

서울중앙지방법원 2021. 7. 2 선고 2019가합581561 판결 [사해행위취소]

재판경과

서울고등법원 2022. 10. 28 선고 2021나2029458, 2022나2020120 판결

서울중앙지방법원 2021. 7. 2 선고 2019가합581561 판결

전문

원고법무법인(유한) A

피고주식회사 B

소송대리인 법무법인(유한) 태평양

담당변호사 이동신, 최고은

변론종결 2021. 4. 30.

판결 선고 2021. 7. 2.

주문

1. 이 사건 소를 각하한다.
2. 소송비용은 원고가 부담한다.

N

청구취지

1. 주위적 청구취지

가. 피고가 C을 상대로 제기한 서울서부지방법원 D 소유권이전등기청구 소송에서 C이 한 2018. 11. 15.자 인낙은 이를 취소한다.

나. 피고는 원고에게 5억 원과 이에 대하여 이 판결 확정일부터 다 갚는 날까지 연 12%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.

2. 예비적 청구취지

피고는 원고에게 200,967,444원과 이에 대하여 2021. 4. 29.자 청구취지 변경신청서 부분 송달 다음날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.

이 유

1. 기초사실

가. 당사자의 관계

1) 원고는 2013. 5. 14. 설립된 법무법인(유한)이고, 피고는 2016. 8. 30. 설립되어 부동산 매매 및 임대업 등을 영위하는 법인이며, E 주식회사(이하 'E'이라 한다)는 2017. 9. 14. 설립되어 부동산 개발 및 시행사업을 영위하는 법인이다.

2) 원고의 대표이사 F은 2018. 1. 5. E의 사내이사에 취임하였다가 2018. 4. 12. 사임하였고, 2018. 11. 6. 사내이사 및 대표이사에 취임하였다가 2019. 7. 17. 대표이사 직에서 해임되었다.

나. 이 사건 각 부동산의 소유관계

1) G는 서울 마포구 H 대 688.9m²(이하 '이 사건 토지'라 한다)를 소유하고 있었고, 그 지상 건물(이하 '이 사건 건물'이라 하고, 위 토지와 건물을 통칭할 때는 '이 사건 각 부동산'이라 한다)은 G(1/2 지분)와 I(1/2 지분)이 공유하고 있었다.

2) G와 I은 2015. 4. 24. 이 사건 각 부동산에 관하여 2015. 4. 22.자 증여를 원인으로 G의 자녀들인 C(6/15 지분, 이하 C의 토지 지분을 '이 사건 토지 지분'이라 하고, 건물 지분을 '이 사건

건물 지분'이라 하며, 통칭할 때는 '이 사건 각 지분'이라 한다), J(2/15 지분), K(2/15 지분)과, I의 자녀들인 L(3/15 지분), M(1/15 지분), N(1/15 지분)에게 소유권이전등기를 마쳐주었다.

다. 피고와 C의 공동사업계약

C, J, K, M, N, L(이하 'C 등'이라 한다)는 2017. 8. 23. 피고와 사이에 아래와 같은 내용으로 공동사업계약(이하 '이 사건 제1 공동사업계약'이라 한다)을 체결하였다.

약정서

C 등은 신축사업과 관련하여 개발행위 등 일체의 모든 권한을 C에게 위임함. 이하 C 등과 피고는 다음과 같은 내용에 대한 계약을 체결하며, 신뢰를 바탕으로 이를 성실히 이행할 것을 약속하고 다음과 같이 계약을 체결한다.

다음

제1조(목적)

C 등 소유의 이 사건 토지에 피고와 공동사업으로 지하3층, 지상12층 연면적 4,658.20㎡인 근린생활시설 'H 오피스텔' 75세대, 상가 및 부대복리시설을 신축·분양하여 C 등과 피고는 공동의 이익달성을 목적으로 한다.

제2조(역할분담)

① C 등은 기본적으로 제1항에서 규정한 공동이익의 사업을 위하여 이에 필요한 기반시설(토지 등)을 제공하고, 신축사업에 필요한 각종 행정절차(인허가 등)에 협조하며, 위 건축물 완성에 필요한 담보제공에 적극협력하기로 한다.

1. C 등은 목적물에 대하여 2017. 9. 30.까지 임차인들의 명도를 완료하여야 한다.
2. C 등은 명도를 완료하여 목적물을 2017. 10. 10.까지 피고가 지정하는 신탁회사에 신탁하고 사업비 대출 및 준공 후 보존등기 등 본 신축사업에 필요한 일체의 서류를 제공하며 절차진행에 문제가 없도록 하여야 한다.
3. C 등은 목적물을 정산완료시까지 제3자에게 처분하여서는 아니되고 위 사업 외의 목적으로 제3자의 채권 등으로 인한 담보를 제공하거나 강제집행을 허용하지 않기로 한다.

