

서울고등법원 2024. 5. 16 선고 2023나2048781 판결 [사해행위취소]

재판경과

서울고등법원 2024. 5. 16 선고 2023나2048781 판결

의정부지방법원 고양지원 2023. 10. 5 선고 2022가단88879 판결

전 문

원고, 항소인 대한민국

피고, 피항소인 A

소송대리인 법무법인(유한) 대륜

담당변호사 김경덕

변론 종결 2024. 4. 18.

판결 선고 2024. 5. 16.

제1심판결 의정부지방법원 고양지원 2023. 10. 5. 선고 2022가단88879 판결

주 문

1. 제1심 판결 중 아래에서 취소 또는 지급을 명하는 부분에 해당하는 원고 패소 부분을 취소한다.

가. 피고와 B 사이에 2018. 9. 19. 별지 목록 제1항 기재 부동산 중 1/2 지분에 관하여 체결된 증여계약을 185,000,000원의 한도 내에서 취소한다.

나. 피고는 원고에게 185,000,000원 및 이에 대하여 이 판결 확정일 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 5%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.

다. 피고와 B 사이에 2019. 12. 19. 별지 목록 제2항 기재 부동산에 관하여 체결된 증여계약을 34,291,250원의 한도 내에서 취소한다.

라. 피고는 원고에게 34,291,250원 및 이에 대하여 이 판결 확정일 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 5%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.

2. 원고의 나머지 항소를 기각한다.

3. 소송 총비용 중 20%는 원고가, 나머지는 피고가 각 부담한다.

N

청 구 취 지 및 항 소 취 지

제1심 판결을 취소한다. 피고와 B 사이에 2018. 9. 19. 별지 목록 제1항 기재 부동산 중 1/2 지분에 관하여 체결된 증여계약을 취소하고, 피고는 원고에게 185,000,000원 및 이에 대하여 이 판결 확정일 다음날부터 다 갚는 날까지 연 5%의 비율로 계산한 돈을 지급하라. 피고와 B 사이에 2019. 12. 19. 별지 목록 제2항 기재 부동산에 관하여 체결된 증여계약을 취소하고, 피고는 원고에게 93,487,500원 및 이에 대하여 이 판결 확정일 다음날부터 다 갚는 날까지 연 5%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.

이 유

1. 기초사실

가. 원고의 B에 대한 조세채권

1) B은 2011. 9. 20.부터 2020. 12. 24.까지 고양시 일산동구 K에서 'L'이라는 상호로 제조업을 운영하였다.

2) 원고 산하 고양세무서장은 2020. 9. 2.부터 2020. 10. 20.까지 서면확인을 실시하여 B의

2016년 1기부터 2017년 2기까지, 2018년 2기부터 2020년 1기까지의 각 매출신고에 누락이 있음을 확인하였고, 이에 B은 2020. 10. 14.경 그 누락분에 대한 수정신고를 하였으나 그에 따른 추가 납부세액을 납부하지는 않았다.

3) 그러자 고양세무서장은 B에게 아래 표 기재와 같이 부가가치세와 종합소득세 등 합계 1,215,861,900원을 납부할 것을 고지하였다.

부가가치세	2016년 2기	2021. 1. 5.	2021. 1. 31.	95,489,890	109,813,300
부가가치세	2017년 1기	2021. 1. 4.	2021. 1. 31.	1,541,900	1,773,110
부가가치세	2017년 2기	2021. 2. 1.	2021. 2. 28.	87,684,630	100,179,610
부가가치세	2018년 2기	2021. 2. 1.	2021. 2. 28.	51,013,100	58,282,340
부가가치세	2019년 1기	2021. 2. 1.	2021. 2. 28.	1,044,190	1,192,960
부가가치세	2019년 2기	2021. 2. 1.	2021. 2. 28.	58,565,310	66,910,710
부가가치세	2020년 1기	2021. 1. 13.	2021. 1. 31.	112,010	114,370
종합소득세	2016년도	2020. 12. 9.	2021. 1. 25.	295,774,970	340,141,170
종합소득세	2017년도	2020. 12. 4.	2020. 12. 31.	281,174,800	325,459,810
종합소득세	2018년도	2020. 12. 4.	2020. 12. 31.	153,757,290	177,973,890
종합소득세	2019년도	2020. 12. 4.	2020. 12. 31.	189,703,810	219,582,010
합계	1,215,861,900	1,401,423,280			

