

광주지방법원 해남지원 2021. 8. 24 선고 2020가단200945 판결 [사해행위취소]

재판경과

광주지방법원 2022. 10. 21 선고 2021나65131 판결

광주지방법원 해남지원 2021. 8. 24 선고 2020가단200945 판결

전문

원 고 A

소송대리인 변호사 박홍기

피 고 B

소송대리인 법무법인 지산, 담당변호사 정인성

변 론 종 결 2021. 5. 11.

판 결 선 고 2021. 8. 24.

주문

1. 원고의 청구를 기각한다.
2. 소송비용은 원고가 부담한다.

N

청 구 취 지

별지1 목록 기재 각 부동산에 관하여, 피고와 C 사이에 2018. 12. 7. 체결된 근저당권설정계약을 취소하고, 피고는 C에게 광주지방법원 완도등기소 2018. 12. 7. 접수 제12869호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.

이 유

1. 기초사실

가. C는 2016. 1. 26. 별지1 목록 제1항 기재 부동산에 관하여 소유권이전등기를 마쳤고, 2017. 6. 28.부터 2018. 2. 6.까지 별지1 목록 제2, 3, 4항 기재 각 부동산(이하 별지1 목록 기재 각 부동산을 ‘이 사건 부동산’이라 한다)에 관하여 소유권보존등기를 마쳤다.

나. D은행은 2018. 3. 30. C 소유인 이 사건 부동산, C의 자녀인 E 소유의 별지2 목록 기재 각 부동산(이하 ‘E 부동산’이라 한다) 및 C 소유인 기계 기구(공작물), 건축물에 관하여 채권최고액 870,000,000원, 채무자 C, 근저당권자 D은행으로 된 근저당권설정등기를 마쳤다(이하 ‘D은행의 근저당권’이라 한다).

다. C와 C의 작은 아버지인 피고 명의로, 2018. 9. 21.자 ‘C는 2018. 9. 21. 피고로부터 30,000,000원을 차용한다. 이자는 월 2%로 하고, 2018. 12. 5. 변제기일에 합산하여 지급한다. 2017. 8. 30.부터 2018. 9. 21.까지 차용금액 합계는 140,000,000원임을 확인한다. 이 금액도 차용일로부터 월 2%씩 계산하여 2018. 12. 5. 변제기일에 합산하여 지급한다’는 내용의 차용증이 작성되었고(이하 ‘이 사건 1차 차용증’이라 한다), 2018. 11. 29.자 ‘C는 2018. 11. 29. 피고로부터 19,000,000원을 차용한다. 이자는 월 2%로 하고, 2018. 12. 5. 변제기일에 합산하여 지급한다. 2018. 12. 5.까지 변제가 안 될 시에는 C 소유의 부동산에 근저당설정을 한다. 근저당 설정을 할 경우 피고는 140,000,000을 추가로 대여하기로 약속한다’는 내용의 차용증이 작성되었고(이하 ‘이 사건 2차 차용증’이라 한다), 2018. 12. 7.경 ‘2007년경부터 2018년경까지 차용금 원금은

210,000,000원이고, 이자는 은행이자 5%이며, 이자는 매년 전복 팔면 한 번에 지급한다. 원금은 2021년부터 2022년까지 완불한다'는 내용의 차용증이 작성되었다(이하 '이 사건 3차 차용증'이라 하고, 위 각 차용증을 함께 '이 사건 각 차용증'이라 한다).

라. 피고는 2018. 12. 7. 이 사건 3차 차용증에 기한 대여금 채권을 피담보채권으로 하여 이 사건 부동산 및 E 부동산에 관하여 채권최고액 500,000,000원, 채무자 C, 근저당권자 피고로 된 2018. 12. 7.자 설정계약을 원인으로 한 근저당권설정등기(광주지방법원 완도등기소 제12869호, 이하 '이 사건 근저당권'이라 한다)를 마쳤다.

마. 한편, 원고는 2018. 9. 12. C를 상대로 이 법원에 '53,075,000원 및 이에 대한 지연손해금'의 지급을 구하는 물품대금 청구의 소를 제기하였는데(2018가단2292호, 이하 '이 사건 물품대금 소송'이라 한다), 위 소송 과정에서 원고와 C 사이에 2019. 3. 22. 'C는 원고에게 48,000,000원을 지급하되, 이를 12회 분할하여 2019년 5월부터 2020년 4월까지 매월 15일에 4,000,000원씩 지급한다. 만일 피고가 위 지급기일을 2회 위반하면 즉시 기한의 이익을 상실하고 미지급금 전액에 대하여 2회째 위반한 지급기일 다음날부터 다 갚는 날까지 연 10%의 비율로 계산한 지연손해금을 가산하여 지급한다'는 내용 등으로 조정이 성립되었다(이하 '이 사건 조정'이라 하고, 위 조정조서에 기한 원고의 C에 대한 채권을 '이 사건 채권'이라 한다).

바. C는 2019. 6. 17. 원고에게 이 사건 채권 중 4,000,000원을 변제하였는데, 그 이후에는 이 사건 채권을 변제하지 아니하자 원고는 2019. 7. 29. C를 상대로 이 법원에 청구금액 44,000,000원으로 하여 이 사건 부동산에 관한 부동산강제경매를 신청하였고(F), 이 법원은 2019. 8. 5.

