

사해행위취소채권자와 수익자 간 금전소송과 등기소송*

A Study on Money lawsuit and Registration lawsuit
by the exercise of creditor's revocation(actio pauliana)

황 태 윤**
Hwang, Tae-yoon

목 차

- I. 서설
- II. 민법 제406조 제1항의 원상회복과 취소채권자와
수익자간 금전소송과 등기소송
- III. 사해행위취소채권자와 수익자 간 금전소송
- IV. 사해행위취소채권자와 수익자 간 등기소송
- V. 결어

국문초록

채권자취소권은 채권자가 법원에 소를 제기하여 행사해야 한다. 따라서 채권자 취소권은 실제법과 절차법이 결합된 소권으로 이해해야 한다. 채권자취소권이라는 소권의 구체적 내용은 그 형식이 금전소송일 때와 등기소송 형식일 때 달리 구성된다고 보아야 한다. 오늘날 취소채권자와 수익자 간 가액배상 금전소송은 일반적인 금전지급 이행소송과 하등의 차이가 없게 진행되고 있다. 따라서 금전

논문접수일 : 2018.10.29.

심사완료일 : 2018.11.20.

게재확정일 : 2018.11.20.

* 이 논문은 2018년도 전북대학교 연구기반 조성비 지원에 의하여 연구되었음.

** 전북대학교 법학전문대학원 교수

소송 형태의 사해행위 취소소송에서는 독일·프랑스의 통설·판례의 논리가 우리나라·일본과 달라야 할 이유가 없다. 금전지급 청구 형태의 사해행위취소소송은 법률의 규정에 의하여 발생하는 이행청구권에 근거한 이행의 소이다. 독일·프랑스의 경우 등기청구권이라는 실체법상 권리가 존재하지 않는다. 등기청구권을 소송으로 실현하기 위하여 등기판결을 만드는 등기소송도 없다. 일본·우리나라는 당사자 간 합의만으로 부동산매매계약이 성립하고, 계약이행을 거부할 경우 일방당사자가 등기판결을 얻어 단독으로 등기를 할 수 있는 시스템을 마련하고 있다. 사정이 이렇다 보니 강제집행을 피하기 위한 소유권이전등기나 저당권설정등기가 당사자 간 합의만으로 자유롭게 행해진다. 등기관련 사해행위가 광범위하게 이루어지다 보니 수익자 명의를 말소하거나 채무자에게 이전하는 식의 등기소송 형식의 사해행위취소소송이 필수적으로 존재하게 되었다. 이 소송에서는 채무자의 등장을 피할 수 없다. 이러한 사정은 부동산매매계약에 공증주의를 취하는 독일·프랑스에는 존재하지 않는다. 채무자가 등장해야 하는 등기소송 형태에 독일·프랑스의 통설·판례를 관철할 이유가 없다. 등기소송형태의 사해행위 취소소송에서는 채무자 명의의 소유권이 등장할 수밖에 없고, 채무자는 사해행위 취소소송에서 보호되어야 할 자가 아니다. 채무자가 채권자취소권의 취소·원상회복 효과를 받는 것은 당연하고, 채무자는 언제나 취소채권자의 강제집행 대상이다. 금전소송 형태가 아닌 등기소송 형태의 사해행위 취소소송의 경우 채무자가 채권자취소권의 취소·원상회복 효과를 받는 것으로 보아야 하고, 채무자와 수익자는 공동피고로 되어야 한다. 채무자가 피고로 되면 처분금지가처분신청이 가능해지고, 처분금지가처분등기에 의하여 선의의 제3가 발생하는 것을 막을 수 있다.

주제어 : 등기이전 사해행위, 사해행위취소권, 금전소송, 등기소송, 부동산등기명의

1. 서설

대법원 2008. 6. 12. 선고 2007다37837 판결은 채권자취소권의 행사로 채무자에게 회복된 재산에 대하여 취소채권자가 상계를 통해 우선변제를 받게 되면, 이

후 다른 채권자에 대한 가액배상금의 분배의무를 완전하게 부정하였다. 이 판결은 사해행위취소에 따른 취소채권자와 수익자 간 금전소송을 취소채권자와 수익자 사이의 금전지급을 구하는 이행소송으로 완전히 정착시켰다고 볼 수 있다. 그러나 대법원 2017. 3. 9. 선고 2015다217980 판결은 채무자가 사해행위 취소로 등기명의를 회복한 부동산을 제3자에게 처분한 경우 제3자에게 마쳐진 소유권이전등기를 원인무효의 등기로서 말소되어야 하고, 취소채권자는 그 제3자를 상대로 직접 말소등기청구권을 가진다고 판시하였다. 사해행위취소소송 결과이기는 하지만 채무자 명의로 원상회복이 된 이상 대외적으로 채무자의 부동산소유권은 의심할 여지없이 완전한 소유권이다. 채무자 등기명의를 회복된 경우 가액배상과 달리 취소채권자는 채무자를 상대로 다시 집행권원을 얻어 강제경매를 해야 한다. 그런데 그 경매절차에서 경락자의 소유권취득은 어디까지나 채무자의 완전한 소유권을 전제하여야 하고, 그 소유권취득은 소유권이전등기 형식의 승계취득의 법적 성질을 어떠한 경우에도 벗어날 수 없다. 이 판결은 결국 사해행위취소소송에 의하여 원상회복된 채무자의 소유권은 민법상 소유권자는 아니지만, 취소채권자의 경매절차에서만은 완전한 소유권자라는 새로운 형태의 소유권을 창출한 것으로 보일 수 있다. 사해행위 취소 판결의 효력이 직접 채무자에게 미친다는 점을 받아들이지 않고서는 대법원 2017. 3. 9. 선고 2015다217980 판결은 납득하기 어렵다. 그러나 대법원 2017. 3. 9. 선고 2015다217980 판결은 상대적 효력설의 결론만 반복할 뿐 결론을 납득시킬 어떠한 논리도 제시하지 않고 있다. 사해행위 취소로 따른 등기소송의 경우에는 취소판결의 효력이 언제나 채무자의 지위에 직접 영향을 미친다는 사실을 부인하는 것은 가장논거에 의한 형식판결에 불과하다. 각 판결의 결론만 보자면 사해행위 취소소송 영역에서 판례법 형성은 금전소송 형태와 등기소송 형태에서 각기 다른 방향으로 나아가고 있다는 것을 알 수 있다.

II. 민법 제406조 제1항의 원상회복과 취소채권자와 수익자간 금전소송과 등기소송

1. 프랑스민법의 채권자취소권 제도가 일본을 거쳐 우리나라 민법에 들어오게

되었다. 그런데 민법 제406조 제1항 전문의 원상회복 표현은 프랑스에는 존재하지 않는 것이고,¹⁾ 민법 개정안은 원상회복이 아니라 취소가 모든 채권자에게 효력을 미치는 것뿐이라는 이유에서 이를 삭제하였다.²⁾ 독일의 통설과 판례는 채권자취소권을 근거 법률에 따른 청구권으로 볼 뿐이고³⁾, 근거 법률에서 정한 요건을 충족하면 수익자를 상대로 반환청구권이 발생하고, 그 효과도 근거 법률이 정한대로 취소채권자에게만 귀속된다. 독일의 채권자취소권은 채무자의 지위나 다른 채권자의 지위와는 전혀 무관한 것으로 규정된 근거법률에 따른 취소채권자와 수익자 간 반환청구권일 뿐이다.⁴⁾ 프랑스 역시 취소채권자가 직접 수익자를 상대로 반환청구를 하는 형태이고, 채무자나 다른 채권자의 지위에 영향이 전혀 없다.⁵⁾ 부동산매매계약의 성립에 있어 공증주의를 취하고 있는 독일과 프랑스의 경우 수익자를 상대로 한 소유권이전등기말소소송에 의한 채무자에게로의 등기명의의 회복은 존재할 수도 없다. 공정증서의 작성이 등기의 요건이고, 등기신청자가 공증인이므로 당사자끼리 합의하여 전적으로 채권자의 강제집행을 피하기 위한 목적으로 채무자와 수익자간 소유권이전등기를 하는 경우는 발생하기 어렵다. 독일과 프랑스에서 말소등기든 이전등기든 등기소송 형태의 사해행위 취소소송은 존재하기 어렵다.⁶⁾ 독일,

