

대전지방법원 2021. 12. 16 선고 2019가합1309 판결 [사해행위취소 등]

재판경과

대전고등법원 2022. 8. 18 선고 2022나10147 판결

대전지방법원 2021. 12. 16 선고 2019가합1309 판결

전 문

원고주식회사 A

소송대리인 법무법인 새날로, 담당변호사 이강훈

피고B

소송대리인 변호사 황성필

변론 종결2021. 11. 4.

판결 선고2021. 12. 16.

주 문

1. 원고의 청구를 모두 기각한다.
2. 소송비용은 원고가 부담한다.

N

청구 취지

1. 주위적 청구취지

가. 피고와 소외 C 사이에 별지 목록 기재 부동산(이하 '이 사건 부동산'이라 한다)에 관하여 2019. 9. 18. 체결된 근저당권설정계약을 취소한다.

나. 피고는 원고에게 이 사건 부동산에 관하여 대전지방법원 금산등기소 2019. 9. 18. 접수 제13560호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.

2. 예비적 청구취지

피고는 원고에게 이 사건 부동산에 관하여 대전지방법원 금산등기소 2019. 9. 18. 접수 제13560호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.

이 유

1. 기초사실

가. 당사자의 지위 등

○ 원고는 2018. 9. 11. 건축공사업 등을 목적으로 설립된 회사이다.1) ○ C은 충남 금산군 D 대 418m²(이하 '이 사건 토지'라 한다)의 등기부상 소유자이다(갑제2호증 참조).

○ 피고는 C에게 충남 천안시 동남구 E 외 5필지(이하 '천안 토지'라 한다)를 매도한 사람이다.

나. 이 사건 토지에 관한 C의 소유권이전등기 경위

○ 원고 및 주식회사 F(변경 전 상호 : 주식회사 G. 이하 이를 'G'라 한다)을 사실상 운영하는 H은 I으로부터 이 사건 토지를 매수하면서, I2)에게 다음과 같이 약정하였다(갑제17호증의1 참조).

- 이 사건 토지 지상에 다세대주택을 건축한 후 이 사건 토지 매매대금 명목으로 위 공동주택 중 2세대를 I에게 분양한다(다만 I은 C이 운영하는 M에 분양대금 2억 원을 지급한다).

○ H은 C에게 "이 사건 토지를 매수하여 다세대주택을 신축할 예정이다. 이 사건 토지를 담보로 대출을 받아 공사를 진행하려고 하는데, 대출한도 등의 문제가 있으니 명의를 빌려달라."는 제의를 하였고, C은 이를 승낙하였다(을제12호증 제2쪽 참조).

○ C은 2018. 8. 23. 이 사건 토지에 관하여 K교회와의 매매계약을 원인으로 한 소유권이전등기를 마쳤다(갑제2호증 참조).

다. 이 사건 도급계약서 작성 및 신축공사의 완공

1) 이 사건 도급계약서의 작성 ○ 2018. 10. 25. 다음과 같은 내용의 민간건설공사 표준도급계약서가 원고와 C 명의로 작성하였다(이하 이를 '이 사건 도급계약서'라 한다. 갑제3호증 참조).

민간건설공사 표준도급계약서

1. 공사명 : N

2. 공사장소 : D

3. 공사기간 : 착공 2018. 11. 30.

준공 2019. 4. 20.

4. 계약금액 : 일금 팔억삼천칠백만원정(837,000,000) (부가가치세 별도)

노무비 : 일금 이억일천일백팔십만원정(211,800,000) (부가가치세 별도)

1) 건설산업기본법 제88조 제2항, 동 시행령 제84조 제1항 규정에 의하여 산출한 노임

12. 기타사항 : 특약사항 첨부

갑 도급인 : C(인)

을 수급인 : 주식회사 A

대표자 J(인)

○ 이 사건 도급계약서에는 다음과 같은 특약사항이 첨부되어 있다.

7. 대금지급방법

① 은행 공사기성대출금에 대하여 최우선 시공사에 지급한다.

② 은행 기성대출금으로 공사비를 충당할 수 없을 시 공사비지급에 대하여 지급보증은

"갑(도급인)"은 "을(수급인)"에게 본공사의 건축물에 대하여 근저당설정을 1순위로 하거나,

대물변제를 최우선으로 한다.

※ 본 특약사항은 본 공사의 표준도급계약서 내용보다 우선 적용하며, 본 계약서에 붙임한다.

2) 이 사건 신축공사 관련 경위 ○ 원고는 이 사건 도급계약서에 따라 이 사건 토지 지상에 다세대

주택 신축공사를 진행하였다(이하 이를 '이 사건 신축공사'라 한다).

○ 원고는 2019. 7. 18. C에게 「미지급 공사대금 680,400,000원을 2019. 7. 25.까지 지급하라.」는 취지의 내용증명을 발송하였다(갑제6호증 참조).

○ 이 사건 신축공사는 2019. 8. 22.경 거의 완공되었다(이하 이 사건 신축공사로 완공된 다세대주택을 '이 사건 건물'이라 한다).

라. 이 사건 천안 토지 매매계약서 작성 경위

○ 2019. 3.경 다음과 같은 내용의 사업 양수도 계약서가 피고, C, O 명의로 작성되었다(을제1호증 참조). 당시 O은 C 명의의 인감도장과 인감증명서 등을 소지하고 있었다(증인 C의 증언 참조).

- C은 H을 통하여 O을 알게 되었다. C은 H의 지시로 O에게 자신의 인감도장 등을 교부하였다(증인 C의 증언 제3쪽 참조).

사업의 양수도 계약서

○ 상기 사업의 양수도 계약을 B(매도인)과 C(매수인), O(보증인)은 아래와 같이 체결한다.

○ 물건의 표시

- 충남 천안시 동남구 E 외 5필지

- 위 토지의 건축허가권

- 위 토지에 있는 골조건축물 2개동

○ 매매금액 : 총 사억원정(400,000,000원)

○ 매매대금의 지불방법

- 계약금 : 오천만원 정(50,000,000원)

* 건축허가서 명의변경 신청 및 토지이전서류 접수 시 지급한다.

