

## 채권자취소소송에서 소송물과 관련된 문제점

이 순 동\*

### < 목 차 >

- I. 서론
- II. 채권자취소소송의 소송물
- III. 피보전채권과 관련된 문제
- IV. 취소소송의 특별재판적으로서 의무이행지
- V. 채권자가 여러 명 있는 경우 소송의 모습
- VI. 목적물이 복수이거나 취득자가 복수인 경우 소송의 모습
- VII. 가액반환(배상)과 관련된 문제
- VIII. 소제기의 효과
- IX. 청구변경 등과 관련하여
- X. 채권자취소소송 판결의 대인적 효력
- XI. 결론

### I. 서론

#### 1. 채권자취소권

##### 가. 뜻

채권자취소권은 채무자가 채권자를 해치는 것을 알면서 일반채권자의 공동담보가 되는 채무자의 재산을 감소하는 행위를 한 경우 그 효력을 부인하여 채무자의 재산을 원상회복함으로써 공동담보를 보전하기 위하여 채권자에게 부여된

\* 영남대학교 법학전문대학원 교수.

권리이다(민법 406조 1항). 채권자취소권은 재판상 제소하는 방법으로 행사해야 하고(민법 406조 1항), 소송절차 내에서 공격방어방법으로 행사할 수 없다.<sup>1)</sup>

## 나. 채권자취소권의 법적 성질

### (1) 학설의 추이

채권자취소권의 소송물과 관련된 문제를 살피기 위하여 필요한 한도에서 채권자취소권의 성질에 관한 학설을 간단히 살펴본다.<sup>2)</sup> ① 형성권설은 채권자취소권을 일반 법률행위의 취소권과 같이 채무자와 수익자<sup>3)</sup> 사이에서 이루어진 사해행위를 취소하여 그 효력을 소급적·절대적으로 무효로 하는 형성권으로 본다. ② 청구권설은 채권자취소권을 채무자의 책임재산으로부터 일탈한 재산의 반환을 구하는 것으로 본다. ③ 절충설은 채권자취소권을 사해행위취소와 재산반환청구가 합쳐진 것으로 본다. 절충설 안에서도 취소의 효과와 관련하여 ㉠ 취소에 절대적 효력을 인정하여 사해행위 쌍방 당사자를 피고로 해야 한다는 절대적 무효설, ㉡ 사해행위취소는 재산반환의 상대방인 수익자에 대하여만 상대적으로 효력이 있을 뿐 그 밖의 사람에 대하여는 효력이 미치지 않는다는 상대적 무효설, ㉢ 사해행위취소는 재산반환청구의 전제에 불과하여 채권자가 소송에서 취소를 주장하면 충분하고 판결 주문에서 취소를 명할 필요는 없다는 채권적 상대무효설이 있다.

④ 책임설은 사해행위를 취소하거나, 일탈재산을 채무자에게 반환하지 않고 수익자 명의 그대로 채권자가 강제집행할 수 있는 것으로 이해한다. 사해행위취소는 채무자와 수익자 사이의 법률행위 효력 그 자체에는 영향을 미치지 않고, 단지 채권자의 권리실행에 필요한 한도 안에서 재산반환을 구할 수 있는 채권관계를 발생시키고, 그 반환은 현실적인 반환이 아니라 채권자가 그 재산에 대하여 강제집행하는 것을 받아들이는 것이다. 채권자취소의 소는 강제집행

1) 대법원 1998. 3. 13. 선고 95다48599, 48605 판결.

2) 채권자취소권의 법적 성질에 관하여는 주로 독일(일부는 프랑스)에서 논의된 내용을 일본이 수입하여 약간 변형을 가한 것이고, 우리나라의 학설은 일본과 크게 다르지 않다. 일본에서 학설의 추이는 이순동, 「채권자취소권」 제3판, 육법사, 2017, 120면 이하 참조. 독일·프랑스·일본뿐만 아니라 우리나라 학설에 관한 최근의 상세한 논문으로 강구욱, “채권자취소권의 법적 성질에 관한 일시론”, 「법학논총」 34집 1호, 한양대학교 법학연구소, 2017, 321면 이하 참조.

3) 전득자도 포함. 이하 특별한 언급이 없으면 같다.

인용의 소가 되고, 피고는 수익자이며, 취소의 효과는 상대적 무효가 아니라 채권법적 무효가 된다. ⑤ 소권설은 채권자취소권을 소권으로 파악하여 사해행위 취소 결과 피고는 채무자가 한 법률행위 효력을 채권자에게 대항할 수 없고, 채권자는 취소판결을 집행권원으로 하여 피고가 채무자로부터 취득한 재산에 대하여 강제집행을 할 수 있다고 한다. ⑥ 대항불능설은 프랑스의 통설·판례로서 채권자취소권을 채무자의 행위를 취소하거나 무효로 하는 것이 아니라, 취소채권자에게 대항할 수 없도록 하는 것으로, 취소채권자는 수익자 명의 그대로 채무자의 재산인 것으로 취급하여 집행할 수 있다고 한다.

## (2) 통설·판례

일본에서는 일본민법 시행 당시부터 채권자취소권의 법적 성질과 취소의 효과에 관한 논쟁이 있었고, 대심원 1911. 3. 24. 연합부판결을 기점으로 해서 채권자취소권의 법적 성질에 관해서는 ‘절충설’이, 채권자취소권 행사의 효과에 관해서는 ‘상대적 무효설’이 판례·통설이 되었다. 우리나라는 의용민법과 현행 민법이 시행된 1960. 1. 1. 이전까지 일본 민법과 학설의 영향을 받아, 위와 같은 이론이 현재까지 우리 판례<sup>4)</sup>와 통설이 되었다. 그 요지는 ① 사해행위취소의 효과는 목적물반환에 필요한 범위 안에서 피고에게만 상대적인 효력이 있으므로, 수익자만이 피고가 되고 채무자는 피고가 될 수 없고, ② 원칙적으로 재산반환과 함께 사해행위 취소를 함께 청구하여야 하며, ③ 전득자가 있으면 수익자와 전득자 중 누구를 상대방으로 하여 취소권을 행사할 것인가는 채권자의 자유로운 선택에 달려 있다는 점이다.<sup>5)</sup>

## 2. 소송물

### 가. 뜻

소송물이란 민사소송에서 당사자가 정하는 소송의 객체를 말하고, 소송상 청

4) 대법원 2014. 2. 13. 선고 2012다204013 판결(수익자에 대한 판결은 전득자에 미치지 않음); 대법원 1980. 7. 22. 선고 80다795 판결(취소와 원상회복을 함께 행사); 대법원 2017. 6. 15. 선고 2015다231238 판결(피고적격).

5) 김능환, “채권자취소권의 행사방법 -부동산이 전전양도된 경우를 중심으로”, 『민사재판의 제문제』 6권, 한국사법행정학회, 1991, 36면.

구 또는 심판대상이라고도 한다. 소송물에 관하여는 구소송물이론(구실체법설)과 신소송물이론(소송법설)의 대립이 있고, 현재는 후자가 다수설이지만, 판례의 주류는 여전히 전자에 입각하고 있다. 판례는 청구원인으로 특정되는 실체법상 권리관계를 소송물로 보고 있으므로,<sup>6)</sup> 이 글에서도 판례에 따라 소송물을 파악하기로 한다.<sup>7)</sup>

### 나. 소송물의 실천적 의미<sup>8)</sup>

소송물은 민사소송과 관련하여 실천적으로 아래 문제를 해결하는데 표준이 된다.

- (1) 절차개시 시점에서 ① 관할, ② 청구의 특정과 범위
- (2) 절차진행 과정에서 ① 청구병합, ② 청구변경, ③ 중복소송, ④ 처분권주의 ⑤ 증명책임 분배
- (3) 절차종결 과정에서 ① 기판력의 범위, ② 재소금지
- (4) 실체법적으로 소제기의 따른 시효중단·기간준수

## 3. 논의의 대상

채권자취소권은 판례·통설인 절충설(상대적 무효설)과 민법 407조(채권자평등주의)와의 모순, 원상회복으로 판례가 채택하고 있는 부동산등기 회복방식과 가액배상을 둘러싸고 문제점들을 노출하고 있다. 거기다 소송물이론 역시 판례가 구소송물이론에 서 있다고 하나, 모든 상황에서 이를 견지하지는 않고, 특히 형성권의 소송상 행사에 관하여 소송물을 포함한 많은 문제점들이 아직도 논쟁중이다.<sup>9)</sup> 그래서 일반적으로 형성권으로 보는 채권자취소권을 소송상 행사함에

6) 대법원 1989. 3. 28. 선고 88다1936 판결.

7) 다만 판례가 모두 구소송물이론으로 일관되어 있지는 않아, 소송물을 파악하는 것이 간단한 일이 아니다. 이시윤, 「신민사소송법」 제11판, 박영사, 2017, 249면 이하.

8) 위의 책, 243면 이하.

9) 이에 대한 전반적인 검토는, 김홍엽, “민사소송상 형성권의 행사”, 「성균관법학」 21권 3호, 성균관대학교 비교법연구소, 2009, 415면 이하 참조. 일반적으로 형성권은 형성권자의 의사표시만으로 효력이 생긴다고 보고 있으나, 형성소권처럼 법원의 판결에 따라 비로소 법률효과가 생기는 경우도 있다. 그런데 형성소권은 형성권자의 의사표시만으로 효력이 생기지 않으므로 형성권으로 보지 않는 견해도 있다. 이러한 대표적인 입장으로, 명순구, “이혼청

도 소송물과 관련하여 여러 가지 쟁점들이 있다. 이 글에서는 ① 채권자취소소송 자체의 소송물을 비롯하여 ② 관할, ③ 청구의 범위 ④ 청구병합과 변경, ⑤ 중복소송, ⑥ 처분권주의 ⑦ 증명책임 분배 ⑧ 기관력의 범위와 취소판결의 효력, ⑨ 소제기의 따른 시효중단·기간준수의 효과 ⑩ 집행과정에서 배당 문제와 관련된 쟁점들을 본다.<sup>10)</sup> 다만 지면 관계상 각 분야의 체계적인 설명보다는 쟁점 위주로 살펴본다.<sup>11)</sup>

## II. 채권자취소소송의 소송물

### 1. 학설과 판례의 분석

가. ① 형성권설에서 소송물은 사해행위 취소권인 형성권으로, 소송의 형태는 형성소송이다. ② 채권설에서 소송물은 일탈재산의 반환청구권으로 이행소송이다. ③ 절충설에서 소송물은 사해행위취소와 일탈재산에 대한 급부를 청구하는 취소채권자의 권리가 합체된 것이다. ④ 책임설에서는 사해행위취소만을 소송물로 보지만, 책임소송은 수익자에 대한 집행인용을 소송물로 하는 이행소송이고 이들을 병합할 수 있다. ⑤ 소권설은 책임인용을 소송물로 보지만 이는 손해배상의무이고, 손해배상은 항상 금전으로 하게 되어 있는 민법(394조, 763조) 아래서는 금전 이행청구권이 소송물이 된다.<sup>12)</sup>

나. 채권자취소권이 사해행위취소와 재산반환의 2가지를 구하는 권리라고 하는 절충설이 통설·판례이고,<sup>13)</sup> 절충설 중 2개의 청구가 1개의 소송물을 구성

구권이 형성권인가 - 대판 1998. 4. 10. 96브1434에 대한 비판적 평가”, 「저스티스」34권 3호, 한국법학원, 2001, 261면 이하가 있고, 채권자취소권에 관하여 최근 그러한 입장을 취한 견해로는 강구욱, 앞의 논문, 340면 이하가 있다. 이에 따르면 채권자취소권은 형성권이 아니라 형성소권으로 본다.

10) 엄격한 의미에서 소송물과 직접 관련성은 없으나, 채권자취소권 자체의 실체법적 효력(예를 들어 상대적 무효설과 민법 제407조와 관련된 채권자취소판결의 주관적 효력)은 소송물이나 기관력과 밀접하게 관련되므로 함께 취급한다.

11) 설명의 편의를 위하여 이 글에서는, 취소채권자를 X로, 채무자를 S로, 수익자를 Y로, 전득자를 Z로 표시하는 것을 원칙으로 한다.

12) 飯原一乘, 詐害行為取消訴訟 제2판, 日本評論社(2017), 459-460면.

13) 대법원 1961. 11. 9. 선고 4293민상263 판결.

하는 것으로 보는 것이 일반적인 입장으로 볼 수 있다.<sup>14)</sup> 그러나 절충설에서도 사해행위취소권은 취소청구와 원상회복청구 2개로 분리되는 2개의 소송물이라는 설이 있다.<sup>15)</sup> 민법 제406조 제1항의 취지에 비추어, 실제법상 권리를 소송물로 파악하는 구소송물이론에서는 취소소송의 소송물은 취소와 원상회복이 결합한 1개의 소송물이라는 견해가 무난하지만, 판례는 그런 것 같지 않다.

#### 다. 판례<sup>16)</sup>

##### (1) 소의 객관적병합

형성의 소는 그 판결이 확정됨으로써 비로소 권리변동의 효력이 발생하므로 형성의 소와 그에 따라 형성되는 법률관계를 전제로 하는 이행소송을 병합하여 제기할 수 없는 것이 원칙이지만,<sup>17)</sup> 민법 제406조 제1항에 따라 사해행위취소 청구에는 그 취소를 전제로 하는 원상회복청구를 병합하여 제기할 수 있다.<sup>18)</sup>

##### (2) 분리행사 가능

채권자가 사해행위취소만을 먼저 청구한 다음 원상회복을 나중에 청구할 수 있으나, 원상회복의 전제가 되는 사해행위취소가 없다면 원상회복청구는 할 수 없다.<sup>19)</sup> 다만 사해행위취소청구가 민법 제406조 제2항의 기간 안에 제기되었다면 원상회복청구는 그 기간이 지난 뒤에도 할 수 있다.<sup>20)</sup>

##### (3) 판례의 취지(2개 소송물설)

하나의 소송물이라도 분리행사는 가능하지만 이는 예외적인 현상이고, 청구병합은 별개 소송물인 청구들 사이의 문제이기 때문에, 대법원의 위와 같은 판시

14) 광윤직, 「채권총론」민법강의 III, 박영사, 2003, 140면.

15) 이영풍, “소송물과 소의 교환적 변경”, 「재판실무연구」 2003, 광주지방법원, 2004, 65-67면; 신용호, “채권자가 피보전채권을 달리하여 동일한 법률행위의 취소 및 원상회복을 구하는 채권자취소의 소를 이중으로 제기하는 경우, 전·후소의 소송물이 동일한지 여부”, 「대법원판례해설」93호, 법원도서관, 2013, 42면 이하.

16) 신용호, 앞의 논문, 42면 이하.

17) 대법원 2013. 9. 13. 선고 2012다36661 판결.

18) 대법원 2004. 1. 27. 선고 2003다6200 판결.

19) 대법원 2008. 12. 11. 선고 2007다69162 판결.

20) 대법원 2001. 9. 4. 선고 2001다14108 판결.

에 비추어 볼 때 취소청구와 원상회복청구는 별개의 소송물이라는 견해에 가깝다. 따라서 취소청구와 원상회복청구를 함께 구하는 경우에 '단순병합'이 된다.

