

# 대 법 원

## 판 결

사 건 2012다5643 대여금 및 사해행위취소  
원고, 피상고인 중소기업은행  
피고, 상고인 피고  
원 심 판 결 서울중앙지방법원 2011. 11. 24. 선고 2011나33183 판결  
판 결 선 고 2013. 7. 18.

## 주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 서울중앙지방법원 합의부에 환송한다.

## 이 유

상고이유를 판단한다.

1. 사해행위취소의 소에서 채무자가 수익자에게 양도한 목적물에 저당권이 설정되어 있는 경우라면 그 목적물 중에서 일반채권자들의 공동담보에 제공되는 책임재산은 피담보채권액을 공제한 나머지 부분만이라고 할 것이고 그 피담보채권액이 목적물의 가액을 초과할 때는 당해 목적물의 양도는 사해행위에 해당한다고 할 수 없다. 그런데 수 개의 부동산에 공동저당권이 설정되어 있는 경우 책임재산을 산정함에 있어 각 부동산이 부담하는 피담보채권액은 특별한 사정이 없는 한 민법 제368조의 규정 취지에 비추어 공동저당권의 목적으로 된 각 부동산의 가액에 비례하여 공동저당권의 피담보

채권액을 안분한 금액이라고 보아야 한다(대법원 2003. 11. 13. 선고 2003다39989 판결 참조). 그러나 그 수 개의 부동산 중 일부는 채무자의 소유이고 다른 일부는 물상보증인의 소유인 경우에는, 물상보증인이 민법 제481조, 제482조의 규정에 따른 변제자 대위에 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 부동산에 관한 피담보채권액은 공동저당권의 피담보채권액 전액으로 봄이 상당하다(대법원 2008. 4. 10. 선고 2007다78234 판결 참조). 이러한 법리는 하나의 공유부동산 중 일부 지분이 채무자의 소유이고, 다른 일부 지분이 물상보증인의 소유인 경우에도 마찬가지로 적용된다.

이와 달리 채무자와 물상보증인의 공유인 부동산에 관하여 저당권이 설정되어 있고, 채무자가 그 부동산 중 자신의 지분을 양도하여 그 양도가 사해행위에 해당하는지를 판단할 때 채무자 소유의 부동산 지분이 부담하는 피담보채권액은 원칙적으로 각 공유지분의 비율에 따라 분담된 금액이라는 취지의 대법원 2002. 12. 6. 선고 2002다39715 판결과 대법원 2005. 12. 9. 선고 2005다39068 판결은 이 판결의 견해와 저촉되는 한도에서 변경하기로 한다.

2. 원심판결 이유 및 원심이 인용한 제1심판결 이유에 의하면, 원심은 그 채택 증거에 의하여 부부인 소외인과 피고는 2003. 4. 2. 제1심판결 별지 목록 기재 부동산(이하 '이 사건 부동산'이라 한다)에 관하여 2분의 1 지분씩 소유권이전등기를 마치고, 같은 날 이 사건 부동산 전부에 관하여 주식회사 한국외환은행에 채무자를 소외인, 채권최고액을 1억 3,000만 원으로 하는 근저당권(이하 '이 사건 근저당권'이라 한다)을 설정해 준 사실, 소외인은 2010. 3. 15. 채무초과 상태에서 자신의 유일한 재산인 이 사건

부동산 중 2분의 1 지분(이하 '이 사건 지분'이라 한다)을 피고에게 증여하는 계약(이하 '이 사건 증여계약'이라 한다)을 체결하고, 2010. 3. 16. 피고에게 소유권이전등기를 마쳐준 사실, 피고는 2010. 3. 26. 이 사건 부동산에 관하여 농업협동조합중앙회에 채권 최고액 1억 800만 원으로 하는 근저당권을 설정하여 주고 농업협동조합중앙회로부터 9,000만 원을 대출받아, 이를 이용하여 이 사건 근저당권의 피담보채무를 변제하여 이 사건 근저당권설정등기를 말소한 사실을 인정하였다.

원심은 위 인정사실에 기초하여, 채무자와 제3자의 공유인 부동산에 관하여 근저당권이 설정된 경우에는 특별한 사정이 없는 한 피담보채권액은 각 공유지분의 비율에 따라 분담되는 것으로 봄이 상당하고, 피고가 이 사건 증여계약 이후 변제하여 소멸시킨 근저당권의 피담보채권액의 2분의 1 상당액이 원심 변론종결 당시를 기준으로 한 이 사건 지분의 시가에 미치지 못하므로 이 사건 증여계약은 사해행위에 해당한다는 취지로 판단하였다.

3. 그러나 어떤 처분행위가 사해행위에 해당하는지 여부는 그 처분행위 당시를 기준으로 판단하여야 할 것이므로 원심으로서도 우선 변론종결 당시가 아니라 이 사건 증여계약 당시를 기준으로 지분의 시가와 근저당권의 피담보채권 액수를 산정하였어야 할 것이다. 그런 다음 앞서 본 법리에 따라 물상보증인인 피고가 소외인에 대하여 구상권을 행사할 수 없는 특별한 사정이 있는지를 살펴서 위 지분의 시가에서 그 피담보채권 전액을 공제할지 아니면 지분 비율에 따른 금액만을 공제할지를 따져 사해행위 여부를 판단하여야 한다. 나아가 이 사건에서 위와 같은 특별한 사정이 있는지 여부는 소외인이 이 사건 근저당권을 설정하고 대출받은 돈이 실제로 이 사건 부동산 구입자금으로 사용되었는지, 위 대출금이 이 사건 부동산의 구입자금으로 사용되었다면 그

대출금을 제외한 나머지 구입자금은 어떻게 마련하였는지, 특히 피고가 자신의 고유재산으로 구입자금 중 일부를 부담하였는지 및 피고가 소외인의 채무에 대하여 연대보증과 물상보증을 하게 된 경위 등을 종합적으로 심리하여 판단하여야 할 것이다.

그런데도 원심은 이 점에 관하여 아무런 심리·판단을 하지 아니한 채 그 판시와 같은 이유만으로 이 사건 증여계약이 사해행위에 해당한다고 판단하였으니, 이러한 원심판결에는 사해행위의 성립에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 아니한 위법이 있다.

4. 그러므로 원심판결을 파기하고 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

|     |      |     |
|-----|------|-----|
| 재판장 | 대법원장 | 양승태 |
|     | 대법관  | 양창수 |
|     | 대법관  | 신영철 |
|     | 대법관  | 민일영 |
|     | 대법관  | 이인복 |

대법관 이상훈

대법관 박병대

대법관 김용덕

대법관 박보영

대법관 고영한

대법관 김창석

주 심 대법관 김 신

대법관 김소영