[UCI]I804:24011-200000264078

2013年 8月
碩士學位 論文

債權者取消權에 관한 硏究

-詐害行爲取消의 效力을 받는 債權者의 範圍를 중심으로-

朝鮮大學校 大學院

法 學 科

鄭 鉒 興

債權者取消權에 관한 硏究

-詐害行爲取消의 效力을 받는 債權者의 範圍를 중심으로-

A Study on the Obligee's Right of Revocation

-Focused on Range of the Obligee Who is Affected by Revocation of the Fraudulent Act-

2013年 8月 23日

朝鮮大學校 大學院

法 學 科

鄭 鉒 興

債權者取消權에 관한 硏究

-詐害行爲取消의 效力을 받는 債權者의 範圍를 중심으로-

A Study on the Obligee's Right of Revocation

-Focused on Range of the Obligee Who is Affected by Revocation of the Fraudulent Act-

指導敎授 金 凡 鐵

이 論文을 法學 碩士學位 申請論文으로 提出함

2013年 5月

朝鮮大學校 大學院

法 學 科

鄭 鈷 興

鄭鈺興의 碩士學位論文을 認准함

委員長　朝鮮大學校　敎 授　강혁신 印

委　員　朝鮮大學校　敎 授　정구태 印

委　員　朝鮮大學校　敎 授　김범철 印

2013年　5月

朝 鮮 大 學 校　大 學 院

【 목 차 】

ABSTRACT……viii

第1章 序論……1

第1節 硏究의 目的……1
第2節 硏究의 範圍 및 方法……2

第2章 債權者取消權의 一般論……4

第1節 債權者取消權의 意義……4
第2節 類似制度와의 比較……4
1. 債務者回生 및 破産에 관한 法律上의 否認權……4
2. 債權者代位權……6
3. 通情虛僞表示……7
4. 租稅法上의 債權者取消權……8
第3節 債權者取消權의 要件……8
1. 序論……8
2. 被保全債權의 存在……9
가. 債權者의 債權의 存在……9
나. 被保全債權의 種類……9
(1) 金錢債權……10
(2) 特定物債權……10
(3) 物的 擔保를 隨伴하는 債權……11
(4) 人的 擔保를 隨伴하는 債權……12
(5) 財産分割請求權……12
(6) 債務者가 破散節次에서 免責決定을 받은 債權……12

다. 被保全債權의 成立時期 13
3. 詐害行爲 13
가. 序說 13
나. 債務者의 法律行爲 13
다. 財産權을 目的으로 하는 法律行爲 14
라. 債權者를 害하는 法律行爲일 것 14
(1) 序論 15
(2) 資力 算定 15
(3) 具體的인 境遇 16
(가) 不動産의 賣却 其他 讓渡 17
(나) 辨濟 및 代物辨濟 19
(다) 物的 擔保의 提供 20
(라) 人的 擔保의 負擔 22
4. 債務者 등의 惡意 22
가. 債務者의 惡意 23
나. 受益者 또는 轉得者의 惡意 23
第4節 債權者取消權의 行使 24
1. 債權者取消權의 當事者 24
가. 取消權者 24
나. 相對方 25
2. 取消權의 行使方法 26
가. 債權者의 이름으로 行使 26
나. 裁判상 請求 26
3. 債權者取消訴訟의 競合 27
가. 競合의 問題 27
나. 倂合審理되지 아니하는 境遇 28
다. 倂合審理되는 境遇 29
4. 受益者 또는 轉得者의 債務者의 消滅時效 抗辯權 援用 與否 30
가. 消滅時效 抗辯權 援用의 問題 30

나. 大法院의 見解 30
第5節 債權者取消權의 消滅 31
1. 債權者取消權의 行使期間 31
2. 期間의 性質 31
3. 期間의 起算點 32
가. 取消原因을 안 날 32
나. 法律行爲 있는 날 32
다. 假登記에 기한 所有權移轉登記의 本登記가 終了 된 境遇 33
라. 受益者와 轉得者의 除斥期間 起算 33

第3章 原物返還 및 價額賠償의 原則 33

第1節 原物返還의 原則 33
1. 意義 34
2. 類型별 檢討 34
가. 返還目的物이 動産 또는 金錢인 境遇 34
나. 返還目的物이 債權인 境遇 35
(1) 詐害行爲가 單獨行爲인 境遇 35
(2) 債權讓渡의 境遇 35
(3) 詐害行爲가 約束語音 發行行爲인 境遇 36
다. 目的物이 不動産인 境遇 36
(1) 詐害行爲로 所有權移轉登記가 마쳐진 境遇 36
(가) 詐害行爲 以前에 抵當權 등 制限物權의 設定登記가 마쳐져 있지 않은 境遇 36
1) 轉得者가 없는 境遇 36
2) 轉得者가 있는 境遇 39
가) 受益者, 轉得者가 모두 惡意인 境遇 39
나) 受益者는 惡意, 轉得者는 善意인 境遇 40
다) 受益者는 善意, 轉得者는 惡意인 境遇 40

(나) 詐害行爲 이전에 抵當權 등 制限物權이 設定되어 있었고 辯論終結 당시까지 存續한 境遇 41
(다) 抵當權이 設定된 不動産이 詐害行爲로 移轉되었고 그 登記가 詐害行爲 取消訴訟의 辯論終結 以前에 抹消된 境遇 41
1) 抵當權者가 受益者인 境遇 41
2) 抵當權者가 受益者 이외의 제3者인 境遇 42
(2) 詐害行爲로 抵當權設定登記가 마쳐진 境遇 43
(3) 詐害行爲로 假登記가 이루어진 境遇 43
(4) 抹消登記와 實務上의 問題點 44
3. 債務者와 受益者와 사이 剩餘金의 歸屬問題 45
가. 學說 45
(1) 債務者 歸屬說 45
(2) 受益者 歸屬說 46
나. 判例의 立場 47
다. 强制執行制度상의 問題 47
라. 小結 48
第2節 價額賠償 49
1. 價額賠償의 意義 49
2. 價額賠償이 認定되는 境遇 50
가. 返還이 不可能하거나 顯著히 困難한 境遇 51
나. 原物返還이 公平에 반하는 境遇 51
다. 目的物이 不可分인 境遇 52
3. 價額賠償의 範圍 53
가. 序論 53
나. 價額賠償 基準時 53
다. 價額賠償시 控除되어야 할 範圍 54
라. 價額賠償에 대한 遲延損害金 55
(1) 學說 55
(2) 判例 56

(3) 小結 56
4. 價額賠償請求權의 歸屬主體 57
가. 取消債權者 歸屬說 57
나. 取消債務者 歸屬說 57
다. 判例의 立場 58
라. 小結 58
5. 關聯問題 59
가. 原物返還의 請求에 價額賠償의 請求가 포함되는지의 與否 59
(1) 學說 59
(2) 判例 60
(3) 小結 60
나. 請求趣旨 變更시 除斥其間의 遵守 與否 60

第4章 詐害行爲取消의 效力을 받는 債權者의 範圍 61

第1節 原物返還의 境遇 61
1. 詐害行爲 이전에 債權을 取得한 債權者 61
2. 詐害行爲 이후에 債權을 取得한 債權者 62
가. 學說 62
(1) 肯定說 62
(2) 否定說 63
나. 判例의 立場 63
다. 小結 64
3. 詐害行爲取消의 相對方인 受益者가 債權者 중 1인인 境遇 64
가. 學說 65
(1) 肯定說 65
(2) 否定說 65
나. 判例의 立場 65
다. 小結 67

4. 詐害行爲取消의 相對方이 단순한 受益者 또는 轉得者인 境遇……68
第2節 價額賠償의 境遇……69
1. 一般債權者의 取消債權者에 대한 價額賠償金 分配請求 可否……69
가. 判例의 態度……69
나. 判例의 問題點……70
다. 取消債權者의 優先滿足 許否에 관한 學說……71
(1) 學說의 立場……71
(가) 相計說……71
(나) 供託義務說……71
(다) 債務者支給說……73
(라) 强制執行說……74
(2) 判例의 立場……74
라. 小結……74
2. 受益者의 取消債權者에 대한 按分額分配請求 또는 支給拒否 可否……75
가. 學說……75
(1) 肯定說……75
(2) 否定說……77
나. 判例의 態度……77
다. 小結……78

第5章 取消債權者와 受益者의 固有債權者 사이의 優劣關係……78

第1節 比較法的 檢討……78
1. 獨逸에서의 見解……78
가. 物權說……79
나. 債權說……79
다. 責任說……79
2. 日本에서의 見解……80
가. 相對的 無效說……80

나. 責任說 80
다. 絶對的 無效說 80
第2節 우리나라에서의 論議 81
1. 學說 81
가. 反射的 效力說 81
나. 執行法的 原理 適用說 82
다. 相對的 效力 强調說 85
라. 金昌熙의 見解 87
(1) 受益者의 固有債權者가 取消債權者보다 優先하는 것이 制度의 趣旨에 반하는지 與否 87
(2) 受益者의 固有債權者에게도 第406條 第1항 但書가 適用되는지 與否 88
(3) 受益者의 固有債權者가 押留 등 조치를 취하지 아니한 境遇 取消判決의 效力이 미치는지 與否 90
(4) 受益者의 固有債權者의 假押留가 取消債權者의 假處分보다 늦게 마쳐진 境遇 取消判決이 確定되면 그 假押留는 效力을 잃는지 與否 91
2. 判例 92
가. 大法院 1990. 10. 30. 宣告 89다카35421 判決(제3자이의) 92
나. 大法院 2001. 5. 29. 宣告 99다9011 判決(배당이의) 93
다. 大法院 2005. 11. 10. 宣告 2004다49532 判決(배당이의) 93
3. 小結 94

第6章 結論 96

參考文獻 99

ABSTRACT

A Study on the Obligee's Right of Revocation
-Focused on Range of the Obligee Who is Affected by Revocation of the Fraudulent Act-

By jeong, ju-heung
Advisor Prof. Kim, bum-chul, Ph. D.
Department of Law,
Graduate School of Chosun University

The Obligee's Right of Revocation is the right of obligee to restore the obligor's liable property by revoking the obligor's act of reducing his(her) property while knowing the fact that such revocation will be detrimental to the obligee. In other words, the most important issue in the obligee's right of revocation is that when the revocation obligee sue the revoking of fraudulent act against the beneficiary or subsequent purchaser and obligor's property is restitution, who can meets their bond regarding this restituted property. Regarding the obligee's right of revocation, the Civil Code Article 406 Paragraph 1 said that the obligees can claim restitution to the court, but it is not specifically regulated about its method.

Like this way, if the revocation obligee won a suit against the beneficiary or subsequent purchaser regarding the revocation of the fraudulent act, there are two issues about the scope of obligee to pay back and the property by winning of a lawsuit.

First, in case of that the beneficiary also one of the obligees for the obligor as the status of beneficiary who losing the lawsuit, this beneficiary can be the obligee to the returned property. Regarding this, if the beneficiary who losing the lawsuit against the revocation obligee is the obligee to the obligor, the beneficiary can apply for dividends as the creditor on the obligor by the judgment(Supreme Court 06. 27. 2003 sentenced 2003다15907), but according to the judgment of monetary compensation(Supreme Court 06. 12. 2008. sentenced 2007다37837) beneficiary cannot apply for dividends. despite the beneficiary can get the dividends as the obligees for the obligor, If the beneficiary is the obligees for the obligor, the beneficiary in original repayment cannot take the dividends as the obligees for the obligor also, even the other obligees can not apply for dividends, it is unreasonable consequence. In particular, in the case of the latter judicial precedent is same as allowing the preferential satisfaction for obligors' property to the obligor. So, it is direct opposition to the purpose of the Civil Code Article 407 that the cancellation and restitution caused by fraudulent act has the effect for the benefit of all obligees. In reality, there are many cases that the real beneficiaries are the obligor's obligees. So, when the reparation of extended price, if someone recognized the superior position to revocation obligee than the beneficiary, the beneficiary who diligent obligee can be placed in less favorable position than the revocation obligee who lazy obligee and it is invalid. make that the beneficiary in the reparation of extended Price to receive the dividends as a obligees for the obligor can make the result same as the ruling of the restoration of original and it can meets the ideals of the egalitarianism of obligees in Civil Code Section 407.

Second, when the legal action was cancelled between obligors and beneficiary by the judgment of fraudulent act revocation, beneficiary's own

obligees could have the effect to the object of cancellation can be the problem. If the unique obligee can have an effect, he can also be the party of the object and it can make a big problem between obligees and the obligor. The Supreme Court said the judgment of fraudulent actions' cancellation cannot effect to the own obligee. And through this way they protect the own obligee. To the cancellation obligees the dividends can be reduced. So, between the cancellation obligees and beneficiary's own obligees the protection of cancellation obligees is need. The Obligee's Right of Revocation is canceling the disposal action between beneficiary and his general property with knowing the obligee prejudice the obligor. And the beneficiary's unique obligees are generated to the subject of fraudulent action. In other words, own obligees are occurred by fraudulent action. If the subject matter by the cancellation of fraudulent action restituted to obligors, the own obligees would not be entitled to exercise the rights in subject matter. Say again as the faith, the obligee's faith is more important and have to be protected than the obligor. So, as acknowledging the real rights effect to obligee it should be interpreted as a way to develop the purpose of the regulations regarding the Obligee's Right of Revocation.

第1章 序論

第1節 硏究의 目的

채권자취소권이란, 채무자가 채권자를 해함을 알면서 자기의 일반재산을 감소시키는 법률행위를 한 경우 그 행위를 취소하고 채무자로부터 일탈된 재산을 원상회복시킴으로써 모든 채권자를 위하여 채무자의 책임재산을 보전하기 위하여 인정되는 권리이다. 채권자취소권에 관하여 우리 민법 제406조 제1항은 채권자가 법원에 원상회복을 청구할 수 있다고 하나 원상회복이 어떻게 이루어져야 하는지는 구체적으로 규정하고 있지 않다.

채권자취소권의 취지가 채무자의 책임재산을 보전하는 것을 내용으로 하여 일탈된 재산을 회복시킴으로써 채권자의 책임재산을 보전하는 데 있다는 점을 고려해 볼 때, 원상회복이란 사해행위 이전의 상태로 되돌리는 원물반환을 의미하고, 원물반환이 불가능하거나 현저히 곤란한 경우에 예외적으로 원상회복의무의 이행으로서 사해행위목적물의 가액배상이 인정되고 있다.

이와 같이 취소채권자가 수익자 또는 전득자를 상대로 채무자와의 사해행위를 취소하는 소송을 진행하여 승소하였을 경우, 위 승소로 인한 원물반환 내지 가액배상된 재산에 대한 채권자의 범위와 관련하여 크게 두 가지의 문제점이 있다.

첫째, 사해행위취소소송에서 패소한 수익자의 지위로서, 위 수익자 역시 채무자에 대한 채권자일 경우, 위 수익자가 반환된 재산에 대한 채권자가 될 수 있느냐의 여부이다.

이와 관련하여, 취소채권자로부터 패소한 수익자가 채무자에 대한 채권자일 경우, 원물반환 판결[1]에서는 수익자가 채무자에 대한 채권자로서 배당신청을 할 수 있지만, 가액배상 판결[2]에서는 수익자가 위 가액에 대한 배당신청을 할 수 없다.

수익자가 채무자에 대한 채권자일 경우, 원물반환에서의 수익자는 채무자에 대한 채권자로서 배당받을 수 있음에도 불구하고, 가액배상의 수익자는 채무자에 대한 채권자로서 배당받을 수 없음은 물론 타채권자조차도 위 배당금에 대한 배당신청

1) 대법원 2003. 6. 27. 선고 2003다15907 판결.
2) 대법원 2008. 6. 12. 선고 2007다37837 판결.

을 할 수 없는 불합리한 결과가 초래된다.

특히, 후자 판례의 경우, 취소채권자에게 채무자의 재산에 대한 우선적 만족을 허용하는 것과 같아, 사해행위로 인한 취소와 원상회복은 모든 채권자의 이익을 위하여 효력이 있다는 민법 제407조의 취지에 정면으로 반한다. 실제 수익자가 채무자의 채권자인 경우도 상당히 많은 현실에서 가액배상시 취소채권자에게 수익자보다 우월적 지위를 인정한다면 근면한 채권자인 수익자가 게으른 채권자인 취소채권자보다 불리한 지위에 놓이게 되어 부당하다.

가액배상에서의 수익자 역시 채무자에 대한 채권자로서 배당받을 수 있게 함이 원물반환의 판결과 같은 결과를 가져올 수 있음은 물론, 민법 제407조의 채권자평등주의 이념에 부합하다고 생각한다.

둘째, 사해행위취소판결에 의해 채무자와 수익자간의 법률행위가 취소된 경우 수익자의 고유채권자가 그 취소 목적물에 대하여 효력을 미칠 수 있는가가 문제된다. 고유채권자가 효력을 미칠 수 있다면, 고유채권자도 위 목적물의 이해관계인이 되어 취소채권자 및 채무자의 다른 채권자와의 상당한 마찰이 예상되기 때문이다.

우리 대법원은 사해행위취소판결의 효력이 고유채권자에게 미치지 못한다고 하여 고유채권자를 보호하고 있는바, 취소채권자로서는 상대적으로 배당액이 줄어들게 되므로 취소채권자와 수익자의 고유채권자의 관계에서 취소채권자의 보호가 필요하다.

이에 본 논문에서는 채권자취소권상 원물반환과 가액배상에서의 각 채권자의 범위가 어떻게 되는지를 검토하고, 가액배상에서의 수익자가 채무자의 채권자일 경우 수익자가 취소채권자에게 자신의 채권액만큼 반환을 거절할 수 있도록 함으로써 채권자취소권에 있어서 채권자평등주의가 확고히 관철되어야 함을 연구하고, 취소채권자가 수익자의 고유채권자와 사이에서 보호받을 수 있는 방안에 대해 연구한다.

第2節 硏究의 範圍 및 方法

연구의 범위는, 채권자취소권의 일반적 이론, 채권자취소권상 원물반환과 가액배상에서 각 취소의 효력을 받는 채권자의 범위에 관하여 알아보고 사해행위취소소

송에서 패소한 수익자 역시 채무자에 대한 채권자일 경우 수익자가 반환재산에 대한 배당에 참가할 수 있느냐의 여부와, 사해행위취소판결에 의해 채무자와 수익자 간의 법률행위가 취소된 경우 수익자의 고유채권자와 취소채권자 간의 우열관계에 관하여 집중적으로 연구 한다.

연구의 방법은 국내에서의 기존학설과 다른 나라의 입법례, 그리고 우리나라의 판결례를 바탕으로 살펴본다.

제1장에서는 본 논문에 대한 연구의 목적으로, 원물반환 및 가액배상에서 채권자의 범위, 사해행위취소소송에서 패소한 수익자의 지위에 관한 것, 취소채권자와 수익자의 고유채권자와 사이 우열관계에 대한 서두 부분을 제시하였고, 연구의 범위 및 방법은 국내에서의 기존학설과 다른 나라의 입법례 및 우리나라의 판결례를 바탕으로 채권자취소권의 일반적 이론을 중심으로 하였다.

제2장에는 채권자취소권의 일반론과 관련하여 채권자취소권의 의의 · 요건 · 행사 · 소멸에 관하여 알아본다. 제1절에서는 채권자취소권의 의의에 관하여 채무자가 채권자를 해함을 알면서 자기의 일반재산을 감소시키는 법률행위를 한 경우에 그 행위를 취소하고 채무자로부터 일탈된 재산을 원상회복시킴으로써 모든 채권자를 위하여 채무자의 책임재산을 보전하기 위하여 인정되는 권리에 대해, 제2절에서는 채권자취소권의 유사제도와의 비교로서 채무자회생 및 파산에 관한 법률상의 부인권 · 채권자대위권 · 통정허위표시 · 조세법상의 채권자취소권에 대해, 제3절에서는 채권자취소권이 성립하기 위한 요건에 관하여 피보전채권의 존재 · 사해행위 · 사해의사에 대해, 제4절에서는 채권자취소권을 행사할 수 있는 자와 상대방에 대해, 제5절에서는 채권자취소권이 소멸될 수 있는 제척기간에 대해 살펴본다.

제3장에서는 원물반환 및 가액배상의 원칙에 관하여 검토한다. 제1절에서는 원물반환의 원칙과 관련하여 반환목적물이 동산 · 금전 · 부동산인 경우 그 반환은 어떻게 되는가와 이와 관련하여 채무자와 수익자 사이 위 반환 된 것에 관해 잉여금이 남아있을 경우 위 잉여금의 귀속은 어떻게 되는지, 제2절에서는 가액배상의 원칙과 관련하여 가액배상의 의의 · 가액배상이 인정되는 경우 · 가액배상의 범위 · 가액배상의 상대방 · 가액배상과 관련 된 문제에 관해 각 살펴본다.

제4장과 제5장은 본 논문에 대한 실질적 요체에 해당하는 장으로서 제4장에서 사해행위취소의 효력을 받는 채권자의 범위 에 대해 알아본다. 제1절에서는 원물반

환의 경우 사해행위 이전에 채권을 취득한 채권자 · 사해행위 이후에 채권을 취득한 채권자 · 사해행위취소의 상대방인 수익자가 채권자 중의 1인의 경우 · 사해행위취소의 상대방이 단순한 수익자 또는 전득자인 경우 사해행위취소의 효력을 받는 채권자의 범위에 관하여 알아본다. 제2절에서는 가액배상의 경우 일반채권자의 취소채권자에 대한 가액배상금 분배청구 가부와 수익자의 취소채권자에 대한 안분액 분배청구 또는 지급거부 가부에 대하여, 제5장은 취소채권자와 수익자의 고유채권자 사이의 우열관계에 관하여 알아본다.

제6장에서는 지금까지 검토한 결과를 종합하여 가액배상에서 수익자가 채무자의 채권자일 경우, 위 수익자는 채권자의 범위에 포함되어야 하고, 취소채권자가 수익자의 고유채권자보다 그 효력이 우선해야 함을 설명하며 마무리 한다.

第2章 債權者取消權의 一般論

第1節 債權者取消權의 意義

채권자취소권(actio pauliana)이란, 채무자가 채권자를 해함을 알면서 자기의 일반재산을 감소시키는 법률행위를 한 경우에 그 행위를 취소하고 채무자로부터 일탈된 재산을 원상회복시킴으로써 모든 채권자를 위하여 채무자의 책임재산을 보전하기 위하여 인정되는 권리이다.[3] 이와 같이 채권자를 해함을 알면서 행한 채무자의 법률행위를 취소하고 채무자의 재산을 회복하는 것을 목적으로 하는 채권자의 권리를 채권자취소권이라고 한다.[4]

第2節 類似制度와의 比較

1. 債務者回生 및 破産에 관한 法律上의 否認權

3) 대법원 1988. 4. 25. 선고 87다카1380 판결; 대법원 2005. 8. 25. 선고 2005다14959 판결.
4) 편집대표 박준서, 주석민법(채권총칙2), 한국사법행정학회, 2000, 33면.

채권자취소권과 구별되는 제도로서 채무자회생 및 파산에 관한 법률(이하, 통합도산법)상 부인권(제 391조 이하)을 비롯하여, 통합도산법 제정 전 구 회사정리법(제78조 이하) 및 구 화의법(제33조) 등의 규정들은 모두 집단적 채무처리 절차를 전제로 한다는 점에서 개개의 채권자의 권리인 채권자 취소권과는 다르다. 즉, 통합도산법상 부인권은 파산선고 전에 있었던 파산채권자를 해하는 행위의 효력을 파산재단과의 관계에 있어서 잃게 하고, 일단 파산재단으로부터 일탈되었던 재산을 재단에 회복하는 권리이다.[5]

통합도산법상 부인권과 채권자취소권은, 우선 채권자취소권제도는 파산절차에 이르기 이전 단계에서 특정채권자의 채권의 확정을 목적으로 하는 것으로서 개별집행 준비단계에서의 책임재산보전을 목적으로 하는 제도인 반면,[6] 통합도산법상 부인권은 파산에 이르기까지의 행위를 광범위하게 부인하여 가능한 많은 금액을 전 채권자에게 만족시키는데 목적이 있다.

다음으로 채권자취소권의 취소대상은 사해행위인 반면, 부인권의 부인대상은 고의부인[7] 이외에도 고의가 필요하지 않은 위기부인[8]과 무상부인,[9] 그리고 대항요건부인[10]이나 집행위의 부인[11]까지 인정하고 있다는 점에서 적용범위가 훨씬 넓다. 또한, 파산의 경우에는 배상에 의해서도 전액변제를 받지 못할 경우에는 변제받지 못한 잔여부분은 면책(통합도산법 제566조)에 의하여 소멸하므로 잔여부분에 대한 회수를 할 수 없지만 채권자취소권의 경우에는 채권전액이 회수되지 않았을 경우에도 채무자의 잔여채권은 소멸하지 않기 때문에 잔여부분의 회수가 가능한 측면이 있다. 이와 같이 통합도산법상 부인권제도는 파산에 이른 채무자의 재산처

---

5) 우성호, 채권자취소권에 관한 연구, 청주대학교 박사학위논문, 2009, 8면.

6) 편집대표 박준서, 전게서, 34면.

7) 고의부인이라 함은 채무자가 채권자를 해하는 것을 알고 한 행위를 부인하는 것을 말한다(통합도산법 제391조 제1호).

8) 위기부인이라 함은 채무자가 지급정지 또는 파산신청이 있는 후에 한 파산채권자를 해하는 행위와 담보의 제공 또는 채무소멸에 관한 행위를 부인하는 것을 말한다(통합도산법 제391조 제2호, 제3호).

9) 무상부인이라 함은 채무자가 지급정지 또는 파산신청이 있는 후 또는 그 전 6월 이내에 한 무상행위 및 이와 동일시할 수 있는 유상행위를 부인하는 것을 말한다(통합도산법 제391조 제4호).

10) 대항요건부인이라 함은 권리의 설정, 이전, 변경을 제3자에게 대항하기 위하여 필요한 행위를 한 경우에 그 행위가 권리의 설정, 이전, 변경이 있는 날로부터 15일을 경과한 뒤에 악의로 행한 것인 때에도 이를 부인할 수 있다(통합도산법 제394조).

11) 집행행위부인이라 함은 채권자가 강제집행에 의하여 채권의 만족을 얻는 경우에도 사법상의 효과로서는 채무자의 임의변제와 차이가 없으므로 그것이 채권자 사이의 공평을 해하는 경우에는 부인권을 행사할 수 있다(통합도산법 제395조).

분행위를 광범위하게 부인하여 총채권자를 위한 공평한 만족을 도모하기 위한 제도임에 비해 채권자취소권은 총채권자를 위한 공평한 만족을 도모하기 위한 제도라고 할 수는 없다.

