

창원지방법원 2021. 1. 28 선고 2019나59407 판결 [사해행위취소]

전 문

원고, 항소인 A

소송대리인 변호사 홍성준

피고, 피항소인 B

소송대리인 법무법인 모든

담당변호사 김상용

변 론 종 결 2020. 12. 17.

판 결 선 고 2021. 1. 28.

제1 심판결 창원지방법원 2019. 7. 9. 선고 2017가단103613 판결

주 문

1. 제1심판결을 취소한다.
2. 이 사건 소를 각하한다.
3. 소송총비용은 원고가 부담한다.

청 구 취 지 및 항 소 취 지

제1심판결을 취소한다. 피고는 C에게, 별지 목록 순번4, 5, 7, 8 기재 각 토지에 대하여 창원지방법원 김해등기소 2016. 9. 30. 접수 제90808호로 마친 소유권이전등기 및 별지 목록 순번6 기재 토지에 대하여 창원지방법원 김해등기소 2016. 11. 29. 접수 제110924호로 마친 소유권이전등기의 각

말소등기절차를 이행하라.1)

이 유

1. 기초사실

이 법원이 이 부분에 적을 이유는 가.항 중 ‘D협의회’를 ‘R협의회’로 고쳐 쓰는 것 외에는 제1심판결 이유 중 해당 부분 기재와 같으므로, 민사소송법 제420조 본문에 따라 이를 그대로 인용한다.

2. 이 사건 소의 적법 여부(직권판단)

가. 당사자의 주장

원고는 이 사건 소송이 채권자대위소송임을 명시하지는 않았으나, C이 이 사건 약정에 의하여 원고에게 순번1 내지 6, 8 기재 7필지 토지에 대하여 근저당권을 설정해 줄 의무가 있었음에도 일부인 순번1, 2, 3 토지에 대하여만 근저당권을 설정해 준 상태에서, 강제집행을 면탈하고 ‘알박기2)’를 할 목적으로 피고와 통정하여 이 사건 각 토지에 관한 증여계약을 체결하였고 피고는 이에 적극 가담하여 피고 명의로 이 사건 각 토지에 관한 소유권이전등기를 이관받으므로 이 사건 각 토지에 관한 피고의 소유권이전등기는 통정허위표시 또는 사회질서에 반하는 배임행위에 해당하여 원인무효라고 주장하며, 피고가 C에게 이 사건 각 토지에 관한 소유권이전등기 말소등기절차를 이행할 것을 청구하여 C의 피고에 대한 채권을 대위행사하고 있다.

이에 대하여 피고는 C은 순번1, 2, 3 토지에 관하여 원고 앞으로 근저당권을 설정해줌으로써 이 사건 약정을 모두 이행하였을 뿐만 아니라, 이 사건 각 토지에 관한 피고의 소유권이전등기가 통정허위표시 또는 사회질서에 반하는 배임행위에 해당하는 것도 아니라고 다툰다.

나. 관련 법리

채권자대위소송에서 대위에 의하여 보전될 채권자의 채무자에 대한 권리가 인정되지 아니할 경우에는, 채권자가 스스로 원고가 되어 채무자의 제3채무자에 대한 권리를 행사할 당사자적격이

없게 되므로, 그 대위소송은 부적법하여 각하할 수밖에 없다(대법원 2014. 9. 4. 선고 2012다37343 판결 등 참조).

다. 피보전권리의 존재에 관한 판단

앞서 본 사실관계 및 갑 제1호증의 기재에 의하면, ① C이 원고에게 C 소유의 토지에 대하여 14억 4,000만 원을 채권최고액으로 하는 근저당권설정등기를 해주기로 약정하는 이 사건 약정을 체결한 사실, ② 이 사건 약정서 제1항에 C 소유 부동산으로 순번1 내지 6, 8, 9 토지가 기재되어 있는 사실은 인정된다.

그러나 앞서 본 사실관계와 을 제3, 7, 12호증(가지번호 포함)의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정을 종합하면, C은 원고에게 순번1 내지 3 토지 중 자신 소유의 지분에 관하여 근저당권을 설정하여 줌으로써 이 사건 약정에 따른 근저당권설정등기의무를 모두 이행한 것으로 보이고, 달리 C이 원고에게 이 사건 각 토지에 대하여 이 사건 약정에 따른 근저당권설정등기의무를 부담한다고 볼 증거가 없다.

① 이 사건 약정서 중 근저당설정 의무에 관한 내용은 아래와 같은데, 여기에는 C의 담보제공의무만을 규정하고 있을 뿐, 담보제공 근저당설정 대상 토지를 특정하는 명시적인 문구가 없고, 달리 이 사건 각 토지에 관하여도 근저당을 설정한다는 내용을 찾을 수 없다.

5. 본 약정서를 체결하고 나서 ‘을’3)은 ‘갑’4)의 단독부지 잔금 3억원을 지급받는 것과 동시에 S과 공동소유부지에 경매취하와 가압류 해제를 하고 ‘을’이 ‘갑’에게 대여해 준 5천만원을 포함한 금액인 12억 원에서 연체이자와 경매비용 등을 감안하여 120%인 14억 4천만 원을 근저당설정하기로 한다. ‘갑’은 근저당설정에 대한 서류를 제공해야 하며 ‘을’은 채권금액을 상환받으면 상환금액의 120%에 해당하는 근저당권설정금액을 감액하기로 한다.

