

광주고등법원 2022. 2. 9 선고 2020나23782 판결 [사해행위취소]

재판경과

광주고등법원 2022. 2. 9 선고 2020나23782 판결

광주지방법원 순천지원 2020. 9. 24 선고 2017가합13121 판결

전문

원고, 항소인주식회사 A

소송대리인 변호사 정찬원, 박신영

소송복대리인 변호사 국현아

피고, 피항소인B

소송대리인 법무법인 감동으로

담당변호사 이지웅, 천나리

변론 종결2021. 11. 10.

판결 선고2022. 2. 9.

제1심판결광주지방법원 순천지원 2020. 9. 24. 선고 2017가합13121 판결

주문

1. 원고의 항소를 기각한다.
2. 항소비용은 원고가 부담한다.

N

청 구 취 지 및 항 소 취 지

1. 청구취지

가. 주위적 청구취지

피고는 주식회사 C에게 별지 목록 기재 각 부동산에 관하여 광주지방법원 순천지원 구례등기소 2016. 9. 2. 접수 제7194호로 마친 각 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.

나. 예비적 청구취지

피고와 주식회사 C 사이에 별지 목록 기재 각 부동산에 관하여 2016. 9. 2. 체결된 근저당권설정계약을 취소한다. 피고는 주식회사 C에게 별지 목록 기재 각 부동산에 관하여 광주지방법원 순천지원 구례등기소 2016. 9. 2. 접수 제7194호로 마친 각 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.1)

2. 항소취지

제1심판결을 취소하고, 청구취지와 같은 판결을 구한다.

이 유

1. 기초사실

가. 주식회사 C(이하 'C'이라고만 한다)은 전남 구례군 D 소재 공장(J로 등록전환, 이하 '이 사건 공장'이라 한다)에서 먹는 샘물을 개발하고 제조할 수 있는 허가(이하 '이 사건 허가'라 한다)를 받은 회사이다.

나. 원고는 2014. 8. 26. C과 이 사건 공장(기계 기구 및 공작물 일체 포함)과 그 부지, 이 사건 허가권 등 일체의 가치를 3,000,000,000원으로 책정하되, 원고와 C이 각자 50%씩 출자하여 이 사건 공장을 운영하기로 하는 내용의 동업계약(이하 '이 사건 동업계약'이라 하고, 이에 따라 원고와 C을 조합원으로 하는 조합을 '이 사건 조합'이라 한다)을 체결하였다.

다. 원고는 2015. 4. 1. C을 상대로 이 사건 동업계약이 무효라고 주장하면서 광주지방법원 순천지원 2015가합11626호로 계약금 반환 등의 소(이하 '관련 소송'이라 한다)를 제기하였으나, 2016. 4. 7. 패소 판결을 선고받았다. 이에 원고는 2016. 4. 20. 광주고등법원 2016나11751호로 항소한 후 2016. 8. 19. 이 사건 조합의 해산청구를 하고 청산금을 구하는 취지의 항소이유서를 제출하였고, 위 항소이유서는 2016. 8. 22. C에게 송달되었다.

라. 관련 소송의 파기환송심 법원(광주고등법원 2018나20148호)은 2018. 11. 30. '이 사건 조합은 2016. 8. 22. 원고의 해산청구로 인하여 해산되었다. C은 원고에게 잔여재산의 분배로서 720,436,274원 및 이에 대하여 원고가 구하는 바에 따라 2017. 5. 17.부터 2018. 11. 30.까지는 연 5%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 15%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다'는 판결을 선고하였고, 위 판결은 C의 상고가 기각되어 2019. 4. 12. 확정되었다(이하 '이 사건 확정판결'이라 한다).

마. 한편 이 사건 확정판결에서 지급을 명한 720,436,274원은 이 사건 동업계약이 종료된 2016. 8. 22. 당시의 아래 표 기재와 같은 이 사건 조합의 잔여재산 가액 합계 1,440,872,549원 중 원고의 분배비율(50%)에 해당하는 금액인데[이하 아래 표 순번 1 내지 6번 기재 각 부동산(가액 합계 602,821,640원)을 '이 사건 공장 및 부지'라 하고, 아래 표 순번 9번 기재 토지를 '이 사건 토지'라 한다], C은 이 사건 변론종결일 현재까지 원고에게 이를 지급하지 않았다.

