

대구지방법원 2021. 5. 7 선고 2020가합202696 판결 [사해행위취소]

재판경과

대구고등법원 2021. 11. 26 선고 2021나23279 판결

대구지방법원 2021. 5. 7 선고 2020가합202696 판결

전문

원고기술보증기금

소송대리인 법무법인 영남

담당변호사 장익현

피고1. A

2. B

피고들 소송대리인 법무법인 대경종합법률사무소

담당변호사 최석완

변론 종결2021. 4. 2.

판결 선고2021. 5. 7.

주문

1. 원고의 피고 A에 대한 소 중 C과 피고 A 사이에 별지1 목록 기재 부동산에 관한 2018. 7. 13. 접수 제72727호 근저당권설정등기의 등기원인으로 2018. 7. 13. 체결된 근저당권설정계약의 취소를 구하는 부분은 각하한다.

가. C과 피고 A 사이에 별지1 목록 기재 부동산에 관한 2018. 10. 24. 접수 제111432호

근저당권설정등기의 등기원인으로 2018. 7. 13. 체결된 근저당권설정계약을 취소한다.

나. 피고 A은 C에게 별지2 '채권의 표시' 기재 배당금지급청구권을 양도한다는 의사표시를 하고, 대한민국(소관: 대구지방법원 서부지원 세입세출외 현금출납공무원)에게 그 채권양도의 통지를 하라.

3. 가. C과 피고 B 사이에 별지1 목록 기재 부동산에 관하여 2018. 10. 5. 체결된 매매계약을 205,185,053원의 범위 내에서 취소한다.

나. 피고 B는 원고에게 205,185,053원 및 이에 대하여 이 판결 확정일 다음날부터 다 갚는 날까지 연 5%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.

4. 원고의 피고 B에 대한 나머지 청구를 모두 기각한다.

5. 소송비용은, 원고와 피고 A 사이에 생긴 부분 중 5%는 원고가, 나머지는 피고 A이 각 부담하고, 원고와 피고 B 사이에 생긴 부분 중 40%는 원고가, 나머지는 피고 B가 각 부담한다.

N

청 구 취 지

1. 별지1 목록 기재 부동산에 관하여,

가. C과 피고 A 사이의 2018. 7. 13.자 각 근저당권설정계약을 취소한다.1) 나. 피고 A은 C에게 별지2 채권의 표시 기재 배당금지급청구권에 관하여 채권양도의 의사표시를 하고, 대한민국(소관: 대구지방법원 서부지원 세입세출외 현금출납공무원)에게 위 채권양도의 통지를 하라.

2. 가. C과 피고 B 사이에 별지1 목록 기재 부동산에 관하여 2018. 10. 5. 체결된 매매계약을 335,185,053원의 범위 내에서 취소한다.

나. 피고 B는 원고에게 335,185,053원 및 이에 대하여 이 판결 확정일 다음날부터 다 갚는 날까지 연 5%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.

이 유

1. 기초사실

가. 원고와 D의 보증계약체결 및 C의 연대보증 등

1) 원고는 2012. 9. 20., 2013. 6. 26., 2016. 3. 24. 각 D와 사이에 아래와 같이 3차례에 걸쳐, D이 E 주식회사(이하 'E은행'이라고 한다), 주식회사 F(이하 'F은행'이라고 한다)으로부터 각 대출을 받을 때 그 대출채무를 보증하는 내용의 보증계약을 체결하였고(이하 각 보증계약을 '이 사건 제○보증계약'이라고 하고 통틀어서는 '이 사건 각 보증계약'이라고 한다), 위 각 보증계약에서 D은 원고가 보증채무를 이행하는 경우 원고에게 보증채무 이행금액과 이에 대하여 그 이행일로부터 상환일까지 원고가 정하는 비율에 따른 지연손해금, 기타 원고가 지급한 법적절차비용 등을 지급하기로 약정하였다.

D의 남편인 C은 이 사건 각 보증계약 체결 당시 D이 위 보증계약에 따라 원고에게 부담하는 구상채무 등을 연대보증하였다.

대출기관	E은행	F은행	F은행
보증번호	G	H	I
보증금액	90,000,000원 (이후 85,000,000원으로 변경)	90,000,000원	95,000,000원
보증일자	2012. 9. 20.	2013. 6. 26.	2016. 3. 24.
보증기한	2013. 9. 17. (이후 2019. 9. 11.로 변경)	2014. 6. 27. (이후 2019. 6. 21.로 변경)	2017. 3. 24. (이후 2019. 3. 22.로 변경)

2) D은 이후 이 사건 각 보증계약에 따라 원고로부터 보증서를 발급받은 후 이를 E은행과 F은행에 제출하고 위 각 은행으로부터 대출을 받았다.

