

부동산 관련 법률행위에 대한 채권자취소소송에서의 취소 후 반환의 범위

조 상 희*

목 차

I. 문제의 제기	6. 이혼을 원인으로 한 재산분할
II. 사해행위로서의 부동산관련 법률행위	7. 현물출자행위
1. 부동산의 처분	III. 채권자취소소송에서의 취소 후 반환범위
2. 대물변제	1. 취소의 범위
3. 담보의 제공	2. 반환의 방법과 범위
4. 신탁	IV. 결론
5. 상속포기, 상속재산분할협의	

I. 문제의 제기

채무자의 사해행위로 인한 채권자취소소송이 IMF 구제금융 사태 이후 많이 활용되고 있으며, 법원에서의 인용율 또한 높아지고 있다.¹⁾ 그것은 채무자의 재산은닉행위가 많기도 하지만 종래와는 달리 채권자 특히 금융기관이 적극적으로 이러한 은닉행위에 대하여 사해행위취소소송을 제기하고 있으며, 사해행위의 요건에 대한 엄격한 해석 적용에서

* 건국대학교 법학전문대학원 교수

1) 2002년부터 2008년까지 제1심에 접수된 채권자취소소송의 건수는 다음과 같다.

2002년	2003년	2004년	2005년	2006년	2007년	2008년
4,817건	6,060건	6,978건	6,631건	6,496건	6,330건	6,526건

법원행정처, 「사법연감」, 2009.

벗어나 사해의사의 추정을 높이고 있기 때문이기도 하다.)

한편 채무자의 재산은닉행위에 대하여 채권자취소소송이 제기되어 사해행위가 인정되는 경우 그 법률행위가 취소가 되며 취소 후의 원상회복이 이루어지게 된다. 이때 원상회복은 원물반환을 원칙으로 하고 예외적으로 원물반환이 불가능하거나 현저히 곤란한 경우에 사해행위의 목적물의 가액을 상환하여야 한다. 여기서 사해행위가 부동산과 관련된 여러 가지 법률행위인 경우 각각의 경우에 있어서 사해행위 취소 후의 원물반환 혹은 가액배상³⁾의 방법에 관하여 법률의 규정이 없어서, 판례로 그 방법이 해석되어져 왔다. 이러한 판례가 근래에 들어 많이 축적되어 있고, 이러한 판례들에 나타난 반환 범위와 방법에 관하여 살펴볼 필요가 있다고 본다.

II. 사해행위로서의 부동산관련 법률행위

1. 부동산의 처분

부동산을 무상으로 양도하거나⁴⁾ 부당하게 염가로 매도하는 행위가

-
- 2) 채무자의 사해 의사에 대하여 헌법재판소는 다음과 같이 합헌판결을 하였다.
 “이 사건 법률 조항의 ‘채권자를 해함을 알고’라는 의미는 사해행위의 객관적 요건을 구비하였다는 것에 대한 인식 즉 ‘채무자의 처분행위에 의하여 그 재산이 감소되어 채권의 공동담보에 부족이 생기거나 이미 부족상태에 있는 공동담보가 한층 더 부족하게 됨으로써 채권자의 채권을 완전하게 만족시킬 수 없게 된다는 사실을 인식하는 것’이라고 합리적으로 해석할 수 있고, 달리 법관의 자의적 해석의 위험성은 없다고 할 것이므로 이 사건 법률조항이 명확성원칙에 위배된다고 볼 수 없다.”
 헌법재판소 2007. 10. 25. 선고 2005헌바96 결정.
- 3) 현재 가액반환, 가액상환 등 용어가 사용되고 있는데, 판례에서 사용하는 가액배상의 용어를 쓰기로 한다.
- 4) 대법원 1999. 11. 12. 선고 99다29916 판결.
 채무자가 그 소유의 아파트를 처에게 증여할 당시 가까운 장래에 성립할 개연성이

사해행위가 된다. 부동산을 상당한 가격에 매도한 경우에 채무자와 수익자 사이의 통모가 있는 경우를 제외하고는 재산의 소유형태가 부동산에서 금전으로 바뀌는 것에 불과하고 총재산 가액에 변동이 없어서 사해행위로 되지 않는다는 견해가 있으나, 판례는 유일한 재산인 부동산을 매각하여 소비하기 쉬운 금전으로 바꾸는 것은 채권자에 대한 사해행위가 된다고 본다. 다만 일부 채권자에 대한 정당한 변제에 충당하기 위하여 상당한 가격으로 이루어 졌다는 특별한 사정이 있으면 달리 볼 수 있다고 한다.⁵⁾

2. 대물변제

대물변제의 경우⁶⁾ 기존채무를 소멸시키기 위하여 상당한 가격으로 행해진 이상 사해행위로 되지 않지만,⁷⁾ 불상당한 가격에 의한 것은 사

높았던 피보전채권액이 비교적 소액이므로 아파트 외에는 소액 채무에 상당하는 채무조차도 담보할 만한 예금이나 동산 등 다른 재산이 없었는지, 당시 법인세가 가까운 시일 내에 부과될 개연성이 높다는 점에 대하여 인식할 수 있었는지, 당시 원고 이외에 다른 채권자에 대한 채무도 부담하고 있었는지 등에 대하여 좀 더 면밀히 살핀 다음에 위 증여행위가 사해행위에 해당하는지의 여부를 판단하였어야 한다고 한다.

