

서울동부지방법원 2021. 8. 25 선고 2020나30158 판결 [사해행위취소]

---

### 재판경과

서울동부지방법원 2021. 8. 25 선고 2020나30158 판결

서울동부지방법원 2020. 10. 14 선고 2019가단112947 판결

### 전문

**원고(선정당사자), 항소인A**

소송대리인 법무법인(유한) 화우

담당변호사 김대휘

**피고, 피항소인**주식회사 B

소송대리인 변호사 경재현

**변론 종결**2021. 7. 7.

**판결 선고**2021. 8. 25.

**제1심판결**서울동부지방법원 2020. 10. 14. 선고 2019가단112947 판결

### 주문

1. 이 사건 소 중 이 법원에서 확장한 원고(선정당사자)의 원상회복청구 부분을 각하한다.
2. 원고(선정당사자)의 항소 및 이 법원에서 추가한 확인 청구를 모두 기각한다.
3. 항소제기 이후의 소송비용은 원고(선정당사자)가 부담한다.

N

## 청 구 취 지 및 항 소 취 지

### 1. 청구취지

주위적으로, 피고와 C 사이에 별지 목록1 기재 채권에 관하여 2018. 2. 1. 체결된 채권양도계약을 취소한다. 피고는 C에게 별지 목록2, 3 기재 각 공탁금출급청구권을 양도하고, 대한민국(소관 : 서울북부지방법원 공탁공무원)에게 위 채권양도사실을 통지하라(원고는 이 법원에서 원상회복청구취지를 확장하였다).

예비적으로, 피고의 대한민국에 대한 별지 목록2, 3 기재 각 공탁금출급청구권이 존재하지 아니함을 확인한다(원고는 이 법원에서 공탁금출급청구권 부존재 확인 청구를 예비적 내지 선택적 병합 형태로 추가하였으나, 뒤에서 살펴보는 바와 같이 위 각 청구는 단순 병합 관계에 있는 것으로 보고 판단한다).

### 2. 항소취지

제1심판결을 취소한다. 피고와 C 사이에 별지 목록1 기재 채권에 관하여 2018. 2. 1. 체결된 채권양도계약을 취소한다. 피고는 C에게 별지 목록2 기재 공탁금출급청구권을 양도하고, 대한민국(소관 : 서울북부지방법원 공탁공무원)에게 위 채권양도사실을 통지하라.

## 이 유

### 1. 기초사실

가. 망 D(이하 '망인'이라 한다)은 1976. 4. 29. E과 혼인하였고, E이 1996. 5. 24. 사망한 후 자녀가 없는 상태에서 2015. 9. 14. 사망하였다. 망인의 형제로는 F, G, H이 있었으나, 모두 망인보다 먼저 사망하여 망인의 상속인으로는 ① 망 F의 자녀인 선정자 I, ② 망 G의 처인 선정자 J, 자녀인 원고(선정당사자, 이하 '원고'라고만 한다) A, 선정자 K, L, ③ 망 H의 처인 선정자 M, 자녀인 선정자 N, O, P가 있다(이하 원고와 선정자들을 '원고 등'으로 통칭한다).

나. 망인과 C는 혼인관계증명서상 2012. 10. 15. 서울특별시 중랑구청장에게 혼인신고를 하여 혼인한 것으로 기재되어 있으나, 원고가 위 혼인의 무효를 구하는 소(서울가정법원 2015드단308544호)를 제기하여 2016. 9. 9. 위 법원으로부터 위 혼인신고는 망인의 의사능력이 없는 상태에서 C에 의하여 일방적으로 이루어진 것이라는 이유로 혼인무효 판결을 선고받았다. 이에 대하여 C가 불복하였으나, 항소(서울가정법원 2016르31962호)와 상고(대법원 2017므13296호)가 모두 기각되어 위 판결이 확정되었다.

