

수원지방법원 2022. 4. 27 선고 2020나97484 판결 [소유권이전등기말소등기 등 청구의 소]

재판경과

수원지방법원 2022. 4. 27 선고 2020나97484 판결

수원지방법원 2020. 10. 29 선고 2020가단504219 판결

전문

원고, 항소인A

소송대리인 법무법인 서정

담당변호사 최지윤

피고, 피항소인1. C

소송대리인 법무법인 휴텍 앤 율석

담당변호사 김한목

2. D

소송대리인 법무법인 에이디엘

담당변호사 양창길

3. E

4. F

변론 종결2022. 3. 2.

판결 선고2022. 4. 27.

제1심판결수원지방법원 2020. 10. 29. 선고 2020가단504219 판결

주 문

1. 이 법원에서 교환적으로 변경한 원고의 피고 D, E, F에 대한 청구를 모두 기각한다.
2. 이 법원에서 교환적으로 변경한 청구에 따라, 피고 C와 소외 H 사이에 2016. 7. 28. 체결된 별지 목록 1 내지 3기재 부동산에 관한 증여계약을 취소한다.
3. 소송총비용 중 원고와 피고 D, E, F 사이에 생긴 부분은 원고가 부담하고, 원고와 피고 C 사이에 생긴 부분은 피고 C가 부담한다.

N

청 구 취 지 및 항 소 취 지

1. 청구취지

주위적으로, 소외 H에게, 피고 D은 수원지방법원 Q 임의경매 사건에서 법원이 같은 피고에게 배당한 금 188,758,824원의 배당금출급청구권을 양도하고, 채무자 소외 대한민국에게 위 채권양도의 통지절차를 이행하고, 피고 E는 수원지방법원 Q 임의경매 사건에서 법원이 같은 피고에게 배당한 300,000,000원의 배당금출급청구권을 양도하고, 채무자 소외 대한민국에게 위 채권양도의 통지절차를 이행하고, 피고 F은 수원지방법원 Q 임의경매 사건에서 법원이 같은 피고에게 배당한 금 19,900,000원의 배당금출급청구권을 양도하고, 채무자 소외 대한민국에게 위 채권양도의 통지절차를 이행하라(원고는 위 피고들에 대하여 소유권이전등기 및 근저당권설정등기의 말소등기절차의 이행을 구하다가, 이 법원에서 채권양도 통지절차의 이행을 구하는 것으로 소를 변경하였다).

예비적으로, 주문 제2항과 같다(원고는 위 피고 C에 대하여 소유권이전등기의 말소등기절차의 이행을 구하다가, 이 법원에서 예비적으로 증여계약의 취소를 구하는 것으로 소를 변경하였다).

2. 항소취지

제1심판결 중 피고들에 대한 부분을 취소하고 청구취지와 같은 판결을 구한다.

이 유

1. 인정사실

가. 원고는 H과 H의 남편 망 I 등을 상대로 서울동부지방법원에 물품대금 등 청구의 소를 제기하여 2014. 4. 2. 위 법원으로부터 "H과 망 I는 연대하여 원고에게 2,789,259,966원 및 그 중 777,752,931원에 대하여는 2013. 4. 21.부터, 894,862,846원에 대하여는 2013. 5. 1.부터 각 2013. 7. 17.까지는 연 6%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 계산한 돈을, 1,116,644,189원에 대하여는 2013. 7. 18.부터 다 갚는 날까지 연 20%의 비율로 계산한 돈을 지급하라."는 판결을 선고받았다[서울동부지방법원 2013가합103382(본소), 2013가합15065(반소)].

나. H, 망 I가 위 판결에 항소를 제기하였는데, 망 I는 항소심 계속 중이던 2014. 8. 24. 사망하였다. 망 I의 상속인으로는 처 H, 자녀들인 J, B이 있었는데 J, B은 2014. 10. 20. 서울가정법원에 상속포기심판을 신청하였고, 위 법원은 2014. 12. 3. 이를 인용하는 심판을 하였으며, 위 심판은 2014. 12. 10. 그대로 확정되었다(서울가정법원 2014느단9977호).

