

서울중앙지방법원 2022. 8. 4 선고 2020가합605814 판결 [사해행위취소]

---

## 전 문

**원고**1. 주식회사 A

2. 주식회사 B

원고들 소송대리인 법무법인(유한) 주원

담당변호사 이미영

**피고**주식회사 C

소송대리인 법무법인 선화

담당변호사 김상정

**변론 종결**2022. 5. 17.

**판결 선고**2022. 8. 4.

## 주 문

1. 피고와 소외 D 사이에 2019. 12. 27. 체결된 별지1 목록 제2 내지 5항 기재 각 약정금 계약을 취소한다.
2. 원고들의 나머지 청구를 모두 기각한다.
3. 소송비용 중 1/6은 원고들이, 나머지는 피고가 각 부담한다.

N

## 청 구 취 지

피고와 소외 D 사이에 2019. 12. 27. 체결된 별지1 목록 기재 각 약정금 계약을 모두 취소한다.

## 이 유

### 1. 기초사실

#### 가. 당사자 지위 등

원고들은 의약품 도·소매업 등을 영위하는 회사들이고, 소외 D은 'E약국'이라는 상호로 원고들로부터 의약품을 공급받던 자이며, 피고는 위 D의 형인 소외 F이 실질적으로 운영하는 회사이다.<sup>1)</sup>

#### 나. 원고들과 D 사이 의약품 거래 및 원고들의 D에 대한 채권발생 등

1) 원고 주식회사 A(이하 원고들을 지칭함에 있어 '주식회사'는 생략한다)은 2013. 5.경 D과 사이에 의약품 거래약정을 체결하고 그대부터 2018. 2. 23.경까지 D에게 의약품을 납품하였다. 그 무렵 미지급 대금채권은 452,338,565원에 이른다.

또한 D은 원고 A과의 거래에서 발생한 의약품 대금의 결제를 위해 G 주식회사(이하 'G'라 한다)에서 발급받은 신용카드를 사용하였는데, 그 신용카드는 원고와 G의 업무제휴협약에 따라 발급된 것으로서 위 업무제휴협약 제8조에 따르면 원고 A은 G에 대하여 원고와의 거래에서 발생한 신용카드의 대금을 D과 연대하여 지급할 책임을 부담하였다. 원고 A은 G에 2018. 3. 13.경 D의 미지급 신용카드 대금 420,970,844원을 대위변제하였고, 2018. 3. 19.경 D이 신용카드로 결제하였으나 그 대금이 지급되지 않은 79,000,000원 상당의 2018. 1. 29.자 카드결제내역을 매출취소 처리하였다.

2) 원고 B은 2016. 8. 1.경 D과 사이에 의약품 거래 약정을 체결하고 그대부터 2018. 2. 14.경까지 D에게 의약품을 납품하였다. 2018. 2. 14. 기준 미지급 의약품대금은 76,853,474원에 이른다.

원고 B은 중소기업은행에 대하여 D의 원고 B과의 거래에서 발생한 의약품 대금의 결제를 위하여 D에게 발급된 신용카드 대금의 변제 의무를 지급보증하였다. 원고 B은 중소기업은행에게 2018. 3. 13.경 미지급 신용카드대금 334,045,534원, 2018. 4. 10.경에는 84,636,684원, 같은 해 5. 10.경에는 50,435,031원을 각 대위변제하였다.

#### 다. D과 소외 H 사이 부동산 매매계약의 체결 등

D은 2018. 2. 20.경 H과 별지2 목록 기재 각 부동산의 1/2 지분(이하 '이 사건 부동산'이라 한다)에 관하여 부동산매매계약(이하 '이 사건 매매계약'이라 한다)을 체결하였다. D은 2018. 3. 6.경 H에게 이 사건 부동산에 관한 소유권이전등기를 마쳐주었다.

#### **라. 원고들 및 신용보증기금의 각 사해행위 취소소송 제기 등**

D의 채권자인 신용보증기금은 2018. 6. 28. H을 상대로, 이 사건 매매계약이 사해행위에 해당함을 전제로 이 사건 매매계약의 취소 및 이 사건 부동산에 관한 H 명의의 소유권이전등기의 말소를 구하는 사해행위 취소의 소를 제기하였고(이 법원 2018가단5140947), 2020. 1. 7. 전부승소 판결을 받았다. 이에 대해 H이 항소하지 아니하여, 위 판결은 확정되었다.

원고들 역시 2018. 11. 15. H을 상대로 위 소송과 동일한 내용의 사해행위 취소의 소를 제기하였고(이 법원 2018가단5241291), 2019. 10. 22. 전부승소 판결을 받았다. H은 2019. 11. 18. 위 판결에 대해 항소하였다가, 2020. 6. 1. 항소를 취하하였다(이하 위 두 판결을 '선행 사해행위 취소판결'이라 한다).