- 1) 재철웅, “채권자취소제도의 해석상 문제점과 입법적 개선방안”, 법학평론 제7권, 서울대학교 법학평론 편집위원회(2017), 11-12면.
- 2) 윤진수·권영준, “채권자취소권에 관한 민법 개정안 연구”, 민사법학 제66호, 한국민사법학회(2014), 525면.
- 3) 1879년 ‘Gesetz betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners ausserhalb des Insolvenzverfahrens’이 1994년 공포 1999년 시행된 ‘Gesetz über die Afechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners ausserhalb des Konkursverfahrens’로 대체되었다. 대체과정에서 채권설이 강화되었다고 설명하는 견해로 김재형, “채권자취소권의 본질과 효과에 관한 연구”, 인권과 정의 제329호, 대한변호사협회(2004), 115면.
- 4) 오영준, “사해행위 취소권과 채권자평등주의”, 사법논집 제32집, 법원도서관(2001), 151면.
- 5) 정다영, “프랑스 민법상 채권자취소권 제도”, 민사법학 제67호, 한국민사법학회(2014), 380-382면.
- 6) 독일의 경우 물권적 합의와 등기가 있어야 소유권이 이전된다는 성립요건주의를 채택하고 있다. 독일민법(BGB)은 부동산 물권변동의 성립요건으로서 물권적 합의와 부동산등기부예의 등기를 요구하고 있다(BGB 제873조 제1항). BGB 제873조 2항은 “전항의 물권적 의사표시가 공정증서화되었을 경우, 혹은 등기관 면전에서 주고받아서 등기관에 대해서 제출되었을 경우, 혹은 권리자가 상대방에게 부동산등기법의 규정에 근거하는 등기허락서를 교부했을 경우 에게만, 등기전이어도 당사자는 물권적 합의에 구속된다”고 규정해, 방식을 구비하지 않은 물권적 합의에는 법적 구속력을 인정하지 않는다. 물권적 합의에 선행하는 채권계약 중 부동산 소유권의 이전의무 부여하는 계약에 관해서는, 공정증서화가 성립요건으로 되어 있다(BGB 제313조 1문). 부동산매매계약은 채권계약과 동시에 물권계약이 공정증서형식으로 체결된다. 공

프랑스, 미국은 거래단계에서 공증을 통해 소유의 실질과 공적 장부라는 형식을 일치시키고 있다. 따라서 등기의 공동신청주의도 없고, 등기소송도 존재하지 않으며, 등기청구권이라는 실체법상 권리도 없다.⁷⁾ 등기청구권을 논의하는 나라는 부동산 매매계약에 공증을 강제하지 않고, 당사자 사이의 합의만으로 계약성립을 인정하고, 거래의 실질을 법적으로 확인한 공증담당 변호사가 아니라 매매당사자끼리 등기신청을 하도록 하고 있는 우리나라와 일본뿐이다.⁸⁾ 일본과 우리나라에서는 금전 지급청구와 등기청구 두 개 형식으로 사해행위취소소송이 이루어지는데, 그렇지 않은 독일과 프랑스 논의를 위 두 개 형식에 모두 적용시키려는 노력은 부질없다고 할 것이다. 금전지급청구의 경우에는 독일이나 프랑스 논의를 그대로 적용하면 되고, 등기청구의 경우에는 이와 별개로 접근하는 것이 바람직하다.

2. 가액배상을 구하는 금전청구의 경우 상계를 통해 곧바로 채권의 만족을 구하

증인의 공증은 실제 권리관계에 대한 전면적 심사를 의미한다. 거래진실성담보를 공증변호사의 공증이 담당하고 있다. 등기는 순수한 사실 확인 절차에 불과하다. 토지소유권의 양도(Auflassung)와 우리나라의 건물등기에 해당하는 지상권의 설정·양도 등기는 당사자 쌍방이 공증인 앞에 출석해 하여야 하고, 공증인은 소유권 이전의 물권적 합의를 하였음을 증명하는 공정증서를 작성한 후 등기관이 공증 여부를 확인 후 등기를 한다.

- 7) 프랑스에서는 공증 전 계약을 가계약이라고 부른다. 공증이 없는 부동산매매계약을 계약으로 취급하지 않는다. 법원행정처, 「부동산등기실무[I],」 대법원법원행정처(2015), 13면에 의하면 “거래당사자가 가계약을 체결한 이후 공증인이 약 3개월 동안 당사자의 인적 동일성, 행위능력, 재산처분권한, 공법상 또는 사법상 제한, 계약내용의 적법성 및 유효성 등 실체적 권리관계까지 조사하여 이상이 없는 경우에 비로소 매매계약이 체결된다”고 한다.
- 8) 박기주, “등기청구권의 비교법적 의미”, 법학논고 제40집, 경북대학교 법학연구원(2012), 426면. 그러나 곽윤직, 「물권법 신정판」, 박영사(1995), 190면은 독일에서도 등기청구권은 존재할 것이라고 믿는다. 이 견해는 “[독일에도] 등기관자에게는 그러한 공정증서의 작성을 위한 협력이나 등기허락서의 교부라는 협력을 등기의무자에게 요구할 수 있는 청구권이 있다고 하여야 한다. 그 내용은 달라도, 우리의 등기청구권에 상응하는 것이 [독일에도] 인정되는 것이다. 요컨대, 등기신청에 관하여 공동신청주의·단독신청주의의 어느 쪽을 취하고 있느냐보다는, 바꾸어 말해서 어느 주의를 채용하든, 등기신청에 상대방의 어떤 협력이 필요하나 아니냐에 따라서, 등기청구권을 인정할 것인지의 여부가 좌우되는 것”이라 주장한다. 그러나 매매계약서 공정증서 작성시가 대금결제시이며, 그 전까지의 합의 또는 약정은 소권을 발생시키는 매매계약으로 보지 않기 때문에 상대방의 의무이행을 민사소송을 통해 강제할 방법이 없다(鎌田薫, 김상수 역, “물권변동과 그 법구조”, 「현대민법학과 실무」, 법우사, 2010, 189면). 프랑스와 독일은 공증한 부동산매매계약만 법적 구속력이 발생하는 계약으로 취급하고, 우리나라와 일본은 당사자끼리 작성한 부동산매매계약에서 법적 구속력을 인정하여 등기청구권과 등기소송을 인정하고 있다.

는 것으로 전형적인 금전지급을 구하는 이행의 소로 진행되고 있고, 그 결과도 일반 금전청구 이행소송과 완전히 동일하게 되었다. 이 경우 따로 원상회복이 문제될 여지 자체가 없게 되어 있다. 그러나 대법원 2017. 3. 9. 선고 2015다217980 판결에서와 같이 말소등기소송에 의하여 채무자 명의의 소유권이전등기가 회복되는 경우에는 사정이 크게 다르다. 이 경우 원상회복에 대한 기존의 추상적 설명은 말소등기소송에 의해 회복된 채무자의 소유권이전등기상태를 구체적으로 설명하기 어렵다. 취소채권자와 수익자 간 금전소송 형태로 진행되는 경우와 등기소송 형태로 진행되는 경우를 상대적 효력설 하나의 논리로 설명하는 것은 실익이 없다. 금전소송의 경우 채무자가 등장할 필요가 없지만, 등기소송의 경우 채무자는 언제나 등장해야 한다. 지금까지는 원물반환과 가액배상이라는 내용을 중심으로 사해행위취소소송을 구분하여 왔으나⁹⁾, 이제는 취소채권자와 수익자 간 금전지급청구소송과 등기청구소송 둘로 구분하여 접근하여야 한다. 두 소송의 관계를 동일한 소송물로 파악하는 입장¹⁰⁾과 다른 소송물로 파악하는 입장¹¹⁾이 있다. 소송실무에서 이미 완전히 다른 소송형태로 확립되어 있으므로 다른 소송물로 파악해야 할 것이다.

Ⅲ. 사해행위취소채권자와 수익자 간 금전소송

1. 채권자의 강제집행을 피하기 위하여 채무자가 악의적으로 자신의 재산을

9) 박치봉, “원물반환을 청구취지로 하는 사해행위취소소송에서 가액배상판결을 할 수 있는가?”, 재판과 판례 11집, 대구판례연구회(2001), 74면은 원물반환을 구하는 형태의 사해행위 취소소송의 실질은 수익자의 재산 중 사해행위 목적물에 대한 강제집행이고, 가액배상을 구하는 형태의 사해행위 취소소송의 실질은 사해행위 목적물인 부동산을 포함한 수익자의 전체재산에 대한 강제집행이라고 설명한다.

