

서울고등법원 2023. 1. 18 선고 2022나2022850 판결 [사해행위취소]

재판경과

서울고등법원 2023. 1. 18 선고 2022나2022850 판결

서울서부지방법원 2022. 5. 13 선고 2020가합39818 판결

전문

원고, 항소인 A 주식회사

소송대리인 법무법인(유한) 푸르메 담당변호사 정강찬

피고, 피항소인 1. B

2. C

3. D

4. E

5. F

피고 3 내지 5의 소송대리인 법무법인 일현 담당변호사 강백준

6. G

7. H

8. I

피고 1, 2, 6, 7, 8의 소송대리인 변호사 김경식

변론종결 2022. 11. 23.

판결선고 2023. 1. 18.

제1 심판결 서울서부지방법원 2022. 5. 13. 선고 2020가합39818 판결

주 문

1. 원고의 항소를 기각한다.
2. 항소비용은 원고가 부담한다.

N

청 구 취 지 및 항 소 취 지

제1심판결을 취소한다.

1. 피고들과 소외 주식회사 J 사이에 서울 마포구 K 대 688.9㎡ 중 6/15 지분에 관하여 2019. 8. 21. 체결된 각 근저당권설정계약을 취소한다.
2. 서울서부지방법원 L 부동산임의경매, M(중복), N(중복) 사건에 관하여 2020. 9. 17. 위 법원이 작성한 배당표 중 피고 B에 대한 배당액 100,473,585원, 피고 C에 대한 배당액 439,571,934원, 피고 D에 대한 배당액 470,969,929원, 피고 E에 대한 배당액 549,464,918원, 피고 F에 대한 배당액 549,464,918원, 피고 G에 대한 배당액 1,016,290,313원, 피고 H에 대한 배당액 56,516,392원, 피고 I에 대한 배당액 50,236,793원을 각 삭제하고 각 채권자의 채권순위 및 채권액에 비례하여 이를 배당한다.1)

이 유

1. 기초사실

이 법원이 이 부분에 관하여 설시할 이유는 아래 부분을 변경하는 외에는 제1심판결의 이유 중 제1항 기재와 같으므로 민사소송법 제420조 본문에 의하여 이를 그대로 인용한다.

- 제4면 17행 “R은 R,”을 “R은”으로 변경하고, “W(” 다음에 “R과”를 추가한다.
- 제6면 17행부터 23행까지를 아래와 같이 변경한다.

『2) R 등은 이 사건 공동사업약정 제2조 제1항 제1호에서 정한대로 2017. 9. 30.까지 이 사건

건물에 관한 임차인들의 인도 절차를 완료하지 못하였고, 그에 따라 위 같은 항 제2호에서 정한대로 2017. 10. 10.까지 신탁회사에 대한 신탁절차도 이행하지 못함으로써 위 계약 제2조 제1항 제1호, 제2호에서 정한 의무를 불이행하였다. 이에 J은 R 등의 의무위반을 이유로 2018. 3. 6.자 내용증명우편의 송달로써 2018. 3. 7. R 등에게 이 사건 공동사업약정 제5조 제1항에 따른 계약 해지와 이 사건 각 부동산에 관한 매매계약으로의 전환(이하 '이 사건 매매전환'이라고 한다)을 통지한 후, 2018. 4. 6. 이 사건 각 부동산의 공유자중 일부인 R, U, V을 상대로 이 사건 각 부동산 중 각 공유자 지분에 관하여 2018. 3. 7.자 매매를 원인으로 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 소송을 제기하였다(서울서부지방법원 2018가합33138호). R은 2018. 11. 15. 위 소송의 변론기일에서 J의 위 청구 중 이 사건 토지 지분에 관한 부분을 인낙하였다.』

2. 당사자들 주장

가. 원고

1) 원고 주장의 요지

원고는 O에 대한 25억 원의 약정금 채권을 갖고 있으며, O은 R에 대하여 20억 원의 대여금 채권과 공동사업약정불이행 및 사기 행위로 인한 공동사업약정에 따른 예상 시행이익 상당인 4,449,632,500원의 손해배상채권을 갖고 있다.

R은 이 사건 공동사업약정이 해지되고 이 사건 각 부동산에 대한 매매계약이 성립됨에 따라 J에 대하여 적어도 3,658,078,574원 상당의 매매대금 채권(이하 J이 R에게 지급해야 할 이 사건 토지 지분에 관한 매매잔금을 '이 사건 매매대금 채권'이라 한다)을 가지고 있다.

J은 채무초과 상태에서 사실상 유일한 재산인 이 사건 토지 지분에 관하여 채권자 중 일부인 피고들에게만 각 피고들 명의의 근저당권을 설정하여 주었는바, 이와 같은 J과 피고들 사이에 체결된 각 근저당권설정계약은 다른 채권자인 R에 대한 사해행위에 해당하므로, 원고는 무자력 상태에 있는 O, R을 순차 대위하여 R의 채권자취소권을 행사하여 J과 피고들 사이의 각 근저당권설정계약을 취소하며, 그 원상회복으로 이 사건 배당표 중 피고들에 대한 배당액의 삭제를 구한다.

2) 피보전권리(R의 J에 대한 이 사건 매매대금 채권 등)에 관한 구체적 주장

가) 주위적 주장2) R은 J에 대하여 아래 [표1] 기재와 같이 ① 이 사건 매매대금 채권 3,658,078,574원을 가질 뿐만 아니라(이하 ‘제1 주위적 주장’이라 한다), ② 이 사건 매매전환은 실질적으로 대물변제예약에 해당하므로 그 청산에 따른 정산으로서 J은 R에 대하여 6,419,550,740원의 반환의무가 있다(이하 ‘제2 주위적 주장’이라 한다).