이러한 점에서 부인권제도와 근본적인 차이가 있다.[12] 즉, 채권자취소권에서는 채권의 내용에 따른 변제인 경우에는 설령 특정채권자에게 변제를 하더라도 선의인 경우는 사해행위가 성립되지 않지만 부인권에서는 특정채권자에 대한 편파적인 변제(통합도산법 제391조 제2호)인 경우에는 부인권이 인정된다. 그리고 채권자취소권의 경우에는 반드시 소에 의하여 행사하여야 하지만 파산의 경우에는 채권자취소권보다 더욱 엄격한 파산절차에 의하여 신중하게 행사되므로 파산신청을 하는 것은 채권자취소권의 행사보다도 한층 어려운 일이라 할 것이다.[13]

2. 債權者代位權

채권자대위권이란 채권자가 채무자에 대한 자기의 채권을 보전하기 위하여 필요한 경우에 채무자의 제3자에 대한 권리를 대위 행사할 수 있는 권리를 말한다.[14] 예컨대, 자력이 없는 채무자가 제3자(즉 제3채무자)에 대하여 채권을 가지고 있음에도 불구하고 이를 행사하지 않고 있는 경우에, 채무자의 금전채권자가 이 채무자의 권리를 행사함으로써 채권자에 갈음하여 제3자로부터 그 급부를 추심해서 채무자의 일반재산에 보태는 것이 전형적인 예이다.

채권자대위권은 채무자의 책임재산의 보전을 목적으로 하는 민법상의 제도로서 채권자취소권과 그 목적에 있어서 공통점이 있다. 하지만 채권자대위권은 채권자가 채무자를 대신해서 채무자의 권리를 행사하는 것이지만, 채권자취소권은 채권자 자신이 자기의 권리로서 권리를 직접 행사하는 점에서 차이가 있다.[15]

그리고 채권자대위권이 행사되더라도 이는 채무자의 권리를 행사하는 것에 그치는 것이어서 제3자에 대해서는 악영향을 끼칠 가능성이 낮은 반면에, 채권자취소권의 경우에는 채무자와 거래한 제3자에 대하여 미치는 영향이 매우 크므로 거래의

12) 편집대표 박준서, 전게서, 36면.
13) 우성호, 전게논문, 7면.
14) 대법원 2000. 6. 9. 선고 98다18155 판결.
15) 편집대표 박준서, 전게서, 37면.

안전을 위협할 소지가 크다.[16]

3. 通情虛僞表示

상대방과 통정하여 하는 진의 아닌 의사표시를 통정허위표시라고 하고 민법 제108조는 이를 무효로 규정하고 있다. 통정허위표시는 표의자의 진정한 의사표시에 대해서 그에 상응하는 법률효과를 부여하기 위한 의사표시제도의 일부분으로서 채권자취소권과 유사한 기능을 하지만 제도의 목적, 요건, 효과가 다른 별개의 제도이다. 가령 채권자취소권은 책임재산보전을 위한 제도이지만, 통정허위표시는 표의자의 진정한 의사표시에 대해 그에 상응하는 법률효과를 부여하기 위한 의사표시제도의 일부분이다. 그러므로 채권자취소권에서의 사해행위와 허위표시무효에서 통정의 허위표시는 사회적 기능이 같더라도 법적으로는 별개의 개념으로 다루어진다.[17]

그런데 통정허위표시가 채권자취소권의 요건을 충족할 경우 허위표시를 한 채무자의 채권자는 채권자취소권을 행사할 수 있는가가 문제가 되는데, 통설에 따르면 무효인 법률행위는 원칙적으로 채권자취소권의 대상이 되지 않으나 가장행위의 취소를 인정할 필요가 있을 때에는 취소를 인정하는 것이 타당하다고 한다.[18] 판례도 통정에 의한 허위표시는 채권자취소권의 대상이 된다고 한다.[19]

그러나 판례의 이러한 입장이 무효인 법률행위를 다시 취소할 수 있다는 의미는 아니다. 허위표시의 무효는 민법 제108조의 규정에 따라 선의의 제3자에 대항하지 못하므로 채무자와 수익자 사이의 법률행위가 허위표시이더라도 전득자가 선의일 때에는 그 법률행위는 그대로 확정될 가능성이 있기 때문에 채무자와 수익자 사이의 법률행위가 객관적으로 사해행위의 요건을 구비하고 있을 때에는 채권자는 전득자에 대한 관계에서 그 행위의 취소를 소구할 수 있다는 것이다.[20]

---

16) 우성호, 전게논문, 7면.
17) 한국현, 채권자취소권의 성질과 효과에 관한 연구, 목포대학교 박사학위논문, 2005, 18면.
18) 김준호, 채권총론(이론, 사례, 판례), 법문사, 2007, 156면; 김주수, 채권총론, 삼영사, 2003, 239면.
19) 대법원 1998. 2. 27. 선고 97다50985 판결.
20) 대법원 1975. 2. 10. 선고 74다334 판결.

4. 租稅法上의 債權者取消權

현행법상 국세징수법 제30조,[21] 지방세법 제61조[22]는 명문으로 채권자취소권을 인정하고 있다. 문제는 세법상의 채권자취소권을 민법상의 채권자취소권과 동일하다고 볼 것인지 여부에 있다. 이에 대해 공법인 세법상의 채권자취소권은 채무자의 무자력을 전제로 하지 않는다는 이유로 민법상의 채권자취소권과는 다르다는 견해[23]와 현행 국세징수법 제30조가 "민법 제406조 및 제407조의 규정을 준용하여 사해행위의 취소를 법원에 청구"하도록 한 취지를 고려하여 양자를 동일하게 보아야 한다는 견해[24]로 나뉘어져 있다.

우리 판례[25]는 "국세징수법 제30조와 동법시행령 제36조가 규정하는 바의 사해행위의 취소소송도 민법 제406조가 정하는 사해행위취소의 소의 일종임이 명백하고, 그 행사에 있어서 민법 규정과 달리 하여야 하는 특별한 규정이 없으므로, 사해행위취소의 소도 민법 제406조 제2항의 제소기간 내에 제기되어야 한다고 할 것이다."라고 하여 후자의 견해를 취하고 있다.

第3節 債權者取消權의 要件

1. 序論

민법 제406조가 규정하고 있는 요건은 객관적 요건으로서 채무자가 채권자를 해하는 법률행위를 할 것과 주관적 요건으로서 채무자 및 수익자 또는 전득자가 사해의 사실을 알 것의 두 가지 요건으로서, 그에 앞서 피보전채권이 존재하여야 함

---

21) 국세징수법 제30조 (사해행위취소) 세무공무원은 체납처분을 집행함에 있어서 체납자가 국세의 징수를 면탈하려고 재산권을 목적으로 한 법률행위를 한 경우에는 민법 제406조 및 제407조의 규정을 준용하여 사해행위의 취소를 법원에 청구할 수 있다.

22) 지방세법 제61조 (사해해위취소) 체납처분을 집행함에 있어서 체납자가 재산압류를 면하고자 고의로 그 재산을 양도하고 양수인이 그 정을 알면서 양수하였을 경우에는 세무공무원은 그 행위의 취소를 요구할 수 있다.

23) 이창희, 세법강의(제4판), 박영사, 2005, 146면.

24) 임승형, 조세법, 박영사, 2005, 208면.

25) 대법원 1991. 11. 8. 선고 91다14079 판결.

은 당연한 요건이다.[26]

그런데 객관적 요건인「채권자를 해한다」함은 일반적으로 사해행위의 전과 후에 각각 채무자의 재산에 Plus와 Minus를 계산하고 그 행위에 의하여 책임재산이 감소하여 채권전액의 변제를 할 수 없게 되는 것이라고 하지만, 단순한 계산상의 판단으로 족한가 아니면 이와 함께 타의 요표, 예컨대 계수상은 변화가 없지만 강제집행이 어려운 다른 재산으로 대체하는 것 등의 요표도 가미하여 판단할 것인가. 상당한 가액에 한 부동산매각행위의 사해성 등의 문제가 있고, 주관적 요건으로서의「알고」란 사해사실의 단순한 인식으로 족한가, 의욕 내지 적극적인 사의가 있는 경우에 비로소 주관적 요건을 충족할 것인가 또는 사해의 정도는 그렇게까지는 높지는 않지만 채무자와 수익자에게 사해가 있는 경우라던가 악의의 정도는 낮지만 사행의 정도가 높은 경우는 어떤가 등 양 요건의 관련성을 어떻게 파악할 것인가가 문제이다.[27]

2. 被保全債權의 存在

가. 債權者의 債權의 存在

채권자취소권은 채권에 종된 권리이므로 채권의 존재는 당연한 이론적 제공이며, 따라서 채무자에 대한 채권자의 피보전채권이 없으면 채권자취소권을 행사 할 수 없다. 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.[28]”고 판시하여 피보전채권의 존재는 채권자취소권 행사의 전제조건임을 분명히 하고 있다.

나. 被保全債權의 種類

26) 지원림, 민법강의(제5판), 홍문사, 2007, 973면.
27) 편집대표 박준서, 전게서, 47면.
28) 대법원 1993. 2. 12. 선고 92다25151 판결.

(1) 金錢債權

명문의 규정이 없는 관계로, 채권자취소권의 피보전채권은 반드시 금전채권이어야 하는가에 대한 물음에 대해서, 판례는 “사해행위취소권은 채무자가 일반채권자의 공동담보를 해치는 법률행위를 구제함을 목적으로 하는 것이므로 사해행위취소권자는 금전지급을 목적으로 하는 채권을 가지는 자임을 요한다.[29]”고 하여 금전채권이 아닌 채권에 기한 채권자취소권 행사를 부정한 바 있다.

하지만 이후 입장을 바꾸어 “사해행위취소권을 행사하는 채무자의 채권은 반드시 금전채권임을 요하지 않고 금전이외의 급부를 목적으로 하는 채권이라도 특정물이 아닌 이상 채무자가 사해의 의사로서 무자력을 가져올 행위를 한 때에는 그 채권자는 이를 행사할 수 있다.[30]”고 하여 피보전채권이 특정물채권이 아니라면 금전적 가치를 가지고 있는 한 불특정물채권이거나 금전채권이거나 상관없이 채권자취소권의 피보전권리가 된다고 하였다.

(2) 特定物債權

금전채권이 아닌 특정채권이 피보전채권이 될 수 있는가. 여기에 관하여 판례는, “채권자취소권은 채권자의 공동담보인 채무자의 책임재산의 감소를 방지하기 위한 것이고 특정채권의 보전을 목적으로 하는 것이 아니므로 특정물에 대한 소유권이전청구권을 보전하기 위해서는 채권자취소권을 행사할 수 없다고 한다.”[31]

채권자취소권은 채권자의 공동담보인 채무자의 책임재산의 감소를 방지하기 위한 것이기 때문으로, 가령 앞의 98다56690 판결에서 채권자취소권을 행사할 수 있다고 한다면, 먼저 성립한 채권을 보존하기 위하여 그와 상충되는 채권을 성립시키는 행위의 효력을 부인할 수 있게 되어, 채권의 상대성의 원칙에 반하게 된다. 그러나 특정채권이 금전채권으로 바뀐 후에 행하여진 사해행위에 대하여는 당연히

29) 대법원 1961. 8. 10. 선고 60다436 판결.
30) 대법원 1965. 6. 29. 선고 65다477 판결.
31) 대법원 1999. 4. 27. 선고 98다56690 판결(부동산의 제1양수인은 자신의 소유권이전등기청구권 보전을 위하여 양도인과 제3자 사이에서 이루어진 이중양도행위에 대하여 채권자취소권을 행사할 수 없다고 하였다).

피보전채권으로 될 수 있다. 가령, 부동산이중양도에서 이행불능으로 인한 전보배상청구권과 같이, 특정채권으로 전환된 경우에는 그렇지 않음에 주의해야 한다.[32]

(3) 物的 擔保를 隨伴하는 債權

질권 · 저당권과 같은 물적 담보에 의하여 담보되는 채권은 우선변제를 받지 못하는 범위에서만 취소권을 행사할 수 있다.[33] 판례도 같은 입장에서, 주채무자 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 인정된다고 한다.[34]

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 · 입증할 것이라고 한다.[35] 나아가 채권자의 채권원리금이 그 우선변제권에 의하여 전액 담보되지 아니하는 경우에는, 변제충당의 법리를 유추 적용하여 사해행위 시점에서는 이자채권이 원금채권에 우선하여 우선변제권에 의하여 담보되고 있다고 볼 것이므로, 담보되지 않은 부분 가운데에는 원금에 해당하는 금원이 포함되어 남아 있게 될 것이다.

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[36]에 해당하는 채무원리금 및 그 중 원금부분에 대한 사실심 변론종결시점까지 발생한 지연이자 상당의 금원이 이에 해당한다고 한다.[37]

---

32) 지원림, 전게서, 973면.
33) 송덕수, 신민법강의(제5판), 박영사, 2012, 1087면.
34) 대법원 2002. 4. 12. 선고 2000다63912 판결.
35) 대법원 2010. 1. 28. 선고 2009다30823 판결.
36) 대법원 2010. 2. 11. 선고 2009다81616 판결.
37) 대법원 2001. 12. 11. 선고 2001다64547 판결.

(4) 人的 擔保를 隨伴하는 債權

채무자가 보증인 · 연대채무자 등의 인적 담보를 가지는 경우에는 이들 인적 담보자가 채무를 변제함에 충분한 능력을 가지고 있다 하더라도 채권자취소권을 행사할 수 있다.[38]

(5) 財産分割請求權

재산명의인인 배우자가 혼인 중 상대방 배우자와 다툼과 불화가 심해지면 멀지 않은 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.[39]

2007. 12. 21. 법률 제8720호로 「재산분할청구권 보전을 위한 사해행위취소권」이라는 표제로 민법 제839조의 3이 새로이 도입되어, 협의상 이혼한 자의 재산분할청구권을 보전하기 위하여서 채권자취소권을 행사할 수 있도록 하여, 부부의 일방이 다른 일방의 재산분할청구권 행사를 해함을 알면서도 재산권을 목적으로 하는 법률행위를 한 때에는, 다른 일방은 민법 제406조 제1항을 준용하여 그 취소 및 원상회복을 가정법원에 청구할 수 있게 되었고, 그 소는 민법 제406조 제2항의 기간 내에 제기하여야 한다.[40]

(6) 債務者가 破散節次에서 免責決定을 받은 債權

채권자취소권은 채무자의 책임재산을 보전하기 위한 제도로서 채무자에 대하여 채권을 행사할 수 있음이 전제되어야 할 것인바, 채무자가 파산절차에서 면책결정

38) 편집대표 박준서, 전게서, 56면.
39) 박주영, 재산분할청구권 보전을 위한 채권자취소권의 인정요건에 관한 검토, 법조 제60권 제2호, 법조협회, 2011, 50면.
40) 송덕수, 전게서, 1087면.

을 받은 때에는 파산채권을 피보전채권으로 하여 채권자취소권을 행사하는 것은 그 채권이 채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제566조 단서의 예외사유에 해당하지 않는 한 허용되지 않는다.[41]

다. 被保全債權의 成立時期

채권자의 채권은 사해행위가 있기 전에 발생한 것이어야 한다. 사해행위 이후에 발생한 채권은 사해행위에 의하여 침해될 수가 없기 때문이다. 다만, 판례는 이러한 원칙의 예외를 인정하고 있다. 즉, 사해행위 당시에 이미 채권 성립의 기초가 되는 법률관계가 발생되어 있고, 가까운 장래에 그 법률관계에 기하여 채권이 성립되리라는 것에 대한 고도의 개연성이 있으며, 실제로 가까운 장래에 그 개연성이 현실화되어 채권이 성립된 경우에는, 그 채권도 채권자취소권의 피보전채권이 될 수 있다고 한다.[42]

3. 詐害行爲

가. 序說

민법 제406조 제1항에 의하면 사해행위를「채권자를 해하는 채무자의 재산권을 목적으로 하는 법률행위」라고 규정하고 있다. 채권자취소권의 대상이 되는 행위는 채무자가 한 채권자를 해하는 법률행위 중 재산권을 목적으로 한 행위에 한정되고,[43] 그 요건은 아래와 같다.

나. 債務者의 法律行爲

채무자가 행한 행위만 사해행위로서 취소할 수 있으며, 채무자 이외의 자가 행한

41) 대법원 2008. 6. 26. 선고 2008다25978 판결.
42) 대법원 2004. 11. 12. 선고 2004다40955 판결.
43) 편집대표 박준서, 전게서, 58면.

행위는 취소하지 못하고, 사해행위는 원칙적으로 법률행위 및 준법률행위상의 의사표시가 있었던 것처럼 다루어지는 경우에도 취소할 수 있다고 새겨야 하고, 사해행위가 법률행위인 경우 그것은 종류를 묻지 않으며, 따라서 계약뿐만 아니라 단독행위나 합동행위라도 무방하다[44].

법률행위가 무효인 경우에는 채권자취소권을 행사할 수 없는가의 문제는 주로 허위표시행위에 관하여 논의되고 있는데, 이와 관련한 판례는 채무자의 법률행위가 통정허위표시인 경우에도 채권자취소권의 대상이 된다고 하고,[45] 채권자취소권의 대상으로 된 채무자의 법률행위라도 허위표시의 요건을 갖춘 경우에는 무효라고 한다.[46]

다. 財産權을 目的으로 하는 法律行爲

최소의 대상이 되는 사해행위는 매매 · 대물변제 · 저당권설정과 같이 직접 재산권을 목적으로 하는 법률행위 이어야 하고, 이는 채무자의 자유를 침해하지 않기 위한 것이므로, 혼인 · 입양 · 인지 등과 같이 직접 재산권을 목적으로 하지 않는 행위는 취소할 수 없다.[47] 그리고 재산행위일지라도 채무자의 자유의사에 맡겨야 하는 행위는 원칙적으로 취소할 수 없다.[48]

예외적으로, 채무자가 협의이혼을 하면서 배우자에게 상당한 정도를 넘는 과대한 재산분할을 하는 특별한 사정이 있는 경우에는 상당한 부분을 초과하는 부분에 대하여 취소하고 있고,[49] 채무자가 상속재산의 분할협의를 하면서 상속재산에 관한 권리를 포기함으로써 재산분할 결과가 구체적 상속분에 상당하는 정도에 미달하는 과소한 경우에는 미달한 부분에 한하여 취소할 수 있다.[50]

라. 債權者를 害하는 法律行爲일 것

44) 김형배, 민법학강의, 신조사, 2007, 1012면; 지원림, 전게서, 975면.
45) 대법원 1963. 11. 28. 선고 63다493 판결.
46) 대법원 1998. 2. 27. 선고 97다50985 판결.
47) 송덕수, 전게서, 1090면.
48) 대법원 2011. 6. 9. 선고 2011다29307 판결(상속포기는 민법 제406조 제1항에서 정하는 재산권에 관한 법률행위에 해당하지 않는다고 한다).
49) 대법원 1984. 7. 24. 선고 84다카68 판결.
50) 대법원 2007. 7. 26. 선고 2007다29119 판결.

(1) 序論

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.[51]

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.[52]

(2) 資力 算定

채무자의 자력을 산정함에 있어서는 채무자의 신용 등도 포함하여야 하며, 조건부 채권 · 기한부 채권도 평가 · 가산하여야 하고,[53] 채권을 평가하는 경우에는 그것이 용이하게 변제받을 수 있는 때에만 포함시켜야 하며, 압류금지재산은 공동담보가 될 수 없으므로 이를 적극재산에 포함시켜서는 안 된다.[54]

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,[55] 그 부분만을 적극재산으로 보아야 한다.

---

51) 대법원 1962. 11. 15. 선고 62다634 판결.
52) 대법원 2010. 9. 30. 선고 2007다2718 판결; 대법원 2011. 10. 13. 2011다28045 판결.
53) 송덕수, 전게서, 1091면.
54) 대법원 2005. 1. 28. 선고 2004다58963 판결(압류금지재산은 민사집행법 제246조에서 규정하고 있다).
55) 대법원 2007. 7. 26. 선고 2007다23081 판결.

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.[56]”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 한다.[57]”고 한다.

만약 채무자가 연속하여 수개의 재산처분행위를 한 경우에는 전체로서가 아니고 각 행위에 대하여 무자력을 초래하였는지를 검토하여야 하고,[58] 그 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 특별한 관계가 있는지, 처분의 동기 내지 기회가 동일한지 등이 구체적 기준이 되어야 하고,[59] 그 밖에 채권자가 취소권을 행사하는 때, 즉 사실심의 변론종결 당시에도 무자력이어야 한다.[60]

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.[61]

(3) 具體的인 境遇

56) 대법원 2002. 11. 8. 선고 2002다41589 판결.
57) 대법원 1998. 3. 10. 선고 97다51919 판결.
58) 대법원 2001. 4. 27. 선고 2000다69026 판결.
59) 대법원 2006. 9. 14. 선고 2005다74900 판결.
60) 대법원 2007. 11. 19. 선고 2007다54849 판결.
61) 대법원 2009. 3. 26. 선고 2007다63102 판결.

(가) 不動産의 賣却 其他 讓渡

부동산을 타인에게 무상으로 양도하는 행위는 사해행위가 되는 것이 당연한 것이나,[62] 부동산을 양도 매각한 경우가 문제 된다. 통설은 상당한 가격의 매각행위는 채무자와 수익자 사이의 통모의 경우를 제외하고는 사행성을 부정하는데, 그 이유는 ① 매각대금의 사용의 용도에 따라 사해행위 성부를 결정하는 것은 법률관계를 극도로 불안정하게 한다는 것과, ② 취소에 의하여 직접적으로 손해를 입은 자는 채무자가 아니고 제3자인 점, ③ 일반인으로 하여금 채무초과자와의 거래를 불필요하게 경계하게 되고, ④ 시가상당으로 처분한 이상 채무자의 공동담보에 어떤 변화도 없다는 등의 이유이다.[63]

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.[64] 그리고 채무초과의 상태에서 채권자 1인과 통모하여 그에게 부동산을 매각한 뒤 그의 매매대금채권과 그 채권자의 채권을 상계한 경우에 관하여 사해행위를 인정하였다.[65]

그러나 연대보증인이 그의 유일한 재산을 처분하였더라도, 주채무의 전액에 관하여 주채무자 또는 제3자의 부동산으로 이미 우선변제권이 확보되어 있었다면, 사해행위가 아니라고 한다.[66]

그에 비하여 채권자에게 우선변제권이 확보되어 있는 경우가 아닌 이상 주채무자의 일반적인 자력은 고려할 요소가 아니므로, 공사대금채무의 연대보증인이 그 채무를 감당할 만한 유일한 부동산을 처분한 경우 연대보증인이 그 부동산을 처분할 당시 주채무자가 채무초과 상태가 아니었다고 하더라도 그러한 사정만으로 그 부동산의 처분이 사해행위에 해당하지 않는다고 볼 수는 없다고 한다.[67] 나아가 판례는 이러한 경우 주채무의 보증인이 있더라도 채무자가 보증인에 대하여 부담

62) 대법원 1990. 11. 23. 선고 90다카27198 판결.
63) 편집대표 박준서, 전게서, 78면.
64) 대법원 2001. 4. 24. 선고 2000다41875 판결.
65) 대법원 1994. 6. 14. 선고 94다2961 판결.
66) 대법원 2000. 12. 8. 선고 2000다21017 판결.
67) 대법원 2003. 7. 8. 선고 2003다13246 판결.

하는 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.[68]

채무자가 채무초과의 상태에서 근저당권이 설정된 부동산을 매도하는 경우에는, 부동산 가액에서 피담보채권액을 공제한 잔액의 범위 내에서는 사해행위가 된다.[69] 계약명의신탁 약정의 명의수탁자가 채무초과 상태에서 명의신탁자나 그가 지정하는 사람에게 신탁부동산을 양도하는 행위가 사해행위에 해당하는지는 그 수탁자가 신탁부동산의 소유권을 취득하는가에 따라 다르다.

부동산에 관하여 부동산실명법 제4조 제2항 본문이 적용되어 명의수탁자인 채무자 명의의 소유권이전등기가 무효인 경우에는, 그 부동산은 채무자의 소유가 아니기 때문에 이를 채무자의 일반 채권자들의 공동담보로 되는 책임재산이라고 볼 수 없고, 채무자가 그 부동산에 관하여 제3자와 매매계약을 체결하고 그에게 소유권이전등기를 마쳐주었다고 하더라도 그로써 채무자의 책임재산에 감소를 초래한 것이라고 할 수 없으므로, 채무자의 일반 채권자들을 해하는 사해행위라고 할 수 없으며, 채무자가 사해의 의사가 있다고 볼 수도 없으나, 명의신탁자와 명의수탁자가 이른바 계약명의신탁 약정을 맺고 명의수탁자가 당사자가 되어 명의신탁 약정이 있다는 사실을 알지 못하는 소유자와의 사이에 부동산에 관한 매매계약을 체결한 후 그 매매계약에 따라 당해 부동산의 소유권이전등기를 명의수탁자 명의로 마친 경우에는, 명의신탁자와 명의수탁자 사이의 명의신탁 약정의 무효에도 불구하고 부동산실명법 제4조 제2항 단서에 의하여 그 명의수탁자는 당해 부동산의 완전한 소유권을 취득하게 되고 다만 명의신탁자에 대하여 그로부터 제공받은 매수자금 상당액의 부당이득 반환의무를 부담하게 된다.

위와 같은 경우에 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 해하

68) 대법원 209. 6. 23. 선고 2009다549 판결.
69) 대법원 1996. 5. 14 선고 95다 50875 판결.

는 것으로서 다른 채권자들에 대한 관계에서 사해행위가 된다.[70]

또한, 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.[71]

(나) 辨濟 및 代物辨濟

특정한 채권자에 대한 변제가 사해행위로 되는가에 관하여 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.[72]

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 변제자력이 없게 되었더라도 사해행위가 성립된다고는 볼 수 없다고 한다.[73]

변제의 경우에는 적극재산뿐만 아니라 소극재산도 감소하게 하여 채무자의 책임재산에 변동을 가져오지 않을뿐더러 채무자는 변제를 거절하지 못하기 때문이다.[74] 그렇다면, 채무이행을 위하여 부동산을 양도하는 것도 상당한 가격으로 평가되었으면 사해행위가 아니라고 하게 된다.[75]

그리고 채무자가 이전부터 있는 채무의 변제를 위하여 약속어음을 발행하는 행위도 소극재산을 증가시키는 것이 아니므로 그것만으로는 사해행위라고 단정하기 어렵지만,[76] 새로운 약속어음을 발행하는 행위는 사해행위로 볼 수 있다.[77]

---

70) 대법원 2008. 9. 25. 선고 2007다 74874 판결.
71) 대법원 2009. 3. 26. 선고 2007다63102 판결.
72) 지원림, 전게서, 978면; 김형배, 전게서, 1015면; 송덕수, 전게서, 1093면.
73) 대법원 1967. 4. 25. 선고 67다75 판결.
74) 송덕수, 전게서, 1093면.
75) 대법원 1981. 7. 7. 선고 80다2613 판결.
76) 대법원 2002. 8. 27. 선고 2002다27903 판결.