나. B의 재산 처분행위

1) 별지 목록 제1항 기재 부동산 중 1/2 지분 가) B은 자신의 배우자인 피고와 별지 목록 제1항 기재 부동산을 1/2 지분씩 공유하고 있었는데, 2018. 9. 20. 자신 소유의 1/2 지분(이하 '이 사건 제1부동산'이라 한다)에 관하여 피고 앞으로 2018. 9. 19.자 증여계약(이하 '이 사건 제1계약'이라 한다)을 원인으로 한 지분이전등기를 마쳐 주었다.

나) 별지 목록 제1항 기재 부동산에는 이 사건 제1계약이 체결되기 전인 2018. 9. 10. 채무자 B, 근저당권자 중소기업은행, 채권최고액 180,000,000원으로 된 근저당권(이하 '이 사건 제1근저당권'이라 한다)이 설정되어 있었는데, 그에 따른 등기는 2019. 1. 31. 같은 날 해지를 원인으로 말소되었다. 한편 이 사건 제1계약 체결일인 2018. 9. 19. 기준 이 사건 제1근저당권의

피담보채무액은 150,000,000원이다.

2) 별지 목록 제2항 기재 부동산 가) B은 2019. 12. 20. 자신 명의로 소유권보존등기가 마쳐져 있던 별지 목록 제2항 기재 부동산(이하 '이 사건 제2부동산'이라 한다)에 관하여 피고 앞으로 2019. 12. 19.자 증여계약(이하 '이 사건 제2계약'이라 한다, 이 사건 제1계약과 통틀어 칭할 경우 '이 사건 각 계약'이라 한다)을 원인으로 한 소유권이전등기를 마쳐 주었다.

나) 이 사건 제2부동산에는 이 사건 제2계약 체결 전인 2019. 1. 31. 채무자 B, 근저당권자 중소기업은행, 채권최고액 300,000,000원의 근저당권(이하 '이 사건 제2근저당권'이라 한다)이 설정되어 있었는데, 그에 따른 등기는 2020. 12. 2. 같은 날 해지를 원인으로 말소되었다. 한편 이 사건 제2계약 체결일인 2019. 12. 19. 기준 이 사건 제2근저당권의 피담보채무액은 100,000,000원이다.

[인정근거] 다툼이 없는 사실, 갑 제1 내지 5, 11, 12호증(가지번호 있는 호증은 이를 포함한다. 이하 같다)의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 본안전 항변에 관한 판단

가. 주장의 요지

이 사건 각 계약이 사해행위이므로 취소되어야 한다는 원고의 주장에 대하여, 피고는 아래와 같은 이유로, 2022. 6. 13. 제기된 이 사건 소가 취소원인을 안 날부터 1년의 제척기간이 경과하여 제기된 것으로서 부적법하다고 주장한다. 즉, 국세징수법 제10조 제1항 및 제2항, 제24조의 규정에 따라 원고 소속 세무공무원이 강제징수 절차에 착수하여야 하는 날로서, 고양세무서장의 B에 대한 서면확인 절차 종료일 2020. 10. 20.로부터 30일 뒤인 2020. 11. 19. 또는 고양세무서장이 B에 대하여 고지한 납부기한 중 가장 빠른 날의 다음날인 2021. 1. 1.로부터 30일 뒤인 2021. 1. 31.에는 세무공무원이 사해행위의 취소원인을 알았던 것으로 보아야 한다. 그렇지 않다고 하더라도, 고양세무서장은 2021. 4. 27.경 '강제징수 후 부족 예상'을 사유로 B에 대한 부가가치세 및 이에 대한 가산금 합계 307,256,220원에 관하여 정리보류(이하 '이 사건 정리보류'라고 한다)를 하였는바, 국세징수사무처리규정에서 정한 정리보류 시 처리되어야 할 업무내용 등에 비추어 보면, 세무공무원은 이 무렵에는 사해행위의 취소원인을 알았다고 보아야 한다.

