

다. 채권자취소

1) 소 송 물

가) 소송물과 청구형태

채권자취소소송의 소송물은 사해행위의 취소와 그 원상회복청구권이다.

채권자취소소송의 청구 형태는 통상 사해행위 즉, 무자력인 채무자의 재산감소행위의 취소라는 형성의 소와 그 원상회복이라는 이행의 소가 병합된 형태(후자의 청구는 전자의 청구가 인용될 것을 조건으로 구하는 것이다²²⁰⁶⁾²²⁰⁷⁾이지만, 사해행위 취소의 소와 원상회복청구의 소는 서로 소송물과 쟁점을 달리하는 별개의 소로서 양자가 반드시 동시에 제기되어야 하는 것은 아니고 별개로 제기될 수 있으며(사해행위의 취소를 구함이 없이 원상회복만을 구할 수는 없다),²²⁰⁸⁾ 전자의 소에서는 승소하더라도 후자의 소에서는 당사자가 제출한 공

2206) 따라서 전자의 청구는 형성판결의 특성상 판결이 확정되어야 비로소 효력이 발생하므로 후자의 청구와 관련된 가액배상의무는 사해행위의 취소를 명하는 판결이 확정된 때에 비로소 발생하여 그 판결이 확정된 다음 날부터 이행지체 책임을 지게 되고, 소송촉진 등에 관한 특례법 제3조 제1항 단서 소정의 장래이행의 소에 해당하여 그 본문의 법정이율은 적용되지 않으며, 민법 소정의 연 5%의 법정이율이 적용되고(대법원 2019. 4. 11. 선고 2018다203715 판결, 대법원 2009. 1. 15. 선고 2007다61618 판결 등), 가집행선고가 허용되지 않는다. 이전에 사해행위의 취소를 명하는 판결이 확정되어 있고 나중에 별소에서 원상회복으로서 가액배상을 명하는 때에는 위 특례법 소정의 이율이 적용될 수 있다. 채권자취소에 의한 원상회복의무는 형평의 전지에서 법이 특별히 인정한 것이고(97다58316) 전독자에게 가액배상을 명하는 경우를 생각해 보면 취소대상인 채무자와 수익자 사이의 사해행위가 상행위라 하여 가액배상금에 대한 지연손해금에 상법 소정의 연 6%를 적용할 것은 아니다.

2207) 대법원 2004. 1. 27. 선고 2003다6200 판결: “형성의 소는 그 판결이 확정됨으로써 비로소 권리변동의 효력이 발생하게 되므로 형성의 소와 이에 의하여 형성되는 법률관계를 전제로 하는 이행소송 등을 병합하여 제기할 수 없다고 할 것이지만, 민법 제406조 제1항은 채권자가 사해행위의 취소와 원상회복을 법원에 청구할 수 있다고 규정함으로써 사해행위취소청구에는 그 취소를 전제로 하는 원상회복청구를 병합하여 제기할 수 있도록 허용하고 있다. … 근저당권설정계약을 사해행위로서 취소하는 경우 … 채권자가 배당기일에 출석하여 수익자의 배당 부분에 대하여 이의를 하였다면 그 채권자는 사해행위취소의 소와 병합하여 원상회복으로서 배당이의의 소를 제기할 수 있다.” ⇨ “근저당권설정계약이 무효인 것으로 확정되지 아니한 상태에서 사해행위에 대한 원상회복의 방법으로서 배당이의의 청구를 허용할 수 없다.”고 한 원심을 파기한 사례.

cf. 형성의 소와 (형성되는 법률관계를 전제로 한) 이행의 소 등의 병합

법률관계의 변경·형성을 목적으로 하는 형성의 소는 법률에 명문의 규정이 있는 경우에 한하여 제기할 수 있다(대법원 2020. 4. 24.자 2019마6918 결정). 형성의 소와 (형성되는 법률관계를 전제로 한) 이행의 소 등의 병합에 관한 위 앞 부분 판시의 일반론과 관련해서 보면, ❶ 대법원 2013. 9. 13. 선고 2012다36661 판결은, “채권판결 불복의 소와 같은 형성의 소는 그 판결이 확정됨으로써 비로소 권리변동의 효력이 발생하게 되므로 이에 의하여 형성되는 법률관계를 전제로 하는 이행소송 등을 병합하여 제기할 수 없는 것이 원칙이다.”라고 하여 “채권판결에 대한 취소판결의 확정을 조건으로 한 수표금 청구”는 장래이행의 소로서 허용되지 않는다고 하였고, ❷ 대법원 1969. 12. 29. 선고 68다2425 판결은, “공유물 분할청구의 소는 공유자 사이의 기존의 공유관계를 폐기하고 각자의 단독 소유권을 취득하게 하는 형성의 소로서 공유자 사이의 권리관계를 정하는 창설적 판결을 구하는 것이므로 그 판결 전에는 공유물은 아직 분할되지 않고 따라서 분할물의 급부를 청구할 권리는 발생하지 않으며 분할판결의 확정으로 각자의 취득부분에 대하여 비로소 단독소유권이 창설되는 것이므로 미리 그 부분에 대한 소유권 확인의 청구도 할 수 없다.”고 하였으나, ❸ 대법원 2003. 12. 26. 선고 2002다61934 판결은, “법정지상권 또는 관습에 의한 지상권이 발생하였을 경우에 토지의 소유자가 지료를 청구함에 있어서 지료를 확정하는 재판이 있기 전에는 지료의 지급을 소구할 수 없는 것은 아니고, 법원에서 상당한 지료를 결정할 것을 전제로 하여 바로 그 급부를 구하는 청구를 할 수 있다.”고 하였다.

2208) 즉, ❶ 사해행위의 취소만을 먼저 청구한 다음 원상회복을 나중에 청구할 수 있고(대법원 2001. 9. 4. 선고

격·방어 방법 여하에 따라 패소할 수도 있다.²²⁰⁹⁾

채권자는 사해행위의 취소를 법원에 소를 제기하는 방법으로 청구할 수 있을 뿐 소송상의 공격 또는 방어방법으로는 주장할 수 없으나,²²¹⁰⁾ 반소로 사해행위의 취소를 구하면서 이를 본소에 대한 항변으로 주장할 수는 있다.²²¹¹⁾

채권자취소의 소에서 수익자 또는 전득자에게만 피고적격이 있고, 채무자에게는 피고적격이 없다.²²¹²⁾

2001다14108 판결. 이 경우 사해행위 취소 청구가 민법 제406조 제2항에 정하여진 기간 안에 제기되었다면 원상회복의 청구는 그 기간이 지난 뒤에도 할 수 있다. ② 사해행위의 취소만으로도 목적을 달성할 수 있는 경우에는 사해행위의 취소만의 청구로 그칠 수도 있다(예컨대, 사해행위가 '채무면제'인 경우). ③ 하지만, 원상회복의 전제가 되는 사해행위의 취소가 없는 이상 원상회복청구권은 인정되지 않으므로 사해행위의 취소를 구함이 없이 원상회복만을 구할 수는 없다(대법원 2008. 12. 11. 선고 2007다69162 판결).

2209) 대법원 2012. 12. 26. 선고 2011다60421 판결: "사해행위 취소의 소와 원상회복청구의 소는 서로 소송물과 쟁점을 달리하는 별개의 소로서 양자가 반드시 동시에 제기되어야 하는 것은 아니고 별개로 제기될 수 있으며, 전자의 소에서는 승소하더라도 후자의 소에서는 당사자가 제출한 공격·방어 방법 여하에 따라 패소할 수도 있고, 취소채권자가 사해행위 취소의 소를 제기하여 승소한 경우 그 취소의 효력은 민법 제407조에 의하여 모든 채권자의 이익을 위하여 미치고 이로써 그 소의 목적은 달성된다. 이에 비추어 보면, 채권자가 원상회복청구의 소에서 패소할 것이 예상된다는 이유로 그와 별개인 사해행위 취소의 소에 대하여 소송요건을 갖추지 못한 것으로 보아 소의 이익을 부정할 수는 없다." ㉠ 원고가 수익자인 피고를 상대로 근저당권설정계약의 취소와 함께 원상회복으로서 배당금의 반환을 청구한 사안에서, 원고가 임의경매절차에서 배당에 참가하지 아니하여 원상회복청구에서 패소할 수 있다고 하더라도 그와 별개인 사해행위 취소의 소에 관하여 소의 이익이 나 원고적격을 부정할 수 없다 하여 피고의 본안전항변을 배척한 원심이 정당하다고 한 예.

2210) 대법원 1993. 1. 26. 선고 92다11008 판결: 원고들이 주위적 청구로 피고를 명의로 경료된 소유권이전청구권의 보전을 위한 각 가등기와 그 가등기에 기하여 경료된 각 소유권이전등기의 말소등기절차의 이행을 청구하면서, 위 각 가등기와 본등기의 원인이 된 피고들과 소외 회사 사이의 법률행위가 원고들에 대한 관계에서 사해행위에 해당하여 준비서면의 송달로 위 사해행위를 취소하는 바이므로 피고들은 원상회복의 의무로서 위 각 가등기와 본등기를 말소할 의무가 있다고 주장하는 것은, 사해행위의 취소를 단순한 소송상의 공격방법으로 주장하는 것에 지나지 않는 것이고, 법원이 원고들에게 사해행위의 취소를 소구하는 것인지 여부를 설명하여야 할 의무가 없다고 한 예. ㉡ 동일 취지: 78다404 판결(사해행위취소에 관한 주장은 취소의 선언을 소구하지 않고 단지 항변만으로는 할 수 없다고 한 예).

2211) 대법원 2019. 3. 14. 선고 2018다277785, 277792 판결: "원고가 매매계약 등 법률행위에 기하여 소유권을 취득하였음을 전제로 피고를 상대로 일정한 청구를 할 때, 피고는 원고의 소유권 취득의 원인이 된 법률행위가 사해행위로서 취소되어야 한다고 다투면서, 동시에 반소로써 그 소유권 취득의 원인이 된 법률행위가 사해행위임을 이유로 그 법률행위의 취소와 원상회복으로 원고의 소유권이전등기의 말소절차 등의 이행을 구하는 것도 가능하다. 위와 같이 원고의 본소 청구에 대하여 피고가 본소 청구를 다투면서 사해행위의 취소 및 원상회복을 구하는 반소를 적법하게 제기한 경우, 그 사해행위의 취소 여부는 반소의 청구원인임과 동시에 본소 청구에 대한 방어방법이자, 본소 청구 인용 여부의 선결문제가 될 수 있다. 그 경우 법원이 반소 청구가 이유 있다고 판단하여, 사해행위의 취소 및 원상회복을 명하는 판결을 선고하는 경우, 비록 그 반소 청구에 대한 판결이 확정되지 않았다고 하더라도, 원고의 소유권 취득의 원인이 된 법률행위가 취소되었음을 전제로 원고의 본소 청구를 심리하여 판단할 수 있다고 봄이 타당하다. 그때에는 반소 사해행위취소 판결의 확정을 기다리지 않고, 반소 사해행위취소 판결을 이유로 원고의 본소 청구를 기각할 수 있다. 본소와 반소가 같은 소송절차 내에서 함께 심리, 판단되는 이상, 반소 사해행위취소 판결의 확정 여부가 본소 청구 판단 시 불확실한 상황이라고 보기 어렵고, 그로 인해 원고에게 소송상 지나친 부담을 지운다거나, 원고의 소송상 지위가 불안정해진다고 볼 수도 없다. 오히려 이로써 반소 사해행위취소소송의 심리를 무위로 만들지 않고, 소송경제를 도모하며, 본소 청구에 대한 판결과 반소 청구에 대한 판결의 모순 저축을 피할 수 있다." ㉢ 차람 소유자(원고)가 본소로 지당권의 말소를 청구하자 적당권자(피고, 채권자)가 원고의 차람 소유권 취득의 원인이 된 소외인(채무자)과 원고 간 매매계약이 사해행위라고 주장하면서 반소로 그 취소를 청구한 사안에서, 사해행위의 취소를 명하는 한편 이를 이유로 본소 청구를 기각한 원심의 판단을 수긍한 사례.

2212) 대법원 2009. 1. 15. 선고 2008다72394 판결.

채권자는 원상회복으로서 수익자를 상대로 채무자 앞으로 수익자 명의의 등기의 말소를 구하는 대신, 채무자 앞으로 직접 ‘진정한 등기명의를 회복’을 원인으로 한 소유권이 전등기절차의 이행을 구할 수도 있다.²²¹³⁾ 사해행위의 목적물이 동산이고 그 현물반환이 가능한 경우 취소채권자는 직접 자기에게 그 목적물의 인도를 청구할 수 있고,²²¹⁴⁾ 원상회복을 가액배상으로 하는 경우에 그 이행의 상대방은 채무자가 아니라 채권자인 원고이다.²²¹⁵⁾ 수익자와 전득자의 각 가액배상의무는 부진정연대관계에 있다.²²¹⁶⁾

사해행위취소 소송의 의무이행지는 ‘취소의 대상인 법률행위의 의무이행지’가 아니라 ‘취소로 인하여 형성되는 법률관계에 있어서의 의무이행지’이다.²²¹⁷⁾

나) 소 변경과 공격방법 주장 변경의 구별

금원지급행위의 법률적 평가에 관한 주장,²²¹⁸⁾ 피보전채권의 추가·교환²²¹⁹⁾은 사

2213) 대법원 2000. 2. 25. 선고 99다53704 판결.

2214) 대법원 1999. 8. 24. 선고 99다23468, 23475 판결(목적물이 주권인 사안).

2215) 대법원 2008. 4. 24. 선고 2007다84352 판결: “채권자취소권은 채무자의 사해행위를 채권자와 수익자 또는 전득자 사이에서 상대적으로 취소하고 채무자의 책임재산에서 일탈한 재산을 회복하여 채권자의 강제집행이 가능하도록 하는 것을 본질로 하는 권리이므로 원상회복을 가액배상으로 하는 경우에 그 이행의 상대방은 채권자이어야 한다고 할 것이다.”

2216) 대법원 2019. 4. 11. 선고 2018다203715 판결.

2217) 따라서 의무이행지 특별재판적을 정함에 있어, 사해행위취소에 따른 원상회복으로서 소유권이전등기 말소등기 의무의 이행지는 그 등기관서 소재지라고 볼 것이지, 채권자 원고의 주소지를 그 의무이행지로 볼 수는 없다(대법원 2002. 5. 10.자 2002마1156 결정).

2218) 대법원 2005. 3. 25. 선고 2004다10985, 10992 판결: “채권자가 채무자의 어떤 금원지급행위가 사해행위에 해당한다고 하여 그 취소를 청구하면서 다만 그 금원지급행위의 법률적 평가와 관련하여 증여 또는 변제로 달리 주장하는 것은 그 사해행위취소권을 이유 있게 하는 공격방법에 관한 주장을 달리하는 것일 뿐이지 소송물 또는 청구 자체를 달리하는 것으로 볼 수 없다.” ⇨ 소송 도중에 하나의 금원지급행위에 대하여 ‘금원지급행위’의 취소와 그 원상회복을 구하는 채권자취소소송을 예비적 청구로 그 제척기간 내에 추가하였다가, 제척기간 도과 후에 제1 예비적 청구로서 그 금원지급행위를 증여로 보아 ‘증여’의 취소와 그 원상회복을 구하고, 제2 예비적 청구로서 위 금원지급행위를 변제로 보아 ‘변제’의 취소와 그 원상회복을 구하는 것으로 청구취지를 변경한 경우, 위 각 청구는 소송물이 다른 별개의 청구가 아니라 소송물이 동일한 하나의 청구이므로, 제척기간 이내에 위 금원지급행위가 사해행위에 해당한다 하여 그 취소가 소구된 이상, 제1 예비적 청구와 제2 예비적 청구를 하나의 예비적 청구로 보고 그에 관한 피고의 제척기간 도과의 본안전 항변을 배척한 후 본안 판단을 한 예.

