

서울고등법원 2020. 1. 15 선고 2019나2022416(본소), 2019나2022423(반소) 판결 [구상금 등
청구의 소 · 손해행위취소]

재판경과

서울고등법원 2020. 1. 15 선고 2019나2022416(본소), 2019나2022423(반소) 판결
서울중앙지방법원 2019. 4. 4 선고 2017가합552378 판결

전 문

원고(반소피고), 피항소인 겸 항소인 신용보증기금

소송대리인 법무법인 씨에스

담당변호사 정우근

피고(반소원고), 항소인 겸 피항소인 주식회사 C

소송대리인 법무법인 경연

담당변호사 도진석

변론 종결 2019. 12. 4.

판결 선고 2020. 1. 15.

제1심판결 서울중앙지방법원 2019. 4. 4. 선고 2017가합552378(본소), 2018가합556018(반소)
판결

주 문

1. 원고(반소피고)와 피고(반소원고)의 항소를 모두 기각한다.

2. 항소비용은 각자 부담한다.

N

청 구 취 지 및 항 소 취 지

1. 청구취지

가. 본소

제1심 공동피고 주식회사 A(이하 'A'라 한다)와 피고(반소원고, 이하 '피고'라 한다) 사이에 별지 목록 제1항 기재 부동산 중 1958200분의 438201 지분과 같은 목록 제2항 기재 부동산에 관하여 2016. 6. 21. 체결된 근저당권설정계약 및 2016. 10. 24. 체결된 매매예약을 각 취소한다.

나. 반소

A와 원고(반소피고, 이하 '원고'라 한다) 사이에 별지 목록 제1항 기재 부동산 중 1958200분의 438201 지분과 같은 목록 제2항 기재 부동산에 관하여 2017. 2. 17. 체결된 근저당권설정계약을 취소한다.

2. 항소취지

가. 원고

제1심판결의 반소에 관한 부분을 취소하고, 피고의 반소 청구를 각하 또는 기각한다.

나. 피고

제1심판결의 본소 중 A와 피고 사이에 별지 목록 제1항 기재 부동산 중 1958200분의 438201 지분과 같은 목록 제2항 기재 부동산에 관하여 2016. 6. 21. 체결된 근저당권설정계약 취소에 관한 피고 패소 부분을 취소하고, 그 취소 부분에 해당하는 원고의 피고에 대한 본소 청구를 기각한다1).

이 유

1. 이 법원의 심판 범위

제1심 법원에서 원고는 본소로서 별지 목록 제1항 기재 부동산 중 1958200분의 438201 지분과 같은 목록 제2항 기재 부동산(이하 '이 사건 각 부동산'이라 한다)에 관한 2016. 6. 21.자 근저당권설정계약 및 2016. 10. 24.자 매매예약의 각 사해행위취소 청구를 하였고, 피고는 반소로서 이 사건 각 부동산에 관한 2017. 2. 17.자 근저당권설정계약의 사해행위취소 청구를 하였는데, 제1심 법원은 원고의 본소청구와 피고의 반소청구를 모두 인용하였다. 이에 원고는 피고의 반소청구에 관하여, 피고는 원고의 본소청구 중 이 사건 각 부동산에 관한 2016. 6. 21.자 근저당권설정계약의 사해행위취소 청구 부분에 관하여 각 항소하였으므로, 이 법원의 심판 범위는 원고의 본소청구 중 이 사건 각 부동산에 관한 2016. 6. 21.자 근저당권설정계약의 사해행위취소 청구 부분과 피고의 반소청구인 2017. 2. 17.자 근저당권설정계약의 사해행위취소 청구 부분에 한정된다.

2. 인정사실

가. 원고와 A 사이의 신용보증약정

1) 원고는 A와 사이에 아래 표 기재와 같이 각 신용보증약정을 체결하였다.

1	2013. 4. 18.	892,500,000 (833,000,000)	2014. 4. 17. (2017. 4. 14.)	D	중소기업은행	중소기업 자금대출	이하 '제1차 신용보증약정'이라 한다
2	2013. 5. 21.	306,000,000 (195,500,000)	2014. 5. 20. (2017. 5. 19.)	E	중소기업은행	중소기업 자금대출	이하 '제2차 신용보증약정'이라 한다
3	2016. 5. 20.	50,000,000	2017. 5. 19.	F	G 주식회사	상거래 담보보증	이하 '제3차 신용보증약정'이라 한다
4	2016. 5. 20.	60,000,000	2017. 5. 19.	H	I 주식회사	상거래 담보보증	이하 '제4차 신용보증약정'이라 한다
5	2016. 8. 26.	40,000,000	2017. 5. 10.	J	K 유한회사	상거래 담보보증	이하 '제5차 신용보증약정'이라 한다

2) 제1 내지 5차 신용보증약정은, ① A의 사업장에 대하여 압류, 가압류, 가처분 또는 경매신청이 있는 때에는 원고가 보증원금 상당의 사전구상권을 가지는 것으로 정하고 있고, ② 원고가 보증채무를 이행한 때에는 A로 하여금 원고에게 대위변제금 및 이에 대한 연 10%의 비율로 계산한 지연손해금, 채권보전비용, 위약금 등을 지급하도록 정하고 있다.

3) A는 제1, 2차 신용보증약정을 담보로 중소기업은행으로부터 1,050,000,000원, 360,000,000원을 각 대출받았고, 제3, 4, 5차 신용보증약정을 담보로 G 주식회사, I 주식회사, K 유한회사(이하 'K'이라 한다)와 각 거래관계를 유지하였다.