나. C의 별지1 목록 기재 부동산에 관한 각 근저당권설정계약 및 매매계약 등

1) 별지1 목록 기재 부동산(이하 '이 사건 부동산'이라고 한다)에 관하여, C과 피고 A 사이에 체결된 2018. 7. 13.자 근저당권설정계약(이하 '선행 근저당권설정계약'이라고 한다)을 원인으로 하여

대구지방법원 서부지원 등기와 2018. 7. 13. 접수 제72727호로 채권최고액 5,000만 원, 채무자 C, 근저당권자 피고 A인 근저당권설정등기가 마쳐졌다. C와 피고 A은 2018. 10. 16. 위 선행 근저당권설정계약을 해지하고 같은 날 그 근저당권설정등기를 말소하였다.

2) 이후 C과 피고 A 사이에 체결된 2018. 7. 13.자 근저당권설정계약(이는 선행 근저당권설정계약 이후 재차 담보권을 설정하기로 한 별도의 계약에 해당하고, 당사자 사이에 이에 대하여 특별한 다툼이 없다. 이하 '후행 근저당권설정계약'이라고 한다)을 원인으로 하여 대구지방법원 서부지원 등기와 2018. 10. 24. 접수 제111432호로 채권최고액 5,000만 원, 채무자 C, 근저당권자 피고 A인 근저당권설정등기가 마쳐졌다.

3) C은 2018. 10. 5. 쌍둥이 동생인 피고 B에게 이 사건 부동산을 매도하였고(이하 '이 사건 매매계약'이라고 한다), 2018. 11. 22. 위 부동산에 관하여 위 매매계약을 원인으로 하는 피고 B 명의의 소유권이전등기를 마쳐주었다.

다. C의 재산상황

후행 근저당권설정계약이 체결된 2018. 7. 13.경과 이 사건 매매계약이 체결된 2018. 10. 15.경 ① C의 적극재산은 시가 약 3억 8,000만 원의 상당의 이 사건 부동산 외에 달리 존재하지 않았고, ② 소극재산은 J은행에 대한 채무 207,036,913원(2018. 7. 13. 기준) 또는 205,043,906원(2018. 10. 15. 기준), 소상공인시장진흥공단에 대한 채무 50,000,000원, K에 대한 임대차보증금 반환채무 130,000,000원, 원고에 대한 채무 274,912,328원(이 사건 피보전채권)2) 등 다수의 채무가 존재하여 위 각 시점에 C은 소극재산이 적극재산을 초과하는 채무초과 상태에 있었다.

라. 보증사고 발생 및 원고의 대위변제

1) D은 ① 2019. 2. 19. 이 사건 제1보증계약과 관련하여 E은행에 대출금채무를 연체하였고, ② 2018. 11. 26. 이 사건 제2보증계약 및 제3보증계약과 관련하여 F은행에 각 대출금채무를 연체하였다.

2) 이에 원고는 ① 2019. 4. 19. 이 사건 제1보증계약에 따라 E은행에 D의 대출금 86,009,101원을, ② 2019. 3. 21. 이 사건 제2보증계약에 따라 F은행에 D의 대출금 91,442,292원을, ③ 2019. 3. 21. 이 사건 제3보증계약에 따라 F은행에 D의 대출금 96,527,260원을 각 대위변제하였다.

3) 원고는 이후 D으로부터 749,897원(= 제1보증계약 관련 405,200원 + 제2보증계약 관련 341,837원 + 제3보증계약 관련 2,860원)을 회수하여 D에 대한 구상금채권의 원금에 충당하였고, 위 회수금에 대하여는 이 사건 각 보증계약에서 정한 손해금율에 따른 확정손해금 622원이 발생하였다. 또한 원고는 이 사건 각 보증계약과 관련한 채권보전을 위하여 C의 재산에 가압류를 하는 등의 비용으로 1,682,950원을 지출하였다.

마. 원고의 D과 C을 상대로 하는 지급명령의 확정

1) 원고는 이후 D과 C을 상대로 원고가 D의 대출금채무를 대위변제하였으므로 D은 보증계약의 채무자로서, C은 그 채무를 연대보증한 사람으로서 원고에게 연대하여 구상금 274,912,328원 [= 대위변제금 273,978,653원(= 86,009,101원 + 91,442,292원 + 96,527,260원) - 회수금 749,897원 + 확정손해금 622원 + 법적 절차비용 1,682,950원]을 지급하라는 내용의 지급명령을 신청하였다.

2) 이에 법원은 2019. 5. 7. "D과 C은 연대하여 원고에게 274,912,328원 및 그중 85,603,901원에 대하여는 2019. 4. 19.부터, 187,624,855원에 대하여는 2019. 3. 21.부터 각 지급명령정본 최종 송달일까지는 연 10%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 15%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급하라"는 취지의 지급명령을 내렸고(대구지방법원 2019차전6993), 위 지급명령은 2019. 7. 3. 그대로 확정되었다.

바. 이 사건 부동산에 관한 임의경매절차의 진행 등

1) 이 사건 부동산에 관한 근저당권자인 L조합의 신청으로 2020. 1. 13. 이 사건 부동산에 관한 임의경매개시결정(대구지방법원 서부지원 M)이 내려졌고 2020. 1. 13. 그 기입등기가 마쳐졌다(이하 '이 사건 경매'라고 한다).

