creative commons
COMMONS DEED

저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:

저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.

비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.

변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 이용허락규약(Legal Code)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

Disclaimer

dCollection

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

[UCI]I804:24011-200000266431

2017年 8月

博士學位 論文

채권자취소권에서 “모든 채권자”의 보호 방안에 관한 연구

朝鮮大學校 大學院

法 學 科

鄭 釷 興

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

채권자취소권에서 “모든 채권자”의 보호 방안에 관한 연구

A Study on the Protection Method for “All Creditors” in Creditor Revocation Right

2017年 8月 25日

朝鮮大學校 大學院

法學科

鄭 鈺 興

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

채권자취소권에서 “모든 채권자”의 보호 방안에 관한 연구

指導敎授 金 凡 鐵

이 論文을 法學 博士學位 申請論文으로 提出함

2017年 4月

朝鮮大學校 大學院

法 學 科

鄭 釷 興

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

鄭鈺興의 博士學位論文을 認准함

委員長　朝鮮大學校　教　授　崔斗鎭　印

委　員　法務法人 無等　辯護士　吳洙源　印

委　員　全南大學校　教　授　金華　印

委　員　朝鮮大學校　教　授　鄭求先　印

委　員　朝鮮大學校　教　授　金凡鐵　印

2017年　6月

朝 鮮 大 學 校　大 學 院

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

【 대 목 차 】

제1장 서론
제1절 연구의 목적 ---- 1
제2절 연구의 방법 및 범위 ---- 5
제3절 용어의 정리 ---- 7

제2장 채권자취소권의 일반론
제1절 채권자취소권의 의의 및 기원 ---- 10
제2절 채권자취소권에 대한 학설 ---- 12
제3절 채권자취소권의 요건 ---- 22
제4절 채권자취소권의 행사 ---- 41
제5절 채권자취소권의 소멸 ---- 45

제3장 민법 제407조상 “모든 채권자”의 범위 및 문제점
제1절 원칙으로서의 원물반환 ---- 49
제2절 예외로서의 가액배상 ---- 62
제3절 원물반환에서 “모든 채권자”의 범위와 관련된 문제점 ---- 65
제4절 가액배상에서 “모든 채권자”의 범위와 관련된 문제점 ---- 77
제5절 “모든 채권자”와 고유채권자와의 문제점 ---- 89

제4장 민법 제407조상 “모든 채권자”의 보호방안
제1절 보호방안의 요지 ---- 107
제2절 타 채권자의 보호방안 ---- 109
제3절 수익자 겸 채권자의 보호 방안 ---- 151

제5장 채권자취소권에 대한 민법 개정안 검토
제1절 채권자취소권 개정안의 주요 내용 ---- 164
제2절 민법 개정안과 채권자평등주의실현 가능성 ---- 192
제3절 입법론적 해결 ---- 197

제6장 결론

참고문헌 ---- 225

부 록 2013. 7. 1.자 민법·민사집행법 개정안 및 민법 개정사안 ---- 236

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

【 목 차 】

Abstract ---------- Ⅰ Ⅳ

제1장 서론

제1절 연구의 목적 ---------- 1

1. “모든 채권자”를 보호하기 위한 채권자취소권 ---------- 1
2. 채권자평등주의 원칙에 따른 “모든 채권자” 보호 ---------- 2

제2절 연구의 방법 및 범위 ---------- 5

1. 연구의 방법 ---------- 5
2. 연구의 범위 ---------- 6

제3절 용어의 정리 ---------- 7

제2장 채권자취소권의 일반론

제1절 채권자취소권의 의의 및 기원 ---------- 10

1. 채권자취소권의 의의 ---------- 10
2. 채권자취소권의 기원 ---------- 10

제2절 채권자취소권에 대한 법적 근거 및 성질 ---------- 12

1. 법적 근거에 대한 학설 ---------- 12
   가. 부당이득설 ---------- 12
   나. 불법행위설 ---------- 13

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

다. 채무불이행설 ---- 14
라. 법정채무설 ---- 14
마. 책임질서유지설 ---- 15
바. 학설에 대한 검토 ---- 15
2. 법적 성질에 관한 학설 ---- 16
가. 형성권설 ---- 17
나. 청구권설 ---- 18
다. 상대적 효력설 ---- 18
라. 책임설 ---- 19
마. 소권설 ---- 19
바. 신형성권설 ---- 20
사. 판례 ---- 21
아. 학설에 대한 검토 ---- 22

제3절 채권자취소권의 요건 ---- 22

1. 피보전채권에 대한 사항 ---- 23
가. 피보전채권의 존재 ---- 23
나. 피보전채권의 성립시기 ---- 23
(1) 피보전채권 성립시기의 원칙 ---- 24
(2) 피보전채권 성립시기의 예외 ---- 24
다. 피보전채권의 종류 ---- 25
(1) 금전채권 및 종류채권 ---- 25
(2) 특정채권 ---- 25
(3) 인적 담보부 채권 ---- 27
(4) 물적 담보부 채권 ---- 27
(5) 재산분할청구권 ---- 29
(6) 파산절차에서 면책결정을 받은 채권 ---- 30
2. 사해행위 ---- 31
가. 서론 ---- 31
나. 채무자가 행한 법률행위 ---- 31

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

다. 재산권을 목적으로 하는 법률행위 ---- 32
라. 채권자를 해하는 법률행위 ---- 33
(1) 서론 ---- 33
(2) 채무자의 무자력 ---- 33
(3) 구체적 사례에 대한 검토 ---- 35
3. 사해의사 ---- 39
가. 채무자의 사해의사 ---- 39
나. 수익자 또는 전득자의 사해의사 ---- 40

제4절 채권자취소권의 행사 ---- 41

1. 채권자취소권의 당사자 ---- 41
가. 취소권자 ---- 41
나. 상대방 ---- 42
2. 취소권의 행사방법 ---- 43
가. 채권자의 이름으로 행사 ---- 43
나. 재판상 청구 ---- 43
3. 사해행위취소소송의 경합 ---- 43
가. 경합의 문제 ---- 44
나. 병합심리가 되는 경우 ---- 44
다. 병합심리가 되지 않은 경우 ---- 45

제5절 채권자취소권의 소멸 ---- 45

1. 채권자취소권의 행사기간 ---- 45
2. 기간의 성질 ---- 46
3. 기간의 기산점 ---- 46
가. 취소원인을 안 날 ---- 47
나. 법률행위 있는 날 ---- 47
다. 가등기에 기한 본등기가 종료된 경우 ---- 48
라. 수익자와 전득자의 제척기간 ---- 48

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

제3장 민법 제407조상 “모든 채권자”의 범위 및 문제점

제1절 원칙으로서의 원물반환 ---- 49

1. 원물반환의 의의 ---- 49
2. 원물반환의 유형 ---- 49
   가. 반환목적물이 동산 또는 금전인 경우 ---- 50
   나. 반환목적물이 채권인 경우 ---- 51
      (1) 채권양도의 경우 ---- 50
      (2) 채권양도 예약의 경우 ---- 53
      (3) 채무면제와 상계의 경우 ---- 54
   다. 반환목적물이 부동산인 경우 ---- 55
      (1) 사해행위로 소유권이전등기가 마쳐진 경우 ---- 56
      (2) 사해행위로 저당권설정등기가 마쳐진 경우 ---- 61
      (3) 사해행위로 가등기가 마쳐진 경우 ---- 62

제2절 예외로서의 가액배상 ---- 62

1. 가액배상의 의의 ---- 63
2. 가액배상이 인정되는 유형 ---- 63
   가. 원물반환이 불가능하거나 현저히 곤란한 경우 ---- 63
   나. 원물반환이 공평에 반하는 경우 ---- 64
   다. 목적물이 불가분인 경우 ---- 65

제3절 원물반환에서 “모든 채권자”의 범위와 관련된 문제점 ---- 65

1. 사해행위 이전에 채권을 취득한 채권자 ---- 65

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

2. 사해행위 이후에 채권을 취득한 채권자 ---- 66
가. 학설 ---- 66
(1) “모든 채권자”에 포함된다는 견해 ---- 66
(2) “모든 채권자”에 포함되지 않는다는 견해 ---- 67
나. 판례의 입장 ---- 68
다. 소결 ---- 69
3. 사해행위취소의 상대방인 수익자가 채권자 중 1인인 경우 ---- 71
가. 학설 ---- 71
(1) “모든 채권자”에 포함된다는 견해 ---- 71
(2) “모든 채권자”에 포함되지 않는다는 견해 ---- 72
나. 판례의 입장 ---- 72
다. 소결 ---- 73
4. 사해행위취소의 상대방이 단순한 수익자인 경우 ---- 74
가. 학설 ---- 75
(1) “모든 채권자”에 포함된다는 견해 ---- 75
(2) “모든 채권자”에 포함되지 않는다는 견해 ---- 75
나. 판례의 입장 ---- 76
다. 소결 ---- 77

제4절 가액배상에서 “모든 채권자”의 범위와 관련된 문제점 ---- 77

1. 타 채권자의 취소채권자에 대한 가액배상금 분배청구 가부 ---- 78
가. 학설 ---- 78
(1) 상계설 ---- 79
(2) 공탁의무설 ---- 80
(3) 채무자지급설 ---- 82
(4) 강제집행설 ---- 83
나. 판례의 입장 ---- 83

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

다. 소결 ---- 84
2. 수익자 겸 채권자의 취소채권자에 대한 안분액분배청구 여부 ---- 85
가. 학설 ---- 85
(1) 긍정하는 견해 ---- 85
(2) 부정하는 견해 ---- 87
나. 판례의 입장 ---- 87
다. 소결 ---- 88

제5절 "모든 채권자"와 고유채권자와의 문제점 ---- 89

1. 고유채권자가 "모든 채권자"에 포함되는지 여부 ---- 90
2. 학설 ---- 90
가. 외국에서의 견해 ---- 90
(1) 독일에서의 견해 ---- 90
(2) 일본에서의 견해 ---- 91
나. 우리나라에서의 견해 ---- 93
(1) 반사적 효력설 ---- 93
(2) 집행법적 원리적용설 ---- 94
(3) 상대적 효력 강조설 ---- 96
3. 판례의 입장 ---- 98
가. 원물반환 ---- 98
(1) 대법원 1990. 10. 30. 선고 89다카35421 판결 ---- 98
(2) 대법원 2001. 5. 29. 선고 99다9011 판결 ---- 99
나. 가액배상 ---- 101
(1) 대법원 2009. 6. 11. 선고 2008다7109 판결 ---- 101
(2) 대법원 2005. 11. 10. 선고 2004다49532 판결 ---- 102
4. 소결 ---- 104

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

제4장 민법 제407조상 “모든 채권자”의 보호방안

제1절 보호방안의 요지 ---- 107

1. 보호 방법 ---- 107
2. “모든 채권자”의 보호방안과 관련된 문제 ---- 107

제2절 타 채권자의 보호방안 ---- 109

1. 채권자평등주의에 반하는 판결 ---- 110
   가. 당사자 및 사실관계 요약 ---- 110
   나. 사건진행내역 ---- 110
   다. 원심의 판단 ---- 112
   라. 대법원의 판단 ---- 113
2. 지급금지 가처분 ---- 114
   가. 문제제기 ---- 114
   나. 타 채권자의 수익자를 상대로 한 가처분 방안 ---- 114
   (1) 가처분의 의의 ---- 114
   (2) 다툼의 대상에 관한 가처분 ---- 115
   (3) 임시의 지위를 정하기 위한 가처분 ---- 116
   다. 대법원 2014다28114 판결에 가처분 적용 ---- 122
   (1) 기초사실 ---- 122
   (2) 채권가압류 ---- 122
   (3) 다툼의 대상에 관한 가처분 ---- 123
   (4) 임시의 지위를 정하기 위한 가처분 ---- 123
   (5) 소결 ---- 125
3. 독립당사자참가제도신청 ---- 126
   가. 문제제기 ---- 126
   나. 독립당사자참가제도 ---- 128
   (1) 독립당사자참가신청의 의의 ---- 128
   (2) 독립당사자참가신청의 요건 ---- 128
   (3) 독립당사자참가소송의 심판 ---- 134
   다. 사해행위취소소송형 독립당사자참가에 관한 판례 ---- 135
   (1) 사실관계 및 판단 ---- 136

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

(2) 위 판결에 대한 검토 ---- 141
(3) 소결 ---- 145
라. 대법원 2014다28114 판결과 독립당사자참가 적부 ---- 146
(1) 기초사실 ---- 146
(2) 권리주장참가 요건에 대한 검토 ---- 146
(3) 사해방지참가 요건에 대한 검토 ---- 150

제3절 수익자 겸 채권자의 보호 방안 ---- 151

1. 문제제기 및 보호방안의 요지 ---- 151
가. 문제제기 ---- 152
나. 보호방안의 요지 ---- 152
2. 채권양도와 가액배상 ---- 153
가. 채권양도의 사례 ---- 153
(1) 당사자 및 사실관계 요약 ---- 154
(2) 사건진행내역 ---- 154
(3) 제1심의 판단 ---- 155
(4) 항소심의 판단 ---- 155
(5) 대법원의 판단 ---- 156
나. 추심금 반환과 안분배당 ---- 157
(1) 추심 후 채권양도해지 여부 ---- 157
(2) 취소채권자의 소의 실익 상실 ---- 158
(3) 소결 ---- 159
3. 부동산처분과 가액배상 ---- 159
가. 부동산처분의 사례 ---- 159
(1) 당사자 및 사실관계 요약 ---- 159
(2) 사건진행내역 ---- 160
(3) 제1심의 판단 ---- 161
(4) 항소심의 화해권고결정 확정 ---- 161
나. 원물회복의 경우 ---- 161
(1) 취소채권자의 원물반환청구 필요 여부 ---- 161
(2) 원물반환에서 수익자의 안분청구 가능 여부 ---- 162
(3) 소결 ---- 163

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

제5장 채권자취소권에 대한 민법 개정안 검토

제1절 채권자취소권 개정안의 주요 내용 ---- 164

1. 서론 ---- 164
2. 채권자취소권 행사의 요건 및 범위에 대한 개정 ---- 170
가. 채권자취소권의 행사요건 규정 ---- 170
(1) 수익자의 악의에 대한 증명책임 변경 ---- 171
(2) 수익자의 악의 추정규정 신설 ---- 173
(3) 무상행위에 대한 특례규정 신설 ---- 174
나. 채권자취소권의 취소범위와 행사기간 ---- 175
(1) 취소범위 ---- 175
(2) 행사기간 ---- 176
3. 채권자취소권 행사의 효과에 관한 규정 ---- 176
가. 채권자취소의 효력 ---- 176
나. 원상회복에 관한 규정 ---- 177
(1) 원물반환과 가액반환 등 ---- 177
(2) 반환된 재산에 대한 집행 ---- 178
다. 금전 등에 관한 특례 ---- 179
(1) 금전 그 밖의 동산에 대한 특례 ---- 179
(2) 채권자취소권에 의하여 수령한 금전에 대한 압류 등 ---- 182
(3) 소결 ---- 185
라. 수익자의 지위 ---- 186
4. 전득자에 대한 채권자취소권 ---- 188
5. 소결 ---- 190

제2절 민법 개정안과 채권자평등주의 실현 가능성 ---- 192

1. 가액배상에서 채권자평등주의 ---- 192
가. 문제점 ---- 192
(1) 원물반환 ---- 192
(2) 수익자 겸 채권자의 지급거절 ---- 192

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

(3) 타 채권자의 가액배상 청구 ---- 193
(4) 타 채권자의 안분액 청구 ---- 193
(5) 소결 ---- 194
나. 보호방안 ---- 195
2. 민법 개정안과 평등주의 실현 ---- 195
가. 수익자 겸 채권자 ---- 196
나. 타 채권자의 가액배상금 청구 ---- 197
다. 소결 ---- 197

제3절 입법론적 해결 ---- 197

1. 수익자의 고유채권자 ---- 197
가. 문제제기 ---- 197
(1) 학설의 정리 ---- 197
(2) 문제점 ---- 198
나. 고유채권자의 명문규정 ---- 199
(1) 고유채권자와 "모든 채권자"의 지위 충돌 문제(보전처분 우선) ---- 200
(2) 상대적 효력 강조설 ---- 201
(3) 보전처분 우선을 위한 법적 근거 ---- 201
(4) 보전처분 우선의 필요성 ---- 202
다. 소결 ---- 205
2. 독립당사자참가신청의 명문규정 ---- 206
가. 문제제기 ---- 206
나. 독립당사자참가신청의 명문규정 필요성 ---- 206
(1) 채권액과 안분액의 정합 ---- 207
(2) 소송경제 ---- 209
(3) 판결의 모순저촉 회피 ---- 210
(4) 추가 사해행위 방지 ---- 210
다. 독립당사자참가와 안분배당 ---- 211
(1) 안분배당의 문제점 ---- 212
(2) 채권자 불확지 공탁 ---- 213
라. 소결 ---- 216

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

제6장 결론

참고문헌 ---------- 225
부 록 2013. 7. 1.자 민법·민사집행법 개정안 및 민법 개정사안 ------ 236

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

【 표 목 차 】

〈표1〉 용어의 정리 ---- 9
〈표2〉 대법원 2014다28114 판례의 사건진행내역 ---- 111
〈표3〉 지급금지 가처분 신청서 ---- 126
〈표4〉 대법원 2012다47548, 47555 판결의 사건진행내역 ---- 137
〈표5〉 대법원 2003다50061 판결의 사건진행내역 ---- 154
〈표6〉 광주고등법원 2014. 11. 18.자 화해권고결정 사건진행내역 ---- 160
〈표7〉 2013. 7. 1.자 민법·민사집행법 개정안 ---- 167
〈표8〉 민법 개정안 제406조, 제406조의2 ---- 170
〈표9〉 민법 개정안 제406조의3, 제406조의4 ---- 175
〈표10〉 민법 개정안 제407조 ---- 176
〈표11〉 민법 개정안 제407조의2, 제407조의3 ---- 177
〈표12〉 민법 개정안 제407조의4 ---- 180
〈표13〉 민사집행법 개정안 제248조의2 ---- 182
〈표14〉 민법 개정안 제407조의5 ---- 186
〈표15〉 민법 개정안 제407조의6 ---- 188
〈표16〉 민법 개정사안 제407조 제2항 ---- 199
〈표17〉 민법 개정사안 제406조 제2항 ---- 206
〈표18〉 채권자평등주의 사례 1 ---- 208
〈표19〉 채권자평등주의 사례 2 ---- 212

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

【 Abstract 】

A Study on the Protection Method for "All Creditors" in Creditor Revocation Right

Jeong, Ju-heung
Advisor : Prof. Kim, Bum-chul, Ph. D.
Department of Law,
Graduate School of Chosun University

The Creditor Revocation Right, which can cancel the actions of the debtor beneficiary with amendment the three basic principles of the Civil Act, is to protect "all creditors" against the debtor. And the protection of "all creditors" means that liable assets of debtor must be equally distributed to "all creditors". Unlike ordinary lawsuit where creditors and debtors existing, the Lawsuit for Fraudulent Action Revocation has many complex things in the lawsuit and enforcement process. In connection with the lawsuit, there a debtor other than the revocation creditor (plaintiff) and beneficiary (defendant) and there are other creditors in the same position as the revolving creditor. As a result of the lawsuit, it may be possible to return the raw materials or only to pay the compensation of equivalent value.

In addition, during the lawsuit for fraudulent action revocation of the revocation creditor, if the creditor files a separate lawsuit for fraudulent action revocation, the judgment also can be a problem. In the enforcement process, the process of distribution of responsibility for assets returned by each judgment is different, and the revocation creditor and the other creditor, each they are creditors of the same debtor. Thus, even though they should be distributed equitably, they may not. Furthermore, in some cases, the endemic creditor may

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

be divided than other revocation creditor who have filed a lawsuit for a long period of time. Like this, there is a complicated legal relationship in the creditor revocation right, however, the Civil Law only has two provisions of Articles 406 and 407, it is significant that "all creditors" are not received their benefit equally at present.

With the problem about the scope of "All Creditor" for principal return, this paper reviewed in four ways (① a creditor who acquired a bond before the fraudulent action ② a creditor who acquired a bond after the fraudulent action ③ when the beneficiary who is the other party to the lawsuit for fraudulent action revocation is one of the creditors ④ if the other party to the lawsuit for fraudulent action revocation is a just beneficiary, it can be included in "all creditors).

In the case of ①, there is no quarrel.

In the case of ②, there is a negative theory that the creditor is not included and the affirmative theory that the creditor who acquired the bond to the debtor after the fraudulent action can be the scope of "all creditors. The judicial precedent taking a negative theory. As such, if the judicial precedent taking a negative theory, the executing agency should not pay dividends. Because the creditors that acquired the bonds after the fraudulent action are not included in the scope of "all creditors". However, if the creditor who acquired the bonds before the fraudulent action, does not make an objection to dividend amount of creditor who acquired the bonds after the fraudulent action, the executing agency have to distribute to creditor who acquired the bonds after the fraudulent action. It can be the contradiction. However, even though there is a contradiction, it means not "all creditors" are not protected. This is because, the creditor before fraudulent action, can make an objection about distribution at the dividend date, if the missed, they can get the compensation for unfair profits gained by the infringer. Therefore, the creditor before fraudulent action can be protected from the creditor after fraudulent action.

In case of ③, there are the negative theory that creditor cannot include in

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

"all creditor" and affirmative theory, the judicial precedent taking an affirmative theory. It is natural that creditors to the debtor, should try to recover their bonds from the debtor and it is reasonable to assume that the beneficiary who has taken the first step to recover his debt should be included in the scope of "all creditors".

In case of ④, there are negative theory that is not included in "all creditors" and affirmative theory, however, the judicial precedent taking a negative theory. When recognizing the scope of "all creditors", the joint security of other creditors who had the bonds at the time of fraudulent action can be declined. And there is a risk of encouraging another fraudulent action, so the negative theory is valid and will not be a problem.

On the other hand, the case of compensation of equivalent value is different. Like the principal return, in the compensation of equivalent value, "all creditors" must be distributed fairly, but not so.

In the case of the current system and judicial precedent of creditor revocation right, first, in the compensation of equivalent value judgment, when the beneficiary compensates the chargeable properties to revocation creditor, it is necessary for the revocation creditor to monopolize and distribute the above liable property and protect the other creditor. In the case of the current system and judicial precedent of creditor revocation right, first, in the compensation of equivalent value judgment, when the beneficiary compensates the chargeable properties to revocation creditor, it is necessary for the revocation creditor to monopolize and distribute the above liable property and protect the other creditor. as a method of preparation for this, the other creditors have to do the 'Injunction for Prohibition of Provision' that the prohibiting the beneficiary from indemnifying the creditor with the liability, or doing the 'independent party participation' to lawsuit for fraudulent action revocation between revocation creditor and beneficiary.

Regarding this, there is a judgment(2012다47548, 4755 judgment, 2014. 6. 12. sentenced in Supreme Court) which nonsuit the independent party participation

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

application at the lawsuit for fraudulent action revocation, however, this judgment is in the Requested Lawsuit for Registration of Ownership Transfer based on the Substitute Reimbursement Agreement by plaintiff to defendant, the revocation creditor participating in independent parties to this lawsuit and this substitute reimbursement agreement can be the fraudulent action, so request the revocation. Therefore, until now, in the lawsuit for fraudulent action revocation, the Supreme Court has not dismissed the claim of the other party's independent parties. In other words, it is not the direct case where the other creditor has applied for the independent party's participation in the lawsuit for fraudulent action revocation of revocation creditor. The independent party's means during the lawsuit, making the other party between the plaintiff and the defendant both or one party, and participate in lawsuit to get the judgment only about his claim related with claim between the plaintiff and the defendant at once. This is a kind of suit during the lawsuit, and it is intended to promote the litigation economy by resolving the disputes of plaintiffs, defendants, and participating persons without any contradiction, and to prevent contradiction and conflict of judgment. The independent party participation application that is recognized in the Civil Procedure Act is applied to a lawsuit for fraudulent action revocation. This will be in line with the principle of equality of creditors pursued by the creditor revocation right. Therefore, the above independent party participation application should be accepted.

The second is the case where the beneficiary is one of the creditors of the debtor in the compensation of equivalent value judgment. The creditor who can also be the beneficiary is the creditor to the debtor and he able to deny the proportional benefit to his credits. However, the result is that the revocation creditor monopolizes the liability property, and the protection is necessary. When the creditor who can also be the beneficiary received the compensation of equivalent value judgment he cannot claim the amount of his benefit to revocation creditor, so they receive the 'Principal Return Judgment'. In case of the principal return judgment, the creditor who can also be the beneficiary is in

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

the scope of “all creditors” in Article 407 of the Civil Law, so the creditor who can also be the beneficiary can be divided by the amount of his own interest in the liable property.

As mentioned above, as a protection measure for “all creditors” between other creditors and revocation creditors, they receive the injunction for prohibition of provision and a protection measure for creditor who can also be the beneficiary and it is an independent party participation applications they receive the principal return judgment. The academic community has pointed out a number of problems in this compensation of equivalent value judgment. As a result, the Civil Law Revision Committee has proposed amendments to the 10 provisions of the Civil Act and the 1 provision of the Civil Execution Act concerning the creditor revocation right. Following the amendment to the Civil Law and the Civil Execution Act, these has been a problem in the academic community, and the problems between the revocation creditor and the other creditors, the creditor who can also be the beneficiary and revocation creditor can be protected as Article 407 Section 1 of the Civil Law and Article 248-2 of Civil Execution Act.

However, even under the amendments to the Civil Law, “all creditors” from their creditors are not protected. For this protection and the more assured protection between the 'Article 407 Section 2 of Civil Law Amendment' and “all creditors', the 'Article 407 Section 2 of Civil Law Amendment' have to be newly established as a prerogative provision for the application for participation of independent parties.

About the Article 407 Section 2 of Civil Law Amendment, current Civil Law and judicial precedent, in the compulsory execution proceedings for liable property, original creditor is preferred then “all creditors”, in particular, the protection of “all creditors” is necessary. Based on the amendment of the Civil Law, It is no exaggeration to say that the way of the protection of “all creditors” on the creditor revocation right, the most important part is how to solve the problems related with their own creditors. In this regard, Article 407

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

Section 2 of the Civil Law Amendment was proposed to protect “all creditors” from their own creditors. In this paper, proposing newly the priority of preliminary injunction and propose the method to protect “all creditors” form their own creditors. The priority of preliminary injunction make the revocation creditor who did injunction or provisional attachment can always be given preference then the own creditors who did provisional attachment or seize to the beneficiary's liable property. It is simpler than Real Rights Theory, Security Rights Theory and Responsibility Theory in Germany, and Relative Invalidity Theory, Responsibility Theory and Absolute Invalidity Theory in Japan, Reflexive Efficacy Theory, Execution Act Principle Application Theory and Relative Efficacy Emphasis Theory in Korea. Also it has the advantage of protecting “all creditors” in the creditor revocation right. Therefore, Article 407 Section 2 of the Civil Law Amendment will be necessary for the protection of “all creditors”.

It means that in accordance with Article 406, Section 2 of the Civil Law Amendment, make a stipulation to allowing other creditor can apply for independent party participation in the lawsuit for fraudulent action revocation of the revocation creditor. In this regard, there is a way for the court to accept applications from other creditors to participate in independent companies, but in order to clarify the legal relationship more clearly, it is necessary to stipulate it in the amendment of the Civil Law. When an independent party application is filed, the advantage of “all creditors” being fairly distributed is substantial. Since the current judicial precedent, before the stipulation of amendment, there was no judged whether right or not about application of independent party participation. So, I expect that when there is the application of independent party participation from the other creditors, the court accept this application of independent party participation.

The creditor revocation right is the regulation for protection of “all creditors”, and the “all creditors” must be distributed fairly in accordance with the principle of creditor equality. Through this paper, I propose the following ways

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

to protect other creditors from revocation creditors in current civil law, such as 'Injunction for Prohibition of Provision' and 'Participation of Independent Parties', If the beneficiary is one of the debtor's creditors, receive the 'Principal Return Judgment' not the compensation of equivalent value judgment, as the legislative, the 'Article 407, Section 2 of the Civil Law Amendment' which is based on the priority for preliminary injunction in order to protect "all creditors" from their own creditors and the 'Article 406, Section 2 of the Civil Law Amendment' for protection between the revocation creditors and other creditors each, and the economic aspect of the litigation. Through these protection methods for "all creditors", I hope that the principle of equality of creditors pursued by the creditor revocation right will help to keep up.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

제1장 서론

제1절 연구의 목적

1. “모든 채권자”를 보호하기 위한 채권자취소권

민법의 기본 3대 원칙은 각 개인의 사유재산권에 대한 절대적 지배를 인정하는 ‘사유재산권 존중의 원칙’, 개인이 법질서의 한계 내에서 자기의 의사에 기하여 법률관계를 형성할 수 있는 ‘사적 자치의 원칙’, 개인이 타인에게 가한 손해에 대하여는 그 행위가 위법할 뿐만 아니라 동시에 고의 또는 과실에 기한 경우에만 책임을 진다는 ‘과실책임의 원칙’이다.

채무자와 수익자의 법률행위를 취소할 수 있는 채권자취소권은 민법 제407조의 “모든 채권자”가 보호될 수 있는 반면 민법 기본 3대 원칙에 비추어 채무자와 수익자가 희생되는 결과이기도 하다.

부도 위기에 처한 어떤 채무자는 자신의 유일한 책임재산을 “모든 채권자”에게 100%의 만족을 줄 수 없다 하더라도 일정한 부분이라도 분배하고자 할 것이고, 어떤 채무자는 “모든 채권자”로부터 책임재산의 처분 대금을 남기기 위해 악의의 수익자 또는 선의의 수익자에게 처분하려고 할 것이다. 전자의 행위가 도덕적이고 신뢰 있는 행위라고 할 수 있지만 막상 채무자의 입장에 서면 후자의 선택을 할 가능성이 적다고 할 수 없다. 후자의 채무자는 자신의 사유재산을 자신의 의사에 따라 처분하였고, 위 처분행위로 인한 “모든 채권자”가 손해를 입을 수는 있지만, 그렇다고 위법한 행위라고 볼 수 없다. 이와 같은 이유 때문에 채권자취소권의 법적 근거에 대해 다양한 학설[1]이 주장되고 있는 실정이다.

이와 같이 채권자취소권은 민법의 기본 3대 원칙을 수정하면서까지 채무자에 대한 “모든 채권자”를 보호하고 있는바, 채권자취소권이 추구하는 채권자평등주의 이념에 부합하여야 한다. 그런데 “모든 채권자”가 채무자의 책임재산에 대해 공평하게 분배받지 못하는 경우가 상당하다.

---

1) 법적 근거에 관하여는 부당이득설, 불법행위설, 채무불이행설, 법정채무설, 책임질서유지설이 있다. 제2장 제2절 제1항 참조.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

한편 일반적인 소송은 채권자(원고)와 채무자(피고)만이 있는 것이 통상적이어서 위 당사자 사이의 법률적인 판단을 하면 되고, 위 판단에 따라 강제집행의 절차를 이행하면 된다. 그런데 사해행위취소소송은 소송 및 강제집행 절차에서 복잡한 부분이 상당하다. 소송과 관련하여 취소채권자(원고)와 수익자(피고) 외의 채무자[2]가 있으며, 취소채권자와 같은 지위에 있는 타 채권자가 있다. 소송과정 중 원물반환 판결을 해야 할지 또는 가액배상판결을 해야 할지, 취소채권자의 사해행위취소소송 중 타 채권자의 또 다른 사해행위취소송이 진행될 때 그에 대한 판결은 어떻게 해야 하는지 등이 문제된다. 강제집행 절차에서도 원물반환 및 가액배상 각 판결에 따른 책임재산에 대한 배당액이 다르기도 하고, 취소채권자와 타 채권자는 채무자에 대한 채권자로서 공평하게 분배되어야 함에도 그렇지 아니하는 경우가 있으며, 오랜 기간 동안 사해행위취소소송을 진행한 취소채권자보다 고유채권자가 책임재산을 배당받는 불합리한 경우도 있다.

채권자취소권이 복잡한 법률관계가 있는데도, 민법은 제406조와 제407조 두 개의 조문만을 두고 있고, 법원은 이를 보충하여 소송 및 강제집행의 절차를 다루고 있다. 이와 같은 이유 때문에 "모든 채권자"가 공평하게 분배받지 못하는 경우가 상당하였고, 학계는 민법 제407조에서 추구하는 채권자평등주의에 반한 대법원의 판단에 대한 상당한 지적이 있었다. 이에 따라 민법개정위원회는 2013. 7. 1.자 채권자취소권에 관해 민법 10개 조항 및 민사집행법 1개 조항에 대한 개정안을 제시하였다. 민법 및 민사집행법 개정안대로라면 학계에서 문제가 되었던 가액배상판결에서의 "모든 채권자"가 평등하게 분배받을 수 있다. 다만 "모든 채권자"와 고유채권자와 사이에 대해 민법 개정안에 아무런 규정이 없기 때문에 현행 판례가 고유채권자를 보호하고 있어 "모든 채권자"는 보호받지 못하게 된다.

2. 채권자평등주의 원칙에 따른 "모든 채권자" 보호

채권자취소권에서 "모든 채권자"의 보호 방안에 관한 연구 목적은 "모든 채권자"가 책임재산을 공평하게 분배받을 수 있는 방법이 무엇인가이다. 보호방안에 대한 방법론에 있어서 두 가지의 방향으로 연구하였다. 첫째는 현행 채권자취소권과 판

2) 채무자는 사해행위취소소송의 당사자가 아니다. 하지만 채무자가 수익자의 항변에 대한 증거자료를 수집하는 등 실질적 당사자로서의 역할을 하는 것이 현실이다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

례가 취하고 있는 상태에서의 “모든 채권자”의 보호방안이고, 둘째는 2013. 7. 1.자 민법 개정안이 정식으로 민법 조문으로 명문 개정될 때를 전제하여 입법론적 해결방안을 찾는 것이다. 2013. 7. 1.자 민법 개정안이 명문 개정될 때까지는 전자의 보호방안을 통하여 “모든 채권자”를 보호하는 것이고, 2013. 7. 1.자 민법 개정안이 명문 개정되면 전자의 보호방안을 가미한 민법 개정사안이 민법 개정안에 반영되어 입법론적으로 “모든 채권자”를 보호하는 것이다.

전자와 관련하여(민법 개정안이 입법되기 전), “모든 채권자”가 책임재산을 공평하게 분배받을 수 있는 보호방안에 대해 세 가지를 연구하였다.

첫째는 가액배상판결에 있어서 민법 제407조의 “모든 채권자”들과 사이의 보호방안이다. 타 채권자는 가액배상판결에서 수익자가 책임재산을 취소채권자에게 배상하였을 경우 위 책임재산에 대해 자신의 채권액만큼 안분하여 가져올 수 있는 방법이 없다. 즉 취소채권자가 책임재산을 독점하여 분배받아 자신의 채권액을 분배받지 못한 타 채권자의 보호가 필요하다. 타 채권자는 위 경우를 대비하여 수익자가 취소채권자에게 책임재산을 전액 배상하지 못하도록 하는 ‘지급금지가처분’[3]을 하거나 취소채권자와 수익자와 사이의 사해행위취소소송에 ‘독립당사자로 참가’[4]하는 방법을 검토할 필요가 있다.

둘째는 가액배상판결에 있어서 수익자가 채무자의 채권자 중 1인인 경우 보호방안이다. 수익자는 채무자에 대한 채권자로서 자신의 채무자에 대한 채권액 만큼에 해당하는 안분액을 취소채권자에게 거절할 수 있어야 하나, 그렇지 못하여 취소채권자가 책임재산을 독식하는 결과가 되어 그 보호가 필요하다. 수익자 겸 채권자는 가액배상판결을 받을 경우 취소채권자에 대하여 책임재산에 대한 자신의 안분액만큼을 청구할 수 없기 때문에 가액배상판결이 아닌 ‘원물반환’[5]의 판결을 받을수 있는 요건을 갖추어 원물반환판결을 받는 것이다. 원물반환에 대한 판결의 경우 수익자 겸 채권자도 민법 제407조의 “모든 채권자”의 범위에 있으므로 수익자 겸 채권

3) 지급금지가처분에 대하여는 제4장 제2절 제2항에서 서술하였으며, 대법원 2014. 8. 20. 선고 2014다28114 판례를 기준으로 연구하였다.

4) 독립당사자참가신청은, 제4장 제2절 제3항에서 서술하였다. 취소채권자는 사해행위취소를 원인으로 하여 이미 제기된 소송에 독립당사자참가신청을 하였는데 위 신청을 각하한 대법원 2014. 6. 12. 선고 2012다47548, 47555 판례의 문제점을 검토하고자 한다.

5) 원물반환의 판결로 받는 것에 대하여는, 제4장 제3절에서 서술하였다. 위 보호방안에 대하여는 대법원 2003. 11. 28. 선고 2003다50061 판결 및 광주고등법원 2014. 11. 18.자 2013나12241 화해권고결정을 기준으로 살펴본다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

자는 책임재산에 대해 자신의 안분액만큼을 분배받을 수 있어야 한다. 즉 타 채권자와 취소채권자와 사이의 "모든 채권자"의 보호방안으로 지급금지가처분 및 독립당사자참가신청이고, 수익자 겸 채권자의 보호방안으로 원물반환의 판결을 받을수 있는 요건을 갖추어 원물반환판결을 받는 방법을 제시할 수 있다.

후자와 관련하여, 현재 제시되어 있는 민법 개정안으로는 해결할 수 없는 문제점이 있어 아래와 같이 두 개의 민법 개정사안이 추가될 필요가 있다.

첫째는 취소채권자와 고유채권자 사이의 우열관계를 입법적으로 명문화하자는 것이다. 현행 민법과 판례는 책임재산에 대한 강제집행 절차에서 "모든 채권자"보다 고유채권자가 우선하여 배당 받기 때문에 "모든 채권자"의 보호가 필요하다. 취소채권자·타 채권자·수익자 겸 채권자의 경우는 "모든 채권자"들과 사이 대내적인 분배의 문제라고 한다면, "모든 채권자"와 고유채권자와의 관계는 대외적인 문제이다. 채권자취소권에 있어서 "모든 채권자"의 보호방안으로 가장 중요한 부분이 "모든 채권자"와 고유채권자와의 분배를 어떻게 해야 할 것인가로 봐도 과언이 아니다.

이와 관련하여 특히 취소채권자와 고유채권자 중 누구를 우선하여 보호해야 하는지에 대해 여러 학설[6]을 검토하였으며, 그 결과로 보전처분 우선하자는 견해[7]를 제시한다. 이는 본문에서 '민법 개정사안 제407조 제2항'[8]으로 반영되었다.

둘째는 타 채권자가 취소채권자의 사해행위취소소송에 독립당사자참가신청을 할 수 있게 명문화하자는 것이다. 이에 관하여는 판례가 타 채권자의 독립당사참가신청을 받아들여 주는 방법[9]도 있으나, 좀 더 명확하게 민법 개정안에 명문화하자는

6) 학설에 대하여는, 독일은 물권설·채권설·책임설, 일본은 상대적 효력설·책임설·절대적 무효설, 우리나라는 반사적 효력설·집행법적 원리적용설·상대적 효력 강조설이 있다. 이에 대하여는 제3장 제5절 제2항 참조.

7) 보전처분 우선은, 채권자취소권으로 책임재산에 대한 가처분 또는 가압류를 한 취소채권자는 그 이후 수익자의 책임재산에 가압류 또는 압류를 한 고유채권자보다 우선하여 배당받을 수 있다는 것이다.

8) 제5장 제3절 제1항 참조.

9) 앞서 본 각주 4번에서 인용된 대법원 2014. 6. 12. 선고 2012다47548, 4755 판결은, 사해행위취소소송에서의 타 채권자의 독립당사자참가신청을 허용하지 않는 것으로 보이는 측면이 있으나, 위 판결은, 원고가 피고를 상대로 대물변제약정에 기한 소유권이전등기청구소송을 제기한 사안에서, 독립당사자참가인(취소채권자)이 위 대물변제약정이 사해행위에 해당됨을 이유로 취소를 구하는 사안이었다. 즉 타 채권자가 취소채권자의 사해행위취소소송에 독립당사자참가신청을 한 경우가 아니라, 반대로 취소채권자가 독립당사자참가를 요구한 사안이다. 따라서 아직 타 채권자가 독립당사자참가를 요구한 사안에 대해서는

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

것이다. 이를 '민법 개정사안 제406조 제2항'[10]으로 제시한다. 타 채권자의 독립당사자참가신청이 명문화되면, 취소채권자와 독립당사자참가인인 타 채권자와 사이에 공평한 분배가 가능할 것이다.

이상의 내용을 정리하면, 현행 민법에서 타 채권자를 취소채권자로부터 보호할 수 있는 방안으로 지급금지가처분 및 독립당사자로 참가하는 방안을, 수익자가 채무자의 채권자 중 1인인 경우 가액배상판결이 아닌 원물반환의 판결을 받을수 있는 요건을 갖추어 원물반환판결을 받는 방안을, 입법론적으로는 고유채권자로부터 "모든 채권자"를 보호하기 위해 보전처분 우선을 근거한 민법 개정사안 제407조 제2항을, 취소채권자와 타 채권자간의 상호 보호 및 소송경제적인 측면을 위해 민법 개정사안 제406조 제2항을 제시한다. 이와 같이 "모든 채권자"의 보호방안을 통하여 채권자취소권이 추구하는 채권자평등주의 원칙을 지켜 나가는 것이 연구의 목적이다.

제2절 연구의 방법 및 범위

1. 연구의 방법

타 채권자를 취소채권자로부터 보호할 수 있는 방안으로 한 지급금지가처분에 대하여는 대법원 2014. 8. 20. 선고 2014다28114 판결[11]의 사실관계를 기본으로 민사집행법상 가처분이 가능한 것인지, 독립당사자참가신청에 대하여는 대법원 2014. 6. 12. 선고 2012다47548, 47555 판례[12]의 사실관계를 기본으로 민사소송법상 독립

명확한 입장이 없는 것으로 보인다.

10) 제5장 제3절 제2항 참조.

11) 채무자에 대한 취소채권자와 타 채권자가 각각 수익자를 상대로 사해행위취소소송으로 가액배상금을 청구하였다. 그렇다면 가액배상금은 취소채권자와 타 채권자가 공평하게 배분받는 것이 채권자평등주의에 부합한다. 그런데 판례는 수익자가 취소채권자에게 가액배상금 전액을 지급하였다는 이유로, 타 채권자의 수익자에 대한 가액배상금 청구를 기각하여 불합리한 결과가 발생하였다.

12) 대법원은 사해행위취소소송을 위하여 독립당사자참가신청을 한 채권자의 위 신청을 각하한 사안이다. 사해행위취소소송에서 독립당사자참가신청이 허용된다면 많은 이점이 있다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

당사자참가신청이 가능한 것인지를 연구하였다.

수익자가 채무자의 채권자 중 1인인 경우 가액배상판결이 아닌 원물반환의 판결을 받는 방안에 대하여는 대법원 2003. 11. 28. 선고 2003다50061 판결 및 광주고등법원 2014. 11. 18. 자 2013나12241 화해권고결정[13]의 사실관계를 기본으로, 가액배상판결을 받을 수익자가 원물반환의 판결을 받았을 경우 자신의 안분액을 분배받을 수 있는지를 연구하였다.

"모든 채권자"와 고유채권자와의 관계 및 취소채권자와 타 채권자와의 관계에 대해서 2013. 7. 1.자 민법 개정안을 검토하고 관련된 여러 학설을 정리하였다. 이를 토대로 민법 개정안이나 현재의 학설로는 해결할 수 없는 부분이 있어 입법론적으로 해결하기 위해 민법 개정사안을 제시하였다.

2. 연구의 범위

연구의 방법은 국내에서의 기존학설과 다른 나라의 입법례, 그리고 우리나라의 판례를 바탕으로 살펴보았다.

제1장에서는 본 논문에서 살펴보고자 하는 문제점을 요약하였다.

제2장에서는 채권자취소권의 일반론과 관련하여, 제1절에서 채권자취소권의 의의 및 기원을, 제2절에서 우리나라의 채권자취소권에 대한 학설을, 제3절에서 채권자취소권의 요건을, 제4절에서 채권자취소권의 행사를, 제5절에서 채권자취소권의 소멸에 대해 살펴본다.

제3장에서는 민법 제407조 "모든 채권자"의 범위 및 문제점을 정리하였다. "모든 채권자"의 보호방안을 제시하는 제4장과 제5장을 위하여 "모든 채권자"의 범위가 특정되어야 하고, 위 범위와 관련한 견해를 통하여 무엇이 문제인지를 파악하여야 했기 때문이다. 제1절과 제2절에서는 원칙으로서의 원물반환과 예외로서의 가액배상에 대해 살펴보았고, 제3절에서 원물반환에서 "모든 채권자"의 범위와 관련된 문

13) 대법원 2003. 11. 28. 선고 2003다50061 판결 및 광주고등법원 2014. 11. 18.자 2013나12241 화해권고결정. 전자의 판례는 채권양도의 취소 및 가액배상을 구하는 사안이며, 후자의 결정은 부동산매매계약 취소 및 가액배상을 구하는 사안이다. 위 각 사안은, 취소채권자와 수익자 겸 채권자가 공평하게 배분 받아야 함에도 취소채권자가 독점하는 내용으로, 수익자 겸 채권자에게 불합리한 결과가 발생하였다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

제점에 대해, 제4절은 가액배상에서 “모든 채권자”의 범위와 관련된 문제점에서 대해, 제5절에서는 원물반환 및 가액배상에서의 “모든 채권자”의 범위와 관련된 고유채권자의 문제점에 대해 각 살펴보았다.

제4장에서는 본 논문의 핵심이 되는 민법 제407조 “모든 채권자”의 보호방안으로, 제1절은 보호방안의 요지, 제2절에서 가액배상에서 타 채권자가 취소채권자의 가액배상금을 분배받을 수 있는 보호방안으로 지급금지 가처분 및 독립당사자참가신청을, 제3절에서 가액배상에서 수익자의 취소채권자에 대한 안분액 분배 청구에 대한 보호방안으로 가액배상판결을 받을 수익자가 원물반환의 판결을 받는 방법을 연구하였다.

제5장에서도 본 논문의 핵심이 되는 내용으로 제1절에서 채권자취소권 민법 개정안의 주요 내용을 살펴보고, 제2절에서 민법 개정안에 따르면 가액배상에서의 채권자평등주의가 이루어질 수 있는지를 검토하고, 제3절 입법론적으로 해결해야 할 사안으로 제1항에서 취소채권자와 수익자의 고유채권자 사이의 우열관계에 있어서 보전처분 우선을 근거한 민법 개정사안 제407조 제2항을, 제2항에서 독립당사참가신청에 대한 민법 개정사안 제406조 제2항을 연구하였다.

제6장에서는 지금까지 검토한 결과를 종합하여 “모든 채권자”의 보호방안을 정리하였다.

제3절 용어의 정리

채권자취소권은 당사자 및 이해관계인이 많기 때문에 법률관계가 간단하지 않는 반면, 조문은 민법 제406조와 제407조 2개의 조문으로 되어 있어, 교과서・논문・판례에서 그 용어가 여러 가지로 사용되고 있어 아래와 같이 정리하여 사용하고자 한다.

(ⅰ) 채무자

사해행위를 한 자를 ‘채무자’라 한다.

(ⅱ) 채권자

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

채무자에 대한 채권자로서, 본문에서 사용되는 일반적인 서술 시에는 '채권자'로 표기한다.

(iii) 취소채권자

사해행위취소소송을 제기하여 우선 변제를 받게 될 지위의 채권자를 '취소채권자'라 한다.

(iv) 타 채권자

취소채권자보다 우선적 지위에 있지 아니한 채무자의 채권자를 '타 채권자'라 한다.

(v) 모든 채권자

민법 제407조에 해당되는 채권자를 '모든 채권자'라 한다. "모든 채권자"는 취소채권자·타 채권자·수익자 겸 채권자가 해당된다.

(vi) 고유채권자

수익자 또는 전득자에 대한 채권자로서 사해행위의 책임재산에 대하여 가압류 내지 압류를 한 자를 '고유채권자'라 한다.

(vii) 수익자

채무자로부터 사해행위를 통하여 책임재산을 취득하거나 채무를 면한 자를 '수익자'라 한다.

(viii) 수익자 겸 채권자

채무자로부터 사해행위를 통하여 책임재산을 취득한 수익자인 동시에 채무자에 대한 채권을 가지고 있는 자를 '수익자 겸 채권자'라 한다.

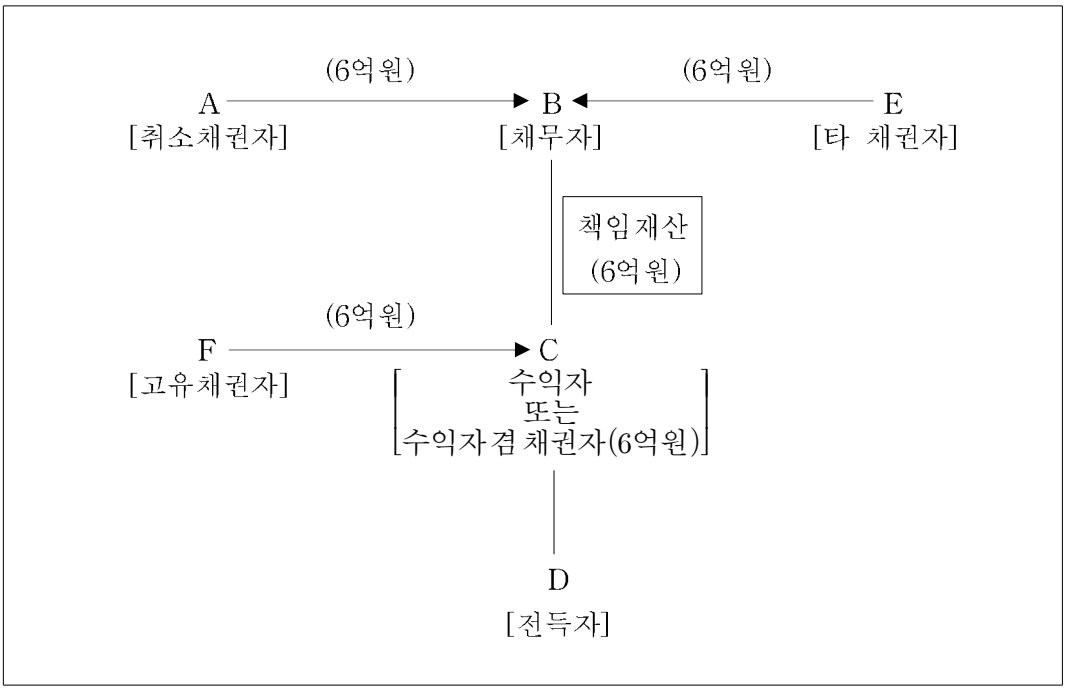
(ix) 전득자

수익자와의 새로운 법률행위를 통하여 사해행위의 책임재산을 취득한 자를 '전득자'라 한다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

〈표1〉 용어의 정리



Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

제2장 채권자취소권의 일반론

제1절 채권자취소권의 의의 및 기원

1. 채권자취소권의 의의

채권자취소권(actio pauliana, action révocatoire, action paulienne, Gläubigeranfechtungsrecht)이란 "채무자가 채권자를 해함을 알면서 자기의 일반재산을 감소시키는 법률행위를 한 경우에 그 행위를 취소하고 채무자로부터 일탈된 책임재산을 원상으로 회복시킴으로써 "모든 채권자"를 위하여 채무자의 책임재산을 보전하기 위하여 인정되는 권리"[14]이다. 이와 같이 "채권자를 해함을 알면서 행한 채무자의 법률행위를 취소하고 채무자의 책임재산을 회복하는 것을 목적으로 하는 채권자의 권리"[15]를 채권자취소권이라고 한다.

채권자가 채무자에 대한 채권을 집행하기 위해서는 궁극적으로 채무자의 책임재산을 통해 만족을 얻어야 하는데, "채무자가 책임재산이 없는 경우는 채권자가 채권을 회수할 방법이 없어, 채권자의 채권은 실효성을 잃게 된다."[16] 따라서 민법은 이러한 경우 민법 제406조 및 제407조를 두어 채권자를 보호하고 있다. 채권자취소권은 채무자의 법률행위 효력을 부정하는 권리로서 채무자와 제3자에게 미치는 영향이 크며 거래의 안전을 해칠 수 있다. 그런데도 우리 민법이 채권자취소권을 통하여 채권자에게 강력한 권리를 인정하고 있는 것은 형평성·공평성·도덕성을 고려하여 책임 질서를 유지하고자 하는 것이다.

2. 채권자취소권의 기원

채권자취소권제도는 로마법에서 사해행위(fraus creditorum)에 대한 파우리나 소

14) 박준서 편집대표,「주석 민법[(채권총칙2)]」, 한국사법행정학회, 2000, 33면; 대법원 1988. 4. 25. 선고 87다카1380 판결.

15) 대법원 2005. 8. 25. 선고 2005다14959 판결.

16) 한국현, "채권자취소권의 법적 성질",「민사법연구 제12권 제2호」, 대한민사법학회, 2004, 127-128면(한국현a라 한다).

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

권(actio pauliana)을 채권자에게 부여한 데서 유래하였다. 그 후 이 제도는 독일·프랑스의 대륙법계 국가는 물론 미국·영국 등 영미법계 국가에까지 계수되었다.[17] 우리 민법 제406조와 제407조 역시 연혁적으로 보면 로마법을 계수한 프랑스민법(제1167조)이 일본 민법(제424조, 제425조)을 통하여 우리나라에 계수 되었으며,[18] 채무자회생 및 파산에 관한 법률의 부인권제도는 일본의 파산법을 통하여 우리나라에 계수되었다.[19]

로마법에서는 인적 집행으로부터 물적 집행으로 변천하는 과정에서 채권자보호가 필요하여 채무자가 채권자를 해할 의사로 재산적 이익을 제3자에게 이전시킨 경우에 그 제3자가 악의이거나 무상으로 이익을 받은 때에는 이를 불법행위의 일종으로 보아 채권자가 제3자에 대하여 재산적 이익의 반환을 청구할 수 있는 권리(actio pauliana)를 인정하였고, 14세기 중엽에 이르러 이탈리아도시법은 로마법에서보다 더욱 채권자의 보호를 강화하면서 오늘날 파산제도의 기초가 되는 원칙들이 나타나게 되었다.[20]

이탈리아도시법의 일반적인 특색은 채무자의 사해의사가 추정에 의하여 증명을 용이하게 한 점이라고 할 수 있다. 즉 채무자가 일정한 친족관계에 있거나 동거하는 자와의 사이에서 파산개시 후에 한 행위와 파산개시 전 또는 도망전의 일정한 기간 내에 한 행위, 기타 일정한 행위에 대해서는 사해의사가 추정되고, 이러한 행위는 사해행위의 증명을 기다리지 않고 무효로 하였다는 것이다. 또한 로마법에서는 무상행위의 취소를 위해서라도 채무자의 사해의사가 필요하였지만, 이탈리아도시법에서는 채무자의 사해의사를 필요로 하지 않았다고 한다.[21]

결국 "로마법에서의 actio pauliana는 사해의사에 관해 절대적인 요건으로 한 주관주의적 및 채무자의 신의칙의 위반을 근거 하였고, 이탈리아도시법은 상거래에 있어서 채무자의 재산 상태를 악화시킨 객관적인 사실만 있으면 발생할 수 있다고 하는 객관주의로까지 확대된 것이 로마법과의 차이이다."[22] 이렇게 "객관주의적으

17) 박준서 편집대표, 앞의 책, 34면; 한국현a, 130면.
18) 우성호, "채권자취소권에 관한 연구 : 본질 및 취소소송을 중심으로", 청주대학교 박사학위논문, 2009, 33면.
19) 박준서 편집대표, 앞의 책, 34-35면.
20) 박준서 편집대표, 앞의 책, 35면.
21) 우성호, 앞의 논문, 37면.
22) 한국현a, 131면; 우성호, 앞의 논문, 37면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

로 확대된 소권은 채무자회생 및 파산에 관한 법률의 권리로서 격상되어 독자적인 제도로 자리 잡게 되었고, 주관주의적인 종래 소권은 파산 외에서의 채권자취소권으로서 자리하게 됨으로 두 제도가 병립적으로 발전하는 계기가 되었다."[23]

제2절 채권자취소권에 대한 법적 근거 및 성질

1. 법적 근거에 대한 학설

채권자취소권을 인정하는 법적 근거에 대하여는 다양한 견해가 있다. 법적 근거와 관련하여 학설은 부당이득설, 불법행위설, 채무불이행설, 법정채무설, 책임질서유지설 등이 논의되고 있다.

가. 부당이득설

부당이득설은 채권자가 채권자취소권으로 수익자에게 채무자와 수익자와 사이 법률행위를 취소할 수 있는 근거는 수익자가 부당하게 이득을 얻었기 때문에 그에 대한 이익의 반환을 구할 수 있다는 것이다. 즉 채권자가 수익자 또는 전득자를 상대로 채권자취소권을 행사할 수 있는 근거는 "채권자가 사해행위로 인해 입은 손해를 수익자 또는 전득자가 부당이득으로 전부 또는 일부를 취했기 때문"[24]이라고 한다. 부당이득설을 주장하였던 Von Caemmerer 이론은 채권자취소권의 법적 근거가 부당이득이라는 사상에 기인한 것이고, 현존의 이득이라는 개념은 부당이득반환청구를 하는 본질적 지표가 아니라 취득재산 내지 가치의 반환에 대한 목적으로 하는 점에 있다. 즉 수익자는 채권자의 재산상의 손실을 야기하면서 부당하게 그 이득을 본 것이기 때문에 부당이득의 유형이 되는 것이다.[25]

우리 민법 제741조의 부당이득 법리는 법률상 원인 없이 타인의 재산 또는 노무

---

23) 김두년, "채권자취소권에 관한 연구 : 법적성질 및 효과를 중심으로", 건국대학교 박사학위논문, 1996, 35면.

24) 박준서 편집대표, 앞의 책, 38면.

25) Von Caemmerer, Ernst, Bereicherung und unerlaubte Handlung, in: Festschrift für Ernst Rabel, Band I, 1954, S. 367ff.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

로 인하여 이익을 얻고 이로 인하여 타인에게 손해를 가한 자는 그 이익을 반환하여야 한다고 규정하고 있다. 위 부당이득 법리에 따르면 부당이득을 청구하는 반환청구권자가 직접적으로 재산상의 손해를 입고 위 손해에 의해 타인이 부당이득을 취할 것을 필요로 한다. 그런데 채권자취소권에 있어서는 수익자 또는 전득자가 일정한 반대급부를 채무자에게 지급하였기 때문에 사실상 부당이득을 취한 것이 없는 데도 부당이득으로 보는 것은 부당하다. 수익자가 실제로 채무자의 채권자일 경우, 수익자와 전득자와 사이 실질적 계약관계가 있기 때문에 부당이득법리를 적용할 방법이 없을 것이므로 위 부분에 대하여는 부당이득설이 타당하지 않다고 보여진다.

나. 불법행위설

이 설은 "채권자취소권의 본체를 불법행위에 기초한 손해배상청구권의 일종으로 보고 제도의 법적 근거를 불법행위 사상에서 구하려는 것으로서 불법행위에 기초한 청구권설이라고도 한다."[26] 채권자가 사해행위에 의하여 자기 채권의 충분한 변제를 받을 수 없다는 것은 불법행위를 구성하는 권리의 침해 또는 법적 이익의 침해를 충족하고 사해행위에 있어서의 악의는 불법행위에 있어서의 요건인 고의와 같다는 것이다.

이 설은 다음과 같은 비판이 있다. 첫째 채무자와 수익자의 사해행위로 인해 모든 채권자가 충분한 변제를 받을 수 없다고 하더라도, 위 변제를 받을 수 없다고 하는 사실 만으로는 법익의 침해로 볼 수 있어 사해행위가 불법행위를 구성한다는 것인데, "모든 채권자"와 채무자 사이의 채권·채무 관계는 사해행위에도 불구하고, 채권자의 채권은 그대로 존속하여 채권 그 자체에 대한 권리 침해가 될 수 없다는 것이다.[27] 둘째 "수익자 또는 전득자가 채무자의 사해의사를 알고 있는 악의라고 하더라도, 채무자는 자신이 가지는 소유권에 기한 처분권으로 일반 재산을 처분하였기 때문에 위법할 수 없다."[28]는 것이다. 셋째 채권자취소권이 추구하는 목적은 수익자 내지 전득자로부터 책임재산을 원상회복하여 채권적 만족을 얻는 것이지

26) 박준서 편집대표, 앞의 책, 38면.
27) 한국현a, 138면.
28) 박준서 편집대표, 앞의 책, 38면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

취소채권자가 일탈 되어진 책임재산의 손해배상을 목적으로 하는 것이 아니다."[29] 넷째 채무자의 법률행위가 일방적일 경우 수익자 내지 전득자는 그 행위에 관여하지 않았던 이유로 위 행위가 불법행위를 구성하지 않는다.

불법행위설을 비판하는 위 네 가지의 논거는 일응 타당하다고 생각된다. 셋째 비판과 관련하여 원상회복에 있어서는 그 비판이 타당하지 않을수도 있다. 왜냐하면 취소채권자가 수익자에서 채무자에게 원상회복을 시켜 손해를 배상받은 형태이기 때문이다. 그러나 가액배상의 경우는, 취소채권자가 수익자에게 자신의 손해를 직접 청구하는 형태이므로 마치 취소채권자가 수익자에게 취소채권자의 손해에 대해 배상을 구하는 형태이므로 불법행위설의 논거가 맞는다고 보여진다.

다. 채무불이행설

채무불이행설은 채무자가 책임재산을 채권자에게 처분하여야 함에도 이를 수익자에게 처분한 결과 채권자에게 채무의 변제를 하지 않는 행위는 채권자에 대한 채무불이행이 된다. 채권자는 위와 같은 이유로 수익자 또는 전득자에게 채무불이행 책임을 물을 수 있다는 것이다.[30] 채무불이행은 당사자간의 계약에 의해 묻는 것이 원칙인데 사해행위취소송에서 취소채권자와 수익자 또는 전득자와 사이 아무런 계약 관계가 없어 취소채권자가 수익자 또는 전득자에게 사해행위취소를 구할 근거가 없다. 채무불이행설에서 말하는 채무불이행은 채권자와 채무자 사이의 채무불이행인 것이지 위 채무불이행을 수익자 또는 전득자에게 확대시키는 것은 상당한 무리라고 보여진다.

라. 법정채무설

법정채무설은, 채권자취소권의 근거가 법률의 규정에서 비롯된다는 것이다. 채권자가 채권자취소권에 의해 법에서 정한 일정한 법률요건으로 수익자 또는 전득자를 상대로 위 취소권을 행사하는 것이다. 이에 대한 법적효력은 채권자가 채무자와

---

29) 飯原一乘, 判例を中心とした詐害行爲取消權の研究, 司法研究報告書 第18輯 第2號, 司法研修所, 1967, 7面(飯原一乘b라 한다).

30) 飯原一乘b, 8面.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

수익자 및 전득자의 법률행위를 공평의 관점에서 법률의 규정에 따라 당연히 취소 및 반환청구를 목적으로 법정채권관계가 발생한다는 것이다.

법정채무설은 독일의 보통법 시대까지의 통설이었던 불법행위설에 이어 나타나게 되었다. 법정채무설이 나타나게 된 원인은 불법행위설의 해석상 난점이 이유였지만, "독일의 보통법 시대에서 근대에 이르기까지 채권자취소권제도를 유지하고 있는 가치규범의 변화가 생긴 원인이 상당하였다."[31] 이 학설은 독일의 통설과 판례의 입장이고,[32] 우리나라[33]와 일본[34]에서도 다수설을 차지한다.

채권자취소권의 법적 근거가 무엇인가인지 여부는 '무엇 때문에 채권자취소권이 발생하였는지', '그에 따라 채권자취소권에 대한 법률규정이 왜 만들었는지(예를 들어 우리나라의 경우 민법 제406조 및 407조)'를 연구하는 것이다. 법정채무설은 전자의 경우를 생략한 채 후자인 법률규정으로 채권자취소권을 행사한다는 것으로 그 이론적 근거가 체계적이지 않다고 보여진다.

마. 책임질서유지설

책임질서유지설은 채권자취소권은 책임질서유지를 위해 법에서 인정한 제도라고 하면서 물권적 질서의 유지관철을 위해 점유소권이나 물권적 청구권의 제도가 설치되어 있는 것과 같다고 한다.[35] 이 제도는 상품유통질서를 해하지 않는 범위 내에서 수익자 또는 전득자의 거래안전보호 또는 수익자가 채권자 중 1인인 경우 변제 또는 대물변제가 사해행위가 될 수 있는지에 대해 채권자와 채무자와 사이의 형평성을 고려하여 채권자 보호를 위한 목적과 그 기능을 조화시킨다고 한다.[36]

바. 학설에 대한 검토

---

31) 한국현a, 16면.

32) Rosenberg, Leo, Lehrbuch des deutschen ZPO, 6. Auflage, 1954, S. 890.

33) 박준서 편집대표, 앞의 책, 39면.

34) 加藤正治, 廢罷訴權論, 破産法研究 4卷, 有斐閣, 1919, 273面; 鳩山秀夫, 日本債權法總論(增訂改版), 良書普及會, 1980, 160面.

35) 下森定, 債權者取消權に關する一考察(一), 法學志林, 第55卷 第2號, 1959, 70面(下森定a라 한다).

36) 下森定a, 71面.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

채권자취소권의 법적 근거는 부당이득과 불법행위로 보아 오다가 현재는 법정채무설이 다수설이 되었다.

부당이득설은 채권자가 수익자에 대하여 얻는 이익의 반환을 청구하는 권리를 부당이득청구권과 유사한 것으로 보고, 채권자취소권의 법적 근거를 부당이득에서 구하고 있다. 그러나 부당이득청구권의 법리는 부당이득의 반환청구권자가 재산상의 손해를 직접적으로 입어야 하고, 타인이 부당이득을 취해야 한다. 하지만 수익자는 채권자의 재산상 손실에 대해 부당하게 이득을 얻지도 않고, 법률상 원인 없이 이득을 얻는 것도 아니다.

불법행위설은 채무자와 수익자와 사이 통모한 것이 전제 되어야 한다. 민법이 채권자취소권을 규정한 이유는 채권자취소권 제도를 통해 "모든 채권자"를 보호하기 위한 규정인데, 위와 같이 통모적 사해의사를 가진 행위에 대하여만 사해행위를 인정한다면 채권자취소권의 기능은 축소 제한되어 제도적 취지에서 역행한다. 반면 채권자취소권제도에 관해 전부 불법행위의 내용으로 묶는다면 객관주의적 경향이 강한 현 사회에서 문제가 크다. 위와 같은 이유 때문에 불법행위설은 다수의 학설의 지지를 받지 못하고 있다. "오늘날은 주관적 요건에 관하여 단순한 인식만 있으면 족하다고 하는 것이 다수설의 입장이기 때문이다."[37]

법정채무설은 불법행위설에 대한 해석상의 난점을 극복하기 위해 만들어졌다. 이후 거래의 안전보호를 지키는 새로운 차원의 가치규범의 변화가 일어나면서 불법행위설의 이념이 점차 퇴색 되면서 법정채무설이 다수설이 된 것이다. 하지만 법정채무설의 법적 근거가 무엇인지에 대해 명확한 이유를 제시하지 못하고 있다.

2. 법적 성질에 관한 학설

채권자취소권의 법적 성질이 형성권인지 아니면 청구권인지에 대해서는 구민법 이래로 많은 학설들의 대립과 견해가 다양하게 펼쳐졌다. 처음에는 형성권설·청구권설·절충설의 대립이 있었다. 근래에는 판례의 이론을 지지하는 다수설인 절대적 효력설[38]이 법리상 여러 가지 문제가 있다는 지적이 계속되고 있다. 이를 극복하기

37) 奥田昌道, 債權總論, 註釋民法(10), 有斐閣, 1987, 784面.

38) 상대적 무효설은 상대적 효력설이라고도 하고, 절대적 무효설은 절대적 효력설이라고

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

위해 책임설·신형성권설·소권설 등 많은 이론들이 채권자취소권의 법적 성질이 무엇인지에 대해 나타나게 되었다.

우리나라의 판례는 현재까지 채권자취소권이 어떠한 법적 성질을 갖고 있는지에 대해 절충설의 입장인 상대적 효력설을 구민법 시대부터 일관하여 채택하고 있다. 상대적 효력설은 형성권설과 청구권설의 결점을 극복하기 위해 양설의 장점만을 취한 것이지만 법리적인 모순이 많다. 마찬가지로 다른 학설도 법리적인 모순을 완전히 극복하지 못하고 있다.

학설은 채권자취소권의 법적 성질을 단순하게 신형성권설·소권설·절충설을 기초로 논의하였다. 그러나 채권자취소권제도는 독립된 권리가 아니라 채권의 효력으로서 채권의 목적을 실현하기 위한 법 기술적 수단이다. 때문에 채권자취소권의 해석론은 법적 기초 및 그 자체의 규명에서부터 출발해야 한다. 판례도 상대적 효력설의 입장을 취하고 있으나 법리적인 문제점이 많다. 이와 같은 법리적인 문제점을 해결하기 위해서는 채권자취소권제도의 "모든 채권자"의 보호라는 본질적인 문제에서 출발하여 종합적인 고찰을 통해 채권자취소권의 이론적 규명이 선행되어야 한다.

가. 형성권설

형성권설은 채권자취소권을 형성권으로 이해한다. 독일의 Hellwig가 처음 주장한 학설로서 이후 Kipp, Mohrbuher 등이 같은 견해를 취하고 있다. 형성권설은 채권자취소권은 채권자에 의한 의사표시로 인해 채무자와 수익자 또는 전득자 사이의 법률행위를 취소하여 그 효력을 소급하여 상대적으로 무효로 하는 것이다. 채무자의 행위가 취소되면 책임재산이 채무자에게 복귀하게 되고 채권자는 위 복귀된 책임재산을 근거로 수익자 또는 전득자로부터 그 목적물의 반환을 청구하는 권리를 갖게 되어 형성의 소가 된다고 한다.[39] 이후 판례가 가지는 상대적 효력설의 단점을 극복하기 위해서 형성권설에 이어 신형성권설이 주장되었다.

한다. 현재에 이르러서는 상대적 효력설과 절대적 효력설의 용어가 자주 사용되고 있으므로 이하에서 상대적 효력설과 절대적 효력설로 표기한다.

39) 김두년, 앞의 논문, 89면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

나. 청구권설

이 설은 독일에서 취하는 형성권설을 비판[40]하고자 일본에서 처음 주장되었다.[41] 청구권설은 채권자취소권의 본질적 내용을 채무자의 책임재산으로부터 일탈한 재산을 회복하는 것으로 이해한다. 여기서 채권자취소권의 취지는 채무자의 자력을 보존하는데 있기 때문에 이 범위를 초과하여 수익자 내지 전득자의 이익을 해하는 범위까지 채권자취소권의 효력을 확대하는 것은 바람직하지 않다고 한다. 취소는 반환청구의 전제가 되며 청구는 실체법상의 권리이며 이 청구권을 소에 의하여 행사하는 사해행위취소소송은 이행소송이라는 것이다.[42] 채무자는 피고적격이 없고 피고는 수익자 또는 전득자이며 사해행위취소판결의 효력은 상대적 효력설의 입장으로 본다.

다. 상대적 효력설

상대적 효력설은 현재 우리나라의 다수설 및 판례의 입장이다.[43] 상대적 효력설은 절충설의 입장에 근거하였다. 절충설은 채권자취소권의 법적 성질을 사해행위의 취소에 있다고 보는 형성권설과 사해행위로 일탈된 재산의 회복의 청구에 있다고 보는 청구권설의 각 장점만을 취한 것이다.

우리나라의 채권자취소권은 구민법 제424조에서 “법률행위의 취소를 법원에 청구할 수 있다” 하였던 것을 현행 민법 제406조에서 “그 취소 및 법률행위의 취소를 법원에 청구할 수 있다”라며 원상회복을 추가하여 구민법 시대의 절충설을 입법적으로 반영하였다. 이 설은 채권자취소권이 어떤 경우에 단순히 사해행위취소만을 구할 수도 있다는 이유로 사해행위취소소송에 있어서 소의 종류는 형성의 소와 이행의 소가 합쳐진 것이 된다. 사해행위취소소송의 피고는 수익자 또는 전득자가 되며 어느 쪽을 선택하는가는 취소채권자의 자유의사이다. 위와 같은 절충설의 성격

---

40) 下森定, 債權者取消權の效果, 法學セミナー, 第181號, 1969, 30面(下森定c라 한다).

41) 雉本郎浩, 債權者取消權の訴の性質, 法學志林, 第17卷 第3號, 1983, 1面.

42) 佐藤岩昭, 債權者取消權に關する一考察(一), 法學協會雜誌, 第104券 第10號, 1987, 5面(佐藤岩昭a라 한다).

43) 대법원 1998. 2. 13. 선고 97다6711 판결; 대법원 1996. 5. 14. 선고 95다50875 판결; 대법원 1996. 10. 29. 선고 96다23207 판결; 대법원 1997. 5. 23. 선고 95다51908 판결.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

을 가진 상대적 효력설은 사해행위취소에 중점을 두면 형성권설에 가깝게 되고 일반재산의 반환에 중점이 되면 청구권설에 가깝게 된다.

상대적 효력설에 기초한 우리나라의 판례[44]의 입장을 요약하면, 취소채권자는 사해행위의 취소 및 일탈된 재산의 반환을 구할 수 있고, 판결주문에는 취소와 원상회복을 명할 수 있다. 또한, 원상회복이 아닌 사해행위의 취소를 구할수 있고, 사해행위취소의 범위는 필요한 범위 내에서 상대적 효력이 있다.

라. 책임설

"Paulus가 주장한 책임설은 사해행위취소의 효과로서 채권자와 상대방 사이에 채권관계가 성립되는 것을 부정하고 상대방은 단순히 공법상 의무로서 강제집행을 수인하여야 할 책임이 있을 뿐"[45]이라고 한다. 이 설에 의하면 채권자취소권은 채권자의 책임재산으로 한 재산에 대하여 집행을 하기 위한 전단계의 행위로 이해한다.

채권자가 채권자취소권을 행사하면 수익자는 반환의무를 부담하게 되는데 이와 같은 반환의무는 사해행위의 목적물을 직접 채무자에게 반환하는 것을 의미하지 않고, 그 목적물에 대한 집행상의 장애를 제거하여 그것을 채권자의 강제집행 대상으로서 제공한다는 의미를 가지는 것으로 이해된다.

위와 같은 책임설의 입장에서 우리나라의 채권자취소권을 이해하면, 민법 제406조의 '취소'는 책임법적 취소를 의미하고, '원상회복'은 일탈된 재산이 채권자에 대한 관계에서 책임재산으로 회복되는 것이다. 취소권 행사의 범위는 취소채권자의 채권액 기준이 아니라 사해행위 자체를 취소하는 것으로 보기 때문에 상대적 효력설의 이론은 필요없다.[46]

마. 소권설

---

44) 대법원 1961. 11. 9. 선고 민상263; 대법원 1963. 8. 22. 선고 63다229 판결; 대법원 1988. 2. 23. 선고 87다카1586 판결; 대법원 1990. 10. 30. 선고 89다카35421 판결; 대법원 2005. 6. 9. 선고 2004다17535 판결; 대법원 2005. 11. 10. 선고 2004다49532 판결.

45) 박준서 편집대표, 앞의 책, 42면.

46) 우성호, 앞의 논문, 26면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

"소권설은 채권자취소권을 소권으로 파악하여 사해행위취소의 결과 상대방은 채무자와의 법률행위의 효력을 채권자에게 대항할 수 없고, 채권자는 취소판결을 집행권원으로 하여 상대방이 채무자로부터 취득한 재산에 대하여 강제집행을 할 수 있다"[47]는 견해이다. 이 설에서는 취소판결의 효과에 의하여 소송 상대방인 수익자 또는 전득자는 채권자에게 대항할 수 없게 되고, 그 결과 채권자는 수익자 또는 전득자에 대한 집행인용판결을 집행권원으로 수익자의 수중에 있는 일탈재산을 마치 채무자의 책임재산인 것과 같이 강제집행 할 수 있다는 견해이다.

바. 신형성권설

신형성권설은 "최근 일본에서 등장한 학설로서, 채권자취소권은 일본 민법 제424조에 의하여 책임재산의 보전을 위해서 실체법상의 권리로서 인정된 것이므로, 채무자와 수익자 사이의 법률행위를 취소할 수 있는 형성권이라고 한다."[48] 신형성권설은 형성권설과 기본적으로 입장을 같이 한다고 볼 수 있고, 채권자취소권의 실질적 내용은 채무자의 책임재산으로부터 이탈된 책임재산의 귀속을 회복하는 것으로 볼 수 있다.

신형성권설은 취소에 대한 절대적 효력을 인정하고 있으며, 사해행위취소소송은 형성의 소와 이행의 소가 합쳐진 것으로 취소의 효력은 절대적이라는 것이다. 취소의 효력이 미치도록 하기 위해서는 채무자를 소송당사자로 하여야 하고, 채무자를 소송당사자로 끌어들이는 방법은 '고유 필수적 공동소송제도'가 있으므로 소 제기시 반드시 채무자와 수익자는 공동피고가 된다고 한다.

결과적으로 신형성권설은 민법상의 취소를 실체법상의 형성권으로 파악한다.[49] 또한 취소와 원상회복을 일반적인 법률행위와 같은 성질을 가진 것으로 파악하고 있으므로 채권자취소권 특유의 취소와 원상회복의 효력은 필요하지 않고 취소의 대상이 수익자 또는 전득자의 행위가 아니라 채무자의 행위이며 원상회복도 채무자에게 그 이행을 청구하여야 한다고 하므로 채권자취소권제도의 피고는 채무자에

47) 박준서 편집대표, 앞의 책, 43면.

48) 우성호, 앞의 논문, 28면; 신형성권설은 내용에 있어서 형성권설과 같으나, 우리 민법 제406조 제1항 본문에서 "취소하고 원상회복을 청구할 수 있다"는 절충설에 따라 입법을 하였음에도 불구하고 형성권설이라 이름을 붙였을 뿐이라고 한다.

