

서울고등법원 2022. 11. 24 선고 2022나2005046 판결 [사해행위취소]

재판경과

서울고등법원 2022. 11. 24 선고 2022나2005046 판결

서울중앙지방법원 2022. 1. 13 선고 2019가합590282 판결

전 문

원고, 항소인 신용보증기금

소송대리인 변호사 황운영

피고, 피항소인 주식회사 D

소송대리인 변호사 지성호

변론 종결 2022. 10. 20.

판결 선고 2022. 11. 24.

제1심판결 서울중앙지방법원 2022. 1. 13. 선고 2019가합590282 판결

주 문

1. 제1심판결 중 피고에 대한 부분을 취소한다.
2. 피고와 제1심 공동피고 B 사이에 별지 목록 기재 부동산에 관하여 2019. 7. 9. 체결된 근저당권설정계약을 취소한다.
3. 서울중앙지방법원 E 부동산임의경매사건에 관하여 위 법원이 2021. 8. 31. 작성한 배당표 중 피고에 대한 배당액 61,458,945원을 0원으로, 원고에 대한 배당액 0원을 61,458,945원으로 각

경정한다.

4. 소송총비용은 피고가 부담한다.

N

청 구 취 지 및 항 소 취 지

주문과 같다.

이 유

1. 기초사실

이 법원이 이 부분에 적을 이유는 아래와 같이 고치는 외에는 제1심판결의 이유 중 '1. 기초사실' 부분(제3면 1행부터 제8면 6행까지) 기재와 같으므로, 민사소송법 제420조 본문에 따라 약어를 포함하여 이를 인용한다(다만, 분리·확정된 제1심 공동피고 A 주식회사, B, C에 대한 부분은 제외한다).

○ 제1심판결 제4면 11~12행의 "N", "O", 제5~6면 [표]의 각 "N"을 각 "M"로 각 고친다.

2. 원고의 주장

원고는 이 사건 근저당권설정계약 이전에 이 사건 신용보증약정을 체결하였고, 제1심 공동피고 B(이하 'B'이라 한다)은 이 사건 신용보증약정에 따라 발생하는 모든 채무에 관하여 연대보증하였으므로, 채권발생의 기초가 되는 법률관계가 이 사건 근저당권설정계약 이전에 이미 성립되어 있었고, 제1심 공동피고 A 주식회사(이하 'A'이라 한다)의 자금사정 등으로 보아 가까운 장래에 구상보증채권이 발생할 고도의 개연성이 있었으며, 실제로 원고가 2019. 11. 13. 보증채무를 이행함으로써 그 개연성이 현실화되어 구상보증채권이 발생하였으므로(이하 '이 사건 구상금채권'이라 한다), 이 사건 구상금채권은 채권자취소권의 피보전채권이 되고, B이 위와 같이

채무초과 상태에서 이 사건 근저당권설정계약을 체결한 것은 사해행위에 해당하므로 취소되어야 한다.

3. 판단

가. 피보전채권

1) 피보전채권의 존재 이 법원이 이 부분에 적을 이유는 제1심판결의 이유 중 '3. 가. 피보전채권의 존재' 부분(제8면 15행부터 제10면 2행까지)의 기재와 같으므로, 민사소송법 제420조 본문에 따라 이를 그대로 인용한다.

2) 피보전채권의 범위 앞서 본 기초사실에 의하면, A, B, C는 연대하여 원고에게 구상금으로 1,904,985,045원(= 보증채무이행금 1,900,945,720원 + 확정손해금 425원 + 미수위약금 4,038,900원) 및 그중 보증채무이행금 1,900,945,720원에 대하여 대위변제일인 2019. 11. 13.부터 이 사건 소장 부분의 최종 송달일임이 기록상 명백한 2020. 3. 12.까지 약정이율 연 8%, 그다음 날부터 다 갚는 날까지 소송촉진 등에 관한 특레법이 정한 연 12%의 각 비율로 계산한 법정이자 및 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

나. 사해행위 해당 여부

1) 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, 이는 대물변제나 담보조로 제공된 재산이 채무자의 유일한 재산이 아니라거나 그 가치가 채권액에 미달한다고 하여도 마찬가지라고 할 것이다(대법원 2009. 9. 10. 선고 2008다85161 판결 등 참조). 이러한 사해행위는 채무자가 재산을 처분하기 이전에 이미 채무초과 상태에 있는 경우는 물론이고, 문제된 처분행위로 말미암아 비로소 채무초과 상태에 빠지는 경우에도 성립할 수 있다(대법원 2005. 4. 29. 선고 2005다68808 판결 등 참조)

