



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

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

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



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

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

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

법학석사 학위논문

채권자취소권에 따른 원상회복

- 부수적 이익 반환을 중심으로 -

2017년 2월

서울대학교 대학원

법학과 민법 전공

김 은 민

채권자취소권에 따른 원상회복

- 부수적 이익 반환을 중심으로 -

지도교수 권 영 준

이 논문을 법학석사 학위논문으로 제출함

2016년 11월

서울대학교 대학원

법학과 민법 전공

김 은 민

김은민의 석사 학위논문을 인준함

2017년 1월

위 원 장 _____ 남 효 순 _____ (인)

부위원장 _____ 이 동 진 _____ (인)

위 원 _____ 권 영 준 _____ (인)

국문 초록

채권자취소권이란 채권자를 해한다는 것을 알면서 행한 채무자의 법률 행위를 취소하고, 사해행위에 의하여 빠져 나간 채무자의 재산을 회복하는 것을 목적으로 하는 채권자의 권리이다. 채권자취소권은 현재 단지 제406조와 제407조로만 규정되어 있어 원물반환 시 과실반환 포함 여부 문제에 대해 침묵하고 이에 대해 몇 개의 견해와 판례가 있다.

현재 판례는 상대적 효력설 입장에서 수익자·전득자 소유의 재산을 채무자의 재산으로 보고 이를 집행하는데 집행법상 사용이익은 채무자의 책임재산범위에 포함되지 않는다. 이러한 사용이익을 채권자취소권에 따른 원상회복의 반환 범위에 포함되지 않는다고 보는 것이 판례의 입장이다. 이 판례의 결론이 타당한지 살피기 위해 먼저 채권자취소권 행사에 따른 원상회복 시 과실반환 여부에 대한 명시적 규정이 없는 현재의 민법 하에서 기존의 다른 규정인 제548조 제2항, 제748조, 제201조 유추적용 가능성은 없는지 살펴볼 필요가 있다.

먼저 제548조 제2항의 유추적용에 대해서는 이를 긍정하는 학설상의 견해가 있고 최근 민법개정안 제407조의2 제2항에서는 제748조를 준용하려고 하고 있다. 하지만 채권자취소소송의 당사자인 채권자와 수익자 사이에는 어떠한 법률관계도 없다는 점을 고려해 볼 때 이에 대해서는 찬성할 수 없다. 왜냐하면 계약의 당사자 간에 이루어지는 계약의 해제에 대한 규정은 계약이 일단 유효하게 성립한 뒤 무효·취소·해제 등의 사유로 인한 급부부당이득이 이루어지는 구조와는 유사성을 찾을 수 없기 때문이다. 따라서 최근 민법개정안의 부당이득반환 규정을 적용하려는 입법은 채권자취소권의 구조와는 법리적으로 상관없이 입법 정책 차원에서 마련된 규정으로 보인다.

마지막으로 채권자취소권을 행사하면 물권적으로 무효가 되고 채권자와

수익자 간에 어떠한 법률관계도 없는 구조는 침해부당이득의 유형과 비슷하여 제201조의 규정을 유추적용해 볼 수 있을 것이라 일견 생각되기도 한다. 하지만 침해부당이득은 당연히 재산권이 물권적으로 귀속되어야 할 자의 재산을 아무런 법률관계도 없는 수익자가 침해하는 경우에 발생한다. 따라서 취소채권자는 단순한 채권자에게 불과한 자이므로 그 채권액만큼의 재산권을 물권적으로 귀속시켜야 할 이론적·법률적 근거를 찾지 못하는 한 인정되기 힘들다. 우회적으로라도 제201조의 적용가능성이 있는지 살피기 위해 채권자취소권의 구조와 유사한 유류분반환청구권 행사에 따른 원상회복과의 유사성을 살핀다. 왜냐하면 유류분반환청구권 행사에 따른 과실반환 범위에 대해 판례가 제201조를 적용하여 그 문제를 해결하고 있기 때문이다. 그런데 유류분반환청구권자는 피상속인의 공동상속인으로서 포괄 승계된 자로서 재산권의 물권적 귀속에 예정된 자이므로 제201조의 적용 가능했던 것이나 취소채권자는 이러한 물권적 재산권 귀속이 당연시 되는 자는 아니므로 제201조의 유추적용도 힘들 것으로 보인다.

그렇다면 결국 민법 규정이 아니라 채권자취소권 제도의 성격을 고려한 해석에 기댈 수밖에 없다. 첫째, 채권자취소권 제도는 채권자의 채권 확보를 위하지만 수익자·전득자의 이해관계를 고려해야 한다. 왜냐하면 수익자가 채권자라면 성실하게 먼저 채권을 행사한 채권자를 보호할 필요가 있고 수익자가 채권자가 아니라 하더라도 정당한 대가를 치르고 얻은 재산권을 과도하게 희생하는 것은 바람직하지 않기 때문이다.

둘째, 채권자취소권 행사의 효과에 대한 이론 구성에 있어 다양한 학설 대립이 있었지만 우리나라와 일본의 통설·판례가 상대적 효력설 취한다는 점을 생각해야 한다. 상대적 효력설을 통설로 취한 이유는 형성권설이나 신형성권설과 같이 거래 안전을 해칠 우려가 높은 이론은 바람직하지 않다는 인식이 존재했기 때문이다. 따라서 상대적 효력설이 아니라

채권설을 전제로 ‘사해행위가 없었다면 채무자가 부동산을 계속 보유하면서 그 부동산을 사용하여 사용이익을 얻었을 것이라는 사정’을 고려하여 사용이익의 반환을 긍정하는 견해에는 동의할 수 없다. 왜냐하면 채무자의 임대차 설정 여부라는 우연한 사정에 따라 수익자·전득자의 반환 범위가 달라진다고 보는 것은 불합리하기 때문이다.

셋째, 채권자취소권 제도의 연혁과 외국 입법례를 살펴보아도 채권자취소권을 강화하는 쪽보다는 거래 안전 질서를 보호 하는 쪽으로 제도가 형성되어왔음을 알 수 있다. 프랑스는 대물소권설에서 대인소권설로 채권자취소권의 인식을 바꾸었다. 프랑스 채권자취소제도의 영향을 받은 일본의 채권자취소 제도도 그 요건에 악의를 추가함으로써 선의인 경우에는 취소권을 행사할 수 없게 하는 방향으로 나아갔다. 그리고 우리나라 민법은 이러한 일본의 채권자취소권 제도의 영향을 받았다. 이러한 제도적 영향을 받은 만큼 일본에 사용이익 반환과 관련된 직접적인 판례의 결론과 법리에 대해 고찰해 볼 필요가 있다. 일본의 사용이익 반환과 관련된 판례는 우리나라의 판례의 결론과는 동일하고, 그 근거에 있어서 부당이득을 들어 채권자취소권의 성격에 따른 근거를 들은 우리나라 대법원 입장과는 차이를 보였다. 하지만 채권자취소권 행사와 반환 범위의 문제는 부당이득반환과는 무관하므로 이를 근거로 드는 것을 적절하지 않다.

넷째, 최근 민법개정안에 따르면 수익자·전득자 악의에 대한 요건을 제406조 단서에서 본문으로 위치를 변경시켰다. 민사소송법의 입증책임 분배에 관한 통설인 ‘법률요건분류설’에 따르면 기존의 수익자·전득자의 악의가 추정되어 스스로 입증책임을 부담하였던 것과 달리 채권자가 입증하는 방향으로 바뀐 것이다. 이는 수익자·전득자를 선의로 추정하는 방향으로 변경된 것인데 이러한 변화 역시 거래 안전을 고려한 것이다. 이러한 점들을 고려하면 채권자취소권 제도의 성격이 거래의 동적

안전 질서를 지키기 위한 제도적 구성이 되고 있음을 알 수 있고, 채권자취소권 행사에 따른 원상회복 시 그 반환 범위와 관련해서도 이러한 점이 고려되어야 한다. 따라서 사용이익 혹은 임료상당액의 반환을 부정하는 것이 타당하고 현재 그 입장을 취하고 있는 우리나라 판례의 입장을 지지한다.

하지만 이러한 사용이익과 관련된 결론은 지연손해금 반환을 긍정하는 판례의 입장과는 대조된다. 이는 계약 해제나 부당이득반환 청구의 관련 판례들이 사용이익 반환과 지연손해금 반환의 결론은 일치시키는 것과 다르다. 이러한 결론에 이르는 것은 채권자취소권 제도가 계약 해제와 부당이득반환 청구의 성격과는 다르다는 점, 그리고 부동산과 금전의 법적 성격이 달라 반드시 일치시킬 필요가 없다는 점을 고려하면 부당하다고 볼 수 없다.

주요어: 채권자취소권, 원상회복 의무, 사용이익 반환, 지연손해금 반환, 부수적 이익 반환

학 번: 2015-21397

目次

第1章 序論

第1節 문제의 제기	1
第2節 연구의 목적과 범위	3

第2章 채권자취소권에 따른 원상회복 일반론

第1節 채권자취소권의 의의 및 제도적 취지	5
第2節 채권자취소권의 법적 성질	6
I. 논의의 필요성	6
II. 일본민법에서의 학설 및 판례	7
1. 형성권설	7
2. 청구권설	8
3. 절충설	9
4. 일본 판례의 입장	11
5. 책임설	11
6. 소권설	13
III. 우리나라에서 판례 및 학설	14
1. 병합설 및 상대적 효력설	14
2. 책임설	15
3. 절대적 효력설(신형설권설)	16
4. 채권설	17
5. 판례 및 학설 검토	18

6. 우리나라·일본의 개정안 검토	20
第3節 채권자취소권 행사에 따른 원상회복	21
I. 채권자취소권 행사에 따른 취소·반환의 범위	22
1. 문제점	22
2. 취소의 범위	22
(1) 채권자의 채권액	23
1) 기본 원칙	23
2) 예외	23
(2) 사해행위시의 목적물의 가액	26
(3) 사실심변론종결시의 목적물의 가액	26
II. 법적 성질에 따른 원상회복의 의미	26
III. 사해행위 취소에 따른 원상회복의 방법	28
1. 원물 반환을 원칙으로 하는 이유	28
2. 학설 및 판례의 입장	29
(1) 원물반환의 원칙	30
(2) 소수설로서 원물반환이 원칙일 필요없다고 보는 견해에 대한 검토	31
(3) 예외적 가액 반환 원칙	33
1) 가액배상의 의미	33
2) 가액배상의 법적 성질	33
3) 원물반환과 가액배상의 구별기준	34
4) 가액배상 산정의 기준시점	36
3. 최근 우리나라 및 일본의 개정안	37
IV. 원상회복의 구체적 양상	37
1. 목적물이 부동산인 경우	37
(1) 전득자가 없는 경우	38

(2) 전득자가 있는 경우	39
2. 목적물이 동산이나 금전인 경우	40
3. 목적물이 채권인 경우	41
(1) 채무면제·상계 등의 경우	41
(2) 채권양도의 경우	42
1) 채권양도 취소 시 일반적인 반환방법	42
2) 사해해위로 상표권이 양도된 경우	43

第3章 부수적 이익 반환 문제

第1節 문제점	47
第2節 논의의 전제(대상 판결의 집행법상 의미)	48
第3節 판례의 태도	53
I. 기본적인 사실 관계	53
II. 판결의 요지	55
1. 1심 판단	55
2. 2심 판단	55
3. 대법원의 판단	57
第4節 다른 원상회복 제도의 유추적용 가부	59
I. 제548조 2항 유추적용 가부	59
1. 문제점	59
2. 계약 해제의 의의 및 해제권 행사에 따른 원상회복의 법적 성격	60
3. 해제권 행사에 따른 원상회복의 방법	61
4. 해제권 행사에 따른 사용이익 반환 여부	62
5. 해제권 행사에 따른 법정이자 반환 여부	63

6. 채권자취소원에 따른 사용이익 반환에 대해 제548조 제2항의 유추적용 가부	64
II. 제748조 유추적용 가부	65
1. 문제점	65
2. 부당이득반환제도의 의의 및 이론적 기초	66
3. 부당이득반환 청구권 행사에 따른 반환 방법	68
4. 부당이득 반환 청구 시 반환 범위-제201조와 제748조와의 관계	69
5. 채권자 취소권 행사에 따른 원상회복 반환 범위에 제748조 유추적용 가부	78
6. 최근 민법 개정안의 내용과 판례의 결론 간 충돌의 해결	79
III. 제201조 유추적용 가부	80
1. 문제점	80
2. 침해부당이득으로서 제201조 유추적용 가부	81
3. 유류분반환청구권의 의의	82
4. 유류분반환청구권의 법적 성격	83
5. 유류분 반환 방법	86
6. 과실 반환 방법	87
7. 유류분반환청구권과 과실반환에 관한 법리의 적용가능성 검토	88
第5節 채권자취소권 제도 상 거래 안전 보호 취지	90
I. 각 당사자 간 이해관계 조정을 위한 거래 안전 보호 취지	90
II. 채권자취소권 제도의 법적 성격에 따른 거래 안전 보호 취지 ..	91
III. 채권설 입장에서 사용이익 반환 긍정하는 견해에 대한 비판적 검토	93
IV. 채권자취소권의 연혁 및 외국 입법례에서 보이는 거래안전 보호 취지	95
1. 채권자취소권 제도의 연혁 및 외국 입법례	95

2. 채권자취소권 제도의 연혁 및 외국 입법례에 대한 분석	98
V. 일본최고재판소의 사용이익 반환 부정에 대한 판결의 함의	99
1. 일본 최고재판소 판례의 내용	99
2. 일본최고재판소 판례에 대한 분석	100
VI. 개정안의 입증책임 전환에 따른 거래 안전보호 취지 강화	103
1. 현재의 수익자·전득자 약의에 대한 입증책임 분배의 문제점	103
2. 최근 민법개정안에 반영된 수익자·전득자 입증책임 전환	105
VII. 소결론	106
第6節 가액반환 시 지연손해금 가산과 원물반환 시 사용이익 반환과의 관계	106
I. 문제점	107
II. 금전 반환에 있어서 지연손해금의 반환	108
1. 문제점	108
2. 사실 관계	109
3. 소송 경과	110
4. 판례 분석	112
(1) 관련 학설	113
(2) 해당 판례의 입장과 각 쟁점에 대한 검토	116
III. 검토	123
第7節 소결론	124
第4章 결론	129

참고 문헌	133
Abstract	143

第1章 序論

第1節 문제의 제기

현대사회에서 금전채권은 궁극적으로는 채무자의 책임재산을 기반으로 하기 때문에 채무자가 스스로 책임재산을 없애 버리면 채권은 그 가치를 잃고 신용거래는 불가능하게 될 우려가 있다. 채무자의 총재산은 채권자의 공동담보이고 채무자가 무제한으로 그의 재산을 처분할 수 있다고 하면 채권의 효력은 극히 약해진다. 채무자가 재산을 처분하려는 기미를 사전에 알 수가 있으면 가압류 또는 가처분에 의해서 책임재산의 감소를 방지할 수도 있지만, 이미 재산 감소행위가 이루어진 후에는 소용이 없게 된다. 따라서 채무자가 사해의 의사를 가지고 재산 감소행위를 한 경우에는 그 행위를 취소할 수 있게 하여 채권의 공동담보를 보전하는 제도로서 채권자취소권을 행사할 수 있도록 하는 것이 필요하다.¹⁾

실무적으로 채권자취소송은 우리나라 1997년 국제통화기금(IMF)의 구제금융 위기 이후 금융기관 등의 채권자들이 채권자취소권을 행사하는 사례가 급증하면서 주목받기 시작했다.²⁾ 그리고 현재도 실무상 중요한 재판 유형이다. 2015년 사법연감에 따르면, 2015년에 접수된 376,605건의 민사본안사건 중에 채권자취소권 사건은 8,853건을 차지한다. 이는 비중으로는 2.4%에 불과해보이나 중요 21개의 재판 유형 중 10위 정도에 차지하는 비중이고 임대차보증금 6,864건으로 1.8%보다 높은 수치로 재판으로 활용이 적지 않음을 보여준다.³⁾

1) 한국현, “채권자취소권의 법적 성질”, 민사법연구 제12집 제2호 (2004. 12.) 대한민사법학회, 127면.
2) 김재형, “채권자취소권에 관한 민법 개정안 - 개정안에 대한 기본 구상과 민법개정위원회의 논의 과정을 중심으로 -”, 민사법학 제68호 (2014. 9.) 한국민사법학회, 44면.

채권자취소권은 법률행위를 취소하는데 그치지 않고 채권자취소권을 통해 궁극적으로 이루고자 하는 것은 채무자의 책임재산으로부터 일탈된 재산의 원상회복시키기 위한 것이다.⁴⁾ 그런데 채권자취소권 행사에 따른 원상회복은 채권자취소권 제도가 채무자의 재산에 대해 압류를 하지 않고도 책임 재산을 확보할 수 있는 제도로서 기본적으로 채권자를 위한 제도이나 채무자의 처분의 자유 및 수익자·전득자와의 거래의 안전도 해칠 수 있으므로 신중하게 운용되어야 한다는 점을 고려하여 운행되어야 한다.⁵⁾

이렇게 다양한 이해당사자 간 충돌이 있는 제도임에도 불구하고 우리나라 민법에서는 제406조와 제407조 단 두 개의 조문에서 채권자취소권을 다루고 있다. 특히 원상회복과 관련하여 제406조 제1항에서는 원상회복 인정 여부와 그 반환의 대상은 악의의 수익자·전득자라는 점, 제2항에서는 원상회복의 제척기간, 제407조에서는 원상회복된 책임재산은 모든 채권자의 이익을 위해 기능한다고만 언급하고 있다. 결국 원상회복의 구체적인 반환 범위에 대한 기준과 반환 방법 등에 대한 해석론이 모두 학설과 판례에 맡겨져 있는 것이다. 따라서 채권자취소권 행사에 따른 원상회복에 대해 알기 위해서는 지금까지 나온 판례들과 해석론들을 살펴 보아야 한다. 이러한 해석론들은 단순히 원물반환을 원칙으로 하고 가액 배상을 예외로 한다는 기본적인 것부터 구체적인 목적물에 따른 반환 방법에 따른 해석론까지 복잡하고 다양하게 전개되고 있다.

특히 최근 채권자취소에 따른 사용이익의 반환에 대한 대법원 2008. 12.

3) 윤진수·권영준, “채권자취소권에 관한 민법 개정안 연구”, 민사법학 제66호 (2014. 3.) 한국민사법학회, 504면, 기본 취지는 동일하나 최신에 나온 2015년 사법 연감 자료를 토대로 하였다. 과거 2013년, 2014년 법원행정처에서 발간된 사법연감을 보면, 2013년 총 민사본안사건 총 391,560 중 9,611건으로 2.5% , 1심은 총 323,080 중 8,008건으로 2.5%비중을 보인다. 2014년 총 민사본안사건 총 409,458 중 9,239건으로 2.3%를, 1심은 총 338,720 중 7,567건으로 2.2%의 비중을 보이며 비슷한 추세를 이어오고 있음을 알 수 있다.

4) 이은영, 채권총론(제4판), 박영사 (2009), 458면.

5) 이은영(주 4), 455면.

11. 선고 2007다69162 판결, 지연손해금반환에 대한 대법원 2006. 10. 26. 선고 2005다76753 판결, 대법원 2009. 1. 15. 선고 2007다61618 판결이 선고되었다. 하지만 이러한 판결과 과실 반환에 대한 연구는 많이 이루어지고 있지 않다. 더구나 채권자취소권에 따른 사용이익 반환과 관련하여 대법원은 부당이득반환청구나 계약 해제권 행사에 따른 과실 반환의 입장과는 다른 입장을 보인다. 대법원이 이렇게 다른 입장을 보인 데에는 채권자취소권 제도가 가지는 제도적 특성과 채권자취소권에 따른 원상회복의 본질이 영향을 미친 것으로 보인다. 따라서 현재 전개되고 있는 채권자취소권의 원상회복에 대한 해석론과 대법원의 입장을 이해하고 타당한 판결이었던지를 검토하기 위해서는 채권자취소권 제도의 기본적인 취지, 법적 성질, 채권자취소권에 따른 원상회복의 의미, 원상회복의 방법, 목적물에 대한 구체적인 반환 방법 등을 이해하고 있을 필요가 있다. 또한 채권자취소권에 따른 원상회복의 특수성을 더 잘 이해하기 위해서는 기존의 다른 제도인 부당이득반환과 계약 해제, 유류분반환청구권 행사에서의 원상회복의 양상을 검토해 볼 필요가 있다.

第2節 연구의 목적과 범위

이 논문의 목적은 채권자취소권에 따른 원상회복에 대한 이해를 위한 것이다. 그리고 원상회복에 대한 이해를 바탕으로 구체적으로 채권자취소권 행사에 따른 반환 범위에 사용이익이 포함되는 것이 바람직한지 알아보기 위한 것이다.

먼저 제2장에서는 채권자취소권에 따른 원상회복 일반론을 다룬다. 제1절에서는 채권자취소권의 의의 및 다른 제도와 비교를 통해 채권자취소권 제도의 취지를 살핀다. 제2절에서는 채권자취소권의 법적 성질 논의를 다룬다. 이러한 법적 논의는 취소소송의 성격, 상대방, 취소권 행사의

효력을 결정한다. 더불어 상대적 효력설을 취하고 있는 현재 통설·판례의 입장은 사용이익 반환 범위에도 영향을 미치기 때문에 고찰해 볼 필요가 있다. 제3절에서는 채권자취소권 행사에 따른 취소·반환 범위, 원상회복의 의미, 방법, 구체적 양상을 살핀다. 원상회복의 의미는 채권자취소권의 법적 성질에 따라 다르게 파악하므로 학설 별로 의미 차이를 살핀다. 원상회복은 원물 반환이 원칙이고 예외적 가액 반환이 일반적이거나 최근 가액 반환을 우선하자는 견해가 있어 이에 대한 고찰이 필요하다. 마지막으로 부동산, 금전·동산, 채권이라는 사해행위의 목적물에 따라 그동안 형성되어온 판례와 해석론을 다루어 본다.

가장 핵심적인 쟁점은 제3장의 부수적 이익 반환 여부에서 다룬다. 이론적 고찰을 하기 전에 우선 사용이익의 판례가 집행법과의 관계에서 어떤 의미와 위치를 가지고 있는 판례인지 살핀다. 그 후에 판례의 사실관계와 경과를 보고, 반환을 긍정하는 것이 타당한지 부정하는 것이 타당한지 그 근거는 무엇이 타당한지 고민해본다. 사용이익 반환에 대한 구체적인 조문이 우리나라에는 없기 때문에 다른 조문의 유추적용이 가능한지 고민해 보아야 한다. 특히나 실제로 제548조 제2항을 유추적용하자는 주장이 존재하고, 최근 민법 개정안에서 제748조를 준용하는 방향으로 입법이 이루어졌기 때문에 고찰의 필요성이 증대되었다. 하지만 우리 민법 안에 있는 조문들의 적용이 불합리하다고 생각되면 채권자취소권 제도의 성격에서 그 근거를 찾을 수밖에 없을 것이다. 그래서 채권자취소권 제도의 성격을 다양한 관점에서 살펴 더 바람직한 근거를 찾아보고자 한다. 마지막으로 우리나라 판례는 사용이익 반환의 결과와 지연손해금 반환의 결과를 다르게 보고 있어 이렇게 나뉘는 판례를 어떻게 인식해야 하는지 살펴볼 필요가 있다. 그래서 먼저 지연손해금 반환에 대한 판례의 사실관계와 경과, 현재 존재하는 관련 학설을 검토하고 최종적으로 양 판례의 관계에 대해 결론을 내려 보고자 한다.

第2章 채권자취소권에 따른 원상회복 일반론

第1節 채권자취소권의 의의 및 제도적 취지

채권자취소권이란 채권자를 해한다는 것을 알면서 행한 채무자의 법률 행위를 취소하고, 그러함으로써 그 사해행위에 의하여 빠져 나간 채무자의 재산을 회복하는 것을 목적으로 하는 채권자의 권리이다.⁶⁾

채권자의 권리 실현을 위하여 채무자의 공동담보 재산을 확보하기 위한 목적을 가지는 제도는 채권자취소권 이외에도 「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」상 ‘부인권’이라는 제도가 있다. 하지만 파산선고는 정책적 고려에서 쉽게 행해지지도 않을 뿐 만 아니라 매우 신중한 절차이다. 따라서 파산 제도 외에서 신속하게 채권의 공동담보 재산을 확보시킬 필요가 있는 제도가 필요했다. 실제로 채무자가 파산하게 되면 재산을 은닉하는 경우가 많으므로 채권자취소권은 파산 절차 이전의 부인권으로서 중요한 작용을 한다. 여기에 「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」상 부인권과 별도로 독자적으로 채권자 취소권을 인정하는 이유가 있다.⁷⁾ 이와 같이 부인권의 활용이 용이하지 않다는 점과 파산 선고를 받지 않고도 그 전에 채무자의 채권을 확보할 수 있다는 점이 실무상 신용보증기금이 1997년 IMF구제 금융 이후 채권자 취소소송을 활용하도록 촉진시켰다.⁸⁾

채권자취소권은 재판상 행사하여야 하지만 독일의 경우와는 달리 집행권원이 필요한 것은 아니기 때문에 채무자의 사해행위를 신속하게 방지할 수 있는 수단으로서 채무자의 책임재산을 보전하여 추후에 있을 강제

6) 광윤직, 채권총론 [민법강의Ⅲ] (제6판), 박영사 (2014), 144면.

7) 광윤직(주 6), 145면.

8) 김재형, “채권자취소권의 본질과 효과에 관한 연구”, 인권과 정의 제329호 (2004. 1.) 대한변호사협회, 110면.

집행을 용이하게 할 수 있는 실체법상 권리로서 의미가 있다.⁹⁾ 민법상 책임재산을 보전하는 방법은 채권자대위권도 있는데 채권자대위권은 채무자의 권리를 대신 행사하는 것으로 본래 있어야 할 상태를 만드는 것에 지나지 않으며, 채무자에게도 제3자에게도 미치는 영향력이 매우 적다. 하지만 채권자 취소권은 유효하게 성립한 채무자가 행한 행위의 효력을 부인하여 제3자로부터 책임재산을 회수해 오는 것이므로, 채무자와 제3자 사이에 본래 있어서는 안 되는 상태를 만들어 내는 것으로 채무자 및 제3자에 미치는 영향이 대단히 크다.¹⁰⁾ 따라서 채권자 취소권에서는 제도의 본래 취지가 채권자의 권리 확보이지만 채무자의 거래의 자유와 수익자 혹은 전득자의 거래 안전의 요청 또한 중요한 가치로 생각하여 채권자 취소권의 회복 범위를 고려해야 할 것이다.¹¹⁾

우리 민사소송법은 제72조에서 타인 사이의 소송결과에 의하여 자기의 권리가 침해되는 것을 주장하여 소송에 당사자로 참가할 수 있는데, 이는 소송법상의 권리로서 채권자와 채무자의 개념을 전제로 하고 있지 아니한다는 점에서 실체법상의 권리로서 채권자와 채무자의 개념을 전제로 하고 있는 채권자 취소권과는 본질적으로 다른 제도이다.¹²⁾

第2節 채권자취소권의 법적 성질

I. 논의의 필요성

채권자 취소권과 관련하여 과거 의용민법 제424조는 일본 민법의 영향

9) 김대정, “채권자 취소권의 법적 성질”, 한국민법이론의 발전: 무암 이영준 박사 회갑 기념 논문집 II 채권편 (99. 1.) 박영사, 673면.

10) 박윤직(주 6), 145면.

11) 지원림, “사해행위에 기한 저당권설정과 원상회복”, 민사판례연구 제30권 (2008. 3.) 박영사, 124-127면.

12) 임시규, “사해행위의 취소-판례를 중심으로”, 청주지방변호사회지 제1호 (2002. 1.) 청주지방변호사회, 41면.

을 받아 “법률행위의 취소를 법원에 청구할 수 있다.”고 정하였으나 현행 민법에서 ‘원상회복’을 추가하였다.¹³⁾ 현재 민법 제406조에서 “채무자가 채권자를 해함을 알고 재산권을 목적으로 한 법률행위를 한 때에는 채권자는 그 취소 및 원상회복을 법원에 청구할 수 있다.”고 하고 있다. 이러한 입법적 변화에 따라 원상회복을 이해하는 시각이 변화하게 되었다. 이러한 변화는 일본의 학설 간 다툼의 영향을 받은 것이므로 일본의 학설 간 대립을 살펴볼 필요가 있다.

채권자취소권의 대상·요건·상대방·내용 등에 관해 상세하게 규정하고 있는 독일과 달리 우리나라 민법은 일본 민법의 영향을 받아 개괄적인 규정만을 두고 있음을 밝힌 바 있다. 그래서 채권자취소권의 본질을 어떻게 파악하느냐에 따라 소송의 형태·내용·상대방 및 효과가 달라지기 때문에 법적 성질 논의는 유효성을 가지게 된다.¹⁴⁾

또한 채권자취소권의 법적 성질에 대한 논의는 제3장 제5절에서 논의하게 될 부수적 이익 반환의 문제에서 채권자취소권 제도의 성격 상 거래 안전을 고려하여야 한다는 논지의 이론적 기초를 제공해준다.

II. 일본민법에서의 학설과 판례

1. 형성권설

일본의 대심원 판례가 절충설과 상대적 무효설을 채택하자 이에 대한 비판이 일어났다. 이 비판을 시작한 학자는 석판음사랑(石坂音四郎)이었고 그가 주장한 학설이 독일의 물권설의 영향을 받은 형성권설이다.¹⁵⁾ 채권

13) 김준호, 채권법 (제7판), 법문사 (2016), 170면.

14) 박준서 편집대표, 주식민법 채권총칙(2) (제3판), 한국사법행정학회 (2000), 40면, (이상경 집필 부분)

15) 石坂音四郎, 債權者取消權(廢罷訴權)論, 民法研究(下卷), 有斐閣 (1920), 209頁. [이순동, 채권자취소권 (개정·증보), 육법사 (2012), 108면.]

자취소권은 채무자가 행한 사해행위를 취소하여 그 효력을 절대적·소급적으로 무효화하는 데 그 목적이 있는 형성권이라고 파악하는 견해이다.¹⁶⁾ 형성권설에 의하면 채권자취소소송은 채무자의 행위를 취소하는 ‘형성소송’이며, 원물반환은 취소의 결과로 생긴 채무자의 수익자 혹은 전득자에 대한 부당이득반환청구권을 채권자가 대위 행사하는 것이라고 본다. 이 학설은 일본 민법 제424조의 “취소할 수 있다.”는 명문규정을 잘 설명할 수 있는 학설이지만 채권자취소소송 외에 채권자대위소송을 제기해야한다는 점에서 번거롭다. 또한 취소의 효과를 채권자취소권의 목적 범위 내로 제한하지 않고 모두 무효화하여 거래안전을 해할 가능성이 많다는 비판점이 있다.¹⁷⁾

2. 청구권설

형성권설의 주장 이후 치본양조(雉本郎造)가 독일의 통설·판례인 채권설의 영향을 받아 청구권설을 주장하였다.¹⁸⁾ 청구권설에서는 채권자취소권의 본질을 일실재산의 반환청구권으로 보고, 채권자취소권은 법률의 규정에 의하여 직접 발생하는 순수한 채권적 청구권이라고 파악한다. 청구권설에 의하면, 채권자취소소송은 사해행위에 의하여 채무자의 일반재산으로부터 일탈된 재산을 되돌리는 것을 목적으로 하는 것이며, 사해행위의 취소는 그 전제에 지나지 않는다고 한다. 따라서 그 소의 성질은 재산반환청구의 상대방인 수익자 또는 전득자만을 피고로 하는 ‘이행소송’이다. 또한 그 청구의 효과는 채무자와 수익자·전득자 사이의 법률

16) 주로 일본민법전 제정 초기에 활약했던 학자들에 의하여 주장된 학설이다. [김대정 (주 9), 679면에서 재인용.]

17) 内田貴, 民法III 債權總論·担保物權 (第3版), 東京大學出版會 (1996), 289頁. [김대정 (주 9), 679면에서 재인용.]

18) 雉本郎造, 債權者取消權の訴の性質, 法學志林 第17卷 第12號 (1915), 63頁. [이순동 (주 15), 108면에서 재인용.]

행위의 효력에는 직접적으로 영향을 미치지 않는다고 한다.¹⁹⁾

그러나 채권자취소권을 채권적 반환청구권에 불과하다고 해석하는 것은 “취소를 청구할 수 있다.”고 규정하고 있는 의용민법의 범문에 반한다. 그 뿐 만 아니라 재산권을 이전하는 원인이 된 사해행위는 이루어졌지만 이행이 이루어지지 아니한 경우와 사해행위가 채무면제인 경우와 같이 취소만을 청구하면 목적을 달성할 수 있는 경우를 설명할 수 없다는 비판을 받고 있다.²⁰⁾

3. 절충설

앞서 밝힌 양설의 결점을 보충할 수 있다는 이유로 채권자취소권을 형성권과 청구권이 합체된 권리로 절충설이 대두되었고 통설적 지위를 차지하게 되었다.²¹⁾ 절충설은 취소의 효력을 절대적인 것으로 해석하느냐 아니면 취소채권자와 반환채무를 부담하는 수익자 또는 전득자 사이에서만 발생하는 상대적인 것으로 해석하느냐에 따라서 절대적 무효설과 상대적 무효설로 나누어진다. ① 절대적 무효설은 채권자취소권은 취소만이 아니고 항상 반환청구를 동반하는 것이지만, 사해행위의 취소는 어디까지나 사해행위를 그 당사자 사이에 효력이 없는 것으로 만드는 데 있으므로 취소의 효력은 절대적인 것이라고 하는 견해이다.²²⁾²³⁾ 이에 따르면 사해행위의 당사자인 채무자는 항상 취소소송의 피고가 되어야 한다는 결론이 된다.²⁴⁾ 상대적 무효설은 다시 취소의 효력을 물권적으로

19) 奥田昌道 編, 新版 注釋民法(10) II, 有斐閣 (1988), 787頁. (下森定 執筆 部分). [김대정(주 9), 679면에서 재인용.]

20) 内田貴(주 17), 289頁. [김대정(주 9), 680면에서 재인용.]

21) 我妻榮, 新訂 債權總論, 岩波書店 (1964), 175頁. [이순동(주 15), 109면에서 재인용.]

22) 박준서/이상경(주 14), 41면.

23) 鳩山秀夫, 日本債權法總論 (增訂改版) 岩波書店 (1925), 200頁 以下. [한국현(주 1), 193면에서 재인용.]

24) 日大判 明治38年(1905年)2月10日 民錄 第11輯, 150頁. [박준서/이상경(주 14), 41면에서 재인용.]

이론 구성하느냐 아니면 채권적 효력만을 가지는 것으로 이론 구성할 것이냐에 따라 채권적 상대무효설과 물권적 상대무효설로 나누어진다. ② 채권적 상대무효설은 취소는 재산이나 이득의 반환을 청구하는 소의 전체에 지나지 않는 것으로 채권자로서는 재판상 취소의 의사를 표시하면 충분하고 따라서 소의 형태는 이행의 소이고 판결의 주문에 취소를 명하여야 하는 것은 아니라고 한다.^{25).26)} ③ 통설·판례의 입장인 물권적 상대무효설은 사해행위를 취소하고 이를 근거로 하여 일탈한 재산의 반환을 구하는 권리이고 따라서 소송의 형태는 형성소송과 이행소송의 병합 형태가 되고 주문에도 취소의 선고가 필요하다고 본다. 다만 취소의 효력은 소송의 상대방인 채권자와 수익자 또는 전득자 사이에 상대적으로 생길 뿐이라고 한다.^{27).28)}

통설·판례가 취하고 있는 물권적 상대무효설에 대하여는 첫째, 상대적 무효라고 하면서도 부동산양도행위를 취소한 경우에 말소등기를 인정하는 결과 절대효를 인정하는 것과 실제상 큰 차이가 없는 결과가 된다는 이론상의 의문이 제기되고 있다. 둘째, 일탈 재산이 채무자의 일반재산으로서 강제집행의 대상으로 되는 것은 이론적으로 설명할 수 없다는 비판이 있다.²⁹⁾ 그러나 대부분의 학자들은 책임재산보전제도라는 채권자취소권제도의 목적을 직시하여 취소의 효력을 필요한 범위로 국한시키자는 판례이론의 근본취지에 찬성하고 있어 상대적 효력설은 일본에서 여전히 통설적인 지위를 누리고 있다.

25) 박준서/이상경(주 14), 42면.

26) 加藤正治, 廢罷訴權論, 破産法研究 IV, 有斐閣 (1919), 279頁. [한국현(주 1), 195면에서 재인용.]

27) 박준서/이상경(주 14), 42면.

28) 我妻榮(주 21), 175面 以下; 於保不二雄, 債權總論(新版), 有斐閣 (1980), 180頁; 星野英一, 民法概論III (債權總論), 良書普及會 (1992), 105頁 以下. [김대정(주 9), 680면에서 재인용.]

29) 下森定, “債權者取消權に關する一考察”, 法學志林 第57卷 3號·4號 (1959), 210頁. [김대정(주 9), 680면에서 재인용.]

4. 일본 판례의 입장

채권자취소권의 법적 성질에 관한 일본의 판례는 초기부터 사해행위를 취소하고 이것을 근거로 하여 일탈된 재산의 반환을 청구하는 권리라는 절충설의 입장을 취하여 왔다. 다만 취소의 효력에 관하여 초기에는 절대적 무효설을 취하는 등³⁰⁾ 혼란을 겪다가 明治44年(1911年)3月24日大審院判決³¹⁾에 이르러 비로소 상대적 무효설에 입각한 판례의 이론이 확립되기 시작하였다. 일본판례는 반환 청구의 피고적격은 수익자 또는 전득자만이고 채무자는 피고적격이 없다고 하였다.³²⁾ 또한 현실적인 재산급부가 수반되지 아니하는 경우에는 사해행위만의 취소를 구할 수 있을 뿐만 아니라 그것이 수반된 경우에도 사해행위의 취소와 재산반환을 함께 구하여야 하나 그 시기를 달리하여도 무방하다고 하였다.³³⁾

5. 책임설

판례를 지지하는 설이 통설화되는 가운데 상대적 취소이론의 결함을 극복하기 위해서 1960년 무렵부터 독일의 책임설의 영향을 받아 일본에서도 하림정(下林定), 중야정일랑(中野貞一郎)에 의해 주장되었다.³⁴⁾ 사해행위에 의해서 채무자의 재산이 일탈된다는 것은 그 재산이 채권자의 강제집행을 받을 책임이 소멸한다는 것을 의미한다고 본다. 따라서 채권자취소의 소는 그와 같은 책임적 반사효의 제거를 구하는 형성소송이며 그와 동시 혹은 판결의 확정 후에 상대방인 수익자 혹은 전득자가 재산을 보유하고 있을 때에는 강제집행수인의 소를, 보유하고 있지 않을 때에는

30) 日大判 明治38年(1905年)2月10日 民錄 第11輯, 150頁.

31) 民錄 第17輯 117頁; 日大判 大正9年(1920年)3月24日 民錄 第26輯 808頁.

32) 日大判 大正9年(1920年)3月24日 民錄 第26輯 808頁.

33) 日大判 大正4年(1915年)12月10日 民錄 第21輯 2039頁.

34) 이순동(주 15), 110면.

가액반환을 구할 수 있다고 한다.³⁵⁾

책임설에서는 앞에서 물권적 상대무효설이 가지고 있는 문제점에 대해 비판한다. 이에 대해 책임설에서는 집행인용판결을 집행권원으로 인정한다면 이와 같은 흠결을 극복할 수 있다고 본다. 하지만 이러한 비판에도 불구하고 판례 상 지지되는 이유는 첫째, 등기명의 말소와 같은 집행절차 상의 요건을 구비하였다면 집행기관으로서 그 효력이 등기말소를 청구한 취소채권자에게만 효력이 있는지 다른 누구에게도 효력을 미치는지 여부 같은 실체관계를 심사할 권한이 없으므로 집행절차를 개시할 수 밖에 없기 때문이다. 둘째, 수익자가 채무자와의 관계에서 일탈재산이 자신의 소유재산이라 주장하여 제3자이의의 소를 제기하려고 하여도 수익자는 취소판결의 효력을 받아 취소채권자에게 자신의 소유권으로 대항할 수 없게 되기 때문이다.³⁶⁾

일본 민법 하에서의 책임설 주장은 독일의 경우와는 달리 해석론 상 두 가지 어려운 문제에 부딪치게 된다. 먼저 독일의 경우 채권자가 「사해행위취소법」에 의하여 취소소송을 제기하기 위해서는 채무자에 대한 집행권원이 요구되는 데 비하여 일본민법의 경우에는 채무자에 대한 집행권원을 취소소송의 요건으로 요구하고 있지 않다. 따라서 채권자취소권을 책임법상의 무효의 효과를 발생시키는 제도로 파악할 만한 법적 근거가 부족하다. 둘째, 일본민사소송법에는 ‘강제집행인용의 소’와 같은 책임소송의 유형이 인정되고 있지 않을 뿐만 아니라 강제집행의 수인을 명령하는 절차도 존재하고 있지 않다.³⁷⁾ 이러한 비판은 일본의 채권자취소권 제도와 유사한 우리나라의 책임설 주장 시에도 그대로 타당한 비판이다.

35) 下林定(주 29), 20頁; 中野貞一郎, “債權者取消訴訟と強制執行”, 訴訟關係と訴訟行為, 民事訴訟雜誌 第6號 (1960), 160頁.[박준서/이상경(주 14), 42-43면에서 재인용.]

36) 이순동(주 15), 111면.

37) 星野榮一(주 28), 119頁. [김대정(주 9), 683면에서 재인용.]

