

서울고등법원 2021. 6. 30 선고 2020나2025565 판결 [사해행위취소]

전 문

원고, 피항소인 신용보증기금의 소송수계인 채무자 D의 파산관재인 AL

원고보조참가인 신용보증기금

소송대리인 법무법인 씨에스, 담당변호사 정우근

피고, 항소인 주식회사 C

소송대리인 법무법인 엘케이비엔파트너스, 담당변호사 이화용, 장범식

변 론 종 결 2021. 4. 28.

판 결 선 고 2021. 6. 30.

제1 심판결 서울중앙지방법원 2020. 6. 19. 선고 2019가합513551 판결

주 문

1. 이 법원에서 소송수계 및 교환적으로 변경된 청구를 포함하여 제1심판결 중 피고에 대한 부분을 다음과 같이 변경한다.D과 피고 사이에 평택시 AM 임야 3,417m에 관하여 2018. 6. 27. 체결된 근저당권설정계약은 부인되었음을 확인한다.

2. 소송 총비용은 보조참가로 인한 비용을 포함하여 모두 피고가 부담한다.

N

청 구 취 지 및 항 소 취 지

1. 청구취지

D과 피고 사이에 평택시 AM 임야 3,417m(이하 ‘이 사건 부동산’이라 한다)에 관하여 2018. 6. 27. 체결된 근저당권설정계약은 2021. 3. 3.자 청구취지 및 청구원인 변경신청서 송달일에 부인되었음을 확인한다[이 법원에서 원고의 소송수계가 이루어졌고, 원고는 민법에 기한 사해행위취소청구를 채무자 회생 및 파산에 관한 법률(이하 ‘채무자회생법’이라 한다)에 기한 부인의 소로 청구를 교환적으로 변경하였다].

2. 항소취지

제1심판결 중 피고에 대한 부분을 취소한다. 원고의 청구를 기각한다.

이 유

1. 기초사실

이 법원이 이 부분에 관하여 설시할 이유는 아래와 같이 고쳐 쓰거나 추가하는 부분 이외에는 제1심판결 해당 부분 이유 기재와 같으므로, 민사소송법 제420조 본문에 의하여 이를 그대로 인용한다.

- 제1심판결 제3면 4행의 “원고”를 “원고보조참가인(이하 ‘참가인’이라 한다)”으로 고쳐 쓴다.
- 제1심판결 제3면 6행부터 제5면 15행의 “원고”를 “참가인”으로, “피고 C은행”을 “피고”로, “피고 B”를 “제1심 공동피고 B”으로, “피고 A”를 “제1심 공동피고 A”로 각 고쳐 쓴다(이하에서 제1심판결의 이유 부분 기재를 인용할 때도 마찬가지이다).
- 제1심판결 제4면 아래에서 1행부터 제5면 7행까지의 “별지 목록 제2항 기재 부동산”을 “이 사건 부동산”으로 고쳐 쓴다(이하에서 제1심판결의 이유 부분 기재를 인용할 때도 마찬가지이다).
- 제1심판결 제5면 13행과 14행 사이에 다음과 같이 추가한다.

『마. D의 파산과 소송수계

- 1) D은 2020. 7. 29. 서울회생법원 2020하단103543호로 파산신청을 하여, 2020. 12. 14. 파산선고를 받았고 같은 날 원고가 D의 파산관재인으로 선임되었다.

2) 원고는 이 법원에서 채무자회생법 제347조에 따라 참가인이 제기한 피고에 대한 사해행위취소소송을 수계하고, 채무자회생법에 기한 부인의 소로 청구취지 및 청구원인을 각 변경하였다.』

○ 제1심판결 제5면【인정 근거】에 “갑 제17, 18호증”을 추가한다.

2. 항소의 적법 여부에 대한 판단

원고는, 피고가 제1심판결에 대해 항소장을 제출한 후 제1심 법원의 참여관이 ‘인지대와 송달료를 보정명령을 송달받은 날부터 7일 안에 납부하라’는 보정명령을 발하였는데, 피고는 위 기한이 지난 후에야 인지대와 송달료를 납부하였으므로 피고의 이 사건 항소는 부적법하다고 주장한다. 그러나 위 보정명령에서 납부를 명한 인지대는 과다하게 계산된 잘못된 금액으로 보이므로 정당한 보정명령이라고 볼 수 없고, 피고는 그 후 정당하게 계산된 인지대와 송달료를 납부하였으므로 이 사건 항소가 부적법하다고 볼 수 없다. 따라서 원고의 위 주장은 이유 없다.