[표1] R이 주장하는 이 사건 매매대금 채권

순번	항목	금액(원)	
①	이 사건 토지 지분(6/15)에 관한 매매대금	7,200,000,000	
②	공제 또는 상계할 금액 소계 (a+㉑+㉒)	6,250,378,402	
㉑	대여금	500,000,000	
㉒	선순위근저당권 소계		4,750,378,402
	㉒-1	마포세우서	275,234,402
	㉒-2	AB	1,850,000,000
	㉒-3	AC	658,744,000
	㉒-4	AA	1,966,400,000
㉒	2018. 1. 17. J이 R에게 송금한 돈		1,000,000,000
③	R이 J, AB, AD(AE), AC 등에게 추가로 변제한 돈	2,708,456,976	
이 사건 매매대금 채권(①-②+③)		3,658,078,574	

나) 예비적 주장

원고는 아래 제1 내지 4 예비적 주장을 원인으로 이 사건 매매전환이 무효취소해제되었음을 주장하면서 ③ 위 매매전환 무효취소해제에 따른 원상회복으로서 R은 J에 대하여 이 사건 토지 지분의 시가 상당액의 전보배상청구권이 있다고 주장한다(이하 위 주위적 주장의 ①, ② 채권과 예비적 주장의 ③ 채권을 통틀어 칭할 때 ‘이 사건 매매대금 채권 등’이라 한다).

(1) 이 사건 매매전환이 민법 제104조에 위반한다는 주장(이하 ‘제1 예비적 주장’이라 한다)

R은 이 사건 공동사업약정 체결 당시 사업경험이 일천할 뿐만 아니라 다른 채권자들에 대한 채무를 부담하고 있는 상황에서 이 사건 토지의 매매대금을 시가 대비 현저하게 낮은 금액으로 책정함으로써 J이 173억 원의 초과수익을 취득한 반면, R은 위 공동사업에 따른 수익분배권을 상실함과 아울러

위약금 지급의무를 그대로 부담하게 되었으므로 이 사건 매매전환은 R의 공박, 경술, 무경험으로 인하여 현저하게 공정을 잃은 법률행위에 해당하므로 무효이다.

(2) 이 사건 매매전환의 무효 주장(이하 ‘제2 예비적 주장’이라 한다)나아가, 이 사건 매매전환은 J이 R에게 40억 원을 대여하고 위 돈을 이 사건 매매대금 채권 중 계약금 및 중도금 지급에 갈음하기로 하는 조건으로 성립하는 것인데, J은 R에게 20억 원만을 대여하였을 뿐 나머지 추가 대여한 20억 원은 R이 AA로부터 차용한 것이지 J이 대여한 돈이 아니므로 이 사건 매매전환은 조건이 성립하지 않았으므로 효력이 없다.

(3) 이 사건 매매전환의 취소 주장(이하 ‘제3 예비적 주장’이라 한다)

설령 이 사건 매매전환이 유효하더라도, 이 사건 공동사업약정에서 J이 R에게 추가로 대여하기로 한 20억 원은 실질적으로 AA이 R에게 대여한 것으로서 J이 R에게 대여한 것으로 볼 수 없음에도 J은 위와 같은 자금의 출처와 성격을 속이며 R을 기망 또는 착오에 빠뜨려 이 사건 매매전환을 체결하도록 하였으므로 취소한다.

(4) 이 사건 매매전환의 해제 주장(이하 ‘제4 예비적 주장’이라 한다)또한 J은 현재까지 R에 대하여 40억 원의 대여금 채권이 존재한다는 주장만 반복하면서 R에게 이 사건 매매대금을 지급하지 않고 있다. 이는 이 사건 매매전환에 따른 매매계약상 잔금지급의무의 이행거절 의사를 명백히 표시한 것이므로, 원고는 R을 대위하여 이 사건 매매전환을 이 사건 2022. 3. 3.자 준비서면의 송달로써 해제한다.

그렇다면, 이 사건 매매전환의 무효취소해제 등을 이유로 J은 R에게 이 사건 토지 지분에 관하여 말소등기절차를 이행하여야 할 것이나, 이 사건 경매절차의 진행에 따라 그 의무가 이행불능이 되었으므로, 그 시가 상당액인 14,121,513,923원(=51,246,603원/㎡ × 688.9㎡ × 5/16)에서 - 6,250,378,402원(= J의 대여금 잔액 5억 원 + J이 R에게 교부한 2018. 1. 17.자 10억 원 + 나머지 피고들에 대한 피담보채무액 합계 4,750,378,402원)을 공제한 나머지 돈을 배상할 의무가 있다.

나. 피고들

원고의 이 사건 청구는 O, R을 순차 대위하여 J과 피고들 사이에 체결된 각 근저당권설정계약의 취소를 구하고 그 원상회복으로 이 사건 배당표 중 피고들에 대한 배당액의 삭제를 구하는 것으로서 이 사건 매매대금 채권의 존재를 전제로 한다. 그런데, 위 사해행위 취소의 피보전권리인 이 사건 매매대금 채권에서 ① J의 R에 대한 대여금 채권 40억 원, ② J의 R에 대한 손해배상채권 및 위약금 채권, ③ 매매목적물인 이 사건 부동산 지분에 설정된 R의 피담보채무 등을 상계 내지 공제하면 남는 것이 없다.

따라서 R이 피고들을 상대로 사해행위 취소를 구할 피보전권리가 존재하지 않으므로 이를 전제로 하는 원고의 이 사건 청구는 모두 기각되어야 한다.