6. 소권설

소권설은 일본 민법 제424조 제1항에서 취소권 행사는 재판상 행사만 할 수 있다는 명문 규정을 충실하게 반영하면서 채권자취소권은 일탈된 재산의 반환이 아니라 수익자에게 강제집행을 수인하게 하려는데 의의가 있다고 보는 이론이다. 즉 이 학설은 채권자취소권을 채무자의 재산으로부터 일탈한 수익자의 재산에 대해 수익자 명의로 둔 채 강제집행을 할 수 있는 소권으로 보는 견해이다.^{38),39)} 책임설과의 차이로는 책임설이 형성권인 취소권 판결을 통해 강제집행의 가능성을 창출한 다음 다시 책임판결로 강제집행인용의 소를 통해 판결을 얻어 강제집행을 하여야 하는 것과는 달리 소권설은 취소권 자체를 소권으로 파악하기 때문에 별도의 판결 없이 취소소송의 판결만으로 목적을 달성할 수 있다는 점이다.⁴⁰⁾

그러나 이 학설에 대해 첫째로 실체법과 절차법이 엄격하게 분리되어 있는 현재의 일본의 법체계 하에서는 소권개념을 받아들이기 어렵다는 점⁴¹⁾, 둘째로 소권설은 취소소송을 집행인용의 소라고 간주하고 있으나, 채권자취소권이 소권이라고 하여 현행 민사집행법이 인정하고 있지 아니한 ‘집행인용의 소’가 논리 필연적으로 인정되는 것은 아니라는 비판 점이 있다.⁴²⁾

38) 김천수·이상진, “채권자취소권의 법적 성질”, 성균관법학 17권 3호 (2005. 12.), 성균관대학교 비교법연구소, 254면.

39) 佐藤岩昭, “詐害行為取消權に關する一試論(四)”法學協會雜誌 第105卷, 第3號 (1983. 3.), 260頁 以下; 平井宜雄, 債權總論 (初版), 弘文堂 (1985), 213頁 以下에서 소권설을 취하였으나 債權總論 (第2版), 弘文堂 (1993), 280頁에서 판례의 입장인 물권적 상대 무효설로 입장을 변경하였다. [김대정(주 9), 684면에서 재인용.]

40) 김형배, 채권총론 (제2판), 박영사 (1998), 391면, 우리나라에서 이 학설을 취한 학자는 없으나 김형배 교수님을 비롯하여 주목할 만한 견해라고 보는 학자들은 있다.

41) 内田貴(주 17), 292頁. [김대정(주 9), 685면에서 재인용.]

42) 奥田昌道/下森定(주 19), 794頁 以下. [김대정(주 9), 685면에서 재인용.]

Ⅲ. 우리나라에서 판례 및 학설

1. 병합설 및 상대적 효력설

현재 우리나라 통설⁴³⁾과 판례⁴⁴⁾는 병합설 및 상대적 효력설이다. 병합설 및 상대적 효력설을 취한 판례의 입장의 기원이 되었던 판례는 대법원 1961. 11. 9. 선고 4293민상263 판결이다. 이 판례는 피고 Y가 원고 X의 담보권실행을 피하기 위하여 채무자 A와 A동산에 대한 허위의 가장 매매계약을 체결한 사안이다. X는 Y에 대한 채권을 보전하기 위하여 A동산을 가압류한 후 Y를 상대로 사해행위의 취소와 위 동산의 인도를 청구하였다. 이에 대해 대법원은 “채권자취소권은 채무자가 채권의 공동담보가 부족함을 알면서 재산 감소행위를 하였을 때에 그 감소행위의 효력을 부인하여 채권의 공동담보를 회복함을 목적으로 채권자에게 부여된 권리인바, 동 권리의 본질적 내용은 사해행위의 효력의 취소에 있다고 볼 것인가 또는 사해행위로 인하여 일탈한 책임재산의 반환에 있다고 볼 것인가에 관하여는 의론의 여지가 없지 아니할 것이나, 전자, 즉 형성권이 채권자취소권의 본질이라고 본다면 책임재산의 반환을 위하여는 다시 채권자대위권을 빌리지 아니하면 안 된다는 결론을 보게 되므로, 공동담보를 회복함을 목적으로 하는 제도에 합치한다고 볼 수 없는 것이다. 그리고 사해행위의 취소는 상대적으로밖에는 효력을 발생하는 것이 아니므로, 피고적격은 언제나 이익반환청구의 상대방, 즉 수익자 또는 전득자에게만 있다고 보아 채무자만을 피고로 하거나 또는 채무자를 동 취소권행사의 상대방으로 추가하여 공동피고로 할 수 없다고 보는 것이 타

43) 박윤직(주 6), 146면; 김상용, 채권총론 (개정판증보), 법문사 (2006), 253면; 김중환, 김학동, 채권총론 (제6판), 박영사 (1998), 194면; 송덕수, 신민법강의 (제8판), 박영사 (2015), 1068면; 김준호(주 13), 171-172면.

44) 대법원 2008. 4. 24. 선고 2007다84352 판결; 대법원 1984. 11. 24. 선고 84마610 판결; 대법원 1967. 12. 26. 선고 67다1839 판결.

당하다.”고 하였다. 즉 판례에 의하면 ① 채권자취소권의 본질은 사해행위의 취소와 책임재산의 반환 둘 다에 있다고 보아 병합설의 입장을 취하며, ② 사해행위 취소의 효력은 채권자와 수익자 또는 전득자 사이에서 상대적으로만 효력을 발생하므로⁴⁵⁾ 사해행위취소소송의 피고적격은 이익반환 청구의 상대방인 수익자 또는 전득자에게만 있지 채무자에게는 있지 않다는 상대적 효력설의 입장으로 볼 수 있다.^{46).47)}

상대적 효력설은 ‘취소’의 의미를 법률행위의 취소와 다르게 채권자취소권의 목적에 따라 한정적인 효력을 인정한 점은 이론적 장점이나 상대적 무효라고 보는 이론적 근거가 없다는 문제점도 가지고 있다.⁴⁸⁾ 이러한 비판점을 해결하기 위해 책임설, 절대적 효력설, 채권설 등 많은 이론들이 등장하였다. 하지만 아직 이보다 더 나은 이론이 없어 다수의 학자들은 이 이론을 지지 하고 있다.

2. 책임설

책임설은 채권자가 채무자와 수익자간의 법률행위를 실체법적으로 무효화시키지 않고 채무자의 재산을 강제 집행할 수 있도록 책임을 지는 ‘책임법적으로 무효화’시키는 것이라고 인식한다.⁴⁹⁾ 따라서 채권자취소권을 행사하면 수익자 혹은 전득자는 채무를 지는 것이 아니라 책임을 지는 자로 물상보증인과 동일한 지위에 있게 되어 그들을 피고로 하여 채권자취소소송의 소제기를 하면 되고 이를 반환 받기 위해서는 강제집

45) 대법원 2001. 5. 29. 선고 99다9011 판결.

46) 김옥근, “채권자취소권의 법적 성질”, 민법판례해설 III(채권총론), 경세원 (1996), 57면.

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

48) 송덕수(주 43), 1068면.

49) 고상룡, “채권자취소권의 법적 성질”, 고시계 26권 4호 (1981. 4.) 국가고시학회, 27면 이하; 고상룡, “사해행위 취소”, 판례월보 130호 (1981. 7.) 판례월보사, 142면; 김형배, “채권자취소권제도의 재구성”, 고시계 31권 9호 (1986. 9.) 국가고시학회, 38면 이하.

행 인용의 소(집행수인의 소)를 별도로 제기하여야 한다고 본다.⁵⁰⁾

책임설에 대한 비판으로 첫째, 책임설은 채권자가 취소권을 행사하면 수익자와의 관계에 대해 법정 채권 관계를 비롯한 어떤 실체법상의 효력에 대한 설명 없이 집행적 관점에서 책임법적 무효라고 설명하고 있다. 이러한 개념은 실체법상 법적 근거가 없는 효력을 인정하는 것으로 집행적 관점에 함몰되어 무리하게 만들어진 개념이라는 문제가 있다. 둘째, 책임설에 따라 실질적으로 채권자가 권리 실현을 하려면 강제집행 인용의 소를 제기하여야 하는데 책임설이 대두된 독일의 경우 이에 대한 제도가 집행법상 마련되어 있으나 한국의 집행법 상에는 존재하지 않는 소송 형태로 한국의 민법의 적실성도 떨어진다.⁵¹⁾

3. 절대적 효력설(신형성권설)

절대적 무효설에서 인식하는 채권자취소권의 취소는 법률행위의 취소와 동일하다고 파악한다. 따라서 채권자취소에서 채무자는 법률행위의 당사자가 되고 선의의 상대방과 같이 취소의 효과로부터 보호되어야 할 자가 아니므로 취소의 효력범위에 포함되어야 한다고 본다.⁵²⁾ 이에 따라 민사소송법 제67조 제1항에서 말하는 “소송 목적이 공동소송인 모두에게 합일적으로 확정되어야 할 공동소송의 경우”에 해당한다고 보고 고유 필요적 공동소송의 형태로 채무자 역시 소송에 들어와야 한다고 본다.⁵³⁾

채권자취소를 하고 형성적 권리가 행사되었기 때문에 대세적으로 무효화가 되고 그에 따른 반환을 청구하는 것으로 파악해 제406조의 법률문

50) 김형배(주 40), 389면.

51) 송덕수(주 43), 1068면.

52) 이은영(주 4), 481면.; 서광민, “채권자 취소권의 법적 구성”, 고시계 38권 4호 (1993. 3.) 국가고시학회, 62면.

53) 이은영(주 4), 481면.

언에도 충실하고 민법에서 ‘취소’의 통일적 해석을 추구한다는 점에서 이론의 의의가 있다. 하지만 이에 대해 가장 큰 비판점은 첫째, 법률행위의 취소와 채권자취소권의 취소를 구분하여야 한다는 점을 간과한 것이다. 둘째, 절대적 효력설은 채권자 취소권의 본래 목적에 맞게 제한하여 무효화 시키는 것이 아니므로 상대적 효력설이나 채권설보다 거래 안전을 더욱 해칠 수 있는 이론이다.⁵⁴⁾

4. 채권설

채권설 역시 상대적 효력설과 마찬가지로 채권자취소에서의 ‘취소’를 법률행위에서의 ‘취소’와 그 성질, 요건, 효과가 다르다고 파악한다. 법률행위의 취소 예를 들어 착오 취소의 경우는 법률 행위 표시 하자의 외관을 없애기 위해 무효화시키는 것이다. 반면 채권자취소에서는 채무자와 수익자 사이에 법률행위는 유효하고 단지 채권자가 강제집행을 할 수 있는 상태로 만들기 위해 채무자의 책임재산을 확보하기 위한 것으로 반드시 그 효력을 무효화할 필요는 없는 것으로 파악한다.⁵⁵⁾ 따라서 채권설에서는 채권자취소소송을 형성소송이 아니라 이행소송으로 파악하며, 그 피고적격자로 수익자나 전득자를 상대로 하면 되는 것이지 채무자를 포함시킬 필요는 없다고 본다.⁵⁶⁾

채권설은 첫째, 상대적 효력설과 실질적 차이가 없으며, 두 번째로 채권자취소권은 책임재산의 보전을 위하여 실체적 권리변동 자체를 취소하는 실체법상의 권리이므로, 소송법적으로 구성하는 데는 무리가 있다는 비판을 받는다.⁵⁷⁾

54) 김재형(주 8), 116면.

55) 김재형(주 8), 114면.

56) 김준호(주 13), 172면.

57) 서달주, “채권자취소권의 법적 성질”, 사법행정 39권 11호 (1998. 11), 한국사법행정학회, 42면.

5. 판례 및 학설 검토

앞서 밝혔듯이 채권자취소권의 법적 성질과 관련된 모든 학설에는 장점과 비판점이 있다. 그렇다면 어떤 입장에 따라 이론 구성하는 것이 나은지를 살펴보기 위해서는 일정한 기준을 세워 그에 가장 부합하는 이론을 취사선택 하는 것이 좋을 것이다. 그 기준으로 삼아야 하는 것은 채권자취소권제도의 성격에 대한 것으로 즉 악의로 채권의 공동담보가 되는 책임재산을 감소케 하는 채무자의 행위를 규율하고 일반채권자들의 이익을 보호해야 한다는 것이다. 하지만 채권자의 이익만 강조하다보면 채무자가 유효하게 행한 법률행위의 효력을 부인하고 일탈된 재산을 원상으로 되돌리는 강력한 효력이 전득자는 물론 법률행위의 당사자인 채무자와 수익자의 이해관계에 미치는 영향이 커서 거래의 안전을 위협할 여지가 있다. 따라서 결국 채권자취소권의 해석과 그 운용에 있어서는 책임재산 보전의 필요성과 채무자의 재산처분의 자유, 그리고 거래당사자의 이익 및 거래안전의 보호라는 서로 대립되는 규범원리 사이에 적당한 조화를 기할 수 있는 해석론의 수립이 필요하다.⁵⁸⁾ 그러한 관점에서 보았을 때, 형성권설과 절대적 효력설은 채무자와 수익자 간의 법률행위를 소급적 무효로 돌린다는 점에서 거래 안전을 매우 침해하는 이론으로 배제하는 것이 타당할 것이다.⁵⁹⁾ 반대로 책임설은 채무자와 수익자의 효력보다는 책임재산 보전에 초점이 맞추어져 거래안전에 기여하는 면이 있으나 집행인용의 소는 현행 민사소송법상 인정되지 않고 있으며, 채권자취소권의 행사에 집행권원을 요하지 않는 우리 민법상의 채권자취소권에 대한 해석론으로서의 채용되기는 어렵다.⁶⁰⁾ 청구권설, 채권설, 소권설은 취소권이라는 형성권 행사가 아니라 이행소송으로 보아 거래 안전에는 기여

58) 김증한 편집대표, (주식)채권총칙 (上), 한국사법행정학회 (1984), 387면. (김육곤 집필부분).

59) 奥田昌道 編/下森定(주 19), 794頁 以下 [김대정(주 9), 692면에서 채인용.]

60) 김대정(주 9), 692면.

하는 면이 있으나, 우리 민법 제406조의 “취소 및 원상회복”이라는 법률 문언에 합치되지 않아 배제해야 한다.⁶¹⁾ 결국 채권자의 이익과 거래 안전을 가장 잘 조화를 이룬 학설은 상대적 효력설이 될 것이다. 하지만 이러한 상대적 효력설에 대해 반환의 대상인 재산은 채무자와의 관계에서 여전히 수익자 또는 전득자의 재산이므로, 채권자가 채무자의 재산으로서 압류하여 강제 집행하는 것 자체가 이론상 불가능하다고 비판하는 학자가 많다.⁶²⁾ 하지만 이에 대해 수익자 또는 전득자로부터 반환받은 재산은 취소채권자와의 관계에서만 상대적으로 채무자 소유의 재산으로 본다는 것이 채권자취소권제도라고 본다면, 취소채권자가 수익자 또는 전득자로부터 반환받은 재산을 채무자의 재산으로서 압류하여 강제 집행하는 것은 오히려 당연하다고 보는 견해도 있다.⁶³⁾ 또한 상대적 효력설에 의할 경우, 취소의 효력은 취소채권자와 수익자 또는 전득자 사이에서만 미치므로, 취소채권자 이외의 채권자는 반환된 재산으로부터 배당을 받을 근거가 없게 되는데, 이는 “취소와 원상회복은 모든 채권자의 이익을 위하여 그 효력이 있다.”고 규정하고 있는 민법 제407조와 모순된다고 비판한다.⁶⁴⁾⁶⁵⁾ 그러나 채권자취소권은 채무자의 책임재산인 “일반재산”을 보전하기 위한 제도라고 한다면, 다른 채권자가 반환재산에 대하여 강제 집행할 수 있는 것은 당연하다고 보는 것이 타당하다.⁶⁶⁾ 결론적으로 상대적 효력설은 지금까지의 이론 중에서 채권자, 채무자, 수익자 또는 전득자 모두의 이익을 고루 반영하고 있고, 채권자취소

61) 김준호, 민법강의 (제18판), 법문사 (2012), 1137면.

62) 서달주(주 57), 71면.

63) 김대정(주 9), 693면.

64) 서달주(주 57), 71면.

65) 김중환/김육곤(주 58), 448면에서 “채권자취소권은 채권자라는 자격에서 채권자에게 고유하게 인정되어지는 하나의 특권으로서 채권자는 자기고유의 이름으로 개별적으로 이를 행사하는 것”이라는 결론을 내린 후, “이와 같은 채권자취소권제도의 취지와 기능을 고려할 때, 채권자취소권행사의 효과는 「모든 채권자의 이익을 위하여 그 효력이 있다」고 규정하고 있는 우리 민법 제407조의 규정은 그 타당성을 결하고 있다.”고 비판하고, 동조를 삭제하여야 한다는 입법론을 전개하기도 하였다.

66) 김대정(주 9), 694면.

권은 세밀한 법 이론에 입각한 제도라기보다는 “형평”과 도덕적 고려에 기초한 제도로서 기능하는 법정책임설의 법적 근거를 고려해 보았을 때도 가장 타당하다.

6. 우리나라·일본 개정안 검토

법리적으로 상대적 효력설은 취소의 효력이 채무자에게 미치지 않음에도 불구하고 일탈 재산이 부동산인 경우 채무자 명의로 회복되어 그 부동산에 대해 채무자의 책임 재산으로 강제 집행이 가능하게 되는 문제점이 있다. 또한 절차적인 면에서 보면 채무자는 자신의 행위가 취소당하는 당사자이므로 채권자취소소송에 관여할 기회를 가질 필요가 있다.⁶⁷⁾ 이를 해결하기 위해 일본은 최근 민법 제425조에서 채권자취소권 행사의 효력이 미치는 대상에 ‘채무자’도 포함시키기로 하였다. 이러한 일본의 개정에 대해 상대적 효력설을 포기한 것으로 보는 견해⁶⁸⁾도 있고, 상대적 효력설이 가지는 효력 상의 문제를 극복하고자 대상 범위를 확대한 것으로 보는 견해도 있다.⁶⁹⁾ 취소채권자의 절차상의 부담 등을 고려하여 피고에서 채무자를 제외하고, 대신 취소채권자에게 채무자에 대한 소송 고지의무를 명문화하는 것으로 대체하였다.⁷⁰⁾ 이를 통해 절차적인 견지에서 문제는 어느 정도 해결될 것으로 보고 있다. 그러나 주의할 점은 제425조에서 채무자에게 취소의 효력 범위를 확장시켰다고 하여 이 규정만으로 채무자 이외의 사해행위 취소소송의 피고가 아닌 수익자나 전득자 혹은 제3자에게까지 취소의 효력이 있다고 보는 절대적 효력설을 취

67) 윤진수·권영준(주 3), 520면.

68) 서희석, “일본 민법(채권 관계) 개정요강안의 검토”, 법무부 위탁형 용역자료 (2014. 12. 15.), 108면.

69) 이순동, “사해행위 취소권에 관한 일본 민법 개정안 연구-우리 채권자취소권 규정의 개정 방향을 탐구하며-”, 법조 65권 1호 (2016. 1.), 법조협회, 204-205면.

70) 서희석(주 68), 105면.

한 것으로 볼 수 없다는 점이다.⁷¹⁾

일본 민법을 계수하여 통설·판례가 상대적 효력설인 우리나라 역시 일본과 동일한 문제가 노정된다. 따라서 우리나라 역시 2012년 제4기 민법 개정위원회 3분과위원회⁷²⁾가 마련한 개정시안을 토대로 실무위원회⁷³⁾에서 검토·수정하였는데 이 때 취소의 효력 범위에 채무자를 포함시키거나 채무자에게 소송고지를 하는 방향의 조항 제안이 이루어졌다. 하지만 이러한 제안은 위원장단 회의에서 받아들여지지 않아 개정 대상에서 제외되었다. 그 이유로는 비교법적으로 채권자취소의 상대방에 채무자를 포함하는 입법례가 없다는 점, 채무자까지 반드시 피고로 삼게 하는 것이 소송경제 상 바람직하지 않다는 점, 채무자에게도 취소의 효력이 미쳐 채무자에게 원상회복 재산이 귀속되면 그 이후 수익자가 잉여부분을 돌려받는 것이 어려워진다는 점을 논거로 삼았다. 이렇게 우리나라에서 채무자를 취소의 효력 범위가 미치는 대상으로 삼는 개정이 이루어지지 못한 것은 오랫동안 유지되어 온 상대적 효력설을 과감하게 포기하기 어려웠던 사정이 반영된 것으로 보인다.⁷⁴⁾ 하지만 앞으로 일본 개정안의 발효에 따른 법리 운영과 판례의 추이를 살펴 상대적 효력설의 포기가 가지고 오는 문제점을 고찰하고 상대적 효력설보다 더 나은 대안이 있는 것인지 많은 연구가 필요할 것으로 보인다.

第3節 채권자취소권 행사에 따른 원상회복

71) 이순동(주 69), 244면; 윤진수·권영준(주 3), 522면.

72) 제4기 민법개정위원회 3분과위원회는 송덕수 이화여대 교수를 위원장으로 하고, 김재형 서울대 교수, 정진명 단국대 교수, 박동진 연세대 교수, 김동훈 국민대 교수, 강승준 서울중앙지법 부장판사, 안태용 법무법인 바른 변호사(이상 당시 직책 기준)를 위원으로 하여 구성되었다.

73) 실무위원회는 윤진수 서울대 교수를 위원장으로 하고 윤용섭 법무법인 율촌 변호사, 이태중 서울고법 부장판사, 권영준 서울대 교수를 위원으로 하여 구성되었다.

74) 윤진수·권영준(주 3), 521-522면.

I. 채권자취소권 행사에 따른 취소·반환의 범위

1. 문제점

채권자취소권을 행사하는 궁극적인 목적은 채무자의 책임재산을 보전하여 채권자에게 강제집행 대상을 집행권원 없이도 신속하게 확보할 수 있게 하는데 있다. 하지만 이렇게 보전한 책임재산을 채권자가 실질적으로 변제받으려면 강제집행 절차를 통하여야 한다. 그런데 이러한 강제집행의 제1단계인 압류의 대상이 되는 범위는 주관적으로는 채무자의 재산을, 객관적으로는 채무자의 책임재산의 범위 내여야 한다. 이에 대해 수익자·전득자의 재산을 채무자의 재산으로 보는 것이 문제가 있다는 이론상 지적도 있지만 채권자취소권의 목적과 상대적 효력설이라는 법적 성격을 고려해 보았을 때, 수익자의 대상을 일단 채권자 입장에서 채무자의 재산으로 보고 이를 집행하여도 실무적으로 수익자는 취소 판결의 효력에 따라 대항할 수 없기 때문에 이 문제는 어느 정도 해결이 된다. 그렇다면 남은 문제는 압류의 대상이 되는 채무자의 책임재산의 범위인데 이는 무한히 인정되는 것이 아니라 채권자가 취소권을 행사할 수 있는 범위로 한정되므로 이에 대한 검토가 필요하다.

2. 취소의 범위

채권자의 채권자취소권의 행사범위를 정하기 위해서는 기본적으로 세 가지 기준액이 고려될 수 있다. ① 취소권을 행사하는 채권자의 채권액, ② 사해행위시의 목적물의 가액, ③ 사실심변론종결 당시의 목적물의 가액이 바로 그것이다.⁷⁵⁾

75) 임채웅, “채권자취소권의 행사방법에 대한 연구”, 인권과 정의 제292호, 대한변호사협회지 (2000. 12.), 120면.

(1) 채권자의 채권액

1) 기본 원칙-사해행위 당시의 채권액

먼저 채권자의 채권액은 사해행위의 취소가 채권자대위권과는 달리 거래의 안전에 미치는 영향이 크므로 취소의 범위는 책임재산의 보전을 위하여 필요하고도 충분한 범위 내로 한정 된다.⁷⁶⁾ 따라서 사해행위의 일부만을 취소하더라도 책임재산의 회복에 의한 채권보전의 목적을 달성할 수 있는 때에는 채권자는 자기의 채권액을 초과하여 취소권을 행사할 수 없다.⁷⁷⁾ 판례 역시 취소의 범위는 취소권을 행사하는 채권자의 채권액을 표준으로 한다. 그 채권액 기준 시점과 관련하여 사해행위시를 표준으로 하여 사해행위 이후 새로 발생한 채권액은 포함되지 아니하나, 다만 사해행위 이후 사실심변론종결시까지 발생한 이자나 지연손해금이 포함된다고 한다.⁷⁸⁾

2) 예외- 채권자의 채권액 이상으로 취소를 허용하는 경우

가. 목적물이 불가분인 경우

현물반환에 의한 취소채권자의 이익보다 수익자의 손실이 더 클 경우, 즉 목적물이 불가분일 때 피보전채권액이 목적물 가액에 비해 작은 경우에 대하여는 ① 전부취소 및 원물반환을 명하여야 한다는 견해와 ② 일부취소 및 가액배상을 명하여야 한다는 견해가 대립한다.⁷⁹⁾ 판례는 목적

76) 박윤직 편집대표, 민법주해[IX], 채권(2), 박영사 (2011), 839면(김능환 집필부분).

77) 윤경, “사해행위 취소와 가액배상”, 저스티스 34권 5호, 한국법학원 (2001. 10.), 120면.

78) 김주수, 채권총론 [민법강의III], 삼영사 (1988), 216면; 현승중, 채권총론, 일신사 (1979), 214면; 대법원 2003. 7. 1. 선고 2003다19572 판결.

물의 가액이 취소채권자의 피보전채권액을 넘는 경우에도 사해행위의 전부취소 및 원물반환을 인정하고 있다.⁸⁰⁾ 예컨대 채무자에 대하여 500만 원의 채권을 갖고 있는 채권자가 사해행위에 해당하는 채무자의 수익자에 대한 시가 1,000만 원 상당의 1필지 토지 증여계약 전체를 취소하고 이전등기의 말소를 청구할 수 있는가 그렇지 않고 “500만 원의 한도”에서 취소하고 가액반환으로서 500만 원의 지급을 청구할 수 있을 뿐인가의 문제이다. 이에 관한 일본판례는 1동 건물을 증여한 경우와 같이 사해행위의 목적물이 ‘불가분’물인 경우에는 채권자는 그 채권액이 건물의 가액보다 적은 경우라 하더라도 그 증여계약 전부를 취소하고 수증자 명의의 이전등기를 말소하여 채무자 앞으로 등기명의를 회복할 수 있다고 한다.⁸¹⁾ 우리 대법원 판례는 한 걸음 더 나아가 ‘복수’의 목적물이 “경제적인 이유로 불가분의 관계”에 있는 경우에도 사회경제적 단일성이 있는지를 기준으로 하여 전부 취소를 인정하고 있다. 즉 ① 대지의 가격만으로도 채권자의 채권액보다 다액이라 하여 대지와 건물 중 일방만을 취소하게 되면 건물의 소유자와 대지의 소유자가 다르게 되어 그 가격과 효용을 현저히 감소시킨다는 이유로 대지와 건물 전부에 대한 매매계약의 취소와 그 등기의 말소를 인정하고 있고,⁸²⁾ ② 자동차운수사업 면허권과 부대시설 전부 및 차량에 대한 양도계약이 사해행위에 해당하는 경우 그 양도한 차량 전체가 다른 부대시설과 함께 하나의 노선면허권의 대상으로 되어 분할 취소하게 되면 경제적 실정에 적합하지 않기 때문에 채권총액을 넘는 범위까지 취소할 수 있다고 한다.^{83).84)}

79) 윤경(주 77), 129면.

80) 대법원 1997. 9. 9. 선고 97다10864 판결요지 [3] 사해행위 취소의 범위는 다른 채권자가 배당요구를 할 것이 명백하거나 목적물이 불가분인 경우와 같이 특별한 사정이 있는 경우에는 취소채권자의 채권액을 넘어서까지도 취소를 구할 수 있다.

81) 日最高裁 昭和30(1956年)10月11日 民集 第9卷 11號 1626頁.[김창중, “채권자취소권 행사에 의한 원상회복의 방법 및 내용”, 사법논집 제26집, 법원도서관 (1995. 12.), 153면에서 재인용.]

82) 대법원 1975. 2. 25. 선고 74다2114 판결.

83) 대법원 1975. 6. 24. 선고 75다625 판결.

나. 다른 채권자가 배당요구를 할 것이 명백한 사정이 있는 경우

다른 채권자가 있고 그 채권자가 배당 요구할 것이 명백한 경우에는 그 채권자의 채권액도 합산하여 원상회복을 청구하게 된다. 여기서 ‘다른 채권자가 배당요구를 할 것이 명백한 경우’란 다른 채권자들이 채권단을 구성하고 있는 등의 사정이 있는 경우를 말한다.⁸⁵⁾ 문제는 당해 채권자취소의 소에서의 피고가 사해행위자에 대한 채권자이기도 한 경우, 피고가 위 판례에서 말하는 ‘다른 채권자’에 포함될 것인가에 있다. 이에 대해 수익자도 배당요구를 하여 올 것으로 보지 않을 이유가 없으므로 포함하는 것이 옳다고 보는 견해가 있다.⁸⁶⁾ 이에 대해 판례도 예를 들어 채권자 중 1인에 대한 근저당권 설정이나 대물변제가 이루어진 것과 같이 수익자도 채권자 중 1인인 경우, 원상회복된 채무자의 재산에 대한 강제집행절차에서 배당을 요구할 권리가 있다고 보고 있다. 사해행위로 담보제공이 이루어졌다면 사해행위의 상대방인 수익자는 그의 채권이 사해행위 당시에 그대로 존재하고 있었고 대물변제가 이루어졌다면 사해행위가 취소되면서 그의 채권이 부활하게 되는 결과 본래의 채권자로서의 지위를 회복하게 되는 것이므로 다른 채권자와 함께 제407조의 채권자에 해당하게 되는 것이다.⁸⁷⁾

위에서 채권자의 채권액 이상의 취소와 원상회복을 구할 수 있는 예외의 2가지 경우를 검토하였는데 주의할 것은 이 예외들은 어디까지나 사실상 ‘원물반환’의 경우에만 해당된다는 것이다. 왜냐하면 가액반환을 하는 경우 채권자가 지급받는 가액배상금에 대해서는 다른 채권자들이 배당요구를 할 수 없으므로 이때에는 취소채권자는 자신의 채권액을 초

84) 김창중(주 81), 153-154면.

85) 대법원 1997. 9. 9. 선고 97다10864 판결.

86) 임채웅(주 75), 124면.

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

과하여 가액배상을 구할 수 없기 때문이다.⁸⁸⁾ 또한 목적물이 불가분인 경우, 목적물이 복수인 경우는 가액배상에서는 상정할 수 없기 때문이다.

(2) 사해행위시의 목적물의 가액

사해행위 시의 목적물의 가액을 따져보는 실익은 사해행위의 성립 여부를 판단하는 데 필요하기 때문이다. 즉, 사해행위 당시 목적물에 딸려 있는 각종 담보물권이나 제3자에게 대항이 가능한 부담은 공제하고 나머지만이 사해행위가 되어야 하는 것이므로, 이러한 담보물권이나 부담이 있는 경우 사해행위 당시의 목적물의 가액을 반드시 조사하여야 할 것이다. 그리하여 그 잔존가액과 채권자들의 채권총액을 비교하여 사해행위 여부를 판단하여야 한다.⁸⁹⁾

(3) 사실심변론종결시의 목적물의 가액

사실심변론종결시의 목적물의 가액을 따져보는 실익은 주로 가액배상을 명하는 경우에 있다. 가액배상은 원물반환에 갈음하는 것이고 원물반환 의무의 존부는 채권자취소소송의 사실심변론종결시를 기준으로 하여 판단되는 것이므로 가액산정 역시 사실심변론종결시를 기준으로 하여야 한다. 가액배상액을 고려할 때 공제하여야 할 담보권과 관련된 피담보채권액은 사실심변론종결시의 피담보채권액이 된다.⁹⁰⁾

II. 법적 성질에 따른 원상회복의 의미

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

89) 임채웅(주 75), 126면.

90) 임채웅(주 75), 127-128면.

사해행위로 인하여 일탈된 재산권의 반환을 구하는 ‘원상회복’의 의미와 관련하여 단순히 법률행위의 무효화를 전제로 재화의 이전을 원상태로 회귀한다는 의미로 새길 수 없다. 왜냐하면 채권자취소권의 ‘취소’의 의미를 법률행위의 취소의 의미와는 다르게 파악해야하기 때문이다. 통설과 판례인 병합설 및 상대적 효력설에서 ‘원상회복’은 형성소송을 통해 법률행위의 취소보다 일탈 재산의 반환이라는 목적에 맞게 축소된 의미의 취소권을 행사하고 이행소송을 통해 채권자 입장에서 사해행위하기 전의 재산 상태로 돌려놓는 것을 의미하는 것으로 볼 수 있다. 판례는 “채권자취소권은 채무자가 채권자를 해함을 알면서 일반재산을 감소시키는 행위를 한 경우에 그 행위를 취소하여 채무자의 재산을 원상회복시킴으로써 채무자의 책임재산을 보전하기 위하여 인정된 권리로서, 사해행위의 취소 및 원상회복은 책임재산의 보전을 위하여 필요한 범위로 한정되어야 하므로, 원래의 책임 재산을 초과하는 부분까지 원상회복의 범위에 포함된다고 할 수 없다.”⁹¹⁾고 하였다.

반면에 절대적 효력설(신형성권설)의 입장에서 채권자취소권을 법률행위의 취소와 동일하게 취급하여 법률관계를 소급적으로 소멸시키는 의미의 취소로 보기 때문에 무효가 된 수익자 혹은 전득자로의 일탈재산은 채권자 입장에서는 부당이득적인 성격을 가지게 되고 ‘원상회복’을 통해 이를 반환받아 사해행위적 법률행위가 없었던 상태로 복귀하는 것을 의미한다. 반면 책임설 입장에서 채권자취소권은 실체법상으로 채무자와 수익자 간의 법률행위를 무효화시키는 것이 아니라 수익자 혹은 전득자의 재산을 채권자가 강제집행할 수 있도록 책임법적으로 무효화시키는 것을 의미하며 ‘원상회복’은 채권자 입장에서 일탈되었던 채무자의 재산을 강제집행을 할 수 있는 지위로 회복시키는 것을 의미한다. 소권설의 경우, 채권자취소권을 강제집행인용의 소를 다시 제기해야하는 강제

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

집행을 할 수 있는 형성권이 아닌 소권으로 파악하고 ‘원상회복’은 이러한 소권의 행사로 강제집행 할 수 있는 지위로 일탈재산을 회복시키는 것을 의미한다. 마지막으로 채권설 입장에서 채권자취소권을 병합설 및 상대적 효력설이 형성권으로 보는 것과 다르게 강제집행을 할 수 있는 이행청구권으로 파악하고 이러한 이행청구권 행사에 따른 ‘원상회복’은 채무자와 수익자간의 법률관계를 상대적으로 그리고 물건적으로 무효화시켜 회복시키는 것이 아니라 단지 채권자가 원활하게 채무자의 재산에 공취력을 행사할 수 있는 상태에 두는 것을 의미한다. 채권설에서 원상회복의 의미를 상대적 효력설의 사해행위의 이전상태로 복귀의 의미보다 더 좁게 파악하는 이유는 채권자취소권 제도가 채권자를 보호하면서 채무자에게는 처분의 자유를 박탈하고 선의이거나 대가를 지불한 제3자인 수익자·전득자의 재산권에 커다란 영향을 미칠 수 있기 때문이다. 즉 채권자취소권은 채무자의 책임재산으로 강제집행 상태에 놓일 수 있게 하는 것만으로 제도의 목적을 다하는 것으로 본다.⁹²⁾

Ⅲ. 사해행위 취소에 따른 원상회복의 방법

1. 원물 반환을 원칙으로 하는 이유

채권자취소권을 규정하고 있는 제406조와 제407조에는 원상회복이라고만 규정하고 있지 그 방법과 순서에 대해서는 언급이 없다. 하지만 통설과 판례의 입장인 상대적 효력설 입장에서는 앞서 살펴보았듯이 사해행위의 취소는 전체 채권자를 위한 일반채권의 공동담보를 확보하기 위한 책임재산 보전을 목적으로 삼고 있다. 이에 따라 ‘원상회복’의 의미는 형성소송을 통한 법률행위의 취소보다 일탈재산의 반환이라는 목적에 맞

92) 김재형(주 8), 121-122면.

게 축소된 의미의 취소권을 행사하고 이행소송을 통해 채권자 입장에서 ‘사해행위하기 이전의 재산 상태’로 돌려놓는 것을 의미한다. 이러한 관점에서 원물반환을 원칙으로 하고 원물반환이 불가능하거나 현저히 곤란한 경우에 한하여 예외적으로 가액반환하는 것으로 보고 있다.⁹³⁾ 원물반환을 원칙으로 보는 근거로 첫 번째, 가액반환을 받은 채권자가 상계나 변제충당 등의 방법에 의하여 사실상 우선변제를 받을 수 있다는 점에 비추어 가액반환을 일반적으로 인정하면 제407조의 ‘채권자 취소권에 의한 취소와 원상회복은 모든 채권자의 이익을 위해 효력이 있다.’는 의미가 사문화 될 우려가 있다는 점이다. 두 번째, 목적물 자체의 반환이 가능한 경우에 원상회복의무를 부담하는 수익자 또는 전득자로서도 가액반환보다 원물반환을 원하는 경우가 있을 수 있는데 채권자의 임의선택에 따라 가액반환을 강요하는 것은 타당하지 않다는 점 등을 들고 있다.⁹⁴⁾ 하지만 명확한 명문 규정도 없는 상황 하에서 원물반환을 우선하는 경우 소유권이 분화되어 법률관계를 복잡하게 하는 등 여러 가지 문제를 발생시킬 수도 있다. 따라서 원물반환을 원칙으로 삼는 것이 바람직한 것인지 검토할 필요가 있다. 일단 이러한 논의에 앞서 현재의 판례의 입장에서 원물반환과 가액배상과 관련된 해석론을 살피고자 한다.

2. 학설 및 판례의 입장

93) 대법원 1998. 5. 15. 선고 97다58316 판결에서 “원물반환이 불가능하거나 현저히 곤란한 경우라 함은 원물반환이 단순히 절대적, 물리적으로 불가능인 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 경료되었다면 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.”고 하였다.

94) 김능환, “채권자 취소권 행사방법-부동산이 전전 양도된 경우를 중심으로”, 사법행정 32권 10호 (1991. 10.), 한국사법행정학회, 39면; 김창중(주 81), 80면.

(1) 원물반환의 원칙

목적물 자체의 반환이 가능한 경우에는 원물반환을 하여야 하며 원물반환이 가능한 경우에는 가액반환을 청구하지 못한다. 설령 일부 취소한 경우라도 사해행위의 목적물이 가분이라면 그 분할한 것의 반환만을 청구하여야 한다고 한다. 가액배상을 명해야 할 사안에서 원고가 원물반환만 구하고 있는 경우에 판례는 원물반환을 구하는 청구취지 속에는 가액배상을 구하는 취지도 포함되어 있다고 볼 수 있기 때문에 청구취지의 변경이 없더라도 바로 가액반환을 명할 수 있다고 하고 있다.⁹⁵⁾ 원고가 원물반환을 고집하면서 가액반환은 구하지 않겠다는 의사를 명시적으로 밝히는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 원고가 구하는 바에 따라 원물반환을 명하면 되는 것이지 채권자취소권의 행사방법이 잘못되었다는 이유로 이를 기각할 것은 아니다. 채권자가 스스로 위험이나 불이익을 감수하면서 원물반환을 구하는 것까지 금지되는 것은 아니기 때문이다.⁹⁶⁾ 다만, 이와 같은 경우 원상회복청구권은 사실심변론종결 당시 채권자의 선택에 따라 원물반환과 가액배상 중 어느 하나로 확정된다. 그리고 채권자가 일단 사해행위취소 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.⁹⁷⁾

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

96) 대법원 2001. 2. 9. 선고 2000다57139 판결, 하지만 기존에 설정되어 있던 근저당권이 사해행위 이후 말소된 경우 원고가 구하는 대로 원물반환을 명하게 되면 당초 일반채권자들의 공동담보로 되어 있지 아니하던 부분까지 회복을 명하는 결과가 되어 공평에 반하게 되는 특별한 사정이 있는 경우에는 원물반환을 명할 수 없고 결국 원고의 청구를 기각할 수밖에 없을 것이다.

97) 대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다54978 판결.

(2) 소수설로서 원물반환이 원칙일 필요없다고 보는 견해

사해행위 취소는 부당하게 취득한 이득을 손실자에게 반환해야하는 부당이득과 같은 제도가 아니라, 채권자에게 공동담보가 되는 채무자의 책임재산 회복을 목적으로 하는 것으로 책임재산은 결국 금전적 가치를 파악하는 것이므로 금전적 가치가 회복되면 되는 것이지 꼭 원물 자체가 회복되어야 하는 것은 아니라고 보는 견해가 있다.⁹⁸⁾ 이 견해는 채권자 취소권은 채권자를 보호하기 위해 어느 정도 수익자를 희생시키는 제도이지만 채무자는 자신의 재산에 대한 처분의 자유가 있고 수익자 역시 유효한 법률관계에 기초해 이익을 얻은 것이므로 거래안전을 고려하여 그 희생을 최소화할 필요가 있다는 사고에 기초해 있다.⁹⁹⁾ 그 구체적인 근거로 ① 원물 반환을 고집할 경우 수익자는 사해행위로 목적물을 취득하는데 얼마나 출연을 하였는지를 불문하고, 심지어는 정당한 대가를 지급하였음에도 취득한 모든 것을 잃어야 한다. 반면 채권자는 자기 채권 만족에 필요 없는 부분까지 인지대 등의 비용을 들여 반환을 구하지 않을 수 없게 되어 채권 만족에 필요한 집행 재산의 회복이라는 목적 달성을 넘어 수익자에게 과도한 희생을 강요하게 된다고 한다.¹⁰⁰⁾ ② 원상회복으로서의 원물반환은 자칫 소유권의 분화 등 법률관계의 복잡성을 초래할 우려가 큰 점을 고려해야 한다고 본다. 예컨대 수익자에 대하여 원물 반환판결이 났으나 전득자에 대하여는 패소함으로써 원물반환을 받을 수 없게 된 경우 수익자에 대하여 다시 가액반환을 구할 수 있느냐의 문제

98) 한호형, “채권자취소제도 운용에 관한 시론”, 사법연수원논문집 제1집 (2004), 사법연수원, 106-107면; 지원립, “사해행위취소에 따른 원상회복의 방법- 원물반환과 가액상환의 관계를 중심으로 -”, 안암법학 25호 하 (2007. 11.), 고려대학교, 786-792면; 송홍섭, “저당권이 설정된 부동산을 채무자가 제3자에게 양도한 행위가 사해행위가 되는 경우 사해행위취소의 범위와 방법”, 민사판례연구 XX 20권 (1998. 6.), 박영사, 150-152면.

