

서울중앙지방법원 2021. 9. 8 선고 2021나1666 판결 [구상금·사해행위취소]

재판경과

서울중앙지방법원 2021. 9. 8 선고 2021나1666 판결

서울중앙지방법원 2020. 12. 10 선고 2020가단5162810 판결

전문

원고, 피항소인기술보증기금

소송대리인 법무법인 현산

담당변호사 이진성, 유장미

피고, 항소인B

소송대리인 법무법인 한원

담당변호사 이동철

변론 종결2021. 8. 18.

판결 선고2021. 9. 8.

제1심판결서울중앙지방법원 2020. 12. 10. 선고 2020가단5162810 판결

주문

1. 피고의 항소를 기각한다.
2. 항소비용은 피고가 부담한다.

N

청 구 취 지 및 항 소 취 지

1. 청구취지

별지 목록 기재 각 부동산에 관하여, 1) 제1심 공동피고 A(이하 이름만으로 호칭한다)과 피고 사이에 2020. 1. 29. 체결된 근저당권설정계약을 취소하고, 2) 피고는 A에게 춘천지방법원 고성등기소 2020. 2. 6. 접수 제1037호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.

2. 항소취지

제1심판결을 취소하고, 원고의 청구를 모두 기각한다.

이 유

1. 인정사실

가. 원고의 A과의 보증약정

1) 원고는 2018. 3. 21. A과, ① 보증금액 50,000,000원, 보증기한 2019. 3. 21.까지(이후 2020. 3. 20.까지로 연장) 및 ② 보증금액 50,000,000원, 보증기한 2020. 3. 20.까지로 각각 정하여 A이 C 주식회사(이하 'C은행'이라고만 한다)로부터 받는 일반자금대출채무를 원고가 각 보증하는 보증약정(이하 '이 사건 보증약정'이라 한다)을 체결하였다.

2) 이 사건 보증약정 당시 ① A은 원고가 보증한 주채무원금과 종속채무를 그 이행기일까지 전부 변제하여 원고가 보증채무를 이행하는 일이 없도록 하되(제4조), ② 그 주채무 이행의무를 위반한 때(1호), D기관의 '일반신용정보 관리규약'에서 정한 연체정보 등 등록사유가 발생한 때(제7호), 원고가 이 약정에 의한 보증의 채권자 등으로부터 보증계약에 의한 보증사고통지 또는 보증채무이행청구를 받은 때(8호) 등의 사유 중 하나라도 발생한 경우에는 원고가 사전통지나 독촉 없이 사전구상할 수 있고 이 경우 A은 이의 없이 사전상환채무를 부담하며(제5조 제1항), ③ 보증사고가 발생하여 원고가 보증채무를 이행한 때에는 A은 원고에게 그 보증채무이행금액과 이에

대한 손해금 등을 곧 갚기로 하는(제10조) 등의 약정을 하였다.

나. 원고의 A에 대한 구상금 채권

1) A은 2018. 3. 23. 원고의 이 사건 보증약정에 따른 보증하에 C은행으로부터 2회에 걸쳐 각 50,000,000원의 일반자금대출을 받았는데, 2020. 1. 16. 이자연체로 보증사고가 발생하였다. 원고는 2020. 3. 13. C은행으로부터 이러한 보증사고 통지를 받고 2020. 6. 2. C은행에 A의 대출 원리금으로 합계 50,577,944원과 50,998,906원을 각 대위변제하였다.

2) 원고는 A을 상대로 위 대위변제금 등의 지급을 구하는 소(이 사건 제1심 중 A에 대한 부분)를 제기하여 "A은 원고에게 101,777,417원(= 50,577,944원 + 50,998,906원 - 회수금 562,180원 + 대지급금 762,747원)과 그중 101,014,670원에 대하여 지연손해금을 지급하라."는 취지의 원고 전부 승소판결을 선고받았고, 이에 대해 A이 항소하지 아니하여 위 판결은 그 무렵 이 사건과 분리 확정되었다.

