

서울고등법원 2021. 8. 26 선고 2021나2007632 판결 [구상금, 손해행위취소]

---

## 전 문

원고, 피항소인 기술보증기금

소송대리인 법무법인 현산 담당변호사 성창재, 이진성, 유장미

피고, 항소인 1. B

2. C

피고 B, C의 소송대리인 법무법인 예우

담당변호사 김용국, 임효연, 박종우, 이서윤

3. D 주식회사

소송대리인 법무법인(유한) 정률 담당변호사 나세근, 박서진

변 론 종 결 2021. 8. 19.

판 결 선 고 2021. 8. 26.

제1 심판결 서울중앙지방법원 2021. 1. 27. 선고 2019가합548236 판결

## 주 문

1. 피고 B의 항소를 각하한다.
2. 피고 C, D 주식회사의 항소를 모두 기각한다.
3. 항소비용은 피고들이 부담한다.

## 청 구 취 지 및 항 소 취 지

1. 청구취지

가. 피고 B은 제1심 공동피고 A 주식회사와 연대하여 원고에게 262,608, 923원과 그 중 261,169,353원에 대하여 2019. 6. 28.부터 이 사건 소장 최종 송달일까지는 연 10%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

나. 별지 목록 기재 부동산에 관하여,

1) 피고 B과 피고 C 사이에 2018. 7. 19. 체결된 근저당권설정계약을 취소한다. 피고 C은 피고 B에게 인천지방법원 등기국 2018. 7. 19. 접수 제272199호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.

2) 피고 B과 피고 D 주식회사 사이에 2019. 3. 26. 체결된 근저당권설정계약을 취소한다. 피고 D 주식회사는 피고 B에게 인천지방법원 등기국 2019. 4. 4. 접수 제119756호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.

## 2. 피고 B, C의 항소취지

제1심판결 중 ‘피고 B과 피고 C 사이에 별지 목록 기재 부동산에 관하여 체결된 근저당권설정계약의 취소청구 및 그 설정계약에 따라 마쳐진 피고 C 명의의 근저당권설정등기의 말소청구’에 관한 위 피고들 패소 부분을 취소하고, 그 부분에 해당하는 원고의 위 피고들에 대한 청구를 모두 기각한다.

## 3. 피고 D 주식회사의 항소취지

제1심판결 중 위 피고 패소 부분을 취소하고, 그 부분에 해당하는 원고의 위 피고에 대한 청구를 기각한다.

# 이 유

## 1. 이 법원의 심판범위와 피고 B의 항소에 대하여

제1심판결 및 피고 B의 항소장에 의하면, 피고 B은 원고의 청구를 전부 인용한 제1심판결 중 피고 B에 대하여 구상금의 지급을 명한 부분에 대해서는 불복하지 아니하고, 피고 B과 피고 C 사이에 별지 목록 기재 부동산(이하 ‘이 사건 아파트’라고 한다)에 관하여 체결된 근저당권설정계약이 사해행위라

하여 그 설정계약의 취소 및 설정계약에 따라 마쳐진 피고 C 명의의 근저당권설정등기의 말소를 명한 부분에 대해서만 불복하여 항소하고 있음을 알 수 있다.

따라서 제1심판결 중 피고 B에 대하여 구상금의 지급을 명한 부분은 이 법원의 심판대상에서 제외된다.

한편, 채권자가 사해행위의 취소와 함께 책임재산의 회복을 구하는 사해행위취소의 소에 있어서는 수익자 또는 전득자에게만 피고적격이 있고 채무자에게는 피고적격이 없는 것이므로, 이 사건의 경우 위 근저당권설정계약의 취소 및 근저당권설정등기의 말소청구 부분에 대한 피고(상대방)는 피고 C뿐이고 피고 B는 피고로 된 것이 아니어서 피고 B에게는 위 근저당권설정계약의 취소 및 근저당권설정등기의 말소를 명한 제1심판결에 대하여 불복하여 항소를 제기할 수 있는 당사자적격이 없고, 따라서 피고 B의 항소는 부적법하다(대법원 2009. 1. 15. 선고 2008다72394 판결 참조).