3. 본안에 관한 당사자의 주장

가. 원고의 주장

D이 피고와 이 사건 부동산에 관하여 주문 제1항 기재 이 사건 제3 근저당권설정계약을 체결한 것은 채권자의 공동담보가 되는 채무자의 일반재산을 감소시키는 사해행위 또는 파산채권자들 사이의 평등한 배당을 저해하는 편파행위로서 채무자회생법 제100조 제1항 제1호에서 정한 부인의 대상으로 되는 행위인 ‘채무자가 회생채권자를 해함을 알고 한 행위’에 해당하고, 이에 D의 파산관재인인 원고가 부인권능을 행사하였다. 따라서 원고는 파산채무자 D과 피고 사이의 이 사건 제3 근저당권설정계약이 부인되었음에 대한 확인을 구한다.

나. 피고의 주장

이 사건 제3 근저당권설정계약은 D 소유의 서울 강남구 AD 대 539.9㎡ 및 그 지상 연와조 스라브위기와지붕 2층 주택 1층 193.86㎡, 2층 78.93㎡, 지하층 49.28㎡(이하 ‘서울 AD 부동산’이라고 한다)에 기존에 설정되어 있던 근저당권설정등기를 말소하고 이 사건 부동산에 새로이 설정된

것으로서 기존에 유효하게 존속하던 근저당권설정계약의 담보물 교체에 불과하고, 근저당권의 피담보채무액도 기존의 근저당권설정계약보다 감소하였으므로 채무자의 일반재산을 감소시키는 사해행위에 해당하지 아니한다.

4. 부인권의 성립

가. 피보전채권의 존재

1) 관련 법리

채무자회생법 제391조 제1호에서 정한 파산관재인인 부인 대상 행위인 ‘채무자가 파산채권자를 해할 것을 알고 한 행위’에는 총채권자의 공동담보가 되는 회사의 일반재산을 절대적으로 감소시키는 이른바 사해행위를 포함하고(대법원 2005. 11. 10. 선고 2003다271 판결 등 참조), 이는 민법상의 사해행위취소권과 실질을 같이 한다. 그리고 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 터잡아 채권이 성립되리라는 점에 대한 고도의 개연성이 있으며, 실제로 가까운 장래에 그 개연성이 현실화되어 채권이 성립된 경우에는 그 채권도 채권자취소권의 피보전채권이 될 수 있다(대법원 1997. 10. 28. 선고 97다34334 판결 등 참조).

2) 참가인의 D에 대한 구상금채권의 성립

위 기초사실에 의하면, D은 이 사건 각 보증계약의 주채무자로서 참가인에게 구상금 2,033,062,430원(= 이 사건 보증계약에 따른 대위변제금 2,013,656,754원 + 대지급금 15,943,766원 + 위약금 3,461,910원) 및 그 중 대위변제금인 2,013,656,754원에 대하여 대위변제일인 2018. 11. 15.부터 다 갚는 날까지 약정에 의한 연 10%의 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

3) 판단

살피건대 D이 이 사건 제3 근저당권설정계약을 체결할 무렵 위 피보전채권의 성립의 기초가 되는 이 사건 각 보증계약이 성립되어 있었고, D이 이 사건 제3 근저당권설정계약 체결 후 44일 만인 2018.

8. 9. 대출금채무의 기한의 이익을 상실하는 등 가까운 장래에 참가인의 위 구상금채권이 발생할 것이라는 점에 대한 고도의 개연성이 있었으며, 실제로 그 후 참가인이 D의 대출금채무를 대위변제함으로써 가까운 장래에 그 개연성이 현실화되어 구상금채권이 성립되었으므로, 참가인의 구상금채권은 부인권의 피보전채권이 된다.

