

창원지방법원 2021. 1. 21 선고 2019가합56589 판결 [사해행위취소]

전 문

원고신용보증기금

소송대리인 법무법인 금정

담당변호사 이중섭

피고주식회사 A

소송대리인 변호사 김봉균

소송복대리인 변호사 신현목

변론 종결2020. 12. 3.

판결 선고2021. 1. 21.

주 문

1. 이 사건 소 중 별지1, 2 목록 기재 각 부동산 및 별지3 목록 제3, 4항 기재 각 부동산에 관한 청구 부분을 모두 각하한다.
2. 별지3 목록 제1, 2항 기재 각 부동산에 관하여,
가. 피고와 B 사이에 2018. 9. 12. 체결된 각 근저당권설정계약을 취소한다.
나. 피고는 B에게 창원지방법원 2018. 9. 12. 접수 제44136호로 마친 각 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.
3. 가. 피고와 B 사이에 별지4 목록 기재 부동산에 관하여 2018. 10. 1. 체결된 근저당권설정계약을 52,118,461원의 범위 내에서 취소한다.
나. 피고는 B에게 창원지방법원 C 부동산임의경매 사건에서 공탁된 52,118,461원에 관하여 피고가 대한민국에 대하여 가지는 공탁금출급청구권을 양도하고, 대한민국에 위 채권양도의 취지를

통지하라.

4. 소송비용 중 1/2은 원고가, 나머지는 피고가 각 부담한다.

N

청 구 취 지

주문 제2, 3항 및 피고와 D 주식회사와 사이에 별지1 목록 기재 각 부동산에 관하여 2018. 9. 12. 체결된 각 근저당권설정계약과 별지2 목록 기재 각 부동산에 관하여 2018. 10. 1. 체결된 각 근저당권설정계약을 각 취소한다. 별지3 목록 제3, 4항 기재 각 부동산에 관하여, 피고와 B 사이에 2018. 9. 12. 체결된 각 근저당권설정계약을 취소하고, 피고는 B에게 창원지방법원 2018. 9. 12. 접수 제44136호로 마친 각 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.

이 유

1. 기초사실

가. 원고의 구상금 채권의 발생

1) 원고는 D 주식회사(이하 '소외 회사'라 한다)와 사이에 소외 회사가 금융기관에 대하여 부담하게 될 대출금 채무에 관하여 아래 표 기재와 같이 각 신용보증약정(이하 '이 사건 각 신용보증약정'이라 한다)을 체결하였다. 이 때 소외 회사의 대표이사 B은 소외 회사의 원고에 대한 위 각 신용보증약정에 따른 구상금채무를 연대보증하였다.

E	2016. 5. 16.	255,000,000	2021. 5. 14.	기업일반 자금대출	85%	300,000,000
F	2016. 5. 16.	712,500,000	2017. 5. 15.	기업종합 통장대출	75%	950,000,000

2) 소외 회사는 원고로부터 발급받은 각 신용보증서를 담보로 2016. 6. 2. G은행으로부터 300,000,000원을, 2016. 5. 19. H은행으로부터 950,000,000원을 각 대출받았으나 2018. 12. 5.경 당좌부도 등으로 신용보증사고가 발생하였다. 이에 원고는 2018. 12. 27. G은행에 130,255,557원(= 원금 129,540,000원 + 이자 715,557원), 2018. 12. 31. H은행에 717,087,564원(= 원금 712,494,800원 + 이자 4,592,764원) 합계 847,343,121원(= 130,255,557원 + 717,087,564원)을 대위변제하였다.

3) 원고는 2019. 1. 2. 소외 회사와 B를 상대로 창원지방법원 2019차전11호로 구상금 859,506,725원(= 대위변제금 847,343,121원 + 대지급금 12,163,604원)과 이에 대한 지연손해금의 지급을 구하는 지급명령을 신청하였고, 위 법원은 2019. 1. 3. 위 신청을 인용하여 "소외 회사와 B은 연대하여 859,506,725원 및 그중 130,255,557원에 대하여는 2018. 12. 27.부터, 717,087,564원에 대하여는 2018. 12. 31.부터 각 이 지급명령 결정문 송달일까지는 연 10%의 비율에 의한 약정지연손해금을, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 15%의 각 비율에 의한 법정지연손해금을 지급하라"는 내용의 지급명령을 발령하였으며, 위 지급명령은 그 무렵 확정되었다.