② 피고는 신축사업에 대한 전반적인 시행업무 및 시공사를 선정하여 전항의 C 등의 협조를 받아 C

등이 제공한 토지 지상 위에 오피스텔을 건축하기로 하며 건축한 오피스텔 75세대를 분양하며 C 등과 피고 사이의 공동의 이익에 이바지하기로 한다.

1. 피고는 오피스텔 신축건물 완공 후 일반에 분양하기로 한다.
2. 피고는 분양광고, 분양방법 및 분양에 따른 분양수익금 등의 자금수납을 관리하고, 분양수수료는 별도로 근생시설은 분양매출액의 8%, 오피스텔은 세대당 500만 원으로 정한다(VAT 별도).

제3조(토지대금)

- ① C 등이 제공한 본 사업부지의 목적물은 수익과 별도로 토지가를 180억 원으로 정하고, 사업정산시 제세공과금과 설계비, 수수료 등 사업상 필수 제경비를 우선하여 공제한 후 지급하기로 한다.
- ② 토지대금은 목적물 신탁 후 사업자금을 대출받아 우선지급할 수 있다.

제5조(계약의 해제 및 계약의 전환)

- ① 당사자 일방이 제2조에서 정한 의무를 이행하지 아니하는 경우 본 계약을 해제할 수 있다.
 1. C 등이 제2조 제1항 제1, 2호에 해당하는 사유가 발생하여 본 계약을 해지할 경우, 본 계약은 사업부지 목적물에 대한 매매계약으로 전환되고 본 계약 제4조 제1항의 효력은 상실한다.
 2. 본 계약이 매매계약으로 전환될 경우 매매대금은 제3조에서 정한 180억 원으로 정하고, 피고가 대여한 20억 원을 계약금으로 하며, 본 계약 체결 이후 추가로 지급한 20억 원은 중도금으로 전환하고, 나머지 차액을 매매대금 잔금으로 한다.
 3. 피고가 잔금지급 시 C 등은 신축사업과 관련한 건축명의 등 일체를 피고에게 이전하고 목적물에 대한 소유권이전등기를 하여야 한다.
- ② 전항의 계약해제는 손해배상청구에 영향을 미치지 아니한다.

제6조(손해배상 및 위약금)

- ① C 등과 피고는 본 계약이 당사자 일방의 귀책사유로 인하여 해지 또는 종료된 경우 상대방에게 그 손해를 배상하여야 한다.
- ② 손해배상은 사업종료시 기대이익의 범위로 정하고 상대방에게 20억 원을 위약금으로 지급한다.

라. E과 C의 공동 사업계약

C은 다른 공유자들을 대표하여 2018. 3. 7. E과 사이에 아래와 같은 내용으로 공동사업계약(이하 '이 사건 제2 공동사업계약'이라 한다)을 체결하였다.

공동사업계약서

부동산 위치: 이 사건 토지

대지면적: 688.9㎡

건축규모: 지하3층 ~ 지상12층

제9조(수익의 배분)

- ① C과 E은 본 사업을 추진함에 있어 총사업비 및 제반지출경비를 제외하고 발생하는 경상이익(세후이익)금에 대하여 본 사업법인의 주식지분에 따라 수익금을 정산한다.
- ② C과 E은 본 사업 목적물의 준공을 완료한 시점을 수익에 대한 정산일로 함을 원칙으로 한다.
- ③ 본 사업의 순조로운 분양으로 사업비를 충당하고도 수익의 발생이 확실시되고, 수익계정의 현금흐름이 원활할 것으로 판단되는 경우에는 C과 E은 합의하여 가정산하고 수익을 배당할 수 있다.

제10조(본 계약의 대여금의 지급 및 반환시점)

- ① E은 본 사업을 위하여 50억 원을 본 계약의 권리행사를 통하여 토지주 C에게 대여금으로 지급하기로 한다.
- ② E은 전항의 대여금 중 1차 대여금으로 이 계약 체결일로부터 5영업일 내에 20억 원을 C에게 지급하기로 하며, 본 계약과 동시에 E은 C에게 이 사건 토지 지분에 채권최고액 60억 원의 근저당권설정등기 서류를 제출하고, 이에 대한 담보서류로 이 사건 토지 지분의 매매계약서를 E이 지정한 법무사 또는 변호사 사무실에 담보로 보관하여야 한다.
- ③ E은 2차 대여금 30억 원을 1차 대여금 집행일로부터 1개월 이내에 대여하거나 또는 C의 지분을 담보로 금융권으로부터 대여받아 2차 대여금 지급에 갈음할 수 있다. 이 경우 E의 근저당권은 금융권의 1순위 근저당권 다음인 차순위로 변경한다. 2차 대여금은 세무서의 근저당권을 제외한 등기부상의 하자(가압류 및 나머지 근저당권 등) 제한사항 정리에 사용하여야 하며 2차 대여금 지급일로부터 20일 이내에 사업부지의 전체에 대한 동의서(신탁동의서와 은행대출시의 담보제공동의서를 말한다)를 E에게 제출하여야 한다.

