

채권자취소소송에서 피보전채권의 범위 확장 - 대법원 2018. 6. 28. 선고 2016다1045 판결-

이 순 동*

< 목 차 >

- I. 사실관계
- II. 머리말
- III. 피보전채권의 종류
- IV. 채권의 존부·채권액 확정의 요부
- V. 피보전채권의 발생시기 등
- VI. 피보전채권의 존속과 소멸
- VII. 피보전채권에 관한 기타 문제
- VIII. 결론에 갈음하여

I. 사실관계¹⁾

1. 기초사실

가. 시공사가 납부한 입찰보증금의 사용 결의와 A의 예금인출 협조거부

1) 원고는 주택재개발정비사업 조합이고, A(채무자)는 원고의 조합원이었으며, 피고는 A의 아내이다. 원고는 재개발사업의 시공사 선정을 위한 입찰공고

* 영남대학교 법학전문대학원 교수.

1) 피보전채권의 존재나 확정에 관한 부분을 중심으로 설명하고 사실관계를 단순화하거나 생략한다.

를 하였고, 입찰에 참가하는 시공사에게 입찰보증금 40억 원을 현금으로 납부할 것을 요구하였다.

2) 원고는 입찰자가 납부하는 입찰보증금의 공정한 관리와 집행을 위하여 A 등 10명의 조합원들 공동명의로 은행계좌를 개설하여, 위 10명의 공동명의인 전원이 기명날인하여야만 예금을 인출할 수 있도록 하였다.

3) 포스코건설은 위 시공사 선정 입찰에 참여하면서 입찰보증금으로 40억 원을 위 계좌에 납부하였다.

4) 원고는 2010. 8. 18. 대의원회를 개최하여 용역비 지급을 위하여, 입찰보증금 통장에서 돈을 인출하기로 결의하였다. 그러나 A 등 이 사건 계좌의 명의인들은 위 결의에 따른 용역비 지급을 위한 예금인출에 협조하지 않았다.

나. 원고와 A 사이의 소송 진행 경과

1) 제1손해배상채권

원고는 시공사가 납부한 보증금을 운영비로 사용하여야 함에도 이 사건 계좌의 명의인들의 인출방해 때문에 甲과 乙에게 지급하여야 할 용역비를 제때 지급하지 못하였고, 결국 용역비 지급이 지연됨에 따라 지연손해금이나 지체상금이 발생하여 원고에게 손해가 발생하였다고 주장하면서 2012.7.9. 이 사건 계좌의 명의인들 중 A를 비롯한 6인을 상대로 불법행위를 원인으로 한 손해배상청구소송을 제기하였다. 위 사건에서 A 등 6인은 각자 원고에게 6,146,728원 및 이에 대한 지연손해금을 지급하라는 판결이 선고되어, 2014.8.19. 확정되었다(위 판결에 따른 원고의 A에 대한 채권을 ‘제1손해배상채권’이라 하고, 위 소송을 ‘이 사건 전소’라고 한다).

2) 제2손해배상채권

또한 원고는 위 계좌 명의인들이 계좌에 있는 예금인출을 부당하게 거부함으로써 丙에 대한 용역비 지급의무 이행을 지체하였고, 그 때문에 원고는 丙에게 지체상금이나 지연손해금을 지급해야 하는 손해를 입었다고 주장하면서 이 사

건 채권자취소소송의 2심 진행 중인 2014.9.26. 위 계좌 명의인들 중 A 등 4인을 상대로 불법행위를 원인으로 한 손해배상청구소송을 제기하였다. 위 사건에서 2015.10.16.(2심 변론종결일인 2015.12.1. 이전임) A 등 4인은 공동하여 원고에게 114,590,160원 및 이에 대한 지연손해금을 지급하라는 판결을 선고하였다(이 판결에 기한 원고의 A에 대한 채권을 ‘제2손해배상채권’이라 한다.)

다. A의 처분행위와 원고의 이 사건 소 제기 경과

1) A는 2012.2.27.(2010.8.18. 위 대의원회 결의 이후임) 자신의 처인 피고와 사이에 이 사건 부동산에 관하여 증여계약을 체결하고, 이를 원인으로 하여 피고 명의의 각 소유권이전등기를 마쳐주었다.

2) 원고는 위 증여계약이 사해행위에 해당한다고 주장하면서 2012.9.7. 이 사건 채권자취소소송을 제기하였고(피보전채권은 제1손해배상채권임), 2014.8.21. 원고 승소의 제1심 판결이 선고되자, A는 2014.9.22. 원고를 피공탁자로 하여 당시까지의 제1손해배상채권액 7,467,011원을 변제공탁하였다.

3) 그러자 원고는 이 사건 제2심에서 채권자취소소송의 피보전채권으로서 제2손해배상채권을 추가로 주장하였다.

[소송경과]

1. 제1심 판결(수원지방법원 2014. 8. 21. 선고 2012가단71653 판결) : 원고승소

채권자취소권을 행사할 수 있는 피보전채권은 그 성립시기가 원칙적으로 사해행위 이전에 성립되어 있어야 하고, 다만 사해행위 당시에 이미 채권 성립의 기초가 되는 법률관계가 발생하였고, 가까운 장래에 그 법률관계에 기하여 채권이 성립되리라는 점에 대한 고도의 개연성이 있으며, 실제로 가까운 장래에 그 개연성이 현실화되어 채권이 성립된 경우에는 그 채권도 채권자취소권의 피

보전채권이 된다.

위 계좌 명의인인 A는 정당한 이유 없이 위 계좌의 예금인출에 대한 협조를 거부하고 방해하여 원고로 하여금 용역비 지급을 지연하게 하였고, 그로 인해 지연이자에 해당하는 6,146,728원 상당의 손해를 입게 하였다. A 등의 예금인출 거부행위는 적어도 원고가 대의원회에서 입찰보증금을 대여금으로 전환하고 이를 운영비로 사용할 것을 의결한 2010.8.18. 이후부터는 불법행위를 구성한다. 이 사건 증여계약 당시(2012.2.27.) 이미 A의 부당한 예금인출 거부라는 불법행위가 있었고 가까운 장래에 그 불법행위에 기하여 원고의 A에 대한 손해배상채권이 성립되리라는 점에 관한 고도의 개연성이 있었으며 실제로 가까운 장래에 그 개연성이 현실화되어 원고의 A에 대한 손해배상채권이 성립되었으므로, 원고의 A에 대한 제1손해배상채권은 사해행위취소소송의 피보전채권이 된다.

2. 제2심 판결(수원지방법원 2015.12.18. 선고 2014나36334 판결): 원고패소

가. 피고의 본안 전 항변에 대한 판단

1) 항변의 요지

원고가 당심에서 제2손해배상채권을 피보전채권으로 하여 사해행위인 이 사건 증여계약의 취소를 구한다고 주장하자, 피고는, 제2손해배상채권이 이 사건 소송에서 피보전채권으로 주장하던 제1손해배상채권과는 전혀 무관한 새로운 청구권으로서 원고가 이 사건 소제기일인 2012.9.7.로부터 이미 1년이 경과한 이후인 2015.1.13.에 이르러 새롭게 주장하였으므로, 이는 민법 제406조 제2항에서 정한 사해행위 취소소송의 제소기간이 도과한 이후에 제소한 경우에 해당하여 이 사건 소는 부적법하다고 항변한다.

2) 판단

채권자가 사해행위 취소를 청구하면서 그 보전하고자 하는 채권을 추가하거나 교환하는 것은 그 사해행위취소권을 이유 있게 하는 공격방법에 관한 주장을 변경하는 것일 뿐이지 소송물 또는 청구 자체를 변경하는 것이 아니므로 소의 변경이라 할 수 없다. 피고의 주장과 같이 원고가 2015.1.13.에 이르러 제2손

해배상채권을 피보전채권으로 주장하였다고 하더라도 이는 원고의 사해행위취소권을 이유 있게 하는 공격방법에 관한 주장을 변경하는 것일 뿐이므로, 원고가 2015.1.13.에 이 사건 사해행위 취소소송을 제기한 것으로는 볼 수 없다. 따라서 피고의 위 항변은 이유 없다.

나. 청구원인에 대한 판단

1) 원고가 주장하는 제2손해배상채권이 이 사건 증여계약에 대한 사해행위취소소송의 피보전채권이 될 수 있는지 살펴본다.

채권자취소권에 의하여 보호될 수 있는 채권은 원칙적으로 사해행위라고 볼 수 있는 행위가 있기 전에 발생된 것이어야 하고, 다만 그 사해행위 당시에 이미 채권 성립의 기초가 되는 법률관계가 발생되어 있고 가까운 장래에 그 법률관계에 터 잡아 채권이 성립되리라는 점에 대한 고도의 개연성이 있으며, 실제로 가까운 장래에 그 개연성이 현실화되어 채권이 성립된 경우에만 그 채권도 채권자취소권의 피보전채권이 될 수 있다.

2) 그런데 아래와 같은 사실을 인정할 수 있다.

가) 丙은 2009.12.21. 원고를 상대로 전부금 청구의 소를 제기하였는데, 위 소송에서 2010.11.3. “원고는 丙에게 5억 원 및 이에 대한 2010.11.1.부터 다 갚는 날까지 연 20%의 비율로 계산한 돈을 지급한다.”라는 내용의 화해권고결정이 확정되었다.

나) 丙은 2012.10.5. 위 화해권고결정 정본에 따른 채권을 청구채권으로 하여 원고의 대한민국에 대한 공탁금출급청구권에 관하여 채권압류 및 추심명령을 받았고, 2014.10.6. 공탁금 690,983,600원(= 원금 5억 원 및 이에 대한 지연손해금 190,983,600원), 이자 20,099,687원을 회수하였다.

다) 한편 원고의 A에 대한 손해배상청구소송(이하 ‘관련 사건’이라 함)에서 법원은 원고가 丙에게 부담한 지연손해금 190,983,600원에 대하여 A 등 4인의 손해배상책임을 60%로 제한하여 2015.10.16. “A 등 4인은 공동하여 원고에게 114,590,160원 및 이에 대한 지연손해금의 지급을 구하는 판결을 선고하였다.

3) ① A의 예금 인출 거부행위는 원고가 대의원회에서 의결한 2010. 8. 18. 이후부터는 원고에 대해 불법행위가 되어 이 사건 증여계약 당시인 2012. 2. 27.에 이미 A가 불법행위를 하였으나, 그러한 불법행위로 A가 원고에 대해 부담하는 제2손해배상채무는 원고의 A에 대한 관련사건 판결이 선고된 2015. 10. 16.에 비로소 구체화 된 점, ② 또한 丙은 원고에 대한 지연손해금 채권을 회수하기 위하여 2012.10.5. 원고의 대한민국에 대한 공탁금출급청구권에 관하여 채권압류 및 추심명령을 받고, 2014.10.6. 지연손해금 190,983,600원을 회수하였는 바, 원고가 丙에게 지연손해금을 부담하게 되는 손해도 이 사건 증여계약 이후에 발생하였다. 이를 종합해 보면, 이 사건 증여계약 당시 원고의 제2손해배상채권은 발생하지 않았고, 비록 이 사건 증여계약 당시 제2손해배상채권 성립의 기초가 되는 A의 불법행위가 있었다고 하더라도 가까운 장래에 그 불법행위로 말미암아 원고의 제2손해배상채권이 성립되리라는 점에 대한 고도의 개연성이 있었다고 보기도 어렵다.

따라서 원고의 제2손해배상채권이 이 사건 증여계약에 대한 채권자취소권의 피보전채권이 될 수 없다.

3. 대상판결 요지 : 파기환송

(1) 채권자취소권 행사는 채무 이행을 구하는 것이 아니라 총채권자를 위하여 채무자의 자력 감소를 방지하고, 일탈된 채무자의 책임재산을 회수하여 채권의 실효성을 확보하는 데 목적이 있으므로, 피보전채권이 사해행위 이전에 성립되어 있다면 그 액수나 범위가 구체적으로 확정되지 않았다 하더라도 채권자취소권의 피보전채권이 된다.

(2) 손해배상채권은 A가 원고의 예금인출 요청을 거부하여 원고가 丙에게 지급해야 할 전부금을 지급하지 못함에 따라 원고가 추가로 부담하게 된 지연손해금 상당의 손해이다. A는 2010. 8.경부터 예금인출 요청을 거부하여 원고는 丙에게 화해권고결정에서 정한 지급일까지 전부금 5억 원을 지급하지 못하고, 5억 원에 대하여 2010. 11. 1.부터 연 20%의 지연손해금을 부담하게 되었다. 丙은 2012.10.5. 원고의 공탁금출급청구권에 대하여 압류추심명령을 받은 후 2014.10.6. 공탁금 690,983,600원을 회수하였는데, 위 돈에는 2010.11.1.부터 2012.9.28.까지

위 5억 원에 대한 지연손해금 190,983,600원이 포함되어 있다. 관련 사건에서도 위 예금인출 거부의 불법행위로 말미암은 원고의 손해액이 위 지연손해금 상당액인 190,983,600원이지만 A의 책임을 그 중 60%로 제한하였다.

(3) 따라서 A의 예금인출 거부 때문에 원고는 丙에게 2010.11.1.부터 지연손해금을 부담하는 현실적인 손해를 입었고, 관련 사건이나 丙의 원고에 대한 강제집행으로 비로소 발생한 손해는 아니므로, 손해배상채권은 2010.11.1.부터 성립되었다. 그러므로 비록 이 사건 증여계약 당시인 2012.2.27.에 손해배상채권의 구체적 액수나 범위가 확정되지 않았고 그 이후 관련사건에서 확정되었다 하더라도 손해배상채권은 이 사건 증여계약 이전에 이미 성립되었으므로, 이 사건 채권자취소권의 피보전채권이 된다.

