

서울고등법원 2018. 10. 24 선고 2018나2015282 판결 [구상금 등 청구의 소]

전 문

원고, 피항소인 A기금

소송대리인 법무법인 진명

담당변호사 성기창, 성승용

피고, 항소인 E

소송대리인 법무법인 우성

담당변호사 박상현

변론 종결 2018. 9. 12.

판결 선고 2018. 10. 24.

제 1 심 판결 서울중앙지방법원 2018. 1. 17. 선고 2017가합515171 판결

주 문

1. 제1심판결 중 피고에 대한 부분을 취소한다.
2. 원고의 피고에 대한 청구를 기각한다.
3. 원고와 피고 사이에 생긴 소송 총비용은 원고가 부담한다.

청 구 취 지 및 항 소 취 지

1. 청구취지

피고와 제1심 공동피고 C 사이에 별지 기재 부동산에 관하여 2016. 9. 27.

체결된근저당권설정계약을 취소한다(원고는 이 법원에서 근저당권설정등기의 말소등기절차이 행
청구 부분을 취하하였다.).

2. 항소취지

주문과 같다.

이 유

1. 기초 사실

가. 신용보증계약의 체결

1) 원고는 제1심 공동피고1) 주식회사 B(이하 'B'이라고 한다)과 사이에 B이 F은행과 주식회사
G(이하 'G'이라고 한다)으로부터 대출을 받음에 있어 아래 표 기재와 같은 내용의 각
신용보증계약(이하 '이 사건 각 보증계약'이라고 한다)을 체결하고 위 은행들에 대하여 각
신용보증서를 발급해 주었다.

(금액단위: 원)

구분 순번	보증일자	보증금액	보증기한 (보증기한변경)	대출과목	대출은행	대출일자	대출금액
1차보증	2014. 1. 27.	255,000,000	2016. 1. 26. (2017. 1. 26.)	중소기업자금대출	F 은행	2014. 1. 29.	300,000,000
2차보증	2016. 5. 27.	1,105,000,000	2017. 5. 26.	기업구매자금대출	G	2016. 5. 27.	1,300,000,000

2) B의 대표이사인 제1심 공동피고 C는 이 사건 각 보증계약 체결일에 B이 이 사건 각 보증계약에
따라 원고에게 부담할 채무를 연대보증(이하 '이 사건 각 연대보증계약'이라고 한다)하였다.

3) 이 사건 각 보증계약에 의하면, 원고가 이 사건 각 보증계약상의 보증채무를 이행한 경우, 피보증인인 B와 피보증인의 연대보증인인 C는 보증인인 원고에게, 원고가 대위변제한 금액과 위 대위변제일 이후의 손해금, 해지되지 아니한 보증금액에 대한 보증료 납입일 익일부터 보증소멸일 전일까지 당해 보증건의 최종 적용보증료율에 일정 비율을 가산한 위약금, 기타 원고가 대지급한 법적절차비용 등의 금액을 지급할 의무가 있다(제3조, 제10조). 원고가 최초 대위변제한 2016. 12. 23.부터 이 사건 변론종결일 현재까지 위 대위변제금에 대한 약정 지연손해금율은 연 10%이다.

나. 원고의 대위변제

1) B은, 2016. 10. 6. B와 C 소유의 각 대지 및 건물에 관한 가압류, 가처분 결정 및 2016. 10. 10. B의 인천지방법원 2016회합24호 회생신청으로 인하여 F은행과 G에 대한 대출금채무의 기한이익을 상실하였다.

2) 이에 원고는 2016. 12. 23. F은행에 257,915,109원(= 원금 255,000,000원 + 이자2,915,109원), 2017. 1. 11. G에 1,065,326,885원(= 원금 1,053,905,529원 + 이자11,421,356원) 합계 1,323,241,994원을 대위변제하였다.

3) 한편, 원고는 위와 같은 대위변제에 따른 B, C에 대한 구상금채권을 보전하기 위하여 681,132원을 지출하였다.

다. 별지 기재 부동산에 관한 피고 명의의 근저당권설정등기

1) 피고는 C 소유의 별지 기재 부동산(이하 '이 사건 계쟁 부동산'이라 한다)에 관하여 2016. 9. 27.자 설정계약(이하 '이 사건 근저당권설정계약'이라 한다)을 원인으로 하여 인천지방법원 2016. 9. 28. 접수 제338397호로 채권최고액 300,000,000원, 채무자C, 근저당권자 피고로 된 근저당권설정등기(이하 '이 사건 근저당권설정등기'라 한다)를 마쳤다.

