

서울고등법원 2024. 10. 24 선고 2023나2027753 판결 [사해행위취소]

재판경과

서울고등법원 2024. 10. 24 선고 2023나2027753 판결

서울동부지방법원 2023. 6. 9 선고 2022가단112268 판결

전문

원고, 항소인A

소송대리인 변호사 김경남

소송복대리인 변호사 문경익

피고, 피항소인C

소송대리인 법무법인 신천

담당변호사 김순부, 정호산

변론 종결 2024. 9. 26

판결 선고 2024. 10. 24.

제1심판결 서울동부지방법원 2023. 6. 9. 선고 2022가단112268 판결

주문

1. 이 법원에서 추가한 원고의 청구를 포함하여 제1심 판결 중 원고의 피고에 대한 청구부분을 다음과 같이 변경한다.

가. 피고와 B 사이에 별지 목록 제1항 기재 토지에 관하여 2021. 6. 11. 체결된 근저당권설정계약과

2021. 6. 24. 체결된 근저당권설정계약 및 별지 목록 제2항 기재 건물에 관하여 2021. 6. 24.

체결된 근저당권설정계약을 145,000,000원의 한도 내에서 각 취소한다.

나. 피고는 원고에게 145,000,000원 및 이에 대하여 이 판결 확정일 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 5%의 비율에 의한 돈을 지급하라.

다. 원고의 나머지 청구를 기각한다.

2. 소송 총비용 중 1/5은 원고가, 나머지는 피고가 각 부담한다.

N

청 구 취 지 및 항 소 취 지

1. 청구취지

피고와 제1심 공동피고 B(이하 'B'이라고만 한다) 사이에 별지 목록 제1항 기재 토지에 관하여 2021. 6. 11. 체결된 근저당권설정계약과 2021. 6. 24. 체결된 근저당권설정계약 및 별지 목록 제2항 기재 건물에 관하여 2021. 6. 24. 체결된 근저당권설정계약을 각 취소하고, 2021. 8. 25. 자 변제행위를 157,500,000원의 범위 내에서 취소한다. 피고는 원고에게 157,500,000원 및 이에 대하여 이 판결 확정일 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 5%의 비율에 의한 돈을 지급하라(원고는 이 법원에서 피고와 B 사이의 각 근저당권설정계약 취소 청구를 추가하였다).

2. 항소취지

제1심 판결 중 원고의 피고에 대한 패소부분을 취소한다. 피고와 B 사이의 2021. 8. 25. 자 변제행위를 157,500,000원의 범위 내에서 취소한다. 피고는 원고에게 157,500,000원 및 이에 대하여 이 판결 확정일 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 5%의 비율에 의한 돈을 지급하라.1)

이 유

1. 기초사실

가. 원고의 B에 대한 채권

1) 원고의 B에 대한 투자금 등 지급 가) 원고는 2015년경 회사 동료의 소개로 알게 된 B으로부터, 주식 간접투자 상품, 공연분야 투자 상품, 예술분야 투자 상품 등에 투자하면 원금을 보장하고 소정의 수익금 지급을 약속한다는 등의 말을 듣고 돈을 투자해 왔다.

나) 원고와 B은 2017. 4.경 주식회사 D(이하 'D'라고 한다) 주식 30,000주(1주당 가격 10,000원)의 구주권을 공동으로 매입하고 소정의 조건 만료시 B이 수익의 50%를 원고에게 지급하기로 하는 '공동투자계약'을 체결하고(이하 '제1차 공동투자계약'이라고 한다), 원고는 B에게 2017. 4. 3. 2,000,000원을, 2017. 6. 18. 1,000,000원을 각 이체하였다.

다) 원고와 B은 제1차 공동투자계약의 투자금을 증액하기로 하면서 2018. 1. 31. D 주식 134,200주의 구주권을 공동으로 매입하는 '공동투자계약'을 체결하였다(이하 '제2차 공동투자계약'이라고 한다). 제2차 공동투자계약 제4조(투자기한)는 "투자계약 기간 또는 만기는 계약날로부터 2년으로 하며, 최대 기한은 투자목적물의 상장시기인 2020년으로 한다(2019년 코스닥 심사청구 예정)."라고, 제5조(수익배분)는 "계약 기간 동안 B은 원금을 책임지며 계약 만료후 주식을 매각하여 각종 세금 및 비용을 제외한 후 원금과 투자지분 수익의 50%를 원고에게 지급한다."라고, 제8조(투자금액/주식 수)는 "25,000,000원/ 2,500주"라고 각 규정되어 있다. 원고는 B에게 증액된 투자금 22,000,000원(2017. 10. 11. 12,000,000원, 2018. 1. 28. 5,000,000원, 2018. 2. 1. 5,000,000원)을 지급하였다[이하 제1, 2차 공동투자계약을 통틀어 '이 사건 공동투자계약'이라고 하고 나)항의 3,000,000원과 합하여 총 25,000,000원을 '이 사건 공동투자금'이라고 한다].