99) 지원립(주 98), 774-776면.

100) 한호형(주 98), 106-107면.

가 있는데, 일반적으로는 쉽게 인정되기 어려울 것이라고 본다. 부동산의 경우 원상회복방법으로서 말소등기 외에 진정명의 회복을 위한 이전등기의 방법을 인정한다하더라도 이전등기 자체도 상대적 효력밖에 없는 이상 법률관계의 복잡성을 완전히 회피할 수 없음은 마찬가지라고 한다.¹⁰¹⁾ ③ 채권자취소 제도가 본래 사해행위로 인하여 채권자가 입은 손해의 전보에 있으며, 제도 자체가 하나의 세밀한 법 이론에 입각한 것이 아니고 “형평과 도덕적 고려”에 입각한 제도 즉 법률행위에 본질적 결함이 있는 경우가 아니고 행위자의 비난받을 만한 의도나 동기에 법률적 제약을 가한다는 점인 점에 비추어, 원상회복의 방법에 있어서도 지나치게 일률적인 사고를 할 것은 아니라고 한다.¹⁰²⁾

최근 판례는 “가액 배상의 방법으로 원상회복이 이루어져야 한다고 하더라도 채권자와 수익자 모두 원물반환을 원하고 있고, 원물반환에 의한다 하더라도 일반 채권자들을 위한 책임재산의 보전이라는 채권자취소권의 목적 달성에 별다른 지장이 없는 경우라면 굳이 가액배상을 고집하기 보다는 사해행위 취소에 따른 본래적 의미의 원상회복의 방법인 원물반환에 의하는 것이 오히려 공평의 관념에 부합한다고 할 것이고, 이러한 수익자의 의사는 사해행위 취소의 효과로 수익자가 원상회복의무를 부담하는 때인 사해행위취소소송의 사실심변론종결시를 기준으로 판단함이 상당하다.”¹⁰³⁾고 하였다. 물론 가액반환을 원칙으로 삼아도 된다는 판례는 아니지만 적어도 원칙과 예외를 완전히 구분할 필요가 없어도 된다는 시각의 판례가 나오고 있는 듯하다. 채권자의 책임재산의 보전과 공평의 관념에 부합하는 결과만 될 수 있다면 원물반환이든 가액반환이든 중요한 것은 아니라고 해석해 볼 여지가 있을 것이다.

현재 원상회복과 관련하여 검토되는 ① 채권자취소, 부당이득반환, 계약

101) 송홍섭(주 98), 150-151면.

102) 송홍섭(주 98), 151면.

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

해제를 비교해 보자면 원상회복의 의미는 동일하지 않다는 점, ② 원물 반환을 원칙으로 하고 예외적 가액반환을 하게하는 규정은 민법 제747조에만 규정되어 있을 뿐 채권자취소와 계약 해제에 있어 규정되어있지 않아 해석에 맡겨져 있다는 점, ③ 악의인 수익자일지라도 정당한 대가를 지급하고 취득한 자인만큼 거래 안전도 고려해야한다는 점을 고려해 본다면 채권자취소권 행사에 따른 원상회복에 있어서 반드시 원물 반환을 고집할 필요는 없다는 견해는 참고할 만하다.

(3) 예외적 가액 반환 원칙

1) 가액반환의 의의

민법 제406조는 원상회복을 청구할 수 있다고만 규정하고 있고, 이는 일반적으로 다음과 같이 해석된다. 즉, 원상회복은 사해행위 이전의 상태의 복원을 의미하고, 그 방법은 채무자의 책임재산의 보전이라는 채권자취소권의 취지에 비추어 볼 때 사해행위로 일탈한 채무자의 재산 그 자체의 환원, 즉 원물반환이고, 그것이 불가능한 예외적인 경우, 예컨대, 목적물이 멸실되었거나, 금전과 같이 수익자 또는 전득자의 일반재산에 혼입되어 특정성을 상실하거나, 수익자가 선의의 전득자에게 양도해버린 경우와 같이 사실상 또는 법률상 불가능한 경우, 이 제도가 책임재산의 보전에 이바지하고자 하는 취지상 그 가액배상도 원상회복의 한 방법이 된다고 본다.¹⁰⁴⁾

2) 가액반환의 법적 성질

104) 윤경(주 77), 123면; 박준서/이상경(주 14), 109면.

가액 배상의 법적 근거에 대해 ① 부당이득에 의한 악의의 수익자의 반환의무(제748조 2항)에 준하는 것이라는 견해, ② 점유자의 회복자에 대한 손해배상채무(제202조)에 준한다는 견해, ③ 대상청구의 일종이라는 견해 등이 대립하고 있었으나¹⁰⁵⁾, 통설과 판례의 입장은 형평의 견지에서 법률에 의하여 원상회복의무의 일종으로 상대방에게 인정된 것이라는 입장이다.¹⁰⁶⁾ 판례는 가액배상은 ‘형평’의 견지에서 법이 특별히 인정한 ‘원상회복의무’의 일종으로, 목적물의 반환이 불가능하거나 현저히 곤란하게 됨으로써 성립하고, 그 외에 그와 같이 불가능하게 된 데에 상대방인 수익자나 전득자의 고의나 과실을 요하는 것은 아니라고 하고 있다.¹⁰⁷⁾¹⁰⁸⁾ 채권자취소권의 법적 근거를 ‘형평’에 근거한 법정채권관계로 파악하는 이상 그 연장선상에서 바라본 통설과 판례의 입장이 논리 일관적이라고 생각된다.

3) 원물반환과 가액반환의 구별기준

여기서 ‘원물반환이 불가능하거나 현저히 곤란한 경우’라 함은 원물

105) 이상경, “채권자취소소송에 있어서 원상회복방법 및 채권의 만족방법”, 중앙법학 창간호 (1999. 6.), 중앙법학회, 94면; 곽윤직/김능환 편집대표(주 76), 845면 이하.

106) 강세빈, “채권자취소권의 행사에 따른 원상회복방법- 원물반환 또는 가액배상의 구별을 중심으로 -”, 재판실무연구 2008 (2008. 1), 광주지방법원, 184면; 박준서/이상경(주 14), 109면.

107) 대법원 1998. 5. 15. 선고 97다58316 판결.

108) 이에 대하여, “수익자가 부동산을 매수하였는데 그의 귀책사유가 없이 인근에서 번져온 화재나 천재지변으로 건물이 멸실되었다면 그 경우에는 민법 제390조 단서의 규정에 따라 손해배상의무나 원물반환에 갈음하는 가액배상의무는 없다고 하여야 할 것이다. 채무자 및 수익자의 사해행위가 없었다 하더라도 목적물은 결국 멸실되어 채권자들의 집행재산이 될 수 없었던 것인데, 사해행위로 수익자가 그 소유권을 취득한 사실이 있다는 것만으로 채권자들은 천재지변에 의한 손실을 피하게 된다면 이는 채권의 공동집행재산의 보전이라는 사해행위취소의 목적을 벗어난 것이다. 목적물이 자연적인 노후로 멸실 직전에 이르러 가격이 극도로 하락하였다 하더라도 원물이 존재하면 이를 그대로 반환하면 될 것인데, 그 목적물이 멸실된 경우에는 멸실되지 아니한 것을 전제로 목적물의 가액을 산정하여 이를 배상하게 한다면 부당함이 명백하다.”는 비판이 있다. [한호형(주 98), 109면.]

반환이 단순히 절대적, 물리적으로 불능인 경우가 아니라 사회생활상의 경험법칙 또는 거래상의 관념에 비추어 채권자가 수익자나 전득자로부터 이행의 실현을 기대할 수 없는 경우를 말한다고 한다.¹⁰⁹⁾ 이러한 경우의 구체적인 양상은 지금까지 나온 판례군(群)을 토대로 목적물의 양도 및 제한물권의 설정, 일부 취소의 경우로 나누어 살펴볼 수 있다. ① 먼저 사해행위의 목적물을 수익자가 전득자에게 양도하여 버린 경우나¹¹⁰⁾ 사해행위 후 그 목적물에 관하여 제3자가 저당권이나 지상권 등의 권리를 취득한 경우¹¹¹⁾ 수익자가 목적물을 다시 찾아올 수 있다거나 저당권 등의 제한이 없는 상대로 회복하여 이전하여 줄 수 있다는 등의 특별한 사정이 없는 한 채권자는 수익자를 상대로 원물반환 대신 가액 상당의 반환을 구할 수 있다. ② 목적물이 불가분인 경우 예외적으로 채권자의 채권액 이상 취소 청구를 할 수 있다고 보는 우리 대법원 판례¹¹²⁾는 한 걸음 더 나아가 ‘복수’의 목적물이 “경제적인 이유로 불가분의 관계”에 있는 경우에도 사회경제적 단일성이 있는지를 기준으로 하여 전부 취소를 인정하고 있다.¹¹³⁾ 하지만 사해성이 일부에 존재하고 사해행위가 가분인 한 행위의 전부를 취소할 수 없다. 예를 들어 자산이 5,000만원, 부채 4,500만원을 자신 채무자가 1,000만원을 증여한 경우 채권자는 증여의 일부인 500만원 부분 만 취소를 구할 수 있다.¹¹⁴⁾

109) 대법원 1998. 5. 15. 선고 97다58316 판결. 이 판결은, 채권자가 악의의 수익자를 상대로 사해행위의 취소와 원물반환을 구하면서 처분금지가처분을 하여 두었으나 위 소송 도중 수익자가 위 가처분의 취소판결을 받은 후 본안마저 제1심에서 승소하자 가처분등기를 말소한 후 목적부동산을 제3자에게 양도하여 버렸음에도 채권자가 원물반환청구를 그대로 유지하였다. 그 후 항소심에서 승소하였으나 원물반환으로서 소유권 이전등기의 말소등기를 할 수 없게 되자 다시 수익자를 상대로 가액상환을 구한 사안이다.

110) 대법원 1998. 5. 15. 선고 97다58316 판결.

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

112) 대법원 1997. 9. 9. 선고 97다10864 판결에서 “사해행위 취소의 범위는 다른 채권자가 배당요구를 할 것이 명백하거나 목적물이 불가분인 경우와 같이 특별한 사정이 있는 경우에는 취소채권자의 채권액을 넘어서까지도 취소를 구할 수 있다.”고 하였다.

113) 대법원 1975. 6. 24. 선고 75다625 판결; 대법원 1975. 2. 25. 선고 74다2114 판결.

4) 가액배상 산정의 기준시점

가액배상은 원물반환에 갈음하는 것인 만큼, 그 가액을 산정하는 시기 역시 사해행위취소의 효과가 발생하는 시점인 취소판결의 확정시로부터 가장 가까운 채권자취소소송의 사실심변론종결시를 기준으로 판단하여야 한다.¹¹⁵⁾¹¹⁶⁾ 판례 역시 “가액상환에서 가액은 ‘사해행위가 성립하는 범위 내에서 사실심변론종결시를 기준으로 하여 산정된다고 하고 있다.¹¹⁷⁾ 가액배상은 ① 채권자의 피보전채권액, ② 목적물의 공공담보가액, ③ 수익자·전득자가 취득한 수익 중 ‘가장 적은 금액’을 한도로 이루어진다.¹¹⁸⁾ 비교해야 할 시점은 피담보채무액 확정 시기인데 이때는 변론종결시가 아닌 사해행위 시점을 기준으로 산정해야 한다. 즉, 공제의 전제가 되는 사해행위 대상 부동산의 가액은 사실심변론종결시를 기준으로 산정해야 하지만, 공제의 대상이 되는 피담보채무는 사해행위 시점을 기준으로 산정해야 한다는 점을 유의해야 한다.¹¹⁹⁾

114) 대법원 2010. 8. 19. 선고 2010다36209 판결.

115) 윤경(주 77), 123면; 강세빈(주 106), 185면.

116) 일본의 最高裁判所는 昭和50年(1976年)12月1日 선고한 판결에서 “가액배상에 있어서 가액의 산정은, … 특별한 사정이 없는 한 사해행위취소의 효과가 생겨서 수익자가 재산회복의무를 부담하게 되는 때, 즉, 사해행위취소소송의 인용판결확정시에 가장 근접한 시점인 사실심의 구두변론종결시를 기준으로 하는 것이, 사해행위에 의하여 채무자의 재산을 감소시킨 책임을 물어 채무자의 재산을 회복시키는 것을 목적으로 하는 사해행위취소제도의 취지에 합치하고, 또 채권자와 채무자의 이해의 공평을 기하는 것이다.”라고 판시한 바 있다. [최영남, “채권자 취소권 행사의 방법, 범위 및 원상회복의 방법”, 재판실무연구 1999 (2000. 1.), 광주지방법원, 303면에서 재인용.], 같은 취지로 대법원 2010. 2. 25. 선고 2007다28819, 28826 판결.

117) 대법원 2010. 2. 25. 선고 2007다28819, 28826 판결; 대법원 2001. 12. 27. 선고 2001다33734 판결.

118) 사법연수원 편, 요건사실론, 사법연수원 (2008), 133면, 사해행위의 취소와 원상회복이 병합하여 청구되는 일반적인 경우 실무는 사해행위의 취소범위에 앞서 원상회복방법에 관하여 살펴본 다음 사해행위 취소범위와 가액배상의 범위를 동일한 기준 하에 한꺼번에 판단함으로써 사해행위취소범위와 가액배상 범위를 일치시키고 있다.

119) 박현, “채권자 취소의 몇 가지 쟁점”, 재판실무연구 2012 (2013. 1. 2.), 광주지방법원, 37면.

3. 최근 우리나라·일본 민법 개정안

최근 우리나라 민법개정안 제407조의2(원물반환과 가액반환 등)의 제1항에서는 채권자취소권의 행사로서 발생하는 재산반환의 문제를 다루고 있다. 앞서 밝힌 상대적 효력설의 판례의 입장을 반영하여 “채권자가 채권자취소권을 행사하는 경우에 수익자를 상대로 채무자로부터 취득한 재산을 채무자에게 반환할 것을 청구할 수 있다. 그러나 그 재산의 반환이 불가능하거나 현저히 곤란한 때에는 채권자는 그 가액을 채무자에게 반환할 것을 청구할 수 있다.”고 조문화하였다.¹²⁰⁾ 일본에서도 120년 만에 채권법 전반에 대한 개정 작업이 이루어지고 2015. 6. 16.에 법무부가 민법 중 채권관계법의 개정안을 국회에 제출하였다. 여기에도 제424조의 6 제1항과 제2항을 수익자, 전득자로 각각 나누어 “채권자는 수익자(또는 전득자)에 대한 사해행위취소청구에 있어서, 채무자가 한 행위의 취소와 함께 그 행위에 의하여 수익자에게 이전한 재산의 반환을 청구할 수 있다. 수익자가 그 재산을 반환할 수 없는 때에는 채권자는 그 가액의 반환을 청구할 수 있다.”고 규정하여 판례 이론을 명문화 하였다.¹²¹⁾

IV. 원상회복의 구체적 양상¹²²⁾

1. 목적물이 부동산인 경우

목적물이 부동산인 경우의 원상회복과 관련하여 사해행위로 단순히 부동산을 양도한 경우이외에도 저장권이 설정된 부동산이 양도된 경우가

120) 윤진수·권영준(주 3), 526-527면.

121) 이순동(주 69), 240-241면.

122) 원상회복의 구체적 양상에 대한 목차 구성은 최영남(주 116), 305-312면; 윤경(주 77), 128-136면 참조.

있고 사해해위가 저당권 설정행위인 경우도 있다. 하지만 이 글에서는 앞으로 제3장에서 주로 다루게 될 부수적 이익 반환과 관련한 판례들과 논의들이 저당권이 설정된 부동산의 양도와 사해해위가 저당권설정행위인 경우와는 직접적인 관련이 없다. 따라서 여기서는 사해행위로 제한 물권의 설정등기가 이루어지지 않은 부동산의 소유권이전등기가 종료된 경우에 한정하여 논의한다.

사해행위로 소유권이전등기가 마쳐졌으나 사해행위 이전에 목적물에 저당권을 비롯한 제한 물권의 설정등기가 이루어 지지 않았으며,

(1) 전득자가 없는 경우

사해행위취소에 따른 원상회복은 그 목적물을 사해행위가 있기 전과 동등한 조건에서 채권자의 강제집행을 할 수 있는 상태로 환원시키는 것을 의미한다고 할 것이다. 따라서 사해행위의 목적물이 부동산인 경우 원상회복은 그 사해행위에 의하여 수익자에게 소유권이전등기가 마쳐진 것이라면 그 등기명의를 채무자 앞으로 환원시키는 방법에 의하여야 할 것이다. 환원 방법은 말소등기의 방법에 의하는 것이 원칙이나, 수익자 또는 전득자를 상대로 직접 진정명의회복을 위한 이전등기를 이행하도록 명할 수 있다.^{123),124)}

123) 대법원 2000. 2. 25 선고 99다53704 판결에서 “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.”고 하였다.

124) 윤경(주 77), 128면.

(2) 전득자가 있는 경우

1) 수익자·전득자 모두 악의인 경우

수익자·전득자를 모두 공동피고로 하거나 전득자만을 피고로 하여 사해행위의 취소와 원상회복으로 말소등기 청구를 할 수 있다. 전득자만을 피고로 채권자취소권을 행사하는 경우 제406조 제2항에서 정한 제척 기간 내에 채무자와 수익자 사이의 사해행위의 취소를 청구하여야 한다.¹²⁵⁾ 전득자가 악의임에도 판례는 수익자만을 상대로 채권자취소권의 분리 행사를 허용하고 있다.¹²⁶⁾ 이 때 수익자에 대해 가액배상을 구하는 것이 원칙이겠지만, 채권자가 스스로 위험이나 불이익을 감수하면서까지 원물 반환을 구하는 것을 금지하는 것은 아니므로 원고가 구하는 대로 원물 반환을 명하여도 무방하다.¹²⁷⁾

2) 수익자는 악의, 전득자는 선의인 경우

이 경우 특별한 사정이 없는 한 원물반환은 불가능하므로, 취소채권자로서는 수익자를 상대로 가액배상을 구하는 것이 원칙적인 방법이다. 이 경우 전득자가 선의이므로 취득한 저당권의 피담보채권액을 가액배상에서 공제해서는 안 된다.¹²⁸⁾

3) 수익자는 선의, 전득자는 악의인 경우

수익자가 선의인 이상 채무자와 수익자 사이의 법률행위를 사해행위로

125) 대법원 2000. 6. 9. 선고 2004다17535 판결.

126) 대법원 2005. 6. 9. 선고 2004다17535 판결.

127) 대법원 1998. 5. 15. 선고 97다58316 판결.

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

취소할 수는 없는 것이고, 전득자에 대해서는 수익자와 전득자 사이의 원인행위를 취소함이 없이 채무자와 수익자 사이의 법률행위가 사해행위에 해당함을 전제로 원상회복을 명하게 되는 것이므로, 이러한 경우 전득자에 대한 채권자취소권 행사는 그 전제요건을 충족하지 못한 것으로서 허용될 수 없다고 보아야 한다는 견해가 있다. 실제 실무상 수익자의 선의가 인정되는 경우 채무자와 수익자 사이의 법률행위가 사해행위에 해당함을 전제로 한 전득자에 대한 청구는 그 자체로 받아들일 수 없다는 이유로 배척하고 있다.¹²⁹⁾ 하지만 이러한 입장에 반대하는 견해도 있다. 이 입장은 채권자는 전득자를 상대방으로 하여 원상회복으로서 채무자에게 직접 이전등기를 청구할 수 있게 보아야 한다는 견해이다. 왜냐하면 소유권이전등기 말소를 청구하는 경우에는 그에 따라 등기 명의가 수익자에게 복귀하게 되는데 채권자는 선의의 수익자를 상대로는 채권자취소권을 행사할 수 없게 되어 결국 채무자 앞으로 소유 명의를 돌려놓을 수 없기 때문이라고 한다.¹³⁰⁾

2. 목적물이 금전이나 유체동산인 경우

취소채권자가 수익자나 전득자로부터 금전에 의한 회복을 청구할 수 있는 경우는 채무자가 금전채무를 변제한 경우와 목적물의 원물을 반환할 수 없어 가액배상을 하는 경우이다.¹³¹⁾ 금전과 유체동산의 수령자와 관련하여 사해행위취소에 의한 원상회복은 채무자의 책임재산 회복을 의미하므로 목적물을 채권자가 수령할 수 있도록 하는 것이 아니라 채무자에게 인도할 것을 청구하여야 하며, 수령자가 수령 거절하는 경우 공탁하여야 한다는 견해가 있다.¹³²⁾ 하지만 통설은 반환 이행을 받을 자는 원

129) 박현(주 119), 41면.

130) 이기영, “채권자취소권의 행사방법에 대한 약간의 고찰”, 사법연수원 논문집 22기 (1993. 2.), 사법연수원, 245면.

131) 이순동(주 15), 443면.

칙적으로 채무자가 되어야 하나 채무자가 목적물인 금전이나 동산을 수령하지 않는 경우에는 처치곤란한 문제가 생기게 되므로 취소채권자는 상대방에 대해서 직접 자신에게 인도 또는 지급할 것을 청구할 수 있다.^{133).}¹³⁴⁾ 일본의 판례¹³⁵⁾도 같다.¹³⁶⁾

3. 목적물이 채권인 경우

(1) 채무면제·상계 등의 경우

채무자의 수익자에 대한 채무면제나 상계의 의사표시를 사해행위로서 취소하는 경우 그 결과로 채무자의 수익자에 대한 채권은 부활한다. 그 부활된 채권을 취소채권자가 행사 또는 지급할 수 있는지와 관련하여 그러한 채권행사를 취소권 행사의 일부로 파악하여 인정하는 견해¹³⁷⁾, 취소채권자가 총채권자의 법정관리자의 입장에서 부활된 채권을 행사할 수 있다는 견해, 그 밖에 채권자대위권에 의하여 부활된 채권을 행사할 수 있다는 견해, 취소의 상대적 효력만을 인정하는 견해에서는 그 채권이 여전히 채무자에게 속하는 것이라고 밖에 볼 수 없어 취소채권자는 자신의 채권에 근거하여 부활된 채무자의 채권을 압류, 전부하는 등의 방법으로 채권추심을 하여야 할 것이라는 견해가 있다.¹³⁸⁾

132) 이은영(주 4), 487면, 그 이유는 직접청구는 민법 제407조의 취지에 어긋나기 때문이라고 한다.

133) 박윤직(주 6), 153-154면.

134) 대법원 1999. 8. 24. 선고 99다23468, 23475 판결.

135) 日最高裁 昭和39年(1964年)1月23日 民集 第18卷 1號, 76頁에서 수익자가 받은 이익 또는 재산을 자기 혼자만이 변제를 받기 위하여 자기에게 “직접 이를 청구할 수 없음은 물론이라도” 타의 채권자와 함께 변제를 받기 위하여 자기에게 직접 지불 또는 인도를 청구할 수 있다고 하여 통설과 같은 입장이다. [이은영(주 4), 487면, 각주2에서 참조.]

136) 이상경(주 105), 88-89면.

137) 日大判 大正10年(1921年)6月18日 民錄 第27輯, 1168頁. [박윤직/김능환(주 76), 843면에서 재인용]

138) 박윤직/김능환(주 76), 843면.

(2) 채권양도의 경우

1) 채권양도 취소 시 일반적인 반환방법

우선 사해행위취소소송의 변론종결 전에 변제받았거나 면제를 함으로써 채권이 소멸한 것과 같이 양도채권의 추심이 완료된 경우에는 채권자는 수익자에 대하여 가액배상으로서 수령한 금전의 지급을 청구할 수밖에 없다. 고등법원 판례이나 법원은 이와 같은 경우 취소채권자가 양도 취소와 함께 수익자에 대해서 그 추심액 혹은 피보전채권이 그보다 소액이면 그 액을 한도로 반환청구를 인정한 바 있다.¹³⁹⁾

반면 사해행위취소소송의 변론종결시까지 양도채권의 추심이 완료되지 않은 경우에는 양도된 채권의 목적물이 동산이나 금전인 경우 채권자가 채권자취소권의 효력으로 채권자취소소송 절차에서 제3채무자에 대하여 직접 이행청구를 할 수 있다는 견해가 있다.¹⁴⁰⁾ 하지만 사해행위취소의 효력은 상대적이어서 취소채권자와 수익자 또는 전득자인 채권양수인 사이에서만 발생하지 채무자에게 발생하지 않기 때문에 채권자는 채무자를 대위하여 제3채무자에 대하여 그 채권의 지급을 청구할 수 없다. 또한 채무자에게 원상회복되는 것은 채권이지 그 채권의 목적물이 아니기 때문에 제3채무자에 대하여 그 채무의 이행을 직접 청구할 수는 없다고 보는 것이 타당하다. 그렇다면 결국 채권자로서는 양수인에 대하여 그 채권양도가 취소되었다는 내용의 통지를 제3채무자에게 할 것을 청구할 수 있을 뿐이라고 보아야 할 것이다.¹⁴¹⁾ 판례¹⁴²⁾도 같은 취지이다. 하지만 제3채무자에게 채권양도 취소통지 청구를 할 수 없다고 보는 견해도 있다.¹⁴³⁾

139) 서울고등법원 1998. 7. 2. 선고 97나35162 판결.

140) 이상경(주 105), 90면; 이순동(주 69), 226면.

141) 윤경(주 77), 136면.

142) 대법원 1997. 10. 10. 선고 97다8687 판결.

2) 사해행위로 상표권이 양도된 경우

대표적인 채권양도에 대한 취소소송으로 사해행위로서 행한 ‘상표권 양도행위’를 들 수 있다. 상표권 양도의 사해행위 취소의 효력과 관련된 이 사건의 경과는 다음과 같다. 우선 상표등록 취소심판의 청구인인 피고가 수익자·전득자를 상대로 불사용 취소를 구한 후 취소채권자인 원고가 피심판청구인의 보조참가인으로 참여했다가 불사용이라는 등록취소심결을 받았다. 이에 원고는 등록취소심결에 대한 취소소송을 제기하였고 특허법원이 청구를 기각하자 상고한 사안이다. 이에 대해 대법원은 “상표등록취소심판의 보조참가인이 수익자 갑과 전득자 을을 상대로 한 별건 사해행위취소 청구소송에서 승소확정판결을 받고 상표등록취소 소송이 대법원에 계속된 후에 그 판결을 집행하여 갑과 을의 상표등록이 말소된 사안에서, 그 효력은 상표등록취소심판 청구인(피고)에게 미치지 아니하여 청구인에 대한 관계에서는 갑과 을이 여전히 상표권자로서 상표등록취소심판의 피심판청구인 적격을 갖는다.”고 판단하였다.¹⁴³⁾ 이 판례에서 채무자의 사기 범행으로 인해 채권을 취득한 사해행위취소소송의 원고는 사해행위취소 판결이 확정되어 채무자와 수익자 사이의 상표권 양도계약이 취소되었다 하더라도 상대적 효력설에 따라 이 상표권이 채무자에게 소급하여 회복되는 것으로 볼 수 없다. 이는 대법원에 이르러 위 사해행위취소 확정판결의 집행이 이루어져 수익자·전득자 명의의 이전등록이 말소되었다고 하더라도 달리 볼 것은 아니라고 하였다. 즉 상표권은 취소채권자인 원고를 비롯한 채무자의 다른 채권자에게는 강제집행에 필요한 범위 내에서 채무자의 것이라고 인정되는 것이나 그 외에 나머지 제3자, 즉 불사용 취소심판청구인인 피고, 특허심판원, 특허청 등

143) 日新濶地判 平成19年(2007년)9月28日 民集1260号, 289頁. [이순동(주 69), 226면에서 재인용.]

144) 대법원 2010. 10. 28. 선고 2010후1435 판결.

에 대한 관계에서는 여전히 수익자·전득자의 공유인 상태로 있다고 보아야 할 것이다. 또한 원고에 대한 관계에서 채무자에게 상표권이 회복되는 법률관계도 강제집행의 목적 범위 내로 한정되는 것이므로 채무자는 원고에 대한 관계에 있어서도 이 사건 상표권을 자유롭게 사용·수익·처분할 수 있는 완전한 소유권자라고 할 수 없다. 결국 관련 사해행위취소판결의 확정 및 집행에도 불구하고 실제법상 상표권자는 여전히 수익자·전득자라고 할 것이므로, 사해행위취소 판결로 인해 이 사건 심결의 피심판청구인 적격에는 아무런 영향이 없는 것이다.¹⁴⁵⁾ 그리고 이 판결 선고 이후, 대법원 2011. 1. 27. 선고 2010후2407 판결에서는 “상표법 제73조 제1항 제3호의 불사용을 이유로 상표등록의 취소심판이 청구된 이후 상표권 양수인 또는 전용사용권자를 수익자로 하여 그 상표권 양도계약 또는 전용사용권 설정계약이 사해행위임을 이유로 이를 취소하는 판결이 확정된 경우에 그 사해행위취소 판결의 확정 전 상표권 양수인 또는 전용사용권자의 등록상표의 사용을 위 법조 소정의 상표권자 또는 전용사용권자로서의 등록상표의 사용이라고 할 수 있는지 여부”가 문제된 사안에서 “상표법 제73조 제1항 제3호는 상표권자 또는 전용사용권자 등이 정당한 이유 없이 국내에서 등록된 상표를 지정상품에 사용하지 아니한 경우에 그 상표등록을 취소할 수 있도록 규정하고 있는바, 위 규정의 취지는 등록상표의 사용을 촉진함과 동시에 그 불사용에 대한 제재를 가하려는 데에 있다. 한편 채권자가 사해행위의 취소와 함께 수익자 또는 전득자로부터 책임재산의 회복을 명하는 사해행위취소의 판결을 받은 경우 그 취소의 효과는 채권자와 수익자 또는 전득자 사이에만

145) 박병원, “가. 불사용을 이유로 하는 상표등록취소심결에 대한 취소소송 계속 중 상표권자를 수익자로 하는 사해행위취소 판결이 확정되어 집행이 이루어짐으로써 그 상표등록이 말소된 경우, 상표권자의 피심판청구인 적격이 상실되는지 여부 나. 실사용상표 “소문난 삼부자”의 사용이 등록상표 “삼부자”와 거래사회 통념상 동일하게 볼 수 있는 형태의 상표의 사용에 해당하는지 여부”, 대법원판례해설 86호 (2010년 하반기) (2011), 법원도서관, 295-296면.

미치므로, 수익자 또는 전득자가 채권자에 대하여 사해행위의 취소로 인한 원상회복 의무를 부담하게 될 뿐, 채무자와 사이에서 그 취소로 인한 법률관계가 형성되거나 취소의 효력이 소급하여 채무자의 책임재산으로 회복되는 것은 아니다. 위와 같은 상표법 제73조 제1항 제3호의 규정 취지 및 사해행위취소의 효력 등에 비추어 볼 때, 상표법 제73조 제1항 제3호의 불사용을 이유로 상표등록의 취소심판이 청구된 이후 상표권 양수인 또는 전용사용권자를 수익자로 하여 그 상표권 양도계약 또는 전용사용권 설정계약이 사해행위임을 이유로 이를 취소하는 판결이 확정되었다고 하더라도 그 사해행위취소 판결의 확정 전 상표권 양수인 또는 전용사용권자의 등록상표의 사용을 위 법조 소정의 상표권자 또는 전용사용권자로서의 등록상표의 사용이 아니라고 할 수는 없다.”고 하였다. 이 판결은 위의 판결과 동일한 취지를 보이니 사해행위취소 판결의 효력이 불사용취소심판의 법률관계에 어떠한 영향을 미치는지에 관하여 보다 정치하고 명확한 법리를 실시한 것으로 보인다.¹⁴⁶⁾

현재까지 우리나라에 나온 상표권과 채권자취소권이 연관된 판례가 주로 채권자취소권 행사에 따른 상대적 효력과 관련된 문제인 반면, 일본에서는 사해행위인 상표권의 양도 시 이는 채권양도의 문제로 제3채무자에 대해서도 채권자가 직접 그 반환을 청구할 수 있는지 그리고 이 때 상표권 사용으로 인한 이익 반환을 할 필요가 있는지에 대한 판례가 있다. 일본 판례에서 상표권과 채권자취소권 행사에 따른 반환방법과 반환 범위에 대한 논의는 제3장 제5절 V.에서 그 판결에 대해 더 자세히 살펴본다.

146) 박병원(주 145), 296면.

第3章 부수적 이익 반환 문제

第1節 문제점

우리나라 민법은 채권자취소권에 대해 제406조, 제407조 단 두 개 규정만을 두고 있고 이 두 규정에는 채권자취소권이라는 형성권을 행사하여 발생하는 원상회복 의무로서 원물반환 시 과실반환 여부에 대한 규율은 포함되어 있지 않다. 따라서 원물반환 형태로 원상회복이 이루어질 때 법정과실이나 사용이익도 반환해야하는지 해석론에 맡겨져 있다. 이러한 해석론을 전개하기 위해 기존의 다른 제도 계약 해제권, 유류분반환청구권과 같은 형성권의 행사 시 과실 반환에 대해 규율하고 있는 제548조 제2항, 제201조 그리고 일반적인 과실 반환 규정인 제748조의 논의를 참고해 볼 수 있을 것이다. 특히 채권자취소 행사에 따른 사용이익 반환 시 제548조 제2항을 적용하자는 견해가 있다. 그래서 이러한 주장에 대한 타당성 여부를 검토해 보아야 한다. 또한 최근 우리나라 민법 개정안에 따르면 제407조의2 제2항에서 구체적인 재산 반환 범위에 대해 제748조와 제749조를 준용한다고 규정하고 있다.¹⁴⁷⁾ 채권자취소권 제도는 부당이득반환 제도와 법적 성질 상 차이가 있는데 이를 준용하는 것이 바람직한지 고찰해 볼 필요가 있다. 특히 실무위원회에서도 이러한 개정안에 대해 반대하는 견해도 있었는데 찬성·반대 어느 견해가 더 타당한지 생각해 볼 필요가 있다.¹⁴⁸⁾ 마지막으로 만약 채권자 취소권 행사에 따른 사용이익 반환 문제에 제548조 제2항, 제748조의 준용도 타당하지 않다면 제201조 적용가능성은 없는지 검토해보고자 한다. 채권자취소권을 행사하면 채무자와 수익자 사이의 법률관계가 채권적으로뿐만 아니라 물건

147) 윤진수·권영준(주 3), 527-528면.

148) 윤진수·권영준(주 3), 527면.

적으로도 취소되므로 채권자에게 물권적 청구권이 발생하여 제201조를 적용할 수 있지 않을까라는 생각을 법리적으로 해볼 수 있기 때문이다. 원상회복과 관련하여 남은 각 제도의 적용 가부의 타당성 여부를 검토하기 전에 그 제도를 이해하기 위한 전제로 각 제도의 효과에 대한 학설, 학설에 따른 원상회복의 법적 성격, 원상회복 시 과실 반환 규정의 의미, 과실반환에 대한 판례에 대해서도 연구해 보고자 한다.

채권자취소권 행사 시 사용이익 반환 문제와 관련하여 최근 대법원 2008. 12. 11. 선고 2007다69162 판결에서는 일정한 규정의 준용 문제로 처리하지 않고 채권자취소권의 제도적 취지 및 본질을 근거로 사용이익 반환 문제를 처리한 바 있다. 그 결론은 기존의 다른 제도의 사용이익 반환에 대한 판례의 결론과도 배치되는 것이며, 동일한 채권자취소권 행사에 따른 원상회복 문제인 가액반환 시 지연손해금 반환에 대한 결론과도 다르다. 이렇게 다른 결론을 이끌어 내는 것이 타당한지, 그 근거가 타당한지, 만약 그 근거가 타당하다면 이를 강화시키는 다른 논거는 없는지를 살펴볼 필요가 있다. 이것들을 검토하기 전에 채권자취소권 행사 시 가액반환 여부에 대한 판례인 대법원 2006. 10. 26. 선고 2005다76753 판결과 이 판결과 결론은 동일하지만 기산점에서 차이를 보이는 대법원 2009. 1. 15. 선고 2007다61618 판결의 사실관계와 관련 학설을 검토하고자 한다. 그래서 지연손해금 인정 여부와 기산점, 「소송촉진 등에 관한 특례법」과의 관계에서 어떤 이율을 적용하면 좋을지에 대해 결론을 내려 보고자 한다.

第2節 논의의 전제(대상 판결의 집행법상 의미)

앞의 제2장 제3절에서 논의했듯이 채권자취소권은 사해행위로 생긴 채무자의 일반재산의 감소를 막고, 채권의 만족을 얻는 것을 목적으로 하

는 것이므로 그 반환 범위도 그러한 목적에 필요한 한도를 넘지 못한다. 취소권 행사는 취소권을 행사하는 채권자의 채권액을 표준으로 한다. 그 채권액은 사해행위의 당시를 표준으로 하고 그 사해행위 이후 판결이 있을 때까지 그 사이에 발생한 채권액은 가산하여서는 안 된다. 이와 같이 취소의 범위는 채권액을 표준으로 하므로, 다른 채권자가 많이 있더라도 취소채권자의 채권액을 넘어서 취소하지는 못한다.¹⁴⁹⁾ 즉 통설·판례인 상대적 효력설에 따르면 채권자취소소송에서 채무자는 피고가 되지 않으며 수익자·전득자가 피고가 되고, 재판 상 취소를 통해 원상회복 시킬 수 있는 반환 범위는 채권자의 채권액 범위와 채무자의 책임재산 범위라는 이중의 제한을 받는다. 그렇다면 적어도 채무자의 책임재산에 포함될 수 있는 재산만이 그 대상이 될 것이다.

책임재산이란 집행 개시 당시 채무자에 속하여 강제집행의 대상이 되는 재산을 의미하며, 이는 집행의 객체라 할 것이다. 민사집행법 제6조는 강제집행의 대상이 되는 재산이라고 하여 책임의 객체는 재산임을 명백히 하였다. 이러한 책임재산의 물적 범위는 채무자가 가진 모든 재산으로 금전적 가치가 있는 것이며 원칙적으로 모두 집행의 대상이 된다. 이 때 기본적인 부동산·동산 이외에 지적재산권도 대상이 된다.¹⁵⁰⁾ 그리고 지적 범위는 강제집행 개시 당시 채무자에 속하는 재산만이 집행의 대상이 된다. 원칙적으로 종전부터 채무자의 소유에 속하였으나 집행 당시에는 제3자에 귀속되어 있는 과거의 재산을 집행의 대상이 될 수 없다. 하지만 채권자취소권은 채무자의 수중에서 이탈한 재산을 원상회복시켜 강제집행의 책임재산을 늘리는 작용을 하기 때문에 채권자는 이 권리를 행사하여 과거의 재산을 현재의 재산으로 바꾸어 놓을 수 있다. 그래서 민사집행법 제64조 제2항에서 재산명시절차에 있어서는 직접 강제집행의 대상이 되는 책임재산이 아닌데도 재산명시명령이 송달되기 전 1년 이내에

149) 박윤직(주 6), 155면.

150) 이시윤, 신민사집행법 (제6보정판), 박영사 (2014), 87면.

유상 양도한 부동산과 2년 이내 무상 양도한 재산도 재산 목록에 명시하여 제출하도록 하고 있다.¹⁵¹⁾

부동산의 강제 경매 시 다른 금전 집행과 마찬가지로 압류→현금화(경매)→만족(배당)이라는 3단계를 거친다. 그 중 제1단계인 압류절차는 채권자의 금전 채권을 만족시키기 위하여 집행 기관이 대상 재산에 대하여 채무자의 처분을 금지하고 그 교환 가치를 유지하는 조치를 취하는 것이다. 이러한 부동산의 강제경매개시결정에 의한 압류가 되면 그 본질적인 효력으로 그 경매목적 달성에 장애가 되는 부동산(천연과실 포함)의 처분을 금하는 처분금지효가 발생한다. 하지만 압류가 되었다 해서 채무자의 소유권이 상실되거나 또는 부동산의 점유를 박탈당하는 것이 아니며, 또 그 민사집행법 제83조 제2항에 따른 관리이용권을 상실하는 것도 아니다. 그러므로 압류를 당했다 하더라도 경락인이 소유권을 취득할 때까지는 압류 전의 법률관계에 기하여 통상의 용법에 따라 이용관리가 가능하므로, 이 기간 내에는 채무자는 건물에 거주하거나 토지를 경작하는 것과 같은 목적물의 사용과 천연 과실·법정 과실 수취와 같은 수익을 할 수 있다.¹⁵²⁾ 다만 저당권이 설정된 임의경매의 경우에는 민법 제359조에 따라 압류 후에는 저당권의 효력이 미치므로 소유자는 수익권을 상실한다 할 것이다. 한편 이러한 사용·수익은 압류채권자가 확보한 교환 가치를 감소하지 않는 범위에서만 즉 압류채권자 및 경락인의 이익을 해하지 않는 한도에서만 허용된다 할 것이다. 그러므로 압류 후에 임대를 하거나 점유를 이전하는 것은 압류채권자에 대항할 수 없고 따라서 경락에 의해 효력을 잃는다 할 것이므로 점유자는 경락인에게 그 부동산을 인도하여야 할 것이다.¹⁵³⁾ 하지만 압류 전에 임대하거나 점유를 이전하

151) 이시윤(주 150), 89면.