나. 관련 법리

채권자취소권의 행사에서 그 제척기간의 기산점인 '채권자가 취소원인을 안 날'은 채권자가 채권자취소권의 요건을 안 날, 즉 채무자가 채권자를 해함을 알면서 사해행위를 하였다는 사실을 알게 된 날을 말한다. 이때 채권자가 취소원인을 알았다고 하기 위해서는 단순히 채무자가 재산의 처분행위를 하였다는 사실을 아는 것만으로는 부족하며, 구체적인 사해행위의 존재를 알고 나아가 채무자에게 사해의 의사가 있었다는 사실까지 알 것을 요한다. 사해행위의 객관적 사실을 알았다고 하여 취소원인을 알았다고 추정할 수는 없고, 그 제척기간의 도과에 관한 증명책임은 사해행위취소소송의 상대방에게 있다(대법원 2023. 4. 13. 선고 2021다309231 판결 등 참조). 국가가 조세채권을 피보전채권으로 하여 체납자의 법률행위를 대상으로 채권자취소권을 행사할 때에, 제척기간의 기산점과 관련하여 국가가 취소원인을 알았는지 여부는 특별한 사정이 없는 한 조세채권의 추심 및 보전 등에 관한 업무를 담당하는 세무공무원의 인식을 기준으로 판단하여야 한다. 따라서 위와 같은 세무공무원이 체납자의 재산 처분행위 사실뿐만 아니라 구체적인 사해행위의 존재와 체납자에게 사해의 의사가 있었다는 사실까지 인식할 때 이로써 국가도 그 시점에 취소원인을 알았다고 볼 수 있다(대법원 2017. 6. 15. 선고 2015다247707 판결 등 참조).

다. 구체적 판단

앞서 든 증거들, 갑 제19, 21호증, 을 제1호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 더하여 인정되는 다음과 같은 사실 내지 사정에 비추어 보면, 피고가 주장하는 사정 내지 피고 제출의 증거들만으로, 원고가 위 주장과 같은 각 시기에 사해행위의 취소원인을 알았다고 볼 수 없고, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 따라서 이에 반하는 피고의 본안전 항변은 받아들일 수 없다.

1) 우선 국세징수법 등 관련 규정에 정해진 강제징수 절차의 착수일이라고 하여 그 무렵 원고 소속 세무공무원이 사해행위 내지 사해 의사의 존재를 알았다고 바로 추단할 수 없고, 그밖에 이를 뒷받침할 수 있는 추가 사정을 찾을 수 없다.

2) 다음으로 정리보류 시 세무공무원이 사해행위의 취소원인을 알았다고 볼 수 있는지 보건대, 앞서 든 증거에 의하면 고양세무서장이 2021. 4. 27.경 '강제징수 후 부족 예상'을 사유로 B에 대한 부가가치세 및 그 가산금 307,256,220원에 대하여 정리보류를 한 사실, 이를 위하여 수입정리보류결의서(갑)와 수입정리보류검토조서가 작성된 사실, 「국세징수사무처리규정」상

10,000,000원 이상 체납자에 대하여 무재산 등으로 정리보류를 할 때에는 수입정리보류결의서(갑), 수입정리보류검토조서 및 사해행위 해당 여부 조사보고서 등의 서류를 갖추어야 하고, 수입정리보류검토조서의 조사사항에는 부동산이 포함되는 점(위 규정 제144조 제1항), 체납자의 재산상황 등 재산현황은 전산조회를 통하여 파악하는데, 이때 파악하는 재산상황에는 증여 및 상속자료가 포함되는 점(같은 규정 제137조 제1항 제1호)을 인정할 수 있다.