II. 머리말

1. 대상판결의 취지와 피보전채권에 관한 대법원 판결의 엄격성

대상판결은 사해행위 당시 원고의 채무자에 대한 불법행위에 따른 손해배상채권이 발생하였으나 그 후 관련사건 판결의 선고로 위 손해배상채권의 액수와 범위가 확정된 사안이다. 원심은, 사해행위 당시에 위 채권 성립의 기초가 되는 채무자의 불법행위가 있었다고 하더라도 이를 원인으로 가까운 장래에 손해배상채권 성립의 고도의 개연성이 있다고 보기 어려워 그 채권이 채권자취소권의 피보전채권이 될 수 없다는 이유로 사해행위취소청구를 기각하였다. 그러나 대상판결은 원심을 파기하고 피보전채권을 인정하였다. 대상판결 소송과정에서 피보전채권의 추가·교환과 제소기간의 문제(소송물과도 관련됨), 그리고 장래채권과 불확정채권이 피보전채권이 될 수 있는지에 대하여도 논의되었다. 대법원은 채권자취소권이 모든 채권자를 위하여 채무자의 자력 감소를 방지하고, 일탈된 채무자의 책임재산을 회수하여 채권의 실효성을 확보하는 데 목적이 있다는 점을 들어 피보전채권성을 인정하였다. 참고로 피보전채권에 대하여 지금까지 대법원은 사해행위 이전에 발생한 불특정물 채권(특히 금전채권)으로 엄격히 제한하고 있다.

2. 현대사회에서 사해행위취소권의 역할

근래 실무에서는 채권보전·채권담보목적으로 여러 가지 특약을 체결하는 경우가 많아지고 있다. 오래 전부터 기한의 이익 상실조항, 상계예약, 각종의 정지조건조항·도산해제조항과 같은 지급불능이 될 것을 예상한 실행합의가 있으나, 근래에는 M&A나 중장기 용자를 할 때 널리 covenant(합의)나 表明保證²⁾이 이용되고 있어,³⁾ 담보의 새로운 기능으로서 관리기능(경영감시기능)의 역할도 중시되고 있다. 이는 널리 채무자의 사업이나 자산의 관리·처분에 담보목적으로 제약을 부과하는 합의이고, 그러한 합의의 법적 효력에 관하여는 아직 충분한 논의가 되지 않은 상태이다. 특히 합의의 제3자효에 관한 문제로서, 채무자가 covenant에 위반하여 사업이나 자산의 관리를 게을리 하거나 자산을 처분한 경우에 채권자는 제3자에 대하여 어떠한 권리를 행사할 수 있는가 하는 문제가 대두된다.⁴⁾

이러한 사안에서 채권자취소권을 활용할 수 있는 새로운 제도적 구조가 필요하다. 채권자취소권이야말로 정의 관념에 어긋나는 사기적인 행위의 효력을 부인할 수 있는 가장 효과적인 장치이기 때문이다. 이 경우 무자력을 요건으로 하여 금전채권을 보전하기 위한 현행 책임재산 보전제도로서 채권자취소권만으로는 대처하기 어렵다.⁵⁾ 왜냐하면 지급불능에 빠지기 전에 담보관리가 중요한

2) rep and warranty. 표명보증이라 함은 기업을 매도하는 쪽이 매수하는 쪽에 대하여, 최종 계약 체결일이나 양도일에, 대상 기업에 관한 재무나 법무 등에 관한 일정사항이 진실하고 정확하다는 점을 표명하고 그 내용을 보증하는 것을 말한다. 대상기업의 재무나 법무 등에 관한 여러 가지 문제점에 관하여 매수인이 買受監査를 실시하여 이를 파악하여, 주식양도 대금을 비롯한 계약조건을 교섭한다. 그러나 그와 같은 문제점들을 단기의 매수감사로 모두 파악하기는 어렵고, 모든 것을 주식양도대금을 정하면서 고려하여 교섭하는 것이 현실적이지도 않다. 그래서 현재 M&A 실무에서는 매도인이 매수인에 대하여 최종 계약서의 내용에 대상회사의 사업상황과 재무상황 등에 관하여 어느 정도 망라적인 표명보증을 하고 있는 것이 일반적이다.

3) 대법원 2018. 7. 20. 선고 2015다207044 판결은 M&A 계약에서 진술 및 보증 조항 위반을 이유로 한 손해배상을 인정한 사례이다.

4) 현대 계약법에 관한 상당히 광범위한 서술이지만 미국에서 계약법의 추이, 특히 계약법 이론의 근거가 '의사'로부터 '이성' 혹은 '계약 정의'로 옮겨가면서, 계약이 단지 당사자 사이의 의사에 따라 구속력을 가지고, 당사자 사이에만 적용되는 것이 아니라, 정의관념과 신의에 따라 그 적용범위가 넓어 지는 현상에 관한 경과를 잘 설명한 책으로, 内田貴, 契約の再生, 弘文堂(2005) 참조.

5) 이에 비하여 채권자대위권 제도는 이른바 '전용'이라는 형태로 특정채권의 보전을 위하여 많은 역할을 하고 있는 점은 주지의 사실이다. 채권자대위권 제도가 없는 독일법학이 지배하는 우리나라 민법학계에서는 이러한 현상을 비판적으로 바라보는 견해가 많은 것 같다.

문제가기 때문이다. 그러므로 covenant에 터 잡아 채무자는 담보(가치)유지의무를 지고,⁶⁾ 채권자는 담보(가치)유지청구권을 가지는 것을 전제로 하여 그 담보(가치)유지청구권을 피보전권리로서 채권자취소권을 행사할 수 있도록 하는 새로운 제도의 설계가 필요하다.⁷⁾

3. 채권자취소제도의 적극적 활용과 피보전채권 범위의 재검토

채권자취소권의 취지가 대상관결이 적절히 지적인 바와 같이 “채권의 실효성 확보”에 있고, 법규정에 달리 제한이 없으므로, 피보전채권을 금전채권에 한정할 이유가 없다. 판례는 채권자취소권제도를 모든 채권자를 위한 공동담보를 보전하기 위한 목적으로만 운영하고 있고, 그러다 보니 피보전채권은 원칙적으로 사해행위 이전에 발생한 금전채권에 한정되는 결과를 가져왔다. 그래서 채무자의 배신행위로 당장 채권자의 구제가 필요한 경우에도 사후의 손해배상에만 의존하여, 실효적인 채권자 구제에 소홀한 경우가 생겨난다. 특히 M&A와 같이 권리관계나 절차가 복잡하여 계약 당시 당사자가 미리 사실관계나 법률문제를 예측할 수 없는 현대형 계약에서, 채무자의 배신적 행위를 규율하기 위해서는 채권자취소권을 활용함으로써 채권자 구제의 유용한 법적 수단이 될 수 있다. 따라서 채권의 실효성 확보를 위하여 필요하다면 피보전채권에 대한 엄격한 제한을 풀고,⁸⁾ 그것을 통하여 보다 널리 채권자취소권을 활용할 필요가 있다.⁹⁾

그러나 채권이 단순히 당사자 사이에서만 효력을 발생하는 상대적인 관계이고, 물권은 절대권으로서 모든 사람에게 그 효력이 있다는, 채권과 물권을 준별하는 관념이 이미 퇴색되어 가고, 복잡한 현대계약의 내용이나 그 이행과정에서 채권자가 채권 자체의 효력을 제3자에게 주장하지 못한다면 오히려 거래의 안전을 해칠 우려가 더 크다. 어떠한 제도이든 법률소비자들이 보다 손쉽게 이용할 수 있도록 여러 가지 장치를 마련해 주는 것은 법률제공자인 국가의 의무이다. 오히려 채권자대위권의 광범한 활용은 법이 시행되는 현장에서 필요성에 따라 자연스럽게 생긴 것으로서 더욱 정치하게 가꾸어 가야 할 우리의 귀중한 법적 자산이다.

- 6) 채권이 아닌 저당권에 관한 판례이지만 대법원 2008. 1. 17. 선고 2006다586 판결은 채무자나 제3자의 담보가치 유지의무를 인정하고, 그 의무를 위반한 경우에는 저당권자로 하여금 저당부동산에 대한 소유자의 사용에 간섭할 수 있다고 한다. 저당권자는 저당목적물의 가치만을 파악하고 그 이용권에 관여할 수 없다는 대원칙을 깨더라도, 필요한 경우에는 저당권의 효력으로 소유자의 사용권한까지 지배할 수 있는 것이다.
- 7) 片山直也, 詐害行爲の基礎理論, 慶應義塾大學出版會, 2011, 608頁.
- 8) 특히 아래 보는 바와 같이 특정채권이나 사해행위로 발생하는 채권 등도 피보전채권으로 인정하여야 할 필요가 있다.

이 글에서는 우선 피보전채권에 관한 쟁점들을 검토하고 아울러 대상판결을 계기로 채권자취소권을 특정채권자의 보호를 위하여도 활용하기 위한 발판으로서 피보전채권의 범위 확대에 관하여 살펴보기로 한다.

Ⅲ. 피보전채권의 종류

1. 금전채권

채권자취소권의 원래 취지에 비추어 금전채권은 당연히 피보전채권이 될 뿐만 아니라 본래적인 피보전채권이라 할 수 있다. 오래된 판례 중에는 채권자취소권의 피보전채권은 금전채권이어야 한다고 판시한 것¹⁰⁾도 있으나, 그 후 채권자취소권을 행사하는 채무자의 채권은 반드시 금전채권일 필요는 없고 금전 이외의 급부를 목적으로 하는 채권이라도 특정물이 아닌 이상 채무자가 사해의 사로서 무자력을 가져올 행위를 한 때에는 채권자취소권을 행사할 수 있다고 하여 백미(白米)의 급부청구권을 피보전채권으로 인정한 판례¹¹⁾도 보인다.

2. 특정물채권

1) 대법원 판결

특정물의 인도청구권이나 등기청구권을 가진 채권자는 채권자취소권을 행사할 수 없다는 것이 대법원의 확립된 판례이다.¹²⁾

-
- 9) 프랑스에서 사해소권의 활용에 관하여, 여하운, “프랑스 민법상 사해소권(許害訴權, action paulienne)에서의 ‘사해행위’에 관하여”. 『비교사법』, 제24권 제1호, 한국비교사법학회, 2017, 231면 이하는 채무자의 무자력을 요구하지 않고 채권자의 특정채권을 보전하기 위하여 인정되는 사례를 소개하고 있다.
- 10) 대법원 1961.8.10. 선고 60다436 판결. 독일에서는 채권자취소권의 피보전채권이 금전채권이어야 한다는 것이 통설이다. 미국도 통일사해행위취소법상 피보전채권은 지급을 받을 수 있는 권리(a right to payment)이므로 금전채권을 원칙으로 한다는 견해도 있다(飯原一乘, 詐害行爲取消訴訟 제2판, 日本評論社, 2017, 37頁).
- 11) 대법원 1965.6.29. 선고 65다477 판결.
- 12) 대법원 1954.11.18. 선고 4286민상37 판결 이후, 대법원 1996.9.20. 선고 95다1965 판결; 대법원 1999.4.27. 선고 98다56690 판결 등 다수.

2) 부동산의 이중양도

이와 관련하여 부동산을 양도받아 소유권이전등기청구권을 가지고 있는 자가, 양도인이 제3자에게 이를 이중으로 양도하여 소유권이전등기를 해 줌으로써 취득하는, 부동산 가액 상당의 손해배상채권이 이중양도행위에 대한 사해행위취소권을 행사할 수 있는 피보전채권에 해당하느냐 여부에 관하여도, 대법원은 이를 부정한다.¹³⁾

즉 이중양도인에 대한 손해배상채권이 발생하기 이전에 사해행위로 볼 수 있는 행위가 있었다 하더라도, 그 손해배상채권은 사해행위 당시 발생하지 않았고, 그 채권 성립에 관한 고도의 개연성이 없어, 이를 피보전채권으로 하여 채권자취소권을 행사할 수 없다는 것이다.

3) 검토

그러나 민법 제406조가 범문상 특정물인도채권을 제외하지 않고, 특정물채권도 궁극적으로는 손해배상채권으로 변할 수 있어, 채무자의 일반재산으로 담보되어야 하므로, 특정물을 처분함으로써 채무자가 무자력이 된 경우에는, 특정물채권자는 그 물건의 처분행위를 사해행위로 취소할 수 있다고 보는 견해¹⁴⁾가 있다(일본 판례¹⁵⁾의 견해이기도 함).

프랑스의 학설과 판례도 특정물 인도를 목적으로 하는 채권을 갖는 채권자는 그 특정물이 이중매매됨으로써, 채무자가 무자력이 되고 채무자와 수익자의 사해이사 등이 갖추어진 때에는 채권자취소권을 행사할 수 있다고 한다.¹⁶⁾

독일에서도 채권자취소권은 특정 채권자의 만족권을 침해한 데에 대한 구제 수단으로 본다.¹⁷⁾ 그리하여 총채권자의 책임재산을 보전하기 위한 기능은 도산

13) 위 98다56690 판결 참조.

14) 배성호, “채권자취소권에 있어서 특정물채권의 피보전채권성”, 「인권과 정의」 제332호, 대한변호사협회, 2004, 77면 이하.

15) 일본에서도 과거 우리 대법원과 같은 견해를 취한 적이 있으나, 이에 대하여 학자와 실무자들로부터 많은 비판이 일자 결국 最判 昭和 36.7.19. 判例時報 266-6로서 그 견해를 바꾸었다.

16) Planiol et Ripert, Traite pratique de droit civil francais, t.7, Obligations, 2epartie(par Paul Esmein, Jean Radouant et Gabriel Gabolde), Zeed., 1954, n°953; Marty et Raynaud, Droit civil, t.2, lervol., Les obligations, 1962, n°699; Civ. 10 avril 1948, D 1948, 421(배성호, 앞의 논문, 78면에서 재인용).

17) AnfG 제1조 제1항 참조. 즉 독일의 사해행위취소법(AnfG)은 도산법과 달리 개별 채권자

법상 부인권이 담당하고, 개별채권자의 채권 만족을 위한 기능은 채권자취소권이 담당하는 것으로 이해되고 있다.¹⁸⁾

채권자취소권은 연혁적으로 볼 때 일반채권자를 위하여 공동담보를 보전하는 것이 아니라, 파산 외에서 개별적 강제집행의 전제로서 개개의 채권을 위하여 그 집행채단을 증가시키는 것이 그 직접적인 목적이다. 따라서 민법 제407조의 자구에 너무 구속되어 채권자취소권은 총채권자의 공동담보를 보전하기 위하여 행사되는 경우에만 허용되는 것으로 좁게 해석할 것은 아니다. 위 조항은 단순히 채권자취소권의 행사를 원인으로 한 취소의 결과 복귀된 재산에 대하여는 취소권을 행사하지 않았던 채권자라도 배당요구 절차에 따라 변제에 참가할 수 있다는 뜻을 명확히 하고 있는 정도로 의미를 부여함이 타당하다.¹⁹⁾

특히 위의 이중양도 사례에서, 채무자가 무자력으로서 당해 부동산 외에 달리 재산이 없는 경우에는, 제1매수인 X가 취득하는 손해배상채권의 회수는 거의 불가능하게 된다. 그러므로 X가 이중매매계약을 사해행위로서 취소할 수 있느냐 여부는 매우 중요한 의미를 가진다. 채권자취소제도는 채무자가 채권자를 해칠 의사를 가지고 자신의 무자력 상태를 초래하거나 심화시키는 행위로서 채권자를 해치는 경우에 채권자를 보호하기 위한 제도이므로, 취소채권자의 채권이 공동담보 감소로 피해를 입을 수 있으면 충분한 것이지, 반드시 사해행위 당시 손해배상채권일 필요는 없다는 견해가 설득력이 있고 현실적 필요성도 있다.

