

서울고등법원 2023. 4. 13 선고 2021나2043355 판결 [사해행위취소]

재판경과

서울고등법원 2023. 4. 13 선고 2021나2043355 판결

서울북부지방법원 2021. 10. 28 선고 2021가합20372 판결

전 문

원고, 항소인 A

소송대리인 변호사 김보건

피고, 피항소인 B

소송대리인 법무법인(유한) 율촌

담당변호사 김연학, 박종하

변론종결 2023. 3. 2.

판결선고 2023. 4. 13.

제1심판결 서울북부지방법원 2021. 10. 28. 선고 2021가합20372 판결

주 문

1. 제1심판결을 취소한다.
2. 피고와 C 사이에 2019. 12. 16. 별지 1, 2, 3 목록 기재 각 부동산에 관하여 체결된

근저당권설정계약을 모두 취소한다.

3. 피고는 C에게,

가. 별지 1 목록 기재 부동산에 관하여 서울북부지방법원 2019. 12. 16. 접수 제162871호로 마친,

나. 별지 2 목록 기재 부동산에 관하여 서울북부지방법원 2019. 12. 16. 접수 제162872호로 마친,

다. 별지 3 목록 기재 부동산에 관하여 서울북부지방법원 2019. 12. 16. 접수 제162873호로 마친

각 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.

4. 소송 총비용은 피고가 부담한다.

N

청 구 취 지 및 항 소 취 지

주문과 같다.

이 유

1. 기초사실

가. C의 이 사건 토지 및 구건물에 관한 근저당권 설정

1) C은 2017. 7. 10. 서울 강북구 D 대 149㎡(이하 ‘이 사건 토지’라 한다) 및 그 지상 벽돌조 슬래브지붕 2층 근린생활시설 및 주택(이하 ‘이 사건 구건물’이라 한다)에 관하여 자기 명의의 소유권이전등기를 마친 다음, 같은 날 E조합에게 이 사건 토지 및 구건물에 관하여 각 채권최고액을 650,000,000원으로 한 근저당권(제1순위 근저당권)을 설정해 주었다.

2) C은 이 사건 토지 및 구건물에 관하여 근저당권자를 원고로 하여 2018. 3. 28. 채권최고액 350,000,000원, 같은 해 6. 27. 채권최고액 200,000,000원의 각 공동근저당권(제2순위

근저당권)을 설정해 주었다.

한편 피고는 위 각 근저당권의 피담보채권으로 원고가 C에게 2018. 3. 27. 220,000,000원, 같은 해 6. 27. 112,500,000원 등 합계 332,500,000원을 각 대여한 사실을 자인하고 있다.1) 그런데 원고는 C를 상대로 위 2018. 6. 27. 자 대여에 관하여 의정부지방법원 2020가단88936호로 대여금 청구의 소를 제기하여, 2020. 10. 21. 'C은 원고에게 150,000,000원 및 이에 대하여 2020. 8. 13.부터 다 갚는 날까지 연 12%의 비율에 의한 돈을 지급하라'는 무변론 판결을 선고받았고, 위 판결은 2020. 12. 9. 확정되었다.

3) C은 2018. 8. 20. F에게 이 사건 토지 및 구건물에 관하여 각 채권최고액을 260,000,000원으로 근저당권(제3순위 근저당권)을 설정해 주었다.

나. C의 이 사건 신건물 신축 및 소유권보존등기

1) C이 2017. 7. 10. 이 사건 토지 위에 새로운 건물을 짓기 위하여 이 사건 구건물에 대한 철거신고를 함에 따라 이 사건 구건물의 건축물대장은 2017. 8. 9. 말소되었다.

2) C은 이 사건 구건물을 철거하고 2018. 5.경 이 사건 토지 위에 철근콘크리트구조 철근콘크리트평지붕 6층 공동주택(단지형 다세대주택) G건물(이하 '이 사건 신건물'이라 한다)를 신축하였다.

3) 이 사건 신건물의 구분건물들에 관하여 서울북부지방법원 2019. 4. 29.자 가처분결정(2019카합20082)에 기한 촉탁에 따라 2019. 4. 29. E조합 명의의 추가근저당권설정등기청구권 보전을 위한 처분금지가처분등기가 마쳐지면서 등기관 직권으로 C 명의의 소유권보존등기가 마쳐졌다.

다. C의 이 사건 신건물에 관한 근저당권 설정

1) C은 이 사건 신건물의 I호, J호, K호(별지 1, 2, 3 목록 기재 각 부동산과 같다. 이하 '이 사건 신건물 3채'라 한다)에 관하여, 2019. 5. 13. 이 사건 토지 및 구건물의 제3순위 근저당권자였던 F에게 각 채권최고액을 150,000,000원으로 한 근저당권설정등기를 마쳐 주었다.