④ C은 1차 대여금으로 등기부등본 상 피고의 가처분 취하, 주식회사 O(이하 'O'이라 한다)의 경매취하 용도로 사용하고, 2차 대여금은 세무서의 근저당권을 제외한 등기부상의 하자(가압류 및 나머지 근저당권 등) 제한사항 정리와 사업부지상 건물의 명도에 최우선으로 사용하여야 한다.

제13조(계약의 해제, 해지 및 손해배상)

① E이 정당한 이유 없이 대여금의 지급을 이행하지 못하는 경우 C은 본 계약을 해지할 수 있다.

그러나 C이 E로부터 지급받은 원금은 반환하여야 한다.

② C과 E은 본 계약에 대한 해제 및 해지를 할 수 없으나 C과 E의 불가피한 상황으로 본 계약의 해제, 해지 상황이 발생할 경우에는 상호 합의를 원칙으로 하되, C이 본 계약상의 계약을 위반할 경우 담보로 제공된 C의 공유지분에 대한 소유권이전등기를 실행하여도 이의를 제기하지 못한다.

③ C과 E은 상호간의 의무와 권리를 준수하여야 하며, 일방 당사자가 상대방의 귀책사유로 인한 손해가 발생하였을 경우 이에 대하여 그 손해액을 배상하여야 한다.

마. C의 E, 피고에 대한 지분 이전

1) C은 이 사건 건물 지분에 관하여 E에게 2018. 4. 9. 매매를 원인으로 하여 서울서부지방법원 2018. 10. 31. 접수 제41840호로 소유권이전등기를 마쳐주었다.

2) 피고는 서울서부지방법원 D로 C을 상대로 이 사건 토지 지분에 관하여 2018. 3. 7. 매매를 원인으로 한 소유권이전등기를 구하는 소송을 제기하였고, C은 2018. 11. 15. 변론기일에서 피고의 청구를 인낙(이하 '이 사건 인낙'이라 한다)하였다.

3) 피고는 이 사건 토지 지분에 관하여 2018. 3. 7. 매매를 원인으로 하여 서울서부지방법원 2019. 1. 21. 접수 제2149호로 소유권이전등기를 마쳤다.

바. 원고와 E의 수임계약 체결

1) 피고는 2018. 11. 27. E을 상대로 이 사건 건물 지분의 이전을 구하는 소송을 제기하였고(서울서부지방법원 P), E은 위 소송에서 원고를 소송대리인으로 선임하면서 착수금 1,000만 원을 지급하기로 약정하였다.

2) E은 위 소송에서 반소로 사해행위취소의 소(서울서부지방법원 Q)를 제기하였고, 원고에게 반소에

관하여서도 착수금 1,000만 원을 지급하기로 약정하였다.

3) 원고는 위 반소에 관하여 반소장을 제출하였으나, 인지 납부에 관한 보정명령에도 불구하고 E이 인지를 납부하지 않아 반소장 각하명령으로 반소는 종료되었다.

4) E은 C을 상대로 공탁금회수청구권의 가압류를 신청하면서(서울서부지방법원 R) 원고를 소송대리인으로 선임하였고, 착수금으로 300만 원, 성공보수금으로 결정금액의 1%를 각각 지급하기로 약정하였다.

5) E은 S과 O이 이 사건 건물 지분에 관하여 강제경매를 신청한 사건(서울서부지방법원 T, U)에서 강제경매결정의 취소를 신청하면서 원고를 소송대리인으로 선임하였고, 착수금 700만 원을 지급하기로 약정하였다.

사. E을 위한 원고의 그 밖의 소송대리행위

1) 원고는 E의 소송대리인으로서 E이 C을 상대로 60억 원 상당의 손해배상을 구하는 소송을 제기하였으나(서울서부지방법원 V), 인지대와 송달료를 납부하라는 보정명령에 응하지 않아 위 소송은 소장 각하명령으로 종료되었다.

2) 원고는 E의 소송대리인으로서 피고에 대한 채권자취소권을 보전하기 위하여 이 사건 토지 지분에 관한 피고 명의의 소유권이전등기에 대하여 처분금지가처분신청을 하였고(서울중앙지방법원 W), 피고로부터 이 사건 토지 지분을 양수한 X 외 2인을 상대로 처분금지가처분신청(서울중앙지방법원 Y)을 하였다.

3) 원고는 E을 대리하여 C, Z, AA을 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)죄로 고소하였고, E의 소송대리인으로서 E이 C에 대하여 가지는 12억 2,000만 원의 대여금채권을 피보전권리로 하여 C이 피고에 대하여 가지는 매매대금채권을 가압류하는 신청(서울서부지방법원 AB)을 하였다.

아. C의 형사판결

1) C은 '이 사건 제1 공동사업계약의 체결을 위하여 위임장 등 사문서와 인감증명서 등 공문서를 위조하고 이를 행사하였다'는 범죄사실 등으로 2019. 7. 25. 서울남부지방법원에서 징역 2년, 집행유예 3년의 형을 선고받았다. 검사가 위 형사판결에 불복하여 항소하였으나 2020. 1. 9. 항소가 기각되어 위 형사판결이 그대로 확정되었다.