다만 X의 취소청구가 인정되어 부동산이 채무자 S명의로 환원된 후에, X가 S로부터 그 부동산의 인도를 받을 수 있는가 하는 점에 관하여는 부정설이 일본의 다수설이다.²⁰⁾ 이중매수인 Y에게 소유권이전등기가 경료됨으로써 X의 특정물인도청구권은 이행불능이 되어 손해배상청구권(금전채권)으로 전환되었고, 동시에 S가 무자력이 되어 X의 금전채권이 만족될 수 없게 되었다는 이유로 취소권이 인정되었으므로, 그 부동산이 S명의로 환원되었다고 하여 이를 다시 X에게 인도하는 것은 허용될 수 없기 때문이라고 한다.²¹⁾ 그러나, 채권자취소

를 해하는 행위를 취소하기 위한 규정으로서, 다른 모든 일반채권자의 공동담보를 보전하기 위한 것이 아니다. 따라서 채권자의 채권이 특정물인도를 목적으로 하더라도 채권보전을 위한 사해방지의 필요성이 있다면 피보전채권이 되는데 지장이 없다.

18) 유병현, “채권자취소소송에 관한 연구-강제집행과 관련하여-”, 고려대학교 대학원, 박사학위논문, 1993, 286면.

19) 강영호, “특정물채권자는 채권자취소권을 행사할 수 없는가”, 『사법논집』 제34집, 법원도서관, 2002, 324면.

20) 飯原一乘, 詐害行為取消權·否認權, 日本評論社, 2008, 327頁.

권을 채무자의 무자력을 조건으로 하여 책임재산보전을 위한 좁은 기능에 한정할 것이 아니라, 채권자대위권과 같이 특정물 인도채권 자체를 보전하기 위하여 활용할 수 있다면, 제1매수인이 사해행위취소 소송에 승소한 후에 제2매수인을 상대로 하여 목적부동산의 인도를 구할 수 있다고 보아야 하고, 그렇다면 제1매수인을 구제하는 데 채권자취소권이 매우 유용한 방법이 될 수 있다.

3. 그 외의 채권

1) 사례

위에서 본 백미 급부청구권이 피보전채권이 된 경우 외에는 달리 눈에 띄지 않는다. 일본 판례로는 도급계약에 따른 공사 완성을 구하는 채권이 피보전채권이 될 수 있고,²²⁾ 임차권은 피보전채권이 될 수 없다²³⁾는 판례가 있다.

2) 작위나 부작위를 목적으로 하는 채권

이러한 채권은 그 자체가 채무자의 일반재산과는 아무런 관계가 없으므로 취소권이 인정되지 않고, 채무불이행으로 손해배상채권으로 된 경우에 비로소 취소권을 행사할 수 있다는 것이 지금까지 판례의 태도이다.²⁴⁾ 그러나 반드시 손해배상채권으로 바뀌지 않았더라도 바뀔 개연성이 있다면 취소권 행사가 가능하고, 더 나아가 작위·부작위 채권 자체의 보전을 위하여 취소권을 행사할 수 있도록 채권자취소권을 활용하는 것이 바람직하다.

21) 이를 이유로 제1양수인의 사해행위취소권이 그다지 유용한 이론으로 볼 수 없다는 견해도 있다(윤진수, “부동산의 이중양도와 원상회복”, 『민법논고』, 박영사, 2007, 327면 이하).

22) 最判 昭和 54. 4. 6. 判例時報 928-102.

23) 大審院 明治 43. 12. 2. 大審院民事判決錄 16-873.

24) 大阪地判 昭和 48.5.19. 判例時報 716-91(상고심은 最判 昭和 54.4.6. 判例時報 928-102).

IV. 채권의 존부·채권액 확정요부

1. 채권의 존부확정이 필요한지 여부

1) 존부확정의 필요성

채권자취소권을 행사함에는 피보전채권에 대한 집행권원을 요구하지 않는다.²⁵⁾ 따라서 피보전채권에 관하여 별개의 소송이 계속 중이라 하더라도 그 채권을 전제로 하는 취소소송이 가능하다. 그러나 피보전채권의 존부에 대한 다툼이 있을 때 채권자는 그 채권의 존재에 관한 증명책임이 있고, 수익자나 전득자에 대한 채권자취소소송과 채무자에 대한 피보전채권에 관한 급부소송이 병합되어 있는 경우에는, 후자의 청구를 일부나 전부 인용한 후에 전자가 판단되어야 한다.

2) 재산분할청구권

(가) 이혼 및 위자료와 재산분할청구소송이 계속하고 아직 미확정인 경우에는 그 위자료나 재산분할청구권은 피보전채권이 될 수 없다는 일본 판례가 있다.²⁶⁾ 재산분할청구권은 “이혼한 자”(민법 제839조의2)가 청구할 수 있고, 위자료도 이혼이 성립하지 않는 한 발생하지 않는다는 것이 이유이다.

또한 대법원은 채권자대위권과 관련하여, 이혼에 따른 재산분할청구권은 협의나 심판으로 구체적 내용이 형성되기까지는 범위나 내용이 불명확·불확정하기 때문에 구체적으로 권리가 발생하였다고 할 수 없으므로 이를 보전하기 위

25) 독일에서는 원칙으로 피보전채권은 변제기가 도래하고 집행권원이 필요하다(AnfG 제2조). 이에 비하여 미국법(UFTA 및 UVTA)은 피보전채권(Claim)에 관하여, 지급받을 수 있는 권리(a right to payment)이기만 하면, 판결에 의한 권리(the right is reduced to judgment) 여부나, 확정·미확정적(liquidated, unliquidated), 확정·유동적(fixed, contingent), 변제기 도래 여부(matured, unmatured), 계쟁 여부(disputed, undisputed), 보통법상의 권리든 형평법상의 권리든(legal, equitable), 담보가 있든 없든(secured, unsecured) 관계없다고 정의하고 있다(제1조 제3항). 이 점에서 우리 채권자취소권의 피보전채권은 미국법에 가깝다고 할 수 있다.

26) 仙台高判 昭和 35.7.4. 判例時報 233-24; 岐阜地判 昭和 57.11.29. 判例時報 1075-144. 반면 혼인비용분담청구권은 피보전채권이 된다(最判 昭和 46.9.21. 判例時報 645-66).

하여 채권자대위권을 행사할 수 없고,²⁷⁾ 협의나 심판으로 구체화되지 않은 재산분할청구권은 채무자의 책임재산에 해당하지 않으므로, 이를 포기하는 행위는 채권자취소권의 대상이 될 수 없다고 한다.²⁸⁾ 그러나 대상판결에서는 일단 발생한 권리의 범위나 내용이 확실하지 않더라도, 채권자취소권으로 보전될 수 있다고 하므로, 이러한 입장에서는 보전의 필요성이 인정된다면 재산분할청구권도 피보전채권이 될 수 있다고 해야 한다.

(나) 우리 민법 제839조의3은, 부부의 일방이 다른 일방의 재산분할청구권 행사를 해침을 알면서도 재산을 목적으로 하는 법률행위를 한 때에는 다른 일방은 민법 제406조 제1항을 준용하여 그 취소 및 원상회복을 가정법원에 청구할 수 있도록 하였고, 이에 따라 가사소송법은 제2조 제1항에 다류 가사소송사건으로 ‘민법 제839조의3에 따른 재산분할청구권 보전을 위한 사해행위취소 및 원상회복의 청구’를 첨가하였다. 따라서 확정되지 않은 재산분할청구권도 사해행위취소의 피보전채권이 되도록 입법적으로 해결하였다. 다만 이는 일반법원이 아니라 가정법원에서 심리·판단하는 가사사건이라는 점에 유의하여야 한다.

2. 채권액이 확정되어야 하는가

피보전채권의 존재가 인정되면 그 금액은 미확정(여기에서 ‘확정’이란 재판상 확정을 의미하는 것이 아님)인 상태라도 피보전채권이 된다.

대상판결이 이 부분에 관한 사례이므로 뒤에서 따로 검토해보기로 한다. 협의이혼을 한 상태에서 위자료에 대한 소송이 계속 중 그 액수가 미확정인 상태에서도 피보전채권이 된다는 일본 사례²⁹⁾도 있다.

27) 대법원 1999.4.9. 선고 98다58016 판결.

28) 대법원 2013.10.11. 선고 2013다7936 판결.

29) 東京高判 昭和 56.9.21. 判例時報 1020-43.

V. 피보전채권의 발생시기 등

1. 사해행위 전에 발생한 채권이어야 하는가

1) 판례의 입장

피보전채권은 원칙적으로 사해행위로서 취소되어야 할 행위가 있기 전에 발생하여야 한다는 것이 통설·판례³⁰⁾이다.

이러한 입장은 일본 구민법³¹⁾과 그 영향을 받은 일본 판례와 학설을 답습한 것으로 보인다. 채권자취소권은 도산과 같이 전체 채무의 청산이나 회생을 목적으로 하는 것이 아니라, 특정채권을 보전하기 위한 것이기 때문에 채무자회생법상 부인권과는 달리 해석하여야 한다는 것이 그 이유다. 사해행위 후의 채권자는 사해목적물을 채무자의 일반담보로 생각하지 않았을 것이므로 판례의 입장은 원칙적으로 타당하다.

2) 독일법과 미국법

참고로 독일법의 해석으로는 사해행위 후에 발생한 채권도 취소권이 인정된다.³²⁾ 또한 미국법(UFTA, UVTA)은 채무자의 행위형태에 따라, 사해행위 전에 발생한 채권인지 여부를 가리지 않고 피보전채권이 되는 경우와(UFTA, UVTA§4), 사해행위 이전에 발생한 것이 아니면 피보전채권이 되지 않는 경우로 구별하고 있다(UFTA, UVTA§5).

3) 조세채권

피보전채권이 건축물의 취득세인 경우 늦어도 구 지방세법상 취득일로 규정되어 있는 ‘사용승인을 받은 날’³³⁾에는 취득세채권은 채권자취소권의 피보전채

30) 대법원 1978. 11. 28. 선고 77다2467 판결 등.

31) [제343조] 사해행위 취소는 미리 권리를 취득한 채권자가 아니면 청구할 수 없다.

32) 飯原一乘, 前掲 詐害行為取消訴訟 第2版, 54頁.

33) 현행 지방세기본법 제34조 제1항 제1호 참조(다만 현행법에는 취득세채권의 성립시기를

권이 된다.³⁴⁾ 법인세 납세의무는 과세기간인 그 사업연도 말일(그 해 12. 31.)이 종료함으로써 성립되므로, 사해행위가 그 이후에 있었다면, 국가의 채무자에 대한 법인세 조세채권은 채권자취소소송의 피보전채권이 된다.³⁵⁾

4) 준소비대차와 경계

(가) 준소비대차에 따른 채무는 당사자의 반대의사가 없다면, 기존채무와 동일성을 유지하면서, 단지 소비대차 규정에 따르기로 한 것으로 추정되므로, 기존채무 성립 후에 특정채권자를 위하여 한 채무자의 행위는, 사해행위의 요건을 구비한다면, 준소비대차계약 성립 전의 것이더라도, 사해행위로서 취소할 수 있다.³⁶⁾

(나) 대환

현실적인 자금의 수수 없이 형식적으로만 신규대출을 하여 기존채무를 변제하는 이른바 대환은 특별한 사정이 없다면 형식적으로는 별도의 대출에 해당하나 실질적으로는 기존채무의 변제기 연장에 불과하므로, 그 법률적 성질은 기존채무가 여전히 동일성을 유지한 채 존속하는 준소비대차로 보아야 한다.³⁷⁾³⁸⁾

실질적으로 대환을 목적으로 이루어진 신규대출의 법적 성질이 준소비대차가 아닌 경계로 인정되어, 신규대출에 따른 채무가 종전대출에 따른 채무와 법적 동일성이 없다고 하더라도, 그 대환 전 종전 대출채무의 연대보증인이었다가 대환 후의 신규 대출채무에 대하여도 연대보증인이 된 사람이 신규대출 전에 한 재산처분행위가 사해행위인지 여부를 판단할 때, 신규대출에 따른 연대보증채권이 사해행위취소권의 피보전채권이 될 수 있다고 한 사례³⁹⁾가 있다.

과세물건을 취득하는 날로 규정하고 있고, 달리 건축물의 취득시기를 ‘사용승인을 받은 날’(구 지방세법시행령 제73조 제4항)로 규정하고 있지는 않음).

34) 대법원 2009.11.12. 선고 2009다53437 판결.

35) 대법원 2008.8.11. 선고 2008다24487 판결.

36) 대법원 2002.3.29. 선고 2001다81870 판결(준소비대차의 경우에 기존채권에 대한 사해행위가 준소비대차로 인한 채권에 대한 사해행위가 된다는 점을 당연한 전제로 하고 있다).

37) 대법원 2012.2.23. 선고 2011다76426 판결. 기술신용보증기금이 채무자 S와 기존 신용보증약정의 기한이 만료되기 직전에 종전 보증서를 회수하고 새로운 신용보증약정을 체결하였는데, 그로부터 수개월 후 신용보증사가 발생하자 대위변제를 한 다음 구상금채권을 피보전채권으로 하여 새로운 신용보증약정 체결 전 S에게서 특허권을 양도받은 Y를 상대로 사해행위취소 등을 구한 사안에서 피보전채권의 성립을 인정함.