152) 남기정, “강제경매절차에 있어서의 천연과실수취권”, 사법서사 98호 (통권 271호) (1990. 1.), 대한사법서사협회, 41면.

153) 석호철, “경매개시결정의 효력”, 재판자료 제35집 (1987. 7.): 강제집행·임의경매에 관한 제 문제 (상), 법원행정처, 622면.

는 것은 정당한 사용·수익이므로 점유자는 경락인에게 부동산을 인도할 필요가 없다. 그래서 채권자취소권의 행사하고 원상회복을 위해 압류하기 전에 채무자가 임대하거나 점유를 이전한 것은 그의 정당한 사용·수익이므로 채권자는 이를 이유로 부동산의 인도를 청구할 수 없을 것이다.

부동산을 매각하기 위해 최저매각가격을 결정해야 하는데 이 때 평가대상을 확정하여야 한다. 이러한 평가의 대상은 매각 부동산 및 매수인이 그 부동산과 함께 취득할 모든 물건 및 권리에 미친다. 이 때 매수인이 취득할 물적 범위는 압류의 효력이 미치는 물적 범위와 일치한다. 압류의 효력이 미치는 물적 범위에는 부동산 자체, 부합물, 종물, 종된 권리도 포함된다. 앞으로 주로 다루게 될 법정과실은 민법 제101조 제2항에 따라 “물건의 사용대가로 받은 금전 기타 물건”을 의미하는데 부동산 경매와 관련된 법정과실에는 토지 사용의 대가인 지료, 가옥 사용의 대가인 차임 등이 있다. 부동산의 수익에 대한 집행방법으로는 강제 관리가 있고 부동산 경매 절차에서는 수익의 관리와 지료의 추심 등을 위한 절차가 마련되어 있지 않은 점 등에 비추어 강제 경매로 인한 압류의 효력이 법정과실에는 미치지 않는다고 보아야 할 것이므로, 법정과실은 평가의 대상이 되지 않는다고 본다.¹⁵⁴⁾

채권자는 채권자취소권을 재판상 행사하여야 하며 원상회복 받음으로서 책임재산을 보전케 하고 이렇게 확보된 책임재산은 강제경매 절차에서 압류의 물적 효력 범위에 포함되어 매각 절차를 통해 환가를 받게 된다. 그런데 수익자·전득자 소유의 재산을 채무자의 재산으로 파악하여 압류의 물적 범위에 포함시켜 집행할 수 있는지에 대한 고민을 해보아야 한다. 왜냐하면 앞서 살펴보았듯이 집행이 가능한 압류의 효력이 미치는

154) 법원실무제요 민사집행 [II] -부동산 집행-, 법원행정처 (2014), 154면; 김능환·민일영 편집대표, 주석 민사집행법(III) (제3판), 한국사법행정학회 (2012), 423면(이우재 집필 부분).

재산은 채무자가 가지고 있는 재산이어야 하기 때문이다. 만약 수익자·전득자의 재산을 채무자에게 귀속된 재산으로 볼 수 없다면 압류의 대상으로 삼을 수 없을 것이다. 이는 계약 해제나 법률행위 의사표시 취소로 인한 급부부당이득반환, 물권적 청구권 행사에 따른 침해부당이득으로 인한 원상회복 시, 그 재산이 압류의 효력 범위에 들어 집행이 가능한지를 크게 고려할 필요가 없는 점과는 다르다. 왜냐하면 이들 법률관계는 제548조 제2항, 제748조, 제201조에 따라 그 반환 범위가 비교적 명확하고 채무자 명의의 재산을 기존의 상태대로 원상회복을 시키는 것이므로 채권자취소권만큼 복잡한 문제는 발생하지 않기 때문이다. 이렇게 발생하는 집행법적인 문제로 인해 앞서 제2절 채권자취소권의 법적 성질에서 밝혔듯이 상대적 효력설은 비판받고 있다. 하지만 실무적으로 채권자취소권의 판결로 인해 수익자·전득자 재산 집행에 그들이 자신의 재산임을 주장할 수 없기 때문에 해결할 수 없는 문제가 되지는 않는다. 또한 절차법상의 책임재산의 범위는 실체법에 의해 영향을 받는다. 상대적 효력설에 따르면 수익자·전득자의 재산은 채무자와의 관계에서는 유효하나 채권자취소권을 행사한 채권자와의 관계에서는 유효하지 않고 이 재산은 채무자의 재산으로 보는 것이므로 이를 기초로 압류의 대상이 되는 재산을 따져야 할 것이다. 뒤에서 검토할 판례의 사안을 예를 들어 생각해 보고자 한다. 대표자인 채무자가 회사의 일정한 재산을 팔아 그 매매대금을 회사에 귀속시키지 않고 자신의 개인 재산에 포함시키고 이를 자신의 자손들에게 증여하였다. 이러한 증여 행위는 사해행위로서 취소의 대상이 될 것이고 수익자에게 이전된 증여금은 원상회복이 필요한 반환의 대상이 될 것이다. 이 때 채무자가 보유한 증여금을 가지고 관리 행위를 통해 이익을 얻지 않고 단지 금고에만 보관을 시켰다면 그러한 법정이자자는 애초에 채무자의 재산 범위에 포함될 수 없을 것이기 때문에 압류의 대상이 될 수 없을 것이다. 따라서 이에 대해서는 채권자취소권

행사는 의미가 없을 것이다. 원물로서 금전 이외에 부동산도 역시 마찬가지이다. 만약 사해행위로서 부동산의 매매 행위가 이루어 졌으나 부동산에 대해 채무자가 임대차 혹은 전세권을 설정하고 있지 않다면 이러한 임료 혹은 차임 지급 청구권은 채무자의 재산이 될 수 없으니 당연히 압류의 대상이 될 수 없을 것이다. 그러니 채권자취소권의 대상으로서 원상회복을 시킬 것인지 여부에 대한 논의를 할 필요도 없게 된다. 그러나 채무자가 임대차를 통해 임료를 받고 있었고 이러한 부동산이 수익자에게 이전된 상태에서 수익자 역시 임대차 계약을 맺어 임료를 받았다면 이러한 사용이익이 법정과실로서 채권자를 위한 책임 재산 범위에 포함될 것인지에 대한 논의가 필요하다.

현재까지의 논의를 바탕으로 생각해 보면, 채무자가 부동산을 보유하는 도중 임대차를 비롯한 부수적 이익을 얻을 수 있는 법률관계를 형성하지 않은 상태로 사해행위로서 부동산을 매매한 경우 채권자취소권 행사를 통한 원상회복 대상은 부동산 자체이고 그 부동산 자체만 압류의 대상이 될 것이다. 하지만 채무자가 부동산을 보유하는 도중 임대차라는 법률관계를 맺고 압류의 효력 발생 전 사용이익 즉 금전을 얻었고 이러한 법률관계가 수익자에게까지 이어진 경우 이는 압류의 효력이 미치지 않는 법정과실에 해당하게 된다. 이러한 집행법적 법리 하에서 임료상당액이나 사용이익이 채권자취소권의 행사 및 원상회복의 대상이 될 수 있을 것인지에 대한 답을 주는 판례가 대법원 2008. 12. 11. 선고 2007다69162 판결이다.

第3節 판례의 태도

I. 기본적인 사실 관계

1. A회사는 2004. 8. 26.에 10억 29,671,920원 상당의 물품대금 채권을 가지고 있는 피고에게, A회사의 유일한 재산인 공장용지 3,690.5m²와 그 지상 3층 공장 등 건물(이하 ‘이 사건 토지 및 건물’이라 한다)을 38억 원에 매도하면서, 그 대금의 지급에 관하여 일부는 위 물품대금 채권과 상계하고, 잔금은 A회사로부터 이 사건 건물을 임차한 임차인들에 대한 임대차 보증금 반환채무와 은행대출금 채무를 피고가 인수하는 것으로 갈음하기로 하였고, 같은 날 피고에게 이 사건 토지 및 건물에 대한 소유권이전등기를 마쳤다.

2. 그런데 A회사에 대하여 96,889,650원 상당의 약속어음금 채권을 가지고 있던 원고 B가 수원지방법원 안산지원에 피고를 상대로 위 매매계약이 사해행위에 해당한다며 그 취소 및 원상회복을 구하는 소를 제기하였다. 위 법원은 피고와 A회사 사이에 체결된 위 매매계약을 취소하고, 피고는 원상회복으로 A회사에게 이 사건 토지 및 건물에 관한 소유권이전등기의 말소등기절차를 이행하라는 판결을 선고하였고, 위 판결은 2005. 4. 25. 확정되었으며 그에 따라 피고명의로 위 소유권이전등기는 2005. 6. 13. 말소되었다.

3. 한편, 피고는 2004. 8. 내지 2004. 9. 경 A회사로부터 이 사건 건물 중 각 일부를 임차한 임차인들과 사이에 임대차보증금은 임차인들이 A회사에 지급한 임대차보증금에 갈음하기로 하여 각 임대차계약을 체결한 후 위 판결이 확정될 때까지 임차인들로부터 임료를 지급받아 왔다.¹⁵⁵⁾

이에 A회사에 대해 약속어음 채권을 가지고 있는 원고 B가 A회사와 피고 사이에 이루어진 유일한 재산인 토지와 건물에 대한 매매 행위를 사해행위로 취소한 이상 민법 제406조 제1항에 따라 원상회복으로 사해

155) 김재형, 민법판례분석, 박영사 (2015), 197면.

행위취소판결이 확정된 2005. 4. 25. 까지 위 부동산을 사용하여 얻은 이익인 10명의 임차인들로부터 수령한 2억 9,164만원을 반환할 의무가 있다고 주장하며 이에 대해 청구하였다.

II. 판결의 요지

1. 1심 판단

“피고는 원고들에게 291,640,000원과 이에 대하여 2005. 4. 26.부터 이 사건 소장 부분 송달일까지는 연 5%로, 그 다음 날로부터 다 지급하는 날까지는 연 20%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.”는 원고의 청구 취지에 대하여 1심 법원은 “어떤 법률행위로 재산을 취득한 이후에 그 법률행위가 사해행위로 판명되어 채권자취소권의 행사로 취소되어 그 원상회복으로 수익자가 그 재산을 원물로 반환할 경우에, 추가로 사해행위 취소 판결이 확정된 때까지의 사용이익을 가액반환 하여야 한다고 볼 아무런 법률적 근거가 없으므로 원고들의 주장은 이유 없다.”¹⁵⁶⁾고 판단하였다.

2. 2심 판단

“제1심 판결을 취소한다. 피고는 원고들에게 291,640,000원과 이에 대하여 2005. 4. 26.부터 이 사건 소장 부분 송달 일까지는 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.”는 청구취지 및 항소 취지에 대하여 2심 법원은 다음과 같이 판단하였다.

156) 수원지방법원 안산지원 2006. 10. 19. 선고 2006가합170 판결.

(1) 사해행위 취소에 따른 원상회복의 범위

“사해행위인 A주식회사와 피고와의 매매계약의 취소에 따른 원상회복으로 이 사건 토지 및 건물에 관한 피고 명의의 소유권이전등기는 말소되었는 바, 사해행위 이후에 수익자가 목적물을 사용·수익함으로써 얻은 이득의 반환 역시 당연히 원상회복의 범위에 속한다고 보아야 하므로, 피고가 이 사건 토지 및 건물을 임대하여 얻은 차임 상당액은 원상회복으로서 A주식회사에게 반환하여야 할 것인데, 그 반환의 목적물이 금전이므로 A주식회사의 채권자인 원고들은 이를 원고들에게 직접 지급하도록 피고에게 청구할 수 있다. 따라서 피고는, 위 차임상당액인 89,628,509원을 원고에게 반환하고 피고가 차임을 받은 이후로서 원고가 구하는 바에 따라, 원고가 피고를 상대로 A주식회사와 피고 사이에 있었던 이 사건 토지 및 건물에 대한 매매계약을 사해행위로 취소하는 채권자 취소소송판결의 확정된 다음 날인 2005. 4. 26.부터 피고가 그 이행 의무의 존부나 범위에 관하여 항쟁함이 상당하다고 인정되는 원심 판결 선고일인 2007. 9. 14.까지는 민법에서 정한 연 5%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 「소송촉진 등에 관한 특례법」에서 정한 연 20%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.” 고 하여 원심은 지연이자 부분에 있어 피고는 원고가 제기한 채권자 취소소송에서 패소확정 판결을 받고 그 후 다른 원고들이 제기한 채권자취소소송에서 피고가 다 투는 것이 상당하다고 인정되는 기간 동안은 지연된 것이 아니라고 보고 있다.

(2) 피고 주장에 대한 판단

“피고는, 피고가 선의의 점유자로서 과실수취권이 있으므로 원고들에

게 부당이득 반환의무를 부담하지 않는다고 주장하므로 살피건대, 피고는 위 사해행위취소 소송에서 악의의 수익자임이 인정되어 패소 판결을 선고받아 확정된 것이므로, 피고의 위 주장은 이유 없다.”라고 하여 원심은 부당이득반환에 관한 범위에서 과실 수취권이 있는 선의의 점유자라는 피고 주장에 대해 기각하였다.

(3) 원심의 결론

“원고의 이 사건 청구는 위 인정범위 내에서 이유 있어 이를 받아들이고, 나머지 청구는 이유 없어 이를 각 기각할 것인 바, 제1심 판결은 이와 결론을 일부 달리하여 부당하므로 원고들의 항소를 일부 받아들여 1심 판결 중 위에서 지급을 명한 부분에 해당하는 원고들 패소부분을 각 취소하고, 피고에 대하여 원고들에게 위 각 돈의 지급을 명하고, 원고들의 나머지 항소는 이유 없어 이를 각 기각하기로 한다.”¹⁵⁷⁾ 즉 원심은 1심에서 반환할 법적 근거가 없어 사용이익을 반환할 의무가 없다는 판단을 부당하다고 본 것이다. 원고의 사용이익 반환 청구에 대해 사해행위 이후에 사용·수익하여 얻은 이득 역시 당연히 원상회복 범위에 속한다고 보면서 피고는 반환의무가 있다고 판단하였다.

3. 대법원의 판단

(1) 판결 요지

“채권자취소권은 채무자가 채권자를 해함을 알면서 일반재산을 감소시키는 행위를 한 경우에 그 행위를 취소하여 채무자의 재산을 원상회복시

157) 서울고법 2007. 9. 14. 선고 2006나108406 판결.

김으로써 채무자의 책임재산을 보전하기 위하여 인정된 권리로서, 사해행위의 취소 및 원상회복은 책임재산의 보전을 위하여 필요한 범위 내로 한정되어야 하므로 원래의 책임재산을 초과하는 부분까지 원상회복의 범위에 포함된다고 볼 수 없다. 따라서 부동산에 관한 법률행위가 사해행위에 해당하여 민법 제406조 제1항에 의하여 취소된 경우에 수익자 또는 전득자가 사해행위 이후 그 부동산을 직접 사용하거나 제3자에게 임대하였다고 하더라도, 당초 채권자의 공동담보를 이루는 채무자의 책임재산은 당해 부동산이었을 뿐 수익자 또는 전득자가 그 부동산을 사용함으로써 얻은 사용이익이나 임차인으로부터 받은 임료상당액까지 채무자의 책임재산이었다고 볼 수 없으므로 수익자 등이 원상회복으로서 당해 부동산을 반환하는 이외 그 사용이익이나 임료상당액을 반환해야 하는 것은 아니다.”¹⁵⁸⁾고 하였다.

(2) 결론

“원심은, 사해행위 이후에 수익자가 목적물을 사용·수익함으로써 얻은 이득의 반환 역시 원상회복의 범위에 속함을 전제로 피고에게 이 사건 토지 및 건물을 임대하여 얻은 임료상당액을 원상회복으로서 반환해야 할 의무가 있다고 판단하였는바, 이러한 원심판결에는 사해행위 취소에 있어서 원상회복의 범위에 관한 법리오해의 위법이 있고, 이는 판결에 영향을 미쳤음이 분명하다고 보아 고등법원에 파기 환송한다.” 라고 하여 대법원은 사해행위 취소로 인한 원상회복으로 부동산을 반환하는 경우에 그 사용이익이나 임료상당액도 반환해야 할 필요가 없다고 판시하였다.

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

第4節 다른 원상회복 제도 유추 적용 가부

I. 제548조 제2항 유추 적용 가부

1. 문제점

채권자취소권 행사에 따른 사용이익 반환 문제에 대해 계약 해제의 법리가 적용되어야 하므로 원물 반환 시 사용이익도 반환하여야 한다고 보는 견해가 있다.¹⁵⁹⁾ 이 견해는 계약 해제 법리가 적용되어야 하는 근거로 채권자취소권 행사에 따른 원상회복의 의미와 계약 해제에 따른 원상회복의 의미가 동일한 유형에 속하기 때문이라고 한다. 이 견해에 따르면 민법은 제236조(용수장해의 공사와 손해배상, 원상회복), 제311조(전세권의 소멸청구), 제316조(원상회복의무, 매수청구권), 제362조(저당물의 보충), 제406조(채권자취소권), 제548조(해제의 효과, 원상회복의무), 제839조의3(재산분할청구권 보전을 위한 사해행위취소권) 등에서 원상회복을 규정하고 있는데 민법 규정상 원상회복을 크게 두 가지로 나눌 수 있다고 한다. 하나는 물건의 훼손 등에 대하여 원래 상태로 만드는 ‘사실적 원상회복’으로 물리적 변경과 훼손에 대한 본래 상태대로의 회복을 의미이다. 그리고 다른 하나는 잘못된 권리변동을 바로잡는 ‘법률적 원상회복’으로 권리관계의 회복을 의미한다고 한다. 위 원상회복에 관한 민법 규정 중 제236조, 제311조, 제316조, 제362조는 전자에, 제406조, 제548조, 제839조의3은 후자에 각 속한다고 본다. 이렇게 채권자취소권 행사에 따른 원상회복과 계약 해제에 따른 원상회복의 의미는 같은 범주에 속하므로 채권자취소권의 원상회복 반환 범위에 대한 구체적인 규정이

159) 서인걸, “채권자취소권에 관한 몇 가지 쟁점 본 연구 - 대법원 2006. 10. 26. 선고 2005다76753 판결 및 대법원 2008. 12. 11. 선고 2007다69162 판결을 중심으로 -”, 인권과 정의 395호 (2009. 7.), 대한변호사협회, 171-172면.

없으면 제548조가 유추 적용될 수 있다는 것이다. 이 견해에 따라 채권자취소권의 원상회복 규정에 제548조를 유추 적용하는 것이 타당한지 검토해보아야 하며, 그 전제로 계약 해제 원상회복 법리를 이론적으로 먼저 고찰해 보고자 한다.

2. 계약 해제의 의의 및 해제권 행사에 따른 원상회복의 법적 성격

우리 민법은 채권편 제2장 제1절 제3관에서 계약의 해제에 대해 규율하고 있다. 제543조 제1항은 “계약 또는 법률의 규정에 의하여 당사자의 일방이나 쌍방이 해지 또는 해제의 권리가 있는 때”에는 상대방에 대한 의사표시로 해지 또는 해제를 한다고 정하고 있다. 이러한 약정 해제권 혹은 법정 해제권을 행사한 결과 발생하게 되는 원상회복에 대해 우리 민법은 제548조의 제1항에서 원상회복의무가 있다고 규정하고 있을 뿐 구체적인 원상회복 방법이나 청산관계에 대해 규율하고 있지 않아 해석론에 맡겨져 있다. 이에 대한 원상회복의 법적 성질을 이해하기 위해서는 해제권 행사에 따른 법적 효과에 대한 이론을 살펴볼 필요가 있다.

계약 해제에 따른 법적 효과에 대한 이론 구성은 직접효과설과 청산관계설, 절충설, 간접효력설이 있다. 크게 이론적 대립을 보이며 오늘 날에도 영향을 미치고 있는 직접효과설과 청산관계설 위주로 살핀다. 직접효과설에서는 계약을 해제하면 계약의 효력이 소급적으로 소멸하는 효과가 난다고 본다. 소급 소멸하였기 때문에 해제에 따른 원상회복청구권은 “부당이득반환청구권”의 성질을 가진다. 따라서 그 원상회복과 관련하여 제548조 제2항의 규정을 부당이득반환의 특칙으로 본다. 이 견해는 공시방법의 변동 없이도 바로 권리 이전이 생기는데 관해 다시 물권적 효과설과 채권적 효과설의 대립이 있다. 우리나라 다수설¹⁶⁰⁾과 판례¹⁶¹⁾

160) 광윤직, 채권각론 [민법강의IV] (제6판), 박영사 (2014), 98-99면; 김준호(주 61), 1198면; 지원림, 민법강의(제14판), 홍문사 (2016), 1336-1337면.

는 물권적 효과설이다. 직접효과설 중 물권적 효과설의 이론적 난점은 우리 민법이 독일민법과 달리 해제권의 행사와 손해배상청구권을 병존적으로 인정하고 있는데(민법 제551조), 손해배상청구의 기초를 법 이론적으로 설명하는 것이 불가능하다는 점이다.¹⁶²⁾ 반면 청산관계설은 해제에 의해 계약이 소멸하는 것이 아니라 기존 계약의 내용이 청산 관계를 규율하는 채권의 내용으로 변경하는 것뿐이라고 본다.¹⁶³⁾ 따라서 해제권을 행사하면 그 원상회복청구권은 “계약상의 채권적 청구권”의 성질을 가진다. 우리나라는 제548조 제1항 단서로 인해 거래 안전이 보호되고 있어 직접효과설과 청산관계설 간의 학설 대립이 큰 의미는 없다.

3. 해제권 행사에 따른 원상회복의 방법

직접효과설에 따라 원상회복이 부당이득의 법적 성격이 유지되므로 수령한 원물을 반환하는 것이 원칙이나, 원물반환이 불가능한 때에는 예외적으로 그 가액을 반환하여야 한다.¹⁶⁴⁾ 가액반환을 하는 경우, 해제 당시 가액을 기준으로 하는 설과 급부 당시의 가액을 기준으로 하는 설이 있으나 후자가 다수설이다.¹⁶⁵⁾ 판례는 이행불능으로 인한 해제의 경우 불능 당시의 가액이라고 한다.¹⁶⁶⁾ 최근 판례는 “매도인으로부터 매매목적물의 소유권을 이전받은 매수인이 매도인의 계약 해제 이전에 제3자에게 목적물을 처분하여 계약 해제에 따른 원물반환이 불가능하게 된 경우에

161) 대법원 1977. 5. 24. 선고 75다1394 판결, 이 판결에서 “우리 법제가 물권행위의 독자성과 무인성을 인정하고 있지 않는 점과 민법 제548조 제1항 단서가 거래 안전을 위한 특별 규정이라는 점을 생각할 때 계약이 해제되면 그 계약의 이행으로 변동이 생겼던 물권은 당연히 그 계약이 없었던 원상태로 복귀한다.”고 판단하였다.

162) 김형배, 채권각론 (신정판), 박영사 (2001), 233-234면.

163) 김상용, 채권각론, 화산미디어 (2009), 163면; 김형배(주 162), 232면; 이은영, 채권각론 (제5판), 박영사 (2005), 251면.

164) 대법원 1990. 3. 9. 선고 88다카131866 판결.

165) 광운직 편집대표, 민법주해 XIII 채권(6), 박영사 (2009), 321면(김용덕 집필 부분).

166) 대법원 1998. 5. 12. 선고 96다47913 판결.

매수인은 원상회복의무로서 가액을 반환하여야 하며, 이때에 반환할 금액은 특별한 사정이 없는 한 그 처분 당시의 목적물의 대가 또는 그 시가 상당액과 처분으로 얻은 이익에 대하여 그 이득일로부터의 법정이자를 가산한 금액”이라고 하였다.¹⁶⁷⁾

4. 해제권 행사에 따른 사용이익 반환 여부

계약이 해제되면 각 당사자는 그 상대방에 대하여 원상회복의 의무가 있다. 매매계약의 해제 시 물건을 인도받은 매수인은 원상회복으로서 매매목적물을 원물반환하여야 할 것이다. 이러한 경우에 반환 시까지 매수인이 목적물을 사용하여 얻은 사용이익도 반환범위에 포함되는가가 문제된다.

학설은 그 사용이익의 반환을 찬성하는데 이견이 없어 보인다.¹⁶⁸⁾ 판례는 “계약 해제의 효과로서 원상회복의무를 규정하고 있는 민법 제548조 제1항 본문은 부당이득에 관한 특별 규정의 성질을 가진 것이어서, 그 이익의 반환의 범위는 부당이득의 제748조와는 달리 이익의 현존 여부나 선·악의를 불문하고 특별한 사정이 없는 한 받은 이익의 전부이다.”라고 하였다.¹⁶⁹⁾ 따라서 판례는 “제548조 제2항에 비추어 목적물을 사용함으로써 얻은 이익을 부가하여 반환하는 것이 형평의 요구에 합당하다고 보면서”,¹⁷⁰⁾ “계약해제로 인하여 계약 당사자가 원상회복의무를 부담함에 있어서 매도인이 반환하는 금액에 법정이자를 부가하는 법의 취지에 비추어 볼 때 매수인이 목적물을 이용한 경우에는 그 사용에 의한 이

167) 대법원 2013. 12. 12. 선고 2013다14675 판결.

168) 양창수·김재형, 민법 I 계약법 (제2판), 박영사 (2015), 564면; 김용담 편집대표, 주석민법 채권각칙(2) (제4판), 한국사법행정학회 (2016), 180면(남효순 집필 부분); 곽윤직/김용덕 (주 165), 322면; 김준호(주 13), 524면.

169) 대법원 1997. 12. 9 선고 96다47586 판결.

170) 대법원 1976. 3. 23. 선고 74다1383 판결.

익을 상대방에게 반환하여야 하는 것”이라고 한다.¹⁷¹⁾ 사용이익의 대표적인 유형인 임료상당액 반환에 있어서도 판례는 “토지매수인의 잔대금 부지급을 이유로 매도인이 매매계약을 해제한 경우에 매수인은 계약 체결시부터 매매목적물을 인도받아 사용한 대가인 임료상당액의 부당이득에 관하여도 원상으로 복구하여야 한다.”고 하였다.¹⁷²⁾

이에 대해 검토해 보건데 해제권 행사에 따른 사용이익이나 임료상당액의 반환에 찬성한다. 사용이익 반환의 대표적인 근거는 제548조 제2항에서 금전 반환 시 이자를 반환하도록 한 것과의 균형이다.¹⁷³⁾ 이는 기본적으로 대등한 당사자 간에 계약 관계의 쌍무성·등가성에 기초한 것이므로 당연한 결과라 생각된다. 비교법적으로 독일민법에서 해제 시 수령한 급부의 반환과 아울러 수취한 수익(Nutzungen)을 인도할 의무를 정하고 있다(독일민법 제346조 제1항). 이러한 수익에는 물건이나 권리의 과실과 사용이익이 포함된다고 본다. 우리 민법에는 이렇게 직접적인 규정은 없지만 해석에 있어 이와 동일하게 보는 것이 계약의 성질에 비추어서도 타당하다고 보인다. 사용이익의 반환 방법은 원물반환에 의한 회복이 불가능하므로 그 가액을 반환을 할 수 밖에 없을 것이다.¹⁷⁴⁾

5. 해제권 행사에 따른 법정이자 반환 여부

제548조 제2항에서는 “금전을 수령한 자는 수령한 날로부터 이자를 가산하여 반환하여야 한다.”고 규정하고 있다. 이 규정에 따라 실제로 이자를 취득하였는지와 무관하게 이자가 인정된다. 이러한 이자의 법적 성질에 대해 판례는 “가산되는 이자는 원상회복의 범위에 속하는 것으로

171) 대법원 2006. 9. 8. 선고 2006다26328, 26335 판결.

172) 대법원 1968. 12. 6. 선고 68다1869 판결.

173) 김용담/남효순(주 168), 180면.

174) 김동훈, “계약해제에 관한 최근 판례의 동향-A Recent Trend of Case Law on Termination of Contracts”, 법학논총 19집 (2007. 2), 국민대학교 법학연구소, 186면.

서 일종의 부당이득반환의 성질을 가지는 것이고 반환의무의 이행지체로 인한 지연손해금이 아니다.”¹⁷⁵⁾라고 하였다.

이에 대해 검토해 보건데 계약 해제에 따른 이자는 매도인의 금전반환 시 함께 이루어져야 하는 법정과실로 취급하여야지 이행지체로 인한 손해배상금으로 파악해서는 안 된다. 왜냐하면 계약 해제권 행사 시 매도인 입장에서 매수인 역시 원물에 사용이익의 반환을 원상회복으로 예정하고 있어 손해가 발생한 것이 없기 때문이다. 또한 제549조에 따르면 쌍방의 원상회복은 동시이행의 관계에 있으므로 자신의 의무를 제공하고 있지 않은 이상 상대방을 이행지체에 빠뜨릴 수 없기 때문이다. 따라서 금전채무의 전부 또는 일부의 이행을 명하는 판결을 선고할 경우에 있어서 금전채무불이행으로 인한 “손해배상액” 산정의 기준이 되는 법정이율에 관한 특별규정에 해당하는 「소송촉진 등에 관한 특례법」 제3조 제1항은 계약해제 시 금전반환채무에 대하여는 적용할 수 없다.¹⁷⁶⁾

6. 채권자취소권 행사에 따른 사용이익 반환에 대해 제548조 제2항의 유추적용에 대한 타당성 검토

채권자취소권과 계약의 해제를 비교하여 보면 일단 당사자의 법률관계에서 차이를 보이므로 채권자취소권 행사에 따른 원상회복 시 제548조 제2항의 유추적용하여 임료상당액의 사용이익을 반환하여야 한다는 주장은 타당하지 않다. 계약이란 둘 이상 당사자의 합치하는 의사표시를 요소로 하는 법률행위를 의미한다.¹⁷⁷⁾ 계약이 다수당사자 사이에 계약이 이루어질 수도 있고 제3자를 위한 계약의 형태도 있으나 계약의 효과를 당사자 간 유지하게 하거나 제3자에게 수익하게 하려는 것이든 간에 핵

175) 대법원 2000. 6. 9. 선고 2000다50509 판결; 대법원 1996. 4. 12. 선고 95다28892 판결.

176) 대법원 2000. 6. 23. 선고 2000다16275, 16282 판결.

177) 양창수·김재형(주 168), 3면.

심은 대립되는 양 당사자의 의사의 합치이다. 계약의 해제권 행사는 당사자의 의사의 합치로 이루어진 계약을 해소하려는 것이다. 하지만 이에 반해 채권자취소권의 구조는 채권자와 채무자 간 일정한 법률상 원인으로 권리의무 관계가 발생한 것이고 채무자와 수익자는 채권자와 아무런 상관없이 법률행위를 한 것이다. 그럼에도 불구하고 수익자가 사해행위에 대해 악의라는 이유로 이를 취소할 수 있는 형성권을 채권자에게 인정한다. 계약 해제권 행사에 따른 법적 효과에 대해 청산관계설을 취하면 내용만 청산관계로 바뀔 뿐 계약 관계는 효력이 유지되고 있는 것으로 본다. 따라서 채권자취소제도의 당사자인 채권자 수익자 간에 아무런 법률관계도 없는 관계와 유사하다고 보는 것은 적절하지 않다. 반면 직접효과설에서 해제권의 행사로 계약이 실효되어 아무런 관계가 없어지는 구조가 되어 일견 유사한 구조로 보인다. 하지만 일단 계약의 해제는 기존의 양 당사자 간에 의사의 합치가 있었고 계약이 유효하게 성립되었던 관계였던 점이 전제된다. 반면 채권자취소소송에서 채권자와 수익자와의 관계는 그 사이에 전혀 계약의 성립 자체가 없었기 때문에 그 원상회복을 논함에 있어 제548조 제2항을 유추 적용하는 것은 타당하지 않다. 따라서 문제제기에서 언급한 계약의 해제와 채권자취소권의 원상회복을 사실상 원상회복이 아니라 권리상 원상회복으로 동일한 범주에 속하여 이를 유추적용한다는 주장에는 찬성할 수 없다. 권리상 원상회복이라 할지라도 그 권리가 가지고 있는 별도의 법리·구조를 인정할 필요가 있는 것이므로 더 세밀하게 고찰하여 보는 것이 타당하다고 생각된다.

II. 제748조의 유추적용 가부

1. 문제점

민법 제748조는 “부당이득자가 선의이면 현존이익의 범위에서, 악의이면 받은 이익에 이자를 부가하여 반환한다.”고 규정하고 있다. 이 규정은 부당이득반환 청구에 따른 원상회복 반환범위에 관한 조문이다. 최근 민법 개정안 제407조의2(원물반환과 가액반환 등) 제1항에서는 “채권자가 채권자취소권을 행사하는 경우에 수익자를 상대로 채무자로부터 취득한 재산을 채무자에게 반환할 것을 청구할 수 있다. 그러나 그 재산의 반환이 불가능하거나 현저히 곤란한 때에는 채권자는 그 가액을 채무자에게 반환할 것을 청구할 수 있다.”고 하고 있다. 그리고 제2항에서 “제1항의 경우에 반환범위에 관하여는 제748조, 제749조를 준용한다.”고 하여 채권자취소권 행사에 따른 반환 범위에 부당이득반환에 따른 원상회복 범위 방법에 따를 것을 규정하였다. 하지만 이러한 입법은 앞에서 살핀 대법원 2008. 12. 11. 선고 2007다69162 판결의 결과와 상충된다. 따라서 이러한 제748조 규정을 채권자취소권 행사의 원상회복 범위의 기준으로 삼는 것이 바람직한지 검토할 필요가 있다. 이러한 검토를 하기 위한 이론적 전제로 부당이득반환 제도의 의의, 부당이득제도의 기초, 원상회복의 방법, 제201조와의 관계에서 제748조의 적용영역, 사용이익반환과 지연손해금과 관련한 판례들을 먼저 살펴보고자 한다.

2. 부당이득반환제도의 의의 및 이론적 기초

민법 제741조에 따르면 부당이득이란 “법률 상 원인 없이 타인의 재산 또는 노무로 인하여 얻은 이익”을 가리키고 이러한 부당이득이 생겼다면, 이득자는 손실자에게 이를 반환하여야 한다고 규정하고 있다. 예컨대 매매계약이 무효·취소·해제¹⁷⁸⁾되는 경우 매매계약을 전제로 이전된 금

178) 해제의 경우 통설·판례의 입장인 직접효과설에 입각해 판단한 것이다. 청산관계설의 입장을 취할 경우 채권 관계가 유지되므로 부당이득반환에 대한 논의는 발생하지 않을 것이다.

부를 계약의 이전 상태로 회복시키는 것이 요청되며(재화이전의 수정), 권원 없이 타인의 재화를 침해하여 이익을 얻은 때에는 본래 그 이익을 취득한 자에게 이를 귀속시킬 필요가 있다(재화귀속의 수정).¹⁷⁹⁾

부당이득제도를 이해하는 방법론은 대립되는데 통일설과 유형론의 대립이 그것이다. 통일설은 모든 종류의 부당이득을 통일된 요건에 의해 일괄하여 이해하는 입장이다.¹⁸⁰⁾ 통일적 부당이득의 본질에 대해 설명하는 학설로 가장 대표적인 학설은 공평(형평)설이다. 이 학설은 부당이득에 있어서 “법률상 원인 없이”라는 것이 공평(Billigkeit) 또는 정의(Gerechtigkeit)에 반한다는 것을 의미한다고 본다.¹⁸¹⁾ 이 학설에 대해 공평의 개념은 매우 막연하고, 법제도의 기초로서의 적극적 의미가 없기 때문에 그 이유로 인해 과탄을 면하기 어려울 것이라는 비판이 있다.¹⁸²⁾ 독일에서 통일주의를 취하였지만 제812조 제1항에서 “타인의 급부 또는 기타의 방법”의 해석론으로 레온하트(F.Leonhard)가 부당이득을 처음으로 이분화한 이래 쾨니히(König)에 의해 급부부당이득, 침해부당이득, 비용부당이득으로 부당이득이 분류되었다.¹⁸³⁾ 이러한 유형론의 하부 유형인 급부부당이득은 주로 계약법의 보충규범으로 기능하고, 침해부당이득은 불법행위법에 대한 보충규범, 비용부당이득법은 사무관리법의 보충규범으로 기능한다고 설명하고 있다.¹⁸⁴⁾ 우리나라에서도 이 견해를 주장하는 학자들이 점차 늘고 있다.¹⁸⁵⁾

우리나라의 판례는 “부당이득제도는 이득자의 재산상 이득이 법률상

179) 김준호(주 13), 798면.

180) 김준호(주 13), 801면.

181) 광윤직(주 160), 555면; 김기선, 한국채권법각론 (제2전정판), 법문사 (1982), 357면; 김중환저·김학동증보, 채권각론 (제7판), 박영사 (2006), 404면; 김용담 편집대표, 주석민법 채권각론(5) (제4판), 한국사법행정학회 (2016), 379면(김문수 집필 부분).

182) 이종복, “불당이득(상)”, 사법행정 25권 9호 (1984. 9.), 한국사법행정학회, 53면.

183) 김용담/김문수(주 181), 381면.

184) 양창수, “서독 부당이득법의 입법론적 전개-König의 부당이득법 개정에 관한 감정의견의 소개”, 서울대 법학 26권 4호 (1985. 12.), 서울대학교법학연구소, 173면.

185) 김형배, 사무관리·부당이득, 박영사 (2003), 76면; 김상용(주 163), 517면; 이은영(주 163), 685-686면.

원인을 결여하는 경우에 공평·정의의 이념에 근거하여 이득자에게 그 반환의무를 부담시키는 것인바,채무자가 횡령한 금전으로 자신의 채권자에 대한 채무를 변제하는 경우 채권자가 그 변제를 수령함에 있어 약의 또는 중대한 과실이 있는 경우에는 채권자의 금전 취득은 피해자에 대한 관계에 있어서 법률상 원인을 결여한 것으로 봄이 상당하나, 채권자가 그 변제를 수령함에 있어 단순히 과실이 있는 경우에는 그 변제는 유효하고 채권자의 금전 취득이 피해자에 대한 관계에 있어서 법률상 원인을 결여한 것이라고 할 수 없다.”고 한 것으로 보아 공평설·정의설에 입각한 것으로 볼 수 있다.¹⁸⁶⁾ 유형설은 우리나라의 입법이 독일과 일본의 영향을 받아 통일설에 입각해 제741조가 입법화되었다는 점에서 비판할 수 있다.¹⁸⁷⁾ 따라서 현재의 우리 민법 제741조가 일반규정으로 정해진 이상 통일설의 입장을 취할 수밖에 없을 것으로 보인다. 하지만 통일주의를 취한 독일민법의 해석에 있어서는 개개의 사례별 이론구성으로서 유형론적 해석방법이 지배하고 더 나아가 비통일주의로 부당이득법을 개정할 것이 주장되고 있다.¹⁸⁸⁾ 이는 부당이득에 관한 우리민법에도 시사하는 바가 있어 부당이득의 분석에 있어 유형론적 이론을 반영하여 검토하고자 한다.

3. 부당이득반환 청구권 행사에 따른 반환 방법

민법 제747조 제1항에서 “수익자가 그 받은 목적물을 반환할 수 없는 때에는 그 가액을 반환하여야 한다.”고 하여 원물반환을 원칙으로 하고

186) 대법원 2012. 1. 12. 선고 2011다74246 판결; 대법원 2011. 2. 10. 선고 2010다89708 판결; 대법원 2008. 3. 13. 선고 2006다53733, 53740 판결; 대법원 2003. 6. 13. 선고 2003다8862 판결.

187) 김준호(주 13), 801면.

188) 양창수, “독일부당이득법의 역사적 전개”, 민법학논총(1권) 후암 박윤직교수회갑기념 (1985. 12.), 박영사, 595-600면.

예외적으로 가액 반환을 인정하고 있다. 매매와 같은 물권변동의 원인행위가 무효이거나 취소, 해제되면 유인주의에 따라 물권변동의 효력이 사라진다. 따라서 그 수익자는 소유권을 취하지 못하므로 양도인은 소유권에 기한 물권적 청구권 외에 생기는 채권적 청구권인 부당이득반환청구를 할 수 있다. 이렇게 동산이나 부동산인 경우 점유 이전과 등기를 말소하는 방식으로 원물반환을 하여야 한다.¹⁸⁹⁾

원물을 반환할 수 없는 때 가액반환을 할 수 있는데 그 의미는 타인의 노무로 무형적 이익을 얻었거나 타인의 재산을 무단이용으로 이익을 얻은 경우, 원물이 소비, 처분, 멸실되어 그대로 반환하는 것이 불가능한 경우, 금전을 취득하여 이익을 얻은 경우, 수익자가 얻은 물건이 부합되어 분리불가능하게 된 경우(제261조)를 말한다.¹⁹⁰⁾ 원물을 처분한 경우 그 처분당시의 대가가 가액이 되고, 그 후 물건의 가격이 양등하였다고 하여 양등한 가격으로 계산한 금액이 이득이 되지 않는다.¹⁹¹⁾

4. 부당이득 반환 청구 시 반환 범위-제201조와 제748조와의 관계

(1) 문제점

통설은 청구권경합의 입장에서 제213조에 기한 소유물반환청구권과 제741조에 기한 급부이득반환청구권의 경합을 인정하고 있다.¹⁹²⁾ 그 결과 제201조 이하와 부당이득의 규정의 충돌이 존재함을 인정하고, 부수적 이해 조정을 위해 어느 규정을 적용할지에 대한 논쟁이 있다. 민법 제

189) 박윤직 편집대표, 민법주해 XVII 채권(10), 박영사 (2005), 546-547면(양창수 집필부분); 양창수·권영준, 권리의 변동과 구제 (제2판), 박영사 (2015), 503면.

