

수원고등법원 2022. 9. 30 선고 2022나10947 판결 [사해행위취소]

재판경과

수원고등법원 2022. 9. 30 선고 2022나10947 판결

수원지방법원 2021. 12. 15 선고 2021가합12516 판결

전 문

원고, 항소인A

소송대리인 변호사 류재철

소송복대리인 변호사 송지영

피고, 피항소인B

변론 종결2022. 8. 26.

판결 선고2022. 9. 30.

제1심판결수원지방법원 2021. 12. 15. 선고 2021가합12516 판결

주 문

1. 이 법원에서 추가된 원고의 청구를 포함하여 제1심판결을 아래와 같이 변경한다.
가. C이 2020. 2. 4. 피고에게 한 '액면금 50,000,000원, 발행일 2020. 2. 4., 지급기일 일람출급, 발행지, 지급지 및 지급장소 각 안양시'로 된 약속어음 1장의 발행행위 및 C과 피고 사이에 2020. 2. 4.자 공증인가 법무법인 D 2020년 증서 제103호 어음공정증서에 기하여 체결된 채무변제계약을 각 취소한다.

나. 별지3의 '사건번호'란 기재 각 배당사건에 관하여 수원지방법원이 별지3의 '배당기일'란 기재 각 해당 일에 작성한 배당표 중 '피고의 배당액'란 기재 각 배당액을 각 0원으로, '원고의 배당액'란 기재 각 배당액을 '원고의 경정액'란 기재 각 금액으로 각 경정한다.

다. 별지1 목록 기재 각 부동산 중 C의 각 1/2 지분에 관하여,

1) 피고와 C 사이에 2020. 2. 7. 체결된 근저당권설정계약을 114,615,588원 한도 내에서 취소한다.

2) 피고는 원고에게 수원지방법원 용인등기소 2020. 2. 10. 접수 제27223호로 마친 근저당권설정등기의 채권최고액을 85,384,412원으로 변경하는 변경등기절차를 이행하라.

라. 원고의 나머지 청구를 기각한다.

2. 소송총비용 중 40%는 원고가 부담하고, 나머지는 피고가 부담한다.

N

청 구 취 지 및 항 소 취 지

1. 청구취지

가. C이 2018. 12. 3. 피고에게 한 '액면금 80,000,000원, 발행일 2018. 11. 20., 지급기일 2019.

4. 20., 발행지, 지급지 및 지급장소 각 성남시'로 된 약속어음 1장의 발행행위 및 C과 피고 사이에

2018. 12. 3.자 공증인 E 사무소 2018년 증서 제836호 어음공정증서에 기하여 체결된

채무변제계약을 각 취소하고,1) C이 2020. 2. 4. 피고에게 한 '액면금 50,000,000원, 발행일

2020. 2. 4., 지급기일 일람출급, 발행지, 지급지 및 지급장소 각 안양시'로 된 약속어음 1장의

발행행위 및 C과 피고 사이에 2020. 2. 4.자 공증인가 법무법인 D 2020년 증서 제103호

어음공정증서에 기하여 체결된 채무변제계약을 각 취소한다.

나. 별지2의 '사건번호'란 기재 각 배당사건에 관하여 수원지방법원이 같은 별지의 '배당기일'란 기재

각 해당 일에 작성한 배당표 중 '피고의 배당액'란 기재 각 배당액을 0원으로, '원고의 배당액'란 기재

각 배당액을 '원고의 경정액'란 기재 각 금액으로 각 경정한다.

다. 별지1 목록 기재 각 부동산 중 C의 각 1/2 지분에 관하여,

- 1) 피고와 C 사이에 2020. 2. 7. 체결된 근저당권설정계약을 취소한다.
 - 2) 피고는 C에게 수원지방법원 용인등기소 2020. 2. 10. 접수 제27223호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.
- (원고는 이 법원에서 수원지방법원 AI 배당사건에 관한 배당표를 별지2 마지막 행 기재와 같이 경정하는 청구를 추가하였다.)

2. 항소취지

가. 제1심판결 중 원고 패소 부분을 취소한다.

나. C이 2018. 12. 3. 피고에게 한 '액면금 80,000,000원, 발행일 2018. 11. 20., 지급기일 2019. 4. 20., 발행지, 지급지 및 지급장소 각 성남시'로 된 약속어음 1장의 발행행위 및 C과 피고 사이에 2018. 12. 3.자 공증인 E 사무소 2018년 증서 제836호 어음공정증서에 기하여 체결된 채무변제계약을 각 취소한다.

다. 별지2의 '사건번호'란 기재 각 배당사건에 관하여 수원지방법원이 같은 별지의 '배당기일'란 기재 각 해당일에 작성한 배당표 중 '피고의 배당액[추심권자(수원2020타채102942)]2'란 기재 각 배당액을 0원으로, '원고의 배당액'란 기재 각 배당액을 '원고의 경정액'란 기재 각 금액으로 경정한다.

라. 별지1 목록 기재 각 부동산 중 C의 각 1/2 지분에 관하여,

- 1) 피고와 C 사이에 2020. 2. 7. 체결된 근저당권설정계약을 취소한다.
- 2) 피고는 C에게 수원지방법원 용인등기소 2020. 2. 10. 접수 제27223호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.

이 유

1. 인정사실

가. 원고의 C에 대한 지불보증채권

1) 원고는 F에게 2016년 3월경부터 2017년 3월경까지 사이에 8회에 걸쳐 합계 200,700,000원을 대여하였고, C은 2017. 5. 14. 원고에게 아래 내용의 지불보증각서(이하 '이 사건 지불보증각서'라 한다)를 작성해 주었다.