다. A과 피고 사이 별지 목록 기재 각 부동산에 관한 근저당권설정계약

A은 2020. 1. 29. 피고와 별지 목록 기재 각 부동산(이하 '이 사건 각 부동산'이라고 한다)에 관하여 채권최고액 50,000,000원, 채무자 A, 근저당권자 피고로 하는 근저당권(이하 '이 사건 근저당권'이라 한다) 설정계약을 체결하고, 이를 원인으로 이 사건 각 부동산에 관하여 춘천지방법원 고성등기소 2020. 2. 6. 접수 제1037호로 피고 앞으로 근저당권설정등기를 마쳐주었다.

라. 이 사건 각 부동산의 선순위 근저당권과 A의 재산상태 등

1) 이 사건 각 부동산에 관하여 2018. 1. 31. I조합(이하 'I조합'이라 한다) 앞으로 설정된 채권최고액 84,000,000원의 근저당권이 이 사건 근저당권보다 선순위로 있고(이하 '선순위 근저당권'이라 한다), 그 실제 피담보채무액은 70,000,000원이다.

2) 이 사건 근저당권설정 무렵 이 사건 각 부동산은 A이 보유한 유일한 부동산으로 A은 그 외 별다른 적극재산을 보유하고 있지 않았고, 이 사건 각 부동산 중 주택(별지 목록 기재 2항)의 2020년도 정기분 재산세 과세표준은 77,039,997원이었다. 반면 A은 소극재산으로 ① C은행에 대한 위 대출금 채무 또는 원고에 대한 이 사건 보증약정에 따른 사전구상금 채무로 100,000,000원(원금만) 외에도 ② I조합에 대해 70,000,000원(위 1)항 근저당권의 피담보채무), ③ J에 대해 약

8,756,906원(2020. 1. 30. 이 사건 각 부동산에 가압류등기), ④ K에 대해 약 9,000,000원(2020. 4. 6. 이 사건 각 부동산에 가압류등기, 가압류 청구금액은 9,579,843원), ⑤ L은행에 대하여 약 14,300,000원, ⑥ 한국장학재단에 대해 약 9,483,000원, ⑦ M카드에 대해 약 642,000원 등 그 합계액(약 212,181,906원)이 이 사건 각 부동산의 시가를 상회하는 채무를 부담하고 있었다. [인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 9호증, 을 제11호증(가지번호 있는 것은 별도로 특정하지 않는 이상 각 가지번호 포함, 이하 같다)의 각 기재, 제1심법원의 고성군수에 대한 과세정보 제출명령결과 및 D기관에 대한 금융거래정보제출명령결과, 변론 전체의 취지

2. 피보전채권의 존재

가. 채권자취소권에 의하여 보호될 수 있는 채권은 원칙적으로 사해행위라고 볼 수 있는 행위가 행하여지기 전에 발생한 것을 요하지만, 그 사해행위 당시에 이미 채권 성립의 기초가 되는 법률관계가 발생되어 있고, 가까운 장래에 그 법률관계에 터 잡아 채권이 성립되리라는 점에 대한 고도의 개연성이 있으며, 실제로 가까운 장래에 그 개연성이 현실화되어 채권이 성립된 경우에는 그 채권도 채권자취소권의 피보전채권이 될 수 있다(대법원 2013. 4. 26. 선고 2013다5855 판결 등 참조).

나. 위 인정사실에 의하면, 원고는 2020. 3. 13. 보증사고 통지를 받고 이 사건 보증약정에 따라 대위변제를 하여 A에 대해 101,777,417원 및 그중 원금에 대한 지연손해금 상당 구상금 채권을 가지고 있다. 그 구상금 채권은 원고가 보증채무를 이행한 2020. 6. 2. 발생하였으므로 이 사건 근저당권설정계약일인 2020. 1. 29.에는 아직 채권이 발생하지 않았으나, 이 사건 근저당권설정계약 이전에 이미 이 사건 보증약정이 체결되어 구상금 채권 성립의 기초가 되는 법률관계가 발생되어 있었다. 나아가 위 인정사실에 의하면 A은 원고의 보증하에 C은행으로부터 대출받은 주채무의 이자를 2020. 1. 16. 연체하였으므로 원고는 이 사건 보증약정에 따라 별도의 사전통지나 독촉 없이도 이 사건 근저당권설정계약일인 2020. 1. 29. 이전에 이미 A에 대해 사전구상채권을 가지고 있었을 뿐 아니라(제5조 제1항 제1호의 사유 발생) 가까운 장래에 이 사건 보증약정에 터 잡아 실제 보증채무가 이행되어 구상금 채권이 성립되리라는 점에 대한 고도의 개연성도 있었고, 실제로 원고가 그때부터 얼마 지나지 않아 보증채무를 이행함으로써 그 개연성이 현실화하여 원고의 A에 대한

구상금 채권도 성립하였으므로, 이 사건 보증약정에 따른 원고의 A에 대한 사전구상금 채권 또는 구상금 채권은 채권자취소권의 피보전채권이 된다.

