

서울남부지방법원 2022. 12. 15 선고 2022나51824 판결 [부당이득금 반환]

재판경과

서울남부지방법원 2022. 12. 15 선고 2022나51824 판결

서울남부지방법원 2022. 1. 19 선고 2021가단249111 판결

전 문

원고, 항소인 주식회사 A

피고, 피항소인 B

소송대리인 법무법인 정예

담당변호사 표동광

변론 종결 2022. 11. 10.

판결 선고 2022. 12. 15.

제1심 판결 서울남부지방법원 2022. 1. 19. 선고 2021가단249111 판결

주 문

1. 이 법원에서 추가된 주위적 청구를 포함하여 제1심 판결을 다음과 같이 변경한다.

가. 피고와 주식회사 C 사이에 별지 목록 기재 부동산에 관하여 2019. 9. 6. 체결된
근저당권설정계약을 95,915,590원의 범위 내에서 취소한다.

나. 피고는 원고에게 95,915,590원 및 이에 대하여 이 판결 확정일 다음날부터 다 갚는 날까지 연
5%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.

다. 원고의 나머지 주위적 청구를 기각한다.

2. 소송 총비용은 피고가 부담한다.

N

청 구 취 지 및 항 소 취 지

1. 청구취지

주위적으로, 피고와 주식회사 C 사이에 별지 목록 기재 부동산에 관하여 2019. 9. 6. 체결된 근저당권설정계약을 취소하고, 피고는 원고에게 95,915,590원 및 이에 대하여 이 사건 소장 부분 송달 다음날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.

예비적으로, 피고는 원고에게 95,915,590원 및 이에 대하여 이 사건 소장 부분 송달 다음날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.

2. 항소취지

제1심 판결을 취소한다. 피고는 원고에게 95,915,590원 및 이에 대하여 이 사건 소장 부분 송달 다음날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 비율로 계산한 돈을 지급하라(원고는 제1심에서 부당이득금의 지급을 구하였다가 제1심에서 전부 패소하였는데 항소장에서 주위적 항소취지로 사해행위취소 및 원상회복청구를 하고 있는바, 원고가 당심에서 청구취지를 추가한 것으로 선택한다).

이 유

1. 기초사실

가. 원고의 주식회사 C에 대한 채권

1) 원고는 베아링 제조 및 판매업 등을 영위하는 회사로, 주식회사 C(이하 '채무자 회사'라 한다)과

사이에 체결된 물품거래계약에 기하여 채무자 회사에 물품을 공급하고도 지급받지 못한 물품대금채권을 청구채권(청구금액 158,697,053원)으로 하여 채무자 회사 소유의 별지 목록 기재 부동산(이하 '이 사건 부동산'이라 한다)에 관하여 2019. 4. 5. 서울남부지방법원 2019카단201009호로 가압류결정을 받아 그 가압류등기를 마쳤다.

2) 원고는 2019. 8. 14. 채무자 회사를 상대로 서울남부지방법원 2019차전6639호로 지급명령을 신청하여 2019. 8. 21. "채무자 회사는 원고에게 158,697,053원 및 이에 대하여 2016. 10. 28.부터 2019. 8. 23.까지는 연 6%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라"는 내용의 지급명령을 받았고, 위 지급명령은 2019. 9. 7. 확정되었다.

나. 채무자 회사와 피고 사이의 근저당권설정계약 체결 등

1) 채무자 회사는 이 사건 부동산에 관하여, ① 2005. 9. 21. 채권자 중소기업은행(양도 후: E 유한회사, 일부 양도후: 기술보증기금, 이하 '소외 회사'라 한다)과 사이에 채무자는 채무자 회사, 채권최고액은 1,100,000,000원으로 정하여 근저당권설정계약을 체결하고 같은 날 소외 회사 명의의 근저당권설정등기를 마쳐주었고, ② 2007. 9. 21. 소외 회사와 사이에 채무자는 채무자 회사, 채권최고액은 500,000,000원으로 정하여 근저당권설정계약을 체결하고 같은 날 소외 회사 명의의 근저당권설정등기를 마쳐주었으며, ③ 2010. 12. 24. 소외 회사와 사이에 채무자는 채무자 회사, 채권최고액은 800,000,000원으로 정하여 근저당권설정계약을 체결하고 같은 날 소외 회사 명의의 근저당권설정등기를 마쳐주었다.

