

인천지방법원 2024. 6. 11 선고 2022가합52392 판결 [사해행위취소]

전 문

원고A 주식회사

소송대리인 법무법인 수로

담당변호사 김병문

피고1. B

2. C

피고 1, 2의 소송대리인 법무법인 인화

담당변호사 김영진

3. D 주식회사

소송대리인 법무법인 현암

담당변호사 유병일, 남지혜

4. 주식회사 E

소송대리인 법무법인 민주

담당변호사 이미영, 민경택

변론 종결2024. 4. 30.

판결 선고2024. 6. 11.

주 문

- 이 사건 소 중 원고의 피고 C에 대한 소유권이전등기말소청구, 피고 D 주식회사, 피고 주식회사 E에 대한 각 근저당권설정등기말소청구 부분을 각 각하한다.
- 원고의 피고들에 대한 나머지 청구를 각 기각한다.

3. 소송비용은 원고가 부담한다.

N

청 구 취 지

(1) ① 피고 B는 원고에게 814,263,480원 및 그중 73,035,035원에 대하여는 이 사건 소장 부분 송달일 다음날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 비율로 계산한 돈을, 308,228,445원에 대하여는 2020. 3. 25.부터 이 사건 소장 부분 송달일까지는 연 5%의, 233,000,000원에 대하여는 2019. 7. 15.부터 이 사건 소장 부분 송달일까지는 연 5%의, 200,000,000원에 대하여는 2021. 6. 3.부터 이 사건 소장 부분 송달일까지는 연 6%의, 각 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하고, ② 피고 C는 피고 B와 공동하여 위 308,228,445원 중 156,112,755원 및 이에 대하여 2020. 3. 25.부터 이 사건 소장 부분 송달일까지는 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

(2) ① 피고 B와 피고 C 사이에 별지1 목록 기재 부동산에 관하여 2020. 3. 30. 체결된 명의신탁해지약정을 551,600,000원의 한도 내에서 취소하고, ② 원고에게, 피고 C는 551,600,000원, 피고 D 주식회사(이하 '피고 D은행'이라 한다)는 피고 C와 공동하여 위 돈 중 300,800,000원 및 피고 C, 주식회사 E과 공동하여 위 돈 중 211,200,000원, 피고 주식회사 E(이하 '피고 E저축은행'이라 한다)은 피고 C, 피고 D은행과 공동하여 위 돈 중 211,200,000원 및 위 각 돈에 대하여 이 판결 확정일 다음날부터 다 갚는 날까지 연 5%의 비율로 계산한 돈을 각 지급하라.

(3) 위 (2)항과 선택적으로, 별지1 목록 기재 부동산에 관하여, ① 피고 C는 피고 B에게 인천지방법원 등기국 2020. 4. 3. 접수 제162884호로 마친 소유권이전등기의, ② 피고 D은행은 피고 C에게 인천지방법원 등기국 2020. 4. 29. 접수 제203531호로 마친 별지2 목록 제1항 기재 근저당권설정등기의, ③ 피고 E저축은행은 피고 C에게 인천지방법원 등기국 2021. 8. 4. 접수 제324157호로 마친 별지2 목록 제2항 기재 근저당권설정등기의, 각 말소등기절차를 이행하라.

이 유

1. 기초사실

가. 당사자들의 관계

피고 B는 2010. 10. 28.부터 2020. 10. 22.까지 원고 회사의 대표이사로 재직하면서 원고 회사를 운영하였던 사람이고, 피고 C는 피고 B의 배우자이며, F은 2013. 1. 1.부터 원고 회사의 기술이사 등으로 근무하다가 2020. 10. 22.부터 원고 회사의 대표이사로 취임한 사람이다.

