

부산고등법원(창원) 2022. 8. 18 선고 2021나14130 판결 [사해행위취소 등]

재판경과

부산고등법원(창원) 2022. 8. 18 선고 2021나14130 판결

창원지방법원 2021. 10. 7 선고 2019가합57384 판결

전 문

원고, 항소인 겸 피항소인A지역주택조합

소송대리인 변호사 이강진

소송대리인 법무법인 금강

담당변호사 안정환

피고, 피항소인 겸 항소인B

소송대리인 변호사 김용태

변론 종결2022. 5. 19.

판결 선고2022. 8. 18.

제1심판결창원지방법원 2021. 10. 7. 선고 2019가합57384 판결

주 문

1. 제1심판결 중 아래에서 지급을 명하는 금액에 해당하는 원고 패소부분을 취소한다.

피고는 원고에게 8억 2,500만 원 및 이에 대하여 2015. 8. 25.부터 2022. 8. 18.까지는 연 5%의, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

2. 원고의 나머지 항소와 이 법원에서 추가한 제2예비적 청구, 제3예비적 청구 및 피고의 항소를 모두 기각한다.

3. 소송총비용 중 30%는 원고가, 나머지는 피고가 각 부담한다.

N

청 구 취 지 및 항 소 취 지

1. 청구취지

가. 주위적으로,

1) 피고와 주식회사 C 사이의 2015. 11. 20.자 10,000,000원의 증여계약 및 2015. 11. 23.자 182,000,000원의 증여계약을 각 취소한다.

2) 피고와 D 사이의 2016. 2. 12.자 361,000,000원의 증여계약을 취소한다.

3) 피고는 원고에게 2,203,000,000원 및 그 중 1,650,000,000원에 대하여는 2015. 8. 25.부터 2020. 9. 2.자 청구취지 및 청구원인 변경신청서 송달일까지는 연 5%의, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을, 나머지 553,000,000원에 대하여는 이 판결 확정일 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 5%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.

나. 예비적으로, 피고는 원고에게 2,011,000,000원 및 그 중 1,650,000,000원에 대하여는 2015. 8. 25.부터 2020. 9. 2.자 청구취지 및 청구원인 변경신청서 송달일까지는 연 5%의, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을, 나머지 361,000,000원에 대하여는 2016. 2. 13.부터 2021. 6. 10.자 청구취지 및 청구원인 변경신청서 송달일까지는 연 5%의, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

2. 항소취지

가. 원고

제1심판결 중 아래에서 지급을 명하는 금액에 해당하는 원고 패소부분을 취소한다. 피고는 원고에게

1,650,000,000원 및 이에 대하여 2015. 8. 25.부터 2020. 9. 2.자 청구취지 및 청구원인 변경신청서 송달일까지는 연 5%의, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

나. 피고

제1심판결 중 피고와 주식회사 C 사이에 체결된 증여계약에 대한 사해행위취소청구에 관한 피고 패소부분을 취소하고, 그 취소부분에 해당하는 원고의 청구를 기각한다(원고는 제1심에서 피고와 주식회사 C 사이에 체결된 증여계약 및 피고와 D 사이에 체결된 증여계약에 대한 각 사해행위취소청구와 주위적으로 1,650,000,000원의 지급을 구하는 불법행위에 기한 손해배상청구 및 예비적으로 같은 금액의 지급을 구하는 부당이득반환청구를 하였다. 제1심은 원고의 청구 중 사해행위취소청구를 모두 인용하는 한편, 불법행위에 기한 손해배상청구와 부당이득반환청구를 모두 기각하였다. 원고는 제1심판결 중 원고 패소부분에 불복하여 항소를 제기한 다음 제2예비적 청구와 제3예비적 청구를 각 추가하였고, 피고는 제1심판결 중 피고와 주식회사 C 사이에 체결된 증여계약에 대한 사해행위취소청구 부분에 대하여만 불복하여 항소를 제기하였다. 따라서 이 법원의 심판범위는 1,650,000,000원의 지급을 구하는 주위적 청구와 각 예비적 청구 및 피고와 주식회사 C 사이에 체결된 증여계약에 대한 사해행위취소청구 부분에 한정된다).

이 유

1. 기초사실

가. 당사자들의 지위

- 1) 원고는 김해시 E 일원에 주택건설사업(이하 '이 사건 사업'이라 한다)을 시행하기 위해 2016. 4. 12. 김해시장으로부터 설립인가를 받은 지역주택조합이다(이하 설립인가 전 '가칭 A지역주택조합'과 '원고'를 구별하지 않고 모두 '원고'라 한다).
- 2) D은 원고의 업무대행사였던 주식회사 H을 운영했던 사람이고, 피고와 S은 D의 아들, W은 D의

조카이다. D은 위 업무대행사 이외에도 여러 회사를 설립·인수해 운영했는데1), 그 중 이 사건과 관련된 회사 및 그 대표이사는 아래와 같다.

주식회사 H(이하 '(주)H'이라 한다)	W (2015-07-13 ~ 2016-05-17)D (2016-05-17 ~ 현재까지)
주식회사 ○(이하 '(주)○'이라 한다)	D (2006-05-23 ~ 2020-12-07)
주식회사 C(본점: 부산, 이하 '(주)C'이라 한다)	피고(2015-01-08 ~ 2016-09-09)(2017-10-12 ~ 2018-12-20)D (2016-09-09 ~ 2017-10-12)S (2018-12-20 ~ 2020-12-10)
주식회사 C(본점: 고양시, 이하 '일산 (주)C'이라 한다)	피고(2014-11-28 ~ 2016-04-15)D (2016-04-15 ~ 2016-10-25)

3) N은 건축사사무소 M의 대표로서 원고와 이 사건 사업에 관한 설계용역계약을 체결한 사람이다.

나. D, N, W에 대한 형사판결의 확정

● D은 원고의 업무대행사였던 (주)H을 운영하면서 2015. 3.경부터 2017. 11.경까지 그 임무에 반하여 허위의 계약을 체결하거나 부당한 금액으로 계약을 체결하는 등의 방법으로 원고에게 200억 원 이상의 재산상 손해를 가하고 같은 액수에 해당하는 재산상 이익을 취득하거나 제삼자로 하여금 취득하게 하며, 그 범죄수익의 처분을 가장했다는 범죄사실로 징역 8년의 유죄판결을, ② N은 D 등과 공모해 원고와 설계용역비를 1평(3.3㎡)당 55,000원에서 80,000원으로 부풀린 설계용역계약을 체결한 후 원고로부터 지급받은 용역비 중 20억 원은 D이 운영하는 (주)O 명의의 계좌로 송금하고, 10억 원은 W을 통해 D에게 현금으로 교부하여 원고에게 30억 원 상당의 재산상 손해를 가하고, D으로 하여금 같은 액수 상당의 재산상 이익을 취득하게 하며, 위 현금 10억 원을 마련하기 위해 범죄수익의 처분을 가장했다는 범죄사실로 징역 3년, 집행유예 4년, 사회봉사 200시간의 유죄판결을, 6 W은 D과 공모하여 D에게 전달하기 위해 N으로부터 위 현금 10억 원을 교부받아 범죄수익을 수수했다는 범죄사실로 징역 1년, 집행유예 2년, 사회봉사 200시간의 유죄판결을 받아 그 판결이 확정되었다[창원지방법원 2018고합278, 2019고합34(병합), 부산고등법원 (창원)2019노298, 대법원 2020도5351].

위와 같이 확정된 형사판결의 범죄사실 중 이 사건과 관련된 부분의 요지는 아래 [범죄사실] 기재와

같다.

