

서울고등법원 2018. 4. 5 선고 2016나2050281 판결 [근저당권설정등기말소등기 등]

재판경과

서울고등법원 2018. 4. 5 선고 2016나2050281 판결

서울남부지방법원 2016. 6. 30 선고 2015가단28955 판결

전문

원고, 피항소인A

피고, 항소인B 주식회사

변론종결 2018. 3. 13.

판결 선고 2018. 4. 5.

제1심판결 서울남부지방법원 2016. 6. 30. 선고 2015가단28955 판결

주문

1. 제1심판결을 다음과 같이 변경한다.

원고의 소를 모두 각하한다.

2. 소송 총비용은 원고가 부담한다.

N

청구취지 및 항소취지

1. 청구취지

가. 주위적 청구취지: 피고와 C 사이에 별지 목록 기재 부동산에 관하여 2013. 5. 15. 체결된 근저당권설정계약을 취소한다. 피고는 원고에게 별지 목록 기재 부동산에 관하여 서울남부지방법원 강서등기소 2013. 5. 24. 접수 제30556호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.

나. 예비적 청구취지: 피고는 원고에게 별지 목록 기재 부동산에 관하여 서울남부지방법원 강서등기소 2013. 5. 24. 접수 제30556호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.

2. 항소취지

제1심판결 중 피고 패소 부분을 취소하고, 그 취소 부분에 해당하는 원고의 청구를 기각한다.

이 유

1. 이 법원의 심판범위

가. 병합의 형태가 선택적 병합인지 예비적 병합인지 여부는 당사자의 의사가 아닌 병합청구의 성질을 기준으로 판단하여야 하고, 항소심에서의 심판범위도 그러한 병합청구의 성질을 기준으로 결정하여야 한다. 따라서 실질적으로 선택적 병합 관계에 있는 두 청구에 관하여 당사자가 주위적·예비적으로 순위를 붙여 청구하였고, 그에 대하여 제1심법원이 주위적 청구를 기각하고 예비적 청구만을 인용하는 판결을 선고하여 피고만이 항소를 제기한 경우에도, 항소심으로서는 두 청구 모두를 심판의 대상으로 삼아 판단하여야 한다(대법원 2014. 5. 29. 선고 2013다96868 판결 참조).

나. 원고가 피고에 대하여 제1심에서 주위적으로는 사해행위취소 및 이를 원인으로 한 근저당권설정등기 말소청구를 하였고, 예비적으로는 채권자대위권에 기한 근저당권설정등기 말소청구를 하였으며, 이에 대하여 제1심판결이 원고의 주위적 청구를 각하하고 원고의 예비적 청구를 인용한 사실 및 이러한 제1심판결에 대하여 피고만이 항소하면서 제1심판결 중 피고 패소 부분의 취소와 그 취소 부분에 해당하는 원고 청구의 기각을 구한 사실은 기록상 분명하다.

다. 그러나 원고의 위 각 청구는 서로 양립할 수 없는 관계가 아니므로 실질적으로 선택적 병합 관계에 있다고 보아야 하고, 이를 위 법리에 비추어 보면, 원고의 주위적 청구를 각하하고 원고의 예비적 청구를 인용한 제1심판결에 대하여 피고만이 피고가 패소한 부분에 한하여 다투면서 항소하였다고 하더라도, 실질적으로 선택적 병합 관계에 있는 주위적 청구 부분도 이 법원의 심판대상이 된다고 봄이 타당하다.

라. 따라서 원고의 주위적 청구도 이 법원의 심판범위에 포함된다.

2. 기초 사실

가. 원고와 C은 1979. 2. 23. 혼인신고를 마친 부부였는데, 2011년경 서울가정법원에 원고가 C을 상대로 이혼, 위자료 및 재산분할청구의 소를 제기하였고, 이에 대하여 C이 원고를 상대로 이혼 및 위자료청구의 반소를 제기하였다[2011드합4971(본소), 13173(반소)].

나. 위 법원은 2013. 3. 27. "원고와 C은 이혼한다. C은 원고에게 위자료로 3,000만원과 이에 대하여 2013. 3. 28.부터 다 갚는 날까지 연 20%의 비율로 계산한 돈 및 재산분할로 1억 8,300만 원을 지급하라."는 취지의 판결을 선고하였다.