5) 대법원 1995. 6. 9. 선고 94다32580 판결.

채무자가 경락허가결정 이후 경매부동산을 채권자에게 매도하면서, 만약 채무자가 채무를 모두 변제하면 그 매매를 무효로 하고, 그리고 1개월 내에 변제하지 못하면 그 부동산의 처분은 채권자에게 맡기고 채권자는 근저당권자에 대한 경락대금 상당의 채권을 대신 변제하여 매대대금의 지급에 충당하되 채권자가 그 경락 및 경매 절차를 정리하지 못했을 때에는 매매를 무효로 하기로 약정하였는데, 그 후 채권자가 경매신청채권을 변제하고 경매절차를 해결하기로 한 약정을 이행하지 아니하고 그에 따른 대안도 제시하지 아니하는 상황에서, 채무자가 대금지급일이 임박하여 부동산을 상실할 위기에 처한 나머지 최소한 경매보다는 나은 조건으로 그 부동산을 제3자에게 처분한 경우는 사해행위가 아니라고 한다.

6) 법원은 과거에는 상당한 가격에 의한 대물변제에 대하여 사해행위로 인정하지 않다가, 1990년대 이후의 판례에서는 원칙적으로 사해행위로 보고 있다.

오시영, “채권자취소권에 관한 연구”, 중앙대학교대학원 박사학위논문, 178-179면.

7) 대법원 1981. 7. 7. 선고 80다2613 판결.

해행위가 되는 것에 문제가 없으며,⁸⁾ 특정채권자와 통모하거나 채권자의 채권액을 초과하는 내용으로 이루어진 경우는 사해행위로 될 수 있다.⁹⁾

판례는 이미 채무초과 상태에 빠진 채무자가 특정부동산 즉 유일한 부동산을 일부채권자에게 대물변제로 넘겨주는 것은 원칙적으로 사해행위가 된다고 한다.¹⁰⁾

한편 담보가 설정되어 있는 부동산이 대물변제로 된 경우에는 그 피담보채무의 범위 내에서는 사해행위가 성립하지 않고, 피담보채무를 초과하는 부분에 한하여 사해행위로 취소될 수 있다.¹¹⁾

채무자가 모든 채권자들로 하여금 채권자단을 조직하고 문제의 부동산을 양수하여 그 처분대금으로 각자의 채권액에 비례하여 변제받도록 중용하였으나, 원고만이 채권자단의 가입을 거부하면서 채권 전액의 변제를 고집하여, 부득이 채무자가 원고를 제외한 나머지 채권자들의 채권자 대표인 피고에게 채무변제조로 이 건 부동산을 매매의 형식으로 양도한 경우 이는 채무자가 이행할 기존채무의 이행을 위한 것이므로 비록 그로 인하여 무자력이 되어도 이는 원고에 대한 사해행위가 되지 않으며, 채무자가 어느 채권자로부터 압류당할 가능성이 있다고 판단하여 계쟁 부동산을 다른 채권자에게 양도했다 하여도 그것이 기존채무의 이행을 위하여 상당한 가격으로 평가되었을 때에는 사해의사가 없었다고 본다.

8) 박준서 외, 「주석 민법 제3판」 한국사법행정학회, 2000, 81면.

9) 채권자의 채권액을 초과하는 대물변제의 경우 대물변제 받은 채권자의 채권액을 초과하는 부분에 한하여 사해행위가 성립한다고 보는 견해도 있다. 이은영, 「채권총론」, 박영사, 1995, 377면; 박준서 외, 앞의 책, 82면.

10) 대법원 2000. 9. 29. 선고 2000다3262 판결; 동2005. 11. 10. 선고 2004다7873 판결. 공유수면점용허가권은 공법상의 권리라 하더라도 허가를 받은 자가 관할관청의 허가 없이 그 점용허가권을 자유로이 양도할 수 있으므로 독립한 재산적 가치를 가지고 있고 법률상 압류가 금지된 권리도 아니어서 민사집행법 상의 기타 재산권에 대한 집행방법으로 강제집행을 할 수 있으므로 사해행위 즉 유일한 재산으로 어느 특정채권자에게 대물변제로 제공하여 양도하였다면 그 채권자는 다른 채권자에 우선하여 채권의 만족을 얻는 반면 그 범위 내에서 공동담보가 감소됨에 따라 다른 채권자는 종전보다 더 불리한 지위에 놓이게 되므로 이는 곧 다른 채권자의 이익을 해하는 것으로서 채권자취소권의 대상이 된다.

11) 대법원 2008. 2. 14. 선고 2006다33357 판결.

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

3. 담보의 제공

기존채무에 대한 담보권 설정은 사해행위가 되지만, 신규차입을 위하여 담보권을 설정하는 행위는 채무자가 사업의 계속을 위한 최선의 방법으로 필요한 경우에는 사해행위가 되지 않는다고 한다.¹²⁾

우선변제권 있는 채권자에 대한 대물변제의 제공행위는 특별한 사정이 없는 한 다른 채권자들의 이익을 해한다고 볼 수 없어 사해행위가 되지 않는다. 저당권이 설정되어 있는 재산이 사해행위로 양도된 경우에 그 사해행위는 그 재산의 가액, 즉 시가에서 저당권의 피담보채권액을 공제한 잔액의 범위 내에서 성립하고, 피담보채권액이 그 재산의 가액을 초과하는 때에는 당해 재산의 양도는 사해행위에 해당한다고 할 수 없다. 이와 같은 법리는 채권자들 중에 그 채무자에 대하여 경매 등의 환가절차에서 저당권에 의하여 담보되는 채권보다 우선하여 배당을 받을 수 있는 채권자가 있는 경우에도 마찬가지라고 할 것이므로, 피담보채권액이 그 재산의 가액을 초과하는 재산의 양도행위가 저당권의 피담보채권보다 우선하여 배당받을 수 있는 채권자에 대한 관계에서는 사해행위가 된다고 할 수도 없다.