다. C는 2015. 9. 24. 피고에게 망인으로부터 상속받은 서울 도봉구 Q 대 2303.7m<sup>2</sup> 및 그 지상 건물(이하 '이 사건 부동산'이라고 한다)에 관하여 2015. 9. 23. 매매를 원인으로 한 소유권이전등기를 마쳐주었고, 피고는 2015. 9. 30. W에게 위 토지에 관하여 채권최고액은 6억 원, 근저당권자는 W으로 한 근저당권설정등기를 마쳐주었다. 이후 원고는 C, 피고, W을 상대로 상속회복청구의 소를 제기하여(서울북부지방법원 2015가합26461호) 2016. 11. 17. 위 법원으로부터 망인과 C의 혼인은 무효이고, C는 참칭상속인에 해당하므로 C 명의의 위 소유권이전등기는 원인 무효의 등기이고, 이에 근거하여 이루어진 피고 명의의 위 소유권이전등기 및 위 근저당권설정등기 역시 무효의 등기라는 이유로 이 사건 부동산에 관한 C 및 피고 명의의 각 소유권이전등기의 말소등기절차를 이행하고, 이 사건 부동산 중 토지에 관하여 설정된 W 명의의 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라는 판결을 선고받았다. 이에 대하여 C와 피고가 불복하였으나, 항소(서울고등법원 2016나2089487호)와 상고(대법원 2017다277627호)가 모두 기각되어 위 판결이 확정되었다.

라. 망인의 사망 후 C는 2017. 12. 28. 망인에 대한 횡령 혐의로 기소(서울북부지방법원 2017고단5696호)되었고, 위 법원은 2019. 10. 16. 아래와 같은 범죄사실에 관하여 업무상횡령죄를 인정하여 C에 대하여 징역 2년 6월의 실형을 선고하였으며, 위 판결은 C가 항소심(서울북부지방법원 2019노1946호)에서 항소를 취하함에 따라 확정되었다.

C는 2001년경 기수련모임을 통해 알게 된 피해자 망인(2015. 9. 14. 사망)과 가까이 지내며 친분관계를 유지해오다. 2010년 5월경부터 망인으로부터 간병료 명목으로 매월 110만원 내지 115만원씩을 지급받고 망인의 간병인으로 활동해왔다. 망인이 2011년 8월경부터 당뇨 및 고혈압,

치매 등으로 건강이 악화되어 혼자 거동할 수 없는 상태가 되자, C는 망인으로부터 그의 통장과 도장, 현금카드 등을 건네받아 망인의 자금을 관리해왔다.

C는 2012. 4. 24. 서울 노원구 상계6동 712-1 교보생명빌딩 1층에 있는 KDB산업은행 노원지점에서 망인 명의의 계좌(계좌번호 1 생략)에 있던 200,000,000원을 인출한 다음 생활비 등으로 소비하였다. 이를 포함하여 C는 그 무렵부터 2013. 9. 26.경까지 사이에 20회에 걸쳐 같은 방법으로 망인을 위하여 보관 중이던 455,710,000원을 C의 주거지 등지에서 생활비 등으로 소비하여 횡령하였다.

마. 원고 등은 C를 상대로 횡령의 불법행위에 기한 손해배상 청구의 소를 제기하여(서울북부지방법원 2018가합22651호) 2020. 1. 9. 위 법원으로부터 위 형사판결에 기한 횡령금 455,710,000원 중 상속분에 따라 "C는 선정자 I에게 151,903, 333원, 선정자 J, M에게 각 50,634,444원, 원고와 선정자 K, L, N, O, P에게 각 33,756,296원 및 위 각 돈에 대한 지연손해금을 지급하라"는 판결을 선고받았고, 위 판결은 확정되었다.

바. 한편 C는 2015. 9. 24. 도봉구청장에게 취득세, 지방교육세, 농어촌특별세 합계 155,669,400원을 납부하였는데, 2018. 2. 1. 피고에게 별지 목록1 기재의 위 취득세 등 반환채권(이하 '이 사건 채권'이라 한다)을 양도하고(이하 '이 사건 채권양도계약'이라 한다), 2018. 2. 2. 서울특별시 도봉구청장(이하 '도봉구청장'이라 한다)에게 이 사건 채권을 피고에게 양도한다는 통지를 하여 2018. 2. 5. 도봉구청장에게 도달되었다.

사. C는 2018. 2. 27. 도봉구청장에게 이 사건 채권양도계약과 관련한 지방세환급금 양도 신청서를 작성하여 제출하였다.