2) 이 사건 경매절차에서 이 사건 부동산이 매각되었고, 이후 2020. 12. 10.경 피고 A이 근저당권자로서 제2순위로 5,000만 원을 배당받는 내용의 배당표가 작성되었는데, 원고 및 신용보증기금의 신청에 의한 가처분결정이 내려져 피고 A은 위 배당금을 현실로 지급받지 못하였다. [인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1, 2, 7, 8호증, 을 제2, 8, 9, 11호증(가지번호 있는 것은 가지번호 포함, 이하 같다)의 각 기재, 이 법원의 법원행정처 전산정보관리국 정보화지원과에 대한

사실조회결과, 이 법원의 J은행에 대한 금융거래정보제출명령 결과, 변론 전체의 취지

2. 원고의 피고 A에 대한 소 중 부적법한 부분

가. 원고의 피고 A에 대한 소 중 C과 피고 A이 체결한 선행 근저당권설정계약의 취소를 구하는 부분의 적법여부에 관하여 본다.

나. 사해행위에 해당하는 근저당권설정계약이 해지되어 그 복귀를 구하는 재산이 채무자에게 복귀한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그 계약의 취소를 구할 권리보호이익이 없다(대법원 2008. 3. 27. 선고 2007다85157 판결 등 참조). 다만 해당 근저당권설정계약이 사해행위에 해당하는지에 따라 후행 양도계약에 대한 사해행위취소청구의 결과가 달라지는 경우, 이미 해지된 근저당권설정계약에 대한 사해행위취소청구의 권리보호이익이 인정된다(대법원 2013. 5. 9. 선고 2011다75232 판결 등 참조).

다. 이 사건 선행 근저당권설정계약이 2018. 10. 16. 당사자 사이에 해지되었고, 같은 날 그 근저당권설정등기가 말소된 사실은 앞서 본 바와 같으며, 한편 다음과 같은 이유로 이 사건에서 위 선행 근저당권설정계약의 취소를 구할 권리보호이익이 인정될 만한 특별한 사정이 존재한다고 보기도 어렵다.

1) 앞서 본 바와 같이 채무자인 C은 후행 근저당권설정계약 또는 이 사건 매매계약 당시 채무초과상태에 있었고, 아래에서 보는 것처럼 이 사건 부동산은 위 당시 그 가액에서 근저당권 피담보채무 등 우선변제권이 있는 채무를 모두 공제하더라도 원고 등 일반 채권자의 공동담보의 목적이 되는 잔존 가치가 존재하여 이를 처분한 후행 근저당권설정계약과 이 사건 매매계약이 모두 사해행위에 해당하는 것이므로, 이미 해지된 선행 근저당권설정계약이 사해행위에 해당하는지 여부는 이후 이루어진 위 처분행위에 대한 사해행위취소청구에 아무런 영향을 미치지 못한다.

2) 원고는 이 사건 매매계약 당시 존재하고 있던 선행 근저당권설정계약을 취소함으로써 이 사건 매매계약의 취소에 따른 가액배상액 산정시 선행 근저당권의 피담보채무액을 공제 대상에서 제외시킬 수 있는 이익이 존재한다고 주장하나, 사해행위의 취소는 취소소송의 당사자 사이에서 상대적으로 효력이 있고 제3자는 특별한 사정이 없는 이상 법률관계에 영향을 받지 않으므로, 원고와 피고 A 사이의 선행 근저당권설정계약이 사해행위로 취소되더라도 그 효력은 이 사건 매매계약의

매수인인 피고 B에게 미치지 않아 여전히 이 사건 매매계약은 당시 존재하던 선행 근저당권의 피담보채무액을 공제한 잔액의 한도에서 취소하고 가액 배상을 구할 수 있을 뿐이다(대법원 2018. 6. 28. 선고 2018다214319 판결 참조).

라. 따라서 원고의 피고 A에 대한 소 중 C과 피고 A이 체결한 선행 근저당권설정계약(C과 피고 A 사이에 이 사건 부동산에 관한 2018. 7. 13. 접수 제72727호 근저당권설정등기의 등기원인으로 2018. 7. 13. 체결된 근저당권설정계약)의 취소를 구하는 부분은 권리보호이익이 없어 부적법하다.

3. 피고 A에 대한 나머지 청구에 관한 판단

가. 피보전채권의 존재

1) 채권자취소권에 의하여 보호될 수 있는 채권은 원칙적으로 사해행위라고 볼 수 있는 행위가 행하여지기 전에 발생한 것임을 요하지만, 그 사해행위 당시에 이미 채권성립의 기초가 되는 법률관계가 발생되어 있고, 가까운 장래에 그 법률관계에 터잡아 채권이 성립되리라는 점에 대한 고도의 개연성이 있으며, 실제로 가까운 장래에 그 개연성이 현실화되어 채권이 성립된 경우에는, 그 채권도 채권자취소권의 피보전채권이 될 수 있다(대법원 2011. 1. 13. 선고 2010다68084 판결 등 참조).