38) 금융기관이 채무자가 발행한 회사채를 인수하고, 그 인수대금으로 채무자의 기존 신용대출의 변제에 충당한 경우는 ‘대환’에 해당하지 않는다(대법원 2008.12.11. 선고 2006다5550 판결).

5) 재판상 화해에 따른 채권

채권자와 채무자 사이에 재판상 화해에 따라 금전을 지급하기로 합의한 경우에, 그것이 화해로 새로이 창설된 채권인가, 아니면 그 이전에 존재하던 채권을 확인한 것인가에 따라 채권의 성질이 다르다. 이를 충분히 심사하지 않고 재판상 화해로 생긴 채권이라는 이유만으로 전자에 해당한다고 하여, 화해 이전에 채무자가 한 부동산 매각행위는 채권자를 사해하는 행위가 아니라고 판단하여서는 안 된다.⁴⁰⁾

6) 잔여재산분배청구권⁴¹⁾(상법 제260조, 제269조)

(가) 사안

S합자회사가 법원의 해산명령 후 청산절차에서 부동산을 사원인 Y 등에게 매각하였다. 사원 X는 그 매각대금이 너무 낮다고 하여 잔여재산분배청구권 보전을 위하여 그 취소를 구하였다.

(나) 판시내용(청구기각)

사해행위취소권은 회사채권자가 가지는 채권의 효력으로서 인정되는 것이다. 합자회사의 잔여재산분배는 회사가 해산하여 회사채무를 모두 갚은 후에 잔존하는 적극재산을 영리법인으로서의 본질에 따라 회사 내부적인 처리로서 사원에게 분배하는 것이다. 사원이 잔여재산을 분배받을 수 있는 권리는 사해행위취소제도가 예정하는 채권과는 본질적으로 다르다. 따라서 잔여재산분배청구권의 효력을 가지고 사해행위취소권을 행사할 수 없다. 다만 회사채무를 모두 갚고 잔존재산이 남아 있는 단계에서는 잔여재산으로부터 재산을 일탈하는 회사의 행위는 사해행위가 될 여지가 있다.

39) 대법원 2002.3.29. 선고 2001다81870 판결. 원고(중소기업은행)가 A에게 피고의 연대보증 아래 어음할인약정을 체결하고 어음할인대출을 하다가, 어음의 발행인(한보철강)이 부도가 나자, 정부에서는 한보철강 발행 어음에 대하여는 금융지원을 통하여 한보철강의 영업이 정상화되기까지 어음할인의 대출기간을 연장하여 줄 것을 요청하였다. 이에 따라 원고는 A에게 신규대출을 하여 그 돈으로 어음할인대출금을 변제하도록 하였는데, 피고는 신규대출을 하기 전에 자신의 부동산을 처분하였고, 신규대출에도 연대보증인이 되었다. 이 사건에서는 채권성립의 고도의 개연성도 인정되었다.

40) 大判 昭和 2.10.27. 飯原一乘, 詐害行爲取消訴訟, 57頁.

41) 名古屋高判 昭和 52. 9. 28. 判例時報 883-81. 이 사안은 합자회사에 관한 사례인데, 우리나라에서는 합자회사 설립의 예를 거의 찾아볼 수 없으므로, 조합 해산으로 인한 잔여재산분배(민법 제724조 제2항)의 경우에 선례로 참조할 수 있을 것이다.

(다) 비판

위 판결의 취지는, 잔여재산분배청구권은 회사채무를 모두 갚고 남는 것이 있어야 발생하므로, 그 이전에는 채권자취소권의 피보전채권이 존재하지 않는다는 것이다. 그러나 출자자의 잔여재산분배청구권은 잠재적으로는 출자할 때부터 존재하는 것으로서, 만약 회사가 부당하게 싼 가격으로 재산을 매각하였다면 사해행위가 성립할 수 있다고 보아야 한다. 그렇게 해석하지 않는다면 회사채무의 변제가 늦어지는 동안 부당한 재산감소행위가 이루어진 경우에 출자자를 구제할 수 없기 때문이다.⁴²⁾

7) 사해행위와 동시에 발생하는 채권

(가) 대법원의 견해

대법원은 부동산을 양도받아 소유권이전등기청구권을 가지고 있는 사람이, 양도인이 제3자에게 이를 이중으로 양도하여 소유권이전등기를 경료하여 줌으로써 취득하는 부동산 가액 상당의 손해배상채권은, 이중양도행위에 관한 사해행위취소권을 행사할 수 있는 피보전채권에 해당하지 않는다고 한다.⁴³⁾

대법원은 채권자취소권으로 보호될 수 있는 채권은 원칙적으로 사해행위 전에 발생된 것이어야 하나, 사해행위 당시에 이미 채권 성립의 기초가 되는 법률관계가 발생되어 있고, 가까운 장래에 그 법률관계에 기하여 채권이 성립될 것이라는 점에 대한 고도의 개연성이 있어도 채권자취소권의 피보전채권이 될 수 있는데, 이중양도에 따른 손해배상청구권은 그러한 요건(특히 채권성립에 관한 고도의 개연성)을 충족하지 못한다고 보고 있다.

(나) 비판

그러나 “목적물의 처분행위로 채권자의 채권이 손해배상채권으로 변함과 동시에 사해행위가 성립한다고 하여도, 손해배상채권은 특정물인도청구권의 변형으로서 동일성을 벗어나지 않으므로, 피보전채권이 사해행위 이전에 존재한다는 점은 조금도 변함이 없다”고 한 일본 최고재 대법정 판결⁴⁴⁾이 더 설득력이 있다. 물론 위 판결은 특정물인도청구권이 채권자취소권의 피보전채권이 된다

42) 같은 취지로 飯原一乘, 前掲書, 57-58頁.

43) 대법원 1999.4.27. 선고 98다56690 판결.

44) 最判 昭和 36.7.19. 判例時報 266-6.

는 것을 전제로 한 것이다. 특정물인도청구권을 사해행위의 피보전채권으로 인정하지 않는 것 역시 부당하다는 점은 위에서 보았다.

2. 장래의 채권⁴⁵⁾

1) 요건

대법원은 피보전채권은 원칙적으로 사해행위 전에 발생하여야 하지만, 그렇지 않더라도 아래 요건을 갖춘 경우에는 채권자취소권의 피보전채권이 될 수 있다고 한다(기초적 법률관계론).⁴⁶⁾

- ① 사해행위 당시에 이미 채권성립의 기초가 되는 법률관계가 발생되어 있을 것.
- ② 가까운 장래에 그 법률관계에 따라 채권이 성립되리라는 점에 대한 고도의 개연성이 있을 것.
- ③ 실제로 가까운 장래에 그 개연성이 현실화되어 채권이 성립되었을 것.

2) 채권성립의 기초가 되는 법률관계

(가) 신용보증계약 체결일이, 사해행위라고 주장하는 부동산매매 이후인 경우

45) 장래채권을 3가지로 분류하여,

- ① 현재 그 채권발생의 기초가 되는 법률관계가 존재하고, 그에 단순히 어떤 사실이 가하 여짐으로써 채권이 발생하는 경우(예컨대, 이미 고용되어 있는 사람에 대한 장래의 임금채권, 임대차계약에 기한 장래의 차임채권, 이자부 소비대차에 기한 장래의 이자채 권, 공사도급계약이 체결되었으나 실제로 일을 완성하기 전의 공사대금채권이 전형적 으로 이에 속한다).
- ② 현재 그 채권발생의 기초가 되는 법률관계를 발생시킬 요건의 일부만이 성립하고 있 는 경우(예컨대, 계속적 물품공급계약에서 개개의 주문에 의하여 매매대금채권이 발생 하는 경우와 같이 기본계약만이 존재하는 경우, 임대차관계가 존속 중이어서 종료시에 임대인의 채권을 공제하고 남는 것이 있을지 불명인 보증금반환채권, 계약상 채무에 대하여 불이행이 있으면 발생할 손해배상채권 등이 이에 속한다).
- ③ 아무런 기초적 법률관계가 없는 경우(예컨대 당사자들 사이에 어느 정도 교섭이 진행 되어 앞으로 일정한 단계에 이르면 계약이 체결될 수도 있다는 전망이 선 경우에 그 계약상의 채권이 이에 해당한다)가 있는데, ①항의 채권은 장래채권에 관한 요건인 ‘채권발생의 고도의 개연성’이 있다고 볼 수 있으나, ②,③항의 채권은 위 요건을 충족 하지 못한다고 보는 것이 대법원 판례의 취지라는 견해가 있다(양창수, “장래채권의 양도”, 『민법연구 7』, 박영사, 2003, 244면 참조). 그러나 채권자취소권의 피보전권리에 관한 대법원의 입장은 아래에서 보는 바와 같이 그보다 더 넓게 인정하고 있다.

46) 대법원 1995.11.28. 선고 95다27905 판결 등.

에는, 아직 채권성립의 기초가 되는 법률관계(이하 ‘기초법률관계’라 함)가 형성되지 않았다고 한 사례가 있다.⁴⁷⁾ 또한 신용카드 가입계약을 체결하고 신용카드를 발행받았다고 해도, 사해행위 이전에는 신용카드를 사용하지 않다가 그 이후부터 신용카드를 물품구매나 현금서비스 등에 사용하기 시작했고, 그 후 대금을 연체하게 되었다면, 신용카드 가입계약만을 가지고 기초법률관계에 해당한다고 할 수 없고, 신용카드를 사용하는 행위가 있어야 비로소 신용카드업자는 기초법률관계를 가진다는 사례가 있다.⁴⁸⁾ 전자가 신용보증계약 체결을 기초법률관계로 보았는데 반하여, 후자는 신용카드 가입계약만으로는 이를 인정하지 않고, 카드사용을 함으로써 기초법률관계가 성립한다고 한 것은 언뜻 모순으로 보인다. 그러나 전자는 계약체결 당시에 이미 주된 채무가 구체적으로 성립되어 있는 사안이고, 후자는 카드가입계약만으로는 아직도 아무런 채무가 성립되지 않은 상태이므로 반드시 같은 선상에서 평가할 것은 아니다.

(나) 준법률관계나 사실관계

채무자가 대출계약의 성립단계에서 자기 재산의 존재를 확인하는 등기부등본을 교부하고 나서, 계약 성립 전에 바로 수익자에게 자신의 유일한 부동산을 이전해 버리는 경우와 같이, 형평과 도덕적 관점에서 허용할 수 없는 경우에는, 위에서 말하는 “채권성립의 개연성이 있는 법률관계”에 준법률관계나 사실관계등을 널리 포함하는 것으로 볼 수 있을 것인바, 당사자 사이에 채권발생을 목적으로 하는 계약의 교섭이 상당히 진행되어 그 계약체결의 개연성이 고도로 높아진 단계도 여기에 포함되는 것으로 본 판례가 있다.⁴⁹⁾

3) 채권성립의 고도의 개연성

(가) 사해행위취소소송에서 피보전채권 발생의 고도의 개연성 문제는, 사해행위 당시를 기준으로 하여 피보전채권의 발생가능성에 관한 문제로서 가장 다툼

47) 대법원 2006.9.28. 선고 2005다8286, 8293 판결.

48) 대법원 2004.11.12. 선고 2004다40955 판결. 이 사건은 사해행위 이전에는 전혀 카드를 사용하지 않은 사례인데, 신용카드를 사용한 이후에 (카드대금을 연체한 상태가 아니었다라도) 사해행위를 하였다면 피보전채권으로 인정될 수도 있었을 것이다.

49) 대법원 2002.11.8. 선고 2002다42957 판결. 채무자가 금융기관과 대출약정을 위한 협상이 타결되어 계약을 체결하기로 사실상 확정된 상태에서, 대출계약 체결 직전에 금융기관이 대출금에 대한 담보로 고려하였던 부동산을 처분한 사안임.

이 많은 분야이다.⁵⁰⁾ 이에 대한 판례는 고도의 개연성 문제를 매우 엄격하게 해석하여 이를 인정하지 않은 것도 보이지만,⁵¹⁾ 일반적으로 말하자면 그 범위를 확장해왔다. 즉 금융기관으로부터 거래정지를 받은 후 1개월 5일이 지나서 한 부동산 증여를 장래 구상금채권을 피보전채권으로 하는 사해행위로 인정하고,⁵²⁾ 인정상여에 따른 소득금액변동통지 이전에 세무조사가 이루어진 직후에 형제 사이에 이루어진 가등기⁵³⁾가 소득세채권을 피보전채권으로 한 사해행위가 된다. 또한 구상금채권의 기초가 되는 신용보증약정은 이미 체결되어 있었고 사해행위 시점이 주채무자의 부도일로부터 1개월 전으로서 이미 주채무자의 재정상태가 악화되어 있었던 경우, 위 구상금채권은 채권자취소권의 피보전채권이 된다고 한다.⁵⁴⁾

(나) 그렇다고 하더라도 고도의 개연성을 판단할 때는 비교적 엄격하게 해석하는 사례가 많다.

① 신용보증기금이 원고가 된 사안에서, 원고의 채무자에 대한 구상금채권 발생일이 채무자가 부동산을 매도한 날 이후이므로, 부동산 매도행위 당시 구상금채권이 가까운 장래에 성립되리라는 점에 대한 고도의 개연성이 인정되지 않았다.⁵⁵⁾

또한 신용보증기금 X가 A에 대한 은행대출금 채무를 보증하고, S가 X의 구상금 채무에 보증을 한 사안에서, S가 그의 아들인 Y에게 부동산을 증여한 1997.8.8.에는 아직도 A의 대출금채무에 대한 이자 연체가 없었고 1998.3. 말에야 부도가 나고, X가 1998.6.16.에 은행에 보증채무를 이행하였다면, 위 증여 당시에 X의 구상금채권이 가까운 장래에 발생하리라는 사실에 대한 고도의 개연성이 인정되지 않았다.⁵⁶⁾

② 단순히 채무자의 소극재산이 적극재산을 초과하고 있었다거나, 별건의 보

50) 특히 아래에서 보는 '구상채권'의 경우에 그러한 사례가 많다.

51) 대법원 1996.2.9. 선고 95다14503 판결(증여한 후 연체한 일자가 27일 차이가 남); 대법원 2000.6.27. 선고 2000다17346 판결(거래정지일보다 20일 남짓 이전에 부동산 처분).

52) 최한신, 「사해행위취소실무 I」, 유로, 2009, 288면 이하.

