

의정부지방법원 2022. 5. 19 선고 2020나216838 판결 [사해행위취소]

재판경과

의정부지방법원 2022. 5. 19 선고 2020나216838 판결

의정부지방법원 2020. 10. 6 선고 2019가단119701 판결

전문

원고, 피항소인A

소송대리인 법무법인 해승

담당변호사 김원중, 최미현

피고, 항소인주식회사 C

소송대리인 변호사 안동하

변론 종결2022. 4. 21.

판결 선고2022. 5. 19.

제1심판결의정부지방법원 2020. 10. 6. 선고 2019가단119701 판결

주문

1. 제1심판결을 취소한다.
2. 원고의 주위적 청구와 이 법원에서 추가한 예비적 청구를 모두 기각한다.
3. 소송총비용은 원고가 부담한다.

N

청 구 취 지 및 항 소 취 지

1. 청구취지

가. 주위적으로, 별지 목록 기재 각 부동산(이하 '이 사건 각 부동산'이라 한다)에 관하여 피고와 B 사이에 체결된 2016. 10. 6.자 매매예약(이하 '이 사건 매매예약'이라 한다)을 취소하고, 피고는 B에게 이 사건 각 부동산에 관하여 2016. 10. 7. 전주지방법원 김제등기소 접수 제24825호로 마친 소유권이전청구권가등기(이하 '이 사건 가등기'라 한다)의 말소등기절차를 이행하라.

나. 예비적으로, 피고는 B에게 이 사건 각 부동산에 관하여 이 사건 가등기의 말소등기절차를 이행하라(원고는 제1심에서 피고에 대하여 사해행위취소 및 원상회복을 청구하였다가 이 법원에서 이를 주위적 청구로 유지하고, B에 대한 대여금채권을 피보전채권으로 하여1) 피고에 대해 통정허위표시를 이유로 이 사건 가등기의 말소등기절차 이행을 구하는 예비적 청구를 추가하였다. 한편, 제1심판결 중 B에 대한 부분은 쌍방이 항소하지 아니하여 분리·확정되었다).

2. 항소취지

제1심판결 중 피고에 대한 부분을 취소하고, 원고의 피고에 대한 청구를 기각한다.

이 유

1. 기초사실

가. 피고는 2014. 1. 3. 대표이사를 B, 사내이사를 B의 딸 E로 하여 설립되었고(그 외 감사 F이 있다), 이 사건 변론종결일 현재 E가 유일한 사내이사로 대표자이다.

나. B, O, P은 2014. 7. 3. 동업하여 P 소유의 파주시 Q대 666m² 지상에 5층 오피스텔 건물(이하 '이 사건 건물'이라 하고, 그 부지를 '이 사건 토지'라 한다)을 신축한 후 이를 담보로 대출을 받거나 임대하여 투자금을 순차로 회수하고, 향후 P이 50%, B과 O가 각 25%의 지분비율에 따라 손익을 분배하기로 하는 동업약정(이하 '이 사건 동업약정'이라 한다)을 체결하였다.

다. 원고는 B에게 2014. 12. 1. 50,000,000원을, 2014. 12. 4. 50,000,000원을 각 대여하였다(이하 '이 사건 대여'라 한다).

라. 이 사건 건물이 2015. 1. 20.경 준공되자 B, R(O의 배우자로 P와 B의 동의를 받아 O의 동업지분을 양수하였다), P은 2015. 2. 24. 이 사건 건물에 관하여 각 1/3 지분으로 소유권보존등기를 마쳤다.

마. 이후 이 사건 토지 및 건물은 S 주식회사로 신탁되었다가 2015. 9. 24. 다시 이 사건 토지는 P에게, 이 사건 건물은 각 1/3 지분씩 P, B, R에게 각 신탁재산 귀속을 원인으로 소유권이전등기가 마쳐졌는데, P은 같은 날 B에게 이 사건 토지 및 이 사건 건물 중 1/3 지분에 관하여 매매를 원인으로 한 소유권이전등기를 마쳐주었다. 그리고 같은 날 이 사건 토지 및 건물에 관하여 채권최고액 1,820,000,000원, 채무자 R, 근저당권자 N조합으로 된 근저당권설정등기가 마쳐졌다.

바. 이 사건 건물 신축 이후 P, B, R 등은 이 사건 건물 중 1층 1개 점포, 3층 내지 5층 각 9개 점포 등 총 28개 점포를 임대하여 임대차보증금을 받았으나, 임대권한, 임대차보증금의 분배 및 사용처 등을 둘러싸고 민, 형사상 분쟁이 발생하기도 하였다.

아. B은 2016. 10. 6. 피고와 이 사건 각 부동산에 관하여 이 사건 매매예약을 체결하고, 2016. 10. 7. 피고 앞으로 이 사건 가등기를 마쳐주었다. 당시 이 사건 각 부동산의 가액은 535,484,800원이었고, 2014. 10. 7. 중소기업은행에 피고를 채무자로 하여 채권최고액 240,000,000원의 근저당권설정등기가 마쳐져 있었는데, 그 피담보채무액은 200,000,000원이었다.