10) 이배규, “채권자취소권의 행사요건”, 법조 534호, 법조협회(2001) 85면. 이 견해는 이탈된 채무자의 재산을 책임재산으로 환원시킴으로써 일반채권자들의 채권 만족을 얻기 위한 것으로서 실질적으로 그 목적이 동일하고, 형평의 견지에서 법에 의하여 특별히 인정된 원상회복청구권으로서 법적 근거와 성질이 동일하기 때문이라고 한다.

11) 김창중, “채권자취소권행사에 의한 원상회복의 방법 및 내용”, 사법논집 26집, 법원행정처(1995), 171면. 이 견해는 청구취지가 다르면 원칙적으로 소송물이 다른 것으로 보아야 한다는 점, 각 판결의 내용과 각 판결의 집행방법이 다른 점, 취소채권자의 집행대상이 되는 재산의 범위가 다른 점, 수익자의 이익 및 방어권 차원에서 차이가 발생하는 점 등을 그 근거로 들고 있다.

빼돌리는 상황에서 채권자의 권리 보호를 위하여 채권자취소권제도를 인정하고 있다. 프랑스, 일본, 우리나라는 민법에 채권자취소권제도를 규정하고 있고, 독일, 오스트리아, 스위스¹²⁾, 미국¹³⁾은 민법이 아닌 법률로 채권자취소권제도를 규정하고 있다. 당사들의 합의만으로 부동산소유권이 이전되는 우리나라와 일본을 제외하고는 채권자취소권제도를 두고 있는 나머지 국가에서는 말소등기형식 이든 이전등기형식이든 취소채권자와 수익자간 등기소송에 의한 채무자명의의 소유권명의 회복은 존재하지 않는다. 취소채권자와 수익자 간 금전소송이 예외 없는 형태이고, 취소채권자와 수익자간 금전소송은 그저 둘 간의 단순한 이행소송일 뿐이고, 민법 또는 민사특별법 법률 규정에 의한 청구권이 그 근거이다. 어려운 논리가 등장할 아무런 이유가 없다. 다만 취소채권자의 가액배상판결에 의한 사해행위목적물 강제집행절차에서는 취소채권자와 수익자의 고유채권자 사이의 우열 문제 정도만 남는다.

2. 금전소송은 가액배상을 내용으로 하는데, 가액배상을 원물반환이 불가능할 경우에만 가능하다고 볼 이유가 없다. 원물반환의 불가능이 주안점이 아니라 취소채권자와 수익자 간 금전소송이 제기되면 둘 사이 금전지급 판결로 마무리가 될 수 있는 것인지만 중요하다. 따라서 이 점을 판단하여 금전지급으로 분쟁해결이 가능하다고 판단되면 금전소송으로 진행하면 된다. 채권자취소권의 성질이라는 실체법측면과 사해행위취소소송의 본질이 형성의 소인지 이행의 소인지 절차법측면을 분리해서 판단하여 얻는 실익이 없는 이상 채권자취소권에 기한 사해행위취소소송은 그 자체가 소권이며, 그 소송이 금전지급청구로 제기되면 일탈재산의 채무자의 회복 여부는 심사할 필요가 없고, 보통의 금전지급청구로

12) 정동윤, “스위스법상의 금전채권에 관한 강제집행제도: 군단우선주의의 내용을 중심으로” 법조 제34권 제3호, 법조협회(1985), 23면.

13) Uniform Fraudulent Conveyance Act(UFCA, 1918)와 Uniform Fraudulent Transfer Act(UFTA, 1984) 두 형태가 있다. UFCA는 많은 주에서 UFTA로 대체되었다. 그러나 UFCA는 여전히 New York과 Maryland에서 효력이 있다고 한다. 채권자의 집행을 피하기 위하여 부동산명의를 타인에게 이전하는 경우 사기로 간주하여, 이전된 부동산은 채권자의 집행대상이 된다는 점에서 같다. 자세한 내용은 Micheal L. Cook, Richard E. Mendales, “The Uniform Fraudulent Transfer Act: An Introductory Critique”, Vol. 62, *American Bankruptcy Law Journal*(1988), p.87

취급하면 된다고 볼 것이다. 취소 및 원상회복이라는 문구에 집착하지 않고 취소채권자와 수익자 사이에 문제되는 금전액수에만 집중하여 금전판결로 분쟁을 해결하면 족하다. 종래 채권자취소권의 법적 성질에 대한 청구권설에 의하면 채권자취소권을 제도연혁상 당연히 전득자에 대한 재산 자체 또는 그에 상응하는 재산적 가치의 반환을 구하는 청구권으로 보아야 하기 때문에, 사해행위취소소송은 본질적으로 급부소송이다.¹⁴⁾ 청구권설에 대하여 로마법의 소권 체계아래서는 이행의 소박에 없었기 때문에 연혁상 채권자취소권을 재산반환청구권으로 구성할 수밖에 없었지만, 실체법과 절차법이 모두 정비된 현대 법체계에서는 채권자취소권을 청구권으로 이해하는 것은 잘못되었다는 비판이 있기는 하지만,¹⁵⁾ 사해행위의 취소는 원상회복을 위한 전제로서만 의미를 가지는 것이므로 이러한 비판은 극히 피상적인 반박에 불과한 것이다. 또한 로마법의 소권 체계보다 독일민법의 청구권 체계가 우수하다는 주장은 세계 어디에서도 통용될 수 없는 독단적 평가에 불과하다. 영미법과 프랑스민법은 로마법의 약인(코즈)과 소권에 의한 체계를 여전히 따르고 있다. 생각건대, 채권자취소권 제도는 프랑스민법상 제도를 그대로 계수한 것이고, 반드시 재판상 행사하라고 민법이 규정하고 있는 이상, 독자적 소권으로 파악하는 것으로 충분하고,¹⁶⁾ 그 구체적 법리 구성은 금전청구와 등기청구로 나누어 별도로 구성하는 것이 타당하다고 필자는 생각된다. 소권 개념은 여전히 유효하며 소권과 청구권의 분리는 법학의 발전이 아니라 관념법학에 의한 실용학문으로서의 법학의 퇴행일 뿐이다. 무엇보다 기판력은 소송당사자에게만 미치는 것이 소송법의 기본원리인데, 이러한 소권의 기본원리(기판력의 상대성)를 상대적 효과설이라고 달리 부른다고 하여 달라질 것은 없다. 로마법 이래 존재해 온 당연한 법리를 절차법과 실체법의 구분을 전제로 반드시 실체법적으로 표현해내야만 한다는 것은 무의미한 자기만족에 불과한 것이고, 분쟁해결에 쓸모가 없다. 독일 통설인 채권설도 결국 같은 내용이다. 채권은 청구권이고¹⁷⁾, 청구권은 소권이다.¹⁸⁾ 채권설은 결국 청구권설

14) 川島武宜, 「債權法總則講義」, 岩波書店(1949), 67頁.

15) 我妻榮, 「新訂債權總論」, 岩波書店(1964), 173頁.

16) 佐藤岩昭, 「詐害行為取消權の理論」, 東京大学出版会(2001), 374-375頁.

17) 우리나라는 독일에 없는 채권 개념이 물권이라는 개념과 더불어 재산법의 한 축을 이룬다.

과 같은 입장에서 이해하여야 하고, 청구권설은 소권설과 큰 차이가 있을 수 없다. 취소채권자와 수익자 간의 금전지급을 구하는 청구의 법적 성질은 이행의 소이다. 그 판결의 주문과 집행 모든 면에서 이행의 소이다. 주문과 집행의 면에서 형성의 소라고 볼 여지는 전혀 없다. 채권자취소권의 본질을 무엇으로 파악하든 간에 취소채권자가 수익자를 상대로 금전지급을 구하는 소송은 이행의 소이므로 채권자취소권의 본질은 이행청구권이다.¹⁹⁾ 따라서 당연히 수익자 또는 전득자만이 피고가 될 수 있다. 취소의 목적 달성에 필요가 없는 채무자는 피고로 삼을 이유가 어디에도 없다. 독일의 통설과 판례 역시 청구권설(schuldrechtliche Theorie)이다.²⁰⁾ 채권설이라는 표현보다는 청구권설이라 표현

독일에는 채무에서 발생하는 청구권 개념밖에 없다(서봉석, “채권 개념에 대한 새로운 고찰”, 비교법학연구 2, 한국비교법학회(2003), 159면).