## 2. 원상회복청구의 소송물

원상회복청구는 이행소송으로서, 그 소송물은 실체법상 급여청구권 자체를 뜻한다. 원상회복의 방법은 원물반환이 원칙이고, 예외적으로 가액배상을 구할 수 있다(통설, 판례).<sup>21)</sup> 가액배상의 법적 성질에 대하여는 부당이득에 따른 악의 수익자의 반환의무에 준하는 것이라는 견해,<sup>22)</sup> 점유자의 회수자에 대한 손해배상채무에 준한다는 견해,<sup>23)</sup> 대상청구의 일종이라는 견해<sup>24)</sup>가 대립하고 있으나,<sup>25)</sup> 통설과 판례는 형평의 견지에서 법률이 원상회복의무의 일종으로 인정한 것이라는 입장이다.<sup>26)</sup> 원물반환과 가액반환이 동일한 소송물인지 여부는 다름이 있으므로 따로 항을 나누어 본다.

## 3. 취소와 원상회복 청구의 병합과 분리

### 가. 취소와 반환

절충설을 그대로 따른다면, 채권자취소권은 취소와 반환이 결합한 1개의 실체법상 권리로 보고 있으므로, 취소나 반환은 각각 채권자취소권의 일부로 보게 되고, 이를 별개로 행사하는 것은 일부청구라 할 수 있다. 일반적으로 당사자가 실체법상 1개 권리의 일부를 소송상 청구하는 것은 널리 인정되고, 판례는 금전채권의 경우에도 당초의 청구에서 일부청구인 것을 명확히 하면 소송물

21) 대법원 1996. 10. 29. 선고 96다23207 판결.

22) 일본의 통설이다. 内田貴, 民法Ⅲ[제3판] 債權總論·擔保物權, 東京大學出版會, 2011, 327면.

23) 신형성권설의 견해이다.

24) 책임설의 견해로서 취소결과 발생한 책임관계에 기초를 둔 일종의 대상청구로서 원물반환에 따르는 2차적 구제수단이라 한다.

25) 飯原一乘, 앞의 책, 419면. 독일 채권자취소법(AnfG) 제11조 1항 2문은 가액배상에 관하여 '수익자가 법률상 원인의 흠결을 알았을 때에는 부당이득의 효과에 관한 규정을 준용한다'고 규정한다.

26) 곽윤직(편집대표), 「민법주해(IX)」채권(2), 박영사, 1995, 845면(김능환 집필 부분); 대법원 1998. 5. 15. 선고 97다58316 판결.

은 그 후의 잔액청구와 별개가 되고 당초 청구의 기판력은 잔액청구에 미치지 않는다고 한다.<sup>27)</sup> 취소와 반환은 성질상 구별이 명확하므로, 취소만을 청구하면서 특별히 일부청구라는 사실을 밝히지 않더라도, 취소판결의 기판력은 반환청구에 미치지 않는다. 다만 판례가 취소와 원상회복을 2개 소송물로 보고 있으므로, 실무상 일부청구나 그에 따른 기판력의 문제는 발생하지 않을 것이다.

### 나. 취소만의 청구

사해행위의 성질상 취소와 반환을 반드시 둘 다 청구할 필요가 없이 취소청구만으로 충분한 경우가 있다.<sup>28)</sup> 채무면제<sup>29)</sup>가 전형적인 예가 될 수 있다.

### 다. 반환만의 청구

반환은 취소를 전제로 하므로 취소를 구하지 않고 반환만을 청구할 수 없다.<sup>30)</sup> 취소를 구하지 않고 원상회복만을 구하는 경우, 대법원 판결에는 각하한 사례가 있으나,<sup>31)</sup> 현재 실무에서는 기각설이 일반적인 것 같다.<sup>32)</sup> 다만 원상회복청구도 사해행위취소를 전제로 하는 채권자취소소송의 행사방법이므로, 취소를 전제로 하지 않는 반환만의 청구가 취소소송의 제척기간을 도과하였다면 각하된다.

## 4. 부인권의 문제

### 가. 부인소송의 소송물

부인소송의 법적 성질에 관하여, 판결주문에서 부인을 선언하는 ‘형성소송설’

27) 대법원 1988. 10. 11. 선고 87다카1416 판결.

28) 이와 반대로 부인권소송에서는 부인선언을 구하는 소는 확인의 이익이 없으므로 부적법하다. 서울중앙지방법원 2009. 4. 15. 선고 2007가합46195 판결.

29) 大審院 大正 9. 6. 3. 大審院民事判決錄(이하 ‘民錄’이라 함) 26-808.

30) 대법원 2008. 12. 11. 선고 2007다69162 판결.

31) 대법원 1962. 2. 8. 선고 61다722 판결.

32) 최영남, “채권자취소권 행사의 방법, 범위 및 원상회복의 방법”, 『재판실무연구』, 광주지방법원, 2000, 294면.



과 부인선언을 하지 않고 부인에 따라 발생한 상대방의 원상회복의무를 명하거나 확인하여야 한다는 ‘이행·확인소송설’이 있다. 실무의 대세는 이행·확인소송설<sup>33)</sup>에 따라 부인소송의 소송물은 부인권 자체가 아니라, 부인의 효과로서 발생한 권리관계에 따른 이행청구권이나 확인청구권이고, 부인의 주장은 공격방어방법으로서 판결이유 중에서 판단된다.<sup>34)</sup>

## 나. 기판력

이행의 소인 부인소송에서 파산관재인이 승소한 경우에, 그 기판력은 주문에서 이행을 명한 부분에 관해서만 미치고 부인권 행사사실과 부인의 효력에는 미치지 않는다. 이것이 형성권을 소로써만 행사하고 주문에서 반드시 취소를 선언하는 채권자취소권의 기판력이 취소권행사 부분에 미치는 것과 다른 점이다.

부인권은 본질적으로 사법상 형성권이다.<sup>35)</sup> 다만 법에서 행사방법과 행사기간의 제약이 있으므로 부인권이 항변으로 행사되었다면, 그때 효력이 발생하고<sup>36)</sup> 그 후에 부인소송을 제기할 때 다시 부인권을 행사할 필요 없이, 행사당시를 기준으로 하여 그 효력 여부를 판단하면 된다.<sup>37)</sup>

다만 일반적인 사법상 형성권이 재판에서 행사된 경우 그 소가 각하나 취하되더라도 소송법상 효력과 상관없이 유효하게 남지만, 부인권은 법정 방식을 통해서만 행사되어야 하므로 그 방식 자체가 취하나 철회되었다면 부인권도 함께 철회되어 행사되지 않은 것으로 보아야 한다.<sup>38)</sup>

33) 서울지방법원 파산부 실무연구회, 「법인파산실무」 제4판, 박영사, 2015(이하 ‘법인파산실무’라 함), 408면; 서울고등법원 2009. 12. 10. 선고 2009나42361 판결. 이에 대하여 임채웅, “부인소송의 연구”, 「사법」4호, 사법연구지원재단, 2008, 84면 이하는 법원의 주문례를 상세히 검토하고 있다.

34) 박성철, “파산법상의 부인권”, 「파산법의 제문제(하)」, 재판자료 83집, 법원도서관, 1999, 296면. 한편 이에 대하여 부인소송의 법적 성질을 어느 하나만으로 묶어 놓기는 쉽지 않고, 부인의 행위유형에 따라 계약 자체의 부인만을 선언함으로써 원상회복이 가능한 경우도 있으므로 이 경우에는 형성의 소라는 주장이 있다. 임치용, “판례를 통하여 본 부인권의 효과”, 「법조」, 57권 8호, 법조협회, 2008, 12면 이하 참조.

35) 임채웅, 앞의 논문, 81면; 전병서, 「도산법」, 법문사, 2006, 270면.

36) 부인권의 효력발생시기에 관하여, 판결확정시절과 의사표시시의 대립이 있으나 의사표시설이 타당하다. 위의 논문, 82면 참조.

37) 대법원 2009. 5. 28. 선고 2005다56865 판결.

38) 임채웅, 앞의 논문, 82면.

### Ⅲ. 피보전채권과 관련된 문제

#### 1. 피보전채권의 변경과 소의 변경

대법원은 취소채권자가 사해행위취소를 청구하면서 보전하고자 하는 채권을 추가하거나 교환하는 것은 채권자취소권을 이유 있게 하는 공격방법을 변경하는 것일 뿐이지 소송물이나 청구 자체를 변경하는 것이 아니므로 소의 변경이라 할 수 없다고 한다.<sup>39)</sup> 따라서 채권자취소소송의 제척기간이 지난 후 피보전채권이 변경되더라도 부적법한 소가 아니다.<sup>40)</sup> 또한 A, B 2개의 채권을 가진 채권자가 그 중 A 채권을 피보전채권으로 하여 사해행위취소소송을 제기하였으나, 피보전채권이 소멸되었다는 이유로 패소판결을 받고 확정된 후, 다시 B 채권을 피보전채권으로 하여 취소소송을 제기하는 것은 기판력에 저촉된다. 전소나 후소 중 하나가 승계참가신청으로 이루어진 경우에도 같다.<sup>41)</sup> 판례가 내세우는 주된 이유는, 사해행위취소권 제도가 채무자의 일반담보를 보전하기 위한 것으로, 취소채권자의 개별적인 채권만족을 직접 목적으로 하지 않으므로, 사해행위취소권은 취소권자가 가지는 개별 피보전채권에 대응하여 여러 개 발생하지 않는다는 것이다.<sup>42)</sup> 따라서 채권자평등주의를 채택하지 않고 사해소권을 개별채권 보전을 목적으로 하는 프랑스에서는 당연히 채권마다 소송물이 달라진다.<sup>43)</sup>

39) 그 논거는 다음과 같다(김대원, “사해행위취소소송에서 피보전채권을 변경하는 것이 소의 변경에 해당하는지 여부”, 『대법원판례해설』 44호, 법원도서관, 2004, 181~183면}. ① 채권자취소소송의 소송물은 취소권 자체이므로 피보전채권은 소송물이 아니다. ② 채권자취소권은 채권자의 공동담보보전을 위하여 채권자에게 인정된 권리이지, 채권자의 개별적인 채권의 만족을 위한 것은 아니다. ③ 채권자취소권은 채무자와 수익자 사이의 법률행위를 취소하고, 원상회복을 목적으로 한다. 따라서 판결주문에도 법률행위의 취소와 그 원상회복만이 선언된다. ④ 채권자취소소송에서 피보전채권의 존부에 대하여는 기판력이 생기지 않는다. ⑤ 채권자취소권을 행사한 경우의 반환범위는 취소채권자의 피보전채권에 한정되는 것이 원칙이나, 다른 채권자가 배당요구를 할 것이 명백하거나, 목적물이 불가분인 경우와 같은 사정이 있으면 취소채권자의 채권액을 넘어서 취소를 명할 수 있으므로, 반드시 피보전채권의 범위에 구속되지 않는다.

40) 대법원 2003. 5. 27. 선고 2001다13532 판결, 이에 대한 판례평석으로는, 위의 논문, 172면 이하.

41) 대법원 2012. 7. 5. 선고 2010다80503 판결.

42) 最高裁判所 平成 22. 10. 19. 金融・商事判例 1355-16.

43) 여하윤, “프랑스 민법상 사해소권(許害訴權, action paulienne) 행사의 효과에 관하여 - 우리 민법상 채권자취소권과 비교하여”, 『민사법학』79권, 한국민사법학회, 2017, 49면 이

## 2. 채권자가 채무자에 대하여 피보전채권에 관한 확정판결을 받은 경우

대법원은 X가 S를 상대로 채무이행을 구하는 소를 제기하여 승소판결이 확정되면, 채권자취소소송의 상대방인 Y는 그와 같이 확정된 채권의 존부나 범위에 관하여 다툴 수 없다고 한다.<sup>44)</sup> 위 판결에 대한 근거를 보면 채권자대위권의 원고적격에 관한 이론을 그대로 원용하고 있다.<sup>45)</sup> 그러나 채권자대위권은 채권자가 채무자의 권리를 대신 행사하는 것이고, 채권자취소권은 채권자가 자기의 권리를 행사하는 것이며, 수익자에게 미치는 불이익이 어차피 채무를 이행하여야 할 채권자대위권의 피고와는 비교할 수 없을 정도로 크므로 같이 취급할 수 없다. 채권자취소소송의 피고는 취소소송의 요건 중 하나인 피보전채권의 존재에 관하여 채권자와 채무자 사이의 확정판결에 구애됨이 없이 다툴 수 있다고 보아야 한다.<sup>46)</sup> 일본 판례도 같은 견해이다.<sup>47)</sup>

## IV. 취소소송의 특별재판적으로서 의무이행지

1. 취소소송도 ‘재산권상의 소’이므로 의무이행지(민사소송법 제8조)에서도 제소할 수 있다. 그런데 여기서 「의무이행지」라 함은 ‘취소의 대상인 법률행위의

---

하. 프랑스에서는 채무자가 무자력이 되지 않더라도 채권보전을 위하여 필요하다면 사해소권을 행사할 수 있다.

44) 대법원 2003. 7. 11. 선고 2003다19572 판결.

45) 최복규, “채권자와 채무자 사이의 확정판결에 의하여 채권자가 채권자취소권을 행사할 수 있는 채권액을 산정함에 있어 구 소송촉진등에관한특례법(2003. 5. 10. 법률 제6868호로 개정되기 이전의 것) 제3조 제1항 본문에 대한 위헌결정이 그 효력을 미치는지 여부”, 「대법원판례해설」 47호, 법원도서관, 2004, 279면 이하 참조.

46) 취소채권자는 소송계속 중 언제든지 피보전채권에 관한 주장을 변경하거나 보충할 수 있다. 그런데 피고는 자신이 개입한 적이 없는 원고와 채무자 사이의 소송결과인 피보전채권의 존재를 다툴 수 없다면, 소송절차상 당사자 사이의 형평에도 어긋난다. 원고가 내세우는 피보전채권의 부존재를 피고가 다투는 상황에서, 원고가 피고 모르게 채무자에 대한 소송을 제기하여 피보전채권의 존재가 확정되는 경우를 생각한다면 더욱 그렇다. 같은 취지에서 윤경, “사해행위취소와 가액배상”, 「저스티스」34권 5호, 한국법학원, 2001, 116면에는 채무자에 대한 급부판결이 이미 확정되었다 하더라도 채권자는 채권자취소소송에서 다시 피보전채권의 존재와 수액을 주장·입증할 의무가 있다고 한다. 또한 최영남, 앞의 논문, 298면도 같다.

47) 最高裁判所 昭和 58. 6. 7. 判時 1048-73, 判例タイムズ(이하 ‘判タ’라 함) 502-92.