2) C은 '도로부터 대여금 명목으로 20억 원을 편취하였다'는 범죄사실 등으로 2020. 8. 26.

서울서부지방법원에서 징역 4년의 형을 선고받았다. 검사와 C이 위 형사판결에 불복하여 항소하였으나, 2021. 1. 26. 항소가 모두 기각되어 위 형사판결이 그대로 확정되었다.

자. 이 사건 각 지분에 대한 경매 및 배당

AC 주식회사(이하 'AC'이라 한다)의 신청으로 이 사건 각 지분에 관하여 임의경매(서울서부지방법원 AD)가 진행되었고, 2020. 9. 17. 배당이 이루어졌는데, 배당 내역 중 일부는 아래와 같다.

1	마포구	1(토지)	교부권자(당해세)	12,182,640원
2	마포구	1(건물)	교부권자(당해세)	1,253,520원
3	마포세무서	2(토지, 건물)	근저당권자	279,937,350원
4	AE	3(토지)	근저당권자	1,850,000,000원
5	AF(변경전: AG)	4(토지), 3(건물)	가압류권자	600,000,000원
6	AC	4(토지), 3(건물)	신청채권자 겸 근저당권자	2,000,000,000원
7	피고	4(토지), 3(건물)	근저당권자	670,000,000원
8	AH	3(건물)	가압류권자	58,390,385원
9	AH	3(건물)	가압류권자	24,523,961원

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1, 3, 6 내지 10, 12 내지 16, 18, 31, 32, 45호증, 갑 제2호증의 1, 2, 갑 제11호증의 1, 2, 을 제1호증, 을 제13호증의 1, 2의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 원고의 주장

가. E의 권리

1) 채권자취소권 E은 C에 대하여 대여금 20억 원과 44억 원 상당의 손해배상청구권을 가지고 있는 채권자이다. C은 무자력 상태에서 피고가 이 사건 토지 지분의 이전을 구하는 소송을 제기하자 피고에 대한 잔금채권으로 동시이행의 항변권을 행사하지 아니하고 피고의 청구를 그대로 인정하는 이 사건 인낙을 하였다. 이로 인하여 C은 피고로부터 잔금을 지급받는 것이 현저히 곤란하여졌으므로, 이 사건 인낙은 C의 채권자를 해하는 사해행위에 해당한다. 따라서 C의 채권자인 E은 사해행위인 이 사건 인낙의 취소를 구할 수 있다.

다만, 피고가 이 사건 토지 지분을 취득한 이후 임의경매가 이루어져 X, AI, AJ이 이 사건 토지 지분을 취득하여 이 사건 토지 지분의 원상회복이 불가능하므로, 피고는 이를 가액배상하여야 한다. 이 사건 토지의 시가는 9,500,630,000원이고, 이 사건 토지 지분에 설정되어 있던 근저당권의 피담보채무액은 2,236,066,910원이므로 피고는 그 차액을 지급하여야 한다.

2) 채권자대위권 C은 피고에 대하여 최소 30억 원의 잔금 지급을 구할 수 있는데도, 무자력 상태인 C이 피고에 대하여 잔금의 지급을 구하지 않고 있으므로, C의 채권자인 E은 C을 대위하여 피고에게 직접 잔금의 지급을 구할 수 있다.

나. E의 권리를 원고가 대위(채권자대위)

1) 원고의 E에 대한 피보전채권 원고는 E과 사이에 법률사무의 수임계약을 체결하면서 착수금과 성공보수금을 약정하였는데, 수임한 사건들을 모두 수행하였으므로 착수금 4,000만 원을 지급받을 수 있고, C의 공탁금회수청구권을 가압류한 사건의 경우 가압류 결정이 내려졌으므로 성공보수금 780만 원도 지급받을 수 있다.

그리고 원고가 E과 사이에 명시적으로 착수금을 정하지 않고 소송대리행위를 하였으나, 무보수의 약정을 하지 않았으므로 응분의 보수를 지급할 묵시적 합의가 있었다고 봄이 상당하고, 변호사보수의 소송비용 산입에 관한 규칙과 원고의 수임료 책정에 관한 기준에 따를 때 합계 85,030,352원의 보수를 지급받아야 한다.

또한 C이 E로부터 대여금 명목으로 20억 원 편취하였다는 확정된 형사판결이 있으므로, E이 C에게 20억 원의 손해배상을 구하는 소를 제기할 경우 승소판결을 받을 것이 확실하였고, 이를 통해 C의 공탁금회수청구권을 압류·추심할 수 있었다. 이 경우 원고는 E로부터 성공보수 68,137,092원(집행액의 10%)에 해당하는 성공보수금을 받을 수 있었다. 그런데, E이 스스로 가압류를 해제함으로써 인하여 성공보수금을 지급받을 조건이 달성되지 못하였는바, 민법 제150조 제1항에 따라 조건이 성취된 것으로 간주되어야 하므로, 원고는 E로부터 68,137,092원의 성공보수를 지급받아야 한다.

