

전용물소권에 관한 한정적 승인론*

- 채권자취소권의 집행 모델 검토를 통하여 -

안성준** · 박옥진***

< 목 차 >

- I. 들어가며
- II. 부진정 전용물소권의 문제: 구제 수단의 실무적 교착상태와 그 해결
- III. 진정 전용물소권의 문제와 그 해결
- IV. 결론 및 제언

I. 들어가며

1. 문제의 제기: 삼각관계에서의 구제 공백과 다수설에 근거한 해결책의 한계

도급인 A의 발주에 따라 수급인 B가 급부를 제공하였고, 그 효과가 제3자인 소유자 C에게 귀속되었으나, 중간자인 A가 무자력 상태에 빠져 B가 공사대금을 회수하지 못하는 경우 B에 대한 구제책의 구성은 다채롭게 논해질 수 있을 것이다. 이러한 삼각관계에서 B를 구제할 방안으로, 우리 다수설은 A와 C 사이에 비용상환청구권 등 “기본관계”가 존재한다면 B가 채권자대위권을 통해 A의 권리를 행사하면 충분하므로, 굳이 계약관계 밖에 있는 C에게 직접 그 비용을 청구할 수 있는 부당이득반환청구권, 소위 전용물소권(轉用物訴權, actio de in rem

* 이 논문은 제1저자가 2025년 9월 20일 한국민사법학회 주최 '제10회 대학원생 논문경연 대회'에서 발표한 초안을 수정·보완하여 작성된 것임.

** 한양대학교 법학전문대학원 전문석사과정 (제1저자).

*** 한국투자애널리스트, 고려법률사무소 변호사 (교신저자, snuthevariable@snu.ac.kr).

verso)을 인정할 필요가 없다고 본다.¹⁾ 판례 또한 대법원 2002. 8. 23. 선고 99다 66564, 66571 판결 이래로 전용물소권을 부정하고 있다. 이러한 다수설·판례의 견해는 일견 계약법의 기본 원칙을 존중하는 합리적인 해결책으로 보인다.²⁾

그러나 본고는 이러한 다수설의 해결책이 현행법의 해석론 아래에서는 실무적 한계에 부딪힘을 지적하고자 한다. 특히 채권자취소권의 효력을 “상대적 효력”으로만 파악하는 우리 대법원의 확고한 태도는, A가 C에 대한 권리를 사해 의사로 처분하였을 때 B는 A에게 복귀한 권리를 전제로 한 대위·추심 경로를 가지기 어려워 B의 구제 경로를 사실상 차단하는 결과를 초래한다. 결국 다수설의 제안은 이론적 정합성은 있으나 실무적으로는 공허한 해결책에 그칠 위험이 크다.

다만 삼각관계에서 수급인이 목적물을 점유하는 경우 유치권이 성립하여 수급인이 사실상 우선변제를 받을 수 있는 경우도 상정할 수 있다. 그러나 유치권은 점유 유지라는 사실적 요건에 의존하는 우연적 담보수단으로서 그 성립여부에 따라 구제 가능성이 좌우되는 체계는 구조적 해결이라고 보기 어렵다. 본고가 문제 삼는 구제의 공백은 유치권으로는 포섭되지 않는 다수의 사안에서 발생하며 나아가 유치권의 성립 여부와 무관하게 이득 귀속의 정당성을 규범적으로 설명해야 하는 영역에 있다.

결국 일반 공사대금채권자로서는 채무자 A의 일반 책임재산에 의존할 수밖에 없으며, 이 책임재산을 보전하기 위한 채권자대위권 및 채권자취소권이 가장 핵심적이고 사실상 유일한 구제수단이 된다. 따라서 본고는 바로 이 지점에서 발생하는 구제의 공백과 그 해결 방안에 집중하고자 한다.

본고는 삼각관계에서 발생하는 구제 공백의 문제를, 도급인(A)과 소유자(C) 사이의 기본관계 존부를 기준으로 두 가지 유형으로 나누어 분석하고자 한다. 첫째는 A와 C 사이에 비용상환청구권 등 법률상 기본관계가 존재하지 않는 경우이다. 이는 계약법의 원리로는 해결할 수 없는 진정한 의미의 구제 공백이 발생하는 영역으로, 본고에서는 이를 “진정 전용물소권” 사안으로 명명하고 부당이득법의 고유한 형평 이념에 따른 해결책을 모색하고자 한다.

둘째는 A와 C 사이에 대위의 대상이 될 기본관계가 존재하는 경우이다. 본

1) 김준호, 「민법강의」 제31판, 법문사, 2025, 1408면. 계약관계로 인한 제3자가 얻은 이익에 대한 반환 청구를 인정할 필요성이 낮음을 지적한다.