지불보증각서

채무금액 2억 5,000만 원

채무자 F, G

상기 채무인이 채권자 원고에게 2017년 6월까지 채무이행할 수 있도록 지불보증합니다.

2) 원고는 2018. 6. 22. 수원지방법원 2018가합18613호로 F과 C을 상대로 대여금 등 지급을 구하는 소를 제기하였는데, 위 법원은 2019. 4. 24. F에 대한 대여금 청구부분은 인용하고, C에 대한 청구부분은 이 사건 지불보증각서만으로는 C이 F의 원고에 대한 차용금채무에 관하여 보증의사를 확정적으로 표시한 것이라고 보기 어렵다는 이유로 기각하는 판결을 선고하였다. 이에 원고가 항소하였고(수원고등법원 2019나12974), 이 법원은 2020. 1. 16. '이 사건 지불보증각서는 C이 F의 원고에 대한 대여금채무를 보증한다는 의미로 보아야 한다.'라며 위 제1심판결을 취소하고 'C은 원고에게 200,700,000원 및 이에 대하여 2018. 10. 6.부터 2020. 1. 16.까지는 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 15%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.'라는 내용의 원고 승소판결을 선고하였으며, C의 상고가 기각되어 위 항소심 판결(이하 '이 사건 판결'이라 한다)은 그대로 확정되었다.

나. C의 피고에 대한 약속어음의 발행 및 공정증서의 작성·교부

1) C은 2018. 12. 3. 피고에게 '발행인 C, 수취인 피고, 액면금 80,000,000원, 발행일 2018. 11. 20., 지급기일 2019. 4. 20., 발행지, 지급지 및 지급장소 각 성남시'로 된 약속어음 1장에 관하여 강제집행 인낙의 취지가 기재된 어음공정증서(공증인 E 사무소 2018년 증서 제836호, 이하 '이 사건 제1공정증서'라 한다)를 작성하여 교부하였다(이하 피고와 C 사이에 이루어진 위 공정증서의 작성행위 및 그 원인이 된 합의를 '이 사건 제1채무변제계약'이라 한다).3) 2) C은 2020. 2. 4. 피고에게 '발행인 C, 수취인 피고, 액면금 50,000,000원, 발행일 2020. 2. 4., 지급기일 일람출급, 발행지, 지급지 및 지급장소 각 안양시'로 된 약속어음 1장을 발행하면서, 위 약속어음에 관하여

강제집행 인낙의 취지가 기재된 어음공정증서(공증인가 법무법인 D 2020년 증서 제103호, 이하 '이 사건 제2공정증서'라 한다)를 작성하여 교부하였다(이하 피고와 C 사이의 이 사건 제2공정증서 작성행위 및 그 원인이 된 합의를 '이 사건 제2채무변제계약'이라 한다).

다. 피고와 C 사이의 근저당권설정계약

1) 별지1 목록 기재 각 부동산(이하 '이 사건 부동산'이라 한다)의 전 소유자인 H은 2010년경 이 사건 부동산을 담보로 중소기업은행에 대출을 받으면서 채무자 H, 채권최고액 312,000,000원, 근저당권자 중소기업은행으로 한 근저당권설정등기를 마쳤다.

2) C과 그의 처인 I은 2013. 11. 26. 이 사건 부동산 중 각 1/2지분에 관하여 2013. 10. 25.자 매매를 원인으로 한 소유권이전등기를 경료하였고, 같은 날 계약인수를 원인으로 하여 위 1)항 근저당권의 채무자를 'H'에서 'C'으로 변경하는 내용의 근저당권변경등기가 마쳐졌다.

3) 이 사건 부동산 중 C의 1/2지분(이하 '이 사건 지분'이라 한다)에 관하여, 피고와 C은 2020. 2. 7. 근저당권설정계약(이하 '이 사건 근저당권설정계약'이라 한다)을 체결하였고, 같은 달 10. 이 사건 근저당권설정계약을 원인으로 하여 채무자 C, 채권최고액 200,000,000원, 근저당권자 피고로 한 근저당권설정등기(이하 '이 사건 근저당권설정등기'라 한다)가 마쳐졌다.

라. C의 급여채권에 대한 각 채권압류 및 추심명령

1) 원고는 이 사건 판결 정본에 기하여 2020. 1. 20. 수원지방법원 2020타채101770호로 C의 급여채권에 관하여 채권압류 및 추심명령을 신청하였고, 위 법원은 2020. 1. 23. 이를 인용하였으며, 위 명령은 2020. 1. 30. 제3채무자인 한국석유관리원에 송달되었다.

2) 피고는 이 사건 제1공정증서 정본에 기하여 2020. 2. 4. 수원지방법원 2020타채102942호로 C의 급여채권에 관하여 채권압류 및 추심명령을 신청하였고, 위 법원은 2020. 2. 12. 이를 인용하였으며, 위 명령은 2020. 2. 14. 제3채무자인 한국석유관리원에 송달되었다.

3) 피고는 이 사건 제2공정증서 정본에 기하여 2020. 2. 12. 수원지방법원 2020타채104072호로 C의 급여채권에 관하여 채권압류 및 추심명령을 신청하였고, 위 법원은 2020. 2. 14. 이를 인용하였으며, 위 명령은 2020. 2. 21. 제3채무자인 한국석유관리원에 송달되었다.

마. 집행공탁 및 배당표의 작성 등

1) 위 각 채권압류 및 추심명령의 제3채무자인 한국석유관리원은 압류 경합을 이유로 C에 대한 급여를 각 공탁하였다.