2) 채무자 회사는 2019. 9. 6. 피고와 사이에 이 사건 부동산에 관하여 채무자는 채무자 회사, 채권최고액은 500,000,000원으로 정하여 근저당권설정계약을 체결하고(이하 '이 사건 근저당권설정계약'이라 한다) 같은 날 피고 명의의 근저당권설정등기(이하 '이 사건 근저당권설정등기'라 한다)를 마쳐주었다.

다. 이 사건 부동산의 경매 및 배당결과

1) 소외 회사의 신청에 따라 2019. 9. 30. 이 사건 부동산에 관하여 인천지방법원 F로 임의경매(이하 '이 사건 경매'라 한다)가 개시되었고, 원고는 이 사건 경매절차에서 가압류권자 겸 집행력 있는 정본을 가진 채권자로서 권리신고 및 배당요구를 하였다.

2) 이 사건 경매절차에서 2020. 10. 21. 배당기일이 열렸는데, 1순위부터 3순위까지는 채권액의 전부(배당비율 100%)가 배당되었고(근저당권자로서의 소외 회사 포함), 일반 채권자(가압류권자)인 원고와 소외 회사에게는 4순위로 채권액 중 일정 금액(원고에 대한 배당비율은 39.56%, 소외 회사에 대한 배당비율은 39.56% 또는 8.27%)이, 근저당권자인 피고에게는 4순위로 채권액 238,672,774원의 전부(배당비율 100%)가 배당되었으며, 이에 따라 원고는 채권금액 158,697,053원 중 62,781,463원을 배당받았다.

3) 소외 회사는 2020. 10. 21. 배당기일에 출석하여 피고의 배당금에 대하여 이의를 한 후 2020. 10. 23. 피고를 상대로 배당이의 소를 제기하였다. 소외 회사는 위 배당이의의 소에서 이 사건 근저당권설정계약이 사해행위로서 취소되어야 한다고 주장하였는데, 위 사건은 조정절차에 회부되었다가 2021. 5. 20. 피고에 대한 배당액 중 100,000,000원을 소외 회사에 배당하는 것으로 배당표를 경정하는 내용의 조정을 갈음하는 결정이 내려졌고, 위 결정에 대하여 소외 회사와 피고가 이의하지 않아 2021. 6. 8. 위 결정이 확정되었다.

4) 피고는 2021. 6. 16. 경정된 배당표에 따라 138,672,744원을 수령하였다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제2 내지 7호증(가지번호 있는 것은 가지번호 포함, 이하 같다)의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 본안 전 항변에 관한 판단

가. 피고의 주장

원고는 늦어도 이 사건 경매절차에서 배당표를 확인하여 피고가 근저당권자로서 배당을 받았음을 확인한 이 사건 경매절차의 배당기일인 2020. 10. 21.에는 채무자 회사와 피고가 사해의사로 이 사건 근저당권설정계약을 체결한 사실을 알았다고 할 것인데, 원고가 그로부터 1년이 도과한 2022. 1. 28.경에서야 이 사건 항소를 제기하면서 사해행위의 취소를 구하는 취지의 소변경을 하였으므로, 이 사건 사해행위 취소청구 부분의 소는 제척기간이 도과되어 부적법하다.