#### **마. D의 피고에 대한 2019. 12. 27.자 공정증서 작성 등**

D은 2019. 12. 27.경 피고에게 아래와 같은 내용의 금전소비대차계약 공정증서 5장(이하 '이 사건 각 공정증서'라 하고, 각 공정증서에 기재된 채권·채무는 이 사건 ① 내지 ⑤ 채권·채무로 구별하여 칭한다)을 작성해주었다.

① 피고는 2017. 11. 20. 3억 원을 D에게 대여하였다(제1조). D은 이를 2020. 1. 20.까지 변제하기로 하며(제2조), 이자는 연 15%로 한다(제3조). D은 이 계약에 의한 금전채무를 이행하지 아니한 때에는 즉시 강제집행을 당하여도 이의가 없음을 인낙한다(제9조).

② 피고는 2018. 2. 22. 5억 원을 D에게 대여하였다(제1조). D은 이를 2020. 2. 22.까지 변제하기로 하며(제2조), 이자는 연 5%로 한다(제3조). D은 이 계약에 의한 금전채무를 이행하지 아니한 때에는 즉시 강제집행을 당하여도 이의가 없음을 인낙한다(제9조).

③ 피고는 2014. 4. 16. 2억 원을 D에게 대여하였다(제1조). D은 이를 2020. 1. 16.까지 변제하기로 하며(제2조), 이자는 연 6%로 한다(제3조). D은 이 계약에 의한 금전채무를 이행하지 아니한 때에는 즉시 강제집행을 당하여도 이의가 없음을 인낙한다(제9조).

④ 피고는 2018. 2. 28. 229,239,000원을 D에게 대여하였다(제1조). D은 이를 피고가 변제를 요구할 때 즉시 변제하기로 하며(제2조), 이자는 연 10%, 이자 기산일은 2019. 12.

26.이다(제3조). D은 이 계약에 의한 금전채무를 이행하지 아니한 때에는 즉시 강제집행을 당하여도 이익이 없음을 인낙한다(제9조).

⑤ 피고는 2016. 11. 1. 470,000,000원을 D에게 대여하였다(제1조). D은 이를 피고가 변제를 요구할 때 즉시 변제하기로 하며(제2조), 이자는 연 10%, 이자 기산일은 2019. 12.

26.이다(제3조). D은 이 계약에 의한 금전채무를 이행하지 아니한 때에는 즉시 강제집행을 당하여도 이익이 없음을 인낙한다(제9조).

#### **바. 이 사건 부동산에 관한 경매절차 개시 및 피고의 배당요구 등**

1) 선행 사해행위 취소판결에 의해 이 사건 부동산의 소유권이 D에게 회복되자, D의 채권자인 신용보증기금, I은행, 원고 B은 이 사건 부동산에 관한 강제집행절차를 신청하였고, 이에 2020. 3. 5. 이 사건 부동산에 관한 중복경매절차가 진행되었다[창원지방법원 진주지원 J, K(중복), L(중복), 이하 이를 '이 사건 경매절차'라 한다].

2) 피고는 2020. 5. 13.경 D에 대해 2,155,405,616원(이 사건 각 공정증서에 기재된 각 채권의 원금 및 2020. 5. 12.까지 발생한 이자, 지연손해금의 합계액)의 원리금 채권이 있다고 주장하며, 이 사건 경매절차에 권리신고 및 배당요구신청을 하였다.

3) 창원지방법원 진주지원은 2021. 4. 26. 이 사건 경매절차의 배당기일에서, 실제 배당할 금액을 484,825,765원으로 확정된 다음, 근저당권자인 합자회사 M를 제외한 나머지 채권자들에게 각 배당요구금액에 비례하여 배당하기로 하는 배당표(이하 '이 사건 배당표'라 한다)를 작성하였다. 이 사건 배당표에 의하면 피고에게는 221,953,326원, 원고 A에게는 128,474,162원, 원고 B에게는 76,487,220원이 각 배당된다.

#### **사. 관련 형사사건의 경과**

한편 D은 2019. 6. 7. ' 2018. 2. 27.경 소외 N에 대한 채무가 없음에도 N에게 D 소유 에쿠스 승용차((차량번호 1 생략), 이하 '이 사건 승용차'라 한다)에 채권가액을 5,000만 원, 저당권자를 N으로 하는 저당권을 설정해주었다'는 강제집행면탈의 범죄사실로 벌금 3,000,000원의 약식명령을

받았고(서울동부지방법원 2019고약4269), 위 약식명령은 2019. 7. 23. 그대로 확정되었다(이하 위 사건을 '관련 형사사건'이라 한다).