2219) 대법원 2012. 7. 5. 선고 2010다80503 판결: “채권자가 사해행위취소 및 원상회복청구를 하면서 그 보전하고자 하는 채권을 추가하거나 교환하는 것은 그 사해행위취소권과 원상회복청구권을 이유 있게 하는 공격방법에 관한 주장을 변경하는 것일 뿐이지 소송물 또는 청구 자체를 변경하는 것이 아니므로, 채권자가 보전하고자 하는 채권을 달리하여 동일한 법률행위의 취소 및 원상회복을 구하는 채권자취소의 소를 이중으로 제기하는 경우 전소와 후소는 소송물이 동일하다고 보아야 하고, 이는 전소나 후소 중 어느 하나가 승계참가신청에 의하여 이루어진 경우에도 마찬가지이다.” ⇨ 원고 승계참가인이 피고를 상대로 소외인에 대한 구상금채권을 피보전채권으로 하여 매매계약의 취소와 가액배상을 구하는 채권자취소의 소를 제기하여 그 소장부분이 2008. 9. 3. 피고에게 송달되었고(= 전소), 원고도 피고를 상대로 소외인에 대한 양수금채권을 피보전채권으로 하여 위 매매계약의 취소와 가액배상을 구하는 채권자취소의 소를 제기하여 그 소장부분이 2008. 9. 12. 피고에게 송달되었는데(= 후소), 참가인은 전소 제1심판결 선고 전인 2009. 7. 7. 원고로부터 후소의 피보전채권을 양수 받은 후 이를 이유로 2009. 9. 2. 승계참가를 신청하였고, 원고는 소송탈퇴서를 제출하였으며, 전소 제1심법원은 2009. 11. 12. 참가인의 청구를 기각하였고, 이에 참가인이 항소하였으나, 그 항소심에서 2010. 11. 3. 참가인의 항소가 기각되어 후소가 대법원에 계속 중이던 2010. 11. 27. 확정된 사안에서, ‘참가인의 승계참가

해행위취소권을 이유 있게 하는 공격방법에 관한 주장을 달리하는 것일 뿐이지, 소송물 또는 청구 자체를 달리하는 것으로 볼 수 없다(따라서 제척기간 준수 여부는 금원지급행위의 법률적 평가 변경 시점이나 피보전채권의 추가·교환 시점이 아니라 애초의 소재기 시점을 기준으로 따지면 족하고, 채권자가 피보전채권을 달리하여 채권자취소의 소를 이중으로 제기한 경우, 양 소는 소송물이 동일하여 전소 확정판결의 기판력이 후소에 미치며, 이는 어느 하나가 승계참가신청에 의하여 이루어진 경우에도 마찬가지이다).

다) 원물반환청구와 가액배상청구와의 관계

(1) 가액배상의 요건

사해행위의 취소에 따른 원상회복은 원칙적으로 그 목적물 자체의 반환에 의하여 하고, 그것이 불가능하거나 현저히 곤란한 경우에 한하여 예외적으로 가액반환에 의하여야 한다. 원래 채권자와 아무런 채권·채무관계가 없었던 수익자가 채권자취소에 의하여 원상회복의무를 부담하는 것은 형평의 견지에서 법이 특별히 인정한 것이므로, 그 가액배상의 의무는 목적물의 반환이 불가능하거나 현저히 곤란하게 됨으로써 성립하고,²²²⁰⁾ 그 외에 그와 같이 불가능하게 된 데에 상대방인 '수익자 등의 고의나 과실'을 요하는 것은 아니다. 사해행위의 목적물이 수익자로부터 전득자로 이전되어 그 '등기'까지 경료되었다면, 후일 채권자가 전득자를 상대로 소송을 통하여 구제받을 수 있는지 여부에 관계없이, 특별한 사정(= 수익자가 전득자로부터 목적물의 소유권을 회복하여 이를 다시 채권자에게 이전하여 줄 수 있는 사정)이 없는 한 그로써 채권자에 대한 목적물의 원상회복의무는 '법률상 이행불능'의 상태에 있다고 봄이 상당하다.²²²¹⁾

판례가 가액배상 사유에 해당하는 것으로 본 구체적 예로는, ① 사해행위 후 그 목적물에 관하여 선의의 제3자가 정당권을 취득한 경우(이 경우 원고의 피보전채권액 범위 내에서 사해행위 당시 일반 채권자들의 공동담보로 되어 있었던 '부동산 가액 전부'의 배상을 명하여야 하고, 그 가액에서 제3자가 취득한 정당권의 피담보채권액을 공제할 것은 아니다),²²²²⁾ ② 정당권이 설정되어 있는 부동산이 사해행위로 이전된 후 변제 등²²²³⁾에 의하여 정당권설정등기가 말소된 경

신청으로 인한 이 사건 소송은 전소와 채권자취소의 소의 피보전채권만 달리할 뿐 당사자와 소송물이 동일하고, 이 사건 소송의 상고심 계속 중 전소가 참가인의 패소판결로 확정되었으므로 이 사건 청구에 대하여는 전소의 확정판결의 기판력이 그대로 미친다'고 하고, '이 사건 청구에 대하여도 확정판결과 모순 없는 판단을 하기 위하여 이를 기각하여야 할 것'이라 하며, 원심판결을 직권으로 파기, 재판한 예.

2220) 여기서 원물반환이 불가능하거나 현저히 곤란한 경우라 함은, 원물반환이 단순히 절대적, 물리적으로 불능인 경우가 아니라 사회생활상의 경험법칙 또는 거래상의 관념에 비추어 채권자가 수익자나 전득자로부터 이행의 실효를 기대할 수 없는 경우를 말한다.

2221) 대법원 1998. 5. 15. 선고 97다58316 판결.

2222) 대법원 2023. 6. 29. 선고 2022다244928 판결.

2223) 피담보채무의 소멸의 원인이 무엇인지, 변제에 있어서 실제 자금의 출연주체가 누구인지 여부는 나아가 따질 여지가 없다(2002다41589).

우(이 경우 사실심 변론종결 시를 기준으로 하여 ① 원고의 피보전채권액, ⑤ 공동담보가액(부동산 가액에서 저당권의 피담보채무액,²²²⁴⁾ 우선변제권 있는 임차보증금 반환채권액,²²²⁵⁾ 우선변제권 있는 조세채권액²²²⁶⁾ 등 ‘공동담보로 되어 있지 않던 부분’의 가액을 뺀 나머지 금액), ③ 피고(수익자·전득자)의 취득 이익의 3가지 중 가장 적은 금액을 한도로 가액배상을 구할 수 있다,²²²⁷⁾ ③ 공동저당권이 설정된

2224) 대법원 2009. 6. 11. 선고 2007다4004 판결; “저당권이 설정되어 있는 부동산이 사해행위로 이전된 경우에 그 사해행위는 부동산의 가액에서 저당권의 피담보채권액을 공제한 잔액의 범위 내에서만 성립한다고 보아야 하고, 사해행위 후 변제 등에 의하여 저당권설정등기가 말소된 경우, 사해행위를 취소하여 그 부동산 자체의 회복을 명하는 것은 당초 일반 채권자들의 공동담보로 되어 있지 아니하던 부분까지 회복을 명하는 것이 되어 공평에 반하는 결과가 되므로, 그 부동산의 가액에서 저당권의 피담보채무액을 공제한 잔액의 한도에서 사해행위를 취소하고 그 가액의 배상을 구할 수 있을 뿐이다.” ➡ ❶ 이러한 법리는 유치권의 목적인 부동산이 사해행위로 처분된 경우에도 마찬가지이다(대법원 2013. 4. 11. 선고 2013다1105 판결; 사해행위 목적물인 건축물에 관한 유치권의 피담보채무액과 채무자의 또 다른 채권자들이 피고를 상대로 제기한 사해행위취소 소송에서 성립한 조정 결과에 따라 피고가 그 채권자들에게 가액배상으로 지급한 금액의 합계액이 건축물의 시가를 초과하므로, 피고가 원고들에게 배상할 가액이 남아 있지 않게 되었다고 판단한 예). ❷ 저당권설정행위 등이 사해행위에 해당하여 채권자가 저당권설정자를 상대로 제기한 사해행위 취소소송에서 채권자의 청구를 인용하는 판결이 선고되었다고 하더라도 이러한 사해행위 취소판결의 효력은 해당 부동산의 소유권을 이전받은 자에게 미치지 아니하므로, 저당권이 설정되어 있는 부동산이 사해행위로 양도된 경우 부동산의 가액에서 저당권의 피담보채무액을 공제한 잔액의 한도에서 그 양도행위를 사해행위로 취소하고 가액의 배상을 구할 수 있다는 앞서 본 법리는 저당권설정행위 등이 사해행위로 인정되어 취소된 때에도 마찬가지로 적용된다(대법원 2018. 6. 28. 선고 2018다214319 판결).

2225) 부동산에 관하여 주택임대차보호법 제3조 제1항이 정한 대항력을 갖추고 임대차계약서에 확정일자를 받아 임대차보증금 우선변제권을 가진 임차인 또는 같은 법 제8조에 의하여 임대차보증금 중 일정액을 우선하여 변제받을 수 있는 소액임차인이 있는 때에는 수익자가 배상하여야 할 부동산의 가액에서 그 우선변제권 있는 임차보증금 반환채권 금액을 공제하여야 하나(2007다29119), 같은 법 제3조 제1항이 정한 대항력만을 갖추고 그전에 이미 선순위 근저당권이 마쳐져 있어 부동산이 경락되는 경우 소멸할 운명에 놓인 임차권의 임차보증금 반환채권은 공제할 것은 아니다(99다51197, 51203). 사해행위 이전에 임대차계약이 체결되었고 임차인에게 임차보증금에 대해 우선변제권이 있다면, 부동산 가액 중 임차보증금에 해당하는 부분은 일반 채권자의 공동담보에 제공되었다고 볼 수 없으므로 수익자가 반환할 부동산 가액에서 우선변제권 있는 임차보증금 반환채권액을 공제하여야 하지만, 부동산에 관한 사해행위 이후에 비로소 채무자가 부동산을 임대한 경우에는 그 임차보증금을 가액반환의 범위에서 공제할 이유가 없다(대법원 2018. 9. 13. 선고 2018다215756 판결).

2226) 우선변제권이 있는 조세채권 등에 기초한 압류등기가 마쳐져 있는 경우에는 그 부동산 중에서 일반채권자의 공동담보에 제공되는 책임재산을 산정할 때 위 조세채권액 등을 공제하여야 한다(대법원 2023. 9. 21. 선고 2023다249739 판결). 증여의 형식으로 이루어진 사해행위를 취소하고 가액 배상을 명하는 경우 수익자에게 부과된 증여세액과 취득세액은 이를 공제할 것이 아니다(2003다40286).

2227) ㉠ 배상가액의 산정방법: 가액배상은 ① 채권자의 피보전채권액, ② 목적물의 공동담보가액, ③ 수익자·전득자의 각 취득 이익(소유권 이전의 경우 ㉡와 ㉢이 일치하나, 근저당권 설정의 경우라면 그 피담보채권액이 취득 이익이다) 중 가장 적은 금액을 한도로 이루어진다.

❶ 대법원 2001. 9. 4. 선고 2000다66416 판결; “근저당권이 설정되어 있는 부동산에 관하여 사해행위가 이루어진 후 근저당권이 말소되어 그 부동산의 가액에서 근저당권 피담보채무액을 공제한 나머지 금액의 한도에서 사해행위를 취소하고 가액의 배상을 명하는 경우 그 가액의 산정은 사실심 변론종결시를 기준으로 하여야 하고, 기존의 근저당권이 말소된 후 사해행위에 의하여 그 부동산에 관한 권리를 취득한 전득자에 대하여도 사실심 변론종결시의 부동산 가액에서 말소된 근저당권 피담보채무액을 공제한 금액의 한도에서 그가 취득한 이익에 대한 가액 배상을 명할 수 있다. 한편 채권자가 채권자취소권을 행사할 때에는 원칙적으로 자신의 채권액을 초과하여 취소권을 행사할 수 없고, 이 때 채권자의 채권액에는 사해행위 이후 사실심 변론종결시까지 발생한 이자나 지연손해금이 포함된다.” ➡ 채무자가 채권최고액 2억 2천만 원과 1억 2천만 원의 각 근저당권 설정등기가 이미 설정되어 있던 부동산을 처인 피고 1에게 증여하여 소유권이전등기를 마쳐주었고, 위 각 근저당권설정등기가 모두 말소된 후 피고 1은 피고 2에게 채권최고액 4억 원의 근저당권을 설정해 준 사안에서, 원심이, 원고는 변론종결 무렵의 부동산 가액 4억 6천만 원에서 위 증여 후 말소된 근저당권의 피담보채무액 합계 3억 4천만 원을 공제한 나머지 1억 2천만 원의 한도에서 증여계약을 취소하고 피고 1에게 가액의 배상을

수 개의 부동산 전부가 하나의 계약으로 동일인에게 사해행위로 일괄 양도된 후 변제 등에 의하여 공동저당권이 말소된 경우(목적물 전부를 사해행위로 취소하는 경우 가액배상액의 산정은 목적 부동산 전체의 가액에서 공동저당권의 피담보채권 총액을 공제하는 방식으로 하고, 일부 목적 물만을 사해행위로 취소하는 경우 그 일부 목적물의 사실심 변론종결 당시 가액에서 공제되어야 할 피담보 채권액은 공동저당권의 피담보채권총액을 사실심 변론종결 당시를 기준으로 한 공동저당 목적물의 가액에 비례하여 안분한 금액이다),²²²⁸⁾ ④ 사해행위의 목적인 부동산에 수 개의 저당권이 설정되어

구할 수 있고, 피고 2가 취득한 근저당권의 채권최고액 4억 원에서 말소된 각 근저당권의 피담보채무액을 공제한 나머지 6천만 원(4억 - 3억 4천만)의 한도에서 근저당권설정계약을 취소하고 피고 2에게 가액의 배상을 구할 수 있다고 보고, 원고에게 피고들은 각자 6천만 원·피고 1은 6천만 원을 지급할 의무가 있다고 판단한 데 대하여, 대법원은, 원고가 채무자를 상대로 제기한 공사대금 청구소송에서 “3천만 원 및 이에 대한 1996. 6. 25.부터 다 갚을 때까지 연 2할 5푼의 비율에 의한 금원을 지급하라”는 판결이 선고되고 그대로 확정되었으므로, 원고는 3천만 원과 이에 대한 1996. 6. 25.부터 원심변론종결일인 2000. 9. 6.까지 연 2할 5푼의 비율에 의한 31,516,393원을 합한 61,516,393원의 범위 내에서 채권자취소권을 행사할 수 있으므로, 원심이, 피고 1에 대하여 원고의 위 채권액을 초과하여 사해행위를 취소하고 1억 2천만 원의 배상을 명한 것은 잘못이고, 한편, 피고 2는 기존에 설정되어 있던 근저당권이 모두 말소된 후 근저당권을 취득함으로써 그 피담보채무액 4억 원 상당의 이익을 얻었고, 원심 변론종결시 부동산 가액에서 말소된 근저당권 피담보채무액을 공제한 금액도 원고의 채권액을 상회하므로, 원고는 그 채권액 전액에 대하여 채권자취소권을 행사하고 가액의 배상을 구할 수 있음에도 불구하고, 원고가 피고 2에 대하여는 6천만 원의 범위 내에서만 채권자취소권을 행사할 수 있다고 한 원심의 판단도 잘못이라고 한 사례. ㉞ 대법원 2019. 4. 11. 선고 2018다203715 판결: 전독자들 인 피고 4, 5의 가액배상사무는 원심 변론종결일을 기준으로 ‘목적물의 공동담보가액’과 ‘원고의 피보전채권액’ 중 적은 금액의 한도 내에서 ‘전독자들이 각 취득한 이익’으로 한정되므로, 원심으로서서는 피고 4 명의의 담보가 들기 및 피고 5 명의의 근저당권의 각 피담보채권액이 얼마였는지, 특히 피고 재단(수익자)에 대한 회생절차가 당시 진행 중이었으므로 피고 4, 5가 가진 종전 담보권이 회생계획인가로 인해 실제로 어떻게 변경되었는 지 등에 관하여 구체적으로 심리하여 전독자들인 위 피고들이 취득한 이익을 한도로 원고에게 지급하여야 할 가액배상액을 산정하였어야 한다고 한 예. ㉟ 대법원 2005. 10. 14. 선고 2003다60891 판결: “피담보채무액을 공제함에 있어 사실심 변론종결 당시의 피담보채무액이 사해행위 당시의 그것보다 현실적으로 증대되어 남아있는 경우에는 근저당권의 채권최고액의 범위 내에서 이를 모두 공제하여야 할 것이나, 그와 반대로 수익 자에 의하여 피담보채무의 일부가 대위변제되어 사실심 변론종결 당시의 피담보채무액이 사해행위 당시의 그 것보다 줄어들게 되었다면, 그러한 경우에도 사실심 변론종결 당시의 감소된 피담보채무액만을 공제하는 것은 사해행위 당시 채권자들의 공동담보로 제공되지 아니한 부분까지 회복시키는 결과가 되어 불공평하므로 사해 행위 당시의 피담보채무액을 공제하는 방법에 의하여 가액반환의 범위를 확정하여야 한다고 할 것이지만, 채무 자를 위하여 변제한 자는 변제자대위의 법리에 따라 채권최고액의 범위 내에서 채권자의 근저당권을 행사할 수 있는 것이어서 위와 같이 공제된 금액에서 대위변제된 금원을 또 다시 공제할 것은 아니라고 할 것이다. … 원심이 피고에 대하여 가액배상을 명함에 있어 대구은행의 근저당권에 기한 피담보채무 중 피고가 실제로 변제한 금액이 아닌 사해행위 당시의 피담보채무액을 공제하는 방법으로 가액반환의 범위를 확정 한 것은 정당한 것으로 수긍이 가고.”