나. 신용보증사고의 발생 및 원고의 대위변제

1) A 소유이던 이 사건 각 부동산에 관하여 2017. 1. 6. A의 채권자 L의 강제경매 신청에 의한 압류등기가 경료되어 위 신용보증약정에서 정한 신용보증사고(이하 '이 사건 신용보증사고'라 한다)가 발생하였고, 이에 원고는 2017. 4. 27. 중소기업은행에 1,036,346,400원, 2017. 5. 23. K에 10,291,810원, 2017. 6. 2. G 주식회사에 21,344,149원, 2017. 6. 16. I 주식회사에 4,306,932원을 각 대위변제하였다.

2) 원고는 제1, 2차 신용보증약정의 대위변제금 1,036,346,400원에 대하여 343,690원을, 제3차 신용보증약정의 대위변제금 21,344,149원에 대하여 157,330원을, 제5차 신용보증약정의 대위변제금 10,291,810원에 대하여 142,430원을 각 회수하여 대위변제금 잔액은 합계 1,071,645,841원 [= 제1, 2차 신용보증약정의 대위변제금 잔액 1,036,002,710원(= 1,036,346,400원 - 343,690원) + 제3차 신용보증약정의 대위변제금 잔액 21,186,819원(= 21,344,149원 - 157,330원) + 제4차 신용보증약정의 대위변제금 4,306,932원 + 제5차 신용보증약정의 대위변제금 잔액 10,149,380원(= 10,291,810원 - 142,430원)]이고, 위 회수금에 대한 지연손해금은 2,300원이며, 원고가 회수하지 못한 위약금은 492,950원, 채권보전비용 등의 대지급금은 2,158,750원이다.

다. 피고의 A에 대한 채권

피고는 A에게 2014. 9. 30. 597,000,000원, 200,000,000원, 2014. 10. 1. 50,000,000원, 2014. 10. 28. 750,000,000원, 2014. 10. 29. 250,000,000원, 2014. 11. 3. 250,000,000원, 2014. 11. 19. 300,000,000원, 2016. 3. 18. 100,000,000원 합계 2,497,000,000원을 대여하였다.

라. A와 피고 사이의 근저당권 설정 및 매매예약 체결

1) A는 2016. 6. 21. 피고와 사이에 이 사건 각 부동산에 관하여 근저당권자 피고, 채무자 A,

채권최고액 3,500,000,000원으로 하는 근저당권설정계약(이하 '이 사건 제1 근저당권설정계약'이라 하고, 위 계약으로 설정된 근저당권을 '제1 근저당권'이라 한다)을 체결하고, 피고에게 인천지방법원 부천지원 김포등기소 2016. 6. 21. 접수 제40315호로 근저당권설정등기(이하 '이 사건 제1 근저당권설정등기'라 한다)를 마쳐주었다.

2) A는 2016. 10. 24. 피고와 사이에 이 사건 각 부동산에 관하여 매매예약(이하 '이 사건 매매예약'이라 한다)을 체결하고, 피고에게 인천지방법원 부천지원 김포등기소 2016. 10. 24. 접수 제77179호로 가등기(이하 '이 사건 가등기'라 한다)를 마쳐주었다.

마. A와 원고 사이의 근저당권 설정

A는 2017. 2. 17. 원고와 사이에 이 사건 각 부동산에 관하여 근저당권자 원고, 채무자 A, 채권최고액 1,608,600,000원으로 하는 근저당권설정계약(이하 '이 사건 제2 근저당권설정계약'이라 하고, 위 계약으로 설정된 근저당권을 '제2 근저당권'이라 한다)을 체결하고, 원고에게 인천지방법원 부천지원 김포등기소 2017. 2. 17. 접수 제12581호로 근저당권설정등기(이하 '이 사건 제2 근저당권설정등기'라 한다)를 마쳐주었다.

바. 이 사건 각 부동산에 관한 경매절차에서의 배당 내역 등

1) 이 사건 각 부동산에 관하여 2017. 1. 6. L의 강제경매신청에 따라 인천지방법원 부천지원 M로 경매절차가 개시되었고, 그 후 주식회사 N의 임의경매신청에 따라 2017. 4. 5. 같은 법원 O, 중소기업은행의 임의경매신청에 따라 2017. 4. 18. P각 경매절차가 개시되었다(이하 위 각 경매절차를 모두 총칭하여 '이 사건 경매절차'라 한다). 이 사건 각 부동산이 2018. 2. 23. 9,250,500,000원에 매각되어 이 사건 제1, 2근저당권설정등기와 이 사건 가등기가 모두 말소되었다.

2) 이 사건 경매절차의 경매법원은 2018. 3. 28. 이 사건 각 부동산의 매각대금에서 집행비용을 공제한 실제 배당할 금액 9,238,929,742원에 대하여, ① 1순위로 임금채권자인 Q, R, S에게 각 3,002,910원, 2,003,340원, 2,700,000원을, ② 2순위로 임금채권자인 근로복지공단 경인지역본부에 31,853,750원을, ③ 3순위로 T 유한회사에 5,400,000,000원을, ④ 4순위로 U 주식회사에 500,000,000원을, ⑤ 5순위로 주식회사 V에 170,000,000원을, ⑥ 6순위로 주식회사

W에 117,299,409원을, ⑦ 7순위로 주식회사 X에 600,000,000원을, ⑧ 8순위로 피고에게 2,412,070,333원을 각 배당하는 내용의 배당표를 작성하였다.

3) 원고는 이 사건 경매절차의 배당기일에 참석하여 피고의 배당액 전액에 대하여 이의하였고, 2018. 4. 4. 인천지방법원 부천지원에 배당이의의 소(2018가합101214)를 제기하였다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 21호증, 을다 제3 내지 9, 11호증(가지번호 있는 것은 각 가지번호 포함, 이하 같다)의 각 기재, 변론 전체의 취지

3. 본소청구에 관한 판단

가. 피보전채권의 존재 여부

1) 관련 법리 채권자취소권에 의하여 보호될 수 있는 채권은 원칙적으로 사해행위라고 볼 수 있는 행위가 행하여지기 전에 발생한 것임을 요하나, 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 2012. 2. 23. 선고 2011다76426 판결 등 참조).