항소심 법원은 2015. 6. 11. "제1심 판결 중 본소 부분을 다음과 같이 변경한다. H은 원고에게 1,424,462,988원 및 그 중 76,414,876원에 대하여는 2013. 4. 21.부터 2015. 6. 11.까지는 연 6%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율에 의한 금원을, 894,862,846원에 대하여는 2013. 5. 1.부터 2013. 7. 17.까지는 연 6%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율에 의한 금원을, 442,543,266원에 대하여는 2013. 7. 18.부터 2015. 6. 11.까지는 연 6%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율에 의한 금원을, 10,642,000원에 대하여는 2014. 11. 15.부터 다 갚는 날까지 연 20%의 비율에 의한 금원을 각 지급하라."는 판결을 선고하였다[서울고등법원 2014나2012766(본소), 2014나2012773(반소)]. 위 항소심 판결은 2015. 6. 30. 그대로 확정되었다(이하 '이 사건 판결'이라 한다).

다. 원고는 확정된 이 사건 판결에 근거하여 망 I 소유인 서울 성동구 K 토지 및 건물에 관하여 서울동부지방법원 L로 강제경매를 신청하였고, 위 경매절차의 배당에 이의를 제기한 후 서울동부지방법원에 M을 상대로 배당이의의 소를 제기하였다. 위 법원은 2018. 12. 6.

"서울동부지방법원 L 부동산강제경매사건에 관하여 위 법원이 2017. 2. 3. 작성한 배당표 중 M에 대한 배당액 1,564,829,813원을 64,829,813원으로 감액하고, 원고에 대한 배당액 0원을 1,500,000,000원으로 증액하는 것으로 결정한다."는 판결을 선고하였다(서울동부지방법원 2017가합101230호). 이에 대해 M이 항소와 상고를 제기하였으나 모두 기각되어 2019. 12. 30. 위 판결이 그대로 확정되었다.

라. 원고는 위 배당이의를 기초로 하여 2020. 1. 13. 1,500,000,000원을 배당받았다.

마. 별지 목록 기재 각 부동산(이하 '이 사건 각 부동산'이라 한다)은 망 I 소유였는데, 아래와 같은 각 등기가 이루어졌다.

별지 목록 기재 각 부동산	소유권이전	2016.8.2. 제115281호	2014.8.24. 협의분할에 의한 상속	B
2016.8.2. 제115282호	2016.7.28. 증여	피고 C		
근저당권설정	2016.8.2. 제115283호	2016.7.29. 설정계약	채권최고액 3억 원 채무자 피고 C 근저당권자 피고 E	
별지 목록 제1항 기재 부동산	근저당권설정	2019.5.23. 제69512호	2019.5.20. 설정계약	채권최고액 1,990만 원 채무자 피고 D 근저당권자 피고 F
2018.12.28. 제219010호	2016.7.29. 설정계약	채권최고액 3억 원 채무자 피고 C 근저당권자 피고 E		
별지 목록 제3항 기재 부동산	지상권설정	2016.11.11. 제174365호	2016.10.31. 설정계약	목적 건물 기타 공작물이나 수목의 소유 범위 토지의 전부 존속기간 2016.10.31.부터 만30년 지상권자 G

바. H은 현재 무자력 상태이다.

[인정근거 : 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 12호증(가지번호 있는 것은 가지번호 포함, 이하 같다)의 각 기재, 변론 전체의 취지]

2. 주장 및 판단

가. 피고 D, E, F에 대한 주위적 청구

1) 원고의 주장 B의 이 사건 각 부동산에 관한 각 소유권이전등기는 허위로 마쳐진 등기로서 원인무효이고, 이를 기초로 한 위 피고 C와 피고 D, E, F의 각 등기도 원인무효이다. 원고는 H에 대하여 2,163,237,808원의 채권을 가지고 있으므로(2016. 8. 2. 기준), 원고는 H를 대위하여 B에 대한 소유권이전등기의 말소등기청구권을 가지고, B를 순차 대위하여 피고들에게 각 원인무효인 등기에 대한 말소등기 청구권을 가지는바, H에게, 피고 C, D은 이 사건 각 부동산에 관한 각 소유권이전등기의, 피고 E는 이 사건 각 부동산에 관한 근저당권설정등기의, 피고 F은 별지 목록 제1항 기재 부동산에 관한 근저당권설정등기의 각 말소등기절차를 이행할 의무가 있다.

