

서울중앙지방법원 2023. 1. 19 선고 2021가합507665 판결 [사해행위취소]

전 문

원 고 주식회사 A

소송대리인 법무법인 세양

담당변호사 고희주, 박찬호

피 고 1. B

2. C

소송대리인 법무법인 서면

담당변호사 권용제

3. D

소송대리인 변호사 이정웅

변 론 종 결 2022. 10. 18.

판 결 선 고 2023. 1. 19.

주 문

1. 가. 피고 B와 소외 E 사이에 별지 목록 기재 부동산에 관하여 2018. 2. 7. 체결된
근저당권설정계약을 취소한다.

나. 피고 B은 원고에게 100,000,000원 및 이에 대한 이 판결 확정일 다음 날부터 다 갚는 날까지 연
5%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.

2. 원고의 나머지 피고들에 대한 청구를 모두 기각한다.

3. 소송비용 중 원고와 피고 B 사이에 생긴 부분은 피고 B이 부담하고, 원고와 나머지 피고들 사이에 생긴 부분은 원고가 부담한다.

N

청 구 취 지

주문 제1항 및

1. 별지 목록 기재 부동산에 관하여, 피고 C와 소외 E 사이에 2018. 3. 7. 체결된 근저당권설정계약, 피고 D와 소외 E 사이에 2018. 9. 11. 체결된 근저당권설정계약을 각 취소한다.
2. 원고에게, 피고 C는 130,000,000원, 피고 D은 103,741,736원 및 위 각 돈에 대하여 이 판결 확정일 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 5%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.

이 유

1. 기초 사실

가. 2009. 5. 29. 부산 해운대구 F에 있는 G건물 H호 (이하 ‘이 사건 주택’이라고만 한다)에 관하여 소외 E이 소유권이전등기를 마쳤다.

나. 2018. 1. 16. 무렵 이 사건 주택에는 (1) 피고 B 앞으로 채권최고액 7,500만 원의 근저당권설정등기, (2) 소외 I 앞으로 채권최고액 1억 원의 근저당권설정등기, (3) 다시 피고 B 앞으로 채권최고액 2억 6,000만 원의 근저당권설정등기가 순차 마쳐져 있었다(이하 ‘이 사건 기존근저당권’이라고만 한다).

다. 2018. 1. 16. 소외 J이 E으로부터 이 사건 주택을 보증금 3억 7,500만 원에1) 2018. 1. 26.부터 2020. 1. 25.까지 2년 동안 임차하는 임대차계약(이하 ‘이 사건 전세계약’이라고만 한다)을 체결하였다.

라. 2018. 1. 18. J은 K 은행 으로부터 이 사건 전세보증금 반환채권을 담보로 3억 원을 대출받는 대출거래약정 (이하 ‘이 사건 전세금대출약정’이라고만 한다)을 체결하고, K은행에 E의 계좌로 대출금을 송금하여 달라는 취지의 대출금 수령위임장 을 작성하여 주었다. 같은 날 J은 주택도시보증공사 에 전세금안심대출보증 을 신청하면서 “본인은 전세계약서상 잔금지급일(대출금 실행일)에 입주 및 전입신고를 완료할 것을 약속합니다. 본인은 위 전세목적물 주소지에 입주하여 주민등록을 마친 후 전세계약기간 중 거주를 이전하거나 주민등록을 이전하는 등에 의하여 대항력을 상실하지 않을 것을 약속합니다.” 라는 내용의 전세금안심대출보증 약속서 를 작성하여 주었다.

마. 2018. 1. 23. J은 이 사건 전세계약서에 확정일자를 받았고, 같은 날 주택도시보증공사에 이 사건 전세보증금 반환채권을 양도하는 내용의 채권양도계약을 체결하고 그 채권양도계약서에 확정일자를 받았다.

바. 2018. 1. 26. 이 사건 전세금대출약정에 따른 대출이 실행되어 E의 계좌(L은행 (계좌번호 1 생략)로 3억 원이 입금되었다.

사. 2018. 1. 29. 이 사건 주택에 설정되어 있던 이 사건 기존근저당권이 모두 말소되었다.

아. 2018. 1. 30. J은 이 사건 주택에 전입신고를 마쳤다.

