

서울고등법원 2022. 7. 6 선고 2022나2008991 판결 [구상금 등 청구의 소]

재판경과

서울고등법원 2022. 7. 6 선고 2022나2008991 판결

서울중앙지방법원 2022. 1. 28 선고 2021가합511831 판결

전문

원고, 항소인 한국무역보험공사

소송대리인 법무법인 기풍

담당변호사 송명근

피고, 피항소인 C

소송대리인 변호사 장낙환

변론 종결 2022. 6. 8.

판결 선고 2022. 7. 6.

제1심판결 서울중앙지방법원 2022. 1. 28. 선고 2021가합511831 판결

주문

1. 제1심판결 중 피고에 대한 부분을 취소한다.

2. 가. 제1심 공동피고 B와 피고 사이에 별지 목록 기재 각 부동산에 관하여 2020. 4. 29. 체결된
근저당권설정계약을 취소한다.

나. 피고는 원고에게 200,000,000원 및 이에 대하여 이 판결 확정 다음 날부터 다 갚는 날까지 연

5%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.

3. 원고와 피고 사이에 생긴 소송 총비용은 피고가 부담한다.

N

청 구 취 지 및 항 소 취 지

주문 제1, 2항과 같다(제1심판결 중 제1심 공동피고 주식회사 A, B, D에 대한 부분은 원고와 제1심 공동피고 주식회사 A, B 모두 각 패소 부분에 대하여 항소하지 않아 그대로 분리·확정되었다. 이하 위 제1심 공동피고들을 가리킬 때에는 '제1심 공동피고' 기재를 생략한다).

이 유

1. 기초사실

가. 신용보증약정의 체결

- 1) 원고는 2018. 9. 3.경 주식회사 A(이하 'A'이라 한다)과 신용보증한도 408,000,000원(이후 391,000,000원, 374,000,000원으로 차례로 변경되었다), 보증채무최고액 530,400,000원(이후 508,300,000원, 486,200,000원으로 차례로 변경되었다), 보증기간 2018. 8. 25.부터 2019. 8. 23.까지(이후 종료일이 2020. 8. 22., 2021. 8. 20.로 차례로 변경되었다)로 정한 수출신용보증약정(이하 변경된 부분을 포함하여 위 수출신용보증약정을 '이 사건 신용보증약정'이라 한다)을 체결하고, A에 신용보증서를 발급해주었다. A은 2018. 9. 19.경 주식회사 E(이하 '주식회사' 기재는 모두 생략한다)에 위 신용보증서를 대출금 5억 원에 관한 담보로 교부하였다.
- 2) A의 사내이사이자 대표자인 B은 이 사건 신용보증약정 체결 당시 A의 원고에 대한 위 신용보증약정상의 채무를 연대보증하였다.
- 3) 이 사건 신용보증약정에 의하면, 원고가 보증채무를 이행한 경우 채무자인 A과 연대보증인인 B은

원고에게 보증채무 원금 및 약정이자, 보증채무 이행으로 원고가 취득한 권리의 보전·이전·행사에 소요된 합리적 비용을 상환하여야 하고, 이를 상환하지 아니한 경우 그 금액에 원고가 정하는 납부기한 다음 날부터 상환일까지 원고가 정한 연체이율을 곱하여 계산한 지연손해금을 더하여 상환하여야 한다. 이 사건 신용보증약정 당시 원고가 정한 연체이율은 연 10%이다.

나. 신용보증사고의 발생 및 원고의 대위변제

1) A이 2020년 9월경 E에 2020. 9. 19. 만기가 도래한 265,430,000원의 대출원금, 2020. 9. 28. 만기가 도래한 50,900,000원의 대출원금을 연체함에 따라 이 사건 신용보증약정에서 정한 보증사고(이하 '이 사건 신용보증사고'라 한다)가 발생하였다.

2) 이에 원고는 2021. 2. 1.경 E에 370,080,030원(= 원금 363,910,500원 + 이자 6,169,530원)을 대위변제하였고, 2020. 11. 12. 및 2021. 1. 4. 2회에 걸쳐 채권보전비용으로 1,857,120원(= 478,030원 + 1,379,090원)을 지출한 후 그중 30,549원을 회수하였다.