아. 한편 도봉구청장은 2018. 3. 8. 서울북부지방법원 2018금제851호로 별지 목록2 기재와 같이 104,037,780원을 공탁하였고, 2018. 3. 13. 원고 등에게 위와 같은 공탁사실을 통지하여 그 무렵 원고 등에게 도달되었다(이하 '이 사건 제1공탁'이라고 한다).

자. 도봉구청장은 2019. 3. 25. 서울북부지방법원 2019금제1111호로 별지 목록3 기재와 같이 48,729,910원을 추가로 공탁하였다(이하 '이 사건 제2공탁'이라고 한다).

[인정 근거] 다툼 없는 사실, 갑1~10, 14~18, 22, 23, 26, 27, 29, 30, 36, 37(가지번호 있는 것은

각 가지번호 포함), 변론 전체의 취지

## 2. 청구의 병합 형태

### 가. 원고의 주장

주위적 청구는 이 사건 채권양도계약이 유효함을 전제로 이 사건 채권양도계약이 사해행위임을 이유로 취소를 구하는 것이고, 예비적 청구는 위 채권양도계약이 통정허위표시에 의한 무효임을 전제로 C를 대위하여 피고를 상대로 이 사건 각 공탁금출급청구권이 피고에게 존재하지 아니한다는 확인을 구하는 것이므로 위 청구는 상호 모순되는 관계, 즉 예비적 병합 관계에 있으며, 설령 위 청구가 양립가능하다고 하더라도 선택적 병합 관계에 있다.

### 나. 예비적 병합 관계 여부

채무자의 법률행위가 통정허위표시인 경우에도 채권자취소권의 대상이 되고, 한편 채권자취소권의 대상으로 된 채무자의 법률행위라도 통정허위표시의 요건을 갖춘 경우에는 무효라고 할 것이며(대법원 1984. 7. 24. 선고 84다카68 판결, 대법원 1998. 2. 27. 선고 97다50985 판결 등 참조), 사해행위의 취소는 채권자와 수익자의 관계에서 상대적으로 채무자와 수익자 사이의 법률행위를 무효로 하는 데에 그치고, 채무자와 수익자 사이의 법률관계에는 영향을 미치지 아니한다(대법원 2015. 11. 17. 선고 2012다2743 판결 참조).

위 법리에 비추어 위 청구가 양립 불가능한지 본다. 주위적 청구에 따라 이 사건 채권양도계약이 사해행위로 취소된다고 하더라도 위 판결의 효력은 원고와 피고 사이에서만 상대적 효력이 있으므로, 원고의 주장대로 이 사건 채권양도계약이 통정허위표시에 의한 무효라면 원고는 C를 대위하여 피고를 상대로 이 사건 각 공탁금출급청구권이 피고에게 존재하지 아니한다는 확인을 구하는 청구를 할 수 있다. 그렇다면 위 청구는 양립 가능하고 예비적 병합 관계에 있지 아니하다.

### 다. 선택적 병합 관계 여부

청구의 선택적 병합은, 양립할 수 있는 여러 개의 청구권에 의하여 동일한 취지의 급부를 구하거나 양립할 수 있는 여러 개의 형성권에 기하여 동일한 형성적 효과를 구하는 경우에, 그 어느 한 청구가 인용될 것을 해제조건으로 하여 여러 개의 청구에 관한 심판을 구하는 병합 형태이다(대법원 1982. 7. 13. 선고 81다카1120 판결, 대법원 1998. 7. 24. 선고 96다99 판결 등 참조). 주위적 청구는

채권자취소권이라는 원고의 권리를 행사하는 것이고, 예비적 청구인 채권자대위권 행사는 채권자가 원고가 되어 채무자인 C의 제3채무자인 피고에 대한 권리를 대신 행사하는 것이므로 위 청구가 동일한 취지의 급부를 구하거나 동일한 형성적 효과를 구하는 경우라고 볼 수 없다. 그렇다면 위 청구는 그 기초를 달리하고 논리적으로 관계가 없어 선택적 병합 관계에 있지 아니하다.