2) 송덕수, 「신민법강의」 제18판, 박영사, 2025, 1404면. 계약상 급부에 대해 제3자에게 직접 청구를 허용하지 않는 것이 민법의 기본 원리에 부합한다는 견해.

고는 이 상황을 잠정적으로 “부진정 전용물소권” 사안이라고 칭하고자 한다. 여기서 “부진정”이라는 용어를 사용하는 것은, 이 문제가 실체법적으로 부당이득의 성격을 갖는다는 의미는 아니며, 통설과 판례가 전용물소권을 부정하며 유일한 대안으로 제시하는 채권자대위권 및 취소권 행사가, 실제로는 법제상 구조적 한계로 인해 기능하지 못하는 “구제의 공백” 상태를 명확하게 지칭하기 위한 편의적인 방법론적 용어임을 밝힌다.

보다 구체적으로, 수급인(B)이 급부를 제공했으나 중간자(A)의 무자력으로 대가를 받지 못하고, 그 이익은 최종적으로 제3자(C)에게 귀속되었음에도 어떠한 법적 경로로도 구제받지 못하게 되는 결과적 상태는, “진정 전용물소권”이 문제제되는 상황과 그 구조적 유사성이 있다. 즉, 두 경우 모두 채권자는 자신의 노력과 비용으로 이익을 창출했음에도 불구하고, 법체계가 마련한 구제수단이 작동하지 않아 아무런 보상을 받지 못하는 “실패한 구제”의 문제에 직면한다는 공통점이 있다.

2. 선행연구의 개관: 해석론과 입법론의 스펙트럼

전용물소권 문제에 천착하여, 수익자와 도급인 사이 수급인이 대위할 수 있는 기본관계가 있는 경우에도 집행상의 난점이 있다고 지적한 선행 연구는 없으나, 사해행위 취소의 일반적 효력을 다룬 선행 연구들은 사해행위취소 소송에서 적용법리가 혼란스럽고, 이익역전 사태가 빈발한 부분을 지적하여 실무적 문제를 꼼꼼하게 지적한 바 있다. 특히 전원열(2017)의 “채권자취소권의 상대적 효력 유지 및 집행 모델 변경”론과 이승섭(2020)의 절대적 효력설 도입론은 채권자취소판결의 집행 실무상 우리 법제에 사실상 도입 가능한 해결책으로 제시되었다.

한편, 위와 같은 기본관계가 없는 경우, 제철웅(2002)³⁾으로부터 정상현(2020)⁴⁾에 이르기까지 공평의 관념을 반영하여 수급인이 수익자에게 직접 그 비용을 청구할 수 있도록 인정해야 한다는 주장이 꾸준히 제기되어 왔다. 이 중 정상현(2020)의 연구는 전용물소권에 관하여 우리 민법상 근거가 없다는 일반적인 관념을 부인하고, 전용물소권에 관한 민법상의 근거를 민법 제747조 제2항

3) 제철웅, “3자관계에서의 부당이득”, 「저스티스」 통권 제67호, 한국법학원, 2002, 54-79면.

4) 정상현·박석일, “전용물소권에 관한 판례 동향과 그 인정근거 재검토”, 「민사법의 이론과 실무」 제23권 제2호, 민사법의 이론과 실무 학회, 2020.

이나 민법 제261조 등에서 간접적으로 발견할 수 있다는 점을 지적하기도 하였다. 본고에서는 위와 같은 이론 구성을 검토하고, 이에 따라 전용물소권을 전면 부인하는 판례에 대해 역시 비판적으로 검토하고자 한다.

3. 연구의 방법 및 구성

본고는 전용물소권 문제의 해결을 위한 선결 문제로서 채권자취소권의 효력론을 논할 것이다. 이를 위해 우리 법제의 상대적 효력설에 의한 집행상의 교착상태를 제시하고, 이에 대한 대응으로서, 일본의 절대적 효력설로의 입법적 전환, 그리고 독일·프랑스·미국의 직접 집행 모델을 비교·검토하여 우리 법제의 입법적 개선 방향을 모색할 것이다.

다음으로 전용물소권을 역사적인 측면에서 고찰하여 부당이득으로서 그 본질에 대해 검토하고, 우리 대법원의 일관된 입장을 일본과의 비교법적 시각에서 비판적으로 재검토할 것이다. 특히 일본 최고재판소의 “불도저 사건” 판결⁵⁾과 “빌딩 개보수 사건” 판결⁶⁾을 중심으로, 일본 내 학설의 비판까지 검토하여 “이익에 대한 아무런 대가관계가 없는 당사자” 간의 이익 조정을 위한 최후의 보루로서 전용물소권의 필요성을 제기하며 마무리하고자 한다.

