

채권자취소소송상 피고적격 및 사해의사에 대한 증명책임에 관한 고찰^{* **}

김 대 경^{***}

< 목 차 >

- I. 들어가며
- II. 외국의 입법례
- III. 피고적격
- IV. 사해의사에 대한 증명책임
- V. 나오며

I. 들어가며

채권자취소권은 채무자가 채권자를 해치는 법률행위를 함으로써 무자력이 되어 채권의 만족을 줄 수 없는 경우, 채권자가 그 취소와 원상회복을 법원에 청구할 수 있는 권리를 말한다(민법 제406조). 통설 및 판례는 이러한 채권자취소권의 인정근거를 ‘공평의 견지에서 특별히 법이 인정한 것(법정책임설)’으로 보고 있으며, 그 법적성질을 상대적 무효설로 파악하는 것으로 이해된다.¹⁾ 한편 채권자취소권의 행사는 채권자가 자신의 이름으로 재판상으로만 행사할 수 있

* 이 논문은 2021학년도 제주대학교 교원성과지원사업에 의하여 연구되었음(This research was supported by the 2021 scientific promotion program funded by Jeju National University).

** 존경하는 은사님의 정년퇴임을 축하드리오며, 항상 강건하시고 평안하시길 기원드립니다.

*** 법학박사(Dr. jur.), 제주대학교 법학전문대학원 부교수.

1) 박준서(편집대표), 「주식민법」 채권총칙(2), 한국사법행정학회, 2000, 38-46면; 박윤직(편집대표), 「민법주해(IX)」, 박영사, 2004, 802면; 김준호, 「민법강의」 제25판, 법문사, 2019, 582-584면; 지원립, 「민법강의」 제12판, 홍문사, 2014, 1146-1149면; 대법원 1984. 11. 24. 선고 84마610 판결; 대법원 1990. 10. 30. 선고 89다카35421 판결.

으며, 피고적격과 관련하여 ‘피고는 악의의 수익자 또는 전득자이며 채무자는 피고가 될 수 없다’는 것이 판례의 확립된 태도이다.²⁾ 이러한 판례의 태도에 따르면, 수익자와 전득자가 모두 악의인 경우, 취소채권자는 수익자를 피고로 하여 재산의 반환에 갈음하여 가액배상을 청구하거나 전득자를 피고로 하여 직접 채무자에게로 재산의 회복을 구할 수 있으며,³⁾ 수익자가 악의이고 전득자가 선의인 경우에 취소채권자는 수익자를 피고로 하여 가액배상을 청구하거나 전득자에게 영향을 미치지 않는 범위에서 재산의 반환을 청구할 수 있게 된다.⁴⁾ 한편 수익자가 선의이고 전득자가 악의인 경우 또는 선의의 전득자로부터 다시 전득자한 자가 악의인 경우에도 채권자가 사해행위취소를 구할 수 있는지 여부에 대해서는 그 동안 학설상 상당한 논란이 있었는데,⁵⁾ 이에 대하여 대법원은 2012. 8. 17. 선고 2010다87672 판결을 통해 수익자가 선의인 경우에도 채권자는 악의의 전득자를 상대로 채권자취소소송을 제기할 수 있는 것으로 보았다.⁶⁾ 이러한 판례의 태도는 전득자에 대한 상대적 관계에서 채권자취소권의 요건을 갖추고 있는 한 수익자가 선의인 경우에도 그 전득자와 채권자 사이에서 취소의 효력이 미치고 전득자를 상대로 원상회복을 청구할 수 있다고 보는 것으로, 즉 보호가치 없는 악의의 전득자보다 채권자의 보호를 우선시하여 그로 하여금 일탈된 재산의 회복을 통해 채권회수의 실효성을 보장해주기 위한 것으로 이해된다.⁷⁾

2) 대법원 1991. 8. 13. 선고 91다13717 판결; 대법원 1967. 12. 26. 선고 67다1839 판결. 채권자취소권은 채권자가 채무자의 법률행위의 취소를 구하는 것을 전제로 악의의 수익자 또는 전득자를 상대로 하여 그로부터 목적물을 반환받으면 책임재산을 보전한다는 목적은 충분히 달성되는 것이므로, 굳이 채무자까지 공동피고로 하여 채무자와 수익자 또는 전득자간의 법률관계까지 전면적으로 무효로 할 필요는 없다는 것이 그 취지이다. 다만, 채무자는 채권자취소소송의 결과에 대하여 법률상 이해관계를 가지므로 피고로 된 수익자 또는 전득자를 위하여 보조참가를 할 수 있다.

3) 대법원 2004. 8. 30. 선고 2004다21923 판결; 대법원 2011. 10. 13. 선고 2011다46647 판결. 이러한 경우 취소채권자는 수익자와 전득자를 공동피고로 하여 채권자취소소송을 제기할 수도 있는데, 즉 채권자가 수익자와 전득자를 공동피고로 하여 채권자취소의 소를 제기하면서 청구취지를 수익자에 대한 것과 전득자에 대한 것을 분리하지 아니한 채 ‘채무자와 수익자 사이의 사해행위 취소’를 구하는 취지라고만 한 경우, 전득자에 대한 관계에서 채무자와 수익자 사이의 사해행위를 취소하는 청구도 포함된 것으로 본다.

4) 대법원 1984. 11. 24. 선고 84마610 결정; 대법원 2001. 2. 9. 선고 2000다57139 판결.

5) 긍정적 견해로 박윤직, 「채권총론」, 박영사, 2003, 148면; 장재현, 「채권법총론」, 경북대학교 출판부, 2006, 243면; 장중운, 「신 사해행위취소소송」, 진원사, 2011, 110면 등이 있으며, 반면 부정적 견해로 이은영, 「채권총론」, 박영사, 2006, 474면; 지원림, 앞의 책, 2014, 1173-1174면 각 참조.

6) 대법원 2012. 8. 17. 선고 2010다87672 판결.

7) 임상민, “수익자 선의와 전득자에 대한 사해행위취소-대법원 2012. 8. 17. 선고 2010다

그러나 이러한 판례의 태도는 수익자가 선의여서 종국적·확정적으로 권리를 취득하였음에도 불구하고, 악의의 전득자를 상대로 여전히 채권자취소권을 행사할 수 있다고 보는 것은 채권자취소권의 본질에 비추어 채권자의 보호에 치중한 나머지 거래의 상대방 내지 거래안전을 도외시 한 결과가 아닌지 의문이다. 왜냐하면 임의이행을 전제로 하는 채권의 특성상 채무불이행의 위험은 채권관계에서 내재된 본질적 위험으로 볼 수 있고, 일반적 채권자라면 이러한 위험에 대비하여 각종의 담보권 내지 보전절차를 스스로 강구하였을 것이기 때문이다. 그럼에도 이러한 담보권을 확보하지 못한 채권자를 보호하기 위해 수익자 내지 전득자를 상대로 취소 및 원상회복을 인정하는 것은 물권의 채권에 대한 우위성 보장, 채권자평등의 원칙, 민사집행법상 보전처분에 의한 채권보장, 사적자치의 보장 등에 대한 중대한 예외를 형성하는 것으로 보이기 때문이다.⁸⁾

또한 채권자에 의해 채무자의 악의가 증명되면 수익자 또는 전득자의 악의는 일응 추정된다는 판례의 태도에 따를 때, 이는 전득자의 선·악의 유무에 관하여 실질적으로 입증책임의 전환을 가져오는 것으로 증명책임에 관한 통설 및 판례의 입장인 법률요건분류설을 지나치게 좁게 해석함으로써 수익자 또는 전득자의 방어권 보장에 어려움을 초래하고 있다는 점에서 타당한 결론인지도 의문이다.⁹⁾ 왜냐하면 전득자는 사해행위의 직접 당사자가 아니므로 채무자와 특별한 관계에 있거나 통모하지 않는 한 채무자의 재산 및 법률관계에 대하여 알지 못하는 것이 오히려 일반적이라 할 것이기 때문이다.

본고에서는 이상의 논의를 바탕으로 취소채권자 및 거래안전의 적절한 조화를 모색하기 위해 채권자취소소송상 피고적격 및 사해의사에 대한 증명책임에 관하여 검토해 보고자 한다. 이를 위해 먼저 우리의 채권자취소권제도의 정립에 지대한 영향을 미친 프랑스, 독일 및 일본 등 외국의 입법례를 살펴보고, 이후 우리 민법상 학설 및 판례의 태도를 비판적으로 검토한 후, 2013년 법무부 산하 민법개정위원회에서 마련한 채권자취소권과 관련된 개정안의 주요내용을

87676 판결을 중심으로-”, 『저스티스』 통권 제136호, 한국법학원(2013.6.), 254면; 조혜섭, 「채권자취소권법」, 법문사, 2019, 314-315면.

8) 同旨. 오시영, 「채권자취소권」, 숭실대학교 출판부, 2010, 3-7면; 임상민, 앞의 논문, 259-260면.