[인정 근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1, 2, 6 내지 15, 17, 20호증, 을 제6호증(가지번호 있는 경우 각 가지번호 포함, 이하 같다)의 각 기재, 이 법원에 현저한 사실, 변론 전체의 취지

## 2. 당사자 주장의 요지

### 가. 원고들

D은 약국을 운영하면서 원고들을 비롯한 다수의 일반채권자들에게 부담하고 있던 약품대금지급채무, 금융채무 등을 갚지 않은채, 2018. 2. 27.경 기습적으로 약국을 폐업한 뒤 도주하였고, 책임재산을 감소시키려 H에게 이 사건 부동산의 소유권을 이전하였으나, 원고들이 사해행위 취소소송을 통하여 이 사건 부동산을 D의 책임재산으로 회복시켰다.

D은, 이 사건 부동산이 책임재산으로 회복되어 이에 관한 경매가 개시될 위기에 처하자, 이 사건 각 공정증서에 기재된 채무들은 허위채무 또는 소멸시효가 완성되어 더 이상 변제할 의무가 없는 것이거나 D이 피고가 아닌 F에 대하여 부담하고 있는 채무임에도, 피고로 하여금 이 사건 부동산에 관한 경매절차에서 배당을 받도록 하기 위하여, 피고에게 이 사건 각 공정증서를 작성해주었다.

따라서 이 사건 각 공정증서 작성의 실질은 기재된 금원을 지급하기로 하는 새로운 약정(약정금 계약) 또는 소멸시효 이익을 포기하는 의사표시에 해당하며, D과 피고 사이 위 약정금 계약 체결 내지 소멸시효 이익 포기행위는 모두 사해행위이므로 취소되어야 한다.

### 나. 피고

1) 이 사건 각 공정증서에 기재된 채무는 모두 실재하는 채무이므로, 이를 새로운 약정금 계약을 체결한 것으로 볼 수 없다. 따라서 원고들이 사해행위 취소의 대상으로 삼은 2019. 12. 27.자 약정금 계약은 존재하지 않는다.

2) 피고는 이 사건 각 공정증서를 교부받음으로써 D에 대한 집행권원만을 얻었을 뿐 아직 배당을 받지 못한채, 배당이익이 제기되어 배당표조차 확정되지 않아 배당금에 대한 채권도 취득하지 못하였다. 따라서 이 사건 각 공정증서 작성·교부 및 그에 기한 피고의 배당요구만으로는 D의 채무초과상태가 야기 또는 심화되었다고 볼 수 없으므로, 이 사건 각 공정증서 작성행위는 사해행위에

해당하지 않는다.

3) 이 사건 각 공정증서 작성 당시 D이 무자력이었다는 점이 증명되지 않았다.

4) 만약 원고들의 주장과 같이 이 사건 각 공정증서에 기재된 채권·채무가 존재하지 않는다면, ① 이 사건 각 공정증서는 통정허위표시로서 무효이므로 사해행위 취소 소송의 대상이 존재하지 아니하고, ② 이 사건 소는 원고들이 2021. 4. 27.경 피고를 상대로 이 사건 각 공정증서 기재 채무가 존재하지 아니함을 전제로 제기한 배당이의 소(창원지방법원 진주지원 2021가합10954)와 그 쟁점이 동일하게 된다. 따라서 이 사건 소는 소의 이익이 없다(본안전항변).

### 3. 본안전 항변에 관한 판단

가. 살피건대, 채무자의 법률행위가 통정허위표시인 경우에도 채권자취소권의 대상이 될 수 있고, 채권자취소권의 대상으로 된 채무자의 법률행위라도 통정허위표시의 요건을 갖춘 경우에는 무효이다(대법원 1998. 2. 27. 선고 97다50985 판결 등 참조). 따라서 이 사건 각 공정증서에 기재된 채권·채무가 존재하지 않아 이 사건 각 공정증서가 통정허위표시에 해당하여 무효라고 하더라도, 이 사건 각 공정증서 작성행위는 채권자취소권의 대상이 될 수 있다. 따라서 이와 다른 전제에 선 피고의 주장은 이유 없다.

나. 사해행위 취소를 구하는 경우 그에 따른 원상회복까지 병합하여 청구하는 것이 통상적이기는 하나, 사해행위 취소의 소와 원상회복청구의 소는 별개의 소로서 반드시 양자를 동시에 청구해야하는 것은 아니고, 사해행위의 취소만을 먼저 청구한 다음 원상회복을 별개의 소로 나중에 청구할 수도 있다(대법원 2001. 9. 4. 선고 2001다14108 판결 등 참조). 다만 원상회복의 전제가 되는 사해행위의 취소가 없는 이상 원상회복청구권은 인정되지 않으므로 사해행위의 취소를 구함이 없이 원상회복만을 구할 수는 없다(대법원 2008. 12. 11. 선고 2007다69162 판결 등 참조).

