

울산지방법원 2023. 5. 30 선고 2021나14458 판결 [사해행위취소]

재판경과

울산지방법원 2023. 5. 30 선고 2021나14458 판결

울산지방법원 2021. 6. 4 선고 2020가단119911 판결

전문

원고, 피항소인 신용보증기금

소송대리인 법무법인 금정

담당변호사 이중섭

피고, 항소인A

소송대리인 변호사 조재철

변론 종결 2023. 3. 21.

판결 선고 2023. 5. 30.

제1심판결 울산지방법원 2021. 6. 4. 선고 2020가단119911 판결

주문

1. 제1심 판결의 근저당권설정계약 취소청구 부분 중 아래에서 인정하는 부분을 초과하는 피고 패소 부분을 취소하고, 그 취소 부분에 해당하는 원고의 청구를 기각한다.

피고와 B 사이에 별지 목록 기재 각 부동산에 관하여 2019. 8. 16. 체결된 근저당권설정계약을 71,953,087원의 범위에서 취소한다.

2. 피고의 나머지 항소를 기각한다.

2. 소송 총비용 중 30%는 원고가, 나머지는 피고가 각 부담한다.

N

청 구 취 지 및 항 소 취 지

1. 청구취지

피고와 B 사이에 별지 목록 기재 각 부동산에 관하여 2019. 8. 16. 체결된 근저당권설정계약을 취소한다. 피고는 원고에게 71,953,087원 및 이에 대하여 이 판결 확정일 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 5%의 비율로 계산한 돈을 지급하라(원고는 이 법원에서 근저당권설정계약 취소청구 부분에 관한 청구취지를 감축하였다).

2. 항소취지

제1심 판결을 취소한다. 원고의 청구를 기각한다.

이 유

1. 기초사실

가. 원고와 C의 신용보증약정 체결 등

- 1) 원고는 C 주식회사(이하 'C'이라 한다)와 신용보증원금 1억 800만 원, 신용보증기간 2016. 4. 28.부터 2021. 4. 27.까지, 채권자 주식회사 D(이하 'D은행'이라 한다)으로 하는 신용보증약정(이하 '이 사건 신용보증약정'이라 한다)을 체결하고, 2016. 4. 28. C에게 신용보증서를 교부하였다.
- 2) C의 사내이사인 B은 같은 날 이 사건 신용보증약정에 따라 원고가 C을 위해 보증채무를 이행할 경우 C이 원고에 대하여 부담하게 될 상환채무를 연대보증하였다.

3) C은 같은 날 D은행으로부터 원고로부터 교부받은 위 신용보증서에 기해 1억 3,500만 원을 대출(이하 '이 사건 대출'이라 한다)받았다.

나. B의 근저당권 설정 등

1) B은 2019. 7. 31. 피고에게 차용금 1억 3,300만 원, 변제기 2019. 10. 31., 이자 2019. 8. 1.부터 연 15%, 연체시 연체이자 포함 연 20%(연체시로부터 30일 이후에는 연체이자 포함 연 24%)를 내용으로 하는 차용금증서를 작성하여 주었다.

2) B과 피고는 2019. 8. 16. B 소유의 별지 목록 기재 각 부동산에 관하여 채무자 B, 근저당권자 피고, 채권최고액 1억 9,000만 원인 공동근저당권(이하 '이 사건 근저당권'이라 한다)을 설정하여 주기로 약정(이하 '이 사건 근저당권설정계약'이라 한다)하고, 피고에게 별지 목록 기재 각 부동산에 관하여 근저당권설정등기를 마쳐 주었다.

3) B은 2019. 12. 2. 그 소유의 별지 목록 기재 각 부동산을 F에게 7억 3,710만 원에 매도하였고, 같은 날 F에게 소유권이전등기를 마쳐 주었다. 그리고 F은 같은 날 피고에게 136,796,000원을 지급하였고, 피고는 같은 날 이 사건 근저당권설정계약 해지를 원인으로 이 사건 근저당권설정등기를 말소하여 주었다.

다. 신용보증사고의 발생 및 원고의 보증채무 이행

1) C은 2019. 12. 12. 울산지방법원 2019간회합503호로 간이회생절차 개시신청을 하였고, D은행은 2019. 12. 24. 원고 측에 C의 위 회생신청에 따른 신용보증사고가 발생하였음을 통지하였다.

