

창원지방법원 진주지원 2022. 1. 26 선고 2018가단3454 판결 [사해행위취소 및 원상회복청구]

재판경과

창원지방법원 2023. 2. 10 선고 2022나52147 판결

창원지방법원 진주지원 2022. 1. 26 선고 2018가단3454 판결

전문

원고(선정당사자) A

피 고 B

소송대리인 변호사 김상태

소송복대리인 변호사 이연상, 강성중

변 론 종 결 2021. 12. 15.

판 결 선 고 2022. 1. 26.

주문

1. 이 사건 소 중 주위적 청구 부분을 각하한다.
2. 원고(선정당사자)의 피고에 대한 예비적 청구를 기각한다.
3. 소송비용은 원고(선정당사자)가 부담한다.

청 구 취 지

○ 주위적 청구취지 : 피고는 C에게 별지 목록 기재 부동산에 관하여 창원지방법원 진주지원 2017. 7. 25. 접수 제41681호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라[원고(선정당사자, 이하 '원고'라 한다)의 청구취지를 위와 같이 선택한다].○ 예비적 청구취지 : 피고와 C 사이에 별지 목록 기재 부동산에 관하여 2017. 7. 21.

체결된 근저당권설정계약을 취소한다. 피고는 C에게 별지 목록 기재 부동산에 관하여 창원지방법원 진주지원 2017. 7. 25. 접수 제41681호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.

이 유

1. 기초사실

가. 원고 및 선정자들은 C를 상대로 서울중앙지방법원 2014가합62553호로 부당이득금 반환을 구하는 소를 제기하여 2016. 5. 2. 아래와 같은 내용이 포함된 조정이 성립하였다(이하 '이 사건 조정'이라 한다).

1. C는 원고에게 2016. 6. 30.까지 4,000만 원을 지급한다. 만일 C가 위 금원의 지급을 지체하는 경우에는 지체한 다음날부터 다 갚는 날까지 연 15%의 비율에 의한 지연손해금을 가산하여 지급한다.

2. 원고와 C는 배당으로 인하여 납부한 망 D에 대한 종합소득세와 건강보험료를 환급 받을 수 있도록 관련 서류를 교부하는 등 서로 협조한다. 만약, 2016. 8. 31.까지 위 종합소득세와 건강보험료에 대한 환급이 이루어지지 않으면, C는 원고에게 2016. 9. 30.까지 3,500만 원을 지급한다. 만일 C가 위 금원의 지급을 지체하는 경우에는 지체한 다음날부터 다 갚는 날까지 연 15%의 비율에 의한 지연손해금을 가산하여 지급한다.

3. C는 명의신탁의제로 인한 세금이 원고와 선정자들에게 부과되는 경우 위 세금을

책임지고 납부한다.

나. 피고는 2014. 5. 20. E 주식회사(이하 'E'이라 한다)와 C 등 사이에 피고의 E에 대한 2014. 5. 20.까지의 대여금 액수를 10억 5,000만 원으로 확정하고, 이자율 연 12%, 변제기 2014. 12. 31.로 정하되, C 등이 위 채무를 연대보증하기로 하는 내용의 공정증서를 작성하였다.

다. 이후 피고는 2016. 1. 20. E과 C 등 사이에 재차 피고의 E에 대한 2016. 1. 1.까지의 대여금 액수를 10억 5,000만 원으로 확정하고, 이율 연 18%, 변제기 2016. 12. 31.까지로 정하되, C 등이 위 채무를 연대보증하기로 하는 내용의 공정증서를 작성하였다(공증인 F 작성 증서 2016년 제87호, 이하 '이 사건 공정증서'라 한다). 이 사건 공정증서의 주요 내용은 아래와 같다.

제1조 E은 2016년 1월 1일 피고로부터 아래 채무를 부담한 사실을 승인하고 동 채무를 다음 각 조항에 따라 변제할 것을 청약하고 피고는 이를 승낙하였다.

1. 채무종류 : 차용금
2. 채무금 : 일십억오천만원정(W1,050,000,000)

제2조(변제기한과 방법) 2016년 12월 31일로 한다.

제3조(이자) 2016년 1월 1일부터 연 18%로 하여 매월 10일에 지급한다.

제5조(지연손해금) E이 위 금원의 변제를 지체한 때에는 지체된 금액에 대하여 연 18%의 비율에 의한 지연손해금을 피고에게 지급한다.

제8조(연대보증)

1. C, G은 이 계약에 의한 E의 채무를 보증하고, E과 연대하여 채무를 이행하기로 약정하였다.
2. C, G의 보증채무 최고액은 금 일십억오천만원이다.
3. 연대보증채무의 기간은 2016년 12월 31일까지로 한다.

라. 피고는 2012. 8. 7. H 주식회사(이하 'H'이라 한다)에 5,000만 원을 이율 연 24%, 변제기 2013. 8. 7.로 정하여 대여하기로 하되, C가 위 대여금 채무를 연대보증하기로 하는 내용의 금전대여계약을 체결하였다.

