

부산지방법원 2022. 2. 10 선고 2019가합51440 판결 [사해행위취소]

전 문

원고 신용보증기금

소송대리인 법무법인 금정

담당변호사 이중섭

피고 1. A

2. B

3. C

피고들 소송대리인 변호사 현성철

변론 종결 2021. 12. 2.

판결 선고 2022. 2. 10.

주 문

1. 이 사건 소 중 피고 B에 대한 소는 2021. 10. 7. 소 취하로 종료되었다.
2. 가. 소외 D과 피고 A 사이에 별지 목록 (1), (2) 기재 각 부동산에 관하여 2018. 10. 26. 체결된 각 근저당권설정계약을 취소한다.
나. 피고 A는 원고에게,
 - 1) 240,000,000원과 이에 대하여 이 판결 확정일 다음날부터 다 갚는 날까지 연 5%의 비율로 계산한 돈을 지급하고,
 - 2) 별지 목록 (2) 기재 부동산에 관하여 대구지방법원 경주지원 등기계 2018. 10. 30. 접수 제57364호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.
3. 가. 소외 D과 피고 C 사이에 별지 목록 (3) 기재 각 부동산에 관하여 2019. 2. 1. 체결된 각

근저당권설정계약을 취소한다.

나. 피고 C은 위 D에게 별지 목록 (3) 기재 각 부동산에 관하여 대구지방법원 경주지원 등기계 2019.

2. 7. 접수 제5584호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.

4. 소송비용 중 원고와 피고 A, C 사이에 생긴 부분은 위 피고들이 부담하고, 원고와 피고 B 사이에 생긴 부분 중 소송종료 이후의 소송비용은 원고가 부담한다.

N

청 구 취 지

주문 제2, 3항 및 피고 B과 D 사이에 양산시 E 답 2985m² 및 양산시 F 답 3537m²에 관하여 2018.

10. 26. 체결된 각 근저당권설정계약을 취소한다.

이 유

1. 기초사실

가. 이 사건 각 신용보증약정

1) 원고는 담보능력이 미약한 기업의 채무를 보증하여 기업의 자금유통을 원활히 하고 균형있는 국민경제의 발전에 이바지함을 목적으로 신용보증기금법에 의해 설립된 특수법인이다.

2) 원고는 아래 표1 '보증내역' 기재와 같이 주식회사 G(이하 '소외 회사'라 한다)과 사이에 소외 회사가 금융기관으로부터 대출을 받음에 있어 그 대출원리금의 지급을 담보하는 내용의 각 신용보증약정(이하 '이 사건 각 신용보증약정'이라 한다)을 체결하였고, 소외 회사의 대표이사 D은 소외 회사의 원고에 대한 이 사건 각 신용보증약정상의 채무를 연대보증(이하 '이 사건 각 연대보증약정'이라 한다)하였다.

1	H	180,000,000	2010. 8. 16.	2019. 8. 20.	중소기업 자금대출	기업은행
2	I	119,000,000	2013. 5. 22.	2019. 8. 16.	중소기업 자금대출	기업은행

3) 소외 회사는 원고로부터 위 각 신용보증약정에 기한 보증서를 발급받아 아래 표2 '대출내역' 기재와 같이 기업은행으로부터 대출을 받았다.

1	H	180,000,000	기업은행	2010. 8. 20.	200,000,000
2	I	119,000,000	기업은행	2013. 5. 23.	140,000,000

나. 신용보증사고의 발생 및 구상금 채권의 발생

2019. 1. 19.경 소외 회사의 이자 연체 등으로 인하여 신용보증사고가 발생하였고, 원고는 2019. 7. 10. 기업은행의 보증채무 이행청구에 따라 아래 표3 '대위변제내역' 기재와 같이 합계 269,187,311원을 대위변제하였다.