2) D은행으로부터 이 사건 대출채권을 양수한 한국자산관리공사는 2020. 8. 5. 원고에게 이 사건 신용보증서에 따라 보증채무의 이행을 청구하였고, 원고는 2020. 8. 20. 한국자산관리공사에 이 사건 대출원리금 71,953,087원(= 원금 70,176,000원 + 이자 1,777,087원)을 변제하였다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 7, 10, 11호증, 을 제5, 6호증의 각 기재(가지번호 있는 것은 가지번호 포함, 이하 같다), 변론 전체의 취지

2. 피고의 추후보완 항소의 적법 여부에 관한 판단

가. 관련 법리

소장 부분과 판결 정본 등이 공시송달의 방법에 의하여 송달되었다면 특별한 사정이 없는 한 피고는 과실 없이 그 판결의 송달을 알지 못한 것이고, 이러한 경우 피고는 그 책임을 질 수 없는 사유로 인하여 불변기간을 준수할 수 없었던 때에 해당하여 그 사유가 없어진 후 2주일 내에 추완항소를 할 수 있다. 통상적으로 피고가 사건기록을 열람하거나 판결 정본을 발급받은 때에는 판결이 공시송달의 방법으로 송달된 사실을 알게 되었다고 볼 수 있고, 다만 피고가 당해 판결이 있었던 사실을 알았고 사회통념상 그 경위에 대하여 당연히 알아볼 만한 특별한 사정이 있었다고 인정되는 경우에는 그 경위에 대하여 알아보는 데 통상 소요되는 시간이 경과한 때에 그 판결이 공시송달의 방법으로 송달된 사실을 알게 된 것으로 추인할 수 있다(대법원 2021. 3. 25. 선고 2020다46601 판결 등 참조).

나. 판단

제1심 법원은 피고에게 소장 부분 등 모든 서류를 공시송달의 방법으로 송달하고 피고의 출석 없이 변론기일을 진행하여 2021. 6. 4. 제1심 판결을 선고하였고, 그 판결 정본 역시 공시송달의 방법으로 피고에게 송달된 사실, 피고는 2021. 8. 10. 추후보완 항소장을 제출한 사실은 기록상 명백하다. 그리고 변론 전체의 취지에 의하면, 피고는 이 사건 소가 제기된 사실을 모르고 있다가 2021. 7. 28.경 원고가 제1심 판결을 기초로 신청한 소송비용액확정 사건(울산지방법원 2021카합10411)의 최고서를 송달받았고, 그 경위를 파악하기 위해 2021. 8. 5. 위 법원에 방문하여 제1심 판결 등본을 발급받고 나서야 제1심 판결이 공시송달의 방법으로 송달된 사실을 알게 된 것으로 보인다. 이러한 사실에 따르면, 피고는 자신이 책임질 수 없는 사유로 인하여 항소 제기의 불변기간을 준수하지 못한 것이고, 제1심 판결이 공시송달의 방법으로 송달된 사실을 알게 된 때로부터 2주 이내에 추후보완 항소를 하였으므로, 결국 피고의 항소는 적법하다.

3. 청구원인에 관한 판단

가. 피보전채권의 존재

- 1) 피고 주장의 요지 피고는 B이 피고에게 이 사건 근저당권을 설정할 당시 원고의 B에 대한 구상채권은 발생하지 않은 상태였다고 주장한다.
- 2) 관련 법리 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 터잡아 채권이 성립되리라는 점에 대한 고도의 개연성이 있으며, 실제로 가까운 장래에 그 개연성이 현실화되어 채권이 성립된 경우에는 그 채권도 채권자취소권의 피보전채권이 될 수 있다(대법원 2001. 2. 9. 선고 2000다63516 판결 등 참조).