경매개시결정을 하였다. 이 법원은 2020. 3. 31. "최저매각가격으로 압류채권자의 채권에 우선하는 부동산의 모든 부담과 절차비용을 변제하면 남을 것이 없겠다고 인정되어 원고에게 이를 통지하였음에도 원고가 위 통지를 받은 날부터 1주 이내에 '위 부담과 비용을 변제하고 남을 만한 가격을 정하여 그 가격에 맞는 매수신고가 없을 때에는 자기가 그 가격으로 매수하겠다'는 내용을 신청하지 아니하였다"는 이유로 위 경매개시결정을 취소하고, 원고의 부동산강제경매 신청을 기각하는 내용의 결정을 하였다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 5호증, 을 제5, 6, 7호증(각 가지번호도 포함, 이하 같다)의

각 기재, 변론 전체의 취지

2. 당사자들의 주장 요지

가. 원고 주장의 요지

- 1) C는 이미 채무초과 상태에 있는 상태에서 피고와 사이에 이 사건 근저당권설정계약을 체결하여 원고를 비롯한 일반채권자의 공동담보를 감소시키는 결과를 초래하였고, C와 피고 사이의 관계 등에 비추어 C의 사해의사 및 피고의 악의 또한 인정된다고 할 것인바, 이 사건 근저당권설정계약은 사해행위에 해당하여 취소되어야 한다.
- 2) 피고가 C의 작은 아버지인 점, C는 이 사건 물품대금 소송에서 답변서를 제출하면서 같은 날 피고와 사이에 이 사건 근저당권설정계약을 체결한 점, 이 사건 각 차용증의 내용이 차용증의 일반적인 내용과 차이가 있는 점, 이 사건 근저당권의 채권최고액이 500,000,000원으로 이 사건 각 차용증에 기한 피고의 C에 대한 채권액과 현저한 차이가 있는 점, 이 사건 각 차용증의 내용에 부합하는 금융자료가 존재하지 아니하는 점 등에 비추어 보았을 때 피고와 C는 원고의 이 사건 채권에 기한 강제집행을 면탈하기 위한 목적으로 이 사건 근저당권설정계약을 체결하고 이 사건 근저당권설정등기를 마친 것인바, 위 사해행위취소 청구와 선택적으로 위 근저당권설정계약은 통정허위표시에 해당하여 무효에 해당한다.
- 3) 따라서 이 사건 부동산에 관하여, 피고와 C 사이에 2018. 12. 7. 체결된 이 사건 근저당권설정계약을 취소하고, 피고는 C에게 이 사건 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다.

나. 피고 주장의 요지

- 1) 이 사건 근저당권의 피담보채권 및 선순위 근저당권인 D은행의 근저당권 피담보채권을 그 공동담보인 이 사건 부동산, E의 부동산 및 기계기구, 구축물의 가액에 비례하여 안분할 경우 이 사건 부동산에 설정된 각 근저당권의 피담보채권액이 이 사건 부동산의 가액을 초과하지 아니하는바, 일반채권자를 위한 책임재산 부분이 여전히 남아있다고 할 것이므로, 이 사건 근저당권설정계약은

일반채권자를 해하는 사해행위에 해당하지 아니한다.

2) C와 피고 사이에 이 사건 근저당권설정계약을 체결할 당시에 C의 적극재산이 소극재산을 초과하고 있었으므로 이 사건 근저당권설정계약을 체결한 것은 사해행위에 해당하지 아니한다. 설령 그렇지 않더라도 이 사건 변론종결일 당시 C의 적극재산이 소극재산을 초과하고 있으므로 이 사건 근저당권설정계약으로 인하여 일반채권자를 해하지 않게 된 경우에 해당하여 원고의 채권자취소권이 소멸하였다고 할 것이다.

3) 설령 그렇지 않더라도 피고는 C가 2017년경부터 가두리 양식장 운영을 위한 자금이 필요하다고 하여 그 무렵부터 2018. 12. 7.경까지 여러 차례 돈을 빌려주면서 이 사건 1, 2차 차용증을 작성하다가, 2018. 12. 7. 이 사건 3차 차용증을 작성하면서 이 사건 근저당권설정계약을 체결하고 이 사건 근저당권설정등기를 마치게 된 것이고, 광주에 거주하는 피고는 완도군에서 가두리 양식장을 하는 C의 채무관계에 관하여 제대로 알지 못하였으며, 이 사건 근저당권설정당시 선순위저당권으로 D은행의 근저당권이 존재하였으나, 그 공동담보인 이 사건 부동산, E의 부동산 및 기계기구, 건축물의 가액이 위 피담보채권을 충분히 초과한 상황이었어서 이 사건 근저당권설정이 일반채권자를 해하는 행위라는 사실을 알지 못하였고, 이 사건 각 차용증의 작성 및 이 사건 근저당권설정에 관하여 C와 사이에 통정허위표시를 한 사실이 없다.

3. 사해행위취소 청구 주장에 관한 판단

가. 피보전채권의 발생

1) 채권자취소권에 의하여 보호될 수 있는 채권은 원칙적으로 사해행위라고 볼 수 있는 행위가 이루어지기 전에 발생되어야 하지만, 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 할 것이고, 여기서 채권이 성립되리라는 점에 대한 고도의 개연성은 채권자와 채무자 사이의 기초적 법률관계의 내용, 채무자의 재산 상태 및 그 변화 내용, 일반적으로 그와 같은 상태에서 채권이 발생하는 빈도 및 이에 대한 일반인의 인식의 정도 등 여러

가지 사정을 종합하여 객관적으로 판단하여야 할 것이다(대법원 2008. 5. 15. 선고 2008다2777 판결 등 참조).