나. 소외 회사, B의 근저당권 설정행위

1) 소외 회사는 그 소유인 별지1 목록 기재 각 부동산(이하 '제1부동산'이라 한다)에 관하여 2018. 9. 12. 피고와 사이에 채무자 소외 회사, 채권최고액 2,080,000,000원으로 하는 근저당권설정계약(이하 '제1근저당권설정계약'이라 한다)을 각 체결하고, 이를 원인으로 피고 앞으로 창원지방법원 2018. 9. 13. 접수 제64085호로 각 근저당권설정등기를 마쳐주었다.

2) 소외 회사는 그 소유인 별지2 목록 기재 각 부동산(이하 '제2부동산'이라 한다)에 관하여 2018. 10. 1. 피고와 사이에 채무자 소외 회사, 채권최고액 851,500,000원으로 하는 근저당권설정계약(이하 '제2근저당권설정계약'이라 한다)을 각 체결하고, 이를 원인으로 피고 앞으로 창원지방법원 2018. 10. 2. 접수 제46554호로 각 근저당권설정등기를 마쳐주었다.

3) B은 그 소유인 별지3 목록 기재 각 부동산(이하 별지3 목록 제1, 2항 기재 각 부동산을 '제3-1부동산'이라 하고, 같은 목록 제3, 4항 기재 각 부동산을 '제3-2부동산'이라 한다)에 관하여 2018. 9. 12. 피고와 사이에 채무자 소외 회사, 채권최고액 2,080,000,000원으로 하는

근저당권설정계약(이하 제3-1부동산에 관한 근저당권설정계약을 '제3-1근저당권설정계약'이라 하고, 제3-2부동산에 관한 근저당권설정계약을 '제3-2근저당권설정계약'이라 한다)을 각 체결하고, 이를 원인으로 피고 앞으로 2018. 9. 12. 접수 제44136호로 각 근저당권설정등기를 마쳐주었다.

4) B은 그 소유인 창원시 성산구 I 지상 J빌딩 K호, 같은 건물 L호, 같은 건물 M호(위 각 부동산은 2020. 1. 17. 별지4 목록 기재 부동산으로 합병되었다. 이하 '제4부동산'이라 한다)에 관하여 2018. 10. 1. 피고와 사이에 채무자 소외 회사, 채권최고액 851,500,000원으로 하는

근저당권설정계약(이하 '제4근저당권설정계약'이라 한다)을 체결하고, 이를 원인으로 피고 앞으로 창원지방법원 2018. 10. 2. 접수 제46554호로 근저당권설정등기를 마쳐주었다.

다. 관련 경매절차의 진행경과

1) 제1부동산에 관하여 창원지방법원 N, O(병합) 부동산임의경매절차가 개시되었고, 위 경매절차에서 제1부동산이 매각되어 배당절차가 진행되었다. 위 경매법원은 배당기일인 2020. 10. 28. 매각대금에 이자를 합한 금액에서 집행비용을 제외한 나머지 1,227,965,901원을 피고보다 선순위인 채권자들에게 전액 배당하는 것으로 배당표를 작성하였고, 그 결과 피고는 위 배당절차에서 배당을 받지 못하였다. 위 배당표는 위 경매절차의 이해관계인들이 아무런 이의를 제기하지 않음에 따라 그대로 확정되었고, 그 이후에도 현재까지 배당 관련 소송이 제기된 바는 없다.