라) 원고는 B에게 예술 및 공연 분야 투자금으로 2021. 2. 5. 60,000,000원(30,000,000원씩 두 차례에 걸쳐 송금), 2021. 4. 21. 40,000,000원을 각 송금하였다(이하 '2021년 투자'라고 하고 위 돈 합계 100,000,000원을 '2021년 투자금'이라고 한다). 원고는 2021년 투자금에 대한 수익금 명목으로 2021. 3.부터 6.까지 B으로부터 총 7,000,000원을 지급받았다.

2) 원고와 B 사이의 주식양수계약 원고는 2018. 9. 19. B으로부터 B 소유의 D 주식 500주를 10,000,000원에 양수하기로 하고(이하 '이 사건 주식양수계약'이라고 한다) 그 무렵 B에게 양수대금 10,000,000원을 지급하였다.

3) B의 약속어음 공정증서 작성 B은 2021년 투자금과 관련하여 약속하였던 원금과 수익금 등을 제대로 지급하지 못하던 중 2021. 8. 25. 원고에게, 2021년 투자금 원금 100,000,000원과 수익금 10,000,000원을 합하여 액면금을 110,000,000원으로 하고, 발행인 B, 발행일 2021. 8. 25., 지급기일 2022. 2. 25., 발행지와 지급지, 지급장소가 모두 서울시인 약속어음을 작성하여 이를 공증인가 법무법인 G 증서 2021년 제163호로 공증해 주었다(갑 제6호증, 이하 '이 사건 약속어음공정증서'라고 한다).

나. B에 대한 기소

B은 2023. 7. 18.경 "주식 투자, 미술품 투자, 전시 및 공연사업 투자 등은 투자원금 반환이 보장되는 사업이 아니었고 안정적인 수익이 창출되는 것도 아니었으며 설령 투자금을 지급받더라도 투자자들에게 약속한 원금과 수익금을 지급할 능력이 없었음에도, 2017. 3. 29.경부터 2021. 5. 24.경까지 원고를 포함하여 32명의 피해자들로부터 총 합계 3,546,800,000원을 송금받아 편취하였다"는 등의 공소사실로 기소되었고, 이 법원 변론종결일 현재 서울중앙지방법원 2023고합646호로 형사재판이 계속 중이다. 위 공소사실에는 B이 원고로부터 이 사건 공동투자금과 2021년 투자금을 편취하는 등 사기행위를 하였다는 내용이 포함되어 있다.

다. B과 피고 사이의 근저당권설정계약 체결 등

- 1) B은 2020. 12. 29. H으로부터 별지 목록 제1항 기재 토지와 제2항 기재 건물(이하 각 '이 사건 토지'와 '이 사건 건물'이라고 한다)을 매수하고 2021. 1. 4. 소유권이전등기를 마쳤다.
- 2) B은 피고에게, ① 이 사건 토지에 관하여 2021. 6. 11. 자 설정계약을 원인으로 하는 채권최고액 130,000,000원의 2021. 6. 11. 자 근저당권설정등기를 마쳐 주고, ② 이 사건 토지와 건물에 관하여 2021. 6. 24. 자 설정계약을 원인으로 하는 채권최고액 170,000,000원의 2021. 6. 24. 자 근저당권설정등기를 마쳐 주었다(이하 통틀어 '이 사건 각 근저당권'이라고 한다).
- 3) 이 사건 토지 및 건물에 관하여는 2021. 1. 22. 자로 I조합이 채무자를 B으로 하는 채권최고액 210,000,000원의 근저당권설정등기(원인 2021. 1. 20. 설정계약)를 마쳐 둔 상태였는데, B은 2021. 8. 24. E에게 피고에 대한 근저당권채무, I조합에 대한 2021. 1. 22. 자 근저당권채무 등을 E가 인수하는 조건으로 이 사건 토지와 건물을 400,000,000원에 매도하고, 2021. 8. 25. 이 사건

토지와 건물에 관한 소유권이전등기를 마쳐주었다.

E는 2021. 8. 25. I조합에 176,476,185원을 변제하였고, 이 사건 토지와 건물에 관한 I조합의 근저당권설정등기 및 피고의 근저당권설정등기(2021. 6. 11. 자 및 2011. 6. 24. 자)는 모두 '2021. 8. 25. 해지'를 원인으로 하여 말소되었다(다만 말소등기는, I조합의 경우 2021. 8. 25.에, 피고의 경우 2021. 8. 27.에 각 마쳐졌다).