2) 위 공탁금에 대한 배당절차가 진행되었는데, 배당사건별로 수원지방법원이 작성한 각 배당표 중 원고와 피고의 배당액은 별지2 기재(단 별지2 중 원고의 경정액란 기재는 제외)와 같고, 원고는 각 배당기일에 출석하여 피고의 배당액 전액에 대하여 이의를 제기하였다.

[인정근거] 이 법원에 현저하거나 다툼이 없는 사실, 갑 제1 내지 3, 5, 13 내지 18, 20, 21호증(가지번호 포함, 이하 같다)의 각 기재, 이 법원 증인 C의 증언, 변론 전체의 취지

2. 원고의 주장

C은, 피고에게 2018년 12월경과 2020년 2월경 각 약속어음을 발행하면서 이에 관하여 이 사건 제1, 2공정증서를 작성해 주고, 피고와 이 사건 근저당권설정계약을 체결함으로써 자신의 채무초과상태를 초래 내지 심화시켰는바, 이는 원고에 대한 사해행위로서 모두 취소되어야 한다.

나아가 그 원상회복으로서 C의 급여채권에 관한 각 배당절차에서 작성된 각 배당표 중 이 사건 제1, 2공정증서를 집행권원으로 한 피고의 배당액 부분을 전부 삭제하고 그 상당액을 원고의 배당액으로 경정하여야 하고, 피고는 이 사건 근저당권설정등기를 말소하여야 한다.

3. 판단

가. 피보전채권의 존재

앞서 본 인정사실에 의하면, 이 사건 제1, 2채무변제계약(2018년 12월경 또는 2020년 2월경) 및 이 사건 근저당권설정계약(2020년 2월경) 체결 전에 발생한 원고의 C에 대한 지불보증채권은 채권자취소권행사에 있어 피보전채권에 해당한다.

나. C의 무자력

1) 관련 법리 채권자취소의 대상인 사해행위에 해당하는지 여부를 판단함에 있어, 채무자 소유의 재산이 다른 채권자의 채권에 담보로 제공되어 있다면, 담보로 제공된 부분은 채무자의 일반 채권자들을 위한 채무자의 책임재산이라고 할 수 없으므로, 그 담보에 제공된 재산의 가액에서 다른 채권자가 가지는 피담보채권액을 공제한 잔액만을 채무자의 적극재산으로 평가하여야 한다(대법원 2012. 1. 12. 선고 2010다64792 판결 등 참조).

수 개의 부동산에 공동저당권이 설정되어 있는 경우 책임재산을 산정함에 있어 각 부동산이 부담하는 피담보채권액은 특별한 사정이 없는 한 민법 제368조의 규정 취지에 비추어 공동저당권의 목적으로 된 각 부동산의 가액에 비례하여 공동저당권의 피담보채권액을 안분한 금액이라고 보아야 한다.

그러나 수 개의 부동산 중 일부는 채무자의 소유이고, 다른 일부는 물상보증인의 소유인 경우에는, 물상보증인이 민법 제481조, 제482조의 규정에 따른 변제자대위에 의하여 채무자 소유의 부동산에 대하여 저당권을 행사할 수 있는 지위에 있는 점 등을 고려할 때, 그 물상보증인이 채무자에 대하여 구상권을 행사할 수 없는 특별한 사정이 없는 한 채무자 소유의 부동산에 관한 피담보채권액은 공동저당권의 피담보채권액 전액으로 봄이 타당하다(대법원 2008. 4. 10. 선고 2007다78234 판결 참조). 이러한 법리는 하나의 공유부동산 중 일부 지분이 채무자의 소유이고, 다른 일부 지분이 물상보증인의 소유인 경우에도 마찬가지로 적용된다(대법원 2013. 7. 18. 선고 2012다5643 전원합의체 판결 참조). 한편, 건물의 공유자가 공동으로 건물을 임대하고 임차보증금을 수령한 경우 특별한 사정이 없는 한 그 임대는 각자 공유지분을 임대한 것이 아니라 임대목적물을 다수의 당사자로서 공동으로 임대한 것이고 그 임차보증금 반환채무는 성질상 불가분채무에 해당된다고 보아야 하므로(대법원 1998. 12. 8. 선고 98다43137 판결 참조) 공유자 전원으로부터 주택을 임차하고 주택임대차보호법 제3조 제1항이 정한 대항력을 갖추어 임차보증금에 관하여 우선변제를 받을 수 있는 권리를 가진 임차인이 있는 주택의 공유자 중 1인인 채무자가 자신의 지분을 처분한 경우 그 지분 중에서 일반채권자들의 공동담보에 제공되는 책임재산은 우선변제권이 있는 임차보증금반환채권 전액을 공제한 나머지 부분만이라고 할 것이다(대법원 2013. 8. 22. 선고 2012다110064 판결 등 참조).

그리고 채무자가 부담하는 채무의 경우에도 채무자의 적극재산에 설정된 물적 담보 등으로 우선변제가 확보되는 범위 내에서는 그 채무는 소극재산에서 공제되어야 할 것이다(대법원 2009. 6. 25. 선고 2007다84055 판결 등 참조).

2) C의 적극재산 가) 이 사건 지분

(1) 갑 제4, 9 내지 12호증의 각 기재, 2021. 3. 4.자 IBK기업은행에 대한 금융거래정보제출명령 회신결과 및 변론 전체의 취지에 의하면 다음 사실을 인정할 수 있다.

① 이 사건 지분의 2020. 7. 7. 당시 가액은 579,805,685원이다.

② C은 배우자인 I과 함께 2013년경 이 사건 부동산을 각 1/2지분씩 공동매수하면서, 전 소유자인 H이 이 사건 부동산을 담보로 설정한 중소기업은행의 근저당권과 관련하여 C이 계약인수를 통해서 위 근저당권의 채무자를 C으로 변경하였는데, 위 근저당권의 피담보채무는 2018. 12. 10. 기준 242,175,112원이고, 2020. 1. 9. 기준 236,380,195원이다.