2) C은 2019. 12. 16. 피고와 사이에 이 사건 신건물 3채에 관하여 각 근저당권설정계약을 체결하고(이하 ‘이 사건 근저당권설정계약’이라고 한다), 피고에게 같은 날 이 사건 신건물 3채에 관하여 이 사건 근저당권설정계약을 원인으로 하여 청구취지 기재와 같이 각 채권최고액을 150,000,000원으로 한 근저당권설정등기(이하 ‘이 사건 근저당권설정등기’라 한다)를 마쳐 주었다. 그 후 2019. 12. 23. F 명의의 위 1)항 기재 각 근저당권설정등기는 말소되었다.

라. 경매절차에서의 원고 등에 대한 배당

1) 이 사건 토지에 대한 임의경매절차(서울북부지방법원 H)에서 2019. 10. 23. 근저당권자인 원고에게 42,365,401원, 원고의 근저당권부채권에 대한 질권자인 주식회사 P에게 201,446,575원이 각 배당되었다.

2) C 소유의 서울 강북구 Q 대 72.1㎡ 외 2필지 및 그 지상 5층 다가구주택 및 근린생활시설에 대한 임의경매절차(서울북부지방법원 R)에서 2020. 7. 22. 가압류권자(청구금액 150,000,000원)인 원고에게 6,587,800원이 배당되었다.

[인정근거] 갑 제1 내지 7, 9, 10, 17, 19호증(가지번호 있는 서증은 가지번호 포함, 이하 같다)의 각 기재, 이 법원의 법원행정처장에 대한 사실조회 결과, 변론 전체의 취지

2. 제척기간 도과 여부(본안전 항변에 대한 판단)

가. 관련 법리

채권자취소의 소는 채권자가 취소원인을 안 날로부터 1년, 법률행위가 있는 날로부터 5년 이내에 제기되어야 한다(민법 제406조 제2항). 여기서 ‘취소원인을 안 날’이라 함은 채권자가 채권자취소권의 요건을 안 날, 즉 채무자가 채권자를 해함을 알면서 사해행위를 하였다는 사실을 알게 된 날을 의미한다. 따라서 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 사실을 알 것을 요한다. 사해행위의 객관적 사실을

알았다고 하여 취소의 원인을 알았다고 추정할 수 없다. 제척기간의 도과에 관한 증명책임은 채권자취소소송의 상대방에게 있다(대법원 2013. 4. 26. 선고 2013다5855 판결, 대법원 2009. 10. 29. 선고 2009다47852 판결 등 참조).

나. 판단

위 법리에 비추어 보면, 피고가 제출한 증거만으로는 피고가 주장하는 2019. 10. 23.경부터 같은 해 12. 26.경까지 사이에 원고가 C와 피고 사이에 2019. 12. 16. 이 사건 근저당권설정계약이 체결되었다는 사실을 알았다거나 이 사건 근저당권설정계약이 사해행위에 해당한다는 사실을 알았다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다. 따라서 2021. 1. 21. 제기된 이 사건 소가 취소원인을 안 날로부터 1년의 제척기간이 도과하여 부적법하다는 피고의 본안전 항변은 받아들이지 아니한다. 구체적인 이유는 다음과 같다.

① 피고는 2019. 12. 23. '며칠 전 근저당권을 다시 설정하였다'는 취지의 문자메시지(을 제5호증)를 S을 통하여 원고에게 보냈고, 원고가 이를 읽어 보고 그 내용을 인식하였으므로 이때부터 이 사건 소의 제척기간이 진행한다는 취지로 주장한다.

그런데 채권자취소권 행사의 대상은 '법률행위'이지 '등기'가 아닌바, 위 문자메시지만으로는 '언제 체결한 어떠한 내용의 근저당권설정계약을 원인으로 근저당권설정등기를 마친 것'인지가 명확히 나타나 있지 않다. 원고가 위 문자메시지를 받아 읽어 보았다고 가정하더라도 현실적으로 이 사건 신건물 3채에 관한 등기부등본을 발급받아 그 계약일을 확인하였다는 사정이 인정되지 않는 한 이러한 문자메시지의 내용만으로 '근저당권설정계약일이 언제인지 및 그 계약일 시점에 C의 소극재산이 적극재산을 초과하여 그 계약이 사해행위에 해당한다는 사실'을 원고가 알았다고 단정하기 어렵다(대법원 2011. 1. 13. 선고 2010다81353 판결 참조).