2) 판단 가) 제1 내지 4차 신용보증약정에 의한 구상금채권에 관한 판단

앞서 본 인정사실에 의하면, 원고의 A에 대한 제1 내지 4차 신용보증약정에 기한 구상금채권은 비록 이 사건 제1 근저당권설정계약 체결 당시인 2016. 6. 21.경에는 아직 발생하지 않은 상태였으나, 이 사건 제1 근저당권설정계약 체결 당시 이미 제1 내지 4차 신용보증약정이 체결되어 있어 원고의 A에 대한 구상금채권 성립의 기초가 되는 법률관계가 존재하고 있었고, 이 사건 제1 근저당권설정계약 체결일인 2016. 6. 21.로부터 약 6개월 후인 2017. 1. 6. 이 사건 신용보증사고가 발생하여 원고의 위 신용보증약정상의 사전구상금채권이 발생하였으며, 이후 원고가 A의 채무를 대위변제하여 원고의 A에 대한 사후구상금채권이 실제로 발생하였음을 알 수 있는바, 이 사건 제1 근저당권설정계약 체결 당시 가까운 장래에 원고의 A에 대한 사전 및 사후구상금채권이 발생하리라는 고도의 개연성이 있었고, 실제로 그 개연성이 현실화되어 사전 및 사후구상금채권이 발생하였으므로, 원고의 A에 대한 사전 및 사후구상금채권은 그 이행기 도래 여부를 불문하고 이 사건 제1 근저당권설정계약의 취소를

구할 피보전채권이 된다(피고는 이 사건 각 부동산에 관하여 제1 근저당권이 설정된 후 약 6개월이 지나 이 사건 신용보증사고가 발생한 점, 원고가 제1 근저당권의 설정 후 거의 1년이 경과한 시점에서 대위변제를 한 점, 이 사건 신용보증사고가 발생한 이후 원고가 이 사건 각 부동산에 관하여 제2 근저당권을 취득한 점 등에 비추어 보면, 이 사건 제1 근저당권설정계약 체결 당시 가까운 장래에 원고의 제1 내지 4차 신용보증약정에 터잡은 구상금채권이 성립하리라는 고도의 개연성이 없었고, 실제로도 원고가 거의 1년이 경과한 시점에서 대위변제하여 구상금채권이 성립하였으므로 가까운 장래에 구상금채권이 현실화된 것도 아니므로, 원고의 위 구상금채권은 피보전채권으로 인정될 수 없다고 주장한다. 그러나 이 사건 제1 근저당권설정계약 체결 당시 A는 경영상황이 악화되어 피고에 대한 채무를 비롯한 상당한 액수의 채무를 변제하지 못하던 상황이었고, 그로부터 약 6개월이 지나 이 사건 신용보증사고가 발생하여 원고의 사전구상금채권이 발생하고, 약 3개월 뒤부터 원고가 대위변제를 시작하여 사후구상금채권이 발생한 점에 비추어 보면, 이 사건 제1 근저당권설정계약 체결 당시 사전 및 사후구상금채권이 성립하리라는 고도의 개연성이 있었다고 보기에 충분하다.

나) 제5차 신용보증약정에 의한 구상금채권 또는 제5차 신용보증약정에 따른 법정대위에 따른 채권에 관한 판단

(1) 제5차 신용보증약정은 이 사건 제1 근저당권설정계약 이후에 비로소 체결되어 이 사건 제1 근저당권설정계약 당시 채권성립의 기초가 되는 법률관계가 발생되어 있었다고 보기 어려우므로, 원고의 제5차 신용보증약정에 따른 구상금채권은 이 사건 제1 근저당권설정계약의 취소를 구할 피보전채권에 해당한다고 볼 수 없다.

(2) 원고는 A와 제5차 신용보증약정을 체결한 보증인으로서 A의 K에 대한 채무를 대위변제할 정당한 이익이 있는 자로서 민법 제481조, 제482조 제1항의 규정에 따라 자기의 권리에 의하여 구상할 수 있는 범위에서 K의 A에 대한 채권에 관한 권리를 대위한다. 따라서 원고는 자신이 제5차 신용보증약정에 의하여 K에 대위변제한 가액의 범위 내에서 K의 A에 대한 물품대금채권에 관한 권리를 대위할 수 있고, 대위할 수 있는 물품대금채권 중 이 사건 제1 근저당권설정계약 체결일인 2016. 6. 21. 이전에 성립한 채권은 이 사건 제1 근저당권설정계약의 취소를 구할 피보전채권이 될 수 있다.

살피건대, 갑 제5, 6, 22호증의 각 기재에 의하면 원고는 제5차 신용보증약정으로 A와 K 사이의 2015. 4. 1.자 거래약정서에 의하여 A가 부담하는 상거래 계약상의 대금지급채무를 신용보증한 사실, 원고는 2017. 5. 23. K에게 위 신용보증에 따라 10,291,810원을 대위변제한 사실을 인정할 수 있으나, A와 K 사이의 상거래는 계속적으로 물품을 공급받고 이를 변제하는 관계에 있어 위와 같이 대위변제한 K의 A에 대한 물품대금채권이 이 사건 제1근저당권설정계약 체결일인 2016. 6. 21. 이전에 발생한 것이라고 단정할 수는 없는 점에 비추어 보면 위 인정사실만으로는 원고의 대위변제로 인한 법정대위채권도 이 사건 제1 근저당권설정계약의 취소를 구할 피보전채권에 해당한다고 볼 수 없고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

나. 사해행위의 성립 여부

1) 관련 법리 가) 민법 제406조의 채권자취소권의 대상인 '사해행위'란 채무자가 적극재산을 감소시키거나 소극재산을 증가시킴으로써 채무초과상태에 이르거나 이미 채무초과상태에 있는 것을 심화시킴으로써 채권자를 해하는 행위를 말한다. 그리고 사해행위취소의 소에서 채무자가 그와 같이 채무초과상태에 있는지는 사해행위 당시를 기준으로 판단하여야 한다(대법원 2017. 10. 26. 선고 2015다254675 판결 등 참조).