2) 위 인정사실에 의하면, C은 원고에게 이 사건 각 보증계약에서 정해진 구상의무에 대한 연대보증책임으로 구상금 274,912,328원 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다. 한편 원고의 C에 대한 위 채권은 비록 후행 근저당권설정계약(2018. 7. 13.)이나 이 사건 매매계약(2018. 10. 15.)이 체결될 당시에 현실적으로 발생하지는 않았으나(원고는 2019. 3. 21.과 2019. 4. 19.에 각 대위변제하였다), 앞서 든 증거 및 변론 전체의 취지에 따라 알 수 있는 다음의 사정, 즉 ① 앞서 본 바와 같이 이미 원고와 C 사이에 D의 구상금채무 등에 대한 연대보증약정이 체결되어 원고의 C에 대한 위 채권 성립의 기초가 되는 법률관계가 존재하고 있었던 점, ② C이 후행 근저당권설정계약이나 이 사건 매매계약 당시 심각한 채무초과상태에 있었고 그로부터 얼마 지나지 않은 2018. 11. 26.(이 사건 제2, 3보증계약)과 2019. 2. 19.(이 사건 제1보증계약)에 각 보증계약과 관련한 신용보증사고가 발생한 점 등을 고려할 때, 가까운 장래에 원고의 C에 대한 위 채권이 성립할 고도의 개연성이 있었다고 보이는 점, ③ 실제로 그 개연성이 현실화되어 앞서 본 바와

같이 원고가 D의 대출금채무를 대위변제함으로써 C에 대한 채권이 성립한 점 등을 종합하여 보면, 원고의 C에 대한 위 채권은 이 사건 채권자취소권의 피보전채권이 된다.

나. 사해행위 및 사해의사의 인정

1) 후행 근저당권설정계약의 사해행위 여부와 C의 사해의사 인정여부 채무초과상태에 빠져 있는 채무자가 그의 유일한 재산인 부동산을 채권자들 중 1인에게 채권담보로 제공하는 행위는 다른 특별한 사정이 없는 한 다른 채권자들에 대한 관계에서 채권자취소권의 대상이 되는 사해행위가 된다(대법원 2006. 4. 14. 선고 2006다5710 판결 등 참조).

앞서 본 바와 같이 C은 채무초과상태에서 그 소유의 유일한 부동산인 이 사건 부동산에 관하여 피고 A과 후행 근저당권설정계약을 체결하였으므로, 이러한 행위는 원고 등 다른 일반채권자들을 해하는 사해행위에 해당하고, 나아가 C의 당시 재산상태와 그로부터 얼마 지나지 않아 신용보증사고가 발생한 점 등에 비추어 볼 때, C은 후행 근저당권설정계약을 체결할 당시 그로 인하여 일반 채권자를 위한 공동담보의 부족이 더욱 심화되어 원고 등 채권자를 해하게 되는 사실을 알았다고 봄이 타당하므로, C의 사해의사도 인정된다.

2) 피고 A의 주장에 대한 판단 가) 피고 A의 주장

피고 A은 C으로부터 그의 처인 D과 운영하고 있는 사업체의 운영자금이 필요하다는 부탁을 받고 2018. 7. 13. C에게 50,000,000원을 대여하였고, 그 담보로 C과 이 사건 부동산에 관한 후행 근저당권설정계약을 체결하였다. 그리고 C은 피고 A이 대여한 위 돈을 실제로 사업운영을 위해 모두 지출하였다. 이처럼 C이 사업을 추진하기 위한 목적으로 사업자금을 빌리는 과정에서 채권자인 피고 A에게 근저당권을 설정하여 준 행위는 사해행위에 해당하지 않는다.

나) 판단

채무초과상태에 있는 채무자가 그 소유의 부동산을 채권자 중의 어느 한 사람에게 채권담보로 제공하는 행위는 특별한 사정이 없는 한 다른 채권자들에 대한 관계에서 사해행위에 해당한다고 할 것이나, 자금난으로 사업을 계속 추진하기 어려운 상황에 처한 채무자가 자금을 융통하여 사업을 계속 추진하는 것이 채무 변제력을 갖게 되는 최선의 방법이라고 생각하고 자금을 융통하기 위하여 부득이 부동산을 특정 채권자에게 담보로 제공하고 그로부터 신규자금을 추가로 융통받았다면 특별한

사정이 없는 한 채무자의 담보권 설정행위는 사해행위에 해당하지 않는다고 할 것이다(대법원 2001. 5. 8. 선고 2000다50015 판결 참조).

을 제1호증의 1 내지 3, 을 제17호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면, 피고 A은 2018. 7. 13. 발행된 5,000만 원짜리 자기앞수표를 2018. 7. 16. C의 처인 D이 운영하는 N 명의 계좌로 입금한 사실, C은 2018. 7. 14. 피고 A과 사이에 C이 피고 A으로부터 5,000만 원을 차용하였다는 내용이 기재된 차용증서를 작성한 사실이 인정되기는 한다.