1	H	2019. 7. 10.	153,000,000	5,278,507	158,278,507
2	I	2019. 7. 10.	107,000,000	3,808,804	110,908,804
합계	260,100,000	9,087,311	269,187,311		

다. 소외 회사와 D에 대한 지급명령 신청 및 확정

원고는 소외 회사와 D을 상대로 서울서부지방법원 2019차전59976호로 구상금 276,209,052원(= 대위변제금 269,187,311원 + 법적절차비용 7,021,741원)의 지급을 구하는 지급명령을 신청하였고, 2019. 9. 16. 위 법원으로부터 '소외 회사와 D은 연대하여 원고에게 276,209,052원과 그 중 269,187,311원에 대하여 2019. 7. 10.부터 지급명령정본 최종 송달일까지 연 8%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 비율로 계산한 돈을 지급하라'는 내용의 지급명령(이하 '이 사건 지급명령'이라 한다)을 발령받았으며, 이 사건 지급명령은 2019. 10. 8.경 확정되었다.

라. D과 피고 A 사이의 근저당권설정계약 체결 등

1) D은 2018. 10. 26. 피고 A와 사이에 자신 소유의 별지 목록 (1), (2) 기재 각 부동산에 관하여 근저당권설정계약을 체결하고, 위 근저당권설정계약을 원인으로 하여 피고 A에게, 2018. 10. 30. 위 목록 (1) 기재 부동산에 관하여 부산지방법원 등기와 접수 제48579호로 채권최고액

240,000,000원, 채무자 D로 된 근저당권설정등기를, 같은 날 위 목록 (2) 기재 부동산에 관하여 대구지방법원 경주지원 등기계 접수 제57364호로 채권최고액 60,000,000원, 채무자 D로 된 근저당권설정등기를 각 마쳐주었다.

2) 별지 목록 (1) 기재 부동산의 선순위 근저당권자인 주식회사 J은 부산지방법원 K로 위 부동산에 관하여 부동산임의경매 신청을 하였고, 2019. 11. 29. 위 법원의 임의경매개시 결정에 따라 경매절차가 진행되었다. 위 경매절차에서 피고 A는 2021. 6. 2. 근저당권자로서 240,000,000원을 배당받아 같은 해 9. 24. 위 배당금을 수령하였고, 별지 목록 (1) 기재 부동산에 관한 피고 A 명의 근저당권설정등기는 말소되었다.

마. D과 피고 C 사이 근저당권설정계약 체결

D은 2019. 2. 1. 피고 C과 사이에 자신 소유의 별지 목록 (3) 기재 각 부동산에 관하여 근저당권설정계약을 체결하고, 위 근저당권설정계약을 원인으로 하여 피고 C에게 2019. 2. 7. 대구지방법원 경주지원 등기계 접수 제5584호로 채권최고액 100,000,000원, 채무자 소외 회사로 된 각 근저당권설정등기를 마쳐주었다.

【인정근거】다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 8호증(가지번호 있는 것은 가지번호 각 포함), 제10호증의 2, 제11호증의 1, 2, 제12, 22, 23호증의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 소송종료선언

이 사건 소 중 원고의 피고 B에 대한 소는 2021. 10. 7.자 소일부취하서의 제출로 소 취하되었으나, 제8회 기일에 변론을 진행한 것과 같은 외관이 있으므로, 이 부분 소가 소 취하로 종료되었음을 선언한다.

3. 피고 A의 본안전 항변에 대한 판단

가. 피고 A의 주장

피고 A는 D과 사이에 별지 목록 (1), (2) 기재 각 부동산에 관하여 2018. 7. 6. 근저당권설정계약을 체결한 후 2018. 7. 9. 각 근저당권설정등기를 마쳤으나, 소외 회사의 사업 정상화를 위해 위 각 근저당권설정등기가 말소되어야 한다는 원고의 요청을 받고 이를 말소하였다. 피고 A는 이후 소외 회사가 정상화되었다는 원고의 통보를 받고 2018. 10. 26. D과 위 목록 (1), (2) 기재 부동산에

관하여 재차 근저당권설정계약을 체결하고 같은 달 30. 각 근저당권설정등기를 마쳤다. 결국 별지 목록 (1), (2) 기재 각 부동산에 관하여 체결된 2018. 7. 6.자 및 2018. 10. 26.자 각 근저당권설정계약은 실질적으로 동일한 계약으로서 원고는 2018. 10. 26.자 근저당권설정계약 체결 당시 그 D과 피고 A 사이에 위 각 근저당권설정계약이 체결되어 근저당권설정등기가 마쳐진 사실을 모두 알고 있었다 할 것인데, 이 사건 소는 그로부터 1년이 경과한 2019. 11. 27. 제기되었으므로 민법 제406조 제2항에 따른 제척기간을 초과하여 부적법하다.