3. 채권자취소권의 피보전권리(이 사건 매매대금 채권 등)의 존부에 관한 판단

가. 이 사건 매매대금 채권이 인정되는지(제1 주위적 주장)

1) 이 사건 매매전환에 따른 이 사건 토지에 관한 매매계약의 성립 및 이 사건 공동사업약정 제5조 제1항 제2호에 따른 J의 R에 대한 대여금 채권의 공제

가) 앞에서 본 증거 및 을가 제13, 14, 28호증의 각 기재에 의하면, ① J이 2017. 2. 28. 이 사건 공동사업약정과 관련하여 R에게 20억 원을 변제기 2017. 5. 31., 지연손해금율 연 24%로 정하여 대여한 사실, ② R은 2017. 8. 23. J 또는 AA로부터 추가 20억 원을 차용하고 이 사건 부동산을 담보로 대출을 실행하여 위 돈을 변제하기로 약정한 사실, ③ 같은 날 이 사건 각 부동산 지분에 관하여 채권최고액 20억 원, 채무자 R으로 하여 AA 명의의 근저당권설정등기가 마쳐진 사실, ④ 이 사건 공동사업약정 제5조 제1항 제2호에서 이 사건 공동사업약정이 매매계약으로 전환될 경우에 매매대금은 180억 원이고, J이 R에게 대여한 20억 원을 계약금으로, 이 사건 공동사업약정 체결 이후 J이 R에게 추가 지급한 20억 원을 중도금으로 전환하고, 나머지 차액을 매매대금 잔액으로 본다고 정하고 있는 사실, ⑤ R이 이 사건 공동사업약정에 따라 2017. 9. 30.까지 이 사건 부동산의 임차인들로부터 이 사건 부동산을 명도받아 신탁회사에 신탁하기로 한 의무를 이행하지 못하였고, J이 2018. 3. 6. R에게 이 사건 공동사업약정 제5조에 따른 계약의 해지 및 이 사건 부동산에 관한 매매계약으로의 전환을 통지하였고, 위 통지가 2018. 3. 7. R에게 도달한 사실, ⑥ R과 J 사이에

2017. 9. 12. J이 R에게 건넨 위 40억 원을 이 사건 토지에 관한 매매대금 지급에 갈음하기로 하는 내용의 이행각서가 작성된 사실 등이 인정된다.

나) 위 인정사실에 의하면 R의 의무위반으로 인하여 이 사건 공동사업약정이 해지됨에 따라 R과 J 사이에 이 사건 토지에 대하여 그 매매대금을 180억 원으로 한 매매계약이 성립되었다.

한편, 이 사건 공동사업약정 제5조 제1항 제2호에 따르면 J이 R에게 대여한 40억 원을 위 매매대금에 대한 계약금, 중도금으로 전환하기로 하였으므로 특별한 사정이 없는 한, J은 이 사건 토지에 관한 매매대금으로 R에게 140억 원(=180억 원 - 40억 원)의 지급의무가 인정된다. 이에 대하여 원고가 J이 R에게 대여한 40억 원 중 20억 원은 AA이 대여한 돈이므로 이 사건 매매대금 채권에서 공제할 수 없다고 주장하고 있으므로, J이 R에게 대여한 40억 원 전부가 위 매매전환에 따른 계약금 및 중도금으로 전부 충당되었는지에 관하여 본다.

다) 앞서 본 인정사실과 갑 제46호증 및 을가 제13호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지를 더하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 2017. 8. 23. 작성된 이행각서에는 제3자로부터 투자 받은 20억 원을 R에게 대여한 주체를 ‘을’이라고 정하고 있는 점, ② 위 이행각서상 ‘을’이 J을 의미하는 것인지, AA을 의미하는 것인지에 관하여 보건대, 뒤에서 살피는 바와 같이 위 이행각서가 작성된 2017. 8. 23. R이 AA에게 이 사건 부동산 각 지분에 관하여 채권최고액 20억 원의 근저당권설정등기를 마쳐주었는바 위 이행각서상 제3자는 AA로 보이고, 위 이행각서 제4조에서는 ‘을’과 추가 20억 원을 대여한 주체인 ‘제3자’를 구분하고 있는데 만일 ‘을’이 AA을 의미하는 것이라면 구태여 ‘을’과 ‘제3자’를 구분하여 기재할 필요는 없었다고 보이므로 위 ‘을’은 J을 의미한다고 봄이 상당한 점, ③ R 스스로도 AA의 임의경매신청으로 인한 경매개시결정에 대해 이의를 하면서 AA로부터 지급받은 20억 원이 이 사건 매매전환에 따른 중도금으로 충당되었다고 주장하기도 하였던 점 등을 종합하여 볼 때 이 사건 공동사업약정 제5조 제1항 제2호에서 계약금, 중도금 지급에 갈음하여 매매대금으로 전환하기로 한 위 40억 원은 그 자금 일부가 실질적으로는 AA로부터 마련되었다고 할지라도 J이 R에게 대여한 것으로 봄이 타당하다.

이에 대하여 원고는 R이 J에 대하여 314,000,000원을 추가로 대여 하였거나 변제하였으므로 매매대금 채권에서 공제될 위 40억 원에서 제외되어야 한다는 취지로도 주장하나, R이 2018. 5. 31.

J의 대표이사였던 AJ 명의의 계좌로 3,000만 원을 송금하였고, R의 모친인 S가 2018. 8. 14. 위 AJ 명의의 계좌로 6,000만 원을 송금한 사실이 인정되기는 하나, 원고 주장에 의하더라도 위와 같은 송금은 J의 이 사건 매매전환 통지일인 2018. 3. 7. 이후에 이루어진 것으로 위와 같은 사실만으로는 AJ 명의의 계좌로 송금된 돈이 J에 대한 대여 또는 변제 명목으로 지급되었다는 점을 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

그렇다면 R의 의무위반으로 인하여 이 사건 공동사업약정이 해제됨에 따라 R 등과 J 사이에 이 사건 토지에 대하여 그 매매대금을 180억 원으로 한 매매계약이 성립되었고, J이 R에게 대여한 위 40억 원의 채권은 위 매매전환에 대한 계약금 및 중도금으로 충당됨으로써 전부 변제되었다고 보아야 한다. 따라서, 특별한 사정이 없는 한, 이 사건 토지 지분과 관련하여 R은 피고에 대하여 56억 원(= 140억 원(이 사건 토지에 대한 매매대금 180억 원 - 매매대금 총당액 40억 원) × 이 사건 토지 중 R 지분 6/15))의 매매대금 채권을 가진다.

