creative commons

COMMONS DEED

저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

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

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:

저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.

비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.

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

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

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

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

Disclaimer

dCollection

법학석사 학위논문

민사집행절차상 부당이득반환청구권 성립에 관한 연구

2023년 2월

서울대학교 대학원

법학과 민법전공

김 관 호

민사집행절차상 부당이득반환청구권 성립에 관한 연구

지도교수 이 계 정

이 논문을 법학석사 학위논문으로 제출함
2022년 11월

서울대학교 대학원
법학과 민법전공
김 관 호

김관호의 법학석사 학위논문을 인준함
2023년 1월

위 원 장 _____ (인)

부위원장 _____ (인)

위 원 _____ (인)

국문초록

본 논문에서는 민사집행절차에서 발생할 수 있는 부당이득반환청구권의 성립 문제를 연구하였다. 연구의 목적은 집행채권자의 실체적 권리실현을 최대한 보호하면서 집행절차비용을 최소화하는 방법을 찾는 것이고, 그 방법론으로 필자가 생각하는 민사집행절차에서 부당이득 문제를 바라볼 때 필요한 세 가지 관점을 제시하고, 집행절차에서 부당이득이 문제되는 세 가지 주요 유형을 구분한 후 각 유형에서 부당이득 발생형태의 특수성과 문제점을 검토하여 그에 대한 개선방향을 법리적 측면과 법정책적 측면에서 고찰(考察)하였다.

먼저, 민사집행에서 부당이득 문제를 검토할 때 필요한 관점으로 다음 세 가지를 제안하였다. 첫째는 실체법과 절차법의 주종(主從)관계를 원칙으로 하되 이를 절대시하는 형식론을 경계하고 법정책적 목적에 따라 더욱 유연한 접근이 필요하다는 관점이다. 둘째는 민법상 배타적 물권과 상대적 채권의 구분 목적을 집행절차 내에서도 그대로 유지함이 법리적·법경제적으로 타당하다는 관점이다. 셋째는 우리 민사집행절차가 채권자-채무자 양자(兩者)사이의 개별집행적 성격과 함께 다수의 절차참여자가 관여하는 단체법적 성격을 가지고 있어, 개별집행적 성격에서는 집행채권자의 실체적 권리실현이 우선이지만 단체법적 성격에서는 절차관여자의 절차안정성 요청을 무시할 수 없다는 관점이다.

다음으로, 민사집행절차에서 부당이득이 문제되는 유형을 세 가지로 구분하였다. 첫 번째 유형은 '하자 있는 집행채권에 따른 강제집행'의 경우이다. 집행채권자가 절차법상 적법하게 진행된 집행에 의한 채권만족을 얻는다 하더라도 그것이 실체법상 이득보유의 정당한 권원이 없는 경우에는 부당이득으로 반환하여야 한다. 이 경우 판결의 모순방지라는 소송법적 목적을 위하여 기판력의 시적 범위에 속하는 실체적 사실에 대하여는 기판력이 작용하여 후소에

서 부당이득 반환청구가 제약될 수 있다.

두 번째 유형은 '제3자의 재산에 대한 강제집행'의 경우이다. 선의취득이나 제3자 보호규정에 의하여 매수인이 집행목적물의 소유권을 취득할 수 있는 예외적인 경우를 제외한다면, 제3자의 재산에 대한 강제집행의 경우는 원칙상 매수인이 소유권을 취득할 수 없음이 판례와 통설의 태도이다. 이는 제3자의 실체법상 권리를 보호하기 위하여 '실체법의 절차법에 대한 우위(優位)'관계와 부동산등기의 공신력이 없음을 근거로 절차법상 적법·유효하게 진행된 강제집행의 결과를 무시하는 것이 타당하다는 판단에 근거한다. 하지만 이로 인하여 부동산 등기와 법원의 경매절차를 신뢰한 매수인은 심각한 법적 불안에 처하게 되는 문제점이 있어 그 권리구제수단으로서 민법 제578조 담보책임의 적용여부가 논의된다.

세 번째 유형은 배당오류(부당배당)의 경우이다. 배당요구로 배당에 참가한 일반채권자가 배당기일에 배당이의를 해태한 경우에도 배당종료 후 부당이득 반환을 통하여 그 배당액 손실분을 반환받을 수 있도록 허용하는 것이 판례와 통설의 태도이다. 판례는 그 근거로 이른바 '실체적 배당수령권' 이론을 줄곧 설시해왔다. 그러나 필자는 배당종료 후 부당이득반환청구를 부정함이 타당하다는 입장에서 판례의 실체적 배당수령권 이론을 비판적으로 검토하였다. 침해부당이득의 법리에 의하더라도 민사집행법 제155조의 실권규정이 있어 법리적으로 부당이득 부정설을 취하는 것이 가능하고, 이익형량 관점에서도 판례의 부당이득 긍정설은 과도한 절차불안을 초래하는 만큼 그 실체적 권리보장의 실효성이 크지 않다고 판단하였다. 마지막으로 '배당의 순환관계'라는 우리 민사집행법제의 특수한 왜곡현상을 고려할 때 배당오류 사안에서는 부당이득반환청구 부정설을 취하는 것이 법익형량의 결과 최선이라는 결론에 도달하였다.

민사집행법제를 논의하는 최종 목적은, 집행법원의 사법행정력

과 집행참여자들의 절차비용이라는 무형의 한정된 자산을 사용하여 국민의 실체법상 재산권 실현을 극대화하는 방향으로 민사집행제도를 구현해 나가는 것이라고 생각한다. 민사집행절차에서 발생하는 부당이득에 대한 기존의 논의에서는 채권자-채무자 양자사이에서의 실체적 권리실현만을 주된 목적으로 하였고, 이를 위하여 실체법과 절차법의 주종(主從)관계라는 법리적 형식론을 절대시하였다.

그러나 채권자평등주의라는 단체법적 집행법제를 택한 우리 민사집행법의 구조적 특징과 함께 우리의 경매제도 발전과 사회적 여건의 변화를 기반으로 하여 이제는 집행절차상 소모되는 절차비용의 문제, 즉 법적 안정성의 요청을 묵과하지 않는 방향으로 법해석을 시도할 필요가 있다. 실체적 권리보호에 충실하면서도 그로 인하여 희생되는 법적안정성의 요청을 최소화하는 방향으로 보다 유연한 민사집행제도의 운용이 필요한 시점이다.

주요어 : 부당이득, 실체법과 절차법, 배당오류(부당배당), 배당요구, 배당이의, 절차비용
학 번 : 2016-27083

목 차

제1장 서론 ····· 1

제2장 민사집행과 부당이득 ····· 5

제1절 논의에 필요한 세 가지 관점 ····· 5

1. 실체법과 절차법의 주종(主從)관계 ····· 5
2. 실체법상 물권과 채권의 구분 ····· 6
3. 절차법상 개별집행적 성격과 채권자공동체적 성격의 구분 ····· 9

제2절 민사집행절차에서 부당이득이 문제되는 세 가지 유형 ····· 10

1. 하자 있는 집행채권에 따른 강제집행 ····· 11
2. 제3자의 재산에 대한 강제집행 ····· 11
3. 배당오류(부당배당) ····· 12

제3장 하자 있는 집행채권에 따른 강제집행 ····· 14

제1절 개요 ····· 14

제2절 집행권원 성립 당시부터 실체적 하자가 있었던 경우 ····· 15

1. 집행권원에 기판력이 있는 경우 ····· 15
2. 집행권원에 기판력이 없는 경우 ····· 17

제3절 집행권원 성립 후 실체적 하자가 생긴 경우 ····· 18

제4절 집행종료 후 집행권원의 효력에 변동이 있는 경우 ····· 18

1. 가집행선고가 실효된 경우 ····· 19
2. 재심으로 집행권원이 폐기된 경우 ····· 23

제5절 집행권원이 위조된 경우 또는 담보권이 무효인 경우 ····· 24
1. 개요 ····· 24
2. 집행권원이 위조된 경우 ····· 25
3. 담보권이 무효인 경우 ····· 25
가. 담보권이 경매개시결정 전 이미 무효인 경우 ····· 25
나. 담보권이 경매개시결정 후 무효가 된 경우 ····· 34
제6절 소결 ····· 34

제4장 제3자의 재산에 대한 강제집행 ····· 36
제1절 개요 ····· 36
제2절 매수인이 경매목적물을 적법하게 취득하지 못하는 경우 ····· 36
1. 매수인의 소유권 취득 불능 ····· 37
2. 제3자 이의의 소 불행사와 실권효 논의 ····· 37
3. 매수인 보호를 위한 하자담보책임 논의 ····· 39
제3절 매수인이 경매목적물을 적법하게 취득하는 경우 ····· 44
제4절 소결 ····· 45

제5장 배당오류 ····· 47
제1절 개요 ····· 47
제2절 논의의 전제 ····· 47
1. 부당이득 일반론 ····· 47
2. 배당요구, 배당이의 유무에 따른 부당이득 관계 ····· 48
가. 배당요구의 의의 ····· 48
나. 배당요구를 하지 않은 경우 부당이득 성립여부 ····· 49
다. 배당요구를 한 경우 부당이득 성립여부 ····· 50

3. 배당오류와 부당이득반환청구권 ····· 50
가. 학설 ····· 51
나. 판례 ····· 53
다. 검토 ····· 54
제3절 판례의 '실체적 배당수령권' 이론 ····· 56
1. 개념과 연혁 ····· 56
2. 침해부당이득 관점에서 비판적 검토 ····· 57
3. 이익형량 관점에서 비판적 검토 ····· 59
가. 후순위 담보권자인 원고가 선순위 무권리자인 피고를 상대로 청구하는 경우(영역Ⅰ-①) ····· 65
나. 선순위 담보권자인 원고가 후순위 유권리자인 피고를 상대로 청구하는 경우(영역Ⅰ-②) ····· 67
다. 일반채권자인 원고가 선순위 무권리자인 피고를 상대로 청구하는 경우(영역Ⅱ-①a) ····· 68
라. 일반채권자인 원고가 동순위 무권리자인 피고를 상대로 청구하는 경우(영역Ⅱ-①b) ····· 69
마. 일반채권자인 원고가 동순위 유권리자인 피고를 상대로 청구하는 경우(영역Ⅱ-②) ····· 69
바. 법익형량 결과 : 부당이득반환청구 부정설이 타당 70
4. 배당의 순환관계를 고려한 절차비용 관점에서 비판적 검토 ····· 70
제4절 민사집행법 제155조의 해석론 ····· 75
제5절 소결 ····· 77

제6장 결론 ····· 78

참고문헌 ····· 81
Abstract ····· 87

표 목 차

[표] 배당오류 유형에 따른 법익형량 검토 ····· 62
[표] 각국의 민사집행·배당 구조 ····· 72

제1장 서론

강제집행은 채권자의 신청에 의하여 국가의 집행기관이 채권자를 위하여 집행권원에 표시된 사법(私法)상의 이행청구권을 국가권력에 기하여 강제적으로 실현하는 법적 절차이다. 강제집행은 그로 인하여 실현될 사법상의 이행청구권이 금전채권인 경우(금전집행)와 금전채권 외의 채권인 경우(비금전집행)로 구분할 수 있는데, 민사집행법은 양자를 명백히 구별하여 규정하고 있고 이 구별은 절대적이어서 일방의 규정을 타방에 적용하는 것은 허용되지 않는다[1].

이 논문에서는 강제집행으로 실현되는 이행청구권이 금전채권인 경우(금전집행)만을 논의의 대상으로 하였다. 그러므로 본 논문에서 민사집행절차란 채권자의 채무자에 대한 ①'금전채권인 실체법상 권리'를 실현하기 위하여 ②'절차법상 적법절차'에 따라 ③'채무자 소유의 책임재산'으로부터 강제적으로 그 만족을 얻는 절차를 지칭한다. 그런데 위의 세 가지 요건 중 어느 하나라도 애초 의도한 것과 실제 실현한 결과 사이에 차이가 발생하면 기대했던 이익의 귀속과 분배가 달라지고 그에 따른 후속 조정이 필요해진다. 우리 민사집행법제에서는 이러한 이익귀속의 사후조정 문제를 부당이득으로 다루고 있다.

이에 본 논문에서는 민사집행절차에서 발생할 수 있는 부당이득반환청구권 문제를 연구한다. 연구의 목적은 집행채권자의 실체적 권리실현에 충실하면서 집행절차비용을 최소화하는 방법을 찾는 것이고, 그 방법론으로 민사집행절차에서 부당이득 문제를 바라볼 때 필요한 세 가지 관점을 제시하고, 부당이득이 문제되는 세 가지 주요 유형에서 그 발생형태의 특수성과 문제점을 검토한 후 그에 대한 개선방향을 법리적 측면과 법익형량 측면에서 고찰한다.

먼저, 민사집행절차상 부당이득 문제를 검토할 때 필요한 세 가지 관

1) 법원실무제요 민사집행(Ⅰ), 사법연수원(2020), 8면, 14면.

점을 강조한다. 첫째는 실체법과 절차법의 주종(主從)관계에 대한 형식론을 경계하고 법정책적 목적에 따라 더 유연한 접근법이 필요하다는 관점이다. 민사집행절차의 목적은 채권자의 실체적 권리실현이므로 이를 신속하고 효율적으로 달성하기 위하여 절차법은 실체법과 엄격하게 분리되고 독자성을 갖도록 논리체계가 형성되어 왔다. 그런데 실체법과 절차법의 독자성을 지나치게 강조하다 보니 법질서 전체적인 측면에서는 오히려 법적 안정성보다 법적 혼란이 야기된다는 단점도 크다. 따라서 법적 분쟁의 해결에 있어서 각 법체계의 법리적 독자성을 존중하되 이를 절대시하는 태도는 지양함이 타당하다.

둘째는 민법상 배타적 물권과 상대적 채권의 구분을 집행절차 내에서도 그대로 유지함이 타당하다는 관점이다. 민법이 재산권을 배타적 물권과 상대적 채권으로 구분하여 그 규율을 달리하는 이유는, 물권은 대세효를 인정함이 재산권 활용을 촉진할 수 있고 채권은 상대효를 인정함이 사적자치와 자유경쟁을 보장할 수 있어 이러한 이원적 재산권 개념을 통하여 사회전체의 부를 극대화하도록 고안되었기 때문이다. 그 결과 이러한 물권·채권 이원론은 재산권 존중과 거래안전이라는 실체법상 보호법익으로 이어지고, 이는 집행절차 내에서도 실체적 권리실현과 절차적 안정성이라는 절차법상 보호법익으로 연장된다.

셋째는 우리 민사집행절차가 채권자-채무자 양자 사이의 개별집행적 성격과 함께 다수의 절차참여자가 관여하는 단체법적 성격을 가지고 있다는 관점이다. 민사집행절차의 기본목적은 채권자의 채무자에 대한 실체적 권리실현이므로 채권자-채무자 사이에서의 개별집행적 성격을 기본으로 하지만, '채권자평등주의'를 택한 우리 민사집행법제 하에서는 필연적으로 다수의 절차참여자가 존재하게 되어 이들 모두의 절차비용 절감과 절차적 안정성 보호를 중요하게 고려해야 하는 '단체법적 성격'을 가지고 있다.

결국 우리가 민사집행법제를 논의하는 최종 목적은, 집행법원의 사법(司法)행정력과 집행참여자들의 절차비용이라는 무형의 한정된 자산을 사용하여 국민의 실체법상 재산권 실현을 극대화하는 방향으로 민사집행

제도를 구현해 나가는 것이라고 생각한다. 이를 위하여 위의 세 가지 관점은 반드시 필요하다.

다음으로, 민사집행절차에서 부당이득이 문제되는 주요 유형을 세 가지로 구분한다.[2)]

첫 번째 유형은 '하자 있는 집행채권에 따른 강제집행'의 경우이다. 집행권원이 성립되었으나 그것이 표상하는 실체법상 권리는 처음부터 존재하지 않았거나 집행권원 성립 이후에 소멸된 경우에도 강제집행은 가능하므로, 절차법상 유효·적법하게 진행되고 종료된 강제집행으로 인하여 채권자가 얻은 급부가 실체법상 근거가 없는 경우가 발생하고 이에 대하여 채무자가 그 채권자를 상대로 부당이득반환청구를 할 수 있는지 문제된다.

두 번째 유형은 '제3자의 재산에 대한 강제집행'의 경우이다. 선의취득이나 제3자 보호규정[3)]에 의하여 매수인이 집행목적물의 소유권을 취득할 수 있는 예외적인 경우를 제외하면 제3자 재산에 대한 강제집행의 경우 원칙상 매수인은 소유권을 취득할 수 없음이 판례[4)]의 태도이다.

이는 '실체법의 절차법에 대한 우위(優位)관계'에 따라 제3자의 실체법상 권리를 유지·보호하기 위하여 절차법상 적법·유효하게 진행된 강제집행의 결과를 무시하는 것이 타당하다는 판단에 근거한다. 하지만 이로 인하여 채무자 명의의 등기와 법원이 진행하는 적법한 경매절차를 신뢰하여 집행목적물을 경락받은 매수인에게는 심각한 법적 불안이 초래된다. 이러한 법적 불안으로부터 매수인을 보호하려는 취지에서 민법 제578조 담보책임 조항을 일반 부당이득법리의 특칙규정으로 보아 우선 적용할 수 있는지 논의된다.

세 번째 유형은 '배당오류(부당배당)'[5)]의 경우이다. 집행법원이 절차법

---

2) 위의 세 가지 유형 분류는 주석민법 채권각칙(5) 제5판, 한국사법행정학회(2022), 899-908면(이계정 집필부분)을 참조하였다.

3) 민법 제107조 제2항, 제108조 제2항, 제109조 제2항, 제110조 제3항, 제548조 제1항 단서 등

4) 대법원 2004. 6. 24. 선고 2003다59259 판결.

5) 많은 논문에서, 배당참가채권자의 실체법적 권리관계와 부합하지 않는 배당표가 작성된

상 적법한 배당절차를 거쳐 배당표를 확정하였으나 배당참가 채권자들간의 실체적 권리관계와 다르게 배당표가 작성되는 경우 이를 배당절차에서 수정하기 위하여 민사집행법은 '배당이의(민사집행법 제151조)'와 '배당이의의 소(민사집행법 제154조)' 제도를 마련하고 있다. 그런데 채권자가 이러한 절차법상 배당이의를 해태(懈怠)한 경우에도 배당종료 후 부당이득 반환을 통하여 그 배당액 손실분을 반환받을 수 있도록 허용하는 것이 현재의 판례와 통설의 태도이다. 판례는 그 근거로 이른바 '실체적 배당수령권' 이론을 줄곧 설시해왔다. 그런데 이러한 대법원 판례의 법리는 과연 타당한 것일까.

필자는 배당종료 후 부당이득반환청구를 부정함이 타당하다는 입장에서 판례의 '실체적 배당수령권' 이론을 비판적으로 검토하고자 한다. 구체적으로는 침해부당이득 법리의 관점과 이익형량의 관점, 그리고 우리 민사집행법제의 구조적 관점에서 판례를 검토하고, 그 결과 배당오류 사안에서 기존 판례와 같이 부당이득반환청구를 인정함이 과연 최선인지 판단한다.

이하에서는 먼저, '민사집행절차에서 부당이득 문제를 논의하기 위하여 필요한 세 가지 관점'을 상설한다(제2장 제1절). 다음으로 민사집행절차에서 부당이득이 논의되는 세 가지 유형을 구분하며(제2장 제2절), 이 세 가지 주요 유형에서 그 발생형태의 특수성과 문제점을 검토한 후 그에 대한 개선방향을 고찰한다(제3, 4, 5장). 마지막으로 본 논문을 정리하고 결론을 맺는다(제6장).

경우를 '부당(不當)배당'이나 '과오(過誤)배당'으로 표현하고 있다. 그러나, '부당배당'은 추가적인 논의도 없이 이미 부당이득법상 이득보유의 '정당한 권원'이 없다는 의미로 비추어질 수 있고, '과오(過誤)배당'도 주관적 과실책임이 있는 배당이라는 뜻을 가질 수 있다고 생각한다. 따라서 이 글에서는 배당표가 배당참가채권자의 실체적 권리관계에 정합(整合)하지 않는 객관적 상태를 중립적으로 나타내기 위하여, 생소하지만 '배당오류'라는 용어를 사용하였다. 하지만 그 의미는 다른 문헌에서의 '부당배당'이나 '과오배당'과 동일함을 밝혀둔다.

제2장 민사집행과 부당이득

제1절 논의에 필요한 세 가지 관점

1. 실체법과 절차법의 주종(主從)관계

실체법적 법률관계와 절차법적 법률관계는 구별되는 것으로서 '절차법에 의하여 실체법상 권리가 창설·변경되지 않는다'라는 개념이 있다.[6] 이러한 법리를 이른바 '실체법과 절차법의 주종관계'[7]라고 한다. 집행법은 법적 안정성의 요청 및 실제적 효율성의 필요 때문에 실체적 권리에 대한 판단을 하지 않도록 설계되어 있다. 따라서 집행권원에 표시된 청구권이 실체적으로 법적 근거가 있는지를 불문하고 집행기관은 강제집행을 중단해서는 안 되며 집행절차는 그대로 진행되고 종결되어야 한다.

대법원 판례에서도 이러한 관념을 확인할 수 있다. 배당오류 사안에서 대법원은 1964. 7. 14. 선고 63다839 판결을 효시(嚆矢)로 하여 "확정된 배당표에 의하여 배당을 실시하는 것은 실체법상의 권리를 확정하는 것이 아니므로, 배당을 받아야 할 자가 배당을 받지 못하고 배당을 못 받을 자가 배당을 받은 경우에는 배당에 관하여 이의를 한 여부, 형식상 배당절차가 확정되었는가의 여부에 관계없이 부당이득반환 청구권이 발생한다" 라는 설시를 즐겨 판시해 왔다.[8] 이러한 실체법과 절차법의 독자성 법리는 최근 대법원 2019. 7. 18. 선고 2014다206983 전원합의체 판결에서도 그대로 이어지고 있다.[9]

---

6) 민일영, 주택·상가건물의 경매와 임대차, 박영사(2009), 362면.

7) 윤윤수, "우선변제청구권자의 부당이득반환청구", 판례연구(Ⅴ) 부산판례연구회(1996), 578면.

8) 민일영(주 6). 356면.

9) 대법원 2019. 7. 18. 선고 2014다206983 전원합의체 판결은 "배당절차는 실체적 권리를 실현하는 수단이 되는 경매절차의 일부를 이루는 데 그칠 뿐, 이에 따라 실체적 권리를 확인하거나 형성하는 절차가 아니기 때문이다. 이는 배당에 관한 민사집행법 규정 자체가 실체적 권리와 그 내용을 규율하는 것이 아니라, 절차적 처리에 초점을 맞추고 있는 점을 감

그런데 실체법과 절차법의 독자성을 중요시하는 법리에 대하여는 비판도 제기되고 있다. 각 법체계에 대한 해석에 있어 독자성을 지나치게 강조하다 보니 오히려 문제를 복잡하게 만들어 분쟁의 원인이 된다는 단점도 크다는 것이다.

생각건대 우리 민사집행법을 해석·적용함에 있어서 이러한 실체법과 절차법의 주종관계를 원칙으로 하더라도, 법정책적 측면에서 긴요하다면 실체법・절차법 구분론에 대한 보다 유연한 접근방식을 허용하는 것이 바람직하다. 왜냐하면 실체법과 절차법은 '민사분쟁의 해결'이라는 공통 목적을 위하여 상호 제휴·봉사하는 의미에서는 그 기능상 반드시 주종의 구별이 있다고 볼 수 없고[10], 집행법원의 사법행정력이라는 무형의 한정된 자산을 소모하여 국민의 실체법상 재산권 실현을 극대화하는 방향으로 민사집행 법제를 구현하는 것이 민사집행법의 최종 목적이라고 생각되므로 이를 위하여는 실체법이나 절차법 모두 그 수단일 뿐이지 실체법만 그 자체로 목적성을 갖는다는 생각은 단지 추상론으로서 생산적인 해결책을 이끌어 낼 수 있는 개념은 아니기 때문이다.

2. 실체법상 물권과 채권의 구분

재산권을 구성하는 민법의 이원적 권리구조[11]는 물권과 채권이다. 물

안하면 더욱 그러하다."라고 판시한다.

10) 윤윤수(주 7), 578면은 "실체법과 절차법의 구별은 그 일반적 기능 또는 구실에 따른 것으로, 양자는 민사분쟁의 해결이라는 공통 목적을 위하여 서로 제휴·봉사하는 것으로서 그 기능에 있어서 주종의 구별이 있다고 말할 수 없으므로 이러한 주종관념은 이론적으로 미흡하다"라고 기술하는데, 이에 대하여 민일영(주 6), 363면은 '매우 적절한 지적'이라고 동의하고 있다.

11) 헌법재판소 1990. 9. 3. 선고 89헌가95 결정은, "우리나라의 사법체계(私法體係)는 모든 채권 특히 금전채권에 대하여서는 그 성립의 선후에 관계없이 평등하게 취급하는 이른바 '채권자 평등의 원칙'을 정립하고 있다. 이 원칙은 일면 채권자 사이의 자유경쟁을 존중함과 동시에 담보물권의 지위를 확고히 하기 위하여 정립된 것인데, 그것은 공시의 원칙을 따르지 않는 채권을 그 성립의 선후에 따라 우선순위를 인정하게 되면 거래의 안전을 해할 뿐만 아니라, 나아가 담보물권에 의하여 보호되는 채권과도 충돌할 우려가 생기기 때문이다. 따라서 특정의 채권에 대하여 채권자 평등의 원칙에 의하여 채무자의 일반재산에서 안분비례로 할당받는 이상의, 배타적인 만족을 받을 수 있기 위하여서는, 원칙

권은 배타적 권리성을 가지고 있어 누구에게라도 주장할 수 있는 반면, 채권은 상대적 청구권이므로 오직 채무자에게만 주장할 수 있다. 민법이 물권과 채권을 배타적 권리와 상대적 권리로 구분하고 이 둘을 재산권의 양대 축으로 설정한 것은 우연이 아니라 그렇게 제도화하는 것이 사회경제적으로 가장 합리적인 선택이었기 때문이다.

이는 법경제학 관점에서도 증명되고 있다[12]. 재화의 가치를 높이려면

적으로 특정의 물건으로 이를 담보하는 물적담보제도에 의존할 수 밖에 없게 되며, 오늘날 이러한 물적담보제도를 매개로 하여 신용거래를 하는 금융제도가 자본주의 경제체제에서 커다란 비중을 점하고 있는 것이다.

그리고 이러한 경우 일반채권과 담보물권 간에 있어서는 담보물권이 절대로 우선하게 되며, 담보물권 상호간에 있어서는 담보물권 설정의 선후에 따라 우선순위가 정하여지게 되는 것이다. 이러한 담보물권의 배타적 우선권 때문에 근대사법은 담보물권의 종류를 가급적 제한하고 담보목적물을 특정시켜(특정의 원칙) 그 담보물권의 존재를 엄격하게 공시하며(공시의 원칙) 동일한 재화위의 담보물권은 각각 확정된 순위를 가지고 있어 서로 침범하지 않으며(순위확정의 원칙) 담보물권은 공시없는 채권의 하자에 영향을 받지 않고(독립의 원칙) 금융시장에서 안정 신속하게 유통되게(유통의 원칙)함으로써 선의의 제3자가 불의의 손해를 입는 일이 없도록 배려하고 있는데 독립의 원칙, 유통의 원칙을 제외하고는 우리나라도 위 원칙을 채택하고 있는 것이다. 즉 대세적(對世的) 효력이 있는 권리는 그 권리의 존재 및 내용을 등기 기타의 방법을 통하여 이것이 공시되어야 하고, 공시되지 아니하거나 공시의 방법이 마련되어 있지 아니한 권리는 배타적 효력을 가질 수 없도록 하는 것이 근대 사법의 기본원리인 것이다."라고 밝히고 있다.

12) 김일중, "재산권의 법경제학", 김일중·김두얼, 법경제학 이론과 응용(Ⅰ)(2011), 99-100면은, "재산권이 명료하지 않거나 불확실한 상황에서는 합법적인 경제행위보다 약탈, 자원고갈 등의 현상이 나타나기 쉽다. 재산권이 존재하지 않으면 정부가 어떤 분배정책을 쓰는가에 상관없이 결국은 '남의 것을 빼앗는 능력'과 자기 것을 '남에게 빼앗기지 않는 능력'에 의하여 재화의 분배가 결정될 것이다. 즉, 만인의 만인에 대한 투쟁이 된다.

