

3) 채권자취소권 발생의 청구원인

채권자취소권 발생의 청구원인 사실은, ① ‘피보전채권의 존재’ + ② ‘채무자의 사해행위’ + ③ ‘채무자의 사해의사’이다.

채무자의 법률행위 등이 사해행위임을 주장하고 그 취소를 구하는 채권자는 그 피보전채권과 채무자의 법률행위 등의 존재 사실은 물론, 채무자가 법률행위 등으로 인하여 무자력이 초래되었다는 사실, 채무자의 사해의 의사 등 사해행위 성립의 요건사실을 구체적으로 주장·증명하여야 한다.²²⁸⁶⁾

가) 피보전채권의 존재

원고가 채권자취소권을 행사하기 위한 피보전채권의 존재에 관한 사항은 원고가 이를 증명할 책임이 있다.²²⁸⁷⁾

따라서 채무자가 다른 재산을 처분하는 법률행위를 하더라도, 채무자 소유의 부동산에 대하여 채권자 앞으로 근저당권이 설정되어 있고 그 부동산의 가액 및 채권최고액이 당해 채권액을 초과하여 채권자에게 채권 전액에 대한 우선변제권이 확보되어 있다면 채무자의 재산처분행위는 채권자를 해하지 아니하므로 채권자에 대하여 사해행위가 성립한다고 볼 수 없으나,²²⁸⁸⁾ 당해 채권액이 그 부동산의 가액 및 채권최고액을 초과하는 경우

채무자와 수익자 사이의 사해행위를 취소하는 청구를 하여야 한다. 이는 기존 전득자 명의의 등기가 말소된 후 다시 새로운 전득자 명의의 등기가 경료되어 새로운 전득자에 대한 관계에서 채무자와 수익자 사이의 사해행위를 취소하는 청구를 하는 경우에도 마찬가지이다.” ²²⁸⁶⁾ ‘이미 사해행위취소의 제척기간이 도과한 후 사해행위취소를 명한 확정판결에 따라 전득자 앞으로의 근저당권이전등기가 말소된 것을 기화로 수익자가 다시 이를 제3자에게 처분하는 경우에는 ① 채권자가 제척기간 내에 사해행위취소를 구하는 것이 물리적으로 불가능할 뿐만 아니라, ② 악의의 수익자가 이미 확정된 사해행위취소 판결을 무력화하기 위하여 판결 확정 후 처분한 책임재산은 채권자로 하여금 다시 회복할 수 있도록 함이 정의관념에 보다 부합하고, ③ 제3자가 사해행위취소로 인한 원상회복을 방해하는 데 적극적으로 가담하였음에도 불구하고 제척기간 도과의 본안전 항변을 하는 것은 신의성실의 원칙상 허용될 수 없는 점 등을 고려하면, 채권자는 사해행위취소소송의 제척기간을 도과한 후라도 제3자를 상대로 채권자취소권을 행사하여 원상회복을 구할 수 있다고 보아야 한다.’는 원심을 파기한 예.

2286) 대법원 2007. 5. 31. 선고 2005다28686 판결.

2287) 대법원 2000. 8. 22. 선고 98다36351 판결: “원고가 소외 은행에 대위변제한 금원이 정상적인 재화나 용역거래에 수반하여 배서양도받은 상업어음의 할인으로 인한 채무를 대위변제한 것으로서 원고의 보증 범위에 속하는 것인지에 관한 사항은 원고가 채권자취소권을 행사하기 위한 피보전채권의 존재에 관한 사항으로서 원고가 이를 입증할 책임이 있다.”

2288) 이러한 경우 근저당권부 채무의 보증인이 있더라도 그 채무자가 보증인에 대하여 부담하는 사전구상채무를 별도로 소극재산으로 평가할 수는 없고, 보증인이 변제로 채권자를 대위할 경우 자기의 권리에 의하여 구상할 수 있는 범위에서 채권 및 그 담보에 관한 권리를 행사할 수 있으므로, 사전구상권을 피보전권리로 주장하는 보증인에 대하여도 사해행위가 성립하지 않는다(대법원 2009. 6. 23. 선고 2009다549 판결: 채권자 은행에 대한 대출금채무의 담보로 채무자 소유의 부동산에 관하여 위 은행 앞으로 근저당권이 설정되어 있고, 채무자가 피고에게 부동산을 증여할 무렵 위 담보부동산의 가액 및 채권최고액이 위 대출금채무액을 상당히 초과하여 그 채무 전액에 대하여 위 은행에게 우선변제권이 확보되어 있었으므로 위 증여행위는 위 은행에 대하여 사해행위가 성립하지 않는다고 보아야 하고, 위 피담보채무의 보증인인 원고에 대한 관계에 있어서도 위 피담보채무에 관하여 우선변제권이 확보되어 있는 이상 보증인에 대한 사전구상채무를 별도로 소극재산으로 평가할 수는 없고, 원고로서는 이를 채권자취소권의 피보전채권으로 삼아 채권자취소권을 행사할 수도 없다고 한 예).

에는 '그 담보물로부터 우선변제 받을 금액'(취소채권자가 '담보물로부터 우선변제받을 금액'은 사해행위 당시를 기준으로 담보물의 가액에서 취소채권자에 앞서는 선순위 담보물권자가 변제받을 금액을 먼저 공제한 다음 산정한다²²⁸⁹⁾)을 공제한 나머지 채권액²²⁹⁰⁾에 대하여 채권자취소권이 인정된다고 할 것이므로, 이 경우 채권자취소권을 행사하는 채권자로서는 그 담보권의 존재에도 불구하고 자신이 주장하는 피보전채권이 그 우선변제권 범위 밖에 있다는 점을 주장·증명하여야 한다. 이때 우선변제 받을 금액은 처분행위 당시의 담보목적물의 시가²²⁹¹⁾를 기준으로 산정한다.²²⁹²⁾

채권자취소권에 의하여 보호될 수 있는 피보전채권은 원칙적으로 사해행위라고 볼 수 있는 행위가 행하여지기 '전'²²⁹³⁾에 발생한 것임을 요하고(액수나 범위의 구체적 확정을 요하지는 않는다²²⁹⁴⁾), 이는 피보전채권의 양도가 있더라도 마찬가지이다.²²⁹⁵⁾ 정지조건부채권도,

2289) 대법원 2021. 11. 25. 선고 2016다263355 판결; "취소채권자가 채무자 소유의 부동산에 관하여 근저당권을 설정하였는데 사해행위 당시 채무자에 대하여 ... 최우선변제권을 갖는 임금채권이 이미 성립되어 있고, 임금채권자가 우선변제권 있는 임금채권에 기하여 취소채권자의 담보물에 관하여 압류나 가압류 등기를 마치는 등 가까운 장래에 우선변제권을 행사하리라는 점에 대한 고도의 개연성이 있으며, 실제로 가까운 장래에 임금채권자가 그 담보물에 관하여 우선변제권을 행사하여 그 개연성이 현실화된 경우에는, 사해행위 당시 담보물로부터 우선변제를 받을 수 없는 일반채권이 발생할 고도의 개연성이 가까운 장래에 현실화된 것이므로 그 일반채권도 채권자취소권을 행사할 수 있는 피보전채권이 될 수 있다. 이러한 경우 취소채권자가 '담보물로부터 우선변제 받을 금액'은 사해행위 당시를 기준으로 담보물의 가액에서 우선변제권 있는 임금채권액을 먼저 공제한 다음 산정하여야 하고, 취소채권자는 그 채권액에서 위와 같이 산정된 '담보물로부터 우선변제받을 금액'을 공제한 나머지 채권액에 대하여만 채권자취소권이 인정된다."

2290) 원고의 채권원리금이 우선변제권에 의하여 전액 담보되지 아니하는 경우에는 변제충당의 법리를 유추적용하여 사해행위 시점에서는 이자채권이 원금채권에 우선하여 우선변제권에 의하여 담보되고 있다고 볼 것이므로 담보되지 아니하는 부분 가운데에는 원금에 해당하는 금액이 포함되어 남아 있게 될 것이고, 따라서 원고가 채권자취소권을 행사할 수 있는 범위는 그 이후 담보권의 실행 등으로 소멸한 부분을 제외하고 난 다음 실제로 남은 미회수 원리금 전부가 아니라 사해행위 당시 채권최고액 및 담보부동산의 가액을 초과하는 부분에 해당하는 채무원리금 및 그 중 원금 부분에 대한 사실심 변론종결시점까지 발생한 지연이자 상당의 금액이다(대법원 2002. 11. 8. 선고 2002다41589 판결).

2291) 담보로 제공된 부동산이 토지이고 그 위에 건물이 존재한다면, 장차 그 토지가 경매 등에 의하여 제3자에게 매각되는 경우 법정지상권이 성립하는지 여부를 따져 그에 따라 평가한 토지의 가격을 담보물의 가액으로 보아야 하고, 법정지상권이 성립하지 않는다고 하더라도 건물의 규모, 구조와 용도 및 건물에 관련된 권리관계에 비추어 사실상 건물의 철거가 곤란하거나 철거에 상당한 시간과 비용이 소요되는 등의 경우에는 이러한 모든 사정들을 감안하여 토지의 가액을 평가하여야 한다(대법원 2014. 9. 4. 선고 2012다63656 판결).

2292) 대법원 2014. 9. 4. 선고 2013다60661 판결, 대법원 2002. 11. 8. 선고 2002다41589 판결, 대법원 2009. 10. 29. 선고 2009다47852 판결(근저당권이 설정된 채무자 소유의 주택에 대하여 임의경매절차가 개시되기 직전 보증금이 최우선 변제되는 임대차계약이 체결된 사안에서, 근저당권자에 대한 채무액과 임대차보증금반환채무액이 위 경매절차에서 이루어진 주택의 감정평가액을 초과하지 않는 등 채무자가 임대차계약의 체결로 인해 채무초과에 빠졌다고 볼 수 없을 뿐만 아니라 소액보증금 우선변제권을 감안하더라도 근저당권자의 채권 전액은 우선변제권이 확보되어 있으므로, 위 임대차계약 체결행위가 사해행위로서의 요건을 갖추지 못하였다고 한 사례)도 같은 취지이다.

2293) 부동산을 양도받아 소유권이전등기청구권을 가지고 있는 자가 양도인이 제3자에게 이를 이증으로 양도하여 소유권이전등기를 경료하여 줌으로써 취득하는 부동산 가액 상당의 손해배상채권은 이중양도행위에 대한 사해행위취소권을 행사할 수 있는 피보전채권에 해당한다고 할 수 없고, 또한 채권자취소권을 특정물물에 대한 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 행사하는 것은 허용되지 않으므로 부동산의 제1양수인은 자신의 소유권이전등기청구권 보전을 위하여 양도인과 제3자 사이에서 이루어진 이중양도행위에 대하여 채권자취소권을 행사할 수 없다(대법원 1999. 4. 27. 선고 98다56690 판결).

장래에 그 정지조건이 성취되기 어려울 것으로 보이는 등의 특별한 사정이 없는 한, 피보전채권이 된다.²²⁹⁶⁾

예외적으로 사해행위 당시 아직 성립되지 않은 채권이라도 ① 사해행위 당시에 이미 채권 성립의 기초가 되는 법률관계가 발생되어 있고(기초적 법률관계의 존재), ② 가까운 장래에 그 법률관계에 터잡아 채권이 성립되리라는 점에 대한 고도의 개연성이 있으며(고도의 개연성),²²⁹⁷⁾ ③ 실제로 가까운 장래에 그 개연성이 현실화되어 채권이 성립된 경우(개연성의 현실화)에는 피보전채권이 될 수 있다.²²⁹⁸⁾

위 ①의 '채권성립의 기초가 되는 법률관계'는 당사자 사이의 약정에 의한 법률관계에 한정되는 것이 아니고, 채권 성립의 개연성이 있는 준법률관계나 사실관계 등을 널리 포함한다.²²⁹⁹⁾ 따라서 당사자 사이에 채권 발생을 목적으로 하는 계약의 교섭이 상당히

2294) 대법원 2018. 6. 28. 선고 2016다1045 판결: "피보전채권이 사해행위 이전에 성립되어 있는 이상 그 액수나 범위가 구체적으로 확정되지 않은 경우라고 하더라도 채권자취소권의 피보전채권이 된다." ㉠ 소외 1이 원고의 예금인출 요청을 거부하며(사해행위 이전의 불법행위) 원고가 소외 2(진부채권자)에게 지급해야 할 전부금을 지급하지 못하게 됨에 따라 원고가 추가로 부담하게 된 지연손해금(사해행위 후 현실적 손해 발생) 상당의 손해배상채권이 피보전채권인 사안.

2295) 채권자의 채권이 사해행위 이전에 성립되어 있는 이상 사해행위 이후에 채권이 양도되었다고 하더라도 양수인은 채권자취소권을 행사할 수 있으며, 채권 양수일에 채권자취소권의 피보전채권이 새로이 발생되었다고 할 수 없고(대법원 2012. 2. 9. 선고 2011다77146 판결), 채권양도의 대항요건을 사해행위 이후에 갖추었더라도 채권양수인이 채권자취소권을 행사하는 데 아무런 장애사유가 될 수 없다(대법원 2006. 6. 29. 선고 2004다5822 판결).

2296) 대법원 2011. 12. 8. 선고 2011다55542 판결(근거로, "채권자취소권의 행사는 채무의 이행을 구하는 것이 아니라 총채권자를 위하여 이행기에 채무의 이행을 위태롭게 하는 채무자의 자력 감소를 방지하는 데에 그 목적이 있는 점, 민법은 제148조에서는 '조건 있는 법률행위의 당사자는 조건의 성부가 미정한 동안에 조건의 성취로 인하여 생길 상대방의 이익을 해하지 못한다'라고 정하고, 제149조에서는 '조건의 성취가 미정한 권리의 의무는 일반규정에 의하여 처분, 상속, 보존 또는 담보로 할 수 있다'라고 정하여 조건부권리의 보호에 관한 규정을 두고 있는 점"을 들고 있다).

2297) 고도의 개연성이 없다고 본 구체적 사례로는 대법원 2002. 11. 26. 선고 2000다64038 판결, 대법원 2000. 6. 27. 선고 2000다17346 판결(채무자의 보증인에 대한 구상채무를 연대보증한 자가 채무자 부도 이전에 그 소유의 부동산을 제3자에게 매도한 사안에서, 매도 후 11개월 남짓 뒤에 구상채권이 발생하였고 매도 당시 주채무자의 재정 상태에 대한 입증도 없으므로, 매도 당시 채권자의 구상권행사가 임박하였거나 장차 채권자가 구상권을 행사하게 되는 사태가 성립하리라는 점에 대한 고도의 개연성이 있었다고 보기는 어렵다고 한 사례) 등 참조.

2298) 대법원 2021. 11. 25. 선고 2016다263355 판결(이러한 법리는 물적 담보권자가 채권자취소권을 행사할 수 있는 피보전채권의 범위를 정하는 경우에도 마찬가지로 적용된다).

2299) ㉠ 금정례: ① 구상금채권 성립의 기초가 되는 신용보증계약(2007다21245) 또는 ② 보증보험계약(2010다68084), ㉡ 경계에 해당하는 대환으로서 이루어진 신규대출채권의 기초가 되는 대환 전의 종전 대출계약(2001다81870: 이른바 대환으로서 이루어진 신규대출의 법적 성질이 준소비대차가 아닌 경개로 인정되어 신규대출에 따른 채무가 종전 대출에 따른 채무와 법적 동일성이 없다고 하더라도, 그 대환 전의 종전 대출채무의 연대보증인이었다가 대환 후의 신규 대출채무에 대하여도 연대보증인이 된 자의 재산처분행위가 사해행위인지 여부를 판단함에 있어서, 신규대출에 따른 연대보증채권이 사해행위취소권의 피보전채권이 될 수 있다고 한 사례), ㉢ 양도소득세에 따른 신고불성실 및 납부불성실 가산세 채권 발생의 기초가 되는 채무자의 부동산 양도행위(2006다66753), ㉣ 회사의 가공원가를 실질적 대표자에 대한 인정상여로 소득처분하여 부과된 종합소득세 채권 발생의 기초가 되는 회사의 가공원가 계산 행위(2000다37821).

㉤ 부정례: ① 대법원 2023. 3. 16. 선고 2022다272046 판결: "계속적인 물품공급계약에서 대상이 되는 물품의 구체적인 수량, 거래단가, 거래시기 등에 관하여까지 구체적으로 미리 정하고 있거나, 일정한 한도에서

진행되어 그 계약 체결의 개연성이 고도로 높아진 단계도 여기에 포함된다.²³⁰⁰⁾

피보전채권 발생의 장애·소멸 사실은 사해행위취소소송의 상대방의 항변사실이다.²³⁰¹⁾ 사해행위의 수익자는 취소채권자의 채권에 대하여 시효소멸의 항변을 할 수 있으나, 채권자인 원고가 채무자를 상대로 이행청구의 소를 제기하여 승소판결을 선고받아 그 판결이 확정된 이상, 수익자인 피고는 더 이상 소멸시효의 주장 등으로 원고의 채무자에 대한 채권의 존재를 다툴 수는 없다.²³⁰²⁾ 그러나 확정판결에 기한 집행이 권리남용에 해당하여 청구이익의 소에 의하여 그 집행을 배제를 구할 수 있는 경우라면, 그 판결금 채권을 피보전채권으로 한 채권자취소는 허용되지 않는다.²³⁰³⁾

공급자가 외상으로 물품을 공급할 의무를 규정하고 있지 않은 이상, 계속적 물품공급계약 그 자체에 기하여 거래당사자의 채권이 바로 성립하지는 아니하며, 주문자가 상대방에게 구체적으로 물품의 공급을 의뢰하고 그에 따라 상대방이 물품을 공급하는 별개의 법률관계가 성립하여야만 채권이 성립한다. 따라서 특별한 사정이 없는 한 사해행위 당시 계속적인 물품거래관계가 존재하였다는 사정만으로 채권 성립의 기초가 되는 법률관계가 발생하여 있었다고 할 수 없다.” ② 신용카드가입계약[신용카드가입계약은 신용카드의 발행 및 관리, 신용카드의 이용과 관련된 대금의 결제에 관한 기본적 사항을 포함하고 있기는 하나 그에 기하여 신용카드업자의 채권이 바로 성립되는 것은 아니고, 신용카드를 발행받은 신용카드회원이 ① 신용카드를 사용하여 신용카드가맹점으로부터 물품을 구매하거나 용역을 제공받음으로써 성립하는 신용카드매출채권을 신용카드가맹점이 신용카드업자에게 양도하거나, ② 신용카드업자로부터 자금의 융통을 받는 별개의 법률관계에 의하여 비로소 채권이 성립하는 것이므로, 단순히 신용카드가입계약만을 가리켜 ‘채권성립의 기초가 되는 법률관계’에 해당한다고 할 수는 없다. 따라서 채무자가 채권자와 신용카드가입계약을 체결하고 신용카드를 발급받았으나 자신의 유일한 부동산을 매도한 후에 비로소 신용카드를 사용하기 시작하여 신용카드대금을 연체하게 된 경우, 그 신용카드대금채권은 사해행위 이후에 발생한 채권에 불과하여 사해행위의 피보전채권이 될 수 없다(2004다40955)].

2300) 대법원 2002. 11. 8. 선고 2002다42957 판결(채무자가 1998. 6. 20. 자신이 유일하게 소유하고 있던 계쟁 부동산의 등기부등본, 인감증명서, 지방세세목별과세증명원과 함께 연대보증인란에 자필서명한 차용신청서를 원고 은행에 제출하였고, 원고 은행은 위 서류들을 검토하여 채무자의 차남에 대한 대출을 결정하여 1998. 6. 25. 대출금 2,000만 원을 통장으로 입금시켰는데, 채무자는 1998. 6. 23. 위 부동산을 장남인 피고에게 1998. 6. 12.자 증여를 원인으로 한 소유권이전등기를 마쳐 준 사안에서, 원고 은행의 1998. 6. 25.자 연대보증채권이 1998. 6. 23.자 사해행위에 대한 피보전채권에 해당한다고 판단한 예).

2301) 예컨대, 甲 회사가 乙 회사에 대한 물품대금채권에 관하여 민·형사상 법적 절차를 취하지 않겠다는 취지의 합의각서를 작성하였는데, 그 후 위 채권을 피보전채권으로 하여 丙 회사를 상대로 사해행위취소의 소를 제기한 데 대하여, 丙 회사가 합의각서로 인하여 甲 회사가 乙 회사에 대한 물품대금채권을 소송상 행사할 수 없다고 주장한 경우, 그 주장에 대하여 심리, 판단하여야 한다(2011다81541). 회생채권자인 원고가 회생채권신고액을 기준으로 사해행위취소 및 가액배상을 청구한 사건에서는 피고가 명시적으로 주장하지 않았더라도 채무자에 대하여 회생절차가 개시되어 원고를 포함한 회생채권자들의 권리변경내역이 담긴 회생계획인가결정문 등이 제출되었다면, 원고의 원래 채권액이 회생계획인가결정에 따라 일부 면제되었는지, 피고가 이를 주장하는 지 등에 관하여 석명권을 행사하여야 한다(대법원 2021. 10. 28. 선고 2019다200096 판결).

2302) 대법원 2007. 11. 29. 선고 2007다54849 판결; “소멸시효를 원용할 수 있는 사람은 권리의 소멸에 의하여 직접 이익을 받는 자에 한정되는데, 사해행위취소소송의 상대방이 된 사해행위의 수익자는 사해행위가 취소되면 사해행위에 의하여 얻은 이익을 상실하게 되나, 사해행위취소권을 행사하는 채권자의 채권이 소멸되면 그와 같은 이익의 상실을 면할 수 있는 지위에 있으므로, 그 채권의 소멸에 의하여 직접 이익을 받는 자에 해당하는 것으로 보아야 한다. … 채권자인 원고가 채무자인 망인의 상속인들을 상대로 이 사건 연대보증약정에 기한 이행청구의 소를 제기하여 승소판결을 선고받아 2005. 6. 25. 그 판결이 확정된 이상, 수익자인 피고가 더 이상 소멸시효의 주장 등으로 원고의 망인에 대한 채권의 존재를 다툴 수는 없다.” ⇔ 반대로, 채권자의 채무자에 대한 소유권이전등기청구소송이나 손해배상청구소송이 패소확정되어 행사할 수 없게 되었다면 소유권이전등기청구권이나 손해배상청구권을 행사하기 위하여 채무자의 제3자에 대한 소유권이전등기의 말소를 구하는 사해행위취소청구도 인용될 수 없다(92다25151).