다. 원고와 C은 위 이혼 등 사건의 제1심판결 중 본소와 반소의 각 위자료청구 및 본소의 재산분할 청구 부분에 대하여 모두 항소를 제기하였고, 이에 대하여 서울고등법원은 2013. 12. 18. 위 제1심판결 중 재산분할에 관한 부분만 "C은 원고에게 재산분할로 164,000,000원을 지급하라."는 내용으로 변경하고, 원고의 항소와 C의 나머지 항소는 기각하는 취지의 판결 [2013르1488(본소), 1495(반소)]을 선고하였다.

라. 위 항소심판결에 대하여 쌍방이 모두 상고를 제기하였으나, 2014. 5. 16. 쌍방의 상고가 모두 기각[2014므640(본소), 657(반소)]되어 위 항소심판결은 그 무렵 확정되었다.1) 마. 한편 위 제1심판결 이후로서 항소심 소송이 계속 중이던 2013. 5. 15. C은 피고와 사이에 C 소유의 별지 목록 기재 부동산(이하 '이 사건 부동산'이라 한다)에 관하여 '피고를 근저당권자, C을 채무자, 채권최고액을 370,000,000원'으로 하는 근저당권설정계약(이하 '이 사건 근저당권설정계약'이라 한다)을 체결하였고, 2013. 5. 24. 피고에게 이 사건 근저당권설정계약에 기한 근저당권설정등기(이하 '이 사건 등기'라 한다)를 마쳐주었다.

[인정 근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1호증, 갑 제2, 3호증의 각 1, 2, 을 제26호증의 각 기재, 변론 전체의 취지

3. 주위적 청구에 관한 판단

가. 당사자들의 주장 요지

- 1) 원고의 주위적 청구원인 주장의 요지 피고와 C 사이의 이 사건 근저당권설정계약은 사해행위에 해당하므로 취소되어야 하고, 그에 따른 원상회복으로 피고는 이 사건 등기를 말소할 의무가 있다.
- 2) 피고의 본안 전 항변 요지 원고의 사해행위취소 청구는 제척기간을 도과하여 부적법하다.

나. 관련 조항 및 법리 등

- 1) 채무자가 채권자를 해함을 알고 재산을 목적으로 한 법률행위를 한 때에는 채권자는 그 취소 및 원상회복을 법원에 청구할 수 있다. 그 소는 채권자가 취소원인을 안 날로부터 1년, 법률행위 있는 날로부터 5년 내에 제기하여야 한다(민법 제406조 제1, 2항).
- 2) 채권자취소권 행사에 있어서 제척기간의 기산점인 채권자가 '취소원인을 안 날'이라 함은 채권자가 채권자취소권의 요건을 안 날, 즉 채무자가 채권자를 해함을 알면서 사해행위를 하였다는 사실을 알게 된 날을 의미한다. 채권자취소권 행사에 있어서 채권자가 취소원인을 알았다고 하기 위하여서는 단순히 채무자가 재산의 처분행위를 하였다는 사실을 아는 것만으로는 부족하고 구체적인 사해행위의 존재를 알고 나아가 채무자에게 사해의 의사가 있었다는 사실까지 알 것을 요한다(대법원 2000. 9. 29. 선고 2000다3262 판결 등 참조).

다. 인정 사실

을 제1 내지 3호증, 을 제5호증의 1 내지 3의 각 기재와 변론 전체의 취지를 종합하면 다음 사실을 인정할 수 있다.

- 1) 원고는 원고와 C의 이혼 등에 관한 위 항소심소송이 계속 중이던 2013. 9.경 '이 사건 등기는 이혼 소송에 따른 위자료 및 재산분할금 지급채무를 면탈하기 위해 마쳐진 것으로 보인다.'는 취지의 주장을 하면서, 서울고등법원에 이 사건 등기의 설정경위와 그 피담보채무의 실체에 관하여 구석명 신청을 하였다.
- 2) 원고는 그 무렵인 2013. 9. 16. 서울강서경찰서에 'C이 원고와의 이혼소송 과정에서 이 사건

부동산에 관하여 강제집행이 단행될 것으로 예상되자 강제집행을 면탈할 목적으로 피고의 대표이사인 D과 공모하여 허위채무에 기하여 근저당권을 설정하였다.'는 혐의로 고소하였다.