자. 근저당권자인 N조합이 이 사건 건물 및 부지에 관하여 임의경매를 신청하여 2017. 2. 7. 의정부지방법원 고양지원으로부터 임의경매개시결정(의정부지방법원 고양지원 T)이 내려졌고, 2017. 2. 8. 임의경매개시결정 기입등기가 마쳐졌다.

차. 2020. 12. 7. 이 사건 각 부동산에 관하여 U 명의로 2020. 12. 2. 매매를 원인으로 한 소유권이전등기가 마쳐졌다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1, 2, 5, 7, 11, 17, 20 내지 27, 29, 30, 31, 36, 37,

46호증(가지번호 있는 것은 가지번호 포함, 이하 같다), 을 제2, 3, 4, 14, 17호증의 각 기재, 변론

전체의 취지

2. 주위적 청구에 관한 판단

가. 원고 주장의 요지

원고는 B에 대하여 이 사건 대여금 채권을 가지고 있고, B은 2016. 10. 6. 채무초과 상태에서 피고와 이 사건 매매예약을 하였으므로 이 사건 매매예약을 취소하고, 피고는 이 사건 가등기의 말소등기절차를 이행하여야 한다.

나. 채무초과 여부

1) 다툼 없는 사실 이 사건 매매예약 당시 B이 다음 표 기재와 같은 적극재산과 소극재산이 있었다는 사실은 당사자 사이에 다툼이 없다.

□ 적극재산

①	양주시 G 소재 건물 중 1/2 지분	357,996,800	
②	김제시 V 외 2 소재 건물	327,133,400	별지 목록 제5항
③	강원 평창군 J 토지	60,000,000	
④	김제시 W	92,687,300	별지 목록 제2항
⑤	김제시 X	64,863,500	별지 목록 제1항
⑥	김제시 Y	50,255,400	별지 목록 제4항
⑦	김제시 Z	545,200	별지 목록 제3항
⑧	양주시 G 토지(1/2 지분)	140,967,500	

□ 소극재산

①	L조합에 대한 피담보채무	400,000,000	
②	E에 대한 임대차보증금 반환채무	30,000,000	
③	중소기업은행에 대한 연대보증채무(이 사건 각 부동산에 설정된 근저당권의 피담보채무)	200,000,000	
④	M조합에 대한 피담보채무	145,000,000	
⑤	포천시 H 소재 건물에 대한 임대차보증금 반환채무	0	
⑥	포천시 H 소재 건물에 대한 지방세체납액	3,825,000	
⑦	원고에 대한 채무	100,000,000	

2) 적극재산 가) 포천시 H 소재 건물

갑 제29호증의 기재에 의하면, 위 건물의 재조달원가는 m²당 1,100,000원으로 내용연수 45년을 기준으로 2019. 1. 21. 당시 잔존가치는 m²당 880,000원인 사실이 인정되고, 같은 기준을 적용 시 이 사건 매매예약 당시 잔존가치는 m²당 928,888(= 1,100,000원 × 38 / 45, 원단위 미만 버림)으로 143,253,107원[= 928,888원 × (84.73 + 69.49), 원단위 미만 버림]이 된다. 피고는 위 건물의 가액이 400,000,000원에 이른다고 주장하나, 을 제15호증의 기재만으로 인정하기에는 부족하고, 달리 인정할 만한 증거가 없다.

나) 이 사건 토지 및 건물

(1) 사해행위취소의 요건으로서의 무자력이란 채무자의 변제자력이 없음을 뜻하는 것이고 특히 임의 변제를 기대할 수 없는 경우에는 강제집행을 통한 변제가 고려되어야 하므로, 소극재산이든 적극재산이든 위와 같은 목적에 부합할 수 있는 재산인지 여부가 변제자력 유무 판단의 중요한 고려요소가 되어야 하는데(대법원 2006. 2. 10. 선고 2004다2564 판결 등 참조), 민법 제714조는 "조합원의 지분에 대한 압류는 그 조합원의 장래의 이익배당 및 지분의 반환을 받을 권리에 대하여 효력이 있다"고 규정하여 조합원의 지분에 대한 압류를 허용하고 있으나, 여기에서의 조합원의 지분이란 전체로서의 조합재산에 대한 조합원 지분을 의미하는 것이고, 이와 달리 조합재산을 구성하는 개개의 재산에 대한 합유지분에 대하여는 압류 기타 강제집행의 대상으로 삼을 수 없다(대법원 2007. 11. 30. 자 2005마1130 결정 참조).

(2) 앞서 본 것처럼, B, O, P은 이 사건 동업약정을 하였고, 이 사건 매매예약 당시 이 사건 건물 중 2/3 지분은 B에게, 1/3 지분은 R에게, 이 사건 토지는 B에게 각 소유권이전등기가 마쳐져 있었던 사실은 당사자 사이에 다툼이 없는데, 이 사건 매매예약 당시 이 사건 동업약정에 따른 B과 R 사이의 동업관계는 유지되었던 것으로 보이므로 B 명의의 이 사건 건물 중 2/3 지분과 이 사건 토지를 적극재산으로 반영할 수는 없다.