49) 소송상 소의 형식으로만 행사할 수 있는 형성권이라고 한다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

게 집중되어 있는 특색을 가진다.[50]

사. 판례

판례는 “사해행위의 취소는 상대적으로밖에는 효력을 발생하는 것이 아니므로 피고적격은 언제나 이익반환청구의 상대방 즉 수익자 또는 전득자에게만 있다고 보아 채무자만을 피고로 하거나 또는 채무자를 동 취소권 행사의 상대방으로 추가하여 공동피고로 할 수 없다고 보고 있고, 채권자취소권을 행사하는 경우에는 수익자를 상대로 제소하면 족하므로 채무자까지 상대로 하여 제소할 필요는 없다.”[51]고 한다. “사해행위취소는 악의의 수익자나 전득자에 대하여서만 할 수 있고, 채무자에 대하여는 행사할 수 없으므로 채무자를 상대로 한 취소청구는 부적법하다.”[52]는 입장이다.

즉 사해행위취소의 효과는 소송의 당사자인 취소채권자와 수익자 또는 전득자 사이에서만 효력이 있다는 것이다. 그러나 이러한 상대적 효력설의 입장은 민법상 근거가 없다. 사해행위취소의 효력이 채무자에게 미치지 않는다고 한다면 취소로 인해 일단 채무자에게로 소유명의가 회복되고, 채무자 명의로 회복된 재산을 강제집행 하는 것에 대해서 어떻게 설명할 것인가라는 문제점이 있다.

또한 기판력과 실체법상의 효력에 대해 혼동하고 있다. 첫째 사해행위취소판결의 기판력이 당사자 이외의 제3자에게 미치지 않는다는 것은 실체법상의 취소의 효력과 관계가 없다. 둘째 사해행위취소의 효력이 채무자에게 없다면, 취소로 원상회복된 책임재산은 누구의 것인가가 문제되고, 셋째 취소의 효력이 취소채권자와 수익자 또는 전득자에게만 미친다고 한다면 취소채권자 이외의 타 채권자는 반환받을 재산으로부터 배당을 받는 것도 불가능하게 되어, 취소와 원상회복의 효력은 모든 채권자의 이익을 위하여 효력이 있다는 민법 제407조의 규정과도 모순된다. 넷째 취소의 효력이 채무자에게 효력이 미치지 않는다고 한다. 취소에도 불구하고 채무자와 수익자간의 행위는 유효하게 되고 수익자와 전득자간의 소유권이전행위도 유효하게 되어 전득자는 수익자에 대해 또한 수익자는 채무자에 대해 민법 제570조

50) 日大判 1916. 3. 30. 民錄 32卷, 761면; 전득자를 피고로 하는 경우에도 취소의 대상은 수익자와 전득자간의 행위가 아니라 채무자의 행위라고 한다.

51) 대법원 1963. 8. 22. 선고 63다299 판결.

52) 대법원 1967. 12. 26. 선고 67다1839 판결.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

이하의 매도인의 담보책임규정을 원인으로 상환을 요구할 수 있다. 이는 취소에 대한 절대적 효력을 인정하는 것과 결과적으로 차이가 없다고 보인다.

아. 학설에 대한 검토

이상과 같이 채권자취소권제도의 법적 성질을 어떻게 파악할 것인지에 따라 법적 효과가 달라진다. 특히 채권자취소권은 제3자와의 이해관계와도 많은 영향을 주고 있기 때문에 모순 없는 이론구성이 필요한 것이다. 그런데 채권자취소권에 관한 다수설과 판례는 취소의 효과는 채권자가 수익자 또는 전득자로부터 일탈된 책임재산의 반환을 청구하는데 필요한 범위 내에서만 영향을 미치고, 채무자와 수익자 또는 전득자 사이의 법률관계에 대해서는 아무런 영향을 미치지 않는다고 하는 상대적 효력설을 취한다. 위와 같은 판례입장은 앞서 본 바와 같이 논리적인 문제점이 많다. 즉 취소채권자가 채무자의 책임재산에 대해 강제집행을 하려면 사해행위로 인하여 일탈된 재산을 채무자에게로 복귀시켜야 한다. 그런데 회복된 책임재산에 대하여는 채무자와 수익자 또는 전득자 사이의 법률관계에 아무런 영향을 미치지 않는다고 하여 책임재산이 채무자에게 다시 복귀하는 이유에 대한 설명이 어렵다.

위와 같은 문제점을 보완한 것이 책임설이라고 하나, 책임설은 채권자취소권을 일탈된 책임재산에 대한 집행가능성을 회복하는 형성권의 일종으로 보고 취소의 효과에 대해서 책임법적 무효의 개념을 주장한다. 새로운 각도에서의 책임설은 다수설의 문제점을 해결하려고 한 학설인 것을 알 수 있으나, 그렇다고 책임판결이나 강제집행인용의 소와 같은 절차법적인 것이 일본이나 우리나라의 민사소송제도에는 없는 것이어서 그대로 받아들이기에는 어려운 부분이 있다. 우리나라의 판례가 취하고 있는 상대적 효력설은 사해행위취소의 효력이 채무자와 수익자 및 전득자에게 미치지 아니한다고 하여 상당한 문제점이 있다.

제3절 채권자취소권의 요건

민법 제406조가 규정하고 있는 요건은 채권자의 채무자에 대한 채권 즉 피보전채권이 존재해야 하고, 객관적 요건으로서 채무자가 채권자를 해하는 법률행위를

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

할 것과 주관적 요건으로서 채무자 및 수익자 또는 전득자가 사해의 사실을 알아야 성립한다.

객관적 요건인 '채권자를 해한다' 함은 일반적으로 사해행위의 전과 후에 각각 채무자의 재산에 적극재산과 소극재산을 계산하고 그 행위에 의하여 책임재산이 감소하여 채권전액의 변제를 할 수 없게 되는 것이다. 주관적 요건으로서의 '알고'란 사해사실의 단순한 인식만 있으면 되는 것인지 적극적인 사해의사만 있으면 되는 것인지가 문제된다.[53]

1. 피보전채권에 대한 사항

가. 피보전채권의 존재

채권자취소권은 채권에 종된 권리이므로 채권의 존재는 당연히 전제되어야 한다. 그러므로 채무자에 대한 채권자의 피보전채권이 없다면 채권자취소권을 행사할 수 없다.[54] 이와 관련하여 판례는 "채권자취소권을 행사하려면 채무자에 대하여 채권을 행사할 수 있음이 전제되어야 할 것인데, 채권자의 채무자에 대한 소유권이전등기청구소송이나 손해배상청구소송이 패소 확정되어 행사할 수 없게 되었다면 소유권이전등기청구권이나 손해배상청구권을 행사하기 위하여 채무자의 제3자에 대한 소유권이전등기의 말소를 구하는 사해행위취소청구도 인용될 수 없다."[55]고 판시하여 피보전채권의 존재가 채권자취소권 행사의 전제조건임을 분명히 하고 있다.

채권자취소권에 있어서 채권자는 채무자가 채무를 부담할 당시 채무자의 변제자력을 기초하여 채권관계를 맺게 되므로 채권자의 채권성립 전에 이루어진 채무자의 재산처분 행위에는 간여할 수 없다. 그러므로 채권자취소권의 대상이 된 사해행위는 취소채권자의 채권발생 이후에 행하여진 것이어야 한다.

나. 피보전채권의 성립시기

53) 박준서 편집대표, 앞의 책, 47면.
54) 박준서 편집대표, 앞의 책, 48면; 대법원 1962. 2. 15. 선고 4294민상378 판결.
55) 대법원 1993. 2. 12. 선고 92다25151 판결.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

(1) 피보전채권 성립시기의 원칙

"채권자취소권은 책임재산의 보전을 목적으로 하는 것이고, 그 행사의 효과는 모든 채권자들에 대하여 효력이 있으므로 피보전채권은 금전채권이거나 금전 이외의 불특정물의 급부를 목적으로 하는 채권일 것을 요한다."[56] 이처럼 채권자의 채권이 금전채권일 것을 원칙으로 한다면 채권자의 피보전채권의 성립 시기는 언제를 기준으로 할 것인가가 문제가 된다. 이 점에 관하여 채권자는 채권발생 당시의 채무자의 자력을 신용의 기초로 하는 것이므로 사해행위 당시에 아직 존재하지 아니한 채권이 사해행위에 의해 침해 될 일은 있을 수 없으므로 취소채권자의 채권은 '사해행위발생 이전'에 성립하여 있을 것을 요한다는 견해가 있다.[57] 판례도 "사해행위로써 사해행위 이후에 권리를 취득한 채권자를 해친다고 할 수 없으므로 취소채권자의 채권은 사해행위가 있기 이전에 발생하고 있어야 함은 채권자취소권의 성질상 당연한 요건"[58]이라고 판시하고 있다.

또한 사해행위 무렵 이미 발생한 채권이라고 한다면 이후에 채권의 소유권이 변경된다고 하더라도 채권양도의 대항요건을 갖추었는지 여부와 상관없이 '현재의 채권자'가 취소권을 가진다. 판례는 "채권자취소권은 강제집행 자체가 아니라, 이를 준비하는 것이므로 채권이 이행기에 달하지 않거나, 조건부이거나, 기한부이어서 채권액이 확정되지 않은 경우에도 관계없다고 하나, 법률행위의 이행으로써 가등기를 경료하는 경우에는 그 채무의 원인되는 법률행위가 취소권을 행사하려는 채권자의 채권보다 앞서 발생한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그 가등기는 채권자취소권의 대상이 될 수 없다."[59]고 한다. 이처럼 채권자취소권은 채권자의 채무자에 대한 채권인 피보전채권이 금전채권을 원칙으로 하고 있다.

(2) 피보전채권 성립시기의 예외

통설이나 판례에 따를 경우 향후에 성립될 채권을 회피할 목적으로 고의로 사해

56) 대법원 1961. 8. 10. 선고 4293민상436 판결.
57) 곽윤직, 채권총론(민법강의Ⅲ), 박영사, 2013, 146면; 대법원 1978. 11. 28. 선고 77다2467 판결.
58) 대법원 1995. 2. 10. 선고 94다534 판결.
59) 대법원 2002. 4. 12. 선고 2000다43352 판결.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

행위를 하였을 경우에는 채권자를 보호할 수 없다는 문제점이 발생한다. 따라서 판례는 예외적으로 사해행위 당시에 이미 그 법률관계가 성립되어 있고 가까운 장래에 그 법률관계에 기한 채권이 발생하리라는 점에 대한 고도의 개연성이 있으며 실제로 가까운 장래에 그 개연성이 현실화되어 채권이 발생한 경우에는 그 채권도 채권자취소권의 피보전채권이 될 수 있다는 일관된 입장을 보이고 있다.[60]

다. 피보전채권의 종류

(1) 금전채권 및 종류채권

피보전채권은 금전채권이여야 함이 원칙이다. 과거 판례는 "사해행위취소권은 채무자가 일반 채권자의 공동담보를 해치는 법률행위를 한 경우에 일반 채권자를 구제함을 목적으로 하는 것이므로 사해행위취소권자는 금전지급을 목적으로 하는 채권을 가지는 자임을 요한다."[61]고 하여 금전채권만이 사해행위가 된다는 입장이었다.

그 후 판례는 피보전채권을 금전채권에 한하지 않고 금전 이외의 불특정물의 급부를 목적으로 하는 채권 즉 종류채권에서도 인정하였다.[62] 판례에서 주목되는 점은 종류채권을 피보전채권으로 인정하는 근거를 종류채권의 보전이 채무자의 자력과 밀접하게 관련되어 있으며 채무자의 자력과 관련성을 기준으로 피보전채권 여부를 판단하였다는 것이다.[63] 이 판례를 기준으로 하여 모든 채권은 불이행 된 채무를 금전채권의 손해배상채권으로 전환하였다. 그러므로 금전채권 이외의 채권에 대하여도 채권자취소권을 행사할 수 있게 되었다.

(2) 특정채권

60) 대법원 1995. 11. 28. 선고 95다27905 판결; 대법원 2000. 6. 27. 선고 2000다17346 판결; 대법원 2000. 3. 28. 선고 99다69938 판결; 대법원 2000. 2. 25. 선고 99다53074 판결; 대법원 2002. 4. 12. 선고 2000다43352 판결; 대법원 2005. 8. 19. 선고 2004다43173 판결; 대법원 2004. 7. 9. 선고 2004다12004 판결.

61) 대법원 1961. 8. 10. 선고 4293민상436 판결.

62) 대법원 1965. 6. 29. 선고 65다477 판결.

63) 이재열, "채권자취소권에 관한 연구 : 요건의 재해석을 중심으로", 연세대학교 박사학위논문, 2007, 102면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

판례는 “사해행위의 취소권은 채무자가 총채권자의 공동담보를 해하는 법률행위를 한 경우에 총 채권자로 하여금 이익을 공평하게 하기 위하여 법률상 인정된 채권자의 권리이므로 특정물의 인도 또는 그 소유권의 이전을 청구할 수 있는 채권자는 채무자가 동 특정물을 타에 이중으로 처분한 경우라도 이를 사해행위라고 주장할 수 없는 것이다.”[64]라고 판시하고 있다. 또한 부동산의 이중매매와 관련하여 판례는 “채권자취소권은 특정물에 대한 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 행사하는 것은 허용되지 않으므로 부동산의 제1양수인은 자신의 소유권이전등기청구권 보전을 위하여 양도인과 제3자 사이에서 이루어진 이중양도행위에 대하여 채권자취소권을 행사 할 수 없다.”[65]고 하였다. 이와 같이 판례는 일관되게 특정물의 인도청구권이나 등기청구권을 목적으로 하는 채권에 관하여는 그 채권이 채무불이행으로 인한 손해배상청구권으로 바뀐 후에만 채권자취소권이 성립한다는 일관된 태도를 보이고 있다. 특정물에 대한 소유권이전등기청구권을 가지는 채권자에게 채무자가 그 특정물을 타인에게 이중으로 매도한 경우에는 그것이 이행불능을 원인으로 한 손해배상청구권으로 변하게 되는 것이다. 또한 그 이중매매로 인하여 채무자가 무자력이 되더라도 이 손해배상청구권은 사해행위 이전에 발생된 청구권이 아니기 때문에 사해행위취소권의 요건을 구비한 것이 되지 못한다는 것이다.[66]

판례도 금전채권이 아닌 특정채권이 피보전채권이 될 수 있는가와 관련하여 “채권자취소권은 채권자의 공동담보인 채무자의 책임재산의 감소를 방지하기 위한 것이고 특정채권의 보전을 목적으로 하는 것이 아니므로 특정물에 대한 소유권이전청구권을 보전하기 위해서는 채권자취소권을 행사할 수 없다.”[67]고 한다.

---

64) 대법원 1959. 10. 8. 선고 4291민상432 판결; 판례는 오래전부터 특정채권에 대하여는 채무자가 사해행위를 할 당시 이미 손해배상 채권으로 변환되어 있지 않는 한 채권자취소권을 행사할 수 없다는 입장이었다.

65) 대법원 1999. 4. 27. 선고 98다56690 판결.

66) 대법원 1957. 9. 26. 선고 4290민상243 판결; 대법원 1967. 11. 14. 선고 66다2007 판결; 대법원 1969. 1. 28. 선고 68다2022 판결; 대법원 1974. 7. 26. 선고 73다1954 판결; 대법원 1988. 2. 23. 선고 87다카1586 판결; 대법원 1995. 2. 10. 선고 94다2534 판결; 대법원 1996. 9. 20. 선고 95다1965 판결; 대법원 2001. 12. 27. 선고 2001다32236 판결.

67) 대법원 1999. 4. 27. 선고 98다56690 판결; 부동산의 제1양수인은 자신의 소유권이전등기청구권 보전을 위하여 양도인과 제3자 사이에서 이루어진 이중양도행위에 대하여 채권자취소권을 행사할 수 없다고 하였다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

(3) 인적 담보부 채권

채권자의 채권에 보증인이나 연대채무자 등과 같은 인적 담보가 존재하여 채무자의 채무를 변제하기에 충분한 경우에도 채권자취소권을 행사할 수 있다는 것에 학설은 일치되어 있다. 그 이유는 채권자가 인적 담보자로부터 반드시 우선변제를 받는다고 보장되어 있는 것이 아니며, 또 채무자의 책임재산을 평가함에 있어서 보증인이 있다는 것을 고려할 바가 아니고 또 다른 연대채무자가 있다 할지라도 원래 연대채무자는 채권자에 대하여 각자 전액을 변제할 의무가 있는 것이므로 채권전액이 채무자의 책임재산에 의하여 담보되어 있다고 할 것이기 때문이라고 한다.[68]

한편 인적 담보부 채권과 관련하여 판례는 "연대보증인의 법률행위가 사해행위에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서 주채무에 관하여 주채무자 또는 제3자 소유의 부동산에 대하여 채권자 앞으로 근정당권이 설정되어 있는 등으로 채권자에게 우선변제권이 확보되어 있는 경우가 아닌 이상, 주채무자의 일반적인 자력은 고려할 요소가 아니다."[69]라고 하였다. 채무자가 보증인·연대채무자 등의 인적 담보를 가지는 경우에는 이들 인적 담보자가 채무를 변제함에 충분한 능력을 가지고 있다 하더라도 채권자취소권을 행사할 수 있다.[70]

(4) 물적 담보부 채권

(가) 담보제공자가 채무자인 경우

취소채권자가 채무자 소유의 부동산에 저당권 등의 물상담보권을 가지는 경우에는 채무자가 그 담보물을 처분하여도 채권자는 여전히 우선변제권을 가지므로 그 처분행위로 인하여 손해를 입지 않는다. 따라서 채권자의 우선변제권이 확보되어 있는 범위 내에서는 채무자의 재산처분행위가 채권자를 해하는 결과로 될 수 없다.[71]

---

68) 박준서 편집대표, 앞의 책, 56-57면.
69) 대법원 2003. 7. 8. 선고 2003다13246 판결.
70) 박준서 편집대표, 앞의 책, 56면.
71) 장정호, "채권자취소권에 관한 연구 : 수익자 및 전득자의 보호를 중심으로", 창원대학

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

(나) 담보제공자가 제3자인 경우

판례는 “주채무자 또는 제3자 소유의 부동산에 관하여 채권자 앞으로 근저당권이 설정되어 있고, 그 부동산의 가액 및 채권최고액이 당해 채무액을 초과하여 채무 전액에 대하여 채권자에게 우선변제권이 확보되어 있다면 그 범위 내에서는 채무자의 재산처분행위가 채권자를 해하지 아니하므로, 연대보증인이 비록 유일한 재산을 처분하는 법률행위를 하더라도 채권자에 대하여 사해행위가 성립되지 않는다고 보아야 하고, 그 채무액이 부동산의 가액 및 채권최고액을 초과하는 경우에는 그 담보물로부터 우선변제 받을 액을 공제한 나머지 채권액에 대하여만 채권취소권이 인정된다.”[72]라고 판시하고 있다. 이 경우 “피보전채권의 존재와 범위는 채권자취소권 행위의 한 요건에 해당하므로, 채권자취소권을 행사하는 채권자는 자신이 주장하는 피보전채권이 담보권의 존재에도 불구하고 우선변제권 범위 밖에 있다는 점을 주장・입증하여야 한다.”[73]고 한다.

또한 “채권자의 채권원리금이 우선변제권에 의하여 전액 담보되지 아니하는 경우에는 변제충당의 법리를 유추 적용하여 이자가 원금에 우선하여 담보된다고 보아야 하므로 사해행위의 시점에서 담보되지 아니하는 부분에는 원금에 해당하는 금원이 포함되어 남아 있게 된다. 따라서 채권자가 채권자취소권을 행사할 수 있는 피보전채권의 범위는 그 이후 담보권의 실행으로 소멸한 부분을 제외하고 난 다음 실제로 남은 미회수 원리금 전부가 아니라 사해행위 당시 담보부동산의 가액과 채권최고액 중 적은 금액을 초과하는 부분에 해당하는 채권원리금 및 그 중 원금 부분에 대하여 그 후 사실심 변론종결시점까지 발생한 지연이자 상당의 금원이 된다.”[74]고 한다.

또한 “질권・저당권과 같은 물적 담보에 의하여 담보되는 채권은 우선변제를 받지 못하는 범위에서만 취소권을 행사할 수 있다.”[75] 판례도 같은 입장에서 “주채무

교 박사학위 논문, 2014, 70면.

72) 대법원 2000. 12. 8. 선고 2000다21017 판결; 대법원 2002. 4. 12. 선고 2000다63912 판결; 대법원 2002. 11. 8. 선고 2002다41589 판결; 대법원 2010. 1. 28. 선고 2009다30823 판결.

73) 대법원 2002. 11. 8. 선고 2002다41589 판결; 대법원 2010. 1. 28. 선고 2009다30823 판결.

74) 대법원 2002. 11. 8. 선고 2002다41589 판결; 대법원 2010. 2. 11. 선고 2009다81616 판결.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

자 또는 제3자 소유의 부동산에 대하여 채권자 앞으로 근저당권이 설정되어 채권자에게 우선변제권이 확보되어 있다면 그 범위 내에서는 채무자의 재산처분행위는 채권자를 해하지 않으므로 그 담보물로부터 우선 변제받을 액을 공제한 나머지 채권액에 대하여만 채권자취소권이 인정된다."[76]고 한다. 그리고 이 경우 "피보전채권의 존재와 범위는 채권자취소권 행사의 한 요건에 해당하므로, 채권자취소권을 행사하는 채권자가 자신이 주장하는 피보전채권이 담보권의 존재에도 불구하고 우선변제권 범위 밖에 있다는 점을 주장·증명할 것이다."[77]고 한다. 나아가 채권자의 채권원금이 우선변제권으로 전액 담보되지 않으면, 변제충당의 법리를 유추 적용하여 이자채권이 원금채권에 우선하여 우선변제권에 의해 담보되고 있다고 볼 것이므로, 담보되지 않은 부분에 대하여 원금에 해당하는 금원이 포함되어 남아있게 된다.

따라서 "채권자가 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 부분"[78]에 해당하는 "채무원리금 및 그 중 원금부분에 대한 사실심 변론종결시점까지 발생한 지연이자 상당의 금원이 이에 해당한다."[79]고 한다.

(5) 재산분할청구권

이혼에 있어서 재산명의인인 배우자가 혼인 중 상대방 배우자와 다툼과 불화가 심해지면 멀지않은 장래에 그 배우자로부터 이혼 및 재산분할청구를 받을 것을 예상하고 그것을 회피하고자 재산을 제3자에게 이전해 두는 경우, 재산분할의무를 지는 배우자의 일방이 명의를 가지고 있지 않은 다른 배우자 일방의 재산분할청구를 방해하기 위하여 제3자와 재산권을 목적으로 하는 법률행위를 한 때에는 이를 막을 필요가 있음에도 불구하고 상대방 배우자는 이에 개입할 수 있는 방법이 없었다. 이후 2007. 12. 21. 법률 제8720호로 '재산분할청구권 보전을 위한 사해행위취

75) 송덕수, 「신민법강의」 (제10판), 박영사, 2017, 1087면(송덕수a라 한다).
76) 대법원 2002. 4. 12. 선고 2000다63912 판결.
77) 대법원 2010. 1. 28. 선고 2009다30823 판결.
78) 대법원 2010. 2. 11. 선고 2009다81616 판결.
79) 대법원 2001. 12. 11. 선고 2001다64547 판결.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

소' 이라는 표제로 민법 제839조의3이 새로이 도입되어 협의상 이혼한 자의 재산분할청구권을 보전하기 위하여 채권자취소권을 행사할 수 있도록 하였다. 부부의 일방이 다른 일방의 재산분할청구권 행사를 해함을 알면서도 재산권을 목적으로 하는 법률행위를 한 때에는 다른 일방이 민법 제406조 제1항을 준용하여 그 취소 및 원상회복을 가정법원에 청구할 수 있게 되었고, 그 소는 민법 제406조 제2항의 기간 내에 제기하게 되었다.[80]

"이혼시의 재산분할이 민법 제839조의2 제2항의 규정 취지에 반하여 상당하다고 할 수 없을 정도로 과대하고 재산분할을 구실로 이루어진 재산처분이라고 인정할 만한 특별한 사정이 없는 한 사해행위로서 채권자취소권의 대상이 되지 아니하고 위와 같은 특별한 사정이 있어 사해행위로서 채권자취소권의 대상이 되는 경우에도 취소되는 범위는 그 상당한 부분을 초과하는 부분에 한정된다."[81]고 할 것이며 이미 채무초과 상태에 있는 채무자가 이혼을 함에 있어 자신의 배우자에게 재산분할로 일정한 재산을 양도함으로써 결과적으로 일반 채권자에 대한 공동담보를 감소시키는 결과로 되어도 위 재산분할이 민법 제839조의2 제2항 규정의 취지에 따른 상당한 정도를 벗어나는 과대한 것이라고 인정할 만한 특별한 사정이 없는 한 사해행위로서 채권자에 의한 취소의 대상으로 되는 것은 아니라고 할 것이다. 다만 위와 같은 상당한 정도를 벗어나는 초과부분에 관한 한 적법한 재산분할이라고 할 수 없기 때문에 그 취소의 대상으로 될 수 있다고 한다. 위와 같이 상당한 정도를 벗어나는 과대한 재산분할이라고 볼 만한 특별한 사정이 있다는 점에 관한 증명책임은 채권자에게 있다고 한다.[82]

(6) 파산절차에서 면책결정을 받은 채권

채권자취소권은 "채무자의 책임재산을 보전하기 위한 제도로서 채무자에 대하여 채권을 행사할 수 있음이 전제되어야 할 것인 바, 채무자가 파산절차에서 면책결정을 받은 때에는 파산채권을 피보전채권으로 하여 채권자취소권을 행사하는 것은 그 채권이 채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제566조 단서[83]의 예외사유에 해당하

80) 박주영, "재산분할청구권 보전을 위한 채권자취소권의 인정요건에 관한 검토",「법조 제60권 제2호」, 법조협회, 2011, 50면.

81) 대법원 2006. 6. 29. 선고 2005다73105 판결.

82) 대법원 2000. 7. 28. 선고 2000다14101 판결; 대법원 2000. 9. 29. 선고 2000다25569 판결.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

지 않는 한 허용되지 않는다."[84]고 한다.

2. 사해행위

가. 서론

민법 제406조 제1항은 사해행위를 "채권자를 해하는 채무자의 재산권을 목적으로 하는 법률행위"라고 규정한다. 채권자취소권의 대상이 되는 행위는 채무자가 채권자를 해하는 법률행위 중 재산권을 목적으로 한 행위에 한정되고[85] 그 요건은 아래와 같다.

나. 채무자가 행한 법률행위

채무자가 행한 행위만 사해행위로서 취소할 수 있으며 채무자 이외의 자가 행한 행위는 취소하지 못한다. 사해행위는 원칙적으로 법률행위 및 준법률행위상의 의사표시가 있었던 것처럼 다루어지는 경우에도 취소할 수 있다고 하고 사해행위가 법률행위인 경우 그것은 종류를 묻지 않으며 따라서 계약 또한 단독행위나 합동행위

---

83) 채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제566조(면책의 효력)
면책을 받은 채무자는 파산절차에 의한 배당을 제외하고는 파산채권자에 대한 채무의 전부에 관하여 그 책임이 면제된다. 다만, 다음 각 호의 청구권에 대하여는 책임이 면제되지 아니한다.
1. 조세
2. 벌금·과료·형사소송비용·추징금 및 과태료
3. 채무자가 고의로 가한 불법행위로 인한 손해배상
4. 채무자가 중대한 과실로 타인의 생명 또는 신체를 침해한 불법행위로 인하여 발생한 손해배상
5. 채무자의 근로자의 임금·퇴직금 및 재해보상금
6. 채무자의 근로자의 임치금 및 신원보증금
7. 채무자가 악의로 채권자목록에 기재하지 아니한 청구권. 다만, 채권자가 파산선고가 있음을 안 때에는 그러하지 아니하다.
8. 채무자가 양육자 또는 부양의무자로서 부담하여야 하는 비용
9.「취업 후 학자금 상환 특별법」에 따른 취업 후 상환 학자금대출 원리금

84) 대법원 2008. 6. 26. 선고 2008다25978 판결.

85) 박준서 편집대표, 앞의 책, 58면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

라도 무방하다.[86]

따라서 "채무자가 아닌 제3자 또는 수익자 등이 행한 법률행위는 채권자취소의 대상이 되지 아니하므로 수익자 등을 상대로 동시 또는 별도로 채권자취소의 소를 제기하더라도 취소를 구할 법률행위는 어디까지나 채무자와 수익자 사이의 법률행위이지 수익자와 전득자 또는 전득자와 타 전득자 사이의 법률행위가 아니다."[87]

법률행위가 무효인 경우에는 채권자취소권을 행사할 수 없는가의 문제는 주로 허위표시행위에 관하여 논의되고 있는데 이와 관련한 판례는 "채무자의 법률행위가 통정허위표시인 경우에도 채권자취소권의 대상이 된다."[88]고 하고, "채권자취소권의 대상으로 된 채무자의 법률행위라도 허위표시의 요건을 갖춘 경우에는 무효라고 한다."[89]고 판시하고 있다.

다. 재산권을 목적으로 하는 법률행위

"취소의 대상이 되는 사해행위는 매매·대물변제·저당권설정과 같이 직접 재산권을 목적으로 하는 법률행위이어야 한다. 이는 채무자의 자유를 침해하지 않기 위한 것이므로 혼인·입양·인지 등과 같이 직접 재산권을 목적으로 하지 않는 행위는 취소할 수 없다."[90] 그리고 "재산행위일지라도 채무자의 자유의사에 맡겨야 하는 행위는 원칙적으로 취소할 수 없다."[91] 예외적으로, "채무자가 협의이혼을 하면서 배우자에게 상당한 정도를 넘는 과대한 재산분할을 하는 특별한 사정이 있는 경우에는 상당한 부분을 초과하는 부분에 대하여 취소하고 있고,"[92] "채무자가 상

86) 박준서 편집대표, 앞의 책, 58면.

87) 대법원 2004. 8. 30. 선고 2004다21923 판결; 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 않는다고 한다.

88) 대법원 1963. 11. 28. 선고 63다493 판결.

89) 대법원 1998. 2. 27. 선고 97다50985 판결.

90) 송덕수a, 1090면.

91) 대법원 2011. 6. 9. 선고 2011다29307 판결; 상속포기는 민법 제406조 제1항에서 정하는 재산권에 관한 법률행위에 해당하지 않는다고 한다.

92) 대법원 1984. 7. 24. 선고 84다카68 판결.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

속재산의 분할협의를 하면서 상속재산에 관한 권리를 포기함으로써 재산분할 결과가 구체적 상속분에 상당하는 정도에 미달하는 과소한 경우에는 미달한 부분에 한하여 취소할 수 있다."[93]

판례는 "상속재산의 분할협의는 상속이 개시되어 공동상속인 사이에 잠정적 공유가 된 상속재산에 대하여 그 전부 또는 일부를 각 상속인의 단독소유로 하거나 새로운 공유관계로 이행시킴으로써 상속재산의 귀속을 확정시키는 것으로 그 성질상 재산권을 목적으로 하는 법률행위이므로 사해행위취소권 행사의 대상이 될 수 있다."[94]고 판시함으로써, 상속재산 분할협의는 이미 잠정적으로 채무자의 소유로 된 재산에 대한 처분행위이므로 채권자취소권의 대상이 된다는 입장이다.

라. 채권자를 해하는 법률행위

(1) 서론

"채권자를 해한다는 것은 채무자의 재산행위로 말미암아 채무자의 적극재산이 소극재산인 채무의 총액보다 적게 되는 경우를 말하는 것이므로 채무자의 재산적 법률행위로 말미암아 채무자의 채무총액이 적극재산의 총액을 초과한다는 채무초과 또는 무자력을 가리킨다."[95]

그러나 "사해행위 여부의 무자력인지의 여부는, 행위목적물이 채무자의 전체 책임재산 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 판단하여야 할 것이다."[96]

(2) 채무자의 무자력

93) 대법원 2007. 7. 26. 선고 2007다29119 판결.
94) 대법원 2001. 2. 9. 선고 2000다51797 판결; 대법원 2007. 7. 26. 선고 2007다29119 판결; 대법원 2008. 3. 13. 선고 2007다73765 판결.
95) 대법원 1962. 11. 15. 선고 62다634 판결.
96) 대법원 2010. 9. 30. 선고 2007다2718 판결; 대법원 2011. 10. 13. 2011다28045 판결.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

채무자의 자력을 산정함에 있어서는 채무자의 신용 등도 포함하여야 하며 조건부 채권 및 기한부 채권도 평가하여야 한다.[97] 채권을 평가하는 경우에는 그것이 용이하게 변제받을 수 있는 때에만 포함시켜야 하며, 압류금지재산은 공동담보가 될 수 없으므로 이를 적극재산에 포함시켜서는 안된다.[98] 한편 채권자가 물적 담보를 가지고 있는 경우에는 우선변제가 확보된 범위에서 그 채무를 소극재산에서 제외하고, 또 그 범위에서 담보재산도 적극재산에서 제외하여야 하며 채무자 소유부동산에 제3자의 담보권이 설정되어 있는 경우에도 그 담보권으로 담보된 채권액을 제외한 나머지 부분만이 일반채권자의 공동담보로 되는 책임재산이 되므로 그 부분만을 적극재산으로 보아야 한다.[99]

채무자의 무자력 여부의 판단 시점과 관련하여, 판례는 "채무자의 재산처분행위가 사해행위가 되는지 여부는 처분행위 당시를 기준으로 판단하여야 하므로, 담보로 제공된 부동산이 사해성 여부가 문제되는 재산처분행위가 있은 후에 임의경매 등 절차에서 환가가 진행된 경우, 그 재산처분행위의 사해성 여부를 판단하기 위한 부동산 가액의 평가는 부동산 가액의 하락이 예상되는 등 특별한 사정이 없는 한 사후에 환가된 가액을 기준으로 할 것이 아니라 사해성 여부가 문제되는 재산처분행위 당시의 시가를 기준으로 하여야 한다."[100]고 하고, 가등기에 기하여 본등기가 경료된 경우 가등기의 원인인 법률행위와 본등기의 원인인 법률행위가 명백히 다른 것이 아닌 한 사해행위의 요건의 구비 여부는 가등기의 원인된 법률행위 당시를 기준으로 하여 판단하여야 한다고 한다.[101]

만약 채무자가 연속하여 수 개의 재산처분행위를 한 경우에는 전체로서가 아니고 각 행위에 대하여 무자력을 초래하였는지를 검토하여야 하고,[102] 일련의 행위를 하나의 행위로 볼 특별한 사정이 있는 때에는 이를 일괄하여 전체로서 사해성이 있는지 판단하게 되고, 이 때 그러한 특별한 사정이 있는지 여부를 판단함에 있어서는 처분의 상대방이 동일한지 처분이 시간적으로 근접한지 상대방과 채무자가

97) 송덕수a, 1070면.
98) 대법원 2005. 1. 28. 선고 2004다58963 판결.
99) 대법원 2007. 7. 26. 선고 2007다23081 판결.
100) 대법원 2002. 11. 8. 선고 2002다41589 판결.
101) 대법원 1998. 3. 10. 선고 97다51919 판결.
102) 대법원 2001. 4. 27. 선고 2000다69026 판결.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

특별한 관계가 있는지 처분의 동기 내지 기회가 동일한지 등이 구체적 기준이 되어야 한다.[103] 그 밖에 채권자가 취소권을 행사하는 때 즉 사실심의 변론종결 당시에도 무자력이어야 한다.[104] 따라서 처분행위 당시에는 채권자를 해하는 무자력이었더라도 그 후 채무자가 자력을 회복하거나 채무가 감소하여 취소권 행사시에 채권자를 해하지 않게 되었다면 채권자취소권에 의하여 책임재산을 보전할 필요성이 없으므로 채권자취소권은 소멸한다.[105]

(3) 구체적 사례에 대한 검토

(가) 부동산의 매각 및 양도

부동산을 타인에게 무상으로 양도하는 행위는 사해행위가 되는 것은 당연한 것이나[106] 부동산을 양도 매각한 경우가 문제된다. 통설은 채무자가 수익자에게 상당한 가격으로 책임재산을 매각할 경우 채무자와 수익자 사이의 통모의 경우를 제외하고는 사행성을 부정하고 있다. 그 이유는 매각대금의 사용의 용도에 따라 사해행위 성부를 결정하는 것은 법률관계를 극도로 불안정하게 한다는 것과 취소에 의하여 직접적으로 손해를 입은 자는 채무자가 아니고 제3자라는 것이다. 또한 일반인으로 하여금 채무초과자와의 거래를 불필요하게 경계하게 되고 시가상당으로 처분한 이상 채무자의 공동담보에 어떤 변화도 없다는 것이다.[107]

그러나 판례는 채무자가 유일한 재산인 부동산을 매각하여 소비하기 쉬운 금전으로 바꾸는 행위는 그 매각이 채권자에 대한 정당한 변제에 충당하기 위하여 상당한 가격으로 이루어졌다든가 하는 특별한 사정이 없는 한 원칙적으로 사해행위가 된다고 한다.[108] 그리고 채무초과의 상태에서 채권자 1인과 통모하여 그에게 부동산을 매각한 뒤 그의 매매대금채권과 그 채권자의 채권을 상계한 경우에 관하여 사해행위를 인정하였다.[109] 그러나 연대보증인이 그의 유일한 재산을 처분하였더라

103) 대법원 2006. 9. 14. 선고 2005다74900 판결.
104) 대법원 2007. 11. 19. 선고 2007다54849 판결.
105) 대법원 2009. 3. 26. 선고 2007다63102 판결.
106) 대법원 1990. 11. 23. 선고 90다카27198 판결.
107) 박준서 편집대표, 앞의 책, 78면.
108) 대법원 2001. 4. 24. 선고 2000다41875 판결.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

도 주채무의 전액에 관하여 주채무자 또는 제3자의 부동산으로 이미 우선변제권이 확보되어 있었다면 사해행위가 아니라고 한다.[110]

나아가 판례는 주채무의 보증인이 있더라도 채무자가 보증인에 대하여 부담하는 사전구상채무를 별도로 소극재산으로 평가할 수는 없고, 보증인이 변제로 채권자를 대위할 경우 자기의 권리에 의하여 구상할 수 있는 범위에서 채권 및 그 담보에 관한 권리를 행사할 수 있으므로, 사전구상권을 피보전권리로 주장하는 보증인에 대하여도 사해행위가 성립하지 않는다고 한다.[111]

채무자가 채무초과의 상태에서 근저당권이 설정된 부동산을 매도하는 경우에는 부동산 가액에서 피담보채권액을 공제한 잔액의 범위 내에서는 사해행위가 된다.[112]

또한 명의수탁자가 취득한 부동산은 채무자인 명의수탁자의 일반 채권자들의 공동담보로 되는 책임재산이 되고 명의신탁자는 명의수탁자에 대한 관계에서 금전채권자 중 한 명에 지나지 않으므로 명의수탁자의 재산이 채무의 전부를 변제하기에 부족한 경우 명의수탁자가 그 부동산을 명의신탁자 또는 그가 지정하는 자에게 양도하는 행위는 특별한 사정이 없는 한 다른 채권자의 이익을 해하는 것으로서 다른 채권자들에 대한 관계에서 사해행위가 된다.[113]

나아가 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 일반 채권자들의 공동담보에 부족이 생기거나 그 부족이 심화된 경우에는 그 증여행위의 사해성을 부정할 수는 없다고 한다.[114]

(나) 변제 및 대물변제

채무자가 특정한 채권자에게만 변제 하였을 경우 사해행위가 되는가가 문제가

109) 대법원 1994. 6. 14. 선고 94다2961 판결.
110) 대법원 2000. 12. 8. 선고 2000다21017 판결.
111) 대법원 209. 6. 23. 선고 2009다549 판결.
112) 대법원 1996. 5. 14 선고 95다50875 판결.
113) 대법원 2008. 9. 25. 선고 2007다 74874 판결.
114) 대법원 2009. 3. 26. 선고 2007다63102 판결.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

된다. 통설은 변제에 의하여 적극재산이 감소되지만 동시에 소극재산도 감소되므로 전체로서의 채무자의 자력에 증감이 없고, 채무자는 다른 채권자가 있더라도 변제를 거절하지 못하기 때문에 원칙적으로 사해행위로 되지 않지만, 일부채권자와 통모하여 다른 채권자를 해할 의도로 변제하는 경우에 사해행위가 성립한다고 한다.[115] 판례도 "채무자가 기존채무를 변제하는 것이 채무자의 총재산에 증감을 가져오는 것은 아니며, 채권자 평등의 원칙도 채무자의 의사에 따른 자유로운 변제까지 제한하는 것은 아니므로 변제로 인하여 다른 채권자에 대한 변제 자력이 없게 되었더라도 사해행위가 성립된다고는 볼 수 없다."[116]고 한다.

새로운 약속어음을 발행하는 행위는 사해행위로 볼 수 있고,[117] 대물변제도 상당한 가격으로 행하여진 경우에는 사해행위가 아니라고 한다.[118] 다만 채무자가 특히 일부의 채권자와 통모하여 다른 채권자를 해할 의사를 가지고 대물변제를 한 때는 사해행위가 되고,[119] 채무자의 재산이 채무의 전부를 변제하기에 부족한 경우에 그의 유일한 재산인 부동산으로 대물 변제하였다면 그러한 행위는 특별한 사정이 없는 한 사해행위가 된다.[120]

대물변제나 담보조로 제공된 재산이 채무자의 유일한 재산이 아니거나 그 가치가 채권액에 미달한다고 하여도 마찬가지이다.[121] 그리고 채무초과의 상태에 있는 채무자가 여러 채권자 중 일부에게만 채무의 이행과 관련하여 그 채무의 본래 목적이 아닌 다른 채권 기타 적극재산을 양도하는 행위는 채무자가 특정 채권자에게 채무 본지에 따른 변제를 하는 경우와는 달리 원칙적으로 다른 채권자들에 대한 관계에서 사해행위가 될 수 있다고 한다. 다만 이러한 경우에도 사해성의 일반적인 판단기준에 비추어 그 행위가 궁극적으로 일반채권자를 해하는 행위로 볼 수 없는 경우에는 사해행위의 성립이 부정될 수 있다고 하였다.[122] 그에 비하여 우선변제권 있는 채권자에 대한 대물변제의 제공행위는 특별한 사정이 없는 한 다른 채권자들

115) 박준서 편집대표, 앞의 책, 79-81면.
116) 대법원 1967. 4. 25. 선고 67다75 판결.
117) 대법원 2002. 10. 25. 선고 2000다64441 판결.
118) 대법원 1962. 11. 15. 선고 62다634 판결.
119) 대법원 2003. 6. 24. 선고 2003다1205 판결.
120) 대법원 1990. 11. 23. 선고 90다카27198 판결.
121) 대법원 2007. 7. 12. 선고 2007다18218 판결.
122) 대법원 2010. 9. 30. 선고 2007다2718 판결.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

의 이익을 해한다고 볼 수 없어 사해행위가 되지 않는다.[123]

(다) 물적 담보의 제공

일부의 채권자를 위하여 저당권의 설정 기타의 물적 담보를 제공하는 것은 원칙적으로 사해행위가 아니다. 그러나 이미 채무초과의 상태에 빠져있는 채무자가 그의 유일한 재산인 부동산을 채권자 중의 어느 한 사람에게 담보로 제공하는 행위는 원칙적으로 다른 채권자들에 대한 관계에서 사해행위가 된다고 한다. 다만 그러한 경우라 할지라도 사업을 계속 추진하기 위하여 특히 신규자금을 융통받기 위하여 부득이 특정한 채권자에게 담보로 제공하는 것과 같은 특별한 사정이 있는 때에는 사해행위가 아니다.[124]

그런데 판례는 "채무자가 사업 활동에서 실제로 활용할 수 있는 신규자금의 유입과 기존채무의 이행기의 연장 내지 채권회수 조치의 유예는 사업의 갱생이나 계속적 추진을 위하여 가지는 경제적 의미가 동일하다고 볼 수 없다고 하면서, 비록 사업의 갱생이나 계속 추진의 의도에서 근저당권을 설정하였다고 하더라도 신규자금의 융통 없이 단지 기존채무의 이행을 유예받기 위하여 채권자 중 한 사람에게 담보를 제공하는 행위는 다른 특별한 사정이 없는 한 다른 채권자들에 대한 관계에서는 사해행위에 해당한다."[125]고 한다. 한편 판례는 어느 특정 채권자에 대한 담보제공행위가 사해행위가 되기 위해서는 채무자가 이미 채무초과 상태에 있을 것과 그 채권자에게만 다른 채권자에 비하여 우선변제를 받을 수 있도록 하여 다른 일반 채권자의 공동담보를 감소시키는 결과를 초래할 것을 그 요건으로 한다고 하면서, 특정 채권자에게 부동산을 담보로 제공한 경우 그 담보물이 채무자 소유의 유일한 부동산인 경우에 한하여만 사해행위가 성립한다고 한다."[126]

그리고 수익자가 채무초과 상태에 있는 채무자의 부동산에 관하여 설정된 선순위 담보가등기의 피담보채무를 변제하여 그 가등기를 말소하는 대신 동일한 금액을 피담보채무로 하는 새로운 담보가등기를 설정하는 것은 사해행위가 아니지만, 선순위 담보가등기를 말소시킨 후 그 부동산에 관하여 매매예약을 하고 그에 기하

123) 대법원 2008. 2. 14. 선고 2006다33357 판결.
124) 대법원 2001. 5. 8. 선고, 2005다50015 판결.
125) 대법원 2009. 3. 12. 선고, 2008다29215 판결.
126) 대법원 2008. 2. 14. 선고, 2005다47106 판결.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

여 소유권이전등기 청구권 보전의 가등기를 한 경우에는 부동산가액에서 피담보채무액을 공제한 잔액의 범위 내에서 사해행위가 성립한다고 한다.[127]

그리고 판례는 주택임대차보호법 제8조의 소액보증금 최우선변제권은 임차목적주택에 대하여 저당권에 의하여 담보된 채권, 조세 등에 우선하여 변제받을 수 있는 일종의 법정담보물권을 부여한 것이므로 채무자가 채무초과상태에서 채무자 소유의 유일한 주택에 대하여 소정의 임차권을 설정해준 행위는 채무초과상태에서의 담보제공행위로서 채무자의 총재산의 감소를 초래하는 행위가 되는 것이고 따라서 그 임차권설정행위는 사해행위취소의 대상이 된다고 한다.[128]

(라) 인적 담보의 제공

채무자가 보증채무나 연대채무를 부담하는 행위는 소극재산을 증가시키는 것으로서 사해행위가 되지만 주채무에 관하여 주채무자 또는 제3자 소유의 재산에 저당권 등 물적 담보가 있는 경우에는 그 범위에서는 사해행위가 아니라고 할 것이다.[129] 그러나 보증채무의 경우에는 채무자에게 최고·검색의 항변권이 있으므로(민법 제437조), 만약 주채무자에게 충분한 변제 자력이 있다는 것을 보증인이 증명한 때에는 사해행위를 구성하지 않는다고 한다.[130]

3. 사해의사

가. 채무자의 사해의사

채권자취소권이 인정되려면 채무자가 사해행위에 의하여 채권자를 해함을 알고 있었어야 한다. 이것을 '사해의 의사'라고 한다. 그러나 이는 적극적인 의욕이 아니고 소극적인 인식으로 충분하다.[131] 그것도 특정한 채권자를 해한다는 것을 인식할

127) 대법원 2003. 7. 11. 선고, 2003다19435 판결.
128) 대법원 2005. 5. 13. 선고, 2003다50771 판결.
129) 대법원 2003. 7. 8. 선고 2003다13246 판결.
130) 김종배, "채권자취소권의 본질과 행사에 관한 연구", 경기대학교 박사학위논문, 2013, 45면.
131) 대법원 2009. 3. 26. 선고 2007다63102 판결.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

필요는 없고 일반적으로 채권자를 해한다는 것 즉 공동담보에 부족이 생긴다는 것을 알고 있으면 된다.[132]

채무자가 연대보증인인 경우에 그에게 부동산의 매도행위 당시 사해의 의사가 있었는지 여부는 그가 자신의 자산상태가 채권자에 대한 연대보증채무를 담보하는 데 부족하게 되리라는 것을 인식하였는가 하는 점에 의하여 판단하여야 하고, 주채무자의 자산상태가 채무를 담보하는 데 부족하게 되리라는 것까지 인식하였어야만 하는 것은 아니다.[133] 그 인식의 기준 시기는 사해행위가 행하여진 때이다. 따라서 사해의 의사를 판단함에 있어서는 사해행위 당시까지의 사정을 기초로 하게 되나 그 후의 사정도 간접사실로서 판단에 고려되어야 한다.[134]

나. 수익자 또는 전득자의 사해의사

사해행위취소가 가능하려면 사해행위로 인하여 이익을 받은 자나 전득한 자가 그 행위 또는 전득 당시에 채권자를 해함을 알고 있었어야 한다. 즉 수익자만이 있을 때에는 그가 악의이어야 하고 전득자도 있는 때에는 그들 중 적어도 하나가 악의이어야 한다. 여기의 악의도 사해의 사실에 대한 인식으로 충분하다.[135] 수익자 또는 전득자의 악의는 채권자가 증명할 필요가 없고 책임을 면하려는 수익자 또는 전득자가 그들의 선의를 증명하여야 한다.[136] 판례는 "수익자의 선의 여부는 채무자와 수익자의 관계, 채무자와 수익자 사이의 처분행위의 내용과 그에 이르게 된 경위 또는 동기, 그 처분행위의 거래조건이 정상적이고 이를 의심할만한 특별한 사정이 없으며 정상적인 거래관계임을 뒷받침할만한 객관적인 자료가 있는지 여부 그 처분행위 이후의 정황 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 논리적·경험칙에 비추어 합리적으로 판단하여야 한다."[137]고 판시하고 있다.

한편 사해행위취소 소송에서는 수익자의 선의 여부만이 문제되고 수익자의 선의

132) 대법원 1998. 5. 12. 선고 97다57320 판결.
133) 대법원 2010. 6. 10. 선고 2010다12067 판결.
134) 대법원 2000. 12. 8. 선고 99다31940 판결.
135) 이계정, "채권자취소권의 주관적 요건으로서의 사해의사에 관한 연구", 「사법논집 제40집」, 법원도서관, 2005, 261-272면(이계정b라 한다).
136) 대법원 1962. 2. 8. 선고 61다722 판결.
137) 대법원 2008. 7. 10. 선고 2007다74621 판결.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

에 과실이 있는지 여부는 문제되지 않는다.[138] 사해행위인지가 문제되는 법률행위가 대리인에 의하여 이루어진 때에는 수익자의 사해의사 또는 전득자의 사해행위에 대한 악의의 유무는 대리인을 표준으로 결정하여야 한다.[139]

제4절 채권자취소권의 행사

1. 채권자취소권의 당사자

가. 취소권자

채무자의 사해행위로 인하여 해를 입게 되는 채권자가 취소권자 즉 취소소송에서 원고가 된다. 다만 채권자취소권도 채권자대위권의 목적이 될 수 있으므로 채권자의 채권자도 대위권의 행사에 의하여 원고가 될 수 있다.[140] 사해행위취소소송은 이행의 소와 형성의 소의 결합이므로 이행의 소를 제기할 수 있는 자, 즉 그러한 청구권이 있다고 주장하는 자이면 모두 원고적격이 인정된다. 따라서 법원은 사건을 심리함에 있어 원고에게 채무자에 대한 피보전채권이 있는지 및 채무자와 수익자 또는 전득자 사이의 사해행위가 취소의 대상적격이 되는지를 판단하여야 한다.[141]

전자의 요건인 채권자에게 채무자에 대한 채권이 없는 사실이 증명된 경우에 이를 소송요건, 즉 당사자적격의 문제로 보고 소를 기각하여야 한다는 견해도 있다.[142] 이는 취소권의 본질을 어떻게 보든 피보전채권의 존재는 채권자대위소송에서의 그것이 소송신탁이라고 보는 것과는 달리 직접적으로 채권자취소권발생의 법률요건이지 당사자적격의 소송실시권인 소송요건이 아니라 채권자취소권 발생요건 해당사실로 보아야 하므로 청구를 기각하여야 한다. 반면에 채권자대위소송에서 채권자가 채무자에 대한 피보전채권이 없음이 증명된 경우에는 채권자대위소송의 당

138) 대법원 2007. 11. 29. 선고 2007다52430 판결.
139) 대법원 2006. 9. 8. 선고 2006다22661 판결.
140) 박준서 편집대표, 앞의 책, 86면.
141) 오시영, 채권자취소권, 숭실대학교 출판부, 2010, 262면.
142) 박준서 편집대표, 앞의 책, 86면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

사자적격의 흠결에 해당되기 때문에 청구기각 판결을 할 것이 아니라 소각하 판결을 하여야 한다.[143]

나. 상대방

채권자취소권 행사의 상대방, 즉 취소소송의 피고는 이익반환청구의 상대방인 수익자 또는 전득자이며 채무자만이 피고로 되거나 채무자를 피고에 추가할 수 없다.[144] 따라서 사해행위가 채무면제와 같은 단독행위인 경우에도 수익자만을 상대방으로 하여야 하고, 수익자 외에 전득자가 있는 경우는 그들 모두가 악의인지 여부에 따라 다르게 된다. 둘 모두가 악의인 때에는 채권자는 전득자를 상대로 재산의 반환을 청구할 수도 있고 수익자를 상대로 이익반환을 청구할 수도 있다. 그러나 수익자만이 악의인 때에는 수익자를 상대로 이익의 반환을 청구하여야 하며 전득자만이 악의인 때에는 전득자를 상대로 재산의 반환을 청구하여야 한다.[145]

채권자의 사해행위취소 및 원상회복청구가 인정되면 수익자 또는 전득자는 원상회복으로서 사해행위의 목적물을 채무자에게 반환할 의무를 지게 되고, 원물반환이 불가능하거나 현저히 곤란한 경우에는 원상회복의무의 이행으로써 사해행위 목적물의 가액 상당을 배상하여야 하는바, 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, 그 외에 그와 같이 불가능하게 된 데에 상대방인 수익자 등의 고의나 과실을 요하는 것은 아니다. 원물반환이 불가능하거나 현저히 곤란한 경우라 함은 원물반환이 단순히 절대적, 물리적으로 불능인 경우가 아니라 사회생활상의 경험법칙 또는 거래상의 관념에 비추어 채권자가 수익자나 전득자로부터 이행의 실현을 기대할 수 없는 경우이다. 수익자가 전득자로부터 목적물의 소유권을 회복하여 이를 다시 채권자에게 이전하여 줄 수 있는 특별한 사정이 없는 한 그로써 채권자에 대한 목적물의 원상회복의무는 법률상 이행불능의 상태에 있다고 봄이 상당하다.[146]

---

143) 대법원 1993. 2. 12. 선고 92다25151 판결.
144) 대법원 1965. 2. 24. 선고 64다1541 판결; 대법원 2009. 1. 15. 선고 2008다72394 판결.
145) 송덕수a, 1102면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

2. 취소권의 행사방법

가. 채권자의 이름으로 행사

채권자취소권은 민법 제406조에 근거한 실체법상의 권리로서 채권자의 고유한 권리로서 채권자는 모든 채권자들의 공동담보를 확보하기 위하여 고유의 채권자취소권을 가진다 할 것이며, 채무자가 이러한 권리를 가지지 못하므로 채권자취소권을 행사하는 채권자는 자기의 이름으로 직접 행사하는 것이지 채무자의 이름으로 행사하는 것이 아니다. 마찬가지로 채무자의 대리인으로서 행사하는 것도 아니며 채무자의 권리를 대위하여 행사하는 것도 아니다.[147]

나. 재판상 청구

민법 제406조 제1항은 "채권자는 그 취소 및 원상회복을 법원에 청구할 수 있다."고 하여 채권자취소권의 행사를 재판상 청구하도록 제한하고 있다. 이와 같이 채권자취소권을 재판상 행사하게 하는 이유는 채권자취소권은 제3자의 이해에 중대한 관계가 있기 때문에 법원으로 하여금 취소권의 요건을 판단케 하여 이를 모든 채권자와 사이 공평하게 하기 위해서이다.[148] "법원에 청구" 한다는 의미를 판례는 "채무자가 채권자를 해함을 알고 재산권을 목적으로 한 법률행위를 한 경우 채권자는 사해행위의 취소를 법원에 소를 제기하는 방법으로 청구할 수 있을 뿐 소송상의 공격방법으로 주장할 수 없다."[149]고 하여 청구취지를 사해행위의 취소 및 원상회복을 명하는 방법으로 제기하는 것으로 이해한다.

3. 사해행위취소소송의 경합

146) 대법원 1998. 5. 15. 선고 97다58316 판결.
147) 오시영, 앞의 책, 270면.
148) 곽윤직, 앞의 책, 154면.
149) 대법원 1995. 7. 25. 선고 95다8393 판결; 대법원 1998. 3. 13. 선고 95다48599, 48605 판결.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

가. 경합의 문제

채권자취소권의 요건을 갖춘 각각의 채권자는 공동원고가 되어 취소소송을 제기하여 각 피보전채권액의 합계액 범위 내에서 취소권을 행사할 수 있고, 다른 채권자가 배당 요구할 것이 명백한 경우에는 예외적으로 위 합계액을 초과하여 취소권을 행사할 수도 있다.[150] 또한 여러 명의 채권자가 사해행위취소 및 원상회복청구의 소를 제기하여 여러 개의 소송이 계속 중인 경우에는 각 소송에서 채권자의 청구에 따라 사해행위의 취소 및 원상회복을 명하는 판결을 선고하여야 하고, 수익자가 가액배상을 하여야 할 경우에도 수익자가 반환하여야 할 가액을 채권자의 채권액에 비례하여 채권자별로 안분한 범위 내에서 반환을 명할 것이 아니라, 수익자가 반환하여야 할 가액 범위 내에서 각 채권자의 피보전채권액 전액의 반환을 명하여야 한다고 한다. 그에 따라 채권자는 동시 또는 이시에 각각의 사해행위취소소송을 제기할 수 있다.[151]

나. 병합심리가 되는 경우

채권자인 원고들의 피보전채권액의 합계가 가액배상 한도액보다 적은 경우는 그 원상회복으로 원고들의 각 청구액대로 가액배상을 명하면 되므로 큰 문제는 없다.[152] 그러나 원고들의 피보전채권액 합계가 가액배상 한도액을 초과하는 경우가 문제가 된다.

판례는 “채권자취소권의 요건을 갖춘 각 채권자는 고유의 권리로서 채무자의 재산처분 행위를 취소하고 그 원상회복을 구할 수 있으므로 여러 명의 채권자가 사해행위취소 및 원상회복청구의 소를 제기하여 여러 개의 소송이 계속 중인 경우에는 각 소송에서 채권자의 청구에 따라 사해행위의 취소 및 원상회복을 명하는 판결을 선고하여야 하고, 수익자 또는 전득자가 가액배상을 하여야 할 경우에도 수익자 등이 반환하여야 할 가액을 채권자의 채권액에 비례하여 채권자별로 안분한 범

150) 대법원 1997. 9. 9. 선고 97다10864 판결.
151) 대법원 2005. 11. 25. 선고 2005다51457 판결.
152) 대법원 2008. 6. 12. 선고 2008다8690, 8706 판결.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

위 내에서 반환을 명할 것이 아니라, 수익자 등이 반환하여야 할 가액 범위 내에서 각 채권자의 피보전채권액 전액의 반환을 명하여야 한다. 이와 같은 법리는 여러 명의 채권자들이 제기한 각 사해행위취소 및 원상회복청구의 소가 민사소송법 제141조에 의하여 병합되어 하나의 소송절차에서 심판을 받는 경우에도 마찬가지이다."[153]고 하여, 수익자가 반환하여야 할 가액 범위 내에서 각 채권자의 피보전채권액 전액의 반환을 명하여야 한다고 한다.

다. 병합심리가 되지 않은 경우

여러 개의 사해행위취소소송이 병합 심리되지 않은 상태에서 어느 하나의 취소소송의 판결이 선고되어 확정된 경우 후행 취소소송에서 선행 판결을 존중하여 각 채권액의 비율만큼 안분하여 지급을 명하는 가액판결을 하여야 하는지 문제된다.

판례는 "여러 개의 소송에서 수익자가 배상하여야 할 가액 전액의 반환을 명하는 판결이 선고되어 확정될 경우 수익자는 이중으로 가액을 반환하게 될 위험에 처할 수 있을 것이나, 수익자가 어느 채권자에게 자신이 배상할 가액의 일부 또는 전부를 반환한 때에는 그 범위 내에서 다른 채권자에 대하여 청구이의 등의 방법으로 이중지급을 거부할 수 있을 것이다."[154]고 한다. 즉 수익자가 반환하여야 할 가액을 채권자의 채권액에 비례하여 채권자별로 안분한 범위 내에서 반환을 명할 것이 아니라 수익자가 반환하여야 할 가액 범위 내에서 각 채권자의 피보전채권액 전액의 반환을 명하여야 하고, 수익자는 자신이 이중으로 채권자에게 가액을 반환하게 될 위험에 처하게 될 때에는 청구이의의소로 항변하라는 것으로 채권자를 보호하고 있다.

제5절 채권자취소권의 소멸

1. 채권자취소권의 행사기간

153) 대법원 2008. 6. 12. 선고 2008다8690 판결.
154) 대법원 2008. 4. 24. 선고 2007다84352 판결.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

채권자취소권의 행사기간에 관해 “독일의 경우는 10년 내에 행사하여야 하고 법률행위가 있는 후 30년이 경과하면 소멸한다고 규정한다(채권자취소법 제3조 제1항 제1호 및 동조 b). 프랑스에서는 별도의 규정이 없고 소권의 일반원칙에 따라 30년의 시효로 소멸한다고 한다(프랑스 민법 제2262조). 일본 민법 제426조는 취소의 원인을 안 때로부터 2년, 사해행위가 있는 때로부터 20년의 시효로 소멸한다고 규정하고 있다.”[155]

그런데 우리나라는 사해행위취소소송은 채권자가 취소원인을 안날로부터 1년, 법률행위가 있는 날로부터 5년 내에 제기하여야 한다고 규정하고 있다(민법 제406조 제2항). 우리나라가 다른 나라보다도 채권자취소권에 관해 단기의 규정을 둔 이유는 채권자의 채권은 보통의 취소권과는 달리 법률행위의 성립요건에 흠이 있다는 것이 아니라 일단 유효하게 성립한 법률행위를 공동담보의 보전을 위하여 취소하는 것이므로 제3자에게 미치는 영향이 크기 때문에 그 법률관계를 빨리 확정하려는 것이다.[156]

2. 기간의 성질

기간의 성질을 제척기간으로 보고 있다.[157] 소멸시효와는 달리 상대방으로부터 기간이 경과하였다는 주장이 없더라도 법원이 직권으로 기간경과에 의한 권리소멸 여부를 심리·판단하여야 한다.[158] 다만 법원에 현출된 모든 소송자료를 통하여 살펴보았을 때 그 기간이 도과되었다고 의심할 만한 사정이 발견되지 않은 경우까지 법원이 직권으로 추가적인 증거조사를 하여 기간 준수 여부를 확인하여야 할 의무는 없다.[159]

3. 기간의 기산점

155) 박준서 편집대표, 앞의 책, 114면.
156) 곽윤직, 앞의 책, 156면.
157) 대법원 1980. 7. 22. 선고 80다795 판결.
158) 대법원 2001. 2. 9. 선고 2000다65536 판결.
159) 대법원 1996. 5. 14. 선고 95다50875 판결; 대법원 2001. 2. 27. 선고 2000다44348 판결.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

가. 취소원인을 안 날

채권자가 취소원인을 안 날이라 함은 단순히 채무자가 재산처분행위를 한 사실을 아는 것만으로는 부족하고 구체적인 사해행위의 존재를 알고 나아가 채무자에게 사해의 의사가 있었다는 사실까지 알 것을 요하며[160] 사해의 객관적 사실을 알았다고 하여 취소의 원인을 알았다고 추정되는 것도 아니다.[161]

1년의 제척기간의 기산일에 대하여 판례는 "채권자취소권의 행사에 있어서 제척기간의 기산점인 채권자가 취소원인을 안 날은 채권자가 채권자취소권의 요건을 안 날, 즉 채무자가 채권자를 해함을 알면서 사해행위를 하였다는 사실을 알게된 날을 의미하고, 채권자가 취소원인을 알았다고 하기 위하여서는 단순히 채무자가 재산의 처분행위를 하였다는 사실을 아는 것만으로는 부족하고 구체적인 사해행위의 존재를 알고 나아가 채무자에게 사해의 의사가 있었다는 사실까지 알 것을 요하며 사해행위의 객관적 사실을 알았다고 하여 취소의 원인을 알았다고 추정할 수는 없다."[162]고 하여 채권자가 사해행위를 알았다는 의미를 채무자의 사해행위에 대하여 구체적인 사해행위의 내용과 사해의사를 안 날을 기산으로 하여야 한다고 하였다.

나. 법률행위 있는 날

법률행위라 함은 사해행위를 가리키므로 채무자와 수익자 사이의 행위를 말하며, 수익자와 전득자의 행위를 가리키지는 않고 어느 시점에서 사해행위에 해당하는 법률행위가 있었는가를 따짐에 있어서는 당사자 사이의 이해관계에 미치는 중대한 영향을 고려하여 신중하게 판단하여야 한다. 또한 형식적인 증거에 근거할 것이 아니라 실제로 사해행위가 이루어진 날을 표준으로 판정할 것이다.[163] 등기일자의 경우에는 등기의 추정력과의 관계상 다른 특별한 사정이 없는 한 처분문서에 기초한 것으로 보이는 등기부상 등기원인일자를 중심으로 사해행위가 실제로 있었는지 여

160) 대법원 2003. 12. 12. 선고 2003다30616 판결.
161) 대법원 1989. 9. 12. 선고 88다카26475 판결.
162) 대법원 2006. 7. 4. 선고 2004다61280 판결.
163) 이순동,「채권자취소권」, 육법사, 2010, 460면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

부를 판정할 수밖에 없다.[164] 그러나 등기원인일자가 실제 사해행위를 한 일자보다 소급한 일자임을 원고가 밝힌 경우에는 실제 일자를 기준으로 하여야 함은 물론이다.[165]

다. 가등기에 기한 본등기가 종료된 경우

가등기와 본등기의 각 원인이 명백하게 다르지 아니한 경우 채권자취소권행사의 제척기간의 기산점은 가등기의 등기원인인 법률행위를 기준으로 기산한다.[166] 또한 채권자가 가등기의 원인행위가 사해행위임을 안 때부터 1년 내에 사해행위취소를 구하였다가 소송 중 본등기에 대해서도 사해행위취소를 청구할 경우 본등기에 대한 사해행위 안 때의 기산점은 가등기가 기준이 된다. 즉 채권이 1년을 도과하여 본등기의 사해행위취소를 구하더라도 이미 가등기에 대한 사해행위취소가 진행되었기 때문에 1년의 제척기간이 도과 되지 않는 것이 되어 적법하다고 한다.[167]

라. 수익자와 전득자의 제척기간

사해행위라는 것은 수익자와 전득자간의 행위가 아니라 채무자와 수익자간의 행위이므로 전득자를 상대로 소송을 제기할 경우에도 사해행위인 후자를 기준으로 제척기간을 기산하여야 한다.[168]

---

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

165) 대법원 2002. 7. 26. 선고 2001다73138, 73145 판결.

166) 대법원 1993. 1. 26. 선고 92다11008 판결; 대법원 1996. 11. 8. 선고 96다26329 판결; 대법원 1999. 4. 9. 선고 99다2515. 판결.

167) 대법원 2006. 12. 21. 선고 2004다24960 판결.

168) 대법원 2005. 6. 9. 선고 2004다17535 판결; 판결채권자가 전득자를 상대로 민법 제406조 제1항에 의한 채권자취소권을 행사하기 위해서는, 같은 조 제2항에서 정한 기간 안에 사해행위의 취소를 소송상 공격방법의 주장이 아닌 법원에 소를 제기하는 방법으로 청구하여야 하고, 비록 채권자가 수익자를 상대로 사해행위의 취소를 구하는 소를 제기하여 채무자와 수익자 사이의 법률행위를 취소하는 내용의 판결을 선고받아 확정되어도 판결의 효력은 피고가 아닌 전득자에게는 미칠 수 없어, 채권자가 그 소송과는 별도로 전득자에 대하여 채권자취소권을 행사하여 원상회복을 구하기 위해서는 위에서 본 법리에 따라 민법 제406조 제2항에서 정한 기간 안에 전득자에 대한 관계에 있어서 채무자와 수익자 사이의 사해행위를 취소하는 청구를 하지 않으면 아니 된다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

제3장 민법 제407조상 “모든 채권자”의 범위 및 문제점

민법 제406조 제1항 전문과 제407조의 규정에 의한 취소와 원상회복은 “모든 채권자”의 이익을 위하여 그 효력이 있다고 한다. 여기서 말하는 “모든 채권자”의 범위가 확정되어야만 “모든 채권자”와 관련된 문제점 및 보호방안이 논의 될 수 있다.

한편 사해행위취소의 결과 채권자가 취득하는 권리는 원칙적으로 원물반환 청구권이고 그것이 불가능 또는 현저히 곤란한 경우에만 예외적으로 가액배상을 청구할 수 있다는 것이 확립된 판례이다.[169]

이와 같이 판례가 원물반환과 가액배상을 구분하고 있으며 “모든 채권자”의 범위가 다르므로, 제3장에서는 “모든 채권자”의 보호와 관련된 문제점을 논의하되 제1절과 제2절에서 원물반환과 가액배상을, 제3절과 제4절에서 원물반환 및 가액배상에서 “모든 채권자”의 범위와 관련된 문제점을, 제5절에서 “모든 채권자”와 고유채권자와의 문제점을 각 살펴본다.

제1절 원칙으로서의 원물반환

1. 원물반환의 의의

채권자취소권 행사에 대한 원상회복은 원칙적으로 그 목적물 자체의 반환에 의하여 한다는 것이다. 즉 원물반환이 가능한 경우에는 가액배상이 허용되지 않는다는 것이다.[170]

2. 원물반환의 유형

169) 박준서 편집대표, 앞의 책, 99면; 대법원 2007. 7. 12. 선고 2007다18218 판결; 대법원 2015. 5. 21. 선고 2012다952 판결.

170) 대법원 1996. 10. 29. 선고 96다23207 판결; 박준서 편집대표, 앞의 책, 99면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

가. 반환목적물이 동산 또는 금전인 경우

채권자취소권에 의한 원상회복은 채무자의 책임재산의 회복을 의미하기 때문에 원칙적으로 채무자에게 동산을 인도할 것을 청구하여야 한다.[171] 다만 채무자가 수령을 거절하는 등의 경우에는 공탁하여야 한다는 견해와 채무자 또는 취소채권자 중 누구에게 인도할 것을 청구하느냐의 취소채권자의 선택에 맡긴다는 견해 등이 있으나, 통설은 채무자가 목적물의 동산을 수령하지 아니하는 경우에는 처치가 곤란한 문제가 생기므로 취소채권자는 상대방에 대하여 직접 자기에게 인도할 것을 청구할 수 있다고 한다.[172]

판례도 "민법 제406조에 의한 사해행위의 취소에 따른 원상회복은 원칙적으로 그 목적물 자체의 반환에 의하여야 하는바, 이 때 사해행위의 목적물이 동산이고 그 현물반환이 가능한 경우에는 취소채권자는 직접 자기에게 그 목적물의 인도를 청구할 수 있다."[173]고 판시하여 목적물이 금전이나 동산인 경우에는 채권자가 직접 자기에게 지급 또는 인도할 것을 청구할 수 있다고 한다.

통설과 판례의 입장이 타당하다고 보여진다. 취소채권자는 사해행위취소소송을 통하여 채무자가 악의로 수익자에게 인도 내지 교부한 동산 및 금전을 반환시키는 것인데, 만약 채무자가 동산 및 금전을 반환받았을 경우 채무에 시달리는 채무자는 다시 동산 및 금전을 소비할 수 있는 여지가 상당할 것이다. 그에 따라 오랜 시간을 들여 힘들게 승소판결을 받은 취소채권자는 동산 및 금전에 대한 집행의 기회를 놓칠 수 있다.[174] 다만 취소채권자가 수익자로부터 동산 및 금전을 직접 수령하였을 경우 타 채권자와 취소채권자와 사이 동산 및 금전에 대한 배당 부분이 문제가 될 것이다.

나. 반환목적물이 채권인 경우

171) 日本大法院 大正 6(1917). 3. 31. 民錄 第23卷 596면.
172) 박준서 편집대표, 앞의 책, 406면; 오시영, 앞의 책, 294면.
173) 대법원 1999. 8. 24. 선고 99다23468, 23475 판결; 대법원 2008. 4. 24. 선고 2007다84352 판결.
174) 부동산의 경우는 가처분을 통하여 보전처분을 할 수 있으나 동산 및 금전의 경우 보전처분을 하는 것이 어렵기 때문이다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

(1) 채권양도의 경우

(가) 채권양도와 관련된 학설

채권양도의 경우는 취소채권자, 채무자(채권양도인), 수익자(채권양수인), 제3채무자[175](채무자의 채무자)의 제4자간의 문제이다. 채권양도의 경우는, 채무자가 자신이 가지고 있는 제3채무자에 대한 채권을 수익자에게 양도한 경우이다. 취소채권자는 채무자와 수익자 사이의 양도행위에 대해 취소를 구하게 되는데 수익자가 양수받은 제3채무자에 대한 채권을 제3채무자로부터 추심을 완료하였을 경우에는 취소채권자는 수익자가 추심한 금원을 직접 청구하면 되므로 문제가 없다.[176]

문제는 수익자가 제3채무자로부터 추심을 완료하지 못한 경우이다. 이 경우 두 가지의 견해가 있다. 첫째 취소채권자가 제3채무자로부터 직접 청구를 하여 채권을 만족 받을 수 있다는 것이고, 둘째는 취소채권자는 수익자와 제3채무자와의 사해행위를 취소한 다음 강제집행절차를 통하여 자신의 채권을 회수할 수 있다는 것이다.[177]

첫째와 관련된 일본판례는 취소채권자가 취소권의 효력으로 채권자대위권을 기다릴 것도 없이 제3채무자에 대하여 직접 이행청구를 할 수 있다는 것이다.[178] 그 이유는 채권자취소권의 실효를 거두기 위하여 그 효력으로 채권양도의 취소와 아울러 이에 의하여 복귀한 채권의 이행까지도 소구하지 아니하면 아니 되기 때문이라고 한다. 이 판례가 의미하는 것은 취소채권자는 제3채무자로부터 추심한 금원을 자기의 채권변제에 충당할 수 있고 사실상 우선변제를 승인하게 된다는 것을 전제하는 것이다.

둘째와 관련된 일본판례[179]는 취소채권자의 제3채무자에 대한 직접청구를 인정하지 아니하고 사해행위취소의 원상회복의 방법으로서는 수익자(양수인)에 대하여 제

---

175) 사해행위취소소송에서 제3채무자는 엄격히 말하면 제3자이기 때문에 제3자라고 표기하는 것이 맞는 것으로 보이나, 교과서, 논문, 판례가 제3채무자라 표현하므로 제3채무자라 한다.

176) 日本判 昭 29(1954). 4. 2.(民集 8-4, 745); 박준서 편집대표, 앞의 책, 100면.

177) 오시영, “채권자 취소권에 관한 연구”, 중앙대학교 박사학위논문, 2009, 246면; 박준서 편집대표, 앞의 책, 100면.

178) 日東 京地判 昭 60(1985). 9. 19.(金商 772, 31).

179) 日東 京地判 昭 61(1986). 11. 27.(金商 1169, 34).

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

3채무자에 대하여 채권양도가 취소되었다는 취지의 통지를 구할 수 있음에 지나지 아니한다는 것이다. 이 판례가 의미하는 것은 취소채권자가 제3채무자에 대하여 금원의 청구를 하기 위하여 취소판결의 확정이 필요하고 확정 후 취소채권자는 채무자에 대한 집행권원에 기하여 채무자의 제3채무자에 대한 채권에 대하여 강제집행을 하던가 채권자대위권에 기하여 제3채무자로부터 채권을 취득하게 된다고 하는 것이다.[180] 그러므로 채권양도의 취소와 제3채무자에 대한 추심과는 동일소송으로 가는 것을 인정하지 않는다.

(나) 채권양도와 관련된 대법원의 입장

채무자의 수익자에 대한 채권양도가 사해행위로 취소되는 경우 수익자가 제3채무자로부터 아직 채권을 추심하지 아니한 때에는, 취소채권자는 사해행위취소에 따른 원상회복으로서 수익자가 제3채무자에게 채권양도가 취소되었다는 취지의 통지를 하도록 청구할 수 있다. 그런데 사해행위의 취소는 채권자와 수익자의 관계에서 상대적으로 채무자와 수익자 사이의 법률행위를 무효로 하는 데에 그치고, 채무자와 수익자 사이의 법률관계에는 영향을 미치지 아니한다. 따라서 채무자의 수익자에 대한 채권양도가 사해행위로 취소되고 그에 따른 원상회복으로서 제3채무자에게 채권양도가 취소되었다는 취지의 통지가 이루어지더라도, 채권자와 수익자의 관계에서 채권이 채무자의 책임재산으로 취급될 뿐 채무자가 직접 채권을 취득하여 권리자로 되는 것은 아니므로, 채권자는 채무자를 대위하여 제3채무자에게 채권에 관한 지급을 청구할 수 없다.[181]

판례의 입장이 타당하다고 보여진다. 채권자취소권은 원상회복 된 채무자의 책임재산을 추심하는 것이지 원상회복 되지도 않은 책임재산을 취소채권자가 제3채무자에게 직접 추심할 권리까지 부여 한다고 볼 수 없다. 또한 취소채권자와 제3채무자와 사이 계약관계가 없는 것이 그 이유이기도 하다. 판례도 채권자취소권의 기판력이 취소채권자와 수익자 즉 채권양수인과 발생하므로 소송당사자가 아닌 제3채무자에게까지 채권자취소판결의 효력이 생기는 것은 부당하다고 하고 있기 때문이다.[182]

---

180) 박준서 편집대표, 앞의 책, 100면.
181) 대법원 2015. 11. 17. 선고 2012다2743 판결.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

(2) 채권양도 예약의 경우

채권양도는 채무자가 제3채무자에게 이미 가지고 있는 책임재산을 수익자에게 양도하는 것이다. 반면 채권양도 예약의 경우는, 채무자가 제3채무자에게 장래 가지게 될 책임재산을 수익자에게 미리 양도하는 것이다. 위와 같은 사해행위 형태는 공사도급계약에서 자주 발생되고 악용하는 경우가 있다.