나. 사해행위의 성립

1) 채무자의 무자력 여부

가) 적극재산

앞서 든 증거 및 갑 제8호증의 1 내지 7의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 2018. 6. 27. 기준 D이 소유한 부동산 내역과 그 시가, 설정된 근저당권 피담보채무의 채권최고액은 아래 표와 같다. 따라서 D의 재산 중 일반채권자에 대한 공동담보가 되는 적극재산의 가액은 4억 6,800만 원이다.

부동산 내역	시가	근저당권 채권최고액	공동담보가액
별지 목록 제1항 기재 부동산	44억 원	47억 4,000만 원	0원
이 사건 부동산	10억 8,000만 원	6억 1,200만 원	4억 6,800만 원
서울 성동구 H 일반철골구조 경사지붕 2층 수리점, 사무소, 1층 66.97m ² , 2층 66.97m ² , 1' 대 10m ² , H 대 122m ²	4억 1,000만 원	6억 원	0원
송파구 K 대 340.9m ² , L 대 330.7m ² , 그 지상 M, N호 각 건물	123억 5,000만 원	132억 원	0원
합계			4억 6,800만 원

나) 소극재산

을라 제 1, 16호증의 1 내지 9의 각 기재, 제1심 법원의 Q은행, R은행, S은행, 피고에 대한 각 금융거래정보제출명령에 대한 회신 및 변론 전체의 취지를 종합하면, 2018. 6. 27. 기준 D의 채무

내역과 그 액수, 그 중 D 소유의 부동산에 관하여 우선변제권이 확보된 금액은 아래와 같다. 따라서 D이 공동담보로 변제해야 하는 소극재산의 가액은 79억 9,364만 원이다.

채무 내역	액수	우선변제권 확보금액	소극재산 가액
피고에 대한 대출금 채무	126억 6,400만 원	108억 6,400만 원	18억 원
Q은행에 대한 대출금 채무	167억 9,301만 원	167억 9,301만 원	0원
기업은행에 대한 대출금 채무	26억 4,364만 원	0원	26억 4,364만 원

R은행에 대한 대출금 채무	13억 6,805만 원	13억 6,805만 원	0원
S은행에 대한 대출금 채무	42억 원	6억 5,000만 원	35억 5,000만 원
합계			79억 9,364만 원

[이에 대하여 피고는 물상보증인이 제공한 담보에 의하여 우선변제권이 확보된 금액도 D의 소극재산에서 공제되어야 한다고 주장하나, 민법 제341조, 제370조에 의하여 물상보증인이 그 채무를 변제하거나 저당권의 실행으로 인하여 저당물의 소유권을 잃은 때에는 채무자에 대한 구상권을 가지는바, 물상보증인에 의하여 우선변제권이 확보된 대출금 채무 역시 결국 D이 부담하는 채무에 해당한다고 보이므로 피고의 위 주장은 받아들이기 어렵다. 설령 피고의 주장과 같이 물상보증인에 의하여 우선변제권이 확보된 금액을 D의 소극재산에서 공제해야 한다고 하더라도, 이 사건 기록상 D의 채무에 대하여 물상보증인이 제공한 담보는 2018. 4. 19. 서울 강남구 AN아파트에 관하여 채무자 D, 근저당권자 피고, 채권최고액 18억 원으로 하여 설정된 근저당권이 보일 뿐이다(을라 제8호증). 그렇다면 위 채권최고액 18억 원을 전부 D의 채무액으로 보아 소극재산에서 공제하더라도 D의 적극재산은 4억 6,800만 원인데 비하여 소극재산은 61억 9,364만 원이므로 D은 이 사건 제3 근저당권설정계약 당시 채무초과 상태에 있었다는 결론에는 영향이 없다.]

다) 판단

결국 이 사건 제3 근저당권설정계약 당시 일반채권자의 공동담보에 제공되는 D의 적극재산은 4억

6,800만 원, 소극재산은 79억 9,364만 원인 사실이 인정되므로 D은 이 사건 제3 근저당권설정계약 당시 채무초과상태에 있었다고 보아야 한다.