190) 양창수·권영준(주 189), 512면.

191) 대법원 1995 5. 12. 선고 94다25551 판결.

192) 박윤직(주 160), 349-350면; 김준호(주 13), 799면; 송덕수, 채권법각론 (제2판), 박영사 (2016), 479면.

201조는 점유자와 과실로서 제1항에서 “선의의 점유자는 점유물의 과실을 취득한다.”고 규정하고, 제2항에서는 “악의의 점유자는 수취한 과실을 반환하여야 하며, 소비하였거나 과실로 인하여 훼손 또는 수취하지 못한 경우에는 그 과실의 대가를 보상하여야 한다.”고 규정하고 있다. 반면 민법 제748조는 수익자의 반환범위로서 제1항에서 “선의의 수익자는 그 받은 이익이 현존한 한도에서 전조의 책임이 있다.”고 규정하고, 제2항에서는 “악의의 수익자는 그 받은 이익에 이자를 붙여 반환하고 손해가 있으면 이를 배상하여야 한다.”고 규정하고 있다. 따라서 이러한 규정 차이로 인해 급부의 반환청구를 어떠한 법리에 의할 것인가라고 하는 이론적인 측면은 물론 물권적 청구권에 의할 때와 부당이득법에 의할 때 각각 반환범위가 달라진다고 하는 실질적인 측면에서도 문제가 발생한다.¹⁹³⁾ 이러한 문제를 해결하기 위해 여러 학설 간 대립이 있다.

(2) 학설 간 대립

다수설인 제1설은 원물의 반환을 부당이득을 이유로 청구하는 경우에도 이에 수반되는 부수적 이해 조정은 민법 제201조 내지 제203조에 의하여 처리되어야 하고, 제201조 이하 규정은 제748조의 특칙으로 법조경합관계에 있다고 본다.¹⁹⁴⁾ 제2설은 유형론에 따른 접근으로 ‘급부부당이득’의 경우에는 계약법의 원리나 부당이득의 법리에 따라 해결하여야 하고, ‘침해부당이득’의 경우에는 제201조 내지 제203조가 적용된다고 한다.¹⁹⁵⁾ 제3설은 기본적으로 제2설의 입장을 취하나 ‘침해부당이득’의 경우 제201조 외에도 제748조가 적용되어야 한다고 본다. 악의 점유

193) 최수정, “쌍무계약을 청산하는 법리-급부 반환을 중심으로”, 이십일세기 한국민사법학의 과제와 전망 : 심당 송상현교수화갑기념논문집 (2002. 1.), 심당송상현선생화갑기념논문집간행위원회, 140면.

194) 박윤직(주 160), 350면; 김상용(주 163), 563-564면; 송덕수(주 43), 616면.

195) 박윤직/양창수(주 189), 550-553면; 김중환·김학동(주 181), 702-706면.

자의 경우에는 제201조 2항은 악의의 점유자는 수취한 과실을 반환하여야 한다고만 규정하고 있을 뿐이므로 이 규정이 제748조 제2항과 충돌하는 규정으로 파악하는 것은 타당하지 않다고 보는 견해이다.¹⁹⁶⁾

(3) 판례의 입장 및 분석

대법원은 유형론을 나누어 판단하고 있지는 않다. 하지만 급부부당이득의 대표적인 유형인 “쌍무계약이 취소된 경우 선의의 매수인에게 민법 제201조가 적용되어 과실취득권이 인정되는 이상 선의의 매도인에게도 민법 제587조의 유추적용에 의하여 대금의 운용이익 내지 법정이자¹⁹⁷⁾의 반환을 부정함이 형평에 맞다.”¹⁹⁷⁾고 하였다. 이 판례 선의의 매도인의 과실취득 문제에 대해 제1설과 제2설 모두 정합적으로 설명해내기는 힘들다. 왜냐하면 선의의 매도인은 매매대금을 주된 급부로 반환하여야 하고 반환 시 제748조 제1항에 따라 현존 이익을 반환해야하는데 이 때 매매대금의 법정이자¹⁹⁷⁾는 과실로서 현존이익 범위에 속할 수 있고 그러면 이를 반환해야하기 때문이다. 하지만 이렇게 되면 매수인과 매도인 모두 선의인데 매수인은 임료 상당의 사용이익을 취득하는 반면 매도인은 금전의 사용이익에 상응하는 법정이자¹⁹⁷⁾의 이익을 반환해야하는 불공평한 상황이 발생하게 되고 이를 제거하기 위해 구체적 타당성을 도모한 것으로 보인다.

급부부당이득 유형의 악의의 매도인의 반환 범위와 관련하여 대법원은 “부당이득반환의 경우 수익자가 반환해야 할 이득의 범위는 손실자가 입은 손해의 범위에 한정되고, 여기서 손실자의 손해는 사회통념상 손실

196) 김제형, “점유자의 소유자에 대한 부당이득반환범위- 민법 제201조와 제748조의 관계를 중심으로 -”, 법조 52권 6호 (2003. 6.), 법조협회, 69-74면; 홍성주, “민법 제201조 제2항과 민법 제748조의 관계- 대법원 2003. 11. 14. 선고 2001다61869 판결 -”, 판례연구 제16집 (2005. 2.), 부산판례연구회, 281면 이하.

197) 대법원 1993. 5. 14. 선고 92다45025 판결.

자가 당해 재산으로부터 통상 수익할 수 있을 것으로 예상되는 이익 상당이라 할 것이며, 부당이득한 재산에 수익자의 행위가 개입되어 얻어진 이른바 운용이익의 경우, 그것이 사회통념상 수익자의 행위가 개입되지 아니하였다라고 부당이득된 재산으로부터 손실자가 통상 취득하였으리라고 생각되는 범위 내에서는 반환해야 할 이득의 범위에 포함된다.”¹⁹⁸⁾ 고 하였다. 즉 매매계약이 무효인 경우, 매도인이 매매대금으로 받은 금전을 정기예금에 예치하여 얻은 이자가 반환해야 할 부당이득의 범위에 포함된다고 본 판례이다. 이 때 대법원은 운용이익을 “수익자가 자신의 노력 등으로 부당이득한 재산을 이용하여 남긴 이익”이라고 넓게 정의하여 ① 손실자라도 당연히 취득하였을 운용이익과 ② 이를 초과하는 운용이익으로 나누어 사용이익과 중첩되는 부분이 있도록 개념 정의하였다고 보인다.¹⁹⁹⁾ 이 때 전자는 반환하여야 하는데 이는 사용이익의 개념과 상응하는 것으로 보이며 이 판례에서는 정기예금에서 통상 얻을 수 있었던 정기예금이자를 말한다. 정기예금 이자는 법정이자와는 다르고 보통예금보다 높은 이자를 주는 것이 보통이므로 손실자라도 당연히 취득했을 이익인가에 대한 논란이 있을 수 있고 이에 대해 원심은 그렇지 않다고 보아 반환을 부정하기도 하였다.²⁰⁰⁾ 하지만 대법원에서는 매매대금이 상당히 큰 금액이었고, 그 기간 동안 정기예금의 이자가 유례가 없을 정도로 높은 이자를 주었던 시기적 특수성을 감안하여 손실자도 역시 금전이 있었다면 정기예금에 예치시켰을 유인이 충분했다는 점을 감안하여 이를 반환하도록 한 것은 사회통념상 타당한 것으로 보인다.

다음으로 침해부당이득 유형의 선의의 점유자의 반환 범위에 관한 판례를 보고자 한다. 대법원은 “민법 제201조 제1항에 의하면 선의의 점유자는 점유물의 과실을 취득한다고 규정하고 있고, 한편 토지를 사용함으

198) 대법원 2008. 1. 18. 선고 2005다34711 판결.

199) 양창수·권영준(주 189), 509면.

200) 대구고법 2005. 5. 25. 선고 2004나187 판결.

로써 얻는 이득은 그 토지로 인한 과실과 동일시할 것이므로 선의의 점유자는 비록 법률상 원인 없이 타인의 토지를 점유사용하고 이로 말미암아 그에게 손해를 입혔다 하더라도 그 점유사용으로 인한 이득을 그 타인에게 반환할 의무는 없다.”²⁰¹⁾고 하여 기본적으로 점유부당이득론을 긍정하고 있는 것으로 보인다. 이 판례는 기본적으로 무권리자로부터 매수하였으나 정당한 권원이 없는 매수인이 정당한 권리자의 부당이득반환 청구를 받은 경우, 선의의 점유자로서 과실에 준하는 사용이익에 대해 반환할 필요가 없다고 있다. 이는 제1설에 따르면 원물반환이므로 제201조가 적용되었다고 해석할 수 있고, 제2설에 따르면 침해부당이득²⁰²⁾의 유형으로 선의의 점유자로 제201조가 적용된 것으로 볼 수 있는 판례이다.

마지막으로 침해부당이득 유형의 악의의 점유자 반환 범위에 대하여 대법원은 “타인 소유물을 권원 없이 점유함으로써 얻은 사용이익을 반환하는 경우 민법은 선의 점유자를 보호하기 위하여 제201조 제1항을 두어 선의 점유자에게 과실수취권을 인정함에 대하여, 이러한 보호의 필요성이 없는 악의 점유자에 관하여는 민법 제201조 제2항을 두어 과실수취권이 인정되지 않는다는 취지를 규정하는 것으로 해석되는 바, 따라서 악의 수익자가 반환하여야 할 범위는 민법 제748조 제2항에 따라 정하여지는 결과 그는 받은 이익에 이자를 붙여 반환하여야 하며, 위 이자의 이행지체로 인한 지연손해금도 지급하여야 한다.”²⁰³⁾라고 하였다. 이 판례는 토지 X의 소유자인 원고는, 토지 X 상공에 아무런 권원 없이 송전선을 설치한 피고 한국전력공사를 상대로 하여 구분지상권 침해에 따른 손

201) 대법원 1987. 9. 22. 선고 86다카1996, 1997 판결; 대법원 1981. 9. 22. 선고 81다233 판결; 대법원 1978. 5. 23. 선고 77다2167 판결.

202) 침해부당이득은 타인의 재화 또는 권리에 대한 사용·소비·처분·부합·혼화·가공 등의 침해행위의 결과, 그 재화 또는 권리의 귀속이 달라짐으로써 이득자가 얻는 이득으로서, 이와 같은 이득은 손실자의 희생에 의해서 얻은 것이다. [김상용(주 163), 521면.]

203) 대법원 2003. 11. 14. 선고 2001다61869 판결.

해배상을 청구하면서, 송전선 설치부분에 상응하는 ① 임료 상당액과 ② 점유일 이후 소장부분 송달일까지의 법정이자 및 ③ 임료 상당액 및 그 법정이자에 대한 지연손해금을 구하는 사건이었다.²⁰⁴⁾ 이에 대해 1심²⁰⁵⁾과 원심²⁰⁶⁾에서 모두 이를 인정하지 않으면서 “권원 없이 타인의 물건을 점유하는 자가 그 점유를 통하여 얻은 과실을 반환하는 경우에는 부당이득 반환청구권에 관하여 정한 민법 제747조 이하의 규정에 우선하여 민법 제201조 제2항의 규정이 적용되어야 할 것인바, 피고가 위 점유로 인하여 얻은 사용이익은 과실에 해당한다고 보아야 하므로, 위 규정에 따라 악의의 점유자인 피고는 수취한 과실을 반환하여야 하고 여기에 이자를 가산하여 지급하여야 하는 것은 아니다.”라고 하였다. 즉 1심과 원심은 제1설의 입장에서 원물반환이 가능하였던 사안이므로 제201조 제2항만이 적용되어야 하고 제748조 제2항은 적용되지 않는다고 보았기 때

204) 이병준, “민법 제201조 제2항과 제748조 제2항과의 관계-대법원 2003. 11. 14. 선고 2001다61869 판결”, *Jurist* 410호 (2006. 6.), 청림인터랙티브, 250면.

205) 서울지방법원 2001. 1. 18. 선고 2000가단175981 판결로 원고는 (1) 원고가 구하는 1990. 7. 6.부터 1993. 1. 20.까지 기간 동안의 임료 상당 합계액, (2) 위 임료 상당 합계액을 1년 단위로 구분한 각 금액에 각 그 해당기간 말일 다음날부터 임료감정일(2000. 10. 10.)까지의 일수 및 법정이율(연 5%)을 곱하여 계산한 금액, (3) 위 (1)항 금액과 위 (2)항 금액을 합친 금액에 대한 2000. 10. 11.부터 다 갚는 날까지의 지연손해금 청구에 대해 위 기간 동안의 (1) 임료 상당 합계액의 부당이득반환의무와 (3) 이에 대한 2000. 10. 11.부터 다 갚는 날까지의 지연손해금 지급의무만을 인용하면서 나머지 부분(원고 청구 중에서 (2)항 부분 전부와 (3)항 중 (2)항 부분에 대한 지연손해금 부분)은 이를 배척하였다. 그 이유는 “권원 없이 타인의 물건을 점유하는 경우에 있어서의 부당이득반환은 점유물건의 원물반환이 가능한 경우에는 민법 제213조, 제201조가 우선적으로 적용되고, 점유물건의 원물반환이 불가능한 경우에는 민법 제747조가 적용된다 할 것인바, 이 사건에서 피고가 점유하는 원고의 토지는 원물반환이 가능한 상태이고 다만 원고가 원물반환을 청구하고 있지 않을 뿐이므로 결국 민법 제201조에 따라 부당이득의 반환범위가 정하여진다 할 것인데, 그 규정에 의하면 악의의 점유자는 수취한 과실의 원물 또는 그 대가를 반환하여야 하고 여기에 이자를 가산하여 지급하여야 하는 것은 아니기 때문”이라고 하였다. [홍성주(주 196), 284면.]

206) 서울지방법원 2001. 8. 24. 선고 2001나11955 판결에서 원심은 (1) 임료상당 합계액과 (3) 임료상당액에 대한 지연이자는 인정하였지만 (2) 임료 상당액에 대한 법정이자와 (3) 임료상당액의 법정이자에 대한 지연이자에 대한 부분은 여전히 인정하지 않았고 인정한 것은 1심에서 인정한 합계액 외에 (2)항 부분에 지연손해금을 구하는 취지가 포함되어 있는 것으로 보고 그 중 소장송달 다음날부터 2000. 10. 10.까지를 추가 인용한 것이다. 그 이유 역시 1심과 마찬가지로이다. [홍성주(주 196), 285면.]

문에 임료상당액의 법정이자와 그에 대한 지연손해금은 배척한 것으로 보인다. 이에 대해 대법원은 임료상당액의 법정이자와 그에 대한 지연손해금은 인정하면서 제1설의 입장이 아니라 침해부당이득에서 원물의 과실을 인정하는데 제748조 제2항이 적용되어야 한다는 제3설에 가까운 입장을 보이고 있다. 하지만 앞으로 검토 부분에서 살필 것이지만 제201조 제2항의 취지를 근거로 하여도 충분히 반환을 인정할 수 있으므로 반환의 근거는 잘못 선택한 것으로 보인다.

(4) 검토

제1설의 입장에서 제2설에 대해 비판하는 점은 유형론에 따라 그 부수적 이익 조정을 다르게 하다 보니 모순된 결과가 발생하여 불공평한 결과를 초래한다는 점이다. 즉 임야임대차계약에 의하여 임야를 초지로 조성하여 목초의 수확을 얻었으나 그 임야임대차계약이 무효가 된 경우에, 선의점유자(즉 급부부당이득자)는 민법 제748조 제1항의 규정에 의하여 현존하는 목초 전부를 반환하여야 한다. 그러나 임대차계약관계 없이 임야를 점유하여 목초를 수확한 자(즉 침해부당이득자)는 민법 제201조 제1항에 의하여 현존하는 목초를 반환할 필요가 없게 된다. 이러한 결과는 모순이며, 그 결과가 반대가 되어야 함이 보다 사리에 맞는 것이 아니냐고 주장한다.²⁰⁷⁾ 위 상정된 사례만 놓고 본다면, 일견 반대의 경우가 더 사리에 맞을 수 있다. 하지만 애초에 제201조의 입법의도를 고려해 본다면, 위의 임대차계약의 사안에 꼭 들어맞지 않을 수 있다. 우리나라 제201조의 입법 목적에 관해 통설적인 견해는 과실을 수취할 권리가 없음에도 불구하고 그 권리가 있다고 오신하여 점유를 한 선의점유자가 후

207) 김상용, “부당이득으로서의 과실의 반환범위에 관한 민법 제201조와 제748조의 관계-대법원 2003.11.14. 선고 2001다61869 판결”, 민사판례연구 제27권 (2005. 2.), 박영사, 427-428면.

에 본권자로부터 원물반환을 청구당하기 전까지 일반적으로 과실을 취득하여 소비한다고 본다. 선의점유자는 과실을 얻기 위하여 적지 않은 노력과 자본을 투입하는 것이 다만사인 점에 비추어 원물반환과 더불어 과실까지도 전부 반환하여야 한다고 하면, 그 선의점유자에게 너무 가혹하므로 민법 제201조에서 선의점유자는 과실을 취득할 수 있도록 규정하였다고 설명한다.²⁰⁸⁾ 판례 역시 자신이 과실을 수취할 정당한 권원이 있다고 적극적으로 오신하고,²⁰⁹⁾ 그 오신에 정당한 이유가 있을 것을 요구하고 있다.²¹⁰⁾ 이러한 통설·판례의 입장을 고려해 보면 제201조가 상정한 법률관계는 직접 소유권자로부터 점유를 취득한 것이 아니라 타인 권리매매로서 무권리자 처분행위라고 보여진다. 따라서 위 사례에서 임대차계약 관계없이 임야를 점유하고 수익을 하였다고 하더라도 그 수익자에게 수익할 정당한 권원이 있다고 신뢰하였고 임야를 벌목하는데 스스로의 시간과 노력을 들였다면 이를 반환하지 않게 하는 것이 부당하다고 볼 수 없다.^{211).212)}

208) 박윤직·김재형, 물권법: 민법강의 II (제8판 전면개정판), 박영사 (2015), 215면; 배병일, “점유자의 과실취득과 부당이득반환청구- Possessor’s acquisition of fruits and return of unjust enrichment -”, 판례실무연구 VII (2004. 12.), 비교법실무연구회, 221-222면.

209) 대법원 1992. 12. 24. 선고 92다22114 판결.

210) 대법원 1996. 1. 26. 선고 95다44290 판결.

211) 김형석, “점유자와 회복자의 법률관계와 부당이득의 경합”, 서울대법학 49권 1호 (146호) (2008), 서울대학교법학연구소, 265면.

212) 제201조 내지 제203조가 소유자와 점유자 사이에 계약관계가 없는 사안을 전제로 한다는 것을 인정하면서도, 오히려 “쌍무계약 청산의 특수성”에 기하여 과실수취권은 점유자에게 귀속되어야 한다는 견해도 유력하게 제시되고 있다. 쌍무계약에서 각 당사자들은 서로의 급부를 동일한 가치로 평가하면서 (객관적 가치가 서로 다른 경우에도) 자신의 급부의 사용가능성을 포기함으로써 상대방의 급부의 사용가능성을 취득할 수 있게 되는데, 이러한 한도에서 각 당사자는 상대방으로부터 수령한 급부에 대한 활용위험을 부담하게 된다고 한다. 무효인 쌍무계약에서 당사자들은 급부의 주관적 등가성에 기하여 실현된 의사에 의하여 계약의 무효에도 불구하고 반환시점까지 취득한 과실을 보유하는 동시에 활용위험을 부담해야 하며, 그 한도에서 제201조 제1항이 과실수취의 법률상 근거가 될 수 있다고 한다. 다만 이러한 과실수취는 당사자들의 실현된 사실상 의사에 기초하므로, 무효·취소의 원인이 착오나 사기·강박 등인 경우나 일방이 급부를 선이행한 경우에는 부당이득법에 따라 과실을 반환하는 것이 타당하다고 한다. [김상용(주 207), 164-167면.]

침해부당이득 유형에서 제1설은 원물반환의 경우에는 제201조를 적용하고, 제2설은 원물반환·가액반환 불문하고 제201조를 적용하여야 한다고 본다. 종래의 점유부당이득을 인정하는 견해인 제1설은 점유 자체는 사실상의 지배이지 재산상 이익의 귀속을 내용으로 하는 독자적인 할당내용(Zuweisungsgehalt)을 가지고 있지 않으므로 점유 자체의 침해상태만으로는 부당이득반환이 성립하는 것으로 보기 어렵기 때문에 타당하지 않다.²¹³⁾ 침해부당이득에서 문제시되는 점은 부당한 점유로 인한 사용이익 반환에 있어 그 사용이익에 대한 법정이자 가산 여부인데 이는 제201조 제2항과 제748조의 제2항간의 관계의 해석론과 관련이 있다. 왜냐하면 제201조에서는 과실은 반환하여야 한다고만 할 뿐 이자지급 의무는 명시하고 있지 않은데 반해 제748조 제2항에서는 이자지급의무를 명시하고 있기 때문이다.²¹⁴⁾ 제1설은 악의의 점유자가 원물반환이 가능하면 원물을 반환하면 되고 원물이 수익자에게 책임 없는 사유로 멸실·훼손된 경우 원물반환이 불가능해졌으므로 이때에는 가액반환을 하여야 하는데 가액반환을 해야 하는 경우이므로 제748조 제2항이 적용되어 법정이자를 가산하게 된다고 본다.²¹⁵⁾ 제3설 역시 제1설과 마찬가지로 제748조 제2항에 근거하여 사용이익의 이자반환을 긍정해야 한다고 본다. 왜냐하면 ‘이자’에 관하여 민법 제748조 제2항과 민법 제201조 제2항이 충돌하는 것으로 파악하는 것은 타당하지 않다고 보기 때문이다.²¹⁶⁾ 하지만 제2설이 주장하는 제201조 제2항의 취지에 따라 이자 반환을 긍정하는 것이 타당하다고 생각된다. 왜냐하면 유형설에 따른 구분으로 급부부당이득과 침해부당이득으로 나누고 침해부당이득 적용영역에 급부부당이득

213) Wilburg, “Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung”, 1934, S. 37f.의 설득력 있는 논쟁 이래 독일과 일본의 통설적 견해라고 한다. [김형석(주 211), 271-272면에서 재인용.]

214) 홍성주(주 196), 307면.

215) 홍성주(주 196), 308면.

216) 김제형(주 196), 69-70면; 홍성주(주 196), 310-312면.

영역에 적용될 제748조 제2항에 근거할 필요가 없기 때문이다. 단지 제201조 제2항의 취지만으로 이론 구성이 가능하며 일관된 논리를 관철할 수 있다. 그것은 악의점유자가 부담하는 책임의 내용이 위임이나 사무관리에 의하여 타인의 물건을 관리하는 자의 책임에 상응하여 구성되어 있음을 전제로 물건을 적절하게 관리할 선관주의의무가 있다고 봄으로써 가능하다. 이 때 그 물건으로부터 통상 객관적으로 발생하였을 이익도 소유자에게 돌리도록 할 의무도 부담하고 있다고 보면 제201조 제2항의 취지를 근거로 반환을 긍정할 수 있게 된다.²¹⁷⁾

5. 채권자 취소권 행사에 따른 원상회복 반환 범위에 제748조 유추적용 가능여부

채권자취소권이 부당이득과 본질적으로 차이가 있다면 제748조는 채권자취소권 행사에 따른 반환범위에 적용될 수 없을 것이다. 그런데 부당이득의 기초를 유형적으로 파악하고 급부부당이득에 제748조가 적용된다는 제2설의 입장을 전제로 논의를 전개하고 있으므로 급부부당이득과 채권자취소권을 비교하여 살펴보아야 한다. 급부부당이득과 채권자취소권을 발생원인, 당사자 간 법적 구조, 법적 효과 측면으로 나누어 살펴보겠다. 첫째, 급부부당이득반환청구권을 발생시키는 취소권 행사의 원인행위는 의사표시 하자나 제한능력이다. 반면 채권자취소권을 행사하게 하여 원상회복의무를 야기시키는 원인행위는 채무자의 사해행위이다. 둘째, 당사자 법적 관계 측면에서 급부부당이득은 급부를 주고받은 당사자 사이에서 이루어진다. 하지만 채권자취소 제도에서 급부를 주고받는 당사자는 채무자와 수익자이고 채권자와는 아무런 관련이 없다. 셋째, 법률 행

217) 김형석(주 211), 276-277면, 이 견해는 악의의 점유자가 과실은 반환하여야 하고 과실을 수취하면서 통상적으로 취득할 수 있는 과실의 과실 역시 반환해야할 의무를 진다고 본다.

위 의사표시 하자 등으로 인한 “취소”의 의미와 채권자취소권의 “취소”의 의미와는 다르다. 둘 다 형성권이라는 사실은 동일하나 그 효력에 있어서 급부부당이득을 야기시키는 법률 행위 의사표시 하자 등으로 인한 취소의 효과는 제141조에 따라 당연무효가 된다. 반면 채권자취소권의 행사는 상대적 효력설 입장을 전제로 상대적 무효의 효과가 나타난다. 따라서 이렇게 다른 급부부당이득의 원상회복 반환 범위에 적용된 제748조를 채권자취소권 행사의 원상회복 범위에 유추 적용할 수 없으므로 최근 규정된 민법개정안에서 제748조를 준용하는 것에 찬성할 수 없다.

6. 최근 민법 개정안의 내용과 판례의 결론 간 충돌의 해결

이렇게 채권자취소권 행사에 따른 반환 범위에 제748조를 준용하는 것은 바람직하지 않으나 앞서 살펴본 대로 최근 개정안에서는 제407조의2 제2항이 신설되어 그 규정을 준용하도록 입법되었다. 하지만 분과위원회에서 제748조와 제749조가 준용안을 둘러싼 찬반이 없었던 것은 아니다. 제748조와 제749조의 준용을 찬성하는 쪽은 첫째, 수익자의 반환범위에 대한 명문 근거규정을 두어 법적 불확실성을 해소할 필요가 있고, 둘째, 독일채권자취소권법 제11조 제1항이나 오스트리아 채권자취소권법 제13조 제2항에서도 악의의 수익자에 대한 부당이득법의 규정을 준용하고 있다는 점을 근거로 들었다. 반면 이 준용에 반대하는 쪽은 첫째, 사해행위나 편파행위는 법률상 원인이 있는 유효한 행위이고 채권자취소권 행사는 그 행사로 비로소 장래를 향하여 효력을 상실하는 것이므로 법률상 원인이 없을 때 발생하는 부당이득의 반환범위와 논리 필연적으로 일치할 필요가 없다는 점, 둘째, 판례가 부동산에 관한 법률행위를 사해행위로 취소한 경우 부동산의 사용이익을 반환할 필요가 없다는 태도를 취하는 점

을 근거로 삼았다. 즉 그 반환범위에 대해 입법으로 확정하기보다 지금 처럼 해석론에 맡겨 유연한 해결을 도모하는 것이 좋다는 입장이다.²¹⁸⁾ 이러한 찬반 근거를 살펴보면 찬성 쪽의 근거는 불확실성 제거나 다른 입법의 추세에 근거한 것이지 법리적으로 부당이득의 이론이 타당하여 적용하자는 주장으로 보기는 힘들어 보인다. 즉 이러한 결정은 어디까지나 입법 정책 차원에서 수용된 것에 불과하다. 불확실성 제거의 논거는 이미 판례의 해석론이 있는 만큼 그에 따른 해결을 도모해도 혼란스럽지 않으며 오히려 이러한 새로운 입법을 통해 양자가 결론 상 충돌되어 더 혼란을 초래할 수 있다. 비교법적으로도 최근 일본의 민법 개정안에서는 채권자취소권 행사에 따른 반환 범위에 제748조를 준용한다는 입법이 포함되어 있지 않다.²¹⁹⁾ 따라서 뒤에서 검토할 일본 판례의 과실 반환 부정의 해석론이 앞으로도 유지될 것으로 보인다. 이하에서 더 자세히 살펴볼지만 우리나라 채권자취소권 제도는 연혁적으로 로마법, 프랑스법, 일본법이 계수되어 온 것인데 그렇다면 독일의 논의보다는 일본의 논의 형태를 고려하여 판례를 통한 해석론으로 반환 범위의 해결을 도모하는 것이 더 바람직할 것이다.

Ⅲ. 제201조 유추적용 가부

1. 문제점

채권자취소권을 행사하면 물권적 상대적 효력설에 따라 채무자와 수익자 사이의 법률관계가 채권자와의 관계에서 채권적으로뿐만 아니라 물권적으로도 취소된다. 일반적으로 법률관계가 취소되면 채권자에게 부당이득반환청구권 이외에 물권적 청구권이 생기듯이 이렇게 채무자와 수익자

218) 윤진수·권영준(주 3), 527-528면.

219) 서희석(주 68), 94-114면.

간의 법률관계가 물권적으로 취소되는 경우에도 물권적 청구권이 생겨 제201조를 적용할 수 있지 않을까라는 생각을 할 수 있다. 그렇다면 이러한 법률적 사고(思考)가 타당한 것인지 타당하다면 이론적으로 왜 그런 것인지에 대한 설명이 필요하다. 앞서 살핀 바대로 부당이득 유형적 구분을 통해 제201조는 침해부당이득 유형에서 적용되는 조문이라는 체계를 세웠다. 따라서 침해부당이득 유형과 채권자취소권을 비교하여 봄으로서 유사하다면 제201조가 적용될 수 있을 것이므로 이에 대한 검토가 필요하다. 더불어 유류분반환청구권은 채권자취소권과 구조적으로 비슷한 면이 있다. 그런데 유류분반환청구권 행사에 따른 원상회복 반환 범위에 대해 최근 대법원 2013. 3. 14. 선고 2010다42624, 42631 판결에서 제201조를 적용하여 판단한 바 있다. 그렇다면 유류분반환청구권과 구조상 유사한 채권자취소권 행사에 따른 원상회복의 반환 범위에 제201조를 유추적용할 수 있을지 검토가 필요하다. 이에 대한 이론적 타당성을 검토하기 위한 전제로 우선 유류분반환청구권의 의의, 법적 성격, 원상회복 방법, 과실반환의 처리에 대해 살펴보도록 한다.

2. 침해부당이득으로서 제201조 유추적용 가부

침해부당이득이란 당사자의 의사에 의하지 않는 재산이전의 형태로 타인의 권리(혹은 재산)에 대한 침해에 의해서든지 또는 “당사자 사이의 실제적 법률관계에 그 기초를 두지 않는” 재산일탈에 의한 것이다.²²⁰⁾ 제201조는 소유자와 부적법한 점유자와의 관계에 관한 일반적인 재화보호에 주어진 규제를 목적으로 한다. 따라서 양자는 규범경합의 상태에 있지만, 제201조의 규정은 소유자와 점유자관계에 있어서 과실반환문제

220) von Caemmerer, “Bereicherung und unerlaubte Handlung, Gesammelte Schriften”, Bd. I, S.228ff [최상호, “선의점유자의 과실취득권”, 민법학의 회고와 전망: 민법진시행 삼십주년기념 논문집 (1993. 12.), 한국사법행정학회, 239면에서 재인용]

에 관한 한 소유권의 할당내용을 정한 것이기 때문에 일반적인 침해부당이득반환청구권의 특별한 적용사례라 할 것이다.²²¹⁾

채권자취소권 행사 시 수익자의 재산권 이전은 채권자와의 관계에서 어떠한 실제적인 법률관계도 없었다는 점에 기초해 생각해 보면 그 구조적 유사성이 있다. 수익자의 부동산 점유가 채무자와의 관계에서는 법률 상 원인이 있는 것이지만 채권자와의 관계에서는 채권자의 채권이 보전되어야 하는 채권액 만큼에 있어서는 법률 상 원인이 없이 점유하고 있는 것으로 볼 수 있을 것이다. 이 때 채권자가 보전 받지 못하는 비율만큼 채무자의 재산이 채권자에게 귀속되었어야 했는데 이것이 수익자에게 귀속된 것으로 바라본다면 제201조가 유추적용되어 수익자의 부동산에서 얻은 사용이익 혹은 임료 상당액은 채권자에게 반환되어야 할 것이다.

하지만 채권자취소권과 침해부당이득을 유사하게 볼 때 해소되어야 하는 이론적인 부분이 있다. 그것은 물권자도 아닌 일개의 채권자에게 보전되지 못한 부분만큼의 재산권이 귀속되었어야 할 근거가 있다고 볼 수 있는가, 있다면 그 근거가 무엇인가의 문제이다. 이것이 가능하다고 보려면 채권을 준물권처럼 파악하게 되는 것인데 이렇게 보는 것이 타당한가 그리고 이렇게 볼 수 있는 법률적·이론적 근거가 무엇인가가 먼저 해결되어야 할 것이다. 이러한 논리적 전제가 해결되지 않는다면 직접적으로 침해 부당이득과 유사하게 보아 제201조를 유추 적용하기는 힘들다.

3. 유류분반환청구권의 의의

채권자취소권과 침해부당이득 간에 유사점이 없어 제201조를 적용할 수 없다. 하지만 유류분반환청구권 행사에 따른 반환 범위에 제201조를 적용할 수 있고 채권자취소권의 행사에 따른 원상회복이 유류분반환청구권

221) 최상호(주 220), 241면.

행사에 따른 원상회복과 유사하다면 간접적으로 제201조를 적용할 수 있을 것이다. 그래서 유사한지를 밝히기 위해 그 이론적 기초로 유류분반환청구권에 대해서 살펴보려 한다.

강학 상으로 유류분과 유류분반환청구권을 구분한다. 유류분이란 상속이 개시되면 일정 범위의 상속인이 상속분 중 일정 비율에 상당하는 피상속인의 재산을 취득할 수 있는 지위를 말한다. 그리고 유류분반환청구권이란 제1112조에서 규정된 피상속인의 배우자, 직계비속, 직계존속, 형제자매와 같은 유류분권리자가 받은 상속재산이 피상속인의 유증 또는 증여로 인해 유류분을 침해받았을 때 그 부족한 한도만큼 그 반환을 청구할 수 있는 권리로 유류분 침해를 전제로 파생되어 나오는 권리이다(제1114조, 제1115조).²²²⁾ 우리 민법은 제1115조 제1항에서 “유류분권리자가 피상속인의 제1114조에 규정된 증여 및 유증으로 인하여 그 유류분에 부족이 생긴 때에는 부족한 한도에서 그 재산의 반환을 청구할 수 있다.”고 규정할 뿐 유류분침해행위의 효력에 관하여는 아무런 규정도 두고 있지 않다. 따라서 그 유류분반환청구권의 법적 성질에 대해 불분명한 측면이 있다. 이러한 유류분 침해를 전제로 행사할 수 있는 유류분반환청구권의 법적 성질에 따라 반환청구권 행사의 효과가 달라진다. 그리고 이에 따라 목적물로부터 나온 과실반환의 귀속에 대한 문제를 처리할 수 있기 때문에 유류분반환청구권의 법적 성질에 대한 논의가 필요하다.²²³⁾

4. 유류분반환청구권의 법적 성격

유류분반환청구권의 법적 성질에 대해 살펴보자면 크게 형성권설과 청구권설의 대립이 있다. 채권적 형성권설도 있지만 일본의 소수설에 불과

222) 윤진수, 친족상속법 강의, 박영사 (2016), 519면.

223) 윤진수(주 222), 547면.

하고 국내에서 주장하는 학자도 없어 물권적 형성권 위주로 설명한다.²²⁴⁾ 물권적 형성권설에 따르면, 유류분을 침해하는 유증 또는 증여는 유류분권리자의 반환청구에 의하여 효력을 상실하고 반환의 목적물 위의 권리는 당연히 유류분권리자에게 이전한다고 한다.²²⁵⁾ 형성권설의 근거로 첫째, 연혁적·비교법적 관점에서 우리나라 민법은 유류분권리자를 상속인으로 보고 유류분은 상속분으로 보아 물권적 형성권설과 관계 깊은 게르만형 프랑스법과 일본법을 계수한 법이라는 점이다.²²⁶⁾ 둘째, 청구권설에 비해 물권적 형성권설이 유류분권리자를 더 두텁게 보호하게 된다는 점이다. 형성권설에 의해야 수증자·수유자가 파산하는 경우 환취권을 행사할 수 있고, 수유자·수증자의 채권자가 강제집행하는 경우 유류분반환청구권자는 제3자 이익으로서 구제받을 수 있게 된다.²²⁷⁾

채권적 청구권설은 피상속인이 행한 증여나 유증이 비록 유류분을 침해하는 것이더라도 그 효력을 부인함이 없이 유효한 것으로 한 채 유류분권자에게 목적물의 반환을 청구할 수 있는 채권적 청구권을 인정한 것에 불과하다는 견해이다.²²⁸⁾ 이 견해는 첫째, 우리 민법은 프랑스·일본 법제와 같이 거래 안전을 위한 규정을 전혀 두고 있지 않았으므로 독일 민법이나 그에 영향을 받은 청구권설과 같은 견지에서 입법화된 것으로 보아야 한다고 한다.²²⁹⁾ 둘째, 부동산 물권변동에 관해 형식주의와의 관계

224) 이진만, “유류분의 산정” 민사판례연구 19권 (1997. 2.), 민사판례연구회, 365-366면; 변동렬, “유류분”, 민사판례연구 25권 (2003. 2.), 박영사, 101면.

225) 김용한, 신친족상속법, 박영사 (2002), 426면; 김주수·김상용, 친족·가족법, 법문사 (2015), 820-821면; 김형석, “유류분 반환과 부당이득”, 민사판례연구 29권 (2007. 3.), 박영사, 158면; 정구태, “유류분반환청구권의 법적 성질에 대한 시론적 고찰 방법론적 관점에서 본 물권적형성권설과 채권적 형성권설의 통합적 이해”, 동아법학 42호 (2008. 8.), 동아대학교 출판부, 232면; 이진만(주 224), 368-370면.

226) 이진만(주 224), 368-369면.

227) 김진우, “유류분반환청구권에 대한 법적 성질에 관한 비교법적 고찰: 독일법, 프랑스법 및 스위스 법을 중심으로”, 법학 연구 제12집 제1호 (2009. 4.), 인하대학교 법학연구소, 218면.

228) 광윤직, 상속법 (개정판), 박영사 (2004), 292-294면; 이경희, 가족법 (전정판), 법원사 (2008), 590면; 윤진수(주 222), 539면; 김능환, “유류분반환청구”, 재판자료 78집 (1998. 6.), 법원행정처, 19-20면; 변동렬(주 224), 826-827면.

상 유류분반환청구권 행사로 인해 목적물의 소유권이 바로 유류분권리자에게 귀속된다고 보기 힘들다고 한다. 물권적 형성권설에 따르면 부동산 등기 없이도 바로 유류분권리자에게 소유권이 귀속하게 되는데 이는 제 187조에서 ‘상속’은 규정하고 있어도 유류분반환청구권은 규율되어 있지 않으므로 이것을 등기를 요하지 않는 물권변동으로 보기 어렵다는 것이다.²³⁰⁾

대법원은 명시하지 않았으나 물권적 형성권설을 취하고 있는 것으로 평가할 수 있을 것이다. 대법원 1995. 6. 30. 선고 93다11715 판결에서 “유류분반환청구권의 행사로 인하여 생긴 목적물의 이전등기청구권이나 인도청구권 등”이라고 판시하여 유류분반환청구권의 행사에 의하여 유증이나 증여계약이 실효되고 그에 따라 소유권이전등기청구권이 발생한다는 논리구조를 취하였다.

이에 대해 검토해 보건데 첫째, 우리나라에서 유류분제도가 도입될 당시에 민법개정안 등이 “상속분의 일부”로서의 유류분의 보전이 필요하다고 언급하고 있는 것으로 보아 로마법형의 독일법의 영향이 아니라 게르만형의 프랑스 법과 일본법의 영향을 받은 것으로 볼 수 있다.²³¹⁾ 둘째, 물론 우리 민법은 일본 민법과 달리 ‘감쇄’라는 용어를 사용하고 있지 않으나 유류분제도가 피상속인의 유증이나 증여에도 불구하고 일정 범위의 상속인에게 일정 비율의 상속분을 법적으로 보장하고자 하는 취지에서 마련된 것이라는 점을 상기해보아야 한다. 즉 유류분권리자의 보호를 위해서는 유류분반환청구권을 단지 채권적인 것으로만 볼 것은 아니고, 도리어 유류분반환청구권의 행사에 의하여 물권적인 지위를 갖게 된다고 하는 것이 유류분제도의 규범취지에 보다 더 부합하는 해석이라고 생각한다.²³²⁾

229) 박윤직(주 228), 294면.

230) 김능환(주 228), 19-20면.

231) 박세민, “유류분제도의 현대적 의의”, 일감법학 제33호 (2016. 2.), 건국대학교 법학연구소, 92면.