다. B과 피고의 근저당권설정계약의 체결 등

1) B은 2020. 4. 29. 피고와 별지 목록 기재 각 부동산(이하 '이 사건 부동산'이라 한다)에 관하여 채권최고액 2억 원, 채무자 B, 근저당권자 피고로 하는 근저당권설정계약(이하 '이 사건 근저당권설정계약'이라 한다)을 체결하였고, 2020. 5. 6. 피고에게 위 근저당권설정계약을 원인으로 한 근저당권설정등기(이하 '이 사건 근저당권설정등기'라 한다)를 마쳐주었다.

2) 그 후 D이 2020. 10. 16. B으로부터 1,550,000,000원에 이 사건 부동산을 매수하여 2020. 10. 23. 위 부동산에 관한 소유권이전등기를 마치면서, 이 사건 근저당권설정등기는 같은 일자 해지를 원인으로 말소되었다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 8호증, 을가 제7, 12호증(가지번호 있는 것은 각 가지번호 포함, 이하 같다)의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 본안전항변에 관한 판단

가. 피고의 주장

B은 2020. 10. 23. D에게 이 사건 부동산에 관한 소유권이전등기를 마쳐주면서 D으로부터 받은 매매대금으로 피고에게 이 사건 근저당권설정등기의 채권최고액인 2억 원을 지급하였고, 이에 따라

이 사건 근저당권설정등기는 2020. 10. 23.자 해지를 이유로 말소되었으므로, 원고에게는 이 사건 근저당권설정계약을 사해행위로 취소할 소의 이익이 없다. 따라서 이 사건 소는 부적법하다.

나. 판단

1) 채무자와 수익자 사이의 근저당권설정계약이 사해행위인 이상 그 근저당권 실행에 따른 경매절차에서 타인이 소유권을 취득함으로써 근저당권설정등기가 말소되었다고 하더라도 수익자로 하여금 근저당권자로서 배당을 받게 하는 것은 민법 제406조 제1항의 취지에 반하므로, 수익자에게 그와 같은 부당한 이득을 보유시키지 않기 위하여 그 근저당권설정등기로 말미암아 해를 입게 되는 채권자는 근저당권설정계약의 취소를 구할 이익이 있다(대법원 1997. 10. 10. 선고 97다8687 판결 등 참조). 한편 채무자가 사해행위로 인한 근저당권 실행으로 경매절차가 진행 중인 부동산을 매각하고, 그 대금으로 근저당권자인 수익자에게 피담보채무를 변제함으로써 그 근저당권설정등기가 말소된 경우에 위와 같은 변제는 특별한 사정이 없는 한 근저당권의 우선변제권에 기하여 일반 채권자에 우선하여 된 것이라고 봄이 타당하므로 수익자로 하여금 근저당권 말소를 위한 변제 이익을 보유하게 하는 것은 부당하다. 따라서 이 경우 근저당권설정등기로 말미암아 해를 입게 되는 채권자는 원상회복을 위하여 사해행위인 근저당권설정계약의 취소를 구할 이익이 있다(대법원 2012. 11. 15. 선고 2012다65058 판결, 대법원 2015. 4. 23. 선고 2014다82118 판결 등 참조).

2) 이 사건 근저당권설정등기가 2020. 10. 23. 말소된 사실은 앞서 본 바와 같다. 그러나 위 법리에 비추어 보면, 비록 이 사건 근저당권설정등기가 말소되었다고 하더라도 아래에서 보는 바와 같이 그 기초가 된 이 사건 근저당권설정계약이 사해행위에 해당하고, 피고 스스로 이 사건 근저당권설정등기의 말소 대가로 B으로부터 2억 원을 지급받은 사실을 자인하고 있는 이상, 수익자인 피고로 하여금 그로 인한 이익을 보유하게 하는 것은 부당하다. 따라서 채권자인 원고에게는 그 원상회복을 위하여 사해행위인 이 사건 근저당권설정계약의 취소를 구할 이익이 있다. 피고의 위 본안전항변은 이유 없다.