한편, 채권자취소의 대상인 사해행위에 해당하는지 여부를 판단함에 있어 채무자 소유의 재산이 다른 채권자의 채권에 물상담보로 제공되어 있다면, 물상담보로 제공된 부분은 채무자의 일반 채권자들을 위한 채무자의 책임재산이라고 할 수 없으므로, 그 물상담보에 제공된 재산의 가액에서 다른 채권자가

가지는 피담보채권액을 공제한 잔액만을 채무자의 적극재산으로 평가하여야 한다(대법원 2012. 1. 12. 선고 2010다64792 판결 참조). 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 봄이 상당하고(대법원 2003. 11. 13. 선고 2003다39989 판결 참조), 위 '각 부동산의 가액'이라 함은 시가에서 당해 부동산이 부담할 선순위채권을 공제한 잔액을 말한다고 할 것이다(대법원 2003. 9. 5. 선고 2001다66291 판결 참조). 그리고 여기서 피담보채권액이라 함은 근저당권의 경우 채권최고액이 아니라 실제로 이미 발생하여 있는 채권금액이라고 할 것이다(대법원 2001. 10. 9. 선고 2000다42618 판결 등 참조). 1) 2) 갑 제20, 21호증의 각 기재에 의하면, 이 사건 근저당권설정계약 당시 제1 선순위 근저당권 및 제2 선순위 근저당권의 피담보채권액이 총 623,142,000원이고, 제3 선순위 근저당권의 피담보채권액이 700,000,000원인 사실을 인정할 수 있다. 나아가 앞서 본 법리에 갑 제6호증의 4 내지 13, 갑 제9, 10호의 각 1 내지 3, 갑 제14호증의 1 내지 5, 을라 제15호증의 1, 2의 각 기재와 변론 전체의 취지를 보태어보면, 제4 선순위 근저당권 및 제5 선순위 근저당권의 피담보채권액을 공동근저당권이 설정된 부동산의 가액(선순위채권을 공제한 잔액)에 비례하여 안분한 금액을 공제할 경우[별지]표의 음영 기재와 같이 이 사건 제4 선순위 근저당권의 피담보채권액은 524,666,297원, 제5 선순위 근저당권의 피담보채권액은 261,901,111원인 사실을 인정할 수 있다2) .

결국, 이 사건 근저당권설정계약 체결 당시를 기준으로 산정한 이 사건 아파트에 관한 피담보채권액은 아래와 같이 2,109,709,408원[= 제1 선순위 근저당권(2012. 12. 28. 접수 제311006호) 및 제2 선순위 근저당권(2013. 1. 24. 접수 제18565호) 623,142,000원 + 제3 선순위 근저당권(2018. 2. 26. 접수 제32357호) 700,000,000원 + 제4 선순위 근저당권(2018. 12. 13. 접수 제227705호) 524,666,297원 + 제5 선순위 근저당권(2019. 4. 2. 접수 제45722호) 261,901,111원]이므로, 그 당시 B의 유일한 부동산인 이 사건 아파트의 시가 2,235,000,000원을 초과하지 아니함이 계산상 명백하다.

이 사건 아파트 시가(①)	2,235,000,000원	2,235,000,000원
제1 선순위제2 선순위	기업은행기업은행	810,000,000원

이 사건 아파트 시가(①)	2,235,000,000원	2,235,000,000원
제3 선순위	G은행	840,000,000원
제4 선순위	U은행	565,822,784원
제5 선순위	AA	205,564,751원
이 사건 아파트 선순위 피담보채권액 합계(②)	4,450,822,784원	4,082,808,297원
B 책임재산(①-②)	- 186,387,535원	125,290,592원

그런데 B은 이 사건 이 사건 아파트에 관하여 이 사건 근저당권설정계약을 체결함으로써 비로소 채무초과 상태가 되었으므로, 이 사건 근저당권설정계약을 체결한 행위는 B의 총재산의 감소를 초래하는 사해행위에 해당한다.

3) 이에 대하여 피고는, B은 자신의 사업을 계속하기 위하여 부득이 이 사건 아파트를 피고에게 담보로 제공한 것이므로, 이러한 B의 근저당권설정행위는 사해행위에 해당하지 아니한다는 취지로 주장한다.

살피건대, 채무자가 신규자금의 융통 없이 기존채무의 이행을 유예받기 위하여 채권자 중 한 사람에게 담보를 제공하는 행위는 그것이 비록 사업의 갱생이나 계속 추진의 의도에서 비롯된 것이라 할지라도 다른 채권자들에 대한 관계에서 사해행위에 해당하는 것이고(대법원 2009. 3. 12. 선고 2008다29215 판결 등 참조), 올라 제2, 4, 7, 8호증의 각 기재에 의하면 B과 피고는 2019. 6.경 발생한 I 및 M의 기존 물품대금채무의 담보를 위하여 2019. 7. 9.경 이 사건 근저당권설정계약을 체결한 사실을 인정할 수 있을 뿐이므로, 설령 B이 사업의 갱생이나 계속 추진의 의도에서 이 사건 아파트에 근저당권을 설정한 것이라고 하더라도 이는 원고에 대한 관계에서 사해행위에 해당한다. 피고의 위 주장은 받아들이지 아니한다.