대법원 1997.10.28. 선고 97다34334 판결(그 외에 사해행위 당시 거래처의 연쇄부도로 많은 손해를 입어 채무자의 재정상태가 매우 불건전한 사실이 입증됨).

53) 대법원 2001.3.23. 선고 2000다37821 판결. 참고로 인정상여로 인한 소득세채권은 소득금액변동통지를 할 때 성립함

54) 대법원 2000.2.25. 선고 99다53704 판결.

55) 대법원 2006.10.12. 선고 2006다39560 판결.

56) 대법원 2002.11.26. 선고 2000다64038 판결.

증채무와 관련하여 채무변제 독촉을 받고 있었다는 사정만으로는 가까운 장래에 그 법률관계에 기하여 채권이 발생하리라는 점에 대한 고도의 개연성은 없다고 한 사례⁵⁷⁾가 있다. 이 사건에서는 채무자가 부동산을 처분한 후 이자연체를 한 것이 1년 3개월 후이고, 부동산 처분 후에도 신용보증기금인 원고가 별개의 신용보증을 하여 새로운 대출이 실행되었다는 점이 고려되었다.

③ 한편 신용보증약정의 갱신과 관련된 사례가 있다. 신용보증기금이 A와 체결한 신용보증약정에 따라 A의 물품대금채무를 대위변제한 후 연대보증인 S에 대한 구상금채권을 피보전권리로 하여, S가 신용보증약정 체결 전 자기 소유 부동산에 A의 채권자인 Y에게 근저당권을 설정해두기로 한 계약에 대해 사해행위취소를 구한 사안이다. 대법원은 위 신용보증약정이 근저당권설정계약 전에 체결한 구 신용보증약정과 기초적 법률관계가 동일하다고 보아, 근저당권 설정계약 체결 당시 이미 위 구상금채권의 성립의 기초가 되는 구 신용보증약정과 S에 대한 연대보증계약이 성립하여 있었고, 근저당권설정계약 체결 직전 무렵부터 A의 자금사정이 악화된 사정에 비추어 구상금채권 발생에 대한 고도의 개연성을 인정하였다.⁵⁸⁾

(다) 어음추심금의 지급채무

어음채권의 추심을 의뢰받은 수입인이 위임인에 대하여 부담하는 추심금의 지급의무는 현실적으로 제3채무자로부터 이를 지급받은 경우에 구체적으로 발생하므로, 추심의뢰나 제3채무자에 대하여 청구(지급제시)한 사실만으로는 피보전채권이 될 수 없다는 판례가 있다.⁵⁹⁾ 그러나 추심의뢰라고 하는 위임계약을 기초법률관계로 보고, 수입인이 추심을 받을 가능성이 높다면 채권성립의 고도의 개연성이 있다고 볼 수 있을 것이다.

4) 손해배상채권 등

공사계약이 해제되어 공사대금 반환청구권이 발생하기 전이거나,⁶⁰⁾ 매매계약에 따른 손해배상이나 담보책임이 발생하기 전이라도⁶¹⁾ 그 채권⁶²⁾발생에 대한

57) 대법원 2006.9.28. 선고 2005다8286, 8293 판결.

58) 대법원 2010.4.29. 선고 2009다80705 판결.

59) 대법원 2009.9.24. 선고 2009다37107 판결.

60) 대법원 1997.5.23. 선고 96다38612 판결(이 사건은 채무자가 사해행위시에 채권의 발생가능성을 예측할 수 없었다는 이유로 취소권을 인정하지 않은 사례임).

고도의 개연성이 있는 경우에는 취소권이 생긴다.

5) 구상채권 등

(가) 채권자가 연대보증인에게 채권을 청구할 수 있는 상태가 되었다면, 연대보증인은 채권자에게 변제함으로써 현실적으로 구상권이 발생하기 전에도 채권자취소권을 행사할 수 있다.⁶³⁾ 수탁보증인은 주채무의 변제기가 도래하면 사전에 구상권을 행사할 수 있으므로(민법 제442조), 채권자취소권을 가진다.⁶⁴⁾ 보증인 사이의 구상권도 그것이 현실적으로 발생하기 전에 피보전채권이 될 수 있다.

(나) 채무자가 보증인의 보증 아래 은행으로부터 대출을 받았는데, 채무자의 보증인에 대한 구상채무에 대하여 연대보증한 자가 그 후, 소유 부동산을 제3자에게 증여한 사안에서, 증여계약 당시 채무자의 재정상태에 비추어 볼 때 채권자취소권의 피보전채권인 구상채권 성립의 개연성이 있었다고 인정한 사례⁶⁵⁾가 있고, 같은 종류의 사안에 대한 판례가 많이 있다.

(다) 이른바 ‘보증구상사건’에서는 ① 피보전채권이 현실적으로 발생한 시기와 사해행위가 있었던 시기와의 근접성, ② 사해행위 당시의 채무자의 재정상태라는 2개의 사정이 ‘채권발생의 고도의 개연성’이라는 요건을 판단하는 중요한 자료가 된다.⁶⁶⁾

(라) 또한 단순히 소극재산이 적극재산을 초과하고 있었다거나 별건의 보증채무와 관련하여 채무변제 독촉을 받고 있었다는 사정만으로는 개연성이 있다고 단정하기 어렵고, 취소채권자가 사해행위라고 주장하는 매매계약 체결 이후 취소채권자가 채무자와 별도의 신용보증계약을 체결한 점을 감안하여 채권발생의 고도의 개연성이 없다고 한 사례가 있다.⁶⁷⁾ 신용보증을 주된 업무로 하는 금융

61) 대법원 1999.11.12. 선고 99다29916 판결(취소권을 인정하지 않은 사례임); 대법원 2005.8.19. 선고 2004다53173 판결.

62) 손해배상 예정(민법 제398조)이 있는 경우는 물론이지만 그렇지 않아도 관계없다.

63) 東京控判 昭和 12.4.22. 飯原一乘, 詐害行爲取消訴訟, 60頁.

64) 東京地判 昭和 46.10.4. 判例時報 658-51.

65) 대법원 1997.10.28. 선고 97다34334 판결.

66) 이러한 관점에서 채권발생의 고도의 개연성에 대한 심리가 미진하다고 하여 원심 판결을 파기한 사례로는, 대법원 2005.10.13. 선고 2005다30641 판결 참조.

67) 대법원 2006.9.28. 선고 2005다8286, 8293 판결.

기관이 채무자와 신용보증계약을 체결하였다면, 채무자의 신용에 관하여 충분히 조사를 하였을 것이라는 전제에서, 그 전에 재산을 처분한 보증인에게 사해성을 인정하지 않은 사례이다.

6) 조세채권

사해행위일 이후에 조세채권의 납세의무가 성립되었으나, 이미 그 과세기간이 개시되어 있는 상태에서, 실제로 가까운 장래에 조세채권이 성립된 경우라면, 채권자취소권의 피보전채권에 포함된다.⁶⁸⁾ 채무자 명의 제1부동산이 양도된 지 1년 후에, 채무자가 제2부동산을 처에게 증여하였다면, 제1부동산 양도에 대하여 채무자에게 부과된 양도소득세 조세채권은 제2부동산 증여행위에 대한 채권자취소권의 피보전채권이 될 수 있다.⁶⁹⁾

7) 백지어음 보충

백지어음 발행 후 보충 전에 한 사해행위는 취소의 대상이 된다.⁷⁰⁾ 다만 백지보충을 하지 않은 어음은 어음상 권리가 발생하지 않으므로, 미보충 백지어음에 따른 채권을 피보전채권으로 하여 취소소송을 제기할 수 없다는 것은 말할 나위가 없다.⁷¹⁾

8) 출자청구권

주식회사 정관의 규정에 따라 현실적으로 주금납입을 청구하지 않았다 하더라도, 주주가 이를 예측하고 사해행위를 한 때, 회사는 그 취소를 구할 수 있다고 한 사례가 있다.⁷²⁾ 발기인들은 서면으로 주식을 인수하여야 하고(상법 제

68) 대법원 2004.7.9. 선고 2004다12004 판결.

69) 대법원 2003.12.12. 선고 2003다30616 판결.

70)名古屋高決 昭和 56.7.14. 判例時報 1030-45.

71) 대법원 1988.8.9. 선고 86다카1858 판결. 다만 만기가 기재된 백지어음은 일반적인 조건부 권리와는 달리 백지부분이 보충되지 않은 미완성어음인 상태에서도 만기일로부터 어음상의 청구권에 대해 소멸시효가 진행하므로, 그 백지부분을 보충하지 않은 상태에서 어음금을 청구하더라도 시효가 중단된다(대법원 2010.5.20. 선고 2009다48312 전원합의체 판결).

72) 大判 昭和 3.5.9. 飯原一乘, 詐害行為取消訴訟, 60頁.

293조), 발기인이 회사 설립 시에 발행하는 주식 총수를 인수한 때에는 지체 없이 각 주식에 대하여 인수가액전액을 납입하여야 하므로(상법 제295조 제1항), 주식인수 후의 인수인의 행위는 회사의 출자청구권을 해치는 행위로서 취소 대상이 된다.

3. 사해행위에 등기나 대항요건이 필요한 경우

1) 대법원의 견해

사해행위가 부동산 매매와 같이 등기가 필요한 경우에, 피보전채권 발생 전에 한 행위는 비록 그에 대한 등기가 피보전채권 발생 후에 경유되었다 하더라도 취소할 수 없다는 것이 대법원 판례이다.⁷³⁾

2) 비판

(가) 이에 대하여 채권자는 채무자가 부동산 양도계약을 체결하여도 이전등기를 할 때까지는 이를 압류할 수 있고, 양수인도 등기를 함으로써 소유자가 되므로, 피보전채권은 매매계약 후 등기 이전에 발생하여도 된다는 유력한 반대설⁷⁴⁾이 있고, 이 반대설을 따른 일본 판례도 있다.⁷⁵⁾

(나) 일본에서는 등기가 물권이전의 대항요건에 불과하지만, 우리 민법에서는 등기도 물권변동의 요건이므로, 등기를 마칠 때 사해행위가 있다(완성되었다)고 해석하는 데 이론상 아무런 어려움이 없다. 그리고 우리와 같이 형식주의를 취하는 독일에서는, 사해행위의 시점에 관하여 법률행위에 등기가 필요한 경우에는, 채무자의 의사표시와 상대방의 등기신청이 있을 때를 그 기준으로 한다 (AnfG 제8조).⁷⁶⁾

일본에서도, 부동산으로 대물변제하는 경우에는, 대물변제가 요물계약이므로,

73) 대법원 1962.11.15. 선고 62다634 판결.

74) 我妻 榮, 新訂 債權總論(民法講義 IV), 岩波書店(昭和 39) 89頁.

75) 東京地判 昭和 41.8.19. 判例時報 468-50; 廣島地判 昭和 43.11.7. 判例時報 547-74(양도한 후 10년 이상 경과한 후 소유권이전등기가 경료된 사안에서, 그 등기시에 소유권이전행위가 있는 것으로 보았다).

76) 飯原一乘, 前掲書, 72頁 以下.

소유권이전등기를 할 때 계약이 성립하고,⁷⁷⁾ 부동산 이중양도의 경우에 사해행위는 제2양수인에게 등기할 때 완성하는 것으로 해석되므로, 이러한 경우에 등기는 양도행위의 일부를 구성하는 것으로서 등기할 때 사해행위가 있다고 본다.⁷⁸⁾

(다) 현실적으로도 채무자가 부동산 매매 후에 장기간 등기를 하지 않아, 매매 사실을 전혀 알지 못하고 이를 전제로 하여 신용을 제공한 채권자로서는 예상치 못한 손해를 입을 수 있다. 뿐만 아니라 채무자와 수익자 사이에 등기를 하면서 등기원인 일자를 5년 이전의 일자로 소급하여 그 일자가 등기부에 기재되면, 등기부의 추정력 때문에 특별한 사정이 없는 한 등기부상의 등기원인일자를 사해행위가 있었던 것으로 판정할 수밖에 없고,⁷⁹⁾ 채권자로서는 실제 사해행위가 있었던 날을 입증하기는 매우 어려워 결국에는 제척기간이 도과된 소송으로 각하될 수밖에 없는 불합리한 사태가 발생할 수 있다.

(라) 부인권의 경우에는 일반집행의 특수성 때문에 성립요건 및 대항요건(이하 ‘대항요건 등’이라 함)의 부인을 인정하여(채무자회생법 제394조), 개개 채권자의 채권 발생시기는 문제가 되지 않고, 채무자의 사해의사나 상대방의 사해 인식도 요건으로 하지 않으며, 오로지 대항요건 등의 시기만이 문제가 된다. 또한 부인의 경우 등기는 말소되지 않고 부인의 등기(채무자회생법 제26조)를 하여, 부동산이 관재인의 관리 아래 있다는 사실을 공시하도록 하고 있다.

4. 채권발생 전에 한 예약에 따른 행위

1) 예약시를 기준으로 함

피보전채권 발생 전에 한 매매예약에 따라 그 채권 발생 후에 예약완결권이 행사된 경우에는 그 매매는 취소의 대상이 되지 않고,⁸⁰⁾ 대물변제예약에 따라 대물변제가 된 경우에도 같다.⁸¹⁾ 가등기에 따라 본등기가 경료된 경우 가등기원인인 법률행위와 본등기 원인인 법률행위가 명백히 다르지 않다면, 사해행위

77) 最判 昭和 40.4.30. 最高裁判所民事判例集 19-3-768.

78) 東京高判 昭和 51.2.24. 判例タイムズ 338-174(제2양수인에 대한 사해행위취소권의 소멸시효는 등기할 때부터 진행한다).

79) 대법원 2002.11.8. 선고 2002다41589 판결.

80) 大阪高判 昭和 40.5.20. 下民 16-5-888.

81) 大阪高判 昭和 38.4.9. 判タ 147-79.

