

광주고등법원 2021. 6. 9 선고 2019나25041 판결 [사해행위취소]

재판경과

광주고등법원 2021. 6. 9 선고 2019나25041 판결

광주지방법원 2019. 11. 15 선고 2017가합53922 판결

전문

원고, 항소인 신용보증기금

소송대리인 변호사 김선재

피고, 피항소인 1. A

2. B

3. C

4. D

5. E

6. 주식회사 F

7. G

피고들 소송대리인 법무법인 이우스

담당변호사 오세욱

제 1 심 판 결 광주지방법원 2019. 11. 15. 선고 2017가합53922 판결

변 론 종 결 2021. 4. 7.(피고 1, 2, 7에 대하여)

2021. 5. 26.(나머지 피고들에 대하여)

판 결 선 고 2021. 6. 9.

주 문

1. 원고의 항소와 이 법원에서 교환적으로 변경한 원상회복청구를 모두 기각한다.
2. 항소제기 이후의 소송비용은 원고가 부담한다.

청 구 취 지 및 항 소 취 지

제1심 판결을 취소한다. 피고 A와 H 사이에 별지 목록 기재 각 부동산에 관하여 2016. 5. 17. 체결된 근저당권설정계약을 취소한다. 피고 A는 H에게 광주지방법원 S 부동산임의경매, AC, AD(중복) 사건의 배당금출급채권 1,000,000,000원에 관하여 채권양도의 의사표시를 하고, 대한민국(소관: 광주지방법원 공탁공무원)에게 위 채권양도의 의사표시를 하라. 피고 B와 H 사이에 별지 목록 기재 각 부동산에 관하여 2016. 5. 17. 체결된 근저당권설정계약을 취소한다. 피고 B는 H에게 광주지방법원 S 부동산임의경매, AC, AD(중복) 사건의 배당금출급채권 400,000,000원에 관하여 채권양도의 의사표시를 하고, 대한민국(소관: 광주지방법원 공탁공무원)에게 위 채권양도의 의사표시를 하라.

피고 C와 H 사이에 별지 목록 기재 각 부동산에 관하여 2016. 5. 17. 체결된 근저당권설정계약을 취소한다. 피고 C는 H에게 광주지방법원 S 부동산임의경매, AC, AD(중복) 사건의 배당금출급채권 200,000,000원에 관하여 채권양도의 의사표시를 하고, 대한민국(소관: 광주지방법원 공탁공무원)에게 위 채권양도의 의사표시를 하라. 피고 D와 H 사이에 별지 목록 기재 각 부동산에 관하여 2016. 5. 17. 체결된 근저당권설정계약을 취소한다. 피고 D는 H에게 광주지방법원 S 부동산임의경매, AC, AD(중복) 사건의 배당금출급채권 200,000,000원에 관하여 채권양도의 의사표시를 하고, 대한민국(소관: 광주지방법원 공탁공무원)에게 위 채권양도의 의사표시를 하라. 피고 E와 H 사이에 별지 목록 기재 각 부동산에 관하여 2016. 5. 17. 체결된 근저당권설정계약을 취소한다. 피고 E는 H에게 광주지방법원 S 부동산임의경매, AC, AD(중복) 사건의 배당금출급채권 200,000,000원에 관하여 채권양도의 의사표시를 하고, 대한민국(소관: 광주지방법원 공탁공무원)에게 위 채권양도의 의사표시를 하라. 피고 주식회사 F(이하 '피고 F'라 한다)와 H 사이에 별지 목록 기재 각 부동산에 관하여 2016. 5. 17. 체결된 근저당권설정계약을 취소한다. 피고 G은 H에게 광주지방법원 S 부동산임의경매, AC, AD(중복) 사건의 배당금출급채권 221,000,000원에 관하여 채권양도의 의사표시를 하고, 대한민국(소관: 광주지방법원 공탁공무원)에게 위 채권양도의 의사표시를 하라(원고는 제1심에서 사해행위취소 및 그 원상회복으로 위 각 근저당권설정계약에 따른 근저당권설정등기의 말소등기를 구하였다가, 2020. 10. 22. 이 법원에서 위와 같이 각 배당금지급청구채권의 양도를 구하는 것으로 원상회복청구 부분을 변경하였다).

이 유

1. 기초 사실

가. 원고와 H의 신용보증약정 및 H의 대출

1) 원고는 2014. 10. 21. AE한의원을 운영하던 H와 사이에, H의 주식회사 I(이하 'I은행'이라

한다)에 대한 대출금 채무에 관하여 보증금액 2,500,000,000원, 보증기한 2024. 10. 18.까지로 된 신용보증약정을, 2015. 3. 18. H의 I은행에 대한 대출금 채무에관하여 보증금액 2,100,000,000원, 보증기한 2024. 10. 18.까지로 된 신용보증약정을 각각 체결하고(이하 위 각 신용보증약정을 '이 사건 신용보증약정'이라 한다), 이에 따른 신용보증서를 발급해 주었다. 한편 이 사건 신용보증약정 제6조 제1항 본문은 원고의 사전구상권에 관하여 규정하고 있고, 제6조 제1항 제1호는 '제5조에 따른 주채무 이행의무를 위반한 때'를 그 사유 중 하나로 들고 있다.

2) H는 자신 소유인 별지 목록 제1항 기재 대지(이하 '이 사건 대지'라 한다)에 재활 요양병원을 신축하기 위한 자금 마련을 위하여, 2014. 12. 12. 원고 발급 신용보증서를 제출하고 I은행과 여신 한도금액 2,500,000,000원의 대출약정을 체결하였고, 이에따라 I은행으로부터 2014. 12. 12. 700,000,000원, 2015. 1. 21. 1,560,000,000원, 2015.4. 1. 240,000,000원 등 합계 2,500,000,000원을 대출받았다. H는 2015. 4. 1. 원고 발급 신용보증서를 제출하고 I은행과 여신 한도금액 2,100,000,000원의 대출약정을 체결하였고, 이에 따라 I은행으로부터 2015. 4. 1. 110,000,000원, 2015. 5. 7. 800,000,000원, 2015. 6. 17. 290,000,000원, 2015. 7. 15. 400,000,000원, 2015. 9. 24. 300,000,000원 등 합계 1,900,000,000원을 대출받았다(이하 '이 사건 각 대출금'이라 한다).

나. 이 사건 각 부동산에 관한 근저당권설정 및 I은행의 보증사고 통지

1) H가 이 사건 대지에 재활 요양병원 건물 신축공사를 진행하던 중인 2016. 5. 12. 시공사인 주식회사 J(이하 'J'이라 한다)의 가압류 신청 및 결정으로 인하여 공사중이던 위 건물(별지 목록 제2항 기재 건물로 이하 '이 사건 건물'이라 하고, 이 사건대지와 이 사건 건물을 합하여 '이 사건 각 부동산'이라 한다)에 관하여 H 명의로 소유권보존등기가 되었다.

2) H는 2016. 5. 16. 피고 A로부터 500,000,000원, 피고 B로부터 200,000,000원, 피고 C로부터 100,000,000원, 피고 D으로부터 100,000,000원, 피고 E로부터 100,000,000원, 피고 주식회사 F(이하 '피고 F'라 한다)로부터 100,000,000원을 각 차용하기로 하는 소비대차계약을 체결하였다.

3) H는 위 각 차용금채무의 담보를 위하여 2016. 5. 17. 피고 A, 피고 B, 피고 C, 피고 D, 피고 E, 피고 F(이하 원고가 주장하는 이 사건 사해행위의 수익자 지위에 있는 위 피고들을 '피고 A 등'이라 한다)와 사이에 이 사건 각 부동산에 관하여 근저당권설정계약(이하 '이 사건 각 근저당권설정계약'이라 한다)을 체결하고, 아래 각 표 기재와 같이 이 사건 대지에 관하여는 3순위의 각 근저당권설정등기를, 이 사건 건물에 관하여는 1순위의 각 근저당권설정등기를 해 주었다(이하 '이 사건 각 근저당권설정등기'라 한다).