(4) 한편, 이 사건 건물 및 토지에 관하여 채권자가 N조합으로 된 근저당권설정등기가 마쳐져 있었고, 위 근저당권의 피담보채무인 R 명의의 채무액이 1,400,000,000원이었고, 이 사건 건물 등에 관한 임대차보증금액이 845,000,000원이었던 사실에 관하여는 당사자 사이에 다툼이 없는데, 이 사건 토지 및 건물에 설정된 근저당권의 피담보채무인 R 명의의 채무액과 이 사건 건물의 임차인들에 대한

보증금반환채무액도 조합의 청산과정에서 정산이 필요한 부분이므로 이를 소극재산으로 반영하는 것은 타당하지 않다.

(5) 더구나 조합재산을 현재 상태에서 정산한다고 하더라도 조합의 적극재산이 소극재산보다 324,023,240원[= (이 사건 건물 가액 1,747,383,240원 + 이 사건 토지 가액 821,640,000원) - (피담보채무인 R 명의의 채무액 1,400,000,000원 + 이 사건 건물의 임차인들에 대한 보증금반환채무액 845,000,000원)]이 많으므로 이 부분 결론에 있어 영향이 없다.

다) 부산 해운대구 K 소재 토지의 가등기 권리

을 제37호증의 기재에 의하면, P 등이 2014. 8. 29. 부산 해운대구 K 소재 토지 및 그 지상 건물에 관하여 B 앞으로 매매예약을 원인으로 한 가등기를 마쳐준 사실을 인정할 수 있으나, B이 2015. 3. 17. P 등에게 '위 담보가등기와 관련된 173,800,000원의 대여금 채권을 B의 남편인 AA에게 양도하였다'는 내용의 채권양도통지를 한 사실 및 P이 2015. 6. 3.경부터 2015. 12. 24.까지 사이에 AA에게 61,500,000원을 지급한 사실도 인정되므로, 피고가 제출한 증거만으로 이 사건 매매예약 당시 B에게 위 담보가등기와 관련한 채권이 있었다고 인정하기에 부족하고, 달리 인정할 만한 증거가 없다.

라) AB, AC, AD에 대한 대여금

(1) 을 제50 내지 53호증의 각 기재에 의하면, 공증인 AE이 2009. 4. 1. 2009년 제280호로 채권자를 B, 채무자를 AB으로 하여 100,000,000원을 2009. 5. 30.까지 변제하되 지체 시 연 20%의 지연손해금을 가산하기로 하는 금전소비대차계약공정증서를 작성한 사실, 공증인가 법무법인 AF이 2009. 4. 1. 2012년 제895호로 채권자를 B, 채무자를 AB으로 하여 700,000,000원을 이자 연 24%로 2012. 5. 1.까지 변제하기로 하는 금전소비대차계약공정증서를 작성한 사실, 공증인 AE이 2014. 8. 7. 2014년 제545호로 채권자를 B, 채무자를 AC로 하여 100,000,000원을 2014. 8. 14.까지 변제하기로 하는 금전소비대차계약공정증서를 작성한 사실, AD이 B에게 150,000,000원 및 이에 대한 지연손해금 등을 지급하라는 내용의 지급명령결정(의정부지방법원 2012차4461)이 2012. 11. 29. 확정된 사실이 인정된다.

(2) 그러나 다음과 같은 사정들을 고려할 때, 이를 B의 적극재산으로 인정하기에는 부족하고, 달리

인정할 만한 증거가 없다.