일단 재산권이 확립되면 경제주체들의 각종 행위들이 효율적인 방향으로 결정된다. 경제주체들이 근로하여 재화를 얻으려는 유인, 희소한 재화를 보수·유지하려는 유인, 재화를 상호 유익한 방향으로 거래하려는 유인 등을 높인다는 측면에서, 재산권의 확립은 정당성을 가진다.

또한 재산권을 확립하면, 불필요한 소유권 다툼이나 무작위한 침범에 대비하는 비용을 피할 수 있으며, 위험회피적인 경제주체들로 하여금 다양한 위험으로부터 재화를 보호할 수 있는 보험과 같은 장치들을 마련하는 것을 가능하게 한다. 요컨대, 재산권이 확립되면 사회 최적의 경제효율성을 달성할 가능성이 커진다. 바로 이런 맥락에서 Lueck and Miceli는 다음과 같이 결론을 내린다. 재산권들이란 사회의 부를 극대화하도록 고안된 사회규칙들의 체계이다.(Leuck, Dean and Thomas Miceli, "Property Law", in Mitchell Polinsky and Steven Shavell, eds., Handbook of Law and Economics, 1, Amsterdam: Elsevier, 2007, p.186.)"라고 한다.

법적으로 재산권을 확립하고 그 경계를 분명히 하여 경계 내에서는 권리자에게 포괄적인 권한을 부여하여 재화의 활용성을 극대화할 수 있도록 하고, 경계 밖에서는 배타적 권리성을 부여하여 제3자의 침해로부터 철저히 보호하는 것이 법효용면에서 최선이라는 결과에 도달한 것이다. 이러한 배타적 재산권 보호의 중요성이 민법에서 제도화된 것이 바로 물적·배타적 권리인 물권이다. 따라서 상대적 권리인 채권과 배타적·대세적 권리인 물권을 구분하여 보호하는 것이 민법의 이원적 재산권 체계이고, 그것은 민사집행법에서도 동일하게 적용되어야 한다.

채권도 재산권에 포함되지만 상대적 청구권인 재산권이다. 민법이 계약자유의 원칙을 보장하는 취지가 경쟁의 자유보장을 통한 사회적 부의 증진임을 생각할 때 절대권인 물권은 제3자로부터도 엄격하게 보호함이 사회전체의 부의 증진에 직접 기여하나, 상대권인 채권은 당사자간에서만 보호함이 자유경쟁을 통한 경제활동의 효율성을 증진시켜 사회전체의 부를 증진시키는데 도움이 된다.

또한 상대적 권리인 채권은 당사자간에서만 효력이 있으므로 제3자를 위해 공시수단을 갖출 필요가 없다는 점에서 자율성을 갖는 대신, 공시성이 없으므로 거래안전을 위해서는 제3자에게 최소한의 영향력만 미칠 수 있도록 제한되어야 한다. 이처럼 상대권인 채권은 제3자에게 영향을 줄수록 법적 불안정이라는 사회경제적 비효율을 초래하므로 가급적 제3자에 대하여는 확장효를 인정하여서는 안된다.

이러한 실체법상 물권과 채권의 구분 관점은 민사집행절차에서 부당이득 세 가지 유형 중 배당오류 사안에서 그 의미가 크다. 판례는 배당종료 후 부당이득반환청구 긍정설을 취하면서 그 근거로 이른바 '실체적 배당수령권' 이론[13]을 논거로 들고 있다. 이 법리에 의하면 일반채권자라

13) 대법원 2000. 1. 21. 선고 99다3501 판결은 판시하기를, "채권자가 제기한 배당이의의 소의 본안판결이 확정된 때에는 이의가 있었던 배당액에 관한 실체적 배당수령권의 존부의 판단에 기판력이 생긴다고 할 것이고, 위 배당이의의 소에서 패소의 본안판결을 받은 당사자가 그 판결이 확정된 후 상대방에 대하여 위 본안판결에 의하여 확정된 배당액이 부당이득이라는 이유로 그 반환을 구하는 소송을 제기한 경우에는, 전소인 배당이의의 소의 본안판결에서 판단된 배당수령권의 존부가 부당이득반환청구권의 성립 여부를 판

도 '배당요구'를 하여 배당요구 종기가 지나면 당해 집행목적물의 교환가치에 대하여 실체적 배당수령권을 취득한다.

그러나 배타적 권리인 담보물권과 상대적 권리인 일반채권은 실체법인 민법에서 달리 취급하는 것처럼 절차법인 민사집행법에서도 달리 취급되어야 함이 타당하다. 상대적 효력만을 갖는 채권임에도 '실체적 배당수령권'과 같은 대세효를 인정할 경우 민법의 영역에서 발생하는 거래안전의 침해라는 비효율성이 민사집행법 영역에서도 절차적 불안정이라는 형태로 발생한다. 일반채권자의 '실체적 배당수령권'은 그 범위가 공시될 수 없어 불명확함에도 배당절차가 종료한 이후에도 부당이득반환청구권으로 그 형태가 전환되어 제3자인 다른 배당채권자들에게도 그 대세효를 지속적으로 미침으로써 배당종료 후에도 그 소멸시효기간인 10년이 경과할 때까지 다른 배당참가채권자들을 피소(被訴) 지위에 처하게 하여 법적 불안에 빠뜨린다.

3. 절차법상 개별집행적 성격과 채권자공동체적 성격의 구분

세 번째 관점은 채권자평등주의를 택하고 있는 우리의 민사집행법 제도를 바라보는 두 가지 측면으로서 민사집행절차를 채권자-채무자 양자 사이의 실체적 권리실현이라는 '개별집행'[14]으로 보는 관점(이하 '개별집행적 관점'이라 함)과 다수(多數) 집행채권자들의 '손해공동체관계[15]'로

단하는 데에 있어서 선결문제가 된다고 할 것이므로, 당사자는 그 배당수령권의 존부에 관하여 위 배당이의의 소의 본안판결의 판단과 다른 주장을 할 수 없고, 법원도 이와 다른 판단을 할 수 없다."라고 한다.

대법원 2019. 7. 18. 선고 2014다206983 전원합의체 판결도 같은 취지에서, "채권자가 배당요구를 하여 배당절차에 참가하고 경매절차의 진행으로 배당요구의 종기가 지나면 특정 금액의 배당금을 자신에게 귀속시킬 수 있는 구체적인 권리를 가진다. 따라서 어느 채권자가 자신이 배당받을 수 있는 금액을 넘어 배당을 받거나 배당받을 지위에 있지 않음에도 다른 채권자에게 귀속되어야 할 배당금을 받아갔다면, 그는 다른 채권자의 손실로 인하여 법률상 원인 없이 이득을 얻은 것으로 보아야 한다."라고 한다.

14) 이시윤, 신민사집행법, 제8개정판(2020), 39면에 의하면, 민사집행절차는 특정채권자의 채권만족을 위해서 채무자의 개별재산을 압류하고 매각하는 '개별집행'인 점에서, 채무자가 도산에 처하였을 때에 모든 채권자의 채권을 위하여 채무자의 모든 재산에 대하여 포괄적으로 행하는 청구권의 실현절차인 도산절차, 즉 '포괄일반집행'과 구별하고 있다.

보는 관점(이하 '채권자공동체적 관점'이라 함)의 구분이 필요하다는 점이다. 이는 우리가 '개별'집행제도의 성격만을 갖춘 독일의 압류우선주의를 취한 것이 아니라 소(小)파산적 청산절차의 성격을 갖는 '손해공동체제도'인 채권자평등주의 법제를 취하였기 때문인데 이처럼 다수가 관여하는 단체법적 성격에서는 필연적으로 '절차비용' 문제가 중요해진다.

위와 같은 '개별집행적 관점' vs. '단체법적 관점'은 집행절차에서의 부당이득 세 가지 유형 중 '배당오류'의 경우에서 특히 중요성을 갖는다. 첫 번째 유형(하자 있는 집행채권에 따른 강제집행)은 채권자-채무자 양자 사이에서의 개별집행 측면에서의 논의이고, 두 번째 유형(제3자의 재산에 대한 강제집행)은 여기에 집행목적물의 진정한 소유자인 제3자가 추가되었을 뿐이므로 채권자평등주의가 직접 적용되지 않아 다수의 당사자가 참여할 때 문제되는 절차비용이 크게 고려되지 않기 때문이다.

개별집행의 관점에서는 채권자 개인의 실체법상 권리실현이라는 목적에 묻혀 절차비용이라는 기회비용이 잘 드러나지 않지만, 채권자평등주의 하의 '다수의 채권자' 전체의 관점에서 바라본다면 절차비용은 중요한 고려요소가 된다.

따라서 배당오류 사안에서는 다수의 배당참가 채권자들 사이에서 발생하는 배당오류에 의한 배당손실을 회복해주려는 실체적 권리보호 요청뿐만 아니라, 전체 배당참여자들의 절차비용 및 절차안정성에 대한 보호도 함께 고려되어야 한다.

제2절 민사집행절차에서 부당이득이 문제되는 세 가지 유형

15) 김학대, "독일강제집행법상의 채권자우선주의", 재판자료 제48집, 외국사법연구논집 제8권(1982. 12), 95면 이하는, "채권자평등주의 내지 손해공동체제도(Ausgleichsprinzip, das System der Verlustgemeinschaft)가 있다. 채권자들이 하나의 공동체를 구성하고 그 참여자들은 (채무자의 자력부족에 의한 채권만족에서의) 손해를 연대하여 부담하는 손해공동체제도는 주로 파산절차에서 실시되어 진다."라고 한다.

민사집행절차에서 부당이득이 문제되는 유형은 크게 다음의 세 가지 경우로 구분할 수 있다. ① 하자 있는 집행채권에 따른 강제집행을 한 경우, ② 제3자 소유의 재산에 대하여 강제집행을 한 경우, ③ 배당오류(부당배당)의 경우가 그것이다.

1. 하자 있는 집행채권에 따른 강제집행

절차법상 유효한 집행권원이 성립되었으나, 그것이 표상하는 실체법상 권리는 처음부터 부존재 또는 무효이거나 집행권원 성립 이후 소멸된 경우에도 강제집행은 가능하다. 이처럼 실체법과 절차법 사이의 괴리가 발생하는 이유는 집행법은 법적 안정성 및 집행의 효율성 요청 때문에 실체적 권리에 대한 판단을 하지 않도록 설계되어 있기 때문이다.

따라서 절차법상 유효·적법하게 진행되고 종료된 강제집행으로 인하여 채권자가 얻은 급부가 실체법상 근거가 없는 경우가 발생하고 이에 대해 부당이득반환청구를 통해 사후 조정이 허용되는지 문제된다.

2. 제3자의 재산에 대한 강제집행

본래 강제집행은 채무자 소유의 책임재산만을 대상으로 하고 집행기관은 집행을 개시함에 있어 이를 스스로 조사·판단하여야 하나, 집행기관이 집행목적물의 실체법상 권리관계를 실질적으로 심사할 수는 없기 때문에 민사집행법은 집행기관으로 하여금 외관적 징표를 기준으로 집행할 수 있도록 하였다(외관주의)[16]. 이는 집행의 신속이 강하게 요청되기

16) 법원실무제요 민사집행(Ⅰ) 집행총론, 사법연수원(2020). 354면에 의하면, “유체동산 집행에서 채무자가 점유하는 물건 또는 제3자가 점유하는 물건으로서 제출을 거부하지 않는 물건이라면 압류할 수 있고(민사집행법 제189조 제1항, 제191조), 부동산이나 선박 집행에서 (채무자 명의로 된) 등기사항증명서의 제출이나 만일 채무자 소유로 등기되지 않은 경우에는 채무자 명의로 등기할 수 있다는 것을 증명할 서류(미등기 건물의 경우 그 건물이 채무자 소유임을 증명할 서류, 그 건물의 지번·구조·면적을 증명할 서류, 그 건물에 관한 건축허가·건축신고를 증명할 서류)의 제출이 있으면 압류할 수 있으며(민사집행법

때문인데, 이로 인하여 채무자의 책임재산에 속하지 않는 제3자의 재산에 대하여 집행하는 경우가 발생할 수 있다. 그럼에도 외관주의를 취한 민사집행이 당연히 위법하게 되는 것은 아니므로 제3자는 이와 같이 형식적으로 적법하나 실질적으로 부당한 집행에 대하여 제3자이의의 소(민사집행법 제48조)를 통하여 집행에 대한 이의 및 당해 집행절차의 배제를 구할 수 있다.

만약 당해 집행이 종료되기 전에 제3자가 제3자이의의 소를 제기하지 아니하였을지라도 이와 같은 제3자의 재산에 대한 집행은 채무자의 책임재산이 아닌 제3자 소유의 재산에 대한 것이고 우리 법제상 채무자 명의의 등기를 신뢰한 것에 공신력이 인정되지 않으므로 적법한 경매절차에 의하여 낙찰받아 매수인이 되어 대금을 완납하더라도 제3자의 소유권은 매수인에게 이전되지 아니함이 판례와 통설이다. 이로 인하여 채무자 명의의 등기를 믿고 법원이 진행하는 적법한 경매절차를 통하여 집행목적물을 경락받은 매수인임에도 불구하고 그 목적물의 소유권을 취득하지 못하고 완납한 매수대금만 다른 채권자들에게 제공하게 되는 심각한 법적 불안상태에 처하게 된다.

다만, 이에 대한 예외로서 선의취득이나 법률상 제3자[17] 보호규정이 있는 경우 등과 같이 거래안전을 위하여 법률에 의한 소유권취득원인이 별도로 규정되어 있는 경우에는 매수인은 당해 집행목적물의 소유권을 취득하게 된다.

3. 배당오류(부당배당)

'배당오류'란 집행법원이 절차법상 '적법'한 배당절차를 거쳐 배당표를 확정하였으나 그 배당표가 배당에 참가한 채권자들 사이에서의 실체법상

제81조 제1항 제1, 2호, 제177조 제1항), 또한 채권과 그 밖의 재산권 집행에서 그것이 채무자에게 귀속된다는 취지의 신청서 기재(민사집행법 제225조, 제226조)만으로 압류명령을 발할 수 있다."

17) 민법 제107조 제2항, 제108조 제2항, 제109조 제2항, 제110조 제3항, 제548조 제1항 단서 등

권리우열관계와 다르게 작성된 경우를 말한다. 이러한 배당오류의 경우를 배당절차 내에서 수정하기 위하여 민사집행법은 배당참가자들에게 배당기일에서 '배당이의(민사집행법 제151조)'와 '배당이의의 소(민사집행법 제154조)' 제기의 기회를 부여하고 있다.

그렇다면 배당에 참가한 채권자가 이러한 절차법상 배당이의를 해태한 경우에도 배당오류에 의한 손해를 배당종료 후 부당이득으로 반환받을 수 있도록 허용할 것인가. 이 물음에 대하여 현재의 판례와 대부분의 학설·실무의 의견은 '배당종료 후에도 부당이득반환청구가 가능하다'는 입장이다. 판례는 그 근거로 이른바 '실체적 배당수령권' 이론을 줄곧 설시해왔다. 그런데 이러한 판례법리는 과연 타당한 것인가? 침해부당이득의 관점와 이익형량의 관점 그리고 마지막으로 배당의 순환관계를 고려한 절차비용의 관점에서 재검토가 필요하다.

제3장 하자 있는 집행채권에 따른 강제집행

제1절 개요

이 장에서는 '하자 있는 집행채권에 따른 강제집행'이 발생하는 경우를 집행권원의 실체적 하자와 절차적 하자로 구분하고, 그 하자 발생시점을 집행권원 성립 전과 후(또는 집행종료 전과 후)로 나누어 총 네 가지로 유형화한 후 각 경우에서 발생하는 부당이득반환청구권 문제를 논의한다. ① 집행권원 성립 당시부터 실체적 하자가 있었던 경우, ② 집행권원 성립 후 실체적 하자가 생긴 경우, ③ 집행종료 후 집행권원의 효력에 변동이 있는 경우, ④ 집행권원이 위조된 경우 또는 담보권이 무효인 경우들이 그것이다.

① 집행권원의 성립 이전에 그것이 표상하는 실체적 권리가 부존재·무효였거나 ② 집행권원의 성립 이후에 그 실체적 권리가 소멸된 경우와 같이 절차법상 집행권원과 실체법상 권리관계 사이에 괴리가 발생한 경우라도 집행기관은 그 집행권원이 적법·유효하다면 집행절차를 그대로 진행하고 종결하여야 한다. 따라서 절차법상 유효·적법하게 진행·종료된 강제집행으로 인하여 채권자가 얻은 급부가 실체법상 근거가 없는 경우가 발생하고 이에 대해 집행채무자가 부당이득반환청구를 통해 사후 조정이 허용되는지 문제된다. 이 경우 집행채무자의 집행채권자에 대한 부당이득반환청구가 허용됨이 원칙이나, 기판력의 시적 범위에 포함되는 실체적 사실에 대하여는 기판력에 저촉되어 집행채무자의 부당이득반환청구가 제한되는 경우가 있다.

또한 ③ 절차법상으로 적법·유효하게 집행이 종료된 이후에 집행권원의 효력에 변동이 있는 경우에도 집행채무자가 집행채권자를 상대로 집행결과에 의한 급부를 부당이득으로 반환청구할 수 있는지 문제된다. 다만, 이 경우에는 실체적 사유가 아니므로 기판력의 문제는 발생하지 않

는다.

이상의 경우에서는 민사집행의 개시와 종료시까지 절차법상으로는 적법·유효한 민사집행이 이루어졌기 때문에 그 집행으로 인한 집행목적물의 소유권 이전 효과는 유효하며, 단지 집행채무자가 집행채권자를 상대로 집행으로 얻은 급부에 대하여 실체법상 부당이득반환청구를 할 수 있는지가 문제된 경우라면, ④ 집행권원이 위조되었거나 임의경매의 근거가 되는 담보권이 부존재·무효인 경우와 같이 당해 집행절차가 집행권원의 성립시부터 집행종료시까지 사이에 절차법상으로도 위법·무효인 경우에는 그 집행목적물의 소유권이전도 무효로 봄이 원칙이다.

이러한 경우 집행채무자는 당해 집행목적물의 소유권을 잃지 않지만, 경매절차의 매수인은 외관상 적법·유효한 집행절차를 신뢰하고 매수대금을 지급하였음에도 소유권을 취득할 수 없게 된다. 따라서 배당받은 채권자들로부터 그 배당금을 부당이득으로 반환받아야 한다. 그리고 이러한 부당이득 성립여부에 선행하는 문제로서 경매절차의 공신력이 인정되어 경매를 유효로 볼 수 있는지 여부도 문제된다.

제2절 집행권원 성립 당시부터 실체적 하자가 있었던 경우

1. 집행권원에 기판력이 있는 경우

확정판결이 표상하는 집행채권이 사실심 변론종결 전에 이미 실체법상 부존재하였거나 소멸하였다는 이유로 집행채권자가 얻은 강제집행에 의한 급부를 채무자가 다시 부당이득으로 반환청구할 수 있는지 문제된다.

이에 대해 학설은 부정설이 우세하다. 이러한 경우 부당이득을 인정하는 것은 확정판결에서 명한 급부의무와 정면으로 충돌한다고 하거나[18],

18) 정동윤, “기판력의 배제를 위한 실체법상의 구제수단에 관하여”, 법조 통권 제399호, 법조

확정판결 그 자체가 법률상 원인이라고 볼 수는 없고 부당이득반환청구가 부인되는 것은 기판력으로 인한 소송법적 효과라고 설명하고 있다.[19]

대법원 판례도 부정설의 입장이다. 대법원 1995. 6. 29. 선고 94다41430 판결은 대여금 중 일부를 변제받고도 이를 속이고 대여금 전액에 대하여 소송을 제기하여 승소 확정판결을 받은 후 강제집행에 의하여 위 금원을 수령한 채권자에 대하여, 채무자가 그 변제금 상당액에 대하여 부당이득반환 청구를 하는 경우 그 변제주장은 대여금반환청구 소송의 확정판결 전의 사유로서 그 판결이 재심의 소 등으로 취소되지 아니하는 한 그 판결의 기판력에 저촉되어 주장할 수 없으므로, 그 확정판결의 강제집행으로 채권자가 교부받은 금원을 법률상 원인 없는 이득이라고 할 수 없다고 판시하였다.

또 다른 판례에서는 소송당사자가 허위의 주장으로 법원을 기망하고 상대방의 권리를 해할 의사로 상대방의 소송관여를 방해하는 등 부정한 방법으로 실체의 권리관계와 다른 내용의 확정판결을 취득하여 그 판결에 기하여 강제집행을 하는 것은 권리남용에 해당한다고 할 것이지만, 위 확정판결에 대한 재심의 소가 각하되어 확정되는 등으로 위 확정판결이 취소되지 아니한 이상 위 확정판결에 기한 강제집행으로 취득한 채권을 법률상 원인 없는 이득이라고 하여 반환을 구하는 것은 위 확정판결의 기판력에 저촉되어 허용될 수 없다고 판시[20]하였다.

이처럼 대법원은 확정판결에 기한 강제집행에 의하여 얻은 급부는 원칙적으로 부당이득으로 반환을 청구하는 것이 허용되지 않는다고 보고 있고, 그 근거를 기판력에서 찾고 있다.

기판력은 후소의 소송물이 전소와 같은 경우뿐만 아니라 전소의 소송물에 관한 판단과 모순되는 판단을 구하는 경우에도 작용하므로 후소의 부당이득반환소송에서 전소에서 이미 그 존재가 확정된 집행채권의 부존재 또는 무효를 주장하는 것은 전소의 판단과 모순되므로 허용될 수 없

협회(1989), 24-26면.

19) 편집대표 곽윤직, 민법주해(XVII) 채권(10), 박영사(2005), 316면(양창수 집필부분).

20) 대법원 2001. 11. 13. 선고 99다32905 판결, 대법원 2009. 11. 12. 선고 2009다56665 판결.

다. 여기서 부당이득반환이 제한되는 이유는 집행권원이 실체법상 부당이득의 새로운 '법률상 원인'이 되었기 때문이 아니다.[21] 이는 실체법상 부당이득이 성립하나 절차법상 기판력 제도로 그 청구가 제한되는 것일 뿐이다.

위와 같은 기판력 작용의 법리는 확정판결 이외에 기판력이 부여되는 재판상 화해나 인낙, 민사조정법상의 조정 등에 대해서도 동일하게 적용될 수 있다.

2. 집행권원에 기판력이 없는 경우

집행권원에 기판력이 없는 집행증서, 지급명령결정, 소액사건심판법상 이행권고결정 등의 경우에는 그 집행권원이 확정되더라도 기판력을 가지지 않으므로 집행권원 성립 당시 그 실체적 권리에 하자가 있으면 강제집행이 종료한 이후에도 부당이득반환청구를 할 수 있다.

판례도 채무자 또는 그 대리인의 유효한 작성촉탁과 집행인낙의 의사표시에 터잡아 작성된 공정증서를 집행권원으로 하는 금전채권에 대한 강제집행절차에서, 비록 그 공정증서에 표시된 청구권의 기초가 되는 법률행위에 무효사유가 있다고 하더라도 그 강제집행절차가 청구이의의 소 등을 통하여 적법하게 취소·정지되지 아니한 채 계속 진행되어 채권압류 및 전부명령이 적법하게 확정되었다면, 그 강제집행절차가 반사회적 법률행위의 수단으로 이용되었다는 등의 특별한 사정이 없는 한 단지 이러한 법률행위의 무효사유를 내세워 확정된 전부명령에 따라 전부채권자에게 피전부채권이 이전되는 효력 자체를 부정할 수는 없고, 다만 위와 같이 전부명령이 확정된 후 그 집행권원인 집행증서의 기초가 된 법률행위의 전부 또는 일부에 무효사유가 있는 것으로 판명된 경우에는 그 무효부분에 관하여는 집행채권자가 부당이득을 한 셈이 되므로 그 집행채권자는 집행채무자에게 위 전부명령에 따라 전부받은 채권 중 실제로 추심한 금전 부분에 관하여는 그 상당액을 반환하여야 하고, 추심하지 아니

21) 양창수(주 19), 316면.

한 나머지 부분에 관하여는 그 채권 자체를 양도하는 방법에 의하여 반환하여야 한다고 판시하였다.[22]

이 사안에서 집행권원인 공정증서에는 확정판결과 같은 기판력이 없기 때문에 후소에서 부당이득반환청구를 함에 지장을 받지 아니한다.

제3절 집행권원 성립 후 실체적 하자가 생긴 경우

집행권원 성립 후 전부 또는 일부의 변제나 채무면제 등이 있어 채권이 소멸하였음에도 그에 기하여 강제집행이 행하여졌다면, 그 집행권원이 확정판결이어서 기판력이 있고 그에 대하여 청구이의의 소를 제기하지 않았어도 부당이득이 성립한다.[23]

다시 말해 사실심 변론종결 후 발생한 변제나 채무면제 등으로 실체법상 채무가 소멸한 부분에 대하여 채권자가 집행권원에 기한 강제집행을 할 경우 채무자는 청구이의의 소를 통하여 집행권원을 실효시켜 강제집행을 취소할 수 있으나, 채무자가 이러한 불복절차를 하지 않아 채권자가 강제집행을 통하여 급부를 취득한 경우에는 그 종료된 강제집행절차는 적법하여 채권자는 절차법상으로 유효하게 그 급부를 취득하나 실체법상으로는 이미 변제 또는 면제로 인하여 채권이 소멸하였으므로 그 급부는 부당이득이 되고, 사실심 변론종결 후의 변제와 면제 등의 사유는 기판력의 시적 범위에 포함되지 않으므로 채무자는 채권자를 상대로 실체법상 부당이득반환청구를 하여도 집행권원의 기판력에 저촉되지 아니한다.

제4절 집행종료 후 집행권원의 효력에 변동이 있는 경우

22) 대법원 2005. 4. 15. 선고 2004다70024 판결
23) 양창수(주 19), 322면

1. 가집행선고가 실효된 경우

1) 가집행선고부 판결에 기한 집행의 효력은 확정적인 것이 아니고 후일 본안판결 또는 가집행선고가 취소·변경될 것을 해제조건으로 하는 것이다. 즉 가집행선고에 의하여 집행을 하였더라도 후일 본안판결의 일부 또는 전부가 실효되면 그 실효된 부분에 대하여는 이전의 가집행선고부 판결에 기하여 집행을 할 수 없는 것으로 확정된다.[24] 따라서 가집행선고에 기한 집행절차로 인하여 이미 지급받은 것이 있다면 이는 법률상 원인이 없는 것이 되므로 부당이득으로서 반환하여야 한다.

민사소송법 제215조 제2항[25]은 가집행선고부 본안판결이 변경되어 그 가집행의 선고가 실효될 경우 가집행 채권자로 하여금 가집행으로 인하여 지급받은 물건을 반환토록 하고 아울러 그 집행으로 인한 손해를 배상토록 규정하고 있다. 이는 본래부터 가집행이 없었던 것과 같은 원래의 상태로 회복시키려는 공평의 관념에서 나온 것이고, 이 조항에 의한 원상회복과 손해배상청구는 가집행선고가 있었던 당해 사건이 아닌 별도의 소송에 의하여서도 가능하다.[26]

2) 가집행선고부 판결에 기하여 채무자 소유의 부동산이 강제경매된 후 상소심에서 그 가집행선고가 실효된 경우 가집행채무자의 권리구제수단이 문제된다.

가집행선고 있는 판결에 기한 강제집행은 확정판결에 기한 경우와 같이 본집행이므로 상소심의 판결에 의하여 가집행선고의 효력이 소멸되거나 집행채권의 존재가 부정된다고 할지라도 이미 완료된 집행절차나 이

---

24) 대법원 2011. 8. 25. 선고 2011다25145 판결

25) 민사소송법 제215조(가집행선고의 실효, 가집행의 원상회복과 손해배상)
② 본안판결을 바꾸는 경우에는 법원은 피고의 신청에 따라 그 판결에서 가집행의 선고에 따라 지급한 물건을 돌려 줄 것과, 가집행으로 말미암은 손해 또는 그 면제를 받기 위하여 입은 손해를 배상할 것을 원고에게 명하여야 한다.

26) 대법원 1976. 3. 23. 선고 75다2209 판결

에 기한 매수인의 소유권 취득에는 아무런 영향을 미치지 아니한다.[27] 따라서 가집행채무자는 부동산을 낙찰받고 대금을 완납한 매수인에 대하여 그 집행목적물의 소유권 반환을 청구할 수 없고, 가집행채권자를 상대로 매수대금 상당액을 부당이득으로 반환청구하거나, 부동산 시가 상당액의 손해배상을 청구할 수 있을 뿐이다.