의무이행지'인가 아니면, '취소로 형성된 법률관계에 관한 의무이행지(취소와 동시에 물건의 반환을 구하는 경우 그 반환의무의 이행지)인가? 채권자취소의 대상이 S에서 Y로 부동산이 매각된 경우에 민사소송법 제8조의 의무이행지는 매매계약의 의무이행지인가(A설), 아니면 매매계약의 취소로 생긴 부동산반환 의무나 그에 갈음하는 가액반환의무의 이행지(B설)를 말하는가? 채권자취소권의 피고가 원칙적으로 Y가 되어야 한다는 점에서 본다면 B설의 견해가 타당하고 판례도 같다.<sup>48)</sup>

2. B설의 견해 중 X의 주거지가 의무이행지로서 관할을 가지는 것은, 취소와 함께 Y나 Z로부터 직접 자기에게 급부를 구하는 경우에 타당하고, 채권양도를 사해행위로 취소하는 소송에서는, 채권양도의 취소에 따라 양도인 S에게 채권자의 지위가 외견상 복귀하므로 S의 주소지가 의무이행지라는 견해가 있다.<sup>49)</sup> 그러나 이는 채권자취소의 상대효에 어긋난다. 토지관할은 원고와 피고 중 어느 쪽의 주거지가 공평한가 하는 관점에서 결정되는 것이므로, 원고도 피고도 아닌 S의 주소지를 의무이행지라고 할 수는 없다.<sup>50)</sup>

## V. 채권자가 여러 명 있는 경우 소송의 모습

### 1. 다수 채권자의 사해행위소송(중복제소의 문제)<sup>51)</sup>

채권자가 여러 명 있는 경우 각 채권자는 각자 '고유'의 취소권을 가지므로, 그 중 1인의 채권자가 제기한 취소소송이 법원에 계속 중이라도 다른 채권자는 동일한 사해행위취소를 구하는 소를 따로 제기할 수 있다.<sup>52)</sup> 여러 채권자의 취

48) 대법원 2002. 5. 10.자 2002마1156 결정; 東京高決 소화 40. 1. 28. 下民 16-1-133.

49) 大津地判 소화 49. 11. 13 判時 780-88.

50) 독일에서도 피고의 보통재판적이 원칙적인 관할이다. 飯原一乘, 앞의 책, 364면.

51) 이 부분은 취소소송제기의 효과로서 아래에서 다시 다룬다.

52) 사해행위취소와 원상회복은 모든 채권자의 이익을 위하여 효력이 있으므로(민법 제407조) 후에 제기된 사해행위취소소송은 소의 이익이 없는 것이 아닌가 하는 의문이 생긴다. 그러나 법원의 심리결과 먼저 제기한 채권자가 패소판결이 날 수 있고, 또한 등기말소소송에서 승소판결을 받는다 하더라도 나중에 제기한 채권자가 그 판결을 가지고 스스로 집행할 수는 없기 때문에(대법원 2015. 11. 17. 선고 2013다84995 판결), 후에 소송을 제기하

소청구는 합일확정의 필요성이 없으므로, 민사소송법 제83조(공동소송참가) 참가할 수 없다.

## 2. 채권자가 다수 있는 경우 취소의 범위

### 가. 취소채권자가 아닌 다른 채권자의 존재

#### (1) 원칙

취소의 효력은 모든 채권자의 이익을 위하여 효력이 있으므로(민법 제407조), 취소채권자는 다른 채권자의 채권까지 포함하여 취소할 수 있다고 하는 것이 논리적이다. 그러나 판례는 단순히 다른 채권자가 있다는 이유로 자기 채권액을 넘어서 취소권을 행사할 수 없다고 한다.<sup>53)</sup>

#### (2) 예외 - 배당요구 가능성이 명백한 때

(가) 취소채권자에게 우선변제권을 인정하지 않는 우리 민법 아래서는, 다른 일반채권자의 배당가입도 고려하여 취소 범위를 검토하지 않으면, 취소채권자의 채권보전에 부족할 염려가 있다. 그러므로 다른 채권자가 배당요구할 것이 명백한 경우와 같이 보전의 필요성이 있다면<sup>54)</sup> 취소채권자가 그의 채권액을 초과하여 취소권을 행사할 수 있다.<sup>55)</sup>

강제집행절차까지 이행한 단계에서는 민사집행법상 배당가입을 하기 위하여는 원칙적으로 집행권원이 있어야 하므로, 집행권원도 없는 다른 채권자의 채권액을 고려할 필요가 없다는 견해가 있다.<sup>56)</sup> 그러나 부동산집행에서는 압류등기 후에 가압류한 채권자도 배당요구할 수 있어(민사집행법 제88조 제1항), 배당요구에 반드시 집행권원이 필요하지 않으므로 설득력이 부족하다.

#### (나) 증명책임

다른 채권자가 배당에 가입하는 것은 당연히 추정되기 때문에, 취소채권자는 다른 채권자의 존재사실과 채권액의 합계를 증명하면 되고, 다른 채권자가 배

는 채권자에게도 소의 이익이 있다.

53) 대법원 2009. 1. 15. 선고 2007다61618 판결.

54) 대법원 1979. 9. 9. 선고 97다10864 판결(다른 채권자들이 채권단을 구성하고 있는 경우).

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

56) 飯原一乘, 앞의 책, 404면.

당에 참가하지 않을 만한 특별한 사정은 이를 주장하는 쪽에 증명책임이 있다고 하는 것이 채권자 평등주의를 취하는 우리 법제에서는 합리적이다.<sup>57)</sup> 그러나 판례는 취소채권자에게 다른 채권자의 배당요구 가능성에 대한 증명책임이 있다는 취지이다.<sup>58)</sup>

## 나. 취소채권자가 여러 명인 경우

(1) 원고 모두가 각자 피보전채권액의 범위에서(또한 수익자의 반환범위 내에서) 취소권을 행사할 수 있다. 우리나라와 일본의 하급심 판결 중에는 금전 급부를 명하는 경우에, 채권자 전원을 연대채권자와 같이 취급하여 원고들에게 반환을 명한 경우<sup>59)</sup>와 각 원고에 대하여 그 채권액을 안분한 금액의 지급을 명한 경우<sup>60)</sup>가 있다. 그러나 우리 민법상 직접 법률에 따라 연대채권이 발생하는 경우는 없으므로 채권자들을 연대채권자로 취급할 수는 없다. 현행법상 채권자들 사이에 분배나 배당절차가 확보되어 있지 않으므로, 각 채권자별로 안분하여 지급을 명하는 쪽이 배당을 둘러싸고 또 다른 분쟁이 야기되지 않는다는 점에서 바람직하다는 생각이 든다. 그러나 대법원은 안분지급을 인정하지 않고 수익자가 반환하여야 할 가액의 범위 내에서 채권자마다 별개로 피보전채권액 전액의 반환을 명하고 있다.<sup>61)</sup> 변론이 병합된 경우도 같다.<sup>62)</sup>

(2) 이와 같이 여러 개의 소송에서 Y가 배상하여야 할 가액 전액의 반환을 명하는 판결이 선고되어 확정될 경우 Y는 이중으로 가액을 반환하게 될 위험에 처할 수 있으나, Y가 어느 채권자에게 배상할 가액의 일부나 전부를 반환할 때에는 그 범위 내에서 다른 채권자에 대하여 청구이의 소송으로 이중지급을

57) 일본 판례 중에서 이러한 견해가 있다. 大審院 大正 5. 12. 6. 民錄 22-2370; 大審院 昭和 7. 12. 6. 法律新聞 3504-8; 熊本地判 昭和 34. 11. 20. 下民 10-11-2473.

58) 대법원 2014. 1. 16. 선고 2013다52110 판결 참조.

59) 札幌地判 昭和 43. 12. 20. 判時 555-67.

60) 서울고등법원 2000. 9. 22. 선고 99나32839, 2000나6805(병합) 판결; 東京地判 昭和 60. 9. 19. 金融·商事判例(이하 '金判'이라 함) 751-30.

61) 대법원 2005. 11. 25. 선고 2005다51457 판결; 대법원 2008. 11. 13. 선고 2006다1442 판결.

62) 이종엽, “가액배상판결의 집행법상 실현”, 「저스티스」101호, 한국법학원, 2007, 268면 참조. 대법원 2008. 11. 13. 선고 2006다1442 판결(각 수익자들이 부담하는 원상회복의무의 대상이 되는 책임재산의 가액을 합산한 금액이 채권자의 피보전채권액을 초과하는 경우에도 같다).

거부할 수 있다.<sup>63)</sup> 그렇다 하더라도 Y로서는 청구이의 소를 제기하여야 하고, 강제집행정지를 위한 담보를 제공해야 하는 등 불이익이 있다. 그래서 취소채권자에게 가액배상을 직접 수령하게 해서는 안 되고, 수익자로 하여금 이를 공탁할 것을 청구하는 것이 해결책이라는 견해가 있다.<sup>64)</sup> 여러 명의 채권자로부터 소송을 제기당한 Y가 자신이 배상할 금액을 공탁함으로써 책임을 면하고, 채권자들 사이에 가액배상판결 금액에 비례하여 안분배당하도록 한 판례<sup>65)</sup>는 위 견해의 실효성과 관련하여 의미가 있다.

### (3) 경합된 취소채권자에 대한 배당액 산정의 기준

별개의 사해행위취소 채권자들이 Y명으로 된 부동산에 대한 강제집행에 참가한다고 할 때, 그 채권자들이 배당받는 몫을, 가액반환금액을 기준으로 할 것인가, 아니면 채권자들이 채무자 S에 대하여 가지는 피보전채권액을 기준으로 할 것인가? ① 피보전채권액설은 X는 Y에 대한 강제집행의 기회에 수령한 배당금을 자신의 채권과 상계하는 방법으로 사실상 우선변제받을 수 있는 이익을 누리고, 상계로 채권만족을 받으면 원래 예정된 S에 대한 강제집행절차가 없어, Y에 대한 강제집행은 실질적으로 X가 S에 대한 피보전채권을 만족하는 집행절차로서 기능하므로, X가 S에 대하여 가지는 채권액에 따라 안분배당하여야 한다는 견해이다.<sup>66)</sup> ② 그러나 Y에 대한 X의 강제집행절차는 X의 S에 대한 피보전채권 자체의 만족을 위한 절차가 아니라, 그 준비단계로서 일탈된 재산을 S에게 귀속시키는 절차이므로, 위 배당절차에서 Y에 대한 가액판결의 인용금액이 아닌 S에 대한 피보전채권액을 가지고 안분배당을 하는 것은 절차적으로 허용될 수 없다는 가액반환금액설이 타당하다. 판례도 같다.<sup>67)</sup>

63) 대법원 2005. 11. 25. 선고 2005다51457 판결; 대법원 2008. 4. 24. 선고 2007다84352 판결.

64) 하현국, “채권자취소로 인한 가액배상과 취소채권자의 우선변제”, 『민사재판의 제문제』 19권, 한국사법행정학회, 2010, 58면 이하 참조.

65) 대법원 2007. 5. 31. 선고 2007다3391 판결도 수익자의 공탁(채권자불확지공탁)이 인정되었고, 채권자들에게 가액반환금액의 비율로 안분지급되었다.

66) 이종엽, 앞의 논문, 271면 이하 참조.

67) 대법원 2007. 5. 31. 선고 2007다3391 판결(Y가 X들이 제기한 채권자취소소송에서 확정된 가액배상판결에 따라 X들을 피공탁자로 하여 채권자불확지 공탁으로 사해행위취소소송의 가액배상금을 변제공탁하였다면, X들은 각자 확정된 판결에서 인정된 가액배상금의 비율에 해당하는 공탁금을 출급청구할 수 있다).

참고로 변제공탁의 효력과 관련하여 대법원 2006. 8. 25. 선고 2005다67476 판결은, 취소채권자 X1(우선권 있는 조세채권자인 국가), X2가 사해행위취소 소송을 제기하여 ‘수익자는 X1·X2에게 1억 원을 지급하라’는 판결을 받았는데, X1은 조세채권에 대하여 우선권

## (4) 수익자의 고유채권자와의 관계

수익자의 고유채권자들과 취소채권자들 사이에서 배당할 금액을 따로 구분하지 않고 고유채권자의 채권액과 취소채권자의 가액반환액을 기준으로 일률적으로 안분한 금액을 배당하는 것이 판례의 입장이다.<sup>68)</sup>

그러나 여러 개의 취소소송이 경합되는 경우라도 취소소송에서 인용된 가액반환금액의 총액은 서로 중첩될 뿐 Y가 원래 반환하여야 할 액수보다 많을 수 없고, 그 가액 자체도 원물에 같음하는 것이므로 많은 취소채권자들이 경합하여 인용금액을 합한 금액이 아무리 크다 하더라도 원물가액을 초과하여 지급되어서는 안 된다. 그럼에도 불구하고, 사해행위목적 재산이 아닌 Y의 다른 재산에 대하여 강제집행이 이루어지고, 그 재산 가액이 사해행위목적 재산 가액보다 높은 경우에는, X들과 Y의 고유채권자들에 대한 배당재단을 분리하지 않으면, X들은 Y가 X들에 대하여 책임질 범위를 넘어선 부분에도 배당받게 되어, 명백히 불합리한 결과가 발생한다.<sup>69)</sup>

그 해결책의 하나로, 집행목적물 가액이 5,000만 원, Y가 취소로 책임지는 금액이 4,000만 원, X들이 3명으로 Y에 대하여 각 2,000만 원 합계 6,000만 원의 가액반환판결을 받았는데, 한편 Y의 고유채권자들이 2명으로 모두 4,000만 원의 채권을 가지고 있다면, 배당재단을 분리하여 위 부동산의 매각대금 5,000만 원 중 Y가 취소로 책임져야 할 범위인 4,000만 원과 Y의 고유채권자들에 대한 채권액인 4,000만 원을 안분한 2,500만 원( $5,000만 원 \times 4,000만 원 / (4,000만 원 + 4,000만 원)$ )을 X들에 대한 전체 배당액으로 정한 다음, 위 2,500만 원을 다시 X들 사이에서 가액판결 비율대로 안분배당해야 한다는 견해가 있다.<sup>70)</sup>

---

이 있으므로 변제공탁금 전액에 대한 권리가 있다고 주장하였지만 법원은 공탁서의 기재에 의한 비율에 따라 공탁금을 출급할 수 있을 뿐이라고 하였다. 변제공탁에서는 공탁자가 피공탁자로 지정한 자에 대하여 지정한 금액대로 출급청구권이 인정될 뿐이다. 다만 X1이 그 변제공탁금에 대하여 우선권이 있다면 X2에 대한 공탁금출급권을 압류하여 우선권을 행사할 수 있다.

68) 대법원 2005. 11. 10. 선고 2004다49532 판결.

69) 예를 들면 Y가 취소로 책임지는 금액이 4,000만 원인데, 취소채권자들이 3인이고, 각자가 2,000만 원의 가액반환판결을 받은 경우에는 집행채권이 모두 6,000만 원이 되어 Y의 재산에 그대로 집행될 수 있다.

70) 이종엽, 앞의 논문, 273면 이하.



## VI. 목적물이 복수이거나 취득자가 복수인 경우 소송의 모습

### 1. 목적물이 복수이고 가분인 경우

가. 사해행위 목적물이 복수이고 가분인 경우에는 채권보전에 필요한 한도에서 일부 물건에 관하여만 취소가 인정된다. 금전채권 양도<sup>71)</sup>나 여러 필지의 부동산매매<sup>72)</sup>를 취소하는 사안이 전형적인 사례이다. 다만 여러 필지의 부동산이라도 그것이 공동담보로 되어 있는 경우에는, 담보의 불가분성(민법 제321조, 제343조, 제355조, 제370조)에 따라 불가분물과 같이 취급하여 가액반환을 할 경우도 있다.

