

광주고등법원(전주) 2015. 1. 29 선고 2013나3885 판결 [구상금 및 사해행위취소등 청구의 소]

재판경과

광주고등법원(전주) 2015. 1. 29 선고 2013나3885 판결

전주지방법원 2013. 10. 25 선고 2012가합4670 판결

전문

원고, 피항소인 신용보증기금

피고, 항소인 1. B

2. C

변론 종결 2015. 1. 15.

판결 선고 2015. 1. 29.

제1심 판결 전주지방법원 2013. 10. 25. 선고 2012가합4670 판결

주문

1. 제1심 판결을 다음과 같이 변경한다.

가. 원고의 주위적 청구 및 예비적 청구 중 별지 목록 제4, 5항 기재 각 부동산에 관한
근저당권 설정등기 말소청구 부분을 각 각하한다.

나. 피고 B와 A 사이에 별지 목록 기재 각 부동산에 관하여 2012. 4. 30. 체결된 근저당권 설정계약을
취소하고, 피고 B은 A에게 별지 목록 제1 내지 3항 기재 각 부동산에 관하여 전주지방법원
완산등기소 2012. 4. 30. 접수 제20234호로 마친 근저당권 설정등기의 말소등기 절차를 이행하라.

다. 피고 C과 A 사이에 별지 목록 기재 각 부동산에 관하여 2012. 5. 4. 체결된 근저당권설정계약을 취소하고, 피고 C은 A에게 별지 목록 제1 내지 3항 기재 각 부동산에 관하여 전주지방법원 완산등기소 2012. 5. 4. 접수 제20899호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.

2. 소송총비용 중 5%는 원고가, 나머지는 피고들이 각 부담한다.

N

청 구 취 지 및 항 소 취 지

1. 청구취지

가. 주위적 청구취지

(1) 피고 B과 A 사이에 별지 목록 기재 각 부동산에 관하여 2012. 4. 30. 체결된 근저당권설정계약을 취소하고, 피고 B은 A에게 위 각 부동산에 관하여 전주지방법원 완산등기소 2012. 4. 30. 접수 제20234호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.

(2) 피고 C과 A 사이에 별지 목록 기재 각 부동산에 관하여 2012. 5. 4. 체결된 근저당권설정계약을 취소하고, 피고 C은 A에게 위 각 부동산에 관하여 전주지방법원 완산등기소 2012. 5. 4. 접수 제20899호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.

나. 예비적 청구취지

A에게, 피고 B은 별지 목록 기재 각 부동산에 관하여 전주지방법원 완산등기소 2012. 4. 30. 접수 제20234호로 마친, 피고 C은 위 각 부동산에 관하여 같은 등기소 2012. 5. 4. 접수 제20899호로 마친 각 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라(원고는 제1심에서 사해행위취소 및 원상회복을 구하였다가 당심에 이르러 통정허위표시 등에 기한 근저당권설정등기의 말소를 대위하여 구하는 청구를 예비적으로 추가하였다).

2. 항소취지

제1심판결을 취소하고, 원고의 피고들에 대한 청구를 모두 기각한다.

이 유

1. 기초사실

다음 각 사실은 당사자 사이에 다툼이 없거나, 갑 제1 내지 10호증(가시번호 포함)의 각 기재와 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있다.

가. 원고는 A과 사이에, ① 2008. 4. 15. 신용보증원금 127,500,000원, 신용보증기간 2008. 4. 15.부터 2013. 4. 12.까지로 정한 신용보증계약(이하 '제1신용보증'이라 한다)을, ② 2009. 5. 8. 신용보증원금 95,000,000원, 신용보증기간 2009. 5. 8.부터 2010. 5. 7.까지(그 후 2013. 5. 3.까지 연장 합의함)로 정한 신용보증계약(이하 '제2신용보증'이라 한다)을 각 체결하면서, A이 대출은행에 대한 대출금채무를 상환하지 아니하여 원고가 A을 대위하여 대출은행에게 대출원리금을 변제할 경우, A은 원고에게 그 대위변제금액 및 이에 대하여 대위변제일부터 다 갚는 날까지 원고가 정한 지연배상금율(현재까지 연 15%)에 따른 지연손해금과 원고가 A에 대한 구상금채권을 보전하기 위하여 지출한 비용을 지급하기로 약정하였다.