18) 청구권 개념은 전적으로 독일법학의 산물일 뿐이고, 프랑스에서는 청구권 개념을 알지 못한다. 독일의 청구권은 소권을 실체법으로 대체한 것으로 청구권 개념에 의하여 소권은 실체법적 이행청구권의 실현을 돕는 부차적인 수단으로 이해되고, 청구권은 합의와 동시에 발생하는 것으로 계약 개념의 중심이 된다(박영복·이희호, “이행청구권”, 외법논집 제21집, 한국외국어대학교 법학연구소, 2006, 2-4면). 독일에서는 채권(Forderung)과 청구권(Anspruch)을 동일한 것으로 보는 것이 통설이라는 설명이 있다. 즉 독일민법 제194조와 제241의 채무관계는 청구권을 유출케 하는 법률관계이고, 여기서 개개의 급부청구권(Leistungsanspruch) 내지 채권(Forderung)이 나오는데, 이러한 채권과 청구권은 같은 것이라는 것이 독일 통설이라 한다(곽윤직, 「채권총론 신정판」, 박영사(1995), 21-22면). 그러나 독일 민법의 Forderung은 우리나라 민법의 채권이 아니라 채무적 청구권(Schuldrechtlicher Anspruch)으로 독일 민법은 채권 개념 없이 청구권을 통해서만 민법상 채무법의 구성을 하는 체계다(서봉석, “채권, 물권, 새로운 유형 권리의 법적 본질에 대한 체계적 고찰”, 법학논집 제30권 제1호, 국민대학교 법학연구소, 2017, 127면). 독일에는 채권이란 개념은 없고, 청구권이란 개념만 있다. 독일의 채무법(Schuldrecht)은 채무관계법(das Recht der Schuldverhältnisse)의 개념을 체계구성상의 필요에 의해 상징화한 개념에 불과하다(서봉석, 「로스쿨 민법」, 지앤북(2010), 160-161면). 김형배 교수는 “채권은 채권법상의 권리 또는 채권관계라고 할 수 있으며, 채권적 청구권의 기초를 이루는 것이라고 볼 수 있다(김형배, 「채권총론 제2판」, 박영사(1999), 26면)”는 개념 정의를 하고 있는데, 채권은 채권법상의 권리이고 채권적 청구권의 기초라는 설명은 채권이란 개념정의 없이 채권이란 단어를 세 번 반복한 것에 불과하다. “이행기가 도래하지 않은 채권에 있어서는 채권은 존재하여도 청구권은 아직 발생하고 있지 않으며, 청구권은 채권의 이행기가 도래하여야 비로소 발생하는 것으로 이해된다”는 설명도 있다(곽윤직·김재형, 「민법총칙 제8판」, 박영사(2012), 65면; 송덕수, 「민법총칙 제3판」, 박영사(2015), 89면). 그러나 이행기가 도래하지 않아도 이행의 소를 제기할 수 있고, 이행기가 도래하지 않았다는 이유만으로 그 소가 각하되는 것도 아니다. 소송 도중 이행기가 도래해도 무방하다. 이행기가 도래하지 않은 채권도 청구권이 존재하는 것이므로, 이는 채권과 청구권을 구별하는 근거가 될 수 없다.

19) 최식, 「신채권법총론」, 박영사(1963), 64면.

하는 것이 훨씬 정확하다. 독일에는 채권이라는 용어가 없다. 요컨대, 금전지급 청구의 사해행위취소소송은 법률의 규정에 의하여 발생하는 이행청구권에 근거한 이행의 소이다.

3. 취소채권자의 가액배상판결에 의한 사해행위목적물 강제집행절차에서는 취소채권자가 우선하는지, 소액보증금, 조세, 임금채권 등의 수익자의 고유채권자가 우선하는지 문제된다. 취소채권자가 우선적 지위에 있다고 견해는 가액배상판결은 가액범위 내 금전은 이전된 재산의 반환이고 따라서 그 금액 내에서 수익자의 재산취득 자체를 부인하는 효력을 가진 것이고 이에 반해 수익자의 고유 채권자들은 수익자의 재산임을 전제로 배당요구를 하는 지위에 불과하므로 취소채권자가 우선되어야 한다고 주장한다.²¹⁾ 이 주장은 가액배상과 원물반환을 동일시하는 전제에서만 납득할 수 있다. 그러나 금전소송은 금전소송일 뿐이고, 경매절차에서 다른 취급을 받을 수는 없다. 전득자가 선의여서 전득자에게 원물반환을 받을 수 없는 경우에도 수익자에게 가액배상을 명하게 된다는 점에서 가액배상은 원물반환과 동일시될 수 없다.²²⁾ 생각건대, 가액배상청구는 여타 다른 형태의 금전소송과 다를 것이 없다. 원물반환청구는 등기소송이고, 등기소송과 금전소송은 엄연히 다른 소송물이고 동일시해서는 혼동만 있다.²³⁾ 가

20) 김재형, “채권자취소권의 본질과 효과에 관한 연구”, 인권과 정의 제329호, 대한변호사협회(2004), 117면.

21) 이우재, “사해행위취소의 효력과 배당절차에서의 취급”, 재판자료 제117집, 법원도서관(2009), 466-467면.

22) 이인규, “사해행위 이후에 목적부동산에 대한 경매절차에서 배당을 받은 교부권자와 가압류권자에게 사해행위취소의 효력이 미쳐 그 경매절차에서의 배당금이 부당이득이 되는지 여부(소극)”, 대법원판례해설 제57호, 법원도서관(2006), 247면.

23) 대법원 2001.06.12. 선고 99다20612 판결은 “저당권이 설정되어 있는 부동산이 사해행위로 이전된 경우에 그 사해행위는 부동산의 가액에서 저당권의 피담보채권액을 공제한 잔액의 범위 내에서만 성립한다고 보아야 하므로, 사해행위 후 변제 등에 의하여 저당권설정등기가 말소된 경우 그 부동산의 가액에서 저당권의 피담보채무액을 공제한 잔액의 한도에서 사해행위를 취소하고 그 가액의 배상을 구할 수 있을 뿐이고, 특별한 사정이 없는 한 변제자가 누구인지에 따라 그 방법을 달리한다고 볼 수는 없는 것이며, 사해행위인 계약 전부의 취소와 부동산 자체의 반환을 구하는 청구취지 속에는 위와 같이 일부취소를 하여야 할 경우 그 일부취소와 가액배상을 구하는 취지도 포함되어 있다고 볼 수 있으므로 청구취지의 변경이 없더라도 바로 가액반환을 명할 수 있다.”하여, 부동산 자체의 반환을 구하는 청구취지 속에 가액배상 취지가 포함되어 있다고 본다. 이 판결은 저당권이 설정된 부동산의 경우 부동산

액배상청구가 원물반환청구의 일부여서 목적물의 매각대금에 대하여 우선권이 있다면 가액배상채권은 일반적인 금전채권이 아니라 원물과 동일성을 유지하면서 특정성을 잃지 않고 있는 특정재산급부청구권이 되는 것이고, 가액배상판결을 받은 취소채권자는 그 판결로 수익자의 다른 재산에 집행할 수 없다고 해야 하는데,²⁴⁾ 이러한 결과는 누구도 납득하기 어렵다. 취소채권자의 가액배상판결에 의하여 사해행위 목적물에 대한 강제집행절차가 개시되는 경우 취소채권자와 수익자의 고유채권자는 평등배당을 받게 된다²⁵⁾고 보는 것이 상식에 부합한다. 오늘날 취소채권자와 수익자 간 가액배상 금전소송은 일반적인 이행소송과 하등의 차이가 없게 진행되고 있는 이상, 가액배상 금전소송을 진행하는 취소채권자와 수익자의 고유채권자는 평등하게 취급하는 것이 타당하다고 생각된다.

IV. 사해행위취소채권자와 수익자 간 등기소송

1. 독일, 프랑스, 미국에는 등기청구권이 존재하지 않는다. 우리나라에서도 등기청구권은 민법이나 부동산등기법이 규정하고 있는 권리가 아니다. 민사소송법이나 민사집행법에도 그 근거 규정이 없다. 등기청구권은 법률에는 없는 개념이다. 학설은 부동산등기를 원하는 일방 당사자가 타방 당사자에게 등기신청을 협력할 것을 요구할 수 있는 권리를 등기청구권이라고 한다. 원래 등기는 등기권리자와 등기의무자 쌍방이 공동으로 신청해야 한다. 그런데 등기신청에 응할 의무자가 공동신청에 의하지 않을 경우 등기의무자를 등기소에 강제적으로 출석시키는 방법이 없다. 부동산에 관한 법률행위로 인한 물권의 변동은 등기하여야 그 효력이 생기는데(민법 제186조), 그 등기는 부동산등기법 제23조 제1항에 따라 매도인과 매수인이 공동으로 신청하여야 한다. 매도인이 등기에 협력하지

전체의 반환을 구할 필요가 없는 경우에서 가액배상청구로 청구취지 변경이 가능하다는 결론만 받아들이면 될 것이고, 이 판결이 곧 가액배상청구와 원물반환청구를 동일시한 것으로 볼 것은 아니다.