Ⅱ. 부진정 전용물소권의 문제: 구제 수단의 실무적 교착상태와 그 해결

1. 다수설의 해결 방법과 “상대적 효력”의 맹점

A와 C 사이에 비용상환청구권 등 B가 대위할 수 있는 법률관계(기본관계)가

5) 最判昭和45年7月16日-民集24卷7号909頁. 임차인의 발주로 불도저를 수리한 수급인에게, 임차인이 도산하여 대금 회수가 불가능해진 경우 소유자에 대한 부당이득반환청구를 인정한 판례. 해당 판결은 실질적으로 전용물소권을 광범위하게 승인한 예로 평가된다.

6) 最判平成7年9月19日-民集49卷8号2805頁. 임차인의 무자력으로 수급인이 임대인에 대해 직접 부당이득을 주장한 사안에서, 임대인이 이미 권리금 면제라는 대가를 임차인에게 제공한 점을 이유로 수급인의 청구를 배척한 판례. 최고재판소는 이 판결을 통해 무상 이익이 제공된 예외적 경우에만 제3자에 대한 직접청구를 허용한다는 제한적 입장을 명확히 하였다.

존재하고, A가 C에 대한 위 기본관계에서 비롯한 권리를 포기하거나 타인에게 양도하는 등으로 사해행위를 한 경우, B는 우선 채권자취소권 행사를 통해 A의 처분행위를 무력화시켜야만 A의 책임재산을 회복할 수 있다.

그러나 이 구제 방법은 우리 법제의 “상대적 효력설”이라는 맹점에 부딪히고 만다. 대법원은 채권자취소의 효력이 오직 소송의 당사자인 취소채권자(B)와 그 상대방인 수익자(혹은 전득자) 사이에서만 발생하며, 채무자(A)에게는 미치지 않는다고 일관되게 판시하고 있다. 대법원 2015. 11. 17. 선고 2012다2743 판결 등은 사해행위인 채권양도가 취소되더라도 채무자가 직접 그 채권을 취득하여 권리자가 되는 것은 아니므로, 취소채권자는 채무자를 대위하여 제3채무자에게 이행을 청구할 수 없다고 판시하였다.⁷⁾ 이는 B가 사해행위취소소송에서 승소하고도 정작 자신의 채권을 집행할 수 없는 법적 교착상태를 의미하며, 다수설의 해결책이 현실에서 작동 불가능함을 보여준다.

물론 이 판결이 채권자대위권 행사를 부정한 것이지, 압류 및 추심·전부명령 등 다른 강제집행 절차까지 불가능하다고 명시한 것은 아니라는 반론이 있을 수 있다. 즉 사해행위 취소 판결을 통해 해당 채권이 채무자의 “책임재산”으로 편입되었으므로, 비록 채무자에게 실체법상 귀속된 것은 아니더라도 민사집행법상 강제집행의 대상은 될 수 있다는 주장이다. 그러나 이러한 견해는 다음과 같은 이론적·절차적 문제에 직면한다. 첫째, 현행 민사집행법은 원칙적으로 “채무자 소유의 재산”에 대한 강제집행을 전제로 한다. 채무자에게 실체법상 귀속되지 않은 채권에 대해 어떻게 압류 및 추심·전부명령의 요건을 충족시킬 수 있는지 명확하지 않다. 둘째, 설령 집행이 가능하다고 하더라도, 이를 위한 명확한 절차 규정이 없어 실무상 혼란과 법적 불안정성을 초래한다. 결국 취소채권자는 승소 판결을 받고도 자신의 채권을 실현하기 위한 명확하고 안정적인 경로를 확보하지 못하는 법적 교착상태에 빠지게 되는 것이다.

7) 대법원 2015. 11. 17. 선고 2012다2743 판결(공2015하, 1884); 대법원 2017. 3. 9. 선고 2015다217980 판결 등. 두 판례 모두 채권자취소의 효력이 채무자에게 미치지 않는다는 점을 분명히 하여, 취소채권자가 채무자를 대위하여 제3채무자에게 직접 이행을 청구할 수 없음을 판시하였다.