나. 판단

1) 채권자취소권의 행사에서 그 제척기간의 기산점인 '채권자가 취소원인을 안 날'은 채권자가 채권자취소권의 요건을 안 날, 즉 채무자가 채권자를 해함을 알면서 사해행위를 하였다는 사실을 알게

된 날을 말한다. 이때 채권자가 취소원인을 알았다고 하기 위해서는 단순히 채무자가 재산의 처분행위를 하였다는 사실을 아는 것만으로는 부족하며, 구체적인 사해행위의 존재를 알고 나아가 채무자에게 사해의 의사가 있었다는 사실까지 알 것을 요한다. 사해행위의 객관적 사실을 알았다고 하여 취소원인을 알았다고 추정할 수는 없고, 그 제척기간의 도과에 관한 증명책임은 사해행위취소소송의 상대방에게 있다(대법원 2018. 4. 10. 선고 2016다272311 판결 등 참조).

2) 이 사건에 관하여 보건대, 원고가 2021. 7. 1. 이 사건 소를 제기하면서 소장 기재 청구취지에서 부당이득의 반환을 구하는 취지만을 기재하였다가 2022. 1. 28. 이 사건 항소를 제기하면서 항소장 기재 항소취지에서 주위적으로 사해행위의 취소 및 원상회복을 구하는 취지를 기재한 사실은 기록상 명백하다. 그러나 원고가 이 사건 소장 기재 청구원인에서 이 사건 근저당권설정계약은 사해행위에 해당하고 이에 따라 이 사건 근저당권설정등기가 원인무효의 등기가 되었으므로 피고의 배당액 중 95,915,590원이 원고에게 부당이득으로 반환되어야 한다고 기재한 사실, 그 후 제1심 변론과정에서 원고와 피고는 이 사건 근저당권설정계약의 사해행위 해당 여부를 주된 쟁점으로 다툼을 벌인 사실, 제1심 법원이 2022. 1. 19. 판결을 선고하면서 이 사건 근저당권설정계약이 사해행위임을 이유로 피고에게 원상회복을 위한 부당이득반환을 구하기 위해서는 근저당권설정계약의 취소를 소송상 공격방어방법이 아닌 법원에 소를 제기하는 방법으로 청구하여야 할 것인데 원고가 소로써 사해행위의 취소를 구함이 없이 공격방어방법으로만 사해행위취소를 주장하고 있어서 원상회복으로서의 부당이득반환청구가 인정될 수 없다는 이유로 원고의 청구를 기각한 사실, 이에 원고가 앞서 본 바와 같이 사해행위의 취소 청구를 기재한 이 사건 항소장을 제출한 사실 또한 기록상 명백한바, 원고가 이 사건 소장 기재 청구취지에서 부당이득반환청구만을 기재한 것은 소송물을 사해행위취소 소송에서의 원상회복청구에 한정하고자 한 것이 아니라 사해행위취소청구 부분을 누락한 것으로 봄이 타당하고, 원고가 위와 같이 사해행위취소 청구를 추가한 것은 청구취지의 보충 내지는 정정으로 볼 수 있을지언정 이를 가리켜 새로운 소의 제기라고 볼 수는 없다. 따라서 원고가 이 사건 경매절차에서 배당표를 확인한 2020. 10. 21.로부터 1년이 경과하기 전인 2021. 7. 1. 제기된 이 사건 이 사건 소는 적법하다고 할 것이므로, 피고의 본안 전 항변은 이유 없다.

3. 본안에 관한 판단

가. 당사자들의 주장

1) 원고의 주장 주위적으로, 채무자 회사는 채무초과 상태에서 이 사건 부동산에 관하여 피고와 사이에 이 사건 근저당권설정계약을 체결하고 피고에게 이 사건 근저당권설정등기를 마쳐주었으므로, 이 사건 근저당권설정계약은 채무자 회사의 채권자인 원고를 해하는 사해행위로서 취소되어야 하고, 피고는 원상회복으로 이 사건 경매절차에서 배당받은 배당금 중 95,915,590원을 피고에게 지급할 의무가 있다.