## 2. 기초사실

이 법원이 이 부분에 관하여 적을 이유는 제1심판결서 이유 3쪽 15행부터 7쪽 7행까지의 기재와 같으므로 민사소송법 제420조 본문에 의하여 이를 인용한다(약칭도 그대로 사용한다. 다만, 제1심 공동피고 A 주식회사는 항소심의 당사자가 아니므로, 제1심판결서 이유 중 ‘피고 A 주식회사’는 ‘제1심 공동피고 A 주식회사’로, 위 회사의 약칭인 ‘피고 A’은 ‘A’로 각 고친다).

## 3. 이 사건 구상금 채권이 채권자취소권의 피보전채권이 될 수 있는지 여부

### 가. 관련 법리

채권자취소권에 의하여 보호될 수 있는 채권은 원칙적으로 사해행위라고 볼 수 있는 행위가 행하여지기 전에 발생한 것임을 요하지만, 그 사해행위 당시에 이미 채권 성립의 기초가 되는 법률관계가 발생되어 있고, 가까운 장래에 그 법률관계에 터 잡아 채권이 성립되리라는 점에 대한 고도의 개연성이 있으며, 실제로 가까운 장래에 그 개연성이 현실화되어 채권이 성립된 경우에는 그 채권도 채권자취소권의 피보전채권이 될 수 있다.

채권자취소권에 의하여 보호될 수 있는 채권이 성립되리라는 점에 대한 고도의 개연성은 채권자와 채무자 사이의 기초적 법률관계의 내용, 채무자의 재산상태 및 그 변화내용, 일반적으로 그와 같은

상태에서 채권이 발생하는 빈도 및 이에 대한 일반인의 인식 정도 등 여러 가지 사정을 종합하여 객관적으로 판단하여야 한다(대법원 2002. 12. 6. 선고 2001다70788 판결, 대법원 2012. 2. 23. 선고 2011다76426 판결, 대법원 2013. 2. 14. 선고 2012다83100 판결 등 참조).

## 나. 판단

1) 이 사건 각 근저당권설정계약이 체결되기 전인 2016. 6.경에 이 사건 구상금 채권의 성립의 기초가 되는 법률관계인 이 사건 보증약정이 이미 체결되어 있었던 사실은 앞서 본 바와 같다.

2) 나아가 가까운 장래에 이 사건 구상금 채권이 성립할 고도의 개연성 유무와 현실화 여부에 관하여 살피건대, 갑 제1 내지 4, 9호증, 을라 제1호증의 각 기재, 이 법원의 인천세무서장에 대한 과세정보제출명령의 결과, 변론 전체의 취지에 의하면, 아래와 같은 사실을 알 수 있고, 피고 B은 이 사건 각 근저당권설정계약 당시 채무초과 상태로서 이 사건 부동산이 유일한 재산이었음은 뒤에서 보는 바와 같다.

○ A은 2013. 10. 1. 설립된 회사로서 자본금의 액수는 20,000,000원이다.

○ A은 금융기관의 대출을 받기 위한 담보력이 미약하여 2016. 6.경 원고와 이 사건 보증약정을 체결한 후, 그 보증서를 담보로 2016. 6. 21. E은행으로부터 합계 3억 원을 대출받았는데, A이 제공한 물적 담보는 없었다.

○ A은 2017년도 법인세 과세표준으로 21,871,685원을 신고하였으나, 2018년경부터 영업과 재정의 상태가 악화되어 2018년도에는 △747,593,123원을, 2019년도에는 △2,761,725원을, 2020년도에는 △67,135,747원을 법인세 과세표준으로 각 신고하였다.