3) 판단 앞서 든 증거, 갑 제9호증에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 및 사정에 비추어 보면, B와 피고가 이 사건 근저당권설정계약을 체결한 2019. 8. 16. 당시 원고의 B에 대한 구체적인 보증채권이 발생한 것은 아닐지라도 그 당시 이미 보증채권의 성립에 기초가 되는 법률관계인 이 사건 신용보증약정이 존재하고 있었고, C의 자금 사정이 좋지 않아 가까운 장래에 위 법률관계에 기하여 보증채권이 성립되리라는 점에 대한 고도의 개연성이 있었으며, 실제로 신용보증사고가 발생함에 따라 원고가 이 사건 대출원리금을 변제함으로써 B에 대한 보증채권이 성립하였으므로, 원고가 B에 대하여 가지는 보증채권은 채권자취소권의 피보전채권에 해당한다.

① B와 피고가 이 사건 근저당권설정계약을 체결하기 전 C은 이 사건 신용보증약정에 기초하여 D은행으로부터 이 사건 대출을 받았고, B은 이 사건 신용보증약정에 따라 C이 원고에 대하여 부담하는 상환채무를 연대보증하였다.

② 이 사건 신용보증약정서 제6조 제1항 제7호에 따르면 C의 사업장에 대하여 압류, 가압류, 가처분 결정 또는 경매신청이 있는 경우 연대보증인인 B은 원고가 보증하고 있는 금액에 대하여 사전상환채무를 부담하게 된다. 대한민국(처분청 동물산세무서)은 이 사건 근저당권설정계약 체결일로부터 47일 후인 2019. 10. 2. C의 소유이자 본점 소재지인 울산 중구 H 토지 및 그 지상 건물에 압류등기를 마쳤다. 그리고 원고는 같은 달 22. 위 압류등기 사실을 파악하고 '사업장 권리침해'를 사유로 C을 부실처리하고, 같은 해 11. 4. 울산지방법원 2019카단16277호로 위 부동산에 관하여 청구금액 72,872,000원으로 하여 가압류 등기를 마쳤고, 울산광역시 중구도 같은 해 11. 11. 위 부동산에 관하여 압류등기를 마쳤다.

③ 이 사건 신용보증약정서 제6조 제1항 제5호 및 제10조에 따르면 C이 채무자 회생 및 파산에 관한 법률에 의한 회생절차, 파산절차, 개인회생절차 개시신청을 하거나 청산에 들어간 경우 연대보증인인 B은 원고가 보증하고 있는 금액에 대하여 사전상환채무를 부담하고, 원고가 채권자(D은행)에게

보증채무를 이행한 때에는 B은 원고에 대하여 보증채무를 이행해야 한다. 앞서 본 것처럼 C은 2019. 12. 12. 울산지방법원 2019간회합503호로 간이회생절차개시신청을 하였고, 원고가 2020. 8. 20. 한국자산관리공사에 이 사건 대출원리금 71,953,087원을 변제함에 따라 원고의 B에 대한 보증채권이 발생하였다.

나. 사해행위 성립 여부

1) 피고 주장의 요지 ① 이 사건 근저당권 설정 당시 별지 목록 기재 각 부동산에 설정되어 있던 선순위 근저당권의 피담보채권액이 별지 목록 기재 각 부동산의 가액을 초과하고 있었으므로 이 사건 근저당권설정계약은 사해행위가 아니다.

② 피고는 B에게 C 운영자금 명목으로 돈을 대여하여 이 사건 근저당권설정계약 체결 당시 297,989,129원의 대여금이 남아 있었는데, C이 피고에게 발행한 위 금액 상당의 어음과 수표가 모두 지급거절됨에 따라 B은 C의 부도를 막기 위해 피고에게 이 사건 근저당권을 설정하여 준 것이고, 결국 이 사건 근저당권설정계약은 자금난에 시달리는 C으로 하여금 자금을 융통하여 사업을 계속 추진하게 할 목적으로 체결된 것이므로 사해행위에 해당하지 않는다.

③ 이 사건 근저당권설정계약 체결 당시 B은 무자력 상태가 아니었다.

2) 이 사건 근저당권설정계약 체결 전 별지 목록 기재 각 부동산이 부담하는 피담보채권액이 그 부동산 가액을 초과하는지 여부 가) 관련 법리

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 2022. 1. 14. 선고 2018다295103 판결 참조).