그러나 앞서 든 증거, 을 제13 내지 16호증의 각 기재, 변론 전체의 취지에 따라 인정되는 다음의 사실 또는 사정들에 비추어 볼 때, 위 인정사실과 을 제1 내지 3, 13 내지 17호증의 각 기재 등 피고 A이 제출한 증거만으로 C이 후행 근저당권을 설정하여 준 행위가 신규자금을 융통하여 사업을 계속 추진하는 것이 채무변제력을 갖는 최선의 방법이라고 보아 신규자금을 융통하기 위하여 부득이 담보를 제공한 경우에 해당한다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 따라서 피고 A의 위 주장은 이유 없다.

① C과 D의 사업체인 N 명의 계좌(을 제13호증)에 위 5,000만 원이 입금된 이후 그 계좌에서 지출된 내역들을 살펴보면 대부분 기존 카드대금, 건강보험료, 직원 등에 대한 보수, 대출금, 변호사 선임료 등이어서 이를 변제자력을 확보하기 위한 목적에서 사업을 계속 추진하고자 지출한 것이라고 보기는 어렵다.

② 피고 측에서 증거로 제출한 N의 2018. 7. 15.부터 2018. 7. 31.까지의 매입 거래 내역(을 제15호증)들은 그것이 C이 피고 A으로부터 빌린 5,000만 원을 통해 발생한 것이라고 보기 부족하고, 이후 N의 매출이 증가하였다거나 경영상태가 개선되었다고 볼 만한 자료도 존재하지 않는다.

③ 오히려 C은 후행 근저당권을 설정하던 당시 심각한 채무초과상태에 있었는데, 이러한 재산상태는 현재까지도 유지되고 있는 것으로 보이며, C과 함께 사업을 한 것으로 보이는 D은 후행 근저당권설정계약시로부터 얼마 지나지 않아 다수의 대출금채무와 관련한 신용보증사고를 일으켰다. 다. 피고 A의 선의 주장에 대한 판단 1) 피고 A의 주장

피고 A은 C이 사업자금을 빌려달라고 하여 5,000만 원을 빌려주면서 그 담보로 선행 근저당권을

제공받았는데, 이후 C은 사업자금이 더 필요하다면서 J은행의 대출금은 일부 변제한 상태이고 L조합에서 대출을 받아 J은행의 대출금을 모두 상환하고 다시 피고 A에게 근저당권을 설정하여 주겠다고 하여 이를 믿고 선행 근저당권을 해지하고 그 등기를 말소하였다. 이후 C은 2018. 10. 18. L조합에서 대출을 받아 J은행의 대출금을 상환하고 J은행의 근저당권을 모두 말소하였으며, 같은 날 L조합 명의의 근저당권을 마친 다음 피고 A에게 후행 근저당권설정등기를 마쳐 주었다. 이러한 사정에 더하여 피고 A은 C의 원고 등에 대한 채무에 대해서는 전혀 알지 못하였으므로, 선의의 수익자에 해당한다.

2) 판단

사해행위취소 소송에 있어서 수익자가 사해행위임을 몰랐다는 사실은 수익자 자신에게 증명책임이 있고, 사해행위 당시 수익자가 선의였음을 인정함에 있어 객관적이고도 납득할 만한 증거자료 등이 뒷받침되어야 하며, 채무자의 일방적인 진술이나 제3자의 추측에 불과한 진술 등에만 터 잡아 사해행위 당시 수익자가 선의였다고 단정하여서는 아니된다(대법원 2006. 4. 14. 선고 2006다5710 판결 등 참조).

그런데 피고 A은 그 주장에 의하더라도 후행 근저당권설정계약 당시 C으로부터 J은행에 대한 근저당권부 채무나 L조합에 대한 근저당권부 채무의 존재 등을 들었다는 것이어서 어느 정도 C 측의 재산상태를 알고 있었던 것으로 보이는 점, 나아가 앞서 본 바와 같이 C이 당시 심각한 채무초과상태에 있었고 그러한 상태가 현재까지 지속되고 있는 점, 앞서 본 D의 신용보증사고가 발생한 시점(2018. 11. 26.과 2019. 2. 19.) 등에 비추어 볼 때, 피고 A이 주장하는 사정이나 제출한 증거만으로 악의 추정을 뒤집고 후행 근저당권설정계약이 사해행위임을 알지 못하였다고 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다.

라. 사해행위 취소 및 원상회복

- 1) C과 피고 A 사이에 체결된 후행 근저당권설정계약은 사해행위에 해당하므로 취소되어야 한다.
- 2) 저당권이 설정된 부동산에 관하여 사해행위를 원인으로 저당권을 취득하였다가 선행 저당권의 실행으로 사해행위로 취득한 저당권이 말소되었으나 수익자에게 돌아갈 배당금채권이 있는 경우의 원상회복의 방법으로는, 그 배당금채권이 수익자에게 지급된 경우에는 동액 상당의 가액의 배상으로,

배당금지금지가처분 등으로 인하여 지급되지 못한 경우에는 그 배당금채권의 양도절차의 이행으로 각 이루어져야 할 것이다(대법원 2002. 10. 25. 선고 2002다42711 판결, 2004. 7. 9. 선고 2003다38245 판결 등 참조).