3. 청구원인에 관한 판단

가. 채권자취소권의 발생

1) 피보전채권의 존재 가) 관련법리

채권자취소권에 의하여 보호될 수 있는 채권은 원칙적으로 사해행위라고 볼 수 있는 행위가 이루어지기 전에 발생되어야 한다. 다만, 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 있고, 여기서 채권이 성립되리라는 점에 대한 고도의 개연성은 채권자와 채무자 사이의 기초적 법률관계의 내용, 채무자의 재산 상태 및 그 변화 내용, 일반적으로 그와 같은 상태에서 채권이 발생하는 빈도 및 이에 대한 일반인의 인식의 정도 등 여러 가지 사정을 종합하여 객관적으로 판단하여야 한다(대법원 2012. 2. 23. 선고 2011다76426 판결, 대법원 2016. 8. 29. 선고 2016다224947 판결 등 참조).

나) 판단

이 사건 근저당권설정계약이 체결되기 전인 2018. 9. 3.경 원고의 B에 대한 연대보증채권 성립의 기초가 되는 이 사건 신용보증약정 및 연대보증약정이 체결되어 있었고, 이후 실제로 신용보증사고가 발생하여 원고가 E에 A의 채무 370,080,030원을 대위변제한 사실은 앞서 본 바와 같다.

나아가 갑 제9, 10호증, 을가 제1호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지를 종합하여 알 수 있는 다음 사정에 비추어 보면, 이 사건 근저당권설정계약 체결 당시 A의 재정상태가 악화되어 가까운 장래에 원고의 B에 대한 연대보증채권이 성립할 고도의 개연성이 있었고, 이후 이 사건 신용보증사고가 발생하여 원고가 A의 대출금채무를 대위변제한함으로써 그 개연성이 현실화되었다고 봄이 타당하다. 따라서 원고의 B에 대한 연대보증채권은 이 사건 근저당권설정계약을 취소 대상으로 하는 채권자취소권의 피보전채권이 될 수 있다.

① A의 2017년도 매출액은 3,648,000,000원, 2018년도 매출액은 3,519,000,000원이었던 반면, 2019년도 매출액은 818,000,000원으로 급감하였고, 2017년도 영업이익은 189,000,000원, 2018년도 영업이익은 226,000,000원이었던 반면, 2019년도 영업이익은 적자로 전환되어 손실이 285,000,000원이었으며, 순이익도 2017년도 20,000,000원, 2018년도 23,000,000원에서 2019년도 9,000,000원으로 감소하였고, 매출액증가율 역시 2017년도 25.91%, 2018년도 -3.52%에서 2019년도 -76.74%로 감소하였다. 이에 의하면 A은 2019년경부터 극심한 재무상태

악화를 겪다가 계속되는 사업부진으로 사실상 휴·폐업 상태에 이르렀던 것으로 보인다.

② 이처럼 A의 경영악화는 2019년경부터 지속되어 왔던 것으로 보이는데, 결국 이 사건 근저당권설정계약 체결일인 2020. 4. 29.로부터 불과 약 5개월이 경과한 2020년 9월경 사업부진 등을 이유로 대출만기 연장이 거부됨에 따라 이 사건 신용보증사고가 발생하였다.

③ 피고는, A의 매출이 2019년경 급감한 것은 2018년경부터 티타늄 합금 사업을 새로이 추진하였기 때문일 뿐이고, A은 2020년 7월경 티타늄 합금을 수입하여 같은 해 8월경 이를 국내 기업에 판매함으로써 이 사건 신용보증사고 발생 전후로 E에 대출금 일부를 변제하는 등, 이 사건 근저당권설정계약 체결 무렵 A의 자금난은 심각하지 않았다고 주장한다.

을가 제21호증의 기재에 의하면, A은 2020. 7. 25.경 티타늄 합금 4,918kg을 수입하여 2020. 8. 13.경 주식회사 N에 그중 4,837kg을 186,224,500원에 판매한 사실, 2020. 10. 8.경 티타늄 합금 945kg을 수입하여 2020. 10. 13.경 주식회사 N에 위 945kg을 37,422,000원에 판매한 사실은 인정된다. 그러나 앞서 본 바와 같이 A의 재정상황이 지속적으로 심각하게 악화되어 온 점, 위 액수 상당의 매출만으로 A이 자금난에서 벗어날 수 있었다고 보기 어려운 점, 앞서 인정한 사실은 A이 티타늄 합금을 몇 차례 수입하여 판매한 것을 나타낼 뿐으로, A이 티타늄 합금 사업을 위해 어떠한 투자를 한 것으로 보이지는 않고, 달리 그 투자에 관한 객관적인 자료가 제출되지도 않은 점 등에 비추어 보면, 위 인정사실 및 피고가 제출하는 증거만으로는 피고의 위 주장을 받아들이기 어렵다.