나) 사해행위

사해행위에서 채무자의 법률행위가 채권자를 해한다는 것은 채무자의 총재산에 감소를 초래하는 것, 즉 채무자의 재산 처분행위에 의하여 그 재산이 감소되어 채권의 공동담보에 부족이 생기거나 이미 부족상태에 있는 공동담보가 한층 더 부족하게 됨으로써 채권자의 채권을 완전하게 만족시킬 수 없게 되는 것을 의미한다.²³⁰⁴⁾

채무자가 책임재산을 감소시키는 행위를 함으로써 일반채권자들을 위한 공동담보의 부족상태를 유발 또는 심화시킨 경우에 그 행위가 채권자취소의 대상인 사해행위에 해당하는지 여부(사해성의 일반적인 판단 기준)는, 행위목적물이 채무자의 전체 책임재산 가운데에서 차지하는 비중, 무자력의 정도, 법률행위의 경제적 목적이 갖는 정당성 및 그 실현 수단인 당해 행위의 상당성, 행위의 의무성 또는 상황의 불가피성, 채무자와 수익자 간 통모의 유무와 같은 공동담보의 부족 위험에 대한 당사자의 인식의 정도 등 그 행위에 나타난 여러 사정을 종합적으로 고려하여, 그 행위를 궁극적으로 일반채권자를 해하는 행위로 볼 수 있는지 여부에 따라 최종 판단하여야 한다.²³⁰⁵⁾

채무자의 재산처분행위가 사해행위가 되는지 여부는 처분행위 당시를 기준으로 판단하여야 하고, 설령 그 재산처분행위가 정지조건부인 경우라 하더라도 특별한 사정이 없는 한 마찬가지이다.²³⁰⁵⁾

(1) 채무자의 무자력

채무자의 재산처분행위가 사해행위가 되기 위해서는 채무자²³⁰⁷⁾의 소극재산²³⁰⁸⁾

2303) 대법원 2014. 2. 21. 선고 2013다75717 판결: “확정판결에 기한 집행이 권리남용에 해당하여 청구이의의 소에 의하여 그 집행을 배제를 구할 수 있는 정도의 경우라면 그러한 판결금 채권에 기초한 다른 권리의 행사, 예를 들어 그 판결금 채권을 피보전채권으로 하여 채권자취소권을 행사하는 것 등도 허용될 수 없다고 보아야 한다.” * 원고가 소외 1로부터 소외 2에 대한 공사대금채권을 양도받아 소외 2를 상대로 양수금 청구소송을 제기하여 일부 승소판결이 확정되었는데, 소외 2가 자신의 건물에 피고들 명의의 근저당권을 설정해 주자 원고가 판결금 채권을 피보전채권으로 하여 피고들을 상대로 채권자취소소송을 제기한 사안에서, 위 채권양도가 소송실탁에 해당하여 무효라고 볼 여지가 있으나, 채무자인 소외 2로서는 소송실탁 여부에 따라 원고와 소외 1 중 누구에게 이행할 의무를 지느냐에 차이가 있을 뿐이고, 소송실탁 사실이 판결금 채권에 대한 청구이의의 사유가 될 수도 없는 점 등에 비추어, 소외 2로 하여금 판결금 채권에 기한 강제집행이나 권리행사를 수인하도록 하는 것이 명백히 정의에 반하여 사회생활상 용인할 수 없는 정도라고 볼 수는 없다고 한 예.

2304) 대법원 2009. 3. 26. 선고 2007다63102 판결.

2305) 대법원 2010. 9. 30. 선고 2007다2718 판결 등.

2306) 대법원 2013. 6. 28. 선고 2013다8564 판결: 甲 회사가 乙과의 물품 및 금전거래로 인한 채무를 담보하기 위하여 乙에게 채무를 변제하지 못하는 것을 정지조건으로 甲 회사의 丙에 대한 임대차보증금 반환채권을 양도하고 乙로부터 금전을 차용하였는데, 그 후 甲 회사가 부도를 내고 사업을 폐지한 다음 乙과 임대차보증금 반환채권에 관한 채권양도증서를 작성하여 채권양도 사실을 丙에게 통지한 사안에서, 甲 회사가 부도를 내고 사업을 사실상 폐지하게 됨으로써 위 정지조건이 성취되어 채권양도계약의 효력이 발생하였고, 甲 회사와 乙이 양도증서를 작성한 것은 새로이 채권양도계약을 체결한 것이 아니라 ‘기존 채권양도계약의 대항요건을 갖추기 위한 행위에 불과’하므로, 甲 회사와 乙이 체결한 채권양도계약이 사해행위에 해당하는지는 ‘양도증서가 작성된 시점이 아니라 당초 채권양도계약이 체결된 시점을 기준으로 판단하여야’ 하는데, 이와 달리 본 원심판결에 위법이 있다고 한 사례.

이 적극재산²³⁰⁹⁾보다 많아져야 하는데, 채무자의 무자력 여부는 사해행위 당시를 기준으로 판단하여야 하고,²³¹⁰⁾ 사해행위 당시에 채무자가 채무초과 상태에 있었다는 사실,²³¹¹⁾ 또는 채무자의 법률행위 등으로 인하여 무자력이 초래되었다는 사실²³¹²⁾은 이를 주장하는 취소채권자가 주장·증명하여야 하며, 채권의 존부 및 범위에 관한 증명이 있는 경우에 그 채권이 용이하게 변제를 받을 수 있는 확실성이 없는 등 실질적으로 재산적 가치가 없어 채권의 공동담보로서의 역할을 할 수 없는 재산에 해당한다는 점에 대한 주장·증명 책임 역시 취소채권자가 부담한다.²³¹³⁾

합자회사 무한책임사원(채무자)의 법률행위에 대한 사해행위 취소의 경우, 원고는 ‘채무자가 무한책임사원인 점’과 ‘합자회사 채무의 존재’에 관하여, 피고는 ‘합자회사의 완제

2307) 연대보증인의 법률행위가 사해행위에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서 주채무자의 일반적인 자력은 고려할 요소가 아니나(2003다13246), 주채무자 또는 제3자 소유의 부동산에 대하여 채권자 앞으로 근저당권이 설정되어 있고, 그 부동산의 가액 및 채권최고액이 당해 채무액을 초과하여 채무 전액에 대하여 채권자에게 우선변제권이 확보되어 있다면, 연대보증인이 비록 유일한 재산을 처분하는 법률행위를 하더라도 채권자에 대하여 사해행위가 성립되지 않는다(2000다21017).

2308) ① 채무초과상태를 판단할 때 소극재산은 원칙적으로 사해행위가 있기 전에 발생되어야 하지만, 사해행위 당시 이미 채무 성립의 기초가 되는 법률관계가 성립되어 있고 가까운 장래에 그 법률관계에 기초하여 채무가 성립될 것이라는 고도의 개연성이 있으며 실제로 가까운 장래에 그 개연성이 현실화되어 채무가 성립되었다면, 그 채무도 채무자의 소극재산에 포함된다. 여기에서 채무 성립의 기초가 되는 법률관계에는 당사자 사이의 약정에 의한 법률관계에 한정되지 않고 채무 성립의 개연성이 있는 준법률관계나 사실관계 등도 포함된다. 따라서 당사자 사이에 채권 발생을 목적으로 하는 계약의 교섭이 상당히 진행되어 계약체결의 개연성이 고도로 높아진 단계도 여기에 포함될 수 있다. 사해행위로 주장되는 토지나 건물의 양도 자체에 대한 양도소득세와 지방소득세 채무는 사해행위로 주장되는 행위 당시의 채무초과상태를 판단할 때 소극재산으로 고려할 수는 없다(대법원 2022. 7. 14. 선고 2019다281156 판결). ② 채무자가 일반채권자 일부에 대한 특정 채무의 이행과 관련하여 그보다 적은 가액의 다른 채권 기타 적극재산을 양도함에 따라 채무초과상태가 유발되었는지 여부를 판단하기 위한 채무자의 책임재산을 산정함에 있어 양도된 재산을 적극재산에서 제외하였다면, 특별한 사정이 없는 한 위 특정 채무 중 양도된 재산과 같은 금액에 해당하는 부분도 소극재산에서 제외하여야 한다(2023다237804).

2309) 채무자가 재산처분행위를 할 당시 적극재산을 산정함에 있어서 다른 특별한 사정이 없는 한 실질적으로 재산적 가치가 없어 채권의 공동담보로서의 역할을 할 수 없는 재산은 이를 제외하여야 한다(2023다237804).

2310) 대법원 2009. 10. 29. 선고 2009다47852 판결.

2311) 대법원 2010. 4. 29. 선고 2009다99129 판결.

2312) 대법원 2007. 5. 31. 선고 2005다28686 판결.

2313) 대법원 2023. 10. 18. 선고 2023다237804 판결; “채무자의 재산처분행위가 사해행위가 되기 위해서는 그 행위로 말미암아 채무자의 총재산의 감소가 초래되어 채권의 공동담보에 부족이 생기게 되어야 하는 것, 즉 채무자의 소극재산이 적극재산보다 많아져야 하는 것인바, 채무자가 재산처분행위를 할 당시 적극재산을 산정함에 있어서는 다른 특별한 사정이 없는 한 실질적으로 재산적 가치가 없어 채권의 공동담보로서의 역할을 할 수 없는 재산은 이를 제외하여야 하고, 재산이 채권인 경우에는 그것이 용이하게 변제를 받을 수 있는 확실성이 있는 것인지 여부를 합리적으로 판정하여 그것이 긍정되는 경우에 한하여 적극재산에 포함시켜야 한다. 나아가, 채무자의 재산처분행위가 사해행위에 해당함을 주장하면서 그 취소를 구하는 채권자는 채무자의 재산처분행위로 인하여 무자력 또는 채무초과상태가 초래되었다는 사실에 관한 주장·증명책임을 부담하므로, 어떠한 채권의 존부 및 범위에 관한 증명이 있는 경우에는, 그 채권이 용이하게 변제를 받을 수 있는 확실성이 없는 등 실질적으로 재산적 가치가 없어 채권의 공동담보로서의 역할을 할 수 없는 재산에 해당한다는 점에 대한 주장·증명책임 역시 취소채권자가 부담한다. … 채무자의 적극재산에 속하는 특정 채권의 일부가 변제되지 않았다거나 그에 관한 소 제기 등 적극적인 채권확보조치를 취하지 아니하였다는 사정만으로 해당 채권을 일반채권자의 공동담보에서 함부로 제외할 수는 없고, 적어도 무자력 상태 또는 행방을 알 수 없는 채무자에 대한 채권이거나 폐업신고 등으로 정상적인 경영이 불가능한 상태의 채무자에 대한 채권 혹은 이에 준하는 정도에 이르렀다는 점이 증명된 경우라야 할 것이다.”

능력'에 관하여 각각 주장·증명책임을 진다.²³¹⁴⁾

그 외 무자력 산정의 구체적 기준에 관하여는 이미 '채권자대위' 설명 부분에서 살펴본 바를 참조하면 된다.

(2) 일반채권자의 책임재산

사해행위의 목적물은 일반채권자들의 공동담보에 제공되는 채무자 소유의 책임재산이어야 한다.

위탁자의 신탁부동산에 관한 소유권이전등기청구권이나 부동산신탁계약상의 수익권도 위탁자의 일반채권자들에게 공동담보로 제공되는 책임재산에 해당할 수 있으나, 공동담보로서의 실질적 가치가 없는 경우에는 위탁자의 책임재산에 해당하지 않는데, 후순위 수익권의 가치는 신탁재산 가액에서 신탁 보수·비용, 우선수익자들에 대한 채무²³¹⁵⁾를 공제하여 평가한다.²³¹⁶⁾

2314) 대법원 2012. 4. 12. 선고 2010다27847 판결: “상법 제269조에 의하여 합자회사에 준용되는 상법 제212조 제1항은 “회사의 재산으로 회사의 채무를 완제할 수 없는 때에는 합명회사의 각 사원은 연대하여 변제할 책임이 있다”고 규정하고, 제2항은 “회사재산에 대한 강제집행이 주효하지 못한 때에도 전항과 같다.”고 규정하고 있는바, 합자회사의 무한책임사원의 책임은 회사가 채무를 부담하면 법률의 규정에 기해 당연히 발생하는 것이고, “회사의 재산으로 회사의 채무를 완제할 수 없는 때” 또는 “회사재산에 대한 강제집행이 주효하지 못한 때”에 비로소 발생하는 것은 아니며, 이는 회사채권자가 그와 같은 경우에 해당함을 증명하여 합자회사의 무한책임사원에게 보충적으로 책임의 이행을 청구할 수 있다는 책임이행의 요건을 정한 것으로 봄이 타당하다. 따라서 합자회사의 무한책임사원이 한 대물변제계약 등의 법률행위가 사해행위에 해당하는지 여부를 판단함에 있어, 무한책임사원 고유의 채무 총액과 합자회사의 부채 총액을 합한 액이 무한책임사원 고유의 재산 총액을 초과하는 경우에는 그 법률행위는 특별한 사정이 없는 한 사해행위에 해당한다고 볼 수 있지만, 합자회사의 무한책임사원의 책임이 위와 같이 보충성을 갖고 있는 점 등에 비추어 그 법률행위 당시 합자회사가 그 재산으로 채무를 완제할 수 있었다는 점(상법 제212조 제1항)이 주장·입증된 경우에는 합자회사의 채무를 고려함이 없이 무한책임사원 고유의 채무 총액과 그 고유의 재산 총액을 비교하여 그 법률행위가 사해행위에 해당하는지 여부를 판단함이 상당하다. 한편 상법 제212조 제1항에서 규정하는 “회사의 재산으로 회사의 채무를 완제할 수 없는 때”라 함은 회사의 부채 총액이 회사의 자산 총액을 초과하는 상태, 즉 채무초과 상태를 의미하는바, 이는 회사가 실제 부담하는 채무의 총액과 실제 가치로 평가한 자산의 총액을 기준으로 판단하여야 하고, 대차대조표 등 재무제표에 기재된 명목상의 부채 및 자산의 총액을 기준으로 판단할 것은 아니며, 나아가 회사의 신용·능력·기술·장래의 수입 등은 원칙적으로 회사의 자산 총액을 산정함에 있어 고려할 대상이 아니다.”

2315) 대법원 2018. 4. 12. 선고 2016다223357 판결: “우선수익권은 구 신탁법이나 신탁법에서 규정한 법률 용어는 아니다. 거래 관행상 통상 부동산담보신탁계약에서 우선수익자로 지정된 채권자가 채무자의 채무불이행 시에 신탁재산 처분을 요청하고 그 처분대금에서 자신의 채권을 위탁자인 채무자나 그 밖의 다른 채권자들에 우선하여 변제받을 수 있는 권리를 말한다. … 채권자는 담보신탁을 통하여 담보물권을 얻는 것이 아니라 신탁이라는 법적 형식을 통하여 도산 절연 및 담보적 기능이라는 경제적 효과를 달성하게 되는 것일 뿐이므로, 그 우선수익권은 우선 변제적 효과를 채권자에게 귀속시킬 수 있는 신탁계약상 권리이다.” ㉸ 신탁자가 우선수익자의 동의를 받아 신탁계약을 해지하고 수탁자로부터 신탁재산 귀속을 원인으로 한 소유권이전등기를 넘겨받음과 동시에, 우선수익자에게 대물변제를 원인으로 소유권이전등기를 넘겨준 사안에서, 대물변제계약이 신탁계약에서 정한 처분·환가의 일환으로 체결된 것이라고 보기 어렵고, 신탁계약이 해지로 종료하여 우선수익자로서 수익권을 행사할 수는 없었다는 이유로, 대물변제계약이 사해행위에 해당한다고 판단한 예.

2316) 대법원 2021. 6. 10. 선고 2017다254891 판결: “위탁자가 부동산에 관하여 신탁을 한 경우, 그 신탁부동산에 대하여 위탁자가 가지고 있는 신탁계약상의 수익권은 위탁자의 일반채권자들에게 공동담보로 제공되는 책임재산에 해당한다. … 신탁이 존속하는 동안 위탁자가 언제든지 신탁계약을 종료시키고 신탁계약에서 정한 절차에 따라 위탁자 앞으로 소유권이전등기를 마칠 수 있다는 것이 합리적으로 긍정되는 경우에는 위탁자의 신탁부동

채무자의 재산적 법률행위라 하더라도 채무자의 책임재산이 아닌 재산에 관한 법률행위인 경우에는 이를 채권자취소권의 대상이 된다고 할 수 없다.²³¹⁷⁾

화물자동차 운송사업 등 영업의 양도,²³¹⁸⁾ 건축 중인 건물의 건축주명의변경 약정²³¹⁹⁾도

산에 관한 소유권이전등기청구권이 위탁자의 일반채권자들에게 공동담보로 제공되는 책임재산에 해당된다고 볼 여지가 있다. 그러나 신탁계약상 신탁부동산을 처분하는 데 수익권자의 동의를 받도록 정해진 경우에는 그 처분에 관하여 수익권자의 동의를 받거나 받을 수 있다는 등의 특별한 사정이 없는 한 위탁자가 신탁을 종료시키고 위탁자 앞으로 신탁부동산에 관한 소유권이전등기를 마치는 것은 허용되지 않는다. 이러한 경우에는 위탁자의 신탁부동산에 관한 소유권이전등기청구권은 실질적으로 재산적 가치가 없어 채권의 공동담보로서의 역할을 할 수 없으므로 그 소유권이전등기청구권을 위탁자의 적극재산에 포함시킬 수 없다. ... 위탁자가 담보신탁된 부동산을 당초 예정된 신탁계약의 종료사유가 발생하기 전에 우선수익자 및 수탁자의 동의를 받아 제3자에게 처분하는 등으로 담보신탁계약상의 수익권을 소멸하게 하고, 그로써 위탁자의 소극재산이 적극재산을 초과하게 되거나 무초과상태가 더 나빠지게 되었다면 이러한 위탁자의 처분행위는 위탁자의 일반채권자들을 해하는 행위로서 사해행위에 해당한다. 다만 처분 당시 위탁자가 가지고 있는 담보신탁계약상의 수익권이 적극재산으로서의 가치가 없다면 위탁자가 위와 같이 신탁되어 있던 부동산을 매각하면서 신탁계약을 종료하고 부동산을 환수하여 제3자 앞으로 소유권이전등기를 넘겨주어도 이는 사해행위에 해당하지 않는다. 이는 위탁자가 「건축물의 분양에 관한 법률」에 따른 분양관리신탁을 해 둔 경우에도 마찬가지이다. 한편 신탁재산에 대한 후순위 수익권의 가치는 장차 신탁이 종료되었을 때 예상되는 신탁재산 가액에서 소요비용과 신탁보수 등을 공제하고 거기에서 다시 우선수익자들에 대한 채무를 공제한 후 남은 금액을 사해행위 당시의 현가로 할인하는 방식으로 평가하여야 하고, 단순히 사해행위 당시의 신탁재산의 시가를 기초로 그 가치를 평가해서는 아니 된다.”

2317) 대법원 2013. 4. 11. 선고 2011다27158 판결; 원고 회사 전무이사였던 소외인이 원고 명의로 위조된 출금청구서 등을 제출하여 원고의 농협 계좌에 예금되어 있던 2억 2,000만 원을 인출하여 그중 1억 원을 자신의 누나인 피고 1 명의의 계좌에, 7,000만 원을 자신의 처인 피고 2의 계좌에 각 송금하고, 원고의 현금카드를 이용하여 위 농협계좌에서 피고 2 명의의 계좌로 1,800만 원을 이체한 사안에서, 위 각 송금 및 이체행위가 증여행위인 전제로 사해행위 취소를 구하는 원고의 청구에 대하여, 원심이, 피고 1에 대한 송금행위는 변제를 위한 것이어서 증여행위가 아니므로 사해행위를 구성하지 않고, 피고 2에 대한 송금 및 이체행위는 증여행위로서 사해행위에 해당한다고 판단한 데 대하여, 대법원은 직권으로, 소외인이 피고들에게 송금하거나 이체한 돈은 원고의 재산인데 이를 소외인이 횡령 또는 편취하여 피고들에게 귀속시킨 것에 불과하여 소외인의 책임재산이 아니므로, 이러한 소외인의 책임재산이 아닌 재산에 관한 송금 및 이체행위는 채권자취소권의 대상이 될 수 없다고 한 예.

2318) ○ 대법원 2014. 5. 16. 선고 2013다36453 판결; “화물자동차 운송사업의 허가는 화물자동차 운송사업을 합법적으로 영위할 수 있는 자격에 불과하고, 화물자동차 운송사업의 양도가 이루어지면 그 허가를 포함하여 화물자동차 운송사업과 관련한 물적 시설인 화물자동차가 일체로서 이전되는 것이므로 화물자동차 운송사업을 떠난 허가만을 법원이 강제집행의 방법으로 압류하여 환가하기에 적합하지 아니하나, ... 화물자동차 운송사업자는 관할관청에 대한 신고만으로 그 허가를 포함한 화물자동차 운송사업의 전부 또는 일부를 양도할 수 있고, 민사집행법 제251조에 의하여 화물자동차 운송사업의 물적 시설인 화물자동차가 일괄하여 강제집행될 경우에는 그에 관한 허가 역시 일체로서 환가될 수 있다. 따라서 화물자동차 운송사업자가 채무초과 상태에서 화물자동차 운송사업을 양도하는 행위는 그 물적 시설인 화물자동차가 양도의 대상에서 제외되었다는 특별한 사정이 없는 한 사해행위취소의 대상이 된다고 할 것이다. 나아가 위와 같은 사해행위 이후 화물자동차 운송사업의 물적 시설인 화물자동차가 모두 처분 또는 교체되어 이를 채무자에게 귀속시키는 것이 불가능하게 된 경우에는 사해행위취소와 그 원상회복으로서 가액배상을 청구할 수 있다고 할 것이다.”