2) 피고는 2016. 11. 7. 인천지방법원 L로 이 사건 계쟁 부동산에 관하여 임의경매개시결정을 받았고, 이 사건 계쟁 부동산은 2018. 4. 30. 임의경매로 매각되어 같은 날 이 사건 근저당권설정등기가 말소되었다. 피고는 위 경매절차에서 근저당권자로서 81,125,589원을 배당받는

것으로 배당표가 작성되었다.

【인정 근거】 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 7, 15 내지 18호증(가지번호 있는 것은 각가지번호 포함, 이하 같다)의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 당사자들의 주장

가. 원고의 주장

원고는 이 사건 각 보증계약에 따라 F은행과 G에 대출금채무를 대위변제함으로써 연대보증인인 C에 대하여 구상금채권을 가지게 되었는데, C는 채무초과상태에서 피고와 이 사건 계쟁 부동산에 관하여 근저당권설정계약을 체결하고 근저당권설정등기를 마쳐 주었으므로, 이 사건 근저당권설정계약은 사해행위로 취소되어야 한다.

나. 피고의 주장

피고는 C에 대한 3억 원의 투자금채권을 담보하기 위하여 C 소유의 다른 아파트에 근저당권을 설정해 둔 바 있는데, C가 위 아파트를 매도할 수 있도록 담보물을 교체해달라고 요청하여 기존에 설정하였던 근저당권을 말소하고 이 사건 근저당권설정등기를 마치게 된 것으로서, 이 사건 근저당권설정계약은 담보물을 변경한 것에 불과하여 C의 책임재산을 감소시키는 행위에 해당하지 않으므로 사해행위가 아니고, 피고는 이 사건 근저당권설정계약이 원고 등 C의 채권자에 대한 사해행위임을 알지 못하였다.

3. 판단

가. 피보전채권의 존재

1) 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 터잡아채권이 성립되리라는 점에 대한 고도의 개연성이 있으며, 실제로 가까운 장래에 그 개연성이 현실화되어 채권이 성립된 경우에는 그

채권도 채권자취소권의 피보전채권이 될 수 있다(대법원 1995. 11. 28. 선고 95다27905 판결, 대법원 1997. 10. 28. 선고 97다34334 판결 등 참조).

2) 위 인정사실 및 앞서 든 증거에 변론 전체의 취지를 종합하면, C가 2016. 9. 27.이 사건 근저당권설정계약을 체결하기에 앞서 2014. 1. 27.과 2016. 5. 27. 원고의 구상금채권의 발생 기초가 되는 이 사건 각 보증계약 및 연대보증계약이 이미 체결되어있었던 사실, B은 2016. 9.경 원고에게 회생신청에 필요한 부채증명서를 발급받으려온 사실, 이에 원고는 2016. 10. 6. 이 사건 각 보증계약의 주채무자인 B의 사업장 부지 및 건물, 그 연대보증인인 C 소유의 이 사건 계쟁 부동산 등에 관하여 가압류, 가처분 결정을 받았고, B은 2016. 10. 10.경 인천지방법원 2016회합24호로 회생신청을 한 사실, 위와 같은 가압류 결정 및 회생신청으로 인하여 B은 위 대출은행에 대한 기한이익을 상실하였고, 이에 원고가 B을 대신하여 2016. 12. 23.과 2017. 1. 11. B의 대출금채무를 대위변제한 사실이 인정된다.

3) 위 인정사실에 의하면, 이 사건 근저당권설정계약 체결 무렵 이 사건 피보전채권의 성립의 기초가 되는 이 사건 각 보증계약 및 연대보증계약이 성립되어 있었고, B, C가 이 사건 근저당권설정계약이 체결된 직후인 2016. 10. 6.경 대출금 채무의 기한이익을 상실하는 등 가까운 장래에 원고의 구상금채권이 발생할 것이라는 점에 대한 고도의 개연성이 있었으며, 실제로 그 후 원고가 B의 대출금채무를 대위변제한함으로써 가까운 장래에 그 개연성이 현실화되어 구상금채권이 성립되었으므로, 원고의 구상금채권은 채권자취소권의 피보전채권이 된다.

나. 사해행위의 성립 여부

1) 앞서 든 각 증거와 제1심법원의 한국신용정보원장에 대한 신용정보조회회신결과 및 변론 전체의 취지에 의하면, C가 이 사건 근저당권설정계약 당시 채무초과 상태에 있었던 사실은 인정된다.