③ Y은 C과 I이 이 사건 부동산을 공동매수하기 전인 2010. 8. 12. 이 사건 부동산 중 Z호에 관하여 전 소유자 H과 임대차계약을 체결한 후 같은 해 위 주택을 인도받고 전입신고를 마친 상태였는데, 2016. 9. 15. C, I과 위 Z호에 관하여, 임대차보증금 132,000,000원, 임대기간 2016. 9. 15.부터 2018. 9. 14.까지로 하여 임대차계약을 체결한 후 2016. 9. 28. 확정일자를 받았다.

④ C과 I은 2016. 5. 25. AA에게 이 사건 부동산 중 AB호를 임대차보증금 75,000,000원, 임대기간 2016. 6. 10.부터 2018. 6. 9.까지로 정하여 임대하는 내용의 임대차계약을 체결하였는데, AA은 2016. 6. 8. 전입신고를 하였고, 같은 달 10. 위 AB호를 인도받았으며, 2016. 5. 30. 확정일자를 받았다.

⑤ C과 I은 2016. 3. 17. AC에게 이 사건 부동산 중 AD호를 임대차보증금 140,000,000원, 임대기간 2016. 4. 14.부터 2018. 4. 13.까지로 정하여 임대하는 내용의 임대차계약을 체결하였는데, AC는 2016. 4. 14. 위 AD호를 인도받았고, 2016. 4. 27. 전입신고를 하면서 확정일자를 받았다.

(2) 그리고 앞서 든 증거, 이 법원 증인 C의 증언 및 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있는 다음 사실 또는 사정에 비추어 보면, 이 사건 근저당권설정계약에서의 물상보증인 I은 이 사건 근저당권설정계약의 채무자인 C에 대하여 구상권을 행사할 수 없는 특별한 사정이 있다고 봄이 타당하다.

① C과 I은 2013년경 H으로부터 이 사건 부동산을 매매대금 850,000,000원에 매수하였다. 위 매매대금에서 C이 H으로부터 인수한 중소기업은행의 근저당권 피담보채무액 240,000,000원을 제외한 610,000,000원 중 I이 부담한 금액은, 이 사건 부동산에 관한 2013. 10. 25.자 매매 당시의 임대차보증금 합계 270,000,000원 내지 280,000,000원, C이 부담한 180,000,000원4) 을 뺀

나머지 금액인 150,000,000원 또는 160,000,000원⁵⁾ 가량이다. 따라서 이 사건 부동산의 1/2지분씩을 각 매수한 C과 I 중 I이 실질적으로 부담한 매매대금의 액수가 C의 부담액수보다 더 적거나, 각종 세금을 I이 부담하였다고 하더라도 C과 I의 각 부담액수가 대등하였을 것으로 보인다.

② C은 이 법원에 증인으로 출석하여 이 사건 부동산에 관한 근저당권자가 중소기업은행인 근저당권설정등기의 채무자 명의를 전소유자 H에서 C 단독 명의로 변경한 이유에 관하여, 당시 무직상태이던 I에 대하여 적용되는 대출이자율이 C에 대하여 적용되는 대출이자율보다 높아서 대출이자율이 더 낮은 C의 단독 명의로 대출 승계한 것이고, 실질적으로는 공동으로 대출금 채무를 부담하고 있다는 취지로 진술하였다.

③ 그렇다면 각자 비슷한 금액을 부담하여 이 사건 부동산의 1/2지분씩을 매수한 C과 I은 그 내부관계에서는 매도인인 H으로부터 인수한 근저당권 피담보채무도 공동 부담하나, 부부사이에게 지출을 감축할 방안을 마련하고자 대외적인 채무자 명의만을 C 단독으로 하기로 합의하여 이자율을 낮추었다고 봄이 타당하다.

(3) 위와 같은 사실 또는 사정을 앞서 본 법리에 비추어 보면, 이 사건 부동산의 공유자로서 물상보증인인 I이 근저당권자가 중소기업은행인 근저당권설정등기의 채무자 C에 대하여 구상권을 행사할 수 없는 특별한 사정이 있는 이 사건에서, 2018년 12월경과 2020년 2월경 이 사건 지분 중에서 일반채권자들의 공동담보에 제공되는 책임재산은 이 사건 지분 가액에서 근저당권자 중소기업은행인 근저당권설정등기의 피담보채무액 중 C이 실질적으로 부담하는 1/2지분에 해당하는 부분과 우선변제권이 있는 위 각 임대차보증금 반환채무 전액을 공제한 나머지 부분이라고 할 것인데, 위 피담보채무액의 절반에 해당하는 금액과 각 임대차보증금반환채무 전액의 합계액인 468,087,556원 또는 465,190,097원(= 근저당권자 중소기업은행의 대출채권 121,087,556원⁶⁾ 또는 118,190,097원⁷⁾ + Y의 임대차보증금반환채권 132,000,000원 + AA의 임대차보증금반환채권 75,000,000원 + AC의 임대차보증금반환채권 140,000,000원)은 이 사건 지분의 가액인 579,805,685원을 초과하지 않는다. 그렇다면 이 사건 지분 중 111,718,129원 또는 114,615,588원⁸⁾에 해당하는 부분은 이 사건 제1, 2 채무변제계약 및 이 사건 근저당권설정계약 체결 당시 이미 일반채권자들의 공동담보에 제공되는 재산이었으므로, 이를 C의 적극재산에

포함하여야 한다.