나. 이 사건 주식 매매 및 경영권양수도 계약 체결 등

1) 피고 B는 2020. 3. 17. F에게 원고 회사 발행의 보통주식 100,000주를 매도하고 이에 수반하는 원고 회사의 경영권을 양도하는 계약을 체결하였고(이하 '이 사건 2020. 3. 17.자 계약'이라 한다), 2020. 10. 26. 원고 회사 발행의 보통주식 100,000주를 F(49,000주), G(21,000주), H(10,000주), I(20,000주) 4명에게 양도하는 내용의 계약(이하 '이 사건 2020. 10. 26.자 계약'이라 한다)을 체결하였는데, 위 계약들의 구체적인 내용은 다음과 같다.

[이 사건 2020. 3. 17.자 계약]

A(주) 대표이사 B, A(주)의 주주 B(이하 '매도인'이라 함)는 F(이하 '매수인'이라 함)과 다음과 같이 주식매매 및 경영권양수도계약을 체결한다.

(1) 매도인은 매도인이 본 계약 체결일 현재 소유하고 있는 A(주) [이하 "회사"라 함]의 기명식 보통주식 100,000주 [이하 "본건 주식"이라 함] 및 이에 수반하는 A(주)의 경영권(이하 "경영권"이라 함)을 본 계약에서 정하는 바에 따라 매수인에게 매도하고, 매수인은 매도인으로부터 이를 매수하고자 계약한다.

(2) 경영권 양도

① 매도인 2020년 3월 3.일부터 본 계약체결일 현재 회사가 보유하고 있는 자산(채권 포함) 일체 및 대출현황과 부담하여야 할 채무일체, 경영에 필요한 모든 권리 및 그에 관련된 각종 법무자료와 회계자료, 회사의 영업권 일체를 매수인에게 양도한다.

(3) 주식의 양도

① 매도인은 (5)의 ③항의 이행즉시 본건 주식을 매수인에게 양도하고 매수인은 이를 양수한다.

(4) 매도인의 의무

② 매도인은 (5)의 ③항의 이행즉시 매도인 명의의 사무실을 A로 명의 이전한다.

(5) 매수인의 의무

② 매도인은 기존 가수금을 6천만 원으로 상계하는데 동의하고 매수인은 2020. 4.부터 2021.

11.까지 매달 10일 300만 원을 지급하며 주식의 양도양수가 완전히 이루어지는 시점에는 잔액을 즉시 지급한다.

③ 매수인은 2020. 9.까지 6천만 원을 매도인에게 지급하고 매도인은 이를 기존 대출의 변제에 국한하여 사용하고 증빙서류 일체를 매수인에게 전달한다.

(11) 전체계약

① 본 계약은 본 계약체결일 현재 본 계약의 주된 사항에 관한 당사자들 간의 이전의 모든 구두나 서면의 진술, 양해 또는 합의에 우선하며, 본 계약은 당사자들 간의 권리의무 관계의 제 조건에 대한 당사자들 간의 완전한 합의를 포함한다.

② 본 계약에 포함된 조건들은 이전의 구두 또는 서면합의를 증거로 하여 부인될 수 없다.

[이 사건 2020. 10. 26.자 계약]

1. 양도인(피고 B)은 양도인이 소유하는 A의 주식회사 발행 보통주식 100,000주를 양수인(F, G, H, I)에게 양도한다.

2. 주식을 양도함에 있어 본건 주식의 매매대금 1,400,000,000원(1주당 14,000원 X 100,000주)과 현재까지 발생한 A 주식회사의 채권을 상계하며 그 대가를 0원으로 한다.

3. 양도인은 채권을 상계하는 조건으로 2021. 3. 31.까지 사무실(J, K빌딩 7층) 명의를 A 주식회사로 변경해야 한다.

2) 피고 B는 2020. 10. 26. F을 채무자로, 피고 B를 채권자로, 원고 회사를 연대보증인으로 하여 '채무자는 채권자에게 140,000,000원을 지급하되, 2020. 11.부터 2021. 8.까지 매월 말일에 4,000,000원씩, 2022. 12. 31.까지 100,000,000원을 분할하여 지급한다'라는 내용의 금전소비대차계약 공정증서를 작성하였다.