이 사건 부동산에 관한 임의경매절차에서 이 사건 부동산이 매각되어 피고 A의 후행 근저당권설정등기는 말소되었는데, 이 사건 경매절차에서 2020. 12. 10. 피고 A이 근저당권자로서 제2순위로 5,000만 원을 배당받는 내용의 배당표가 작성되었으나, 원고 등의 신청에 의한 가처분결정이 내려져 피고 A이 위 배당금을 현실로 지급받지 못하였음은 앞서 본 바와 같으므로, 후행 근저당권설정계약의 취소에 따른 원상회복은 피고 A이 C에게 그 배당금채권을 양도하는 의사표시를 하고, 위 채권의 채무자에게 채권양도사실을 통지하는 방법으로 이행되어야 한다.

3) 소결론

따라서 후행 근저당권설정계약(C과 피고 A 사이에 별지1 목록 기재 부동산에 관한 2018. 10. 24. 접수 제111432호 근저당권설정등기의 등기원인으로 2018. 7. 13. 체결된 근저당권설정계약)은 사해행위로서 취소되어야 하고, 피고 A은 C에게 별지2 '채권의 표시' 기재 배당금채권을 양도한다는 의사표시를 하고, 대한민국(소관: 대구지방법원 서부지원 세입세출외 현금지급공무원)에게 위 채권양도사실을 통지할 의무가 있다.

4. 피고 B에 대한 청구에 관한 판단

가. 피보전채권의 존재

앞서 제3의 가.항에서 본 바와 같이 원고의 C에 대한 채권이 존재하고, 이 사건 매매계약 체결 당시에 이미 원고의 C에 대한 채권 성립의 기초가 되는 법률관계가 발생하였고, 가까운 장래에 그 법률관계에 터잡아 채권이 성립하리라는 점에 대한 고도의 개연성이 있었으며, 실제로 가까운 장래에 그 개연성이 현실화되어 채권이 성립하였으므로, 원고의 C에 대한 채권은 이 사건 채권자취소권의 피보전채권이 된다.

나. 사해행위 및 사해의사의 인정

1) 채무자가 자기의 유일한 재산인 부동산을 매각하여 소비하기 쉬운 금전으로 바꾸거나 타인에게 무상으로 이전하여 주는 행위는 특별한 사정이 없는 한 사해행위에 해당하고, 채무자의 사해의사도

추정된다(대법원 2001. 4. 24. 선고 2000다41875 판결 등 참조).

2) 앞서 본 바와 같이 이 사건 매매계약은 C이 채무초과상태에서 그 유일한 부동산이던 이 사건 부동산을 매각한 것이므로, 특별한 사정이 없는 한 원고 등 일반채권자에 대하여 사해행위에 해당하고, 채무자인 C의 사해의사도 추정된다.

다. 피고 B의 선의 주장에 대한 판단

1) 피고 B의 주장 C은 쌍둥이 동생인 피고 B에게 N를 운영하는 데 어려움이 있다면서 돈을 빌려달라고 요청하였고, 이에 피고 B는 2016. 7. 6. C에게 기업은행으로부터 아파트를 담보로 제공하고 대출받은 99,939,800원(약 1억 원)을 대여하였고, 2016. 7. 7. C으로부터 위 채무를 변제하지 못할 경우 이 사건 부동산의 소유권을 이전해 주겠다는 내용의 약정서를 받았다. 피고 B는 2017. 3. 27.경에도 O은행에서 출금하여 딸인 P 명의로 C에게 입금하는 방법으로 5,000만 원을 대여하였다. 피고 B는 이 사건 매매계약 당시 C의 원고 등에 대한 채무에 대해서 전혀 알지 못하였고, C에 대한 대여금을 변제받을 방법이 마땅치 않은 상황에서 아버지가 살고 있고 장래 시가가 상승할 수도 있다는 점을 고려하여 C으로부터 이 사건 부동산을 매수한 것이다. 따라서 피고 B는 선의의 수익자에 해당한다.

2) 판단 앞서 본 바와 같이 C과 피고 B는 쌍둥이 남매지간이고, 피고 B의 주장에 의하더라도 2016년경부터 C에게 사업자금을 빌려주는 등 그 재산상황을 잘 알 수 있는 관계에 있었던 점 등에 비추어 보면, 피고 B가 주장하는 사정이나 을 제4 내지 8호증 등 피고 측이 제출한 증거만으로 약의 추정을 뒤집고 이 사건 매매계약이 사해행위임을 알지 못하였다고 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다. 따라서 피고 B의 위 선의 주장은 이유 없다.