- ① 이 사건 소가 2019. 7. 1. 제기되어 B의 채무초과 여부가 계속 쟁점이 되었음에도 피고는 2021. 10. 22.에야 비로소 수억 원에 달하는 위 채권들을 B의 적극재산으로 주장하며 관련한 증거를 제출하였다. 더구나, 피고의 소송대리인은 제1심에서 B도 함께 대리하였다.
- ② 을 제70, 82호증에는 B이 2020. 1. 8. AG에게 AD에 대한 채권 중 53,000,000원 및 이에 대한 지연손해금을 양도하고, B이 2020. 2. 4. 지급명령정본에 기초하여 AD이 AH에 대하여 가지는 주식에 대한 압류명령(의정부지방법원 2020타채923)을 받은 것으로 기재되어 있다. 그런데, AD에 대한 채권의 변제기가 2012. 7. 11.로서 이 사건 매매예약일보다 약 4년 전인 점, 변제기 이후에도 장기간 변제가 되지 아니한 점, B의 채권양도 내지 압류명령신청이 이 사건 소송 계속 중에 이루어진 점 등에 비추어 보면, B의 AD에 대한 채권은 추심이 어렵거나 불가능한 것으로 추측된다.
- ③ 을 제69, 77, 78, 79호증에는 B이 AB으로부터 2022. 2. 16. 10,000,000원을 변제받고, 2022. 3. 10. 5,000,000원을 변제받은 것으로 기재되어 있다. 그런데, AB에 대한 채권의 변제기가 2009. 5. 30. 및 2012. 5. 10.로서 이 사건 매매예약일보다 약 4 ~ 7년 전인 점, 위 증거에 의하더라도 B은 변제기로부터 9 ~ 12년이 경과한 이후에 전체 원리금의 극히 일부만을 변제받은 점2), 위 변제가 이 사건 소송 계속 중에 이루어진 점 등에 비추어 보면, 위 변제가 진정하다고 보기 어렵고 설령 위 변제가 진정하다고 하더라도, B의 AB에 대한 채권은 추심이 어렵거나 불가능한 것으로 추측된다.
- ④ 을 제71, 80, 81호증에는 주식회사 AI가 AC의 채무를 인수하고 B에게 2018. 8. 10. 10,000,000원, 2019. 7. 5. 10,000,000원을 변제한 것으로 기재되어 있다. 그런데, AC에 대한 채권의 변제기가 2014. 8. 7.로서 이 사건 매매예약일보다 약 2년 전인 점, 위 증거에 의하더라도 B은 변제기로부터 약 4 ~ 5년이 경과한 이후에 전체 원리금의 일부만을 변제받은 점, 주식회사 AI가 AC의 채무를 인수하면서 2018. 8. 10.까지 10,000,000원, 2018. 9. 10.까지 40,000,000원 합계 50,000,000원을 지급하되, 위 시기까지 지급되지 아니할 경우 100,000,000원을 지급하기로 하는 내용의 조건부 채무 감축 합의를 하였는데, 2018. 9. 10.까지 위 50,000,000원이 지급되지 아니한 점 등에 비추어 보면, B의 AC 내지 주식회사 AI에 대한 채권은 추심이 어렵거나 불가능한 것으로 추측된다.

마) 이 사건 매매예약 관련 채권

가) 피고는 이 사건 매매예약을 통하여 이 사건 각 부동산을 B로부터 400,000,000원에 매수하기로 하였으므로, B의 피고에 대한 채권 400,000,000원을 B의 적극재산으로 보아야 한다고 주장한다.

나) 그러나 피고의 주장에 의하더라도 앞서 이 사건 각 부동산의 시가를 이미 B의 적극재산으로 반영하고, 이 사건 각 부동산에서 일반채권자들의 공동담보에 제공되는 책임재산액을 빼고 사해행위가 되지 않는다는 점을 확인하였으므로 별도로 고려하지 아니한다.

3) 소극재산 가) 이 사건 토지 및 건물에 설정된 근저당권의 피담보채무, 이 사건 건물의 임차인들에 대한 보증금반환채무

앞서 본 바와 같이, 이 사건 토지 및 건물에 설정된 근저당권의 피담보채무인 R 명의 채무와 이 사건 건물의 임차인들에 대한 보증금반환채무는 조합의 청산과정에서 정산이 필요한 부분이므로 이를 소극재산으로 반영하는 것은 타당하지 않다.

나) 2015. 9. 27.자 계약서 관련 P에 대한 채무

(1) 원고는 B이 P로부터 이 사건 건물 중 1/3 지분과 이 사건 토지를 1,600,000,000원에 매수하기로 하였으므로, 1,600,000,000원을 B의 소극재산으로 보아야 한다고 주장한다.

(2) 갑 제42호증의 기재에 의하면, B이 2015. 9. 27. P로부터 이 사건 건물 중 1/3 지분과 이 사건 토지를 1,600,000,000원에 매수하기로 한 계약서가 작성된 사실을 인정할 수 있다.

(3) 그러나 을 제13호증의 기재에 의하면, P은 의정부지방법원 2017가합53187 사건에서 이 사건 건물 중 1/3 지분과 이 사건 토지를 B에게 이전할 이유에 관하여 "AJ은행의 이자가 비싸서 N조합으로 대환하는 P 명의로는 대출이 불가능하였기 때문이다"라는 취지로 증언한 사실, P이 2015. 11. 2. 원고에게 이 사건 건물 중 1/3 지분과 이 사건 토지가 여전히 P 소유임을 전제로 확인서를 작성해준 사실을 인정할 수 있으므로 2015. 9. 27.자 매매계약서가 진정한 것인지 의심스럽다.

(4) 설령, 2015. 9. 27.자 계약을 진정한 계약으로 보더라도 계약서에 P이 계약금 160,000,000원을 영수한 것으로 되어 있고, 특약사항으로 '잔금 1,440,000,000원의 지급방법은 이 사건 건물 중 1/3 지분과 이 사건 토지의 담보대출금 800,000,000원원과 임대차보증금 383,000,000원, 합계

1,183,000,000원은 매매대금 지급에 갈음하여 인수하고, 나머지 317,000,000원은 차후 입주하는 임대차보증금으로 최우선 지급하기로 한다'고 되어있는데, 조합채무로 R 명의의 채무와 이 사건 건물의 임차인들에 대한 보증금반환채무를 부담하고, 을 제62 내지 68호증의 각 기재에 의하면, P이 2015. 9. 27. 이후 317,000,000원 이상의 임대차보증금을 수령한 것으로 보이므로 원고가 제출한 증거만으로 2015. 9. 27.자 계약서 관련 P에 대한 채무를 인정하기에 부족하고, 달리 인정할 만한 증거가 없다. 원고의 주장은 이유 없다.