2) 제2부동산에 관하여 창원지방법원 P 부동산임의경매절차가 개시되었고, 위 경매절차에서 제2부동산이 매각되어 배당절차가 진행되었다. 위 경매법원은 배당기일인 2020. 1. 23. 매각대금에 이자를 합한 금액에서 집행비용을 제외한 나머지 678,113,141원을 피고보다 선순위인 채권자들에게 전액 배당하는 것으로 배당표를 작성하였고, 그 결과 피고는 위 배당절차에서 배당을 받지 못하였다. 위 배당표는 위 경매절차의 이해관계인들이 아무런 이의를 제기하지 않음에 따라 그대로 확정되었고, 그 이후에도 현재까지 배당 관련 소송이 제기된 바는 없다.

3) 제3-2부동산 및 제4부동산에 관하여 창원지방법원 C 부동산임의경매절차가 개시되었고, 위 경매절차에서 위 각 부동산이 매각되어 배당절차가 진행되었다. 위 경매법원은 2020. 4. 24. 매각대금에 이자를 합한 금액에서 집행비용을 제외한 나머지 1,387,550,409원에 대한 배당표를 작성하였는데, 제3-2부동산에 관하여는 피고보다 선순위인 채권자들에게 전액 배당하는 것으로

배당표를 작성하여 피고가 배당을 받지 못하였고, 제4부동산에 관하여는 피고에게 4순위로 52,118,491원을 배당하는 내용의 배당표를 작성하였다. 위 배당표는 위 경매절차의 이해관계인들이 아무런 이의를 제기하지 않음에 따라 그대로 확정되었고, 그 이후에도 현재까지 배당 관련 소송이 제기된 바는 없다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 9, 12 내지 16호증(가지번호 포함, 이하 같다)의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 이 사건 소 중 제1, 2, 3-2부동산에 관한 청구 부분의 적법 여부에 관한 판단

가. 원고의 주장

소외 회사는 채무초과상태에서 피고와 제1, 2근저당권설정계약을, B은 채무초과상태에서 피고와 제3-2근저당권설정계약을 각 체결함으로써 일반채권자들을 위한 공동담보의 부족상태를 심화시켰으므로 위 각 근저당권설정계약은 사해행위에 해당하고 피고도 그러한 사정을 알았던 것으로 추정된다. 따라서 위 각 근저당권설정계약은 사해행위로 취소되어야 하고, 제3-2근저당권설정계약에 대하여는 그 원상회복으로 위 근저당권설정계약에 기한 근저당권설정등기의 말소를 구한다.

나. 판단

직권으로 이 부분 소의 적법 여부에 관하여 본다.

사해행위 취소의 소와 원상회복청구의 소는 서로 소송물과 쟁점을 달리하는 별개의 소로서 양자가 반드시 동시에 제기되어야 하는 것은 아니고 별개로 제기될 수 있으며, 전자의 소에서는 승소하더라도 후자의 소에서는 당사자가 제출한 공격·방어 방법 여하에 따라 패소할 수도 있고, 취소채권자가 사해행위 취소의 소를 제기하여 승소한 경우 그 취소의 효력은 민법 제407조에 의하여 모든 채권자의 이익을 위하여 미치고 이로써 그 소의 목적은 달성된다. 이에 비추어 보면, 채권자가 원상회복청구의 소에서 패소할 것이 예상된다는 이유로 그와 별개인 사해행위 취소의 소에 대하여 소송요건을 갖추지 못한 것으로 보아 소의 이익을 부정할 수는 없다(대법원 2012. 12. 26. 선고 2011다60421 판결 등 참조). 그러하기에 채무자와 수익자 사이의 근저당권설정계약이 사해행위인 이상 그로 인한 근저당권설정등기가 경락으로 말소되었다고 하더라도 수익자로 하여금 근저당권자로서의 배당을

받도록 하는 것은 민법 제406조 제1항의 취지에 반하므로, 수익자에게 그와 같은 부당한 이득을 보유시키지 않기 위하여 그 근저당권설정등기로 인하여 해를 입게 되는 채권자는 근저당권설정계약의 취소를 구할 이익이 있다(대법원 2013. 4. 26. 선고 2011다37001 판결 등 참조).

그러나 한편, 채권자취소권은 채무자가 채권의 공동담보가 부족함을 알면서 재산감소 행위를 하였을 때, 그와 같은 감소행위의 효력을 부인하고 채권의 공동담보를 회복하는 것을 목적으로 하는 채권자의 권리인바, 채권자가 그 범위를 넘어 채무자의 법률행위에 개입하는 것까지 허용되는 것은 아니다.