라. 사해행위의 취소 및 원상회복

1) C과 피고 B 사이에 체결된 이 사건 매매계약은 사해행위에 해당하므로 취소되어야 한다.

2) 사해행위 취소 및 원상회복의 방법

가) 부동산에 관한 법률행위가 사해행위에 해당하는 경우에는 원칙적으로 그 사해행위를 취소하고 소유권이전등기의 말소 등 부동산 자체의 회복을 명하는 것이 원칙이지만, 근저당권이 설정되어 있는 부동산에 관하여 사해행위가 이루어진 후 변제 등으로 근저당권설정등기가 말소된 경우, 그 부동산의

가액에서 근저당권의 피담보채무액을 공제한 잔액의 한도에서 사해행위를 취소하고 그 가액의 배상을 구할 수 있을 뿐이고, 그와 같은 가액산정은 사실심 변론종결시를 기준으로 하여야 한다(대법원 2001. 12. 27. 선고 2001다33734 판결 등 참조). 또한 사해행위의 목적물인 부동산에 관하여 주택임대차보호법 제3조 제1항이 정한 대항력을 갖추고 임대차계약서에 확정일자를 받아 임대보증금에 대하여 우선변제권을 가진 임차인이 있는 때에는 수익자가 배상하여야 할 부동산의 가액에서 그 보증금반환채권액을 공제하여야 한다(대법원 2007. 7. 26. 선고 2007다29119 판결 등 참조).

나) 다툼 없는 사실, 갑 제2호증, 을 제2호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면, 이 사건 매매계약 당시 이 사건 부동산에 ① 2015. 6. 2. 마쳐진 J은행의 근저당권(채권최고액 198,000,000원), ② 2015. 11. 10. 마쳐진 J은행의 근저당권(채권최고액 15,600,000원), ③ 2018. 3. 15. 마쳐진 J은행의 근저당권(채권최고액 60,000,000원과 ④ 2018. 7. 13. 마쳐진 피고 A의 선행 근저당권(채권최고액 50,000,000원)이 각 존재하였는데(이하 각 근저당권을 위 순번에 따라 '이 사건 제○근저당권'이라고 한다), 이 사건 제4근저당권이 2018. 10. 16. 말소되고, 이 사건 제1 내지 3근저당권이 2018. 10. 18. 말소된 사실이 인정된다.

다) 따라서 이 사건 매매계약의 취소 및 가액배상은 원고의 피보전채권액과 아래에서 살펴볼 공동담보가액 중 적은 금액의 범위 내에서 이루어져야 한다.

3) 공동담보가액의 계산

가) 갑 제8호증의 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면, 2020. 12. 10. 기준 이 사건 부동산의 가액은 540,512,000원인 사실이 인정되고, 이 사건 변론종결일 현재도 그와 같을 것으로 추인된다.

나) 갑 제8호증의 기재, 이 법원의 J은행에 대한 금융거래정보제출명령 결과 및 변론 전체의 취지에 의하면, 이 사건 제1 내지 3근저당권의 2018. 10. 18. 말소 당시 피담보채무액의 합계는 205,326,947원이고(이 사건 매매 당시인 2018. 10. 5. 기준 피담보채무액은 앞서 본 바와 같이 205,043,906원인데, 이보다 더 큰 말소 당시의 실제 피담보채무액을 공제한다), 이 사건 제4근저당권의 2018. 10. 16. 말소 당시 피담보채무액은 채권최고액인 50,000,000원 상당으로 보인다. 따라서 이 사건 제1 내지 4근저당권의 피담보채무액 합계 255,326,947원(=

205,326,947원 + 50,000,000원)은 사해행위 당시인 2018. 10. 5. 원고 등 일반채권자를 위한 공동담보에 해당하지 않아 이 사건 부동산의 가액에서 공제되어야 한다.

이에 대하여 피고 B는 L조합의 근저당권 피담보채무액도 이 사건 부동산의 가액에서 공제되어야 한다고 주장하나, 일반채권자들의 공동담보에 제공되지 않았던 부분임을 이유로 가액배상에서 공제되어야 하는 근저당권의 피담보채무액은 사해행위 이전에 이미 근저당권이 설정된 것에 한하는 것인데, 갑 제2호증의 기재에 의하면, L조합의 근저당권(2018. 10. 18. 등기)은 이 사건 매매계약(2018. 10. 5.) 이후 설정된 것으로서 이를 당초 일반 채권자의 공동담보로 제공되지 않았던 부분이라고 볼 수 없으므로, 피고 B의 위 주장은 이유 없다.