나. 구체적 판단

1) 채권자취소권의 행사에 있어서 제척기간의 기산점인 채권자가 '취소원인을 안 날'이라 함은 채권자가 채권자취소권의 요건을 안 날, 즉 채무자가 채권자를 해함을 알면서 사해행위를 하였다는 사실을 알게 된 날을 의미한다. 이는 단순히 채무자가 재산의 처분행위를 하였다는 사실을 아는 것만으로는 부족하고, 그 법률행위가 채권자를 해하는 행위라는 것에 의하여 채권의 공동담보에 부족이 생기거나 이미 부족상태에 있는 공동담보가 한층 더 부족하게 되어 채권을 완전하게 만족시킬 수 없게 되었고 나아가 채무자에게 사해의 의사가 있었다는 사실까지 알 것을 요하며, 사해행위의 객관적 사실을 알았다고 하여 취소의 원인을 알았다고 추정할 수는 없다. 한편 그 제척기간의 도과에 관한 증명책임은 채권자취소소송의 상대방에게 있다(대법원 2006. 7. 4. 선고 2004다61280 판결, 대법원 2009. 10. 29. 선고 2009다47852 판결 등 참조).

2) 위 법리에 비추어 살피건대, 앞서 든 증거들 및 을가 제15호증의 기재와 변론 전체의 취지에 의하면, ① 별지 목록 (1), (2) 기재 각 부동산에 관하여 2018. 7. 9. 피고 A 명의로 2018. 7. 6.자 근저당권설정계약을 원인으로 한 근저당권설정등기가 마쳐졌다가 2018. 9. 19. 각 말소된 사실, ② 원고는 그 무렵 피고 A에게 소외 회사의 사업 정상화를 위해 위 각 부동산에 관한 근저당권설정등기를 말소할 필요가 있다고 안내한 사실, ③ 원고는 2018. 9. 18.경 소외 회사를 정상화 처리하면서 그러한 사실을 피고 A에게 통보한 사실, ④ 위 각 부동산에 관하여 2018. 10. 30. 피고 A 명의로 2018. 10. 26.자 근저당권설정계약을 원인으로 한 근저당권설정등기가 마쳐졌는데 채권최고액이 종전 근저당권의 그것과 동일한 사실이 각 인정되기는 한다. 그러나 위 인정사실들만으로 2018. 7. 6.자 근저당권설정계약과 2018. 10. 26.자 근저당권설정계약이 동일한

법률행위라고 단정할 수 없고, 원고가 종전 근저당권설정등기 말소 이후 새로이 체결된 2018. 10. 26.자 근저당권설정계약으로 인하여 채권의 공동담보가 부족하게 되어 원고의 채권을 완전하게 만족시킬 수 없게 되었고 나아가 D에게 사해의 의사가 있었음을 알았다고 인정하기 부족하며, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 따라서 피고 A의 본안전 항변은 이유 없다.

4. 본안에 대한 판단

가. 피보전채권의 존재

1) 채권자취소권에 의하여 보호될 수 있는 채권은 원칙적으로 사해행위라고 볼 수 있는 행위가 행하여지기 전에 발생한 것임을 요하지만, 그 사해행위 당시에 이미 채권성립의 기초가 되는 법률관계가 발생되어 있고, 가까운 장래에 그 법률관계에 기하여 채권이 성립되리라는 점에 대한 고도의 개연성이 있으며, 실제로 가까운 장래에 그 개연성이 현실화되어 채권이 성립된 경우에는, 그 채권도 채권자취소권의 피보전채권이 될 수 있다(대법원 1997. 10. 28. 선고 97다34334 판결, 대법원 2013. 12. 26. 선고 2012다41915 판결 등 참조).