그러나 한편, 앞서 든 증거에 의하면 위 각 서류에는 B 소유 재산, 증여자료 등에 관한 구체적인 조사내용이 기재되어 있지 않고, 별도로 사해행위 해당 여부 조사보고서 등은 작성되지 않은 사실 역시 인정되며, 원고 소속 세무공무원이 2021. 4. 27.경 B이 소유하였던 부동산 내역, 증여자료 등을 위 규정에 따라 실제로 전산조회하였다고 단정할 수 있는 자료도 부족한바, 이러한 사정들에 비추어 보면 위 인정사실만으로는 원고 소속 세무공무원이 정리보류 시 체납자인 B의 재산 처분행위 사실을 비롯하여 이를 넘어 구체적인 사해행위의 존재 및 B에게 사해의 의사가 있었다는 사실까지 인식하였다고 보기는 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

3) 피고의 주장에 관련 규정에서 정한대로 업무가 제대로 처리되었어야 하고 정리보류 등이 이루어지면 그 업무내용에 비추어 세무공무원이 사해행위의 취소원인을 마땅히 알았어야 하므로 이 시점을 제척기간의 기산일로 삼아야 한다는 취지가 포함되어 있다고 보더라도, 위 기산일은 세무공무원의 실제 인식 시점을 기준으로 하여야 함은 앞서 본 바와 같고, 위 주장대로라면 과세관청이 행하는 업무 중 특정 단계에 이르면 일률적으로 채권자취소권의 제척기간이 진행한다는 것과 다름없다(대법원 2023. 4. 13. 선고 2021다309231 판결 등 참조)., 그와 같이 볼 수는 없다.

3. 본안 판단

가. 피보전채권의 존재

국세를 납부할 의무는 국세기본법과 세법에서 정하는 과세요건이 충족되면 성립하는데(국세기본법 제21조 제1항), 소득세와 부가가치세는 원칙적으로 과세기간이 끝나는 때에 납세의무가 성립한다(같은 조 제2항 제1호, 제4호). 소득세의 과세기간은 매년 1월 1일부터 12월 31일까지 1년이고(소득세법 제5조 제1항), 부가가치세의 과세기간은 일반과세자의 경우 제1기는 매년 1월 1일부터 6월 20일까지, 제2기는 매년 7월 1일부터 12월 31일까지이다(부가가치세법 제5조 제1항

제2호). 한편 소득세와 부가가치세는 납세의무자의 확정신고(또는 예정신고)에 의하여 그 세액이 구체적으로 확정된다(국세기본법 제22조 제1항, 소득세법 제70조 제1항, 부가가치세법 제48, 49조).

앞서 든 증거에 의하면, 원고가 이 사건에서 피보전채권으로 삼고 있는, B에 대한 조세채권 중 877,367,000원의 내역은 아래 표 기재와 같은 사실이 인정된다.

부가가치세	2016년 2기	2016. 12. 31.	95,489,890	14,323,410	109,813,300
부가가치세	2017년 1기	2017. 6. 30.	1,541,900	231,210	1,773,110
부가가치세	2017년 2기	2017. 12. 31.	87,684,630	12,494,980	100,179,610
종합소득세	2016년도	2016. 12. 31.	295,774,970	44,366,200	340,141,170
종합소득세	2017년도	2017. 12. 31.	281,174,800	44,285,010	325,459,810
합계	877,367,000				