2) 피고들의 이 사건 매매대금 채권에 대한 J의 상계 및 공제 주장에 관한 판단

가) 위약금채권에 관한 판단

(1) 이 사건 공동사업약정 제6조에서 당사자 일방의 귀책사유로 인하여 이 사건 공동사업약정이 해지된 경우 위약금 20억 원을 지급하기로 정하고 있는 사실, 이 사건 공동사업약정이 R의 의무위반으로 해지된 사실은 앞서 본 바와 같으므로 R은 J에게 이 사건 공동사업약정 불이행에 따른 위약금 20억 원을 지급할 의무가 있다.3) (2) 원고는 이 사건 공동사업약정 제5조 제1항에 의해 매매전환 약정과, 제6조의 위약금 조항은 선택적 관계에 있는 규정이어서 위 제5조 제1항에 의한 이 사건 매매전환이 있었던 이상 이 사건 공동사업약정이 완전히 종료될 것을 전제로 한 제6조 제1항의 위약금은 적용될 여지가 없다고 주장한다.

살피건대, 이 사건 공동사업약정 제5조 제1항에서 R의 귀책사유로 이 사건 공동사업약정이 해지 또는 해제되는 경우 이 사건 부동산에 대한 매매계약으로 전환되고, 이 사건 공동사업약정에 따른 수익 배분 등 약정의 효력은 상실된다고 정하고 있음은 앞서 살펴 본 바와 같고, 앞서 든 증거들에 변론 전체의 취지를 보태면 다음과 같은 사실 및 사정들이 인정된다.

① 이 사건 공동사업약정은 R 등이 이 사건 토지를 제공하고, J이 이 사건 토지 지상에 오피스텔

건물을 신축개발하는 것을 내용으로 하며, J로서는 이 사건 토지 지상에 위와 같은 신축개발사업을 진행하기 위해 이 사건 토지에 대한 권리를 보장받을 필요가 있다. 그렇기 때문에 J이 위 권리를 담보하는 동시에 R 등의 귀책사유로 이 사건 토지에 대한 권리를 취득하지 못하여 위 신축개발사업이 수포로 돌아가는 손해를 막기 위한 최소한의 장치로 이 사건 매매전환 의무를 부담하도록 정한 것으로 보일 뿐, 이 사건 공동사업약정이 종료된 이후의 권리의무에 관하여 제5조 또는 제6조를 선택적으로 행사할 수 있도록 마련된 것은 아니라고 보인다(이와 관련하여 원고는 제6조의 손해배상은 이 사건 공동사업약정이 종료된 경우에 적용되는 것이고, 매매전환이 이루어지는 경우 이 사건 공동사업약정이 종료된 것이 아니므로 제6조에 따른 손해배상이 적용될 수 없다는 취지로 주장하나 앞서 살펴본 바와 같이 제5조에 따른 매매전환은 이 사건 공동사업약정이 중도 해지될 경우에도 오피스텔 신축개발사업 진행에 차질이 없도록 이 사건 토지에 관한 권리를 담보하기 위한 약정에 불과하고, 이 사건 공동사업약정이 이 사건 토지에 관한 매매전환으로 변경되어 약정관계가 존속됨을 전제로 한다고 보기도 어렵다).

② 제5조에 따라 이 사건 토지에 관한 매매계약으로 전환되는 경우에는 제6조가 적용되지 않는다고 해석하기 위해서는, 이 사건 매매전환이 이루어진 경우에는 당사자에게 추가 손해가 발생할 여지가 없다거나, 제6조에 따른 사업종료시 기대이익의 범위 내에서 손해의 배상을 구하는 경우에는 이 사건 토지에 관한 매매대금 정산의 문제는 발생하지 않는 등 위 제5조와 제6조가 선택적으로 적용될 수 있는 경우라야 한다. 그런데 제5조는 R 등의 귀책사유로 이 사건 공동사업약정이 해제 또는 해지되는 경우에만 적용되는 것이므로 당사자가 계약종료 후의 법률관계를 선택할 수 없을 뿐만 아니라, 이 사건 공동사업약정 제3조에서 이 사건 토지의 매매대금은 초과수익과는 별도로 정산한다고 정한 것에 비추어 볼 때 이 사건 토지에 관하여 J이 R에게 토지 매매대금을 지급하고 그 소유권을 이전받아가기로 하는 것은 이 사건 공동사업약정이 전부 이행되고 초과수익이 발생하는 경우에도 예정된 것이므로 이 사건 토지에 관한 매매전환을 규정한 제5조와 사업종료 후 기대수익의 범위 내에 발생한 손해배상을 규정한 제6조 어느 하나를 선택하여 이 사건 공동사업약정이 종료된 이후의 법률관계를 정산해야 한다고 해석하기 어렵다.

③ 이 사건 공동사업약정 제5조 제2항에서 이 사건 매매전환에 따른 의무를 부담하는 것과 별도로

손해가 발생할 경우에는 그 손해를 부담하도록 정하고 있고, 바로 뒤이어 제6조에서 위 의무불이행에 대한 제재로서 손해배상 의무의 발생 및 손해배상의 범위를 정한 것으로 보이는바 제5조 제1항에 따라 이 사건 토지에 관한 매매계약으로 전환된 경우에도 별도로 발생한 손해가 있는 경우에는 제6조에서 정한 손해배상의 범위에 따라 손해를 배상하여야 한다고 해석함이 타당하고, 위와 같은 해석이 이 사건 공동사업약정에 기재된 문언과도 부합한다.

④ 특히 이 사건 매매전환이 없이 이 사건 공동사업약정이 종료되는 경우는 R 등 귀책사유가 아닌, J의 귀책사유로 인해 이 사건 공동사업약정이 해제 또는 해제되는 경우인데, R만이 제6조에 따라 J를 상대로 이 사건 공동사업약정의 종료로 인해 발생한 손해를 구할 수 있다는 것은 당사자 일방에게만 불리한 내용의 약정이고, 오히려 제6조는 이 사건 공동사업약정이 누구의 귀책사유로든 해제 또는 해지로 종료되는 경우에 이 사건 공동사업약정으로 인해 발생하였을 수익을 기대하고 지출한 그동안의 비용을 보전해주기 위한 취지로 해석함이 보다 합리적이고 자연스럽다.