2. 대안 모색을 위한 비교법적 고찰: 채권자취소권의 다양한 모델

이러한 채권자취소권의 효력과 집행 문제는 오래전부터 학계의 주요 논쟁거리였으며 입법적 해결 노력도 있었다. 2014년 법무부 민법개정위원회는 채권자취소권 관련 10여개의 조문을 신설하는 개정 시안을 마련한 바 있다. 이 개정안은 수익자의 악의 추정 문제 등 일부 쟁점에 대한 개선을 시도하였으나, “상대적 효력설” 하에서의 현행 집행 절차라는 구조적 모순 자체는 그대로 유지하여 근본적인 해결책이 되지 못한다는 비판을 받았고, 결국 입법으로 이어지지 못했다.⁸⁾ 이처럼 해석론만으로는 해결이 어려운 구조적 문제의 해결을 위해서는, 해외 입법례를 참고하여 보다 근본적인 제도 개선을 논의할 필요가 있다.

1) 일본의 입법적 전환 (절대적 효력설)

과거 우리와 동일한 문제에 직면했던 일본은 2017년 민법 대개정을 통해 상대적 효력설을 폐기하고, 취소의 효력이 채무자에게도 미치는 “절대적 효력설”을 명문으로 채택하였다. 개정 일본 민법 제425조는 “사해행위취소청구를 인용하는 확정판결은 채무자 및 모든 채권자에 대하여도 그 효력이 있다”라고 규정하여, 취소된 권리가 채무자에게 완전히 복구하도록 했다. 동시에 채무자의 절차적 권리 보장을 위해 채권자가 소를 제기한 때에는 바로 채무자에게 소송고지를 하도록 의무화하였다(동법 제424조의7 제2항).⁹⁾

절대적 효력설은 취소된 권리가 실제법적으로도 채무자에게 복구하므로, 취소채권자가 채권자대위권 행사를 통해 해당 권리를 집행하는 데 아무런 논리적 장애가 없다. 이는 기존 상대적 효력설이 가졌던 이론과 집행의 불일치 문제를 명쾌하게 해결한다. 그러나 이 모델은 중대한 약점을 내포한다. 이미 사해행위를 저질러 신뢰를 잃은 채무자에게 회복된 재산에 대한 완전한 처분권을 다시 부여하게 되는 것이다. 이는 채무자에 의한 2차적 재산은닉 또는 처분(면탈)의

8) 강혜림, “채권자취소권 개정방향에 관한 담론”, 『경희법학』 제59권 제3호, 경희법학연구소, 2024, 76면.

9) 일본민법 제424조의7 제2항, 제425조 (2017년 개정). 이에 대한 해설로 신지혜, “사해행위취소권에 관한 일본 개정 민법상 쟁점과 시사점”, 『민사법학』 제83호, 한국민사법학회, 2018, 83-108면 및 김철수, “개정 일본민법상의 채권자취소권과 한국민법 개정의 시사”, 『법학연구』 제64집, 전북대학교 법학연구소, 2020 등.

위험을 초래한다. 결국 취소채권자는 회복된 재산에 대해 별도의 보전처분을 신청해야 하는 추가적인 절차적·비용적 부담을 지게 된다.

또한 일본의 절대적 효력설에 따라 채무자에게 권리가 복귀하면, 취소채권자는 채권자대위권을 통해 곧바로 자신의 채권 만족을 얻을 수 있게 된다. 이에 대해서는 책임재산을 “보전”하여 모든 채권자의 공동담보로 삼는다는 제도의 본래 목적을 넘어, 소를 제기한 특정 채권자에게만 만족을 주는 과도한 권리 부여가 될 수 있다는 비판이 있을 수 있다. 이와 같이 취소채권자가 사실상의 우선변제를 받는 결과가 되는 것은 채권자취소가 규정한 채권자 평등주의 원칙과 상충할 수 있다.¹⁰⁾

2) 독일·프랑스·미국의 직접 집행 모델

독일과 프랑스 및 미국은 전혀 다른 접근 방법을 택하였다. 이들은 사해행위 취소 후 재산을 채무자에게 복귀시키는 대신, 수익자 명의로 재산을 그대로 둔 채 취소채권자가 직접 강제집행을 할 수 있도록 허용한다.

(1) 독일의 경우

사해행위취소에 관한 별도 법률인 채권자취소법(Anfechtungsgesetz)에 따라, 취소채권자는 수익자를 상대로 강제집행수인(受忍)의 소(Duldungsklage)를 제기한다. 취소채권자가 승소판결(Duldungstitel)을 얻으면 수익자는 여전히 해당 재산의 소유자 지위를 유지하지만, 그 재산에 대한 취소채권자의 강제집행을 수인해야 할 의무를 부담한다. 즉 채권자취소권의 행사를 통해 취소채권자가 직접 수익자의 재산에 집행권원을 확보하는 방식이다.¹¹⁾

(2) 프랑스의 경우

프랑스 민법의 사해행위취소권(action paulienne)은 “대항력 부인(inopposabilité)”

10) 채권자취소권을 먼저 행사하여 수익자나 전득자로부터 자기 채권의 만족을 얻는 취소채권자는 현행 우리 법제에서도 사실상의 우선 변제를 받고 있으며, 이에 대하여도 같은 비판이 가능할 것이다.