라. 판단

- 1) 위 인정 사실을 앞서 본 법리에 비추어 보면, 원고는 C을 강제집행면탈 혐의로 고소한 2013. 9. 16.경 이 사건 근저당권설정계약이 원고에 대한 사해행위에 해당한다는 것을 알고 있었다고 봄이 타당하다.
- 2) 그런데 피고와 C 사이의 이 사건 근저당권설정계약이 사해행위에 해당함을 이유로 그 취소를 구하는 원고의 주위적 청구의 소는 그로부터 1년 이상이 경과한 2015. 6. 10. 제기되었음이 기록상 명백하다.
- 3) 따라서 원고의 주위적 청구의 소는 제소기간을 도과하여 부적법하다.

4. 예비적 청구에 관한 판단

가. 당사자들의 주장 요지

- 1) 원고의 예비적 청구원인 주장 요지 피고와 C 사이의 이 사건 근저당권설정계약은 통정허위표시로서 무효이고, 이에 기한 이 사건 등기는 원인무효이므로, 피고는 C을 대위한 원고에게 이 사건 등기를 말소할 의무가 있다.
- 2) 피고의 본안 전 항변 요지 채권자의 채무자에 대한 권리가 금전채권인 경우에는 채무자가 무자력인 때에만 채권자가 채무자를 대위하여 채무자의 권리를 행사할 수 있다. 그런데 C은 무자력 상태에 있지 않으므로, 원고가 C을 대위하여 제기한 이 사건 등기의 말소청구는 부적법하여 각하되어야 한다.

나. 채권자대위권 행사의 요건에 관한 법리

- 1) 채권자가 채무자를 대위함에 있어서 대위에 의하여 보전될 채권자의 채무자에 대한 권리가 금전채권인 경우에는 그 보전의 필요성 즉, 채무자가 무자력인 때에만 채권자가 채무자를 대위하여 채무자의 제3채무자에 대한 권리를 행사할 수 있는 것인바, 채권자대위의 요건으로서의 무자력이란 채무자의 변제자력이 없음을 뜻하는 것이다.(대법원 2006. 2. 10. 선고 2004다2564 판결, 대법원 2009. 2. 26. 선고 2008다76556 판결 등 참조). 또한 그러한 보전의 필요가 인정되지 아니하는 경우에는 소가 부적법하므로 법원으로서 이를 각하하여야 한다(대법원 2012. 8. 30. 선고

2010다39918 판결 등 참조).

2) 채권자대위권의 행사로서 채권자가 채권을 보전하기에 필요한 여부는 변론종결 당시를 표준으로 판단되어야 할 것이며 그 채권이 금전채권일 때에는 채무자가 무자력하여 그 일반재산의 감소를 방지할 필요가 있는 경우에 허용되고 이와 같은 요건의 존재사실은 채권자가 주장·입증하여야 한다(대법원 1976. 7. 13. 선고 75다1086 판결 등 참조).

다. C의 무자력 여부

위 법리에 비추어 볼 때 이 사건에서 원고가 원고의 위 주장과 같이 피고를 상대로 채권자대위권을 행사하기 위해서는 이 법원의 변론종결 당시 C이 무자력이어야 하고, C이 무자력이기 위해서는 C의 소극재산이 C의 적극재산을 초과하여야 한다. 아래에서는 쌍방이 제출한 자료 등을 기초로 이 법원의 변론종결 당시 C의 소극재산과 적극재산을 비교하여 C의 소극재산이 C의 적극재산을 초과하는지 여부를 살펴본다.

1) 당사자 사이에 다툼이 없거나 실질적으로 다툼이 없는 부분 가) C의 적극재산

(1) 이 사건 부동산: 890,000,000원

(2) 스파크 승용차(I): 701만 원(을 제24, 29호증의 각 1)

(3) 싼타페 승용차(J): 315만 원(을 제24, 29호증의 각 2)

(4) 교보생명보험 해약환급금: 69,613원(을 제36호증)

(5) 스탠다드차타드은행 예금: 10,842원(주식회사 한국스탠다드차타드은행의 2017. 9. 13.자 금융거래정보회신)

(6) 외환은행 예금: 3원(주식회사 하나은행의 2017. 9. 21.자 금융거래정보회신)