24) 김창희, “사해행위취소판결의 효력이 미치는 범위-수익자의 고유채권자에 대한 효력을 중심으로”, 법조 제679호, 법조협회(2013), 77면.

25) 김창희, 전제논문, 77면.

않는 경우에 매수인은 매도인에 대하여 등기신청에 협력해 줄 것을 요구할 수 있는 권리를 개념상 설정하고 이 권리를 가지는 자를 실체법상의 등기권리자이고, 등기청구권에 응할 의무를 부담하는 자가 실체법상 등기의무자라고 부르고 있다. 곽윤직 교수는 민사소송에 의하여 상대방의 등기협력의무의 이행을 청구할 수 있으려면 실체법상 그 근거가 되는 권리가 필요하기 때문에 그 권리가 있어야 하고, 그것을 등기청구권이라고 부르고, 그 권리는 민사소송은 권리의 확인에 지나지 않기 때문에 실체법상 권리로 할 수밖에 없다고 한다.²⁶⁾ 결국 등기협력을 구하는 소제기의 근거가 되는 실체법상 권리가 필요하다는 이유가 등기청구권이 실체법상 권리가 된다는 것이 통설의 근거인데, 그 근거 법률이 실체법에 존재하지 않기 때문에 잘못된 내용의 학설이다. 존재의 필요성 자체가 권리의 근거가 되지 않는 법이다. 등기청구권에 대한 실체법적 근거가 전혀 없는데도 실체법상 권리라고 하는 것은 의미가 없다. 판례는 매매계약에 기한 소유권이전등기청구권을 채권적 청구권이라고 표현하고 있다.²⁷⁾ 학설과 판례는 원인 없이 경료된 소유권이전등기의 말소등기를 구하는 경우의 등기부상 권리자를 상대로 하는 등기청구권을 관념하고 나서 그 근거로 소유권에 기한 방해배제청구권을 든다.²⁸⁾ 이때는 실체법상 등기청구권이란 표현을 사용하지 않는다. 진정명의회복을 원인으로 하는 소유권이전등기청구권도 소유권에 기한 방해배제청구권이 그 본질이라고 한다.²⁹⁾ 독일, 프랑스, 미국은 거래단계에서 공증을 통해 소유의 실질과 공적 장부라는 형식을 일치시키고 있다. 따라서 등기의 공동신청주의도 없고, 등기소송도 존재하지 않으며, 등기청구권이라는 권리도 없다. 등기청구권을 논의하는 나라는 거래단계에서 소유의 실질을 확인하지 않고, 등기의 공동신청주의를 통해 거래의 진실성을 확보하려는 우리나라와 일본 뿐이다.³⁰⁾ 등기청구권은 민법 등 실체법은 물론 부동산등기법 등 등기절차법에

26) 곽윤직, 「물권법 신정판」, 박영사(1995), 189면.

27) 대법원 1993. 2. 12 선고 92다25151 판결 “전소의 소송물이 채권적 청구권인 소유권이전등기청구권일 때에는 전소의 변론종결 후에 전소의 피고인 채무자로부터 소유권이전등기를 경료받은 자는 전소의 기판력이 미치는 변론종결 후의 제3자에 해당한다고 할 수 없다.”

28) 대법원 1982. 7. 27 선고 80다2968 판결

29) 대법원 2001. 9. 20 선고 99다37894 전원합의체판결

30) 박기주, “등기청구권의 비교법적 의미”, 법학논고 제40집(2012.10), 경북대학교 법학연구원

서도 규정하고 있지 않다. 법률상 근거를 찾을 수 없으므로 등기청구권은 실체 법상 권리가 아니다. 권리의 본질에 대한 통설적 견해는 권리법력설이다. 권리란 일정한 이익을 향유할 수 있도록 하기 위하여 법이 부여한 힘이다.³¹⁾ 사권이란 일정한 생활상의 이익에 대한 법률상의 힘이다.³²⁾ 권리가 법률상의 힘이라면 등기청구권은 법률상 권리가 아니므로 권리가 아니게 된다. 등기청구권이 권리가 되려면 실체법이 아니라 판례법에서 그 근거를 찾을 수밖에 없다. 생각건대, 등기청구권은 부동산등기와 관련하여 판례법이 인정하는 소권으로 파악하면 족하다. 등기청구권은 실체법상의 권리가 아니라 판례법이 정립한 소권이다. 등기청구권은 민법 제389조 제2항, 민사집행법 제263조, 부동산등기법 제22조, 제23조, 제24조 등을 기초로 하여 판례법이 정립한 소권이다. 그 구체적 성질은 등기청구권이라는 소권 자체에서 결정되는 것이 아니고 등기청구권이 근거하는 개별적·구체적 사실관계에서 도출된다고 볼 것이다. 매매계약 등에 기한 이전등기청구권과 매매대금을 지급하고 목적물을 인도받은 매수인의 등기청구권, 등기말소청구권, 진정명의회복을 위한 등기이전등기청구권은 그 성질이 모두 다르다. 사안마다 다른 성질을 가지는 등기청구권을 하나의 실체법적 권리 개념으로 규정하는 것은 불가능하고, 의미도 없는 작업이다. 따라서 등기청구권은 등기와 관련하여 의사표시에 갈음하는 판결을 구하는 소권을 의미한다고 보는 것으로 충분하다. 등기는 소유권 질서의 보장을 위해 고안된 공시절차에 불과하며, 민법이 등기를 소유권이전의 한 요소로 삼았다 하여 등기가 소유권을 이루는 본질적 요소가 될 수는 없다. 등기청구권이라는 소권 자체에는 실체법적 내용은 없다고 볼 것이며, 등기청구권은 등기와 관련한 의사의 진술을 청구하는 소제기 권리로만 이해되어야 한다. 사법연수원 민사실무 교재는 단순히 등기청구라고만 표현하고 있다.³³⁾ 종래 등기청구권의 성질에 대하여 정정적 등기청구와 창설적 등기청구로 나누어 설명하는 견해,³⁴⁾ 법률행위의 의한 것과 법률의

426면.

31) 강태성, 「민법총칙 제6판」, 대명출판사(2016), 51-52면.

32) 고상룡, 「민법총칙 제3판」, 법문사(2003), 40면.

33) 사법연수원, 「민사실무 I」, 사법연수원 출판부(2017), 68면.

34) 김증한, 「물권법강의」, 박영사(1984), 75면.

규정에 의한 것으로 나누어 설명하는 견해,³⁵⁾ 법률행위에 의한 물건변동의 경우, 실제관계와 등기가 일치하지 않는 경우, 취득시효의 경우, 기타(부동산임대차, 부동산환매)의 경우로 나누어 설명하는 견해³⁶⁾가 있어 왔다. 생각건대, 등기청구권이라는 소권은 등기원인을 반드시 표시하여 권리관계를 등기부에 기록되도록 하여야 하는 경우³⁷⁾와 등기원인을 표시하지 않는 경우로 구분하여 보는 것이 적절하다. 전자 형태의 소권은 매매, 증여, 시효취득, 명의신탁해지, 기등기, 매매예약완결, 대물반환 등을 원인으로 한 소유권이전등기청구나 지상권·저당권설정등기청구이고, 후자 형태의 소권은 말소등기청구이다. 진정명의회복을 원인으로 하는 소유권이전등기는 등기원인을 단순히 “진정명의회복”이라고만 기재하므로 후자 형태의 소권이다.

2. 등기소송 형식의 사해행위취소소송의 경우도 통설과 판례³⁸⁾는 사해행위의 취소와 일탈한 재산의 회복청구의 병합으로 이해하고 그 사해행위의 취소는 단지 취소채권자와 수익자 간에만 상대적으로 효력이 있다고 본다. 이러한 상대적 효력설에 따르면 사해행위의 취소는 민법총칙에서의 취소와 달리 소송당사자 사이에서만 효력을 가지고, 채무자와의 사이에는 법률행위가 여전히 유효한 것으로 취급한다. 사해행위 취소에 기초한 일탈재산의 회복도 취소채권자와 수익자 간에만 효력을 가질 뿐이다.³⁹⁾ 통설과 판례가 취하는 사해행위 취소의 상대적 효력은 취소의 효과를 필요한 범위 내에서만 국한시키는 것이 타당하다고 보기 때문이다.⁴⁰⁾ 그러나 말소등기에 의해 채무자 명의의 소유권이 회복되는

35) 이영준, 「물권법」, 박영사(1996), 195면.