2228) 대법원 2014. 6. 26. 선고 2012다77891 판결: “공동저당권이 설정된 수개의 부동산 전부의 매매계약이 사해 행위에 해당하고 사해행위의 목적 부동산 전부가 하나의 계약으로 동일인에게 일괄 양도된 경우에는 사해행위 로 되는 매매계약이 공동저당 부동산의 일부를 목적으로 할 때처럼 그 부동산 가액에서 공제하여야 할 피담보 채권액의 산정이 문제 되지 아니하므로 특별한 사정이 없는 한 그 취소에 따른 배상액의 산정은 목적 부동산 전체의 가액에서 공동저당권의 피담보채권 총액을 공제하는 방식으로 한이 취소채권자의 의사에도 부합하는 상당한 방법이라 할 것이고, 특별한 사정이 없는 한 목적물 전부를 사해행위로 취소하는 경우와 그중 일부를 개별적으로 취소하는 경우 사이에 그 취소에 따른 배상액 산정기준이 달라져야 할 이유가 없으므로 사해행위인 매매계약의 목적물 중 일부 목적물만을 사해행위로 취소하는 경우 그 일부 목적물의 사실심 변론종결 당시 가액에서 공제되어야 할 피담보채권액은 공동저당권의 피담보채권총액을 사실심 변론종결 당시를 기준으로 한 공동저당 목적물의 가액에 비례하여 안분한 금액이라고 보아야 할 것이다.” ㉠ 사해행위취소 및 그 반환의 범위를 정하는 것은 채권자의 처분권주의의 적용을 받으므로, 일부 목적물에 대하여만 취소를 구하는 것도 허용된다.

있다가 사해행위 후 그 중 일부의 저당권만이 말소된 경우(이 경우 배상가액은 사실심 변론종결 시를 기준으로 하여 부동산의 가액에서 말소된 저당권의 피담보채권액과 말소되지 아니한 저당권의 피담보채권액을 모두 공제하여 산정한다),²²²⁹⁾ ⑤ 사해행위인 매매예약에 기하여 수익자 앞으로 가등기를 마친 후 전득자 앞으로 그 가등기 이전의 부가등기를 마치고 나아가 그 가등기에 기한 본등기를 마친 경우,²²³⁰⁾ ⑥ 위탁자가 담보신탁된 부동산을 당초 예정된 신탁계약의 종료사유가 발생하기 전에 우선수익자 및 수탁자의 동의를 받아 제3자에게 처분하는 사해행위로 담보신탁계약상의 수익권을 소멸시킨 경우,²²³¹⁾ ⑦ 건축 중인 건물의 양도를 위해 사해행위로서 수익자 앞으로 건축주 명의가 변경된 다음, 수익자가 건물을 완공하여 사용승인을 받고 소유권보존등기까지 마침으로써 원상회복으로서 건축주명의변경절

2229) 대법원 2007. 7. 12. 선고 2005다65197 판결(사해행위 후 1. 2순위 근저당권이 말소되고, 3순위 근저당권의 피담보채권 중 일부가 채무자 재산에 대한 공매절차를 통하여 변제됨으로써 법원이 사해행위취소로 인한 원상회복으로 가액배상을 명하는 경우, 부동산의 시가에서 공제할 3순위 근저당권의 피담보채권액은 공매절차를 통하여 일부 변제된 후가 아닌 사해행위 당시의 피담보채권액이다).

2230) 대법원 2015. 5. 21. 선고 2012다952 전원합의체 판결: “사해행위인 매매예약에 기하여 수익자 앞으로 가등기를 마친 후 전득자 앞으로 그 가등기 이전의 부가등기를 마치고 나아가 그 가등기에 기한 본등기까지 마쳤다 하더라도, 위 부가등기는 사해행위인 매매예약에 기초한 수익자의 권리의 이전을 나타내는 것으로서 위 부가등기에 의하여 수익자로서의 지위가 소멸하지는 아니하며, 채권자는 수익자를 상대로 그 사해행위인 매매예약의 취소를 청구할 수 있다. 그리고 설령 부가등기의 결과 위 가등기 및 본등기에 대한 말소청구소송에서 수익자의 피고적격이 부정되는 등의 사유로 인하여 수익자의 원물반환의무인 가등기말소소송의 이행이 불가능하게 된다 하더라도 달리 볼 수 없으며, 특별한 사정이 없는 한 수익자는 위 가등기 및 본등기에 의하여 발생된 채권자들의 공동담보 부족에 관하여 원상회복의무로서 가액을 배상할 의무를 진다 할 것이다.”

☞ 이와 달리 사해행위인 매매예약에 의하여 마친 가등기를 부가등기에 의하여 이전하고 그 가등기에 기한 본등기를 마친 경우에, 그 가등기에 의한 권리의 양도인은 가등기말소등기청구 소송의 상대방이 될 수 없고 본등기의 명의인도 아니므로 가액배상의무를 부담하지 않는다는 취지의 판결은 위 판결의 견해에 배치되는 범위 안에서 변경되었다.

2231) 대법원 2016. 11. 25. 선고 2016다20732 판결: “위탁자가 금전채권을 담보하기 위하여 그 금전채권자를 우선수익자로, 위탁자를 수익자로 하여 위탁자 소유의 부동산을 신탁법에 따라 수탁자에게 이전하면서 채무불이행 시에는 신탁부동산을 처분하여 우선수익자의 채권 변제 등에 충당하고 나머지를 위탁자에게 반환하기로 하는 내용의 담보신탁을 해 둔 경우, 그 신탁부동산에 대하여 위탁자가 가지고 있는 담보신탁계약상의 수익권은 위탁자의 일반채권자들에게 공동담보로 제공되는 책임재산에 해당한다. 위탁자가 위와 같이 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 채무초과상태가 더 나빠지게 되었다면 이러한 위탁자의 처분행위는 위탁자의 일반채권자들을 해하는 행위로서 사해행위에 해당한다. 그 경우 사해행위취소에 따른 원상회복의 방법으로 제3자 앞으로 마쳐진 소유권이전등기를 단순히 말소하게 되면 당초 일반채권자들의 공동담보로 되어 있지 아니한 부분까지 회복시키는 것이 되어 공평에 반하는 결과가 된다. 이때는 그 부동산에 대하여 위탁자가 가지고 있던 담보신탁계약상 수익권의 평가금액 한도 내에서 위탁자의 법률행위를 취소하고 그 가액의 배상을 명하여야 한다.”

○ 대법원 1999. 11. 9. 선고 99다50101 판결: “채무자가 제3자에 대한 채무 담보의 목적으로 신탁법에 의하여 신탁한 부동산을 매도한 행위가 사해행위에 해당하는 경우 매수인이 채무자를 대위하여 제3자에 대한 채무를 변제하고 신탁계약을 해지하여 그 부동산의 소유권을 이전받았다면, 그 매매계약을 취소하여 신탁계약이 해지되기 전의 상태로 원상회복하는 것은 현저히 곤란하고, 그렇다고 부동산의 소유권 자체를 채무자에게 환원시키는 것은 당초 일반 채권자들의 공동담보로 되어 있지 아니한 부분까지 회복시키는 결과가 되어 공평에 반하므로, 결국 채권자는 부동산의 가액에서 매수인이 대위변제한 채무액을 공제한 잔액의 한도 내에서 매매계약의 일부 취소와 그 가액의 배상을 청구할 수밖에 없다고 보아야 한다. 매수인 앞으로 소유권이전등기가 마쳐지기 전에 채무자 앞으로 신탁재산의 귀속을 원인으로 한 소유권이전등기가 마쳐지는 중간과정을 거쳤다 하여 달리 볼 것은 아니다.”

차를 이행할 수 없게 된 경우,²²³²⁾ ⑧ 사해행위에 해당하는 채권양도가 채권자에 의하여 취소되기 전에 이미 채권양수인인 수익자 등이 제3채무자로부터 그 채권을 변제받는 등으로 양도채권이 소멸된 경우,²²³³⁾ 2234) ⑨ 채무자가 적극재산인 채권을 특정 채권자로 하여금 강제집행의 형식을 빌려 압류·전부받게 할 목적으로 채무부당행위를 하고 그에 대한 강제집행을 승낙하는 취지의 공정증서를 작성해 주어 채권자가 채권을 압류·전부 받은 경우²²³⁵⁾ 등이 있다.²²³⁶⁾ 2237)

2232) 대법원 2017. 4. 27. 선고 2016다279206 판결; 원심이, 미완성 상태의 이 사건 건물에 관한 건축주 명의로 피고 앞으로 변경된 후 피고가 완공하여 사용승인을 받고 소유권보존등기까지 마쳤으므로, 더 이상 사해행위에 따른 원상회복으로서 건축주명의변경절차를 이행할 수 없게 되었다고 보아 가액배상의 방법으로 원상회복의무를 이행하여야 한다고 하고, 위 건물의 가액을 836,799,000원으로 평가한 후, 여기에서 사해행위 후 변제로 소멸한 유치권의 피담보채무액 257,000,000원을 공제한 579,799,000원보다 적은 원고의 피보전채권액 129,058,073원의 범위 내에서 원고가 구하는 128,033,570원을 한도로 건축주명의변경 약정을 취소하고, 이에 따른 원상회복으로 피고는 원고에게 위 돈을 배상할 의무가 있다고 판단한 것은 정당하다고 한 예.

2233) 대법원 2003. 11. 28. 선고 2003다50061 판결(이 경우 채권자는 원상회복의 방법으로 수익자 등을 상대로 그 채권양도의 취소와 함께 변제로 수령한 금전의 지급을 가액배상의 방법으로 청구할 수 있고, 또한 취소채권자로서는 수익자나 전득자에 대하여 직접 자신에게 금전이나 동산을 지급할 것을 청구할 수 있다). 수익자가 제3채무자로부터 지급받은 금원 중 상당한 금액을 채무자에게 반환하였다고 하더라도 양도받은 채권 자체를 반환한 것이 아닌 이상 가액배상의 의무를 면하는 것은 아니다(대법원 2022. 1. 14. 선고 2018다295103 판결).
수익자가 아직 채권을 추심하지 아니한 때에는, 채권자는 사해행위취소에 따른 원상회복으로서 수익자가 제3채무자에 대하여 채권양도가 취소되었다는 취지의 통지를 하도록 청구한다(대법원 2015. 11. 17. 선고 2012다2743 판결).

2234) 고의의 불법행위로 인한 손해배상채권의 채무자는 그 채권을 수동채권으로 한 상계로 채권자에게 대항하지 못하고(민법 제496조) 그 결과 그 채권이 양도된 경우에 양수인에게도 상계로 대항할 수 없게 되나(민법 제451조 제2항 참조), 그 채권양도가 사해행위에 해당하는 경우 그 손해배상채권의 채무자가 채권양도인에 대한 채권자 지위에서 채권자취소권을 행사하여 채권양도의 취소를 구함과 아울러 그 취소에 따른 원상회복의 방법으로 직접 자신 앞으로 가액배상의 지급을 구하는 것 자체는 민법 제496조에 반하지 않으므로 허용된다(대법원 2011. 6. 10. 선고 2011다8980, 8997 판결).

2235) 대법원 2009. 1. 15. 선고 2007다61618 판결 등(구체적인 원상회복방법은 후술하는 '사해행위' 중 '여음발행 행위' 부분 참조).

2236) ◎ 기타 가액배상 예; ① 복합건물의 대지권에 설정된 저당권설정등기를 말소함과 아울러 그 저당권과 동일한 피담보채무를 담보할 목적으로 그 건물에 담보 목적의 매매계약으로 인한 가등기를 설정한 후 그 가등기에 기하여 담보권실행의 방법으로 매매계약을 원인으로 한 소유권이전등기를 마치고 이를 일정액으로 평가하여 채무금의 변제에 충당하는 것이 사해행위에 해당하는 경우(2007다4004). ② 채무자가 건물의 원시취득자에 대한 채권의 담보 등으로 건축허가 명의를 자신 앞으로 변경한 상태에서 건물이 완공되어 그 소유권보존등기를 자신 명의로 마치게 되면 곧 건물 전부를 수익자 또는 그가 지정하는 자에게 양도하기로 하는 매매계약을 체결하였는데, 원시취득자로부터 수익자는 기존의 채권액 상당의 가치 범위 내에서의 건물 부분을, 채무자는 나머지 건물 부분을 양도받기로 약정하였고, 그 건물이 아직 완공되지 않은 상태에서 수익자가 위 매매계약에 따라 추가공사비를 투입하여 건물을 완공함으로써 그의 비용으로 건물의 객관적 가치를 증대시키고 그 가치가 현존하고 있는 경우, 위 매매계약 전부를 취소하고 그 원상회복으로서 소유권이전등기의 말소등기절차의 이행을 명하게 되면 당초 일반채권자들의 공동담보로 되어 있지 아니하던 부분까지 회복을 명하는 것이 되어 공평에 반하는 결과가 된다는 이유로, 위 건물의 가액에서 공동담보로 되어 있지 아니한 부분의 가액을 산정하여 이를 공제한 잔액의 한도에서 사해행위를 취소하고 그 한도에서 가액의 배상을 명함이 상당하다고 한 사례(2007다28819, 28826).