[이 사건 대지 근저당권](2016. 5. 17. 기준)

순번	순위 번호	접수번호	근저당권자	채권최고액	근저당권 순위
1	3	2014. 10. 17. 제220898호	I은행	540,000,000원	1순위
2	6	2014. 12. 10. 제277308호	I은행	6,000,000,000원	2순위
3	7	2016. 5. 17. 제85486호	피고 A	1,000,000,000원	3순위
4	7	2016. 5. 17. 제85486호	피고 B	400,000,000원	3순위
5	7	2016. 5. 17. 제85486호	피고 C	200,000,000원	3순위
6	7	2016. 5. 17. 제85486호	피고 D	200,000,000원	3순위
7	7	2016. 5. 17. 제85486호	피고 E	200,000,000원	3순위
8	7	2016. 5. 17. 제85486호	피고 F	400,000,000원	3순위

[이 사건 건물 근저당권](2016. 5. 17. 기준)

순번	순위 번호	접수번호	근저당권자	채권최고액	근저당권 순위
1	1	2016. 5. 17. 제85486호	피고 A	1,000,000,000원	1순위
2	1	2016. 5. 17. 제85486호	피고 B	400,000,000원	1순위
3	1	2016. 5. 17. 제85486호	피고 C	200,000,000원	1순위

순 번	순위 번호	접수번호	근저당권자	채권최고액	근저당권 순위
4	1	2016. 5. 17. 제85486호	피고 D	200,000,000원	1순위
5	1	2016. 5. 17. 제85486호	피고 E	200,000,000원	1순위
6	1	2016. 5. 17. 제85486호	피고 F	400,000,000원	1순위

4) I은행은 2016. 6. 20.경 원고에게 신용보증사고 발생사실을 통지하였는데, 위 통지서에는 보증사고의 내용으로 '발생일자: 2016. 6. 17.', '종류: 기타 채권보전이 우려되는 경우', '사고원인: 건물 준공 전 가압류를 원인으로 한 건물대위등기 발생 및 제3자 선순위 근저당권 설정, 연체'가 기재되어 있다.

5) 피고 F는 2016. 8. 25. 피고 G에게 2016. 8. 24.자 확정채권양도를 원인으로 하여 이 사건 각 부동산에 관한 근저당권에 관하여 근저당권 이전의 부기등기를 해 주었다.

다. 이 사건 각 부동산에 관한 경매절차 진행

1) I은행은 광주지방법원에 이 사건 각 부동산에 관하여 담보권 실행을 위한 경매를 신청하였고(광주지방법원 S, 이하 '이 사건 경매절차'라 한다), 이에 따라 개시된 경매절차에서 AF이 2020. 9. 14. 이 사건 각 부동산을 매수함으로써 이 사건 각 근저당권설정등기도 같은 날 말소되었다.

2) 원고는 2020. 9. 24.경 피고 A, 피고 B, 피고 C, 피고 D, 피고 E, 피고 G을 상대로 위 피고들이 이 사건 경매절차에서 배당받게 될 배당금채권에 관한 배당금지급금지가처분을 신청하여 2020. 10. 7. 가처분 결정을 받았다(이 법원 2020카합1010).

3) 광주지방법원은 2020. 10. 15. 이 사건 경매절차의 배당기일에서 실제 배당할 금액을

4,138,042,768원으로 정한 후, 피고 A에게 1,000,000,000원, 피고 B에게 400,000,000원, 피고 C에게 200,000,000원, 피고 D에게 200,000,000원, 피고 E에게 200,000,000원, 피고 G에게

221,000,000원을 각각 배당하는 내용의 배당표를 작성하였다. 위 배당표는 그대로 확정되었으나, 위 피고들은 위 배당금지급금지가처분으로 인하여 각 배당금을 실제로 지급받지는 못하였다.

[인정 근거] 다툼 없는 사실, 갑 1 내지 5호증(가지번호 있는 것은 가지번호를 포함한다, 이하 같다)(다만 특정의 필요성이 있는 경우에는 가지번호를 덧붙인다), 갑 8호증, 갑 10호증, 갑 15, 16호증의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 원고의 주장

원고는 H에 대하여 이 사건 신용보증약정에 따른 사전구상권을 가지고 있다. H는채무초과 상태에서 피고 A 등과 이 사건 각 부동산에 관하여 이 사건 각 근저당권설정계약을 체결하고 이 사건 각 근저당권설정등기를 해 주었고, 이는 원고를 비롯한 H의 일반 채권자들을 해하는 사해행위에 해당한다. 따라서 원고는 청구취지 기재와 같이 이 사건 각 근저당권설정계약의 취소와 그에 따른 원상회복으로서 피고 A, 피고 B, 피고 C, 피고 D, 피고 E, 피고 G에 대하여 배당금지급채권청구채권의 양도를 구한다(원고는 H와 피고 F로부터 근저당권을 이전받은 전득자인 피고 G를 상대로 H와 피고 F 사이의 근저당권설정계약의 취소 및 원상회복을 구하고 있는데, 수익자인 피고 F에대한 청구취지가 분명하지 않으나, 피고 F에 대하여는 사해행위의 취소만을 구하는 것으로 본다).

3. 판단

가. 피보전채권의 존재

1) 채권자취소권에 의하여 보호될 수 있는 채권은 원칙적으로 사해행위라고 볼 수있는 행위가 행하여지기 전에 발생한 것임을 요하지만, 사해행위 당시에 이미 채권 성립의 기초가 되는 법률관계가 발생되어 있고, 가까운 장래에 그 법률관계에 터 잡아채권이 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) 앞서 인정한 사실에 의하면, 원고는 2016. 6. 17.경 H가 이 사건 신용보증약정대상인 I은행에 대한 채무를 불이행함으로써 이 사건 신용보증약정 제6조 제1항에 따라 H에 대하여 보증금액 합계 4,400,000,000원(= 2,500,000,000원 + 1,900,000,000원)의 사전구상금 채권을 가지게 되었다고 봄이 타당하다.

원고의 위 사전구상금 채권은 비록 이 사건 각 근저당권설정계약일인 2016. 5. 17.이후에 발생한 것이기는 하나, 위 사전구상금 채권 성립의 기초가 되는 이 사건 신용보증약정은 이미 체결되어 있었고, 갑 4호증, 갑 7호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 H의 채권자 Q이 이 사건 대지에 관하여 부동산가압류를 신청하여 2016. 4. 18. 청구금액 167,557,300원의 가압류등기(광주지방법원 2016카단1311)를 하는 등 H가 당시 자금난으로 채무 변제 압박을 받고 있었던 점, 이 사건 각 근저당권설정계약 당시에는 이미 H의 자금난으로 이 사건 건물 신축공사가 일시 중단된 상태에 있었던 점 등에 비추어 볼 때, 이 사건 각 근저당권설정계약 당시 이미 H의 자금 사정 악화 등으로 인하여 가까운 장래에 위 사전구상금 채권이 성립되리라는 고도의 개연성이 있었고, 그에 따라 실제로 위 사전구상금 채권이 성립한 이상, 위 사전구상금 채권은 이 사건 각 근저당권설정계약에 대해 채권자취소권을 행사하기 위한 피보전채권이 될 수 있다.

나. 사해행위 성립 여부에 관한 판단

1) 이 사건 대지에 관한 각 근저당권설정계약

가) 채무자가 처분한 목적물에 담보권이 설정되어 있는 경우라면 그 목적물 중에서 일반채권자들의 공동담보에 제공되는 책임재산은 피담보채권액을 공제한 나머지 부분만이고, 그 피담보채권액이 목적물의 가격을 초과하고 있는 때에는 당해 목적물의 처분은 사해행위에 해당한다고 할 수 없다(대법원 2008. 4. 10. 선고 2007다78234 판결 등 참조).

나) H가 2016. 5. 17. 피고 A 등과 이 사건 각 근저당권설정계약을 체결하고, 같은날 위 피고들에게 이 사건 각 부동산에 관한 근저당권설정등기를 해 준 사실, 당시 이 사건 대지에 관하여는 I은행 명의의 채권최고액 540,000,000원의 2014. 10. 17.자 근저당권, 채권최고액 6,000,000,000원의 2014.