[범죄사실]2) 1. 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)(2018고합278)

가. D, N, K, L의 공동범행(설계용역계약 체결 관련)

D과 M 대표인 N은 원고와 M 사이에 용역비를 부풀려 설계용역계약을 체결하게 한 후 그 차액을 나눠 갖는 방법으로 이익을 취득하기로 마음먹었다.

이에 따라 D은 사실은 이 사건 사업 설계용역 대금이 1평(3.3㎡)당 55,000원임에도 불구하고 2015.

5.경 원고와 M 대표인 N과 사이에 설계용역비를 1평(3.3㎡)당 80,000원으로 부풀려

설계용역계약을 체결하게 하였고, 원고가 설립된 이후인 2016. 5.경 원고로 하여금 위 계약을

승인하게 하였으며, 그 과정에서 원고의 조합장인 K과 이사인 L는 위와 같은 설계용역계약이

적정한지 여부에 대해 아무런 검토도 하지 않은 채 위 계약체결을 승인하였다.

N은 위 설계용역계약에 따라 원고로부터 설계용역 대금을 일부 받은 후, 2015. 6. 29. D이 운영하는

(주)O 명의 계좌로 20억 원을 송금하고(아래에서 보는 바와 같이 (주)은 2015. 8. 25. (주)C에 위 20억

원 중 19억 8,000만 원을 송금했다), 2015. 6. 29.경부터 2015. 8. 28.경 사이에 총 4회에 걸쳐

D에게 합계 10억 원을 현금으로 교부하였다. 이에 따라 D은 30억 원 상당의 재산상 이익을

취득하였다.

이로써 D, N, K, L는 공모하여, D으로 하여금 부풀려진 설계용역비 중 30억 원 상당의 재산상 이익을

취득하게 하고, 원고에 같은 금액 상당의 재산상 손해를 가하였다.

나. D, P, K, L의 공동범행(조합원 모집 용역계약 체결 부분)

D과 P은 원고와 (주)Q 사이에 용역비를 부풀려 조합원 모집 용역계약을 체결하여 이득을 취득하기로 마음먹었다.

D과 P은, 2015. 3.경 사실은 조합원 모집 용역수수료가 1세대당 500만 원에 불과하였음에도,

원고와 (주)Q로 하여금 1세대당 900만 원으로 부풀려 조합원 모집 용역계약을 체결하게 하였고,

원고가 설립된 후인 2016. 5.경 원고로 하여금 위 계약을 승인하게 하였다. (주)Q는 위 계약을 통해

2015. 6. 25.경부터 2017. 11. 9.경까지 조합원 모집 용역계약에 따른 수수료 명목으로 합계

33,100,195,973원을 송금받았다.

한편 D는 위와 같은 조합원 모집 용역비 명목으로 (주)Q에 지급된 금원 중 P으로부터 2015. 7. 6.경 자신이 운영하는 (주)R 명의의 계좌로 25억 원을, 2015. 7. 10.경부터 2015. 8. 25.경까지 자신이 운영하는 (주)C이 지정한 계좌로 합계 15억 9,300만 원을 각각 반환받았다. P은 부풀려 지급받은 조합원 모집 용역수수료 중 D에게 전달한 금원 외에, 허위 조합원 모집 인건비(사업소득) 지급, 가공거래, 허위 대여금 지급 등의 방법으로 2,516,525,611원을 마련하여 개인적으로 취득하였다. 그리고 원고의 조합장인 K과 이사인 L는 위와 같이 부풀린 금액의 조합원 모집 용역계약을 체결하고 비용을 집행하는 것이 적정한지 여부에 대해 아무런 검토도 하지 않은 채 위 계약체결을 승인하였다. 이로써 D, P, K, L는 공모하여, D과 P으로 하여금 이면계약을 통해 부풀린 조합원 모집 용역수수료 13,860,195,973원 [= 조합원 모집 수수료 명목으로 지급된 33,100,195,973원 - 19,240,000,000원(=500만 원 × 3,848세대)] 상당의 재산상 이익을 취득하게 하고, 원고에 같은 금액 상당의 재산상 손해를 가하였다.

2. 범죄수익은닉의규제및처벌등에관한법률위반(2019고합34)

가. D, N, AD의 공동범행

D, N은 2015. 3.경 사실은 이 사건 사업 설계용역비가 1평(3.3㎡)당 55,000원임에도 불구하고 원고로 하여금 N과 설계용역비로 1평(3.3㎡)당 80,000원으로 부풀려진 설계용역계약을 체결하게 한 후, 원고로 하여금 2015. 6. 29.경 설계용역 대금 명목으로 합계 4,003,382,500원을 N의 계좌로 송금하게 한 다음 그중 일부를 D에게 반환함으로써 D으로 하여금 3,000,000,000원 상당의 재산상 이익을 취득하게 하고, 원고에 같은 금액 상당의 재산상 손해를 가하였다.

D, N은 위와 같이 송금된 설계용역 대금 중 1,000,000,000원을 현금으로 D에게 되돌려주기로 하였고, 이에 따라 N은 AD가 운영하는 (주)AE와 설계용역비를 부풀려 설계용역계약을 체결하고 설계용역 대금을 송금한 후 이를 되돌려 받는 수법으로 범죄수익의 처분을 가장하기로 마음먹었다.

N, AD는 2015. 6. 26.경 김해시 AF에 있는 M 사무실에서, M과 (주)AE 사이에 실제 용역비가 230,000,000원임에도 불구하고 용역비를 660,000,000원으로 부풀려 'AG 지역주택조합아파트 지구단위계획 및 공원조성계획 용역 계약'을 체결하고 허위 세금계산서를 발행하기로 하는 한편, AD가 설계용역비로 송금받은 돈 중 일부를 N에게 되돌려주기로 약속하였고, 이에 따라 N은 2015.

8. 17.경 설계용역 대금 중 일부인 330,000,000원을 (주)AE 명의의 계좌로 송금하였고, AD는 그중 255,000,000원을 현금으로 출금하여 2015. 8. 28.경 N에게 건네주었다.

이로써 D, N, AD는 공모하여 범죄수익의 처분에 관한 사실을 가장하였다.

나. W

D과 N은 제4항 기재와 같이 원고로 하여금 2015. 6. 29.경 부풀려진 설계용역 대금 명목으로 합계 4,003,382,500원을 N의 계좌로 송금하게 함으로써 D으로 하여금 3,000,000,000원 상당의 재산상 이득을 취득하게 하고, 원고에 같은 금액 상당의 재산상 손해를 가하였다.

D과 N은 위와 같이 송금된 설계용역 대금 중 1,000,000,000원을 현금으로 D에게 되돌려주기로 하였고, N은 하청업체와 가장 거래 및 지인들을 통해 현금을 마련한 후 D의 지시를 받은 W에게 전달하기로 하였으며, W은 N으로부터 현금을 교부받는 방법으로 범죄수익을 수수하기로 마음먹었다.

이에 따라 W은 2015. 7.경 김해시 J동에 있는 원고의 모델하우스에서 N으로부터 총 2회에 걸쳐 합계 현금 400,000,000원, 2015. 8.경 위 모델하우스에서 현금 300,000,000원, 2015. 8. 28.경 M 사무실에서 현금 300,000,000원 등 합계 1,000,000,000원을 교부받았다.

이로써 W은 D과 공모하여 그 정황을 알면서 범죄수익을 수수하였다.