나. 원고는 위 각 계약체결일에 A에게 위와 같은 내용의 각 신용보증서를 발급하여 주었고, A은 2008. 4. 16. 제1신용보증서를 담보로 국민은행으로부터 기업일반자금 150,000,000원을, 2009. 5. 8. 제2신용보증서를 담보로 신한은행으로부터 구매자금 100,000,000원을 각 대출받았다.

다. A이 그가 운영하던 주유소의 사업부진에 따른 자금난으로 위 각 대출금에 대한 이자의 지급을 지체하여 2012. 5. 22.경 신용보증사고가 발생하자, 원고는 2012. 7. 31. 제1신용보증에 기하여 국민은행에게 128,732,383원을, 2012. 7. 17. 제2신용보증에 기하여 신한은행에게 90,833,327원을 각 대위변제하였다.

라. 원고는 2012. 7. 31. 제1신용보증의 대위변제금 중 704,419원을 회수하여, 회수금에 대한 확정손해금은 289원($= 704,419\text{원} \times \text{연 } 15\% \times 1/365\text{일}$)이 발생하였다.

마. A은 2012. 4. 30. 피고 B과 사이에 A 소유의 별지 목록 기재 각 부동산(이하 '이 사건 각

부동산'이라 한다)에 관하여 근저당권설정계약(이하 '이 사건 제1근저당권설정계약'이라 한다)을 체결하고, 피고 B에게 이 사건 각 부동산에 관하여 전주지방법원 완산등기소 2012. 4. 30. 접수 제20234호로 채권최고액 2억 원, 근저당권자 피고 B으로 한 근저당권설정등기를 마쳐 주었다.

바. A은 2012. 5. 4. 피고 C과 사이에 A 소유의 이 사건 각 부동산에 관하여 근저당권설정계약(이하 '이 사건 제2근저당권설정계약'이라 하고, 이 사건 제1근저당권설정계약과 함께 '이 사건 각 근저당권설정계약'이라 한다)을 체결하고, 피고 C에게 이 사건 각 부동산에 관하여 같은 등기소 2012. 5. 4. 접수 제20899호로 채권최고액 3억 원, 근저당권자 피고 C으로 한 근저당권설정등기를 마쳐 주었다.

사. 주식회사 국민은행은 2012. 7. 26. 전주지방법원 K로 '별지 목록 제4, 5항 기재 부동산'에 관하여 임의경매를 신청하였고, 위 법원의 2012. 7. 27.자 임의경매개시결정에 따라 진행된 경매절차(이하 '이 사건 경매절차'라 한다)에서 2013. 3. 28. 임의경매로 인한 매각을 원인으로 위 부동산에 관한 피고들 명의의 근저당권설정등기가 모두 말소되었다.

2. 원고의 주장

가. 주위적 청구

피고들이 A과 사이에 체결한 이 사건 각 근저당권설정계약은 사해행위로서 취소되어야 하고, 피고들은 이에 따른 원상회복으로 A에게 각 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다.

나. 예비적 청구

가사 이 사건 각 근저당권설정계약이 사해행위에 해당하지 않는다고 하더라도, 피고들이 A과 사이에 체결한 이 사건 각 근저당권설정계약은 통정허위표시에 해당하거나 사회질서에 반하는 법률행위로서 무효이고 이에 기하여 마쳐진 각 근저당권설정등기 또한 무효이므로, 원고는 A을 대위하여 피고들에 대하여 위 각 근저당권설정등기의 말소를 구한다.