36) 곽윤직, 「물권법 신정판」, 박영사(1995), 191면.

37) 부동산등기를 신청하는 경우 등기원인과 그 연월일을 신청정보로 등기소에 제공하여야 한다 (부동산등기법 제24조 제2항, 부동산등기규칙 제43조 제5호).

38) 대법원 1963. 8. 22 선고, 63다299 판결 “채권자취소권을 인정한 실익은 채무자의 행위를 취소하여 그 재산상의 지위를 채무자의 사해행위 이전의 상태에 복구시켜서 채권자의 일반 담보인 채무자의 재산을 감소시키지 않게 함에 있으므로 채무자의 관계에 있어서 그 행위를 취소하지 않는다 하더라도 수익자인 피고 을과의 관계에 있어서 이를 취소하는 이상 채권자는 위 목적을 달성할 수 있으므로 채무자인 소외 병을 상대로 하여 소송을 할 필요가 없다 할 것이다.”

39) 곽윤직, 「채권총론 신정판」, 박영사(1994), 270면; 김주수, 「채권총론」, 삼영사(1988), 217면.

40) 김형배, 「채권총론 제2판」, 박영사(1999), 424면.

경우 채무자가 다시 제3자에게 자신의 권리 회복을 기화로 제3자에게 다시 소유권이전등기를 넘길 수 있다. 대법원 2017. 3. 9. 선고 2015다217980 판결이 그러한 사안이다. 위 대법원판결은 채무자가 사해행위 취소로 등기명의를 회복한 부동산을 제3자에게 처분한 경우 제3자에게 마쳐진 소유권이전등기를 원인 무효의 등기로서 말소되어야 하고, 취소채권자는 그 제3자를 상대로 직접 말소 등기를 청구할 수 있고 하였다. 그 제3자가 선의인 경우 취소채권자의 보호를 위해 부동산등기를 신뢰한 제3자를 희생해야 한다. 일반인들이 도무지 납득하기 어려운 결론이다. 상식에 반하는 판결은 오래갈 수가 없다. 이를 해결하려면 채무자도 등기소송 형태의 사해행위 취소소송의 피고가 되어야 한다. 채무자가 피고가 되면 채무자를 상대로 처분금지처분신청이 가능하고, 가처분등기에 의하여 선의의 피해자가 나오지 않게 된다. 즉 등기소송에서는 상대적 효력설을 무리하게 유지할 필요가 없다는 결론을 받아들여야 한다. 채권자대위소송에서는 채무자가 채권자대위소송이 제기 된 사실을 알았을 때는 대위소송 판결의 기판력이 미친다고 본다.⁴¹⁾ 이는 2017년 개정 일본 민법이 사해행위취소소송에서 취소채권자는 채무자에게 소송고지를 하도록 하고, 인용판결의 효과를 당연히 채무자에게 미치도록 한 것과 맥락이 같다. 민법 제406조의 원상회복의 의미가 총채권자의 공동담보인 책임재산 확보에 있다면, 목적물은 채무자에게로 현실적으로 반환되어야 하는 것이 원칙이고, 이러한 원물반환의 원칙을 관철하려면 판결의 효력은 채무자에게 미치는 것이 옳다. 사해행위 취소소송에 의한 수익자 명의 소유권이전등기의 말소로 채무자 명의의 소유권이전등기가 회복된다면 그 소유권은 대외적으로 완전한 형태의 소유권일 수밖에 없다. 현행 부동산등기법상 특정인에게만 소유권으로 존재한다는 내용의 상대적 소유권은 인정될 수 없다. 채무자명으로 회복된 소유권이전등기가 취소채권자의 강제집행을 위해서만 유효한 것이라는 상대적 소유권은 현행 부동산등기법상 도저히 인정될 수 없다. 소유권의 기본성질에도 반한다. 채무자는 외형상 완전한 소유자이므로 제3자에게 양도하거나 담보물권을 설정할 수 있다. 채무자와 수익자를 모두 피고로 하는 필요적 공동소송을 등기소송 형태의 사해행위 취소소송에 강제하는 것을 판

41) 대법원 1975. 5. 13 선고, 74다1664 판결 등

례법으로 정립할 수밖에 없다.

3. 등기소송 형태의 사해행위취소소송은 상대적 효력설이 아니라 이은영 교수가 주장한 취소효과설에 따르는 것이 타당하다. 이은영 교수는 “채무자는 착오에서 선의의 상대방과 같이 취소의 효과로부터 보호되어야 할 자는 아니므로 효력범위에서 제외되는 것은 부당하다. 상대적 효력설에 따를 경우 채무자는 효력범위에서 제외된다. 채권자는 취소의 결과 원상회복된 채무자의 재산에 대하여만 강제집행할 권리가 있기 때문에 채무자는 취소의 효과를 받아야 하는 자이다. 채무자를 언제나 소송당사자로 끌어넣는 방법으로는 고유필요적 공동소송 제도가 있으므로, 그 제를 이용하여 채권자로 하여금 취소소송을 제기할 때 반드시 채무자와 수익자를 공동피고로 하도록 강제하여야 한다. 채권자취소의 제도는 소송의 목적이 공동소송인 전원에 대하여 합일적으로 확정될 경우에 해당한다고 생각한다”고 주장한다.⁴²⁾ 이러한 주장은 등기소송 형태의 사해행위취소소송에서 전적으로 타당하다. 이 견해에 대하여 채무자와 수익자 사이의 법률행위가 사해행위에 해당한다고 하더라도 그 법률행위 자체에는 그러한 취소사유가 없으므로 소급해서 무효로 만들 필요가 없다는 상대적 효력설에서의 비판이 있을 것이다. 그러나 등기소송에서는 금전소송과 달리 채무자명의를 소유권이 회복되는 결과를 피할 수 없다. 따라서 수익자의 등기와 채무자의 등기 모두를 문제 삼아야 하고, 회복되는 채무자 명의의 등기에는 처분금지가처분 등기가 동시에 기입되도록 해야 한다. 금전소송 형태의 사해행위취소소송만 존재하는 독일, 프랑스와 등기소송 형태도 존재하는 우리나라는 다르게 접근해야 한다. 금전소송 형태의 사해행위취소소송에서의 취소채권자는 다른 채권자들을 제치고 부당하게 채무자의 책임재산의 가액을 독식하고 있다. 이런 상황에서 등기소송에서는 회복된 채무자의 소유권이 선의의 제3자에게 이전된 경우까지 취소채권자가 독식하는 것을 방지하는 것은 정의에 반한다. 부동산등기제도가 추구하는 거래안전은 물론 모든 채권자의 이익을 위하여 효력이 있다는 민법 제 407조를 정면으로 무시하는 결과를 전면적으로 방지하는 것은 옳지 않다.

42) 이은영, 「채권총론」, 박영사(1991), 383-384면.

4. 민법상 채권자취소권을 소권으로 이해하면서도 형성소권으로 보아야 한다는 주장이 있다.⁴³⁾ 이 견해는 우리 민법의 채권자취소권은 사해행위의 취소와 일탈재산의 원상회복을 법원에 청구할 수 있는 권리로서 소권이라고 하면서, 채무자와 수익자 사이의 법률행위는 그대로 유효하게 남겨두고 취소채권자와 수익자 사이에서만 사해행위의 취소와 일탈재산의 원상회복을 형성하는 판결을 구하는 것이 그 내용이라 한다. 특히 원상회복의 의미는 해당 법률행위의 무효화를 전제로 재화의 이전을 원상태로 회복한다는 것으로 이해할 것이 아니라 채권자가 공취력을 행사할 수 있는 상대로 만드는 것으로 충분하다고 본다. 소권으로 보면서도 그 내용은 독일의 청구권설이다. 이 주장 역시 등기소송 형태의 사해행위취소소송에서는 해결책이 되지 않는다. 수익자 명의의 소유권이전등기가 말소되고 채무자 명의의 소유권이전등기가 등기부상 회복된다는 실체는 관념적으로 무시될 수 있는 것이 아니다. 보이는 것은 보아야 한다. 형성판결을 구했더니 실제 등기부로 판결 내용대로 채무자 소유권이 나타났다. 이것은 수익자로의 재산이전이 다시 채무자 소유 원상 상태로 회복된 것이다. 채권자가 공취력을 행사할 수 있는 상태로만 관념상으로 존재하는 것이 아니라 채무자 소유 원상상태로 등기부상 회복이 된 것이다. 형성권과 청구권은 본질적이고 원리적으로 확실하게 구분되는 개념이 아니다.⁴⁴⁾ 형성권 개념은 오늘날에 있어서도 확정된 개념이 아니다.⁴⁵⁾ 형성의 소는 민사소송법법상 개념⁴⁶⁾이고, 형성의 소

43) 강구욱, “채권자취소권의 법적 성질에 대한 一試論”, 법학논총 제34집 제1호, 한양대학교 법학연구소(2017), 339-342면.