다. 피고의 이 사건 가수금 취득

1) N은 2015. 6. 29. [범죄사실] 제1의 가.항과 같이 취득한 용역비 중 20억 원을 D이 대표자 사내이사인 (주)O의 계좌로 송금했다.

2) (주)O은 2015. 8. 25. 위 20억 원 중 19억 8,000만 원을 피고가 대표이사인 (주)C의 계좌로 송금했고, (주)C은 위 19억 8,000만 원을 '피고의 가수금'으로 회계처리했다.

3) (주)C의 계좌에서 2016. 10. 25. 12:32 피고의 계좌로 16억 5,000만 원(이하 '이 사건 가수금'이라 한다)이 '가수금 상환' 명목으로 송금되었다. 피고는 같은 날 12:35~12:36 위 계좌에서 D의 계좌로 15억 5,000만 원을, 12:41 S의 계좌로 1억 원을 송금했다.

라. 피고의 이 사건 아파트 취득

1) 피고는 2015. 11. 23. 주식회사 F(이하 'F'라 한다)와 별지 목록 기재 아파트(이하 '이 사건 아파트'라 한다)에 관해 분양금액을 19억 2,080만 원으로 한 분양계약(이하 '이 사건 분양계약'이라 한다)을 체결했고, (주)C의 계좌에서 F의 계좌로 2015. 11. 20. 1,000만 원, 2015. 11. 23. 1억 8,200만 원을 각 송금하여 위 분양계약의 계약금 1억 9,200만 원(이하 '이 사건 계약금'이라 한다)을 지급했다.

2) 피고는 2015. 11. 26. F와 잔금을 선납하는 대신 분양대금 중 2억 6,000만 원을 할인받는 잔금선납 특약을 체결했고, 2016. 2. 12. D으로부터 3억 6,100만 원을 증여받아 위 계약의 잔금을 지급하고 같은 날 이 사건 아파트에 관해 2015. 11. 23.자 매매를 원인으로 한 소유권이전등기를 마쳤다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 1 내지 7, 10, 16, 20, 26, 27, 31, 40호증, 을 2 내지 5, 11, 12호증(가지번호 있는 것은 각 가지번호 포함)의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 이 사건 계약금에 대한 청구에 관한 판단

가. 원고의 주장

(주)C은 2015. 11.경 채무초과 상태에서 피고를 대신해 F에 2015. 11. 20. 1,000만 원, 2015. 11. 23. 1억 8,200만 원을 이 사건 분양계약의 계약금으로 지급해 위 각 돈을 피고에게 증여했다. 이는 (주)C의 채권자인 원고에 대한 사해행위에 해당하므로, 원고는 위 각 증여계약을 취소한다. 따라서 피고는 원고에게 사해행위취소에 따른 원상회복으로 위 1억 9,200만 원 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

나. 청구원인에 관한 판단

1) 피보전채권 갑 20호증의 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 원고는 2020. 1. 17. D의 [범죄사실] 제1의 가. 및 나.항 기재 배임행위에 관해 (주)C에 손해배상을 구하는 소를 제기했고, 2020. 10. 15. "(주)C은 원고에게 35억 7,300만 원 및 이에 대하여 2015. 8. 25.부터 2020. 9. 7.까지는 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라."는 판결을 받았으며, 위 판결이 그대로 확정된 사실이 인정된다(창원지방법원 2020가합50273호). 위와 같이 확정된 원고의 주C에 대한 채권은 2015. 11. 20.자 및 2015. 11. 23.자 증여계약에 대한

사해행위취소의 피보전채권이라고 봄이 상당하다.

2) 사해행위 및 사해의사 가) 관련 법리

채무자가 채무초과 상태에서 자신의 재산을 타인에게 증여하였다면 특별한 사정이 없는 한 이러한 행위는 사해행위가 된다고 할 것이다(대법원 2013. 5. 9. 선고 2012다200417 판결 참조).

나) 증여계약

(1) 피고가 (주)C의 계좌에서 F의 계좌로 2015. 11. 20. 1,000만 원을, 2015. 11. 23. 1억 8,200만 원을 송금한 사실은 앞서 본 바와 같고, 을 11호증의 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 피고는 2015. 11. 23. F와 이 사건 분양계약을 체결하면서 같은 날 (주)C의 대표이사로서 F에 "위 계약자(피고)를 대신하여 상기 분양대금(1억 9,200만 원)을 분양대금 계좌에 입금하였으며, 본인이 입금한 분양대금을 상기 계약자 명의로 대체함에 동의하며, 향후 어떠한 이의도 제기하지 않을 것을 약속합니다."라는 내용의 분양대금 대체 확인서를 작성·교부한 사실이 인정된다. 그렇다면 (주)C은 피고가 부담해야 할 이 사건 계약금을 F에 대신 지급하는 방법으로 피고에게 위 계약금을 증여한 것이라고 봄이 상당하다.

(2) 이에 대하여 피고는, (주)C이 이 사건 아파트에 관한 분양계약을 체결하고 이 사건 계약금을 지급했으나 회계사무소에서 문제가 있다고 지적하여 위 분양계약의 계약자를 (주)C에서 피고로 변경한 것이라는 취지로 주장한다. 그러나 앞서 본 인정사실, 앞서 든 각 증거에 변론 전체의 취지를 더하여 알 수 있는 아래와 같은 사실 및 사정들, 즉 ● 분양대금 대체 확인서의 문언은 (주)C이 F에 입금한 이 사건 계약금을 피고의 계약금으로 대체하는데 동의한다는 의미에 불과하고, (주)C과 F 사이에 이 사건 아파트에 관한 분양계약이 체결되었거나 위 분양계약의 계약자가 (주)C에서 피고로 변경되었다는 의미로 해석할 수 없는 점, ② 공급계약서(을 11호증) 제1조는 계약금은 계약 시에 수수(授受)하는 것으로 규정하고 있는데 피고는 (주)C의 계좌에서 1억 8,200만 원을 지급한 당일 F와 이 사건 분양계약을 체결한 점, ③ (주)C이 이 사건 아파트에 관한 분양계약을 체결한 후 피고에게 그 지위를 양도했다면 (주)C을 계약자로 한 분양계약서나 분양권전매계약서 등이 작성되었을 것으로 보이는데, 피고는 위와 같은 처분문서를 제출하지 못하고 있는 점 등에 비추어 보면, 피고가 주장하는 사정, 을 11호증의 기재만으로는 위 인정을 뒤집기에 부족하다.

다) (주)C의 채무초과

(주)C이 위 증여 당시 채무초과 상태에 있었는지에 관해 보건대, 앞서 본 인정사실, 앞서 든 각 증거, 갑 11호증의 기재에 변론 전체의 취지를 더하여 알 수 있는 아래와 같은 사실 및 사정들, 즉 ① (주)C의 2015. 12. 31.자 기준 자산은 13,937,744,800원, 부채는 14,697,474,529원, 자본은 - 759,729,729원으로 자본잠식상태에 있었던 점, ② (주)C의 2015년도 매출액은 0원, 당기순손실은 1,220,893,814원이었던 점, ③ (주)C은 원고에게 위 35억 7,300만 원 상당의 손해배상채무도 부담하고 있었던 점 등을 종합하면, (주)C이 위 증여 당시 채무초과 상태였음이 인정된다.