12. 10.자 근저당권 등 선순위 근저당권이 설정되어 있었던 사실은 앞서 본 바와 같다. 그리고 갑 8 내지 10호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지를 종합하면, 이 사건 경매절차에서 2016. 11. 22. 기준 이 사건 대지의 가액을 1,040,715,000원으로 평가한 사실이 인정되고, 2016. 5. 17. 당시의 가액 역시 그와 같을 것으로 추인할 수 있다.

그런데 위 각 증거에 따르면, 이 사건 대지에 관한 I은행의 선순위 근저당권 중 채권최고액 6,000,000,000원의 2014. 12. 10.자 근저당권의 피담보채권은 I은행의 이 사건 각 대출금 채권으로, 그 원금만 하더라도 4,400,000,000원(2014. 12. 12.자 대출약정 2,500,000,000원 + 2015. 4. 1.자 대출약정 1,900,000,000원)에 이르는 사실을 알 수 있고, 달리 반증이 없다.

다) 결국 이 사건 대지에 관한 각 근저당권설정계약 당시 이 사건 대지에 설정된 선순위 근저당권의 피담보채권액이 이 사건 대지의 가액을 초과하고 있음이 명백하므로, 이 사건 대지에 관한 근저당권설정계약은 사해행위에 해당한다고 볼 수 없다. 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

2) 이 사건 건물에 관한 각 근저당권설정계약

어느 특정 채권자에 대한 담보제공행위가 사해행위가 되기 위하여는 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 하므로, 채무자의 담보제공행위가 사해행위가 되는지 여부를 판단하기 위하여는 채무자의 재산상태를 심리하여 채무초과 여부를 밝혀보아야 한다(대법원 2000. 4.25. 선고 99다55656 판결 등 참조).

가) 채무자 H의 적극재산

당사자 사이에 다툼 없는 사실, 갑 4호증, 갑 8호증, 갑 9호증의 2, 갑 10호증의 9내지 12의 각 기재 및 변론 전체의 취지를 종합하면, 이 사건 각 근저당권설정계약일인 2016. 5. 17. 당시 H의 적극재산은 아래와 같음을 알 수 있다.

순 번	항목	가액	공동담보가액	비고
1	이 사건 건물	4,775,778,000원	4,775,778,000원	이 사건 경매절차에서의 감정 평가액으로 그 기준일은 2016. 11. 22.이나, 2016. 5. 17. 당시 에도 그와 같을 것으로 추인할 수 있음
2	이 사건 대지	1,040,715,000원	0원 (선순위 담보	I은행의 선순위 근저당권 채권 최고액과 피담보채권액이 목적

순 번	항목	가액	공동담보가액	비고
			있음)	물 가액을 초과하므로 일반채 권자들의 공동담보에 해당하지 않음
3	광주 남구 K 대 408.9㎡	348,382,800원	64,298,271원 (선순위 담보 있음)	목적물가액 348,382,800원에서 우선변제권이 확보된 O조합의 근저당권 피담보채권액 284,084,529원을 공제함
합계		6,164,875,800원	4,840,076,271원	

이에 대하여 피고들은 H와 주식회사 AA(이하 'AA'이라 한다) 사이에 체결된 전기소방공사계약과 관련하여, H가 유한회사 AG(이하 'AG'이라 한다), 유한회사 AH(이하 'AH'라 한다)에 대하여 240,000,000원 상당의 채권을 갖는다고 볼 수 있으므로 이 또한 적극재산에 포함되어야 한다고 주장한다.

그러나 갑 11호증의 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음과 같은사정에 비추어 볼 때, 위 240,000,000원을 H의 적극재산으로 산정할 만한 근거가 없으므로 피고들의 이 부분 주장은

받아들일 수 없다.

(1) 원래 AA은 AG과 AH로부터 이 사건 건물 신축공사 중 전기·소방공사를 하도급 받아서 공사를 진행하였는데, AG과 AH가 공사를 중단하자, 2015. 10. 22. 건축주인 H와 직접 계약을 체결하게 되었다.

(2) 위 2015. 10. 22. 최초 계약 당시 공사금액은 640,970,000원이었는데, H와 AA은 2016. 2. 15. 공사금액을 761,332,000원으로 증액(증액분 120,362,000원)하는 변경계약을 체결하였다.

(3) 위 2015. 10. 22.자 계약과 2016. 2. 15.자 변경계약에는 각 공사금액 중 295,000,000원은 AG과 AH로부터 지급받기로 한다는 내용이 포함되어 있다.

(4) 피고들의 주장은 H가 AG과 AH에 대하여 295,000,000원의 채권을 가지고 있었기 때문에 위 계약서에 AG과 AH의 295,000,000원 지급의무를 규정하게 된 것이고, AA은 공사대금 중 위 295,000,000원까지는 H가 아닌 위 2개의 유한회사로부터 지급받기로 하였다는 것으로 이해된다. 그런데 AA은 2015. 12. 23. H를 상대로 55,000,000원의 세금계산서를 발급하였으므로, 결국 H는 유한회사 AG과 유한회사 AH에 대하여 나머지 240,000,000원(295,000,000원 - 55,000,000원)의 채권을 보유하고 있다는 것이다.

그러나 기록상 H와 AG 및 AH의 계약관계 내지 채권채무관계를 확인할 자료가 없다. 그뿐만 아니라 원래 하도급계약관계에 있었던 AG, AH와 AA 사이의 계약관계를 확인할 자료도 없는 점을 고려할 때, 피고들의 위 주장은 결국 주관적 추론 내지 추측에 불과하고, 위와 같은 주장이나 피고들이 제출한 증거들만으로는 H가 이 사건 각 근저당권설정계약 체결 당시 AG, AH에 대하여 채권을 가지고 있었다거나, 그 채권의 액수가 240,000,000원 상당이라는 점을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

나) 채무자 H의 소극재산

당사자 사이에 다툼 없는 사실, 갑 6호증, 갑 8 내지 12호증의 각 기재, 이 법원의 광주광역시 남구에 대한 과세정보 제출명령 결과 및 변론 전체의 취지를 종합하면, 이 사건 각 근저당권설정계약일인 2016. 5. 17. 당시 H의 소극재산은 아래와 같음을 알수 있다.

순번	항목	가액	비고
1	원고에 대한 사전구상금 채무	4,400,000,000원	I은행의 이 사건 각 대출금 채권에 관한 이 사건 신용보증약정 제6조 제1항
1-1	우선변제권 확보 부분 제외	-1,040,715,000원	I은행이 우선변제권을 확보하고 있는 이 사건 대지 가액을 공제함
2	I은행에 대한 2014. 10. 17.자 대출약정에 따른 대출금 채무	450,000,000원	갑 10호증의 26, 27
3	주식회사 L에 대한 공사대금 채무	70,458,180원	갑 6호증의 6, 원고는 103,000,000원을 주장하나, 70,458,180원을 초과하는 부분은 인정할 증거가 없음
4	M에 대한 대여금 채무	513,524,590원	갑 6호증의 5
5	주식회사 N에 대한 대출금 채무	139,000,000원	갑 6호증의 7
6	O조합에 대한 대출금 채무	284,084,529원	갑 10호증의 8, 갑 10호증의 10
6-1	우선변제권 확보 부분 제외	-284,084,529원	O조합의 근저당권이 설정된 광주 K 대 408.9㎡ 토지 가액이 348,382,800원, O조합의 근저당권 채권최고액이 364,000,000원으로, 실제 피담보채권 전액에 대한 우선변제권이 확보되어 있으므로 채무 전액을 공제함
7	P에 대한 차용금 채무	100,000,000원	갑 9호증의 4, 5, 갑 10호증의 28
8	Q(R)에 대한 공사대금 채무	167,557,300원	갑 10호증의 30
9	AA에 대한 공사대금 채무	55,000,000원	아래에서 별도로 판단함
10	이 사건 건물 소유권보존등기 관련 광주광역시	40,859,860원	아래에서 별도로 판단함

순번	항목	가액	비고
	남구에 대한 등록면허 세 등 조세채무		
	합계	4,895,684,930원	

(1) H의 AA에 대한 공사대금 채무에 관한 판단

원고는 H의 AA에 대한 공사대금 채무가 390,198,800원이라고 주장하는 반면, 피고들은 AA에 대한 채무는 소극재산 산정에 포함되어서는 안 된다고 주장한다. 갑 11, 12호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 아래와 같은 사정에 비추어 볼 때, 이 사건 각 근저당권설정계약 체결 당시 H의 AA에 대한 채무는 55,000,000원 상당이라고 봄이 타당하므로, 이를 초과하는 금액에 관한 원고 주장은 받아들이지 않는다.