배당표가 확정되었으나 채권자의 배당금지급금지가처분 등으로 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 사해행위 취소의 원상회복으로서 배당이의의 소를 제기할 수 있는바(대법원 2011. 2. 10. 선고 2010다90708 판결 등 참조), 이 사건과 같이 원고들이 배당의 권원이 되는 이 사건 각 공정증서

작성행위의 취소를 먼저 구한 뒤, 별도로 그에 대한 원상회복으로서 배당이의의 소를 제기하는 것도 가능하고, 배당이의의 소가 제기되었다고 하더라도, 선행 소송인 이 사건 사해행위 취소소송의 권리보호이익이 소멸한다고 볼 수도 없다.

다. 결국 피고의 본안전항변은 모두 이유 없다.

#### **4. 본안에 관한 판단**

##### **가. 피보전채권**

앞서 본 바와 같이 원고들은 이 사건 각 공정증서 작성 이전부터 D에 대하여 물품대금 및(대위변제한 신용카드대금 관련) 구상금 채권을 가지고 있고, 이는 이 사건 사해행위 취소의 피보전채권이 된다.

##### **나. D의 무자력**

선행 사해행위 취소판결에 의하면 이 사건 매매계약 체결 당시 D은 적극재산으로, 원고들로부터 매수한 약 2억 4,000만 원 상당의 재고 약품, 약 5,000만 원 상당의 이 사건 승용차, 약 2,300만 원 상당의 약제비 채권 및 이 사건 부동산이 있었음을 인정할 수 있고, 그 이후 D의 적극재산이 증가하였다거나 추가로 발견되었다는 사정은 보이지 않는다.

한편 갑 제20호증의 기재에 의하면, 이 사건 경매절차에 신고된 배당요구 채권자들의 채권은 원금만 하더라도, O 19,798,763원, P카드 8,421,600원, Q 125,241,114원, 신용보증기금 186,466,625원, G 15,431,091원, 원고 A 952,309,409원, I은행 104,993,867원, 원고 B 544,615,057원, C 1,699,239,000원이고, 그 합계는 3,656,516,526원에 달한다.

이러한 사정을 종합하여 보면, 기준시기의 간극을 고려하더라도 이 사건 각 공정증서 작성 당시 D이 채무초과상태였음을 넉넉히 인정할 수 있고, 이는 이 사건 변론종결일 현재까지 유지되고 있다.

##### **다. 사해행위의 성립**

1) 관련법리 등 가) 채무자와 피고 사이 법률행위가 사해행위나 통정허위표시에 해당한다는 점에 관한 증명책임은 이를 주장하는 측에 있다(대법원 2007. 5. 31. 선고 2005다28686 판결, 대법원 2016. 6. 9. 선고 2015다256732 판결 등 참조).

한편 채권자가 채무자의 어떤 금원지급행위가 사해행위에 해당됨을 전제로 그 행위의 취소를 청구하면서, 그 금원지급행위의 법률적 평가를 증여 또는 변제로 달리 주장하는 것은 그

사해행위취소권을 이유 있게 하는 공격방법에 관한 주장을 달리하는 것일 뿐이지 소송물 또는 청구 자체를 달리하는 것으로 볼 수 없다(대법원 2005. 3. 25. 선고 2004다10985, 10992 판결 등 참조).

나) 이 사건에서 원고들은 이 사건 각 공정증서의 작성의 실질이 약정금 계약의 체결임을 전제로 각 약정금 계약의 취소를 구하고 있다. 즉, 원고들이 취소의 대상으로 삼고 있는 행위는 '이 사건 각 공정증서 작성행위'이고, 다만 그 행위의 법률적 평가를 약정금 계약으로 주장한 것이다(통상적으로 '기존 채무'를 변제하기로 하는 공정증서 작성행위는 그 법적성격을 '채무변제계약'으로 보나, 이 사건의 경우 D이 피고에 대한 채무를 부담하지 않음에도 마치 채무가 존재하는 것처럼 일정 금원을 변제한다는 내용의 공정증서를 작성해 주었으므로, 이를 새로운 '약정금 지급 계약'으로 보아야 한다는 취지이다). 따라서 비록 원고들의 청구취지가 '2019. 12. 27. 체결된 각 약정금 계약의 취소'라고 하더라도, 원고들은 청구원인으로 이 사건 각 공정증서 작성행위의 실질을 소멸시효 이익 포기 또는 일종의 변제계약 등으로 달리 주장할 수 있고, 이는 피고와 채무자 D이 한 행위의 법적평가 즉, 공격방법에 관한 주장을 달리하는 것일 뿐, 소송물 또는 청구 자체를 달리하는 것으로 볼 수는 없다.