○ 대법원 2015. 12. 10. 선고 2013다84162 판결; “영업은 일정한 영업 목적에 의하여 조직화된 유기적 일체로서의 기능적 재산이므로,营业을 구성하는 유형·무형의 재산과 경제적 가치를 가지는 사실관계가 서로 유기적으로 결합하여 수익의 원천으로 기능하고, 하나의 재화와 같이 거래의 객체가 된다. 그리고 여러 개의 부동산, 유체동산, 그 밖의 재산권에 대하여 일괄하여 강제집행을 할 수 있으므로(민사집행법 제98조 제1항, 제2항, 제197조 제1항, 제251조 제1항 참조), 영업재산에 대하여 일괄하여 강제집행이 될 경우에는 영업권도 일체로서 환가될 수 있다. 따라서 채무자가 영업재산과 영업권이 유기적으로 결합된 일체로서의营业을 양도함으로써 채무초과상태에 이르거나 이미 채무초과상태에 있는 것을 심화시킨 경우, 그 영업양도는 채권자취소권 행사의 대상이 된다. 나아가 위와 같은 영업양도 후 종래의 영업조직이 전부 또는 중요한 일부로서 기능하면서 동일성을 유지한 채 채무자에게 회복되는 것이 불가능하거나 현저히 곤란하게 된 경우, 채권자는 사해행위취소

채권자취소권 행사의 대상이 된다.

(가) 명의신탁 부동산

① 명의수탁자의 처분행위

부동산에 관하여 부동산실명법 제4조 제2항 본문이 적용되어 명의수탁자인 채무자 명의의 소유권이전등기가 무효인 경우에는 그 부동산은 채무자의 소유가 아니기 때문에 이를 채무자의 일반 채권자들의 공동담보에 공하여지는 책임재산이라고 볼 수 없고, 채무자가 위 부동산에 관하여 제3자와 매매계약을 체결하고 그에게 소유권이전등기를 마쳐주었다고 하더라도 그로써 채무자의 책임재산에 감소를 초래한 것이라고 할 수 없으므로 이를 들어 채무자의 일반 채권자들을 해하는 사해행위라고 할 수 없으며, 채무자에게 사해의 의사가 있다고 볼 수도 없다.^{2320) 2321)}

에 따른 원상회복으로 피보전채권액을 한도로 하여 영업재산과 영업권이 포함된 일체로서의 영업의 가액을 반환하라고 청구할 수 있다.”

2319) 대법원 2017. 4. 27. 선고 2016다279206 판결: “건축 중인 건물 외에 별다른 재산이 없는 채무자가 수익자에게 책임재산인 위 건물을 양도하기 위해 수익자 앞으로 건축주명의를 변경해주기로 약정하였다면 위 양도 약정이 포함되어 있다고 볼 수 있는 건축주명의변경 약정은 채무자의 재산감소 효과를 가져오는 행위로서 다른 일반채권자의 이익을 해하는 사해행위가 될 수 있다.”

2320) 대법원 2008. 9. 25. 선고 2007다74874 판결, 대법원 2002. 6. 14. 선고 2000다30622 판결(‘악의의 배도인 계약명의신탁’ 사안).

대법원 2008. 9. 25. 선고 2008다41635 판결(‘중간생략등기형 명의신탁’ 사안): 피고가 2001. 5. 17. 그 장남인 소외 1과 사이에 체결한 ‘계약명의신탁 약정’에 따라 소외 1이 매수당사자가 되어 피고의 자금으로 위 명의신탁 사실을 알지 못하는 소외 2 회사로부터 아파트를 매수하여 소외 1 명의로 소유권이전등기를 마쳤는데, 그 후 소외 1이 1가구 2주택자에 해당하게 되자, 2002. 6. 12. 피고 및 소외 1, 피고의 차남인 소외 3과 사이에 피고가 아파트 소유권을 보유하고 그 소유 명의만 소외 3 앞으로 마치기로 합의하여 소외 3 명의로 소유권이전등기를 마친 사안에서, 원심이 ‘피고와 소외 3 사이의 명의신탁약정 및 그에 기한 소외 3 명의의 소유권이전등기가 유효함을 전제로 소외 3이 피고에게 아파트 소유권이전등기를 마쳐 준 행위는 피고에 대하여 부담하는 기존 채무의 이행에 따른 것으로서 사해행위를 구성하지 않는다.’고 판단한 데 대하여, 대법원은, ‘부동산실명법 제4조 제2항 단서의 규정에 따라 소외 1은 아파트에 관한 소유권을 취득하였다고 할 것이고, 다만 명의수탁자인 소외 1은 피고에 대하여 그로부터 제공받은 매수자금 상당의 부당이득반환채무를 부담한다고 할 것인데, 아파트 소유권을 취득한 소외 1이 그 후 피고 및 소외 3과 사이의 합의에 의하여 아파트 소유권을 피고가 보유하기로 하되 그 소유권이전등기만을 소외 3 앞으로 마쳐 준 것은, 소외 1이 피고에 대한 부당이득반환채무의 변제에 갈음하는 등으로 피고에게 아파트 소유권을 넘겨주고, 피고는 이를 다시 소외 3에게 명의신탁하기로 하되, 다만 그 절차상의 편의를 위하여 피고 명의로의 소유권이전등기절차를 생략한 채 곧바로 소외 3 명의로 소유권이전등기를 마친 것으로 봄이 상당하고, 이로써 피고, 소외 1 및 소외 3 사이에서는 이른바 중간생략등기형 명의신탁 또는 3자간 등기명의신탁 관계가 성립되었다.’고 하고, ‘소외 3 명의의 위 소유권이전등기는 위 법 제4조 제2항 본문에 의하여 무효로서, 아파트는 소외 3의 소유가 아니므로 이를 소외 3의 일반 채권자들의 공동담보에 공하여지는 책임재산이라고 볼 수 없고, 따라서 소외 3이 피고에게 아파트 소유권이전등기를 마쳐주었다 하더라도 그로써 소외 3의 책임재산에 감소를 초래한 것이라고 할 수 없으므로 이를 들어 소외 3의 일반 채권자들을 해하는 사해행위에 해당한다고 할 수 없다.’라고 하여 ‘원심의 판단에 잘못이 있으나, 소외 3의 행위가 채권자인 원고에 대한 사해행위에 해당하지 않는다고 본 결론에 있어서는 옳다.’고 한 예.

2321) 명의수탁자의 일반 채권자는 부동산실명법 제4조 제3항에서 말하는 ‘제3자’에 해당한다고 볼 수 없으므로(위 ‘제3자’는, ‘명의신탁 약정의 당사자 및 포괄승계인 이외의 자로서 명의수탁자가 물권자임을 기초로 그와의 사이에 직접 새로운 이해관계를 맺은 사람’을 말하기 때문이다), ‘명의수탁자가 신탁부동산을 처분하는 경우 명의신탁약정 및 이에 따라 행하여진 등기에 의한 부동산에 관한 물권변동의 무효는 명의수탁자의 일반 채권자에게도 대항할 수 없으므로 명의수탁자는 자신 소유의 부동산을 처분한 것과 마찬가지로의 결과가 되어 자신의

그러나 부동산실명법 시행 후 ‘선의의 매도인 계약명의신탁’의 경우, 수탁자가 취득한 부동산은 채무자인 명의수탁자의 일반 채권자들의 공동담보에 공하여지는 책임재산이 되고, 신탁자는 수탁자에 대한 관계에서 금전채권자 중 한 명에 지나지 않으므로, 수탁자의 재산이 채무 전부를 변제하기에 부족한 경우 수탁자가 위 부동산을 신탁자 또는 그가 지정하는 자에게 양도하는 행위는 다른 채권자의 이익을 해하는 것으로서 다른 채권자들에게 대한 관계에서 사해행위가 된다.²³²²⁾

부동산에 관하여 소유권이전등기가 마쳐져 있는 경우 그 등기명의자는 적법한 절차와 원인에 의하여 소유권을 취득한 것으로 법률상 추정되므로, 채권자취소소송에서 채무자 명의의 소유권이전등기가 명의신탁등기로서 원인 무효라는 점은 피고인 수익자가 항변 사유로 주장·증명하여야 한다. 즉, 수익자는 2자간 또는 3자간 명의신탁의 경우에는 ‘2자간 또는 3자간 명의신탁 약정에 따라 채무자 명의의 소유권이전등기가 마쳐진 사실’을, 계약명의신탁의 경우에는 ‘계약명의신탁 약정에 따라 채무자 명의의 소유권이전등기가 마쳐진 사실’에 더하여 ‘채무자의 물권취득 계약 상대방이 명의신탁약정 사실을 안 사실(= 상대방의 악의)’까지 주장·증명하여야 한다.

② 명의신탁자의 처분행위

부동산실명법 시행 후 ‘양자 간 명의신탁’의 신탁자가 직접 자신의 명의 또는

일반 채권자에 대하여 사해행위가 성립할 수 있다’는 논리는 타당한 것이 아니다(대법원 2007. 12. 27. 선고 2005다54104 판결).

명의수탁자인 채무자 명의의 소유권이전등기가 무효인 경우, 채무자가 제3자와 근저당권설정계약을 체결하고 그에 따른 근저당권설정등기를 마쳐준 후에 채무자의 일반 채권자의 신청으로 그 부동산에 관하여 강제경매절차가 개시되었더라도 이로써 무효인 채무자 명의의 소유권이전등기가 유효로 되거나, 그 부동산이 채무자의 일반 채권자들의 공동담보에 제공되는 책임재산이 되는 것이 아니므로 채무자의 근저당권설정행위가 사해행위가 된다고 할 수 없다(대법원 2012. 8. 23. 선고 2012다45184 판결).

2322) ○ 대법원 2008. 9. 25. 선고 2007다74874 판결: “계약명의신탁 약정을 맺고 명의수탁자가 당사자가 되어 명의신탁 약정이 있다는 사실을 알지 못하는 소유자와의 사이에 부동산에 관한 매매계약을 체결한 후 그 매매계약에 따라 당해 부동산의 소유권이전등기를 명의수탁자 명의로 마친 경우에는 … 명의신탁 약정의 무효에도 불구하고 … 명의수탁자는 당해 부동산의 완전한 소유권을 취득하게 되고 다만 명의신탁자에 대하여 그로부터 제공받은 매수자금 상당액의 부당이득반환의무를 부담하게 되는데, … 명의수탁자가 취득한 부동산은 채무자인 명의수탁자의 일반 채권자들의 공동담보에 공하여지는 책임재산이 되고, 명의신탁자는 명의수탁자에 대한 관계에서 금전채권자 중 한 명에 지나지 않으므로 명의수탁자의 재산이 채무의 전부를 변제하기에 부족한 경우 명의수탁자가 위 부동산을 명의신탁자 또는 그가 지정하는 자에게 양도하는 행위는 특별한 사정이 없는 한 다른 채권자의 이익을 해하는 것으로서 다른 채권자들에 대한 관계에서 사해행위가 된다.”

○ 대법원 2015. 12. 23. 선고 2012다202932 판결: 소외 2(신탁자)와 소외 1(수탁자) 사이의 아파트 수분양자 명의에 관한 명의신탁약정은 무효이지만, 소외 2와 소외 1 사이에 이루어진 분양권 매매계약은 그 실질이 아파트를 신축·매도한 분양자 조합의 승낙하에 소외 2가 소외 1에게 분양계약상의 매수인 지위를 포괄적으로 이전하는 내용의 계약인수약정에 해당하고, 위 명의신탁약정의 존재에 대하여 선의인 분양자 조합이 위 분양계약에 관한 수분양자 명의의 변경에 동의·승낙을 하여, 분양권 매매계약은 유효하므로, 소외 1은 아파트 분양권에 관하여 완전한 권리를 취득하였고, 이는 소외 1의 일반 채권자들의 공동담보에 제공되는 책임재산이 되는 것이어서, 소외 1이 그 재산으로 채무의 전부를 변제하기에 부족함에도 위 분양권을 소외 2의 남편인 피고에게 양도한 행위는 원고를 포함한 다른 채권자의 이익을 해하는 것으로서 사해행위가 된다고 한 예.

수탁자의 명의로 제3자와 매매계약을 체결하는 등 실질적 당사자가 되어 사해행위를 한 경우, 사해행위취소의 대상은 신탁자와 제3자 사이의 법률행위이고, 원상회복은 제3자가 수탁자에게 말소등기절차를 이행하는 방법에 의한다.²³²³⁾

‘배도인 선의의 계약명의신탁’의 신탁자가 실질적인 당사자가 되어 제3자와 매매계약을 체결하는 등 처분행위를 한 경우 이를 신탁자의 일반채권자들을 해하는 사해행위라고 할 수는 없다.²³²⁴⁾

‘부부 간 명의신탁’의 신탁자가 명의신탁약정 해지를 전제로 신탁 부동산을 제3자에게 직접 처분하면서 곧바로 제3자 앞으로 소유권이전등기를 마쳐 준 경우, 이로 인하여 신탁자의 책임재산인 수탁자에 대한 소유권이전등기청구권이 소멸하므로, 신탁자의 일반채권자들을 해하는 사해행위가 될 수 있다.²³²⁵⁾

(나) 담보권 설정 목적물

채무자가 처분한 목적물에 담보권이 설정되어 있는 경우 그 목적물 중에서

2323) 대법원 2012. 10. 25. 선고 2011다107382 판결: “‘부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률’의 시행 후에 부동산의 소유자가 그 등기명의를 수탁자에게 이전하는 이른바 양자간 명의신탁의 경우에 그 명의신탁약정에 의하여 이루어진 수탁자 명의의 소유권이전등기는 원인무효로서 말소되어야 하고, 그 부동산은 여전히 신탁자의 소유로서 신탁자의 일반채권자들의 공동담보에 제공되는 책임재산이 된다. 따라서 신탁자의 일반채권자들의 공동담보에 제공되는 책임재산인 신탁부동산에 관하여 채무자인 신탁자가 직접 자신의 명의 또는 수탁자의 명의로 제3자와 매매계약을 체결하는 등 신탁자가 실질적 당사자가 되어 법률행위를 하는 경우 이로 인하여 신탁자의 소극재산이 적극재산을 초과하게 되거나 채무초과상태가 더 나빠지게 되고 신탁자도 그러한 사실을 인식하고 있었다면 이러한 신탁자의 법률행위는 신탁자의 일반채권자들을 해하는 행위로서 사해행위에 해당할 수 있다. 이 경우 사해행위취소의 대상은 신탁자와 제3자 사이의 법률행위가 될 것이고, 원상회복은 제3자가 수탁자에게 말소등기절차를 이행하는 방법에 의할 것이다.”

2324) 대법원 2013. 9. 12. 선고 2011다89903 판결: “계약명의신탁약정에 따라 수탁자가 당사자가 되어 명의신탁약정이 있다는 사실을 알지 못하는 소유자와의 사이에 부동산에 관한 매매계약을 체결한 후 그 매매계약에 따라 수탁자 명의로 소유권이전등기를 마친 경우에는 신탁자와 수탁자 사이의 명의신탁약정의 무효에도 불구하고 수탁자는 당해 부동산의 완전한 소유권을 취득하게 되고, 다만 수탁자는 신탁자에 대하여 매수대금 상당의 부당이득반환의무를 부담하게 된다. 신탁자와 수탁자 사이에 신탁자의 지시에 따라 부동산의 소유 명의를 이전하기로 약정하였더라도 이는 명의신탁약정이 유효함을 전제로 명의신탁 부동산 자체의 반환을 구하는 범주에 속하는 것에 해당하여 역시 무효이다. 그리고 이와 같이 신탁자가 수탁자에 대하여 부당이득반환채권만을 가지는 경우에는 그 부동산은 신탁자의 일반채권자들의 공동담보에 제공되는 책임재산이라고 볼 수 없고, 신탁자가 위 부동산에 관하여 제3자와 매매계약을 체결하는 등 신탁자가 실질적인 당사자가 되어 처분행위를 하고 소유권이전등기를 마쳐주었다고 하더라도 그로써 신탁자의 책임재산에 감소를 초래한 것이라고 할 수 없으므로, 이를 들어 신탁자의 일반채권자들을 해하는 사해행위라고 할 수 없다.”

2325) 대법원 2016. 7. 29. 선고 2015다56086 판결: “부부간의 명의신탁약정은 특별한 사정이 없는 한 유효하고, 이때 명의신탁자는 명의수탁자에 대하여 신탁해지를 하고 신탁관계의 종료 그것만을 이유로 하여 소유 명의의 이전등기절차의 이행을 청구할 수 있음은 물론, 신탁해지를 원인으로 하고 소유권에 기해서도 그와 같은 청구를 할 수 있는바, 이와 같이 명의신탁관계가 종료된 경우 신탁자의 수탁자에 대한 소유권이전등기청구권은 신탁자의 일반채권자들에게 공동담보로 제공되는 책임재산이 된다. 그런데 신탁자가 이러한 유효한 명의신탁약정을 해지함을 전제로 신탁된 부동산을 제3자에게 직접 처분하면서 수탁자 및 제3자와의 합의 아래 중간등기를 생략하고 수탁자에게서 곧바로 제3자 앞으로 소유권이전등기를 마쳐 준 경우 이로 인하여 신탁자의 책임재산인 수탁자에 대한 소유권이전등기청구권이 소멸하게 되므로, 이로써 신탁자의 소극재산이 적극재산을 초과하게 되거나 채무초과상태가 더 나빠지게 되고 신탁자도 그러한 사실을 인식하고 있었다면 이러한 신탁자의 법률행위는 신탁자의 일반채권자들을 해하는 행위로서 사해행위에 해당한다.”

일반채권자들의 공동담보에 제공되는 책임재산은 채권최고액 범위 내의 실제 피담보채권액²³²⁶⁾을 공제한 나머지 부분만이고,²³²⁷⁾ 그 피담보채권액이 목적물의 가격을 초과하고 있는 때에는 당해 목적물의 처분은 사해행위에 해당하지 아니한다.²³²⁸⁾

수 개의 부동산에 공동저당권이 설정되어 있는 경우 책임재산을 산정함에 있어 각 부동산이 부담하는 피담보채권액은 특별한 사정이 없는 한 민법 제368조²³²⁹⁾의 규정 취지에 비추어 공동저당권의 목적으로 된 각 부동산의 가액에 비례하여 공동저당권의 피담보채권액을 안분한 금액이라고 보아야 하나, 그 수 개의 부동산 중 일부는 채무자의 소유이고 다른 일부는 '물상보증인'의 소유인 경우에는, 물상보증인이 민법 제481조, 제482조의 규정에 따른 변제자대위에 의하여 채무자 소유의 부동산에 대하여 저당권을 행사할 수 있는 지위에 있는 점 등을 고려할 때, 그 물상보증인이 채무자에 대하여 구상권을 행사할 수 없는 특별한 사정이 없는 한 채무자 소유의 부동산에 관한 피담보채권액은 공동저당권의 피담보채권액 전액으로 봄이 상당하고, 이는 하나의 공유부동산 중 일부 지분이 채무자의 소유이고 다른 일부 지분이 물상보증인의 소유인 경우에도 마찬가지이다.²³³⁰⁾ 수 개의 부동산 중 일부는 채무자의 소유이고 일부는 공동저당권이 설정된 상태에

2326) 대법원 2001. 10. 9. 선고 2000다42618 판결: "여기서 피담보채권액이라 함은 근저당권의 경우 채권최고액이 아니라 실제로 이미 발생하여 있는 채권금액이라고 할 것이다."

2327) 상가건물 공유자 전원으로부터 상가건물을 임차한 임차인이 대항요건을 갖추어 임차보증금에 관하여 우선변제를 받을 수 있는 권리를 가진 경우에, 공유자 중 1인인 채무자가 처분한 지분 중에 일반채권자들의 공동담보에 제공되는 책임재산은 우선변제권이 있는 임차보증금 반환채권 전액을 공제한 나머지 부분이다(대법원 2017. 5. 30. 선고 2017다205073 판결).

2328) 대법원 2018. 4. 24. 선고 2017다287891 판결(따라서 채무자가 근저당권이 설정된 부동산을 처분하면서 매매대금으로 그 부동산에 대해서 다른 채권자에 우선하여 변제를 받을 수 있는 지위에 있는 근저당권자의 피담보채권액 중 '일부'를 변제하고 근저당권을 말소한 경우라면 특별한 사정이 없는 한 부동산 처분행위를 사해행위로 볼 수 없다).

그러나 저당권의 피담보채권액이 목적물의 가액을 초과하였더라도 채무자가 목적물을 양도하기에 앞서 자신의 출재로 피담보채무의 일부를 변제하여 잔존 피담보채권액이 목적물의 가액을 초과하지 않게 되었다면 이러한 목적물의 양도로 그 목적물의 가액에서 잔존 피담보채권액을 공제한 잔액의 범위 내에서 사해행위가 성립하는 것이고, 이는 채무자의 출재에 의한 피담보채무의 일부 변제가 양도계약 체결 후 이에 따른 소유권이전등기 등이 마쳐지는 과정에서 이루어진 경우에도 마찬가지로 보아야 한다(대법원 2017. 1. 12. 선고 2016다208792 판결).

2329) 민법 제368조(공동저당과 대가의 배당) ① 동일한 채권의 담보로 수개의 부동산에 저당권을 설정한 경우에 그 부동산의 경매대가를 동시에 배당하는 때에는 각 부동산의 경매대가에 비례하여 그 채권의 분담을 정한다.