9) 대법원 2015. 6. 11. 선고 2014다237192 판결. 증명책임에 관한 법률요건분류설에 따르면 권리의 존재를 주장하는 사람이 권리근거규정의 요건사실에 대한 증명책임을 지며, 권리의 존재를 다투는 상대방은 권리의 장애, 소멸 및 지지규정의 요건사실을 증명할 책임을 지게 된다.

살펴보고 나름의 개선방안을 제시해 보고자 한다.

Ⅱ. 외국의 입법례

1. 프랑스¹⁰⁾

1) 관련 규정

프랑스는 채권자취소권에 관한 일반규정으로 민법 제1341조의2를 두고 있는데, 동 조항에 따르면 ‘채권자는 또한 채무자가 채권자의 권리를 해한 행위의 효력을 자신에게 대항할 수 없음에 대한 확인을 구하는 소를 자신의 이름으로 제기할 수 있다. 이때 채무자의 행위가 유상행위인 경우, 채권자는 수익자가 사해행위임을 알고 있었음을 증명하여야 한다.’라고 규정하고 있다.¹¹⁾ 이외에 프랑스 민법은 용익권의 포기(제622조), 상속의 불승인 및 포기(제799조), 상속재산의 분할에 관한 절차 참여(제882조) 및 부부 공유재산의 분할(제1447조) 등 개별 조항에서도 채권자취소권을 규정하고 있다.

2) 피고적격

프랑스 민법상 채권자취소권은 사해행위의 취소를 통해 책임재산의 보전이라는 소기의 목적을 달성할 수 있으므로 사해행위를 자체를 무효화 하지는 않으며, 다만 상대방으로 하여금 취소채권자에게 그 효력으로 대항할 수 없도록 하는 것에 그친다(대항불가능효).¹²⁾ 즉 사해행위는 채권자와 그 상대방 사이에서만 무효일 뿐이고 그 범위 또한 채권자의 피보전채권의 범위로 제한된다(상대

10) 프랑스 민법상 채권자취소권에 관한 상세는 여하윤, “프랑스 민법상 사해소권 행사의 효과에 관하여”, 『민사법학』 제79권, 한국민사법학회, 2017.6.; 정다영, “프랑스 민법상 채권자취소권 제도”, 『민사법학』 제67권, 한국민사법학회, 2014.6.; 김옥곤, “프랑스민법에 있어서의 채권자취소제도”, 『민법학의 기본문제』, 삼지원, 2005. 등 각 참조. 다만 이하 기술부분은 상기 논문 및 저서를 참고하여 필요한 부분을 발췌 및 재기술 하였음을 밝혀둔다.

11) 2016.10. 개정 전 프랑스 민법 제1167조 제1항 ‘각 채권자는 자신의 이름으로 채무자에 의하여 행해진 사해행위를 공격할 수 있다.’ 명순구 역, 『프랑스민법전』, 법문사, 2004.

12) 여하윤, 앞의 논문, 47면; 오시영, 앞의 책, 27면.

적 효력설). 이러한 법리의 논리적 귀결로서 채권자취소권의 행사는 채무자가 아닌 악의의 수익자 내지 전득자로 국한된다.¹³⁾

한편 프랑스의 학설과 판례는 유상행위인 경우에는 채무자와 수익자의 통모가 필요한 반면, 무상행위인 경우에는 채무자의 사해의사는 요구되지만 수익자의 악의 여부는 고려하지 않고 취소할 수 있는 것으로 보고 있다. 한편 선의 수익자로부터의 전득자가 있는 경우, 이를 상대로 채권자취소소송을 제기할 수 있는지 여부가 문제되는데, 상술한 바와 같이 수익자가 채무자와의 통모없이 사행행위의 목적물을 유상으로 취득하였다면, 수익자는 선의로 취급되며 그 이후 전득자는 선악불문하고 채권자취소로 인한 추급을 면하게 된다. 또한 사해행위가 무상행위인 경우에도 전득자에게 사해의사가 없으면 전득자를 상대로 채권자취소권을 행사할 수 없도록 하고 있다.¹⁴⁾

3) 사해의사

프랑스 민법상 사해의사는 채무자의 적극적 사해의사(목적설)가 아닌 채무자의 법률행위가 채권자에게 손해를 초래하거나 초래할 수 있다는 사정에 대한 인식(인식설)으로 족한 것으로 본다. 통설 및 판례에 따를 때, 이러한 사해의사는 사해행위가 유·무상행위인지 여부 및 채무자와 수익자의 통모가 있었는지 여부에 따라 일응 추정되는 것으로 보고 있다. 즉 수익자가 채무자로부터 목적물을 유상으로 취득한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 사해행위로 평가되지 않지만, 수익자가 대상 목적물을 무상으로 취득하였거나 채무자와 통모하였다면 이는 사해행위로 평가된다. 따라서 채권자가 사해행위에 대한 채무자의 인식을 입증하면 채무자의 사해의사는 긍정되며, 채무자는 자신의 법률행위에 대한 정당한 목적 등을 증명하여 채권자의 소구로부터 벗어날 수 있다.¹⁵⁾

13) 여하운, 앞의 논문, 57면.

14) 오시영, 앞의 책, 28면.

15) 오시영, 앞의 책, 26-29면; 정다영, 앞의 논문, 378-379면.

2. 독일

1) 관련 규정

독일은 도산절차 외에서의 취소권(채권자취소권법)과 도산절차 내에서의 취소권(도산법상 부인권)으로 구분하여 민법과는 별개의 단행법률을 통해 규율하고 있다. 독일의 채권자취소권법(Anfechtungsgesetz)은 현재 총 21개 조문으로 구성되어 있는데,¹⁶⁾ 동법의 주요내용을 간략히 살펴보면 다음과 같다. ① 도산절차 밖에서 채권자를 해하는 채무자의 법률행위(Rechtshandlung)¹⁷⁾ 등 취소의 대상(제1조), ② 취소채권자(금전채권자) 및 채무자의 무자력(제2조), ③ 주관적 요건으로서 채무자의 고의(Vorsatz) 및 수익자의 악의(Kenntnis)(제3조), ④ 무상급부에 따른 사해행위의 취소와 그 기한의 제한(제4조), ⑤ 채권자취소권의 행사방법(재판상 권리행사 및 항변에 의한 행사)(제13조 및 제9조),¹⁸⁾ ⑥ 채권자취소의 효과(채권설)¹⁹⁾와 반환범위(부당이득법 규정의 준용), ⑦ 취소상대방(수익자 내지 전득자)의 권리(제12조) 및 ⑧ 권리승계인(수익자 내지 전득자)에 대한 채권자취소권(제15조) 등에 관한 것이 그것이다. 독일의 채권자취소권법은

16) 김영주, “독일의 채권자취소권법과 채권자취소소송”, 『비교사법』 제24권 제4호, 한국비교사법학회, 2017.11., 1756면; 임채웅, “사해행위로서의 소송행위의 취소 및 부인에 관한 연구”, 『민사재판의 제문제』 제16권, 민사실무연구회, 2007, 282면; 박광선, “채권자취소권 행사 시 수익자·전득자의 인식상태에 관한 증명책임의 분배에 대한 소고”, 『저스티스』 제177호, 한국법학원, 2020.4., 139-140면; 전원열, “채권자취소권의 효력론 비판 및 개선방안”, 『저스티스』 통권 제163호, 한국법학원, 2017.12., 208-210면.

17) 법률행위란 의사표시를 요소로 하는 법률행위보다 광의의 개념이며, 여기에는 법률행위뿐만 아니라 준법률행위, 사실행위도 해당할 수 있다. 김영주, 앞의 논문, 1759면.

18) Michael Huber, Anfechtungsgesetz(11. Aufl.), C. H. Beck, 2016, § 9, Rn. 3. 채권자취소권은 재판상 행사되어야 하지만, 여기서 재판상 권리행사란 소제기에 의한 채권자취소권의 행사뿐만 아니라 채무자로부터 이탈된 재산에 관하여 제기된 다른 소송에서 항변으로 주장하는 것도 가능하다.

19) 현재 독일의 통설 및 판례의 입장으로 동 견해에 따르면, 채권자취소권은 법정요건이 충족되면 채권자가 상대방에 대하여 일정한 청구를 할 수 있는 법정채권관계(일종의 원상회복청구권)를 발생시키는 채권으로, 동 채권의 행사로 채무자의 행위를 취소하는 것은 아니며, 채권자와 상대방과의 관계에서 채권적 효과만을 발생시키는 것으로 파악한다. 따라서 채무자의 사해행위가 동법에 따른 요건을 충족하게 되면, 법률에 의하여 취소채권자에게 수익자 또는 전득자에 대한 급부반환청구권이 발생하고, 채권자가 이 반환청구권을 채권자취소소송을 통해 행사할 경우 수익자 또는 전득자는 강제집행을 승인해야 하므로, 결국 채권자취소의 소는 강제집행수인의 소로서 기능하게 된다. 이에 관한 상세는 오시영, 앞의 책, 82-84면; 김영주, 앞의 논문, 1766-1771면; 전원열, 앞의 논문, 209면 각 참조.