○ 피고 B은 “A의 유동성 문제가 발생하곤 하면 동생인 피고 C으로부터 자금을 차용하여 오던 중 2018. 7.경 피고 C의 변제독촉을 받게 되자 기존 채무의 변제를 유예 받음과 동시에 추가로 금전을 차용하기로 하여 2018. 7. 19. 1차 근저당권설정계약을 체결하였다.”라고 주장하고 있다.

○ 피고 D은 2014년경부터 A과 거래를 하여 오던 중 2018. 12. 이후 물품대금의 변제가 부진하자 변제를 독촉하였다.

○ 피고 B은 A의 대표이사로서 이 사건 보증약정의 유일한 연대보증인이었다.

○ A은 1차 근저당권설정계약 당시부터는 약 8개월 후이고 2차 근저당권설정계약 당시부터는 약 20일 후인 2019. 4. 9. 이 사건 각 대출금 채무를 연체하기 시작하여 원고의 사전 구상금 채권이 성립하였고, 원고의 대위변제에 따라 2019. 6. 28. 원고의 사후 구상금 채권이 성립하였다.

3) 위 사실관계에 나타난 여러 사정을 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 이 사건 각 근저당권설정계약 당시 가까운 장래에 이 사건 보증약정에 터 잡아 이 사건 구상금 채권이 성립되리라는 점에 대한 고도의 개연성이 있었다고 평가할 수 있으며, 실제로 가까운 장래에 그 개연성이 현실화되어 채권이 성립하였음을 알 수 있다.

따라서 이 사건 구상금 채권은 채권자취소권의 피보전채권이 될 수 있다.

#### **4. 1차 근저당권설정계약이 사해행위에 해당하는지 여부**

##### **가. 관련 법리**

이미 채무초과의 상태에 빠져 있는 채무자가 그의 유일한 재산인 부동산을 채권자 중의 어느 한 사람에게 채권담보로 제공하는 행위는 다른 특별한 사정이 없는 한 다른 채권자들에 대한 관계에서 채권자취소권의 대상이 되는 사해행위가 되고(대법원 2007. 2. 23. 선고 2006다47301 판결 등 참조), 채권자취소권의 요건인 '채권자를 해하는 법률행위'는 채무자의 재산을 처분하는 행위로 인하여 채무자의 재산이 감소하여 채권의 공동담보에 부족이 생기거나 이미 부족상태에 있는 공동담보가 한층 더 부족하게 됨으로써 채권자의 채권을 완전하게 만족시킬 수 없게 되는 것을 말한다(대법원 2012. 2. 23. 선고 2011다82360 판결 등 참조).

##### **나. 인정사실**

갑 제8, 10호증의 각 기재, 제1심 법원의 인천광역시 연수구청장에 대한 과세정보제출명령 결과, 제1심법원의 I기관에 대한 금융거래정보제출명령 결과, 변론 전체의 취지에 의하면, 아래와 같은 사실을 알 수 있다.

○ 1차 근저당권설정계약 체결 무렵인 2018. 7.경 이 사건 아파트가 피고 B의 유일한 재산이었는데, 그 당시의 시가는 272,500,000원 상당이었다.

○ 피고 B은 J은행으로부터 대출을 받으면서 이 사건 아파트에 관하여 2011. 12. 30.과 2012. 2. 22. 및 2014. 10. 29. 채권최고액 72,000,000원과 94,800,000원 및 21,600,000원의 합계 188,400,000원의 근저당권설정등기를 마쳐주었는데, 1차 근저당권설정계약 무렵 위 각 근저당권의 피담보채무액은 합계 154,066,000원 정도였다.

○ 피고 B은 2017. 7. 1.부터 2020. 8. 28.까지 사이에 K은행에 대하여 약 33,000,000원의 채무와 중소기업진흥공단에 대하여 약 27,570,000원의 채무를 부담하고 있었다.