나) 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 마찬가지라고 할 것이다(대법원 2009. 9. 10. 선고 2008다85161 판결 등 참조).

2) 인정사실 가) 적극재산

(1) 앞서 든 증거들, 을다 제13호증의 1, 을다 제15호증의 1 내지 12, 을다 제16호증의 4, 5, 6, 을다 제25호증의 각 기재, 제1심 법원의 주식회사 Y, 주식회사 Z, 주식회사 AA, AB, 주식회사(영등포지점), 주식회사 AC, 주식회사 AD, 주식회사 AE, AF 주식회사, AG, 주식회사 AH, 주식회사 AI, 주식회사 AJ, 주식회사 AK, AL 주식회사, 주식회사 AM, AN, AO 주식회사, AP, AQ약국, 주식회사 AR, AS, AT약국, 주식회사 AU, 주식회사 AV, 주식회사 AW, 주식회사 AX,

주식회사 AY, 주식회사 AZ, BA 주식회사, 주식회사 BB에 대한 각 사실조회결과, 이 법원의 CQ약국, AB 주식회사(창원지점)에 대한 각 사실조회결과에 변론 전체의 취지를 종합하면, A는 이 사건 제1 근저당권설정계약일인 2016. 6. 21. 당시 아래 표 기재와 같이 합계 11,664,224,980원 상당의 적극재산을 소유하고 있었던 사실이 인정된다.

1	이 사건 각 부동산	9,234,197,820
2	중소기업은행에 대한 보통예금채권	2,631,908
3	어음채권	108,226,000
4	기계장치	812,490
5	차량운반구	30,433,523
6	비품	13,935,936
7	시설장치	8,504,702
8	BC에 대한 임대차보증금반환채권	20,000,000
9	BD약국에 대한 매출채권	30,524,168
10	AT약국에 대한 매출채권	17,669,110
11	주식회사 Z에 대한 매출채권	7,307,895
12	주식회사 AM에 대한 매출채권	4,594,937
13	AB 주식회사(영등포지점)에 대한 매출채권	4,183,938
14	주식회사 AJ에 대한 매출채권	5,779,152
15	BE약국에 대한 매출채권	11,315,825
16	주식회사 AI에 대한 매출채권	67,173,544
17	AQ약국에 대한 매출채권	9,485,650
18	주식회사 BF에 대한 매출채권	13,887,836
19	AL 주식회사에 대한 매출채권	5,577,928
20	주식회사 AX에 대한 매출채권	574,456
21	AN에 대한 매출채권	12,980,217
22	AP에 대한 매출채권	22,712,947
23	주식회사 AK에 대한 매출채권	8,171,500
24	주식회사 AW에 대한 매출채권	4,031,425
25	주식회사 BG에 대한 매출채권	8,661,616
26	AS에 대한 매출채권	6,736,777
27	BA 주식회사에 대한 매출채권	6,899,078
28	주식회사 AH에 대한 매출채권	71,795,069

1	이 사건 각 부동산	9,234,197,820
29	주식회사 BH에 대한 매출채권	5,414,352
30	주식회사 BI에 대한 매출채권	7,967,588
31	주식회사 AD에 대한 매출채권	22,419,514
32	주식회사 AA에 대한 매출채권	25,463,192
33	주식회사 Y에 대한 매출채권	63,645,186
34	주식회사 AR에 대한 매출채권	4,841,032
35	AO 주식회사에 대한 매출채권	28,311,236
36	주식회사 AV에 대한 매출채권	8,198,566
37	주식회사 AE에 대한 매출채권	12,277,722
38	주식회사 AY에 대한 매출채권	5,259,110
39	주식회사 AU에 대한 매출채권	40,029,694
40	AF 주식회사에 대한 매출채권	22,390,915
41	주식회사 AC에 대한 매출채권	9,243,049
42	주식회사 AZ에 대한 매출채권	8,120,196
43	재고물품(의약품, 화장품)	1,649,978,362
44	CQ약국에 대한 매출채권	11,356,813
45	AB 주식회사(창원지점)에 대한 매출채권	503,006
합계	11,664,224,980	

(2) 피고는 BJ은행, BK은행(계좌번호 BL)에 대한 각 보통예금채권도 적극재산에 포함되어야 한다고 주장하나, 을다 제13호증의 2, 3, 4의 각 기재만으로는 피고가 이 사건 제1 근저당권설정계약일인 2016. 6. 21. 당시 위와 같은 보통예금채권을 가지고 있었다고 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 피고의 위 주장은 이유 없다.

(3) 피고는 중소기업은행에 대한 정기예금채권도 적극재산에 포함되어야 한다고 주장하나, 채무자의 적극재산을 산정함에 있어서는 다른 특별한 사정이 없는 한 실질적으로 재산적 가치가 없어 채권의 공동담보로서의 역할을 할 수 없는 재산은 이를 제외하여야 하는바(대법원 2001. 10. 12. 선고 2001다32533 판결 등 참조), 을다 제14호증의 기재에 의하면, 피고의 중소기업은행에 대한 120,000,000원의 기업부금채권에 대하여 질권이 설정된 사실을 인정할 수 있어 위 채권은 실질적인

재산적 가치가 있다고 보기 어렵다. 따라서 피고의 위 주장은 이유 없다.

(4) 피고는 앞서 인정된 어음채권 이외에 150,000,000원의 어음채권이 추가로 존재한다고 주장하나, 을다 제15호증의 13의 기재만으로는 위와 같은 사실을 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 피고의 위 주장은 이유 없다.