## 라. 소결론

결국 위 청구는 논리적으로 관계가 없이 순수하게 단순병합으로 구하여야 할 수 개의 청구에 해당할 뿐이므로 위 청구의 병합관계를 본래의 성질에 맞게 단순병합으로 보고 판단한다(대법원 2008. 12. 11. 선고 2005다51471 판결, 대법원 2014. 5. 29. 선고 2013다96868 판결, 대법원 2016. 8. 17. 선고 2015두48570 판결 등 참조).

## 3. 사해행위취소 및 원상회복의 소에 관한 판단

### 가. 원고의 청구원인 요지

원고 등의 C에 대한 횡령의 불법행위에 기한 손해배상채권 합계 455,710,000원을 피보전채권으로 하여 사해행위에 해당하는 C와 피고 사이의 이 사건 채권양도계약은 취소되어야 하고, 원상회복으로 피고는 C에게 이 사건 각 공탁금출급청구권을 양도하고 대한민국에게 그 채권양도의 통지를 하여야 한다.

### 나. 본안 전 항변에 관한 판단

1) 피고의 주장 요지 원고가 2018. 2. 5. 내지 늦어도 같은 달 중순경에는 이 사건 채권양도 사실을 알게 되었는바, 그로부터 1년이 도과한 2019. 2. 28. 제기된 이 사건 소는 제척기간을 도과하여 부적법하다.

#### 2) 판단 가) 관련법리

사해행위취소 및 원상회복의 소는 채권자가 취소원인을 안 날로부터 1년, 법률행위 있는 날로부터 5년 내에 제기하여야 하고, 그 기간이 지난 후에 제기된 사해행위취소 및 원상회복의 소는 부적법하다(민법 제406조 제2항). 이는 제소기간이므로 법원은 그 기간의 준수 여부에 관하여 직권으로 조사하여 그 기간이 도과된 후에 제기된 채권자취소의 소는 부적법한 것으로 각하하여야 한다(대법원 2012. 4. 12. 선고 2011다110579 판결 등 참조).

한편 채권자취소권의 행사에서 그 제척기간의 기산점인 '채권자가 취소원인을 안 날'은 채권자가 채권자취소권의 요건을 안 날, 즉 채무자가 채권자를 해함을 알면서 사해행위를 하였다는 사실을 알게 된 날을 말한다. 이때 채권자가 취소원인을 알았다고 하기 위해서는 단순히 채무자가 재산의 처분행위를 하였다는 사실을 아는 것만으로는 부족하며, 구체적인 사해행위의 존재를 알고 나아가 채무자에게 사해의 의사가 있었다는 사실까지 알 것을 요한다. 사해행위의 객관적 사실을 알았다고 하여 취소원인을 알았다고 추정할 수는 없고, 그 제척기간의 도과에 관한 증명책임은 사해행위취소소송의 상대방에게 있다(대법원 2014. 3. 27. 선고 2013다79320 판결 참조).

#### 나) 구체적 판단

살피건대, 갑24, 을1, 5, 6, 9의 각 기재에 의하면, 이 사건 채권양도계약에 따른 C의 채권양도통지서가 2018. 2. 5. 도봉구청장에게 도달된 사실, 원고 등은 2018. 2. 6.경 서울북부지방법원(2018카단20313호)에 C에 대한 불법행위에 기한 손해배상채권을 피보전채권으로 하여 C의 도봉구청장에 대한 이 사건 채권에 관하여 가압류를 신청하였고, 2018. 2. 21. 위 법원으로부터 가압류결정을 받은 사실, 원고 등은 위 가압류결정 전인 2018. 2. 12.과 2018. 2. 19. 도봉구청 담당자에게 "가압류결정이 내려질 때까지 C나 피고에게 이 사건 취득세환급금 지급을 보류해 주기를 바란다."는 취지의 진정서를 제출한 사실, 특히 원고 등은 위 2018. 2. 19.자 진정서에 "실제로 C는 2018. 2. 6.경 본인의 취득세환급금에 관한 권리를 B에게 양도하는 양수도 계약서를 체결하였습니다."라고 기재(을6, 4쪽)한 사실을 인정할 수 있다. 이와 같은 사정들에 을10의 기재와 변론 전체의 취지를 더하여 보면, 원고 등은 적어도 위 진정서를 제출한 2018. 2. 19.에는 어떠한 경위로든 C가 이 사건 채권을 피고에게 양도하였다는 사실을 알고 있었다고 봄이 상당하다.