- 중도금 : 일억오천만원 정(150,000,000원)

- 잔금 : 이억원 정(200,000,000원)

2019. 3. ____

B(인)

C(인)

○ 그러나 매수인 측이 위 계약금 50,000,000원을 마련하지 못하였으므로, 피고와 O은 2019. 4. 4.

위 사업 양수도 계약서를 수정하여 다음과 같은 내용의 부동산 매매계약서를 작성하였다(이하 이를 '이 사건 천안 토지 매매계약서'라 한다).

- 피고는 2019. 4. 4. C에게 천안 토지를 126,000,000원에 매도한다.3) 이 중 계약금 20,000,000원은 현금으로 지급하고, 나머지 매매대금은 C이 2019. 4. 30.까지 천안 토지에 설정된 P조합 명의의 근저당권설정등기를 해지하는 것으로 갈음한다. 기타 잔금은 천안 토지 지상에 다세대주택 건축 후 그 분양대금으로 지급한다(을제9호증 제3, 4쪽 참조).

○ 피고는 2019. 3. 28. 계약금 20,000,000원을 송금 받고(을제9호증 제5쪽 참조), 2019. 4. 4. 천안 토지에 관하여 C 명의의 소유권이전등기를 마쳐주었다(갑제11호증 참조).

- 피고는 2019. 4. 12. O에게 천안 토지의 등기권리증을 교부하였다. 그러나 C이 위 P조합 명의의 근저당권설정등기를 해지하지 않자, 피고는 2019. 4. 15. 천안 토지의 등기권리증을 다시 회수하였다(을제9호증 제5쪽 참조).

마. C의 천안 토지 관련 내용증명 발송

○ C은 2019. 5. 31. 피고에게 다음과 같이 등기무효를 주장하는 내용의 내용증명을 발송하였다.

내용증명

○ 수신인 B

○ 발신인 C

○ 제목 : 충남 천안시 동남구 E 토지 등기원인무효의 건

- 충청남도 천안시 동남구 E 토지에 관하여, 발신인은 수신인과 일면식도 없고, 어떠한 이해관계, 또는 명의이전 협의사실도 없이 토지가 소유권이전등기되어 있기에, 발신인은 수신인이 위 등기를 무효하여 주시길 통보합니다.

바. 피고의 가압류 등 신청경위 및 C의 확인서 등 작성 경위

1) 피고의 가압류 등 신청경위 ○ 피고는 C을 상대로 가압류신청을 하여, 2019. 6. 21.

대전지방법원 2019카단1782호로 가압류 결정을 받았다. 같은 날 이 사건 토지에 관하여 청구금액을 380,000,000원4) 으로 하는 가압류등기가 마쳐졌다(갑제2호증 참조).

○ 피고는 C을 상대로 계약불이행에 따른 계약무효로 발생한 원상회복등기청구권 보전을 위한 가처분신청을 하여, 2019. 6. 21. 대전지방법원 2019카단1821호로 가처분 결정을 받았다. 같은 날 천안 토지에 관하여 매매 등 일체의 처분행위를 금지하는 가처분등기가 마쳐졌다(갑제11호증 참조).

2) C의 합의서 등 작성 경위 ○ C은 2019. 6. 25. 다음과 같은 내용의 합의서를 작성하였다(갑제15호증의3).

합의서

합의자(을) C

합의자(갑) B

부동산의 표시 : 천안시 동남구 E, Q, R, 토지 및 건축허가권

합의자(을)는 위 부동산의 표시 전소유자[합의자(갑)] B에게 매매잔금 및 합의금 6억 원을 미지급하였는바, 합의자(을)는 금산군 D 지상에 건물 5층(근생 및 다세대주택)을 신축하여 신축한 건물 및 토지에 위 매매잔금 및 합의금 6억 원에 대하여 1순위로 근저당권설정등기를 2019. 6. 31.까지 이행하여 채권을 확보하여 주기로 각서 합니다.

2019. 6. 25.

합의자(을) C(인)

합의자(갑) B (인)

○ C은 2019. 7. 9. 'O에게 천안 토지 매수를 위임하였다.'는 취지의 확인서를 작성하였다(을제2호증 참조).

○ C은 2019. 7. 17. 피고에게 '2019. 7. 23.까지 6억 원의 토지매매잔금 및 합의금 채무를 변제하겠다'는 취지의 채무변제계약 공정증서를 작성하였다(을제4호증 참조).

사. 피고의 소유권보존등기 대위 및 근저당권설정등기 경위

○ 피고는 2019. 9. 18. C을 대위하여 이 사건 건물에 관하여 각 소유권보존등기를 마쳤다(갑제9호증 참조).

○ 피고는 C을 상대로 근저당권설정등기이행청구권 보전을 위한 가처분신청을 하여, 2019. 9. 16. 대전지방법원 2019카합78호로 가처분결정을 받았다(갑제15호증 참조). 2019. 9. 18. 이 사건

부동산에 관하여, 매매 등 일체의 처분행위를 금지하는 가처분등기가 각 마쳐졌다.

○ 같은 날 이 사건 부동산에 관하여, 채권최고액 600,000,000원, 채무자 C으로 하는 피고의 근저당권설정등기가 각 마쳐졌다(이하 '이 사건 근저당권등기'라 한다. 갑제2, 9호증 참조).

아. C의 2019. 11. 16.자 확인서 작성 및 건축관계자 변경신고

1) C의 2019. 11. 16.자 확인서 작성 ○ C은 2019. 11. 16. 피고에게 다음과 같은 내용의 확인서 2부를 작성하여 주었다(을제5호증 참조).

확인서(을제5호증의1)

본인 C은 시간이 필요해 매도인 B에게 건축허가권의 이전과 가처분 취소 등 절차를 미루어 줄 것을 간곡히 요청하여 오늘까지 미루어졌음을 확인합니다. 따라서 매도인 B에게 발생한 손해에 대해 배상할 것을 약속합니다.

확인서(을제5호증의2)

본인 C은 오늘 날짜 2019. 11. 16.로 매도인 B으로부터 천안시청 또는 동남구청에 제출할 천안건축현장의 ① 건축허가권의 이전서류, ② 가처분취소서류 및 ③ 인감증명서 등의 서류를 수령하였고, 본인은 최대한 빠른 시간 내에 건축허가권을 C 명의로 이전 및 가처분취소 등의 절차를 진행할 것을 정히 약속합니다.