12) 이우재, “개발신탁의 사해행위 판단방법”, 『재판연구관세미나자료 대법원판례해설 2003년 하반기』, 법원도서관, 2004. 7, 535면-538면.

대법원 2001. 5. 8. 선고 2000다50015 판결.

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 부동산을 특정 채권자에게 담보로 제공하고 그로부터 신규자금을 추가로 융통받았다면 특별한 사정이 없는 한 채무자의 담보권 설정행위는 사해행위에 해당하지 않는다고 할 것이다.

대법원 2001.05.08. 선고 2000다66089 판결.

공장신축공사가 공정률 60-70% 정도 진행된 상태에서 도급업자의 자금난으로 중단 되자 도급업자의 위임을 받은 채권자단이 수급업자로 하여금 수급업자의 부담 하에 공사를 계속하게 하기 위하여 공사대금의 담보조로 신축공장의 건축주 명의를 수급업자로 변경하여 준 경우, 공장신축공사를 완공하여 공장을 가동하는 것이 채권자들에 대한 최대한의 변제력을 확보하는 최선의 방법이었고 수급인에게 신축공장의 건축주 명의를 변경하여 준 것은 공장을 완공하기 위한 부득이한 조치였으므로 사해행위에 해당하지 않는다.

대법원 2002. 3. 29. 선고 2000다25842 판결.

채무초과 상태에서 사업의 계속에 필요한 물품을 공급받기 위한 방법으로 기존 물품 대금채무 및 장래 발생할 물품대금채무를 담보하기 위하여 근저당권을 설정하여

가등기에 의한 대물변제의 예약도 담보권의 설정과 동일하게 취급되어 사해행위에 해당되므로, 예약 시를 기준으로 하여 사해성 유무를 판단하여야 한다.¹³⁾

한편 근저당권설정계약이 사해행위인 이상 근저당권설정등기가 경락으로 인하여 말소되었다고 하더라도 수익자에게 부당한 이득을 보유키지 않기 위하여 채권자는 근저당권설정계약의 취소를 구할 이익이 있다고 한다.¹⁴⁾ 이 부분은 뒤에서 볼 가액반환의 범위에서 다시 논하기로 한다.

4. 신탁

신탁은 위탁자가 수탁자에게 특정 재산을 이전하고 수탁자로 하여금 수익자의 이익이나 특정 목적을 위하여 재산을 관리·처분하게 하는 법률관계이다. 신탁법에 의하면 채무자가 채권자를 해함을 알고 신탁을 설정한 경우에 채권자는 취소 및 원상회복을 청구할 수 있으며, 수탁자가 선의인 경우에도 취소권을 행사할 수 있다.¹⁵⁾ 취소와 원상회복은 신탁수익자가 이미 받은 이익에 영향을 미치지 않으나, 변제기가 도래하지 않은 채권의 변제를 받았거나 신탁수익자가 악의·중과실일 때에는 예외이다. 한편 신탁은 신탁재산에서 생기는 이익을 위탁자 자

준 경우, 근저당권의 피담보채무에 기존 채무를 포함시켰다 하더라도 기존 채무를 위한 담보설정과 물품을 계속 공급받기 위한 담보설정이 불가피하게 동일한 목적하에 하나의 행위로 이루어졌고, 당시의 제반사정 하에서는 그것이 사업의 계속을 통한 회사의 갱생이라는 목적을 위한 담보제공행위로서 합리적인 범위를 넘은 것이 아니라는 이유로 기존 채무를 위한 담보설정행위 역시 사해행위에 해당하지 않는다.

13) 대법원 1998. 5. 12. 선고 97다57320 판결.

14) 대법원 1997. 10. 10. 선고 97다8687 판결.

15) 부동산사해신탁을 주장하는 채권자로서는 취소요건이나 이익이 있는지 여부를 판단함에 있어 신탁원부를 포함한 신탁등기의 내용을 충분히 파악할 필요가 있다고 한다. 이우재, 앞의 논문, 538면.

신이 취득하는 자익신탁과 위탁자 이외의 제3자가 취득하는 타익신탁으로 구분되는데, 타익신탁의 경우는 사해성을 인정하는데 큰 문제가 없다.

최근 아파트나 상가의 건설과 분양에 관련된 부동산신탁이 많이 행해지는데 이는 자익신탁으로서 위탁자가 출연을 하지만 그로 인한 수익을 얻는 것이므로 실제로 책임재산의 감소를 가져오지 않는 것으로 볼 여지가 있고, 그래서 부동산신탁이 개발의 촉진, 부동산의 관리, 분양 등을 목적으로 행해지는 경우 사해성이 부정되는 경우가 많다.¹⁶⁾¹⁷⁾ 부동산 개발신탁의 경우 수익을 즉시 일시불로 지급하고 그 후 처분에는 위탁자가 관여하지 않기로 하여 사실상 처분행위로 볼 수밖에 없는 경우가 아니라면, 소유 명의의 변동이라는 측면만으로 사해행위 여부를 판단할 수 없다.¹⁸⁾

16) 대법원 2003. 12. 12. 선고 2001다57884 판결.