나아가 위 각 진정서에 기재된 "현재 C의 소유재산은 도봉구청으로부터 환급받을 취득세환급금채권 외에 별다른 재산을 파악할 수 없습니다.", "도봉구청 환급금 담당자가 성급히 C에게 위 환급금을 지급한다면 추후 상속인들이 위 소송에서 승소판결을 받더라도 집행할 재산이 전혀 없는 관계로 판결이 무익하게 될 가능성이 매우 높습니다."라는 내용 등 앞서 본 증거들의 각 기재를 종합하여 보면, 원고 등은 이 사건 채권양도로 인하여 C에 대한 채권의 공동담보에 부족이 생기거나 이미

부족상태에 있는 공동담보가 한층 더 부족하게 되어 채권을 완전하게 만족시킬 수 없게 되므로 C에게 사해의 의사가 있다는 사실을 알고 있었던 것으로 인정된다.

따라서 그로부터 1년이 경과한 후인 2019. 2. 28. 제기된 사해행위취소 및 원상회복의 소는 채권자취소소송의 제척기간을 도과한 것으로서 부적법하다. 이를 지적하는 피고의 본안 전 항변은 이유 있다.

3) 원고의 주장에 관한 판단 가) 이에 대하여 원고는, 2018. 2. 19. 당시 C의 피고에 대한 채권양도 사실을 알지 못하였음에도 C가 이 사건 채권을 피고에게 양도할지도 모른다고 염려하여 위와 같은 내용을 임의로 상상하여 진정서에 기재하였거나 선정자 중 일부가 들은 내용을 확인 없이 괄호 안에 부가적·참고적으로 기재한 것에 불과하므로 2018. 3. 13.경 도봉구청장으로부터 공탁사실통지서를 수령하고 나서야 비로소 위 채권양도사실을 알게 되었다고 주장하나, 만일 그러하다면 진정서에 "C가 이 사건 채권을 피고에게 양도할 염려가 있다."는 취지를 기재하는 것으로 충분하고, 단정적인 의미인 '실제로'라는 표현을 사용하지 않았을 것으로 보이는 점에 비추어, 원고의 주장은 그 자체로 납득하기 어렵고, 오히려 원고 등은 이 사건 채권양도계약 사실을 알고 이를 단정적으로 표현한 것으로 보이며, 그 밖에 갑18, 31, 을5, 6의 각 기재만으로는 원고의 위와 같은 주장을 받아들이기 부족하다.

나) 나아가 원고는, C가 2018. 2. 27. 도봉구청장에게 지방세기본법 제63조와 동 시행령 제44조에 따른 채권양도 신청서를 작성하여 제출함으로써 이 사건 채권양도는 대항력을 갖추게 되었고, 원고는 2018. 3. 13. 이 사건 제1공탁 사실통지를 받으면서 2018. 2. 27.자 채권양도 신청사실을 알게 되었으므로 이 시점이 제척기간의 기산점이 되어야 한다는 취지로 주장한다.

살피건대, 채권양도에 있어 대항요건은 대항할 수 있기 위한 요건일 뿐이고 특별한 사정이 없는 한 양도인과 양수인 사이에서는 채권양도양수계약을 체결하면 채권양도의 효력이 발생하는바, 채권양도의 대항요건이 충족되어야 사해행위로 되는 것은 아니라고 할 것이므로 이 사건 채권양도의 대항력 취득 여부 등과 무관하게 앞서 본 바와 같이 원고 등이 'C가 이 사건 채권을 피고에게 양도하였다'는 사실을 알고 있었다고 볼 수 있는 2018. 2. 19.을 채권자취소권 행사에 있어서 제척기간의 기산점인 '취소원인을 안 날'로 삼는 것이 타당하다.

다) 또한 원고는, 2018. 2. 19.자 진정서(을6)는 원고 및 선정자 I, K을 제외한 나머지 선정자 6명이

작성하여 제출한 것이고, 위 3인은 위 진정서 제출 당시 이 사건 채권양도 사실을 알지 못했으므로 위 3인에 대해서는 이 사건 제1공탁사실 통지를 통해 이 사건 채권양도계약을 알게 된 2018. 3.