다) 이 사건 가등기의 피담보채무

(1) 원고는 피고가 이 사건 매매예약에 따라 지급한 매매대금 290,000,000원을 담보하기 위하여 이 사건 가등기를 하였으므로, 290,000,000원을 B의 소극재산으로 보아야 한다고 주장한다.

(2) 그러나 피고는 이 사건 매매예약에 따라 B에게 계약금 및 중도금 명목으로 290,000,000원을 지급한 것으로 보이는데, B이 지급받은 290,000,000원을 피고에게 반환해야 한다고 볼 만한 사정은 확인되지 아니하므로 290,000,000원을 B의 소극재산으로 볼 수 없고 달리 이를 인정할 만한 증거도 없다. 원고의 주장은 이유 없다.

라) E, AK에 대한 어음금 채무

(1) 원고는 B이 E, AK에게 약속어음을 발행하여 주었으므로, 약속어음금을 B의 소극재산으로 보아야 한다고 주장한다.

(2) 갑 제45호증의 기재에 의하면, 공증인가 법무법인 AF이 2016. 3. 14. 2016년 제340호로 발행인 B, 수취인 E로 하여 액면금 170,000,000원, 발행일 2015. 12. 1. 지급기일 일람출금으로 된 약속어음에 관한 공정증서를 작성한 사실, 공증인가 법무법인 AF이 2016. 3. 14. 2016년 제339호로 발행인 B, 수취인 E로 하여 액면금 115,000,000원, 발행일 2016. 1. 2. 지급기일 일람출금으로 된 약속어음에 관한 공정증서를 작성한 사실, 공증인가 법무법인 AF이 2016. 3. 14. 2016년 제341호로 발행인 B, 수취인 AK으로 하여 액면금 186,000,000원, 발행일 2015. 12. 6. 지급기일 일람출금으로 된 약속어음에 관한 공정증서를 작성한 사실이 인정된다.

(3) 그러나 갑 제21호증, 을 제56호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실 또는 사정을 종합하면, 이 또한 소극재산으로 인정하기에는 부족하고, 달리 인정할 만한 증거가

없다. 이 부분 원고의 주장은 이유 없다.

① 이 사건 소가 2019. 7. 1. 제기되어 B의 채무초과 여부가 계속 쟁점이 되었음에도 원고는 2021. 9. 13.에야 비로소 수억 원에 달하는 위 채무들을 B의 소극재산으로 주장하며 관련한 증거를 제출하였고, 더욱이, B은 E의 모(母)이다.

② B은 2016. 7. 10. E에게 양주시 AL 소재 건물 중 1/2 지분을 보증금 100,000,000원에 임대하였는데, 해당 계약서에 특별히 보증금 지급방법에 관한 내용이 없다. 즉 E가 이 당시 B에게 수억 원의 어음금 채권을 가지고 있었다면 어음금 채권으로 임대차보증금을 지급하는 내용을 기재하였을 가능성이 높다.

4) 소결론 이 사건 매매예약 당시 다음 표 기재와 같이 B의 적극재산은 1,237,702,362원이고, 소극재산은 878,825,000원이므로 원고가 제출한 증거만으로 이 사건 매매예약 당시 B이 채무초과 상태에 있었다고 인정하기에 부족하고, 달리 인정할 만한 증거가 없다. 더구나 이 사건 각 부동산에서 일반채권자들의 공동담보에 제공되는 책임재산액은 시가 535,484,800원에서 피담보채권액 200,000,000원을 공제한 335,484,800원에 불과하므로 B의 총 책임재산액 358,877,362원(= 1,237,702,362원 - 878,825,000원)에서 위 335,484,800원을 전부 공제하더라도 채무초과 상태에 이르지 아니한다. 따라서 원고가 제출한 증거만으로 B이 이 사건 매매예약으로 인해 채무초과 상태에 이르렀다고 인정하기에도 부족하고, 달리 인정할 만한 증거도 없다. 원고의 주위적 청구는 이유 없다.