이에 대하여 피고는, (주)C은 부산 동래구 AH 일원에서 공동주택 개발사업을 진행하며 다수의 부동산을 소유하고 있고, 추후 위 사업을 완료하여 주택을 매도·임대할 경우 수익이 발생한다는 취지로 주장하나, 사해행위취소소송에서 채무자가 채무초과상태에 있는지 여부는 사해행위 당시를 기준으로 판단하는 것이므로(대법원 2013. 4. 26. 선고 2012다118334 판결 등 참조), 피고가 주장하는 사정, 을 7호증의 기재만으로는 위 인정을 뒤집기에 부족하다.

라) 소결론

(주)C이 채무초과 상태에서 피고에게 2015. 11. 20. 1,000만 원, 2015. 11. 23. 1억 8,200만 원을 각 증여했으므로, 특별한 사정이 없는 한 위 각 증여계약은 원고에 대한 사해행위에 해당하고, (주)C의 사해의사도 인정되며, 피고의 악의는 추정된다.

3) 소결론 따라서 특별한 사정이 없는 한 피고와 (주)C 사이에 체결된 2015. 11. 20.자 1,000만 원의 증여계약 및 2015. 11. 23.자 1억 8,200만 원의 증여계약은 취소되어야 하고, 그에 따른 원상회복으로 피고는 원고에게 1억 9,200만 원(= 1,000만 원 + 1억 8,200만 원) 및 이에 대하여 이 판결 확정일 다음 날부터 다 갚는 날까지 민법이 정한 연 5%의 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

다. 피고의 주장에 관한 판단

1) 상계 주장에 관한 판단 가) 피고의 주장

피고는 계정별원장(을 6호증의1)의 기재와 같이 위 증여 당시 (주)C에 상당한 돈을 빌려주었기에 이 사건 계약금을 (주)C의 계좌에서 지급한 후 피고가 (주)C에 빌려준 돈과 상계했다.

나) 판단

피고가 제출한 (주)C의 2015년 주·임·종 단기차입금 계정별원장(을 6호증의1)에 이 사건 계약금에 관해 아래와 같이 기재된 사실은 인정된다.

과목 : [257] 주·임·종 단기차입금

11-20	Y아파트 Z-AA계				10,000,000	997,585,859
11-23	대표자 일시가수(법인)	AI	B	1,524,155		999,110,014
11-23	Y아파트 Z-AA계				182,000,000	1,181,110,014
11-25	대표자 차입금			10,000,000		1,171,110,014
11-28	대표자 차입금	AJ조합		182,000,000		989,110,014
[월 계]				195,678,010	197,202,165	
[누 계]				1,656,620,260	2,645,730,274	

그러나 앞서 인정한 사실, 앞서 든 각 증거, 갑 13, 15호증의 각 기재, 제1심법원의 금융거래정보제출명령에 대한 주식회사 G의 2021. 6. 28.자 회신결과에 변론 전체의 취지를 더하여 알 수 있는 아래와 같은 사실 및 사정들에 비추어 보면 계정별원장(을 6호증의1)은 믿을 수 없다. 따라서 피고의 위 주장은 받아들일 수 없다.

(1) 위 계정별원장(을 6호증의1)은 형사사건에서 제출된 (주)C의 계정별원장(갑 15호증)과 그 내용이 일치하지 않는다.

(2) (주)C이 피고를 대신하여 F에 2015. 11. 20. 1,000만 원을, 2015. 11. 23. 1억 8,200만 원을 지급했으나 위 계정별원장(을 6호증의1)에는 (주)C의 단기차입금이 2015. 11. 20. 1,000만 원, 2015. 11. 23. 1억 8,200만 원 증가하는 것으로 회계처리가 되어 있어 위 거래내역과 위 계정별원장의 회계처리가 일치하지 않는다.

(3) (주)C이 2015. 8. 25. (주)○으로부터 19억 8,000만 원을 지급받아 이를 피고의 가수금으로 처리한 사실은 제1의 다.항에서 본 바와 같으나, 위 계정별원장(을 6호증의1)에는 위 19억 8,000만 원이 피고의 가수금으로 회계처리가 되어 있지 않다.

(4) 위 계정별원장(을 6호증의1)에는 2015. 1. 1. '대표이사 가수금'이 694,416,610원 증가한 것으로 기재되어 있고, 2015. 1. 19. 차변에 787,734,850원, 대변에 5억 원이 회계처리되어 있다. 이에 대해 원고가 '2015. 1. 19. 피고의 계좌에서 (주)C의 계좌로 5억 원이, (주)C의 계좌에서 피고의 계좌로 10억 원이 송금되었는데, 위 계정별원장(을 6호증의1)의 대변에는 피고가 송금한 5억 원이 전부 회계처리가 되었으나 차변에는 (주)C이 송금한 10억 원 중 787,734,850원만 회계처리 되어 있다.'는 문제를 제기했으나(원고 2021. 8. 23.자 준비서면) 피고는 위와 같은 회계처리에 합당한 설명이나 부합하는 거래내역을 제출하지 않고 있다.

2) 반환 주장에 관한 판단 가) 피고의 주장

(주)C은 이 사건 계약금 1억 9,200만 원을 건설용지, 미수금으로 수정분개했고, 피고는 2016. 9. 8. (주)C에 이 사건 계약금 1억 9,200만 원을 송금했으므로, 결국 피고가 이 사건 계약금 1억 9,200만 원을 지급한 것이다.

나) 판단

살피건대, 을 8호증의 기재, 제1심법원의 금융거래정보제출명령에 대한 주식회사 G의 2021. 6. 28.자 회신결과에 의하면 2016. 9. 8. 피고 명의의 계좌에서 (주)C의 계좌로 1억 9,200만 원이 송금된 사실, 피고가 제출한 (주)C의 2016년 건설용지 계정별원장(을 8호증의1) 및 미수금 계정별원장(을 8호증의2)에 아래와 같이 기재된 사실은 인정된다.

계정과목 : [165] 건설용지

11-20	Y아파트 수정분개	AK	Y아파트 Z-AA	192,000,000	
-------	-----------	----	-----------	-------------	--

계정과목 : [120] 미수금

09-08	대표자 일시가수(법인)	AI	B		192,000,000
-------	--------------	----	---	--	-------------

그러나 앞서 본 인정사실, 앞서 든 각 증거에 변론 전체의 취지를 더하여 알 수 있는 아래와 같은 사실

및 사정들에 비추어 보면, 위 인정사실만으로는 피고가 (주)C에 이 사건 계약금을 반환했다고 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

(1) (주)C의 이 사건 계약금 증여와 피고의 위 송금 사이에는 상당한 시간적 간격이 존재하고, 그 사이 또는 그 전후로 피고와 (주)C 사이에는 많은 거래내역이 존재하기에 금액이 동일하다는 점만으로는 위 송금이 이 사건 계약금의 반환이라고 보기 어렵다.

(2) 피고가 제출한 (주)C의 2015년 주·임·종 단기차입금 계정별원장(을 6호증의1)을 믿기 어려운 점은 앞서 본 바와 같다. 여기에 앞서 본 바와 같이 주(주)C이 이 사건 아파트에 관한 분양계약을 체결하거나, 이 사건 아파트에 관한 소유권을 취득한 적이 없고, 이 사건 아파트를 건설용지로 볼 수 없음에도 (주)C의 2016년 건설용지 계정별원장(을 8호증의 1)에는 이 사건 계약금 상당액이 건설용지로 회계처리되어 있는 점, 단기차입금 계정별원장(을 6호증의1)의 회계처리와 미수금 계정별원장(을 8호증의2)의 회계처리가 서로 상충하는 점을 더하여 보면, 피고가 제출한 위 각 계정별원장도 이를 믿을 수 없다.