예를 들어 취소채권자 A는 B에게 15억 원의 채권이 있다. 한편 B는 C로부터 10억 원의 공사를 수주한다. B는 A로부터의 강제집행에 대비하여 C로부터 위 10억 원에 대한 금전소비대차를 작성한 다음 위 금전소비대차로 C가 B에게 지급할 공사대금에 대해 미리 채권압류 및 전부명령을 받는 것이다. C가 B에게 위와 같이 미리 10억 원의 금전소비대차를 작성해준 이유는 C로서도 위 공사대금에 관해 B의 채권자가 채권압류 등을 할 경우 자금에 허덕이는 B가 공사를 완공하지 못하게 되는 위험성이 있기 때문이다.

판례는 "채무자가 자신의 채무를 담보하기 위하여 현재 보유하고 있거나 장래에 보유하게 될 채권을 일괄하여 채권자에게 양도하기로 하는 예약은 이른바 집합채권의 양도예약에 해당한다. 집합채권의 양도예약은 당사자의 계약 내용이 장차 선택권과 예약완결권의 행사로 채권양도의 효력이 발생하는 경우에 그 채권이 다른 채무의 변제를 위한 담보로 양도될 것을 예정하고 있는지 아니면 다른 채무의 변제에 갈음하여 양도될 것을 예정하고 있는지에 따라 집합채권의 양도담보의 예약 또는 대물변제의 예약으로서의 성질을 가질 수 있고, 그 계약 내용이 명백하지 아니한 경우 일반적인 채권양도에서와 마찬가지로 특별한 사정이 없는 한 채무변제를 위한 담보로 양도되는 것을 예정하고 있는 양도담보의 예약으로 추정된다."[183] 고 한다. 그리고 이와 같은 집합채권의 양도담보의 예약이 체결된 다음 예약완결권의 행사에 기하여 채권이 양도된 경우 사해행위 여부는 양도담보 예약 시를 기준으로 판단하여야 한다고 한다.[184]

---

182) 취소채권자가 수익자를 상대로 직접 청구하는 가액배상의 경우는 수익자 역시 채무자와 악의적으로 책임재산을 처분시키는 것에 협조 내지 가담하였기 때문이지만, 제3채무자는 위 협조 내지 가담에 전혀 관여할 지위에 있지 않기 때문이다.

183) 대법원 2003. 9. 5. 선고 2002다40456 판결.

184) 대법원 2010. 12. 23. 선고 2010다69766 판결; 대법원 2016. 7. 14. 선고 2014다233268

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

(3) 채무면제와 상계의 경우

채무면제와 상계의 경우 취소채권자가 채무자의 수익자(채무자의 채무자)에 대한 채무면제 내지 상계의 의사표시에 대해 사해행위로서 취소하는 경우 수익자에 대하여 부활된 채권을 어떻게 반환받을 것인가가 문제된다.[185] 반환의 방법은 세가지로 보여진다. 첫째 취소채권자는 채무자에 대한 집행권원으로 수익자를 제3채무자로 하여 채권압류 및 추심명령 또는 전부명령으로 집행하면 된다. 둘째 채권자는 채무자를 대위하여 제3채무자에게 채권자대위권으로 집행하면 된다. 문제는 셋째로서 채권자가 수익자를 상대로 채권자취소권의 일환으로 직접 이행을 구할 수 있느냐 여부이다.

채권자가 수익자에게 직접 이행을 구할 수 있는 것은 금전채권인 경우 그 이행을 구할 수 있다고 한다.[186] 이에 대한 근거는 앞서 본 금전채권인 경우 직접청구를 인정하는 것과 같은 이론이다. 즉 목적물이 금전인 경우에 직접청구를 인정한다면 채무자의 채권이 금전채권이라는 것은 바로 목적물이 금전이라는 뜻과 동일하다. 왜냐하면 목적물이 금전인 경우 금전은 그 점유의 이전과 동시에 소유권 귀속의 변동이 생기고 채권자는 동액상당의 금전채권을 가지는 것이지 그것이 특정금전채권이 아닌 소유권에 기한 반환청구권이 생기는 것은 아니기 때문이다. 취소채권자가 수익자에게 직접 청구할 수 있는 근거는 채권자취소권의 권리에 속한다거나,[187] 취소채권자가 총 채권자의 법정 관리자의 입장에서 부활된 채권자 즉 취소채권자의 채무자의 권리를 직접 행사하는 것이라는 견해 등이 있다.[188]

사해행위인 매매가 취소되는 경우에는 그 취소의 효과로 인하여 당연히 취소채권자로서는 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,[189] 그로써 취소채권자는 사해행위취소의 목적을

판결.

185) 오시영, 앞의 논문, 249면; 박준서 편집대표, 앞의 책, 102면.

186) 飯原一乘b, 185面.

187) 日本大法院 大正 10(1921). 6. 28. 民錄 第27卷 1168면.

188) 박준서 편집대표, 앞의 책, 102면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

달성하게 되는 것으로서 달리 수익자에게 반환을 명할 수익이 남아 있는 것도 아니라 할 것이니 수익자에 대하여 금전채권의 이행을 별도로 직접 또는 대위의 방법에 의하여 구할 것까지는 없다고 한다.[190] 즉 취소채권자는 채무자와 수익자(제3채무자)와의 사이 상계의 의사표시만 취소할 수 있는 것이지 수익자에게 직접 금전채권의 이행을 구할 수 없다는 것이다.

판례의 입장이 타당하다고 보여진다. 취소채권자는 채무자와 수익자와의 사이 상계의 의사표시가 취소되면 채권자대위권 내지 채무자에 대한 집행권원으로 추심하면 되기 때문이다.

다. 반환목적물이 부동산인 경우

채권자취소권의 취소대상행위의 목적이 부동산인 경우에는 부동산등기가 채무자 명의로 환원되면, 사해행위는 원상회복되었다고 할 것이지만, 취소채권자는 사해행위취소소송을 통해 사해행위의 취소 및 수익자 또는 전득자로 변경된 명의를 채무자에게 도로 환원 즉 이전등기나 말소등기를 명하는 승소판결을 받으면 단독으로 명의변경신청을 할 수 있다.[191] 위와 관련하여 대부분 말소등기에 의한 원상회복을 하는 것이 원칙이다.

하지만 원상회복에 있어 말소등기방법에 의하면 실무적으로 문제가 발생할 수 있다. 첫째는 사해행위 이후 책임재산의 부동산에 대해 이해관계를 갖는 이해관계인들(가처분권자・가등기권자・중간경유소유권자・저당권자・전세권자・지상권자・가압류권자・임차권 등기권자 등)을 모두 피고로 하여 전부 승소를 얻어야만 말소등기가 가능하다. 그러나 이와 같은 승소 판결을 얻기란 현실적으로 어렵다. 둘째 부동산등기법 제171조(이해관계 있는 제3자가 있을 때)에 따라 부동산 등기의 말소를 신청하는 경우에는 위 말소를 위하여 등기상의 이해관계가 있는 제3자로부터 승낙서를 받거나 재판상의 판결을 요구하고 있다.

셋째 소유권이전등기의 말소를 명하는 승소의 확정판결을 얻은 경우에도 그 이전등기에 터 잡아 위 판결의 사실심변론종결 전에 근저당권설정등기 및 가압류기

189) 대법원 1980. 8. 26. 선고 79다1257, 1258 판결.

190) 대법원 2003. 8. 22. 선고 2001다64073 판결; 대법원 2002. 10. 25. 선고 2000다64441 판결.

191) 오시영, 앞의 논문, 251면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

입등기가 경료된 때에는 위 근저당권자 및 가압류채권자의 승낙서 또는 이에 대항할 수 있는 재판의 등본을 첨부하거나 위 근저당권 또는 가압류가 해지 또는 해제 등에 의하여 말소된 경우에만 위 소유권이전등기의 말소청구를 할 수 있도록 제한하고 있기 때문에 이해관계인의 승낙서 및 대항력 있는 판결등본을 첨부할 수 없는 경우가 현실적으로 발생한다. 그에 따라 수익자 또는 전득자는 사해행위취소의 원상회복 승소판결을 얻고도 말소등기를 신청하지 못하는 경우가 발생한다.[192]

(1) 사해행위로 소유권이전등기가 마쳐진 경우

(가) 제한물권이 설정되어 있지 않은 경우

1) 전득자가 없는 경우

수익자만이 있을 뿐 전득자가 없는 경우 중에서, 첫째 채무자 명의의 부동산에 아무런 부담이 없는 상태에서 수익자에게로 양도된 경우 채권자취소권을 행사하는 취소채권자는 특별한 문제없이 채무자 명의로의 이전등기청구나 말소등기청구를 하여 그 판결문에 의해 말소등기를 이행하면 된다.[193] 그 부동산에 특정채권자를 위한 담보물권이 설정되어 있는 상태에서, 채무자가 그 특정채권자에게 채무변제 대신 소유권을 이전해준 경우 그 부동산의 가액이 특정채권자의 피담보채권보다 적을 경우에는 우선변제권이 있는 특정채권자에게 그 부동산 가액 모두에 대한 우선변제권이 인정될 것이므로 사해행위가 성립하지 않는다고 할 것이고, 우선변제권이 없는 경우에도 상당한 가액으로 양도하였다면[194] 이 역시 사해행위가 성립되지

192) 오시영, 앞의 책, 302면.

193) 윤 경, "사해행위취소와 가액배상",「저스티스 제34권 제5호」, 한국법학원, 2001, 128면; 박준서 편집대표, 앞의 책, 105면.

194) 대법원 2003. 6. 24. 선고 2003다1205 판결; 채권자가 채무의 변제를 구하는 것은 그의 당연한 권리행사로서 다른 채권자가 존재한다는 이유로 이것이 방해받아서는 아니 되고 채무자도 채무의 본지에 따라 채무를 이행할 의무를 부담하고 있어 다른 채권자가 있다는 이유로 그 채무이행을 거절하지는 못하므로, 채무자가 채무초과의 상태에서 특정채권자에게 채무의 본지에 따른 변제를 함으로써 다른 채권자의 공동담보가 감소하는 결과가 되는 경우에도 그 변제는 채무자가 특히 일부의 채권자와 통모하여 다른 채권자를 해할 의사를 가지고 변제를 한 경우가 아닌 한 원칙적으로 사해행위가 되는 것은 아니라고 할 것인바, 기존 금전채무의 변제에 갈음하여 다른 금전채권을 양도하는

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

않으므로 취소할 수 없을 것이다.[195]

그러나 채무자가 현저하게 낮은 가격이나 무상으로 책임재산을 다른 채권자에게 양도하거나[196] 통모에 의한 양도[197] 채무자의 유일한 책임재산인 부동산을 양도하면 사해행위가 되는 것이 판례의 입장이다. 이 경우 취소채권자는 수익자를 상대로 사해행위의 취소 및 원상회복을 채무자 앞으로 구하여 다시 채무자의 재산을 회복시킨 후 이전등기 또는 말소등기를 구하면 된다.

둘째 채무자가 수익자에게 처분하고서도 중간생략등기 방법에 의하여 전득자 명의로 곧바로 이전등기를 마친 경우에도 그 전득자는 등기형식상 직접적인 수익자에 해당된다고 할 것이므로 사해행위취소를 구함과 동시에 채무자 명의로의 말소를 구할 수 있다고 하겠다.[198]

셋째 부동산 이중매매의 경우 특정물채권 그 자체는 책임재산의 보전 즉 공동담보의 목적과는 무관하므로, 피보전적격을 인정할 수 없다는 이유로 아예 채권자취소권이 발생할 수 없다고 하였다.[199]

2) 전득자가 있는 경우

경우에도 이와 마찬가지다.

195) 오시영, 앞의 책, 305면.

196) 대법원 1990. 11. 23. 선고 90다카24762 판결; 채권자가 채무자를 상대로 손해배상채권을 보전하기 위하여 그 소유의 부동산에 대하여 가압류결정을 받기 하루 전에 채무자가 합의이혼을 하고 처에 대한 위자료 및 자녀의 양육비조로 그의 유일한 재산인 위 부동산을 처에게 무상 양도하였다면 그 양도경위에 비추어 채무자는 그 양도행위로써 자신이 무자력에 빠지게 되어 채권자를 해한다는 사실을 알고 있었다고 보이므로 위 양도행위는 채권자에 대한 사해행위가 된다.

197) 2005. 3. 25. 선고 2004다10985 판결; 채무자가 특히 일부의 채권자와 통모하여 다른 채권자를 해할 의사를 가지고 변제를 하였는지 여부는 사해행위임을 주장하는 사람이 증명하여야 하며, 이는 수익자의 채무자에 대한 채권이 실제로 존재하는지 여부, 수익자가 채무자로부터 변제를 받은 액수, 채무자와 수익자와의 관계, 채무자의 변제능력 및 이에 대한 수익자의 인식, 변제 전후의 수익자의 행위, 그 당시의 채무자 및 수익자의 사정 및 변제의 경위 등 제반 사정을 종합적으로 참작하여 판단하여야 한다.

198) 오시영, 앞의 책, 306면.

199) 대법원 1999. 4. 27. 선고 98다56690 판결; 채권자취소권을 특정물에 대한 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 행사하는 것은 허용되지 않으므로, 부동산의 제1양수인은 자신의 소유권이전등기청구권 보전을 위하여 양도인과 제3자 사이에서 이루어진 이중양도행위에 대하여 채권자취소권을 행사할 수 없다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

수익자와 전득자가 모두 악의인 경우에 그들을 공동피고로 하거나 전득자만을 피고로 하여 사해행위의 취소와 이전등기 등의 말소를 구할 수 있다.[200] 그러나 수익자만을 상대로 이전등기의 말소를 구할 경우는 가액배상만이 가능하다.[201] 전득자가 선의인지 여부는 소송과정에서 밝혀지기 마련이고 취소채권자로서는 반드시 전득자를 피고로 할 필요는 없으며, 취소채권자는 수익자만을 상대로 바로 원물반환 내지 가액배상을 청구할 수 있는가가 문제된다. 과거의 판례는 "수익자가 전득자의 선의를 증명하지 않는 이상 그 소송에서는 전득자의 악의를 추정하여 전득자 명의의 등기가 사후에 말소될 것을 전제로 하여 우선 수익자 명의의 등기의 말소를 명하여야 한다."[202]고 판시한 바 있다. 그러나 이후 판례는 "후일 전득자와의 소송과 관계없이 특별한 사정이 없는 한 수익자 명의 등기의 말소는 일단 법률상 이행불능 상태이므로 가액배상청구를 허용"[203]하는 입장이다.

수익자가 악의인데 전득자가 선의인 경우 전득자는 수익자로부터 소유권이전등기를 받은 자이거나 근저당권을 설정 받은 자임이 보통이므로 위 경우 원물반환은 원칙적으로 불가능하므로 취소채권자로서는 수익자를 상대로 가액배상청구를 하여야 한다. 다만 이 경우 전득자가 취득한 저당권의 피담보채권액은 가액배상에서 공제할 것이 아니다.[204] 그러나 전득자가 저당권이나 지상권 등의 권리를 취득한 경우 채권자가 스스로 위험이나 불이익을 감수하면서 원물반환을 구하는 것까지 허

200) 대법원 2000. 2. 5. 선고 99다53704 판결; 전자만을 상대로 한 경우, 채권자가 이미 수익자를 상대로 채권자취소의 승소 판결을 가지고 있어 전득자에 대한 사해행위의 취소 및 등기말소를 명하는 판결을 받으면 바로 목적물을 회복할 수 있는 경우에는 전득자를 상대로 통상의 취소 및 등기 말소를 소구하면 될 것이지만, 수익자를 상대로 한 전소에서 패소 확정된 경우 전득자를 상대로 취소 및 등기말소의 판결을 받는다 하더라도 일탈된 책임재산을 채무자에게로 환원하는 것은 불가능하게 된다. 이러한 경우 채권자는 사해행위의 취소로 인한 원상회복의 방법으로, 진정한 등기명의를 회복하기 위해 현재의 등기명의자를 상대로 직접 소유권이전등기 절차의 이행을 구할 수 있는 법리를 원용하여 전득자를 상대로 직접 채무자 앞으로 소유권이전등기 절차를 이행할 수 있을 할 것이다.

201) 1998. 5. 15. 선고 97다58316 판결; 사해행위의 목적물이 수익자로부터 전득자로 이전되어 그 등기까지 경료 되었다면 후일 채권자가 전득자를 상대로 소송을 통하여 구제받을 수 있는지 여부에 관계없이, 수익자가 전득자로부터 목적물의 소유권을 회복하여 이를 다시 채권자에게 이전하여 줄 수 있는 특별한 사정이 없는 한 그로써 채권자에 대한 목적물의 원상회복 의무는 법률상 이행불능의 상태에 있다고 봄이 상당하다.

202) 대법원 1962. 1. 25. 선고 4294민상529 판결.

203) 대법원 1998. 5. 15. 선고 97다58316 판결.

204) 대법원 2003. 12. 12. 선고 2003다40286 판결.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

용되지 아니한 것으로 볼 것은 아니므로, 그 경우 채권자는 원상회복의 방법으로 가액배상 대신 수익자 명의의 등기의 말소를 구하거나 수익자를 상대로 채무자 앞으로 직접 소유권이전등기절차를 이행할 것을 구할 수도 있다.[205]

수익자는 선의이고 전득자는 악의인 경우는 전득자를 상대로 채권자취소권을 행사할 수 있다고 볼 수 있으나, 판례는 "사해행위취소의 소는 수익자나 전득자 중 일부만을 상대로 하거나 수익자와 전득자를 공동피고로 하여 제기할 수 있고 사해행위취소소송에 있어서 수익자 또는 전득자가 악의라는 점에 관하여는 채권자에게 증명책임이 있는 것이 아니라 수익자 또는 전득자 자신에게 선의라는 사실을 증명할 책임이 있다."[206]고 하여 전득자만을 상대로 소는 제기할 수 있으나 수익자가 선의이기 때문에 취소채권자가 패소할 것으로 실익이 없는 소가 될 것이다.

(나) 제한물권이 변론종결 시까지 존재한 경우

판례는 "채권자취소의 대상인 사해행위에 해당하는지를 판단할 때 채무자 소유의 재산이 다른 채권자의 채권에 물상담보로 제공되어 있다면 물상담보로 제공된 부분은 채무자의 일반 채권자들을 위한 채무자의 책임재산이라고 할 수 없으므로, 물상담보에 제공된 재산의 가액에서 다른 채권자가 가지는 피담보채권액을 공제한 잔액만을 채무자의 적극재산으로 평가하여야 한다."[207]고 한다. 그 이유는 원상회복 후에도 저당권에는 아무런 영향이 없기 때문에 취소나 원상회복의 실제 범위는 여전히 부동산의 가액에서 저당권의 피담보채권액을 공제한 잔액부분에 한정되기 때문이다.

또한 판례는 "채무자 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, 그 범위 내에서는 채무자의 재산처분행위는 채권자를 해하지 아니하므로 채무자가 비록 유일한 재산을 처분하는 법률행위를 하더라도 채권자에 대하여 사해행위가 성립되지 않는다고 보아야 하고, 당해 채무액이 부동산의 가액 및 채권최고액을 초과하는 경우에는 그

205) 대법원 2001. 2. 9. 선고 2000다57139 판결.
206) 대법원 2011. 9. 29. 선고 2009다81920 판결; 대법원 2014. 12. 11. 선고 2011다49783 판결.
207) 대법원 2016. 8. 18. 선고 2013다90402 판결.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

담보물로부터 우선 변제받을 금액을 공제한 나머지 채권액에 대하여만 채권자취소권이 인정 된다."[208]고 판시하고 있다. 또한 그 취소도 그 부분에 한정되어야 할 것으로 전득자가 없는 경우에는 수익자 명의의 이전등기를 말소하는 방법에 의하여, 전득자가 있고 악의인 경우에는 그들 모두 명의의 등기를 말소하는 방법에 의하여, 전득자가 있으나 수익자만을 상대로 한 경우에는 가액배상을 명하는 방법에 의하여 원상회복이 이루어져야 한다고 한다.[209]

(다) 제한물권이 변론종결 이전에 말소된 경우

1) 저당권자가 수익자인 경우

근저당권자에게 양도가 상당한 가격에 의한 경우에는 사해행위 자체가 부정될 것이지만 무상 또는 현저히 저렴한 가격으로 양도된 경우에는 사해행위가 성립하고, 이때 가액배상에 의할 것인지 아니면 취소에 의한 원물반환으로서 수익자명의의 이전등기의 말소 또는 채무자명의로의 이전등기를 할 것인지는 목적부동산의 가분성여부와 그 가액, 피보전채권액 및 소멸한 저당권의 피담보채무액 등을 종합하여 공평의 이념에 따라 어떠한 방법에 의할 것인지를 결정하여야 한다고 한다.[210]

이와 관련하여 저당권이 소멸한 채로 그 부동산 자체를 채무자 명의로 회복시키게 되면 취소채권자를 비롯한 채권자들은 당초 책임재산이 아니었던 부분까지 책임재산으로 회복하는 셈이 되어 부당한 이득을 얻게 되고, 수익자나 전득자는 사해행위에 해당하지 아니하는 부분에 대하여도 반환을 강요당하는 결과가 되어 공평에 반하며, 한편 사해행위취소의 소는 채권자와 수익자 사이에서만 상대적 효력이 있다. 채무자와 수익자 및 수익자와 전득자 사이에서는 효력이 없어 수익자가 저당권설정자인 채무자에 대하여 저당권의 회복을 구하거나 법원이 이를 명할 수 있다고 보기도 어려우므로 이러한 경우에는 원물반환이 사실상 불가능하거나 현저히 곤란한 것으로 보아 부동산의 가액에서 저당권의 피담보채권액을 공제한 잔액의

208) 대법원 2014. 9. 4. 선고 2013다60661 판결.
209) 윤 경, 앞의 논문, 130면.
210) 박준서 편집대표, 앞의 책, 107면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

한도에서 사해행위를 취소하고 그 가액배상을 구할 수 있다고 할 것이다.[211]

2) 저당권자가 수익자 이외의 제3자인 경우

수익자인 제3자가 근저당권자 이외의 자인 경우에는 판례는 "어느 부동산의 매매계약이 사해행위에 해당하는 경우에는 원칙적으로 그 매매계약을 취소하고 그 소유권이전등기의 말소 등 부동산 자체의 회복을 명하여야 하지만 그 사해행위가 저당권이 설정되어 있는 부동산에 관하여 당해 저당권자 이외의 자와의 사이에 이루어지고 그 후 변제 등에 의하여 저당권설정등기가 말소된 때에는 매매계약 전부를 취소하여 그 부동산 자체의 회복을 명하는 것은 당초 담보로 되어 있지 아니하던 부분까지 회복시키는 것이 되어 공평에 반하는 결과가 되므로, 그 부동산의 가액에서 저당권의 피담보채권액을 공제한 잔액의 한도에서 매매계약의 일부 취소와 그 가액의 배상을 구할 수 있을 뿐 부동산 자체의 회복을 구할 수는 없다."[212]고 판시하고 있다.

공동저당권이 설정되어 있는 수 개의 부동산의 전부 또는 일부 양도행위가 사해행위에 해당하는데 일괄 양도된 부동산 중 일부에 대한 공동저당권의 실행에 의하여 위 저당권이 말소되었다고 하더라도 마찬가지다.[213] 다만 공동저당의 목적으로 된 부동산 중에서 채무자가 아닌 제3자가 제공한 담보가 있는 경우에는 물상보증인인 제3자는 채무자가 아니므로 그가 제공한 부동산은 가액을 산정할 부동산에 포함시켜서는 안된다고 한다.[214]

(2) 사해행위로 저당권설정등기가 마쳐진 경우

저당권설정등기가 사해행위취소소송의 변론종결시까지 존속하고 있는 경우 저당권설정등기를 말소하는 방법에 의하여야 할 것이라고 한다.[215] 다만 저당권설정등기가 사해행위취소소송의 변론종결 이전에 경락으로 인하여 말소되고, 수익자가 위

211) 윤 경, 앞의 논문, 131면.
212) 대법원 1996. 10. 29. 선고 96다23207 판결.
213) 대법원 2005. 5. 27. 선고 2004다67806 판결.
214) 윤 경, 앞의 논문, 132면.
215) 윤 경, 앞의 논문, 135면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

저당권에 기하여 배당에 참가하여 배당표는 확정되었으나 채권자의 배당행사에 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.[216]

또한 후순위 저당권 설정행위 중 일부만이 사해행위인데 선순위 저당권이 말소된 경우 그 취소의 범위 및 원상회복의 방법이 문제되는데, 이와 관련하여 판례는 "후순위 근저당권설정계약의 채권최고액 중 사해행위가 성립하지 않는 부분을 공제한 잔액의 한도에서 취소하고, 후순위 근저당권설정등기의 채권최고액을 사해행위가 성립하지 않는 부분의 액수를 감축하는 근저당권변경등기절차의 이행을 명하는 방법에 의하여야 한다."[217]고 판시하였다.

(3) 사해행위로 가등기가 마쳐진 경우

본등기인 소유권이전등기의 경우는 이전등기 비용이 상당히 소요되는 반면 가등기의 경우는 그 설정비용이 조금 소요된다. 위와 같은 이유 때문에 현재 소유권이전등기 형태의 사해행위는 감소하고 가등기 형태의 사해행위는 증가 하고 있는 추세이다. 소유권이전청구권 보전을 위한 가등기는 그 자체만으로는 물권적 효력을 발생하는 것은 아니지만, 후일 그 본등기를 하는 경우엔 가등기시에 소급하여 소유권변동의 효력이 발생하기 때문에 채권자로 하여금 완전한 변제를 받을 수 없게 하므로 위 가등기의 경료행위는 사해행위에 해당한다고 보고 있다.[218] 또한 가등기에 기하여 본등기가 경료된 경우 가등기의 원인인 법률행위와 본등기의 원인인 법률행위가 명백히 다른 것이 아닌 한 사해행위 요건의 구비 여부는 가등기의 원인된 법률행위 당시를 기준으로 판단하여야 한다.[219]

제2절 예외로서의 가액배상

216) 대법원 1997. 10. 10. 선고 97다8687판결.
217) 대법원 2006. 12. 7. 선고 2006다43620 판결.
218) 대법원 1975. 2. 10. 선고 74다334 판결; 대법원 2014. 3. 27. 선고 2013다1518 판결.
219) 대법원 1998. 3. 10. 선고 97다51919 판결; 대법원 1999. 4. 9. 선고 99다2515 판결; 대법원 2001. 7. 27. 선고 2000다73377 판결.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

1. 가액배상의 의의

가액배상은 예외적 원상회복의 방법이므로 원물반환이 허용되는 경우에는 가액배상은 허용되지 않는다.[220] 원물반환이 불가능하거나 현저히 곤란한 경우에는 원상회복의무의 이행으로써 사해행위 목적물의 가액 상당을 배상하여야 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 그 외에 그와 같이 불가능하게 된 데에 상대방인 수익자 등의 고의나 과실을 요하는 것은 아니며, 여기서 원물반환이 불가능하거나 현저히 곤란한 경우라 함은 원물반환이 단순히 절대적 또는 물리적으로 불능인 경우가 아니라 사회생활상의 경험법칙 또는 거래상의 관념에 비추어 채권자가 수익자나 전득자로부터 이행의 실현을 기대할 수 없는 경우를 말한다.[221]

2. 가액배상이 인정되는 유형

가. 원물반환이 불가능하거나 현저히 곤란한 경우

원물반환이 불가능하거나 현저히 곤란한 경우는 사해행위 목적물을 이전받은 수익자가 선의의 전득자에게 이전하여 원물반환이 불가능하거나 목적물이 멸실 훼손되어 채무자의 책임재산으로서 특정성을 잃은 경우이다. 판례는 “원물반환이 단순히 절대적 또는 물리적으로 불능인 경우가 아니라 사회생활상의 경험법칙 또는 거래상의 관념에 비추어 채권자가 수익자나 전득자로부터 이행의 실현을 기대할 수 없는 경우를 말한다.”[222]고 한다.

---

220) 日本大審院 大正 9(1920). 11. 30. 民集 第13卷, 2191면; 대법원 1998. 5. 15. 선고 97다58316 판결.

221) 대법원 2001. 2. 9. 선고 2000다57139 판결; 2001. 12. 11. 선고 2001다64547판결; 대법원 2009. 6. 11. 선고 2007다4004 판결.

222) 대법원 1998. 5. 15. 선고 97다58316 판결.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

그러나 판례는 취소채권자가 스스로 위험이나 불이익을 감수하면서 저당권 등이 설정된 원물반환을 구하는 것을 허용하면서 수익자 명의의 소유권이전등기말소청구를 할 수 있다고 한다.[223]

나. 원물반환이 공평에 반하는 경우

저당권 등이 설정된 부동산에 관하여 사해행위가 이루어지고 이후 그 저당권이 말소된 경우가 대표적인 경우라고 할 수 있다. 판례는 "어느 부동산의 매매계약이 사해행위에 해당하는 경우에는 원칙적으로 그 매매계약을 취소하고 그 소유권이전등기의 말소 등 부동산 자체의 회복을 명하여야 하지만, 그 사해행위가 저당권이 설정되어 있는 부동산에 관하여 당해 저당권자 이외의 자와의 사이에 이루어지고 그 후 변제 등에 의하여 저당권설정 등기가 말소된 때에는 매매계약 전부를 취소하여 그 부동산 자체의 회복을 명하는 것은 당초 담보로 되어 있지 아니하던 부분까지 회복시키는 것이 되어 공평에 반하는 결과가 되므로, 그 부동산의 가액에서 저당권의 피담보채권액을 공제한 잔액의 한도에서 그 매매계약의 일부 취소와 그 가액의 배상을 구할 수 있을 뿐 부동산 자체의 회복을 구할 수는 없다."[224]고 판시하였다.

한편 저당권과는 달리 가압류된 부동산이 양도된 후 가압류등기가 말소된 경우에도 가액배상을 인정할 것인지가 문제되는데, 어느 부동산이 가압류되어 있다는 사정은 채권자평등의 원칙상 채권자의 공동담보로서 그 부동산의 가치에 아무런 영향을 미치지 아니하므로 이를 부정하였다. 따라서 사해행위 후 수익자 또는 전득자가 그 가압류청구채권을 변제하거나 채권액 상당의 가압류해방공탁을 하여 가압류를 해제시키거나 또는 그 집행취소로 가압류등기말소를 시켰다고 하더라도, 법원은 사해행위를 취소하면서 원상회복으로 원물반환을 명하는 판결을 하고 있다.[225]

또한 압류·전부된 채권의 가치가 압류·전부의 전·후를 비교해서 달라진 경우에도 가액배상을 인정하고 있다. 즉 "장래의 미확정의 채권이라도 전부될 수 있는 적격을 가지는 것이므로 채권이 압류·전부되고 상당 기간이 경과되거나 일정한

223) 대법원 2001. 2. 9. 선고 2000다57139 판결.
224) 대법원 1996. 10. 29. 선고 96다23207 판결.
225) 대법원 2003. 2. 11. 선고 2002다37474 판결.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

조건이 성취되는 등의 사정이 있는 경우에는, 그 채권의 객관적 가치는 압류·전부될 당시와는 차이가 있을 수 있으므로 어떤 채무부담행위에 대한 강제집행승낙문구가 기재된 공정증서의 작성과 이를 이용한 채권자의 채권압류·전부를 채무자가 자신의 채권을 특정채권자에게 양도한 것과 다를 바가 없는 것으로 볼 특별한 사정이 있어 그 채무부담행위가 사해행위로서 취소되는 경우에 있어서도, 그 압류·전부된 채권의 가치가 압류·전부를 전·후하여 달라졌다면 원상회복으로서 그 압류·전부된 채권 자체의 양도에 의한 반환을 구할 수는 없고, 압류·전부될 당시에 있어서의 그 채권의 가액의 배상을 구하여야 한다."[226]고 하였다.

다. 목적물이 불가분인 경우

판례는 "목적물이 불가분인 경우는 단순히 물리적인 면에서 또한 사회경제적 단일성의 유무 또는 거래의 안전까지도 고려하여 결정하여야 한다."[227]고 판시하고 있다. 또한 "동일인의 소유인 토지와 건물의 처분행위를 채권자취소권에 의하여 취소하는 경우 그 중 대지의 가격이 채권자의 채권액보다 다액이라 하더라도 대지와 건물 중 일방만을 취소하게 되면 건물의 소유자와 대지의 소유자가 다르게 되어 가격과 효용을 현저히 감소시킬 것이므로 전부를 취소함이 정당하다."[228]고 한다.

제3절 원물반환에서 "모든 채권자"의 범위와 관련된 문제점

원물반환에서의 "모든 채권자"와 관련하여 사해행위 이전에 채권을 취득한 채권자는 "모든 채권자"에 해당되고 사해행위 이후에 채권을 취득한 채권자는 "모든 채권자"에 포함되는지 여부에 다툼이 있으며, 사해행위취소의 상대방인 수익자가 채권자 중 1인인 경우 "모든 채권자"에 포함되며 사해행위취소의 상대방이 단순한 수익자인 경우에도 다툼이 있다.

1. 사해행위 이전에 채권을 취득한 채권자

226) 대법원 2002. 10. 25. 선고 2000다7783 판결.
227) 대법원 1975. 6. 24. 선고 75다625 판결.
228) 대법원 1975. 2. 25. 선고 74다2114 판결.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

사해행위 당시 채권을 취득한 채권자가 민법 제407조의 “모든 채권자”에 포함되는지에 대하여는 다툼이 없다. 사해행위 당시 채권을 가진 채권자는 스스로 취소권을 행사할 수 있었던 자에 있으므로, 사해행위의 취소 및 원상회복의 효력을 받는 모든 채권자의 범주에 당연히 포함 된다는 것이다.[229] 사해행위 이전에 채권을 취득한 채권자는 민사집행법상의 요건을 갖춘 다음 배당요구를 하여 채권의 만족을 가질 수 있다.[230]

2. 사해행위 이후에 채권을 취득한 채권자

사해행위 이후에 채권을 취득한 채권자는 민법 제407조의 “모든 채권자”에 포함되는가에 대한 견해의 대립이 있다. 채권자취소권을 행사하기 위한 채권은 사해행위 이전부터 성립되어 있어야 한다고 주장하는 다수설 중에서도 취소소송을 제기할 수 있는 원고적격의 문제와 배당요구자격의 문제를 별개로 취급할 수 있느냐에 관하여 긍정설과 부정설이 있다.[231]

가. 학설

(1) “모든 채권자”에 포함된다는 견해

229) 손홍수, “사해행위취소 소송의 수익자(채무자로부터 부동산을 매수한 자)가 민법 제407조의 모든 채권자에 포함되는지 : 서울고등법원 2011. 3. 29. 선고 2010나107578 판결(확정)”,「민사집행법연구 Ⅰ」, 진원사, 2012, 375면(손홍수a라 한다); 이우재, “사해행위취소의 효력과 배당절차에서의 취급 : 사해행위취소의 효력을 받는 모든 채권자의범위와 관련된 문제”,「민사집행연구 제5권」, 한국민사집행법학회, 2009. 180면; 박준서 편집대표, 앞의 책, 120면.

230) 주의할 것은 원상회복된 재산이 부동산인 경우에는 집행력 있는 정본을 가진 채권자는 배당요구의 종기까지 배당요구를 함으로써 배당받을 수 있지만(민사집행법 제88조 제1항), 원상회복된 재산이 동산인 경우에는 실체법상 우선변제청구권이 있는 자에 한하여 배당요구를 할 수 있도록 되어 있으므로(민사집행법 제217조) 집행력 있는 정본을 가진 채권자라고 하더라도 매각기일까지 민사집행법 제215조에 따라 이중 압류를 하지 않은 이상 배당절차에서 배당받을 수 없다.

231) 오영준, “사해행위취소권과 채권자평등주의”,「사법논집 제32집」, 법원도서관, 2001, 160-162면(오영준a라 한다); 박준서 편집대표, 앞의 책, 121면; 손홍수a, 376면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

"모든 채권자"에 포함된다는 견해는 사해행위 이후에 채무자로부터 채권을 취득한 채권자도 민법 제407조의 "모든 채권자"의 범위에 포함된다는 것이다. 현행 민사집행법은 강제집행절차에 있어서 압류를 먼저 시작하였다고 하여 압류를 먼저 시작한 채권자에게 그 압류재산의 우선권을 주지 않는다. 강제집행에 착수한 이후의 채무자에 대한 채권자는 배당요구 종기일 전에 자신의 채권에 대해 배당요구 자격을 갖추어 배당요구를 하면서 누구라도 배당을 받을 수 있다는 것을 근거한다. 즉 사해행위 이후에 채권을 취득한 채권자는 민법 제407조의 적용을 받아 채무자에게 환원된 재산에 대하여 배당요구를 할 수 있게 되는 것이다.[232]

배당을 하는 집행기관은 배당신청을 한 채무자의 채권자가 사해행위 이전 채무자의 채권자인지 사해행위 이후 채무자의 채권자인지에 대한 판단 없이 배당하는 것이 원칙일 것이다. 왜냐하면 집행기관은 실체법상의 권리관계를 파악하지 아니하기 때문이다. 이 설은 위와 같이 집행기관의 원칙적인 배당의 기준으로서 인정하는 것을 취하는 것으로 보인다. 또한 사해행위취소소송을 제기하여 채무자 앞으로 원물반환이 이루어진 이후 취소채권자가 오랜 기간 강제집행을 하지 않고 있는 사이 채무자 앞으로 되어 있는 재산을 기초로 별도의 채권을 취득한 자는 회복된 재산에 대한 강제집행절차에서 자신의 채권을 실현할 수 있는 기회가 보장되어야 한다는 근거를 들고 있다.[233]

(2) "모든 채권자"에 포함되지 않는다는 견해

"모든 채권자"에 포함되지 않는다는 견해는 사해행위 이후에 채무자로부터 채권을 취득한 채권자가 민법 제407조의 "모든 채권자"의 범위에 포함되지 않는다는 것이다. 그에 대한 근거로 사해행위 이후에 채권을 취득한 채권자는 채무자의 책임재산의 처분시 사해행위취소에 의하여 회복되는 위 책임재산에 관한 채권자의 공동담보로 파악되지 않기 때문이다. 굳이 위 채권자를 민법 제407조의 규정에 의하여 보호할 필요가 없다는 것이다.[234] 이와 관련하여 포함된다는 설은 채권자가 아닌

232) 박준서 편집대표, 앞의 책, 121면.
233) 박준서 편집대표, 앞의 책, 121면.
234) 이순동, 앞의 책, 415면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

단순한 수익자(예컨대 사해행위 목적물의 매수인)로서 사해행위의 취소로 인하여 발생한 부당이득반환청구권이나 담보책임 추급권에 기하여는 배당요구를 할 수 없다고 한다.[235] 긍정설은 사해행위 이후에 채권을 취득한 채권자까지 배당요구를 할 수 있다고 한다면 사해행위취소소송의 단계에서 아직 확정되지 않은 장래 채권자의 채권액까지 고려해야 한다는 비판을 한다.[236]

또한 민법 제406조 및 제407조에서 규정하는 채권자취소권의 사해행위 및 의사의 기준일은 사해행위일이 기준이 되어 사해행위취소를 받아들여줄 것인가가 판단된다. 그런데 사해행위 이후의 채권을 취득한 채권자를 민법 제407조의 "모든 채권자"의 범위에 포함시키게 되면 사해행위를 판단함에 있어서 많은 혼란이 야기될 것이다.

나. 판례의 입장

판례는 채권자취소권은 채무자가 채권자를 해함을 알면서 자기의 책임재산을 감소시키는 행위를 한 경우에 그 행위를 취소하여 채무자의 재산을 원상회복시킴으로써 "모든 채권자"를 위하여 채무자의 책임재산을 보전하는 권리이나, 사해행위 이후에 채권을 취득한 채권자는 채권의 취득 당시에 사해행위취소에 의하여 회복되는 재산을 채권자의 공동담보로 파악하지 아니한 자로서 민법 제407조에 정한 사해행위취소와 원상회복의 효력을 받는 채권자에 포함되지 아니한다고 명시적으로 판시함으로써[237] 부정하는 견해의 입장을 명확히 하였다.

한편 이와 관련하여 현행 강제집행제도는 적법한 배당요구 자격을 갖춘 채권자가 배당요구의 종기까지 배당요구를 하면 배당에 참가할 수 있도록 규정되어 있을 뿐, 그 채권의 사해행위 당시까지 이미 발생하였을 것까지 요구하는 규정을 두고 있지 않으므로 현실적으로 집행기관으로서는 배당요구 채권이 사해행위 당시에 발생한 것인지에 관한 실체관계를 심리할 권한 없이 이에 대해 배당을 실시하여야

235) 권순일 편집대표,「법원실무제요 민사집행 [Ⅱ] 부동산집행」, 법원행정처, 2014, 563면 (권순일 편집대표b라 한다).

236) 이우재, 앞의 논문, 181면.

237) 대법원 2009. 6. 23. 선고 2009다18502 판결; 이에 대한 평석으로 조재건, "민법 제407조의 사해행위취소의 효력을 받는 모든 채권자의 범위", 대법원판례해설 제79호, 법원도서관, 2009, 159-168면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

한다는 견해[238]와 배당요구 서면을 통하여 채권의 발생원인과 시기 등을 알 수 있는 경우 집행기관으로서는 배당요구 신청을 각하하여야 한다는 견해[239]가 대립한다.

다. 소결

사해행위 당시 채권을 가지고 있지 않던 자는 사해행위에 의하여 일탈된 책임재산을 기초로 하여 채권을 취득한 것이라고 할 수 없으므로 사해행위 이후 채무자에 대한 채권자에게 사해행위취소소송에 의하여 원상회복된 재산에 대한 강제집행절차에 참여할 수 있는 기회를 제공하지 않는다고 하여 부당하다고 할 수 없다.

그러나 현행 강제집행제도는 적법한 배당요구자격을 갖춘 채권자가 배당요구의 종기까지 배당요구를 하면 배당에 참가할 수 있도록 규정되어 있을 뿐, 그 채권이 사해행위 당시 이미 발생하였을 것까지 요구하는 집행규정을 두고 있지 않으므로 현실적으로 집행기관으로서는 배당요구채권이 사해행위 당시에 발생한 것인지에 관한 실체관계를 심리할 권한이나 필요 없이 배당을 실시할 수밖에 없고, 따라서 사해행위 이후 채권을 취득한 채권자의 배당가입을 저지하는 데에는 집행실무상 한계가 있다.[240] 결국 취소채권자나 다른 채권자들은 집행기관에서 사해행위 이후에 채권을 취득한 자에 대하여 배당이 이루어졌을 경우 배당이의[241]를 하거나 그가 배당금을 수령한 후에는 그를 상대로 부당이득반환[242]을 구할 수밖에 없다.

사견으로 배당요구자격과 관련하여 사해행위 이후에 채권을 취득한 채무자의 채권자는 민법 제407조의 “모든 채권자”의 범위에 포함되지 않는다는 부정설에 찬성

238) 추신영a, “사해행위취소의 효력이 미치는 채권자의 범위”, 민사판례연구(Ⅴ Ⅴ Ⅶ), 2004, 170면(오영준b라 한다).

239) 이우재,「민사집행법에 따른 배당의 제 문제」, 진원사, 2008, 144면.

240) 이우재, 앞의 논문, 187면.

241) 대법원 2009. 6. 23. 선고 2009다18502 판결; 사해행위 이전의 채권자가 사해행위 이후 채권을 취득한 자의 배당신청에 대하여 배당이의 소를 진행한 사안임.

242) 대법원 2009. 5. 14. 선고 2007다64310 판결; 취소채권자라고 하더라도 배당금지급청구권에 대한 채권압류 및 추심명령에 기하여 배당금을 우선 수령하는 것은 허용되지 아니하고, 취소채권자가 그와 같은 절차를 거쳐 배당금을 우선 수령하였다면 적법하게 배당요구 하였던 다른 채권자들과의 관계에서 부당이득이 성립한다는 것으로 배당이 이루어진 후 부당이득반환청구 소를 진행한 사안이다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

한다. 채권자취소권제도가 채권자평등주의를 지향하는 것은 맞다. 그러나 여기에서의 평등은 사해행위 당시의 채무자에 대한 채권자로 국한되는 것을 말하는 것이다. 즉 채무자의 총재산을 놓고 채무자에 대한 총채권자를 위해 평등변제의 실현을 추구하는 파산절차와 성격이 다르다는 것이다. 나아가 더욱 중요한 문제는 사해행위 이후에 채권을 취득한 자를 "모든 채권자"에 포함할 경우 결국 취소소송의 단계에서 원상회복의 범위를 제한하는 노력은 의미가 없게 된다. 즉 사해행위 이후 채권을 취득한 자까지 배당요구를 할 경우 사해행위취소소송 단계에서 확정되지 아니한 장래 채무자에 대한 채권자의 채권액까지 고려하여 취소 및 원상회복의 범위를 정하여야 하기 때문이다.

판례는 집행기관이 배당요구 채권이 사해행위 당시에 발생한 것인지에 관한 실체관계를 심리해야 하는지 여부와 관련하여 부정하고 있다. 하지만 집행기관이 실체관계에 대한 심리를 해야 할 것이다. 집행기관은 원칙적으로 실체관계를 하지 않는 것이 원칙이다. 그러나 사해행위취소소송 판결에 의하여 등기를 할 때에는 등기원인을 '사해행위취소'로 등기원인일자를 '판결확정일'로 기재하여 등기를 한다(등기선례 201203-4호[243], 등기예규 1383호[244]).[245] 즉 사해행위취소로인한 부동산 강제경매의 경우 부동산등기부등본상에 등기원인란에 '사해행위취소'와 그에 대한 '판결확정일'이 기재되기 때문에 집행기관에서 실체관계를 심리하는 것이 그렇게 어렵지 않다고 본다. 집행기관에서 심리를 할 수 있는데까지는 심리를 해주어야지만 사해행위 이전에 취득한 채권자와 사해행위 이후에 취득한 채권자와 사이 배당이의 및 부당이득반환청구 소송까지 더 나아가지 않고 조속하게 법률관계를 마무리 할 수 있기 때문이다.

---

243) [등기선례 제201203-4호 사해행위취소판결에 의하여 등기를 신청하는 경우 등기원인과 그 연월일의 기재 방법] : 본문개정이유 "별지 목록 기재 부동산에 관하여, 가. 피고 조○○와 피고 임○○ 사이에 2010. 8. 16. 체결된 매매계약을 취소한다. 나. 피고 임○○는 원고에게 대구지방법원 ○○등기소 2010. 8. 17. 접수 제47571호로 마친 소유권이전등기의 말소등기절차를 이행하라."는 주문과 같은 사해행위취소 등 판결에 의하여 등기를 신청하는 경우에는 등기신청서에 기재할 등기원인을 "사해행위취소"로, 등기원인일자를 "판결확정일"로 기재하여야 한다.

244) [등기예규 제1607호 4(등기원인과 그 연월일) - 나(형성판결)-2)(예시)-나)항] : 사해행위취소판결의 경우 등기원인은 "사해행위취소"로, 그 연월일은 "판결확정일"을 기재한다.

245) 권순일 편집대표b, 568면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

3. 사해행위취소의 상대방인 수익자가 채권자 중 1인인 경우

채무자가 채권자 중의 1인에게 자신의 유일한 책임재산에 저당권을 설정한 것이 사해행위가 성립 될 때 사해행위임에도 불구하고 상대방인 수익자의 채권이 잔존하고 있는 경우 또는 채무자가 채권자 중의 1인에게 책임재산에 관해 대물변제를 해준 경우가 문제된다. 이와 같이 수익자의 채권은 사해행위에 의하여 일단 소멸하였으나 그 사해행위가 취소되면서 기존에 가지고 있던 채권이 부활[246]하게 된다. 이러한 수익자 또는 전득자를 민법 제407조의 "모든 채권자"의 범위에 포함되어 "강제집행절차에서 배당을 받을 수 있는 자로 볼 것인가"[247]의 여부이다. 이 경우 민법 제407조의 "모든 채권자"에 포함되는지에 대하여 다툼이 있다.[248]

가. 학설

(1) "모든 채권자"에 포함된다는 견해

이와 같은 수익자는 사해행위 당시 이미 채권을 보유하고 있었으므로 민법 제407조의 적용을 받는 채권자에 해당된다는 것이 긍정설이다. 따라서 원상회복된 재산에 대한 강제집행 절차에서 일정한 요건을 갖추어 배당요구를 하면 배당받을 수 있게 되는 것으로 통설의 입장이다.[249] 이와 같은 긍정설은 채권자가 사해행위로서 대물변제 등을 받은 경우에 그 채권은 이미 사해행위 이전에 존재하고 있으므로 위 채권자를 사해행위 당시에 채권을 보유하고 있었던 다른 일반 채권자들과 구별

246) 대법원 1988. 2. 23. 선고 87다카1989 판결; 대법원 2000. 12. 8. 98두11458 판결; 다수설과 판례의 상대적 효력설에 따르면, 채무자와 수익자 사이의 법률관계는 유효하므로 사해행위가 취소되었다 하여 수익자가 원래 채무자에 대하여 갖고 있던 채권이 부활할 수 있는지에 관하여 일부 비판적 견해가 있다. 그러나 채권자취소권과 마찬가지로 상대적 효력만이 있다고 인정되는 부인권이 행사된 경우, 폐지된 구 '파산법(채무자 회생 및 파산에 관한 법률에 의하여 2006. 3. 31. 폐지)'은 그 채권의 부활을 명문으로 규정하고 있었고, 새로 제정된 '채무자 회생 및 파산에 관한 법률{2005. 3. 31. 제정 2006. 3. 31.시행, 2007. 8. 3. 일부개정(2009. 2. 4.시행)}' 제109조 제1항도 이를 명문으로 규정하고 있다.

247) 박준서 편집대표, 앞의 책, 121면; 이우재, 앞의 논문 182면.

248) 권순일 편집대표b, 563면.

249) 박준서 편집대표, 앞의 책, 121면; 오영준b, 170면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

하는 것은 형평에 반한다는 것이다.[250]

상대적 효력설에 따르더라도 사해행위취소판결에 대한 효력은 취소채권자와 수익자 사이에서만 영향을 미치게 되고 채무자에게 그 효력이 미치지 않기 때문에, 위 채권자가 채무자에게 가지는 채권에 대하여는 그 효력이 미치지 않기 때문이다. 수익자 또는 전득자인 채권자는 사해행위 당시 이미 채권자인 관계로 채무자에게 회복된 재산에 대해 배당요구를 하는 것은 당연하다. 또한 배당요구를 하는 것이 상대적 효력설과 논리적으로 모순된다고 볼 수 없다.

(2) "모든 채권자"에 포함되지 않는다는 견해

부정설은 긍정설과 달리 사해행위취소의 본질에 관한 상대적 효력설의 입장에서 수익자가 원래 채무자에 대하여 갖고 있던 채권이 부활할 수 없다는 이유로 민법 제407조의 채권자에 해당하지 않는다고 한다.[251]

나. 판례의 입장

판례는 채무자가 다수의 채권자들 중 1인(수익자)에게 담보를 제공하거나 대물변제를 한 것이 다른 채권자들에 대한 사해행위가 된다고 한다. 그에 따라 취소채권자는 수익자를 상대로 사해행위취소소송을 제기하여 그 취소와 원상회복이 확정될 것이다. 이때 수익자는 자신의 채권이 사해행위 당시에 그대로 존재하여 부활하게 되는 결과 본래의 채권자로서의 지위를 회복하게 되는 것이다. 즉 수익자는 다른 채권자들과 마찬가지로 민법 제407조에 의하여 그 취소 및 원상회복의 효력을 받게 되는 채권자에 포함된다. 따라서 취소채권자가 원상회복된 채무자의 재산에 대한 강제집행을 신청하여 그 절차가 개시되면 수익자는 채무자에 대한 집행권원을 얻어 강제집행절차에서 배당을 요구하면 된다.[252] 따라서 취소소송을 제기한 채권자 등이 원상회복된 채무자의 재산에 대한 강제집행을 신청하여 그 절차가 개시되면 수익자인 채권자도 그 집행권원을 갖추어 강제집행절차에서 배당을 요구할 권

250) 김종필, "사해행위취소와 원상회복의 효력을 받게 되는 채권자의 범위",「대법원 판례해설 44호」, 법원도서관, 2003, 498면.

251) 손홍수a, 378면.

252) 대법원 2003. 6. 27. 선고 2003다15907 판결.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

리가 있다고 판시함으로써 긍정설의 입장에 있음을 명확히 하였다.[253]

판례는 위와 같이 긍정설의 입장을 따랐다. 그 이유는 첫째 채권자가 사해행위로서 대물변제 등을 받은 경우에 그 채권은 이미 사해행위 이전에 존재하고 있었고, 그 이후 사해행위에 의하여 소멸하였다가 그 취소에 의하여 부활한 것이어서 이들을 사해행위 당시에 채권을 보유하고 있었던 다른 일반 채권자들과 구별할 이유가 없다는 것이다. 둘째 이들을 민법 제407조의 채권자 범위에서 제외하는 것은 다른 일반채권자들과 형평에 반한다는 것이다. 사해행위취소에 관하여 상대적 효력설을 따르더라도 수익자인 채권자 입장에서 채권의 부활을 전제로 채무자의 회복된 재산에 대한 배당요구를 하는 것은 당연하고 이것이 상대적 효력설과 논리적으로 모순된다고 볼 수 없다는 것이다.[254] 다만 수익자와 전득자는 채무자에 대한 채권자로서 배당을 받기 위해서는 강제집행 절차에서 배당요구채권자로서 적법한 요건을 갖추어 배당요구종기일 이내에 배당요구를 하여야 한다.[255]

다. 소결

수익자 겸 채권자가 사해행위의 일환으로 자신의 채권을 확보하고자 채무자의 책임재산을 대물변제 등으로 받은 경우 책임재산은 이미 사해행위 이전에 존재하고 있었다. 이와 같은 수익자 겸 채권자의 채권은 자신의 사해행위에 의해 소멸하였지만 사해행위취소소송에 따라 부활한 것이다. 수익자 겸 채권자가 사해행위에 의해 채무자로부터 근저당권을 설정 받은 경우 사해행위취소소송의 결과 유무를 떠나서 수익자 겸 채권자의 채권은 아직도 존재하고 있다.

이러한 수익자 겸 채권자를 사해행위 당시 채권을 보유한 다른 채권자들과 구별할 이유가 없는 것이다. 오히려 수익자 겸 채권자는 취소채권자보다 앞서 채무자의 재산을 발견하여 채권자로서 적극적으로 자신의 채권을 회수한 것이다. 이와 같은 수익자 겸 채권자가 단지 피고가 되어 패소하였다는 이유만으로 단지 책임재산을 반환만 하고 “모든 채권자”의 범위에 포함되지 않는다고 한다면 형평성을 해치는 결과가 된다. 뿐만 아니라 수익자 겸 채권자는 자신도 채무자에 대한 채권자임에도

253) 김종필, 앞의 논문, 500면.
254) 손홍수a, 379면.
255) 권순일 편집대표b, 566면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

불구하고 자신의 개인재산에 관해 같은 지위에 있는 다른 채권자들로부터 강제집행을 당하기도 한다. 이에 반해 수익자 겸 채권자보다 뒤늦게 채권회수를 한 취소채권자에게 우선변제를 하는 것은 민법 제407조의 채권자평등주의에 정면으로 반한다고 보여진다.

또한 판례가 취하는 상대적 효력설에 따르더라도 취소의 효력을 받는 수익자 또는 전득자가 채권의 존재 또는 부활을 전제로 하여 채권자 입장에서 채무자의 회복된 재산에 대하여 배당요구를 하는 것이므로 논리적으로 모순되지 않는다. 강제집행절차에서 수익자 또는 전득자가 채무자의 채권자로서 배당요구를 할 수 있다는 대법원의 입장이 타당하다고 보여진다.

4. 사해행위취소의 상대방이 단순한 수익자인 경우

사해행위취소의 상대방이 단순한 수익자인 경우는 채무자가 채권자로부터의 강제집행을 피하기 위해 사해의사로 수익자[256]에게 자신의 책임재산을 실제 처분한 경우이다. 상대적 효력설은 사해행위취소소송으로 책임재산의 처분행위가 취소되었다고 하더라도 채무자와 수익자 사이의 법률행위는 유효하게 존속한다. 채무자와 수익자 사이 유상행위로 사해행위가 있었는데 취소채권자가 채권자취소권에 의해 위 유상행위를 취소하게 되면, 수익자는 채무자에게 재산을 반환하게 되는 손해를 갖게 된다. 그에 따라 수익자는 채무자에게 부당이득반환 청구권 내지 매도인의 담보책임을 물을 수 있다.[257] 이 경우 단순한 수익자가 "모든 채권자"의 범위에 포함되는지 여부이다. 단순한 수익자가 "모든 채권자"의 범위에 포함된다면 반환된 책임재산에 배당요구를 할 수 있을 것이고 포함되지 않는다면 배당요구를 할 수 없을 것이다.

이는 민법 제407조에 있어서 사해행위취소의 효력을 받는 "모든 채권자"의 범위와 관련된 입장에 따라 결정될 문제이다. 민법 제407조의 효력을 받는 채권자의 범위를 사해행위 전에 채권을 취득한 자로 제한을 하게 되면 수익자의 위와 같은 권

256) 이 경우, 수익자 역시 채무자가 다른 채권자로부터 강제집행을 피하기 위해 책임재산을 처분하는 경우를 알고 있는 것이 전제되어야 한다. 만약 수익자가 위 강제집행을 피하기 위한 사실을 몰랐다고 한다면, 취소채권자의 수익자에 대한 채권자취소권은 수익자가 선의이므로 사해행위 자체가 되지 않기 때문이다.

257) 손홍수a, 380면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

리는 사해행위 이후에 발생한 것이기 때문에 배당요구를 할 수 없다.[258] 반면 민법 제407조의 "모든 채권자"의 범위에 사해행위 후 채권을 취득한 자를 포함시키면 배당요구채권에 포함된다. 전자의 입장을 취하면 사해행위 당시 책임재산에 대한 반대급부를 제공하였던 수익자는 자신이 제공한 거의 유일한 재산에 대해 배당신청을 할 수 없어 일방적인 손실을 감수하게 되는 것이다.

가. 학설

(1) "모든 채권자"에 포함된다는 견해

긍정설은 현행 강제집행절차상 압류에 선착한 채권자에게 우선권이 부여되지 아니하고 배당요구의 종기 전에 채권을 취득하여 적법한 배당요구의 자격을 갖추기만 하면 누구라도 배당요구를 할 수 있는 점 등을 들어 사해행위 이후에 채권을 취득한 자도 민법 제407조의 적용을 받아 채무자의 책임재산으로 환원된 재산에 대하여 배당참가를 할 수 있다고 한다.[259] 긍정설이 주장하는 근거는 공동담보가 되는 채무자의 책임재산이 수익자의 출연으로 이득을 얻은 점을 부인하기 어렵고[260] 취소채권자로서도 원상회복된 재산에 관하여 혼자서만 집행할 수 있는 것이 아니고 다른 채권자들과 평등하게 배당을 받을 수 있을 뿐이며 사해행위취소 소송의 피고가 취소의 효과를 주장할 수 없다고 하는 근거 규정도 없다는 것이다.[261]

(2) "모든 채권자"에 포함되지 않는다는 견해

부정설은 그러한 채권자는 채권취득 당시에 사해행위취소에 의하여 회복되는 재산을 채권자의 공동담보로 파악하지 않은 자이므로 굳이 민법 제407조의 규정에 의하여 보호할 필요가 없다고 한다.[262] 부정설이 주장하는 근거는 채무자는 사해행

258) 이우재, 앞의 논문, 182면; 손흥수a, 380면.
259) 飯原一乘b, 258面.
260) 我妻榮, 新訂債權總論, 岩波書店, 1964, 200面.
261) 飯原一乘b, 258面.
262) 서인겸, "채권자취소권에서 채권자인 수익자의 보호에 관한 고찰",「법조 제59권 제2호」, 법조협회, 2010, 68면; 손현찬, "수 개의 사해행위취소소송이 중첩된 경우의 법률

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

위취소로 환원되는 재산만을 가지고 있는 경우가 대부분이므로 사해행위 당시 반대급부를 제공하였던 수익자는 자신이 반환하였던 재산에 대한 배당에 가입할 수 없게 되어 일방적인 손실을 감수할 수밖에 없으나, 이러한 수익자까지 사해행위취소의 효력이 미친다고 보아 배당요구를 허용할 경우 사해행위 당시 채권을 가지고 있었던 다른 일반 채권자들의 공동담보를 그만큼 감소시키는 것이 되어 사해행위취소에도 불구하고 여전히 채권자들을 해하는 결과가 초래되고, 수익자의 입장에서는 설령 사해행위취소가 되더라도 총 채권액 중 자신의 채권액에 안분한 비율만큼은 그 회수를 보장받게 되어 오히려 사해행위를 조장할 위험이 있고,[263] 사해행위 후에 채권을 취득한 자는 배당요구를 할 수 없기 때문에, 수익자 내지 전득자의 배당요구를 허용하면 다른 일반 채권자들의 공동담보를 그만큼 감소시켜 채권자를 보호하려는 채권자취소제도의 취지에 반한다는 것이다.[264]

또한 채권자를 해함을 알면서 한 채무자의 재산 감소 행위를 채권자가 취소하고 그 재산을 채무자의 책임재산으로 회복하게 하는 채권자취소제도의 본래의 기능 및 입법취지에 반하고,[265] 부당이득반환청구권은 원상회복이 현실적으로 이루어짐으로 인하여 비로소 발생한 권리라고 해석되므로 수익자는 취소채권자의 집행단계에서 배당에 가입할 수 없다는 것이다.[266]

나. 판례의 입장

이 문제를 직접 언급한 대법원 판결은 아직 없고 "채권자가 수익자를 상대로 제기한 사해행위취소소송에서 채권자가 승소함으로써 채권자취소권이 행사되고 그 원상회복으로 책임재산의 소유명의가 채무자 앞으로 환원되어 집행절차가 진행된 경우 민법 제407조에 의해 그 원상회복의 효력을 원용하여 배당 요구할 수 있는 채권자는 취소권을 행사한 채권자 이외에 사해행위 당시부터 채권을 가지고 있던

관계",「재판과 판례 15집」, 대구판례연구회, 2007, 441면; 이계정, "민법 제407조(채권자평등주의)의 법률관계에 관한 연구",「사법논집 47집」, 법원도서관, 2008, 494면(이계정a라 한다).

263) 손현찬, 앞의 논문, 441면.

264) 이계정a, 494면.

265) 정승규, "사해행위 취소와 채권자평등주의",「민형사실무연구」, 서울북부지방법원, 2004, 51면.

266) 飯原一乘b, 536面.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

자로서 스스로 사해행위취소권을 행사할 수 있었던 지위에 있던 채권자에 한하고, 채권의 취득 당시에 당해 부동산이 수익자 또는 전득자의 소유가 된 상태이었기 때문에 당해 부동산을 채무자의 담보 재산으로 파악하지 않았던 이른바 사해행위 이후에 채권을 취득한 채권자는 원상회복의 효력을 원용하여 배당 요구할 수 없다고 봄이 상당하다."[267]고 판시하여 마찬가지로 수익자는 배당요구를 할 수 없다고 하였다. 그 밖에도 부정설을 취하는 판례가 있다.[268]

다. 소결

사해행위취소소송에서의 채무자의 재산은 채권자취소로 환원되는 재산만이 대부분으로 부정설의 입장에 의하게 되면 사해행위 당시 반대급부를 제공하였던 수익자 또는 전득자는 자신이 반환하였던 재산에 대한 배당에 가입할 수 없게 된다. 그에 따라 일방적인 손실을 감수한다는 손해가 있을 수 있으나, 이러한 수익자 또는 전득자까지 사해행위취소의 효력이 미치는 채권자라고 보아서 배당요구를 허용할 경우 사해행위 당시 채권을 가지고 있었던 다른 일반 채권자들의 공동담보를 그만큼 감소시키는 결과가 초래된다. 사해행위를 하였던 수익자 또는 전득자에게 자신의 채권액에 안분한 비율만큼을 배당절차에서 그 회수를 보장받게 한다면 사해행위를 조장할 위험이 있으므로 부정설이 타당하다고 보여진다.

제4절 가액배상에서 "모든 채권자"의 범위와 관련된 문제점

가액배상에서의 "모든 채권자"의 범위와 관련하여 타 채권자의 취소채권자에 대한 가액배상금 청구가 가능한지와 수익자의 취소채권자에 대한 안분액분배청구 또는 안분액지급거부의 가부가 문제되고 있다. 전자의 경우 대법원이 상계설을 취하고 후자의 경우도 부정설을 취함에 따라 취소채권자가 우선변제를 받는 결과가 된다. 그에 따라 민법 제407조상의 채권자평등주의에 반한다는 여러 가지 견해가 펼

267) 서울고등법원 2009. 6. 12. 선고 2009나21258 판결.

268) 대전지방법원 천안지원 2007. 11. 30. 선고 2006가단25468 판결; 대구지방법원 2009. 9. 30. 선고 2009가단4951 판결; 광주지방법원 2010. 11. 4. 선고 2010나9142 판결; 전주지방법원 2010. 10. 7. 선고 2010가단8107 판결; 전주지방법원 2010. 10. 7. 선고 2010가단8114 판결.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

처지고 있다.

1. 타 채권자의 취소채권자에 대한 가액배상금 분배청구 가부

민법 제407조는 채권자취소권의 행사에 의한 취소와 원상회복은 “모든 채권자”의 이익을 위하여 그 효력이 있다고 규정하고 있는데 사해행위의 취소와 원상회복은 채무자의 책임재산의 보전을 직접적인 목적으로 하고 그 효과는 “모든 채권자”의 이익을 위하여 발생되므로 사해행위의 취소에 상대적 효력만을 인정하는 판례·통설에 의하는 한 “모든 채권자”는 채권만족에 관한 일반원칙에 따라 책임재산이 채무자에게로 회복된 후 채무자로부터 임의변제를 받거나 강제이행에 의하여 채권만족을 실현할 수밖에 없다.[269]

이 설명에 따르면 민법 제407조는 아래의 두 가지의 의미를 갖는다. 첫째 사해행위의 취소와 원상회복은 취소채권자의 개인적 채권 만족을 목적으로 하는 것이 아니라 모든 채권자를 위하여 채무자의 책임재산을 보전함을 직접적인 목적으로 하는 것이므로, 취소채권자는 채무자에게 환원된 책임재산으로부터 채권의 우선적 만족을 얻을 수 없고 그 책임재산을 모든 채권자와 평등하게 분배를 받아야 한다. 둘째 민법은 이와 같이 채권자취소권제도에 대하여 채권자평등주의를 규정하고 있을 뿐 채무자에게 환원된 책임재산을 분배할 절차나 시기에 관하여 따로 규정하고 있지 않다. 그에 따라 취소채권자는 평등주의의 실현을 위하여 사해행위 목적물을 채무자에게 환원시킨 후 강제집행의 방법에 의하여 채권의 만족을 얻어야 한다. 이 때 채권자는 배당요구 등을 통하여 평등분배의 기회를 갖게 된다.[270]

그런데 가액배상에 대한 판례에서의 수익자는 채무자에 대한 채권자로서 배당받을 수 없음은 물론 타 채권자조차도 위 배당금에 대한 배당신청을 할 수 없는 불합리한 결과가 초래 된다. 그 결과 사해행위로 인한 취소와 원상회복은 “모든 채권자”의 이익을 위하여 효력이 있다는 민법 제407조의 취지에 어긋나게 된다.

가. 학설

269) 박준서 편집대표, 앞의 책, 122면.
270) 이우재, 앞의 논문, 178면; 박준서 편집대표, 앞의 책, 122면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

사해행위취소 소송을 제기하여 승소판결을 받은 취소채권권자가 가액배상금을 수익자로부터 직접 수령한 경우 취소채권자는 수익자와 사이에서 상계의 방법으로 우선적으로 자신의 채권만족에 충당해 버리고 있는데, 이와 관련하여 학설의 다툼이 있다.[271]

(1) 상계설

상계설은 취소채권자는 원상회복으로서 상대방으로부터 반환받은 금전을 채무자에게 반환하여야 할 의무가 있고, 위 의무와 채무자에 대한 자기의 채권을 상계함으로서 취소권자가 우선변제 받을 수 있다는 견해로서 우리나라의 판례[272]가 취하고 있고 통설[273]이라고 한다. 또한 일본의 통설이며 판례[274]라고 한다.

그러나 상계설이 우리나라의 통설인지에 대하여는 의문점이 든다. 가액배상에서의 상계설을 취할 경우 민법 제407조의 "모든 채권자"의 이익을 위한다는 것에 대해 정면으로 반하기 때문이다. 그에 따라 취소채권자가 수익자로부터 채무자에게로 반환 될 가액배상금에 관해 독점적으로 회수하는 결과에 대한 상계설을 지적하는 논문[275]만이 있고 상계설을 지지하는 논문은 없는 것으로 보여, 현재 상계설이 통설인지에 대해서는 크게 의문이 든다. 위와 같이 계속적인 상계설의 문제점을 지적함으로 인해 민법개정위원회는 2013. 7. 1. 민법 개정안으로 민법 제407조의4를 신설[276]하여 상계설은 더 이상 다수설이 아니라고 보여진다.

---

271) 추신영, "채권자취소소송에 있어서 원물반환과 가액배상 : 강제집행과 관련된 내용을 중심으로",「토지법학 제27권 제2호」, 한국토지법학회, 2011, 102면(추신영a라 한다).

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

273) 박준서 편집대표, 앞의 책, 123면.

274) 日本判 昭 37(1962). 10. 9.(民集 16, 10, 2070).

275) 윤 경, 앞의 논문, 77면; 이우재, 앞의 논문, 194면; 추신영a, 104면; 서인겸, 앞의 논문, 141면; 한삼인・정두진, "사해행위취소소송에 있어 가액배상판결과 채권자 평등의 문제",「법학논총 제30권 제4호」, 한양대학교 법학연구소, 2013, 311면; 이혜진, "사해행위취소소송의 경합과 가액배상",「동아법학 제55호」, 동아대학교 법학연구소, 2012, 175면; 오재창, "사해행위취소에 따른 배당금지급청권과 채권자평등주의",「민사집행연구 제5권」, 한국민사집행법학회, 2009, 145면; 이종엽, "가액배상판결의 집행법상 실현 : 대상판결 : 대법원 2005다14595 판결",「저스티스 통권 101호」, 한국법학원, 2007, 257면; 정주홍, "사해행위취소소송의 가액배상판결에 대한 타 채권자의 보호방안",「法學論叢 제23권 제3호」, 조선대학교 법학연구소, 2016, 285면(정주홍a라 한다).

276) 윤진수・권영준, "채권자취소권에 관한 민법개정안 연구",「민사법학 제66호」, 한국민

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

상계설은 취소채권자의 가액배상금에 대한 수령권을 전제로 하는 견해로 가액배상금을 수령한 취소채권자가 다른 채권자에 대하여 분배의무를 부담하지 않기 때문에 사실상 우선변제권을 받더라도 문제가 되지 않는다고 하는 것이다.[277] 이 견해에 대하여는 취소에 상대적 효력만을 인정하면서 채무자가 취소채권자에 대하여 재산반환청구권을 취득한다고 함은 모순이라는 논리적 모순이 남고[278] 채권자평등주의에 반한다는 지적을 받고 있다.[279]

(2) 공탁의무설

공탁의무설은 취소채권자는 처음부터 자신에게 가액배상금을 청구할 수 없고 모든 채권자의 이익을 위하여 청구할 수 있을 뿐이며 수익자로부터 수령한 금원을 법원에 제출함으로써 다른 채권자에게 배당에 참가할 기회를 부여한다는 견해[280]로서 아래의 근거를 들고 있다. 우리집행법상 의무이행의 방법으로 공탁을 하도록 규정한 경우로는 금전채권에 대한 강제집행에 있어서 제3채무자의 의무공탁을 들 수 있다.

특히 수인의 취소채권자가 공동원고가 되어 소송을 수행하거나 각 채권자가 별도로 제기한 소송이 병합된 사안에서 원상회복의 방법으로 원물반환을 명할 경우에는 '취소 목적물을 채무자에게 반환하라.'는 단일 주문이 선고되므로 각 취소채권자 상호간에 별다른 문제가 발생하지 아니하나 이와 달리 가액배상의 경우에는 종래 다수설과 판례의 견해대로 취소채권자에게 반환하라고 판결하게 되면, 각 취소채권자별 취소 및 반환의 범위 및 각 취소채권자들간의 상호관계를 어떻게 처리하여야 하는지에 관하여 하급심은 안분배당설[281]과 연대채권설[282]로 입장이 나뉘어져

사법학회, 2014, 532면.

277) 추신영a, 102면; 함삼인・정두진, 앞의 논문, 308면.

278) 박준서 편집대표, 앞의 책, 123면.

279) 이우재, 앞의 논문, 194면; 추신영a, 104면; 이혜진, 앞의 논문, 175면; 오재창, 앞의 논문, 145면; 이종엽, 앞의 논문, 257면.

280) 오영준b, 189면.

281) 서울고법 2000. 9. 22. 선고 99나32839, 2006나6805(병합) 판결에 의하면 사해행위 목적물의 가액을 수인의 취소채권자의 채권액에 비례하여 안분한 다음, 수익자에게 그 각 안분액 상당을 각 취소채권자에게 지급하라는 내용의 가액배상판결을 하였다. 그러나 안분배당설은 채무자에 대한 채권자가 당해 취소소송의 채권자들만이 존재하는 것을

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

있다. 공탁설에 의하면 이러한 복잡한 문제도 자연스럽게 해결된다는 것이다.[283]

이 견해에 대해서는 현행법의 해석상 취소채권자에게 공탁의무나 가액배상금 제출의무를 인정할 근거가 불분명하다는 비판을 가하는 견해[284]가 있다. 이와 같은

전제로 하는 것인데, "총 배당요구채권자의 범위 및 총 배당요구채권액"을 확정하는 절차가 없는 소송절차에서 막연히 취소소송이 병합된 취소채권자들의 채권을 기준으로 안분배당을 하는 것은 그 근거가 박약하고 먼저 제기된 사해행위취소소송의 원고가 아닌 다른 채권자도 그 취소소송이 확정되기 전까지는 별소를 제기할 수 있는데, 이 경우 취소채권자들이 공동원고로서 소를 제기하거나 별소가 병합된 경우에는 자신의 피보전채권액에 미달하는 금액으로 안분하여 가액배상을 받고, 병합이 되지 아니한 경우에는 자신의 취소채권액 전에 대하여 가액배상을 받게 되어, 형평을 잃은 결과가 발생한다는 단점이 있다.

282) 이 견해는 위와 같은 불합리를 없애기 위하여 수익자로 하여금 가액배상금 전액을 취소채권자들에게 연대하여 지급하라는 형태의 판결을 내리는 것인데, 이에 대해서는 연대채권은 우리 민법상 인정하고 있는 채권관계가 아니고, 다만 당사자의 계약에 의하여 성립하는 다수 당사자의 채권관계이므로 이를 가지고 취소채권자들간의 권리관계를 규율하는 데에는 문제가 있고, 만일 수익자가 연대지급을 명한 취소소송의 원고 중 1인에게 가액배상금을 전액 지급하였을 경우, 나머지 채권자들은 더 이상 임의변제를 받거나 강제집행에 착수할 수 없으므로, 그 상호간의 분배를 어떻게 하여야 하는지에 대한 문제가 되며, 연대지급을 명한 가액배상판결의 원고들 이외의 다른 취소채권자가 별소에서 가액배상판결을 받은 경우, 그들 상호간의 법률관계는 어떻게 구성하여야 하는가에 관해서도 어려운 문제가 발생하는 등 연대채권설에 기한 가액배상판결은 그 판결절차 단계에서는 어려움이 생기지 않을지 몰라도, 그 후 분배문제를 둘러싸고 또 다른 복잡한 분쟁을 야기한다는 비판이 제기되고 있다. 이와 관련하여 대법원 2005. 11. 25. 선고 2005다51457 판결은 여러 명의 채권자가 사해행위취소 및 원상회복청구의 소를 제기하여 여러 개의 소송이 계속 중인 경우에는 각 소송에서 채권자의 청구에 따라 사해행위의 취소 및 원상회복을 명하는 판결을 선고하여야 하고, 수익자(전득자를 포함한다)가 가액배상을 하여야 할 경우에도 수익자가 반환하여야 할 가액을 채권자의 채권액에 비례하여 채권자별로 안분한 범위 내에서 반환을 명할 것이 아니라, 수익자가 반환하여야 할 가액 범위 내에서 각 채권자의 피보전채권액 전액의 반환을 명하여야 한다고 판시하였다. 한편 이와 같이 여러 개의 소송에서 수익자가 배상하여야 할 가액 전액의 반환을 명하는 판결이 선고되어 확정될 경우 수익자는 이중으로 가액을 반환하게 될 위험에 처할 수 있을 것인데, 이에 대해서 위 대법원 판결은, 수익자가 어느 채권자에게 자신이 배상할 가액의 일부 또는 전부를 반환한 때에는 그 범위 내에서 다른 채권자에 대하여 청구이의 등의 방법으로 이중지급을 거부할 수 있을 것이라고 판시하고 있다. 그러나 어느 취소채권자가 취소의 범위와 관련하여 자기의 채권뿐만 아니라 다른 채권자의 채권까지 포함시킬 것을 주장하는 경우에 위와 같은 방법은 매우 복잡하고, 청구이의 소송으로 새로운 분쟁을 야기하며, 향후 새로운 문제를 야기할 가능성이 매우 크다.

283) 이우재, 앞의 논문, 196-197면.

284) 오영준a, 190면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

견해는 판례가 취소채권자에게 목적물을 직접 반환하게 하는 방식을 취하고 있기 때문에 입법을 거치지 아니하고도 판례의 변경으로 가능 하다는 것이다.

이 경우 위 공탁의 방법을 변제공탁으로 할 것인지 아니면 집행공탁으로 취급할 것인지에 대하여는 그 의미가 달라진다. 우리 민사집행법 하에서는 조건부채권이나 기한미도래의 채권도 전부명령이 가능한데, 위 공탁을 변제공탁으로 구성할 경우 만일 다른 채권자가 모르는 사이에 취소채권자가 수익자의 변제공탁을 전제로 채무자의 공탁금출급청구권에 대해서 전부명령을 받아버리던가, 또는 취소소송계속 중에 다른 채권자가 취소채권자에 앞서서 먼저 전부명령을 받아 버리면 채무자에게 반환될 가액에 대한 가액배상채권은 실질적으로 그대로 특정채권자에게 전부되어 그 전부채권자가 독식을 하게 되어 논의의 의미가 사라진다.