예비적으로, 채무자 회사와 피고 사이의 이 사건 근저당권설정계약은 그 체결시기와 경위에 비추어 통정허위표시에 해당한다고 할 것이고, 설령 그렇지 않다고 하더라도 채무자 회사와 피고가 2020. 3. 20.경 양자 사이의 물품거래에 따른 지연배상금을 정하고 잔금을 지급함으로써 정산을 모두 마쳤으므로 그 피담보채권이 소멸하였거나 존재하지 아니하여 이 사건 근저당권설정등기가 원인무효의 등기가 되었으므로, 피고는 이 사건 경매절차에서 배당받은 배당금 중 95,915,590원을 피고에게 부당이득으로 반환할 의무가 있다.

2) 피고의 주장 이 사건 근저당권설정계약 당시 채무자 회사는 채무초과 상태에 있지 않았고, 이 사건 근저당권설정계약은 채무자 회사가 피고와의 계약에 따른 사업을 계속 추진하는 것이 최선의 방법이라고 생각하고 물품을 공급받기 위하여 부득이 채무자 회사 소유의 이 사건 부동산을 피고에게 담보로 제공하면서 체결한 것이므로 사해행위에 해당하지 않는다.

또한 이 사건 근저당권설정계약은 채무자 회사와 피고 사이에 유효하게 체결된 계약에 따라 증감변동하는 채무자 회사의 피고에 대한 채무를 담보하기 위한 것으로서 피담보채무가 부존재하거나 소멸한 것이 아니다.

나. 주위적 청구에 관한 판단

1) 피보전채권의 존재 위 인정사실에 의하면, 원고는 확정된 지급명령에 따라 채무자 회사에 대하여 미지급 물품대금 158,697,053원 및 이에 대한 지연손해금 상당의 채권을 가지고 있고, 위 채권은 이 사건 근저당권설정계약 체결일 이전에 발생한 것으로서 채권자취소권의 피보전채권이 된다.

2) 채무자 회사의 채무초과 상태 사해행위취소소송에서 채무자의 무자력 여부는 사해행위 당시를 기준으로 판단하여야 하고(대법원 2001. 4. 27. 선고 2000다69026 판결 등 참조), 사해행위는 채무자가 재산을 처분하기 이전에 이미 채무초과 상태에 있는 경우는 물론, 문제된 처분행위로

말미암아 비로소 채무초과 상태에 빠지는 경우에도 성립할 수 있는 것이다(대법원 2006. 1. 13. 선고 2005다33602 판결 등 참조).

앞서 든 증거들 및 갑 제8 내지 29호증의 각 기재, 이 법원의 인천광역시 서구청장에 대한 사실조회결과, 이 법원의 서인천세무서장에 대한 과세정보회신결과에 변론 전체의 취지를 종합하면, 이 사건 근저당권설정계약 당시 채무자 회사의 적극재산과 소극재산은 아래 표 기재와 같은 사실이 인정되는바, 채무자 회사는 이 사건 근저당권설정계약 체결 당시 소극재산이 적극재산을 초과하여 무자력 상태에 있었다고 봄이 타당하고(가액을 확인할 수 없는(차량번호 1 생략), (차량번호 2 생략) 차량의 가액이 아래 표에서 인정한 가액을 초과하여 181,367,407원에 이를 것으로 보이지는 않는다), 설령 그렇지 않다고 하더라도 적어도 채권최고액을 500,000,000원으로 정한 이 사건 근저당권설정계약의 체결로 인하여 채무초과 상태에 빠지게 되었다고 봄이 타당하다.

1	인천 서구 D 공장용지 1,725.3㎡	1,846,071,000	원고(2019.9.6. 기준)	186,295,3001) 확정된 지급명령에 의한 158,697,053원과 이에 대한 지연손해금 26,869,802원(= 158,697,053원 × 6% × (2 + 300/365)), 728,445원(= 158,697,053원 × 12% × 14/366)의 합계액
2	위 지상 2층 공장건물	607,119,200	G(임금채권자)	53,517,642(원금)
3	위 지상 제시외 건물(기계보관실)	1,575,000	H(임금채권자)	40,301,568(원금)
4	기계기구(8기)	22,840,000	I(임금채권자)	21,051,719(원금)
5	강원 평창군 J건물 K호 84.89㎡ 중 250분의1 지분	336,000	L(임금채권자)	40,629,670(원금)
6	(차량번호 1 생략) 처분(미상) 12,333,3332) 채무자 회사가 위 자동차를 매도하여 그 가액을 확인할 수 없는바, 채무자 회사가 보유하였던 차량 3대의 평균 가격인 12		M(임금채권자)	10,149,366(원금)