5. 유류분 반환 방법

유류분반환청구권의 법적 성질을 어떻게 파악하느냐에 따라 반환 방법을 다르게 파악한다. 물권적 형성권을 취하는 견해에서는 원칙적 반환 방법을 원물반환으로 상정한다. 유류분반환청구권이 행사되면 유증이나 증여는 소급적으로 실효된다. 그래서 아직 이행되지 아니한 증여·유증의 채무는 소멸하고 이미 이행되어 반환되어야 할 목적물의 소유권 등의 권리는 유류분청구권을 행사한 상속인에게 귀속하게 된다. 상속인은 부당이득반환청구권(제741조) 또는 물권적 청구권(제213조, 제214조)을 행사하는 것이 되므로 제747조의 규정을 반영하여 원물반환이 도출되게 되는 것이다. 그러나 이 견해를 지지하는 입장에서 원물반환이 불가능한 경우 취급에 관해 일반적인 설명은 없다. 하지만 원물이 선의의 제3자에게 양도된 경우 거래 안전을 위해 제1014조를 유추하여 유류분권리자는 상대방에게 가액의 반환을 청구할 수 있다는 서술로 미루어 보아 예외적으로 가액 반환을 인정하는 태도라고 생각해 볼 수 있다.²³³⁾

반면에 채권적 청구권으로 해석하는 견해에서는 다시 의견이 나뉘는데 하나의 입장은 제1115조 제1항의 ‘재산’을 원물을 의미하는 것으로 해석하여 원물반환을 원칙으로 하지만, 원물의 반환이 불가능하거나 현저히 곤란한 경우에는 가액을 반환해야 한다고 해석한다. 이 견해는 민법의 규정이 ‘재산’이라는 표현을 쓰면서 가액반환에 대해 언급이 없는 점을 근거로 하고 있다.²³⁴⁾ 또 다른 채권적 청구권설의 입장은 원물을 반환하게 할 근거는 없으며, 현대적인 경제체제에서 유류분의 중점은 ‘가산’의 회복이라는 원물반환에서 가치의 보전이라는 가액반환으로 이동하고 있으므로 유류분의 반환은 가액반환에 의해야 한다는 입장도

232) 김형석(주 225), 158면; 정구태(주 225), 232면.

233) 김형석(주 225), 156-157면.

234) 박윤직(주 228), 296면; 김능환(주 228), 56면; 변동렬(주 224), 860면.

존재한다.²³⁵⁾

대법원 2005. 6. 23. 선고 2004다51887 판결은 “우리 민법은 유류분 제도를 인정하여 제1112조부터 제1118조까지 이에 관하여 규정하면서도 유류분의 반환방법에 관하여 별도의 규정을 두지 않고 있는바, 다만 제1115조 제1항이 ‘부족한 한도에서 그 재산의 반환을 청구할 수 있다’고 규정한 점 등에 비추어 반환의무자는 통상적으로 증여 또는 유증 대상 재산 그 자체를 반환하면 될 것이나 위 원물반환이 불가능한 경우에는 그 가액 상당액을 반환할 수밖에 없다.”고 판시하여 원물반환이 원칙임을 명확히 하였다.²³⁶⁾

6. 과실 반환 방법

문제되는 것은 사용이익 반환의 법적 근거인데 제748조에 의할지 제201조에 의할지 견해대립이 있다. 이는 유류분반환청구권 행사에 따른 원상회복의 유형을 급부부당이득으로 보느냐 침해부당이득으로 보느냐에 따라 달라진다. 유류분반환청구권 행사에 따른 원상회복의 실질은 부당이득반환청구권인데 그 유형을 급부부당이득이라고 보는 견해가 있으나,²³⁷⁾ 침해부당이득으로 보는 견해가 타당하다고 생각한다.²³⁸⁾ 왜냐하면 유류분반환청구권자는 피상속인의 상속인일 뿐 피상속인의 다른 공동 상속인이나 피상속인으로부터 증여, 유증 받은 제3자에게 급부한 것은 없기 때문이다. 즉 유류분권반환청구권자에게 피상속인의 상속인으로 피상

235) 이경희(주 228), 595면.

236) 윤진수(주 222), 542면.

237) 김형석(주 225), 159면.

238) 오영준, “수증재산이나 수유재산의 가액이 자기 고유의 유류분액을 초과하는 수인의 공동상속인이 유류분권리자에게 반환하여야 할 재산과 그 범위를 정하는 기준 등”, 대법원판례해설 제95호 (2013 상), 법원도서관, 225면, 각주 19에서 “유류분침해로 인한 원물반환 또는 가액반환은 ‘급부부당이득’의 문제가 아니라 ‘침해부당이득’의 문제이므로 민법 제748조가 아니라 민법 제201조를 적용함이 상당하다.”라고 하였다.

속인의 사망과 동시에 피상속인의 재산의 물권이나 채권의 권리가 포괄적으로 귀속되므로 그 물건에 대한 소유권을 주장할 수 있는 지위에 서게 되므로 자신의 유류분 만큼 침해한 자의 점유를 부당한 점유로 보아 침해부당이득의 반환을 구할 수 있게 되는 것이다.

최근 대법원 2013. 3. 14. 선고 2010다42624, 42631 판결을 통해 보면 “민법 제201조 제1항은 “선의의 점유자는 점유물의 과실을 취득한다.”고 규정하고 있고, 점유자는 민법 제197조에 의하여 선의로 점유한 것으로 추정되므로, 반환의무자가 악의의 점유자라는 사정이 증명되지 않는 한 반환의무자는 목적물에 대하여 과실수취권이 있다고 할 것이어서 유류분권리자에게 목적물의 사용이익 중 유류분권리자에게 귀속되었어야 할 부분을 부당이득으로 반환할 의무가 없다.”고 하였다. 이 판례를 보면 반환의 근거를 제201조를 삼았는데 이는 침해부당이득을 이론적 전제로 삼은 것으로 보인다.

7. 유류분반환청구권과 과실반환에 관한 법리의 적용가능성 검토

유류분반환청구권 제도의 기본적 취지는 상속인의 법정상속권 보호와 부양의 목적에 있다. 피상속인의 유언의 자유를 포함한 처분의 자유에 따라 다른 공동상속인 혹은 제3자와 이루어진 증여, 유증의 효력을 부정하고 공동상속인의 “유류분 침해액”만큼의 반환을 인정하고자 하는데 있다.²³⁹⁾ 그리고 채권자취소권 제도의 기본적 취지는 채권자의 채권 보호에 있다. 채무자의 처분의 자유에 따라 수익자와 이루어진 법률 행위의 효력을 부정하고 “채권자에게 보전되지 못한 채권액”만큼의 취소와 원상회복을 인정하고자 하는 것이다. 당사자 간의 구조 측면에서 유류분반환청구권은 기본적으로 유류분반환청구권자와 피상속인, 피상속인

239) 김형석(주 225), 154면.

과 수증자·수유자와의 관계로 되어 있다. 유류분반환청구권자와 수증자·수유자가 공동상속인인 경우도 있으나 유류분반환청구권자와 아무런 관계도 없는 제3자의 수증자·수유자에게도 유류분반환청구권을 행사할 수 있게 된다. 채권자취소권도 기본적으로 채권자와 채무자, 채무자와 법률행위를 한 수익자와의 관계를 기본으로 한다. 하지만 채권자와 수익자 사이에는 아무런 법률관계도 존재하지 않는다. 이 때 채권자 취소권 행사는 채권자와 수익자·전득자 사이에 이루어지고 채무자는 당사자가 아니다.

이렇게 유류분반환청구권과 채권자 취소권의 원상회복 간에는 매우 유사점이 있어 유류분반환청구권의 과실반환에 관한 제201조의 규정을 유추 적용할 수 있을 것으로 보인다. 하지만 침해부당이득의 유형으로서 제201조를 유추적용하기에 설명되고 가야할 부분이 있다. 유류분반환청구권자가 공동상속인으로 피상속인의 재산을 제1005조에 따라 피상속인의 재산권에 대해서 포괄승계하기 때문에 물권이든 채권이든 피상속인이 사망하는 상속개시시에 이미 모든 권리가 유류분반환청구권자에게 귀속된다. 따라서 다른 유류분침해자가 유류분반환청구권자의 유류분을 침해하면 그것은 공동상속인에게 귀속할 재산을 침해하는 문제가 발생할 수 있는 것이다. 하지만 채권자취소소송에서 채권자는 채무자와 단순한 채권·채무 관계를 가진 자에 불과하다. 채무자와 유효하게 물권 변동 효력까지 갖춘 수익자에게 자신의 물권적 귀속의 침해를 이유로 수익자의 물권적 귀속이 침해부당이득이라고 주장하기에는 채권자의 지위가 수익자에 비해 강하지 않고 유류분반환청구권자 만큼의 보장된 지위자에 해당된다고 보기 힘들다. 따라서 침해부당이득이라고 논리를 구성하려면 채권자취소권을 행사하려는 채권자에게 그 자신의 채권액만큼의 물권적 효과까지 인정할 수 있을만한 강한 권리가 있다는 점이 논증되어야 한다. 하지만 현재까지 그 정도의 강력한 권리를 채권자 취소권을 행사하

는 채권자에게 부여할 이론적·규범적 근거를 찾지 못하였으므로 제201조의 적용은 역시 간접적으로라도 힘들 것으로 생각된다.

第5節 채권자 취소권 제도 상 거래 안전 보호 취지

I. 각 당사자 간 이해관계 조정을 위한 거래 안전 보호 취지

채권은 궁극적으로 소송과 강제집행을 통해 물적 급부를 받아야 실현된다. 하지만 채무자가 그 책임재산을 없애버리면 강제집행은 주효할 수 없어 강제집행의 준비로서 채권의 실효성을 확보 하고자 하는 것이 채권자취소권 제도의 목적이다.²⁴⁰⁾ 이러한 제도적 목적 하에 채권자취소권은 사해행위로 일탈된 채무자의 책임재산을 원상회복함으로써 강제집행에 대비하기 위한 채권자의 “고유”의 권리이다. 따라서 자신의 노력으로 사해행위에 의하여 일탈된 책임재산을 회복한 취소채권자를 일단 우선적으로 보호해야 한다.

하지만 이러한 제도적 목적과 채권자의 권리에도 불구하고 이것만 충실하게 되면 수익자와 전득자의 권리가 약화된다. 수익자와 전득자의 이익을 중시해야하는 근거로 첫째, 많은 경우 수익자는 채권자인데 보호의 중심을 취소채권자에게만 둔다면, 가령 사해행위가 변제형 행위인 경우에 먼저 변제를 받은 수익자, 즉 근면한 채권자가 게으른 채권자인 취소채권자보다 불리한 지위에 놓이게 된다. 채권자 겸 수익자가 채무자와 통모한 경우를 제외한다면, 이들 사이에 이익이 충돌하는 경우에 먼저 노력하여 자기 권리를 실현한 수익자를 보호하는 것이 타당하다. 둘째, 수익자가 채권자가 아니더라도 수익자보호의 필요성은 상존한다. 즉 사해행위로 인하여 아무런 대가 없이 재산을 취득한 자로부터 이득을 박탈

240) 박준서/이상경(주 14), 34면.

하여 재산을 환수하는 것은 당연할 수 있다. 그러나 수익자가 재산을 취득하기 위하여 대가를 지급하였거나 취득 후 위 재산과 관련하여 출연을 한 경우에 무조건 위 재산을 환수하고 수익자로 하여금 출연한 재산을 회수할 길을 사실상 봉쇄하는 것은 채권자의 이익을 위하여 수익자에게 과도한 희생을 요구하는 것이 된다. 이 점은 전득자에 대해서도 마찬가지이다. 셋째, 수익자나 전득자에게 책임 없는 사유로 원물반환이 불능으로 된 경우에도 수익자나 전득자에게 원상회복의무가 여전히 상존한다는 점도 수익자·전득자의 지위를 고려해야할 이유가 될 것이다. 넷째, 수익자 또는 전득자 보호가 전적으로 무시된다면, 거래 상대방이 채무초과상태에 빠진 채무자와의 거래를 기피하게 되어, 결국 채무자의 갹생노력이 수포로 돌아갈 가능성이 없지 않다.²⁴¹⁾ 따라서 이러한 점을 고려하여 수익자와 전득자의 이익을 과도하게 제한하지 않는 방식의 원상회복이 이루어져야 하고 사용이익 반환에 있어서도 이러한 점을 고려되어야 한다.

II. 채권자취소권 제도의 법적 성격에 따른 거래 안전 보호 취지

채권자취소권 제도의 성격에 관한 논의는 단지 몇 개의 개괄적인 규정만 두고 있는 프랑스·일본 그리고 그 영향을 받은 우리나라의 규정 하에서 소송의 형태·내용·상대방 및 효과를 달라지게 하므로 그 의미가 있다.

제2장 제2절 채권자취소권의 법적 성질에서 살펴보았듯이 학설로는 취소권을 일반 법률 행위 취소권과 동일하게 파악하는 형성권설, 일탈된 재산의 반환을 구하는 것을 본질로 보는 청구권설이 있었으나 양자의 성

241) 지원립(주 98), 774-782면.

격이 모두 있다고 보고 입법이 되면서 병합설로 입장이 정리되었다. 이외에 독일의 통설과 판례의 입장으로 사해행위취소는 채권자의 권리 실행에 필요한 한도 내에서 재산의 반환을 구할 수 있는 채권관계를 발생시키는 것으로 보는 채권설, 독일·일본에서 주장되는 학설로 채권자취소권을 책임적 반사효의 제거를 구하는 형성소송으로 보는 책임설, 채권자 취소권을 소권으로 보고 상대방은 자신의 효력을 채권자에게 대항할 수 없고 채권자가 이를 집행권원으로 강제 집행할 수 있다고 보는 소권설, 취소에 절대적 효력을 인정하여 채무자·수익자 모두를 대상으로 하고 판결에서 취소와 채무의 이행을 모두 명하게 한다는 점에서 형성권과 다른 신형성권설의 대립이 있었다. 현재 우리나라 통설과 판례의 입장이자 일본의 통설과 판례는 상대적 효력설이다. 이 견해에 따르면 첫째, 채권자취소는 목적물의 반환에 필요한 범위 내에서만 상대적인 효력이 있고, 둘째, 피고는 반환의 상대방인 수익자·전득자만 되고 채무자는 될 수 없으며, 셋째, 수익자와 전득자 중 누구를 상대방으로 할지는 채권자의 선택에 달려있다고 보고 있다.²⁴²⁾

이렇게 상대적 효력설을 취함으로써 채권자취소권의 본질에 대한 해석에서 중점을 둔 부분은 채권자취소권을 인정하되 거래안전을 해하지 않게 하려는 것이다. 절대적 효력설이나 신형성권설을 비판하는 이유는 법률행위 취소와 동일하게 보면 채무자와 수익자 및 전득자 사이의 법률관계를 필요 이상으로 해소하여 버림으로써 거래의 동적 안전을 심하게 해칠 우려가 있기 때문이다.²⁴³⁾ 또한 상대적 효력설이 통설적 지위를 차지하는 것도 채권자취소권 행사의 실효성을 확보하면서 거래의 동적 안전 보호를 적절히 조화시킬 수 있는 학설로 아직까지 더 나은 대상이 없기 때문이다. 그러므로 채권자취소권의 성격 논의에서도 알 수 있듯이 거래 안전을 침해하지 않기 위한 노력이 채권자취소권 행사에 따른 원상회복

242) 박윤직/김능환(주 76), 803-808면.

243) 박윤직/김능환(주 76), 808면.

반환범위에도 고려되어야 한다. 그런데 채권자취소권 행사에 따른 사용이익 반환과 관련하여 채권자취소권의 법적 성질을 채권설로 보고 이에 따라 반환해야한다는 견해가 있어 이에 대해 이하에서 비판적으로 검토해 보고자 한다.

Ⅲ. 채권설 입장에서 사용이익 반환 긍정하는 견해에 대한 비판적 검토

대법원 2008. 12. 11. 선고 2007다69162 판결에 대해 채권자취소권에서 원상회복은 사해행위인 법률행위가 없었던 상태로 복귀하는 것이 아니라, 채권자가 공취력을 행사할 수 있는 상태로 책임재산을 회복한다는 의미로 이행하여야 한다는 채권설의 입장²⁴⁴⁾을 전제로 사용이익의 반환을 긍정하는 견해가 있다. 이 견해에 따르면 사해행위가 없었더라면 채무자가 부동산을 계속 보유하면서 그 부동산을 사용함으로써 사용이익을 얻었거나 임차인으로부터 임료상당액을 받았을 것이라는 점을 근거로 사용이익이나 임료상당액도 반환범위에 포함될 수 있다고 본다. 즉 이 사건에서 채무자인 A회사가 이 사건 건물 중 일부를 임차인들에게 임대하고 있었고, 수익자인 피고가 이 사건 토지 및 건물을 매수한 다음 이를 위 임차인들에게 다시 임대하였으므로 채무자인 A회사와 수익자인 피고가 위 매매계약을 체결하지 않았다면 임대료 수입은 채무자인 A회사에 귀속되었을 것이라고 보는 것이다. 따라서 수익자가 원상회복으로서 당해 부동산뿐만 아니라 그 사용이익이나 임료상당액을 반환해야만 책임재산이 회복된다고 본다.²⁴⁵⁾

이 견해에 대해 첫째, 이 견해가 전제로 삼은 ‘사해행위가 없었더라면

244) 김재형(주 8), 117면.

245) 김재형(주 155), 198면.

채무자가 부동산을 계속 보유하면서 그 부동산을 사용함으로써 사용이익을 얻었을 것'이라는 사정은 이 대상 판결의 특수한 사정에 불과하다. 이 견해를 관철하면 채무자가 수익자에게 매매한 부동산을 사용·수익하지 않은 경우에는 그 액수는 채권자에게 반환할 필요가 없게 된다. 즉 채무자의 사용·수익 여부라는 우연한 사정에 따라 채권자의 반환 청구 범위가 달라진다는 것은 불합리하다. 둘째, 앞서 제3장 제2절 논의의 전제 부분에서 살펴보았듯이 압류의 객관적 범위는 채무자의 재산에 한정된다. 따라서 채무자가 임료를 받고 있지 않다면 당연히 압류의 대상이 될 수 없다. 하지만 대상 판결에서는 일단 채무자가 임료를 받고 있었고 채권자취소권 행사 당시 채무자는 더 이상 임료를 받지 않고 있고 수익자가 임료를 받고 있는 상황이 되었다. 만약 이 경우 임료가 압류의 대상이 될 수 있다고 한다면 채권자취소권 행사에 따른 사용이익 반환을 긍정하는 것은 현실적으로 문제가 되지 않을 것이다. 그러나 이러한 경우라 할지라도 상대적 효력설 입장에서 수익자에게 이전한 재산을 채무자의 재산으로 보고 반환 대상으로 삼아 압류할 수 있는 범위에 사용이익이 그 반환 대상으로 들어올 수 있을지 의문이다. 왜냐하면 앞서 살펴 보았듯이 실무적으로 채무자의 부동산 자체 이외에 사용이익을 압류의 대상으로 보고 있지 않기 때문이다. 따라서 설사 위 견해와 같이 채무자가 얻을 수 있는 사용이익이었다 할지라도 그 사용이익에 대해 강제집행 과정에서 압류할 수 없는 상황에서 그 반환을 긍정하는 것은 실효성이 없는 결론으로 보인다. 셋째, 채권설은 그 취소소송을 형성소송이 아니라 이행소송으로 보고 채무자의 재산에 공취력을 확보할 정도로만 효력을 인정하면 된다고 보는 견해로 상대적 효력설보다 거래안전 보호에 더 치중한 학설이다. 그런데 사용이익의 반환을 긍정하는 것은 오히려 거래 안전 보호를 해치는 것으로 논리적으로 모순되는 면이 있다. 넷째, 설령 채권설을 취한다 하더라도 취소권 행사에 따른 원상회복의 의미를

이행청구권으로 보기 때문에 취소권 행사 이전이든 이후이든 과실수취권이 채무자에게 귀속된다고 보기는 힘들다는 점에 근거하여 이러한 견지에서 반환을 긍정하는 것은 동의하기 어렵다.

IV. 채권자취소권의 연혁 및 외국 입법례에서 본 거래안전 보호 취지

1. 채권자취소권 제도의 연혁 및 외국 입법례

로마법은 인적 집행에서 물적 집행으로 넘어가는 기원전 2세기 중·후반의 공화정말기에 이르러 법무관의 고시에 의하여 채권자의 추급을 피하기 위하여 제3자와 통모하여 재산을 일탈시킴으로써 무자력이 되거나 이를 증가시키는 사해행위(*fraus creditorum*)를 형사적 불법행위로 규정하여 금지시켰다. 이에 대한 제재로서 채권자에게 그 행위의 취소와 일탈재산을 반환하고 손해를 배상하는 것을 내용으로 하는 소권인 이른바 “파울리아나 소권”(actio pauliana)을 인정하였다. 이것이 근대민법의 채권자취소권의 기원이 되었다는 것이 통설이다.²⁴⁶⁾ 로마법에 있어서 파울리아나 소권(actio pauliana)은 채무자가 채권자를 해하는 의사를 가지고 재산적 이익을 제3자에게 양도함으로써 채권자의 이익을 해한 때에는 그 사해행위의 상대방인 수익자로부터 일탈한 재산적 이익을 회복하도록 하였다. 취소원인이 유상행위인 경우에는 수익자가 악의일 것을 요구했지만, 무상행위인 경우에는 수익자가 선의인 경우에도 현존하는 이익의 반환을 청구할 수 있도록 하였다. 이러한 재산반환의무는 유상행위에 관해서는 신의의 요구에 반하는 불법행위에 근거해, 무상행위에 관해서는 공평의 요구에 합치하기 위해서 인정된다고 해석되었다.²⁴⁷⁾

246) 김육곤(주 46), 384-385면.

14세기 중엽의 이탈리아 도시법에서는 상업의 발전에 의해서 신용거래의 확대와 함께 채무자나 그의 상대방(수익자)의 의사를 묻지 않는 객관주의가 취해지고 채권자의 보호가 도모되었다. 즉 로마법에서의 주관주의적 색채는 채무자의 재산악화라고 하는 객관적인 사실만을 요구하는 객관주의로 확대된 것이다. 이러한 채권자취소권 제도는 근대민법전에 수용되어 각국의 강제집행제도의 차이, 즉 프랑스의 평등주의, 독일의 우선주의로 말미암아 소송실무에서 커다란 운용상의 차이를 갖게 되었다. 프랑스는 민법 제정이전에 대물소권²⁴⁸⁾인가 대인소권²⁴⁹⁾인가에 대한 견해대립이 있었다. 그러다 17세기 후반에 도마(Domat)에 의해 채권자취소권은 대인소권으로서 손해배상소권이라고 하는 견해가 통설로 자리하여 나폴레옹민법전 형성에 많은 영향을 미쳤다고 한다.²⁵⁰⁾ 현재 프랑스민법 제1167조²⁵¹⁾에서는 이러한 해석의 경향이 유지되고 있다.

독일에서는 독일법상 채권자를 사해하는 행위에 대한 징벌제도가 발생하게 된 것은 13세기에 들어와서이다. 당시에는 채권자취소에 관한 법적 규율의 모습이 지방마다 서로 달랐다고 한다. 오늘날과 같은 채권자취소 제도는 보통법시대에 로마법상의 파울리아나 소권을 도입하면서 비로소

247) 김형배(주 40), 392면.

248) 대물소권설은 Azo가 채택한 학설이다. 채권자취소권의 목적을 사해적으로 양도된 물건을 현재 그것을 보유하고 있는 제3자로부터 되돌려 받아 그 물건을 사해행위 전의 상태로 되돌리는 것에서 구한다. 채권자취소권을 행사한 채권자는 사해행위의 목적물에 대하여 추급권(droit de suite)을 가지고 있는 것이며, 이 추급권은 목적물을 되찾는 기능을 갖는 물권이라고 보는 시각이다. [한국현 (주 1), 148-149면.]

249) 대인소권설은 주석학과 가운데 Accrusius가 채택한 학설이다. 채권자취소권을 채무자의 사기 및 수익자의 공모에 의해 야기된 채권자에 대한 손해의 배상을 목적으로 하는 소권으로 본다. 채무자는 이미 그 목적물을 수익자에게 양도해 버렸으므로 다시 소유자가 될 수는 없고 그렇기 때문에 그 목적물을 수취할 수는 없다고 보았다. 채권자는 단지 그 목적물을 압류 및 매각하여 그 매매대금에서 손해배상을 받을 권리를 가질 뿐 그 목적물 자체에 대해서는 어떠한 권리를 갖지 않으므로 채권자취소권은 대물소권으로서의 요소를 전혀 인정할 수 없다고 하면서 등장한 이론이다. [한국현 (주 1), 149-150면.]

250) 김천수·이상진(주 38), 243-247면.

251) 프랑스 민법 제1167조에서 “채권자는 그의 권리를 사해할 목적으로 행한 채무자의 행위를 그의 이름으로 공격할 수 있다.”고 규정하고 있다. [송홍섭(주 98), 145면.]

발전하게 되었다. 독일 특유의 특별법제로서의 채권자취소권은 19세기의 법률에서야 비로소 탄생하게 되었다. 즉 오늘날 독일의 채권자취소법 규정은 프로이센법률에 입각한 것이다. 프로이센법은 1855. 5. 8. 「파산법」에서 파산법상 부인권을, 1855. 5. 9. 「파산 외 무자력 채무자의 법적행위의 취소에 관한 채권자의 권능에 관한 법률」²⁵²⁾에서 채권자취소권을 규정하였다. 그 후 독일제국법은 파산절차상의 부인권을 1877. 10. 2. 파산법에 규정하였다. 그러다 별도의 법으로 1879년에 채권자취소권법(파산외부인법)이 제정되었다.²⁵³⁾ 취소권의 행사에는 집행권원과 피보전 채권의 변제기가 도래되어 있을 것을 필요로 하고 취소의 효과가 취소채권자에게만 미친다는 것을 주된 특질로 삼는다.²⁵⁴⁾

일본은 파산절차의 부인권에 관하여는 파산법에 규정을 두고, 파산절차 이외에서의 사해행위취소에 대해서는 프랑스 민법을 본받아 민법전에 간결한 규정을 두고 있다.²⁵⁵⁾ 하지만 프랑스 민법과는 달리 일본민법은 수익자 또는 전득자의 악의를 채권자취소권의 요건으로 명백히 규정하고

252) Gesetz betreffend die Befugnis der Gläubiger zur Anfechtung von Rechtshandlungen zahlungsunfähiger Schuldner ausserhalb des Konkursverfahrens [민일영, “독일의 채권자 취소소송”, 재판자료 48집 (1989. 12.), 법원도서관, 9면.]

253) AnfG; Gesetz, betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners ausserhalb des Konkursverfahrens [민일영 (주 252), 9면.]

254) 민일영(주 252), 53면.

255) 일본민법(구 의용민법)의 채권자취소권에 관한 규정

제424조(채권자취소권) ① 채권자는 채무자가 그 채권자를 해함을 알면서 행한 법률행위의 취소를 재판소에 청구할 수 있다. 다만 그 행위로 인하여 이익을 얻은 자 또는 전득자가 그 행위 또는 전득의 당시에 채권자를 해한다는 사실을 알지 못한 때에는 그러하지 아니하다. ② 전항의 규정은 재산권을 목적으로 하지 아니하는 법률행위에는 이를 적용하지 아니한다.

제425조(사해행위취소의 효과) 전조의 규정에 의하여 행한 취소는 총채권자의 이익을 위하여 그 효력이 생긴다.

제426조(채권자취소권의 소멸시효) 제424조의 취소권은 채권자가 취소의 원인을 안 때로부터 2년간 이를 행하지 아니하면 시효로 인하여 소멸한다. 행위 시로부터 20년을 경과한 때에도 역시 같다.

일본 민법 제424조, 제425조는 우리나라 민법 제406조, 제407조와 동일하나 제척기간에 있어서 우리나라가 취소권을 안 때로부터 1년, 법률 행위 시로부터 5년이라는 점이 다르다. 하지만 일본 파산법 상 부인권의 경우 채권자취소권의 제척기간과 동일한데 이는 우리나라 「채무자회생 및 파산에 관한 법률」의 부인권의 제척기간과 동일하다. [유병현, “채권자 취소소송에 관한 연구-강제집행과 관련하여”, 법학석사학위논문, 고려대학교 (1993), 86면.]

있다. 또한 채권자취소권 행사의 효과가 총채권자의 이익을 위하여 발생한다는 점을 규정하고 있다. 이렇게 일본의 민법규정 제424조 내지 제426조의 규정은 우리나라 민법 제406조와 제407조의 규정에 영향을 미쳤다.²⁵⁶⁾

2. 채권자취소권 제도의 연혁 및 외국 입법례에 대한 분석

우리나라 채권자취소권은 로마법에서 프랑스민법, 일본민법의 영향을 받아 형성되었다. 프랑스민법은 채권자의 일반담보권을 ‘물권’으로 보는 대물소권설에서 사해행위에 의해 손해를 입은 채권자 자신의 손해를 배상하기 위한 ‘채권’으로 보는 대인소권설로 인식하는 해석으로 변화하였다. 채권자가 보유한 취소권을 물권적 권리가 아니라 채권적 권리로 행사하게 되면 이와 대조적으로 수익자·전득자의 권리는 강화된다. 이렇게 프랑스민법도 “거래 안전 보호”에 치중하며 채권자취소권 제도의 이론을 발전시켜왔다. 일본민법 제424조 내지 제426조는 프랑스민법의 영향으로 채권자취소권 규정을 간결하게 규정하였다. 그리고 더 나아가 수익자와 전득자의 악의를 요구하는 것으로 입법하였다.²⁵⁷⁾ 이것은 수익자와 전득자가 선의인 때는 채권자취소권을 행사할 수 없다는 입법적 결단으로 동적 거래 안전에 초점을 맞추어 요건을 추가함으로써 채권자취소권의 성립을 어렵게 한 것으로 생각된다. 또한 제2장 제2절 채권자취소의 성격에 대한 논의에서 언급한대로 일본의 채권자취소의 본질에 있어 역시 통설과 판례의 입장은 상대적 효력설인 바 이를 보아도 거래 안전 보호를 중시하는 것을 알 수 있다. 이렇게 프랑스, 일본으로 채권자취소권 제도가 계수되어 가면서 거래 안전을 강화하는 방향으로 발전해왔고 우리나라 역시 이에 영향을 받으며 채권자취소권을 형성해왔다. 이

256) 김대정(주 9), 677면.

257) 김대정(주 9), 677면.

렇게 우리나라 채권자취소권 제도가 일본 민법 영향을 받은 만큼 일본에서 채권자취소권 행사에 따른 원상회복 범위에 사용이익이 포함되는지와 관련하여 직접적인 판례가 있다면 그 법리를 살펴볼 필요가 있다. 왜냐하면 우리나라 판례의 결론과 근거에 대해 더 심층적으로 이해할 수 있는 기회를 제공해 줄 것이기 때문이다. 따라서 이하에서는 일본 최고재판소가 판결한 채권자취소권 행사에 따른 사용이익 반환에 대한 판례를 검토해보고자 한다.

V. 일본최고재판소의 사용이익 반환 부정에 대한 판결의 함의

1. 일본 최고재판소 판례의 내용

우리 민법 상 채권자취소권은 일본 민법의 영향을 받았다. 우리 민법 규정과 일본 민법 규정의 차이는 우리 민법은 “취소 및 원상회복”이라고 규율하고 있는데 반해 일본은 “취소를 청구할 수 있다.”고만 규율되어 있다는 점이다. 하지만 채권자취소권 행사에 따른 사용이익 반환 여부에 대해서 규정이 없고 해석에 맡겨져 있다는 점은 동일하다. 최근 일본에서 채권자취소권의 행사에 따른 반환청구의 사용이익 반환 여부와 관련하여 판례가 나왔는데 最高裁第二小法廷 平成13年(2002年)11月16日 平12(受)1666号이 그것이다.

판결의 사실관계에서 채권자는 A의 보증인으로서 그 대출금을 대위변제하여 구상권을 취득한 자이다. 채권자는 채무자인 A가 보유하고 있던 유일한 재산인 상표권을 거래처인 피고에게 양도한 것이 사해행위에 해당한다며 양도 계약의 취소를 구하였다. 더불어 피고가 제3자인 B와 사이에 당해 상표권 사용허락계약을 체결하고 그 대가로 받은 것이 A에 대한 관계에서 사해행위에 해당한다며 A를 대위하여 그 대가의 반환을

구한 사안이다. 이 때 피고와 A의 상표권 양도 행위는 사해행위에 해당하며 이 사해행위를 취소하면 피고의 상표권 사용료도 반환하여야 하는 문제가 발생하였다. 이에 대해 일본의 최고재판소는 “사해행위취소의 효과는 상대적이어서 취소소송의 당사자인 채권자와 수익자간에 있어서만 당해 법률행위를 무효로 하는데 그치고, 채무자와의 관계에서는 당해 법률행위는 여전히 유효하게 존재하기 때문에 당해 법률행위가 사해행위로서 취소되는 경우라도, 채무자는 수익자에 대하여 당해 법률행위에 의하여 목적재산이 수익자에게 이전된 것을 부정할 수 없다. 그렇다면 피고가 B와 사이에 본 건 상표권 이용계약을 체결하고 그 대가를 받은 것이 A에 대한 관계에서 법률상 원인이 없는 것이라고 할 수 없다.”고 하였다. 즉 이 판례는 피고가 수익한 상표권의 사용료는 돌려 줄 필요가 없다고 본 것이다.

2. 일본최고재판소 판례에 대한 분석

이러한 일본 판례는 우리나라의 대법원 판례와 결론에 있어서 사용이익의 반환 불요의 입장과 다를 것이 없다. 일본 대법원 판례와 우리나라 판례의 사실 관계에서 차이점은 일단 사해행위의 대상이 일본 대법원 판례의 경우에는 상표권이라는 “채권양도”행위가 이루어진 것이고, 우리나라 대법원의 판례의 경우에는 임대차가 설정된 부동산의 “매매행위”가 사해행위로 이루어진 점이다. 일본 판례에서는 채권양도가 사해행위로 있는 경우 피고가 다시 제3자와 이용계약을 맺어 사용료를 피고인 수익자가 취득하였고, 우리나라 판례에서는 부동산 매매계약이 있는 후부터 수익자가 임대차 보증금 반환 채무를 인수함과 동시에 임료 상당액의 차임을 받았다. 여기서 채권자취소의 효력에 대해 일본의 통설·판례와 우리나라의 통설·판례가 모두 상대적 효력설 입장에 있다. 이러한 견해

에 따르면 피고와 채무자 A간의 채권양도의 효력은 유효하고 이에 따라 피고에게 정당한 권리가 있는 채로 제3자와 이용계약을 맺고 사용료를 받은 것이므로 이는 유효한 법률 행위에 기인한 권원 있는 자의 과실 수취에 해당한다. 우리나라 판례에서 매매계약과 채무인수가 채무자와 수익자 간에 유효하게 이루어졌고, 수익자가 수취한 사용이익인 임료상당액 역시 권원 있는 자의 과실 수취가 된다. 이와 같이 일본 판례와 우리나라 판례는 사해행위의 대상 이외에는 매우 유사하여 사용이익의 반환 여부에 대한 같은 취지의 판례로 보아도 무방할 것이다.

일본의 이 판례는 사해행위취소의 효력이 상대적이어서 채권이 양도인에게 복귀하였다고 하더라도 양도인이 새롭게 당해 채권의 채권자가 되는 것은 아니라는 것을 전제로 채권양도가 사해행위로서 취소되었다는 통지를 명하는 판결이 확정되었다고 하더라도, 양도인이 제3채무자로부터 당해 채권에 관하여 변제를 받을 수 없지 않느냐는 문제가 있다. 부동산의 소유명의가 채무자 앞으로 회복된 경우라도 그것은 채무자의 책임재산을 구성하는 한도 내에서 그렇다는 것이어서 채무자가 당해 부동산을 처분할 수 없는 것과 마찬가지로, 채권의 귀속 명의가 양도인에게 회복되었다고 하더라도 이는 채무자의 책임재산을 구성하는 한도 내에서 그렇게 보아야 하는 것에 불과하다는 시각이다. 실무적으로 채무자와 수익자 또는 전득자 사이의 법률관계는 여전히 유효한 관계로 채무자로서는 제3채무자에 대하여 채권을 가지고 있다고 할 수 없음에도, 압류, 추심(전부)이나 채권의 대위행사가 가능하다고 할 수 있느냐는 것이 문제되는데 이에 대한 답을 준 판례로 볼 수 있다.²⁵⁸⁾ 이에 대해 제시된 일본 판례는 사해행위의 상대적 효력으로 인해 취소가 되어도 양도인에게 그 채권이 절대적으로 귀속될 수 없어 제3채무자에 대해 채권을 가질 수

258) 손흥수, “사해행위취소의 상대효, 채권가압류의 처분금지효(개별상대효)와 배당이의- 서울고등법원 2009나61492호 배당이의 사건 -”, 민사집행법연구 : 한국민사집행법학회지 7권 (2011. 2.), 한국사법행정학회, 149-151면.

없으니 채권자 대위권을 행사할 수 없다고 보는 맥락에 있다.

이러한 일본의 판례가 사해행위인 채권양도를 취소하고 채권자대위권 행사 여부를 검토하면서 그 피대위권리가 법률상 원인이 있는지 없는지 살피고 있다. 이것은 우리나라의 제406조가 “취소 및 원상회복을 할 수 있다.”라고 규율한 것과 달리 일본 민법은 제424조에서 “취소한다.”라고만 규율하고 있어 병합설이 아닌 형성권적인 입장에 서있다는 점도 반영된 것으로 보인다. 형성권설에서 채권자취소소송은 채무자의 행위를 취소하는 형성소송이며, 원물반환은 취소의 결과로 생긴 채무자의 수익자 혹은 전득자에 대한 부당이득반환청구권을 채권자가 대위 행사하는 것이라고 보기 때문이다. 이 판례는 채권자취소권을 채권자대위권 행사 가능 여부에 대해 판단하면서 그 과실 반환에 대해 법률 상 원인이 있어 반환이 불가능하다고 하였다. 반면에 병합설 입장에 서있는 우리나라 판례에서는 법률 상 원인이 있는지 여부를 근거로 판단 할 이유가 없다. 그래서 채권자취소권은 사해행위를 취소하여 채무자의 재산을 원상회복 시킴으로써 채무자의 책임재산을 보전하기 위하여 인정된 권리로서 책임 재산의 보전을 위하여 필요한 범위 내로 한정하여야 한다는 제도적 취지를 근거로 반환을 부정하였다. 이러한 근거에 대해 생각해 보건데, 사실 일본의 판례에서도 밝히고 있듯이 수익자의 과실 보유의 법률상 원인은 어디까지나 채무자의 관계에서만 있는 것이지 채권자와의 관계에서까지 법률 상 원인이 있다고 보는 것은 타당하지 않다고 생각한다. 만약 채권자와의 관계에서 법률 상 원인이 있다고 볼 수 있다면 급부부당이득이나 침해부당이득과의 유사성을 살피고 제748조나 제201조를 적용하여 반환을 부정하는 논리 형성이 가능했을 것이기 때문이다. 하지만 앞서 밝혔듯이 그렇게 보기는 힘들기 때문에 채권자와의 관계에서 반환이 부정된다는 근거가 아니라 우리나라 대법원에서와 같은 좀 더 추상적인 근거를 삼을 수밖에 없고 이러한 근거와 결론이 더 타당하다고 생각한다.

VI. 개정안의 입증책임 전환에 따른 거래 안전 보호 취지 강화

1. 현재의 수익자·전득자 악의에 대한 입증책임 분배의 문제점

채권자취소권이 성립하기 위해서는 피보전채권의 존재, 객관적 요건으로서 사해행위, 주관적 요건으로서 채무자와 수익자·전득자의 악의가 있어야 한다. 우리 민법 제406조 제1항 ‘본문’에서 ‘채무자는 그가 채권자를 해함을 알고 있을 때’ 취소를 구할 수 있다고 하였다. 그리고 제406조 제1항 ‘단서’에서 ‘수익자·전득자가 채권자 해함을 알지 못하는 경우’ 취소 청구를 행사 할 수 없다고 하고 있다.

채무자에게 요구되는 사해의사는 채무자의 재산처분행위에 의하여 그 재산이 감소되어 채권의 공동담보에 부족이 생기거나 이미 부족 상태에 있는 공동담보가 한층 더 부족하게 됨으로써 채권자의 채권을 완전하게 만족시킬 수 없게 된다는 사실을 사해행위 시에 인식하는 것을 의미한다.²⁵⁹⁾ 또한 채권자가 채무자와 수익자 사이에 사해행위를 취소하고 전득자를 상대로 원상회복을 구함에 있어, 전득자의 악의는 전득행위 당시 채무자와 수익자의 행위가 채권자를 해한다는 사실에 대해 인식하였는지가 문제된다.²⁶⁰⁾

채무자의 사해의사는 사해행위 성립을 위한 적극적인 요건의 하나이므로 채권자가 입증해야함에는 이론이 없다.²⁶¹⁾ 하지만 수익자·전득자 악의의 입증책임에 대해서는 제406조 단서의 규정은 사해행위의 성립요건으로서 수익자·전득자가 악의일 것을 밝힌데 불과하며 그 악의를 추정하는 것은 거래의 안전을 해하고 채권자를 지나치게 보호하는 것이므로 채권자가 수익자·전득자의 악의를 입증하여야 한다는 견해²⁶²⁾도 있었

259) 대법원 1999. 11. 12. 선고 99다29916 판결.

260) 대법원 2006. 7. 4. 선고 2004다61280 판결.

261) 박윤직/김능환(주 76), 835면.

262) 이은영(주 4), 472면.

다. 이 견해는 수익자·전득자의 악의를 그들 스스로가 아니라 채권자가 입증하도록 함으로써 그들의 선의를 사실상 추정하는 것으로 채권자보다는 수익자·전득자의 안전 즉 거래 안전을 더 중시하는 견해이다. 하지만 통설²⁶³⁾은 제406조의 규정형식 상 채무자의 악의가 입증되면 수익자 및 전득자의 악의도 추정되므로 채권자취소권 행사를 저지하기 위하여 수익자 또는 전득자 스스로 선의를 입증하여야 한다고 한다. 이에 대해 대법원의 확립된 견해도 “사해행위취소소송에 있어서 채무자가 악의라는 점에 대하여는 그 취소를 주장하는 채권자에게 입증책임이 있으나 수익자 또는 전득자가 악의라는 점에 관하여는 채권자에게 입증책임이 있는 것이 아니라 수익자 또는 전득자 자신에게 선의라는 사실을 입증할 책임이 있다고 할 것이다.”²⁶⁴⁾라고 한다.