피고는 D의 적극재산을 평가할 때에 D의 영업과 관련한 재산, 특허권, 상표권 등도 포함되어야 한다고 주장하나, 을나 제4호증의 1 내지 26의 기재만으로는 D의 영업과 관련한 재산, 특허권, 상표권이 재산적 가치를 가지는지 여부를 알 수 없고, 오히려 갑 제11호증의 1 내지 4, 갑 제21호증의 각 기재에 의하면 D이 운영하던 서울 강남구 F에 있는 G치과의원은 2018. 5. 하순경 이후로 그 영업을 중단하였고, 이에 다수의 환자들로부터 치료비 반환 요구를 받게 된 사실을 인정할 수 있는바, 치과 영업과 관련한 재산, 특허권, 상표권은 재산적 가치가 없다고 봄이 상당하다. 따라서 피고의 이 부분 주장도 이유 없다.

2) 사해행위 해당 여부

가) 인정 사실

이 법원이 이 부분에 관하여 설시할 이유는 제1심판결의 “피고 C은행”을 “피고”로 고치는 외에는 제1심판결 제21면 21행부터 제22면 18행까지의 기재와 같으므로, 민사소송법 제420조 본문에 의하여 이를 그대로 인용한다.

나) 판단

위 인정사실에 더하여 앞서 본 증거 및 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사실 및 사정을 종합하면, D이 채무초과 상태에서 2018. 6. 27. 피고와 이 사건 제3 근저당권설정계약을 체결한 행위는 참가인 등 D의 일반채권자의 이익을 해하는 것으로서 사해행위에 해당한다.

① 채무초과상태에 있는 채무자가 그 소유의 부동산을 채권자 중의 어느 한 사람에게 채권담보로 제공하는 행위는 특별한 사정이 없는 한 다른 채권자들에 대한 관계에서 사해행위에 해당한다고 할 것인바(대법원 1997. 9. 9. 선고 97다10864 판결 참조), D이 채무초과상태에서 D 소유의 부동산 중 유일하게 공동담보가액이 남아있는 이 사건 부동산을 피고에게 새로운 물적 담보로 제공하는 이 사건 제3 근저당권설정계약은 참가인을 비롯한 일반채권자를 해하는 사해행위에 해당한다.

② 피고는, 이 사건 제3 근저당권설정계약이 체결된 2018. 6. 27.이 아닌 D이 담보물 변경을 위하여 대출금 조건변경신청을 한 2018. 6. 15.을 기준으로 사해행위 여부를 판단하여야 한다고 주장한다.

살피건대, 채무자의 재산처분행위가 사해행위가 되는지 여부는 처분행위 당시를 기준으로 판단하여야 하는데(대법원 2001. 7. 27. 선고 2000다73377 판결 등 참조), D이 대출금 조건변경을 신청한 것만으로 이 사건 제3 근저당권설정계약이 체결되어 일반채권자의 공동담보가 되는 재산이 처분되었다고 보기는 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없으며, 등기부에 이 사건 제3 근저당권설정등기의 등기원인이 “2018년 6월 27.일 설정계약”으로 기재되어 있는 점 등에 비추어 원고가 부인의 대상으로 삼은 이 사건 제3 근저당권설정계약은 앞서 본 바와 같이 2018. 6. 27. 체결된 것으로 인정된다. 그렇다면 이 사건 근저당권설정행위가 사해행위에 해당하는지 여부는 2018. 6. 27.을 기준으로 판단되어야 하므로, 피고의 이 부분 주장은 이유 없다.

③ 피고는 이 사건 제3 근저당권설정계약은 담보물의 교체에 불과하다고 주장하나, 기존 담보물인 서울 AD 부동산은 이미 2018. 6. 5. 주식회사 AJ에게 매도되고 2018. 6. 25. 소유권이전등기가 마쳐졌으므로, 그 후 그에 대한 근저당권이 말소되었더라도 그 채권최고액 해당 부분이 일반 채권자의 공동담보로 복귀하지 않는다. 즉, 서울 AD 부동산이 더 이상 D의 소유가 아닌 상태에서 그에 설정되어 있던 근저당권자 피고의 근저당권설등기가 말소되었으므로 그 말소로 D의 일반채권자들에 대한 책임재산은 전혀 증가하지 않았다. 그렇다면 이 사건 제3 근저당권설정계약은 실질적으로 채권자 중 어느 한 사람인 피고에게 새롭게 담보를 제공하는 행위에 해당한다.