채권자취소의 대상인 사해행위에 해당하는지 여부를 판단함에 있어 채무자 소유의 재산이 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. 이때 수 개의

부동산에 공동저당권이 설정되어 있는 경우 그 책임재산을 산정함에 있어 각 부동산이 부담하는 피담보채권액은 특별한 사정이 없는 한 민법 제368조의 규정 취지에 비추어 공동저당권의 목적으로 된 각 부동산의 가액에 비례하여 공동저당권의 피담보채권액을 안분한 금액이라고 보아야 한다.

그러나 그 수 개의 부동산 중 일부는 채무자의 소유이고 다른 일부는 물상보증인의 소유인 경우에는, 물상보증인이 민법 제481조, 제482조의 규정에 따른 변제자대위에 의하여 채무자 소유의 부동산에 대하여 저당권을 행사할 수 있는 지위에 있는 점 등을 고려할 때, 그 물상보증인이 채무자에 대하여 구상권을 행사할 수 없는 특별한 사정이 없는 한 채무자 소유의 부동산이 부담하는 피담보채권액은 채무자 소유 부동산의 가액을 한도로 한 공동저당권의 피담보채권액 전액이고, 물상보증인 소유의 부동산이 부담하는 피담보채권액은 공동저당권의 피담보채권액에서 위와 같은 채무자 소유의 부동산이 부담하는 피담보채권액을 제외한 나머지라고 봄이 상당하다. 이러한 법리는 하나의 공유부동산 중 일부 지분이 채무자의 소유이고, 다른 일부 지분이 물상보증인의 소유인 경우에도 마찬가지로 적용된다(대법원 2016. 8. 18. 선고 2013다90402 판결 등 참조).

나) 판단

갑 제4호증의 기재, 이 법원의 감정인 I에 대한 감정촉탁 결과, 제1심 법원 및 이 법원의 G조합에 대한 각 금융거래정보제출명령 회신 결과, 이 법원의 울산지방법원 등기과에 대한 2022. 7. 18.자 사실조회 결과 및 변론 전체의 취지를 종합하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

① B과 F은 울산 북구 J 토지 및 그 지상 건물을 각 1/2씩 공유하고 있었고, 울산 북구 K 토지 및 울산 북구 L 토지를 각 41665/854860씩 공유하고 있었다(이하 위 3필 토지 및 1개 건물을 '이 사건 각 부동산'이라 통칭하고, 개별 부동산은 동 및 지번으로 특정한다).

② 2015. 2. 17. J 토지에 관하여 채무자 B, 근저당권자 G조합, 채권최고액 5억 5,900만 원인 근저당권설정등기(이하 '㉠ 근저당권'이라 한다)와 채무자 F, 근저당권자 G조합, 채권최고액 4억 8,100만 원인 근저당권설정등기(이하 '㉡ 근저당권'이라 한다)가 각 마쳐졌다.

③ 2017. 4. 28. ㉠, ㉡ 근저당권의 담보물건을 추가하기 위해 J 지상 건물과 K 토지 및 L 토지 중 B, F의 지분에 관하여 추가로 공동근저당권설정등기가 각 마쳐졌다. 그리고 같은 날 이 사건 각 부동산 중 B과 F의 지분에 관하여 채무자 B, 근저당권자 G조합, 채권최고액 6,500만 원인

공동근저당권설정등기(이하 '㉠ 근저당권'이라 한다)와 채무자 F, 근저당권자 G조합, 채권최고액 6,500만 원인 공동근저당권설정등기(이하 '㉡ 근저당권'이라 한다)가 각 마쳐졌다.

④ 이 사건 근저당권설정계약 체결 당시 이 사건 각 부동산 중 B, F의 지분 가액과 ㉠ 내지 ㉡ 근저당권의 피담보채무액은 아래 표와 같다.