11) Huber, Anfechtungsgesetz, 11. Aufl., C. H. Beck, 2016. Einführung Rn. 24; 전원열, “채권자취소권의 효력론 비판 및 개선방안”, 『저스티스』 통권 제163호, 한국법학원, 2017.12., 210면.

의 효과를 갖는다. 이는 사해행위가 취소채권자에 대하여만 효력을 주장할 수 없게 된다는 의미로서, 채권자는 마치 해당 사해행위가 애초부터 없었던 것처럼 수익자 명의의 재산에 직접 강제집행을 할 수 있다. 결국 재산을 채무자에게 복귀시키는 절차 없이도 취소채권자의 만족을 도모하는 실용적 모델이라 할 수 있다.¹²⁾

(3) 미국의 경우

미국의 통일사해거래법(Uniform Voidable Transactions Act, UVTA, §7(a)-(b))은 채권자에게 매우 유연한 구제수단을 제공한다. 채권자는 채권의 만족에 필요한 범위 내에서 사해행위의 무효화(avoidance)를 구할 수 있으며, 이전된 자산에 대한 가압류(attachment)나 수익자에 대한 금전배상판결(money judgment) 청구 등 직접적인 조치를 법원에 청구할 수 있다. 우리 법제와 달리 취소의 효과 자체를 일률적으로 정하지 않고, 채권자가 실질적으로 채권 회수를 실현할 수 있는 여러 방안을 인정하는 유연한 접근법을 취하고 있다.¹³⁾

3. 두 모델의 경합: “절대적 효력설”과 “상대적 효력 및 직접집행”안

앞서 살펴본 일본 및 독일·프랑스·미국의 비교법적 고찰은 우리의 현행 모델이 가진 구조적 문제를 해결할 대안으로 일본의 “절대적 효력설” 혹은 상대적 효력설에 독일·프랑스·미국 모델을 절충한 “직접 집행 모델”(전원열)이 유력함을 시사한다.¹⁴⁾ 특히 직접 집행 모델의 핵심은, 사해행위취소 판결의 효력으로 취소채권자(B)가 수익자 명의로 남아 있는 채무자의 책임재산(A의 C에 대한 권리)에 대해 직접 강제집행(이 경우 압류 및 추심·전부명령)을 할 수 있도록 허용하는 것이다.¹⁵⁾

12) B. Mercadal, Réforme du droit des contrats – Ordonnance du 10 février 2016, Francis Lefebvre, 2016, n° 1128 (p. 286); 여하운, “프랑스 민법상 사해소권(action paulienne)에서의 사해의사 및 피보전채권”, 『서울대학교 법학』 제58권 제2호, 서울대학교 법학연구소, 2017. 6., 122면.

13) 이순동, “미국의 사해행위취소소송”, 『저스티스』 통권 제158호, 한국법학원, 2017.12., 27-34면.

14) 이승섭, “일본 민법 채권자취소권 제도 개정과 절대적 효력설”, 『강원법학』 제60권, 강원대학교 비교법학연구소, 2020.6., 223면(국문초록), 263면. 특히 223면(초록)에서는 책임설·채권설은 민법 제407조의 폐기와 집행법상 제도·실무의 도입이 필요하여 현시점 채택이 곤란하다고 요약한다.

이 모델은 다음과 같은 장점을 가진다. 첫째, 취소의 효력이 채무자에게 미치지 않는다는 상대적 효력설의 논리와 충돌하지 않으면서도 집행의 문제를 해결하는 이론적 정합성을 보인다. 둘째, 상대적 효력설을 유지하면서도 취소채권자에게 실효성 있는 채권 회수 수단을 제공하여, 최소한의 변동·비용을 통해 다수설의 해결책이 현실에서 작동할 수 있도록 한다. 셋째, 절대적 효력설과 달리 재산이 채무자에게 복귀하지 않으므로 취소 판결 이후 채무자에 의한 재산면탈 위험을 원천적으로 차단한다.