3) 그런데 가집행채권자가 직접 경매에 참여하여 스스로 매수인이 되어 부동산 소유권을 이전받은 경우에도 가집행채무자는 그 집행목적물 자체를 부당이득으로 반환청구할 수 없다고 보아야 하는가. 이에 대하여 판례는 가집행채무자는 매수인인 가집행채권자가 경락받은 부동산 자체를 가집행선고로 인한 지급물로 보아 그 반환을 청구할 수는 없다고 본다.[28]

이에 대하여, 가집행채무자는 민사소송법 제215조 가지급물반환신청에 의해 부동산 자체의 반환을 구할 수는 없을지라도, 부당이득을 원인으로 그 부동산 소유권의 반환을 구할 수는 있어야 한다는 견해가 있다.[29] 이 견해는 부당이득 공평설 또는 유형론 어느 쪽의 관점에서 보더라도 가집행채권자가 부동산 소유권을 취득한 것은 가집행채무자와의 관계에서 '법률상 원인'이 없다고 본다. 가집행채권자와 가집행채무자 사이에서 강제집행의 법률상 원인은 결국 그 실체법상 청구권인데, 가집행선고가 상소심에서 실효되면 그에 기한 강제집행으로 인한 결과는 부당이득이 되고, 가집행채권자가 스스로 매수인이 되어 부동산 소유권을 취득하였더

---

27) 대법원 1990. 12. 11. 선고 90다카19098(본소) · 19104(참가) · 19111(반소) 판결

28) 대법원 1965. 8. 31. 선고 65다1311, 1312 판결은 판시하기를, " 원고는 피고를 상대로 손해배상청구의 제소를 하여 제1심에서 가집행선고 있는 승소판결을 얻고 피고 소유이었던 본건 부동산에 대하여 강제집행을 하여 원고자신이 그 경락인이 되어 위의 부동산에 대한 소유권을 취득하는 것으로 위의 가집행절차가 종료되었다면 위의 가집행선고로 인한 지급물은 원고가 위의 집행의 결과로서 피고로부터 지급받은 금전자체라 할 것이지 우연히 원고가 경락인이된 본건 부동산 자체라고는 말할 수 없다 할 것이다"

29) 윤진수, "가집행선고의 실효와 경락인인 가집행채권자의 부당이득반환의무", 민법논고Ⅲ, 박영사(2008), 352면

라도 가집행선고가 실효됨으로써 사후적으로 그 소유권 취득자체가 법률상 원인이 없게 된다는 점은 마찬가지이기 때문이라는 것이다. 이에 대한 논거로, ① 가집행선고부 판결로 채권에 대한 압류 및 전부명령이 확정된 후에 그 가집행선고부 판결이 실효된 경우에는 가집행채권자가 그 피전부채권 자체를 가집행채무자에게 다시 원상회복으로 반환한다는 점과 비교해 보면 가집행채권자가 부동산을 경락받은 경우도 이와 마찬가지로 볼 수 있다는 점, ② 가집행선고부 판결에 기하여 적법·유효하게 개시되고 종료된 부동산경매에 따른 매수인을 보호하려는 강제경매의 공신적 효과는 이후 상소심에서 실효될 집행권원에 기하여 당해 경매절차를 개시한 가집행채권자까지 그 보호범위에 포함한다고 볼 수는 없다는 점, ③ 제3자가 매수인이 된 경우에는 경락대금을 현금으로 전액 납부하지만, 가집행채권자가 매수인이 된 경우에는 상계에 의한 대금납입이 허용되므로 가집행채권자는 실제 아무런 대가를 지급하지 않고 부동산의 소유권을 취득한다는 점 등을 그 근거로 하고 있다.

필자가 생각건대, 위 견해는 가집행채무자의 보호에 충실하다는 점에서는 일응 설득력이 있으나, 가집행채권자가 매수인이 되었다는 우연한 사정에 따라 강제경매에 의한 소유권이전의 효력에 차등을 두는 것은 타당하지 않다고 본다. 그 논거로는, ① 전부명령과 부동산 강제경매는 그 집행채권액에 한정하여 집행목적물의 소유권이 이전되는지 여부 및 그 소유권 이전의 상대방이 공법상 처분인 강제집행결정 자체에 의하여 특정되는지 아니면 입찰 등 사법상 매매계약의 체결로 볼 수 있는 별도의 상대방 선정절차가 개입하는지 여부 등에 있어서 서로 구조적 차이점이 커서 그 강제집행의 개시권원이 가집행선고부 집행권원으로 같다고 하더라도 가집행선고 실효시의 그 부당이득 반환대상을 같이 볼 수는 없다는 점, ② 위 견해는 가집행채권자가 가집행선고부 집행권원이 장래 상소심에서 실효될 수도 있다는 점을 예견하고도 당해 강제집행절차를 개시·진행하였으므로 강제경매의 공신력으로 이러한 가집행채권자를 보호할 필요는 없다고 보지만, 다른 한편으로는 가집행채무자도 가집행선고부 집

행권원이 실효될 수도 있다는 점을 예견할 수 있었는데 가집행 판결의 본안 상소심에서 강제집행정지 결정을 받아 당해 강제경매를 정지하지 않은 것은 자신의 부동산 소유권이 강제경매로 상실될 수도 있음을 감수 내지 용인하였다고 볼 수 있다는 점에서 강제경매의 공신력에 의한 매수인인 가집행채권자의 소유권 취득이 정당화된다는 점, ③ 가집행채권자가 매수인으로서 그 매각대금 전액을 상계처리할 수 있는 경우는 집행채권액이 당해 부동산가액보다 다액인 경우에 한하는데, 경매신청인인 가집행채권자 입장에서는 당해 집행채권액보다 가액이 같거나 적은 부동산을 집행목적물로 삼는 것은 일반적인 경우가 아니므로[30] 가집행채권자가 전액 상계처리를 할 수 있는 경우는 예외적인 경우라는 점 등을 고려하면 가집행채권자가 매수인이 된 경우를 제3자와 구분하여 달리 취급할 필요는 없다고 생각한다.

위의 ①논거를 상설한다. 가집행채권자가 가집행선고부 집행권원에 의하여 피전부채권을 전부명령으로 이전받아 확정된 후 가집행선고가 실효되면 전부받은 그 피전부채권 자체를 가집행채무자에게 부당이득으로 반환하여야 한다. 전부명령은 별도의 현금화 절차 없이 피전부채권 자체가 가집행채권자에게 이전·귀속되므로, 가집행선고가 실효되면 그 피전부채권 자체가 부당이득반환의 대상이 되는 것이 부당이득의 수익과 손실간에 직접적 인과관계가 인정되어 자연스럽다(공평설 관점). 또한, 가집행채권액을 한도[31]로 피전부채권이 전부되므로 가집행선고의 실효로 인하

30) 예를 들어 가집행 채권액이 1억 원인데, 이를 근거로 가집행채권자가 가집행채무자의 10억 원 상당의 부동산을 대상으로 강제경매를 개시하여 스스로가 경락인이 되어 상계에 의한 대금납입을 하더라도 나머지 9억 원은 현금으로 납부하여야 그 소유권을 취득한다. 이후 가집행선고가 실효되더라도 실체법상 부당이득의 반환대상이 되는 부분은 집행채권액 1억 원으로 상계처리한 부분이지, 나머지 9억 원에 대한 매각대금은 가집행채권자가 매수인의 지위에서 새로 납입한 것이므로 실체법상 부당이득의 정당한 권원이 없다고 볼 수 없다.

설령 가집행채권자가 당해 부동산매각대금 전액을 상계처리 할 수 있는 경우라 하더라도 위의 경우와 구분하여 집행목적물이 된 부동산 가액에 따라 강제경매의 공신력 인정 여부가 달리 적용되어야 할 이유가 없으므로 가집행채권자는 당해 강제집행절차의 적법·유효한 매수인의 지위에서 그 소유권을 취득하였기 때문에 법률상 정당한 권원이 있고, 단지 그 가집행선고부 집행권원에 의하여 배당받은 배당금 가액에 대하여만 가집행채무자에게 부당이득반환의무를 부담하는 것으로 봄이 타당하다.

여 그 피전부채권 전체에 실체법상 이득보유의 정당한 권원이 상실되어 (유형론 관점) 피전부채권 자체를 부당이득의 반환대상으로 보는 것이 부당이득 원물반환의 원칙에 반하지 않는다.

그러나 부동산 강제경매는 그 구조상 전부명령과 다음과 같은 차이점이 있어 부당이득 원물반환의 문제에서 위 둘을 같이 볼 수 없다고 생각한다. 부동산 강제경매는 경매개시의 범위를 집행권원이 된 가집행선고부 집행채권액의 범위로 한정하지 않는다. 예를 들어 가집행선고부 집행채권액이 1억 원이라 할지라도 채무자 소유의 10억 원 상당의 부동산 전체에 강제경매가 개시된다. 따라서 이후 가집행선고가 실효되어도 매수인이 된 가집행채권자는 그 집행채권액 1억 원에 상당하는 배당금 수령액만을 부당이득으로 반환의무를 질 뿐, 경매로 취득한 소유권 전체에 대한 부당이득이 성립하지 아니한다.

설령 가집행채권자가 상계에 의하여 그 대금전액을 납입할 수 있는 경우에도 부당이득의 반환대상을 배당금이 아니라 그 부동산자체로 보는 것은 적절하지 않다. 부동산 강제경매에는 '입찰'이라는 사법상 매매의 성질이 강한 별도의 매수인 선정절차가 개입되므로 부당이득 공평설의 관점에서 본다면 수익과 손실간에 직접적 인과관계가 인정되기 곤란하고, 유형론의 관점에서도 '적법·유효한 입찰(현금화)절차'라는 별도의 소유권 취득원인이 발생하므로 부당이득이 성립된다고 볼 수는 없다고 생각한다.

2. 재심으로 집행권원이 폐기된 경우

확정된 종국판결에 터잡아 경매절차가 종료된 이후에 그 확정판결에

---

31) 대법원 1998. 8. 21. 선고 98다15439 판결은, "전부명령이 확정되면 피압류채권은 제3채무자에게 송달된 때에 소급하여 집행채권의 범위 안에서 당연히 전부채권자에게 이전하고 동시에 집행채권 소멸의 효력이 발생하는 것이므로 장래의 불확정채권에 대하여 압류가 중복된 상태에서 전부명령이 있는 경우 그 압류의 경합으로 인하여 전부명령이 무효가 되는지의 여부는 나중에 확정된 피압류채권액을 기준으로 판단할 것이 아니라 전부명령이 제3채무자에게 송달된 당시의 계약상의 피압류채권액을 기준으로 판단하여야 할 것이다."라고 판시하였다.

재심사유가 있어 재심소송에서 취소되었다고 하더라도 그 경매절차를 미리 정지시키거나 취소시키지 못한 채 경매절차가 계속 진행된 이상 경락대금을 완납한 경락인은 경매 목적물의 소유권을 적법히 취득한다는 것이 판례이다.[32]

이 경우에도 가집행선고부판결이 집행종료된 후 실효된 경우와 같이 집행채권자가 집행으로 이미 지급받은 것이 있다면 이는 법률상 원인이 없는 것이 되므로 부당이득으로서 반환하여야 한다.

제5절 집행권원이 위조된 경우 또는 담보권이 무효인 경우

1. 개요

강제경매개시의 근거인 집행권원이나 임의경매개시의 근거인 담보권 자체가 부존재·무효인 경우 개시된 경매절차 자체가 부적법·무효여서 그 경매절차에서 매수인이 된 자는 소유권을 이전받지 못하고, 그로 인하여 채권자가 배당받은 금액도 채무자의 변제로서 효과가 없으며, 매수인은 단지 배당에 참가한 채권자들에게 그가 받은 배당금에 대하여 부당이득 반환을 청구할 수 있게 된다.

이와 같은 경우 매수인은 적법한 등기나 법원의 경매절차를 신뢰하여 대금을 납부하였음에도 집행목적물의 소유권을 취득하지 못하고, 배당금을 받은 다수의 채권자들을 상대로 개별적으로 그 배당금액 상당을 부당이득으로 반환받아야 하는 심각한 법적 불안 상태에 처하게 된다.

이러한 이유로 집행채무자 및 소유자(물상보증인 등)의 보호가치가 낮다고 볼 수 있는 상황에서 채무자의 소유권 상실을 감수하고서라도 적법·유효한 절차를 신뢰한 매수인의 절차적 안정성을 보호함이 타당하다는 의견이 있다. 그러한 대표적인 경우가 임의경매에서 경매개시결정 전 담

32) 대법원 1996. 12. 20. 선고 96다42628 판결

보권이 소멸된 경우 민사집행법 제267조[33]를 문언해석하여 임의경매를 유효로 봄이 타당하다는 의견이다. 해당부분에서 상설한다.

2. 집행권원이 위조된 경우

강제집행의 집행권원인 약속어음공정증서가 위조된 것이어서 무효인 경우에 이를 근거로 이루어진 부동산 강제경매절차를 통하여 집행목적물을 경락받은 매수인은 그 소유권을 취득할 수 없음이 판례이다.[34] 또한 이처럼 경매절차가 무효인 경우 그 경매절차상 채무자나 채권자의 담보책임은 인정될 여지가 없고, 소유권을 취득하지 못하게 된 매수인은 경매 채권자에게 그가 받은 배당금에 대하여 부당이득법리에 따라 반환을 청구할 수 있다는 입장이다. 즉 민법 제578조의 담보책임은 경매절차가 유효인 경우를 전제로 한 규정이라는 것이다.

3. 담보권이 무효인 경우

가. 담보권이 경매개시결정 전 이미 무효인 경우

임의경매절차의 개시는 담보권이 유효함을 전제로 하므로 그에 실체적 하자가 있으면 절차법상 임의경매의 효력에 영향을 미친다. 따라서 집행법원은 임의경매 신청이 있으면 담보권과 피담보채권의 존부를 심사하여 담보권의 부존재·무효, 피담보채권의 불발생·소멸 등의 실체적 하자가 있으면 경매개시결정을 할 수 없고, 나아가 이러한 사유는 매각불허가 사유에 해당하며, 또 이를 간과하여 매각허가결정이 확정되고 매수인이 매각대금을 완납하고 소유권이전등기를 경료받더라도 매수인은 부동산의 소유권을 취득하지 못한다.[35] 따라서 원래의 부동산 소유자는 경매

---

33) 제267조(대금완납에 따른 부동산취득의 효과)
매수인의 부동산 취득은 담보권 소멸로 영향을 받지 아니한다.
34) 대법원 1991. 10. 11. 선고 91다21640 판결
35) 대법원 1999. 2. 9. 선고 98다51855 판결

목적물의 소유권을 상실하지 않으며, 경매목적물을 취득하지 못하는 매수인은 집행채권자 또는 배당수령자를 상대로 그 배당금의 반환을 부당이득으로 반환청구할 수 있을 뿐이다.[36] 이처럼 임의경매절차 자체가 무효인 경우에는 매수인은 경매 채권자에게 그 배당금에 대하여만 부당이득 반환을 청구할 수 있고, 경매의 채무자나 채권자에게 민법 578조 제2항의 담보책임을 물을 수 없음은 위에서 집행권원이 위조된 경우와 동일하다. 판례도 구건물 멸실 후에 신건물이 신축되었고 구건물과 신건물 사이에 동일성이 없는 경우 멸실된 구건물에 대한 근저당권설정등기는 무효이며, 이에 기하여 진행된 임의경매절차에서 신건물을 경락받았다 하더라도 그 소유권을 취득할 수 없다고 판시하고 있다.[37]

그런데 민사집행법 제267조(이하 '제267조'라고 약칭함)는 "매수인의 부동산 취득은 담보권 소멸로 영향을 받지 아니한다."라고 정하고 있어, 이 조문이 임의경매 개시결정 전 담보권이 소멸된 경우에도 적용될 수 있는지 문제된다.

종래 대법원은 구 민사소송법 제727조(민사집행법 제267조와 동일)가 신설되기 전에도 실체법상 존재하는 담보권에 기하여 경매개시결정이 이루어졌으나 그 후 경매 과정에서 담보권이 소멸한 경우에는 경매개시결정에 대한 이의 등으로 경매절차가 취소되지 않고 매각이 이루어졌다면 경매는 유효하고 매수인이 소유권을 취득한다고 해석해 왔다.[38]

대법원 판례는 구 민사소송법 제727조(민사집행법 제267조와 동일)가 신설된 이후에도 같은 입장을 유지하였다. 즉, 제267조는 경매개시결정이 있은 뒤에 담보권이 소멸하였음에도 경매가 계속 진행되어 매각된 경우에만 적용된다고 보는 것이 대법원의 일관된 입장이었다.[39] 이러한 태도

---

36) 주석민법, 채권각칙(5)(제4판), 한국사법행정학회(2016), 569면(김문석 집필부분)

37) 대법원 1993. 5. 25. 선고 92다15574 판결

38) 구 경매법 당시의 대법원 1964. 5. 20.자 63마152 전원합의체 결정, 대법원 1964. 10. 13. 선고 64다588 전원합의체 판결 , 대법원 1980. 10. 14. 선고 80다475 판결

39) 민사집행법 제정 전의 구 민사소송법 제727조의 해석에 관한 대법원 1999. 2. 9. 선고 98다51855 판결; 민사집행법 제정 이후에도 같은 입장으로 대법원 2012. 1. 12. 선고 2011다68012 판결

는 최근 대법원 전원합의체 판결[40](이하 '2018다205209 전합판결'이라 함)에서도 유지되었는데, 전원합의체 다수의견은 그 이유를 다음과 같이 판시하였다. "임의경매의 정당성은 실체적으로 유효한 담보권의 존재에 근거하므로, 담보권에 실체적 하자가 있다면 그에 기초한 경매는 원칙적으로 무효이지만, 일단 유효한 담보권에 기하여 경매개시결정이 개시되었다면 그 처분권이 적법하게 국가에 주어진 것이라는 점에서 담보권의 소멸은 그 소멸 시기가 경매개시결정 전후를 구분하여 그 법률적 의미가 본질적으로 다르다. 또한 경매개시결정 전 담보권이 소멸한 경우에도 임의경매의 공신력을 인정한다면, 이는 소멸한 담보권 등기에 공신력을 인정하는 것과 같은 결과를 가져오므로 현재의 등기제도와도 조화된다고 볼 수 없다. 그리고 현재의 판례에 따르더라도 구체적 사안에서 소유자가 경매가 유효하다는 신뢰를 부여하였거나 경매를 저지하지 않은 데 귀책사유가 있는 등 소유자가 매수인의 소유권 취득을 다투는 것이 부당하고 그를 보호할 필요성이 크지 않다고 판단되는 경우에는 금반언의 원칙 또는 신의성실의 원칙을 적용함으로써 충분히 타당한 결론을 도모할 수 있다"는 것이다.[41]

---

40) 대법원 2022. 8. 25.선고 2018다205209 전원합의체 판결

41) 이에 대하여는 다음과 같은 전원합의체 별개의견이 있었다.

"가. 민사집행법 제267조는 '담보권 소멸', 즉 담보권이 유효하게 성립한 후 나중에 발생한 사유로 소멸한 경우에는 담보권이 경매절차개시 전에 소멸한 것인지 여부를 묻지 않고 모두 적용된다고 해석하여야 한다. 담보권 소멸은 경매개시결정 이후에 담보권이 소멸한 것만을 가리킨다고 보는 것은 문언의 통상적인 의미에 맞지 않는다.

나. 경매제도에 대한 신뢰와 법적 안정성, 거래안전과 이해관계인의 이익형량을 고려하더라도 경매개시결정 당시 담보권이 이미 소멸한 경우에도 경매의 공신력을 인정하는 것이 타당하다. 소유자는 다양한 방법으로 어렵지 않게 경매를 저지할 수 있으므로, 소유자가 이러한 조치를 취하지 않은 채 경매가 종료되었다면 소유자보다 귀책사유 없는 매수인의 신뢰를 보호할 필요성이 훨씬 크다. 담보권 소멸을 위해서는 채무자나 소유자가 피담보채무 변제 등 적극적인 행동을 하여야 하는 경우가 대부분이므로 그들은 그 기회에 담보권 등기를 말소할 수 있다. 민사집행법 제267조는 그 의미가 명확하여 달리 해석할 여지가 없으므로, 다수의견과 같은 해석은 법규정의 가능한 범위를 넘는 목적론적 축소로서 법관에 의한 법형성에 해당한다. 이러한 목적론적 축소는 법원의 법률해석권의 범위를 명백히 벗어난 것이다. 경매가 무효라고 할 경우 매수인이 배당을 받은 모든 채권자들을 상대로 부당이득반환 청구를 하여 집행권원을 얻고 매각대금을 회수하는 데에는 현실적으로 많은 어려움이 따른다. 반면 경매가 유효하다고 보면 소유자는 경매부

생각건대, 필자는 위 전원합의체(2018다205209) 별개의견(경매유효설)에 찬성한다. 실체법과 절차법의 구분론에 기하여 먼저 실체법적 관점에서 볼 때, 임의경매 개시결정 당시에 저당권의 소멸로 그 환가권능에 흠결이 있다고 하여도 민사집행법 제267조를 민법 제187조[42]에 따른 법률상 부동산 물권취득의 원인규정으로 본다면 그 요건을 갖춘 매수인이 경매에 의하여 부동산소유권을 취득함에 있어 실체법적으로 문제가 없다.

동산의 소유권을 상실하지만 무효인 담보권에 기초하여 배당을 받은 경매채권자 외에 배당받은 다른 채권자에 대해서는 적법하게 채무를 변제한 효과가 있고, 경매채권자에게서만 배당금을 반환받으면 되므로 법률관계가 훨씬 간명하다. 다수의견은 진정한 소유권의 보호를 강조한다. 그러나 이 쟁점이 문제 되는 상황은 후순위 채권자 등 채무자의 이해관계인들이 이의를 제기하면서 경매의 무효를 주장하는 경우가 더 빈번할 수 있다. 그렇다면 매수인의 보호를 더 우선하는 것이 타당하다.

다. 임의경매와 강제경매의 차이점이나 등기 공신력에 관한 법리가 이러한 해석에 방해된다고 할 수 없다. 집행권원의 존부와 경매의 공신력 유무는 결론을 같이하여야 할 논리필연적 관계에 있지 않다. 경매에 공신력을 인정할지는 경매제도에 대한 신뢰와 거래안전, 이해관계인의 이익형량 등을 고려하여 결정할 입법 정책의 문제이다. 강제경매와 달리 임의경매에 공신력을 인정하지 않는 것이 반드시 논리적이고 타당하다거나, 임의경매의 공신력을 넓게 인정한다고 해서 경매절차에 관한 전체 법체계와 조화되지 않는다고 할 수 없다. 오히려 임의경매와 강제경매의 차이점에도 불구하고 임의경매에도 부분적으로 공신력을 인정하기 위하여 민사집행법 제267조가 입법된 것으로 볼 수 있다. 등기제도와 경매제도는 각자의 목적과 기능을 달리하는 별개의 제도이다. 등기와 경매의 공신력을 인정할지는 이러한 제도를 규율하는 법령의 내용, 전체 체계와 이해관계, 실무관행 등 여러 사정을 고려하여 다르게 정할 수 있다. 담보권 등기의 공신력을 인정하지 않으면서 경매의 공신력을 인정하는 것이 법체계적으로 모순된다고 할 수 없다. 민사집행법 제267조는 담보권이 소멸하였는데도 경매가 이루어져 매수인이 매각대금을 다 낸 경우에 한하여 경매가 유효하다고 보는 것이다. 이와 같이 해석한다고 해서 소멸한 담보권 등기 전체에 공신력을 인정하는 결과가 되는 것도 아니다.

라. 이 쟁점은 경매에 관한 제도 개선과 사회적 여건의 변화가 상당히 이루어진 현재의 시점에서 소멸된 담보권에 기초한 임의경매의 효력을 어떻게 볼 것인가라는 관점에서 판단하는 것이 바람직하다. 채무자 및 소유자는 상대적으로 쉽게 등기를 말소함으로써 부실등기의 발생을 방지하거나, 등기를 말소하지는 않더라도 적어도 진행 중인 경매절차를 여러 차례에 걸쳐 정지·취소시킬 수 있다. 반면 매수인이 임의경매의 기초가 된 담보권의 소멸 여부와 그 시기를 조사하는 것은 거의 불가능하며, 훨씬 더 많은 비용과 노력을 수반한다. 이들 중 어느 쪽을 더 보호할 것인지에 관하여 이익형량을 하더라도 매수인에 대한 보호를 제한하는 쪽으로 이 조항을 해석하는 것은 바람직하지 않다."

42) 제187조(등기를 요하지 아니하는 부동산물권취득) 상속, 공용징수, 판결, 경매 기타 법률의 규정에 의한 부동산에 관한 물권의 취득은 등기를 요하지 아니한다. 그러나 등기를 하지 아니하면 이를 처분하지 못한다.

절차법상으로도 이러한 경매개시결정의 흠결이 매수인의 소유권 취득에 영향을 줄 만큼의 본질적인 하자는 아니라고 본다. 왜냐하면 경매개시 전 소멸된 저당권에 기하여 개시된 임의경매절차라도 이에 편승하여 다른 경매채권자들도 배당에 참여하는 경우가 대부분인데 채무자(소유자)가 경매개시결정에 이의를 하지 않는 한 다른 경매채권자들은 이러한 하자를 알 수 없고, 만약 알았더라면 다른 채권자들이 자신의 저당권이나 집행권원을 근거로 중복경매를 신청하여 선행 경매개시결정의 흠결을 보완할 수도 있었을 것이다. 이들은 단지 선행하는 임의경매개시결정이 유효한 것으로 믿고서 굳이 중복경매라는 번거로운 절차를 반복하지 않았을 뿐이다. 그러므로 이러한 관점에서 보면 임의경매절차에서 채무자(소유자)에게 적법하게 경매개시결정문이 송달되어 개시결정에 이의할 기회를 보장하였고, 하자 있는 신청채권자(저당권자) 이외에 배당에 참가한 다른 채권자가 존재하는 경우라면 (대부분이 이에 해당할 것이다) 매수인이 매각대금까지 완납된 이후에 채무자나 소유자가 하자 있는 경매개시결정이라는 이유로 경매의 무효를 주장하는 것은 사실상 금반언에 반한다고 볼 수 있을 것이다. 따라서 다수의견이 주장하는 것처럼 개시 전 소멸된 저당권에 기한 임의경매개시결정에 환가권능의 본질적인 흠결이 있다고 보는 것은 지나친 측면이 있다.

다만 위와 같은 논리라면 저당권이 부존재한 경우에도 그에 기한 경매개시결정에 중대한 흠이 없다고 반론할 수 있으나, 부실등기라는 외관형성 및 강화책임의 관점에서 보면 저당권의 부존재와 개시전 소멸은 저당권자의 진정한 의사에 기하여 저당권이 설정되어 활용되었는지 여부에 있어 본질적으로 큰 차이가 있다고 볼 수 있어, 저당권이 부존재한 경우에는 절차적 안정성을 희생하더라도 원소유자의 정적 안정을 보호하는 것이 더 중요한 가치를 가지고 있어 저당권의 부존재와 개시 전 소멸은 본질적으로 다르다고 볼 수 있다.

또한 민사집행절차는 다수가 참여하는 단체법적 법률관계이므로 실체적 권리자를 보호하는 것과 함께 그 절차참여자 전체의 절차비용 절감도 중요하므로, 배당종료 후 배당이의를 하지 않은 일반채권자에게도 부당

이득반환청구를 허용하는 현재의 대법원 판례를 고려하면 이에 더하여 소멸된 저당권에 기한 임의경매절차라는 이유로 여러가지 채무자(소유자) 보호제도가 존재함에도 불구하고 임의경매로 인하여 형성된 소유권 이전의 법률관계를 향후 10년간 불안정한 상태에 두는 것은 심각한 절차적 불안정을 야기할 뿐 그로 이하여 보호되는 채무자(소유자)의 이익은 그에 비하여 크지 않다고 생각한다.

더불어 저당권의 경제적 이익을 향유하여 신용이익을 누린 채무자는 그 말소절차에 따른 거래비용과 위험부담도 스스로 책임지는 것이 합리적이다. 저당권 부실등기에 의한 위험을 제3자인 매수인에게 전가하면서까지 실체적 권리자 보호를 중요시하는 다수의견의 법제도 운용은 권리자가 최소위험회피자[43]라는 관점에서 볼 때 효율적인 방법이 아니다.

다수의견은 위 제267조를 정의관념에 따라 목적론적으로 축소해석하여야 한다고 판시하였다. 구 민사소송법을 개정(1990. 1. 13. 법률 제4201호)하면서 강제경매와 임의경매절차를 통합하고 위 조문을 신설하였던 당시 입법자들의 의사는 구 경매법(1962. 1. 15. 제정) 시대부터 대법원이 판례[44]로 인정하여 오던 임의경매에 대한 제한적인 공신력 법리를 입법

---

43) 최소 비용으로 위험을 회피할 수 있는 자는 외부의 제3자가 아니라 바로 그 권리자이다.