2330) 대법원 2013. 7. 18. 선고 2012다5643 전원합의체 판결(이어서 '앞서 본 법리에 따라 물상보증인인 피고(처)가 소외인(남편)에 대하여 구상권을 행사할 수 없는 특별한 사정이 있는지를 살펴서 위 지분의 시가에서 그 피담보채권 전액을 공제할지 아니면 지분 비율에 따른 금액만을 공제할지를 따져 사해행위 여부를 판단하여야 한다. ... 특별한 사정이 있는지 여부는 소외인이 소외 은행 근저당권을 설정하고 대출받은 돈이 실제로 사건 부동산 구입 자금으로 사용되었는지, 위 대출금이 사건 부동산의 구입 자금으로 사용되었다면 그 대출금을 제외한 나머지 구입 자금은 어떻게 마련하였는지, 특히 피고가 자신의 고유재산으로 구입 자금 중 일부를 부담하였는지 및 피고가 소외인의 채무에 대하여 연대보증과 물상보증을 하게 된 경위 등을 종합적으로 심리하여 판단하여야 할 것이다.'라고 판시). ● [동일 판시] 대법원 2023. 9. 21. 선고 2023다249739 판결: 채권자 원고가 채무자 소외인으로부터 소외인, 피고 공유의 부동산 중 소외인 지분 1/2을 매수한 피고를 상대로 매매계약을 사해행위로 취소하고 가액배상을 구하는 소를 제기하였는데, 매매계약 당시 위 부동산 전체에 소외인을

서 이를 취득한 '제3취득자'의 소유인 경우에도 동일한 법리가 적용된다.²³³¹⁾

선순위 담보권의 설정이 별소 또는 동일 소송에서 사해행위로 인정된 경우, 후순위 담보권 설정행위가 사해행위에 해당하는지 여부를 판단함에 있어 그 선순위 담보권의 피담보채무액을 당해 부동산에 설정된 담보권의 피담보채무액에 포함시켜서는 아니 된다.²³³²⁾ 따라서 채무자가 선순위 근저당권이 설정되어 있는 상태에서 그 부동산을 제3자에게 양도한 후 선순위 근저당권설정계약을 해지하고 근저당권설정등기를 말소한 경우에, 비록 근저당권설정계약이 이미 해지되었지만 그것이 사해행위에 해당하는지 여부에 따라 후행 양도계약 당시 당해 부동산의 잔존가치가 피담보채무액을 초과하는지 여부가 달라지게 되고 그 결과 후행 양도계약에 대한 사해취소청구가 받아들여지는지 여부 및 반환범위가 달라지게 되는 때에는, 이미 해지된 근저당권설정계약이라 하더라도 그에 대한 사해행위취소청구를 할 수 있는 권리보호의 이익이 있고, 이는 근저당권설정계약이 양도계약보다 나중에 해지된 경우뿐 아니라 근저당권설정계약의 해지를 원인으로 한 근저당권설정등기의 말소등기와 양도계약을 원인으로 한 소유권이전등기가 같은 날 접수되어 함께 처리되고 그 원인일자가 동일한 경우에도 마찬가지이다.²³³³⁾

피담보채권액이 목적물의 가격을 초과하는 담보권이 설정되어 있는 상태에서, 목적물

채무자로 한 근저당권이 설정되어 있었고, 소외인 지분에 조세채권에 기한 압류등기가 마쳐져 있었던 사안에서, 물상보증인인 피고가 소외인에 대하여 구상권을 행사할 수 없는 특별한 사정이 있다고 보이지 아니하므로 소외인 지분 중 일반채권자의 공동담보에 제공되는 책임재산을 산정할 때에 피담보채무 전액 및 조세채무액을 공제하여야 하는데, 원심은 피담보채무액의 1/2만을 공제하고, 조세채무액을 공제하지 아니한 잘못이 있으나, 공동담보가액이 원고의 피보전채권액을 넘으므로 판결 결과에 영향을 미치지는 않았다고 한 예.

2331) 대법원 2010. 12. 23. 선고 2008다25671 판결; "수 개의 부동산 중 일부는 채무자의 소유이고 일부는 공동저당권이 설정된 상태에서 이를 취득한 제3취득자의 소유로서 그 제3취득자가 민법 제481조, 제482조의 규정에 정한 변제자대위에 의하여 채무자 소유의 부동산에 대하여 저당권을 행사할 수 있는 지위에 있는 경우라면 채무자 소유 부동산에 관한 피담보채권액은 공동저당권의 피담보채권액 전액으로 보아야 한다. 이러한 법리는 한 개의 공유부동산 중 일부 지분이 채무자의 소유이고 일부는 제3취득자의 소유인 경우에도 마찬가지로 적용된다." ㉠ 채무자 甲이 A은행에 근저당권을 설정해 준 다음, 乙·丙에게 부동산 중 각 1/4 지분에 관한 소유권을 이전해 주었고, 이어 부동산 지분에 관하여 B은행에 근저당권을 설정해 준 후에 丁과 매매계약을 체결한 사안에서, 乙·丙은 A은행 명의의 근저당권이 설정된 상태에서 각 1/4 지분을 취득한 제3취득자이므로, 乙·丙은, 채무자 甲의 A은행 근저당권 피담보채무 내지 그 이행을 인수하는 등의 사정으로 甲에 대하여 구상권을 행사할 수 없다는 특별한 사정이 없는 이상, 매매계약 당시 변제자대위에 의하여 甲 소유의 부동산 지분에 대하여 저당권을 행사할 수 있는 지위에 있었고, 따라서 매매계약 당시 부동산 지분이 부담하는 A 은행 근저당권의 피담보채권액은 채권최고액 전액으로 보아야 한다고 판단한 예.

2332) 대법원 2007. 7. 26. 선고 2007다23081 판결.

2333) 대법원 2013. 5. 9. 선고 2011다75232 판결; 원고가 채무자와 피고 사이에 2009. 2. 26. 체결된 근저당권설정계약이 사해행위라고 주장하면서 그 취소를 구함에 대하여, 원심이, 위 설정계약에 따라 마친 근저당권설정등기가 2009. 3. 30. 해지를 원인으로 말소되었으므로 원칙적으로 권리보호의 이익이 없다고 할 것이나, 채무자는 2009. 3. 30. 그의 처제인 강OO과 사이에 매매계약을 체결하고 같은 날 매매를 원인으로 강OO 앞으로 소유권이전등기를 마쳤는데, 원고는 위 매매계약을 사해행위라고 주장하면서 별개의 채권자취소소송을 제기하였고, 그 소송 1심에서 위 근저당권설정등기의 피담보채권 1억 원을 포함하여 피담보채권 합계액이 부동산의 시가인 3억 원을 초과하므로 위 매매계약을 사해행위로 볼 수 없다는 이유로 원고의 청구가 기각된 사실 등에 의하면, 위 근저당권설정계약이 사해행위로서 취소되는지 여부에 따라 관련 소송에서 강OO의 사해행위 여부 및 반환 범위도 달라지므로 권리보호의 이익이 있다고 판단한 것은 정당하다고 한 예.

가격에 미달하는 변제액에 기초한 담보권자의 조건부 담보해지의사에 따라 목적물이 양도된 경우, 이는 사해행위에 해당하지 아니한다.²³³⁴⁾

채권자들 중에 임금채권자처럼 경매 등의 환가절차에서 저당권에 의하여 담보되는 채권보다 우선하여 배당을 받을 수 있는 채권자가 있는 경우에도 저당권의 피담보채권액이 부동산의 가액을 초과하는 때에는 당해 부동산의 양도는 사해행위에 해당한다고 할 수 없고, 피담보채권액이 그 재산의 가액을 초과하는 재산의 양도행위가 저당권의 피담보채권보다 우선하여 배당받을 수 있는 채권자에 대한 관계에 있어서만 사해행위가 된다고 할 수도 없다.²³³⁵⁾

법원으로서의 당해 부동산의 시가 및 근저당권의 실제 피담보채권액을 심리하여 확정 한 후 부동산의 시가에서 실제의 피담보채권액을 공제한 결과 사해행위 시는 물론 변론 종결 시에 그 잔액이 있는 경우 그 한도에서 사해행위의 성립을 인정하여야 한다.²³³⁶⁾

근저당권의 피담보채권을 성립시키는 법률행위가 있었는지 여부에 관한 증명책임은 그 존재를 주장하는 피고에게 있다.²³³⁷⁾

(3) 행위별 사해성의 검토

(가) 매 매

채무자가 자기의 유일한 재산인 부동산²³³⁸⁾을 매각하여 소비하기 쉬운 금전으로 바꾸는 행위는 원칙적으로 사해행위가 된다고 할 것이지만, 그 부동산의 매각 목적이 채무의 변제 또는 변제자력을 얻기 위한 것이고, 그 대금이 부당한 염가가 아니며, 실제

2334) 대법원 2007. 7. 12. 선고 2007다24954 판결: "사해행위에서 공동담보의 이탈로 인한 채권자의 손해는, 단순히 그러한 손해발생의 위험이 있다는 것만으로는 부족하고 현실적인 것임을 요하므로, 채무자의 양도행위 이전에 근저당권자가 자신이 산정한 회수예상가액에 기초하여 채무자에게, 부동산의 양수인이 회수예상가액에 상당하는 피담보채권액을 지급하면 근저당권을 해지하여 주겠다는 의사표시를 하였고, 그 약정된 지급액이 양도행위 당시의 목적물의 가격에 미달하더라도, 위와 같은 근저당권자의 조건부 의사표시만으로는 공동담보의 발생 가능성이 생긴 데 불과하므로, 양수인이 위와 같은 근저당권자의 의사표시에 기초하여 채무자로부터 목적물을 양수한 것이 일반 채권자들에 대하여 사해행위로 될 수는 없다."

2335) 대법원 2006. 4. 13. 선고 2005다70090 판결: 채무초과의 상태에 있는 채무자가 근로자들에 대한 임금채무 등의 지급을 면하고자 채무자의 유일한 재산인 선박을 채권자 중 1인에게 배도하였는데, 배도 당시 그 선박에 설정되어 있는 근저당권들의 피담보채권액의 합계가 선박의 시가를 초과하고 있는 사안에서, 위 선박의 양도행위가 임금채권 등 근저당권에 우선하는 채권을 가진 자에 대하여는 사해행위에 해당한다고 판단한 원심판결을, 채권자취소권에 관한 법리오해를 이유로 파기한 예.

2336) 대법원 2001. 10. 9. 선고 2000다42618 판결.

2337) 대법원 2012. 4. 12. 선고 2010다27847 판결: 대물변제계약 당시 채권최고액 3억 원과 1억 원의 각 근저당권 설정등기가 마쳐져 있었는데, 부동산 가액에서 위 각 근저당권의 피담보채무액을 공제하면 부동산의 재산가치가 없으므로 대물변제계약은 사해행위에 해당하지 않는다는 피고의 주장에 대하여, 원심이, 피고가 제출한 증거만으로 위 각 근저당권의 피담보채무가 존재한다고 볼 수 없고, 달리 그 피담보채무의 존재나 그 액수를 인정할 만한 증거가 없다고 판단하여 위 주장을 채택한 것은 정당하고, 거기에 등기의 추정력, 증명책임의 본배에 관한 법리오해 등의 잘못이 없다고 한 예.

2338) 유일한 재산이 '채권'인 경우에도 같다(2004다43909).

이를 채권자에 대한 변제에 사용하거나 변제자력을 유지하고 있는 경우에는, 채무자가 일부 채권자와 통모하여 다른 채권자를 해할 의사를 가지고 변제를 하는 등의 특별한 사정이 없는 한, 사해행위에 해당한다고 볼 수 없다.²³³⁹⁾

채무자가 수익자로부터 물건을 고가로 매수하면서 매수대금을 수익자에 대한 기존 채권으로 상계하여 지급한 경우, 사해행위인 매매계약의 취소로 족하고, 별도로 채무자의 상계 의사표시를 취소할 필요는 없다.²³⁴⁰⁾

(나) 변제 등 채무 본지에 따른 이행행위

채무자가 채무초과 상태에서 특정채권자에게 채무의 본지에 따른 변제를 함으로써 다른 채권자의 공동담보가 감소하는 결과가 되는 경우에도 그 변제는, '특별한 사정'(채무자가 특히 일부의 채권자와 통모하여 다른 채권자를 해할 의사를 가지고 변제를 한 경우)이 없는 한, 원칙적으로 사해행위에 해당하지 아니하므로, 변제가 사해행위임을 주장하는 사람은 위 '특별한 사정'에 대한 주장·증명책임을 진다.²³⁴¹⁾ 사해행위가 '변제'인 경우에

2339) 대법원 2015. 10. 29. 선고 2013다83992 판결. 이러한 법리는 유일한 재산으로서 영업재산과 영업권이 유기적으로 결합된 일체로서 영업을 양도하는 경우에도 마찬가지로 적용된다(대법원 2021. 10. 28. 선고 2018다223023 판결). ■ 즉, ① '유일한 재산인 부동산을 매각하여 소비하기 쉬운 금전으로 바꾸는 행위'는 원칙적으로 사해행위에 해당하고, 예외적으로 ② '①부동산의 매각 목적이 채무의 변제 또는 변제자력을 얻기 위한 것이고, ③ 대금이 부당한 염가가 아니며, ④ 실제 이를 채권자에 대한 변제에 사용하거나 변제자력을 유지하고 있는 경우'에는, 사해행위에 해당하지 않으나, ②(= ④+⑤+⑥)의 경우에도 ③ '채무자가 일부 채권자와 통모하여 다른 채권자를 해할 의사를 가지고 변제를 하는 등의 특별한 사정'이 있는 경우에는, 다시 원칙으로 돌아가 사해행위에 해당한다는 것이다.

2340) 대법원 2003. 8. 22. 선고 2001다64073 판결; "사해행위에 해당하는 원심 인정 금원 범위 내의 주식매매의 반대급부로 수익자가 취득한 수익은 현실의 금전 등 유체물이 아니라 채무자의 상계의 의사표시에 의하여 수익자의 채무자에 대한 기존의 채무가 대등액에서 소멸함으로써 그 채무를 면하게 된 이익이라고 할 것인데 그 사해행위인 매매가 취소되는 경우에는 그 취소의 효과로 인하여 당연히 취소 채권자로서는 위 매매의 효력이 유효하게 존속함을 전제로 하여 이루어진 상계의 효력, 즉 기존채무 소멸의 효과를 부정할 수 있다고 할 것이므로 별도로 채무자의 상계의 의사표시를 취소할 것도 없이 채무자의 수익자에 대한 기존의 채권이 부활하는 것으로 취급할 수 있는 것이고, 그로써 취소채권자는 사해행위 취소의 목적을 달성하게 되는 것으로서 달리 수익자에게 반환을 명할 수익이 남아 있는 것도 아니라 할 것이나, 더 나아가 수익자에 대하여 금전채권의 이행을 별도로 직접 또는 대위의 방법에 의하여 구할 것까지는 없다고 할 것이다."

2341) 대법원 2005. 3. 25. 선고 2004다10985, 10992 판결(채권자가 채무의 변제를 구하는 것은 그의 당연한 권리행사로 다른 채권자가 존재한다는 이유로 이것이 방해받아서는 아니 되고 채무자도 채무의 본지에 따라 채무를 이행할 의무를 부담하고 있어 다른 채권자가 있다는 이유로 그 채무이행을 거절하지는 못하기 때문이다). 마찬가지로 이유로, ① 채무자의 재산에 대한 경매절차에서 평등하게 배당받기 위해 집행권원을 필요로 하는 채권자의 요구에 따라 채무자가 그 채권자에 대한 기존채무의 변제를 위하여 소비대차계약을 체결하고 강제집행을 승낙하는 취지가 기재된 공정증서를 작성하여 준 경우에는, 그와 같은 행위로 인해 자신의 책임재산을 특정 채권자에게 실질적으로 양도한 것과 다를 바 없는 것으로 볼 수 있는 특별한 사정이 있는 경우에 해당하지 아니하는 한, 다른 채권자를 해하는 사해행위가 된다고 볼 수 없다(대법원 2011. 12. 22. 선고 2010다103376 판결). ② 채무자의 부동산에 관한 매매계약 등의 유상행위가 사해행위라는 이유로 취소되고 그 원상회복이 이루어짐으로써 수익자에 대하여 부당이득반환채무를 부담하게 된 채무자가 그 부당이득반환채무의 변제를 위하여 수익자와 소비대차계약을 체결하고 강제집행을 승낙하는 취지가 기재된 공정증서를 작성하여 준 경우에도, 그와 같은 행위로 인해 자신의 책임재산을 그 수익자에게 실질적으로 양도한 것과 다를 바 없는 것으로 볼 수 있는 특별한 사정이 있는 경우에 해당하지 아니하는 한, 다른 채권자를 해하는 새로운 사해행위가 된다고 볼 수 없다. 이러한 수익자의 채무자에 대한 채권은 당초의 사해행위 이후에 취득한 채권에 불과하므로 수익자

는, 채무자와 피고(수익자)의 ‘통모’가 사해행위의 성립요건으로서 청구원인 사실로 주장·증명되어야 하므로, 피고의 선의 항변은 성립될 여지가 없다.

채무자가 ‘금전채무’의 ‘변제에 갈음하여 또는 변제를 위하여’ ‘다른 금전채권을 양도’하는 경우에 그 사해성의 판단 기준은 변제의 경우와 같이 볼 것이 아니라, 대물변제나 담보제공행위의 경우와 같이 볼 것이다.²³⁴²⁾

한편, 부동산의 명의수탁자가 신탁행위에 기한 반환의무의 이행으로서 신탁부동산의 소유권이전등기를 경료하는 행위는 기존채무의 이행으로서 사해행위를 구성하지 아니한다.²³⁴³⁾ 같은 취지로, 등기행위,²³⁴⁴⁾ 채권양도통지²³⁴⁵⁾는 채권자취소권 행사의 대상이 되지

는 그 원상회복된 재산에 대한 강제경매절차에서 배당을 요구할 권리가 없다(대법원 2015. 10. 29. 선고 2012다14975 판결).

반면에, ③ 무자력 상태의 채무자가 기존채무에 관한 특정의 채권자로 하여금 채무자가 가지는 채권에 대하여 압류 및 추심명령을 받음으로써 강제집행절차를 통하여 사실상 우선변제를 받게 할 목적으로 그 기존채무에 관하여 강제집행을 승낙하는 취지가 기재된 공정증서를 작성하여 주어 채권자가 채무자의 그 채권에 관하여 압류 및 추심명령을 얻은 경우에는 그와 같은 공정증서 작성의 원인이 된 채권자와 채무자의 합의는 기존채무의 이행에 관한 별도의 계약인 이른바 채무변제계약에 해당하는 것으로서 다른 일반채권자의 이익을 해하여 사해행위가 된다(대법원 2010. 4. 29. 선고 2009다33884 판결).

2342) 대법원 2010. 9. 30. 선고 2007다2718 판결, 대법원 2022. 1. 14. 선고 2018다295103 판결 등(2010다52416, 2011다28045도 같다). ‘기존 금전채무’의 ‘변제에 갈음하여’ ‘다른 금전채권을 양도’하는 경우에 사해성의 판단 기준을 변제의 경우와 마찬가지로 본 2003다1205 판결, 2003다60822 판결은 사실상 변경된 것으로 볼 수 있다(상세한 내용은 제11판 595면 각주 2131 참조). 위 2007다2718 판결 등은 채무 본지에 따른 변제의 경우 여전히 대물변제나 담보제공행위와는 사해성의 판단 기준을 달리 하고 있다.

2343) 대법원 2007. 4. 26. 선고 2006다79704 판결(처인 피고가 남편인 소외인에게 명의신탁한 부동산에 관하여 피고 앞으로 증여를 원인으로 한 소유권이전등기를 마친 것을 사해행위라고 볼 수는 없다고 한 사례)

2344) 대법원 1962. 11. 15. 선고 62다634 판결; “채권자의 채권을 해한다는 것은 채무자의 재산 감소를 목적으로 하는 채무자의 법률행위 자체를 말하는 것으로서 단지 기존채무의 이행으로서 등기를 하는 경우에 그 채무의 원인되는 행위가 취소권을 행사하려는 채권자의 채권보다 앞서 발생한 때에는 특별한 사정이 없는 한 그 등기는 채권자 취소권의 대상이 될 수 없다.”

2345) 대법원 2012. 8. 30. 선고 2011다32785, 32792 판결은 사해행위취소청구가 반소로 제기된 사안에서, “채권자취소권은 채무자가 채권자에 대한 책임재산을 감소시키는 행위를 한 경우에 이를 취소하고 원상회복을 하여 공동담보를 보전하는 권리고, 채권양도의 경우 그 권리의 이전의 효과는 원칙적으로 당사자 사이의 양도계약의 체결과 동시에 발생하며 채무자에 대한 통지 등은 채무자를 보호하기 위한 대항요건일 뿐이므로, 채권양도행위가 사해행위에 해당하지 않는 경우에 양도통지가 따로 채권자취소권 행사의 대상이 될 수는 없다.”라고 일반론을 판시한 다음, “원심은 피고 리맥스가 이 사건 채권자취소권의 피보전권리로 주장하는 대여금채권은 원고가 쿨투로부터 이 사건 임대차보증금반환채권을 양도받은 이후에 발생하였고, 다만 채권양도 통지는 위 피보전권리가 발생한 후에 이루어진 사실을 인정한 다음, 채권양도행위와 분리하여 양도통지만을 사해행위로 취급하여 그것에 대한 채권자취소권의 행사를 인정할 수는 없다는 이유로 피고 리맥스의 반소청구를 기각하였다. 앞서 본 법리에 의하면, 이 사건 임대차보증금반환채권은 원고와 쿨투 사이의 채권양도계약으로 이미 원고에게 이전되는 효력이 발생한 것이나, 이는 그 이후에 피보전권리를 취득한 피고 리맥스에 대한 관계에서는 채권자취소권에 의하여 보전할 책임재산에 포함되지 않는 것이고, 결국 위 채권양도행위가 사해행위에 해당하지 않는 이상 그 이후에 이루어진 채권양도 통지만이 채권자취소의 대상이 될 수는 없다.”라고 하였는바, 일반론 중 “채권양도행위가 사해행위에 해당하지 않는 경우에 양도통지가 따로 채권자취소권 행사의 대상이 될 수는 없다”는 부분은 “채권양도행위가 사해행위에 해당하는 경우에는 양도통지가 따로 채권자취소권 행사의 대상이 될 수 있다”는 취지로 읽혀질 여지가 있으나, 이는 타당한 것이 아니고, 기존의 채권양도행위에 따라 그 채무 본지에 따른 이행으로서 행해지는 채권양도통지는 채권양도행위가 사해행위에 해당하는지 여부와 관계없이 별도로 채권자취소권 행사의 대상 자체가 되지 않는다고 봄이 옳다. 양수도 대상 채권은 채권양도계약으로 양수인에게 이전되는 효력이 발생하고, 채권자취소권에 의하여 보전할 양도인의 책임재산에 포함되지 않는다

않는다고 보아야 한다.²³⁴⁶⁾

(다) 어음발행행위

‘기존 채무의 지급을 위하여’ 약속어음이 발행된 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그 약속어음의 발행으로 인하여 채무자의 채무가 새로이 증가되는 것이 아니므로 약속어음의 발행이 사해행위에 해당한다고 할 수 없지만,²³⁴⁷⁾ 채무자가 약속어음을 발행함으로써 ‘새로운 채무를 부담’하게 되는 경우,²³⁴⁸⁾ 실질에 있어 채무자가 자신의 채권을 특정 채권자에게 양도한 것과 다를 바가 없는 것으로 볼 수 있는 경우²³⁴⁹⁾에는, 약속어음의 발행이 사해행위에 해당할 수 있다.