2) E의 무자력 및 권리불행사 E은 무자력 상태에서 C의 책임재산을 되돌릴 수 있는 채권자취소권을 행사하거나 C의 피고에 대한 잔금채권을 대위행사 하지 않고 있다. 따라서 원고는 E이 행사할 수 있는

채권자취소권과 채권자대위권을 대위하여 행사할 수 있다.

다. 소결론

따라서, 원고는 주위적으로 E를 대위하여 피고에 대하여 사해행위인 이 사건 인낙의 취소와 그 원상회복으로 일부인 5억 원의 지급을 구하고, 예비적으로 E, C를 순차 대위하여 피고에 대하여 최소 30억 원의 잔금 중 원고의 E에 대한 수임료 등 채권 상당액인 200,967,444원(= 착수금 4,000만 원 + 변호사보수의 소송비용 산입에 관한 규칙과 원고의 수임료 책정에 관한 기준에 따른 85,030,352원 + 성공보수 75,937,092원)의 지급을 구한다.

3. 피고의 본안전 항변에 관한 판단

가. 원고의 채권자대위권 행사에 관한 본안전 항변

1) E에 대한 채권(피보전채권) 가) 피고의 주장

원고가 E과 수임계약을 체결한 사건들 중 명시적 보수약정이 있었던 사건들에 관하여 보면, 수임계약 체결 당시 원고와 E의 대표이사가 모두 F이었던 점, 원고가 수임계약 체결 이후 위임받은 법률사무를 정상적으로 완료하였던 점 등에 비추어, 원고는 착수금을 모두 지급받았다고 보아야 한다.

다음으로 명시적 보수약정이 없었던 사건들에 관하여 보면, 원고가 E과의 계속적 거래관계를 유지하기 위하여 명시적 보수약정이 없었던 사건들의 후속사건 내지 부속 사건들을 무상으로 수행하여 준 것에 불과하므로 별도의 보수가 인정될 수 없다.

나) 판단

(1) 명시적 보수약정이 있었던 사건들에 관한 판단(기초사실 바.항)

먼저 원고가 E과 명시적으로 보수에 관하여 약정한 사건들에 관하여 살펴건대, 원고가 E로부터 합계 3,000만 원(= 서울서부지방법원 P 응소 1,000만 원 + 서울서부지방법원 Q 반소 제기 1,000만 원 + 가압류 신청 300만 원 + 경매취소 신청 700만 원)의 착수금을 지급받기로 약정한 사실, E이 C을 상대로 제기한 공탁금회수청구권 가압류 신청사건에 관하여 결정금액의 1%를 성공보수금으로 약정한 사실은 각 기초사실에서 본 것과 같고, 갑 제9호증의 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 위 가압류신청사건에서 780,000,000원의 공탁금회수청구권에 관하여 가압류결정이 내려진 사실이 인정된다.

위 인정사실에 의하면, 원고는 E로부터 합계 3,780만 원(착수금 3,000만 원 + 성공보수금 780만 원)의 보수를 지급받을 채권이 인정된다. 이에 대하여 피고는 E이 이미 3,000만 원의 착수금을 변제하였다고 주장하나, 이를 인정할 아무런 증거가 없다.

(2) 명시적 보수약정이 없었던 사건들에 관한 판단(기초사실 사.항)

다음으로 원고가 E과 명시적으로 보수에 관하여 약정하지 않은 사건들에 관하여 살피건대, 앞서 든 증거들에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 원고는 법률전문가인 변호사들로 구성된 법무법인이고, 많은 사건에 관하여 다양한 당사자들과 수임계약을 체결하였을 것으로 보이는 점, ② 원고가 E과 일부 사건에 관하여 명시적으로 착수금 약정을 하면서, 다른 일부 사건에 관하여 이를 약정하지 않은 것은 해당 사건들에 관하여 착수금 등을 지급받지 않겠다는 의사로 볼 여지가 있는 점, ③ E이 C을 상대로 64억 원 상당의 손해배상을 구하는 사건과 피고에 대하여 이 사건 토지 지분의 처분금지를 구하는 가처분 신청사건은 원고가 착수금을 지급받기로 약정한 서울서부지방법원 Q(반소) 사해행위취소사건의 피보전채권을 주장하는 사건이거나 채권자취소권을 보전하기 위한 신청 사건으로 부수적 업무의 성질이 있는 점, ④ 원고가 E을 대리하여 C을 고소한 사건은 민사소송에서 필요한 증거를 확보하기 위한 방법으로 볼 여지가 충분한 점, ⑤ E이 C의 공탁금회수청구권에 대하여 가압류를 신청한 사건도 사해행위취소를 구한 서울서부지방법원 Q(반소) 사건과 유사한 쟁점을 가지고 있어 부수적 사건으로 볼 여지가 있는 점 등을 종합하여 보면, 원고가 제출한 증거들만으로는 원고가 E과 명시적으로 착수금 내지 보수를 약정하지 아니한 사건들에 관하여 E로부터 지급받을 보수가 있다는 사실을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