2237) 가액배상 사유에 해당하지 않는 것으로 본 예로는, ① 사정변경에 따른 주식 가치의 변동(2007다63102), ② 사해행위의 목적이 상장주식인 경우(2007다18218) 등이 있고, ③ 소유권이전등기청구권보전을 위한 가등기가 사해행위로서 이루어진 경우 그 매매계약을 취소하고 원상회복으로서 가등기를 말소하면 족하고, 가등기 후에 저당권이 말소되었다거나 그 피담보채무가 일부 변제된 점 또는 그 가등기가 사실상 담보가등기라는 점

(2) 원물반환청구와 가액배상청구의 관계

소유권 이전의 사해행위 후 그 목적물에 관하여 제3자가 저당권·지상권 등의 권리를 취득한 경우, 채권자는 수익자를 상대로 원물반환 대신 그 가액 상당의 배상을 구할 수 있지만, 채권자가 스스로 위험이나 불이익을 감수하면서 원물반환을 구하는 것까지 허용되지 아니하는 것으로 볼 것은 아니고, 채권자는 가액배상 대신 수익자 명의의 등기의 말소나 채무자 앞으로의 소유권이전등기의 이행을 구할 수도 있으며, 이 경우 원상회복청구권은 사실심 변론종결 당시의 채권자의 선택에 따라 원물반환과 가액배상 중 어느 하나로 확정되고,²²³⁸⁾ 채권자가 일단 사해행위 취소 및 원상회복으로서 원물반환 청구를 하여 승소판결이 확정되었다면, 그 후 어떠한 사유로 원물반환의 목적을 달성할 수 없게 되었다고 하더라도 다시 원상회복청구권을 행사하여 가액배상을 청구할 수는 없으므로 그 청구는 권리보호의 이익이 없어 허용되지 않는다(양 청구는 소송물이 동일하다).²²³⁹⁾

사해행위인 계약 전부의 취소와 원물 반환을 구하는 청구취지 속에는, 일부를 취소하고 가액배상을 구하는 취지도 포함되어 있다고 볼 수 있으므로, 청구취지의 변경이 없

등은 그와 같은 원상회복의 방법에 아무런 영향을 주지 않는다(99다20612).

2238) ○ 원상회복의 방법으로 수익자 명의의 소유권이전등기의 말소를 구하여 승소하더라도 등기상 이해관계 있는 제3자인 저당권자나 지상권자 등의 승낙이나 이에 대항할 수 있는 재판의 등본을 첨부하지 못하여 등기의 말소를 신청할 수 없는 경우도 있을 수 있을 것이나, 채권자 스스로 그와 같은 위험을 감수하면서 수익자 명의의 등기의 말소를 구하는 원상회복 방법을 택한 이상 이를 허용하지 아니할 이유는 없다(대법원 2001. 2. 9. 선고 2000다57139 판결).

○ 가액배상의 방법으로 원상회복이 이루어져야 한다고 하더라도 채권자와 수익자 모두 원물반환을 원하고 있고, 원물반환에 의하더라도 일반 채권자들을 위한 책임재산의 보전이라는 채권자취소권의 목적 달성에 별다른 지장이 없는 경우라면 굳이 가액배상을 고집하기보다는 사해행위취소에 따른 본래적 의미의 원상회복 방법인 원물반환에 의하는 것이 오히려 공평의 관념에 부합한다고 할 것이고, 이러한 수익자의 의사는 사해행위취소의 효과로 수익자가 원상회복의무를 부담하는 때인 사해행위취소소송의 사실심 변론종결 시를 기준으로 판단함이 상당하다(대법원 2013. 4. 11. 선고 2012다107198 판결; 소외인(채무자)이 우선변제권 있는 임차인들이 있는 다가구주택을 피고(수익자)에게 매도하는 사해행위가 있은 후 피고가 우선변제권 있는 일부 임차인들에게 임대차보증금을 반환한 사안에서, 소외인의 다른 채권자인 신용보증기금으로부터도 사해행위취소의 소가 제기되는 등 피고가 위 주택의 시가보다 더 많은 액수의 가액배상 채무에 노출될 위험이 있다는 이유를 들어 원물반환을 원하고 있는 점 등을 고려하면, 원상회복은 원물반환에 의함이 상당하다고 하여 원고의 청구를 인용한 예).

2239) ① 대법원 2018. 12. 28. 선고 2017다265815 판결; 원고가 피고를 상대로 사해행위 취소 및 원상회복으로서 소유권이전등기의 말소등기를 청구하여 원고 승소 판결이 확정된 후, 주위적으로 가액배상을, 예비적으로 피고의 소유권이전등기말소의무가 이행불능 내지 집행불능임을 이유로 전보배상을 청구한 데 대하여 '원물반환을 명한 선행 판결이 확정되었음에도 다시 가액배상 또는 실질적으로 가액배상에 다른없는 전보배상을 구하는 것은 권리보호이익이 없다.'는 이유로 소를 각하하는 판결이 확정되었고, 이에 다시 원상회복으로서 소외인(채무자)에게 소유권이전등기할 것을 구하는 이 사건 소를 제기한 데 대하여 권리보호이익이 없어 부적법하다고 판단한 예. ② 2004다54978; 피고가 부동산의 원소유자로부터 사해행위로서 부동산을 매수하여 소유권이전등기를 마친 다음 제3자 앞으로 근저당권설정등기를 마쳤는데, 그 후 원소유자의 채권자인 원고가 피고를 상대로 사해행위 취소 및 원상회복으로서 원소유자에게로의 소유권이전등기를 청구하여 원고 승소 판결이 확정되었으나, 원고가 위 확정 판결에 따른 소유권이전등기를 지체하던 중 사해행위 이전에 이미 부동산에 설정되어 있던 선순위 근저당권이 실행되어 매각됨으로써 원소유자에게로의 소유권이전등기가 불가능해진 사안에서, 종전 확정 판결에 따른 원물반환이 불가능했음을 이유로 가액배상을 구하는 소는 권리보호의 이익이 없어 부적법하다는 이유로 각하한 사례.

라도 바로 가액반환을 명할 수 있다.²²⁴⁰⁾

(3) 가액배상과 별개의 소송물인 이행지체 전보배상과 이행불능 대상청구

수익자가 사해행위취소 소송의 확정판결에 따른 원상회복으로 대체물 인도의무를 이행하지 않았다는 이유만으로 취소채권자가 수익자를 상대로 민법 제395조에 따라 이행지체로 인한 전보배상을 구할 수는 없으나, 수익자의 대체물 인도 의무에 대한 강제집행이 불가능하거나 현저히 곤란하다고 평가할 수 있는 경우에는 전보배상을 구할 수 있다(위 전보배상청구와 가액배상청구는 소송물을 달리한다).²²⁴¹⁾

한편, 채권자가 종전의 사해행위취소소송에서 원물반환으로 저당권설정등기의 말소를 구하여 승소확정판결을 받았는데, 그 후 부동산이 경매로 제3자에게 매각됨으로써 전소 확정판결에 기한 수익자의 저당권설정등기말소등기의무가 이행불능된 경우, 채권자는(전소 승소확정판결의 기판력이 미치는 '가액배상청구권'과는 '별개의 소송물'인) '대상청구권'의 행사로 수익자가 저당권자로서 지급받은 배당금의 반환을 청구할 수 있다.²²⁴²⁾

2240) 대법원 2002. 11. 8. 선고 2002다41589 판결 등.

한편, 공동저당권이 설정된 수 개의 부동산에 관한 일괄 매매행위가 사해행위에 해당함을 이유로 그 매매계약의 전부 취소 및 그 원상회복으로서 각 소유권이전등기의 말소를 구하다가, 사해행위 이후 저당권이 소멸된 사정을 감안하여 법률상 이러한 경우 원상회복이 허용되는 범위 내의 가액배상을 구하는 것으로 청구취지를 변경하면서 그에 맞추어 사해행위취소의 청구취지를 변경한 데에 불과한 경우에는, 하나의 매매계약으로서의 당해 사해행위의 취소를 구하는 소 제기의 효과는 그대로 유지되고 있다고 봄이 상당하다 할 것이므로 비록 취소소송의 제척기간이 경과한 후에 당초의 청구취지변경이 잘못 되었음을 이유로 다시 위 매매계약의 전부취소 및 소유권이전등기의 말소를 구하는 것으로 청구취지를 변경한다 해도 최초 소 제기 시에 발생한 제척기간 준수의 효과에는 영향이 없다(대법원 2005. 5. 27. 선고 2004다67806 판결).

2241) 대법원 2024. 2. 15. 선고 2019다208724 판결: 원심이 '사해행위인 주식 매매계약을 취소하고, 그 원상회복으로 채무자에게 기명식 보통주를 양도하라'는 내용의 선행 확정판결에 따른 주식양도의무의 이행지체로 인한 전보배상이 일반적으로 허용된다는 전제 아래 원고의 전보배상청구를 받아들인 것은 잘못이나, 피고는 주식을 보유하고 있지 않은 데다가 자력이 부족하다는 이유로 주식양도의무를 임의로 이행하지 않고 있고, 피고가 조달하여 인도하여야 하는 주식의 총수 및 가액 등에 비추어 볼 때, 피고의 주식양도의무에 대한 강제집행이 불가능하거나 현저히 곤란하다고 평가할 수 있으므로, 원심의 잘못이 판결에 영향을 미쳤다고 보기는 어렵다고 한 예. cf. 민법 제395조(이행지체와 전보배상) 채무자가 채무의 이행을 지체한 경우에 채권자가 상당한 기간을 정하여 이행을 최고하여도 그 기간내에 이행하지 아니하거나 지체후의 이행이 채권자에게 이익이 없는 때에는 채권자는 수령을 거절하고 이행에 갈음한 손해배상을 청구할 수 있다.

2242) 대법원 2012. 6. 28. 선고 2010다71431 판결: 원심은, "① 이전 소송의 변론종결일은 2009. 3. 27.이고, 이 사건 부동산은 2009. 7. 17. 관련 경매사건에서 임의경매로 매각됨으로써, 원고가 피고를 상대로 이전 소송에서 원물반환으로써 구한 이 사건 근저당권설정등기의 말소가 불가능하게 된 점, ② 이 사건 근저당권설정등기 이후 이 사건 부동산에 관하여 소외인 앞으로 소유권이전등기가 마쳐져 있기는 하였으나, 원고가 소외인 명의의 소유권이전등기에 대해서도 사해행위를 이유로 말소를 구하고 있었으므로, 이전 소송 변론종결 당시 소외인 명의의 소유권이전등기가 마쳐져 있다고 하여 원물반환이 불가능하거나 현저히 곤란하다고 할 수 없고, 이전 소송 변론종결 당시 관련 경매사건이 진행 중이었다고 하더라도 그로 인하여 원물반환이 불가능하거나 현저히 곤란하였다고 할 수도 없었으므로 이전 소송 변론종결 당시 원고는 가액배상을 구할 수도 없었던 점, ③ 관련 경매사건이 진행 중이었다고 하더라도, 원고가 이전 소송 변론종결 당시 가액배상을 청구할 수 없었으므로 원고가 이전 소송에서 관련 경매사건의 진행경과를 기다렸다가 그에 맞추어 청구취지를 변경했어야 했다고 볼 수도 없고, 원고가 그렇게 하지 않았다고 하여 가액배상청구권을 행사할 수 없다고 하는 것은 취소채권자의 원상회복청구권을 지나치게 제약하고 수익자에게 부당한 이익을 안겨 준다는 점, ④ 채권자 취소권을 행사하는 채권자가 가액배상을 통하여 사실상 우선변제를 받게 되는 것은 가액배상의 경우 일반적인

라) 저당권설정계약 취소에 따른 배당금 반환의 청구형태

저당권설정계약을 사해행위로 취소하는 경우 경매절차가 진행되어 타인이 소유권을 취득하고 저당권설정등기가 말소되었다면 원물반환이 불가능하므로 가액배상의 방법으로 원상회복을 명한다. 이때 ❶ 이미 배당이 종료되어 수익자가 배당금을 수령한 경우에는, 수익자로 하여금 배당금을 반환하도록 명하고, ❷ 배당표가 확정되었으나 채권자의 배당금지급금지가처분으로 인하여 수익자가 배당금을 현실적으로 지급받지 못한 경우에는, (수익자의 대한민국에 대한) 배당금지급채권의 양도와 그 채권양도의 통지를 명²²⁴³⁾ 하며(이는 경매법원이 수익자에게 배당하여야 할 금원을 수익자에게 배당하지 않고 다른 사람에게 배당하는 바람에 수익자가 배당금을 지급받지 못하고, 자신의 권리 이상으로 배당을 받은 다른 사람에게 대하여 '부당이득반환채권'을 취득한 경우에도 마찬가지이다²²⁴⁴⁾), ❸ 채권자가 배당기일에 출석하여 수익자의 배당 부분에 대하여 이의를 하였다면 그 채권자는 사해행위취소의 소를 제기함과 아울러 그 원상회복의 방법으로 배당이의의 소를 제기할 수 있다(이상의 법리는, 저당권이 설정된 부동산의 소유권이 사해행위로 양도되었다가 그 저당권의 실행으로 말미암아 양수인인 수익자나

로 발생되는 결과인 점 등을 고려하면 이 사건 소는 이전 소송 확정판결의 기판력에 반한다거나 권리보호이익이 없다고 볼 수 없으므로, 사해행위로서 취소된 근저당권에 기하여 배당을 받은 피고는 원고에게 가액배상으로 배당받은 금액을 반환할 의무가 있다"는 이유로 원고의 청구를 인용하였는데, 대법원은, "이 사건과 같이 부동산이 임의경매절차에 의하여 제3자에게 낙찰됨으로써 확정된 이전 판결에 기한 피고의 근저당권설정등기의 말소등기절차의무가 이행불능이 된 경우, 원고는 대상청구권의 행사로서 피고가 말소될 근저당권설정등기에 기한 근저당권자로서 지급받은 배당금의 반환을 청구할 수도 있다고 보아야 할 것인데, ... 원고는 소장에서 '이 사건 근저당권설정계약이 사해행위로서 이미 확정판결에 의하여 취소되었고, 피고의 이 사건 근저당권설정등기가 임의경매 진행으로 인해 배당금청구권으로 변했으므로 피고에 대하여 원상회복의 수단으로 위 배당금청구권을 김OO에게 양도하라는 등의 의사표시를 구하는 것입니다'라고 주장한 후, 피고가 이 사건 부동산에 관한 임의경매절차에서 근저당권자로서 배당금을 수령하자 2009. 10. 9. 청구취지 및 원인변경신청서를 제출하면서 '원상회복으로 피고가 지급받은 배당금 상당금원의 지급을 구하는 것'으로 청구취지 및 청구원인을 변경한 사실을 알 수 있으므로 원고의 위와 같은 주장 속에는 가액배상만을 구하는 것이 아니라 대상청구도 함께 구하고 있는 것으로 봄이 상당하다. 그렇다면 원심이 ... 원고의 청구를 인용한 결론은 수긍이 가고, ... 사해행위취소소송의 소송물에 관한 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없으므로 피고의 상고이유는 받아들일 수 없다."라고 한 예.

2243) 주문(청구취지)은 '피고(수익자)는 소외 채무자에게 별지 배당금 지급채권을 양도하는 의사표시를 하고, 소외 대한민국에게 그 채권양도 취지의 통지를 하라'는 형식이 된다. ➡ 배당금채권을 사해행위를 한 채무자에게 양도하고 채권양도의 통지를 배당금채권의 채무자에게 할 것을 명하여야 한다(대법원 2023. 11. 16. 선고 2023다254519 판결; 배당금채권을 원고들에게 양도하도록 한 원심을 파기한 예).

경매법원이 공탁한 배당금은 그 경매절차에서 적법하게 배당요구하였던 다른 채권자들에게 추가배당하여야 하고, 그 공탁금지급청구권에 관한 채권양류 및 추심명령은 추가배당절차에서 배당되고 남은 잉여금에 한하여 효력이 있을 뿐이므로, 채권자취소 채권자나 적법하게 배당요구하였던 다른 채권자들로서는 추가배당 이외의 다른 절차를 통하여 채권의 만족을 얻을 수는 없다고 할 것이어서, 취소채권자라고 하더라도 배당금지급청구권에 대한 채권양류 및 추심명령에 기하여 배당금을 우선 수령하는 것은 허용되지 아니하고, 취소채권자가 그와 같은 절차를 거쳐 배당금을 우선 수령하였다면, 적법하게 배당요구하였던 다른 채권자들과의 관계에서 부당이득이 성립한다(대법원 2009. 5. 14. 선고 2007다64310 판결).

2244) 대법원 2008. 12. 11. 선고 2007다91398, 91404 판결; 피고(수익자)가 소외인에 대한 부당이득반환채권을 포기하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 피고에 대하여 원상회복으로서 소외인에 대한 부당이득반환채권의 양도절차의 이행을 명함은 별론으로 하고, 실제 배당받지도 아니한 금원 상당액의 지급을 명할 수는 없다고 한 예.