2) 건축관계자 변경신고 ○ C은 2019. 12. 23. 천안 토지의 건축주 명의를 피고에서 C으로 변경신고하였다(을제3호증 참조).

자. 이 사건 부동산 관련 권리관계

1) S조합의 근저당권설정등기 관련 ○ 한편, S조합(이를 이하 'S조합'이라 한다)은 2018. 11. 5. 이 사건 토지에 관하여 채권최고액 780,000,000원, 채무자 C으로 하는 근저당권설정등기를 마쳤다(갑제2호증 참조).

- 이와 관련하여, S조합은 C에게 2018. 8. 24. 170,000,000원5) 을, 2019. 1. 14. 297,000,000원을 대출하였다(갑제8호증 참조).

○ S조합은 2019. 7. 1. C에게, 이 사건 토지에 관하여 피고 명의의 가압류등기가 마쳐졌음을 이유로 기한의 이익이 상실되었다는 취지의 통지서를 발송하였다(갑제8호증 참조).

○ S조합은 C을 상대로 근저당권설정등기청구권 보전을 위한 가처분신청을 하여, 2019. 9. 16. 대전지방법원 2019카합50396호로 가처분결정을 받았다. 2019. 9. 18. 이 사건 건물에 관하여 매매 등 일체의 처분행위를 금지하는 가처분등기가 마쳐졌다(갑제9호증 참조).

2) T의 가압류등기 관련 ○ T은 C을 상대로 가압류신청을 하여, 2019. 7. 15. 대전지방법원 2019카단2227호로 가압류결정을 받았다. 같은 날 이 사건 토지에 관하여 청구금액을 41,875,000원으로 하는 가압류등기가 마쳐졌다(갑제2호증 참조).

3) U의 근저당권설정등기 관련 ○ U은 2019. 8. 29. 이 사건 토지에 관하여 채권최고액 100,000,000원, 채무자 C으로 하는 근저당권설정등기를 마쳤다(갑제2호증 참조).

- 이와 관련하여 U은 2019. 7. 15. 피고 명의 계좌로 50,000,000원을 송금하였다(갑제21호증 참조).

4) 원고의 가처분등기 관련 ○ 원고는 C을 상대로 근저당권설정등기청구권 보전을 위한 가처분신청을 하여, 2019. 9. 25. 대전지방법원 2019카합105호로 가처분결정을 받았다(갑제10호증 참조). 같은 날 이 사건 건물에 관하여 매매 등 일체의 처분행위를 금지하는 가처분등기가 마쳐졌다(갑제9호증 참조).

○ 원고는 피고를 상대로 근저당권설정등기말소청구권 보전을 위한 가처분신청을 하여, 2019. 10. 8. 대전지방법원 2019카합111호로 가처분결정을 받았다(갑제13호증 참조). 같은 날 이 사건 건물에 관한 이 사건 근저당권등기에 관하여 양도 등 일체의 처분행위를 금지하는 가처분등기가 마쳐졌다(갑제9호증 참조).

차. C의 형사사건 경위 관련

1) 피고의 고소사건 관련 경위 ○ 피고는, C이 천안 토지에 설정된 근저당권을 해지할 의사나 능력이 없음에도 불구하고 위 근저당권을 해지하는 조건으로 천안 토지를 매수하여 천안 토지를 편취하였다는 혐의로, C과 O을 고소하였다.

○ 대전지방법검찰청 검사는 2019. 9. 24. 다음과 같은 이유로 C에 대하여 혐의없음(증거불충분) 처분을 하였다(을제9호증 참조).

- 천안 토지 매매계약은 0이 전적으로 진행하였고, C은 단지 명의만 대여하였다.

- 0은 등기명의인인 C이 담보대출에 협조하지 않아 천안 토지에 설정된 근저당권을 해지하지 못하였다.

- 0은 2019. 3. 28. 피고에게 2,000만 원을 송금하는 등 계약을 일부 이행하였다.

- 피고는 여전히 천안 토지의 등기관리증을 보관하고 있다.

2) 1의 고소사건 관련 경위 ○ I은, I에게 다세대주택 2세대를 분양해줄 의사나 능력이 없음에도 불구하고 이 사건 토지를 편취하였다는 혐의로, C과 H을 고소하였다.

○ 대전지방법검찰청 검사는 2020. 3. 25. 다음과 같은 이유로 C에 대하여 혐의없음(증거불충분) 처분을 하였다(을제8호증의1 참조).

- C은 H에게 명의만 대여하였다. I으로부터 이 사건 토지를 제공받은 실제 건축주는 H이므로 C은 I을 기망하지 않았다.

3) 원고의 고소사건 관련 경위 ○ 원고는, C이 이 사건 신축공사 공사대금을 지급할 의사나 능력이 없음에도 불구하고 원고로 하여금 이 사건 신축공사를 진행하게 하여 미지급 공사대금 680,400,000원을 편취하였다는 혐의로, C을 고소하였다(갑제14호증 참조).

○ 대전지방법검찰청 검사는 2020. 4. 9. 다음과 같은 이유로 C에 대하여 혐의없음(증거불충분) 처분을 하였다(을제8호증의2 참조).

- 원고의 진술에 따르더라도 상당한 공사대금이 지급되었다.

- 원고는 이 사건 토지를 C 명의로 명의신탁한 후 이 사건 신축공사를 진행하였다. 나아가 이 사건 신축공사의 실질적인 건축주는 H으로 보인다.

- 원고와 C은 이 사건 토지를 은행에 담보로 제공하고, 그 대출금으로 이 사건 신축공사를 진행하기로 하였다. 그러나 피고가 이 사건 토지에 근저당권설정등기를 함에 따라 위와 같이 은행 대출을 받을 수 없었다.

- 따라서 C이 처음부터 이 사건 신축공사 공사대금을 지급할 의사나 능력 없이 이 사건 도급계약을 체결하였음을 인정하기 부족하다.

4) U에 대한 사기사건 관련 경위 ○ C은 2021. 3. 21. 대전지방법원에 다음과 같은 U에 대한 사기의 점으로 기소되었다(갑제21호증 참조).