위와 같은 사정들을 종합하면, 이 사건 공동사업약정 제6조는 어느 일방의 귀책사유인지는 관계없이 이 사건 공동사업약정이 해제 또는 해지되었음이 명확하게 판명되어 효력이 상실한 경우 사업종료시 기대이익의 범위 내 손해를 배상하겠다는 취지의 약정으로 봄이 타당하다. 앞서 본 바와 같이 이 사건 공동사업약정이 R의 귀책사유로 해제되었음이 명확하게 판명된 이상, 이 사건 공동사업약정은 효력을 상실하였다 할 것이고, R은 J에게 이 사건 공동사업약정 제6조에 따른 손해배상으로 위약금 20억 원을 지급할 의무가 있다 할 것이다.

이에 대하여 원고는 위약금 20억 원이 과도한 손해배상액의 예정에 해당하여 감액되어야 한다는 취지로 주장하나, 이 사건 공동사업약정의 경위 및 내용, 이 사건 공동사업약정이 파탄에 이르게 된 경위, 이 사건 사업의 전체 규모에서 위약금 액수가 차지하는 비중 등에 비추어 볼 때, 위 위약금 20억 원이 부당하게 과다하다고 보기는 어렵다.

나) 손해배상채권에 관한 판단

갑 제1호증, 을가 26 내지 29호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지를 종합하면, R이 이 사건 공동사업약정을 체결함에 있어 이 사건 토지의 나머지 지분권자들과 관련하여서는 개발행위 및 계약체결 등에 대한 위임이 없었던 사실, 그로 인하여 이 사건 토지 중 나머지 지분권자들의 지분에

관한 J으로의 소유권이전은 이루어지지 못하게 된 사실이 인정되는바, 특별한 사정이 없는 한 위와 같은 무권대리 또는 불법행위로 인한 손해배상으로 R은 J에게 이 사건 토지에 대한 매매대금으로 충당하기로 한 40억 원 중 R 지분을 제외한 나머지 지분에 대한 대금상당액 24억 원(=40억 원 × 9/15)을 배상할 책임이 있다.

이에 대하여 원고는 이 사건 공동사업약정에 위약금 약정을 두고 있으므로, J이 위 위약금과는 별도의 손해배상을 구할 수 없다는 취지로도 주장하나, 위와 같은 J의 손해는 이 사건 공동사업약정 불이행으로 인한 손해와는 별개의 원인으로 인한 별도의 손해라고 할 것인바, 원고의 이 부분 주장은 받아들이지 않는다.

다) 이 사건 토지 지분이 담보하는 R의 피담보채무에 관한 판단

(1) 원고 주장의 요지

(가) AB 명의의 근저당권설정등기가 담보하는 피담보채무

R은 AB의 남편 AG이나 AK 또는 AB에게 2016. 2. 4.부터 2018. 6. 14.까지 합계 644,600,000원을 변제하였으며, 위 AG은 R이 주식회사 AL의 강제집행정지를 위한 담보제공으로 7억 8,000만 원을 공탁하였다가 이후 담보최소로 인하여 발생한 공탁금회수청구권을 압류추심하여 704,456,976원을 배당받았으므로 AB의 근저당권이 담보하는 피담보채무액에서 합계 1,349,056,976원(=644,600,000원 + 704,456,976원)은 변제되었으므로, AB의 근저당권이 담보하는 피담보채무액에서 위와 같은 금액이 제외되어야 한다.

(나) AD 명의 가압류의 피보전채권

AD 명의 가압류의 피보전채권은 R이 AE에게 2017. 9. 15.부터 2018. 6. 18.까지 합계 6억 원을 변제하여 모두 소멸하였으므로 존재하지 않는다.

(다) J 명의의 근저당권설정등기가 담보하는 피담보채무

J의 근저당권이 담보하는 피담보채무액에서는 R이 2018. 7. 13. AC에게 지급한 1억 원을 제외하여야 한다.

(2) 이 사건 토지 지분이 담보하는 R의 피담보채무에 관한 판단

(가) AB 명의의 근저당권설정등기가 담보하는 피담보채무

갑 제43, 44, 51호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 보면, 2016. 2. 4.부터 2018. 6. 14.까지 R의 계좌에서 AB를 상대방으로 하여 합계 244,600,000원이 지급된 사실, AG이 R의 대한민국에 대한 공탁금회수청구권에 관한 이 법원 AH 배당절차에 참가하여 R에 대한 2016. 6. 8.자 채무변제(준소비대차)계약 공정증서에 기하여 704,456,976원을 배당받은 사실은 인정된다. 그러나 위 인정사실 및 그 밖에 원고가 제출한 증거들만으로는 R의 계좌에서 AB를 상대방으로 하여 지급된 돈이나, AG이 별도의 배당절차에서 배당받은 돈이 이 사건 토지 지분에 관한 AB 명의 근저당권의 피담보채권에 대한 변제 명목으로 지급된 것임을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없는바, 이 사건 토지 지분에 관한 AB 명의의 근저당권이 담보하는 피담보채무액은 1,850,000,000원이라고 봄이 상당하다.