2) 위 인정사실에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들 즉, ① 원고가 사해행위라고 지목하는 이 사건 각 근저당권설정계약일 무렵에는 이미 원고의 구상금 채권 성립의 기초가 되는 이 사건 각 신용보증약정 및 연대보증약정이 체결되어 있었던 점, ② 소외 회사와 D은 원고 이외에도 L공제조합, M조합, N 등 다수의 채권자로부터 순차적으로 돈을 빌려 왔고 그 채무가 갈수록 증가한 점, ③ D과 피고 A 사이에 체결된 각 근저당권설정계약일로부터 약 3개월 후인 2019. 1. 19.경 소외 회사의 대출이자 연체로 인한 보증사고가 발생한 점, ④ 이에 원고는 위 보증사고로 인한 대출원리금을 대출채권자인 기업은행에 대위변제한 점 등에 비추어 볼 때, 이 사건 각 근저당권설정계약 체결 당시 가까운 장래에 원고의 구상금 채권이 발생할 고도의 개연성이 있었다고 할 것이고, 실제로 얼마 되지 않아 원고의 대위변제로 인한 구상금 채권이 현실화되어 그 개연성이 현실화되었다고 할 것이므로, 원고의 위 구상금 채권은 채권자취소권의 피보전채권이 된다.

나. D의 채무초과 여부

1) 관련 법리 채권자취소의 대상이 되는 채무자의 처분행위가 사해성을 가지기 위해서는 그로 인하여 채무자의 재산이 감소되어 채권의 공동담보에 부족이 생기거나 이미 부족상태에 있는 공동담보가

한층 더 부족하게 됨으로써 채권자의 채권을 완전하게 만족시킬 수 없게 되어야 하는데, 채무자의 무자력 여부를 판단하기 위하여 적극재산을 산정함에 있어서는 실질적으로 재산적 가치가 없어 채권의 공동담보로서의 역할을 할 수 없는 재산은 특별한 사정이 없는 한 이를 제외하여야 한다(대법원 2001. 10. 12. 선고 2001다32533 판결 등 참조).

2) 구체적 판단 가) 적극재산

(1) 앞서 든 증거들 및 갑 제10호증의 1, 제14호증의 21, 22, 23, 제17호증의 2, 제18호증의 2, 제19호증의 2, 제20호증의 1, 2, 을다 제17호증의 1, 2, 제18호증의 1, 2 각 기재와 이 법원의 주식회사 O에 대한 감정축탁결과 및 변론 전체의 취지에 의하면, D은 이 사건 각 근저당권설정계약 체결 당시 다음과 같은 적극재산을 보유하고 있었던 사실이 인정된다.

1	거제시 P	38,042,400
2	경주시 Q 중 1/2 지분	213,510,500
3	위 R 중 1/2 지분	
4	위 S 중 1/2 지분	
5	위 T 중 1/2 지분	
6	위 U 중 1/2 지분	
7	위 V 중 1/2 지분	
8	위 W 중 1/2 지분	
9	위 X 중 1/2 지분	
10	위 Y 중 1/2 지분	
11	위 Z 중 1/2 지분	
12	위 AA 중 1/2 지분	208,658,000
13	위 AB 중 1/2 지분	
14	위 AC 중 1/2 지분	
15	위 AD 중 1/2 지분	
16	위 AE 중 1/2 지분	
17	위 AF 중 1/2 지분	
18	위 AG 중 1/2 지분	
19	위 AH 중 1/2 지분	
20	위 AI 중 1/2 지분	
21	위 AJ	102,539,000
22	위 AK	

1	거제시 P	38,042,400
23	위 AL	143,964,000
24	위 AM	11,972,150
25	위 AN	60,218,600
26	위 AO	77,767,560
27	남원시 AP 임야 17157㎡ 중 1/2 지분	38,604,000
28	부산 동래구 AQ에 있는 AR아파트 AS호	1,050,000,000
29	부산 해운대구 AT건물 AU호	521,000,000
30	양산시 AV 중 1/2 지분	244,400,000
31	위 E	382,080,000
32	위 F	565,920,000
합계금	3,658,676,210	