이와 같은 채권자취소제도의 취지에 비추어 보면, 사해행위취소의 소의 상대방인 수익자 또는 전득자가 사해행위로 아무런 이익을 얻지 못했고, 해당 법률행위를 취소하는 것이 취소채권자뿐만 아니라 채무자의 다른 채권자에게도 아무런 이익이 되지 않는 것이 명백한 경우까지 취소채권자에게 그와 같은 행위의 취소를 구할 이익이 있다고 보기는 어렵다.

앞서 본 바와 같이 피고는 제1, 2, 3-2부동산에 관하여 제1, 2, 3-2근저당권설정계약에 기한 근저당권설정등기를 각 마쳤으나, 위 각 부동산이 경매절차에서 제3자에게 매각되어 소유권이 이전되면서 피고 명의의 각 근저당권도 직권으로 말소되었고, 그에 관하여 이루어진 배당절차에서 피고가 배당을 전혀 받지 못하였는바(위 각 경매절차에서 배당요구권자들의 배당요구채권을 모두 충족시키고도 남는 잉여금이 있음을 인정할 아무런 증거가 없어 장차 피고에게 추가 배당이 이루어지는 등 위 각 근저당권설정계약으로 인하여 피고가 어떠한 이득을 얻게 될 가능성도 없어 보인다), 원고로서도 위 각 근저당권설정계약의 사해행위취소 및 원상회복청구의 소로써 책임재산으로 회복될 재산이 없으므로 원고의 이 부분 청구는 그 소의 이익이 없어 부적법하다.

3. 제3-1, 4부동산에 관한 청구 부분에 대한 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 발생하여 있고, 가까운 장래에 그 법률관계에 기하여 채권이 성립하리라는 점에 대한 고도의 개연성이 있으며, 실제로 가까운 장래에 그 개연성이 현실화되어 채권이 성립한 경우에는, 그

채권도 채권자취소권의 피보전채권이 될 수 있다(대법원 2010. 4. 29. 선고 2009다80705 판결, 2007. 5. 31. 선고 2006다48588 판결 등 참조).

2) 앞서 인정한 사실에 의하면, 제3-1, 4근저당권설정계약 체결 당시(2018. 9. 12. 내지 2018. 10. 1.) 원고의 B에 대한 연대보증채권은 현실적으로 발생하지는 않았으나, 그전에 이미 위 연대보증채권의 기초가 되는 법률관계인 이 사건 신용보증약정 및 연대보증계약이 체결되어 있었고, 위 각 근저당권설정계약 체결일로부터 불과 3개월이 채 되지 않은 2018. 12. 5.경 소외 회사의 당좌부도 등으로 신용보증사고가 발생하였으므로 원고의 B에 대한 연대보증채권이 발생할 고도의 개연성이 있었으며, 그 후 실제로 원고가 2018. 12. 27. 및 같은 달 31. 금융기관에 대위변제를 함으로써 연대보증채권이 발생하였으므로 원고의 B에 대한 연대보증채권은 채권자취소권의 피보전채권이 된다.

나. 사해행위 및 사해의사

1) 연대보증인의 법률행위가 사해행위에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서 주채무에 관하여 주채무자 또는 제3자 소유의 부동산에 대하여 채권자 앞으로 근저당권이 설정되어 있는 등으로 채권자에게 우선변제권이 확보되어 있는 경우가 아닌 이상, 주채무자나 다른 연대보증인의 일반적인 자력은 고려할 요소가 아니다(대법원 2007. 5. 31. 선고 2005다61195 판결 등 참조).

한편, 채무자의 재산이 채무의 전부를 변제하기에 부족한 경우에 채무자가 그의 재산을 어느 특정 채권자에게 대물변제나 담보조로 제공하였다면 특별한 사정이 없는 한 이는 곧 다른 채권자의 이익을 해하는 것으로서 다른 채권자들에 대한 관계에서 사해행위가 되는 것이고, 위와 같이 대물변제나 담보조로 제공된 재산이 채무자의 유일한 재산이 아니라거나 그 가치가 채권액에 미달한다고 하여도 마찬가지라고 할 것이다(대법원 2009. 9. 10. 선고 2008다85161 판결 등 참조).