앞서 검토한 프랑스 민법상 채권자취소권보다 그 요건 및 효과를 비교적 상세하게 규정하고 있는데, 이는 애당초 단행법률로 정비된 측면도 있겠지만, 도산법(Insolvenzordnung)의 체계 및 내용과 정합성을 도모하기 위한 측면도 고려된 것으로 볼 수 있다.

2) 피고적격

독일 채권자취소법은 취소권행사의 상대방을 채무자와 수익자로 제한하며, 상속인 기타 포괄승계인 등에 대하여 사해행위취소를 구할 수 있는 경우를 한정적으로 열거하고 있다(제15조 제1항). 즉 채권자취소권법 제15조 제2항에서는 전득자를 상대로 채권자취소권을 행사할 수 있는 경우를 규정하고 있는데, ① 전자(수익자)의 취득에 취소사유가 존재하고 승계인(전득자)이 자신의 취득 시 이러한 사정을 안 경우, ② 승계인이 취득 시 채무자와 친밀한 관계에 있는 자에 해당하는 경우(다만 취득 시 전자의 취득에 취소사유가 존재한다는 사정을 알지 못한 경우에는 취소 불가) 및 ③ 승계인이 무상으로 취득한 경우 등이 그것이다. 따라서 채권자가 전득자를 상대로 채권자취소권을 행사하려면 원칙적으로 전자(수익자)에 대한 채권자취소권의 요건이 모두 충족되어야 하며, 그것이 주관적 요건이라면 수익자와 전득자 모두 악의인 경우에만 행사될 수 있도록 하고 있다.²⁰⁾

3) 사해의사

채권자취소권법 제3조 제1항은 원칙적 요건을 규정하고 있는데, 채무자가 취소 전 10년 내에 고의로 채권자를 해하는 법적행위를 한 경우에 행위 당시 상대방(수익자)이 채무자의 고의를 알았다면 그 법적행위를 취소할 수 있으며, 상대방이 채무자에게 지급불능의 위험이 존재하고 그 행위가 채권자를 해한다는 사실을 안 경우(채무자의 사해의사)에는 상대방(수익자)의 악의를 추정한다. 이러한 악의 추정은 상대방이 채무자의 처분행위가 사해행위에 해당함을 알 수 있는 객관적 사정을 인식하고 있었던 경우에만 적용된다. 원칙적으로 취소채권

20) 김영주, 앞의 논문, 1764면; Münchener Kommentar zum Anfechtungsgesetz, C. H. Beck, 2012, § 15, Rn. 5; Michael Huber, a.a.O., § 15, Rn. 1 ff.

자가 채무자의 사해의 고의 및 수익자의 악의를 모두 증명해야 한다는 점에서 상대방의 방어권(항변권) 및 거래의 안전을 적절히 도모하고 있다.²¹⁾

다만 여기에는 몇 가지 예외가 인정되는데, 우선 채무자가 도산법 제138조에서 정하는 특수한 관계에 있는 자와 체결한 유상계약이 채권자에게 직접 해를 가하는 것인 때에는 취소할 수 있으며, 다만 계약이 취소 전 2년 이전에 체결되었거나 수익자가 항변으로 채무자의 고의에 대한 자신의 선의를 증명하는 경우에는 취소할 수 없도록 하고 있다(제3조 제4항). 또한 채무자의 처분행위가 무상행위인 경우, 원칙적으로 채권자는 주관적 요건의 충족에 대한 입증이 없어도 취소할 수 있는데, 이러한 경우에도 그 행위 시로부터 4년 이전에 행한 무상행위이거나 관행적인 선물의 교부 등은 취소할 수 없도록 하고 있다.²²⁾

3. 일본

1) 관련 규정

일본은 2005년경부터 채권법 개정을 위한 논의를 시작하였고, 다년간의 논의를 거듭한 끝에 2017년 5월 민법 중 채권법 부분을 대폭적으로 수정하는 내용의 민법개정안을 통과시켰다.²³⁾ 종래 일본 민법은 채권자취소권에 관하여 3개의 조항(개정 전 일본민법 제424조 및 제426조)만을 두었는데, 민법 개정을 통해 14개 조항으로 늘렸으며, 종래의 조항 역시 일부 수정 및 보완되었다.

개정 일본 민법상 채권자취소권에 관한 주요 내용을 살펴보면, 첫째, 채권자취소권의 요건에 관하여 ① 채권자취소권에 의한 취소의 대상을 변제 등을 포

21) 박광선, 앞의 논문, 140면; 임상민, 앞의 논문, 269면; 김영주, 앞의 논문, 1760-1761면.

22) 박광선, 앞의 논문, 140면.

23) 일본 민법상 채권자취소권의 개정과정 및 주요내용에 대한 상세는 정태윤, “일본 개정민법(채권관계)중 주요 부분에 관한 개관”, 『민사법학』 제82호, 한국민사법학회, 2018.2., 255-350면; 박정기, “일본민법 개정작업의 최근 동향”, 『법학논고』 제33집, 경북대학교 법학연구원, 2010.6., 79-104면; 신지혜, “사해행위취소권에 관한 일본 개정 민법상 쟁점과 시사점”, 『민사법학』 제83집, 한국민사법학회, 2018.6., 69-129면; 이승섭, “일본 민법 채권자취소권 제도 개정과 절대적 효력설”, 『강원법학』 제60호, 강원대학교 비교법학연구소, 2020.6., 223-318면; 강혜림, “채권자취소권에 관한 법무부 민법(재산권) 개정안과 일본 법무성 민법(채권관계) 요강안의 비교법적 고찰”, 『재산법연구』 제32권 제3호, 한국재산법학회, 2015.11., 91-130면; 박광선, 앞의 논문, 1341-144면; 전원열, 앞의 논문, 234-239면 등 각 참조.

함하는 행위로 개정하였으며, 피보전채권의 범위와 종류를 보다 명확히 규정하였다(제424조). ② 상당한 대가에 의한 처분, 담보제공, 채무소멸행위의 유형별로 취소요건의 특례를 정하였으며(제424조의2 내지 424조의4), ③ 수익자에 대하여 채권자취소권을 행사할 수 없는 경우에는 전득자에게도 채권자취소권을 행사할 수 없도록 하는 등 전득자에 대한 채권자취소청구의 행사요건을 정비하였다(제424조의5). 둘째, 채권자취소권의 행사방법과 효과 등에 관한 것으로 ① 일탈된 재산의 채무자에의 반환청구권(424조의6), ② 채권자취소권의 범위(제424조의8), ③ 채권자로부터 상대방에의 직접 지급청구권(제424조의9) 등을 명확히 하였으며, 나아가 ④ 인용판결의 효력을 채무자에게도 미치도록 함(절대적 무효설)과 동시에 채권자취소소송의 피고적격 및 채무자에 대한 소송고지제도를 마련하였다(제424조의7, 제425조). 셋째, 채권자취소권이 행사된 경우 수익자 등의 권리에 관한 것으로, ① 수익자 등은 채무자에 대하여 수익자가 교부한 반대급부 등의 반환을 구할 수 있도록 규정하였으며(제425조의2, 제425조의4 제1호), ② 채무소멸행위에 관하여 채권자취소권이 행사된 경우에 수익자 등은 소멸한 채권을 행사할 수 있다는 점을 규정하였다(제426조). 넷째, 채권자취소권의 기한에 관하여 2년의 제한기간의 기산점을 명문화하였고, 장기의 제한기간을 10년으로 단축하였으며 이를 출소기간으로 정하였다(제426조).

2) 피고적격

개정 일본 민법은 채권자취소의 효과에 관하여 절대적 무효설을 채택하였고, 이에 따라 인용판결의 효력범위를 정한 개정 민법 제425조는 채권자취소청구를 인용하는 확정판결은 채무자 및 모든 채권자에 대하여도 효력이 있는 것으로 규정하였다.²⁴⁾ 개정 민법에서 피고적격을 갖는 자는 종래 판례의 태도에 따라 수익자로 하되(제427조의7 제1항), 확정판결의 효력이 미치는 채무자의 절차참여권을 보장하기 위해 채권자는 채권자취소의 소를 제기한 때 지체 없이 채무자에게 소송고지를 하도록 규정하였다(제424조의7 제2항).

한편 채무자로부터 수익자에게로 이전된 재산에 대하여 다시 전득한 자가 있

24) 일본 개정 민법상 절대적 효력설이 갖는 의미, 채무자에게 확장되는 판결효의 내용 및 법적성질(소송적 효력설 내지 실체적 효력설)에 관한 학설상 논의의 상세는 이승섭, 앞의 논문, 275-276면; 신지혜, 앞의 논문, 268면; 강혜림, 앞의 논문, 135-138면 각 참조.

