

서울고등법원 2022. 5. 13 선고 2021나2033600 판결 [사해행위취소]

---

### 재판경과

서울고등법원 2022. 5. 13 선고 2021나2033600 판결

서울남부지방법원 2021. 8. 19 선고 2019가합107983 판결

### 전 문

**원고, 피항소인**기술보증기금

소송대리인 법무법인 로텍, 담당변호사 김윤석, 김교문

**피고, 항소인A**

소송대리인 변호사 서지원

**변론 종결**2022. 4. 22.

**판결 선고**2022. 5. 13.

**제1심판결**서울남부지방법원 2021. 8. 19. 선고 2019가합107983 판결

### 주 문

1. 제1심판결 중 피고 패소 부분을 취소하고, 그 취소 부분에 해당하는 원고의 청구를 기각한다.
2. 소송총비용은 원고가 부담한다.

N

## 청 구 취 지 및 항 소 취 지

### 1. 청구취지

주식회사 C와 피고 사이에 별지 목록 제1 내지 7항 기재 각 부동산에 관하여 2018. 4. 11. 체결된 근저당권설정계약을 취소하고, 피고는 원고에게 190,507,575원 및 이에 대하여 이 판결 확정일 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 5%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.

### 2. 항소취지

주문과 같다.

## 이 유

### 1. 기초사실

이 법원이 이 부분에 관하여 설시할 이유는, 제1심판결문 이유의 해당란 기재와 같으므로, 민사소송법 제420조 본문에 의하여 이를 그대로 인용한다.

### 2. 당사자 주장의 요지

#### 가. 원고

1) 원고가 이 사건 각 보증약정에 따라 2019. 5. 22. G에 C의 대출원리금 합계 359,614,092원을 대위 변제함으로써 C에 대한 위 금액 상당의 구상금채권을 보유하게 되었고, 이 사건 근저당권설정계약이 체결된 2018. 4. 11.에는 위 구상금채권이 발생할 고도의 개연성이 있었으므로 위 구상금채권은 원고가 이 사건 사해행위취소를 구할 수 있는 피보전채권이 될 수 있다. 또한 원고의 위 구상금채권은 이 사건 각 보증약정이 정한 보증사고의 발생을 정지조건으로 하는 조건부 채권이므로 이 사건 각 보증약정 체결 당시인 2017. 6. 27. 이미 발생한 것으로 볼 수도 있고, 그렇지 않다고 하더라도 원고는 변제자대위의 법리에 따라 G의 C에 대한 이 사건 각 대출채권을 대위 행사할 수 있으므로, 이 사건 근저당권설정계약의 취소를 구할 피보전채권이 존재한다.

2) 그런데 C는 2018. 4. 11. 피고와 사이에 이 사건 1 내지 7 부동산에 관하여 이 사건 근저당권설정계약을 체결하고 그 근저당권을 설정해 주었는바, 위 근저당권설정계약은 C의 원고 등 다른 채권자와의 관계에서 공동 담보의 부족을 초래하는 사해행위에 해당하므로 이를 취소하고, 가액배상으로서 피고는 원고에게 청구취지 기재 금액을 지급할 의무가 있다.

## 나. 피고

1) 이 사건 근저당권설정계약은 실제 2018. 1. 18. 체결되었고, 원고의 C에 대한 구상금채권은 원고가 G에 이 사건 각 대출금을 대위 변제한 2019. 5. 22. 발생하였으므로, 원고의 구상금채권은 이 사건 채권자취소권 행사의 피보전채권이 될 수 없다.

2) 또한 2018. 1. 18. 무렵에는 C가 채무초과의 상태에 있지 않았으므로, C가 피고에게 이 사건 근저당권을 설정하였다고 하더라도 다른 채권자와의 관계에 있어 사해행위에 해당하지 않고, 설령 사해행위에 해당한다고 보더라도 피고는 제3자의 소개로 C에 금원을 투자하고 그 담보로 이 사건 근저당권을 설정한 것에 불과하므로, 피고는 선의의 수익자이다.

## 3. 판단

### 가. 이 사건 근저당권설정계약의 체결 시점

원고는 이 사건 근저당권설정계약이 2018. 4. 11. 체결되었음을 전제로 사해행위에 해당한다고 주장하고, 이에 대해 피고는 이 사건 근저당권설정계약이 실제 2018. 1. 18. 체결되었다면서 다투므로, 먼저 이 사건 근저당권설정계약의 체결 시점에 관하여 살펴본다.