2) 이러한 법리에 비추어 이 사건에 관하여 보건대, 갑 제3, 15호증의 각 기재, 이 법원의 Q조합, G은행, R조합, S조합, 주식회사 T, U에 대한 각 금융거래정보제출명령 결과에 변론 전체의 취지를 종합하면, 제3-1근저당권설정계약(2018. 9. 12.) 내지 제4근저당권설정계약(2018. 10. 1.) 당시 아래 표 기재와 같이 B의 적극재산은 합계 6,474,000,000원이고, 소극재산은 합계 16,401,700,129원인 사실을 인정할 수 있다(아래 표의 각 재산의 가액은 제출된 자료 중 각

근저당권설정계약 당시와 가장 가까운 시점을 기준으로 할 것인데, 해당 근저당권설정계약 당시의 가액도 이와 동일한 것으로 추정할 수 있다).

적극재산	제3-1부동산	1,211,000,000
제3-2부동산	1,236,000,000	
제4부동산	828,000,000	
창원시 마산합포구 V외 1필지 지상 W건물 X호 중 B 지분(66/100)	784,000,000	
위 W건물 Y호	325,000,000	
창원시 마산합포구 Z건물 AA호	1,045,000,000	
위 Z건물 AB호	1,045,000,000	
합계	6,474,000,000	
소극재산	원고에 대한 연대보증채무1) 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 등 참조).	130,255,557
	717,087,564	
Q조합에 대한 대출금채무	908,000,000	
제4부동산 물상보증금액(채무자 AC, 근저당권자 G은행)	600,000,000	
제3-2부동산 물상보증금액(채무자 AC, 근저당권자 G은행)	950,000,000	
제3-2부동산 물상보증금액(채무자 소외 회사, 근저당권자 T은행)2) 엄밀히 보면 제3-2, 4부동산에 관한 위 물상보증금액은 소극재산이 아니고 적극재산 제4부동산의 가액 산정시 공제할 금액이다.	100,000,008	
G은행에 대한 대출금채무	700,000,000	
R조합에 대한 대출금채무	405,000,000	
S조합에 대한 대출금채무	750,000,000	
AD조합 창원지점에 대한 대출금채무	30,000,000	
AD조합 경남제일지점에 대한 대출금채무	2,397,308,000	
신용보증기금에 대한 2001. 7. 20.자 보증채무	1,327,664,000	

적극재산	제3-1부동산	1,211,000,000
AD조합 경남제일지점에 대한 2018. 7. 18.자 보증채무	1,577,627,000	
AE은행에 대한 2018. 7. 2. 보증채무	1,638,733,000	
AF은행에 대한 2018. 7. 2.자 보증채무	3,516,525,000	
AG에 대한 2005. 8. 12.자 보증채무	178,500,000	
H은행에 대한 2005. 5. 3.자 보증채무	475,000,000	
합계	16,401,700,129	

위 인정사실에 의하면, 제3-1, 4근저당권설정계약 당시 B이 채무초과상태에 있었고, B이 제3-1, 4부동산에 관하여 피고에게 근저당권을 설정하여 준 행위는 특별한 사정이 없는 한 원고를 비롯한 일반채권자들을 해하는 사해행위에 해당한다(제3-1부동산의 경우 그 가액 1,211,000,000원에서 선순위 근저당권자인 S조합에 대한 실제 피담보채무 750,000,000원을 공제한 461,000,000원이 일반 채권자들의 공동담보로 되는 책임재산이고, 제4부동산의 경우 그 가액 828,000,000원에서 선순위 근저당권자인 G은행에 대한 실제 피담보채무 600,000,000원을 공제한 228,000,000원이 일반 채권자들의 공동담보로 되는 책임재산이다).