는 경우, 채권자가 이러한 전득자에 대하여 채권자취소권을 행사할 수 있는지 여부에 대해서 우리와 유사하게 판례²⁵⁾ 및 학설²⁶⁾상 상당한 논란이 있었는데, 개정 민법 제424조의5에서는 종래 제424조와는 달리 전득자에 대한 채권자취소권의 행사요건을 별도로 규정하였다. 즉 제424조의5(전득자에 대한 사해행위취소청구)에서 ‘채권자는 수익자에 대해서 사해행위취소청구를 할 수 있는 경우에 수익자에게 이전한 재산을 전득한 자가 있는 때에는, 다음 각 호의 구분에 따라 각각 당해 각호에서 정하는 경우에 한하여 그 전득자에 대해서도 사해행위취소청구를 할 수 있다.’고 규정하면서, 구체적으로 ‘제1항 그 전득자가 수익자로부터 전득한 자인 경우: 그 전득자가 전득당시, 채무자가 한 행위가 채권자를 해한다는 것을 알고 있었던 때, 제2항 그 전득자가 다른 전득자로부터 전득한 자인 경우: 그 전득자 및 그 전에 전득한 모든 전득자가 각 전득 당시, 채무자가 한 행위가 채권자를 해한다는 것을 알고 있었던 때’ 등으로 규정한 것이 그것이다. 따라서 개정 일본 민법상 채권자가 전득자에게 채권자취소권을 행사하기 위해서는 전득자뿐만 아니라 그 전자(수익자 내지 전득자로부터의 전득자) 모두가 악의인 경우에만 가능하게 되었다.²⁷⁾

3) 사해의사

종전 일본 민법의 태도에 따를 때, 수익자 내지 전득자가 취소채권자에게 대항하기 위해서는 스스로 자신의 선의를 증명해야만 했다. 그러나 개정 민법은 상술한 바와 같이 수익자와 전득자에 대한 취소청구를 분리·규정한 후, 수익자와는 달리 전득자에 대한 채권자취소청구에서는 전득자가 전득 당시 채무자

25) 最高裁判所 第一小法廷 昭和49年(1974) 12月 12日 判決 最高裁判所裁判集民事 第113号523頁. 동 판례의 견해에 따르면, 전득자의 전자(수익자 또는 전 전득자)가 선의인 경우에도 전득자가 전득당시에 악의라면 채권자는 이러한 전득자를 상대로 채권자취소권을 행사할 수 있다고 보았다.

26) 이에 대하여 종래 일본의 학설은 상대적 무효라는 논리 및 전득자에 대한 취소에도 불구하고 수익자에게 아무런 피해가 없다는 점에 근거를 두고 있는 취소공정설(下森 定, 『新版註解民法(10) II』, 有斐閣, 2011, 898-900面; 内田貴, 『民法III(債權總論, 擔保物權)』, 東京大學出版會, 2005, 316面)과 거래의 안전 및 원활에 반하고, 전득자에게 부당·가혹하며, 파산법상 부인권과 형평에 맞지 아니한다는 점을 근거로 한 취소부정설(平野裕之, 『債權總論』, 信山社出版株式會社, 2005, 355面; 安達三李生, 『債權總論講義』, 新山社, 2000, 123面)이 대립하였다. 民法(債權關係)部會資料 71-3, 118면; 신지혜, 앞의 논문, 92-93면; 임상민, 앞의 논문, 262-264면에서 재인용.

27) 강혜림, 앞의 논문, 111-112면; 임상민, 앞의 논문, 267-268면; 신지혜, 앞의 논문, 92면.

가 행한 처분행위의 사해성을 알았다는 사정을 적극 요건으로 규정하고 있는데, 이는 개정 민법 하에서 전득자의 악의 여부에 대한 증명책임을 취소채권자가 부담하도록 한 것으로 이해된다.²⁸⁾ 한편, 개정 민법에서는 사해행위 유형에 따른 특칙을 추가하고 있는데(개정 민법 제424조의2-제424조의4), 이는 종래 채무자가 채무초과상태에서 행한 모든 행위가 사해행위로 추정되던 것과는 달리 특칙에서 정한 개별요건을 갖춘 경우에만 사해행위로 평가될 수 있도록 하였다. 따라서 개정 일본 민법에서 채권자취소권의 대상이 되는 사해행위의 범위는 기존보다 축소된 것으로 보이며, 수익자 또는 전득자에 대한 사해의사는 보다 엄격한 요건 하에서만 인정되도록 한 것으로 보여 진다.²⁹⁾

4. 외국 입법례의 시사점

채권자취소소송의 상대방, 즉 누가 피고로 될 수 있는지의 여부는 원칙적으로 채권자취소권의 본질을 어떻게 파악하느냐에 따라 달라질 것이지만,³⁰⁾ 프랑스, 독일, 일본은 모두 악의의 수익자뿐만 아니라 전득자도 피고적격을 갖는 것으로 보고 있다. 다만, 채무자의 직접 상대방인 수익자를 상대로 한 채권자취소권의 행사와는 달리, 전득자를 상대로 한 채권자취소송은 수익자 내지 전 전득자의 선의가 입증되면 더 이상 그를 상대로 한 채권자취소권의 행사는 허용되지 않도록 하고 있다. 이러한 태도는 취소채권자 뿐만 아니라 거래안전의 보호를 동시에 고려한 결과로 보여 진다.

또한 수익자 또는 전득자의 사해의사를 채권자취소권 행사의 주관적 요건으로 규정하고 있는 점은 대동소이한 것으로 보인다. 다만 프랑스 민법은 상당한 반대급부가 교부된 유상계약을 사해행위로 취소함에 있어서 수익자의 악의를 적극 요건으로 규정하는 형식을 취하고 있으며, 독일의 채권자취소권법 또한 특수 관계인 사이의 법률행위 내지 무상행위 등에서 수익자의 사해의사를 일응 추정하는 규정을 두고 있지만, 그 기준과 적용을 엄격하게 하고 있으며 또한 수익자 내지 전득자는 행위시 채무자의 고의에 대하여 인식하지 못함을 들어 항변할 수 있도록 하고 있다는 점에서 취소의 상대방이 일방적으로 불리한 법

28) 박광선, 앞의 논문, 143면; 신지혜, 앞의 논문, 92-93면.

29) 박광선, 앞의 논문, 143면; 신지혜, 앞의 논문, 93면; 임상민, 앞의 논문, 267-268면.

30) 곽윤직(편집대표), 앞의 '민법주해(IX)', 834면.

적지위에 놓일 가능성을 상당부분 예방하고 있는 것으로 보여 진다. 일본 또한 민법의 개정을 통해 전득자의 악의에 대한 증명책임을 취소채권자가 부담하도록 하고 있으며, 사해행위 유형에 따른 특칙의 제정을 통해 채권자취소권 행사의 요건을 보다 엄격하게 인정하고 있는 것으로 판단된다.

Ⅲ. 피고적격

1. 학설

전술한 바와 같이 채권자취소권은 채권자대위권과는 달리 채권자가 자기의 이름으로 소제기의 방식으로만 행사할 수 있다.³¹⁾ 이러한 채권자취소소송에서 누가 피고로 될 것인가의 여부는 전적으로 채권자취소권의 법적성질을 어떻게 파악하느냐에 따라 다르게 된다.³²⁾ 한편 채권자취소권 행사의 효력을 상대적 무효설로 보는 우리의 통설 및 판례의 입장에 따를 때, 먼저 채무면제와 같은 단독행위인 경우에도 취소에 상대적 효력이 있을 뿐임을 전제로 하는 이상, 수익자만이 피고가 된다. 다만 수익자 외에 전득자가 있는 경우에는 각 당사자의 선·악의여부에 따라 법률관계가 달라지는데,³³⁾ 특히 문제가 되는 것은 수익자

31) 김준호, 앞의 책, 598면. 채권자취소권의 행사를 재판상으로만 행사할 수 있도록 한 것은 그 행사의 결과가 제3자에게 끼치는 영향이 크므로 법원으로 하여금 그 요건의 구비 여부를 판단케 하고, 또 그 취소는 모든 채권자를 위하여 효력이 있으므로 다른 채권자에게도 공시할 필요가 있기 때문이다.

32) 일반적으로 청구권설, 책임설, 절충설 및 소권설에 의하면 재산반환청구를 받거나 강제집행을 수인하여야 할 수익자 내지 전득자만이 피고로 된다. 동 견해에 따를 때 채무자와 수익자 또는 전득자 사이의 사해행위에 대한 효력을 그대로 유지시키더라도 무방하다고 보기 때문에 구태여 채무자를 공동피고로 할 필요가 없다고 보기 때문이다. 반면, 형성권설에 의하면 사해행위의 당사자인 채무자와 수익자가, 신형성권설에 의하면 사해행위의 당사자뿐만 아니라 전득자도 모두 피고로 되어야 한다고 본다. 왜냐하면 채권자는 그들 사이의 사해행위의 효력을 절대적으로 소멸시킨 후 사해행위의 목적물을 반환받아야 하기 때문이다. 채권자취소권의 본질을 어떻게 파악할 것인가에 대한 학설의 태도에 관한 상세는곽윤직(편집대표), 앞의 ‘민법주해(IX)’, 803-808면; 박준서(편집대표), 앞의 책, 40-47면; 오시영, 앞의 책, 263면; 대법원 1978. 6. 13. 선고 78다404 판결; 대법원 1991. 8. 13. 선고 91다13717 판결 각 참조.