#### 나. 공동저당의 경우

##### (1) 원칙

공동담보의 경우에 피담보채권액은 민법 제368조 제1항의 취지에 따라 공동저당의 목적인 각 부동산 가액에 비례하여 각 부동산별로 피담보채권액을 안분하여 계산하여야 한다.<sup>73)</sup> 다만 공동저당의 목적이 된 부동산 중 채무자가 아닌 제3자가 제공한 담보가 있는 경우에는 물상보증인의 내부적 부담부분은 없으므로 안분가격을 산정할 부동산에 포함되어서는 안 된다.<sup>74)</sup>

##### (2) 예외

일괄하여 매도된 각 부동산에 관하여 공동저당권이 경료되어 있었으나, 사해행위(매매) 당시를 기준으로 Y와 X 이외에는 각 부동산에 별도의 독립된 이해관계인이 없는 경우에는, X의 의사에 반하여 일괄매도된 부동산 전부에 대하여 안분된 가액으로 피담보채권을 계산해서는 안 된다.<sup>75)</sup> Y와 X 외에 달리 이해관계인이 없다면, 가액배상액 산정은 전체 부동산 가액에서 공동저당권의 피담

71) 大審院 明治 36. 12. 7. 民錄 9-1339.

72) 大審院 大正 9. 12. 24. 民錄 26-2024.

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

74) 대법원 2008. 4. 10. 선고 2007다78234 판결.

75) 대법원 2014. 6. 26. 선고 2012다77891 판결.

보채권 총액을 공제한 금액으로 일괄산정하고, X가 그 중 일부 부동산만에 대한 취소소송을 제기하더라도, 그 부동산 가액에서 피담보채권 총액을 공제한 액수가 피보전채권 가액을 넘는다면, X의 선택을 존중하여 소송대상이 되지 않은 다른 부동산의 존재를 고려할 필요가 없이 피보전채권액 상당의 가액반환을 명하는 것이 옳다.

#### 다. 일체의 영업자산

토지의 지상건물이나, 개개의 동산·부동산이 일체로 되어 영업자산이 되어 있는 경우에도 불가분물과 같이 취급될 수 있다. 자동차운송사업 면허권과 부대시설 전부 및 차량의 양도가 사해행위가 되는 경우에, 양도된 차량 전체가 다른 부대시설과 함께 하나의 노선면허권의 대상이 되어서 경제적으로 보아 분할하여 취소하는 것이 적합하지 않다는 이유로 면허권과 부대시설 전부 및 차량의 양도계약 전체를 취소한 사례가 있다.<sup>76)</sup>

### 2. 취득자가 복수인 경우

#### 가. 각자 전부 반환

수익자가 여러 명인 경우, X가 사해행위취소와 원상회복청구를 하여 승소판결을 받아 확정되더라도, 그에 따른 원상회복이 되지 않았다면, X는 자신의 피보전채권에 따라 다른 수익자에 대하여 따로 소를 제기할 수 있다. 따라서 X가 여러 수익자들을 상대로 사해행위취소소송을 제기하여 수익자가 가액반환을 해야 할 경우에는 다른 소송의 결과를 참작할 필요 없이 수익자가 반환하여야 할 가액의 범위 내에서 X의 피보전채권 전액의 반환을 명하여야 한다. X가 수익자들을 공동피고로 한 경우에도 같다.<sup>77)</sup> 공동피고들 사이의 관계는, 피고들에 대한 가액배상 인용액의 합계액이 피보전권리의 범위 내라면 각자가 이를 모두 이행하여야 할 독립된 채무이고, 피보전권리를 초과하면 피보전권리의 범위 내에서 부진정연대채무가 된다.<sup>78)</sup>

76) 대법원 1975. 6. 24. 선고 75다625 판결.

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

## 나. 채권의 준점유자에 대한 변제와 공평의 원칙에 따른 취소권의 제한

Y가 채무자 S1에 대하여 1,000만 원의 채권을 가지고 있었고, 이에 S2가 보증인이 되어 그 돈을 Y에게 모두 변제한 후, S2가 S1을 상대로 하여 구상권을 행사하여 그 중 300만 원을 받은 경우를 생각해보자. 이때 주채무자인 S1의 구상채무 변제가 채권의 준점유자에 대한 변제로서 유효하다면, 결국 S1의 Y에 대한 채무는 그만큼 소멸하므로, 그 범위 안에서는 X가 S2의 보증행위에 대한 취소권을 행사함에 따른 원상회복이 제한되고, Y는 나머지 700만 원의 한도에서 원상회복의무가 있다. 결국 S1의 변제가 유효하게 된 범위만큼 S2의 변제를 취소할 수 없으므로 보증행위에 대한 취소권의 행사가 그만큼 제한된다. 같은 이유로 파산절차에서 부인권 행사가 제한된 사례<sup>79)</sup>가 있다.

## 3. 양도 목적물이 불가분인 경우

목적물 가격이 피보전채권액을 넘는다면, 원칙적으로 사해행위가 성립하는 범위는 채권액을 한도로 하지만, 하나의 토지나 건물의 증여와 같이 사해행위 목적물이 불가분인 경우,<sup>80)</sup> 전부를 취소할 것인가(원물반환) 아니면 일부를 취소할 것인가(가액반환)가 문제가 된다. 대법원은 원칙적으로 사해행위취소의 범위는 취소채권자의 채권액을 넘을 수 없으나, 목적물이 불가분인 경우에는 전체를 취소할 수 있다고 한다.<sup>81)</sup>

78) 대법원 2001. 9. 4. 선고 2000다66416 판결은 수익자와 전득자가 공동피고가 된 경우에는 부진정연대채무가 된다는 취지이다. 그러나 수익자들이 공동피고로 된 경우에는 각 피고에 대한 인용금액이 다른 것이 보통이므로 일률적으로 부진정연대채무가 된다고 할 수 없다.

79) 대법원 2009. 5. 28. 선고 2005다56865 판결.

80) 1필의 토지나 건물은 물론이고, 대지와 그 지상건물(대법원 1975. 2. 25. 선고 74다2114 판결)이나 여러 채의 공장건물이 하나의 공장을 구성하는 경우와 같이 일체로서 거래되는 경우나 자동차운송사업 면허권과 부대시설 전부 및 차량의 양도가 하나의 노선면허권의 대상인 경우(대법원 1975. 6. 24. 선고 75다625 판결)도 포함된다.

81) 대법원 2009. 1. 15. 선고 2007다61618 판결.

## VII. 가액반환(배상)과 관련된 문제

### 1. 가액반환이 허용되는 경우

가. 사해행위에 따라 채무자의 책임재산으로부터 일탈된 재산의 반환방법, 즉 원상회복은 원물반환이 원칙이고, 예외적으로 그것이 불가능하거나 현저히 곤란한 경우에 가액반환을 청구할 수 있다. ① 목적물이 멸실되거나 사해행위 목적물을 수익자가 전득자에게 양도한 경우,<sup>82)</sup> 사해행위 후 그 목적물에 관하여 제3자가 저당권이나 지상권 등의 권리를 취득한 경우에는,<sup>83)</sup> 특별한 사정이 없다면 채권자는 수익자를 상대로 원물반환 대신 가액반환을 구할 수 있다. 이 경우에 X는 Z에 대한 원물반환<sup>84)</sup>과 Y에 대한 가액반환을 선택적으로 청구할 수 있다. ② 저당권이 설정되어 있는 부동산이 사해행위로 이전된 후 저당등기가 말소되면 부동산 가액에서 저당권의 피담보채무액(채권최고액을 초과할 수 없다<sup>85)</sup>)을 공제한 잔액의 한도에서 사해행위를 취소하고 그 가액배상을 명하여야 한다.<sup>86)</sup> 변제에서 실제 자금의 출연주체가 누구인지 여부는 따질 필요가 없다는 것이 판례의 입장이다.<sup>87)</sup> 그러나 실제로 채무자 S가 출연한 돈으로 변제하였다는 사실이 증명된 경우까지 같이 취급되어야 하는지는 의문이다. 왜냐하면 사해행위가 없이 S 소유로 남아 있는 상태에서, S가 저당채무를 변제하여 저당권이 소멸되었다면, S의 채권자들은 당연히 그에 따른 이익을 향유할 수 있기 때문이다. 저당채무가 일부 변제되어 저당등기가 그대로 존속하는 경우에도 원물반환을 인정하면 그 사해행위로 감소된 공동담보 이상의 담보가치를 반환하는 결과가 되므로 역시 원물반환이 불가능한 경우로 해석된다.<sup>88)</sup> ③ 저당

82) 대법원 1998. 5. 15. 선고 97다58316 판결.

83) 대법원 2001. 2. 9. 선고 2000다57139 판결. 이 경우 ① 가액반환, ② 수익자 명의 등기의 말소, ③ 수익자를 상대로 채무자 앞으로 직접 소유권이전등기절차를 이행(진정명의 회복을 위한 이전등기)을 것을 구할 수 있다고 한다. 그 중 ③의 방법이 원고에게 가장 유리하다는 견해로서, 최한신, 사해행위취소실무 I, 유로(2009), 192면 이하.

84) 진정명의 회복을 위한 이전등기의 방법도 가능하다(대법원 2000. 2. 25. 선고 99다53704 판결).

85) 대법원 2005. 5. 27. 선고 2003다36478, 36485 판결.

86) 最高裁判所 昭和 36. 7. 17. 판결 民集 15-7-1875(채무자가 Y를 위하여 저당권을 설정한 부동산을 Y에게 대물변제하여 저당권이 혼동으로 소멸된 경우).

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

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

권이 아니라도 우선적 효력이 있는 채권이 변제된 경우에도 같다.<sup>89)</sup> 한편 우선권이 없는 가압류채권을 변제하더라도 가액배상의 대상은 아니다.<sup>90)</sup> ④ Y가 신축 중인 건물을 매수한 뒤 자금을 투입하여 건물을 완성시켜 Y 앞으로 소유권보존등기를 마친 경우, 원상회복으로 Y가 완공한 건물 전체에 대하여 소유권보존등기 말소를 명하는 것은 당초 일반채권자들의 공동담보로 되어 있지 않던 부분까지 회복하는 것이 되어 공평에 어긋나므로 가액반환을 명할 수 있다.<sup>91)</sup>

나. 가액반환은 예외적인 조치이므로 원물반환이 가능함에도 불구하고 가액반환을 구하는 것은 허용되지 않는다. 그러나 판례는 가액반환이 가능함에도 불구하고 채권자가 굳이 원물배상을 구하는 것은 허용되고,<sup>92)</sup> X와 Y가 모두 원물반환을 원하는 경우도 같다고 한다.<sup>93)</sup> 그러나 대법원이 가액배상청구를 원물반환의 일부청구라고 하면서도, 이러한 판시를 한 것은 논리적으로 문제가 있다.

## 2. 원물반환판결의 기판력이 가액반환청구에 미치는가

가. 이 문제는 원물반환청구와 가액반환청구를 동일한 소송물로 볼 것인가 여부와 관련되어 있다. 이에 대하여는 동일소송물설,<sup>94)</sup> 별개소송물설<sup>95)</sup>과 구분

89) 저당권설정등기보다 먼저 대항력을 갖춘 임차인은 확정일자를 받지 않았더라도 가액반환가액에서 공제한다. 그러나 대항력을 갖추었으나 그전에 이미 선순위근저당권이 되어 있어 부동산이 경락되는 경우 소멸할 운명에 놓인 임차권의 임차보증금반환채권은, (사해행위 이전에) 임대차계약서에서 확정일자를 받아 우선변제권을 가지고 있다거나 주택임대차보호법상의 소액임차인이 아니라면 수익자가 배상할 부동산의 가액에서 공제할 것은 아니다(대법원 2001. 6. 12. 선고 99다51197, 51203 판결).

90) 대법원 2003. 2. 11. 선고 2002다37474 판결.

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

92) 대법원 2001. 2. 9. 선고 2000다57139 판결 참조.

93) 대법원 2013. 4. 11. 선고 2012다107198 판결.

94) ① 이백규, “채권자취소권의 행사요건”, 『법조』535호, 법조협회, 2001, 85~86면(원물반환이나 가액배상 모두 사해행위취소에 따른 원상회복의 방법에 불과하여 법적 성격과 효과가 사실상 동일하고, 원물반환과 가액배상은 질적·양적으로 전부·일부의 관계에 있으며, 동일소송물로 보는 것이 소송경제상 바람직하다). ② 임일혁, “사해행위취소에 따른 원상회복으로서의 원물반환과 가액배상의 관계”, 『재판과 판례』 17집, 대구판례연구회, 2008, 93~95면, 99~101면, ③ 김대회, “사해행위취소소송에서 명한 원물반환이 이행불능인 경우와 대상청구권 대상판결 : 대법원 2012. 6. 28. 선고 2010다71431 판결”, 『강원법학』 39권, 비교법학연구소, 2013, 244면.

95) ① 박지봉, “원물반환을 청구취지로 하는 사해행위취소소송에서 가액배상판결을 할 수 있

설<sup>96)</sup>이 있고, 일본 판례는 2개의 청구가 소송물이 다르다는 것을 전제로 별개의 청구를 인정하지만,<sup>97)</sup> 아직까지도 견해의 대립이 계속되고 있다. 대법원은 이에 대하여 별개 청구를 인정한 판례가 있으나,<sup>98)</sup> 그 후 선고된 판결들은 동일소송물설을 취한다.<sup>99)</sup>

## 나. 대상청구권과의 관계

X가 Y를 상대로 제기한 사해행위취소소송에서 원물반환으로 근저당권설정등기 말소를 구하여 승소판결이 확정되었는데, 그 후 해당 부동산이 담보권실행을 위한 경매절차에서 매각되었다. 그러자 X는 Y가 말소될 근저당설정등기에 따라 지급받은 배당금의 반환을 구하는 소송을 제기하였고, 제1·2심은 X의 청구를 사해행위취소소송의 가액배상청구로 보고, 전소의 변론종결시까지 가액배상을 할 수 없는 경우에 해당되므로, 원물반환을 명한 전소의 기판력이 가액배상을 명하는 후소에 미치지 않는다고 하였다. 그러나 대법원은 X의 청구를 가액배상청구가 아닌 ‘대상청구’로 보고, 원물반환 판결이 확정된 후에 가액배상을 구하는 것은 기판력에 저촉되어 허용되지 않지만, 원물반환이 이행불능이

---

는가”, 「재판과 판례」11집, 대구판례연구회, 2002, 68~71면(어느 소송물이론에 따르더라도 청구취지가 다르면 원칙적으로 소송물이 다르고, 사해행위취소에서 원물반환과 가액배상의 관계는 부당이득반환청구에서 원물반환청구와 가액반환청구의 관계와 동일선상에 있는데 부당이득반환청구에서의 두 권리는 소송물이 다른 것으로 이해되고 있다). ② 윤진수, “2007년도 주요 민법 관련 판례 회고”, 「법학」 49권 1호(146호), 서울대학교 법학연구소, 2008, 357~361면; ③ 이진수, “가액배상을 구하는 사해행위취소소송에서 원물반환을 명할 수 있는지 여부”, 「판례연구」21집, 부산판례연구회, 2010, 674~677면.