대물변제도 상당한 가격으로 행하여진 경우에는 사해행위가 아니다.[78] 다만, 채무자가 특히 일부의 채권자와 통모하여 다른 채권자를 해할 의사를 가지고 대물변제를 한 때는 사해행위가 되고,[79] 채무자의 재산이 채무의 전부를 변제하기에 부족한 경우에 그의 유일한 재산인 부동산으로 대물 변제하였다면 그러한 행위는 특별한 사정이 없는 한 사해행위가 된다.[80]

대물변제나 담보조로 제공된 재산이 채무자의 유일한 재산이 아니거나 그 가치가 채권액에 미달한다고 하여도 마찬가지이다.[81] 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 한 뒤, 다만 이러한 경우에도 사해성의 일반적인 판단기준에 비추어 그 행위가 궁극적으로 일반채권자를 해하는 행위로 볼 수 없는 경우에는 사해행위의 성립이 부정 될 수 있다고 하였다.[82]

그에 비하여 우선변제권 있는 채권자에 대한 대물변제의 제공행위는 특별한 사정이 없는 한 다른 채권자들의 이익을 해한다고 볼 수 없어 사해행위가 되지 않는다.[83]

(다) 物的 擔保의 提供

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 하여야 한다.

다만, 그러한 경우라 할지라도 사업을 계속 추진하기 위하여, 특히 신규자금을 융통받기 위하여 부득이 특정한 채권자에게 담보로 제공하는 것과 같은 특별한 사

77) 대법원 2002. 10. 25. 선고 2000다64441 판결.
78) 대법원 1962. 11. 15. 선고 62다634 판결.
79) 대법원 2003. 6. 24. 선고 2003다1205 판결.
80) 대법원 1990. 11. 23. 선고 90다카27198 판결.
81) 대법원 2007. 7. 12. 선고 2007다18218 판결.
82) 대법원 2010. 9. 30. 선고 2007다2718 판결.
83) 대법원 2008. 2. 14. 선고 2006다33357 판결.

정이 있는 때에는 사해행위가 아니다.[84]

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 해당한다고 한다.[85]

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 볼 수는 없다고 한다.[86]

그리고 수익자가 채무초과 상태에 있는 채무자의 부동산에 관하여 설정된 선순위 담보가 등기의 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 기하여 소유권이전등기 청구권 보전의 가등기를 한 경우에는 부동산가액에서 피담보채무액을 공제한 잔액의 범위 내에서 사해행위가 성립한다고 한다.[87]

주의할 것은, 사해행위가 되려면 물적 담보가 제공되는 재산이 채무자의 것이어야 한다는 점이다. 따라서 가령 부동산실명법상 무효인 명의 신탁에 기하여 부동산에 관하여 채무자 명의로 등기가 된 뒤에, 그 위에 근저당권등기를 한 행위는 사해행위가 아니다.[88] 채무자가 그러한 부동산에 관하여 제3자와 매매 예약을 체결하고 그 제3자에게 소유권이전등기를 마쳐준 때에도 마찬가지이다.[89]

---

84) 대법원 2001. 5. 8. 선고, 2005다50015 판결.
85) 대법원 2009. 3. 12. 선고, 2008다 29215 판결.
86) 대법원 2008. 2. 14. 선고, 2005다47106 판결.
87) 대법원 2003. 7. 11. 선고, 2003다19435 판결.
88) 대법원 2000. 3. 10. 선고, 99다55069 판결.
89) 대법원 2007. 12. 27. 선고, 2005다54104 판결.

가압류된 부동산에 근저당권을 설정하는 행위는 원칙적으로 사해행위가 아니나, 가압류채권자의 실제 채권액이 가압류 채권금액보다 많은 경우에는 그 초과하는 부분에 관하여는 사해행위가 된다.[90] 가압류된 부동산에 채무자가 제 3자를 위하여 근저당권을 설정하여 주는 물상보증행위는, 그 부동산의 담보가치만큼 채무자의 총재산에 감소를 가져오는 것이므로, 그 물상보증으로 책임재산이 부족하게 되거나 그 상태가 악화되는 경우에는 사해행위가 된다.[91]

그리고 신축건물의 도급인이 민법 제666조가 정한 수급인의 저당권설정청구권의 행사에 따라 공사채금채무의 담보로 그 건물에 저당권을 설정하는 행위는 특별한 사정이 없는 한 사해행위에 해당하지 않는다.[92]

판례는, 주택임대차보호법 제8조의 소액보증금 최우선변제권은 임차목적 주택에 대하여 저당권에 의하여 담보된 채권, 조세 등에 우선하여 변제받을 수 있는 일종의 법정담보물권을 부여한 것이므로, 채무자가 채무초과상태에서 채무자 소유의 유일한 주택에 대하여 위 법조 소정의 임차권을 설정해 준 행위는 채무초과상태에서의 담보제공행위로서 채무자의 총재산의 감소를 초래하는 행위가 되는 것이고, 따라서 그 임차권설정행위는 사해행위취소의 대상이 된다고 한다.[93]

(라) 人的 擔保의 負擔

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.[94]

4. 債務者 등의 惡意

90) 대법원 2008. 2. 28. 선고, 2007다77446 판결.
91) 대법원 2010. 1. 28. 선고, 2009다90047 판결.
92) 대법원 2008. 3. 27. 선고, 2007다78616 · 78623 판결.
93) 대법원 2005. 5. 13. 선고, 2003다50771 판결.
94) 대법원 2003. 7. 8. 선고, 2003다13246 판결.

가. 債務者의 惡意

채권자취소권이 인정되려면 채무자가 사해행위에 의하여 채권자를 해함을 알고 있었어야 한다(406조 1항 본문). 이것을「사해의 의사」라고 한다. 그러나 이는 적극적인 의욕이 아니고 소극적인 인식으로 충분하다.[95] 그것도 특정한 채권자를 해한다는 것을 인식할 필요는 없고, 일반적으로 채권자를 해한다는 것 즉 공동담보에 부족이 생긴다는 것을 알고 있으면 된다.[96]

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.[97]

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.[98]

나. 受益者 또는 轉得者의 惡意

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.

수익자 또는 전득자의 악의는 채권자가 입증할 필요가 없고, 책임을 면하려는 수익자 또는 전득자가 그들의 선의를 입증하여야 한다.[99] 그런데 판례는 수익자의 선의 여부는 채무자와 수익자의 관계, 채무자와 수익자 사이의 처분행위의 내용과

---

95) 대법원 2009. 3. 26. 선고 2007다63102 판결.
96) 대법원 1998. 5. 12. 선고 97다57320 판결.
97) 대법원 2010. 6. 10. 선고 2010다12067 판결.
98) 대법원 2000. 12. 8. 선고 99다31940 판결.
99) 대법원 1962. 2. 8. 선고 61다722 판결.

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 할 것이라고 한다.[100]

한편 사해행위취소 소송에서는 수익자의 선의 여부만이 문제되고, 수익자의 선의에 과실이 있는지 여부는 문제되지 않는다.[101] 사해행위인지가 문제되는 법률행위가 대리인에 의하여 이루어진 때에는 수익자의 사해의사 또는 전득자의 사해행위에 대한 악의의 유무는 대리인을 표준으로 결정하여야 한다.[102]

第4節 債權者取消權의 行使

1. 債權者取消權의 當事者

가. 取消權者

채권자취소권자는 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.[103]

채권자취소소송은 이행의 소와 형성의 송의 결합이므로 이행의 소를 제기할 수 있는 자, 즉 그러한 청구권이 있다고 주장하는 자이면 모두 원고적격이 인정된다. 따라서 법원은 사건을 심리함에 있어, 첫째, 원고에게 채무자에 대한 피보전채권이 있는지, 둘째, 채무자와 수익자 또는 전득자 사이의 사해행위가 취소의 대상적격이 되는지를 판단하여야 한다.[104]

첫째 요건인 채권자에게 채무자에 대한 채권이 없는 사실이 증명된 경우에 이를 소송요건, 즉 당사자적격의 문제로 보고 소를 기각하여야 한다는 견해도 있으나 이

100) 대법원 2008. 7. 10. 선고 2007다74621 판결.
101) 대법원 2007. 11. 29. 선고 2007다52430 판결.
102) 대법원 2006. 9. 8. 선고 2006다22661 판결.
103) 편집대표 박준서, 전게서, 86면.
104) 오시영, 채권자취소권, 숭실대학교 출판부, 2010, 262면.

는 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 할 것이다.[105]

반면에 채권자대위소송에서 채권자가 채무자에 대한 피보전채권이 없음이 판명된 경우에는 채권자대위소송의 당사자적격의 흠결에 해당되기 때문에 청구기각 판결을 할 것이 아니라 소각하 판결을 하여야 한다.[106]

나. 相對方

채권자취소권 행사의 상대방 즉 취소소송의 피고는 이익반환청구의 상대방인 수익자 또는 전득자이며, 채무자만이 피고로 되거나 채무자를 피고에 추가할 수 없다.[107] 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.[108]

또한 판례는 “채권자의 사해행위취소 및 원상회복청구가 인정되면, 수익자 또는 전득자는 원상회복으로서 사해행위의 목적물을 채무자에게 반환할 의무를 지게 되고, 원물반환이 불가능하거나 현저히 곤란한 경우에는 원상회복의무의 이행으로서 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.

---

105) 편집대표 박준서, 전게서, 86면.
106) 대법원 1993. 2. 12. 선고 92다25151 판결.
107) 대법원 1965. 2. 24. 선고 64다1541 판결; 대법원 2009. 1. 15. 선고 2008다72394 판결.
108) 송덕수, 전게서, 1102면.

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 경우를 말하고, 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 원상회복의무는 법률상 이행불능의 상태에 있다고 봄이 상당하다."[109]고 하여, 원물반환이 불가능한 수익자를 피고로 하여 가액배상을 구하거나 전득자를 상대로 하여 원물반환을 구할 수도 있다고 하여, 채권자는 수익자와 전득자 중에서 선택적으로 청구할 수 있다.

2. 取消權의 行使方法

가. 債權者의 이름으로 行使

채권자취소권은 민법 제406조에 근거한 실체법상의 권리로서 채권자의 고유한 권리로서, 채권자는 모든 채권자들의 공동담보를 확보하기 위하여 고유의 채권자취소권을 가진다 할 것이며, 채무자는 이러한 권리를 가지지 못하므로, 채권자취소권을 행사하는 채권자는 자기의 이름으로 직접 행사하는 것이지, 채무자의 이름으로 행사하는 것이 아니고, 채무자의 대리인으로서 행사하는 것도 아니며, 채무자의 권리를 대위하여 행사하는 것도 아니다.[110]

나. 裁判상 請求

민법 제406조 제1항은 "채권자는 그 취소 및 원상회복을 법원에 청구할 수 있다."고 하여 채권자취소권의 행사를 재판상 청구하도록 제한하고 있다. 이와 같이

109) 대법원 1998. 5. 15. 선고 97다58316 판결.
110) 오시영, 전게서, 270면.

반드시 재판상 행사하여야 하는 것으로 하는 것은, 채권자취소권은 제3자의 이해에 중대한 관계가 있으므로, 법원으로 하여금 취소권의 요건을 판단케 하고, 아울러 이를 다른 채권자에게 공평하기 위해서이다.[111]

"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."[112]고 하여 청구취지를 사해행위의 취소 및 원상회복을 명하는 방법으로 제기하는 것으로 이해한다.

소의 성질은, 취소만을 요구하는 경우에는 형성의 소이고, 취소하고 아울러 재산의 반환도 청구하는 때에는 형성의 소와 이행의 소를 합한 것이고, 어느 경우에나, 판결주문에서 사해행위의 취소를 명하여야 한다.[113]

3. 債權者取消訴訟의 競合

가. 競合의 問題

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.[114]

또한, 판례는 "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

111) 곽윤직, 채권총론(민법강의Ⅲ), 박영사, 2013, 154면.
112) 대법원 1995. 7. 25. 선고 95다8393 판결; 대법원 1998. 3. 13. 선고 95다48599 · 48605 판결.
113) 곽윤직, 전게서, 154면.
114) 대법원 1997. 9. 9. 선고 97다10864 판결.

명하여야 한다."[115]고 하는 바, 각각 채권자는 동시 또는 이시에 각각의 채권자취소소송을 제기할 수도 있다.

이러한 경우에 법원에 계속 중인 여러 소송에 대한 각 판결은 서로 기판력이 미치지 않는 관계이나, 한편으로는, 채무자의 책임재산 회복이라는 공동 목적을 가지고 있고, 또한 어느 한 소송에 대한 판결이 확정되어 그에 기하여 재산이나 가액의 회복을 마치면, 다른 소송은 그와 중첩되는 범위에서 권리보호의 이익이 없어지게 되는 특수한 관계에 있다고 할 수 있는 관계로, 법원은 각 취소채권자의 이해관계를 조절하기 위하여 어떻게 심리하여 어떠한 내용의 판결을 해야 하는지 문제가 있다.

특히, 원상회복의 방법으로 원물반환을 명할 경우에는 "수익자 또는 전득자는 취소 목적물을 채무자에게 반환하라."는 단일한 주문이 선고되어, 수익자 또는 전득자에게 이중지급의 위험성도 없으므로 별다른 문제는 없으나, 가액배상의 경우 채권자별로 판결내용이 달라지는 등의 여러 가지 복잡한 문제를 야기할 수 있다. 실제 실무에 있어서도 동일한 채무자를 상대로 수인의 채권자들이 개별적으로 소송을 제기하여 상이한 내용의 가액배상을 명하는 판결이 선고 되어 문제가 발생되는 경우가 있다.

나. 倂合審理되지 아니하는 境遇

수개의 채권자취소소송이 병합 심리되지 않은 상태에서 어느 하나의 취소 소송의 판결이 선고되어 확정된 경우 후행 취소소송에서 선행 판결을 존중하여 각 채권액의 비율만큼 안분하여 지급을 명하는 가액판결을 하여야 하는지 문제된다.[116]

판례[117]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, 수익자(전득자를 포함한다)가 가액배상을 하여야 할 경우에도 수익자가 반환하여야 할 가액을 채권자의 채

115) 대법원 2005. 11. 25. 선고 2005다51457 판결.
116) 홍진표, 채권자취소소송과 그 집행(여러채권자의 이해관계의 중심으로), 한양대학교 석사학위논문, 2010, 48면.
117) 대법원 2008. 4. 24. 선고 2007다84352 판결.

권액에 비례하여 채권자별로 안분한 범위 내에서 반환을 명할 것이 아니라, 수익자가 반환하여야 할 가액 범위 내에서 각 채권자의 피보전채권액 전액의 반환을 명하여야 한다."고 하면서 "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 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."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 자신(수익자)이 이중으로 채권자에게 가액을 반환하게 될 위험에 처하게 될 때에는 청구이의의소로 항변하라는 것으로, 채권자를 보호하고 있다.

다. 倂合審理되는 境遇

채권자인 원고들의 피보전채권액의 합계가 가액배상 한도액보다 적은 경우는, 그 원상회복으로 원고들의 각 청구액대로 가액배상을 명하면 되므로 큰 문제는 없다.[118] 판례는 "원고들의 피보전채권액 합계가 가액배상 한도액을 초과하는 경우가 문제가 된다.

채권자취소권의 요건을 갖춘 각 채권자는 고유의 권리로서 채무자의 재산처분행위를 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. 이와 같은 법리는 여러 명의 채권자들이 제기한 각 사해행위취소 및 원상회복청구의 소가 민사소송법 제141조

118) 대법원 2008. 6. 12. 선고 2008다8690 · 8706 판결.

에 의하여 병합되어 하나의 소송절차에서 심판을 받는 경우에도 마찬가지이다."[119]고 하여, 수익자가 반환하여야 할 가액 범위 내에서 각 채권자의 피보전채권액 전액의 반환을 명하여야 한다고 한다.

4. 受益者 또는 轉得者의 債務者의 消滅時效 抗辯權 援用 與否

가. 消滅時效 抗辯權 援用의 問題

채권자취소소송을 제기당한 수익자 또는 전득자가 취소소송을 제기한 채권자의 채무자에 대한 피보전채권의 소멸시효 완성에 대한 항변권, 즉 채무자의 채권자에 대한 소멸시효 항변권을 원용할 수 있느냐 여부이다.

나. 大法院의 見解

원용부정설은, 소멸시효를 주장할 것인지 여부는 채무자의 고유권한으로 채무자가 소멸시효 완성된 채권의 변제를 승인하거나 소멸시효 이익을 포기할 수 도 있는 것이므로 이를 제3자인 수익자나 전득자가 원하는 것은 부당하다고 하는 것이고, 원용긍정설은 채권자취소소송에서 수익자 또는 전득자가 채무자의 시효항변권을 원용할 수 없어 패소하여 사해행위 취소 및 원상회복의 판결이 났는데, 그 후 채권자와 채무자의 별도 소송에서 채무자가 시효항변을 주장하여 채권자의 청구가 받아들여지지 않으면 피보전채권이 부존재한 것으로 판결이 났음에도 채권자취소권은 기왕에 인용되어 양 판결의 결과가 다르게 됨으로써 문제가 되므로 이를 긍정하여야 한다고 한다.[120]

판례는 "소멸시효를 원용할 수 있는 사람은 권리의 소멸에 의하여 직접 이익을 받는 자에 한정되는바, 사해행위취소소송의 상대방이 된 사해행위의 수익자는, 사해행위가 취소되면 사해행위에 의하여 얻은 이익을 상실하고 사해행위취소권을 행

119) 대법원 2008. 6. 12. 선고 2008다8690 판결.
120) 오시영, 전게서, 278면.

사하는 채권자의 채권이 소멸하면 그와 같은 이익의 상실을 면하는 지위에 있으므로, 그 채권의 소멸에 의하여 직접 이익을 받는 자에 해당하는 것으로 보아야 한다."고 하여, 원용긍정설을 취하고 있다.[121]

第5節 債權者取消權의 消滅

1. 債權者取消權의 行使期間

독일의 경우에는 10년 내에 행사하여야 하고 법률행위가 있는 후 30년이 경과하면 소멸한다고 규정하고(채권자취소법 제3조 제1항 제1호 및 동조 b), 프랑스에서는 별도의 규정이 없고 소권의 일반원칙에 따라 30년의 시효로 소멸한다고 하고(프랑스 민법 제2262조), 일본민법 제426조는 취소의 원인을 안 때로부터 2년, 사해행위가 있는 때로부터 20년의 시효로 소멸한다고 규정하고 있다.[122]

반면, 우리나라는, 채권자취소소송은 채권자가 취소원인을 안날로부터 1년, 법률행위가 있는 날로부터 5년 내에 제기하여야 한다고 규정하고 있다(민법 제406조 제2항). 즉, 채권자취소권은, 보통의 취소권과는 달라서 법률행위의 성립요건에 흠이 있다는 것이 아니라, 일단 유효하게 성립한 법률행위를 공동담보의 보전을 위하여 취소하는 것이므로, 제3자에게 미치는 영향이 크기 때문에, 특히 단기소멸시효기간을 두어 법률관계를 빨리 확정하려는 것이다.[123]

2. 期間의 性質

기간의 성질을 제척기간으로 보고 있는 바,[124] 소멸시효와는 달리 상대방으로부터 기간이 경과하였다는 주장이 없더라도 법원이 직권으로 기간경과에 의한 권리소멸 여부를 심리 · 판단하여야 한다.[125] 다만 법원에 현출된 모든 소송자료를 통

121) 대법원 2007. 11. 29. 선고 2007다54849 판결.
122) 편집대표 박준서, 전게서, 114면.
123) 곽윤직, 전게서, 156면.
124) 대법원 1980. 7. 22. 선고 80다795 판결.
125) 대법원 2001. 2. 9. 선고 2000다65536 판결.

하여 살펴보았을 때 그 기간이 도과되었다고 의심할 만한 사정이 발견되지 않은 경우까지 법원이 직권으로 추가적인 증거조사를 하여 기간 준수 여부를 확인하여야 할 의무는 없다.[126]

3. 期間의 起算點

가. 取消原因을 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,[127] 사해의 객관적 사실을 알았다고 하여 취소의 원인을 알았다고 추정되는 것도 아니다.[128]

나. 法律行爲 있는 날

여기서의 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 하고, 형식적인 증거에 근거할 것이 아니라 실제로 사해행위가 이루어진 날을 표준으로 판정할 것이다.[129]

등기일자의 경우에는 등기의 추정력과의 관계상 다른 특별한 사정이 없는 한 처분문서에 기초한 것으로 보이는 등기부상 등기원인일자를 중심으로 사해행위가 실제로 있었는지 여부를 판정할 수밖에 없다.[130] 그러나 등기원인일자가 실제 사해행위를 한 일자보다 소급한 일자임을 원고가 밝힌 경우에는 실제 일자를 기준으로 하여야 함은 물론이다.[131]

---

126) 대법원 1996. 5. 14. 선고 95다50875 판결; 대법원 2001. 2. 27. 선고 2000다44348 판결.
127) 대법원 2003. 12. 12. 선고 2003다30616 판결.
128) 대법원 1989. 9. 12. 선고 88다카26475판결.
129) 이순동, 채권자취소권, 육법사, 2010, 460면.
130) 대법원 2002. 11. 8. 선고 2002다41589 판결.
131) 대법원 2002. 7. 26. 선고 2001다73138 · 73145.

다. 假登記에 기한 所有權移轉登記의 本登記가 終了 된 境遇

가등기와 본등기의 각 원인이 명백하게 다르지 아니한 경우 채권자취소권행사의 제척기간의 기산점은 가등기의 등기원인인 법률행위를 기준으로 기산한다.[132] 또한 채권자가 가등기의 원인행위가 사해행위임을 안 때부터 1년 내에 가등기의 원인행위에 대하여 취소의 소를 제기하였다면, 본등기의 원인행위에 대한 취소청구는 가등기와 그 원인이 명백히 다르지 않다면, 그 원인행위에 대한 제척기간이 경과한 후 제기하더라도 적법하다고 한다.[133]

라. 受益者와 轉得者의 除斥期間 起算

사해행위라는 것은 수익자와 전득자간의 행위가 아니라, 채무자와 수익자간의 행위이므로, 전득자를 상대로 소송을 제기할 경우에도 사해행위인 후자를 기준으로 제척기간을 기산하여야 한다.[134]

第3章 原物返還 및 價額賠償의 原則

第1節 原物返還의 原則

---

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

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

134) 대법원 2005. 6. 9. 선고 2004다17535(판결채권자가 전득자를 상대로 민법 제406조 제1항에 의한 채권자취소권을 행사하기 위해서는, 같은 조 제2항에서 정한 기간 안에 채무자와 수익자 사이의 사해행위의 취소를 소송상 공격방법의 주장이 아닌 법원에 소를 제기하는 방법으로 청구하여야 하는 것이고, 비록 채권자가 수익자를 상대로 사해행위의 취소를 구하는 소를 이미 제기하여 채무자와 수익자 사이의 법률행위를 취소하는 내용의 판결을 선고받아 확정되었더라도 그 판결의 효력은 그 소송의 피고가 아닌 전득자에게는 미칠 수 없는 것이므로, 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).

1. 意義

우리 민법 제406조 제1항은 원상회복을 법원에 청구할 수 있다고 하나 원상회복이 어떻게 이루어져야 하는지는 구체적으로 규정하고 있지 않다. 채권자취소권의 취지가 채무자의 책임재산을 보전하는 것을 내용하여 일탈된 재산을 회복시킴으로써 채권자의 책임재산을 보전하는 것을 내용으로 한다는 점을 고려해볼 때, 원상회복이란 사해행위 이전의 상태로 되돌리는 것, 즉 원물반환을 의미하는 것으로 해석할 수 있다.[135]

사해해위취소의 결과 채권자가 취득하는 권리는 원칙적으로 원물반환청구권이고 그것이 불가능 또는 현저히 곤란한 경우에만 예외적으로 가액배상을 청구할 수 있다. 그런데 구체적 사안에서 부동산에 관하여 원물반환에 의할 것인가 아니면 가액배상에 의할 것인가를 결정하는 기준이 무엇인지가 문제된다.

결국 부동산의 원물반환이 불가능 내지는 현저히 곤란한가의 여부는 목적물인 부동산이 가분인지 여부 · 부동산의 가액 · 취소채권자의 피보전채권액 · 저당권 등 제한물권의 설정여부 · 저당권 등 제한물권이 사해행위 후에 소멸하였는가의 여부 등을 고려하여 사회통념에 따라 결정하여야 하고 원상회복이 가능한 경우에는 가액배상은 허용되지 아니한다.[136] 따라서 사해행위의 취소에 따른 원상회복은 원칙적으로 그 목적물 자체를 반환하는 방법에 의하여야 하고, 그것이 불가능하거나 현저히 곤란한 경우에 한하여 예외적으로 가액배상에 의한다.[137]

2. 類型별 檢討

가. 返還目的物이 動産 또는 金錢인 境遇

사해행위취소에 의한 원상회복은 채무자의 책임재산의 회복을 의미하므로 원칙적으로 채무자에게 인도할 것을 청구하여야 하나, 채무자가 수령을 거절하는 등의

135) 이승현, 채권자취소권에 관한 연구, 한양대학교 석사학위논문, 2010, 84면.
136) 편집대표 박준서, 전게서, 99면.
137) 이순동, 전게서, 358면.

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.[138]

우리 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.[139]"고 판시하여, 목적물이 금전이나 동산인 경우에는 채권자가 직접 자기에게 지급 또는 인도할 것을 청구할 수 있다고 한다.

나. 返還目的物이 債權인 境遇

(1) 詐害行爲가 單獨行爲인 境遇

채무자의 수익자에 대한 사해행위가 채무면제나 상계와 같은 단독행위인 경우에는 이를 취소하면 채무자의 수익자의 채권이 부활하게 되고, 채권자는 자신의 채무자에 대한 채권에 기하여 부활된 채권을 압류 · 전부하는 등의 방법에 의하여 채권추심을 할 수 있다.[140]

(2) 債權讓渡의 境遇

채무자가 수익자에게 채권을 양도한 경우 사해행위성립 여부가 문제가 될 수 있다. 원칙적으로 채무자는 제3채무자에 대한 자기 채권을 수익자 또는 전득자에게 채권 양도를 할 수 있고, 이때 채권을 양도받은 수익자는 채권양수인의 지위에서 제3채무자로부터 채권을 추심할 수 있다.