또한 앞서 절대적 효력설에 제기된 “사해행위 취소 판결만으로 취소채권자가 사실상의 우선변제를 받는 것을 용인해도 되는가?”라는 채권자 평등주의에 대한 물음은 채권자취소소송 운용에 대한 근본적이고도 정당한 비판이다. 즉, 절대적 효력설 하에서는 회복된 권리에 대해 취소채권자가 채권자대위권을 행사하여 다른 채권자들보다 먼저 자신의 채권을 만족시키게 되는데, 이는 책임채산을 “보전”하는 것을 넘어 특정 채권자에게 “만족”을 주는 결과가 되어 제도의 본래 목적을 넘어서 사실상 우선변제를 허용하는 문제가 발생할 수 있다는 것이다.

바로 이 지점에서 직접 집행 모델의 우월성이 드러난다. 이는 취소채권자에게 직접적인 “만족”을 허용하자는 것이 아니다. 오히려 이는 취소 판결을 집행권원으로 하여 수익자(혹은 전득자) 명의의 재산에 대하여 강제경매 등 공식적인 집행절차를 개시하고, 그 절차에서 다른 채권자들이 배당요구를 통해 평등하게 배당받을 수 있게 하는 것이다. 이를 통해 현행 가액배상 실무에서 발생하는 사실상의 우선변제 문제를 시정할 수 있을 뿐만 아니라, 기여한 자가 재산 회복을 주도한다는 측면에서 민법 제407조가 규정한 채권자취소권의 채권자 평등의 이념과 수급인 보호의 균형을 맞춘다는 점에서 합리적 접점이 있다.

그러나 절대적 효력설은 직접 집행 모델과 비교하였을 때, 별도의 “집행수인(受忍)” 유형의 권원을 상정하지 않아도 통상의 압류 → 추심·경매로 곧바로 연결되므로, 해석·집행의 예측가능성과 법적 안정성이 비교적 높다는 장점이 있다. 결국 부진정 전용물소권 사안에서 본질은 “채권자가 신속·안전하게 집

15) 전원열, “채권자취소권의 효력론 비판 및 개선방안”, 『저스티스』 통권 제163호, 한국법학원, 2017. 12., 230면; 전원열, “사해행위취소 제도의 새로운 설계”, 『민사법학』 제93호, 한국민사법학회, 2020. 12., 202면. 상대적 효력설을 유지하되 취소채권자에게 직접 집행권을 부여하는 법 개정 방안을 제안한 논의이다.

행을 보전하고 실현할 수 있는가”에 달려 있다. 이 관점에서 절대적 효력설과 직접 집행 모델은 목적이 같고 수단만 다를 뿐이다.

만일 사후 면탈 방지와 채권자 평등의 절차적 구현을 중시한다면 직접 집행 모델이 체계 친화성이 높다고 할 것이다. 이와 달리 권리 복귀의 명료성과 해석·절차의 단순화를 중시한다면 절대적 효력설이 직관적일 터이다. 부진정 전용물소권 사안의 해결에 있어서 어느 방안을 택할지는 원칙적으로는 정책 입안자의 선택 문제로 귀결되는 것이겠으나, 사해행위 취소 판결을 집행권원으로 삼아 수익자 재산에 대한 강제집행을 허용하는 판례 해석론 또한 현 법문상 가능하다고 생각한다. 이는 입법 공백을 메우기 위한 사법부의 적극적 법 형성 작용으로서, “상대적 효력설”의 논리적 모순을 해결하는 즉각적인 실효적 대안이 될 수 있으므로 판례 변경 가능성을 배제할 필요는 없을 것이다.

Ⅲ. 진정 전용물소권의 문제와 그 해결

1. 전용물소권의 역사적 계보와 법적 성격: 법정채권으로서의 부당이득

A와 C 사이에 아무런 기본관계도 존재하지 않는 “진정 전용물소권” 사안을 해결하기 위해서는, 이 제도의 역사적 연원과 법적 성격을 이해하는 것이 필수적이다. 전용물소권은 로마법의 “*actio de in rem verso*”에서 기원한다.¹⁶⁾ 이는 현대적 의미의 일반적인 부당이득반환청구권이 아니었다. 즉 권리능력이 없던 노예 등이 체결한 계약으로부터 파생된 이익(*in rem versum*)을 가장(家長)이나 노예 소유주가 취득한 경우에, 그 이익의 한도 내에서 상대방이 가장이나 주인을 상대로 반대급부의 이행을 청구할 수 있었던 특수한 소권이였다.