나아가 위 각 근저당권설정계약 체결 전후의 B의 재산상태 등에 비추어 보면, B(채무자)은 위 각 근저당권설정계약 당시 그 설정행위로 인하여 채권의 공동담보에 부족이 생기는 것을 인식하고 있었다고 봄이 타당하다. 이로써 수익자인 피고의 악의도 추정된다.

3) 피고는, 소외 회사가 자금 융통이 어려운 상황에서 소외 회사의 원활한 사업재개를 위하여 부득이하게 돈을 대여하고 그 담보로 소외 회사 소유의 제1, 2부동산 및 B 소유의 제3, 4부동산에 관하여 담보를 제공받은 것이므로 사해행위에 해당하지 않는다고 주장한다.

자금난으로 사업을 계속 추진하기 어려운 상황에 처한 채무자가 자금을 융통하여 사업을 계속 추진하는 것이 채무 변제력을 갖게 되는 최선의 방법이라고 생각하고자 자금을 융통하기 위하여 부득이 부동산을 특정 채권자에게 담보로 제공하고 그로부터 신규 자금을 추가로 융통받았다면

특별한 사정이 없는 한 채무자의 담보권설정행위는 사해행위에 해당하지 않으며, 다만 사업의 계속 추진과는 아무런 관계가 없는 기존 채무를 아울러 피담보채무 범위에 포함시켰다면, 그 부분에 한하여 사해행위에 해당할 여지는 있다(대법원 2002. 3. 29. 선고 2000다25842 판결 참조).

이러한 법리에 비추어 이 사건에 관하여 살피건대, 을 제1 내지 10호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있는 다음의 사실 내지 사정 즉, ① 피고가 2017. 10. 16.경 소외 회사에게 충주 소재 공장 신축공사를 하도급 주었는데, 소외 회사가 피고로부터 지급받은 공사 계약금 및 중도금을 소외 회사로부터 재하도급받은 공사 하수급인들에게 지급하여야 함에도 이를 지급하지 않고 다른 용도에 사용하여 위 공사가 중단된 사실, ② 이러한 상황에서 피고는 더 이상의 공사진연을 막기 위해 2018. 9. 11. 소외 회사에 16억 원을 대여하면서 위 돈을 소외 회사의 위 공사 하수급인들에게 직접 지급하고, 그 담보로 소외 회사 소유의 제1부동산 및 B 소유의 제3부동산에 관하여 각 근저당권설정등기를 마친 사실(B은 소외 회사의 피고에 대한 위 차용금채무를 연대보증하였다), ③ 이후 피고는 2018. 10. 1. 소외 회사에게 6억 5000만 원을 추가로 대여하였고, 그 담보로 소외 회사 소유의 제2부동산 및 B 소유의 제4부동산에 관하여 각 근저당권설정등기를 마친 사실, ④ 피고가 소외 회사에 대여한 위 16억 원은 사실상 소외 회사에게 자금을 융통하여 사업을 계속 추진하도록 하여 소외 회사로 하여금 채무 변제력을 갖도록 하기 위한 것이 아니라 피고가 진행 중인 충주 소재 공장 신축공사를 계속하기 위하여 소외 회사가 하수급인들에게 지급하여야 할 공사대금을 대신 지급한 것이어서 소외 회사의 사업 계속 추진과는 별다른 관계가 없어 보이는 점, ⑤ 피고가 소외 회사에 대여한 위 6억 5000만 원 역시 악화된 자금난으로 소외 회사가 일시적으로 어음금 채무를 변제할 용도로 차용한 것으로 보일 뿐, 이로써 소외 회사가 사업을 계속 추진하여 채무 변제력을 갖게 되었다고 보기는 어려운 점 등에 비추어 보면, 제1 내지 4부동산에 관한 각 근저당권설정행위가 소외 회사의 사업 계속을 위한 부득이한 담보제공에 해당한다고 보기 어렵다. 따라서 피고의 위 주장은 이유 없다.

4) 또한 피고는, B와의 근저당권설정계약 당시 B의 채무초과상태를 알 수 없었고, 채권자를 해한다는 점도 알지도 못하였으므로, 자신이 선의의 수익자라고 항변한다.