---

138) 편집대표 박준서, 전게서, 406면; 오시영, 전게서, 294면.
139) 대법원 1999. 8. 24. 선고 99다23468· 23475 판결.
140) 조성무, 채권자취소송에 있어서 원상회복의 방법에 관한 연구, 동국대학교 석사학위논문, 2012, 33면.

그런데 그 목적물이 금전인 경우 수익자 또는 전득자 즉 채권양수인이 이를 추심하였다면, 채권자취소권을 행사하는 채권자로서는 양도된 채권이 양수인의 추심으로 이미 소멸하였기 때문에 수익자 또는 전득자에 대하여 그 추심한 금원을 채무자 또는 자신에게 지급할 것을 요구할 수 있을 것이다. 이때 채권자는 수익자 또는 전득자로부터 수령한 금전에 대하여 상계권을 행사하여 사실상 우선변제를 받게 된다.[141]

(3) 詐害行爲가 約束語音 發行行爲인 境遇

판례는, 채무자가 약속어음의 발행에 의한 채무부담행위를 하고 그에 대한 강제집행승낙문구가 기재된 공정증서를 작성한 다음, 이를 이용하여 약속어음의 수취인이 채무자의 공사대금채권 중 일부를 압류전부 받았으나, 위 약속어음 발행 당시 구체적으로 발생한 공사대금채권액이나 공사를 도급받은 지위 또는 도급받을 수 있는 지위에 대한 객관적인 평가액이 확정되지 않은 경우, 위 약속어음 발행행위를 사해행위라고 단정할 수 없다고 한다.[142]

다. 目的物이 不動産인 境遇

(1) 詐害行爲로 所有權移轉登記가 마쳐진 境遇

(가) 詐害行爲 以前에 抵當權 등 制限物權의 設定登記가 마쳐져 있지 않은 境遇

1) 轉得者가 없는 境遇

수익자만이 있을 뿐 전득자가 없는 경우 중에서, 첫 번째로 채무자 명의의 부동산에 아무런 부담이 없는 상태에서 수익자에게로 양도된 경우, 채권자취소권을 행

141) 오시영, 전게서, 295면.
142) 대법원 2002. 10. 25. 선고 2000다7783 판결.

사하는 취소채권자는 특별한 문제없이 채무자 명의로의 이전등기청구나 말소등기청구를 하여 그 판결문에 의해 이전 또는 말소등기를 이행하면 된다.

그 부동산에 특정채권자를 위한 담보물권이 설정되어 있는 상태에서, 예를 들면 저당권이 설정되어 있는 상태에서 채무자가 그 특정채권자에게 채무변제 대신 소유권을 이전해 준 경우, 그 부동산이 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,[143] 이 역시 사해행위가 성립되지 않으므로 취소할 수 없을 것이다.[144]

그러나 채무자가 무상행위 또는 현저히 저렴한 가액으로 다른 채권자에게 양도하거나,[145] 통모에 의한 양도,[146] 채무자의 유일재산인 부동산을 양도한 경우에는 사해행위가 된다는 것이 판례의 입장이므로, 이 경우에 취소채권자는 수익자인 특정채권자에 대하여 사해행위의 취소를 구하면서 원상회복으로서 채무자 앞으로 다시 권리를 회복시키기 위한 이전등기 또는 말소등기를 구하게 된다.

두 번째로, 채무자가 수익자에게 처분하고서도 중간생략등기방법에 의하여 전득자 명의로 곧바로 이전등기를 마친 경우에도 그 전득자는 등기형식상 직접의 수익

---

143) 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 경우에도 이와 마찬가지이다).

144) 오시영, 전게서, 305면.

145) 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 양여행위로써 자신이 무자력에 빠지게 되어 채권자를 해한다는 사실을 알고 있었다고 보이므로 위 양여행위는 채권자에 대한 사해행위가 된다).

146) 대법원 2005. 3. 25. 선고 2004다10985 판결(채무자가 특히 일부의 채권자와 통모하여 다른 채권자를 해할 의사를 가지고 변제를 하였는지 여부는 사해행위임을 주장하는 사람이 입증하여야 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).

자에 해당된다고 할 것이므로 사해행위취소를 구함과 동시에 채무자 명의로의 말소를 구할 수 있다고 하겠다.[147]

세 번째로, 부동산이중매매의 경우인데, 이에 대해서는 앞서 특정물채권 부분에서 자세히 살펴보았다. 일본 판례 중에는 특정물채권도 이행불능이 될 경우 손해배상청구권, 즉 금전채권으로 변하게 되므로 채무자의 일반재산에 의하여 담보되어야 한다면서 피보전채권으로서 적격이 있다고 하여 사해행위가 성립될 경우 그 이전등기의 말소를 구할 수 있다고 하였는데, 우리 판례는 이중매매의 경우 특정물채권 그 자체는 책임재산의 보전 즉 공동담보의 목적과는 무관하므로, 피보전적격을 인정할 수 없다는 이유로 아예 채권자취소권이 발생할 수 없다고 하였다.[148]

네 번째로, 저당권 등 제한물권이 설정되어 있는 부동산을 채무자가 수익자에게 처분하였는데, 수익자가 그 제한물권의 피담보채권을 변제하여 그 제한물권을 말소시킨 후 채권자취소소송이 제기된 경우의 처리 문제로서, 판례는 "사해행위의 목적인 부동산에 수개의 저당권이 설정되어 있다가 사해행위 후 그 중 일부 저당권만이 말소된 경우, 사해행위의 취소에 따른 원상회복은 가액배상의 방법에 의할 수밖에 없을 것이고, 그 경우 배상하여야 할 가액은 그 부동산의 가액에서 말소된 저당권의 피담보채권액과 말소되지 아니한 저당권의 피담보채권액을 모두 공제하여 산정하여야 한다. 사해행위 후 1, 2순위 근저당권이 말소되고, 3순위 근저당권의 피담보채권 중 일부가 채무자의 재산에 대한 공매절차를 통하여 변제됨으로써 법원이 사해행위취소로 인한 원상회복으로 가액배상을 명하는 경우, 부동산의 시가에서 공제할 3순위 근저당권의 피담보채권액은 공매절차를 통하여 일부 변제된 후가 아닌 사해행위 당시의 피담보채권액이다.[149]"라고 하였다.

"사해행위가 저당권이 설정되어 있는 부동산에 관하여 당해 저당권자 이외의 자 사이에 이루어지고 그 후 변제 등에 의하여 저당권이 말소된 때에는 위 부동산 전체의 회복을 명하는 것은 담보되어 있지 아니하던 부동산까지 회복시키는 것이 되어 공평에 반하는 결과가 되므로, 위 부동산의 가액에서 피담보채권액을 공제한 한

147) 오시영, 전게서, 306면.

148) 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."

149) 대법원 2007. 7. 12. 선고 2005다65197 판결.

도에서 위 매매계약을 취소하고 위 가액의 반환을 명할 수 있을 뿐[150]"이라고 하여 가액배상을 명하였다.

한편 판례는 저당권이 설정된 부동산에 대하여 사해행위가 이루어진 후 그 저당권설정등기가 말소된 경우, 사해행위인 계약 전부의 취소와 부동산 자체의 반환을 구한 청구취지에 대하여, 청구취지 속에 계약의 일부취소와 가액배상을 구하는 취지도 포함되었다고 해석된다면서 청구취지 변경 없이 가액배상을 직권으로 명할 수 있다고 하였다.[151]

2) 轉得者가 있는 境遇

가) 受益者, 轉得者가 모두 惡意인 境遇

수익자와 전득자가 모두 악의인 경우에 그들을 공동피고로 하거나, 전득자만을 피고로 하여 사해행위의 취소와 이전등기 등의 말소를 구할 수 있다.[152] 그러나 수익자만을 상대로 이전등기의 말소를 구할 경우는 가액배상만이 가능하다.[153]

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 입증하지 않는 이상 그 소송에서는 전득자의 악의를 추정하여 전득자 명의의 등기가 사후에 말소될 것을 전제로 하여 우선 수익자 명의의 등기의 말소를 명하여야 한다고 판시한 바 있다.[154] 그러나, 이후 판례는, 후일 전득자와의 소송과 관계없이, 특별한 사정이 없는 한, 수익자 명의 등기의 말소는 일단 법

150) 대법원 1996. 10. 29. 선고 96다29107 판결.
151) 대법원 2001. 6. 12. 선고 99다20612 판결.
152) 대법원 2000. 2. 25. 선고 99다53704 판결, "자기 앞으로 소유권을 표상하는 등기가 되어 있었거나 법률에 의하여 소유권을 취득한 자가 진정한 등기명의를 회복하기 위한 방법으로는 그 등기의 말소를 구하는 외에 현재의 등기명의인을 상대로 직접 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 것도 허용되어야 하는바, 이러한 법리는 사해행위 취소소송에 있어서 취소 목적 부동산의 등기명의를 수익자로부터 채무자 앞으로 복귀시키고자 하는 경우에도 그대로 적용될 수 있다고 할 것이고, 따라서 채권자는 사해행위의 취소로 인한 원상회복 방법으로 수익자 명의의 등기의 말소를 구하는 대신 수익자를 상대로 채무자 앞으로 직접 소유권이전등기절차를 이행할 것을 구할 수도 있다."
153) 대법원 1998. 5. 15. 선고 97다58316 판결.
154) 대법원 1962. 1. 25. 선고 4294민상529 판결.

률상 이행불능 상태이므로 가액배상청구를 허용하는 입장이다.[155]

나) 受益者는 惡意, 轉得者는 善意인 境遇

수익자는 악의인데, 전득자가 선의인 경우, 전득자는 수익자로부터 소유권이전등기를 받은 자이거나 근저당권을 설정 받은 자임이 보통으로, 위 경우 원물반환은 원칙적으로 불가능하므로, 취소채권자로서는 수익자를 상대로 가액배상청구를 하여야 하는데, 다만, 이 경우 전득자가 취득한 저당권의 피담보채권액은 가액배상에서 공제할 것이 아니다.[156]

그러나 전득자가 저당권이나 지상권 등의 권리를 취득한 경우, 채권자가 스스로 위험이나 불이익을 감수하면서 원물반환을 구하는 것까지 허용되지 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.[157]

다) 受益者는 善意, 轉得者는 惡意인 境遇

통설은 이 경우에도 여전히 전득자를 상대로 채권자취소권을 행사할 수 있다고 본다. 이 경우, 수익자가 선의인 이상 말소등기에 의한 원상회복은 불가능하지만, 전득자를 상대로 하여 직접 채무자에게로 이전등기를 허용할 수 있다고 보아야 할 것이다.[158]

---

155) 대법원 1998. 5. 15. 선고 97다58316 판결.

156) 대법원 2003. 12. 12. 선고 2003다40286 판결(어느 부동산에 관한 법률행위가 사해행위에 해당하는 경우에는 원칙적으로 그 사해행위를 취소하고 소유권이전등기의 말소 등 부동산 자체의 회복을 명하여야 하는 것이나, 다만 원물반환이 불가능하거나 현저히 곤란한 경우에는 원상회복의무의 이행으로서 사해행위 목적물의 가액 상당의 배상을 명하여야 하는 것이고, 이러한 가액배상에 있어서는 일반 채권자들의 공동담보로 되어 있어 사해행위가 성립하는 범위 내의 가액의 배상을 명하여야 하는 것이므로, 사해행위 후 그 목적물에 관하여 선의의 제3자가 저당권을 취득하였음을 이유로 가액배상을 명하는 경우에는 사해행위 당시 일반 채권자들의 공동담보로 되어 있었던 부동산 가액 전부의 배상을 명하여야 할 것이고, 그 가액에서 제3자가 취득한 저당권의 피담보채권액을 공제할 것은 아니고, 증여의 형식으로 이루어진 사해행위를 취소하고 원물반환에 갈음하여 그 목적물 가액의 배상을 명함에 있어서는 수익자에게 부과된 증여세액과 취득세액을 공제하여 가액배상액을 산정할 것도 아니다).

157) 대법원 2001. 2. 9. 선고 2000다57139 판결.

158) 조성무, 전게논문, 36면.

(나) 詐害行爲 이전에 抵當權 등 制限物權이 設定되어 있었고 辯論終結 당시까지 存續한 境遇

사해행위 이전에도 부동산의 가액에서 저당권의 피담보채권액을 공제한 잔액만이 일반 채권자를 위한 책임재산에 공하여진 상태였다고 할 것이기 때문에, 그 잔액부분에 대하여만 사해행위가 성립하고 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 할 것이다.[159]

(다) 抵當權이 設定된 不動産이 詐害行爲로 移轉되었고 그 登記가 詐害行爲 取消訴訟의 辯論終結 以前에 抹消된 境遇

1) 抵當權者가 受益者인 境遇

근저당권자에게 양도가 상당한 가격에 의한 경우에는 사해행위 자체가 부정될 것이지만 무상 또는 현저히 저렴한 가격으로 양도 된 경우에는 사해행위가 성립하고 이때에는 가액배상에 의할 것인지, 아니면 취소에 의한 원물반환으로서 수익자 명의의 이전등기의 말소 또는 채무자명의로의 이전등기를 한 다음 말소된 근저당권설정등기를 말소회복등기의 방법으로 부활하여야 한다는 견해와 이미 원상회복이 현저히 곤란한 것으로 보아 가액배상에 의하여야 한다는 견해의 대립이 있으나 이때에는 목적부동산의 가분성여부, 그 가액, 피보전채권액, 소멸한 저당권의 피담보채무액 등을 종합하여 공평의 이념에 따라 어떠한 방법에 의할 것인지를 결정하여야 한다고 한다.[160]

이와 관련하여, 저당권이 소멸한 채로 그 부동산 자체를 채무자 명의로 회복시키게 되면 취소채권자를 비롯한 채권자들은 당초 책임재산이 아니었던 부분까지 책

159) 윤경, 사해행위취소와 가액배상, 저스티스 제34권 제5호, 한국법학원, 2001, 130면.
160) 편집대표 박준서, 전게서, 107면.

임재산으로 회복하는 셈이 되어 부당한 이득을 얻게 되고, 수익자나 전득자는 사해행위에 해당하지 아니하는 부분에 대하여도 반환을 강요당하는 결과가 되어 공평에 반하며, 한편 사해행위 최소의 소는 채권자와 수익자 사이에서만 상대적 효력이 있다.

채무자와 수익자, 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 한도에서 사해행위를 취소하고 그 가액배상을 구할 수 있다고 할 것이다.[161]

2) 抵當權者가 受益者 이외의 제3者인 境遇

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 그 매매계약의 일부 취소와 그 가액의 배상을 구할 수 있을 뿐 부동산 자체의 회복을 구할 수는 없다.[162]"고 판시하고 있다.

공동저당권이 설정되어 있는 수개의 부동산의 전부 또는 일부 양도행위가 사해행위에 해당하는데, 일괄 양도된 부동산 중 일부에 대한 공동저당권의 실행에 의하여 위 저당권이 말소되었다고 하더라도 마찬가지다.[163]

다만, 공동저당의 목적으로 된 부동산 중에서 채무자가 아닌 제3자가 제공한 담보가 있는 경우에는, 물상보증인인 제3자는 채무자가 아니므로 그가 제공한 부동산

161) 윤경, 전게논문, 131면.
162) 대법원 1996. 10. 29. 선고 96다23207 판결.
163) 대법원 2005. 5. 27. 선고 2004다67806 판결.

은 가액을 산정할 부동산에 포함시켜서는 안 될 것이다.[164]

(2) 詐害行爲로 抵當權設定登記가 마쳐진 境遇

저당권설정등기가 사해행위취소소송의 변론종결시까지 존속하고 있는 경우 저당권설정등기를 말소하는 방법에 의하여야 할 것이다.[165]

다만, 저당권설정등기가 사해행위취소소송의 변론종결 이전에 경락으로 인하여 말소되고, 수익자가 위 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.[166]

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 한다고 판시하였다.[167]

(3) 詐害行爲로 假登記가 이루어진 境遇

판례는, 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.[168]

또한, 피담보채무가 일부 변제되었는지, 누가 변제하였는지 여부나 가등기가 담

164) 윤경, 전게서, 132면.
165) 윤경, 전게논문, 135면.
166) 대법원 1997. 10. 10. 선고 97다8687판결.
167) 대법원 2006. 12. 7. 선고 2006다43620 판결.
168) 대법원 1975. 2. 10. 선고 74다334 판결.

보가등기인지 여부는 원상회복의 방법에 아무런 영향이 없다.[169]

(4) 抹消登記와 實務上의 問題點

말소등기방법에 의하게 되면 실무상 많은 문제가 발생할 수 있다. 첫째는 사해행위 이후 당해 부동산에 대하여 이해관계를 갖게 된 많은 이해관계인들, 예를 들면 중간 경유 소유권자, 전세권자, 저당권자, 지상권자, 가압류권자, 가처분권자, 가등기권자 등을 모두 공동피고로 하여 승소하여야만 말소등기가 가능하게 되는데 이러한 절차를 밟기가 사실상 어렵다는 점이고, 둘째는 부동산등기법 제171조(이해관계 있는 제3자가 있을 때)가 등기의 말소를 신청하는 경우에 그 말소에 대하여 등기상 이해관계 있는 제3자가 있을 때에는 신청서에 그 승낙서 또는 이에 대항할 수 있는 재판의 등본을 첨부하도록 요구하고 있다.

뿐만 아니라, 셋째, 등기예규 제391호(1984. 9. 13.)가 "소유권이전등기의 말소를 명하는 승소의 확정판결을 얻은 경우에도 그 이전등기에 터 잡아 위 판결의 사실심 변론종결 전에 근저당권설정등기 및 가압류기입등기가 경료 된 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 신청"할 수 있도록 제한하고 있기 때문에, 이해관계인들의 승낙서나 대항력 있는 재판등본을 징구할 수 없는 경우가 현실적으로 발생하게 되어, 수익자 또는 전득자에게 승소하고서도 말소등기를 신청하지 못하는 경우가 발생할 수 있다.[170]

위와 관련하여, 판례는 "자기 앞으로 소유권을 표상하는 등기가 되어 있었거나 법률에 의하여 소유권을 취득한 자가 진정한 등기명의를 회복하기 위한 방법으로는 그 등기의 말소를 구하는 외에 현재의 등기 명의인을 상대로 직접 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 것도 허용되어야 하는 바, 이러한 법리는 사해행위 취소소송에 있어서 취소 목적 부동산의 등기명의를 수익자로부터 채무자 앞으로 복귀시키고자 하는 경우에도 그대로 적용될 수 있다고 할 것이다.

따라서 채권자는 사해행위의 취소로 인한 원상회복 방법으로 수익자 명의의 등

169) 대법원 2003. 7. 11. 선고 2003다19435 판결.
170) 오시영, 전게서, 302면.

기의 말소를 구하는 대신 수익자를 상대로 채무자 앞으로 직접 소유권이전등기절차를 이행할 것을 구할 수도 있다.[171]"라는 판결이 나오기 전까지는 말소등기에 의한 방법만을 허용하고 있었다.

채권자취소소송에서 채권자가 승소하고서도 말소등기를 신청하지 못하는 경우가 있을 수 있기 때문에 말소등기에 의하여야 한다는 종래의 판결에 대한 비판이 많았는데, 판례는 그 해결책으로 위 판결에서 보듯이 채권자 취소권에 근거한 "채무자 명의로의 말소등기" 이외에도 "진정명의 회복을 원인으로 한 소유권이전등기"를 인정하게 된 것이다.[172]

3. 債務者와 受益者와 사이 剩餘金의 歸屬問題

채권자취소권의 행사로 인하여 채무자 앞으로 원상회복된 재산에 대한 강제집행이 개시되고 있어서 배당절차가 진행된 이후 잉여금이 발생하는 경우가 있다. 사해행위취소판결은 취소채권자와 수익자 사이에서 상대적으로만 발생하는 것이므로, 채무자와 수익자 사이의 법률관계에는 영향을 미치지 않는다.

따라서 채무자는 수익자에 대하여 어떠한 청구권을 취득한 것이 아니기 때문에 채무자명의로 등기가 회복되었다 하더라도 채무자가 실체법적으로 그 회복된 부동산에 대하여 소유권이나 처분권을 취득한 것은 아니라고 볼 수 있다.[173] 이와 같이 잉여금이 발생한 경우에 채무자에게 지급을 해야 하는 것인지 아니면 수익자 또는 전득자에게 지급해야 하는지가 문제된다.

가. 學說

(1) 債務者 歸屬說

부동산에 대한 강제집행절차에서 소유자로 취급되는 자는 등기부상 소유명의인

171) 대법원 2000. 2. 25. 선고 99다53704 판결.
172) 오시영, 전게서, 303면.
173) 추신영, 채권자취소소송에 있어서 원물반환과 가액배상(강제집행과 관련된 내용을 중심으로), 토지법학 제27권 제2호, 2011, 96면.

에 한하고, 사해행위취소권을 염두하여 두고 수익자를 집행법상의 소유자로 취급하는 집행규정은 존재하지 아니하므로, 현실적으로는 수익자는 집행절차에서 이해관계인으로 취급받을 수 없는 자라고 볼 수 있으며, 그 사해행위 목적물에 대하여 강제집행을 실시하여 배당하고 남은 잉여금도 집행법상의 소유권등기명의인 채무자에게 귀속될 수밖에 없다는 견해이다.[174]

채무자 귀속설의 주장근거는, 채권자취소의 효과가 민법 제407조에서 모든 채권자의 이익을 위한 것이라면 채무자명의의 귀속이 되어야 채무자의 모든 채권자들도 강제집행이 가능한 점, 부동산에 대한 강제집행절차에서 소유자로 취급되는 자는 등기부상 소유명의인으로서 채무자에 한하는 점, 만약 잉여금이 채무자에게 귀속하지 아니한 것으로 보게 되면 강제집행의 채무자가 다르고 잉여금의 귀속주체가 달라지는 이상한 결론이 도출된다는 것이다.

또한, 수익자는 채무자에게 잉여금이 지급되는 것을 방지하기 위하여 자신이 가진 부당이득반환청구권에 기해 그 배당금에 대하여 가압류 및 추심명령이나 전부명령을 통해 채권의 만족을 얻을 수 있는 점, 실체법적으로 채권자취소의 효과가 취소채권자와 수익자간의 상대적으로만 생긴다고 주장할 수 있으나 집행법적으로 볼 때 등기명의로 된 자가 잉여금의 귀속주체가 될 수밖에 없는 점을 들어, 채무자에게 잉여금을 지급하여 주는 것이 타당하다고 한다.[175]

(2) 受益者 歸屬說

부동산에 대한 강제집행절차에서 소유자로 취급되는 자는 등기부상 소유명의인에게 한한다는 규정이 없는 점, 채권자취소권의 성질론 및 효력에 관한 확립된 판례법만으로도 수익자를 집행절차상의 이해관계인으로 볼 수 있다는 점,[176] 법이 존재가능한 모든 경우에 관하여 성문의 규정을 둘 것을 기대할 수 없다는 점, 잉여금을 수익자에게 지급하더라도 문제가 없다는 점을 들고 있다.

174) 김창종, 채권자취소권행사에 의한 원상회복의 방법 및 범위, 사법논집 제32집, 2001, 167면.
175) 추신영, 전게논문(토지법학 제27권 제2호), 98면.
176) 대법원 2000. 12. 8. 선고 98두11458 판결(제406조의 채권자취소권의 행사로 인한 사해행위의 취소와 일탈재산의 원상회복은 채권자와 수익자 또는 전득자에 대한 관계에 있어서만 그 효력이 발생할 뿐이고 채무자가 직접 권리를 취득하는 것이 아니므로 채권자가 수익자와 전득자를 상대로 사해행위 취소와 일탈재산의 원상회복을 구하는 판결을 받아 그 등기 명의를 원상회복시켰다고 하더라도 재산세 납세의무자인 사실상의 소유자는 수익자라고 할 것이다).

특히 이 견해는 문제의 원인을 현행 채권자취소권제도 및 재산환원 후의 강제집행제도에 있다고 한다. 즉 사해행위취소의 결과 일탈재산의 환원방법으로 수익자명의 이전등기의 말소등기방법을 택하고 있고, 또한 등기말소에 별도로 채권자취소권 행사의 결과라는 원인이 등재되는 것도 아니고, 채권자취소권을 행사하여 재산을 환원시켜 놓고 강제집행을 신청하는 자가 그 말소등기가 채권자취소권의 행사라는 사실을 집행법원에 밝혀야 하는 것도 아니다.

그래서 집행법원으로서는 등기부등본만으로는 당해 집행절차가 채권자취소권 행사의 결과로 환원된 재산이라는 것을 당연히 알게 되는 것은 아니기 때문에 수익자를 이해관계인으로 취급하지 못하고, 그에게 잉여금을 귀속시키지 못하는 것이라고 말할 수는 있으나, 이때 만약 수익자가 집행법원에 대하여 집행대상 부동산이 채권자취소권의 행사의 결과 환원된 재산으로서 수익자 자신을 이해관계인으로 취급하여 줄 것을 요구하거나, 잉여금의 지급을 요구하는 등의 사유로 집행법원이 채권자취소권행사의 결과임을 알게 되면, 수익자를 이해관계인으로 보고 그에게 잉여금을 지급하여 주는 것이 타당하다고 한다.[177]

나. 判例의 立場

판례[178]는 “수익자에 대한 사해행위취소(소유권이전등기말소)소송에서 승소하고 그 목적물인 부동산의 경매절차에서 발생한 수익자의 배당잔금지급청구권에 대하여 지급금지가처분(위 사해행위취소소송을 본안으로 한 가처분)을 하여 두었을 뿐인 채권자는 위 배당잔금지급청구권에 대한 압류경합에 따라 개시된 배당절차에서 배당요구를 할 수 있는 채권자에 해당하지 않는다.”고 하여 잉여금이 수익자에게 귀속된다는 수익자 귀속설의 입장이다.

다. 强制執行制度상의 問題

집행법원의 입장에서는 채무자를 등기부상 소유자인 이해관계인으로 취급하고

177) 이우재, 사해해위취소의 효력과 배당절차에서의 취급(사해행위취소의 효력을 받는 모든 채권자의범위와 관련된 문제), 민사집행법연구 제5권, 한국사법 행정학회, 2009, 184면.
178) 대법원 2003. 12. 11. 선고 2003다47638 판결.