3. 주위적 청구에 관한 판단

가. 피보전채권의 존재

(1) 위 기초사실에 의하면, 원고는 A에 대하여 구상금 채권 218,861,580원{= (제1신용보증

대위변제금 128,732,383원 - 회수금 704,419원 + 확정손해금 289원) + 제2신용보증 대위변제금 90,833,327원) 및 이에 대한 지연손해금 채권을 가지고 있다.

(2) 채권자취소권에 의하여 보호될 수 있는 채권은 원칙적으로 사해행위라고 볼 수 있는 행위가 이루어지기 전에 발생되어야 하지만, 사해행위 당시에 이미 채권성립의 기초가 되는 법률관계가 발생되어 있고, 가까운 장래에 그 법률관계에 기하여 채권이 성립되리라는 점에 대한 고도의 개연성이 있으며, 실제로 가까운 장래에 그 개연성이 현실화되어 채권이 성립된 경우에는 그 채권도 채권자취소권의 피보전채권이 될 수 있다(대법원 2008. 5. 15. 선고 2008다2777 판결 등 참조). 위 기초사실 및 이에 거시된 각 증거를 종합하면, 이 사건 제1근저당권설정계약 체결일인 2012. 4. 30. 및 이 사건 제2근저당권설정계약 체결일인 2012. 5. 4. 당시 원고의 A에 대한 구상금채권은 아직 발생하지 않았으나, 구상금채권 성립의 기초가 되는 이 사건 제1, 2신용보증계약이 이미 체결되어 있었고, 이 사건 각 근저당권설정계약 체결일로부터 불과 얼마 지나지 아니한 시점인 2012. 5. 22. 보증사고가 발생하였는바, 이 사건 각 근저당권설정계약 체결 당시 가까운 장래에 이 사건 제1, 2신용보증계약에 따른 구상금채권이 성립할 것이라는 고도의 개연성이 있었고, 그 후 가까운 장래에 그 개연성이 현실화되어 원고의 국민은행에 대한 2012. 7. 31.자 대위변제 및 신한은행에 대한 2012. 7. 17.자 대위변제에 따라 원고의 A에 대한 구상금채권이 성립하였으므로, 위 구상금채권은 채권자취소권의 피보전채권이 된다.

나. 사해행위 및 사해의사

(1) A의 적극재산 (가) 이 사건 제1근저당권설정계약(2012. 4. 30.) 당시 A의 적극재산은 아래 표의 기재와 같다.

1	전주시 완산구 L대 500㎡ 중 832분의 500	101,262,019	별지 제1항 부동산
2	같은 구 L 지상 건물	4,368,000	별지 제2항 부동산
3	같은 구 M대 150㎡ 중 832분의 500	30,378,605	별지 제3항 부동산
4	같은 구 N 대 207.6㎡	107,952,000	별지 제4항 부동산
5	같은 구 N 지상 건물	140,440,380	별지 제5항 부동산
6	같은 구 외 2필지	1,383,000,000	매매대금 잔금채권
7	신한은행 예금채권	1,206,306	을 제10호증의 1
8	전북은행 예금채권	1,359,599	을 제10호증의 2

1	전주시 완산구 L대 500㎡ 중 832분의 500	101,262,019	별지 제1항 부동산
9	전북은행 예금채권	1,066,134	을 제9호증
10	국민은행 예금채권	18,919,617	을 제10호증의 7
11	우체국 예금채권	1,933,668	을 제15호증
합계	1,791,886,328		

(나) 이 사건 제2근저당권설정계약(2012. 5. 4.) 당시 A의 적극재산은 아래 표의 기재와 같다.