이러한 통설의 입증책임 분배에 있어서 수익자·전득자에게 입증책임을 부담케 하는 것이 과연 타당한 것인지 생각해 볼 필요가 있다. 왜냐하면 채무자가 채무 초과 상태에서 적극재산을 처분하는 경우 항상 그 상대방이 채무자의 채무 초과 사실을 알았다고 볼 수 없기 때문이다. 일반적인 거래에서 부동산의 매수인은 목적물의 상태와 대금에만 관심이 있을 뿐 상대방의 자력 유무나 그가 채무를 부담하고 있는지 여부에 관하여는 아무런 관심이 없다. 그 당연한 결과로 수익자가 채무자로부터 부동산을 매수하는 행위가 채무자의 다른 채권자에 대한 공동담보의 부족을 초래한다는 인식을 가지고 거래를 하는 경우는 거의 없다 할 것이므로 채무자가 사해의사를 가지고 거래를 하였다 하여 수익자도 이를 알고 있었다고 추정하는 것은 일반적인 거래 관념과 경험칙에 반한다. 그럼에도 불구하고 통설에 따르게 되면 채무자의 행위가 사해행위에 해당하는 경우에 채권자는 항상 채무자로부터 부동산 등을 매수한 모든 사람을 상대로

263) 박윤직(주 6), 153면; 김형배(주 40), 409면; 지원림(주 160), 1171면.

264) 대법원 1991. 2. 12. 선고 90다16276 판결; 1997. 5. 23. 선고 95다51908 판결; 2006. 9. 28. 선고 2004다35465 판결.

사해행위취소의 소를 제기하도록 허용하는 것이 되어 거래의 안전을 크게 위협하게 될 것이다. 이런 논리에 따르면 부동산을 매수하려는 자는 매도인의 채무가 얼마인지, 부동산 매매 대금을 어디에 사용하려는 것인지, 그 부동산이 사실상 유일한 재산은 아닌지를 조사하여야 하고, 이를 확인하지 아니하고 부동산을 매수하였다가는 언제 사해행위 취소의 소를 제기 당하여 선의를 입증하는데 실패하여 취득한 부동산을 반환하고 매매대금도 돌려받지 못하는 손해를 입을지 모르는 불안정한 상황에 놓이게 되는 것이다.²⁶⁵⁾ 이러한 운영은 거래를 위축시킬 가능성이 크므로 수익자가 아니라 채권자에게 입증책임 분배를 하여 권리를 행사할 수 있도록 하여야 한다. 하지만 거래 관념을 고려하여 이렇게 운영하려면 입증책임 분배와 관련된 민사소송법상의 통설인 법률요건설과의 관계를 고려하여 입법적인 해결이 필요하다.

2. 최근 민법개정안에 반영된 수익자·전득자 입증책임 전환

그래서 최근 민법개정안에서는 제406조의 ‘단서’에서 “그러나 그 행위로 인하여 이익을 받은 자나 전득한 자가 그 행위 또는 전득당시에 채권자를 해함을 알지 못한 경우에는 그러하지 아니하다.”라고 규정하였던 것을 채권자취소권 행사요건으로서 수익자·전득자 악의를 제406조의 ‘본문’으로 위치를 바꾸었다. 우리나라 민사소송법 상 입증책임과 분배와 관련한 통설적 입장인 ‘법률요건분류설’에 따르면 이렇게 위치를 바꾸게 되면 그 입증책임 전환된다. 즉 단서에 규정된 항변 사실은 권리

265) 한호형(주 98), 103-104면; 오세율, “사해행위 취소소송과 관련한 몇 가지 생각”, 형평과 정의 23집 (2008. 12.), 대구지방변호사회, 249면, 하지만 이 글에서는 수익자의 악의가 사실상 추정되어 선의의 입증책임을 부담하는 것은 이해가 가나, 전득자에게 까지 입증책임을 지우는 것에 반대하는 입장이다. 통상 실무에서 채무자와 수익자는 가족, 친척, 고용 등의 관계로 얽히는 경우가 많아 채무자와 수익자 사이의 거래는 비정상적인 거래로 보이는 경우가 많아 사해행위로 의심할 여지가 많기 때문이라고 한다.

의 존재를 다투고자 하는 피고가 입증책임을 부담하므로 ‘수익자’가 스스로 입증책임을 부담하던 것을 본문으로 바꾸어 ‘채권자’가 입증하도록 변경된 것이다.²⁶⁶⁾ 이것은 수익자를 악의로 추정하던 것을 수익자를 선의로 사실상 추정하고 채권자에게 입증책임을 부담케 하는 것으로 거래 안전에 매우 도움이 되는 조문이다. 이렇게 우리나라 새로운 입법 과정에서도 거래 안전을 고려한 채권자취소권제도의 성격이 반영되어 있다.

VII. 소결론

결론적으로 채권자취소권의 제도와 이론 형성의 방향이 채권자의 권리를 더욱 공고히 하는 방향으로 진행되고 있다고 보기는 힘들다. 오히려 채권자의 권리를 인정하되 가능한 수익자와 거래 안전 보호에 초점을 맞추어 이론과 판례가 형성되어 가고 있음을 알 수 있다. 따라서 채권자취소권을 행사에 따른 원물 반환 시 그 과실 반환포함 여부의 판단 시도 이러한 채권자취소 제도의 거래 안전 강화 취지가 반영되는 것이 타당해 보인다. 즉 원상회복의 반환 범위를 가급적 좁히는 것이 수익자와 거래 안전 보호에 부합되는 방향인 바, 이러한 관점에서 대법원 2008. 12. 11. 선고 2007다69162 판결의 사용이익 및 임료 상당액을 부정하는 결론은 타당하다.

第6節 가액반환 시 법정이자 가산과 원물반환 시 사용이익 반환과의 관계

266) 윤진수·권영준(주 3), 507-511면.

I. 문제점

앞서 ‘제3장 제4절 I. 4, 5. 부분’에서 계약 해제에 따른 사용이익 반환 여부 및 법정이자 반환 여부에서 판례는 양자 모두 반환하여야 한다고 보고 있음을 언급한 바 있다. 대법원은 “제548조 제2항에 비추어 목적물을 사용함으로써 얻은 이익을 부가하여 반환하는 것이 형평의 요구에 합당하다고 보면서, 매수인이 목적물을 이용한 경우에는 그 사용에 의한 이익을 상대방에게 반환하여야 하는 것이라고 하였다. 따라서 토지 매수인의 잔대금부지급을 이유로 매도인이 매매계약을 해제한 경우 매수인은 계약 체결 시부터 매매목적물을 인도받아 사용한 대가인 임료상당액의 부당이득에 관하여 원상으로 복구하여야 한다.”고 하였다.²⁶⁷⁾ 그리고 금전 반환에 있어 “제548조 제2항에서 금전을 수령한 자는 수령한 날로부터 이자를 가산하여 반환하여야 한다.”고 하여 “가산되는 이자는 원상회복의 범위에 속하는 것으로서 일종의 부당이득반환의 성질을 가지는 것이고 이행지체로 인한 지연손해금이 아니다.”²⁶⁸⁾라고 하였다.

또한 부당이득 반환의 경우에도 ‘제3장 제3절 II. 4. 판례검토 부분’에서 판례는 원물 반환 시 사용이익과 관련하여 “타인 소유물을 권원 없이 점유함으로써 얻은 사용이익을 반환하는 경우, 악의 점유자에 관하여는 민법 제201조 제2항을 두어 과실수취권이 인정되지 않는다는 취지를 규정하는 것으로 해석되는바, 따라서 악의 수익자가 반환하여야 할 범위는 민법 제748조 제2항에 따라 정하여지는 결과 그는 받은 이익에 이자를 붙여 반환하여야 하며, 위 이자의 이행지체로 인한 지연손해금도 지급하여야 한다.”²⁶⁹⁾고 하였다. 그리고 금전 반환 시 “부당이득한 재

267) 대법원 2006. 9. 8. 선고 2006다26328, 26335 판결; 대법원 1968. 12. 6. 선고 68다1869 판결.

268) 대법원 2000. 6. 9. 선고 2000다50509 판결; 대법원 1996. 4. 12. 선고 95다28892 판결.

269) 대법원 2003. 11. 14. 선고 2001다61869 판결.

산에 수익자의 행위가 개입되어 얻어진 이른바 운용이익의 경우, 그것이 사회통념상 수익자의 행위가 개입되지 아니하였더라도 부당이득된 재산으로부터 손실자가 통상 취득하였으리라고 생각되는 범위 내에서는 반환해야 할 이득의 범위에 포함된다.”²⁷⁰⁾고 하면서 매매계약이 무효인 경우, 매도인이 매매대금으로 받은 금전을 정기에금에 예치하여 얻은 이자가 반환해야 할 부당이득의 범위에 포함된다고 보았다.

이러한 판례군(群)을 보면 판례가 원물반환 시 사용이익의 반환과 금전반환 시 이자 반환을 동등하게 인식하고 운영하고 있다고 보인다. 사회통념 상으로도 경제적인 인간이라면 부동산이나 금전 보유 시 이익을 얻는 방법을 찾아 통상적인 경우 부동산이라면 임대를 하여 차임을 얻고, 금전의 경우 예치하여 일정한 이자를 얻는 것은 당연하다고 생각되기도 한다.

하지만 만약 이런 논리를 전제한다면, 채권자취소권의 원물반환 시 대법원 2008. 12. 11. 선고 2007다69162 판결에서 사용이익의 반환을 부정하는 반면 대법원 2006. 10. 26. 선고 2005다76753 판결, 대법원 2009. 1. 15. 선고 2007다61618 판결에서 지연손해금 반환을 긍정하는 입장을 설명해낼 수 없다. 따라서 이렇게 채권자취소권 행사에 따른 원상회복 시 사용이익 반환과 이자 반환을 계약 해제나 부당이득반환과 어떤 점에서 다르게 보아야 하는지 살펴보아야 한다. 이를 검토하기 전에 선행적으로 대법원 2006. 10. 26. 선고 2005다76753 판결을 위주로 하여 대법원 2009. 1. 15. 선고 2007다61618 판결을 분석해 보고자 한다.

II. 금전 반환에 있어서 지연손해금의 반환

1. 문제점

270) 대법원 2008. 1. 18. 선고 2005다34711 판결.

채권자가 사해행위취소소송에서 금전 지급행위 등 사해행위의 취소와 그 원상회복으로서 원물반환이든 가액반환이든 금전의 지급을 청구하는 경우, 원금 외에 지연손해금 또는 이자의 지급도 청구할 수 있는지, 그리고 이를 긍정하는 경우 그 법적 성질이 지연손해금인지, 아니면 이자인지가 문제된다. 또한 지연손해금 또는 이자 산정의 기산점, 그리고 그 비율도 문제된다.²⁷¹⁾ 특히 저당부동산의 처분 후에 그 저당권이 소멸된 경우와 같이 법률행위의 일부분이 사해행위로 되는 경우 또는 사해행위인 부동산의 처분 후 선의의 전득자에게 그 부동산이 양도된 경우에 가액반환 산정의 기준시를 사실심변론종결시로 보고 있다. 그렇다면 지연배상금의 기산점 또한 사실심변론종결시로 보아야 할까? 이러한 쟁점에 관하여 대법원 2006. 10. 26. 선고 2005다76753 판결 및 그 원심판결이 판단하고 있는바, 위 사례를 중심으로 살핀다. 지연손해금 반환에 대해 이외에 대법원 2009. 1. 15. 선고 2007다61618 판결이 있는데 이 두 판결 사이에 결론에 있어 차이가 나는 부분과 그 이유에 대해서도 살펴본다.

2. 사실관계

(1) 원고는 피고 회사의 대표이사이자 주주인 A에 대한 채권자이고, 피고 B·C·D는 A의 자녀들이며, 피고 E과 F는 각 일정기간 피고회사의 감사로 재직하였다. 원고는 과거 원고의 대표이사로 재직하였던 A가 원고의 유류판매대금을 횡령하였음을 이유로 A를 상대로 불법행위에 기한 손해배상 소송을 제기하여 승소하였고, 위 민사사건과 관련하여 A는 원고의 유류판매대금을 횡령한 사실로 기소되어 유죄판결을 받았다.

(2) A는 위 형사소송 제1심에서 유죄판결을 선고받고 위 손해배상 소

271) 서인걸(주 159), 178면.

송이 진행되던 1999. 10. 15. 자신의 소유인 토지 및 그 지상건물을 A에게 13억 5,000만 원에 매도하기로 약정하고, 같은 날 피고 회사와 사이에 위 매매대금 13억 5,000만 원을 피고 회사에 모두 증여하는 내용의 계약을 체결하였다. 피고 회사는 1999. 12. 13. 위 매매대금 중 6억 원을 입금 받아 은행으로부터의 대출금 5억 9,200만 원을 변제하고, 2000. 11. 30. 경 나머지 7억 5천만 원을 지급받아 보험회사로부터의 대출금 7억 5천만 원을 변제하였다.

(3) A는 1999년경까지 피고 회사의 주식(액면가 5,000원의 보통주) 17,100주를 보유하던 중 1999. 10. 22. 장남인 피고 D에게 위 주식 중 5,400주를, 차남인 피고 B과 딸인 피고 C에게 각 4,500주씩을 증여하였는데, 이 사건 각 증여 당시 갑의 적극재산은 소극재산보다 적었다.

(4) 이에 원고는 피고들을 상대로 A과 체결한 위 각 증여계약을 취소하고, 원상회복으로서 피고 회사에게는 위 증여금의 반환을, 피고 B·C·D에게는 위 증여된 주식의 반환을 구하는 소를 제기한 것이다.

3. 소송 경과

(1) 제1심²⁷²⁾

원고의 증여금 반환 청구에 대하여 제1심 법원은 다음과 같이 판단했다.

“이 사건 매매대금 증여계약은 원고에 대한 사해행위로서 이를 취소하

272) 서울서부지방법원 2004. 11. 26. 선고 2004가합3888 판결.

고, 이에 따른 원상회복으로서 수익자인 피고 회사는 채무자인 A에게 그로부터 증여받은 금 13억 5천만 원 및 이에 대한 이 사건 매매대금 증여일인 1999. 10. 15.부터 다 갚는 날까지 민법 소정의 연 5%의 비율에 의한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.”

또한 원고의 주식 반환 청구에 대하여는 다음과 같이 판단했다.

“이 사건 주식 증여 계약은 원고에 대한 사해행위로서 이를 취소하고, 이에 따른 원상회복으로서 채무자인 A에게 수익자인 피고 B, C, D는 각 위 증여계약으로 취득한 주식의 반환절차를 이행할 의무가 있다.”

(2) 제2심²⁷³⁾

제1심의 판결에 대해 피고 회사와 B, C, D는 피고 패소 부분을 취소하고, 원고의 청구를 모두 기각을 구하며 항소하였으나 제2심은 다음과 같이 판단하였다.

“A와 피고 회사 사이에 1999. 10. 15. 체결한 13억 5,000만원의 증여계약과 A와 피고 B · C · D 사이에 1999. 10. 22. 체결한 액면금 5,000원인 피고 회사 보통주 5,400주를 피고 D에게, 각 4,500주를 피고 B · C에게 각 증여한 계약은 모두 사해행위에 해당하므로 이를 모두 취소하고, 그 원상회복으로서, 수익자인 피고 회사는 갑에게 위 증여계약에 따라 증여받은 13억 5,000만원 및 위 금원 중 6억 원에 대하여는 그 금원을 지급받은 날인 1999. 12. 13. 부터, 나머지 7억 5천만 원에 대하여는 그 금원을 지급받은 날인 2000. 11. 30. 부터 각 다 갚는 날까지 각 민법

273) 서울고등법원 2005. 11. 15. 선고 2005나833 판결.

소정의 연 5%의 비율에 의한 지연손해금을 지급할 의무가 있으며, 피고 D은 A에게 이 사건 주식 증여계약으로 취득한 액면금 5,000원인 피고 회사의 보통주 5,400주를, 피고 B, C는 A에게 각 위 보통주 4,500주의 반환절차를 이행할 의무가 있다.”

(3) 대법원²⁷⁴⁾

피고이자 상고인인 피고 회사와 B, C, D는 제2심의 판단에 대해 지연 손해금의 기산점과 관련하여 상고하였고 대법원은 다음과 같이 판단하였다.

“금전의 지급을 사해행위로서 취소하여 원상회복으로 금전의 지급을 구하는 경우 원금 외에 지연배상금의 지급도 구할 수 있고, 이 경우 지연배상금의 기산점은 상대방이 실제로 금전을 지급받은 때로 보아야 할 것이므로, 원심이 A가 피고 회사에 증여한 13억 5천만 원에 대해 그 증여한 날부터의 지연손해금의 지급을 명한 것은 정당하고, 거기에 사해행위취소에서의 지연손해금의 인정 범위에 관한 법리오해의 위법이 없다.”

4. 판례 분석

위 판례에서 A의 피고 회사와 자녀들에 대한 금전과 주식의 증여 행위가 채권자취소권 행사의 대상이 됨은 분명하나 문제된 것은 원상회복으로서 금전 증여의 사해행위를 취소함으로써 반환받아야 할 금전의 범위였다. 주식의 경우, 원상회복의 원물반환의 형태로 주식을 다시 이전시키

274) 대법원 2006. 10. 26. 선고 2005다76753 판결.

면 되는 것은 매우 자명하기 때문이다.

(1) 관련 학설²⁷⁵⁾

금전을 반환하는 경우 학설상으로 지연배상금을 반환하여야 한다는 점에 대해서는 이견이 없는 듯하다.²⁷⁶⁾ 하지만 조금 더 구체적으로 「소송촉진 등에 관한 특별법」이 있어 이 법과의 관계, 가액반환의 성질, 가액반환 범위의 확정 기준시점 등을 고려하여 그 기산점 및 적용이율에 관하여는 다음과 같이 견해의 대립이 있다.

- ① 제1설은 소장 부분 송달일 다음 날부터 완제일까지 연 15%²⁷⁷⁾라는 견해이다.
- ② 제2설은 소장 부분 송달일 다음 날부터 판결 선고 일까지는 연 5%, 그 익일부터 완제일까지는 연 15%라는 견해이다.
- ③ 제3설은 판결 선고일 다음 날부터 완제일까지 연 15%라는 견해이다.²⁷⁸⁾
- ④ 제4설 판결 확정일 다음 날부터 완제일까지 연 15%라는 견해로서 사

275) 전반적인 학설의 구분에 관하여는 윤경(주 77), 124-125면 참조.

276) 박준서/이상경(주 14), 111면; 박운직/김능환(주 76), 845-846면; 이상경(주 105), 95면.

277) 「소송촉진 등에 관한 특별법」 제3조 1항에서 “제3조(법정이율) ① 금전채무의 전부 또는 일부의 이행을 명하는 판결(심판을 포함한다. 이하 같다)을 선고할 경우, 금전채무 불이행으로 인한 손해배상액 산정의 기준이 되는 법정이율은 그 금전채무의 이행을 구하는 소장(訴狀) 또는 이에 준하는 서면(書面)이 채무자에게 송달된 날의 다음 날부터는 연 100분의 40 이내의 범위에서 「은행법」에 따른 은행이 적용하는 연체금리 등 경제 여건을 고려하여 대통령령으로 정하는 이율에 따른다. 다만, 「민사소송법」 제251조에 규정된 소(訴)에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.”라고 하고 있고 그 대통령령이 2015. 9. 25. 전부 개정되어 “제3조 제1항 본문에 따른 법정이율은 연 100분의 15로 한다.”고 되어 있다. 따라서 이하에서는 현재의 법령에 맞추어 연 15%를 기준으로 한다.

278) 서울고등법원 1998. 12. 8. 선고 97나54736 판결, 다만, 이 판결에서는 ‘원고가 구하는 바에 따라’ 위와 같이 명하고 있다.

해행위 취소의 효과가 발생하여 수익자가 원상회복의무를 부담하게 되는 것은 ‘사해행위 취소소송의 인용판결이 확정되는 때’이므로, 사해행위의 취소와 원상회복을 동시에 명하는 판결이 확정되기 전에는 지체책임을 물을 수 없다고 한다.²⁷⁹⁾

⑤ 제5설은 판결 확정일 다음 날부터 완제일까지 연 5%라는 견해이다. 가액배상의 의무가 발생하는 시점은 그 전제가 되는 ‘사해행위 취소라는 형성판결의 확정시’라고 볼 수밖에 없다고 본다. 사실심변론종결시라는 시점은 가액배상의 범위를 정할 때에 불확정 시점인 판결확정시를 기준으로 할 수는 없기 때문에 판결확정시에 가장 근접한 시점으로 할 수 밖에 없다는 의미 이상을 가지는 것이 아님을 전제로 하는 견해이다. 또한 「소송촉진 등에 관한 특례법」 소정의 연 15%의 지연손해금율은 금전채무불이행의 경우에 적용되는 것인데, 가액배상의무는 사해행위취소가 되기 전에 이미 성립하고 있던 채무이며 가액배상의 본질을 부당이득 내지 손해배상의 일환으로 보지 않고 법정으로 인정되는 원상회복의 일종이라는 것이 통설·판례인 점에 비추어 이를 적용할 수 없다고 한다.^{280),281)}

⑥ 제6설은 사실심변론종결시부터 법정이자라는 견해이다. 이 견해는 금전 채권의 변제나 매매에 따른 대금의 지급을 사해행위로서 취소하거나 금전채권을 양도하여 양수인이 그 채권을 추급한 후에 그 금전채권의 양

279) 서울고등법원 2000. 9. 7. 선고 99나1774 판결; 서울고등법원 1998. 11. 19. 선고 98나16861 판결; 서울고등법원 1998. 8. 18. 선고 97나54354 판결; 최영남(주 116), 303-304면에서 지연손해금의 기산점을 사해행위 취소의 효과가 발생하여 상대방이 원상회복의무를 부담하게 되는 것은 그 취소소송의 인용판결이 확정되는 때이므로, 그 확정 전에는 상대방에게 지체의 책임을 물을 수 없다고 하여 사해행위 취소 판결일을 기산점으로 보았다. 하지만 그 지연손해금율에 대해서는 언급하지 않았는데 본인의 견해와 일치하는 판결로서 앞에서 언급한 서울고등법원 1998. 11. 19. 선고 98나16861 판결, 서울고등법원 1998. 8. 18. 선고 97나54354 판결을 인용한 것으로 보아 판례와 동일하게 연 15%를 기준으로 삼은 견해로 보인다.

280) 이한석, “사해행위취소소송에 있어서 가액배상의 문제에 대한 소고”, 재판실무 2집 (2005. 9.), 창원지방법원, 168면.

281) 아래에서 비교할 대법원 2009. 1. 15. 선고 2007다61618 판결이 이 입장을 취한 것으로 보인다.

도를 사해행위로서 취소하여 상대방에게 금전의 지급을 구하는 경우로 가액 반환을 구하는 경우, 원금 외에 지연손해금 지급을 아울러 구할 수 있다고 본다. 이 경우, 지연손해금의 기산점에 대해 가액배상에 있어서는 반환의무범위가 확정되는 사실심변론종결시, 그 밖의 경우에는 상대방이 실제로 금전을 지급받은 때로 보아야 할 것이고, 이율은 기본행위의 성질에 따라 민사법정 이율 또는 상사법정이율을 적용되어야 한다고 보는 견해이다.²⁸²⁾

⑦ 제7설은 사실심 변론종결시부터 판결 확정 일까지는 법정이자 연 5%, 그 다음날부터 완제일까지는 연 15%라는 견해이다. 법률행위가 취소되는 경우 그 법률행위는 처음부터 무효(민법 제141조)이므로 법률행위를 한 당사자는 그 행위를 통하여 이전 받은 재산을 상대방에게 반환하여야 한다. 만약 이전받은 재산이 금전이라면 부당이득의 법리에 따라 취소권자인 상대방으로부터 법률행위에 대한 취소의 통지를 받은 날, 즉 법률상 원인이 없음을 안 날로부터 계산한 법정이자를 아울러 반환하여야 한다는 규정을 적용하여야 한다. 따라서 사해행위취소소송의 판결이 확정되기 전에는 그 소송의 피고인 수익자 또는 전득자에게 금전지급의 무가 발생하지 아니하므로 그 금전에 대한 지연손해금이 발생하지 않으나 사실심변론종결시부터는 법률상 원인 없음을 알게 되므로 법정이자 발생한다고 본다. 결국 가액배상의 경우는 사실심변론종결시부터 판결의 확정 일까지는 법정이자, 판결확정일 다음날부터 연 15%의 지연손해금의 지급을 명할 수 있다고 한다.²⁸³⁾

⑧ 제8설은 지연손해금의 청구를 장래의 이행을 구하는 청구로 보아 미

282) 박준서/이상경(주 14), 111면; 곽윤직/김능환(주 76), 845-846면; 이상경(주 105), 95면.

283) 이은영(주 4) 484면, 기본적으로 취소효과설(신형성권설)입장에서 원상회복의 성질을 부당이득반환의 성질로 보고, 가액반환에서 역시 이에 대한 법이 적용되어야 한다고 본다. 수익자는 악의인 경우 그 받은 이익에 이자를 붙여 반환하고 손해가 있으면 이를 배상해야 한다고 보는 견해이다.(제748조 2항)

리 청구할 필요가 없으므로, 사후 별도로 구함은 별론으로 하되, 가액배상과 아울러 지연손해금의 지급을 명할 수 없다는 견해 등이 있다.

(2) 해당 판례의 입장과 각 쟁점에 대한 검토

각급 법원은 모두 이견 없이 금전의 지급을 사해행위로서 취소하여 원상회복으로 금전의 지급을 구하는 경우 원금 외에 지연손해금의 지급도 구할 수 있다고 판시하였다. 다만 그 기산점 및 비율에 관하여 차이를 보였다. 제1심 법원은 매매대금증여일 즉 “증여계약 체결일”인 1999. 10. 15 로부터 다 갚는 날까지 법정이율인 민법 소정의 연 5%의 비율에 의한 지연손해금을 명하였다. 하지만 제2심 법원은 “실제 증여금을 지급받은 날” 즉 총 13억 5,000만원 중에 6억 원을 실질적으로 받은 날인 1999. 12. 13. 부터, 나머지 7억 5,000만원에 대해서는 그 금액을 지급받은 2000. 11. 30. 부터 다 갚는 날까지 민법 소정의 연 5%의 비율에 의한 지연손해금의 지급을 각 명하였으며, 대법원도 지연배상금의 기산점을 상대방이 “실제로 금전을 지급받은 때”로 보아야 할 것이므로 원심의 판단은 정당하다고 판시하였다.

지연손해금의 비율에 대한 「소송촉진 등에 관한 특례법」 적용여부에 관하여, 대법원은 사해행위의 취소에 따라 수익자 또는 전득자가 채권자에게 부담하는 목적물 반환의무가 불가능하거나 현저히 곤란하게 되어 원상회복의무의 이행으로서 목적물상당을 배상하여야 할 의무는 사해행위의 취소를 명하는 판결이 확정된 때에 비로소 발생하는 것으로 보았다. 따라서 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 된다고 하였다. 그러므로 「소

송촉진 등에 관한 특례법」 제3조 제1항 단서에 의하여 같은 조항 본문에 정한 이율이 적용되지 아니한다고 판시하였다.²⁸⁴⁾

① 지연손해금 인정여부

일단 판례가 지연손해금을 ‘인정’하고 있다는 점은 이론(異論)이 없는 것으로 보인다.²⁸⁵⁾ 그 근거에 대해 대부분의 문헌에서는 특별한 언급이 없다. 기존의 다른 제도에서 가액 반환 시 이자를 가산하였고 다른 입법례에서 받아들여지고 있어 당연하다고 인식하고 있는 듯하다.

② 지연손해금의 기산점

앞서 기산점과 관련한 학설을 살펴보면 지연손해금의 ‘기산점 선정’과 관련해서 첫째, 판례의 “금전채무의 지연손해금채무는 금전채무의 이행지체로 인한 손해배상의 채무로서 이행기의 정함이 없는 채무에 해당하므로, 채무자는 확정된 지연손해금에 대해서 채권자로부터 이행청구를 받은 때(정확히는 이행청구를 받은 다음날)부터 지체책임을 부담하게 된다.”²⁸⁶⁾는 입장에 따라 이행청구를 받은 때를 소장부분이 송달된 날로 보는 견해, 둘째, 가액반환 범위의 산정 기준 시점이 ‘사실심변론종결 시’인 것을 감안하여 그 이후부터 실질적으로 반환될 때까지 지연손해금을 가산해야 한다는 견해, 셋째, 가액반환의무 발생하는 판결 선고 시 혹은 판결 확정시부터 가산해야한다는 견해로 나뉘는 것으로 보인다.

지연손해금은 금전 채무 이행지체로 인하여 발생하는 손해배상이 그 법적 성격인 점을 감안한다면, 먼저 금전의 이행 채무 즉 가액 반환 의무

284) 대법원 2002. 6. 14. 선고 2000다3583 판결.

285) 박현(주 119), 303면; 윤경(주 77), 124면; 이상경(주 105), 95면.

286) 대법원 2004. 7. 9. 선고 2004다11582 판결.

가 발생하는 채권자취소소송의 판결 확정일을 기산점으로 보는 것이 타당할 것이라 생각된다. 따라서 제5설의 견해에 동의한다. 하지만 이러한 기산점에 대한 논의는 부동산이나 어음 등 원물반환을 하면 과도하게 회복되므로 이를 방지하기 위해 가액반환을 하는 경우의 일반적인 가액 반환 기산점에 대한 논의이다. 그런데 대상판결은 금전의 지급이 사행행위가 된 것으로 이는 금전 자체가 원물이었던 경우에 해당한다는 점을 주의할 필요가 있다.

③ 계약 해제에 있어 가액반환에 따른 법정이자 반환 논리 적용 여부

이러한 기산점 산정과 범위와 관련하여 ‘계약 해제의 법리’로 설명하려는 견해가 있다.²⁸⁷⁾ 이 견해는 사해행위취소의 효과인 원상회복으로 금전지급을 명하는 경우 원금 외에 가산하는 금원의 성격은 원상회복으로 부동산을 반환할 때 지급하는 사용이익과 동일한 과실에 해당하는 것으로 보아야 한다고 한다. 따라서 지연손해금이라고 지칭하는 것은 잘못이라고 할 것이고, 그 법적 성격을 이자라고 하는 것이 옳다고 본다. 이렇게 이자로 보면 사해행위 취소의 효과로서 원상회복의 경우, 계약해제와 달리 명문의 규정은 없지만, 그 주요 급부내용이 금전지급인 경우 계약해제의 원상회복에 있어 이자가산에 관한 제548조 제2항이 유추적용되어야 할 것이라고 한다. 하지만 계약의 해제 시에 가산되는 이자는 일종의 ‘부당이득반환’의 성질을 가지고 있는 것이지 반환의무 이행지체로 인한 지연손해금은 아니라고 판례²⁸⁸⁾는 명확히 밝히고 있다. 만약 판례가 채권자취소권의 원상회복의 범위와 관련하여 계약 해제의 법리를 적용하였다면 이자라는 용어를 사용하였을 것이나 명시적으로 ‘지연손해금’이라는 용어를 사용하고 있다. 따라서 기산점을 그 증여금액을 반

287) 서인겸(주 159), 180면.

288) 대법원 2000. 6. 9. 선고 2000다9123 판결.

환반을 때라고 하여 제548조 제2항에 따라 ‘금전을 받은 때’와 동일하게 보고 계약 해제의 규율이 유추적용 되었다고 볼 것은 아니라고 생각된다. 오히려 채권자취소권의 행사에 따른 원상회복의무가 발생하여 선정한 기산점으로 보는 것이 더 타당하다고 보인다. 물론 채무자가 본래 그 금전을 보유하고 있었다면 법정이자 상당액의 이자를 취득하였을 것이다. 하지만 이는 채무자가 취득하였을 금전의 성격인 것이고 수익자가 반환할 금전의 성격은 이자가 아니라 원상회복의무 발생 후 이행지체 발생에 따른 지연손해금라는 점은 구분하여야 한다.

④ 지연손해금의 이율

마지막으로 “이율”과 관련하여 지연손해금의 이율에 관련해서는 제397조의 적용과의 관계와 「소송촉진 등에 관한 특례법」 제3조 1항을 고려하여 생각해 보아야 한다. 제397조 제1항에서는 “금전채무불이행의 손해배상액은 법정이율에 의한다.”고 하고 있으므로 피고인이 채권자에게 반환해야할 금전을 손해배상액으로 보면 법정 이율 연 5%가 적용되어야하기 때문이다. 이 때 판례는 “금전채무의 지연손해금채무는 금전채무의 이행지체로 인한 손해배상의 채무로서 이행기의 정함이 없는 채무에 해당하므로, 채무자는 확정된 지연손해금에 대해서 채권자로부터 이행청구를 받은 때(정확히는 이행청구를 받은 다음날)부터 지체책임 부담하게 된다.”²⁸⁹⁾고 하고 있다. 여기에 이행청구를 받은 날로부터 지체책임에 빠지고 그 때부터 「소송촉진 등에 관한 특례법」이 제3조 제1항 본문이 적용되어 연 15% 이율이 가산된다. 이 때 「소송촉진 등에 관한 특례법」 제3조 제1항이 적용되는 이행청구를 받은 때란 앞에서 본 대법원 2002. 6. 14. 선고 2000다3583 판결에 따르면 “채권자가 사해행

289) 대법원 2004. 7. 9. 선고 2004다11582 판결.

위의 취소 청구와 함께 가액배상을 구하는 청구를 하고 법원이 사해행위의 취소와 동시에 가액배상금의 지급을 명하는 판결을 하는 경우 그 가액배상금의 지급채무에 관하여는 그 판결이 확정된 다음날”이라고 보았다. 하지만 사해행위 취소의 소는 장래이행의 소²⁹⁰⁾로서 「소송촉진 등에 관한 특례법」 제3조 제1항 단서가 적용되므로 연 15%가 아니라 법정 이율인 연 5%가 적용되었다.

⑤ 가액 반환의 다른 판례와 비교

이 판례와 비교할 판례는 대법원 2009. 1. 15. 선고 2007다61618 판결이다.²⁹¹⁾ 이 판결에서 “가액배상의무는 사해행위의 취소를 명하는 판결이

290) 장래이행의 소라 함은 변론종결시를 표준으로 하여 이행기가 장래에 도래하는 이행 청구권을 주장하여 미리 그 이행을 구하는 소를 의미한다.

291) 대법원 2002. 6. 14. 선고 2000다3583 판결도 동일한 취지이나, 최신 판례인 대법원 2009. 1. 15. 선고 2007다61618 판결을 검토한다. 이 판결의 더 자세한 사실 관계는 이렇다.

(1) 원고들이 A주식회사에 대해 하도급공사대금채권을 가지고 있었는데 A 주식회사는 2002. 8.경 회사의 자금사정이 나빠지자 부도가 날 것에 대비하여 하수급인들의 공사대금채권을 보전해 주기 위한 방편으로서, 2002. 8. 5. A 주식회사의 이사인 B에게 액면금 52억 4,500만 원의 약속어음 1장을 발행하여 교부하고, 위 어음금의 지급을 지체할 경우 강제집행을 인낙한다는 내용의 집행증서를 작성하여 주었다.

(2) A 주식회사는 2002. 9. 5. 비사신흥협동조합(이하 ‘비사신흥’이라 한다)에게도 액면금 25억 원의 약속어음(이하 ‘이 사건 어음’이라 한다)을 발행하여 교부하고, 위 강제집행을 인낙하는 내용의 집행증서를 작성하여 준 사실, 비사신흥은 2002. 10. 7. 위 집행증서에 기하여 A 주식회사가 C 주식회사에 대해 가지는 필마트 대명점 공사대금채권 중 20억 원에 대해 채권압류 및 전부명령을 받았고, 이에 따라 C 주식회사는 2003. 1. 30. 비사신흥에게 위 전부금 중 5억 원을 현금으로 지급하는 외에 나머지 15억 원의 지급을 위해 약속어음 2장을 교부하였다.

(3) B 또한 위 집행증서에 기하여 2002. 12. 11. 위 필마트 대명점 공사대금채권 중 20억 원에 대해 채권압류 및 전부명령을 받았고, 2003. 2. 4. A 주식회사가 C 주식회사를 비롯한 8인에 대해 가지는 공사대금채권 합계 32억 4,500만 원에 대해서도 각 채권압류 및 전부명령을 받았다.

(4) 그러던 중 A주식회사가 2003. 1. 19. 부도가 나자 B는 2003. 5. 3. 경 위 전부 받은 채권들을 원고들에게 양도하고 그에 따른 양도통지를 하였고, 비사신흥이 C 주식회사를 상대로 위 15억 원의 어음금청구소송을 제기한 상태에서 파산선고를 받아 피고가 그 파산관재인으로서 위 어음금청구소송을 수계하였는데, 위 소송에서 C 주식회사가 15억 원을 지급하기로 하는 내용의 조정에 갈음하는 결정이 확정됨에 따라 피고가 2004. 12. 9. C 주식회사로부터 위 15억 원을 지급받았다.

확정된 때에 비로소 발생하므로 그 판결이 확정된 다음날부터 이행지체 책임을 지게 되고, 따라서 소송촉진 등에 관한 특례법 소정의 이율은 적용되지 않고 민법 소정의 법정이율이 적용된다.”고 하였다. 이 판례에서 채무자 A주식회사의 사해행위는 어음을 발행하고 집행증서를 작성해 주어 비사신흥협동조합으로 하여금 강제집행의 방법으로 A주식회사가 가지는 적극적 재산의 대부분을 차지하는 50억 원의 공사대금채권을 전부 받을 수 있도록 한 것이다. 그래서 이러한 어음 발행행위를 취소하는데 그 원상회복으로 어음의 원물반환이 아닌 가액반환을 명하였다. 왜냐하면 위 어음의 액면금은 25억 원이었고 원고의 채권액은 866,228,610원의 범위에 불과하여 어음을 반환하면 과도하게 반환되기 때문이다. 따라서 가액반환으로 원고의 채권액에 판결확정일 다음 날부터 실제로 반환되는 날까지 민법 법정 이율에 따른 지연손해금을 가산하여 반환하라고 명하였다. 이 판례와 기존의 판례는 지연손해금을 반환하여야 한다는 점, 그 이율이 민법 상 법정이율인 연 5%를 적용한다는 점에서는 동일하나 그 기산점에서 차이를 보인다. 동일하게 본 사항에 대해서는 기존 판례에서

(5) 한편 A 주식회사의 회장인 D는 2001년경 비사신흥의 경영권을 인수한 뒤 자신의 친인척 등 측근들로 하여금 이를 운영하게 하였는데, A 주식회사는 2001. 5. 10. 경부터 이 사건 어음이 발행되기 직전인 2002. 9. 2. 경까지 사이에 비사신흥으로부터 모두 51회에 걸쳐 합계 25억 1,000만 원을 광말태 등의 명의를 차용하는 방법으로 대출을 받았다. 그런데 신용협동조합중앙회의 감사에서 위와 같이 동일인 대출한도를 초과하여 대출한 사실이 적발되자, 비사신흥의 상무 E는 형사고발조치를 피하기 위해 D에게 위 대출금채권에 대한 담보를 요청하였고, 이에 따라 이 사건 어음의 발행 및 집행증서의 작성이 이루어지게 되었다.

(6) 이 사건 어음을 발행할 당시 A 주식회사의 적극적 재산으로서 실질적인 가치가 있는 것은 위 필마트 대명점 공사대금채권 50억 원과 각종 관급공사대금채권 5억 원 등 합계 55억 원 정도였음에 반해, 소극적 재산은 비사신흥에 대한 위 대출금채무와 원고들에 대한 위 하도급공사대금채무, 기타 미지급된 공사대금채무 등 합계 62억 7,000만 원이나 되었던 사실을 각 인정하였다. 이에 원심은 위 인정 사실에 더 잡아, A주식회사가 채무초과의 상태에서 이 사건 어음을 발행하고 집행증서를 작성해 주어 비사신흥으로 하여금 강제집행의 방법으로 A 주식회사가 가지는 공사대금채권을 전부 받을 수 있도록 한 것은 일반채권자를 해하는 행위로서 사해행위에 해당한다고 보아, 원고들의 피보전채권 합계 866,228,610원의 범위에서 이 사건 어음의 발행행위를 취소하고, 그 원상회복을 위한 가액배상으로서 판시 기재 각 금원 및 이에 대한 판결 확정일 다음날부터의 지연손해금의 지급을 명하였다.

살펴본 이유가 그대로 타당하다고 생각된다. 하지만 대상판결은 “실제 증여액을 받은 날”로부터 기산점으로 삼은 반면, 위의 판례에서는 “판결확정일”을 그 기산점으로 본 것은 차이가 있다. 이 판례의 입장은 앞서 타당하다고 밝힌 제5설의 입장을 취한 듯하다. 기산점을 다르게 본 이유는 두 판례의 차이에서 기인한다. 일단 대상판결은 사해행위인 증여행위의 취소로 원상회복 시키는 것은 금전 자체로 원물반환을 하면 과다하게 회복되어 금전을 반환하는 것이 아니라 사해행위의 대상 자체가 금전이었던 경우이다. 반면 위의 판결은 어음이라는 원물을 반환하면 과도하게 반환되는 것이기 때문에 가액을 반환해야 하는 경우이다. 그러므로 대상판결에서는 원상회복을 할 때 채무자가 보유하고 있었다면 취득하였을 금전을 고려하여 채권자 권리 행사시에도 불리하지 않게 하는 데 초점을 두고 기산점을 잡은 것으로 보인다. 반면 비교판결에서는 어음의 원물반환과는 완전히 성격이 다른 가액반환에 대한 지연손해금 가산에 대한 것이다. 따라서 가액반환의무가 발생한 것이 전제가 되어야 이행청구가 가능하고 지연손해금을 청구할 수 있으므로 ‘판결확정시’를 기준으로 삼은 것이다. 대법원은 2009. 1. 15. 선고 2007다61618 판결에서 어떤 차이가 있는지에 대해 구체적인 언급은 없었으나 “원고들이 상고이유에서 내세우고 있는 대법원 2006. 10. 26. 선고 2005다76753 판결 등은 가액배상에 관한 이 사건과는 사안을 달리하는 것이어서 이 사건에 원용하기에는 적절하지 아니하다.”하지 않고 하여 그 차이 자체는 인정한 바 있다.