□ 적극재산

①	양주시 G 소재 건물 중 1/2 지분	357,996,800	
②	김제시 V 외 2 소재 건물	327,133,400	별지 목록 제5항
③	강원 평창군 J 토지	60,000,000	
④	김제시 W	92,687,300	별지 목록 제2항
⑤	김제시 X	64,863,500	별지 목록 제1항
⑥	김제시 Y	50,255,400	별지 목록 제4항
⑦	김제시 Z	545,200	별지 목록 제3항
⑧	양주시 G 토지(1/2 지분)	140,967,500	
⑨	포천시 H 소재 건물	143,253,017	
⑩	이 사건 토지 및 건물	0	

①	양주시 G 소재 건물 중 1/2 지분	357,996,800	
⑪	부산 해운대구 K 소재 토지의 가등기 권리	0	
⑫	AB, AC, AD에 대한 대여금	0	
⑬	이 사건 매매예약 관련 채권	0	
계	1,237,702,207		

□ 소극재산

①	L조합에 대한 피담보채무	400,000,000	
②	E에 대한 임대차보증금 반환채무	30,000,000	
③	중소기업은행에 대한 연대보증채무(이 사건 각 부동산에 설정된 근저당권의 피담보채무)	200,000,000	
④	M조합에 대한 피담보채무	145,000,000	
⑤	포천시 H 소재 건물에 대한 임대차보증금 반환채무	0	
⑥	포천시 H 소재 건물에 대한 지방세체납액	3,825,000	
⑦	원고에 대한 채무	100,000,000	
⑧	이 사건 토지 및 건물에 설정된 근저당권의 피담보채무	0	
⑨	이 사건 건물의 임차인들에 대한 보증금 반환채무	0	
⑩	2015. 9. 27.자 계약서 관련 P에 대한 채무	0	
⑪	이 사건 가등기의 피담보채무	0	
⑫	E, AK에 대한 어음금채무	0	
계	878,825,000		

3. 예비적 청구에 관한 판단

가. 원고 주장의 요지

1) 이 사건 변론종결일 당시 B은 채무초과 상태에 있었다.3) 2) 이 사건 매매예약은 통정허위표시로 무효이므로, 이 사건 대여금 채권을 피보전채권으로 하여 B을 대위하여 피고에게 이 사건 가등기의 말소등기절차 이행을 구한다.

나. 판단

1) 무자력 여부 가) 다툼 없는 사실

이 사건 변론종결일 당시 B이 다음 표 기재와 같은 소극재산이 있었다는 사실은 당사자 사이에 다툼이 없다.

□ 소극재산4)

①	AM에 대한 채무	32,500,000	
②	AN에 대한 채무	109,716,438	
③	원고에 대한 채무	147,606,848	

나) 적극재산

(1) AB, AD, 주식회사 AO에 대한 채권

(가) 피고는 B이 AB, AD에 대한 채권이 있었고, AC에 대한 채권이 있었는데 주식회사 AO가 AC의 채무를 인수하였으므로, B의 AB, AD, 주식회사 AO에 대한 채권을 B의 적극재산으로 보아야 한다고 주장한다.

(나) 그러나 앞서 본 바와 같이, 위 채권들을 B의 적극재산으로 인정하기 어렵다. 이 부분 피고의 주장은 이유 없다.

(2) P에 대한 채권

(가) 피고는 B이 원고로부터 P에 대한 70,000,000원 및 이에 대한 이자 내지 지연손해금 채권을 양도받았으므로, P에 대한 채권을 B의 적극재산으로 보아야 한다고 주장한다.

(나) 갑 제72, 73호증의 각 기재에 의하면, 공증인 AE이 2015. 6. 30. 채권자를 원고, 채무자를 P으로 하여 대여금 412,000,000원, 변제기 2015. 6. 30. 약정이율 연 25%의 조건으로 대여하였다는 내용의 금전소비대차계약공정증서를 작성한 사실, 공증인 AE이 2016. 8. 10. 위 대여금 채권 중 70,000,000원 및 2016. 7. 27.부터 다 갚는 날까지 연 25%의 지연손해금 한도에서 강제집행을 실시하기 위하여 B에게 집행문을 부여한다는 내용의 공정증서를 작성한 사실, B이 그 공정증서에 기초하여 P의 대한민국에 대한 채권에 대하여 채권압류 및 추심명령을 신청하여 채권압류 및 추심명령(서울북부지방법원 2021타채39)이 발령된 사실이 인정된다.

(다) 그러나 갑 제47호증의 기재에 의하면, 위 대여금 채권은 이미 변제로 소멸한 것으로 보이고, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 이 부분 피고의 주장은 이유 없다[설령, P에 대한 채권을 인정한다고 하더라도, 이 사건 변론종결일 당시 채권액은 189,143,835원{= 70,000,000원 + 119,239,726원(= 70,000,000원 × 0.25 × 2,487/365)}에 불과하다].

다) 소극재산

(1) 원고는 B이 금융기관 채무 내지 체납금이 있고, AP, P, AQ, E 등에 대한 채무가 있으며, 위 각 채무들을 B의 소극재산으로 보아야 한다고 주장한다.

(2) 그러나 아래에서 보는 바와 같이, 이 사건 변론종결일 당시 피고가 자인하는 B의 소극재산만으로도 위에서 인정된 B의 적극재산을 초과함이 명백하므로, 이 부분에 대하여는 별도로 판단하지 아니한다.