요건의 구비 여부는 가등기의 원인된 법률행위 당시를 기준으로 하여 판단하여야 한다.⁸²⁾ 다만 가등기가 경료된 후 사정 변경으로 본등기를 경료해주지 않아도 되는데도 불구하고 본등기를 경료해 주었다면 사정이 달라질 수 있다. 가등기에 따른 본등기청구권(예약완결권)을 10년간 행사하지 않아 제척기간이 지났음에도, 채무자가 가등기에 따른 본등기를 해주었다면 그러한 행위는 매매예약과는 별개로 채권자취소권의 대상이 된다.⁸³⁾

2) 일련의 약정

예약에 따른 행위와 비슷한 사안으로서, 당사자 사이에 이어지는 여러 약정, 즉 일련의 약정과 그 이행으로 최종적인 법률행위를 한 경우, 일련의 약정과 최종적인 법률행위를 동일한 법률행위로 평가할 수 없다면, 일련의 약정과는 별도로 최종적인 법률행위에 대하여 사해행위의 성립 여부를 판단해야 한다.

이때 동일한 법률행위로 평가할 수 있는지에 관하여 대법원 판례⁸⁴⁾의 기준을 보면, ① 당사자가 같은가, ② 일련의 약정에서 최종적인 법률행위의 내용이 특정되어 있거나 특정방법·기준이 정해져 있는가, ③ 조건 없이 최종적인 법률행위가 예정되어 있는가 그렇지 않은가를 종합해서 판단해야 한다.

위 대법원 판례에서는 제1차 신탁과 제2차 신탁이 모두 피고 앞으로 된 신탁등기이지만, ① 제1차 신탁은 관리신탁이고 제2차 신탁은 부동산담보신탁이며, ② 각 계약의 당사자가 다르고, ③ 제2차 신탁계약을 체결할 당시에 신탁재산, 신탁기간, 수익자를 비롯하여 구체적인 내용에 관하여 정함이 없는 조건부의 담보신탁계약이라는 점을 들어, 제2차 신탁계약은 제1차 신탁계약을 비롯한 종전에 한 일련의 약정과 동일한 법률행위라고 할 수 없다고 하였다.

82) 대법원 1999.4.9. 선고 99다2515 판결; 대법원 2002.4.12. 선고 2000다43352 판결.

83) 대법원 2013.5.31.자 2012마712 결정. 다만 예약완결권이 '시효'로 소멸하였고 채무자가 자신의 '시효이익을 포기'하는 행위는 취소대상이 된다는 판시에는 문제가 있다. 예약완결권은 형성권으로서 10년의 제척기간에 걸리고(대법원 2003.1.10. 선고 2000다26425 판결 등), 제척기간 경과로 예약완결권은 절대적으로 소멸하고 당사자가 소송에서 주장하지 않더라도 법원은 직권으로 제척기간 준수 여부를 판단하여야 하므로(대법원 1996.9.20. 선고 96다25371 판결), 채무자는 시효이익을 포기한 것이 아니라 아무런 의무가 없는 행위를 한 것이므로, 그러한 행위는 당연히 사해행위가 된다.

84) 대법원 2009.11.12. 선고 2009다53437 판결.

5. 변제기 도래 전의 채권

(1) 피보전채권 발생 후의 행위라면 그 채권의 변제기가 도래하지 않았더라도 사해행위를 취소할 수 있음은 일본에서 대심원⁸⁵⁾ 이후 일관된 판례이고, 우리나라 하급심 판례도 있다.⁸⁶⁾ 채권자취소권은 현재 청구권을 행사하는 것이 아니라 모든 채권자를 위하여 채무자의 자력을 유지하는 것이므로, 그 필요성은 반드시 이행기에 이르러야만 발생하는 것은 아니다. 그리고 이행기 도래는 강제집행 개시의 요건이고(민집법 제40조), 채권자가 채권자취소소송과 채무자에 대한 이행소송을 제기하여 강제집행에 착수하기까지는 상당한 시간이 걸리므로, 그 전에 채무자에 의한 책임재산의 일탈을 방지할 필요성이 있다.

(2) 보전처분에서는 기한이 도래하지 않은 채권도 피보전채권이 된다는 점을 명시하고 있다(민사집행법 제276조 제2항).

(3) 독일법에서 피보전채권은 원칙으로 집행력 있는 집행권원의 존재와 그 채권의 변제기 도래(fällig)를 요건으로 한다(AnfG 제2조). 변제기가 도래하지 않은 채권은 가압류나 가처분으로 보전된다. 독일법의 해석상 채권자취소소송은 집행인용소송으로서, 취소채권자의 채무자에 대한 집행권원에 따른 집행을 수익자인 피고가 인용하라는 판결이 내려져, 채무자와 수익자가 모두 집행채무자가 되어 강제집행을 하므로, 기한 도래를 요건으로 하는 것은 당연하다. 그리고 계속적 반복적 급부에 관하여는 변제기가 도래한 것만 피보전채권이 되고, 도래하지 않은 것은 별도로 제기하여야 한다.⁸⁷⁾ 우리나라 채권자취소제도는 프랑스민법을 계수하여 민법전에 ‘채권의 효력’에 관한 규정으로 위치하고 있다. 따라서 우리 채권자취소제도의 해석에 집행절차와 도산절차와 관련된 단행법으로 제정되어 있는 독일법의 해석론은 경우에 따라 도움을 주지 않거나, 오히려 걸림돌이 될 수 있다는 점에 유의하여야 한다.⁸⁸⁾

85) 大判 大正 9.12.27. 民錄 26-2096.

86) 청주지법 2004.10.21. 선고 2004나2404 판결.

87) 飯原一乘, 前掲書, 65頁.

88) 진원열, “채권자취소권의 효력론 비판 및 개선방안”, 『저스티스』 통권 제163호, 한국법학원, 2017, 208면 참조

(4) 한편 채권자대위권은 변제기 도래 전에 원칙적으로 행사할 수 없도록 규정하고 있다.⁸⁹⁾

6. 피보전채권의 이전

(1) 피보전채권 발생 후의 행위라면 그 후에 그 채권을 양수한 자도 취소권을 행사할 수 있다(취소권은 피보전채권에 부수하여 이전하므로, 채권과 분리하여 취소권만을 양도하는 것은 무효이다).⁹⁰⁾ 사해행위 후 대위변제로 피보전채권이 변제자에게 이전한 경우(변제자 대위)에도 취소권이 인정된다.⁹¹⁾

(2) 채무자는 채권양도인을 해칠 의사는 있었다 하더라도, 채권양수인을 해할 의사가 없었다는 이유를 들어 취소를 면할 수는 없다.⁹²⁾

(3) 사해행위 이전에 성립되어 있는 채권자의 채권이 양도된 경우, 채권양도의 대항요건을 사해행위 이후에 갖추더라도 채권양수인이 채권자취소권을 행사할 수 있다.⁹³⁾

(4) 사해행위 후 양도인에 대한 제척기간이 경과하기 전에 피보전채권이 양도된 경우에는 채권양수인을 기준으로 하여 제척기간을 기산하여야 한다는 일본의 사례가 있으나,⁹⁴⁾ 사해행위가 있는 후 채권자가 취소원인을 알면서 피보전채권을 양도하고 양수인이 그 채권을 보전하기 위하여 채권자취소권을 행사하는 경우에는, 채권 양도인이 취소원인을 안 날을 기준으로 제척기간 도과 여부를 판단하여야 한다는 대법원 판례가 설득력이 있다.⁹⁵⁾ 양수인은 양도인이

89) 민법 제404조 ② 채권자는 그 채권의 기한이 도래하기 전에는 법원의 허가 없이 전항의 권리를 행사하지 못한다. 그러나 보전행위는 그러하지 아니하다.

90) 대법원 2012.2.9. 선고 2011다77146 판결(채권이 사해행위 이전에 성립되어 있는 이상 사해행위 이후에 채권이 양도되었다고 하더라도 양수인은 채권자취소권을 행사할 수 있으며, 채권양수일에 채권자취소권의 피보전채권이 새로이 발생되었다고 할 수 없다).

91) 最判 昭和 54.1.25. 判例時報 918-69.

92) 大判 昭和 10.10.11. 判決全集 23-13, 飯原一乘, 詐害行爲取消訴訟, 72頁.

93) 대법원 2006.6.29. 선고 2004다5822 판결.

94) 名古屋控判 明治 42.4.29. 最近判 5-4.

95) 대법원 2018.4.10. 선고 2016다272311 판결.

가진 권리를 초과한 채권을 양수할 수 없고, 채무자는 양도통지를 받을 때까지 양도인에게 대하여 생긴 사유로써 양수인에게 대항할 수 있기 때문이다(민법 451조 2항).

(5) 채무승계와 관련하여

사해행위 후에 채무가 상속이나 회사 합병으로 일반승계가 되면 승계인은 포괄적으로 이를 승계한다. 특정승계의 경우에도 승계를 받은 사람이 무자력인 경우에는 중전 채무자의 행위로 발생한 채권자취소권은 소멸하지 아니한다는 사례가 있다.⁹⁶⁾

7. 피보전채권이 조건부인 때

피보전채권이 정지조건부인 경우⁹⁷⁾에 정지조건이 성취되었을 때 비로소 취소를 구할 수 있다는 취지의 일본 하급심판결이 있으나,⁹⁸⁾ 대법원은 장래에 정지조건이 성취되기 어려울 것으로 보이거나 달리 특별한 사정이 없다면, 이를 피보전채권으로 하여 채권자취소권을 행사할 수 있다고 한다.⁹⁹⁾ 대상판결이 적절하게 지적인 바와 같이, 채권자취소권 행사는 채무 이행을 구하는 것이 아니라 채무자의 자력 감소를 방지하고, 일탈된 채무자의 책임재산을 회수하여 채권의 실효성을 확보하는 데 목적이 있으므로, 정지조건부 채권이라 하더라도 피보전채권이 될 수 있으므로 대법원의 견해가 타당하다. 참고로 조건부채권도 가압류·가처분의 피보전채권이 된다(민사집행법 제276조 제2항).

96) 大判 昭和 11.4.8. “채권이 존속하는 이상, 채무의 주체가 변경되더라도, 그 변경이 채권자의 의사에 따른 경우가 아니라면, 채권자취소권은 그 때문에 당연히 소멸하지 않고, 채무승계인이 취소권행사 당시 무자력이라면 채권자는 여전히 취소권을 보유한다.” 飯原一乘, 前掲書, 85頁.

97) 정지조건부채권도 넓게 보면 장래 채권으로 볼 수 있지만 이론상이나 실무상 별개로 취급하는 것이 일반적이다.

98) 前橋地裁 高岐支判 昭和 49.8.6. 判例時報 760-82 참고.

99) 대법원 2011.12.8. 선고 2011다55542 판결(공사계약의 수급인인 S 회사가 공사가 완공되지 못하고 중도에 계약이 해제될 경우 X에게 일정액의 돈을 지급하기로 하는 정지조건부채무를 부담하고 있는데, 정지조건 성취 전 자신의 유일한 부동산을 Y에게 근저당권설정등기를 해준 사안.).

VI. 피보전채권의 존속과 소멸

1. 취소소송의 요건사실

채권자취소권이 피보전채권의 존재를 요건사실로 하는 이상 채권이 변론종결 시에도 존재하지 않으면 취소권을 행사할 수 없음은 물론이다.

채무자 S와 수익자 Y 사이의 채권양도의 확정일자 있는 통지가 제3채무자 D에게 도달한 후에, S의 채권자 X의 양도채권에 대한 채권압류 및 전부명령이 D에게 송달되어 확정된 경우, S와 Y 사이의 채권양도계약이 무효이거나 취소되지 않는다면 X의 채권압류 및 전부명령은 이미 양도된 채권에 대한 것이어서 무효이고, 따라서 X는 S에 대한 채권자로서 피보전채권을 가지므로 채권자취소소송을 제기할 수 있다.¹⁰⁰⁾

회생채권 중 회생계획에서 면제된 부분은 회생계획 인가결정 시점에, 현금으로 변제하기로 한 나머지 부분은 그 이후에 변제함으로써 각 확정적으로 소멸되므로, 채권자취소소송의 피보전채권이 될 수 없다.¹⁰¹⁾

2. 새로운 채권의 추가와 소송물 문제

취소권의 기초인 피보전채권이 소멸한 경우에는, 설혹 변론종결시에 취소를 구하는 행위 후에 발생한 새로운 채권이 존재하더라도 이는 사해행위 이후의 채권이므로 피보전채권으로 할 수 없다. 그러나 사해행위시에 존재하던 채권이 채무

100) 대법원 1997.6.27. 선고 95다40977, 40984 판결.

101) 대법원 2017.10.26. 선고 2015다224469 판결(신용보증기금이 甲에 대한 구상금채권을 피보전채권으로 하여 甲이 체결한 부동산 증여계약의 수익자인 乙을 상대로 채권자취소소송을 제기하여 가액배상금을 지급하기로 하는 내용의 화해권고결정이 확정되었다. 그 후 甲에 대하여 개시된 회생절차에서 신용보증기금의 구상금채권에 관한 회생채권 중 일부는 면제하고, 나머지는 현금으로 변제하는 내용의 회생계획 인가결정이 이루어졌다. 이에 따라 甲이 회생계획에서 정한 변제 의무를 완료한 후에 乙이 화해권고결정에 따른 강제집행의 불허를 구하였다. 회생계획 인가결정이 이루어짐에 따라 구상금채권에 관한 회생채권이 회생계획에 따라 실제적으로 변경되어, 구상금채권에 관한 회생채권 중 회생계획에서 면제하기로 한 부분은 회생계획 인가결정 시점에, 현금으로 변제하기로 한 나머지 부분은 그 이후의 변제로 각 확정적으로 소멸하였다. 사해행위 취소에 따른 가액배상금 지급에 관한 화해권고결정의 전제가 된 신용보증기금의 피보전채권 역시 소멸하였는데도, 화해권고결정의 집행력 배제를 구할 청구의 사유가 존재하지 않는다고 본 원심 판단에는 법리오해 등의 위법이 있다).

불이행으로 손배배상채권으로 변경된 경우에는 피보전채권으로 할 수 있다.¹⁰²⁾

취소채권자 X가 여러 채권이 있음에도 불구하고 하나의 채권만을 피보전채권으로 주장하다가, 그 채권이 피보전채권으로서 요건을 갖추지 못하거나, 대상판결의 사안과 같이 소송 중에 이를 채무자 S가 변제하여 버린 경우에, 다른 채권을 다시 주장할 수 있는가. 이에 대하여 대법원은 X가 사해행위취소를 청구하면서 보전하고자 하는 채권을 추가하거나 교환하는 것은 채권자취소권을 이유 있게 하는 공격방법인 주장을 변경하는 것일 뿐이지 소송물이나 청구 자체를 변경하는 것이 아니므로 소변경이라 할 수 없다고 한다.¹⁰³⁾ 따라서 채권자취소소송의 제척기간이 지나서 피보전채권이 변경되더라도 부적법한 소가 아니다.¹⁰⁴⁾ 대상판결의 원심에서도 같은 취지의 판시가 있었다. 다만 교환된 다른 채권은 사해행위 당시에 존재하여야 하고 그 밖에 피보전채권으로서 요건을 갖추어야 함은 물론이다.

