

서울고등법원 2023. 6. 21 선고 2022나2034877 판결 [사해행위취소]

전 문

원고, 항소인 신용보증기금

소송대리인 법무법인 현암

담당변호사 유병일

피고, 피항소인 1. A

2. B

피고들 소송대리인 법무법인 백송

담당변호사 김환수, 이환규

변 론 종 결 2023. 5. 19.

판 결 선 고 2023. 6. 21.

제1 심판결 서울중앙지방법원 2022. 8. 18. 선고 2020가합517542 판결

주 문

1. 원고의 항소 및 이 법원에서 변경된 예비적 청구를 모두 기각한다.

2. 항소제기 이후의 소송비용은 원고가 부담한다.

N

청 구 취 지 및 항 소 취 지

제1심판결을 취소한다. 주위적으로, C과 피고 A 사이에 별지1 목록 기재 부동산(이하 ‘이 사건 각

부동산'이라고 한다)에 관하여 2018. 8. 23. 체결된 근저당권설정계약을 취소한다. 피고 A은 C에게 별지2 배당금 내역표 중 피고 A에 대한 배당금지급채권을 양도하고, 대한민국(소관: 서울중앙지방법원 공탁공무원)에 대하여 위 채권을 양도하였다는 취지의 통지를 하라. C과 피고 B 사이에 이 사건 각 부동산에 관하여 2018. 8. 23. 체결된 근저당권설정계약을 취소한다. 피고 B는 C에게 별지2 배당금 내역표 중 피고 B에 대한 배당금지급채권을 양도하고, 대한민국(소관: 서울중앙지방법원 공탁공무원)에 대하여 위 채권을 양도하였다는 취지의 통지를 하라.

예비적으로, 피고들은 C에게 별지2 배당금 내역표 중 각 피고들에 대한 각 배당금지급채권을 양도하고, 대한민국(소관: 서울중앙지방법원 공탁공무원)에 대하여 위 각 채권을 양도하였다는 취지의 통지를 하라(원고는 당초 C이 2018. 8. 23. 피고들과 체결한 각 근저당권설정계약이 통정허위표시에 의한 것이므로 이 사건 각 부동산에 설정된 각 근저당권설정등기가 무효의 등기라는 이유로 C을 대위하여 피고들에게 각 근저당권설정등기의 각 말소등기절차의 이행을 구하다가, 이 법원에 이르러 C을 대위하여 피고들에게, 피고들의 각 배당금지급채권을 C에게 양도하라는 것으로 예비적 청구취지를 변경하였다).

이 유

1. 기초사실

이 법원이 이 부분에 관하여 설시할 이유는, 아래와 같이 삭제하거나 고치는 것 외에는 제1심판결문 이유 해당 부분('1. 기초 사실') 기재와 같으므로, 민사소송법 제420조 본문에 의하여 이를 그대로 인용한다.

제1심판결문 4면 아래에서 5행 "근저당권설정등기" 뒤에 "(이하 '이 사건 제1 근저당권'이라 한다)"를 추가하고, 제1심판결문 4면 마지막행 "근저당권설정등기" 뒤에 "(이하 이 사건 제2 근저당권'이라 한다)"를 추가한다.

제1심판결문 5면 1행부터 표까지 '라. C의 재산상태' 부분을 삭제하고 "마. 경매절차의 경과"를

“라. 경매절차의 경과”로 고친다.

제1심판결문 6면 3~4행 “법원행정처에 대한 사실조회결과”, “감정인 P의 감정결과”, “2020. 7. 9.자 Q기관에 대한 금융거래정보회신결과”를 삭제한다.