(가) H가 2015. 10. 22. AA과 이 사건 건물 신축공사 중 전기·소방공사계약을 체결하였고, 최초 계약 당시 공사금액이 640,970,000원이었다가 2016. 2. 15. 공사금액을 761,332,000원으로 증액한 사실은 앞서 본 바와 같다.

(나) AA은 2016. 8. 8. 광주지방법원에 H를 상대로 미지급 공사대금 390,198,800원을 구하는 소를 제기하였고, 2016. 11. 22. AA과 H 사이에 위 전기·소방공사와 관련하여 미지급 공사대금이 390,198,800원임을 인정하고 위 돈을 2017. 6. 30.까지로 지급하기로 하는 내용이 포함된 조정이 성립된 사실도 인정된다(광주지방법원 2016가합1733(2016머20285)).

(다) 그러나 다른 한편 AA이 위와 같이 소로써 청구한 390,198,800원은 공정률 90%를 전제로 하여 앞서 본 AG과 AH 관련 295,000,000원을 공제한 금액 [(761,332,000원 × 90%) - 295,000,000원]이고, 원고는 2016. 2. 12.경 AA이 약 90%의 공사를 완료하였다고 주장하고 있다.

그런데 AA의 전기·소방공사는 공정상 이 사건 건물 신축공사의 공정률에 일정부분 영향을 받을

수밖에 없고, 이 사건 건물 신축공사에 관여한 T 주식회사(이하 'T'이라 한다)의 대표 U은 관련 민사사건(광주지방법원 2017가합53946)에서 '공정률 70% 정도 상태에서 공사가 중단되었고, 이에 따라 2016. 3.경 관계자들이 모여서 대책을 논의한 사실이 있다'는 취지의 증언을 한 사실이 있다. 공정률에 관한 U의 진술이 반드시 정확하다고는 할 수 없으나, 원고가 주장하는 것처럼 2016. 2. 12.경 이미 AA의 공정률이 90%에 달한다고 볼 수 있는지는 의문이다.

(라) 당초 AA과 H의 2015. 10. 22.자 최초 계약에는 공사기간이 2015. 10. 22.부터 2015. 11. 20.까지로 되어 있었다가, 이 사건 건물 신축공사 공정이 지연됨에 따라 2015. 12. 21.자 변경계약으로 준공예정일이 약 4개월 이후인 2016. 3. 31.로 연장되었다. AA과 H는 2016. 2. 15. 준공예정일을 2016. 3. 31.로 그대로 유지하면서도 '건축공정 지연 및 전열교환기, 의료가스, 배연창, 비데/월풀욕조 설비공사 추가'를 이유로 공사금액을 120,362,000원 증액하여 761,332,000원으로 변경하였는데, 위 2016. 2. 15.자변경계약 당시 이미 공정률이 90%에 달하였다는 원고 측 주장과 어울리지 않는 정황이다.

(마) 이러한 여러 사정을 고려할 때, 원고가 제출한 증거들만으로는 이 사건 각 근저당권설정계약 체결 당시 AA의 공정률이 90%에 달한다고 선뜻 인정하기 어렵다.

다만 AA은 위 공사와 관련하여 H에게 2015. 11. 5. 17,630,000원의, 2015. 12. 23. 55,000,000원의 각 전자세금계산서를 발급하였고, 그 중 17,630,000원은 H로부터 지급받은 것으로 보이는 반면, 55,000,000원은 공사대금 지급 청구소송 당시까지 지급받지 못한 것으로 보이므로, 위 55,000,000원은 이 사건 H의 소극재산으로 고려한다.

(2) H의 광주광역시 남구에 대한 조세채무에 관한 판단

이 사건 건물 신축공사 시공사인 J의 가압류 신청과 관련하여 2016. 5. 12. 공사가 진행 중이던 이 사건 건물에 관하여 H 앞으로 소유권보존등기가 되었음은 앞서 본바와 같고, 이 법원의 광주광역시 남구에 대한 과세정보 제출명령 회신에 따르면, 광주광역시 남구는 위 등기와 관련하여 2016. 10. 4. H에게 등록면허세, 교육세 등 합계 40,859,860원을 부과하였음을 알 수 있다.

이에 대하여 피고들은 위 조세채무는 이 사건 각 근저당권설정계약 체결 이후에 발생한 것이어서 H의 소극재산으로 고려할 수 없다고 주장한다. 그러나 채권자취소권행사의 요건인 채무자의 무자력

여부를 판단함에 있어서 그 대상이 되는 소극재산은 원칙적으로 사해행위라고 볼 수 있는 행위가 행하여지기 전에 발생한 것임을 요하지만, 그 사해행위 당시에 이미 채무 성립의 기초가 되는 법률관계가 성립되어 있고, 가까운 장래에 그 법률관계에 터 잡아 채무가 성립되리라는 점에 대한 고도의 개연성이 있으며, 실제로 가까운 장래에 그 개연성이 현실화되어 채무가 성립된 경우에는 그 채무도 채무자의 소극재산에 포함시켜야 하므로(대법원 2011. 1. 13. 선고 2010다68084판결 등 참조), 위 조세채무 역시 H의 소극재산으로 포함할 수 있다. 피고들의 주장은 받아들이지 않는다.

(3) 그 밖에 이 법원이 인정하지 않는 H의 소극재산에 관한 판단

(가) 원고는 H의 J에 대한 900,000,000원의 공사대금 채무가 H의 소극재산에 포함되어야 한다고 주장한다.

갑 4호증, 갑 9호증의 12, 13의 각 기재에 의하면, J이 이 사건 건물에 대하여 청구금액을 900,000,000원으로 한 가압류를 신청하여 2016. 5. 12. 가압류 등기가 되었고(이 사건 건물은 당시 완공 전이었으나, 앞서 본 J의 가압류 신청에 따라 H 명의로 소유권보존등기가 되었다), 이후 J이 2017. 3.경 이 사건 경매절차에서 이 사건 건물신축 공사대금 1,497,743,500원의 보전을 위하여 유치권을 행사하고 있다는 권리신고를 한 사실은 인정된다. 그러나 이러한 사정만으로 H가 이 사건 각 근저당권설정계약당시 J에 대하여 900,000,000원의 공사대금 채무를 부담하고 있었다는 사실을 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 원고의 위 주장은 받아들이지 않는다.

(나) 원고는 H의 T에 대한 300,000,000원의 공사대금 채무, W 주식회사에 대한 120,250,000원의 공사대금 채무, 주식회사 X에 대한 417,000,000원의 공사대금 채무, 주식회사 Y에 대한 178,650,000원의 공사대금 채무, 유한회사 Z에 대한 67,900,000원의 공사대금 채무, V 유한회사에 대한 103,960,000원의 승강기 설치 공사대금 채무가 H의 소극재산에 포함되어야 한다고 주장한다.