자. 그 무렵 원고는 K은행과 이 사건 전세금대출에 관하여 “○ 목적부동산의 피보험 임차권보다 우선하는 권리나 부담으로 인하여 발생한 손실 또는 손해, ○ 임대차기간 중 임차인의 대항력 및 우선변제권 하자로 인한 손실” 등을 보상하여 주기로 하는 내용의 전월세자금대출용권리보험계약 (이하 ‘이 사건 보험계약’이라고만 한다)을 체결하였다.

차. 이후 이 사건 주택에 관하여, 2018. 2. 8. 피고 B 앞으로 채무자 E채권최고액 1억 원의 근저당권설정등기, 2018. 3. 7. 피고 C 앞으로 채무자 E채권최고액 1억 3,000만 원의 근저당권설정등기, 2018. 9. 12. 피고 D 앞으로 채무자 E채권최고액 3억 원의 근저당권설정등기가 각 마쳐졌다(이하 ‘이 사건 각 근저당권’이라고 하고, 그 등기원인을 ‘이 사건 각 근저당권설정계약’이라고 한다).

카. 그런데 2018. 4. 24. 경 J 이 이 사건 주택에서 전출하였다 .

타. 2019. 9. 18. 피고 B이 이 사건 주택에 관한 임의경매를 신청하여, 2019. 9. 19. 부산지방법원 동부지원 M로 이 사건 주택에 관한 임의경매개시결정이 내려졌다.

파. 2019. 11. 29. 원고는 'J의 대항력 및 우선변제권 상실로 K은행이 입은 손해'는 이 사건 보험계약이 보상하는 손해에 해당한다고 인정하고 K은행에 보험금 300,930,000원을 지급하였다.

하. 2019. 12. 10. 원고는 JE을 상대로 'J, E의 공동불법행위로 K은행이 담보인 전세보증금 반환채권을 행사할 수 없게 되었고, 이에 원고가 K은행에 보험금으로 300,930,000원을 지급하였음'을 원인으로 하는 구상금 청구의 소를 제기하였다(서울중앙지방법원 2019가단5298706호). 위 법원은 2020. 10. 23. 원고의 청구를 전부 인용하는 판결을 선고하였고 위 판결은 2020. 11. 18. 그대로 확정되었다(이하 '이 사건 구상금판결'이라고만 한다).

거. 2020. 11. 16. 이 사건 주택은 소외 NO에게 매각되었고(각 1/2 지분), 2020. 12. 30. 피고 B은 채권최고액 100,000,000원, 피고 C는 채권최고액 130,000,000원, 피고 D은 잔여액 103,741,736원을 각 배당받았다.

[인정 근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 20, 23호증(가지번호 포함)의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 당사자들의 주장 요지

가. 원고

- 1) 이 사건 구상금판결에 의하면, 원고는 J과 공동으로 전세자금 대출사기를 저지른 E에 대하여 300,930,000원 및 이에 대한 지연손해금 상당의 구상금채권을 가지고 있다. 한편 상법 제682조 보험자대위에 의하여, 원고는 K은행으로부터 E에 대한 불법행위로 인한 손해배상청구권도 이전받았는데, 위 손해배상청구권은 K은행이 J에게 전세금대출을 실행한 2018. 1. 26. 발생하였다.
- 2) E은 피고들 앞으로 이 사건 각 근저당권을 설정해 준 2018. 2. 8. ~ 2018. 9. 12. 당시나 이 사건 변론종결일 현재나 무자력이다. 무자력인 E이 이 사건 주택에 관하여 피고들 앞으로 이 사건 각 근저당권을 설정하여 준 행위는 E에 대하여 구상금채권 내지 손해배상청구권을 가지고 있는 원고에 대한 사해행위에 해당한다.
- 3) 따라서 E과 피고들 사이의 이 사건 각 근저당권설정계약은 취소되어야 하고, 피고들은 그

원상회복으로 원고에게 이 사건 각 근저당권에 기하여 배당받은 돈 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