3. 이 사건 가수금에 대한 청구에 관한 판단

가. 불법행위 손해배상청구에 관한 판단(주위적 청구)

1) 원고의 주장 D은 N으로 하여금 [범죄사실] 제1의 가.항과 같이 취득한 범죄수익 중 20억 원을 (주)의 계좌로 송금하게 했고, (주)O의 계좌에서 (주)C의 계좌로 위 20억 원 중 19억 8,000만 원을 송금했으며, 피고는 위 19억 8,000만 원을 피고의 가수금으로 처리하고, 위 가수금 변제명목으로 16억 5,000만 원을 송금받아 그 중 15억 5,000만 원은 D의 계좌로, 나머지 1억 원은 S의 계좌로 각 송금했다. D의 위 행위는 범죄수익을 은닉·가장한 불법행위에 해당하고, 피고는 D의 위 불법행위를 공모하거나, 방조한 공동불법행위자에 해당한다. 따라서 피고는 원고에게 위 16억 5,000만 원 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

2) 관련 법리 민법상 공동불법행위는 객관적으로 관련공동성이 있는 수인의 행위로 타인에게 손해를 가하면 성립하고, 행위자 상호 간에 공모는 물론 의사의 공통이나 공동의 인식을 필요로 하는 것이 아니다. 또한, 그러한 공동의 행위는 불법행위 자체를 공동으로 하거나 교사·방조하는 경우는 물론 횡령행위로 인한 장물을 취득하는 등 피해의 발생에 공동으로 관련되어 있어도 인정될 수

있다(대법원 2001. 5. 8. 선고 2001다2181 판결, 대법원 2013. 4. 11. 선고 2012다44969 판결 등 참조). 그리고 이러한 법리는 범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률에서 정하는 특정범죄로 취득한 재산인 것을 인식하면서 그 은닉·보존 등에 협력하는 등으로 특정범죄로 인한 피해회복을 곤란 또는 불가능하게 함으로써 그 손해가 지속되도록 한 경우에도 마찬가지로 적용된다고 할 것이다(대법원 2016. 4. 12. 선고 2013다31137 판결 등 참조).

공동불법행위에 있어 방조라 함은 불법행위를 용이하게 하는 직접·간접의 모든 행위를 가리키는 것으로서 형법과 달리 손해의 전보를 목적으로 하여 과실을 원칙적으로 고의와 동일시하는 민법의 해석으로서는 과실에 의한 방조도 가능하다고 할 것이며, 이 경우의 과실의 내용은 불법행위에 도움을 주지 않아야 할 주의의무가 있음을 전제로 하여 이 의무에 위반하는 것을 말한다(대법원 2003. 1. 10. 선고 2002다35850 판결 등 참조).

3) 인정사실 가) D은 2015. 5.경 원고로 하여금 N과 설계용역 대금을 1평(3.3m²)당 55,000원에서 1평(3.3m²)당 80,000원으로 부풀린 설계용역계약을 체결하게 했다.

나) 원고와 자금관리대리사무계약을 체결한 AL 주식회사는 2015. 6. 29. 10:27 N에게 위 설계용역계약 대금 약 40억 원을 송금했다. D은 같은 날 13:20 (주○ 명의 계좌를 개설했고, N은 같은 날 15:48~15:50 위와 같이 개설된 (주)O 명의 계좌로 위 약 40억 원 중 20억 원을 송금했다.

다) N은 [범죄사실] 제2의 가항 등과 같은 방법으로 마련한 현금 10억 원을 [범죄사실] 제2의.

나항과 같이 2015. 7.경부터 2015. 8. 28.까지 4번에 걸쳐 W을 통해 D에게 전달했다.

이에 대해 N은 검찰에서 '위 4번 중 2번은 피고가 함께 있었다.'는 취지로 진술했다(갑 38호증).

피고는 경찰에서는 '부친(D)이 N에게 가면 관련 자료를 줄 테니 가져오라고 해서 W과 함께

N으로부터 종이봉투를 받아 부친에게 전달했다.'는 취지로 진술했고(갑 39호증), 이 사건에서는

'W을 따라가 N으로부터 종이가방을 받아 D에게 전달한 적이 1번 있다.'는 취지로 주장했다(피고 2021. 3. 10.자 준비서면, 2021. 6. 11.자 준비서면).

라) (주)의 계좌에서 2015. 8. 25. (주)C의 계좌로 위 20억 원 중 19억 8,000만 원이 송금되었다. 이에 대해 피고는 경찰에서 "왜 20억을 다 이체하지 않고 19억 8,000만 원으로 이체를 했나요."라는 질문에 "저도 그 이유를 모르겠습니다. 부친(D)이 시켜서 그렇게 했던 겁니다."라고 진술했다(갑

39호증).

마) (주)C은 2015. 8. 25. 위 19억 8,000만 원을 피고의 가수금으로 회계처리했다.

이에 대해 D은 2018. 12. 4. 검찰에서 아래와 같이 진술했다(갑 36호증).

문 : N으로부터 돈을 돌려받기 위해 (주)○ 명의 계좌를 개설하였지요.

답 : 네.

문 : 이후 그 돈은 피고 명의 (주)C의 가수금으로 입금하였지요.

답 : 네.

문 : 위와 같이 입금하면 가수금 반제를 통해 피의자(D)의 돈이 되는 것이지요.

답 : 네.

바) (주)C의 계좌에서 2016. 10. 25. 12:32 피고의 계좌로 16억 5,000만 원이 '가수금 상환' 명목으로 송금되었다. 피고는 같은 날 12:35~12:36 위 계좌에서 D의 계좌로 15억 5,000만 원을 송금했고, 12:41 S의 계좌로 1억 원을 송금했다.

이에 대해 피고는 창원지방법원 2019가합52303호 사해행위취소 사건에 증인으로 출석해 아래와 같이 증언했다(갑 33호증).

문 : 그런데 15억 5,000만 원은 증인에게 귀속되었다가 D에게 증인의 의사로 지급한 것입니까, 아니면 D이 증인의 계좌만 이용한 것입니까.

답 : 제가 그 때 있었던 가수금을 정리해서 받은 것이고, 가수금 정리해서 받은 것 가지고 그 당시에 제 상황이 고양시에 있는 일산 (주)C3) 이 있는데, 그 쪽에서 사업을 더 이상 진행할 수 없는 조건이라서 거기에 대표이사 가수금하고 가지급금 부분 정리한다고 아버지께 넘겨드렸고, 아버지가 그 쪽에 입금한 것으로 알고 있습니다.

문 : D씨가 받은 15억 5,000만 원이 (주)C에 회계처리가 되어 있었습니까.

답 : 예, 제 이름으로 들어 왔고, 15억 5,000만 원은 고양시에 있었던 일산 (주)C에는 회계처리가 되어 있을 것입니다.

사) D은 2017. 6. 내지 7.경 N과 위 20억 원을 대여금으로 가장하기 위해 허위의 대여금약정서를 작성했다.

이에 대해 피고는 경찰에서 '2017. 6. 내지 7.경 (주)H, (주)U에 대한 세무조사가 있어 세무조사에 대비하기 위해 N이 (주)O으로, (주)O에서 (주)C로 송금된 20억 원(19억 8천만 원)과 관련해서 N과 (주)O(D)간 대여금약정서를 소급해서 작성해두었다. 그 이후 수사기관의 수사가 시작되면서 위 대여금약정서를 토대로 대여금 주장을 하게 되었다. 제가 그 양식을 작성해주었다.'는 취지로 진술했다(갑 39호증).