2. 원고의 주장

가. 주위적 청구의 요지

C과 피고들은 2019. 3. 4.경 각 근저당권설정계약을 하면서 그 날짜를 2018. 8. 23.으로 소급하여 기재하였는바 2019. 3. 4. 당시 이 사건 각 부동산에 설정되어있던 기존 근저당권의 피담보채권 합계가 이 사건 부동산 가액보다 적었으므로, C은 채무초과 상태에서 피고들과 이 사건 각 근저당권설정계약을 체결하고 이 사건 각 근저당권설정등기를 경료해 준 것이어서 이는 사해행위에 해당하고, 설령 이 사건 각 근저당권설정계약 체결일이 2019. 3. 4.이 아닌 2018. 8. 23.이라 하더라도, 그 당시 이 사건 각 부동산에 설정되어 있던 근저당권 중 개인채권자들(피고들, J, K)의 C에 대한 채권은 부존재하므로 C이 채무초과 상태에서 피고들과 이 사건 각 근저당권설정계약을 체결하고 이 사건 각 근저당권설정등기를 경료해 준 것이어서 마찬가지로 이는 사해행위에 해당한다. 따라서 이 사건 각 근저당권설정계약을 취소하고, 원상회복으로 피고들에게 별지2 목록 기재 각 배당금지급채권의 양도 및 대한민국에 그 양도사실을 통지할 것을 구한다.

나. 예비적 청구의 요지

이 사건 각 근저당권설정계약은 C의 채무면탈을 위하여 통정허위표시로 체결된 것이어서 무효이거나, 그 근저당권의 피담보채권이 존재하지 않아 피고들이 배당받을 채권이 없으므로, 원고의 C에 대한 구상금채권을 보전하기 위하여 C을 대위하여 피고들에게 별지2 배당금 내역표에 기재된 바와 같은 각 배당금지급채권을 C에게 양도하고 대한민국에 그 양도사실을 통지할 것을 구한다.

3. 주위적 청구에 관한 판단

가. 사해행위 판단의 기준시점

- 1) 원고는 이 사건 제1, 2 근저당권설정계약의 실제 체결일이 근저당권설정계약서 및 등기부등본에 기재된 것과는 달리 위 각 계약에 따라 각 근저당권설정등기가 마쳐진 2019. 3. 4. 무렵이라고 주장한다.
- 2) 살피건대, 어느 시점에서 사해행위에 해당하는 법률행위가 있었는가를 따짐에 있어서는 당사자 사이의 이해관계에 미치는 중대한 영향을 고려하여 신중하게 이를 판정하여야 할 것이고, 사해행위에 해당하는 법률행위가 언제 있었는가는 실제로 그러한 사해행위가 이루어진 날을 표준으로 판정할 것이되, 다른 특별한 사정이 없는 한 처분문서에 기초한 것으로 보이는 등기부상 등기원인일자를 중심으로 그러한 사해행위가 실제로 이루어졌는지 여부를 판정할 수밖에 없는데(대법원 2002. 11. 8. 선고 2002다41589판결 참조), 을 제13, 18, 22호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면, C과 피고들의 각 인감이 날인된 근저당권설정계약서가 2018. 8. 23.자로 작성된 사실, 근저당권설정등기 접수문건에는 2018. 8. 22.자로 발급받은 C의 인감증명서 및 주민등록초본이 첨부되어 있는 사실, 이 사건 각 근저당권설정 업무를 위임받았던 T 법무사사무소의 직원 U는 '2018. 8. 말경 이 사건 각 건물에 설정되어있던 피고들, J, K의 근저당권을 말소하고 C이 대출을 받은 후 다시 피고들 명의로 근저당권을 설정하겠다고 하여 이에 필요한 서류를 받았고, 2018. 8. 24. 중부등기소에 말소를 우선 신청하였다가 2019. 3. 4.에서야 근저당권설정등기를 하게 되었다'는 내용의 확인서를 제출하고 있는 사실을 인정할 수 있는바, 위 인정사실에 의하면 이 사건 제1, 2 근저당권설정계약은 2018. 8. 23. 체결된 것으로 봄이 타당하다.

나. 피보전채권의 존재

이 법원이 이 부분에 관하여 설시할 이유는, 아래와 같이 삭제하거나 고치는 것 외에는 제1심판결문 이유 해당 부분('3. 가. 피보전채권의 존재') 기재와 같으므로, 민사소송법 제420조 본문에 의하여 이를 그대로 인용한다.