나. 피고들의 반박

- 1) J은 2018. 1. 30. 이 사건 주택에 전입신고를 마쳤는데, K은행은 J이 전입신고를 마치기도 전인 2018. 1. 26. 대출을 실행하였고 이 사건 전세금대출을 적절히 관리하지 않았다. K은행이 이 사건 전세금대출과 관련하여 손해를 입게 된 것은 위와 같은 중대한 업무상 과실 때문이다. 원고가 그로 인한 손해배상을 제3자인 피고들에게 구하는 것은 부당하다.
- 2) E은 2018. 2. 8. ~ 2018. 9. 12. 피고들 앞으로 이 사건 각 근저당권을 설정해 주었는데, 원고의 구상금채권은 원고가 K은행에 보험금을 지급한 2019. 11. 29.경 비로소 발생하였다. 따라서 원고의 구상금채권은 이 이 사건 사해행위취소청구의 피보전채권이 될 수 없다.
- 3) 피고 B 앞으로 근저당권이 설정된 2018. 2. 8. 및 피고 C 앞으로 근저당권이 설정된 2018. 3. 8. 당시 J은 여전히 이 사건 주택에 주민등록을 유지하고 있었다. 당시 이 사건 주택의 교환가치 중 일반채권자들의 공동담보로 제공되는 부분은 '0'이었다(이 사건 주택의 가치 < 이 사건 전세보증금). 따라서 이 사건 주택에 피고 BC 앞으로 근저당권이 설정되었다고 하여 기존 채권자들의 공동담보가 감소된 것이 아니므로, 피고 BC 앞으로의 이 사건 각 근저당권설정계약은 사해행위에 해당하지 않는다.
- 4) E이 무자력이라는 사실에 관한 증거가 부족하다.
- 5) E은 피고들로부터 합계 3억 6,400만 원(피고 B 6,400만 원, 피고 C 1억 원, 피고 D 2억 원)을 차용하면서 그 담보로 이 사건 주택에 이 사건 각 근저당권을 설정하여 준 것이다. 결국 이 사건 주택에 이 사건 각 근저당권이 설정되었다고 하여 기존 채권자들의 공동담보가 감소되는 것이 아니므로, 이 사건 각 근저당권설정계약은 사해행위에 해당하지 않는다.
- 6) 피고들은 E의 자력 및 담보물을 확인하고 합계 3억 6,400만 원을 실제로 대여하고 이자도 지급받았으며, E이 대여금을 변제하지 않아 E을 고소하기도 하였다. 피고들은 선의의 수익자이다.

다. 원고의 재반박

피고 B은 이 사건 주택에 관하여 이 사건 기존근저당권을 가지고 있었는데, J이 이 사건 전세금대출을 받을 수 있도록 2018. 1. 29. 이 사건 기존근저당권을 말소해 주었다가 2018. 2. 8. 다시 근저당권을 설정받는 등 JE의 전세금 대출사기에 적극 협조하였다. 이에 비추어 피고 B은 악의였음이 명백하다. 나머지 피고들도 E과의 관계 등에 비추어 선의의 수익자라고 볼 수 없다.

3. 판단

가. 피보전채권의 존재: 인정

1) 채권자가 채무자를 상대로 그 채무의 이행을 구하는 소를 제기하여 승소판결이 확정되면 채권자취소소송의 상대방인 수익자나 전득자는 그와 같이 확정된 채권자의 채권의 존부나 범위에 관하여 다툴 수 없다(대법원 2003. 7. 11. 선고 2003다19572 판결, 대법원 2017. 9. 21. 선고 2015다53841 판결 등 참조).

채권자취소권에 의하여 보호될 수 있는 채권은 원칙적으로 사해행위라고 볼 수 있는 행위가 이루어지기 전에 발생되어야 하지만, 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 2011. 1. 13. 선고 2010다68084 판결 등 참조). 여기서 채권이 성립되리라는 점에 대한 고도의 개연성은 채권자와 채무자 사이의 기초적 법률관계의 내용, 채무자의 재산 상태 및 그 변화 내용, 일반적으로 그와 같은 상태에서 채권이 발생하는 빈도 및 이에 대한 일반인의 인식의 정도, 채무자의 재산처분행위와 채권 발생과의 시간적 간격 등 여러 가지 사정을 종합하여 객관적으로 판단하여야 한다(대법원 2008. 5. 15. 선고 2008다2777 판결, 대법원 2016. 8. 29. 선고 2016다224947 판결 등 참조).