44) 김영희, “독일 민법학상 형성권(Gestaltungsrecht)에 관한 연구”, 박사학위 논문, 서울대학교 대학원(2003), 23-24면에 의하면 “actio에서 실체적 권리 부분인 청구권을 도출해낸 Windscheid는 모든 실체적 권리가 청구권은 아니라는 사실을 간파하고, 따로 청구권에 해당하지 않는 권리군을 분류해냈다. 이 권리군이 바로 제2 부류의 권리(Recht der zweiten Art)로, Windscheid는 이 용어를 1887년에 나온 “Lehrbuch des Pandektenrechts” 제6판에서야 비로소 설명하고 있다. Windscheid에 의하면, 청구권이 제1 부류의 권리라면, 청구권에 들지 않는 제2 부류의 권리가 있다고 한다. 여기서 제2 부류의 권리는 제1 부류의 권리의 성립이나 변경이나 소멸과 관련될 뿐이므로, 제2부류의 권리는 제1 부류의 권리를 목적으로 한다고 한다. Windscheid가 말하는 이 제2 부류의 권리는 후대의 학자들에 의해 2차적 권리로 받아들여지고, 이는 다시 2차적 권리로서의 형성권 개념으로 이어진다.”고 한다.

45) 김증한, “소멸시효론”, 「민법논집」, 진일사(1978), 310면.

46) 송상현, 「민사소송법 신정3판」, 박영사(2002), 263면은 형성의 소는 형성판결에 의하여 형성요건의 존재를 확정하는 동시에 새로운 법률관계를 발생하게 하거나 기존 법률관계를 변경

에서 출발한 형성권 개념은 민법에 개념 규정이 없고, 학자마다 그 의미를 달리 사용하고 있다. 따라서 형성권이나 형성소권으로 채권취소권을 단일하게 파악한다고 하여 달라질 것은 없다. 실제법상 형성권 개념에 기대어 사해행위 취소소송 구조를 설명하는 것은 크게 의미가 없다. 수익자를 상대로 한 말소등기는 결국 절대적 말소만 인정하는 부동산등기법과 조화될 수 없다. 취소채권자의 수익자 명의의 소유권이전등기 말소등기청구에 의하여 회복된 채무자 명의의 부동산소유권의 실질을 부정하는 것은 부동산등기법 및 민사집행법 규정들과 배치되는 것은 물론 민법의 소유권 개념을 해체시키는 것이기도 하다. 따라서 등기소송형태의 사해행위 취소소송에서는 채무자는 취소의 효과로부터 보호되어야 할 자는 아니라는 사실을 정면으로 인정하고 취소채권자의 강제집행 대상으로 삼아야 할 것이다. 이를 위하여 취소채권자는 등기소송 형태에서는 채무자와 수익자를 모두 피고로 하여야 한다. 등기소송 형태에서는 고유필수적 공동소송을 강제하는 방향으로 판례법이 형성되어야 한다. 대법원 2017. 3. 9. 선고 2015다 217980 판결은 채무자가 사해행위 취소로 등기명의를 회복한 부동산을 제3자에게 처분한 경우 제3자에게 마쳐진 소유권이전등기는 원인무효의 등기라고 보았다. 또한 취소채권자는 그 제3자를 상대로 직접 말소등기청구권을 가진다고 하였다. 채무자를 처음부터 피고로 하고, 처분금지가처분등기를 하여 제3자가 발생하는 것을 막으면 된다. 사해행위 취소소송으로 자기 명의를 회복한 채무자는 경락자가 승계취득해야 하므로 취소채권자의 강제집행에서는 소유권자로 취급되지만, 그 외에는 소유권자가 아니라는 무리한 논리전개를 할 필요가 없다.

V. 결어

1. 채권자취소권은 채권자가 법원에 대하여 소를 제기하여 행사해야만 한다. 소송 밖에서 채권자취소권을 행사할 수 없는 이상 실제법상 권리로만 채권자취소권을 접근하는 것은 오히려 채권자취소권을 완전히 이해하는데 방해가 될 뿐

또는 소멸하게 하는 창설적 효과를 가지는 권리변동의 소라고 설명한다.

이다. 생각건대 채권자취소권은 당연히 실체법과 절차법이 결합된 소권으로 보아야 한다. 채권자취소권이라는 소권의 구체적 내용은 그 형식이 금전소송일 때와 등기소송 형식일 때 달리 구성된다고 보아야 한다.

2. 오늘날 취소채권자와 수익자 간 가액배상 금전소송은 일반적인 금전지급 이행소송과 하등의 차이가 없게 진행되고 있다. 따라서 금전소송 형태의 사해행위 취소소송에서는 독일·프랑스의 통설·판례의 논리가 우리나라·일본과 달라야 할 이유가 없다. 취소채권자와 수익자 간의 금전지급을 구하는 청구의 법적 성질은 이행의 소이다. 그 판결의 주문과 집행 모든 면에서 이행의 소이다. 주문과 집행의 면에서 형성의 소라고 볼 여지가 없다. 채권자취소권의 본질을 무엇으로 파악하든 간에 취소채권자가 수익자를 상대로 금전지급을 구하는 소송은 이행의 소이므로 채권자취소권의 본질은 이행청구권이다. 당연히 수익자 또는 전득자만이 피고가 되고, 채무자를 피고로 될 필요가 없다. 독일의 통설과 판례 역시 청구권설(schuldrechtliche Theorie)이다. 독일에는 채권이라는 개념이 없다. 채권설은 잘못된 명칭이다. 금전지급 청구 형태의 사해행위취소소송은 법률의 규정에 의하여 발생하는 이행청구권에 근거한 이행의 소이다.

3. 독일·프랑스의 경우 부동산매매계약에서 공증주의를 채택하고 있다. 독일·프랑스는 공증 없는 당사자 간 합의를 소권을 발생시키는 계약으로 취급하지 않는다. 공증담당변호사에 의해 거래의 진실이 담보되고, 그에 의해 등기가 이루어지기 때문에 등기는 단순히 거래가 있었다는 사실만 증빙할 뿐이다. 따라서 독일·프랑스의 경우 등기청구권이라는 실체법상 권리가 존재하지 않는다. 등기청구권을 소송으로 실현하기 위하여 등기판결을 만드는 등기소송도 없다. 등기판결을 가지고 단독으로 등기소에 접수하는 절차도 존재하지 않는다. 이에 반하여 일본과 우리나라는 당사자 간 합의만으로 부동산매매계약이 성립하고, 계약이행을 거부할 경우 일방당사자가 등기판결을 얻어 단독으로 등기를 할 수 있는 시스템을 마련하고 있다. 사정이 이렇다 보니 강제집행을 피하기 위한 소유권이전등기나 저당권설정등기가 당사자간 합의만으로 자유롭게 행해진다. 등기관련 사해행위가 광범위하게 이루어지다 보니 수익자 명의를 말소하거나 채무

자에게 이전하는 식의 등기소송 형식의 사해행위취소소송이 필수적으로 존재하게 되었다. 이 소송에서는 채무자의 등장을 피할 수 없다. 이러한 사정은 부동산매매계약에 공증주의를 취하는 독일·프랑스에는 존재하지 않는다. 따라서 채무자가 등장할 필요가 없는 취소채권자와 수익자간 금전지급 이행소송 형태의 사해행위 취소소송은 독일·프랑스에서의 통설·판례에 따라 이해하면 충분하다. 그러나 반드시 채무자가 등장해야 하는 등기소송 형태에 독일·프랑스의 통설·판례를 관철할 이유가 없다. 등기청구권이나 등기소송이 존재하지 않는 독일·프랑스의 채권자취소권 학설을 그대로 가져올 이유가 없다는 말이다. 금전소송 형태가 아닌 등기소송 형태의 사해행위 취소소송의 경우 채무자가 채권자취소권의 취소·원상회복 효과를 받는 것으로 보아야 하고, 채무자와 수익자는 공동피고로 되어야 한다.