2) B의 채무초과 가) 관련법리

(1) 재판상의 자백은 상대방의 동의가 없는 경우에는 자백을 한 당사자가 그 자백이 진실에 부합되지 않는다는 사실과 자백이 착오에 기인한다는 사실을 증명한 경우에만 이를 취소할 수 있는 것이기는 하나, 증거에 의하여 자백이 진실과 부합되지 않는 사실이 증명되고 변론 전체의 취지에 의하여 그 자백이 착오에 기인한 것으로 인정되는 경우에는 법원은 자백의 취소를 허용하여야 한다(대법원 1991. 8. 27. 선고 91다15591, 15607 판결 등 참조).

(2) 채무자의 재산처분행위가 사해행위가 되기 위해서는 그 행위로 말미암아 채무자의 총 재산의 감소가 초래되어 채권의 공동담보에 부족이 생기게 되어야 하는 것, 즉 채무자의 소극재산이 적극재산보다 많아지거나 채무초과상태가 심화되어야 하는 것이다. 이러한 채무자의 무자력 여부는

사해행위 당시를 기준으로 판단하여야 한다(대법원 2009. 10. 29. 선고 2009다47852 판결, 대법원 2015. 11. 26. 선고 2015다48825 판결 등 참조), 채무자가 양도한 목적물에 담보권이 설정되어 있는 경우라면 그 목적물 중에서 일반채권자들의 공동담보에 제공되는 책임재산은 피담보채권액을 공제한 나머지 부분만이라 할 것이고 그 피담보채권액이 목적물의 가격을 초과하고 있는 때에는 당해 목적물의 양도는 사해행위에 해당한다고 할 수 없는데, 여기서 공동저당권이 설정되어 있는 수 개의 부동산 중 일부가 양도된 경우에 있어서의 그 피담보채권액은 특별한 사정이 없는 한 민법 제368조의 규정 취지에 비추어 공동저당권의 목적으로 된 각 부동산의 가액에 비례하여 공동저당권의 피담보채권액을 안분한 금액이라고 보아야 한다(대법원 2003. 11. 13. 선고 2003다39989 판결 등 참조).

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 등 참조).

나) 판단

피고는 제1심 제1차 변론기일에서 B이 이 사건 근저당권설정계약 체결 당시 채무초과 상태에 있었던 사실은 인정한다고 진술함으로써 이를 자백하였다.

이에 대해 피고는 당심에서 2022. 4. 25.자 준비서면을 통해, B은 이 사건 근저당권설정계약 체결 당시 채무초과 상태가 아니었음에도 채무초과 상태에 있었다고 자백하였으므로 이는 명백히 진실에 어긋난 자백이고, 이 사건 신용보증사고 발생 전 B이 원고를 비롯한 금융기관들에 대한 A의 구상금채무를 연대보증한 사실 자체만으로 채무가 발생하였다고 착각한 데 기인한 것이므로, 위 자백을 취소한다고 주장한다.

그러나 피고가 제출하는 증거만으로는 B의 채무초과에 관한 피고의 위 자백이 진실에 어긋나고 착오로 말미암은 것이라고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 오히려 아래의 인정사실에

의하면 이 사건 근저당권설정계약 체결 무렵 B의 소극재산이 적극재산을 초과함이 계산상 분명하므로, B은 당시 채무초과 상태에 있었다고 판단된다. 피고의 자백 취소 주장은 받아들일 수 없다.