(5) 피고는 120,626,070원의 장기성예금채권이 존재한다고 주장하나, 을다 제16호증의 1, 2, 3의 각 기재만으로는 A가 만기환급금이 존재하는 보험계약을 체결하고 그 계약의 만기가 도래하였다거나 해지환급금이 존재하는 보험계약을 체결하고 그 계약이 해지되었음을 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 피고의 위 주장은 이유 없다.

(6) 피고는 앞서 인정된 매출채권 이외에 BM(BN), BO(BP), BQ(BR), BS(BT약국), BU(BV약국), BW(BX약국), BY(BZ약국), CA(CB), CC(CD), CE(CF), CG(CH), CR(CS약국)에 대한 각 매출채권도 A의 적극재산에 포함되어야 한다고 주장하나, 을다제18, 23, 24호증의 각 기재만으로는 A가 이 사건 제1 근저당권설정계약일인 2016. 6. 21. 당시 위 각 매출채권을 가지고 있었다고 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 피고의 위 주장 역시 이유 없다.

나) 소극재산

(1) 을다 제3 내지 9호증의 각 기재, 제1심 법원의 주식회사 N, U 주식회사, BJ은행, 주식회사 CI, X, 주식회사 CJ, AB 주식회사(영등포지점), I 주식회사, G 주식회사에 대한 각 사실조회결과, 이 법원의 AB 주식회사(창원지점)에 대한 사실조회결과, 이 법원의 중소기업은행에 대한 금융거래정보회신 결과에 변론 전체의 취지를 종합하면, 이 사건 제1 근저당권설정계약일인 2016. 6. 21. 당시 A의 소극재산이 아래 표 기재와 같이 합계 13,589,106,016원 상당인 사실이 인정된다.

1	중소기업은행에 대한 대출채무	7,756,428,298
2	중소기업진흥공단에 대한 대출채무	300,000,000
3	주식회사 W에 대한 대출채무	88,211,102
4	주식회사 X에 대한 대출채무	500,000,000
5	BJ은행에 대한 대출채무	700,000,000
6	CJ에 대한 대출채무	290,000,000
7	U 주식회사에 대한 물품대금채무	422,390,458
8	주식회사 V에 대한 물품대금채무	170,000,000

1	중소기업은행에 대한 대출채무	7,756,428,298
9	L에 대한 채무	300,000,000
10	피고에 대한 임대차보증금반환채무	50,000,000
11	주식회사 CK에 대한 임대차보증금반환채무	200,000,000
12	CL 주식회사에 대한 임대차보증금반환채무	10,000,000
13	CM 주식회사에 대한 임대차보증금반환채무	10,000,000
14	피고에 대한 차용금채무	2,497,000,000
15	AB 주식회사(영등포지점)에 대한 물품대금채무	131,123,494
16	I 주식회사에 대한 물품대금채무	19,531,600
17	G 주식회사에 대한 물품대금채무	43,698,829
18	주식회사 AH에 대한 물품대금채무	52,423,357
19	AL 주식회사에 대한 물품대금채무	7,619,139
20	AO 주식회사에 대한 물품대금채무	38,458,328
21	AB 주식회사(창원지점)에 대한 물품대금채무	2,221,411
합계	13,589,106,016	

(2) 이에 대하여 원고는 A가 CN 주식회사에게 부담하는 리스료채무도 소극재산에 포함되어야 하고, 그 채무액은 차량취득원가인 208,329,950원이라고 주장한다.

살피건대, 갑 제10호증의 기재, 제1심 법원의 CN 주식회사에 대한 금융거래정보 제출명령결과에 의하면, A가 2014. 12. 31. CN 주식회사와 사이에 차량시설대여계약을 체결한 사실, 위 차량시설대여계약에서 정한 리스차량 취득원가는 208,329,950원인 사실을 인정할 수 있으나, 앞서 든 증거들에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 위 차량시설대여계약은 A가 2017. 2. 5.부터 리스료 지급을 연체함으로써 2017. 5. 12. 해지되었고, 계약 해지로 인한 위약금은 58,356,394원이었으나, A는 2017. 2. 5. 이전에는 리스료를 미납한 사실이 없었으므로, A가 이 사건 제1 근저당권설정계약 체결 당시에는 CN 주식회사에 대하여 연체 리스료채무 또는 리스료 연체로 인한 위약금채무를 부담하였다고 보기 어려운 점에 비추어 보면, 위 인정사실만으로는 A가 이 사건 제1 근저당권설정계약 체결 당시 CN 주식회사에 대하여 208,329,950원의 채무를 부담하였다고 보기 어렵다. 따라서 원고의 위 주장은 이유 없다.

(3) 한편 피고는 자신이 A에게 9억 원의 채무면제를 해주었고, 그 효과로 채무가 소급적으로 소멸하므로, 위 9억 원 상당의 채무를 소극재산에서 공제해야 한다고 주장한다.

살피건대, 을다 제26, 27호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 피고가 A에 대하여 2019. 3. 18. 6억 원의 채무를, 2019. 6. 11. 추가로 3억 원의 채무를 면제하는 의사표시를 한 사실을 인정할 수 있다. 그러나 채무면제2)의 효과는 채권자가 채무자에게 채무면제의 의사표시를 한 때로부터 발생한다고 보아야 하고, 채무 소멸의 효과가 소급하여 발생한다고 볼 수 없으므로, 이 사건 제1 근저당권설정계약 체결 당시를 기준으로 하여 소극재산을 산정함에 있어 피고의 위 채무면제는 고려될 수 없다. 따라서 피고의 위 주장은 받아들이기 어렵다.