1	인천 서구 D 공장용지 1,725.3㎡	1,846,071,000	원고(2019.9.6. 기준)	186,295,3001) 확정된 지급명령에 의한 158,697,053원과 이에 대한 지연손해금 26,869,802원(= 158,697,053원 × 6% × (2 + 300/365)), 728,445원(= 158,697,053원 × 12% × 14/366)의 합계액
		,33,333원(원 미만 버림)을 일응 그 가액으로 인정하여 계산한다.		
7	(차량번호 3 생략) 쏘나타(2011년식)	15,500,000	N(임금채권자)	16,947,974(원금)
8	(차량번호 2 생략)	처분(미상) 12,333,3333) 각주 2)와 같은 내용	근로복지공단(O, P)	18,286,722(원금)
9	(차량번호 4 생략) 싼타페(2016년식)	12,500,000	중소기업은행(양도후: E유한회사/기술보증기금)(근저당권자/가압류권자)	1,758,393,986(원 금)
10	(차량번호 5 생략) 포터 2(2016년식)	9,000,000	국민건강보험공단(2019. 8. 기준)	88,751,260
11			서인천세무서(2019. 8. 기준)	12,388,2404) 피고는 12,388,240원에서 2019. 10. 발생한 세금인 1,428,560원을 제외한 10,959,680원이 기준일 당시의 세금이라고 주장하나, 갑 제21호증의 기재에 의하면 위 1,428,560원의 납부기한이 2019. 10. 31.일뿐이고 법정기일은 2019. 6. 30.인 사실이 인정되므로, 이 사건 근저당권설정계약일 인 2019. 9. 6. 이전에 발생한 세금이라고 할 것이다.
12			인천 서구청(2019. 9. 6. 기준)	3,785,7005)

1	인천 서구 D 공장용지 1,725.3㎡	1,846,071,000	원고(2019.9.6. 기준)	186,295,3001) 확정된 지급명령에 의한 158,697,053원과 이에 대한 지연손해금 26,869,802원(= 158,697,053원 × 6% × (2 + 300/365)), 728,445원(= 158,697,053원 × 12% × 14/366)의 합계액
				원고는 2019. 9. 6. 기준 채무자 회사의 인천 서구청에 대한 세금이 7,944,180원이라고 주장하나, 갑 제22호증의 기재에 의하면 3,767,030원, 150,460원, 240,990원의 법정기일은 2019. 9. 10.인 사실이 인정된다.
13			(주)Q(일반채권자)	240,600,000(원금)
14			R(일반채권자)	75,599,100(원금)
15			S(임차인)	20,000,000
16			T(일반채권자)	32,517,400(원금)
17			U(가압류권자)	13,906,980(원금)
18			V(가압류권자)	48,678,934(원금)
19			W(임금/가압류권자)	39,173,712(원금)
합계		2,539,607,866		2,720,975,2736) 원고는 채무자 회사의 소극재산으로 G(임금채권자)에 대한 채무 43,567,077원, L(가압류권자)에 대한 채무 40,629,670원이 추가로 존재한다고 주장하나, 이는 각 순번 2, 순번 5 기재 소극재산과 중복된 것으로 보인다.