2) 위 법리에 비추어 이 사건에 관하여 살피건대, 2018. 12. 7.자 이 사건 근저당권설정계약이 체결되기 이전에 이미 원고가 C에게 물품을 공급하여 원고의 C에 대한 물품대금채권 성립의 기초가 되는 법률관계가 성립되어 있었고, 원고가 2018. 9. 12. C를 상대로 이 사건 물품대금 소송을 제기함에 따라 가까운 장래에 그 법률관계에 기하여 물품대금채권이 발생하리라는 점에 대한 고도의 개연성이 있었으며, 실제로 이 사건 근저당권설정계약 체결 이후 그 개연성이 현실화되어 이 사건 조정이 2019. 3. 22. 성립되었으므로, 위 조정 성립에 따른 원고의 피고에 대한 이 사건 채권은 사해행위취소의 피보전채권이 될 수 있다.

나. 사해행위 해당 여부

1) 책임재산 주장에 관한 판단

가) 피고 주장의 요지

이 사건 근저당권은 시가 667,971,540원(공시지가의 2배로 계산) 상당인 이 사건 부동산뿐만 아니라 시가 307,809,242원(공시지가의 2배로 계산) 상당인 E의 부동산도 공동담보로 하고 있고, 이 사건 근저당권의 선순위 근저당권인 D은행의 근저당권은 이 사건 부동산, E의 부동산뿐만 아니라 C 소유인 시가 483,120,000원 상당인 기계 기구 및 구축물을 공동담보로 하고 있다.

위 각 부동산, 기계기구 및 구축물의 가액에 비례하여 이 사건 및 D은행의 각 근저당권 피담보채권액을 안분하여 계산하면, C 소유인 이 사건 부동산, 기계 기구 및 구축물이 부담하고 있는 D은행 근저당권의 피담보채권액은 572,034,347원[= D은행의 근저당권 피담보채권액 725,000,000원 $\times$ 1,151,091,540원(= 이 사건 부동산 가액 667,971,540원 + 기계기구 및 구축물 가액 483,120,000원) $\div$ 1,458,900,782원(= E의 부동산 가액 307,809,242원 + 이 사건 부동산 가액 667,971,540원 + 기계기구 및 구축물 가액 483,120,000원)], 원 미만 버림, 이하 같다]이고, 이 사건 부동산이 부담하고 있는 이 사건 근저당권의 피담보채권액은 143,755,671원[= 이 사건 근저당권의 피담보채권액 210,000,000원 $\times$ 이 사건 부동산 가액 667,971,540원 $\div$

975,780,782원(= E의 부동산 가액 307,809,242원 + 이 사건 부동산 가액 667,971,540원)]이다.

C 소유인 이 사건 부동산 및 기계기구, 구축물의 가액 합계 1,151,091,540원에서 위 부동산들이 부담하는 이 사건 및 D은행의 각 근저당권 피담보채권액 합계액인 715,810,018원(= 572,034,347원 + 143,775,671원)을 공제하면, 이 사건 근저당권을 설정하더라도 C 소유인 위 부동산 중 일반채권자의 공동담보에 제공되는 책임재산은 여전히 435,372,306원(= 1,151,091,540원 - 715,810,018원)이라고 할 것인바, 이 사건 근저당권의 설정으로 인하여 일반채권자를 해하지 않는다고 할 것이어서 이 사건 근저당권설정계약은 사해행위가 아니라고 할 것이다.

나) 구체적 판단

(1) 피고의 주장에 의하더라도, 이 사건 부동산 등의 가액에 따라 안분한 이 사건 및 D은행의 근저당권 피담보채권액 합계액이 이 사건 부동산 등의 가액을 초과하지 않는다고 할 것이므로, 이 사건 부동산에서 D은행 근저당권의 피담보채권액 및 이 사건 근저당권의 피담보채권액을 공제한 잔액의 범위 내에서 사해행위가 성립한다고 할 것이어서(대법원 2001. 10. 9. 선고 2000다42618 판결 등 참조), 피고의 위 주장은 그 주장 자체로 이유 없다.

(2) C 소유인 이 사건 부동산 및 E의 부동산 등에 이 사건 및 D은행의 각 근저당권이 설정되어 있는데, 위 각 근저당권의 피담보채권의 채무자는 C인바, 물상보증인인 E이 C에 대하여 구상권을 행사할 수 없는 특별한 사정이 있다는 점을 알 수 있는 자료가 없는 이 사건에서 C 소유의 이 사건 부동산에 관한 피담보채권액은 이 사건 근저당권 및 D은행의 피담보채권액 전액으로 봄이 상당하므로(대법원 2008. 4. 10. 선고 2007다78234 판결 등 참조), 이 사건 및 D은행의 각 근저당권 피담보채권액을 이 사건 부동산 및 E 소유의 부동산 등의 가액에 따라 안분함을 전제로 한 피고의 이 부분 주장은 더 나아가 살펴볼 필요 없이 이유 없다(피고는, 아래에서 살펴보는 바와 같이 C의 소극재산을 산정함에 있어서 이 사건 및 D은행의 각 근저당권 피담보채권액을 이 사건 부동산 및 E의 부동산 등의 가액에 따라 안분한 금액으로 산정하여야 한다는 취지로도 주장하나,¹⁾ 위와 같은 이유로 이 부분 주장도 받아들이지 아니한다).