다. 이 사건 부동산 등에 관한 권리 변동

1) 피고 B는 2017. 2. 28. 별지1 목록 기재 부동산(이하 '이 사건 부동산'이라 한다)에 관하여 '2016. 11. 24.자 매매'를 원인으로 한 본인 명의 소유권이전등기를 경료하였다가, 2020. 4. 3. 피고 C에게 '2020. 3. 30.자 명의신탁해지'(이하 '이 사건 명의신탁해지약정'이라 한다)를 원인으로 한 소유권이전등기를 마쳐주었다.

2) 피고 B는 이 사건 부동산에 관하여, 2020. 1. 29. '채무자 원고 회사, 근저당권자 L저축은행, 채권최고액 24,000,000원'으로 하는 근저당권설정등기(변경등기)를 마쳤고, 2020. 1. 23. '채무자 원고 회사, 근저당권자 주식회사 M, 채권최고액 192,000,000원, 공동담보 별지3 목록 기재 부동산(이하 '이 사건 사무실'이라 한다)'으로 하는 근저당권설정등기를 마쳤는데, 피고 C 명의로 소유권을 이전한 뒤 2020. 4. 28. 위 주식회사 M 명의의 근저당권이 말소되었고, 2020. 4. 29. 위 L저축은행 명의의 근저당권이 말소되었다.

3) 피고 C는 이 사건 부동산에 관하여, 2020. 4. 29. '채무자 피고 C, 근저당권자 피고 D은행, 채권최고액 532,800,000원(위 채권최고액은 2021. 7. 29. 변경계약 및 변경등기를 통해 512,000,000원으로 변경되었다)'으로 하는 근저당권설정등기(별지2 목록 제1항 기재 근저당권)를 마쳤고, 2021. 8. 4. '채무자 피고 C, 근저당권자 피고 E저축은행, 채권최고액 211,200,000원'으로 하는 근저당권설정등기(별지2 목록 제2항 기재 근저당권)를 마쳤다.

4) 한편, 원고 회사는 2014. 7. 30. 피고 B로부터 이 사건 사무실을 임대차보증금 200,000,000원, 임대기간 2014. 7. 31.부터 2016. 7. 30.까지로 정하여 임차하였고, 피고 B에게 임대차보증금 200,000,000원을 지급하였다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 7, 12, 13호증(가지번호 있는 것은 가지번호 포함, 이하 같다), 을라 제1 내지 3호증의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 주장 및 판단

가. 피고 B에 대한 청구에 관한 판단

1) 원고의 주장 가) 피고 B는 ① 2010.경부터 2020.경까지 원고 회사에게 가지급금 14,093,581원을 반환하여야 하고, ② 원고 회사로부터 가수금을 지급받을 의무가 없음에도 불구하고 가수금 60,000,000원이 있는 것처럼 기망하여 2020. 3. 23.부터 2021. 3. 30.까지

사이에 합계 39,000,000원을 지급받았으며, ③ 2019. 8. 17. N은행으로부터 대출받은 100,000,000원(이하 '별지4 목록 대출현황 8번 대출금'이라 한다), 2019. 3. 22. O조합으로부터 대출받은 195,500,000원(이하 '별지4 목록 대출현황 9번 대출금'이라 한다), 2019. 3. 22. O조합으로부터 대출받은 39,100,000원(이하 '별지4 목록 대출현황 10번 대출금'이라 한다)은 피고 B가 개인적으로 사용한 것임에도 원고 회사가 위 대출금들의 이자 총 19,941,454원(= 별지4 목록 대출현황 8번 대출금의 이자 총 7,869,329원 + 별지4 목록 대출현황 9번 대출금의 이자 총 9,700,054원 + 별지4 목록 대출현황 10번 대출금의 이자 총 2,372,071원)을 지급하였으므로, 피고 B는 원고 회사에게 원고 회사로부터 부당하게 얻은 이익 합계 73,035,035원(= 가지급금 14,093,581원 + 가수금 관련 부당이득 39,000,000원 + 대출금 이자 대납 부당이득 19,941,454원) 및 이에 대한 지연손해금을 반환하여야 한다.