① 먼저 갑 9호증의 7의 기재에 따르면, V 유한회사가 이 사건 경매절차에서 승강기 설치 공사대금의 잔액이 103,960,000원임을 주장하면서 '소유권에 기한 권리신고'를 한 사실이 인정되나, 위 103,960,000원은 H가 아닌 J에 대한 공사대금채권이라는 것이 위 신고서의 기재 자체로 명백하여 이를 H의 소극재산에 포함할 근거가 없으므로, 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

② 갑 7호증, 갑 9호증의 10, 갑 10호증의 25, 29, 32의 각 기재에 따르면, T의 대표 U이 관련 민사사건에서 'T이 2016년 3월 또는 4월까지를 기준으로 300,000,000원 정도를 받지 못한 것으로 보면 된다'는 취지의 증언을 한 사실, T이 2017. 1.경 이 사건 경매절차에서 이 사건 건물 신축 공사대금 보전을 위하여 유치권을 행사하고 있다는 권리신고를 하면서, T의 936,850,000원, W 주식회사의 120,250,000원, 주식회사X의 297,000,000원, 주식회사 Y의 178,650,000원, 유한회사 Z의 67,900,000원을 각 유치권 신고금액으로 기재한 사실은 인정된다.

그러나 주식회사 Y, 유한회사 Z의 경우, 위 각 회사가 H와 직접적인 계약관계에 있다거나, H가 이들에 대한 채무를 직접 확인하였다는 점을 인정할 만한 근거가 없다. 따라서 위 유치권 신고만을 근거로 하여 H가 위 각 회사에 대하여 유치권 신고금액 상당 채무를 부담하고 있다고 단정하기 어렵고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없으므로 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

위 두 회사를 제외한 나머지 회사들에 관하여 살펴보면, T은 H와 직접 이 사건 건물 신축 공사도급계약을 체결하여 공사를 진행한 회사이고, H는 2015. 10.경 주식회사 X에 공사잔금 417,000,000원을 2회에 걸쳐 분할 지급할 것을 약속하는 결제대금지급 보증각서를 작성해 준 사실이 있다. 또한, 앞서 살펴본 유치권 신고금액 중 주식회사 Y, 유한회사 Z를 제외한 나머지 회사의 유치권 신고금액은 H가 2016. 12. 1.자로작성해 준 공사잔액확인서에 근거한 금액이라는 점에서 H가 위 각 회사에 대하여 채무를 부담한다는 점 자체는 수긍할 수 있다.

그러나 다른 한편 T회사 U의 관련 민사사건에서의 증언에 따르면, 위 각 회사는 이 사건 각 근저당권설정계약 체결 이후 이 사건 건물 신축공사가 재개된 이후 공사를 진행하기도 한 것으로 보인다. 따라서 위와 같이 H가 확인해 준 공사잔액이나 위 각 회사들의 유치권 신고금액에는 이 사건 각 근저당권설정계약 이후 공사를 진행한 부분도 포함되어 있을 수 있는데, 위 각 회사가 이 사건 건물 신축공사에 투입된 시기, 각 회사가 담당한 구체적인 공사의 내용, 이 사건 각 근저당권설정계약 당시 각 공사의 진행 정도나 공사대금 변제내역, 이 사건 각 근저당권설정계약 이후 공사내역 등에관하여 구체적인 주장·증명이 없는 이상, 이 사건 각 근저당권설정계약 당시 H가 위 각 회사에 대하여 위 각 금액 상당의 채무를 부담하고 있었다고 단정하기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 원고의 위 주장은 받아들이지 않는다.

③ 결국 이 부분에 관한 원고 주장도 모두 받아들이지 않는다.

(다) 원고는 H의 국민건강보험공단에 대한 체납 보험료 채무도 H의 소극재산에 포함되어야 한다고 주장하나, 위 채무의 구체적인 액수 자체를 특정하여 주장하고 있지 않고, 갑 9호증의 8의 기재만으로는 H가 이 사건 각 근저당권설정계약 당시 원고주장과 같은 채무를 부담하고 있었다는 사실을 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할만한 증거가 없으므로, 원고의 위 주장도 받아들이지 않는다.

다) 채무초과상태에서의 사해행위 인정

결국 이 사건 각 근저당권설정계약 당시 일반채권자들의 공동담보에 제공되는 H의 적극재산은 4,840,076,271원, 소극재산은 4,895,684,930원으로 인정되므로, H는 이 사건 각 근저당권설정계약 당시 채무초과상태에 있었다고 보아야 한다.

채무초과 상태에 있던 채무자가 그의 재산을 어느 특정 채권자에게 담보로 제공하는 것은 곧 다른 채권자의 이익을 해하는 것으로 특별한 사정이 없는 한 다른 채권자들에 대한 관계에서 사해행위가 된다. 채무자 H가 피고 A 등과 이 사건 건물에 관한 각 근저당권설정계약을 체결하고 근저당권설정등기를 해 준 것은 각각 사해행위에 해당하고, 당시 건축주인 H의 자금난으로 이 사건 건물 신축공사가 중단된 상태에 있었던 사정과 앞서 H의 재산관계 등에 비추어 볼 때 H의 사해의사도 인정된다.

3) 소결론

이 사건 대지는 H의 일반채권자들의 공동담보에 제공되는 책임재산이라고 볼 수 없으므로 이 사건 대지에 관한 각 근저당권설정계약은 사해행위에 해당하지 않으나, 이 사건 건물에 관한 각 근저당권설정계약은 채무초과상태에서의 특정 채권자에 대한 담보제공행위로 사해행위에 해당한다.

다. 피고들의 주장에 대한 판단

1) 자금유통을 위한 담보제공 주장

가) 피고들 주장 요지

피고들은 H가 자금난으로 이 사건 건물을 준공하기 어려운 상황에 처하자 자금을 유통하여 이 사건

건물을 준공하는 것이 채무 변제력을 갖게 되는 최선의 방법이라고 생각하고 자금을 융통하기 위하여 이 사건 건물을 담보로 제공한 것이므로 이 사건 건물에 관한 각 근저당권설정계약은 사해행위에 해당하지 않는다고 주장한다.

나) 판단

(1) 채무초과상태에 있는 채무자가 그 소유의 부동산을 채권자 중의 어느 한 사람에게 채권담보로 제공하는 행위는 특별한 사정이 없는 한 다른 채권자들에 대한 관계에서 사해행위에 해당하나, 자금난으로 사업을 계속 추진하기 어려운 상황에 처한 채무자가 자금을 융통하여 사업을 계속 추진하는 것이 채무 변제력을 갖게 되는 최선의 방법이라고 생각하고 자금을 융통하기 위하여 부득이 부동산을 특정 채권자에게 담보로 제공하고 그로부터 신규자금을 추가로 융통받았다면 특별한 사정이 없는 한 채무자의 담보권 설정행위는 사해행위에 해당하지 않는다(대법원 2001. 5. 8. 선고 2000다50015 판결 참조).

(2) 갑 6호증의 4, 갑 7, 8호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지를 종합하면, H가 이 사건 대지 위에 재활 요양병원을 신축하여 운영하기 위한 목적으로 이 사건 건물신축공사를 진행하던 중 I은행으로부터 대출받은 자금이 소진되는 등 자금난을 겪게되어 이 사건 건물 신축공사가 중단되기에 이른 사실, 이에 2016. 3.경 H와 시공사인 J, T 관계자, 하도급업체 관계자, 그리고 원고의 담당 팀장 AI 등 약 10여명이 참석한자리에서 대책을 논의하던 중, '추가로 약 1,000,000,000원의 공사자금을 유치하여 공사를 마무리'하는 것으로 의견이 모아진 사실, 이와 관련하여 T의 대표 U은 관련 민사사건에서 '원고 팀장 AI이 추가 대출을 설득하고 공사를 제대로 마무리할 수 있도록 주도를 하였다'는 취지의 증언을 한 사실, H와 J은 위 대책 회의 이후 서울 소재 대부업체인 피고 F 사무실을 찾아가 피고 A 등으로부터 합계 1,000,000,000원을 빌리기로하고 이 사건 각 근저당권설정계약을 체결한 사실이 인정된다. 한편 T의 대표 U은 이 사건 각 근저당권설정계약 이후 이 사건 건물 신축공사의 진행과 관련하여, '위 1,000,000,000원의 추가자금 투입 이후 이 사건 건물의 기성고가 약 70% 정도에서 85% 정도로 상승하였다'는 취지의 증언을 하기도 하였는데, 기성고에 관한 위 증언이 반드시 정확하다고는 볼 수 없으나, 추가자금 투입 이후 공사에 일부나마 진척이 있었던 것은 사실로 보인다.