② 갑 제6, 24호증, 을 제1, 10, 11, 14호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 보태어 보면, ㉠ 피고는 2019. 5. 13. 이 사건 신건물 3채에 관하여 F을 근저당권자로 하여 제1순위 근저당권설정등기를 마쳤는데, 원고는 피고가 F 명의를 빌려 허위채권으로 위 근저당권설정등기를 마친 것으로 보고 2019. 9. 30.경 서울북부지방법검찰청에 피고 및 F에 대하여「부동산 실권리자명의 등기에 관한

법률」위반 혐의로 진정하였던 사실, ㉠ 이에 피고는 2019. 12. 16. 이 사건 신건물 3채에 관하여 피고를 근저당권자로 한 이 사건 근저당권설정등기를 마치고, 2019. 12. 23. F 명의의 위 근저당권설정등기를 말소하였으며, 2019. 12. 26. 서울북부지방법검찰청 조사과에서 조사를 받으면서 친구인 F 명의를 빌려 위 근저당권설정등기를 마친 것을 인정한 사실, ㉡ 원고는 이듬해 2020. 1.경 'D의 채권자 합의에 대한 원고의 입장'이라는 문건을 작성하였는데, 위 문건에는 이 사건 신건물 3채의 근저당권자를 여전히 'F(B)'라고 지칭하면서 '이 사건 신건물 3채에 관하여 F(B)은 2019. 4. 29. 가처분 등기촉탁으로 집합건물등기가 경로되자 허위채권으로 제1순위 설정을 마쳤다. F(B)에게 원금(4~4.1억 원)으로 채권포기 의사를 밝히고 인수해 갈 것을 제안했으나 F(B)은 거절하였다. 합의 불발 시 F(B)에 대한 형사절차는 속행한다. F(B)은 유치권자와는 동순위이나 원고와의 관계에서는 후순위이다'는 내용 등이 기재되어 있는 사실이 인정된다.

만일 원고가 2019. 12. 23. S이 보낸 문자메시지를 실제 읽어보고 그 의미를 파악하거나 이 사건 신건물 3채에 관한 등기부등본을 확인하였더라면, 이미 근저당권설정등기가 말소되어 무의미한 'F'의 이름을 거론하며 '허위채권'을 언급하거나 과거 가처분을 통한 소유권보존등기 촉탁 사실까지 언급하지는 않았을 것이고, 오히려 피고 명의로 2019. 12. 16. 경로한 이 사건 근저당권설정등기를 언급하며 문제 삼았을 것이다. 이러한 사정에 비추어 보면, 원고는 2020. 1.경에 이르러서도 '피고의 이 사건 근저당권설정등기 경로 및 F 명의의 위 근저당권설정등기 말소' 사실을 제대로 인식하지 못하였을 가능성이 있다.

③ 증인 S은 이 법원에서 "(C의 재산을) 같이 찾으러 다닌 적은 없습니다. 처음에 한 번 모였다가 원고만 저와 같이 찾으러 갔습니다.", "(C 명의의 재산이) 여러 군데 많았는데 전세가 끼어 있어서 다 가치가 없는 것이었습니다."라고 진술하여 2019. 10.경부터 원고가 C 명의의 재산을 파악하였고, 공동담보가 충분하지 않다는 사실을 인지하였다는 취지로 진술하였다.

그러나 이는 C의 적극재산의 내역과 가액이 얼마이고, 소극재산의 내역 및 그 가액이 얼마인지, 어떠한 방법으로 누구를 통하여 개인의 금융거래정보 등에 관한 내역을 알아내었는지에 관한 내용을 담고 있지 않아 구체성이 떨어지고, 막연히 소극재산이 적극재산을 초과하였을 것이라는 추측만으로는 무자력 상태를 안 것이라고 보기 어렵다. 위 증인도 원고 소송대리인의 반대신문에는

'C의 재산 내역을 다 알지 못한다'라고 진술하였다. 따라서 이러한 내용의 증언만을 가지고 원고가 피고의 이 사건 근저당권설정계약 시점에 C의 소극재산이 적극재산을 초과한다는 사실을 인식하였다고 단정할 수 없다.

3. 사해행위 성립 여부(본안에 대한 판단)

가. 피보전채권의 존재

피보전채권액은 사해행위 당시를 기준으로 하되 이후 변론종결 시까지 발생한 이자나 지연손해금도 포함된다(대법원 1999. 9. 7. 선고 98다41490 판결, 대법원 2002. 4. 12. 선고 2000다63912 판결 등 참조).

앞서 본 바와 같이 원고는 C에 대하여 피고가 자인하는 대여 원금 합계 332,500,000원의 채권 외에도 앞서 본 확정판결에 따른 지연손해금 채권 등도 갖고 있다. 위 각 채권은 앞서 본 각 임의경매절차에서 원고의 피담보채권 등에 대한 배당액 합계 250,399,776원[2019. 10. 23. 배당액 243,811,976원(42,365,401원 + 201,446,575원) + 2020. 7. 22. 배당액 6,587,800원]만으로 전부 소멸키기에 부족함이 분명하다. 따라서 원고는 채권자취소권을 행사하는데 필요한 피보전채권을 갖고 있다.