2) 이 사건 근저당권설정계약 당시 C의 재산관계

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 일반채권자의 공동담보를 감소시키는 결과를 초래할 것을 그 요건으로 하므로, 특정 채권자에게 부동산을 담보로 제공한 경우 그 담보물이 채무자 소유의 유일한 부동산인 경우에 한하여만 사해행위가 성립한다고 볼 수는 없고(대법원 2008. 2. 14. 선고 2005다47106, 47113, 47120 판결 등 참조), 채무자의 담보제공행위가 사해행위가 되는지 여부를 판단하기 위하여는 채무자의 재산 상태를 심리하여 채무초과 여부를 밝혀보아야 한다(대법원 2000. 4. 25. 선고 99다55656 판결 등 참조).

나) 인정사실

이 사건 근저당권설정계약 체결일인 2018. 12. 7. 기준으로 C의 적극재산은 아래 표1 기재와 같이 합계 1,314,295,540원이고, 소극재산은 아래 표2 기재와 같이 합계 1,412,352,603원인 사실은 당사자들 사이에 다툼이 없거나 앞서 든 각 증거들에다가 갑 제7, 8호증, 을 제1 내지 4, 8, 9, 18, 19호증의 각 기재, 이 법원의 G단체, H조합, D은행에 대한 각 금융거래정보제출명령 회신 및 변론 전체의 취지를 종합하면 이를 인정할 수 있다.

[표1 - 이 사건 근저당권설정계약 체결일 기준 적극재산]

순번	목록	인정 가액(원)	비고
1	별지 목록 제1항 기재 부동산	24,288,000	다툼 없음, 갑 제2호증, 을 제1호증
2	별지 목록 제2항 기재 부동산	351,803,340	
3	별지 목록 제3항 기재 부동산	238,942,850	
4	별지 목록 제4항 기재 부동산	52,937,350	
5	기계 기구(공작물)	189,120,000	다툼 없음, 을 제1호증
6	건축물	294,000,000	다툼 없음, 을 제1호증
7	전남 완도군 I 답 578.2㎡ 중 661/969 지분	4,400,000	다툼 없음, 갑 제5호증의 5, 6, 을 제2호증
8	J 답 224.7㎡		
9	K 답 335.7㎡ 중 661/969 지분	15,320,000	다툼 없음, 갑 제5호증의 3, 4, 을 제3호증
10	L 답 224.7㎡ 중 661/969 지분		
11	선박(M)	130,184,000	다툼 없음, 갑 제8호증, 을 제9, 19호증
12	자동차((차량번호 1 생략) 포터II)	13,300,000	다툼 없음, 갑 제5호증의 11, 갑 제7호증
합계		1,314,295,540	

[표2 - 이 사건 근저당권설정계약 체결일 기준 소극재산]

순번	목록	원고 주장 가액(원)	피고 인정 여부	인정 가액(원)	비고
1	원고의 이 사건 채권	48,000,000	다툼 없음	48,000,000	갑 제1, 3호증, 을 제5호증,
2	피고의 이 사건 근저당권의 피담보채권	500,000,000	일부 다툼 (210,000,000 원만 인정)	210,000,000	갑 제2호증, 갑 제5호증의 7, 10, 을 제6호증, 을 제7호증
3	D은행의 대출금 채권	926,546,137	다툼 없음	926,546,137	갑 제2호증, 갑 제5호증의 7, 10, 을 제7호증, D은행 금융거래정보제출명령 회신
4	H조합의 근저당권	70,000,000	다툼 없음	70,000,000	갑 제5호증의 3, 4, 을 제3호증, H조합

	피담보채권				금융거래정보제출명령 회신
5	G단체의 구상금 채권	241,319,218	일부 다툼 (132,436,466 원만 인정)	132,436,466	갑 제2호증, 갑 제5호증의 3, 4, 5, 6, 갑 제8호증, 을 제2, 3호증, G단체 금융거래정보제출명령 회신
6	N의 물품대금 채권(광주지방법 원 해남지원 완도군법원 2018가소856호)	25,370,000		25,370,000	갑 제6호증, 을 제18호증
합계				1,412,352,603	

다) 당사자들의 주장 및 판단

(1) 원고 주장에 대하여

(가) 피고의 채권 500,000,000원

원고는, C의 소극재산과 관련하여 이 사건 근저당권의 피담보채권은 채권최고액 기재와 같이 500,000,000원이 인정되어야 한다고 주장하고, 이에 대하여 피고는, 피고의 위 채권은 이 사건 3차 차용증 기재에 따라 210,000,000원만 인정되어야 한다고 주장한다.

살피건대, C와 피고 명의로 2018. 12. 7.경 ‘2007년경부터 2018년경까지 차용금 원금은 210,000,000원이고, 이자는 은행이자 5%이며, 이자는 매년 전복 팔면 한 번에 지급한다. 원금은 2021년부터 2022년까지 완불한다’는 내용의 이 사건 3차 차용증이 작성된 사실, 피고는 이 사건 3차 차용증에 기한 대여금 채권을 피담보채권으로 하여 이 사건 근저당권설정등기를 마친 사실은 앞서 본 바와 같은바, C와 피고 사이에 근저당권설정계약이 체결된 2018. 12. 7. 피고의 C에 대한 채권은 이 사건 3차 차용증 기재와 같이 210,000,000원이라고 봄이 타당하고, 원고가 제출한 증거들만으로는 이 사건 근저당권설정계약이 체결된 2018. 12. 7. 피고의 C에 대한 채권이 210,000,000원을 초과한다는 점을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

따라서 피고의 C에 대한 이 사건 근저당권의 피담보채권 210,000,000원 부분만을 이 사건

근저당권설정계약 당시 C의 소극재산으로 포함한다.