나) C의 소극재산

(1) 농업협동조합에 대한 대출금 채무: 349,000,000원

(2) 피고에 대한 채무: 250,000,000원

(3) 원고에 대한 위자료 채무: 59,769,863원[= 위자료 3,000만 원 + {위자료 3,000만 원 × 0.2 ×

(4 + 351/365)), 원 미만 버림, 이하 같다]2) (4) 원고에 대한 재산분할 채무: 195,249,863원[=

재산분할금액 164,000,000원 + {재산분할금액 164,000,000원 × 0.05 × (3 + 296/365)}]3) 2)

당사자 사이에 실질적으로 다툼이 있는 부분 가) C의 K, L에 대한 대여금채권을 C의 적극재산으로 인정할 수 있는지 여부

(1) 인정 사실

갑 제17호증, 을 제23호증의 1, 2의 각 기재와 변론 전체의 취지에 의하면, C은 2008년경 K, L을 상대로 서울남부지방법원에 차용금의 지급을 구하는 소를 제기한 사실(2008가소348778호), 위 소송은 공시송달로 재판이 진행되었고, 위 법원은 2009. 1. 7. K, L에 대하여 'K, L은 연대하여 C에게 17,270,000원 및 이에 대하여 1998. 9. 7.부터 2009. 1. 3.까지는 연 14%, 그 다음 날부터 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.'는 내용의 판결을 선고한 사실, 위 판결은 2009. 2. 3. 확정된 사실을 인정할 수 있다.

(2) 당사자들의 주장 취지

(가) 피고의 주장 취지

C은 법원의 확정판결에 근거하여 K, L에 대한 대여 원리금채권을 보유하고 있다. 따라서 위 채권도 C의 적극재산에 포함되어야 한다.

(나) 원고의 주장 취지

① 원고와 C 사이의 이혼 등 사건에 관한 소송에서 C의 K, L에 대한 채권은 전혀 분할대상으로 거론된 바 없다. 따라서 C이 위 채권을 변제받는 등으로 위 채권은 부존재한다고 보아야 한다.

② 설령 위 채권이 존재한다고 가정하더라도, C은 확정판결에 기한 위 채권을 통하여 L의 예금채권을 추심하지 못하는 등 위 채권을 현재까지 변제받지 못하고 있으므로 위 채권은 부실채권 내지 강제집행가능성이 없는 채권에 해당하여 금전적인 가치가 전혀 없다고 보아야 한다. 따라서 위 채권을 C의 적극재산으로 평가할 수 없다.

(3) 판단

(가) 위 인정 사실에 비추어 볼 때, 원고와 C 사이의 이혼 등 사건에 관한 소송에서 C의 K, L에 대한 채권이 분할대상으로 거론된 바 없다는 등의 사정만으로 위 채권이 변제되는 등으로 소멸하였다고 보기는 어렵고, 달리 위 채권이 부존재한다고 인정할 증거가 없다. 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

(나) 또한 무자력요건의 존재사실에 관한 주장·입증책임을 채권자가 부담한다는 등의 앞서 본 법리 및

이 법원의 각 금융거래정보 제출명령에 대한 NICE평가정보 주식회사의 2018. 1. 11.자 회신결과와 2018. 2. 6.자 한국신용정보원장의 회신결과 등에 비추어 볼 때, C이 위 채권을 현재까지 변제받지 못하고 있다는 등의 원고가 주장하는 사정들을 고려한다고 하더라도, 법원의 확정판결에 근거한 위 채권이 부실채권 내지 강제집행가능성이 없는 채권에 해당하여 금전적인 가치가 전혀 없는 상황에 있음이 객관적으로 인정된다고 볼 수는 없다(상속세부과처분취소에 관한 대법원 2004. 9. 24. 선고 2003두9886 판결 등 참조). 따라서 위 채권을 C의 적극재산으로 평가하기로 한다.

(다) 당심 변론종결 시까지 C의 위 채권액을 산정하면 다음과 같다.

C의 K, L에 대한 채권액 73,975,216원[= 원금 17,270,000원 + 24,966,269원{= 원금 17,270,000원 $\times$ 0.14 $\times$ (10 + 119/365)} + 31,738,947원{= 원금 17,270,000원 $\times$ 0.2 $\times$ (9 + 69/365)}]

(라) 따라서 C의 K, L에 대한 위 채권액 73,975,216원은 C의 적극재산에 포함된다.