96) 윤경, 앞의 논문, 168~169면(가액배상이 인정되는 경우를 저당권 등이 설정된 부동산에 관하여 사해행위가 이루어진 후 그 저당권이 말소된 경우(제1유형)와 목적물의 멸실 혹은 상대방의 일반재산에 혼입되거나, 수익자가 목적물을 선의의 전득자에게 양도한 경우(제2유형)로 나누어 제1유형은 사해행위 취소의 범위에 관한 것이고(일부취소), 제2유형은 이행불능의 경우 전보배상과 같은 구조를 가지고 있다. 제1유형은 원물반환과 가액배상은 전부·일부청구의 관계에 있어 소송물이 동일하고, 제2유형은 소송물이 다르다).

97) 大審院 大正 8. 4. 12. 民錄 25-674; 東京高判 昭和 38. 7. 3. 東京時報 14-189.

98) 대법원 1998. 5. 15. 선고 97다58316 판결(원물반환을 명하는 확정판결 선고 당시에 이미 피고가 목적물을 제3자에게 처분하여 원물반환이 불가능하게 된 경우).

99) 대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다54978 판결(X의 Y에 대한 원상회복청구권은 사실심 변론종결 당시의 X의 선택에 따라 원물반환과 가액반환 중 어느 하나로 확정되며, X가 일단 원물반환청구를 하여 승소판결이 확정되었다면, 그 후 어떠한 사유로 원물반환의 목적을 달성할 수 없게 되더라도 다시 원상회복청구권을 행사하여 가액반환을 청구할 수는 없다). 또한 원물반환을 구하는 청구취지 속에는 가액반환을 구하는 취지가 포함되어 있다는 판결로는 대법원 2011. 7. 14. 선고 2011다16219 판결.

되면 대상청구권을 행사함으로써 원물의 대체물인 가액을 구할 수 있다는 이유로 X의 청구를 인용하였다.<sup>100)</sup> 대상청구권은 동일소송물설에 따른 취소채권자의 예상치 못한 불이익을 구제할 수 있는 대안이 될 수 있다.

#### 다. 가액반환청구의 유무와 판결

취소채권자가 원물반환을 구하였으나, 법원이 원물반환은 이유 없고 가액반환을 구하는 것이 타당하다고 판단할 때, 원물반환청구를 기각할 것인가, 그렇지 않으면 (일종의 일부인용으로써) 가액반환을 명할 수 있는가? 판례는 동일소송물론의 입장에서 원물반환청구에는 가액반환청구가 포함되어 있다고 한다.<sup>101)</sup> 다만 원물반환을 청구하였는데 청구취지 변경 없이 가액배상을 할 경우 그 지연손해금의 지급을 명할 수는 없다. 원상회복으로서 반환하는 원물에 상응하는 것은 가액배상 원금이고, 원금과 지연손해금은 소송물이 다르기 때문이다.<sup>102)</sup>

### 3. 예비적 대상청구

판례는 일반적으로 특정물 급부청구권에 대한 대상청구를 인정하고 있고,<sup>103)</sup> 채권자취소소송에서도 대상청구를 인정하고 있다.

그런데 채권자취소권 행사에 따른 반환 방식은 원물반환이 원칙이고, 가액반환은 그것이 불가능하거나 현저히 곤란한 때에만 예외적으로 인정된다. 그래서 대상청구는 결국 가액배상과 같은 결과를 초래하므로, 가액배상의 요건, 즉 원물반환을 할 수 없다는 점에 관한 증거가 없는 상태에서, 집행관의 판단으로 대상청구를 집행함으로써, 결과적으로 가액배상이 되도록 하는 것은 부당하다는 견해가 있다.<sup>104)</sup>

그러나 가액배상과 대상청구는 별개의 제도이고, 그 요건이 서로 다르다. 또한 원물반환의 원칙상 가액배상을 구하기 위하여는 원물반환이 곤란하다는 사정을 증명하여야 하는데, 취소채권자로서는 가액배상의 요건을 증명할 필요 없

100) 대법원 2012. 6. 28. 선고 2010다71431 판결.

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

102) 윤경, 앞의 논문, 162면; 최진수, “지연손해금청구”, 『사법연수원 논문집』4집, 사법연수원, 2007, 53면.

103) 대법원 1975. 7. 22. 선고 75다450 판결.

104) 岡山地判 昭和 43. 10. 30. 判時 566-84, 判タ 232-149.

이 원물반환을 구하되, 다만 집행단계에서 집행불능에 대비하여 대상청구를 하는 것은 소송전략상 유용한 방법이다. 채권자취소소송이라 하여 대상청구를 일반의 급부청구와 달리 볼 필요는 없다.<sup>105)</sup>

## VIII. 소제기의 효과

### 1. 중복제소의 금지

#### 가. 원칙

X가 제기한 취소소송 계속 중에 다른 채권자 G가 동일한 행위의 취소를 구하는 취소소송을 막을 수 없다. 채권자취소권은 채권자대위권과는 달리 채권자의 고유한 권리이므로 중복소송에 해당한다고 할 수 없기 때문이다.<sup>106)</sup>

#### 나. 반환이 이행된 경우(회복시설)

(1) 이미 취소인용판결이 확정된 이후에는 다른 채권자가 같은 행위의 취소를 구하는 소를 제기할 수 없다는 견해가 있다.<sup>107)</sup> 민법 제407조는 취소판결은 다른 모든 채권자의 이익을 위하여 효력이 생기기 때문에, 다른 채권자가 동일한 취소목적물에 관하여 다시 취소소송을 제기하는 것은 허용되지 않고, 그 취소판결에 따라 회복된 목적물에 대한 강제집행절차에 참가하여 배당요구를 해야 한다는 것이다. 그러나 사해행위취소가 모든 채권자의 이익을 위하여 그 효력이 있다는 것이 ‘기관력’까지 있다는 것을 의미하지는 않고, 사해행위취소의 효과는 X와 Y 사이의 상대적 효력에 그치는 것이어서, 다른 채권자에게 ‘집행당사자적격’은 없다. 따라서 경합소송의 판결이 확정되더라도 취소채권자가 집행을 하지 않는다면, 다른 채권자 어느 누구도 그 확정판결에 따른 집행을 할 수 없고, 따라서 자신들의 채권만족을 위한 책임재산이 확보될 수 없기 때문에,

105) 大阪地判 昭和 34. 11. 21. 下民 10-11-2487(부인권에 관한 사안); 飯原一乘, 앞의 책, 435면도 이유는 다르지만 결론은 같다.

106) 대법원 2008. 4. 24. 선고 2007다84352 판결.

107) 이환승, “채권자취소소송에 있어 수인의 수익자들의 가액배상의 범위”, 「대법원판례해설」 77호(2008년 상반기), 법원도서관, 2009, 27면.



현실적인 회복을 마친 것을 소의 이익을 부정하는 요건으로 삼아야 한다.

(2) 사해행위의 취소 및 원상회복을 구하는 소송계속 중 사해행위가 해제되어 그 목적부동산이 이전등기의 말소 또는 소유권이전등기의 형식으로 채무자에게 복귀한 경우에도 소의 이익이 없다.<sup>108)</sup>

#### 다. 취소소송물의 가액과 관련된 사례

##### (1) 중첩된 부분과 중첩되지 않는 부분

(가) 동일한 사해행위에 관한 취소소송이 중첩된 경우, 선행소송에서 확정판결로 처분부동산의 감정평가에 따른 가액반환이 모두 이행되었다면, 후행소송에서 부동산 시가를 다시 감정한 결과 선행 확정판결에서 인정한 시가보다 평가액이 증가되었다 하더라도, 그 증가된 부분에 대하여 다시 가액반환을 명할 수는 없다.<sup>109)</sup> 다만 이는 가액반환이 이행되어 수익자의 수중에 공동담보가 없어진 경우로서, 선행소송에 따른 가액반환이 아직 이행되지 않았다면 결론이 달라질 것이다.

(나) 채권자 A가 선행소송에서 확정판결을 받아 가액반환이 이행되었더라도, 사해행위목적물의 공동담보가액이 그보다 커서 공동담보부분이 잔존한다면, 그 부분에 관하여 다른 채권자가 채권자취소소송을 제기할 수 있다. 이 경우 채권자 B가 제기한 소송의 변론종결 당시 시가평가액이 채권자 A가 그 전에 제기한 소송의 평가액보다 증가되었다면, 그 증가액에 관한 가액반환청구는 권리보호의 이익이 인정된다.<sup>110)</sup>

##### (2) 법원이 수익자 Y의 가액반환범위를 잘못 산정하여 과소한 금액의 지급

108) 대법원 2014. 5. 29. 선고 2014다204352 판결.

109) 대법원 2005. 3. 24. 선고 2004다65367 판결.

110) 예를 들면, 피보전채권이 1,000만 원인 A채권자가 제기한 채권자취소소송에서 취소목적물의 공동담보가액이 1,500만 원으로 평가되어, 그 범위 내에서 1,000만 원의 가액반환의 승소판결을 받은 A에게, 피고 Y가 이를 모두 이행한 경우에도 500만 원의 공동담보가 남아있어, 다른 채권자의 취소소송이 가능하다. 그래서 다시 피보전채권이 800만 원인 B채권자가 Y를 상대로 채권자취소소송을 제기하였고 그 소송에서 목적물가액이 1,800만 원으로 증액 평가되었다면, 피고는 A에게 이행한 1,000만 원을 공제한 800만 원의 범위에서 새로운 취소채권자 B에게 반환하여야 한다. Y는 B에 대한 반환의무를 이행함으로써 채권자들을 위한 공동담보가 모두 없어지게 되어 사해행위소송의 속박에서 완전히 벗어날 수 있다.

을 명한 부분이 채권자 X가 항소하지 않아 확정되고 Y로부터 가액반환을 받더라도, X의 채권 중 일부는 현실적으로 여전히 존속하므로, X는 이에 기초하여 또 다른 수익자를 상대로 채권자취소권을 행사할 수 있다.<sup>111)</sup>

## 2. 시효중단

### 가. 피보전채권의 소멸시효

#### (1) 소멸시효항변의 원용

Y는 X의 채권에 대하여 시효소멸을 주장할 수 있다.<sup>112)</sup> 그렇게 해석하지 않으면, X가 S에 대하여 피보전채권이행을 청구할 수 없음에도, Y에 대하여는 취소와 원상회복의 청구가 가능하고, 특히 가액배상의 경우에는 받은 돈을 X의 채권만족에 충당하게 되는 불합리한 결과가 생긴다.

#### (2) 시효중단의 재항변

X는 시효중단의 재항변을 행사할 수 있고, 시효중단사유가 존재하면, Y도 이를 부정할 수 없다.<sup>113)</sup> 이는 민법 제169조<sup>114)</sup>에 반한다는 견해도 있을 수 있으나, X의 S에 대한 채권의 효력을 Y에 대하여 주장하는 것이 채권자취소권이고(대외적 효력), Y에게 S가 가진 소멸시효항변을 X에 대하여 주장할 수 있는 권한을 준 이상, X에게도 S에 대한 재항변을 Y에게 주장할 수 있다고 함이 공평하다. 또한 X로서는, 보증인·물상보증인·담보물의 제3취득자와 같이 그 존재가 명백한 경우와 달리, 사해행위의 수익자 Y의 존재는 미리 알기 어렵고, Y에 대하여는 피보전채권의 소멸시효를 중단할 방법도 없어, S에 대하여 중단조치를 취할 수밖에 없다.

### 나. 채권자취소소송의 시효중단효

111) 대법원 2005. 5. 27. 선고 2003다36478, 36485 판결.

112) 대법원 2007. 11. 29. 선고 2007다54849 판결. 이와 달리 채권자대위소송의 제3채무자는 채권자의 채무자에 대한 채권의 소멸시효를 원용할 수 없다(대법원 2004. 2. 12. 선고 2001다10151 판결).

113) 最判 平成 10. 6. 22. 民集 52-4-1195.

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

Y를 상대로 한 채권자취소소송의 제기는 피보전채권에 대한 소멸시효중단의 효력이 없다는 것이 일본의 주류적인 판례이다.<sup>115)</sup> 피보전채권이 채권자취소소송의 소송물이 아니고, S에 대한 직접 청구도 아니라는 점이 그 이유이다. 그러나 채권자취소소송은 S로부터 변제를 받을 수 없는 상황에서 제기하는 소송이고, 재판상 청구라고 할 수는 없더라도 강력한 최고의 의미는 있으므로, 적어도 취소소송 제기사실이 S에게 통지되었다면 그 소송계속 중에는 중단사유로서 최고가 계속된다. 특히 X는 피보전채권의 보전, 즉 일탈재산에 대한 집행을 위하여, 그 재산을 보전하기 위한 것이고, X로서는 재산보전이라는 점에서 가압류나 가처분과 동일하므로(민법 제168조 제2호), 피보전채권이 소송물이 아니라는 이유로 시효중단 효력을 부정하는 것은 타당하지 않다.<sup>116)</sup> 중단효를 인정한 일본 하급심 판례도 있다.<sup>117)</sup> 한편 S는 채권자취소소송의 피고적격이 없으나, S를 피고로 한 취소소송의 제기는 소멸시효의 중단사유인 최고의 효력을 가진다.<sup>118)</sup>

### 3. 채무자에 대한 급부소송과의 관계

S에 대한 급부소송이 취소소송에 병합된 때에는, 취소부분 판단의 전제로 급부부분이 심리되지만 판결은 동시에 선고되는 것이 보통이다. S에 대한 집행권원이 있다고 하여, 취소소송에서 X의 피보전채권 증명의무가 면제되지 않는다.<sup>119)</sup>

취소소송 인용판결이 확정된 후에, X의 S에 대한 급부소송이 따로 제기되었으나, 그 소송에서 청구기각 판결이 나는 경우 어려운 문제가 생긴다. 취소소송에서 Y는 피보전채권에 관한 S의 X에 대한 시효소멸을 비롯한 모든 항변을 주장할 수 있으므로, 별소에서 한 S의 주장이 취소소송의 변론종결 이후 발생한 사유가 아니라면 급부소송의 판결결과를 취소소송판결의 청구이의 사유로

115) 最判 昭和 37. 10. 12. 判時 324-18.

116) 일본에서도 통설은 판례와 반대 입장이다. 飯原一乘, 앞의 책, 485 - 487면.

117) 東京高判 平成 12. 8. 17. 判時 1735-63.

118) 福岡高判 昭和 49. 5. 16. 判時 759-48, 채무자에 대한 소를 제기하였다가 취하한 경우, 소송계속 중 시효중단의 효력이 계속 존속하고, 취하로 소송이 종료된 후에 6개월 이내에 재판상의 청구 등을 함으로써 시효중단의 효력을 유지할 수 있다.

119) 最判 昭和 58. 6. 7. 判時 1084-73. 다만 대법원 2003. 7. 11. 선고 2003다19572 판결은 반대 입장이다.

삼을 수 없는 것이 원칙이다. 그러나 확정판결에 따른 강제집행이 권리남용에 해당하는 경우 청구이의 소로써 집행을 배제할 수 있으며<sup>120)</sup> Y로서는 X와 S 사이의 피보전채권의 존재를 알기 어려우므로, 급부소송에서 피보전채권이 인정되지 않는다면 이를 취소소송의 청구이의사유로 삼을 수 있을 것이다.

## IX. 청구변경 등과 관련하여

### 1. 청구취지의 감축

청구취지 감축이 소 일부취하의 의미를 갖는 경우에는 그 취하부분에 관하여는 제척기간 준수의 효력이 소멸된다(민법 제170조 제1항).