위 조세채권에 관한 납세의무 성립일은 2016. 12. 31.부터 2017. 12. 31.까지로, 이 사건 각 계약 체결 전에 이미 납세의무가 성립하였음을 알 수 있으므로, 채권자취소권의 피보전채권이 된다. 설령 피고 주장과 같이 구체적인 세액이 확정되는 신고 시에 조세채권이 발생한다고 보더라도, 위 각 세금의 귀속기간이나 납세의무 성립일에 비추어 볼 때 이 사건 각 계약 이전에 이미 해당 조세채권에 관한 기초적인 법률관계가 발생하였다고 할 것이고, 가까운 장래에 위 법률관계에 터 잡아 조세채권이 성립되리라는 점에 대한 고도의 개연성이 있었을 뿐만 아니라 실제로 가까운 장래에 그 개연성이 현실화되어 조세채권이 성립되었다고 할 것이므로, 위 877,367,000원은 채권자취소권의 피보전채권이 된다.

나. 사해행위 및 사해의사 여부

위 기초사실 내지 앞서 든 증거, 갑 제6, 8호증의 각 기재, 제1심 감정인 M의 감정결과에 의하면, 이 사건 각 계약 체결 당시 B의 적극재산으로는 위 각 계약의 목적물에 해당하는 이 사건 제1부동산 및 제2부동산이 있었고, 이 사건 제1부동산의 가액은 2018. 9. 19. 기준 270,000,000원(= 별지 목록 제1항 기재 부동산의 2018. 9. 19. 기준 감정평가액 540,000,000원 × 증여 지분 1/2)이고, 이 사건

제2부동산의 가액은 이 사건 제2차 계약 체결 무렵 193,487,500원인 사실이 인정된다. 한편 앞서 인정한 사실에 의하면, 당시 B의 소극재산으로는 이 사건 제1근저당권의 피담보채무 150,000,000원, 이 사건 제2근저당권의 피담보채무 100,000,000원 및 조세채무 877,367,000원1)

이

있었음을 알 수 있다.

따라서 채무초과 상태에 있던 B이 피고에게 이 사건 각 부동산을 증여한 이 사건 각 계약을 체결한 것은 그 채무초과상태를 심화시켜 원고를 비롯한 채권자들을 해하는 사해행위에 해당하고, 채무자인 B의 사해의사도 인정되며, 수익자인 피고의 악의 역시 추정된다.

다. 피고 주장에 대한 판단

1) 이 사건 제1계약 관련 주장 및 판단 피고는, 2015. 3. 9.경 금융기관으로부터 대출을 받아 B에게 150,000,000원을 대여해 주었고, B은 위 대여금을 변제하는 대신 피고에게 그 당시 가액이 250,000,000원이었던 이 사건 제1부동산을 증여하면서 피고와 사이에 피고가 이 사건 제1근저당권의 피담보채무 150,000,000원을 인수하기로 한 것이어서, 이 사건 제1계약의 실질은 B의 피고에 대한 대물변제이므로, 이를 사해행위로 볼 수 없거나 피고는 선의의 수익자라고 주장한다. 그러나 을 제2, 16호증의 각 기재 등 피고 제출의 증거들만으로는 피고가 B에게 150,000,000원을 대여해 주었고, B이 그에 따른 대물변제 명목으로 피고에게 이 사건 제1부동산을 증여하여 준 것으로 보기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

피고는 설령 이를 대물변제로 볼 수 없다고 하더라도, 피고는 부부 공동재산의 형성에 기여한 데 따른 재산분할로서 이 사건 제1부동산을 환원받은 것으로 평가되어야 하고 이는 피고가 자신의 정당한 몫을 취득한 것이므로, 역시 사해행위에 해당하지 않거나, 피고가 선의의 수익자라는 취지로 주장한다. 살피건대, 민법 제839조의2에 규정된 재산분할제도는 혼인 중에 부부 쌍방의 협력으로 이룩한 실질적인 공동재산을 청산·분배하는 것을 주된 목적으로 하는 것이고, 이혼으로 인한 재산분할청구권은 이혼이 성립한 때에 법적 효과로서 비로소 발생하는 것일 뿐만 아니라 협의 또는 심판에 따라 구체적 내용이 형성되기까지는 범위 및 내용이 불명확·불확정하기 때문에 구체적으로 권리가 발생하였다고 할 수 없다(대법원 2013. 10. 11. 선고 2013다7936 판결, 대법원 2022. 7.