나) C의 소극재산 부분

(1) 피고에 대한 채무 250,000,000원의 이자 내지 지연손해금에 관하여

(가) 당사자들의 주장 취지

① 원고의 주장 취지

㉠ 2012. 4. 25. C과 피고는 'C이 피고에게 250,000,000원을 2012. 5. 25.까지 지급하되, 아울러 위 250,000,000원에 대하여 2011. 1. 26.부터 2012. 5. 25.까지 연 10%의 지연이자를 가산하여 지급하고, 2012. 5. 25.까지 C이 피고에게 250,000,000원을 지급하지 않을 경우에는 2012. 5. 26.부터 다 갚는 날까지 위 250,000,000원에 대하여 연 15%의 지연손해금을 지급'하기로 합의하였다(이하 위 합의를 '이 사건 지급 합의'라 한다).

㉡ 따라서 C은 피고에게 위 250,000,000원에 대하여 2011. 1. 26.부터 2012. 5. 25.까지는 연 10%, 그 다음 날부터 당심 변론종결일까지는 연 15%의 각 비율에 의한 지연이자 내지 지연손해금을 지급할 의무가 있고, 이는 C의 소극재산에 포함되어야 한다.

② 피고의 주장 취지

㉢ 피고는 2016. 10. 6. C과 사이에 '위 일자까지 발생한 C의 지연손해금 채무를 모두 면제하고, C은

피고에게 2017. 9. 30.까지 250,000,000원을 지급하되, 만일 위 지급기일까지 지급이 이루어지지 않는 경우 2017. 10. 1.부터 다 갚는 날까지 미지급 금원에 대하여 연 20%의 비율에 의한 지연손해금을 지급'하기로 합의하였다(이하 '이 사건 면제 합의'라 한다).

- ㉠ 따라서 원고가 주장하는 C의 피고에 대한 위 이자채무는 이 사건 면제 합의에 따라 소멸하였다.
- ㉡ 이 사건 면제 합의에 관한 원고의 주장 취지
- ㉢ 당심 소송의 시작 무렵 피고와 C이 이자를 면제하는 내용의 약정을 한 것은 이 사건에서 C이 채무초과 요건에 해당하지 않음을 항변하기 위한 이유 외에는 아무런 합리적인 설명을 할 수 없다.
- ㉣ 또한 이 사건 부동산의 시가를 고려하여 볼 때 이 사건 부동산에 관하여 경매를 실행하면 피고가 위 이자까지 전부 변제받을 수 있음이 너무도 분명하다.
- ㉤ 그럼에도 불구하고 피고가 이자를 면제하여 주었다는 사실에 비추어 보면 이 사건 면제 합의는 통정허위표시에 해당하여 무효이다.

(나) 판단

- ① 갑 제20호증의 기재에 의하면, C과 피고가 이 사건 지급 합의와 같은 내용의 합의를 한 사실을 인정할 수 있고, 을 제34호증의 기재에 의하면, C과 피고가 이 사건 면제 합의와 같은 내용의 합의를 하고 같은 날인 2016. 10. 6. 이를 공증한 사실을 인정할 수 있다.
- ② 그런데 이 사건 면제 합의에 관하여 원고가 주장하는 위 사정들을 고려한다고 하더라도, 원고의 위 주장만으로는 지연손해금 약정이 포함된 이 사건 면제 합의가 통정허위표시에 해당하여 무효라고 인정하기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.
- ③ 따라서 이 사건 면제 합의는 유효하다고 판단되고, 이와 같이 이 사건 면제 합의가 유효한 이상, 이 사건 면제 합의의 지연손해금 약정에 따라 산정된 지연손해금은 C의 피고에 대한 채무로서 C의 소극재산에 포함되어야 한다고 봄이 타당하다.4) ④ 이 사건 면제 합의의 지연손해금 약정에 따라 250,000,000원에 대하여 2017. 10. 1.부터 당심 변론종결일까지 산정된 지연손해금 액수는 다음과 같다.

$$22,465,753\text{원} = 250,000,000\text{원} \times 0.2 \times 164/365$$

(2) C의 M 외 6인에 대한 보호시설 입소 보증금 반환채무에 관하여

(가) 당사자들의 주장 취지

① 원고의 주장 취지

C은 M, N, O, P, Q, R, S(이하 이들을 통틀어 지칭할 때는 'M 외 6인'이라고 한다)에 대하여, 보호시설 입소 보증금 합계 96,500,000원(= M 2,000만 원 + N 2,500만 원 + O 1,000만 원 + P 2,000만 원 + Q 150만 원 + R 1,000만 원 + S 1,000만 원)의 반환채무를 부담하고 있다. 이는 M 외 6인의 이 사건 부동산에 대한 가압류결정 등을 통하여 알 수 있다.