1	전주시 완산구 L대 500㎡ 중 832분의 500	101,262,019	별지 제1항 부동산
2	같은 구 L 지상 건물	4,368,000	별지 제2항 부동산
3	같은 구 M대 150㎡ 중 832분의 500	30,378,605	별지 제3항 부동산
4	같은 구 N대 207.6㎡	107,952,000	별지 제4항 부동산
5	같은 구 N 지상 건물	140,440,380	별지 제5항 부동산
6	같은 구 외 2필지	1,383,000,000	매매대금 잔금채권
7	신한은행 예금채권	10,151,387	을 제10호증의 1
8	전북은행 예금채권	3,278,216	을 제10호증의 2
9	전북은행 예금채권	6,234,134	을 제9호증
10	국민은행 예금채권	25,517,302	을 제10호증의 7
11	우체국 예금채권	1,933,668	을 제15호증
합계	1,814,515,711		

(다) A이 2012. 4. 25.경 위 적극재산 중 P외 2필지 토지(위 각 표의 제6항 기재)를 유한회사 골든개발에게 1,533,000,000원에 매도한 사실은 당사자 사이에 다툼이 없는바, 피고들은 적극재산으로서 위 토지의 시가를 1,533,000,000원(전체 매매대금) 또는 1,383,000,000원(계약금 1억 5,000만 원을 제외한 잔금)으로 산정하고 있는 반면에, 원고는 1,383,000,000원(잔금)으로 산정하고 있다.

피고들은, A이 위 계약금을 지급받아 그 무렵 피고 B에 대한 채무 200,000,000원 중 9,900,000원을 변제하고, E에 대한 채무 10,000,000원 중 5,000,000원을 변제하고, 전북은행에

대한 31,281,824원의 마이너스 대출채무를 변제하였으며(전북은행에 대하여는 마이너스 대출채무가 모두 상환되어 예금채권이 1,359,599원이 됨), 기타 다른 채무를 변제하였다고 주장한다.

그런데, A의 전북은행에 대한 채무는 이미 위 대출채무 변제 부분을 고려하여 원고의 청구에 의하더라도 적극재산으로서 2012. 4. 30.경의 전북은행에 대한 예금채권을 1,359,599원으로 산정하고 있고, 한편 아래 소극재산 부분에서 보는 바와 같이 원고는 2015. 1. 8.자 준비서면에서 최종적으로 A의 피고 B 및 E에 대한 채무에 관하여 피고들 주장의 위 각 변제금을 공제한 나머지 금액만을 소극재산으로 산정하고 있으므로, 이 부분은 원고의 청구금액에 이미 반영되어 있다고 할 것이다. 한편 피고들은 A이 위 각 변제 부분을 제외한 나머지 계약금으로 다른 채무를 변제하였다고 주장하기만 할 뿐 원고가 주장하는 아래의 소극재산 채무 중 변제한 금액이 있는지 여부는 밝히지 못하고 있으므로, 결국 위에서 인정된 각 변제 부분을 제외한 나머지 계약금 부분은 원고가 이 사건 사해행위취소 소송에서 A의 소극재산으로 들고 있지 아니한 별도의 채무의 변제에 사용되었다고 볼 수밖에 없으므로, 이 사건 각 근저당권설정계약 체결 당시 위 토지의 가액은 총 매매대금 1,533,000,000원 중 계약금 150,000,000원을 공제한 잔금인 1,383,000,000원 상당이라고 볼 것이다(설령 위 토지의 가액을 1,533,000,000원으로 산정하여 적극재산에 포함시킨다고 하더라도 아래에서 보는 바와 같이 채무초과 상태라는 결론에는 영향을 미치지 아니한다).

(라) 또한 피고들은, A이 이 사건 각 근저당권설정계약 체결 이전에 71,167,237원 상당의 유류를 구입하여 보유하고 있었으므로, 위 금액이 적극재산에 포함되어야 한다고 주장한다.

살피건대, 피고들은 A이 이 사건 각 근저당권설정계약 체결 이후에 위와 같이 구입한 유류를 어디에 처분하였는지 및 이를 처분하면서 수령한 유류대금은 어디에 소비하였는지에 관하여 아무런 자료를 제출하지 못하고 있는 점에 비추어 보면, 을 제12호증의 1 내지 8의 각 기재만으로는 A이 이 사건 각 근저당권설정계약 체결 당시 위 금액 상당의 유류를 보유하고 있었다는 점을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 피고들의 위 주장은 받아들이지 아니한다(설령 위 71,167,237원 상당의 유류를 적극재산에 포함시킨다고 하더라도 아래에서 보는 바와 같이 채무초과 상태라는 결론에는 영향을 미치지 아니한다).