그 채권자에게 배당이 이루어진 경우에도 마찬가지이다²²⁴⁵⁾.²²⁴⁶⁾ 사해행위취소와 배당이의의 소에서 법원은 원고 이외의 다른 채권자의 존재를 고려할 필요 없이 원고의 채권이 만족을 받지 못한 한도에서만 저당권설정계약을 취소하고 그 한도에서만 수익자의 배당액을 삭제하여 원고의 배당액으로 경정하고²²⁴⁷⁾ 나머지는 수익자에 대한 배당액으로 남겨둔다.²²⁴⁸⁾ 확정된 배당표에 의한 배당이 실제법상의 권리를 확정하는 것은 아니므로, 부당이득반환의무의 성립 여부는 별개의 문제이다.²²⁴⁹⁾

마) 당사자를 달리하는 동일 목적의 다수 채권자취소소송이 계속 중인 경우의 처리

채권자취소권의 요건을 갖춘 각 채권자는 고유의 권리로서 채무자의 재산처분 행위를 취소하고 그 원상회복을 구할 수 있는 것이므로 여러 명의 채권자가 동시에 또는 시기를 달리하여 사해행위취소 및 원상회복청구의 소를 제기한 경우, 이들 소가 중복제소에 해당하지 아니할 뿐만 아니라, 어느 한 채권자가 동일한 사해행위에 관하여 사해행

2245) 대법원 2005. 5. 27. 선고 2004다67806 판결. ◀ 채무자 소유의 부동산에 관하여 중여 등 사해행위로 수익자에게 그 소유권이 이전된 후 경매의 실행으로 배당절차가 진행되어, 그 부동산 가액 중 수익자의 채권자가 배당절차에 참여하여 취득한 배당액 상단은 사해행위 당시 채무자의 일반 채권자들의 공동담보였으므로 가액 배상 등 원상회복의 범위에서 공제하여 산정할 것은 아니고, 수익자의 채권자가 채무자의 일반채권자에 해당하는 지위를 점하고 있다고 하여 달리 볼 것도 아니다(대법원 2023. 6. 29. 선고 2022다244928 판결).

2246) 대법원 2018. 4. 10. 선고 2016다272311 판결(증거로 제출된 '배당표'만으로는 실제로 피고가 배당금을 수령하였는지를 알 수 없으므로, 이를 심리한 후 그에 따라 원상회복의 방법을 판단하였어야 한다고 한 예) 등.

2247) 대법원 2021. 6. 24. 선고 2016다269698 판결: "채권자는 자기의 이해에 관계되는 범위 안에서만 다른 채권자를 상대로 그의 채권 또는 그 채권의 순위에 대하여 이의할 수 있으므로(민사집행법 제151조 제3항), 채권자가 제기한 배당이의의 소에서 승소하기 위하여는 피고의 채권이 존재하지 아니함을 주장·증명하는 것만으로 충분하지 아니하고 원고 자신이 피고에게 배당된 금원을 배당받을 권리가 있다는 점까지 주장·증명하여야 한다. 위와 같은 법리는 채무자가 체결한 근저당권설정계약에 관하여 채권자가 사해행위취소의 소를 제기함과 아울러 그 원상회복으로서 배당이의의 소를 제기하는 경우에도 마찬가지이다."

2248) 대법원 2015. 10. 15. 선고 2012다57699 판결(런데 저당권설정계약을 사해행위로 취소하는 판결이 먼저 확정되고 그 저당권자를 상대로 한 배당이의소송이 뒤이어 진행되는 경우에는, 저당권설정계약이 사해행위로 취소된 이상 그 저당권자는 저당권에 기하여 배당받을 권리를 상실하여 그에게 배당을 실시할 수 없는 명백한 사유가 생겼다고 할 것이므로, 경매법원으로서 민사집행법 제161조를 유추적용하여 배당이의소송의 제기로 공탁된 배당액 중 그 소송 결과 저당권자에게 납게 된 부분을 부동산경매절차에서 적법하게 배당요구하였던 다른 채권자들에게 추가배당하여야 한다).

2249) 대법원 2011. 2. 10. 선고 2010다90708 판결: "확정된 배당표에 의하여 배당을 실시하는 것은 실제법상의 권리를 확정하는 것이 아니므로, 배당을 받아야 할 채권자가 배당을 받지 못하고 배당을 받지 못할 자가 배당을 받은 경우에는 배당을 받지 못한 채권자로서는 배당에 관하여 이의를 한 여부에 관계없이 배당을 받지 못할 사이면서도 배당을 받았던 자를 상대로 부당이득반환청구권을 가지며, 배당을 받지 못한 그 채권자가 일반채권자라거나 배당이의소송에서 승소하여 배당표를 경정한 것이 사해행위 취소판결에 의한 것이라고 하여 달리 볼 것은 아니다. 이 때 배당이의소송을 통하여 자신이 배당받아야 할 금원보다 초과하여 배당받은 채권자는 그 초과 부분을 적법하게 배당요구를 하였으나 배당이의소송에서 참여하지 못한 다른 채권자에게 부당이득으로서 반환할 의무가 있을 뿐 이를 사해행위를 한 채무자에게 반환할 의무는 없다." ⇨ 원심이 사해행위로 근저당권을 설정받은 소외 은행(수익자)에게 배당된 금원은 그 경매절차에서 배당요구하였던 다른 채권자들 사이에서 분배되어야 할 금원으로서, 배당이의소송을 제기하여 배당표를 경정받음으로써 위 배당금을 자신의 안분액보다 초과하여 수령한 피고로서는 그 부분에 관하여는 권리 없는 자가 배당을 받아간 경우에 해당하여 이를 나머지 채권자인 원고에게 반환할 의무가 있을 뿐 채무자인 소외인에게 이를 반환할 의무는 없다는 이유로, 소외인에 대한 배당금 반환채무가 존재함을 전제로 한 피고의 상계 주장을 배척한 것은 정당하다고 한 예.

위취소 및 원상회복청구를 하여 승소판결을 받아 그 판결이 확정되었다는 것만으로는 그 후에 제기된 다른 채권자의 동일한 청구가 권리보호의 이익이 없게 되는 것은 아니고, 그에 기하여 재산이나 가액의 회복을 마친 경우에 비로소 다른 채권자의 사해행위취소 및 원상회복청구는 그와 중첩되는 범위 내에서 권리보호의 이익이 없게 된다(재산이나 가액의 반환이 다른 채권자를 해할 목적으로 수익자와 해당 채권자가 통모한 행위라는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는, 권리보호 이익 흠결의 피고 항변이 신의성실의 원칙에 위배되어 인용되지 않는다).²²⁵⁰⁾

따라서 여러 명의 채권자가 사해행위취소 및 원상회복청구의 소를 제기하여 여러 개의 소송이 계속 중인 경우에는²²⁵¹⁾ 각 소송에서 채권자의 청구에 따라 사해행위의 취소 및 원상회복을 명하는 판결을 선고하여야 하고, 수익자(전득자 포함)가 가액배상을 하여야 할 경우에도 수익자가 반환하여야 할 가액을 채권자의 채권액에 비례하여 채권자별로 안분한 범위 내에서 반환을 명할 것이 아니라, 다른 소송의 결과를 참작할 필요 없이 수익자가 반환하여야 할 가액 범위 내에서 각 채권자의 피보전채권액 전액의 반환을 명하여야 한다.²²⁵²⁾

이러한 법리는 채무자가 동시에 여러 부동산을 수인의 수익자들에게 처분한 결과 채무 초과상태가 됨으로써 그와 같은 각각의 처분행위가 모두 사해행위로 되고, 채권자가 그 수익자들을 공동피고로 하여 사해행위취소 및 원상회복을 구하여 각 수익자들이 부담하는 원상회복의무의 대상이 되는 책임재산의 가액을 합산한 금액이 채권자의 피보전채권액을 초과하는 경우에도 마찬가지이다.²²⁵³⁾

여러 개의 사해행위취소소송에서 각 가액배상을 명하는 판결이 선고·확정됨으로써 수익자가 이중으로 가액을 반환하게 될 위험에 처한 경우, 수익자가 어느 채권자에게 자신

2250) 대법원 2014. 8. 20. 선고 2014다28114 판결(“수익자가 확정된 판결에 기하여 해당 채권자에게 재산이나 가액을 반환함으로써 그 채권자가 다른 채권자보다 사실상 우선변제를 받는 불공평한 결과가 초래된다고 하더라도, 그 재산이나 가액의 반환이 다른 채권자를 해할 목적으로 수익자와 해당 채권자가 통모한 행위라는 등의 특별한 사정이 없는 한 확정된 판결에 따른 반환의무를 이행하는 것이 다른 채권자의 신의에 반하는 행위라고 할 수는 없으므로, 확정된 판결에 따라 재산이나 가액의 반환을 마친 수익자가 다른 채권자의 사해행위취소 및 원상회복청구에 대하여 권리보호의 이익이 없다고 주장하는 것이 신의성실의 원칙에 위배된다고 할 수는 없다.”) ☞ “피고는 소외 회사가 제기한 선행 소송에서 피고에 대하여 가액배상을 명하는 판결이 선고되어 확정되자 그 판결에 따라 소외 회사에 가액을 반환한 것이고, 그 과정에서 원고를 해할 목적으로 소외 회사와 통모하였다는 등의 사정을 인정할 만한 자료는 없다.”고 하고, “피고의 가액 반환이 원고가 제기한 소송이 계속 중일 때 이루어졌고 위 가액 반환으로 소외 회사가 다른 채권자보다 사실상 우선변제를 받는 불공평한 결과가 초래되었다고 하더라도, 그러한 사정만으로 피고가 위 가액 반환에 의하여 원고의 청구가 권리보호의 이익이 없게 되었다는 항변을 하는 것이 신의성실의 원칙에 위배된다고 할 수는 없다.”고 하여, 피고의 위 항변이 신의성실의 원칙에 위배되어 받아들일 수 없다고 판단한 원심을 파기한 예).

2251) 여러 명의 채권자들이 제기한 각 사해행위취소 및 원상회복청구의 소가 민사소송법 제141조에 의하여 병합되어 하나의 소송절차에서 심판을 받는 경우라고 하더라도 마찬가지이다(2008다8690,8706).

2252) 대법원 2008. 11. 13. 선고 2006다1442 판결, 대법원 2008. 4. 24. 선고 2007다84352 판결 등.

2253) 대법원 2008. 11. 13. 선고 2006다1442 판결. 이에 비추어 보면 2003다36478,36485의 판결이유는 적절치 않은 것이다.

이 배상할 가액의 일부 또는 전부를 반환한 때에는 다른 채권자에 대하여 각 사해행위취소 판결에서 가장 다액으로 산정된 공동담보가액에서 자신이 반환한 가액을 공제한 금액을 초과하는 범위에서 청구이익의 방법으로 집행권원의 집행력의 배제를 구할 수 있다.²²⁵⁴⁾

2) 소송요건(직권조사사항)

가) 당사자적격

채권자취소의 소에서 수익자 또는 전득자에게만 피고적격이 있고, 채무자에게는 피고적격이 없다.²²⁵⁵⁾ 채권자가 채권자취소소송에 병합하여 채무자를 피고로 삼아 피

2254) 대법원 2022. 8. 11. 선고 2018다202774 판결: “여러 개의 사해행위취소소송에서 각 가액배상을 명하는 판결이 선고되어 확정된 경우, 각 채권자의 피보전채권액을 합한 금액이 사해행위 목적물의 가액에서 일반채권자들의 공동담보로 되어 있지 않은 부분을 공제한 잔액(이하 ‘공동담보가액’이라 한다)을 초과한다면 수익자가 채권자들에게 반환하여야 할 가액은 공동담보가액이 될 것인데, 그럼에도 수익자는 공동담보가액을 초과하여 반환하게 되는 범위 내에서 이중으로 가액을 반환하게 될 위험에 처할 수 있다. 이때 각 사해행위취소 판결에서 산정한 공동담보가액의 액수가 서로 달라 수익자에게 이중지급의 위험이 발생하는지를 판단하는 기준이 되는 공동담보가액은, 그중 다액의 공동담보가액이 이를 산정한 사해행위취소소송의 사실심 변론종결 당시의 객관적인 사실관계와 명백히 다르고 해당 소송에서의 공동담보가액의 산정 경위 등에 비추어 그 가액을 그대로 인정하는 것이 심히 부당하다고 보이는 등의 특별한 사정이 없는 한 그 다액에 해당하는 금액이라고 보는 것이 채권자취소권의 취지 및 채권자취소소송에서 변론주의 원칙 등에 부합한다. 따라서 수익자가 어느 채권자에게 자신이 배상할 가액의 일부 또는 전부를 반환한 때에는 다른 채권자에 대하여 각 사해행위취소 판결에서 가장 다액으로 산정된 공동담보가액에서 자신이 반환한 가액을 공제한 금액을 초과하는 범위에서 청구이익의 방법으로 집행권원의 집행력의 배제를 구할 수 있을 뿐이다.” ▮ 소외인(채무자, 매도인)과 원고(수익자, 매수인) 간 부동산 매매계약의 취소 및 원상회복을 구하는 사해행위취소소송에서, 원고는 채권자 보증기금에 가액 배상으로 ‘보증기금의 피보전채권액보다 적은 부동산의 공동담보가액 9,500만 원’을 지급하라는 확정판결이 있는 다음, 원고는 채권자 피고에게 가액배상으로 ‘피고의 피보전채권액보다 적은 부동산의 공동담보가액 5,500만 원’을 지급하라는 자백간주의 확정판결이 있고, 원고는 보증기금에 6,000만 원을 지급하면서 보증기금은 원고에게 더 이상 선행판결을 집행권원으로 하여 강제집행을 하지 않기로 합의한 사안에서, 원심이, ‘경합된 취소채권자가 갖는 각 가액배상채권은 본질적으로 동일하거나 중첩된 불가분적 권리로서, 그중 1인에 대한 변제로서 다른 채권자가 가액배상 판결에 기하여 수익자에 대하여 갖는 채권 역시 소멸하게 된다. 원고가 보증기금에 지급한 6,000만 원이 피고의 원고에 대한 판결에 기한 가액배상금 5,500만 원을 초과함은 명백하므로, 결국 피고의 원고에 대한 판결에 기한 가액배상금채권은 변제로 모두 소멸하였다. 따라서 위 판결의 집행력은 배제되어야 한다.’라고 판단한 데 대하여, 대법원은, ‘원고는 선행판결과 후행판결에서 산정한 공동담보가액 중 다액인 9,500만 원 중 6,000만 원만을 지급하였을 뿐이므로, 달리 특별한 사정이 없는 한 나머지 공동담보가액 3,500만 원을 초과한 범위에서만 이중지급의 위험이 있다고 보아야 하고, 나아가 사해행위취소소송에서의 취소채권자는 수익자로부터 책임재산 가액을 수령할 권능만을 가질 뿐 다른 채권자를 대신하여 공동담보에 대한 권리를 포기할 수는 없으므로, 보증기금이 선행판결에 기하여 더 이상 강제집행을 하지 않겠다고 합의하였다는 사정은 공동담보가액의 산정 및 그에 기한 이중지급의 위험 범위에 영향을 미치지 못하며, 따라서 원고는 후행판결에 따른 가액배상금 5,500만 원 중 나머지 공동담보가액 3,500만 원을 초과한 2,000만 원의 범위 내에서만 이중지급의 위험이 있음을 이유로 집행력의 배제를 구할 수 있다.’라고 판단한 데.