이에 대하여 피고는, 채무자 회사가 다수의 매출채권을 보유하고 있었으므로 이 사건 근저당권설정계약 당시 채무초과 상태가 아니었다고 주장하므로 살피건대, 채무자의 재산처분행위가 사해행위가 되기 위해서는 그 행위로 말미암아 채무자의 총재산의 감소가 초래되어 채권의 공동담보에 부족이 생기게 되어야 하는 것, 즉 채무자의 소극재산이 적극재산보다 많아져야 하는 것인바, 채무자가 재산처분행위를 할 당시 그의 적극재산 중 부동산과 채권이 있어 그 재산의 합계가 채권자의 채권액을 초과한다고 하더라도 그 적극재산을 산정함에 있어서는 다른 특별한 사정이 없는 한 실질적으로 재산적 가치가 없어 채권의 공동담보로서의 역할을 할 수 없는 재산은 이를 제외하여야 할 것이고, 그 재산이 채권인 경우에는 그것이 용이하게 변제를 받을 수 있는 확실성이 있는 것인지 여부를 합리적으로 판정하여 그것이 긍정되는 경우에 한하여 적극재산에 포함시켜야 할 것인바(대법원 2001. 10. 12. 선고 2001다32533 판결 등 참조), 채무자 회사가 이 사건 근저당권설정계약 체결 당시 거래상대방에 대한 다수의 매출채권을 보유하고 있었다거나 그 채권이 용이하게 변제를 받을 수 있었음을 인정할 아무런 증거가 없으므로, 피고의 위 주장은 받아들이지 아니한다.

3) 사해행위 및 사해의사 가) 관련법리

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 마찬가지이다(대법원 2022. 1. 14. 선고 2018다295103 판결 등 참조). 사해행위취소소송에 있어서 채무자가 악의라는 점에 대하여는 그 취소를 주장하는 채권자에게 입증책임이 있으나 수익자 또는 전득자가 악의라는 점에 관하여는 채권자에게 입증책임이 있는 것이 아니라 수익자 또는 전득자 자신에게 선의라는 사실을 입증할 책임이 있다(대법원 1991. 2. 12. 선고 90다16276 판결, 1997. 5. 23. 선고 95다51908 판결 등 참조). 또한 사해행위 당시 수익자가 선의였음을 인정할 때에는 객관적이고도 납득할 만한 증거자료 등이 뒷받침되어야 할 것이고, 채무자의 일방적인 진술이나 제3자의 추측에 불과한 진술 등에만 터 잡아 그 사해행위 당시 수익자가 선의였다고 섣뵈

단정하여서는 아니 된다(대법원 2010. 7. 22. 선고 2009다60466 판결, 대법원 2006. 4. 14. 선고 2006다5710 판결 등 참조). 한편 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 담보권설정행위는 사해행위에 해당하지 않는다(대법원 2002. 3. 29. 선고 2000다25842 판결 등 참조).

나) 구체적 판단

이 사건 근저당권설정계약 당시 채무자 회사가 채무초과 상태에 있었다는 사실은 앞서 본 바와 같고, 앞서 든 증거들 및 갑 제2호증의 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 이 사건 부동산에 관하여 2018. 10.경부터 이 사건 근저당권설정계약이 체결된 2019. 9. 6.까지 채무자 회사의 일반채권자, 임금채권자, 조세채권자 등이 이 사건 부동산에 관하여 10건 이상의 가압류나 압류등기를 마친 사실, 채무자 회사가 2019. 4.경 법인회생신청을 한 사실이 인정되는바, 위 법리에 비추어 이 사건에 관하여 보건대, 이 사건 근저당권설정계약은 채무초과 상태에 있던 채무자 회사가 피고에게 지급할 손해배상채무 등을 담보하기 위하여 이 사건 부동산을 제공한 것이어서 특별한 사정이 없는 한 채무자 회사의 다른 채권자의 이익을 해하는 것으로서 다른 채권자들에 대한 관계에서 사해행위가 된다고 할 것이고, 앞서 본 바와 같이 이 사건 부동산의 가액이 2,400,000,000원을 초과하는데 채무자 회사로서는 채무초과 상태에 있으면서도 적극재산의 대부분을 차지하는 이 사건 부동산을 피고에게 담보로 제공하게 되면 이는 다른 채권자들을 해한다는 점을 잘 알고 있었다고 봄이 타당하므로, 채무자 회사의 사해의사 역시 인정되며, 수익자인 피고의 악의는 추정된다.