사해행위취소 소송에서 수익자 또는 전득자가 악의라는 점에 관하여는 증명책임이 채권자에게 있는

것이 아니고 수익자 또는 전득자 자신에게 선의라는 사실을 증명할 책임이 있으며, 채무자의 재산처분행위가 사해행위에 해당할 경우에 사해행위 또는 전득행위 당시 수익자 또는 전득자가 선의였음을 인정함에 있어서는 객관적이고도 납득할 만한 증거자료 등에 의하여야 하고, 채무자나 수익자의 일방적인 진술이나 제3자의 추측에 불과한 진술 등에만 터잡아 사해행위 또는 전득행위 당시 수익자 또는 전득자가 선의였다고 선뜻 단정하여서는 아니 된다(대법원 2015. 6. 11. 선고 2014다237192 판결 등 참조).

이러한 법리에 비추어 이 사건에 관하여 보건대, 앞서 본 바와 같이 피고는 소외 회사가 피고로부터 지급받은 공사대금을 그 공사의 하수급인들에게 지급하지 않고 다른 용도로 사용하자 별도로 소외 회사에 돈을 대여해준 것인바, 소외 회사의 대표이사인 B이 채무초과상태이거나 자금사정이 원활하지 않다는 점을 알았다고 볼 여지가 충분이 있으므로 피고가 제출한 증거들만으로 피고가 악의라는 추정을 뒤집기 부족하고, 달리 피고가 위 각 근저당권설정계약 당시 선의였음을 인정할 증거가 없다.

따라서 피고의 위 항변은 이유 없다.

다. 사해행위의 취소 및 원상회복

1) 제3-1부동산에 관하여 보건대, 앞서 본 바와 같이 피고와 B 사이에 체결된

제3-1근저당권설정계약은 사해행위에 해당하여 취소되어야 하고, 수익자인 피고는 그 원상회복으로 채무자인 B에게 위 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다.

2) 제4부동산에 관하여 보건대, 앞서 본 바와 같이 피고와 B 사이에 체결된 제4근저당권설정계약은 사해행위에 해당하여 취소되어야 한다.

한편, 근저당권설정계약을 사해행위로서 취소하는 경우 경매절차가 진행되어 타인이 소유권을 취득하고 근저당권설정등기가 말소되었다면 원물반환이 불가능하므로 가액배상의 방법으로 원상회복을 명할 것인바, 이미 배당이 종료되어 수익자가 배당금을 수령하였다면 수익자로 하여금 배당금을 반환하도록 명하여야 하고, 배당표가 확정되었으나 채권자의 배당금지급금지가처분으로 인하여 수익자가 배당금을 현실적으로 지급받지 못한 경우에는 배당금지급채권의 양도와 그 채권양도의 통지를 명하여야 한다(대법원 2011. 2. 10. 선고 2010다90708 판결 등 참조).

따라서 제4부동산에 관한 경매절차에서 작성된 배당표에 따라 피고에게 배당된 돈은 52,118,461원이므로, 제4근저당권설정계약은 52,118,461원의 한도에서 사해행위로 취소되어야 하고, 배당표가 확정되었으나 피고가 위 배당금을 현실적으로 지급받지 못하였다는 점에 대하여는 피고가 다투지 않고 있으므로 그 원상회복으로 채무자인 B에게 위 52,118,461원에 관하여 피고가 대한민국에 대하여 가지는 공탁금출급청구권을 양도한다는 의사표시를 하고, 대한민국에게 그 채권양도의 취지를 통지할 의무가 있다.

4. 결론

그렇다면, 이 사건 소 중 제1, 2, 3-2부동산에 관한 청구 부분은 각 부적법하여 이를 각하하고, 제3-1, 4부동산에 관한 청구 부분은 이유 있어 이를 모두 인용하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

재판장판사하상제

판사김효정

판사윤정

별지

1) 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 등 참조).

2) 엄밀히 보면 제3-2, 4부동산에 관한 위 물상보증금액은 소극재산이 아니고 적극재산 제4부동산의 가액 산정시 공제할 금액이다.