2) 앞서 인정한 사실 및 그 거시 증거들에 변론 전체의 취지를 보태어 인정할 수 있는 다음과 같은 사정들, 즉 ❶ J이 2018. 1. 18. K은행과 이 사건 전세금대출약정을 체결하여 2018. 1. 26. E의 계좌로 3억 원이 입금되었고 J은 2018. 1. 30. 이 사건 주택에 전입신고를 마친 점, ❷ 이 사건 전세금대출은 이 사건 전세보증금 반환채권을 담보로 하는 것으로 J이 전세계약기간 동안 대항력을

유지하는 것을 당연한 전제로 하는 점, ❸ 이 사건 전세계약은 전세보증금을 3억 7,500만 원으로 정하고 있으나 E은 이 사건 전세금대출 실행에 따라 3억 원만을 K은행으로부터 직접 지급받았을 뿐 나머지 7,500만 원은 지급받지 않은 것으로 보이는 점(갑 제4호증 6쪽), ❹ 한편 원고는 2018. 1. 30. 무렵 K은행과 이 사건 구상금채권 발생의 기초가 되는 이 사건 보험계약을 체결한 점(갑 제7호증), ❺ 그런데 E이 피고 BC 앞으로 이 사건 각 근저당권을 설정하여 준 후인 2018. 4. 24.경 J이 이 사건 주택에서 전출함으로써 K은행이 담보로 삼은 이 사건 전세보증금 반환채권은 우선변제권을 상실한 점, ❻ 그 시간적 간격 및 담당할 역할 등에 비추어, E과 J이 전세자금 대출사기에 공모하였음을 넉넉히 인정할 수 있는 점, ❼ 'J의 대항력 및 우선변제권 상실로 K은행이 입은 손해'는 이 사건 보험계약이 보상하는 손해에 해당하는바, 이 사건 전세금대출이 실행된 2018. 1. 26. 이미 원고가 가까운 장래에 K은행에 보험금을 지급하고 이로써 J 및 E에 대하여 구상금채권을 획득하리라는 고도의 개연성이 발생했다고 보아야 하는 점, ❽ 실제로 원고는 2019. 11. 29. K은행에 보험금을 지급하여 그 개연성이 현실화되었고, 2020. 10. 23. JE에 대하여 원고에게 구상금을 지급할 것을 명하는 이 사건 구상금판결이 선고되어 2020. 11. 18. 확정된 점, ❾ 원고는 상법 제682조 보험자대위의 법리에 의하여 K은행으로부터 JE에 대한 불법행위로 인한 손해배상청구권도 이전받았는데, 위 손해배상청구권은 K은행이 J에 대한 이 사건 전세금대출의 실행으로서 E의 계좌에 3억 원을 송금한 2018. 1. 26. 발생했다고 보아야 하는 점 등을 앞서 본 법리에 비추어 보면, 원고는 E에 대하여 구상금채권을 가지고 있음이 명백하고, 위 구상금채권은 이 사건 각 근저당권설정계약의 취소를 구할 피보전채권이 된다.

3) 피고들은 K은행에게 이 사건 전세금대출에 관한 중대한 업무상 과실이 있다는 취지로 주장한다. 그러나 피고들이 제출한 증거들만으로는 K은행의 중대한 업무상 과실을 인정하기 어렵고, 설령 K은행에 과실이 있다 하더라도 이는 이 사건 사해행위취소의 피보전채권, 즉 고의의 불법행위를 저지른 JE에 대한 원고의 구상금채권을 부인할 만한 근거가 되지 못한다.

나. E의 채무초과상태: 인정

갑 제22 내지 46호증의 각 기재에 이 법원의 부산광역시장, P기관장에 대한 각 사실조회 결과 및

변론 전체의 취지를 보태어 보면, E이 피고들에게 이 사건 각 근저당권을 설정해 준 2018. 2. 8. ~ 2018. 9. 12. 당시) E은 적극재산이 합계 약 28억 원, 소극재산이 합계 약 92억 원으로 채무초과상태에 있었고, 이러한 채무초과상태는 이 사건 변론종결일 현재까지도 유지되고 있는 사실을 넉넉히 인정할 수 있다.

다. 이 사건 각 근저당권 설정계약의 사해행위성 및 E의 사해의사: 인정

1) 앞서 인정한 사실들에 비추어 보면, JE은 J이 실제 이 사건 주택에 거주할 의사 없이 다만 K은행으로부터 대출금 3억 원을 편취하기 위해 이 사건 전세계약서를 작성하였음을 넉넉히 인정할 수 있다. 그렇다면 이 사건 전세계약은 통정허위표시로서 무효이므로 J이 이 사건 각 근저당권 설정 당시 이 사건 주택에 주민등록을 유지하고 있었는지 여부와 관계없이 대항력이 없고, 따라서 이 사건 주택의 교환가치 전부가 일반채권자들의 공동담보로 제공되고 있었다고 보아야 한다. J이 당시 주민등록을 유지하고 있었음을 내세워, 이 사건 각 근저당권설정계약이 일반채권자들의 공동담보를 침해하는 사해행위가 아니라는 피고 BC의 주장은 받아들일 수 없다. 3) 2) 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, 위와 같이 대물변제나 담보조로 제공된 재산이 채무자의 유일한 재산이 아니라거나 그 가치가 채권액에 미달한다고 하여도 마찬가지이다(대법원 2007. 7. 12. 선고 2007다18218 판결, 대법원 2022. 1. 14. 선고 2018다295103 판결 등 참조).