이에 대하여 피고는, 채무자 회사가 피고와의 거래를 계속하는 것이 채무 변제력을 갖게 되는 최선의 방법이라고 생각하고 이 사건 근저당권설정계약을 체결한 것이어서 이 사건 근저당권설정계약은 사해행위에 해당하지 아니하거나 피고는 선의의 수익자라고 주장하므로 살피건대, 앞서 든 증거들 및 을 제1 내지 11호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 이 사건 근저당권설정계약 이후 채무자 회사가 피고로부터 물품대금으로 약 900,000,000원을 지급받기는 하였으나 위 돈이 채무자 회사의 영업을 위하여 사용되었다거나 채무자 회사가 채무

변제력을 갖게 되었다고 볼 만한 자료가 없는 점, ② 채무자 회사가 피고로부터 지급받은 돈은 물품제작대금으로 사용된 것으로 보이는데 채무자 회사는 피고로부터 돈을 지급받고도 피고에게 물품공급계약에 따른 채무를 제대로 이행하지 못한 것으로 보이는 점, ③ 채무자 회사와 피고는 이 사건 근저당권설정계약을 통하여 채무자 회사의 자금을 융통한 것이 아니라 피고의 채무자 회사에 대한 장래의 손해배상채권 등을 담보하게 된 것인 점, ④ 이 사건 근저당권설정계약은 원고를 비롯한 다수의 채권자들이 이 사건 부동산을 가압류한 상태에서 체결되었고 이 사건 근저당권설정계약 이후 불과 약 3주 만에 이 사건 경매절차가 개시된 점 등에 비추어 보면, 피고가 제출한 증거들만으로는 채무자 회사가 자금난으로 사업을 계속 추진하기 어려운 상황에서 자금을 융통하여 사업을 계속 추진하는 것이 채무 변제력을 갖게 되는 최선의 방법이라고 생각하고 자금을 융통하기 위하여 부득이 이 사건 부동산을 특정 채권자인 피고에게 담보로 제공한 것이라고 인정하기 어려울 뿐만 아니라, 피고의 악의의 추정을 반복하여 피고가 이 사건 근저당권설정계약 당시 선의의 수익자였음을 인정할 증거도 없으므로, 피고의 위 주장은 이유 없다.

4) 사해행위취소 및 원상회복 이 사건 근저당권설정계약은 사해행위에 해당하므로 취소되어야 하는바, 저당권이 설정되어 있는 부동산이 사해행위로 양도된 경우에 사해행위는 부동산의 가액에서 저당권의 피담보채무액을 공제한 잔액의 범위 내에서만 성립한다고 보아야 하므로, 사해행위 후 변제 등에 의하여 저당권설정등기가 말소되었다면 부동산의 가액에서 저당권의 피담보채무액을 공제한 잔액의 한도에서 사해행위를 취소하고 가액의 배상을 구할 수 있을 뿐이다(대법원 2018. 6. 28. 선고 2018다214319 판결 등 참조). 근저당권설정계약을 사해행위로 취소하는 경우 경매절차가 진행되어 타인이 소유권을 취득하고 근저당권설정등기가 말소되었다면 원물반환이 불가능하므로 가액배상의 방법으로 원상회복을 명한다. 이때 이미 배당이 종료되어 수익자가 배당금을 수령한 경우에는 수익자로 하여금 배당금을 반환하도록 명하여야 한다(대법원 2018. 4. 10. 선고 2016다272311 판결 참조).