나) 2007년식 렉스턴 차량

제1심 법원의 AE 주식회사에 대한 신용정보제출명령 회신결과에 의하면, C 소유의 2007년식 렉스턴 차량의 가액은 2018. 12. 3. 기준 5,830,000원 상당이고, 2020. 2. 4. 기준 5,290,000원 상당이다.

3) C의 소극재산 앞서 본 사실 및 앞서 든 증거, 제1심 법원의 주식회사 AF 및 AG은행에 대한 각 금융거래정보제출명령 회신결과 및 변론 전체의 취지를 종합하면, 2018년 12월경과 2020년 2월경 C의 소극재산은 다음과 같다.

이 사건 판결에 따른 채무	202,322,095원9) 202,322,095원 = 원금 200,700,000원 + 2018. 10. 6.부터 2018. 12. 3.까지 연 5%의 지연손해금 1,622,095원(= 200,700,000원 × 5% × 59일/365일)	2018. 12. 3.
215,381,341원10) 215,381,341원 = 원금 200,700,000원 + 2018. 10. 6.부터 2020. 1. 16.까지 연 5%의 지연손해금 12,866,794원(= 200,700,000원 × 5% × 468일/365일) + 2020. 1. 17.부터 2020. 2. 7.까지 연 15%의 지연손해금 1,814,547원(= 200,700,000원 × 15% × 22일/365일)	2020. 2. 7.	
AF은행에 대한 대출금채무	2,200,000원	2018. 12. 3.
2,200,000원	2020. 2. 4.	
AG은행에 대한 대출금채무	87,000,000원	2018. 12. 3.
83,200,000원	2020. 2. 4.	
합계	291,522,095원	2018. 12. 3. 기준
300,781,314원	2020. 2. 7. 기준	

4) 소결 C의 위와 같은 재산상태에 비추어 보면, 이 사건 제1채무변제계약 체결 당시인 2018년 12월경 C의 채무액 291,522,095원은 적극 재산 합계 117,548,129원(= 111,718,129원 + 5,830,000원)을 초과하고, 이 사건 제2채무변제계약과 이 사건 근저당권설정계약 체결 당시인 2020년 2월경 C의 채무액 300,781,314원은 적극 재산 합계 119,905,588원(= 114,615,588 +

5,290,000원)을 초과하므로 C은 2018년 12월경 및 2020년 2월경 모두 채무초과상태에 있었다.

다. 사해행위 및 사해의사

1) 이 사건 근저당권설정계약의 체결 채무자의 재산이 채무 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 2009. 9. 10. 선고 2008다85161 판결 등 참조). 앞서 본 바와 같이 이 사건 근저당권설정계약 체결 당시 C은 채무초과상태에 있었고, 이와 같이 채무초과의 상태에 있는 C이 피고와 이 사건 근저당권설정계약을 체결하고, 이 사건 지분에 관하여 이 사건 근저당권설정등기를 마쳐준 것은 원고를 비롯한 일반채권자들의 공동담보를 감소시키는 결과를 초래하는 행위로서 사해행위에 해당하고, 나아가 그 사해행위의 수익자인 피고의 사해의사도 추정된다.

2) 약속어음의 발행 및 공정증서의 작성·교부 가) 관련 법리

기존 채무의 지급을 위하여 약속어음이 발행된 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그 약속어음의 발행으로 인하여 채무자의 채무가 새로이 증가되는 것이 아니므로 그 약속어음의 발행이 사해행위에 해당한다고 할 수 없지만, 채무자가 약속어음을 발행함으로써 새로운 채무를 부담하게 되는 경우에 있어서는, 그 채무부담으로 인하여 채무자가 채무초과 상태에 빠지거나 이미 빠져있던 채무초과 상태가 더욱 악화, 심화된다면, 그 약속어음의 발행은 다른 채권자를 해하는 것으로서 사해행위에 해당한다(대법원 2002. 10. 25. 선고 2000다64441 판결 등 참조).

채무자가 처음부터 특정 채권자로 하여금 채무자의 적극재산인 채권을 강제집행의 형식을 빌려 압류·전부 받게 할 목적으로 채무부담행위를 하고 그와 아울러 그에 대하여 강제집행을 승낙하는 취지가 기재된 공정증서를 작성하여 주고 채권자는 이를 이용하여 채무자의 채권을 압류·전부 받은 때와 같이, 실질에 있어 채무자가 자신의 채권을 특정 채권자에게 양도한 것과 다를 바가 없는 것으로 볼 수 있는 특별한 사정이 있는 경우에도 마찬가지로 사해행위가 성립한다(대법원 2002. 10. 25. 선고 2000다7783 판결 등 참조).

무자력 상태의 채무자가 기존채무에 관한 특정 채권자로 하여금 채무자가 가지는 채권에 대하여 압류 및 추심명령을 받음으로써 강제집행절차를 통하여 사실상 우선변제를 받게 할 목적으로 그 기존채무에 관하여 강제집행을 승낙하는 취지가 기재된 공정증서를 작성하여 주어 채권자가 채무자의 그 채권에 관하여 압류 및 추심명령을 얻은 경우에는 그와 같은 공정증서 작성의 원인이 된 채권자와 채무자의 합의는 기존채무의 이행에 관한 별도의 계약인 이른바 채무변제계약에 해당하는 것으로서 다른 일반 채권자의 이익을 해하여 사해행위가 된다(대법원 2010. 4. 29. 선고 2009다33884 판결 등 참조).