(3) 68,137,092원의 성공보수금 주장에 관한 판단

원고가 C의 공탁금회수청구권에 대한 압류·추심을 통하여 지급받을 수 있었다고 주장하는 68,137,092원의 성공보수금에 관하여 보건대, 앞서 든 증거들, 갑 제57호증의 1, 2의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① C은 2020. 8. 26. E로부터 대여금 명목으로 20억 원을 편취하였다는 범죄사실 등으로 징역 4년의 형을 선고받은 점, ② 검사와 C이 위 형사판결에 대하여 모두 항소하였으나 2021. 1. 26. 쌍방의 항소가 모두 기각되었고, 2021. 2. 3. 위 형사판결이 그대로 확정된 점, ③ 이에 반하여 C의 공탁금회수청구권에 대한 배당절차는 C에 대한 위

형사판결이 선고되기 전인 2019. 10. 23.에 이루어진 점 등을 종합하여 보면, 원고가 제출한 증거들만으로는 E이 가압류 신청을 취하한 시점에 E이 C의 공탁금회수청구권에 대하여 추심권을 행사할 수 있었다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

따라서 이와 달리 E이 C의 공탁금회수청구권에 대하여 추심권을 행사할 수 있었음을 전제로, E이 가압류 신청을 취하한 것이 민법 제150조 제1항이 정하는 신의칙에 반하여 성공보수금 지급 조건의 성취를 방해한 것이라고 단정하기 어렵고, 원고가 제출한 증거들만으로는 원고의 E에 대한 68,137,092원의 성공보수금채권을 인정하기에 부족하며, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

(4) 소결론

결국 원고의 E에 대한 채권은 착수금과 성공보수금의 합계 3,780만 원이 인정되므로, 채권자대위권 행사를 위한 피보전채권이 부존재한다는 피고의 본안전 항변은 위 금액을 초과하는 부분에 한하여 이유 있다.

2) 보전의 필요성에 관한 주장 가) 피고의 주장

E은 무자력 상태에 있지 않으므로, E의 채권자인 원고가 E을 대위하여 E의 채권자취소권(주위적 청구)과 채권자대위권(예비적 청구)을 행사할 수 없다.

나) 관련 법리

채권자가 채무자를 대위함에 있어 대위에 의하여 보전될 채권자의 채무자에 대한 권리가 금전채권인 경우에는 보전의 필요성 즉, 채무자가 무자력인 때에만 채권자가 채무자를 대위하여 채무자의 제3채무자에 대한 권리를 행사할 수 있다(대법원 2009. 2. 26. 선고 2008다76556 판결 참조).

그리고 위와 같은 보전의 필요성이 존재한다는 사실 즉, 채무자의 무자력은 채권자가 주장·입증하여야 하며, 그러한 보전의 필요가 인정되지 아니하는 경우에는 소가 부적법하므로 법원으로서 이를 각하하여야 한다(대법원 2012. 8. 30. 선고 2010다39918 판결 참조).

다) 판단

위와 같은 법리에 비추어 보건대, 앞서 든 증거들, 갑 제17호증의 1 내지 3, 갑 제32, 45호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① E은 이 사건 제2 공동사업계약을 체결하면서 C에게 50억 원을 대여하기로 약정하였고, 2018. 4.부터 2018. 6.까지

합계 20억 원을 C에게 실제로 대여하여 준 점, ② E의 법인등기부에 따르면 E의 자본금은 3억 원인 점, ③ E은 2018. 10. 31.경 이 사건 건물 지분을 취득한 점, ④ 원고의 주장에 의하더라도 E은 C에 대하여 20억 원의 대여금 채권과 약 44억 원의 손해배상채권이 있는 점(다만, 원고는 위 채권들이 실질적인 재산적 가치가 없다는 취지로 주장하고 있다) 등을 종합하여 보면, 설령 원고의 주장대로 E의 C에 대한 64억 원 상당의 채권을 적극적 재산으로 볼 수 없다고 하더라도, 원고가 제출한 증거들만으로는 E의 소극재산이 적극재산을 초과하여 무자력 상태에 있다고 단정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

따라서 원고의 E 대위청구는 그 보전의 필요성을 인정할 수 없어 부적법하다. 피고의 이 부분 본안전 항변은 이유 있다.

3) E이 이미 권리를 행사하였다는 주장 및 판단 가) 피고의 주장

E은 이미 서울서부지방법원 P 사건에서 이 사건 청구취지와 같은 청구취지로 반소(서울서부지방법원 Q)를 제기하였으므로, 원고는 E의 권리를 대위하여 행사할 수 없다.