라) 소결론

이 사건 변론종결일 당시 피고가 자인하는 B의 소극재산은 289,823,286원이고, 적극재산은 0원이므로, 이 사건 변론종결일 당시 B은 채무초과 상태에 있었던 사실이 인정되므로(앞서 본 바와 같이, B의 P에 대한 채권을 적극재산으로 인정한다고 하더라도, 이 사건 변론종결일 당시 B의 P에 대한 채권액은 189,143,835원으로, 피고가 자인하는 B의 소극재산 289,823,286원보다 적음이 명백하다), 원고의 채권자대위권 행사는 적법하다.

□ 소극재산

①	AM에 대한 채무	32,500,000	
②	AN에 대한 채무	109,716,438	
③	원고에 대한 채무	147,606,848	
계	289,823,286		

2) 통정허위표시 여부 가) 갑 제23, 24, 46호증, 을 제21, 22, 23호증의 각 기재에 의하면, ① B이 2014. 10. 7. 이 사건 각 부동산을 담보로 제공하여 중소기업은행이 피고에게 200,000,000원을 대출해 주고, 같은 날 이 사건 각 부동산에 채무자 피고, 근저당권자 중소기업은행, 채권최고액

240,000,000원의 근저당권이 설정된 사실, ② 피고가 2014. 10. 8. 대출받은 200,000,000원 중 190,000,000원을 B에게 송금한 사실, ③ 피고가 2016. 7. 13. B에게 100,000,000원을 송금한 사실, ④ 2016. 10. 7. 이 사건 각 부동산에 피고 앞으로 이 사건 가등기가 마쳐진 사실이 인정된다.

나) 원고는 ① 피고는 B의 자금 세탁 등을 위하여 설립된 법인으로 건축업 등을 전혀 영위하지 않았고, ② 피고의 B에 대한 2014. 10. 8.자 송금과 2016. 7. 13.자 송금은 이 사건 매매예약과 무관하게 B의 자금 마련을 위하여 송금한 것이며, ③ 이 사건 매매예약은 통정허위표시에 의한 법률행위로서 무효라고 주장한다.

다) 이에 대하여 피고는 ① 실제로 건축업 등을 영위하였고, ② 2014. 10. 6. 이 사건 각 부동산을 매수하기로 이사회 결의를 한 뒤 그 매매대금으로 2014. 10. 8. 및 2016. 7. 13. 2회에 걸쳐 290,000,000원을 송금하였고, ③ 자금이 부족하여 매매대금 잔금을 지급하지 못하던 중 B에게 지급한 290,000,000원을 보장받기 위하여 2016. 8. 12. 이사회 결의를 한 뒤 ④ 2016. 10. 6. 이 사건 매매예약을 하고 2016. 10. 7. 이 사건 가등기가 마쳐졌으며, 통정허위표시에 의한 법률행위가 아니라고 주장한다.

라) 앞서 본 증거와 을 제20, 24, 25, 28, 31, 32호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실 또는 사정을 종합하면, 이 사건 매매예약이 통정허위표시에 의한 법률행위라고 단정하기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

① 피고는 2017. 1. 1.부터 2019. 6. 30.까지 581,091,000원 상당의 매출을 올렸고, 그에 따라 28,502,970원 상당의 부가가치세를 납부하였으며, 2014. 7. 3.부터 2018. 1. 19.까지 AR건물의 공동사업자로 등록한 사실이 있는바, 피고가 B의 자금 세탁 등을 위하여 설립된 법인이라고 단정하기 어렵다.

② 피고의 2014. 10. 6.자 이사회 회의록에는 '피고가 B으로부터 이 사건 각 부동산을 매수하되 이 사건 각 부동산을 담보로 대출을 받아 계약금을 지급한다'는 내용이 기재되어 있고, 2016. 8. 12.자 이사회 의사록에는 '피고가 B에게 이 사건 각 부동산의 매매대금 중 계약금 및 중도금 합계 290,000,000원을 지급하였는데 잔금 110,000,000원을 지급하지 못하고 있어, 지급한 290,000,000원을 보장받기 위하여 이 사건 각 부동산에 가등기를 설정하고 자금이 마련되면 잔금을

지급한다'는 내용이 기재되어 있으며, 이 사건 매매예약서에는 피고와 B이 2016. 10. 6. 이 사건 각 부동산을 470,000,000원에 매매할 것을 예약한다는 내용이 기재되어 있다(이에 대하여 원고는 2014. 10. 6.자 이사회 회의록과 2016. 8. 12.자 이사회 의사록이 피고 내지 B이 사후에 작성한 것이라고 주장하나 이를 뒷받침할 만한 객관적인 자료를 전혀 제출하지 못하고 있고, 더욱이 이 사건 매매예약서는 2016. 10. 7.자 등기필정보 및 등기완료통지서에 편철되어 있어 사후에 작성되었다고 보기도 어렵다. 한편, 원고는 피고가 2020. 5. 24.자 준비서면에서는 이 사건 매매예약서를 제출하지 않았다가 2020. 9. 7.자 준비서면을 통하여 이 사건 매매예약서를 제출하였다고 하며 이 사건 매매예약서를 믿기 어렵다고 주장하나, 위와 같이 이 사건 매매예약서를 사후 작성하였다고 보기 어려운 이상 이 사건 매매예약서를 다소 늦게 제출하였다는 점만으로 이 사건 매매예약서가 허위라고 단정하기는 어렵다).