33) ① 수익자 및 전득자 모두 악의인 경우: 채권자는 전득자를 상대로 원물반환을 청구하거나(원물반환으로 말소등기나 진정명의회복을 원인으로 하는 소유권이전등기 청구도 가능), 수익자를 상대로 가액반환을 청구할 수 있다(상대방선택의 자유). ② 수익자가 악의이고 전득자가 선의인 경우: 채권자는 수익자를 상대로 선택적으로 가액반환을 청구하거나

가 선의인 경우에도 악의의 전득자를 상대로 사해행위의 취소를 구할 수 있는가의 여부이다.

먼저 통설적 견해인 취소긍정설은 수익자가 선의라고 하더라도 전득자가 악의인 이상 채권자는 전득자를 상대로 사해행위를 취소하고 원상회복을 청구할 수 있다는 입장이다.³⁴⁾ 동 견해는 채권자취소권 행사의 효력에 관해서 상대적 효력설을 취하고 있다는 점, 수익자에 대한 담보책임이 부정되는 이상 거래안전을 해할 우려가 없다는 점을 그 논거로 제시하고 있다. 반면, 취소부정설은 수익자의 선의가 증명되면 수익자가 확정적·종국적으로 권리를 취득하게 되어 더 이상 사해행위가 존재하지 않게 된다는 점(취소대상의 부존재),³⁵⁾ 수익자의 선의 그 자체로 채무자와 수익자 사이의 법률행위는 완전히 유효하게 되어 취소채권자와의 관련성은 단절되므로, 그 이후 전득자가 비록 사해의사를 알았다고 하더라도 전득자가 채무자의 책임재산을 감소시킨 것으로 평가할 수는 없다는 점³⁶⁾ 등을 그 논거로 제시하고 있다.

2. 판례의 태도

대법원은 ‘채권자가 사해행위 취소로써 전득자를 상대로 채무자와 수익자 사이의 법률행위의 취소를 구하는 경우, 전득자의 악의는 전득행위 당시 취소를 구하는 법률행위가 채권자를 해한다는 사실, 즉 사해행위의 객관적 요건을 구비하였다는 것에 대한 인식을 의미하므로, 전득자의 악의 판단에서는 전득자가 전득행위 당시 채무자와 수익자 사이의 법률행위의 사해성을 인식하였는지만이 문제가 될 뿐이고, 수익자가 채무자와 수익자 사이의 법률행위의 사해성을 인식하였는지는 원칙적으로 문제가 되지 않는다(대법원 2012. 8. 17. 선고 2010

나 전득자에게 영향을 미치지 않는 범위 내에서 원물반환을 청구할 수 있다. ③ 수익자가 선의이고 전득자가 악의인 경우: 통설인 상대적 무효설에 따르면, 이러한 경우에도 채권자는 악의의 전득자를 상대로 채권자취소권을 행사할 수 있다고 본다. 대법원 2004. 8. 30. 선고 2004다21923 판결; 대법원 2005. 6. 9. 선고 2004다17535 판결; 대법원 2011. 10. 13. 선고 2011다46647 판결; 대법원 2001. 2. 9. 선고 2000다57139 판결.

34) 박윤직(편집대표), 앞의 ‘민법주해(IX)’, 837면; 박준서(편집대표), 앞의 책, 90-91면; 김상용, 「채권총론」, 법문사, 2003, 262면; 장재현, 앞의 책, 243면; 조해섭, 앞의 책, 314-315면; 김준호, 앞의 책, 600-601면.

35) 지원림, 앞의 책, 1174면. 원상회복을 거부하는 전득자로서는 자신의 선의뿐만 아니라 수익자의 선의를 증명하여 취소채권자에게 항변할 수도 있을 것이다.

36) 이은영, 앞의 책, 474면.

다87672 판결)'라고 판시하여, 수익자가 선의이더라도 전득자가 악의인 경우에는 그를 상대로 사해행위의 취소와 원상회복을 구할 수 있는 것으로 보고 있다.³⁷⁾

3. 검토 및 사건

취소공정설은 채권자취소권의 효력을 상대적 무효설로 파악하는 한 수익자의 선의에 의하여 전득자가 영향을 받을 이유가 없고, 전득자에 의한 사해행위의 취소 및 원상회복이 이루어지더라도 수익자가 추탈담보책임을 부담하지 않으므로 거래안전의 보호에 미흡하지 않다고 한다. 그러나 이러한 논거가 그 자체로 채권자취소권제도의 본질 및 각 당사자들의 이해관계를 적절히 반영한 공평과 타당의 법리에 따른 합리적 논거가 될 수 있는 것인지는 다음의 점을 고려할 때 의문이다.

첫째, 채권자취소제도는 악의의 채무자와 수익자 내지 전득자를 규제하여 채권자를 보호하기 위한 필요불가결한 제도이지만, 수익자 내지 전득자의 보호 나아가 거래의 안전도 간과해서는 안 된다는 점이다. 채권은 채무자의 임의이행을 전제로 하는 것으로 채무자에 의한 침해가능성은 채권관계의 본질상 내재된 위험이라고 할 수 있다. 따라서 일반적 채권자라면 스스로 이러한 위험에 대비하여 채무자의 책임재산에 대한 임의적 내지 강제적 보전수단을 강구하여야 할 것이고,³⁸⁾ 이러한 일련의 조치를 사전에 강구하지 않은 채권자로 하여금 이미 확정적·종국적으로 소유권을 취득한 선의수익자로부터 (악의)전득한 자를 상대로 사해행위의 취소와 원상회복을 청구할 수 있도록 하는 것은 거래안전의 보호를 도외시 한 채 통상의 채권자에 지나지 않는 취소채권자를 필요 이상으로 보호하는 것으로 납득하기 어려워 보인다.³⁹⁾

37) 임상민, 앞의 논문, 254-287면; 조해섭, 앞의 책, 315면. 본 판례는 수익자가 전득자와 사이에 수익자의 채무자에 대한 근저당권부 채권의 양도계약을 체결하고 전득자 앞으로 근저당권 이전의 부기등기를 마쳐주었는데, 수익자의 선의 항변이 받아들여지고 전득자의 악의는 그대로 추정된 사안으로, 양자 사이의 근저당권 설정계약은 채권자와 악의의 전득자에 대한 관계에서는 사해행위에 해당하므로 취소하고 그 원상회복으로서 전득자는 채무자에게 근저당권 설정등기를 말소할 의무가 있다고 판결한 것이다(주등기의 말소에 따라 그 부기등기는 직권으로 말소되므로 사해행위인 저당권설정행위 이전의 상태로 회복됨).

38) 예컨대 임의적 보전수단으로 보증, 담보물권, 가등기 및 환매등기 등이 있으며, 강제적 보전수단으로 가압류 및 가처분절차 등이 될 수 있을 것이다.

39) 임상민, 앞의 논문, 271-272면.

둘째, 상대적 효력설이 취소긍정설과 이론적으로 보다 정합성을 갖는 것임은 부정하기 어렵지만, 채권자의 상대방 선택의 자유와 전득자에 대한 사해행위취소소송의 전제로 수익자의 선의를 요구하도록 할 것인가 하는 것은 반드시 논리필연적인 것은 아니라고 보여 진다.⁴⁰⁾ 이는 우리의 채권자취소제도에서 상대적 효력설이 갖는 내재적 문제점은 별개로 하더라도, 앞서 검토한 프랑스의 해석론 및 독일의 입법론은 비록 상대적 효력설을 취하면서도 수익자가 선의인 경우에는 전득자에 대한 취소 및 원상회복은 원칙적으로 불가능하도록 제한하고 있다는 점이 이를 반증하는 것이라고 할 것이다. 또한 우리의 채권자취소제도에 상당한 영향을 끼친 일본은 민법의 개정을 통해 채권자취소의 효력을 절대적 무효설로 변경하였지만, 수익자와 전득자를 상대로 채권자취소의 요건을 분리하여 전득자를 상대로 한 사해행위취소를 보다 엄격하게 제한하고 있다는 점을 보더라도 그러하다.

셋째, 채권자취소권과 부인권은 모두 로마법상 파울리아나소권에 그 기원을 둔 것으로 양자의 형평성 내지 정합성을 고려할 필요가 있다는 점이다. 채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제110조(전득자에 대한 부인권)에 따르면,⁴¹⁾ 전득자에 대한 부인권 행사의 요건으로 특별한 사정이 없는 한 수익자 등 전자의 악의를 요구하고 있는데, 그렇다면 채권자취소소송상 전득자에 대한 행사요건으로 부인에 관한 규정을 준용하는 것이 보다 체계적·합리적 해석이라 할 것이다.⁴²⁾

40) 임상민, 앞의 논문, 272면; 윤진수·권영준, “채권자취소권에 관한 민법 개정안 연구”, 『민사법학』 제66호, 한국민사법학회, 2014.3., 539-542면.