2255) 대법원 2009. 1. 15. 선고 2008다72394 판결: “직권으로 본다. … 피고 1은 제1심판결 중 피고 1에 대하여 구상금의 지급을 명한 부분에 대하여는 불복하지 아니하고, 피고들 사이에 이 사건 각 부동산에 관하여 체결된 매매계약이 사해행위라 하여 그 매매계약의 취소 및 그 매매에 따라 마쳐진 피고 2 명의의 소유권이전등기의 말소를 명한 부분에 대하여만 불복하여 항소하고 있음을 알 수 있는바, 채권자가 사해행위의 취소와 함께 책임재산의 회복을 구하는 사해행위취소의 소에 있어서는 수익자 또는 전득자에게만 피고적격이 있고 채무자에게는 피고적격이 없는 것이므로, … 위 매매계약의 취소 및 소유권이전등기의 말소 청구 부분에 대한 피고(상대방)는 피고 2뿐이고 피고 1은 피고로 된 것이 아니어서 피고 1에게는 위 매매계약의 취소 및 소유권이전등기의 말소를 명한 제1심판결에 대하여 불복하여 항소를 제기할 수 있는 당사자적격이 없다.”

보전채권에 대한 이행소송을 제기할 수 있음은 당연하고 이는 실무상 흔한 예이다.

나) 회생절차 개시결정이나 파산선고 시 소송절차의 중단과 수계

채권자취소소송 계속 중에 소송 당사자가 아닌 '채무자'가 회생절차 개시결정이나 파산선고, 개인회생절차 개시결정을 받은 때에는 소송절차가 중단되고 관리인이나 파산관재인, 채무자가 이를 수계한다(채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제113조, 제59조, 제406조, 제347조 제1항, 제584조).²²⁵⁶⁾ 이 경우 파산관재인에 의한 부인권 행사의 제척기간 준수 여부는 중단 전 채권자취소소송이 법원에 처음 계속된 때를 기준으로 판단하고,²²⁵⁷⁾ 종전에 채권자취소의 소를 제기한 채권자는 보조참가를 할 수 있다.²²⁵⁸⁾ 채권자가 파산선고나 회생절차 개시결정 후에 제기한 채권자취소의 소는 부적법하지만,²²⁵⁹⁾ 파산관재인 등은

2256) ① 대법원 2024. 5. 9. 선고 2023다290492 판결: "파산채권자가 제기한 채권자취소소송이 파산선고 당시 계속되어 있는 때에는 소송절차는 중단되고, 파산관재인이 이를 수계할 수 있으며 소송을 수계한 경우에는 부인의 소로 변경하여 부인권을 행사할 수 있다. 파산채권자가 제기한 채권자취소소송을 파산관재인이 수계하여 부인소송으로 변경하고, 법원이 파산관재인의 부인 주장을 받아들여 가액배상에 의한 원상회복을 인정하는 경우, 가액배상의 범위가 채권자취소의 소를 제기한 채권자의 채권액으로 제한된다고 볼 수 없다." ② 대법원 2017. 5. 30. 선고 2017다205073 판결: "파산관재인이 파산채권자가 제기한 채권자취소소송을 수계하여 청구변경의 방법으로 부인권을 행사하는 경우에, 채권자취소소송이 계속 중인 법원이 파산계속법원이 아니라면 그 법원은 관할법원인 파산계속법원으로 사건을 이송하여야 한다. 그러나 채무자회생법의 위 관할 규정의 문언과 취지, 채권자취소소송과 부인소송의 관계, 소송의 진행정도에 따라 기대가능한 절차상의 편의 등을 종합해 보면, 파산채권자가 제기한 채권자취소소송이 함소심에 계속된 후에는 파산관재인이 소송을 수계하여 부인권을 행사하더라도 채무자회생법 제396조 제3항이 적용되지 않고 그 함소심법원이 소송을 심리·판단할 권한을 계속 가진다고 보는 것이 타당하다." ③ 대법원 2013. 6. 13. 선고 2012다33976 판결: "채권자취소소송의 계속 중 채무자에 대하여 개인회생절차 개시결정이 있었는데, 법원이 그 개인회생절차 개시결정사실을 알고도 채무자의 소송수계가 이루어지지 아니한 상태 그대로 소송절차를 진행하여 판결을 선고하였다면, 그 판결은 채무자의 개인회생절차 개시결정으로 소송절차를 수계할 채무자가 법률상 소송행위를 할 수 없는 상태에서 심리되어 선고된 것이므로 여기에는 마치 대리인에 의하여 적법하게 대리되지 아니하였던 경우와 마찬가지로 위법이 있다."

2257) 대법원 2016. 7. 29. 선고 2015다33656 판결: "파산채권자가 파산채무자에 대한 파산선고 이전에 적법하게 제기한 채권자취소소송을 파산관재인이 수계하면, 파산채권자가 제기한 채권자취소소송의 소송상 효과는 파산관재인에게 그대로 승계되므로, 파산관재인이 채권자취소소송을 수계한 후 이를 승계한 한도에서 청구변경의 방법으로 부인권 행사를 한 경우, 특별한 사정이 없는 한, 그 제척기간의 준수 여부는 중단 전 채권자취소소송이 법원에 처음 계속된 때를 기준으로 판단하여야 한다." ☞ 원심이, 원고(파산관재인)가 채권자취소소송을 수계하여 부인의 소로 청구를 변경하는 서면을 제출한 2014. 11. 11.이 파산선고가 있는 날인 2012. 7. 31.부터 2년이 경과한 때이므로, 원고의 부인의 소는 부인권 행사의 제척기간을 경과한 것으로서 부적법하다고 판단한 것은 잘못이라고 한 사례.

2258) 대법원 2021. 12. 10.자 2021마6702 결정.

2259) 대법원 2010. 9. 9. 선고 2010다37141 판결: "개인회생절차 개시결정이 내려진 후에는 채무자가 부인권을 행사하고, 법원은 채권자 또는 회생위원의 신청에 의하거나 직권으로 채무자에게 부인권의 행사를 명할 수 있으며, 개인회생채권자가 제기한 채권자취소소송이 개인회생절차 개시결정 당시에 계속되어 있는 때에는 그 소송절차는 수계 또는 개인회생절차의 종료에 이르기까지 중단된다. 이러한 규정 취지와 집단체 채무처리절차인 개인회생절차의 성격, 부인권의 목적 등에 비추어 보면, 개인회생절차 개시결정이 내려진 후에는 채무자가 총채권자에 대한 평등 변제를 목적으로 하는 부인권을 행사하여야 하고, 개인회생채권자목록에 기재된 개인회생채권을 변제받거나 변제를 요구하는 일체의 행위를 할 수 없는 개인회생채권자가 개별적 강제집행을 전제로 하여 개개의 채권에 대한 책임재산의 보전을 목적으로 하는 채권자취소소송을 제기할 수는 없다고 할 것이다. ... 원심은 ... 이 사건 소는 부적법하다고 판단하였다. ... 정당한 것으로 수긍할 수 있고."

그 소송을 수계한 다음 청구변경의 방법으로 부인권을 행사할 수 있다.²²⁶⁰⁾

수익자 또는 전득자에 대하여 회생절차가 개시된 경우, 채무자의 채권자는 수익자 또는 전득자의 관리인을 상대로 사해행위취소의 소를 제기할 수 있다.²²⁶¹⁾

다) 전득자에 대한 취소대상적격

전득자를 상대로 한 채권자취소의 소에서, 취소 대상이 되는 사해행위는 채무자와 수익자 사이의 법률행위에 국한된다.²²⁶²⁾ 따라서 수익자와 전득자 사이의 법률행위의 취소를 구하는 소는 소의 이익이 없어 부적법하다.

라) 권리 보호 이익

① 원물반환의 승소확정판결 후의 가액배상 청구,²²⁶³⁾ ② 어느 한 채권자가 사해행위취소 및 원상회복청구를 하여 승소확정판결을 받고 그에 기하여 재산이나 가액의 회복을 마친 후, 다른 채권자가 제기한 사해행위취소 및 원상회복청구,²²⁶⁴⁾ ③ 사해행위의 취소 및 원상회복 청구 소송 계속 중 사해행위의 해제·해지로 재산이 채무자에게 복귀된 경우²²⁶⁵⁾는 권리보호이익이 없다. ④ 원상회복청구로서 근저당권설정등기의 말소등기절

2260) 대법원 2018. 6. 15. 선고 2017다265129 판결. ◀ 채권자취소소송 진행 중에 채무자에 대한 회생개시결정이 있어 소송절차가 중단되었으나 소송 수계 전 회생절차가 폐지되거나 관리인이 소송을 수계한 다음 청구취지를 변경하여 부인소송을 진행하다가 회생절차가 폐지된 경우, 기존의 원고인 채권자가 소송을 수계하여야 하고, 채권자는 청구취지를 채권자취소청구로 변경하여야 한다(대법원 2022. 10. 27. 선고 2022다241998 판결).

2261) 대법원 2019. 4. 11. 선고 2018다203715 판결(원상회복으로 가액배상을 하게 되는 경우, 그 가액배상청구권은 채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제179조 제1항 제6호에서 정한 '부당이득으로 인하여 회생절차개시 이후 채무자에 대하여 생긴 청구권'인 공익채권에 해당한다).

2262) 채권자가 전득자를 상대로 하여 사해행위의 취소와 함께 책임재산의 회복을 구하는 사해행위취소의 소를 제기한 경우에 그 취소의 효과는 채권자와 전득자 사이의 상대적인 관계에서만 생기는 것이고 채무자 또는 채무자와 수익자 사이의 법률관계에는 미치지 않는 것이므로, 이 경우 취소의 대상이 되는 사해행위는 채무자와 수익자 사이에서 행하여진 법률행위에 국한되고, 수익자와 전득자 사이의 법률행위는 취소의 대상이 되지 않는다(대법원 2004. 8. 30. 선고 2004다21923 판결). ◀ 채권자가 수익자와 전득자를 공동피고로 삼아 채권자취소의 소를 제기하면서 청구취지로 '채무자와 수익자 사이의 사해행위취소 청구'를 구하는 취지임을 명시한 경우 전득자에 대한 관계에서 채무자와 수익자 사이의 사해행위를 취소하면서 채권자취소권을 행사한 것으로 보아야 하고(사해행위 취소를 구하는 취지를 수익자에 대한 청구취지와 전득자에 대한 청구취지로 분리하여 각각 기재하지 않았다고 하더라도 취소를 구하는 취지가 수익자에 대한 청구에 한정된 것이라고 볼 수는 없다), 그 소 제기 시점에 제척기간 준수의 효력이 생긴다(대법원 2021. 2. 4. 선고 2018다271909 판결).

2263) 대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다54978 판결.

2264) 대법원 2008. 4. 24. 선고 2007다84352 판결 등. 동일한 사해행위에 관한 취소소송이 중첩된 경우, 선행 소송에서 확정판결로 처분부동산의 감정 평가에 따른 가액반환이 이루어진 이상 후행 소송에서 부동산의 시가를 다시 감정된 결과 위 확정판결에서 인정한 시가보다 평가액이 증가되었다 하더라도, 그 증가된 부분을 위 확정판결에서 인정한 부분과 중첩되지 않는 부분으로 보아 이에 대하여 다시 가액배상을 명할 수는 없고, 후행 소송은 권리보호의 이익이 없어 부적법하다(대법원 2005. 3. 24. 선고 2004다65367 판결).

2265) 대법원 2008. 3. 27. 선고 2007다85157 판결: "채권자가 채무자의 부동산에 관한 사해행위를 이유로 수익자를 상대로 그 사해행위의 취소 및 원상회복을 구하는 소송을 제기하여 그 소송계속 중 위 사해행위가 해제 또는 해지되고 채권자가 그 사해행위의 취소에 의해 복귀를 구하는 재산이 벌써 채무자에게 복귀된 경우에는, 특별한 사정이 없는 한, 그 채권자취소소송은 이미 그 목적이 실현되어 더 이상 그 소에 의해 확보할 권리보호의 이익이 없어지는 것이고, 이는 그 목적재산인 부동산의 복귀가 그 이전등기의 말소 형식이 아니라 소유권이

차의 이행을 구하는 소송 도중에 근저당권설정등기가 경락을 원인으로 말소된 경우에는 더 이상 말소를 구할 법률상 이익이 없다(수익자에게 근저당권자로서의 배당과 같은 부당한 이득을 보유시키지 않기 위해 근저당권설정계약의 취소를 구할 이익은 있고,²²⁶⁶⁾ 이는 경매절차 진행 중에 부동산 매각대금으로 수익자에게 피담보채무를 변제함으로써 근저당권설정등기가 말소된 경우에도 동일하다²²⁶⁷⁾).

원고의 피고에 대한 청구의 원인행위가 사해행위라는 이유로 원고에 대하여 사해행위 취소를 청구하면서 사해방지의 독립당사자참가를 신청하는 것은 부적법하다.²²⁶⁸⁾

채무자와 수익자 사이의 소송절차에서 확정판결 등을 통해 마쳐진 소유권이전등기가 사해행위취소로 인한 원상회복으로써 말소되는 경우, 그것이 확정판결 등의 효력에 반하거나 모순되는 것이라고는 할 수 없다.²²⁶⁹⁾

전등기의 형식을 취하였다고 하여 달라지는 것은 아니라고 할 것이다.” ⇨ 이는, 사해행위취소 소송이 제기되기 전에 그 사해행위의 취소에 의해 복귀를 구하는 재산이 채무자에게 복귀한 경우에도 마찬가지이다(대법원 2015. 5. 21. 선고 2012다952 전원합의체 판결).

⇨ 다만, 이미 해지된 근저당권설정계약에 대하여 사해행위취소를 구할 권리보호 이익이 있는 예외적인 경우가 있다(대법원 2013. 5. 9. 선고 2011다75232 판결; 뒤에 나오는 ‘담보권 설정 목적물’ 부분 참조).

2266) 대법원 2013. 4. 26. 선고 2011다37001 판결: “근저당권설정등기의 말소등기절차의 이행을 구하는 소송 도중에 그 근저당권설정등기가 경락을 원인으로 하여 말소된 경우에는 더 이상 근저당권설정등기의 말소를 구할 법률상 이익이 없다. … 채권자가 원상회복청구의 소에서 패소할 것이 예상된다는 이유로 그와 별개인 사해행위 취소의 소에 대하여 소송요건을 갖추지 못한 것으로 보아 소의 이익을 부정할 수는 없다. 그리고 채무자와 수익자 사이의 근저당권설정계약이 사해행위인 이상 그로 인한 근저당권설정등기가 경락으로 말소되었다고 하더라도 수익자로 하여금 근저당권자로서의 배당을 받도록 하는 것은 민법 제406조 제1항의 취지에 반하므로, 수익자에게 그와 같은 부당한 이득을 보유시키지 않기 위하여 그 근저당권설정등기로 인하여 해를 입게 되는 채권자는 근저당권설정계약의 취소를 구할 이익이 있다.” ⇨ ‘선순위 근저당권자로서 배당을 받은 피고 1의 근저당권설정계약이 사해행위로 취소될 여지가 남아 있고, 이러한 경우 피고 1에 배당된 금원 중 일부가 후순위 근저당권자인 피고 2에 추가배당될 가능성이 있으므로, 채무자 소외인과 피고 2 사이의 근저당권설정계약이 사해행위인 이상 채권자인 원고는 수익자인 피고 2가 사해행위를 통해 부당한 이득을 보유하게 되는 것을 막기 위하여 위 근저당권설정계약의 취소를 구할 이익이 있다.’고 하여, ‘피고 2 명의의 근저당권설정등기가 경매절차에서 말소되었고 피고 2는 아무런 배당을 받지 못하여 원상회복할 재산이 없으므로, 피고 2에 대한 사해행위 취소의 소는 소의 이익이 없어 부적법하다’는 본안전환변을 배제한 예.