44) 대법원 1964. 5. 20.자 63마152 전원합의체 결정은 임의경매개시결정 후 저당권이 소멸한 사안에서, “신 경매법인 현행 경매법에서는 제3조에서 경락인은 경락대금을 완납한 때에 경락목적물의 소유권을 취득한다 규정하였고, 제28조에서는 이해관계인은 부동산경매절차개시결정에 대하여 경락대금을 완납할 때까지 경매법원에 이의신청을 할 수 있고 이 이의신청은 집행정지의 효력이 없으나 경매법원은 민사소송법 제484조 제2항에 준하는 명령을 할 수 있다고 규정하여 이해관계인은 경락허가결정이 확정된 후에도 경락대금 완납시까지는 저당채무의 변제 등 실체상 이유로도 그 변제 등 사유발생시기의 경락허가결정 확정 전후에 구애됨이 없이 이의 신청을 할 수 있음을 명백히 하였으며 동 이의신청은 집행정지의 효력이 없고 경매법원의 민사소송법 제484조 제2항의 규정에 준한 집행정지가 없으므로 인하여 경매절차가 그대로 진행되어 경락인이 경락대금을 납부한 때에는 채무자 또는 소유자는 위 이의신청사유의 존부, 이의신청사실의 유무에 불구하고 경락인에게 대하여 그의 소유권취득을 다툴 수 없다 할 것으로서... ”라고 판시하여 경매의 공신력을 최초로 인정하였음

이어 대법원 1964. 10. 13. 선고 64다588 전원합의체 판결에서도 위 법리를 재확인하여 마찬가지로 임의경매개시결정 후 저당권이 소멸한 사안에서, “실체상 존재하는 근저당권에 의하여 경매개시결정이 있었다면 가사 그후에 근저당권 설정계약이 해지되어 그 설정등기가 말소되었다 하더라도 경매신청 취하로 경매신청등기가 말소되거나 경매개

화한 조문이므로 기존의 판례법리에 부합되도록 그 조문의 의미를 축소해석하는 것은 본질적으로 '다른 것은 다르게 취급하여야 한다' 라는 정의의 요청에 따라 허용되는 정당한 축소해석일 뿐 판례에 의한 법형성이 아니라는 것이다.

민사집행법 제267조의 의미를 정확하게 이해하기 위하여는 위 조문 신설 당시의 입법자들의 의사를 확인하는 과정이 필요하다. 입법자의 의사 탐구는 법의 목적을 규명하는데 유용하고 법의 목적은 법률해석론에서 매우 중요한 의미를 가지기 때문이다.[45] 그러나 안타깝게도 당시 입법개정 회의록 중 위 조문에 관한 해당부분은 회의록이 작성되지 않아 확인할 수 없다[46]. 다만, 개정위원으로 참가한 위원들의 언급으로 추정할 수 있을 뿐이나, 개별 위원들의 의견이 일치하지 않는다. 개정위원들의 언급을 보면 이 조문은 임의경매개시 후 저당권 소멸의 경우에만 적

시 결정에 대한 이의 또는 항고에 의하여 그 개시결정이 취소되지 아니한 이상 그 경매절차의 진행으로 경락허가 결정이 확정되고 경매대금을 완납한 경락인은 경매부동산의 소유권을 적법히 취득한다고 해석하는 것이 타당하다."고 판시하였음

45) 이계정, "입법자의 의사와 법률해석의 문제", 서울대학교 法學, 제63권 제4호(2022. 12.), 21면은, "의회는 특정한 목적을 달성하기 위해 법을 제정하므로 법관은 그 법률이 추구하는 목적을 달성할 수 있도록 법을 해석해야 한다, (중략) 즉 '일반적 입법 목적(general purpose)'을 추론하여 법률을 해석해야 한다. 이러한 '일반적 입법 목적'의 규명을 위해서는 (중략) 제정 당시 입법자료에 대한 검토는 유의미한 일이 된다."

46) 법무부 민사소송법개정특별위원회에서 1984. 4.부터 1988. 12.까지 81차 회의를 통해 개정안을 확정하였는데, 회의 양이 방대하여 일부 회의만 회의록이 작성되어 있다. 이 사건 조항(구 민사소송법 제727조)의 조문화에 관한 논의가 순서상 제67차와 제70차 회의 중 있었을 것으로 보이나, 회의록이 작성되어 있지 않아 정확한 입법경위를 알 수 없다. 당시 개정위원으로 참여했던 이시윤, 이재성, 진성규 개정위원이 각자의 논문 등에서 언급한 내용을 가지고 추측할 수 있을 뿐인데 개정위원들의 의견이 일치되지 않는다.

주석 강제집행법(IV)(제3판), 한국사법행정학회(1999), 644면, 이재성 집필부분은 "민사소송법개정위원회의 심의 당시에도 ... 공신력의 인정범위를 넓혀 담보권이 사후적으로 소멸한 경우 뿐만 아니라 당초부터 부존재한 경우도 공신력을 인정하자는 주장과 현실적으로 아직은 진정한 권리자의 정적 안정의 보호에 더 중점을 두어 사후 소멸의 경우에만 공신력을 인정하자는 주장이 대립되었는데 결국 후자의 주장이 채택되어 만들어진 것이 본조이므로 이러한 본조의 제정경위에 비추어 보더라도 전설이 타당하다고 생각한다."라고 기술하고 있는 것에 반하여, 이시윤, 신민사집행법, 제8개정판, 박영사(2020), 549면은 "이 사건 조항은... 종래의 판례입장의 확인이 아니라 새 제도의 신설이다. 일본법과 같이 담보권 부존재의 경우도 소유권취득에 영향이 없도록 하는 전면도입안이 나왔다가 담보권 소멸로 한정도입한 것이 입법경위이다."라고 기술하고 있다.

용하는 것으로 보는 견해가 우세하나, 이시윤 개정위원은 당초 일본법을 참고하여 담보권 부존재를 포함하여 전면도입안이 나왔다가 저당권 부존재가 아닌 소멸의 경우만으로 한정도입한 것이라고 기술하고 있어, 의견이 일치하지 않는다. 결국 입법자의 의사는 명확하게 추정할 수 없다.

이 조문의 신설 취지에 관하여 개정위원들 사이에서도 의견이 일치하지 않으며, 설령 이 조문이 임의경매의 공신력을 부분적으로 인정한 기존 대법원 판례를 입법화한 것이라고 하여도 대법원의 최초 선례인 대법원 1964. 10. 13. 선고 64다588 전원합의체 판결이 있었던 시점부터 이 조문이 신설된 1990. 1. 13.까지 26년이 지났고, 이 조문이 신설된 이후로 현재까지는 다시 32년이 흘러 도합 58년이라는 긴 시간이 지난 만큼 경매제도 및 제반환경이 크게 변화한 점을 고려하면 최초의 입법자의 의사뿐만 아니라 현재 시점에서 어떠한 이익형량이 필요한 것인지를 시대상황과 사회일반의 인식, 사회적 비용의 발생 등을 고려하여 결정함이 타당하다고 생각한다.

민사집행법 제267조의 해석문제는 이후 논증할 '배당오류' 문제와도 연결되어 있다. 위 전원합의체 다수의견의 보충의견[47]에서 밝히고 있듯이, 배당오류 사안에서 대법원 2019. 7. 18. 선고 2014다206983 전원합의체 판결의 취지는" 집행제도의 안정 및 효율적 운영의 필요성에도 불구하고 경매절차의 종결을 이유로 실체법상 권리를 소멸시킬 수 없다는 입장을 명확히 한 것"이고, 민사집행법 제267조의 해석문제에 있어서도 "임의경매의 공신력을 확대하여 경매절차의 안정성을 확보하자는 별개의견은 ... 경매절차에서 절차 종결을 이유로 실체적 권리를 소멸시킬 수 없다는 기존 대법원 입장과 배치된다." 라고 밝히고 있다.

그러나 위와 같이 실체적 권리와 절차적 안정성이 대립하는 모든 경우에서 실체적 권리를 우선시하는 대법원의 법리는 당연하게도 절차적 안정성 침해효과를 누적적으로 증가시킨다. 배당오류 사안과 개시 전 소멸된 저당권에 기한 임의경매개시결정 사안이 중복하여 발생한 2018다205209 전합판결 사안에서도 후순위 일반채권자인 원고가 선순위 경매신

47) 대법관 노태악의 보충의견

청채권자인 저당권자를 상대로 그 저당권이 무효임을 배당절차내에서는 배당이의로 주장하지 않다가, 배당표가 확정된지 6년이 경과한 시점에서 갑자기 선순위 저당권자가 무권리자임을 주장하면서 부당이득반환청구를 하였다. 대법원이 배당이의를 하지 않은 일반채권자에게 배당종료 후 부당이득반환을 인정하지 않는 태도를 취하였다면 6년이 지난 후에 임의경매의 효력자체가 무효인지 논의되는 상황이 초래되지 않았을 것이며, 반대로 배당종료 후 부당이득반환청구를 인정하는 현재의 대법원 태도 하에서라도 임의경매의 공신력 문제에서 민사집행법 제267조를 문언대로 해석하여 경매절차에서 정적 안정과 동적 안정의 균형을 맞추려는 노력을 하였다면 법적 안정성이 과도하게 침해되는 결과를 막을 수 있다. 대법원 판례가 위의 두 쟁점에서 모두 실체적 권리를 우선시하는 일관성을 고수한 결과 배당오류에 의한 부당이득반환청구권이 시효로 소멸하는 10년의 기간 동안 임의경매에 참가한 매수인과 배당채권자들은 경매 이후 권리관계가 복멸될 수 있다는 가능성에 노출되어 있다.

또한 다수의견은 임의경매의 공신력을 인정하는 것은 등기의 공신력을 부정하는 우리 등기법 체계와 일치하지 않는다고 보았으나, 임의경매의 공신력을 인정하는 것은 소멸한 저당권의 효력을 유효화하거나 부실저당권을 사적으로 실행하는 것까지 유효로 보겠다는 의미가 아니라, 단지 법원의 임의경매절차를 통한 저당권의 공적 실행 측면에서만 공신력을 인정하자는 것일 뿐이므로 이를 소유권등기의 공신력도 인정하지 않는데 저당권 등기만의 공신력을 인정하는 것은 부당하다고 보는 것은 과장된 지적이라고 생각한다.

절차법의 목적은 실체적 권리관계의 구현에 있으므로 실체적 권리자 보호를 우선시하는 대법원의 다수의견은 원칙론에 충실한 것으로 설득력이 있고 기본적으로 합리적이다. 그러나 그 대가로 부실등기의 위험부담비용을 저당등기의 수익자인 저당권자가 아니라 제3자인 매수인과 기타 경매참가자들에게 전환시킴에 따라 실체적 권리보호 이익을 훨씬 상회하는 경매절차의 혼란과 절차비용 낭비를 초래하고 있다는 점을 경시하고 있다고 생각한다.

나. 담보권이 경매개시결정 후 무효가 된 경우

민사집행법 제267조에 의하여 임의경매는 유효하고 매수인은 소유권을 취득한다. 제267조는 담보목적물 소유자인 채무자나 물상보증인이 매수대금을 배당받은 채권자들에 대하여 그 배당금의 반환을 청구하는 것도 배제하는 취지이다.[48] 다만, 채무자나 물상보증인은 피담보채권이 소멸되었는데도 다시 배당금을 받은 담보권자에 대하여 부당이득반환을 청구할 수 있다.[49]

제6절 소결

이상에서 살펴본 '하자 있는 집행채권에 따른 강제집행'의 경우는 그 집행절차가 적법·유효하게 진행되어 종료되었다면 그 집행목적물의 소유권은 원칙적으로 매수인에게 유효하게 이전된다. 다만 당해 집행절차를 통하여 집행채권자가 얻은 급부가 사후에 실체법상 원인이 없다고 판명되는 경우에는 집행채권자가 집행채무자에게 부당이득반환 의무를 부담하나, 이것이 집행권원의 기판력에 저촉되는 경우에만 집행채무자의 부당이득반환청구가 제한된다.

그런데 집행절차가 집행개시 시점부터 또는 집행종료 이전에 이미 부적법·무효였음이 밝혀진 경우에는 그로 인한 집행목적물의 소유권 이전도 무효가 되고 집행절차를 통하여 집행채권자가 얻은 급부도 채무자의 변제로서 효력이 인정되지 않는다. 그 결과 매수대금을 납부한 매수인은 집행채권자를 상대로 그 배당받은 금원에 대한 부당이득반환을 청구하게 된다.

이 경우 외관상 적법·유효했던 집행절차를 신뢰한 매수인의 절차안

48) 이계정(주 2), 909면.
49) 양창수(주 19), 333면.

정성 보호가 강하게 요청되고 이를 위하여 임의경매의 경우에 공신력을 인정하는 민사집행법 제267조가 규정되어 있다. 종래 판례와 통설은 이를 경매개시결정 후 담보권이 소멸된 경우로 축소해석하여 적용하고 있어, 이를 문언 그대로 해석하여 경매개시결정 전 담보권이 소멸된 경우도 포함하여 해석・적용하려는 노력이 필요하다.

제4장 제3자의 재산에 대한 강제집행

제1절 개요

강제집행은 채무자 또는 물상보증인 소유의 책임재산을 대상으로 이루어지는 것을 전제로 하므로 제3자 소유의 재산에 대하여 이루어진 경우에는 매수인은 당해 집행목적물의 소유권을 취득할 수 없음이 원칙이다.

그러나 예외적으로 선의취득이나 제3자 보호규정이 있는 경우에 한하여 매수인은 당해 집행절차에 의하여서가 아니라 그 예외규정에 근거하여 집행목적물의 소유권을 취득할 수 있다.

매수인이 제3자로부터 집행목적물의 소유권을 취득할 수 있는지 여부가 결정되면 그 사후조정으로 누가 누구에게 부당이득반환을 청구할 수 있는지 문제된다. 그리고 매수인이 매수대금을 완납하였음에도 집행목적물의 소유권을 취득하지 못하는 경우에 그 매수인을 보호하기 위하여 민법 제578조[50] 담보책임을 적용하여 매수인은 채무자나 배당받은 채권자에 대하여 그 매수대금의 반환을 청구할 수 있는지 문제된다.

제2절 매수인이 경매목적물을 적법하게 취득하지 못하는 경우

---

50) 제578조(경매와 매도인의 담보책임)
① 경매의 경우에는 경락인은 전8조의 규정에 의하여 채무자에게 계약의 해제 또는 대금감액의 청구를 할 수 있다.
② 전항의 경우에 채무자가 자력이 없는 때에는 경락인은 대금의 배당을 받은 채권자에 대하여 그 대금전부나 일부의 반환을 청구할 수 있다.
③ 전2항의 경우에 채무자가 물건 또는 권리의 흠결을 알고 고지하지 아니하거나 채권자가 이를 알고 경매를 청구한 때에는 경락인은 그 흠결을 안 채무자나 채권자에 대하여 손해배상을 청구할 수 있다.

1. 매수인의 소유권 취득 불능

제3자의 재산에 대하여 강제집행을 하는 경우 제3자는 이와 같이 외관상 적법하나 실질적으로 부당한 집행에 대하여 제3자이의의 소(민사집행법 제48조)를 통하여 집행에 대한 이의 및 당해 집행의 배제를 구할 수 있다.

그런데 제3자가 이러한 제3자이의의 소를 제기하지 않고 그 집행이 종료되었다고 할지라도 이와 같은 제3자의 재산에 대한 집행은 채무자의 책임재산이 아닌 제3자의 재산에 대한 것이고, 특히 집행목적물이 부동산인 경우에는 우리 법제상 채무자 명의의 소유권등기를 신뢰한 것에 공신력이 인정되지 않으므로 적법한 경매절차에 의하여 매수인이 된 자는 매수대금을 완납하더라도 제3자의 소유권이 매수인에게 이전되지 아니하는 것이 원칙이다. 그렇다면 제3자 입장에서는 굳이 제3자이의의 소를 제기하지 않더라도 매수인이 대금을 완납한 이후에 제3자의 소유권에 기한 물권적 청구권을 행사하여 매수인 앞으로 경료된 등기의 말소를 청구할 수 있게 된다.

2. 제3자 이의의 소 불행사와 실권효 논의

매수인 입장에서는 채무자 명의로 되어 있는 부동산에 대하여 법원이 적법하게 진행하여 확정한 경매절차를 신뢰하여 매각대금을 지급하였음에도 그 목적물의 소유권을 취득할 수 없을 뿐만 아니라, 지급한 매각대금은 이미 배당되어 산일(散逸)해 버린 경우가 많아 배당받은 채권자들에게 부당이득 또는 담보책임이 인정된다고 하더라도 실질적으로 그 매각대금의 반환이 어려워지고 채무자는 무자력인 경우가 대부분이어서 그에 대한 보상도 곤란해진다.

이러한 문제점에 대하여 제3자이의의 소에 실권효를 부여하여 제3자가 절차법상 마련된 제3자이의의 소를 행사하지 않고 경매절차가 적법·

유효하게 진행되어 매수인이 대금을 완납하였다면 제3자의 소유권을 실권시키고 매수인에게 그 소유권이 이전되도록 함이 타당하다는 소수의견이 있다.[51] 이러한 의견은 제3장 제5절 3. 가 에서 경매개시결정 전 소멸된 저당권에 근거한 임의경매절차에 공신력을 부여하여 채무자의 소유권을 실권시키고 매수인의 소유권 취득을 인정하자는 논의와 같은 구조를 갖는다. 단지 실권효의 대상이 임의경매 공신력 논의에서는 채무자 또는 물상보증인의 소유물이었다면, 타인소유물의 경매에서는 제3자의 소유물로 바뀐 것 뿐이다.

그러나 제3자의 재산에 대한 강제집행에서 매수인 보호를 위한 실권효 논의는 민사집행법 제267조와 같은 법률상 근거도 없을 뿐만 아니라, 입법론으로서도 부적절하다고 생각한다. 왜냐하면 이러한 입법론은 등기의 공신력을 인정하지 않는 입법자의 결단에 반하기 때문이다. 다시 말해 채무자 명의의 등기를 믿은 매수인의 거래안전을 보호하기 보다 진정한 소유자인 제3자의 소유권에 대한 정적 안정을 우선하는 것이 더 중요하다는 입법자의 결단에 반한다.

등기의 공신력에 반한다는 점은 앞의 임의경매의 공신력 논의에서도 거론되었는데 거래안전과 정적 안정의 이익형량 관점에서 양자는 큰 차이가 있다. 임의경매 공신력 논의에서는 채무자가 피담보채무의 변제 등으로 저당권을 소멸시켰음에도 그 저당등기를 말소하지 않아 그로 인해 매수인의 거래안전을 위협하는 외관을 형성·강화한 책임이 채무자에게 있고, 채무자는 경매절차에서 이해관계인으로서 개시결정의 통지를 송달받을 권리가 있어 그러한 통지를 받고도 경매개시에 대한 이의나 집행정지 등을 하지 않았다는 점에서 실권효의 귀책사유가 채무자에게 귀속될 수 있다. 그러나 제3자의 재산에 대한 강제집행에서는 이와 다르다. 진정한 권리자인 제3자는 등기위조서류 등으로 자신의 소유권 등기를 빼앗긴 피해자이며, 그 소유물에 대한 경매절차에서도 이해관계인이 아니라서 제3자는 경매개시결정의 통지를 받지 못하는 등 경매절차에 대하여 이의

51) 오시영, “제3자 이의의 소 불행사와 실권효의 제재”, 민사소송(제12권 제2호) : 한국민사소송법학회지(2008. 11), 한국사법행정학회, 191면.

등을 할 기회도 보장받지 못하였다. 따라서 이러한 절차보장을 받지 못한 제3자에게는 실권효의 책임을 부담시킬 수 없다.

그러므로 위의 소수의견은 매수인 보호라는 목적은 정당하나 그 목적을 위하여 제3자의 소유권을 실권시키자는 수단을 택한 점은 수단의 적합성 및 목적과 수단의 이익형량 측면에서 모두 부당한 의견으로 생각된다.

위와 같은 이유로 제3자 재산에 대한 강제집행에서는 매수인의 경매절차에 대한 신뢰를 희생하여서라도 제3자의 진정한 소유권을 보호함이 타당하다. 매수인 입장에서는 매수대금만 잃어버린 결과가 되어 경매절차에 대한 불신은 클 수 밖에 없지만 제3자의 정적 안정을 보장하는 것이 더 중요한 경우라고 볼 수 있다.

다행인 점은 이처럼 제3자의 재산에 대한 강제집행이 발생할 수 있는 가능성이 크지 않다는 것이다. 그러한 경우로는 ① 위조서류에 의하여 채무자 명의로 권리이전 등기가 되어 있는 경우, ② 건물 신축시 소유권보존등기를 원시취득자가 아닌 채무자의 명의로 해놓은 경우 정도를 예상할 수 있어[52] 그 발생 가능성이 그리 높지 않다고 생각된다.

3. 매수인 보호를 위한 하자담보책임 논의

52) 오시영(주 51), 193면에서는 제3자 소유의 부동산에 대한 강제집행이 사실상 발생할 수 있는 경우를 여섯 가지로 들고 있는데, 매수인의 입장에서 위험성이 있는 경우는 그 중 위 두 가지에 한한다고 생각된다.

그 여섯 가지란, "① 위조서류에 의해 권리이전등기가 되어 있는 경우, ② 하자 있는 의사표시에 의한 법률행위(민법 제107조 내지 제110조의 경우)에 의한 무효·취소사유가 있음에도 불구하고 아직 말소등기 등이 이루어지지 않은 경우, ③ 선(先) 이전 등기 후 채무불이행이나 매도인의 담보책임 등이 문제되어 계약이 해제되었음에도 불구하고 아직 말소등기 등이 이루어지지 않은 경우, ④ 소유권이전등기청구권보전을 위한 가등기만 되어 있는 상태에서 경매 진행 후 본등기를 한 경우, ⑤ 제3자가 매매 등의 소유권취득원인이 있음에도 불구하고 아직 소유권이전등기를 하지 않은 경우, ⑥ 건물 신축 등의 경우 소유권보존등기를 원시취득자가 아닌 자의 명의로 보존등기를 한 경우" 등을 든다.

이 중 ②, ③의 경우는 선의의 제3자 보호규정에 의하여 매수인이 보호받을 수 있고, ④의 경우는 등기부상 가등기가 공시되어 있으며, ⑤의 경우는 당해 부동산이 아직 제3자 소유라고 볼 수 없는 경우이므로 매수인은 경매절차를 통하여 유효하게 소유권을 이전받을 수 있는 경우에 해당하므로 결국 ①과 ⑥의 두 가지 경우에서만 매수인의 보호에 흠결이 있다고 생각된다.

타인소유물에 대한 경매에서 매수인이 그 소유권을 취득할 수 없다면 그 다음 단계로 매수인은 누구를 상대로 매각대금 반환을 구할 수 있고 그 법적수단이 무엇인지 문제된다.

학설은 부당이득설[53]과 담보책임설[54]로 나뉘고 있는데 담보책임설이 다수설이다. 타인소유물의 경매는 무효이므로 이에 민법 제578조 경매의 담보책임을 적용할 수는 없기 때문에 대금을 납부한 매수인은 배당받은 채권자를 상대로 그 배당금을 부당이득 일반규정에 의하여 반환받을 수 있다는 것이 부당이득설이다. 반면에, 담보책임설은 타인소유물의 경매절차를 유효로 보아(또는 유·무효에 관계없이) 민법 제578조 경매 담보책임을 적용하여야 한다고 주장한다.

판례의 입장은 일치되어 있지 않다. 물상보증인 명의의 부동산에 설정된 저당권이 실행되어 임의경매절차에서 매수인이 매각대금까지 완납하였으나 물상보증인의 이전 소유자가 등기서류 위조에 의하여 등기를 취득한 자로 밝혀져 물상보증인과 매수인 명의의 소유권이전등기가 모두 말소된 사안에서 판례[55](이하 이 장에서 '대상판결1'이라 한다)는 민법 제578조 제1항의 채무자에는 임의경매에 있어서의 물상보증인도 포함된다고 보아 매수인은 물상보증인을 상대로 민법 578조의 담보책임을 인정하였다.

그러나 이와 다르게 부당이득설을 취한 판례도 있다. 채무자 명의의 부동산이 강제경매되어 매수인이 그 매각대금을 완납한 이후에 채무자 명의가 원인무효였음이 밝혀져 매수인이 소유권을 취득할 수 없게 된 사안에서 판례[56](이하 이 장에서 '대상판결2'라 한다)는 이러한 강제경매를

53) 김학준, "경매절차의 무효와 담보책임", 대법원판례해설 49호, 법원도서관(2004), 172면 이하.

54) 양창수, "채무자 소유 아닌 부동산에 대한 경매와 담보책임", 민법연구 제8권, 박영사(2007), 358면; 송인권, "경매와 매도인의 담보책임", 저스티스 제91호, 한국법학원(2006); 이규철, "경매의 목적이 된 권리가 타인에게 속한 경우와 담보책임", 재판과 판례 16집(2007. 12), 대구판례연구회(2008); 주석 민법, 채권각칙(5) 제4판, 한국사법행정학회(2016), 568면(김문석 집필부분); 주석 민법, 채권각칙(5) 제5판, 한국사법행정학회(2022), 908면(이계정 집필부분).

55) 대법원 1988. 4. 12. 선고 87다카2641 판결.

무효로 보고 매수인은 배당받은 채권자에게 부당이득 법리에 따라 반환을 구할 수 있을 뿐 민법 제578조에 따른 담보책임을 채무자나 채권자에게 물을 수는 없다고 판시하였다. 타인소유물에 대한 경매라는 동일한 사안에서 이렇듯 판례는 민법 제578조 담보책임의 인정 여부에 있어서 입장이 일정하지 않다.

생각건대, 타인소유물에 대한 경매에서 부당이득설을 취하는 판례나 학설의 취지는 매수인을 충실하게 보호하기 위함에 그 목적이 있다기보다 경매절차에서도 담보책임의 일반법리를 일관성 있게 유지하려는데 중점을 두고 있다고 생각한다. 다시 말해, 매도인의 담보책임은 매매계약의 효력이 유효함을 전제로 하고 경매절차도 그 법적 성질은 사법상 매매에 해당한다는 것이 판례[57]이므로 타인소유물의 경매에서도 경매절차가 유효하여야만 매수인은 채무자나 채권자에게 민법 제578조 담보책임을 물을 수 있다고 보는 것이다.

그러나 이러한 부당이득설의 논리는 경매절차의 특성을 간과하고 실체적 담보책임 법리를 절차법 영역인 경매절차에 지나치게 형식적으로 적용한 것으로 타당하지 않다고 생각한다. 채무자 소유물이라고 생각했던 집행목적물이 알고 보니 타인 소유물이었다는 점은 임의경매와 강제경매절차에서 그 경매신청권원의 특성에 따라 작용되는 결과가 다르다. 임의경매 경우에는 경매신청권원이 실체적 물권인 저당권이어서 그 대상물에 처분권이 없다는 점은 물권의 무효사유이므로 그 결과 경매신청권원이 무효[58]가 되어 그에 기하여 개시된 당해 경매절차도 무효가 된다.

---

56) 대법원 2004. 6. 24. 선고 2003다59259 판결.

57) 대법원 2021. 10. 28. 선고 2016다248325 판결

58) 최준규, “경매와 담보책임(재론)-물상보증인이 담보물을 제공한 경우를 중심으로”, 사법 제60호(2022), 402면은, “원인무효 근저당권에 기초한 (임의)경매를 무효로 보는 이유는 해당 집행권원의 실체적 정당성에 대한 공적 심사과정이 생략되었기 때문이다. (같은 면 각주 55) 강제경매의 경우 통상적으로는 법원의 확정판결을 통해 집행권원이 만들어지므로, 집행권원의 실체적 정당성에 대한 공적 심사과정을 거치게 된다.” 라고 기술하고 있다. 필자도 이에 동의한다. 상설하면 원인무효 근저당권에 기초한 임의경매가 무효가 되는 이유는 임의경매에서 집행권원에 해당하는 저당권은 실체법상 물권이므로 그 대상물에 대한 처분권 유무까지 그 개념에 내포되어 그 유효성 여부를 판단하게 되므로 타인

하지만 강제경매의 경우에는 경매신청권원이 채무자에 대한 집행권원이어서 채무자의 일반재산을 그 대상으로 할 뿐이다. 따라서 채무자에게 당해 집행목적물의 소유권이 없다는 점이 집행권원의 적법·유효성에 직접 영향을 주지는 않는다. 그 결과 이러한 집행권원를 근거로 타인소유물에 개시·압류[59]한 강제경매절차도 절차법상 적법·유효하다고 볼 수 있다. 다만 채무자에게 실체적 처분권이 없기 때문에 강제집행을 통하여 낙찰받은 매수인이 그 소유권을 취득할 수 없게 된다.