41) 채무자회생 및 파산에 관한 법률 제110조(전득자에 대한 부인권) ① 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 부인권은 전득자(轉得者)에 대하여도 행사할 수 있다. 1. 전득자가 전득 당시 각각 그 전자(前者)에 대하여 부인의 원인이 있음을 안 때 2. 전득자가 제101조의 규정에 의한 특수관계인인 때. 다만, 전득 당시 각각 그 전자(前者)에 대하여 부인의 원인이 있음을 알지 못한 때에는 그러하지 아니하다. 3. 전득자가 무상행위 또는 그와 동일시할 수 있는 유상행위로 인하여 전득한 경우 각각 그 전자(前者)에 대하여 부인의 원인이 있는 때.

42) 임상민, 앞의 논문, 273면; 양형우, “채권자취소권과 부인권의 관계”, 『비교사법』 제21권 제2호, 한국비교사법학회, 2014.5., 555-596면; 김재형, “채권자취소권에 관한 민법개정안-개정안에 관한 기본구상과 민법개정위원회의 논의과정을 중심으로-”, 『민사법학』 제68호, 한국민사법학회, 2014.9., 45면.

IV. 사해의사에 대한 증명책임

1. 학설

채권자취소권의 주관적 요건으로서 채무자, 수익자 및 전득자의 ‘채권자를 해함을 알고’(인식설), 즉 사해의사가 필요하다. 채무자의 사해의사는 사해행위의 성립을 위한 적극 요건의 하나이므로 채권자가 입증하여야 한다는 점에는 다툼의 여지가 없다.⁴³⁾ 한편 수익자 및 전득자의 악의에 대한 입증책임과 관련해서는 민법 제406조 제1항의 규정형식상 관련하여 이견이 존재하기는 하지만,⁴⁴⁾ 통설은 본조의 규정형식상 채무자의 악의가 입증되면 수익자 및 전득자의 악의도 추정되므로 채권자취소권의 행사를 저지하기 위해서는 수익자 또는 전득자 스스로 선의를 입증하여야 한다고 한다. 즉 통설은 법문(그러나...해함을 알지 못한 경우에는 그러하지 아니하다)대로 이를 원칙과 예외규정으로 보아 본문의 취소권발생의 요건사실인 원칙규정이고, 선의를 취소권발생의 권리발생장에서 실로 보아 그 주장자인 수익자 또는 전득자에게 입증책임이 있는 것으로 보고 있다.⁴⁵⁾

2. 판례의 태도

판례의 태도에 따르면 채권자취소권의 행사에 있어 채무자의 사해의사가 증명된 이상 수익자의 악의는 일응 추정을 받으며, 이에 대한 반증의 입증책임은 수익자에게 있으며, 이때 수익자의 과실여부는 문제되지 않는 것으로 보고 있

43) 김준호, 앞의 책, 597면; 지원림, 앞의 책, 1170-1171면; 박준서(편집대표), 앞의 책, 72면; 곽윤직(편집대표), 앞의 ‘민법주해(IX)’, 824면; 대법원 1998. 5. 12. 선고 97다57320 판결; 대법원 1997. 5. 23. 선고 95다51908 판결; 대법원 1999. 4. 9. 선고 99다2515 판결; 대법원 2001. 4. 24. 선고 2000다41875 판결; 대법원 2009. 5. 14. 선고 2008다84458 판결.

44) 소수설의 주된 논거로 ① 본조 단서규정은 사해행위의 성립요건으로서 수익자 또는 전득자가 악의일 것을 밝힌데 불과하며 그 악의를 추정하는 것은 거래의 안전을 해치고 채권자를 지나치게 보호한다는 점(이은영, 앞의 책, 376면), ② 수익자에 대하여는 채무자의 악의가 입증된 이상 수익자의 악의를 추정하여도 무방하나 수익자가 선의인 경우에는 전득자의 선의도 추정되어 채권자가 그 악의를 입증하여야 한다는 점을 제시하고 있다. 김형배, 「채권총론」 제2판, 박영사, 1998, 409면.

45) 박준서(편집대표), 앞의 책, 74면; 지원림, 앞의 책, 1171면; 헌재 2007. 10. 25. 선고 2005헌바96 결정.

다.⁴⁶⁾ 이때 수익자 내지 전득자의 선의여부를 판단함에 있어서 판례는 “채무자의 재산처분행위가 사해행위에 해당할 경우에 사해행위 또는 전득행위 당시 수익자 또는 전득자가 선의였음을 인정함에 있어서는 객관적이고도 납득할 만한 증거자료 등에 의하여야 하고, 채무자나 수익자의 일방적인 진술이나 제3자의 추측에 불과한 진술 등에만 터 잡아 사해행위 또는 전득행위 당시 수익자 또는 전득자가 선의였다고 선뜻 단정하여서는 아니 된다.”라고 판시⁴⁷⁾하여 수익자 또는 전득자의 선의항변에 대하여 엄격한 입증을 요구하고 있는 것으로 보여진다.

3. 증명책임 법리의 문제점

우리의 통설 및 판례의 태도는 채무자가 사해행위를 하였다는 사실 자체로부터 수익자 내지 전득자의 악의는 일응 추정된다는 법리에 기초하고 있는 것으로 보이는데, 이는 민법 제406조 제1항 단서의 조문형식에 부합하는 해석이라는 점, 또한 “입증책임규범은 사실의 존부불명의 경우에 법관으로 하여금 채판을 할 수 있게 하는 보조수단으로서 구체적으로 누구에게 입증책임을 분배할 것인가는 입법자가 입증책임 분배의 기본원칙에 따라 정할 수 있는 입법형성의 영역이라고 보아야 할 것이고, 입법자가 이 사건 법률조항에서 수익자의 악의를 채권자취소권의 장애사유로 정한 것은 채무자보다는 직접적인 거래당사자인 수익자가 스스로의 선의를 입증하는 것이 훨씬 용이한 위치에 있다는 점을 고려한 것으로서 그 합리성을 인정할 수 있다.”라는 헌법재판소의 결정⁴⁸⁾에 비추어 타당한 면도 없지 않다. 그러나 거래의 실재에서 채무자와 법률관계를 맺는 수익자 또는 전득자로서는 채무자와 통모하지 않는 한 채무자의 재산 및 권리관계에 대하여 알지 못하는 것이 일반적이라는 점 및 공평과 타당의 관점에서 다음과 같은 의문이 제기된다.

첫째, 채무자의 처분행위로부터 곧바로 수익자 내지 전득자의 악의를 추단할 논리적 근거가 무엇인지 불분명하다. 일반적으로 A사실로부터 B사실을 추정하

46) 대법원 1969. 1. 28. 선고 68다2022 판결; 대법원 2001. 5. 8. 선고 2000다50015 판결; 대법원 2004. 4. 23. 선고 2002다59092 판결; 대법원 2007. 11. 29. 선고 2007다52430 판결.

47) 대법원 2015. 6. 11. 선고 2014다237192 판결.

48) 헌재 2007. 10. 25. 선고 2005헌바96 결정.

는 법리는 A사실이 통상 B사실을 수반하는 것이기 때문에 굳이 엄격한 입증책임이 필요하지 않다고 여겨지거나, A사실을 통해 B사실을 추정할 사회적 필요가 분명한 경우 등에서 그 타당성이 인정된다고 할 것인데, 특별한 사정이 없는 한 채무자와 수익자 또는 전득자 사이에서는 이러한 논리필연적 결과를 도출하기는 어렵다고 할 것이기 때문이다. 둘째, 수익자 내지 전득자의 인식의 부존재를 증명하는 것이 현실적으로 가능한 것인지 의문이다. 물론 특정 사실이나 사정에 대한 부존재를 증명하는 것이 불가능하다고 할 수는 없지만, 대부분의 경우 이에 대한 증명은 현실적으로 매우 어려운 바, 이는 실질적으로 채권자취소소송에서 수익자 내지 전득자의 면책가능성을 배제하며 나아가 거래의 안전에도 심각한 위협으로 작용하게 된다. 셋째, 수익자 내지 전득자가 사해행위에 해당하는지 여부를 판단하거나 예측하는 것이 현실적으로 용이한 것인가의 의문이다. 판례의 태도에 따르면, 피보전채권은 장래의 채권도 포함될 수 있으며, 채무자의 법률행위 당시 채무초과 상태를 판단함에 있어서는 각 법률관계에 따른 채무자의 책임재산으로 실질적 기능하는 것인지 여부(연대보증, 물상보증, 공동보증, 명의신탁, 가압류 등)를 면밀히 검토하여 판단하도록 하고 있다.⁴⁹⁾ 그러나 특별한 사정이 없는 한 일회성 매매계약의 당사자에 지나지 않는 수익자 내지 전득자의 입장에서 채무자의 자산상태 및 법률관계를 정확하게 파악하는 것은 오히려 불가능에 가깝다고 보는 것이 거래실재 내지 경험칙에 부합하는 것이 아닐까 생각되기 때문이다.⁵⁰⁾

4. 민법 개정안의 검토⁵¹⁾

1) 개정안의 주요내용

49) 대법원 2002. 11. 8. 선고 2002다42957 판결; 대법원 2010. 1. 28. 선고 2009다90047 판결; 대법원 2002. 6. 14. 선고 2000다30622 판결; 대법원 2014. 7. 10. 선고 2013다50763 판결 등.