- C은 원고의 명의상 대표자로서, 실제 대표인 H으로부터 월급을 받으면서 이 사건 신축공사의 현장소장으로 근무하였던 사람이다.
 - C은 2019. 7.경 U에게 "이 사건 신축공사가 마무리 단계인데, 5,000만 원을 빌려주면, 8,000만 원을 변제하겠다."고 말하였다.
 - 그러나 이 사건 토지에 이미 가압류등기가 마쳐져 있었고, 공동시공자인 J에게 공사비를 제대로 지급하지 아니하여 심한 다툼이 있는 등의 사정으로, C은 U으로부터 돈을 빌리더라도 이를 변제할 의사나 능력이 없었다.
 - 그럼에도 C은 2018. 7. 15. U으로부터 5,000만 원을 송금받았다.
- 5) 부동산실권리자명의등기에관한법률위반사건 관련 경위 ○ C은 2021. 3. 29. 대전지방법원에 다음과 같은 부동산실권리자명의등기에관한법률위반의 점으로 기소되었다(을제12호증 제8쪽 참조).
- C은 이 사건 토지에 다세대주택 신축공사를 하려는 H으로부터 "대출한도 등의 문제가 있으니 명의를 빌려달라."는 제의를 받고, 이를 승낙하였다.
 - C은 2018. 8. 23.경 이 사건 토지에 관하여 C 명의의 소유권이전등기를 하였다.

카. 원고의 지급명령 신청 및 C의 이의신청

- 한편, 원고는 2019. 7. 26. C을 상대로 대전지방법원에 미지급 공사대금 680,735,200원 및 이에 대한 지연손해금의 지급을 구하는 지급명령을 신청하였다. C은 2019. 8. 21. 이에 이의신청을 하여 관련 사건의 소송절차로 이행되었다(갑제7호증, 을제7호증 참조).
- 위 법원은 2021. 8. 26. C에게 이 사건 도급계약의 효력이 미치지 않음을 이유로 원고의 청구를 모두 기각하였다(을제12호증 참조).

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑제1 내지 3, 6 내지 11, 13 내지 15, 17, 19, 21호증, 을제1 내지 5, 7 내지 10호증, 증인 C의 증언, 변론 전체의 취지

2. 원고의 청구원인에 관한 판단

가. 원고 주장의 요지

- 1) 주위적 청구원인(사해행위취소 및 원상회복청구)의 요지 가) 피보전채권 관련 주장의 요지

○ 원고는 C에게 다음과 같은 채권이 있다.

- (공사대금채권) 이 사건 도급계약은 유효하므로, 원고는 C에게 미지급 공사대금 채권이 있다.
- (건물 관련 부당이득반환채권) 만약 이 사건 도급계약이 무효라면, 원고는 C에게 이 사건 건물과 관련된 부당이득반환채권이 있다. 즉, C은 이 사건 건물의 소유권을 취득하였으므로 원고에게 미지급 공사대금 상당액 또는 건물의 시가에서 기지급 공사대금 상당액을 공제한 금액을 부당이득으로 반환하여야 한다.
- (토지 관련 부당이득반환채권) 이 사건 토지에 관하여 3자간 등기명의신탁이 이뤄진 것이라면, 원고는 C에게 이와 관련된 부당이득반환채권이 있다. 즉, 명의수탁자인 C은 제3자인 피고에게 근저당권을 설정하였으므로 근저당권의 피담보채무액 상당의 이익을 얻었다. 따라서 C은 이를 명의신탁자인 원고에게 이를 부당이득으로 반환하여야 한다.

나) 사해행위 및 사해의사 관련 주장의 요지

○ C의 이 사건 근저당권등기 설정은 사해행위에 해당한다.

- C의 B, T, U, S조합 등에 대한 채무와 이 사건 신축공사 공사대금 채무를 고려하면, C은 채무초과 상태에 있다.
- 그럼에도 C은 피고와 통모하여 피고에게 이 사건 근저당권등기를 설정하여주었다. 이는 일부 채권자에 대한 담보제공으로서 사해행위에 해당한다.
- 특히 피고는 천안 토지에 관하여 가처분신청을 하였고, 이에 따라 가처분등기가 마쳐졌다. 따라서 피고는 이미 C에 대한 소유권이전등기말소등기청구권을 확보하였다. 또한 지급받은 계약금 2,000만 원을 몰취하여 그 손해를 보전할 수 있다. 나아가 C은 천안 토지와 관련하여 O의 명의수탁자에 불과하였다. 따라서 C은 피고에게 이 사건 근저당권등기를 설정하여 줄 이유가 없다. 그럼에도 C은 형사처벌을 두려워한 나머지 피고와 통모하여 이 사건 근저당권등기를 설정하여주었다.
- 피고는 위와 같은 사정을 알고 있었음에도 이 사건 근저당권등기를 마쳤으므로 악의의 수익자에 해당한다.

○ 따라서 피고와 C 사이에 이 사건 부동산에 관하여 2019. 9. 18. 체결된 근저당권설정계약은 사해행위로서 취소되어야 한다. 그 원상회복으로서, 피고는 원고에게, 이 사건 부동산에 관한

근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하여야 한다.

2) 예비적 청구원인(채권자대위 청구)의 요지 ○ 원고는 C에게 위 2. 가. 1). 가). 항 기재와 같은 피보전채권이 있다.

○ 또한 이 사건 도급계약이 유효라면, 원고는 C에게 이 사건 도급계약 특약사항 제7조 제2항에 따라 근저당권설정청구권이 있다.6) C은 이 사건 도급계약의 특약사항 제7조 제2항에 따라 원고에게 이 사건 건물에 관하여 1순위 근저당권을 설정하여 주거나, 이 사건 건물로 공사대금을 대물변제하여야 한다. 이 역시 원고가 C의 권리를 대위할 수 있는 피보전채권이다.

○ 한편 C과 피고 사이의 이 사건 근저당권등기 설정약정은 통정허위표시로서 무효이다.7) 따라서 원고는 위 피보전채권들을 보전하기 위하여, C을 대위하여 무효인 이 사건 근저당권등기의 말소를 구할 수 있다.

3) 원고 주장의 정리 ○ 원고의 주장을 정리하면 다음과 같다(제10회 변론조서 참조).