다만 이 사건 소송 진행 중 이 사건 각 부동산에 대한 임의경매(수원지방법원 Q)가 진행되어 제3자가 소유권을 취득하였고, 피고들 명의의 등기가 촉탁으로 말소되었다. 따라서 원고는 주위적으로, 그 대상(代償)으로서 '소외 H에게, 피고 D은 위 경매절차에서 생긴 188,758,824원의 배당금출급청구권을, 피고 E는 위 경매절차에서 생긴 300,000,000원의 배당금출급청구권을, 피고 F은 위 경매절차에서 생긴 19,900,000원의 배당금출급청구권을 각 양도하고, 채무자 소외 대한민국에게 위 채권양도의 통지절차를 각 이행할 것'을 구한다.

2) 판단 가) 상속회복청구권

원고의 피고 D, E, F에 대한 주위적 청구는 H과 B, 피고 C를 순차 대위하여 구하는 것이기 때문에, B의 이 사건 각 부동산에 관한 소유권이전등기가 원인무효로서 말소되어야 함을 전제로 한 것이다. 그런데 H의 B에 대한 소유권이전등기 말소등기청구권이 상속회복청구권에 해당하는 경우 제소기간의 도과로 인하여 원고는 B, 피고 C를 순차 대위하여 피고 D, E, F에게 위 임의경매절차에서의 배당금출급청구권의 양도를 구할 수 없다. 따라서 H의 B에 대한 소유권이전등기 말소등기청구권이 상속회복청구권에 해당하는지 여부를 검토할 필요가 있다.

나) 관련 법리

자신이 진정한 상속인임을 전제로 그 상속으로 인한 소유권 또는 지분권 등 재산권의 귀속을 주장하면서 참칭상속인 또는 참칭상속인으로부터 상속재산에 관한 권리를 취득하거나 새로운 이해관계를 맺은 제3자를 상대로 상속재산인 부동산에 관한 등기의 말소 등을 청구하는 경우에는, 그 소유권 또는 지분권이 귀속되었다는 주장이 상속을 원인으로 하는 것인 이상 그 청구원인 여하에

관계없이 이는 민법 제999조 소정의 상속회복청구의 소에 해당하고, 상속회복청구권의 제척기간에 관한 민법 제999조 제2항은 이 경우에도 적용된다(대법원 1981. 1. 27. 선고 79다854 전원합의체 판결 등 참조). 그리고 상속회복청구의 상대방이 되는 참칭상속인은 정당한 상속권이 없음에도 재산상속인임을 신뢰케 하는 외관을 갖추고 있는 사람이나 상속인이라고 참칭하여 상속재산의 전부 또는 일부를 점유하고 있는 사람을 가리키는 것으로서, 상속재산인 부동산에 관하여 공동상속인 중 1인 명의로 소유권이전등기가 마쳐진 경우 그 등기가 상속을 원인으로 마쳐진 것이라면 그 등기명의인은 재산상속인임을 신뢰케 하는 외관을 갖추고 있는 사람으로서 참칭상속인에 해당한다고 할 것이다. 따라서 공동상속인 중 1인이 협의분할에 의한 상속을 원인으로 하여 상속부동산에 관한 소유권이전등기를 마친 경우에 그 협의분할이 무효라는 이유로 다른 공동상속인이 그 등기의 말소를 청구하는 소 역시 상속회복청구의 소에 해당한다(대법원 2011. 3. 10. 선고 2007다17482 판결 등 참조). 나아가 상속회복청구의 소에서는 법원이 제척기간의 준수 여부에 관하여 직권으로 조사한 후 기간도과 후에 제기된 것으로 판명되면 부적법한 소로 각하하여야 한다(대법원 1993. 2. 26. 선고 92다3083 판결, 대법원 2010. 1. 14. 선고 2009다41199 판결 등 참조).