반면에 집행공탁으로 구성하게 되면 반드시 집행기관의 배당절차를 거쳐야 하므로 이러한 문제가 없고, 종래 채무자가 그 가액을 수령하지 않거나 이를 소비·은닉하는 경우에는 곤란한 문제가 생긴다는 우려도 자연스럽게 해결되지만 무슨 근거로 집행공탁으로 구성하는가의 문제는 남는다.[285]

(3) 채무자지급설

채무자지급설은 가액배상의 상대방은 취소채권자가 아니고 채무자이기 때문에 채무자에게 반환하여야 한다고 한다. 그 이유는 통설과 판례가 사해행위취소에 의하여 수익자로부터 찾아온 책임재산은 원칙적으로 "모든 채권자"의 이익을 위하여 채무자에게 환원되어야 한다고 하는데, 이 경우 책임재산이 원물의 형태로 존재하는 경우에는 그 원물자체를 채무자에게 반환하면 되고 그 원물반환이 불가능 하여 원물에 갈음하는 것으로 인정되는 가액 역시 원물과 동일시되는 책임재산이므로 채무자에게 반환하는 것이 원칙에 부합한다고 한다.[286]

이 설에 대한 비판은 채무자의 수익자에 대한 가액배상청구권에 대하여 만일 다른 채권자가 모르는 사이에 취소채권자가 그 반환채권에 대해서 전부명령을 받아 버리던가, 또는 취소소송계속 중에 다른 채권자가 취소채권자에 앞서서 먼저 전부명령을 받아 버리면 채무자에게 반환될 가액에 대한 가액배상채권은 그대로 특정

285) 이우재, 앞의 논문, 197면.
286) 오영준a, 199-200면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

채권자에게 전부되어 그 전부채권자가 독식을 하게 되므로 실질적인 문제해결이 되는 것은 아니라고 한다.[287]

(4) 강제집행설

강제집행설은 취소채권자가 인도받은 금전으로부터 자기채권의 만족을 얻기 위해서는 상계가 허용되지 아니하고, 오로지 채무자에 대한 집행권원에 기하여 그 금전에 대한 강제집행을 하여야 한다는 견해이다. 구체적인 방법으로 채무자를 채무자 취소채권자를 제3채무자로 삼아 압류 및 추심명령을 얻어 추심한 후 이를 민사집행법 제236조 제2항에 의하여 공탁하거나, 취소채권자가 압류명령이 발령된 후 제3채무자로 삼아 압류 및 추심명령을 얻어 추심한 후 이를 민사집행법 제236조 제2항에 의하여 공탁하거나 취소채권자가 압류명령이 발령된 후 제3채무자로서 민사집행법 제248조 제1항에 따라 스스로 집행공탁하여 배당절차를 통하여 배당받을 수 있다는 견해이다.[288]

나. 판례의 입장

판례는 "사해행위의 취소와 원상회복은 모든 채권자의 이익을 위하여 그 효력이 있으므로(민법 제407조) 채권자취소권의 행사로 채무자에게 회복된 재산에 대하여 취소채권자가 우선변제권을 가지는 것이 아니라 다른 채권자도 총채권액 중 자기의 채권에 해당하는 안분액을 변제받을 수 있는 것이지만, 이는 채권의 공동담보로 회복된 채무자의 책임재산으로부터 민사집행법 등의 법률상 절차를 거쳐 다른 채권자도 안분액을 지급받을 수 있다는 것을 의미하는 것일 뿐, 다른 채권자가 이러한 법률상 절차를 거치지 아니하고 취소채권자를 상대로 하여 안분액의 지급을 직접 구할 수 있는 권리를 취득한다거나, 취소채권자에게 인도받은 재산 또는 가액배상금에 대한 분배의무가 인정된다고 볼 수는 없다. 가액배상금을 수령한 취소채권자가 이러한 분배의무를 부담하지 아니함으로 인하여 사실상 우선변제를 받는 불공평한 결과를 초래하는 경우가 생기더라도, 이러한 불공평은 채무자에 대한 파산

287) 이우재, 앞의 논문, 198면.
288) 이우재, 앞의 논문, 199면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

절차 등 도산절차를 통하여 시정하거나 가액배상금의 분배절차에 관한 별도의 법률 규정을 마련하여 개선하는 것은 별론으로하고, 현행 채권자취소 관련 규정의 해석상으로는 불가피하다."[289]고 판시하고 있다. 이는 일반채권자의 취소채권자에 대한 가액배상금 분배청구권을 부정하고 있으며 상계설의 법리를 구성한 것이다.[290]

다. 소결

민법 제407조는 채권자취소권의 행사에 의한 취소와 원상회복은 "모든 채권자"의 이익을 위하여 그 효력이 있다고 규정하고 있다. 그런데 사해행위의 취소와 원상회복은 채무자의 책임재산의 보전을 직접적인 목적으로 하고 그 효과는 "모든 채권자"의 이익을 위하여 발생되므로 사해행위의 취소에 상대적 효력만을 인정하는 판례에 의하는 한, 취소채권자는 채권만족에 관한 일반원칙에 따라 책임재산이 채무자에게로 회복된 후 채무자로부터 임의변제를 받거나 강제이행에 의하여 채권만족을 실현할 수밖에 없다.[291]

상계설이 통설처럼 보여질수 있으나 상계설을 지적하고 있다. 하지만 위와 같은 지적에도 불구하고 판례가 상계설을 취함에 따라 가액배상금을 수령하게 된 취소채권자는 분배의 의무를 부담하지 않으면서 실질적으로 독식하는 불공평한 결과가 초래된다. 채권자평등주의를 위해서라도 취소채권자가 수익자로부터 수령한 가액배상금을 법원에 공탁하게 함으로써 "모든 채권자"가 배당에 참가할 기회를 주어야 한다. 위와 같은 기회를 줌으로써 채권자취소권이 추구하는 채권자평등주의에 반하지 않는다.

특히 판례는 원물반환에서는 수익자 겸 채권자가 책임재산에 대해 자신의 안분액을 청구하여 배당 받을 수 있는 반면 가액배상의 수익자 겸 채권자는 자신의 안분액을 청구할 수 없다. 위와 같이 판례가 원물반환과 가액배상에서 그 청구에 대

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

290) 일본 最高裁判所 昭和 37. 10. 9. 판결; "취소채권자는 자기가 지급받은 금전을 채무자의 책임재산에 회복될 것으로 취급하여야 함은 당연하다 할 것이나, 그것 이상으로 분배자가 되어 다른 채권자의 분배청구에 응하여 평등비율에 의한 분배를 하여야 할 의무를 부담한다고 해석할 수 없다. 그와 같은 의무가 있다고 해석하는 것은 분배의 시기, 절차 등을 해석상 명확히 할 수 있는 규정이 전혀 없다."고 판시하여, 일본도 일반채권자에 대한 분배청구권을 인정하지 않는다.

291) 박준서 편집대표, 앞의 책, 122면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

한 모순 된 판단을 하고 있어 위와 같은 모순을 없애기 위해서라도 공탁의무설이 타당하다고 보여진다. 공탁의무설을 적용할 경우 가액배상의 수익자 겸 채권자도 공평하게 자신의 안분액만큼을 배당받을 수 있기 때문이다.

2. 수익자 겸 채권자의 취소채권자에 대한 안분액분배청구 여부

가. 학설

(1) 긍정하는 견해

수익자가 채무자의 채권자 중 1인인 경우 수익자가 취소채권자에게 자신의 채권액의 안분액만큼 상계를 주장할 수 있다는 견해이다. 만약 이를 부정하게 되면 취소채권자보다 앞서서 제일 먼저 채무자의 숨은 재산을 발견하고 적극적으로 채권회수를 시도한 수익자는 사해행위취소의 피고가 되어 아무런 변제를 받지 못하고, 회수한 재산을 반환해야 할 뿐만 아니라 더 나아가 자신의 개인재산에 대하여도 강제집행을 당할 위험이 있다. 이에 반해 뒤늦게 채권회수에 나선 취소채권자가 수익자보다 우선변제를 받게 되면 형평에 어긋난다는 것이다.[292]

또한 수익자의 편파변제행위는 공동담보를 해한다는 이유로 취소하면서도 그 취소판결에 따라 수익자가 반환한 가액배상금으로부터 취소채권자 1인이 독점적으로 만족을 얻도록 하는 것은 불합리하다고 한다. 이는 결과적으로 채권회수에 노력하여 먼저 변제를 받은 수익자로 하여금 일방적으로 손해를 감수하도록 하면서 취소채권자의 채권액 전액에 대하여 보증을 서게 하는 것과 다름없다고 한다.[293]

나아가 취소채권자가 가액배상판결을 받으면 다른 채권자들은 취소채권자에 대한 분배청구권을 행사할 수 없어 사실상 우선변제를 받음에도 불구하고 판례는 관념상으로만 가액배상금이 채무자의 책임재산으로 회복된다고 보는데, 이는 실질을 도외시하는 것이라는 점 수익자의 채무자에 대한 채무와 채무자의 채무는 서로 상계의 의사표시로 상계할 수 있어 민법 제407조와 관련하여 상계액 전부는 아니더

292) 추신영a, 105면.
293) 이우재, 앞의 책, 136면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

라도 총채권액 중 자기의 채권에 대한 안분액을 거절할 수 있다는 것이다.

또한 채무자의 일반채권자는 자신의 권리를 행사할 수 있는 유일한 방법으로 수익자를 상대로 별도로 취소소송을 제기하거나 취소소송에 참가함으로써 자신의 권리를 보호할 수 있음에 반하여, 수익자는 채무자에 대한 일반채권자인 경우에도 스스로 사해행위취소소송을 제기할 수 없으므로 채무자에 대한 상계를 주장함으로써 안분액거절권을 행사할 수 있다고 보는 것이 형평에 맞는 것이라는 것과 취소채권자보다 앞서서 채무자의 숨은 재산을 발견하고 적극적으로 채권회수를 시도한 수익자는 사해행위취소소송의 피고가 되어 아무런 변제를 받지 못하고 회수한 재산을 반환하고 더 나아가 자신의 개인재산에 관하여도 강제집행을 당할 우려가 있는데 반해 이보다 뒤늦게 채권회수에 나선 취소채권자가 수익자보다 우선변제를 받는 것은 형평에 반하는 결과가 되어 부당하다는 것이다.294)

나아가 수익자가 원물반환을 하는 경우에는 수익자는 그의 채권이 사해행위 당시에 그대로 존재하고 있었거나 또는 사해행위가 취소되면서 그의 채권이 부활하는 결과 본래의 채권자로서의 지위를 확보하게 되는 것이므로 다른 채권자들과 함께 민법 제407조에 의하여 취소 및 원상회복의 효력을 받게 되는 채권자에 포함된다 할 것이고 따라서 취소소송을 제기한 채권자 등이 원상회복된 채무자의 재산에 대하여 강제집행을 신청하여 그 절차가 개시되면 수익자인 채권자도 그 집행권원을 갖추어 강제집행절차에서 배당을 요구할 권리가 있으므로 유독 가액배상의 경우에만 아무런 권리를 행사할 수 없다는 것은 형평에 맞지 않다는 점, 부정설이 가액배상금의 분배절차에 관하여 별도의 규정이 마련되어 있지 않다는 주장을 하고 있는데 대하여 가액배상을 인정하는 근거나 가액배상의 상대방에 관하여 채권자에게 귀속된다는 근거 또한 법률에 마련되어 있지 아니함에도 이를 인정하면서도 수익자에 대한 가액배상금의 분배절차가 마련되어 있지 않다는 이유를 들어 채무자의 일반채권자인 수익자에게 안분액지급거절권을 부정하는 것은 맞지 않다는 점, 민법 제407조는 취소채권자와 수익자인 채권자가 평등하게 그 이익을 누릴 수 있다는 취지이며 사해행위취소로인한 원상회복으로 가액배상을 통하여 취소채권자에게 우선변제권을 인정하게 된다면 반대로 수익자인 채권자로서도 자신의 채권에 해당하는 안분액의 지급을 거절하도록 해석하는 것이 위 규정의 규범목적에 부합하는 것이라는 점 등을 주장하고 있다.295)

294) 추신영a, 104면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

(2) 부정하는 견해

수익자는 반사회성을 가진 채권자로서 자신의 채권에 해당하는 안분액의 배당요구청구권으로 상계를 주장할 수 없다는 것이다.[296] 현행법상 수익자에게 안분액의 배당요구청구권을 인정할 근거나 절차규정이 없고, 안분비례에 의한 분배청구는 민사집행법상의 배당요구는 아니고 단지 수익의 의사표시일 뿐인데 현행법상 그러한 의사표시의 효력을 인정할 아무런 근거가 존재하지 아니하고, 만약 수익자가 자신의 채권안분액만큼 상계 등을 이유로 그 지급을 거절할 수 있다고 하면 재빨리 자신의 채권에 관한 변제를 받은 악의의 수익자를 보호함으로써 총채권자의 이익을 무시하는 결과가 되어 부당하다고 한다.[297]

나. 판례의 입장

가액배상에 따른 패소한 수익자 피고가 취소채권자인 원고에게 자신(피고)의 채권액 상당의 안분액을 청구할 수 있는지에 대하여, 판례는 "사해행위의 취소와 원상회복은 모든 채권자의 이익을 위하여 그 효력이 있으므로(민법 제407조), 채권자취소권의 행사로 채무자에게 회복된 재산에 대하여 취소채권자가 우선변제권을 가지는 것이 아니라 다른 채권자도 총채권액 중 자기의 채권에 해당하는 안분액을 변제받을 수 있는 것이지만, 이는 채권의 공동담보로 회복된 채무자의 책임재산으로부터 민사집행법 등의 법률상 절차를 거쳐 다른 채권자도 안분액을 지급받을 수 있다는 것을 의미하는 것일 뿐, 다른 채권자가 이러한 법률상 절차를 거치지 아니하고 취소채권자를 상대로 하여 안분액의 지급을 직접 구할 수 있는 권리를 취득한다거나, 취소채권자에게 인도받은 재산 또는 가액배상금에 대한 분배의무가 인정된다고 볼 수는 없다. 가액배상금을 수령한 취소채권자가 이러한 분배의무를 부담하지 아니함으로 인하여 사실상 우선변제를 받는 불공평한 결과를 초래하는 경우가 생기더라도, 이러한 불공평은 채무자에 대한 파산절차 등 도산절차를 통하여 시

295) 추신영a, 105면; 이진수, "가액배상을 구하는 사해행위취소소송에서 원물반환을 명할 수 있는지 여부",「판례연구 제21집」, 부산판례연구회, 2010, 667-669면.
296) 추신영a, 107면; 윤 경, 앞의 논문, 142면.
297) 윤 경, 앞의 논문, 142면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

정하거나 가액배상금의 분배절차에 관한 별도의 법률 규정을 마련하여 개선하는 것은 별론으로하고, 현행 채권자취소 관련 규정의 해석상으로는 불가피하다."[298]고 하여 부정설을 취한다.

사해행위취소소송의 가액배상에서 패소한 수익자 겸 채권자인 피고가 취소채권자인 원고에게 자신의 채권액 상당의 안분액 분배를 청구한 사안에서 판례는 "채권자취소권은 채권의 공동담보인 채무자의 책임재산을 보전하기 위하여 채무자와 수익자 사이의 사해행위를 취소하고 채무자의 책임재산으로부터 일탈된 재산을 모든 채권자를 위하여 수익자 또는 전득자로부터 환원시키는 제도이므로, 수익자인 채권자로 하여금 안분액의 반환을 거절하도록 하는 것은 자신의 채권에 대하여 변제를 받은 수익자를 보호하고 다른 채권자의 이익을 무시하는 결과가 되어 제도의 취지에 반하게 되므로, 수익자가 채무자의 채권자인 경우 수익자가 가액배상을 할 때에 수익자 자신도 사해행위취소의 효력을 받는 채권자 중의 1인이라는 이유로 취소채권자에 대하여 총 채권액 중 자기의 채권에 대한 안분액의 분배를 청구하거나, 수익자가 취소채권자의 원상회복에 대하여 총 채권액 중 자기의 채권에 해당하는 안분액의 배당요구권으로써 원상회복청구와의 상계를 주장하여 그 안분액의 지급을 거절할 수는 없다."[299]고 하여 부정설을 취하고 있다.

다. 소결

판례는 수익자 겸 채권자의 취소채권자에 대한 안분액분배청구권 및 안분액지급거절에 관하여 부정설을 취하고 있다. 결과적으로 채권자평등주의에 반한다. 채무자의 책임재산에 대한 "모든 채권자"의 경우 취소채권자가 다른 채권자보다 자신들의 채권회수를 하려고 하는 것은 너무나 당연한 이치이다. 실제 수익자가 채무자의 채권자인 경우도 상당히 많은 현실에서 단지 자신의 채권을 먼저 회수하려고 하였던 수익자보다 뒤 늦게 채권회수를 하는 취소채권자에게 우월적 지위를 인정한다면 부당하다. 더욱이 판례는 아래의 두 판례에 대하여 모순된 판단을 하였다. 취소채권자로부터 패소한 수익자가 채무자에 대한 채권자일 경우, 원물반환판결[300]에서

298) 대법원 2008. 6. 12. 선고 2007다37837 판결.
299) 대법원 2001. 2. 7. 선고 2000다44348 판결.
300) 대법원 2003. 6. 27. 선고 2003다15907 판결.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

는 수익자가 채무자에 대한 채권자로서 배당신청을 할 수 있지만 가액배상판결[301]에 의하면 수익자가 위 가액에 대한 배당신청을 할 수 없다.

수익자가 채무자에 대한 채권자일 경우 원물반환에서의 수익자 겸 채권자는 채무자에 대한 채권자로서 배당받을 수 있음에도 불구하고, 가액배상의 수익자 겸 채권자는 채무자에 대한 채권자로서 배당받을 수 없음은 물론 타 채권자조차도 위 배당금에 대한 배당신청을 할 수 없다. 즉 원물반환에서의 수익자는 채무자에 대한 채권액 상당을 안분 받을 수 있고, 가액배상에서의 수익자는 채무자에 대한 채권액 상당을 안분 받을 수 없다는 결론에 이르러 모순된 판단을 하였다. 가액배상에서의 수익자 역시 채무자에 대한 채권자로서 배당받을 수 있게 함이 원물반환의 판결과 같은 결과를 가져올 수 있음은 물론 민법 제407조의 채권자평등주의 이념에 부합하다고 생각한다.[302]

제5절 "모든 채권자"와 고유채권자의 문제점

원물반환 및 가액배상의 "모든 채권자"의 범위에 문제된 것이 고유채권자이다. 고유채권자는 수익자 또는 전득자에 대한 채권자로서 사해행위의 목적재산에 대하여 가압류 내지 압류를 한 자이다. 취소채권자는 수익자 또는 전득자로부터 원물반환 또는 가액배상 된 채무자의 책임재산에 대해 강제집행을 통해 채권을 회수하려고 할 것이다. 그런데 수익자 또는 전득자에 대한 고유채권자가 위 강제집행 절차에 나타나 자신들의 채권을 주장 할 경우 누가 배당을 받느냐의 문제이다.

판례는 원물반환이든 가액배상이든 고유채권자에게 우선 배당을 하는 것이 원칙이어서, 고유채권자에게 우선 배당을 하는 것이 타당한지에 대한 검토가 필요하다. 왜냐하면 채무자의 사해행위로 인해 책임재산을 취득한 수익자 또는 전득자가 채무자와 공모하여 다시 사해의사로 고유채권자를 이용할 경우 채권자평등주의를 크게 침범할 수 있기 때문이다. 예를 들어 사해의사를 가진 채무자가 책임재산을 채무가 많은 수익자에게 처분한 다음 수익자의 채권자에게 처분된 책임재산에 압류 또는 가압류를 하게 한다면 민법 제407조의 "모든 채권자"는 보호를 받지 못하게

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

302) 정주홍, "채권자취소권에 관한 연구 : 사해행위취소의 효력을 받는 채권자의 범위를 중심으로", 조선대학교 석사학위논문, 2013, 78면(정주홍b라 한다).

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

되어 채권자취소권 제도를 제대로 발휘하지 못하게 될 것이다.

1. 고유채권자가 “모든 채권자”에 포함되는지 여부

채권자취소권은 채무자의 사해행위를 취소하여 원상회복 된 책임재산을 “모든 채권자”의 이익을 위한 것이다. 즉 민법 제407조에 해당되는 “모든 채권자”는 채무자에 대한 채권자이다. 그런데 고유채권자는 수익자 또는 전득자에 대한 채권자로서 민법 제407조에 해당하는 “모든 채권자”가 될 수 없다.

2. 학설

가. 외국에서의 견해

(1) 독일에서의 견해

수익자의 고유채권자가 사해행위 목적물에 대해 취소채권자보다 먼저 강제집행을 개시한 경우에는 독일은 다음과 같은 입장을 취하고 있다.

(가) 물권설

취소채권자는 수익자의 가압류채권자가 취소채권자에 앞서서 강제집행절차를 진행 중인 경우 제3자이의의 소를 제기하여 자신의 우선권을 주장할 수 있다고 한다. 그렇지만 신물권설에 따르면 사해행위의 취소는 물권적 효력을 가지나, 취소채권자가 하는 취소의 의사표시는 권리형성적 의사표시가 아니라 이미 발생한 취소권을 주장하는 것에 불과한 것으로서 그 취소의 효력은 특정인인 취소채권자에 대하여만 상대적으로 물권적 효력을 갖는다고 한다.[303]

303) 추신영, “사해행위취소에 있어서 취소채권자와 수익자의 고유채권자 사이의 법률관계 : 대법원 2009. 6. 11. 선고 2008다7109”,「동아법학 제52호」, 동아대학교 법학연구소, 2011, 547면(추신영b라 한다).

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

(나) 채권설

채권자취소청구권은 채권이기 때문에 제3자이의 소의 대상이 될 수 없으며, 강제집행의 선후에 따른 압류선착주의에 의하여 취소채권자와 고유채권자의 우열을 정하여야 한다는 것이다. 독일의 판례도 이 견해를 채택하고 있으면서 취소채권자에게 제3자이의의 소를 인정하고 있다. 즉 취소채권자에게 채권적 청구권을 주는데 불과하지만 실제로는 물권적 청구권과 같으므로 취소채권자는 수익자의 고유채권자가 목적물에 대하여 강제집행을 하는데 대하여 제3자이의의 소로서 대항할 수 있다고 한다.[304]

(다) 책임설

한 견해는 수익자의 고유채권자가 수익자의 부동산 취득이 사해행위인지 모르는 상태에서 집행에 착수하였을 경우에는 수익자의 고유채권자가 취소채권자보다 우선권이 있다는 견해이다. 다른 견해는 사해행위에 의한 재산양도는 그 자체로서 책임법적 무효를 발생시키므로 취소채권자는 취소채권액의 한도에서 책임에 관한 우선적 지위를 가지며, 따라서 취소채권자는 수익자의 고유채권자에 대하여 언제나 우선권을 갖는다는 견해이다. 즉 취소목적물이 채무자의 책임재산으로 복귀되면 수익자의 고유채권자가 목적물에 대하여 갖는 만족의 범위는 취소채권자의 만족권을 제외한 범위로 축소되고, 따라서 취소채권자의 만족권이 수익자의 고유채권자에 의하여 침해되면 우선변제청구의 소를 청구할 수 있다고 한다.[305]

(2) 일본에서의 견해

(가) 상대적 효력설

상대적 효력설은 취소채권자에게 우선변제권을 인정하지 아니하고 원칙적으로 취소의 범위도 피보전채권액에 한정한다. 현행법에서 취소채권자가 취소소송을 제

304) 유병현, "채권자취소소송에 관한 연구", 고려대학교 박사학위논문, 1993, 210면.
305) 이우재, 앞의 논문, 233면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

기하더라도 취소채권자에게 수익자의 고유채권자에 대한 우선권까지 인정하지 아니한다면 그 실효성이 희박하여 타당성을 결하게 되므로, 상대적 효력설은 취소채권자에게 수익자의 고유채권자에게 대한 우선권을 인정하는 법적 구성을 하여야 한다고 한다.[306]

(나) 책임설

채권자취소권제도는 취소의 요건이 구비되면 취소채권자를 보호하는 제도이므로, 책임설은 취소채권자가 수익자의 고유채권자에 우선하려면 취소의 요건을 충족시키는 범위이어야 한다. 수익자가 파산하거나 일탈된 재산에 대하여 수익자의 고유채권자가 개별집행을 한 경우 취소채권자는 우선적 만족권을 주장하여 수익자의 고유채권자에 우선변제청구의 소 또는 제3자이의의 소를 제기할 수 있다고 한다.[307]

(다) 절대적 효력설

절대적 효력설은 사해행위취소의 효력이 고유채권자에게 미치는 것으로 사해행위취소소송의 피고를 채무자·수익자·전득자 모두로 정하는 필수적 공동소송으로 이해하고 있다. 이에 반해 상대적 효력설은 사해행위취소의 효력은 상대적 효력으로 한정지어 그 취소의 효과를 수익자의 고유채권자에 대하여 주장할 수 없다고 한다. 즉 상대적 효력설의 사해행위취소의 효력에 대하여 수익자의 고유채권자에게 대항할 수 있다는 것은 논리에 맞지 않는 주장이라고 보아야 하며 사해행위를 한 채무자에게는 효력이 미치지 않는 것으로 보기 때문에 채무자에게 반환된 재산에 대하여 취소채권자가 집행권원을 얻어 강제집행하는 것도 상대적 효력설에서는 설명되기 어려운 부분이라고 한다.[308]

따라서 절대적 효력설은 취소채권자가 수익자의 고유채권자에게 우선한다고 주장하기 위해 사해행위취소의 효력이 채무자나 고유채권자에게 미친다고 해석하고

306) 이우재, 앞의 논문, 234면.
307) 이우재, 앞의 논문, 234면.
308) 추신영b, 549면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

있다.

나. 우리나라에서의 견해

(1) 반사적 효력설

반사적 효력설은 취소채권자가 수익자의 고유채권자보다 언제나 우선한다는 주장은 소송법상[309]의 반사적 효력 때문이다. 즉 사해행위취소로 인하여 양도재산의 처분행위가 소급하여 책임법적으로 무효가 되면, 반사적으로 취소채권자가 수익자의 고유채권자보다 우선한다는 것이다. 결국 사해행위취소로 인한 양도재산이 취소채권자의 책임재산으로 복귀하게 되면 상대적으로 수익자의 고유채권자에게는 책임재산이 감소되는 것이다. 이것은 소송법상의 반사적 효력에 의한 당연한 결과라고 한다.[310] 수익자의 고유채권자는 그 취소의 소급효로 인하여 그 목적물이 처음부터 채무자의 책임재산으로 취급되었기 때문에 취소채권자의 집행을 당연히 인정할 수밖에 없는 입장이라 한다.[311]

따라서 채권자취소판결은 취소채권자의 지위가 수익자의 고유채권자보다 우선한다는 것을 확인하는 것이고 수익자의 고유채권자는 취소판결의 반사적 효력을 받는 자로서 취소채권자와 수익자 사이에 내려진 취소판결의 효력 자체를 다툴 수 없는 운명에 처할 수밖에 없다고 한다.

즉 수익자의 고유채권자가 사해행위의 목적물에 대하여 우선 가압류나 압류를 하였다 하더라도 취소채권자에 대하여 우선권을 주장할 수 없다. 그러나 이 견해는 취소판결의 소급효를 부정하는 판례[312]와 배치된다는 점에서 극복해야 할 문제가

309) 이시윤,「신민사소송법」(제11판), 박영사, 2016, 673면; 민사소송법상 반사적 효력(Reflexwirkung)은, 확정판결의 효력 자체는 당사자에게만 미치는 것이 원칙이나, 판결을 받은 당사자와 실체법상 특수한 의제 관계에 있는 제3자에게 판결의 효력이 이익 또는 불이익하게 영향을 미치는 경우가 있는데, 이를 판결의 반사적 효력이라 한다.

310) 추신영b, 549면.

311) 유병현, 앞의 논문, 240-243면.

312) 대법원 2006. 8. 24. 선고 2004다23110 판결; 채권자가 사해행위의 취소와 함께 수익자 또는 전득자로부터 책임재산의 회복을 구하는 사해행위취소의 소를 제기한 경우 그 취소의 효과는 채권자와 수익자 또는 전득자 사이의 관계에서만 생기는 것이므로, 수익자 또는 전득자가 사해행위의 취소로 인한 원상회복 또는 이에 갈음하는 가액배상을

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

많은 것으로 보인다. 사해행위취소의 소급효를 인정할 경우 사해행위 취소가 배당절차가 종료된 이후인 경우 반환청구권의 귀속문제등에 대한 판례 등 사해행위에 관한 판례의 상당부분과 배치된다.[313]

(2) 집행법적 원리적용설

집행법적 원리적용설은 우선순위에 있어서 취소채권자와 수익자의 고유채권자중 누가 먼저 집행에 착수하였는지를 보고 판단할 수밖에 없다는 주장이다.

이 견해는 판례의 입장을 비판하면서 채권자취소판결의 효력이 사해행위취소판결 전에 이미 가압류등기를 마친 수익자의 고유채권자에게 미치지 않는 점을 설명하기 위하여 상대적 효력설을 채택하는 것은 당해 사건의 일회적 해결을 위해서는 쉽고 간편한 것으로 보이기는 하지만, 근본적으로 취소채권자가 사해행위 목적물을 수익자의 책임재산이 아닌 채무자의 책임재산이라고 주장할 수 있으려면 사해행위취소의 효력이 수익자의 고유채권자에게 어떤 식으로든지 미친다는 것이 전제되지 않으면 안 되는 것이다.[314]

사해행위취소의 효력이 수익자에 대한 고유채권자에게 아무런 효력이 없다면 취소채권자는 수익자의 고유채권자에 대한 관계에서 수익자의 책임재산을 아무런 법적 근거 없이 일방적으로 빼앗아 오는 것에 지나지 않는다고 한다. 뿐만 아니라 수익자의 고유채권자의 입장에서는 사해행위의 목적 부동산이 여전히 수익자의 책임재산임을 주장하여 언제든지 강제집행에 착수할 수 있고, 경우에 따라서는 취소채권자가 개시한 강제집행까지 배제할 수도 있는 권리를 가지고 있다고 한다.[315]

이처럼 상대적 효력설에 의존하여 사해행위취소의 효력이 수익자의 고유채권자에게 미치는지 여부를 정하는 것은 적절하지 않다는 것으로 본다.[316] 사해행위취소제도는 취소채권자와 수익자의 고유채권자 중 누구를 더 보호해야 할 것인가에 대

하여야 할 의무를 부담한다고 하더라도 이는 채권자에 대한 관계에서 생기는 법률효과에 불과하고 채무자와 사이에서 그 취소로 인한 법률관계가 형성되는 것은 아니고, 그 취소의 효력이 소급하여 채무자의 책임재산으로 회복되는 것도 아니라 할 것이다.

313) 이우재, 앞의 논문, 237면.

314) 오영준b, 173면.

315) 오영준b, 174면.

316) 오영준b, 175면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

하여 취소채권자를 더 보호해야 하는 제도라고 하면서, 이러한 관점에서 보면 취소채권자와 수익자의 고유채권자 중 누구를 더 보호해야 할 것인가에 관한 문제는 상대적 효력설과는 다른 관점을 가졌다고 한다.[317]

즉 취소채권자와 수익자의 고유채권자 상호간의 우열관계는 채권자취소권으로 인한 실체법상의 효력의 관점에서 취소채권자가 우선한다는 취지에 불과하고 실제로 그 우열을 따지는데 있어서는 집행법상의 원칙인 가압류 또는 가처분의 처분금지효과가 작용하여 그 우열관계가 번복될 수 있다는 것을 유념하지 않으면 안된다는 것이다. 사해행위취소제도가 실체법상의 권리일지라도 그것은 강제집행을 전제로 하는 것이기 때문에 강제집행법상의 원칙을 배제한 채 설명할 수 없다는 것이다. 다시 말해 취소채권자가 광의의 집행의 일환으로 사해행위취소판결에 기한 소유권이전등기말소등기절차를 통해 수익자의 등기명의로부터 채무자명의로 환원시켜 놓으면, 수익자는 이로 인하여 더 이상 사해행위 목적 부동산에 대하여 집행에 착수할 수 없는 상태가 되어 선집행에 착수한 취소채권자가 당초 보장받은 우선권을 그대로 확보하게 된다.

그렇지만 취소채권자가 사해행위취소판결을 받기 전 혹은 사해행위취소판결을 받은 후라도 채무자명의로 등기환원절차를 늦추고 있는 사이, 수익자의 고유채권자가 수익자명의로 남아있는 그 부동산에 대하여 가압류를 착수하게 되면 취소채권자는 그 부담을 져야 하는 것이다.[318]

그러나 이 견해는 다음과 같은 비판을 있다. 첫째 취소채권자에게 실체법상의 우선권을 인정하면서 타인의 선집행을 이유로 우선권을 박탈하는 근거가 약하다는 것이다. 원래 우선권이라는 것은 두 가지의 충돌을 전제로 발생하는 것인데, 사해행위취소채권자에게 우선권을 인정하면서 정작 다른 채권자와의 충돌에서는 이를 포기하도록 하는 것은 우선권제도를 퇴색시키는 해석이라는 것이다. 그리고 집행이란 절차법으로서 실체법의 이념을 그대로 반영하는 게 가장 이상적인 해석방법인데 배당요구종기제도처럼 불가피하게 실체법상 진정한 채권자들이 절차를 준수하지 못하여 자기의 채권을 희생하는 경우도 있지만, 적어도 그러한 절차를 준수한 자들 사이에서는 그 준수 전후에 따라 순위가 결정되는 경우가 없다는 것이다.

담보물권자는 물상대위의 목적물에 대한 선압류가 있더라고 물상대위권을 정당

317) 추신영b, 551면.
318) 오영준b, 174면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

하게 행사하기만 하면 그 순서에 관계없이 우선권을 인정받고, 실체법상 우선변제권자는 배당종기 내에 배당요구만 하면 배당요구의 순서에 상관없이 우선권을 인정받는 것이다.[319] 따라서 취소채권자의 실체법상 우선권을 인정하면서도 타인의 선집행을 이유로 그 우선권을 박탈하는 것은 집행법이 실체법의 이념을 구현하기 위한 절차법이라는 점에서 옳은 사고라고 할 수 없다고 비판한다.[320]

둘째 집행법적 원리적용설은 민법 제406조의 규정방식이나 사해행위취소의 효력에 대한 상대적 효력설의 입장에서 볼 때 타당하지 못하다고 한다. 민법 제406조 1항 단서에 따라 반환여부가 결정되어야 할 것인데, 집행법적 원리적용설에 따라 수익자의 고유채권자가 가압류나 압류를 하여 항상 보호를 받도록 한다면 수익자가 악의의 고유채권자와 짜고 가압류나 압류를 함으로써 취소채권자의 권리를 해할 수 있는 상황을 만들어 주는 것으로서, 이것은 사해행위취소제도가 지향하는 목표가 아니라는 것이다.[321]

민법 제406조 1항 단서에 "그러나 그 행위로 인하여 이익을 받은 자나 전득한 자가 그 행위 또는 전득당시에 채권자를 해함을 알지 못한 경우에는 그러하지 아니한다."고 규정하고 있다. 이 규정의 내용은 사해행위에 해당되면 일단 취소 및 원상회복을 청구할 수 있음이 원칙이고 다만 수익자나 전득자가 선의인 경우에는 예외로 보고 있다. 따라서 수익자명의의 일탈재산에 대하여 먼저 집행에 착수한 자라 하더라도 민법 제406조 1항 본문에 충실해야 하고 다만 단서에 따라 보호받을 수 있다는 대원칙을 따라야 한다는 것이다.[322]

(3) 상대적 효력 강조설

상대적 효력 강조설에 따르면 사해행위취소는 채무자와 수익자 사이의 유효한 법률행위를 채무자에 대한 채권자를 위하여 취소하기 위한 제도이므로, 채권자취소권의 채권의 보전조치를 게을리 한 채권자를 위한 예외적인 제도인 상대적 효력 강조설은 제3자를 보호하는 해석이 필요하다고 한다. 그러므로 취소채권자에게 무한정의 반환권을 부여할 수는 없다고 보고 선의의 수익자나 전득자를 보호하고자

319) 추신영b, 553면.
320) 이우재, 앞의 책, 190면.
321) 추신영b, 553면.
322) 이우재, 앞의 책, 191면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

하는 이념도 망각된 바가 없다는 것이다. 따라서 사해행위취소의 소는 형성의 소와 이행의 소의 병합으로 제기하여야 하고 그 효력에 있어서도 절대적 효력이 아닌 상대적 효력만을 강조할 수밖에 없다고 한다.[323]

결국 사해행위취소판결은 형성판결을 강조하면 취소채권자를 이행판결을 강조하면 수익자의 고유채권자를 보호하는 것으로 되어 양자가 모두 고려되어야 한다고 한다. 어느 하나만을 취하는게 아닌 형성판결과 이행판결의 복합적 성질임을 강조한다. 즉 사해행위취소의 소는 형성의 소지만 일탈재산의 원상회복을 위한 이행의 소가 병합되어야 그 목적을 달성할 수 있다. 따라서 사해행위취소판결에 의해 형성적 효력만은 발생하지 아니하고 이행판결의 집행과 관련되어 사해행위취소의 효력에 대한 상대적 무효라는 법리가 적용된다.[324] 현행민법도 제406조에서 "취소 및 원상회복은 법원에 청구할 수 있다."고 규정하고 있다.

그러므로 취소채권자에게 우선적 효력은 인정되나 원상회복이 되기까지는 상대적 효력의 제한을 받을 수밖에 없다. 사해행위취소판결의 효력이 서로 양립할 수 없는 취소채권자의 반환청구권과 수익자의 고유채권자의 집행권이 서로 충돌할 때 반드시 취소채권자에게 우선권을 인정할 이유가 없고, 취소채권자에게 타인의 유효한 법률행위를 취소하고 수익자의 재산을 채무자에게 반환시킬 수 있는 권능을 부여하는 것으로 사해행위취소 제도는 충분하다. 채무자와 수익자의 법률행위는 사해행위로 취소될 지라도 그 법률행위 자체는 유효한 것이기 때문에 그 유효한 법률행위로 이해관계를 맺은 자도 보호되어야 한다.[325]

이에 대해 현행민법 제406조 1항에서는 취소채권자는 수익자의 고유채권자가 있더라도 일탈재산을 반환시킬 수 있으나 민법 제406조 1항 단서의 제한을 받기 때문에 수익자의 고유채권자가 먼저 집행을 한 경우에는 취소채권자가 반환받을 수 없다. 반대로 취소채권자가 반환받기 전에 수익자의 고유채권자가 먼저 집행을 하였더라도 그가 만약 사해행위 있었음을 알고 있었던 경우에는 취소채권자에게 대항할 수 없다. 이러한 점에서 취소채권자가 사해행위취소를 원인으로 한 처분금지가처분이나 가액배상을 청구하는 경우 가압류는 중대한 의미를 가진다. 이 경우 증명책임은 수익자의 고유채권자가 부담하여야 한다.[326] 특히 가처분의 경우 가처분

323) 추신영b, 554면.
324) 이우재, 앞의 책, 193면.
325) 추신영b, 555면.
326) 이우재, 앞의 책, 194면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

이 가지는 집행보전적 효력뿐만 아니라 수익자의 고유채권자가 악의임을 증명할 수 있는 중요한 증거를 확보하게 된다.[327]

3. 판례의 입장

판례는 아래와 같이 원물반환과 가액배상에 대하여 고유채권자를 보호하고 있다.

가. 원물반환

(1) 대법원 1990. 10. 30. 선고 89다카35421 판결

기초사실 관계는 원심은 원래 소외 1 소유이던 이 건 부동산에 관하여 1980. 10. 20. 소외 2 명의로 매매를 원인으로 하는 소유권이전등기가 된 후 이에 대하여 1981. 3. 12. 채권자를 피고로 하는 가압류결정의 기입등기가 된 사실, 한편 위 소외 1의 채권자이던 소외 3등이 위 소외 2 및 피고를 상대로 위 소외 1과 소외 2 사이의 매매계약이 사해행위라는 이유로 그 매매계약의 취소와 소외 2 명의의 소유권이전등기 및 피고명의의 가압류등기의 말소를 구하는 소송을 제기하여 1984. 5. 24. 위 소외 2에 대한 청구부분은 승소하였으나 피고에 대한 청구부분은 패소하여 위 판결이 그 무렵 확정됨으로써 이에 기하여 이건 부동산에 관한 소외 2 명의의 소유권이전등기는 말소되었으나 피고 명의의 가압류등기는 말소되지 아니한 사실, 그 후 소외 3등이 위 소외 1로부터 이건 부동산을 매수하여 1985. 5. 6. 그 소유권이전등기를 하였다가 다시 원고들에게 매도하여 원고들이 1988. 9. 23. 그 소유권이전등기를 하였는데, 피고가 위 가압류결정의 본안사건인 대구지방법원 상주지원 81가단28 수표금청구사건의 집행력있는 판결정본에 기하여 1989. 2. 1. 이건 부동산에 대하여 위 가압류결정에 기한 강매경매개시결정을 받은 사실을 인정한 다음 이건 부동산에 관하여 된 소외 2 명의의 소유권이전등기는 위 사해행위취소판결의 확정으로 원인무효가 되어 말소되었고 원고들은 그 정당한 소유자인 소외 1로부터 이를 전전양도 받은 것이므로 피고가 소외 2에 대한 집행권원에 기하여 원고들 소유의 이건 부동산에 대하여 한 강제집행은 허용될 수 없는 것이라고 판시

327) 이우재, 앞의 책, 195면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

하였다.[328]

그러나 판례는 사해행위의 취소는 상대적 효력밖에 없는 것이므로 원심판시와 같이 이건 사해행위의 목적부동산에 수익자 소외 2의 채권자인 피고의 가압류등기가 경료되었고 그 후 채무자 소외 1과 수익자 소외 2 사이의 위 부동산에 관한 매매계약이 사해행위라는 이유로 취소되어 소외 2의 소유권이전등기가 말소되었다 하더라도 특단의 사정이 없는 한 피고의 가압류의 효력이 당연히 소멸되는 것은 아니므로 채무자 소외 1로부터 위 부동산을 전전하여 양도받은 원고들은 가압류의 부담이 있는 소유권을 취득하였다 판단하였다.[329]

(2) 대법원 2001. 5. 29. 선고 99다9011 판결

기초사실 관계는 원고 등은 소외 회사A에서 근무하다가 원심판결문 별지 체불임금내역서 기재 각 해당일에 퇴직한 근로자들로서 소외 회사A에 대하여 같은 내역서 합계란 기재의 각 우선변제권 있는 임금채권을 가지고 있었다. 소외 회사A 소유의 경산시 와촌면 대동리 289의 13 공장용지 6,311㎡에 관하여 1994. 6. 28. 대구지방법원 경산등기소 접수 제16440호로 근저당권자 피고, 채무자 소외 회사A, 채권최고액 금 11억 원의 근저당권설정등기가 경료되고, 같은 해 8월 11일 위 토지 위 2층 공장 건물이, 같은 해 11월 30일 위 공장 내 기계, 기구 등이 위 근저당권의 담보목적물로 추가되었으며, 그 후 위 토지와 건물, 기계, 기구 등을 공동담보로 하여 채무자를 소외 회사A, 근저당권자를 피고로 한 1994. 12. 23.자 채권최고액 금 1억 3천만 원, 1995. 3. 29.자 채권최고액 금 2억 원의 각 근저당권설정등기가 추가로 경료되었다. 그런데 소외 회사A는 1995. 8. 19. 이이 사건 부동산을 소외 회사B에게 매도하고, 같은 달 22일 소유권이전등기를 경료하였으며, 위 소유권 이전 후인 1995. 9. 5. 피고가 위 각 근저당권실행을 위한 경매신청을 하여 대구지방법원 95타경28731호로 경매절차가 진행되고 그 결과 피고가 1996. 5. 30. 이를 금 7억 5천만 원에 낙찰 받았다. 위 경매절차에서 원고 등 및 소외인이 구 근로기준법(1997.

328) 소외 1은 채무자, 소외 2는 수익자, 수익자의 부동산을 가압류한 피고는 고유채권자, 소외 3 등은 취소채권자, 원고들은 가압류가 살아있는 위 부동산을 원상회복된 채무자 등으로부터 매수한 자이다.

329) 원심은, 사해행위취소판결의 효력이 고유채권자에게 미치는 것으로 판단하였는데, 판례는 위 효력이 고유채권자에게 미치지 아니한다고 판단한 것이다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

3. 13. 법률 제5309호로 개정되기 전의 것) 제30조의2 제2항 소정의 임금우선채권에 기하여 소외 회사A에 대한 임금 및 퇴직금 합계 금 93,737,970원의 배당요구를 하였던바, 경매법원은 위 부동산이 소외 회사A의 소유가 아니라는 이유로 원고 등을 배당에서 제외하고 낙찰대금 중 집행비용을 공제한 나머지 배당할 금액 732,175,972원 전액을 1996. 7. 10. 피고에게 배당하였다(피고는 금 1,247,628,194원의 배당요구를 하였으며 위 낙찰대금지급의무와 배당금청구권은 대등액에서 상계되었다). 한편 원고 등은 위 배당종료 후 소외 회사A와 소외 회사B 사이의 이 사건 부동산 매매계약이 사해행위라고 주장하면서 그 취소 및 소유권이전등기의 말소를 구하는 소송을 제기하였는바, 위 소송에서 소외 회사B는 1997. 4. 15. 원고 등의 청구를 인락하였다.[330]

원심은 원고의 이 사건 부당이득반환청구에 대한 피고의 다음과 같은 주장 즉 이 사건 부동산의 소유권이 경매개시결정 이전인 1995. 8. 22. 소외 회사A로부터 소외 회사B 앞으로 이전되었으므로 원고 등은 위 경매절차에서 배당요구를 할 수 없고, 따라서 피고가 원고 등의 임금채권 상당액을 부당이득한 것이 아니라는 주장에 대하여 원고 등이 소외 회사B를 상대로 한 사해행위청구소송에서 소외 회사B가 원고 등의 청구를 인락한 이상 이 사건 부동산은 소유권이전등기시로 소급하여 소외 회사A의 책임재산으로 회복되었다는 이유로 이를 배척하였다.

그러나 판례는 사해행위취소의 효력은 상대적이기 때문에 소송당사자인 채권자와 수익자 또는 전득자 사이에만 발생할 뿐 소송의 상대방 아닌 제3자에게는 아무런 효력을 미치지 않는다고 한다.[331] 이 사건의 경우 원고 등이 소외 회사B를 상대로 한 사해행위취소소송에서 비록 소외 회사B가 원고 등의 청구를 인락하였다 하더라도 그 취소의 효력은 원고 등과 소외 회사B 사이에만 발생할 뿐 위 사해행위 이전에 이미 이 사건 부동산에 대하여 근저당권을 가지고 있던 피고에게 위 사해행위취소의 효력이 미치는 것이 아니며, 소외 회사B가 원고 등의 청구를 인락하였다는 이유만으로 원심 판시와 같이 곧바로 이 사건 부동산이 소급하여 소외 회사A의 책임재산으로 회복되는 것도 아니다.[332]

---

330) 소외 회사A는 채무자, 소외 회사B는 수익자, 수익자의 부동산에 근저당권설정을 한 피고는 고유채권자, 원고 등은 취소채권자이다.

331) 대법원 1984. 11. 24.자 84마610 결정; 1988. 2. 23. 선고 87다카1989 판결; 1990. 10. 30. 선고 89다카35421 판결.

332) 원심은 취소채권자의 사해행위취소로 인해 이 사건 부동산이 원상회복 된 이상 수익자

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

나. 가액배상

(1) 대법원 2009. 6. 11. 선고 2008다7109 판결

기초사실 관계는 소외 2는 그 소유인 이 사건 부동산에 관하여 소외 1과 사이에 근저당권설정계약을 체결하고 2002. 8. 29. 소외 1 명의의 근저당권설정등기를 마친 사실, 이 사건 부동산에 설정된 선순위 근저당권에 기하여 2002. 11. 1. 임의경매개시결정 등기가 마쳐지고 경매절차가 진행되어 매각됨으로써 2003. 7. 10. 근저당권자인 소외 1에게 49,021,559원이 배당된 사실, 피고는 2003. 1. 17. 소외 1에 대한 고유채권자로서 소외 1이 근저당권자로서 배당받을 돈 중 27,000,000원에 관하여 채권가압류 결정을 받은 사실, 한편 피고는 2003. 6. 26. 사해행위취소청구권을 피보전권리로 하여 소외 1이 수령할 배당금청구채권에 대한 추심 및 처분금지가처분 결정을 받았으며, 원고도 2003. 7. 7. 채권자취소권의 행사에 따른 원상회복청구권을 피보전권리로 하여 소외 1이 수령할 배당금 중 30,447,726원에 대하여 배당금지급금지가처분 결정을 받은 사실, 원고는 소외 2와 소외 1 사이의 근저당권설정계약이 사해행위라고 주장하며 소외 1 등을 상대로 사해행위취소소송을 제기하여 2003. 11. 28. '소외 2와 소외 1 사이의 근저당권설정계약을 취소하고, 소외 1은 소외 2에게 위와 같이 배당받은 배당금출급청구권에 관한 양도의 의사표시를 하고 대한민국에게 채권양도통지를 하라.'는 취지의 원고승소판결을 받아 그 무렵 확정되었고, 피고도 소외 1을 상대로 사해행위취소소송을 제기하여 2004. 4. 22. 위 판결과 같은 내용의 승소판결을 받아 확정된 사실, 한편 경매법원은 근저당권자 소외 1이 배당기일에 불출석하였고 앞서 본 배당금지급채권에 대한 가압류, 가처분이 있다는 이유로 2003. 7. 29. 소외 1에 대한 배당금을 공탁한 사실, 원고는 2004. 3. 12. 소외 1을 대위하여 소외 1의 공탁금출급청구권을 사해행위취소판결에 따라 소외 2에게 양도한다는 채권양도통지를 대한민국에게 하였고, 그 통지는 그 무렵 대한민국에게 도달한 사실, 원고는 위 채권양도통지 후 2004. 3. 15. 채권양도에 따라 양수인인

의 고유채권자가 배당금액을 받을 수 없다고 판단하여 사해행위취소 판결이 수익자의 고유채권자에게 미치는 것으로 판단하였으나, 판례는 그 효력이 미치지 않는다고 판단하면서 고유채권자를 보호하였다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

소외 2가 대한민국에 대하여 가지는 공탁금원에 대한 출급청구권 중 30,464,396원에 대하여 채권압류 및 추심명령을 받았고 2004. 3. 18. 대한민국에게 송달된 사실, 집행기관은 위 각 사해행위취소판결이 확정된 후 공탁되어 있는 소외 1에 대한 배당금에 대하여 2005. 6. 16. 배당을 실시하였는데, 소외 1에 대한 가압류권자인 피고에게 1순위로 27,000,000원을 배당하고, 1순위로 배당된 금액을 제외한 나머지 부분을 소외 2에 대한 채권자인 원고와 피고에게 배당한 사실, 원고는 위 배당기일에서 피고에게 배당된 위 27,000,000원 부분에 대하여 이의를 진술하고 이 사건 배당이의 소송을 제기한 사실을 알 수 있다.[333]

원심과 대법원의 판단은 피고는 수익자인 소외 1과 새로운 법률관계를 맺은 것이 아니라 소외 1의 고유채권자로서 이미 가지고 있던 채권확보를 위하여 소외 1에게 배당된 배당금을 가압류한 자라고 할 것이므로 피고에게 위 사해행위취소판결의 효력이 미친다고 볼 수 없어 배당금을 먼저 가압류한 피고에게 우선적으로 배당한 것이 적법하다고 판단한 것은 정당하고 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 법리오해 등의 위법이 없다고 하였다.[334]

(2) 대법원 2005. 11. 10. 선고 2004다49532 판결

기초사실 관계는 소외 A는 소외 한국주택은행에게 근저당권이 설정되어 있는 이 사건 부동산에 관하여 소외 B와 사이에 매매계약을 체결하고 그 소유권을 이전하였다. 이 사건 부동산에 관하여 피고 대한민국은 B에 대한 국세체납을 사유로 압류를, 피고 중소기업은행은 소외 B에 대한 채권을 피보전권리로 가압류를 하였으며 이 사건 부동산에 관한 근저당권에 의한 경매절차에서 피고 대한민국을 제3순위 피고 중소기업은행을 제4순위로 하여 이 사건 부동산의 매각대금을 배당하는 배당표가 작성되었다. 그 후 원고가 소외 B를 상대로 제기한 인천지방법원 2000나10697호 사해행위취소 소송에서 소외 A와 B와 사이의 이 사건 부동산에 관한 매매계약은 사해행위로 취소하고 가액배상으로 소외 B는 원고에게 5,000만 원 및 지

333) 소외 2는 채무자, 소외 1은 수익자, 채권가압류권자인 피고는 고유채권자, 원고는 취소채권자이다.

334) 원심과 판례는 고유채권자인 피고의 전액에 대해 배당하고, 남은 돈에 대하여 취소채권자인 원고에게 배당함으로서, 고유채권자가 취소채권자보다 우선하여 배당받을 수 있다고 판단한 것이다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

연손해금을 지급하라는 판결이 선고되어 그 무렵 확정되었다.[335]

원심은 피고들은 이 사건 부동산을 전득한 전득자가 아니라 B에 대하여 채권을 가지고 있는 가압류채권자이거나 체납국세의 교부권자로서 수익자인 B가 이 사건 부동산을 소유권이전받은 우연한 사정에 의하여 반사적 이익을 누리게 된 이해관계인에 불과하다 할 것이므로, 피고들에 대하여는 전득자에 비하여 거래안전이나 법적 지위의 안정성을 보호할 필요성이 비교적 적은 점, 수익자와 사이에 새로운 법률행위를 하지 아니한 이해관계인에 불과한 수익자의 채권자에게 위 사해행위취소판결의 효력이 미치지 아니한다고 본다면 사해행위의 목적이 된 당해 재산에 대한 경매절차에 있어서 이해관계인에 불과한 수익자의 채권자의 채권이 취소채권자의 반환청구권보다 우선하는 결과가 되어, 결국 취소채권자는 수익자를 상대로 사해행위취소소송을 제기하여 승소판결을 받았음에도 불구하고 그 실효성이 없게 되어 사해행위취소제도를 인정하는 취지에 반하게 되는 점 등에 비추어 보면, 원고가 수익자인 B를 상대로 제기한 이 사건 사해행위취소판결의 효력은 수익자인 B와 사이에 새로운 법률행위를 하지 아니한 이해관계인에 불과한 피고들에게도 미친다고 판단한 다음 이 사건 사해행위취소판결에 따라 이 사건 부동산 중 위 판결에서 취소 및 가액배상을 명한 금액인 5,000만 원의 한도 내에서는 원물반환이 실현된 것과 동일하게 A의 책임재산으로 회복된다 할 것이어서, 피고들에게 배당된 금액 중 위 5,000만 원의 범위 내에서는 원고에 대하여 법률상 원인 없이 얻은 이익이 된다고 판단하였다.[336]

그러나 판례는 사해행위의 취소는 취소소송의 당사자 사이에서 상대적으로 취소의 효력이 있는 것으로 당사자 이외의 제3자는 다른 특별한 사정이 없는 이상 취소로 인하여 그 법률관계에 영향을 받지 않는다고 할 것이고,[337] 사해행위의 목적 부동산 등을 새로운 법률관계에 의하여 취득한 전득자 등은 민법 제406조 제1항 단서에 의하여 보호되므로, 사해행위의 취소에 상대적 효력만을 인정하는 것은 취소채권자와 수익자 그리고 제3자의 이익을 조정하기 위한 것으로 그 취소의 효력

335) 소외 A는 채무자, 소외 B는 수익자, 압류권자인 피고 대한민국과 가압류권자인 피고 중소기업은 고유채권자, 원고는 취소채권자이다.

336) 원심은, 채무자와 수익자의 우연한 사정의 사해행위에 대해 고유채권자들이 반사적 이익을 누리게 된 이해관계인에 불과하여, 고유채권자들은 취소채권자에 대한 부당이득이 된다고 판단하였다. 즉 원심은 반사적 효력설을 채택하면서 취소채권자들이 고유채권자보다 우선하여 배당받을 수 있다고 판단한 것이다.

337) 대법원 1990. 10. 30. 선고 89다카35421 판결; 2001. 5. 29. 선고 99다9011 판결.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

이 미치지 아니하는 제3자의 범위를 사해행위를 기초로 목적부동산에 관하여 새롭게 법률행위를 한 그 목적부동산의 전득자 등만으로 한정할 것은 아니라고 한다. 피고들이 수익자와 새로운 법률관계를 맺은 것이 아니라 수익자의 채권자로서 이미 가지고 있던 채권확보를 위하여 이 사건 부동산을 압류 또는 가압류한 자에 불과하더라도 목적부동산의 매각대금에 대하여 사해행위 취소채권자에게 수익자의 채권자인 피고들에 우선하여 변제받을 수 있는 권리를 부여하여 사해행위취소판결의 실효성을 확보하여야 할 아무런 근거가 없으므로 단지 원심판시와 같은 이유만으로 사해행위취소의 상대적 효력을 부정하여 피고들에게 사해행위취소판결의 효력이 미친다고는 볼 수 없어 원심판결을 파기하고 이 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 파기 환송하였다.[338]

4. 소결

사해행위취소판결의 반사적 효력설은 취소채권자의 우선적 효력을 인정하는 견해의 논리가 빈약하다. 민사소송에 있어서 반사적 효력이라 함은, 확정판결의 효력 자체는 당사자에게만 미치는 것이 원칙이지만 판결을 받은 당사자와 특수한 의존관계가 있는 제3자에게 판결의 효력이 이익 또는 불이익하게 영향을 미치는 것을 말한다.[339]

반사적 효력이 인정될 수 있는 예로는 채권자와 주채무자 사이의 소송에서 주채무자 승소확정의 판결이 있는 경우 보증채무의 부종성 때문에 보증인도 주채무자 승소판결을 원용하여 자기의 보증채무 이행을 거절할 수 있거나, 공유자가 공유물 반환 또는 방해배제청구를 하여 제3자에 대해 승소한 경우 다른 공유자가 이를 보존행위라고 하여 제3자에 대해 그 판결을 원용할 수 있는 등 극히 예외적인 경우에 인정되는 법리이다.[340] 나아가 반사적 효력이라고 하는 것은 그 명문규정이 없어 이를 부정하는 견해가 있고 그 근거나 범위에 대하여 아직 정설이라 할 것이 없다.[341] 이와 같이 채권자취소판결의 반사적 효과가 수익자의 고유채권자에게 바

338) 즉 판례는 사해행위의 취소의 효력은 상대적으로 미쳐 고유채권자는 위 취소의 효력을 받지 않아 고유채권자들에게 배당된 금액이 취소채권자에 대하여 부당이득이 성립되지 않는다고 판단하였다.

339) 이시윤, 앞의 책, 553면.

340) 추신영b, 559면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

로 미쳐 취소채권자의 우선적 효력이 인정된다는 논리를 전개하는 것은 적절치 못하다.

먼저 집행에 착수한 자에게 우선권을 부여하는 집행법적 원리적용설은 실체법적 한계를 극복하기 위하여 집행법적 원리를 적용하였다는 점에서 타당한 이론이라고 보여진다. 그러나 채권자취소권을 행사하는 취소채권자와 수익자의 고유채권자에 의한 강제집행 신청권은 그 본질을 달리하는 것으로서 충돌에 의한 경쟁의 원리로 해결할 수 없는 상이점을 가지고 있다. 수익자의 고유채권자에 의한 압류나 가압류는 압류의 선착에 따라 우선순위를 정할 수 있는 법리를 전개할 수 있으나, 채권자취소권의 행사는 실체적 권리를 실현하기 위하여 형성의 소와 이행의 소의 결합된 소송을 통해 행사하는 권리로서 집행의 착수의 문제는 아닌 것으로, 채권자취소권 행사를 먼저 했느냐와 수익자의 고유채권자의 압류나 가압류가 먼저 했느냐를 따져 그 권리의 우열을 가리는 것은 맞지 않다.[342]

이와 같이 누가 먼저 집행에 착수했는가를 중심으로 한 집행법적 원리적용설은 수익자의 고유채권자를 취소채권자보다 더 보호하겠다는 해석으로 볼 수밖에 없게 되어 수익자의 고유채권자가 가장채권자일 경우 그에 대한 대책이 없어 문제가 있다.

상대적 효력 강조설은 대법원 판례의 입장과 큰 차이는 없는 것으로 보인다. 다만 수익자의 고유채권자가 자신이 선의임을 증명하도록 한 것은 종전 판례의 입장에서 진일보한 방안이라고 생각된다. 그러나 민법 제406조 1항 단서의 제한을 받는 자로서 수익자의 고유채권자를 포함시킬 수 있는 것인지에 대한 진지한 고민이 더 필요하다. 즉 민법 제406조 1항 단서규정의 취지나 목적으로 볼 때 그 단서규정의 적용을 받는 자는 선의의 수익자나 전득자를 염두하여 규정한 것으로 제한하여 해석하여야 할 것이다.

수익자나 전득자가 악의라도 그 악의의 수익자나 전득자에 기반을 두고 권리를 취득한 자까지 보호의 범위를 확장하려는 의도는 아닌 것으로 보인다. 또한 상대적 효력 강조설은 사해행위취소판결에 대하여 형성판결과 이행판결의 복합적 성질임을 강조하며 어느 판결에 경도되어 해석하는 태도는 바람직하지 않다고 주장한다. 말하자면 형성판결을 강조하면 취소채권자를 이행판결을 강조하면 수익자의 고유

341) 이시윤, 앞의 책, 554면.
342) 추신영b, 559면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

채권자를 보호하는 것으로 되어 어느 하나도 고려하지 않을 수 없음을 강조한다. 그렇지만 그 본질에 있어서는 형성판결이 핵심이라고 보아야 한다. 사해행위취소소송에 있어서 이행판결은 형성판결의 효과로 당연히 발생하는 것이며, 이행판결의 성질 때문에 수익자의 고유채권자가 보호받아야 한다는 논리도 쉽게 받아들이기 어렵다.[343]

개인적 의견으로는 취소채권자에게 사실상 물권적 효력을 인정함으로써 채권자취소권제도의 규정취지를 살리는 방법으로 해석하여야 한다고 보여진다. 다만 취소채권자에게 물권적 효력을 인정할 경우 고유채권자의 지위가 불안하여 보전처분 우선[344]이 타당하다고 보여진다. 판례는 고유채권자의 신뢰를 우선하여 고유채권자를 보호하고 있으나 신뢰를 따지자면 채무자를 믿고 대여해준 취소채권자의 신뢰가 더 보호받아야 한다. 채권자취소권은 채무자가 채권자를 해함을 알면서 수익자와 사이 자기의 책임재산을 처분한 행위를 취소하는 것으로 먼저 이루어진 사해행위 목적물에 수익자의 고유채권자가 발생된다.

즉 사해행위에 터 잡아 고유채권자가 발생되는 것이므로 사해행위취소에 의한 목적물이 채무자에게 원상회복되면 고유채권자가 위 목적물에 권리를 행사할 수 없는 것이다. 특히 고유채권자는 취소채권자를 해할 의도로 신청한 가장채권자일 가능성도 크다는 것을 염두에 두면 취소채권자를 보호해야 한다고 본다.

---

343) 추신영b, 560면.

344) 보전처분 우선은, 본 논문에서 주장하는 것으로서, 채권자취소권으로 책임재산에 대한 가처분 또는 가압류를 한 취소채권자는 그 이후 수익자의 책임재산에 가압류 또는 압류를 한 고유채권자보다 항상 우선하여 배당받을 수 있다는 것이다; 이에 대하여는, 제5장 제3절 제1항에서 살펴보도록 한다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

제4장 민법 제407조상 “모든 채권자”의 보호방안

제1절 보호방안의 요지

1. 보호 방법

부도에 직면한 개인 및 회사는 사해행위를 선택하는 경우가 적지 않아 사해행위 취소소송이 빈번하게 제기된다. 그럼에도 현행 법규정상 채권자취소권과 관련한 조문은 민법 제406조 및 제407조 두 개의 조문에 불과하다. 그에 따라 판례가 확립되면서 판례가 취하는 방법으로 따라갈 수밖에 없는게 현실이다.

이 상황에서 “모든 채권자”를 보호할 수 있는 방안은 두 가지로 볼수 있다. 하나는 채권자취소권 관련 민법 조문을 개정 보완하는 것이고, 다른 하나는 확립된 판례의 입장에서 보호방안을 모색하는 것이다. 전자는 입법론적인 문제이기 때문에 민법 조문이 변경되지 않는 이상 직접적인 보호방안이 될 수 없다. 후자도 우리 판례가 변경되지 않는 이상 “모든 채권자”를 보호할 수 있는 직접적인 방안이 될 수 없다. 따라서 이하에서는 “모든 채권자”의 보호방안과 관련하여 현행법과 근래 우리 판례가 취하고 있는 입장에서 그 보호방안을 제시하고자 한다.

2. “모든 채권자”의 보호방안과 관련된 문제

제3장 제3절에서는 원물반환에서 “모든 채권자”의 범위와 관련된 문제점 네 가지 첫째 사해행위 이전에 채권을 취득한 채권자, 둘째 사해행위 이후에 채권을 취득한 채권자, 셋째 사해행위취소의 상대방인 수익자가 채권자 중 1인인 경우, 넷째 사해행위취소의 상대방이 단순한 수익자인 경우 “모든 채권자”에 포함되는지에 대하여 각 알아보았다.

첫째의 경우 사해행위 이전에 채권을 취득한 채권자는 “모든 채권자”에 포함 된다는 것에 대해 다툼이 없어 문제되지 않는다.

둘째의 경우 사해행위 이후에 채권을 취득한 채권자가 “모든 채권자”의 범위에

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

포함된다는 긍정설과 포함되지 않는다는 부정설이 있는데 판례는 부정설을 취하고 있다. 위와 같이 판례가 부정설을 취하고 있다면 집행기관은 사해행위 이후 채권을 취득한 채권자가 "모든 채권자"의 범위에 포함되지 않기 때문에 배당을 하지 않아야 한다. 그런데 사해행위 이전에 채권을 취득한 채권자가 사해행위 이후에 채권을 취득한 채권자의 배당액에 대해 이의를 하지 않을 경우, 집행기관은 사해행위 이후에 채권을 취득한 채권자에게 배당하는 모순이 있다.

다만 위와 같은 모순이 있다고 하여 "모든 채권자"가 보호되지 않는 것은 아니다. 왜냐하면 사해행위 이전의 채권자는 배당이 실시되는 배당기일에 배당이의(민사집행법 제151조 제1항)를 할 수 있으며 배당이의가 받아들여지지 않으면 배당이의의 소(민사집행법 제154조)를 제기할 수 있다.[345] 또한 배당이의를 놓치면 부당이득금반환청구가 가능[346]하기 때문이다. 그러므로 사해행위 이전의 채권자가 사해행위 이후의 채권자로부터 보호받을 수 있는 것이다. 다만 집행기관에서 실체관계를 심리하는 것이 그렇게 어렵지 않기 때문에, 집행기관에서 심리를 할 수 있는데까지는 심리를 해주어야만, 사해행위 이전의 채권자와 사해행위 이후의 채권자 사이에 배당이의 및 부당이득반환청구 소송까지 나아가지 않고 조속하게 법률관계를 마무리 될 수 있을 것이다.

셋째의 경우 "모든 채권자"의 범위에 포함된다는 긍정설과 포함되지 않는다는 부정설이 있는데, 판례는 긍정설을 취하고 있다. 채무자에 대한 채권자들은 채무자로부터 자신들의 채권을 회수하기 위해 노력하는 것이 당연한 것으로, 사해행위 이전에 이미 취득한 자신의 채권을 먼저 회수하기 위해 나선 수익자가 "모든 채권자"의 범위에 포함되어 문제되지 않는다.

넷째의 경우 "모든 채권자"의 범위에 포함된다는 긍정설과 포함되지 않는다는 부정설이 있는데, 판례는 부정설을 취하고 있다. 단순한 수익자까지 사해행위취소의 효력이 미치는 "모든 채권자"의 범위를 인정한다면 사해행위 당시 채권을 가지고 있던 다른 일반 채권자들의 공동담보를 그만큼 감소시키는 결과가 초래되고, 또다른 사해행위를 조장할 위험이 있으므로 부정설이 타당하여 문제되지 않을 것이다. 결과적으로 판례는 원물반환에서 "모든 채권자"를 보호하는 방향에 있으므로 "모든 채권자"의 보호에 관해 문제되지 않는다.

---

345) 대법원 2004. 1. 27. 선고 2003다6200 판결.
346) 대법원 2002. 1. 25. 선고 2001다11055 판결.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

제3장 제4절에서는 가액배상에서 “모든 채권자”의 범위와 관련된 문제점으로 아래의 두 가지에 대해서 알아보았다. 첫째 타 채권자의 취소채권자에 대한 가액배상금 분배청구 가부, 둘째 수익자의 취소채권자에 대한 안분액분배청구 또는 안분액지급거부의 가부이다. 첫째의 경우, 판례는 상계설을 취하면서 가액배상금을 수령한 취소채권자가 사실상 우선변제를 받는 불공평한 결과를 초래하는 경우가 생기더라도, 이러한 불공평은 채무자에 대한 파산절차 등 도산절차를 통하여 시정하거나 가액배상금의 분배절차에 관한 별도의 법률 규정을 마련하여 개선하는 것은 별론으로하고, 현행 채권자취소 관련 규정의 해석상으로는 불가피하게 일반채권자의 취소채권자에 대한 가액배상금 분배청구권을 부정하고 있어, 채권자평등주의에 정면으로 배치되어 타 채권자의 보호방안마련이 필요하다. 둘째의 경우 판례는 가액배상에 따른 패소한 수익자가 취소채권자에게 자신(수익자)의 채권액 상당의 안분액을 청구하거나 이를 지급거부할 수 있는지에 대해 부정설을 취하고 있어, 마찬가지로 채권자평등주의에 정면으로 위배되어 타 채권자의 보호방안마련이 필요하다.

제3장 제5절에서 고유채권자가 민법 제407조의 “모든 채권자”에 포함되는지 여부에 대하여 알아보았다. 고유채권자는 “모든 채권자”에 포함되지 아니함에도 불구하고 판례는 사해행위취소의 책임재산에 대해 “모든 채권자”보다 우선하여 배당을 받게 된다. 이는 입법론적으로 해결해야 할 사안으로서 제5장 민법 제407조 “모든 채권자”를 보호할 수 있는 채권자취소권 규정의 개정안 비판 및 제언에서 그 방안을 제시하고자 한다.

그러므로 민법 제407조 “모든 채권자”의 범위와 관련하여 첫째 가액배상에서 타 채권자의 취소채권자에 대한 가액배상금 분배청구 가부, 둘째 가액배상에서 수익자의 취소채권자에 대한 안분액분배청구 또는 안분액지급거부의 가부, 셋째 원물반환 및 가액배상에서 “모든 채권자”의 범위와 관련된 고유채권자와 관련된 채권자 보호방안이 문제된다. 이중 첫째와 둘째는 본 장에서 그 보호방안을 제시하고 셋째는 입법론적으로 해결해야 할 사안이므로 제5장에서 그 보호방안을 제시하고자 한다.

제2절 타 채권자의 보호방안

채무자의 “모든 채권자”는 채무자가 수익자에게 처분한 책임재산을 안분하여 평

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

등하게 배당받아야 한다. 이는 “모든 채권자”가 민법 제407조에 규정된 “모든 채권자”에 포함되기 때문이다. 채무자의 채권자들이 책임재산을 평등하게 받을 수 있는 방법은 두 가지로 나누어 생각할 수 있다.

첫째는 수익자가 책임재산을 취소채권자에게 전액 지급하는 것을 방지하기 위해, 채권자는 수익자가 취소채권자에게 책임재산을 전액 지급하지 못하도록 하는 지급금지가처분을 하는 것이고, 둘째는 타 채권자가 취소채권자와 수익자와 사이의 사해행위취소소송에 독립당사자로 참가하는 것이다. 위 두 가지 방안과 관련하여 판례를 분석하고 위 판례를 기준으로 타 채권자의 보호방안을 모색한다.

1. 채권자평등주의에 반하는 판결

가. 당사자 및 사실관계 요약

채권자평주의에 반한 대법원 2014. 8. 20. 선고 2014다28114 판결(이하 대법원 2014다28114 판결이라 한다)이 있다. 당사자는 타 채권자(이 사건 원고)와 취소채권자는 이 사건 채무자에 대한 채권자이다. 이 사건 채무자는 수익자(피고)에게 의약품을 양도하였다. 취소채권자는 2012. 7. 27.에 타 채권자는 2012. 8. 21.에 각 수익자와 이 사건 채무자의 의약품 양도행위에 관한 사해행위취소소송을 제기하였다.

사실관계[347]를 요약하면 채무자의 채권자들{취소채권자와 타 채권자(이 사건 원고)}이 채무자와 수익자(피고) 사이의 의약품 양도행위(사해행위)에 관하여 가액배상을 구하는 사해행위취소소송을 각 제기하였는데, 타 채권자는 수익자가 일방의 채권자인 취소채권자에게 가액배상금 전부를 지급함으로 인하여 자신의 가액배상금에 해당하는 돈을 지급받지 못하였다. 원심은 위와 같은 수익자의 행위가 또 다른 사해행위가 될 수 있음을 지적하면서 원고의 가액배상금 청구를 받아주었으나, 판례는 단지 수익자가 취소채권자에게 가액배상금 전액을 지급하였음을 이유로 타 채권자의 수익자에 대한 가액배상금 청구를 기각한 사안이다.

나. 사건진행내역

347) 정주훙a, 276-280면을 참고하였다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

〈표2〉 대법원 2014다28114 판결의 사건진행내역

순번	날 짜	내 용
1	2012.04.03.	**이 사건 채무자와 수익자의 사해행위** 무자력이었던 이 사건 채무자는 2012. 4. 3. 자신의 의약품을 수익자에게 양도하는 양도양수계약을 체결하였다.
2	2012.07.27.	**취소채권자의 소제기** (제1심 : 서울중앙지방법원 2012가합64548) 취소채권자는 2012. 7. 27. 수익자를 상대로 사해행위취소의 소를 제기하면서 표1항의 양도양수계약 취소에 따른 가액배상으로 351,575,862원을 청구하였다.
3	2012.08.21.	**타 채권자의 소제기** (제1심 : 서울중앙지방법원 2012가단223418) 타 채권자는 2012. 8. 21. 수익자 및 이 사건 채무자를 상대로 사해행위취소 등 소를 제기하면서, 이 사건 채무자에게 의약품 판매대금 96,083,605원을 구하고 수익자에게 위 취소에 따른 가액배상으로 96,083,605원을 청구하였다.
4	2013.07.15.	타 채권자의 제1심판결 승소 타 채권자는 2012. 7. 15. 표3항의 청구금 전액을 승소하였다.
5	2013.07.31.	**타 채권자의 제1심판결 승소에 대한 수익자의 항소** (제2심 : 서울중앙지방법원 2013나39284) 수익자는 2013. 7. 31. 표4항의 제1심 판결에 대해 항소하였다
6	2013.11.01.	**취소채권자의 제1심판결 승소 및 확정** 취소채권자는 2013. 11. 1. 표2항의 청구금 중 344,000,000원을 승소하였는데, 수익자가 항소하지 아니하여 확정되었다. ※ 수익자는 타 채권자에 대한 제1심 패소 판결에 대하여는 항소하였으나 취소채권자에 대한 제1심 패소 판결에 대하여는 항소하지 않았다.
7	2014.01.22.	**수익자의 취소채권자에 대한 가액배상금 전액 지급** 수익자는 타 채권자와의 제2심 소송 계속중(표5항)인 2014. 1. 22. 표6항의 판결금액 344,000,000원을 취소채권자에게 지급하였다.
8	2014.03.19.	**타 채권자의 제2심 승소** 타 채권자는 표5항 수익자의 항소가 기각되어 승소하였다.
9	2014.04.08.	**타 채권자의 제2심 승소에 대한 수익자의 상고** (대법원 2014다28114 판결) 수익자는 2014. 4. 8. 표8항의 제2심 패소 판결에 대해 상고하였다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

10	2014.08.20.	**타 채권자의 제3심 패소, 파기환송** 대법원은 2014. 8. 20. 표9항 수익자의 상고를 받아들여 항소심 판결을 파기환송하였고 결국 타 채권자가 패소한 것이다.
11	2014.08.29.	**화해권고결정** (서울중앙지방법원 2014나44160) 파기환송심에서 서울중앙지방법원은 타 채권자가 원고의 청구금을 포기하고 소송비용은 각자 부담한다는 내용의 화해권고결정을 하였고 위 화해권고결정은 그대로 확정되었다.

다. 원심의 판단

원심은 취소채권자가 수익자를 상대로 제기한 사해행위취소소송(〈표2〉 2항)에서 수익자에게 가액배상을 명하는 판결이 선고되어 그대로 확정된 사실(〈표2〉 6항), 수익자는 위 확정판결에 따라 취소채권자에게 가액배상으로 344,000,000원을 지급한 사실(〈표2〉 7항)을 인정하였다. 나아가 원심은 수익자가 취소채권자에게 위 확정판결에 따른 가액의 회복을 마쳤으므로 그와 배상의 범위가 중첩되는 이 사건 소는 권리보호의 이익이 없어 부적법하다는 취지의 수익자의 항변[348]에 대하여, ① 수익자는 선행소송(〈표2〉 2항)과 이 사건 소송 사이(〈표2〉 3항)에 별다른 차이가 없음에도 이 사건 소송에서는 항소를 제기하면서까지 적극적으로 다투면서도 액수가 더 큰 선행소송에서는 항소를 제기하지 않아 제1심판결이 그대로 확정되도록 하였고(〈표2〉 6항), ② 수익자가 취소채권자에 대하여만 가액 전부를 지급한 것(〈표2〉 7항)은 취소채권자들 사이의 형평[349]을 깨뜨리는 행위로서 또 다른 형태의 사해행위와 유사한 측면이 있으

348) 대법원 2015. 3. 24. 선고 2004다65367 판결; "동일한 사해행위에 관하여 어느 한 채권자가 채권자취소 및 원상회복청구를 하여 승소판결을 받아 그 판결이 확정되고 그에 따라 이행이 완료된 경우, 다른 채권자의 채권자취소 및 원상회복청구가 그와 중첩되는 범위 내에서 권리보호의 이익이 없다." 수익자는 위 대법원 판결을 이유로 타 채권자의 청구에 대해 항변하였다.