나) 이 사건 제1공정증서 작성 관련

C이 2018. 12. 3. 액면금 80,000,000원의 약속어음에 관하여 강제집행 인낙의 취지가 기재된 이 사건 제1공정증서를 작성하여 피고에게 교부한 사실은 앞서 인정하였으나, 한편 피고는 이 사건 제1공정증서를 작성하기 전 C에게 대여한 80,000,000원의 변제를 담보하기 위하여 이 사건 제1공정증서를 작성하였다고 주장하고, 을 제2, 7호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면, 피고는 2018년 11월경 C에게 약 80,000,000원을 대여한 사실이 인정되는바, 결국 원고가 제출한 증거만으로는 이 사건 제1공정증서를 작성할 당시 C이 피고에 대하여 부담하는 차용금채무가 존재하지 않았거나 위 약속어음의 액면 금액인 80,000,000원보다 적었다는 점을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

그렇다면 C이 피고에 대한 기존 채무의 변제를 위해 그 채무액에 상응하는 약속어음을 발행하였다고 하여 C의 채무가 새로이 증가되었다고 볼 수 없다. 비록 C이 위 약속어음에 관하여 강제집행을 승낙하는 취지가 기재된 이 사건 제1공정증서를 작성하여 피고에게 교부하였고 피고가 이에 기하여 C의 급여채권에 대하여 압류 및 추심명령을 얻었으나, 이 사건 제1공정증서의 작성시점이 2018년 12월경이고, 이에 기하여 채권압류 및 추심명령이 이루어진 시점은 2020년 2월경인 점에 비추어 보면, 이 사건 제1공정증서의 작성행위가 특정 채권자로 하여금 채무자가 가지는 채권에 대하여 압류 및 추심명령을 받음으로써 강제집행절차를 통하여 사실상 우선변제를 받게 할 목적이 있었다고 단정하기 어렵고, 달리 위와 같은 목적이 있었음을 인정할 증거가 없다.

따라서 액면금이 80,000,000원인 약속어음의 발행이나 위 약속어음에 관한 이 사건 제1공정증서의

작성에 따른 이 사건 제1채무변제계약이 사해행위라고 평가하기 어려우므로, 이와 다른 전제에 선 원고의 이 부분 청구는 더 나아가 살펴 볼 필요 없이 이유 없다.

다) 이 사건 제2공정증서 작성 관련

앞서 본 인정사실과 앞서 든 증거 및 변론 전체의 취지에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 이 사건 제2공정증서 작성 당시 피고의 C에 대한 채권은 금융거래 내역이 없는 차용증상 금액을 인정한다고 하더라도 20,000,000원¹¹ 정도에 불과한데, C은 피고에게 2020. 2. 4. 액면금 50,000,000원의 약속어음을 발행하면서 이 사건 제2공정증서를 작성하여 준 점, ② 위와 같은 약속어음의 발행 및 공정증서의 작성 시점은 2020. 2. 4.인데, 이는 C이 원고에게 200,000,000원 상당의 금원을 지급하라는 이 사건 판결이 선고(2020. 1. 16.)되고 불과 18일 정도 지난 시점이었고, 피고는 C으로부터 이 사건 제2공정증서를 받은 직후인 2020. 2. 12. 이 사건 제2공정증서를 집행권원으로 하여 사실상 C의 유일한 재산인 급여채권에 대하여 채권압류 및 추심명령을 신청하여, 그 무렵 압류 및 추심명령을 얻은 점 등을 앞서 본 법리에 비추어 보면, 2020. 2. 4.자 약속어음의 발행 및 이에 관한 이 사건 제2공정증서의 작성에 따른 이 사건 제2채무변제계약은 단순히 기존채무의 변제를 위한 계약이 아니라 새로운 채무부담행위에 해당하는 것으로 보일 뿐만 아니라, 채권자인 피고로 하여금 채무자인 C의 급여채권에 관하여 압류 및 추심명령을 받음으로써 강제집행절차를 통하여 사실상 우선변제를 받게 할 목적에서 이루어진 것으로 볼 수 있다. 따라서 2020. 2. 4.자 약속어음의 발행 및 이에 관한 이 사건 제2공정증서의 작성에 따른 이 사건 제2채무변제계약은 특별한 사정이 없는 한 일반채권자에 대한 공동담보를 감소시켜 채권자를 해하는 사해행위에 해당한다고 봄이 타당하고, C은 위 행위로 인하여 원고를 비롯한 일반 채권자들의 공동담보에 부족이 생긴다는 점에 관하여 충분히 인식하고 있었다고 볼 것이며, 나아가 수익자인 피고의 악의는 추정된다.

라. 피고의 선의 항변에 관한 판단

1) 피고의 주장 피고는 이 사건 근저당권설정계약 또는 이 사건 제2공정증서 작성 및 이 사건 제2채무변제계약 체결 당시 C이 채무초과 상태에 있음을 알지 못하였으므로 선의의 수익자라고 주장한다.

2) 관련 법리 사해행위취소소송에서 채무자의 제3자에 대한 법률행위가 객관적으로 사해행위에 해당하는 경우 수익자의 악의가 추정되므로, 이와 달리 수익자가 그 법률행위 당시 선의였다는 사실은 수익자 스스로 증명할 책임이 있다(대법원 2015. 5. 28. 선고 2015다2553 판결 등 참조). 그리고 채무자의 제3자에 대한 담보제공 등의 재산처분행위가 사해행위에 해당할 경우에, 그 사해행위 당시 수익자가 선의였음을 인정함에 있어서는 객관적이고도 납득할 만한 증거자료 등이 뒷받침되어야 할 것이고, 채무자의 일방적인 진술이나 제3자의 추측에 불과한 진술 등에만 터잡아 그 사해행위 당시 수익자가 선의였다고 선뜻 단정하여서는 안 된다(대법원 2006. 4. 14. 선고 2006다5710 판결, 대법원 2015. 6. 11. 선고 2014다237192 판결 등 참조).