50) 채권자취소소송상 이행 증명책임 법리에 관하여 실무가의 입장에서 면밀히 분석한 논문으로 박광선, 앞의 논문, 129-137면 참조. 동 논문에서 저자는 이외에도 사해행위 취소시 수익자 내지 전득자가 입는 불이익이 과도하다는 점, 증명책임의 전환에 따라 사해행위취소소송의 남소 위험성 등을 지적하고 있는데, 타당한 지적이라고 생각된다.

51) 민법개정안에 관한 상서는 윤진수·권영준, 앞의 논문, 503-548면; 김재형, 앞의 논문, 43-121면; 양형우, “채권자취소권에 관한 민법개정안의 검토”, 『민사법학』 제69호, 한국민사법학회, 2014.12., 471-510면 등 각 참조.

2009년에 출범한 민법 개정위원회는 채권자취소권에 관한 분쟁을 합리적으로 해결하기 위해 민법 10개 및 민사집행법 1개 조항에 대한 개정안을 마련하였다. 본 주제와 관련된 개정안의 주요내용을 살펴보면, ① 수익자의 악의는 채권자가 입증하도록 하되(개정안 제406조 제1항), 수익자와 채무자 사이에 특별한 관계에 있으면 그 악의를 추정하고(개정안 동조 제2항), ② 무상행위나 이와 동일시 할 수 있는 유상행위에 대해서는 채무자와 수익자의 악의 요건을 요구하지 않으며(개정안 제406조의2), ③ 수익자와 전득자에 관한 규율을 분리하여 전득자에 대해서는 별도의 특례조항을 마련하였다.⁵²⁾

2) 검토 및 평가

첫째, 개정안 제406조 제1항에서는 종래 본문과 단서규정으로 이해되어 악의 추정의 번복에 대한 수익자의 입증책임을 채권자가 부담하는 것으로 하였다. 수익자의 악의에 대한 증명책임을 누가 부담할 것인가는 입법정책적 판단의 문제이지만, ① 채권자는 자기 책임에 따라 체결된 계약상 위험을 제3자에게 전가하여서는 안 된다는 점, ② 무자력을 초래한 채무자의 악의는 추정하지 않으면서 채무자의 자력 및 법률관계를 파악하기 어려운 제3자인 수익자의 악의는 추정되도록 하는 것은 균형에 맞지 않다는 점, ③ 채권자는 별도의 집행권원을 득함이 없이 채권자취소소송을 행사할 수 있을 뿐만 아니라 채권자취소권을 폭넓게 인정해 온 종래 판례의 태도 등을 종합적으로 고려할 때, 이는 바람직한 방향의 개정안이라고 생각된다.⁵³⁾ 둘째, ① 수익자가 채무자와 친족이나 그 밖의 특별한 관계에 있는 자인 때에는 수익자가 그 행위 당시에 채권자를 해함을 안 것으로 추정하며(개정안 제406조 제2항),⁵⁴⁾ ② 채무자의 무상행위 또는 이와 동일시 할 수 있는 유상행위가 채권자를 해하는 때에는 채무자나 수익자가 그 행위 당시에 채권자를 해함을 알지 못한 경우에도 취소할 수 있도록 특례(개정안 제406조의2)를 두어 채무자 및 수익자의 사해의사 여부를 불문하고 사해행

52) 윤진수·권영준, 앞의 논문, 505면; 양형우, 앞의 논문(註 51), 471-472면.

53) 양형우, 앞의 논문(註 51), 474-475면; 윤진수·권영준, 앞의 논문, 510면. 채권자의 책임재산보전의 필요성과 채무자의 재산처분의 자유 및 거래안전의 보호라는 대립되는 규범원리의 조화가 필요한 부분이라 생각된다.

54) 여기에서 ‘특별한 관계’에 해당하는지 여부는 채무자회생 및 파산에 관한 법률 제101조 제1항 및 제392조 제1항을 유추적용하여 판단할 수 있을 것이다.

위의 성립을 인정하는 것으로 개정하였다. 이러한 개정안은 통상의 거래관계가 아닌 채무자와 수익자가 특수한 관계에 있어 채무자의 무자력 및 그 법률관계를 쉽게 알 수 있는 경우까지 악의의 추정효를 부인할 이유가 없으며, 무상행위가 유상행위에 비하여 채권자에게 미치는 사해성의 정도가 현저하다는 점 등에서 합리적 방안이라고 생각된다. 셋째, 개정안 제407조의6에서는 전득자에 대한 채권자취소권의 행사요건을 별도로 규정하고 있는데, 특히 동조 제1항 1, 2호에 따르면 전득자를 상대로 채권자취소권을 행사하려면 전자(수익자 내지 이전 전득자)에게 취소원인이 있어야 하는 것으로 규정하였다. 동 조항은 종래 통설 및 판례의 태도에 대한 비판적 견해를 전향적으로 수용한 것으로 이해되는데, ① 수익자가 선의인 경우 그러한 법률행위는 확정적·종국적으로 유효하다는 점, ② 수익자에 대한 채권자취소권의 행사요건이 갖추어지지 않았다면 이에 더 잡은 전득자에 대해서도 요건이 갖추어지지 않았다고 볼 수 있다는 점, ③ 채권자취소권 행사의 효력을 상대적 효력설로 파악하는 것과 전득자에 대한 사해행위취소의 인용을 위한 전제로 수익자의 선의를 요하도록 할 것인가는 논리필연적 관계에 있지 않다는 점, ④ 동일한 기원을 갖는 채무자회생 및 파산에 관한 법률 제110조 제1항 및 제403조 제1항과의 정합성을 제고한다는 점 등을 고려할 때, 바람직한 입법이라고 판단된다.⁵⁵⁾

채권자취소권에 관한 법적쟁점은 민법뿐만 아니라 민사집행법 및 채무자회생 및 파산에 관한 법률의 문제까지 복잡하게 얽혀있는 것이 사실이다. 따라서 2013년 법무부 민법개정위원회에서 마련한 개정안이 비록 완벽한 것은 아니지만, 프랑스, 독일, 일본 등 외국의 입법례 등을 상당부분 수용하여 민법의 현대화 내지 국제화에 부응하고, 채권자취소소송상 피고적격 및 사해의사 내지 악의에 대한 입증책임을 전환하여 취소채권자뿐만 아니라 관계 당사자 전원의 이해관계를 공평과 타당의 관점에서 보다 합리적으로 규율하고 있다는 점에서 긍정적으로 평가된다.

55) 임상민, 앞의 논문, 272면; 윤진수·권영준, 앞의 논문, 541-542면; 김재형, 앞의 논문, 110면; 양형우, 앞의 논문(註 51), 502-503면; 同, 앞의 논문(註 42), 555면.

V. 맺으며

이상으로 현행 우리 민법상 채권자취소소송의 피고적격과 증명책임에 관하여 살펴보았다. 채권자취소권은 책임재산의 보전을 통한 채권자 보호의 필요성과 채무자의 재산처분의 자유 및 거래안전의 보호라는 서로 대립되는 규범원리의 적절한 균형과 조화가 무엇보다 요구되는 법제라고 할 것이다. 이러한 측면에서 수익자가 선의임에도 전득자가 악의라는 이유로 그를 상대로 사해행위의 취소 및 원상회복을 구할 수 있는 것으로 하고, 채무자의 사해의사가 증명되면 수익자 내지 전득자의 사해의사도 일응 추정되는 것으로 보는 현행 통설 및 판례의 태도는 외국의 입법례 및 논리적 정합성과 경험칙에 반할 뿐만 아니라 거래안전의 희생 위에 채권회수를 위하여 사전에 적절한 대비책을 마련하지 않은 채권자를 필요 이상으로 보호하는 것으로 납득하기 어려운 것으로 보여 진다. 따라서 현재 실질적으로 학설과 판례에 의해 전개되어진 채권자취소권의 법리는 대폭적인 수정이 불가피하다고 할 것이며, 다만 현행 민법 제406조 제1항의 규정체계상 이는 해석론이 아닌 입법적 해결방안이 강구될 필요가 있어 보인다.