349) 대법원 판결에는 판시되어 있지 않지만, 원심은 사해행위를 인정한 2개의 제1심 판결이 선고된 상태에서 수익자로서는 민법 제487조(변제공탁의 요건, 효과) 단서 및 대법원 2007. 5. 31. 선고 2007다3391판결(수인의 취소채권자들 중 누구에게 가액배상금을 지급하여야 하는지 알 수 없다는 이유로 채권자들의 청구금액 중 판결 또는 화해권고결정 등에 의하여 가장 다액으로 확정된 금액 상당을 공탁금액으로 하고 그 취소채권자 전부를 피공탁자로 하여 상대적 불확지 공탁을 한 경우, 피공탁자 각자는 공탁서의 기재에 따라 각자의 소송에서 확정된 판결 또는 화해권고결정 등에서 인정된 가액배상금의 비율에 따라 공탁금을 출급 청구할 수 있다)에 따라 수인의 취소채권자 전부를

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

며, ③ 수익자가 위 확정판결에 따른 가액의 회복을 마쳤더라도 이는 수익자가 이 사건 소송에서 가액배상을 면하기 위한 항변자료를 제출할 목적으로 한 것에 불과한 점 등을 고려하면, 수익자가 위 확정판결에 따른 가액의 회복을 내세워 이 사건 소송에서 권리보호 이익이 없다고 주장하는 것은 신의성실의 원칙상 받아들일 수 없다고 판단하여 수익자의 위 항변을 배척하였다.

라. 대법원의 판단

그러나 대법원은 원심이 타 채권자의 청구를 인용한 것과는 달리, ① 어느 한 채권자가 동일한 사해행위에 관하여 사해행위취소 및 원상회복청구를 하여 승소판결을 받아 그 판결이 확정되었다는 것만으로는 그 후에 제기된 다른 채권자의 동일한 청구가 권리보호의 이익이 없게 되는 것은 아니고, ② 확정된 판결에 기하여 재산이나 가액의 회복을 마친 경우에는 다른 채권자의 사해행위취소 및 원상회복청구는 그와 중첩되는 범위 내에서 권리보호의 이익이 없게 되어,[350] ③ 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 행위[351]라고 할 수는 없으므로, 확정된 판결에 따라 재산이나 가액의 반환을 마친 수익자가 다른 채권자의 사해행위취소 및 원상회복청구에 대하여 권리보

피공탁자로 하여 그 가액을 공탁함으로써 이중 지급 내지 집행을 면할 수 있음에도, 수익자가 취소채권자에게 가액배상금 전액을 지급한 것은 문제가 있다는 것을 지적하였다.

350) 대법원 2003. 7. 11. 선고 2003다19558 판결; 대법원 2005. 5. 27. 선고 2004다67806 판결.

351) 대법원 1991. 12. 10. 선고 91다3802 판결; 신의성실의 원칙은, 법률관계의 당사자는 상대방의 이익을 배려하여 형평에 어긋나거나 신뢰를 저버리는 내용 또는 방법으로 권리를 행사하거나 의무를 이행하여서는 아니 된다는 추상적 규범을 말하는 것으로서, 신의칙에 위배된다는 이유로 그 권리행사를 부정하기 위해서는 상대방에게 신의를 공여하였거나 객관적으로 보아 상대방이 신의를 가지는 것이 정당한 상태에 이르러야 하고 이와 같은 상대방의 신의에 반하여 권리를 행사하는 것이 정의 관념에 비추어 용인될 수 없는 정도의 상태에 이르러야 한다고 하면서 수익자의 행위가 신의성실의 원칙에 위배되지 않는다고 하였다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

호의 이익이 없다고 주장하는 것이 신의성실의 원칙에 위배된다고 할 수는 없다고 판시하여 원심을 파기환송 하였다.

2. 지급금지 가처분

가. 문제제기

판례는 원물반환의 경우 채권자평등주의 원칙을 채택하고 있으나[352] 가액배상의 경우[353]에는 채권자평등주의의 원칙을 채택하지 않고 있다. 앞서 본 대법원 2014다28114 판결은 채무자에 대한 취소채권자와 타 채권자가 각각 수익자를 상대로 채권자취소권상 가액배상금을 청구하였는데, 수익자가 취소채권자에게 가액배상금 전액을 지급함으로 인하여 타 채권자가 가액배상금을 지급받지 못한 결과에 이르러 타 채권자의 보호방안이 필요하다.

나. 타 채권자의 수익자를 상대로 한 가처분 방안

(1) 가처분의 의의

민사집행법이 인정하고 있는 보전처분(Sicherungsverfügung)이라 함은 주로 민사집행법 제4편(제276조 내지 제312조)에 규정되어 있는 가압류와 가처분을 말한

352) 대법원 2003. 6. 27. 선고 2003다15907 판결; 판례는 "채무자가 다수의 채권자들 중 1인(수익자)에게 담보를 제공하거나 대물변제를 한 것이 다른 채권자들에 대한 사해행위가 되어 채권자들 중 1인의 사해행위취소소송 제기에 의하여 그 취소와 원상회복이 확정된 경우에, 사해행위의 상대방인 수익자는 그의 채권이 사해행위 당시에 그대로 존재하고 있었거나 또는 사해행위가 취소되면서 그의 채권이 부활하게 되는 결과 본래의 채권자로서의 지위를 회복하게 되는 것이므로, 다른 채권자들과 함께 민법 제407조에 의하여 그 취소 및 원상회복의 효력을 받게 되는 채권자에 포함된다."고 하여, 원물반환의 경우 채권자평등주의를 취하고 있다.

353) 대법원 2008. 6. 12. 선고 2007다37837 판결; 취소채권자에게 가액배상금 139,394,434원을 지급하라는 패소판결을 받은 수익자(채무자에 대한 타 채권자)는 위 139,394,434원을 공탁한 다음, 채무자로부터 3억 원 상당의 집행권원을 얻어, 위 공탁한 139,394,434원에 자신의 안분배당액에 해당하는 80,482,655원을 청구하였으나, 수익자에 대한 분배청구권이 인정되지 않아, 판례는 가액배상의 경우 채권자평등주의를 취하지 않았다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

다.[354] 가처분에는 다툼의 대상에 관한 가처분(민사집행법 제300조 제1항)과 임시의 지위를 정하기 위한 가처분(민사집행법 제300조 제2항)이 있다. 전자는 가압류와 마찬가지로 집행보전을 목적으로 하는 데 비하여, 후자는 권리관계에 관한 분쟁 때문에 현재 채권자가 겪고 있는 생활관계상의 위험을 제거하거나 그 해결 시까지 기다리게 되면 회복할 수 없는 손해가 생기는 것을 방지하기 위하여 임시로 잠정적인 법률 상태를 형성하거나 그 사실적 실현을 꾀하는 것을 목적으로 한다.[355] 타 채권자의 수익자를 상대로 한 가처분 방안과 관련하여 임시의 지위를 정하기 위한 가처분과 다툼의 대상에 관한 가처분이 있는데 본 사안에서는 임시의 지위를 정하기 위한 가처분이 적용되므로 다툼의 대상에 관한 가처분에 대하여는 의의만을 정리한다.

(2) 다툼의 대상에 관한 가처분

채권자가 매수물인도청구권, 임대물반환청구권, 소유물반환청구권 등 금전 이외의 특정된 물건이나 권리를 대상으로 하는 청구권을 가지고 있을 때 그 강제집행시까지 다툼의 대상이 처분·멸실되는 등 법률적·사실적 변경이 생기는 것을 방지하고자 다툼의 대상의 현상을 동결시키는 보전처분이다.[356] 여기서 특정의 물건이나 권리라 함은 동산의 인도, 토지가옥의 명도, 공작물의 수거, 물건에 대한 권리에 관한 등기·등록을 할 작위의무, 물건의 소유 또는 이용에 관한 부작위 의무(예 : 토지에 높은 담을 세우지 않을 의무) 또는 수인의무(예 : 출입을 허용할 의무)가 있다.[357]

청구권을 보전하기 위한 제도임에는 가압류와 같으나 그 청구권이 금전채권이 아니라는 점과 그 대상이 채무자의 책임재산이 아닌 특정 물건이나 권리라는 점에서 다르다. 그러므로 다툼의 대상에 관한 가처분은 그 청구권이 금전채권이 아니어야 하고 그 대상이 채무자의 책임재산이 아닌 특정의 물건이나 권리라는 점이고, 위 가처분 신청은 정형화되어 있다.[358]

---

354) 김능환·민일영 편집대표,「주석 민사집행법(Ⅶ)」, 한국사법행정학회, 2012, 33면.

355) 이재성 외 3 편집대표,「주석 민사집행법 (Ⅵ)」, 한국사법행정학회, 2004, 339면(이재성 외 3 편집대표a라 한다).

356) 이재성 외 3 편집대표a, 345면.

357) 권순일 편집대표,「법원실무제요 민사집행 [Ⅳ] 보전처분」, 법원행정처, 2014, 9면(권순일 편집대표d라 한다); 우금도,「민사집행법」(제3판), 진원사, 2012, 1045면.

358) 우금도, 앞의 책, 1046면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

(3) 임시의 지위를 정하기 위한 가처분

(가) 임시의 지위를 정하기 위한 가처분의 의의

임시의 지위를 정하기 위한 가처분은 현재 다툼이 있는 권리 또는 법률관계가 존재하고 그에 대한 확정판결이 있기까지 현상의 진행을 그대로 방치한다면 권리자가 현저한 손해를 입거나 급박한 위험에 처하는 등 소송의 목적을 달성하기 어려운 경우에 그로 인한 위험을 방지하기 위해 잠정적으로 권리관계에 관하여 임시의 지위를 정하는 보전처분이다.[359] 임시의 지위를 정하기 위한 가처분은 피보전권리가 금전의 채권이나 특정물의 급여청구권에 한정되지 아니하고 모든 민사상 권리에 기초하여 구할 수 있다는 점이 특징이다.[360]

단순히 현상을 동결함에 그치지 않고 권리 또는 법률관계에 관하여 임시의 조치를 행하는 것이므로 그 집행에 의하여 새로운 권리 또는 법률관계가 형성되는 것이다. 이는 확정판결의 집행을 용이하게 하고 그때까지의 손해를 방지하고자 하는 임시적인 조치에 그친다. 사회가 급속하게 발전하면서 과거에 볼 수 없었던 새로운 권리 또는 법률관계가 출현하고 국민들의 권리의식이 높아지면서 분쟁의 양상이 다양화되고 있다.[361] 이러한 새로운 형태의 분쟁은 종래의 전통적인 민사 본안소송의 유형에 포섭하기가 쉽지 않을 뿐만 아니라 법원의 개입에 의한 신속한 권리구제를 원하는 당사자들의 요구에 의하여 임시의 지위를 정하기 위한 가처분 사건 수는 뚜렷한 증가추세를 보이고 있고 그 중요성도 날로 높아지고 있다.[362]

(나) 임시의 지위를 정하기 위한 가처분의 요건

1) 피보전권리의 존재

---

359) 이재성 외 3 편집대표a, 340면.

360) 정영환, “임시의지위를 정하기 위한 가처분의 법적 규율”,「안암법학 제37권」, 안암법학회, 2012, 534면; 권순일 편집대표d, 10면.

361) 김능환・민일영 편집대표, 앞의 책, 716면.

362) 이재성 외 3 편집대표a, 36면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

임시의 지위를 정하기 위한 가처분은 다툼이 있는 권리관계에 관하여 현저한 손해 또는 급박한 위험이 발생하는 것을 방지할 것을 목적으로 한다.[363] 따라서 권리가 아직 확정되기 전에 임시의 권리자인 지위를 채권자에게 주려는 것이다. 때문에 그 피보전권리는 집행에 적합하지 아니한 것이라도 상관없다.[364] 그러므로 피보전권리가 존재하기 위해서는 권리관계가 존재하고 다툼이 있어야 한다.

가) 권리관계가 존재할 것

임시의 지위를 정하기 위한 가처분은 권리관계의 존재를 그 요건으로 한다.[365] 여기의 권리관계는 그 내용이 재산적 권리관계이거나 신분적 권리관계를 묻지 않으며, 그 재산적 권리관계가 물권관계이거나 채권관계 또는 지식재산관계를 묻지 않는다.[366] 민사집행법 제302조 제2항 단서는 임시의 지위를 정하기 위한 가처분은 계속하는 법률관계에 한하여 허용하는 것처럼 규정하고 있으나, 이는 하나의 예시에 불과할 뿐 1회에 의하여 소멸하는 권리관계도 포함된다.[367] 또한 임시의 지위를 정하기 위한 가처분에 관한 본안소송은 그 성질상 다툼이 있는 권리관계에 관하여 확인을 구하는 것이라도 무방하고 또 반드시 본안소송과 그 목적을 같이 하여야 하는 것도 아니다.[368]

나) 다툼이 있을 것

가처분을 위해서는 권리관계에 관하여 다툼이 있어야 한다. 다툼이라 함은 권리관계에 관하여 당사자의 주장이 대립하기 때문에 소송에 의한 권리 보호가 요구되는 것을 말한다. 권리관계가 부인되는 것, 의무를 인정하더라도 이행하지 아니하는 것,[369] 혹은 주주총회결의 취소처럼 형성의 소가 제기될 것이 요구되는 것 등이 이

363) 김능환 · 민일영 편집대표, 앞의 책, 717면.
364) 권순일 편집대표d, 56면.
365) 대법원 1966. 12. 19.자 66마516 결정.
366) 대법원 1991. 4. 30.자 90마851 결정.
367) 김능환 · 민일영 편집대표, 앞의 책 718면.
368) 대법원 1964. 7. 16. 선고 64다69 판결.
369) 이재성 외 3 편집대표a, 382면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

에 속한다. 또한 권리관계가 훼손되어 있으면 다툼이 있다고 볼 수 있고 권리에 대한 불법한 침해의 위험이 가까워진 것도 다툼이 있다고 말할 수 있다. 즉 소송이 제기되어야만 비로소 다툼이 있는 권리관계가 생기는 것은 아니다(민사집행법 제301조, 제287조).

다) 피보전권리의 범위

보전처분은 장래의 집행의 보전 또는 다툼이 있는 권리관계의 규정을 위하여 잠정적, 가정적으로 행하여지는 것으로서 당연히 그 본안소송의 제기를 예정하고 있고, 특히 채무자의 신청에 의하여 법원으로부터 제소명령을 받게 되면 상당한 기간 내에 본안의 소를 제기하여야 하며 채권자가 제소명령을 받고도 본안소송을 제기하고 이를 증명하는 서류를 제출하지 아니하면 보전처분취소의 사유가 된다(민사집행법 제287조 및 제301조).

여기에서 어떠한 소송이 보전처분의 본안소송이라고 할 수 있는가의 여부는 보안소송의 소송문과 보전처분의 피보전권리가 어느 정도 일치하여야 하는가가 문제되는데, 판례는 보전처분은 긴급을 요하므로 시간의 제약으로 인해 충분히 신청 이유를 구성할 여유가 없으므로 보전처분의 피보전권리와 본안소송의 소송물 사이에 다소간의 차이가 있을 수 있고, 본안소송과 보전처분의 관계를 너무 엄격하게 요구하면 잠정적으로 채권자를 보호하려는 보전처분제도의 취지에 어긋날 염려가 있다는 논지에 비추어 청구의 기초 동일설의 입장에 서 있다 하겠다.[370]

2) 보전의 필요성

가) 의의

민사집행법 제300조 제2항은 이 가처분의 필요성에 관하여 “현저한 손해를 피하거나 급박한 위험을 막기 위하여” 또는 “그 밖의 필요한 이유가 있을 경우”라고 규정하여, 가압류나 다툼의 대상에 관한 가처분과 달리 이 가처분은 현재의 위험 방지가 주목적임을 밝히고 있다.

---

370) 대법원 1982. 3. 9. 선고 81다1223 판결; 대법원 2001. 3. 13. 선고 99다11328 판결.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

또한 손해는 본안판결 때까지 수인하는 것이 가혹하다고 생각될 정도의 불이익 또는 고통을 말하며, 이는 직접 또는 간접의 재산적 손해뿐만 아니라 명예, 신용 기타 정신적인 것을 포함한다.[371] 급박한 위험은 현재의 권리관계를 곤란케 하거나 무용화할 정도의 위험을 말하며, 이는 현저한 손해와 병렬적인 개념이 아니라 '현저한 손해'를 생기게 하는 전형적인 예라고 보는 것이 상당하다.[372] 가처분의 필요성은 법원의 재량적 판단에 맡겨질 문제이며,[373] 그 심리에서는 원칙적으로 채무자를 심문하든가 변론을 열어 채무자에게도 방어의 기회를 주어야 한다(민사집행법 제304조).

나) 판단기준

임시의 지위를 정하기 위한 가처분이 필요한지 여부는 당해 가처분신청의 인용 여부에 따른 당사자 쌍방의 이해득실관계, 본안소송에 있어서의 장래의 승패의 예상, 그 밖의 제반 사정을 고려하여 합목적적으로 결정하여야 하고[374] 특히 만족적 가처분일 경우에는 보전의 필요성 유무를 더욱 신중하게 결정하여야 한다. 그러나 가처분명령이 발령되고 그 집행을 위하여 간접강제결정까지 있었다고 하더라도 간접강제결정 효력의 계속 존속 여부는 가처분의 보전의 필요성 여부를 판단함에 있어 참작하여야 할 사유가 되지 아니한다.[375]

(다) 임시의 지위를 정하기 위한 가처분의 유형

판례를 통해서 본 임시의 지위를 정하기 위한 가처분은 다툼이 있는 권리관계에 관하여 그 권리관계 자체를 임시의 지위로 인정하고 있는 지위보전의 가처분은 흔하지 않고, 그 권리관계로부터 파생하고 있는 개개의 권리관계에 관하여 임시의 지위를 정하기 위한 단행가처분 또는 부작위를 명하는 가처분을 인정하는 것이 대부분인데, 그

371) 대법원 1967. 7. 4.자 67마424 결정.
372) 김능환・민일영 편집대표, 앞의 책 721면.
373) 대법원 1997. 10. 27.자 97마2269 결정.
374) 대법원 1997. 10. 14.자 97마1473 결정; 대법원 2003. 11. 28. 선고 2003다30265 판결; 대법원 2006. 7. 4.자 2006마164 결정; 대법원 2007. 1. 25. 선고 2005다11626 판결.
375) 대법원 1993. 2. 12. 선고 92다40563 판결; 대법원 2011. 2. 24. 선고 2010다75754 판결.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

이유는 지위 보전의 가처분은 채무자가 이를 이행하지 아니한 때 강제할 방법이 없는 경우가 대부분이기 때문이다.[376]

1) 권리관계의 가처분

권리관계의 가처분은 "채권자의 법률상 지위의 존부에 관하여 다툼이 있는 경우에 그것으로 인한 현저한 손해를 피하거나 급박한 위험을 막기 위하여 필요한 경우에는 본안판결의 확정시까지 채권자가 가지는 법률상의 지위를 잠정적으로 인정하기 위하여 행하는 가처분이다."[377]
이는 권리관계, 특히 채권자의 법률상 지위의 존부에 관하여 다툼이 있는 경우에 본안판결 확정시까지 채권자가 가지는 법률상의 지위를 잠정적으로 인정하기 위하여 행해지는 가처분이다.

2) 단행가처분

단행가처분[378]이라 함은 본안판결 확정 전에 이행청구권 또는 형성권의 만족된 결과와 동일하거나 근사한 사실상 또는 법률상의 상태를 임시적으로 실현·형성하는 것을 목적으로 한다. 단행가처분은 집행관이 행하는 강제집행 중 이행청구권의 강제적 실현을 가처분 영역으로 끌어들인 것이라 볼 수 있으나, 가처분의 임시적·잠정적 처분으로의 성질을 가지고 있으므로 본안판결의 확정에 따른 강제집행과는 법적 의미가 다르다고 할 것이다.[379]

이러한 가처분도 임시의 지위를 정하기 위한 가처분에 속하므로, 특히 고도의 필요성이 소명되지 않는 한 신청이 기각되는 게 통례이며, 그 필요성이 소명된 때에도 본안 승소의 확정판결과 달라서 잠정적인 보전 목적을 벗어날 수 없으므로 일정한 한계가 있다.[380]

---

376) 김능환·민일영 편집대표, 앞의 책 727면.
377) 정영환, 앞의 논문, 538면; 김능환·민일영 편집대표, 앞의 책 727면.
378) 단행가처분은 본안의 결과와 같거나 비슷하다고 하여 만족가처분 또는 만족적 가처분으로도 표현된다.
379) 정영환, 앞의 논문, 538면.
380) 이재성 외 3 편집대표a, 385면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

3) 부작위를 명하는 가처분

임시의 지위를 정하기 위한 가처분 중 부작위를 명하는 가처분이 실무상 가장 많다. 부작위를 명하는 가처분이라 함은 채무자에게 부작위를 구하는 권리를 피보전권리로 하여 이와 동일한 내용의 부작위의무를 채무자에게 지우는 것을 내용으로 하는 가처분이다.[381] 실무상 나타난 사례들을 분류하여 보면 대체적으로 다음 세 가지 형태로 분류할 수 있다.[382]

가) 금지의 가처분

금지의 가처분은 채무자의 행위에 착안점을 두어 그 행위를 금지시킴으로써 채권자의 권리를 보호하는 형태의 가처분이다. 이 가처분은 채무자에게 미치는 영향이 크므로 고도의 필요성이 요구된다.[383] 판례상 대표적으로 문제가 되는 것은 사행활의 침해될 염려가 있다 하여 공사 중지를 명령한 것이다.[384]

나) 방해금지의 가처분

방해금지의 가처분은 채권자의 행위에 착안점을 두어 채무자가 여기에 간섭하지 않도록 하는 수인의무(受忍義務)를 지움으로서 채권자를 보호하는 형태의 가처분이다. 여기에는 건축공사방해금지가처분, 통행방해금지가처분 등이 대표적인 예이다.[385]

다) 절차정지의 가처분

절차정지의 가처분은 채무자가 이루려는 법률상 절차의 진행을 정지함으로써 권리

381) 권순일 편집대표d, 10면.
382) 정영환, 앞의 논문, 540면.
383) 김능환・민일영 편집대표, 앞의 책, 733면.
384) 대법원 1979. 11. 13. 선고 79다484 판결.
385) 대법원 1979. 11. 13. 선고 79다1497 판결.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

를 보호하려는 형태의 가처분이다. 여기에는 친족회 개최금지 가처분, 주주총회 개최금지가처분, 이사직무집행정지 가처분 등이 있다.[386]

4) 임의의 이행을 구하는 가처분

임의의 이행을 구하는 가처분은 집행을 예정하지 아니하고 채무자의 임의의 이행을 기대하는 가처분으로서 근로자지위보전가처분과 같이 주로 노동가처분에서 그 예를 많이 볼 수 있다. 가처분명령의 주문은 원칙적으로 집행 가능할 것을 필요로 한다.[387]

다. 대법원 2014다28114 판결에 가처분 적용

(1) 기초사실

대법원은 2014다28114 판결에서 취소채권자는 2012. 7. 27. 수익자를 상대로 채무자와 수익자와 사이 2012. 4. 3.자 의약품 양도행위에 대한 사해행위취소소송을 제기하였고, 타 채권자가 2012. 8. 21 위 양도행위에 대한 사해행위취소소송을 제기한 상태에서 수익자가 취소채권자에게만 가액배상금을 지급한 사안으로서, 수익자의 사해행위취소소송에서 확정판결을 받은 취소채권자에게의 가액반환을 인정하였다. 이 경우 타 채권자는 수익자를 상대로 '수익자가 취소채권자에게 지급할 가액배상금 중 자신이 청구할 가액배상금원'을 지급하지 못하도록 하는 보전처분의 방법을 찾아야 한다. 아래와 같이 채권가압류는 당사자 문제에서 적용할 수 없고, 다툼의 대상에 관한 가처분은 금전지급을 할 수 없어, 임시의 지위를 정하기 위한 가처분의 일환으로 지급금지가처분이 가능할 것이다.

(2) 채권가압류

386) 김능환・민일영 편집대표, 앞의 책, 737면.
387) 김능환・민일영 편집대표, 앞의 책, 750면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

가압류는 금전채권이나 금전으로 환산할 수 있는 채권의 집행을 보전할 목적으로 미리 채무자의 재산을 동결시켜 채무자로부터 그 재산에 대한 처분권을 잠정적으로 빼앗는 집행보전제도이다(민사집행법 제276조). 실무상으로는 집행의 대상이 되는 재산의 종류에 따라 부동산가압류, 선박·항공기·자동차·건설기계에 대한 가압류, 채권가압류, 유체동산가압류, 그 밖의 재산권에 대한 가압류로 구분하고 있다.[388] 본 사건의 경우 채권가압류의 방법을 모색할 수 있는데, 채권자(타 채권자)의 채무자(수익자)에 대한 사해행위취소로인한 가액배상금의 피보전채권은 존재하나, 채무자(수익자)의 제3채무(취소채권자)에 대한 채권이 존재하여야 하는데, 오히려 제3채무자(취소채권자)가 채무자(수익자)로부터 가액배상금 344,000,000원을 수령해야 할 지위에 있어 채권가압류를 할 수 없다. 또한 채무자를 취소채권자로 하고 제3채무자를 수익자로 한다면 타 채권자의 취소채권자에 대한 피보전채권이 존재하지 않아 채권가압류를 할 수 없다.

(3) 다툼의 대상에 관한 가처분

다툼의 대상에 관한 가처분은, 장래의 집행보전을 목적으로 하는 점에서 가압류와 그 목적이 같으나, 금전채권 또는 금전으로 환산할 수 있는 채권의 집행보전을 위한 것이 아니라 특정물의 급부를 목적으로 하는 청구권이므로,[389] 다툼의 대상에 관한 가처분이 적용될 수 없다. 즉 타 채권자가 수익자에게 가지는 청구권은 사해행위취소에 따른 가액배상금 96,083,605원을 청구하는 형태의 금전청구이므로 다툼의 대상에 관한 가처분을 할 수 없는 것이다.

(4) 임시의 지위를 정하기 위한 가처분

(가) 피보전권리의 존재 및 보전의 필요성

피보전권리의 존재에 관해서는 권리관계가 존재하여야 하고 다툼이 있어야 한다. 타 채권자는 수익자에 대한 사해행위취소송에 따른 가액배상금 96,083,605원의 채권

388) 권순일 편집대표d, 9면.
389) 이재성 외 3 편집대표a, 341면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

이 있어서 권리관계가 존재한다. 또한 타 채권자는 수익자가 채무자로부터 사해행위로 취득한 의약품 판매대금 344,000,000원을 취소채권자에게 전액 지급할 경우 가액배상금 96,083,605원을 청구할 수 없기 때문에 다툼이 있다.

민사집행법 제300조 제2항은 가처분의 필요성에 관하여 "현저한 손해를 피하거나 급박한 위험을 막기 위하여" 또는 "그 밖의 필요한 이유가 있을 경우"라고 규정하여 현재의 위험 방지가 주목적임을 밝히고 있다. 수익자가 사해행위로 취득한 의약품 판매대금 344,000,000원을 지급할 경우 취소채권자는 자신의 가액배상금 96,083,605원에 대해 권리주장을 할 수 없는 현저한 손해가 있어 위 손해를 피하기 위해 보전의 필요성이 있다.

(나) 처분금지가처분에 관한 판례

대법원 2006. 8. 24. 선고 2004다23110 판결에 요지에 의하면, "채권양도인의 채권자가 양수인을 상대로 사해행위취소로인한 원상회복청구권을 피보전권리로 하여 양도채권에 대한 처분금지가처분을 발령받은 경우, 양수인이 다른 채권자가 제기한 사해행위취소소송에서의 청구인낙에 따라 양도채권을 반환한 것이 위 가처분의 처분금지효력에 저촉되는지 여부"에 대한 것이 있다. 위 2004다23110 판결 및 대법원 2014다28114 판결을 비교하면 채권양도인의 채권자(타 채권자)는 양수인(수익자)를 상대로 사해행위취소소송을 하면서 양수인(수익자)을 상대로 양수인이 취득한 책임재산을 처분하지 못하도록 처분금지가처분을 받아 놓은 것으로 법원이 지급금지 가처분을 받아주지 않을 이유가 없을 것으로 보여진다.

대법원 2014다28114 판결의 경우 수익자가 일방적으로 취소채권자에게만 사해행위취소로 인한 가액배상금을 지급하는 자체가 또 다른 사해행위가 될 수 있기 때문이기도 하고, 무엇보다도 이 사건 원심법원도 수익자가 일방적으로 취소채권자에게만 위 가액배상금 전액을 지급한 자체가 또 다른 사해행위가 된다는 이유로 타 채권자의 청구를 받아들였던 것으로 원심법원도 위와 같은 가처분신청을 받아주었을 것이다.

이와 관련하여 수익자는 확정판결에 의해 취소채권자에게 가액배상금을 지급하였을 뿐만 아니라, 위 지급을 하더라도 문제가 되지 않는다는 대법원의 판결이 있으므로 지급금지가처분은 보호방안이 될 수 없다는 의문이 생길 수 있다. 그러나 소유권이전등기청구소송을 진행하는 원고가 피고를 상대로 부동산처분금지가처분

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

을 하였을 경우 위 부동산을 이전받은 제3자는 가처분의 효력에 의해 승소한 원고에게 대항하지 못한다. 본 사안의 경우 수익자가 법원으로부터 "취소채권자에게 가액배상금을 지급하지 말라"는 취지의 가처분 결정을 수령하였다고 한다면 수익자는 사실적인 관점에서도 함부로 취소채권자에게 가액배상금을 지급하지 못할 것이어서 타 채권자는 보호받을 수 있다.

그럼에도 불구하고 수익자가 가액배상금을 취소채권자에게 지급을 하였을 경우 대법원 2014다28114 판결의 판단인 "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 행위라 할 수 없으므로" 판시와 같이 수익자가 지급금지가처분 결정을 받고도 일방의 취소채권자에게 가액배상금을 지급한 것은 신의에 반하는 행위가 될 수 있기 때문에 수익자의 취소채권자에 대한 가액배상금 전액 지급 행위는 위 반하는 행위가 될 것이다. 그에 따라 수익자는 가액배상금에 대한 이중지급을 해야 할 것이다. 수익자가 법원으로부터 지급금지가처분결정을 받는다면, 수익자는 이와 같은 이중지급 우려의 위험성을 감수하면서까지 가액배상금을 취소채권자에게 지급하지 못할 것이다.

(5) 소결

대법원 2014다28114 판결의 경우 타 채권자가 이 사건 진행 중 일 때 수익자를 상대로 양수금 일부에 관해 아래와 같이 지급금지가처분 신청을 하여 인용 받았다면, 수익자는 취소채권자에게 가액배상 전액을 지급하지 못하고 타 채권자에 대한 가액배상금 96,083,605원을 제외한 나머지 금액을 취소채권자에게 지급하였거나 또는 민법 제487조 단서에 따라 가액배상금 전액을 피공탁자를 타 채권자 및 취소채권자로 하여 공탁하였을 것이다.[390] 그렇다면 타 채권자는 수익자에 대하여 자신의 채권을 확보받을 수 있었을 것이다.

390) 대법원 2007. 5. 31. 선고 2007다3391 판결.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

〈표3〉 지급금지 가처분 신청서

지급금지 가처분 신청[391]

채권자　타 채권자
채무자　수익자

목적물의 가액 : 96,083,605원
피보전권리의 요지 : 사해행위취소에 기한 가액배상청구권

신 청 취 지

제1안 : 채무자는 채권자와 사이 서울중앙지방법원 2012가단223418 사해행위취소 등 사건의 판결 본안 확정시까지 이 사건 채무자와 사이 2012. 4. 3.자 의약품양도 행위의 사해행위취소에 따른 가액배상 금 중 96,083,605원을 초과하는 금원을 취소 채권자에게 지급 하여서는 아니된다.
제2안 : 채무자는 채권자와 사이 서울중앙지방법원 2012가단223418 사해행위취소 등 사건의 판결 본안 확정시까지 이 사건 채무자와 사이 2012. 4. 3.자 의약품양도 행위의 사해행위취소에 따른 가액배상 금 중 96,083,605원을 초과하는 금원을 제3자에게 지급 하여서는 아니된다.

3. 독립당사자참가신청

가. 문제제기

대법원 2014다28114 판결에서 타 채권자가 수익자와 사이 사해행위취소소송을 취하하고 취소채권자와 수익자와 사이 진행 중인 사해행위취소소송에 독립당사자로 참가한다면, 타 채권자는 가액배상금에 대해 자신의 비율에 대한 가액배상금을 수령하였을 것이라고 보여진다. 사해행위취소소송에서 독립당사자참가신청이 받아들여진다면, 민법 제407조의 채권자평등주의 이념에 부합할 수 있고, 채무자의 채권자들과 사이 소송경제적으로 많은 이득을 얻을 수 있을 뿐만 아니라 판결들 사이 모순 저촉을 줄일 수 있다.

391) 정익군,「민사집행서식총람 : 보전처분 편」, 법률정보센타, 2007, 829면; 가처분 양식을 적용하였다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

그런데 판례는 사해행위취소소송과 관련하여 대법원 2014. 6. 12. 선고 2012다47548, 47555 판결(이하 대법원 2012다47548, 47555판결이라 한다)을 통하여 타 채권자의 취소채권자와 수익자사이에 진행 중인 독립당사자참가신청을 각하하여, 현재 타 채권자의 독립당사자참가신청이 받아들여지기 힘든 상황이나 아래와 같은 사정에 비추어 타 채권자의 독립당사자참가신청이 받아들여지지 않을 이유가 없다고 보아 대법원 2014다28114 판결의 타 채권자가 독립당사자참가신청을 통하여 자신의 가액배상금 일부를 받을 수 있다고 본다.

아울러 제5장에서 구체적으로 살펴보겠지만 위 개정안의 목적은 그 동안 여러 논문을 통하여 가액배상에 있어서 "모든 채권자"의 평등을 위해 만들어진 것인데 위 개정안에 타 채권자의 독립당사자참가신청을 허용하는 조문을 기입한다면 개정안의 개정취지의 목적이 더욱 확고하고 명확해 질 것이다.

한편 대법원 2014다28114 판결의 타 채권자의 보호와 관련하여 독립당사자참가 외에 공동소송 및 공동소송참가와 관련하여, 공동소송은 주로 이해관계를 같이 하는 단체 소송제도여서 연구 범위에 포함하지 않았다. 공동소송참가는 소송목적이 한쪽 당사자와 제3자에 대하여 합일적으로 확정될 경우에 그 제3자가 계속 중인 소송에 공동소송인으로서 참가하는 것으로,[392] 당사자간 판결의 효력을 받는 제3자가 소송계속 중에 원고 또는 피고의 공동소송인으로서 참가하는 것을 말한다.[393] 이에 대해 판례는 채권자취소권에서의 사해행위취소소송 판결의 효력이 당사자 사이에만 미친다는 상대적 효력설[394]을 취하고 있는 것때문에 이 연구범위에 포함하지 않았다. 즉 제3자에 해당하는 타 채권자가 취소채권자와 수익자와 사이의 사해행위취소소송에 공동소송참가를 하였을 경우, 타 채권자는 위 사해행위취소소송으로 인한 판결의 효력을 받지 않기 때문에 공동소송참가를 할 수 없게 되는 것이다.

---

392) 이재성 외 3 편집대표, 「주석 민사소송법 (Ⅰ)」, 한국사법행정학회, 2003, 533면(이재성 외 3 편집대표b라 한다).

393) 이시윤, 앞의 책, 822면.

394) 대법원 2005. 5. 27. 선고 2004다67806 판결; 대법원 2013. 4. 26. 선고 2011다37001 판결; 판례는 "채권자취소권의 요건을 갖춘 각 채권자는 고유의 권리로서 채무자의 재산처분행위를 취소하고 그 원상회복을 구할 수 있는 것이므로 각 채권자가 동시 또는 이시에 사해행위의 취소 및 원상회복을 구하는 소송을 제기하였다 하여도 그중 어느 소송에서 승소판결이 선고·확정되고 그에 기하여 재산이나 가액의 회복을 마치기 전에는 각 소송이 중복제소에 해당한다거나 권리보호의 이익이 없게 되는 것은 아니다."고 판단하고 있다. 즉 모든 채권자들 각자의 사해행위취소 판결의 기판력이 모든 채권자들과 사이 미치지 아니하므로, 동시 또는 이시로 사해행위취소소송을 각 제기할 수 있는 것이다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

그러므로 독립당사자참가신청에 대해 살펴보고 독립당사자참가신청이 받아들여지지 않는 대법원 2012다47548, 47555 판결이 잘못 되었음을 지적하면서, 대법원 2014다28114 판결의 타 채권자가 독립당사자참가신청을 하여 보호받을 수 있음을 살펴본다.

나. 독립당사자참가제도

(1) 독립당사자참가신청의 의의

독립당사자참가라 함은 타인간의 소송계속중에 원고와 피고 양쪽 또는 한쪽을 상대방으로 하여 원·피고간의 청구와 관련된 자기의 청구에 대하여 동시에 심판을 구하기 위하여 그 소송절차에 참가함을 말한다. 이는 소송중의 소의 일종으로서, 이에 의하여 원·피고·참가인간의 분쟁을 일거에 모순 없이 해결함으로써 소송경제를 도모하고 판결의 모순·저촉을 방지할 수 있다.[395]

독립당사자참가는 당사자참가의 일종이기 때문에 당사자의 승소를 돕기 위한 보조참가(민사소송법 제71조)와는 구별된다. 따라서 참가인은 보조참가인의 경우처럼 소송수행에 제약을 받음이 없이 자신이 법률상의 지위를 강력하게 수호할 수 있게 하고 있다. 또한 본소송의 원고 또는 피고의 공동소송인으로서 참가하지 않는 점에서 공동소송참가(민사소송법 제76조)와 다르며, 독립한 지위에서 참가하는 것이기 때문에 종전 당사자와는 연합관계가 아니라 대립견제관계에 서게 된다.[396]

(2) 독립당사자참가신청의 요건

(가) 다른 사람 사이에 소송이 계속 중일 것

여기에 소송이라 함은 판결절차 또는 이에 준할 절차를 가리키다. 따라서 강제집행절차, 증거보전절차, 제소전화해절차, 중재절차, 공시최고절차는 포함되지 않는다. 독촉절차에 대해서는 소극설도 있으나 이의신청 후에는 판결절차로 이행하므로 참

395) 김황식 편집대표,「법원실무제요 민사소송 [Ⅰ]」, 법원행정처, 2005, 316면; 이시윤, 앞의 책, 805면(김황식 편집대표a라 한다).

396) 이재성 외 3 편집대표a, 466면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

가할 수 있다는 것이 다수설이다.[397]

소송이 사실심에 계속 중이면 심급 여하에 관계없이 참가할 수 있으며 항소심에서도 할 수 있다.[398] 상고심에 계속 중이라도 독립당사자참가를 할 수 있는지 문제이다. 판례와 일부 학설은 독립당사자참가는 그 실질에 있어서 신소제기의 성질을 가지므로 법률심인 상고심에서는 참가할 수 없는 것으로 본다.[399]

그러나 상고심에서도 원판결이 파기되어 사실심으로 환송되면 그 때 사실심리를 받을 기회가 생기기 때문에 참가신청도 일단 허용해야 할 것이다. 다만 상고가 각하·기각될 때에는 참가신청을 부적법 처리할 것이다.[400]

(나) 참가이유

참가이유를 인정하는 경우는 두 가지이다. 하나는 제3자가 '소송목적의 전부나 일부가 자기의 권리라'고 주장하는 경우이고, 다른 하나는 '소송결과에 따라 권리가 침해된다.'고 주장하는 경우이다. 앞을 권리주장참가 뒤를 사해방지참가라고 한다.

1) 권리주장참가

제3자가 소송목적의 전부나 일부가 자기의 권리에 속한다고 주장하는 것으로, 참가인이 본소 원고의 청구와 양립되지 않는 권리 또는 그보다 우선할 수 있는 권리를 주장할 것을 요한다. 예컨대 원고가 자기의 소유라고 주장하는 목적물에 대하여 참가인이 소유권을 주장하거나 원고 주장의 채권에 대해 참가인이 자기가 채권자라고 주장하는 경우이다.[401] 나아가 원고가 신탁해지를 원인으로 수탁자에 대해 소유권이전등기청구를 할 경우에 참가인 자기가 진정한 신탁자라고 주장하면서 같은 청구를 할 때이다.[402]

---

397) 이시윤, 앞의 책, 807면.

398) 대법원 1966. 3. 29. 선고 65다2407, 2408 판결.

399) 김홍엽,「민사소송법」(제5판), 박영사, 2014, 835면(김홍엽a라 한다); 대법원 1994. 2. 23. 선고 93다43682, 51309 판결.

400) 강현중,「민사소송법」(제6판), 박영사, 2004, 506면.

401) 대법원 1991. 12. 24. 선고 91다21145, 21152 판결.

402) 대법원 1995. 6. 16. 선고 95다5905, 5912 판결.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

본소청구와 참가인의 청구가 주장 자체에서 양립하지 않는 관계에 있으면 그것만으로 참가가 허용된다.[403] 이것은 제79조 제1항 전단에서 참가요건으로서 참가인이 소송목적의 전부 또는 일부가 자기의 권리임을 주장하면 되도록 규정하여, 주장 자체로서 참가인 적격을 판가름하게 되어 있기 때문이다. 따라서 본안심리 결과 본소청구와 참가인의 청구가 실제로 양립된다 하여도 그것 때문에 독립참가가 부적법하게 되지 않는다고 할 것이다.[404]

이후 법이 개정되어 당사자 중 한쪽만을 상대로 하는 편면참가를 제도화하였으며 부동산에 대세권이 아닌 채권만 가진 자에게 참가의 길을 터서 법적 분쟁을 유연성 있게 해결할 수 있게 하였다.[405]

2) 사해방지참가

제3자가 소송결과에 따라 권리가 침해된다고 주장하는 경우의 참가이다. 앞의 권리주장참가와는 이질적인 것으로 참가인의 청구가 원고의 본소청구와 양립할 수 있더라도 상관없고,[406] 권리주장참가를 하여 각하된 뒤에 사해방지참가를 해도 기판력을 받지 않는다.[407] 민사소송법 제79조의 권리 침해가 어떠한 경우를 가리키느냐에 대해서는 크게 세 가지 견해로 나뉘어져 있다.[408]

가) 판결효설

참가제도의 목적이 사법상의 사해행위취소권(민법 제406조), 통정허위표시의 무효(민법 제108조)의 주장과 같은 목적을 소송과정에서도 인정한 것으로서 사해판결의 사전방지에 있는 만큼 그 요건을 엄격히 해석하여 본소의 판결의 기판력이 당사자 양쪽과 참가인 사이에 생기는 경우나 적어도 참가인이 그 판결의 이른바 반

403) 대법원 2005. 10. 17. 선고 2005마814 판결; 대법원 2014. 11. 13. 선고 2009다71312, 71329, 71336, 71343 판결.

404) 김홍규・강태원,「민사소송법」(제10판), 삼영사, 2010, 741면.

405) 이시윤, 앞의 책, 810면.

406) 대법원 2001. 9. 28. 선고 99다35331, 35348 판결; 대법원 1996. 3. 8. 선고 95다22795, 22801 판결.

407) 대법원 1992. 5. 26. 선고 91다4669, 4679 판결.

408) 이재성 외 3 편집대표b, 475면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

사적 효력을 받을 관계상 그 소송을 방치하면 판결의 효력 때문에 참가인의 권리가 침해될 경우인 것으로 사해방지참가의 의미를 가장 좁게 해석하고 있다.[409]

나) 이해관계설

이 설은 본소의 판결의 효력을 받을 경우에 한정할 필요가 없고 참가인이 갖는 권리 또는 법적 지위의 소송물인 권리관계의 존부를 그 논리적 전제로 하는 관계에서 참가인이 본소 판결에 의해 사실상 영향을 받을 경우에도 참가를 허용하는 것이므로 참가신청의 범위를 넓게 인정한다.[410] 이 견해에 의하면 사해방지참가의 경우 권리침해를 요건으로 하고 공모 내지 사해의사의 존재는 요건으로 하지 않게 된다.[411]

다) 사해의사설

당사자가 그 소송수행을 통하여 참가인을 해할 의사를 갖고 있다고 객관적으로 판정할 수 있는 경우에 참가를 허용할 것이라는 견해이다.[412]

판결효설은 참가를 허용하는 범위를 가장 명료하게 한 장점이 있지만 참가를 허용하는 자의 범위를 지나치게 좁혔다는 비판을 면할 수 없다. 이해관계설은 참가를 허용하는 자의 범위를 넓힌 장점은 있으나, 보조참가요건과의 구별이 명확해지지 않는 문제점이 있다.[413]

사해의사설이 입법연혁에도 충실하고 또 이론적으로 무난한 견해라고 하겠다. 그러나 어떠한 경우에 본소의 당사자가 참가인을 해할 의사를 갖고 있다 할 것인가의 인정은 매우 어려운 문제이므로, 사해의 주관적 의사의 직접적인 내용은 개개의 구체적 사정에 의하여 결정할 수밖에 없을 것이어서 위 주관적 의사의 기준점을 어떻게 적용할 것인가가 문제될 것이다. 사해의사설이 현재 다수설[414]이며 판례[415]

409) 정규상, “사해방지참가의 적법요건에 관한 고찰”,「민사소송 제15권 제2호」, 한국민사소송법학회, 2011, 317면.
410) 김홍규・강태원, 앞의 책, 751면; 이재성 외 3 편집대표b, 475면.
411) 정규상, 앞의 논문, 319면.
412) 이시윤, 앞의 책, 810면.
413) 이재성 외 3 편집대표b, 476면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

는 엄격히 말해 사해의사와 권리침해의 염려가 추정된다고 할 것이므로 판례의 입장이 사해의사설과 큰 거리가 있다고 보기 어렵다고 한다.[416]

(다) 참가의 취지

1) 쌍면참가

참가신청의 참가취지에서 참가인은 원·피고 양쪽에 대하여 각기 자기청구를 하는 것이 원칙이다. 이를 쌍면참가라고 한다. 이 점이 자기 청구가 없는 보조참가와 차이이다. 원·피고 양쪽에 대한 청구가 같은 취지일 수도 있고[417] 서로 취지를 달리할 수도 있으며[418] 각 청구는 모두 적법하여야 함이 원칙이다.[419] 왜냐하면 참가신청은 원고·피고 양쪽에 대하여 소송을 제기하는 것과 같기 때문이다.

판례는 참가의 취지가 다음과 같은 경우 부적법하게 보고 있다. 첫째 참가인이 피고에 대해서만 청구를 하고 원고에 대해서는 원고청구의 기각을 구할 뿐인 경우,[420] 둘째 종전당사자 가운데 한쪽에 대해서만 청구하는 경우 이른바 편면참가의 경우이다.[421] 셋째 종전당사자 가운데 한쪽에 대한 청구가 소의 이익이 없는 경우로서 당사자 가운데 한쪽이 참가인의 소유권확인청구에 대해 다투고 있지 않는 경우이다.[422] 넷째 주장 자체로 보아 종전당사자 가운데 한쪽에 대해서는 패소할 수 있는 청구라도 다른 쪽에 대해서는 패소할 수 없는 청구인 경우이다.[423]

---

414) 정규상, 앞의 논문, 318면.

415) 대법원 2005. 10. 17. 선고 2005마814 판결; 대법원 2011. 5. 13. 선고 2010다106245 판결; 대법원 2014. 11. 13. 판결 2009다71329 판결.

416) 이재성 외 3 편집대표b, 476면; 이시윤, 앞의 책, 811면.

417) 참가인이 원·피고 쌍방에 다 같이 소유권확인이나 계약무효확인청구를 하는 경우이다.

418) 참가인이 원고에 대해서는 채권확인, 피고에 대해서는 금전지급청구 등을 하는 경우이다.

419) 대법원 1994. 11. 25. 선고 94다12517, 12424 판결.

420) 대법원 1962. 11. 29. 선고 64다1525, 1526 판결; 대법원 1968. 4. 2. 선고 64다1670, 1813 판결; 대법원 19080. 12. 9. 80다 1775, 1776 판결; 대법원 1981. 7. 28. 선고 81다카65, 66 판결.

421) 대법원 1968. 4. 2. 선고 64다1670, 1813 판결.

422) 대법원 1965. 11. 16. 선고 64다241 판결.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

이상의 네 가지의 유형의 판례를 종합하면 당사자 일방에 대해 원고청구 기각의 반대신청을 한 경우까지 포함하여 편면참가는 절대로 허용할 수 없다는 태도이며, 쌍면참가라도 참가인과 당사자 한쪽 사이에는 다툼이 없고 당사자의 다른 쪽 사이에만 다툼이 있는데 그칠 때와 주장 자체로 보아 당사자 한쪽에 대해서는 승소할 수 없을 때 실질적인 편면참가의 경우는 독립참가가 인정되지 않는다는 것이다.[424]

결국 판례는 원고·피고·참가인 3자 사이에 서로 예각적인 대립관계가 성립되는 경우에 한하여 독립참가가 허용된다는 것으로서, 독립참가제도의 활용의 길만 좁히는 태도이다. 위와 같이 쌍면참가의 요건을 갖춘 독립당사자참가가 매우 드물고 편면참가의 허용에 의한 분쟁의 일거해결의 필요성이 많은 실정에 입법이 검토되어 2002년 전문개정의 신민사소송법 제79조에서 일본의 신민사소송법 제47조를 모델로 하여 편면 참가를 입법화 하였다.[425]

2) 편면참가

이를 입법화한 신법 하에서는 판례가 부적법하게 보던 위에서 본 유형의 편면참가를 모두 적법하게 보게 되었다. 편면창가는 권리주장참가만이 아니라 사해방지참가에서도 허용된다고 하겠다.[426] 특히 사해소송을 주도하는 당사자 한쪽에 대해서만 원고와 피고간의 매매계약무효확인청구 등을 하는 편면참가를 허용할 수 있을 것이다. 사해방지참가의 경우에도 소송탈퇴가 허용되는 것과 같은 맥락으로 이해하면 된다. 그 참가요건은 참가취지에서 양쪽 당사자 가운데 한쪽만을 상대로 실질적 청구를 한다는 차이뿐 쌍면참가와 참가요건에서 다를 바 없으며, 심리방법도 쌍면참가와 같이 필수적 공동소송에 관한 규정을 준용한다. 따라서 편면참가는 준독립당사자참가라고 할 것이다.

그 법적 성질은 참가인과 피참가인의 소송관계와 피참가인과 상대방의 소송관계의 병합인 것이지, 구태여 3면 소송의 일부 공백의 형태인 것으로 3면 소송관계와 연결시킬 필요도 없다. 종전에 폐쇄적이던 독립당사자참가제도가 앞으로 크게 활성화될 계기를 맞게 되었으며 그 동안 무리하게라도 원·피고 모두에게 참가취지를

423) 대법원 1995. 6. 9. 선고 94다9160, 9177 판결.
424) 이재성 외 3 편집대표b, 477면.
425) 이시윤, 앞의 책, 812면; 이재성 외 3 편집대표b, 478면.
426) 이재성 외 3 편집대표b, 479면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

내세워야 했던 폐단은 시정되게 되었다.[427]

(라) 소의 병합요건

참가신청은 본소청구에 참가인의 청구를 병합 제기하는 것이므로 참가인의 청구가 본소청구와 같은 종류의 소송절차에 의하여 심판될 청구이어야 한다(민사소송법 제253조, 소의 객관적 병합). 예를 들면 본소가 통상의 민사소송절차에 의할 청구일 때 참가인의 청구가 가사 또는 행정소송절차에 의할 경우에는 참가는 부적법하게 되고 참가인의 청구가 본소청구와 다른 법원의 전속관할에 속하여서는 안된다.[428]

(3) 독립당사자참가소송의 심판

독립당사자참가신청은 실질상의 신소의 제기이기 때문에 참가요건 이외에 소송요건도 갖추어야 한다.

(가) 참가요건과 소송요건의 조사

참가신청이 있는 경우에는 먼저 참가요건을 직권으로 조사하여야 한다. 참가요건의 흠이 있을 때에는 참가신청은 부적법하게 된다. 판례는 이때에 각하설로 일관하고 있다.[429] 다만 판례는 부적법해졌을 때 보조참가로 전환시킬 수 있다는 태도이다.[430] "참가인의 청구가 소송요건을 갖추었는가도 직권조사사항이며 이의 흠이 있을 때에는 판결로써 참가신청을 각하하여야 한다."[431]

---

427) 이재성 외 3 편집대표b, 479면.

428) 이시윤, 앞의 책, 812면.

429) 대법원 1993. 3. 12. 선고 92다48789, 48796 판결.

430) 대법원 1960. 5. 26. 선고 4292민상524 판결; 당사자 참가인이 참가 취지 중 피고에 대한 본건 계쟁건물의 소유권 확인청구 부분을 취하는 결과 참가인의 피고에 대한 청구가 없게 됨에 따라 위 참가는 당초의 당사자참가의 성질을 상실하고 참가인이 원고의 피고에 대한 청구의 기각을 구하는 참가취지 부분만이 잔존하는 경우 참가인의 전시 일부 취하후의 참가의 유지에 관한 진술은 이를 피고를 위한 보조참가의 신립이였다고 해석하였다.

431) 이시윤, 앞의 책, 815면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

(나) 본안심판

원고·피고·참가인 3자 중 어느 한 사람의 유리한 소송행위는 나머지 1인에 대해서도 그 효력이 생긴다. 예컨대 참가인이 주장하는 주요사실에 대해 원고만이 다투고 피고는 자백을 하여도 피고가 다툰 것과 같은 효력이 생긴다.[432] 참가인 한 사람의 이의신청은 유리한 행위이므로 그 효력은 원·피고에 미친다.[433]

다. 사해행위취소소송형 독립당사자참가에 관한 판례

대법원 2012다47548, 47555 판결[434]에서 사해행위취소소송의 형식으로 참가한 독립당사참가를 각하하였다. 그러나 위 대법원이 사해행위취소송에서 독립당사참가인의 독립당사자참가신청을 모두 각하할 것이라는 판단은 이른 판단으로 보인다. 왜냐하면 위 사건의 독립당사자참가인은 위 사건 원고가 피고를 상대로 한 대물변제예약에 대한 소유권이전등기청구소송에 독립당사자참가인으로 참가한 사례이다.

그런데 사해행위취소소송에서 독립당사자참가인이 독립당사자로 참가하는 경우는 취소채권자(채무자의 채권자, 원고)가 수익자(피고)를 상대로 사해행위취소소송을 제기할 때, 타 채권자(채무자의 또 다른 채권자)가 위 소송에 참가할 수 있는지가 문제될 것이다. 위 문제와 관련하여 원물반환일 경우의 타 채권자는 굳이 취소채권자의 사해행위취소소송에 참가할 필요가 없다. 왜냐하면 타 채권자는 취소채권자가 사해행위취소소송에서 승소하여 사해행위목적물이 원물반환 될 때 강제집행에 참가할 준비를 하였다고 배당신청만 하면 되기 때문이다. 그런데 문제가 되는 것은 대법원 2014다28114 판결과 같은 가액배상의 경우이다.

대법원 2014다28114 판결의 타 채권자는 취소채권자가 수익자로부터 가액배상금을

---

432) 대법원 1955. 2. 17. 선고 4287민사145 판결.

433) 대법원 2005. 5. 26. 선고 2004다25901, 25918 판결; 참가인이 화해권고결정에 대하여 이의하면 그 효력은 원·피고 사이에도 미친다는 것이다.

434) 대법원 2014. 6. 12. 선고 2012다47548, 47555 판결에 대한 논문이 있다; 윤은경, "사해방지참가의 요건과 심판절차",「법학연구 제56권 제1호」, 부산대학교 법학연구소, 2015, 235-263면; 홍춘의·태기정, "독립당사자참가에서의 사해소송과 채권자취소권에서의 사해행위 : 대법원 2014. 6. 12. 선고 2012다47548, 47555판결을 중심으로",「동북아법연구 제9권 제3호」, 전북대학교 동북아법연구소, 2016, 591-617면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

모두 수령 또는 추심할 경우 현행 채권자취소권의 규정 및 판례는 타 채권자가 가액배상에 대한 자신의 안분액을 가져올 수 없기 때문이다. 물론 대법원 2012다47548, 47555 판결에서 독립당사자참가신청인의 독립당사자참가신청이 각하되지 않았다면 타 채권자의 독립당사자참가신청이 대부분 받아들여질 것으로 보여 민법 제407조의 채권자평등주의는 물론 소송경제적인 측면에서 상당한 이득이 있었을 것이라는 아쉬움이 있다. 그러므로 이하 대법원 2012다47548, 47555 판결에 대한 문제점을 지적하고 대법원 2014다28114 판결의 경우 독립당사참가신청이 가능한지 여부를 알아보고자 한다.

(1) 사실관계 및 판단

(가) 당사자 및 사실관계 요약

2010가합1591 소유권이전등기
2010가합2631(독립당사자참가의소) 사해행위취소
2010가합14399(독립당사자참가의소) 소유권이전등기 등
① 원고 시공사 (채무자에 대한 채권자) : 수익자
② 피고 시행사 (원고 및 독립당사자참가인 1에 대한 채무자) : 이 사건 채무자
③ 피고보조참가인 은행 (피고 소유 이 사건 부동산에 대한 근저당권자)
④ 독립당사자참가인 (피고에 대한 채권자) : 취소채권자
⑤ 독립당사자참가인 1 (원고에 대한 채권자)

위 사건은 당사자가 5개의 구조로 되어 있지만 실질적으로 원고와 독립당사자참가인사이의 다툼이다. 원고 또는 독립당사자참가인이 그 이익을 놓고 다투는 것이기 때문에, 피고는 누가 승소를 하던지 실익이 없어 소극적으로 대응하였을 것이다. 그리고 피고보조참가인은 피고를 보조하는 것이어서 피고보조참가인의 역할도 크지 않다. 독립당사참가인 1은 원고에 대한 채권자로서 원고가 승소하게 되면 그에 대한 이익을 얻을 것이고 독립당사자참가인이 승소하면 이익을 얻지 못한 지위로서 본 사건 결과에 영향을 줄 수 없을 것이다. 그러므로 피고보조참가인 및 독립당사자참가인 1의 사실관계를 생략하고 원고·피고·독립당사자참가인에 대하여 아래 표와 같이 사실관계를 요약한다.

원고의 이 사건 부동산에 대한 2009. 6. 15.자 대물변제예약에 의해 피고 명의의

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

이 사건 부동산의 소유권을 원고 명의로 마칠 수 있는지(〈표4〉 표3항의 청구) 아니면 독립당사자참가인이 원고를 상대로 한 2009. 6. 15.자 대물변제예약이 사해행위로 취소되어야 하는지 여부(〈표4〉 표4항의 청구)로서, 원고의 서울동부지방법원 2010가합1591 소유권이전 소송이 받아들여지면 원고가 승소하는 것이고 독립당사자참가인의 서울동부지방법원 2010가합2631 (독립당사자참가의소) 사해행위취소가 받아들여지면 독립당사자참가인이 승소하는 것이다.

(나) 사건진행 내역

〈표4〉 대법원 2012다47548, 47555 판결의 사건진행내역

순번	날 짜	내 용
1	2008.01.29.	**독립당사자참가인이 시행사인 피고에게 이 사건 부동산을 매도** 독립당사자참가인은 2008. 1. 29. 주택신축사업시행을 하는 피고에게 이 사건 부동산을 매도하였고 소유권이전등기가 이전되었다. 피고는 독립당사자참가인에게 이 사건 부동산에 대한 매매잔금 736,087,870원 및 이에 대한 지연이자를 지급하지 못하고 있다.
2	2008.10.01.	**피고가 원고에게 이 사건 부동산의 신축공사를 도급** ① 피고는 2008. 10. 1. 및 같은 해 11. 1. 원고에게 이 사건 토지 위 지상에 신축공사를 도급하여 주었다 ② 원고는 2009. 6. 15. 이 사건 신축공사대금을 담보받기 위하여 이 사건 토지에 관해 42억 2,000만원(부가가치세 별도)으로 하는 대물변제예약을 원인으로 한 소유권이전등기청구권 설정등기를 받는다. ③ 이후 원고는 이 사건 토지 지상에 신축공사를 완공하였는데 피고로부터 이 사건 공사대금(위 42억 2,000만원 중 얼마의 돈을 받지 못하였는지는 판결 상 기록되어 있지 않고 다만 피고가 원고에게 42억 2,000만원 중 일부 돈을 변제하지 못한 것으로 기록 됨)을 지급받지 못하고 있다.
3	2010.01.27.	**서울동부지방법원 2010가합1591 소유권이전등기 소제기** 원고는 2010. 1. 27. 표2항의 2009. 6. 15.자 대물변제예약을 원인으로 소유권이전등기를 구하였다.
4	2010.02.11.	**서울동부지방법원 2010가합2631 (독립당사자참가의소) 사해행위취소 소제기**

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

		독립당사자참가인은 2010. 2. 11. 원고와 피고 사이의 2009. 6. 15.자 대물변제예약의 취소를 원고를 상대로 구하였다.
5	2010.12.01.	**제1심 선고 : 독립당사자참가인이 승소함** 독립당사자참가인이 청구한 사해행위취소(표4항)가 인용되고, 원고의 청구(표3항)가 기각되었다.
6	2012.04.20.	**제2심 선고{서울고등법원 2011나2625 소유권이전등기, 서울고등법원 2011나2632(독립당사자참가의소) 사해행위취소} : 원고가 승소한 것으로 보이지만, 실제로는 독립당사자참가인이 승소함** 제2심에서 원고의 표3항 청구인 2009. 6. 15.자 대물변제예약을 원인으로한 소유권이전등기청구가 받아들여졌으나, 독립당사자참가인이 제1심에서 승소한 사해행위취소 판결(표5항)이 유효하여 원고가 피고로부터 이 사건 부동산 소유권을 이전받을 수 있는 판결이 선고되었으나 독립당사자참가인이 구한 2009. 6. 15.자 대물변제예약이 취소되어 결국 원고는 이 사건 부동산의 소유권이전을 할 수 없게 되었다.
7	2014.06.12.	**대법원 선고(대법원 2012다47548, 47555 판결) : 원고가 승소함(파기자판)** 대법원은 독립당사자참가인의 독립당사자참가신청이 사해방지참가요건을 갖추지 못하였다고 독립당사자참가신청을 각하하였다.

(다) 제1심 판단

1) 본소에 대한 판단

제1심 법원은 본소에 대한 판단(〈표4〉 3항)으로 원고는 이 사건 부동산에 관하여 피고에 대한 2009. 6. 15.자 대물변제예약을 원인으로 한 소유권이전등기청구권이 있고 이 사건 소장부본의 송달로써 피고에게 매매예약완결권을 행사하였으므로, 특별한 사정이 없는 한 피고는 원고에게 매매예약완결을 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행할 의무가 있으나 독립당사자참가인의 주장과 같이 2009. 6. 15.자 대물변제예약 약정은 사해행위로서 취소되어야 하므로 결국 원고의 피고에 대한 청구를 기각하였다.

2) 독립당사자참가인에 대한 판단

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

제1심 법원은 독립당사자참가인에 대한 판단(〈표4〉 4항)으로 독립당사자참가인에 대한 독립당사자참가신청 요건에 대해 판단하지는 않고, 독립당사자참가신청이 적법함을 전제로 본안 판단인 2009. 6. 15.자 대물변제예약이 사해행위취소에 해당[435]한다는 판단을 하였다. 즉 독립당사자참가인의 적법여부를 직접적으로 판단하지 않았다. 이에 대하여 원고가 항소하였다.

(라) 항소심의 판단

1) 본소에 대한 판단

항소심 법원은 본소에 대한 판단(〈표4〉 표6항의 서울고등법원 2011나2625)으로, 2009. 6. 15.자 대물변제약정의 사해행위를 인정하면서도 사해행위의 취소는 절대적인 취소가 아니라 악의의 수익자 또는 전득자에 대한 관계에서만 상대적으로 취소하는 것이고, 그 취소의 효과는 채무자에게 미치지 아니하며 채무자와 수익자 사이의 법률관계에도 아무런 영향을 미치지 아니하므로 2009. 6. 15.자 대물변제약정이 사해행위로서 취소되는 효력이 원고의 피고에 대한 소유권이전등기청구에 어떠한 영향을 미치지 아니하므로 피고는 원고에게 이 사건 부동산에 관한 2009. 6. 15. 대물변제약정을 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행할 의무가 있다고 판단하였다.

2) 독립당사자참가인에 대한 판단

항소심 법원은 독립당사자참가인에 대한 판단(〈표4〉 표6항의 서울고등법원 2011나2632)으로 원고는 본소에 관하여만 항소하고 독립당사자참가인의 독립당사자참가에 관하여는 항소제기 기간 내에 항소하지 않았으나 항소심 법원은 독립당사자참가인의 독립당사자참가의 소는 본소와 필수적 공동소송에 관한 규정이 적용되어(민

435) 제1심 법원은 2009. 6. 15.자 대물변제약정은 ① 독립당사자참가인의 피고에 대한 피보전채권 약 9억 1천만 원이 존재하고, ② 원고와 피고의 2009. 6. 15.자 대물변제약정의 사해행위성을 인정하고, ③ 채무자인 피고의 사해의사 및 수익자인 원고의 악의가 추정되어, 2009. 6. 15.자 대물변제약정은 취소되어야 한다고 판단하였다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

사소송법 제79조, 같은 법 제67조), 세 당사자 사이의 결론의 합일확정이 요구되는 것을 이유로 독립당사자참가인의 청구도 심판의 대상으로 삼았다. 그러나 제1심 판결과 마찬가지로 독립당사자참가인의 신청 적법성 여부를 검토하지 않고 위 참가신청의 적법함을 전제로 2009. 6. 15.자 대물변제약정이 사해행위로 취소되어야 한다고 판단하여 독립당사자참가신청인의 청구를 받아 준 것이다.[436] 이에 관해 원고는 독립당사자참가인에 대해 상고하였다.

(마) 대법원의 판단

대법원은 독립당사자참가신청의 적법여부에 관하여 "민사소송법 제79조 제1항에 규정된 독립당사자참가는 소송대상의 전부나 일부가 자기의 권리임을 주장하거나, 소송의 결과에 의하여 권리침해를 받을 것을 주장하는 제3자가 당사자로서 소송에 참가하여 세 당사자 사이에 서로 대립하는 권리 또는 법률관계를 하나의 판결로써 서로 모순 없이 일시에 해결하려는 것이다. 그리고 독립당사자참가 중 민사소송법 제79조 제1항 후단의 사해방지참가는 본소의 원고와 피고가 당해 소송을 통하여 참가인을 해할 의사를 가지고 있다고 객관적으로 인정되고 그 소송의 결과 참가인의 권리 또는 법률상 지위가 침해될 우려가 있다고 인정되는 경우에 그 제3자가 사해소송의 결과로 선고·확정될 사해판결을 방지하기 위하여 그 사해소송에 참가하는 것이다."[437] 한편 "채권자가 사해행위의 취소와 함께 수익자 또는 전득자로부터 책임재산의 회복을 명하는 사해행위취소의 판결을 받은 경우 취소의 효과는 채권자와 수익자 또는 전득자 사이에만 미치므로, 수익자 또는 전득자가 채권자에 관하여 사해행위의 취소로 인한 원상회복 의무를 부담하게 될 뿐 채권자와 채무자 사이에서 취소로 인한 법률관계가 형성되거나 취소의 효력이 소급하여 채무자의 책임재산으로 복구되는 것은 아니다."[438]

이러한 사해행위취소의 상대적 효력에 의하면, 원고의 피고에 대한 청구의 원인행위가 사해행위라는 이유로 원고에 대하여 사해행위취소를 청구하면서 독립당사자참가신청을 하는 경우 독립당사자참가인의 청구가 그대로 받아들여진다 하더라

436) 소송비용에 관해 독립당사자참가인의 비용을 원고의 부담으로 하였다.
437) 대법원 2010. 8. 19. 선고 2006다84720, 84737 판결.
438) 대법원 2001. 5. 29. 선고 99다9011 판결; 대법원 2006. 8. 24. 선고 2004다23110 판결.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

도 원고와 피고 사이의 법률관계에는 아무런 영향이 없고, 따라서 그러한 참가신청은 사해방지참가의 목적을 달성할 수 없으므로 부적법하다고 하면서 "그럼에도 독립당사자참가인의 참가신청이 적법함을 전제로 독립당사자참가인의 청구에 관하여 본안판단에 나아간 원심판결에는 독립당사자참가의 참가요건에 관한 법리를 오해하여 판결 결과에 영향을 미친 잘못이 있다. 그러므로 원심 판결 중 독립당사자참가인의 청구에 관한 부분을 파기하되, 이 사건은 이 법원이 직접 재판하기에 충분하므로 민사소송법 제437조에 따라 자판하여 이 부분 제1심판결을 취소하고 위 파기 부분에 해당하는 독립당사자참가인의 참가신청은 부적법하므로 이를 각하한다."고 판시하였다.

(2) 위 판결에 대한 검토

판례는 사해행위취소의 다수설과 판례[439]가 들고 있는 상대적 효력을 적용하여 독립당사자참가인의 원고에 대한 사해행위취소청구가 그대로 받아들여진다 하더라도, 위 사해행위취소의 효력은 원고와 피고 사이의 본소에 아무런 영향이 없기 때문에 그러한 독립당사자참가인의 신청은 사해방지참가의 목적을 달성할 수 없어 부적법하다고 하였다. 아래에서 보는바와 같이 위 판결에서 나타난 사례의 경우야말로 사해방지참가의 목적을 달성할 수 있기 때문에 독립당사자참가인의 독립당사자참가 신청이 적법하다고 본다.

(가) 사해방지참가제도의 취지

사해방지참가제도는 분쟁의 개별적 해결원칙에서 생기는 폐단을 지양하고 본소송의 목적과 일정한 관련을 갖는 제3자에게 본소송에 참가해서 그 소송을 이용할 충분한 기회를 부여함으로써 독립당사자참가인의 법률상·사실상 지위를 보호하고,[440] 다수 당사자간의 분쟁을 일거에 통일적으로 해결하여 모순된 판결을 방지하고자 하는 공평·경제의 이상을 실현하고자 하는 것에 그 취지가 있다.[441]

---

439) 대법원 2001. 5. 29. 선고 99다9011 판결; 대법원 2006. 8. 24. 선고 2004다23110 판결.
440) 윤은경, 앞의 논문, 244면.
441) 송상현·박익환,「민사소송법」(신정6판), 박영사, 2011, 662-663면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

사해판결의 경우에는 사후적으로 사해행위취소권에 의해 구제받을 방법이 있으나 사해방지참가는 이러한 구제가능성을 소송계속 중의 소송절차에까지 미치게 하는 점에 그 특색이 있는 것이다.[442]

그런데 대법원은 대법원 2012다47548, 47555 판결에 관해 민법 제406조 및 제407조의 사해행위취소의 효력에 대한 다수설 및 판례인 상대적 효력설과 결부하여 판단하였는데 이는 사해방지참가제도의 취지를 고려하지 않고 판단한 것이다.

(나) 본 사안과 사해방지참가의 요건

사해방지참가는 제3자가 소송결과에 따라 권리가 침해된다고 주장하는 경우의 참가이다. 앞서 본 바와 같이 사해방지참가에 대하여는 판결효설, 이해관계설, 사해의사설이 있는데, 판례는 사해의사설에 입각하여 본소가 그 소송수행을 통하여 독립당사자참가인을 해할 의사를 갖고 있다고 객관적으로 판정할 수 있는 경우에 독립당사자참가를 허용한다는 것이다.[443] 그러나 어떠한 경우에 본소의 당사자가 독립당사자참가인을 해할 의사를 갖고 있다 할 것인가의 주관적 의사의 인정은 매우 어려운 문제인데, 주관적 의사의 기준점은 개개의 구체적 사정에 의하여 결정할 수 밖에 없다.

위와 같이 어떤 경우가 제3자를 해할 의사를 갖고 있는지에 관해 판례는 말소된 근저당권설정등기의 회복등기를 구하는 본안소송에 대하여 그 후순위 근저당권자가 본안소송의 대상인 근저당권의 부존재확인을 구하면서 사해방지참가를 한 사안[444]에서 “근저당권설정등기의 불법말소를 이유로 그 회복등기를 구하는 본안소송에서 원고가 승소판결을 받는다고 하더라도 그 후순위 근저당권자가 있는 경우에는 바로 회복등기를 할 수 있는 것이 아니고 부동산등기법 제75조에 의하여 이해관계 있는 제3자인 후순위 근저당권자의 승낙서 또는 이에 대항할 수 있는 재판의 등본을 첨부하여야 하므로 원고로서는 후순위 근저당권자를 상대로 승낙을 구하는 소송을 별도로 제기하여 승소판결을 받아야 하고 따라서 본안소송에서 원고가 승

442) 윤은경, 앞의 논문, 244면.

443) 이시윤, 앞의 책, 810면; 대법원 1996. 3. 8. 선고 95다22795, 22801 판결; 대법원 1997. 6. 27. 선고 95다40977, 40984 판결; 대법원 1999. 5. 28. 선고 98다48552, 48569 판결; 대법원 2003. 6. 13. 선고 2002다694 판결.

444) 대법원 2001. 8. 24. 선고 2000다12785, 12792 판결.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

소판결을 받는다고 하더라도 그 기판력은 회복등기에 대한 승낙을 구하는 소송에는 미치지 아니하므로 후순위 근저당권자는 그 소송에서 위 근저당권이 불법으로 말소되었는지의 여부를 다툴 수 있는 것이기는 하지만 말소회복등기소송에서의 사실인정 관계가 승낙의사표시 청구소송에서도 유지되어 후순위 근저당권자는 선순위 근저당권을 수인하여야 하는 것이기에 본안소송의 결과는 당연히 후순위 근저당권자의 권리의 실현 또는 법률상 지위가 침해될 염려가 있다."라고 판시함으로써 사해방지참가의 요건인 참가인에게 소송의 결과로 인한 '권리침해의 우려'가 있다고 판단하였다.

마찬가지로 본 사안의 주관적 의사의 기준점은 원고와 피고 사이의 2009. 6. 15. 자 대물변제약정이 사해행위에 해당되면 독립당사자참가인에 대한 사해소송이 될 것이다. 왜냐하면 원고는 2009. 6. 15.자 대물변제약정이 사해행위에 해당되는 것을 알면서도 이 사건 부동산을 자신 명의로 이전하여 처분하려는 사해의사가 있는 것이고, 원고는 이 사건 부동산을 피고로부터 이전받아 이를 처분하게 되면 독립당사자참가인의 권리침해가 된다는 것이 자명한 것으로서 독립당사자참가인은 원고와 피고 사이의 사해의사 및 자신에 대한 권리침해의 우려에 대한 요건을 갖추고 있었다고 본다. 그런데 대법원은 원고와 피고가 독립당사자참가인에 대하여 해할 의사를 갖고 있는지에 대한 판단을 하지 않았다.

(다) 판결의 모순과 소송경제적 측면

본 사안의 논리대로 한다면 독립당사자참가인은 참가신청으로 원고와 피고 사이의 사해행위에 해당하는 법률행위를 청구원인으로 한 소송 및 판결 그리고 이를 집행권원으로 하여 등기를 경료하기 위한 강제집행을 막지 못하게 된다. 독립당사자참가인은 별소로서 원고와 피고 사이에 소송 중인 본소를 취소하거나 원고와 피고 사이의 확정판결에 따라 원고 명의로 경료된 소유권이전등기에 대하여 원고를 상대로 말소등기청구를 할 수 있는지 문제된다.

이에 대하여는 학설상 많은 논의는 이루어지지 않았는데 소송행위는 취소대상이 되지 않는다는 견해[445], 민법 제398조 제2항의 의사표시에 갈음하는 재판과 같이 소의 제기행위는 재판이 확정되기 전이면 민사소송법 제79조 제1항 후단의 독립당

445) 윤 경, 앞의 논문, 4면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

사자로서 사해방지참가의 기회를 부여하여 다툴 수 있으나 위 재판이 확정된 이상 기판력의 반사효에 의하여 채권자취소권의 대상이 될 수 없다는 견해가 있다.[446] 위와 같은 견해대로라면 본 사안의 경우 독립당사자참가인이 원고와 피고 사이의 본안소송을 저지하지 않으면, 원고와 피고 사이의 2009. 6. 15.자 대물변제약정에 기한 소유권이전을 막을 방법이 없으므로 독립당사자참가인의 참가신청을 허용하여야 할 것이다.

선행 사해행위취소의 소 제기 후에 제기된 다른 취소채권자의 사해행위취소의 소는 별개의 소로서 중복제소에 해당하지 않고 기판력도 채권자와 그 상대방인 수익자 또는 전득자의 상대적 관계에서만 미칠 뿐 그 소송에 참가하지 아니한 채무자와 수익자 사이에는 미치지 않으며, 재산이나 가액의 회복을 마치기 전까지는 다른 채권자에 의한 사해행위취소청구 소제기의 권리보호이익이 있다는 사해행위취소소송의 효력과 관련된 기존의 판례의 입장을 고려하면,[447] 본 사안의 원고와 피고의 판결효력은 취소채권자인 독립당사자참가인에게 미치지 않아 판결이 확정되건 확정되지 않건 별소로서 본소의 확정판결에 의해 원고 명의로 소유권이전등기가 경료되었더라도 말소등기청구를 할 수 있을 것으로 보인다.

독립당사자참가인이 별소로 원고를 상대로 사해행위취소소송을 제기할 경우 소송비용적인 측면에서 경제적이지 못하다. 원고와 피고 사이의 본안소송이 승소확정판결로 종결되고 원고 명의로 소유권이전등기가 경료되었을 경우 독립당사자참가인은 별소로서 원고와 피고 사이의 법률행위를 다시 취소하고 원고에게 경료된 소유권이전등기의 말소청구를 다시 하게 되면 원고와 피고 사이에 이루어진 판결은 결국 무용지물이 되고, 원고는 전혀 실익이 없는 소송을 했던 결과가 된다. 나아가 소유권이전등기를 마친 원고가 이 사건 부동산을 제3자에게 처분하였을 경우에는 독립당사자참가인이 자신의 채권을 보장받기 더 힘들어 진다.

또한 독립당사자참가인은 원고에게 마쳐진 소유권이전등기에 대하여 소유권이전등기말소등기절차의 이행을 명하는 확정판결을 집행권원으로 강제집행을 다시 해야 한다. 그러므로 전체 당사자들의 소송경제가 저해 된다. 뿐만 아니라 원고도 법

446) 홍춘의・태기정, 앞의 논문, 611면.