채무자가 토지에 집합건물을 지어 분양하는 사업을 추진하던 중 이미 일부가 분양되었는데도 공정률 45.8%의 상태에서 자금난으로 공사를 계속할 수 없게 되자 건축을 계속 추진하여 건물을 완공하는 것이 이미 분양받은 채권자들을 포함하여 채권자들의 피해를 줄이고 자신도 채무변제력을 회복하는 최선의 방법이라고 생각하고, 사업을 계속하기 위한 방법으로 신탁업법상의 신탁회사와 사이에 신탁계약을 체결한 것으로 자금난으로 공사를 계속할 수 없었던 채무자로서는 최대한의 변제력을 확보하는 최선의 방법이었다고 또한 공사를 완공하기 위한 부득이한 조치였다고 판단되므로 사해행위에 해당되지 않는다.

17) 대법원 2001. 7. 27. 선고 2001다13709 판결.

공사대금을 지급받지 못한 아파트 공사 수급인이 신축 아파트에 대한 유치권을 포기하는 대신 수분양자들로부터 미납입 분양대금을 직접 지급받기로 하고, 그 담보를 위해 도급인과의 사이에 당해 아파트를 대상으로 수익자를 수급인으로 하는 신탁계약을 체결하고 수급인이 지정하는 자 앞으로 소유권이전등기를 경료하게 한 경우, 수급인의 지위가 유치권을 행사할 수 있는 지위보다 강화된 것이 아니고, 도급인의 일반채권자들 입장에서 수급인이 유치권을 행사하여 도급인의 분양사업 수행이 불가능해지는 경우와 비교할 때 더 불리해지는 것은 아니므로 위 신탁계약이 사해행위에 해당하지 않는다.

18) 이우재, 앞의 논문, 545면.

5. 상속포기, 상속재산분할협의

상속의 포기는 신분행위이고 재산권을 목적으로 하지 않는 법률행위이며 소급효가 있어서 처음부터 상속인이 아닌 것으로 되므로 취소의 대상이 되지 아니한다고 본다.¹⁹⁾²⁰⁾²¹⁾ 상속재산분할협의를 관해서는 이미 채무자의 소유로 된 재산에 대한 처분행위이어서 사해행위 취소의 대상이 된다고 본다.²²⁾

6. 이혼을 원인으로 한 재산분할

재산분할이 너무 과대하거나 재산분할을 빙자한 재산처분이라고 인정되기에 족한 특별한 사정이 있는 경우에는 사해행위가 될 수 있다.²³⁾

19) 윤진수, “상속법상의 법률행위와 채권자취소권 -상속포기 및 상속재산분할협의를 중심으로-”, 『사법연구』 6집, 박영사, 2001. 12.

20) 광주고법 1979. 6. 22. 선고 78나79 제2민사부판결 확정.

21) 그런데 일본의 학설 중에는 상속포기에 대하여 상속인의 채권자가 취소를 구하는 경우에 상속개시 후 상속인이 상속재산이 있다는 것을 채권자에게 알림으로써 신용을 제공한 경우에는 그 상속포기는 상속지분의 처분이므로 사해성이 인정되는 것으로 보자고 하는 견해가 있다.

오시영, 앞의 논문, 165면.

22) 대법원 2008. 3. 13. 선고 2007다73765 판결.

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

23) 최한신, 『사해행위취소실무 I』, 유로, 2009, 558-559면.

대법원 2000. 7. 28. 선고 2000다14101 판결.

대법원 2000. 9. 29. 선고 2000다25569 판결.

7. 현물출자행위

부동산을 현물출자 하여 회사를 설립하는 경우 회사설립으로 인하여 피해를 입은 채권자는 채권자취소권을 행사할 수 있는지가 문제로 된다.

상법 제185조는 합명회사의 사원이 그 채권자를 해할 것을 알고 회사를 설립한 때에는 채권자는 그 사원과 회사에 대한 소로 회사설립취소를 청구할 수 있다고 규정하고 있고, 이 규정은 합자회사와 유한회사에도 준용된다(상법 제269조, 제552조 제2항). 따라서 합명회사, 합자회사, 유한회사의 설립에 있어서 기존의 채권자를 해하는 행위로 인하여 이루어진 경우에 그 채권자는 회사의 설립행위 자체를 취소할 수 있지만, 출자행위 자체를 취소할 수 없다고 한다.²⁴⁾ 그래서 사해설립취소가 있으면 회사는 채무자인 사원의 출자를 반환하는 것이 아니라 설립자체가 취소되어 해산절차에 들어가게 되고, 이때 회사의 채권자가 보호되고 취소채권자는 잔여재산청구권을 대위행사하거나 압류할 수밖에 없기 때문에 채권자의 구제방법으로서는 실효성이 낮다. 결국 채권자로서는 상법상의 사해설립취소 이외에 채무자인 사원의 지분을 압류하거나 법

대법원 2001. 2. 9. 선고 2000다63516 판결.