④ 이 사건 부동산에는 이 사건 제3 근저당권설정계약 체결 당시 R은행을 근저당권자로 하는 6억 1,200만 원의 1순위 근저당권이 설정되어 있었다. 여기에 이 사건 제3 근저당권설정계약에 따른 근저당권의 채권최고액 9억 6,000만 원을 합하면 이 사건 부동산의 시가 상당액 10억 8,000만 원을 초과하므로 피고는 이 사건 제3 근저당권설정계약을 통해 위 부동산의 시가 상당액에서 선순위 근저당권의 피담보채권액을 제외한 잔여 담보가치 상당의 우선변제권을 확보하는 이익을 얻은 반면, 일반채권자들은 더 이상 이 사건 부동산을 통한 채권의 만족을 기대하기 어렵게 되었다.

⑤ 실제로 2019. 3. 25. 수원지방법원 평택지원 E로 이 사건 부동산에 관한 임의경매 개시결정이 있었고, 피고에게 근저당권자로서 약 6억 3,590만 원이 배당된 반면 원고는 아무런 배당을 받지 못한 사실은 앞서 본 바와 같다.

⑥ 서울 AD 부동산에 관한 위 근저당권의 말소 당시, 이미 위 부동산에 관하여 주식회사 AJ 명의의

매매예약을 원인으로 한 소유권이전청구권 가등기 내지 매매를 원인으로 한 소유권이전등기가 마쳐져 있었을 뿐만 아니라, 피고를 근저당권자로 하는 채권최고액 43억 2,000만 원의 후순위 근저당권도 설정되어 있었다. 따라서 피고의 주장과 같이 담보물의 교체가 서울 AD 부동산의 매각을 위한 전제가 되었다고 보아 위 부동산의 매각과 위 담보물의 교체를 일련의 행위로 본다고 하더라도, 위 부동산의 매각 및 위 담보물의 교체 이전에는 (1) 서울 AD 부동산의 가액에서 피고를 근저당권자로 하는 채권최고액 38억 4,000만 원의 근저당권이 담보하는 피담보채권액을 공제한 잔존 가치 및 (2) 이 사건 부동산의 가액에서 R은행을 근저당권자로 하는 채권최고액 6억 1,200만 원의 근저당권이 담보하는 피담보채권액을 공제한 잔존 가치 모두 원고 등 일반채권자를 위한 공동담보로 제공되었던 반면, 위 부동산의 매각 및 위 담보물의 교체 이후로는 위 각 잔존가치 모두 원고 등 일반채권자를 위한 공동담보에서 제외되었으므로, 결국 위 담보물의 교체 전후로 일반채권자를 위한 공동담보의 가액이 증가하였거나 유지되었다고 볼 수 없다. 따라서 서울 AD 부동산에 관한 위 근저당권의 말소와 이 사건 부동산에 관한 이 사건 제3 근저당권설정계약의 체결로 인해 일반채권자들에 대한 공동담보의 부족이 초래되었다고 보아야 한다.

⑦ D은 서울 AD 부동산에 관한 위 근저당권의 말소 및 이 사건 부동산에 관한 이 사건 제3 근저당권설정계약의 체결 무렵, 서울 AD 부동산을 주식회사 AJ에 매도하여 주식회사 AJ로부터 매매대금을 지급받기는 하였다. 그러나 피고가 제출한 증거들만으로는 위 매매대금이 이 사건 병원의 운영자금으로 사용되었거나 D의 변제력을 높이기 위해 반드시 필요하다고 볼 만한 용처에 사용되었다고 보기에 부족하다.