447) 대법원 1984. 11. 24.자 84마610 결정; 대법원 2001. 5. 29. 선고 99다9011 판결; 대법원 1995. 7. 25. 선고 95다8393 판결; 대법원 2001. 2. 27. 선고 2000다44348 판결; 대법원 2012. 7. 5. 선고 2010다80503 판결; 대법원 2003. 7. 11. 선고 2003다19558 판결; 대법원 2005. 11. 25. 선고 2005다51457 판결.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

원으로부터 소유권이전등기청구 승소판결을 받았고, 독립당사자참가인도 원고로부터 사해행위취소에 의한 승소판결을 받았을 경우, 위 양 사건의 승소판결 사이에 판결의 모순저촉이 발생하게 된다. 그러므로 본 사안에서 독립당사자참가인의 참가신청을 허용하고 원고의 본소청구를 사해행위로 취소하는 것이 재판의 합일확정, 판결의 모순저촉방지, 소송경제에 부합하다고 본다.

(라) 본 판결의 적용범위

본 판결은 원고가 피고를 상대로 이 사건 부동산의 2009. 6. 15.자 대물변제약정에 기한 소유권이전등기청구소송을 제기하였고, 이후 독립당사자참가인이 위 대물변제약정이 사해행위에 해당됨을 이유로 취소를 구하는 사안일뿐 원고가 피고를 상대로 사해행위취소소송을 제기한 것이 아니다. 대법원이 사해행위취소소송에서 독립당사자참가신청을 받아 주지 않는다는 견해를 정확히 알기 위해서는 먼저 진행한 취소채권자의 사해행위취소소송에 타 채권자가 위 소송에 독립당사자참가인으로 참가할 수 있는지를 판단 받아야 할 것이므로, 본 판결으로 대법원이 사해행위취소소송에서 독립당사자참가신청을 받아주지 않는다고 오해하여서는 아니 될 것이다.

(3) 소결

본 사안의 경우 사해방지참가에 대하여 민사소송법상 특유의 요건으로 판단될 수 있는 점, 민사소송법상 독립당사자참가신청 중 사해방지참가의 요건인 주관적 의사의 기준점은 원고와 피고 사이의 2009. 6. 15.자 대물변제약정이 사해행위에 해당되면 사해의사가 있다고 볼 수 있는 점, 독립당사자참가인의 참가가 받아들여지지 아니하면 판결의 모순저촉 및 소송비용의 경제적 측면에서 반하는 점에 비추어, 대법원이 독립당사자참가인의 참가를 받아들이지 않는 것은 쉽게 납득이 가지 않는다. 특히 본 사안은 본소로서 소유권이전등기청구소송이 제기된 사안에서 독립당사자참가인이 위 대물변제약정이 사해행위에 해당됨을 이유로 취소를 구하는 것으로, 타 채권자가 취소채권자 먼저 진행하고 있는 선행소송에 독립당사자참가신청을 하였을 경우에까지 적용시켜서는 아니 될 것이다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

라. 대법원 2014다28114 판결과 독립당사자참가 적부

(1) 기초사실

대법원 2014다28114 판례는 수익자가 취소채권자에게만 가액배상금을 지급한 사안으로, 취소채권자는 2012. 7. 27. 수익자를 상대로 채무자와 수익자 사이에 2012. 4. 3. 자 의약품 양도행위에 대한 사해행위취소소송을 제기하였고, 타 채권자가 2012. 8. 21. 위 양도행위에 대한 사해행위취소소송을 제기하였다. 타 채권자가 취소채권자와 수익자 사이 사해행위취소소송에 독립당사자참가인으로 그 신청이 가능한지 여부를 본다. 만약 타 채권자의 독립당사자참가신청이 가능하다고 한다면 타 채권자가 보호받을 수 있기 때문이다. 대법원 2012다47548, 47555 판결은 권리주장참가 요건이 되지 않아 사해방지참가 요건에 대하여만 검토하였다. 하지만 대법원 2014다28114 판결은 권리주장참가와 사해방지참가 요건 모두를 검토할 필요가 있다.

(2) 권리주장참가 요건에 대한 검토

(가) 채권적 권리

권리주장참가는 제3자가 소송목적의 전부나 일부가 자기의 권리에 속한다고 주장하는 것으로 참가인이 본소 원고의 청구와 양립되지 않는 권리 또는 그보다 우선할 수 있는 권리를 주장할 것을 요한다. 예컨대 원고의 소유권에 기한 인도 청구에 대하여 참가인도 소유권을 주장하는 경우가 전형적인 예일 것이나, 배타성과 대세적 효력이 있는 물권뿐만 아니라 채권의 경우에도 논리적으로 양립할 수 없는 경우에는 독립당사자참가가 가능하다.[448] 예컨대 원고가 자기의 소유라고 주장하는 목적물에 대하여 참가인이 소유권을 주장하거나 원고 주장의 채권에 대해 참가인이 자기가 채권자라고 주장하는 경우이다.[449] 나아가 원고가 신탁해지를 원인으로 수탁자에 대해 소유권이전등기청구를 할 경우 참가인 자신이 진정한 신탁자라고

448) 김황식 편집대표a, 311면.
449) 대법원 1991. 12. 24. 선고 91다21145, 21152 판결.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

주장하면서 같은 청구를 할 때이다.[450]

참가신청에서 주장한 내용 자체에서 원고가 주장하는 권리와 참가인이 주장하는 권리가 양립할 수 없는 관계에 있다면 비록 본안에 들어가 심리한 결과 참가인의 권리가 인정되지 않더라도 이는 참가인의 청구가 이유 없는 사유가 될 뿐 참가신청이 부적법하게 되는 것은 아니다.[451] 참가인의 청구는 주장 자체에 의하여 성립할 수 있음을 요한다.[452]

2002년 개정 민사소송법이 시행되기 전 판례는 처음에는 참가인의 주장 자체에 의하여도 참가인이 원고에게 대항할 수 있는 권리를 가지지 아니한 경우라든가 참가인 주장의 권리가 본소의 원고·피고 양쪽에 대하여 대항할 수 있는 물권 등 대세권이 아닌 경우에는 참가신청이 이유 없어 기각되는 것이 아니라 참가요건을 갖추지 못하여 각하되어야 한다고 판시하였으나,[453] 나중에는 이러한 입장을 다소 완화 하였다.[454] 즉 참가인이 주장하는 권리가 등기청구권과 같은 채권적 권리라 하여도 참가인이 자기가 매수당사자라고 주장하면서 피고에 대하여는 소유권이전등기절차의 이행을 구함과 동시에 원고에 대하여 소유권이전등기청구권의 부존재를 구하는 권리주장참가가 허용된다고 하였다.[455]

(나) 대법원 2014다28114 판결의 적용

대법원 2014다28114 판결에 타 채권자를 독립당사참가신청에 적용하면 타 채권자는 취소채권자가 수익자를 상대로 가액배상금으로 351,575,862원을 청구한 본소에 독립당사자로 참가하여 수익자에게 96,083,605원을 청구하게 될 것이다. 한편 수익자가 가액배상금으로 반환해야 할 금액은 344,000,000원으로서, 취소채권자와 타 채권자의 각 가액배상 청구금 합계액 447,659,467원(= 351,575,862원+96,083,605원)이, 위 가액배상 반환 344,000,000원을 상회하기 때문에, 취소채권자와 타 채권자의 청구는 적어도 103,659,467원(= 447,659,467원-344,000,000원)의 범위 내에서는 양립할 수 없다.

---

450) 대법원 1995. 6. 16. 선고 95다5905, 5912 판결.
451) 대법원 1992. 12. 8. 선고 92다26772 판결.
452) 대법원 2001. 9. 28. 선고 99다35331 판결.
453) 대법원 1980. 7. 22. 선고 80다362 판결.
454) 이재성 외 3 편집대표b, 474면.
455) 대법원 1988. 3. 8. 선고 86다148 판결.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

즉 가액배상금에 대하여는 채권자평등주의인 안분배당이 적용되어야 하므로, 취소채권자는 총 가액배상금의 79%(= 351,575,862원÷447,659,467원)에 해당하는 271,760,000원(=344,000,000원×79%)의 권리가 있고, 타 채권자는 21%(= 96,083,605원÷447,659,467원)에 해당하는 72,240,000원(=344,000,000원×21%)의 권리가 있는 것이다. 그러므로 타 채권자는 취소채권자가 수익자를 상대로 한 사해행위취소소송에 위 21%에 해당하는 일부의 자기 권리가 있음을 원인으로 독립당사자참가신청이 가능하다고 보여진다. 또한 독립당사자참가신청이 허용되면 아래와 같이 대법원이 취하는 상대적 효력설로 인한 문제점도 방안 할 수 있다.

(다) 상대적 효력설의 문제

판례는 "채권자취소권의 요건을 갖춘 각 채권자는 고유의 권리로서 채무자의 재산처분행위를 취소하고 그 원상회복을 구할 수 있는 것이므로 각 채권자가 동시 또는 이시에 사해행위의 취소 및 원상회복을 구하는 소송을 제기하였다 하여도 그중 어느 소송에서 승소판결이 선고·확정되고 그에 기하여 재산이나 가액의 회복을 마치기 전에는 각 소송이 중복제소에 해당한다거나 권리보호의 이익이 없게 되는 것은 아니다."고 한다.[456] 위 판례에 의한 대법원의 취지는 사해행위취소소송의 효력은 소를 제기한 채무자의 채권자와 그 상대방인 수익자 또는 전득자에게만 기판력이 미친다는 상대적 효력설에 의한 것이다. 그런데 위와 같은 상대적 효력설은 아래와 같은 문제점이 있다.

① 상대적 효력설에 따르면 수익자가 취소채권자에게 가액배상을 하지 않고 있으면 타 채권자는 수익자가 반환하지 않는 가액배상 범위 내에서 위 가액배상금을 청구할 수 있다. 그렇게 되면 수익자는 취소채권자와 타 채권자로부터 패소한 판결 합계가 자신이 반환해야 할 가액배상금을 초과하는 부분에 대하여 이중의 지급우려가 있게 된다.

② 상대적 효력설에 따라 취소채권자의 수익자에 대한 사해행위취소소송과 타 채권자의 수익자에 대한 사해행위취소소송은 수익자가 취소채권자든 타 채권자에게든 가액의 반환을 하지 않는 이상, 취소채권자는 자신이 청구한 351,575,862원 중 수익자가 가액배상해야 할 344,000,000원을 승소할 것이고, 타 채권자는 자신이 청구한

456) 대법원 2005. 5. 27. 선고 2004다67806 판결; 대법원 2013. 4. 26. 선고 2011다37001 판결.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

96,083,605원[457] 모두 승소할 것이다. 그에 따라 수익자는 자신이 가액으로 반환해야 할 금액이 344,000,000원인 반면 판결 상 반환해야 할 돈은 440,083,605원(= 344,000,000원+96,083,605원)이므로 통상적으로 취소채권자와 타 채권자를 피공탁인으로 하여 불확지 공탁[458]을 할 것이다. 불확지공탁을 할 경우 취소채권자는 총 가액배상금의 78%(= 344,000,000원÷440,083,605원)에 해당하는 268,320,000원(=344,000,000원×78%)의 권리가 있고 타 채권자는 22%(= 96,083,605원÷440,083,605원)에 해당하는 75,680,000원(=344,000,000원×22%)의 권리가 있는 것이다.

③ 독립당사자참가신청이 허용될 경우 위와 같이 취소채권자는 총 가액배상금의 79%(= 351,575,862원÷447,659,467원)에 해당하는 271,760,000원(=344,000,000원×79%)의 권리가 있고, 타 채권자는 21%(= 96,083,605원÷447,659,467원)에 해당하는 72,240,000원(=344,000,000원×21%)의 권리가 있는 것이다.[459]

취소채권자와 타 채권자는 사해행위취소로 인한 가액배상금에 대하여 안분배당으로 받아가는 것이 채권자취소권상 채권자평등주의 원칙에 부합한다. 취소채권자와 타 채권자는 독립당사자참가신청을 할 경우 자신의 채권비율 상당을 안분하여 평등하게 받을 수 있는데, 상대적 효력설에 기하면 취소채권자와 타 채권자의 배당액도 달라져 평등하게 받을 수 없는 문제점이 있다.

상대적 효력설에 의하여 취소채권자로부터 사해행위취소소송의 패소판결을 받은 수익자는 타 채권자의 또 다른 사해행위취소소송이 끝날 때까지 타 채권자의 채권이 얼

457) 수익자가 사해행위로 인해 가액으로 반환해야 할 금원이 344,000,000원이고, 타 채권자가 청구한 96,083,605원은 위 344,000,000원 범위 내에 있기 때문이다.

458) 민법 제487조(변제공탁의 요건, 효과) 단서 및 대법원 2007. 5. 31. 선고 2007다3391판결(수인의 취소채권자들 중 누구에게 가액배상금을 지급하여야 하는지 알 수 없다는 이유로 채권자들의 청구금액 중 판결 또는 화해권고결정 등에 의하여 가장 다액으로 확정된 금액 상당을 공탁금액으로 하고 그 취소채권자 전부를 피공탁자로 하여 상대적 불확지 공탁을 한 경우, 피공탁자 각자는 공탁서의 기재에 따라 각자의 소송에서 확정된 판결 또는 화해권고결정 등에서 인정된 가액배상금의 비율에 따라 공탁금을 출급청구할 수 있다)에 따라 수인의 취소채권자 전부를 피공탁자로 하여 그 가액을 공탁함으로써 이중 지급 내지 집행을 면할 수 있음에도 피고회사가 소외회사에게 가액배상금 전액을 지급한 것은 문제가 있다는 것을 지적하였다.

459) 계산한 내역은 아래와 같다.

순번	방법	취소채권자의 배당액(%)	타 채권자의 배당액(%)
1	상대적 효력	268,320,000원(78%)	75,680,000원(22%)
2	독립당사자참가신청	271,760,000원(79%)	72,240,000원(21%)
차 액		-3,440,000원(-1%)	+3,440,000원(+1%)

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

마인지 확정이 되지 않기 때문에 취소채권자에게 지급하지 못하는 경우가 상당하게 있을 것이다. 수익자는 타 채권자의 위 소송이 종결되었다고 하더라도 누구에게 얼마를 지급해야 될지를 알 수 없는 상황으로 취소채권자와 타 채권자를 피공탁자로 하여 공탁하는 경우도 상당히 있을 것이다.

그러나 타 채권자의 독립당사자참가신청이 허용될 경우 취소채권자와 독립당사자참가신청인과 사이 채권자평등주의 원칙에 따라 안분하여 가액배상금을 수령할 수 있고, 수익자의 이중부담 우려도 없으며 수익자가 자신이 반환해야 할 가액배상금에 관해 공탁하지 않아도 된다.

(라) 소결

타 채권자는 취소채권자가 수익자를 상대로 한 사해행위취소소송에 해당하는 일부의 자기 권리가 있음을 원인으로 독립당사자참가신청이 가능하다고 본다.

(3) 사해방지참가 요건에 대한 검토

(가) 권리침해 여부

사해방지참가는 제3자가 소송결과에 따라 권리가 침해된다고 주장하는 경우의 참가이고 판례는 사해의사설에 입각하여 본소가 그 소송수행을 통하여 독립당사자참가인을 해할 의사를 갖고 있다고 객관적으로 판정할 수 있는 경우에 독립당사자참가를 허용한다는 것이다.[460]

대법원 2014다2811 판례에서 취소채권자의 수익자에 대한 사해행위취소소송의 가액배상금 승소 판결이 선고되고, 위 판결에 따라 수익자가 취소채권자에게 가액배상금을 지급하였을 경우 타 채권자는 후행 소송에서 수익자를 상대로 한 사해행위취소소송에서 패소하게 된다. 왜냐하면 채권자취소권의 요건을 갖춘 각 채권자는 사해행위취소소송을 수익자를 상대로 각 진행할 수 있으나 만약 수익자가 각 채권자들 중 1인에게 가액배상금을 지급할 경우 권리보호의 이익이 없게 되기 때문이다.[461] 그

460) 이시윤, 앞의 책, 810면; 대법원 1996. 3. 8. 선고 95다22795, 22801 판결; 대법원 1997. 6. 27. 선고 95다40977, 40984 판결; 대법원 1999. 5. 28. 선고 98다48552, 48569 판결; 대법원 2003. 6. 13. 선고 2002다694 판결.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

러므로 제3자에 해당되는 타 채권자는 취소채권자와 수익자와 사이 소송결과에 따라 권리 침해가 될 수 있다.

(나) 해할 의사 여부

사해행위취소소송에서의 채무자는 대부분 수익자와 밀접한 관계에 있고, 실제 사해행위취소소송의 피고인 수익자의 소송업무를 채무자가 하거나 채무자가 수익자의 승소를 돕기 위해 상당한 조력을 하는 것이 현실이다. 위와 같은 이유 때문에 채무자는 얼마든지 수익자를 통하여 자신의 채권자 중 1인에게 가액배상반환금을 지급할 수 있도록 종용할 수 있어, 위 종용 자체가 또 다른 사해행위가 될 수 있는 것이다.[462] 물론 본소의 당사자들이 독립당사자참가인을 해할 의사를 가지고 있는지 여부는 개별적으로 판단되어야 하는 것이지만, 2014다2811 판결만 보더라도 수익자는 타 채권자와의 사해행위취소소송을 진행하는 도중 취소채권자에게만 344,000,000원을 지급함에 따라 문제가 되어 취소채권자와 수익자가 독립당사자참가인을 해 할 의사를 가지고 있었음을 추단 할 수 있었을 것이다.

(다) 소결

그러므로 사해행위취소 등 청구의 결과에 따라 수익자가 취소채권자에게만 344,000,000원을 지급할 염려가 되어 독립당사자참가인인 타 채권자의 법률상 지위가 침해될 우려가 있기 때문에 사해방지참가 요건이 된다고 본다. 위와 같이 2014다2811 판례의 타 채권자가 취소채권자와 수익자 사이의 소송절차에 독립당사자참가신청이 가능하다고 본다.

제3절 수익자 겸 채권자의 보호방안

1. 문제제기 및 보호방안의 요지

461) 대법원 2005. 5. 27. 선고 2004다67806 판결; 대법원 2013. 4. 26. 선고 2011다37001 판결.
462) 정주홍a, 297면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

가. 문제제기

취소채권자로부터 패소한 수익자가 채무자에 대한 채권자일 경우 원물반환판결[463]에서는 수익자가 채무자에 대한 채권자로서 배당신청을 할 수 있지만 가액배상판결[464]에 의하면 수익자가 위 가액에 대한 배당신청을 할 수 없다. 수익자가 채무자에 대한 채권자일 경우 원물반환에서의 수익자는 채무자에 대한 채권자로서 배당받을 수 있는데 가액배상의 수익자는 채무자에 대한 채권자로서 배당받을 수 없음은 물론 타 채권자조차도 위 배당금에 대한 배당신청을 할 수 없다. 즉 원물반환에서의 수익자는 채무자에 대한 채권액 상당을 안분받을 수 있고, 가액배상에서의 수익자는 채무자에 대한 채권액 상당을 안분하여 받을수 없다는 결론에 이르러 모순된 판단을 하였다.

대법원조차도 “가액배상금을 수령한 취소채권자가 이러한 분배의무를 부담하지 아니함으로 인하여 사실상 우선변제를 받는 불공평한 결과를 초래하는 경우가 생기더라도 이러한 불공평은 채무자에 대한 파산절차 등 도산절차를 통하여 시정하거나 가액배상금의 분배절차에 관한 별도의 법률 규정을 마련하여 개선하는 것은 별론으로하고, 현행 채권자취소 관련 규정의 해석상으로는 불가피하다.”고 한 것이다.[465] 이에 관해 가액배상판결의 취소채권자가 반환될 가액배상금을 우선 변제한 것에 대한 많은 지적이 있었다.[466] 하지만 대법원의 판단이 변경되지 않는 한 가액배상에서 수익자가 채무자의 채권자 중 1인이라 하더라도 현행 법규에서는 보호받을 방안이 없다.

나. 보호방안의 요지

첫째 채무자(채권양도인)가 채무자의 채권자 중 1인인 수익자(채권양수인)에게 채무자의 책임재산인 “채무자가 제3채무자(채무자의 채무자)에게 가지는 채권 양도”를 하였고, 이후 수익자가 제3채무자에게 추심을 마쳤다면 취소채권자는 원물반

463) 대법원 2003. 6. 27. 선고 2003다15907 판결.
464) 대법원 2003. 11. 29. 선고 2003다50061 판결; 대법원 2008. 6. 12. 선고 2007다37837 판결.
465) 대법원 2008. 6. 12. 선고 2007다37837 판결.
466) 추신영a, 105면; 이우재, 앞의 책, 136면; 이진수, 앞의 논문, 667-669면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

환을 구할 수 없어 수익자를 상대로 가액배상을 구할 것이다. 수익자는 취소채권자에게 자신(수익자) 역시 채무자에 대한 채권자이므로 자신이 가지는 채무자에 대한 채권만큼 안분할 것을 항변할 수 있으나 대법원이 안분액의 분배를 부정하고 있어, 위 경우 수익자의 보호가 필요하다. 둘째로 채무자가 채무자의 책임재산인 부동산을 채권자 중 1인인 수익자에게 소유권을 이전하고 수익자가 위 부동산을 선의의 제3자(전득자)에게 처분하였을 경우 취소채권자는 원물반환을 구할 수 없어 수익자를 상대로 가액배상을 구할 것이다.[467] 마찬가지로 수익자는 취소채권자에게 안분청구를 하지 못하여 위 경우도 수익자의 보호가 필요하다.

전자의 경우 수익자가 제3채무자에게 추심한 채권을 다시 제3채무자에게 반환할 경우 취소채권자는 수익자에게 가액배상을 구할 수 없고 원물반환으로 '채무자가 제3채무자에게 가지는 채권 양도행위의 취소'를 구하게 될 것이고, 수익자는 사해행위취소에 따라 원상회복 된 '채무자가 제3채무자에게 가지는 채권'에 채권자대위권 내지 채권가압류를 통하여 취소채권자와 안분하여 배당을 받을 수 있을 것이다.

후자의 경우 수익자가 전득자에게 넘어간 부동산의 소유권을 다시 회복하면 취소채권자는 수익자에게 가액배상을 구할 수 없고 원물반환으로 채무자와 수익자의 부동산소유권 이전행위에 대한 취소 및 원상회복을 구하게 될 것이고, 수익자는 채무자에게 가지는 채권의 집행권원을 얻어 위 원상회복된 부동산에 배당신청을 한다면 취소채권자와 안분하여 배당 받을 수 있을 것이다. 이하 사례를 들어 위와 같은 방법이 가능한지에 대해 살펴보도록 한다.

2. 채권양도와 가액배상

가. 채권양도의 사례

채권양도의 사례는 대법원 2003. 11. 28. 선고 2003다50061 판결(이하 대법원 2003다50061 판결이라 한다)을 참고하였다.

467) 채무자가 채무자의 책임재산인 부동산을 채권자 중 1인인 수익자에게 소유권을 이전하고 수익자가 위 부동산을 담보로 대출을 받으면서 근저당을 설정해 놓은 경우 등 여러 형태의 경우가 있을 수 있다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

(1) 당사자 및 사실관계 요약

원고 은행 : 취소채권자

피고 1 주식회사 : 이 사건 채무자(채권양도인)

2 유00 : 본 사안의 쟁점과 관련이 없으므로 생략

3 김00 : 수익자 겸 채권자(채권양수인)

소외 현대중공업 : 제3채무자 (이 사건 채무자에 대한 채무자)

피고는 3인으로서 피고 2는 본 사안의 쟁점 사항이 아니므로 생략한다. 이 사건 채무자(피고 1, 채권양도인)에게 150,000,000원의 채권이 있는 수익자 겸 채권자(피고 3, 채권양수인)는 2001. 12. 12. 이 사건 채무자가 제3채무자(소외 현대중공업)에게 가지는 기계제작대금 87,062,140원을 양도하였고 수익자 겸 채권자는 위 양수채권에 대한 추심을 마쳤다. 이후 취소채권자(원고)는 2002. 3. 13. 수익자 겸 채권자를 상대로 이 사건 채무자에 대한 피보전채권 50,709,244원의 가액배상금을 구하는 사해행위취소소송을 제기한 사안이다.

(2) 사건진행내역

〈표5〉 대법원 2003다50061 판결의 사건진행내역

순번	날 짜	내 용
1	1999.09.15.	**취소채권자가 이 사건 채무자에게 50,000,000원을 대여** 취소채권자는 1999. 9. 15. 이 사건 채무자에게 50,000,000원을 대여한다.
2	2001.12.12.	**이 사건 채무자가 기계제작대금 채권을 수익자 겸 채권자에게 양도** ① 이 사건 채무자는 2001. 12. 12. 자신이 제3채무자에게 가지는 기계제작대금 87,062,140원을 수익자 겸 채권자에게 양도하였다. ② 취소채권자는 2001. 12. 12. 무렵 이 사건 채무자에게 표1항을 원인으로 한 채권 50,709,244원이 있다.
3	2002.01.31.	**수익자 겸 채권자는 양수금에 대한 추심을 마침** 수익자 겸 채권자는 2002. 1. 31. 양수금 87,062,140원의 양수금에 대해 현대중공업에게 추심을 마쳤다.
4	2002.03.13.	**부산지방법원 2002가합3894 대여금 등 소제기**

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

		취소채권자는 2002. 3. 13. 이 사건 채무자와 수익자 겸 채권자와의 2001. 12. 12.자 채권양도계약의 취소와 수익자 겸 채권자에게 가액배상으로 50,709,244원을 청구하였다.
5	2002.11.08.	**제1심 선고 : 취소채권자가 승소함** 2002. 11. 8. 취소채권자가 청구한 가액배상 50,709,244원이 모두 인용되었다.
6	2003.08.14.	**항소심 선고(부산고등법원 2003나97 대여금 등) : 항소기각** 수익자 겸 채권자는 항소심에서 자신과 취소채권자의 각 채권은 87,062,140원을 기준으로 하여 취소채권자의 안분액만큼만 가액배상을 해 주어야 한다고 하였지만 기각되었다.
7	2003.11.28.	**대법원 선고(대법원 2003다50061 판결) : 상고기각** 대법원도 항소심과 같은 입장으로 수익자 겸 채권자의 상고를 기각하였다.

(3) 제1심의 판단

수익자 겸 채권자는 2001. 12. 12.자 채권양도계약이 이 사건 채무자에 대한 150,000,000원의 채권이 있는 관계로 선의로 양수받았을 뿐 사해의사로 받은 것이 아니라고 항변하였지만, 제1심 법원은 2001. 12. 12.자 채권양도계약을 사해행위로 판단하였다. 즉 제1심에서는 수익자 겸 채권자는 채권양도계약상의 책임재산인 87,062,140원을 자신이 이 사건 채무자에게 가지는 150,000,000원의 채권과 취소채권자가 이 사건 채무자에게 가지는 50,709,244원의 채권액 상당에서 안분되어야 함을 주장하지 않았다.

(4) 항소심의 판단

수익자 겸 채권자는 항소심에서 2001. 12. 12.자 채권양도계약은 선의인 사실을 주장하면서, 자신도 이 사건 채무자에 대한 채권자임을 이유로, 채권양도계약상의 책임재산인 87,062,140원을 자신이 이 사건 채무자에게 가지는 150,000,000원의 채권과 취소채권자가 이 사건 채무자에게 가지는 50,709,244원의 채권액 상당에서 안분되어야 함을 주장하였다. 위 주장을 정리하면, 수익자 겸 채권자는 총 가액배상금의 75%(= 150,000,000원÷200,709,244원[468]에 해당하는 65,296,605원(=87,062,140원

468) 200,709,244원 = 수익자 겸 채권자의 이 사건 채무자에 대한 채권 150,000,000원+취소채권

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

×75%)의 권리가 있고 취소채권자는 25%(= 50,709,244원÷200,709,244원)에 해당하는 21,765,535원(=87,062,140원×25%)의 권리가 있는 것이다. 그러므로 수익자 겸 채권자의 사해행위가 인정되더라도 취소채권자에게 지급해야 할 가액배상금은 21,765,535원 이라는 것이다.[469] 이에 관하여 항소심 법원은 수익자 겸 채권자의 항소를 기각하였다.

(5) 대법원의 판단

수익자 겸 채권자는 항소심의 판단에 대해 상고를 하였으나 대법원은 "채권자취소권은 채권의 공동담보인 채무자의 책임재산을 보전하기 위하여 채무자와 수익자 사이의 사해행위를 취소하고 채무자의 책임재산으로 일탈된 재산을 모든 채권자를 위하여 수익자 또는 전득자로부터 환원시키는 제도이므로, 수익자인 채권자로 하여금 안분액의 반환을 거절하도록 하는 것은 자신의 채권에 대하여 변제를 받은 수익자를 보호하고 다른 채권자의 이익을 무시하는 결과가 되어 제도의 취지에 반하게 되므로, 수익자가 채무자의 채권자인 경우 수익자가 가액배상을 할 때에 수익자 자신도 사해행위취소의 효력을 받는 채권자 중의 1인이라는 이유로 취소채권자에 대하여 총채권액 중 자기의 채권에 대한 안분액의 분배를 청구하거나, 수익자가 취소채권자의 원상회복에 대하여 총채권액 중 자기의 채권에 해당하는 안분액의 배당요구권으로써 원상회복청구와의 상계를 주장하여 그 안분액의 지급을 거절할 수는 없다 할 것이고",[470] "채권자의 사해행위취소 및 원상회복청구가 인정되면 수익자는 원상회복으로서 사해행위의 목적물을 채무자에게 반환할 의무를 지게 되고 만일 원물반환이 불가능하거나 현저히 곤란한 경우에는 원상회복의무의 이행으로써 사해행위 목적물의 가액 상당을 배상하여야 하는바, 여기에서 원물반환이 불가능하거나 현저히 곤란한 경우라 함은 원물반환이 단순히 절대적, 물리적으로 불능인 경우가 아니라 사회생활상의 경험법칙 또는 거래상의 관념에 비추어 그 이행의 실현을 기대할 수 없는 경우를 말하는 것이므로",[471] "사해행위에 해당하는 채권양

자의 이 사건 채무자에 대한 채권 50,709,244원.

469) 하지만 수익자 겸 채권자는 자신의 채권액과 취소채권자의 채권액이 안분되어야 한다는 주장을 하였을 뿐, 위와 같이 책임재산의 75%에 해당하는 것이 자신의 채권액임을 구체적으로 주장하지는 아니하였다.

470) 대법원 2001. 2. 27. 선고 2000다44348 판결.

471) 대법원 1998. 5. 15. 선고 97다58316 판결.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

도가 채권자에 의하여 취소되기 전에 이미 채권양수인인 수익자 등이 제3채무자로부터 그 채권을 변제받는 등으로 양도채권이 소멸된 경우에는 채권자는 원상회복의 방법으로 수익자 등을 상대로 그 채권양도의 취소와 함께 변제로 수령한 금전의 지급을 가액배상의 방법으로 청구할 수 있으며",[472] "취소채권자는 수익자나 전득자에 대하여 직접 자신에게 금전이나 동산을 지급할 것을 청구할 수 있다."[473]고 할 것이라는 4개의 대법원 판례를 언급하며 수익자 겸 채권자의 상고를 기각하였다.

나. 추심금 반환과 안분배당

본 사안에서 수익자 겸 채권자가 제3채무자로부터 완료한 추심금을 다시 제3채무자에게 반환하였을 경우 책임재산에 대해 취소채권자와 안분 받을 수 있는지 여부이다. 즉 수익자 겸 채권자는 위 반환을 마침으로서 채무자의 제3채무자에 대한 채권에 취소채권자와 같은 지위에서 강제집행을 할 수 있느냐가 문제된다.

(1) 추심 후 채권양도해지 여부

민법 제452조 제1항은 양도인이 채무자에게 채권양도를 통지한 때에는 아직 양도하지 아니하였거나 그 양도가 무효인 경우에도 선의인 채무자에게는 양수인에게 대항할 수 있는 사유로 양도인에게 대항할 수 있다고 하고, 제2항은 전항의 통지는 양수인의 동의가 없으면 철회하지 못한다고 한다.

판례는 "민법 제452조는 '양도통지와 금반언'이라는 제목 아래 제1항에서 '양도인이 채무자에게 채권양도를 통지한 때에는 아직 양도하지 아니하였거나 그 양도가 무효인 경우에도 선의인 채무자는 양수인에게 대항할 수 있는 사유로 양도인에게 대항할 수 있다.'고 하고, 제2항에서 '전항의 통지는 양수인의 동의가 없으면 철회하지 못한다.'고 하여 채권양도가 불성립 또는 무효인 경우에 선의인 채무자를 보호하는 규정을 두고 있다.

이는 채권양도가 해제 또는 합의 해제되어 소급적으로 무효가 되는 경우에도 유

472) 대법원 2002. 10. 25. 선고 2002다42711 판결.
473) 대법원 1999. 8. 24. 선고99다23468, 23475 판결.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

추 적용할 수 있다고 할 것이므로, 지명채권의 양도통지를 한 후 그 양도계약이 해제 또는 합의 해제된 경우에 채권양도인이 그 해제 등을 이유로 다시 원래의 채무자에 대하여 양도채권으로 대항하려면 채권양도인이 채권양수인의 동의를 받거나 채권양수인이 채무자에게 위와 같은 해제 등 사실을 통지하여야 한다. 이 경우 위와 같은 대항요건이 갖추어질 때까지 양도계약의 해제 등을 알지 못한 선의인 채무자는 해제 등의 통지가 있은 다음에도 채권양수인에 대한 반대채권에 의한 상계로써 채권양도인에게 대항할 수 있다고 봄이 상당하다고 한다.[474] 민법과 판례가 채권양도의 합의해제를 인정[475]하고 있고 다만 위 합의해지를 함에 있어서는 채권양도인이 채권양수인의 동의를 받고 채권양수인이 이를 채무자에게 통지하면 그 효력이 있다.

(2) 취소채권자의 소의 실익 상실

수익자 겸 채권자(채권양수인)는 이 사건 채무자(채권양도인)와 2001. 12. 12.자 채권양도계약을 해지하는 합의해지[476]를 하고, 수익자 겸 채권자는 제3채무자(현대중공업)에게 위 합의해지 사실을 통지하고 제3채무자로부터 추심을 마친 87,062,140원을 원상회복으로 반환하여 주면 된다.

이후 수익자 겸 채권자는 위 합의해지를 원인으로 하여 책임재산 87,062,140원이 제3채무자에게 반환되었다는 항변을 하면 취소채권자는 수익자 겸 채권자와 이 사건 채무자와 사이 사해행위에 해당하는 2001. 12. 12.자 채권양도계약이 취소되었으므로, 본 사안의 사해행위취소소송의 실익[477]이 없게 된다.

---

474) 대법원 2012. 11. 29. 선고 2011다17953 판결.

475) 송덕수a, 1158면; 대법원 1961. 10. 26. 4293민상125 판결; 대법원 1962. 9. 27선고 62다379 판결, 1993. 8. 27. 선고 93다17379판결; 2014. 4. 10. 선고 2013다76192 판결.

476) 이 사건 채무자는 수익자 겸 채권자를 위하여 책임재산을 양도하였는데 위 책임재산 양도로 인해 오히려 수익자 겸 채권자가 불이익이 발생되므로, 이 사건 채무자가 수익자 겸 채권자의 합의해지 요청을 거부할 이유는 없을 것이다.

477) 대법원 2008. 3. 27. 선고 2007다85157 판결; 대법원 2008. 3. 27. 선고 2007다85157 판결; 대법원 2015. 5. 21. 선고 2012다952 판결; 채권자가 채무자의 부동산에 관한 사해행위를 이유로 수익자를 상대로 그 사해행위의 취소 및 원상회복을 구하는 소송을 제기한 후 소송계속중에 그 사해행위가 해제 또는 해지되고 채권자가 그 사해행위의 취소에 의해 복귀를 구하는 재산이 벌써 채무자에게 복귀한 경우에는, 특별한 사정이 없는 한 그 사해행위취소소송의 목적은 이미 실현되어 더 이상 그 소에 의해 확보할 권리보호의 이익이 없어진다. 그리고 이러한 법리는 사해행위취소소송이 제기되기 전에

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

(3) 소결

위와 같이 수익자 겸 채권자가 2001. 12. 12.자 채권양도계약을 합의해지 하고 스스로 원상회복을 하면 취소채권자는 이 사건 채무자를 채무자로 현대중공업을 제3채무자로 하여 가압류를 하고, 마찬가지로 수익자 겸 채권자도 위와 같은 가압류를 하게 되면 수익자 겸 채권자와 취소채권자는 책임재산에 대해 안분하여 배당받을 것이다. 본 사안의 경우 수익자 겸 채권자는 가액배상이 아닌 채권자평등주의인 안분배당을 적용하면 차액 28,943,709원[478]을 더 배당받을 수 있다.

3. 부동산처분과 가액배상

가. 부동산처분의 사례

(1) 당사자 및 사실관계 요약[479]

원고 : 신용보증기금 : 취소채권자
피고 2 : 이 사건 채무자
7 : 수익자 겸 채권자
1,3,4,5,6은 본 사안의 쟁점과 관련이 없으므로 생략
소외 1 : 선의의 전득자

취소채권자(원고)는 이 사건 채무자(피고 2)에 대하여 221,319,979원, 수익자 겸 채권자(피고 7)는 이 사건 채무자에 대하여 150,000,000원의 각 채권이 있다. 그런

그 사해행위의 취소에 의해 복귀를 구하는 재산이 채무자에게 복귀한 경우에도 마찬가지로 타당하다고 할 것이다.

478) 배당액은 아래와 같다.

순번	방법	취소채권자의 배당액(%)	수익자 겸 채권자의 배당액(%)
1	가액배상 경우	50,709,244원	36,352,896원(=87,062,140원-50,709,244원)
2	안분일 경우	21,765,535원	65,296,605원
차 액			28,943,709원(=65,296,605원-36,352,896원)

479) 광주고등법원 2013나12241 결정.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

데 이 사건 채무자는 2011. 10. 15.자 매매계약을 원인으로 2011. 12. 8. 자신의 책임재산 164,783,555원 가치의 이 사건 아파트를 수익자 겸 채권자에게 소유권을 이전하여 주었다. 수익자 겸 채권자는 2012. 1. 9.자 매매를 원인으로 2012. 2. 17. 선의의 전득자인 소외 1에게 이 사건 아파트의 소유권을 이전하여 주었다. 이후 취소채권자는 소외 1이 선의인 관계로 수익자 겸 채권자를 상대로 가액배상금 221,319,979원을 청구한 사안이다.

(2) 사건진행내역

〈표6〉 광주고등법원 2014. 11. 18.자 화해권고결정 사건진행내역

순번	날 짜	내 용
1	2011.05.06.	**취소채권자의 220,000,000원 상당의 대여금 채권** 취소채권자는 2011. 5. 6. 무렵 이 사건 채무자에게 220,000,00원의 대여금 채권이 있다.
2	2011.07.29.	**수익자 겸 채권자의 채권 150,000,000원** 수익자 겸 채권자는 2011. 7. 29. 이 사건 채무자에게 150,000,000원의 대여금 채권이 있다.
3	2011.10.15.	**사해행위** 수익자 겸 채권자는 2011. 10. 15.자 매매계약을 원인으로 2011. 12. 8. 이 사건 채무자에게 가지는 채권 150,000,000원 및 이에 대한 이자채권 상당으로 이 사건 채무자의 책임재산 164,783,555원 가치의 이 사건 아파트의 소유권 이전을 마쳤다.
4	2012.01.09.	**선의의 전득자에게 매도** 수익자 겸 채권자는 2012. 1. 9. 매매를 원인으로 선의의 전득자에게 이 사건 아파트의 소유권이전을 마쳐 주었다.
5	2012.09.27.	**광주지방법원 2012가합52818 사해행위취소 소제기** 취소채권자는 2012. 9. 27. 이 사건 채무자와 수익자 겸 채권자와의 표3항의 2011. 12. 8.자 매매계약의 취소와 수익자 겸 채권자에게 가액배상으로 221,319,979원을 청구하였다.
6	2013.11.21.	**제1심 선고 : 취소채권자가 승소함** 취소채권자는 2013. 11. 21. 이 사건 아파트의 가액배상범위인 164,783,555원에 대해 승소하였다.
7	2014.11.08.	**항소심 화해권고 확정(광주고등법원 2013나12241 사해행위취소)** 2014. 11. 8. 수익자 겸 채권자가 취소채권자에게 120,000,000원을 지급하는 것으로 하는 화해권고가 확정되었다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

(3) 제1심의 판단

수익자 겸 채권자는 2011. 10. 15. 자 매매계약과 관련하여 이 사건 채무자에 대한 150,000,000원의 채권이 있는 관계로 선의로 이전등기를 마쳤을 뿐 사해의사로 받은 것이 아니라고 항변하였지만, 제1심 법원은 2011. 10. 15. 자 매매계약을 사해행위로 판단하고 수익자 겸 채권자는 취소채권자에게 가액배상 청구금 221,319,979원 중 이 사건 아파트의 가치인 164,783,555원의 지급을 명하였다.

(4) 항소심의 화해권고결정 확정

수익자 겸 채권자가 항소하여 자신도 이 사건 채무자에 대한 채권자 이므로 책임재산 164,783,555원에 대해 취소채권자와 안분하여 배당받아야 함을 주장하였고, 항소심 법원은 수익자 겸 채권자가 취소채권자에게 120,000,000원을 지급하는 것으로 하는 화해권고 결정을 하였고 위 화해권고는 확정되었다.

나. 원물회복의 경우

본 사안에서 수익자 겸 채권자가 2012. 1. 9. 선의의 전득자인 소외 1에 이전한 이 사건 아파트의 소유권이전등기를 다시 이전 받거나 위 이전등기를 말소한다면, 취소채권자는 이 사건 아파트에 관해 가액배상이 아닌 원물반환으로 하는 청구취지를 변경해야 되는지의 여부이다.

(1) 취소채권자의 원물반환청구 필요 여부

민법 제406조 제1항은 채무자의 사해행위에 대해 원상회복을 명문으로 규정하고 있고 원물반환이 불가능하거나 현저히 곤란한 경우에만 가액배상을 구할 수 있으므로,[480] 이 사건 아파트의 소유권이 수익자 겸 채권자 명의로 이전된 이상 취소채권자는 이 사건 채무자와 수익자 겸 채권자 사이의 이 사건 아파트 매매계약을 취

480) 대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다54978 판결; 2006. 12. 7. 선고 2006다43620 판결.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

소하고 이 사건 아파트 소유권말소이전등기를 구하는 원상회복의 청구취지로 변경해야 할 것이다.

(2) 원물반환에서 수익자의 안분청구 가능 여부

채무자가 채권자 중의 1인에게 대물변제를 해준 경우 내지 채무자가 채권자 중의 1인에게 저당권을 설정한 것이 사해행위인 경우와 같이 사해행위임에도 불구하고 상대방인 수익자의 채권이 잔존하고 있는 경우, 사해행위에 의하여 수익자 또는 전득자의 채권이 일단 소멸하였으나 그 사해행위가 취소되면서 수익자 또는 전득자의 채권이 부활[481]하게 되는 경우에 이러한 수익자 또는 전득자를 민법 제407조의 적용을 받는 채권자로서 강제집행절차에서 배당받을 수 있는 자로 볼 것인가가 문제되는지에 대하여 이미 살펴본바와 같이[482] 민법 제407조의 적용을 받는다는 긍정설[483]과 민법 제407조의 적용을 받지 않는다는 부정설[484]이 있는데, 판례는 "민법 제406조에 의한 채권자취소와 원상회복은 모든 채권자의 이익을 위하여 그 효력이 있는 것인바 채무자가 다수의 채권자들 중 1인(수익자)에게 담보를 제공하거나 대물변제를 한 것이 다른 채권자들에 대한 사해행위가 되어 채권자들 중 1인의 사해행위취소소송 제기에 의하여 그 취소와 원상회복이 확정된 경우에, 사해행위의 상대방인 수익자는 그의 채권이 사해행위 당시에 그대로 존재하고 있었거나 또는 사해행위가 취소되면서 그의 채권이 부활하게 되는 결과 본래의 채권자로서의 지위를 회복하게 되는 것이므로, 다른 채권자들과 함께 민법 제407조에 의하여 그 취소 및 원상회복의 효력을 받게 되는 채권자에 포함된다고 할 것이고, 따라서 취소

481) 대법원 1988. 2. 23. 선고 87다카1989 판결; 대법원 2000. 12. 8. 98두11458 판결; 통설 및 판례의 상대적 효력설에 따르면 채무자와 수익자 사이의 법률관계는 유효하므로 사해행위가 취소되었다 하여 수익자가 원래 채무자에 대하여 갖고 있던 채권이 부활할 수 있는지에 관하여 일부 비판적 견해가 있다. 그러나 채권자취소권과 마찬가지로 상대적 효력만이 있다고 인정되는 부인권이 행사된 경우, 폐지된 구 파산법(채무자 회생 및 파산에 관한 법률에 의하여 2006. 3. 31. 폐지)은 그 채권의 부활을 명문으로 규정하고 있었고 새로 제정된 채무자 회생 및 파산에 관한 법률{2005. 3. 31. 제정 2006. 3. 31.시행, 2007. 8. 3. 일부개정(2009. 2. 4.시행)} 제109조 제1항도 이를 명문으로 규정하고 있다.

482) 제3장 제3절 제3항 참조.

483) 김종필, 앞의 논문, 498면.

484) 손흥수a, 378면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

소송을 제기한 채권자 등이 원상회복된 채무자의 재산에 대한 강제집행을 신청하여 그 절차가 개시되면 수익자인 채권자도 그 집행권원을 갖추어 강제집행절차에서 배당을 요구할 권리가 있다."[485]고 하였다.

(3) 소결

본 사안의 경우 항소심 재판부가 수익자 겸 채권자도 이 사건 채무자에 대한 채권자임을 고려하여 책임재산 164,783,555원에 대해 수익자 겸 채권자가 44,783,555원을, 취소채권자가 120,000,000원을 받아가는 방법으로 확정하였으나, 만약 판단받았을 경우 164,783,555원 전액을 취소채권자가 독점하였을 것이다. 그러나 이 사건 아파트가 원상회복된다면 수익자 겸 채권자는 배당을 요구할 수 있으므로 가액배상이 아닌 채권자평등주의인 안분배당을 적용받아 차액 65,913,422원[486]을 추가하여 배당받을 수 있다.

이와 같이 채무자의 채권자 1인이 채무자의 유일한 재산에 대해 소유권을 이전받는 형태의 대물변제[487] 내지 채무자가 채권자 중의 1인에게 저당권을 설정한 행위[488]는 사해행위에 해당되고, 대물변제 및 저당권을 받은 수익자가 위 책임재산을 처분하여 가액배상판결을 받아야 할 경우에는 사해행위목적물 그대로 원상회복하여 원물반환의 판결을 받는다면 취소채권자와 수익자가 공평하게 배당받을 수 있을 것이다.

---

485) 대법원 2003. 6. 27. 선고 2003다15907 판결.

486) 배당액은 아래와 같다.

순번	방법	취소채권자의 배당액	수익자 겸 채권자의 배당액
1	가액배상일 경우	164,783,555원	0원
2	안분일 경우	98,870,133원 (= 164,783,555원×60%)	65,913,422원 (= 164,783,555원×40%)
차 액			65,913,422원 (= 65,913,422원-0원)

487) 대법원 2016. 8. 30. 선고 2016다219303 판결.

488) 대법원 2015. 6. 11. 선고 2014다237192 판결.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

제5장 채권자취소권에 대한 민법 개정안 검토

법무부는 2009. 2. 4. 민법개정위원회를 설치하여 민법 재산편 전면개정작업을 진행하였고, 2013. 7. 1. 발표된 민법 개정안에 따르면, 채권자취소권에 관해 민법 10개 조항, 민사집행법 1개 조항에 대한 개정안이 제시되었다.[489] 위 개정안에 의하면 원물반환을 포함한 가액배상에 관하여도 채권자평등주의를 명문으로 규정하고 있어서, 위 개정안대로 입법되면 민법 제407조가 취하는 채권자평등주의가 가액배상에서도 어느 정도는 해결 될 것이다.

제3장에서 민법 제407조 "모든 채권자"의 범위와 관련하여 첫째 가액배상에서 타 채권자의 취소채권자에 대한 가액배상금 분배청구 가부, 둘째 가액배상에서 수익자의 취소채권자에 대한 안분액분배청구 또는 안분액지급거부 가부, 셋째 원물반환 및 가액배상에서 "모든 채권자"의 범위와 관련된 고유채권자와 관련된 채권자 보호방안이 필요함을 제기하였다. 그에 따라 첫째와 둘째는 제4장에서 그 보호방안을 제시하였고, 셋째는 입법론적으로 해결해야 할 사안이므로 제5장에서 제시하기로 한다.

제1절에서는 채권자취소권 규정의 개정안의 주요 내용에 대하여 살펴보고, 제2절에서는 민법 개정안으로 시행되면 제4장에서 보호방안으로 제시하였던 위 첫째와 둘째에 대한 문제가 없는지를 살펴보고, 제3절에서는 이미 살펴보았던 독립당사자참가신청을 좀 더 명확하게 하기 위해 "모든 채권자"의 독립당사자참가 및 위 셋째에 대한 민법 개정사안을 제시한다.

제1절 채권자취소권 개정안의 주요 내용

1. 서론

민법은 1958. 2. 22. 공포되어 1960. 1. 1.부터 시행되어 2014년 1월 까지 모두 21

489) 김재형, "채권자취소권에 관한 민법개정안 : 개정안에 관한 기본구상과 민법개정위원회의 논의 과정을 중심으로",「민사법학 제68호」, 한국민사법학회, 2014, 43-49면; 양형우, "채권자취소권에 관한 민법개정안의 검토",「민사법학 제69호」, 한국민사법학회, 2014, 471-472면(양형우a라 한다); 윤진수・권영준, 앞의 논문, 504면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

차례 개정되었다. 하지만 재산법은 54년간 전면개정 없이 대체로 그 모습을 유지하여 왔다. 우리나라의 50여 년 동안의 변화에 비추어 보면 위와 같은 재산법의 변화는 크지 않는 변화인 것이다. 위와 같은 배경 속에 민법을 국제화 및 현대화하기 위한 재산편의 전면 개정 필요성이 계속적으로 제기되었고, 주무부처인 법무부는 1999년부터 민법개정위원회를 설치하여 작업을 거친 끝에 2004년에 민법 재산편의 개정안을 국회에 제출하기도 하였다.[490]

채권자취소권은 1997년 이전에는 미미하게 이용되다가, 1997년 IMF 금융위기를 맞으면서 금융기관을 포함한 채권자들이 채권자취소권을 행사하는 경우가 빈번하여 계속 증가하였다. 2014년 사법연감[491]에 의하면 2015년에 접수된 제1심 민사본안사건 376,605건 중 사해행위취소소송 사건의 숫자가 8,853건이다. 이는 사건 유형 중 가장 큰 비중을 차지하는 대여금 사건의 39,806건 보다는 적지만, 빈번하게 발생되고 있는 공사대금(11,754건) 사건과 비슷하며 대법원에서의 사해행위취소소송의 비율(2.6%)은 구상금(2.8%)과도 비슷하다.

위와 같이 사해행위취소소송이 증가하자 채권자취소권의 요건과 효과에 관하여 많은 논란이 발생하였다. 그런데 민법은 2개의 조문만으로 문제를 해결하고 있어서, 많은 판례가 형성되었고, 위 형성된 판례에 의하더라도 어떠한 경우가 사해행위인지에 대한 일관성 있고 통일적인 법리를 발견하기 어려운 것이 현실이다. 채권자취소권의 효과에 관하여 다수설과 판례가 상대적 효력설을 채택하고 있으나, 상대적 효력설의 법리를 구성하고 있는 것도 아니며 어떠한 경우에는 원물반환으로 해결하고 어떠한 경우에는 가액배상으로 해결해야 하는지에 관해서도 명확한 지침이 없다.[492] 또한 가액배상판결[493]에서는 취소채권자가 수익자에게 상계권을 행사

490) 윤진수・권영준, 앞의 논문, 503면.

491) http://www.scourt.go.kr/portal/justicesta/JusticestaListAction.work?gubun=10.

종류 / 심급	합 계	부동산 소유권	건물 명도 철거	저당권 설정. 말소	제3자의 이의 청구	공사 대금	사해 행위 취소	구상금	대여금	신용 카드 이용 대금	매매 대금	양수금	어음 수표 금
합 계	376,605 (100.0)	19,521 (5.2)	37,617 (10.0)	4,645 (1.2)	11,800 (3.1)	11,754 (3.1)	8,853 (2.4	19,093 (5.1)	39,806 (10.6)	2,534 (0.7)	24,010 (6.4)	32,687 (8.7)	1,470 (0.4)
제1심	304,319 (100.0)	15,334 (5.0)	34,568 (11.4)	3,985 (1.3)	10,489 (3.4)	8,749 (2.9)	7,18 (2.4	15,968 (5.2)	33,458 (11.0)	2,339 (0.8)	19,009 (6.2)	29,90 (9.9)	1,296 (0.4)
항소심	58,421 (100.0)	2,918 (5.0)	2,488 (4.3)	476 (0.8)	1,036 (1.8)	2,501 (4.3)	1,30 (2.2	2,731 (4.7)	5,414 (9.3)	184 (0.4)	4,194 (7.2)	2,482 (4.2)	139 (0.2)
상고심	13,865 (100.0)	1,269 (9.2)	561 (4.0)	184 (1.3)	275 (2.0)	504 (3.6)	36 (2.6	394 (2.8)	934 (6.7)	11 (0.1)	807 (5.8)	215 (1.6)	35 (0.3)

492) 김재형, 앞의 논문, 45면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

하여 우선변제를 받게 하는데 이는 채권자취소권의 법규 취지에 합치되지 않는다.

채권자취소권에 관하여 학설과 해석론으로 해결하는 데는 한계가 있었고 그동안 학설에서의 다툼 및 축척된 판례를 통해 민법규정을 개정할 필요가 있으며, 판례가 불합리한 경우에는 이를 변경하는 방식으로 법 규정을 새로이 마련하여야 할 것이다. 결국 채권자취소권은 학설과 판례만으로 그에 대한 분쟁을 해결하거나 거래를 하는 당사자들 사이에 명확한 지침을 제공하지 못하고 있기 때문에 민법 개정을 통하여 학계와 실무계에 적절한 지침을 제공해야 할 필요가 있었다.[494]

민법개정위원회에서 채권법에 관한 개정안을 준비하기 시작한 것은 2010년 제2기 민법개정위원회였다. 이후 분과위원회는 2011. 2. 11. 제23차 회의에서 현재 채권자취소권에 관한 2개의 조문을 12개의 조문으로 개정해야 한다면서 개정시안을 발표하였다.[495] 개정시안에 관하여 5차례에 걸친 발표와 토론을 하였고 개정시안을 수정하여 분과위원회 안을 확정하였다. 그 후 실무위원회에서 개정안을 검토하였고,[496] 분과위원장단에서 분과위원장단 안을 확정하였으며,[497] 2013년 민법개정위원회 전체회의에서 개정안을 확정하였다.

위와 같은 과정을 통해 아래와 같이 채권자취소권에 관한 민법 제10개 조항 및 민사집행법 1개 조항에 대한 개정안을 제시하였다.

개정안의 주요 내용은 ① 수익자의 악의를 채권자가 증명하게 하였으나(개정안 제406조 제1항), 수익자와 채무자와 사이 특별한 관계가 있으며 악의를 추정하였고(개정안 제406조 제2항), ② 무상행위 및 무상행위와 동일시할 수 있는 유상행위는 채무자 및 수익자의 악의 요건이 필요하지 않고(개정안 제406조의2), ③ 취소채권자가 피보전채권액을 초과하여 그 취소를 허용하였으며(개정안 제406조의3), ④ 원물반환과 가액반환을 명시하였으며 그 반환의 범위를 기재하였다(개정안 제407조의2). ⑤ “모든 채권자”는 반환되어진 재산에 대해 집행을 할 수 있으며(개정안 제407조의3), ⑥ 채권자는 금전 그 밖의 동산을 직접 반환 청구를 할 수 있다(개정안 제

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

494) 김재형, 앞의 논문, 45면.

495) 법무부 민법개정위원회 회의속기록 제6권, 법무부, 2012, 524-529면.

496) 김재형, 앞의 논문, 49면.

497) 제4기 민법개정위원회 분과위원장단 제26차 회의(2013. 7. 1.); 제4기 민법개정위원회 분과위원장단 제27차 회의(2013. 7. 15.); 제4기 민법개정위원회 분과위원장단 제28차 회의 (2013. 8.5.); 제4기 민법개정위원회 분과위원장단 제29차 회의 (2013. 8. 19.).

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

407조의4 제1항). ⑦ 취소채권자가 독점적으로 수령한 금전에 대해 공평한 처리를 위한 상세 규정을 두었으며(개정안 제407조의4 제2항, 민사집행법 개정안 제248조의2), ⑧ 사해행위취소소송에서의 수익자의 지위를 기재하였으며(개정안 제407조의5), ⑨ 수익자와 전득자를 분리하여 전득자에 대해 별개의 특별조항을 두었다(개정안 제407조의6). 위와 같이 채권자취소권에 관한 민법 개정안은 채권자취소권 행사의 요건에 관한 부분(위 ① 내지 ③ 부분), 효과에 관한 부분(위 ④ 내지 ⑧ 부분), 전득자의 특례에 관한 부분(위 ⑨ 부분)으로 크게 나누어졌다.

〈표7〉 2013. 7. 1.자 민법·민사집행법 개정안

순번	해당	민법(현행)	민법(개정안)
1	요건	제406조(채권자취소권) ① 채무자가 채권자를 해함을 알면서 재산권을 목적으로 한 법률행위를 한 때에는 채권자는 그 취소 및 원상회복을 법원에 청구할 수 있다. 그러나 그 행위로 인하여 이익을 받은 자나 전득한 자가 그 행위 또는 전득 당시에 채권자를 해함을 알지 못한 경우에는 그러하지 아니한다.	제406조(채권자취소권) ① 채무자가 채권자를 해함을 알면서 재산권을 목적으로 한 법률행위를 하고, 그 행위로 이익을 받은 자가 그 행위 당시에 채권자를 해함을 안 경우에는 채권자는 그 취소를 법원에 청구할 수 있다.
	요건	신설	② 수익자가 채무자와 친족이나 그 밖의 특별한 관계에 있는 자인 때에는 수익자가 그 행위 당시에 채권자를 해함을 안 것으로 추정한다.
2	요건	신설	제406조의2(무상행위에 대한 특례) 채무자의 무상행위 또는 이와 동일시할 수 있는 유상행위가 채권자를 해하는 때에는 채무자나 수익자가 그 행위 당시에 채권자를 해함을 알지 못한 경우에도 그 취소를 청구할 수 있다.
3	범위	신설	제406조의3(취소의 범위) 채권자는 채무자의 재산으로 채무를 완전히 변제할 수 있게 하기 위하여 자기의 채권액을 넘어서도 채무자의 법률행위의 전부 또는 일부를 취소할 수 있다.
4	기간	제406조(채권자취소권) ② 전항의 소는 채권자가 취	제406조의4(채권자취소권의 행사기간) 채권자취소권은 채권자가 취소원인을 안

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

		소원인을 안 날로부터 1년, 법률행위 있는 날로부터 5년 내에 제기하여야 한다.	날부터 1년, 채무자의 법률행위가 있는 날부터 5년 내에 행사하여야 한다.
5	효과	제407조(채권자취소의 효력) 전조의 규정에 의한 취소와 원상회복은 모든 채권자의 이익을 위하여 그 효력이 있다.	제407조(채권자취소의 효력) 채권자취소는 모든 채권자의 이익을 위하여 그 효력이 있다.
6	효과	신설	제407조의2(원물반환과 가액반환 등) ① 채권자가 채권자취소권을 행사하는 경우에 수익자를 상대로 채무자로부터 취득한 재산을 채무자에게 반환할 것을 청구할 수 있다. 그러나 그 재산의 반환이 불가능하거나 현저히 곤란한 때에는 채권자는 그 가액을 채무자에게 반환할 것을 청구할 수 있다. ② 제1항의 경우에 반환범위에 관해서는 제748조, 제749조를 준용한다.
7	효과	신설	제407조의3(반환된 재산에 대한 집행) 모든 채권자는 제407조의2에 의하여 채무자에게 반환된 재산에 대하여 민사집행법에 따라 집행할 수 있다.
8	효과	신설	제407조의4 (금전 그 밖의 동산에 대한 특례) ① 제407조의2에 의하여 금전 그 밖의 동산을 반환하여야 하는 경우에 채권자는 수익자에 대하여 자신에게 반환할 것을 청구할 수 있다. ② 채권자가 제1항에 의하여 금전을 수령한 경우에는 채권자취소판결이 확정된 때와 금전을 수령한 때 중 늦은 때부터 3개월이 경과하기 전에는 자기의 채권으로 채무자에 대한 반환채무와 상계하지 못한다.
9	효과	신설	제407조의5(수익자의 지위) ① 채무자의 법률행위가 취소되어 수익자가 받은 급여 또는 그 가액을 반환한 경우에는 수익자는 자기가 이행한 반대급여 또는 그 가액의 반환을 청구할 수 있다. ② 채무자의 법률행위로 인하여 수익자의 채권이 소멸한 경우에 그 행위가 취소되어 수익자가 받은 급여 또는 그 가액을 반환한 때에는 수익자의 채권은 원상으로 회복된다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

10	전득자 특례	신설	제407조의6(전득자에 대한 채권자취소권) ① 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 채권자는 전득자에 대해서도 채권자취소권을 행사할 수 있다. 1. 전득자의 모든 전자에게 취소의 원인이 있고, 전득자가 전득 당시에 이를 안 때. 다만 전득자가 채무자와 친족이나 그 밖의 특별한 관계에 있는 자인 경우에는 전득 당시에 모든 전자에 대하여 취소의 원인이 있음을 안 것으로 추정한다. 2. 전득자가 무상행위 또는 그와 동일시할 수 있는 유상행위로 인하여 전득한 경우에 모든 전자에 대하여 취소의 원인이 있는 때 ② 제1항의 경우에 제407조의5를 준용한다.
순번	**해당**	**민사집행법(현행)**	**민사집행법(개정안)**
1	효과	신설	민사집행법 제248조의2(채권자취소권에 의하여 수령한 금전에 대한 압류 등) ① 민법 제407조의4 제1항에 의하여 금전을 수령한 채권자는 자신에 대한 채무자의 반환채권에 관하여 압류명령을 받은 것으로 본다. 그러나 수령한 때에 강제집행 개시의 요건을 갖추지 못한 경우에는 가압류명령을 받은 것으로 본다. ② 모든 채권자는 채무자의 제1항에 의한 반환채권에 대하여 채권자취소 판결이 확정된 때부터 3개월이 경과하기 전에 추심명령이나 전부명령을 신청할 수 없다. ③ 다른 채권자가 제2항의 기간이 경과하기 전에 채무자의 반환채권을 압류 또는 가압류하거나 이에 관하여 배당요구를 한 경우에는 채권자는 지체 없이 그 금전을 공탁하여야 한다. 이때에는 채권자가 제248조 제2항 또는 제3항에 따른 공탁을 한 것으로 본다. ④ 제3항에 따른 공탁이 있는 경우 제247조 제1항의 채권자는 같은 항 제1호 또는 제2호에도 불구하고, 위 제2항의 기간이 경과하기 전에는 배당요구를 할 수 있다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

2. 채권자취소권 행사의 요건 및 범위에 대한 개정

가. 채권자취소권의 행사요건 규정

〈표8〉 민법 개정안 제406조, 제406조의2

순번	해당	민법(현행)	민법(개정안)
1	요건	제406조(채권자취소권) ① 채무자가 채권자를 해함을 알면서 재산권을 목적으로 한 법률행위를 한 때에는 채권자는 그 취소 및 원상회복을 법원에 청구할 수 있다. 그러나 그 행위로 인하여 이익을 받은 자나 전득한 자가 그 행위 또는 전득 당시에 채권자를 해함을 알지 못한 경우에는 그러하지 아니한다.	제406조(채권자취소권) ① 채무자가 채권자를 해함을 알면서 재산권을 목적으로 한 법률행위를 하고, 그 행위로 이익을 받은 자가 그 행위 당시에 채권자를 해함을 안 경우에는 채권자는 그 취소를 법원에 청구할 수 있다.
	요건	신설	② 수익자가 채무자와 친족이나 그 밖의 특별한 관계에 있는 자인 때에는 수익자가 그 행위 당시에 채권자를 해함을 안 것으로 추정한다.
2	요건	신설	제406조의2(무상행위에 대한 특례) 채무자의 무상행위 또는 이와 동일시할 수 있는 유상행위가 채권자를 해하는 때에는 채무자나 수익자가 그 행위 당시에 채권자를 해함을 알지 못한 경우에도 그 취소를 청구할 수 있다.

현행 민법 제406조는 채권자취소권의 행사요건에 관하여 규정한다. 민법 제406조의 개정안은 현행 민법에 상당한 변화를 주었다. 현행 민법은 같은 조문에서 수익자와 전득자를 규정하였으나, 민법 개정안은 수익자와 전득자를 분리하여 별도로 규정한다(개정안 제407조의6). 개정전의 채권자취소권은 수익자의 악의가 추정되었다. 따라서 수익자가 악의가 아님을 증명해야 하는 반면 민법 개정안은 수익자의 악의에 대해 채권자가 증명책임을 부담 시키는 것으로 규정하고 있다(개정안 제406조 제1항). 다만 수익자와 채무자 사이에 특별한 관계가 있는 경우에는 수익자의 악의를 추정시켰다(개정안 제406조 제2항). 무상행위에 대해서는 특례를 두었으며

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

(개정안 제406조의2), 행사기간은 현행 민법과 동일하나, 그 규정 위치 및 표현에 변화를 주었다(개정안 제406조의4).

(1) 수익자의 악의에 대한 증명책임 변경

개정안 제406조 제1항은 취소채권자가 수익자의 악의를 증명하도록 변경하였다. 현행 채권자취소권은 수익자의 악의에 대한 증명책임에 관해 수익자가 악의가 없음을 증명해야 했으나 민법개정위원회는 증명책임을 전환한 것이다.

현행 민법 제406조 제1항은 수익자나 전득자가 채권자를 해함을 알지 못한 경우에 관하여 채권자가 채권자취소권을 행사할 수 없다는 내용을 본문이 아닌 단서에서 규정한다. 법률요건분류설은 증명책임의 분배에 관한 통설과 판례로서 증명책임의 분배를 법규의 구조에서 찾고 있다.[498] 즉 수익자나 전득자가 채권자를 해함을 알지 못한 사실의 항변사실에 대해서는 권리의 존재를 다투는 피고가 증명책임을 부담하는 것이다."[499] 그에 따라 증명책임에 관한 채권자취소권의 판례도 수익자가 자신의 선의에 대해 증명책임을 부담해야 한다고 한다.[500]

우리나라 학설 중에는 수익자 등의 악의는 채권자취소권의 요건이므로 그 권리를 행사하는 자가 증명하는 것이 증명책임의 기본원칙에도 부합할 뿐만 아니라, 이들의 악의를 추정하는 것은 거래안전을 해치게 되어 부당하다는 이유로 채권자가 수익자나 전득자의 악의를 증명하여야 한다고 보는 견해와 절충적 입장으로 수익자의 악의 추정은 현행대로 인정하되, 전득자에 대해서는 무조건 악의 추정을 할 것이 아니라 수익자가 선의이면 전득자도 선의로 추정되어야 한다는 견해도 있다.[501]

판례는 악의 추정 번복에 대해 "사해행위취소소송에 있어서 수익자가 사해행위임을 몰랐다는 사실은 그 수익자 자신에게 증명책임이 있는 것이고, 이때 그 사해행위 당시 수익자가 선의였음을 인정함에 있어서는 객관적이고도 납득할 만한 증거자료 등이 뒷받침되어야 할 것이고, 채무자의 일방적인 진술이나 제3자의 추측에

498) 이시윤, 앞의 책, 543-544면.
499) 호문혁, 「민사소송법원론」, 법문사, 2012, 268-269면.
500) 대법원 1962. 2. 8. 선고 61다722 판결; 대법원 1997. 5. 23. 선고 95다51908 판결; 대법원 2006. 4. 14. 2006다5710 판결.
501) 윤진수・권영준, 앞의 논문, 508면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

불과한 진술 등에만 터 잡아 그 사해행위 당시 수익자가 선의였다고 선뜻 단정하여서는 안된다."[502]는 취지로서 수익자가 선의이었음을 수익자가 증명하도록 하고 있다. 헌법재판소도 민법 제406조 제1항의 증명책임 분배에 관해 "채권자보다는 직접적인 거래당사자인 수익자가 스스로의 선의를 증명하는 것이 훨씬 용이한 위치에 있다는 점을 고려한 것으로서 그 합리성을 인정할 수 있다."라는 이유로 그 위헌성을 부정하였다.[503]

사해행위취소소송을 제기하려는 취소채권자는 무작위로 사해행위취소소송을 제기하는 것이 아니라 내용증명 또는 유선으로 수익자에게 채무자와 수익자와의 법률행위에 대한 서류를 요구하여 어느 정도의 사전조사를 통하여 사해행위로 의심의 여지가 있을 때 소를 제기한다. 대개 악의의 수익자는 취소채권자에게 그에 대한 서류를 제출하지 못하거나 일부의 서류만을 제시하였을 때, 취소채권자는 소를 제기하는 것이 통상적이다. 만약 민법 개정안 제406조 제1항과 같이 수익자의 악의에 대한 증명책임을 취소채권자에게 전환시킨다면, 취소채권자는 채무자와 수익자와의 법률행위 및 금융거래내역의 각 증거서류의 증명의 부담까지 안게 되어 재판과정에서도 상당한 시간의 지연이 예상된다. 수익자의 입장에서 자신이 선의임을 주장하는 것은 어려운 일이 아니다. 예컨대 법률행위 목적물이 부동산일 때, 부동산을 매수한 이유·매매계약서에 따라 매매대금을 지급하였는지·매매대금을 어떻게 마련 하였는지만 밝히면 되고, 부가적으로 공인중개사를 통하여 매매가 이루어졌다면 공인중개사에게 지급한 비용, 부동산 매매에 따른 등록세·취득세 및 법무사 비용 납부 사실만 증명하면 되는 것이다.

위와 같은 거래행위는 사해행위가 아니라면 통상적으로 이루어진 계약의 형태인 것이다. 그런데 수익자가 위와 같은 증거서류를 제출하지 못하는 경우는 채무자와 사이 통상적인 거래행위가 아니기 때문인 것인데, 위와 관련한 증명책임을 굳이 취소채권자에게 돌리는 것은 헌법재판소의 현행 제406조 제1항의 위헌성을 부인한 사실 및 현재 유지되고 있는 대법원의 견해에 비추어 타당하지 않다고 보여진다. 그러므로 증명책임에 관하여는 현행 민법과 같이 수익자 또는 전득자의 악의를 추정하는 것이 맞다고 보여진다.

---

502) 대법원 2006. 4. 14. 선고 2006다5710 판결; 대법원 2006. 7. 4. 선고 2004다61280 판결; 대법원 2009. 5. 28. 선고 2009다11617 판결; 대법원 2010. 4. 29. 선고 2009다104564 판결; 대법원 2010. 7. 22. 선고 2009다60466 판결.

503) 헌법재판소 2007. 10. 25. 선고 2005헌바96 결정.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

(2) 수익자의 악의 추정규정 신설

민법 개정안 제406조 제2항은 수익자가 채무자와 특수한 관계에 있는 경우 수익자의 악의를 추정하였다. 채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제101조 제1항과 제392조 제1항에서는 회생절차와 파산절차에서의 위기부인(제100조 제1항 제2호, 제391조 제2호)에 관하여 채무자와 대통령령[504]이 정하는 특수관계에 있는 수익자에 대해서는 악의를 추정하는 규정을 두고 있다.

이러한 추정 규정을 놓고 명문으로 규정할 것인지 해석론에 맡겨도 될 것인지에 대한 입장이 있었으나 민법 개정안에는 전자의 입장이 채택되었다. 한편 추정 규정

504) 채무자 회생 및 파산에 관한 법률 시행령 제4조 (특수관계인) 법 제101조 제1항, 법 제218조 제2항 각 호 및 법 제392조 제1항에서 "대통령령이 정하는 범위의 특수관계에 있는 자"라 함은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자를 말한다.
1. 본인이 개인인 경우에는 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 자
 가. 배우자(사실상의 혼인관계에 있는 자를 포함한다. 이하 같다)
 나. 8촌 이내의 혈족이거나 4촌 이내의 인척
 다. 본인의 금전 그 밖의 재산에 의하여 생계를 유지하는 자이거나 본인과 생계를 함께 하는 자
 라. 본인이 단독으로 또는 그와 가목 내지 다목의 관계에 있는 자와 합하여 100분의 30이상을 출자하거나 임원의 임명 등의 방법으로 법인 그 밖의 단체의 주요 경영사항에 대하여 사실상 영향력을 행사하고 있는 경우에는 당해 법인 그 밖의 단체와 그 임원
 마. 본인이 단독으로 또는 그와 가목 내지 라목의 관계에 있는 자와 합하여 100분의 30이상을 출자하거나 임원의 임명 등의 방법으로 법인 그 밖의 단체의 주요 경영사항에 대하여 사실상 영향력을 행사하고 있는 경우에는 당해 법인 그 밖의 단체와 그 임원
2. 본인이 법인 그 밖의 단체인 경우에는 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 자
 가. 임원
 나. 계열회사('독점규제 및 공정거래에 관한 법률' 제2조 제3호에 따른 계열회사를 말한다) 및 그 임원
 다. 단독으로 또는 제1호 각 목의 관계에 있는 자와 합하여 본인에게 100분의 30이상을 출자하거나 임원의 임명 등의 방법으로 본인의 주요 경영사항에 대하여 사실상 영향력을 행사하고 있는 개인 및 그와 제1호 각 목의 관계에 있는 자와 법인 그 밖의 단체(계열회사를 제외한다. 이하 이 호에서 같다) 및 그 임원
 라. 본인이 단독으로 또는 그와 가목 내지 다목의 관계에 있는 자와 합하여 100분의 30이상을 출자하거나 임원의 임명 등의 방법으로 단체의 주요 경영사항에 대하여 사실상 영향력을 행사하고 있는 경우에는 당해 법인 그 밖의 단체 및 그 임원

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

에 대해 채무자 회생 및 파산에 관한 법률 및 동법 시행령과 같이 악의가 추정되는 특수관계를 상세하게 열거할 것인지, 해석론에 맡길 것인지의 입장에서 '친족이나 그 밖에 특별한 관계에 있는 자'로 하여 친족만을 열거하고 나머지는 해석론에 맡기는 것으로 정리되었다.[505]

위와 같은 수익자의 악의 추정규정은 바람직한 입법으로 보인다. 악의가 추정되는 특수한 관계가 무엇인지에 대하여는 불명확성이 있고, 법원이 특수한 관계에 대해 먼저 판단해야하는 부담을 갖게 되었다. 따라서 수익자와 채무자의 특수한 관계의 존재 여부를 결정하여야 수익자의 악의에 대한 주장 및 증명책임을 부담하는가를 결정할 수 있으며 채무자 회생 및 파산에 관한 법률 시행령의 추정규정을 참조하면 될 것이다.[506]

(3) 무상행위에 대한 특례규정 신설

민법 개정안 제406조의2는 무상행위에 대한 특례규정으로 무상행위 및 이와 동일시할 수 있는 유상행위에 관하여는 채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제100조나 제391조를 반영하여, 채무자의 사해의사나 수익자의 악의 여부를 묻지 않고 부인권을 인정하는 것으로 보이나 채권자취소권도 마찬가지로 무상행위가 유상행위에 비해 사해성의 정도가 현저히 크다는 점, 채권자취소권을 인정하더라도 수익자의 손해가 크지 않다는 점, 무상의 급부를 받은 사람보다는 취소채권자를 보호하여야 한다는 점을 고려할 때 무상행위에 관한 특례규정의 신설은 바람직한 입법으로 보인다.[507]

채무자 회생 및 파산에 관한 법률은 무상행위와 유상행위를 구별하고 있다. 즉 회생절차상 부인권에 관하여 채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제100조 제1항 제4호는 "채무자가 지급의 정지 등이 있은 후 또는 그 전 6월 이내에 한 무상행위 및 이와 동일시할 수 있는 유상행위"를 부인 할 수 있는 행위로 규정한다. 파산절차상 부인권의 경우에도 마찬가지이다(채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제391조). 독일 채권자취소법 제4조 1항은 "채무자의 무상급부는 이를 취소할 수 있다. 다만 그 급

505) 윤진수・권영준, 앞의 논문, 510면.
506) 윤진수・권영준, 앞의 논문, 512면.
507) 양형우-a, 476면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

부가 취소 전 4년 이전에 행하여진 경우에는 그러하지 아니하다."고 규정하고, 제2항은 "급부가 근소한 수치의 관례상의 의례적 선물을 내용으로 하는 때에는 이를 취소하지 못한다."고 규정하고 있다.[508]

나. 채권자취소권의 취소범위와 행사기간

〈표9〉 민법 개정안 제406조의3, 제406조의4

순번	해당	민법(현행)	민법(개정안)
3	범위	신설	제406조의3(취소의 범위) 채권자는 채무자의 재산으로 채무를 완전히 변제할 수 있게 하기 위하여 자기의 채권액을 넘어서도 채무자의 법률행위의 전부 또는 일부를 취소할 수 있다.
4	기간	제406조(채권자취소권) ② 전항의 소는 채권자가 취소원인을 안 날로부터 1년, 법률행위 있는 날로부터 5년 내에 제기하여야 한다.	제406조의4(채권자취소권의 행사기간) 채권자취소권은 채권자가 취소원인을 안 날부터 1년, 채무자의 법률행위가 있는 날부터 5년 내에 행사하여야 한다.

(1) 취소범위

민법 개정안 제406조의3은 취소범위에 대해 규정하고 채권자가 자기의 채권액을 넘어서도 채무자의 행위를 취소할 수 있도록 하였다. 민법 제407조 제1항에서 명시하듯이 채권자취소권의 행사는 채권자 모두에게 효력이 있고, 채무자의 다른 채권자들에게도 채무자의 회복된 재산에 대하여 강제집행 할 수 있게 하였다. 따라서 채권자취소권이 취소채권자만을 위함이 아니라 채권자 공동의 책임재산 회복을 위한 것임을 고려하면 취소의 범위를 취소채권자의 채권액으로 한정할 필요는 없다.[509]

판례는 "취소채권자는 원칙적으로 자기의 채권 범위 내에서만 취소를 청구할 수 있다."[510]고 하지만, "다른 채권자가 배당요구를 할 것인지 명백하거나 목적물이 불

508) 양형우a, 476면.
509) 윤진수・권영준, 앞의 논문, 524면.
510) 대법원 2010. 8. 19. 선고 2010다36209 판결.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

가분인 경우의 특별한 사정이 있을 때, 취소채권자는 채권액을 넘어서까지도 취소를 구할 수 있다."[511]고 한다. 또한 판례는 "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."[512]고 한다.