아) D은 2018. 6. 7. 검찰에서 위 대여금약정서에 기재 위 20억 원은 범죄수익이 아니라 (주)N으로부터 대여한 것이라는 취지로 주장했다(갑35호증). 그 무렵 (주)H, (주)C, (주)AC 등의 소유였던 9개 부동산이 N, AN, AO, AP, (주)AE 명의로 소유권이전등기되었다.

이에 대해 피고는 경찰에서 'N이 위 20억 원을 대여금으로 주장하자고 하며 부친(D)에게 13개항 16개 부동산에 대한 소유권이전등기를 요청했고, 부친이 저에게 N이 자료를 가져오면 부동산을 넘겨주라고 지시를 했다. 제가 5개항 9개 부동산에 대해 N 또는 N이 지정하는 AN, AO, AP, (주)AE 명의로 소유권이전등기를 마쳐주었다.'는 취지로 진술했다(갑 39호증).

자) 피고는 창원지방법원 2019가합52303호 사해행위취소 사건에 증인으로 출석하여 '(주)C의 주식 100%를 소유하고 있고, D이 (주)C의 대표이사로 등재되었던 적은 있지만 회사가 성립되고 나서부터 명의만 대표이사가 아니라 진정한 대표이사로 항상 사무를 수행했으며, (주)C 계좌의 OTP를 들고 있었기에 저의 지시가 있어야 (주)C 계좌에 있는 돈을 집행할 수 있다.'는 취지로 증언했다(갑 33호증).

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 7, 13 내지 16, 20, 32 내지 41호증(가지번호 있는 것은 각 가지번호 포함)의 각 기재, 변론 전체의 취지

4) 구체적 판단 가) 손해배상책임의 발생

살피건대, 앞서 본 인정사실, 앞서 든 각 증거에 변론 전체의 취지를 더하여 알 수 있는 아래와 같은 사정들을 종합하면, 피고는 D이 범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률에서 정한 특정범죄로 취득한 재산인 것을 적어도 미필적으로 인식하거나 인식할 수 있었음에도 위 재산의 취득·은닉·보존에 협력하는 등 피해발생에 공동으로 관련되어 있는 행위를 하여 특정범죄로 인한 피해회복을 곤란 또는 불가능하게 함으로써 원고의 손해가 지속되도록 했다고 봄이 상당하다. 따라서 피고는

공동불법행위자로서 원고의 손해를 배상할 책임이 있다.

(1) 피고와 D은 부자 사이이다. D은 피고의 아버지 겸 주(주)C의 대표이사 또는 사내이사로서 (주)C에 실질적인 영향력을 행사할 수 있었으나 피고 또한 (주)C의 1인 주주 겸 대표이사로서 (주)C의 업무를 수행하고, (주)C로부터 상당한 급여를 수령하며, (주)C 계좌의 OTP를 소지하고 그 자금을 집행하거나, 집행을 지시해왔다.

(2) D은 [범죄사실] 제1의 가.항의 범죄수익 30억 원 중 20억 원을 취득하기 위해 N으로 하여금 주○의 계좌로 20억 원을 송금하게 했고, 피고로 하여금 (주)O의 계좌에서 (주)C의 계좌로 위 20억 원 중 19억 8,000만 원을 송금하게 했다. 피고는 자신과 (주)○ 사이에 위 19억 8,000만 원에 상응하는 거래가 없음을 잘 알고 있었음에도 주○의 계좌에서 (주)C의 계좌로 위 19억 8,000만 원을 송금한 후 이를 자신의 가수금으로 회계처리했으며, 가수금 상환 명목으로 16억 5,000만 원을 송금받아 그 중 15억 5,000만 원은 D의 계좌로, 나머지 1억 원은 S의 계좌로 송금했다.

(3) 피고는 D과 N이 위 20억 원에 관한 세무조사 등에 대비하기 위해 허위의 대여금약정서를 작성할 때 그 양식을 작성해주었고, D은 위 20억 원에 대한 검찰 수사가 진행될 무렵 위 대여금약정서에 기재된 위 20억 원을 배임행위로 취득한 재산이 아닌 대여금이라고 주장했다. 또한 피고는 D의 지시에 따라 위 20억 원을 대여금인 것처럼 가장하기 위해 N 또는 N이 지정하는 자에게 (주)H, (주)C, (주)AC 등 소유 9개 부동산에 관한 소유권이전등기를 마쳐주었다.

(4) D은 [범죄사실] 제1의 가.항의 범죄수익 30억 원 중 10억 원을 취득하기 위해 W에게 N으로부터 현금을 받아오라고 지시했다. N은 4번에 걸쳐 W을 통해 D에게 현금 10억 원을 종이봉투에 담아 전달했는데, 피고는 위 4번 중 1번 내지 2번 W과 동행하여 위 종이봉투를 받아와 D에게 전달했다. 이에 대해 피고는 위 종이봉투에 들어있는 것이 현금이라는 점을 몰랐다는 취지로 주장하나, ● N은 검찰에서 '쇼핑백을 들면 돈이 들어있음을 알 수 있었다.'는 취지로 진술한 점, ② W도 검찰에서 '사실 설게 용역비에 대한 뇌물일 수 있겠다는 생각을 했었다.', '돈의 액수나 명목은 몰랐으나 정상적이지 못한 돈이라고 생각이 되어서 나중에 문제가 되거나 나에게 피해가 오는 것은 아닌가 생각을 했다.'는 취지로 진술한 점 등을 고려하면, 피고 또한 종이봉투에 든 것이 범죄수익과 관련된 현금이라는 점을 알았거나 알 수 있었다고 보인다.

(5) 이에 대하여 피고는, 주○이 (주)C에 19억 8,000만 원을 송금한 날은 2015. 8. 25.이고, (주)C이 피고에게 16억 5,000만 원을 가수금 상환 명목으로 송금한 날은 2016. 10. 25.이며, 피고가 위 19억 8,000만 원 이외에도 (주)C에 상당한 채권을 가지고 있었던 점을 고려하면, 피고가 상환받은 16억 5,000만 원은 위 19억 8,000만 원과 관계가 없다는 취지로 주장한다. 살피건대, ● 피고의 주장에 부합하는 듯한 계정별원장(을 6호증의1)은 이를 믿을 수 없는 점, ② 감사보고서(갑 11호증)에는 2015. 12. 31. 기준 (주)C의 피고에 대한 단기차입금이 1,866,183,000원으로 기재되어 있는데, 위 1,866,183,000원에서 위 19억 8,000만 원을 제외하면 2015. 12. 31. 기준 (주)C의 피고에 대한 단기차입금은 존재하지 않는 점, ③ 피고는 위 16억 5,000만 원이 위 19억 8,000만 원과 관련이 없다고만 주장할 뿐 구체적인 피고의 가수금 발생 원인이나 거래내역을 밝히지 않고 있는 점 등을 고려하면 다소의 시간적 간격이 있다고 하더라도 위 16억 5,000만 원은 위 19억 8,000만 원 중 일부를 가수금 상환 명목으로 지급받은 것이라고 봄이 상당하다.