채권자취소의 ‘구체적인 청구형태’는, ① 수익자가 사해행위인 약속어음 발행행위 및 그에 터잡은 추심명령 또는 전부명령에 기하여 배당에 참가하여 배당표는 확정되었으나 배당금을 현실적으로 지급받지 못한 경우에는, 채권자취소권의 행사는 어음 발행행위를 취소하고 원상회복으로 수익자가 취득한 배당금지급청구권을 채무자에게 반환하는 즉, ‘배당금지급채권의 양도’와 ‘그 채권양도의 통지’를 배당금지급채권의 채무자에게 하여 줄 것을 청구하는 형태가 되고, ② 사해행위가 취소되기 전에 이미 수익자 또는 전득자가 배당금을 지급받았거나 변제 등의 방법으로 제3채무자에 대한 채권이 소멸된 경우에는, 채권자는 원상회복방법으로 수익자 또는 전득자를 상대로 배당 또는 변제로 수령한 금전의 지급을 가액배상의 방법으로 청구하는 형태가 된다.²³⁵⁰⁾

고 보아야 한다.

2346) ‘가등기에 기하여 본등기가 경료된 경우 가등기의 원인인 법률행위와 본등기의 원인인 법률행위가 명백히 다른 것이 아닌 한 사해행위 요건의 구비 여부는 가등기의 원인된 법률행위 당시를 기준으로 하여 판단하여야 한다’는 대법원 2001. 7. 27. 선고 2000다73377 판결 등도 같은 맥락이다.

2347) 대법원 2002. 8. 27. 선고 2002다27903 판결: 채무자가 기존 채무의 변제를 위하여 어음을 발행한 뒤 ‘5개월이 더 지나’ 그 어음금 청구에 관하여 강제집행을 승낙하는 취지의 공정증서를 작성하여 주고 채권자가 이를 이용하여 채무자의 제3채무자에 대한 채권에 관하여 압류 및 전부명령을 받은 경우, 채무자가 그 채권을 채권자에게 양도한 것과 같이 보아 사해행위에 해당한다고 볼 수 없다고 한 사례.

2348) 대법원 2002. 10. 25. 선고 2000다64441 판결: “채무자가 약속어음을 발행함으로써 새로운 채무를 부담하게 되는 경우에 있어서는, 그 채무부담으로 인하여 채무자가 채무초과상태에 빠지거나 이미 빠져 있던 채무초과상태가 더욱 악화, 심화된다면, 그 약속어음의 발행은 다른 채권자를 해하는 것으로서 사해행위에 해당한다고 할 것이다.”

2349) 대법원 2002. 10. 25. 선고 2000다7783 판결: “어떤 행위를 사해행위라고 하려면 그 행위로 말미암아 위와 같은 상태가 초래되었다는 점이 전제되어야 한다고 할 것이고, 이는 채무자가 ‘처음부터’ 특정 채권자로 하여금 채무자의 적극재산인 채권을 강제집행의 형식을 빌어 압류전부받게 할 목적으로 채무부담행위를 하고 그와 아울러 그에 대하여 강제집행을 승낙하는 취지가 기재된 공정증서를 작성하여 주고 채권자는 이를 이용하여 채무자의 채권을 압류전부받은 때와 같이, 실질에 있어 채무자가 자신의 채권을 특정 채권자에게 양도한 것과 다를 바가 없는 것으로 볼 수 있는 특별한 사정이 있는 경우에도 마찬가지라고 할 것이다.”

2350) 대법원 2002. 10. 25. 선고 2002다42711 판결 등(공정증서상 집행인낙의 의사표시나 압류, 전부명령이 사해행위취소의 대상이 되는 것은 아니다).

아직 강제집행결차가 종료되지 아니한 경우에 있어서는, 수익자가 어음채권을 취득한 것 외에 어떤 구체적인 수익을 얻었다고 할 수 없고, 집행권원을 얻은 것 자체를 원상회복의 대상이 되는 수익에 해당한다고도 할

(라) 증여 등 무상행위

채무자가 채무초과 상태에서 자신의 재산을 타인에게 증여하였다면 특별한 사정이 없는 한 이러한 행위는 사해행위가 된다.²³⁵¹⁾

사해행위의 취소를 구하는 채권자가 채무자의 수익자에 대한 금전지급행위²³⁵²⁾를 증여라고 주장함에 대하여, 수익자가 이를 다투다면, 위 금전지급행위가 사해행위로 인정되기 위해서는 그 금전지급행위가 증여에 해당한다는 사실이 증명되어야 하고, 그에 대한 증명책임은 사해행위를 주장하는 채권자에게 있다.²³⁵³⁾

수 없으므로 그 집행권원의 반환이나 인도 등에 의한 원상회복을 청구할 여지는 없다(대법원 2002. 10. 25. 선고 2000다64441 판결).

한편, 장래의 미확정의 채권이라도 전부될 수 있는 적격을 가지는 것이므로 채권이 압류, 전부되고 상당 기간이 경과되거나 일정한 조건이 성취되는 등의 사정이 있는 경우에는, 그 채권의 객관적 가치는 압류, 전부될 당시와 는 차이가 있을 수 있으므로 채무부담행위가 사해행위로서 취소되는 경우 압류, 전부된 채권의 가치가 압류, 전부를 전후하여 달라졌다면, 원상회복으로서 그 압류, 전부된 채권 자체의 양도에 의한 반환을 구할 수는 없고, 압류, 전부될 당시에 있어서의 그 채권의 가액의 배상을 구하여야 한다(대법원 2002. 10. 25. 선고 2000다7783 판결; 피고는 채무자의 제3채무자에 대한 공사대금계약에 따른 공사대금채권을 압류·전부받은 후 피고 스스로 공사를 수행하여 완공하였음을 알 수 있으므로 위 공사대금채권은 압류·전부 후에 그 성질이나 내용 또는 가치가 달라졌다고 할 것이고, 따라서 약속어음의 발행행위가 사해행위에 해당하여 취소되는 데 따른 원상회복은 현재 피고가 보유하고 있는 위 공사대금채권 그 자체의 양도에 의한 반환을 구할 수는 없고, 위 압류·전부 당시에 있어서의 위 공사대금채권의 객관적 평가액 또는 그 당시의 기성고에 따른 공사대금채권 상당액의 배상을 구하는 방법으로 하여야 한다고 한 예).

2351) 대법원 2007. 5. 31. 선고 2005다28686 판결.

특정한 채권에 대한 공동 연대보증인 중 1인이 다른 공동 연대보증인에게 재산을 증여하여 특정채권자가 추급할 수 있는 채무자들의 총 책임재산에는 변동이 없다고 하더라도, 재산을 증여한 연대보증인의 재산이 감소되어 그 특정한 채권자를 포함한 일반채권자들의 공동담보에 부족이 생기거나 그 부족이 심화된 경우에는, 그 증여행위의 사해성을 부정할 수는 없다(대법원 2009. 3. 26. 선고 2007다63102 판결).

2352) ‘금전의 지급’을 사해행위로서 취소하여 원상회복으로 금전의 지급을 구하는 경우 원금 외에 지연배상금의 지급도 구할 수 있고, 이 경우 지연배상금의 기간점은 ‘상대방이 실제로 금전을 지급받은 때’이다(대법원 2006. 10. 26. 선고 2005다76753 판결; 소외인이 피고 회사에 증여한 13억 5,000만 원에 대해 그 증여한 날부터의 지연손해금의 지급을 명한 예). 가액배상의 경우와는 다르다.

2353) 대법원 2022. 5. 12. 선고 2021다309484 판결.

○ 대법원 2007. 5. 31. 선고 2005다28686 판결.: “채무자가 채무초과의 상태에서 특정 채권자에게 채무의 본지에 따른 변제를 함으로써 다른 채권자의 공동담보가 감소하는 결과가 되는 경우, 그 변제는 채무자가 특히 일부의 채권자와 통보하여 다른 채권자를 해할 의사를 가지고 변제를 한 경우가 아닌 한 원칙적으로 사해행위가 되는 것이 아니다. 그런데 사해행위의 취소를 구하는 채권자가 채무자의 수익자에 대한 금원지급행위를 증여라고 주장함에 대하여, 수익자는 이를 기존 채무에 대한 변제로서 받은 것이라고 다투고 있는 경우, 이는 채권자의 주장사실에 대한 부인에 해당할 뿐 아니라, ... 채무자의 금원지급행위가 증여인지, 변제인지에 따라 채권자가 주장·입증하여야 할 내용이 크게 달라지게 되므로, 결국 위 금원지급행위가 사해행위로 인정되기 위하여는 그 금전지급행위가 증여에 해당한다는 사실이 입증되거나 변제에 해당하지만 채권자를 해할 의사 등 앞서 본 특별한 사정이 있음이 입증되어야 할 것이고, 그에 대한 입증책임은 사해행위를 주장하는 측에 있다.”

○ 대법원 2018. 12. 27. 선고 2017다290057 판결.: “송금 등 금전지급행위가 증여에 해당하기 위해서는 객관적으로 채무자와 수익자 사이에 금전을 무상으로 수익자에게 **종국적으로 귀속시키는 데에 의사의 합치**가 있어야 한다. 다른 사람의 예금계좌에 금전을 이체하는 등으로 송금하는 경우 다양한 원인이 있을 수 있는데, 파세 당국 등의 추적을 피하기 위하여 일정한 인적 관계에 있는 사람이 그 소유의 금전을 자신의 예금계좌로 송금한다는 사실을 알면서 그에게 자신의 예금계좌로 송금할 것을 승낙 또는 양해하였다거나 그러한 목적으로 자신의 예금계좌를 사실상 지배하도록 용인하였다는 것만으로는 특별한 사정이 없는 한 송금인과 계좌명의인 사이에 송금액을 계좌명의인에게 무상으로 증여한다는 의사의 합치가 있었다고 쉽사리 추단할 수 없다. 이는

부부 간 금원 증여의 경우에는, 부부 관계의 특성(부부는 생활 경제 공동체로서 편의상 부부 일방 명의의 계좌를 함께 사용할 수 있고, 서로 쉽게 금전이 오갈 수 있는 관계)을 고려하여 증여 여부를 판단하여야 한다.²³⁵⁴⁾

채무자가 '물상보증인이 되는 행위'로 인하여 채무자의 책임재산이 부족하게 되거나 그 상태가 심화되었다면 사해행위가 성립한다.²³⁵⁵⁾

채무자가 소멸시효 완성 후에 한 '소멸시효이익의 포기행위'는 소멸하였던 채무가 소멸하지 않았던 것으로 되어 결과적으로 채무자가 부담하지 않아도 되는 채무를 새롭게 부담하게 되는 것이므로 채권자취소권의 대상인 사해행위가 될 수 있다.²³⁵⁶⁾ 매매예약완

금융실명제 아래에서 실명확인절차를 거쳐 개설된 예금계좌의 경우에 특별한 사정이 없는 한 명의인이 예금계약의 당사자로서 예금환청구권을 가진다고 해도, 이는 계좌가 개설된 금융회사에 대한 관계에 관한 것으로서 그 점을 들어 곧바로 송금인과 계좌명의인 사이의 법률관계를 달리 볼 것이 아니다." — 금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률 제3조 제5항(실명 확인 계좌 보유 금융자산의 명의자 소유 추정 규정)이 2014. 5. 28. 신설되어 2014. 11. 29. 시행된 이후부터는 계좌 개설 금융회사에 대한 상대적 관계에서 만이 아니라 대세적으로 실명 확인 계좌의 금융자산은 명의자의 소유로 법률상 추정된다고 보아야 하므로, 위 판결의 일부 판시는 타당하지 않다.

2354) 부부 간 부동산 매수대금 증여의 경우에는, 부부 관계의 특성(부부는 생활 경제 공동체로서 편의상 부부 일방 명의의 계좌를 함께 사용할 수 있고, 서로 쉽게 금전이 오갈 수 있는 관계)을 고려하여, 매수대금이 지급된 남편 명의 계좌의 관리 주체와 방법, 부동산 매수 목적과 그 매수대금이 부부의 재산에서 차지하는 비중, 부부의 재산형성에 처의 기여를 인정할 수 없는지 등도 충분히 심리하여야 하고, 남편 명의의 계좌 예금이나 대출금으로 처의 부동산 매수대금이 지급되었다는 사실만으로 증여하였다고 속단해서는 아니 된다(대법원 2022. 5. 12. 선고 2021다309484 판결). 이는 조세부과처분 취소소송에서, "부부 사이에서 일방 배우자 명의의 예금이 인출되어 타방 배우자 명의의 예금계좌로 입금되는 경우에는 증여 외에도 단순한 공동생활의 편의, 일방 배우자 자금의 위탁 관리, 가족을 위한 생활비 지급 등 여러 원인이 있을 수 있으므로, 그와 같은 예금의 인출 및 입금 사실이 밝혀졌다는 사실만으로는 경험칙에 비추어 해당 예금이 타방 배우자에게 증여되었다는 과세요건사실이 추정된다고 할 수 없다."는 판시(2015두41937)와 그 궤를 같이 하는 것이다.

2355) ○ 대법원 2015. 6. 11. 선고 2014다237192 판결: "채무자가 제3자의 채무를 담보하기 위하여 자신의 부동산에 근저당권을 설정함으로써 물상보증인이 되는 행위는 그 부동산의 담보가치만큼 채무자의 일반 채권자들을 위한 책임재산에 감소를 가져오는 것이므로, 물상담보로 제공된 부동산의 가액에서 다른 채권자가 가지는 피담보채권액을 채권최고액의 범위 내에서 공제한 잔액만을 채무자의 적극재산으로 평가하여야 하고, 그로 인하여 채무자의 책임재산이 부족하게 되거나 그 상태가 심화되었다면 사해행위가 성립한다."

○ 대법원 2010. 6. 24. 선고 2010다20617, 20624 판결: "채무자가 아무 채무도 없이 다른 사람을 위해 자신의 부동산에 관하여 근저당권을 설정함으로써 물상보증인이 되는 행위는 그 부동산의 담보가치만큼 채무자의 총채산에 감소를 가져오는 것이므로, 그 근저당권이 채권자의 가압류와 동순위의 효력밖에 없다 하여도, 그 자체로 다른 채권자를 해하는 행위가 된다고 볼 것이다."

2356) ○ 대법원 2013. 5. 31.자 2012마712 결정: 채무자가 그 소유 토지에 관하여 1998. 5. 20.자 매매예약을 원인으로 한 소유권이전청구권가등기를 1998. 6. 25. 수익자에게 마쳐주었다가, 1998. 9. 25.자 매매를 원인으로 하여 위 가등기에 기한 본등기를 2011. 8. 18. 마쳐준 사안에서, 원심이, '본등기 종료행위는 가등기의 원인인 법률행위에서 발생한 효과에 따른 일련의 행위라고 보아야 하고, 채권자가 주장하는 채무자의 시효이익의 포기도 본등기 신청행위를 다른 면에서 평가한 것에 불과하여 궁극적으로는 본등기의 기초가 되는 가등기의 원인인 법률행위와 따로 떼어놓고 판단할 수 없다'고 전제한 후, '가등기의 원인인 법률행위는 1998. 5. 20.자 매매예약이고 이로부터 5년의 제척기간이 경과하였음이 역수상 명백하므로 가등기의 원인인 법률행위를 취소할 수 없고, 그와 따로 떼어 판단할 수 없는 채권자 주장의 시효이익 포기의 의사표시도 취소할 수 없다'고 한 데 대하여, 대법원은, '수익자가 1998. 9. 25. 매매예약완결권을 행사하여 그때부터 채무자에 대하여 가등기에 기한 본등기청구권을 행사할 수 있었음에도 이를 10년간 행사하지 아니함으로써 소멸시효가 완성되었다고 할 것이고, 가등기에 기한 본등기청구권이 소멸되는 시효이익을 받는 자인 채무자가 2011. 8. 18. 채무자 명의로 가등기에 기한 본등기를 마쳐줌으로써 자신의 시효이익을 포기하는 행위를 하였다고 할 수 있으며,

결권이 제척기간 경과가 임박하여 소멸할 예정인 상태에서 ‘제척기간’을 ‘연장’하기 위하여 새로 매매예약을 하는 행위도 마찬가지이다.²³⁵⁷⁾

‘예금주 명의신탁계약’이 사해행위에 해당하여 취소될 경우, 그 취소에 따른 원상회복은, 특별한 사정(명의인이 예금계좌에서 예금을 인출하여 사용하였다거나²³⁵⁸⁾ 그 예금계좌를 해지하였다는 등)이 없는 한, 명의인에 대하여 ‘금융기관에 대한 예금채권을 출원자에게 양도’하고 아울러 ‘금융기관에 대하여 양도통지’ 할 것을 명하는 방법으로 이루어진다.²³⁵⁹⁾

이러한 채무자의 소멸시효이익 포기행위는 1998. 5. 20.자 매매예약과는 별개로 채권자취소권의 대상인 사해행위에 해당한다고 볼 수 있다’고 판단한 예.

○ 대법원 2018. 11. 9. 선고 2015다75308 판결; 원심이, 원고가 민법 제1039조 본문에 따라 상속재산의 잔여가 있는 경우에 한하여 변제를 받을 수 있는 ‘한정승인자가 알지 못한 자’에 해당하고, 한정승인자인 소외인들의 상속채무가 상속재산을 초과하여, 피고 명의의 근저당권등기가 말소되어도 상속재산으로 원고의 채권을 변제받을 수 없으므로, 위 근저당권등기의 피담보채권에 대한 소외인들의 채무승인은 원고에 대한 관계에서 공동담보의 감소를 초래하는 사해행위에 해당한다고 할 수 없다는 이유로 피고에 대한 위 채무승인 의사표시에 대한 원고의 사해행위취소 등 청구를 배척한 데 대하여, **대법원은**, 한정승인신고서에 첨부된 상속재산목록에 원고의 양수금채권이 기재되어 있지 않고, 소외인들이 다른 상속채권자들에게는 개별적으로 채권신고의 최고를 하면서도 원고에게는 최고를 하지 않은 집에 비추어 볼 때 적어도 소외인들이 채권신고의 최고를 한 시점에는 원고를 알지 못했던 것으로 보이나, 소외인들이 배당변제를 실시하기 전에 원고가 소외인들을 대위하여 피고를 상대로 피담보채권의 시효소멸을 원인으로 근저당권등기의 말소를 구하는 소송을 제기하고 소송 중 소외인들이 피고에게 채무승인서를 작성, 교부하기까지 하였으므로, 늦어도 그 시점에는 소외인들이 원고의 양수금채권의 존재를 알게 되었다고 봄이 타당하고, 따라서 원고는 민법 제1034조 제1항에 따라 배당변제를 받을 수 있는 ‘한정승인자가 알고 있는 채권자’에 해당한다고 보아야 한다고 판단함으로써 원심을 파기한 사례.

2357) 대법원 2018. 11. 29. 선고 2017다247190 판결.

2358) 대법원 2018. 12. 27. 선고 2017다290057 판결; “예금계좌에서 예금이 인출되어 사용된 경우에는 … 원상회복이 불가능하므로 가액반환만이 문제 되는데, 신탁자와 수탁자 중 누가 예금을 인출·사용하였는지에 따라 결론이 달라진다. 신탁자가 수탁자의 통장과 인장, 접근카드 등을 교부받아 사용하는 등 사실상 수탁자의 계좌를 지배·관리하고 있을 때에는 신탁자가 통상 예금을 인출·사용한 것이라고 볼 수 있다. 그러나 신탁자가 사실상 수탁자의 계좌를 지배·관리하고 있음이 명확하지 않은 경우에는 신탁자가 명의인의 예금계좌에서 예금을 인출하거나 이체하여 사용했다는 점을 수탁자가 증명하지 못하면 수탁자가 예금을 인출·사용한 것으로 보아야 한다. 예금을 인출·이체하는 데 명의인 본인 확인이나 본인 인증 등을 거쳐야 한다는 점에 비추어 일반적으로는 명의인이 예금을 사용했다고 보는 것이 보다 자연스럽기 때문이다.” ⇨ 원심이, 피고들이 이 사건 각 계좌에 입금된 돈을 인출하여 사용하였다는 점을 인정할 증거가 없는 이상 사용된 금액에 대한 가액반환을 구할 수는 없고, 예금채권양도 방법으로 원상회복을 구해야 하는데, 위 계좌의 잔액이 남아 있지 않아 피고들이 해당 예금채권을 보유하고 있지 않은 점에 비추어 원상회복을 구할 수도 없다고 판단한 데 대하여, **대법원은**, 가액반환의 요건에 관해서 채권자인 원고가 항상 피고들이 계좌에 입금된 돈을 인출해서 사용하였다는 점에 관해서 증명책임을 지는 것처럼 판단한 것은 적절하지 않으나, 소외 1이 위 계좌를 지배·관리하면서 출금하여 사용한 사실이 인정됨을 이유로 소외 1에게 원상회복의 대상이 되는 돈이 반환되었다고 보아 원고의 가액반환 청구를 배척한 원심의 결론은 옳다고 판단한 예.

2359) 대법원 2015. 7. 23. 선고 2014다212438 판결; 피고가 2007. 10. 16.경 소외 1에게 계좌 통장과 거래인장을 교부하였고, 소외 1이 채무초과 상태에서 소외 2로부터 받은 액면 10억 3,000만 원의 자기앞수표를 위 계좌에 입금한 뒤 피고가 아닌 소외 1이나 그 대리인이 그 돈을 출금하여 소외 1의 개인적인 용도로 사용하였으며, 그 결과 2012. 1. 29.경 계좌 잔액은 57,103원에 불과하였던 사안에서, 원심이, 예금주 명의신탁계약의 사해행위취소로 인한 원상회복으로서 피고에 대하여 채권자인 원고에게 위 수표의 액면금 10억 3,000만 원 및 그 지연손해금을 지급할 것을 명한 데 대하여, **대법원은**, ‘피고가 소외 1의 부탁을 받고 위 계좌의 통장과 거래인장을 소외 1에게 교부하였으므로 피고와 소외 1 사이에는 계좌에 관한 예금주 명의신탁계약이 체결되었다고 할 것이고, 위 계좌가 잔액이 남아 있는 상태로 해지되지 아니한 채 존재하고 있다면 위 예금주 명의신탁계약의 취소로 인한 원상회복은 특별한 사정이 없는 한 피고에 대하여 위 계좌에 관한 예금반환채권을 원고에게 양도하고 금융기관에 대하여 그 양도의 통지를 할 것을 명하는 방법으로 이루어져야 할 것이다. 원심으로서 원심 변론종결 당시 위 계좌가 해지되지 아니한 채 남아 있었는지, 그 잔액은 얼마인지, 계좌가 해지되었다

(마) 대물변제

채무초과의 상태에 있는 채무자가 부동산이나 다른 채권 등 적극재산을²³⁶⁰⁾ 채권자 중 일부에게 대물변제조로 양도하는 행위는 '채무자가 특정 채권자에게 채무 본지에 따른 변제를 하는 경우와는 달리' 원칙적으로 다른 채권자들에 대한 관계에서 사해행위가 된다.²³⁶¹⁾

이러한 경우에도 사해성의 일반적인 판단 기준²³⁶²⁾에 비추어 그 행위가 궁극적으로 일반채권자를 해하는 행위로 볼 수 없는 경우에는 사해행위의 성립이 부정될 수 있다.²³⁶³⁾

면 계약의 돈을 누가 어떤 용도로 사용하였는지 등을 실리한 다음, 원상회복의 방법과 범위에 관하여 판단하였어야 한다.'고 한 예.