다만 공동저당권이 설정된 여러 개의 부동산에 관한 일괄매매행위가 사해행위에 해당함을 이유로 그 매매계약의 전부 취소와 그 원상회복으로서 각 소유권이전등기의 말소를 구하다가, 사해행위 이후 저당권이 소멸되었음을 이유로 가액반환을 구하는 것으로 청구취지를 변경(감축)하면서, 그에 맞추어 청구취지를 변경한 데에 불과하다면, 하나의 매매계약으로서 사해행위취소를 구하는 소 제기 효과는 그대로 유지된다. 그래서 비록 취소소송의 제척기간이 경과한 후에 당초의 청구취지변경(감축)이 잘못 되었음을 이유로 다시 위 매매계약의 전부 취소 및 소유권이전등기 말소를 구하는 것으로 청구취지를 변경(확장)한다 해도 처음 소제기한 때에 발생한 제척기간 준수의 효과에는 영향이 없다.<sup>121)</sup>

### 2. 사해행위에 대한 법률적 평가의 변경

120) 대법원 2008. 11. 13. 선고 2008다51588 판결.

121) 대법원 2005. 5. 27. 선고 2004다67806 판결. 4개의 부동산을 일괄적으로 매매한 행위가 사해행위로 된 사안이다. 당초 4개의 부동산 전부에 대하여 취소를 구하다가, 가액반환으로 청구취지를 변경하면서 그 중 3개만 충분하다고 생각하여 1개의 부동산의 매매부분을 제외하였다가, 그 후 다시 그 부분도 청구취지에 추가한 경우이다. 취소채권자인 원고가 청구취지를 가액반환으로 변경할 때 실질적인 의사가, 피보전채권의 범위에 맞추어 변경한다는 것이었지, 일부 부동산에 관한 매매부분의 취하의사가 아니었다는 점을 감안한 판결이다. 그런데 만약 중간에 가액반환으로 변경한 것이 아니라, 원물배상을 계속 유지하면서 당초 청구에 포함시켰던 부동산 중 일부에 관한 사해행위취소 부분을 취하하였다가, 다시 포함시켰다면, 취소채권자의 의사를 위와 같이 해석할 수 있을지 의문이다.

X가 S의 돈 지급행위가 사해행위에 해당된다고 하여 그 취소를 청구하면서 다만 그 돈 지급행위의 법률적 평가를 증여에서 변제로 달리 주장하는 것은, 그 사해행위취소권을 이유 있게 하는 공격방법에 관한 주장을 달리하는 것일 뿐이지 소송물 또는 청구 자체를 달리하는 것으로 볼 수 없으므로, 새로운 주장이 돈 지급행위로부터 5년이 지나 제기되었다 하더라도 당초의 소제기가 제척기간 이내라면 제척기간이 경과되었다고 할 수 없다.<sup>122)</sup>

### 3. 가장양도와 사해행위(청구변경 혹은 보전처분과 본안소송의 관계)

대법원은 가장양도로 법률행위가 무효인 경우에 사해행위취소소송의 대상이 되지만,<sup>123)</sup> 일본 판례는 반대이다.<sup>124)</sup>

### 4. 가등기에 따른 소유권이전등기 본등기가 된 경우

가등기와 본등기의 원인이 명백하게 다르지 않다면 채권자취소권행사의 제척기간 기산점은 가등기의 등기원인인 법률행위를 기준으로 기산한다.<sup>125)</sup> 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 지난 후 제기하더라도 적법하다.<sup>126)</sup> 한편 가등기권자가 가등기와 상관없이 소유권이전등기를 넘겨받고, 그 본등기가 사해행위로 취소된 경우에는, 가등기에 따라 다시 소유권이전등기를 청구할 수 있다.<sup>127)</sup>

122) 대법원 2005. 3. 25. 선고 2004다10985, 10992 판결.

123) 대법원 1991. 11. 8. 선고 91다14079 판결(취소소송을 제기하였다면 제척기간의 적용을 받음).

124) 大審院 明治 41. 6. 20. 民錄 14-759. 다만 最高裁判所 昭和 26. 10. 18. 民集 5-11-600는, 토지양도가 가장양도라고 하여 처분금지가처분을 한 후에, 본안에서는 사해행위취소로 등기말소를 청구한 사안에서 피보전채권과 청구기초의 동일성을 인정하였다.

125) 대법원 1999. 4. 9. 선고 99다2515 판결.

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

127) 대법원 1995. 12. 26. 선고 95다29888 판결.

## X. 채권자취소소송 판결의 대인적 효력

### 1. 다른 채권자에 대한 효과

#### 가. 채권자평등주의 원칙

(가) 취소소송은 반드시 소로써 행사되어야 하고,<sup>128)</sup> 취소판결의 효력은 소송 당사자인 X와 Y 사이에만 미친다. 이러한 이론을 따른다면 취소판결의 효력을 원용할 수 없는 소송당사자가 아닌 다른 채권자에게는 미치지 않는다.<sup>129)</sup>

그런데 민법 제407조는 “취소와 원상회복은 모든 채권자의 이익을 위하여 그 효력이 있다”고 하여, 취소채권자의 우월적 지위를 부정한다. 그래서 취소 목적물이 금전이고, X가 Y로부터 지급받았을 때를 제외하고, 취소목적물이 부동산이나 채권의 경우에는, 취소권을 행사하지 않았던 다른 채권자들도, 채무자에 대한 집행권원을 얻어, 당해 부동산이나 채권을 압류할 수 있다.<sup>130)</sup>

#### (나) 채권자평등주의와 우선주의

일본 민법이 프랑스 민법을 계수할 당시는 물론이고 현재도 프랑스에서는 채권자취소권의 효력에 관하여 취소채권자의 우선권을 인정하고,<sup>131)</sup> 평등주의를 지지하는 학설은 소수설에 불과하다. 그런데 일본 민법 기초자 Boissonade가 굳이 평등주의를 지향하는 절대적 효력설을 기초로 일본민법 초안을 만든 것은,<sup>132)</sup> 부인권은 상법에 규정되어 일반인에게는 적용되지 않는 상인파산주의를 채택하고 있었기 때문에, 일반인에게도 집단적 청산절차와 유사한 기능을 채권자취소권 제도를 통하여 수행할 수 있도록 하는 제도적 장치가 필요하다고 생각했기 때문이다. 따라서 그 후 파산법의 제정으로 일반인에 대한 파산이 인정되고, 파산법상 부인권 행사가 가능하게 됨에 따라 Boissonade의 당초 취지는

128) 대법원 2008. 12. 11. 선고 2007다69162 판결.

129) 민사소송법 제218조(기판력의 주관적 범위)에 따르면, 확정판결은 원칙적으로 당사자와 변론종결 뒤의 승계인에 대하여만 효력이 미치므로 소송법적으로도 당연한 결론이다.

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

131) 이는 독일도 같다. 허진용, “채권자취소권과 파산절차상 부권권의 차이-특히 판례의 검토를 통하여”, 서울대학교 대학원 석사학위 논문, 2008, 20면.

132) 일본민법의 사해행위취소권 제정과정에 관하여는 이순동, 앞의 책, 105면 이하 참조.

크게 퇴색하였다.<sup>133)134)</sup>

(다) 우리 민사집행법이 채권자평등주의 원칙을 채택하고 있더라도, 채권자취소소송에서 반드시 모든 채권자에게 동일한 권리가 부여되어야 한다는 논리필연성은 없다. 왜냐하면 민사집행법상 집행절차에서는 다른 채권자도 채무자의 재산에 강제집행을 하여 채권 만족을 얻을 수 있지만, 채권자취소소송에서 다른 채권자는 타인 소유의 일탈재산에 강제집행을 할 수 없는 상태에 있었다가, 취소채권자의 취소권 행사라는 개인적 노력으로 비로소 집행에 참가할 수 있는 상대가 회복되었기 때문이다. 그래서 민사집행절차에서 채권자평등주의를 기조로 하는 프랑스에서도, 취소채권자에게 우선적 권리를 부여하고 있다.

(라) 민법 제407조가 채권자평등주의를 선언하고 있더라도 이는 채권자취소소송의 모든 절차에서 절대적인 기준이 될 수 없다. 오히려 채권자취소소송제도의 취지와 입법연혁이나 당초 강제집행의 대상이 되지 않았던 일탈재산의 회복에 노력한 채권자에 대한 보상이라는 측면을 고려하여, 당사자의 공평에 맞는 방향으로 해석할 필요가 있다. 판례도 사해행위 이후에 채권을 취득한 채권자를, 회복재산에 대한 집행절차에 참여시키지 않음으로써 채권자 사이의 이해관계를 조정하고 있다. 입법론적으로 볼 때 민법 제407조는 폐지되는 것이 바람직하다. 입법 연혁상의 근거인 과산절차가 완비되었고, 비교법적인 관점에서도 프랑스, 독일을 비롯한 영미법 국가인 미국에서조차 채권자평등주의는 채택하지 않는다. 우리 판례에서도 가액배상의 경우에는 다른 채권자들이 집행에 참가할 수 없어, 채권자평등주의가 일관되게 관철되지 못하고, 취소권의 행사범위를 비롯한 문제가 관련되어 있다.

## 나. 사해행위 이후의 채권자

사해행위 이후에 발생한 채권자도 강제집행이나 배당요구에 참가할 수 있는

133) 오영준, “사해행위취소의 효력이 미치는 채권자의 범위”, 『민사판례연구』 26권, 박영사, 2004, 159면 이하

134) Boissonade의 견해는 당시 Paris대학의 교수였던 Colmet de Santerre의 소수설을 따른 것이다. 佐藤岩昭, 詐害行為取消權の理論, 東京大學出版會, 2001, 257면.

가? ① 적극설은 취소권을 행사함에는 사해행위 이전에 발생한 채권임을 요하나, 일단 회복된 재산에 관하여 사해행위 후에 발생한 채권자의 강제집행신청이나 배당요구가 배제되지 않는다는 설로서 일본의 통설이다.<sup>135)</sup> ② 소극설은 사해행위 이후에 발생한 채권자는 채권취득 당시에 사해행위취소에 따라 회복되는 재산을 채무자의 공동담보로 파악하지도 않은 사람이므로 굳이 보호할 필요가 없다는 설이다. 우리 통설,<sup>136)</sup> 판례<sup>137)</sup>이다. 그러나 현실적인 집행절차에서 집행기관으로서 배당요구채권이 사해행위 전에 발생한 것인지 여부에 관한 판단을 할 수 없어 이를 가려 배당할 수는 없다. 배당이 된 후에 이를 다투는 채권자가 배당이의를 하거나,<sup>138)</sup> 배당금 수령 후에는 부당이득반환을 구할 수 있을 뿐이다.<sup>139)</sup>

#### 다. 다른 채권자의 만족방법

##### (가) 배당가입

민사집행법에 따르면 일반채권자가 부동산집행(동법 제88조)과 채권집행(동법 제247조)에서는 원칙으로 집행권원을 가져야(부동산집행에서는 가압류채권자 포함) 배당요구를 할 수 있고, 동산집행에서는 일반채권자의 배당가입이 인정되지 않는다(동법 제217조).

##### (나) 반환재산의 분배청구

취소채권자 X가 취소소송을 통하여 수익자로부터 반환받은 재산에 관하여, 다른 채권자 G가 X에 대하여 분배청구를 할 수 있는가? G에는 변제나 대물변제가 취소된 수익자도 포함되는데, 수익자의 분배청구나 상계에 관하여, 판례와 통설은 현행법상 분배를 인정하는 근거가 없고, 취소 단계에서 분배를 인정한다면 채권자취소제도가 일반담보 보전절차가 아니라 청산절차가 된다는 이유로

135) 飯原一乘, 앞의 책, 566면.

136) 곽윤직(편집대표), 앞의 「민법주해(IX)」채권(2), 854면(김능환 집필 부분); 법원행정처, 「법원실무제요」 민사집행Ⅱ, 대법원, 2003, 509면 등 참조.

137) 대법원 2009. 6. 23. 선고 2009다18502 판결. 일본 판례도 같다. 最判 소화 33. 2. 21. 民集 12-34-1.

138) 위 2009다18502 판결도 배당이의소송이다.

139) 대법원 2009. 5. 14. 선고 2007다64310 판결 참조. 다만 부당이득반환을 구하기 위해서는 배당절차에서 배당을 받을 수 있는 자격이 있는 채권자이어야 한다.



이를 부정한다.<sup>140)</sup>

(다) 파산신청

X가 채권자취소권을 행사하지 않거나, 채권자취소소송을 제기하였다도 그 판결이 확정되지 않았다면, 다른 채권자 G가 파산신청을 하여, 파산관재인이 부인의 소를 제기하든가, 채권자취소소송을 수계함으로써(채무자회생법 제347조, 제406조), G는 안분액의 배당을 받을 수 있다.

(라) 그 밖의 방법

(ㄱ) 별소의 제기

G가 X의 채권자취소소송과는 별개의 소를 제기하여, 변론을 병합시키는 것이 가장 쉽고 효과적인 방법이다.

(ㄴ) 소송참가(사해방지참가)의 문제

Y가 S에 대하여 제기한 소송에 X가 민사소송법 제79조의 사해방지참가를 할 수 있는가? 이에 대하여 대법원은 종래 이를 인정하였다가(이하 이를 ‘A판결’이라 함)<sup>141)</sup> 이를 명백히 부정하는 판결(이하 이를 ‘B판결’이라 함)을 하였다.<sup>142)</sup>

B판결은, 사해행위취소의 상대적 효력 때문에, 원고의 피고에 대한 청구의 원인행위가 사해행위라는 이유로 원고에 대하여 사해행위취소를 청구하면서 사해방지참가신청을 하는 경우, 참가인의 청구가 승소하더라도 원고와 피고 사이의 법률관계에는 아무런 영향이 없다는 이유로, 그러한 참가신청은 사해방지참가의 목적을 달성할 수 없으므로 부적법하다는 것이다.

한편 A판결은 원고와 피고가 소송을 통하여 참가인을 해칠 의사를 갖는다고

140) 대법원 2003. 11. 28. 선고 2003다50061 판결.

141) 대법원 1990. 4. 27. 선고 88다카25274, 25281(참가) 판결

142) 대법원 2014. 6. 12. 선고 2012다47548, 47555 판결의 사안 : 원고는 주택건축회사이고, 피고는 부동산 분양업자이다. 피고는 참가인로부터 A토지를 매수하여 건물신축공사를 원고에게 도급주었다. 참가인은 피고에 대하여 토지매매대금 잔금채권이 있다. 원고가 A토지 지상에 이 사건 건물의 공사를 완공하고 공사대금채권 변제를 위하여 피고로부터 이 사건 건물에 대한 대물변제를 받기로 예약하였다. 원고는 본소로서 피고에 대하여 대물변제예약을 원인으로 이 사건 건물에 관한 소유권이전등기절차를 구하였다. 이에 참가인은 위 대물변제예약은 통정허위표시로 무효이거나, 사해행위이므로 취소되어야 한다고 주장하며 독립당사자참가를 하였다.