이러한 점에 비추어 보면, 자금난을 겪고 있던 H가 사업을 계속 추진하기 위한 이른바 갱생목적으로 이 사건 각 근저당권설정계약을 체결하였다고 볼 여지가 일부 있는 것은 사실이다.

(3) 그러나 다른 한편 위 각 증거에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 H가 피고 A 등으로부터 빌린 1,000,000,000원 중 이 사건 건물 신축공사와 관련하여 지출된 것으로 보이는 금액이 일부에 지나지 않는 점, 반면 기록상 이 사건 건물 신축공사와의 관련성을 찾아볼 수 없을 뿐만 아니라, 오히려 H의 가족이거나 가까운 지인으로 강하게 의심되는 사람에게 지출된 금액이 위 총 투입 자금의 절반에 육박하고(위 돈이 다시 이 사건 건물 신축공사에 투입되었다고 볼 근거도 없다), 특히 이와 같은 지출 중 상당 부분은 미리 계획된 것으로 보이는 점, 위 1,000,000,000원의 추가자금 투입 이후 이 사건 건물 신축공사가 잠시 재개되었으나, 위와 같이 위 자금이 당초 예정한 것과는 달리 집행되었고, 결국 위 공사가 다시 중단되기에 이른 점 등을 종합하여 볼 때, H가 이 사건 각 근저당권설정계약을 체결하게 된 데에 사업 계속 추진을 위한 목적내지 동기가 일부 있었다 하더라도, 이 사건 각 근저당권설정계약은 여전히 사해행위에 해당한다고 본다.

(가) H는 2016. 5. 19. 피고 D로부터 100,000,000원, 피고 E로부터 100,000,000원, 피고 C로부터 97,700,000원(차용금 100,000,000원에서 선이자 등을 공제한 것으로 보인다), 2016. 5. 20. 피고 B로부터 200,000,000원, 2016. 5. 23. 피고 A로부터 100,000,000원의 각 차용금을 자신의 AJ조합계좌로 입금 받았고, 2016. 8. 23. 피고 A로부터 300,000,000원, 피고 F로부터 100,000,000원의 각 차용금을 위 계좌로 입금 받아 총 1,000,000,000원의 자금을 확보하였다.

(나) 위 1,000,000,000원은 자금난으로 중단되어 있던 이 사건 건물 신축공사를 재개하여 공사를 마무리하는 데 필요한 비용으로 H, 시공사, 하도급업체, 원고 등을 비롯한 관계인들 사이에서 논의된 대략의 금액이다. 그런데 H의 AJ조합계좌 거래내역상 이 사건 건물 신축공사와 관련한 지출로 보이는 부분은 Q(R)에 지급된 2016. 5. 20.자 50,000,000원, T에 지급된 합계 85,000,000원(2016. 5. 24.자 5,000,000원 + 2016. 5. 26.자 10,000,000원 + 2016. 6. 7.자 70,000,000원), 주식회사 W에 지급된 2016. 5. 25.자 50,000,000원 정도이고, 사업 진행을 위한 필요 비용 내지 경비로 볼 수 있는 부분은 원고에 지급된 2016. 5. 19.자 보증료 8,796,640원, 한국전력공사에 지급된 2016. 5. 19.자 1,997,720원 정도이며, 위 금액의 합계는 총 195,794,360원에 불과하므로 총 투입

자금의 1/5에도 미치지 못한다. 그 밖에 지급내역 중 눈에 띄는 것으로 AK에 대한 합계 144,000,000원(2016. 5. 20.자 94,000,000원 + 2016. 5. 23.자 10,000,000원+2016. 8. 23.자 40,000,000원)이 있는데, 이 사건 건물 신축공사와의 관련성은 확인되지 않으나, 위 돈을 포함하더라도 총 339,794,360원으로 총 투입 자금의 1/3 수준에 불과하다(H는 2016. 5. 20. AL에게 70,000,000원을 송금하기도 하였는데, 그 이후 AL가 2016. 7. 4.부터 2016. 9. 12.까지 합계 21,000,000원을 H에게 송금하기도 한 점에 비추어 보면, AL에게 지급된 위 돈은 이 사건 건물 신축공사에 관한 지출로는 보이지 않고, 다만 아래에서 보는 바와 같이 이 사건 대지에 관한 가등기 말소와 관련된 것으로 볼 여지가 있다).

(다) 반면, H는 2016. 5. 19. 피고 D, 피고 E으로부터 200,000,000원을 입금받은후, 같은 날 자기 명의의 I은행 계좌로 80,000,000원을 송금하였다[입출금란에는 'H(AE)'이라 기재되어 있는데, 'AE'은 H가 운영하는 AE한의원을 가리키는 것으로 보이고, 위 돈은 I은행에 대한 약정이자 및 연체이자 지급을 위하여 사용된 것으로 볼 여지가 있으나(갑 10호증의 3, 6), 기록상 분명하지는 않다]. H는 2016. 8. 23. 피고 A, 피고 F로부터 합계 400,000,000원을 입금받은 후, 그 다음 날인 2016. 8. 24. AM에게 350,800,000원을 송금한 것을 비롯하여, 2016. 5. 20.부터 2016. 9. 9.까지 무려 458,800,000원(2016. 5. 20.자 6,000,000원 + 2016. 6. 10.자 90,000,000원 + 2016. 6. 13.자 10,000,000원 + 2016. 8. 24.자 350,800,000원 + 2016. 9. 9.자 2,000,000원)을 AM에게 송금하였다.

AM과 H의 관계가 기록상 분명하지 않으나, AM을 이 사건 건물 신축공사에 관한 인물로 볼 만한 근거는 기록상 전혀 없다. 오히려 H의 AJ조합계좌 거래내역을 살펴보면, H와 AM 사이에 입금과 출금이 상당히 빈번하고, 200,000원에서 500,000원의 소액 거래도 여럿 포함하는 등 그 금액 분포도 일정하지 않으며, 특히 위 458,800,000원을 제외하고 살펴볼 때, AM이 H에게 일정 금액을 입금하면 H가 이를 곧 다른 곳에 송금하거나 현금으로 출금하는 거래 형태, 즉 H가 급히 필요로 하는 돈을 AM이 입금해 주는 듯한 형태가 여러 차례 확인되는데, AM은 H와 생활관계를 함께하는 가족이거나 가까운 지인 관계로 의심할 만하다.

결국 H가 그 가족 또는 가까운 지인으로 의심되는 사람에게 지급한 돈만 하더라도 무려

458,800,000원에 이르러 총 투입 자금의 절반에 육박하는 수준이고, 위 돈이 이 사건 건물 신축공사 현장에 다시 투입되었다고 볼 만한 사정은 기록상 찾아보기 어렵다. 나아가 위 돈 중 356,800,000원(2016. 5. 20.자 6,000,000원 + 2016. 8. 24.자 350,800,000원)은 H가 피고 A 등으로부터 차용금을 입금 받은 바로 그 다음 날 출금된 것이라는 점에서 미리 계획된 것으로 보인다. (라) H나 시공사 J 등은 피고 A 등으로부터 차용한 돈을 전액 공사현장에 투입하여야 남은 공사를 마무리할 수 있을 것이라 판단한 것으로 보이고, H는 아래에서 보는 바와 같이 피고 A 등으로부터 합계 1,000,000,000원을 차용하는 과정에서 위 차용금을 현장 공사대금으로 전액 사용할 것을 확인하는 이행각서를 작성해 주기도 하였는 데, 실제로는 위 자금의 절반에 가까운 금액이 다른 용도로 사용되는 등 그 약속이 제대로 지켜지지 않았다. 그 결과 이 사건 건물 신축공사는 이 사건 각 근저당권설정계약 이후 잠시 재개되었다가 재차 중단되었고, H는 추가자금 투입 이후 약 2개월도 지나지 않은 시점에서 I은행에 대한 이자 지급을 연체하였으며, 결국 I은행의 경매신청에 따라 사용승인을 받지 않은 미준공 상태에서 이 사건 경매절차가 진행되기에 이르렀다.