2) 별지1 목록 제2 내지 5항 기재 각 약정금 계약의 사해성에 관한 판단 가) 원고들은 이 사건 각 공정증서에 기재된 채무들이 모두 허위라고 주장하고 있으므로 이에 관하여 살피건대, 앞서 든 증거, 갑 제19, 21호증, 을 제1, 2, 4, 5호증의 각 기재, 변론 전체의 취지에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 내지 사정을 종합하여 보면, 이 사건 ②, ③, ④, ⑤ 채무는 2019. 12. 27.경을 기준으로 이미 변제되었거나 소멸시효가 완성되었거나 D이 피고가 아닌 F에 대하여 부담하는 채무에 해당하는 등 D이 피고에 대하여 변제할 의무가 없었던 채무라고 인정하기 충분하다.2) (1) 이 사건 ② 채권·채무의 경우, 피고가 D에게 2018. 2. 22.경 5억 원을 송금한 사실이 인정되기는 한다(을 제4호증). 그러나 갑 제19, 21호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 내지 사정, 즉 ● D은 관련 형사사건 경찰조사(2회) 당시 '의약품 도매상의 외상대금을 해결하기 위해 2018. 2. 22.경에 F로부터 5억 원을 차용하였으나, 5억 원으로는 외상대금을 해결하기 부족하여 아파트 전세보증금으로 2억 7천만 원을 사용하고, 나머지 2억 3천만 원은 F에게

돌려주었다'는 취지로 진술한 점, ② F은 경찰 참고인 조사시 D의 위와 같은 진술에 관하여, 'D이 피고 대표이사로부터 5억 원을 차용하여 이를 회생자금으로 사용하려 하였는데(회생자금으로 사용하기에) 턱없이 부족하여 5억 원을 다시 돌려주었다고 들었다'고 진술한 점, ③ 5억 원의 채권은 피고의 자산 중 상당한 규모에 해당함에도 피고는 위 채권을 회계 등에 전혀 반영하지 아니한 점, ④ 이 사건에서 피고는, 피고의 자력이 부족하여 피고의 자산으로 D에게 자금을 대여할 수 없어 F로부터 차용한 돈을(즉, F이 피고에게 준 돈을) D에게 대여해주었다고 주장한 점 등을 종합하여 보면, 피고가 D에게 입금한 5억 원은 F이 피고를 통해 D에게 대여한 것이거나 D이 피고(또는 F)에게 이를 즉시 변제하여, 2019. 12. 27.경에는 피고에게 이를 변제할 의무를 부담하지 않았던 것으로 보인다[피고는 2021. 9. 13.자 준비서면에 이르러 F의 위 경찰조사 당시 진술은 피고 대표이사가 'D로부터 상환하겠다는 약속을 받았다'고 한 것을 잘못 진술한 것이며, 피고는 F로부터 금원을 차용하여 그 차용금으로 D에게 대여를 하였기 때문에 별도로 회계처리를 하지 않았던 것이라고 주장하였으나, 위 주장들을 믿기 어렵다].

(2) 이 사건 ③ 채권·채무에 관하여 보면, 피고가 2014. 4. 16.경 D에게 2억 원을 송금한 사실이 인정되기는 한다(을 제2호증). 그런데 상법 제47조 제1, 2항3)에 의하면 상인의 행위는 영업을 위하여 하는 보조적 상행위로 추정되는바, 상인인 피고가 D에게 대여한 행위 역시 보조적 상행위로 추정된다. 피고는 D에게 2억 원을 대여한 행위는 영업을 위한 것이 아니므로 보조적 상행위에 해당하지 않는다고 주장하나 위 상법 제47조 제2항의 추정을 번복할 증거가 없다[오히려 피고와 D은 이 사건 각 공정증서에 이 사건 ③ 채권·채무의 이자율이 상법상 이자율과 동일한 "연 6%"라고 명시하였다(갑 제9호증 1면 제3조)]. 따라서 피고가 2014. 4. 16.경 D에게 2억 원을 대여하였다 하더라도, 그 대여금 채권은 그때로부터4) 상법상 소멸시효 기간인 5년이 지난 때에 소멸하였다고 할 것이다. 따라서 이 사건 각 공정증서 작성일인 2019. 12. 27.경에는 피고의 D에 대한 위 대여금 채권의 소멸시효가 이미 완성되어 D로서는 피고에게 위 2억 원 및 그에 대한 이자, 지연손해금을 변제할 의무가 없었다.