(나) G의 구상금 채권 241,319,218원

원고는, C의 소극재산과 관련하여 G단체(이하 'G'이라 한다)의 C에 대한 구상금 채권액은 합계 241,319,218원(= 2017. 5. 18.자 신용보증약정에 기한 구상금 132,740,370원 + 2018. 4. 27.자 신용보증약정에 기한 구상금 43,913,344원 + 2018. 5. 23.자 신용보증약정에 기한 구상금 64,665,504원)이라고 주장하고, 이에 대하여 피고는, C는 G와 사이에, 2018. 4. 27.

신용보증약정을 체결한 후 이에 기하여 D은행으로부터 50,000,000원을 대출받았고, 2018. 5. 23. 신용보증약정을 체결한 후 이에 기하여 D은행으로부터 150,000,000원을 대출받았는바, D은행에 대한 대출금 채무 합계 200,000,000원(= 50,000,000원 + 150,000,000원) 및 이에 대한 이자는 이미 C의 소극재산에 포함되어 있으므로, 이에 관한 G의 2018. 4. 27.자 및 2018. 5. 23.자 신용보증약정에 기한 구상금채권 합계액 108,578,848원(= 43,913,344원 + 64,665,504원)은 이와 중복되어 이 사건 근저당권설정계약 당시 소극재산으로 포함시킬 수 없다고 주장한다.

앞서 든 각 증거들에다가 변론 전체의 취지를 종합하면, C는 2018. 4. 27. G와 사이에 보증금액 42,500,000원의 신용보증약정을 체결한 후 이에 기하여 D은행으로부터 50,000,000원을 대출받은 사실, 2018. 5. 23. G와 사이에 보증금액 127,500,000원의 신용보증약정을 체결한 후 이에 기하여 D은행으로부터 150,000,000원을 대출받은 사실, C가 위 각 대출금 채무의 원리금을 변제하지 못하자 G는 2020. 10. 30. D은행에게 위 대출 원리금 합계 108,578,848원(= 50,000,000원 대출금 채무의 잔존 원리금 43,913,344원 + 150,000,000원 대출금 채무의 잔존 원리금 64,665,504원)을 변제한 사실을 인정할 수 있고, 원고와 피고는 이 사건 근저당권설정계약 당시 D은행의 위 대출금 채권 합계 200,891,452원(= 50,000,000원 대출금 채무의 원리금 50,073,644원 + 150,000,000원 대출금 채무의 원리금 150,817,808원)이 C의 소극재산으로 포함되는 것에 다툼이 없는바, 위 G의 2018. 4. 27.자 및 2018. 5. 23.자 신용보증약정에 기한 구상금채권 합계액 108,578,848원은 이 사건 근저당권설정계약 당시 C의 소극재산에 포함될 수 없다고 할 것이다.

따라서 G의 C에 대한 구상금채권은 2017. 5. 18.자 신용보증약정에 기한 구상금 채권

132,740,370원 부분만을 이 사건 근저당권설정계약 당시 C의 소극재산으로 포함한다.

(다) N의 채권 25,370,000원

앞서 든 각 증거들 및 변론 전체의 취지를 종합하면, N은 2018. 9. 12. C에 대하여 광주지방법원 해남지원 완도군법원에 물품대금 25,370,000원 및 이에 대한 지연손해금의 지급을 구하는 물품대금 청구의 소를 제기하였고(2018가소856호), 위 법원은 2018. 11. 22. 'C는 N에게 25,370,000원 및 이에 대하여 2017. 8. 12.부터 2018. 10. 4.까지는 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 15%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라'는 내용의 판결을 선고하였으며, 위 판결은 2018. 12. 12. 확정된 사실을 인정할 수 있다.

위 인정사실에 의하면, 이 사건 근저당권설정계약 당시 N은 C에 대하여 25,370,000원 및 이에 대한 지연손해금 상당액의 물품대금채권을 보유하고 있었다고 할 것인바, 원고가 구하는 바와 같이 N의 C에 대한 물품대금채권 25,370,000원은 이 사건 근저당권설정계약 당시 C의 소극재산에 포함된다.

(2) 피고 주장에 대하여

(가) 가두리 양식장 208칸 82,265,150원

피고는, C가 2015년경 O 주식회사(이하 'O'라 한다)로부터 제작비 149,573,000원[= 52칸 가두리 제작비 37,393,250원{= 52칸 가두리용 부구시설비용 22,209,250원 + 52칸 가두리용 전복그물 세트비용 15,184,000원(= 1칸 제작비 292,000원 × 52칸)} × 4조] 상당의 가두리 양식장 208칸을 제작 받아 이를 소유하고 있는바, 6년간 45% 상당의 감가상각을 감안하더라도 위 가두리 양식장 208칸의 현재 가액은 82,265,150원(= 149,573,000원 × 55%)이므로, 82,265,150원 상당의 가두리 양식장 208칸은 이 사건 근저당권설정계약 당시 C의 적극재산에 포함되어야 한다고 주장하고, 이에 대하여 원고는, 위 가두리 양식장은 2019. 7. 2.경 설치된 것인바, 이 사건 근저당권설정계약 당시에는 존재하지 않았으므로 C의 적극재산으로 포함시킬 수 없다고 주장한다. 살피건대, 피고가 제출한 증거들만으로는 C와 피고가 이 사건 근저당권설정계약을 체결한 2018. 12. 7.경 피고가 주장하는 가두리 양식장 208칸을 C가 소유하고 있었다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 따라서 피고 주장의 가두리 양식장 208칸은 이 사건 근저당권설정계약 당시 C의 적극재산에 포함시키지 아니한다.