2360) 대물변제나 담보조로 제공된 재산이 채무자의 유일한 재산이 아니라거나 그 가치가 채권액에 미달한다고 하여도 마찬가지이다(대법원 2022. 1. 14. 선고 2018다295103 판결 등). 따라서 '채무자가 그의 유일한 재산을 채권자들 가운데 어느 한 사람에게 대물변제로 제공하는 행위는 다른 특별한 사정이 없는 한 다른 채권자들에 대한 관계에서 사해행위가 된다'는 2004다7873 등의 판시처럼 '유일한 재산(부동산)'이 대물변제나 담보제공 행위를 사해행위로 인정하기 위한 요건인 것은 아니다.

2361) 대법원 2023. 10. 18. 선고 2023다237804 판결: "채무자가 여러 채권자 중 일부에게만 채무의 이행과 관련하여 그 채무의 본래 목적이 아닌 다른 채권 기타 적극재산을 양도함으로써 채무초과상태를 유발 또는 심화시킨 경우, 채무자의 총재산에는 변동이 없지만 일반채권자를 위한 공동담보가 되는 책임재산을 감소시키는 결과가 초래되므로, 그와 같은 적극재산의 양도 행위는 채무자가 특정 채권자에게 채무 본지에 따른 변제를 하는 경우와 달리 원칙적으로 다른 채권자들에 대한 관계에서는 사해행위가 될 수 있고, 예외적으로 사해성의 일반적인 판단 기준에 비추어 그 행위가 궁극적으로 일반채권자를 해하는 행위로 볼 수 없는 경우에는 사해행위의 성립이 부정될 수 있다(2007다2718, 2011다28045 등 참조)." ■ 따라서 '상당한 가격으로 된 대물변제라면 채무자의 재산에 증감이 없고 공동담보인 재산에 증감이 없다 할 것이므로 채권자 취소권의 대상이 될 수 없다'는 62다634 판결, '채무자가 어느 채권자로부터 압류당할 가능성이 있다고 판단하여 제정 부동산을 다른 채권자에게 양도했다 하여도 그것이 기존채무의 이행을 위하여 상당한 가격으로 평가되었을 때에는 사해의사가 없었다 할 것'이라는 80다2613 판결의 입장은 사실상 변경된 것으로 보아야 한다.

2362) 채무자가 책임재산을 감소시키는 행위를 함으로써 일반채권자들을 위한 공동담보의 부족상태를 유발 또는 심화시킨 경우에 그 행위가 채권자취소의 대상인 사해행위에 해당하는지 여부는, 행위목적물이 채무자의 전체 책임재산 가운데에서 차지하는 비중, 무자력의 정도, 법률행위의 경제적 목적이 갖는 정당성 및 그 실현수단인 당해 행위의 상당성, 행위의 의구성 또는 상환의 불가피성, 채무자와 수익자 간 통모의 유무와 같은 공동담보의 부족 위험에 대한 당사자의 인식의 정도 등 그 행위에 나타난 여러 사정을 종합적으로 고려하여, 그 행위를 궁극적으로 일반채권자를 해하는 행위로 볼 수 있는지 여부에 따라 최종 판단하여야 한다(대법원 2010. 9. 30. 선고 2007다2718 판결).

2363) ○ 대법원 2010. 9. 30. 선고 2007다2718 판결(채무초과 상태의 채무자가 유일한 재산인 전세권과 전세금반환채권을 특정 채권자에게 그 채무 일부에 대한 대물변제조로 양도한 행위가 최고액 채권자와의 거래관계를 유지하면서 채무초과 상태에 있던 회사의 갱생을 도모하기 위한 유일한 방안이었던 점 등을 감안하면, 위 양도행위가 다른 채권자를 해하는 사해행위라고 단정하기 어렵다고 한 원심의 판단을 수긍한 사례).
○ 대법원 2011. 10. 13. 선고 2011다28045 판결(채무자인 갑 주식회사가 기존채권자 중 1인인 을 주식회사에 대한 금전채무의 지급을 위하여 갑 회사가 제3채무자인 병 주식회사와 거래를 하여 지급받을 금전채권의 일정액을 양도한 사안에서, 위 채권양도는 갑 회사가 을 회사에 대하여 부담하는 금전채무의 본지에 따른 변제로 볼 수는 없으므로, 채권양도 당시에 갑 회사가 채무초과의 상태에 있었다면 위 채권양도는 다른 채권자들에 대한 관계에서 원칙적으로 사해행위가 될 수 있다고 할 것이지만, 양도되는 채권이 갑 회사의 전체 책임재산 가운데에서 차지하는 비중, 채권양도 때문에 초래된 갑 회사의 무자력 정도, 채권양도가 이루어진 경우나 그 경제적 목적, 채무자인 갑 회사와 수익자인 을 회사 간 의사 연락의 내용 등 여러 사정에 따라 채권양도의 사해성이 부정되는 경우도 있을 수 있으므로 이에 관한 심리를 하였어야 하는데도, 갑 회사가 채권양도 당시 무자력이었다고 하더라도 을 회사와 통모하여 다른 채권자를 해할 의사를 가지고 채권을 양도하였다고 보기 어렵다는 점만을 근거로 위 채권양도를 사해행위라 할 수 없다고 단정한 원심판결에는 사해행위의 성립에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 않은 위법이 있다고 한 사례).

채권자들의 공동담보가 되는 채무자의 총재산에 대하여 다른 채권자에 우선하여 변제를 받을 수 있는 권리를 가지는 채권자는 처음부터 채무자의 재산에 대한 환가절차에서 다른 채권자에 우선하여 배당을 받을 수 있는 지위에 있으므로 그와 같은 우선변제권 있는 채권자에 대한 대물변제의 제공행위는 특별한 사정이 없는 한 다른 채권자들의 이익을 해한다고 볼 수 없어 사해행위가 되지 않는다.²³⁶⁴⁾

(바) 담보제공

대물변제에 관한 위와 같은 법리는 부동산이나 다른 채권 등 적극재산을 채무의 변제를 위하여 또는 그 담보로 양도하는 경우에는 '더욱' 그러하다.²³⁶⁵⁾ 담보제공행위의 경우 대물변제보다 사해성 인정 범위가 넓다고 보아야 한다.

사업의 갱생이나 계속 추진 등 예외적인 경우가 아니면, 채무초과 상태에 있는 채무자가 그 소유의 부동산을 채권자 중의 어느 한 사람에게 채권담보로 제공하는 행위는 다른 채권자들에 대한 관계에서 사해행위가 된다.²³⁶⁶⁾

2364) 대법원 2008. 2. 14. 선고 2006다33357 판결(채무자 여객운수 회사가 채무초과의 상태에서 유일한 재산인 승합자동차를 우선변제권 있는 임금 등 채권자인 근로자들에게 대물변제로 제공한 행위는 사해행위에 해당하지 않는다고 한 예).

2365) 대법원 2011. 3. 10. 선고 2010다52416 판결.

2366) ◎ 사업의 갱생이나 계속 추진을 위한 담보제공행위의 사해성

○ 대법원 2022. 1. 14. 선고 2018다295103 판결: "채무자의 재산이 채무의 전부를 변제하기에 부족한 경우에 채무자가 그의 재산을 어느 특정 채권자에게 대물변제나 담보조로 제공하였다면 특별한 사정이 없는 한 이는 곧 다른 채권자의 이익을 해하는 것으로서 다른 채권자들에 대한 관계에서 사해행위가 되는 것이고, 위와 같이 대물변제나 담보조로 제공된 재산이 채무자의 유일한 재산이 아니라거나 그 가치가 채권액에 미달한다고 하여도 마찬가지라고 할 것이다. 다만 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 특정 채권자에게 담보를 제공하고 그로부터 신규자금을 추가로 융통받았다면 채무자의 담보권 설정행위는 사해행위에 해당하지 않을 수 있다. 그러나 이러한 경우에도 채무자에게 사업의 갱생이나 계속 추진의 의도가 있더라도 신규자금의 융통 없이 단지 기존채무의 이행을 유예받기 위하여 자신의 채권자 중 한 사람에게 담보를 제공하는 행위는 다른 특별한 사정이 없는 한 다른 채권자들에 대한 관계에서는 사해행위에 해당한다. ... 이 사건 채권양도처럼 의료기관 운영자가 금융기관으로부터 대출을 받으면서 의료기관 운영자의 국민건강보험공단에 대한 현재 또는 장래의 요양급여채권을 합리적인 범위 내에서 담보로 제공하는 행위는 의료기관의 통상적인 자금운용 상황이나 현실적인 필요성 등을 고려할 때 신규자금의 유입을 통해 영업을 계속하여 변제능력을 향상시키는 유용한 방법이 될 수 있다. 그러나 이러한 방법의 담보제공도 다른 채권자의 이익을 해하는 것이라면 사해행위로 취소되어야 할 것이다. 의료기관 운영자가 채무초과 상태에서 실행한 대출이 신규자금의 유입이 아닌 기존채무의 변제에 사용되거나 채무자의 변제능력의 향상에 기여하지 않고, 나아가 담보로 제공된 요양급여채권이 지나치게 많은 금액이어서 상당한 기간 동안 다른 채권자들이 요양급여채권을 통한 채권만족이 어려워진 경우에는 위와 같은 담보제공이 다른 채권자들을 해하는 경우라 할 수 있다. ... 이 사건 채권양도로 피고는 국민건강보험공단의 소외 1에 대한 요양급여비용이 30억 원에 이를 때까지 소외 1 대신 이를 지급받게 된다. 그 기간 동안 소외 1의 다른 일반채권자들은 요양급여채권에 대한 강제집행이 사실상 배제되어 이를 통한 채권만족이 어려워졌다." [동일 취지] ① 계속적인 거래관계에 있는 구입처로부터 외상매입대금채무에 대한 담보를 제공하지 않으면 사업에 필요한 물품의 공급을 중단하겠다는 통보를 받고 물품을 공급받아 사업을 계속 추진하는 것이 채무 변제력을 갖게 되는 최선의 방법이라고 생각하고 물품을 공급받기 위하여 부득이 부동산을 특정 채권자에게 담보로 제공하고 그로부터 물품을 공급받았다면 이 경우에도 특별한 사정이 없는 한 채무자의 담보권설정행위는 사해행위에 해당하지 않으며, 다만 사업의 계속 추진과는 아무런 관계가 없는 기존 채무를 아울러 피담보채무 범위에 포함시켰다면, 그 부분에 한하여 사해행위에

수익자가 채무초과 상태에 있는 채무자의 부동산에 관하여 설정된 선순위 근저당권의 피담보채무를 변제하여 그 근저당권설정등기를 말소하는 대신 동일한 금액을 피담보채무로 하는 새로운 근저당권설정등기나 담보가등기를 마치는 것은 채무자의 공동담보를 부족하게 하는 것이라고 볼 수 없어 사해행위가 성립하지 아니하지만,²³⁶⁷⁾ 선순위 담보가등기를 말소시킨 후 그 부동산에 관하여 매매예약을 하고, 그에 기하여 소유권이전등기 청구권 보전의 가등기를 경료한 경우에는 그 부동산의 가액, 즉 시가에서 피담보채무액을 공제한 잔액의 범위 내에서 사해행위가 성립한다.²³⁶⁸⁾

채무자가 차용금으로 매수한 부동산을 차용금채무에 대한 담보로 제공하거나, 매매대금 지급 전에 먼저 소유권을 이전받은 매수 부동산을 매매대금채무에 대한 담보로 제공한 경우, 그 담보제공행위를 사해행위라고 할 수는 없다.²³⁶⁹⁾

신축건물의 도급인이 민법 제666조가 정한 수급인(또는 그로부터 공사대금채권을 양수받은 자)의 저당권설정청구권의 행사에 따라 공사대금채무의 담보로 그 건물에 저당권(공사대금이 종국적으로 귀속되어야 할 하수급업자·물품공급업자를 추가한 공동 저당권 포함)을 설정하는 행위

해당할 여지는 있다(2000다25842). ㉠ 이미 채무초과 상태에 빠진 채무자에게 있어서 채권자의 강제집행 내지 가압류 등 채권회수를 위한 집행보전조치로 발생하는 사업추진상의 어려움은 그러한 조치를 행하는 채권자의 채권액이나 변제기의 도래 여부에 관계없이 동일하게 발생할 수 있는 사정이다. 또한 특정 채권자가 당시로서 채무자에 대하여 위와 같은 채권회수조치에 적극성을 보였다는 사정만으로 채권자들 사이에서 우선적 담보제공의 필요성에 관한 차별적 평가를 하기는 어렵다. 나아가 채무자가 사업활동에서 실제로 활용할 수 있는 신규자금의 유입과 기존채무의 이행기의 연장 내지 채권회수조치의 유예는 사업의 갱생이나 계속적 추진을 위하여 가지는 경제적 의미가 동일하다고 볼 수 없다. 따라서 비록 채무자가 사업의 갱생이나 계속 추진의 의도였다 하더라도 신규자금의 융통 없이 단지 기존채무의 이행을 유예받기 위하여 자신의 채권자 중 한 사람에게 담보를 제공하는 행위는 다른 특별한 사정이 없는 한 다른 채권자들에 대한 관계에서는 사해행위에 해당한다고 보아야 한다(2009다104564).

○ 대법원 2022. 1. 13. 선고 2017다264072, 264089 판결: “담보제공행위가 사업계속 추진을 위한 신규자금 융통을 위한 행위로서 사해성이 부정되는지 여부는, 행위목적물이 채무자의 전체 책임재산 가운데에서 차지하는 비율, 무자력의 정도, 그 행위가 사업을 계속 추진하여 채무를 변제하거나 변제자력을 얻기 위한 불가피하고 유효적절한 수단이었는지, 담보제공이 합리적인 범위에서 이루어진 것인지, 실제 자금이 채권자에 대한 변제나 사업의 계속을 위해 사용되어 채무자가 변제자력을 갖게 되었는지, 채무자가 일부 채권자와 통모하여 다른 채권자를 해칠 의사를 가지고 행한 것은 아닌지 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.”

2367) 대법원 2012. 1. 12. 선고 2010다64792 판결, 대법원 2006. 12. 7. 선고 2006다43620 판결, 대법원 2003. 7. 11. 선고 2003다19435 판결 등.

2368) 대법원 2003. 7. 11. 선고 2003다19435 판결.

2369) 대법원 2017. 9. 21. 선고 2017다237186 판결: “채무자가 제3자로부터 자금을 차용하여 부동산을 매수하고 해당 부동산을 차용금채무에 대한 담보로 제공하거나, 채무자가 제3자로부터 부동산을 매수하여 매매대금을 지급하기 전에 소유권이전등기를 마치고 해당 부동산을 매매대금채무에 대한 담보로 제공한 경우와 같이 기존 채권자들의 공동담보가 감소되었다고 볼 수 없는 경우에는 그 담보제공행위를 사해행위라고 할 수 없다. 나아가 위와 같은 부동산매수행위와 담보제공행위가 한꺼번에 이루어지지 않고 단기간 내에 순차로 이루어졌다고 하더라도 다른 특별한 사정이 없는 한 그 일련의 행위 전후를 통하여 기존 채권자들의 공동담보에 증감이 있었다고 평가할 것도 아니므로, 그 담보제공행위만을 분리하여 사해행위에 해당한다고 하여서도 아니 된다.” ㉡ 2007다45364 판결은, “수인의 채권자 중 특정 채권자에게 채무자의 유일한 부동산에 관하여 근저당권을 설정해 주는 행위는 다른 특별한 사정이 없는 한 사해행위에 해당한다.”라고 하면서, “그 특정 채권자로부터 차용한 금원의 사용처에 따라 사해행위의 범위가 달라지는 것은 아니라 할 것”이라고 판시한 바 있는데, 위 뒷부분 판시는 일반론으로서는 타당한 것이라 할 수 없다.

는 사해행위에 해당하지 아니한다.²³⁷⁰⁾

선행 가압류채권자는 가압류 채권금액을 초과하는 부분의 채권을 피보전채권으로 삼아야 채무자의 근저당권설정행위에 대하여 채권자취소권을 행사할 수 있다.²³⁷¹⁾

근저당권설정계약 중 일부만이 사해행위에 해당하는 경우, 그 원상회복은 가액배상이 아니라, 근저당권설정등기의 채권최고액을 감축하는 근저당권변경등기절차의 이행을 명하는 방법에 의한다.²³⁷²⁾

공유지분에 담보가등기를 설정하였다가 공유물분할로 단독소유가 된 부동산에 종전 담보가등기에 대체하는 새로운 담보가등기를 설정하고 다른 공유자의 소유로 분할된 부동산에 전사된 담보가등기는 모두 말소한 경우, 담보권설정자에 대한 채권자가 채권자취소권을 행사할 때에, 종전 담보가등기 설정 당시를 기준으로 사해행위 여부를 판단하고, 특별한 사정(공유물분할 자체가 불공정하게 이루어져 사해행위에 해당하는 등)이 없는 한 새로운

2370) 대법원 2018. 11. 29. 선고 2015다19827 판결; “민법 제666조는 ‘부동산공사의 수급인은 보수에 관한 채권을 담보하기 위하여 그 부동산을 목적으로 한 저당권의 설정을 청구할 수 있다.’라고 규정하고 있는바, 이는 부동산공사에서 그 목적물이 보통 수급인의 자재와 노력으로 완성되는 점을 감안하여 그 목적물의 소유권이 원시적으로 도급인에게 귀속되는 경우 수급인에게 목적물에 대한 저당권설정청구권을 부여함으로써 수급인이 사실상 목적물로부터 공사대금을 우선적으로 변제받을 수 있도록 하는 데 그 취지가 있고, 이러한 수급인의 지위가 목적물에 대하여 유치권을 행사하는 지위보다 더 강화되는 것은 아니어서 도급인의 일반 채권자들에게 부당하게 불리해지는 것도 아닌 점 등에 비추어, 신축건물의 도급인이 민법 제666조가 정한 수급인의 저당권설정청구권의 행사에 따라 공사대금채무의 담보로 그 건물에 저당권을 설정하는 행위는 특별한 사정이 없는 한 사해행위에 해당하지 아니한다. ... 수급인의 저당권설정청구권은 공사대금채권을 담보하기 위하여 인정되는 채권적 청구권으로서 공사대금채권에 부수하여 인정되는 권리이므로, 당사자 사이에 공사대금채권만을 양도하고 저당권설정청구권은 이와 함께 양도하지 않기로 약정하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 공사대금채권이 양도되는 경우 저당권설정청구권도 이에 수반하여 함께 이전된다고 봄이 타당하다. 따라서 신축건물의 수급인으로부터 공사대금채권을 양수받은 자의 저당권설정청구에 의하여 신축건물의 도급인이 그 건물에 저당권을 설정하는 행위 역시 다른 특별한 사정이 없는 한 사해행위에 해당하지 아니한다.” ■ 수급인이 피담보채권을 자신이 받을 공사대금으로 하고 그 공사대금이 종국적으로 귀속되어야 할 하수급업자 또는 물품공급업자들을 추가하여 공동 근저당권자로 하는 것은 도급인에게 추가적인 부담이 발생하지 않고, 도급인의 일반 채권자들이 불리해지는 것도 아니므로, 사해행위에 해당되지 않는다(대법원 2021. 5. 27. 선고 2017다225268 판결).

2371) 대법원 2008. 2. 28. 선고 2007다77446 판결; “부동산에 대하여 가압류등기가 먼저 되고 나서 근저당권설정등기가 마쳐진 경우에 경매절차의 배당관계에서 근저당권자는 선순위 가압류채권자에 대하여는 우선변제권을 주장할 수 없으므로 그 가압류채권자는 근저당권자와 일반 채권자의 자격에서 평등배당을 받을 수 있고, 따라서 가압류채권자는 채무자의 근저당권설정행위로 인하여 아무런 불이익을 입지 않으므로 채권자취소권을 행사할 수 없다 할 것이나, 채권자의 실제 채권액이 가압류 채권금액보다 많은 경우 그 초과하는 부분에 관하여는 가압류의 효력이 미치지 아니하여 그 범위 내에서는 채무자의 처분행위가 채권자들의 공동담보를 감소시키는 사해행위가 되므로 그 부분 채권을 피보전채권으로 삼아 당연히 채권자취소권을 행사할 수 있다 할 것이다.”

2372) 대법원 2006. 12. 7. 선고 2006다43620 판결; 채무자 소유 부동산에 채권최고액 5억 2,000만 원인 선순위 근저당권등기가 마쳐져 있다가, 채무자가 2002. 10. 28. 채무초과상태에서 피고로부터 15억 원을 차용하면서 근저당권설정계약을 체결하고 그 차용금 중 일부로 선순위 근저당권의 피담보채무 401,911,232원을 변제한 후 2002. 10. 29. 채권최고액 20억 원인 근저당권등기를 마치고, 선순위 근저당권등기는 2002. 10. 30. 말소된 사안에서, 원심처럼 2002. 10. 28.자 근저당권설정계약 중 이에 의해 담보되는 차용금의 일부로 선순위 근저당권의 피담보채무를 변제한 부분을 제외한 나머지 부분에 대하여만 사해행위가 성립한다고 본다면, 위 근저당권설정계약의 채권최고액 20억 원에서 변제한 선순위 근저당권의 피담보채무액을 공제한 잔액의 한도에서 사해행위를 취소하고, 근저당권설정등기의 채권최고액 20억 원을 변제한 선순위 근저당권의 피담보채무액으로 감축하는 근저당권변경등기절차의 이행을 명하였어야 함에도, 원심이 가액배상을 명한 것은 위법하다고 한 예.