다. 이에 관해 피고는, 이 사건 보증약정에서 사전구상권의 발생시기를 '보증의 채권자로부터 보증사고 통지를 받은 때(제5조 제1항 제8호)' 또는 'D기관의 일반신용정보관리규약에서 정한 연체정보 등록사유가 발생한 때(제5조 제1항 제7호)'로 정하고 있는데, 보증사고 통지는 2020. 3. 13. 이루어졌고, D기관의 일반신용정보관리규약에 따른 연체정보 등록사유발생일은 A이 이자를 연체하기 시작한 이후 3개월째 되는 달의 이자 상환약정일 다음 날인 2020. 3. 17.이므로, 피보전채권인 사전구상권은 이 사건 근저당권설정계약 이후 발생하였다고 주장한다.

그러나 인정사실에서 본 바와 같이 이 사건 보증약정에서 A이 주채무 이행의무를 위반한 경우(제5조 제1항 제1호)도 사전구상권 발생 사유가 되고, 이를 비롯한 각 사유는 그중 어느 하나라도 발생한 경우 즉시 사전구상권이 발생한다고 정하고 있으므로, 이 사건 보증약정에 따른 원고의 사전구상권은 A이 주채무의 이자를 연체한 2020. 1. 16. 이미 발생하였고, 피고가 주장하는 위 7, 8호의 사유에 따른 사전구상권이 그보다 늦게 발생한다고 하여 달리 보기 어렵다. 나아가 설령 그렇지 않다고 하더라도 앞서 본 것처럼 피보전채권이 구체적, 현실적으로 발생하는 시기가 반드시 사해행위 이전이어야 하는 것은 아닌바, 이미 채권 성립의 기초가 되는 법률관계가 발생되어 있는 상황에서 피고의 주장에 의해도 이 사건 근저당권설정계약 이후 채 두 달이 지나기 전에 사전구상채권이 발생하였다면 이는 채권자취소권의 피보전채권이 될 수 있다.

3. 사해행위의 성부

가. 사해행위의 성립 및 피고의 악의

수인의 채권자 중 특정 채권자에게 채무자의 유일한 부동산에 관하여 근저당권을 설정해 주는 행위는 다른 특별한 사정이 없는 한 사해행위에 해당하고, 그 특정 채권자로부터 차용한 금원의 사용처에 따라 사해행위의 범위가 달라지는 것은 아니다(대법원 2007. 10. 11. 선고 2007다45364 판결 등 참조).

위 인정사실에 의하면, 이 사건 근저당권설정계약 당시 A은 이미 소극재산이 적극재산을 초과한 채무초과상태에 있었을 뿐 아니라, 이 사건 각 부동산은 A이 소유한 유일한 부동산이었다. 그렇다면

채무초과상태에 있는 A이 유일한 부동산인 이 사건 각 부동산에 관하여 A에게 근저당권을 설정해주는 행위는 다른 특별한 사정이 없는 한 사해행위에 해당하고, 수익자인 피고의 악의는 추정된다.

나. 사해행위가 아니라는 피고의 주장에 관하여

1) A의 사업 추진을 위한 자금 융통이라는 주장 가) 이에 관하여 피고는, 이 사건 근저당권은 N의 A에 대한 대여금 채권을 피고가 양수받아 이를 담보하기 위하여 설정한 것으로 N는 A이 사업을 계속 추진할 수 있도록 자금을 융통해준 것이므로, 이 사건 근저당권설정계약은 사해행위에 해당하지 않는다고 주장한다.