이렇게 보면 타인소유물에 대한 경매절차라도 강제경매일 경우에는 경매자체는 유효로 볼 수 있어 그 절차의 매수인에게는 민법 제578조 담보책임을 적용할 수 있게 되는 반면, 임의경매에서는 경매자체가 무효여서 담보책임을 적용할 수 없게 된다.

그러나 이러한 결과는 절차적 관점에서 형평성에 반한다. 경매절차에서는 통상 다수의 채권자가 참여하게 되고 개별 채권자는 각자 요건을 갖추어 중복경매를 신청을 할 수 있는바, 선행하는 경매개시결정이 저당권에 기한 것인지 집행권원에 따른 것인지에 따라 담보책임의 적용여부를 달리 하는 것은 절차법상 본질적으로 다르지 않은 두 대상을 다르게 취급하는 것으로 형평에 반한다. 이처럼 형평성 측면에서 난점이 있기 때문에 대상판결2에서도 대법원은 강제경매절차임에도 불구하고 임의경매절차에서와의 통일성을 유지하기 위하여 타인소유물에 대한 강제경매

소유물에 대한 경매에서 실체법적 물권으로서의 저당권 무효성이 절차법적 집행권원의 무효성이 되고 이것이 임의경매절차 자체의 무효로 연결되는 점이 핵심으로 생각된다. 이와 다르게 강제경매절차에서는 집행권원이 되는 채무자에 대한 확정판결이란 채무자에 대한 인적 청구권인 집행채권의 실체적 정당성을 확정판결에 의하여 공적으로 심사한 결과물인데, 그 집행권원 자체에는 물적 대상물 개념까지 내포되어 있지 않기 때문에 타인소유물의 경매 사안에서는 실체법적 물권으로서의 채무자 소유권 무효성이 절차법적 집행권원 무효성이 되지 않아 그에 기하여 개시된 강제경매절차 자체는 유효로 볼 수 있는 가능성이 생기게 된다고 생각한다.

59) 김형석, “경매와 담보책임”, 민사법학 제93호(2020. 12), 237면은, “압류는 원칙적으로 동산의 경우 채무자의 점유(민사집행법 제188조 제1항, 제189조) 그리고 부동산의 경우 채무자 명의의 등기라는 사정에 기초해 행해지며(동법 제80조, 제81조, 제83조 제1항), 목적물의 소유권이 채무자에게 속한다는 사정은 그 요건이 아니다. 그러므로 채무자가 처분권을 가지지 않는 제3자 소유물에 대한 압류는 절차법에 반하는 위법집행이 아니라 실체적인 관점에 정당화되지 않는 부당집행에 지나지 않으며,”라고 기술한다.

절차도 무효라고 선언한 것으로 해석된다. 그러나 이러한 판례의 태도는 절차법상으로 유효한 강제경매절차를 무효라고 선언한 것이어서 그 자체에 법리적 왜곡이 있다.

그러므로 타인소유물에 대한 경매라는 동일한 상황에서 그 경매절차의 개시권원이 저당권인지 집행권원인지라는 우연한 사정에 따라 경매절차의 유무효를 달리 판단하고 그 결과 매수인의 담보책임 적용여부까지 다르게 취급한다는 것은 지나친 형식론이라고 본다[60]. 본질적으로 '같은 것은 같게' 취급한다는 유추해석 법리에 부합한다는 점, 민법 제578조의 입법취지를 존중한다는 점에서 임의경매와 강제경매 모두에서 담보책임 적용을 긍정하는 담보책임설이 타당하다고 본다.

이에 대해서는 다음과 같은 반론이 예상된다. 담보책임 법리가 매매계약의 유효를 그 전제로 하는 이유는 당사자의 의사에 기초한 거래가 있어야 그 거래에 따른 위험배분을 관철시킬 수 있기 때문인데, 경매절차에서는 채무자와 매수인간의 의사에 기초한 거래는 없고 단지 집행목적물을 통하여 물적으로 관계할 뿐이므로 채무자에게 담보책임을 지울 근거가 부족하다는 것이다.

그러나 필자는 담보책임의 인정여부에서 반드시 당사자간 의사에 기초한 거래가 전제되어야 한다는 점도 지나친 형식론이라고 생각한다. 민법 제578조의 입법취지가 경매절차에서의 하자에 따른 손해를 효과적으로 위험배분하려는데 그 목적이 있다고 본다면 경매절차에서 반드시 당사자의 의사에 기한 거래가 있어야 한다거나 당해 경매절차가 반드시 유효여야 한다는 점에 구애될 필요는 없다[61]고 생각한다. 타인소유물의 임

---

60) 최준규(주 58), 402면은, "타인소유 부동산에 대하여 원인무효인 근저당권에 기초하여 경매절차가 개시된 경우와 등기부상 소유명의자에 대한 일반채권자가 유효한 집행권원에 기초하여 경매절차를 개시한 경우를 달리 취급하는 것은 불합리하다. 즉 전자의 경우는 경매절차가 무효이므로 담보책임이 문제 되지 않고, 후자의 경우는 경매절차가 유효(그러나 2003다59259 판결은 이를 무효라고 보고 있어 타당하지 않다)이므로 담보책임이 문제 된다는 결론은 지나치게 형식적이다." 라고 한다.

61) 주석민법 채권각칙(2), 제5판, 한국사법행정학회(2021), 445면(이동진 집필부분)도 기술하기를, "경매절차 자체의 무효는 오직 담보책임 인정과 관련하여 문제 되는 것이므로, 민사소송법상 절차가 무효인지, 무효가 될 수 있는지에 따라 기계적으로 판단될 것은 아니고, 제578조 담보책임과 관련하여 독자적으로 ... 이해할 수도 있다."라고 한다.

의경매절차에서 채무자는 핵심 당사자이다. 채권자는 당해 목적물이 채무자 소유임을 믿고서 저당권을 설정하고 금원을 대여하였을 것이며, 매수인은 채무자의 소유물임을 믿고서 그 경매절차에 참여하였을 것이다. 이러한 상황에서 임의경매절차가 무효라고 하여 그 사후조정 관계에서 채무자는 빠지고 매수인은 배당받은 채권자만을 상대로 일반 부당이득법리에 의해서만 배당금을 반환을 청구할 수 있다는 점은 부당하다.

민법 제578조 제2항에서 채권자에게 보충적 담보책임을 지우고 있는 것도 위 논의에 중요한 단서가 된다고 본다. 경매절차가 사법상 매매의 성질을 갖는다는 관점에서 보면 경매절차에서의 '채권자'는 당해 '매매'계약의 당사자가 아님에도 민법 제578조 제2항은 채권자를 담보책임의 보충적 책임자로 규정하였다. 동조항은 매매계약의 당사자(채무자 및 매수인)에 한정하지 않고 경매절차에서 관련자의 사후조정 법리를 규정한 것으로 해석할 수 있으므로 민법 제578조는 경매절차의 유효만을 전제로 한 규정으로 볼 수 없다고 생각한다.

결론적으로 민법 제578조, 제570조는 타인소유물의 경매에 있어서 일반 부당이득법리에 우선하는 특칙을 규정한 것으로 해석하는 담보책임설에 찬성한다. 이렇게 해석하는 것이 민법 제578조, 제570조를 규정한 입법자의 의사에도 부합하고, 매수인보호에 더 충실하며, 경매절차의 무효를 최소화하고 법률관계를 간명하게 만들어 절차적 안정성 측면에서도 더 합리적인 해석론이라고 생각한다.

제3절 매수인이 경매목적물을 적법하게 취득하는 경우

매수인이 동산의 선의취득[62](민법 제249조)이나 제3자 보호규정(민법 제107조 제2항, 제108조 제2항, 제109조 제2항, 제110조 제3항, 제548조

62) 대법원 1997. 6. 27. 선고 96다51332 판결은 "집행채무자의 소유가 아닌 경우에도 강제집행절차에서 그 유체동산을 경락받아 경락대금을 납부하고 이를 인도받은 경락인은 특별한 사정이 없는 한 그 소유권을 선의취득한다. "라고 판시한다.

제1항 단서 등)에 의하여 경매목적물의 소유권을 적법하게 취득하는 경우에는 매수인은 소유권을 취득하였으므로 문제될 것이 없고, 선의취득에 의하여 소유권을 상실한 원소유자의 보호가 문제된다. 이 경우 원소유자가 채무자와 채권자 중에서 누구를 상대로 매각대금의 반환을 청구할 수 있는지 문제된다.

판례[63]는 이 경우 채권자가 배당금을 받았다고 하더라도 채권자의 채무자에 대한 채권은 소멸하지 않고 존속하므로 '채무자'는 이득을 얻은 것이 없다고 본다. 반면 채권자는 배당금 수령으로 직접 이득을 얻었으므로 원래의 권리자인 제3자에게 부당이득반환의무를 부담하게 된다.

경매에 의한 매수인의 선의취득을 인정하였다는 점에서 본다면 판례는 당해 경매절차를 유효한 것으로 판단한 것으로 생각되나, 채권자의 채권이 배당에 의하여 소멸되지 않았다고 본 점에서는 배당절차를 무효라고 판단한 것으로 생각된다. 타인소유의 동산에 대한 경매절차에서 그 동산의 매득금은 채무자가 아니라 원소유자의 것이므로 배당절차에서 이를 채무자의 채권자들에게 배당한 것은 무권리자의 처분행위에 해당하여 무효이다. 이처럼 경매절차가 유효임에도 배당절차는 무효라고 법리구성을 할 수 있어[64] 판례의 결론이 부당하다고 생각되지 않는다.

제4절 소결

제3자의 재산에 대한 강제집행은 외관상 적법한 집행절차에 의한 것

---

63) 대법원 1998. 6. 12. 선고 98다6800 판결은 "채무자 이외의 자의 소유에 속하는 동산을 경매한 경우에 경매절차에서 그 동산을 경락받아 경락대금을 납부하고 이를 인도받은 경락인이 동산의 소유권을 선의취득한 경우 그 동산의 매득금은 채무자의 것이 아니어서 채권자가 이를 배당을 받았다고 하더라도 채권은 소멸하지 않고 계속 존속한다고 할 것이므로, 배당을 받은 채권자는 이로 인하여 법률상 원인 없는 이득을 얻고 소유자는 경매에 의하여 소유권을 상실하는 손해를 입게 되었다고 할 것이니 그 동산의 소유자는 배당을 받은 채권자에 대하여 부당이득으로서 배당받은 금원의 반환을 청구할 수 있다." 라고 한다.

64) 최준규(주 58), 389면 각주11.

처럼 보일 뿐 실체적으로는 채무자의 책임재산이 아닌 제3자의 소유물에 대한 강제집행이므로 무효임이 원칙이다. 그러나 부동산의 경우에 채무자 명의의 등기와 법원이 진행한 경매라는 외관을 신뢰하고 경매에 참여한 매수인은 그 집행목적물의 소유권을 취득하지도 못하고 매수대금만 지불한 것이 되어 경매절차에 대한 불신의 원인이 되고 있다. 이러한 거래불안 측면에서 보면 제3자 재산에 대한 강제집행은 앞에서 본 '집행권원이 위조되어 강제집행 자체가 무효인 경우'나 '경매개시 전 소멸된 담보권에 근거하여 진행된 임의경매의 공신력 인정' 문제와 그 구조가 유사하다.

그러나 제3자의 재산에 대한 강제집행의 경우는 원소유자인 제3자에게 강제집행절차에서의 통지 등을 통하여 방어기회를 보장하지 못하였다는 점에서 제3자의 소유권을 실권시킬 수는 없다고 봄이 타당하다. 매수인의 절차적 불안이 심각하더라도 진정한 권리자인 제3자의 정적 안정을 보호함이 보다 근본적인 법적 안정성을 유지할 수 있는 경우이기 때문이다.

매수인이 소유권을 취득할 수 없다면 매수인이 납부한 대금반환을 위한 사후조정이 문제된다. 학설은 부당이득설과 담보책임설이 대립하나, 민법 제578조, 제570조를 일반 부당이득 법리의 특칙으로 보는 담보책임설이 매수인 보호와 절차적 안정성 측면에서 보다 합리적인 해석론으로 생각된다.

제3장 배당오류[65]

제1절 개요

‘배당오류’란 집행법원이 절차법상 ‘적법’한 배당절차를 거쳐 배당표를 확정하였으나 그 배당표가 배당참가 채권자들 사이에서 실체법상 우열관계와 달리 작성된 경우를 말한다. 배당은 민법·상법 등 실체법상의 규정에 따라 이루어지는 것이 원칙이나 배당되어야 할 몫과 배당된 몫 사이에 간극이 발생할 수 있는데 이를 사후적으로 조정하기 위하여 배당종료 후 부당이득 반환을 청구할 수 있는지 문제된다.

이하에서는 논의를 위한 전제로서 먼저 부당이득 일반론과 배당요구 및 배당이의 유무에 따른 부당이득 관계를 기술한다. 그 다음으로 배당오류에서 부당이득 긍정설의 입장을 택한 판례의 이른바 실체적 배당수령권 이론을 침해부당이득 관점, 이익형량의 관점, 절차비용의 관점에서 비판적으로 검토한다. 마지막으로 필자가 취하는 부당이득 부정설의 입장에서 민사집행법 제155조를 배당오류에 따른 부당이득 실권효의 근거규정으로 활용할 수 있는지 검토한다.

제2절 논의의 전제

1. 부당이득 일반론

65) 이 장의 내용은 필자의 다음 논문들을 참조하여 작성하였다: 김관호, “배당오류에 대해 배당이의를 하지 않은 배당참가 채권자의 실체적 권리실현 보호와 적법한 배당절차를 통해 채권만족을 얻은 배당금수령자의 절차신뢰 보호간의 충돌문제”, 사법보좌관 정례세미나(2020. 4. 21), 법원행정처(2020); 김관호, “민사집행절차상 배당오류에 의한 배당종료 후 부당이득반환청구권 연구”, 한국사법행정학회(2021)

부당이득을 통일적으로 규율할지 다원적으로 규율할지를 두고 통일주의(공평설)와 비통일주의(유형론)가 대립하였다.[66] 부당이득의 기초를 '공평 이념'에서 찾으려는 통일설은, 부당이득 제도는 '형식적·일반적으로 정당시되는 재산가치의 이동이 실질적·상대적으로는 정당시 되지 않을 경우 공평 이념에 따라서 모순 조정을 도모하는 것'[67]이라고 한다. 유형론이 종래의 통일설을 비판하는 근거는, 공평이라는 추상적 이념만으로는 구체적인 문제해결에 있어서 무력하고[68] 부당이득의 다양한 유형을 제대로 설명할 수 없으므로 부당이득의 성립 여부는 개별 유형에 따라 나누어 판단하여야 한다는 것이다. 이러한 유형론이 현재 독일의 통설이 되었고, 근래 우리나라에서도 유형론이 받아들여져서 유력한 견해가 되었다.[69]

유형론의 입장에서는 일반적으로 부당이득을 급여부당이득과 비급여부당이득으로 나누고, 비급여부당이득을 다시 몇 가지로 세분한다. '침해부당이득'은 이러한 비급여부당이득에 속한다. 여기서 침해부당이득이란 다른 사람에게 배타적으로 귀속되는 재화를 권한 없이 사용·수익 또는 처분함으로써 이익을 얻고 그로 인하여 다른 사람에게 손해를 끼치는 경우 그 이익을 반환하게 하는 것이다. 본 쟁점에서 논의되는 배당오류에 의한 부당이득 성립문제는 '침해'부당이득에 해당한다.[70]

2. 배당요구, 배당이의 유무에 따른 부당이득 관계

가. 배당요구의 의의

---

66) 편집대표 김용담, 주석민법 채권각칙(5), 제4판, 한국사법행정학회(2016), 377면 이하.

67) 김증한, 채권각론, 박영사(1988), 404면.

68) 곽윤직, 채권각론, 신정판, 박영사(2000), 433면 이하; 김증한·안이준 편저, 신채권각론(하), (1965), 684, 701면; 양창수(주 19), 165, 171면은, " '법률상 원인의 흠결'을 일반적·형식적 법률과 구체적·개별적 정의와의 모순으로 설명하는 것은 결국 모든 부당이득 성립 여부의 판단을 '법관의 그때그때의 형평감각'에 맡기는 결과가 되므로, 문제는 부당이득법적 분쟁을 처리함에 있어 직접 의거할 수 있는 특정한 법규범을 제시하는 것"이라고 유형론의 입장에서 기술하고 있다.

69) 김형배, 사무관리·부당이득(2003), 77면 이하; 양창수(주 19), 161면; 김증한·김학동, 채권각론 제7판(2006), 695면 이하.

70) 양창수(주 19), 334면.

배당요구라 함은 채권자가 다른 채권자에 의하여 개시된 집행절차에 참가하여 동일한 재산의 매각대금에서 변제를 받으려는 집행법상의 행위를 말한다.[71] 배당요구제도는 압류우선주의의 독일법제에는 없는 제도로서 채권자 평등주의 채택의 결과이다.[72]

배당요구 없이도 당연히 배당에 참가하는 채권자는 배당요구의 종기까지 경매신청을 한 압류채권자, 첫 경매개시결정등기 전에 등기된 가압류채권자, 저당권・전세권, 그 밖의 우선변제청구권으로서 첫 경매개시결정등기전에 등기되었고 매각으로 소멸하는 것을 가진 채권자들이다(민사집행법 제148조).

반면에 배당요구를 한 경우에 한하여 배당받을 수 있는 채권자는 집행력 있는 정본을 가진 채권자, 경매개시결정이 등기된 뒤에 가압류를 한 채권자, 민법・상법 그 밖의 법률에 의하여 우선변제청구권이 있는 채권자들이다(민사집행법 제88조 제1항).

나. 배당요구를 하지 않은 경우 부당이득 성립여부

채권자가 배당요구의 종기까지 배당요구를 하지 않은 경우 배당절차 종료 후 부당이득반환청구를 할 수 있는지 문제된다. 판례[73]는 '당연히 배당에 참가하는 채권자'의 경우는 배당요구의 종기까지 배당요구를 하지 않은 경우에도 배당종료 후 부당이득반환청구를 할 수 있다고 한다. 이러한 채권자들은 배당요구를 하지 않더라도 그 순위에 따라 경락대금에서 우선변제를 받을 수 있어 당연히 배당요구를 한 것과 같은 효력이 있기 때문이라고 한다.

반면 '배당요구가 필요한 채권자'의 경우에는 배당요구의 종기까지 배당요구를 하지 않은 경우 배당절차 종료 후 부당이득반환청구를 할 수 없다.[74] 그 이유는 실체법상 우선변제권이 있는 채권자라 하더라도 배당

71) 이계정(주 2), 910면.
72) 이시윤(주 14), 310면.
73) 대법원 2006. 9. 28. 선고 2004다68427 판결

요구를 한 경우에 비로소 배당을 받을 수 있기 때문에 적법한 배당요구를 하지 아니하여 그를 배당에서 제외하는 것으로 배당표가 확정되고 그에 따라 배당이 종료되었다면 그가 배당요구를 한 경우에 배당받을 수 있었던 금액이 후순위 채권자에게 배당되었다 하여도 이를 법률상 원인이 없는 것이라고 볼 수 없기 때문으로 설명한다.

다. 배당요구를 한 경우 부당이득 성립여부

배당요구를 한 채권자는 배당오류 있는 배당표에 대하여 배당절차 내에서 배당이의(민사집행법 제151조)를 할 수 있고, 이로써 해결되지 않으면 배당이의의 소(민사집행법 제154조)를 제기할 수 있다.

민사집행법 제155조[75]는 "배당이의한 채권자는 배당이의의 소 제기기간을 지키지 않은 경우에도 다른 배당받은 채권자에 대하여 소로 우선권 및 그 밖의 권리를 행사함에 영향이 없다"고 규정하고 있어, 배당이의를 한 채권자의 경우에는 배당종료 후라도 배당오류에 따른 부당이득 반환청구를 할 수 있다.[76]

그렇다면 이러한 배당이의를 하지 않은 채권자는 배당종료 후에 배당오류를 조정할 수는 없는지 문제된다. 이 점이 바로 이 장에서 논의하는 배당오류에 의한 부당이득 반환청구권을 인정할 것인가의 문제이다.

3. 배당오류와 부당이득반환청구권

채권자가 적법한 배당요구를 하였으나 배당표에 이의를 제기하지 않은 경우[77] 부당이득반환청구를 할 수 있는지에 대하여 다음과 같이 학

---

74) 대법원 1997. 2. 25. 선고 96다10263 판결

75) 제155조(이의한 사람 등의 우선권 주장)
이의한 채권자가 제154조 제3항(배당이의의 소)의 기간을 지키지 아니한 경우에도 배당표에 따른 배당을 받은 채권자에 대하여 소로 우선권 및 그 밖의 권리를 행사하는 데 영향을 미치지 아니한다.

76) 이계정(주 2), 912면.

77) '배당이의 등을 하지 않은 채권자' 란 적법한 배당요구를 하여 배당절차에 참가한 채권자

설이 대립하며, 판례는 부당이득반환청구를 긍정하는 입장이다.

가. 학설

1) 긍정설[78]

배당기일에 배당이의를 하였는지 불문하고 배당종료 후 부당이득반환청구를 허용하는 견해로서, 그 논거로는 ① 채권자가 배당이의를 하지 않더라도 이는 배당표에 따른 배당실시에 동의한 것으로 의제될 뿐 다른 채권자의 실체법상 권리를 승인하거나 자신의 실체법상 부당이득반환청구권을 포기한 것으로 볼 수 없는 점, ② 민사집행법 제155조가 이러한 실체법상 권리를 제한하는 규정이라고 보기도 어렵다는 점을 제시한다.

2) 부정설[79]

로서 ① 적법한 통지를 받고도 배당기일에 출석하지 않아 배당표에 따른 배당의 실시에 동의한 것으로 간주되는 경우(민사집행법 제153조 제1항), ② 배당기일에 출석하고도 배당이의를 하지 않은 경우, ③ 배당이의를 하였다가 이의를 취하한 경우, ④ 배당이의의 소를 제기하고도 제1회 변론기일에 출석하지 않아 배당이의의 소를 취하한 것으로 간주되는 경우(이하 위와 같은 채권자들을 통틀어 '배당이의 등을 하지 않은 채권자'라 한다)를 포함한다.

또한 본 논의는 당해 채권자가 배당표에 대하여 이의를 하여 다툴 수 있는 절차적 보장을 받았음을 전제로 한다. 따라서 채권자가 적법한 배당기일 통지를 받지 못하였거나 다른 채권자의 기망이나 강박에 의하여 이의를 하지 못한 경우 또는 채권자가 책임질 수 없는 사유로 배당기일에 출석할 수 없었던 경우에는 채권자가 이의를 할 수 있는 기회 자체를 부여받지 못하였으므로 채권자의 배당종료 후 부당이득반환청구가 허용될 수 있다.

78) 편집대표 김능환, 주석 민사집행법(Ⅳ), 제3판, 한국사법행정학회(2012), 266면(손홍수 집필부분); 양창수, "부당배당과 부당이득반환청구", 민법산고(2007), 224면; 이주홍, "청구금액의 확장과 배당 후 부당이득반환청구의 허부 : 배당절차와 관련된 부당이득반환청구", 판례실무연구 1권(1997), 580면; 김현석, "부동산 경매절차에서 배당요구를 하지 아니한 임금채권자의 지위", 민사판례연구 제20권, 박영사(1998), 232면; 채영수, "배당이의와 부당이득반환청구", 대법원판례해설 제10호, 법원도서관(1989), 100면; 이영갑, "배당이의판결의 기판력과 부당이득반환청구", 판례연구 제12집, 부산판례연구회(2001), 1070면

79) 편집대표 김상원, 주석 민사집행법(Ⅲ) 제2판(2007), 965면(민일영 집필부분); 이우재, 부동산 및 채권집행에서의 배당의 제문제(제2판), 진원사(2012), 1418면; 민일영, "체납처분과 배당요구, 그리고 부당이득반환청구", 민사재판의 제문제 제10권(2000), 842면; 정동윤, "배당절차종료 후의 부당이득반환청구에 관하여", 판례실무연구 제1권(1997), 608면;

채권자가 배당기일에 출석하여 배당이의 기회를 부여받았음에도 이를 해태한 경우 배당종료 후 부당이득반환청구권을 주장할 수 없다는 견해로서, 그 논거는 ① 민사집행법 제155조는 배당이의를 하지 않은 채권자에 대하여 그 실체법상 부당이득반환청구권을 제한하는 취지로 보아야 한다는 점, ② 배당종료 후에도 부당이득반환청구권을 널리 인정하는 것은 배당기일에서의 절차를 헛수고에 그치게 하여 배당절차를 불안하게 하고, 상대방에게 장기간(10년의 소멸시효)에 걸친 응소부담을 과하게 하는 점을 주장한다.

3) 제1 절충설('이분설')[80]

채권자를 담보권자와 일반채권자로 구분하여 전자에 대하여는 부당이득반환청구권이 인정되고, 후자에게는 인정되지 않는다는 견해로서, 그 논거는 ① 일반채권자는 집행대상의 교환가치로부터 배타적 채권만족을 얻을 실체법상 권리가 없고 채무자의 다른 책임재산으로부터 나중에 평등분배를 받을 권리가 남아있으므로 배당오류 있는 배당표가 작성・확정되더라도 그로 인한 손해가 있다고 볼 수 없다는 점, ② 반면에 담보권자는 집행대상의 교환가치로부터 배타적인 만족을 얻을 실체법상 권리를 가지고 있고, 배당이 종료되어 담보권이 소멸하면 그 실체법상 우선변제권이 소멸되어 손실이 발생하므로 배당이의를 하지 않았다 하더라도 배당종료 후 부당이득반환청구권을 인정하여야 한다는 점을 들고 있다.

오종윤, "배당이의와 부당이득반환청구", 사법논집 제26집(1995), 327면, 윤윤수, "우선변제청구권자의 부당이득반환청구", 부산판례연구 제6집, 부산판례연구회(1996), 582면; 정호영, "배당이의의 소", 강제집행·임의경매에 관한 제문제(하) 재판자료 제36집, 법원도서관(1997), 489면; 조정래, "배당이의와 부당이득반환청구", 판례연구 제1집, 부산판례연구회(1991), 423면; 조철호, "배당절차 종료 후 채권자의 부당이득반환청구", 재판과 판례 제7집, 대구판례연구회(1998), 363면; 김형천, "배당절차 종료 후의 부당이득반환청구", 서울지법 판례연구, 서울지방법원 동부지원(1997), 242면

80) 서기석, "배당절차 종료 후 채권자의 부당이득반환청구", 판례실무연구 제1권(1997), 718면; 국상종, "과오배당과 부당이득반환청구", 민사법연구 제6집(1997), 188면; 일본 최고재판소의 입장이기도 하다. 日最判 1991. 3. 22.(民集45卷3号322면頁), 日最判 1998. 3. 26.(民集52卷2号513頁)

4) 제2 절충설[81]

채권자를 담보권·우선특권부 채권자와 일반채권자로 구분하여 전자에 대해서는 부당이득반환청구권이 인정되지만 후자에 대하여는 부당이득반환청구권이 인정되지 않는다는 견해로서, 그 논거로는 ① 담보권자의 경우 배당오류가 있으면 담보권의 배타적 이익이 침해되어 손해가 발생하므로 침해부당이득 요건이 충족되고, 민법·상법 그 밖의 법률에 의하여 우선변제권이 있는 채권자(우선특권부 채권자)의 경우도 마찬가지라는 점, ② 반면 일반채권자에게 배당오류가 발생하면 배타적 이익을 목적으로 하지 않는 일반채권에 대한 침해밖에 없으므로 침해부당이득 요건이 충족되지 않는다는 점을 들고 있다.