나) 피고 B는 원고 회사에게 불법행위로 인한 손해배상금 541,228,445원[= 공사대금 횡령액 합계 233,000,000원 + 급여 명목 등 횡령액 합계 308,228,445원(= C 급여 명목 등 횡령액 156,112,755원 + P 급여 명목 등 횡령액 73,520,440원 + Q 급여 명목 횡령액 67,316,470원 + R 급여 명목 횡령액 11,278,780원)] 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

다) 이 사건 사무실에 관한 원고 회사와 피고 B 사이의 임대차계약이 2021. 6. 2.자로 종료되었으므로, 피고 B는 원고 회사에게 임대차보증금 200,000,000원을 반환하고 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

라) 따라서 피고 B는 원고 회사에게 총 814,263,480원(= 부당이득반환금 73,035,035원 + 불법행위로 인한 손해배상금 541,228,445원 + 임대차보증금반환금 200,000,000원) 및 이에 대한 지연손해금을 지급하여야 한다.

2) 부당이득반환청구에 관한 판단 당사자 일방이 자신의 의사에 따라 일정한 급부를 한 다음 급부가 법률상 원인 없음을 이유로 반환을 청구하는 이른바 급부부당이득의 경우에는 법률상 원인이 없다는 점에 대한 증명책임은 부당이득반환을 주장하는 사람에게 있다. 이 경우 부당이득의 반환을 구하는 자는 급부행위의 원인이 된 사실의 존재와 함께 그 사유가 무효, 취소, 해제 등으로 소멸되어 법률상 원인이 없게 되었음을 주장·증명하여야 한다(대법원 2018. 1. 24. 선고 2017다37324 판결 등

참조).

살피건대, 앞서 든 증거들 및 갑 제16 내지 19호증의 각 기재, 변론 전체의 취지에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실 내지 사정들에 비추어 보면, 피고 B가 원고 회사로부터 법률상 원인이 없이 총 73,035,035원의 부당이득을 취득하였다고 단정하기 어렵고, 달리 이를 인정할만한 증거가 없으므로, 이 부분 원고 회사의 청구는 이유 없다.

① 피고 B가 F에게 원고 회사의 경영권을 양도하는 과정에서 법인 주식 대금, 사무실 내지 집기류 대금 등의 금원을 별도로 요구한 사실이 없고, 이 사건 2020. 3. 17.자 계약 및 2020. 10. 26.자 계약을 통하여 원고 회사의 채권, 채무의 정산에 관한 구체적 합의가 일률적으로 이루어진 것으로 보인다.

② 원고 회사가 피고 B를 상대로 가지급금 채권 14,093,581원을 주장하는 근거는 2010년부터 2020년까지 원고 회사의 계좌 거래내역 중 피고 B와 관련된 입금 내역 총액과 출금 내역 총액의 차이를 단순 계산한 것에 불과하고, 원고 회사의 회계장부를 토대로 그 금액을 특정하였다거나 구체적인 가지급금 계정에 관한 자료를 근거로 삼고 있는 것이 아니어서, 원고가 주장하는 바와 같은 가지급금 채권의 존재 및 액수가 인정된다고 보기 어렵다.

③ 원고 회사는 피고 B가 가수금채권을 갖고 있지 않음에도 원고 회사로부터 39,000,000원을 부당하게 지급받았다는 취지로 주장하나, 위 ②와 같이 피고 B와 원고 회사 사이의 가수금 또는 가지급금의 액수를 특정할만한 객관적인 자료가 없을 뿐만 아니라, 오히려 이 사건 2020. 3. 17.자 계약에서 '원고 회사의 가수금을 60,000,000원으로 상계하는데 동의한다'는 내용으로 합의하고 F이 위 내용에 근거하여 피고 B에게 매달 3,000,000원씩 총 39,000,000원을 지급한 것으로 보이며, 위 계약 체결 과정에서 피고 B가 F을 기망하였다는 사정은 찾아볼 수 없다.