1	J	1/2	1/2	764,577,000	㉠ 근저당권(채무자 B): 4억 3,000만 원
2	J 지상 건물	1/2	1/2	26,880,000	㉡ 근저당권(채무자 F): 3억 7,000만 원
3	K	41665/854860	41665/854860	28,280,146	㉠ 근저당권(채무자 B): 5,000만 원
4	L	41665/854860	41665/854860	28,576,791	㉡ 근저당권(채무자 F): 5,000만 원
합계	848,313,937				

앞서 본 것처럼 이 사건 근저당권설정계약을 체결하기 전 B와 F은 이 사건 각 부동산에 관하여 같은 지분 비율로 공유하고 있었고, 각자 본인의 채무에 대해서는 주채무자로서, 상대방의 채무에 대해서는 물상보증인으로서 ㉠ 내지 ㉡의 각 선순위 근저당권을 설정한 상태였다. 이러한 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, B이 F에 대하여 또는 F이 B에 대하여 구상권을 행사할 수 없는 특별한 사정이 있다는 점에 관한 아무런 주장·증명이 없는 이 사건에서, B이 채무자이고 F이 물상보증인인 ㉠ 및 ㉡ 근저당권의 피담보채권액 합계가 4억 8,000만 원(= 4억 3,000만 원 + 5,000만 원)으로서 그 채무자인 B 소유의 별지 목록 기재 각 부동산의 가액 합계 848,313,937원을 초과하지 않으므로 ㉠ 및 ㉡ 근저당권의 피담보채권액 중 그 물상보증인인 F이 소유하는 이 사건 각 부동산의 해당 지분이 부담하는 부분은 존재하지 않는다. 또한 F이 채무자이고 B이 물상보증인인 ㉢ 및 ㉣ 근저당권의 피담보채권액 합계가 4억 2,000만 원(= 3억 7,000만 원 + 5,000만 원)으로서 그 채무자인 F 소유의 이 사건 각 부동산의 해당 지분 가액 합계 848,313,937원을 초과하지 않으므로 ㉢ 및 ㉣ 근저당권의 피담보채권액 중 그 물상보증인인 B이 소유하는 별지 목록 기재 각 부동산이 부담하는 부분은 역시 존재하지 않는다.

결국 이 사건 근저당권설정계약이 체결되기 전 B 소유의 별지 목록 기재 각 부동산에 관하여 이미 설정되어 있던 선순위 근저당권의 피담보채권액이 별지 목록 기재 각 부동산의 가액을 초과하고 있지

않았으므로, 별지 목록 기재 각 부동산의 가액에서 선순위 근저당권의 피담보채권액을 공제한 잔액은 B의 적극재산으로 평가할 수 있고 그 범위에서 사해행위가 성립할 수 있다. 따라서 이와 관련한 피고의 주장은 이유 없다.

3) 이 사건 근저당권설정계약이 사업 계속 추진을 위한 신규자금 유통에 해당하는지 여부 가) 관련 법리

채무자가 계속적인 거래관계에 있는 구입처로부터 외상매입대금채무에 대한 담보를 제공하지 않으면 사업에 필요한 물품의 공급을 중단하겠다는 통보를 받고 물품을 공급받아 사업을 계속 추진하는 것이 채무 변제력을 갖게 되는 최선의 방법이라고 생각하고 물품을 공급받기 위하여 채무초과 상태에 있으면서도 부득이 채무자 소유의 부동산을 특정 채권자에게 담보로 제공하고 그로부터 물품을 공급받았다면 특별한 사정이 없는 한 채무자의 담보권설정행위는 사해행위에 해당하지 않으나, 이러한 예외적인 경우가 아니면 채무초과 상태에 있는 채무자가 그 소유의 부동산을 채권자 중의 어느 한 사람에게 채권담보로 제공하는 행위는 다른 채권자들에 대한 관계에서 사해행위가 될 수 있다(대법원 2012. 5. 24. 선고 2012다9461 판결 등 참조). 이미 채무초과 상태에 빠진 채무자에게 있어서 채권회수를 위한 채권자의 강제집행 내지 가압류 등의 집행보전조치로 발생하는 사업추진상의 어려움은 그러한 조치를 행하는 채권자의 채권액이나 변제기의 도래 여부에 관계없이 동일하게 발생할 수 있는 사정이다. 또한 특정 채권자가 당시로서 채무자에 대하여 위와 같은 채권회수조치에 적극성을 보였다는 사정만으로 채권자들 사이에서 우선적 담보제공의 필요성에 관한 차별적 평가를 하기는 어렵다. 나아가 채무자가 사업활동에서 실제로 활용할 수 있는 신규자금의 유입과 기존채무의 이행기의 연장 내지 채권회수조치의 유예는 사업의 갱생이나 계속적 추진을 위하여 가지는 경제적 의미가 동일하다고 볼 수 없다. 따라서 비록 사업의 갱생이나 계속 추진의 의도에서 근저당권을 설정하였다고 하더라도 신규자금의 유통 없이 단지 기존채무의 이행을 유예받기 위하여 채무자가 그의 채권자 중 한 사람에게 담보를 제공하는 행위는 다른 특별한 사정이 없는 한 원고를 비롯한 다른 채권자들에 대한 관계에서는 사해행위에 해당한다고 보아야 할 것이다(대법원 2009. 3. 12. 선고 2008다29215 판결 참조).