라. 관련 소송의 경과

한편 J은 B의 채권자라고 주장하며 2021. 11. 15. 피고를 포함한 10인을 상대로 B과 위 10인 사이에 체결된 주식양도계약이 사해행위라는 전제 하에 그 취소와 원상회복을 구하는 소송을 제기하였고, 이 법원 변론종결일 현재 그 소송이 계속 중이다(서울중앙지방법원 2021가단5310937호, 이하 '관련 소송'이라고만 한다).

[인정증거] 갑 제1 내지 3, 6 내지 11, 13 내지 17, 28 내지 32호증(가지번호 있는 것은 가지번호 포함, 이하 같다), 을 제1, 4호증의 각 기재 또는 음성, 변론 전체의 취지

2. 이 법원에서의 청구 추가에 관한 피고 주장에 대한 판단

가. 피고 주장의 요지

원고는 제1심 법원에서 피고를 상대로 B과 피고 사이의 2021. 8. 25. 자 변제행위의 취소(157,500,000원의 범위 내에서) 및 157,500,000원과 이에 대한 지연손해금의 지급을 청구하였는데, 제1심 법원은 원고의 피고에 대한 청구를 모두 기각하였다. 이에 대하여 원고가 항소하면서 이 법원에서 B과 피고 사이의 이 사건 각 근저당권 설정계약 취소 청구를 추가하였고(원고의 2023. 9. 25. 자 청구취지 및 청구원인 변경신청서), 피고는 이에 대하여 당초의 청구인 2021. 8. 25. 자 변제행위 취소청구와 청구기초의 동일성이 없고 제1심에서 판단하지 않은 주장이어서 당심에서도 이 부분 판단을 할 수 없다고 주장하고 있는바, 이는 이 부분 원고의 청구 추가가 허용되어서는 아니된다는 본안전항변으로 이해되므로, 이에 관하여 살펴본다.

나. 관련 법리

청구의 변경은 소송절차를 지연함이 현저한 경우가 아닌 한 청구의 기초에 변경이 없는 한도에서 사실심의 변론종결시까지 할 수 있는 것이고, 동일한 생활 사실 또는 동일한 경제적 이익에 관한

분쟁에 있어서 그 해결 방법에 차이가 있음에 불과한 청구취지 및 청구원인의 변경은 청구의 기초에 변경이 없다(대법원 1990. 1. 12. 선고 88다카24622 판결, 대법원 1998. 4. 24. 선고 97다44416 판결 등 참조).

다. 판단

이 사건에 관하여 보건대, 원고의 원래 청구는 피고에 대하여 피고가 이 사건 각 근저당권자로서 채무자인 B(또는 매수인인 E)으로부터 돈을 변제받은 행위(2021. 8. 25. 자 변제행위)가 사해행위임을 이유로 원고의 피보전채권액(157,500,000원) 범위 내에서 위 변제행위의 취소 및 그에 대한 가액배상으로서 위 157,500,000원의 지급을 구하는 내용이었다. 그런데 위 변제는 피고가 이 사건 각 근저당권자의 지위에서 돈을 지급받은 것이었던바, 원고가 이 법원에서 추가한 이 사건 각 근저당권 설정계약의 취소청구 역시 법률적 구성은 달리하지만 피고에 대하여 이 사건 각 근저당권자로서 이 사건 변제행위에 따라 지급받은 돈 또는 이익의 반환을 구하는 전제로서 사해행위의 취소를 구하는 것으로, 동일한 경제적 이익에 관한 분쟁에 있어 그 해결방법에 차이가 있음에 불과하여 청구기초의 동일성이 인정된다고 판단된다.

라. 소결론

따라서 피고의 이 부분 본안전항변은 이유 없다.

3. 본안에 관한 당사자들 주장의 요지

가. 원고 주장의 요지

원고는 B에 대하여, ① 주위적으로는 이 사건 약속어음 공정증서에 기한 110,000,000원의 채권(예비적으로는 B이 기소된 편취행위 관련 불법행위에 기한 106,092,163원의 손해배상채권을 주장한다), ② 이 사건 공동투자계약 종료에 따른 이 사건 공동투자금 37,500,000원(= 원금 25,000,000원 + 투자수익 12,500,000원)의 반환채권, ③ B이 이 사건 주식양수계약에 따라 양수대금을 지급받고도 그 주식을 양도해주지 않음에 따른 10,000,000원의 손해배상채권(또는 선택적으로, B이 애당초 D 주식을 원고에게 양도하는 것이 경제적·사실적 불능이었음을 이유로 하는 불법행위에 따른 손해배상채권)2) 합계 157,500,000원의 채권을 가지고 있다. 그런데 B은 무자력 상태에서 피고에게, 그 소유의 이 사건 토지에 관한 2021. 6. 11. 자 근저당권 및 이 사건 토지와