28.자 2022스613 결정). 위 법리에 비추어 볼 때, 피고가 B으로부터 이혼을 전제로 재산분할을 받은 것이 아닌 이상 피고에 대한 이 사건 제1부동산의 이전은 단순 증여에 해당한다고 보는 것이 타당하다. 따라서 피고의 위 각 주장은 모두 받아들일 수 없다.

그 밖에 피고가 B이 운영하는 사업의 구체적인 내용을 알지 못하였다는 등 피고 주장의 사정만으로도, 피고가 선의의 수익자라고 보기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

2) 이 사건 제2계약 관련 주장 및 판단 피고는, 이 사건 제2부동산은 그 원시취득 당시부터 피고의 소유였으나, 피고는 배우자인 B에게 위 부동산을 명의신탁하여 둔 것이었으므로, B이 피고에게 이 사건 제2부동산의 소유권을 이전한 것은 실질적으로 명의신탁 해지에 따른 B의 반환의무 이행으로서 사해행위에 해당하지 않는다거나, 피고는 선의의 수익자라는 취지로 주장한다.

살피건대 위 제3 내지 5, 9, 10호증의 각 기재에 의하면, 피고가 2017. 9. 25. N으로부터 파주시 I 대 720㎡(이하 'I 토지'라고 한다)를 매수하여 2018. 4. 10. I 토지에 관하여 소유권이전등기를 마친 사실, 그 후 2018. 5. 8.자로 위 I 토지 지상에 이 사건 제2부동산을 신축하는 공사를 도급인 "A(피고) 대리, L, (주소 생략) B"이, 수급인 "O 주식회사"에 계약금액 203,500,000원(부가가치세 포함)으로 정하여 도급하는 내용의 공사도급계약서(이하 이에 따른 계약을 '이 사건 도급계약'이라 한다)가 작성된 사실, 이후 신축된 이 사건 제2부동산에 관하여 2018. 11. 28. B 명의의 소유권보존등기가 마쳐진 사실, 한편 위 I 토지에 관한 매수대금이나 이 사건 도급계약에 따른 공사대금은 B의 계좌에 있던 돈이 지급되었는데, 그 지급 시점을 전후하여 2018. 6. 20. 피고 명의로 소유권이전등기가 마쳐져 있던 파주시 P 공장용지 304㎡, Q 공장용지 241㎡, R 도로 103㎡ 중 27/103 지분 및 그 지상 조립식판넬 경사지붕 공장 1층 198㎡(이하 위 부동산들을 아울러 'S동 부동산'이라 한다)이 500,000,000원에 매도되었고, 그에 따른 계약금, 잔금이 B의 계좌에 입금된 사실, 피고가 2018. 5. 23. 금융기관으로부터 대출받은 180,000,000원이 B의 계좌로 입금된 사실을 인정할 수 있다.

그러나 앞서 든 증거, 갑 제22, 23호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 더하여 인정되는 다음의 사정들, 즉 피고가 과거 2014. 4. 25. S동 부동산을 매수할 당시 그 매수자금을 스스로 조달하였다는 사정이 인정되지 않는 이 사건에서 위 인정사실만으로 B이 아닌 피고가 I 토지의 매수대금과 이 사건 제2부동산의 공사대금을 부담하였다고 단정할 수 없는 점, 피고가 I 토지 및 이 사건 제2부동산의

매수대금과 공사대금을 스스로의 자금으로 조달할 수 있는 상황이었다면 구태여 B의 계좌를 거쳐서 위 각 대금을 지출할 이유가 없는 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면, 앞서 인정한 사실이나 피고 제출의 증거들만으로는 피고가 B에게 기존에 이 사건 제2부동산을 명의신탁해 두었던 것으로 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 따라서 이와 다른 전제에 서 있는 피고의 이 부분 주장도 받아들일 수 없다.