3) 위 법리에 비추어 보면, 채무초과상태에 있었던 E이 일반채권자들의 공동담보에 제공되는 이 사건 주택에 관하여 피고들 앞으로 이 사건 각 근저당권을 설정하여 준 것은 원고를 비롯한 다른 채권자들의 공동담보를 감소시키는 사해행위에 해당한다고 봄이 타당하다. 피고들이 E에게 실제로 돈을 대여했다는 사정은 위와 같은 판단을 뒤집을 만한 근거가 되지 못한다. 나아가 앞서 인정한 사실들을 종합하면, E은 이 사건 각 근저당권 설정으로 인하여 채권자인 원고를 해하게 된다는 사실을 알고 있었다고 넉넉히 인정할 수 있다.

라. 피고들의 선의항변에 관하여

1) 관련 법리

사해행위 취소소송에서 수익자의 악의는 추정되므로 수익자가 자신의 책임을 면하려면 자신의 선의를 증명할 책임이 있다. 이 경우 수익자의 선의 여부는 채무자와 수익자의 관계, 채무자와 수익자 사이의 처분행위의 내용과 그에 이르게 된 경위 및 동기, 처분행위의 거래조건이 정상적이고 이를 의심할만한 특별한 사정이 없으며 정상적인 거래관계임을 뒷받침할만한 객관적인 자료가 있는지, 처분행위 이후의 정황 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 논리칙·경험칙에 비추어 합리적으로 판단하여야 한다(대법원 2008. 7. 10. 선고 2007다74621 판결, 대법원 2015. 10. 29. 선고 2015다37504 판결 등 참조). 사해행위취소소송에 있어서 수익자가 사해행위임을 몰랐다는 사실은 그 수익자 자신에게 입증책임이 있다고 할 것이지만, 수익자의 선의에 과실이 있는지 여부는 문제되지 아니한다(대법원 2001. 5. 8. 선고 2000다50015 판결, 대법원 2007. 11. 29. 선고 2007다52430 판결 참조).

2) 피고 B: 선의 항변 배척

위 법리에 비추어 보건대, 피고 B이 제출한 증거들만으로는 피고 B이 선의의 수익자에 해당한다고 인정하기 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다. 구체적인 판단 이유는 다음과 같다.

가) 2018. 1. 16. 무렵 이 사건 주택에 채권최고액 합계 4억 3,500만 원의 이 사건 기존근저당권이 설정되어 있었음은 기초 사실에서 본 바와 같다. 구체적으로, (1) 2013. 9. 6. 소외 Q 앞으로 채권최고액 7,500만 원의 근저당권설정등기가 마쳐졌다. 피고 B은 2013. 11. 7. 채권양도를 원인으로 하여 위 Q 명의의 근저당권설정등기를 이전받았다. (2) 2015. 9. 23. 소외 I 앞으로 채권최고액 1억 원의 근저당권설정등기가 마쳐졌다. (3) 피고 B은 2017. 7. 31. E에게 2억 1,000만 원을 2018. 7. 31.까지 연 21.6%의 이율로 대여하는 내용의 대부거래계약을 작성하였고(을가 제6호증), 같은 날 이 사건 주택에 관하여 피고 B 앞으로 채권최고액 2억 6,000만 원의 근저당권설정등기가 마쳐졌다.

나) 그런데 2018. 1. 29. 이 사건 기존근저당권이 모두 말소되었다. 그 말소 경위에 관하여, 피고 B은 'E이 2018. 1. 29. 이 사건 기존근저당권의 채무원리금 합계 2억 6,400만 원 중 2억 원만을 변제하였고, 이에 나머지 6,400만 원에 관한 담보를 위하여 2018. 2. 8. 다시 채권최고액 1억 원의

이 사건 근저당권을 설정받았다'는 취지로 주장한다(2021. 7. 19.자 준비서면 1쪽, 2021. 9. 23.자 준비서면 2쪽).