나) 관련 법리

채권자대위권은 채무자가 제3채무자에 대한 권리를 행사하지 아니하는 경우에 한하여 채권자가 자기의 채권을 보전하기 위하여 행사할 수 있는 것이어서 채권자가 대위권을 행사할 당시에 이미 채무자가 그 권리를 재판상 행사하였을 때에는 채권자는 채무자를 대위하여 채무자의 권리를 행사할 수 없고(대법원 2009. 3. 12. 선고 2008다65839 판결, 대법원 1992. 11. 10. 선고 92다30016 판결 등 참조), 채무자가 소송의 방법으로 피대위권리를 행사한 이상 그 방법이 부적절한 것이거나 결과가 채무자에게 불리하더라도 채권자는 채권자대위권을 행사할 수 없고, 보조참가나 사해방지참가에 의하여 자기의 권리를 보전할 수밖에 없다.

다) 구체적 판단

위와 같은 법리에 비추어 보건대, 앞서 든 증거들에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① E이 제기한 위 반소는 원고의 대표이사인 F이 E의 사내이사 및 대표이사에서 해임되기 전인 2019. 4. 2.에 제기된 것인 점, ② E은 법원으로부터 보정권고를 받고서도 이에 응하지 않아 위 반소는 2019. 8. 10. 소장 각하명령으로 종결되었는바, 반소에 관하여 소송계속이

발생하지 않았고, 이 사건 소는 그 이후인 2019. 11. 13. 제기된 점 등을 종합하여 보면, E이 반소를 제기하였다가 해당 반소가 소장각하명령으로 종결되었다는 사정만으로, E이 스스로 피대위권리를 행사하였다고 볼 수는 없다.

따라서 피고의 이 부분 본안전 항변은 이유 없다.

나. 주위적 청구취지(E의 채권자취소권)에 대한 본안전 항변

1) 피고의 주장 이 사건 인낙은 소송행위이므로, 법률행위의 취소를 구하는 사해행위취소의 대상이 될 수 없다.

2) 판단 살피건대, 청구인낙은 소송행위이기는 하나 이를 통하여 허위의 채무를 새롭게 부담하게 되었거나, 인낙의 대상이 되는 청구에 항변이나 조건 또는 기한 등이 붙어 있음에도 청구를 그대로 인낙함으로써 단순한 이행의무를 확정적으로 부담하게 되는 경우에는 청구인낙행위 자체를 취소할 필요가 있다는 점1)에 비추어 볼 때 순수한 소송행위가 아닌 소송행위가 동시에 실체법상 법률행위의 성질을 가지는 청구인낙은 채권자취소권의 대상이 된다고 할 것이다.

따라서 피고의 이 부분 본안전 항변은 이유 없다.

다. 소결론

결국 원고가 E에 대한 채권자로서 E의 채권자취소권과 채권자대위권을 대위하여 구하는 이 사건 소는 일부 피보전채권이 부존재하고 보전의 필요성을 인정할 수 없으므로 부적법하다.

4. 본안에 관한 판단(가정적 판단)

원고의 주위적 청구원인은 'C이 피고에 대하여 잔금의 지급을 구할 수 있고, 피고의 이전등기청구에 대하여 동시이행의 항변권을 행사할 수 있었음에도 불구하고, 피고의 청구를 단순히 인낙함으로써 채권자를 해하는 사해행위를 하였다'는 것이고, 예비적 청구원인은 'C의 피고에 대한 잔금채권을 C과 E을 순차 대위하여 행사한다'는 것이므로, 모두 C의 피고에 대한 잔금채권을 전제로 한다.

따라서 C의 잔금채권 존부에 관하여 주위적 청구와 예비적 청구를 함께 본다.

가. 이 사건 제1 공동사업계약에 따른 매매계약으로의 전환

앞서 든 증거들에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 이 사건 제1 공동사업계약은 이 사건 토지에 오피스텔 등을 신축하는 것을 목적으로 하는 점(제1조), ② 이 사건

제1 공동사업계약 제3조에서는 '토지가를 180억 원으로 정한다'고 명시적으로 정하고 있는 점, ③ 이 사건 제1 공동사업계약 제5조 제1항 제1호는 '사업부지 목적물에 대한 매매계약으로 전환되고'라고 정하고 있는 점 등을 종합하여 보면, 이 사건 제1 공동사업계약이 해지되면서 체결되는 매매계약은 이 사건 토지에 한정되고, 그 대금은 180억 원으로 봄이 상당하다.

다만, 이 사건 토지에 관한 C의 지분은 6/15에 한정되므로, C은 피고로부터 72억원(= 180억 원 × 6/15)의 매매대금을 지급받아야 한다.

나. 계약금과 중도금으로 전환된 금액

이 사건 제1 공동사업계약 제5조 제1항 제2호에 따라 피고가 C에게 대여한 20억 원은 이 사건 토지에 관한 계약금으로, 이 사건 제1 공동사업계약의 체결 이후 추가로 지급한 20억 원은 중도금으로 각각 전환된다. 따라서 그 중 C의 지분에 해당하는 16억 원(= 40억 원 × 6/15)은 계약금과 중도금으로 지급된 것으로 보아야 한다.