다) 또한 을 제8, 11호증의 각 기재 및 변론 전체에 의하면, Q은 2002. 10. 15. C과 사이에 이 사건 부동산을 보증금 80,000,000원에 임차하는 내용의 임대차계약을 체결하고, 이후 위 부동산을 인도받은 다음 2002. 11. 11. 위 부동산에 전입신고를 하였으며, 2002. 11. 21. 임대차계약서에 확정일자를 받은 사실이 인정되므로, Q의 임대차보증금은 주택임대차보호법 제3조 제1항이 정한 대항력을 갖추고 임대차계약서상의 확정일자를 받은 것이어서 우선변제력이 인정된다. 따라서 Q의 임대차보증금 80,000,000원도 사해행위 당시 원고 등 일반채권자를 위한 공동담보에 해당하지 않아 사건 부동산의 가액에서 공제되어야 한다(원고는 Q의 임대차보증금은 이 사건 경매절차에서 배당배제 되었으므로 공제할 수 없다고 주장하나, Q의 임대차계약이 통정허위표시에 해당하여 무효임을 인정할 증거가 부족한 이 사건에서 원고가 주장하는 사정만으로 위 임대차보증금의 우선변제력이 존재하지 않는다고 보아 이를 공제의 대상에서 제외할 수는 없다).

이에 대하여 피고 B는 Q의 임대차보증금이 이후 1억 3,000만 원으로 증액되었으므로 기존 8,000만 원 외에 증액된 보증금 5,000만 원도 공제되어야 한다고 주장한다. 을 제11호증의 10의 기재에 의하면 Q은 2016. 11. 30.경과 2018. 10. 5.경 2차례에 걸쳐 C과 사이에 앞서 본 임대차보증금을 1억 3,000만 원까지 증액한 것으로 보이기는 하나, 이 사건 매매 당시 위 증액된 보증금에 대한 확정일자를 받았음을 인정할 증거가 없으므로, 피고 B의 위 주장은 이유 없다.

라) 따라서 이 사건 매매 당시 원고 등 일반채권자를 위한 공동담보의 가액은 이 사건 부동산의 변론종결일 당시 가액인 540,512,000원에서 이 사건 제1 내지 4근저당권의 피담보채무액 합계

255,326,947원과 Q의 임대차보증금 80,000,000원을 공제한 205,185,053원(= 540,512,000원 - 255,326,947원 - 80,000,000원)이다.

4) 소결론

따라서 C과 피고 B 사이에 체결된 이 사건 매매계약의 취소와 가액배상은 원고의 피보전채권액(274,912,328원 및 그 지연손해금)과 위 공동담보가액 중 적은 금액인 공동담보가액 205,185,053원의 범위 내에서 이루어져야 할 것이므로, 이 사건 매매계약을 205,185,053원의 범위 내에서 취소하고, 피고 B는 원고에게 원상회복으로 205,185,053원 및 이에 대하여 이 판결 확정일 다음날부터 다 갚는 날까지 민법에서 정한 연 5%의 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

5. 결론

그렇다면 원고의 피고 A에 대한 소 중 C과 피고 A 사이에 이 사건 부동산에 관한 2018. 7. 13. 접수 제72727호 근저당권설정등기의 등기원인으로 2018. 7. 13. 체결된 근저당권설정계약의 취소를 구하는 부분은 부적법하여 각하하고, 원고의 피고들에 대한 각 청구는 위 인정 범위 내에서 이유 있으므로 인용하며, 원고의 피고 B에 대한 나머지 청구는 이유 없어 모두 기각하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

재판장판사정인섭

판사나혜선

판사김준철

별지

1) 원고는, 별지1 목록 기재 부동산에 관하여, C과 피고 A 사이에 ① 2018. 7. 13. 접수 제72727호 근저당권설정등기의 등기원인으로 체결된 2018. 7. 13.자 근저당권설정계약과 ② 2018. 10. 24. 접수 제111432호 근저당권설정등기의 등기원인으로 체결된 2018. 7. 13.자 근저당권설정계약 모두에 대한 사해행위 취소를 구하고, 위 ②항 근저당권설정계약의 취소에 따른 원상회복으로 별지2

'채권의 표시' 기재 채권의 양도를 구하고 있다.

2) 채권자취소권 행사의 요건인 채무자의 무자력 여부를 판단함에 있어서 그 대상이 되는 소극재산은 원칙적으로 사해행위라고 볼 수 있는 행위가 행하여지기 전에 발생한 것임을 요하지만, 그 사해행위 당시에 이미 채무 성립의 기초가 되는 법률관계가 성립되어 있고, 가까운 장래에 그 법률관계에 터잡아 채무가 성립되리라는 점에 대한 고도의 개연성이 있으며, 실제로 가까운 장래에 그 개연성이 현실화되어 채무가 성립된 경우에는 그 채무도 채무자의 소극재산에 포함시켜야 한다(대법원 2011. 1. 13. 선고 2010다68084 판결 참조). 아래에서 보는 것처럼 원고의 이 사건 피보전채권은 위 근저당권설정계약(2018. 7. 13.경)과 매매계약(2018. 10. 15.경) 당시 이미 성립의 기초가 존재하였고 가까운 시일내에 채권이 성립할 고도의 개연성이 존재하였으며 실제로 그 개연성이 현실화되어 채권이 성립한 것이므로, 위 당시 C의 소극재산으로 봄이 타당하다.