2) 선의 항변

가) 피고들 주장 요지

피고들은 이 사건 각 근저당권설정계약으로 채권자를 해하게 된다는 점을 알지 못하였으므로 선의의 수익자 내지 전득자에 해당한다고 주장한다.

나) 판단

(1) 사해행위취소소송에서 수익자의 악의는 추정되므로 수익자가 책임을 면하려면 자신의 선의를 증명할 책임이 있다. 이 경우 수익자의 선의 여부는 채무자와 수익자의 관계, 채무자와 수익자 사이의 처분행위 내용과 그에 이르게 된 경위 또는 동기, 그 처분행위의 거래조건이 정상적이고 이를 의심할만한 특별한 사정이 없으며 정상적인 거래관계임을 뒷받침할만한 객관적인 자료가 있는지 여부, 그 처분행위 이후의 정황 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 논리칙·경험칙에 비추어 합리적으로 판단하여야 한다(대법원 2008. 7. 10. 선고 2007다74621 판결 등 참조). 사해행위 당시 수익자가 선의였다고 인정하기 위해서는 객관적이고도 납득할 만한 증거자료 등에 의하여야 하고, 채무자나 수익자의 일방적인 진술이나 제3자의 추측에 불과한 진술 등에 의하여 그 사해행위

당시 수익자가 선의였다고 선뜻 단정하여서는 아니 된다(대법원 2006. 7. 4. 선고 2004다61280 판결 등 참조).

수익자나 전득자의 악의란 일반적으로 채무자와 수익자 사이의 법률행위가 채권자를 해한다는 사실, 즉 사해행위의 객관적 요건을 구비하였다는 것에 대한 인식을 의미한다(대법원 2006. 7. 4. 선고 2004다61280 판결 등 참조). 그러나 다른 한편 자금난으로 사업을 계속 추진하기 어려운 상황에 처한 채무자가 자금을 융통하여 사업을 계속 추진하는 것이 채무 변제력을 갖게 되는 최선의 방법이라고 생각하고 자금을 융통하기 위하여 부득이 부동산을 특정 채권자에게 담보로 제공하고 그로부터 신규자금을 추가로 융통받았다면 특별한 사정이 없는 한 채무자의 담보권 설정행위는 사해행위에 해당하지 않는다는 것이 대법원의 확립된 판례이다(대법원 2001. 5. 8. 선고 2000다50015 판결 등 참조). 그런데 통상 갹생 목적의 담보제공행위로 일컬어지는 이러한 형태의 담보제공행위의 경우 채무자의 채무초과상태에서 이루어지는 것이 대부분이고, 따라서 이와 같은 유형의 사해행위가 문제되는 사안에서 수익자 내지 전득자의 선의·악의 판단은 채무초과상태에서의 담보제공이 문제되는 전형적인 사례에서의 그것과는 일부 다르게 나타날 수밖에 없다고 본다. 즉, 이 경우 수익자나 전득자가 선의 또는 악의인지는 단순히 공동담보 부족에 의하여 채권자가 채권변제를 받기 어렵게 될 위험이 생긴다는 사실을 인식하였는지에 따라 판가를 내는 것이 아니라, 그 이외에도 담보제공 목적물이 채무자의 전체 책임재산 가운데에서 차지하는 비중, 무자력의 정도, 당해법률행위의 경제적 목적이 갖는 정당성 및 그 실현수단인 당해 행위의 상당성, 행위의 의무성 또는 상황의 불가피성, 채무자와 수익자 간 통모의 유무와 같은 공동담보의 부족 위험에 대한 당사자의 인식의 정도 등 그 행위에 나타난 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것이다(대법원 2010. 9. 30. 선고 2007다2718 판결 참조). 한편 사해행위취소소송에서는 수익자나 전득자의 선의 여부만이 문제되고 수익자나 전득자의 선의에 과실이 있는지 여부는 문제되지 아니한다(대법원 2010. 9. 30. 선고 2010다38632 판결 등 참조).

(2) 위와 같은 법리에 비추어 살펴본다. 갑 1, 2호증, 갑 4호증, 갑 8호증, 을가 1호증, 을가 6호증, 을나 1호증, 을나 3호증, 을라 5, 6호증, 을마 2호증, 을마 5호증, 을바2호증(갑 7호증과 같다)의 각 기재 및 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정에 비추어 볼 때, 피고 A 등은

신규자금을 융통하여 사업을 계속 추진함으로써 이 사건 건물 신축공사를 마무리하겠다는 H의 간청에 따라, 이 사건 건물 신축공사와 이 사건 각 부동산에 관한 권리관계 현황, H의 재정상태 등을 확인하였음은 물론, 실제 추가자금이 투입된 이후에도 약속대로 공사가 원만히 진행될 수 있도록 H로부터 추가자금을 공사대금으로만 사용하겠다는 취지의 이행각서를 받는 등 나름의 합당한 조치를 강구한 것으로 보이고, 이 사건 추가자금 투입의 불가피성과 그 상당성등에 관한 H의 설명을 신뢰하여 이 사건 각 근저당권설정계약을 체결하였을 뿐, 이 사건 각 근저당권설정계약이 채권자를 해하는 사해행위라는 점은 알지 못하였다고 봄이타당하므로, 선의의 수익자 내지 전득자에 해당한다고 판단된다.

(가) 앞서 여러 차례에 걸쳐 살펴본 바와 같이, H는 원고와 이 사건 신용보증약정을 체결하고 I은행으로부터 이 사건 각 대출금을 받아 이 사건 건물 신축공사를 진행하였으나, I은행으로부터 대출받은 자금이 소진되는 등 자금난을 겪게 되었고, 이로인하여 이 사건 건물 신축공사가 차질을 빚다가 결국 중단되기에 이르렀다. 이에 H는 2016. 3.경 시공사인 J, T 관계자와 하도급업체 관계자, 그리고 원고 소속 AI 팀장 등 10여명이 참석한 가운데 대책을 논의하였고, 위 회의에서 '약 1,000,000,000원의 공사자금을 추가로 투입하여 공사를 마무리'하는 것으로 의견이 모아진 것으로 보인다.

한편 채무자 H의 적극재산으로 이 사건 각 부동산과 광주 남구 K 대 408.9㎡ 토지가 있었으나, 광주 남구 K 대 408.9㎡ 토지는 가액이 348,382,800원에 불과하고 그마저도 O조합이 선순위 근저당권을 가지고 있어 추가자금 융통을 위한 담보로서의 가치는 미약하였고, 이 사건 대지 역시 이미 I은행의 채권최고액 6,600,000,000원에 달하는 근저당권을 포함하여 2건의 선순위 근저당권이 설정되어 있어 담보로서의 가치는 없었으므로, 추가자금 유치를 위한 담보로 고려될 수 있는 것은 사실상 이 사건 건물이 유일하였다. 이러한 점에 비추어 보면, 당시로서는 이 사건 건물을 담보로 제공하고 추가자금을 유치하는 것이 채무 변제력을 확보하거나 피해를 최소화하는 최선의 방법이라는 점에 관하여 건축주인 H나 시공사, 원고 등 관계인 사이에 나름의 공감대가 있었던 것으로 보인다.

(나) 이에 따라 H는 시공사인 J과 서울에 있는 대부업체인 피고 F 사무실을 찾아가 공사 재개 및

완공을 위한 자금의 대여를 간청하였고, 이에 따라 피고 A 등과 자금 대여 및 이를 위한 담보제공 논의를 시작하게 되었다. 피고 A 등은 위와 같은 경위로 H를 알게 되었을 뿐, 이 사건 이전에는 어떠한 채권채무관계나 인적 친분관계가 없었다.