나) 자금난으로 사업을 계속 추진하기 어려운 상황에 처한 채무자가 자금을 융통하여 사업을 계속 추진하는 것이 채무 변제력을 갖게 되는 최선의 방법이라고 생각하고 신규자금을 융통하기 위하여 부득이 부동산을 특정 채권자에게 담보로 제공하고 그로부터 신규자금을 추가로 융통 받았다면 그러한 채무자의 담보권 설정행위는 특별한 사정이 없는 한 사해행위에 해당하지 아니한다(대법원 2001. 5. 8. 선고 2000다50015 판결, 대법원 2015. 12. 23. 선고 2013다83428 판결 등 참조). 그런데 피고의 주장 및 피고가 제출한 을 제2 내지 4, 7 내지 9호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 더하여 알 수 있는 다음과 같은 사실이나 사정을 종합하면, 이 사건 근저당권설정계약이 A의 사업 재추진을 위한 신규자금 융통을 위해 체결된 것인 등 위와 같은 법리에 해당하는 경우라고 보기 어렵고, 나아가 이를 궁극적으로 일반채권자를 해하지 않는 행위라고 보아 사해행위가 아니라고 보기도 어려우므로, 피고의 위 주장을 받아들일 수 없다.

(1) 피고는 "N는 주식회사 ○ 사내이사로서 사업을 운영하던 A에게 신기술 연구의 마무리를 위한 자금으로 2019. 1. 11. 2,500만 원을 빌려주면서 기존의 차용금을 합하여 총 6,000만 원의 차용증서를 받았고, 이후 2019. 10. 24.1) 다시 1,000만 원을 빌려주었다. 그런데 그 원금과 이자가 지급되지 않자 N의 부탁으로 피고가 직접 법적 절차에 나서기로 하고 2020. 1. 20.경 N와 함께 A를 만나서 채무확인서를 작성받고, 채권양도계약서도 작성하였다. 그리고 담보 제공 등 별도의 조치를 취하지 않으면 법적 절차에 들어가겠다고 하자 A이 이 사건 근저당권을 설정해 주었다."는 취지로 주장하고 있다. 그러면서 피고는 이에 부합하는 듯한 ① N 계좌에서 A 계좌로 송금된 2017. 11. 3.자 3,000만 원, 2018. 12. 26.자 500만 원, 2019. 1. 11.자 2,500만 원, 2019. 10. 24.자 1,000만

원의 각 거래내역(을3, 4) 및 A이 이자로 지급했다는 A 계좌에서 N 계좌로 300만 원이 송금된 2019. 9. 27.자 거래내역(을4), ② 채무자 A, 채권자 N인 "6,000만 원을 차용했으며 매월 말일까지 이자를 지급하고 이를 3개월 이상 연체한 때는 언제든지 원리금 모두를 청구해도 이의 없다"는 등의 내용이 기재된 2019. 1. 11.자 차용증서(을7), ③ A이 2020. 1. 20. 작성한 채권자 N에 대해 채무 5,000만 원이 있다는 채무확인서(을8), ④ N가 A에 대한 5,000만 원 차용금 채권을 피고에게 양도한다는 2020. 1. 20.자 채권양도양수계약서(을9), ⑤ A이 사내이사로 등재된 주식회사 O의 법인등기부(을2) 등을 제출하고 있다.

(2) 그런데 이에 의하면, A에 대한 자금 융통은 대부분 이 사건 근저당권설정계약을 하기 1년 이상 이전에 이루어졌을 뿐 아니라 마지막 1,000만 원도 3개월 이전에 대여된 것이고, 피고의 주장에 의해도 그 차용금이 변제되지 않아 법적 조치까지 하려 하자 이 사건 근저당권을 설정해 주었다는 것이므로, 이는 기존채무의 이행기 연장 내지 채권회수의 유예를 위해 담보권을 설정해 준 것에 불과할 뿐 신규자금을 유입하기 위하여 담보권을 설정한 것이라고 보기 어렵다. 나아가 피고는 A의 사업과 관련된 자료는 별도로 P이 대표이사로 있는 주식회사 O에 A이 사내이사로 등재된 법인등기부만을 제출하고 있을 뿐이어서 그것만으로는 실제 A이 피고의 주장과 같은 사업 및 신기술 개발 등을 했다거나 N가 그러한 사업 추진 등을 위해 돈을 빌려주었다고 보기도 어렵다.