다. 사해의사 유무

1) 피고 주장의 요지 B은 사업의 회복을 위해 피고와의 거래 중단을 막아야할 필요가 있었고, 피고 역시 B의 자금 능력을 고려할 때 확실한 변제 계획 및 담보가 제공되지 않는다면 더 이상 물품공급 거래를 유지할 수가 없어 이 사건 근저당권설정계약을 체결하기에 이른 것이다. 따라서 채무자 B 및 수익자 피고에게 사해의사가 있다고 볼 수 없다.

2) 관련법리 채무자의 제3자에 대한 담보제공행위가 객관적으로 사해행위에 해당하는 경우 수익자의 악의는 추정되는 것이므로 수익자가 그 법률행위 당시 선의였다는 입증을 하지 못하는 한 채권자는 그 법률행위를 취소하고 그에 따른 원상회복을 청구할 수 있다(대법원 2006. 4. 14. 선고 2006다5710 판결 등 참조).

한편 사해의사란 채무자가 법률행위를 함에 있어 그 채권자를 해함을 안다는 것이다. 여기서 '안다'고 함은 의도나 의욕을 의미하는 것이 아니라 단순한 인식으로 충분하다. 결국 사해의사란 공동담보 부족에 의하여 채권자가 채권변제를 받기 어렵게 될 위험이 생긴다는 사실을 인식하는 것이며, 이러한 인식은 일반 채권자에 대한 관계에서 있으면 족하고, 특정의 채권자를 해한다는 인식이 있어야 하는 것은 아니다(대법원 1998. 5. 12. 선고 97다57320 판결, 대법원 2009. 3. 26. 선고 2007다63102 판결 등 참조).

3) 판단 앞서 본 증거, 올라 제2, 4 내지 10호증의 각 기재와 변론 전체의 취지에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 및 그로부터 알 수 있는 사정을 위 법리에 살펴보면, 올라 제15호증의 1, 2의 각 기재만으로는 B와 피고가 이 사건 근저당권설정계약 체결 당시 B의 일반채권자들을 해한다는 점에 관하여 선의였다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

① B은 이미 여러 채권자들에 대하여 다수의 채무를 부담하고 있었고, 이 사건 신용보증약정에 따라 A이 부담하는 고액의 채무를 연대보증하기도 하였다. 한편 A은 2019. 7. 28.경 이 사건 신용보증약정에 기하여 대출받은 채무의 원금 및 이자를 연체하는 신용보증사고를 일으켰는데, B은 A의 공동대표이사로서 A의 재무상태에 관하여 잘 알고 있었을 것이고, 따라서 신용보증사고일로부터 약 20일 전인 2019. 7. 9. 이 사건 근저당권설정계약을 체결할 당시에도 장차 신용보증사고가 발생할 것임을 어느 정도 예측하고 있었을 가능성이 높다. 따라서 B은 이 사건 신용보증약정에 따라 원고에게 B에 대한 구상금채권이 발생할 것이라는 사실도 알고 있었다고 할 것인데, 그럼에도 B은 이 사건 근저당권설정계약을 체결하고, 자신의 유일한 부동산인 이 사건 아파트에 근저당권설정등기를 마침으로써 공동담보의 부족을 야기하였다.

② 피고는 B이 피고와의 거래가 중단될 경우 부도가 날 것이 거의 확실시될 정도로 자금흐름이 좋지 아니한 상태임을 알고 있었고, 법무사의 도움을 받아 이 사건 근저당권설정계약을 체결할 당시 이

사건 아파트에 선순위 근저당권이 다수 설정되어 있음을 확인하기도 하였다.

③ I는 2019. 6.말경 피고로부터 1,140,263,231원 상당의 물품을 공급받은 이후로 더 이상 피고와 거래하지 않았고, M도 2019. 6.말경 피고로부터 6,506,501,803원 상당의 물품을 공급받은 이후 계속하여 공급량이 감소되어 2019. 12. 이후로는 피고와 거래하지 않았다. 결국 이 사건 근저당권설정계약은 B의 사업 회복에 어떠한 도움을 주지 못한 것으로 보인다.