(2) 이와 관련하여 피고들은, 소외 회사의 채권 및 수목이 적극재산에 포함되어야 한다고 주장하나, 연대보증인의 법률행위가 사해행위에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서 주채무자의 일반적인 자력은 고려할 요소가 아니라고 할 것이므로(대법원 2003. 7. 8. 선고 2003다13246 판결 등 참조), 피고들의 이 부분 주장은 이유 없다.

또한 피고들은, D이 보유하고 있는 소외 회사 및 AW 주식회사의 주식이 적극재산에 포함되어야 한다고 주장한다. 살피건대, 을다 제21, 22호증(각 가지번호 포함)의 기재에 의하면 D은 소외 회사의 주식 40,800주(총 발행주식의 48%, 액면가 408,000,000원), AW 주식회사의 주식 36,000주(총 발행주식의 45%, 액면가 360,000,000원)를 각 보유하고 있는 사실이 인정된다. 그러나 앞서 든 증거들만으로 위 각 주식이 실질적으로 재산적 가치가 있음을 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 따라서 피고들의 이 부분 주장도 이유 없다.

나) 소극재산

앞서 든 증거들 및 갑 제14호증의 11, 12, 25, 제17호증의 1, 4, 5, 7, 제18호증의 1, 제20호증의 3, 제21호증의 각 기재와 이 법원의 L공제조합 북부산지점에 대한 사실조회 회신결과, M조합, 주식회사 N, AX조합에 대한 각 금융거래정보 회신결과 및 변론 전체의 취지에 의하면, D은 2018. 10. 26.자

및 2019. 2. 1.자 각 근저당권설정계약 체결 당시 다음과 같은 채무를 부담하고 있었던 사실이 인정된다.

1	원고	구상금	269,187,311	269,187,311
2	피고 C	물품대금	89,653,500	89,653,500
2	B, 피고 A	대여금	965,700,000	965,700,000
위 E 근저당권 피담보채무액	45,000,000	42,000,000		
3	N	대출채무	165,000,000	162,000,000
보증채무	211,888,700	205,000,000		
보증채무	72,000,000	72,000,000		
4	AY회사	양수금채무	850,000,000	850,000,000
5	중소기업은행	대출채무	923,190,000	923,190,000
6	AZ조합	부산 해운대구 AT건물 AU호 피담보채무액	398,000,000	398,000,000
부산 동래구 AQ에 있는 AR아파트 AS호 피담보채무액	279,481,490	279,481,490		
7	J		200,666,630	200,666,630
8	M조합	양산시 F 피담보채무액	150,000,000	150,000,000
9	AX조합	경주시 AJ, AK, AL 공동근저당권의 피담보채무액	150,000,000	150,000,000
위 Q 외 9필지 공동근저당권의 피담보채무액	160,000,000	160,000,000		
위 AA 외 9필지 공동근저당권의 피담보채무액	80,000,000	80,000,000		
10	주식회사 BA	대출채무	209,660,000	204,680,000
11	BB공제조합	대출채무	79,505,961	79,505,961
12	L공제조합	위 AL 외 23필지 공동근저당권의 피담보채무액1) 채권자취소의 대상인 사해행위에 해당하는지 여부를 판단함에 있어 채무자 소유의 재산이 이미 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 2010다64792판결 참조). 그러나 이 사건의 경우 물상담보로 제공된 부동산의 각	302,893,000	302,893,000

1	원고	구상금	269,187,311	269,187,311
		피담보채무액을 공제하지 아니한 적극재산 합계액만으로도 소극재산 합계액에 미치지 못하는바, 물상담보로 제공된 부동산의 가액에서 근저당권의 피담보채권액을 공제한 잔액을 적극재산으로 평가하는 대신에, 계산의 편의상 피담보채권액을 소극재산으로 보고 계산한다.		
13	AW 주식회사	임차보증금반환채무	30,000,000	30,000,000
14	근로복지공단	임금채무	73,890,200	73,890,200
15	해운대세무서장	국세 체납액	3,174,050	3,174,050
합계금	5,708,890,842	5,691,022,142		

다) 소결론

따라서 D은 피고들과 이 사건 각 근저당권설정계약을 체결하였을 당시 소극재산이 적극재산을 초과하는 무자력 상태에 있었다고 봄이 상당하다.