(나) AD 명의 가압류의 피보전채권

갑 제44, 47, 55호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 더하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 및 사정들, 즉, ① 이 사건 각 부동산 지분에 관한 AE 명의 가압류의 피보전채권은 R에 대한 6억 원의 약정금 채권으로, AE의 소 제기(서울서부지방법원 2017가합1011호)에 따라 R에 대하여 6억 원 및 이에 대한 지연손해금의 지급을 명한 2017. 8. 10.자 판결이 선고되어 확정된 2017. 8. 29. 이후, R으로부터 AE에게 2017. 9. 15. 1억 원, 2017. 10. 30. 2억 원, 2018. 1. 5. 1억 원, 2018. 6. 8. 5,000만 원, 2018. 6. 11. 5,000만 원, 2018. 6. 15. 5,000만 원, 2018. 6. 18. 5,000만 원 합계 6억 원이 지급된 점, ② AE 스스로도 이 사건 각 부동산 지분에 대하여 이 사건 경매절차 이전에 진행된 바 있는 AI 부동산강제경매 사건에서 가압류권자로 배당요구신청을 하면서 R으로부터 2017. 10. 30. 2억 원, 2018. 1. 5. 1억 원을 위 약정금에 대한 변제 명목으로 지급받은 것임을 인정한 점, ③ 그럼에도 AE는 이 사건 경매절차에서 위 AI 부동산강제경매 사건에서와는 다르게 6억 원을 그대로 청구금액으로 하여 배당요구신청을 한 후 AD에게 그 채권을 양도한 점 등을 종합하여 보면, R이 AE에게 위와 같이 약정금 원금에 해당하는 6억 원을 지급함으로써 위 약정금이 모두 소멸되었음에도, 가압류가 남아 있음을 기화로 AE와 AD의 통모 아래 추가적인 배당을 받을 목적으로 AE로부터 AD로의 채권 양도가 이루어졌다고 봄이 상당하다. 따라서 이 사건 토지 지분에 관한 AD 명의 가압류의 피보전채권은 존재하지 않는다.

(다) J의 근저당권이 담보하는 피담보채무

갑 제44, 54호증의 각 기재에 의하면, R이 2018. 6. 15. AC에게 1억 원을 송금한 사실이 인정되기는 한다. 그러나 갑 제6, 23, 54호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 더하여 알 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 이 사건 각 부동산 지분에 대한 J 명의 근저당권의 채권최고액은 12억 원이고, J은 R이 AC에게 1억 원을 지급한 이후인 2019. 1. 25. AC로부터 위 근저당권부 채권을 6억 7,000만 원에 양수한 점 등을 종합하여 보면, 원고가 제출한 증거들만으로는 R이 2018. 7. 13. AC에게 지급한 1억 원이 J이 양수한 6억 7,000만 원에 대한 변제로 지급되었다는 점을 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다. 따라서 이 사건 각 부동산 지분에 관한 J 명의의 근저당권이 담보하는 피담보채무액은 6억 7,000만 원이라고 봄이 타당하다.

(3) 이 사건 토지 지분에 관하여 설정된 근저당권 중 이 사건 토지 지분에서 공제되어야 하는 교환가치의 비율

한편, 이 사건 토지 지분에 관하여 설정된 일부 근저당권은 이 사건 각 부동산 지분에 관하여 공동담보가 설정되어 있는바 위 근저당권의 피담보채무액 중 ‘이 사건 각 부동산 지분의 교환가치 중에서 이 사건 토지 지분의 교환가치가 차지하는 비율’에 한하여 피담보채무액으로서 이 사건 매매대금채권에서 공제됨이 타당하다.

갑 제24, 58호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면, 이 사건 배당표가 작성될 당시 이 사건 각 부동산에 관한 감정평가액을 기준으로 이 사건 토지의 감정평가액은 10,741,328,800원, 이 사건 건물 감정평가액은 183,291,000원이므로 이 사건 토지 지분에 관하여 설정된 근저당권으로 담보되는 피담보채무액은 0.9832(소숫점 다섯째 자리에서 반올림)[=

10,741,328,000원/(=10,741,328,000원 + 183,291,000원)]의 비율 범위 내로 공제하여야 한다.

살피건대, 이 사건 각 부동산 지분에 관하여 설정된 대한민국(관리청: 마포세무서)의 근저당권이 담보하는 피담보채무 원금은 279,937,950원이므로 275,234,402원(=279,937,350원 × 0.9832, 원 미만 버림. 이하 같다)이 공제되어야 하고, 이 사건 토지 지분에 설정된 AB 명의의 근저당권의 2020. 9. 17. 기준 피담보채무의 원리금 합계 2,788,382,295원(= 원금 1,180,000,000원 + 이자 1,608,382,295원) 중 채권최고액인 18억 5,000만 원은 공제되어야 하며, 이 사건 각 부동산 지분에

설정된 J 명의의 근저당권(AC로부터 양수받은 것)의 피담보채무는 원금 6억 7,000만 원이고, 그 중 0.9832에 해당하는 658,744,000원(= 6억 7,000만 원 × 0.9832)이 공제되어야 한다.

(4) 소결론

그렇다면 J의 R에 대한 채권액 4,400,000,000원(= 위약금 2,000,000,000원 + 손해배상금 2,400,000,000원) 및 이 사건 토지 지분에 관한 각 근저당권의 피담보채무액 2,783,978,402원(= 마포세무서 피담보채무액 275,234,402원 + AB의 피담보채무액 1,850,000,000원 + J의 피담보채무액 658,744,000원) 합계 7,183,978,402원이 R의 J에 대한 위 매매대금 채권 56억 원을 초과하므로, R의 J에 대한 매매대금 채권은 더 이상 존재하지 않는다.

나. 이 사건 매매전환이 대물변제예약에 해당함을 전제로 한 정산금 채권이 인정되는지(제2 주위적 주장)

이 사건 공동사업약정에 의하면, 이 사건 매매전환은 R이 이 사건 공동사업약정상 의무를 위반하여 위 사업을 진행하지 못하게 되어 J이 위 계약을 해지하는 경우에 이루어지는 것이다. 을가 제14호증의 기재에 의하더라도 J이 지급할 매매대금 중 일부를 이미 교부된 대여금으로 충당하기로 정한 것으로 보일 뿐, 위 대여금 지급에 갈음하여 이 사건 토지를 이전하기로 약정한 것으로 보기 어렵다.

원고는 이에 대하여 이 사건 매매전환에 따른 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 처분금지가처분등기를 경료한 사정 및 이 사건 매매전환 이후에도 R이 이 사건 토지에 대한 피담보채무 일부를 변제하였다거나 J의 당시 대표이사였던 AJ에게 돈을 송금한 사정 등에 비추어 향후 이 사건 부동산의 시가와의 정산을 염두에 둔 것으로서 이 사건 매매전환의 실질은 대물변제예약이라고 주장하나, 위 대여금의 반환에 갈음하여 이 사건 토지를 이전할 것을 예약한 것이라고 보기 부족하다. 따라서 이 사건 매매전환이 대물변제예약에 해당함을 전제로 하는 원고의 이 부분 주장은 더 나아가 살펴볼 필요 없이 받아들이지 않는다.