다. 편파행위의 성립

1) 관련 법리

채무자회생법 제391조 제1호에서 정한 부인의 대상으로 되는 행위인 ‘채무자가 파산채권자를 해하는 것을 알고 한 행위’에는 총 채권자의 공동담보가 되는 채무자의 일반재산을 파산재단으로부터 일탈시킴으로써 파산재단을 감소시키는 행위뿐만 아니라, 특정한 채권자에 대한 변제나 담보의 제공과 같이 그 행위가 채무자의 재산관계에 영향을 미쳐 특정한 채권자를 배당에서 유리하게 하고

이로 인하여 파산채권자들 사이의 평등한 배당을 저해하는 이른바 편파행위도 포함된다. 이와 같이 편파행위까지 규제대상으로 하는 부인권 제도에 있어서는 반드시 해당 행위 당시 부채의 총액이 자산의 총액을 초과하는 상태에 있어야만 한다고 볼 필요도 없고, 행위 당시 자산초과상태였다고 하더라도 장차 파산절차에서 배당재원이 공익채권과 파산채권을 전부 만족시킬 수 없는 이상, 그리고 그 개연성이 존재하는 이상, 일부 특정 채권자에게만 변제를 하거나 담보를 제공하는 것은 다른 채권자들이 파산절차에서 배당받아야 할 배당액을 감소시키는 행위로서 부인권 행사의 대상이 된다(대법원 2005. 11. 10. 선고 2003다271 판결 참조).

2) 판단

위 법리에 앞서 든 증거 및 을라 제16호증의 6, 8호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실 및 사정에 비추어 보면, 설령 이 사건 제3 근저당권설정계약이 사해행위에 해당하지 않는다고 하더라도 이 사건 제3 근저당권설정계약 체결 당시 D은 ‘장차 파산절차에서 배당재원이 채권을 전부 만족시킬 수 없는 개연성이 있는 상태’였다고 봄이 상당하고, 그러한 상황에서 특정 채권자인 피고에 대한 과거의 채무에 대한 담보를 제공하기 위하여 이 사건 제3 근저당권설정계약을 체결한 행위는 ‘편파행위’에 해당하여 부인권 행사의 대상이 된다.

① 이 사건 제3 근저당권설정계약 체결 무렵 D은 피고에 대한 금전채무를 제외하더라도 채무초과 상태에 있었고, 이 사건 제3 근저당권설정계약 직후 신용보증사고가 발생하여 참가인이 대위변제를 하였으며, 앞서 D의 적극재산에서 살펴본 부동산을 제외한 나머지 D 소유의 부동산에 관하여는 모두 2018. 6. 27. 이전에 소유권이전등기 내지 소유권이전청구권가등기가 마쳐지는 등 제3자에 대한 처분이 이루어져, D에게는 이 사건 부동산 외에는 별다른 재산이 없었다.

② 갑 제7호증의 1, 2, 제8호증의 1 내지 8의 각 기재에 의하면, 2018. 6. 27. 이전 처분되지 아니한 나머지 D 소유의 부동산에도 이미 진료비 반환채권, 신용카드대금채권 등을 피보전채권으로 하여 다수의 채권자로부터 부동산가압류가 설정되어 있었다.

③ 이 사건 제3 근저당권설정계약 체결 후 약 9개월이 지난 후에 이 사건 부동산에 대하여 임의경매절차가 개시되었으며, 결국 채무자 D은 파산신청에 이르게 되었다.

④ 이 사건 제3 근저당권설정계약이 단순히 담보물의 교체에 해당하여 참가인 등 일반채권자들의

공동담보에 영향을 미치지 않는다고 볼 수 없음은 앞서 본 바와 같고, 따라서 이 사건 제3 근저당권설정계약은 채무자의 재산관계에 영향을 미쳐 특정한 채권자인 피고를 배당에서 유리하게 하고 이로 인하여 파산채권자들 사이의 평등한 배당을 저해하는 행위에 해당한다고 보아야 한다.

라. 피고의 선의 주장에 관한 판단

1) 피고의 주장

피고는 D의 대출금채무에 관한 담보물을 서울 AD 부동산에서 이 사건 부동산으로 변경하기 위해 서울 AD 부동산에 관한 근저당권을 말소하고, 이 사건 부동산에 관한 이 사건 제3 근저당권설정계약을 체결한 것이고, 위 담보물의 교체가 이루어질 당시 D은 대출금채무의 이자를 연체 없이 납부하고 있었으므로, 이 사건 제3 근저당권설정계약이 사해행위에 해당함을 알지 못하였다.