수익자를 이해관계인으로 취급하지 않고 있기 때문에 수익자에게 잉여금을 지급하는 것은 현실적인 어려움이 있다. 그리하여 이러한 경우에는 수익자는 채무자에게 잉여금이 지급되는 것을 막기 위하여 채무자에 대하여 갖는 부당이득반환청구권 등에 기하여 그 잉여금을 가압류하거나 압류 및 전부 받는 등의 조치를 취해야 한다.[179]

사해행위취소의 소를 제기하지 않고 배당이의의 소만을 제기한 후 위 소송에서 패소의 본안판결을 받은 당사자는 전소인 배당이의의 소의 본안판결에서 판단된 배당수령권의 존부가 부당이득반환청구권의 성립 여부를 판단하는 데에 있어서 선결문제로서 전소 판결의 기판력이 후소에 미친다고 할 것이므로, 그 배당수령권의 존부에 관하여 위 배당이의의 소의 본안 판결의 판단과 다른 주장을 하면서 부당이득의 반환을 구할 수 없다.[180]

그러나 배당요구채권자들 중 수익자를 상대로 배당이의의 소를 제기하지 않은 자들은, 만일 다른 취소채권자가 수익자를 상대로 제기한 배당이의의 소에서 수익자에 대하여 잉여금이 귀속하는 것으로 배당표의 경정이 확정된 경우 또는 취소채권자에게 배당하고 남은 금액을 수익자에게 배당하도록 배당표를 경정하는 판결이 선고된 경우에는 수익자가 이 잉여금 상당의 이익을 그대로 보유하도록 하는 것은 부당하므로,[181] 수익자를 상대로 그 잉여금지급청구권을 가압류하고, 채권자취소소송 등을 제기하는 등으로 다툴 수 있다고 한다.[182]

라. 小結

잉여금은 수익자에게 귀속되는 것이 옳다. 잉여금이 잔존한다는 것은 취소채권자를 포함한 사해행위 이전의 채권자[183]가 모두 만족 받았다는 것이 전제되는 것이어서, 위 잉여금을 누가 가져갈 것인가의 문제는 결국 채무자와 수익자간에 해결해

179) 김창종, 전게논문, 167면.
180) 대법원 2000. 1. 21. 선고 99다3501 판결.
181) 대법원 1997. 10. 10. 선고 97다8687 판결.
182) 대법원 1994. 1. 25. 선고 92다50270 판결.
183) 물론, 채무자와 수익자와 사이 사해행위 이후 채무자에 대한 채권자가 있을 수 있으나, 사해행위취소의 원상회복으로 채무자에게 회복된 재산은 사해행위 이전의 채권자만이 위 원상회복 된 재산에 배당신청을 할 수 있다는 대법원 판례(대법원 2009. 6. 23. 선고 2009다18502 판결)에 따라, 사해행위 이후 채무자에 대한 채권자는 문제 되지는 않을 것이다.

야 할 문제이다.

즉, 채무자와 수익자의 법률행위가 취소채권자에 의해 취소는 되었으나, 이미 취소채권자 또는 사해행위 이전의 채권자는 자신의 채권을 채무자로부터 보전 받아 잉여금에 대한 문제는 어디까지나 채무자와 수익자간의 문제이기 때문에, 채무자와 수익자 둘 간의 사해행위는 적어도 당사자 간의 계약으로 이루어진 바 그 계약의 효력은 수익자에게 있다고 할 것이고, 그렇다면, 위 잉여금의 귀속 주체도 수익자가 되어야 할 것이다.

현실적으로도, 사해행위취소송의 당사자가 수익자인 관계로 그로 인한 실질적 피해는 채무자보다 수익자가 더 클 것이고,[184] 위 사해행위를 권유한 자도 채무자로서, 위 잉여금은 수익자에게 지급되고, 이후 수익자가 채무자에게 반환하면 될 것이다.

第2節 價額賠償

1. 價額賠償의 意義

거래관념상 원물반환이 불가능하거나 현저히 곤란한 경우에 원상회복의무의 이행으로서 사해행위목적물의 가액을 배상하여야 한다. 가액배상을 하여야 하는 경우란, 사회생활상의 거래상의 관념에 비추어 원물반환을 기대할 수 없는 경우를 말한다.[185] 가령 저당권부 부동산이 양도된 후 경매에 의하여 매각된 경우, 저당권부 부동산이 양도된 후 변제에 의하여 저당권이 소멸한 경우 또는 선의의 전득자가 저당권을 취득한 경우에서와 같이 사해행위가 있기 전의 상태로의 복귀가 불가능한 경우이다.[186]

가액배상은 그 법적 성질에 관하여 부당이득에 의한 악의의 수익자의 반환의무로서 민법 제748조 제2항에 해당한다는 견해, 점유자와 회복자에 관한 민법 제

184) 수익자는 적어도 사해행위취소 소송으로 인한 비용과 위 소송의 패소판결에 대한 소송비용도 감수해야 되기 때문이다.

185) 대법원 2001. 2. 9. 선고 2000다57139 판결.

186) 편집대표 박준서, 전게서 109면; 지원림, 전게서 989면; 추신영, 전게논문(토지법학 제27권 제2호), 98면; 대법원 2001. 12. 11. 선고 2001다64574 판결.

204조에 해당한다는 견해, 대상청구권의 일종이라는 견해, 법률의 규정에 의하여 원상회복 의무의 일종으로 채권자에게 인정된다는 견해의 다툼이 있으나,[187] 판례는 채권자의 사해행위최소 및 원상회복청구가 인정되면, 수익자 또는 전득자는 원상회복으로서 사해행위의 목적물을 채무자에게 반환할 의무를 지게 되고, 원물반환이 불가능하거나 현저히 곤란한 경우에는 원상회복 의무의 이행으로서 사해행위 목적물의 가액 상당을 배상하여야 하는 바, 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 아니라고 하여, 원상회복의무설을 채택하고 있다.[188]

판례는 원래 채권 채무관계가 없었던 수익자가 취소채권자에 의하여 원상회복의무를 부담하는 것은 형평의 견지에서 법이 특별히 인정하고 있는 것이라는 이유로 원상회복의무설을 재택하고 있으나, 채권자취소권의 행사는 취소채권자가 하는 것이지만, 그 본질에 있어서는 채무자와 수익자 사이의 사해행위로 인하여 발생한 것으로, 따지고 보면 채무자와 수익자 사이에 있었던 법률행위를 원상회복하는 것과 다를 바 없는 것이다.

그렇다면 수익자는 악의의 수익자로서 민법 제748조 제1항의 적용을 받는 자라고 볼 수 있는데, 법률의 규정에 의한 원상회복의무의 일종으로 보는 입장에서는 민법 제406조 제1항에서 그 취소 및 원상회복을 법원에 청구할 수 있다는 것을 그 근거로 들고 있는 것으로 보인다. 그러나 본 조문은 원상회복의 일반규정으로서 그 구체적인 반환범위를 정해주지 못하고 있어서, 제도의 취지에 비추어 보더라도 악의의 수익자에게 상당한 부담으로 작용하고 있는 민법 제748조 제2항을 적용함이 옳다고 봐야 한다는 견해도 있다.[189]

2. 價額賠償이 認定되는 境遇

187) 편집대표 박준서, 전게서, 109면; 소병직, 채권자취소권에 있어서의 가액배상에 관한 고찰, 법학연구 제25권, 전북대학교 법학연구소, 2007, 281면.
188) 대법원 1998. 5. 15. 선고 97다58316 판결.
189) 추신영, 전게논문(토지법학 제27권 제2호), 100면.

가. 返還이 不可能하거나 顯著히 困難한 境遇

목적물이 멸실되거나 상대방의 일반재산에 혼입되어 특정성을 상실하거나, 수익자가 목적물을 선의의 전득자에게 양도하여 원물반환이 불가능하거나 현저히 곤란한 경우로서, 판례는 "원물반환이 단순히 절대적, 물리적으로 불능인 경우가 아니라 사회생활상의 경험법칙 또는 거래상의 관념에 비추어 채권자가 수익자나 전득자로부터 이행의 실현을 기대할 수 없는 경우를 말한다.[190]"고 한다.

나. 原物返還이 公平에 반하는 境遇

저당권 등이 설정된 부동산에 관하여 사해행위가 이루어지고 이후 그 저당권이 말소된 경우가 대표적인 경우라고 할 수 있다.

판례는 이러한 경우에, "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.[191]"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.[192]

---

190) 대법원 1998. 5. 15. 선고 97다58316 판결.
191) 대법원 1996. 10. 29. 선고 96다23207 판결.
192) 대법원 2003. 2. 11. 선고 2002다37474 판결(사해행위 당시 어느 부동산이 가압류되어 있다는 사정은 채권자 평등의 원칙상 채권자의 공동담보로서 그 부동산의 가치에 아무런 영향을 미치지 아니하

또한, 판례는 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 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.[193]”고 하였다.

다. 目的物이 不可分인 境遇

사해행위의 목적물이 가분이면 원칙적으로 채권보전에 필요한 범위 내에서 일부 취소 하여야 하고, 사해행위의 목적물이 불가분물로서 그 가액이 취소채권자의 채권액을 훨씬 초과하는 경우에, 그 목적물 전부에 대하여 취소 및 반환청구를 인정할 것인가(전부취소설) 아니면 일부만을 취소하고 가액배상을 인정할 것인가(일부취소설)에 대하여 견해의 대립이 있다.[194]

판례는 전부취소설의 입장에서 목적물이 불가분인 경우에는 취소채권자의 채권액을 넘어서까지도 취소를 구할 수 있다고 한다. 다만, 여기에서의 ‘목적물이 불가분인 경우’는 단순히 물리적인 면에서 뿐만 아니라 사회경제적 단일성의 유무 또는 거래의 안전까지도 고려하여 결정하여야 한다고 한다.

므로, 가압류가 된 여부나 그 청구채권액의 가액에 관계없이 그 부동산 전부에 대하여 사해행위가 성립하고, 따라서 사해행위 후 수익자 또는 전득자가 그 가압류 청구채권을 변제하거나 채권액 상당을 해방공탁하여 가압류를 해제시키거나 또는 그 집행을 취소시켰다 하더라도, 법원이 사해행위를 취소하면서 원상회복으로 원물반환 대신 가액배상을 명하여야 하거나, 다른 사정으로 가액배상을 명하는 경우에도 그 변제액을 공제할 것은 아니다).

193) 대법원 2002. 10. 25. 선고 2000다7783 판결.

194) 소병직, 전게논문, 283면.

즉, “자동차 운송사업 면허권과 부대시설 전부 및 차량의 양도가 사해행위가 되는 경우에 양도된 차량을 분할할 수 있다고 하더라도, 양도된 차량전체가 다른 부대시설과 함께 하나의 노선면허권의 대상이 되어서 경제적으로 보아 분할하여 취소하는 것이 경제적 실정에 적합하지 아니하다고 하여 위 면허권과 부대시설 전부 및 차량의 양도계약 전체를 취소한 것은 정당하다.[195]”고 판시한 바 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.[196]”고 판시한 바 있다.

3. 價額賠償의 範圍

가. 序論

가액배상은 원물반환에 갈음하는 원상회복의 일종이지만, 원물반환 그 자체는 아니고 수익자 또는 전득자에게 원물반환을 받는 것과 동일한 효과를 실현할 수 있는 가액의 배상을 명하는 것이므로 원물의 귀속에는 영향을 주지 않고, 수익자는 원물반환 대신 가액을 배상할 의무를 부담한다. 이러한 가액배상을 결정함에 있어 그 범위가 문제되는데, 아래에서는 이와 관련하여 가액배상의 산정의 기준시기, 가액배상시 원물의 가액에서 공제되어야 할 채권의 범위, 가액배상에 대한 지연손해금의 문제를 순차적으로 검토해보고자 한다.

나. 價額賠償 基準時

원물반환 대신에 가액배상을 명하는 경우 그 배상액은 어느 시점을 기준으로 하여야 하는지에 대한 이견이 있을 수 있으나, 우리 판례는 “채권자의 채권원리금이

195) 대법원 1975. 6. 24. 선고 75다625 판결.
196) 대법원 1975. 2. 25. 선고 74다2114 판결.

그 우선변제권에 의하여 전액 담보되지 아니하는 경우에는 변제충당의 법리를 유추 적용하여 사해행위 시점에서는 이자채권이 원금채권에 우선하여 우선변제권에 의하여 담보되고 있다고 볼 것이므로 담보되지 아니하는 부분 가운데에는 원금에 해당하는 금원이 포함되어 남아 있게 될 것이다.

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 부분에 해당하는 채무원리금 및 그 중 원금 부분에 대한 사실심 변론종결 시점까지 발생한 지연이자 상당의 금원이 이에 해당한다.[197]"고 하여 사실심 변론종결시를 가액산정의 기준 시점으로 삼아야 한다고 판시하고 있다.

즉 사해행위로 인한 손해액은 사실심 변론종결시를 기준으로 하여 지연이자까지 계산하여야 함을 밝힌 것이다. 다만 원물반환판결이 난 이후 원물반환이 불가능하게 된 경우에는 다시 가액배상을 청구할 수 없다고 하였다.[198]

다. 價額賠償시 控除되어야 할 範圍

일반적으로 가액배상이 문제되는 것은 근저당권이 사해행위 이후에 말소된 경우인데, 이때 사실심의 변론종결시의 목적물 가액에서 공제되는 금액은 그 출연액일 것이다. 또한 이러한 저당권 등의 제한물권 이외에 일반채권자보다 우선변제권이 인정되는 채권에는 주택임대차보호법상의 소액임차보증금채권, 우선변제권을 가지는 임차보증금 반환채권, 근로기준법상의 임금채권, 퇴직금 등의 채권, 각종의 조세채권, 의료보험법 · 산업재해보상보험법 · 국민연금법 등에서 규정하고 있는 보험료 등이 있는데, 이들 중 주택임대차보호법상의 소액임차보증금채권과 우선변제권을

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

198) 대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다54978 판결(사해행위 후 목적물에 관하여 제3자가 저당권이나 지상권 등의 권리를 취득한 경우에는 수익자가 목적물을 저당권 등의 제한이 없는 상태로 회복하여 이전하여 줄 수 있다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 채권자는 원상회복 방법으로 수익자를 상대로 가액 상당의 배상을 구할 수도 있고, 채무자 앞으로 직접 소유권이전등기절차를 이행할 것을 구할 수도 있다. 이 경우 원상회복청구권은 사실심 변론종결 당시의 채권자의 선택에 따라 원물반환과 가액배상 중 어느 하나로 확정되며, 채권자가 일단 사해행위 취소 및 원상회복으로서 원물반환 청구를 하여 승소 판결이 확정되었다면, 그 후 어떠한 사유로 원물반환의 목적을 달성할 수 없게 되었다고 하더라도 다시 원상회복청구권을 행사하여 가액배상을 청구할 수는 없으므로 그 청구는 권리보호의 이익이 없어 허용되지 않는다).

가지는 임차보증금 반환채권은 당연히 공제대상에 포함되어야 할 것이다.

다만, 대항력은 있으나 우선변제권은 없는 임차인의 임차보증금도 부동산의 가액에서 공제되어야 하는지가 문제되는데,[199] 판례는 "부동산에 대한 매매계약이 사해행위임을 이유로 이를 취소함과 아울러 원상회복으로 가액배상을 명하는 경우, 주택임대차보호법 제3조 제1항이 정한 대항력을 갖추었으나 그전에 이미 선순위 근저당권이 마쳐져 있어 부동산이 경락되는 경우 소멸할 운명에 놓인 임차권의 임차보증금반환채권은, 임대차계약서에서 확정일자를 받아 우선변제권을 가지고 있다거나 주택임대차보호법상의 소액임차인에 해당한다는 등의 특별한 사정이 없는 한 수익자가 배상할 부동산의 가액에서 공제할 것은 아니다."[200]고 하여 이를 부정하였다.

라. 價額賠償에 대한 遲延損害金

(1). 學說

가액배상에 있어 반환하여야 할 가액에 대하여 지연손해금을 가산하여야 한다는 점에 관하여는 의견이 일치하나, 지연손해금의 기산점 및 적용이율에 관하여는 견해의 대립이 있고, 학설과 관련하여, 판결확정일 다음날부터 완제일까지 민법이 정한 연 5%의 법정이자 이상은 허용할 수 없다는 견해, 판결확정일 다음날부터 완제일까지 연 20%를 인정하는 견해, 사실심 변론 종결 시부터 기본행위의 성질에 따라 민사법정 이율 또는 상사법정이율이 적용된다는 견해, 사실심의 변론 종결 시부터 판결 확정일 까지는 법정이자, 그 다음날부터 완제일까지는 연 20%라는 견해, 소장 부본 송달 다음날부터 판결 선고일 까지는 연 5%, 그 다음날부터 완제일까지는 연 20%를 인정하는 견해, 판결 선고일 다음날부터 완제일까지 연 20%를 인정하는 견해, 소장 부본 송달일 다음날로부터 완제일까지는 연 20%라는 견해가 각 있다.[201]

---

199) 소병직, 전게논문, 285면.
200) 대법원 2001. 6. 12. 선고 99다51197,51203 판결.
201) 소병직, 전게논문 285면.

(2) 判例

이와 관련하여 우리 판례[202]는 사해행위취소를 원인으로 가액배상금의 지급을 명하는 판결을 선고하는 경우 지연이자의 기산일 및 이율산정과 관련하여 "사해행위의 취소에 따라 수익자 또는 전득자가 채권자에게 부담하는 목적물 반환의무가 불가능하거나 현저히 곤란하게 되어 원상회복의무의 이행으로서 목적물의 상당을 배상하여야 할 의무는 사해행위의 취소를 명하는 판결이 확정된 때에 비로소 발생하는 것이므로, 채권자가 사해행위의 취소청구와 함께 가액배상을 구하는 청구를 하고 법원이 사해행위의 취소와 동시에 가액배상금의 지급을 명하는 판결을 하는 경우, 그 가액배상금의 지급채무에 관하여는 그 판결이 확정된 다음날부터 이행지체책임을 지게 됐다고 할 것이고, 따라서 소송촉진 등에 관한 특례법 제3조 제1항 단서에 의하여 같은 조항 본문에 정한 이율이 적용되지 아니한다."고 명시적으로 판단하고 있다.

(3) 小結

지연손해금의 기산점은 원칙적으로 채권자취소소송이 법률행위의 취소를 구하는 형성소송과 법률행위가 취소되는 효과로서 그 법률행위를 통하여 이전된 재산권의 회복의무 이행을 구하는 이행소송이 병합된 형태의 소송이기 때문에, 법원은 엄밀한 의미에서 법률행위가 최소 되지 않는 상태에서는 그 법률행위를 통하여 이전된 재산권의 회복을 명할 수는 없다.

따라서 가액배상의 의무가 발생하는 시점은 그 전제가 되는 사해행위취소라는 형성판결의 확정시라고 볼 수밖에 없고 이때부터 지체책임이 발생하고, 지연손해금의 이율과 관련하여 논하여지는 것이 소송촉진 등에 관한 특례법 제3조 제1항의 적용문제인데, 동법 동조 제1항 단서는 민사소송법 제251조의 장래이행의 소에 해당하는 경우에는 본문의 적용을 배제하고 있는 바, 사해행위취소소송에서의 가액배상청구는 장래의 이행을 구하는 것으로서 동 조항 단서의 적용을 받게 되어 그 지연손해금율은 법정이율에 의하여야 한다.[203] 이렇게 해석하는 것이 불측의 손해를

202) 대법원 2002. 6. 14. 선고, 2000다 3583 판결.
203) 윤경, 전게논문, 125면.

입을 수 있는 수익자 또는 전득자의 피해를 최소화하는 데에도 도움이 되리라 본다.

다만, 채권자취소소송에서 앞서 살펴본 바와 같이 취소청구와 원상회복청구를 분리하여 행사하는 것이 가능하기 때문에 취소청구의 승소판결 확정 후 원상회복을 청구하면서 원상회복의 방법으로 가액배상으로 청구하는 경우에는 위의 경우와 달리 소송촉진 등에 관한 특례법 제3조 제1항의 단서가 적용될 여지가 없기 때문에, 본문을 적용하여 연 20%의 지연손해금을 구할 수 있다고 하여야 할 것이다.[204]

4. 價額賠償請求權의 歸屬主體

가. 取消債權者 歸屬說

취소채권자 귀속설은 가액배상이 이루어질 경우, 가액배상청구권을 누구에게 귀속시킬 것인가에 대해 취소채권자에게 귀속시켜야 한다는 주장이며 통설절 입장이다. 이유는 채무자가 목적물인 금전이나 동산을 수령하지 않거나 환원된 목적물을 은닉 · 소비하는 경우, 취소채권자가 사해행위취소에도 불구하고 이익을 얻지 못하는 문제가 발생될 수 있으므로, 취소채권자가 직접 자신에게 금전이나 동산의 지급을 청구할 수 있어야 한다는 것이다.[205]

나. 取消債務者 歸屬說

취소채무자 귀속설은 압류 및 추심명령 없이 취소채권자에게 직접 가액배상금을 지급할 것을 명하는 것은 허용되어서는 안 되고, 취소채권자는 취소 및 그 회복재산에 대한 강제집행을 통해서만 만족을 얻을 수 있다는 것이다.[206] 취소채권자 귀속설에 따르게 되면 가액배상판결에 의하여 취소채권자가 사실상 우선변제를 받게 되어 민법 제407조의 채권자평등주의와 공평의 원칙에 반하기 때문이다.

---

204) 윤경, 전게논문, 126면.
205) 이우재, 민사집행법에 따른 배당의 재문제, 진원사, 2008, 131면.
206) 오영준, 사해행위취소권과 채권자평등주의, 사법논집 32집, 법원도서관, 2001, 198면.

또한, 부당이득의 법리를 유추하여, 취소판결의 결과 수익자는 법률상 없인 없이 이익을 얻고 있는 자이고, 그 손실을 입은 자는 그 가액배상의 원인인 목적물의 소유자인 채무자이기 때문에, 그 손실의 당사자인 채무자가 가액배상청구권을 행사하는 것이 이치에 맞는 것이며, 만약 채무자가 목적물인 금전이나 동산을 수령하지 않는 경우에는 취소채권자는 채권자대위권을 통해 그 권리의 보전을 할 수 있다고 한다.[207]

취소채권자 귀속설은 민사집행법에서 정하고 있는 압류 및 추심명령의 절차적 과정을 생략한 채 채권만족을 주는 것으로 해석하고 있는데, 이는 절차적 정의를 추구하는 법의 이념에 배치된다는 점에서 한계를 드러내고 있으며, 취소채권자 귀속설이 우려하는 바와 같은 채무자가 권리를 행사하지 않거나 채무자의 은닉 · 소비를 막을 수 있는 방안만 마련되어 있다면, 굳이 무리한 해석을 하지 않고도 그 해결이 가능하다고 본다.[208]

다. 判例의 立場

대법원은 가액배상에 있어서 취소채권자가 수익자로부터 가액배상금을 당연히 수령할 수 있는 것으로 말하고 있어, 취소채권자 귀속설을 취하고 있다.[209]

라. 小結

취소채무자 귀속설이 옳다고 사료 된다. 현실적인 측면에서 보면, 취소채권자는 채무자와 수익자와의 사해행위를 취소하여 자신의 채권을 만족받기 위해 사해행위취소 소송을 진행한 것인데, 사해행위취소 소송 승소후의 가액배상금을 채무자에게

---

207) 우리의 판례는 채권자대위권의 피보전권리로서 널리 청구권이면 가능하다고 하고 있고(대법원 1995. 2. 10. 선고 94다39639 판결), 사해행위취소에 의한 가액배상은 금전채권이기 때문에 원칙적으로 무자력 요건을 요구한다고 할 수 있으나, 예외적으로 채권자의 상속등기청구권(대법원 1964. 4. 3. 선고 63마54 판결), 의료인의 의료비청구권(대법원 1981. 6. 23. 선고 80다1361 판결), 토지의 전전매매시의 손해배상청구권(대법원 1968. 1. 23. 선고 67다2440 판결) 등 넓게 예외를 인정하는 측면에서 보더라도 채무자의 무자력 요건 없이 취소채권자는 채권자대위권을 행사할 수 있을 것이다.

208) 추신영, 전게논문(토지법학 제27권 제2호), 101면.

209) 대법원 1999. 9. 7. 선고 98다41490 판결; 대법원 2001. 2. 27. 선고 2000다44338 판결; 대법원 2008. 6. 12. 선고 2007다37837 판결.

귀속시킨다면 아무런 이익을 갖지 못하는 문제가 발생되어 취소채권자 귀속설이 타당하다고 생각될 수 있다.

그러나, 수익자가 채무자의 채권자일 경우, 원불반환에서의 수익자는 채무자의 원물반환재산에 배당신청을 할 수 있고, 가액배상에서의 수익자는 가액배상할 가액에 대하여 배당신청을 할 수 없게 되어, 불합리한 결과가 초래되는 바, 가액배상일 경우 채무자 귀속설에 따르면 가액배상의 수익자 역시 가액배상할 가액에 대한 배당신청을 할 수 있어, 원물반환 및 가액배상의 수익자 모두 배당신청을 할 수 있는 결과가 되어, 채권자취소권이 민법 제407조의 채권자평등주의를 취하는 공평의 원칙을 준수할 수 있으므로, 채무자 귀속설이 타당하다.

5. 關聯問題

가. 原物返還의 請求에 價額賠償의 請求가 포함되는지의 與否

(1) 學說

취소채권자인 원고가 원상회복의 방법으로 원물반환을 청구하였는데 재판부에서 심리한 결과 그 경우는 가액배상을 명하여야 하는 경우라고 판단된다면 단순히 원물반환청구를 기각하여야 하는가, 아니면 일종의 청구의 일부인용으로서 청구취지의 변경 없이 가액배상을 명할 수 있는 것인가, 또 반대로 원고가 가액배상을 구하고 있지만 재판부의 심리결과 원물반환이 가능한 경우에 원물반환을 명할 수 있는가가 문제된다.

이 문제는 소송법상의 처분권주의[210]와도 관계되는데, 위의 문제에 대해 이를 부정하는 견해[211]는 당사자의 원물반환청구 속에는 가액배상을 구하는 취지까지 포함된 것으로 보아 가액배상을 명하는 것은 명백히 처분권주의의 원칙을 벗어난 것이고, 더욱이 가액배상의 경우에는 취소채권자가 사실상 우선변제를 받을 수 있기 때문에 원물반환에 비하여 취소채권자에게 매우 유리하므로, 재판부가 석명권을

210) 처분권주의라 함은 절차의 개시, 심판의 대상, 그리고 절차의 종결에 대하여 당사자에게 주도권을 주어 그의 처분에 맡기는 입장이다(이시윤, 신민사소송법, 박영사, 2003, 267면).

211) 한국현, 채권자취소권의 법적 성질, 민사법연구 제12권 제2호, 대한민사법학회, 2004, 156면.

행사하여 청구취지변경을 요청할 것인지는 별개로 하더라도, 현실적으로 가액배상으로 청구취지가 변경되어 있지 않은 이상 이를 인정해서는 안 된다고 한다.