(1) 적극재산

앞서 든 증거, 을가 제22호증, 을나 제4호증의 각 기재, 제1심법원의 법원행정처장에 대한 사실조회결과 및 변론 전체의 취지를 종합하면, B은 이 사건 근저당권설정계약 체결 무렵 시가 합계 1,603,980,000원¹⁾의 이 사건 부동산을 소유하고 있었던 사실, 당시 이 사건 부동산을 공동담보로 하여 채권최고액 1,254,000,000원, 채무자 B, 근저당권자 H은행인 근저당권설정등기가 경료되어 있던 사실(이 사건 부동산 이외에 다른 공동담보는 없었다), 위 근저당권의 피담보채무액은 이 사건 근저당권설정계약 체결 무렵 1,039,000,000원이었던 사실을 인정할 수 있다.

앞서 본 법리에 의하면 이 사건 부동산 중 B의 일반채권자들의 공동담보에 제공되는 책임재산은 위 근저당권의 피담보채권액을 공제한 나머지 부분이므로, B은 이 사건 근저당권설정계약 체결 당시 적극재산으로 564,980,000원(= 1,603,980,000원 - 1,039,000,000원) 상당의 이 사건 부동산을 소유하고 있었다(한편 을가 제19호증의 기재에 의하면, B이 이 사건 근저당권설정계약 체결 전부터 이 사건 부동산 외에도 용인시 처인구 G 임야 1,983㎡ 중 1,983분의 99 지분을 소유하고 있던 사실은 인정되나, 당시 위 부동산의 시가를 구체적으로 인정할 만한 증거가 제출된 바 없을 뿐 아니라, 위 부동산 중 B이 소유하고 있는 지분 규모를 고려할 때 그 자체로 상당한 재산적 가치가 있다고 보기도 어렵다. 따라서 위 부동산은 B의 채무초과 여부를 판단하는 데 고려하지 아니한다).

(2) 소극재산

다툼 없는 사실, 제1심법원의 F에 대한 금융거래정보제출명령결과 및 변론 전체의 취지를 종합하면, B은 이 사건 근저당권설정계약 체결 무렵 ① 신용보증기금에 대한 보증채무 1,016,453,000원, ② 원고에 대한 보증채무 391,000,000원, ③ O은행에 대한 보증채무 118,491,000원, ④ E에 대한 보증채무 304,800,000원, ⑤ 기업은행에 대한 대출채무 31,989,000원, ⑥ P카드 현금서비스 채무 2,400,000원, ⑦ O카드 현금서비스 채무 7,800,000원의 합계 1,872,933,000원(= 1,016,453,000원 + 391,000,000원 + 118,491,000원 + 304,800,000원 + 31,989,000원 +

2,400,000원 + 7,800,000원)의 채무를 부담하고 있던 사실을 인정할 수 있다[그 외에도 피고는 B이 이 사건 근저당권설정계약 체결 무렵 I에 대한 차용금채무 6,000만 원, Q에 대한 차용금채무 6,700만 원, R에 대한 차용금채무 1,000만 원의 채무 합계 137,000,000원(= 60,000,000원 + 67,000,000원 + 10,000,000원)을 부담하고 있었음을 자인하고 있다].

이에 대해 피고는, 이 사건 신용보증사고 등의 발생으로 인하여 비로소 B의 연대보증채무가 현실화되었으므로 이 사건 근저당권설정계약 체결 당시 소극재산에는 원고를 비롯한 금융기관들에 대한 연대보증채무가 포함되어서는 안 된다고 주장한다. 그러나 앞서 본 법리에 의하면 사해행위 당시 이미 채무 성립의 기초가 되는 법률관계가 성립되어 있고, 가까운 장래에 그 법률관계에 터 잡아 채무가 성립되리라는 점에 대한 고도의 개연성이 있으며, 실제로 가까운 장래에 그 개연성이 현실화되어 채무가 성립된 경우에는 그 채무도 채무자의 소극재산에 포함시켜야 한다. 이 사건 근저당권설정계약이 체결되기 전 원고의 B에 대한 연대보증채권 성립의 기초가 되는 이 사건 신용보증약정이 체결되어 있었고, 이 사건 근저당권설정계약 체결 당시 A의 재정상태가 악화되어 가까운 장래에 원고의 B에 대한 연대보증채권이 성립할 고도의 개연성이 있었으며, 이후 이 사건 신용보증사고가 발생하고 원고가 A의 대출금채무를 대위변제함으로써 그 개연성이 현실화되었음은 앞서 본 바와 같고, B의 신용보증기금, O은행, E에 대한 연대보증채무 역시 마찬가지로 판단되므로, B의 원고 등에 대한 연대보증채무는 소극재산에 포함되어야 한다.