이러한 측면에서 2013년 민법개정위원회에 의해 마련된 개정안은 우리 민법상 채권자취소제도의 정립에 상당한 영향을 끼친 프랑스, 독일, 일본의 입법례를 상당부분 수용하여 전득자에 대한 채권자취소권의 행사요건을 별도로 규정하고, 특별한 사정이 없는 한 채권자로 하여금 수익자 내지 전득자의 악의를 증명하도록 하여 취소채권자뿐만 아니라 수익자 내지 전득자의 법적지위를 적절하게 보호하고 있다는 점에서 긍정적으로 평가된다. 다만, 채권자취소권에 관한 법적쟁점은 민법뿐만 아니라 민사집행법 및 채무자회생 및 파산에 관한 법률까지 폭넓게 얹혀있다는 점에서 개정안에 포함된 범위와 대상의 한계성은 인정할 수밖에 없지만, 채권자취소소송상 피고적격 및 증명책임을 둘러싼 작금의 상황을 상당부분 개선시킬 수 있을 것으로 기대되는 바, 조속한 입법을 촉구하며 글을 맺고자 한다.

[참고문헌]

- 곽윤직, 「채권총론」, 박영사, 2003.
- _____(편집대표), 「민법주해(IX)」, 박영사, 2004.
- 김상용, 「채권총론」, 법문사, 2003.
- 김준호, 「민법강의」 제25판, 법문사, 2019.
- 김형배, 「채권총론」 제2판, 박영사, 1998.
- 명순구 역, 「프랑스민법전」, 법문사, 2004.
- 박준서(편집대표), 「주식민법」 채권총칙(2), 한국사법행정학회, 2000.
- 장재현, 「채권법총론」, 경북대학교 출판부, 2006.
- 장중운, 「신 사해행위취소소송」, 진원사, 2011.
- 조해섭, 「채권자취소권법」, 법문사, 2019.
- 지원림, 「민법강의」 제12판, 홍문사, 2014.
- 오시영, 「채권자취소권」, 숭실대학교 출판부, 2010.
- 이은영, 「채권총론」, 박영사, 2006.
- 강혜림, “채권자취소권에 관한 법무부 민법(재산권) 개정안과 일본 법무성 민법(채권관계) 요강안의 비교법적 고찰”, 「재산법연구」 제32권 제3호, 한국재산법학회, 2015.
- 김영주, “독일의 채권자취소권법과 채권자취소소송”, 「비교사법」 제24권 제4호, 한국비교사법학회, 2017.
- 김육곤, “프랑스민법에 있어서의 채권자취소제도”, 「민법학의 기본문제」, 삼지원, 2005.
- 김재형, “채권자취소권에 관한 민법개정안-개정안에 관한 기본구상과 민법개정위원회의 논의과정을 중심으로-”, 「민사법학」 제68호, 한국민사법학회, 2014.
- 박광선, “채권자취소권 행사 시 수익자·전득자의 인식상태에 관한 증명책임의 분배에 대한 소고”, 「저스티스」 제177호, 한국법학원, 2020.
- 박정기, “일본민법 개정작업의 최근 동향”, 「법학논고」 제33집, 경북대학교 법학연구원, 2010.
- 신지혜, “사해행위취소권에 관한 일본 개정 민법상 쟁점과 시사점”, 「민사법학」 제83집, 한국민사법학회, 2018.
- 양형우, “채권자취소권과 부인권의 관계”, 「비교사법」 제21권 제2호, 한국비교사법

- 학회, 2014.
- _____, “채권자취소권에 관한 민법개정안의 검토”, 『민사법학』 제69호, 한국민사법학회, 2014.
- 여하운, “프랑스 민법상 사해소권 행사의 효과에 관하여”, 『민사법학』 제79권, 한국민사법학회, 2017.
- 윤진수 · 권영준, “채권자취소권에 관한 민법 개정안 연구”, 『민사법학』 제66호, 한국민사법학회, 2014.
- 이승섭, “일본 민법 채권자취소권 제도 개정과 절대적 효력설”, 『강원법학』 제60호, 강원대학교 비교법학연구소, 2020.
- 임상민, “수익자 선의와 전득자에 대한 사해행위취소-대법원 2012. 8. 17. 선고 2010다87676 판결을 중심으로-”, 『저스티스』 통권 제136호, 한국법학원, 2013.
- 임채웅, “사해행위로서의 소송행위의 취소 및 부인에 관한 연구”, 『민사재판의 제문제』 제16권, 민사실무연구회, 2007.
- 전원열, “채권자취소권의 효력론 비판 및 개선방안”, 『저스티스』 통권 제163호, 한국법학원, 2017.
- 정다영, “프랑스 민법상 채권자취소권 제도”, 『민사법학』 제67권, 한국민사법학회, 2014.
- 정태윤, “일본 개정민법(채권관계)중 주요 부분에 관한 개관”, 『민사법학』 제82호, 한국민사법학회, 2018.
- 下森 定, 『新版註解民法(10) II』, 有斐閣, 2011.
- 内田貴, 『民法III(債權總論, 擔保物權)』, 東京大學出版會, 2005.
- 平野裕之, 『債權總論』, 信山社出版株式會社, 2005.
- 安達三李生, 『債權總論講義』, 新山社, 2000.
- Michael Huber, Anfechtungsgesetz(11. Aufl.), C. H. Beck, 2016.
- Münchener Kommentar zum Anfechtungsgesetz, C. H. Beck, 2012.

[국문초록]

채권자취소소송상 피고적격 및 사해의사에 대한 증명책임에 관한 고찰

김 대 경*

본 논문은 현행 우리 민법상 채권자취소소송의 피고적격과 증명책임에 관하여 검토한 것이다. 채권자취소권은 책임재산의 보전을 통한 채권자 보호의 필요성과 채무자의 재산처분의 자유 및 거래안전의 보호라는 서로 대립되는 규범원리의 적절한 균형과 조화가 무엇보다 요구되는 법제라고 할 것이다. 이러한 측면에서 수익자가 선의임에도 전득자가 악의라는 이유로 그를 상대로 사해행위의 취소 및 원상회복을 구할 수 있는 것으로 하고, 채무자의 사해의사가 증명되면 수익자 내지 전득자의 사해의사도 일응 추정되는 것으로 보는 현행 통설 및 판례의 태도는 외국의 입법례 및 논리적 정합성과 경험칙에 반할 뿐만 아니라 거래안전의 희생 위에 채권회수를 위하여 사전에 적절한 대비책을 마련하지 않은 채권자를 필요 이상으로 보호하는 것으로 납득하기 어려운 것으로 보여 진다. 따라서 현재 실질적으로 학설과 판례에 의해 전개되어진 채권자취소권의 법리는 대폭적인 수정이 불가피하다고 할 것이며, 다만 현행 민법 제406조 제1항의 규정체계상 이는 해석론이 아닌 입법적 해결방안이 강구될 필요가 있어 보인다.

이러한 측면에서 2013년 민법개정위원회에 의해 마련된 개정안은 우리 민법상 채권자취소제도의 정립에 상당한 영향을 끼친 프랑스, 독일, 일본의 입법례를 상당부분 수용하여 전득자에 대한 채권자취소권의 행사요건을 별도로 규정하고, 특별한 사정이 없는 한 채권자로 하여금 수익자 내지 전득자의 악의를 증명하도록 하여 취소채권자뿐만 아니라 수익자 내지 전득자의 법적지위를 적절하게 보호하고 있다는 점에서 긍정적으로 평가된다. 다만, 채권자취소권에 관한 법적쟁점은 민법뿐만 아니라 민사집행법 및 채무자회생 및 파산에 관한 법률까지 폭넓게 얹혀있다는 점에서 개정안에 포함된 범위와 대상의 한계성은 인정

* 법학박사(Dr. jur.), 제주대학교 법학전문대학원 부교수.

할 수밖에 없지만, 채권자취소소송상 피고적격 및 증명책임을 둘러싼 작금의 상황을 상당부분 개선시킬 수 있을 것으로 기대되는 바, 조속한 입법을 촉구한다.

주제어 : 채권자취소권, 사해행위, 사해의사, 피고적격, 입증책임

[Abstract]

A Study on the Defendant Eligibility and the Burden of Proof Regarding
Bad Faith of Transferee in Case of Creditor Cancellation Lawsuit

Kim, Dae-Kyung*

This thesis is a review of the eligibility of the defendant and the responsibility for proof in the current civil law lawsuit for revoking creditors. The right to revoke creditors is a legal area where the need for protection of creditors, freedom of disposition of property of the debtor, and protection of transaction safety are of paramount importance. In this respect, it seems difficult to convince that our attitudes of common norms and precedents are not only contrary to foreign legislation, logical coherence and rules of thumb, but also protect creditors more than necessary at the expense of transaction safety. Therefore, it will be said that the law of the right to revoke creditors developed by current theories and precedents is inevitable to be revised drastically.

In this respect, the amendment drafted by the Civil Law Amendment Committee in 2013 separately stipulated the requirements for exercising the right to revoke creditors by accepting to a large extent the legislation of France, Germany, and Japan that had a significant impact on the establishment of the creditor cancellation system under Korean civil law. Although the revised proposal has certain limitations, i hope that the current situation will improve through the immediate revision.

Key words : Revocation Right, Fraudulent Act, Fraudulent Intent, Right
Defendant, Burden of Proof

* Prof. Dr. jur., Law School at Jeju National University.