④ 별지4 목록 대출현황 8번 내지 10번 대출금은 이 사건 2020. 3. 17.자 계약 당시 피고 B가 F에게 원고 회사의 경영권과 함께 양도하기로 한 원고 회사의 채무 목록(별지4 목록 대출현황)에 포함된 금원인데, 피고 B가 원고 회사의 대표이사로서 본인 명의 부동산의 담보대출 또는 본인 명의 신용대출을 통해 융통한 금원이나 본인 명의 계좌에 보관한 금원을 원고 회사의 운영자금으로 사용하였던 것으로 보이므로, 원고 회사의 주장과 같이 위 대출금들이 곧바로 원고 회사의 계좌로

입금되지 않았다는 사정만으로는 피고 B가 위 대출금들을 원고 회사의 운영과 전혀 관계없이 개인적인 용도로 사용하였다고 단정하기 어렵다.

3) 불법행위로 인한 손해배상청구에 관한 판단 살피건대, 앞서 든 증거들 및 갑 제20 내지 25호증, 을가 제1 내지 3호증의 각 기재, 증인 S의 증언, 변론 전체의 취지에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실 내지 사정들을 고려하여 보면, 피고 B가 원고 회사에 대하여 불법행위로 인한 손해배상책임을 부담한다고 인정하기 어렵고, 달리 이를 인정할만한 증거가 없으므로, 이 부분 원고 회사의 청구는 이유 없다.

① 원고 회사의 회계·경리 업무는 2017년경부터 I가 담당하여 왔고, 원고회사가 주장하는 급여, 퇴직급여 등의 상당 부분도 I를 통하여 지급이 이루어졌다. 피고 B가 원고 회사의 자금을 횡령하려는 의도였다면 해당 거래와 정산 등을 회계 담당 직원인 I를 통하여 처리하지 아니하였을 것으로 보이고, I가 피고 B와 횡령 범행을 공모하였음을 인정할만한 증거도 없다.

② 공사대금 횡령과 관련하여, 피고 B는 '당시 I가 원고 회사의 상무이사였던 F의 지시에 따라 피고 B 명의 계좌에서 현금을 인출하여 원고 회사의 운영 자금으로 사용하였다'는 취지로 주장하는데, 실제로 피고 B 개인 명의 계좌를 통해서 원고 회사의 자금 운용이 이루어졌을 뿐만 아니라 I, F 등도 이러한 사실을 인식하고 있었던 것으로 확인되는 상황에서, 일부 공사대금이 피고 B 명의 계좌로 송금되었다는 사실만으로는 피고 B가 위 금원들을 개인적으로 사용하였다고 단정하기 어렵다.

③ 급여, 퇴직급여 명목 등의 횡령과 관련하여, 증인 S는 이 법원에 출석하여 '피고 B의 아들 P이 원고 회사에 아르바이트 형태로 출근하여 실제 근무한 사실은 있는 것으로 아는데 정확한 출근 횟수나 기간은 기억나지 않는다. 피고 C는 관리부 소속이어서 사무실을 함께 쓰지 않았고 직접 본 적은 없으며, 비상연락망에서 이름을 본 적은 있으나, 담당하는 직책이 무엇인지는 정확히 알지 못한다'라는 취지로 진술하였다. 증인 S가 원고 회사에서 근무한 기간은 2016. 6.경부터 2018.

1.까지이고, 위 증인은 엘리베이터 보수를 위해 현장으로 출근하는 경우가 빈번하였기 때문에 위 증인의 증언을 통해 확인할 수 있는 내용이 한정적일 뿐만 아니라, 위와 같은 증인의 증언 취지에 따르더라도 P, 피고 C 등의 실제 근무 기간이나 근무 형태가 어떠하였는지가 정확히 확인되지 아니하여 피고 B의 급여, 퇴직급여 등의 횡령 여부 및 그 범위를 특정하기에 부족하다.