다) 이 사건의 경우

위 법리에 비추어 이 사건으로 돌아와 살펴보건대, 망 I가 2014. 8. 24. 사망하였고, 망 I의 상속인이 처 H, 자녀들인 J, B이었던 사실, J, B이 2014. 10. 20. 서울가정법원에 상속포기심판을 신청하였고, 위 법원은 2014. 12. 3. 이를 인용하는 심판을 하였으며, 위 심판은 2014. 12. 10. 그대로 확정된 사실은 앞서 본 바와 같고, 갑 제4, 7호증의 각 기재 및 수원지방법원 용인등기소에 대한 사실조회 회신 결과, 변론 전체의 취지에 의하면, 서울고등법원 2014나2012766(본소), 2014나2012773(반소) 사건에서 H이 2015. 2. 26. 망 I의 유산을 단독으로 상속하였다고 하면서 J, B의 상속포기심판서를 제출하고 소송절차를 수계한 사실, H, J, B이 2016. 7. 28. 이 사건 각 부동산을 B의 소유로 하기로 상속재산분할협의를 한 사실, B이 위 상속재산분할협의를 원인으로 하여 이 사건 각 부동산에 관한 소유권이전등기를 마친 사실, H이 2016. 7. 29.경 B의 대리인으로서 위 소유권이전등기절차를 법무사 N에게 위임한 사실이 인정된다. 그렇다면 H의 B에 대한 이 사건 각 부동산에 관한 소유권이전등기 말소등기 청구권은 위 상속재산분할협이가 무효임에도 이를 원인으로

하여 마쳐진 소유권이전등기가 원인무효임을 이유로 그 등기의 말소를 구하는 것이어서 민법 제999조 소정의 상속회복청구권에 해당하고, H은 B의 이 사건 각 부동산에 관한 소유권이전등기절차를 신청한 무렵인 2016. 7. 29.경 상속권이 침해된 사실을 알았다고 할 것인데, 이 사건 소가 그로부터 3년이 경과한 2020. 1. 22. 제기되었음은 역수상 명백하므로, 원고는 B을 순차 대위하여 피고 D, E, F에게 말소등기청구권을 행사할 수 없고, 그 대상(代償)으로서 위 임의경매절차에서의 배당금출급청구권에 대한 양도를 구할 수도 없다.1) 따라서 원고의 피고 D, E, F에 대한 주위적 청구는 받아들일 수 없다.

나. 피고 C에 대한 예비적 청구

1) 원고의 주장 원고의 피고 D, E, F에 대한 주위적 청구가 받아들여지지 않는 경우, 원고는 H에 대하여 2,163,237,808원의 채권을 가지고 있었는데, H은 자신의 소유인 이 사건 각 부동산을 2016. 7. 28. 피고 C에게 증여함으로써2) 책임재산을 감소시키고 공동담보에 대한 부족을 심화시켰으므로 이는 사해행위에 해당하는바 그 취소를 구한다.

2) 피고 C의 본안전 항변에 대한 판단 피고 C는, H이 피고 C에게 2016. 7. 28. 이 사건 각 부동산을 증여한 것이 사해행위에 해당한다고 하더라도, 원고가 당심에서 청구취지 및 청구원인 변경신청서를 통하여 피고 C에 대하여 사해행위의 취소를 구한 것은 2021. 11. 3.이므로, 5년의 사해행위취소 제소기간이 도과하여 그 취소를 구하는 것은 부적법하다는 취지로 주장한다.

그러나 원고가 2021. 6. 30.자 준비서면에서 '청구의 추가적 변경'이라는 표제하에 '피고 C에 대한 사해행위취소 청구'를 하면서 H의 피고 C에 대한 2016. 7. 28.자 증여계약(이 사건 각 부동산에 관한 2016. 8. 2. 제115282호로 접수된 소유권이전등기의 원인행위)의 취소를 명시적으로 구한 사실은 기록상 명백하고, 이는 원고가 사해행위임을 주장하고 있는 H의 피고 C에 대한 증여일인 2016. 7. 28.로부터 5년 이내에 제출된 것임이 역수상 명백하므로, 원고의 피고 C에 대한 이 사건 사해행위취소 청구는 민법 제406조 제2항이 정한 제소기간 내(법률행위가 있는 날로부터 5년)에 제기되었다고 보아야 한다.

따라서 피고 C의 위 본안전 항변은 받아들일 수 없다.