2267) 대법원 2012. 11. 15. 선고 2012다65058 판결: “채무자가 사해행위로 인한 근저당권 실행으로 경매절차가 진행 중인 부동산을 매각하고, 그 대금으로 근저당권자인 수익자에게 피담보채무를 변제함으로써 그 근저당권설정등기가 말소된 경우에 위와 같은 변제는 특별한 사정이 없는 한 근저당권의 우선변제권 이행으로 인한 채권자에 우선하여 된 것이라고 봄이 타당하므로, 근저당권이 실행되어 경매절차에서 근저당권설정등기가 말소된 경우와 마찬가지로 수익자로 하여금 근저당권 말소를 위한 변제 이익을 보유하게 하는 것은 부당하다. 따라서 이 경우에도 근저당권설정등기로 말미암아 해를 입게 되는 채권자는 원상회복을 위하여 사해행위인 근저당권설정계약의 취소를 구할 이익이 있다.” ⇨ 근저당권설정등기가 말소된 상태라고 하더라도 피고가 사해행위로 인한 근저당권 실행으로 임의경매절차 진행 중 채무자로부터 근저당권설정등기의 말소 대가로 근저당권 목적물인 부동산의 매각대금 등에서 7,900만 원을 받고 근저당권설정등기를 말소하였으므로, 채권자인 원고로서는 위 7,900만 원의 가액배상을 위하여 근저당권설정계약의 취소를 구할 이익이 있다고 판단하여, 권리보호의 이익이 없어 부적법하다는 피고의 항변을 배제한 예.

2268) 대법원 2014. 6. 12. 선고 2012다47548, 47555 판결 “사해행위취소의 상대적 효력에 의하면, 원고의 피고에 대한 청구의 원인행위가 사해행위라는 이유로 원고에 대하여 사해행위취소를 청구하면서 독립당사자참가신청을 하는 경우, 독립당사자참가인의 청구가 그대로 받아들여진다면 하더라도 원고와 피고 사이의 법률관계에는 아무런 영향이 없고, 따라서 그러한 참가신청은 사해방지참가의 목적을 달성할 수 없으므로 부적법하다고 할 것이다.”

2269) 대법원 2017. 4. 7. 선고 2016다204783 판결: “무자력상태의 채무자가 소송절차를 통해 수익자에게 자신의

마) 제척기간

(1) 주장증명책임

채권자취소권의 행사기간²²⁷⁰⁾은 '제소기간'으로서 법원은 그 기간의 준수 여부에 관하여 '직권으로 조사'하여 그 기간이 도과된 후에 제기된 채권자취소의 소는 부적법한 것으로 각하하여야 한다.²²⁷¹⁾ 민법 제406조 제2항에 규정된 제척기간 도과에 관한 증명책임은 채권자취소소송의 상대방에게 있다.²²⁷²⁾

(2) 제척기간 1년의 기산점

제척기간 1년의 기산점인 채권자가 '취소원인을 안 날'이라 함은 채권자가 '채권자취소권의 요건을 안 날'(채무자가 채권자를 해함을 알면서 사해행위를 하였다는 사실을 알게 된 날)을 의미하고(수익자나 전득자의 악의까지 알아야 하는 것은 아니다), 이는 사해행위 당시 성립되지 않은 채권이라도 '기초적 법률관계론'에 터잡아 피보전채권 적격을 인정하는 예외적인 경우에도 동일하게 적용되어, 그 단기 제척기간의 기산일 역시 '피보전채권이 성립하는 시점과 관계없이' '채권자가 취소원인을 안 날'이다.²²⁷³⁾

책임재산을 이전하기로 하여, 수익자가 제기한 소송에서 자백하는 등의 방법으로 패소판결 또는 그와 같은 취지의 화해권고결정 등을 받아 확정시키고, 이에 따라 수익자 앞으로 그 책임재산에 대한 소유권이전등기 등이 마쳐졌다면, 이러한 일련의 행위의 실질적인 원인이 되는 채무자와 수익자 사이의 이전합의는 다른 일반 채권자의 이익을 해하는 사해행위가 될 수 있다. 한편 채권자가 사해행위의 취소와 함께 수익자 또는 전득자로부터 책임재산의 회복을 명하는 사해행위취소의 판결을 받은 경우 수익자 또는 전득자가 채권자에 대하여 사해행위의 취소로 인한 원상회복 의무를 부담하게 될 뿐, 채권자와 채무자 사이에서 그 취소로 인한 법률관계가 형성되는 것은 아니다. 따라서 위와 같이 채무자와 수익자 사이의 소송절차에서 확정판결 등을 통해 마쳐진 소유권이전등기가 사해행위취소로 인한 원상회복으로써 말소된다고 하더라도, 그것이 확정판결 등의 효력에 반하거나 모순되는 것이라고는 할 수 없다."

2270) 민법 제406조(채권자취소권) ② 전항의 소는 채권자가 취소원인을 안 날로부터 1년, 법률행위 있는 날로부터 5년 내에 제기하여야 한다. ◀ 국세징수법 제25조에 의한 사해행위취소의 소도 민법 제406조 제2항에서 정한 제소기간 내에 제기되어야 한다(대법원 2022. 5. 26. 선고 2021다288020 판결).

2271) 대법원 2005. 4. 28. 선고 2004다71201 판결; "채권자취소권의 행사기간은 제소기간이므로 법원은 그 기간의 준수 여부에 관하여 직권으로 조사하여 그 기간이 도과된 후에 제기된 채권자취소의 소는 부적법한 것으로 각하하여야 하므로 그 기간 준수 여부에 대하여 의심이 있는 경우에는 법원이 필요한 정도에 따라 직권으로 증거조사를 할 수 있으나, 법원에 현출된 모든 소송자료를 통하여 살펴보았을 때 그 기간이 도과되었다고 의심할 만한 사정이 발견되지 않는 경우까지 법원이 직권으로 추가적인 증거조사를 하여 기간 준수 여부를 확인하여야 할 의무는 없다." ◀ 제척기간 도과 여부가 당사자 사이에 쟁점이 된 바가 없음에도 의견진술의 기회를 부여하거나 석명권을 행사함이 없이 제척기간 도과를 이유로 사해행위 취소의 소를 각하한 원심을 파기한 사례(2005다37185).

2272) 대법원 2023. 4. 13. 선고 2021다309231 판결.

2273) ○ 대법원 2022. 5. 26. 선고 2021다288020 판결; "채권자가 '취소원인을 안 날'이란 단순히 채무자의 법률행위가 있었다는 사실을 아는 것만으로는 부족하고, 그 법률행위가 채권자를 불리하게 하는 행위라는 것, 즉 그 행위에 의하여 채권의 공동담보에 부족이 생기거나 이미 부족상태에 있는 공동담보가 한층 더 부족하게 되어 채권을 완전하게 만족시킬 수 없게 된다는 것까지 알아야 한다. 채무자가 유일한 재산인 부동산을 처분하였다는 사실을 채권자가 알았다면 특별한 사정이 없는 한 채무자의 사해의사도 채권자가 알았다고 봄이 타당하다. ... 위와 같은 법리는, 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 성립되는 등 예외적으로 그 채권을 채권자취소권의 피보전채권으로 인정하는

채권자가 채무자의 채권자취소권을 대위행사하는 경우, 제소기간은 피대위 권리의 채권자인 채무자를 기준으로 하여 그 준수 여부를 가려야 하고,²²⁷⁴⁾ 사해행위 후 채권자가 취소원인을 알면서 피보전채권을 양도하고 양수인이 그 채권을 보전하기 위하여 채권자취소권을 행사하는 경우, 채권 양도인이 취소원인을 안 날을 기준으로 제척기간 도과 여부를 판단해야 한다.²²⁷⁵⁾

법인 대표자의 불법행위로 인한 법인의 그 대표자에 대한 손해배상채권을 피보전권리로 하여 법인이 채권자취소권을 행사하는 경우, 법인 대표자를 기준으로 '취소원인을 안 날'을 판단해서는 아니 된다.²²⁷⁶⁾ 국가가 조세채권자로서 채권자취소권을 행사하는

경우에도 동일하게 적용된다. 따라서 그 단기 제척기간의 기산일 역시 채권자취소권의 피보전채권이 성립하는 시점과 관계없이 '채권자가 취소원인을 안 날'이라고 보아야 하고, 이는 채권자취소권의 피보전채권이 피고인에 대하여 추징을 명한 형사판결이 확정됨으로써 비로소 현실적으로 성립하게 되는 경우에도 마찬가지이다."

■ 채권자가 수익자나 전득자의 약의까지 알아야 하는 것은 아니다(2011다82384). 사해행위의 객관적 사실을 알았다고 하여 취소원인을 알았다고 추정할 수는 없다(2016다272311).

○ 대법원 2015. 1. 29. 선고 2013다79870 판결: "민법 제974조, 제975조에 의하여 부양의 의무 있는 사람이 여러 사람인 경우에 그중 부양의무를 이행한 1인이 다른 부양의무자에 대하여 이미 지출한 과거 부양료의 지급을 구하는 권리는 당사자의 협의 또는 가정법원의 심판 확정에 의하여 비로소 구체적이고 독립한 재산적 권리로 성립하게 되지만, 그러한 부양료청구권의 침해를 이유로 채권자취소권을 행사하는 경우의 제척기간은 부양료청구권이 구체적인 권리로서 성립한 시기가 아니라 민법 제406조 제2항이 정한 '취소원인을 안 날' 또는 '법률행위가 있는 날'로부터 진행한다." ㉠ 원심이, ① 원고들은 부동산처분금지가처분을 받은 2009. 6. 10.에는 증여계약이 사해행위에 해당함을 알았다고 할 것인바, 그로부터 1년이 지난 후인 2012. 8. 6. 제기한 이 사건 소는 부적법하다고 한 다음, ② 채권자취소권의 피보전권리가 되는 원고들의 소외인에 대한 부양료청구권은 그에 관한 법원의 심판이 확정되어야만 비로소 구체적인 권리로서 행사할 수 있으므로 원고들이 소외인을 상대로 제기한 부양료 사건이 심판이 확정된 2012. 5. 24.을 제척기간의 기산점으로 삼아야 한다는 원고들의 주장에 대하여, 1심심판일인 2011. 5. 31.에는 원고들의 부양료청구권이 구체적인 청구권으로서의 내용과 실질을 갖추어 독립한 재산적 권리로서의 성질을 가지게 되었다고 할 것인데, 그로부터 1년이 지난 후에 제기된 이 사건 소가 부적법하다는 결론에는 변함이 없다고 판단한 데 대하여, 대법원은, 1심심판에 대한 항고·재항고가 모두 기각됨으로써 2012. 5. 24. 확정되었음에도, 원심이 원고들의 부양료청구권이 1심심판일인 2011. 5. 31. 구체적인 청구권으로서의 내용과 실질을 갖추어 독립한 재산적 권리로서의 성질을 가지게 되었고 그로부터 1년의 제척기간이 기산된다는 취지로 판단한 것은 잘못이나, 원고들이 위 처분금지가처분을 받은 2009. 6. 10.에 증여계약이 사해행위에 해당함을 알았다고 판단한 것은 정당하므로, 소를 각하한 것이 결과적으로 정당하다고 한 예.

2274) 소외 회사의 채권자취소권을 대위행사하는 채권자인 원고가 취소원인을 안 지 1년이 지났다면 채무자인 소외 회사가 취소원인을 안 지 1년, 법률행위가 있는 날로부터 5년이 지나지 아니하여 소외 회사 스스로 채권자취소의 소를 제기하는 것이 가능한 경우라도 채권자인 원고는 소외 회사를 대위하여 채권자취소의 소를 제기하지 못한다는 취지의 상고이유의 주장은 독자적인 견해로서 받아들일 수 없다고 한 예(2000다73049).

2275) 대법원 2018. 4. 10. 선고 2016다272311 판결.

① 파산자의 채권에 기한 사해행위취소의 소에서 채무자의 사해행위를 알았는지 여부는 파산자를 기준으로 판단하여야 하나, 파산자가 사해행위의 취소 원인을 알지 못한 상태에서 파산관재인이 선임되었다면, 그 후로는 파산관재인을 기준으로 판단하여야 한다(2006다57001; 예금보험공사가 파산자 甲의 파산관재인으로서 채무자 乙의 증여행위에 대한 사해행위취소권을 피보전권리로 하여 처분금지가처분결정을 받은 후 乙의 또 다른 채권자인 파산자 丙의 파산관재인으로도 선임된 경우, 예금보험공사가 위 가처분결정을 받음으로써 乙의 증여행위가 丙에 대하여도 사해행위가 된다는 사실을 알았다고 볼 수 없다고 한 사례). ② 채권자가 사해행위의 취소원인을 알게 되어 채권자취소소송의 제척기간이 진행되던 도중 채권자가 파산하여 파산관재인이 선임된 경우 그 제척기간은 파산관재인이 사해행위의 취소원인을 안 때부터 새로 진행되어야 하는 것은 아니다(2004다24144).

2276) 대법원 2015. 1. 15. 선고 2013다50435 판결: "적어도 법인의 이익을 정당하게 보전할 권한을 가진 다른

경우, 조세채권의 추심·보전에 관한 업무를 담당하는 세무공무원의 인식을 기준으로 판단한다.²²⁷⁷⁾ 예금보험공사 등의 경우에도, 피보전채권의 추심 및 보전 등에 관한 업무를 담당하는 직원의 인식을 기준으로 한다.²²⁷⁸⁾

가등기 및 본등기의 원인행위에 대한 사해행위 취소 등 청구의 제척기간의 기산일은 가등기의 원인행위가 사해행위임을 안 때이고, 가등기의 원인행위가 사해행위임을 채권자가 안 때부터 1년 내에 가등기의 원인행위에 대하여 취소의 소를 제기하였다면 본등기의 원인행위에 대한 취소 청구는 그 원인행위에 대한 제척기간이 경과한 후 하더라도 적법하다.²²⁷⁹⁾

제척기간 1년의 도과를 긍정한 구체적 예²²⁸⁰⁾와 부정한 구체적 예²²⁸¹⁾는 아래와 같다.

대표자, 임원 또는 사원이나 직원 등이 손해배상청구권을 행사할 수 있을 정도로 이를 안 때에 비로소 단기소멸시효가 진행한다고 할 것이고, 만약 다른 대표자나 임원 등이 법인의 대표자와 공동불법행위를 한 경우에는 그 다른 대표자나 임원 등을 배제하고 단기소멸시효 기산점을 판단하여야 한다. 그리고 이는 법인의 대표자의 불법행위로 인한 법인의 그 대표자에 대한 손해배상청구권을 피보전권리로 하여 법인이 채권자취소권을 행사하는 경우의 제척기간의 기산점인 '취소원인을 안 날'을 판단할 때에도 마찬가지라 할 것이다."

2277) 대법원 2017. 6. 15. 선고 2015다247707 판결: "국가가 조세채권을 피보전채권으로 하여 채납자의 법률행위를 대상으로 채권자취소권을 행사할 때에, 제척기간의 기산점과 관련하여 국가가 취소원인을 알았는지 여부는 특별한 사정이 없는 한 조세채권의 추심 및 보전 등에 관한 업무를 담당하는 세무공무원의 인식을 기준으로 판단하여야 하고, 채납자의 재산 처분에 관한 등기·등록 업무를 담당하는 다른 공무원의 인식을 기준으로 판단하여서는 아니 된다. 따라서 위와 같은 세무공무원이 채납자의 재산 처분행위 사실 뿐만 아니라 구체적인 사해행위의 존재와 채납자에게 사해의 의사가 있었다는 사실까지 인식할 때 이로써 국가도 그 시점에 취소원인을 알았다고 볼 수 있다."

2278) 대법원 2018. 7. 20. 선고 2018다222747 판결: "예금보험공사 등이 채무자에 대한 채권을 피보전채권으로 하여 채무자의 법률행위를 대상으로 채권자취소권을 행사하는 경우, 제척기간의 기산점과 관련하여 예금보험공사 등이 취소원인을 알았는지 여부는 특별한 사정이 없는 한 피보전채권의 추심 및 보전 등에 관한 업무를 담당하는 직원의 인식을 기준으로 판단하여야 하므로, 그 담당직원이 채무자의 재산 처분행위 사실뿐만 아니라 구체적인 사해행위의 존재와 채무자에게 사해의 의사가 있었다는 사실까지 인식하였다면 이로써 예금보험공사 등도 그 시점에 취소원인을 알았다고 볼 수 있다. 이러한 법리는 예금보험공사가 파산관재인으로서 대리인을 선임하였다 하더라도 피보전채권의 추심 및 보전에 관하여 직접 조사하여 법적조치를 지시하는 경우에는 마찬가지로 적용된다." ● 국민건강보험공단의 경우도 동일하다(대법원 2023. 4. 13. 선고 2021다309231 판결).