④ 원고 회사는 피고 B, C가 직원들의 급여, 퇴직급여 등을 횡령하였다는 취지로 수사기관에 고소하였는데, 2023. 7. 21. 인천광역시경찰청에서 위 피고들의 횡령 혐의에 관하여 불송치결정(혐의 없음)이 이루어졌고, 2023. 9. 27. 인천지방검찰청에서도 같은 혐의에 관하여 불기소결정(증거불충분)이 이루어졌다.

4) 임대차보증금반환청구에 관한 판단 살피건대, 앞서 든 증거들 및 갑 제14호증의 기재, 변론 전체의 취지에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실 내지 사정들 즉, ① 피고 B는 이 사건 2020. 10. 26.자 계약에 따라 이 사건 사무실의 소유 명의자 및 근저당권 채무자 명의를 원고 회사에게 이전하여 주었고, 위 계약에 따르면 피고 B는 소유 주식 100,000주를 대금 1,400,000,000원으로 하여 F, G, H, I에게 양도하되 원고 회사와 B사이의 모든 채권채무를 정산하기로 약정한 것으로 보이는 점, ② 원고 회사가 2021. 9. 10. 이 사건 사무실에 관한 소유권을 이전받았고, 이 사건 사무실을 점유하고 있으면서도 피고 B에게 이 사건 사무실에 관한 매매대금 명목의 금원을 별도로 지급하지 아니하였던 점 등을 종합하여 보면, 원고 회사와 피고 B 사이에 이 사건 사무실의 임대차보증금에 관한 정산이 이루어진 것으로 보이고, 달리 원고 회사가 피고 B로부터 임대차보증금을 반환받을 권한이 있음을 인정할만한 증거가 없으므로, 이 부분 원고 회사의 청구는 이유 없다.

5) 소결 따라서 원고 회사의 피고 B에 대한 청구는 모두 이유 없다.

나. 피고 C에 대한 금전 청구에 관한 판단

원고 회사는 '피고 C는 실제 원고 회사에서 근무하지 아니하였음에도 피고 B가 피고 C 명의로 급여, 상여금, 퇴직금 등을 지급받아 원고 회사의 자금을 횡령하는 범행에 가담 또는 방조하였으므로, 피고 B와 공동하여 원고 회사에게 피고 B의 불법행위로 인한 손해배상채무 308,228,445원 중 피고 C의 급여, 퇴직금 명목 등에 관한 156,112,755원 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다'는 취지로 주장한다.

그러나 앞서 살펴본 바와 같이 제출된 증거들만으로는 피고 C가 실제 원고 회사에서 근무하지 아니하였음에도 급여, 퇴직금 등 명목으로 156,112,755원을 지급받아 횡령하였음을 인정하기 어렵고, 달리 이를 인정할만한 증거가 없으므로, 원고 회사의 피고 C에 대한 이 부분 청구는 이유 없다.

다. 피고 C, D은행, E저축은행에 대한 사해행위취소 및 가액배상 청구에 관한 판단

원고 회사는 '피고 B는 원고 회사에게 위의 가 1)항과 같은 합계 814,263,480원 및 이에 대한 지연손해금 채무가 있음에도, 채무초과 상태에서 유일한 재산인 이 사건 부동산을 피고 C에게 처분하는 내용의 이 사건 명의신탁해지약정을 체결함으로써 원고 회사를 포함한 일반채권자들에 대한 공동담보의 부족을 초래하였으므로, 이 사건 명의신탁해지약정은 사해행위에 해당한다. 따라서 이 사건 명의신탁해지약정은 원고 회사의 채권액 한도 내에서 취소되어야 하고, 그 가액배상에 의한 원상회복으로 원고 회사에게 이 사건 부동산의 공동담보가액 551,600,000원(= 이 사건 부동산의 시가 1,070,000,000원 - 근저당권 채권최고액 합계 518,400,000원)과 수익한 금원 중 적은 금액으로서 피고 C는 551,600,000원, 피고 D은행은 512,000,000원, 피고 E저축은행은 211,200,000원 및 이에 대한 지연손해금을 각 지급할 의무가 있다'고 주장한다.