중세 보통법 시대에 이르러서는 주해학과(Commentators)의 법학자들이 이 특수한 소권을 “누구도 타인의 손해로 부당하게 부유해져서는 안 된다”라는 보

16) Andreas von Tuhr, *Actio de in rem verso, zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Geschäftsführung*, J.C.B. Mohr, 1895. S. 238; 정태운, “전용물소권에 관한 일고찰”, 『비교사법』 제9권 제1호, 한국비교사법학회, 2002, 182-184면. 로마법상의 *actio de in rem verso*는 가부장 또는 노예주에게 이익이 전용된 경우에 한하여 인정되던 특수한 청구권이었다는 해설.

편적 형평의 원리로 확장시켰다. 특히 이들은 “actio de in rem verso”를 계약법의 영역을 넘어 법률의 규정에 의해 직접 발생하는 법정채권으로서의 부당이득 법리에 편입시키는 이론적 토대를 마련하였다.¹⁷⁾

2. 우리 판례에 대한 비판: 계약법과 법정채권의 혼동

대법원은 2002년 선고된 99다66564 판결 등에서 “자기 책임 하에 체결된 계약에 따른 위험부담을 제3자에게 전가시키는 것이 되어 계약법의 기본원리에 반한다”는 이유로 전용물소권을 일관되게 부정하고 있다.¹⁸⁾ 그러나 이러한 논리를 A와 C 사이에 아무런 계약관계가 없는 “진정 전용물소권” 사안에까지 기계적으로 적용하는 것은 타당하지 않다.¹⁹⁾

특히 정상현·박석일은 전용물소권을 부정하는 판례 논거가 계약상 위험부담이라는 계약법적 문제와 계약 외부에서 발생하는 제3자의 무원인적 이득이라는 부당이득법적 문제를 구별하지 못한 데서 비롯된다고 지적한다. 이들은 민법 제747조 제2항, 제261조 등 제3자의 무상취득에 대한 반환 규율을 근거로 계약관계가 전혀 없는 경우에는 부당이득법이 보충적으로 작동할 여지가 있음을 논증한다. 즉 부당이득은 계약과 무관하게 법률 규정에 따라 발생하는 독립적인 채권 발생의 원인이므로, 계약 관계가 전제되지 않은 당사자 사이의 이익 조정을 계약법의 원리로 재단하는 것은 법정채권으로서의 부당이득 제도가 지닌 고유한 형평 이념을 도외시하는 해석이라는 것이다.²⁰⁾

위 견해를 정리하면 우리 판례는 두 가지 층위의 개념적 혼동을 내포한다. 첫째, “계약규범의 상대성”이라는 사적자치의 원리와 계약 외부에서 발생한 부당한 이익을 조정하는 “부당이득의 객관적 반환규범”을 동일 선상에서 비교함으로써 후자의 독자적 기능을 간과한다. 둘째, B가 A의 무자력 위험을 감수해

17) Davrados, Nikolaos, “Demystifying Enrichment Without Cause”. Louisiana Law Review Vol.78, LSU Law Center, 2018, p.38.

18) 대법원 2002. 8. 23. 선고 99다66564, 66571 판결(공2002하, 2174). 이 판례는 전용물소권을 부정하면서 계약 당사자가 아닌 제3자에게 급부의 효과가 귀속된 경우에도 계약상의 위험은 급부자 자신이 부담해야 한다고 판시하였다.

19) 정상현·박석일, 앞의 논문, 70면. 대법원이 계약법의 위험부담 논리를 근거로 전용물소권을 부정한 데 대해, 부당이득은 계약과 무관하게 발생하는 법정채권임을 강조하면서 이러한 해석이 형평에 어긋남을 지적하였다.

20) 정상현·박석일, 앞의 논문, 앞의 면.

야 한다는 위험 부담의 문제, 즉 계약법의 문제로, C가 아무런 대가 없이 얻은 이득의 무원인성 문제, 즉 법정채권 문제를 치환하여 논점을 흐린다. 결국 전용물소권을 부정하는 가장 강력한 논거인 “계약상 위험의 전가 금지” 주장은 “계약상 대가위험(Gegenleistungsgefahr)”과 “제3자의 법률상 원인 없는 이득(ungerechtfertigte Bereicherung)”을 구별하지 못하는 한계를 지닌다.

계약법이 규율하는 대가위험은 B와 A 사이의 쌍무계약 관계에서 급부와 반대급부의 균형이 유지되는지에 관한 문제이다. B는 A의 신용을 신뢰하고 급부를 이행하였으며, 그에 대한 반대급부를 A로부터 확보하지 못한 위험은 원칙적으로 B가 부담해야 한다. 그러나 C가 얻은 이득은 A-B간 계약의 효력이나 위험 배분과는 무관하게, 계약 외부에서 발생한 객관적인 재산 증가에 해당하여 실물적 가치가 직접 이전된 상태이다. 법정채권으로서 부당이득은 바로 이처럼 법률상 원인 없는 재산 증가분을 그로 인해 손실을 본 자에게 반환시키기 위하여 존재하는 민법의 일반조항으로서, 계약규범의 상대성과 충돌하는 것이 아니라 공존하며 상호 보완하는 관계에 있다. 따라서 “계약위험 전가”라는 논거만으로 전용물소권을 곧바로 부정하는 것은, 부당이득이라는 독립된 법정채권 관계의 성립 가능성을 원천적으로 배제하는 논리적 비약이다.