(2) A의 소극재산 (가) 이 사건 제1근저당권설정계약(2012. 4. 30.) 및 제2근저당권설정계약(2012.

5. 4.) 당시 A의 소극재산은 아래 표의 기재와 같다.1)

1	국민은행	299,725,988	을 제10호증의 7
2	신용보증기금(원고)	218,861,291	갑 제11호증의 4
3	E	5,000,000	원금 1억 원에서 피고들 주장의 변제액 500만 원을 공제
4	국민카드	1,913,320	갑 제14호증
5	F	20,000,000	갑 제11호증의 9
6	G	5,000,000	갑 제11호증의 11
7	신한카드	7,697,810	갑 제14호증
8	하나은행	17,429,863	을 제10호증의 3
9	H	10,000,000	을 제11호증의 14
10	피고 B	190,100,000	원금 2억 원에서 피고들 주장의 변제액 990만 원을 공제
11	피고 C	798,378,0822) 차용금 원금 3억 원 및 원고가 산정하는 바에 따른 1998. 7. 1.부터 2012. 4. 30.까지 연 12%의 비율에 의한 이자 및 지연손해금의 합산액(을 제4호증의 기재에 의하면, 변제기인 2012. 1. 31. 다음날부터는 연 25%의 지연손해금이 가산되어 위 금액보다 증가하나, 원고가 산정하는 바에 따름), 한편 원고는 2014. 12. 3.자 준비서면까지는 소극재산에 A의 피고 C에 대한 차용금 채무를 원금 3억 원만 계상하였다가, 2015. 1. 8.자 준비서면에서는 원금과 더불어 위와 같이 이자 및 지연손해금을 합산한 금액을 계상하고 있는데, 이에 대하여 피고들은 명백히 다투지 아니하고 있다.	을 제4호증
12	전북은행 서진로지점	633,000,000	2014. 4. 24.자 사실조회회신
13	전북은행 삼천동지점	19,950,620	2014. 11. 10.자 사실조회회신

1	국민은행	299,725,988	을 제10호증의 7
14	삼성카드	27,362,697	갑 제14호증
15	외환카드	7,500,000	2014. 11. 19.자 사실조회회신
16	롯데카드	7,126,700	갑 제14호증
17	하나에스케이카드	1,259,038	갑 제14호증
18	현대캐피탈(주)	27,703,192	갑 제14호증
19	신한은행	10,171,834	갑 제3호증의2, 갑 제5호증의 2
20	전주농업협동조합	2,133,624	2014. 11. 10.자 사실조회회신
합계	2,310,314,059		

(나) 원고는, A의 D에 대한 임대차보증금 반환채무 3,000만 원을 소극재산에 포함시키고 있으나, 갑 제8호증의 5, 갑 제11호증의 3의 각 기재와 변론 전체의 취지를 종합하면, D(임차인)이 2006. 10. 10. 그의 모 Q(임대인)와 사이에 별지 목록 제5항 기재 부동산 중 일부에 관하여 임대차보증금을 3,000만 원으로 정하여 임대차계약을 체결하였다는 내용의 임대차계약서가 작성되어 있는 사실, 위 부동산은 Q로부터 2009. 1. 22. D의 동생인 A에게 증여를 원인으로 소유권이전등기가 마쳐진 사실을 인정할 수 있는바, D과 A은 모두 Q의 자녀인 점, 위 임대차계약 체결 당시 D이 Q에게 임대차보증금 3,000만 원을 지급하였다는 점을 인정할 자료가 없는 점, 위 임대차계약서는 이 사건 경매절차에서 권리신고 및 배당요구신청서의 첨부서류로 제출되었는데 임대차계약서 체결일이 2006. 10. 10.임에도 이 사건 경매절차가 개시되기 직전인 2012. 4. 27.자로 확정일자를 받아둠으로써 가장임대차일 가능성을 배제할 수 없는 점 등을 고려하면, D과 Q 사이에 작성된 위 임대차계약서의 기재를 그대로 믿기 어려우므로, 원고 주장의 이 부분 임대차보증금 반환채무는 A의 소극재산에 포함시키지 아니한다.