건물에 관한 2021. 6. 24. 자 근저당권을 각 설정해 주었던바, 이는 원고를 포함한 일반 채권자를 해하는 사해행위이므로 취소되어야 한다. 그리고 B이 이 사건 토지와 건물을 E에게 400,000,000원에 매도하면서 E로 하여금 매매대금의 지급에 갈음하여 피고에 대한 근저당권부 채무 변제 명목으로 223,523,814원(= 400,000,000원 - 조합에 변제한 176,475,185원)을 피고에게 지급하게 하였으므로, B과 피고 사이의 2021. 8. 25. 자 변제행위 역시 사해행위에 해당한다. 따라서 위 변제행위는 원고의 피보전채권액인 157,500,000원의 범위 내에서 취소되어야 하고, 현재 원상회복은 불가능하므로, 피고는 가액배상으로 원고에게 위 피보전채권액인 157,500,000원 및 이에 대하여 이 판결 확정일 다음 날부터의 지연손해금을 지급할 의무가 있다(원고는 변제행위에 대하여는 157,500,000원의 범위 내에서 취소를 구하면서도 이 사건 각 근저당권설정계약에 대하여는 전부의 취소를 구하고 있다).

나. 피고 주장의 요지

원고 주장의 채권들은 피고가 이 사건 토지와 건물에 관하여 근저당권을 설정할 당시에는 성립하지 않았거나 성립되리라는 고도의 개연성이 있다고 볼 수 없어 사해행위 취소소송의 피보전채권이 될 수 없다. 그리고 관련 소송 등에서 나타난 자료에 의하면, 피고가 이 사건 토지와 건물에 관하여 각 근저당권을 설정할 당시 B은 1주당 가격이 20,000원 내지 30,000원이었던 D 주식 수십만 주를 소유하고 있었기 때문에 무자력이라고 보기도 어렵다.

4. 본안에 관한 판단

가. 피보전채권의 성립

1) 관련 법리 채권자취소권에 의하여 보호될 수 있는 채권은 원칙적으로 사해행위라고 볼 수 있는 행위가 행하여지기 전에 발생한 것임을 요하지만, 그 사해행위 당시에 이미 채권 성립의 기초가 되는 법률관계가 발생되어 있고, 가까운 장래에 그 법률관계에 터 잡아 채권이 성립되리라는 점에 대한 고도의 개연성이 있으며, 실제로 가까운 장래에 그 개연성이 현실화되어 채권이 성립된 경우에는, 그 채권도 채권자취소권의 피보전채권이 될 수 있다(대법원 1995. 11. 28. 선고 95다27905 판결, 대법원 2012. 2. 23. 선고 2011다76426 판결 등 참조).

2) 이 사건에 관한 판단 가) 앞서의 기초사실 및 앞서 살펴본 이 사건 제2차 공동투자계약에서 약정한

만기(계약일인 2018. 1. 31.부터 2년)와 최대 기한(2020년)이 이미 도과한 점, 원고가 B를 상대로 "이 사건 약속어음 공정증서 채권 110,000,000원, 이 사건 공동투자계약을 각 체결하고도 원금과 수익금을 제대로 지급하지 않는 등 채무를 불이행함에 따른 37,500,000원(= 투자원금 25,000,000원과 수익금 12,500,000원)의 손해배상채권, 이 사건 주식양수계약을 체결하고도 주식을 양도하지 아니함에 따른 10,000,000원의 손해배상채권"의 합계 157,500,000원 및 이에 대한 지연손해금의 지급을 청구하였는데 B이 원고의 소장부분을 송달받고도 아무런 답변서 등을 제출하지 아니함에 따라 민사소송법 제208조 제3항 제2호, 제150조 제3항에 따라 원고 전부 승소의 판결(이 사건 제1심 판결)이 2023. 6. 9. 선고되어 그 무렵 확정된 사정까지 종합해 보면, 원고는 B에 대하여 ① 이 사건 약속어음 공정증서 채권 110,000,000원, ② 이 사건 공동투자계약상의 채무불이행에 기한 원금 반환채권 25,000,000원, ③ 이 사건 주식양수계약상 채무불이행에 기한 손해배상채권 10,000,000원 합계 145,000,000원 및 이에 대한 지연손해금의 채권을 가지고 있었다고 판단된다.