라. 취소의 범위 및 원상회복 등

1) 관련 법리 부동산에 관한 법률행위가 사해행위에 해당하는 경우에는 원칙적으로 그 사해행위를 취소하고 소유권이전등기의 말소 등 부동산 자체의 회복을 명하는 것이 원칙이지만, 저당권이 설정되어 있는 부동산에 관하여 사해행위가 이루어진 경우에 그 사해행위는 부동산의 가액에서 저당권의 피담보채권액을 공제한 잔액의 범위 내에서만 성립한다고 보아야 하므로, 사해행위 후 변제 등에 의하여 저당권설정등기가 말소된 경우, 사해행위를 취소하여 그 부동산 자체의 회복을 명하는 것은 당초 일반 채권자들의 공동담보로 되어 있지 아니하던 부분까지 회복을 명하는 것이 되어 공평에 반하는 결과가 되므로, 그 부동산의 가액에서 저당권의 피담보채무액을 공제한 잔액의 한도에서 사해행위를 취소하고 그 가액의 배상을 구할 수 있을 뿐이고, 그와 같은 가액 산정은 사실심 변론종결시를 기준으로 하여야 한다(대법원 2001. 12. 27. 선고 2001다33734 판결 등 참조).

2) 판단 이 사건 제1계약 체결 당시 별지 목록 제1항 기재 부동산에 관하여 설정되어 있던 이 사건 제1근저당권의 피담보채무액은 150,000,000원이고, 이 사건 제1근저당권이 이 사건 제1계약 체결 후 말소된 사실, 이 사건 제2계약 체결 당시 이 사건 제2부동산에 관하여 설정되어 있던 이 사건 제2근저당권의 피담보채무액은 100,000,000원이고, 이 사건 제2근저당권은 이 사건 제2계약 체결 후 말소된 사실은 앞서 본 바와 같다.

따라서 이 사건 각 계약은 그 대상 각 부동산의 사실심 변론종결시의 가액에서 위 각 근저당권의 피담보채무액을 공제한 잔액의 범위 내에서 사해행위가 성립하고, 그 범위 내에서 가액배상으로 원상회복이 이루어져야 한다. 물론 위 취소 및 가액배상의 범위는 원고의 피보전채권액을 초과할 수 없다.

한편 앞서 든 증거, 을 제13호증의 기재에 의하면, 2023. 8. 14. 기준 이 사건 제1부동산의

감정평가액은 335,000,000원(= 별지 목록 제1항 기재 부동산의 감정평가액 670,000,000원 × 증여 지분 1/2)인 사실, 이 사건 제2부동산의 2023년 기준 시가표준액은 134,291,250원인 사실이 인정되고, 이 사건 변론종결일 당시 각 가액도 같은 가액으로 추인된다(이 사건 제2부동산의 가액을 2021. 6.경 원고가 증여세 결정 결의를 하면서 평가한 193,487,500원으로 보아야 한다는 원고의 주장은 받아들이지 않는다).

이에 따라 계산하면, 이 사건 제1부동산의 공동담보가액은 185,000,000원(= 335,000,000원 - 150,000,000원2))으로, 이 사건 제2부동산의 공동담보가액은 34,291,250원(= 134,291,250원 - 100,000,000원)으로 각 산정되고, 항소심 변론종결일 기준 원고의 B에 대한 위 피보전채권액은 위 각 공동담보가액을 상회하므로, 위 금액의 한도 내에서 이 사건 각 계약을 취소하고, 그 가액의 배상을 명하여야 한다.