3) 판단 가) 이 사건 제1 근저당권설정계약 체결 당시 A의 적극재산과 소극재산을 비교해보면 소극재산이 적극재산을 초과하는 것이 계산상 명백하여 A는 채무초과 상태에 있었는데, 이 사건 제1 근저당권설정계약은 A가 채무초과 상태에서 자신의 재산인 이 사건 각 부동산을 특정 채권자인 피고에게 담보로 제공한 것으로서 사해행위에 해당한다.

나) 이에 대하여 피고는, 위 2) 나) (3)항에서 주장한 바와 같이, 자신이 A에 대하여 9억 원의 채무를 면제해줌으로써 이 사건 사실심 변론종결 이전에 A의 채무초과 상태가 해소되었거나 그렇지 않다고 하더라도 그 면제로 인하여 이 사건 제1 근저당권설정계약 당시 면제한 채권액은 존재하지 않는 것으로 보아야 하므로, 이 사건 제1 근저당권설정계약은 사해행위에 해당하지 않는다고 주장한다. 사해성의 요건은 행위 당시는 물론 채권자가 취소권을 행사할 당시(사해행위취소소송의 사실심 변론종결시)에도 갖추고 있어야 하므로, 처분행위 당시에는 채권자를 해하는 것이었더라도 그 후 채무자가 자력을 회복하거나 채무가 감소하여 취소권 행사시에 채권자를 해하지 않게 되었다면, 채권자취소권에 의하여 책임재산을 보전할 필요성이 없으므로 채권자취소권은 소멸하고(대법원 2009. 3. 26. 선고 2007다63102 판결 등 참조), 그러한 사정변경이 있다는 사실은 채권자취소소송의 상대방이 증명하여야 한다(대법원 2007. 11. 29. 선고 2007다54849 판결 참조).

위와 같은 법리에 따르면, 피고는 사실심 변론종결시를 기준으로 A의 채무초과 상태가 해소되었다는 점을 증명하여야 하는데, 피고가 제1 근저당권설정계약 체결일로부터 3년 이상의 시간이 경과한 이

사건 변론종결시를 기준으로 한 적극재산과 소극재산의 가액을 구체적으로 증명하지 않은 이상, 피고가 제출한 증거만으로는 A가 이 사건 변론종결일 현재 자력을 회복하였다고 인정하기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다(아래 4. 반소청구에 관한 판단에서 보는 바와 같이 이 사건 제2 근저당권설정계약 체결일인 2017. 2. 17.을 기준으로 산정된 A의 적극재산과 소극재산의 가액을 비교해보더라도, 소극재산이 2016. 6. 21.보다 증가하여 A의 채무초과 상태가 악화되었음을 알 수 있다).

또한 이 사건 제1 근저당권설정계약 당시를 기준으로 사해행위의 요건인 무자력 상태가 인정된 이상 피고가 그 후 A에 대한 9억 원의 채무를 면제하였다고 하여 위 사해행위 당시의 무자력 상태가 해소된다고는 볼 수 없다.

따라서 피고의 위 주장은 이유 없다.

다. A의 사해의사 및 피고의 악의

1) 앞서 살펴본 바와 같이 A는 2016. 6. 21.경 1,924,881,036원(= 소극재산 13,589,106,016원 - 적극재산 11,664,224,980원)의 채무초과 상태에 빠져 피고에 대한 채무를 비롯한 상당한 액수의 채무를 변제하지 못하고 있었음에도, 이 사건 각 부동산에 관하여 피고에게 채권최고액 3,500,000,000원의 제1 근저당권을 설정하여 줌으로써 채무초과 상태를 악화시켰으므로 사해의사를 인정할 수 있고, 채무자의 제3자에 대한 재산처분행위가 사해행위에 해당하는 경우 수익자의 악의는 추정되므로(대법원 1988. 4. 25. 선고 87다카1380 판결 등 참조), 수익자인 피고의 악의는 추정된다.

2) 이에 대하여 피고는 "이 사건 제1 근저당권설정계약은 A에 대한 채권자인 피고의 정당한 권리행사이어서, 피고에게 사해의사가 없었다."고 항변한다.

사해행위취소소송에 있어서 수익자가 사해행위임을 몰랐다는 사실은 그 수익자 자신에게 입증책임이 있는 것이고, 이 때 그 사해행위 당시 수익자가 선의였음을 인정함에 있어서는 객관적이고도 납득할 만한 증거자료 등에 의하여야 하고, 채무자의 일방적인 진술이나 제3자의 추측에 불과한 진술 등에만 터 잡아 그 사해행위 당시 수익자가 선의였다고 선뜻 단정하여서는 안 된다(대법원 2006. 7. 4. 선고 2004다61280 판결 등 참조). 앞서 본 A와 피고의 관계, 이 사건 제1 근저당권설정계약의 체결 경위

및 그 내용 등에 비추어 볼 때, 피고가 제출한 증거들만으로는 위 추정을 번복하기 부족하므로, 피고의 위 항변은 이유 없다.

라. 소결론

결국 이 사건 제1 근저당권설정계약은 사해행위에 해당하므로 취소되어야 한다[피고는 이 사건 제1 근저당권설정계약이 사해행위에 해당하더라도, 채무초과 부분만큼만 취소되어야 한다고 주장한다. 그러나 사해행위 취소의 범위는 다른 채권자가 배당요구를 할 것이 명백하거나 목적물이 불가분인 경우와 같이 특별한 사정이 있는 경우에는 취소채권자의 채권액을 넘어서까지도 취소를 구할 수 있는데(대법원 2014. 1. 16. 선고 2013다52110 판결 등 참조), 이 사건의 경우 A가 다수의 채권자들에 대하여 채무를 부담하고 있어 다른 채권자가 배당요구를 할 것이 명백하다고 보일 뿐만 아니라 이 사건 각 부동산이 불가분이라고 보이므로, 원고는 이 사건 제1 근저당권설정계약 전부에 대하여 취소를 구할 수 있다고 할 것이므로, 피고의 위 주장은 받아들이기 어렵다].