한편 대법원판결에 따른다면, A, B 2개의 채권을 가진 채권자가 그 중 A 채권만을 피보전채권으로 하여 사해행위취소소송을 제기하였으나, 피보전채권이 소멸되었다는 이유로 패소판결을 받고 확정된 후, 다시 B 채권을 피보전채권으로 하여 취소소송을 제기하는 것은 기판력에 저촉된다. 채권자가 동일한 법률행위의 취소를 구하는 채권자취소소송을 피보전채권을 다르게 하여 이중으로 제기하는 경우에, 전소와 후소는 소송물이 동일하다. 이때 전소나 후소 중 하나

102) 대법원 판례에 따르면 특정물인도채권이 채권자취소소송의 피보전채권으로 될 수 없기 때문에, 특정물인도채권이 채무불이행에 따라 손해배상채권으로 변한 경우에는 여기에 해당되지 않는다고 하나, 대법원의 견해가 부당하다는 점은 위에서 본 바와 같다.

103) 채권자취소소송에서 피보전채권을 변경하는 것은 소의 변경이 아니라 공격방법의 변경으로 보는 견해의 논거는 다음과 같다(아래 2001다13532 판결에 관한 김대원, 「사해행위취소소송에서 피보전채권을 변경하는 것이 소의 변경에 해당하는지 여부」, 「대법원판례해설」 제44호, 법원도서관, 2004, 181-183면).

① 채권자취소소송의 소송물은 취소권 자체이므로 이를 이유 있게 하는 피보전채권은 소송물에 해당하지 않는다. ② 채권자취소권은 채권자의 공동담보보전을 위하여 채권자에게 인정된 권리이지, 채권자의 개별적인 채권의 만족을 위하여 법이 인정한 것은 아니다. ③ 채권자취소권은 채무자와 수익자 사이의 법률행위를 취소하고, 원상회복을 목적으로 한다. 따라서 판결주문에도 법률행위의 취소와 그 원상회복만이 선언된다. ④ 채권자취소소송에서 피보전채권의 존부에 대하여는 기판력이 생기지 않는다. ⑤ 채권자취소권을 행사한 경우의 반환범위는 취소채권자의 피보전채권의 범위에 한정되는 것이 원칙이나, 다른 채권자가 배당요구를 할 것이 명백하거나, 목적물이 불가분인 경우와 같이 특별한 사정이 있는 경우에는 취소채권자의 채권액을 넘어서까지 취소를 명할 수 있으므로, 반드시 피보전채권의 범위에 구속되지 않는다.

104) 대법원 2003.5.27. 선고 2001다13532 판결, 이에 대한 판례평석으로는, 김대원, 앞의 논문, 172면 이하.

가 승계참가신청¹⁰⁵⁾로 이루어진 경우에도 마찬가지이다.¹⁰⁶⁾

3. 피보전채권의 소멸시효와 그 중단

1) 소멸시효항변의 원용

수익자 Y·전득자 Z는 채권자 X의 채권에 대하여 시효소멸을 주장할 수 있다.¹⁰⁷⁾ 소멸시효를 원용할 수 있는 사람은 권리소멸로 직접 이익을 받는 사람에게 한정되는데, 채권자취소소송의 상대방이 된 Y·Z는 사해행위가 취소되면 사해행위로 얻은 이익을 상실하나, 채권자취소권을 행사하는 채권자 X의 채권이 소멸되면 그와 같은 이익상실을 면할 수 있는 지위에 있으므로, 그 채권소멸로 직접 이익을 받는 사람에게 해당한다.¹⁰⁸⁾ 또한 그렇게 해석하지 않는다면, X는 채무자 S에 대하여 피보전채권의 이행청구를 할 수 없음에도, Y나 Z에 대하여는 취소와 원상회복의 청구가 가능하고, 특히 가액배상에서는 수령한 금전을 X의 채권만족에 충당하게 되는 불합리한 결과가 생긴다.

2) 시효중단의 재항변

X는 시효중단의 재항변을 행사할 수 있고,¹⁰⁹⁾ 시효중단사유가 존재하면, Y·Z도 이를 부정할 수 없다.¹¹⁰⁾ 이러한 해석은 민법 제169조¹¹¹⁾의 해석상 문제가 있다는 견해도 있을 수 있으나, X의 S에 대한 채권의 효력을 Y·Z에 대하여 주장하는 것이 채권자취소권이고(대외적 효력), Y·Z에게 S가 가진 소멸시효의 항변을 X에 대하여 주장할 수 있는 권한을 준 이상, X에게도 S에 대한 재항변을 Y·Z에게 주장할 수 있다고 함이 공평하다. 또한 X로서는, 보증인·물상보

105) 전소의 원고 X1이 후소의 원고 X2의 피보전채권을 양수하여 후소에 승계참가하였다.

106) 대법원 2012.7.5. 선고 2010다80503 판결.

107) 대법원 2007.11.29. 선고 2007다54849 판결. 한편 이와 달리 채권자대위소송의 제3채무자는 채권자의 채무자에 대한 채권의 소멸시효를 원용할 수 없다(대법원 1992.11.10. 선고 92다35899 판결; 대법원 2004.2.12. 선고 2001다10151 판결 등).

108) 대법원 2007.11.29. 선고 2007다54849 판결.

109) 最判 平成 10.6.22. 民集 52-4-1195.

110) 飯原一乘, 전계서, 484면, 위 最判 平成 10.6.22 參照.

111) 제169조(시효중단의 효력) 시효의 중단은 당사자 및 그 승계인 간에만 효력이 있다.

증인·담보물의 제3취득자와 같이 그 존재가 명백한 경우와 달리, 사해행위의 상대방 Y·Z의 존재는 미리 알기 어렵고, Y·Z에 대하여는 피보전채권의 소멸 시효를 중단할 방법도 없어, S에 대하여 중단조치를 취할 수밖에 없으므로, S에 대한 중단의 효과가 Y·Z에게 미치지 않는다면 X에게 가혹하다.

3) 시효중단사유

시효중단 사유로서 채무자의 채무승인이나 채권자의 청구·압류나 가압류·가처분이 포함됨은 말할 나위가 없다. 그런데 채권자취소소송이 피보전채권의 시효중단사유가 될 수 있는가?

Y·Z를 상대로 한 채권자취소소송의 제기는 피보전채권에 대한 소멸시효중단의 효력이 없다는 것이 일본의 주류적인 판례이다.¹¹²⁾ 피보전채권이 채권자취소소송의 소송물이 아니고, 채무자 S에 대한 직접 청구도 아니라는 점이 그 이유이다. 그러나 채권자취소소송은 S로부터 변제를 받을 수 없는 상황에서 제기하는 소송이고, 재판상의 청구라고 할 수는 없더라도 강력한 최고의 의미는 있으므로, 적어도 취소소송의 제기사실이 S에게 통지되었다면 그 소송의 계속 중에는 중단사유로서 최고가 계속된다고 보아야 한다. 특히 채권자 X는 피보전채권의 보전, 즉 일탈재산에 대한 집행을 위하여, 우선 그 재산을 보전하기 위한 것이고, X로서는 재산보전이라는 점에서 가압류나 가처분과 동일하게 채권을 행사하는 것이므로(민법 제168조 제2호), 피보전채권이 소송물이 아니라는 이유로 시효중단 효력을 부정하는 것은 지나치게 형식적인 논리다.¹¹³⁾ 중단효를 인정한 일본 하급심 판례도 있다.¹¹⁴⁾

한편 S는 채권자취소소송의 피고적격이 없으나, S를 피고로 한 취소소송의 제기는 소멸시효의 중단사유인 최고의 효력을 가진다.¹¹⁵⁾

112) 最判 昭和 37.10.12. 判例時報 324-18.

113) 일본에서도 통설은 판례와 반대 입장이다. 飯原一乘, 詐害行為取消訴訟, 484頁.

114) 東京高判 平成 12.8.17. 判例時報 1735-63.

115) 福岡高判 昭和 49.5.16. 判例時報 759-48. 채무자에 대한 소를 제기하였다가 취하한 경우, 소송계속 중 시효중단의 효력이 계속 존속하고, 취하에 의하여 소송이 종료된 후에 6개월 이내에 재판상의 청구 등을 함으로써 시효중단의 효력을 유지할 수 있다.

Ⅶ. 피보전채권에 관한 기타 문제

1. 이자와 지연손해금¹¹⁶⁾

(1) 실무상 특히 가액반환에서 사해행위 전에 발생되어 있는 피보전채권(원본)에 관하여, 사해행위 후에 발생한 이자나 지연손해금이 피보전채권에 포함되느냐 여부가 문제된다. 피보전채권 발생 후의 행위만이 취소할 수 있다는 이론을 엄격히 해석하면 사해행위 후에 발생한 이자, 손해금은 피보전채권에 포함되지 않는다고 할 수 있고 과거 그러한 입장에 선 일본 최고재판소 판례도 있었다.¹¹⁷⁾ 대상판결에서 원심도 그러한 견해에 가깝다고 볼 수 있다.

그러나 엄밀한 의미에서 채권 자체가 발생되기 전이라도 그 기초인 법률관계가 사해행위 전에 발생되어 있으면 취소권을 행사할 수 있다고 한다면, 위 일본 최고재판소의 해석은 지나치게 엄격하다. 피보전채권의 범위에는 사해행위 후에 사실심 변론종결시까지 발생한 이자와 지연손해금도 포함된다고 보는 대법원과 그 후 선고된 일본 최고재판례¹¹⁸⁾가 타당함은 말할 것도 없다. 대상판결도 같은 취지로 판시하였다.

(2) 피보전채권은 채권자취소소송에서 취소의 범위를 한정하는 기능을 가지기 때문에, 일단 취소소송 변론종결시를 지연손해금의 종기로 해야 한다. 다만 피보전채권은 원고가 채무자에 대한 급부소송에서 집행권원을 얻어, 채무자의 책임재산으로부터 궁극적인 만족을 얻을 수 있는 근거이고, 집행단계에서는 사해행위 이후 집행할 때까지의 이자나 지연손해금도 당연히 가산되기 때문에, 채권자취소소송 단계에서 지연손해금 발생 자체가 종결되는 것은 아니다.¹¹⁹⁾

116) 채권자취소소송에서 문제되는 지연손해금은, 피보전채권의 지연손해금과 원상회복금(배상금)에 대한 지연손해금으로 나눌 수 있다. 전자는 채권자와 채무자에 대한 것이고, 그 사이의 법률관계로 생기는 것임에 대하여, 후자는 채권자의 수익자에 대한 것으로서 채권자취소 이후에 발생하는 것이다. 후자에서 문제되는 것은 기산점과 이율이다.

117) 最判 昭和 62.4.7. 金融法務 1185-27. 다만 아래 最判 平成 8.2.8. 判例時報 1563-112에서 입장을 변경하였다.

118) 대법원 2001.9.4. 선고 2000다66416 판결; 대법원 2002.4.12. 선고 2000다63912 판결; 대법원 2003.7.11. 선고 2003다19572 판결; 最判 平成 8.2.8. 判例時報 1563-112.

119) 飯原一乘, 前掲書, 450頁 以下.

3) 조세의 가산금

대법원은 조세채권의 가산금·증가산금도 피보전채권에 포함된다고 하나,¹²⁰⁾ 가산금이 지나치게 커서 가혹하므로 그 범위를 일반적으로 예측할 수 있는 범위 내로 한정하여야 한다는 견해가 있다.¹²¹⁾

2. 우선변제권이 확보되어 있는 경우

(1) 주채무자나 제3자 소유 부동산에 채권자 앞으로 근저당권이 설정되어 있고, 그 부동산의 가액과 채권최고액이 그 채무액을 초과하여 채권자의 채권 전액에 우선변제권이 확보되어 있다면, 그 범위 내에서는 채권자취소소송의 피보전채권이 될 수 없다.¹²²⁾

(2) 다만 채권자의 채권액이 그 부동산의 가액이나 채권최고액을 초과하는 경우에는 그 담보물로부터 우선변제 받을 액을 공제한 나머지 채권액만이 피보전채권이 된다. 피보전채권의 존재와 범위는 채권자취소권 행사의 요건에 해당되므로, 채권자로서는 담보권의 존재에도 불구하고 자신이 주장하는 피보전채권이 그 우선변제권의 범위 밖에 있다는 점을 주장·증명하여야 한다.¹²³⁾

이와 같이 채권자의 채권원리금이 우선변제권으로 전액 담보되지 않는 경우에는 변제충당의 법리를 유추적용하여 이자가 원금에 우선하여 담보된다. 따라서 채권자가 채권자취소권을 행사할 수 있는 피보전채권의 범위는 사해행위 당시 담보부동산 가액과 채권최고액 중 적은 금액을 초과하는 부분에 해당하는 채권원리금과 원금 부분에 대한 사실심 변론종결시점까지 발생한 지연이자에 상당하는 금액이 된다.¹²⁴⁾

120) 대법원 2007.6.29. 선고 2006다66753 판결(채권자취소권의 피보전채권인 양도소득세 채권액에 사해행위 이후 사실심 변론종결시점까지 발생한 국세징수법 제21조, 제22조이 정한 가산금과 증가산금은 지연이자의 성질을 가지는 것으로서 피보전채권에 포함된다).

121) 최한신, 앞의 책, 361면 이하는 소송촉진법의 범위 내로 한정하여야 한다고 함. 위 2006다66753 판결의 원심이 가산금은 장래채권으로서 고도의 개인성이 없다는 이유로 피보전채권으로 인정하지 않은 것도 그와 같은 배려에서 비롯된 것이라고 함.

122) 대법원 2001.7.27. 선고 2000다73377 판결; 대법원 2002.4.12. 선고 2000다63912 판결.

123) 대법원 2002.11.8. 선고 2002다41589 판결.