(6) 이에 대하여 피고는, 피고가 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임) 또는 범죄수익은닉의규제및처벌에관한법률위반으로 처벌 또는 수사를 받은 사실이 없으므로 불법행위도 성립하지 않는다는 취지로 주장한다. 그러나 민사책임과 형사책임은 지도이념 및 증명책임의 부담과 증명의 정도 등에서 서로 다른 원리가 적용된다. 불법행위에 따른 형사책임은 사회의 법질서를 위반한 행위에 대한 책임을 묻는 것으로서 행위자에 대한 공적인 제재(형벌)를 내용으로 함에 비하여, 민사책임은 타인의 법익을 침해한 데 대하여 행위자의 개인적 책임을 묻는 것으로서 피해자에게 발생한 손해의 전보를 내용으로 하고 손해배상제도는 손해의 공평·타당한 부담을 지도원리로 하는 것이므로, 형사상 범죄를 구성하지 않는 침해행위라고 하더라도 그것이 민사상 불법행위를 구성하는지는 형사책임과 별개의 관점에서 검토되어야 한다(대법원 2021. 6. 3. 선고 2016다34007 판결 참조). 피고가 특정범죄로 취득한 재산인 것을 미필적으로나마 인식하면서 또는 인식할 수 있는 상태에서 그 취득·은닉·보존에 협력하여 원고의 손해를 지속되도록 하는 행위를 한 이상 피고가 범죄수익은닉의규제및처벌에관한법률위반 등으로 처벌 또는 수사를 받았는지 여부와 관계없이 피고는 원고에게 민사상 공동불법행위자로서 손해배상책임을 부담한다고 봄이 상당하다.

나) 손해배상책임을 범위

(1) 원고의 손해액

D이 원고에 대한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)으로 취득한 범죄수익 중(주), (주)C, 피고의 계좌를 통해 D 및 S 계좌로 송금된 돈의 합계가 16억 5,000만 원인 점은 앞서 본 바와 같으므로, 앞서 본 피고의 협력행위와 인과관계 있는 원고의 손해액은 16억 5,000만 원이라고 봄이 상당하다.

(2) 손해배상책임의 제한

(가) 불법행위로 인한 손해의 발생 또는 확대에 관하여 피해자에게도 과실이 있는 때에는 가해자의 손해배상의 범위를 정함에 있어 당연히 이를 참작하여야 하고, 배상의무자가 피해자의 과실에 관하여 주장을 하지 아니한 경우에도 소송자료에 의하여 과실이 인정되는 경우에는 이를 법원이 직권으로 심리·판단하여야 한다. 한편 피해자의 부주의를 이용하여 고의로 불법행위를 저지른 자가 바로 그 피해자의 부주의를 이유로 자신의 책임을 감하여 달라고 주장하는 것은 허용될 수 없는 것이나, 이는 그러한 사유가 있는 자에게 과실상계의 주장을 허용하는 것이 신의칙에 반하기 때문이므로, 불법행위자 중의 일부에게 그러한 사유가 있다고 하여 그러한 사유가 없는 다른 불법행위자까지도 과실상계의 주장을 할 수 없다고 해석할 것은 아니다. 그리고 피해자의 부주의를 이용하여 고의로 불법행위를 저지른 자가 바로 그 피해자의 부주의를 이유로 자신의 책임을 감하여 달라고 주장하는 것이 허용되지 아니하는 것은, 그와 같은 고의적 불법행위가 영득행위에 해당하는 경우 과실상계와 같은 책임의 제한을 인정하게 되면 가해자로 하여금 불법행위로 인한 이익을 최종적으로 보유하게 하여 공평의 이념이나 신의칙에 반하는 결과를 가져오기 때문이므로, 고의에 의한 불법행위의 경우에도 위와 같은 결과가 초래되지 않는 경우에는 과실상계와 공평의 원칙에 기한 책임의 제한은 얼마든지 가능하다고 보아야 한다(대법원 2016. 4. 12. 선고 2013다31137 판결 등 참조).

(나) 앞서 본 인정사실, 앞서 든 각 증거에 변론 전체의 취지를 종합하면, 원고는 2015. 5. D의 업무대행에 따라 N과 용역대금을 1평당 55,000원에서 약 60%나 부풀린 1평당 80,000원으로 한 설계용역계약을 체결하면서 위 대금이 적정한 지 여부에 대해 아무런 검토를 하지 않았고, 원고의 조합장인 K과 이사인 L 또한 2016. 5. 위 계약을 승인하면서 위 대금이 적정한지 여부에 대해 아무런 검토를 하지 않는 등 원고는 업무대행사인 (주)H 또는 그 대표이사인 D의 업무대행이 적절한 것인지

여부를 제대로 감독하지 않은 것을 보이므로, 원고의 위와 같은 과실은 원고의 손해의 발생 및 확대에 기여한 것으로 봄이 상당하다.

나아가 ● 피고가 D이 [범죄사실] 제1의 가.항 배임행위의 범죄수익을 취득·은닉·보존하는데 협력했다고 볼 수는 있어도 위 배임행위를 직접 공모하거나, 위 배임행위에 직접 가담했다고 볼 증거는 없는 점, ② 피고는 2016. 10. 25. 12:32 (주)C로부터 16억 5,000만 원을 가수금 상환명목으로 송금받아 약 3분 후 그 중 15억 5,000만 원을 D에게, 약 9분 후 나머지 1억 원을 S에게 송금하였던 점, ③ 앞서 본 바와 같은 자금흐름을 통해 그 실질적 이익의 대부분은 D에게 귀속된 것으로 보이는 점 등을 종합하면, 과실상계나 공평의 원칙에 기해 피고의 책임을 제한하더라도 신의칙에 반하는 결과를 가져온다고 보이지는 않으므로, 원고의 위 과실을 참작하여 피고의 손해배상책임을 원고의 손해액의 50%로 제한한다.

5) 소결론 따라서 피고는 불법행위에 따른 손해배상으로 원고에게 8억 2,500만 원(= 16억 5,000만 원 × 50%) 및 이에 대하여 불법행위일인 2015. 8. 25.부터 피고가 이행의무의 존부 및 범위에 관하여 항쟁함이 상당한 이 판결 선고일인 2022. 8. 18.까지는 민법이 정한 연 5%의, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특레법이 정한 연 12%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

다. (주)C을 대위한 부당이득반환청구(제1예비적 청구)

1) 원고의 주장 피고는 법률적 근거 없이 주○이 (주)C에 송금한 19억 8,000만 원을 마치 피고가 (주)C에 지급한 것처럼 피고의 가수금으로 회계처리를 하고, 2016. 10. 25. (주)C로부터 이 사건 가수금 16억 5,000만 원을 상환받아 위 16억 5,000만 원 상당의 이익을 얻고, (주)C에 같은 금액 상당의 손해를 가했다. (주)C은 원고에게 위 16억 5,000만 원 상당의 부당이득반환청구권을 가지고, (주)C의 채권자인 원고는 무자력인 (주)C을 대위하여 그 이행을 청구한다. 따라서 피고는 원고에게 위 16억 5,000만 원 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

2) 판단 이 법원이 이 부분에 관하여 쓸 이유는, 제1심 판결이유 중 일부를 아래와 같이 고쳐 쓰는 것을 제외하고는 제1심 판결이유 제3의 다. 2)항 기재와 같으므로, 민사소송법 제420조 본문에 의하여 이를 그대로 인용한다.

[고쳐 쓰는 부분]

- 제1심 판결문 제18면 7행의 "미수금"을 "가수금"으로 고친다.
- 제1심 판결문 제18면 16행의 "인정할 증거가 없다." 부분을 "인정할 증거가 없다(설령 피고에게 실질적인 이익이 일부 귀속되었다고 하더라도, 그와 같은 실질적 이익이 주위적 청구에 대한 일부 인용금액을 넘는다고 볼만한 증거는 없으므로, 원고의 이 부분 청구는 이러한 점에서도 받아들일 수 없다)."로 고친다.