그러나 E 이 2018. 1. 29. 피고 B 의 계좌로 송금한 금액은 2 억 원이 아니라 2억 9,000 만 원이다 (갑 제21호증 30쪽). 이에 관하여 피고 B은 그중 9,000만 원은 위 가)항 (2)번 근저당권에 관한 I의 대여금을 함께 지급받은 것이라는 취지로 주장하나(2021. 7. 19.자 준비서면 5쪽), 위 주장사실을 인정할 아무런 근거가 없다. 나아가 만일 이 사건 기존근저당권의 채무원리금이 여전히 남아 있었다면, 피고 B으로서는 이 사건 기존근저당권 중 일부만을 말소하여 주거나 채권최고액 감액등기를 하면 되는 것이지, 굳이 기존근저당권을 말소하고 2018. 1. 30. J이 전입신고를 마친 후인 2018. 2. 8. 이 사건 근저당권을 새로이 설정하는 등으로 스스로 선순위 담보물권을 포기할 아무런 까닭이 없다.

다) 오히려 갑 제4호증의 기재에 의하면, 이 사건 전세금대출은 이 사건 기존근저당권을 말소하는 것을 조건으로 이루어진 사실을 인정할 수 있다. 이에 비추어 보면, 피고 B은 이 사건 기존근저당권을 말소하여 줌으로써 J과 E이 K은행으로부터 3억 원을 대출받을 수 있게 하는 데 적극 협조하였고, J이 전입신고를 마치자 다시 이 사건 근저당권을 설정한 것으로 보일 뿐이다. 결국 이 사건 근저당권설정계약이 사해행위에 해당한다는 점을 몰랐다는 피고 B의 주장은 그대로 믿기 어렵고, 설득력도 없다.

3) 피고 C: 선의 인정

가) 갑 제21, 26호증의 4, 을나 제1 내지 6호증(가지번호 포함)의 각 기재에 변론 전체의 취지를 보태어 보면 다음 사실을 인정할 수 있다.

- ① 피고 C(R생)는 부산 소재 국립대학교에서 근무하다가 2012년 정년퇴직한 사람이다.
- ② 피고 C는 2010년 12월경 공인중개사인 E의 중개로 오피스텔 1채(부산 부산진구 S외 2필지 지상 T건물 U호)를 1억 100만 원에 매수하였다.
- ③ 피고 C는 2017. 11. 21.경 E의 중개로 위 오피스텔을 소외 V에게 임차하였다가, 2018. 3. 2.경 건강이 악화되어 위 오피스텔을 관리하기 어려움을 이유로 E에게 위 오피스텔을 1억 200만 원에 매도하고 2018. 3. 8. E 앞으로 소유권이전등기를 마쳐 주었다.

③ 2018. 3. 5. 피고 C의 W은행 계좌(계좌번호 2 생략)로 1억 원이 입금되었다.

④ E은 2018. 3. 7.경 피고 C에게 ‘1억 원을 2019. 3. 7.까지 월 1.1%의 이율로 차용하며, 이 사건 주택에 관하여 근저당권을 설정해 준다’는 내용의 차용증(을나 제1호증)을 작성하여 주었고, 같은 날 피고 C는 E의 계좌로 9,890만 원(= 원금 1억 원 - 선이자 110만 원)을 송금해 주었다.

⑤ E은 피고 C에게 이자로 2018. 4. 10. 1,100,000원, 5. 19. 1,150,000원, 6. 11. 1,100,000원, 8. 14. 2,086,000원, 10. 29. 1,100,000원을 실제 지급하였다.

나) 위 인정 사실을 종합하여 인정할 수 있는 E과 피고 C의 관계, E과 피고 C의 직업, 당시 피고 C의 건강과 나이 등에 비추어 보면, 피고 C는 이 사건 근저당권설정계약이 사해행위에 해당한다는 사정을 알지 못한 채 E의 말을 믿고 대여금 채권의 담보로 이 사건 근저당권을 설정받은 선의의 수익자에 해당한다고 인정할 수 있고, 이에 대하여 원고가 제출한 증거들만으로는 위와 같은 인정을 뒤집기에 부족하다.