원고는 ②의 채권과 관련하여 수익금 12,500,000원의 채권이 추가로 존재한다고 주장하나, 앞서 살펴본 이 사건 제1, 2차 공동투자계약(이 사건 공동투자계약)의 내용에 의하면 B이 원고에 대하여 투자 원금을 보장한 것 외에는 '계약 만료 후 주식을 매각하여 각종 세금 및 비용을 제외한 후 원금과 투자지분 수익의 50%'를 지급하기로 약정하였을 뿐이다. 그런데 원고가 내세우는 증거들만으로는 B이 제1, 2차 공동투자계약에 따라 D 주식을 매수하였다고 인정하기도 어렵고(오히려 갑 제21, 27호증의 각 기재에 의하면, 서울동부지방법원의 재산명시절차에서 B이 제출한 재산목록에 'D 주식'은 없고, 서울강남경찰서 수사과정에서 B이 'D 주식을 보유한 적이 없다'고 진술하였음을 알 수 있다), 달리 B의 원고에 대한 수익금 지급의무가 발생하였음을 인정할 증거가 없다. 따라서 B이 D 주식을 매수한 경우를 전제로 하는 수익금 지급에 관한 원고 주장은 이유 없다.

또한 원고는 ②의 채권과 관련하여, 제1, 2차 공동투자계약에 따른 정산의무를 B이 이행하지 않은 이상(원래 약정한) 코스닥 상장시점 또는 미상장시에는 최대 투자기간 익일인 2021. 1. 1.을 기준으로 한 D 주식의 1주당 가격(적어도 20,000원)에 따라 원고가 공동투자한 D 주식 2,500주의 투자수익을 산정한 12,500,000원이 원고에게 귀속되어야 한다는 취지로도 주장한다(원고의 2024.

1. 16. 자 준비서면). 그러나 앞서 살펴본 제1, 2차 공동투자계약의 내용에 비추어 보면 B이 원고에 대하여 위와 같은 정산금 또는 그 상당의 손해배상의무를 부담한다고 인정하기 어렵다. 이 부분 원고 주장을 제1, 2차 공동투자계약이 제대로 이행되었더라면 원고가 얻었을 이행이익 상당의 손해배상을 구하는 취지로 보더라도, 이 사건에 제출된 자료만으로는 그 대상물인 D 주식의 객관적 가치를 확정할 수 없다는 점에서도 이 부분 원고 주장을 받아들이기 어려움은 마찬가지이다(나아가, 원고의 이 사건 공동투자금 역시 B이 원고 등으로부터 편취한 돈에 포함되어 그 공소사실에 대한 형사재판이 계속 중임은 앞서 본 바인바, 이 사건 공동투자계약이 편취의 불법행위라는 전제 하에서도 원고가 지급한 원금 외에 그 주장의 수익금까지 원고의 손해라고 보기도 어렵다).

나) 원고의 각 채권의 발생경위에 비추어 볼 때 B과 피고 사이의 이 사건 각 근저당권 설정계약이 체결될 당시에 이미 원고의 위 각 채권 성립의 기초가 되는 법률관계가 발생되어 있었다고 할 것이고, 여기에다가 B이 원고를 포함한 다수 피해자들로부터 수십억 원을 편취하였다는 공소사실로 기소되었던바 그 공소사실에 나타난 사정, 관련 소송의 진행 경과 등에 비추어 보면 앞서와 같은 기초적인 법률관계가 발생한 뒤 이에 기하여 곧 원고의 위 각 채권이 발생하리라는 고도의 개연성이 있었다고 인정되며, 이 법원 변론종결일 무렵까지 원고가 이 사건 공동투자와 관련하여 약정된 수익금 등을 지급받았다거나 이 사건 약속어음 공정증서에 기한 돈을 지급받았다거나 또는 B이 이 사건 주식양도계약에 따른 채무를 이행하였다는 점에 관한 아무런 자료를 찾아볼 수 없는 이상 위 개연성이 현실화되었다고 판단된다.

다) 따라서 원고의 위 각 채권 합계 145,000,000원은 이 사건 사해행위취소의 피보전채권이 될 수 있다(원고 주장의 피보전채권 중 ①의 채권과 관련하여 원고의 주위적 주장에 따른 이 사건 약속어음 공정증서 채권을 인정하고 ③의 채권과 관련하여 원고의 선택적 주장 중 채무불이행에 기한 손해배상채권을 인정하는 이상, ① 채권에 관한 예비적 주장인 불법행위에 따른 손해배상채권 주장 및 ③ 채권에 관한 다른 선택적 주장들에 대하여는 판단하지 아니한다). 원고의 주장은 위 인정범위 내에서 이유 있다.