그러나 앞서 살펴본 바와 같이 제출된 증거들만으로는 원고 회사의 피고 B에 대한 부당이득반환채권, 불법행위로 인한 손해배상채권, 임대차보증금반환채권이 존재한다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거도 없으므로, 위 피보전채권의 존재를 전제로 한 원고의 이 사건 사해행위취소 및 가액배상청구는 더 나아가 판단할 필요 없이 이유 없다.

라. 피고 C, D은행, E저축은행에 대한 통정허위표시로 인한 소유권이전등기 및 근저당권설정등기의 각 말소등기 청구에 관한 판단

1) 원고 회사는 '원고 회사는 피고 B에게 위의 가 1)항과 같은 합계 814,263,480원 및 이에 대한 지연손해금 채권이 있고, 이 사건 명의신탁해지약정은 통정허위표시로서 무효이므로, 이에 따라 이 사건 부동산에 관한 피고 C 명의 소유권이전등기는 원인 무효 등기로서 말소되어야 하고, 그와 같이 무효인 피고 C 명의 소유권이전등기에 기초하여 설정된 피고 D은행, 피고 E저축은행의 각 근저당권설정등기 역시 각 말소되어야 하므로, 원고 회사는 피고 B를 대위하여 피고 B의 피고 C, D은행, E저축은행에 대한 각 말소등기청구권을 대위 행사한다'고 주장한다.

2) 살피건대, 채권자대위소송에서 대위에 의하여 보전될 채권자의 채무자에 대한 권리(피보전채권)가 존재하는지 여부는 소송요건으로서 법원의 직권조사사항이고(대법원 2009. 4. 23. 선고 2009다3234 판결 등 참조), 채권자대위소송에 있어서 대위에 의하여 보전될 채권자의 채무자에 대한 권리가 인정되지 아니할 경우에는 채권자가 스스로 원고 회사가 되어 채무자의 제3채무자에

대한 권리를 행사할 당사자적격이 없게 되므로 그 대위소송은 부적법하여 각하되어야 하는데(대법원 1994. 6. 24. 선고 94다14339 판결, 2003. 5. 13. 선고 2002다64148 판결, 창원지방법원 2008. 12. 5. 선고 2007나11136 판결 등 참조), 앞서 살펴본 바와 같이 원고 회사의 피고 B에 대한 부당이득반환채권, 불법행위로 인한 손해배상채권, 임대차보증금반환채권이 전부 인정되지 않는 이상, 원고 회사가 피고 B에게 채권이 있음을 전제로 이를 보전하기 위한 이 부분 대위 청구는 부적법하다(원고 회사는 '피고 B를 대위하지 않고서도 통정허위표시에 해당하여 무효인 이 사건 명의신탁해지약정에 따라 이루어진 피고 C 명의 소유권이전등기 및 피고 D은행, E저축은행 명의의 각 근저당권설정등기의 말소등기청구를 직접 구할 수 있다'는 취지로도 주장하나, 피고 B, C에 대하여 아무런 채권도 없는 원고 회사가 피고 B와 피고 C 사이에 이루어진 이 사건 명의신탁해지약정의 무효를 주장하며 피고 C 및 피고 D은행, E저축은행을 상대로 그 소유권이전등기 및 각 근저당권설정등기의 말소를 직접 구할 권리가 있다고 보기 어렵고, 특히 피고 D은행, E저축은행은 제출된 증거들 및 변론 전체의 취지에 비추어 볼 때 민법 제108조 제2항 소정의 선의의 제3자에 해당한다고 봄이 타당하므로 위 피고들의 각 근저당권설정등기의 말소를 구할 수도 없다).

3. 결론

그렇다면, 이 사건 소 중 원고의 피고 C에 대한 소유권이전등기말소청구, 피고 D은행, E저축은행에 대한 각 근저당권설정등기말소청구 부분은 각 부적법하여 이를 각하하고, 원고의 피고들에 대한 나머지 청구는 이유 없으므로 이를 각 기각하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

재판장판사장민석

판사김정윤

판사나경식

별지