1	별지 목록 제1항 기재 토지	21,422,100원
2	별지 목록 제2항 기재 토지	2,090,900원
3	별지 목록 제3항 기재 토지	247,716,000원
4	별지 목록 제4항 기재 건물	49,412,440원
5	별지 목록 제5항 기재 건물	270,921,000원
6	전남 구례군 J 지상 건물	11,259,200원
7	이 사건 공장 내 기계기구 등 설비	639,050,909원
8	이 사건 허가권	119,000,000원
9	G 명의의 전남 구례군 H 답 1,824㎡	80,000,000원
합계	1,440,872,549원	

바. C은 2016. 9. 2. 피고와 사이에 별지 목록 기재 각 부동산에 관하여 채무자 C, 채권최고액 550,000,000원으로 하는 근저당권(이하 '이 사건 근저당권'이라 한다) 설정계약을 체결하였고, 이에 따라 광주지방법원 순천지원 구레등기소 2016. 9. 2. 접수 제7194호로 이 사건 근저당권 설정등기가 마쳐졌다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 1, 2, 4, 8호증(가지번호 있는 것은 가지번호 포함, 이하 같다)의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 주위적 청구에 관한 판단

가. 원고 주장의 요지

피고가 C과 통정하여 C에 대한 채권이 있는 것처럼 가장하여 이 사건 근저당권 설정계약을 체결하였으므로, 위 계약은 통정허위표시로서 무효이다. 따라서 원고는 C의 채권자로서 C을 대위하여 피고를 상대로 위 계약에 따라 마친 이 사건 근저당권 설정등기의 말소를 구한다.

나. 판단

1) 먼저, 원고가 C에 대하여 1,094,273,617원(이 사건 변론종결일까지 발생한 이 사건 확정판결에 따른 채권원리금)2)의 채권을 가지고 있고, 갑 10호증, 을 3호증의 각 기재에 의하면, 이 사건 변론종결일 현재 C의 적극재산은 828,497,270원(=이 사건 공장 및 부지 709,497,270원 + 이 사건 공장 내 기계기구 등 설비 119,000,000원)이고, C의 소극재산은 원고에 대한 위 채무 1,094,273,617원과 E은행에 대한 대출금 채무 128,000,000원 등이 있어 C이 채무초과 상태에 있는 사실을 인정할 수 있다.

2) 다음으로 피대위채권의 존부에 관하여 본다. 이 사건 근저당권의 채권최고액이 550,000,000원임은 앞서 본 바와 같고, 을 4호증의 3의 기재에 의하면, C은 이 사건 근저당권 설정계약일 이후 피고가 아닌 F로부터 93,200,000원만을 송금받은 사실을 인정할 수 있다. 그러나 을 4호증의 2, 3, 을 9호증 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 및 사정, 즉 ① F는 피고의 처제이고, 피고는 F 명의의 계좌를 이용하여 C에게 돈을 대여한 것으로 보이는 점, ② 피고는 이 사건 근저당권 설정계약일 이전부터 F 명의의 계좌를 이용하여 C의 대표자인 G에게 돈을 송금하여 왔고, G은 이를 C의 사업자금으로 사용한 것으로 보이므로, G에게 송금한 돈의

실제 차용인을 C으로 볼 여지가 있는 점, ③ 근저당권은 그 담보할 채무의 최고액만을 정하고, 채무의 확정을 장래에 보류하여 설정하는 저당권으로서, 통상 계속적 거래관계로부터 발생하는 다수의 불특정채권을 장래의 결산기에서 일정한 한도까지 담보하기 위한 목적으로 설정되는 담보권이므로, 반드시 이 사건 근저당권 설정계약일 당시 피담보채무가 실제로 발생하여야 할 필요는 없는 점 등을 비추어 보면, 앞서 본 사정이나 원고가 제출하고 있는 증거들만으로는 이 사건 근저당권 설정계약이 통정허위표시라고 보기는 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 이 사건 근저당권 설정계약이 무효임을 전제로 하는 피대위채권은 존재하지 않는다.

3) 따라서 원고의 주위적 청구는 받아들이지 않는다.