나. B의 무자력

1) 갑 제20, 21, 27, 29, 30호증의 각 기재, 제1심 법원의 서울강남경찰서에 대한 사실조회결과에

변론 전체의 취지를 종합하면, ① 관련 사건의 원고인 J의 신청에 따라 서울동부지방법원 2021. 10. 20. 자 2021카불51664 결정으로 'B을 채무불이행자명부에 등재한다'는 결정이 내려진 사실, ② B은 서울동부지방법원 2021카명52769 재산명시절차에서 자신의 재산에 관하여 주식(약 13,000,000원 상당)과 자동차(89년식 쏘나타)만을 기재하고 이 사건 토지와 건물은 '1년 이내 유상양도한 부동산'으로 기재하였던 사실, ③ 현재 B은 기소되어 형사재판 중인데(서울중앙지방법원 2023고합646호) 그 공소사실에 의하면, B은 2015. 2.경부터 2017. 8.경까지 불특정 다수의 사람들에게 원금과 수익금 반환을 보장한다면서 합계 약 45억 원의 자금을 유치한 사건의 공범으로 유사수신행위규제에관한법률위반죄로 형사재판 계속 중이었고 그 관련자들로부터 자금 반환 요구를 받는 등의 이유로 새로운 사업과 관련하여 투자를 받더라도 약속한 대로 원금과 수익금을 지급할 능력이 없었음에도 불구하고 다시 "원고를 포함한 다수 피해자들을 상대로 2017. 3. 29.경부터 2021. 5. 24.경까지 사이에 상장주식 투자, 미술품, 공연사업 투자 등과 관련하여 원금을 보장하고 수익금 지급을 약속한다고 기망하여 피해자 32명으로부터 총 3,646,800,000원을 편취하고, 수탁법인 투자 관련 유사한 수법으로 2019. 1. 10.경부터 2021. 4. 30.경까지 총 2,012,346,182원(= 피해자 K으로부터 1,402,346,182원 + 피해자 L로부터 610,000,000원)을 편취한 행위"로 인해 2023. 7. 18.경 재차 기소된 사실, ④ 제1심 법원은 B의 재산상태를 파악하기 위해 강남경찰서를 상대로 사실조회를 하였는데 2022. 11. 29. 도착한 회신내용에 의하면 위와 같이 기소된 사건 외에 별도로 B에 관하여 수사하였던 사건[강남경찰서 사건번호 2022-12373(2022형제39523호)]이 존재하고 그와 관련하여서는 37명의 피해자가 총 5,348,200,000원을 편취당하였다고 조사된 사실, ⑤ 위 수사 사건 당시 B은 수사 과정에서 "조사 당시에는 보증금 10,000,000원과 채권 2,000,000,000원이 있었으나 현재에는 보증금은 없고 채권만 있다. D 주식은 처음부터 가지고 있지 않았다"고 진술하였던 사실 등이 인정된다. 위 인정사실에 의하면, B과 피고 사이의 이 사건 각 근저당권설정계약이 체결될 무렵 B은 채무 초과상태였다고 판단된다.

2) 피고는, 당시 B이 무자력이 아니었다고 다투고 있으나 이 사건에 나타난 자료들만으로는 피고 주장처럼 당시 B이 D 주식 수십만 주를 보유하고 있었다고 인정하기 부족하고, 달리 이 점을 인정할 증거가

없다(오히려 B이 원고에게 D 주식 500주를 10,000,000원에 양도하기로 하고서도 그 의무를 이행하지 못하였음은 앞서 본 바이다).

다. 사해행위의 성립

1) 관련 법리 채무자 소유 부동산에 담보권이 설정되어 있으면 그 피담보채권액을 공제한 나머지 부분만이 일반 채권자들의 공동담보로 제공되는 책임재산이 되므로 피담보채권액이 부동산의 가액을 초과하고 있는 때에는 그와 같은 부동산의 양도나 그에 대한 새로운 담보권의 설정은 사해행위에 해당한다고 할 수 없으나, 위와 같이 새로 설정된 담보권의 말소를 구하는 사해행위취소 청구에 앞서 선순위 담보권 설정행위가 사해행위로 인정되어 취소되고 그에 기한 등기가 말소되었거나 채권자가 선순위 담보권과 후순위 담보권에 대한 사해행위취소 및 등기말소를 구하는 소송에서 선순위 담보권 설정행위가 사해행위로 인정되는 경우에는 후순위 담보권 설정행위가 사해행위에 해당하는지 여부를 판단함에 있어 그 선순위 담보권의 피담보채무액을 당해 부동산에 설정된 담보권의 피담보채무액에 포함시켜서는 안 된다(대법원 2007. 7. 26. 선고 2007다23081 판결 참조).