#### 다. 판단

1) 위 인정사실에 의하면, 피고 B은 1차 근저당권설정계약 당시 적극재산으로 시가 272,500,000원인 이 사건 아파트를 보유하고 있었던 반면, J은행과 K은행 및 중소기업진흥공단에 대한 채무액에다가 이 사건 구상금 채무액을 합한 소극재산이 위 적극재산을 초과하는 채무초과 상태에서 1차 근저당권설정계약을 체결한 것임을 알 수 있다.

2) 나아가 1차 근저당권설정계약 체결 당시 이 사건 아파트의 시가가 272,500,000원인 점, 이 사건 아파트에 관하여 1차 근저당권보다 선순위인 J은행의 근저당권 채권최고액 합계가 188,400,000원인 점, 1차 근저당권의 채권최고액이 120,000,000원인 점을 감안하면, 1차 근저당권설정계약은 다른 특별한 사정이 없는 한 이 사건 아파트의 시가에서 J은행의 근저당권 피담보채무액을 제외한 나머지 부분에 관하여 일반채권자들 채권의 공동담보에 부족을 초래하는 사해행위에 해당한다고 보아야 한다.

#### 라. 사해행위에 해당하지 않는다는 피고 C의 주장에 대하여

##### 1) 주장의 요지

피고 B은 기존 채무의 변제를 유예 받음과 동시에 신규자금을 추가로 융통하기 위하여 피고 C에게 1차 근저당권을 설정해 주었고, 실제로 그 후 2019. 2. 27.부터 2019. 4. 1.까지 사이에 피고 C으로부터 A의 운영자금 7,000,000원과 피고 B의 형사사건 변호사비용 10,000,000원을 각 융통받았으므로, 1차 근저당권설정계약은 사해행위에 해당하지 않는다.

## 2) 판단

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 않는다고 할 것이다(대법원 2001. 5. 8. 선고 2000다50015 판결 등 참조).

을나 제1호증의 기재에 의하면, 피고 C이 1차 근저당권설정계약 전인 2013. 6. 3.부터 2017. 12. 20.까지 합계 75,000,000원을 피고 B의 계좌로 송금한 사실, 피고 B의 계좌에서 2018. 3. 19.과 4. 25. 합계 2,000,000원이 피고 C의 기업은행 대출금 이자로 출금된 사실, 피고 C이 1차 근저당권설정계약 후인 2019. 4. 1. 피고 B의 계좌에 7,000,000원을 송금한 사실을 인정할 수 있다. 앞서 본 법리에 비추어 볼 때, 위 인정사실에 나타난 사정(계좌 송금 7,000,000원)과 피고 C의 추가 주장사실(형사사건 변호사비용 10,000,000원 지원)만으로는 피고 B이 채무 변제력을 갖기 위하여 부득이 피고 C과 1차 근저당권설정계약을 체결한 것이라고 보기는 어렵고, 달리 그렇게 인정할 만한 증거가 없다.

피고 C의 위 주장은 이유 없다.

## 5. 2차 근저당권설정계약이 사해행위에 해당하는지 여부

### 가. 관련 법리

채무자 소유 부동산에 담보권이 설정되어 있으면 그 피담보채권액을 공제한 나머지 부분만이 일반 채권자들의 공동담보로 제공되는 책임재산이 되므로 피담보채권액이 부동산의 가액을 초과하고 있는 때에는 그와 같은 부동산의 양도나 그에 대한 새로운 담보권의 설정은 사해행위에 해당한다고 할 수 없으나, 위와 같이 새로 설정된 담보권의 말소를 구하는 사해행위취소 청구에 앞서 선순위 담보권 설정행위가 사해행위로 인정되어 취소되고 그에 기한 등기가 말소되었거나 채권자가 선순위 담보권과 후순위 담보권에 대한 사해행위취소 및 등기말소를 구하는 소송에서 선순위 담보권 설정행위가 사해행위로 인정되는 경우에는 후순위 담보권 설정행위가 사해행위에 해당하는지 여부를

판단함에 있어 그 선순위 담보권의 피담보채무액을 당해 부동산에 설정된 담보권의 피담보채무액에 포함시켜서는 안 된다(대법원 2007. 7. 26. 선고 2007다23081 판결 참조).