이혼에 따른 재산분할은 혼인 중 쌍방의 협력으로 형성된 공동재산의 청산이라는 성격에 상대방에 대한 부양적 성격이 가미된 제도임에 비추어, 이미 채무초과 상태에 있는 채무자가 이혼을 하면서 배우자에게 재산분할로 일정한 재산을 양도함으로써 결과적으로 일반 채권자에 대한 공동담보를 감소시키는 결과로 되어도, 그 재산분할이 민법 제839조의2 제2항의 규정 취지에 따른 상당한 정도를 벗어나는 과도한 것이라고 인정할만한 특별한 사정이 없는 한, 사해행위로서 취소되어야 할 것은 아니라고 할 것이고, 다만 상당한 정도를 벗어나는 초과부분에 대하여는 적법한 재산분할이라고 할 수 없기 때문에 이는 사해행위에 해당하여 취소의 대상으로 될 수 있을 것이고, 위와 같이 상당한 정도를 벗어나는 과도한 재산분할이라고 볼 만한 특별한 사정이 있다는 점에 관한 입증책임은 채권자에게 있다고 보아야 할 것이다.

24) 오시영, 앞의 논문, 172면.

일본 최고재판소와 일본의 통설의 견해라고 한다.

정동윤, 「상법(상) 제3판」, 법문사, 2008, 836면-837면.

인격부인의 법리에 의하여 구제받을 방법을 모색하여야 할 것이다.

주식회사에 대한 현물출자행위에 대해서 채권자취소권을 행사할 수 있는가에 관하여 일본 하급심판례가 적극설과 소극설로 나누어지고 있는데,²⁵⁾ 현물출자를 취소하더라도 상법 제321조의 발기인의 담보책임의 이행으로 회사설립이 무효로 되지 않는다면 사해행위인 현물출자를 취소할 수 있다고 할 것이다.²⁶⁾

Ⅲ. 채권자취소소송에서의 취소 후 반환범위

1. 취소의 범위

채권자가 채권자취소권을 행사할 때 다른 채권자가 배당요구를 할 것이 명백하거나 목적물이 불가분인 경우와 같이 특별한 사정이 없는 한 원칙적으로 자신의 채권액을 초과하여 취소권을 행사할 수 없다.

27) 한편 채권자에게 우선변제권이 확보된 경우는 그 범위 내에서 채무자의 재산처분행위는 채권자를 해하지 않으므로 그 담보물로부터 우선변제를 받을 액을 공제한 나머지 채권액에 대하여만 채권자취소권이

25) 오시영, 앞의 논문, 172면.

26) 이태로, 「회사법강의 제17판」, 박영사, 2009, 214-215면.

현물출자가 불이행된 경우 사업목적의 수행과 관련하여 효력을 다투는 것이 합리적이라고 한다. 그래서 현물출자의 목적물만이 사업목적의 수행에 불가결한 것이라면 설립무효사유로 보고, 그렇지 않다면 발기인이 그 부분의 주식을 인수하여 금전으로 납입할 수 있다.

27) 대법원 2008. 11. 13. 선고 2006다1442 판결.

사해행위취소로 인한 원상회복으로서 가액배상을 명하는 경우에는, 취소채권자는 직접 자기에게 가액배상금을 지급할 것을 청구할 수 있고, 위 지급받은 가액배상금을 분배하는 방법이나 절차 등에 관한 아무런 규정이 없는 현행법 아래에서 다른 채권자들이 위 가액배상금에 대하여 배당요구를 할 수도 없으므로, 결국 채권자는 자신의 채권액을 초과하여 가액배상을 구할 수는 없다.

인정된다.²⁸⁾ 한편 이때의 채권자의 채권액에는 사실심 변론종결시까지의 이자나 지연손해금도 포함된다고 본다.

민법 제407조에 의하면, 채권자가 다수 있는 경우에 취소의 효력이 총채권자의 이익을 위하여 발생되나, 단순히 다른 채권자가 존재한다는 사정만으로 자기의 채권액을 넘어서 취소권을 행사할 수 없다. 취소 후 반환받거나 가액배상을 받을 경우 취소채권자는 바로 자기 채권의 변제에 충당할 수 있고 다른 채권자에게 분배할 필요가 없기 때문이다.²⁹⁾ 그러나 예외적으로 다른 채권자가 배당요구 할 것이 명백한 경우에는 다른 채권자의 배당요구 가능성을 입증하여 그의 채권액을 초과하여 취소권을 행사할 수 있다고 한다.³⁰⁾

2. 반환의 방법과 범위

가. 원물반환의 원칙과 가액배상

사해행위 취소에 따른 원상회복은 원칙적으로 그 목적물 자체를 반환하는 방법에 의하여야 한다. 그것이 불가능하거나 현저히 곤란한 경우에 한하여 예외적으로 가액배상에 의한다. 이는 현재의 통설과 판례의 견해라고 할 수 있다. 그 이유는 가액배상이 되는 경우 취소채권자가 수령한 돈에 대하여 상계 등에 의하여 사실상 우선변제를 받는 것을

28) 대법원 2002. 4. 12. 선고 2000다63912 판결.

저당권이 설정되어 있는 부동산이 사해행위로 이전된 경우에 그 사해행위는 부동산의 가액에서 저당권의 피담보채권액을 공제한 잔액의 범위 내에서만 성립한다고 보아야 하므로, 사해행위 후 변제 등에 의하여 저당권설정등기가 말소된 경우 그 부동산의 가액에서 저당권의 피담보채무액을 공제한 잔액의 한도에서 사해행위를 취소하고 그 가액의 배상을 구할 수 있을 뿐이고, 이러한 법리는 그 부동산이 양도담보의 목적으로 이전된 경우에도 마찬가지라고 보아야 한다.