나. 사해행위 및 사해의사

1) 어느 특정 채권자에 대한 담보제공행위가 사해행위가 되기 위해서는 채무자가 이미 채무초과 상태에 있을 것과 그 채권자에게만 다른 채권자에 비하여 우선변제를 받을 수 있도록 하여 다른 일반 채권자의 공동담보를 감소시키는 결과를 초래할 것을 그 요건으로 하며, 특정 채권자에게 부동산을 담보로 제공한 경우 그 담보물이 채무자 소유의 유일한 부동산인 경우에 한하여만 사해행위가 성립한다고 볼 수는 없다(대법원 2008. 2. 14. 선고 2005다47106, 47113, 47120 판결 참조). 채무자의 제3자에 대한 담보제공행위가 객관적으로 사해행위에 해당하는 경우 수익자의 악의는 추정되므로 수익자가 그 법률행위 당시 선의였다는 증명을 하지 못하는 한 채권자는 그 법률행위를 취소하고 그에 따른 원상회복을 청구할 수 있다(대법원 2010. 4. 29. 선고 2009다104564 판결 등

참조).

2) 이 사건 근저당권설정계약 당시 C이 무자력이었다는 사실에 대해서 당사자들 사이에 다툼이 없다. C은 무자력 상태에서 채권자들의 공동담보로서 가치가 있던 이 사건 신건물 3채에 관하여 피고와 이 사건 근저당권설정계약을 체결하여 다른 채권자인 원고 등의 공동담보를 감소시키는 결과를 초래하였다. 따라서 이 사건 근저당권설정계약은 사해행위에 해당하고, C의 사해의사 또한 인정되며, 피고가 이 사건 근저당권설정계약 당시 선의였다는 증거가 없으므로 수익자인 피고의 악의는 추정된다.

다. 취소의 범위

1) 사해행위 취소의 범위는 원칙적으로 취소채권자의 피보전채권액에 한정되나, 다른 채권자가 배당요구를 할 것이 명백하거나 목적물이 불가분인 경우와 같이 특별한 사정이 있는 경우에는 취소채권자의 채권액을 넘어 사해행위 전부에 대하여 취소를 구할 수 있다(대법원 2009. 1. 15. 선고 2007다61618 판결, 대법원 2013. 2. 15. 선고 2012다34238 판결 등 참조).

2) 갑 제3, 7, 10, 17 내지 20호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, ① C이 철거한 이 사건 구건물에 관하여 당초 제1순위 근저당권을 설정 받은 채권자 E조합이 이 사건 신건물 3채에 관하여 2019. 7. 10. 자 약정에 기한 추가근저당권설정등기청구권을 피보전권리로 하여 처분금지가처분결정을 받아 2019. 4. 29. 그 각 기입등기가 마쳐진 사실, ② 도봉세무서장이 2020. 7. 20. 이 사건 신건물 3채에 관하여 각 압류등기를 마친 사실, ③ 이 사건 신건물 3채에 관한 서울북부지방법원 T 강제경매 사건에서 C의 채권자 U이 2021. 4. 26. C에 대한 확정판결에 기한 채권(원금 365,000,000원 및 이에 대한 2020. 1. 25.부터 다 갚는 날까지 연 12%의 비율에 의한 지연손해금)으로 배당요구를 한 사실, ④ V사무소는 위 강제경매사건에서 이 사건 신건물 3채의 감정가를 2021. 2.경 기준으로 합계 370,080,000원으로 평가한 사실 ⑤ 앞서 본 각 임의경매절차에서 배당을 일부밖에 받지 못한 다수의 조세채권자나 일반채권자 등이 존재하는 사실 등이 인정된다.

위 인정사실에 의하면, 이 사건 신건물 3채에 대한 경매절차에서 C의 다른 채권자들이 배당요구를

하거나 할 것이 명백하다. 따라서 원고는 원고의 피보전채권액에 한정됨이 없이 이 사건
근저당권설정계약 전부에 대한 취소를 구할 수 있다.

라. 소결론

이 사건 근저당권설정계약은 사해행위로 취소되어야 하고, 피고는 C에게 그 원상회복으로 이 사건
근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다.

4. 결 론

원고의 청구는 이유 있어 인용하여야 하는데, 제1심판결은 이와 결론을 달리하여 부당하다.

제1심판결을 취소하고 원고의 청구를 인용하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 오영준, 판사 홍동기, 판사 차문호

별지

1) 원고는 C에게 2018. 3. 28. 이율 월 3%, 변제기 3개월의 조건으로 250,000,000원을 대여하고,
같은 해 6. 27. 이율 월 2.5%, 변제기 3개월의 조건으로 150,000,000원을 대여하였다고 주장하고
있다.