13.경을 제척기간의 기산점으로 보아야 한다고 주장한다.

살피건대, 을5, 6의 각 기재에 의하면 2018. 2. 12.자 진정서에는 '진정인 A(공동상속인 대표)'로 기재되어 있으나, 2018. 2. 19.자 진정서에는 진정인에 원고 및 선정자 I, K을 제외한 나머지 6명의 선정자가 기재되어 있는 사실이 인정된다.

그러나 갑14~16, 24, 29, 32-1, 을5, 6, 9, 11의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, ① 원고는 선정자 9인의 대표로 선정자들과 함께 C 등을 상대로 수년간 민·형사 소송을 진행해온 사실, ② 위 각 진정서의 내용이 상당 부분 일치하는 사실, ③ 2018. 2. 19.자 진정서에 '(전략) C의 환급금 약 1억 5천만 원 및 B의 환급금 약 2억 3천만 원 총합 3억 8천만 원 거액의 환급금을 C 및 B에게 서둘러 지급하려고 하는 것에 대해 진정인들 및 상속인들은 도저히 납득을 하지 못하고 있습니다. 이에 진정인들은 도봉구청장에게 진정서를 다시 제출하게 되었습니다.'라고 기재되어 있는 사실, ④ 원고 등이 2018. 2. 6.경 서울북부지방법원에 C에 대한 불법행위에 기한 손해배상채권을 피보전채권으로 하여 이 사건 채권에 관하여 채권가압류신청을 할 당시에도 원고가 선정당사자가 되어 이를 신청한 사실을 인정할 수 있다. 위 인정사실에 원고 등 사이의 관계1), 원고 등이 함께 진행한 소송과정과 방식, 진정서 제출 경위 등을 보태어 보면, 원고 등은 도봉구청에 2018. 2. 19.자 진정서를 제출할 당시에도 서로 이 사건 채권과 관련하여 정보를 공유하고 있었다고 봄이 타당하므로 원고 및 선정자 I, K도 위 2018. 2. 19.에는 사해행위 취소원인을 알았다고 할 것이다.

라) 원고의 주장은 어느 모로 보나 이유 없다.

#### **4. 공탁금출급청구권 부존재 확인 청구에 관한 판단**

##### **가. 당사자의 주장**

1) 원고 주장의 요지 피고는 C에게 이 사건 부동산에 관한 매매계약 계약금을 지급한 적이 없어 반환받을 것이 없음에도 불구하고, 피고는 2018. 2. 1. C와 계약금을 반환받는다는 명목으로 가장하여 이 사건 채권양도계약을 체결하였으므로, 이 사건 채권양도계약은 통정허위표시에 의한 것으로 무효이다. 그렇다면 이 사건 각 공탁금출급청구권은 다른 피공탁자인 C에게 존재하고

피고에게는 존재하지 아니한다.

2) 피고 주장의 요지 피고는 C로부터 이 사건 부동산을 매수하여 W으로부터 4억 원을 차용하면서 그 담보로 이 사건 부동산 중 토지에 관하여 채권최고액 6억 원, 근저당권자 W의 근저당권설정등기를 마쳐주었고, 그 대여금으로 이 사건 부동산에 관한 C의 취득세 155,669,400원 및 피고의 취득세 230,184,000원 합계 385,853,400원을 납부하였다. 그런데, 원고의 위 상속회복청구의 소가 확정되면서 피고는 C에 대하여 위 취득세 상당의 부당이득반환채권이 발생하였는바, 피고는 이를 변제받기 위해 이 사건 채권양도계약을 체결한 것이고 통정허위표시로 이 사건 채권양도계약을 체결한 것이 아니다. 따라서 이 사건 채권양도계약은 유효하므로 이 사건 각 공탁금출급청구권은 피고에게 존재한다.

## 나. 판단

1) 민법 제108조 제1항의 통정허위표시가 성립하기 위해서는 의사표시의 진의와 표시가 일치하지 아니하고, 그 불일치에 관하여 상대방과 사이에 합의가 있어야 한다(대법원 1998. 9. 4. 선고 98다17909 판결 등 참조). 어떠한 의사표시가 통정허위표시로서 무효라고 주장하는 경우에는 주장하는 자에게 그 사유에 해당하는 사실을 증명할 책임이 있다(대법원 2016. 6. 9. 선고 2015다256732 판결 등 참조).