마. 소결론

따라서 피고와 B 사이에 체결된 이 사건 제1계약은 이 사건 제1부동산의 공동담보가액과 원고의 피보전채권액 중 적은 금액인 185,000,000원의 한도 내에서 취소되어야 하고, 피고는 원고에게 가액배상으로 185,000,000원 및 이에 대하여 이 판결 확정일 다음날부터 다 갚는 날까지 민법이 정한 연 5%의 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

또한 피고와 B 사이에 체결된 이 사건 제2계약은 이 사건 제2부동산의 공동담보가액과 원고의 피보전채권액 중 적은 금액인 34,291,250원의 한도 내에서 취소되어야 하고, 피고는 원고에게 가액배상으로 34,291,250원 및 이에 대하여 이 판결 확정일 다음날부터 다 갚는 날까지 민법이 정한 연 5%의 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

5. 결론

그렇다면 원고의 청구는 위 인정범위 내에서 이유 있어 인용하고, 나머지 청구는 이유 없어 기각하여야 한다. 이 사건 소를 각하한 제1심 판결은 이와 결론을 달리하여 부당하나, 제1심에서 본안판결을 할 수 있을 정도로 심리가 되었다고 인정되므로 민사소송법 제418조 단서에 따라 항소심 법원이 스스로 본안판결을 한다. 다만, 원고만 항소한 이 사건에서 불이익변경금지의 원칙상 항소인인 원고에게 불이익하게 제1심 판결을 전부 취소하고 원고의 나머지 청구를 기각하는 판결을 할 수는

없으므로, 제1심 판결 중 인용된 부분에 해당하는 원고 패소 부분을 취소하고 피고에 대하여 위와 같이 이 사건 각 계약의 일부 취소와 해당 인정 금액의 지급을 명하며, 원고의 나머지 항소는 기각하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

재판장판사김대웅

판사황성미

판사허익수

별지

1) 설령 이 부분 조세채무가 이 사건 각 계약 이후에 발생한 것으로 보더라도, 이는 앞서 본 바와 같이 성립의 개연성이 있는 기초 법률관계가 성립되어 있었고, 실제 그 개연성이 현실화되어 성립된 채무이므로 여전히 소극재산에 포함된다고 보아야 한다(2022. 7. 14. 선고 2019다281156 판결 등 참조).

2) 수 개의 부동산 중 일부는 채무자의 소유이고 다른 일부는 물상보증인의 소유인 경우에는, 물상보증인이 민법 제481조, 제482조의 규정에 따른 변제자대위에 의하여 채무자 소유의 부동산에 대하여 저당권을 행사할 수 있는 지위에 있는 점 등을 고려할 때, 그 물상보증인이 채무자에 대하여 구상권을 행사할 수 없는 특별한 사정이 없는 한 채무자 소유의 부동산이 부담하는 피담보채권액은 채무자 소유 부동산의 가액을 한도로 한 공동저당권의 피담보채권액 전액이고, 물상보증인 소유의 부동산이 부담하는 피담보채권액은 공동저당권의 피담보채권액에서 위와 같은 채무자 소유의 부동산이 부담하는 피담보채권액을 제외한 나머지로 봄이 상당하다. 이러한 법리는 하나의 공유부동산 중 일부 지분이 채무자의 소유이고, 다른 일부 지분이 물상보증인의 소유인 경우에도 마찬가지로 적용된다(대법원 2013. 7. 18. 선고 2012다5643 전원합의체 판결 등 참조).

별지 목록 제1항 기재 부동산 전체에 설정되어 있던 이 사건 제1근저당권은 B만을 채무자로 한 것이어서, 그 중 나머지 1/2 지분에 관하여는 피고가 물상보증인의 지위에 있었다. 그런데 물상보증인인 피고가 채무자인 B에 대하여 구상권을 행사할 수 없는 특별한 사정이 있다는 점에 관한

주장·증명이 없으므로, 위 법리에 비추어 B 소유의 이 사건 제1부동산이 부담하는 피담보채권액은 이 사건 제1근저당권의 피담보채권액 전액인 150,000,000원으로 본다(원고 역시 이 사건 제1부동산 가액에서 150,000,000원을 공제한 나머지 가액의 반환을 주장하고 있다).