이 사건 근저당권설정계약 이전에 이 사건 부동산에 관하여 소외 회사를 근저당권자로 하여 채권최고액 합계 2,400,000,000원(= 1,100,000,000원 + 500,000,000원 + 800,000,000원)으로 된 근저당권설정등기가 마쳐져 있던 사실, 이 사건 부동산의 가액이

2,454,765,200원(토지 1,846,071,000원 + 건물 607,119,200원 + 제시외 건물

1,575,000원)인 사실, 소외 회사의 근저당권의 실제 피담보채무액은 1,758,393,986원인 사실은 앞서 본 바와 같으므로, 이 사건 근저당권설정계약은 사해행위 당시 일반 채권자들의 공동담보로 되어 있었던 이 사건 부동산의 가액에서 소외 회사의 근저당권의 실제 피담보채무액을 공제한 696,371,214원(= 2,454,765,200원 - 1,758,393,986원)의 한도에서 취소되어야 한다.

한편 원고의 채무자 회사에 대한 피보전채권액이 95,915,590원(원고의 채권금액 158,697,053원 - 원고의 배당금 수령액 62,781,463원)인 사실은 앞서 본 바와 같으므로, 이 사건 근저당권설정계약은 위 696,371,214원의 범위 내에서 원고의 피보전채권액인 95,915,590원을 한도로 하여 취소되어야 하고, 피고는 원고에게 가액배상으로 95,915,590원 및 이에 대하여 이 판결 확정일 다음날부터 다 갚는 날까지 민법이 정한 연 5%의 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다[원고는 이 사건 소장 부분 송달 다음날부터 연 12%의 비율로 계산한 지연손해금의 지급을 구하나, 원상회복의무는 사해행위의 취소를 명하는 판결이 확정된 때에 비로소 발생하므로 그 판결이 확정된 다음날부터 이행지체 책임을 지게 되고, 따라서 소송촉진 등에 관한 특례법 소정의 이율은 적용되지 않고 민법 소정의 법정이율이 적용되므로(대법원 2009. 1. 15. 선고 2007다61618 판결 등 참조), 원고의 지연손해금 청구는 위 인정범위 내에서만 이유 있다. 원고의 주위적 청구를 일부 인용하는 이상 예비적 청구에 관하여는 나아가 판단하지 아니한다.]

4. 결론

그렇다면, 원고의 주위적 청구는 위 인정범위 내에서 이유 있어 이를 인용하고 나머지 주위적 청구는 이유 없어 이를 기각하여야 하는바, 이 법원에서 추가된 주위적 청구를 포함하여 제1심 판결을 위와 같이 변경하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

재판장판사강병훈

판사김지영

판사조약돌

별지

1) 확정된 지급명령에 의한 158,697,053원과 이에 대한 지연손해금 26,869,802원(=

$158,697,053\text{원} \times 6\% \times (2 + 300/365)\}$, 728,445원(= $158,697,053\text{원} \times 12\% \times 14/366$)의
합계액

2) 채무자 회사가 위 자동차를 매도하여 그 가액을 확인할 수 없는바, 채무자 회사가 보유하였던 차량
3대의 평균 가격인 12,33,333원(원 미만 버림)을 일응 그 가액으로 인정하여 계산한다.

3) 각주 2)와 같은 내용

4) 피고는 12,388,240원에서 2019. 10. 발생한 세금인 1,428,560원을 제외한 10,959,680원이
기준일 당시의 세금이라고 주장하나, 갑 제21호증의 기재에 의하면 위 1,428,560원의 납부기한이
2019. 10. 31.일뿐이고 법정기일은 2019. 6. 30.인 사실이 인정되므로, 이 사건
근저당권설정계약일인 2019. 9. 6. 이전에 발생한 세금이라고 할 것이다.

5) 원고는 2019. 9. 6. 기준 채무자 회사의 인천 서구청에 대한 세금이 7,944,180원이라고
주장하나, 갑 제22호증의 기재에 의하면 3,767,030원, 150,460원, 240,990원의 법정기일은
2019. 9. 10.인 사실이 인정된다.

6) 원고는 채무자 회사의 소극재산으로 G(임금채권자)에 대한 채무 43,567,077원, L(가압류권자)에
대한 채무 40,629,670원이 추가로 존재한다고 주장하나, 이는 각 순번 2, 순번 5 기재 소극재산과
중복된 것으로 보인다.