2) 이 사건에 관한 판단 가) 원고의 청구에 대한 판단

(1) 갑 제14호증의 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 이 사건 각 근저당권 설정계약 체결 당시 이 사건 토지와 건물은 B이 소유한 유일한 부동산이었고 그 시가는 약 400,000,000원 정도였던 사실, 이 사건 토지와 건물에 관하여는 피고보다 먼저 I조합이 2021. 1. 22. 채권최고액 210,000,000원의 근저당권을 설정하였던 사실이 인정되고, 한편 이 사건 각 근저당권 설정계약 체결 당시인 2021. 6.경 B의 I조합에 대한 채무는 E가 이 사건 토지와 건물을 매수하며 2021. 8. 25. I조합에 변제한 176,476,185원에 미치지 못하거나 동일한 액수일 것이음이 경험칙상 인정된다.

그렇다면 B이 원고를 포함한 다수 채권자들에 대하여 수십억 원의 채무를 부담하는 등 채무 초과 상태에서 그 소유의 유일한 부동산인 이 사건 토지와 건물에 관하여 피고에게 이 사건 각 근저당권을 설정한 행위는 사해행위라 할 것이다.

(2) 원고는 그 밖에도 2021. 8. 25. 자 변제행위 역시 사해행위라고 주장하며 그 취소를 구하고 있으나, 원고가 문제삼는 위 변제는 앞서 사해행위로 인정된 이 사건 각 근저당권 설정행위를 원인으로 하여 피고가 근저당권자로서 변제받은 것에 불과하고, 후술하듯 그 원인행위인 이 사건 각

근저당권 설정계약을 사해행위로 판단하여 이를 취소할 것을 명하는 이상 별도로 위 변제를 가리켜 독립된 사해행위라고 보기는 어렵다. 원고의 이 부분 청구는 이유 없다.

나) 피고의 주장에 대한 판단

피고는, 피고가 B와 공동으로 이 사건 토지와 건물을 매수하기로 구두합의한 다음 편의상 등기명의만 B 1인으로 해놓은 것이고, 이후 B이 임의로 조합으로부터 대출을 받는 등의 행위를 한 것을 알게 되어 자신의 권리를 확보하고자 이 사건 각 근저당권을 설정한 것이므로 사해행위가 아니라고 주장한다.

살피건대, 피고와 B 사이에서 내부적으로 이 사건 토지와 건물을 1/2 지분씩 공유하기로 합의하였음은 별론으로 하고[피고가 내세우는 '부동산 공동소유자 합의서'(을 제2호증 중 전자기록 제4면)는 B이 이 사건 토지와 건물에 관하여 소유권이전등기를 마친 이후인 2021. 2. 9. 작성되고 인증되었다], 적어도 H으로부터 2020. 12. 29. 이 사건 토지와 건물을 매수할 당시에 그 '매수인'이 B 1인이 아니라 B과 피고 2인이라고(즉, 공동매수하였다고) 인정할 만한 아무런 객관적 자료가 없는바, 그렇다면 부동산 명의신탁에 관한 관련 법리에 비추어 볼 때 이 사건 토지와 건물은 대외적으로 매수인이자 등기명의인인 B의 소유이고, 피고는 B에 대하여 금전채권을 주장할 수 있을 뿐으로 판단되므로, 이와 다른 전제 하의 피고의 위 주장은 이유 없다.

피고는 또한, 이 사건 각 근저당권 중 이 사건 토지에 관하여 2021. 6. 11. 자 근저당권이 설정된 이후에 2021. 6. 24. 자로 이 사건 토지와 건물에 관한 근저당권이 설정된 이상, 2021. 6. 11. 자 근저당권 설정으로 인해 이 사건 토지와 건물 중 '일반채권자들의 공동담보에 제공되는 부분'이 없게 되었으므로 2021. 6. 24. 자 근저당권 설정행위는 사해행위가 아니라는 취지로도 주장하나, 앞서 1)항에서 살펴본 법리에 비추어 볼 때 2021. 6. 11. 자 근저당권 설정행위를 포함하여 이 사건 각 근저당권 설정행위 모두가 사해행위로 판단된다. 다른 전제 하의 피고의 위 주장은 독자적인 것으로 받아들이기 어렵다.

라. 취소의 범위 및 원상회복의 방법(가액배상의무의 발생)

B과 피고 사이에서 이 사건 각 근저당권 설정계약이 체결된 이후에 B이 이 사건 토지와 건물을 E에게 매도하고 소유권이전등기까지 마쳐준 사실, E가 이 사건 토지와 건물을 400,000,000원에