(3) 사해행위의 성립 앞서 본 바와 같이 이 사건 각 근저당권설정계약 체결 당시 A의 소극재산이

적극재산을 초과하여 A은 채무초과 상태에 있었다고 할 것이다(설령 피고들의 주장과 같이 A의 적극재산으로서 전주시 완산구 ○ 외 2필지 토지의 가액을 1,533,000,000원으로 산정하고, 71,167,237원 상당의 유류를 적극재산에 포함시킨다고 하더라도 소극재산이 적극재산을 초과함이 계산상 명백하다).

위와 같이, A이 채무초과 상태에서 피고들과 사이에 이 사건 각 근저당권설정계약을 체결하고 각 근저당권설정등기를 마쳐준 것은 다른 일반채권자들의 공동담보를 감소시키는 사해행위에 해당하고, A의 사해의사도 인정된다고 할 것이며, 수익자인 피고들의 악의는 추정된다고 할 것이다.

다. 피고들의 선의 항변에 대한 판단

(가) 피고들의 주장 피고 B은, 자신이 2005. 6. 30. A에게 2억 원을 이자 연 12%, 변제기 2011. 12. 31., 지연이자 연 25%로 정하여 대여하였는데, 2007. 8. 27.까지 합계 9,000,000원의 이자를 지급받지 못하여, 같은 날 A과 사이에, A은 주유소 매매시 미지급된 이자 9,000,000원을 통장으로 입금하고, 최우선적으로 근저당권을 설정하며, 이자는 2007. 8. 27.부터 2011. 3.까지는 매월 1,000,000원, 2011. 4.부터는 매월 900,000원으로 조정하기로 하는 내용의 약정을 체결하였고, 위 약정에 따라 이 사건 각 부동산에 관하여 근저당권설정등기를 마쳤으므로, 이 사건 제1근저당권설정계약 체결 당시 A의 채무초과 사실을 알지 못하였다고 주장한다.

피고 C은, 자신이 1995. 3. 17.부터 J주유소라는 상호로 주유소를 운영하던 중 동생인 피고 A에게 1998. 7. 1. 위 주유소를 양도하였고, A은 위 주유소 양도대금 3억 원에 대하여 이자 연 12%, 변제기 2012. 1. 31., 지연이자 연 25%로 정한 차용증을 작성하여 피고 C에게 교부하였는데, 위 양도대금을 변제하지 못하자 이 사건 각 부동산에 관하여 근저당권설정등기를 마쳤으므로, 이 사건 제2근저당권설정계약 체결 당시 A의 채무초과 사실을 알지 못하였다고 주장한다.

(나) 판단 살피건대, 앞서 본 바와 같이 이 사건 각 근저당권설정계약은 보증사고가 발생한 2012. 5. 22. 직전에 체결된 점, 피고들이 주장하는 A에 대한 각 채권의 변제기까지 A으로부터 대여금 또는 양도대금을 변제받지 못함으로써 A의 재산상태가 좋지 않다는 사실을 알 수 있었을 것으로 보이는 점, 피고 C은 A의 누나인 점 등에 비추어 보면, 피고들이 A에 대하여 위와 같이 채권을 가지고 있다는 사정 및 을 제1 내지 5호증의 각 기재만으로는 피고들이 이 사건 각 근저당권설정계약 체결 당시 A의

채무초과 사실을 알지 못하였다는 점을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 피고들의 위 항변은 모두 이유 없다.

라. 사해행위취소 및 원상회복

(1) 별지 목록 제1 내지 3항 기재 각 부동산에 관하여 이 사건 각 근저당권설정계약 중 별지 목록 제1 내지 3항 기재 각 부동산에 관한 부분은 사해행위로서 취소되어야 하고, 이에 따른 원상회복으로 피고들은 위 각 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다.