어느 시점에서 사해행위에 해당하는 법률행위가 있었는가를 따짐에 있어서는 당사자 사이의 이해관계에 미치는 중대한 영향을 고려하여 신중하게 이를 판정하여야 할 것이고, 사해행위에 해당하는 법률행위가 언제 있었는가는 실제로 그러한 사해행위가 이루어진 날을 표준으로 판정할 것이되, 다른 특별한 사정이 없는 한 처분문서에 기초한 것으로 보이는 등기부상 등기원인일자를 중심으로 그러한 사해행위가 실제로 이루어졌는지 여부를 판정할 수밖에 없다(대법원 2002. 11. 8. 선고 2002다41589 판결 참조).

이 사건에서 보건대, 갑 제10호증의 1 내지 7의 각 기재에 의하면, 이 사건 1 내지 7 부동산의 각 등기부등본에 이 사건 근저당권의 등기원인이 2018. 4. 11.자 근저당권설정계약이라고 기재되어

있는 사실을 인정할 수 있고, 한편 피고는 을 제5호증(이행각서)을 근거로 2018. 1. 18. C와 사이에 이 사건 근저당권을 설정하기로 하는 계약을 체결하였다고 주장하나, 위 이행각서는 C가 '양주시 L, AD 외 관련 부동산'의 소유권을 취득하는 경우 대여금 3억 원에 대한 추가 담보를 설정할 것을 약속하는 내용으로서 이 사건 1 내지 7 부동산 전체에 대한 근저당권을 설정하기로 하는 확정적 의사표시라고 보기 어렵고, 나아가 2018. 1. 18.은 C가 위 부동산 중 3, 4 부동산을 제외한 나머지 부동산의 소유권을 취득하기도 전인 점 등에 비추어 보면, 이 사건 근저당권설정계약은 그 등기부에 기재된 대로 2018. 4. 11. 체결되었다고 봄이 타당하다.

따라서 이하에서는 이 사건 근저당권설정계약이 2018. 4. 11. 체결되었음을 전제로 위 계약이 사해행위에 해당하는지에 관하여 살펴본다.

#### **나. 원고가 C에 대한 구상금채권을 피보전채권으로 하여 이 사건 근저당권설정계약을 취소할 수 있는지 여부**

1) 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 기하여 채권이 성립되리라는 점에 대한 고도의 개연성이 있으며, 실제로 가까운 장래에 그 개연성이 현실화되어 채권이 성립된 경우에는 예외적으로 그 채권도 채권자취소권의 피보전채권이 될 수 있다. 왜냐하면, 위와 같은 경우에도 채권자를 위하여 책임재산을 보전할 필요가 있고, 채무자에게 채권자를 해한다는 점에 대한 인식이 있었다고 볼 수 있기 때문이다. 다만 여기서 채무자의 재산처분행위 이후에 발생한 채권에 대하여 채권자취소권을 인정하기 위한 요건으로서의 고도의 개연성은 단순히 향후 채권이 발생할 가능성이 있는 정도에 그쳐서는 안 되고, 적어도 채무자의 사해의사를 추단할 수 있는 객관적 사정이 존재하여 일반적으로 누구라도 채권의 발생을 예견할 수 있을 정도에 이르렀다고 볼 만한 상태에서 채무자의 재산처분행위가 이루어졌어야 하며, 구체적으로 이러한 고도의 개연성이 있는지 여부는 채권자와 채무자 사이의 기초적 법률관계의 내용, 채무자의 재산 상태 및 그 변화 내용, 일반적으로 그와 같은 상태에서 채권이 발생하는 빈도 및 이에 대한 일반인의 인식 정도, 채무자의 재산처분행위와 채권 발생과의 시간적 간격 등 여러 가지 사정을 종합하여 객관적으로 판단하여야 한다(대법원 2013. 2.

14. 선고 2012다83100 판결 등 참조).

2) 구체적 판단 위 관련 법리에 비추어 이 사건에 관하여 보건대, 이 사건 근저당권설정계약이 2018.

4. 11. 체결되었고, 당시 원고의 C에 대한 구상금채권의 성립 기초가 되는 법률관계인 이 사건 각 보증약정이 존재하였던 사실은 앞서 본 바와 같다.

