담보하기 위한 목적으로 설정되는 담보권이므로, 근저당권설정행위와는 별도로 근저당권의 피담보채권을 성립시키는 법률행위가 있어야 하고,

근저당권의 성립 당시 근저당권의 피담보채권을 성립시키는 법률행위가 있었는지 여부에 대한 증명책임은 그 존재를 주장하는 측에 있다(대법원 2009. 12. 24. 선고 2009다72070 판결 참조). 그런데 피고는 이 사건 근저당권의 피담보채권을 성립시키는 법률행위가 없었다는 취지의 주장을 하는바, 원고가 제출한 증거만으로 피담보채권을 성립시키는 법률행위가 있었음을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

피고의 주장을 이 사건 근저당권설정계약이 통정허위표시로서 무효라는 주장으로 보더라도 갑 7, 13, 14호증, 을 1 내지 7호증의 각 기재, 증인 C의 증언에 변론 전체의 취지를 종합하면, 피고가 E에게서 차용한 5억 원을 갚지 못하여 이 사건 근저당권 설정 무렵 강제집행을 당할 처지에 있었던 사실, 이에 피고가 C에게 경매로 집이 날아가게 생겼으니 C 앞으로 근저당권을 설정해 달라고 부탁하여 C이 이에 응한 사실, 피고가 이 사건 부동산 외에 서울 서대문구 F건물 G호에도 공동 근저당권을 설정하였는데, 위 부동산이 경매에서 매각되어 근저당권자 C에게 2016. 11. 30. 배당된 105,808,751원은 같은 날 피고가 수령하여 1억 원을 동생 H의 계좌에 입금한 사실, 피고가 C의 근저당권을 말소한 후 2019. 11. 18. I은행에서 대출을 받으면서 I은행에 근저당권을 설정하였고, 대출금은 C과 무관한 피고의 채무 변제 등에 쓰인 사실을 인정할 수 있는바, 이 사건 근저당권설정계약은 통정허위표시로 무효라고도 볼 수 있다.

#### 4. 결론

따라서 이 사건 근저당권이 C의 책임재산이라고 볼 수 없으므로 원고의 청구는 나아가 살필 필요 없이 이유 없다.

판사 김수정