(3) 이미 채무초과 상태에 빠진 채무자 및 그의 일반 채권자에 대한 관계에서 사업 활동에 실제로 활용할 수 있는 신규자금의 유입과 기존채무의 이행기 연장 내지 채권회수의 유예는 사업의 갱생이나 계속적 추진을 위하여 가지는 경제적 의미가 동일하다고 볼 수 없다. 따라서 설령 이 사건 근저당권 설정행위가 A의 사업의 갱생이나 계속 추진의 의도에서 이루어진 것이라고 하더라도, 위와 같이 A의 N에 대한 기존 대여금채무의 이행을 유예받기 위하여 피고에게 이 사건 각 부동산을 담보로 제공한 행위는 사해행위에 해당한다(위 대법원 2013다83428 판결 등 참조).

(4) 게다가 ① N가 송금한 총금액(7,000만 원)과 차용증서(6,000만 원) 및 이 사건 근저당권설정 무렵 작성된 A의 채무확인서(5,000만 원)는 금액도 맞지 않는 점(총 7,000만 원인데 종래 6,000만 원의 차용증서를 작성받고 이를 변제받지 못하는 상황에서 다시 1,000만 원을 빌려준 다음 이마저도 변제받지 못하는 상황에서 채무를 5,000만 원으로 감액해주었다는 주장은 선뜻 믿기 어렵다), ②

피고는 N가 오랜 지인 관계인 A에게 채무 변제를 독촉하기 어렵다며 도와달라고 하여 피고가 대여금 채권을 양수받았다고 하고 있어서 실제 피고와 N 사이 채권 관계 등 실체적 법률관계가 있어서 채권을 양수받은 것도 아닌 점, ③ 채권양도양수 사실에 대해 A에게 통지한 자료도 없고, A이 있는 자리에서 양도통지에 갈음할 수 있도록 채권양도양수계약서를 작성했다고 하면서도 양도계약서에 A이 양도에 동의한다는 등의 내용 및 A의 서명, 날인은 없고 별도로 채권양도 승낙서 등을 받지도 아니한 점, ④ 피고는 위와 같은 이 사건 근저당권의 피담보채무가 되는 채권의 존재에 관한 주장과 자료 제출도 이 법원에 이르러서야 하는 점 등을 고려하면, 피고가 주장하는 위와 같은 거래행위는 그 경위나 동기, 거래조건 등이 정상적이라고 보이지 않고, 나아가 실제 N가 A에 대한 채권이 있으며 이를 피고가 양수받은 후 그 양수금 채권을 담보하기 위해 이 사건 근저당권설정이 이루어졌는지도 의문이 든다.

2) 선순위 근저당권 관련한 주장 가) 피고는 이 사건 각 부동산에 관한 I조합의 선순위 근저당권의 실제 피담보채권액이 이 사건 각 부동산의 시가 77,039,997원을 초과한다면, 이 사건 각 근저당권설정계약은 사해행위에 해당하지 아니한다는 취지의 주장도 한다.

나) 그런데 이러한 피고의 주장은 그 주장 자체로도 가정적인 주장에 불과할 뿐 아니라, 위 인정사실과 앞서 든 증거들에 의하더라도 이 사건 근저당권설정계약일인 2020. 1. 29. 무렵 I조합의 선순위 근저당권의 피담보채권액은 원금 70,000,000원만 존재하였던 반면(이에 대한 연체는 2020. 5. 4. 1,000원이 발생하였다) 이 사건 각 부동산의 가액은 그중 주택의 과세표준에 의하더라도 위 채권액을 초과한 사실을 알 수 있다. 따라서 선순위 근저당권의 피담보채권액이 이 사건 각 부동산의 시가를 초과하였다고 보기 어려우므로, 이와 다른 가정을 전제한 피고의 위 주장을 받아들이기 어렵다.

다. 피고가 선의라는 주장에 관하여

1) 피고는 이 사건 근저당권을 설정하기 전에 A이 제시한 이 사건 각 부동산 등기부에는 I조합의 선순위 근저당권 외에 Q 앞으로 설정된 근저당권만 있었는데 A이 Q에 대한 채무는 곧 변제할 것이라면서 바로 이를 말소하였기 때문에 피고로서는 A이 다른 금융기관에 대한 채무가 있어서 이 사건 근저당권설정계약이 사해행위에 해당한다는 것을 전혀 알 수 없었다고 주장한다.