② 피고의 주장 취지

C의 M 외 6인에 대한 T 입소 보증금 반환채무는, 일부 채권자들이 2014. 8. 이후부터 시설이용료를 체납함으로써 그 시설이용료가 공제되었고, C의 M 외 6인에 대한 입소 보증금 반환채무는 합계 2,940만 원(= M 0원 + N 0원 + O 1,000만 원 + P 1,340만 원 + Q 0원 + R 600만 원 + S 0원)이 남아 있다. M, N, P, Q, R, S(이하 이들을 통틀어 지칭할 때는 'M 외 5인'이라고 한다)는 '최초 입소 보증금 중 미납한 시설이용료를 공제하고 입소 보증금이 일부만 남아 있거나 잔여 입소 보증금이 존재하지 않는다.'는 취지의 확인서를 작성하였다.

③ M 외 5인 명의의 각 확인서에 관한 원고의 주장 취지

㉠ T의 운영자는 2014. 8. 이전부터 C이 아니라 U회사(V)이므로, C이 M 외 6인에 대하여 2014. 8.부터의 시설이용료 채권이 있을 수 없다.

㉡ 또한 T은 2015. 7.경 폐지신고된 시설로서 장애인복지시설이 운영되지 않고 있는 상태였다.

㉢ 따라서 위 각 확인서는 이 사건 소송을 위하여 C이 M 외 5인과 통모하여 허위로 작성한 것이다.

(나) 판단

① 갑 제13 내지 15, 18호증의 각 기재에 의하면, 보건복지부 발행의 2015년 장애인 복지시설 일람표에는 2014. 12. 기준으로 이 사건 부동산에 설치된 T에 관하여 '설치신고일 2012. 10. 16.', '운영자 U회사(V)'이 각 기재되어 있는 사실, 서울남부지방법원 W 부동산강제경매 사건에서 법원의 사실조회에 대한 강서구의 2014. 11. 19.자 회신서에도 '사단법인 U이 위 보호시설을 임차하여 운영하고 있다.'는 취지로 기재되어 있는 사실, 또한 강서구의 인터넷 홈페이지에는 2014. 6. 27. 위 보호시설의 이용자를 모집한다는 내용의 공고문이 위 보호시설의 시설장 명의로 게시되어 있는 사실,

2015. 7.경 원고의 민원신청에 대하여 강서구는 '현장 조사 확인 결과 위 주소지에 전입신고한 2명의 장애인이 거주하고 있고, 이외의 장애인들이 거주하고 있다는 사실이 확인되지 않는다. T은 폐지신고된 시설이며, 현재 그 주소지에 장애인복지시설이 운영되지 않는다.'는 취지로 회신한 사실 등을 인정할 수 있다.

② 한편 을 제27, 28호증은, C과 M 외 5인 사이에, T 내지 G에서 M 외 5인이 2014. 8. 이후 시설이용료를 미납한 기간 동안, M 외 5인에 관하여 최초 입소 보증금에서 시설이용료의 총 미납액을 공제한 잔여 입소 보증금 액수(M: 미납기간이 2014. 8.부터 2017. 2.까지이고 총 미납액 1,920만 원을 최소 입소 보증금 2,000만 원에서 공제하여 잔여 입소 보증금이 80만 원임. N: 미납기간이 2014. 8.부터 2017. 2.까지이고 총 미납액 1,920만 원을 최소 입소 보증금 2,500만 원에서 공제하여 잔여 입소 보증금이 580만 원임. S: 미납기간이 2014. 8.부터 2015. 11.까지이고 총 미납액 960만 원을 최소 입소 보증금 1,000만 원에서 공제하여 잔여 입소 보증금이 40만 원임. Q: 미납기간이 2014. 8.부터 2014. 10.까지이고 총 미납액 150만 원을 최소 입소 보증금 150만 원에서 공제하여 잔여 입소 보증금이 0원임. R: 미납기간이 2014. 8.부터 2015. 2.까지이고 총 미납액 400만 원을 최소 입소 보증금 1,000만 원에서 공제하여 잔여 입소 보증금이 600만 원임. P: 미납기간이 2014. 8.부터 2015. 6.까지이고 총 미납액 660만 원을 최소 입소 보증금 2,000만 원에서 공제하여 잔여 입소 보증금이 1,340만 원임)를 확인하는 내용의 확인서이고, 여기에는 M 외 5인의 인감증명서가 첨부되어 있다.