(3) 이 사건 ④ 채권·채무에 관하여 본다. 갑 제21, 29호증, 을 제5호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 ● 피고가 D에게 2018. 2. 28.경

229,239,000원을 대여하였다는 증거로 제출한 2018. 2. 28.자 거래내역조회(을 제5호증)에는 피고가 아닌 H이 2018. 2. 28.경 D의 계좌에 229,239,000원을 입금한 것으로 기재되어 있는 점, ② F은 경찰 참고인 조사시 '2018. 2.경 229,239,000원을 D에게 대여하였고, H 명의로 입금해주었다'고 진술하면서 위 거래내역조회(을 제5호증)를 그 근거로 제출하였던 점, ③ D은 2018. 2. 28.경 F에게 "229,239,000원을 H을 대신하여 F로부터 차용합니다."라고 기재된 차용증을 작성하여 준 점 등을 종합하여 보면, 이 사건 각 공정증서에 기재된 이 사건 ④ 채무는 그 기재에도 불구하고 D이 피고가 아닌 F에 대하여 부담하는 채무라고 보기 충분하다[이와 다른 피고의 변소(당시 법인계좌를 사용할 수 없어 H의 계좌를 통해 대여하였다는 취지)는 이를 뒷받침할 증거가 전혀 없어 믿기 어렵다].

(4) 이 사건 ⑤ 채권·채무에 관하여 본다. 갑 제19, 21호증, 을 제1호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하여 인정할 수 있는 사실 내지 사정, 즉 ● D은 경찰 조사(1회) 당시 '1993년경부터 F에게 약국개업비용 등으로 돈을 차용하기 시작해서 누적된 금액이 4억 7천만 원 정도 되었는데 이를 일부 상환하고자 H에게 부동산을 이전하였다'는 취지로 진술한 점, ② F 역시 경찰 참고인 조사시 'D에게 1993년부터 약국 개업비용 등으로 1억 2천만 원, 아파트 구입비용으로 1억 원 등 합계 4억 7천만 원을 빌려주었고, 이를 전부 수표로 지급해주었다'고 진술하며, 대여를 증명할 자료로 '2016. 11. 1.자 확약서(을 제1호증)'를 제출한 점, ③ D이 작성한 '2016. 11. 1.자 확약서(을 제1호증)'에는 "F로부터 1993년 R약국 개업때 차용한 1억 2천만 원과 1997년 진주시 아파트 구입 당시에 차용한 1억 원, 1997년 이후 2000년까지 3회에 걸쳐서 차용한 2억 5천만 원 등 합계 4억 7천만 원의 원리금을 상환하지 못할 경우, 그 소유권을 H(에게) 이전하고 그 차액 2억 7천만 원에 대해서는 추후 상환할 것을 확약합니다."라고 기재되어 있는 점, ④ 피고 스스로도 'D은 F에게 돈을 자주 빌려달라고 하였고, F이 이를 거절하지 못해 계속 빌려주다보니 2016년경까지 빌려준 돈의 합계가 약 4억 7천만 원에 이르렀다. 이에 F이 D 소유 부동산(당시 시가 2억 원 상당)과 나머지 금액 2억 7천만 원을 F의 아들인 H에게 지급할 것을 요구하였고, 이에 D이 2016. 11. 1.자 확약서를 작성해주게 되었다. 그러나 D이 위 2억 7천만 원을 변제하지 못하였고, 확약서에 기재된 부동산(이 사건 부동산)마저 선행 사해행위 취소판결로 인해 H의 소유권이 상실되었으므로, D은 여전히 4억 7천만 원의 채무를

부담한다'는 취지로 주장한 점(2021. 7. 16.자 피고 준비서면 6, 7면) 등을 종합하여 보면, 이 사건 각 공정증서에 기재된 이 사건 ⑤ 채무는 그 기재에도 불구하고 D이 피고가 아닌 F에 대하여 부담하는 채무라고 봄이 타당하다[이와 다른 피고의 변소(피고는 F로부터 금원을 차용하여 그 차용금으로 D에게 대여를 하였기 때문에 2016. 11. 1.자 확약서에 대여자가 F로 기재된 것이라는 취지)는 이를 뒷받침할 증거가 없어 믿기 어렵다].

나) 결국 D은 피고에게 이 사건 ② 내지 ⑤ 채무를 변제할 의무가 없음에도 2019. 12. 27.경 '피고에게 위 각 채무를 변제하고, 변제하지 못할 경우 강제집행을 인낙한다'는 취지의 이 사건 각 공정증서를 작성·교부한바, 이 사건 각 공정증서 작성 당시 당사자의 의사는 D이 피고에게 이 사건 각 공정증서에 기재된 ② 내지 ⑤ 채무의 채무액을 지급하기로 새롭게 약정한 것으로 볼 수 있다. 따라서 ② 내지 ⑤ 채무와 관련하여서는 이 사건 각 공정증서 작성행위의 실질을 일종의 '약정금 계약의 체결'로 볼 수 있다(이하 이를 '이 사건 각 약정금 계약'이라 한다).5) 이와 같이 D이 당시 채무초과 상태에서 피고와, 피고에게 지급할 의무가 없는 금원을 지급하기로 하는 약정을 체결한 행위는 다른 일반채권자의 이익을 해하는 것이므로 모두 사해행위에 해당한다(대법원 2013. 5. 31.자 2012마712 결정의 취지 등 참조, 한편 앞서 본 바와 같이 D은 이 사건 ③ 채무가 이미 시효로 소멸하였음에도 공정증서를 작성하면서 위 채무를 변제하기로 한바, 이는 소멸시효 이익의 포기로도 볼 수 있고, 이 점에서도 사해행위에 해당한다).