나. 판례

대법원은 구 경매법(1962. 1. 15. 법률 제968호로 제정되어 같은 날부터 시행되다가 1990. 1. 13. 법률 제4201호로 폐지) 시절[82]부터 경매법이 폐지되고 구 민사소송법(1990. 1. 13. 법률 제4201호로 개정)이 규율하던 시절[83], 그리고 그 후 민사집행법이 제정된 이후[84]부터 현재에 이르기까지 임의경매와 강제경매의 각 절차에서 모두 우선변제권 있는 채권자와 우선변제권 없는 일반채권자가 공통적으로 배당기일에 배당이의를 하지

81) 전원열, “민사집행절차상 배당요구·배당이의와 부당이득반환청구권”, 저스티스 통권 제178호(2020. 6), 237-244면

82) 대법원 1964. 7. 14. 선고 63다839 판결

83) 대법원 1994. 2. 22. 선고 93다55241 판결, 대법원 1997. 2. 14. 선고 96다51585 판결, 대법원 2000. 10. 10. 선고 99다53230 판결

84) 대법원 2007. 2. 9. 선고 2006다39546 판결은 판시하기를, “확정된 배당표에 의하여 배당을 실시하는 것은 실체법상의 권리를 확정하는 것이 아니므로, 배당을 받아야 할 채권자가 배당을 받지 못하고 배당을 받지 못할 자가 배당을 받은 경우에는 배당을 받지 못한 채권자로서는 배당에 관하여 이의를 한 여부에 관계없이 배당을 받지 못할 자이면서도 배당을 받았던 자를 상대로 부당이득반환청구권을 갖는다 할 것이고, 배당을 받지 못한 그 채권자가 일반채권자라고 하여 달리 볼 것은 아니다”라고 한다. 이러한 판시는 이후 다수의 판결에서 반복하여 인용되었다; 대법원 2007. 2. 22. 선고 2006다21538 판결, 대법원 2007. 2. 22. 선고 2006다65033 판결, 대법원 2007. 3. 29. 선고 2006다49130 판결, 대법원 2008. 6. 26. 선고 2008다19966 판결, 대법원 2010. 12. 23. 선고 2009다57460 판결, 대법원 2011. 2. 10. 선고 2010다90708 판결, 대법원 2012. 12. 26. 선고 2011다60421 판결 등

않고도 부당이득반환청구를 할 수 있다고 판시하고 있다. 그리고 이에 대한 법리적 근거로서 강제집행절차 내에서 배당요구 종기가 도과하면 일반채권자를 포함한 경매채권자들에게 이른바 '실체적 배당수령권'이 발생한다고 판시하여 왔다.

다. 검토

생각하건대, 필자는 부당이득 부정설에 찬성한다. 그 이유는 ① 침해부당이득 법리의 배타적 이익 할당 측면에서만 본다면 제1 절충설(이분설)이 타당하지만, 배당이의를 해태한 채권자의 부당이득반환청구권의 제한할 수 있는 실권효의 근거규정으로 민사집행법 제155조를 해석할 수 있기 때문에 법정책적 관점에서 필요성만 충분하다면 부당이득 부정설을 선택하여도 침해부당이득 법리상 문제가 없다는 점, ② 이익형량 측면에서 볼 때 본 쟁점에서 충돌하는 법익은 '실체적 권리실현의 이익'과 '절차적 안정성의 요청'인데, 민사집행절차의 발전과 채권자들의 높아진 권리의식 등을 고려하면 배당이의를 통하여 채권자들의 실체적 권리실현을 1차적으로 보호한 후 배당절차 내에서 채권자가 절차보장을 받지 못한 예외적인 경우에 한하여 2차적으로 배당종료 후에 부당이득반환청구를 허용하는 것이 합리적이라는 점, ③ 우리 민사집행절차의 구조적 특성인 채권자평등주의, 압류의 개별상대효, 우선변제특권들의 제정 등이 원인이 되어 발생하는 '배당의 순환관계'라는 배당절차에서의 왜곡현상을 고려하면, 우리의 집행·배당절차는 절차비용 소모가 극심한 구조이므로 종국적으로는 배당종료 후 부당이득 부정설을 취하는 방향으로 배당절차를 발전시키는 것이 합리적이라는 점을 이유로 한다.

위 논거들은 판례의 입장인 부당이득 긍정설에 대판 비판적 검토로써 다음 제3절에서 상설한다.

제2 절충설도 침해부당이득 법리에 따라 이분설을 전제로 하는 점에서 타당하나, 우선변제특권자를 담보권자와 동일하게 취급한다는 점에서 무리가 있다고 생각한다. 우선변제특권은 그 종류를 크게 채무자의 책임

재산 일반에 우선변제특권이 인정되는 '인적 우선변제특권'과 채무자의 특정 재산에 우선변제특권이 인정되는 '물적 우선변제특권'으로 나눌 수 있는데, 전자의 예로는 임금우선특권이 대표적이고 후자는 당해세나 소액임대차보증금 우선변제특권 등을 들 수 있다.

그런데 '인적 우선변제특권'의 경우에는 채무자의 책임재산 일반에 우선변제특권을 부여한 것이어서 이를 특정한 집행목적물에서의 담보물권과 동일시 할 수 없다. 이러한 인적 우선변제특권자라도 배당요구한 이후에는 당해 집행목적물에 담보권자와 동일한 권리가 설정된다고 주장할 수도 있으나, 이는 결국 일반채권자라도 배당요구한 이후에는 당해 집행목적물의 교환가치에 배타적 권리가 부여된다는 판례의 '실체적 우선변제권' 법리와 동일한 논리가 되어 후술하는 '실체적 우선변제권'에 대한 비판이 동일하게 적용된다.

또한 '물적 우선변제특권자'의 경우에는 당해 집행목적물의 교환가치에 실체법상 우선변제권이 있다는 점에서 담보물권과 유사하다고 볼 수 있으나, 이 또한 소액임대차보증금 우선변제권자의 경우에만 주민등록이나 부동산인도 또는 임차권등기명령 등의 공시수단이 갖추어져 있을 뿐이고 당해세와 같은 물적 우선변제특권 등은 공시수단이라고 볼 수 있는 것이 사실상 없어서 담보물권으로서 갖추어야 할 요건을 충족하지 못하였다고 본다. 게다가 판례는 물적 우선변제특권자도 배당에 참가하려면 배당요구를 하여야 한다는 입장이어서 물적 우선변제특권자를 담보물권처럼 당연히 배당에 참가하는 채권자로 볼 수도 없다.

결국 우선변제특권은 그 내용이 정형화되어 있지 않고 배타적 권리자로서 실체법상 갖추어야 할 요건에 미달하여 담보권자와 같이 취급하기에는 무리가 있다. 또한 침해부당이득 관점에서도 당해 집행목적물의 교환가치에 채권자의 배타적 이익할당이 있는지 논의할 때 우선변제특권자들도 모두 배당요구가 필요한 채권자들이라는 점에서 일반채권자와 달리 취급할 이유도 없다고 생각한다.

이하에서는 판례의 '실체적 배당수령권' 이론을 비판적으로 검토하고, 그 결론으로 부당이득반환청구 부정설이 타당함을 논증한다.

제3절 판례의 '실체적 배당수령권' 이론

1. 개념과 연혁

먼저 판례가 설시한 '실체적 배당수령권' 개념의 연혁을 살펴본다. 대법원 2000. 1. 21. 선고 99다3501 판결은 "배당이의의 소의 본안판결이 확정된 때에는 배당이의가 있었던 배당액에 관한 '실체적 배당수령권'의 존부의 판단에 기판력이 생긴다"라고 판시[85]함으로써, 특정의 계쟁 배당액에 관하여 경합하는 배당참가채권자 사이의 실체법상 권리관계에 따라 정해지는 '실체적 배당수령권'이라는 개념을 처음으로 언급하였다.

다만, 판례의 '실체적 배당수령권'의 구체적인 내용이 무엇인지는 위의 판결들에서 자세히 설시하지 않았는데, 대법원 2019. 7. 18. 선고 2014다206983 전원합의체 판결에서는 "채권자가 배당요구를 하여 배당절차에 참가하고 경매절차의 진행으로 배당요구의 종기가 지나면 가지는 특정 금액의 배당금을 자신에게 귀속시킬 수 있는 구체적인 권리."라고 판시하여 이를 구체적으로 설시하였다[86].

---

85) 대법원 2000. 1. 21. 선고 99다3501 판결은 "채권자가 제기한 배당이의의 소의 본안판결이 확정된 때에는 이의가 있었던 배당액에 관한 실체적 배당수령권의 존부의 판단에 기판력이 생긴다고 할 것이고, 위 배당이의의 소에서 패소의 본안판결을 받은 당사자가 그 판결이 확정된 후 상대방에 대하여 위 본안판결에 의하여 확정된 배당액이 부당이득이라는 이유로 그 반환을 구하는 소송을 제기한 경우에는, 전소인 배당이의의 소의 본안판결에서 판단된 배당수령권의 존부가 부당이득반환청구권의 성립 여부를 판단하는 데에 있어서 선결문제가 된다고 할 것이므로, 당사자는 그 배당수령권의 존부에 관하여 위 배당이의의 소의 본안판결의 판단과 다른 주장을 할 수 없고, 법원도 이와 다른 판단을 할 수 없다."라고 한다.

86) 대법원 2019. 7. 18. 선고 2014다206983 전원합의체 판결은 "채권자가 배당요구를 하여 배당절차에 참가하고 경매절차의 진행으로 배당요구의 종기가 지나면 특정 금액의 배당금을 자신에게 귀속시킬 수 있는 구체적인 권리를 가진다. 따라서 어느 채권자가 자신이 배당받을 수 있는 금액을 넘어 배당을 받거나 배당받을 지위에 있지 않음에도 다른 채권자에게 귀속되어야 할 배당금을 받아갔다면, 그는 다른 채권자의 손실로 인하여 법률상 원인 없이 이득을 얻은 것으로 보아야 한다."라고 한다.

2. 침해부당이득 관점에서 비판적 검토

판례는 이처럼 일반채권자를 포함한 모든 배당참가 채권자들에게 배당요구 종기가 도과하면 이른바 '실체적 배당수령권'이 발생함을 인정하여 이를 침해부당이득에서 배타적 이익이 할당된 것으로 보아 배당오류 사안에서 배당이의의 하지 않은 일반채권자일지라도 그 배타적 이익의 할당인 실체적 배당수령권이 침해되었으므로 이를 원인으로 배당종료 후에도 부당이득반환청구권이 발생한다고 판시하여 오고 있다.

부당이득 유형론에 의할 때 침해부당이득의 성립요건은 ⅰ)자신에게 '배타적 이익'을 보장하는 권리가 있을 것, ⅱ)이득자가 이를 침해하여 이익을 보유한 상태에 있을 것의 두 가지이다. 즉, 권리자에게 부여되는 일정한 '배타적 이익'이 그 권리자의 동의 없이 다른 사람에게 귀속, 즉 침해되었음을 핵심요건으로 한다.

여기서 '배타적 이익'이란 그 권리자에게 '배타적 이익이 할당'되어 있는 것을 말한다. 이는 물권에 있어서는 명백하다. 하지만 채권의 경우 그 내용이 채무자에 대한 상대적·인적 청구권이고 채권자에게만 어떤 '배타적 이익(절대적 지배권)'을 '할당'하는 것이 아니므로, 원칙적으로 채무자 이외의 제3자가 그 채권의 '내용'을 침해할 수 없다. 따라서 채권은 그 '귀속'[87] 자체를 제외하고는 그 내용에 있어 물권과 같은 '배타적 이익의 할당'이 없는 것이다. 여기서 채권에 할당된 배타적 이익으로서 그 '귀속'이라 함은 채권의 준점유자나 영수증소지자에 대한 유효한 변제로 인하여

87) 양창수(주 19), 244면은 "채권의 경우에는 그 '귀속' 자체를 제외하고는 그와 같은 배타적 이익이 할당되어 있지 않으므로, 이를 침해한다고 하여도 부당이득반환청구권이 발생하지는 않는다고 할 것이다."라고 한다. 또한 247면에서는, "귀속침해의 대상이 되는 것에는 이익의 배타적 할당을 내용으로 하는, 소유권을 전형으로 하는 물권적 성질의 권리뿐만 아니라, 채권과 같은 상대적 권리도 포함된다." 고 하면서, 그 예로 채권의 준점유자(민법 제470조) 또는 영수증소지자(민법 제471조)에 대한 유효한 변제로 인한 원채권의 소멸 등을 제시하고 있다. 이 경우 원래의 채권자는, 채권의 준점유자 또는 영수증소지자에 대하여 그가 변제로 수령한 급부를 (침해)부당이득으로 반환청구할 수 있음에 이론(異論)이 없다고 한다

'채권 그 자체가 소멸' 되는 경우 등을 말한다. 따라서 채권은 그 귀속이 침해되어 채권이 소멸되는 것을 제외하면 상대적·인적 청구권이므로 그 권리내용을 침해할 수 없어 그로 인한 침해부당이득 반환청구권도 발생하지 않는다고 볼 수 있다.

부당이득 유형론에 의할 때 어느 경우에 법질서에 의하여 배타적으로 귀속되어 있는 이익이 침해된 것으로 볼 수 있는지[88]는 그 상황의 포괄성으로 인하여 명확하게 법적 요건으로 규정하기 곤란하다. 따라서 배당오류 사안에서도 배당이의를 하지 않은 채권자에게 그가 일반채권자인 경우에 있어서도 침해부당이득 법리에 따라 그 배타적 할당이익이 침해되었다고 볼 명백한 근거는 없다. 법원이 해석론을 통하여 그 배타적 할당이익을 인정한 것이라는 점에서 판례의 '실체적 배당수령권' 이론의 의의가 있다.

그러나 이러한 부당이득반환청구 긍정설의 취지는 일반적인 민사집행절차를 통하여 배당받은 모든 상대적 채권에 대하여도 장기간의 물권적 효과를 부여하는 통로가 된다는 점에서 법적 안정성에 미치는 불안정이 심대한 반면에, 그로 인하여 얻는 실체적 권리보호의 실익은 배당이의 제도로 상당부분 대체할 수 있어 재검토가 필요하다는 것이 필자의 주장이다.

---

88) 이계정, "삼자간 등기명의신탁에서 명의수탁자의 처분으로 인한 부당이득의 법률관계", 법조(제71권 제2호), 법조협회(2022), 298면은 기술하기를, "어느 경우에 법질서에 의해 배타적으로 귀속되어 있는 이익이 침해된 것으로 볼 수 있는지에 대해서는 물권적 청구권과 같은 금지청구권을 기준으로 하여야 한다는 견해, 사용기능과 대가성을 기준으로 하여야 한다는 견해, 불법행위법을 기준으로 하여야 한다는 견해가 독일에서 제기되고 있는바(MuKoBGB/Schwab, 8. Aufl. 2020, BGB § 812 Rn. 287 ff.), (중략) 명의신탁자에게 배타적 이익을 부여하여 명의신탁자를 두텁게 보호하는 이론 구성이 과연 부동산실명법의 취지에 부합하는지 의문이 있다."고 한다.

필자 소견으로는 침해부당이의의 배타적 이익할당의 구체적 내용에 대하여 학설도 아직 일반화되어 있지 않은 영역에서 판례가 침해부당이득 법리에 의하여 '배타적 이익의 할당'을 재판규범으로 활용하는 것은 법리적 논증에 따른 결론이라기 보다 법정책적 결단이 먼저 이루어진 후 이를 법리적으로 설명하는 방식을 취한 것이라고 생각된다. 따라서 그에 대한 비판은 법원이 실체적 배당수령권이라는 배타적 이익할당을 인정하는 결정을 하였을 때 그 결정이 관련 법률의 취지에 부합하는지 또는 이익형량 관점에서 그 결단이 타당한지를 검토하는 것이 적절한 방법론이라고 본다. 침해부당이득 법리상으로 그 배타적 이익 유무를 논증하는 것에는 한계가 있다고 생각한다.

상대적 채권이라도 채권자가 당해 집행목적물의 배당절차에 참가하면, 그 집행목적물의 한정된 교환가치에 대하여 채권자평등원칙에 따라 배당받을 몫이 관념상 정해지게 되어(판례는 이를 '실체적 배당수령권'으로 표현한다) 그 배당몫에 대한 기대가 당해 강제집행절차 내에서는 물권과 유사한 효과를 갖게 된다. 그러나 그 집행채권의 실체법상 본질은 여전히 상대적 채권이므로 일반채권자에게 절차내 배당이의 유무에 관계없이 배당종료 후에도 배당오류로 인한 부당이득청구권을 인정하는 것은 집행채권의 상대적 효력을 법률상 근거 없이 그 채권관계 이외의 제3자인 다른 배당채권자들에게로 확장하는 것이어서 그 결과 법적 불안을 증가시킨다.

상대적 채권이라도 채권자취소권(민법 제406조)이나 제3자의 채권침해에 대한 불법행위 책임 등으로 채권의 상대적 효력이 물권적 효과, 즉 대세효의 특성을 띠게 되는 경우가 존재한다. 그러나 이러한 예외를 인정하기 위하여는 채권자취소권과 같이 법률상 근거규정이 있거나, 근거규정이 없다면 판례에 의하여 그 목적과 수단의 적합성·균형성 등을 고려하여 엄격한 요건에 한정하여 인정하고 있다.

배당오류에서 부당이득반환청구권의 인정 문제는 비록 대법원이 판례로서 실체적 배당수령권 이론을 확립하여 침해부당이득의 성립을 인정하고 있으나, 그에 대해 배당이의 해태를 귀책사유로 하여 실권효를 부여하는 법률상 근거규정으로서 민사집행법 제155조가 있다는 점, 민사집행절차의 개시는 채무자의 무자력을 요건으로 하지 않는 일반적인 경우를 대상으로 함에도 이를 통하여 그 집행채권들의 상대적 효력을 경매참가자들 사이에서 향후 10년간 물권적 효과로 전환시킨다는 것은 그 실체적 권리실현의 이익을 고려하더라도 절차불안의 부작용이 크다. 따라서 필자는 부당이득 부정설을 취함이 타당하다고 생각한다.

3. 이익형량 관점에서 비판적 검토

배당오류 사안에서 부당이득반환청구를 긍정하는 판례의 입장이 이익

형량 관점에서 타당한지 검토해 본다. 이 쟁점에서 충돌하는 법익은 다음 두 가지이다. 배당오류로 인하여 '손실'을 입었다고 주장하는 원고측의 '실체적 권리보호의 필요성'과 그에 대하여 적법절차에 의하여 확정된 배당표를 신뢰하고 자신의 채권액 범위내에서 배당금을 수령한 피고의 '절차 안정성에 대한 요청'이다.

충돌하는 위 두 법익간의 이익형량을 구체화하기 위하여 배당오류 유형을 다음과 같이 구분하였다. 부당이득반환을 주장하는 원고측을 크게 두 분류로 나누어 배타적 권리자인 담보물권자(영역Ⅰ)와 그 외 채권자(영역Ⅱ)로 구분하고, 이를 다시 피고측이 무권리자인 경우(①)와 유권리자이나 실체적 권리관계와 정합(整合)하지 않는 배당금을 수령한 경우(②)로 나누어, 총 4가지 영역으로 나누었다.[89]

그리고 위의 4가지 각 유형에서 법익형량을 판단하는 기준은 다음과 같이 정하였다. 원고측의 '실체적 권리보호의 필요성' 법익은 다음의 요소로 세분하였다. 배당오류 사안에서 침해부당이득이 성립하려면 '배타적 이익의 할당'을 필요로 하므로 대표적인 배타적 권리인 물권이 갖는 일반적 특성, 즉 대상물(物)에 대한 ①직접적 지배력(실체법상 교환가치를 직접지배), ②지배권 범위(경계)의 명확성(실체적 권리범위의 명확성), ③공시성을 평가요소로 보았다. 그리고 배당오류의 해결은 채권자가 배당절차 내에서 배당이의를 통하여 해결함이 절차경제적으로 바람직하므로 ④배당이의로 당해 채권자가 배당절차내에서 배당오류 수정의 가능성이 있는지도 평가요소에 포함하였다.

이에 대하여 피고측의 '절차 안정성에 대한 요청'은 다음의 요소를 고려하였다. 피고측이 배당오류로 취득한 ①'이득분'을 채무자에 대한 관계에서 정당하게 보유할 수 있는 실체법상 정당한 권원이 있는지 여부(이득보유 권원 유무), ② 피고에게 배당절차에 대한 보호가치 있는 신뢰가

89) 김현석, "부동산 경매절차에서 배당요구를 하지 아니한 임금채권자의 지위", 민사판례연구 제20권, 박영사(1998), 232면이, "부당이득 요건 중 손실은 원고측의 범위(일반채권자, 우선특권자, 담보권자인가 여부)와 관련된 것이고, 법률상 원인의 유무는 주로 피고측의 범위(허위채권자인가, 진정한 채권자이나 우선권을 침해하거나 채권자평등원칙에 반하여 배당받았는가 여부)와 관련된 것이다" 라고 기술한 것을 참고하여 유형 분류기준을 정하였다.

존재하는지 여부(배당절차 신뢰 유무)를 고려하였다. 마지막으로 배당오류 사안에서 '채무자'의 무권리 채권자에 대한 부당이득반환청구권도 발생할 수 있는데[90], 이 논점에서 부당이득반환청구 부정설을 취하여 채권자의 배당종료 후 부당이득반환청구권이 부정되더라도 ③채무자의 무권리 채권자에 대한 부당이득반환청구를 다른 배당채권자들이 대위행사하거나 압류·추심할 수 있는 가능성이 있다면 배당오류에 의한 손실의 일부라도 만회할 수 있는 수단이 추가될 수 있으므로 이를 함께 고려하였다.

이상의 기준에 따라 배당오류 각 유형에서 이익형량한 결과를 정리하면 아래 표와 같다.

---

90) 채권자가 채무자의 부당이득반환청구권을 대위행사할 수 있다는 것에는 다음과 같은 반론들이 있다. 민사집행법 제155조를 제한적 열거규정으로 보아 위 조문의 반대해석으로 '배당이의 하지 않은 자'는 배당종료 후 부당이득반환청구를 할 수 없다고 하면서 여기에 채무자까지도 포함시켜 배당이의 하지 않은 채무자의 부당이득반환청구도 제한된다고 주장하는 견해이다[주석집행(Ⅲ) (구판), 2007, 971면; 이우재(주 79), 1421면]. 하지만, 민사집행법 제155조는 문언상 '이의한 채권자'라고 규정하고 있는바 이를 채무자에게까지 그것도 반대해석을 통해 확대적용함은 부당한 확대 해석이므로 채무자는 부당이득 일반원칙(제741조)에 따라 배당이의 여부와는 상관없이 무권리자임에도 배당받은 채권자에 대하여 부당이득 반환청구가 허용된다고 봄이 타당하다. 다수설의 태도도 이와 같다[김상원 편집대표, 주석 민사집행법(Ⅲ) 제2판, 한국사법행정학회(2007), 269면(손홍수 집필부분); 이시윤, 신민사집행법, 제8개정판, 박영사(2020), 401면].

또 다른 반론으로는, 절차안정을 위하여 채권자의 부당이득반환청구를 부정해야 한다고 논의하면서 다른 한편으로는 채권자가 채무자의 부당이득반환청구권을 대위행사하도록 허용한다면, 결국 채권자의 부당이득반환청구권을 긍정하는 결과가 되어 배당절차의 안정을 도모하려는 부당이득 부정설의 취지와 모순된다는 주장이 있다[정태윤, "배당오류과 부당이득 반환청구에 관한 비교법적 검토", 이화여자대학교 법학논집 제20권 제2호(2015. 12), 52면]. 그러나 채무자의 부당이득 반환청구권은 절차안정 보호의 필요성이 없는 무권리자인 배당채권자에게 부당이득이 성립하는 것이므로 배당오류에서 배당표를 신뢰한 채권자 사이에서의 침해부당이득이 성립하는지의 문제와는 절차 안정성 보호 관점에서 질적인 차이가 있어 이 둘을 같이 취급할 수 없다. 따라서 이러한 무권리자인 채권자에 대하여 채무자의 부당이득 반환청구를 허용하는 것은 절차안정과 무관하다고 생각한다.

【배당오류 유형에 따른 법익형량 검토】

	원고측	피고측			원고측: 실체법상 교환가치 직접지배	원고측: 실체적 권리범위 명확성	원고측: 공시성	원고측: 배당 이의 可否	원고측: 실체적 권리보호 필요성	피고측: 이득 보유 권원	피고측: 배당절차 신뢰	피고측: 절차 안정성 요청	결론: 법익형량 결과	결론: 채권자의 부당이득 반환청구 要否	결론: 채무자의 부당이득 반환청구 대위可否
영역 Ⅰ-①	담보 권자	⇨ 무권리자 1)	선순위	담보권	有	有	有	不 2)	有 (순위 상승)3)	無	無	無	권리보호 우위 (순위상승)	不4)	可
		⇨	선순위 후순위 5)	우선변제특권	(상동)	(상동)	(상동)	(상동)	(상동)	(상동)	(상동)	(상동)	권리보호 우위	不6)	(상동)
	(압류후 담보권자)	⇨ 무권리자	선행 7)	압류/ 배당요구	압류제한 有	안분관계 8)	有	(상동)	(상동)	(상동)	(상동)	(상동)	불명확	不9)	(상동)
영역 Ⅰ-②	담보 권자	⇨ 유권리자 &부정합 10)	후순위	담보권	有	有	有	可	有	후순 위자	낮다	낮다11)	권리보호 중요 but (이의가능)	不12)	不
		⇨	후순위	우선변제특권	(상동)	(상동)	(상동)	(상동)	(상동)	(상동)	(상동)	(상동)	(상동)	(상동)	(상동)
		⇨	후순위	압류/ 배당요구	(상동)	(상동)	(상동)	(상동)	(상동)	(상동)	(상동)	(상동)	(상동)	(상동)	(상동)
영역 Ⅱ-①a	채권자13)	⇨ 무권리자	선순위	담보권	無(이분설) 有(판례)	無	無	不	無(이분설) 有(판례)	無	無	無	권리보호 우위14)	不(이분설) 要(긍정설)	可
		⇨	선순위	우선변제특권	(상동)	(상동)	(상동)	(상동)	(상동)	(상동)	(상동)	(상동)	(상동)	(상동)	(상동)
영역 Ⅱ-①b	채권자	⇨ 무권리자	동순위 15)	압류/ 배당요구 /저당	(상동)	(상동)	(상동)	(상동)	(상동)	(상동)	(상동)	(상동)	권리보호 중요	不 / 배당요구 제한 要16)	(상동)
영역 Ⅱ-②	채권자	⇨ 유권리자 &부정합	후순위 동순위	우선특권/ 압류배당요구	無	無	無	可	無(이분설) 有(긍정설)	有	有	有	절차안정 매우중요	不	不

※ 위의 표[91] 【배당오류 유형에 따른 법익형량 검토】 내(內) 각주 해설

1) 유(有)권리자라도 진정한 채권액을 초과하여 배당받은 부분은 무권리이므로 이런 경우는 '무권리자'에 포함시켰다. 이와 구분할 점은, 진정한 채권액 범위 내이나 실체관계에 부정합하여 다액배당받은 자는 '유권리자&부정합'에 포함시켰다.
2) 부당이득반환청구의 상대방인 다액배당수령자가 선순위 무권리자라면, 배당절차 내에서 그 무권리를 사실상 밝히기 어렵다는 점을 고려하여, 배당이의 가능성이 없다고 간주하였다.
3) 우리 민법이 '담보권 순위확정의 원칙'을 채택하지 않음에 따라 (선순위자의 담보상실이라는 우연에 의한) '담보권 순위상승의 이익'을 후순위 담보권자가 취득하게 되나, 이는 담보권 설정 당시에는 고려하지 않았던 우연에 의한 이득이므로, 그 이득을 상실한 것은 후순위 담보권자가 당초 파악했던 담보가치의 침해는 아니므로 배타적 권리의 본질적 침해는 아니어서 배당절차의 안정성을 해하면서까지 보호할 필요는 없다고 필자는 생각한다. 이하에서는 이러한 이익을 '순위상승이익'이라 한다.
4) 선순위 담보권자가 무권리인 경우, 우리 민법은 담보권 순위확정의 원칙을 채택하지 않으므로, 선순위 무권리자의 담보가치는 후순위 저당권자의 몫이 된다. 하지만, 후순위 저당권자는 선순위 저당권이 유효함을 전제로 2차적인 저당권을 설정한 것이므로, 선순위 저당권의 이익을 취득함은 우연에 의한 이익이다. 선순위 저당권이 무권리인 이유는 채무자의 완제에 의하거나, 설정시부터 채무자와 통모한 가장담보권일 수 있는데, 전자의 경우는 채무자의 출재로 인한 것이고, 후자의 경우도 채무자가 선순위 가장 저당권을 설정함으로써 자신 소유물의 담보가치 저감을 감수해 온 것이므로, 후순위 담보권자가 그 담보가치를 취득함에는 실질적으로 채무자(소유자)에게 돌아가야 할 이익이 상당부분 포함되어 있어서, 이 경우 후순위 담보권자의 권리보호가치는 낮다고 본다.
5) 담보권자가 무권리의 후순위 우선변제특권에 대하여 부당이득반환을 청구하는 경우란, '우선변제특권에 의한 순환관계'가 발생하여 판례의 안분후흡수설에 의할 때 후순위 허위의 우선변제특권자가 선순위 담보권자와 함께 안분후흡수되면서 입게 되는 담보권자의 손실에 대한 부당이득반환청구를 의미한다. 예를 들어 선순위 조세A > (소액임차권 범위 개정전) 저당권자B > (소액임차권 범위 개정 후) 소액임차인C > 선순위 조세A 의 경우 등이다.
6) 소액임차권이나 임금채권 등은 허위채권의 작출이 용이하나, 소액임차권은 소액보증금 보장한도가 정해져 있고, 임금채권은 허위채권 작출시 고용주인 집행채무자가 체불임금으로 형사책임(근로기준법 제43조, 제109조)을 질 수 있으므로, 통모허위채권 작출에 한계가 있다고 본다. 조세와 공과금은 국가 및 공단이 채권자이므로 허위채권의 위험은 없고, 다만, 조세나 공과금 부과처분의 무효가 문제되는데 무효일 가능성이 낮고, 그 경우 채무자의 부당이득반환청구도 성립하여 이를 대위행사(또는 압류추심)함도 가능하므로 추가

91) 김관호, "민사집행절차상 배당오류에 의한 배당종료 후 부당이득반환청구권 연구", 한국사법행정학회(2021), 68면.