③ 그런데 갑 제7호증의 1 내지 8, 을 제27, 28호증, 을 제30호증의 1, 2의 각 기재와 변론 전체의 취지에 의하여 알 수 있는 다음 사정, 즉 M 외 6인은 2014. 7. 28. 앞서 원고의 주장에서 거시한 보호시설 입소 보증금 반환채권을 청구금액으로 하여 서울남부지방법원 2014카단4753호로 이 사건 부동산에 대한 가압류결정을 받았고, 원고의 주장도 이를 근거로 한 것인데, M, N, Q, S는 2017. 5. 17. 자신들의 가압류신청취하 및 집행해제신청서를 서울남부지방법원에 제출한 점, T은 사단법인 U 소속의 회원시설로서 실제 입소 보증금 및 시설이용료는 T의 대표자인 C이 징수 및 관리하는 것으로 보이는 점, 이 사건에서 M 외 5인이 C에게 허위로 확인서를 작성해 줄 별다른 사정도 보이지 않는 점 등에 비추어 보면, 위 ①항의 인정 사실만으로 위 ②항의 각 확인서를 C이 M

외 5인과 통모하여 허위로 작성하였다고 인정하기는 어렵다.

④ 또한 앞서 본 바와 같이 M, N, Q, S가 2017. 5. 17. 자신들의 가압류신청취하 및 집행해제신청서를 서울남부지방법원에 제출한 사실에 비추어 볼 때, M, N, Q, S의 C에 대한 입소 보증금 반환채권은 소멸하였다고 봄이 타당하다.

⑤ 따라서 위 확인서의 기재 내용 및 위 가압류신청취하 등에 비추어 볼 때, C의 M 외 6인에 대한 입소 보증금 반환채무는 합계 2,940만 원(= M 0원 + N 0원 + O 1,000만 원 + P 1,340만 원 + Q 0원 + R 600만 원 + S 0원)이 남아 있다고 보아야 한다.

(3) C의 주식회사 X(이하 'X'라고 한다)에 대한 임대차보증금 반환채무에 관하여

(가) 당사자들의 주장 취지

① 원고의 주장

C은 서울 강서구 H 소재 건물에 관하여 임차인인 X에게 임대차보증금 3,000만 원의 반환채무를 부담하고 있다.

② 피고의 주장

X는 C이 설립하여 대표이사를 맡고 있고, 그 주주 또한 C, 원고, Y 등 3인만 존재하는 회사로서, 위 임대차보증금은 위 회사의 사업자등록을 위한 임대차계약서의 작성 과정에서 형식적으로 기재된 것에 불과하므로, C의 X에 대한 임대차보증금 반환채무는 실제로 존재하지 않는다.

(나) 판단

① 갑 제8, 16호증의 각 기재와 변론 전체의 취지에 의하면, 2014. 6. 19. 강서세무서장이 작성한 상가건물등록사항현황에 C이 서울 강서구 H 소재 건물에 관하여 임차인인 X에게 임대차보증금 3,000만 원의 반환채무를 부담하고 있는 것으로 기재되어 있는 사실, 서울남부지방법원 W 부동산강제경매 사건에서 서울남부지방법원 집행관이 현지에 출장하여 조사하는 방법에 의하여 2014. 6. 23. 작성된 부동산현황조사보고서에 서울 강서구 H 소재 건물에 관하여 임대차보증금이 3,000만 원인 X의 임대차에 관한 내용이 기재되어 있는 사실을 각 인정할 수 있다.

② 위 인정 사실에 의하면, C은 서울 강서구 H 소재 건물에 관하여 임차인인 X에게 임대차보증금 3,000만 원의 반환채무를 부담하고 있다고 봄이 타당하고, 피고 주장과 같이 C이 X의 대표이사를

맡고 있다는 사정이나 을 제25호증의 1, 2의 각 기재만으로는 이를 뒤집기에 부족하며, 달리 위 3,000만 원의 임대차보증금이 X의 사업자등록을 위한 임대차계약서의 작성 과정에서 형식적으로 기재된 것에 불과하여 C의 X에 대한 임대차보증금 반환채무가 실제로 존재하지 않는다는 점을 인정할 증거가 없다.