3) 사해행위 및 사해의사 채무초과 상태에 있는 채무자가 그 소유의 부동산을 채권자 중의 어느 한 사람에게 채권담보로 제공하는 행위는 특별한 사정이 없는 한 다른 채권자들에 대한 관계에서 사해행위에 해당한다(대법원 1997. 9. 9. 선고 97다10864 판결 등 참조).

B이 위와 같이 채무초과 상태에서 피고와 이 사건 근저당권설정계약을 체결하고 피고에게 이 사건 근저당권설정등기를 마쳐준 것은 특별한 사정이 없는 한 원고를 비롯한 다른 채권자들에 대한 관계에서 사해행위에 해당한다. B은 채무초과 상태에서 이 사건 근저당권설정계약을 체결함으로써 원고를 비롯한 일반채권자들을 해하게 된다는 사정을 알고 있었다고 봄이 타당하고, 수익자인 피고의 악의는 추정된다.

4) 피고의 선의 항변에 관한 판단 가) 피고의 주장

이 사건 근저당권설정계약은 이 사건 보증사고 발생 약 5개월 전에 체결된 것으로, 피고는 위 계약 체결 당시 이 사건 신용보증약정의 존재 및 B의 연대보증 사실을 알지 못하였다. 피고는 실제로 B에게 돈을 대여해준 채권자로서 위 대여금채권의 보전을 위해 이 사건 근저당권계약을 체결한 것일 뿐, 원고를 비롯한 B의 채권자들을 해하고자 하는 의사는 전혀 없었다. 따라서 피고는 선의의 수익자에 해당한다.

나) 관련법리

사해행위 취소소송에서 채무자의 제3자에 대한 법률행위가 객관적으로 사해행위에 해당하는 경우 수익자의 악의가 추정되므로, 이와 달리 수익자가 그 법률행위 당시 선의였다는 사실은 수익자 스스로 증명할 책임이 있고(대법원 2015. 11. 26. 선고 2015다44472 판결 등 참조), 수익자가 사해행위임을 몰랐다는 사실을 인정함에 있어서는 객관적이고도 납득할 만한 증거자료 등이 뒷받침되어야 한다(대법원 2006. 7. 4. 선고 2004다61280 판결 등 참조).

다) 판단

(1) 을가 제5, 6, 23, 24호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면 다음과 같은 사실은 인정된다.

- ① 피고는 2015. 5. 21. B의 동생 I에게 3억 5,000만 원을 송금하였고, I는 B에게 같은 날 2억 원을, 2015. 5. 22. 1억 5,000만 원을 송금하였다.
- ② 피고는 B에게 2015. 10. 22. 1억 원을, 2016. 11. 18. 5,000만 원을 각 송금하였다.
- ③ B은 2018. 4. 2. 피고에게 5,000만 원을 송금하였다. B은 2019. 11. 1. I에게 5,000만 원을 송금하였고, I는 같은 날 피고에게 5,000만 원을 송금하였다.

(2) 위와 같이 피고와 B 사이에 일정 기간 동안 돈이 오간 내역이 존재하기는 한다. 그러나 앞서 든 증거, 을가 제8호증의 기재 및 변론 전체의 취지를 종합하여 알 수 있는 다음 사정에 비추어 보면, 앞서 인정한 사실과 피고가 제출한 증거만으로는 피고에 대한 악의의 추정을 뒤집고 피고가 사해행위를 알지 못하였다고 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 따라서 피고의 위 항변은 이유 없다.

- ① 피고는 B에게 합계 5억 원에 이르는 거액을 대여하였다고 주장하면서도, 대여 당시 B으로부터

이자를 지급받기로 약정하거나 담보를 제공받지 않았던 것으로 보인다. 피고의 주장에 따르면 피고는 B의 동생인 I의 지인으로서 B와 전혀 모르는 사이였고, A 및 B의 재무 상태에 대하여 잘 알지 못하였다는 것인데, 그와 같은 관계에서 제대로 상환받지 못할 위험을 감수하고 거액의 대여금을 사실상 무이자·무담보로 대여하였다는 것은 쉽게 납득하기 어렵다.