124) 대법원 2010.2.11. 선고 2009다81616 판결.

3. 피보전채권의 권리행사와 신의칙

확정판결에 따른 집행이 권리남용에 해당하여 청구이의 소로써 집행 배제를 구할 수 있는 정도의 경우라면, 그러한 판결금 채권에 기초한 다른 권리의 행사, 예를 들어 그 판결금 채권을 피보전채권으로 하여 채권자취소권을 행사하는 것도 허용될 수 없다.¹²⁵⁾ 또한 부제소합의 채권을 피보전채권으로 하여 채권자취소권을 행사하는 것은 소의 이익을 인정할 수 없다.¹²⁶⁾

4. 강제집행이 가능한 채권

채권자취소제도는 '강제집행의 준비절차'이기 때문에 강제집행이 가능하다는 것을 전제로 한다. 따라서 강제집행을 할 수 없는 자연채무나 파산절차에서 면책결정이 확정된 채권은 피보전채권이 될 수 없다.¹²⁷⁾

<피보전채권의 산정 사례> 2000.1.1.자 대여금 채권 1,000만 원, 이자 연 12%, 목적물 가액 2,000만 원, 근저당최고액 700만 원, 사해행위일 2001.12.31. 변론종결일 2002.12.31.인 경우, 피보전채권액을 산정하면 아래와 같다.

사해행위일까지의 대여금 이자는 240만 원(1,000만 원×0.12×2년)이므로, 이를 먼저 채권 최고액 700만 원에서 공제하면 460만 원이 된다. 따라서 채권의 사해행위시까지의 원금 1,000만 원 중에서 근저당권으로 보장되는 460만 원을 공제한 540만 원과 이에 대하여 그때부터 변론종결일까지의 이자 648,000원(540만 원×0.12×1년)을 합친 6,048,000원이 피보전채권액이 된다. 가액배상일 경우에는 목적물 가액 2,000만 원에서 근저당최고액 700만 원을 공제한 1,300만 원의 한도 내에서 위 피보전채권액 6,048,000원을 배상받을 수 있다. 한편 근저당으로 담보된 700만 원(원금 460만 원과 사해행위시까지의 이자 240만 원)은 담보권자로서 우선하여 변제받을 수 있음은 물론이다.

125) 대법원 2014.2.21. 선고 2013다75717 판결.

[사실관계] X가 S1으로부터 S1의 S2에 대한 공사대금채권을 양도받아 S2를 상대로 양수금 청구소송을 제기하여 일부 승소판결이 확정되었다. S2가 건물의 소유권을 취득하여 Y 등에게 근저당권을 설정하여 주자 X가 판결금 채권을 피보전채권으로 하여 Y 등을 상대로 채권자취소소송을 제기하였다.

[판시] X와 S1의 채권양도가 소송신탁에 해당하여 무효라고 볼 여지가 있지만, 그러한 사정만으로 X의 판결금 채권에 기초한 강제집행이나 권리행사가 당연히 권리남용에 해당한다고 보기 어렵고, S2로 하여금 판결금 채권에 기한 강제집행이나 권리행사를 수인하도록 하는 것이 명백히 정의에 반하여 사회생활상 용인할 수 없는 정도라고 볼 수 없다. 그럼에도 판결금 채권에 터 잡은 X의 권리행사가 신의칙상 허용되지 않고 X의 채권자취소권 행사도 허용될 수 없다고 본 원심판결에 법리오해의 위법이 있다.

126) 대법원 2012.3.29. 선고 2011다81541 판결(甲 주식회사가 乙 주식회사에 대한 물품대금채권에 관하여 민·형사상 법적 절차를 취하지 않겠다는 취지의 합의각서를 작성하였는데, 그 후 위 채권을 피보전채권으로 하여 丙 주식회사를 상대로 사해행위취소의 소를 제기한 사안).

VIII. 결론에 갈음하여

지금까지 채권자취소소송에서 피보전채권에 관한 문제점들을 살펴보았다. 대상판결과 하급심 판결은 채권자취소소송의 피보전채권에 관한 문제를 중심적인 쟁점으로 다루었고, 특히 장래채권 또는 금액·범위가 확정되지 않은 채권이 피보전채권이 될 수 있는가 하는 문제와 피보전채권의 추가·교환에 따른 채소기간 준수의 문제가 포함되어 있다. 후자에 관하여는 2심의 판단이 대법원의 확고한 견해를 따랐고, 이에 대하여 불복이 없었기 때문에 대법원에서 쟁점이 되지 않았다.

그런데 대상판결의 피보전채권이 장래채권인지 아니면 현재채권으로 확정되지 않은 채권인지에 대하여 하급심과 대법원의 견해가 다르다. 1심은 A 등의 예금인출거부행위는 적어도 원고가 대의원회에서 입찰보증금을 대여금으로 전환하고 이를 운영비로 사용할 것을 의결한 2010.8.18. 이후부터는 불법행위를 구성한다고 하면서도, 그 단계에서는 제1손해배상채권이 발생하지 않았고 다만 장래채권으로서 손해배상채권이 성립되리라는 점에 관한 고도의 개연성이 있었으며 실제로 가까운 장래에 그 개연성이 현실화되어(이 사건 1심 판결 선고 전에 제1손해배상 채권에 관한 판결이 선고되고 확정됨) 원고의 A에 대한 손해배상채권이 성립되었으므로, 원고의 A에 대한 제1손해배상채권은 사해행위취소소송의 피보전채권이 된다고 하였다. 또한 2심 법원은 더 나아가 제2손해배상채권은 장래채권에 불과하고, 채권성립에 관한 고도의 개연성이 없다고 하여 피보전채권이 될 수 없다고 하였다. 그러나 A가 대의원회 결의에 위반하여 예금인출거부행위를 함으로써 원고로서는 용역비를 지급하지 못하여 지체배상금 상당의 손해배상채무를 지는 손해가 발생하였고, 다만 구체적인 액수나 범위가 아직 확정되지 않은 상태였다고 보아야 한다. 대법원 판결의 취지가 바로 그러하다. 손해발생사실이 인정되면 구체적인 손해액은 법원이 직권으로 인정하여야 한다는 점에서도 대법원의 견해는 타당하다.¹²⁷⁾ 채권은 발생하였으나 구체

127) 대법원 2008.6.26. 선고 2008다25978 판결.

128) 민사소송법 제202조의2(손해배상 액수의 산정) 손해가 발생한 사실은 인정되나 구체적인 손해의 액수를 증명하는 것이 사안의 성질상 매우 어려운 경우에 법원은 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과에 의하여 인정되는 모든 사정을 종합하여 상당하다고 인정되는 금액을 손해배상 액수로 정할 수 있다.

대법원 1987.12.22. 선고 85다카2453 판결(손해액에 관한 증명은 직권조사사항).

적인 액수나 범위가 확정되지 않은 채권이 채권자취소권의 피보전채권이 될 수 있다는 대법원의 직접적이고 명시적 견해를 밝힌 것은 대상판결이 처음으로 보인다. 대법원이 제2손해배상채권을 이 사건 채권자취소소송의 피보전채권으로 인정한 것은 지극히 타당하다. 다만 피보전채권에 관한 여러 가지 쟁점을 살피면서도 언급하였지만, 대법원은 일반적으로 피보전채권의 범위를 좁게 해석함으로써, 현재로서는 채권자취소권을 활용하여 효율적으로 보호될 수 있는 채권자의 권리 보호에 적절히 대처할 수 없는 상황이다. 대상판결을 계기로 채권자취소권 제도를 공동담보의 확보뿐만이 아니라, 특히 예측하기 어렵고 복잡한 현대형 계약에서 사기적인 채무자의 행위에 대응하여 채권자의 특정채권을 보호하여 적절히 활용될 수 있도록, 피보전채권의 범위를 확대하는 방향으로 판례가 발전하기 바란다.

투고일 : 2018.10.22 / 심사완료일 : 2018.12.6 / 게재확정일 : 2018.12.10

불법행위로 손해가 발생한 사실이 인정되는 경우에는 법원은 손해액에 관한 당사자의 주장과 입증이 미흡하더라도 적극적으로 석명권을 행사하여 입증을 촉구하여야 하고 경우에 따라서는 직권으로라도 손해액을 심리 판단하여야 한다. 같은 취지로 대법원 2011.7.14. 선고 2010다103451 판결; 대법원 2016.11.24. 선고 2014다81511 판결. 채무불이행에 따른 손해배상책임이 인정되는 경우 대법원 2008.2.14. 선고 2006다37892 판결.

[참조 문헌]

- 강영호, “특정물채권자는 채권자취소권을 행사할 수 없는가”, 『사법논집』제34집, 법원도서관, 2002.
- 김대원, “사해행위취소소송에서 피보전채권을 변경하는 것이 소의 변경에 해당하
는지 여부”, 『대법원판례해설』 제44호, 법원도서관, 2004.
- 배성호, “채권자취소권에 있어서 특정물채권의 피보전채권성”, 『인권과 정의』제332
호, 대한변호사협회, 2004.
- 양창수, “장래채권의 양도”, 『민법연구』7, 박영사, 2003.
- 여하윤, “프랑스 민법상 사해소권(詐害訴權, action paulienne)에서의 ‘사해행위’에
관하여”. 『비교사법』제24권 제1호, 한국비교사법학회, 2017.
- 윤진수, “부동산의 이중양도와 원상회복”, 『민법논고』, 박영사, 2007.
- 유병현, “채권자취소소송에 관한 연구-강제집행과 관련하여-”, 고려대학교 대학원,
박사학위논문, 1993.
- 최한신, 『사해행위취소실무 I』, 유로, 2009.
- 飯原一乘, 詐害行爲取消訴訟 제2판, 日本評論社, 2017.
- , 詐害行爲取消權·否認權, 日本評論社, 2008.
- 片山直也, 詐害行爲の基礎理論, 慶應義塾大學出版會, 2011.
- 內田貴, 契約の再生, 弘文堂, 2005.
- 我妻 榮, 新訂 債權總論(民法講義 IV), 岩波書店, 1964.

[국문초록]

채권자취소소송에서 피보전채권의 범위 확장 - 대법원 2018. 6. 28. 선고 2016다1045 판결-

이 순 동*

대상판결과 그 하급심 판결은 채권자취소소송의 피보전채권에 관한 문제가 중심적인 쟁점이 되었고, 특히 장래채권 혹은 금액·범위가 확정되지 않은 채권이 피보전채권이 될 수 있는가 하는 문제와 피보전채권의 추가·교환에 따른 채소기간 준수의 문제가 포함되어 있다. 장래채권인지 현재채권으로서 확정되지 않은 채권인지에 대하여 하급심과 대법원의 견해가 다르다. 하급심에서는 채무자의 위법한 예금인출 거부행위만으로는 손해배상채권이 발생하지 않고 장래채권에 불과하여, 손해배상채권이 성립되리라는 점에 관한 고도의 개연성과 실제로 가까운 장래에 그 개연성이 현실화되어야 한다는 요건을 충족시켜야 사해행위취소소송의 피보전채권이 된다고 하였다. 그러나 대법원은 채무자의 불법행위로 채권자가 당연히 지연손해금을 지급할 손해를 입었으므로 채무자가 예금인출 거부행위를 함으로써 불법행위에 따른 손해배상채권이 발생하였고, 구체적인 액수나 범위가 아직 확정되지 않은 상태일 뿐이라고 판단하였다. 채권은 발생하였으나 구체적인 액수나 범위가 확정되지 않은 채권이 채권자취소권의 피보전채권이 될 수 있다는 대법원의 직접적이고 명시적 견해를 밝힌 것은 대상판결이 처음으로 보인다. 대법원이 이 사건 손해배상채권을 채권자취소소송의 피보전채권으로 인정한 것은 지극히 타당하다. 다만 대법원은 일반적으로 피보전채권의 범위를 너무 좁게 해석함으로써, 채권자취소권을 활용하여 효율적으로 보호될 수 있는 채권자의 권리 보호에 미흡한 면이 있다. 대상판결을 계기로 채권자취소권 제도를 공동담보의 확보뿐만이 아니라, 특히 예측하기 어렵고 복잡한 현대형 계약에서 채권자의 특정채권을 보호하기 위하여 활용될 수 있도록, 피보전채권의 범위를 확대하는 방향으로 판례가 발전하기 바란다.

주제어 : 채권자취소소송, 피보전채권, 장래채권, 불확정채권, 특정채권보호

* 영남대학교 법학전문대학원 교수.

[Abstract]

The expansion of the scope of the creditor's claims in the
revocation of the fraudulent act

Lee, Sun-Dong*

The Korean Supreme Court's decision No. 2016-da-1045 decided on June 28, 2018 and the lower courts thereof ruled the issues of the creditor's claim for the revocation of the fraudulent act. In particular, there included the question of whether future claims or claims whose amount or scope has not been determined can become the creditor's claim, and whether the period for filing the revocation suit on the addition or exchange of the creditor's claims has lapsed. The views of the lower and the Supreme Court differ from whether the creditor's claim is future claim or whether they are claim that has not yet been fixed. The lower courts ruled that no present damage claim was generated by the debtor's refusal to withdraw money from the bank, and at that stage the creditor's claims are only the future credits, which must fulfill the requirement of both the probability that the claim has highly likely to coming in to existence and that it should be realized in the near future. Supreme Court ruled, however, that due to the illegal acts of the debtor, the creditor has suffered damages to pay delayed damages, so that the damages arising from the illegal acts occurred only but the specific amount or range has not yet been fixed. The ruling seems to be the first case that the Supreme Court has directly and explicitly expressed its view that a claim has occurred which a specific amount or extent of the credit has not been fixed. It is perfectly reasonable for the Supreme Court to recognize the damages claim in this case as the creditor's claim of the revocation of the fraudulent act. However, the Supreme Court

* Professor, Yeungnam University Law School.

generally fails to protect the rights of creditors that can be effectively protected by using the right of creditor's claim of the revocation by narrowly interpreting the scope of the creditor's claims. It is hoped that with the judgment of this case, the judgment will develop in the direction of expanding the scope of the creditor's claims beyond the current practice of the obligee's revocation, which is now operated for the purpose of ensuring general security. In doing so, it can particularly be used to protect creditors' specific claims in controversial and complex modern contracts.

Key words : revocation of the fraudulent act, creditor's claim, present claim, unfixed claim, protection of the specific claims