(2) 判例

판례는 저당권이 설정되어 있는 부동산이 사해행위로 이전된 뒤, 변제 등에 의하여 저당권설정등기가 말소된 사안에서 "사해행위 후 변제 등에 의하여 저당권설정등기기가 말소된 경우 그 부동산의 가액에서 저당권의 피담보채무액을 공제한 잔액의 한도에서 사해행위를 취소하고 그 가액의 배상을 구할 수 있을 뿐이고, 특별한 사정이 없는 한 변제자가 누구인지에 따라 그 방법을 달리한다고 볼 수는 없는 것이며, 사해행위인 계약 전부의 취소와 부동산 자체의 반환을 구하는 청구취지 속에는 이와 같이 일부취소를 하여야 할 경우 그 일부취소와 가액배상을 구하는 취지도 포함되어 있다고 볼 수 있으므로 청구취지의 변경이 없더라도 바로 가액배상을 명할 수 있다."[212]고 판시하였다.

(3) 小結

원물반환이나 가액배상 모두 사해행위취소에 따른 원상회복의 방법에 불과하고, 조속한 권리관계의 확정을 도모하기 위해서 취소채권자의 원물반환 청구 속에는 가액배상의 방법에 의한 원상회복을 구하는 취지도 포함되어 있다고 보아 청구취지의 변경이 없더라도 바로 가액배상을 명할 수 있다고 하여야 할 것이고, 반대의 경우에도 청구취지의 변경 없이 원물반환을 명할 수 있다고 하여야 할 것이다.[213]

나. 請求趣旨 變更시 除斥其間의 遵守 與否

채권자취소소송의 청구취지가 제척기간 전후에 변경된 경우 제척기간의 준수 여부가 문제될 수 있는데, 크게 두 가지로 나누어 살펴볼 수 있다.

212) 대법원 2001. 6. 12. 선고 99다20612 판결.
213) 소병직, 전게논문, 290면.

첫째 제척기간 이전에 전부취소 및 원물반환을 청구하였다가 제척기간 이후에 일부취소 및 가액배상 청구로 변경한 경우, 둘째 제척기간 이전에 일부취소 및 가액배상을 청구하였다가 제척기간 이후에 전부취소 및 원물반환 청구로 변경한 경우이다. 판례는 "채권자가 사해행위의 취소를 청구하면서 그 보전하고자 하는 채권을 추가하거나 교환하는 것은 그 사해행위취소권을 이유 있게 하는 공격방법에 관한 주장을 변경하는 것일 뿐이지 소송물 또는 청구 자체를 변경하는 것이 아니므로 소의 변경이라 할 수 없다.[214]"고 하면서, 피보전채권의 변경을 전후하여 제척기간이 도과된 경우 제척기간의 도과를 부정하였다.

한편, 판례는 「전부취소 및 원물반환 청구를 하였다가 일부취소 및 가액배상 청구로 청구취지를 변경한 후 제척기간이 지난 후에 다시 전부취소 및 원물반환 청구로 변경한 사안」에서, "공동저당권이 설정된 수 개의 부동산에 관한 일괄 매매행위가 사해행위에 해당함을 이유로 그 매매계약의 전부 취소 및 그 원상회복으로서 각 소유권이전등기의 말소를 구하다가, 사해행위 이후 저당권이 소멸된 사정을 감안하여 법률상 이러한 경우 원상회복이 허용되는 범위내의 가액배상을 구하는 것으로 청구취지를 변경하면서 그에 맞추어 사해행위취소의 청구취지를 변경한 데에 불과한 경우에는 하나의 매매계약으로서의 당해 사해행위의 취소를 구하는 소제기의 효과는 그대로 유지되고 있다고 봄이 상당하다 할 것이다. 비록 취소소송의 제척기간이 경과한 후에 당초의 청구취지변경이 잘못 되었음을 이유로 다시 위 매매계약의 전부취소 및 소유권이전등기의 말소를 구하는 것으로 청구취지를 변경한다 해도 최초 소제기 시에 발생한 제척기간 준수의 효과에는 영향이 없다.[215]"고 판시하였다.

第4章 詐害行爲取消의 效力을 받는 債權者의 範圍

第1節 原物返還의 境遇

1. 詐害行爲 이전에 債權을 取得한 債權者

214) 대법원 2003. 5. 27. 선고 2001다13532 판결.
215) 대법원 2005. 5. 27. 선고 2004다67806 판결.

사해행위 당시 채권을 가지고 있던 자는 스스로 취소권을 행사할 수 있었던 자이므로, 취소 및 원상회복의 효력을 받는 모든 채권자의 범주에 당연히 포함되고,[216] 민사집행법상의 일정한 요건을 갖추어 배당요구를 함으로써 채권의 실현을 꾀할 수 있다.[217]

2. 詐害行爲 이후에 債權을 取得한 債權者

사해행위 이후에 채권을 취득한 자는 채권자취소권을 행사할 수 있었던 지위에 있던 자가 아니므로, '취소 및 원상회복'의 효력을 원용할 수 있는 채권자로서 원상회복된 재산에 대한 강제집행절차에서 배당요구를 할 수 있는지 견해의 대립이 있다.[218]

가. 學說

(1) 肯定說

현행 강제집행절차상 압류를 먼저 시작한 채권자에게 압류재산에 대한 우선권을 주지 아니하고, 배당요구의 종기 전에 채권을 취득하고 배당요구를 하여 적법한 배당요구 자격을 갖추면 누구라도 배당을 받을 수 있는 점 등을 들어 사해행위 이후에 채권을 취득한 자도 민법 제407조의 적용을 받아 채무자에게 환원된 재산에 대하여 배당요구를 하여 배당을 받을 수 있다고 보는 견해이다.

채권자취소소송을 제기하여 채무자 앞으로 원물반환이 이루어진 이후 취소채권

---

216) 손흥수, 사해행위취소 소송의 수익자(채무자로부터 부동산을 매수한 자)가 민법 제407조의 모든 채권자에 포함되는지, 민사집행법연구, 진원사, 2012. 375면: 이우재, 전게논문, 180면.

217) 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 이중압류하지 않은 이상 배당절차에서 배당받을 수 없다는 것이다.

218) 편집대표 박준서, 전게서, 121면; 손흥수, 전게논문, 376면; 오영준(사해행위취소권과 채권자평등주의), 전게논문, 168-171면.

자가 오랜 기간 강제집행을 하지 않고 있는 사이에 채무자 앞으로 되어 있는 재산을 기초로 별도의 채권을 취득한 자는 회복된 재산에 대한 강제집행절차에서 자신의 채권을 실현할 수 있는 기회가 보장되어야 하는데, 부정설은 이를 소홀히 취급하고 있다는 비판을 가한다.[219]

(2) 否定說

사해행위 이후에 채권을 취득한 채권자는 채권의 취득 당시에 사해행위취소에 의하여 회복되는 재산을 채권자의 공동담보로 파악하지 않은 자이므로 굳이 민법 제407조의 규정에 의하여 보호할 필요가 없다고 하는 입장이다.[220] 이와 관련하여, 부정설은 채권자가 아닌 단순한 수익자(예컨대 사해행위 목적물의 매수인)로서 사해행위의 취소로 인하여 발생한 부당이득반환청구권이나 담보책임 추급권에 기하여는 배당요구를 할 수 없다고 한다.[221]

긍정설에 대하여 사해행위 이후에 채권을 취득한 채권자까지 배당요구를 할 수 있다고 한다면 취소소송의 단계에서 아직 확정되지 않은 장래의 채권자의 채권액까지 고려하여야 한다는 문제가 있다는 비판[222]을 가한다.

나. 判例의 立場

서울고등법원 2002. 10. 25. 선고 2001나70278호 판결은 배당이의사건에서 피고의 배당요구채권이 사해행위 이후에 발생한 채권이기 때문에 사해행위취소로 원상회복된 재산에 대한 강제집행절차에서, 피고는 배당에 참가할 수 없다고 판시하였고, 이에 대하여 피고가 상고하였으나 위 판결은 상고기각으로 확정되었다.

또한, 대법원은 “채권자취소권은 채무자가 채권자를 해함을 알면서 자기의 일반재산을 감소시키는 행위를 한 경우에 그 행위를 취소하여 채무자의 재산을 원상회복시킴으로써 모든 채권자를 위하여 채무자의 책임재산을 보전하는 권리이나, 사해

219) 홍진표, 전게논문, 92면.
220) 이순동, 전게서, 415면.
221) 법원행정처, 법원실무제요 민사집행 Ⅱ, 2003, 509면.
222) 이우재, 전게논문, 181면.

행위 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 아니한다."고 명시적으로 판시함으로써 부정설을 취한다.[223]

다. 小結

사해행위 당시 채권을 가지고 있지 않던 자는 사해행위에 의하여 일탈된 재산을 기초로 하여 채권을 취득한 것이라고 할 수 없으므로, 사해행위 이후 채무자에 대한 채권자에게 채권자취소소송에 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 배당법원으로서는 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.[224]

결국 취소채권자나 다른 채권자들은 배당법원에서 사해행위 이후에 채권을 취득한 자에 대하여 배당이 이루어졌을 경우 배당이의[225]를 하거나, 그가 배당금을 수령한 후에는 그를 상대로 부당이득반환[226]을 구할 수밖에 없다.

3. 詐害行爲取消의 相對方인 受益者가 債權者 중 1인인 境遇

223) 대법원 2009. 6. 23. 선고 2009다18502 판결.
224) 이우재, 전게논문, 181면.
225) 대법원 2009. 6. 23. 선고 2009다18502 판결(사해행위 이전의 채권자가 사해행위 이후 채권을 취득한 자의 배당신청에 대하여 배당이의 소를 진행한 사안임).
226) 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).

채무자가 채권자 중의 1인에게 저당권을 설정한 것이 사해행위인 경우와 같이 사해행위에도 불구하고 상대방인 수익자의 채권이 잔존하고 있는 경우, 또는 채무자가 채권자 중의 1인에게 대물변제를 해 준 경우와 같이 사해행위에 의하여 수익자 또는 전득자의 채권이 일단 소멸하였으나 그 사해행위가 취소되면서 수익자 또는 전득자의 채권이 부활하게 되는 경우에 이러한 수익자 또는 전득자를 민법 제407조의 적용을 받는 채권자로서 강제집행절차에서 배당받을 수 있는 자로 볼 것인가가 문제된다.[227]

가. 學說

(1) 肯定說

이러한 수익자는 사해해위 당시 이미 채권을 보유하고 있었다는 이유로 민법 제407조의 적용을 받는 채권자에 해당한다고 한다.[228]

(2) 否定說

사해행위 취소의 본질에 관한 상대적 무효설의 입장에서 수익자가 원래 채무자에 대하여 갖고 있던 채권이 부활할 수 없다는 이유로 민법 제407조의 채권자에 해당하지 않는다고 한다.[229]

나. 判例의 立場[230]

227) 편집대표 박준서, 전게서, 121면; 홍진표, 전게논문, 94면; 이우재, 전게논문 182면.
228) 손흥수, 전게논문, 378면.
229) 손흥수, 전게논문, 378면.
230) 대법원은, 아래의 각주 대법원 2003. 6. 27. 선고 2003다15907 판결과 같이 사해행위취소의 상대방인 수익자가 채권자 중의 1인인 경우 다른 채권자들과 함께 민법 제407조에 의하여 그 취소 및 원상회복의 효력을 받게 되는 채권자에 포함된다는 것으로 원물반환일 경우 수익자가 채권자에 포함된다는 것이다. 그러나 가액배상인 대법원 2001. 2. 27. 선고 2000다44338 판결은 수익자가 채권자에 포함되지 않는 다는 것으로 위 두 판례를 혼동 하여서는 안 될 것이다. 위 2003다15907 판결과 2000다44338 판결에 관하여는 第4障 第2節 2 受益者의 取消債權者에 대한 按分額 分配請求 또는 支給拒否 可否에서 다시 검토한다.

대법원은 “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 사해행위 취소소송 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 취소소송을 제기한 채권자 등이 원상회복된 채무자의 재산에 대한 강제집행을 신청하여 그 절차가 개시되면 수익자인 채권자도 그 집행권원을 갖추어 강제집행절차에서 배당을 요구할 권리가 있다.”[231]고 한다.

따라서 취소소송을 제기한 채권자 등이 원상회복된 채무자의 재산에 대한 강제집행을 신청하여 그 절차가 개시되면 수익자인 채권자도 그 집행권원을 갖추어 강제집행절차에서 배당을 요구할 권리가 있다고 판시함으로써 긍정설의 입장에 있음을 명확히 하였다.

이 판결은 채권자취소의 효력에 관한 상대적 무효설의 입장에서 사해행위의 취소는 채권자와 수익자 사이에 상대적으로 효력이 있음을 이유로 그 취소 및 원상회복의 효력이 미치는 채권자의 범위에 당해 취소소송에서 패소한 수익자인 채권자도 그 원상회복의 결과에 대하여는 일반 채권자로서 채권자평등주의의 적용을 받는다는 것을 구체적 사례를 통하여 확인한 것이다.[232]

판례가 위와 같이 긍정설의 입장을 따른 이유는, 채권자가 사해행위로서 대문변제 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 없으며, 이들을 민법 제407조의 채권자 범위에서 제외하는 것은 다른 일반채권자들과 형평에 반하고, 사해해위 취소에 관하여 상대적 효력설을 따르더라도 수익자인 채권자

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

232) 김종필, 사해행위취소와 원상회복의 효력을 받게 되는 채권자의 범위, 대법원 판례해설 44호(2003년 상반기), 법원도서관, 500면.

입장에서 채권의 부활을 전제로 채무자의 회복된 재산에 대한 배당요구를 하는 것은 당연하고 이것이 상대적 효력설과 논리적으로 모순된다고 볼 수 없다는 것이다.[233]

다만, 주의해야 할 것은 수익자 또는 전득자인 채권자가 배당받기 위해서는 배당요구채권자로서 적법한 요건을 갖추어 배당요구종기 이내에 배당요구를 하여야만 하는 점이다.

이와 관련하여 대법원은 "경매법원이 추가배당을 실시할 경우에 배당받을 채권자는 경매절차에서 적법하게 배당요구한 채권자이어야 하는데, 근저당권자로서 경매법원에 채권계산서를 제출하기는 하였지만 그 근저당권설정계약이 사해행위로서 취소된 때에는 이를 적법한 배당요구로 볼 수 없다."[234]고 하였다.

다. 小結

채권자가 사해행위로 대물변제 등을 받은 경우에 그 채권은 이미 사해행위 이전에 존재하고 있었고, 그 이후 사해행위에 의하여 소멸하였다가 그 취소에 의하여 부활한 것이며, 사해행위로 근저당권을 설정한 경우에는 사해행위에도 불구하고 기존의 채권이 잔존하는 것이므로, 이러한 채권자들을 사해행위 당시에 채권을 보유하고 있었던 다른 일반 채권자들과 구별할 이유가 없다.

특히 취소채권자보다 앞서서 채무자의 숨은 재산을 발견하고 적극적으로 채권회수를 시도한 수익자는 사해행위 취소소송의 피고가 되어 아무런 변제를 받지 못하고 회수한 재산을 반환하고 더 나아가 자신의 개인재산에 관하여도 강제집행을 당할 우려가 있는 데 반해 이보다 뒤늦게 채권회수에 나선 취소채권자가 수익자보다 우선변제를 받는 것은 형평에 반하는 결과가 되어 민법 제 407조의 채권자 범위에서 제외하는 것이 다른 일반채권자들과의 형평에 반한다고 할 것이다.

그리고 사해행위취소에 관하여 상대적무효설을 따르더라도 취소의 효력을 받는 수익자 또는 전득자가 채권의 존재 또는 부활을 전제로 채권자 입장에서 채무자의 회복된 재산에 대하여 배당요구를 하는 것이 논리적으로 모순된다고 볼 수 없으므

233) 손흥수, 전게논문, 379면.
234) 대법원 2002. 9. 24. 선고 2002다33069 판결; 법원행정처, 전게서(법원실무제요 민사집행 Ⅱ), 510면.

로, 강제집행절행절차에서 수익자 또는 전득자도 채권자로서 배당 요구할 자격이 있다고 보는 대법원 판례의 입장이 타당하다고 생각된다.

4. 詐害行爲取消의 相對方이 단순한 受益者 또는 轉得者인 境遇

채무자가 수익자에게 부동산을 매도한 행위가 사해행위로서 취소되는 경우와 같이 사해행위 자체가 유상행위인 경우, 학설[235]은 취소판결에 의하여 원상회복한 수익자 또는 전득자는 채무자에 대하여 부당이득반환청구를 하거나 매도인의 담보책임을 물을 수 있다고 한다. 이 경우 수익자 또는 전득자가 채무자에 대하여 취득한 부당이득반환청구권 또는 담보책임추급권에 기하여 취소채권자가 개시한 강제집행에 참가하여 배당 요구를 할 수 있는지가 문제된다.

민법 제407조의 효력을 받는 채권자의 범위를 사해행위 전에 채권을 취득한 자로 제한하는 입장에서는, 수익자 또는 전득자의 위와 같은 권리는 사해행위 이후에 발생한 것이기 때문에 배당요구를 할 수 없다고 볼 것이고, 반대로 민법 제407조의 채권자의 범위에 사해행위 이후 채권을 취득한 자도 포함시키는 입장에서는, 이를 배당요구채권에 포함된다고 볼 것이다. 전자의 입장을 취하면, 사해행위 당시 반대급부를 제공하였던 수익자 또는 전득자는 자신이 반환하였던 거의 유일한 재산에 대한 배당에 가입할 수 없게 되므로 일방적인 손실을 감수하게 된다. 앞서 본 바와 같이 민법 제407조의 채권자의 범위에서 사해행위 후 채권을 취득한 자를 배제하는 통설은 부정설의 입장이다.[236]

채권자취소소송에서의 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 되어 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 감소시키

235) 편집대표 박준서, 전게서, 119-120면.
236) 홍진표, 전게논문, 98면.

는 결과가 초래되고, 사해행위를 하였던 수익자 또는 전득자에게 자신의 채권액에 안분한 비율만큼을 배당절차에서 그 회수를 보장받게 한다면 사해행위를 조장할 위험이 있으므로 부정설이 타당하다고 생각된다. 이에 관하여 명시적으로 설시하고 있는 대법원 판례는 아직 보이지 않는다.

第2節 價額賠償의 境遇

1. 一般債權者의 取消債權者에 대한 價額賠償金 分配請求 可否

가. 判例의 態度

대법원 2008. 6. 12. 선고 2007다37837 판결은 "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 시정하거나 가액배상금의 분배절차에 관한 별도의 법률 규정을 마련하여 개선하는 것은 별론으로 하고, 현행 채권자취소 관련 규정의 해석상으로는 불가피하다."고 판시하고 있는 바, 이는 일반채권자의 취소채권자에 대한 가액배상금 분배청구권을 부정[237]하고

237) 일본 最高裁判所 昭和 37. 10. 9. 판결은 "취소채권자는 자기가 지급받은 금전을 채무자의 일반재산에 회복될 것으로 취급하여야 함은 당연하다 할 것이나, 그것 이상으로 분배자가 되어 다른 채권자

있다.

나. 判例의 問題點

민법 제407조는 채권자취소권의 행사에 의한 취소와 원상회복은 모든 채권자의 이익을 위하여 그 효력이 있다고 규정하고 있는데, 사해행위의 취소와 원상회복은 채무자의 책임재산의 보전을 직접적인 목적으로 하고 그 효과는 모든 채권자의 이익을 위하여 발생되므로, 사해해위의 취소에 상대적 효력만을 인정하는 판례 · 통설에 의하는 한, 취소채권자는 채권만족에 관한 일반원칙에 따라, 책임재산이 채무자에게로 회복된 후 채무자로부터 임의변제를 받거나 강제이행에 의하여 채권만족을 실현할 수밖에 없다.[238]

이 설명에 따르면, 민법 제407조는 다음 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 위와 같이 채권자취소권제도에 대하여 평등주의를 규정하고 있을 뿐, 채무자에게 환원된 책임재산을 분배할 절차나 시기에 관하여 따로 규정하고 있지 않기 때문에, 취소채권자는 평등주의의 실현을 위하여 사해행위 목적물을 채무자에게 환원시킨 후 강제집행의 방법에 의하여 채권의 만족을 얻어야 하고, 이 때 채권자는 배당요구 등을 통하여 평등분배의 기회를 갖게 된다.[239]

그런데 가액배상에 대한 판례에서의 수익자는 채무자에 대한 채권자로서 배당받을 수 없음은 물론 타채권자조차도 위 배당금에 대한 배당신청을 할 수 없는 불합리한 결과가 초래되어, 사해행위로 인한 취소와 원상회복은 모든 채권자의 이익을 위하여 효력이 있다는 민법 제407조의 취지에 어긋나게 된다.

의 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, 일본 역시 일반채권자에 대한 분배청구권을 인정하지 않고 있다.

238) 편집대표 박준서, 전게서, 122면.

239) 이우재, 전게논문, 178면; 편집대표 박준서, 전게서, 122면.

다. 取消債權者의 優先滿足 許否에 관한 學說

취소채권자가 사해행위취소 소송을 제기하여 승소판결을 받아 가액배상금을 수익자로부터 직접 수령한 경우, 상계의 방법으로 우선적으로 자신의 채권만족에 충당해 버리고 있는데, 이와 관련하여 학설의 다툼이 있다.[240]

(1) 學說의 立場

(가) 相計說

상계설은 취소채권자가 지급받은 금전으로부터 자기채권의 만족을 얻을 수 있는 이유는, 가액배상금을 수령한 취소채권자가 다른 채권자에 대하여 분배의무를 부담하지 않기 때문에 사실상 우선변제권을 받더라도 문제가 되지 않는다고 하는 것으로서 통설의 입장이다.[241]

(나) 供託義務說

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 견해로서,[242] 아래의 근거[243]를 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 채

240) 추신영, 전게논문(토지법학 제27권 제2호), 102면.
241) 조성무, 전게논문, 65면.
242) 이은영, 채권총론, 박영사, 1999, 488면.
243) 근거에 대해서는 이우재, 전게논문, 195면-198면.

무자에게 반환하라."는 단일 주문이 선고되므로, 각 취소채권자 상호간에 별다른 문제가 발생하지 아니하나, 이와 달리 가액배상의 경우에는 종래 통설, 판례의 견해대로 취소채권자에게 반환하라고 판결하게 되면, 각 취소채권자별 취소 및 반환의 범위, 각 취소채권자들간의 상호관계를 어떻게 처리하여야 하는지에 관하여 하급심은 안분배당설[244]과 연대채권설[245]로 입장이 나뉘어져 있는데, 공탁설에 의하면 이러한 복잡한 문제도 자연스럽게 해결되는 셈이다.

이 견해에 대해서는 현행법의 해석상 취소채권자에게 공탁의무나 가액배상금 제출의무를 인정할 근거가 불분명하다는 비판을 가하는 견해[246]가 있으나, 이 견해

---

244) 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 가액배상 판결을 하였다. 그러나 안분배당설은 채무자에 대한 채권자가 당해 취소소송의 채권자들만이 존재하는 것을 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.

245) 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 가액배상 판결의 원고들 이외의 다른 취소채권자가 별소에서 가액배상 판결을 받은 경우, 그들 상호간의 법률관계는 어떻게 구성하여야 하는가에 관해서도 어려운 문제가 발생하는 등 연대채권설에 기한 가액배상 판결은 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 사해해행위의 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.

246) 오영준, 전게논문(사해행위취소권과 채권자평등주의), 190면.

는 굳이 입법을 거치지 않더라도 우리 판례가 이미 취소채권자에게 직접 반환하는 방식을 취하고 있으므로, 현재로서는 판례의 변경만으로도 가능 하다고 한다. 다만, 이 경우 그 공탁을 변제공탁으로 취급할 것인가, 집행공탁으로 취급할 것인가에 따라 그 의미가 달라진다. 우리 민사집행법 하에서는 조건부채권이나 기한 미도래의 채권도 전부명령이 가능한데, 위 공탁을 변제공탁으로 구성할 경우, 만일 다른 채권자가 모르는 사이에 취소채권자가 수익자의 변제공탁을 전제로 채무자의 공탁금 출급청구권에 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 집행법원의 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.

(다) 債務者支給說

가액배상의 상대방은 취소채권자가 아니고 채무자이기 때문에 채무자에게 반환하여야 한다고 한다. 그 이유는 통설과 판례가 사해행위취소에 의하여 수익자로부터 찾아온 책임재산은 원칙적으로 모든 채권자의 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.[247]

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

247) 오영준, 전게논문(사해행위취소권과 채권자평등주의), 199-200면.

정채권자에게 전부되어 그 전부채권자가 독식을 하게 되므로, 실질적인 문제해결이 되는 것은 아니라고 한다.[248]

(라) 强制執行說

취소채권자가 인도받은 금전으로부터 자기채권의 만족을 얻기 위해서는 상계는 허용되지 아니하고, 오로지 채무자에 대한 집행권원에 기하여 그 금전에 대한 강제집행을 하여야 한다는 견해로서, 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.[249]

(2) 判例의 立場

판례는, 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 변론으로 하고, 현행 채권자취소 관련 규정의 해석상으로는 불가피하다고 하면서 상계설에 따라 법리를 구성하고 있다.[250]

라. 小結

통설과 판례가 상계설을 취함으로 인하여, 가액배상금을 수령한 취소채권자는 분

248) 이우재, 전게논문, 198면.
249) 이우재, 전게논문, 199면.
250) 대법원 2008. 6. 12. 선고 2007다37837 판결.

배의무를 부담하지 않고 사실상 우선변제를 받는 불공평한 결과가 초래된다.

살피건대, 취소채권자가 수익자로부터 수령한 금원을 법원에 공탁함으로써 다른 채권자에게 배당에 참가할 기회를 부여한다면, 채권자취소권의 채권자평등주의를 깨뜨리지 아니하게 되고, 특히 가액배상에 있어서 수익자가 채무자의 채권자 중 1인인 경우 위 수익자도 가액배상금에 대한 배당신청을 함으로써 있어 원물반환에 있어서 수익자가 채무자의 채권자 중 1인인 경우와 같은 지위에 있을 수 있게 된다는 점에서 공탁의무설이 타당하다고 생각된다.

2. 受益者의 取消債權者에 대한 按分額分配請求 또는 支給拒否 可否

가. 學說

(1) 肯定說

수익자가 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 있고, 이에 반해 뒤늦게 채권회수에 나선 취소채권자가 수익자보다 우선변제를 받게 되면 형평에 어긋난다는 것이다.[251]

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.[252]

---

251) 추신영, 전게논문(토지법학 제27권 제2호), 105면.
252) 이우재, 전게서, 136면.

나아가 취소채권자가 가액배상판결을 받으면 다른 채권자들은 취소채권자에 대한 분배청구권을 행사할 수 없어 사실상 우선변제를 받음에도 불구하고 대법원은 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 아니라도 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 채권자취소소송을 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 사해행위 취소소송의 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.