나) 판단

피고가 제출한 증거만으로는 B(또는 C)이 피고와 계속적인 물품거래관계에 있었거나 피고로부터 외상매입대금채무에 대한 담보를 제공하지 않으면 사업에 필요한 물품의 공급을 중단하겠다는 통보를 받아 물품을 공급받아 사업을 계속 추진하려는 목적으로 이 사건 근저당권설정계약을 체결하였다는 점을 인정할 수 없다. 오히려 피고 주장에 따르면, B은 신규자금의 융통 없이 사실상 피고에 대한 기존채무의 이행을 유예받기 위한 목적에서 이 사건 근저당권설정계약을 체결한 것에 불과하므로 원고를 비롯한 다른 채권자들에 대한 관계에서 사해행위에 해당한다고 봄이 타당하다. 따라서 이 부분 피고의 주장 역시 이유 없다.

4) B의 무자력 여부 가) 관련 법리

사해행위란 채무자가 적극재산을 감소시키거나 소극재산을 증가시킴으로써 채무초과상태에 이르게거나 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) 판단

앞서 든 증거, 갑 제8호증의 기재, 제1심 법원의 M에 대한 금융거래정보제출명령 회신 결과에 변론 전체의 취지를 종합하면, 이 사건 근저당권설정계약이 체결될 무렵 B의 적극재산과 소극재산의 가액은 아래 표 기재와 같은 사실을 인정할 수 있다.

[B의 적극재산]

1	별지 목록 제1항 기재 부동산	764,577,000
2	별지 목록 제2항 기재 부동산	26,880,000
3	별지 목록 제3항 기재 부동산	28,280,146
4	별지 목록 제4항 기재 부동산	28,576,791
5	울산 중구 N	12,006,000
합계	860,319,937	

[B의 소극재산]

1	원고	보증채무1) 채무초과상태를 판단할 때 소극재산은 원칙적으로 사해행위가 있기 전에 발생되어야 하지만, 사해행위 당시 이미 채무 성립의 기초가 되는 법률관계가 성립되어 있고 가까운 장래에 그 법률관계에 기초하여 채무가 성립되리라는 고도의 개연성이 있으며 실제로 가까운 장래에 그 개연성이 현실화되어 채무가 성립되었다면, 그 채무도 채무자의 소극재산에 포함된다(대법원 2022. 7. 14. 선고 2019다281156 판결 참조). 따라서 이 사건 신용보증약정에 따른 B의 원고에 대한 보증채무 역시 소극재산에 포함되어야 한다.	70,176,000	갑 제3호증 (이 사건 대출원금)
2	G조합	2015. 2. 17. 대출	430,000,000	2022. 8. 25.자 G조합 금융거래정보제출명령 회신
3	2017. 4. 28. 대출	50,000,000		
4	○조합	2007. 2. 12. 신용대출	10,000,000	2021. 1. 13.자 M 금융거래정보제출명령 회신
5	2008. 10. 2. 신용대출	15,000,000		
6	P조합(지역) 상호본부총괄	2019. 11. 20. 현금서비스	1,800,000	
7	Q	2010. 11. 26. 신용대출	11,999,000	
8	P조합(지역) 중울산무룡	2015. 2. 27. 대출	5,000,000	
9	D은행	2007. 4. 3. 보증채무	803,037,000	
10	R저축은행	2018. 7. 9. 보증채무	41,352,000	
11	S카드	2016. 6. 22. 보증채무	14,439,000	
12	피고	대여금	297,989,129	2021. 10. 29.자 피고 항소이유서 및 갑 제6호증의2
합계	1,750,792,129			

이에 따르면 이 사건 근저당권설정계약이 체결될 무렵 B의 적극재산은 총 860,319,937원인 반면 소극재산은 총 1,750,792,129원으로 소극재산이 적극재산을 초과하고 있던 상태였으므로 당시 B은 무자력 상태였다.