적인 권리보호 수단도 있음을 고려하였다.

7) '(가)압류 후 저당설정에 의한 관계', 즉 선행(가)압류 후 설정된 담보물권자가 자신보다 선행(先行)하는 (가)압류채권자나, 선행 또는 후행하는 배당요구권자의 무권리를 원인으로 부당이득반환청구를 하는 경우를 의미한다. 아래 주15)와 연결됨

8) 선행(가)압류 후 설정된 담보물권자의 경우, (가)압류의 효력제한을 받는 저당권임을 감안하고 설정되는 것이어서 담보가치에 대한 기대가 낮아, 권리보호의 필요성은 높지 않다. 또한, 판례(대법 86다카2570판결)의 입장(무제한설)에 따르면 선행 (가)압류나 배당요구권자와 동순위로 안분배당되기 때문에 저당권의 담보가치를 특정할 수 없어, 등기된 채권최고액의 특정성이 저하된다.

9) 선행(가)압류 후 설정된 담보물권자는 압류효력을 수인하고 저당권을 설정한 자로서, 저당권의 담보가치에 대한 기대는 매우 낮고, 오히려 채무자와 통모자일 가능성이 높다. 따라서 이 경우 압류 후 담보권자의 권리보호이익은 통상의 담보권자에 미치지 않으며, 만약 담보권자가 채무자와 통모한 자일 경우에는 부당이득반환청구를 악용할 소지도 상당하다. 우리 법제가 압류효력의 '개별상대효설'을 취하면서 지적받는 가장 큰 폐해가 이러한 선행(가)압류 후 설정한 허위의 저당권이 선행(가)압류권자의 배당몫을 형해화시키는 부작용이므로, 권리보호이익은 낮고, 지나친 권리보호가 통모 허위저당권자 작출을 유발할 위험도 있으며, 채무자의 부당이득반환청구권을 대위행사할 기회도 열려 있으므로, 부당이득반환청구를 허용할 필요가 없다고 본다.

10) '유권리자이나 부정합'이라 함은, 다액배당수령자가 실체적 권리를 보유하고 있으나, 다른 경합채권자와의 실체적 권리관계에 따른 관념상 실체적 배당몫(판례의 이른바 '실체적 배당수령권')에 정합하지 않음을 의미한다. 예를 들어 다액배당수령자가 진정한 채권자이지만, 소액배당수령자의 ①우선권을 침해하거나 ②채권자평등원칙에 반하여 배당받은 경우를 의미한다.

11) 부당이득반환청구의 상대방도 유권리자이나, 선순위 담보권자의 배당몫을 자신이 받았다는 것을 등기상 인지할 수 있다. 다만, 선순위 담보권자가 무권리이기 때문에 배당이의하지 않은 것으로 오해할 수도 있어 배당표 확정에 대한 신뢰에 보호가치가 없다고 할 수는 없으나, 등기와 불일치하는 배당표가 확정된 만큼 절차적 안정성 요청은 그만큼 낮다고 본다.

12) 배타적 담보권자이므로 그 권리보호이익이 크지만, 배당절차 내에서 배당이의로 배당오류를 간단히 수정할 수 있었다는 점에서 배당종료 후 별도의 부당이득반환청구가 필요하지 않다고 본다.

13) 담보권자가 아닌 일반채권자를 의미하나, 우선변제특권도 배타적 담보가치가 없다는 점에서는 차이가 없으므로 채권자에 포함한다. 가압류권자도 일반채권자이므로 차이가 없어 포함한다.

14) 이분설에 따르면, 일반채권자는 침해부당이득의 성립이 부정되고, 절차내 배당이의 기회의 부여로서 권리보호는 충분하다고 본다. 반면, 채권자도 배당오류로 인하여 손실을 받는다는 부당이득반환 긍정설(=배당이의 불요설)에 의하면, 이 경우 부당이득반환청구를

허용한다. 피고측이 무권리자이므로 배당표에 대한 절차신뢰는 없다.

15) 압류개시 이후 배당요구 종기까지 허위채권을 작출하여 배당요구한 일반채권자들을 의미한다. 가압류도 일반채권으로 포함한다. '(가)압류 후 저당설정에 의한 관계'의 경우에서 압류개시 후 설정된 허위 저당권에 대한 부당이득반환청구도 포함하였다. 위의 주7)과 연결됨.

16) 압류개시 이후 압류채권자의 배당몫을 형해화하기 위하여 채무자와 통모한 허위채권자에 의한 배당요구가 우리 집행절차의 대표적 약점으로 지적되고 있다. 절차불안정을 희생하면서 배당종료 후 부당이득반환청구를 통해 구제하기 보다는, 배당요구할 수 있는 자격을 제한하여, 압류개시 이전에 성립한 집행권원만 배당요구할 수 있도록 하는 개정입법이 바람직한 개선 방안이라고 본다.

가. 후순위 담보권자인 원고가 선순위 무권리자인 피고를 상대로 청구하는 경우 (영역Ⅰ-①)

먼저, (영역Ⅰ-①)에서 피고가 무권리인 경우를 살펴보면, 선순위 담보권자인 피고의 피담보채권이 부존재·무효·취소 등으로 소멸된 경우이거나 선순위 우선변제특권자인 피고의 소액임차권이나 임금채권, 조세·공과금 채권 등이 허위나 무효인 경우 등이다.

1) 선순위 담보권자인 피고가 무권리자일 경우 후순위 담보권자인 원고는 담보권 순위상승의 원칙에 따라 선순위 담보가치를 취득하지만 이는 우리 민법이 근대적 저당권의 특징인 '순위확정의 원칙'을 채택하지 않았기 때문이어서 원고는 선순위 저당권이 무효라는 우연에 의한 이득을 얻는 것이다. 왜냐하면 원고는 후순위 담보권을 설정할 당시부터 선순위 담보권보다 후순위라는 2차적 담보가치를 염두에 두고 저당권을 설정하였기 때문이다.

2) 선순위 우선변제특권자인 피고가 무권리로 밝혀진 경우를 본다. 먼저 선순위 소액임차권이 무효인 경우에는 후순위 저당권자인 원고는 자신의 담보가치에 손해를 입은 것은 분명하나, 주택·상가임대차보호법과 그 시행령에서 소액임차보증금의 상한액을 정하고 있으므로 원고의 손실액에 한계가 있고, 선순위 임금채권이 허위인 경우에도 근로기준법 제38조 제2항에서 우선변제되는 임금범위에 한계가 정해져 있어 후순위 담보

권자인 원고의 손해에는 상한이 있다고 본다. 선순위 조세·공과금 채권은 그 채권자들이 국가와 공단이므로 허위작출의 위험은 거의 없고, 다만 채무자가 조세·공과금을 완납하였는데 국가가 착오로 조세채권을 교부청구하였을 가능성은 있으나 실제로 발생할 가능성은 낮다. 예를 들어 조세채권이 완납되어 소멸한 경우에는 채권자인 세무서에서 배당기일 이전에 조세체납금이 없다는 확인서를 집행법원에 보내오는 것이 보통이고, 고액의 조세부과처분이 배당종료 후에 무효 또는 취소로 확정되는 경우도 실제 발생할 가능성은 극히 낮다.

결국, (영역Ⅰ-①)부분은 피고가 무권리자이므로 그 절차안정성 보호법익이 없어 후순위 담보권자인 원고의 권리실현 이익이 우위에 있는 영역이라고 볼 수 있다. 그렇지만 저당권의 순위상승이익 등으로 원고의 권리가 우연에 의한 것이거나, 소액임차보증금이나 최우선변제되는 임금채권의 범위제한 등으로 원고의 손해에 상한이 있다던지, 무효 또는 취소원인이 있는 조세처분과 같이 그 발생가능성이 낮다. 따라서 원고의 권리실현 이익이 절차안정성의 요청보다는 우위에 있으나 배당종료 후 부당이득반환청구를 인정할 필요성이 있다는 논거로 제시하기에는 설득력이 낮은 영역으로 볼 수 있다.

그리고 이 영역에서 피고는 채무자에 대한 관계에서 무권리자이므로 채무자의 무권리 채권자에 대한 부당이득반환청구가 허용되기 때문에 당해 절차에서 배당참가 채권자의 부당이득반환청구권이 부정되더라도 그 채권자는 채무자의 부당이득반환청구권을 대위행사하거나 채권압류·추심(전부) 등을 통하여 담보가치의 일부분을 회복할 가능성이 남아 있다. 물론 이 경우는 채무자의 부당이득반환청구권에 대한 새로운 배당절차가 개시되는 것이므로 현재의 배당절차에서 인정되는 우선순위는 누릴 수 없어 원고의 배당몫은 적을 것이다.

또한 본 (영역Ⅰ-①)에서 같이 논의할 점은 '선행(가)압류 이후 설정된 저당권자'의 경우이다. 이 경우 저당권자는 선행(가)압류의 처분금지

효 하에서 저당권을 취득하므로 설정 당시부터 저당권의 담보가치가 낮은 것을 감수하고 설정한 저당권이라는 점, 그리고 선순위 (가)압류권자의 배당금을 형해화하기 위한 목적으로 후순위 저당권자인 원고가 채무자와 통모하여 그 저당권을 설정하였을 가능성도 높은 영역이라는 점을 고려하면 본 영역에서 원고의 권리실현 이익은 선순위 (가)압류가 없는 일반적인 담보권자와 비교할 때 그 보호이익이 낮다고 볼 수 있다.

나. 선순위 담보권자인 원고가 후순위 유권리자인 피고를 상대로 청구하는 경우 (영역Ⅰ-②)

(영역Ⅰ-②)은 원고가 선순위 담보물권자이고 피고가 후순위 배당참가채권자인 경우인데, 피고는 원고보다 후순위자임에도 법원의 실수로 선순위로 잘못 배당된 경우이다. 이는 집행법원의 배당표 작성에 명백한 중과실이 있는 경우인데 원고도 등기부상 배당오류가 명백함에도 불구하고 배당이의를 게을리하여 배당오류가 확정되게 한 책임이 있다. 집행법원과 원고의 이러한 중대한 부주의를 어떻게 평가하여야 하는지가 (영역Ⅰ-②)에서의 핵심문제이다.

(영역Ⅰ-②)는 원고가 자신의 담보가치를 상실한다는 점에서 실체적 권리실현의 이익이 가장 큰 경우이지만, 다른 한편으로는 등기부에 의하여 배당오류가 명백하게 드러나는 경우이므로 원고가 배당절차 내에서 배당이의를 쉽게 할 수 있었다는 점에서는 집행절차 내에서 배당이의를 통하여 배당오류를 수정하는 것이 가장 용이한 경우이다. 그러므로 이에 대하여 배당종료 후 부당이득반환청구권을 인정하는 것은 집행법원 스스로 배당기일과 배당이의절차의 효용성을 포기하는 결과가 된다. 상대방인 피고측도 자신이 선순위자인 원고의 배타적 담보가치를 대신 취득할 이득보유의 정당한 권원이 없음을 알고 있으므로 확정된 배당표에 대한 피고의 절차안정성에 대한 신뢰보호도 낮다.

결론적으로, (영역Ⅰ-②)의 경우 선순위 담보권자인 원고의 실체적 권리실현의 이익은 중대하나, 후순위자인 피고의 절차안정성 요청은 거의

없는 경우여서 권리실현 이익이 압도적으로 큰 경우로 볼 수 있다. 하지만, 본 영역에서와 같이 집행법원의 배당표 작성에 명백한 실수가 있는 경우를 수정하기 위하여 배당이의 제도가 있다는 점, 등기부상 배당오류가 명백한 경우이므로 채권자의 배당이의를 통하여 절차내에서 해결하거나 집행법원의 고의나 중과실이 있을 경우에는 국가배상청구 등을 통하여 선순위 담보권자를 보호하는 것이 절차비용상으로 합리적이라고 할 수 있는 점, 그리고 무엇보다도 본 영역과 같이 집행법원의 명백한 실수로 후순위자에게 배당되고 원고도 이에 대하여 배당이의하지 않는 경우란 원고인 담보물권자가 배당통지를 받지 못하였다는 등 절차보장의 흠결이 있는 경우 외에는 그 발생가능성이 극히 낮다는 점에서 이러한 치명적인 배당실수를 사후적으로 회복할 수 있는 수단을 갖추기 위하여 모든 배당참가 채권자들에게 부당이득반환청구를 허용하는 집행시스템을 유지하는 것에 대한 절차비용 측면에서의 재검토가 필요하다고 본다.

참고로 본 영역에서 피고는 후순위자이지만 채무자에 대한 유권리자이므로 피고가 얻은 과다배당금에 대하여 채무자에게는 부당이득이 성립하지 않아서, 원고는 어떠한 추가적인 권리구제수단도 없게 된다.

다. 일반채권자인 원고가 선순위 무권리자인 피고를 상대로 청구하는 경우 (영역Ⅱ-①a)

(영역Ⅱ-①a)은 원고가 후순위 일반채권자이고 피고가 선순위로 배당받았지만 실제로는 무권리자인 경우이다. 이 경우는 (영역Ⅰ-①)과 구조가 동일하지만 원고만 담보권자에서 일반채권자로 바뀐 경우이고, 원고가 일반채권자로서 배타적 지배권도 없기 때문에 (영역Ⅰ-①)에 비하여 원고의 실체적 권리실현 이익이 더 낮다고 볼 수 있다. 그런데 피고가 무권리자이어서 절차적 안정성 요청이 없는 영역이므로 전체적으로는 원고의 권리실현 이익이 우위에 있다고 볼 수 있다.

참고로 본 영역에서 피고는 채무자에 대하여 무권리자이므로 피고가 얻은 과다배당금에 대하여 채무자에게 부당이득이 성립하여 원고는 이를 대위청구할 수 있다.

라. 일반채권자인 원고가 동순위 무권리자인 피고를 상대로 청구하는 경우 (영역Ⅱ-①b)

(영역Ⅱ-①b)에서는 원고가 일반채권자이고 피고도 다른 일반채권자인 경우이다. 개별상대효설을 취하는 우리 민사집행법에서 채무자와 통모한 허위채권의 작출문제가 가장 심각하다고 지적되는 부분이 바로 이 영역이다. 본 영역도 원고가 일반채권자로서 배타적 권리가 없기 때문에 권리실현의 이익이 적고, 피고는 무권리자이어서 절차적 안정성의 요청도 없어 전체적으로는 원고의 권리실현 이익이 낮은 수준에서 우위에 있다고 볼 수 있다.

참고로 본 영역에서 피고는 채무자에 대하여 무권리자이므로 피고가 얻은 과다배당금에 대하여 채무자에게 부당이득이 성립하여 원고는 이를 대위청구할 수 있다.

마. 일반채권자인 원고가 동순위 유권리자인 피고를 상대로 청구하는 경우 (영역Ⅱ-②)

바로 이 영역이 부당이득반환청구 긍정설을 취함으로 인하여 초래되는 절차적 불안정이 가장 큰 영역이다. 과다배당을 받은 피고도 자신의 집행채권 범위 내에서 배당금을 수령한 것이므로 채무자에 대하여는 실체법상 과다배당분에 대한 이득보유의 정당한 권원이 있다. 다만 경합하는 배당참가채권자인 원고와의 실체적 권리관계에 정합하지 못하였을 뿐이다. 따라서 피고의 절차안정성 보호요청이 매우 큰 경우이다. 반면 과소배당을 받은 원고에게는 배당절차 내에서 배당이의를 해태하였다는 책임도 있어 권리실현의 이익이 낮다.

결과적으로 본 영역에서는 절차안정성 요청이 실체적 권리보호 필요성을 압도한다. 따라서 바로 이 영역에서의 절차불안정을 해소할 필요가 있다는 것이 부당이득반환청구 부정설을 주장하는 핵심논거가 된다.

바. 법익형량 결과 : 부당이득반환청구 부정설이 타당

위의 법익형량 결과를 종합하면 다음과 같다.

현재 판례의 태도인 부당이득반환청구 긍정설에 따를 때 (영역Ⅱ-②)에서 초래되는 절차 불안으로 절차비용 소모가 심각하다. 다만 부당이득반환청구 긍정설을 취할 때의 장점은 (영역Ⅰ-①)과 (영역Ⅰ-②)에서 원고인 담보권자들에게 발생할 수 있는 배당오류에 의한 심각한 손해를 사후적으로 조정할 수 있다는 점이다. 하지만 (영역Ⅰ-①)에서는 담보권자의 권리실현 이익이 높지 않고, (영역Ⅰ-②)에서는 담보권자가 배당기일에 출석하여 배당이의를 통하여 간단히 배당오류를 수정할 수 있어, (영역Ⅱ-②)에서 절차비용을 심각하게 희생하면서까지 부당이득반환청구권을 허용할 실익이 크지 않다고 생각한다.

결론적으로 이익형량 관점에서는 배당종료 후 부당이득반환청구 긍정설보다는 부정설이 타당하다고 생각한다.

4. 배당의 순환관계를 고려한 절차비용 관점에서 비판적 검토

우리 민사집행법제는 채권자평등주의를 택하여 필연적으로 다수의 채권자가 개입하며, 이에 더하여 압류의 개별상대효를 택하여 '우선주의' 영역과 '채권자평등주의'의 영역을 명확히 분리·운영할 수 없어 절차비용의 소모가 큰 구조이다. 따라서 구조적으로 그 절차운영 비용을 효율적으로 관리하는 것이 중요한 집행절차를 운영하고 있다. 이러한 구조하에서 우리 판례가 절차비용보다는 실체적 권리실현 보호에 집중하여 배당절차 종료 후 부당이득반환청구 긍정설을 취하고 있어 절차비용을 더욱 가중시키는 원인이 되고 있다.

또한 우리 민사집행법제에는 배당의 순환관계라는 법리적 왜곡현상도 발생한다. '배당의 순환관계'라는 것은, 여러 배당참가채권자 사이의 우열관계가 꼬여서 서로 순환의 띠를 만드는 왜곡현상인데 그 발생원인은 두

가지이다. 첫 째는 ① 여러 특별법상 창설된 우선변제특권간의 우열관계가 민법의 담보물권을 중심으로 순환관계를 만들기 때문이다. 그 근본원인은 각종 우선변제특권을 입법할 때 민법상 담보물권을 중심으로 다른 우선변제특권과의 순위관계를 고려하지 않은 입법(立法)을 하였기 때문이다. 그리고 둘째는 ② 선행(가)압류 후에 설정된 담보권자의 배당요구가 허용되어 배당의 순환관계를 만들기 때문이다. 그 근본원인은 우리 민사집행법이 취하는 '(가)압류의 처분금지효 범위'에 관한 '개별상대효설' 입장이, 선행(가)압류 후에 채무자의 담보권 설정이라는 저촉(抵觸)행위 및 그 배당요구를 허용하기 때문이다.[92]

이처럼 우리는 개별상대효설을 취함으로써 압류 후 설정된 저당권의 배당요구를 허용하여 '배당의 순환관계'를 만들고, 각종 특별법상 우선변제특권들도 체계 정비 없이 산만하게 분포되어 저당권을 중심으로 우선순위가 상호모순되어 또 다른 '배당의 순환관계'를 만드는 등 배당절차가 복잡하게 되어 있어, 결론적으로 세계에서 제일 복잡하고 난해한 법이 되었다고 해도 과언이 아니다[93].

이 점은 비교법적 관점에서 보아도 분명하다. 우리 민사집행법제의 모법(母法)[94]이었던 독일과 일본의 민사집행 법제를 '우선주의'와 '평등주의'로 양분하여 구조화하면 다음 표[95]와 같다.

---

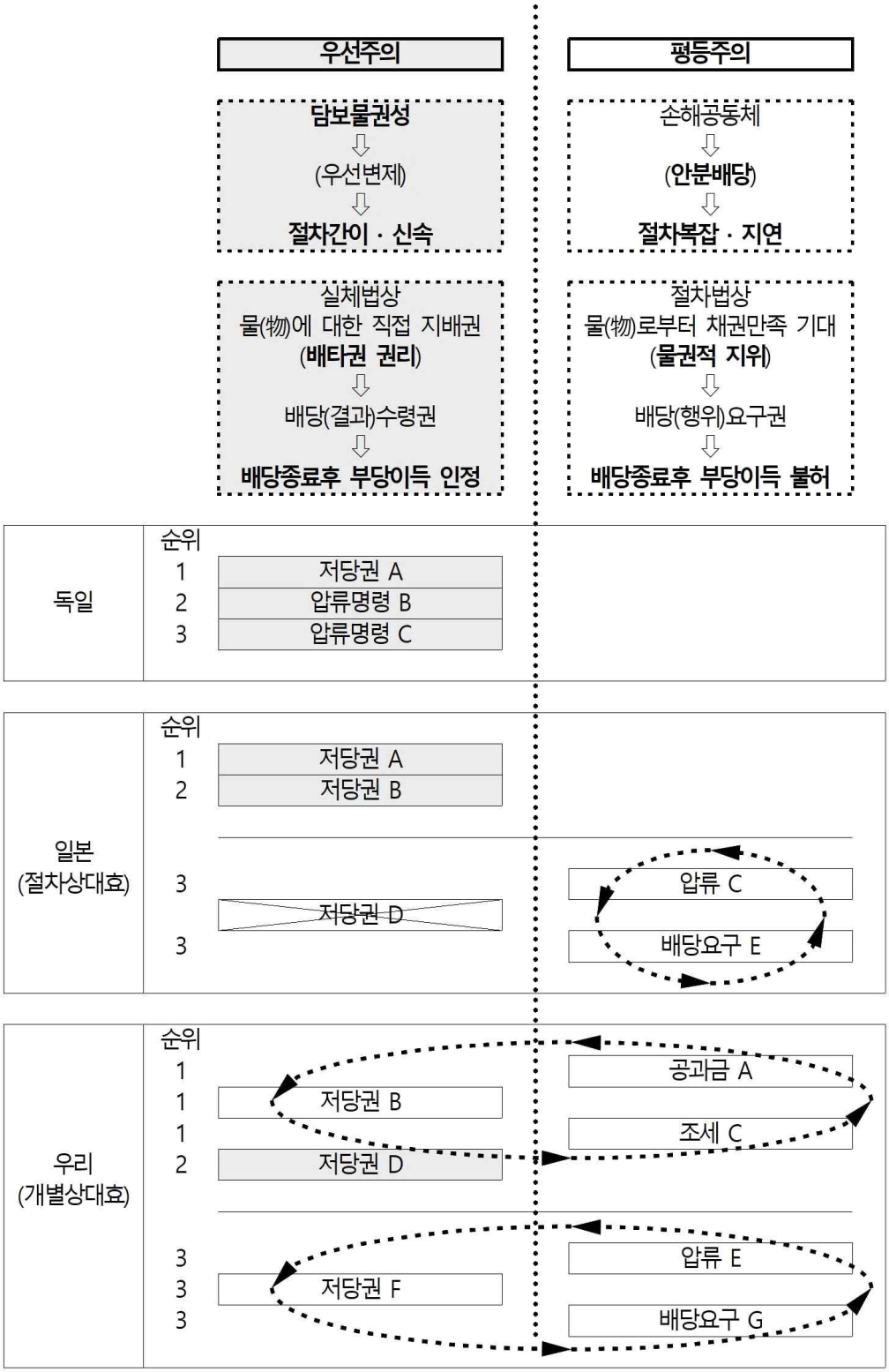
92) 배태연, "부동산의 압류·가압류 후에 설정된 담보물권의 효력과 배당우선 순위", 사법논집제21집, 법원도서관(1990), 441면; 이우재(주 79), 87-88면

93) 이시윤, 신민사집행법, 제4판, 박영사, 2007, 머리말.

94) 배태연(주 92), 400면은, "우리 구 민사소송법은 일본 구 민사소송법을 거의 그대로 번역하여 왔고, 일본 구 민사소송법은 독일법(강제집행 분야는 당시 독일의 ZVG 제정 전이었으므로 프로이센법)을 거의 그대로 번역하여 왔음은 주지의 사실이다. 그런데 일본 구 민사소송법 제정 당시 압류의 효력 등에 관하여 당초의 초안에는 프로이센법을 그대로 계수하였다가 입법의 최종 단계에서 프랑스법의 평등주의의 정신을 도입하여 옴과 동시에 그 절차적 규정에 있어서도 프랑스법적 요소와 독일법적 요소가 뒤섞여 계수되었던 것이다(三ヶ月章, "差押の効力の相對性", 民事訴訟法研究 第3卷, 有斐閣, 1966, 315면 이하.)"라고 한다.

95) 김관호, "민사집행절차상 배당오류에 의한 배당종료 후 부당이득반환청구권 연구", 한국사법행정학회(2021), 57면.

【각국의 민사집행·배당 구조】



위의 표에서 보는 바와 같이 독일은 압류 우선주의하에서 모든 권리자가 담보물권화되어 집행참가순서에 따라 전액변제되므로 배당절차라는 것은 사실상 개별 집행채권자의 우선변제권을 집행참가 순서에 따라 나열하여 배당재원이 소진될 때까지 배당금을 지급하는 것에 불과하다. 따라서 배당표 작성행위는 기계적·형식적인 행위에 불과해지고 그 결과 배당절차비용이 획기적으로 줄어든다.

일본의 집행법제는 이원적(二元的) 구조로 되어 있어, '담보물권' 부분은 '우선주의'가 관철되어 등기순서대로 배당되므로 독일의 우선주의와 유사하게 절차비용이 줄어드는 대신 상대적으로 담보물권자의 실체적 권리실현이 중요해진다. 이에 따라 일본 최고재판소는 이분설을 취하여 배당오류로 인하여 담보물권자[96]의 우선변제권이 침해되었다면 배당종료 후에도 부당이득반환청구권을 인정하여 담보물권을 보호하는 것이 절차비용면에서도 합리성을 가질 수 있게 된다. 또한 '평등주의' 적용부분에서는 일반채권자간에 안분배당이 필요하므로 절차비용이 증가한다. 따라서 상대적으로 개별 집행채권자의 권리실현보다는 배당절차내에서 배당금의 일괄합일확정을 통한 절차안정의 필요성이 증가하게 된다. 따라서 일본이 이분설을 취하여 일반채권자[97]에게는 배당종료 후 부당이득반환

---

96) 日最判 1991. 3. 22.(民集45卷3号322면頁)은, "저당권자는, 부동산경매 사건의 배당기일에서 배당이의의 신청을 하지 않는 경우에도, 「채권 또는 우선권을 가지지 않음에도 불구하고 배당을 받은 채권자」에 대하여 그 사람이 배당받음으로 인하여 자기가 배당을 받을 수 없었던 금전 상당액의 금원의 반환을 청구할 수 있다고 해석함이 상당하다. 생각건대, 저당권자는 저당권의 효력으로서 저당부동산의 대금으로부터 우선변제를 받을 권리를 가지므로, 다른 채권자가 채권 또는 우선권을 가지지 않음에도 불구하고 배당을 받았기 때문에 위 우선변제권이 침해된 때에는, 그 채권자는 저당권자가 취득해야 할 재산에 의해서 이익을 받고 저당권자에게 손실을 끼친 것이며, 배당기일에서 배당이의 신청을 하지 않고 배당표가 작성되고 그 배당표에 따라 배당이 실시된 경우에 그 배당실시는 계쟁 배당금의 귀속을 확정하는 것은 아니고 이득에 법률상의 원인이 있다고 할 수 없다."라고 한다.