다. 선순위 근저당권의 피담보채무 및 지분가압류의 피보전채권 공제

앞서 든 증거들, 을 제13호증의 1, 2의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정들을 모두 고려하여 보면, 원고가 제출한 증거들만으로는 C이 피고로부터 지급받을 잔금이 남아있다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

① 이 사건 각 지분에는 대한민국(관리청: 마포세무서)의 근저당권이 설정되어 있었고, 피담보채무는 원금 279,937,350원이다. 다만, 위 근저당권은 이 사건 토지와 건물에 관하여 공동으로 설정되어 있었으므로, 279,937,350원 중 이 사건 각 부동산의 교환가치 중에서 이 사건 토지의 교환가치가 차지하는 비율 만큼만 매매대금에서 공제되어야 하고, 그 비율은 이 사건 각 부동산에 관한 감정평가액을 기준으로 산정함이 상당하다.

갑 제44호증의 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 이 사건 토지의 감정평가액은 10,741,328,800원, 이 사건 건물의 감정평가액은 183,291,000원이므로 279,937,350원 중 0.98323) [= 10,741,328,000원 / (10,741,328,000원 + 183,291,000원)]에 해당하는 275,234,402원4) (= 279,937,350원 × 0.9832)이 공제되어야 한다.

② 이 사건 토지 지분에 설정된 AE 명의의 근저당권의 2020. 9. 17. 기준 피담보채무의 원리금 합계

2,788,382,295원(= 원금 1,180,000,000원 + 이자 1,608,382,295원) 중 채권최고액인 1,850,000,000원은 공제되어야 한다.

③ 이 사건 각 지분에 설정된 AC 명의의 근저당권의 피담보채무는 원금 2,000,000,000원이고, 그 중 0.9832에 해당하는 1,966,400,000원(= 2,000,000,000원 × 0.9832)이 공제되어야 한다.

④ 이 사건 각 지분에 설정된 AK 명의의 근저당권⁵⁾의 피담보채무는 원금 670,000,000원이고, 그 중 0.9832에 해당하는 658,744,000원(= 670,000,000원 × 0.9832)이 공제되어야 한다.

⑤ AG는 이 사건 각 지분에 관하여 청구금액 6억 원으로된 부동산가압류결정을 받았고, 경매절차에서 6억 원을 배당받았으므로⁶⁾ 6억 원 중 0.9832에 해당하는 589,920,000원(= 6억 원 × 0.9832)이 공제되어야 한다.

⑥ 피고는, 이 사건 건물 지분에 관하여 AH이 가압류를 하였으므로 그 청구채권에 해당하는 돈 역시 매매대금에서 공제되어야 한다고 주장하나, 매매계약은 이 사건 토지 지분에 관한 것이므로 피고의 위 주장은 이유 없다.

⑦ 피고가 C에게 지급할 잔금은 56억 원(= 72억 원 - 16억 원)인데 반하여, 위에서 본 것과 같이 매매대금에서 공제되어야 할 금액은 합계 5,340,298,402원(= 275,234,402원 + 1,850,000,000원 + 1,966,400,000원 + 658,744,000원 + 589,920,000원)에 이른다. 또한 이 사건 제1 공동사업계약 제6조에서는 당사자 일방의 귀책사유로 이 사건 제1 공동사업이 해지된 경우 위약금 20억 원 지급하기로 약정한 사실을 더하여 보면, C이 피고에게 지급받을 잔금이 남아있다고 단정하기 어렵다.

⑧ 원고는 배당이의의 소가 제기되었으므로 근저당권자들과 가압류권자들이 배당받은 금액을 그대로 인정하여 매매대금에서 공제할 수 없다고 주장하나, 원고가 제출한 증거들만으로는 위와 같은 배당에 어떠한 잘못이 있다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

라. 소결론

결국 원고가 제출한 증거들만으로는 C의 피고에 대한 잔금채권을 인정하기에 부족하므로, C의 잔금채권 존재를 전제로 하는 원고의 주위적·예비적 청구는 다른 점들에 관하여 더 나아가 살필 필요 없이 모두 이유 없다.

5. 결론

그렇다면, 이 사건 소는 부적법하므로 이를 각하하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장판사김형석

판사박상인

판사김태진

- 1) 서울고등법원 2012. 6. 13. 선고 2011나75715 판결 참조.
- 2) 이 사건 소는 E의 무자력이 인정되지 않아 원고의 당사자적격이 없어 부적법하나, 원고가 C의 잔금채권을 강력히 주장하며 주위적·예비적 청구를 하고 있으므로, 가정적으로 C의 잔금채권이 인정되는지 나아가 살펴본다.
- 3) 소수점 다섯째 자리에서 반올림.
- 4) 원 미만은 버림. 이하 같다.
- 5) AK는 2019. 1. 25. 근저당권의 피담보채무를 피고에게 양도하였고, 피고가 배당금을 수령하였다.
- 6) 채권자가 변경되어 실제로는 AF이 배당받았다.