③ 원고는 매수인인 피고가 매매대금을 전혀 지급하지 아니한 상태에서 매매목적물을 담보로 대출받아 매매대금 중 일부를 지급하고 매도인인 B이 피고의 대출채무에 대하여 연대보증을 하는 것이 상식에 반한다고 주장하나, 부동산 매매에 있어 매수인이 매수 부동산을 담보로 금융기관으로부터 대출을 받아 매매대금을 지급하는 것이 이례적이라고 보기는 어렵고, 거래실무상 회사가 대출을 받음에 있어 회사 대표자가 그 채무를 연대보증하는 것이 빈번하므로, 피고를 운영하던 B이 회사의 대표로서 대출채무를 연대보증하였다고 하여 이를 이례적이라고 보기도 어렵다.

④ 원고는 B이 2020. 12. 2. U에게 이 사건 각 부동산을 매도하였음에도 매매예약권자인 피고가 아무런 이의를 제기하지 않는다고 주장하나, 이를 인정할 만한 객관적인 증거가 없고, 피고가 B에게 잔금을 지급하지 아니한 점, 피고의 대표자가 B의 딸 E인 점 등에 비추어 보면, 이의를 제기하지 아니한 것만으로 이 사건 매매예약이 통정허위표시에 의한 법률행위라고 인정하기에 부족하다.

⑤ 원고는 B이 피고로부터 잔금을 지급받지 못한 상황에서 2015. 9. 23.부터 2016. 10. 17.까지 피고에게 합계 689,000,000원을 지급하는 것은 이례적이라고 주장하나, B이 위 기간 동안 피고를 운영하였고 그 운영자금으로 위와 같은 돈을 입금하는 것이 이례적이라고 보기 어렵다.

⑥ 원고는 B, E, B의 아들인 AS와 피고 사이에 다수의 입출금 사실이 있기 때문에 영수증도 없는 2014. 10. 8.자 송금 190,000,000원과 2016. 7. 13.자 100,000,000원이 이 사건 각 부동산의

매수자금으로 볼 수 없다고 주장하나, 앞서 본 바와 같이, 피고의 2014. 10. 6.자 이사회 회의록에 '이 사건 각 부동산을 담보로 대출을 받아 계약금을 지급한다'는 내용이 기재되어 있고, 피고가 실제로 2014. 10. 7. 중소기업은행으로부터 200,000,000원을 대출받아 그중 190,000,000원을 B에게 송금한 점, 위 돈을 송금받은 매수인이 피고를 운영하던 B인 점 등에 비추어 보면, 위 돈을 이 사건 각 부동산의 매수자금으로 봄이 타당하다.

⑦ 그 외 O는 B이 강제집행을 면탈할 목적으로 이 사건 매매예약을 한 후 이 사건 가등기를 마쳤다면 B을 상대로 고소하였으나, 수사기관에서는 대출자료, 중도금 지급 거래내역 등 실제 거래로 볼 자료가 발견되고 피고가 형해화된 법인이라고 인정할 자료가 부족하다는 이유로 불기소 처분을 하였다.

3) 소결론 원고가 제출한 증거만으로는 이 사건 매매예약이 통정허위표시라고 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 만한 증거가 없어 원고의 예비적 청구도 이유 없다.

4. 결론

원고의 주위적 청구는 이유 없어 기각하여야 하고, 이 법원에서 추가한 예비적 청구 역시 이유 없어 기각하여야 한다. 제1심판결은 이와 결론을 달리하여 부당하므로 피고의 항소를 받아들여 취소하고, 주문과 같이 판결한다.

재판장판사김기현

판사윤영수

판사서동인

별지

1) 원고는 명확하게 B에 대한 대여금채권을 피보전채권으로 한 대위청구임을 밝히고 있지 않으나, 이외에 달리 피보전채권으로 주장할 만한 채권이 확인되지 않고, 청구취지상 B의 소유권을 대위행사하는 것이므로 이와 같이 선택한다.

2) 피고 주장에 의할 경우 2022. 2. 16. 당시 B의 AB에 대한 채권액은 3,221,852,054원(= 2,864,208,219원{= 700,000,000원 + 2,164,208,219원(= 700,000,000원 × 0.24 ×

4705/365}} + 357,808,219원(= 100,000,000원 + 257,808,219원(= 100,000,000원 × 0.2 × 4705/365)))에 달하는데, 그중 불과 0.4%만 변제받았을 뿐이다.

3) 금전채권의 채권자대위권은 채무자가 무자력하여 그 일반재산의 감소를 방지할 필요가 있는 경우에 행사할 수 있고, 채권자대위권의 행사로서 채권자가 채권을 보전하기에 필요한지는 변론종결 당시를 표준으로 판단되어야 한다(대법원 1976. 7. 13. 선고 75다1086 판결 등 참조).

4) 이 사건 변론종결일(2022. 4. 21.)을 기준으로, 원리금을 재산정한다.