(다) 피고 A 등은 H로부터 자금 유통에 관한 요청을 받고 이 사건 건물 신축공사 현장을 직접 방문하여 공사 현황 등을 확인하고 시공사를 비롯한 관계인들과 회의도 하였다. 이와 관련하여 T의 대표 U은 관련 민사사건에서 '현장 안내부터 시작하여 3번 정도 브리핑을 했다', '그 분들한테 신뢰를 주기 위하여 현장에 방문할 때쯤에는현장 공사인원도 최대한 많이 동원했었다'는 취지의 증언을 하였는데, H가 피고 A 등으로부터 추가자금을 유치하는 것이 당연한 절박한 과제였음을 엿볼 수 있으며, 피고 A 등도 공사현장 방문 등을 통해 자금 유치의 정당성 내지 상당성 등을 확인하였을것으로 보인다.

(라) H는 피고 A 등에게 자신의 한의사 면허증과 함께 일체의 체납세액이 없다는 내용의 납세증명서와 지방세납세증명서를 건네주는 등 자신의 재정상태에 대한 객관적 자료를 제공하였다. 그 무렵 H의 자산상태는 앞서 본 바처럼 소극재산이 적극재산을 약 50,000,000원 정도밖에 초과하지 않은 상태였다.

(마) H는 피고 A 등에게, '이 사건 대지에 관한 I은행의 근저당권 2건, 광주 남 구 K 대 408.9㎡ 토지에 관한 O조합의 근저당권이 있으나, 위 각 은행에 대하여는 위 각 토지에 관하여만 근저당권을 설정해 주었고 이 사건 건물에는 채권이 전혀 없으며, 추후 준공될 건물에 관하여 담보를 추가로 설정해주기로 약정한 사실이나 담보권 설정서류를 작성해 준 사실도 전혀 없다'는 취지의 확인서를 작성하여 건네주었다.

이와 관련하여 원고는 관련 민사사건의 제1심 판결 이유를 원용하면서, 피고 A등은 이미 이 사건 대지에 관하여 I은행 앞으로 채권최고액 6,000,000,000원의 근저당권이 설정된 사실을 알고 있었고, 대부업을 영위하고 있던 피고 A 등으로서는 신축 건물의 대지에 금융기관의 근저당권이 설정되어 있다면 신축될 건물도 근저당권의 목적물인지를 확인해 보는 것이 쉽게 예견될 수 있으므로 피고 A 등을 선의의 수익자로볼 수 없다고 주장하고 있다.

그러나 사해행위에서의 사해의사는 일반 채권자에 대한 것이지 이 사건 I은행과 같은 특정의 채권자를

해한다는 인식을 의미하는 것이 아니고(대법원 2009. 3. 26. 선고 2007다63102 판결 등 참조), 설령 원고가 주장하듯 피고 A 등이 그러한 사정을 예견할 수 있었다고 하더라도, 사해행위 취소소송에 있어 수익자의 과실은 문제되지 않는 것이므로, 원고의 위 주장은 피고 A 등의 과실을 탓하는 것에 불과하다.

(바) H는 피고 A 등에게 '대여금을 현장 공사대금으로 전액 사용할 것을 확인하며, 이를 어길 시 민·형사상의 책임을 질 것'이라는 취지의 이행각서를 작성하여 건네주었다.

앞서 본 바와 같이 H는 피고 A 등으로부터 입금 받은 차용금 중 절반에 가까운 금액을 그 가족이나 지인으로 의심되는 AM에게 송금하는 등 실제 위 이행각서는 지켜지지 않았다. 그러나 이 사건 각 근저당권설정계약 체결 경위에 비추어 볼 때, 피고 A등 수익자들이 당시 H가 위 차용금을 다른 용도에 사용하고자 한다는 것을 알았다고 볼 특별한 사정이 없는 이상, 설사 사후에 H가 그 자금 중 일부를 다른 용도에 사용하거나 은닉하였다고 하더라도 그러한 사정만으로 수익자의 사해의사를 인정할 수는 없다(대법원 2001. 5. 8. 선고 2000다50015 판결 등 참조). 그와 같은 사후적인 사정을 들어 이 사건 각 근저당권설정계약 당시 추가자금 투입을 위한 담보제공의 불가피성이나 그 경제적 타당성 자체를 부정하는 것은 적절하지 않고, 위와 같은 담보제공의 불가피성, 필요성 내지 상당성에 대한 피고 A 등의 신뢰가 부당하거나 부적절한 것이라고 단정할 수 없기 때문이다. 위와 같은 H 등의 사후적인 약정 위반에 따른 위험이나 책임을 수익자인 피고 A 등에게 전가하는 것도 타당하지 않다. 피고 A 등은 앞서 본 H의 이행각서의 내용을 신뢰하여 이 사건 건물 신축공사의 완공을 위한 자금을 대여하기로 하고 이 사건 각 근저당권설정계약을 체결한 것으로 보일 뿐이고, 그렇지 않다면 피고 A 등이 H에게 자금을 빌려줄 이유나 동기가 없으며, 이들이 H와 통모하였다고 볼 만한 근거 또한 전혀 없다.

(사) 피고들의 이 사건 각 근저당권설정등기상 채권최고액은 H에게 대여하기로한 피담보채권액의 2배 수준인데, 피고 A 등이 주로 대부업에 종사하는 사람들로서, 소비대차계약상 이율도 월 2.3%로 통상의 금융기관 대출보다는 다소 고율인 점을 고려하면 위와 같은 채권최고액이 비정상적인 것이라고 보기는 어렵다. 피고 G은 2016. 7.경 채권투자광고를 접한 후 피고 F 사무실을 찾아가 근저당권부 채권 투자에 관한 설명을 듣고, 피고 F로부터 이 사건 각 근저당권부 채권을 매수한

사람으로, 그 거래 경위나 거래조건에 있어 특별히 비정상적인 거래로 볼 만한 정황을 찾아볼 수 없다.

(아) 이상과 같은 사정을 종합하면, 피고 A 등은 신규자금을 융통하여 이 사건건물 신축공사를 마무리하겠다는 H의 자금 대여 요청을 받은 후, 이 사건 건물 공사진행 현황과 각 부동산에 관한 권리관계를 확인하고, 실제 추가자금이 투입된 이후에도 약속대로 공사가 원만히 진행될 수 있도록 H로부터 확약도 받는 등 나름의 합당한조치를 강구한 것으로 보이고, 이 사건 추가자금 투입의 불가피성과 그 상당성 등에관한 H의 설명을 신뢰하여 이 사건 각 근저당권설정계약을 체결한 것으로 보일 뿐, 이 사건 각 근저당권설정계약이 채권자를 해하는 사해행위라는 점은 알지 못하였다고 봄이 타당하므로, 수익자 및 전득자의 악의 추정은 깨어졌다.

3) 소결론

피고들은 선의의 수익자 내지 전득자에 해당하므로 원고의 사해행위취소 및 원상회복청구는 더 나아가 살펴볼 필요 없이 받아들일 수 없다.

4. 결론

그렇다면 원고의 이 사건 청구는 모두 이유 없으므로 기각하여야 한다. 제1심이 H가 채무초과상태에 있지 않다는 점을 이유로 이 사건 각 근저당권설정계약이 사해행위가 될 수 없다는 취지로 판단한 것은 잘못이나, 원고의 이 사건 청구를 전부 기각한 것은 그 결론에 있어서는 정당하므로, 원고의 항소와 이 법원에서 교환적으로 변경한 원상 회복청구를 모두 기각한다.

재판장 판사 이창한 판사 김용규 판사 박성남

별지

부동산 목록

1. 광주 남구 AB 대 770.9㎡

2. 광주 남구 AB 대 770.9㎡ 지상

철근콘크리트구조 평스라브지붕 10층 의료시설(재활요양병원)

1층 595.68㎡

2층 499.54㎡

3층 548.09㎡

4층 544.18㎡

5층 544.33㎡

6층 543.39㎡

7층 543.39㎡

8층 543.39㎡

9층 543.39㎡

10층 401.04㎡. 끝.