#### 나. 판단

- 1) 갑 제8, 10호증의 기재, 변론 전체의 취지에 의하면, 2차 근저당권설정계약 체결 무렵인 2019. 3.경 이 사건 아파트의 시가가 272,500,000원인 사실, 이 사건 아파트에 관하여 2차 근저당권보다 선순위인 J은행의 근저당권 채권최고액 합계가 188,400,000원이고, 1차 근저당권의 채권최고액이 120,000,000원인 사실은 앞서 본 바와 같다.
- 2) 그러나 앞서 본 법리에 비추어 볼 때, 1차 근저당권설정계약이 사해행위로 인정되는 이상 2차 근저당권설정계약이 공동담보에 부족을 초래하는 사해행위인지 여부를 판단함에 있어 1차 근저당권설정계약의 피담보채무액은 고려할 것이 아니므로, 2차 근저당권설정계약 역시 위 1차 근저당권설정계약에서와 같이 공동담보에 부족을 초래하는 사해행위에 해당한다고 보아야 한다.

### 6. 피고 C, D의 선의 여부

#### 가. 관련 법리

이미 채무초과상태에 빠져 있는 채무자가 그의 유일한 재산인 부동산을 채권자들 중 1인에게 채권담보로 제공하는 행위는 다른 특별한 사정이 없는 한 다른 채권자들에 대한 관계에서 채권자취소권의 대상이 되는 사해행위가 되고, 채무자의 제3자에 대한 담보제공행위가 객관적으로 사해행위에 해당하는 경우 수익자의 악의는 추정되는 것이므로 수익자가 그 법률행위 당시 선의였다는 입증을 하지 못하는 한 채권자는 그 법률행위를 취소하고 그에 따른 원상회복을 청구할 수 있다(대법원 2006. 4. 14. 선고 2006다5710 판결 등 참조).

#### 나. 판단

피고 C, D은 이 사건 각 근저당권설정계약 당시 다른 채권자들을 해함을 알지 못하였다는 취지로 주장하나, 피고 C, D이 이 사건 각 근저당권설정계약을 체결하게 된 경위, 위 피고들과 피고 B 및 A의

관계 등 앞서 본 사실관계에 비추어 볼 때, 을나 제1, 3, 4호증, 을라 제1, 3, 4, 5호증의 각 기재만으로는 피고 C, D이 다른 채권자들을 해함을 알지 못하였다고 인정하기에 부족하고, 달리 이 점을 인정할 증거가 없으므로, 위 피고들의 주장은 받아들일 수 없다.

## **7. 결론**

피고 B의 항소는 부적법하므로 이를 각하한다.

이 사건 각 근저당권설정계약은 사해행위에 해당하므로 취소되어야 하고, 피고 C, D은 그에 따른 원상회복으로 피고 B에게 이 사건 각 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다.

원고의 위 피고들에 대한 청구는 이유 있으므로 이를 인용할 것인바, 제1심판결은 이와 결론을 같이 하여 정당하므로 위 피고들의 항소를 모두 기각한다.

재판장    판사 이광만, 판사 박지연, 판사 김선아

(별지)

1동의 건물의 표시

인천광역시 연수구 M에 있는 N아파트 O동

[도로명주소]

인천광역시 연수구 P

철근콘크리트벽식조 스라브지붕 21층 아파트

1층 408.40㎡

2층 ~ 19층 각 400.00㎡

20층 315.26㎡

21층 351.26㎡

대지권의 목적인 토지의 표시

1. 인천광역시 연수구 M 대 8554.4㎡

전유부분의 건물의 표시

제14층 Q호 철근콘크리트벽식조 84.74㎡

대지권의 표시

1 소유권대지권 8554.4분의 30.775 끝.