라. 원상회복의 범위: 가액반환

1) 근저당권설정계약을 사해행위로서 취소하는 경우 경매절차가 진행되어 타인이 소유권을 취득하고 근저당권설정등기가 말소되었다면 원물반환이 불가능하므로 가액배상의 방법으로 원상회복을 명할 것인바, 이미 배당이 종료되어 수익자가 배당금을 수령하였다면 수익자로 하여금 배당금을 반환하도록 명하여야 하고, 배당표가 확정되었으나 채권자의 배당금지급금지가처분으로 인하여 수익자가 배당금을 현실적으로 지급받지 못한 경우에는 배당금지급채권의 양도와 그 채권양도의 통지를 명할 것이나, 채권자가 배당기일에 출석하여 수익자의 배당 부분에 대하여 이의를 하였다면 그 채권자는 사해행위취소의 소와 병합하여 원상회복으로서 배당이의의 소를 제기할 수 있다고 할 것이고, 다만 이 경우 법원으로서 배당이의의 소를 제기한 당해 채권자 이외의 다른 채권자의 존재를 고려할 필요 없이 그 채권자의 채권이 만족을 받지 못한 한도에서만 근저당권설정계약을 취소하고 그 한도에서만 수익자의 배당액을 삭제하여 당해 채권자의 배당액으로 경정하여야 한다(대법원 2004. 1. 27. 선고 2003다6200 판결 등 참조).

2) 이 사건 근저당권설정계약이 체결된 후 이 사건 아파트에 관한 이 사건 임의경매절차가 진행되어 타인이 위 아파트의 소유권을 취득하고, 이 사건 근저당권설정등기가 말소된 사실, 원고가 배당기일에 출석하여 피고의 배당 부분 전액에 대하여 이의한 사실은 앞서 본 바와 같다.

따라서 원고는 사해행위취소의 소와 병합하여 원상회복으로서 배당이의의 소를 제기할 수 있고, 그 원상회복은 배당표를 경정하는 방법으로 이루어져야 한다. 결국 이 사건 근저당권설정계약의 취소에 따른 원상회복으로, 이 사건 배당표 중 피고에 대한 배당액 61,458,945원은 0원으로, 원고에 대한 배당액 0원은 61,458,945원으로 각 경정되어야 한다.

4. 결론

그렇다면 원고의 청구는 이유 있어 인용하여야 한다. 제1심판결 중 피고에 대한 부분은 이와 결론을 달리하여 부당하므로 원고의 항소를 받아들여 제1심판결 중 피고에 대한 부분을 취소하고, 주문과 같이 판결한다.

재판장판사김봉원

판사강성훈

판사권순민

별지

1) 이 사건 아파트에 대한 제4, 5 선순위 근저당권의 실제 피담보채권액이 그 채권최고액보다 작을 경우 이는 이 사건 아파트의 적극재산이 늘어나는 것이 되어 결국 원고에게 유리한 사정이다. 또한 이 사건 아파트와 제4, 5 선순위 공동근저당권이 설정된 각 공동담보 부동산들에 설정된 선순위 근저당권의 실제 피담보채권액이 그 채권최고액보다 작을 경우, 위 선순위 근저당권의 실제 피담보채권액을 공제한 각 공동담보 부동산들의 잔존가액이 늘어나게 되고, 그에 따라 공동담보 부동산들의 잔존가액에 비례하여 안분한 제4 선순위 근저당권 및 제5 선순위 근저당권의 피담보채권액이 줄어들게 되는바, 이 역시 결국 원고에게 유리한 사정이다. 따라서 위 각 선순위 근저당권의 실제 피담보채권액이 그 채권최고액보다 작다는 사실에 대한 증명책임은 원고에게 있다고 할 것인데, 원고는 이에 대하여 아무런 증명을 하지 아니하고 있는바, 증명책임 분배의 원칙에 따라 실제 피담보채권액이 확인되지 아니한 근저당권의 경우에는 해당 피담보채권액이 채권최고액과 동일하다고 보기로 한다.

2) 이 사건 아파트 제5 선순위 근저당권의 순번 제4 내지 6 부동산의 제3 선순위 근저당권은 2019. 3. 19. 제38234호로 설정된 근저당권자 AJ에 대한 채권최고액 840,000,000원의 근저당권으로서 제5 선순위 근저당권 순번 7 내지 12 부동산과 공동근저당권으로 설정되어 있다. 그런데 제1심법원의 AJ에 대한 사실조회 결과에 의하면, 이 사건 근저당권설정계약 당시 AJ 명의의 공동근저당권 피담보채권액은 400,000,000원이었으므로, 이를 순번 4 내지 6 부동산과 순번 7

내지 12 부동산의 잔존가액에 따라 안분하여 계산할 경우 순번 4 내지 6 부동산이 담보하는
공동근저당권의 피담보채권액은 210,361,321원, 순번 7 내지 12 부동산이 담보하는
공동근저당권의 피담보채권액은 189,638,679원이 된다.