다. 사해행위 및 사해의사

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 된다(대법원 2009. 9. 10. 선고 2008다85161 판결 등 참조).

2) 앞서 본 바와 같이 D은 2018. 10. 26.경 및 2019. 2. 1.경 채무초과 상태에 있었음에도 불구하고 그 소유인 별지 목록 기재 각 부동산을 피고들에게 담보로 제공하였으므로, 특별한 사정이 없는 한 원고를 비롯한 다른 채권자들에 대한 관계에서 사해행위가 된다. 나아가 위에서 본 제반사정에 비추어 볼 때, 연대보증채무자인 D은 이 사건 각 근저당권의 설정으로 이미 부족상태에 있는 공동담보가 한층 더 부족하게 됨으로써 채권자의 채권을 만족시킬 수 없게 된다는 사실을 인식하고 있었다고 봄이 상당하므로 그 사해의사가 인정되며, 채무자의 사해의사가 인정되는 이상 수익자인 피고들의 악의는 추정된다.

라. 피고들의 주장에 대한 판단

1) 피고 A의 선의 항변에 대한 판단

피고 A는 소외 회사에 대한 대여금채권의 담보를 위해 소외 회사의 대표이사인 D로부터 별지 목록 (1), (2) 기재 각 부동산에 관한 근저당권설정등기를 경로받았을 뿐이고, D이 채무초과 상태에 있었다는 사정 및 위 각 부동산에 관한 근저당권설정계약이 사해행위에 해당한다는 사정을 알지 못하였으므로, 선의의 수익자라고 항변한다.

사해행위취소소송에서 수익자가 사해행위임을 몰랐다는 사실은 그 수익자 자신에게 증명책임이 있으며, 이때 그 사해행위 당시 수익자가 선의였음을 인정할 때에는 객관적이고도 납득할 만한 증거자료 등이 뒷받침되어야 할 것이고, 채무자의 일방적인 진술이나 제3자의 추측에 불과한 진술 등에만 터 잡아 그 사해행위 당시 수익자가 선의였다고 선뜻 단정하여서는 아니 된다(대법원 2006. 4. 14. 선고 2006다5710 판결 등 참조). 위 법리에 비추어 보건대, 앞서 든 증거들 및 을가 제1, 10, 14호증(가지번호 각 포함)의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 피고 A는 배우자인 B과 함께 2016. 10. 25.부터 2018. 5. 30.까지 D에게 9차례에 걸쳐 합계 9,65,700,000원을 대여하였고, 이에 대해 2018. 3. 29. 1억 3,000만 원, 2018. 7. 6. 2억 원, 2018. 7. 9. 5,000만 원을 원금으로 한 각 차용증을 작성하였다고 주장하나, 금전의 대여시기와 위 각 차용증 작성시기 간에 시간적 간격이 크고, 각 대여금에 대하여 순차적으로 차용증이 작성되지도 아니하는 등 차용증 작성 경위에 의심스러운 사정이 엿보이는 점, ② 피고 A가 2018. 10. 26. 별지 목록 (1), (2) 기재 각 부동산에 관하여 근저당권을 취득할 당시에는 위 각 부동산에 이미 주식회사 J 등의 선순위 근저당권이 설정되어 있었던 점 등을 종합하여 보면, 피고 A가 주장하는 사정들 및 제출된 증거들만으로는 위 피고에 대한 악의 추정을 반복하여 선의를 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 따라서 피고 A의 선의 항변은 이유 없다.