객관적으로 인정되고, 그 소송 결과 참가인의 권리나 법률상 지위가 침해될 염려가 있다고 인정되는 경우에는, 참가인의 청구와 원고의 청구가 논리상 서로 양립할 수 있는 관계에 있더라도 사해방지참가를 할 수 있다고 한다. 소송결과로 말미암아 참가인이 권리나 법률상 지위가 침해될 염려가 있다는 것은, 참가인이 패소확정판결의 기판력이나 반사적 효력을 받는 관계에 있을 필요는 없고, 그 확정판결로 참가인의 권리실현이나 법률상 지위의 확보가 사실상 불가능하거나 장애를 받는다는 것을 의미한다.<sup>143)144)</sup>

A판결이 타당하다. 왜냐하면 사해방지참가의 전형적인 예가 바로 사해행위 취소를 청구하면서 하는 독립당사자참가임에도 불구하고 이를 사해방지참가에서 제외한다면 민사소송법이 모처럼 마련한 사해방지참가가 설 자리가 없어지고, 조속한 분쟁해결방법이 없어지기 때문이다. 사해방지참가를 활성화시킴으로써 소송의 방식으로 하는 사해행위에 관한 분쟁을 조기에 종식시킬 수 있다.

채권자취소소송의 상대효는 모든 영역과 단계에서 적용되는 절대적 이론이 아니다. 특히 사해행위가 완성되기 전에 이를 중단시킴으로써 채권자의 권리구제가 보다 용이하다면 사해방지참가를 인정함으로써, 채권자취소청구와 사해방지참가를 조화롭게 해석하여야 한다. 채권자취소판결에 상대적 효력만을 인정하는 것은 취소 채권자와 수익자 그리고 제3자의 이익을 조정하고,<sup>145)</sup> 거래안전을 위한 합리적 수단이지 그 자체가 절대적이고 다른 제도에 우선적인 것이 아니다. 구체적인 타당성이나 집행상 편의를 위하여 상대효는 유연하게 운영해야 한다.<sup>146)</sup>

143) 김홍엽, 「민사소송법」 제4판, 박영사, 2013, 1000면.

144) 이는 A판결에 대한 재판연구관의 판례해설에서도 명백히 나타난다. 김재구, “사해방지 독립당사자참가의 요건”, 「대법원판례해설」 13호, 법원도서관, 1991, 69면. 이를 그대로 소개하면 아래와 같다.

사해방지참가로서 예상할 수 있는 경우는 참가의 요건에 관한 통설·판례의 입장인 사해의사설을 따를 때 (1) 원고가 피고를 상대로 부동산소유권이전등기를 구하는 본소에 제3자가 같은 피고로부터 같은 부동산을 매수하였다고 하고 또 피고가 자기에 대한 소유권이전등기의무를 회피하기 위하여 사해소송을 하고 있다고 주장하며 참가하는 경우 (이는 통상의 2중매매와는 다르다)와 (2) 이 사건과 같이 원고가 피고를 상대로 부동산 소유권이전등기를 청구하는 본소에 제3자가 피고에 대하여 금전지급청구권이 있다고 하고 또 피고가 그 채무의 이행을 회피하기 위하여 사해소송을 하고 있다고 주장하며 참가하는 경우이다. A판결은 (2)의 경우의 사해방지참가가 적법하다고 판시하였다.

145) 대법원 2005. 11. 10. 선고 2004다49532 판결 참조.

146) 필자와 결론적으로 같은 견해로, 홍춘의, 태기정, “독립당사자참가에서의 사해소송과 채권자취소권에서의 사해행위”, 「동북아법연구」 9권 3호, 전북대학교 동북아법연구소, 2016, 참조. 위 글에서는 ① 민사소송법상 사해방지참가의 요건을 민법상 채권자취소권 행사의 상대효와 연계하여 해석하여서는 안 된다. ② 채무자와 수익자 사이의 법률행위가 취소

## 라. 취소판결의 효력이 가압류 채권자에게 미치지 않는다는 사례

채권양도를 취소한 판결의 효력이 채권양도 이전에 그 채권을 가압류한 다른 채권자에게 미치지 않는다는 판례가 있다.<sup>147)</sup> 판결의 사안은 다음과 같다. S의 제3채무자 D에 대한 채권에 대하여, 채권자 A의 가압류가 있는 후 그 채권이 Y에게 양도되고, 그 후 다시 S의 채권자 B의 가압류가 있자, D가 공탁을 함으로써 열린 배당절차에서 A와 Y에게만 배당이 되고 B가 배당에서 제외되었다. B가 Y를 상대로 채권양도가 사해행위에 해당한다고 하여 취소와 배당표 경정을 구하고, 동시에 A를 상대로 위 채권이 여전히 S에 귀속됨을 전제로 하는 배당표 경정을 구하였다. 법원은 B의 Y에 대한 취소소송을 인용하였다.

문제는 B의 A에 대한 배당표 경정청구인데, 사해행위취소의 효과는 원고인 B와 피고 Y 사이에만 미치고, ‘사해행위 이전’에 이미 채권을 가압류한 A에게는 미치지 않는다고 하여 B의 A에 대한 청구를 기각하였다.

위 판결은, 취소의 효과가 취소채권자 아닌 다른 채권자에게 미치지 않는 이유를, 사해행위 이전에 사해목적물인 채권을 가압류하였다는 사유를 들고 있다. 그러나 A가 사해행위 이전에 가압류를 하였다는 이유를 가지고 A에게 취소의 효력이 미치지 않는다는 법리는 타당하지 않다. 가압류채권자는 다른 채권자에 대하여 우선권이 없다. 이 사건에서 A의 가압류가 Y에 대한 사해행위인 채권양도보다 대항요건을 빨리 취득함으로써, 채권양도에 대항할 수 있었다 하더라도(바꾸어 말하면 채권양도가 유효하다면, A가 가압류의 처분금지효 때문에 채권양수인 Y보다 우선하여 배당받을 권리가 있고, 채권양도 이후에는 S의 채권자인 B는 S의 재산이 아닌 위 채권을 대상으로 하여 가압류를 할 수 없게 되었으므로 배당받을 권리가 없다 하더라도), Y에 대한 채권양도는 사해행위로 취소되었기 때문에, 만약 A가 민법 제407조에 따라 취소의 효력을 받는 ‘채권자’ 중의 한 사람이라면, 취소된 채권양도를 이유로 채권양도 후의 가압류권자인 B에 대하여 우선권을 주장하지 못한다. 사해행위취소에 따른 원상회복의 효력이 모든 채권자에게 미친다는 민법 제407조에 비추어 볼 때 이해하기 어려운 판결이다.<sup>148)</sup>

에 불구하고 유효하다고 하더라도, 채권자인 참가인의 관점에서는 무효이므로, 참가인의 지위를 우선시하여야 한다. ③ 별소 제기에 따른 판결의 모순저축과 소송비경제 등을 이유로 들고 있다.

147) 대법원 2008. 9. 25. 선고 2007다47216 판결.

## 2. 채무자에 대한 효과

가. 취소의 효력은 채무자에게 미치지 않는다.

(가) 상대적 효력설

상대적 효력설에 따르면, 사해행위 취소는 절대적 취소가 아니라, Y에 대한 관계에서만 상대적으로 취소하는 것이고,<sup>149)</sup> 그 취소의 효과는 S에게 미치지 않으므로 S와 Y 사이의 법률관계에는 아무런 영향이 없다.<sup>150)</sup> 따라서 사해행위취소로 S에게 회복된 재산은 X 및 다른 채권자에 대한 관계에서 S의 책임재산으로 취급될 뿐, S가 직접 그 재산에 관한 권리를 취득하는 것은 아니다(재산양도가 취소되더라도 S는 Y나 Z에게 그 재산을 자기에게 인도하라고 청구할 권리가 없다<sup>151)</sup>). 따라서 재산세납부의무자도 S가 아니라 Y가 된다.<sup>152)</sup>

(나) 상대적 효력의 구체적 적용

(ㄱ) 비소급효

X의 S에 대한 전부명령 당시 피전부채권이 이미 S로부터 Y에게 양도되어 대항요건까지 갖추었다면, X의 전부명령은 무효이고, 그 후 사해행위취소소송에서 피전부채권에 대한 채권양도계약이 취소되고 그 채권의 복귀를 명하는 판결이 확정되더라도, 채권이 소급하여 S에게 복귀하거나 이미 무효로 된 전부명령이 다시 유효하게 되는 것은 아니다.<sup>153)</sup>

(ㄴ) 배당절차와 채권자취소의 효력

근저당권자 Y에게 배당하기로 한 배당금에 대하여 X의 신청으로 처분금지가 처분결정이 있어 경매법원이 그 배당금을 공탁하였다. 그 후 X의 Y에 대한 채권자취소소송에서 근저당권설정계약이 사해행위로 취소되었다면, 위 공탁금은 그 경매절차에서 적법하게 배당요구하였던 다른 채권자들에게 추가배당하여야

148) 그 후에도 같은 취지의 판결이 나왔다. 대법원 2015. 5. 14. 선고 2014다12072 판결.

149) 대법원 2004. 8. 30. 선고 2004다21923 판결.

150) 대법원 1988. 2. 23. 선고 87다카1989 판결.

151) 대법원 2009. 5. 14. 선고 2007다64310 판결.

152) 대법원 2000. 12. 8. 선고 98두11458 판결.

153) 대법원 2007. 4. 12. 선고 2005다1407 판결. 원심인 서울고법 2004. 12. 7. 선고 2004나 26166 판결은 사해행위취소판결로 인하여 전부명령이 소급하여 유효하게 된다고 하였다.

한다. 공탁금지급청구권에 관한 X의 채권압류·추심명령은 추가배당절차에서 배당되고 남은 잉여금에만 효력이 있을 뿐이다. X가 배당금을 우선 수령하였다면 적법하게 배당요구하였던 다른 채권자들과 관계에서 부당이득이 성립한다.<sup>154)</sup>

#### 나. 채무자에 대한 환원은 채권보전의 수단에 불과

사해행위 목적물이 부동산인 경우, 말소등기나 이전등기에 따라 S 명의로 원상회복이 되더라도, S는 그 부동산에 관하여 사해행위가 있기 전의 권리를 다시 취득하는 것은 아니고, 소유명의를 형식상 S에게로 환원되는 것은 오로지 X의 채권보전을 위한 수단으로서 의미만 있을 뿐이다(S가 그 앞으로 회복된 부동산을 다시 제3자에게 처분한 경우에, 그 처분행위는 무권리자의 처분행위로서 그에 따른 이전등기는 원인무효의 등기이다<sup>155)</sup>). 또 회복된 재산으로부터 X를 비롯한 다른 채권자들이 만족을 얻고 남은 것은 S가 가질 수 없고, 사해행위취소청구의 상대방으로서 그 재산을 반환하였던 Y·Z에게 주어야 한다(다만 이는 실체법적인 측면에서 볼 때의 결론이고, 경매과정에서는 잉여금은 일단 S에게 배당될 수밖에 없다).

#### 다. 채무자에게 환원된 이후 채무자가 한 처분행위의 효력

실제 사례를 예로 들어본다. Y의 일반채권자 A가 목적부동산을 가압류한 후에 S의 채권자 X가 Y를 상대로 사해행위취소 및 소유권이전등기말소를 청구하는 소송을 제기하여 승소판결을 받고 Y 명의 이전등기가 말소됨으로써<sup>156)</sup> 등기명의를 S에게 환원되자, S가 이를 다시 제3자 B에게 양도하였다. 그 후 A가 가압류의 처분금지효를 전제로, Y에 대하여 얻은 승소판결을 집행권원으로 하여 부동산에 경매신청을 하자, 이에 B가 제3자이의 소송을 제기하였다.

원심은 이 청구를 인용하였는데, 대법원은, “사해행위 취소는 상대적 효력밖

154) 대법원 2009. 5. 14. 선고 2007다64310 판결.

155) 대법원 2017. 3. 9. 선고 2015다217980 판결.

156) 이 경우 가압류권자인 C는 부동산등기법상의 이해관계인으로서(부동산등기법 제57조) C의 승낙이 없으면 Y 명의의 등기가 말소될 수 없음에도 불구하고 이 사건에서는 등기관의 잘못으로 C의 승낙 없이 Y명의 등기가 말소된 것으로 보인다.

에 없어 가압류 효력이 당연히 소멸되는 것은 아니므로, S로부터 위 부동산을 전전하여 양도받은 자는 가압류 부담이 있는 소유권을 취득하였다”는 이유로 원심을 파기하였다.<sup>157)</sup> 대법원이 S로부터 부동산을 양수한 B가 소유권을 취득하였다고 판시하고 있으므로 S의 처분행위를 무효로 보지 않았다.<sup>158)</sup>

그런데 그 후 대법원은 S의 처분은 무권리자의 처분으로 무효이므로 S의 등기를 바탕으로 한 등기는 모두 말소되어야 하고, 취소채권자나 민법 407조에 따라 사해행위취소의 효력이 미치는 채권자는 채무자의 책임재산으로 취급되는 그 부동산에 대한 강제집행을 위하여 위와 같은 원인무효 등기명의인을 상대로 등기 말소를 청구할 수 있다는 견해를 밝혔다.<sup>159)</sup>

위 사안은 S가 Y에게 부동산을 매도하고 소유권이전등기를 하였는데, 매매계약이 사해행위라는 이유로 취소되고 원상회복으로 Y 명의 소유권이전등기가 말소되자, S가 다시 D1에게 부동산을 매도하여 소유권이전등기를 하고, D2, D3의 명의로 소유권이전등기 청구권가등기, 가등기의 이전등기, 가등기에 기초한 본등기가 순차로 이루어진 사안에서, (1) 사해행위 취소와 원상회복의 효력은 채권자와 수익자 사이에서 채무자의 책임재산으로 취급될 뿐이고 채무자가 부동산을 취득하여 권리자가 되는 것은 아니므로, D들 명의의 등기는 모두 말소되어야 하고, (2) 사해행위취소의 효력을 받는 채권자인 원고는 책임재산에 대한 강제집행을 위하여 피고들을 상대로 등기말소청구를 할 수 있다고 판단하였다. 채권자취소권의 실효성 확보를 위하여 채권자취소권 판결의 효력을 받는 채권자에게, 채권의 효력 자체를 기초로<sup>160)</sup> 무효인 제3자 명의 등기의 말소청구를 인정한 것으로서 타당한 판결이다.<sup>161)</sup>

157) 대법원 1990. 10. 30. 선고 89다카35421 판결.

158) 같은 취지로 서울고등법원 2008. 1. 10. 선고 2007나50214 판결, 법률신문 2008. 2. 14.자.

159) 대법원 2017. 3. 9. 선고 2015다217980 판결.

160) 즉 채무자를 대위하여서도 아니고, 채권자가 소유자가 아니므로 소유권에 기한 청구도 아닌, 채권 자체에 기한 말소청구를 인정하였다는 점에서 큰 의미를 가진다.

161) 이에 대한 평석이 많이 있다. ① 양형우, “사해행위취소로 원상회복된 부동산 처분행위의 효력”, 『홍익법학』18권 3호, 홍익대학교 법학연구소, 2017, 27면 이하, ② 정다영, “채권자취소권 행사의 효과에 관한 연구”, 『법조』 723호, 법조협회, 2017, 698호 이하, ③ 전원열, “사해행위취소 후 복귀한 재산에 대한 채무자의 처분권”, 『법조』 726호, 법조협회, 2017, 368면 이하, ④ 여하운, “사해행위 취소로 원상회복된 부동산을 채무자가 처분한 행위의 효력”, 『입법과 정책』 9권 3호, 국회입법조사처, 2017, 83면 이하, ⑤ 이순동, “사해행위취소로 환원된 부동산을 채무자가 처분한 경우 채권자의 구제방법”, 『사법』 45호, 사법발전재단, 2018, 223면 이하.