4) 피고 D: 선의 인정

갑 제23호증, 을다 제1 내지 4호증(가지번호 포함)의 각 기재에 변론 전체의 취지를 보태어 인정할 수 있는 다음과 같은 사정들, 즉 ❶ 피고 D(X생)은 2018. 9. 11. E에게 2억 원을 월 2%의 이율로 대여하여 준 점, ❷ 이에 관하여 E은 피고 D에게 차용증(을다 제2호증)과 이 사건 주택 등을 담보로 제공하겠다는 근저당권설정계약서를 작성하여 주면서, 이 사건 주택에 관하여 ‘전세금이 없다’는 취지로 알려준 점(을다 제1호증 6쪽), ❸ 실제로 2018. 9. 11. 당시 J은 이 사건 주택에서 전출한 상태였던 점, ❹ E은 피고 D에게 이자로 2018. 10. 23. 400만 원, 11. 27. 200만 원, 12. 6. 200만 원, 12. 27. 200만 원, 12. 28. 100만 원, 12. 31. 100만 원, 2019. 2. 23. 120만 원, 4. 19. 280만 원, 5. 3. 100만 원 합계 1,700만 원을 실제 지급한 점, ❺ 피고 D은 E을 사기 혐의로 고소하였고, 이 사건 주택에 관한 경매절차에서 원금의 약 52%에 불과한 103,741,736원 만을 회수할 수 있었던 점 등에 비추어 보면, 피고 D은 E이 무자력이라거나 이 사건 근저당권설정계약이 사해행위에 해당한다는 등의 사정을 알지 못한 채 E의 말을 믿고 그에게 2억 원을 대여해 주고 그 담보로 이 사건 근저당권을 설정받은 선의의 수익자에 해당한다고 인정할 수 있다.

5) 소결론

피고 B의 선의 항변은 이유 없으나, 피고 CD의 선의 항변은 이유 있다.

마. 사해행위취소 및 원상회복의 방법과 범위

- 1) 결국 원고와 피고 B 사이에 이 사건 주택에 관하여 2018. 2. 7. 체결된 근저당권설정계약은 사해행위에 해당하므로 취소되어야 한다. 그런데 기초 사실에서 본 바와 같이, 이 사건 주택은 2020. 11. 16. 소외 NO에게 매각되었고, 피고 B은 2020. 12. 30. 그 매각대금 중 100,000,000원을 배당받았으므로, 원상회복은 피고 B에게 배당받은 금액 상당의 가액배상을 명하는 방법으로 이루어져야 한다.
- 2) 그렇다면 피고 B은 원고에게 2018. 2. 7.자 근저당권설정계약 취소에 따른 가액배상으로 위 100,000,000원 및 이에 대한 이 판결 확정일 다음 날부터 다 갚는 날까지 민법이 정한 연 5%의 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.
- 3) 한편 선의가 인정되는 피고 C, D에 대한 사해행위취소 및 원상회복청구는 모두 이유 없다.

4. 결론

원고의 피고 B에 대한 청구는 이유 있어 인용하고, 나머지 피고들에 대한 청구는 이유 없어 기각한다.

재판장 판사 이기선, 판사 현재언, 판사 최운영

별지

- 1) 뒤에서 보는 사정에 비추어 보면, 전세자금대출을 위한 이른바 ‘업계약서’가 작성된 것으로 보인다(계약서상 보증금 3억 7,500만 원 × 80% = 실제 지급된 보증금 3억 원).
- 2) 채무초과 여부를 이 사건 각 근저당권 설정시점이 아니라 피고 B이 E에게 2억 1,000만 원을 대여한 2017. 3. 31.을 기준으로 판단해야 한다는 피고 B의 독단적인 주장(2021. 9. 23.자 준비서면)은 받아들이지 않는다.
- 3) 아래 선의항변에 관한 판단에서 인정하는 사정들에 비추어, 피고 C는 이 사건 전세계약이 통정허위표시에 해당한다는 점을 알지 못했던 것으로 보이기는 한다. 그러나 ‘이 사건 전세계약의

존재'는 후순위 저당권자인 피고 C에게 불리한 사정인바, 피고 C가 '이 사건 전세계약이 유효하다는 점을 신뢰하고' 이 사건 근저당권설정계약을 체결하였다고는 할 수 없으므로, 피고 C가 민법 제108조 제2항에 의하여 보호받는 '제3자'에 해당한다고 보기는 어렵다. 이 점에서 이 사건 각 근저당권설정계약의 사해행위성 자체를 다투는 피고 C의 주장은 받아들이기 어렵다.