2) 사해행위취소소송에서 수익자의 악의는 추정되므로 수익자가 자신의 책임을 면하려면 그 선의를

증명하여야 할 것인데, 이 경우 수익자의 선의 여부는 채무자와 수익자의 관계, 채무자와 수익자 사이 처분행위의 내용과 그에 이르게 된 경위와 동기, 처분행위의 거래조건이 정상적이고 이를 의심할만한 특별한 사정이 없으며 정상적인 거래관계임을 뒷받침할만한 객관적인 자료가 있는지 여부, 처분행위 이후의 정황 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 논리칙·경험칙에 비추어 합리적으로 판단하여야 하고(대법원 2017. 11. 29. 선고 2017다241819 판결 등 참조), 채무자의 일방적인 진술이나 제3자의 추측에 불과한 진술 등에만 터 잡아 그 사해행위 당시 수익자가 선의였다고 선뜻 단정하여서는 아니 된다(대법원 2010. 7. 22. 선고 2009다60466 판결 등 참조).

3) 그런데 ① 피고의 주장에 의하더라도 피고는 이 사건 근저당권을 설정받기 이전부터 A이 N에 대한 기존 대여금도 변제하지 못하고 있는 사실을 알고 있었다는 것이고, A이 2019. 10. 24. 1,000만 원을 빌릴 때는 금융기관으로부터는 자금을 대출받을 수 없는 상황이라며 급하게 돈을 빌려달라고 요청했고 그러한 요청을 피고도 N로부터 전해 들었다는 것인 점, ② 인정사실에서 본 바와 같이 이 사건 근저당권설정계약일은 2020. 1. 29.로 되어있으나 그 등기는 2020. 2. 6.에야 이루어졌는데, 그 등기일 이전인 2020. 1. 30. 이미 이 사건 각 부동산에는 J 주식회사의 가압류등기가 마쳐져 있었던 점, ③ 앞서 나의 1)항에서 본 것 같이 이 사건 근저당권설정에 이르게 된 경위와 동기, 거래조건 등이 정상적이라고 보이지 않고 오히려 그러한 거래행위의 진정성을 의심할만한 사정이 엿보이는 점 등에 비추어 보면, 위와 같은 피고의 일방적인 주장이나 제출한 증거들만으로는 이 사건 근저당권설정계약 당시 피고가 선의였다고 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

4. 원상회복의 방법 및 범위

가. 사해행위취소 및 근저당권설정등기의 말소

어느 부동산에 관한 법률행위가 사해행위에 해당하는 경우에는 원칙적으로 그 사해행위를 취소하고 근저당권설정등기의 말소 등 부동산 자체의 회복을 명하여야 한다. 이 사건 근저당권설정계약이 사해행위에 해당함은 앞서 본 바와 같고, 위 인정사실에 의하면 이 사건 근저당권설정계약 당시 이미 존재하던 I조합의 선순위 근저당권은 현재도 말소되지 않은 채 존재하고 있으며, 달리 원물반환이 불가능하거나 현저히 곤란하다고 볼 만한 사정도 없다.

따라서 A과 피고 사이에 2020. 1. 29. 체결된 이 사건 각 부동산에 관한 근저당권설정계약은

취소되어야 하고, 피고는 그에 따른 원상회복으로 A에게 이 사건 각 부동산에 관하여 춘천지방법원 고성등기소 2020. 2. 6. 접수 제1037호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다.

나. 채권최고액을 감액하는 변경등기가 이루어져야 한다는 피고의 주장에 관하여

1) 이에 관해 피고는 이 사건 근저당권으로 감소된 A의 적극재산은 이 사건 각 부동산의 시가 약 77,039,997원에서 I조합의 선순위 근저당권의 실제 피담보채권액(70,000,000원 및 이에 대한 지연손해금)을 공제한 잔액에 한하므로, 이 사건 근저당권설정계약은 위 잔액을 초과하는 부분에 한하여 취소되어야 하고, 사해행위취소에 따른 원상회복도 채권최고액을 위 잔액으로 감축하는 변경등기절차의 이행을 명하는 방법으로 이루어져야 한다고 주장한다.