3) 사해행위의 취소 가) 피보전권리

원고가 H 등을 상대로 제기한 소에서 이 사건 판결이 확정된 사실은 앞서 본 바와 같고, 원고는 2016. 7. 28. 당시 H에 대하여 이 사건 판결에 따른 2,163,237,808원의 원리금 채권을 가지고 있었다(갑 제2, 24호증, 갑 제24호증은 등기가 이루어진 날인 2016. 8. 2.자 기준이기는 하나, 피보전권리의 액수에 대해서는 피고 C도 다투고 있지 않다). 이 사건 판결에 따른 위 원리금 채권은 채권자취소권의 피보전채권에 해당한다.

나) 사해행위

망 I가 2014. 8. 24. 사망하였고, 망 I의 상속인으로 처 H, 자녀들인 J, B이 있었던 사실, J, B이 2014. 10. 20. 서울가정법원에 상속포기심판을 신청하였고, 위 법원은 2014. 12. 3. 이를 인용하는 심판을 하였으며, 위 심판은 2014. 12. 10. 그대로 확정된 사실, H, J, B이 2016. 7. 28. 이 사건 각 부동산을 B의 소유로 하기로 상속재산분할협의를 하였고, B이 위 상속재산분할협의를 원인으로 하여 이 사건 각 부동산에 관한 소유권이전등기를 마쳤으나, 위 상속재산분할협의를 무효에 해당하고 B은 참칭상속인에 해당하는 사실은 앞서 본 바와 같으므로, 이 사건 각 부동산은 2016. 7. 28. 당시 H의 소유라고 할 것이다.

또한 앞서 살펴본 인정사실 및 인정근거에 갑 제18, 19, 25호증의 기재와 변론 전체의 취지를 더하여 보면, H이 2016. 7. 28. 피고 C에 대한 채무변제를 위하여 이 사건 각 부동산을 증여한 사실을 인정할 수 있고, 당시 피고 C는 채무초과 상태였던 사실을 인정할 수 있다(H의 채무초과 상태에 대해서는 피고 C도 다투지 않고 있다).

따라서 H은 채무초과 상태에서 2016. 7. 28. 이 사건 각 부동산을 피고 C에게 증여하였으므로(이하 '이 사건 증여'라 한다), 특별한 사정이 없는 한 이는 사해행위에 해당한다.

이에 대하여 피고 C는 ① 소외 S조합의 막 I에 대한 이 사건 각 부동산에 관한 근저당권부 피담보채권의 원리금 359,770,569원(=원금 344,959,657원+연체이자 14,810,912원), ② 소외 T의 망 I, H에 대한 이 사건 각 부동산에 관한 근저당권부 피담보채권 250,000,000원의 합계 609,770,569원(=359,770,569원+14,810,912원)은 이 사건 각 부동산에 관하여 H의 일반 채권자들의 공동담보로 되는 책임재산에서 제외되어야 한다는 취지로 주장한다.

살피건대, ① 저당권이 설정되어 있는 부동산이 사해행위로 이전된 경우에 그 사해행위는 부동산의

가액에서 저당권의 피담보채권액을 공제한 잔액의 범위 내에서만 성립한다고 보아야 하므로, 사해행위 후 변제 등에 의하여 저당권설정등기가 말소된 경우에는 그 부동산의 가액에서 저당권의 피담보채무액을 공제한 잔액이 일반채권자들의 공동담보가 되는 것이므로 그 한도에서 사해행위를 취소하고 그 가액의 배상을 구할 수 있을 뿐이라고 할 것이나(대법원 2002. 4. 12. 선고 2000다63912 판결), 갑 제5호증의 기재에 따르면 S조합의 이 사건 각 부동산에 관한 근저당권(수원지방법원 용인등기소 2013. 9. 10. 접수 제141447호)은 이 사건 변론종결일 현재 말소되지 않고 여전히 존속하고 있는 사실을 알 수 있으므로 그 피담보채권액을 H의 일반채권자들의 공동담보에서 제외되는 부분이라고 할 수 없고, ② 갑 제5호증의 기재에 변론 전체의 취지를 더하여 보면, 소외 T의 이 사건 각 부동산에 관한 근저당권(수원지방법원 용인등기소 2014. 2. 27. 접수 제31054호)은 2016. 7. 28. 이 사건 증여 이전에 해지되었고, 이후 2016. 8. 3. 말소등기가 이루어진 사실을 알 수 있으므로, 사해행위 이전에 이미 소멸하였다고 할 것이어서 역시 그 피담보채권액을 H의 일반채권자들의 공동담보에서 제외되는 부분이라고 할 수 없다.3) 따라서 피고 C의 위 주장은 받아들일 수 없다.