(나) 전복 치패 70만 미 175,000,000원

피고는, 이 사건 근저당권설정계약 당시 C는 175,000,000원(= 1미 250원 × 70만 미) 상당의 전복 치패 70만 미를 양식하고 있었는데, 이를 이 사건 근저당권설정계약 당시 C의 적극재산에 포함시켜야 한다고 주장하고, 이에 대하여 원고는, 위 C가 2019. 3. 7.경 전복 치패는 입식한 것인바, 이 사건 근저당권설정계약 당시에는 존재하지 않았으므로 이를 이 사건 근저당권설정계약 당시 C의 적극재산에 포함시킬 수 없다고 주장한다.

살피건대, 피고가 제출한 증거들만으로는 C와 피고가 이 사건 근저당권설정계약을 체결한 2018. 12. 7.경 피고가 주장하는 전복 치패 70만 미를 C가 입식하여 이를 소유하고 있었다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다(오히려 을 제21호증의 기재에 의하면 C는 이 사건 근저당권설정계약 이후인 2019. 3. 7.경 전복 치패 70만 미를 입식한 사실이 인정될 뿐이다). 따라서 피고 주장의 전복 치패 70만 미는 이 사건 근저당권설정계약 당시 C의 적극재산에 포함시킬 수 없다.

라) 소결론

위 인정사실에 의하면, C가 피고와 사이에 이 사건 근저당권설정계약을 체결할 당시 채무초과상태에 있었다고 할 것인바, C가 채권자인 피고와 사이에 이 사건 근저당권설정계약을 체결함으로써 일반채권자의 공동담보를 감소시키는 결과를 초래하였다고 할 것이므로, C가 피고와 사이에 이 사건 근저당권설정계약을 체결한 것은 사해행위에 해당한다고 할 것이고, C는 이 사건 근저당권설정계약 당시 이로 인하여 원고를 포함한 일반채권자를 해하게 됨을 알고 있었던 것으로 판단된다.

3) 피고의 보전 필요성 소멸 주장(이 사건 변론종결일 당시 C의 재산관계) 이에 대하여 피고는, 설령 이 사건 근저당권설정계약 당시 C의 소극재산이 적극재산을 초과하였다고 하더라도, 이 사건 변론종결 당시에는 적극재산이 소극재산을 초과하여 일반채권자를 해하지 않게 되었다고 할 것이므로, 원고의 청구는 이유 없다는 취지로 주장한다.

가) 관련 법리

사해성의 요건은 행위 당시는 물론 채권자가 취소권을 행사할 당시(사해행위취소소송의 사실심 변론종결시)에도 갖추고 있어야 하고(대법원 2009. 3. 26. 선고 2007다63102 판결 등 참조), 처분행위 당시에는 채권자를 해하는 것이었다고 하더라도 그 후 사해행위취소권을 행사하는

사실심의 변론종결시에는 채권자를 해하지 않게 된 경우에는 책임재산 보전의 필요성이 없어지게 되어 채권자취소권이 소멸하는 것으로 보아야 할 것인바, 그러한 사정변경이 있다는 사실은 채권자취소소송의 상대방이 증명하여야 한다(대법원 2007. 11. 29. 선고 2007다54849 판결 등 참조).

나) 인정사실

이 사건 변론종결일인 2021. 5. 11. 기준으로 C의 적극재산은 아래 표3 기재와 같이 합계 1,489,295,540원이고, 소극재산은 아래 표4 기재와 같이 합계 1,386,982,603원인 사실은 당사자들 사이에 다툼이 없거나 앞서 든 각 증거들에다가 갑 제7, 8, 10, 11, 12, 20, 21호증의 각 기재 또는 영상 및 변론 전체의 취지를 종합하여 이를 인정할 수 있다.

[표3 - 이 사건 근저당권설정계약 체결일 기준 적극재산]

순번	목록	원고 주장 금액(원)	피고 주장	인정 가액(원)	비고
1	별지 목록 제1항 기재 부동산	24,288,000	다툼 없음	24,288,000	갑 제2호증, 을 제1호증
2	별지 목록 제2항	351,803,340		351,803,340	

	기재 부동산				
3	별지 목록 제3항 기재 부동산	238,942,850		238,942,850	
4	별지 목록 제4항 기재 부동산	52,937,350		52,937,350	
5	기계 기구(공작물)	189,120,000		189,120,000	을 제1호증
6	건축물	294,000,000		294,000,000	을 제1호증
7	전남 완도군 I 답 578.2㎡ 중 661/969 지분	4,400,000		4,400,000	갑 제5호증의 5, 6, 을 제2호증
8	J 답 224.7㎡				
9	K 답 335.7㎡ 중 661/969 지분	15,320,000		15,320,000	갑 제5호증의 3, 4, 을 제3호증
10	L 답 224.7㎡ 중 661/969 지분				
11	선박(M)	130,184,000		130,184,000	갑 제8호증, 을 제9, 19호증
12	자동차((차량번호 1 생략) 포터II)	13,300,000		13,300,000	갑 제5호증의 11, 갑 제7호증
13	가두리 양식장	미포함	82,265,150원 포함	0	을 제10, 11, 20호증
14	전복 치패	미포함	175,000,000원 포함	175,000,000	을 제10, 11, 21호증
합계				1,489,295,540	

[표4 - 이 사건 근저당권설정계약 체결일 기준 소극재산]