다. 사해행위 취소의 범위 및 원상회복의 방법

1) 관련 법리 채무자가 사해행위로 인한 근저당권 실행으로 경매절차가 진행 중인 부동산을 매각하고, 그 대금으로 근저당권자인 수익자에게 피담보채무를 변제함으로써 그 근저당권설정등기가 말소된 경우에 위와 같은 변제는 특별한 사정이 없는 한 근저당권의 우선변제권에 기하여 일반 채권자에 우선하여 된 것이라고 봄이 타당하므로 수익자로 하여금 근저당권 말소를 위한 변제 이익을 보유하게 하는 것은 부당하다. 따라서 이 경우 근저당권설정등기로 말미암아 해를 입게 되는 채권자는 원상회복을 위하여 사해행위인 근저당권설정계약의 취소를 구할 이익이 있고, 근저당권설정계약을 사해행위로서 취소하는 경우 타인이 소유권을 취득하고 근저당권설정등기가 말소되었다면 원물반환이 불가능하므로 가액배상의 방법으로 원상회복을 명하여야 한다(대법원 2018. 6. 19. 선고 2017다270107 판결 등 참조).

2) 판단 이 사건 근저당권설정등기가 마쳐진 이후 B으로부터 별지 목록 기재 각 부동산을 매수한 F은 2019. 12. 2. 피고에게 136,796,000원을 지급하였고, 같은 날 이 사건 근저당권설정등기는 말소된 사실은 앞서 본 것과 같다. 따라서 피고는 이 사건 근저당권설정등기 말소에 따른 위 금액 상당의 변제 이익을 보유하게 되었다. 다만 원고는 C 대신 변제한 이 사건 대출원리금 71,953,087원만을 이 사건 채권자취소권의 피보전채권으로 주장하고 있으므로, 이 사건 근저당권설정계약은 위 피보전채권액과 피고가 취득한 이익 중 적은 금액인 71,953,087원의 범위 내에서 취소되어야 하고, 피고는 원고에게 같은 금액 상당의 돈을 가액배상으로 반환하여야 한다(이러한 점에서 이 사건 근저당권설정계약 전부의 취소를 구하는 원고의 주장은 이유 없다).

라. 소결론

따라서 별지 목록 기재 각 부동산에 관하여 2019. 8. 16. 체결된 이 사건 근저당권설정계약은 사해행위로서 71,953,087원의 범위에서 취소되어야 하고, 피고는 그에 대한 원상회복으로 원고에게 71,953,087원 및 이에 대하여 이 판결 확정일 다음 날부터 다 갚는 날까지 민법이 정한 연 5%의 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

4. 결론

그렇다면 원고의 청구는 위 인정 범위 내에서 이유 있고, 나머지는 청구는 이유 없어 기각하여야 한다. 제1심 판결은 이와 일부 결론을 달리하여 부당하므로 피고의 항소를 일부 받아들여 사해행위

취소청구 부분 중 위 인정 범위를 초과하여 이 사건 근저당권설정계약을 취소한 피고 패소 부분을 취소하고 그 취소 부분에 해당하는 원고의 청구를 기각하고, 피고의 나머지 항소는 이유 없어 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장판사김용철

판사송인철

판사오수진

별지

1) 채무초과상태를 판단할 때 소극재산은 원칙적으로 사해행위가 있기 전에 발생되어야 하지만, 사해행위 당시 이미 채무 성립의 기초가 되는 법률관계가 성립되어 있고 가까운 장래에 그 법률관계에 기초하여 채무가 성립되리라는 고도의 개연성이 있으며 실제로 가까운 장래에 그 개연성이 현실화되어 채무가 성립되었다면, 그 채무도 채무자의 소극재산에 포함된다(대법원 2022. 7. 14. 선고 2019다281156 판결 참조). 따라서 이 사건 신용보증약정에 따른 B의 원고에 대한 보증채무 역시 소극재산에 포함되어야 한다.