제1심판결문 7면 17행~20행 "이 사건 제1, 2 근저당권설정계약에 따른 각 근저당권설정등기가 마쳐진 시점은 D의 보증사고일인 2019. 4. 3.로부터 한 달여 전인 2019. 3. 4.로 각 근저당권설정등기가 마쳐질 당시 가까운 장래에 구상금 채권이 성립하리라는 점에 대한 고도의

개연성이 있었으며”를 “이 사건 제1, 2 근저당권설정계약일인 2018. 8. 23.로부터 약 7개월 후인 2019. 4. 3. D의 보증사고가 발생하여 이 사건 제1, 2 근저당권설정계약 체결 당시 가까운 장래에 원고의 피고에 대한 구상금채권이 발생하리라는 고도의 개연성이 있었으며”로 고친다.

다. 손해행위 인정 여부

1) 무자력 여부

앞서 든 각 증거, 제1심 감정인 P의 감정결과, 제1심법원의 법원행정처에 대한 사실조회회신결과, 제1심법원의 F은행, Q기관에 대한 각 금융거래정보회신결과, 이 법원의 주식회사 S에 대한 금융거래정보회신결과 및 변론 전체의 취지에 의하면 C은 2018. 8. 23. 무렵 이 사건 각 부동산 이외에 별다른 재산이 없었고, 2018. 8. 23. 기준 C의 적극재산인 이 사건 각 부동산의 가액 합계는 2,012,615,100원인 사실, C의 소극재산 내역은 다음 <표>와 같은 사실이 인정된다.

<표>

순번	채무자	금액(원)
1	F은행	1,199,025,930
2	G	18,000,000
3	기업은행	336,532,000
4	E은행	159,649,000
5	H저축은행	5,473,000
6	I은행	154,722,000
7	J	200,000,000
8	K	300,000,000
9	L	150,000,000
10	M	30,000,000
11	피고 A	200,000,000
12	피고 B	500,000,000
합계		3,253,401,930

따라서 이 사건 제1, 2 근저당권설정계약 체결 당시인 2018. 8. 23.을 기준으로 C의 적극재산은 2,012,615,100원이고, 소극재산은 3,253,401,930원에 이르므로, 이 사건 제1, 2 근저당권설정계약 체결 당시 C은 소극재산이 적극재산을 초과한 무자력 상태에 있었다.

2) 이 사건 각 부동산의 공동담보로서의 가치

가) 채무자 소유 부동산에 담보권이 설정되어 있으면 그 피담보채권액을 공제한 나머지 부분만이 일반 채권자들의 공동담보로 제공되는 책임재산이 되므로 피담보채권액이 부동산의 가액을 초과하고 있는 때에는 그와 같은 부동산의 양도나 그에 대한 새로운 담보권의 설정은 사해행위에 해당한다고 할 수 없다(대법원 2007. 7. 26. 선고 2007다23081 판결 등 참조). 여기서 피담보채권액이라 함은 근저당권의 경우 채권최고액이 아니라 처분행위 당시 실제로 이미 발생하여 있는 채권금액이다(대법원 2001. 10. 9. 선고 2000다42618 판결 등 참조).

나) 앞서 든 증거와 갑 제7, 10호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면, 이 사건 제1, 2 근저당권설정계약이 체결된 2018. 8. 23. 당시 이 사건 각 부동산의 가액은 2,012,615,100원이고, 이 사건 각 부동산에 설정된 근저당권의 피담보채권액은 R단체의 피담보채권 1,199,025,930원, 피고 A의 피담보채권 2억 원, 피고 B의 피담보채권 5억 원, J의 피담보채권 2억 원, K의 피담보채권 3억 원 합계 2,399,025,930원인 사실이 인정되는바, 2018. 8. 23. 당시 이 사건 각 부동산에 마쳐진 각 근저당권의 피담보채권액이 위 각 부동산의 가액을 초과하고 있었으므로 이 사건 각 부동산은 일반채권자들을 위한 공동담보로서의 가치가 없었다. 따라서 피고들과 C이 이 사건 각 부동산에 추가로 근저당권을 설정하는 계약을 체결하였다고 하더라도 이를 일반 채권자를 해하는 사해행위라고 볼 수는 없다.