2) 채무자의 재산이 채무의 전부를 변제하기에 부족한 경우에 채무자가 그의 재산을 어느 특정 채권자에게 대물변제나 담보조로 제공하였다면 특별한 사정이 없는 한이는 곧 다른 채권자의 이익을 해하는 것으로서 다른 채권자들에 대한 관계에서 사해행위가 된다(대법원 2009. 9. 10. 선고 2008다85161 판결 등 참조).

한편, 사해행위취소소송에서 수익자의 악의는 추정되므로 수익자로서는 자신의 책임을 면하려면 자신의 선의를 입증할 책임이 있다 할 것인데, 이 경우 수익자의 선의 여부는 채무자와 수익자의 관계, 채무자와 수익자 사이의 처분행위의 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).

3) 갑 제10, 14호증, 을라 제1 내지 13호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면 다음과 같은 사실이 인정된다.

① 피고는 2016. 6. 29. C에게 270,000,000원을 입금하면서 같은 날 C 소유의 인천 서구 H아파트 1호(이하 '이 사건 아파트'라 한다)에 관하여 2016. 6. 28.자 근저당권설정계약을 원인으로 한 채권최고액 450,000,000원의 근저당권설정등기를 마쳤다. 당시 피고는 C로부터 C와 B의 납세증명서 등을 제출받고 세금체납사실이 없음을 확인하였다.

② 위 근저당권설정등기 당시 이 사건 아파트의 시가는 440,000,000원이었고, C가 2014. 3. 28. 위 아파트 소유권을 취득하면서 설정한 M 주식회사 명의의 채권최고액 290,160,000원의 1순위 근저당권만 존재하고 있었으며, 그 외 가압류나 압류 등은 되어 있지 않았다.

③ 피고는 2016. 9. 9. 이 사건 아파트에 관한 위 근저당권설정등기를 말소하였고, 대신 C가 2016. 8. 22. 취득한 이 사건 계쟁 부동산에 근저당권을 설정하고 C 소유의 B 주식을 담보로 양도받기로 하였다. 당시 이 사건 계쟁 부동산의 시가는 450,000,000원이었고, C가 위 취득 당시 설정한 주식회사 K 명의의 채권최고액 369,600,000원의 1순위 근저당권이 존재하고 있었을 뿐 그 외 가압류나 압류 등은 되어 있지 않았다.

④ 피고와 C는 2016. 9. 9. N 법무사 사무실에서 이 사건 계쟁 부동산에 관한 근저당권설정계약을 작성하고 같은 날 C는 N에게 등기설정비용 1,432,000원을 지급하였다. 또한, 피고는 같은 날 C와 C 소유의 B 주식 19,600주(1주당 5,000원)에 관하여 피고 및 O 명의로 각 9,800주씩 양도받기로 하는 계약을 체결하였다.