주위적 청구(사해행위취소 및 원상회복 청구)	① 공사대금채권(이 사건 도급계약의 유효 전제)② 건물 관련 부당이득반환채권(이 사건 도급계약 무효 전제)③ 토지 관련 부당이득반환채권(이 사건 도급계약 무효 전제)	C의 이 사건 근저당권등기 설정 및 피고의 악의(C의 악의)
예비적 청구(채권자대위 청구)	주위적 청구의 피보전채권 ① ② ③이 사건 도급계약에 따른 근저당권설정청구권	C의 이 사건 근저당권등기말소 청구권(C과 피고의 이 사건 근저당권등기 설정 약정은 통정허위표시로서 무효임)

나. 주위적 청구원인에 관한 판단

1) 법리 ○ 채권자취소권에 의하여 보호될 수 있는 채권은 원칙적으로 사해행위라고 볼 수 있는 행위가 행하여지기 전에 발생한 것임을 요한다. 그러나 그 사해행위 당시에 이미 채권성립의 기초가 되는 법률관계가 발생되어 있고, 가까운 장래에 그 법률관계에 기하여 채권이 성립되리라는 점에 대한 고도의 개연성이 있으며, 실제로 가까운 장래에 그 개연성이 현실화되어 채권이 성립된 경우에는, 그 채권도 채권자취소권의 피보전채권이 될 수 있다.

부동산 양도인이 제3자에게 이를 이중으로 양도하여 소유권이전등기를 마쳐주는 경우, 위 양도인에 대하여 소유권이전등기청구권을 가지고 있는 자가 취득하는 부동산 가액 상당의 손해배상채권은

이중양도행위에 대한 사해행위취소권을 행사할 수 있는 위와 같은 피보전채권에 해당한다고 할 수 없다.

또한 채권자취소권을 특정물에 대한 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 행사하는 것은 허용되지 않는다. 그러므로 부동산의 제1양수인은 자신의 소유권이전등기청구권 보전을 위하여 양도인과 제3자 사이에서 이루어진 이중양도행위에 대하여 채권자취소권을 행사할 수 없다(대법원 1999. 4. 27. 선고 98다56690 판결 등 참조).

○ 부동산에 관하여 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률(이하 '부동산실명법'이라 한다) 제4조 제2항 본문이 적용되어 명의수탁자인 채무자 명의의 소유권이전등기가 무효인 경우에는 그 부동산은 채무자의 소유가 아니다. 때문에 이를 채무자의 일반 채권자들의 공동담보에 제공되는 책임재산이라고 볼 수 없다. 채무자가 위 부동산에 관하여 제3자와 근저당권설정계약을 체결하고 나아가 그에게 근저당권설정등기를 마쳐주었다 하더라도 그로써 채무자의 책임재산에 감소를 초래한 것이라고 할 수 없다. 그러므로 이를 채무자의 일반 채권자들을 해하는 사해행위라고 할 수 없고, 채무자에게 사해의 의사가 있다고 볼 수도 없다(대법원 2000. 3. 10. 선고 99다55069 판결 등 참조).

○ 3자간 등기명의신탁에서 명의수탁자가 부동산에 관하여 제3자에게 근저당권을 설정하여 준 경우에도 부동산의 소유권이 제3자에게 이전된 경우와 마찬가지로 보아야 한다.

명의수탁자가 제3자에게 부동산에 관하여 근저당권을 설정하여 준 경우, 제3자는 부동산실명법 제4조 제3항에 따라 유효하게 근저당권을 취득한다. 이 경우 매도인의 부동산에 관한 소유권이전등기의무가 이행불능된 것은 아니므로, 명의신탁자는 여전히 매도인을 대위하여 명의수탁자의 부동산에 관한 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기 등을 통하여 매도인으로부터 소유권을 이전받을 수 있다. 하지만 그 소유권은 명의수탁자가 설정한 근저당권이 유효하게 남아 있는 상태의 것이다.

명의수탁자는 제3자에게 근저당권을 설정하여 줌으로써 피담보채무액 상당의 이익을 얻었고, 명의신탁자는 매도인을 매개로 하더라도 피담보채무액만큼의 교환가치가 제한된 소유권만을 취득할 수밖에 없는 손해를 입었다. 한편, 매도인은 명의신탁자로부터 매매대금을 수령하여 매매계약의

목적을 달성하였으면서도 근저당권이 설정된 상태의 소유권을 이전하는 것에 대하여 손해배상책임을 부담하지 않으므로 실질적인 손실을 입지 않는다.

따라서 3자간 등기명의신탁에서 명의수탁자가 부동산에 관하여 제3자에게 근저당권을 설정한 경우 명의수탁자는 근저당권의 피담보채무액 상당의 이익을 얻었고 그로 인하여 명의신탁자에게 그에 상응하는 손해를 입혔다. 그러므로 명의수탁자는 명의신탁자에게 이를 부당이득으로 반환할 의무를 부담한다(대법원 2021. 9. 9. 선고 2018다284233 참조).

2) 판단 가) 공사대금채권에 기한 사해행위취소 청구 등에 관한 판단

(1) 이 사건 도급계약의 효력이 피고에게 미치는지 여부에 관한 판단

○ 다음과 같은 사실과 사정 등을 종합하면, 이 사건 도급계약은 그 법률적 효과를 피고가 아니라 H에게 귀속시키기 위하여 체결된 계약이라고 봄이 타당하다. 또한 원고 역시 이를 양해하였다. 따라서 피고가 도급인이라는 이 사건 도급계약은 통정허위표시로서 무효이다(나아가 이 사건 도급계약의 당사자 역시 원고와 C이 아니라, 원고와 H으로 봄이 타당하다).

① 원고는 관련 사건에서 C은 이 사건 신축공사의 건축주 명의를 수탁받은 자에 불과하고, 실제 이 사건 신축공사의 건축주는 H이라는 점을 인정하였다. 원고에 따르면, C은 H에게 명의를 대여해주는 대가로 35,042,240원을 수령하였다(나아가 C은 이 사건 신축공사의 자금을 전혀 부담하지 아니하였다).8) 만약 C이 이 사건 도급계약에 따른 법률적 효과를 부담할 의사였다면, C이 이 사건 신축공사에 따른 수익을 분배받는 것이 아니라, 위와 같이 이 사건 건물 분양 이전에 명의대여의 대가를 지급받은 것은 쉽게 이해가 가지 않는다.