다만, 지연손해금의 지연손해금율과 관련하여 채권자취소소송에서 취소청구와 원상회복을 분리하여 행사하는 것이 가능하기 때문에 취소청구의 승소 확정판결 확정 후 원상회복을 청구하면서 원상회복의 방법으로 가액반환을 청구하는 경우에는 달리 보아야 한다. 즉 위의 경우와는 달리 「소송촉진 등에 관한 특례법」 제3조 제1항 단서가 적용될 여지가 없기

때문에, 본문이 적용되어 연 15%의 지연손해금을 구할 수 있다고 볼 수 있다.²⁹²⁾

⑥ 대상판결에 대한 소결론

결론적으로 채권자취소권의 행사로 금전 반환 시 지연손해금은 반환되어야 하고, 그 반환되어야 하는 기산점은 책임재산 보전이라는 채권자취소권의 취지를 고려하여 채무자에게 원래 귀속되었던 것과 동일한 상태를 유지하기 위해 금전을 실질적으로 이전을 받은 날부터 기산점으로 삼아야 한다. 하지만 원물 반환이 불가능하거나 곤란하여 가액 반환을 하는 경우에는 판결 확정시를 기산점으로 삼아야 한다. 그리고 그 이율은 채권자 취소와 원상회복의 소의 청구가 장래이행의 소인 점을 감안하여 「소송촉진 등에 관한 특례법」이 제3조 1항 단서의 적용으로 연 5%의 법정이자를 부과하는 것이 타당하다.

III. 검토

채권자취소권의 원상회복의 내용은 기존의 계약 해제와 부당이득 반환의 원상회복 시 법정이자와 사용이익 간의 관계와는 차이를 보인다. 그 이유에 대해 생각해 보건데 계약의 쌍무성·견련성은 청산 시에도 유지된다.²⁹³⁾ 계약을 청산시킬 수 있는 유형은 대표적으로 계약의 무효·취소·해제가 있다. 그리고 이러한 청산관계의 법적 성질은 급부부당이득 반환으로 동일하다. 단지 계약의 해제에는 제548조 제2항이라는 특칙이 존재할 뿐이다. 따라서 계약 해제권이 행사되었거나 무효·취소된 경우 쌍무성·견련성이 유지되어 원상회복으로 금전 반환 시 법정이자를 가산

292) 윤경(주 77), 126-127면.

293) 최수정(주 193), 168-169면.

하고, 부동산 반환 시에는 임료상당액의 반환이 이루어져야 하는 관계가 된다. 하지만 계약의 해제·부당이득반환과 채권자취소권은 별개의 목적을 가지는 제도로 서로 다른 법적 운영 원리로 움직인다. 채권자취소권은 채권이 물권과 달리 지배권이 없어 강제 집행할 필요가 있으므로 책임 재산을 보호하기 위해 인정된 제도이다. 하지만 이 제도로 인하여 채무자와 수익자의 처분의 자유를 제한하여 거래의 동적 안전을 저해할 수 있는 속성 또한 가지고 있다. 그래서 채권을 침해당한 채권자와 처분의 자유를 가지는 채무자·수익자 간의 이해관계 조화가 필요하다. 즉 채권자취소권 행사에 따른 원상회복 시에도 거래 안전을 침해하지 않는 방향의 제도 운영이 필요한 것이다. 이것이 채권자취소권 제도와 계약 해제, 부당이득반환 제도와 다른 점이다. 또한 기본적으로 부동산과 금전은 그 성질이 다르다. 부동산은 제99조 제1항에 따라 토지와 그 정착물을 말하고 금전은 점유가 있는 곳에 소유가 있는 특수한 성격을 가졌지만 어디까지나 제99조 제2항에 따른 부동산 이외의 물건인 동산에 해당한다. 따라서 판례가 채권자취소권 행사에 따른 금전 반환 시에 법정이자로 지연손해금을 반환하는 것과 달리 원물반환 시 임료상당액의 사용이익을 반환하지 않는다는 결론에 이른다고 하여 잘못되었다고 볼 수 없다.

第7節 소결론

채권자취소권은 단지 제406조와 제407조로만 규정되어 있어 원물반환 시 과실반환의 문제에 대해 침묵하고 있다. 이러한 과실반환 특히 사용이익 반환 문제는 집행법과의 관계를 고려해 보아야 한다. 왜냐하면 금전 채권 보전을 위해 부동산을 집행하는 경우, 그 1단계로 이루어지는 강제집행의 대상이 채무자의 책임재산으로 한정되는데 실제로는 현재 수익자·전득자 소유이기 때문이다. 이러한 문제점을 상대적 효력설의 문

계점으로 지적하는 견해도 있으나, 실무적으로 취소권 판결로 인해 수익자·전득자는 자신이 소유자임을 주장할 수 없어 크게 문제되지 않고 있다. 하지만 설령 채권자취소권 행사에 따라 수익자·전득자의 재산을 채권자와의 관계에서 채무자의 재산으로 보고 강제집행을 한다고 하더라도 사용이익이 책임재산의 범위에 들어와야 한다. 하지만 현재 집행법 상 사용이익을 채무자의 책임재산 범위에 포함시키지 않고 있는 상황에서 채권자취소권 행사에 따른 원상회복의 범위에 사용이익을 포함시킬 것인가가 문제되고 대상판결을 이에 대한 답을 제시하고 있다.

채권자취소권 행사에 따른 과실반환에 대한 명시적 규정이 없으므로 기존의 다른 제도와 유사성은 없는지 검토할 필요가 있다. 그래서 우리 민법의 대표적인 이익 반환 범위 규정인 제201조, 제548조 제2항, 제748조의 유추적용 가능성을 검토해 보았다. 채권자취소소송의 당사자인 채권자와 수익자 사이에는 어떠한 법률관계도 없다는 점을 고려해 볼 때, 이 제도와 계약의 당사자 간에 이루어지는 계약의 해제에 대한 규정, 계약은 일단 유효하게 성립한 뒤 무효·취소·해제 등의 사유로 인한 급부부당이득이 이루어지는 구조는 유사성을 찾을 수 없다. 따라서 제548조 제2항을 유추 적용하자는 견해가 있으나, 원물반환 시 과실반환에 대해 제548조 제2항을 유추 적용하는 것은 힘들어 보인다. 또한 최근 민법개정안 제407조의2 제2항에서 제748조를 준용하려고 하나 이러한 입법은 채권자취소권의 구조와는 상관없이 입법 정책적으로 마련된 규정으로 보인다. 그렇다면 채권자취소권을 행사하여 물권적으로 무효가 되고 채권자와 수익자 간에 어떠한 법률관계도 없는 구조는 침해부당이득의 유형과 비슷하여 제201조의 규정을 유추적용해 볼 수 있을 것이라 일견 생각되기도 한다. 하지만 침해부당이득은 당연히 재산권이 물권적으로 귀속되어야 할 자의 재산을 아무런 법률관계도 없는 수익자가 침해하는 경우에 발생한다. 따라서 취소채권자는 단순한 채권자에게 불과한 자이므로

그 채권액만큼의 재산권을 물권적으로 귀속시켜야 할 이론적·법률적 근거를 찾지 못하는 한 인정되기 힘들다. 우회적으로라도 제201조의 적용 가능성이 있는지 살피기 위해 채권자취소권의 구조와 유사한 유류분반환 청구권 행사에 따른 과실 반환에 대해 살펴보았다. 유류분반환청구권 행사에 따른 과실반환 범위에 대해 판례가 제201조를 적용하여 그 문제를 해결한 바 채권자취소권에서도 적용가능한가에 대해 살펴보았다. 그런데 유류분반환청구권자는 피상속인의 공동상속인으로서 포괄 승계된 자이므로 재산권의 물권적 귀속이 예정된 자이므로 제201조의 적용 가능했던 것이나 채권자취소권은 이러한 물권적 재산권 귀속이 당연히 되는 자는 아니므로 제201조의 유추적용도 힘들 것으로 보인다.

그렇다면 결국 민법 규정이 아니라 채권자취소권 제도의 성격을 고려한 해석에 기댈 수밖에 없다. 첫째, 채권자취소권 제도는 채권자의 채권 확보를 위하지만 수익자·전득자의 이해관계를 고려해야 한다. 그 이유는 수익자가 채권자라면 성실하게 먼저 채권을 행사한 채권자를 보호할 필요가 있다는 점, 수익자가 채권자가 아니라 하더라도 정당한 대가를 치르고 얻은 재산권을 과도하게 희생하는 것은 바람직하지 않다는 점, 책임 없는 사유로 재산이 반환 불능이 된다고 해도 수익자·전득자에게 반환의무는 존재한다는 점, 수익자·전득자의 희생을 강요한다면 오히려 채무자의 갱생의 기회를 빼앗아 채권자에게 불리할 수 있다는 점을 들 수 있다. 둘째, 채권자취소권 행사의 효과에 대한 이론 구성에 있어 다양한 학설 대립이 있었지만 우리나라와 일본의 통설·판례가 상대적 효력설 취한다는 점을 생각해야 한다. 상대적 효력설을 통설로 취한 이유는 책임설과 같이 제반 소송 과정이 마련되어 있지 않아서도 있지만 형성권설이나 신형성권설과 같이 거래 안전을 해칠 우려가 높은 이론은 바람직하지 않다는 인식이 존재했기 때문이다. 따라서 상대적 효력설이 아니라 채권설을 전제로 '사해행위가 없었다면 채무자가 부동산을 계속 보유하

면서 그 부동산을 사용하여 사용이익을 얻었을 것이라는 사정'을 고려하여 사용이익의 반환을 긍정하는 견해에는 동의할 수 없다. 왜냐하면 채무자의 사용 혹은 임대차 설정 여부라는 우연한 사정에 따라 수익자·전득자의 반환 범위가 달라진다고 보는 것은 불합리하기 때문이다. 셋째, 채권자취소권 제도의 연혁과 외국 입법례를 살펴보아도 채권자취소권을 강화하는 쪽보다는 거래 안전 질서를 보호 하는 쪽으로 제도가 형성되어 왔다. 프랑스는 대물소권설에서 대인소권설로 채권자취소권의 인식을 바꾸었다. 프랑스 채권자취소제도의 영향을 받은 일본의 채권자취소 제도도 그 요건에 악의를 추가함으로써 선의인 경우에는 취소권을 행사할 수 없게 하는 방향으로 나아갔다. 그리고 우리나라 민법은 이러한 일본의 채권자취소권 제도의 영향을 받았다. 이러한 제도적 영향을 받은 만큼 일본에 사용이익 반환과 관련된 직접적인 판례의 결론과 법리에 대해 고찰해 볼 필요가 있었다. 일본의 사용이익 반환과 관련된 판례는 우리나라의 판례의 결론과는 동일하고 그 근거에 있어서 부당이득을 들어 채권자취소권의 성격에 따른 근거를 들은 우리나라 대법원 입장과는 차이를 보였다. 하지만 앞에서 고찰해 보았듯이 채권자취소권 행사와 반환 범위의 문제는 부당이득반환과는 무관하므로 이를 근거로 드는 것을 적절하지 않다.

넷째, 최근 민법 개정안에 따르면 수익자·전득자 악의에 대한 요건을 제406조 단서에서 본문으로 위치를 변경시켰다. 민사소송법의 입증책임 분배에 관한 통설인 법률요건분류설에 따르면 기존의 수익자·전득자의 악의가 추정되어 스스로 입증책임을 부담하였던 것과 달리 채권자가 입증하는 방향으로 바뀐 것이다. 이는 수익자·전득자를 선의로 추정하는 방향으로 변경된 것인데 이러한 변화 역시 거래 안전을 고려한 변화이다. 이러한 점들을 고려하면 채권자취소권 제도의 성격이 거래의 동적 안전 질서를 지키기 위한 제도적 구성이 되고 있고 채권자취소권 행사에

따른 원상회복 시 그 반환 범위와 관련해서도 이러한 점이 고려되어야 한다. 따라서 사용이익 혹은 임료상당액의 반환을 부정하는 것이 타당하다.

하지만 이러한 사용이익과 관련된 결론은 지연손해금 반환을 긍정하는 판례의 입장과는 대조된다. 이는 계약 해제나 부당이득반환 청구의 관련 판례들이 사용이익 반환과 지연손해금 반환의 결론은 일치시키는 것과 다르다. 이러한 결론에 이르는 것은 채권자취소권 제도가 계약 해제와 부당이득반환 청구의 성격과는 다르다는 점, 그리고 부동산과 금전의 법적 성격이 달라 반드시 일치시킬 필요가 없다는 점을 고려하면 부당하다고 볼 수 없다.

第4章 결론

채권자취소권이란 채권자를 해한다는 것을 알면서 행한 채무자의 법률 행위를 취소하고, 사해행위에 의하여 빠져 나간 채무자의 재산을 회복하는 것을 목적으로 하는 채권자의 권리이다. 채권자취소권은 파산 선고가 되기 전 집행권원 없이도 행사할 수 있어 그 필요성이 있다. 하지만 제3자에게 미치는 영향력이 매우 커서 운영에 신중을 기할 필요가 있다. 채권자취소권의 법적 성질에 대하여는 의용민법 시절부터 형성권설, 청구권설, 병합설 등이 주장되어 왔다. 그런데 현행 민법 제406조가 의용 민법 제424조와 달리 ‘취소 및 원상회복’으로 규율되면서 병합설이 통설이 되었다. 현재 채권자취소권의 법적 성질이자 행사의 효력과 관련하여 상대적 효력설이 통설·판례의 입장이다. 이 견해는 채권자취소권의 책임재산 보전의 필요성과 채무자의 재산 처분의 자유, 거래 당사자의 이익 및 거래 안전 보호 간의 조화에 충실한 학설이다. 그런데 상대적 효력설은 채무자가 취소당하는 당사자임에도 절차에 참여할 기회가 봉쇄된다는 문제점이 지적되고 있다. 그래서 일본 민법 제425조에서는 효력이 미치는 범위에 채무자를 포함시키고 소송고지제도를 두는 것으로 개정하였다. 우리나라도 최근 민법 개정 작업 과정에서 문제제기가 있었으나 개정이 이루어지지 않았다. 우리나라도 일본과 동일한 문제점이 노정되는 만큼 일정한 개정이 요청되므로 상대적 효력설이 가지는 문제점, 해결 방안과 절차에 대한 더 많은 논의가 필요할 것으로 보인다.

채권자취소권 행사의 취소 범위는 채권자의 채권액, 사해행위시의 목적물의 가액, 사실심변론종결시 목적물 가액을 고려하여야 한다. 기본적으로 사해행위 당시의 채권액에 되나 목적물이 불가분이거나 다른 채권자가 배당 요구할 것이 명백한 사정이 있는 경우에는 예외적으로 채권액 이상을 청구할 수 있다. 채권자가 취소권을 행사하는 이유는 궁극적으로

는 강제집행을 통해서 변제를 받기 위한 것이므로 이를 고려하여야 하므로 궁극적인 반환 범위는 채권자의 사해행위 당시의 채권액과 채무자의 책임재산 범위라는 이중의 제한을 받는다.

통설·판례인 상대적 효력설 입장에서 채권자취소권 행사에 따른 원상회복의 의미를 형성소송을 통해 법률행위의 취소보다 일탈 재산의 반환이라는 목적에 맞게 축소된 의미의 취소권을 행사하고 이행소송을 통해 채권자 입장에서 사해행위하기 전의 재산 상태로 돌려놓는 것을 의미한다. 원상회복의 방법은 제407조와의 관계, 채권자의 임의 선택 방지를 위하여 원물반환을 원칙, 예외적 가액 반환으로 하는 것이 통설·판례이다. 하지만 책임재산의 가치를 반환하면 된다고 하여 가액 반환을 우선해도 상관없다는 견해가 있다. 수익자에게 과도한 희생을 요구할 수 있다는 점, 법률관계를 복잡하게 한다는 점을 근거로 한다. 이 견해는 채권자취소권 제도는 효력 상 영향력이 큰 만큼 다른 제도보다 거래 안전을 더 고려해야 한다는 점을 고려하면 참고할 만한 견해라는 생각이 든다. 통설·판례에 따라 가액반환은 원상회복이 사실상·법률 상 불가능할 때 인정된다. 가액 반환의 법적 근거는 ‘형평’에서 찾을 수 있고, 기준 시점을 사실심변론종결시에 하여야 한다. 최근 우리나라 민법개정안 제407조의2에서 원물반환을 원칙으로 하고 예외적 가액반환하도록 명문화되었다.

원상회복의 구체적 양상은 목적물별로 다르게 나타난다. 부동산의 경우 가장 일반적으로 사해행위로 이전등기가 이루어지고 선순위저당권이 없고 전등자가 있는 경우에는 수익자·전등자 선·악의에 따라 달리 보아야 한다. 수익자·전등자가 모두 악의인 경우 말소등기 뿐만 아니라 진정명의회복을 위한 이전등기가 가능하다. 수익자 악의, 전등자 선의인 경우에는 가액 반환만이 가능하다. 반면 수익자 선의, 전등자가 악의인 경우는 수익자가 선의인 이상 어느 것도 허용될 수 없다는 견해가 있고 취

소채권자를 보호하기 위하여 진정명의회복을 위한 이전등기를 인정해야 한다는 견해도 있다. 특히 채권양도와 관련하여 원상회복의 방법으로 취소채권자가 제3채무자에게 직접 채권의 이전을 청구할 수 있는지 아니면 그 통지만을 청구할 수 있는지 논의가 있다. 우리나라와 일본 판례의 입장처럼 반환 대상은 채권이지 목적물이 아니므로 직접 반환을 청구할 수는 없고 제3채무자에게 통지를 요구하는 것으로 보는 것이 타당하다. 그리고 사용이익과 관련하여 일본의 상표권과 관련된 판례를 검토하는 만큼 우리나라에서 상표권과 관련된 판례를 연구해보았다. 현재 상표권과 관련하여 나온 채권자취소권 판례는 주로 상대적 효력설과 관계가 있다.

채권자취소권은 채권은 물권과 달리 지배권이 없어 강제집행을 해야 하므로 책임재산을 보전할 필요가 있어 인정된 제도이다. 취소권은 채권자의 채권액 범위에 한정되어야 하고, 강제집행의 대상은 채무자의 책임재산 범위 내여야 하므로 반환 범위는 이중의 제한을 받는다. 이 때 채무자의 책임재산의 범위에 사용이익이 포함되지 않으므로 채권자취소권 행사의 반환범위에 포함될 수 있을까라는 의문이 생길 수 있고 대법원의 판결은 이에 대한 답으로서 의미가 있다.

채권자취소권 행사를 통해 채권을 보호할 수 있으나 동시에 채무자와 수익자의 처분의 자유를 제한하여 거래의 동적 안전을 희생하는 제도가 될 수 있다. 그래서 채권자취소권 행사에 따른 원상회복 시에도 거래의 안전이 침해되지 않는 방향의 제도 운영이 필요하다. 이러한 점이 채권자취소권 제도의 원상회복과 계약 해제, 부당이득반환, 유류분반환청구에 따른 원상회복과 다른 점이다. 따라서 채권자취소권 행사에 따른 사용이익 반환의 경우에도 채권자취소권 제도가 가지는 성격을 고려하여야 한다. 즉 이해관계의 조정, 채권설이 아닌 상대적 효력설을 취하는 제도의 본질, 연혁 및 외국 입법례와 판례, 최근 민법개정안에 반영되어 있는 입증책임전환과 같이 거래안전을 보호하려는 취지를 반영하여 반환 여부에

대한 결론을 내야 한다. 하지만 이러한 근거는 추상적인 근거로 실정법에 근거하여 유추적용 가능성이 있다면 먼저 고려해 보아야 한다. 하지만 현재 우리나라 민법이 인정하고 있는 원상회복 범위의 규정인 제548조 2항, 제748조, 제201조는 모두 채권자취소권과는 제도적으로 차이가 있어 유추적용이 불가능하다. 따라서 채권자취소권 고유의 성격을 고려해 판단하건데 사용이익 반환을 부정하는 것이 타당하다. 그리고 이러한 견해를 취하고 있는 현재의 대법원과 일본 판례 입장을 지지한다.

【참고 문헌】

1. 국내 단행본 (발행일자 순-발음순)

김용담 편집대표, 주석민법 채권각칙(2) (제4판), 한국사법행정학회 (2016).

_____, 주석민법 채권각론(5) (제4판), 한국사법행정학회 (2016).

김준호, 채권법 (제7판), 법문사 (2016).

_____, 민법강의 (제22판), 법문사 (2016).

윤진수, 친족상속법 강의, 박영사 (2016).

송덕수, 채권법각론 (제2판), 박영사 (2016).

지원림, 민법강의(제14판), 홍문사 (2016).

곽윤직·김재형, 물권법: 민법강의 II (제8판 전면개정판), 박영사 (2015).

김재형, 민법판례분석, 박영사 (2015).

김주수·김상용, 친족·가족법, 법문사 (2015).

양창수·권영준, 권리의 변동과 구제 (제2판), 박영사 (2015).

양창수·김재형, 민법 I 계약법 (제2판), 박영사 (2015).

송덕수, 신민법강의 (제8판), 박영사 (2015).

곽윤직, 채권총론 [민법강의Ⅲ] (제6판), 박영사 (2014).

_____, 채권각론 [민법강의Ⅳ] (제6판), 박영사 (2014).

법원실무제요 민사집행 [II] -부동산 집행-, 법원행정처 (2014).

이시운, 신민사집행법 (제6보정판), 박영사 (2014).

김능환·민일영 편집대표, 주석 민사집행법(Ⅲ) (제3판), 한국사법행정학회(2012).

김준호, 민법강의 (제18판), 법문사 (2012).
 이순동, 채권자취소권 (개정·증보), 육법사 (2012).
 곽윤직 편집대표, 민법주해[IX], 채권(2), 박영사 (2011).
 _____, 민법주해 XIII 채권(6), 박영사 (2009).
 김상용, 채권각론, 화산미디어 (2009).
 이은영, 채권총론 (제4판), 박영사 (2009).
 이경희, 가족법 (전정판), 법원사 (2008).
 김상용, 채권총론 (개정판증보), 법문사 (2006).
 김증한저·김학동증보, 채권각론 (제7판), 박영사 (2006).
 곽윤직 편집대표, 민법주해 XVII 채권(10), 박영사 (2005).
 이은영, 채권각론 (제5판), 박영사 (2005).
 곽윤직, 상속법 (개정판), 박영사 (2004).
 김형배, 사무관리·부당이득, 박영사 (2003).
 김용한, 신친족상속법, 박영사 (2002).
 김형배, 채권각론 (신정판), 박영사 (2001).
 박준서 편집대표, 주식민법 채권총칙(2) (제3판), 한국사법행정학회,
 (2000).
 _____, 주식민법 채권각칙(2) (제3판), 한국사법행정학회
 (1999).
 김형배, 채권총론 (제2판), 박영사 (1998).
 김증한, 김학동, 채권총론 (제6판), 박영사 (1998).
 김주수, 채권총론 [민법강의III], 삼영사 (1988)
 김증한 편집대표, (주식)채권총칙 (上), 한국사법행정학회 (1984).
 김기선, 한국채권법각론 (제2전정판), 법문사 (1982).
 현승중, 채권총론, 일신사 (1979).

2. 국내 논문 (발행일자 순)

- 박세민, “유류분제도의 현대적 의의”, 일감법학 제33호 (2016. 2.), 건국대학교 법학연구소.
- 이순동, “사해행위 취소권에 관한 일본 민법 개정안 연구-우리 채권자 취소권 규정의 개정 방향을 탐구하며-”, 법조 65권 (2016. 1), 법조협회.
- 서희석, “일본 민법(채권 관계) 개정요강안의 검토”, 법무부 용역자료 (2014. 12. 15.).
- 김재형, “채권자취소권에 관한 민법 개정안 - 개정안에 대한 기본 구상과 민법개정위원회의 논의 과정을 중심으로 -”, 민사법학 제68호 (2014. 9.) 한국민사법학회.
- 윤진수·권영준, “채권자취소권에 관한 민법 개정안 연구”, 민사법학 제66호 (2014. 3.) 한국민사법학회.
- 박현, “채권자 취소의 몇 가지 쟁점”, 재판실무연구 2012 (2013. 1. 2.), 광주지방법원.
- 오영준, “수증재산이나 수유재산의 가액이 자기 고유의 유류분액을 초과하는 수인의 공동상속인이 유류분권리자에게 반환하여야 할 재산과 그 범위를 정하는 기준 등”, 대법원판례해설 제95호 (2013상), 법원도서관.
- 손홍수, “사해행위취소의 상대효, 채권가압류의 처분금지효(개별상대효)와 배당이의- 서울고등법원 2009나61492호 배당이의 사건 -”, 민사집행법연구 : 한국민사집행법학회지 7권 (2011. 2.), 한국사법행정학회.
- 박병원, “가.불사용을 이유로 하는 상표등록취소심결에 대한 취소소송 계속 중 상표권자를 수익자로 하는 사해행위취소 판결이 확정

- 되어 집행이 이루어짐으로써 그 상표등록이 말소된 경우, 상표권자의 피심판청구인 적격이 상실되는지 여부 나.실사용상표 “소문난 삼부자”의 사용이 등록상표 “삼부자”와 거래사회 통념상 동일하게 볼 수 있는 형태의 상표의 사용에 해당하는지 여부”, 대법원판례해설 86호 (2010년 하반기) (2011), 법원도서관.
- 서인겸, “채권자취소권에 관한 몇 가지 쟁점 본 연구 - 대법원 2006. 10. 26. 선고 2005다76753 판결 및 대법원 2008. 12. 11. 선고 2007다69162 판결을 중심으로 -”, 인권과 정의 395호 (2009. 7.), 대한변호사협회.
- 김진우, “유류분반환청구권에 대한 법적 성질에 관한 비교법적 고찰: 독일법, 프랑스법 및 스위스 법을 중심으로”, 법학 연구 제12집 제1호 (2009. 4.), 인하대학교 법학연구소.
- 오세울, “사해행위 취소소송과 관련한 몇 가지 생각”, 형평과 정의 23집 (2008. 12.), 대구지방법원 변호사회.
- 정구태, “유류분반환청구권의 법적 성질에 대한 시론적 고찰 방법론적 관점에서 본 물권적형성권설과 채권적 형성권설의 통합적 이해”, 동아법학 42호 (2008. 8.), 동아대학교 출판부.
- 지원림, “사해행위에 기한 저당권설정과 원상회복”, 민사판례연구 제30권(2008. 3.) 박영사.
- 강세빈, “채권자취소권의 행사에 따른 원상회복방법- 원물반환 또는 가액배상의 구별을 중심으로 -”, 재판실무연구 2008 (2008. 1), 광주지방법원.
- 김형석, “점유자와 회복자의 법률관계와 부당이득의 경합”, 서울법학 49권 1호 (146호) (2008), 서울대학교법학연구소.
- 지원림, “사해행위취소에 따른 원상회복의 방법- 원물반환과 가액상환의 관계를 중심으로 -”, 안암법학 25호 하 (2007. 11.), 고려대학

교.

- 김형석, “유류분 반환과 부당이득”, 민사판례연구 29권 (2007. 3.), 박영사.
- 김동훈, “계약해제에 관한 최근 판례의 동향-A Recent Trend of Case Law on Termination of Contracts”, 법학논총 19집 (2007. 2.), 국민대학교 법학연구소.
- 이병준, “민법 제201조 제2항과 제748조 제2항과의 관계-대법원 2003.11.14. 선고 2001다61869 판결”, Jurist 410호 (2006. 6.), 청림인터넷티브.
- 김천수·이상진, “채권자취소권의 법적 성질”, 성균관법학 17권 3호 (2005. 12.), 성균관대학교 비교법연구소.
- 이한석, “사해행위취소소송에 있어서 가액배상의 문제에 대한 소고”, 재판실무 2집 (2005. 9.), 창원지방법원.
- 홍성주, “민법 제201조 제2항과 민법 제748조의 관계- 대법원 2003. 11. 14. 선고 2001다61869 판결-”, 판례연구 제16집 (2005. 2.), 부산판례연구회.
- 김상용, “부당이득으로서의 과실의 반환범위에 관한 민법 제201조와 제748조와의 관계-대법원 2003.11.14. 선고 2001다61869 판결”, 민사판례연구 제27권 (2005. 2.), 박영사.
- 한국현, “채권자취소권의 법적 성질”, 민사법연구 제12집 제2호 (2004. 12.) 대한민사법학회.
- 배병일, “점유자의 과실취득과 부당이득반환청구- Possessor’s acquisition of fruits and return of unjust enrichment -”, 판례실무연구 VII (2004. 12.), 비교법실무연구회.
- 한호형, “채권자취소제도 운용에 관한 시론”, 사법연수원논문집 제1집 (2004), 사법연수원.

- 김재형, “채권자취소권의 본질과 효과에 관한 연구”, 인권과 정의 제 329호 (2004. 1.) 대한변호사협회.
- _____, “점유자의 소유자에 대한 부당리득반환범위- 민법 제201조와 제748조의 관계를 중심으로 -”, 법조 52권 6호 (2003. 6.), 법조협회.
- 변동렬, “유류분”, 민사판례연구 25권 (2003. 2.), 박영사.
- 임시규, “사해행위의 취소-판례를 중심으로”, 청주지방법변호사회지 제1호(2002. 1.) 청주지방법변호사회.
- 최수정, “쌍무계약을 청산하는 법리-급부 반환을 중심으로”, 이십일세기한국민사법학의 과제와 전망 : 심당 송상현교수화갑기념논문집(2002. 1.), 심당송상현선생화갑기념논문집간행위원회.
- 윤 경, “사해행위 취소와 가액배상”, 저스티스 34권 5호 (2001. 10), 한국법학원.
- 임채웅, “채권자취소권의 행사방법에 대한 연구”, 인권과 정의 292호 (2000, 12.), 대한변호사협회지.
- 최영남, “채권자 취소권 행사의 방법, 범위 및 원상회복의 방법”, 재판실무연구 1999 (2000. 1.), 광주지방법원.
- 이상경, “채권자취소소송에 있어서 원상회복방법 및 채권의 만족방법”, 중앙법학 창간호 (1999. 6.), 중앙법학회.
- 김대정, “채권자 취소권의 법적 성질”, 한국민법이론의 발전: 무암 이영준 박사 회갑 기념 논문집 II 채권편 (1999. 1.) 박영사.
- 서달주, “채권자취소권의 법적 성질”, 사법행정 39권 11호 (1998. 11), 한국사법행정학회.
- 김능환, “유류분반환청구”, 재판자료 78집 (1998. 6.), 법원행정처.
- 송홍섭, “저당권이 설정된 부동산을 채무자가 제3자에게 양도한 행위가 사해행위가 되는 경우 사해행위취소의 범위와 방법”, 민사판

- 레연구 X X 20권 (1998. 6.), 박영사.
- 이진만, “유류분의 산정” 민사판례연구 19권 (1997. 2.), 민사판례연구회.
- 김옥곤, “채권자취소권의 법적 성질”, 민법판례해설 III(채권총론)(1996), 경세원.
- 김창중, “채권자 취소권 행사에 의한 원상회복의 방법 및 내용”, 사법논집 26집 (1995. 12), 대법원 법원행정처.
- 최상호, “선의점유자의 과실취득권”, 민법학의 회고와 전망: 민법전시행 삼십주년기념 논문집 (1993. 12.), 한국사법행정학회.
- 서광민, “채권자 취소권의 법적 구성”, 고시계 38권 4호 (1993. 3.) 국가고시학회.
- 이기영, “채권자취소권의 행사방법에 대한 약간의 고찰”, 사법연수원 논문집 22기 (1993. 2.), 사법연수원.
- 유병현, “채권자 취소소송에 관한 연구-강제집행과 관련하여”, 법학석사학위논문, 고려대학교 (1993).
- 김능환, “채권자 취소권 행사방법-부동산이 전전 양도된 경우를 중심으로”, 사법행정 32권 10호 (1991. 10), 한국사법행정학회.
- 남기정, “강제경매절차에 있어서의 천연과실수취권”, 사법서사 98호 (통권 271호) (1990. 1.), 대한사법서사협회.
- 민일영, “독일의 채권자 취소소송”, 재판자료 48집 (1989. 12.), 법원도서관.
- 석호철, “경매개시결정의 효력”, 재판자료 제35집 (1987. 7.): 강제집행·임의경매에 관한 제 문제 (상), 법원행정처.
- 김형배, “채권자취소권제도의 재구성”, 고시계 31권 9호 (1986. 9.) 국가고시학회.
- 양창수, “서독 부당이득법의 입법론적 전개-König의 부당이득법 개정 에 관한 감정의견의 소개”, 서울대 법학 26권 4호 (1985. 12.),

서울대학교법학연구소.

_____, “독일부당이득법의 역사적 전개”, 민법학논총(1권)후암 관윤직
교수화갑기념 (1985. 12.), 박영사.

이종복, “불당이득(상)”, 사법행정 25권 9호 (1984. 9.), 한국사법행정학
회.

고상룡, “사해행위 취소”, 판례월보 130호 (1981. 7.) 판례월보사.

_____, “채권자취소권의 법적 성질”, 고시계 26권 4호 (1981. 4.) 국가고
시학회.

3. 외국 단행본

星野英一, 民法概論III (債權總論), 良書普及會 (1992).

內田貴, 民法III 債權總論·担保物權, 東京大學出版會 (1996).

平井宜雄, 債權總論, (第2版), 弘文堂 (1993).

星野英一, 民法概論 III(債權總論), 良書普及會 (1992).

奧田昌道 編, 新版 注釋民法(10) II, 有斐閣 (1988).

平井宜雄, 債權總論 (初版), 弘文堂 (1985).

於保不二雄, 債權總論(新版), 有斐閣 (1980).

我妻榮, 新訂 債權總論, 岩波書店 (1964).

鳩山秀夫, 日本債權法(總論), 岩波書店 (1925).

石坂音四郎, 債權者取消權(廢罷訴權)論, 民法研究(下卷), 有斐閣 (1920).

加藤正治, 廢罷訴權論, 破産法研究 IV, 有斐閣 (1919).

雉本郎造, 債權者取消權の訴の性質, 法學志林 第17卷 第12號 (1915).

4. 외국논문

- 佐藤岩昭, “詐害行為取消權に關する一試論(四)”法學協會雜誌 第105卷,
第3號 (1983. 3.).
- 中野貞一郎, “債權者取消訴訟と強制執行, 訴訟關係と訴訟行為”, 民事訴
訟雜誌 第6號 (1960).
- 下森定, “債權者取消權に關する一考察”, 法學志林 第57卷 3號・4號
(1959).
- Wilburg, “Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung”, 1934,
S. 37f.
- von Caemmerer, “Bereicherung und unerlaubte Handlung,
Gesammelte Schriften”, Bd. I, S.228ff.

Abstract

A study of Restitution to the Original Status by the obligee's Right of Revocation – Focused on the Return of Collateral Benefits–

Kim Eun Min

Department of Law

The Graduate School

Seoul National University

An obligee's right of revocation refers to the right by which a creditor can revoke a fraudulent juridical act by a debtor in order to gain restitution from the obligor's disposed property. Articles 406 and 407 of the Civil Code do not provide for an action as to whether or not fruits must be included when returning an original object.

With regard to relative invalidity theory (reine Unwirksamkeitslehren in German) in the view of the Supreme Court, the court regards a beneficiary and a subsequent purchaser's property as the obligor's

property so as to enforce laws related to the property. At this time, according to executive law, the profits gained from using this (Nutzungen in German) are not contained within the scope of the debtor's liability assets. According to the Supreme Court decision, hence, profits from usage are also excluded from the range of return of restoration due to exercising of the obligee's right of revocation.

In order to find the conclusion of the Supreme Court reasonable, it is initially necessary to examine whether other Articles, such as 548 ②, 748, and 201 can be applied by way of an analogy to the circumstance that there are no articles in the Korea Civil Code regarding the return of fruits when the obligee's right of revocation is exercised.

Initially, there is not only the point of view that it is proper to apply §548 ② by way of such an analogy, but it is also held to fall under the prerogative of Article 748, in accordance with Draft Article 407-2 ② in the draft of the Korea Civil Code Amendment in such cases. However, this is objectionable considering the absence of a legal relationship between an obligee and a transferee who are the parties in a lawsuit involving a fraudulent transfer. The structure of enforcement of an obligee's right of revocation differs from that pertaining to cases of unjust performance enrichment in that the contract is once formed effectively and then rescinded, revoked, and cancelled. Therefore, I suggest that the legislation planned to be applied to article 748 in the Current Civil Code Amendment must be regarded as an approval in terms of legislative policy.

Lastly, it can be conceived as in agreement with Article 201 at first sight for the reason that the structure of the obligee's right of revocation is similar to that of unjust infringement enrichment in terms of a revocation considering real rights and no legal relationship. However, unjust infringement enrichment should be applied only when property which should be vested in a possessor with regard to real rights is trespassed upon by a beneficiary who has no legal relationship with the possessor. This concept and related legislation are difficult to permit unless the theoretical and legal basis that a mere creditor must have a property right as a real right to the extent that he retains the value of the debt can be found. In order to examine whether this can be applied to Article 201 circuitously, it is necessary to observe the frame of any claim of return for a legally secured portion, which is analogous to that of the obligee's right of revocation, because the Supreme Court has applied Article 201 when it comes to returning fruits due to the enforcement of the claim of return for a legally secured portion. Moreover, as the rights holder of the legally secured portions is expected to hold the property rights as a real right in their role as a co-inheritor who succeeded comprehensively in gaining inheritee's rights, it is possible to apply Article 201, but a creditor with a right to revocation is not one who naturally has property rights as a real right. Therefore, it is difficult to apply Article 201 by way of analogy.

Hence, eventually I think the only conclusion possible rests on the grounds of not the Articles in the Civil Code but on the character of the obligee's right of revocation system.

First, although the goal of the system of the obligee's right of revocation is to collect debt, we must consider protection of the beneficiary and the subsequent purchaser. This must be done because if the beneficiary is a creditor, he must be protected when he enforces his rights more sincerely and quickly than any other creditor; moreover, despite the fact that he is not a creditor, he also needs to be protected as it is not desirable to sacrifice his property rights as gained after he has paid a fair price.

Second, we need to conceive of why relative invalidity theory is the most prevalent view and why it forms the attitudes of the Supreme Courts in Korea and Japan, though there are many conflicts of theory regarding the effects of the enforcement of the obligee's right to revocation. The reason for this theory is commonly that there is the perception that it is more suitable for the safety of transactions than any other theory. Therefore, I cannot concur with this opinion, which is premised on the concept of "Schuldrechtliche Lehre" in Germany, holding that it is affirmative to return profits of use because a debtor could possess the real estate and gain profits of use if there were no fraudulent acts. The reason is that it is unreasonable to change the scope of the return of a beneficiary and the subsequent purchaser depending on the coincident situation is that they entered into a real estate lease contract.

Third, the system of the obligee's right of revocation tends toward the protection of transaction safety rather than the reinforcement of the obligee's right considering the history of such cases and legislation in foreign countries. The perception of the character of a

creditor's right to revoke in France has changed from "action réelle" to "action personnelle." The relevant legislation in Japan, affected by that in France, added the condition of the beneficiary and the subsequent purchaser's awareness; thus, if they are unaware of the debtor's fraudulent act, the obligee cannot enforce his right. This condition affected by Japan has been maintained in Korea. As the system of the obligee's right of revocation in Korea is influenced by that in Japan, it is necessary to examine the decision of the Supreme Court and legal principles with regard to profits of use in Japan. The conclusion that there is no need to return profits of use is identical in Korea and in Japan, but the bases of the judgements are not. The grounds cited by the Supreme Court in Japan hold that the debtor's transfer is not unjust enrichment; however, as stated, the problem of the return by the obligee's right of revocation is not related to unjust enrichment. It is relevant to the character of the system focused on transaction safety. Hence, I think the basis used by the Supreme Court in Japan is not appropriate.

Last, the position of the requirement of a beneficiary and subsequent purchaser's awareness has been altered from the end to the body in the provision of Article 406 in the current draft of the Korea Civil Code Amendment. According to the prevalent theory concerning responsibility for proving the required facts, while a beneficiary and subsequent purchaser had to prove their own unawareness before, at present the creditor must prove their awareness. Hence, they are presumed to be unaware, and this presumption improves the degree of transaction safety. Considering all of these aspects, the character

of the obligee's right of revocation emphasizing transaction safety should be reflected upon when returning profits of use as well. Therefore, it is proper not to return the profits of use or the amount of rent, and I support the decision of the Supreme Court, which adheres to this attitude.

However, the conclusion with regard to profits of use is in contrast to the position of the Supreme Court, which highlights the return of damages for a delay. In contrast, the precedent of the rescission of the contract or the claim of restitution from unjust enrichment matches the conclusion of the return of profits of use and damages for a delay. I think it is not unreasonable to reach a different conclusion, because firstly the legal characteristics of the obligee's right of revocation is distinct from that of the rescission of a contract or unjust enrichment, and secondly the legal characteristics of real estate and money are also distinguishable from one another.

Key Words: Obligee's right of revocation, the duty of restitution of its original status, the return of profits of use, the return of damages for a delay, the return of collateral benefits

Student Number : 2015-21397