2279) 대법원 2006. 12. 21. 선고 2004다24960 판결: "채무자 소유의 부동산에 관하여 수익자 명의로 소유권이전청구권의 보전을 위한 가등기가 마쳐졌다가 그 가등기에 기한 소유권이전의 본등기가 마쳐진 경우, 가등기의 등기원인인 법률행위와 본등기의 등기원인인 법률행위가 명백히 다른 것이 아닌 가등기의 등기원인인 법률행위를 제쳐놓고 본등기의 등기원인인 법률행위만이 취소의 대상이 되는 사해행위라고 볼 것은 아니므로, 가등기의 등기원인인 법률행위가 있는 날이 언제인지와 관계없이 본등기가 마쳐진 날로부터 사해행위 취소의 소의 제척기간이 진행한다고 볼 수는 없다. 따라서 가등기 및 본등기의 원인행위에 대한 사해행위 취소 등 청구의 제척기간의 기산일은 가등기의 원인행위가 사해행위임을 안 때라고 할 것인바, 가등기의 원인행위가 사해행위임을 채권자가 안 때부터 1년 내에 가등기의 원인행위에 대하여 취소의 소를 제기하였다면 본등기의 원인행위에 대한 취소 청구는 그 원인행위에 대한 제척기간이 경과한 후 하더라도 적법하다."

2280) ㉠ 제척기간 1년의 도과를 긍정한 예

① 채권자가 채무자의 재산 상태를 조사한 결과 자신의 채권 총액과 비교하여 채무자 소유의 부동산의 가액이 그에 미치지 못하는 것을 이미 파악하고 있었던 상태에서 채무자의 재산에 대하여 가압류를 하는 과정에서 그 중 일부 부동산에 관하여 제3자 명의의 근저당권설정등기나 가등기가 경료된 사실을 확인하였다면, 다른 특별한 사정이 없는 한 채권자는 그 가압류 무렵에는 채무자가 채권자를 해함을 알면서 사해행위를 한 사실을 알았다고 본 예(2011다82384). ㉡ 채권자가 채무자의 유일한 재산에 대하여 가등기가 경료된 사실을 알고 채무자의 재산 상태를 조사한 결과 다른 재산이 없음을 확인한 후 채무자의 재산에 대하여 가압류를 한 경우, 채권자는 그 가압류 무렵에는 채무자가 채권자를 해함을 알면서 사해행위를 한 사실을 알았다고 봄이 상당하다

(3) 제척기간 5년의 기산점

제척기간 5년의 기산점인 '법률행위가 있는 날'은 사해행위 성립 시점으로서 당사자 사이의 이해관계에 미치는 중대한 영향을 고려하여 신중하게 이를 판정하여야 할 것이고,²²⁸²⁾ 사해행위에 해당하는 법률행위가 언제 있었는가는 실제로 그러한 사해행위가 이루어진 날을 표준으로 판정할 것이되,²²⁸³⁾ 다른 특별한 사정이 없는 한 처분문서에 기초한 것으로 보이는 등기부상 등기원인일자를 중심으로 그러한 사해행위가 실제로 이루어졌는지 여부를 판정할 수밖에 없을 것이다.²²⁸⁴⁾

(4) 전득자에 대한 제척기간

채권자가 전득자에 대하여 채권자취소권을 행사하여 원상회복을 구하기 위해서는 민법 제406조 제2항에서 정한 기간 안에 전득자에 대한 관계에서 채무자와 수익자 사이의 사해행위를 취소하는 청구를 하여야 한다.²²⁸⁵⁾

고 한 예(99다2515). ㉠ 원고가 법무사에게 제정 부동산에 관한 처분금지가처분신청을 의뢰하여 법무사가 2002. 5. 14. 등기부등본, 토지대장, 개별공시지가확인서, 집합건축물대장 등을 발급받아 2002. 6. 7. 법원에 사해행위취소로 인한 소유권이전등기말소청구권을 피보전권리로 하여 위 부동산에 관한 처분금지가처분신청을 하였고 원고는 2003. 5. 28. 사해행위 취소의 소를 제기한 사안에서, 원심은, 원고가 부동산등기부를 열람한 2002. 5. 14.경 채무자의 피고에 대한 부동산 증여를 알았다고 할 수 있지만, 원고가 2002. 6. 7.에야 사해행위를 이유로 처분금지가처분결정을 받은 점에 비추어 보면, 위 인정 사실만으로는 원고가 2002. 5. 14.경 또는 그 이전에 위 증여가 원고를 해하는 사해행위에 해당한다는 사실을 알았다고 단정할 수 없다고 한 데 대하여, 대법원은, 원고는 2002. 5. 14. 이전에 위 증여가 사해행위에 해당할 뿐 아니라 채무자에게 사해의 의사가 있었음을 알고 있었다고 봄이 상당하다고 한 예(2006다46483).

2281) ㉠ 제척기간 1년의 도과를 부정한 예

① 채권자가 대물변제계약에 기한 소유권이전등기청구권을 피보전권리로 하는 처분금지가처분 등기가 경료된 사실을 알았다는 사정만으로 위 대물변제계약이 사해행위에 해당하는지 여부에 관하여 알 수 있었다고 보기는 어렵다고 한 예(2010다71684). ② 채권자가 채무자의 제3자에 대한 금전의 증여행위가 사해행위에 해당한다는 것을 확실히 알지 못한 채 그 금전으로 취득한 제3자 명의의 부동산이 제3자에게 명의신탁된 것으로 잘못 알고 그 명의신탁약정이 사해행위라 주장하며 그 부동산에 대한 처분금지가처분신청을 하여 그 가처분등기가 경료되었다는 사정만으로는, 채권자가 그때부터 채무자가 채권자를 해함을 알면서 사해행위인 금전의 증여행위를 하였다는 사실을 알게 되었다고 볼 수 없다고 한 예(2008다81398). ③ 채권자가 채무자 소유의 부동산에 대한 가압류신청 시 청구한 등기부등본에 수익자 명의의 근저당권설정등기가 경료되어 있었다는 사실만으로는 채권자가 가압류신청 당시 취소원인을 알았다고 인정할 수 없다고 한 예(2000다44348).

2282) 사해행위 시점은 뒤에서 보는 바와 같이 피보전채권의 적격 여부, 채무자의 무자격 여부 판단의 기준시점이기도 하다.

2283) 대법원 2002. 7. 26. 선고 2001다73138, 73145 판결. 예컨대, 채권담보를 위해 백지 근저당권설정계약서를 받아가지고 있었다고 하더라도, 담보 목적 부동산이나 피담보채권의 최고액 등이 확정되지 않은 상태에서는 아직 근저당권설정계약이 체결되었다고 볼 수 없고, 백지 근저당권설정계약서를 모은한 때에 근저당권설정계약이 체결되었다고 봄이 상당하다(99다55656).

2284) 대법원 2002. 11. 8. 선고 2002다41589 판결 등.

2285) 대법원 2014. 2. 13. 선고 2012다204013 판결: "채권자가 전득자를 상대로 민법 제406조 제1항에 의한 채권자취소권을 행사하기 위하여는 같은 조 제2항에서 정한 기간 안에 채무자와 수익자 사이의 사해행위취소를 법원에 소를 제기하는 방법으로 청구하여야 하는 것이고, 채권자가 수익자를 상대로 사해행위취소를 구하는 소를 제기하여 채무자와 수익자 사이의 법률행위를 취소하는 내용의 판결이 선고되어 확정되었더라도 그 판결의 효력은 그 소송의 피고가 아닌 전득자에게는 미치지 아니하므로, 채권자가 전득자에 대하여 채권자취소권을 행사하여 원상회복을 구하기 위하여는 민법 제406조 제2항에서 정한 기간 안에 별도로 전득자에 대한 관계에서

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 피보전 채권과 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 근저당권이 전등기가 말소된 것을 기회로 수익자가 다시 이를 제3자에게 처분하는 경우에는 ① 채권자가 제척기간 내에 사해행위취소를 구하는 것이 물리적으로 불가능할 뿐만 아니라, ② 약익의 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 경상적인 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 사기의 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 시기²²⁹¹⁾를 기준으로 산정한다.²²⁹²⁾

채권자취소권에 의하여 보호될 수 있는 피보전채권은 원칙적으로 사해행위라고 볼 수 있는 행위가 행하여지기 '전'²²⁹³⁾에 발생된 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 사실상 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 가액을 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 이증양도행위에 대한 사해행위취소권을 행사할 수 있는 피보전채권에 해당한다고 할 수 없고, 또한 채권자취소권을 특정물에 대한 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 행사하는 것은 허용되지 않으므로 부동산의 제1양수인은 자신의 소유권이전등기청구권 보전을 위하여 양도인과 제3자 사이에서 이루어진 이증양도행위에 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.” ㉠ 소의 1이 원고의 예금인출 요청을 거부하여(사해행위 이전의 불법행위) 원고가 소의 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 갖추었다라도 채권양수인이 채권자취소권을 행사하는 데 아무런 장애사유가 될 수 없다(대법원 2006. 6. 29. 선고 2004다5822 판결).

2296) 대법원 2011. 12. 8. 선고 2011다55542 판결(그 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 일증이 없으므로, 매도 당시 채권자의 구상권행사가 임박하였거나 잠차 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(어려운 법리는 물적 담보권자가 채권자취소권을 행사할 수 있는 피보전채권의 범위를 정하는 경우에도 마찬가지로 적용된다).

2299) ㉠ 긍정례: ① 구상금채권 성립의 기초가 되는 신용보증계약(2007다21245) 또는 ② 보증보험계약(2010다68084), ③ 결계에 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), ④ 양도소득세에 따른 신고불성실 및 납부불성실 가산세 채권 발생의 기초가 되는 채무자의 부동산 양도행위(2006다66753), ⑤ 회사의 가공원가를 실질적 대표자에 대한 인정상여로 소득처분하여 부과된 종합소득세 채권 발생의 기초가 되는 회사의 가공원가 계상 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 있다거나, 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 청구이의의 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 의하여 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.” ㉠ 신용카드가입계약[신용카드가입계약은 신용카드의 발행 및 관리, 신용카드의 이용과 관련된 대금의 결제에 관한 기본적 사항을 포함하고 있기는 하나 그에 의하여 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(2004다 40955)].

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 인용할 수 있는 사람은 권리의 소멸에 의하여 직접 이익을 받는 자에 한정되는데, 사해행위취소소송의 상대방이 된 사해행위의 수익자는 사해행위가 취소된 면 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 해당 하는지 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.²³⁰⁶⁾

(1) 채무자의 무자력

채무자의 재산처분행위가 사해행위가 되기 위해서는 채무자²³⁰⁷⁾의 소극재산²³⁰⁸⁾

2303) 대법원 2014. 2. 21. 선고 2013다75717 판결: “확정판결에 기한 집행이 권리남용에 해당하여 청구이익의 소멸에 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 소송신탁에 해당하여 무효라고 볼 여지가 있으나, 채무자인 소외 2로서는 소송신탁 여부에 따라 원고와 소외 1 중 누구에게 이행할 의무를 지느냐에 차이가 있을 뿐이고, 소송신탁 사실이 판결금 채권에 대한 청구이익의 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 작성하며 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’ 하는데도, 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·증명책임 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 성립되리라는 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, 후순위수익권의 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·노력·기능(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 아니나, 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 절멸 및 담보적 기능이라는 경제적 효과를 달성하게 되는 것일 뿐이므로, 그 우선수익권은 우선 변제적 효과를 채권자에게 귀속시킬 수 있는 신탁계약상 권리이다." ⁸³ 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 인정되는 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 해당한다고 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, 그래서 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 명의 계좌에, 7,000만 원을 자신의 처인 피고 2의 계좌에 각 송금하고, 원고의 현금카드를 이용하여 위 농협계좌에서 피고 2 명의 계좌로 1,800만 원을 이체한 사안에서, 위 각 송금 및 이체행위가 증여행위임을 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, 영업을 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 영업을 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 매도인 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 명의로 소유권이전등기가 유효함을 전제로 소외 3이 피고에게 아파트 소유권이전등기를 마쳐 준 행위는 피고에 대하여 부담하는 기존 채무자의 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 명의로 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 채권자들에 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 2005다514104 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⁾

‘매도인 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 소극재산을 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 자금을 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 매매 계약을 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 미치지 않는다고 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⁾

법원으로서 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; 채무초과 상태에 있는 채무자가 근로자들에 대한 임금채무 등의 지급을 면하고자 채무자의 유일한 재산인 선박을 채권자 중 1인에게 매도하였는데, 매도 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 배척한 것은 정당하고, 거기에 등기의 추정력, 증명책임의 분배에 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 'a부동산의 매각 목적이 채무의 변제 또는 변제자력을 얻기 위한 것이고, ③ 그 대금이 부당한 영가가 아니며, ④ 실제 이를 채권자에 대한 변제에 사용하거나 변제자력을 유지하고 있는 경우'에는, 사해행위에 해당하지 않으나, ②(= ④+③+④)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, 그래서 취소채권자는 사해행위 취소의 목적을 달성하게 되는 것으로서 달리 수익자에게 반환을 명할 수익이 남아 있는 것도 아니라 할 것이니, 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 권리행사로써 다른 채권자가 존재한다는 이유로 이것이 방해받아서 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 유사행위가 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 강제집행절차에서 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 권리이고, 채권양도의 경우 그 권리이전의 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 대역금채권은 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 것이니, 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 부분이 “채권양도행위가 사해행위에 해당하는 경우에는 양도통지가 따로 채권자취소권 행사의 대상이 될 수 있다”는 취지로 읽힐 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 당사를 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 ‘5개월의 더 지난’ 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 강제집행절차가 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 당시와는 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 공사도급계약에 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 다른 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 계산점은 '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 통모하여 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 합치가 있어야 한다. 다른 사람의 예금계좌에 금전을 이체하는 등으로 송금하는 경우 다양한 원인이 있을 수 있는데, 과세 당국 등의 추세를 피하기 위하여 일정한 인적 관계에 있는 사람이 그 소유의 금전을 자신의 예금계좌로 송금한다는 사실을 알면서 그에게 자신의 예금계좌로 송금할 것을 승낙 또는 양해하였거나 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 예금반환청구권을 가진다고 해도, 이는 계좌가 개설된 금융회사에 대한 관계에 관한 것으로서 그 점을 들어 곧바로 출금인과 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. 시행 된 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 있는지 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 총재산에 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 경료행위는 가등기의 원인인 법률행위에서 발생한 효과에 따른 일련의 행위라고 보아야 하고, 채권자가 주장하는 채무자의 시효이익의 포기도 본등기 실행행위를 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 체척기간이 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 받는자인 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 출연자에게 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, **대법원**은, 한정승인신고서에 첨부된 상속재산목록에 원고의 양수금채권이 기재되어 있지 않고, 소외인들이 다른 상속채권자들에게는 개별적으로 채권신고의 최고를 하면서도 원고에게는 최고를 하지 않은 점에 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, 접근매체 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, **대법원**은, 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 사실에서, 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, **대법원**은, ‘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 는 원심 본문중결 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 제자의 돈을 누가 어떤 용도로 사용하였는지 등을 심리한 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, 행위목적불이 채무자의 전체 책임 재산 가운데에서 차지하는 비중, 무자력의 정도, 법률행위의 경제적 목적이 갖는 정당성 및 그 실현수단인 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(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 경위나 그 경제적인 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 점을 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 이행에 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 자금융통 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 금액의 사용처에 따라 사해행위의 범위가 달라지는 것은 아니라 할 것”이라고 판시한 바 있는데, 위 뒷부분 판시는 일반론으로서 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 제666조**는 ‘부동산공사의 수급인은 보수에 관한 채권을 담보하기 위하여 그 부동산을 목적으로 한 저당권의 설정을 청구할 수 있다.’라고 규정하고 있는바, 이는 부동산공사에서 그 목적물이 보물 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.