- ⑤ 한편, 이 사건 아파트는 2016. 9. 26. 매매를 원인으로 하여 J에게 소유권이전등기가 마쳐졌다.
- ⑥ 피고는 2016. 10. 10. C로부터 55,000,000원을 지급받고 피고와 0 명의로 되어 있는 위 주식을 다시 C에게 양도하였고, 2016. 10. 13. 이에 관한 증권거래세도 납부하였다.
- 4) 위 인정사실에 의하면 다음과 같은 사정을 알 수 있다.
- ① 피고는 2016. 6. 29. C에게 270,000,000원을 입금하면서 C의 세금체납이 없다는 사실까지 확인하고 이 사건 아파트에 관하여 근저당권을 설정하였다. 당시 이 사건아파트에는 C가 소유권을 취득하면서 설정한 M 주식회사의 1순위 근저당권만 있었고,그 무렵 C의 재산상태가 채무초과상태였다거나 B의 재무상황이 좋지 못하였다고 볼만한 자료가 없다. 피고와 C 사이에 가족 또는 친인척 등 긴밀한 인적 관계가 있다거나 그밖에 거래관계가 있었다고 볼 자료도 없다.
- ② 피고는 C가 이 사건 아파트 처분을 위해 기존 근저당권설정등기의 말소를 요청하자 담보물을 변경하기로 하여 위 근저당권설정등기를 말소하면서 대신 이 사건 계쟁 부동산에 관하여 근저당권을 설정하고 C 소유의 주식을 양도받기로 합의하였다고보인다. 이 사건 계쟁 부동산은 C가 위와 같은 요청 바로 직전에 취득한 것으로서 C가 소유권을 취득하면서 설정한 주식회사 K의 1순위 근저당권만 존재하고 있었을 뿐 C의 재정상태가 악화되고 있음을 알 수 있는 압류 등이 전혀 없었다. 이 사건 아파트에 관한 근저당권설정등기가 말소되는 당일 이 사건 계쟁 부동산에 관한 근저당권설정계약과 주식양도계약이 체결되고 법무사 사무실에 근저당권설정등기비용까지 지급되었다.
- ③ 피고는 이 사건 아파트에 근저당권을 설정함으로써 이 사건 아파트 시가에서 1순위 근저당권의 채권최고액을 공제한 149,840,000원(= 440,000,000원 - 290,160,000원) 상당의 담보를 확보하고 있었다. 그런데 위 근저당권을 말소하고 이 사건 근저당권을 설정함으로써 이 사건 계쟁 부동산 시가에서 1순위 근저당권의 채권최고액을 공제한 80,400,000원(=450,000,000원 - 369,600,000원) 상당의 담보를 확보하게 되어 오히려 담보가 더 감소하였다. 이에 피고는 이 사건 계쟁 부동산에 근저당권을 설정하는 것 외에 추가로 B 주식 19,600주를 담보로 양도받은 것으로 보인다. 결국 이 사건 근저당권설정계약 체결행위가 피고의 담보를 더 증가시키고 C의 다른 채권자들의 공동담보를 감소시켰다고 보기는 어렵다.
- ④ 피고는 2016. 9. 9. 이 사건 근저당권설정계약을 체결하고도 2016. 9. 28.에야이 사건

근저당권설정등기를 마쳤는데, 이에 관하여 피고는 C에 대한 위 투자금 변제일이 2016. 9.

28.이어서 그때까지 근저당권설정등기를 보류하고 있다가 위 변제일에 변제가 되지 않자 이 사건 근저당권설정등기를 마친 것이고, 이러한 점을 보더라도 피고가 C의 채무초과사실을 알지 못하고 있었다고 주장한다. 피고의 C에 대한 270,000,000원 입금일자가 3개월 전인 2016. 6. 29.인 점, 이 사건 아파트에 관한 근저당권설정등기가 2016. 9. 9. 말소되면서 이 사건 근저당권설정계약이 같은 날 체결된점, 피고 주장대로 피고가 C의 재정상황을 알았더라면 당초 270,000,000원을 입금하기 전에 C의 세금채납사실까지 확인하였던 피고로서는 오히려 2016. 9. 9. 바로 이 사건 근저당권설정등기를 마쳤을 것으로 보이는 점 등을 고려할 때 피고의 위 주장은 설득력이 있다.

⑤ 피고는 C로부터 2016. 10. 10. 55,000,000원을 변제받고 담보로 양도받았던주식을 다시 C에게 양도해 주었는데, 역시 피고가 C나 B의 재정상황을 알았더라면 담보로 양도받은 주식을 일부 돈만 변제받고 다시 되돌려 주지는 않았을 것이라고 보인다.

5) 위와 같은 사정을 모두 종합하면, 피고가 이 사건 아파트에 관한 근저당권설정등기를 말소하고 대신 이 사건 계쟁 부동산에 관한 이 사건 근저당권설정등기를 마쳤다고 하여 C의 총재산이 감소되어 채권의 공동담보가 부족한 상태가 유발 또는 심화되었다고 할 수 없고, 나아가 피고는 이 사건 근저당권설정계약 체결 당시 그것이 C의 채권자를 해하는 사해행위가 된다는 사실을 알지 못하였다고 보는 것이 타당하다. 이 사건 근저당권설정계약 체결행위가 사해행위에 해당한다고 보기도 어렵고, 피고의 선의 항변 역시 이유 있다.

4. 결론

원고의 피고에 대한 이 사건 청구는 이유 없으므로 이를 기각하여야 한다. 제1심판결 중 피고에 대한 부분은 이와 결론을 달리하여 부당하므로 이를 취소하고, 원고의 피고에 대한 청구를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 유상재, 판사 박선영, 판사 오영상

1) 이하 제1심 공동피고의 경우 맨 처음에만 제1심 공동피고임을 기재하고 그 이후부터는 '제1심 공동피고' 기재를 생략한다.