순번	목록	이 사건 근저당권설정 당시 인정 가액	피고 주장	인정 가액(원)	비고
1	원고의 이 사건 채권	48,000,000	다툼 없음	48,000,000	갑 제1, 3호증, 을 제5호증,

2	피고의 이 사건 근저당권의 피담보채권	210,000,000	다툼 없음	210,000,000	갑 제2호증, 갑 제5호증의 7, 10, 을 제6호증, 을 제7호증
3	D은행의 대출금 채권	926,546,137	다툼 없음	926,546,137	갑 제2호증, 갑 제5호증의 7, 10, 을 제7호증, D은행 금융거래정보제출명령 회신
4	H조합의 근저당권 피담보채권	70,000,000	다툼 없음	70,000,000	갑 제5호증의 3, 4, 을 제3호증, H조합 금융거래정보제출명령 회신
5	G단체의 구상금 채권	132,436,466	다툼 없음	132,436,466	갑 제2호증, 갑 제5호증의 3, 4, 5, 6, 갑 제8호증, 을 제2, 3호증, G단체 금융거래정보제출명령 회신
6	N의 물품대금채권 (광주지방법원 해남지원 완도군법원 2018가소856호)	25,370,000	모두 변제	0	갑 제6, 12호증, 을 제18호증
합계				1,386,982,603	

다) 피고의 주장 및 판단

(1) 전복 치패 70만 미 175,000,000원

을 제10, 11, 21호증의 각 기재 또는 영상 및 변론 전체의 취지를 종합하면, C는 2019. 3. 7.경 전남 완도군 P리지선에 위치한 어장(면허번호: Q, R)에 시가 175,000,000원 상당의 전복 치패 70만 미를 입식하였고, 이와 같은 사실을 2019. 3. 7. 완도군수에게 신고를 한 사실이 인정된다.

위 전복 치패 70만 미는 C의 일반채권자에 대하여 책임재산이 될 수 있다고 할 것인바, 위 시가 175,000,000원 상당의 전복 치패 70만 미는 이 사건 변론종결일 당시 C의 적극재산에 포함된다고

할 것이다.

(2) 가두리 양식장 208칸 82,265,150원

피고는, C가 O로부터 제작비 149,573,000원 상당의 가두리 양식장을 제작 받아 이를 소유하고 있는바, 6년간 45% 상당의 감가상각을 감안하더라도 위 가두리 양식장 208칸의 현재 가액은 82,265,150원(= 149,573,000원 × 55%)이므로, 82,265,150원 상당의 가두리 양식장 208칸을 이 사건 변론종결일 당시 C의 적극재산으로 포함시켜야 한다고 주장한다.

살피건대, C가 O로부터 가두리 양식장 208칸을 제작 받아 이를 소유하고 있다고 하더라도 피고가 제출한 증거들만으로는 이 사건 변론종결일 무렵 위 가두리 양식장 208칸의 가액을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할만한 증거가 없다. 따라서 피고 주장의 가두리 양식장 208칸은 이 사건 변론종결일 당시 C의 적극재산에 포함시킬 수 없다고 할 것이다(위 가두리 양식장을 적극재산에 포함시키지 아니하더라도 이 사건 변론종결일 당시 C의 적극재산은 여전히 소극재산을 초과한다).

(2) N의 채권 25,370,000원 변제

앞서 든 각 증거들에다가 갑 제12호증의 기재 및 변론 전체의 취지를 종합하면, C는 2019. 4. 5.부터 2019. 4. 8.까지 N로부터 C에 대한 물품대금채권추심을 의뢰받은 S 주식회사에 N의 C에 대한 25,370,000원의 물품대금채권 및 이에 대한 지연손해금 채권 합계 2,8734,131원을 변제한 사실을 인정할 수 있다.

위 인정사실에 의하면, N의 C에 대한 25,370,000원 상당의 물품대금 채권은 이 사건 변론종결일 당시 C의 소극재산에 포함시킬 수 없다고 할 것이다(C가 자신의 돈으로 N의 물품대금채권을 변제한 것이므로, 그 전·후로 이로 인한 적극재산과 소극재산 사이의 차이가 발생하지 아니한다고 하더라도, 이 사건 변론종결일 당시 C의 적극재산은 여전히 소극재산을 초과한다고 할 것이다).

라) 소결론

살피건대, 앞서 본 바와 같이 이 사건 변론종결 당시 C는 그 자력이 회복되어 소극재산을 초과하는 적극재산을 보유하고 있는바, 원고로서는 채권자취소권에 기하여 책임재산을 보전할 필요가 없게 되었다고 할 것이다. 따라서 원고의 피고에 대한 채권자취소권은 소멸하였으므로, 원고의 사해행위취소 청구는 이유 없다.

4. 통정허위표시 무효 주장에 관한 판단

가. 앞서 든 각 증거들 및 변론 전체의 취지를 종합하면, C가 이 사건 물품대금 소송에서 2018. 10. 2. 소장 부분을 송달받고, 2018. 11. 14. 무변론 판결선고기일을 통지받았으며, 2018. 12. 6. 열람 및 복사를 신청한 후 2018. 12. 7. 답변서를 제출하였는데, 같은 날 자신의 작은아버지인 피고와 사이에 이 사건 3차 차용증을 작성한 후 위 차용증에 기한 피고의 대여금 채권을 피담보채권으로 하여 이 사건 근저당권설정계약을 체결한 후 이에 따라 피고는 이 사건 근저당권설정등기를 마친 사실이 인정된다.