3) 구체적 판단 위 법리에 비추어 보건대, 앞서 본 사실에 변론 전체의 취지를 더하여 인정할 수 있는 다음 사정들, 즉 ① 이 사건 제2공정증서가 작성된 약속어음의 액면금(50,000,000원)은 당시 피고가 C에게 대여한 금액보다 30,000,000원 상당을 초과하는 금액인 점, ② 이 사건 제2공정증서는 이 사건 판결이 선고된 지 약 18일 후에 작성된 것이고, 피고는 C으로부터 2018년 12월경 이 사건 제1공정증서를 받아두고서도 강제집행으로 나아가지 않았던 반면, 이 사건 제2공정증서의 경우에는 작성 직후 바로 강제집행으로 나아간 점, ③ 피고는 이 사건 판결이 선고된 날로부터 약 21일 후 C과 이 사건 근저당권설정계약을 체결하였는데, 이는 피고가 이미 이 사건 제1, 2공정증서에 기하여 C에 대한 집행권원을 보유하고 있었음에도 불구하고 마지막 공정증서 작성일과 3일 간격으로 재차 체결한 것으로 그 필요성이 높지 않은 점 등에 비추어 볼 때, 피고가 제출한 증거들만으로는 수익자인 피고의 악의 추정을 뒤집어, 2020. 2. 4.자 약속어음의 발행 및 이에 관한 이 사건 제2공정증서의 작성에 따른 이 사건 제2채무변제계약이 사해행위라는 점에 관하여 피고가 선의였다고 인정하기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 따라서 피고의 위 항변은 받아들이지 않는다.

마. 사해행위의 취소 및 원상회복 방법

1) 이 사건 근저당권설정계약 가) 관련 법리

(1) 사해행위의 취소에 따른 원상회복은 원칙적으로 그 목적물 자체의 반환에 의하여야 하고, 그것이 불가능하거나 현저히 곤란한 경우에 한하여 예외적으로 가액배상에 의하여야 하는바, 근저당권설정계약 중 일부만이 사해행위에 해당하는 경우에는 그 원상회복은 근저당권설정등기의

채권최고액을 감축하는 근저당권변경등기절차의 이행을 명하는 방법에 의하여야 한다(대법원 2006. 12. 7. 선고 2006다43620 판결 참조).

(2) 사해행위를 취소하고 가액배상을 하는 경우, 취소 및 가액배상은 사해행위 목적물이 가지는 공동담보가액과 채권자의 피보전채권액 중 적은 금액을 한도로 이루어져야 하고, 위 피보전채권액에는 사해행위 이후 사실심 변론종결 시까지 발생한 가산금이 포함된다.

(3) 채무자가 사해행위로서 양도한 부동산에 근저당권이 설정되어 있고 가액배상을 하여야 할 경우 그 부동산 중에서 일반 채권자들의 공동담보에 제공되는 책임재산은 피담보채무액을 공제한 나머지 부분이므로, 사해행위가 취소되는 경우 배상하여야 할 가액은 사해행위 취소시인 사실심 변론종결 시를 기준으로 하여 그 부동산의 가액에서 근저당권의 피담보채무액을 공제하는 방식으로 산정하여야 하는 것인데(대법원 1999. 9. 7. 선고 98다41490 판결 등 참조), 피담보채무액을 공제함에 있어 사실심 변론종결 당시의 피담보채무액이 사해행위 당시의 그것보다 현실적으로 증대되어 남아있는 경우에는 근저당권의 채권최고액의 범위 내에서 이를 모두 공제하여야 할 것이나, 그와 반대로 수익자에 의하여 피담보채무의 일부가 대위변제되어 사실심 변론종결 당시의 피담보채무액이 사해행위 당시의 그것보다 줄어들게 되었다면, 그러한 경우에도 사실심 변론종결 당시의 감소된 피담보채무액만을 공제하는 것은 사해행위 당시 채권자들의 공동담보로 제공되지 아니한 부분까지 회복시키는 결과가 되어 불공평하므로 사해행위 당시의 피담보채무액을 공제하는 방법에 의하여 가액반환의 범위를 확정하여야 한다(대법원 2005. 10. 14. 선고 2003다60891 판결 참조).

나) 구체적 판단

위 법리에 비추어 피고가 반환하여야 할 가액에 관하여 보건대, 앞서 본 증거들에 의하면 이 사건 부동산에 설정된 저당권(근저당권자 중소기업은행)의 피담보채권액은 피고의 변제로 인하여 이 법원 변론종결일에 가장 가까운 2021. 2. 9. 기준 229,623,909원으로 줄어들었으나 사해행위 당시에는 236,380,195원이었던 사실이 인정되고, 이 사건 부동산에 관하여 우선변제권 있는 각 임대차보증금반환채권액의 합계가 347,000,000원(= Y의 임대차보증금반환채권 132,000,000원 + AA의 임대차보증금반환채권 75,000,000원 + AC의 임대차보증금반환채권 140,000,000원)인

사실, 이 사건 지분의 가액이 2020. 7. 7. 기준 579,805,685원인 사실은 앞서 인정하였으며, 이 사건 지분 가액은 변론종결일 현재에도 같은 금액일 것으로 추인된다.