처분문서 성립의 진정함이 인정되는 이상, 법원은 처분문서의 기재 내용을 부인할 만한 분명하고도 수긍할 수 있는 반증이 없는 한 그 처분문서에 기재되어 있는 문언대로의 의사표시의 존재 및 내용을 인정하여야 한다(대법원 2002. 6. 28. 선고 2002다23482 판결, 대법원 2005. 5. 27. 선고 2004다60065 판결 등 참조).

2) 위 법리에 비추어 이 사건에 관하여 보건대, 이 사건 채권양도계약이 민법 제108조 제1항의 통정허위표시에 의하여 체결된 것으로서 무효라고 보려면, C가 실제로는 이 사건 채권을 피고에게 양도할 의사가 없으면서 피고와 통정하여 위 채권을 가장 양도한 사실이 인정되어야 하며, 그에 대한 증명책임은 원고에게 있다.

피고가 제1심에서 C로부터 이 사건 부동산을 매수하면서 계약금 5억 원 상당을 지급하였다고 주장하였으나, 실제 피고가 C에게 5억 원을 지급하였다는 사실을 인정할 만한 증거는 없다.

그러나 갑9-1, 을2~4, 12, 13의 각 기재 및 변론 전체의 취지를 종합하면, ① 피고가 2015. 9. 25. W으로부터 4억 원을 차용하고, 그 담보로 2015. 9. 30. 이 사건 부동산 중 토지에 관하여 채권최고액은 6억 원, 근저당권자는 W으로 한 근저당권설정등기를 마친 사실, ② W이 2015. 9. 30. 본인 계좌에서 385,853,400원을 출금한 사실, ③ 같은 날 이 사건 부동산에 관한 C의 취득세 155,669,400원 및 피고의 취득세 230,184,000원 합계 385,853,400원이 납부된 사실, ④ 원고 등이 이 사건 부동산 중 토지에 관한 W 명의의 근저당권에 대하여 처분금지가처분신청(서울북부지방법원 2015카합20236)을 하여 2015. 10. 8. 가처분결정이 내려졌고, 이에 따라 W으로부터 위 대여금 4억 원을 2015. 11. 20.까지 전액 변제하라는 내용증명을 받은 피고는 W에게 2015. 11. 23. 2억 원, 2015. 12. 11. 3억 원 합계 5억 원 송금한 사실을 인정할 수 있다.

위 인정사실에 의하면, 피고가 직접 C에게 이 사건 부동산에 관한 계약금 명목으로 5억 원을 지급한 것은 아니지만, 피고가 이 사건 부동산을 매수하는 과정에서 지출한 5억 원을 계약금으로 지급했다는 취지로 주장한 것으로 보이고, 나아가 위 상속회복청구사건의 확정판결에 따라 이 사건 부동산 취득이 무산된 피고가 C 대신 납부한 취득세 상당 부당이득반환채권을 변제받기 위하여 이 사건 채권양도계약이 체결되었을 가능성을 배제할 수 없다.

3) 결국 원고가 주장하는 사정 및 제출한 증거만으로는 피고가 C와 통정하여 이 사건 채권을 가장 양도하였다고 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로 이 사건 채권양도계약이 통정허위표시로 무효임을 전제로 한 원고의 위 청구는 더 나아가 살펴볼 필요 없이 이유 없다.

## 5. 결론

그렇다면 이 법원에서 확장한 부분을 포함하여 이 사건 사해행위취소 및 그 원상회복을 구하는 소는 부적법하여 각하하여야 한다. 제1심판결은 이와 결론을 같이 하여 정당하므로, 원고의 항소는 이유 없어 기각하고, 이 사건 소 중 이 법원에서 확장한 원상회복청구 부분을 각하하며, 원고가 이 법원에서 추가한 확인 청구는 이유 없어 기각한다.

재판장판사이근수

판사박남천

판사박준민

별지

1) 2018. 2. 19.자 진정서 작성에 참여한 선정자 J은 원고 및 선정자 K의 어머니이고, 선정자 I는 위 진정서 작성에 참여한 선정자들과 3촌 내지 4촌 관계에 있다.