나아가 이 사건 근저당권설정계약의 체결 시점을 기준으로 가까운 장래에 원고의 구상금채권이 실제 발생하리라는 점에 대한 고도의 개연성이 있었는지에 관하여 보건대, 갑 제1 내지 10호증, 을

제16호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 ① G이 원고에게 이 사건 각 대출에 관한 보증사고가 발생하였음을 통지한 시점은 이 사건

근저당권설정계약이 체결된 시점으로부터 대략 11개월이 경과한 2019. 3. 7.이었고, 원고의

구상금채권은 그로부터 다시 2개월 정도가 지난 2019. 5. 22. 발생하였던 점, ② 이 사건

근저당권설정계약이 체결된 이후 G은 당초 대출만기를 2018. 6. 28.에서 2019. 6. 28.로 연장해

주었고, 원고도 보증만기를 2018. 7. 6.에서 2019. 6. 28.로 연장해 주었던 점, ③ C의 2017년도

당기순이익은 3억 8,689만 원으로 2016년도 당기순이익 4,558만 원에서 상당히 개선된 것으로

보이고, G에 대한 대출이자도 2019. 1. 27.까지 정상적으로 납부된 것으로 보이며, 이 사건

근저당권설정계약 체결 당시 C의 재정 상태가 악화되었음을 추단할 만한 아무런 사정이 존재하지

않는 점 등을 종합해 보면, 이 사건 근저당권설정계약 체결 당시 가까운 장래에 원고의 C에 대한

구상금채권이 성립하리라는 점에 대한 고도의 개연성이 있었다고 단정하기 어렵다.

따라서 원고의 C에 대한 구상금채권이 이 사건 사해행위취소의 피보전채권이 될 수 있다는 원고의 주장은 이유 없다.

한편 원고는, 이 사건 각 보증약정에 따른 원고의 C에 대한 구상금채권이 보증사고 발생을

정지조건으로 하는 조건부 채권으로서 위 보증약정 체결 당시 발생하였고, 조건부 채권도 사해행위

당시 존재하였다면 피보전채권이 될 수 있다고 주장하므로 살피건대, 갑 제1 내지 3호증의 각 1의 각

기재에 나타나는 이 사건 각 보증약정의 내용을 살펴보면, 원고가 이 사건 각 보증약정을 체결함과

동시에 C에 대한 정지조건부 구상금채권을 취득하였다고 해석할 만한 내용을 찾기 어렵고, 달리 이를

인정할 증거가 없으므로, 원고의 이 부분 주장도 이유 없다.

**다. 원고가 G의 C에 대한 대출채권을 대위 행사함에 따른 사해행위취소 가능 여부**

1) 원고는, 원고가 G의 C에 대한 대출채권을 대위 변제하였고, 변제자대위의 법리에 따라 G의 C에 대한 대출채권을 행사할 수 있는데, 위 채권은 이 사건 근저당권설정계약 당시 이미 성립하고 있었으므로, 이 사건 채권자취소권 행사에 있어 피보전채권이 성립하였다고 주장한다.

살피건대, 원고가 C의 G에 대한 대출채무를 변제한 사실은 앞서 본 바와 같고, 원고는 이 사건 각 보증약정에 의한 보증채무자로서 C의 대출채무를 변제할 정당한 이익이 있는 자에 해당하므로 민법 제481조에 의하여 원고가 구상할 수 있는 범위에서 G의 C에 대한 대출채권을 행사할 수 있고, 이는 이 사건 근저당권설정계약 체결 당시 이미 성립한 채권으로서 채권자취소권의 피보전채권이 될 수 있다.