29) 대법원 2008. 6. 12. 선고 2007다37837 판결.

30) 대법원 2008. 11. 13. 선고 2006다1442 판결.

시인하게 되어 취소권행사의 효과가 모든 채권자들을 위하여 효력이 있다는 규정과 부합하기 않게 되기 때문이다. 원물반환이 불가능하거나 현저히 곤란한 경우라 함은 원물반환이 단순히 절대적·물리적으로 불가능인 경우가 아니라 사회생활상의 경험법칙 또는 거래상의 관념에 비추어 그 이행의 실현을 기대할 수 없는 경우를 말하는 것이다.³¹⁾ 사해행위의 목적물을 수익자가 전득자에게 양도하여 버린 경우나 사해행위 후 그 목적물에 관하여 제3자가 저당권이나 지상권 등을 취득한 경우에 채권자는 수익자를 상대로 원물반환 대신 가액배상을 구할 수 있다.³²⁾ 그러나 원물반환이 가능함에도 가액배상을 구하는 것은 허용되지 않지만, 가액반환이 가능하여도 채권자 원물반환을 구하는 것은 허용된다.³³⁾

나. 부동산 처분의 경우

원물반환의 경우 수익자의 등기를 말소를 구하는 것이 원칙이다. 채권자취소소송의 확정판결을 등기원인 및 대위원인을 증명하는 서면으로 첨부하여 채무자를 대위하여 단독으로 말소등기를 신청할 수 있다. 다만 전전양도된 경우에 모든 소유명의자를 상대로 소송을 제기하는 것보다 최종명의자를 상대로 말소에 갈음한 이전등기를 채무자에게 하도록 청구하는 것도 허용된다.³⁴⁾

증여 형식의 사해행위를 취소하고 원물반환에 갈음하여 가액배상을 할 때, 수익자에게 부과된 증여세액과 취득세액을 공제하지 않고, 증여된 부동산 가액 전체의 배상을 명하여야 한다.³⁵⁾

31) 대법원 2007. 7. 12. 선고 2007다18218 판결.

32) 채권자는 전득자에 대한 원물반환과 수익자에 대한 가액배상을 선택적으로 청구할 수 있다.

33) 대법원 2001. 2. 9. 선고 2000다51739 판결.

34) 대법원 2000. 2. 25. 선고 99다53704 판결.

35) 제철웅, 「담보법」, 율곡출판사, 2009, 65면; 대법원 2003. 12. 12. 선고 2003다40286 판결.

수익자가 일부 출연한 후의 수익자 명의의 소유권보존등기 즉 사해행위취소소송의 수익자가 건물의 원시취득자로부터 기존의 채권액 상당의 가치 범위 내에서 건물 부분을 양도받기로 약정하였고, 그 건물이 아직 완공되지 않은 상태에서 수익자가 매매계약에 따라 추가공사비를 투입하여 건물을 완공함으로써 그의 비용으로 건물의 객관적 가치를 증대시키고 그 가치가 현존하고 있는 경우, 당해 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 한다.³⁶⁾

다. 저당권설정

저당권설정등기의 말소등기절차에 의한다. 그러나 근저당권설정계약의 일부만이 사해행위에 해당되는 경우에는 근저당권설정등기의 채권최고액을 감축하는 근저당권변경등기절차의 이행을 명하는 방법에 의하여야 한다.³⁷⁾ 저당권의 목적부동산이 경매되거나 다른 원인으로

36) 대법원 2010. 2. 25. 선고 2007다28819,28826 판결.

37) 대법원 2006. 12. 7. 선고 2006다43620 판결.

1번 근저당권등기(채권최고액 5억 2,000만원)가 설정된 부동산에 채무자의 채무초과상태에서 다시 수익자로부터 15억 원을 차용하면서 2번 근저당권설정등기(채권최고액 20억)를 마쳤는데, 채무자가 차용한 돈 중 일부로 1번 근저당권의 피담보채무 4억여 원을 변제하고, 그 근저당등기를 말소한 경우 2번 근저당권의 설정계약 중 이에 의하여 담보되는 차용금의 일부 금원으로 선순위 근저당권의 피담보채무를 변제한 부분을 제외한 나머지 부분에 대하여만 사해행위가 성립한다면, 2번 근저당권설정계약의 채권최고액 20억 원에서 변제한 선순위 근저당권의 피담보채무액을 공제한 잔액의 한도에서 사해행위를 취소하고, 근저당권설정등기의 채권최고액 20