2) 근저당권설정계약 중 일부만이 사해행위에 해당하는 경우에는 그 원상회복은 근저당권설정등기의 채권최고액을 감축하는 근저당권변경등기절차의 이행을 명하는 방법에 의하여야 한다(대법원 2006. 12. 7. 선고 2006다43620 판결 등 참조)는 피고가 주장하는 법리는 그 자체로는 타당하다. 그런데 이에 해당하려면 선순위 근저당권이 설정된 부동산에 관하여 사해행위로 후순위 근저당권을 설정하면서 그 근저당권에 의해 담보되는 차용금 중 일부로 선순위 근저당권의 피담보채무를 변제하는 경우 등과 같이 근저당권설정계약 중 일부만이 사해행위에 해당하는 경우여야 한다[위 판례 사안이 이런 경우로 선순위 근저당권의 피담보채무를 변제한 부분을 제외한 나머지 부분에 대하여만 후순위 근저당권의 사해행위가 성립하여 그 후순위 근저당권의 채권최고액에서 변제한 선순위 근저당권의 피담보채무액을 공제한 잔액의 한도에서 사해행위를 취소하고, 후순위 근저당권등기의 채권최고액을 '변제한 선순위 근저당권의 피담보채무액'으로 감축하는 근저당권변경등기절차의 이행을 명하여야 한다고 본 것이다]. 만일 이런 경우 후순위 근저당권 전부의 말소를 명하면 당초 일반채권자들의 공동담보로 되어있지 아니하던 선순위 근저당권의 피담보채권 상당 부분까지 회복을 명하는 것이 되어 공평에 반하는 결과가 되므로, 당초 일반채권자의 공동담보가 아니었던 선순위 근저당권의 피담보채권 상당 부분은 이를 변제한 후순위 근저당권자가 권리를 보유하는 방법으로 원상회복을 명함이 타당하기 때문이다. 그러나 이 사건의 경우 앞서 본 바와 같이 I조합의 선순위 근저당권은 말소되지 않은 채 여전히 존재하고 있고, 달리 그 피담보채무가 이 사건 근저당권의

피담보채권과 관련되어 변제되는 등으로 이 사건 근저당권설정계약 중 일부만이 사해행위에 해당한다고 볼 아무런 자료도 없다. 오히려 선순위 근저당권이 말소되지 않은 이 사건에서, 피고의 주장처럼 이 사건 각 부동산의 가액에서 선순위 근저당권의 피담보채무액을 공제한 잔액의 한도에서 이 사건 근저당권설정계약이 사해행위가 되어 그 잔액을 채권최고액으로 하는 근저당권변경등기를 하여야 한다고 보면, 그 근저당권은 위 잔액 상당 채권최고액의 범위에서 이 사건 각 부동산 전부에 관하여 여전히 우선변제의 효력을 가져서 다른 채권자들을 해하게 되므로, 이는 사해행위취소 및 원상회복을 명하지 않는 것과 마찬가지로의 결과가 된다[한편 갑 제8호증의 기재에 의하면, 이 사건 근저당권이 설정되기 이전에 2순위로 Q 앞으로 설정된 근저당권도 있었다가 2020. 1. 21. 해지로 말소된 사실이 인정된다. 그러나 그 해지일은 이 사건 근저당권설정계약일 이전일 뿐 아니라, 그 해지일 및 피고가 주장하는 이 사건 근저당권의 피담보채권이라는 N의 A에 대한 대여금의 대여일 등에 비추어 볼 때, 위 Q 명의 근저당권의 피담보채무를 위 대여금으로 변제하였다고 볼 수도 없다. 피고의 주장도 마찬가지로 취지이고, 달리 이 사건 근저당권과 관련하여 위 근저당권이 말소되었다고 볼 주장, 증명도 없는 이상 Q 명의 근저당권의 피담보채권 상당 부분은 이 사건 근저당권과 무관하게 애초부터 일반채권자들의 공동담보가 되었던 것이므로, 말소된 Q 명의 근저당권을 고려하여 달리 볼 것도 아니다]. 따라서 피고의 위 주장을 받아들일 수 없다.

5. 결론

그렇다면 원고의 이 사건 청구는 이유 있으므로 이를 인용하여야 한다. 제1심판결은 이와 결론을 같이하여 정당하므로, 피고의 항소는 이유 없어 이를 기각한다.

재판장판사최규연

판사최태영

판사심재남

별지

1) 피고는 2019. 9. 27.로 주장하나 제출된 거래내역에 비추어 일자의 착오로 보인다.