2) 다음으로 C와 피고가 체결한 이 사건 근저당권설정계약이 사해행위에 해당하는지에 관하여 보건대, 이 부분에 관한 판단은 제1심판결문 이유 중 제6면 아래에서 제3행부터 제12면 제17행까지 기재와 같으므로, 민사소송법 제420조 본문에 의하여 이를 인용한다(다만, 제10면 제1 내지 5행 기재 "사해행위 당시에 ~ 참조)." 부분을 삭제하고, 제10면 제6행 기재 "각 기재" 다음에 "당심법원의 주식회사 X에 대한 금융거래정보제출명령 회신결과"를 추가하며, 제10면 기재 C의 소극재산에 관한 표를 아래와 같이 고치고, 제11면 기재 (2)항 중 주식회사 X에 대한 채무에 관한 주장 및 판단 부분을 삭제하며, 제12면 제4행 기재 "1,379,319,616원"을 "1,560,271,000원"으로 고치고, 제12면 제12행 및 제13행 각 기재 "피고 A"를 "피고"로, 같은 면 제15행 기재 "원고"를 "G"으로, 같은 면 제17행 기재 "피고들"을 "피고"로 고쳐 쓴다).

|    |               |                                  |             |
|----|---------------|----------------------------------|-------------|
| 1  | Q             | 차용금                              | 110,000,000 |
| 2  | G             | 대출금                              | 400,000,000 |
| 3  | R             | 부동산 분양계약 해제에 따른 원상회복 및 약정 위약금 청구 | 59,000,000  |
| 4  | S             | "                                | 117,000,000 |
| 5  | T             | "                                | 84,189,000  |
| 6  | U             | "                                | 142,120,500 |
| 7  | V             | "                                | 81,961,500  |
| 8  | W             | "                                | 126,000,000 |
| 9  | 피고            | 차용금                              | 300,000,000 |
| 10 | 주식회사 X        | 대출금                              | 140,000,000 |
| 합계 | 1,560,271,000 |                                  |             |

3) 피고는, C가 시행하던 양주시 L 일대 전원주택 신축사업에 관한 사업비 3억 원을 대여하고 그에 대한 담보로 이 사건 근저당권을 설정한 것일 뿐 피고가 당시 C가 무자력 상태에 있었다거나 사해행위에 해당한다는 사실을 전혀 알지 못하였다고 항변한다.

살피건대, 갑 제1 내지 10호증, 을 제1 내지 7, 12 내지 16호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 ① 피고가 2018. 1. 18. C에 C가 시행하던 전원주택 신축사업에 관한 사업비 명목으로 3억 원을 대여하고 같은 날 체결한 약정에 따라 당시 C 소유로서 위 사업부지의 일부였던 이 사건 8 내지 24 부동산을 공동 담보로 하여 근저당권설정등기를 마쳤고, 이 사건 근저당권설정계약은 C가 2018. 1. 18. 피고에게 이 사건 1, 2 부동산 등의 소유권을 취득하면 이 역시 공동 담보로 제공할 것을 약속함에 따라 2018. 4. 11. 체결되었던 점, ② 피고가 이 사건 근저당권을 설정할 당시 이 사건 1, 2, 5 내지 7 부동산은 C가 그 소유권을 취득한 당일 피고에게 근저당권을 설정해 주었는바, 이 사건 근저당권 설정일 이전에는 C의 책임재산에 포함되지도 않았던 점, ③ 피고는 소외 BA의 소개로 C에 3억 원을 대여하게 되면서 비로소 C라는 회사를 알게 된 것으로 보이고, 당시 피고가 확인한 C의 재무상태는 2017년도 당기순이익이 2016년도 당기순이익 4,558만 원에서 3억 8,689만 원으로 개선된 것으로 확인되었던 점, ④ 이 사건 근저당권을 설정할 무렵 이 사건 부동산에는 선순위인 1순위 근저당권을 제외한 아무런 제한이 없었고, 그 이후인 2018. 7. 20. 국민건강보험공단이 이 사건 1, 2 부동산에 관하여, 성동세무서가 2018. 8. 23. 이 사건 1, 2, 5, 6 부동산에 관하여, 동대문세무서가 2018. 9. 13. 이 사건 5, 6 부동산에 관하여 압류 등기를 경료하였던 점 등을 종합해 보면, 피고는 이 사건 근저당권설정계약을 체결할 당시 위 근저당권 설정이 C의 일반 채권자들을 해하는 사해행위에 해당하는 점을 알지 못하였다고 봄이 타당하다. 따라서 피고의 위 주장은 이유 있다.

#### 4. 결론

그렇다면, 원고의 청구는 이유 없어 이를 기각할 것인바, 이와 일부 결론을 달리한 제1심판결은 부당하므로, 제1심판결 중 피고 패소 부분을 취소하고, 그 취소 부분에 해당하는 원고의 청구를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

**재판장판사지영난**

판사장준아

판사이재혁

별지