다. 이 사건 매매전환의 무효취소해제에 따른 원상회복으로서 전보배상청구권이 인정되는지(제1 내지 4 예비적 주장)

1) 제1 예비적 주장(이 사건 매매전환이 민법 제104조에 위반한다는 주장)

가) 민법 제104조에 규정된 불공정한 법률행위는 객관적으로 급부와 반대급부 사이에 현저한

불균형이 존재하고, 주관적으로 그와 같이 균형을 잃은 거래가 피해 당사자의 공박, 경솔 또는 무경험을 이용하여 이루어진 경우에 성립하는 것이고, 불공정 법률행위에 해당하는지 여부는 법률행위가 이루어진 시점을 기준으로 약속된 급부와 반대급부 사이의 객관적 가치를 비교 평가하여 판단하여야 한다(대법원 2013. 9. 26. 선고 2010다42075 판결 참조).

나) 갑 제22호증의 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, R이 위 매매전환으로 J으로부터 지급받을 이 사건 토지 지분의 매매대금은 72억 원($=180\text{억 원} \times 6/15$)이고, 위 계약 체결일로부터 약 3개월 뒤인 2017. 11. 27. 기준 이 사건 토지 지분의 감정평가액은 9,809,936,000원이므로 이 사건 매매전환의 매매대금과 감정평가액을 비교하면 다소 차이가 있는 사실은 인정된다. 그러나 R 등과 J이 2017. 8. 23. 이 사건 토지에 오피스텔을 신축하기로 하는 이 사건 공동사업약정을 체결하면서 R 등이 2017. 9. 30.까지 임차인들로부터 사업부지의 목적물을 인도받지 못하거나 2017. 10. 10.까지 J이 지정하는 신탁회사에 사업부지의 목적물을 신탁하지 못하는 등으로 인하여 J이 위 계약을 해지하는 경우, 위 공동사업계약은 사업부지의 목적물에 관한 매매계약으로 전환되고, 그 매매대금은 180억 원이며 J의 대여금 40억 원은 매매대금 중 계약금 및 중도금으로 전환되도록 하는 이 사건 매매전환을 한 사실은 앞서 본 바와 같다. 여기에 앞서 본 기초사실과 앞서 든 증거들에 변론 전체의 취지를 종합하여 알 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정, 즉 ① 이 사건 매매전환은 이 사건 공동사업약정의 일부로서 급부와 반대급부 사이의 불균형을 평가하여야 하는데, 이 사건 매매전환은 R의 위 공동사업약정상 채무불이행으로 인하여 J이 위 계약을 해지하는 경우에만 이루어지는 것이어서 이 사건 토지에 관한 가액 차이만으로 급부와 반대급부 사이에 현저한 불균형이 있다고 단정할 수 없는 점, ② 이 사건 공동사업약정은 이 사건 토지 가액을 그 사업수익과 별도로 180억 원으로 정하고, 사업정산 시 설계비, 수수료 등 사업상 필수 경비를 우선하여 공제한 후 지급하거나 사업부지의 목적물을 신탁한 후 사업자금을 대출받아 우선 지급할 수 있다고 정하고 있으므로(제3조), 위 사업이 완료되는 경우 R 등은 J으로부터 위 공동사업으로 인한 수익과 별도로 이 사건 토지 가액을 지급받게 되는 반면, J은 위 공동사업에서 시행업무 및 분양업무를 맡으면서 분양수수료 외에는 R 등으로부터 별도의 대가를 지급받기로 약정하지는 않은 것으로 보이는 점(제2조 제2항), ③ J이 이 사건 공동사업약정에 따라 R에게 자금을 대여하고, 위 공동사업의

시행사로서 부담하는 위험의 정도가 적지는 않은 것으로 보이고 R은 J과 위 공동사업계약을 체결할 당시 이미 상당한 액수의 채무를 부담하고 있었던 것으로 보이기는 하나 J이 이를 이용하여 이 사건 공동사업약정을 체결하였음을 인정할 만한 아무런 정황이 없는 점, ④ R이 이 사건 공동사업약정상 의무를 이행하였다면 이 사건 매매전환이 이루어질 여지는 없었던 점 등을 종합하여 보면, 이 사건 매매전환이 불공정한 법률행위에 해당하여 무효라고 단정하기는 어렵다. 따라서 원고의 이 부분 주장은 더 나아가 살펴볼 필요 없이 받아들이지 않는다.

2) 제2 예비적 주장(이 사건 매매전환의 조건 불성립에 따른 무효 주장)

J이 R에게 대여 명목으로 40억 원을 지급한 사실은 앞서 본 바와 같고(위 40억 원 중 20억 원의 출처가 AA이라고 하여 위와 같은 결론이 달라지지 않는다는 것도 앞서 살펴보았다), 이 사건 매매전환은 이 사건 공동사업약정 내용상 R의 의무위반으로 위 공동사업을 진행하지 못하게 되어 계약이 해제 또는 해지되는 경우에 이루어지는 것이고, 이미 교부가 이루어진 대여금을 그 매매대금 중 일부로 충당하기로 정한 것에 불과한 것으로 보일 뿐이다. 따라서 위 대여금 40억 원의 교부가 매매전환의 성립 또는 효력 발생요건임을 전제로 이 사건 매매전환이 무효라는 원고의 주장은 받아들이지 않는다.