소멸한 후에는 가액배상의 방법에 의하되, 그 부동산의 가액에서 저당권의 피담보채무액을 공제한 잔액의 한도에서 사해행위를 취소하고 그 가액의 배상을 명한다.³⁸⁾ 그리고 그 피담보채무의 소멸의 원인이 무엇인지, 소멸의 원인 중에 변제도 포함되어 있는 경우라면 변제에 있어서의 실제 자금의 출연주체가 누구인지 여부는 더 나아가 따질 여지도 없다고 할 것이며, 사해행위인 계약 전부의 취소와 부동산 자체의 반환을 구하는 청구취지 속에는 위와 같이 일부취소를 하여야 할 경우 그 일부취소와 가액배상을 구하는 취지도 포함되어 있다고 볼 수 있으므로 청구취지의 변경이 없더라도 바로 가액반환을 명할 수 있다고 한다.³⁹⁾ 저당권설정등기보다 먼저 대항력을 갖춘 임차인은 확정일자받지 않았더라도 가액배상의 가액에서 공제하여야 한다. 그러나 주택임대차보호법 제3조 제1항이 정한 대항력을 갖추었으나 그전에 이미 선순위 근저당권이 마쳐져 있어 부동산이 경락되는 경우 소멸할 운명에 놓인 임차권의 임차보증금반환채권은, 임대차계약서에서 확정일자를 받아 우선변제권을 가지고 있다거나 주택임대차보호법상의 소액임차인에 해당한다는 등의 특별한 사정이 없는 한 수익자가 배상할 부동산의 가액에서 공제할 것은 아니다.⁴⁰⁾

그런데 사해행위 후 그 부동산에 관하여 저당권설정등기가 말소되었음을 이유로 가액배상을 명하는 경우에 사해행위 당시 일반 채권자들의 공동담보로 되어 있었던 부동산 가액 전부의 배상을 명하여야 할 것이고, 그 부동산 가액에서 수익자의 변제로 말소된 채무자 소유의 다른 부동산에 관한 저당권이나 전세권의 피담보채무액을 공제하여 가액배

역 원을 변제한 선순위 근저당권의 피담보채무액으로 감축하는 근저당권변경등기절차의 이행을 명하였어야 한다.

38) 대법원 2005. 5. 27. 선고 2003다36478, 36485 판결. 단 피담보채무액은 채권최고액을 초과할 수 없다.

39) 대법원 2002. 11. 8. 선고 2002다41589 판결.

40) 대법원 2001. 6. 12. 선고 99다51197, 51203 판결.

상액을 산정할 것은 아니다.⁴¹⁾ 채무자가 양도한 목적물에 담보권이 설정되어 있는 경우라면 그 목적물 중에서 일반채권자들의 공동담보에 제공되는 책임재산은 피담보채권액을 공제한 나머지 부분만이라 할 것이고 그 피담보채권액이 목적물의 가격을 초과하고 있는 때에는 당해 목적물의 양도는 사해행위에 해당한다고 할 수 없는데, 여기서 공동저당권이 설정되어 있는 수 개의 부동산 중 일부가 양도된 경우에 있어서의 그 피담보채권액은 특별한 사정이 없는 한 민법 제368조의 규정 취지에 비추어 공동저당권의 목적으로 된 각 부동산의 가액에 비례하여 공동저당권의 피담보채권액을 안분한 금액이라고 보아야 한다.⁴²⁾ 즉 가액 배상액의 산정은 전체 부동산의 가액에서 공동저당권의 피담보권의 총액의 가액을 공제한 금액으로 일괄 산정하고 채권자가 그중 일부 부동산에 대해서만 사해해위취소소송을 제기하더라도 그 부동산의 가액에서 공동저당권의 피담보채권 가액을 공제한 액수가 피보전채권의 가액을

41) 대법원 2007. 5. 31. 선고 2006다18242 판결.

42) 대법원 2003. 11. 13. 선고 2003다39989 판결.

그러나 공동저당권이 설정된 수 개의 부동산 전부의 매매계약이 사해행위에 해당하는 경우 그 사해행위 이후에 변제 등에 의하여 공동저당권이 소멸한 때에는 그 부동산의 가액으로부터 저당권의 피담보채권액을 공제한 잔액의 한도 내에서 매매계약을 일부 취소하고 그 가격에 의한 배상을 명하여야 하고 일부 부동산 자체의 회복을 인정할 수는 없으며, 이 때 사해행위의 목적 부동산 전부가 하나의 계약으로 동일인에게 일괄 양도된 경우에는 사해행위로 되는 매매계약이 공동저당 부동산의 일부를 목적으로 할 때처럼 그 부동산 가액에서 공제하여야 할 피담보채권액의 산정이 문제되지 아니하므로 특별한 사정이 없는 한 그 취소에 따른 배상액의 산정은 목적 부동산 전체의 가액에서 공동저당권의 피담보채권 총액을 공제하는 방식으로 함이 그 취소 채권자의 의사에도 부합하는 상당한 방법이라 할 것이고, 한편 사해행위로 인하여 일탈한 재산의 범위는 사해행위 당시 이미 정하여지는 이상 위의 경우에 있어서 그 저당권의 피담보채무의 변제 및 저당권 말소의 원인과 그 자금의 제공자가 누구인지 혹은 그 이익이 잔존하는지 여부는 상관이 없다 할 것이므로, 그 공동저당권 말소의 원인이 하나의 사해행위로서 동일인에게 일괄 양도된 부동산 중 일부에 대한 공동저당권의 실행에 따른 것이라 하여 달리 볼 것도 아니라고 한다. 대법원 2005. 5. 27. 선고 2004다67806 판결.

넘는다면 소송이 되지 않은 다른 부동산의 존재를 고려할 필요가 없이 피보전채권액 상당의 가액반환을 명하여야 한다.