마. 피고는 E1) 과 C를 상대로 대구지방법원 포항지원 2017차전670호로 위 라.항 기재 대여금의

지급을 구하는 지급명령신청을 하여 위 법원으로부터 2017. 2. 10. "E과 C는 연대하여 원고에게 5,000만 원 및 2016. 10. 8.부터 다 갚는 날까지 연 24%의 비율에 의한 돈을 지급하라."는 지급명령을 받았고, 이는 그 무렵 확정되었다.

바. C는 2017. 7. 21. 피고와 사이에 별지 목록 기재 각 부동산(이하 '이 사건 부동산'이라 한다)에 관하여 채무자 C, 근저당권자 피고, 채권최고액 3억 원으로 정하여 근저당권설정계약을 체결하고(이하 '이 사건 근저당권설정계약'이라 한다), 피고 앞으로 창원지방법원 진주지원 2017. 7. 25. 접수 제41681호로 근저당권설정등기를 마쳐주었다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1, 6, 7호증, 을 제1 내지 4호증(가지번호 있는 것은 가지번호 포함)의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 원고의 주장

가. 주위적 청구

피고와 C 사이에 체결된 이 사건 근저당권설정계약은 통정허위표시에 의하여 작성된 이 사건 공정증서에 기한 것인바, 이 사건 근저당권설정계약은 통정허위표시에 의한 것으로 무효이다. 원고는 C에 대하여 이 사건 조정에 따른 채권을 가지고 있으므로, 위 채권을 보전하기 위하여 무자력 상태인 C를 대위하여 피고에게 위 근저당권설정등기의 말소를 구한다.

나. 예비적 청구

원고는 C에 대하여 이 사건 조정에 기한 채권이 있다. C는 원고에 대한 위 채권을 비롯하여 국세, 지방세 채무 등을 부담하고 있어 채무초과의 무자력 상태에 있었다. 그럼에도 C는 피고에게 이 사건 근저당권설정계약에 따른 근저당권설정등기를 마쳐 주었고, 피고는 위와 같은 사정을 알고 있었음에도 근저당권설정등기를 마쳤으므로 악의의 수익자에 해당한다. 따라서 피고와 C 사이에 이 사건 부동산에 관하여 2017. 7. 21. 체결된 근저당권설정계약은 사해행위로서 취소되어야 하고, 그 원상회복으로 피고는 C에게 이 사건 부동산에 관한 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하여야 한다.

3. 판단

가. 주위적 청구 부분의 적법 여부

채권자가 채무자를 대위함에 있어서 대위에 의하여 보전될 채권자의 채무자에 대한 권리가 금전채권인 경우에는 그 보전의 필요성이 있는 경우 즉, 채무자가 무자력인 때에만 채권자가 채무자를 대위하여 채무자의 제3채무자에 대한 권리를 행사할 수 있다(대법원 2009. 2. 26. 선고 2008다76556 판결 등 참조). 그리고 위와 같은 보전의 필요성이 존재한다는 사실은 채권자가 주장증명하여야 하며, 그러한 보전의 필요성이 인정되지 아니하는 경우에는 소가 부적법하므로 법원으로서 이를 각하하여야 한다(대법원 2012. 8. 30. 선고 2010다39918 판결 등 참조). 이 사건에 관하여 보건대, 갑 제4, 5, 9, 10호증의 각 기재만으로는 C가 이 사건 변론종결일 현재 무자력 상태에 있다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다(C의 무자력에 관한 이 법원의 입증촉구에도 불구하고, 원고는 이에 관하여 필요하고 적절한 증거신청을 하지 않았다). 따라서 원고의 주위적 청구인 채권자대위 청구 부분은 보전의 필요성이 인정되지 않아 부적법하다.

나. 예비적 청구에 관한 판단

채무자의 재산처분행위가 사해행위가 되기 위해서는 그 행위로 말미암아 채무자의 총재산의 감소가 초래되어 채권의 공동담보에 부족이 생기게 되어야 하는 것, 즉 채무자의 소극재산이 적극재산보다 많아져야 하는 것인바, 채무자의 무자력 여부는 사해행위 당시를 기준으로 판단하여야 하는 것이고(대법원 2001. 4. 27. 선고 2000다69026 판결 참조), 채무자의 법률행위 등이 사해행위임을 주장하고 그 취소를 구하는 채권자는 그 피보전채권과 채무자의 법률행위 등의 존재사실은 물론, 채무자가 법률행위 등으로 인하여 무자력이 초래되었다는 사실, 채무자의 사해의 의사 등 사해행위 성립의 요건사실을 구체적으로 주장·입증하여야 하는 것이다(대법원 1981. 11. 10. 선고 81다536 판결, 2004. 4. 23. 선고 2002다59092 판결 등 참조).

그런데 위 가.항에서 살펴본 바와 같이 C가 이 사건 변론종결일 현재 무자력 상태에 있다고 인정할 증거가 없으므로, 원고의 피고에 대한 예비적 청구는 더 나아가 살필 필요 없이 이유 없다.

4. 결론

따라서 원고의 이 사건 소 중 주위적 청구 부분은 부적법하여 각하하고, 예비적 청구는 이유 없어 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

판사 이아영

1) 피고는 위 소송에서 H이 폐업을 하면서 위 대여금 채무를 E이 변제하기로 하였다는 취지로 주장하였다.