담보가등기 설정계약의 취소와 그 담보가등기의 말소를 구할 수 있다.²³⁷³⁾

채무초과 상태에 있는 채무자가 '우선변제권'이 있는 '전세권'이나 '임차권'을 설정하는 행위 역시 사해행위취소의 대상이 된다.²³⁷⁴⁾

(사) 상속재산의 분할협의

채무초과 상태에 있는 채무자가 '상속재산의 분할협의'를 하면서 자신의 상속분에 관한 권리를 포기하는 행위'는 원칙적으로 채권자에 대한 사해행위에 해당한다.²³⁷⁵⁾ 반면에, '상속의 포기'는 민법 제406조 제1항에서 정하는 "재산권에 관한 법률행위"에 해당하지 아니하여 사해행위 취소의 대상이 되지 못한다.²³⁷⁶⁾ '유증의 포기'도 사해행위

2373) 대법원 2016. 5. 27. 선고 2014다230894 판결: "공유물분할은 형식적으로는 공유자 상호 간의 지분의 교환 또는 매매라고 볼 것이나 실질적으로는 공유물에 분산되어 있는 지분을 분할로 인하여 취득하는 특정 부분에 집중시켜 그 소유형태를 변경한 것에 불과하다. 그러므로 공유지분에 관하여 담보가등기를 설정하였다가 공유물분할로 단독소유가 된 부동산에 전사된 담보가등기에 관하여 사해행위를 이유로 채권자취소권을 행사할 경우에는 특별한 사정이 없는 한 공유지분에 대한 담보가등기 설정 당시를 기준으로 사해행위에 해당하는지 여부를 판단하여야 한다. 또한 공유물분할 이후 당초 공유지분에 담보가등기를 설정한 공유자의 단독소유로 귀속된 부동산에 종전의 담보가등기에 대체하는 새로운 담보가등기를 설정하고 다른 공유자의 소유로 분할된 부동산에 전사된 담보가등기는 모두 말소한 경우에 그 담보권설정자에 대한 채권자가 채권자취소권을 행사할 때에는 공유물분할 자체가 불공정하게 이루어져 사해행위에 해당한다는 등 특별한 사정이 없는 한 공유물분할이 되어 단독소유로 된 부동산에 설정된 담보가등기 설정계약의 취소와 그 담보가등기의 말소를 구하는 방법으로 할 수 있다." ⁴⁴ 채무자가 피고에 대한 차용금채무의 지급을 담보하기 위하여 피고와 사이에 그 소유인 분할 전 토지의 공유지분에 관하여 제1 대물반환예약을 체결하고 위 지분에 관하여 제1 담보가등기를 마쳤다가 위 토지가 공유물분할되자 단독소유로 된 분할된 토지에 관하여 제1 대물반환예약과 동일한 내용의 제2 대물반환예약을 체결하고 제1 담보가등기는 말소한 뒤 분할된 토지에 관하여 다시 제2 담보가등기를 마친 사안에서, 원고가 사해행위를 주장하며 제2 대물반환예약의 취소와 제2 담보가등기의 말소를 구한 데 대하여, 원심은 제2 대물반환예약은 제1 대물반환예약에 기한 분할 전 토지의 공유지분에 관한 제1 담보가등기를 공유물분할에 따라 분할된 토지에 관한 제2 담보가등기로 이전하기 위한 계약에 불과하여 분할 전 토지에 관한 제1 대물반환예약이 사해행위에 해당함은 별론으로 하고 제2 대물반환예약으로 인하여 별도로 채무자의 공동담보가 더욱 부족하게 되었다고 볼 수 없다는 이유로 제2 대물반환예약의 체결은 사해행위에 해당하지 않는다고 판단하였으나, 대법원은 '제2 대물반환예약은 제1 대물반환예약을 형식적으로 대체한 것에 불과하고 그 실질은 같으므로, 이러한 경우 사해행위 요건의 구비 여부는 최초의 제1 대물반환예약 당시를 기준으로 판단하여야 하고, 나아가 사해행위취소 및 원상회복을 구하는 원고로서는 제1 대물반환예약은 이미 해제되고 제2 대물반환예약으로 대체된 데다가 제2 담보가등기의 직접적인 등기원인은 제2 대물반환예약이므로 유효하게 존속 중인 제2 대물반환예약의 취소를 구할 수 있다고 보아야 한다.'고 하여 원심을 파기한 사례.

2374) ○ 대법원 2010. 7. 15. 선고 2007다21245 판결: "우선변제권이 있는 전세권을 설정하여 주고 전세금 3억 원을 취득함으로써 ... 담보가치 일부를 온닉 또는 소비하기 쉽게 현금화하여 그 공동담보 부족상태를 실질적으로 심화시킨 점 ... 등에 비추어 보면, 이 사건 전세권설정계약은 채권자를 해하는 사해행위에 해당한다." ○ 대법원 2005. 5. 13. 선고 2003다50771 판결: "소액보증금 최우선변제권은 임차목적 주택에 대하여 저당권에 의하여 담보된 채권, 조세 등에 우선하여 변제받을 수 있는 일종의 법정담보물권을 부여한 것이므로, 채무자가 채무초과상태에서 채무자 소유의 유일한 주택에 대하여 위 법조 소정의 임차권을 설정해 준 행위는 채무초과상태에서의 담보제공행위로서 ... 사해행위취소의 대상이 된다."

2375) 대법원 2007. 7. 26. 선고 2007다29119 판결. 상속 개시 전에 채권을 취득한 채권자도 상속 개시 후 채무자의 상속재산 분할협의의 대상으로 사해행위취소권을 행사할 수 있다(대법원 2013. 6. 13. 선고 2013다2788 판결: '상속재산 분할협의'를 통하여 자신의 상속분을 포기하거나 법정상속분에 못 미치는 상속재산을 취득한 채무자의 상속재산 분할협의는 그 채무자에 대하여 상속 개시 전에 채권을 취득한 채권자에 대한 관계에서는 채무자의 총 재산에 감소를 초래하는 행위라고 할 수 없으므로 사해행위에 해당하지 않는다.'고 한 원심을 파기한 예).

2376) 대법원 2011. 6. 9. 선고 2011다29307 판결(그 근거로는, "상속의 포기는 비록 포기자의 재산에 영향을 미치

취소의 대상이 되지 않는다.²³⁷⁷⁾

채무초과 상태에 있는 채무자가 상속재산의 분할협의를 하면서 상속재산에 관한 권리를 포기함으로써 결과적으로 일반 채권자에 대한 공동담보가 감소되었다 하더라도, 그 재산분할결과가 구체적 상속분²³⁷⁸⁾에 상당하는 정도에 미달하는 과소한 것이라고 인정되

는 바가 없지 아니하나(그러한 측면과 관련하여서는 '채무자 회생 및 파산에 관한 법률' 제386조도 참조) 앞서 본 대로 상속인으로서의 지위 자체를 소멸하게 하는 행위로서 이를 순전한 재산법적 행위와 같이 볼 것이 아니다. 오히려 상속의 포기는 1차적으로 피상속인 또는 후순위상속인을 포함하여 다른 상속인 등과의 인격적 관계를 전체적으로 판단하여 행하여지는 '인적 결단'으로서의 성질을 가진다고 할 것이다. 그러한 행위에 대하여 비록 상속인인 채무자가 무자력 상태에 있다고 하여서 그로 하여금 상속포기를 하지 못하게 하는 결과가 될 수 있는 채권자의 사해행위 취소를 쉽사리 인정할 것이 아니다. 그리고 상속은 피상속인이 사망 당시에 가지던 모든 재산적 권리 및 의무·부담을 포함하는 총체재산이 한꺼번에 포괄적으로 승계되는 것으로서 다수의 관련자가 이해관계를 가지는 바인데, 위와 같이 상속인으로서의 자격 자체를 좌우하는 상속포기의 의사표시에 사해행위에 해당하는 법률행위에 대하여 채권자 자신과 수익자 또는 전득자 사이에서만 상대적으로 그 효력이 없는 것으로 하는 채권자취소권의 적용이 있다고 하면, 상속을 둘러싼 법률관계는 그 법적 처리의 출발점이 되는 상속인 확정 단계에서부터 복잡하게 얽히게 되는 것을 면할 수 없다. 또한 이 사건에서의 원고와 같이 상속인의 채권자의 입장에서는 상속의 포기가 그의 기대를 저버리는 측면이 있다고 하더라도 채무자인 상속인의 재산을 현재의 상태보다 악화시키지 아니한다."라고 판시하고 있다.

2377) 대법원 2019. 1. 17. 선고 2018다260855 판결; "유증을 받을 자는 유언자의 사망 후에 언제든지 유증을 승인 또는 포기할 수 있고, 그 효력은 유언자가 사망한 때에 소급하여 발생하므로(민법 제1074조), 채무초과 상태에 있는 채무자라도 자유롭게 유증을 받을 것을 포기할 수 있다. 또한 채무자의 유증 포기가 직접적으로 채무자의 일반재산을 감소시켜 채무자의 재산을 유증 이전의 상태보다 악화시킨다고 볼 수도 없다. 따라서 유증을 받을 자가 이를 포기하는 것은 사해행위 취소의 대상이 되지 않는다고 보는 것이 옳다. ... 이 사건 부동산에 대한 유증 포기의 취소 및 그 원상회복을 구하는 원고의 청구를 받아들이지 아니한 것은 정당하고"

2378) ○ 대법원 2001. 2. 9. 선고 2000다51797 판결; "공동상속인의 상속분은 그 유류분을 침해하지 않는 한 피상속인이 유언으로 지정한 때에는 그에 의하고, 그러한 유언이 없을 때에는 법정상속분에 의하나, 피상속인으로부터 재산의 증여 또는 유증을 받은 자는 그 수증재산이 자기의 상속분에 부족한 한도 내에서만 상속분이 있고(민법 제1008조), 피상속인의 재산의 유지 또는 증가에 특별히 기여하거나 피상속인을 특별히 부양한 공동상속인은 상속 개시 당시의 피상속인의 재산가액에서 그 기여분을 공제한 액을 상속재산으로 보고 지정상속분 또는 법정상속분에 기여분을 가산한 액으로써 그 자의 상속분으로 하므로(민법 제1008조의2 제1항), 지정상속분이나 법정상속분이 곧 공동상속인의 상속분이 되는 것이 아니고 특별수익이나 기여분이 있는 한 그에 의하여 수정된 것이 재산분할의 기준이 되는 구체적 상속분이라 할 수 있다."

○ 대법원 2014. 7. 10. 선고 2012다26633 판결; "공동상속인 중 피상속인으로부터 재산의 증여 또는 유증을 받은 자는 그 수증재산이 자기의 상속분에 부족한 한도 내에서만 상속분이 있으므로(민법 제1008조), 공동상속인 중에 특별수익자가 있는 경우에는 이러한 특별수익을 고려하여 상속인별로 고유의 법정상속분을 수정하여 구체적인 상속분을 산정하게 되는데, 이러한 구체적 상속분을 산정함에 있어서는 피상속인이 상속개시 당시에 가지고 있던 재산의 가액에 생전 증여의 가액을 가산한 후 이 가액에 각 공동상속인별로 법정상속분율을 곱하여 산출된 상속분 가액으로부터 특별수익자의 수증재산인 증여 또는 유증의 가액을 공제하는 계산방법에 의하여야 하고, 금전채무와 같이 급부의 내용이 가분인 채무가 공동상속된 경우 이는 상속개시와 동시에 당연히 법정상속분에 따라 공동상속인에게 분할되어 귀속되는 것이므로 상속재산 분할의 대상이 될 여지가 없다. 따라서 특별수익자인 채무자의 상속재산 분할협의를 사해행위에 해당하는지를 판단함에 있어서도 위와 같은 방법으로 계산한 구체적 상속분을 기준으로 그 재산분할결과가 일반 채권자의 공동담보를 감소하게 하였는지 평가하여야 하고, 채무자가 상속한 금전채무를 구체적 상속분 산정에 포함할 것은 아니다." ㉠ 채무자인 소외 1이 채무초과 상태에서 부친인 소외 2의 유일한 재산인 시가 6억 원 상당의 사건 부동산을 상속받게 되자 다른 공동상속인들과 사이에 부동산에 설정된 근저당권의 피담보채무 70,492,636원을 피고가 면책적 인수하면서 부동산을 피고 단독 소유로 하기로 하는 상속재산 분할협의계약을 체결하였는데, 부동산의 가액에 소외 1의 특별수익 40,625,000원을 가산한 후 여기에 소외 1의 법정상속분을 곱하여 산출된 상속분 가액에서 특별수익의 가액을 공제하면 소외 1의 구체적 상속분은 57,932,692원인 사실을 인정한 다음, 이와 같이 채무초과의 상태에 있는 소외 1이 자신의 구체적 상속분에 미치지 못하는 상속채무 면제로 인한 10,845,020원의 이익만을 취득하고, 부동산에 관한 지분을 포기함으로써 공동담보가 감소되었으므로, 위 상속재산 분할협의를 사해행위

지 않는 한 사해행위로서 취소되어야 할 것은 아니고, 구체적 상속분에 상당하는 정도에 미달하는 과소한 경우에도 사해행위로서 취소되는 범위는 그 미달하는 부분에 한정하여야 하는데, 이때 지정상속분이나 기여분, 특별수익 등의 존부 등 구체적 상속분이 법정상속분과 다르다는 사정은 채무자 측이 주장·증명하여야 한다.²³⁷⁹⁾

채무초과 상태에 있는 채무자가 상속재산의 분할협의를 하면서 유일한 상속재산인 부동산에 관하여는 자신의 상속분을 포기하고 대신 소비하기 쉬운 현금을 지급받기로 하였다면, 이러한 행위는 실질적으로 채무자가 자기의 유일한 재산인 부동산을 매각하여 소비하기 쉬운 금전으로 바꾸는 것과 다르지 아니하여 특별한 사정이 없는 한 채권자에 대하여 사해행위가 되고, 이와 같은 금전의 성격에 비추어 상속재산 중에 위 부동산 외에 현금이 다소 있다 하여도 마찬가지로 보아야 한다.²³⁸⁰⁾

(아) 이혼에 따른 재산분할

이미 채무초과 상태에 있는 채무자가 이혼을 함에 있어 자신의 배우자에게 재산분할로 일정한 재산을 양도함으로써 결과적으로 일반 채권자에 대한 공동담보를 감소시키는 결과로 되어도, 위 재산분할이 상당한 정도를 벗어나는 과대한 것이라고 인정할 만한 특별한 사정이 없는 한 사해행위로서 채권자에 의한 취소의 대상으로 되는 것은 아니라고 할 것이나, 위와 같은 상당한 정도를 벗어나는 초과부분에 관한 한 적법한 재산분할이라고 할 수 없기 때문에 그 취소의 대상으로 될 수 있다고 할 것인데, 위와 같이 상당한 정도를 벗어나는 과대한 재산분할이라고 볼 만한 특별한 사정이 있다는 점에 관한 증명책임은 채권자에게 있다.²³⁸¹⁾

이혼 성립 후 협의 또는 심판에 의하여 구체화되지 않은 이혼에 따른 재산분할청구권을 포기하는 행위는 채권자취소권의 대상이 되지 아니한다.²³⁸²⁾

에 해당한다고 판단한 원심이 정당하다고 한 예.

2379) 대법원 2001. 2. 9. 선고 2000다51797 판결.

2380) 대법원 2008. 3. 13. 선고 2007다73765 판결(원고에 대하여만도 익대에 이르는 채무를 부담하는 등 거액의 채무초과 상태에서 별다른 재산이 없던 소외 1이 망 소외 2의 상속을 받게 되자 다른 공동상속인들인 피고, 소외 3, 4, 5, 6과 사이에 상속재산분할협의를 하면서 망인의 상속재산으로는 시가 390,000,000원 상당의 부동산과 망인 명의의 예금 74,751,574원만이 있었음에도 위 부동산에 대한 자신의 상속지분인 13분의 2 지분을 포기하고 대신 현금으로만 80,000,000원을 지급받기로 합의한 사안에서, 소외 1의 위와 같은 행위는 채무자가 유일한 부동산을 매각하여 소비하기 쉬운 현금으로 바꾸는 행위와 달리 볼 것이 아니므로, 이는 채권자인 원고를 해하는 것으로서 사해행위에 해당하고, 위 부동산에 대한 소외 1의 상속지분에 대한 상속재산분할 협의는 사해행위취소의 대상이 된다고 판단한 예).

2381) 대법원 2001. 2. 9. 선고 2000다63516 판결.

2382) 대법원 2013. 10. 11. 선고 2013다7936 판결; “이혼으로 인한 재산분할청구권은 이혼을 한 당사자의 일방이 다른 일방에 대하여 재산분할을 청구할 수 있는 권리로서 이혼이 성립한 때에 그 법적 효과로서 비로소 발생하는 것일 뿐만 아니라, 협의 또는 심판에 의하여 그 구체적 내용이 형성되기까지는 그 범위 및 내용이 불명확·불확정하기 때문에 구체적으로 권리가 발생하였다고 할 수 없으므로, 협의 또는 심판에 의하여 구체화되지 않은 재산분할청구권은 채무자의 책임재산에 해당하지 아니하고, 이를 포기하는 행위 또한 채권자취소권의 대상이

(자) 신탁행위

타인에 대하여 채무를 부담하는 사람이 자신이 소유한 재산 전부인 부동산에 관하여 제3자와 신탁계약을 체결하고 수탁자인 제3자에게 신탁재산으로 이전하는 경우 위탁자에게는 그 채권자가 강제집행을 할 수 있는 책임재산이 더 이상 남아 있지 아니하므로 신탁법 제8조²³⁸³⁾에서 정한 사해신탁에 해당할 수 있는데, 사업의 계속 추진을 위한 자금 융통의 방편으로 신탁계약을 체결한 경우는 사해신탁에 해당되지 않을 수 있다.²³⁸⁴⁾

될 수 없다고 할 것이다. ... 원고들의 채무자인 소외인이 피고와 이혼한 후에 아직 협의 또는 심판을 거치지 않은 상태에서 피고에 대한 재산분할청구권을 포기한 행위가 사해행위 취소의 대상이 되지 않는다고 판단한 것은 정당하고, ㉔ 협의 또는 심판을 의하여 구체화되지 않은 재산분할청구권을 '혼인이 해소되기 전'에 미리 포기하는 것은 그 실질상 허용되지 아니하고, 무효이다(대법원 2016. 1. 25.자 2015스451 결정).

2383) ○ 법률 제10924호로 2011. 7. 25. 전문개정된 신탁법 제8조(사해신탁)

① 채무자가 채권자를 해함을 알면서 신탁을 설정한 경우 채권자는 수탁자가 선의일지라도 수탁자나 수익자에게 「민법」 제406조제1항의 취소 및 원상회복을 청구할 수 있다. 다만, 수익자가 수익권을 취득할 당시 채권자를 해함을 알지 못한 경우에는 그러하지 아니하다.

② 제1항 단서의 경우에 여러 명의 수익자 중 일부가 수익권을 취득할 당시 채권자를 해함을 알지 못한 경우에는 약의 수익자만을 상대로 제1항 본문의 취소 및 원상회복을 청구할 수 있다.

③ 제1항 본문의 경우에 채권자는 선의의 수탁자에게 현존하는 신탁재산의 범위 내에서 원상회복을 청구할 수 있다.

④ 신탁이 취소되어 신탁재산이 원상회복된 경우 위탁자는 취소된 신탁과 관련하여 그 신탁의 수탁자와 거래한 선의의 제3자에 대하여 원상회복된 신탁재산의 한도 내에서 책임을 진다.

⑤ 채권자는 약의 수익자에게 그가 취득한 수익권을 위탁자에게 양도할 것을 청구할 수 있다. 이때 「민법」 제406조제2항을 준용한다.

⑥ 제1항의 경우 위탁자와 사해신탁의 설정을 공모하거나 위탁자에게 사해신탁의 설정을 교사·방조한 수익자 또는 수탁자는 위탁자와 연대하여 이로 인하여 채권자가 받은 손해를 배상할 책임을 진다.

○ 법률 제10924호로 2011. 7. 25. 전문개정되기 전의 신탁법 제8조(사해신탁)

① 채무자가 채권자를 해함을 알고 신탁을 설정한 경우에는 채권자는 수탁자가 선의일지라도 민법 제406조제1항의 취소 및 원상회복을 청구할 수 있다.

② 전항의 규정에 의한 취소와 원상회복은 수익자가 이미 받은 이익에 영향을 미치지 아니한다. 단, 수익자가 변제기가 도래하지 아니한 채권의 변제를 받은 경우 또는 수익자가 그 이익을 받은 당시에 채권자를 해함을 알았거나 중대한 과실로 이를 알지 못한 경우에는 예외로 한다.