저당권이 설정된 부동산에 관하여 사해행위를 원인으로 저당권을 취득하였다가 선행 저당권의 실행으로 사해의 저당권이 말소되었으나 수익자에게 돌아갈 배당금채권이 있는 경우의 원상회복의 방법으로는, 그 배당금채권이 수익자에게 지급된 경우에는 동액 상당의 가액의 배상으로, 배당금지급금지가처분 등으로 인하여 지급되지 못한 경우에는 그 배당금채권의 양도절차의 이행으로 각 이루어져야 할 것이고, 이러한 법리는 저당권이 설정된 부동산의 소유권이 사해행위로서 양도되었다가 그 저당권의 실행으로 말미암아 양수인인 수익자에게 배당이 이루어진 경우에도 마찬가지이다.⁴³⁾ 즉 수익자가 경매절차에서 채무자와의 사해행위로 취득한 근저당권에 기하여 배당에 참가하여 배당표는 확정되었으나 채권자의 배당금 지급금지가처분으로 인하여 배당금을 현실적으로 지급받지 못한 경우, 채권자취소권의 행사에 따른 원상회복의 방법은 수익자에게 바로 배당금의 지급을 명할 것이 아니라 수익자가 취득한 배당금지급청구권을 채무자에게 반환하는 방법으로 이루어져야 하고, 이는 결국 배당금지급채권의 양도와 그 채권양도의 통지를 배당금지급채권의 채무자에게 하여 줄 것을 청구하는 형태가 될 것이다.⁴⁴⁾ 한편 사해행위 이후에 저당채권의 일부가 변제되어 저당권등기가 그대로 존속하는 경우에는 원물반환이 불가능한 경우로 본다.

라. 대물변제의 경우

가등기의 말소의 방법에 의하며, 소유권이전등기청구권보전을 위한 가등기가 사해행위로서 이루어진 경우 그 매매예약을 취소하고 원상회

43) 위 대법원 2004다67806 판결.

44) 대법원 1997. 10. 10. 선고 97다8687 판결.

복으로서 가등기를 말소하면 족한 것이고, 가등기 후에 저당권이 말소되었다거나 그 피담보채무가 일부 변제된 점 또는 그 가등기가 사실상 담보가등기라는 점 등은 그와 같은 원상회복의 방법에 아무런 영향을 주지 않는다.⁴⁵⁾

마. 상속재산분할협의

상속재산분할협의를 사해행위로 취소하고, 수익자들은 채무자에게 채권자취소를 원인으로 지분이전등기절차를 경로하는 방법에 의한다.

IV. 결론

채권자취소소송에서의 취소 후 원물반환 혹은 가액배상의 방법과 범위에 관하여 IMF 구제금융 사태 이후에 엄청나게 많은 판결들이 축적되어 왔다. 그러나 기본적으로 채권자취소권에 대하여 배당절차를 규정하지 않은 규정의 미비로 경우에 따라서는 채권자가 독점적 만족을 얻는 결과로도 이용되고 있다. 이것은 채권자평등주의의 원칙에 대한 위배로서 그 보완이 시급하다. 이러한 점들을 포함하여 지금까지의 많은 판결들에 관하여 정밀한 분석과 검토를 통하여 채권자취소권에 관한 일반 규정을 만들어서 보다 정확하게 규정할 필요가 있다고 본다. 그래서 채권자취소권의 활용에 대한 예측가능성을 높이고 채무자가 채무를 면탈하기 위한 시도를 가지지 않게끔 만드는 것이 중요할 것이다.

주제어 : 채권자취소권, 사해행위, 원물반환, 가액배상, 채무면탈

45) 대법원 2001. 6. 12. 선고 99다20612 판결.

[Abstract]

Avoidance of Fraudulent Transfer of Real Property and Rights about Real Property and Subsequent Remedies

Sang-Hee Jo*

Not only that a transfer of property by a debtor was made with intent to defraud, hinder, or delay his or her creditors, but also that a debtor transfers property without receiving “reasonably equivalent value” in exchange for the transfer, while the debtor is insolvent at the time of the transfer or becomes insolvent or is left with unreasonably small capital to continue in business as a result of the transfer, may be regarded as the fraudulent transfer and could be set aside by the creditor.

Creditors can avoid debtor's transfer of assets if that transfer was made to an insider and left debtor nothing to pay his creditors. Furthermore, creditors can avoid the good-faith transfers, in which the debtor has simply been more generous than they should have or, in business transactions, the business should have ceased trading earlier to avoid giving certain business creditors an unfair preference. After creditors win lawsuits against the transferees, they are entitled to recover the property transferred or its value from transferees.

If the fraudulent transfers are related to real property or rights related

* Professor of Law school, Konkuk University.

to real property and the properties are not able to be recovered, there will be a lot problems about how their value could be calculated. There has been a lot of precedents of Supreme Court cases about these problems. In principle, the extent of the value is the amount of real property at the time of final hearing. If a debtor transfer his or her real property under mortgage, and mortgage is paid by the transferees, the extent of the value is the amount after the mortgage amount is subtracted from the value of real property. In case that a debtor places real property under mortgage as a fraudulent transfer and the property is foreclosed, the dividend will be assigned to creditor as a method of recovery.

The present articles as to fraudulent transfer in Civil Law can not play much roles in how creditor can take or choose the appropriate recovery method. Therefore it will be necessary to make more complicated articles about recovering methods which reflects the accumulated precedents.

Key Words : creditors, reasonably equivalent value, fraudulent transfers