3. 예비적 청구에 관한 판단

가. 원고 주장의 요지

이 사건 근저당권 설정계약은 C이 채무초과 상태에서 체결한 것으로서, 원고를 비롯한 일반 채권자들을 해하는 사해행위이므로 취소되어야 하고, 그에 따른 원상회복으로 이 사건 근저당권 설정등기가 말소되어야 한다.

나. 판단

1) 피보전채권의 존재 이 사건 조합이 2016. 8. 22. 원고의 해산청구로 해산되었음은 앞서 본 바와 같으므로, 이 사건 근저당권 설정계약일(2016. 9. 2.) 당시 원고는 C에 대하여 잔여재산 분배청구권을 보유하고 있었고, 이는 사해행위취소권의 피보전채권에 해당한다.

2) 이 사건 근저당권 설정계약의 사해행위 여부 가) 관련 법리

어느 특정 채권자에 대한 담보제공행위가 사해행위가 되기 위하여는 채무자가 이미 채무초과 상태에 있을 것과 그 채권자에게만 다른 채권자에 비하여 우선변제를 받을 수 있도록 하여 다른 일반 채권자의 공동담보를 감소시키는 결과를 초래할 것을 그 요건으로 하므로, 채무자의 담보제공행위가 사해행위가 되는지 여부를 판단하기 위하여는 채무자의 재산상태를 심리하여 채무초과 여부를 밝혀보아야 한다(대법원 2000. 4. 25. 선고 99다55656 판결 참조). 그리고 사해행위취소의 소에서 채무자가 그와 같이 채무초과 상태에 있는지는 사해행위 당시를 기준으로 판단하여야 한다(대법원 2017. 10. 26. 선고 2015다254675 판결 참조).

나) 이 사건 근저당권 설정계약일 당시 채무초과 상태에 있었는지 여부

(1) 갑 1, 3 내지 5, 24호증, 을 2, 4, 6 내지 8호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있는 이 사건 근저당권 설정계약일 당시의 C의 재산 상태는 아래와 같다(원칙적으로 부동산 가액에서 근저당권의 피담보채무액을 공제한 잔액을 적극재산으로 산정하고 그 피담보채무액을 소극재산에서 제외하여야 하나, 계산의 편의상 근저당권이 설정된 부동산 가액을 적극재산으로, 그 피담보채무액을 소극재산으로 나누어 계산한 후 채무초과 여부를 판단한다).

(가) 적극재산

1	이 사건 공장 및 부지	602,821,640원	갑 3호증의 1
2	이 사건 공장 내 기계기구 등 설비	639,050,909원	을 6호증
3	이 사건 허가권	119,000,000원	을 6호증
4	G 명의의 이 사건 토지	60,000,000원	갑 5호증
합계	1,420,872,549원		

① 피고는, 이 사건 공장 내 기계기구 등 설비와 이 사건 허가권은 실질적으로 재산적 가치가 없으므로 적극재산에서 제외되어야 하고, 설령 위 기계기구 등 설비를 적극재산에 포함시킨다고 하더라도 그 가액은 갑 10호증의 감정서에 따라 119,000,000원으로 산정되어야 한다는 취지로 주장한다. 그러나 사해행위취소의 소에서 채무자가 채무초과 상태에 있는지는 사해행위 당시를 기준으로 판단하여야 하므로, 채무자의 총 재산액(적극재산 및 소극재산) 산정의 기준시기는 사해행위 당시라고 할 것이고, 채무자의 처분행위 당시 채권자를 해하는 행위가 아니라면 그 후 채무자의 재산상태가 악화되더라도 사해행위는 성립하지 않는다고 할 것이다. 그런데 관련 소송의 진행 과정에서 실시된 감정결과(을 6호증)에 의하면, 2016. 8. 22. 기준 이 사건 공장 내 기계기구 등 설비의 가액이 639,050,909원, 이 사건 허가권의 가액이 119,000,000원인 사실을 인정할 수 있고(이 사건 확정판결에서도 위와 같은 가액을 기준으로 원고의 잔여재산 분배액이 결정되었다), 이 사건 근저당권 설정계약일인 2016. 9. 2. 당시의 가액도 그와 같을 것으로 추인할 수 있으므로, 이 사건 근저당권 설정계약일 당시 위와 같은 재산적 가치가 있는 위 기계기구 등 설비와 이 사건