2384) ○ 대법원 2011. 5. 23.자 2009마1176 결정: “자금난으로 사업을 계속 추진하기 어려운 상황에 처한 채무자가 자금을 융통하여 사업을 계속 추진하는 것이 채무변제력을 갖게 되는 최선의 방법이라고 생각하고 자금을 융통하기 위한 방편으로 신탁계약을 체결에 이르게 된 경우 이를 사해행위라고 보기 어려울 뿐만 아니라, 신탁계약상 위탁자가 스스로 수익자가 되는 이른바 자익신탁(自益信託)의 경우 신탁재산은 위탁자의 책임재산에서 제외되지만 다른 한편으로 위탁자는 신탁계약에 따른 수익권을 갖게 되어 위탁자의 채권자가 이에 대하여 강제집행을 할 수 있고, 이러한 수익권은 채무자가 유일한 재산인 부동산을 매각하여 소비하기 쉬운 금전으로 바꾸는 등의 행위와 달리 일반채권자들의 강제집행을 피해 은밀한 방법으로 처분되기 어려우며, 특히 수탁자가 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」에 따라 인가받아 신탁을 영업으로 하는 신탁업자인 경우 공신력 있는 신탁사무의 처리를 기대할 수 있으므로, 위탁자가 사업의 계속을 위하여 자익신탁을 설정한 것이 사해행위에 해당하는지 여부를 판단할 때는 단순히 신탁재산이 위탁자의 책임재산에서 이탈하여 외전상 무자력에 이르게 된다는 측면에만 주목할 것이 아니라, 신탁의 동기와 신탁계약의 내용, 이에 따른 위탁자의 지위, 신탁의 상대방 등을 두루 살펴 신탁의 설정으로 위탁자의 책임재산이나 변제능력에 실질적인 감소가 초래되었는지, 이에 따라 위탁자의 채무면탈이 가능해지거나 수탁자 등 제3자에게 부당한 이익이 귀속되는지, 채권자들의 실효적 강제집행이나 그밖의 채권 만족의 가능성에 새로운 장애가 생겨났는지 여부를 신중히 검토하여 판단하여야 한다.” ㉔ 甲 회사가 담보신탁을 통하여 회사의 전 재산인 골프장 부지와 시설에 관한 소유 명의를 乙에게 이전한 행위가 사해행위에 해당하는지 문제된 사안에서, 신규 자금의 조달을 통한 골프장 시설 개선을 하지 않고는 영업을 계속할 수 없는 상황에서 골프장 부지 등을 담보신탁의 목적물로 제공하고 이를 통해 융통한 자금으로 영업시설을 개선하여 사업을 계속 추진하는 것이 일반 채권자들에 대하여도 채무변제력을 갖게 되는

(차) 연속한 수개의 재산행위

채무자가 연속하여 수개의 재산처분행위를 한 경우, 원칙적으로 각 행위별로 그로 인하여 무자력이 초래되었는지 여부에 따라 사해성 여부를 판단하여야 하지만, 그 일련의 행위를 하나의 행위로 볼만한 특별한 사정이 있는 경우에는 이를 일괄하여 전체적으로 사해성이 있는지 여부를 판단하여야 하고, 그러한 특별 사정이 있는지 여부는 처분의 상대방이 동일한지, 각 처분이 시간적으로 근접한지, 상대방과 채무자가 특별한 관계가 있는지, 각 처분의 동기 내지 기회가 동일한지 등을 종합적으로 고려하여 판단한다.²³⁸⁵⁾

각 처분행위가 동일한 목적을 달성하기 위한 일련의 법적 처리과정에서 상호 연계하여 이루어진 것이라는 등 특별한 연관관계가 없는 경우까지도 그 범위를 함부로 넓혀서 하나의 행위인 것처럼 일괄 평가할 것은 아니다.²³⁸⁶⁾

최선의 방법이라고 생각하여 신탁계약의 체결에 이르게 되었다고 볼 수 있고, 위탁자인 甲 회사 등이 신탁수익에 대한 수익자일 뿐만 아니라 신탁원본에 대하여도 위 골프장 개선공사 자금을 제공하는 乙 등에 대한 대출채무와 신탁에 따른 비용을 정산한 나머지를 돌려받을 수 있는 수익자의 지위에 있어 이러한 수익권을 통한 채권 만족의 가능성이 남아 있으며, 특히 채권자의 甲 회사에 대한 대여금채권은 위 회사의 설립목적에 따른 제한으로 신탁계약 전에도 개별적인 지급청구나 이를 위한 강제집행 등 권리행사를 할 수 없도록 정관에 규정되어 있었던 이상 위 신탁으로 집행상 새로운 장애가 발생하였다고 볼 수도 없으므로, 위 신탁계약이 채권자를 해하는 사해행위에 해당한다고 단정하기 어렵다고 한 예.

○ 대법원 2003. 12. 12. 선고 2001다57884 판결: 채무자가 토지에 집합건물을 지어 분양하는 사업을 추진하던 중 이미 일부가 분양되었는데도 공정을 45.8%의 상태에서 자금난으로 공사를 계속할 수 없게 되자 건축을 계속 추진하여 건물을 완공하는 것이 이미 분양받은 채권자들을 포함하여 채권자들의 피해를 줄이고 자신도 채무변제력을 회복하는 최선의 방법이라고 생각하고, 사업을 계속하기 위한 방법으로 신탁법집행의 신탁회사와 사이에 신탁계약을 체결한 것으로 자금난으로 공사를 계속할 수 없었던 채무자로서는 최대한의 변제력을 확보하는 최선의 방법이었고 또한 공사를 완공하기 위한 부득이한 조치였다고 판단되므로 사해행위에 해당되지 않는다고 한 예.

2385) ○ 대법원 2014. 3. 27. 선고 2012다34740 판결: 원심이, 소외 1이 피고(소외 2 처)에게 사건 각 아파트 수분양권을 양도할 당시 채무초과 상태에 있었는지 여부를 판단하면서, 소외 1이 오빠 소외 2, 남편 소외 3과 아들 소외 4 앞으로 소유권이전등기를 마쳐준 아파트 8채를 적극재산에 포함시킨 데 대하여, 대법원은, 소외 1의 사건 각 아파트와 위 8채 아파트의 처분행위는 동일한 사해의사에 따른 일련의 행위로서 하나의 행위라고 평가할 여지가 충분하고, 그렇다면 수분양권을 양도함으로써 채무초과 상태에 이르렀는지를 판단함에 있어서는 위 8채 아파트를 적극재산으로 고려하면 아니 된다고 한 예.

○ 대법원 2010. 5. 27. 선고 2010다15387 판결: 채무자가 공장 부지·건물 등 합하여 하나의 '공장'으로서 경제적 일체를 이루는 부동산에 관한 매매계약을 체결하면서 그 부동산이 토지거래허가구역 내에 있어 거래허가를 받아야 함을 고려하여 소유권이전등기를 하기 전 상대방에게 근저당권을 설정해 주는 특약을 한 후, 그에 따라 근저당권설정계약을 체결하고 상대방에게 근저당권설정등기를 마쳐준 사안에서, 위 매매계약과 근저당권설정계약은 계약의 당사자가 동일하고, 목적물도 사실상 동일하며, 실질적으로 동시에 이루어졌고, 그 부동산이 토지거래허가의 대상임에도 그 허가를 얻지 아니한 채 매매계약이 체결되고 또 대금의 일부가 먼저 지급되는 등 근저당권설정계약이 주로 매매계약의 이행을 미리 확보할 목적으로 또는 매매계약이 무효로 확정된 경우 이미 지급된 매매대금의 반환을 담보할 목적으로 체결되었음을 알 수 있으므로, 위 계약들은 사해행위여부의 판단에서 이를 하나의 행위로 봄이 상당하고, 채무자의 채무초과 상태 등 사해행위 요건의 구비 여부는 애초의 법률행위인 매매계약 당시를 기준으로 판단하여야 한다고 한 예.

2386) 대법원 2013. 7. 25. 선고 2013다33874 판결: 원심은, 채무자가 그 소유 부동산 처분 대금을 남편인 피고 명의의 계좌로 송금하게 한 것은 피고에게 그 송금액 상당을 증여한 것이라고 한 다음, 그 각 송금행위 당시를 기준으로 채무초과 상태가 되었는지를 개별적으로 구분하여, 일련의 송금행위 중 2008. 12. 30.자 송금 당시

당사자 사이에 일련의 약정과 그 이행으로 최종적인 법률행위를 한 경우, 일련의 약정과 최종적인 법률행위를 동일한 법률행위로 평가할 수 없다면, 일련의 약정과 최종적인 법률행위에 대하여 사해행위의 성립 여부를 판단하여야 하고, 이때 동일한 법률행위로 평가할 수 있는지는 당사자가 같은지 여부, 일련의 약정에서 최종적인 법률행위의 내용이 특정되어 있거나 특정할 수 있는 방법과 기준이 정해져 있는지 여부, 조건 없이 최종적인 법률행위가 예정되어 있는지 여부 등을 종합하여 판단하여야 한다.²³⁸⁷⁾

가등기에 기하여 본등기가 마쳐진 경우 가등기의 원인인 법률행위와 본등기의 원인인 법률행위가 ‘다르지 않다면’, 사해행위 요건의 구비 여부는 ‘가등기의 원인인 법률행위’를 기준으로 하여 판단해야 하고, 서로 다르다면 본등기의 원인인 법률행위를 기준으로 판단해야 한다.²³⁸⁸⁾ 가등기권자가 가등기에 기한 본등기가 아니라 별도의 소유권이전등

는 아직 채무초과상태가 아니었다고 하여 그 증여행위에 대한 사해행위취소 청구는 배척하였는데, 원고(대한민국)가 상고이유로서, ‘2008. 12. 30.자로 송금된 1억 원과 2009. 1. 5.자로 송금된 2억 원은 동일한 부동산의 처분에 따른 중도금과 잔금으로서, 그 각 증여행위는 연속하여 수개의 처분행위를 한 것으로서 일련의 행위를 하나의 행위로 보아 전체적으로 사해성 여부를 판단하여야 하므로, 비록 위 1억 원을 송금할 당시는 아직 채무초과 상태가 아니었다 하더라도 그 부분 증여행위까지도 모두 사해행위취소의 대상에 포함시켜야 한다’고 주장한 데 대하여, 대법원은, ‘원고의 피보전채권은 주로 채무자가 위 각 부동산을 처분한 데 따라 발생한 양도소득세 납부채무이나 위 각 부동산의 처분행위 자체는 사해행위가 될 수 없는 것이고, 그 매매대금을 피고에게 송금하는 방법으로 증여한 각 행위는 각 별도의 처분행위인 이상, 그것이 사해행위가 되는지 여부는 각 증여행위 당시의 조세채무와 잔존 적극재산의 금액을 비교하여 판단할 것이다. 그 각 증여행위의 상대방이 동일하고 동일한 부동산의 처분대금을 증여한 것이라는 등 ... 사정이 있기는 하지만, 그 각 증여행위가 상호 연계되어 있다는 등 이를 전체적으로 일괄하여 하나의 사해행위로 평가할 특별한 사정이 있다고 할 수 없다.’고 하여 원심의 결론이 옳다고 한 예.

2387) 대법원 2009. 11. 12. 선고 2009다53437 판결; 상가 신축·분양 사업의 시행사, 대출금융기관, 시공사 사이의 사업약정서, 그에 따른 시행사와 피고 신탁회사 사이의 상가 신축건물에 대한 부동산관리신탁계약 및 그 변경 약정, 시행사와 피고 신탁회사 사이의 상가 신축건물에 대한 부동산담보신탁계약이 순차로 체결된 사안에서, 피고는 위 사업약정서의 당사자가 아니고, 1차 신탁계약은 상가부지가 될 토지에 대한 관리신탁에 지나지 않으며, 변경약정과 위 사업약정서는 ‘상가 신축건물의 보존등기 시까지 시행사의 대출금융기관에 대한 채무가 완제되지 않았을 경우’라는 조건부로 담보신탁계약을 체결할 의무를 부과하는 약정에 불과하여 향후 체결할 담보신탁계약의 신탁재산, 신탁기간, 수익자 등 그 구체적인 내용에 관하여 전혀 정함이 없으므로, 부동산담보신탁계약과 종전의 일련의 위와 같은 약정은 동일한 법률행위라고 볼 수 없다고 한 예.

2388) 대법원 2021. 9. 30. 선고 2019다266409 판결; “가등기와 본등기의 원인인 법률행위가 다르다면 사해행위 요건의 구비 여부는 본등기의 원인인 법률행위를 기준으로 판단해야 하고 제척기간의 기산일도 본등기의 원인인 법률행위가 사해행위임을 안 때라고 보아야 한다. 채무자가 유일한 재산인 부동산에 관하여 가등기의 효력이 소멸한 상태에서 새로 매매계약을 체결하고 말소되어야 할 가등기를 기초로 하여 본등기를 한 행위는 가등기의 원인인 법률행위와 별개로 일반채권자의 공동담보를 감소시키는 것으로 특별한 사정이 없는 한 채권자취소권의 대상인 사해행위이고, 이때 본등기의 원인인 새로운 매매계약을 기준으로 사해행위 여부나 제척기간의 준수 여부를 판단해야 한다. ... 소외 1과 소외 2의 매매계약에서 매매계약 완결일자를 2004. 8. 30.로 하고 별도 의사표시 없이 매매가 완결된 것으로 정하였다. 소외 2 명의의 가등기는 그 원인인 소유권이전등기청구권이 매매계약 완결일인 2004. 8. 30.부터 10년이 지나 소멸시효가 완성되었으므로 말소되어야 한다. 소외 1은 피고들과 새로 매매계약을 체결하면서 말소되어야 할 가등기를 유용하기로 합의하고 가등기를 기초로 하여 본등기를 해주었다. 이와 같이 본등기의 원인인 소외 1과 피고들의 매매계약은 가등기의 원인인 소외 1과 소외 2의 매매계약과 다르다. ... 소외 1과 피고들이 말소되어야 할 가등기를 유용하기로 한 합의는 매매계약의 이행방법을 합의한 것에 불과하여 사해행위로 취소되는 매매계약에 포함되고, 매매계약이 취소됨에 따라 그 합의도 취소되었다고 보아야 한다. 따라서 피고들은 가등기를 유용하기로 한 합의를 이유로 가등기 말소 청구에 대항할 수 없다.”

기를 마친 경우, 그 이전등기의 원인된 법률행위가 사해행위로서 취소되면, 그 원상회복으로서 위 이전등기는 말소되어야 하고, 가등기에 기한 본등기를 경료할 수 있는지 여부에 의하여 달리 볼 것은 아니다.²³⁸⁹⁾

(가) 무효행위

무효인 통정허위표시,²³⁹⁰⁾ 명의신탁약정도²³⁹¹⁾ 사해행위 취소의 대상이 될 수 있다.

(4) 사해행위 취소 및 원상회복의 범위

사해행위의 취소에 따른 원상회복은 원칙적으로 그 목적물 자체의 반환에 의하여 하고, 그것이 불가능하거나 현저히 곤란한 경우에 한하여 예외적으로 가액반환에 의한다. 사해행위 취소 및 원상회복의 범위는 ① 취소채권자의 피보전채권액,²³⁹²⁾ ② 일반채권자의 공동담보가액,²³⁹³⁾ ③ 수익자·전득자의 취득 이익의 각 범위 내로 한정되나,

○ 채무자 소유 부동산에 관하여 소유권이전청구권을 보전하기 위한 가등기를 마친 경우에, 가등기 자체만으로는 소유권이전의 효력이 발생하지 않지만 후일 본등기를 마치면 가등기 시에 소급하여 소유권변동의 효력이 발생하고 그 결과 채권자가 채무자의 재산으로부터 완전한 변제를 받을 수 없게 되어 채권자를 해할 수 있다. 따라서 채권자를 해하는 가등기의 원인된 법률행위는 사해행위로서 취소의 대상이 되고, 그 법률행위가 사해행위로 취소되면 특별한 사정이 없는 한 가등기권자는 그 취소에 따른 원상회복으로서 원물반환의무인 가등기말소의무를 진다(대법원 2015. 5. 21. 선고 2012다952 전원합의체 판결).

○ 집합채권의 양도담보의 예약이 체결된 다음 예약관결권의 행사에 의하여 채권이 양도된 경우 사해행위 여부는 양도담보 예약 시를 기준으로 판단하여야 한다(대법원 2016. 7. 14. 선고 2014다233268 판결).

2389) 대법원 2002. 7. 26. 선고 2001다73138, 73145 판결; “수익자가 다른 원인에 의하여 다시 채무자로부터 이전등기를 받을 수 있다고 하여 이미 이루어진 수익자 명의의 이전등기의 말소를 명할 수 없게 되는 것은 아니 ... 고 가등기권자가 가등기에 기한 본등기의 절차에 의하지 아니하고 별도의 소유권이전등기를 경료받은 경우에 있어서는, 특별한 사정이 없는 한 가등기권자가 재차 가등기에 기한 본등기를 청구할 수 있는 것이므로 그 별도의 소유권이전등기를 가등기에 기한 본등기와 동일하게 볼 수는 없다고 할 것이다. ... 피고가 소외인으로 부터 이전등기를 경료받기 이전에 가등기를 경료해 두고 있었다고 하더라도, 피고가 그 가등기에 기한 본등기 절차에 의하지 아니하고 별도로 소유권이전등기를 경료받았고 그 후 위 가등기는 말소되었으므로 위 이전등기를 위 가등기에 기한 본등기와 동일하게 볼 수는 없다고 할 것이고, 따라서 위 이전등기의 원인된 법률행위가 사해행위로서 취소되는 이상, 그 원상회복으로서 위 이전등기는 말소되어야 하는 것이고, 장차 위 가등기가 혼동의 법리에 의하여 부활되는지의 여부나 그와 같이 부활되는 가등기에 의하여 피고가 다시 본등기를 경료할 수 있는지의 여부 등에 의하여 달리 볼 것은 아니라고 할 것이다.”

2390) 대법원 2022. 5. 26. 선고 2021다288020 판결.

2391) 대법원 2004. 3. 25. 선고 2002다69358 판결[명의신탁자(채무자)가 채무초과상태에서 매수한 부동산의 등기 명의를 명의신탁자(수익자)에게 신탁(제3자간 등기명의신탁)한 다음 채권자들 중 1인(전득자)에게 대물변제로 양도한 경우, 명의신탁자의 채권자(원고)는 수익자 및 전득자를 상대로 위 명의신탁약정을 사해행위로 취소하고 그 각 소유권이전등기의 말소를 구하고, 매도인을 상대로 채무자를 대위하여 매매를 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 구할 수 있다]. ▶ 명의신탁에 따른 등기의 무효는 부동산실명법 제4조 제3항에 의하여 제3자에 대하여는 그가 선의든 악의든 주장할 수 없으나, 사해행위취소에 따른 등기의 무효는 악의의 전득자에 대하여는 주장할 수 있다는 점에서 차이가 있다.

2392) 대법원 2001. 9. 4. 선고 2000다66416 판결; “채권자가 채권자취소권을 행사할 때에는 원칙적으로 자신의 채권액을 초과하여 취소권을 행사할 수 없고, 이 때 채권자의 채권액에는 사해행위 이후 사실상 변론종결시까지 발생한 이자나 지연손해금이 포함된다.” ※ 피보전채권이 조세채권인 경우, 사해행위 이후 사실상 변론종결시까지 발생한 가산금과 증가산금이 포함된다(2006다66753).

2393) ○ 대법원 2008. 12. 11. 선고 2007다69162 판결; “사해행위의 취소 및 원상회복은 책임재산의 보전을 위하

다른 채권자가 배당요구를 할 것이 명백하거나 목적물이 불가분인 경우와 같이 특별한 사정이 있는 경우에는 취소채권자의 피보전채권액을 넘어서까지도 취소를 구할 수 있는데, 취소채권자가 위와 같은 특별한 사정을 주장·증명하여야 한다.^{2394) 2395)}

여 필요한 범위 내로 한정되어야 하므로 원래의 책임재산을 초과하는 부분까지 원상회복의 범위에 포함된다고 볼 수 없다. 따라서 부동산에 관한 법률행위가 사해행위에 해당하여 민법 제406조 제1항에 의하여 취소된 경우에 수익자 또는 전득자가 사해행위 이후 그 부동산을 직접 사용하거나 제3자에게 임대하였다고 하더라도, 당초 채권자의 공동담보를 이루는 채무자의 책임재산은 당해 부동산이었을 뿐 수익자 또는 전득자가 그 부동산을 사용함으로써 얻은 사용이익이나 임차인으로부터 받은 임대상당액까지 채무자의 책임재산이었다고 볼 수 없으므로 수익자 등이 원상회복으로서 당해 부동산을 반환하는 이외 그 사용이익이나 임대상당액을 반환해야 하는 것은 아니다."

○ 대법원 2010. 8. 19. 선고 2010다36209 판결: "사해행위취소권은 채권의 공동담보를 보전하는 것을 목적으로 하므로, 그 취소의 범위는 공동담보의 보전에 필요하고 충분한 범위에 한정된다. 따라서 채무자가 사해행위에 의하여 비로소 채무초과상태에 이르게 되는 경우에, 채권자는 사해행위가 가분(可分)인 한 그 중 채권의 공동담보로 부족하게 되는 부분만을 자신의 채권액을 한도로 취소하면 족하고, 그 행위 전부를 취소할 수는 없다고 할 것이다." ㉠ 원고에 대하여 5억 5천만 원의 임대차보증금반환채무 등을 지고 있던 소외 1이 그 남편 소외 2의 피고에 대한 2억 5천만 원의 차용금채무를 연대보증하였는데, 그 연대보증 당시 소외 1은 적극 재산으로 692,655,650원, 소극재산으로 588,520,547원이 있어, 연대보증으로 인하여 소극재산이 838,520,547원(= 588,520,547원 + 2억 5천만 원)이 됨으로써 소극재산이 145,864,897원(= 838,520,547원 - 692,655,650원)이 많은 채무초과상태에 이르게 된 사안에서, 위 연대보증계약 중 소극재산이 적극재산을 넘게 되는 부분이 사해행위에 해당한다고 판단하고, 위 연대보증계약 중 그 부분의 취소를 명한 원심이 정당하다고 한 예.

위 판결은, "그렇지 아니하고 그 행위 전부를 취소할 수 있다고 하면, 다음과 같은 불합리가 있다. 만일 이 사건의 경우에 소외 1이 소외 2의 채무를 1억 원의 범위에서 연대보증하였다고 하자. 이때 그 연대보증이 있어도 소외 1의 적극재산은 여전히 소극재산보다 많아서 그가 채무초과상태에 빠지지 않으므로 위 연대보증은 사해행위에 해당하지 아니하여, 원고는 그 연대보증행위에 대하여 전혀 사해취소를 할 수 없다. 그런데 소외 1이 1억 1천만 원의 범위에서 연대보증하였다면, 그는 이제 채무초과상태가 되므로, 원고는 돌연 그 연대보증행위 전부의 취소를 구할 수 있게 되는 것이다."라고 예를 들어 설명하고 있다.

2394) 대법원 2009. 1. 15. 선고 2007다61618 판결; "다른 하도급채권이 존재한다는 점 이외에는 달리 위 특별한 사정에 대한 주장·입증이 없으므로, 원고들의 피보전채권액에 한하여 취소를 명한 원심의 조치는 정당"

2395) ㉠ 원고들을 포함한 32인의 채권자의 채권액만도 32억 원에 달하는 사실을 인정할 수 있으므로 위 채권자들 가운데 원고들 이외의 채권자들이 경매절차의 배당액 26억 여 원에 대한 강제집행에 참가할 것이 명백하다고 한 예(2004다5822). ㉡ 다른 채권자들이 채권자단을 구성하고 있는 점에서 배당요구를 할 것이 명백하다고 보이므로 원고들의 채권액을 초과하여서까지 그 취소를 명한 원심은 정당하다고 한 예(97다10864). ㉢ 동일인의 소유인 토지와 건물의 처분행위를 사해행위로 취소하는 경우 그중 대지의 가격이 채권자의 채권액보다 다액이라 하더라도 대지와 건물 중 일방만을 취소하게 되면 건물의 소유자와 대지의 소유자가 다르게 되어 가격과 효용을 현저히 감소시킬 것이므로 전부를 취소함이 정당하다고 한 예(74다2114).