2) 피고 C의 선의 항변에 대한 판단

피고 C은 소외 회사에 대한 물품대금채권의 담보를 위해 소외 회사의 대표이사인 D로부터 별지 목록 (3) 기재 각 부동산에 관한 근저당권설정등기를 경로받았을 뿐이고, D이 채무초과상태에 있었다는 사정 및 위 각 부동산에 관한 근저당권설정계약이 사해행위에 해당한다는 사정을 알지 못하였으므로, 선의의 수익자라고 항변한다.

살피건대, 앞서 든 증거들 및 변론 전체의 취지에 비추어 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 피고

C은 2017. 3. 30.경부터 2017. 6. 12.경까지 소외 회사에게 묘목 등을 매도하였고, 묘목 대금 채권에 대한 담보로 2019. 2. 1. 별지 목록 (3) 기재 각 부동산에 관한 근저당권설정계약을 체결하였다고 주장하나, 묘목의 매도시기와 근저당권설정계약의 체결시기 간에 시간적 간격이 지나치게 큰 점, ② 피고 C이 위 목록 (3) 기재 각 부동산에 관하여 근저당권을 취득할 당시 위 부동산에는 이미 L공제조합의 선순위 근저당권이 설정되어 있었던 점 등을 종합해 보면, 피고 C이 주장하는 사정들 및 제출된 증거들만으로는 위 피고에 대한 악의 추정을 반복하여 선의를 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 따라서 피고 C의 선의 항변은 이유 없다.

마. 사해행위의 취소 및 원상회복

1) 이 사건 각 근저당권설정계약의 취소 결국 D과 피고 A 사이에 2018. 10. 26. 별지 목록 (1), (2) 기재 각 부동산에 관하여 체결된 각 근저당권설정계약 및 D과 피고 C 사이에 2019. 2. 1. 별지 목록 (3) 기재 각 부동산에 관하여 체결된 각 근저당권설정계약은 사해행위에 해당되므로 취소되어야 한다.

2) 피고 A의 원상회복의무 (가) 근저당권설정행위가 사해행위에 해당하는 경우 원칙적으로 취소채권자는 원상회복으로서 근저당권설정등기의 말소를 구하여야 하지만 경매절차가 진행되어 타인이 소유권을 취득하고 근저당권설정등기가 말소되었다면 원물반환이 불가능하므로 이러한 경우에는 원상회복의 방법으로 가액반환이 허용되고, 취소채권자는 이미 배당금을 현실적으로 수령한 수익자에게 대하여 직접 자기에게 배당금을 반환할 것을 청구할 수 있다(대법원 2001. 2. 27. 선고 2000다44348 판결, 대법원 2004. 1. 27. 선고 2003다6200판결 등 참조).

이 사건의 경우 별지 목록 (1) 기재 부동산에 대한 임의경매절차가 진행됨에 따라 위 부동산에 관한 근저당권설정등기가 말소된 사실 및 피고 A는 위 임의경매절차에서 근저당권자로서 2억 4,000만 원을 배당받은 사실은 앞서 본 바와 같으므로, 피고 A는 원상회복으로서, 원고에게 별지 목록 (1) 기재 부동산에 관한 임의경매절차에서 배당받은 2억 4,000만 원 및 이에 대해 이 판결 확정일 다음날부터 다 갚는 날까지 민법이 정한 연 5%의 비율로 계산한 돈을 지급할 의무가 있고, D에게 별지 목록 (2) 기재 부동산에 관하여 대구지방법원 경주지원 등기계 2018. 10. 30. 접수 제57364호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다.

(나) 이에 대해 피고 A는 원고로부터 소외 회사의 사업 정상화 사실을 통보받고 2018. 10. 26. D과 사이에 별지 목록 (1), (2) 기재 각 부동산에 관한 근저당권설정계약을 체결한 것이므로, 위 각 근저당권설정계약이 사해행위임을 이유로 피고 A를 상대로 그 취소 및 원상회복을 구하는 원고의 이 사건 청구는 금반언 및 신의칙에 위반되어 허용될 수 없다고 주장한다.