다) 사해의사와 수익자의 악의

채권자취소권의 주관적 요건인 채무자가 채권자를 해함을 안다는 이른바 채무자의 악의, 즉 사해의사는 채무자의 재산처분 행위에 의하여 그 재산이 감소되어 채권의 공동담보에 부족이 생기거나 이미 부족 상태에 있는 공동담보가 한층 더 부족하게 됨으로써, 채권자의 채권을 완전하게 만족시킬 수 없게 된다는 사실을 인식하는 것을 의미하고(대법원 1999. 11. 12. 선고 99다29916 판결 등 참조), 채무자의 사해의사를 판단함에 있어서는 원칙적으로 사해행위 당시의 사정을 기준으로 하여야 한다(대법원 2000. 12. 8. 선고 99다31940 판결 참조). 한편, 사해행위 취소소송에서 수익자 또는 전득자의 악의는 추정되므로, 그와 같은 경우에 수익자인 그 채권자가 채무자의 매도행위로 인하여 다른 채권자를 해하게 됨을 알지 못하였다는 점에 대한 증명책임은 수익자인 그 채권자에게 있다(대법원 2014. 2. 13. 선고 2012다200554 판결).

위 법리에 비추어 이 사건으로 돌아와 살펴보건대, 이 사건 증여 당시 H이 채무 초과 상태에 있었다는 점은 앞서 살펴본 바와 같고, H은 이 사건 증여로 인하여 이미 부족 상태에 있는 공동담보가 한층 더

부족하게 되어 채권자들의 채권을 완전히 만족시킬 수 없게 된다는 사정을 충분히 인식하고 있었다고 할 것이며, 여기서 수익자인 피고 C의 악의는 추정된다고 할 것이다.4) 따라서 사해행위에 해당하는 이 사건 증여에 관한 사해의사와 수익자의 악의 역시 인정된다.

4) 소결론 따라서 피고 C와 소외 H 사이에 2016. 7. 28. 체결된 별지 목록 1 내지 3 기재 부동산에 대한 증여계약은 사해행위에 해당하여 취소되어야 한다.

3. 결론

그렇다면 이 법원에서 교환적으로 변경한 원고의 피고 D, E, F에 대한 주위적 청구는 모두 이유 없어 기각하여야 하고, 피고 C에 대한 예비적 청구는 이유 있어 인용하여야 하므로, 주문과 같이 판결한다(제1심판결은 이 법원에서 이루어진 소의 교환적 변경에 따라 실효되었다).

재판장판사정재욱

판사안좌진

판사이혜미

별지

1) 한편 원고는 당심에서 'B 명의의 상속을 원인으로 한 이 사건 각 부동산에 관한 소유권이전등기는 B의 의사와 무관하게 H에 의하여 이루어진 것이기 때문에 B은 참칭상속인이 될 수 없다'는 취지로 주장하며, 이에 부합하는 듯한 증거로 갑 제14, 15, 17, 20호증의 각 기재를 제시하였다.

살피건대, 상속회복청구의 상대방이 되는 참칭상속인이라 함은 정당한 상속권이 없음에도 재산상속인인 것을 신뢰케 하는 외관을 갖추고 있는 자나 상속인이라고 참칭하여 상속재산의 전부 또는 일부를 점유하는 자를 가리키는 것으로서, 공동상속인의 한 사람이 다른 상속인의 상속권을 부정하고 자기만이 상속권이 있다고 참칭하여 상속재산인 부동산에 관하여 단독 명의로 소유권이전등기를 한 경우는 물론이고, 상속을 유효하게 포기한 공동상속인 중 한 사람이 그 사실을 숨기고 여전히 공동상속인의 지위에 남아 있는 것처럼 참칭하여 그 상속지분에 따른 소유권이전등기를 한 경우에도 참칭상속인에 해당할 수 있으나, 이러한 상속을 원인으로 하는 등기가

그 명의인의 의사에 기하지 않고 제3자에 의하여 상속 참칭의 의도와 무관하게 이루어진 것일 때에는 위 등기명의인을 상속회복청구의 소에서 말하는 참칭상속인이라고 할 수 없다(대법원 2012. 5. 24. 선고 2010다33392 판결).