4. 반소청구에 관한 판단

가. 본안전 항변에 관한 판단

- 1) 원고의 주장 요지 피고가 이 사건 제2 근저당권설정계약이 사해행위임을 이유로 그 취소를 구함에 대하여, 원고는 피고의 사해행위취소 청구가 제척기간을 도과하여 부적법하다고 본안전 항변을 한다.
- 2) 관련 법리 채권자취소권 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 의미한다고 할 것이므로, 단순히 채무자가 재산의 처분행위를 하였다는 사실을 아는 것만으로는 부족하고, 그 법률행위가 채권자를 해하는 행위라는 것, 즉 그에 의하여 채권의 공동담보에 부족이 생기거나 이미 부족상태에 있는 공동담보가 한층 더 부족하게 되어 채권을 완전하게 만족시킬 수 없게 되었으며 나아가 채무자에게 사해의 의사가 있었다는 사실까지 알 것을 요한다(대법원 2003. 7. 11. 선고 2003다19435 판결 등 참조).
- 3) 판단 가) 이 사건 각 부동산에 관한 인천지방법원 부천지원 M 강제경매절차에서 2017. 1. 20. 피고에게 임차인통지서가 송달된 사실, 이 사건 제1 근저당권설정계약 및 이 사건 매매예약이 사해행위에 해당함을 이유로 그 취소를 구하는 내용의 이 사건 소장이 2017. 8. 8. 피고에게 송달된

사실, 피고가 2018. 8. 16. 비로소 반소를 제기한 사실은 기록상 명백하거나 이 법원에 현저하다.

나) 그러나, 피고는 이 사건 소송과정에서 이 사건 제1 근저당권설정계약 및 이 사건 매매예약 당시 A가 채무초과 상태에 있지 않았다고 주장하면서 A의 매출채권 및 재고물품을 증명하기 위하여 2017. 12. 4.부터 2018. 3. 27.까지 사이에 A의 거래처들을 상대로 사실조회신청을 한 사실, 이에 대한 회신이 2017. 12. 12.부터 2018. 4. 2.까지 도착한 사실, 이 사건 경매절차의 2018. 3. 28. 배당기일에서 원고가 전혀 배당을 받지 못하는 것으로 배당표가 작성되었던 사실, 피고는 이 사건 소송의 진행 과정에서 A의 채무초과 상태에 관한 사실조회결과를 확인한 뒤 A의 채무초과 상태가 인정될 경우에 대비하여 예비적 반소로서 이 사건 반소를 2018. 8. 16. 제기한 사실은 앞서 본 바와 같거나 기록상 명백한바, 앞서 본 인정사실만으로는 피고가 이 사건 반소 제기 1년 전에 이미 이 사건 제2근저당권설정계약이 채권자들의 공동담보에 부족을 초래하는 사해행위에 해당하고 나아가 A에게 사해의사가 있었다는 점까지 알고 있었다고 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

다) 따라서 피고의 이 사건 반소 제기 이전에 사해행위취소권의 제척기간 1년이 도과된 것이라고 볼 수는 없고, 따라서 원고의 위 본안전 항변은 이유 없다.

나. 본안에 관한 판단

1) 피보전채권의 존재 이 사건 제2 근저당권설정계약 체결 당시 피고가 A에 대하여 가지고 있던 2,497,000,000원의 대여금채권은 이 사건 제2 근저당권설정계약의 취소를 구할 피보전채권이 된다.

2) 사해행위 및 사해의사 가) 인정사실

(1) 앞서 든 증거들 및 변론 전체의 취지를 종합하면, A는 이 사건 제2 근저당권설정계약일인 2017. 2. 17. 무렵 아래 표 기재와 같이 합계 10,903,031,938원 상당의 적극재산을 소유하고 있었던 사실이 인정된다.

1	이 사건 각 부동산	9,234,197,820
2	기계장치	2,000
3	차량운반구	5,391,494
4	비품	7,353,202
5	시설장치	4,139,997
6	AP에 대한 매출채권	1,735,810

1	이 사건 각 부동산	9,234,197,820
7	BG에 대한 매출채권	63,759
8	주식회사 AH에 대한 매출채권	115,000
9	주식회사 Y에 대한 매출채권	54,494
10	재고물품(의약품, 화장품)	1,649,978,362
합계	10,903,031,938	

(2) 또한 앞서 든 증거들 및 변론 전체의 취지를 종합하면, 이 사건 제2 근저당권설정계약일인 2017.

2. 17. 무렵 A의 소극재산이 아래 표기재와 같이 합계 15,839,576,664원 상당인 사실이 인정된다.

1	중소기업은행에 대한 대출채무	7,590,093,821
2	중소기업진흥공단에 대한 대출채무	500,000,000
3	주식회사 W에 대한 대출채무	87,059,698
4	주식회사 X에 대한 대출채무	500,000,000
5	BJ은행에 대한 대출채무	700,000,000
6	CJ에 대한 대출채무	290,000,000
7	U 주식회사에 대한 물품대금채무	389,772,064
8	주식회사 V에 대한 물품대금채무	170,000,000
9	L에 대한 채무	300,000,000
10	피고에 대한 임대차보증금반환채무	50,000,000
11	주식회사 CK에 대한 임대차보증금반환채무	200,000,000
12	CL주식회사에 대한 임대차보증금반환채무	10,000,000
13	CM 주식회사에 대한 임대차보증금반환채무	10,000,000
14	피고에 대한 차용금채무	2,497,000,000
15	주식회사 CI에 대한 대출채무	2,380,000,000
16	주식회사 N에 대한 채무	140,000,000
17	I 주식회사에 대한 물품대금채무	4,306,932
18	G 주식회사에 대한 물품대금채무	21,344,149
합계	15,839,576,664	

나) 판단

이 사건 제2 근저당권설정계약 당시 A의 적극재산과 소극재산을 비교해보면, 소극재산이 적극재산을 초과하는 것이 계산상 명백하여 A는 채무초과 상태에 있었는바, 이 사건 제2 근저당권설정계약은 A가 채무초과 상태에서 자신의 재산인 이 사건 각 부동산을 특정 채권자인 원고에게 담보조로 제공한 것으로서 사해행위에 해당한다.