살피건대, 피고 A는 2018. 7. 6. D과 사이에 별지 목록 (1), (2) 기재 각 부동산에 관한 근저당권설정계약을 체결하고 그 명의로 각 근저당권설정등기를 경료하였다가 2018. 9.경 원고로부터 소외 회사의 부실사유 정상화를 위해 위 각 근저당권설정등기를 말소할 필요가 있다는 안내를 받고 이를 말소한 사실, 원고는 2018. 9. 18.경 소외 회사를 정상화 처리하면서 그러한 사실을 피고 A에게 통보한 사실, 피고 A는 2018. 10. 26. D과 위 각 부동산에 관하여 새로이 근저당권설정계약을 체결하고 그 명의로 각 근저당권설정등기를 경료한 사실은 앞서 본 바와 같다. 그러나 앞서 든 증거들 및 갑 제14호증의 25 기재와 변론 전체의 취지에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 이 사건 신용보증약정상의 연대보증인인 D 소유의 부산 해운대구 AT건물 AU호에 관하여 2018. 6. 5. 및 같은 해 6. 7. 중소기업은행, 주식회사 BC의 신청에 의한 각 가압류등기가 마쳐지고, 2018. 7. 2. BD영농조합법인의 신청에 의한 강제경매개시결정 등이 이루어지자 원고는 이 사건 각 신용보증약정에 따른 부실사유가 발생한 것으로 보아 사전구상권 보전을 위해 위 AT건물 AU호에 관하여 이 법원 2018카단51592호로 가압류신청을 하여 가압류결정을 받은 점, ② 이후 2018. 8.경 위 AT건물 AU호에 관한 중소기업은행 등의 가압류등기 및 강제경매개시결정등기가 모두 말소됨에 따라 원고는 2018. 9. 18.경 부실사유가 해소된 것으로 보고 위 가압류를 해제한 점 등에 비추어 보면, 원고가 2018. 9. 18. 피고 A에게 소외 회사에 대한 부실사유가 정상화되었다고 연락한 것은 D 소유 위 AT건물 AU호에 관한 중소기업은행 등의 가압류등기 및 강제경매개시결정등기가 모두 말소되어 이 사건 신용보증약정상의 부실사유가 해소되었음을 알려준 행위에 불과하다고 봄이 타당하다. 오히려 원고는 소외 회사에 대한 부실사유 정상화 검토 과정에서 별지 목록 (1), (2) 기재 각 부동산에 관한 D과 피고 A 사이의 2018. 7. 6.자 근저당권설정계약이 사해행위에 해당되는 것으로 판단되자 피고 A에게 위 각 부동산에 관한 그 명의 근저당권설정등기를 말소할 필요가 있다고 안내한 것으로 보이는바, 피고 A의 주장 사실만으로는 원고가 피고 A에게

D과의 새로운 근저당권설정계약 체결을 문제삼지 않겠다는 의사를 표시하였다거나 위 피고에게 원고가 채권자취소권 등을 행사하지 않을 것이라는 점에 관한 신뢰가 생겼다고 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 따라서 위 피고의 이 부분 주장은 이유 없다.

3) 피고 C의 원상회복의무 피고 C은 원상회복으로서 D에게, 별지 목록 (3) 기재 각 부동산에 관하여 대구지방법원 경주지원 등기계 2019. 2. 7. 접수 제5584호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다.

5. 결론

그렇다면, 원고의 피고 A, C에 대한 이 사건 청구는 모두 이유 있으므로 이를 인용하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장판사 김현석

판사 황지현

판사 신승아

별지

1) 채권자취소의 대상인 사해행위에 해당하는지 여부를 판단함에 있어 채무자 소유의 재산이 이미 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 2010다64792판결 참조). 그러나 이 사건의 경우 물상담보로 제공된 부동산의 각 피담보채무액을 공제하지 아니한 적극재산 합계액만으로도 소극재산 합계액에 미치지 못하는바, 물상담보로 제공된 부동산의 가액에서 근저당권의 피담보채권액을 공제한 잔액을 적극재산으로 평가하는 대신에, 계산의 편의상 피담보채권액을 소극재산으로 보고 계산한다.