그러나 이 사건의 경우 검찰에서 B에 대한 불기소처분이 이루어진 것(갑 제14호증)은 강제집행면탈죄에 대하여 H과의 공모관계가 부정된 것이지 상속을 원인으로 한 이 사건 각 부동산에 관한 소유권이전등기에 관하여 B의 의사관여가 일체 없었다는 취지의 판단으로는 볼 수 없는 점, B 명의로 이 사건 각 부동산에 관한 소유권이전등기가 이루어질 당시 B이 미성년자가 아닌 성년이었던 점(R생), B도 수사기관에서 조사를 받으면서 '상속포기는 자신의 의사에 따라서 이루어진 것이고, 그 외 자신의 재산에 관해서는 본래 어머니가 관리를 하고 있었다'는 취지로 진술한 점(갑 제20호증의 5, 7면 참조) 등을 고려해 보면, H이 B 명의로 이 사건 각 부동산에 관한 소유권이전등기를 마친 것은 B의 재산관리에 관한 포괄적인 위임하에 이루어진 것으로 보는 것이 상당하므로, H을 위 판례상의 '제3자'라거나, B 명의의 이 사건 각 부동산에 관한 소유권이전등기가 '상속 참칭의 의도와 무관하게 이루어진 것'이라고 볼 수는 없다.

따라서 B은 '참칭상속인'에 해당한다고 할 것이므로, 원고의 위 주장은 받아들일 수 없다.

2) 원고는 2016. 8. 2.자 증여계약의 취소를 구하나, 2016. 8. 2.은 이 사건 각 부동산에 관한 소유권이전등기의 접수일인바, 그 원인행위 일자인 2016. 7. 28.자 증여계약의 취소를 구하는 것으로 선행한다.

3) 피고 C는 이에 대하여, '피고 C가 2016. 7. 28. H으로부터 증여를 받은 다음에 피고 E로부터 250,000,000원을 차용하여 T에게 근저당권부 피담보채무를 변제하였다'는 취지로 주장한다.

그러나 ① H이 수사기관에서 '피고 C에 대한 기존의 채무 변제를 위하여 이 사건 각 부동산을 증여한 것이다'라고 진술한바 있으므로(갑 제18, 19호증), 이 사건 각 부동산의 증여는 대물변제 명목으로 이루어진 것이어서 증여 이전에 근저당권부 피담보채무를 소멸시켰다고 보는 것이 경험칙에 부합하고, ② 갑 제5호증의 기재에 따르면 T 명의의 근저당권부 피담보채무가 변제된 것은 2016. 7. 28.인데('2016. 7. 28. 해지'로 기재되어 있음), 을나 제2호증의 기재에 의하면 피고 C가 피고 E로부터 금원을 차용한 것은 2016. 8. 2.로서 그 이후이므로 피고 C의 주장과 맞지 않는다. 따라서

H이 이 사건 각 부동산을 피고 C에게 증여하기 이전에 T 명의의 근저당권부 피담보채권은 이미 소멸하였으며, 증여가 이루어진 다음에 피고 C가 이 사건 각 부동산을 담보로 피고 E로부터 별도로 금원을 차용한 것으로 보는 것이 타당하다.

4) 피고 C는 '피고 C가 H에 대하여 구상금 채권을 가지고 있었으므로 선의의 수익자'라는 취지로도 주장하나, 수익자의 선의 악의 해당 여부는 '채무자의 처분행위가 사해행위에 해당하는지'에 대한 인식 여하를 의미하는 것이므로, 피고 C가 H에 대하여 구상금 채권을 가지고 있었는지 여부와는 무관하다.