한편 채권자취소권의 행사범위에 대해 민법 개정안 제406조의3 "채무자의 재산으로 채무를 완전히 변제할 수 있게 하기 위하여"로 규정하여 취소범위가 무제한으로 가능하지는 않다. 그 목적에 따른 채권자취소권을 행사하는 범위에 제한이 있다는 것이다.

(2) 행사기간

민법 개정안 제406조의4의 채권자취소권 행사기간은 현행 민법 제406조 제2항과 비교할 때 차이가 없다. 다만 채권자취소권의 행사요건을 현행 민법 제406조와 분리하여 민법 개정안 제406조와 제406조의2에서 규정하고 있다.

3. 채권자취소권 행사의 효과에 관한 규정

가. 채권자취소의 효력

〈표10〉 민법 개정안 제407조

순번	해당	민법(현행)	민법(개정안)
5	효과	제407조(채권자취소의 효력) 전조의 규정에 의한 취소와 원상회복은 모든 채권자의 이익을 위하여 그 효력이 있다.	제407조(채권자취소의 효력) 채권자취소는 모든 채권자의 이익을 위하여 그 효력이 있다.

511) 대법원 1997. 9. 9. 선고 97다10864 판결.
512) 대법원 2008. 11. 13. 선고 2006다1442 판결.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

민법 개정안 제407조는 현행 민법 중 '원상회복'을 삭제하였다. 원상회복된 재산이 모든 채권자의 책임재산이 되는 것은 원상회복이 모든 채권자에게 효력이 있기 때문이 아니라 취소가 모든 채권자에게 효력을 미쳐 발생한 결과로 보았기 때문이다.[513]

나. 원상회복에 관한 규정

〈표11〉 민법 개정안 제407조의2, 제407조의3

순번	해당	민법(현행)	민법(개정안)
6	효과	신설	제407조의2(원물반환과 가액반환 등) ① 채권자가 채권자취소권을 행사하는 경우에 수익자를 상대로 채무자로부터 취득한 재산을 채무자에게 반환할 것을 청구할 수 있다. 그러나 그 재산의 반환이 불가능하거나 현저히 곤란한 때에는 채권자는 그 가액을 채무자에게 반환할 것을 청구할 수 있다. ② 제1항의 경우에 반환범위에 관해서는 제748조, 제749조를 준용한다.
7	효과	신설	제407조의3(반환된 재산에 대한 집행) 모든 채권자는 제407조의2에 의하여 채무자에게 반환된 재산에 대하여 민사집행법에 따라 집행할 수 있다.

(1) 원물반환과 가액반환 등

민법 개정안 제407조의2는 채권자취소권의 효과의 신설로 재산반환의 문제로서 원물반환과 가액반환을 규정하였다. 판례는 원물반환을 원칙으로 하고 그것이 불가능하거나 현저히 곤란할 때 가액반환을 구하도록 하고 있다. 채권자취소권은 책임재산의 반환을 목적으로 한다. 취소채권자는 채권자취소권을 행사하고, 수익자는 채무자에게 책임재산을 반환해야 한다.

구체적 반환범위와 관련하여 분과위원회는 그 반환범위에 관하여 부당이득에 관한 제748조와 제749조를 준용하도록 제안하였다. 제748조는 선의의 수익자는 현존

513) 윤진수・권영준, 앞의 논문, 525면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

이익을 반환하되, 악의의 수익자는 받은 이익에 이자를 붙여 반환하도록 규정하고 있고, 제749조는 선의의 수익자라도 그 이후 악의가 되거나 패소판결로 악의로 간주된 때에는 그때부터 악의의 수익자로서 반환채무를 부담한다고 규정한다. 선의의 수익자에 관한 제748조도 준용하는 이유는 개정안 제406조의2에 따라 무상행위에 대해서는 수익자의 악의를 요구하지 않음으로써 선의의 수익자를 상대로 한 채권자취소권의 행사도 가능해졌기 때문이다.[514]

실무위원회에서는 악의의 수익자가 받은 이익 외에 이자까지 반환하는 것에 대해 반대의견이 있었다. 그 이유는 사해행위나 편파행위는 원래 법률상 원인이 있는 유효한 행위이고 채권자취소권의 행사로 비로소 장래를 향하여 효력을 상실하는 것이므로 법률상 원인이 없을 때 발생하는 부당이득의 반환범위가 일치하지 않다는 것과, 판례가 부동산에 관한 법률행위를 취소한 경우 부동산의 사용이익까지 반환할 필요가 없다는 태도를 취하는 점[515] 등을 고려하면 이자까지 반환하도록 입법으로 확정하기보다 지금처럼 해석론에 맡겨 유연한 해결을 도모하는 것이 좋다는 것이다.[516]

하지만 수익자의 반환범위에 대한 명문 근거규정을 두어 법적 불확실성을 해소할 필요가 있고, 독일채권자취소권법 제11조 제1항이나 오스트리아 채권자취소권법 제13조 제2항에서도 악의의 수익자에 대한 부당이득법의 규정을 준용하고 있는 점에 비추어 분과위원회의 제안을 유지하자는 의견도 있었다. 이에 따라 실무위원회는 사해행위취소소송에서 수익자는 부당이득에 있어서의 수익자와 같은 반환의무를 부담하게 되었다.[517]

(2) 반환된 재산에 대한 집행

민법 개정안 제407조의3은 “모든 채권자”는 제407조의2에 의하여 채무자에게 반

514) 윤진수・권영준, 앞의 논문, 527면.

515) 대법원 2008. 12. 11. 선고 2007다69162 판결.

516) 대법원 1998. 5. 15. 선고 97다58136 판결; 대법원 2003. 12. 12. 선고 2003다40286 판결; 대법원 2006. 12. 7. 선고 2006다43620 판결; 대법원 2007. 7. 26. 선고 2007다29119 판결; 대법원 2012. 6. 28. 선고 2010다71431 판결; 위 판결은 원물반환이 이행불능 된 경우 대상청구권을 행사할 수 있다고 한다.

517) 윤진수・권영준, 앞의 논문, 528면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

환된 재산에 대하여 민사집행법에 따라 집행할 수 있다고 규정한다. 이와 같은 규정으로 인해 그 동안 문제가 되었던 가액배상판결에서의 수익자 겸 채권자는 다른 채권자와 함께 보호받을 수 있게 된다.

판례에 따르면 원물반환의 경우 수익자가 채권자 중 1인인 경우 책임재산에 대하여 강제집행을 통하여 평등하게 분배받을 수 있다.[518] 그러나 가액배상의 경우는 사해행위취소소송 중 수익자가 채무자의 채권자일 경우라도 취소채권자에게 가액배상금의 지급을 거절할 수 없고,[519] 사해행위취소소송 중 수익자가 채무자의 채권자 중 1인에게 가액배상금을 지급하더라도 나머지 채권자는 권리주장을 할 수 없고,[520] 사해행위취소소송 후 타 채권자가 가액배상금을 수령한 취소채권자를 상대로 자신의 안분액만큼의 가액배상금을 청구도 할 수도 없어,[521] 사실상 가액배상에서의 수익자가 채권자의 1인인 경우 보호할 수 있는 방안이 어려웠다.

그런데 개정안 제407조의3의 "모든 채권자"는 수익자가 채권자 중 1인인 경우 위 수익자도 "모든 채권자"에 포함된다. 따라서 채권자 중 1인인 수익자는 취소채권자에게 가액배상을 해 주더라도 위 가액배상 금원에 대해 강제집행 절차를 통하여 자신의 안분액을 구할 수 있다. 이에 대한 강제집행 절차에 대하여는 아래에서 보게 될 민사집행법 개정안 제248조의2에 따라 그 절차를 밝으면 된다. 원물반환에 있어서 수익자가 채권자 중 1인인 경우는 현행 판례[522]가 위 수익자를 "모든 채권자"의 범위로 보고 있으므로 개정안 제407조의3에 따라 위 수익자의 지위 변화는 없다. 위와 같이 개정안 제407조의3은 그동안 가액배상에 있어서 수익자가 채권자의 1인일 경우 문제점에 대한 것을 보완한 것에 큰 의미가 있다.

다. 금전 등에 관한 특례

(1) 금전 그 밖의 동산에 대한 특례

518) 대법원 2003. 6. 27. 선고 2003다15907 판결.
519) 대법원 2003. 11. 29. 선고 2003다50061 판결.
520) 대법원 2014. 8. 20. 선고 2014다28114 판결.
521) 대법원 2008. 6. 12. 선고 2007다37837 판결.
522) 대법원 2003. 6. 27. 선고 2003다15907 판결.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

〈표12〉 민법 개정안 제407조의4

순번	해당	민법(현행)	민법(개정안)
8	효과	신설	제407조의4 (금전 그 밖의 동산에 대한 특례) ① 제407조의2에 의하여 금전 그 밖의 동산을 반환하여야 하는 경우에 채권자는 수익자에 대하여 자신에게 반환할 것을 청구할 수 있다. ② 채권자가 제1항에 의하여 금전을 수령한 경우에는 채권자취소판결이 확정된 때와 금전을 수령한 때 중 늦은 때부터 3개월이 경과하기 전에는 자기의 채권으로 채무자에 대한 반환채무와 상계하지 못한다.

민법 개정안 제407조의4 제1항은 이와 같은 아래 판례의 태도를 반영한 것이다. 즉 판례는 “채권자는 책임재산의 목적물이 동산 또는 금전인 경우 자신에 대해 반환할 것을 청구할 수 있다.”[523]고 보고 있다. 위와 같은 취지의 내용은 채권자가 금전을 수령한 경우 채권자는 자신의 채무자에 대한 채권을 자동채권으로 하여 자신의 채무자에 대한 반환채무와 상계하여 우선적인 만족을 받을 수 있다는 것이다.[524] 그에따라 다른 채권자는 그 결과 강제집행에 참여하지 못하게 되어 채권자취소권의 원칙인 채권자평등주의에 반하여 불공평한 결과가 발생한다.[525] 위와 같은 결과로 인해 “모든 채권자”가 평등하게 강제집행에 참여할 수 없는 문제점이 발생하였다.

이는 채권자취소권제도가 취소채권자의 채권을 만족시키는 강제집행제도가 아니라 “모든 채권자”를 위해 책임재산을 회복시키는 제도라는 것에 반하는 결과이다. 본래 분과위원회는 채권자가 그 목적물을 수익자에서 채무자에게 교부하게 하거나 공탁을 청구할 권리를 인정하자고 제안하였다. 종래 해석론으로도 이러한 문제의 해결 방법으로 채권자가 수익자에 대하여 공탁의 청구를 하게 하여야 한다는 주장이 있었는데,[526] 이에 관한 법적인 근거를 마련한 것이다.[527]

---

523) 대법원 1999. 8. 24. 선고 99다23468, 23475 판결; 대법원 2008. 4. 24. 선고 2007다84352 판결.

524) 추신영a, 104면.

525) 대법원 2008. 6. 12. 선고 2007다37837 판결; 본 판결은 채권자가 가액배상금을 수령함으로써 사실상 우선변제를 받는 불공평한 결과를 초래하는 경우가 생기더라도. 이러한 불공평은 채무자에 대한 파산절차 등 도산절차를 통하여 시정하거나 가액배상금의 분배절차에 관한 별도의 법률 규정을 마련하여 개선하는 것은 별론으로하고. 현행 채권자취소 관련 규정의 해석상으로는 불가피하다고 한다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

그러나 실무위원회는 다음과 같은 이유로 이러한 분과위원회의 개정시안에 반대하였다. 첫째 공탁은 취소채권자와 타 채권자들의 이해관계 조정을 위한 것인데 타 채권자들이 없는 경우까지 일률적으로 공탁하게 하는 것은 지출하지 않아도 될 비용을 발생시킬 수 있다는 것이다. 물론 개정시안은 공탁의무가 아니라 공탁청구권을 인정하고 있지만, 공탁하게 하지 않으면 채무자에게 교부하게 하여야 하므로 금전 및 동산처럼 은닉이나 소비 가능성이 있는 목적물에 대해서는 채권자취소권의 행사목적이 몰각된다는 것이다. 둘째 이러한 공탁의 성질이 변제공탁이면, 수익자는 공탁금을 회수 할 수 없는데 수익자가 공탁금을 회수할 수 있는 경우가 생겨 공탁의 성질이 불분명하다. 셋째 이 공탁이 집행공탁에 해당한다면 그에 따른 절차를 규정하여야 하는데, 이에 관한 아무런 언급이 없다.

이에 따라 반환 목적물이 금전 그 밖의 동산인 경우에는 채권자에게 반환하는 것을 인정하되 금전인 경우에는 반환을 받은 채권자가 3개월 동안은 상계하지 못하게 하고, 그 기간 내에 다른 채권자가 압류나 가압류 또는 배당요구를 하면 민사집행법 제248조에 준하여 취소채권자가 공탁을 하게 하는 방법이 제안되었다. 그에 따라 민사집행법 개정안 제248조2에 따라 다른 채권자의 압류 등의 요구가 없으면 채권자는 상계를 함으로써 간단히 채권의 만족을 얻을 수 있게 되었다. 결과적으로 “모든 채권자”들은 일정한 기간 동안 취소채권자들과 사이 평등하게 배당에 참가할 기회를 부여하되 그 기간 동안 아무런 요구가 없으면, 취소채권자는 사실상 우선변제를 받을 수 있도록 허용되었다.[528]

민법 개정안 제407조의4 제1항에서는 금전 및 동산의 수령에 대해 규정하면서 제2항에서는 금전에 대해서만 상계금지기간을 설정하였다. 채권자취소권의 피보전채권은 금전채권이므로, 반환대상이 동산이면 상계는 가능하지 않기 때문이다. 한편 3개월의 기산점은 채권자취소판결이 확정된 때와 금전을 수령한 때 중 늦은 때이다. 채권자취소판결은 형성판결로서 그 판결이 확정되어야만 금전을 수령할 수 있는 것이 아닌가 하는 의문도 있으나,[529] 수익자가 판결 확정 전에 임의로 변제하는 경우도 있을 수 있으므로 두 가지 중 늦은 때를 3개월 기간의 기산점으로 하였다.[530]

---

526) 이우재, 앞의 논문, 195면.
527) 윤진수・권영준, 앞의 논문, 531면.
528) 윤진수・권영준, 앞의 논문, 530-531면.
529) 윤　경, 앞의 논문, 127면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

(2) 채권자취소권에 의하여 수령한 금전에 대한 압류 등

민사집행법 개정안 제248조의2는 채권자취소권 행사와 관련하여 중요한 내용을 담고 있다. 금전을 수령한 취소채권자 및 타 채권자들의 법적 지위와 관련하여 공탁 및 배당절차에 대해 규정하는 신설 조항이다. 그 동안 채권자취소권에 있어서 타 채권자의 권리 행사에 대한 것이 명문으로 규정된 것으로서, 민법 개정안 제407조의4와 더불어 가장 의미 있는 조항 중 하나이다.

〈표13〉 민사집행법 개정안 제248조의2

순번	해당	민사집행법(현행)	민사집행법(개정안)
1	효과	신설	제248조의2(채권자취소권에 의하여 수령한 금전에 대한 압류 등) ① 민법 제407조의4 제1항에 의하여 금전을 수령한 채권자는 자신에 대한 채무자의 반환채권에 관하여 압류명령을 받은 것으로 본다. 그러나 수령한 때에 강제집행 개시의 요건을 갖추지 못한 경우에는 가압류명령을 받은 것으로 본다. ② 모든 채권자는 채무자의 제1항에 의한 반환채권에 대하여 채권자취소 판결이 확정된 때부터 3개월이 경과하기 전에 추심명령이나 전부명령을 신청할 수 없다. ③ 다른 채권자가 제2항의 기간이 경과하기 전에 채무자의 반환채권을 압류 또는 가압류하거나 이에 관하여 배당요구를 한 경우에는 채권자는 지체 없이 그 금전을 공탁하여야 한다. 이때에는 채권자가 제248조 제2항 또는 제3항에 따른 공탁을 한 것으로 본다. ④ 제3항에 따른 공탁이 있는 경우 제247조 제1항의 채권자는 같은 항 제1호 또는 제2호에도 불구하고, 위 제2항의 기간이 경과하기 전에는 배당요구를 할 수 있다.

(가) 압류간주

530) 윤진수・권영준, 앞의 논문, 532면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

민사집행법 제248조의2 제1항은 금전을 수령한 채권자는 채무자의 반환채권에 관해 압류명령을 강제집행 개시의 요건을 갖추지 못한 때에 가압류명령을 받은 것으로 본다고 규정한다. 즉 채권자가 수령한 금전은 본래 채무자의 책임재산으로 돌아가야 할 성격으로 보고 있다. 그에 따라 채무자는 채권자에게 그 금전반환채권을 가진다. 이렇게 될 때 현재의 판례에 따라 채권자는 자신이 채무자에게 가지는 채권을 자동채권으로 하고, 채무자가 자신에게 가지는 금전반환채권을 수동채권으로 하여 상계함으로써 사실상 우선변제를 받는 것으로 이론 구성이 되는 것이다.

이러한 규정은 채무자가 취소채권자에 대하여 반환청구를 하거나,[531] 타 채권자가 채무자의 취소채권자에 대한 반환채권에 대하여 압류 및 전부명령을 받는 것을 막기 위한 것이다.[532] 이후 타 채권자들의 압류 등이 있는 경우 민사집행법 제248조에 따라 집행공탁을 할 수 있는 근거도 된다. 이 경우 취소채권자의 피보전채권액이 수령한 금전보다 적어도 수령한 금전 전체에 압류의 효력이 미치는 것이다.[533]

(나) 추심명령과 전부명령 금지

민사집행법 제248조의2 제2항은 취소채권자가 상계할 수 없는 동안에는 취소채권자를 포함하는 타 채권자 모두가 반환채권에 대해 추심명령 및 전부명령을 신청할 수 없도록 했다. 위와 같이 전부명령을 신청할 수 없게 한 것은 위 기간 내에 전부명령이 발령되어 확정되면 전부명령을 받은 채권자가 독점적으로 채권의 만족을 얻게 되어, 결국 채권자평등주의에 반하게 되어 취소채권자의 상계를 일정한 기간 동안 금지하는 입법의 목적이 몰각되고 마는 것이다. 또한 위 기간 동안 추심명령을 받은 채권자가 채권을 추심하여 민사집행법 제236조 제1항[534]에 따라 추심신

531) 채무자가 취소채권자에게 금전반환청구를 하게 되면 취소채권자는 이를 수동채권으로 삼아 상계할 길도 막혀 있으므로(개정안 제407조의4 제2항 참조) 결국 금전을 반환할 수밖에 없다. 그런데 채무자에게 금전을 반환하게 되면 이를 소비하거나 은닉하기 쉬우므로 책임재산의 회복이라는 채권자취소권 본래의 목적이 좌절되는 문제가 생긴다.

532) 제229조 제5항에 따르면 다른 채권자의 압류, 가압류 또는 배당요구가 있으면 전부명령의 효력이 부정된다.

533) 윤진수・권영준, 앞의 논문, 534면.

534) 민사집행법 제236조(추심의 신고)

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

고를 하게 되면, 민사집행법 제247조 제1항 제2호[535], 제236조에 따라 다른 채권자가 배당에 참가 할 수 없어 결과적으로 채권자평등주의[536]에 반하게 된다.[537]

(다) 취소채권자의 공탁의무

제3항은 타 채권자가 취소채권자가 상계를 할 수 없는 제2항의 3개월이 경과하기 전에 채무자의 반환채권을 압류 또는 가압류하거나 배당요구를 할 경우 취소채권자는 지체 없이 금전을 공탁하게 하였다. 이는 타 채권자들이 집행하였을 경우에만 취소채권자가 공탁하도록 한 것은 취소채권자가 타 채권자의 집행이 없을 때도 공탁하게 되면 그에 따른 비용발생과 법적 절차의 번거로움을 방지하기 위해서이다.

개정안에 따르면 공탁의 성질을 민사집행법 제248조 제2항과 제3항[538]에 따른 집

---

① 채권자는 추심한 채권액을 법원에 신고하여야 한다.
② 제1항의 신고전에 다른 압류·가압류 또는 배당요구가 있었을 때에는 채권자는 추심한 금액을 바로 공탁하고 그 사유를 신고하여야 한다.

535) 제247조(배당요구)
① 민법·상법, 그 밖의 법률에 의하여 우선변제청구권이 있는 채권자와 집행력있는 정본을 가진 채권자는 다음 각호의 시기까지 법원에 배당요구를 할 수 있다.
1. 제3채무자가 제248조제4항에 따른 공탁의 신고를 한 때
2. 채권자가 제236조에 따른 추심의 신고를 한 때
3. 집행관이 현금화한 금전을 법원에 제출한 때
② 전부명령이 제3채무자에게 송달된 뒤에는 배당요구를 하지 못한다.
③ 제1항의 배당요구에는 제218조 및 제219조의 규정을 준용한다.
④ 제1항의 배당요구는 제3채무자에게 통지하여야 한다.

536) 개정안 제4항은 제2항의 상계금지기간 동안에는 언제든지 배당요구를 할 수 있도록 하여 배당참가의 길을 허용하고 있어, 입법정책상 추심명령은 허용해도 무방할 것이다. 하지만 추심채권자는 굳이 추심명령을 받아 추심과 추심신고까지 하지 않더라도 압류나 배당요구 등 더 간편한 방법으로 개정안 제3항에 따라 집행공탁에 뒤따르는 배당절차에 참가할 수 있으므로, 개정안 제2항은 그 중 더욱 간편한 방법으로 유도하는 의미를 가진 것이다.

537) 윤진수·권영준, 앞의 논문, 535면.

538) 제248조(제3채무자의 채무액의 공탁)
① 제3채무자는 압류에 관련된 금전채권의 전액을 공탁할 수 있다.
② 금전채권에 관하여 배당요구서를 송달받은 제3채무자는 배당에 참가한 채권자의 청구가 있으면 압류된 부분에 해당하는 금액을 공탁하여야 한다.
③ 금전채권중 압류되지 아니한 부분을 초과하여 거듭 압류명령 또는 가압류명령이 내려진 경우에 그 명령을 송달받은 제3채무자는 압류 또는 가압류채권자의 청구가

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

행공탁이자 의무공탁으로 한 것이다. 집행공탁에 관하여 규정한 민사집행법 제248조에 이어 가지번호로 이 조항을 신설한 것도 이러한 이유 때문이다. 민사집행법 제248조 제2항과 제3항에 따른 공탁으로 보는 결과 여기에 적용되는 민사집행법 제248조 제4항도 적용된다.[539][540]

(라) 배당요구의 종기

제4항은 제3항에 따른 공탁이 있는 경우 제247조 제1항의 채권자, 즉 민법, 상법, 그 밖의 법률에 의하여 우선변제청구권이 있는 채권자와 집행력있는 정본을 가진 채권자는 제2항에서 정한 3개월의 상계금지기간 동안에는 민사집행법 제247조 제1항 제1, 제2호에도 불구하고 언제든지 배당요구를 할 수 있도록 규정하였다. 민사집행법 제247조 제1항은 채권압류절차에 있어서 배당요구의 종기를 규정하는데 그 종기의 제한을 받지 않는다는 것이다.[541][542]

(3) 소결

민법 개정안 제407조의4와 민사집행법 개정안 제248조의2는 상당히 복잡한 내용을 담고 있다. 이를 요약하면 ① 반환재산이 금전 기타 동산인 경우 취소채권자 자신에게 반환청구를 하도록 허용하여 채무자에게 반환되었을 경우 발생할 수 있는

있으면 그 채권의 전액에 해당하는 금액을 공탁하여야 한다.

④ 제3채무자가 채무액을 공탁한 때에는 그 사유를 법원에 신고하여야 한다. 다만, 상당한 기간 이내에 신고가 없는 때에는 압류채권자, 가압류채권자, 배당에 참가한 채권자, 채무자, 그 밖의 이해관계인이 그 사유를 법원에 신고할 수 있다.

539) 윤진수・권영준, 앞의 논문, 536면.

540) 참고로 민사집행법 제248조 제2항, 제3항은 금전채권에 관하여 제3채무자가 배당요구서를 송달받은 경우에 채권자의 청구가 있으면 공탁하여야 하고, 중복압류(가압류 포함)가 있을 때에도 압류 또는 가압류채권자의 청구가 있으면 공탁하도록 하였으나, 민사집행법 개정안 제248조의2 제3항에서는 이러한 청구가 없더라도 공탁을 하도록 하였다.

541) 윤진수・권영준, 앞의 논문, 536면.

542) 민사집행법 제247조 제1항 제1호는 “제3채무자가 제248조제4항에 따른 공탁의 신고를 한 때”, 제2호는 “채권자가 제236조에 따른 추심의 신고를 한 때”를 배당요구의 종기로 정하고 있다. 이 시기 이후에는 배당요구를 할 수 없다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

책임재산의 일탈을 방지하였고(개정안 제407조의4 제1항), ② 일정한 기간 동안 취소채권자의 상계나 취소채권자를 포함한 타 채권자들의 전부명령이나 추심명령 등 우선적인 채권추심 행위를 제한함과 동시에 채무자의 금전반환청구도 배제하여 진정한 채권자평등주의의 기초를 마련하였으며(개정안 제407조4 제2항, 민사집행법 개정안 제248조의2 제1, 2항), ③ 위 기간 동안, 채권자들의 압류, 가압류, 배당요구를 자유롭게 허용하여, 그러한 행위가 있으면 집행공탁과 그에 따른 배당의 절차를 통해 채권자평등주의를 실현하였고(민사집행법 개정안 제248조의2 제3, 4항), ④ 위 기간 동안 다른 채권자의 요구가 없으면 취소채권자의 상계를 허용함으로써 소를 제기한 취소채권자에게 보상을 부여하자는 의미를 두고 있다.[543]

라. 수익자의 지위

〈표14〉 민법 개정안 제407조의5

순번	해당	민법(현행)	민법(개정안)
9	효과	신설	제407조의5(수익자의 지위) ① 채무자의 법률행위가 취소되어 수익자가 받은 급여 또는 그 가액을 반환한 경우에는 수익자는 자기가 이행한 반대급여 또는 그 가액의 반환을 청구할 수 있다. ② 채무자의 법률행위로 인하여 수익자의 채권이 소멸한 경우에 그 행위가 취소되어 수익자가 받은 급여 또는 그 가액을 반환한 때에는 수익자의 채권은 원상으로 회복된다.

개정안 제407조의5는 채무자의 행위가 사해행위로 인해 취소된 경우 수익자와 채무자 사이의 법률관계를 규정하고 있다. 개정안은, 현행 민법에는 없는 내용이지만 회생절차의 경우 채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제108조 제3항[544], 제109조

543) 윤진수・권영준, 앞의 논문, 537면.

544) 제108조(부인권행사의 효과 등)
① 부인권의 행사는 채무자의 재산을 원상으로 회복시킨다.
② 제100조제1항 제4호의 규정에 의한 행위가 부인된 경우 상대방이 그 행위 당시 지급정지 등을 알지 못한 때에는 이익이 현존하는 한도 안에서 상환하면 된다.
③ 채무자의 행위가 부인된 경우 상대방은 다음 각호의 구분에 따라 권리를 행사할 수 있다.
1. 채무자가 받은 반대급부가 채무자의 재산 중에 현존하는 때에는 그 반대급부의 반

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

제1항[545]을 파산절차의 경우 채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제398조[546], 제399조[547]를 주로 참조하였다.[548]

개정안 제1항은 취소채권자의 사해행위취소소송으로 책임재산에 대해 채무자에게 반환을 해준 수익자는 자기가 이행한 반대급여 또는 그 가액의 반환을 채무자에게 청구할 수 있다. 예를 들어 채무자와 수익자 사이에 부동산 매매계약이 체결되어 수익자가 채무자로부터 부동산을 이전받았는데 부동산 매매계약이 사해행위로 취소되면, 수익자는 원상회복으로 채무자에게 부동산을 반환하여야 한다. 이때 수익자는 채무자에게 부동산 매매대금의 반환을 청구할 수 있다. 이는 합리적이고 공평한 결론에 이르지만, 상대적 효력설에 의하면 명확하게 설명할 수 없다. 그 이유는 부동산 매매계약 취소의 효력은 취소채권자와 수익자 사이에만 미치고 채무자와 수익자 사이에는 여전히 부동산 매매계약의 효력이 존속하고 있기 때문이다.

개정안 제2항은 법률행위로 수익자의 채권이 소멸된 경우에는 수익자가 급여 또

환을 청구하는 권리

2. 채무자가 받은 반대급부에 의하여 생긴 이익의 전부가 채무자의 재산 중에 현존하는 때에는 공익채권자로서 현존이익의 반환을 청구하는 권리
3. 채무자가 받은 반대급부에 의하여 생긴 이익이 채무자의 재산 중에 현존하지 아니하는 때에는 회생채권자로서 반대급부의 가액상환을 청구하는 권리
4. 채무자가 받은 반대급부에 의하여 생긴 이익의 일부가 채무자의 재산 중에 현존하는 때에는 공익채권자로서 그 현존이익의 반환을 청구하는 권리와 회생채권자로서 반대급부와 현존이익과의 차액의 상환을 청구하는 권리

545) 제109조(상대방의 채권의 회복)
① 채무자의 행위가 부인된 경우 상대방이 그가 받은 급부를 반환하거나 그 가액을 상환한 때에는 상대방의 채권은 원상으로 회복된다.
② 채무자의 행위가 회생계획안 심리를 위한 관계인집회가 끝난 후 또는 제240조의 규정에 의한 서면결의에 부치는 결정이 있은 후에 부인된 때에는 제152조제3항의 규정에 불구하고 상대방은 부인된 날부터 1월 이내에 신고를 추후 보완할 수 있다.

546) 제398조(상대방의 지위)
① 채무자의 행위가 부인된 경우 그가 받은 반대급부가 파산재단 중에 현존하는 때에는 상대방은 그 반환을 청구할 수 있으며, 반대급부로 인하여 생긴 이익이 현존하는 때에는 그 이익의 한도 안에서 재단채권자로서 그 권리를 행사할 수 있다.
② 채무자의 행위가 부인된 경우 반대급부로 인하여 생긴 이익이 현존하지 아니하는 때에는 상대방은 그 가액의 상환에 관하여 파산채권자로서 권리를 행사할 수 있다. 반대급부의 가액이 현존하는 이익보다 큰 경우 그 차액에 관하여도 또한 같다.

547) 제399조(상대방의 채권의 회복)
채무자의 행위가 부인된 경우 상대방이 그가 받은 급부를 반환하거나 그 가액을 상환한 때에는 상대방의 채권은 원상으로 회복된다.

548) 윤진수・권영준, 앞의 논문, 538면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

는 가액을 반환한 때 채권이 원상으로 회복된다고 한다. 제1항은 수익자가 채권자인 경우에 국한되지 않지만, 제2항은 수익자가 채권자이고 사해행위로 수익자의 채권이 소멸된 경우에 국한하여 적용하는 것이다. 이 조항 역시 채권이 부활하는 법률적 근거를 제시하여 불명확성을 해소하는 의미가 있다. 여기에서는 수익자가 채무자에게 이행한 반대급여가 없으므로 그 반환에 따른 동시이행의 문제도 발생하지 않는다. 수익자의 채권은 수익자의 급여 또는 가액반환이 이루어지자마자 그 범위 내에서 회복된다.[549]

4. 전득자에 대한 채권자취소권

〈표15〉 민법 개정안 제407조의6

순번	해당	민법(현행)	민법(개정안)
10	전득자 특례	신설	제407조의6(전득자에 대한 채권자취소권) ① 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 채권자는 전득자에 대해서도 채권자취소권을 행사할 수 있다. 1. 전득자의 모든 전자에게 취소의 원인이 있고, 전득자가 전득 당시에 이를 안 때. 다만 전득자가 채무자와 친족이나 그 밖의 특별한 관계에 있는 자인 경우에는 전득 당시에 모든 전자에 대하여 취소의 원인이 있음을 안 것으로 추정한다. 2. 전득자가 무상행위 또는 그와 동일시할 수 있는 유상행위로 인하여 전득한 경우에 모든 전자에 대하여 취소의 원인이 있는 때 ② 제1항의 경우에 제407조의5를 준용한다.

민법 개정안 제407조의6은 전득자에 대한 채권자취소권 행사의 요건을 별도로 규정하여 의미가 있다.

동조 제1항의 내용은 첫째 전득자가 악의라야 그를 상대로 채권자취소권을 행사할 수 있는 것이 원칙이며(제1항 제1호), 둘째 전득자의 악의는 채권자가 증명하는 것이 원칙이다(제1항 제1호 본문). 하지만 전득자가 채무자와 친족 등 특별한 관계

549) 윤진수・권영준, 앞의 논문, 539면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

에 있으면 악의를 추정한다(제1항 제1호 단서). 셋째 무상행위 또는 이와 동일시할 수 있는 유상행위로 전득한 경우에는 전득자의 악의 요건이 필요하지 않으며(제1항 제2호), 넷째 전득자에 대해 채권자취소권을 행사하려면 모든 전자(前者)에게 취소의 원인이 있어야 한다(제1항 제1, 2호).[550]

이 중 첫째 내지 셋째 사항까지는 수익자의 경우와 다르지 않으며(제406조 제1, 2항, 제406조의2), 수익자의 악의 추정 규정(제406조 제2항)을 둔 것에 대응하여 전득자의 악의 추정 규정도 둘 필요가 있는 것이다. 위와 관련하여 전득자가 채무자와 일정한 관계가 있다는 점만으로 전득자의 악의까지 추정할 수 있는 것인가를 생각할 필요가 있는데, 전득자가 채무자와 밀접한 관계에 있다면, 채무자의 재산상태는 잘 알고 있을 것으로 추정할 수 있을 것이다. 다른 관점에서는 전득자가 채무자 아닌 수익자와 밀접한 관계에 있는 경우에는 어떠한가 하는 점인데, 수익자와 밀접한 관계에 있다는 것만으로 전득자가 채무자의 사해의 의사를 알았다고 할 수는 없을 것이다. 채무자 회생 및 파산에 관한 법률도 전득자가 채무자와 특수관계인인 경우만을 규정하고 있다. 독일 채권자취소권법 제3조 제2항, 오스트리아 채권자취소권법 제2조 a) 3도 채무자와 밀접한 관계가 있는 경우만 규정하고 있다.[551]

전득자에 대한 특례라고 볼 수 있는 것은 넷째 사항이다. 모든 전자에게 있어야 할 취소원인으로서는 채무자의 사해행위와 사해의사, 그리고 수익자 또는 전득자의 악의를 들 수 있다. 채무자의 사해행위와 사해의사는 수익자와 모든 전득자에게 공통적으로 인정되어야 할 요건이므로 별 문제가 없다. 문제는 수익자 또는 전득자의 악의이다. 예컨대 수익자와 전득자 1, 2가 있다면 개정안에 따라 전득자 2에 대해 채권자취소권을 행사하려면 수익자와 전득자 1의 악의까지 인정되어야 한다. 현재 통설은 수익자가 선의라고 하더라도 전득자가 악의이면, 전득자에 대해 채권자취소권을 행사할 수 있으며 판례도 마찬가지다.[552] 그러나 일단 수익자가 선의여서 채무자의 행위를 취소할 수 없게 되었다면, 전득자가 악의라고 하여 취소할 수 없었던 행위가 다시 취소할 수 있게 되는 것은 합리적이라 할 수 없다.[553] 채무자 회생

550) 따라서 전득자의 악의가 필요한 경우 그 악의의 대상은 모든 전자(前者)에게 취소의 원인이 있다는 것이다.

551) 윤진수・권영준, 앞의 논문, 539면.

552) 대법원 2006. 7. 4. 선고 2004다61280 판결; 대법원 2012. 8. 17 선고 2010다87672 판결.

553) 임상민, “수익자 선의와 전득자에 대한 사해행위취소”,「저스티스 제136호」, 한국법학원, 2013, 270면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

및 파산에 관한 법률 제110조[554]와 제403조[555] 역시 부인권을 행사하기 위해서는 전자(前者)에게 부인의 원인이 있을 것을 요구한다. 개정안은 수익자가 선의이면 악의의 전득자에 대해서도 채권자취소권을 행사할 수 없도록 함으로써 근래 판례의 태도를 바꾸는 것에 의미가 있다.

제2항은 수익자의 지위에 관한 제407조의5를 전득자에게도 준용하는 조항으로 채무자의 법률행위가 취소되어 전득자가 받은 급여 또는 그 가액을 그 전자(前者)에게 반환한 경우에는 전득자는 자기가 이행한 반대급여 또는 그 가액의 반환을 청구할 수 있다(제407조의5 제1항 준용).

5. 소결

이번 민법 개정안은 채권자취소권제도에 있어서 아래의 세 가지 점에서 긍정적인 평가를 받을 수 있다.

첫째 판례와 학설을 적극적으로 반영하여 법적 불확실성을 제거하였다는 점이다. 조문 숫자가 2개에서 10개로 대폭 늘어난 것이 이를 단적으로 보여준다. 원물반환

554) 제110조(전득자에 대한 부인권)
① 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 부인권은 전득자에 대하여도 행사할 수 있다.
1. 전득자가 전득 당시 각각 그 전자에 대하여 부인의 원인이 있음을 안 때
2. 전득자가 제101조의 규정에 의한 특수관계인인 때. 다만, 전득 당시 각각 그 전자에 대하여 부인의 원인이 있음을 알지 못한 때에는 그러하지 아니하다.
3. 전득자가 무상행위 또는 그와 동일시할 수 있는 유상행위로 인하여 전득한 경우 각각 그 전자에 대하여 부인의 원인이 있는 때
② 제108조제2항의 규정은 제1항 제3호의 규정에 의하여 부인권이 행사된 경우에 관하여 준용한다.

555) 제403조(전득자에 대한 부인권)
① 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 때에는 전득자에 대하여도 부인권을 행사할 수 있다.
1. 전득자가 전득 당시 각각 그 전자에 대한 부인의 원인이 있음을 안 때
2. 전득자가 제392조의 규정에 의한 특수관계인인 때. 다만, 전득 당시 각각 그 전자에 대한 부인의 원인이 있음을 알지 못한 때에는 그러하지 아니하다.
3. 전득자가 무상행위 또는 이와 동일시할 수 있는 유상행위로 인하여 전득한 경우 각각 그 전자에 대하여 부인의 원인이 있는 때
② 제397조제2항의 규정은 제1항제3호의 규정에 의하여 부인권이 행사된 경우에 관하여 준용한다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

과 가액반환의 방법과 범위에 관한 규정이나(개정안 제407조의2), 채권자가 금전 등을 자신에게 반환 청구하는 것을 허용한 규정(개정안 제407조의4 제1항)은 판례를 반영한 예들이다.

둘째 민법상 채권자취소권과 채무자 회생 및 파산에 관한 법률상 부인권 사이의 정합성을 높였다는 점이다. 채권자취소권과 부인권은 모두 채권자를 해하는 행위의 효력을 부인하여 책임재산(파산재단)의 회복을 도모한다는 공통점을 가지므로 양자의 정합성을 높이는 것이 바람직하다.[556] 사해행위는 채무초과상태를 초래하는 행위인데 이는 곧 파산원인이 될 수 있다는 점을 감안하면 현실적으로 파산절차가 개시되었는지 여부에 따라 채권자의 지위가 현저하게 달라지는 것은 부당하기도 하다.[557] 민법 개정안은 특수관계인인 수익자의 악의를 정하고(개정안 제406조 제2항), 유상행위와 무상행위를 구별하여 취급하며(개정안 제406조의2), 채권자취소 후 수익자의 지위에 대해 규정하고(개정안 제407조의5), 전득자에 대한 특례를 두는 등(개정안 제407조의6) 양자의 규율내용을 근접시키기 위해 노력하였다.

셋째 채권자와 수익자, 채권자 상호간의 균형 잡힌 규율을 도모하였다는 점이다. 수익자의 악의에 대한 증명책임을 채권자에게 부담시키면서도(개정안 제406조 제1항), 특수관계인인 수익자에 대해서는 악의를 추정한다거나(개정안 제406조 제2항), 무상행위에 있어서 채권자와 수익자의 이익상황이 달라지는 점을 고려하여 무상행위에 대한 특례를 둔 것(개정안 제406조의2)은 채권자와 수익자 상호간의 균형잡힌 미세한 규율을 도모한 결과이다. 한편 채권자취소권의 행사범위를 현재 판례보다 넓혀 책임재산의 회복범위를 확장하고(개정안 제406조의3), 채권자취소의 결과 금전을 수령하는 경우 일정한 기간 동안 "모든 채권자"들에게 배당에 참가할 기회를 제공하되 그 기간이 지나면 자신의 노력과 비용을 들인 취소채권자의 사실상 우선변제를 허용하는 것(개정안 제407조의4, 민사집행법 개정안 제248조의2)은 채권자평등주의의 토대 위에서 채권자들 사이의 이해관계를 조절하려는 노력의 결과이다.

이미 현행 민법상 제406조와 제407조 두 개 조문의 해석론으로도 채권자취소권 제도가 운영되어 왔던 점을 감안하면 왜 어떤 쟁점은 입법화 되어야 하고 어떤 쟁

556) 임채웅, "사해행위와 편파행위에 관한 연구",「저스티스 제94호」, 한국법학원, 2006, 84-85면.

557) 채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제305조 제1항은 채무자가 지급을 할 수 없을 때를 보통파산원인으로, 제306조 제1항은 그 부채의 총액이 자산의 총액을 초과하는 때를 법인의 파산원인으로 각각 규정한다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

점은 해석론에 맡겨져야 하는지 뚜렷한 기준을 찾기도 어렵다. 다수의 위원들이 최종적으로는 표결에 따라 개별 쟁점을 결정해 나가는 과정으로부터 불가피하게 비롯된 결과라고 설명할 수밖에 없을 것이다.

제2절 민법 개정안과 채권자평등주의 실현 가능성

1. 가액배상에서 채권자평등주의

가. 문제점

가액배상과 관련하여 채권자평등주의와 관련한 대표적인 판례는 아래의 3가지{(2), (3), (4)}로 요약할 수 있는데, 민법개정안에 따르면 위 3가지 판례에서 문제로 삼고 있는 것들이 해결된다. 아래 (1)의 판례를 기입한 이유는 현행법상 가액배상과는 달리 원물반환에서는 채권자평등주의가 이루어지고 있음을 설명하기 위함이다.

(1) 원물반환

판례는 "채무자가 다수의 채권자들 중 1인인 수익자에게 담보를 제공하거나 대물변제를 한 것이 다른 채권자들에 대한 사해행위가 되어 채권자들 중 1인의 사해행위취소소송 제기에 의하여 그 취소와 원상회복이 확정된 경우에, 사해행위의 상대방인 수익자는 그의 채권이 사해행위 당시에 그대로 존재하고 있었거나 또는 사해행위가 취소되면서 그의 채권이 부활하게 되는 결과 본래의 채권자로서의 지위를 회복하게 되는 것이므로 다른 채권자들과 함께 민법 제407조에 의하여 그 취소 및 원상회복의 효력을 받게 되는 채권자에 포함 된다."[558]고 한다. 즉 원물반환의 경우는 채권자가 강제집행을 통하여 평등하게 분배받을 수 있다.

(2) 수익자 겸 채권자의 지급거절

558) 대법원 2003. 6. 27. 선고 2003다15907 판결.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

판례는 “수익자가 채무자의 채권자인 경우 수익자가 가액배상을 할 때에 수익자 자신도 사해행위취소의 효력을 받는 채권자 중의 1인이라는 이유로 취소채권자에 대하여 총채권액 중 자기의 채권에 대한 안분액의 분배를 청구하거나, 수익자가 취소채권자의 원상회복에 대하여 총채권액 중 자기의 채권에 해당하는 안분액의 배당요구권으로써 원상회복청구와의 상계를 주장하여 그 안분액의 지급을 거절할 수는 없다.”[559]고 한다. 가액배상의 경우는 사해행위취소소송 중 수익자가 채무자의 채권자일 경우라도 취소채권자에게 가액배상금의 지급을 거절할 수 없다.

(3) 타 채권자의 가액배상 청구

판례는 “확정된 판결에 기하여 재산이나 가액의 회복을 마친 경우에는 다른 채권자의 사해행위취소 및 원상회복청구는 그와 중첩되는 범위 내에서 권리보호의 이익이 없게 된다. 그리고 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 없다.”[560]고 한다. 즉 타 채권자는 수익자가 취소채권자에게 가액의 반환을 마쳤을 경우 수익자에게 자신의 가액에 해당하는 배상액을 청구할 수 없다.

(4) 타 채권자의 안분액 청구

판례는 “다른 채권자가 취소채권자를 상대로 하여 안분액의 지급을 직접 구할 수 있는 권리를 취득한다거나 취소채권자에게 인도받은 재산 또는 가액배상금에 대한 분배의무가 인정된다고 볼 수는 없다.”[561]고 한다. 타 채권자는 취소채권자가

559) 대법원 2003. 11. 29. 선고 2003다50061 판결.
560) 대법원 2003. 7. 11. 선고 2003다19558 판결; 2005. 5. 27. 선고 2004다67806 판결.
561) 대법원 2008. 6. 12. 선고 2007다37837 판결.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

독점적으로 가액배상금을 수령하였을 경우라도 취소채권자에게 자신의 가액에 해당하는 배상액을 청구할 수 없다.

(5) 소결

이상 네 가지 대법원 입장을 정리하면 원물반환의 경우는 채권자가 강제집행을 통하여 평등하게 분배받을 수 있다. 하지만 가액배상의 경우는 사해행위취소소송 중 수익자가 채무자의 채권자일 경우라도 취소채권자에게 가액배상금의 지급을 거절할 수 없으며 사해행위취소소송 중 수익자가 채무자의 채권자 중 1인에게 가액배상금을 지급하더라도 나머지 채권자는 권리주장을 할 수도 없다. 또한 사해행위취소소송 후 타 채권자가 가액배상금을 수령한 취소채권자를 상대로 자신의 안분액만큼의 가액배상금을 청구를 할 수 없다.

채권자취소권은 채권자 모두를 위하여 일탈된 책임재산을 회복시켜 안분하여 가져가는 것이 민법 제407조의 채권자평등주의에 부합하다. 원물반환의 경우는 채권자평등주의에 부합하면서 가액배상의 경우 이에 반하는 것이다. 수익자가 채무자의 채권자일 경우가 상당이 많다. 수익자 입장에서는 자신의 채권 만족을 위하여 채무자의 책임재산을 대물변제로 받는 것은 당연한 결론이라 할 것이다. 그런데 먼저 채권 확보를 위해 착수한 수익자가 채권자 중 1인 일 경우에까지 수익자 자신에 해당되는 가액배상금을 인정하지 않는 것은 불합리하다.

또한 사해행위취소는 채무자가 채권자를 해함을 알고 책임재산을 처분한 경우로서 위 사해행위를 취소하고 채권자들에게 공평하게 분배하는 것인데 가액배상 청구를 받은 수익자가 그것도 소송 중에 일방의 채권자에게 그 가액배상금을 지급하였다면, 위 가액배상 지급행위가 나머지 채권자에게 또 다른 사해행위라 볼 수 있다. 즉 채권자취소권은 사해행위를 방지하고 위 사해행위로부터 피해를 받은 채권자들을 보호하고자 하는 것인데 위 사해행위 소송 중 또 다른 형태인 수익자의 사해행위를 묵인하는 것이다.[562] 한편 사해행위취소소송 후 타 채권자가 가액배상금

562) 채무자와 수익자와의 사이 사해행위가 있을 때 대부분 채무자와 수익자와 사이 밀접한 관계에 있다. 채무자가 수익자와 밀접한 관계에 있기 때문에 밀접한 채권자인 수익자에게 사해행위 목적물을 이전하는 것이다. 그에 따라, 채무자는 수익자를 통하여 수익자를 상대로 소를 제기한 채권자 중 1인에게 사해행위 목적물에 해당하는 가액배상금을 지급할 수 있도록 종용할 수 있게 되고, 그에 따라 수익자는 채무자가 지정하는 채

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

을 수령한 취소채권자를 상대로 자신의 안분액만큼의 가액배상금을 청구한 사안에서 타 채권자의 청구를 받아주지 아니한 대법원의 판결은 수긍이 간다. 만약 위 경우까지 채권자평등주의 원칙으로 간다면 이미 강제집행을 종료한 취소채권자의 지위가 계속적으로 불안하기 때문이다.[563]

나. 보호방안

위와 같은 문제점을 제시하면서 제4장 제2절에서 타 채권자가 취소채권자의 가액배상금을 분배받을 수 있는 보호방안으로, 첫째 채권자들 사이 수익자를 상대로 각각 사해행위취소소송이 진행 중일 때 타 채권자는 수익자가 취소채권자에게 지급할 염려가 되는 가액배상금에 대해 지급금지 가처분을 하는 것과, 취소채권자와 수익자 사이 선행의 사해행위취소소송이 있을 때 독립당사자참가신청을 하는 방법을 제시하였다. 위 가처분과 독립당사자참가신청의 방법은 앞서 본 셋째 판례에 적용될 수 있다.

둘째 가액배상에서 수익자가 채무자의 채권자 중 1인인 경우 수익자가 책임재산을 이전받은 후 위 책임재산의 이전 내지 근저당설정행위로 책임재산이 원상회복될 수 없을 경우, 수익자 스스로 위 이전 내지 근저당설정행위를 말소하여 수익자가 채무자로부터 책임재산을 처음 받았을 때 그 당시로 원상회복하여 수익자가 위 책임재산에 강제집행 절차를 마쳐 안분 받아가는 것이다. 위 방법은 둘째 판례에 적용될 수 있다.

2. 민법 개정안과 평등주의 실현

권자에게 위 가액배상금을 지급할 수 있는 것이 현실이다. 그러므로 수익자가 채권자 중 일방의 누구에게 가액배상금 전액을 지급하는 것을 방지하지 않는다면, 채권자취소권에서 채권자평등주의에 역행할 수 있다.

563) 만약 타 채권자가 취소채권자가 이미 수령한 가액배상금에 대해 안분액 청구를 대법원이 받아 준다면, 취소채권자가 수익자로부터 가액배상금 9,000만원을 수령하였을 경우, 타 채권자가 채무자에 대한 피보전권리 9,000만원을 원인으로 타 채권자를 상대로 안분액을 청구 시 타 채권자와 취소채권자는 각 4,500만원을 수령할 것이다. 그런데 취소채권자와 타 채권자외의 또 다른 채권자가 채무자에 대한 피보전권리 9,000만원으로 취소채권자와 타 채권자를 상대로 안분액을 청구하면, 또 다시 안분을 하게 되어 채권자취소권이 추구하는 채권자평등주의 보다도, 이미 확정된 판결이 실효되는 결과가 발생될 것이다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

가. 수익자 겸 채권자

민법 개정안에 따르면 가액배상 소송 중 수익자가 채무자의 채권자일 경우 수익자가 취소채권자가 수령하게 될 가액배상금에 대해 수익자의 채무자에 대한 채권액만큼 지급거절을 할 수 있는지를 살펴본다. 우선 민법 개정안 제407조의2, 3에 의하더라도 수익자가 채무자에 대한 채권액만큼 지급거절을 할 수 있는 규정은 없다. 하지만 민법 개정안 제407조의3에서 "모든 채권자"는 제407조의2에 의하여 채무자에게 반환된 재산에 대하여 민사집행법에 따라 집행할 수 있다고 규정하고 있다. 민법 개정안 제407조의2 제①항은 원물반환[564]과 가액반환[565]을 규정하고 있으므로 민법 개정안 제407조의3의 "모든 채권자"는 원물반환 뿐만 아니라 가액배상의 채권자도 포함되어, 현행 가액배상에서의 채권자 중 1인인 수익자도 민법 개정안 제407조의3의 채권자에 포함되는 것이다. 그러므로 수익자도 민법 개정안 제407조의3의 채권자에 포함되어 민사집행법 개정안 제248조의2 제③항으로 수익자의 채무자에 대한 채권을 피보전권리로 하여 채무자에게 반환 될 가액배상금에 가압류 또는 압류를 하여 민사집행법에 따라 안분 받으면 되므로 수익자는 안분액만큼 배당받을 수 있어 수익자는 보호된다.

민법 개정안은 수익자가 채무자에 대한 채권액만큼 취소채권자에게 지급거절을 할 수 없는 것으로 되어 있는데 위와 같은 민법 개정안은 일응 타당하다고 보여진다. 만약 수익자가 채무자에 대한 채권액만큼을 취소채권자에게 상계주장을 할 수 있다면 수익자와 취소채권자와 사이 안분액으로 분배하여 채권자취소권상 채권자평등주의가 이루어질 수 있다. 하지만 수익자와 취소채권자 외의 또 다른 채권자가 있을 경우, 위 채권자는 민사집행법 개정안 제248조2의 절차에 따라 자신의 안분액만큼을 분배받지 못하는 결과가 발생할 수 있기 때문이다. 결국 수익자와 취소채권자만 독점적인 채권만족을 얻게 되는 결과가 되어 채권자평등주의에 반하기 때문이다.

---

564) "채권자가 채권자취소권을 행사하는 경우에 수익자를 상대로 채무자로부터 취득한 재산을 채무자에게 반환할 것을 청구할 수 있다."의 규정은 원물반환의 규정이다.

565) "그러나 그 재산의 반환이 불가능하거나 현저히 곤란한 때에는 채권자는 그 가액을 채무자에게 반환할 것을 청구할 수 있다."의 규정이 가액반환의 규정이다. 현행 민법은 채권자취소권상 가액배상 규정이 없는데 민법 개정안에서 그 내용이 신설된 것이다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

나. 타 채권자의 가액배상금 청구

위 판결은 취소채권자와 타 채권자가 수익자를 상대로 각각 가액배상을 청구하였을때 수익자가 취소채권자에게 가액배상금 전액을 지급하였을 경우 타 채권자가 수익자에게 가액배상금을 청구할 수 있느냐가 문제 되었다. 민법 개정안에 따르더라도 위 사안의 경우 타 채권자가 수익자를 상대로 가액배상금을 청구할 수 없지만 타 채권자는 보호받을 수 있다.

민법 개정안은 수익자로부터 가액배상을 받은 취소채권자는 위 가액배상을 받은 날부터 3개월이 경과하기 전에는 자신이 독점적으로 가액배상금을 가져올 수 없게 된다(민법 개정안 제407조의4 제2항). 그에 따라 타 채권자는 취소채권자가 배상받을 가액배상금에 대하여 압류 또는 가압류를 하면 취소채권자는 자신이 반환받은 가액배상금을 공탁할 수밖에 없으므로(개정안 민사행법 제248조의2 제3항) 타 채권자는 취소채권자와 사이 분배하여 가액배상금을 가져올 수 있게 된다.

다. 소결

민법 개정안대로라면 대법원 2003다50061 판결 및 대법원 2014다28114 판결에서 지적되는것, 즉 취소채권자가 가액배상에서 독점적으로 가액배상금을 수령할 수 없게 되었으므로 가액배상에서도 채권자평등주의가 이루어 질 것이다.

제3절 입법론적 해결

1. 수익자의 고유채권자

가. 문제제기

(1) 학설의 정리

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

제3장 제5절에서 고유채권자는 민법 제407조의 “모든 채권자”에 포함되지 않는다는 것을 살펴보았고 그에 대한 외국 및 우리나라에서의 견해를 살펴보았다.

독일의 경우 취소채권자가 고유채권자보다 우선적 효력을 가지는 물권설, 취소채권자와 고유채권자와 사이 압류선착주의에 따라 우열을 정하므로 취소채권자가 고유채권자와 사이 먼저 집행에 착수한 자가 우선적 효력을 가지는 채권설, 고유채권자의 집행의 기준에 따라 우열관계를 정하는 책임설 중 1견해, 취소채권자를 보호하는 책임설 중 2견해가 있으며, 판례는 채권설을 채택하면서도 취소채권자에게 제3자이의의 소를 인정하고 있어 독일은 고유채권자보다 취소채권자를 보호하고 있다.

일본의 경우 취소채권자가 우선적 효력을 받는 상대적 효력설 및 책임설, 고유채권자가 우선적 효력을 받는 절대적 효력설이 있으며, 일본은 취소채권자와 고유채권자와 사이 우선적 변제를 받는 것에 대해 다툼이 있다.

우리나라의 경우 취소채권자가 우선적 효력을 받는 반사적 효력설, 대체적으로 고유채권자에게 우선적 효력을 주는 집행법적 원리적용설 및 상대적 효력 강조설이 있다. 판례는 원물반환[566] 및 가액배상[567]에서 모두 상대적 효력 강조설 입장으로 고유채권자를 보호하고 있다.

(2) 문제점

취소채권자와 고유채권자 사이 책임재산을 고유채권자에게 지급하는 우선적 효력을 인정하면 민법 제407조에 해당하는 “모든 채권자” 그 누구도 책임재산에 대해 분배를 받지 못한다.[568] 채권자취소권에 있어서 민법 제407조의 “모든 채권자”와 사이의 문제는 채권자들 사이 대내적인 문제라고 한다면 고유채권자와의 문제는 대외적인 문제라고 하겠다. 취소채권자가 고유채권자로부터 보호받는 방안이야 말로 채권자취소권상 채권자들을 보호할 수 있는 가장 중요한 문제이다. 사해행위취소송은 채무자와 수익자 또는 전득자 사이의 책임재산 처분 행위를 취소하여 원상

566) 대법원 1990. 10. 30. 선고 89다카35421 판결; 대법원 2001. 5. 29. 선고 99다9011 판결.

567) 대법원 2009. 6. 11. 선고 2008다7109 판결; 대법원 2005. 11. 10. 선고 2004다49532 판결.

568) 물론 책임재산에 대한 잉여금이 있을 경우 채권자에게 분배 될 수 있으나, 현실적으로 책임재산에 대한 잉여금이 남아 있는 경우는 없다고 보아야 한다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

회복 한 후, 채권자는 원상회복된 재산에 대해 다시 집행하여 채권을 만족하는 절차여서 일반 소송보다도 훨씬 복잡한 법률관계에 있는 것이다.

그런데 위와 같이 복잡하고 어려운 소송에서 승소한 채권자가 단지 수익자의 고유채권자라는 지위 하나로 고유채권자가 책임재산에 대한 우선적 배당을 받게 된다면 불합리하다. 채무자와 수익자와 사이 책임재산의 대한 사해행위가 발생하지 않았다면, 책임재산은 채무자의 채권자들에게 안분배당될 재산이다. 그런데 고유채권자는 채무자의 사해행위로 인해 책임재산이 수익자에게 이전된 이후 발생되었다. 그렇다면 신뢰적으로 채권자가 책임재산에 대해 우선 배당받는 것이 형평성에도 맞다. 그런데 판례는 채권자와 고유채권자와 사이 안분 배당을 하는 것도 아니고 고유채권자에게 우선 배당을 받게 하여 부당하다. 그러므로 민법 개정안에서 고유채권자로부터 채권자를 보호하는 방안이 필요하다고 생각된다.

나. 고유채권자의 명문규정

〈표16〉 민법 개정사안 제407조 제2항

순번	해당	민법(현행)	민법(개정안)	민법(개정사안)
5	효과	제407조 (채권자취소의 효력) 전조의 규정에 의한 취소와 원상회복은 모든 채권자의 이익을 위하여 그 효력이 있다.	제407조 (채권자취소의 효력) 채권자취소는 모든 채권자의 이익을 위하여 그 효력이 있다.	제407조 (채권자취소의 효력) ① 채권자취소는 모든 채권자의 이익을 위하여 그 효력이 있다.
	효과	신설	신설	② 전항의 채권자취소를 알고도 수익자의 책임재산에 보전처분 또는 강제집행을 한 자는 민법 제406조 제1항의 채권자취소권자에게 대항하지 못한다.

민법 개정사안 제407조에 제2항이 신설되었으므로 민법 개정안 제407조가 제1항으로 변경되었다. '전항의 채권자취소를 알고도 수익자의 책임재산에 보전처분 또는 강제집행을 한 자'가 고유채권자로서 위 고유채권자는 '민법 제406조 제1항의 채권자취소권자', 즉 취소채권자에게 대항하지 못한다는 것이다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

(1) 고유채권자와 "모든 채권자"의 지위 충돌 문제(보전처분 우선)

보전처분 우선은, 본 논문에서 새롭게 주장하는 것으로서 채권자취소권으로 책임재산에 대한 가처분 또는 가압류를 한 취소채권자는 그 이후 수익자의 책임재산에 가압류 또는 압류를 한 고유채권자보다 항상 우선하여 배당받을 수 있다는 것이다.

우리나라에서의 견해는 취소채권자가 우선적 변제를 받는 반사적 효력설, 취소채권자가 취소목적물을 채무자 명의로 이전하여 강제집행에 착수하면 취소채권자가 우선적 효력이 있고, 위 채무자 명의로 이전하기 전 고유채권자가 가압류 및 압류를 착수하면 고유채권자가 우선적 효력이 있다는 집행법적 원리적용설, 고유채권자를 보호하는 상대적 효력 강조설이 있다.

보전처분 우선은 취소채권자를 보호하는 반사적 효력설과 같은 입장이다. 그러나 반사적 효력설은 항상 취소채권자를 보호하여 고유채권자의 지위가 불안한 반면 보전처분 우선은 고유채권자는 취소채권자가 책임재산에 대한 사해행위취소에 기한 가처분 또는 가압류 전에 가압류 또는 압류를 할 경우가 우선적 변제를 받는다는 것에서 차이가 있다. 반사적 효력설의 경우 먼저 가압류 또는 압류에 착수한 고유채권자가 있다고 하더라도 그 이후 채권자취소권을 행사한 취소채권자가 우선적 배당을 받게 된다는 것으로, 만약 고유채권자가 책임재산에 대해 강제집행을 마쳤을 경우 취소채권자는 고유채권자에게 부당이득반환 청구를 할 수 있다는 결론에 이르러 계속적인 법적 분쟁을 발생시킬 수 있는 문제점이 크다. 그러므로 보전처분 우선은 반사적 효력설에 비하여 고유채권자를 조금은 더 보호할 수 있다.

집행법적 원리적용설은 취소채권자가 책임재산에 대한 강제집행의 단계를 마치면 보호받는 것으로서 사실상 고유채권자를 보호하고 있다. 취소채권자가 채무자의 책임재산에 대해 가처분을 하고 사해행위취소소송을 진행하여 본안 판단의 확정후[569]에 원상회복 후 강제집행을 마칠 때[570]야 비로소 취소채권자가 보호된다는 것인데, 위 확정 및 강제집행을 마치는 기간 고유채권자가 있을 경우 책임재산에 배

569) 사해행위취소소송이 제1심에서 확정 된다면 보통의 경우 1년 안에 종결 될 수 있지만, 제1심에 불복하여 제2, 3심까지 진행된다면 적어도 2년이라는 시간이 소요될 것이다.

570) 마찬가지로 책임재산을 원상회복하여 강제집행을 마치는 기간만도 배당요구 종기일 등의 시간적 요소에다가 타 채권자의 배당신청이 있을 것을 감안하면 1년 이상이 소요될 것이다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

당신청을 하지 않을 수 없을 것이어서 집행법적 원리적용설 역시 취소채권자 보호가 너무나 미약하다.

고유채권자를 보호하는 상대적 효력 강조설에 대하여는 항을 바꾸어 서술한다.

(2) 상대적 효력 강조설

상대적 효력 강조설은 형성판결을 강조하면 취소채권자를 이행판결을 강조하면 수익자의 고유채권자를 보호한다는 것이다. 취소채권자가 반환받기 전까지는 고유채권자를 보호하고 있다. 단, 고유채권자가 먼저 집행을 하였더라도 그가 만약 사해행위 있었음을 알고 있었던 경우에는 취소채권자에게 대항할 수 없다는 것으로, 이 경우 증명책임은 수익자의 고유채권자에게 부담시켜 고유채권자를 보호하고 있다. 고유채권자가 자신이 수익자에 대한 채권이 선의임을 증명하도록 한 것은 항상 고유채권자가 우선한다는 종전 판례의 입장보다는 취소채권자의 보호에 조금은 완화한 듯 하나 이행판결을 강조한 것이다. 그렇지만 본질에 있어서는 형성판결이 핵심이라고 보아야 할 것인데 효과에 있어서 이행판결의 효과를 그대로 받아들여 고유채권자가 보호받아야 하는 논리도 쉽게 받아들이기 어렵다.[571]

(3) 보전처분 우선을 위한 법적 근거

보전처분 우선의 법적 근거는 민법 제110조 사기 강박에 의한 의사표시에 대한 선의의 제3자 보호규정의 유추적용이다.

법률행위가 유효하려면 그것을 구성하는 의사표시에 흠이 없어야 하고 만약 의사표시에 흠이 있는 때에는 법률행위가 무효로 되거나 취소될 수 있다.[572] 그러나 위 의사표시의 취소는 선의의 제3자에게 대항하지 못한다(민법 제110조). 한편 민법 제110조의 당사자는 표의자와 상대방으로서 표의자가 당사자와의 법률행위를 취소로 하는 것이다.

민법 제110조는 법률행위가 취소되더라도 선의의 제3자에게 대항하지 못한다. 여기서 말하는 선의의 제3자는 '사기를 이유로 한 법률행위의 취소로써 대항할 수 없

571) 추신영b, 560면.
572) 송덕수a, 151면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

는 민법 제110조 제3항 소정의 제3자라 함은 사기에 의한 의사표시의 당사자 및 포괄승계인 이외의 자로서 사기에 의한 의사표시를 기초로 하여 새로운 법률원인으로써 이해관계를 맺은 자'를 의미하고,[573] 위 이해관계를 맺은 자는 민법 제110조 제3항 소정의 제3자에 해당하며,[574] 제3자의 선의는 의사표시가 사기 또는 강박에 의한 것임을 모르는 것이고 대항하지 못하다는 것은 사기 또는 강박에 의한 의사표시의 취소를 주장할 수 없다는 것으로 제3자가 취소의 효과를 인정하는 것은 무방하다는 것이다.[575]

채권자취소권인 제406조의 법률행위 당사자는 채무자와 수익자로서 취소채권자는 채무자와 수익자의 법률행위를 취소하는 것이다.

민법 제110조와 제406조는 법률행위가 취소되는 데에서 그 공통점이 있으므로 민법 제406조와 관련된 고유채권자를 민법 제110조의 선의의 제3자 규정에 유추적용을 하면, 고유채권자가 채무자와 수익자의 법률행위인 사해행위 사실을 알고 압류 내지 가압류를 하였다면 악의가 될 것이어서 취소채권자에게 대항하지 못하여 우선변제를 받지 못할 것이고, 위 사해행위 사실을 모르고 압류 내지 가압류를 하였다면 선의가 되어 우선변제를 받게 되는 것이다. 위 선의의 기준점은 취소채권자가 채무자와 수익자의 사해행위 목적물에 가압류 내지 가처분을 한 후 고유채권자가 압류 내지 가압류를 하였다면 고유채권자는 악의가 될 것이고, 반대로 취소채권자가 채무자와 수익자의 사해행위 목적물에 가압류 내지 가처분을 하기 전 고유채권자가 압류 내지 가압류를 하였다면 고유채권자는 선의가 될 것이다. 그러므로 보전처분 우선의 법적 근거는 민법 제110조 사기 강박에 의한 의사표시에 대한 선의의 제3자 규정의 유추적용을 근거로 들 수 있다.

(4) 보전처분 우선의 필요성

(가) 채권자취소권의 규정취지

채권자취소권은 채무자의 책임재산으로 환원시킨다는 것으로 위 책임재산에 대

573) 대법원 1983. 1. 18. 선고 82다594 판결; 1982. 5. 25. 선고 80다1403 판결.
574) 대법원 1997. 12. 26. 선고 96다44860 판결.
575) 송덕수a, 198면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

하여 자체가 고유채권자자보다 취소채권자의 만족권을 우선시킨다는 제도적 고려가 전제되어 있다고 할 수 있다.[576] 그런데 채권자취소권의 제도적 고려에도 불구하고 취소채권자의 책임재산에 대한 가처분 내지 가압류 이후에 생긴 고유채권자에게 우선적 효력을 부여하는 것은 채권자취소권 제도를 몰각 시키는 것이 될 것이다.

(나) 민법 제407조 단서와의 조화

민법 제407조의 단서는 "그러나 그 행위로 인하여 이익을 받은 자나 전득한 자가 그 행위 또는 전득 당시에 채권자를 해함을 알지 못한 경우에는 그러하지 아니한다."고 규정하고 있다. 위 단서는 취소채권자가 선의의 수익자 및 전득자에게 채권자취소권을 주장할 수 없다는 것이다. 위 단서를 보전처분 우선과 연결시켜 보면 취소채권자의 책임재산에 대한 가처분 이후에 책임재산의 압류를 한 고유채권자는 책임재산이 이미 사해행위취소에 따른 책임재산임을 알고[577] 난 후 압류를 하게 된 것이어서 악의가 될 것이어서 고유채권자를 굳이 보호할 필요가 없는 것이다.

(다) 집행법적 문제에 부합

채권자취소권은 수익자의 책임재산이 채무자에게로 환원되는 것이고 취소채권자는 채무자에 대한 집행권원으로 환원된 채무자의 책임재산에 강제집행을 하여 채권의 만족을 얻는다. 취소채권자의 채권은 채무자에 대한 채권으로서 채무자 명의로 환원된 책임재산을 집행하는 것이어서 문제가 되지 않는다는 것이다. 그런데 고

576) 이우재, 앞의 논문, 229면.

577) 고유채권자가 책임재산에 대한 압류를 할 경우 책임재산에 대한 부동산등기부등본을 열람할 것이고, 위 부동산등기부등본의 갑구 란에 아래와 같이 책임재산이 사해행위취소로인한 소유권이전등기말소청구권으로 인해 매매, 증여, 전세권, 저당권, 임차권의 설정 기타 일체의 처분행위 금지가 된 부동산임을 알게 되기 때문이다.

순위	목적	접수	등기원인	권리자 및 기타사항
0	가처분	2017년5월1일 제0000호	2017년5월1일 광주지방법원의 가처분결정 (2017카단000)	피보전권리 : 사해행위취소로인한 소유권이전등기말소청구권 채권자 : 농협은행 금지사항 : 매매, 증여, 전세권, 저당권, 임차권의 설정 기타일체의 처분행위 금지

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

유채권자의 집행권원은 채무자에 대한 집행권원이 아니라 수익자에 대한 집행권원이다. 즉 고유채권자가 가지고 있는 집행권원은 수익자에 대한 것인데 강제집행에 있어서 채무자 명의의 책임재산에 대해 강제집행을 하는 것이어서 강제집행절차에서 위 부분을 제대로 설명할 수 없다.

취소채권자와 고유채권자 상호간의 우열관계는 채권자취소권으로 인한 실체법상의 효력이 문제되지만 결국은 집행법상의 실현을 위할때는 취소채권자의 책임재산에 대한 처분금지가처분의 전 후 법률관계에 따라 그 집행이 이루어져야 한다.

(라) 형성판결과 이행판결의 기준

보전처분 우선에 따르면 취소채권자의 책임재산에 대한 가처분일을 기준으로 위 가처분 이전 고유채권자의 압류가 있을 경우 이행판결을 강조하여 고유채권자에게 우선적 효력을 부여하고, 위 가처분 이후 고유채권자의 압류가 있었을 경우 형성판결을 강조하여 취소채권자에게 우선적 효력을 부여할 수 있다. 형성판결을 우선할 것인가 이행판결을 우선할 것인가에 대한 상대적 효력 강조설의 기준점이 될 수 있는 것이다.

(마) 추가 사해행위 방지

사해행위는 채무자가 자신의 책임재산을 보전하기 위한 편법으로 수익자에게 대부분 이전하는 경우이다. 만약 채무자가 고유채권자가 보호된다는 현행 법규를 이용하여 자신의 책임재산을 수익자에게 처분한 다음 수익자의 채권자인 고유채권자를 이용하여 고유채권자에게 책임재산에 대한 가압류를 하게 할 경우, 취소채권자는 사해행위취소소송을 제기하더라도 결국 배당에서 고유채권자가 독식하는 결과가 발생할 수 있다.

물론 위와 같은 제2의 사해행위를 방지하기 위해서는 항상 취소채권자가 우선하는 독일의 물권설을 받아들여야 하는 것이지만, 현행 법규상 물권설을 취할 경우 고유채권자에게 상당한 권리침해가 발생할 우려 때문에 물권설을 받아들이는 것까지는 어려울 것이다. 하지만 취소채권자가 사해행위취소를 원인으로 한 가처분 이후의 고유채권자에게까지 우선권을 인정한다면 위 사해행위취소소송이 진행되는

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

오랜 기간 동안 수익자가 고의로 채무를 발생하게 하여 고유채권자에게 책임재산에 대한 가압류를 하게 만든다면, 취소채권자는 채무자와 수익자의 제2의 사해행위에 항상 노출되어 보호받기가 힘들 것이다. 그러므로 보전처분 우선을 취한다면 채무자와 수익자의 제2의 사해행위를 어느 정도 방지할 수 있을 것이다.

(바) 수익자와 고유채권자 사이 통정의 경우

채무자가 당초부터 책임재산을 처분하기 위해 수익자 및 고유채권자와 통정하였을 경우 보전처분 우선의 실용성이 없지 않는가라는 의문점이 있을 수 있다. 예를 들어 채무자가 책임재산을 수익자에게 넘기자 마자 고유채권자가 책임재산에 가압류를 마치면 "모든 채권자"는 보호되지 못한다는 것이다.

이 경우 취소채권자는 수익자와 고유채권자를 공동피고로 하여 수익자에게 채무자와 수익자의 행위의 사해행위취소를 구하고, 고유채권자에게 민법 제108조 제1항에 따라 수익자와 고유채권자 사이 가압류가 무효임을 원인으로 말소등기를 구하면 된다. 다만 취소채권자는 위 원인무효를 구할 때 고유채권자에게 직접 구할 수 없고 수익자를 대위하여(민법 제404조) 위 가압류의 말소를 구하면 될 것이다.

그에 따라 "모든 채권자"는 채무자, 수익자, 고유채권자 사이 책임재산 처분에 통정이 있었을 경우 수익자에게 민법 제406조의 채권자취소권을, 고유채권자에게 민법 제404조의 채권자대위권으로 민법 제108조의 통정허위표시에 따른 가압류 취소를 구할수 있어 보호될 수 있을 것이다.

다. 소결

보전처분 우선의 법적 근거는 민법 제110조 사기 강박에 의한 의사표시에 대한 선의의 제3자 규정의 유추적용을 근거로 고유채권자의 선의를 취소채권자의 책임재산에 대한 가처분을 기준으로 하여 대항 여부를 판단하자는 것이다. 보전처분 우선은 채권자취소권의 규정인 민법 제407조의 "모든 채권자"를 보호하기 위한 규정에 부합하고, 민법 제407조 단서에 적용시킬 수 있다. 집행법적인 문제에도 부합되며, 형성판결과 이행판결의 기준점이 될 수 있고, 채무자와 수익자의 추가 사해행위를 막을 수 있을 것이다. 독일이 우선적으로 취소채권자를 보호하는 하고 있는

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

물권설보다 간단명료하며, 집행기관도 강제집행 절차에서 신속 정확하게 배당할 수 있다.

위와 같은 보전처분 우선을 근거하여 민법 개정사안 제407조 제2항이 명문으로 규정된다면 민법 제407조의 "모든 채권자"는 상당히 보호될 것이다.

2. 독립당사자참가신청의 명문규정

가. 문제제기

제4장 제2절 제3항에서 타 채권자는 취소채권자의 수익자에 대한 사해행위취소소송이 선행될 때 독립당사자참가신청의 방법을 제시하였다. 독립당사자참가신청이 활용되기 위한 방법은 판례가 독립당사자참가신청을 받아주는 것과 민법 개정안에서 명문으로 규정되는 것이다. 전자와 관련하여 대법원 2012다47548, 47555 판결에서 사해행위취소소송에서의 타 채권자의 독립당사자참가신청이 허용되지 않은 것으로 오해하면 안된다는 서술을 하였다. 대법원 2012다47548, 47555 판결은 원고가 피고를 상대로 대물변제약정에 기한 소유권이전등기청구소송을 제기한 사안에서 독립당사자참가인이 위 대물변제약정이 사해행위에 해당됨을 이유로 취소를 구한 것으로 원고가 피고를 상대로 사해행위취소소송을 제기한 사안이 아님을 밝힌바 있다.

대법원이 사해행위취소소송에서 독립당사자참가신청을 받아 주지 않는다는 견해를 정확히 알기 위해서는 먼저 진행한 취소채권자의 사해행위취소소송 진행중에 타 채권자가 위 소송에 독립당사자참가인으로 참가할 수 있는지를 판단 받아야 하는데 위와 같은 경우의 판단은 현재까지 없다. 그러므로 후자와 관련하여 민법 개정안에서 명문으로 독립당사자참가신청이 기재된다면 독립당사자참가신청을 통하여 민법 제407조의 채권자평등주의 원칙을 지킬 수 있고, 소송경제적인 측면에서도 비용과 시간이 절약되며 기판력에 따른 판결의 모순저촉을 피할 수 있을 것이다.

나. 독립당사자참가신청의 명문규정 필요성

〈표17〉 민법 개정사안 제406조 제2항

Collection @ chosun

조선대학교 CHOSUN UNIVERSITY

순번	해당	민법(현행)	민법(개정안)	민법(개정사안)
1	요건	제406조(채권자취소권) ① 채무자가 채권자를 해함을 알면서 재산권을 목적으로 한 법률행위를 한 때에는 채권자는 그 취소 및 원상회복을 법원에 청구할 수 있다. 그러나 그 행위로 인하여 이익을 받은 자나 전득한 자가 그 행위 또는 전득 당시에 채권자를 해함을 알지 못한 경우에는 그러하지 아니한다.	제406조(채권자취소권) ① 채무자가 채권자를 해함을 알면서 재산권을 목적으로 한 법률행위를 하고, 그 행위로 이익을 받은 자가 그 행위 당시에 채권자를 해함을 안 경우에는 채권자는 그 취소를 법원에 청구할 수 있다.	제406조(채권자취소권) ① 채무자가 채권자를 해함을 알면서 재산권을 목적으로 한 법률행위를 하고, 그 행위로 이익을 받은 자가 그 행위 당시에 채권자를 해함을 안 경우에는 채권자는 그 취소를 법원에 청구할 수 있다. ② 채권자는 전항의 경우 이미 그 취소를 구하는 소가 진행 중 일 때 당사자로서 소송에 참가할 수 있다.
	요건	신설	② 수익자가 채무자와 친족이나 그 밖의 특별한 관계에 있는 자인 때에는 수익자가 그 행위 당시에 채권자를 해함을 안 것으로 추정한다.	③ 수익자가 채무자와 친족이나 그 밖의 특별한 관계에 있는 자인 때에는 수익자가 그 행위 당시에 채권자를 해함을 안 것으로 추정한다.