97) 日最判 1998. 3. 26.(民集52卷2号513頁)은, "배당기일에서 배당이의의 신청을 하지 않은 일반채권자는 배당을 받은 다른 채권자에 대하여 그 사람이 배당을 받은 것에 의해 자기가 배당을 받지 못한 금액에 상당하는 금원의 부당이득반환청구를 할 수 없다고 해석하는 것이 상당하다. 일반채권자가 부당이득반환청구권을 가진다고 하기 위해서는 그 사람에게 민법 703조에 의한 손실이 발생할 것이 필요하지만, 일반채권자는 채무자의 일반재산으로부터 채권의 만족을 받을 수 있는 지위를 가지는 것에 그치고, 특정의 집행목적

청구권을 인정하지 않는 것은 절차비용을 감안할 때 매우 합리적이고 전략적으로 집행구조를 설계·운영하고 있는 것으로 평가할 수 있다.

이들에 비하여 우리의 민사집행법제에서는 절차비용을 관리하려는 노력이 거의 없었다. 위의 표에서 보는 바와 같이 우리도 우선주의와 평등주의의 이원적 구조를 취함은 일본과 동일하지만 우리는 일본처럼 우선주의가 적용되는 담보물권 영역과 평등주의가 적용되는 일반채권자 영역을 전략적으로 구분하여 설계·운영하지 못하였다.

우선주의가 적용되는 담보물권 영역은 각종 특별법상 우선변제특권들이 체계없이 산만하게 입법화되어 저당권을 중심으로 '배당의 순환관계'를 발생시키므로 우선주의를 적용하여 절차비용을 절감할 수 있는 기회를 상실하였고, 평등주의가 적용되는 일반채권자 영역은 '개별상대효설'을 취하여 압류 후 설정된 저당권자의 배당요구까지 허용함으로써 기본적으로 절차비용이 많이 소모되는 평등주의 배당절차에 더하여 배당의 순환관계까지 추가한 결과가 되어 극도로 복잡한 배당절차가 되었다[98].

이처럼 우리는 절차비용이 소진되는 배당절차를 운영하고 있음에도 판례는 실체적 권리실현만을 중시하여 모든 배당참가 채권자들에게 배당종료 후 부당이득반환청구를 허용해 왔기 때문에 기본적으로 복잡하고 더딘 배당절차 내에서 집행채권자들과 사법행정력이 쏟아낸 절차비용을 무용(無用)으로 돌려버리고 사후적으로 부당이득반환청구소송에서 소진되는 절차비용을 새로이 발생시키고 있다. 배당절차에 참가한 채권자는 배당절차 내에서 누구로부터도 배당이의가 없어서 자신의 채무자에 대한 집행채권액 범위내에서 실체법상 유효·적법하게 배당변제를 받았다고 생각하였는데, 배당절차가 종료한 후에 다른 배당채권자의 배당몫을 침해

물에 대하여 우선변제를 받을 실체적 권리를 가지는 것은 아니며, 다른 채권자가 배당을 받았기 때문에 자기가 배당을 받을 수 없었다는 것만으로는 손실이 생겼다고 할 수 없다."라고 한다.

98) 이시윤, 신민사집행법, 제7판, 박영사, 2016, 머리말에는, "우리 집행법구조는 고비용 · 저효율이다. 비용이 많이 들고 절차는 이해관계인이 많아 복잡다단하며, 시간은 만성적 지체에 빠져 지루하게 오래끈다. 제도이용의 국민에게 인기가 없고 신뢰를 보내지 않는 이 제도에는 입법상 구조적인 문제점이 있음을 지적한다."라고 한다.

하였다는 이유로 향후 10년간 피소의 지위에 놓이게 된다.

필자는 이와 같은 우리 민사집행법제의 극심한 절차비용 소모구조를 고려한다면 배당이의를 하지 않은 경매참가 채권자의 부당이득반환청구를 부정함이 타당하다고 생각한다.

제4절 민사집행법 제155조의 해석론 : 부당이득 실권규정으로 봄이 타당하다

부당이득반환청구 부정설의 입장을 취하였다면 그 다음으로 경매참가 채권자가 배당오류를 간과하고 배당기일에서 배당이의를 하지 않은 행위를 어떻게 평가해야 하는지에 대한 법리적 논의가 필요하다. 부당이득 유형론에 의할 때 집행물에 대한 배타적 지배권을 가지고 있는 담보물권자의 경우나 일반채권자에게도 실체적 배당수령권을 인정하는 판례의 입장에서는 당해 채권자에게 배당오류에 의한 배타적 이익할당분의 손실이 인정되므로 실체적으로 침해부당이득이 성립한다. 따라서 부당이득반환청구 부정설의 입장에서 이러한 채권자들의 부당이득반환청구를 불허하려면 실체법상으로 부당이득반환청구권을 실권시키거나 제한할 법리구성이 필요해지기 때문이다.

이에 대하여는 두 가지 입장이 가능하다. 배당이의를 해태한 배당참가 채권자들에 대하여 ① 실체법상 권리를 포기한 것으로 보는 견해와 ② 실체법상 권리를 제한 또는 실권하는 것으로 보는 견해가 그것이다. 필자는 이 중에서 ②의 법리구성이 타당하다고 생각한다.

①의 견해는 실체법상 권리인 부당이득반환청구권을 부정하려면 같은 실체법상의 법률상 원인인 '포기'를 의제하여 이론을 구성함이 자연스럽다는 점을 논거로 한다. 하지만 배당이의 해태라는 단순한 부작위를 부당이득반환청구권의 포기의사로 해석하는 것은 대법원 전원합의체 판결[99]이 권리포기나 채무면제를 인정하기 위하여는 당해 권리자의 행위 내지 의사표시의 해석을 엄격하게 해야 한다고 판시하고 있음을 고려할

때 무리라고 생각한다. 따라서 ②와 같이 실체법상 부당이득반환청구권을 제한 또는 실권하는 것으로 이론구성하는 것이 자연스럽다.

이에 대하여는 다음과 같은 반론이 가능하다. 절차법상 원인인 배당이의의 해태를 이유로 실체법상 부당이득반환청구권을 제한하는 것은 실체법·절차법의 주종관계에 부합하지 않는다는 비판이다. 그러나 이 점은 민사집행법 제155조를 실체법상 권리인 부당이득반환청구권을 제한하는 근거규정으로 해석함으로써 해결할 수 있다.

민사집행법 제155조[100]를 해석함에 있어 두 가지 견해가 대립한다. 첫째는, 배당이의 유무와 관계없이 경매채권자들에게 일반적으로 부당이득반환청구가 허용된다고 보는 전제에서 그 허용되는 일부를 예시한 규정(확인규정)으로 보는 견해(부당이득반환청구 긍정설, 예시·확인규정설)이다. 둘째는 부당이득반환청구가 일반적으로 부정된다는 전제에서 그 허용되는 일부를 예외적·한정적으로 규정한 것으로 보는 견해(부당이득반환청구 부정설)이다. 전자의 견해, 즉 예시규정(확인규정)으로 보는 견해가 우리의 판례[101]이다.

앞에서 논의한 것처럼, 배당종료 후에도 배당오류에 의한 부당이득반환청구를 허용할 것인지의 문제에서는 배당절차 내에서 배당이의라는 절

---

99) 대법원 2007. 2. 15. 선고 2004다50426 전원합의체 판결.

100) 제155조 (이의한 사람 등의 우선권 주장)
이의한 채권자가 제154조 제3항의 기간을 지키지 아니한 경우에도 배당표에 따른 배당을 받은 채권자에 대하여 소로 우선권 및 그 밖의 권리를 행사하는 데 영향을 미치지 아니한다.

101) 대법원 2019. 7. 18. 선고 2014다206983 전원합의체 판결은, “제정 민사소송법 제593조는 1963. 12. 13. 법률 제1499호로 일부 개정되면서 ‘이의를 당한’ 부분이 ‘이의를 신청한’으로, ‘우선권을’ 부분이 ‘우선권 기타를’로 각 변경되었고, 이는 2002. 1. 26. 법률 제6627호로 제정된 민사집행법에서도 그대로 유지되었다(다만 ‘우선권 기타’ 부분의 표현을 ‘우선권 및 그 밖의 권리’로 바꾸었다). 위 민사소송법 규정은 1963. 12. 13. 개정 당시 ‘우선권’ 부분이 ‘우선권 기타’로 개정되었는데, 그 개정이유에 대해서는 독일과 달리 평등주의를 채택하고 있는 우리의 법제에서 ‘순위에 의한 우선권’에 한정할 이유가 없으므로 일반채권자도 배당표에 의해 부당이득을 얻은 사람을 상대로 그 반환청구를 할 수 있음을 명확하게 하는 입법으로 보는 것이 학계의 일반적인 시각이었다.” 라고 기술하고 있다. ; 동지(同旨):, 방순원·김광년(하), 350면; 이영섭(하), 190면.

차보장이 갖추어져 있음에도 이를 해태한 채권자에게는 그 부당이득반환청구권을 부정함이 타당하다. 따라서 침해부당이득 측면에서 성립된 부당이득을 배당이의 해태를 이유로 그 청구를 실권·제한시키는 것이 필요하다. 따라서 필자는 위 ②의 견해와 같이 민사집행법 제155조는 배당이의를 한 채권자에 한하여 부당이득반환청구를 허용하는 한정적 규정으로 해석함이 타당하다고 생각한다.

제5절 소결

이상에서 배당오류에 의한 부당이득반환청구권 문제를 검토하였다. 침해부당이득 법리만을 고려하면 제1 절충설(이분설)이 타당하나, 민사집행법 제155조를 침해부당이득의 실권규정으로 해석할 수 있어 배당종료 후 부당이득반환청구 부정설을 취하는 것이 실체법적 법리에 반하지 않는다. 결국 배당오류 문제의 핵심은 개별 채권자의 실체적 권리실현 보장수단이 현재의 배당절차를 통하여 어느 정도 갖추어졌다고 보고 전체 절차관여자들의 절차안정성을 보호할 것인지, 아니면 다수의 절차적 불안을 감수하고서라도 소수의 실체적 권리실현을 보호할 것인지의 결단 문제라고 생각한다. 판례와 다수설은 아직도 우리의 집행제도 상황에서는 실체적 권리실현의 이익이 큰 것으로 보고 있다.

그러나 우리 민사집행법제가 절차비용 소모가 심하고 그 관리가 어려운 구조임을 고려한다면 앞으로의 집행절차 발전 방향은 실체적 권리실현 보장의 기회를 보장하면서 이를 해태한 권리자를 실권시켜 절차안정성을 강화하는 방향으로 발전해야 한다는 점에서 필자는 부당이득 부정설에 찬성한다.

제6장 결론

이상의 논의를 통하여 민사집행절차에서 실체적 권리실현이라는 목적과 그에 따른 민사집행 결과가 부정합·불일치하여 그에 대한 사후조정으로 부당이득반환이 문제되는 세 가지 유형을 살펴보았다.

1) 첫 번째 유형인 '하자 있는 집행채권에 따른 강제집행'의 경우는 그 집행절차가 적법·유효하게 진행되어 종료되었다면 그 집행목적물의 소유권은 원칙적으로 매수인에게 유효하게 이전되고, 다만 실체적 권리실현의 관점에서 사후 조정이 필요한 경우에는 기판력에 저촉되는 예외적인 경우를 제외하고는 부당이득으로 반환청구를 하게 된다.

그런데, 집행절차가 집행개시 시점부터 또는 집행종료 이전에 이미 부적법·무효였음이 밝혀진 경우에는 그로 인한 집행목적물의 소유권 이전도 무효가 되고, 집행절차를 통하여 집행채권자가 얻은 급부도 채무자의 변제로서 효력이 인정되지 않는다. 그 결과 매수대금을 납부한 매수인은 집행채권자를 상대로 그 배당받은 금원에 대한 부당이득반환을 청구하게 된다. 이 경우 외관상 적법·유효했던 집행절차를 신뢰한 매수인의 절차안정성 보호가 강하게 요청된다.

이에 따라 임의경매의 경우에 공신력을 인정하는 민사집행법 제267조가 신설되었고 종래 판례와 통설은 이를 경매개시결정 후 담보권이 소멸된 경우로 축소해석하여 적용하고 있어, 필자는 이를 문언 그대로 해석하여 경매개시결정 전 담보권이 소멸된 경우를 포함하여 적용함이 타당하다는 입장에서 논증하였다.

2) 두 번째 유형인 '제3자의 재산에 대한 강제집행'은 외관상 적법한 집행절차에 의한 것처럼 보일 뿐 실체적으로는 채무자의 책임재산이 아닌 제3자 소유물에 대한 강제집행이므로 집행절차가 위법·무효이고 그 결과 매수인은 소유권을 취득할 수 없음이 원칙이다.

그 후속조치로 매수인은 배당받은 채권자들을 상대로 그 배당금에 대

한 부당이득반환청구를 할 수 있다는 것이 판례의 입장이지만, 타인소유물의 경매에 있어서 당해 경매절차의 유·무효는 민법 제578조 담보책임의 적용여부와 필연적인 연관성은 없다고 볼 수 있고, 경매를 획일적으로 무효로 처리함에 따른 절차적 불안을 최소화하며, 채무자에 대한 1차적 담보책임과 함께 채권자에 대한 2차적 담보책임을 인정하여 매수인을 두텁게 보호할 수 있다는 점에서 민법 제578조, 제570조 매도인의 하자담보책임을 일반 부당이득 법리의 특칙으로 보아 우선 적용하는 담보책임설이 타당하다.

3) 세 번째 유형인 '배당오류'의 경우에는 배당요구로 배당에 참가한 일반채권자가 배당기일에 배당이의를 해태한 경우에도 배당종료 후 부당이득반환을 통하여 그 배당액 손실분을 반환받을 수 있도록 허용하는 것이 기존 판례와 통설의 태도이다. 판례는 그 근거로 이른바 '실체적 배당수령권' 이론을 설시해왔다.

그러나 필자는 배당오류에서 배당종료 후 부당이득반환청구를 부정함이 타당하다고 논증하였다. 그 이유는 일반채권자의 경우까지 '실체적 배당수령권'을 인정하여 배당종료 후에도 부당이득반환청구를 인정하는 것은 절차안정에 반하고, 이익형량 측면에서도 부당이득 부정설을 취하는 것이 최선이라는 결론에 도달하였기 때문이다.

민사집행절차에서 절차 안정성의 요청이 절박하여 원(原)권리자의 실체법상 권리행사를 제한하거나 실권시킬 필요성이 논의되는 경우들이 있다. ① 담보권이 무효인 경우 경매절차의 매수인 보호를 위하여 임의경매절차의 공신적 효력으로 집행채무자의 소유권을 실권시킬 수 있는지(민사집행법 제267조의 적용범위 확대 문제)와 ② 배당오류의 경우 배당이의를 해태한 채권자의 부당이득반환청구권을 실권시킬 수 있는지(민사집행법 제155조의 반대해석 문제) 등이 대표적이다.

민사집행절차 내에서 방어기회를 충실하게 보장하였음을 전제로 이를 해태한 채권자의 실체적 권리를 제한 또는 실권시키는 법률상 근거규정

이 마련되어 있는 경우에도 현재의 판례는 이를 보수적으로 축소해석하여 절차 안정성 요청을 희생하는 경향이 있다. 그 대표적인 두 가지 예가 위의 ①과 ② 논의이다.

민사집행 법제를 논의하는 최종 목적은, 집행법원의 사법(司法)행정력과 집행참여자들의 절차비용이라는 무형의 한정된 자산을 사용하여 국민의 실체법상 재산권 실현을 극대화하는 방향으로 민사집행 제도를 구현해 나가는 것이라고 생각한다. 민사집행절차에서 발생하는 부당이득에 대한 기존의 논의에서는 채권자-채무자 양자 사이에서의 실체적 권리실현만을 주된 목적으로 하는 경향이 강하였다.

그러나 채권자평등주의라는 단체법적 집행법제를 택한 우리 민사집행법의 구조적 특징과 함께 우리의 경매제도 개선과 사회적 여건 변화를 원인으로 하여 이제는 민사집행절차에서 소모되는 절차비용 문제, 즉 법적 안정성의 요청을 묵과하지 않는 방향으로 법해석을 시도할 필요가 있다. 실체적 권리실현을 구현하되, 그에 대한 절차보장이 이루어져 있다면 절차권 권리를 해태한 권리자보다는 절차를 신뢰한 자들의 법적 불안을 최소화하는 방향으로 보다 유연한 민사집행제도의 운용이 필요한 시점이다.

참 고 문 헌

국내문헌

단행본

편집대표 곽윤직, 민법주해(XⅦ), 채권(10), 박영사(2005)

편집대표 김상원, 주석 민사집행법(Ⅲ), 제2판, 한국사법행정학회(2007)

편집대표 김능환, 주석 민사집행법(Ⅳ), 제3판, 한국사법행정학회(2012)

편집대표 김용담, 주석민법 채권각칙(5), 제4판, 한국사법행정학회(2016)

편집대표 김용덕, 주석민법 물권(4), 제5판, 한국사법행정학회(2019)

편집대표 김용덕, 주석민법 채권각칙(2), 제5판, 한국사법행정학회(2021)

편집대표 김용덕, 주석민법 채권각칙(5), 제5판, 한국사법행정학회(2022)

법원실무제요 민사집행(Ⅰ) 집행총론, 사법연수원(2020)

곽윤직, 채권각론, 신정판, 박영사(2000)

김일중·김두얼, 법경제학 이론과 응용Ⅰ·Ⅱ, 도서출판 해남(2011)

김정호, 한국민법의 규제분석(Ⅰ), 규제연구시리즈41, 한국경제연구원(2003b)

김증한, 채권각론, 박영사(1988)

민일영, 주택·상가건물의 경매와 임대차, 박영사(2009)

윤진수, 민법기본판례, 홍문사(2016)

이시윤, 신민사집행법, 제4판, 박영사(2007)

_____, 신민사집행법, 제7판, 박영사(2016)

_____, 신민사집행법, 제8개정판, 박영사(2020)

_____, 신민사소송법, 박영사(2017)

이우재, 부동산 및 채권집행에서의 배당의 제문제(제2판), 진원사(2012)

지원림, 민법강의(제16판), 홍문사(2019)

논문

국상종, “과오배당과 부당이득반환청구”, 민사법연구 6집, 대한민사법학회(1997)

김관호, “배당오류에 대해 배당이의를 하지 않은 배당참가 채권자의 실체적 권리실현 보호와 적법한 배당절차를 통해 채권만족을 얻은 배당금수령자의 절차신뢰 보호간의 충돌문제”, 2020 사법보좌관 정례세미나(2020. 4. 21), 법원행정처(2020)

_____, “민사집행절차상 배당오류에 의한 배당종료 후 부당이득반환청구권 연구”, 한국사법행정학회(2021)

김학대, “독일강제집행법상의 채권자우선주의”, 재판자료 제48집, 외국사법연구논집 제8권(1982. 12)

김학준, “경매절차의 무효와 담보책임”, 대법원판례해설 49호, 법원도서관(2004)

김현석, “부동산 경매절차에서 배당요구를 하지 아니한 임금채권자의 지위”, 민사판례연구 제20권, 박영사(1998)

김형석, “경매와 담보책임”, 민사법학 제93호(2020. 12)

김형천, “배당절차 종료 후의 부당이득반환청구”, 서울지법 판례연구, 서울지방법원 동부지원(1997)

김홍규, “금전채무집행에 있어서 우선주의·평등주의·집단우선주의의 비교연구”, 온산방순원선생고희기념편찬위원회(1984)

민일영, “체납처분과 배당요구, 그리고 부당이득반환청구”, 민사재판의 제문제 제10권(2000)

배태연, “부동산의 압류·가압류 후에 설정된 담보물권의 효력과 배당우선 순위”, 사법논집제21집, 법원도서관(1990)

서기석, “배당절차 종료 후 채권자의 부당이득반환청구”, 판례실무연구 1권(1997)

송인권, “경매와 매도인의 담보책임”, 저스티스 제91호, 한국법학원(2006)

신태길, “순환관계의 배당과 저당권의 우선변제권”, 법원코트넷 민사집행법연구회 자료실(2005. 12. 6)
_____, “순환관계에서 안분후흡수설과의 결별의 선언, 혹은 ...”, 법원코트넷 민사집행법연구회 자료실(2005. 12. 6)
_____, “안분후흡수설의 문제점에 대한 재검토”, 민사집행법 실무연구Ⅱ 제117집, 법원도서관(2009)
양진수, “(대상판결에 대한) 의견조회서”, 대법원 재판연구자료(2018. 12)
양창수, “부당배당과 부당이득반환청구”, 민법산고, 박영사(2007)
_____, “채무자 소유 아닌 부동산에 대한 경매와 담보책임”, 민법연구 제8권, 박영사(2007)
오시영, “제3자 이의의 소 불행사와 실권효의 제재”, 민사소송(제12권 제2호) : 한국민사소송법학회지(2008. 11.), 한국사법행정학회(2008)
오종윤, “배당이의와 부당이득반환청구”, 사법논집 26집(1995)
윤남근, “회생절차개시가 매각이 완료된 부동산 집행절차에 미치는 효력 - 서울고등법원 2017. 10. 31. 선고 2017나2005981 판결을 중심으로”, 안암법학 제55권, 안암법학회(2017)
윤윤수, “우선변제청구권자의 부당이득반환청구”, 부산판례연구 제6집, 부산판례연구회(1996)
윤진수, “가집행선고의 실효와 경락인인 가집행채권자의 부당이득반환의무”, 민법논고Ⅲ, 박영사(2008)
_____, “부당이득법의 경제적 분석”, 서울대학교 법학(法學), 제55권 제3호(2014. 9)
이계정, “삼각관계에서의 부당이득 법률관계와 질권자의 부당이득반환의무 유무”, 법조(제66권 제1호), 법조협회(2017. 2)
_____, “삼자간 등기명의신탁에서 명의수탁자의 처분으로 인한 부당이득의 법률관계”, 법조(제71권 제2호), 법조협회(2022)
_____, “입법자의 의사와 법률해석의 문제”, 서울대학교 法學, 제63권 제4호(2022. 12)
이규철, “경매의 목적이 된 권리가 타인에게 속한 경우와 담보책임”, 재

판과 판례 16집(2007. 12), 대구판례연구회(2008)
이동진, “채권자취소권의 법적 성질과 그 구성”, 저스티스 통권 제174호(2019. 10)
이영갑, “배당이의판결의 기판력과 부당이득반환청구”, 판례연구 제12집, 부산판례연구회(2001)
이재환, “확정판결의 집행과 부당이득반환청구, 불법행위로 인한 손해배상청구와의 관계”, 대법원판례해석 제24호, 법원도서관(1996)
_____, “청구금액의 확장과 배당 후 부당이득반환청구의 허부 : 프랑스 법상 부동산압류절차 및 배당절차”, 판례실무연구 제1권, 박영사(1997)
이주흥, “청구금액의 확장과 배당 후 부당이득반환청구의 허부 : 배당절차와 관련된 부당이득반환청구”, 판례실무연구 1권, 박영사(1997)
전원열, “민사집행절차상 배당요구·배당이의와 부당이득반환청구권”, 저스티스 통권 제178호(2020. 6)
정동윤, “기판력의 배제를 위한 실체법상의 구제수단에 관하여”, 법조 통권 제399호, 법조협회(1989)
_____, “배당절차종료 후의 부당이득반환청구에 관하여”, 판례실무연구 제1권(1997)
정태윤, “배당오류과 부당이득 반환청구에 관한 비교법적 검토”, 이화여자대학교 법학논집 제20권 제2호(2015. 12)
정호영, “배당이의의 소”, 강제집행·임의경매에 관한 제문제(하) 재판자료 제36집, 법원도서관(1997)
조우연, “부동산경매시 배당과 관련한 문제”, 재판실무 제2집(2005)
조정래, “배당이의와 부당이득반환청구”, 부산판례연구 제1집(1990)
조철호, “배당절차 종료 후 채권자의 부당이득반환청구”, 재판과 판례 제7집, 대구판례연구회(1998)
채영수, “배당이의와 부당이득반환청구”, 대법원판례해설 제10호, 법원도서관(1989)

최명구, “구상부당이득의 성질에 대한 비교법적 검토”, 비교사법 제17권 제1호(2010)
최준규, “경매와 담보책임(재론)-물상보증인이 담보물을 제공한 경우를 중심으로”, 사법 제60호(2022)
한상구, “물상보증인이 설정한 저당권에 기해 부동산경매절차가 개시되고 매각대금이 완납된 후 물상보증인에 대해 회생절차가 개시된 경우의 효력”, 도산법연구회 발표자료, 도산법연구회(2018)

일본문헌

단행본

兼子一, 增補强制執行法, 酒井書店(1951)
田中康久, 新民事執行法の解說, 金融財政事情硏究會(1979)
註釋 民事執行法(4), 金融財政事情硏究會(1983)
註解 民事執行法(3), 第一法規出版(1984)

논문

三ケ月章, “差押の効力の相對性”, 民事訴訟法硏究 第3卷, 有斐閣(1966)
宮脇幸彦, “强制執行における平等主義と優先主義”, 判例タイムズ 224号(1968. 10. 15)
四宮和夫, “事務管理・不当利得・不法行爲”, 現代法律學全集(上), 青林書院(1981)
中野貞一郎, “債權または優先權を有しないのに配當を受けた債權者に對する抵當權者からの不當利得返還請求の可否”, 私法判例リマ-クス(上)(1992)
富越和厚, “債權又は優先權を有しなぃのに配當を受けた債權者に對する抵

當權者からの不當利得返還請求の可否", 法曹時報 45巻 7号(1993)
松岡久和, "押留債權者の實體法上の地位(上)-過誤配當と不當利得および對抗の問題を手掛りに", 金融法務事情, 第42巻 25号(1994. 10)
松本搏之, "配當期日に配當異議の申出をしなかった一般債權者が配當を受けた他の債權者に對して不當利得返還請求をすることの可否", 私法判例リマ―クス 19号(1999)

Abstract

Unjust Enrichment in Civil Enforcement

- that is Procedurally Due but Substantively Unfair

Kim, Gwan Ho

Department of Law

The Graduate School

Seoul National University

It is clear that the role of procedural law is the realization of substantive right.

In previous discussions, the superiority between procedural law and substantive law was main issue. As it is clear that the role of procedural law is the realization of substantive right, the superiority of substantive law over procedural law can be a starting point for approaching many issues. However, there is a limit to reaching a conclusion only with this superiority relationship between these two

laws. In the end, I insist that this problem can be solved only by legal policy decision-making of the court considering procedural transaction costs from the law-economical perspective of a collective procedure.

Then, is it possible for a creditor(an applicant for distribution) who did not raise objection to his or her substantively wrongful dividends awarded by the auction court on the distribution date in the civil enforcement distribution procedure to have still a claim for return of wrongful gain(unjust enrichment) after the confirmation of his or her dividends on the grounds that there was substantial unfairness on the confirmed distribution schedule?
In accordance with the previous general theory and precedents, this kind of unjust enrichment caused by other person's infringement is similar with tort. Therefore, the requirements of unjust enrichment of this kind are satisfied only when the creditor who had an exclusive right for his or her original dividends such as a holder of the collective security(keun-mortgage) or a mortgage received dividends less than what the auction court should have awarded to him or her during the auction proceedings. However, the creditor who merely acquired a right to demand claims without any exclusive rights in the substantive law and submitted claim statements asking for dividends in auction procedural law can not satisfy the requirement of unjust enrichment in this case. Even in civil enforcement procedure, it shall not be permitted to acknowledge that an creditor without any exclusive rights can be regarded as the exclusive right holder acquiring a kind of mortgage. Because it is against the principle of law to specify the real right (jus in rem) which prohibits the creation of new systems.

Although it is reasonable to treat exclusive security right holders and general creditors separately according to the legal principles on the unjust enrichment, our Civil Enforcement Code and legal systems are in a special situation where it is impossible to follow such dichotomy. The main cause of this situation is the enactment of various special laws which were made without systematic consideration of the order of the substantive rights. Due to this chaos, 'the circulatory relationship of dividends' occurred in the distribution procedure and violates the essential contents of a mortgage, the exclusive right. Therefore, the dichotomy could no longer be used as a standard for civil enforcement distribution procedure.

As a result, we face an alternative situation in which we have to choose between the affirmative theory and the negative one regarding the right to claim for return of wrongful gain(unjust enrichment). Even though both of them do not perfectly conform to the legal principles on the unjust enrichment in the substantive law. Thus, this situation can be solved only by legal policy decision-making of the court considering procedural transaction costs from the law-economical perspective of a collective procedure.

keywords : Unjust enrichment, Civil enforcement, Substantive law and procedural law, Objection to dividends, Procedural transaction costs

Student Number : 2016-27083