4. 등기소송형태의 사해행위 취소소송에서는 채무자 명의의 소유권이 등장할 수밖에 없고, 채무자는 사해행위 취소소송에서 보호되어야 할 자가 아니다. 등기소송에서 채무자가 채권자취소권의 취소·원상회복 효과를 받는 것은 당연하고, 언제나 취소채권자의 강제집행 대상이다. 따라서 등기소송형태의 사해행위 취소소송은 채무자와 수익자를 공동피고로 하는 고유필수적 공동소송으로 구성해야 한다. 이를 판례법으로 정립해야 한다. 입법으로 해결될 가능성이 많지 않으므로 우선 판례법으로 해결해야 한다. 채무자가 피고로 되면 처분금지가처분신청이 가능해지고, 처분금지가처분등기에 의하여 선의의 제3가 발생하는 것을 막을 수 있다. 대법원 2017. 3. 9. 선고 2015다217980 판결은 채무자가 사해행위 취소로 등기명의를 회복한 자신의 부동산을 제3자에게 처분한 경우 제3자에게 마쳐진 소유권이전등기는 원인무효의 등기라고 보았다. 또한 취소채권자는 그 제3자를 상대로 직접 말소등기청구권을 가진다고 하였다. 채무자를 처음부터 피고로 하고, 처분금지가처분등기를 하여 제3자가 발생하는 것을 막으면 된다. 사해행위 취소소송으로 자기 명의를 회복한 채무자는 경락자가 승계취득해야 하므로 취소채권자의 강제집행에서는 소유권자로 취급되지만, 그 외에는 소유권자가 아니라는 무리한 논리전개는 전혀 필요 없는 것이다.

참고문헌

- 강태성, 「민법총칙 제6판」, 대명출판사, 2016.
- 고상룡, 「민법총칙 제3판」, 법문사, 2003.
- 곽윤직·김재형, 「민법총칙 제8판」, 박영사, 2012.
- 곽윤직, 「물권법 신정판」, 박영사, 1994.
- 곽윤직, 「채권총론 신정판」, 박영사, 1994.
- 곽윤직, 「채권각론 신정판」, 박영사, 1995.
- 김영희, 「독일 민법학상 형성권에 관한 연구」, 박사학위논문, 서울대학교 대학원, 2003.
- 김주수, 「채권총론」, 삼영사, 1988.
- 김증한, 「물권법강의」, 박영사, 1984.
- 김증한, 「민법논집」, 진일사, 1978.
- 김형배, 「채권총론 제2판」, 박영사, 1999.
- 서봉석, 「로스쿨 민법」, 지앤북, 2010.
- 송덕수, 「민법총칙 제3판」, 박영사, 2015.
- 송덕수, 「채권법총론 제4판」, 박영사, 2018.
- 송상현, 「민사소송법 신정3판」, 박영사, 2002.
- 이영준, 「물권법」, 박영사, 1996.
- 이은영, 「채권총론」, 박영사, 1991.
- 최 식, 「신채권법총론」, 박영사, 1963.
- 법원행정처, 「부동산등기실무[I]」, 대법원법원행정처, 2015.
- 사법연수원, 「민사실무 I」, 사법연수원 출판부, 2017.
- 강구욱, “채권자취소권의 법적 성질에 대한 一試論”, 법학논총 제34집 제1호, 한양대학교 법학연구소, 2017.
- 김재형, “채권자취소권의 본질과 효과에 관한 연구”, 인권과 정의 제329호, 대한변호사협회, 2004.

- 김재형, “제3자에 의한 채권침해”, 민법학의 현대적 양상(서민 교수 정년기념논문집), 법문사, 2006.
- 김창중, “채권자취소권행사에 의한 원상회복의 방법 및 내용”, 사법논집 26집, 법원행정처, 1995.
- 박기주, “등기청구권의 비교법적 의미”, 법학논고 제40집, 경북대학교 법학연구원, 2012.
- 박치봉, “원물반환을 청구취지로 하는 사해행위취소소송에서 가액배상판결을 할 수 있는가?”, 재판과 판례 11집, 대구판례연구회, 2001.
- 박영복·이희호, “이행청구권”, 외법논집 제21집, 한국외국어대학교 법학연구소, 2006.
- 서봉석, “채권개념에 대한 새로운 고찰”, 비교법학연구2, 한국비교법학회, 2003.
- 서봉석, “채권, 물권, 새로운 유형 권리의 법적 본질에 대한 체계적 고찰”, 법학논집 제30권 제1호, 국민대학교 법학연구소, 2017.
- 유병현, “채권자취소소송에 관한 연구-강제집행과 관련하여”, 박사학위논문, 고려대학교 대학원, 1994.
- 윤진수·권영준, “채권자취소권에 관한 민법 개정안 연구”, 민사법학 제66호, 한국민사법학회, 2014.
- 이배규, “채권자취소권의 행사요건”, 법조 534호, 법조협회, 2001.
- 이우재, “사해행위취소의 효력과 배당절차에서의 취급”, 재판자료 제117집, 법원도서관, 2009.
- 이인규, “사해행위 이후에 목적부동산에 대한 경매절차에서 배당을 받은 교부권자와 가압류권자에게 사해행위취소의 효력이 미쳐 그 경매절차에서의 배당금이 부당이득이 되는지 여부(소극)”, 대법원판례해설 제57호, 법원도서관, 2006.
- 정다영, “프랑스 민법상 채권자취소권 제도”, 민사법학 제67호, 한국민사법학회, 2014.
- 정동윤, “스위스법상의 금전채권에 관한 강제집행제도: 군단우선주의의 내용을 중심으로” 법조 제34권 제3호, 법조협회, 1985.
- 제철웅, “채권자취소제도의 해석상 문제점과 입법적 개선방안”, 법학평론 제7권,

서울대학교 법학평론 편집위원회, 2017.
오영준, “사해행위 취소권과 채권자평등주의”, 사법논집 제32집, 법원도서관, 2001.

川島武宜, 「債權法總則講義」, 岩波書店, 1949.
我妻榮, 「新訂債權總論」, 岩波書店, 1964.
於保不二雄, 「債權總論(新版)」, 有斐閣, 1972.
佐藤岩昭, 「詐害行為取消權の理論」, 東京大学出版会, 2001.

Micheal L. Cook, Richard E. Mendales, “The Uniform Fraudulent Transfer Act: An Introductory Critique”, Vol. 62, *American Bankruptcy Law Journal*, 1988.

[Abstract]

A Study on Money lawsuit and Registration lawsuit by the exercise of creditor's revocation(actio pauliana)

Hwang, Tae-yoon

Professor, Chonbuk National University, School of Law

The creditor's right to revoke must be exercised by the creditor in court. Therefore, the creditor cancellation right should be understood as Actio, which is a combination of substantive law and procedural law. The specific details of the right to revoke the creditor should be considered to be different when the form is a money case and a registration case. A Creditor's Revocation(Actio Pauliana) in the form of a monetary claim is based on the claim for special performance of law. In Germany and France, unlike

Japan and Korea, there are no registration claims and registration lawsuit. In Japan and Korea, Fraudulent registration transfer or fraudulent establishment of a mortgage can be made freely to avoid enforcing the execution of creditors. Therefore, there is no reason to follow the doctrines of Germany and France in a lawsuit against cancellation of illegal acts in the form of a registered claim. A debtor and a beneficiary shall be joint defendants. A lawsuit against cancellation of illegal acts in the form of a registered claim should be made as a joint essential litigation in which the debtor and the beneficiary are joint defendants. If the debtor becomes a defendant, it will be possible to apply for a disposition prohibition of disposition and prevent the third from occurring due to the disposition prohibition registration. The case of *actio pauliana* in the form of a money lawsuit is a monetary settlement between the revolving creditor and the beneficiary based on civil law. But The case of *actio pauliana* in the form of a registration lawsuit is different. The denial of the real estate ownership of the debtor's name recovered by a *actio pauliana* is not only placed with the provisions of the Real Estate Registration and Civil Execution Act, but also dismantles the concept of ownership of the civil law. Therefore, in the case of *actio pauliana* in the form of a registration lawsuit, the debtor must be protected from the effect of the *actio pauliana*. Thee debtor and the beneficiary are joint defendants in the case of *actio pauliana* in the form of a registration lawsuit. The case law should proceed with *actio pauliana* separately from money lawsuit and registration lawsuit.

Key words : Fraudulent Registration Transfer, Creditor's Revocation(*Actio Pauliana*), Money lawsuit, Registration lawsuit, Real Estate Register Title