## Ⅵ. 결론

이상으로 채권자취소소송에서 소송물이 직·간접으로 작용하는 여러 가지 측면들을 검토하였다. 채권자취소권은 소송으로써만 행사할 수 있고, 따라서 그 성격이 소권이라거나 형성소권이라는 견해가 주장될 정도로 소송과 밀접한 권리이다. 한편 소송에서 소송물은 소제기 단계에서부터 심리단계를 거쳐 그 결과인 판결효력에 이르기까지 중추적인 역할을 한다. 채권자취소권은 판례·통설인 절충설(상대적 무효설)과 민법 407조(채권자평등주의)와의 모순, 그리고 원상회복 방식으로 판례가 채택하고 있는 부동산등기 회복방식 및 가액배상을 둘러싸고 소송물과 관련한 많은 문제점들을 안고 있다. 여기에는 취소와 원상회복청구의 소송물을 비롯하여 청구범위와 청구병합 및 중복소송, 기판력과 취소판결의 효력 및 집행과정에서 배당 문제에 이르기까지 쟁점들이 포함되어 있다. 특히 채권자취소권의 상대효와 관련된 문제점은 여러 곳에서 나타나고 있다.

민사소송을 운영하기 위하여 만들어진 소송물이론이 실제로 유용한 도구가 되기 위해서는 그 적용단계마다 그에 맞는 해석이 필요하고 실제로 소송실무에서도 하나의 소송물 이론이 모든 사안에서 기계적·일률적으로 적용되지는 않는다. 이와 관련하여 채권자취소권 행사의 효과인 상대효의 잘못된 적용에 관한 대표적인 예를 들면, 채권자가 수익자에 대하여 제기한 소송에 다른 채권자가 사해방지참가를 할 수 없다는 대법원 판결은 납득하기 어렵다. 사해방지참가의 전형적인 사례가 사해행위취소를 청구하는 것임에도 불구하고, 이를 사해방지참가에서 제외함으로써 민사소송법이 모처럼 마련한 사해방지참가가 설 자리가 없어지고, 조속한 분쟁해결을 할 수 없는 불합리한 결과를 가져오기 때문이다. 이는 채권자취소권의 적절한 운용을 위하여 고안된 상대효 이론이 오히려 채권자취소권이나 이를 소송에서 구현하는 사해방지참가를 방해하고 있는 모양이 되었다. 상대효도 채권자취소권을 운용하기 위하여 만든 이론적 도구이므로, 이를 채권자취소권 행사와 관련된 모든 측면에서, 기계적이고 일률적으로 적용하면, 오히려 상대효를 둔 원래의 취지에 맞지 않는 타당성 없는 결과를 가져오므로, 소송물이 적용되는 단계에 맞는 유연한 해석과 합리적 적용이 필요하다.

[참고문헌]

- 강구욱, “채권자취소권의 법적 성질에 관한 일시론”, 『법학논총』 34집 1호, 한양대학교 법학연구소, 2017.
- 김능환, “채권자취소권의 행사방법 -부동산이 전전양도된 경우를 중심으로”, 『민사재판의 제문제』 6권, 한국사법행정학회, 1991.
- 김대원, “사해행위취소소송에서 피보전채권을 변경하는 것이 소의 변경에 해당하는지 여부”, 『대법원판례해설』 44호, 법원도서관, 2004.
- 김대회, “사해행위취소소송에서 명한 원물반환이 이행불능인 경우와 대상청구권 대상판결 : 대법원 2012. 6. 28. 선고 2010다71431 판결”, 『강원법학』 39권, 비교법학연구소, 2013. 6.
- 김재구, “사해방지 독립당사자참가의 요건”, 『대법원판례해설』 13호, 법원도서관, 1991.
- 김홍엽, “민사소송상 형성권의 행사”, 『성균관법학』 21권 3호, 성균관대학교 비교법연구소, 2009.
- 명순구, “이혼청구권이 형성권인가 - 대판 1998. 4. 10. 96므1434에 대한 비판적 평가”, 『저스티스』 34권 3호, 한국법학원, 2001.
- 박성철, “파산법상의 부인권”, 『파산법의 제문제(하)』 재판자료 83집, 법원도서관, 1999.
- 박치봉, “원물반환을 청구취지로 하는 사해행위취소소송에서 가액배상판결을 할 수 있는가”, 『재판과 판례』 11집, 대구판례연구회, 2002.
- 신용호, “채권자가 피보전채권을 달리하여 동일한 법률행위의 취소 및 원상회복을 구하는 채권자취소의 소를 이중으로 제기하는 경우, 전·후소의 소송물이 동일한지 여부”, 『대법원판례해설』 93호, 법원도서관, 2013.
- 양형우, “사해행위취소로 원상회복된 부동산 처분행위의 효력”, 『홍익법학』 18권 3호, 홍익대학교 법학연구소, 2017.
- 오영준, “사해행위취소의 효력이 미치는 채권자의 범위”, 『민사판례연구』 26권, 박영사, 2004.
- 이영풍, “소송물과 소의 교환적 변경”, 『재판실무연구』 2003, 광주지방법원, 2004.
- 윤 경, “사해행위취소와 가액배상”, 『저스티스』 34권 5호, 한국법학원, 2001.
- \_\_\_\_\_, “사해방지참가의 요건과 인정기준-대상판결 : 대법원 2001. 8. 24. 선고 2000다12785, 12792 판결-”, 『인권과 정의』 306호, 대한변호사협회, 2002.
- 여하운, “프랑스 민법상 사해소권(詐害訴權, action paulienne) 행사의 효과에 관



- 하여 - 우리 민법상 채권자취소권과 비교하여”, 『민사법학』 79권, 한국민사법학회, 2017.
- \_\_\_\_\_, “사해행위 취소로 원상회복된 부동산을 채무자가 처분한 행위의 효력”, 『입법과 정책』 9권 3호, 국회입법조사처, 2017. 12.
- 윤진수, “2007년도 주요 민법 관련 판례 회고”, 『법학』 49권 1호(146호), 서울대학교 법학연구소, 2008.
- 이백규, “채권자취소권의 행사요건”, 『법조』 535호, 법조협회, 2001. 4.
- 이순동, “사해행위취소로 환원된 부동산을 채무자가 처분한 경우 채권자의 구제방법”, 『사법』 45호, 사법발전재단, 2018.
- 이종엽, “가액배상판결의 집행법상 실현”, 『저스티스』 101호, 한국법학원, 2007. 12.
- 이진수, “가액배상을 구하는 사해행위취소소송에서 원물반환을 명할 수 있는지 여부”, 『판례연구』 21집, 부산판례연구회, 2010.
- 이환승, “채권자취소소송에 있어 수인의 수익자들의 가액배상의 범위”, 『대법원판례해설』 77호(2008년 상반기), 법원도서관, 2009.
- 임일혁, “사해행위취소에 따른 원상회복으로서의 원물반환과 가액배상의 관계”, 『재판과 판례』 17집, 대구판례연구회, 2008.
- 임채용, “부인소송의 연구”, 『사법』 4호, 사법연구지원재단, 2008.
- 임치용, “판례를 통하여 본 부인권의 효과”, 『법조』 57권 8호, 법조협회, 2008.
- 전원열, “사해행위취소 후 복귀한 재산에 대한 채무자의 처분권”, 『법조』 726호, 법조협회, 2017. 12.
- 정다영, “채권자취소권 행사의 효과에 관한 연구”, 『법조』 723호, 법조협회, 2017. 6.
- 최복규, “채권자와 채무자 사이의 확정판결에 의하여 채권자가 채권자취소권을 행사할 수 있는 채권액을 산정함에 있어 구 소송촉진등에관한특례법(2003. 5. 10. 법률 제6868호로 개정되기 이전의 것) 제3조 제1항 본문에 대한 위헌결정이 그 효력을 미치는지 여부”, 『대법원판례해설』 47호, 법원도서관, 2004.
- 최영남, “채권자취소권 행사의 방법, 범위 및 원상회복의 방법”, 『재판실무연구』, 광주지방법원, 2000.
- 최진수, “지연손해금청구”, 『사법연수원 논문집』 4집, 사법연수원, 2007.
- 하현국, “채권자취소로 인한 가액배상과 취소채권자의 우선변제”, 『민사재판의 제문제』 19권, 한국사법행정학회, 2010.
- 홍춘의, 태기정, “독립당사자참가에서의 사해소송과 채권자취소권에서의 사해행위”, 『동북아법연구』 9권 3호, 전북대학교 동북아법연구소, 2016.

- 김홍엽, 「민사소송법」제4판, 박영사, 2013.
- 곽윤직, 「채권총론」민법강의 Ⅲ, 박영사, 2003.
- 곽윤직(편집대표), 「민법주해(IX)」채권(2), 박영사, 1995.
- 법원행정처, 「법원실무제요」민사집행Ⅱ, 대법원, 2003.
- 서울지방법원 파산부 실무연구회, 「법인파산실무」제4판, 박영사, 2015.
- 이순동, 「채권자취소권」제3판, 육법사, 2017.
- 이시윤, 「신민사소송법」제11판, 박영사, 2017.
- 전병서, 「도산법」, 법문사, 2006.
- 최한신, 「사해행위취소실무」I, 유로, 2009.
- 飯原一乘, 詐害行爲取消訴訟 제2판, 일본평론사, 2017.
- 內田貴, 民法Ⅲ[제3판] 債權總論·擔保物權, 東京大學出版會, 2011.

[국문초록]

## 채권자취소소송에서 소송물과 관련된 문제점

이 순 동\*

이 글은 채권자취소소송에서 소송물이 직·간접으로 작용하는 여러 가지 측면들을 검토하였다. 채권자취소권은 소송을 통하여만 행사할 수 있다. 따라서 그 성격이 소권이라거나 형성소권이라는 견해가 주장될 정도로 소송과 밀접한 권리이다. 한편 소송에서 소송물은 소제기 단계에서부터 심리단계를 거쳐 그 결과인 판결효력에 이르기까지 중추적인 역할을 개념이다. 채권자취소권은 판례·통설인 절충설(상대적 무효설)과 민법 407조(채권자평등주의)와 모순을 비롯하여, 원상회복의 방식으로 우리 판례가 채택하고 있는 부동산등기의 회복방식과 가액배상을 둘러싸고 실무상 어려운 문제점들을 노출하고 있다. 거기다 소송물이론 역시 판례가 비록 구소송물이론에서 있다고 하나, 모든 상황에서 이를 견지하지는 않고 형성권에 대한 소송물은 아직도 논란의 대상이다. 그래서 형성소송인 채권자취소권을 소송상 행사함에도 소송물과 관련하여 여러 가지 쟁점들이 있다. 여기에는 취소와 원상회복청구의 소송물을 비롯하여 청구범위와 청구병합 및 중복소송, 기판력과 취소판결의 효력 및 집행과정에서 배당 문제에 이르기까지 소송과정에 나타나는 거의 모든 쟁점들이 포함되어 있다. 그 중 채권자취소권의 상대효와 관련된 문제점이 여러 곳에서 나타나고 있다. 이 글에서는 ① 채권자취소소송과 원상회복청구권(원물반환과 가액반환)의 소송물을 비롯하여 ② 관할, ③ 청구의 범위(피보전채권과 관련) ④ 청구병합·변경과 사해방지참가, ⑤ 중복소송, ⑥ 처분권주의 ⑦ 증명책임 분배 ⑧ 기판력과 취소판결의 효력, ⑨ 소제기의 따른 시효중단·기간준수의 효과 ⑩ 집행과정에서 배당의 문제와 관련된 쟁점들을 보았다. 특히 대법원의 판시 내용이나 학설 중 보완이나 정리가 필요한 부분은 좀 더 상세히 설명하였다.

민사소송을 운영하기 위하여 만들어진 소송물이론이 실제로 유용한 도구가 되기 위해서는 그 적용단계마다 그에 맞는 해석이 필요하고 실제로 소송실무에서도 하나의 소송물 이론이 모든 사안에서 기계적·일률적으로 적용되지는 않

\* 영남대학교 법학전문대학원 교수.

는다. 이와 관련하여 채권자취소권 행사의 효과인 상대효의 적용에 관한 예를 들면, 채권자가 수익자에 대하여 제기한 소송에 다른 채권자가 사해방지참가를 할 수 없다는 대법원 판결은 납득하기 어렵다. 사해방지참가의 전형적인 사례가 사해행위취소를 청구하는 것임에도 불구하고, 이를 사해방지참가에서 제외함으로써 민사소송법이 모처럼 마련한 사해방지참가가 설 자리가 없어지고, 조속한 분쟁해결을 할 수 없는 불합리한 결과를 가져오기 때문이다. 또한 독립당사자참가 소송의 성격이 합일적 삼면소송이라는 점에서도 이해하기 어려운 판결이다. 이는 채권자취소권의 적절한 운용을 위하여 고안된 상대효 이론이 오히려 채권자취소권이나 이를 소송에서 구현하는 사해방지참가를 방해하고 있는 모양이 되었다. 상대효도 채권자취소권을 운용하기 위하여 만든 이론적 도구이므로, 이를 채권자취소권 행사와 관련된 모든 측면에서, 여기서는 소송이 종결된 후의 기관력 문제와 당사자참가의 문제에서, 기계적이고 일률적으로 적용하면, 오히려 상대효를 둔 원래의 취지에 맞지 않는 타당성 없는 결과를 가져오므로, 소송물이 적용되는 단계에 맞는 유연한 해석과 합리적 적용이 필요하다.

주제어 : 채권자취소소송, 소송물, 상대적 무효설, 원물반환과 가액반환, 사해방지참가  
참고자료

[Abstract]

## The Problems related with the Object of Lawsuit in Actio Pauliana

Lee, Sun-Dong\*

Actio Pauliana(obligee's right of revocation) can only be exercised through litigation, and in a lawsuit, thus object of lawsuit is a pivotal concept. Actio Pauliana exposes difficult problems in practice, from the contradiction between the relative invalid theory which is case law at the same time the orthodoxy and the Civil Law Article 407 (creditor equalism), and concerning the method of restoration of real estate registration adopted by our case in the way of restitution and the monetary compensation. In addition, although the case law is based on the old theory about the object of lawsuit, it does not hold it in every situation, and the dispute over the formative right(Gestaltungsrecht) is still a subject of controversy. So there are several issues in the litigation of Actio Pauliana concerning the object of lawsuit. In this article, we looked at issues related to ① the object of lawsuit of Actio Pauliana and restitution of original property and monetary compensation, ② jurisdiction, ③ claim range, ④ merge and change of claims, and third-party intervention to prevent an act of fraud, ⑤ duplicate litigation, ⑥ principal of disposition, ⑦ the distribution of the burden of proof, ⑧ res judicata and the effect of the Actio Pauliana judgment, ⑨ effect of the termination of prescription period and period compliance by filing of a lawsuit, ⑩ problems of dividends in executive process. In particular, the contents of the Supreme Court's rulings and theories which need to be supplemented or clarified are described in more detail.

---

\* Professor, Yeungnam University Law School.

Key words : actio pauliana, object of lawsuit, relative invalid theory, restitution of original property and monetary compensation, third-party intervention to prevent an act of fraud