허가권을 적극재산에서 제외시킬 수 없다. 한편 원고가 제출한 갑 10호증의 감정서는 감정의 기준시점이 2019. 5. 24.로서 위 감정서상의 기계기구 등 설비의 가액이 이 사건 근저당권 설정계약일 당시의 가액이라고 보기 어렵고, 관련 소송의 감정결과에 그 감정 방법 등이 경험칙에 반하거나 합리성이 없는 등 현저한 잘못이 있어 보이지도 않으므로, 위 기계기구 등 설비의 가액을 639,050,909원으로 산정함이 타당하다. 따라서 원고의 위 주장은 받아들이지 않는다.

② 원고는, G 명의의 이 사건 토지는 적극재산에서 제외되어야 하고, 설령 이를 적극재산에 포함시킨다고 하더라도 그 가액은 60,000,000원으로 산정되어야 한다는 취지로 주장한다. 살피건대, C은 이 사건 토지를 K으로부터 매매대금 80,000,000원에 매수하였고, G은 C과의 3자간 등기명의신탁약정에 따라 2014. 2. 27. 이 사건 토지의 소유 명의를 취득하였는데, 위와 같은 명의신탁약정과 G 명의의 소유권이전등기는 모두 무효이다. 이 사건 근저당권 설정계약일 당시 C은 K을 상대로 이 사건 토지에 대하여 매매계약에 기초한 소유권이전등기를 청구할 수 있었고3), 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 K을 대위하여 무효인 G 명의의 소유권이전등기의 말소를 청구할 수 있었으므로(대법원 2002. 3. 15. 선고 2001다61654 판결 참조), C의 K에 대한 위 소유권이전등기청구권을 C의 적극재산에 포함시킬 수 있다. 다만 G은 이 사건 근저당권 설정계약일로부터 얼마 지나지 않은 2017. 1. 23. 이 사건 토지를 L 등에게 60,000,000원에 매도하였으므로(갑 5호증), 위 소유권이전등기청구권의 이 사건 근저당권 설정계약일 당시의 가액은 60,000,000원으로 봄이 타당하다[한편 3자간 등기명의신탁에서 명의수탁자인 M은 명의신탁자인 C에게 이 사건 토지를 매도하고 수령한 매매대금을 부당이득으로 반환하여야 한다(대법원 2019. 7. 25. 선고 2019다203811, 203828 판결 참조)]. 따라서 원고의 위 주장은 위 인정 범위 내에서 받아들인다.

(나) 소극재산

1	피고에 대한 대여금 채무	163,562,000원	을 4호증의 1, 2
2	원고에 대한 잔여재산 분배금 채무	720,436,274원	을 2호증
3	E은행에 대한 대출금 채무	150,000,000원	갑 24호증
4	법무법인 I 에 대한 가압류 채무	60,000,000원	갑 1호증의 1
합계	1,093,998,274원		

① 피고가 F 등의 계좌를 이용하여 이 사건 근저당권 설정계약일까지 C의 대표자인 G 등에게 송금한 금원의 합계가 163,562,000원이고, 이 사건 근저당권 설정계약일까지 피고가 C에게 추가로 대여한 금원이 있음을 인정할 증거가 없다. 따라서 이 사건 근저당권 설정계약일 당시 C의 피고에 대한 대여금 채무액은 163,562,000원이라고 할 것이므로, 이를 C의 소극재산에 포함시킨다.4) ② 원고는, 관련 소송의 파기환송 전 판결(광주고등법원 2016나11751호)은 'C이 원고에게 출자금 1,163,671,920원을 지급할 것'을 명하였는데, 관련 소송에서 이 사건 확정판결이 2018. 11. 30. 선고된 데 반하여 파기환송 전 판결은 2017. 8. 30. 선고되어 이 사건 근저당권 설정계약일로부터 시기적으로 근접하여 있으므로, 파기환송 전 판결에서 지급을 명한 1,163,671,920원이 C의 소극재산으로 반영되어야 한다는 취지로 주장한다. 그러나 채무자의 소극재산은 실질적으로 변제 의무를 지는 채무를 기준으로 하여야 할 것이므로 처분행위 당시에 가집행선고 있는 판결상의 채무가 존재하고 있었다고 하더라도 그것이 나중에 상급심의 판결에 의하여 감액된 경우에는 그 감액된 판결상의 채무만이 소극재산이라 할 것이다(대법원 2006. 2. 10. 선고 2004다2564 판결 참조). 따라서 대법원 판결로 파기된 파기환송 전 판결이 아닌 이 사건 확정판결에 의하여 C이 실질적으로 변제 의무를 부담하는 잔여재산 분배금 720,436,274원을 C의 소극재산으로 반영하여야 하므로, 원고의 위 주장은 받아들이지 않는다.