3) 원고의 주장 등에 관한 판단 가) 원고는 이 사건 제2 근저당권설정계약 당시 이 사건 각 부동산에 이 사건 각 부동산의 가액을 초과하는 근저당권이 설정되어 있었으므로 이 사건 제2 근저당권설정계약은 사해행위에 해당하지 않는다고 주장한다.

채무자가 처분한 목적물에 저당권이 설정되어 있는 경우 사해행위는 부동산의 가액에서 저당권의 피담보채권액을 공제한 잔액의 범위 내에서 성립하고, 피담보채권액이 부동산의 가액을 초과하는 때에는 당해 부동산의 처분은 사해행위에 해당한다고 할 수 없는바, 여기서 피담보채권액이라 함은 근저당권의 경우 채권최고액의 범위 내에서 실제로 이미 발생하여 있는 채권금액을 말한다(대법원 2001. 10. 9. 선고 2000다42618 판결 등 참조).

살피건대, 앞서 본 인정사실과 갑 제9, 18호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 이 사건 제2 근저당권설정계약일인 2017. 2. 17. 무렵 이 사건 각 부동산의 가액이 9,234,197,820원인 사실, 2017. 2. 17. 기준 이 사건 각 부동산에 설정된 각 근저당권의 피담보채권액(피담보채권액이 채권최고액을 초과하는 경우는 채권최고액) 합계는 7,076,831,762원(= 중소기업은행 5,400,000,000원 + U 주식회사 389,772,064원 + 주식회사 V 170,000,000원 + 주식회사 W 87,059,698원 + 주식회사 X 500,000,000원 + 주식회사 N 140,000,000원 + 주식회사 CI 390,000,000원)인 사실을 인정할 수 있고, 위 인정사실에 의하면 이 사건 제2 근저당권설정계약 당시 이 사건 각 부동산에 설정된 각 근저당권의 피담보채무의 가액은 이 사건 각 부동산의 가액에 미치지 못한다 할 것이어서, 원고의 위 주장은 이유 없다(앞서 본 바와 같이 본소청구에 관하여 이 사건 제1 근저당권설정계약이 사해행위임을 이유로 취소되어야 한다고 보는 이상, 피고의 A에 대한 대여금채권 2,497,000,000원은 위 피담보채권액 산정에서 제외한다. 이에 대하여 원고는 "본소청구에 따라 이 사건 제1 근저당권설정계약이 취소되더라도 그 취소의 효력은 상대적이고

소급효도 없으므로, 피고의 A에 대한 위 대여금채권을 이 사건 각 부동산에 설정된 근저당권의 피담보채권액 산정에서 제외할 수는 없다."는 취지로 주장하나, 이 사건 본소청구의 사해행위 취소의 효과는 채권자인 원고와 수익자인 피고 사이에 효력이 있을 뿐만 아니라 사해행위의 취소와 원상회복은 채무자의 책임재산의 보전을 직접적인 목적으로 하고 그 효과는 모든 채권자의 이익을 위하여 발생하는 것임에 비추어 보면 본소청구와 반소청구를 동시에 판단하는 이상 본소청구에 의하여 사해행위로 인정되어 취소하는 이 사건 제1 근저당권설정계약에 따른 피담보채권은 반소청구에 있어서도 사해행위에 해당하는지 여부를 판단함에 있어 이 사건 각 부동산에 관하여 근저당권에 의하여 담보된 피담보채권액에서 제외되어야 한다고 봄이 상당하므로(대법원 2007. 7. 26. 선고 2007다23081 판결 참조), 원고의 위 주장은 받아들이기 어렵다).

나) 원고는, 이 사건 제2 근저당권설정계약 당시 A의 대표인 B이 계속적 사업운영을 위해 원고에게 근저당권 설정을 제안하여 원고가 이를 수용하였을 뿐이므로 선의의 수익자라고 항변하나, 이 사건 제2 근저당권설정계약이 사해행위에 해당하여 수익자인 원고의 악의는 추정되고, 원고가 제출한 증거들만으로는 위 추정을 반복하기 부족하므로, 원고의 위 항변은 이유 없다.

4) 소결론 이 사건 제2 근저당권설정계약은 사해행위에 해당하므로 취소되어야 한다.

5. 결론

그렇다면 원고의 본소청구 중 이 사건 제1 근저당권설정계약의 사해행위취소 청구와 피고의 반소청구는 이유 있어 이를 모두 인용하여야 하는바, 제1심판결의 위 각 청구에 관한 부분은 이와 결론을 같이하여 정당하고, 원고와 피고의 항소는 이유 없으므로 이를 모두 기각하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

재판장판사황병하

판사정총령

판사민달기

별지

1) 피고는 항소심 제1회 변론기일에서 2019. 6. 12.자 준비서면의 진술을 통하여 'A와 피고 사이에

별지 목록 제1항 기재 부동산 중 1958200분의 438201 지분과 같은 목록 제2항 기재 부동산에 관하여 2016. 10. 24. 체결된 매매예약'에 관한 사해행위취소 청구 부분에 대한 항소를 취하하였다.

2)민법 제506조(면제의 요건, 효과)

채권자가 채무자에게 채무를 면제하는 의사를 표시한 때에는 채권은 소멸한다. 그러나 면제로써 정당한 이익을 가진 제삼자에게 대항하지 못한다.