다) 한편 피고는, 피고가 아직 배당금을 지급받지 못하였으므로 아직 피고의 책임재산이 감소하지 아니하여 이 사건 각 약정금 계약은 사해행위에 해당하지 않는다고도 주장한다. 피고의 위 주장은 이 사건 각 공정증서에 기재된 채권·채무가 모두 실재함을 전제로 한 것인데, 앞서 본 바와 같이 D은 피고에 대하여 이 사건 ② 내지 ⑤ 채무를 변제할 책임이 없음에도 이 사건 약정금 계약을 체결함으로써 각 채무액을 지급하기로 약정한 것이므로, 이는 그 자체로 추가적인 채무부담으로서 피고가 실제로 배당금을 지급받았는지 여부와 무관히 사해행위에 해당한다. 따라서 피고의 위 주장은 이유 없다.

3) 별지1 목록 제1항 기재 약정금 계약의 사해성에 관한 판단 가) 채권자가 채무의 변제를 요구하는 것은 그의 당연한 권리행사로서 다른 채권자가 존재한다는 이유로 이것이 방해받아서는 안 되고,

채무자도 다른 채권자가 있다는 이유로 채무이행을 거절할 수 없다. 따라서 채무자가 채권자의 요구에 따라 채권자에 대한 기존채무의 변제를 위하여 소비대차계약을 체결하고 강제집행을 승낙하는 취지가 기재된 공정증서를 작성해 주어 전체적으로 채무자의 책임재산이 감소하지 않는 경우에는 그와 같은 행위로 채무자의 책임재산을 특정 채권자에게 실질적으로 양도한 것과 같다고 볼 만한 특별한 사정이 없는 한 다른 채권자를 해치는 사해행위가 된다고 볼 수 없다(대법원 2015. 10. 29. 선고 2012다14975 판결 등 참조).

나) 3억 원의 채권은 피고의 자산 중 상당한 규모에 해당함에도 피고는 위 채권을 회계 등에 전혀 반영하지 아니한 점은 인정된다. 그러나 앞서 본 사실, 앞서 든 증거, 을 제3호증의 기재 및 변론 전체의 취지를 더하여 인정할 수 있는 사정 즉, ● 피고가 제출한 3억 원권 자기앞수표의 사본(을 제3호증)에 "수령합니다. 2017. 11. 20. D"이라고 기재되어 있는 점, ② D이나 F이 경찰조사 당시 F이 2017. 11. 20.경 D에게 3억 원을 대여해주었다는 취지로 진술한 바가 전혀 없는 점, ③ 원고들도 다른 채권들과는 달리 이 사건 ① 채권·채무에 관하여는 '수표사본이 조작되었을 가능성이 있다'는 등의 주장(이를 뒷받침할 수 있는 증거는 없다) 외에 적극적으로 위 채권·채무의 존부를 부정하지는 않은 점 등을 고려하면, 이 사건 ① 채권·채무가 존재하지 않는다는 원고들의 주장을 받아들이기 어렵다.

결국 이 사건 각 공정증서 중 이 사건 ① 채권·채무에 관한 부분은 D이 피고에 대해 기존에 부담하고 있던 채무의 변제를 위한 것으로서 그로 인하여 전체적으로 D의 책임재산이 감소되었다고 할 수 없다. 또한 ● 피고는 이 사건 ① 채권·채무에 관한 공정증서를 교부받음으로써 집행권원만을 얻었을뿐, 여전히 일반채권자에 불과하여 원고들을 포함한 다른 채권자들보다 우선하여 변제받을 수 있는 권한까지 얻은 것은 아닌 점, ② 이 사건 경매절차에는 피고뿐만 아니라 원고들, O, P카드 등 D의 다른 채권자들도 참여하였던 점, ③ 이 사건 배당표에 의하면 피고는 일반채권자로서 다른 배당요구채권자들과 평등하게 채권액에 비례하여 배당을 받은 점 등을 고려하면, D이 피고에게 공정증서를 작성하여준 것이 집행의 편의를 넘어 이 사건 부동산의 일부를 피고에게 실질적으로 양도한 것과 같거나 피고로 하여금 우선변제를 받게 한 것으로 보기도 어렵다.