위의 내용에 더하여, 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, 사해행위취소로 인한 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.[253]

(2) 否定說

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.[254]

나. 判例의 態度

대법원 2001. 2. 7. 선고 2000다44348 판결은, 취소채권자가 수익자를 상대로 취소소송을 제기하여 수익자가 수령한 배당금 중 취소채권자의 채권액에 상당한 금원의 반환을 명한 원심판결에 대해 피고가 자신의 채권안분액 상당의 지급거절권을 주장하며 상고하였으나, 대법원은 "채권자취소권은 채권의 공동담보인 채무자의 책임재산을 보전하기 위하여 채무자와 수익자 사이의 사해행위를 취소하고 채무자의 일반재산으로부터 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

253) 추신영, 전게논문(토지법학 제27권 제2호), 105면; 이진수, 가액배상을 구하는 사해행위취소소송에서 원물반환을 명할 수 있는지 여부, 부산판례연구회, 2010, 667-669면.
254) 윤경, 전게논문, 142면.

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 원상회복 청구와의 상계를 주장하여 그 안분액의 지급을 거절할 수는 없다."고 한다.

다. 小結

대법원은 수익자의 취소채권자에 대한 안분액분배청구권 및 안분액지급거절권에 관하여 부정설을 취하고 있어 결과적으로 취소채권자를 보호하고 있다.

실제 수익자가 채무자의 채권자인 경우도 상당히 많은 현실에서 가액배상시 취소채권자에게 수익자보다 우월적 지위를 인정한다면 근면한 채권자인 수익자가 게으른 채권자인 취소채권자보다 불리한 지위에 놓이게 되어 부당하다. 가액배상에서의 수익자 역시 채무자에 대한 채권자로서 배당받을 수 있게 함이 원물반환의 판결과 같은 결과를 가져올 수 있음은 물론, 민법 제407조의 채권자평등주의 이념에 부합하다고 생각한다.

第5章 取消債權者와 受益者의 固有債權者 사이의 優劣關係

사해행위취소판결에 의해 채무자와 수익자간의 법률행위가 취소된 경우 수익자의 고유채권자가 그 취소 목적물에 대하여 이미 가압류를 한 경우 사해행위취소의 효력이 고유채권자에게 미칠 수 있는가가 문제된다.

第1節 比較法的 檢討

1. 獨逸에서의 見解[255)]

255) 林錫障, 債權者取消權の相對方たる受益者の法的地位, 谷口知平先追悼論文集 2, 契約法, 信山社, 240面

수익자의 고유채권자가 사해행위 목적물에 대해 취소채권자보다 먼저 강제집행을 개시한 경우에는 독일의 학설 및 판례는 다음과 같은 입장을 취하고 있다.

가. 物權說

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.

나. 債權說

채권자취소청구권은 채권이기 때문에 제3자이의 소의 대상이 될 수 없으며, 강제집행의 선후에 따른 압류선착주의에 의하여 취소채권자와 수익자의 가압류채권자의 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.[256)]

다. 責任說

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 발생시

256) 유병현, 채권자취소소송에 관한 연구, 고려대학교 박사학위논문, 1993, 210면.

키므로 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.

2. 日本에서의 見解[257]

가. 相對的 無效說

상대적 무효설은, 취소채권자에게 우선변제권을 인정하지 아니하고 취소의 범위도 원칙적으로 피보전채권액에 한정하는 현행 제도 하에서 취소채권자에게 수익자의 고유채권자에 대한 우선권까지도 인정하지 아니한다면 굳이 취소채권자가 어려운 취소소송을 제기하더라도 그 실효성이 희박하여 타당성을 결하게 되므로, 상대적 무효설을 취하더라도 취소채권자에게 수익자의 고유채권자에게 대한 우선권을 인정하는 법적 구성을 하여야 한다고 한다.

나. 責任說

책임설은, 채권자취소권제도는 취소의 요건이 구비되면 취소채권자를 보호하는 제도이므로, 취소의 요건을 충족시키는 범위에서는 취소채권자가 수익자의 고유채권자에 우선한다고 한다. 일탈된 재산에 대하여 수익자의 고유채권자가 개별집행을 하거나 수익자가 파산한 경우 취소채권자는 수익자의 고유채권자에 대한 관계에서 우선적 만족권을 주장하여 우선변제청구의 소 또는 제3자 이의의 소를 제기할 수 있다고 한다.

다. 絶對的 無效說

257) 林錫障, 前揭論文, 241面.

상대적 효력설에 따르면 사해행위취소의 효력은 상대적 효력밖에 없기 때문에, 그 취소의 효과를 수익자의 고유채권자에 대하여 주장할 수 없다고 한다. 즉 상대적 효력설의 근본적인 의미로 볼 때 사해행위취소의 효력에 대하여 수익자의 고유채권자에게 대항할 수 있다는 주장은 논리에 맞지 않는 주장이라고 보아야 한다.

또한 상대적무효설은 사해행위를 할 채무자에게는 효력이 미치지 않는 것으로 보기 때문에 채무자에게 반환된 재산에 대하여 취소채권자가 집행권원을 얻어 강제집행 하는 것도 설명되기 어려운 부분이라고 한다. 따라서 취소채권자가 수익자의 가압류채권자에 우선한다고 주장하기 위해서는 사해행위취소의 효력이 채무자나 제3자에게 미친다고 해석하는 것이 맞는 것이다. 따라서 이 견해는 채권자취소소송의 피고를 채무자나 수익자, 전득자 모두로 정하는 필수적 공동소송으로 이해하고 있다.

第2節 우리나라에서의 論議

1. 學說

가. 反射的 效力說

우리나라에서 주장된 학설 중 반사적 효력설은, 소송법상[258]의 반사적 효력 때문에 취소채권자가 수익자의 고유채권자보다 우선한다고 한다. 즉 양도재산의 처분행위가 사해행위 취소로 인하여 소급하여 책임법적으로 무효가 되면, 반사적으로 수익자의 고유채권자는 취소채권자보다 열후한 지위에 놓일 수밖에 없다는 것이다.

말하자면 실체법상의 사해양도재산이 취소채권자의 책임재산으로 복귀하게 되면, 상대적으로 수익자의 고유채권자에게는 책임재산이 감소되는 것이고, 이것은 소송법상의 취소판결에 의한 반사적 효력에 의한 당연한 결과라고 한다. 수익자의 고유

258) 이시윤, 전게서, 552면(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).

채권자로서는 사해양도재산이 채무자로부터 수익자의 일반재산으로 편입되긴 하였으나, 그 취소의 소급효로 인하여 그 목적물이 당초부터 채무자의 책임재산으로 취급되었기 때문에 취소채권자의 집행공취에 당연히 복종해야 하는 운명에 처할 수 밖에 없다고 한다.[259]

이러한 점에서 볼 때, 채권자취소판결은 곧 취소채권자의 지위가 수익자의 고유채권자보다 우선한다는 것을 확인하는 역할을 하는 것이고, 수익자의 고유채권자는 취소채권자와 수익자 사이에 내려진 취소판결의 반사적 효력을 받는 자로서 취소판결의 효력자체를 다툴 수 없다고 한다. 그렇기 때문에 수익자의 고유채권자가 사해행위의 목적물에 대하여 먼저 가압류나 압류를 하였다 하더라도, 취소채권자에 대하여 우선권을 주장할 수 없다.

그러나 이 견해는 취소판결의 소급효를 부정하는 판례[260]와 정면으로 배치된다는 점에서 극복해야 할 과제가 많은 것으로 보인다. 사해행위취소의 소급효를 인정할 경우 배당절차가 종료된 이후에 사해행위가 취소된 경우 그 반환청구권이 누구에게 귀속되는가에 대한 판례 등 사해행위에 관한 판례의 상당부분이 흔들리게 된다.[261]

나. 執行法的 原理 適用說

이 견해는 취소채권자와 수익자의 고유채권자의 우선순위에 있어서 실체법적으로는 취소채권자가 우선하나, 결국 누가 먼저 집행에 착수하였는지를 가지고 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 취소

259) 유병현, 전게논문, 240-243면.

260) 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 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).

261) 이우재, 전게논문, 237면.

채권자가 사해행위 목적물을 수익자의 책임재산이 아닌 채무자의 책임재산이라고 주장할 수 있으려면, 사해행위취소의 효력이 수익자의 고유채권자에게 어떤 식으로든지 미친다는 것이 전제되지 않으면 안 되는 것이다.[262]

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.[263]

이처럼 상대적 효력설에 의존하여 사해행위취소의 효력이 수익자의 고유채권자에게 미치는지 여부를 정하는 것은 적절하지 않다고 본다. 사해행위취소제도는 취소채권자와 수익자의 고유채권자 중 누구를 더 보호해야 할 것인가에 대하여 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.

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 안 된다는 것이다. 사해행위취소제도가 실체법상의 권리일지라도 그것은 강제집행을 전제로 하는 것이기 때문에 강제집행법상의 원칙을 배제한 채 설명할 수 없다는 것이다.[264]

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

262) 오영준, 사해행위취소의 효력이 미치는 채권자의 범위, 민사판례연구(ⅤⅤⅦ), 2004, 173면.
263) 오영준, 전게논문(사해행위취소의 효력이 미치는 채권자의 범위), 174면.
264) 오영준, 전게논문(사해행위취소의 효력이 미치는 채권자의 범위), 174면.

사해행위취소판결을 받은 후라도 채무자명의로 등기환원절차를 늦추고 있는 사이, 수익자의 고유채권자가 수익자명의로 남아있는 그 부동산에 대하여 가압류를 착수하게 되면 취소채권자는 그 부담을 져야 하는 것이다.

따라서 취소 목적물을 채무자에게 환원시킨다 하더라도 위와 같이 수익자에 대한 고유채권자의 가압류채권액 상당을 공제한 나머지 양만큼 회복하는데 그친다는 것이다. 이는 가압류 또는 압류의 처분금지효에 따른 당연한 결과로, 비록 취소채권자가 수익자의 고유채권자에 비하여 실체법상의 우선적 지위를 갖는다 하더라도 집행법상의 원칙에 복종하여야 한다는 것이다.

그러나 이 견해는 다음과 같은 비판을 받고 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 것이 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 정당하게 행사하기만 하면 그 순서에 관계없이 우선권을 인정받고, 실체법상 우선변제권자는 배당종기 내에 배당요구만 하면 배당요구의 순서에 상관없이 우선권을 인정받는 것이다.[265] 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.[266]

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, 수익

265) 추신영, 전게논문(동아법학 제52호), 553면.
266) 이우재, 전게서, 190면.

자가 악의의 고유채권자와 짜고 가압류나 압류를 함으로써 취소채권자의 권리를 해할 수 있는 상황을 만들어 주는 것으로서, 이것은 사해행위취소제도가 지향하는 목표가 아니라는 것이다.[267]

민법 제406조 제1항 본문의 규정에서 "채무자가 채권자의 해함을 알고 재산권을 목적으로 한 법률행위를 한 때에는 채권자는 그 취소 및 원상회복을 법원에 청구할 수 있다"고 규정하고, 단서에 "그러나 그 행위로 인하여 이익을 받은 자나 전득한 자가 그 행위 또는 전득당시에 채권자를 해함을 알지 못한 경우에는 그러하지 아니하다"고 규정하고 있다.

이 규정의 내용을 보면 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 제1항 본문에 충실해야 하고, 다만 단서에 따라 보호받을 수 있다는 대원칙을 따라야 한다는 것이다.[268]

다. 相對的 效力 强調說

상대적 효력 강조설에 따르면, 채권자취소권은 채권의 보전조치를 게을리 한 채권자를 위한 예외적인 제도이기 때문에 제3자를 보호하는 해석이 필요하다고 하고, 그래서 취소채권자에게 무한정의 반환권을 부여할 수는 없다고 한다. 사해행위취소는 채무자와 수익자 사이의 유효한 법률행위를 채무자에 대한 채권자를 위하여 취소하는 위한 제도이지만, 선의의 수익자나 전득자를 보호하고자 하는 이념도 망각된 바가 없다는 것이다.

그래서 사해행위취소의 소는 형성의 소와 이행의 소의 병합으로 제기하여야 하고, 그 효력에 있어서 절대적 효력이 아닌 상대적 효력만을 부여하고 있다고 한다. 이러한 이유로 사해행위취소제도는 그 취지에 맞게 운영되어야 하기 때문에 상대적 효력을 강조할 수밖에 없다고 한다.[269]

이 견해는 사해행위취소판결의 법적 성질이 형성판결과 이행판결의 복합적 성질

267) 추신영(동아법학 제52호), 전게논문, 553면.
268) 이우재, 전게서, 191면.
269) 추신영, 전게논문, 554면.

임을 강조하며, 어느 하나만을 강조하는 태도는 바람직하지 않다고 한다. 즉 형성판결을 강조하면 취소채권자를, 이행판결을 강조하면 수익자의 고유채권자를 보호하는 것으로 되는바, 양자가 모두 고려되어야 한다고 한다.

사해행위취소의 소는 형성의 소지만 일탈재산의 원상회복을 위한 이행의 소가 병합되어야 하므로, 형성적 효력은 이행판결에 따라 집행이 이루어져야 그 목적을 달성할 수 있다. 따라서 사해행위 취소판결에 의해 법률관계의 무한정한 형성적 효력은 발생하지 아니하고, 이행판결의 집행과 관련되어 사해행위취소의 효력에 대한 상대적 무효라는 법리가 적용된다. 민법도 제406조에서 "취소 및 원상회복은 법원에 청구할 수 있다"고 규정함으로써 이점을 밝히고 있다.[270]

따라서 취소채권자에게 우선적 효력은 인정되나, 원상회복이 되기까지는 상대적 효력에 의해 제한을 받을 수밖에 없다. 사해행위취소판결의 효력이 상대적이라면 서로 양립할 수 없는 취소채권자의 반환청구권과 수익자의 고유채권자의 집행권이 서로 충돌할 때 반드시 취소채권자에게 절대적 우위권을 인정할 이유가 없고, 최소채권자에게 타인의 유효한 법률행위를 취소하고 수익자의 재산을 채무자에게 강제로 반환시킬 수 있는 권능을 부여하는 것으로 사해행위취소 제도는 충분하다. 이러한 해석으로 사해행위취소 제도의 목적을 달성하지 못한다고 비판할지 몰라도 사해행위 취소제도는 다른 제도에 비해 우월한 지위를 가져야할 이유가 없다. 채무자와 수익자의 법률행위는 사해행위로 취소될 지언정 그 법률행위 자체는 유효한 것이기 때문에, 그 유효한 법률행위를 전제로 이해관계를 맺은 자도 여전히 보호되어야 한다.

이에 대한 근거는 민법 제406조 제1항에서 찾을 수 있는데, 취소채권자는 수익자의 고유채권자가 있더라도 일탈재산을 반환시킬 수 있으나 민법 제406조 제1항 단서의 제한을 받기 때문에, 취소채권자가 반환받기 전에 수익자의 고유채권자가 먼저 집행을 한 경우에는 그에 대항할 수 없다. 반대로 수익자의 고유채권자가 먼저 집행을 하였더라도 그가 만약 사해행위 있었음을 알고 있었던 경우에는 취소채권자에게 대항할 수 없다. 이 경우 증명책임은 수익자의 고유채권자가 부담하여야 한다.[271]

이러한 점에 있어서 취소채권자가 원물반환을 청구하는 경우 사해행위취소를 원

270) 이우재, 전게서, 193면.
271) 이우재, 전게서, 194면.

인으로 한 처분금지가처분이나 가액배상을 청구하는 경우 가압류는 중대한 의미를 가진다. 특히 가처분의 경우 가처분이 가지는 집행보전적 효력뿐만 아니라, 이로써 수익자의 고유채권자가 악의임을 입증할 수 있는 중요한 증거를 확보하게 된다.[272]

라. 金昌熙의 見解

(1) 受益者의 固有債權者가 取消債權者보다 優先하는 것이 制度의 趣旨에 반하는지 與否

일부의 견해는, 판례의 입장을 비판하면서 사해행위취소제도의 취지는 수익자 및 그 고유채권자를 희생하여 취소채권자를 보호하자는 것이므로 취소판결의 효력은 수익자의 고유채권자에게 미치고, 또한 실체법상으로는 언제나 취소채권자가 수익자의 고유채권자에 우선해야 하지만,[273] 집행법상의 제한 때문에 수익자의 고유채권자로서 가압류한 자는 취소채권자에게 우선하게 된다고 한다.[274]

이와 관련하여, 사해행위의 실질은 '다수의 채권자 중 1인이었던 수익자가 채무자의 채무초과상태를 인식하면서 다른 채권자보다 자신의 채권을 먼저 행사하는 행위'일 뿐이고 이는 위법하거나 부당한 행위가 아니어서, 수익자의 고유채권자가 수익자의 이러한 적법 · 유효한 행위를 기초로 집행조치를 취하는 방법으로 새로운 이해관계를 맺었다면 그가 뒤늦게 채권보전조치를 취한 취소채권자보다 우선적 지위에 있다고 하더라도 당연히 제도의 취지에 어긋난다고 할 수는 없다고 한다.[275]

---

272) 이우재, 전게서, 195면.

273) 오영준, 전게논문(사해행위취소의 효력이 미치는 채권자의 범위), 173면.

274) 오영준, 전게논문(사해행위취소의 효력이 미치는 채권자의 범위), 175면(취소채권자는 실체법상 언제나 수익자의 고유채권자보다 우선한다고 하면서, "취소채권자가 사해행위취소판결을 받기 전 혹은 사해행위취소판결을 받은 후더라도 채무자 명의로의 등기 환원절차를 늦추고 있는 상태에서, 수익자의 고유채권자가 수익자 명의로 남아 있는 부동산에 대하여 가압류 혹은 압류에 착수하면 이제는 취소채권자는 위와 같은 가압류의 부담을 배제시킬 수 없다. 설사 취소목적물을 채무자 명의로 환원시킨다 하더라도, 위와 같은 수익자에 대한 고유채권자의 가압류 채권액 상당을 공제한 나머지 양만큼의 책임을 회복하는 데 그친다. 이는 가압류 또는 압류의 처분금지효가 작용한 불가피한 결과이고, 비록 취소채권자가 수익자의 고유채권자에 비하여 실체법상 우선적 지위를 갖는다 하더라도 이러한 집행법상의 원칙에 복종하여야 한다."고 한다).

275) 김창희, 전게논문, 68면.

(2) 受益者의 固有債權者에게도 第406條 第1항 但書가 適用되는지 與否

판례는 수익자의 고유채권자도 전득자와 마찬가지로 '취소의 효력이 미치지 아니하는 제3자'로 파악하고 있으나[276] 수익자의 고유채권자에 대하여 제406조 제1항 단서를 유추 적용할 수 있는지 여부에 관하여 직접 판단한 바 없다.[277] 대법원 2009. 6. 11. 선고 2008다7109 판결 원심[278]에서 취소채권자인 원고가 수익자의 고유채권자로서 가압류권자인 피고에 대하여 제406조 제1항 단서의 규정을 유추적용하여 취소판결의 효력이 미쳐야 한다고 주장하였으나, 원심법원은 그 규정을 유추적용할 수 없다고 판단하였다. 이 사건의 상고인이 상고이유에 이 부분을 포함하지 아니하여 대법원의 판단을 받지 못했다.

일부 견해[279]는 수익자의 고유채권자에게도 제406조 제1항 단서의 규정이 적용되어, 취소채권자가 목적물의 소유명의를 반환시키기 전에 수익자의 고유채권자가 먼저 집행한 경우 그 고유채권자가 선의인 경우에는 취소채권자가 그 집행을 저지할 수 없지만 고유채권자가 악의인 경우에는 그 집행의 효력을 부인할 수 있다고 한다. 이와 같이, 수익자의 고유채권자에게도 제406조 제1항 단서의 규정이 적용되어야 한다는 근거[280]를 들고 있다.

첫째, 수익자의 가압류채권자는 그 지위에 있어서 전득자와 다를 바 없다. 즉, 전

---

276) 대법원 2009. 6. 11. 선고 2008다7109 판결.

277) 대법원 2005. 11. 10. 선고 2004다49532 판결("사해행위의 목적부동산 등을 새로운 법률관계에 의하여 취득한 전득자 등은 민법 제406조 제1항 단서에 의하여 보호되므로, 사해행위의 취소에 상대적 효력만을 인정하는 것은 사해행위 취소채권자와 수익자 그리고 제3자의 이익을 조정하기 위한 것으로 그 취소의 효력이 미치지 아니하는 제3자의 범위를 사해행위를 기초로 목적부동산에 관하여 새롭게 법률행위를 한 그 목적부동산의 전득자 등만으로 한정할 것은 아니라고 할 것인바, 피고인 수익자가 새로운 이해관계를 맺은 것이 아니라 수익자의 채권자로서 이미 가지고 있던 채권확보를 위하여 이 사건 부동산을 압류 또는 가압류를 한 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 미친다고 볼 수 없다."고 판시하였다. 이 판결은, 전득자에 대하여 소가 제기되어 그에 대한 관계에서 사해행위가 취소되지 않는다면 전득자에 대하여 사해행위 취소의 효력이 미치지 않는데 이와 같은 상대적 효력의 법리는 전득자뿐만 아니라 수익자의 고유채권자로서 가압류한 자에 대하여도 그대로 적용된다는 취지이다)

278) 인천지방법원 2007. 11. 23. 선고 2006나6218 판결.

279) 이우재, 전게논문, 454면.

280) 김창희, 전게논문, 70면부터 72면.

득자란 권리의 양수인으로부터 다시 물권 등을 취득한 자를 말한다. 가압류권자는 물권을 취득하지는 않았지만 가압류를 함으로써 그 물건에 관하여 처분금지효과를 얻게 되어 그 후에 물권적 권리를 취득한 사람에 대항할 수 있기 때문에 물권을 취득한 자와 유사하여 민법 제108조 제2항이나 제548조 제1항 단서의 해석에서는 무효 또는 해제로 대항할 수 없는 제3자의 범위를 정함에 있어서 가압류한 자도 전득자와 동시로 보고 있다.[281]

둘째, 전득자는 목적재산에 관하여 권리를 취득한 자로서 목적재산과 관련하여 대가를 지불한 경우가 많을 것으로, 전득자가 악의인 경우에는 제406조 제1항 단서에 따라 채권자로부터 사해행위 취소소송을 당하여 목적물을 환수 당하게 된다. 이에 대하여 수익자의 고유채권자는 일반적인 경우 그 목적물과 직접적인 관련성이 없고 수익자에 대하여 가지고 있는 채권도 그 목적물과 관련된 것이 아닐 것이므로, 목적재산에 대한 권리의 측면에서 전득자가 고유채권자보다 더 불리해져서는 안 된다.

만약, 제406조 제1항 단서의 규정이 수익자의 고유채권자에게 유추적용되지 않는다면 수익자의 고유채권자는 선의 · 악의를 불문하고 언제나 취소채권자에 우선하게 되고 그렇게 되면 전득자와 사이에 균형이 맞지 않게 된다.

따라서, 수익자의 고유채권자가 제406조 제1항 단서의 적용을 받는다는 의미는, 수익자의 고유채권자를 피고로 하여 사해행위취소의 소가 제기되어 취소판결이 확정되지 않는 한 수익자의 고유채권자에 대한 관계에서는 사해행위 목적물은 수익자의 소유로 취급된다는 것이고, 수익자의 고유채권자를 피고로 하여 사해행위 취소소송이 제기된 경우 그가 선의라면 취소채권자가 패소하게 되고, 수익자의 고유채권자에 대한 관계에서 사해행위는 취소되지 않으며 그는 여전히 취소채권자보다 우선적 지위를 갖게 된다는 것이다.[282]

취소채권자가 수익자의 고유채권자인 가압류권자를 피고로 삼아 사해행위취소소송을 제기하였는데 수익자의 고유채권자가 악의임이 밝혀져 취소채권자가 승소하는 경우, 가압류채권자를 상대로 가압류의 말소를 명할 수는 없으므로, 가압류채권자를 부동산등기법 제75조에서 정한 등기상 이해관계 있는 자로 보아 수익자 명의 등기의 말소에 대한 승낙의 의사표시를 명해야 한다.[283]

---

281) 대법원 2010. 3. 25. 선고 2009다35473 판결; 대법원 2005. 1. 1. 14. 선고 2003다33004 판결.
282) 김창희, 전게논문, 72면.

반대로 수익자의 고유채권자가 선의로 밝혀져 취소채권자가 사해행위 취소소송에서 패소하는 경우 취소채권자는 원상회복된 목적물을 경매하여 받게 될 매각대금에서 수익자의 고유채권자보다 후순위로 배당받게 될 것이다.[284]

(3) 受益者의 固有債權者가 押留 등 조치를 취하지 아니한 境遇 取消判決의 效力이 미치는지 與否

취소의 효력이 수익자의 고유채권자에게 미치지 아니한다면, 사해해위취소 후에도 수익자의 고유채권자에 대한 관계에서는 당해 목적물이 수익자의 소유이므로 취소판결이 확정될 때까지 아무런 조치를 취하지 않던 수익자의 고유채권자가 목적재산이 채무자 명의로 회복된 뒤 취소채권자에 의하여 환가되는 절차에서 나타나 수익자를 대위하여 제3자 이의의 소를 제기할 수 있다고 하는 견해가 있다.[285]

그러나 채권자대위소송에서 채권자는 채무자가 제3채무자에 대하여 가지는 법적 지위를 주장할 수 있을 뿐 자신이 제3채무자에 대하여 가지는 지위를 주장할 수 있을 뿐 자신이 제3채무자에 대하여 가지는 지위를 주장할 수 없다.[286] 수익자는 취소판결의 효력이 미치는 자로서 그 스스로 목적부동산이 자신의 소유라고 주장할 수 없고, 따라서 수익자를 대위하는 수익자의 고유채권자도 그 목적부동산이 수익자의 소유라고 주장할 수는 없으므로 결국 수익자의 고유채권자는 수익자를 대위하여 취소채권자를 상대로 제3자 이의의 소를 제기할 수 없다.

만약, 수익자의 고유채권자가 취소채권자의 집행절차에서 언제나 배당 요구할 수 있다면 사해행위 취소제도는 채권보전장치로서의 효용을 대부분 상실하고 말 것이다. 즉, 취소채권자가 많은 노력을 들여 취소소송에서 승소하고 채무자 명의로 회복한 재산을 강제집행 하였는데도 그 집행이 종료될 때까지 수익자의 고유채권자가 나타나기만 하면 그 모든 노력이 수포로 돌아가기 때문에,[287] 이러한 파국적 결말을 피하기 위하여 상대효설의 입장에서는 취소판결의 효력이 미치지 아니하는

283) 대법원 1998. 11. 27. 선고 97다41103 판결.
284) 김창희, 전게논문, 73면.
285) 오영준, 전게논문(사해해위취소의 효력이 미치는 채권자의 범위), 169면.
286) 대법원 2009. 5. 28. 선고 2009다4787 판결.
287) 취소채권자의 경매에 의한 배당이 종료되고 난후에 새로 나타난 수익자의 고유채권자가 취소채권자에 대하여 부당이득반환을 청구하는 것도 허용된다는 결론에 이를 수도 있다.