(2) 위에서 본 바와 같이 이 사건 근저당권 설정계약일 당시 C은 적극재산이 소극재산보다 많아 채무초과 상태에 있지 않았으므로, 이 사건 근저당권 설정계약은 사해행위에 해당하지 않는다[설령 현재는 유효하게 존속하지 않는 이 사건 허가권과 G이 제3자에게 매도한 이 사건 토지에 대한 소유권이전등기청구권의 가액을 적극재산에 포함시키지 않더라도 적극재산(1,241,872,549원)이 소극재산(1,093,998,274원)보다 많아 채무초과 상태에 있지 않았으므로, 이 사건 근저당권 설정계약은 사해행위에 해당하지 않는다].

3) 소결론 이 사건 근저당권 설정계약이 사해행위에 해당하지 않으므로, 원고의 예비적 청구도 받아들이지 않는다.

4. 결론

그렇다면, 원고의 청구는 모두 이유 없어 이를 기각하여야 할 것인바, 제1심판결은 이와 결론을

같이하여 정당하므로, 원고의 항소는 이유 없어 이를 기각하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

재판장판사이창한

판사도우람

판사박성남

별지

1) 원고는 주위적으로 근저당권설정계약의 무효를 주장하면서 채권자대위권에 기한 근저당권설정등기 말소청구를, 예비적으로 사해행위취소 및 그에 따른 근저당권설정등기 말소청구를 하고 있는데, 위 각 청구는 성질상 양립이 가능하므로 선택적 관계에 있다. 그러나 이들 청구에 심판의 순위를 붙여 구하는 이른바 부진정 예비적 병합 청구도 허용되므로 원고가 붙인 순위에 따라 판단하기로 한다.

2) 720,436,274원 + 55,562,414원[=720,436,274원 × 5% × (1 + 198/365), 2017. 5. 17.부터 2018. 11. 30.까지 발생한 지연손해금] + 318,274,929원[=720,436,274원 × 15% × (1 + 345/365), 2018. 12. 1.부터 2021. 11. 10.까지 발생한 지연손해금]

3) C은 농지취득자격증명을 발급받아야 하는 제한을 피하기 위하여 G과 3자간 등기명의신탁약정을 한 것인데, 농지법 제8조 제1항 소정의 농지취득자격증명은 농지를 취득하는 자가 그 소유권에 관한 등기를 신청할 때 첨부하여야 할 서류로서 농지를 취득하는 자에게 농지취득 자격이 있다는 것을 증명하는 것일 뿐 농지취득의 원인이 되는 법률행위(매매 등)의 효력을 발생시키는 요건은 아니라고 할 것이므로, C이 농지취득자격증명을 발급받지 못하였다고 하더라도 C과 K 사이의 이 사건 토지에 대한 매매계약은 유효하고, K은 C이 농지취득자격증명을 발급받지 못하여 자신의 소유권이전등기의무가 이행불능임을 내세워 C의 소유권이전등기청구를 거부할 수 없다(대법원 2006. 1. 27. 선고 2005다59871 판결, 대법원 2019. 8. 14. 선고 2018다296137 판결 등 참조).

4) 한편 피고가 제1심에서 C에 대한 대여금액이 500,000,000원 내지 550,000,000원이라고 진술한 사실이 있으나, 이는 피고가 C에게 대여한 금원의 총액에 관한 진술일 뿐 이 사건 근저당권

설정계약일 당시의 C에 대한 대여금액에 관한 진술은 아니다.