③ 따라서 C의 X에 대한 3,000만 원의 임대차보증금 반환채무는 C의 소극재산에 포함되어야 한다.

(4) C의 요양기관 운영과 관련한 과태료 채무에 관하여

을 제38호증의 1 내지 6의 각 기재와 변론 전체의 취지에 의하면, C이 요양기관을 운영하면서 발생한 과태료를 완납한 사실을 인정할 수 있다. 따라서 C의 위 과태료 채무는 C의 소극재산에 포함되지 않는다.

(5) C의 산와대부 주식회사(이하 '산와대부'라 한다)에 대한 채무에 관하여

이 법원의 금융거래정보 제출명령에 대한 산와대부의 회신결과에 의하면, C은 산와대부에 대하여 4,966,285원의 대출채무를 부담하고 있는 사실을 인정할 수 있다. 따라서 C의 산와대부에 대한 대출채무 4,966,285원은 C의 소극재산에 포함된다.

(6) C의 신한카드 주식회사(이하 '신한카드'라 한다)에 대한 할부금융채무에 관하여

을 제39호증의 기재와 변론 전체의 취지에 의하면, C의 신한카드에 대한 할부금융채무는 3,450,612원이 남아 있는 사실을 인정할 수 있다. 따라서 C의 신한카드에 대한 할부금융채무 3,450,612원은 C의 소극재산에 포함된다.

3) C의 무자력 여부 가) C의 적극재산

974,215,674원 = 이 사건 부동산 890,000,000원 + 스파크 승용차(I) 7,010,000원 + 싼타페 승용차(J) 3,150,000원 + 교보생명보험 해약환급금 69,613원 + 스탠다드차타드은행 예금 10,842원 + 외환은행 예금 3원 + C의 K, L에 대한 위 채권액 73,975,216원

나) C의 소극재산

944,302,376원 = 농업협동조합에 대한 대출금 채무 349,000,000원 + 피고에 대한 채무 250,000,000원 + 원고에 대한 위자료 채무 59,769,863원 + 원고에 대한 재산분할 채무 195,249,863원 + 피고에 대한 채무 250,000,000원의 지연손해금 채무 22,465,753원 + M 외

6인에 대한 보호시설 입소 보증금 반환채무 29,400,000원 + X에 대한 임대차보증금 반환채무 30,000,000원 + C의 산와대부에 대한 대출채무 4,966,285원 + C의 신한카드에 대한 할부금융채무 3,450,612원

다) 판단

위와 같이 당심 변론종결일 기준으로 C의 적극재산은 합계 974,215,674원이고, C의 소극재산은 합계 944,302,376원이므로, C이 채무초과 상태에 있다고 보기는 어렵고, 달리 당심 변론종결일 현재 C이 무자력 상태에 있다는 점을 인정할 만한 증거가 없다.

따라서 원고의 이 사건 소는 채권자대위소송의 소송요건 중 보전의 필요성을 갖추지 못하여 부적법하다.

5. 결론

그렇다면 원고의 소는 모두 부적법하므로 이를 각하하여야 한다. 제1심판결은 이와 일부 결론을 달리하여 부당하므로 원고의 소를 모두 각하하는 것으로 제1심판결을 변경하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장판사김시철

판사김관용

판사공도일

별지

1) 심리불속행으로 쌍방의 상고가 기각되어 위 항소심판결은 상고심판결의 정본이 쌍방에 송달된 2014. 5. 22. 확정되었다.

2) C의 원고에 대한 위자료 채무 원금 3,000만 원 및 이에 대하여 2013. 3. 28.부터 당심 변론종결일인 2018. 3. 13.까지의 지연손해금 액수를 합산한 금액이다.

3) C의 원고에 대한 재산분할금액 원금 164,000,000원 및 이에 대하여 원고와 C 사이의 이혼 등 사건 판결 확정일인 2014. 5. 22.부터 당심 변론종결일인 2018. 3. 13.까지 민법 소정의 연 5%의

비율에 의한 지연손해금 액수를 합산한 금액이다.

4) 원고는 2018. 1. 23.자 준비서면에서 '이 사건 면제 합의의 지연손해금 약정에 따라 C의 피고에 대한 채무를 산정하여야 한다.'는 취지의 예비적 주장을 하였다.