② C은 이 사건 약정을 체결한 이틀 뒤에 순번1, 2 토지 중 자신 소유인 1/2 지분에 관하여 채권최고액을 9억 4,000만 원으로 한 근저당권을, 순번3 토지 중 자신의 1/2지분에 관하여 채권최고액 5억 원으로 한 근저당권을 각 설정하여 주었는데, 위 각 부동산에 설정한 근저당권

채권최고액의 합계액은 14억 4,000만 원으로 이 사건 약정에 따라 설정해주어야 할 근저당권 채권최고액의 합계액과 일치한다.

③ 이 사건 약정 후 순번1, 2, 3 토지 전부를 공동담보로 하여 채권최고액을 14억 4,000만 원으로 하는 근저당권을 설정한 것이 아니라, 순번1, 2 토지에 관하여 채권최고액을 9억 4,000만 원으로 하는 근저당권을, 순번3 토지에 관하여 채권최고액을 5억 원으로 하는 근저당권을 설정한 것에 비추어 보면, 원고는 근저당권을 설정할 토지의 잔존 가치를 충분히 고려한 후 어떤 토지에 얼마의 근저당권을 설정할지 여부 등에 관하여 C와 충분한 협의를 거친 것으로 보인다.

④ 창원지방법원 F 부동산강제경매 사건에서 이루어진 순번1 토지 중 1/2 지분에 대한 감정평가액은 482,068,500원, 순번2 토지 중 1/2 지분에 대한 감정평가액은 2,026,674,000원 합계 2,508,742,500원이고, G 부동산강제경매 사건에서 이루어진 순번3 토지 중 1/2 지분에 대한 감정평가액은 804,000,000원이므로, 선순위 근저당권으로 순번1 내지 3토지에 채권최고액 840,000,000원인 공동근저당권이, 순번1 토지 중 C의 지분에 채권최고액 50,000,000원인 근저당권이 각 설정되어 있었던 점을 고려하더라도, 순번1 내지 3 토지 중 C 지분의 담보가치는 이 사건 약정에 따라 설정해주어야 할 근저당권 채권최고액인 1,440,000,000원을 넘었던 것으로 보인다.

⑤ 원고는 순번1 내지 3 토지 중 C의 지분에 대하여 근저당권을 설정 받은 후, 이 사건 각 토지에 대한 창원지방법원 E 강제경매개시결정등기 및 창원지방법원 2011카단9 가압류등기를 모두 말소해 주었고, 2017. 3. 9. 이 사건 소를 제기하기 전까지는 C에게 추가 근저당권설정을 요구하지 않았다. 이에 비추어 보더라도 원고는 순번1 내지 3 토지 중 C 지분의 담보가치를 평가하여 그 담보가치가 충분하다고 판단하고 순번1 내지 3 토지를 제외한 C 소유의 다른 토지에 관하여는 근저당권 설정을 요구하지 않았던 것으로 보인다.

⑥ 이 사건 각 토지 중 순번7 토지는 이 사건 약정서에 C 소유 부동산으로 기재되어 있지 않을 뿐만 아니라, 창원지방법원 E 강제경매의 대상 부동산도 아니었다.

라. 소결론

그렇다면 원고는 C에 대하여 이 사건 각 토지에 관하여 이 사건 약정에 따른 근저당권설정등기절차의 이행을 청구할 권리가 없다. 원고의 이 사건 소는 채권자대위소송의 피보전권리가 존재하지 아니하므로 당사자적격이 없는 자에 의하여 제기된 소로써 부적법하다.

3. 결론

이 사건 소는 부적법하여 각하하여야 한다. 제1심판결은 이와 결론을 달리하여 부당하므로 이를 취소하고, 이 사건 소를 각하한다.

재판장 판사 이봉수, 판사 강희구, 판사 양철순

1) 원고가 제출한 항소장에는 항소취지가 '제1심판결을 취소한다. 피고와 C 사이에 별지 목록 기재 부동산에 관하여 2016. 9. 30. 체결된 증여계약을 취소한다. 피고는 C에게 별지 목록 순번4, 5, 7, 8 기재 각 토지에 대하여 창원지방법원 김해등기소 2016. 9. 30. 접수 제90808호 및 별지 목록 순번6 기재 토지에 대하여 창원지방법원 김해등기소 2016. 11. 29. 접수 제110924호로 마친 각 소유권이전등기의 말소등기절차를 이행하라'고 기재되어 있으나, 당심에서도 피고와 C 사이의 증여계약이 통정허위표시 내지 반사회적 법률행위로서 무효라는 주장만을 하고 있으므로, 항소취지를 이와 같이 선택한다.

2) 별지 2 현황도면과 같이 이 사건 각 토지는 순번2, 3 토지의 가운데 부분에 위치해 있다.

3) 원고를 뜻한다.

4) C을 뜻한다.