라. (주)C을 대위한 불법행위 손해배상청구(제2예비적 청구)

1) 원고의 주장 ● 계정별원장(을 6호증의1)에 의하면 2015. 12. 31. 기준 피고의 (주)C에 대한 가수금 채권은 500,585,003원인데, ② 피고는 2016. 1. 1.부터 2016. 10. 25.까지 (주)C에 356,647,600원을 지급하고, (주)C로부터 1,967,202,781원을 지급받았으며, ③ 2016. 10. 26.부터 2018. 6. 21.까지 (주)C에 328,662,760원을 지급하고, (주)C로부터 1,108,519,389원을 지급받았으므로, 피고는 2018. 6. 21.까지 (주)C로부터 자신의 가수금 채권을 1,889,826,807원 초과한 돈을 지급받았다.4) 이는 (주)C에 대한 불법행위에 해당하므로 (주)C은 피고에게 위 1,889,826,807원 상당의 손해배상청구권을 가지고, (주)C의 채권자인 원고는 무자력인 (주)C을 대위하여 위 손해배상청구권 중 16억 5,000만 원을 청구한다. 따라서 피고는 원고에게 위 16억 5,000만 원 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

2) 판단 살피건대, 앞서 본 인정사실, 앞서 든 각 증거에 변론 전체의 취지를 더하여 알 수 있는 아래와 같은 사실 및 사정들에 비추어 보면, 갑 30호증, 을 6호증의 각 기재, 제1심법원의 금융거래정보제출명령에 대한 주식회사 G의 2021. 6. 28.자 회신결과만으로는 (주)C이 피고에게 손해배상청구권을 가진다고 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 따라서 원고의 위 주장은 받아들일 수 없다.

가) 원고는 위 1과 같이 계정별원장(을 6호증의1)을 근거로 2015. 12. 31. 기준 피고의 (주)C에 대한 가수금 채권이 500,585,003원이라고 주장하고 있다. 그러나 ㉠ 앞서 본 바와 같이 계정별원장(을 6호증의1)을 믿을 수 없는 점, ㉡ (주)이 (주)C에 송금한 19억 8,000만 원을 피고의 가수금에서 제외할

수 없음은 앞서 본 바와 같은데, 계정별원장(을 6호증의1)은 위 19억 8,000만 원을 피고의 가수금으로 회계처리 하지 않고 있는 점, ㉔ 감사보고서(갑 11호증)에는 2015. 12. 31. 기준 주)C의 피고에 대한 단기차입금이 1,884,585,000원이라고 기재되어 있는 점 등에 비추어 보면, 원고의 위● 주장을 그대로 인정하기 어렵다.

나) 원고는 피고의 G은행 계좌(계좌번호 1 생략)의 거래내역을 정리한 (주)C과 피고의 거래내역 참조(갑 30호증)를 근거로 위 ②, ③과 같이 주장하고 있다. 그러나 위 거래내역 참조(갑 30호증) 중 피고에게 매월 일정액이 지급된 순번 71, 81, 90, 101, 110, 121, 122, 127, 139, 141, 147, 149, 157, 181, 187, 197, 203, 209, 226, 238, 246, 256, 265, 267, 279, 294, 319, 341, 367, 375 기재 각 돈은 피고가 (주)C 또는 (주)C과 별개의 회사인 "일산 (주)C" 등으로부터 지급받은 급여로 보이는 점, ㉕ 위 거래내역 참조(갑 30호증) 중 순번 113, 116, 117 기재 126,912,280원에 대해서 피고는 (주)C과 별개의 법인인 "일산 (주)C"로부터 지급받은 것이라는 취지로 주장하고, 위 돈이 지급된 계좌(AQ은행(계좌번호 2 생략)) 등을 고려하면 위 돈이 "일산 (주)C"로부터 지급되었을 가능성을 배제할 수 없는 점 등에 비추어 보면, 원고의 위②, ③ 주장을 그대로 인정하기 어렵다.

마. (주)C을 대위한 가지급금반환청구(제3예비적 청구)

1) 원고의 주장 ● 계정별원장(을 6호증의 1)에 의하면 2015. 12. 31. 기준 피고의 (주)C에 대한 가수금 채권은 500,585,003원인데, ② 피고는 2016. 1. 1.부터 2016. 10. 25.까지 (주)C에 356,647,600원을 지급하고, (주)C로부터 1,967,202,781원을 지급받았으며, ③ 2016. 10. 26.부터 2018. 6. 21.까지 (주)C로부터 1,108,519,389원을 지급받았으므로, 피고는 2018. 6. 21.까지 (주)C로부터 자신의 가수금 채권을 2,218,489,567원 초과한 돈을 지급받았다. (주)C은 피고에게 위 2,218,489,567원 상당의 가지급금반환청구권을 가지므로, (주)C의 채권자인 원고는 무자력인 (주)C을 대위하여 그 중 16억 5,000만 원을 청구한다. 따라서 피고는 원고에게 위 16억 5,000만 원 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

2) 판단 살피건대, 제3의 라. 2)항에서 본 사정들에다가 원고의 제3의 라. 1)항에서의 주장 및 위 거래내역 참조(갑 30호증)의 기재에 의하더라도 피고는 2016. 10. 26.부터 2018. 6. 21.까지 (주)C에 328,662,760원을 지급했는데(순번 198, 202, 208, 390, 406), 원고는 이 부분 청구에서

위 328,662,760원은 계산하지 않은 점을 더하여 보면5), 갑 30호증, 을 6호증의 각 기재, 제1심법원의 금융거래정보제출명령에 대한 주식회사 G의 2021. 6. 28.자 회신결과만으로는 (주)C이 피고에게 가지급금반환청구권을 가진다고 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 따라서 원고의 위 주장은 받아들일 수 없다.

4. 결론

그렇다면 원고의 이 사건 청구는 위 인정범위 내에서 이유 있어 이를 인용하고 나머지 청구는 이유 없어 이를 기각하여야 한다. 제1심판결은 이와 결론을 일부 달리하여 부당하므로 원고의 항소를 일부 받아들여 이를 취소하고 피고에 대하여 당심에서 추가로 인정한 금원의 지급을 명하되, 제1심판결 중 나머지 부분은 정당하므로 이에 대한 원고의 나머지 항소와 이 법원에서 추가한 제2예비적 청구, 제3예비적 청구 및 피고의 항소는 이유 없어 이를 모두 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장판사김종기

판사강영희

판사박이랑

별지

- 1) AB(주), (주)H, (주)U, (주), (주)C, (주)R, (주)AC(갑 26, 27호증)
- 2) 이 사건에 맞추어 범죄사실 및 목차를 수정했다.
- 3) B 증언 녹취록(갑 33호증)에는 "AM"이라고 기재되어 있으나 "일산 (주)C"로 보인다.
- 4) 원고의 이 부분 주장을 표로 정리하면 아래와 같다.

①	2015-12-31 기준	500,585,003원		을 6호증의 1
②	2016-01-01~2016-10-25	356,647,600원	1,967,202,781원	갑30호증
③	2016-10-26~2018-06-21	328,662,760원	1,108,519,389원	갑30호증
합계	1,185,895,363원	3,075,722,170원		
① 1,185,895,363원 - ② 3,075,722,170원 = 1,889,826,807원				

5) 따라서 판결문 개2의 다. 1)항에서 주장한 (주)C의 손해배상청구권은 1,889,826,807원인 것이

항에서 주장하는 (주)C의 가지급금반환청구권은 2,218,489,567원으로 위 328,662,760원 만큼 차이가 난다