② 관련 사건 판결문(을제12호증 제14쪽)에 따르면, I 등으로부터 이 사건 토지를 실제 매수하여 이 사건 신축공사를 추진한 사람은 H이다. 반면 C은 H과의 명의신탁 약정에 따라 이 사건 토지에 관하여 소유권이전등기를 마친 명의수탁자에 불과하다(H 역시 수사기관에서의 C과의 대질신문에서 위와 같은 명의신탁관계를 인정하였다).

③ 다음과 같은 사정 등을 종합하면, H은 이 사건 신축공사의 사실상 건축주로 보인다.9) ㉠ H은 모친을 통해 알게 된 I과 이 사건 토지의 매매조건에 관하여 협의하고, I에게 이 사건 토지 매매의 대가로 이 사건 건물 중 2세대를 분양해준다는 취지의 분양계약서를 작성해주는10) 등 주도적으로 이

사건 토지를 매수하였다(H의 수사기관에서의 진술에 따르면, H은 처음부터 이 사건 신축공사를 전제로 I으로부터 이 사건 토지를 매수하였다).

㉠ H은 수사기관에서 C을 이 사건 토지 및 건축주의 명의수탁자로 내세운 이유를 구체적으로 설명하였다. H의 설명에 따르면, 이 사건 건물의 건축허가를 위해서는 토지 명의자, 건축주, 대출자가 동일인일 필요가 있었고, H은 원고의 사내이사로 등재되어 있어 주거래은행인 S조합으로부터 대출을 받을 때 동일한 한도제한의 적용을 받을 우려가 있었다.

㉡ H은 수사기관에서 이 사건 도급계약서 작성 경위 및 자금집행 경위에 관하여서도 비교적 구체적으로 진술한 바 있다. 즉 H은 J, C이 동석한 가운데 이 사건 도급계약서를 작성하였고, S조합의 대출금과 I의 분양대금으로 이 사건 신축공사를 진행하였다.

따라서 이 사건 도급계약서의 실질적인 내용 역시 H이 결정한 것으로 보인다.

④ 다음과 같은 사정 등을 종합하면, H은 이 사건 신축공사의 사실상 건축주였을 뿐 아니라, 이 사건 신축공사의 시공사인 원고의 사실상 대표이사였던 것으로 보인다.¹¹⁾ ㉢ 명함(을제11호증의6)에 따르면, H은 원고의 대표이사 직함이 기재된 명함을 사용하였다.

㉣ 2019. 12. 20.경 입사한 원고의 직원 V의 관련 사건 확인서에 따르면, 원고와 G는 같은 사무실을 사용하였고, 위 두 회사 모두 실질적인 사장은 H이었다. H은 직원, 자금, 협력업체를 관리하였고, C은 H으로부터 급여를 받으면서 이 사건 토지에서 현장소장의 업무를 하였다[G의 협력업체를 운영한 W의 확인서(을제11호증의13), J의 신문조서(을제11호증의14),

주식등변동상황명세서(을제11호증의7)에 따르면, G 역시 H이 실질적으로 운영하는 회사이다].

㉤ H은 원고의 비상연락망 최상단에 기재되어 있고, 원고의 직원들에게 수시로 업무 관련 지시를 하는 지위에 있다(반면, C은 H의 지시에 따라 상급자에게 보고하거나 조치를 취하는 직원에 불과하다).

㉥ H 스스로도 수사기관에서 J과 함께 원고를 운영하고 있다고 진술한 바 있다. H은 다세대주택 개발을 위해 종합건설면허가 없는 G 대신 원고를 인수하여 사업을 진행하였다고 하여, 원고를 운영하게 된 경위에 관하여도 비교적 구체적으로 진술하였다.

⑤ 결국 H은 이 사건 신축공사의 사실상 건축주로서, ㉦ I을 통해 이 사건 토지를 제공받고, ㉧ J과

함께 원고를 인수하여 이 사건 토지 위에 이 사건 신축공사를 시공하고, ㉠ C을 이 사건 토지의 명의수탁자로 내세워 S조합으로부터 대출을 받아 이 사건 신축공사에 필요한 자금을 확보하려 한 것으로 보인다.

(2) 소결

○ 결국 이 사건 도급계약의 법률적 효력은 C에게 미치지 않는다. 따라서 원고의 C에 대한 미지급 공사대금 채권을 인정하기 어렵다.

○ 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

나) 건물 관련 부당이득반환채권에 기한 손해행위취소 청구 등에 관한 판단

(1) 미지급 공사대금 상당액 등의 부당이득반환채권에 관한 판단

○ 다음과 같은 사정 등을 종합할 때, 명의수탁자 C이 이 사건 건물의 소유권을 취득하였으므로, 원고는 C에 대하여 미지급 공사대금 상당액 또는 건물의 시가에서 기지급 공사대금 상당액을 공제한 금액 상당액의 부당이득반환채권을 가진다는 원고의 주장을 받아들이기 어렵다.

① 앞서 살펴본 바와 같이, 이 사건 도급계약의 법률적 효력은 C에게 미치지 않는다. 따라서 이 사건 건물에 관하여 C 명의의 소유권보존등기가 마쳐졌다 하더라도, 이는 C, H 사이의 명의신탁약정에 따라 마쳐진 것으로서 부동산실명법 제4조 제2항 본문에 따라 무효이다. 명의수탁자인 C은 위 소유권보존등기에도 불구하고 이 사건 건물의 소유권을 취득하였다고 할 수 없다.

② 신축건물에 관하여 원인무효의 소유권보존등기와 이에 기초하여 제3자 명의로 근저당권설정등기가 이루어진 경우에 신축건물의 진정한 소유자는 그 근저당권설정등기의 말소등기절차가 가능한지 여부와 관계없이 원인무효인 소유권보존등기의 말소등기절차의 이행을 청구할 수 있다(대법원 2004. 3. 12. 선고 2003다65803 판결 참조). 따라서 명의신탁자인 H은 직접¹² 또는 이 사건 건물의 원시취득자인 원고를 대위하여 C을 상대로 위 소유권보존등기의 말소를 구할 수 있다.