다) 원고는, 피고들이 제출한 증거만으로는 피고들, J, K가 이 사건 각 부동산에 설정한 각 근저당권의 피담보채권이 존재한다고 볼 수 없다고 다투나, 갑 제11, 15 내지 18호증, 을 제3, 7, 9 내지 12, 14 내지 20호증의 각 기재에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실 및 사정들, 즉 ① C은 1997. 10. 1. (주)D를 설립하여 이 사건 각 부동산 소재지에 본점을 두고 안경, 광학기기 도매업을 하고, 피고 A은 2001. 9. 1.경부터 서울 중구 V건물, W호에서 'X'이라는 상호로 안경 소매업을 하면서, C과 피고 A은 수년간 거래관계를 이어온 점, ② 피고 A은 C에게 2014. 7.경 1억 5,480만 원, 2014. 8.경

5,000만 원을 대여한 후 2014. 9. 23. C로부터 2억 원의 차용증과 약속어음을 교부받고 2014. 9. 24. 근저당권설정계약을 체결한 후 2014. 10. 6. 이 사건 각 부동산에 채권최고액 2억 원의 근저당권을 설정받은 점, ③ 피고 B도 C과 오랜 기간 금전거래를 이어오다가 2012. 1.경 C로부터 5억 원의 차용증, 6억 원의 약속어음을 교부받고, 2013. 9. 1. 근저당권설정계약을 체결한 후, 2013. 9. 9. 이 사건 각 부동산에 채권최고액 6억 원의 근저당권을 설정받은 점, ④ C은 이 사건 각 부동산에 2010. 11. 9. 설정된 (주)E의 근저당권을 말소하고 (주)E의 대출금을 R단체의 대출금으로 전환하기 위하여 피고들에게 부탁하여 2015. 8. 28. 피고들 명의의 위 ②, ③항 기재 각 근저당권을 먼저 말소한 후, 같은 날 R단체 앞으로 채권최고액 1,296,000,000원, 180,000,000원의 각 근저당권을 설정해 주고, 다시 2015. 9. 4. 피고 A 앞으로 채권최고액 2억 원의 근저당권을, 피고 B 앞으로 채권최고액 5억 원의 근저당권을 각 설정해 준 점, ⑤ C은 다시 이 사건 각 부동산에 설정된 R단체의 근저당권을 말소하고 R단체의 대출금을 (주)S의 대출금으로 전환하기 위하여 피고들 및 2018. 6. 11. 채권최고액 각 3억 원의 각 근저당권을 설정받은 J, K에게 부탁하여, 2018. 8. 24. 이 사건 각 부동산에 설정된 위 R단체, 피고들(위 ④항 기재 각 근저당권), J, K의 각 근저당권을 먼저 말소한 후, 같은 날 (주)S에 채권최고액 2,210,000,000원의 근저당권을 설정하여 준 점, ⑥ 그 후 C은 다시 2017. 12. 30. 피고 A에게 4억 원의 차용증 및 약속어음을 발행해 주고 이 사건 각 부동산에 관하여 이 사건 제1 근저당권을 설정해주고, 피고 B에게 6억 원의 차용증 및 약속어음을 발행해 주고 이 사건 각 부동산에 관하여 이 사건 제2 근저당권을 설정해준 점, ⑦ J, K는 C이 위 ⑤항 기재 각 근저당권을 말소하여 주면 (주)S의 근저당권을 설정한 후 다시 근저당권을 설정해주기로 하였음에도 이를 지키지 않고 대여원리금도 지급하지 않자, J은 서울중앙지방법원 2019카단550호로 대여금채권 2억 원을, K는 서울중앙지방법원 2019카단551호로 대여금채권 3억 원을 각 청구채권으로 주장하면서, 이 사건 각 부동산에 대한 가압류를 신청하여 2019. 8. 26. 각 가압류결정을 받은 점, ⑧ Y 등이 C을 강제집행면탈 등으로 고소한 사건에서 C은 ‘이 사건 각 부동산에 피고들 명의로 이 사건 각 근저당권을 설정한 것은 안경수입대금 등 자금을 차용하면서 설정한 것으로서 금융기관 대환 시 대출금액에 영향을 미치지 않게 하기 위하여 근저당권을 해지하였다가 재설정한 것’이라는 취지로 그 혐의를 부인하였고, 서울북부지방법검찰청 담당검사는 2020. 3. 26. C이 피고들과 공모하여 채무를