② 피고는 B에게 합계 5억 원을 송금한 때로부터 약 3년 5개월이 경과한 이후인 2020. 4. 29.에 이르러서야 뒤늦게 B와 이 사건 근저당권설정계약을 체결하고 그에 따른 이 사건 근저당권설정등기를 마쳤다. 이 사건 근저당권의 채권최고액은 2억 원으로 피고가 주장하는 잔여 대여원금인 4억 원에도 미치지 못한다. 피고는 이 사건 근저당권설정계약이 뒤늦게 체결된 이유, 이 사건 근저당권의 채권최고액이 피고 주장의 대여금액과 불일치하는 이유 등에 대하여 합리적으로 설명하지 못하고 있다.

③ 피고는 B와 사이에 작성한 2016. 11. 18.자 차용증(을가 제5호증의 1, 이하 '이 사건 차용증'이라 한다)을 제출하였다. 그러나 이 사건 차용증에 의하면 이자를 변제기에 일괄 산정하여 지급하고 변제기 경과 후 부동산 등을 담보로 제공하는 것으로 되어 있어, 그 내용이 상당히 이례적이다. 더욱이 이 사건 차용증이 실제로 이 사건 차용증상의 작성일자인 2016. 11. 18.에 작성되었다고 인정할 만한 객관적인 자료도 없다. 이러한 사정에 비추어 보면 이 사건 차용증을 그대로 신빙하기는 어렵다.

④ 또한 피고는 A을 위하여 2014. 7. 7. S은행에 피고 소유였던 T 소재 아파트에 관하여 채권최고액 7억 8,000만 원, 채무자 A, 근저당권자 S은행으로 한 근저당권설정등기를 경료하여 주기도 하였는데(을가 제8호증), 이에 의하면 피고는 오랜 기간 동안 A 및 B와 이해관계를 형성하고 있었던 것으로 보인다.

나. 원상회복의 방법과 범위

1) 관련법리 근저당권설정계약을 사해행위로서 취소하는 경우 타인이 소유권을 취득하고 근저당권설정등기가 말소되었다면 원물반환이 불가능하므로 가액배상의 방법으로 원상회복을 명하여야 한다(대법원 2011. 2. 10. 선고 2010다90708 판결, 대법원 2018. 6. 19. 선고 2017다270107 판결 등 참조).

2) 판단 B이 D에게, 이 사건 근저당권설정계약 체결 후인 2020. 10. 16. 이 사건 부동산을 매도하고

2020. 10. 23. 이 사건 부동산에 관한 소유권이전등기를 마쳐준 사실, 이 사건 근저당권설정등기가 같은 날 말소된 사실은 앞서 본 바와 같고, 피고가 이 사건 근저당권설정등기 말소 당시 B으로부터 채권최고액인 2억 원을 지급받은 사실은 당사자들 사이에 다툼이 없다. 따라서 이 사건에서는 가액배상의 방법으로 원상회복이 이루어져야 하므로, 피고는 원고에게 위와 같이 B으로부터 지급받은 2억 원 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

다. 소결

이 사건 근저당권설정계약은 사해행위로서 취소되어야 하고, 피고는 사해행위취소에 따른 가액배상으로서 원고에게 위 2억 원 및 이에 대하여 이 판결 확정 다음 날부터 다 갚는 날까지 민법이 정한 연 5%의 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

4. 결론

원고의 피고에 대한 청구는 이유 있어 인용하여야 한다. 제1심판결 중 피고에 대한 부분은 이와 결론을 달리하여 부당하므로, 원고의 항소를 받아들여 이를 취소하고 원고의 피고에 대한 청구를 인용하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

재판장판사김동완

판사배용준

판사정승규

별지

1) 을나 제4호증(감정평가서)에 의하면 이 사건 부동산의 시가는 2020. 10. 19. 기준으로 1,603,980,000원인바, 이 사건 근저당권설정계약 체결일인 2020. 4. 29. 무렵에도 위와 같을 것으로 추정된다.