나. 그러나 법률행위가 통정허위표시라는 사실에 대하여는 이를 주장하는 사람에게 증명책임이 있는바(대법원 2013. 6. 13. 선고 2012다80989 판결 등 참조), 앞서 든 각 증거들에다가 갑 제13 내지 17, 22, 23, 24호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지를 종합하여 알 수 있는 다음과 같은 사실이나 사정들에 비추어 보면, 위 인정사실과 원고가 제출한 증거들만으로는 C와 피고가 이 사건 근저당권설정계약을 체결하면서 그 피담보채권으로 이 사건 3차 차용증에 기한 210,000,000원 상당의 허위 채권을 만들어 내어 이를 피담보채권으로 하여 이 사건 각 근저당권설정등기를 마쳤다고 인정하기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

1) 2018. 9. 21.자 이 사건 1차 차용증에는 ‘C가 2018. 9. 21. 피고로부터 30,000,000원을 차용하고, 2017. 8. 30.부터 2018. 9. 21.까지 차용금액 합계는 140,000,000원임을 확인하다’는 내용이 기재되어 있는데, 피고 및 피고 배우자의 조카사위인 T가 2017. 8. 30.부터 2018. 4. 9.까지 C에게 지급한 돈의 합계는 110,000,000원(= 2017. 8. 30. 30,000,000원 + 2017. 9. 21. 10,000,000원 + 2018. 4. 9. 70,000,000원)인바, 피고가 2018. 9. 21. C 남편인 U을 통해 C에게 30,000,000원을 대여한 것이라면(그와 같은 사실이 없다고 하여 곧바로 C와 피고 사이에 통정허위표시로 이 사건 각 차용증을 작성하고, 이 사건 근저당권설정계약을 하였다고 단정하기 어렵다) 피고측에서 C에게 지급된 돈의 합계는 140,000,000원이 되어 이 사건 1차 차용증의 기재 내용에 부합하게 된다.

2) 2018. 11. 29.자 이 사건 2차 차용증에는 ‘C가 2018. 11. 29. 19,000,000원을 차용한다’는 내용의 기재가 되어 있는데, 피고의 아들인 V은 2018. 11. 29. C에게 19,000,000원을 지급하였는바, 이는 위와 같은 이 사건 2차 차용증의 기재 내용에 부합한다.

3) 이 사건 2차 차용증에는 'C가 2018. 12. 5.까지 변제를 못할 경우 C 소유 부동산에 근저당권설정을 한다. 근저당권설정을 할 경우 140,000,000원을 추가로 대여하기로 한다'는 내용의 기재가 되어 있고, 이 사건 3차 차용증에서는 피고의 C에 대한 대여금을 210,000,000원으로 정하고 있는바, 위 대여금에 이 사건 2차 차용증에 기재된 추가 대여금 140,000,000원을 합한 350,000,000원(= 210,000,000원 + 140,000,000원)을 피고의 C에 대한 대여금 채권이라고 한다면, 이 사건 근저당권의 채권최고액인 500,000,000원이 피담보채권액에 비하여 이례적으로 과다하다고 볼 수 없다.

4) C는 2019. 5. 10.부터 2019. 12. 2.까지 피고의 아들인 V 계좌로 매달 200,000원을 이체하였는바, 그 금액의 지급 주기 및 금액 등에 비추어 보아 이를 이자 명목으로 지급한 것으로 볼 여지가 있고, C는 2020. 1. 23. 피고에게 5,000,000원을 이체하였는바, 이 또한 C가 피고에 대하여 대여금에 대한 이자 명목으로 지급한 것으로 볼 여지가 있다.

나. 따라서 이와 다른 전제에서 나온 이 사건 각 차용증 작성 및 근저당권설정계약이 통정허위표시에 해당되어 무효라는 원고의 이 부분 청구도 받아들이지 아니한다.

5. 결론

그렇다면 원고의 이 사건 청구는 모두 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

판사 편병호

별지1

부동산 목록

1. 전남 완도군 W 양어장 759㎡

2. 전남 완도군 X, Y, Z

[도로명주소] 전남 완도군 AA

철근콘크리트구조 평슬라브지붕 3층 단독주택 및 창고

1층 106.25㎡

2층 148.47㎡

3층 114.15㎡

3. 전남 완도군 AB, AC, AD, W에 있는 AE동

[도로명주소] 전남 완도군 AA

경량철골구조 철판지붕 단층 동·식물관련시설 684.65㎡

4. 전남 완도군 AB, AF, AG, AC, AD, AH, W에 있는 AI동

[도로명주소] 전남 완도군 AA

블록조 판넬지붕 단층 어업용창고 173.25㎡

철근콘크리트구조 평슬라브지붕 단층 냉동창고 100.8㎡

블록조 판넬지붕 단층기계실 50.02㎡ 끝.

별지2

부동산 목록

1. 전남 완도군 AB 대 1,315㎡
2. AF 잡종지 158㎡
3. X 잡종지 652㎡
4. Y 대 235㎡
5. Z 대 33㎡
6. AG 양어장 427㎡
7. AC 양어장 175㎡
8. AD 잡종지 197㎡
9. AJ 양어장 2,916㎡
10. AK 답 1,101㎡
11. AL 전 2,033㎡ 끝.

1) 다만, 이후 피고는 2020. 8. 7.자 준비서면을 통하여 위와 같이 안분한 금액이 아닌 D은행 및 피고의 C에 대한 채권 전액을 소극재산으로 산정하고 있다.