매수하면서 B의 I조합에 대한 채무 176,476,185원을 대신 변제한 사실은 앞서 본 바와 같다. 이에 더하여 앞서의 증거들과 변론 전체의 취지에 의하여 알 수 있는 것처럼, E가 이 사건 제1심 공동피고로서 제1심 법원에 제출한 2022. 10. 6. 자 준비서면에서 위 매매대금의 지급에 관하여 '피고가 E 대신 지급받아 보관하고 있던 220,000,000원의 전세금, 80,000,000원 이상의 대여금'을 피고로부터 돌려받는 대신 피고의 근저당권설정등기를 말소하였다고 주장한 점, 피고는 'B으로부터 이 사건 각 근저당권과 관련하여 지급받은 돈은 없다'라고만 주장하며 E의 위 주장에 대하여 별다른 설명을 하지 않다가 이 법원의 2024. 8. 14. 자 석명준비명령에 대하여 비로소 "(피고가) E의 전세보증금 220,000,000원을 보관하고 있었고 E로부터 빌린 돈이 이자까지 합쳐 80,000,000원을 초과하기에 이 사건 토지와 부동산에 설정된 피고의 근저당권을 말소시켜 주었다"라고 설명하고 있는 점(피고의 2024. 8. 30. 자 준비서면), 피고와 E는 남매로서 제1심 진행 당시 동일한 소송대리인을 선임하였던 점(E의 위 주장이 담긴 2022. 10. 6. 자 준비서면도 그 소송대리인이 제출한 것이다) 등의 사정을 종합해 보면, B은 E가 피고와 I조합의 각 근저당권부 채무를 모두 인수하는 조건으로 이 사건 토지와 건물을 E에게 매도하였고, 그러한 이유로 E로부터 매매대금 명목의 돈을 별도로 지급받지는 않았으며, 같은 이유에서 E 역시 피고에게 직접 돈을 지급하지는 않았지만, 피고와 사이에서 E가 인수한 'B의 피고에 대한 채무'와 기왕에 존재하였던 'E의 피고에 대한 채권(피고와 E 모두 300,000,000원 이상이라고 주장하고 있다)'을 서로 상계하기로 하는 묵시적 합의가 이루어져 그에 따라 피고가 이 사건 각 근저당권(이 사건 토지에 관한 채권최고액 130,000,000원의 근저당권 및 이 사건 토지와 건물에 관한 채권최고액 170,000,000원의 근저당권)을 모두 말소한 것으로 판단된다. 이로써 피고는 적어도 이 사건 각 근저당권의 피담보채무액 상당의 이익을 얻었다고 할 것이고 그 액수는 앞서 인정된 원고의 피보전채권액 145,000,000원보다 다액임이 분명하다. 따라서 사해행위인 이 사건 각 근저당권설정계약은 원고의 피보전채권액인 145,000,000원의 한도 내에서 취소되어야 하고, 피고는 원고에게 가액배상으로 위 145,000,000원 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

마. 소결론

피고와 B 사이에 이 사건 토지에 관하여 체결된 2021. 6. 11. 자 근저당권 설정계약과 2021. 4. 24.

자 근저당권 설정계약 및 이 사건 건물에 관하여 체결된 2021. 4. 24. 자 근저당권 설정계약은 모두 원고를 포함한 B의 일반채권자들을 해하는 사해행위이므로 원고의 피보전채권액인 145,000,000원의 한도 내에서 각 취소되어야 하고, 다만 그 이후 이 사건 토지가 제3자인 E에게 매도되고 피고의 이 사건 각 근저당권 설정등기가 모두 말소된 이상 원상회복이 불가능하므로, 피고는 가액배상으로 원고에게 145,000,000원 및 이에 대하여 이 판결 확정일 다음 날부터 다 갚는 날까지 민법 소정의 연 5%의 비율에 의한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

5. 결론

그렇다면 원고의 이 사건 청구는 위 인정범위 내에서 이유 있어 이를 인용하고 나머지 청구는 이유 없어 이를 기각하여야 한다. 이와 일부 결론을 달리한 제1심 판결은 부당하므로 원고가 이 법원에서 추가한 청구와 원고의 항소를 일부 받아들여 제1심 판결을 주문 제1항과 같이 변경하기로 한다.

재판장판사성지용

판사백숙중

판사유동균

별지

1) 원고는 2023. 6. 22. 자 항소장의 항소취지 란에, (이 법원에서 확장한 청구취지와 같이) 피고와 B 사이의 각 근저당권설정계약 취소를 구하는 내용도 함께 기재하였으나, 항소심에서 새로이 청구가 확장된 부분에 대하여는 애당초 항소가 제기될 여지가 없는 것이므로 청구취지만 확장된 것으로 보고 항소취지는 당초의 불복범위에 한정되는 것으로 정리하였다.

2) 원고는 B의 불법행위 또는 채무불이행에 기한 손해배상채권 외에도 2021. 8. 11.경의 해제권 행사에 따른 채권도 선택적으로 주장하고 있는 취지로도 이해되나(원고의 2024. 9. 9. 자 준비서면), 뒤에서 보는 것처럼 '채무불이행에 기한 손해배상채권'을 인정하는 이상 나머지 선택적 주장에 관하여는 판단하지 아니한다.