③ 원고 역시 H을 상대로 미지급 공사대금을 청구하거나, 이 사건 건물의 원시취득자로서 C을 상대로 소유권보존등기의 말소를 구하는 것은 별론으로 하고, C에게 직접 미지급 공사대금 상당액 또는 건물의 시가에서 기지급 공사대금 상당액을 공제한 금액 상당액의 부당이득반환채권을 가진다고

보기 어렵다.

○ 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

(2) 이 사건 근저당권등기의 피담보채무액 상당 부당이득반환채권에 관한 판단

○ 앞서 살펴본 바와 같이, 특정물에 대한 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 채권자취소권을 행사하는 것은 허용되지 않는다. 원고가 C를 상대로 소유권보존등기의 말소를 구할 수 있다고 하여, 이를 피보전채권으로 한 채권자취소권을 행사할 수는 없다.

○ 다만, H이 아니라 원고가 이 사건 건물의 명의신탁자임을 전제로, 또는 H에 대하여 공사대금 채권을 갖는 원고가 명의신탁자 H를 대위하여, 이 사건 근저당권등기의 피담보채권액 상당의 부당이득반환채권을 가진다고 볼 여지가 없는 것은 아니다.

명의수탁자인 C이 이 사건 건물에 관하여 피고에게 근저당권을 설정하여 줌으로써 그 피담보채무액 상당의 이익을 얻었고, 명의신탁자에게 그에 상응하는 손해를 입혔기 때문이다. 원고 역시 이를 다투고 있는 것으로 보인다.

○ 그러나 원고의 청구를 위와 같이 선행하더라도, 다음과 같은 사정 등을 종합할 때, 위 부당이득반환채권은 이 사건 근저당권등기설정 행위에 대한 사해행위취소권을 행사할 수 있는 피보전채권이 될 수 없다.

① 부동산 양도인이 제3자에게 이를 이중으로 양도하여 소유권이전등기를 마쳐주는 경우, 위 양도인에 대하여 소유권이전등기청구권을 가지고 있는 자는 부동산 가액 상당의 손해배상채권을 취득한다.

② 그러나 위 손해배상채권은 이중양도행위에 대한 사해행위취소권을 행사할 수 있는 피보전채권에 해당한다고 할 수 없다. 위 손해배상채권은 이중양도행위 이전에 발생한 채권(또는 이중양도행위 당시 이미 채권성립의 기초가 되는 법률관계가 발생되어 있고, 그 성립에 대한 고도의 개연성이 있으며, 실제로 개연성이 현실화되어 성립한 채권)이 아니라, 이중양도행위로 인하여 비로소 발생한 채권이기 때문이다.

③ 명의수탁자가 부동산에 관하여 제3자에게 근저당권을 설정하여 준 경우에도 부동산의 소유권이 제3자에게 이전된 경우와 마찬가지로 보아야 한다. 즉, 명의신탁자가 명의수탁자에 대하여 위

근저당권의 피담보채무액 상당의 부당이득반환채권을 취득하더라도, 이는 근저당권설정행위에 대한 사해행위취소권을 행사할 수 있는 피보전채권에 해당한다고 할 수 없다.

④ 원고 또는 H이 명의신탁자로서 C에 대하여 이 사건 근저당권등기의 피담보채무액 상당의 부당이득반환채권을 취득하였더라도, 이 역시 이 사건 근저당권등기설정 행위 이전에 발생한 채권(또는 이중양도행위 당시 이미 채권성립의 기초가 되는 법률관계가 발생되어 있고, 그 성립에 대한 고도의 개연성이 있으며, 실제로 개연성이 현실화되어 성립한 채권)이 아니다.

○ 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

(3) 이 사건 건물에 관한 근저당권설정이 사해행위에 해당하는지에 관한 판단

○ 또한 앞서 살펴본 바와 같이, 이 사건 건물은 C의 소유가 아니다. 그러므로 이를 C의 일반 채권자들의 공동담보에 제공되는 책임재산이라고 보기 어렵다. C이 이 사건 건물에 관하여 피고와 근저당권설정계약을 체결하고 이 사건 근저당권등기를 마쳐주었다 하더라도 C의 책임재산에 감소를 초래한 것이라고 할 수 없다. 따라서 이를 C의 채권자들을 해하는 사해행위라고 할 수 없다.

○ 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

다) 토지 관련 부당이득반환채권에 기한 사해행위취소 청구 등에 관한 판단

(1) 이 사건 근저당권등기의 피담보채무액 상당 부당이득반환채권에 관한 판단

○ H이 아니라 원고가 이 사건 토지의 명의신탁자임을 전제로, 또는 H에 대하여 공사대금 채권을 갖는 원고가 명의신탁자 H을 대위하여, 이 사건 근저당권등기의 피담보채권액 상당의 부당이득반환채권을 가진다고 볼 여지가 있다.

명의수탁자인 C이 이 사건 토지에 관하여 피고에게 근저당권을 설정하여 줌으로써 그 피담보채무액 상당의 이익을 얻었고, 명의신탁자에게 그에 상응하는 손해를 입혔기 때문이다.

○ 그러나 원고에게 위와 같은 부당이득반환채권이 인정된다 하더라도, 위 2. 나. 2). 나). (2). 항에서 살펴본 바와 같이, 위 부당이득반환채권은 이 사건 근저당권등기설정 행위에 대한 사해행위취소권을 행사할 수 있는 피보전채권이 될 수 없다.

○ 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

(2) 이 사건 토지에 관한 근저당권설정이 사해행위에 해당하는지에 관한 판단

○ 또한 이 사건 토지는 C의 소유가 아니다. 따라서 위 2. 나. 2). 나). (3). 항에서 살피본 바와 같이, C이 이 사건 토지에 관하여 근저당권등기를 마쳐주었다 하더라도 사해행위라고 할 수 없다.

○ 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

라) 소결론

○ 원고의 주위적 청구는 이유 없다.

다. 예비적 청구원인에 관한 판단

1) 공사대금채권 또는 이 사건 도급계약 특약사항 제7조 제2항에 따른 근저당권설정청구권에 기한 채권자대위 청구에 관한 판단 ○ 위 2. 나. 2). 가). (1), 항에서 살피본 바와 같이, 이 사건 도급계약의 법률적 효력은 C에게 미치지 않는다.