민법 개정사안 제406조에 제2항이 신설되었으므로 민법 개정안 제2항이 제3항으로 변경 된다.

민사소송법 제79조 제1항은 “소송목적의 전부나 일부가 자기의 권리라고 주장하거나, 소송결과에 따라 권리가 침해된다고 주장하는 제3자는 당사자의 양쪽 또는 한 쪽을 상대방으로 하여 당사자로서 소송에 참가할 수 있다.”고 규정하고 있다. 민사소송법 제79조 제1항 중 “당사자로서 소송에 참가할 수 있다.”의 규정을 민법 개정사안 제406조 제2항의 ‘당사자로서 소송에 참가할 수 있다.’로 삽입시켰다.

(1) 채권액과 안분액의 정합

현행 민법 제406조는 채권자가 사해행위취소 및 원상회복을 법원에 청구할 수 있다고 규정하고 누구를 피고로 삼는지에 대하여는 규정하지 않고 있다. 그런데 판례는

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

수익자 또는 전득자를 피고로 하여야 하고,[578] 채무자를 피고로 하는 것은 각하 사유이다.[579] 이처럼 채무자인 피고는 소송에 참가할 수 없어 채권자취소판결의 기판력은 취소채권자와 그 상대방인 수익자 또는 전득자에게 미칠 뿐 채권자와 채무자 또는 채무자와 수익자와 사이 법률관계가 미치지 않는다.[580]

법리적인 측면에서도 상대적 효력설은 채권자취소의 효력이 "모든 채권자"에게 미친다는 제407조 취지와 어울리지 않을 뿐만 아니라, 당사자들 사이의 법률관계를 제대로 설명하지 못한다. 채무자의 행위가 취소되면 수익자에게 이전되었던 재산은 채무자에게 복귀되고 채권자가 이를 채무자의 재산인 것으로 보아 강제집행을 하는 것인데, 취소의 효력이 채무자에게 미치지 않는다면 채권자가 채무자의 재산에 강제집행 할 수 있는지 설명하기가 어렵다.[581]

판례는 이와 같은 상대적 효력설을 근거로 채권자취소권의 요건을 갖춘 각 채권자는 수익자를 상대로 사해행위취소소송을 제기할 수 있고, 수익자가 어느 일방의 채권자에게 가액배상을 마치기 전까지는 중복제소에 해당되지 않아 채무자의 채권자는 위 가액의 범위에서 채무자와 수익자의 법률행위를 취소하고 가액을 청구할 수 있다고 한다.[582] 이와 같은 판례는 아래의 사안에서 문제점을 찾을 수 있다.

〈표18〉 채권자평등주의 사례 1

사안
① 채무자는 채권자 A에게 4,000만원, 채권자 B에게 2,000만원의 각 채무가 있다. ② 그런데 채무자는 자신의 유일한 책임재산 2,000만원 상당의 이 사건 부동산을 수익자 앞으로 소유권이전등기를 경료해 주었다. ③ 수익자는 이 사건 부동산의 소유권이전등기를 마친 후 이 사건 부동산을 담보로 은행으로부터 3,000만원을 대출받았다.

채권자 A는 수익자가 이 사건 부동산을 담보로 은행으로부터 3,000만원의 대출을 받았기 때문에 원상회복이 불가능하므로 수익자를 상대로 가액배상금 4,000만원을 청

578) 대법원 1961. 11. 9. 선고 60다263 판결; 대법원 1988. 2. 23. 선고 87다카 1586 판결; 대법원 2004. 8. 30. 선고 2004다21932 판결; 대법원 2009. 1. 15. 선고 2008다72394 판결.
579) 대법원 2009. 1. 15. 선고 2008다72394 판결.
580) 대법원 1988. 2. 23. 선고 87다1989 판결.
581) 윤진수・권영준, 앞의 논문, 520면.
582) 대법원 2005. 5. 27. 선고 2004다67806 판결; 대법원 2013. 4. 26. 선고 2011다37001 판결.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

구할 수 있으나 수익자의 가액배상범위인 2,000만 원의 승소판결을 얻을 것이다.[583] 채권자 B는 수익자를 상대로 가액배상금 2,000만원을 청구하여 2,000만원에 대하여 전부 승소할 것이다.[584] 채권자평등주의에 따라 원칙대로라면 채권자 A가 13,333,333원(= 2,000만원×4,000만원/6,000만원), 채권자 B가 6,666,6667원(= 2,000만원×2,000만원/6,000만원)을 배당받는 게 맞다. 하지만 대법원의 판례대로라면 채권자 A도 2,000만원의 승소판결, 채권자 B도 2,000만원의 승소판결을 얻어, 채권자 A, B는 각 1,000만원을 배당받게 되어 민법 제407조의 채권자평등주의에 반한다. 그런데 채권자 A가 채권자 B와 수익자와 사이 사해행위취소소송에 독립당사자참가신청을 할 경우 독립당사자참가신청의 효력은 채권자 A, B와 수익자 모두에게 미치므로, 법원은 수익자는 채권자 A에게 13,333,333원(= 2,000만원×4,000만원/6,000만원), 채권자 B에게 6,666,6667원(= 2,000만원×2,000만원/6,000만원)을 각 지급하라는 판결을 할 수 있어 민법 제407조의 채권자평등주의 이념에 부합할 수 있다.

(2) 소송경제

채권자는 사해행위취소소송에서 채무자의 무자력을 증명하기 위해 채무자의 주소지인 관할관청에 세목별납세증명원[585]에 대한 사실조회신청과 가액배상의 경우 가액배상의 범위를 확정하고자 해당 부동산의 가액이 사해행위당시기준 얼마인지에 대한 감정을 하고 있다.[586] 위와 같은 사실조회 및 감정의 경우 상당한 시일이

583) 대법원 2008. 6. 12. 선고 2008다8690 판결; 채권자취소권의 요건을 갖춘 각 채권자는 고유의 권리로서 채무자의 재산처분 행위를 취소하고 그 원상회복을 구할 수 있으므로 여러 명의 채권자가 사해행위취소 및 원상회복청구의 소를 제기하여 여러 개의 소송이 계속 중인 경우에는 각 소송에서 채권자의 청구에 따라 사해행위의 취소 및 원상회복을 명하는 판결을 선고하여야 하고, 수익자 또는 전득자가 가액배상을 하여야 할 경우에도 수익자 등이 반환하여야 할 가액을 채권자의 채권액에 비례하여 채권자별로 안분한 범위 내에서 반환을 명할 것이 아니라, 수익자 등이 반환하여야 할 가액 범위 내에서 각 채권자의 피보전채권액 전액의 반환을 명하여야 한다; 수익자가 채무자로부터 이익을 받은 범위가 2,000만원인 관계로, 수익자가 채권자에게 가액으로 배상해야 할 금액은 2,000만원이 된다는 것이다.

584) 대법원 2005. 11. 25. 선고 2005다51457 판결.

585) 채권자에게 채무자의 무자력을 증명하는 증명책임이 있기 때문에, 채권자는 법원을 통하여 채무자의 주소지의 관할관청으로 채무자가 사해행위당시 재산세를 납부하였는지를 사실조회 한다. 채무자가 사해행위당시 재산세를 납부하지 않았다는 사실조회 회신이 오면, 채무자에게 특별한 재산이 없는 것으로 되어 채무자의 무자력이 증명된다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

소요되는데, 독립당사자참가신청을 통해 조속하게 삼자간 소송을 마무리 할 수 있다. 위와 같은 소송비용 절약은 제3자간뿐만 아니라 법원에서도 여러 개의 소송을 병합하여 진행할 수 있는 장점이 있어, 업무의 효율성으로도 상당한 효과를 가질 수 있을 것이다.

또한 배당절차에서도 이중지급의 우려가 있는 수익자로서는 가액배상금에 대한 공탁의 절차를 마쳐야 하고, 그에 따라 각 채권자들은 공탁된 가액배상금에 대한 배당의 절차를 또 다시 밟아야 하는 번거로움을 해소할 수 있어 소송경제적인 측면에서 상당한 절약이 있을 것이다.

(3) 판결의 모순저촉 회피

판례는 "각각 사해행위취소소송을 제기한 각 채권자들의 판결액이 가액배상액을 초과할 경우 채권자의 채권액에 비례하여 채권자별로 안분한 범위 내에서 반환을 명할 것이 아니라 수익자 등이 반환하여야 할 가액 범위 내에서 각 채권자의 피보전채권액 전액의 반환을 명하여야 한다."[587]고 판시하고 있어, 수익자로서는 각 채권자들에게 이중으로 지급할 위험성을 배제할 수 없다.

(4) 추가 사해행위 방지

제4장 제2절에서 대법원 2014다28114 판결에 대해 살펴보았다. 위 판례는 어느 한 채권자가 동일한 사해행위에 관하여 사해행위취소 및 원상회복청구를 하여 승소판결을 받아 그 판결이 확정되었다는 것만으로는 그 후에 제기된 다른 채권자의 동일한

586) 대법원 2005. 3. 24. 선고 2004다65367 판결; 동일한 사해행위에 관한 취소소송이 중첩된 경우, 선행 소송에서 확정판결로 처분부동산의 감정 평가에 따른 가액반환이 이루어진 이상 후행 소송에서 부동산의 시가를 다시 감정한 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 없다. 위 사안은, 채권자는 사해행위취소를 선행 소송으로 진행하면서 가액배상판결을 받았는데, 후행 소송을 진행한 또 다른 채권자는 다시 감정을 하여, 후행소송에서의 사해행위취소 목적물의 감정평가액에서 선행소송의 감정평가액의 차액을 가액배상을 구하는 사안에서, 수익자가 선행소송 채권자에게 확정판결에 기한 가액배상금을 지급한 이상, 위 차액의 가액배상청구를 구하는 후행 소송의 또 다른 채권자의 청구를 기각하였다.

587) 대법원 2008. 6. 12. 선고 2008다8690 판결.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

청구가 권리보호의 이익이 없게 되는 것은 아니고, 확정된 판결에 기하여 재산이나 가액의 회복을 마친 경우에는 다른 채권자의 사해행위취소 및 원상회복청구는 그와 중첩되는 범위 내에서 권리보호의 이익이 없게 된다.[588] 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 행위[589]라고 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 없다고 하였다.

위 판례의 경우 취소채권자와 타 채권자가 수익자를 상대로 각 가액배상금을 구하는 사해행위취소소송을 제기하였는데, 수익자가 취소채권자에게 가액배상금 전액을 지급하여, 타 채권자는 가액배상금을 1원도 수령하지 못한 결과가 발생되었다. 사해행위취소소송에서의 채무자는 대부분 수익자와 밀접한 관계에 있고 실제 사해행위취소소송의 피고인 수익자의 소송업무를 채무자가 하거나 채무자가 수익자의 승소를 돕기 위해 상당한 조력을 하는 것이 현실이다. 위와 같은 이유 때문에 채무자는 얼마든지 수익자를 통하여 자신의 채권자 중 1인에게 가액배상금을 지급할 수 있도록 종용할 수 있어 위 종용 자체가 또 다른 사해행위가 될 수 있기 때문이다.[590]

다. 독립당사자참가와 안분배당

588) 대법원 2003. 7. 11. 선고 2003다19558 판결; 2005. 5. 27. 선고 2004다67806 판결.

589) 대법원 1991. 12. 10. 선고 91다3802 판결; 판례는 "신의성실의 원칙은, 법률관계의 당사자는 상대방의 이익을 배려하여 형평에 어긋나거나 신뢰를 저버리는 내용 또는 방법으로 권리를 행사하거나 의무를 이행하여서는 아니 된다는 추상적 규범을 말하는 것으로서, 신의칙에 위배된다는 이유로 그 권리행사를 부정하기 위해서는 상대방에게 신의를 공여하였거나 객관적으로 보아 상대방이 신의를 가지는 것이 정당한 상태에 이르러야 하고 이와 같은 상대방의 신의에 반하여 권리를 행사하는 것이 정의 관념에 비추어 용인될 수 없는 정도의 상태에 이르러야 한다."고 하면서, 수익자의 행위가 신의성실의 원칙에 위배되지 않는다고 하였다.

590) 정주홍a, 297면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

(1) 안분배당의 문제점

판례[591]는 여러 명의 채권자가 사해행위취소 및 원상회복청구의 소를 제기하여 여러 개의 소송이 계속 중인 경우에는 각 소송에서 채권자의 청구에 따라 사해행위의 취소 및 원상회복을 명하는 판결을 선고하여야 하고, 수익자는 채권액에 비례하여 채권자별로 안분한 범위 내에서 반환을 명할 것이 아니라 수익자가 반환하여야 할 가액 범위 내에서 각 채권자의 피보전채권액 전액의 반환을 명하여야 한다는 것이다. 위 판례는 채권자들은 자신들의 각 피보전채권으로 가액배상 범위 내에서 수익자를 상대로 승소판결을 얻을 수 있다는 것이다.

예를들어 세 명의 채권자가 있을 경우, 두 명의 채권자는 독립당사자참가신청을 통하여 안분액으로 하여 가액배상판결을 받고, 이후 나머지 한 명의 채권자는 별소로서 수익자로부터 자신의 피보전채권액 전부를 승소하였을 경우 위 세 명의 채권자들과 사이 안분액에서 문제될 수가 있다. 즉 독립당사자참가신청이 명문으로 규정될 경우 위 세 명의 채권자들의 가액배상금 분배가 채권자평등주의에 반하지 않느냐는 지적이 나올 수 있는데 독립당사자참가신청이 판례로 받아들여진다 하더라도 현행 민법에서 문제되지 않고 민법 개정안에서도 문제되지 않는다. 아래의 사안을 통하여 서술하도록 한다.

〈표19〉 채권자평등주의 사례 2

사안
① 채무자는 채권자 A에게 2,000만원, 채권자 B에게 2,000만원, 채권자 C에게 2,000만원의 각 채무가 있다. ② 그런데 채무자는 자신의 유일한 책임재산 2,000만원 상당의 이 사건 부동산을 수익자에게 소유권이전등기를 마쳤다. ③ 수익자는 이 사건 부동산의 소유권이전등기를 마친 후 이 사건 부동산을 담보로 은행으로부터 2,000만원을 대출받았다.

채권자 A는 B와 수익자와 사이 사해행위취소소송에 독립당사자참가신청을 하였다. 법원은 수익자는 A, B에게 각 1,000만원을 지급하라는 판결을 하였다. 이후 채권자 C는 수익자가 A, B에게 가액배상금을 지급하지 않는 상태에서 수익자를 상대로 사해

591) 대법원 2008. 6. 12. 선고 2008다8690 판결.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

행위취소소송의 일환으로 가액배상금 2,000만원을 청구하였다. 법원은 수익자는 C에게 2,000만원을 지급하라는 판결을 하였다. 이후, 수익자는 A, B, C를 상대로 채권자 불확지 공탁[592]을 하였다.

위 경우 원칙대로라면 A, B, C가 2,000만원에 대하여 각 안분액으로 6,666,666원(= 2,000만원×1/3)을 수령해야 한다. 그런데 A, B는 각 1,000만원의 집행권원이 있고, C는 2,000만원의 집행권원이 있기 때문에, A, B는 각 500만원(= 2,000만원×1,000만원/4,0000만원)이 배당되고, C는 1,000만원(= 2000만원×2,000만원/4,000만원)이 배당되어 불합리하다. 그런데 독립당사자참가신청이 있을 경우 안분하여 배당 받을수 있다.

(2) 채권자 불확지 공탁

(가) 불확지 공탁의 가능성

채무자가 적법한 변제의 제공(민법 제460조)을 하였음에도 불구하고 채권자가 수령을 거절하거나 수령할 수 없는 때에는, 채무자는 채무불이행의 책임을 벗어나기 위해(민법 제416조) 변제공탁을 한다.[593] 변제공탁의 유형은 변제자가 채무의 내용에 쫓은 변제의 제공을 하였는데도 채권자가 이를 수령하지 아니할 경우(채권자의 수령거절), 채권자가 부재 되거나(채권자의 수령불능), 채권자가 불분명(채권자 불확지) 할 경우 가능하다.[594]

사안의 경우 채권자 불확지에 포함되는 것으로서 채권자 불확지는 객관적으로 채권자 또는 변제수령권자가 존재하고 있으나 채무자가 선량한 관리자의 주의를 다하여도 채권자가 누구인지를 알 수 없는 경우를 말하고,[595] 채권자 불확지를 인정한 판례는 채권양도의 효력에 관하여 사실상 또는 법률상 의문이 있는 경우,[596] 특정채권에 대

592) 대법원 2007. 5. 31. 선고 2007다3391판결; 수인의 취소채권자들 중 누구에게 가액배상금을 지급하여야 하는지 알 수 없다는 이유로 채권자들의 청구금액 중 판결 또는 화해권고결정 등에 의하여 가장 다액으로 확정된 금액 상당을 공탁금액으로 하고 그 취소채권자 전부를 피공탁자로 하여 상대적 불확지 공탁을 한 경우, 피공탁자 각자는 공탁서의 기재에 따라 각자의 소송에서 확정된 판결 또는 화해권고결정 등에서 인정된 가액배상금의 비율에 따라 공탁금을 출급 청구할 수 있다.

593) 이민걸 외 7,「공탁실무편람」, 법원행정처, 2009, 167면.

594) 이민걸 외 7, 앞의 책, 194면.

595) 대법원 1996. 4. 26. 선고 96다2583 판결.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

하여 채권양도의 통지가 있었으나 그 후 통지가 철회되는 등으로 채권이 적법하게 양도되었는지 여부에 관하여 의문이 있는 경우,[597] 채권에 대하여 처분금지가처분이 있는 경우이다.[598] 수인의 취소채권자들 중 누구에게 가액배상금을 지급하여야 하는지 알 수 없는 경우 판례[599]가 불확지 공탁을 인정하고 있으므로 본 사안의 경우도 수익자가 채권자 A, B, C를 피공탁자로 하여 공탁을 할 수 있다.

(나) 불확지 공탁의 절차

수익자는 불확지 공탁을 할 경우 대법원 공탁규칙 제20조[600]의 제2항 제3호의 '공탁원인사실' 및 제9호의 재판상의 절차에 따른 법원의 명칭과 사건명을 기재하여야 하므로, 공탁의 원인이 사해행위취소소송으로 인하여 얼마의 돈을 누구에게 지급해야 할지 모르는 사항을 기재하게 되는 것이다.

---

596) 대법원 2000. 12. 22. 선고 2000다55904 판결.
597) 대법원 1991. 3. 8. 선고 90다17606 판결.
598) 대법원 1994. 4. 26. 선고 93다24223 판결.
599) 대법원 2007. 5. 31. 선고 2007다3391판결.
600) 제20조(공탁서)
① 공탁을 하려는 사람은 공탁관에게 공탁서 2통을 제출하여야 한다.
② 제1항의 공탁서에는 다음 각 호의 사항을 적고 공탁자가 기명날인(기명날인)하여야 한다. 그러나 대표자나 관리인 또는 대리인이 공탁하는 때에는 그 사람의 주소를 적고 기명날인하여야 하며, 공무원이 그 직무상 공탁하는 경우에는 소속 관서명과 그 직을 적고 기명날인하여야 한다.
1. 공탁자의 성명(상호, 명칭)·주소(본점, 주사무소)·주민등록번호(법인등록번호)
2. 공탁금액, 공탁유가증권의 명칭·장수·총 액면금(액면금이 없을 때에는 그 뜻)·기호·번호·부속이표·최종상환기, 공탁물품의 명칭·종류·수량
3. 공탁원인사실
4. 공탁을 하게 된 관계법령의 조항
5. 공탁물의 수령인(이하 "피공탁자"라 한다)을 지정해야 할 때에는 피공탁자의 성명(상호, 명칭)·주소(본점, 주사무소)·주민등록번호(법인등록번호)
6. 공탁으로 인하여 질권, 전세권, 저당권이 소멸하는 때는 그 질권, 전세권, 저당권의 표시
7. 반대급부를 받아야 할 경우에는 그 반대급부의 내용
8. 공탁물의 출급·회수에 관하여 관공서의 승인, 확인 또는 증명 등을 필요로 하는 경우에는 해당 관공서의 명칭
9. 재판상의 절차에 따른 공탁의 경우에는 해당 법원의 명칭과 사건명
10. 공탁법원의 표시
11. 공탁신청 연월일

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

위와 같은 수익자의 공탁은 민사집행법 제248조[601] 제1항의 제3채무자에 포함되고 집행기관은 민사집행법 제252조[602]의 제2호 후단에 따라 배당절차를 개시하여야 하고, 채권자 A, B, C는 민사집행법 제253조[603]에 따라 자신의 채권에 해당되는 채권계산서를 제출할 수 있다. 채권자 A, B가 채권계산서를 제출할 때 'A와 B는 채무자에 대한 피보전채권액이 각 2,000만원인데, A와 B는 독립당사자참가신청에 따른 판결로 인해 안분액의 판결을 받아 각 1,000만원의 집행권원을 얻는 반면, C는 채무자에 대한 피보전채권액이 2,000만원인데 단독으로 소를 진행하여 2,000만원의 집행권원을 얻었는바 실제 배당에 있어서는 채무자에 대한 피보전채권액으로 배당되어야 한다.'는 이유를 적시하고 채권자 A, B, C가 2,000만원에 대하여 각 안분액으로 6,666,666원(= 2,000만원×1/3)을 수령해야 한다는 취지의 채권계산서를 제출하면 된다.

(다) 집행법원의 배당

집행기관은 민사집행법 제254조[604]에 따라 배당표를 작성할 때 채권자들에게 각

---

601) 민사집행법 제248조(제3채무자의 채무액의 공탁)
① 제3채무자는 압류에 관련된 금전채권의 전액을 공탁할 수 있다.
② 금전채권에 관하여 배당요구서를 송달받은 제3채무자는 배당에 참가한 채권자의 청구가 있으면 압류된 부분에 해당하는 금액을 공탁하여야 한다.
③ 금전채권 중 압류되지 아니한 부분을 초과하여 거듭 압류명령 또는 가압류명령이 내려진 경우에 그 명령을 송달받은 제3채무자는 압류 또는 가압류채권자의 청구가 있으면 그 채권의 전액에 해당하는 금액을 공탁하여야 한다.
④ 제3채무자가 채무액을 공탁한 때에는 그 사유를 법원에 신고하여야 한다. 다만, 상당한 기간 이내에 신고가 없는 때에는 압류채권자, 가압류채권자, 배당에 참가한 채권자, 채무자, 그 밖의 이해관계인이 그 사유를 법원에 신고할 수 있다.

602) 민사집행법 제252조(배당절차의 개시)
법원은 다음 각호 가운데 어느 하나에 해당하는 경우에는 배당절차를 개시한다.
1. 제222조의 규정에 따라 집행관이 공탁한 때
2. 제236조의 규정에 따라 추심채권자가 공탁하거나 제248조의 규정에 따라 제3채무자가 공탁한 때
3. 제241조의 규정에 따라 현금화된 금전을 법원에 제출한 때

603) 제253조(계산서 제출의 최고)
법원은 채권자들에게 1주 이내에 원금·이자·비용, 그 밖의 부대채권의 계산서를 제출하도록 최고하여야 한다.

604) 민사집행법 제254조 (배당표의 작성)
① 제253조의 기간이 끝난 뒤에 법원은 배당표를 작성하여야 한다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

6,666,666원을 배당하면 되는 것이다. 물론 집행기관이 이미 확정된 판결이 있는데 위 확정된 판결의 효력을 뒤로하고 실체법적인 내용으로 배당표를 작성할 권한이 있는지에 의문이 있을 수 있으나, 집행기관이 위와 같은 판단을 하는 것은 어렵지 않아 판단을 하지 않을 이유가 없다고 본다.

집행기관이 A, B, C에 대하여 각 판결에 따라 배당을 하였을 경우에는, A, B는 C를 상대로 배당이의 내지 부당이득반환청구 소송이 가능할 것이다. 위와 관련하여, 사해행위 이후에 채권을 취득한 채권자의 경우 민법 제407조의 "모든 채권자"에 포함되지 않는데도,[605] 사해행위 이후에 채권을 취득한 채권자가 배당요구를 할 경우 집행기관은 실체관계를 심리할 권한이나 필요 없이 배당을 실시할 수밖에 없어 배당을 실시한다고 한다.[606] 그러나 이에 대하여 민법 제407조의 "모든 채권자" 중 1인이 배당이의[607] 및 부당이득반환청구[608]를 할 수 있다고 한다.

즉 사해행위 이후에 채권을 취득한 채권자 역시 판결이 있음에도 결국 자신이 배당을 받을 수 없게 되는 것이다. 마찬가지로 본 사안의 경우도 집행기관에서 A, B, C에 대한 안분배당을 하지 않을때 A, B는 C를 상대로 배당이의 내지 부당이득금환청구소송을 할 수 있어 결국 A, B, C는 안분액의 배당을 받을 것이다. 그러므로 독립당사자참가신청시 채권자들과 사이 안분배당의 문제점을 해결할 수 있다.

라. 소결

독립당사자참가신청이 명문으로 규정되면 상대적 효력설에 따른 채권자평등주의

---

② 제1항의 기간을 지키지 아니한 채권자의 채권은 배당요구서와 사유신고서의 취지 및 그 증빙서류에 따라 계산한다. 이 경우, 다시 채권액을 추가하지 못한다.

605) 대법원 2009. 6. 23. 선고 2009다18502 판결; 이에 대한 평석으로 조재건, "민법 제407조의 사해행위취소의 효력을 받는 모든 채권자의 범위", 대법원판례해설 제79호, 법원도서관, 2009, 159-168면.

606) 이우재, 앞의 논문, 181면.

607) 대법원 2009. 6. 23. 선고 2009다18502 판결; 사해행위 이전의 채권자가 사해행위 이후 채권을 취득한 자의 배당신청에 대하여 배당이의 소를 진행한 사안임.

608) 대법원 2009. 5. 14. 선고 2007다64310 판결; 취소채권자라고 하더라도 배당금지급청구권에 대한 채권압류 및 추심명령에 기하여 배당금을 우선 수령하는 것은 허용되지 아니하고, 취소채권자가 그와 같은 절차를 거쳐 배당금을 우선 수령하였다면 적법하게 배당요구 하였던 다른 채권자들과의 관계에서 부당이득이 성립한다는 것으로, 배당이 이루어진 후 부당이득반환청구 소를 진행한 사안임.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

에 반하는 문제점을 해결할 수 있고, 채권자들과 사이 안분하여 가액배상금을 수령할 수 있으며, 당사자들과 사이 소송비용과 시간을 절약할 수 있고, 법원은 소송 및 배당 절차에서 불필요하게 들어가는 노동력 및 시간을 절약할 수 있다. 또한 이중지급의 우려가 있는 수익자의 지위가 안정되고, 기판력에 따른 판결의 모순저촉을 피할 수 있는 있고, 수익자가 악의의 일방의 채권자에게 가액배상금을 지급할 수 있는 또 다른 사해행위를 방지할 수 있다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

제6장 결론

민법의 기본 3대 원칙을 수정하면서까지 채무자와 수익자의 행위를 취소할 수 있는 채권자취소권은 결국 채무자에 대한 "모든 채권자"를 보호하기 위한 것이고, "모든 채권자"의 보호는 "모든 채권자"가 채무자의 책임재산에 대해 평등하게 분배받아야 한다는 것이다. 채권자와 채무자만 존재하는 통상적인 소송과는 달리 사해행위취소소송은 소송 및 강제집행 절차에서 복잡한 부분이 상당하다. 소송과 관련하여 취소채권자(원고)와 수익자(피고) 외의 채무자가 있으며, 취소채권자와 같은 지위에 있는 타 채권자가 있다. 소송의 결과 원물반환이 가능한 경우도 있고 가액배상만 가능한 경우도 있다.

또한 취소채권자의 사해행위취소소송 중에 타 채권자가 별도의 사해행위취소소송을 제기하는 경우 이에 대한 판결도 문제가 된다. 강제집행 절차에서도 원물반환 및 가액배상 각 판결에 따른 책임재산에 대한 분배절차가 다르기도 하고, 취소채권자와 타 채권자는 동일한 채무자에 대한 채권자이기 때문에 공평하게 분배되어야 함에도 그렇지 아니하는 경우도 있다. 더욱이 오랜 기간 동안 사해행위취소소송을 진행한 취소채권자보다 고유채권자가 책임재산을 분배 받는 경우도 있다. 위와 같이 채권자취소권이 복잡한 법률관계가 있는데도 민법은 제406조와 제407조의 두 개의 조문만을 두고 있어 현재 "모든 채권자"가 평등하게 분배받지 못하는 경우가 상당하다.

원물반환의 "모든 채권자"의 범위와 관련한 문제로 ① 사해행위 이전에 채권을 취득한 채권자 ② 사해행위 이후에 채권을 취득한 채권자 ③ 사해행위취소소송의 상대방인 수익자가 채권자 중 1인인 경우 ④ 사해행위취소의 상대방이 단순한 수익자인 경우 "모든 채권자"에 포함되는지 여부에 대해서 알아보았다.

①의 경우 "모든 채권자"에 포함되는 것에 대한 다툼이 없어 문제되지 않는다.

②의 경우 사해행위 이후에 채무자에 대한 채권을 취득한 채권자가 "모든 채권자"의 범위에 포함된다는 긍정설과 포함되지 않는다는 부정설이 있다. 판례는 부정설을 취하고 있다. 이와 같이 판례가 부정설을 취하고 있다면 집행기관은 사해행위 이후 채권을 취득한 채권자가 "모든 채권자"의 범위에 포함되지 않기 때문에 배당을 하지 않아야 한다. 그런데 사해행위 이전에 채권을 취득한 채권자가 사해행위 이후에 채권을 취득한 채권자의 배당액에 대해 이의를 하지 않을 경우, 집행기관은

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

사해행위 이후에 채권을 취득한 채권자에게 배당하는 모순이 있다. 다만 위와 같은 모순이 있다고 하여 "모든 채권자"가 보호되지 않는 것은 아니다. 왜냐하면 사해행위 이전의 채권자는 배당이 실시되는 배당기일에 배당이의를 할 수 있으며, 배당이의의 기회를 놓치면 다시 부당이득금반환청구가 가능하기 때문으로 사해행위 이전의 채권자가 사해행위 이후의 채권자로부터 보호받을 수 있는 것이다.[609]

③의 경우 "모든 채권자"의 범위에 포함된다는 긍정설과 포함되지 않는다는 부정설이 있는데 판례는 긍정설을 취하고 있다. 채무자에 대한 채권자들은 채무자로부터 자신들의 채권을 회수하기 위해 노력하는 것이 당연한 것으로 자신의 채권을 먼저 회수하기 위해 나선 수익자가 "모든 채권자"의 범위에 포함된다는 것은 마땅한 것으로 사료되어 문제되지 않는다.

④의 경우 "모든 채권자"의 범위에 포함된다는 긍정설과 포함되지 않는다는 부정설이 있는데 판례는 부정설을 취하고 있다. 단순한 수익자까지 사해행위취소의 효력이 미치는 "모든 채권자"의 범위를 인정한다면 사해행위 당시 채권을 가지고 있었던 다른 일반 채권자들의 공동담보를 그만큼 감소시키는 결과가 초래되고 또 다른 사해행위를 조장할 위험이 있으므로 부정설이 타당하여 문제되지 않을 것이다. 결과적으로 판례는 원물반환에서 "모든 채권자"를 보호하는 방향에 있으므로 문제되지 않는다.

반면 가액배상의 경우는 다르다. 가액배상도 원물반환과 마찬가지로 "모든 채권자"가 공평하게 배분받아야 하는데 그렇지 못하다.

첫째, 가액배상에 있어서 수익자가 책임재산을 취소채권자에게 독점적으로 모두 지급하여 타 채권자가 위 책임재산에 대해 집행을 하지 못하여 타 채권자의 보호가 필요하다. 타 채권자는 위 경우를 대비하여 수익자가 취소채권자에게 책임재산을 배상하지 못하도록 하는 '지급금지가처분'을 하거나 취소채권자와 수익자와 사이의 사해행위취소소송에 '독립당사자참가'를 하는 방법이다.[610] 지급금지가처분 결

609) 다만 집행기관에서 실체관계를 심리하는 것이 그렇게 어렵지 않기 때문에, 집행기관에서 사해행위 이후에 취득한 채권자를 배당에서 배제하는 심리를 할 수 있는데까지는 해 주어야 한다. 집행기관이 위와 같은 심리를 해주면, 사해행위 이전에 취득한 채권자는 사해행위 이후에 취득한 채권자를 상대로 배당이의 및 부당이득반환청구 소송까지 더 나아가지 않고 조속하게 법률관계가 마무리 될 수 있기 때문이다.

610) 지급금지 가처분 및 독립당사자참가신청에 대해 〈표1〉 용어의 정리 사안에 적용하면 채무자 B는 취소채권자 A 및 타 채권자 E에게 각 6억 원의 채무가 있는 상태에서 자신의 책임재산 6억 원을 수익자 C에게 이전하고, C는 선의의 전득자 D에게 위 책임재

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

정을 받은 수익자는 책임재산의 가액을 취소채권자에게 독점적으로 배상할 수 없어 취소채권자와 타 채권자의 피보전채권액을 기준으로 하여 배당을 할 수밖에 없다. 또한 타 채권자가 취소채권자와 수익자 사이의 사해행위취소소송에 독립당사자로 참가할 경우, 법원은 책임재산에 대하여 타 채권자와 취소채권자의 각 피보전채권액에 안분하여 판단을 할 수밖에 없다.

이와 관련하여 사해행위취소소송에서 독립당사자참가신청이 각하된 판결611)이 있으나, 위 판결은 원고가 피고를 상대로 대물변제약정에 기한 소유권이전등기청구소송을 제기한 사안에서 취소채권자가 위 소송에 독립당사자로 참가하여 위 대물변제약정이 사해행위에 해당됨을 이유로 취소를 구하는 것으로, 현재까지 대법원은 사해행위취소소송에서 타 채권자의 독립당사자참가인의 청구를 각하한 사안은 없다. 즉 타 채권자가 취소채권자의 사해행위취소소송에 독립당사자참가신청을 한 직접적인 경우가 아니다. 여기서 독립당사자참가라 함은 타인간의 소송계속중에 원고와 피고 양쪽 또는 한쪽을 상대방으로 하여 원고와 피고간의 청구와 관련된 자기의 청구에 대하여 동시에 심판을 구하기 위하여 그 소송절차에 참가함을 말한다. 이는 소송중의 소의 일종으로서 원고, 피고, 참가인간의 분쟁을 일거에 모순 없이 해결함으로써 소송경제를 도모하고 판결의 모순·저촉을 방지할 수 있게 하기 위한 것이다. 민사소송법에서 인정하고 있는 독립당사자참가신청이야 말로 사해행위취소소송에 적용된다면 채권자취소권이 추구하는 채권자평등주의 원칙에 가장 부합되는 것이 될 것이므로 위 독립당사자참가신청이 받아들여져야 할 것이다.

산을 이전한다. 취소채권자와 타 채권권자는 수익자를 상대로 가액배상금으로 각 6억 원을 청구하는 사해행위취소소송을 제기하였는데, 수익자는 타 채권자와 사이 사해행위취소소송 중에 가액배상금 6억 원 전액을 취소채권자에게만 지급하였다. 타 채권자는 가액배상액 중 자신의 안분액에 해당하는 3억 원을 수익자에게 청구하였으나, 판례는 수익자가 책임재산에 해당하는 가액 6억 원을 취소채권자에게 배상을 마쳤다는 이유로 타 채권자의 청구를 기각하였다. 취소채권자와 타 채권자가 각 3억 원씩 배상 받아야 하는데 취소채권자가 6억 원 전액을 배상 받아 타 채권자의 보호가 필요한 것이다. 타 채권자는 자신의 3억 원을 확보하기 위해 수익자로 하여금 3억 원을 취소채권자에게 지급하지 못하게 하는 것이 '지급금지가처분'이다. 수익자는 법원으로부터 지급금지가처분 결정을 받게 된다면 책임재산 6억 원을 안분하여 취소채권자와 타 채권자에게 각 3억 원씩 지급하거나 또는 공탁할 것이다. 다른 방안으로 타 채권자는 취소채권자와 수익자와 사이 사해행위취소소송에 독립당사자로 참가하는 것이 '독립당사참가신청'이다. 타 채권자의 독립당사자참가신청이 있으면 법원은 '수익자는 취소채권자와 타 채권자에게 각 3억 원을 지급하라.'는 판결을 할 것이다.

611) 대법원 2014. 6. 12. 선고 2012다47548, 4755 판결.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

둘째, 가액배상판결에 있어서 수익자가 채무자의 채권자 중 1인인 경우이다. 수익자 겸 채권자는 채무자에 대한 채권자로서 자신의 채권액 만큼에 해당하는 안분액을 취소채권자에게 거절할 수 있어야 하나 그렇지 못하여 취소채권자가 책임재산을 독식하는 결과가 되어 그 보호가 필요하다. 수익자 겸 채권자는 가액배상판결을 받을 경우 취소채권자에 대하여 책임재산에 대한 자신의 안분액만큼을 청구할 수 없기 때문에 '원물반환'의 판결[612]을 받을수 있는 요건을 갖추어 원물반환의 판결을 받는 것이다. 원물반환의 판결을 받을 경우 수익자 겸 채권자도 민법 제407조의 "모든 채권자"의 범위에 있으므로 수익자 겸 채권자는 책임재산에 대해 자신의 안분액만큼을 분배받을 수 있다.

이상과 같이 타 채권자와 취소채권자 사이의 "모든 채권자"의 보호방안으로 지급금지가처분과 독립당사자참가신청이고 수익자 겸 채권자의 보호방안으로 원물반환의 판결을 받는 것이다.

학계는 이와 같은 가액배상판결에서의 문제점을 수 없이 지적하였다. 그에 따라 민법개정위원회는 2013. 7. 1. 채권자취소권에 관해 민법 10개 조항 및 민사집행법 1개 조항에 대한 개정안을 제시하였다. 민법 및 민사집행법 개정안대로라면 학계에서 문제가 되었고 앞서 본 취소채권자와 타 채권자와 사이, 수익자 겸 채권자와 취소채권자의 각 문제점이 민법 개정안 제407조의4[613]와 민사집행법 개정안 제248조의2[614]로

612) 원물반환의 판결에 대해 〈표1〉 용어의 정리 사안에 적용하면, 채무자 B는 취소채권자 A 및 수익자 겸 채권자 C에게 각 6억 원의 채무가 있는 상태에서 자신의 책임재산 6억 원을 수익자 겸 채권자 C에게 이전하고, C는 선의의 전득자 D에게 위 책임재산을 이전한다. 취소채권자는 수익자 겸 채권자에게 가액배상금 6억 원을 청구하여 전부 승소한다. 수익자 겸 채권자도 채무자에 대한 채권자이기 때문에 원칙적으로라면 취소채권자에게 3억 원만 배상하면 되는 것인데, 판례는 수익자 겸 채권자가 취소채권자에게 전액 6억 원을 지급하라는 것으로, 수익자 겸 채권자의 보호가 필요하다. 수익자 겸 채권자는 선의의 전득자에게 이전한 책임재산의 처분행위를 원상회복 받은 다음 '원물반환'의 판결을 받는 것이다. 즉 수익자 겸 채권자는 가액배상이 아닌 원물반환의 판결을 받을 수 있는 상태를 만들어 주어 자신의 안분액 3억 원을 확보할 수 있다. 판례는 원상회복의 경우 수익자 겸 채권자도 채무자에 대한 채권액만큼 안분을 허용하고 있기 때문이다. 물론 전득자의 협조가 없으면 원물반환의 판결을 받는 방법은 실용성이 없다. 그러나 위 사안과 같이 수익자 겸 채권자가 전득자의 손해액에 해당하는 이전비용 등을 배상해 주고라도 얻을 수 있는 상당한 액수가 보장된다면 책임재산에 대해 원상으로 회복 받아 원물반환의 판결을 받을 실익이 있다.

613) 제407조의4 (금전 그 밖의 동산에 대한 특례)
① 제407조의2에 의하여 금전 그 밖의 동산을 반환하여야 하는 경우에 채권자는 수익자에 대하여 자신에게 반환할 것을 청구할 수 있다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

서 보호받을 수 있다.

하지만 민법 개정안에 의하더라도 고유채권자로부터의 “모든 채권자”는 보호되지 않는다. 위 보호를 위하여 ‘민법 개정사안 제407조 제2항’[615]과 “모든 채권자” 사이의 보다 확실한 보호를 위하여 독립당사자참가신청에 대한 명문 규정으로 ‘민법 개정사안 제406조 제2항’[616]이 각 신설되어야 한다.

민법 개정사안 제407조 제2항과 관련하여 현행 민법과 판례는 책임재산에 대한 강제집행 절차에서 “모든 채권자”보다 고유채권자가 우선하여 배당 받고 있어서 특

---

② 채권자가 제1항에 의하여 금전을 수령한 경우에는 채권자취소판결이 확정된 때와 금전을 수령한 때 중 늦은 때부터 3개월이 경과하기 전에는 자기의 채권으로 채무자에 대한 반환채무와 상계하지 못한다.

614) 제248조의2(채권자취소권에 의하여 수령한 금전에 대한 압류 등)
① 민법 제407조의4 제1항에 의하여 금전을 수령한 채권자는 자신에 대한 채무자의 반환채권에 관하여 압류명령을 받은 것으로 본다. 그러나 수령한 때에 강제집행 개시의 요건을 갖추지 못한 경우에는 가압류명령을 받은 것으로 본다.
② 모든 채권자는 채무자의 제1항에 의한 반환채권에 대하여 채권자취소 판결이 확정된 때부터 3개월이 경과하기 전에 추심명령이나 전부명령을 신청할 수 없다.
③ 다른 채권자가 제2항의 기간이 경과하기 전에 채무자의 반환채권을 압류 또는 가압류하거나 이에 관하여 배당요구를 한 경우에는 채권자는 지체 없이 그 금전을 공탁하여야 한다. 이때에는 채권자가 제248조 제2항 또는 제3항에 따른 공탁을 한 것으로 본다.
④ 제3항에 따른 공탁이 있는 경우 제247조 제1항의 채권자는 같은 항 제1호 또는 제2호에도 불구하고, 위 제2항의 기간이 경과하기 전에는 배당요구를 할 수 있다.

615) 민법 개정사안 제407조 제2항에 대해 〈표1〉 용어의 정리 사안에 적용하면, 채무자 B는 취소채권자 A 및 타 채권자 E(이하, 취소채권자 A 및 타 채권자 B를 “모든 채권자”라 한다)에게 각 6억 원의 채무가 있는 상태에서 자신의 책임재산 6억 원을 수익자 C에게 이전한다. “모든 채권자”는 수익자를 상대로 각 사해행위취소소송을 제기하면서 책임재산에 대한 처분금지가처분 결정을 받는다. 이후 고유채권자 F는 수익자에 대한 채권으로 책임재산에 대해 6억 원의 가압류를 한다. “모든 채권자”는 사해행위취소소송에서 ‘채무자와 수익자의 책임재산 처분행위의 취소’의 승소판결을 받아 책임재산을 채무자 명의로 반환 시킨 후 책임재산에 대해 각 6억 원의 배당신청을 한다. 한편 고유채권자는 위 가압류에 대한 집행권원을 받아 책임재산에 대해 6억 원의 배당신청을 한다. 판례대로라면 고유채권자에게 6억 원 전액을 배당하여, “모든 채권자”는 전혀 배당받지 못한다. 민법 개정사안 제407조 제2항은 “전항의 채권자취소를 알고도 수익자의 책임재산에 보전처분 또는 강제집행을 한 자는 민법 제406조 제1항의 채권자취소권자에게 대항하지 못한다.”의 내용을 명문으로 규정하여, “모든 채권자”는 고유 채권자의 가압류 및 압류 전 책임재산에 대해 가처분 등의 보전처분을 하였을 경우 고유 채권자보다 우선하여 배분 받는 것이다.

616) 민법 개정사안 제406조 제2항은 “채권자는 전항의 경우 이미 그 취소를 구하는 소가 진행 중 일 때 당사자로서 소송에 참가할 수 있다.”의 내용이다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

히 “모든 채권자”의 보호가 필요하다. 민법 개정안을 전제로 채권자취소권상 “모든 채권자”의 보호방안에 있어서 가장 중요한 부분이 고유채권자와의 문제를 어떻게 해결할 것인가로 봐도 과언이 아니다. 이와 관련하여 “모든 채권자”를 고유채권자로부터 보호하기 위해 민법 개정사안 제407조 제2항을 제시하였고 이를 위해 본 논문에서는 보전처분 우선을 새롭게 제시하여 “모든 채권자”를 고유채권자로부터 보호할 수 있는 방안을 제시하였다. 보전처분 우선은 가처분 또는 가압류를 한 취소채권자는 그 이후 수익자의 책임재산에 가압류 또는 압류를 한 고유채권자보다 항상 우선하여 배당받을 수 있다는 것으로 독일에서 취하는 물권설·채권설·책임설, 일본에서 취하는 상대적 효력설·책임설·절대적 효력설, 우리나라에서 취하는 반사적 효력설·집행법적 원리적용설·상대적 효력 강조설보다도 간단명료할 뿐만 아니라 채권자취소권에서의 “모든 채권자”를 보호할 수 있는 장점[617]이 있다. 그러므로 “모든 채권자”의 보호를 위하여 민법 개정사안 제407조 제2항이 필요할 것이다.

민법 개정사안 제406조 제2항과 관련하여 타 채권자가 취소채권자의 사해행위취소소송에 독립당사자참가신청을 할 수 있게 명문화하자는 것이다. 이에 관하여는 법원이 타 채권자의 독립당사참가신청을 받아들여 주는 방법도 있으나 좀 더 법률관계를 명확히 하자는 차원에서 민법 개정안에서 명문화하자는 것이다. 독립당사자참가신청이 명문화되면 “모든 채권자”가 공평하게 분배받을 수 있는 이점[618]이 상당하다. 위 민법 개정사안이 명문화 되기전 현행 판례가 독립당사자참가신청에 대한 그 가부 여부를 정확히 판단한 것이 없으므로 추후 타 채권자의 독립당사자참가신청이 있었을 경우 법원이 독립당사자참가신청을 받아들여 주길 기대한다.

채권자취소권은 “모든 채권자”를 보호하기 위한 규정이고 “모든 채권자”는 채권자평등주의 원칙에 따라 공평하게 분배받아야 한다. 현행 민법에서 타 채권자를 취

617) 민법 제407조의 “모든 채권자”를 보호하기 위한 규정에 부합하며 민법 제407조 단서에도 보전처분 우선을 적용시킬 수 있으며 집행법적인 문제에도 합리적이며 형성판결과 이행판결의 기준점이 될 수 있으며 제2의 사해행위를 막을 수 있고 독일이 통설로 취하고 있는 물권설과 판례로 취하고 있는 채권설보다도 간단명료하며 강제집행 절차에서 신속 정확하다.

618) 독립당사자참가신청이 허용되면 상대적 효력설에 따른 채권자평등주의에 반하는 문제점을 해결할 수 있으며 “모든 채권자”뿐만 아니라 사해행위취소소송의 모든 당사자가 소송경제적인 측면에서 절약할 수 있다. 또한 기판력에 따른 판결의 모순저촉을 피할 수 있으며 또 다른 사해행위를 방지할 수 있고 독립당사자참가신청시 “모든 채권자”와 사이 안분배당의 문제점도 해결할 수 있다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

소채권자로부터 보호할 수 있는 방안으로 '지급금지가처분' 및 '독립당사자참가'를 하는 방안을 수익자가 채무자의 채권자 중 1인인 경우 가액배상판결이 아닌 '원물반환'의 판결을 받는 방안을, 입법론적으로는 고유채권자로부터 "모든 채권자"를 보호하기 위해 보전처분 우선을 근거한 '민법 개정사안 제407조 제2항'을, 취소채권자와 타 채권자와 사이 서로의 보호 및 소송경제적인 측면을 위해 '민법 개정사안 제406조 제2항'을 각 제시하였다. 이상과 같은 "모든 채권자"의 보호방안을 통하여 채권자취소권이 추구하는 채권자평등주의 원칙이 지켜져 나가는데 도움이 되었으면 한다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

참고문헌

Ⅰ. 국내문헌

1. 단행본

강대성,「신민사집행법」, 탑북스, 2014.
강현중,「민사소송법」(제6판), 박영사, 2004.
곽윤직,「채권총론(민법강의Ⅲ)」, 박영사, 2013.
권순일 편집대표,「법원실무제요 민사집행 [Ⅰ] 집행총론」, 법원행정처, 2014(권순일 편집대표a).
_____,「법원실무제요 민사집행 [Ⅱ] 부동산집행」, 법원행정처, 2014(권순일 편집대표b).
_____,「법원실무제요 민사집행 [Ⅲ] 동산·채권 등 집행」, 법원행정처, 2014(권순일 편집대표c).
_____,「법원실무제요 민사집행 [Ⅳ] 보전처분」, 법원행정처, 2014(권순일 편집대표d).
김능환·민일영 편집대표,「주석 민사집행법(Ⅶ)」, 한국사법행정학회, 2012.
김상용,「채권총론」(제3판), 화산미디어, 2016.
김욱곤,「프랑스민법에 있어서의 채권자취소권제도」, 삼지원, 2005.
김준호,「민법강의」(제22판), 법무사, 2017.
김형배 외 2,「민법학강의 : 이론·사례·판례」(제22판), 신조사, 2016.
김홍규·강태원,「민사소송법」(제10판), 삼영사, 2010.
김홍엽,「민사소송법」(제5판), 박영사, 2014(김홍엽a).
_____,「민사집행법」(제3판), 박영사, 2015(김홍엽b).
김황식 편집대표,「법원실무제요 민사소송 [Ⅰ]」, 법원행정처, 2005(김황식 편집대표a).
_____,「법원실무제요 민사소송 [Ⅱ]」, 법원행정처, 2005(김황식 편집대표b).
_____,「법원실무제요 민사소송 [Ⅲ]」, 법원행정처, 2005(김황식 편집대표c).
박준서 편집대표,「주석 민법[(채권총칙2)]」, 한국사법행정학회, 2000.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

배병한,「민사집행법」, 삼조사, 2016.
법률연구회,「사해행위취소 소송자료」, 법률정보센타, 2005.
송상현・박익환,「민사소송법」(신정6판), 박영사, 2011.
송덕수,「신민법강의」(제10판), 박영사, 2017(송덕수a.).
_____,「채권법총론」(제3판), 박영사, 2016(송덕수b).
오시영,「채권자취소권」, 숭실대학교 출판부, 2010.
우금도,「민사집행법」(제3판), 진원사, 2012.
이민걸 외 7,「공탁실무편람」, 법원행정처, 2009.
이순동,「채권자취소권」, 육법사, 2010.
이시윤,「신민사소송법」(제11판), 박영사, 2016.
이우재,「민사집행법에 따른 배당의 제 문제」, 진원사, 2008.
이은영,「채권총론」(제3판), 박영사, 2006.
이재성 외 3 편집대표,「주석 민사집행법 (Ⅵ)」, 한국사법행정학회, 2004(이재성 외 3 편집대표a).
_____,「주석 민사소송법 (Ⅰ)」, 한국사법행정학회, 2003(이재성 외 3 편집대표b).
이종건,「민사요건사실과 입증책임(Ⅱ)」, 법률정보센타, 2001.
임윤수,「민총・물권・채권」(제7판), 형설출판사, 2017.
정동윤・유병현,「민사소송법」(제3판 보정판), 박영사, 2008.
정병서,「도산법」(제2판), 법문사, 2007.
정익군,「민사집행서식총람 : 보전처분 편」, 법률정보센타, 2007.
지원림,「민법강의」(제15판), 홍문사, 2017.
최성호,「신민사소송법」, 동방문화사, 2012.
호문혁,「민사소송법원론」, 법문사, 2012.

2. 연구논문

강대성, “소송고지의 효과”,「법학연구 제23권 제4호」, 경상대학교 법학연구소, 2015.
강수경, “취소소송에 있어서 제3자의 소송참가”,「원광법학 제31권 제4호」, 원광대학교 법학연구소, 2015.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

강혜림, “채권자취소권에 관한 법무부 민법(재산권) 개정안과 일본 법무성 민법(채권관계) 요강안의 비교법적 고찰”,「재산법연구 제32권 제3호」, 한국재산법학회, 2015(강혜림a).

_____, “채권자취소권에서 취소채권자의 채권”,「서울법학 제23권 제3호」, 서울시립대학교 법학연구소, 2016(강혜림b).

공순진・명호인, “특정물채권에 대한 채권자취소권의 피보전채권성”,「공공정책연구 제24권」, 2007.

곽아량・김용재, “저축은행 부당인출예금의 회수방안 : 채권자취소권과 부인권을 중심으로”,「금융법연구 제8권 제2호」, 한국금융법학회, 2011.

김가을, “일본민법제정사에 있어서 채권자취소권에 대한 검토”,「홍익법학 제13권 제2호」, 홍익대학교법학연구소, 2012.

김덕중, “사해행위에 의한 가등기가 부기등기로 이전된 경우 원상회복의 방법 : 대법원 2015. 5. 21. 선고 2012다952 전원합의체판결을 중심으로”, 2016.

김명수, “가압류와 가처분의 경합”,「법학논총 제29권 제4호」, 한양대학교 법학연구소, 2012.

김상균, “채권자대위소송과 독립당사자참가”,「청주법학 제17권」, 청주대학교 법학연구소, 2000.

김상수, “독립당사자참가와 상소 : 최근의 대법원판례를 소재로”,「비교사법 통권 제42호」, 한국비교사법학회, 2008.

김상찬・정영진, “부동산 처분금지가처분의 효력에 관한 연구”,「법학연구 제37권」, 한국법학회, 2010.

김상헌, “채권자취소권의 수익자 지위에 관한 비판적 고찰 : 대법원 2015. 5. 21. 선고 2012다952 전원합의체 판결을 통하여 채권자취소권의 법적 성질을 재론하며”,「서울법학 제24권 제2호」, 서울시립대학교 법학연구소, 2016.

김재형, “채권자취소권에 관한 민법개정안 : 개정안에 관한 기본구상과 민법개정위원회의 논의 과정을 중심으로”,「민사법학 제68호」, 한국민사법학회, 2014.

김제완, “가처분・압류에 위반한 처분행위와 법정지상권 : 대법원 2014. 9. 4. 선고 2011다13463 판결(건물등철거)”,「법조 제64권 제2호」, 법조협회, 2015.

김종필, “사해행위취소와 원상회복의 효력을 받게 되는 채권자의 범위”,「대법원 판

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

례해설 제44호」, 법원도서관, 2003.

김창희, “사해행위취소판결의 효력이 미치는 범위 : 수익자의 고유채권자에 대한 효력을 중심으로”,「법조 제62권 제4호」, 법조협회, 2013.

김태관, “사해행위 취소제도에 관한 입법론적 검토 : 일본에서의 개정논의를 중심으로)”,「법학연구 제24권 제1호」, 연세대학교 법학연구원, 2014.

나현태, “사해행위취소소송의 피고적격과 효과 : 대법원 2004. 8. 30. 선고, 2004다21923 판결”,「법학연구 제18권」, 한국법학회, 2005.

박주영, “재산분할청구권 보전을 위한 채권자취소권의 인정요건에 관한 검토”,「법조 제60권 제2호」, 법조협회, 2011.

서인겸, “채권자취소권에서 채권자인 수익자의 보호에 관한 고찰”,「법조 제59권 제2호」, 법조협회, 2010.

서종표, “채권자취소권의 효과에 관한 연구”,「민사법연구 제24권」, 대한민사법학회, 2016.

소병직, “채권자취소권에 있어서의 가액배상에 관한 고찰”,「법학연구 제25권」, 전북대학교 법학연구소, 2007(소병직a).

손현찬, “수 개의 사해행위 취소소송이 중첩된 경우의 법률관계”,「재판과 판례 15집」, 대구판례연구회, 2007.

손홍수, “사해행위취소 소송의 수익자(채무자로부터 부동산을 매수한 자)가 민법 제407조의 모든 채권자에 포함되는지 : 서울고등법원 2011. 3. 29. 선고 2010나107578 판결(확정)”,「 민사집행법연구 Ⅰ」, 진원사, 2012(손홍수a).

_____, “사해행위취소의 상대효, 채권가압류의 처분금지효(개별상대효)와 배당이의 : 서울고등법원 2009나61492호 배당이의 사건”,「민사집행법연구」, 진원사, 2012(손홍수b).

_____, “사해행위취소의 효력과 배당”,「법학평론 제4권」, 서울대학교 법학평론, 2013(손홍수c).

송인권, “직무집행정지가처분의 효력 : 선임절차의 하자를 원인으로 하는 경우를 중심으로”,「법조 제58권 제7호」, 법조협회, 2009.

양형우, “채권자취소권에 관한 민법개정안의 검토”,「민사법학 제69호」, 한국민사법학회, 2014(양형우a).

_____, “채무자의 근저당권설정행위와 가압류채권자의 채권자취소권 : 대법원

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

2008. 2. 28. 선고 2007다77446 판결",「홍익법학 제10권 제2호」, 홍익대학교 법학연구소, 2009(양형우b).

오수원, "채권자취소권의 대상으로서의 소송상화해",「법조 제62권 제3호」, 법조협회, 2013(오수원a).

_____, "프랑스 채권자취소권에서의 사해의사",「민사법연구 제10권 제1호」, 대한민사법학회, 2002(오수원b).

_____, "프랑스의 일반담보와 채권자대위권의 기원",「민사법연구 제14권 제1회」, 대한민사법학회, 2006(오수원c).

오영준, "사해행위취소권과 채권자평등주의", 「사법논집 제32집」, 법원도서관, 2001(오영준a).

_____, "사해행위취소의 효력이 미치는 채권자의 범위", 민사판례연구(Ⅴ Ⅴ Ⅶ), 2004(오영준b).

오재창, "사해행위취소에 따른 배당금지급청구권과 채권자평등주의",「민사집행연구 제5권」, 한국민사집행법학회, 2009.

우세나, "채권자취소권과 기판력",「영남법학 제27권」, 영남대학교 법학연구소, 2008.

원상철, "우리 민법상 채권자대위권제도의 기능에 대하여 : 프랑스민법상 간접소권의 기능을 중심으로",「법학연구 제49권」, 한국법학회, 2013.

윤 경, "사해행위취소와 가액배상",「저스티스 제34권 제5호」, 한국법학원, 2001.

윤은경, "사해방지참가의 요건과 심판절차",「법학연구 제56권 제1호」, 부산대학교 법학연구소, 2015.

윤진수·권영준, "채권자취소권에 관한 민법개정안 연구",「민사법학 제66호」, 한국민사법학회, 2014.

윤태영, "채권자취소권의 '상대적 무효설'에 대한 입법사적 관점에서의 비판적 고찰",「법학논총 제32권 제2호」, 전남대학교 법학연구소, 2016.

이계정, "민법 제407조(채권자평등주의)의 법률관계에 관한 연구",「사법논집 47집」, 법원도서관, 2008(이계정a).

_____, "채권자취소권의 주관적 요건으로서의 사해의사에 관한 연구",「사법논집 제40집」, 법원도서관, 2005(이계정b).

이규호, "임시의 지위를 정하는 가처분과 관련하여 잠정명령 제도의 도입에 관한

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

연구",「민사소송 제17권 제2호」, 한국민사소송법학회, 2013.

이순동, "미국의 사해행위취소소송",「저스티스 제158권 제1호」, 한국법학원, 2017(이순동a).

_____, "사해행위취소권에 관한 일본민법 개정안의 연구 : 우리 채권자취소권 규정의 개정방향을 탐구하며",「법조 제65권」, 법조협회, 2016(이순동b).

이우재, "사해행위취소의 효력과 배당절차에서의 취급 : 사해행위취소의 효력을 받는 모든 채권자의범위와 관련된 문제",「민사집행연구 제5권」, 한국민사집행법학회, 2009.

이인규, "사해행위 이후에 목적부동산에 대한 경매절차에서 배당을 받은 교부권자와 가압류권자에게 사해행위취소의 효력이 미쳐 그 경매절차에서의 배당금이 부당이득이 되는지 여부(소극)",「대법원판례해설 제57호」, 법원도서관, 2006.

이종문, "상사가처분 사건의 현황과 실무적 쟁점 : 회사와 관련된 '임시의 지위를 정하기 위한 가처분'을 중심으로",「BFL 제54권」, 서울대학교 금융법센터, 2012.

이종엽, "가액배상판결의 집행법상 실현 : 대상판결 : 대법원 2005다14595 판결",「저스티스 통권 101호」, 한국법학원, 2007.

이진수, "가액배상을 구하는 사해행위취소소송에서 원물반환을 명할 수 있는지 여부",「판례연구 제21집」, 부산판례연구회, 2010.

이헌묵, "채권자취소권의 준거법에 관한 비교법적 연구",「저스티스 제152호」, 한국법학원, 2016.

이현재, "사해행위취소소송과 민법 제407조의 법적 성질",「법학논총 제33권 제2호」, 한양대학교 법학연구소, 2016(이현재a).

_____, "채권자취소권의 본질",「법학논총 제32권 제2호」, 전남대학교 법학연구소, 2016(이현재b).

이혜진, "사해행위취소소송의 경합과 가액배상",「동아법학 제55호」, 동아대학교 법학연구소, 2012.

임상민, "수익자 선의와 전득자에 대한 사해행위취소."「저스티스 제136호」, 한국법학원, 2013.

임일혁, "사해행위취소에 따른 원상회복으로서의 원물반환과 가액배상과의 관계",

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

「재판과 판례 17집」, 대구판례연구회, 2008.

임채웅, “사해행위와 편파행위에 관한 연구”,「저스티스 제94호」, 한국법학원, 2006.

정규상, “사해방지참가의 적법요건에 관한 고찰”,「민사소송 제15권 제2호」, 한국민사소송법학회, 2011.

정다영, “프랑스 민법상 채권자취소권 제도”,「민사법학 제67호」, 한국민사법학회, 2014.

정선주, “가처분절차에서 소명”,「민사소송 제13권 제2호」, 한국민사소송법학회, 2009.

정승규, “사해행위 취소와 채권자평등주의”,「민형사실무연구」, 서울북부지방법원, 2004.

정영환, “임시의지위를 정하기 위한 가처분의 법적 규율”,「안암법학 제37권」, 안암법학회, 2012.

정주홍, “사해행위취소소송의 가액배상 판결에 대한 타 채권자의 보호방안”,「법학논총 제23권 제3호」, 조선대학교 법학연구소, 2016(정주홍a).

조재건, “민법 제407조의 사해행위취소의 효력을 받는 모든 채권자의 범위”, 「대법원판례해설 제79호」, 법원도서관, 2009.

조효서, “한국과 중국 민법상의 채권자취소권제도 비교연구”,「중국법연구 제11집」, 한중법학회, 2009.

지원림, “사해행위취소에 따른 원상회복의 방법 : 원물반환과 가액배상 가액상환의 관계를 중심으로”,「안암법학 제25집」, 안암법학회, 2007.

최문기, “채권자취소권의 보질론에 관한 소고”,「경성법학 제19권 제2호」, 경성대학교 법학연구소, 2010(최문기a).

_____, “채권자취소권의 요건론”,「사회과학연구 제27권 제2호」, 경성대학교 사회과학연구소, 2011(최문기b).

최성호, “독립당사자참가소송에서 본안심판절차에 관한 연구”,「외법논집 제36권 제3호」, 한국외국어대학교 법학연구소, 2012(최성호a).

_____, “소송고지와 피고지자에 대한 효력에 관한 연구”,「법학논집 제15권 제2호」, 이화여자대학교 법학연구소, 2010(최성호b).

_____, “소송탈퇴 후 독립당사자참가소송에서 판결효력의 귀속에 대한 검토”,「법

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

학논집 제17권 제4호」, 이화여자대학교 법학연구소, 2013(최성호c).

추신영, “채권자취소소송에 있어서 원물반환과 가액배상 : 강제집행과 관련된 내용을 중심으로”,「토지법학 제27권 제2호」, 한국토지법학회, 2011(추신영a).

_____, “사해행위취소에 있어서 취소채권자와 수익자의 고유채권자 사이의 법률관계 : 대법원 2009. 6. 11. 선고 2008다7109”,「동아법학 제52호」, 동아대학교 법학연구소, 2011(추신영b).

피정현, “채권자대위소송에 채무자의 독립당사자참가의 허용 여부”,「원광법학 제31권 제3호」, 원광대학교 법학연구소, 2015.

한국현, “채권자취소권의 법적 성질”,「민사법연구 제12권 제2호」, 대한민사법학회, 2004(한국현a).

한삼인, “사해행위취소권 행사의 대상과 수익자의 가액배상의 범위”,「고시계 제53권 제8호」, 고시계사, 2008.

한삼인・김상헌, “채권자취소권의 요건에 관한 비판적 고찰”,「동아법학 제56호」, 동아대학교 법학연구소, 2012.

한삼인・정두진, “사해행위취소소송에 있어 가액배상판결과 채권자 평등의 문제”,「법학논총 제30권 제4호」, 한양대학교 법학연구소, 2013.

허영무, “사해행위취소소송에서 피보전권리의 발생시기 : 민법 제839조의 3 신설 이후 판례를 중심으로”「홍익법학 제11권 제3호」, 홍익대학교 법학연구소, 2010.

호제훈, “독립당사자참가인이 원고의 피고에 대한 본소청구의 원인행위가 사해행위라는 이유로 원고에 대하여 사해행위취소를 청구하면서 사해방지참가하는 것이 적법한지에 여부”,「대법원판례해설 제99호(2014년 상)」, 법원도서관, 2014.

홍춘의・태기정, “독립당사자참가에서의 사해소송과 채권자취소권에서의 사해행위 : 대법원 2014. 6. 12. 선고 2012다47548・47555판결을 중심으로”,「동북아법연구 제9권 제3호」, 전북대학교 동북아법연구소, 2016.

황태윤, “임시지위가처분소송의 본질과 개선방에 대한 모색”,「법학연구 제43권」, 전북대학교 법학연구소, 2014(황태윤a).

_____, “임시지위가처분의 기능과 재판형식에 대한 소고”,「홍익법학 제17권 제3호」, 홍익대학교 법학연구소, 2016(황태윤b).

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

3. 학위논문

김가을, “채권자취소권에 관한 연구 : 독일, 프랑스, 일본법의 연역적·비교법적 고찰을 중심으로”, 서울시립대학교 박사학위논문, 2013.

김두년, “채권자취소권에 관한 연구 : 법적성질 및 효과를 중심으로”, 건국대학교 박사학위논문, 1996.

김유진, “사해행위취소의 효력과 집행절차상 적용에 관한 연구 : 부동산 집행절차를 중심으로”, 조선대학교 석사학위논문, 2016.

김종배, “채권자취소권의 본질과 행사에 관한 연구”, 경기대학교 박사학위논문, 2013.

서호준, “채권자취소권에서 사해행위의 전형적 유형과 입법론에 관한 연구”, 영남대학교 박사학위논문, 2016.

소병직, “채권자취소권의 요건과 행사에 관한 연구”, 전북대학교 박사학위논문, 2007(소병직b).

오시영, “채권자 취소권에 관한 연구”, 중앙대학교 박사학위논문, 2009.

우성호, “채권자취소권에 관한 연구 : 본질 및 취소소송을 중심으로”, 청주대학교 박사학위논문, 2009.

유병현, “채권자취소소송에 관한 연구”, 고려대학교 박사학위논문, 1993.

이상진, “채권자취소권에 관한 연구”, 성균관대학교 박사학위 논문, 2007.

이재열, “채권자취소권에 관한 연구 : 요건의 재해석을 중심으로”, 연세대학교 박사학위논문, 2007.

장정호, “채권자취소권에 관한 연구 : 수익자 및 전득자의 보호를 중심으로”, 창원대학교 박사학위 논문, 2014.

정주홍, “채권자취소권에 관한 연구 : 사해행위취소의 효력을 받는 채권자의 범위를 중심으로”, 조선대학교 석사학위논문, 2013(정주홍b).

한국현, “채권자취소권의 성질과 효과에 관한 연구”, 목포대학교 박사학위논문, 2005(한국현b).

Ⅱ 외국문헌

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

1. 일본문헌

가. 단행본

加藤正治, 廢罷訴權論, 破産法研究 4卷, 有斐閣, 1919.
鳩山秀夫, 日本債權法總論(增訂改版), 良書普及會, 1980.
我妻榮, 新訂債權總論, 岩波書店, 1964.
大島俊之, 債權者取消權の研究, 大阪府立大學經濟學部, 1986.
林良平/石田喜久夫/高木多喜男, 債權總論, 青林書院, 1982.
飯原一乘, 詐害行爲取消訴訟, 悠悠社, 2006(飯原一乘a).
_____, 判例を中心とした詐害行爲取消權の研究, 司法研究報告書 第18輯 第2號, 司法研修所, 1967(飯原一乘b).
山口俊夫, フランス債權法, 東京大學出版會, 1990.
西出井依子, 債權總論, 大阪經濟法科大學出版部, 2004.
石坂音四朗, 債權者取消權(廢罷訴權)論, 民法研究(下卷)有斐閣, 1920.
船田享二, ロ一マ法(第3卷), 岩波書店, 1984.
奧田昌道, 債權總論, 註釋民法(10), 有斐閣, 1987.
田山輝明, 債權者取消權の本質, 倒産法學の軌跡と展望, 樓井孝一先生古稀祝賀, 成文堂, 2001.

나. 논문

下森定, 債權者取消權に關するー考察(一), 法學志林, 第55卷 第2號, 1959(下森定a).
_____, 債權者取消權に關するー考察(二), 法學志林, 第57卷 第3,4號, 1960(下森定b).
_____, 債權者取消權の效果, 法學セミナー, 第181號, 1969(下森定c).
佐藤岩昭, 債權者取消權に關するー考察(一), 法學協會雜誌, 第104券 第10號, 1987(佐藤岩昭a).
_____, 債權者取消權に關するー考察(二), 法學協會雜誌, 第104券 第12號, 1987(佐藤岩昭b).

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

_____, 債權者取消權に關する一考察(三), 法學協會雜誌, 第105券 第1號, 1988(佐藤岩昭c).

_____, 債權者取消權に關する一考察(四), 法學協會雜誌, 第105券 第3號, 1988(佐藤岩昭d).

雉本郎浩, 債權者取消權の訴の性質, 法學志林, 第17卷 第3號, 1983.

平田建治, 債權者取消權の位置づけ - 轉得者への追及の關聯で, 國井和郎先生還曆記念論文集, 民法學の軌跡と展望, 日本評論社, 2002.

2. 서구문헌

Epstein, David. G., Debtors-Creitor Law in a Nutshell, West Publishing Co., 1973.

Ferid, Murad/Sonnenberger, Hans Jürgen, Das französische Zivilrecht, Band I/1, 2. Auflage, 1994.

Menzel, Adolf, Das Anfechtungsrecht der Gläubiger nach österreichischem Recht, 1886.

Reich, Frank, The Uniform Fraudulent Conveyance Act in Pennsylvania, 5. University of Pittsburgh Law Review, Volume 161, 164. 1939.

Rosenberg, Leo, Lehrbuch des deutschen ZPO, 6. Auflage, 1954.

Von Caemmerer, Ernst, Bereicherung und unerlaubte Handlung, in: Festschrift für Ernst Rabel, Band I, 1954.

Walter, Gerhardt, Die systematische Einordnung der Gläubigeranfechtung, 1969.

Collection @ chosun

조선대학교 CHOSUN UNIVERSITY

2013. 7. 1.자 민법·민사집행법 개정안 및 민법 개정사안

순번	해당	민법(현행)	민법(개정안)	민법 개정사안
1	요건	제406조(채권자취소권) ① 채무자가 채권자를 해함을 알면서 재산권을 목적으로 한 법률행위를 한 때에는 채권자는 그 취소 및 원상회복을 법원에 청구할 수 있다. 그러나 그 행위로 인하여 이익을 받은 자나 전득한 자가 그 행위 또는 전득 당시에 채권자를 해함을 알지 못한 경우에는 그러하지 아니한다.	제406조(채권자취소권) ① 채무자가 채권자를 해함을 알면서 재산권을 목적으로 한 법률행위를 하고, 그 행위로 이익을 받은 자가 그 행위 당시에 채권자를 해함을 안 경우에는 채권자는 그 취소를 법원에 청구할 수 있다.	제406조(채권자취소권) ① 채무자가 채권자를 해함을 알면서 재산권을 목적으로 한 법률행위를 하고, 그 행위로 이익을 받은 자가 그 행위 당시에 채권자를 해함을 안 경우에는 채권자는 그 취소를 법원에 청구할 수 있다. ② 채권자는 전항의 경우 이미 그 취소를 구하는 소가 진행 중 일 때 당사자로서 소송에 참가할 수 있다.
	요건	신설	② 수익자가 채무자와 친족이나 그 밖의 특별한 관계에 있는 자인 때에는 수익자가 그 행위 당시에 채권자를 해함을 안 것으로 추정한다.	③ 수익자가 채무자와 친족이나 그 밖의 특별한 관계에 있는 자인 때에는 수익자가 그 행위 당시에 채권자를 해함을 안 것으로 추정한다.
2	요건	신설	제406조의2(무상행위에 대한 특례) 채무자의 무상행위 또는 이와 동일시할 수 있는 유상행위가 채권자를 해하는 때에는 채무자나 수익자가 그 행위 당시에 채권자를 해함을 알지 못한 경우에도 그 취소를 청구할 수 있다.	개정안과 이하 동일
3	범위	신설	제406조의3(취소의 범위) 채권자는 채무자의 재산으로 채무를 완전히 변제할 수 있게 하기 위하여 자기의 채권액을 넘어서도 채무자의 법률행위의 전부 또는 일부를 취소할 수 있다.	
4	기간	제406조(채권자취소권) ② 전항의 소는 채권자가 취소원인을 안 날로부터 1년, 법률행위 있는 날로부터 5년 내에 제기하여야 한다.	제406조의4(채권자취소권의 행사기간) 채권자취소권은 채권자가 취소원인을 안 날부터 1년, 채무자의 법률행위가 있는 날부터 5년 내에 행사하여야 한다.	
5	효과	제407조(채권자취소의 효력) 전조의 규정에 의한 취소와 원상회복은 모든 채권자의 이익을 위하여 그 효력이 있다.	제407조(채권자취소의 효력) 채권자취소는 모든 채권자의 이익을 위하여 그 효력이 있다.	제407조(채권자취소의 효력) ① 채권자취소는 모든 채권자의 이익을 위하여 그 효력이 있다.
				② 전항의 채권자취소를 알고도 수익자의 책임재산에 보전처분 또는 강제집행을 한 자는 민법

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

				제406조 제1항의 채권자취소권자에게 대항하지 못한다.
6	효과	신설	제407조의2(원물반환과 가액반환 등) ① 채권자가 채권자취소권을 행사하는 경우에 수익자를 상대로 채무자로부터 취득한 재산을 채무자에게 반환할 것을 청구할 수 있다. 그러나 그 재산의 반환이 불가능하거나 현저히 곤란한 때에는 채권자는 그 가액을 채무자에게 반환할 것을 청구할 수 있다. ② 제1항의 경우에 반환범위에 관해서는 제748조, 제749조를 준용한다.	개정안과 이하 동일
7	효과	신설	제407조의3(반환된 재산에 대한 집행) 모든 채권자는 제407조의2에 의하여 채무자에게 반환된 재산에 대하여 민사집행법에 따라 집행할 수 있다.	
8	효과	신설	제407조의4 (금전 그 밖의 동산에 대한 특례) ① 제407조의2에 의하여 금전 그 밖의 동산을 반환하여야 하는 경우에 채권자는 수익자에 대하여 자신에게 반환할 것을 청구할 수 있다. ② 채권자가 제1항에 의하여 금전을 수령한 경우에는 채권자취소판결이 확정된 때와 금전을 수령한 때 중 늦은 때부터 3개월이 경과하기 전에는 자기의 채권으로 채무자에 대한 반환채무와 상계하지 못한다.	
9	효과	신설	제407조의5(수익자의 지위) ① 채무자의 법률행위가 취소되어 수익자가 받은 급여 또는 그 가액을 반환한 경우에는 수익자는 자기가 이행한 반대급여 또는 그 가액의 반환을 청구할 수 있다. ② 채무자의 법률행위로 인하여 수익자의 채권이 소멸한 경우에 그 행위가 취소되어 수익자가 받은 급여 또는 그 가액을 반환한 때에는 수익자의 채권은 원상으로 회복된다.	
10	전득자특례	신설	제407조의6(전득자에 대한 채권자취소권) ① 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 채권자는 전득자에 대해서도 채권자취소권을 행사할 수 있다. 1. 전득자의 모든 전자에게 취소의 원인이 있고, 전득자가 전득 당시에 이를 안 때.	

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

			다만 전득자가 채무자와 친족이나 그 밖의 특별한 관계에 있는 자인 경우에는 전득 당시에 모든 전자에 대하여 취소의 원인이 있음을 안 것으로 추정한다. 2. 전득자가 무상행위 또는 그와 동일시할 수 있는 유상행위로 인하여 전득한 경우에 모든 전자에 대하여 취소의 원인이 있는 때 ② 제1항의 경우에 제407조의 5를 준용한다.	
순번	**해당**	**민사집행법(현행)**	**민사집행법(개정안)**	
1	효과	신설	민사집행법 제248조의 2(채권자취소권에 의하여 수령한 금전에 대한 압류 등) ① 민법 제407조의 4 제1항에 의하여 금전을 수령한 채권자는 자신에 대한 채무자의 반환채권에 관하여 압류명령을 받은 것으로 본다. 그러나 수령한 때에 강제집행 개시의 요건을 갖추지 못한 경우에는 가압류명령을 받은 것으로 본다. ② 모든 채권자는 채무자의 제1항에 의한 반환채권에 대하여 채권자취소 판결이 확정된 때부터 3개월이 경과하기 전에 추심명령이나 전부명령을 신청할 수 없다. ③ 다른 채권자가 제2항의 기간이 경과하기 전에 채무자의 반환채권을 압류 또는 가압류하거나 이에 관하여 배당요구를 한 경우에는 채권자는 지체 없이 그 금전을 공탁하여야 한다. 이때에는 채권자가 제248조 제2항 또는 제3항에 따른 공탁을 한 것으로 본다. ④ 제3항에 따른 공탁이 있는 경우 제247조 제1항의 채권자는 같은 항 제1호 또는 제2호에도 불구하고, 위 제2항의 기간이 경과하기 전에는 배당요구를 할 수 있다.	

Collection @ chosun