따라서 별지1 목록 제1항 기재 약정금 계약(이 사건 ① 채권·채무에 관하여 공정증서를 작성해준

행위)은 사해행위에 해당한다고 볼 수 없다.

4) 소결 결국 이 사건 각 약정금 계약(별지1 목록 제2 내지 5항 기재 각 약정금 계약)만이 사해행위에 해당한다.

## 라. 수익자인 피고의 악의

사해행위취소소송에 있어서 수익자가 사해행위임을 몰랐다는 사실은 그 수익자 자신에게 입증책임이 있는데(대법원 2010. 7. 22. 선고 2009다60466 판결 등 참조), 앞서 본 사실관계 및 변론 전체의 취지에 의하여 드러난 제반 사정들에 비추어 보면, 피고가 제출한 증거들만으로는 피고가 선의였다고 보기 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다(오히려 피고가 D의 형인 F이 실질적으로 운영하는 회사였다는 점을 고려하면, 당시 피고는 이 사건 각 약정금 계약의 체결이 사해행위에 해당한다는 점을 알았을 가능성이 높다).

## 마. 취소의 범위

1) 채권자는 원칙적으로 자신의 채권원금에 사해행위 이후 사실심 변론종결시까지의 이자나 지연손해금을 더한 금액의 범위 내에서 채권자취소권을 행사할 수 있으나(대법원 2001. 9. 4. 선고 2000다66416 판결 등 참조), 다른 채권자가 배당요구를 할 것이 명백하거나 목적물이 불가분인 경우와 같이 특별한 사정이 있는 경우에는 취소채권자의 채권액을 넘어서까지도 취소를 구할 수 있다(대법원 1997. 9. 9. 선고 97다10864 판결 등 참조).

2) 살피건대 갑 제20호증의 기재에 의하면 이 사건 경매절차에서 원고들 외에도 O, P카드, Q 등 D의 다른 채권자들이 이미 배당요구를 한 사실을 알 수 있다. 따라서 이 사건은 D의 다른 채권자가 배당요구를 할 것이 명백한 경우에 해당하므로, 원고들은 자신의 피보전채권액 범위와 무관히 이 사건 각 약정금 계약(별지1 목록 제2 내지 5항 기재 각 약정금 계약) 전부의 취소를 구할 수 있다고 봄이 타당하다.

## 5. 결론

원고들의 청구는 위 인정범위 내에서 이유 있어 이를 인용하고, 나머지 청구는 이유 없어 이를 기각하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

**재판장판사이기선**

판사현재언

판사최운영

별지

- 1) F의 자(子)인 H이 피고 주식의 73%를 보유하고 있다.
- 2) 피고는 '그 보고 내용의 진실성을 담보하기 위하여 증서의 작성 이전에 반드시 촉탁인이나 대리촉탁인의 확인 및 그 대리권의 증명 등의 절차를 미리 거치도록 하고 작성 이후에는 열석자의 서명날인을 받도록 규정하고 있는 공증인법 제27조, 제30조, 제31조, 제38조에 비추어 볼 때 신빙성 있는 반대 자료가 없는 한 함부로 그 증명력을 부정하고 그 기재와 어긋나는 사실인정을 할 수 없다고 보아야 한다'는 대법원 1994. 6. 28. 선고 94누2046 판결 등의 법리를 들어, 이 사건 각 공정증서에 기재된 바와 같은 채권·채무가 존재하였다는 점을 함부로 배척하여서는 안된다고 주장하기도 하였으나, 이 사건 각 공정증서는 D과 피고가 2019. 12. 27.경에 D이 피고에게 각 채무를 기재된 날짜에 변제하겠다는 새로운 약정을 한 사실을 증명할 뿐, 과거에 각 공정증서 제1조에 기재된 채권·채무가 실제로 성립하였었다는 것까지 공증인이 확인할 수는 없는 것이므로 이 사건 각 공정증서 중 각 채권·채무의 존재 관련 부분(제1조)에 위 판결 법리와 같은 증명력을 부여할 수는 없다.
- 3)상법 제47조(보조적 상행위)
  - ① 상인이 영업을 위하여 하는 행위는 상행위로 본다.
  - ② 상인의 행위는 영업을 위하여 하는 것으로 추정한다.
- 4) 기한이 있는 채권의 소멸시효는 이행기가 도래한 때부터 진행되나, 이 사건에서 2014. 4. 16.자 채권의 변제기가 주장·증명된 바가 전혀 없으므로(공정증서에 기재된 변제기는 이 사건 각 공정증서를 작성하면서 새로이 정한 변제기로 보인다), 대여한 때로부터 소멸시효가 기산된다.
- 5) 이는 별지1 목록 제2 내지 5항 기재 약정금 계약과 동일하다.