3) 제3 예비적 주장(이 사건 매매전환의 취소 주장)

앞서 든 증거들 및 변론 전체의 취지를 더하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정들, 즉 ① R과 J 사이에 J이 제3자로부터 투자받은 추가 20억 원에 대한 대여의 주체를 J으로 정하는 내용이 담긴 이행각서가 작성된 점, ② R은 AA의 임의경매신청으로 인한 경매개시결정에 대하여 이의를 하면서 AA로부터 지급받은 20억 원이 이 사건 매매전환에 따른 중도금으로 충당되었다고 주장하기도 한 점, ③ J이 AA를 통하여 대여한 위 20억 원으로 J의 기존 대여금 중 10억 원을 변제받기로 한 사정이 있기는 하나, 이후 J은 R에게 이 사건 매매전환 통지를 하기 전인 2018. 1.경 다시 10억 원을 추가로 대여한 것으로 보이는 점 등을 종합하여 보면, 위 20억 원의 출처가 AA이라고 하여 J이 이를 대여한 것이 아니라거나, 계약금 및 중도금 명목으로 J으로부터 R에게 합계 40억 원이 지급되지 아니하였다거나, 자금의 성격 및 유래 등과 관련한 R의 착오 또는 R에 대한 기망이 있었다고 보기는 어렵다. 따라서 J의 기망 또는 R의 착오를 전제로 한 원고의 이 사건 매매전환의 취소 주장은 이유 없다.

4) 제4 예비적 주장(이 사건 매매전환의 해제 주장)

J은 R 등이 이 사건 공동사업약정에서 정한 의무를 이행하지 아니하였음을 이유로 2018. 3. 7. R에게 이 사건 공동사업약정의 해지 및 이 사건 매매전환을 통지한 후, 2018. 4. 6. R 등에 대하여 이 사건 각 부동산에 관하여 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 소송을 제기하였고(서울서부지방법원 2018가합33138호), R이 위 소송 진행 중인 2018. 11. 15. 이 사건 인낙을 하였음은 앞서 본 바와 같다. 그러나 위와 같은 사실만으로 J이 R에게 이 사건 토지 지분에 관한 잔금을 지급하지 않겠다는 이행거절 의사를 명백하게 표시하였다고 볼 수는 없고, J의 위와 같은 일련의 행위는 R의 채무불이행에 대응하는 행위이며, 앞에서 본바와 같이 이 사건 토지 지분에 관한 매매대금 72억 원에서 계약금 및 중도금으로 전환된 16억 원과 선순위 근저당권의 피담보채권액 및 J의 위약금 및 손해배상금 채권을 상계 내지 공제하면, R이 J에 대하여 가지는 위 매매대금 채권은 존재하지 아니하므로, J이 R에 대한 잔금 지급을 현재까지 거절하고 있다고 보기도 어렵다. J의 이행거절을 이유로 이 사건 매매전환이 해제되었다는 원고의 주장은 더 나아가 살필 필요 없이 이유 없다.

라. 소결론

따라서 R이 J을 상대로 사해행위취소를 구할 피보전권리(이 사건 매매대금 채권 등)은 존재하지 않는다고 할 것이므로, 이를 전제로 하는 원고의 이 사건 사해행위 취소 및 원상회복 청구는 J의 무자력 여부, J과 피고들 사이의 각 근저당권설정계약의 사해행위 해당여부 등에 관하여 더 나아가 살펴 볼 필요 없이 이유 없다.

4. 결론

그렇다면 원고의 이 사건 청구는 이유 없어 기각하여야 할 것인바, 제1심판결은 이와 결론을 같이하여 정당하므로 원고의 항소를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 권혁중, 판사 이재영, 판사 김경란

별지

제출하면서 이 사건 소 중 원상회복으로 이 사건 배당표 중 피고들에 대한 배당액 삭제를 구하는 부분과 관련하여 당사자적격이 인정되지 않을 것을 대비하여 원상회복으로서 배당이의의 소가 아닌 배당금지급청구권의 양도를 구하는 것으로 변경하였다. 그러나 원고가 사해행위 취소의원상회복으로 피고들에 대하여 배당액 삭제를 구하고 있는데 피고들은 J과 같이 모두 이 사건 토지 지분에 관한 배당권자라는 점에서 배당이의 소에서 요구되는 당사자적격 여부는 문제되지 않을 뿐만 아니라, 이 사건 배당표는 원고의 이의신청으로인해 아직 확정된바 없어 피고들에게 배당금지급채권이 발생하지도 않았으므로 위 채권양도의 방식으로 원상회복을 구할 수도 없을 뿐만 아니라(대법원 2004. 1. 27. 선고 2003다6200판결 참조), 원고의 위 청구취지 및 청구원인 변경신청은 추가된주장을 면밀히 살펴봐도 이 사건 소의 결론에 영향이 없으므로 원고의 위 청구취지 변경신청에 상관없이 종래 청구취지에따라 판단한다.

2) 원고의 주장 중 이 사건 매매전환이 유효함을 전제로 R이 J에 대하여 이 사건 매매대금 채권 및 대물변제예약에 따른 정산금채권이 존재한다는 것과(주위적 주장), 이 사건 매매전환이 무효취소해제되었음을 전제로 원상회복으로서 이 사건 토지지분의 시가 상당액을 구하는 주장(예비적 주장)은 양립할 수 없으므로, 이하 원고의 위와 같은 주장들을 주위적예비적 주장으로 선행하여 판단한다.

3) J이 매매대금을 R 등이 각 소유한 지분별로 분할 및 특정하여 지급할 의사가 있었다고 보이지 않고, 이 사건 매매전환 체결경위 및 J의 R 외 이 사건 토지의 나머지 지분권자인 U, V에 대한 소유권이전등기소송의 결과 등에 비추어 보건대 R이 이 사건 토지의 나머지 지분권자들로부터 적법한 위임을 받지 아니하고 이 사건 공동사업약정을 체결한 이상 J의 나머지 지분권자들에 대한 위약금 채권 역시 R이 최종적으로 그 지급의무를 부담한다고 봄이 상당하므로 이 사건 매매계약이 해제되면서발생한 R 등의 원상회복의무 내지 손해배상의무는 성질상 불가분채무라고 봄이 타당하다(대법원 2000. 4. 7. 선고 2000다4234 판결, 대법원 1997. 5. 16. 선고 97다7356 판결 등 참조).