면탈할 목적으로 허위의 근저당권을 설정하였다고 판단할 수 없다는 이유로 혐의 없음의 불기소처분을 한 사실, ⑨ C은 평소 지인들로부터 금전을 차용하면서 수기로 차용증을 작성해 왔던 것으로 보이는바 C이 채권자인 피고들, J, K에게 작성해 준 각 차용증을 이례적인 것으로 보기 어려운 점, ⑩ 피고 A은 2019. 6.경 이 사건 각 부동산에 대하여 이 사건 제1 근저당권(청구채권 대여금채권 4억 원)에 기하여 임의경매신청을 하여 N로 임의경매개시결정이 내려졌으며, 이 사건 각 부동산에 관한 이 사건 경매절차에서, 피고 B는 대여원금 6억 원과 이자 등 652,273,972원을, J은 대여금 2억 원을, K는 대여금 3억 원을, 각 채권신고한 점 등을 종합하여 볼 때, 피고들, J, K가 이 사건 각 부동산에 관하여 설정받은 각 근저당권의 피담보채권이 존재하고, 피고들은 이 사건 각 부동산에 설정된 제1순위 근저당권자인 R단체의 대출금채무를 대환하려는 C의 요청으로 2018. 8. 24. 자신들의 기존 근저당권설정등기를 말소하여 주었다가 위 각 말소된 근저당권의 피담보채권에 추가로 대여한 대여금 채권 및 이자를 함께 담보하기 위하여 이 사건 제1, 2 근저당권설정계약을 체결하였다고 봄이 상당하다.

따라서 ‘위 피고들의 위 ④항 기재 각 근저당권 및 J, K의 각 근저당권의 피담보채권은 존재하지 않고 따라서 C이 채무초과 상태에서 이 사건 각 근저당권설정계약을 체결한 것이므로 이는 사해행위에 해당한다’는 취지의 원고의 위 주장은 이유 없다.

3) 소결론

따라서 이 사건 제1, 2 근저당권설정계약이 사해행위에 해당한다고 보기 어려우므로, 원고의 나머지 주장에 관하여는 살필 필요 없이 원고의 피고들에 대한 주위적 청구는 모두 이유 없다.

4. 예비적 청구에 관한 판단

이 사건 각 근저당권설정계약이 통정허위표시라는 점에 관하여 이를 인정할만한 증거가 없고, 오히려 위 ‘3의 다의 2)의 다)항’에서 인정한 바와 같이 피고들은 이 사건 각 근저당권의 채권최고액 상당의 피담보채권을 보유하고 있던 사실이 인정되므로, 원고의 위 주장도 이유 없다.

5. 결론

그렇다면, 원고의 피고들에 대한 이 사건 주위적 청구는 이유 없어 이를 기각할 것인바, 이와 결론을 같이 한 제1심 판결은 정당하므로 원고의 항소를 기각하고, 이 법원에서 변경된 예비적 청구 또한

이유 없어 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 지영난, 판사 박연욱, 판사 이승련

별지1

부동산 목록

1. 서울특별시 중구 대 19.8㎡
2. 서울특별시 중구 대 79.3㎡
3. 서울특별시 중구 ,

[도로명주소 : 서울특별시 중구]

철근콘크리트조 슬래브지붕 5층 영업소 및 주택

1층 78.78㎡

2층 80.56㎡

3층 80.56㎡

4층 80.56㎡

5층 80.56㎡

지하층 24.63㎡

내역 4층 80.56㎡, 5층 80.56㎡ 철근콘크리트슬래브지붕(주택)

별지2

배당금 내역표

사 건	부동산임의경매(종복 :)	
매각 부동산	1. 서울 중구 대 19.8㎡ 2. 서울 중구 대 79.3㎡ 3. 서울 중구 위 지상 건물	
재 권 자		
배당순위	3	3
배당이유	신청채권자, 근저당권자 (2019. 3. 4. 제7013호)	근저당권자 (2019. 3. 4. 제7014호)
배 당 액	372,070,504원	251,478,701원