제3자의 범위를 제한하지 않을 수 없다.[288]

(4) 受益者의 固有債權者의 假押留가 取消債權者의 假處分보다 늦게 마쳐진 境遇 取消判決이 確定되면 그 假押留는 效力을 잃는지 與否

취소채권자가 사해행위취소소송을 제기하기에 앞서 사해행위취소를 원인으로 한 소유권이전등기말소청구권을 피보전권리로 하여 처분금지가처분을 하는 경우가 많다. 이러한 경우 취소판결이 확정된 때에는 가처분 이후에 경료 된 수익자의 고유채권자의 가압류의 효력을 부인할 수 있다는 견해[289]가 있다. 사해행위취소의 효력은 상대적이지만 처분금지가처분의 효력과 결합하여 가처분의 효력에 반하는 범위 내에서는 절대적 효력을 갖게 된다는 것이다.

이 견해에 따르면 취소채권자의 가처분이 먼저 존재한다면 수익자의 고유채권자에 의하여 경매되어 배당금이 교부된 후에 취소판결이 확정된 경우에도 수익자의 고유채권자가 받은 배당금은 취소채권자에 대한 관계에서 부당이득이 된다는 것이다.[290] 이 견해를 뒷받침하는 근거는 등기예규 1061호[291]로서, 가처분권리자가 본안사건에서 승소하여 그 확정판결의 정본을 첨부하여 소유권말소등기를 신청하는 경우, 등기관은 위 소유권말소등기를 함과 동시에 그 가처분등기 이후에 경료된 제3자 명의의 소유권이전등기를 제외한 가등기, 소유권 이외의 권리에 관한 등기, 가압류 등기, 국세체납에 의한 압류등기, 경매신청등기와 처분금지가처분등기 등 당해 가처분등기를 부동산 등기법 제172조의 규정에 의하여 직권말소 하도록 규정하고 있다.

---

288) 김창희, 전게논문, 74면.

289) 이인규, 사해행위 이후에 목적부동산에 대한 경매절차에서 배당을 받은 교부권자와 가압류권자에게 사해행위취소의 효력이 미쳐 그 경매절차에서의 배당금이 부당이득이 되는지 여부(소극), 대법원 판례해설 57호, 법원도서관, 2006, 245면.

290) 이인규, 전게논문, 252면.

291) 처분금지가처분채권자가 본안사건에서 승소하여 그 승소판결에 의한 소유권이전등기를 신청하는 경우(당해 가처분등기 이후에 경료된 제3자 명의의 소유권이전등기의 말소)에 관하여 "부동산의 처분금지가처분채권자가 본안사건에서 승소하여 그 확정판결의 정본을 첨부하여 소유권이전등기를 신청하는 경우, 그 가처분등기 이후에 제3자 명의의 소유권이전등기가 경료 되어 있을 때에는 반드시 위 소유권이전등기신청과 함께 단독으로 그 가처분등기 이후에 경료된 제3자 명의의 소유권이전등기의 말소신청도 동시에 하여 그 가처분등기 이후의 소유권이전등기를 말소하고 가처분채권자의 소유권이전등기를 하여야 한다."

위 견해와 달리 처분금지가처분 등기가 유효하게 기입된 이후에도 가처분채권자의 지위만으로는 가처분 이후에 경료 된 처분등기의 말소를 청구할 수 없고, 나중에 가처분채권자가 본안 승소판결에 의한 등기의 기재를 청구할 수 있게 되면서 가처분등기 후에 경료 된 가처분 내용에 위반된 등기의 말소를 청구할 수 있을 뿐이라며,[292] 취소판결이 확정되어 목적물의 소유명의가 채무자에게 복귀하더라도 수익자의 고유채권자에 대한 관계에서 사해행위는 여전히 유효하게 남아 있고 목적물은 여전히 수익자의 재산으로, 목적물에 가처분만 이루어진 상태일 뿐 수익자의 고유채권자가 한 압류 · 가압류는 무효로 되지 않는다고 한다.[293]

2. 判例

가. 大法院 1990. 10. 30. 宣告 89다카35421 判決(제3자이의)

이 판결의 사실관계에 따르면, 채무자인 B의 부동산을 사해행위로 C가 양수받았다. 그런데 C의 채권자인 D가 가압류를 한 후에, B의 채권자인 A가 사해행위취소소송을 제기하여 B와 C간의 법률행위를 취소하고 C명의의 말소등기 판결을 받았다. 그 후에 C명의에서 B명의로 부동산이 환원되자, A가 B로부터 그 부동산을 매수한 후에 다시 E(제3자)에게 전전 양도하였다.

그 후 C의 고유채권자인 D가 가압류의 처분금지효에 근거하여 이행판결을 집행권원으로 삼아 부동산에 경매를 신청하자, 전전 양수한 E(제3자)가 제3자이의의 소를 제기한 사건이다. 이에 대하여 대법원은 사해행위의 목적부동산에 수익자에 대한 채권자의 가압류등기가 경료된 후 채무자와 수익자 사이의 위 부동산에 관한 매매계약이 사해행위라는 이유로 취소되어 수익자 명의의 소유권이전등기가 말소되었다 하더라도 사해행위의 취소는 상대적 효력밖에 없어 특단의 사정이 없는 한 가압류의 효력이 당연히 소멸되는 것은 아니므로 채무자로부터 위 부동산을 전전하여 양도받은 자는 가압류의 부담이 있는 소유권을 취득하였다 할 것인바, 원심이 위 부동산에 관한 수익자 명의의 소유권이전등기가 원인무효라는 이유만으로 가압

292) 대법원 1996. 3. 22. 선고 95다53768 판결.
293) 김창희, 전게논문, 79면.

류채권자의 위 부동산에 대한 강제집행을 불허한 조치는 사해행위취소의 효력에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 하였다.

나. 大法院 2001. 5. 29. 宣告 99다9011 判決(배당이의)

이 판결의 사실관계에 따르면, A는 채무자 B에 대하여 임금채권을 가지고 있었다. 그런데 B소유의 X토지에 대하여 C명의의 근저당권이 설정된 후, B는 X토지를 D에게 양도하였다. 그 뒤에 C가 X토지에 대하여 근저당권실행경매를 신청하였고, C가 X부동산을 경락을 받았다. A가 B와 D간의 매매에 대하여 사해행위소송을 제기하자 D가 A의 청구를 인낙하였고, 이에 A는 C에 대하여 B에 대한 금전채권이 있음을 이유로 집행법원에 배당요구를 하였다. 그러자 집행법원은 X부동산이 B소유가 아니라는 이유로 A를 배당에서 제외하고, 배당금 전액을 C에게 배당하였다.

대법원은, 채무자인 사용자 소유의 부동산이 제3자에게 양도된 후 위 부동산에 관하여 개시된 경매절차에서 위 부동산이 사용자의 책임재산이 아니라는 이유로 배당을 받지 못한 임금채권자가 제3자를 상대로 사해행위취소소송을 제기하고 제3자가 이를 인낙하였다 하더라도 그 취소의 효력은 위 임금채권자와 수익자인 제3자 사이에만 발생할 뿐 사해행위 이전에 이미 위 부동산에 대하여 근저당권을 가지고 있던 자에게는 미치지 아니하며, 위 부동산이 소급하여 채무자의 책임재산으로 회복되는 것도 아니므로 임금채권자는 우선변제권을 내세워 위 근저당권자에게 경매절차에서 배당받은 금원의 반환을 구할 수 없다고 하였다.

다. 大法院 2005. 11. 10. 宣告 2004다49532 判決(배당이의)

이 판결 사실관계에 따르면, A는 C에게 근저당권이 설정되어 있는 이 사건 부동산에 관하여 B와 사이에 매매계약을 체결하고 그 소유권을 이전하였는바, 이 사건 부동산에 관하여 피고 D는 B에 대한 국세체납을 사유로 압류를, 피고 E는 B에 대한 채권을 피보전권리로 가압류를 하였으며 이 사건 부동산에 관한 근저당권에 의한 경매절차에서 피고 D를 제3순위, 피고 E를 제4순위로 하여 이 사건 부동산의 매각대금을 배당하는 배당표가 작성되었고, 그 후 원고 F가 B를 상대로 제기한 인

천지방법원 2000나10697호 사해행위취소 소송에서 A와 B사이의 이 사건 부동산에 관한 매매계약은 사해행위로 취소하고 가액배상으로 B는 원고 F에게 5,000만원 및 지연손해금을 지급하라는 판결이 선고되어 그 무렵 확정되었다.

사해행위의 취소는 취소소송의 당사자 사이에서 상대적으로 취소의 효력이 있는 것으로 당사자 이외의 제3자는 다른 특별한 사정이 없는 이상 취소로 인하여 그 법률관계에 영향을 받지 않는다. 그리고 사해행위의 목적부동산 등을 새로운 법률관계에 의하여 취득한 전득자 등은 민법 제406조 제1항 단서에 의하여 보호되므로, 사해행위의 취소에 상대적 효력만을 인정하는 것은 사해행위 취소채권자와 수익자 그리고 제3자의 이익을 조정하기 위한 것으로 그 취소의 효력이 미치지 아니하는 제3자의 범위를 사해행위를 기초로 목적부동산에 관하여 새롭게 법률행위를 한 그 목적부동산의 전득자 등만으로 한정할 것은 아니다.

또한 근저당권이 설정되어 있는 채무자의 부동산을 매수한 수익자의 채권을 담보하기 위하여 수익자의 채권자들이 부동산에 대해 압류 등을 하여 부동산에 관한 근저당권에 의한 경매절차에서 배당받은 후 사해행위 취소채권자가 수익자를 상대로 사해행위취소소송을 제기하여 가액배상의 확정판결을 받은 경우, 수익자의 채권자들이 수익자와 새로운 법률관계를 맺은 것이 아니라 수익자의 채권자로서 이미 가지고 있던 채권확보를 위하여 부동산을 압류 또는 가압류한 자에 불과하더라도 목적부동산의 매각대금에 대하여 사해행위 취소채권자에게 수익자의 채권자들에 우선하여 변제받을 수 있는 권리를 부여하여 사해행위취소판결의 실효성을 확보하여야 할 아무런 근거가 없으므로 수익자의 채권자들에게 사해행위취소판결의 효력이 미친다고는 볼 수 없다고 하였다.

3. 小結

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.[294] 반사적 효력이 인정될 수 있는 예로는, 채권자와 주채무자 사이의 소송

에서 주채무자 승소확정의 판결이 있는 경우 보증채무의 부종성 때문에 보증인도 주채무자 승소판결을 원용하여 자기의 보증채무 이행을 거절할 수 있거나, 공유자가 공유물반환 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.[295] 나아가 반사적 효력이라고 하는 것은 그 명문규정이 없어 이를 부정하는 견해가 비등하고, 그 근거나 범위에 대하여 아직 정설이라 할 것이 없다.[296] 그럼에도 불구하고 채권자취소판결의 반사적 효과가 수익자의 고유채권자에게 바로 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 판단된다. 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.[297] 위와 같이 누가 먼저 집행에 착수했는가를 중심으로 한 집행법적 원리적용설은 결과적으로 수익자의 고유채권자를 취소채권자보다 더 보호하겠다는 해석으로 볼 수밖에 없게 되어, 수익자의 고유채권자가 가장채권자일 경우 그 대책이 없다는 점이 문제점이 있다.

상대적 효력 강조설은 대법원 판례의 입장과 큰 차이는 없는 것으로 보인다. 다만 수익자의 고유채권자가 자신이 선의임을 증명하도록 한 것은 종전 판례의 입장

294) 이시윤, 전게서, 553면.
295) 추신영, 전게논문(동아법학 제52호), 559면.
296) 이시윤, 전게서, 554면.
297) 추신영, 전게논문(동아법학 제52호), 559면.

에서 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 제1항 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 범의를 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 고유채권자를 보호하는 것으로 되는바, 어느 하나도 고려하지 않을 수 없음을 강조한다. 그렇지만 그 본질에 있어서는 형성판결이 핵심이라고 보아야 한다. 채권자취소소송에 있어서 이행판결은 형성판결의 효과로 당연히 발생하는 것이며, 이행판결의 성질 때문에 수익자의 고유채권자가 보호받아야 한다는 논리도 쉽게 받아들이기 어렵다.[298]

개인적 의견으로는 취소채권자에게 사실상 물권적 효력을 인정함으로써 채권자취소권제도의 규정취지를 살리는 방법으로 해석하여야 한다고 본다. 대법원 판례는 수익자의 고유채권자의 신뢰를 염두하여 그를 보호하는 것으로 하고 있으나, 신뢰로 따지자면 채무자를 믿고 돈을 빌려 준 취소채권자의 신뢰가 더 보호받아야 할 신뢰일 것이다. 채권자취소권은 채무자가 채권자를 해함을 알면서 수익자와 사이 자기의 일반재산을 처분한 행위를 취소하는 것으로, 먼저 이루어진 사해행위 목적물에 수익자의 고유채권자가 발생된다. 즉 사해행위에 터 잡아 고유채권자가 발생되는 것으로, 사해행위취소에 의한 목적물이 채무자에게 원상회복되면 고유채권자가 위 목적물에 권리를 행사할 수 없는 것이다. 특히 수익자의 고유채권자는 취소채권자를 해할 의도로 신청한 가장채권자일 가능성도 크다는 것을 염두에 두면, 취소채권자를 보호해야 한다고 판단된다.

第6章 結論

298) 추신영, 전게논문(동아법학 제52호), 560면.

채권자취소권이란, 채무자가 채권자를 해함을 알면서 자기의 일반재산을 감소시키는 법률행위를 한 경우에 그 행위를 취소하고 채무자로부터 일탈된 재산을 원상회복시킴으로써 모든 채권자를 위하여 채무자의 책임재산을 보전하기 위하여 인정되는 권리이다. 결국, 채권자취소권에서 가장 중요한 문제는 취소채권자가 수익자 내지 전득자를 상대로 사해행위취소소송을 제기하여 채무자의 재산이 원상회복 되었을 경우, 위 원상회복 된 재산에 관해 어떤 채권자가 위 재산을 집행하여 자신의 채권을 만족하는 것이냐가 문제 된다. 이와 관련하여, 채권자취소권에 관하여 우리 민법 제406조 제1항은 채권자가 법원에 원상회복을 청구할 수 있다고 하나 원상회복이 어떻게 이루어져야 하는지는 구체적으로 규정하고 있지 않다.

이와 같이 취소채권자가 수익자 또는 전득자를 상대로 채무자와의 사해행위를 취소하는 소송을 진행하여 승소하였을 경우, 위 승소로 인한 원물반환 내지 가액배상된 재산에 대한 채권자의 범위와 관련하여 크게 두 가지의 문제점이 있다.

첫째, 사해행위취소소송에서 패소한 수익자의 지위로서, 위 수익자 역시 채무자에 대한 채권자일 경우, 위 수익자가 반환된 재산에 대한 채권자가 될 수 있느냐의 여부이다. 이와 관련하여, 취소채권자로부터 패소한 수익자가 채무자에 대한 채권자일 경우, 원물반환 판결(대법원 2003. 6. 27. 선고 2003다15907 판결)에서는 수익자가 채무자에 대한 채권자로서 배당신청을 할 수 있지만, 가액배상 판결(대법원 2008. 6. 12. 선고 2007다37837 판결)에 의하면 수익자가 위 가액에 대한 배당신청을 할 수 없다. 수익자가 채무자에 대한 채권자일 경우, 원물반환에서의 수익자는 채무자에 대한 채권자로서 배당받을 수 있음에도 불구하고, 가액배상의 수익자는 채무자에 대한 채권자로서 배당받을 수 없음은 물론 타채권자조차도 위 배당금에 대한 배당신청을 할 수 없는 불합리한 결과가 초래된다. 특히, 후자 판례의 경우, 취소채권자에게 채무자의 재산에 대한 우선적 만족을 허용하는 것과 같아, 사해행위로 인한 취소와 원상회복은 모든 채권자의 이익을 위하여 효력이 있다는 민법 제407조의 취지에 정면으로 반한다.

실제 수익자가 채무자의 채권자인 경우도 상당히 많은 현실에서 가액배상시 취소채권자에게 수익자보다 우월적 지위를 인정한다면 근면한 채권자인 수익자가 게으른 채권자인 취소채권자보다 불리한 지위에 놓이게 되어 부당하다. 가액배상에서

의 수익자 역시 채무자에 대한 채권자로서 배당받을 수 있게 함이 원물반환의 판결과 같은 결과를 가져올 수 있음은 물론, 민법 제407조의 채권자평등주의 이념에 부합하다고 생각한다.

둘째, 사해행위취소판결에 의해 채무자와 수익자간의 법률행위가 취소된 경우 수익자의 고유채권자가 그 취소 목적물에 대하여 효력을 미칠 수 있는가가 문제된다. 고유채권자가 효력을 미칠 수 있다면, 고유채권자도 위 목적물의 이해관계인이 되어 취소채권자 및 채무자의 다른 채권자와의 상당한 마찰이 예상되기 때문이다. 우리 대법원은 사해행위취소판결의 효력이 고유채권자에게 미치지 못한다고 하여 고유채권자를 보호하고 있는바, 취소채권자로서는 상대적으로 배당액이 줄어들게 되므로 취소채권자와 수익자의 고유채권자의 관계에서 취소채권자의 보호가 필요하다.

채권자취소권은 채무자가 채권자를 해함을 알면서 수익자와 사이 자기의 일반재산을 처분한 행위를 취소하는 것으로, 먼저 이루어진 사해행위 목적물에 수익자의 고유채권자가 발생된다. 즉 사해행위에 터 잡아 고유채권자가 발생되는 것으로, 사해행위취소에 의한 목적물이 채무자에게 원상회복되면 고유채권자가 위 목적물에 권리를 행사할 수 없는 것이다. 신뢰로 따지자면 채무자를 믿고 돈을 빌려 준 취소채권자의 신뢰가 더 보호받아야 할 것으로, 취소채권자에게 물권적 효력을 인정함으로써 채권자취소권제도의 규정취지를 살리는 방법으로 해석하여야 한다고 본다.

參 考 文 獻

1. 單行本

강대성, 민사집행법(제3판), 삼영사, 2006.

곽윤직, 채권총론(민법강의Ⅲ), 박영사, 2013.

김민중, 민법강의(제2판), 두성사, 1999.

김상용, 채권총론(민법강의Ⅲ), 법문사, 2006.

김주수, 채권총론(제3판), 삼영사, 2003.

김주수, 친족상속법(제6판), 법문사, 2003.

김준호, 민법강의(제16판), 법문사, 2010.

김준호, 채권총론(이론, 사례, 판례), 법문사, 2007.

나현태, 민법총칙, 전남대학교 출판부, 2009.

노재호, 민법교안(제4판), 문성, 2006.

명순구, 민법총칙, 법문사, 2007.

법률연구회, 사해행위취소 소송자료, 법률정보센타, 2005.

법원행정처, 법원실무제요 민사집행 Ⅱ, 2003.

서울중앙지방법원 파산부 실무연구회, 법인파산실무, 박영사, 2007.

서울중앙지방법원 파산부 실무연구회, 개인파산 · 회생실무, 박영사, 2007.

손진홍, 채권집행의 이론과 실무(상), 법률정보센타, 2004.

송덕수, 민법강의(상), 박영사, 2004.

송덕수, 신민법강의(제5판), 박영사, 2012.

오시영, 채권자취소권, 숭실대학교 출판부, 2010.

우금도, 민사집행법(제3판), 진원사, 2008.

윤철홍, 채권총론, 법원사, 2006.

이순동, 채권자취소권, 육법사, 2010.

이시윤, 신민사소송법, 박영사, 2003.

이시윤, 민사집행법, 박영사, 2007.

이우재, 민사집행법에 따른 배당의 제 문제, 진원사, 2008.

이은영, 채권총론, 박영사, 1999.
이종건, 민사요건사실과 입증책임(Ⅱ), 법률정보센타, 2001.
이창희, 세법강의(제4판), 박영사, 2005.
임승형, 조세법, 박영사, 2005.
전병서, 도산법(제2판), 법문사, 2007.
정기웅, 채권총론, 법원사, 2000.
지원림, 민법강의(제5판), 홍문사, 2007.
편집대표 곽윤직, 민법주해 제2권 총칙(2), 박영사, 1995.
편집대표 곽윤직, 민법주해 제9권 채권(2), 박영사, 1999.
편집대표 김용담, 주석민법(총칙2), 한국사법행정학회, 2010.
편집대표 김증한, 주석채권총칙(상), 한국사법행정학회, 1994.
편집대표 박준서, 주석민법(채권총칙2), 한국사법행정학회, 2000.

2. 硏究論文

고경우, 채권자취소권에 있어서의 피보전권리, 판례연구 제9집(부산판례연구회), 1998.
김욱곤, 채권자취소권의 요건론, 재고, 저스티스 제33권 제4호, 2000.
김재형, 채권자취소권의 본질과 효과에 관한 연구, 인권과 정의, 2004.
김종필, 사해행위취소와 원상회복의 효력을 받게 되는 채권자의 범위, 대법원 판례해설 44호(2003년 상반기), 법원도서관.
김창종, 채권자취소권행사에 의한 원상회복의 방법 및 범위, 사법논집 제32집, 2001.
김창희, 사해행위취소판결의 효력이 미치는 범위(수익자의 고유채권자에 대한 효력을 중심으로), 법조, 2013.
나현태, 사해행위추소소송의 피고적격과 효과(대법원 2004. 8. 30. 선고 2004다21923 판결), 법학연구 제18권, 한국법학회, 2005.
박종렬, 채권자취소권에 있어서의 사해의사에 관한 연구, 법학연구, 제13집.
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.
소병직, 채권자취소권에 있어서의 가액배상에 관한 고찰, 법학연구 제25권, 전북대학교 법학연구소, 2007.
손흥수, 사해행위취소의 상대효, 채권가압류의 처분금지효(개별상대효)와 배당이의, 민사집행법연구, 진원사, 2012.
손흥수, 사해행위취소 소송의 수익자(채무자로부터 부동산을 매수한 자)가 민법 제407조의 모든 채권자에 포함되는지, 민사집행법연구, 진원사, 2012.
양창수, 채권자취소권의 피보전채권과 사해행위, 고시계(제38권 제4호), 1993.
양형우, 채무자의 근저당권설정행위와 가압류채권자의 채권자취소권(대법원 2008. 2. 28. 선고 2007다77446 판결), 홍익법학 제10권 제2호, 홍익대학교 법학연구소, 2009.
오수원, 프랑스 채권자취소권에서의 사해의사, 민사법연구 제10권 제1호, 대한민사법학회, 2002.
오영준, 사해행위취소권과 채권자평등주의, 사법논집 32집, 법원도서관, 2001.
오영준, 사해행위취소의 효력이 미치는 채권자의 범위, 민사판례연구(ⅤⅤⅦ), 2004.
오재창, 사해행위취소에 따른 배당금지급청권과 채권자평등주의, 민사집행연구소 제5권, 한국사법행정학회, 2009.
윤 경, 사해행위취소와 가액배상, 저스티스 제34권 제5호, 한국법학원, 2001.
윤 경, 사해행위취소소송에서 물적 담보를 가진 채권자의 피보전채권의 범위, 대법원 판례해설 40호(2002년 상반기), 법원도서관.
이우재, 사해해위취소의 효력과 배당절차에서의 취급(사해행위취소의 효력을 받는 모든 채권자의범위와 관련된 문제), 민사집행연구소 제5권, 한국사법행정학회, 2009.
이인규, 사해행위 이후에 목적부동산에 대한 경매절차에서 배당을 받은 교부권자와 가압류권자에게 사해행위취소의 효력이 미쳐 그 경매절차에서의 배당금이 부당이득이 되는지 여부(소극), 대법원판례해설 57호, 법원도서관, 2006.

이종엽, 가액배상판결의 집행법상 실현(대상판결 2005다14595), 저스티스 통권 101호, 한국법학원, 2007.
이진수, 가액배상을 구하는 사해행위취소소송에서 원물반환을 명할 수 있는지 여부, 부산판례연구회, 2010.
이혜진, 사해행위취소소송의 경합과 가액배상, 동아법학 제55호, 동아대학교 법학연구소, 2012.
지원림, 사해행위취소에 따른 원상회복의 방법(원물반환과 가액상황의 관계를 중심으로), 안암법학 제25집, 안암법학회, 2007.
최문기, 채권자취소권의 요건론, 사회과학연구 제27권 제2호, 경성대학교 사회과학연구소, 2011.
추신영, 사해행위취소에 있어서 취소채권자와 수익자의 고유채권자 사이의 법률관계(2008다7109), 동아법학 제52호, 동아대학교 법학연구소, 2011.
추신영, 채권자취소소송에 있어서 원물반환과 가액배상(강제집행과 관련된 내용을 중심으로), 토지법학 제27권 제2호, 2011.
한국현, 채권자취소권의 법적 성질, 민사법연구 제12권 제2호, 대한민사법학회, 2004.
한삼인, 사해행위취소권 행사의 대상과 수익자의 가액배상의 범위, 고시계 제53권 제8호, 고시계사, 2008.
한삼인 · 김상헌, 채권자취소권의 요건에 관한 비판적 고찰, 동아법학 제56호, 동아대학교 법학연구소, 2012.
한호영, 채권자취소권제도 운영에 관한 시론, 사법연수원논문집, 제1집, 2004.
허영무, 홍익법학 제11권 제3호, 홍익대학교 법학연구소, 2010.
홍진표, 채권자취소소송과 그 집행(여러채권자의 이해관계의 중심으로), 한양대학교 석사학위논문, 2010.
황남석, 채권자취소소송의 가액배상과 관련된 몇 가지 문제점에 관한 소고, 변호사 35집, 서울지방변호사회, 2005.
황정엽, 사해행위취소소송에서의 가액배상에 관한 고찰, 공송무자료집 제9집, 서울고등검찰청, 2005.

3. 學位論文

박중구, 채권자취소권의 주관적요건에 관한 연구, 한양대학교 석사학위논문, 2012.
우성호, 채권자취소권에 관한 연구, 청주대학교 박사학위논문, 2009.
유병현, 채권자취소소송에 관한 연구, 고려대학교 박사학위논문, 1993.
이상진, 채권자취소권에 관한 연구, 연세대학교 박사학위논문, 2007.
이승현, 채권자취소권에 관한 연구, 한양대학교 석사학위논문, 2010.
조성무, 채권자취소소송에 있어서 원상회복의 방법에 관한 연구, 동국대학교 석사학위논문, 2012.
한국현, 채권자취소권의 성질과 효과에 관한 연구, 목포대학교 박사학위논문, 2005.