○ 따라서 원고는 C에게 이 사건 도급계약에 따른 공사대금채권 또는 근저당권설정등기청구권을 주장할 수 없다. 이에 기한 채권자대위 청구는 그 피보전권리가 인정되지 아니하여 부적법하다.

○ 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

2) 건물 또는 토지 관련 부당이득반환채권에 기한 채권자대위 청구에 관한 판단 가) 피보전채권에 관한 판단

○ 위 2. 나. 2). 나). (2).항 및 2. 나. 2). 다). (1).항에서 살피본 바와 같이, H이 아니라 원고가 이 사건 부동산의 명의신탁자임을 전제로, 또는 H에 대하여 공사대금 채권을 갖는 원고가 명의신탁자 H를 대위하여, 이 사건 근저당권등기의 피담보채권액 상당의 부당이득반환채권을 가진다고 볼 여지가 있다.

○ 만약 이러한 부당이득반환채권이 발생한다면, 이는 원고가 주장하는 채권자대위 청구의 피보전권리가 될 수 있다. 나아가 원고는 늦어도 2021. 11. 3.자 청구취지 및 청구원인 변경신청서를 통해 위 부당이득반환채권을 행사하였으므로 위 부당이득반환채권의 변제기 역시 도래하였다.

나) 피대위채권에 관한 판단

○ 그러나 다음과 같은 사정 등을 종합하면, 원고가 제출한 증거만으로는 이 사건 근저당권등기 설정이 통정허위표시로서 무효임을 인정하기 부족하다.

① 원고가 어떠한 의사표시가 통정허위표시로서 무효라고 주장하는 경우, 원고에게 그 사유에

해당하는 사실을 증명할 책임이 있다(대법원 2007. 7. 12. 선고 2005다39617 판결 등 참조).

② 피고가 C으로부터 계약금 2,000만 원을 지급받은 사실, 피고가 천안 토지에 관하여 가처분신청을 하여 가처분등기가 마쳐진 사실, 천안 토지의 매매계약을 ○이 주도적으로 진행한 사실은 인정된다.

③ 그러나 피고가 C으로부터 계약금을 몰취하거나 천안 토지를 다시 회복할 수 있었다는 사정만으로 이 사건 근저당권등기의 설정이 통정허위표시로서 무효라고 단정할 수 없다. 계약금 몰취나 천안 토지의 회복은 피고가 이 사건 천안 토지 매매계약을 해제하는 등 그 효력을 부정하는 것을 전제로 한다.

④ C이 최초(2019. 5. 31.) 피고에게 천안 토지에 관한 C 명의의 소유권이전등기가 무효라고 주장하였다.

그러나 C은 이후 입장을 바꾸어, 이 사건 천안 토지 매매계약의 효력을 인정하였다. 즉, C은 2019. 6. 25. 피고에게, '천안 토지에 관한 매매대금을 지급하고 이를 담보하기 위해 이 사건 부동산에 근저당권을 설정하겠다.'는 합의서를 작성하여 주었다. ㉠ 2019. 7. 9. ○에 대한 위임을 확인하여 주었고, ㉡ 2019. 7. 17. 천안 토지의 매매대금에 관한 공정증서를 작성하여 주었다. ㉢ C은 2019. 12. 23.에 이르러 천안 토지의 건축주 명의를 C으로 변경하여 천안 토지 지상 건축사업을 양수할 의사를 분명히 하였다.

C이 천안 토지 및 그 지상 건축사업을 양수하면서, 위와 같이 이 사건 천안 토지 매매계약의 효력을 유지할 의사를 분명히 하였다. 따라서 C이 피고로부터 위 계약의 해제를 당할 위험을 피하고자 피고에게 그 미지급대금의 담보를 제공하는 것은 오히려 자연스럽다. 피고 역시 해제권의 행사를 미루는 대신 추가로 담보를 제공받을 필요가 있었다.

⑤ 피고가 C을 고소한 사실이 있다는 사정만으로 피고와 C 사이의 이 사건 근저당권등기 설정 약정이 통정허위표시로서 무효라고 단정할 수 없다.

○ 피대위채권인 이 사건 근저당권등기의 말소청구권이 인정되지 않았으므로, 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

3) 소결론 ○ 원고의 예비적 청구는 이유 없다.

4. 결론

○ 원고의 청구는 모두 이유 없으므로 기각한다.

재판장판사이종록

판사차은주

판사최광진

별지

- 1) 2018. 11. 29. J은 원고의 대표이사로, H은 원고의 사내이사로 각 취임하였다(갑제1호증 참조).
- 2) 이 사건 토지의 전 소유자인 K교회 측 매도인이다. I은 K교회의 대표자 L와 함께 이 사건 토지를 매도하였다(I과 L는 남매 사이이다).
- 3) 한편 피고와 O은, C이 피고에게 천안 토지의 매매대금 126,000,000원 외에도 천안 토지 지상 건축 허가권, 골조 건축물 매매대금 명목으로 약 270,000,000원을 지급하기로 약정하였다(총 매매대금 400,000,000원).
- 4) C의 천안 토지 미지급 매매대금 상당액이다.
- 5) 이는 2018. 8. 23.자 대출거래약정에 따라 실행된 대출금이다(이 사건 토지는 담보신탁되었음). 위 대출거래약정은 2018. 11. 5. 근저당권설정계약으로 변경되었다(같은 날 담보신탁은 해지되었음. 을제12호증 제5쪽 참조).
- 6) 원고의 2020. 9. 15.자 예비적 청구취지 및 청구원인 추가신청서 제1, 2쪽 참조
- 7) C과 피고 사이의 근저당권설정계약이 통정허위표시로서 무효라는 이유는 위 2. 가. 1). 나). 항 기재와 같다.
- 8) 을제12호증 제13, 14쪽 참조
- 9) 을제12호증 제14, 15쪽 참조
- 10) 갑제17호증의1 참조
- 11) 을제12호증 제15쪽 참조
- 12) 만약 H이 이 사건 건물에 관하여 소유권을 취득하였다면, H은 C을 상대로 직접

소유권보존등기의 말소를 구할 수 있다.