결국 이 사건 근저당권설정계약의 취소 및 가액배상의 범위는 원고의 피보전채권액 292,079,495원(= 원금 200,700,000원 + 원금에 대하여 2018. 10. 6.부터 2020. 1. 16.까지 연 5%의, 그 다음날부터 이 법원 변론종결일인 2022. 8. 26.까지 연 15%의 각 비율로 계산한 지연손해금 91,379,495원¹²⁾ 및 이 사건 지분의 공동담보가액 114,615,588원(= 이 사건 지분 가액 579,805,685원 - 사해행위 당시 저당권 피담보채권액의 1/2 118,190,097원 - 각 임대차보증금반환채권액 합계 347,000,000원) 중 적은 금액인 114,615,588원을 한도로 한다. 따라서 피고와 C 사이의 이 사건 근저당권설정계약은 위 114,615,588원을 한도로 취소되어야 하고, 원상회복으로 피고는 원고에게 이 사건 근저당권설정등기의 채권최고액을 85,384,412원(= 200,000,000원 - 114,615,588원)으로 변경하는 변경등기절차를 이행할 의무가 있다.

2) 이 사건 제2공정증서 및 이 사건 제2채무변제계약 가) 관련 법리

채권자가 배당기일에 출석하여 수익자의 배당 부분에 대하여 이의를 하였다면 그 채권자는 사해행위취소의 소를 제기함과 아울러 그 원상회복으로서 배당이의의 소를 제기할 수 있고, 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 2011. 2. 10. 선고 2010다90708 판결 등 참조). 이러한 법리는 사해행위에 해당하는 채무변제계약과 관련하여 그 수익자가 채무자로부터 교부받은 공정증서에 기하여 강제집행에 나아간 경우에도 마찬가지로 적용할 수 있다.

나) 구체적 판단

위 법리에 비추어 살피건대, 2020. 2. 4.자 약속어음의 발행 및 이에 관한 이 사건 제2공정증서의 작성에 따른 이 사건 제2채무변제계약은 사해행위로서 취소되어야 하고, 그 원상회복으로 이 사건 제2공정증서를 집행권원으로 한 추심권자(추심명령: 수원지방법원 2020타채104072호) 피고에 대하여 배당한 별지3 '피고의 배당액'란 기재 각 배당액은 각 0원으로, 원고의 각 배당액은 별지3

'원고의 경정액'란 각 기재 금액으로 각 경정되어야 한다.

4. 결론

그렇다면 원고의 청구는 위 인정범위 내에서 이유 있으므로 이를 인용하고, 나머지 청구는 이유 없어 이를 기각하여야 한다. 제1심판결은 이와 결론을 일부 달리하여 부당하므로 원고의 일부 항소 및 이 법원에서 추가한 청구를 각 받아들여 제1심판결을 주문과 같이 변경한다.

재판장판사심연수

판사유현중

판사김무신

별지

- 1) 2021. 10. 19.자 청구취지 및 청구원인 변경신청서에는, '위 약속어음 1장의 발행행위 및 2018. 12. 3. C과 피고 사이에 체결된 채무변제계약을 각 취소한다.'라고 기재되어 있는데, 청구원인을 보면 채무변제계약이란 위 약속어음에 관한 공정증서 작성행위 및 그 원인이 된 합의를 의미한다고 할 것이므로, 청구취지를 위와 같이 선행하고, 2020. 2. 4.자 약속어음 1장에 관한 청구취지도 위와 같이 선행하여 주문 제1의 가.항과 같이 판결한다.
- 2) 원고는 이 부분 청구를 하면서 어느 배당사건에 관한 배당액을 경정하는 것인지 특정하지는 않았으나, 피고가 수원지방법원 2020타채104072 채권압류 및 추심명령의 추심권자로서 받은 배당액을 경정하는 청구 부분은 제1심에서 인용되었으므로, 항소취지를 위와 같이 선행한다.
- 3) 2018. 12. 3.에는 약속어음에 관한 공정증서가 작성되었고, 약속어음 자체는 그 이전에 발행되어 있었던 것으로 보인다.
- 4) 180,000,000원 = 280,000,000원(C과 I이 종전에 거주하던 주택의 임대차보증금) - 100,000,000원(대출금)
- 5) 150,000,000원 내지 160,000,000원 = 610,000,000원(매매대금 잔액) - 270,000,000원 내지 280,000,000원(임대차보증금 합계) - 180,000,000원(C의 부담액)
- 6) 121,087,556원 = 242,175,112원(이 사건 제1채무변제계약 체결 당시인 2018년 12월경 기준

피담보채무액)÷2

7) 118,190,097원 = 236,380,195원(이 사건 제2채무변제계약 및 이 사건 근저당권설정계약 체결 당시인 2020년 2월경 기준 피담보채무액)÷2(원 미만 버림, 이하 같다)

8) 111,718,129원 또는 114,615,588원 = 579,805,685원(이 사건 지분의 가액) -

468,087,556원 또는 465,190,097원(위 피담보채권액의 절반과 각 임대차보증금반환채권의 합계액)

9) 202,322,095원 = 원금 200,700,000원 + 2018. 10. 6.부터 2018. 12. 3.까지 연 5%의 지연손해금 1,622,095원(= 200,700,000원 × 5% × 59일/365일)

10) 215,381,341원 = 원금 200,700,000원 + 2018. 10. 6.부터 2020. 1. 16.까지 연 5%의 지연손해금 12,866,794원(= 200,700,000원 × 5% × 468일/365일) + 2020. 1. 17.부터 2020. 2. 7.까지 연 15%의 지연손해금 1,814,547원(= 200,700,000원 × 15% × 22일/365일)

11) 20,000,000원 = 2019. 10. 23.자 10,000,000원(을 제1호증의 2) + 2020. 2. 3.자 10,000,000원(을 제1호증의 3)

12) 91,379,495원 = 12,859,057원{= 200,700,000원 × (1 + 103/366) × 5%} + 78,520,438원{= 200,700,000원 × (2 + 222/365) × 15%}