2) 판단

가) 채무자회생법 제391조 제1호에서 정하는 부인의 대상이 되는 행위라고 하더라도 이로 인하여 이익을 받은 자가 그 행위 당시 파산채권자를 해하게 되는 사실을 알지 못한 경우에는 부인할 수 없으나, 그와 같은 수익자의 악의는 추정되므로, 수익자 자신이 그 선의에 대한 증명책임을 부담한다(대법원 2011. 10. 13. 선고 2011다56637, 56644 판결 참조).

나) 살피건대 아래의 사정에 비추어 보면 피고는 이 사건 제3 근저당권설정계약 체결이 참가인을 비롯한 일반채권자들을 해할 수 있음을 알았다고 봄이 상당하고, 피고가 제출한 증거들만으로는 피고가 이 사건 제3 근저당권설정계약 체결로 인하여 파산채권자를 해하게 된다는 사실을 알지 못하였음을 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다.

① D이 2018. 6. 15. 대출금 조건변경신청을 하였을 당시 서울 AD 부동산에는 이미 주식회사 AJ에 대하여 2018. 6. 7. 서울중앙지방법원 등기국 2018. 6. 7. 접수 제106493호로 2018. 6. 7.자 매매예약을 원인으로 하는 소유권이전청구권등기가 마쳐진 상태였다. 따라서 피고는 부동산등기부의 확인을 통하여 서울 AD 부동산의 매각 및 담보물의 교체 전후로 D의 일반채권자들을 위한 공동담보 재산의 가액이 늘어나지 않는다는 사정을 충분히 알 수 있었다.

② 2018. 5. 하순경부터 D이 운영하던 이 사건 병원의 진료 부실 내지 일방적인 진료 중단, 다수의 피해 환자들의 D에 대한 집단 고소 등에 관한 기사가 보도되기 시작한 사정까지 더하여 보면, 피고는 이 사건 제3 근저당권설정계약 체결 당시 D의 무자력 상태 내지 위 근저당권설정계약 체결에 따른 책임재산의 감소 가능성에 대하여 충분히 예상하고 있었다고 보인다.

마. 소결론

D과 피고 사이에 이 사건 부동산에 관하여 2018. 6. 27. 체결된 이 사건 제3 근저당권설정계약은 사해행위 내지 편파행위로서 채무자회생법 제391조 제1호에서 정한 부인의 대상으로 되는 행위인 ‘채무자가 파산채권자를 해하는 것을 알고 한 행위’에 해당하므로, 위 근저당권설정계약은 부인된다. 한편 형성소송과 이행소송이 결합된 사해행위취소의 소와는 달리 부인의 소는 이행·확인 소송이므로 일반적으로는 부인권 행사에 관하여 이행의 소를 제기할 수 있을 때는 별도로 확인의 소를 제기할 이익은 인정되지 않는다. 그러나 이 사안에서는 이 사건으로 제1심에서 이 사건 제3 근저당권설정계약의 취소만을 구하다가 항소심인 이 법원에서 부인권을 행사하는 것으로 소가 변경된 상태이고, 원상회복은 별도로 배당이의의 소가 제기되어 제1심에서 진행되고 있는 상황이다. 따라서 이 사건에서는 원상회복을 구하는 소가 진행되고 있음에도 예외적으로 부인의 확인을 구할 이익이 있다고 보아 이 사건 제3 근저당권설정계약이 부인되었음을 확인하는 판결을 선고한다.

5. 결론

그렇다면 원고가 이 법원에서 소송수계를 하고 피고에 대하여 변경한 청구는 이유 있으므로, 이 법원에서 소송수계 및 교환적으로 변경된 원고의 청구를 포함하여 제1심판결 중 피고에 대한 부분을 위와 같이 변경하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 전지원, 판사 이예슬, 판사 이재찬

목 록

1. 1동 건물의 표시 : 서울 성동구

[도로명주소] 서울 성동구

전유부분 건물의 표시 : 건물의 번호 : 제13층 호

구 조 : 철근콘크리트구조

면 적 : 217.86㎡

대지권의 표시

대지권 목적 토지의 표시 : 서울 성동구 대 17490㎡

대지권의 종류 : 1 소유권대지권

대지권의 비율 : 17490분의 40.8277

2. 경기도 평택시 임야 3417㎡

끝.