(2) 별지 목록 제4, 5항 기재 각 부동산에 관하여 근저당권설정등기의 말소등기절차의 이행을 구하는 소송 도중에 그 근저당권설정등기가 경락을 원인으로 하여 말소된 경우에는 더 이상 근저당권설정등기의 말소를 구할 법률상 이익이 없는바(대법원 2013. 4. 26. 선고 2011다37001 판결 등 참조), 위 기초사실에서 본 바와 같이 별지 목록 제4, 5항 기재 각 부동산에 관하여 마쳐진 피고들 명의의 각 근저당권설정등기는 이 사건 경매절차에서 2013. 3. 28. 임의경매로 인한 매각을 원인으로 말소되었으므로, 원고는 더 이상 위 각 부동산에 관한 피고들 명의의 각 근저당권설정등기의 말소를 구할 법률상 이익이 없다고 할 것이다.

그러나, 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. 그리고 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 있다고 할 것이므로(위 대법원 2011다37001 판결 등 참조), 위와 같이 별지 목록 제4, 5항 기재 각 부동산에 관한 피고들

명의를 근저당권설정등기가 이미 말소된 상태에 있다고 하더라도 이 사건 각 근저당권설정계약 중 별지 목록 제4, 5항 기재 각 부동산에 관한 부분은 사해행위로서 취소되어야 할 것이다.

4. 예비적 청구에 관한 판단

원고는 예비적 청구로서 통정허위표시 등에 기하여 근저당권설정등기의 말소를 구하고 있는바, 주위적 청구 부분에서 살펴본 바와 같이 별지 목록 제4, 5항 기재 각 부동산에 관한 근저당권설정등기의 말소청구 부분은 이미 말소된 근저당권을 대상으로 한 것으로서 부적법하므로, 예비적 청구로서 이에 관한 말소를 구하는 청구 역시 부적법하다고 할 것이다.

5. 결론

그렇다면 원고의 피고들에 대한 주위적 청구 및 예비적 청구 중 별지 목록 제4, 5항 기재 각 부동산에 관한 근저당권설정등기의 말소청구 부분은 부적법하여 각하하고, 이 사건 각 부동산에 관한 사해행위취소를 구하는 청구 및 별지 목록 제1 내지 3항 기재 각 부동산에 관한 근저당권설정등기의 말소등기절차의 이행을 구하는 주위적 청구는 이유 있어 인용할 것인바, 제1심판결은 이와 결론을 달리 하여 부당하므로, 제1심판결을 위와 같이 변경하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장판사이원형

판사이영호

판사고권홍

별지

1) 아래의 표는 2012. 4. 30. 당시를 기준으로 한 것인데, 2012. 5. 4.을 기준으로 하면 이자 또는 지연손해금으로 인하여 소극재산이 더 늘어날 것이나, 원고 스스로 위 기간 사이에 증가된 이자 또는 지연손해금은 액수가 크지 아니하여 2012. 4. 30.을 기준으로 한 소극재산만을 산정하여 2012. 5. 4.을 기준으로 한 소극재산도 이에 준한다는 취지로 진술하고 있으므로, 원고의 위 방식에 따르기로 한다.

2) 차용금 원금 3억 원 및 원고가 산정하는 바에 따른 1998. 7. 1.부터 2012. 4. 30.까지 연 12%의

비율에 의한 이자 및 지연손해금의 합산액(을 제4호증의 기재에 의하면, 변제기인 2012. 1. 31. 다음날부터는 연 25%의 지연손해금이 가산되어 위 금액보다 증가하나, 원고가 산정하는 바에 따름), 한편 원고는 2014. 12. 3.자 준비서면까지는 소극재산에 A의 피고 C에 대한 차용금 채무를 원금 3억 원만 계상하였다가, 2015. 1. 8.자 준비서면에서는 원금과 더불어 위와 같이 이자 및 지연손해금을 합산한 금액을 계상하고 있는데, 이에 대하여 피고들은 명백히 다투지 아니하고 있다.