물론 이 같은 소수설에 대하여 다수설에 따른 견해는 대법원의 위 판례의 사실관계는 본고에서 말하는 기본관계가 없는 경우에 해당하지 않고 오히려 채무자의 책임재산을 보전하기 위한 방법으로 채권의 만족을 얻을 가능성이 있는 경우에 해당하므로, 판례가 기본관계가 전혀 없는 사안에 있어서까지 계약관계 바깥의 제3자에 대한 부당이득의 성립을 인정하지 않은 것은 아니라고 비판할 수 있다. 다만 그렇다면 계약법으로 규율할 수 없는 사안에 대하여서는 부당이득법 고유의 이념으로 해결한다고 하더라도 다수설의 견해와 배치되는 것이 아니며, 오히려 판례 역시 전용물소권을 완전히 배제한 것은 아니고 계약법이 규율할 수 없는 사안에서는 본고와 같이 전용물소권을 한정적으로 승인한 것으로 볼 수도 있다는 반대해석 역시 가능하다.

다른 한편으로 채권자인 수급인은 유치권과 같은 물권을 활용하여 기본관계가 없는 경우에도 사실상 우선변제를 받을 가능성이 존재하고, 수급인으로서는 당초 유치권을 성립시켜 그 채권의 만족을 얻었어야 함을 들어 이를 태만히 한 수급인에게 귀책사유가 있어 결국 제3자가 얻은 이익이 법률상 원인 없다고 하기는 어렵다는 비판 역시 다수설로부터 나올 수 있을 것이다. 다만 유치권의

성립은 수급인의 완공 시 발생하는 것으로서 그 이전에 이미 건물에 대한 압류 등이 있으면 유치권은 발생하지 않는 것이고, 이에 대하여 압류등기 전에 완공하지 못한 수급인에게 귀책사유가 있다고 보기에 상당한 난점이 있다. 또한 유치권은 점유라는 우연한 사정에 기인한 것으로서 이를 들어 계약법이 해결하지 못하는 부분에 대한 공백을 구조적으로 해결할 수 있다고 보기도 어렵다.

3. 대안으로서 일본 최고재판소 모델과 그 비판적 수용

결국 이러한 법적 공백을 메우는 해결책으로 일본 최고재판소의 판례 법리를 참고할 수 있다.

1) “불도저 사건” 판결(昭和 45년)²¹⁾

1970년 일본 최고재판소는 수급인 B의 손실과 불도저 소유자 C의 이익 사이에 직접적인 인과관계가 있고, 중간자 A가 무자력이라는 이유로 B의 C에 대한 직접 청구를 폭넓게 인정하였다. 최고재판소는 계약상 급부로 인한 제3자의 이익을 부당이득으로 파악하여 수급인에게 제3자에 대한 반환청구권을 인정한 것이다. 이 판결은 계약상 위험을 제3자에게 전가한다는 점에서 일본 학계로부터 많은 비판을 받았으며, 전용물소권 전면 인정에 대한 우려를 초래하였다.

2) “빌딩 개보수 사건” 판결(平成 7년)²²⁾

이후 1995년, 일본 최고재판소는 위 입장을 보다 정교히 보강하였다. 이 사안에서 건물주 C는 임차인 A에게 개보수 비용 부담을 면제해 주는 대신 권리금 면제라는 형태의 대가를 출연하였다. 최고재판소는 “소유자 C가 중간자 A와의 관계에서 아무런 대가관계가 없이 무상으로 이익을 얻는” 경우에만 예외적으로 수급인 B의 C에 대한 직접 청구를 인정할 수 있다고 판시하였다. 이 사건에서는 C가 이미 상당한 대가를 제공하였으므로 C의 이득에는 법률상 원인이 있다고 보고 B의 청구를 배척하였다. 결과적으로 일본 최고법원은 무상으로 일방적

21) 最判昭和45年7月16日-民集24卷7号909頁.

22) 最判平成7年9月19日-民集49卷8号2805頁.

이득을 얻은 특수한 경우에 한해서는 전용물소권을 예외적으로 인정하는 한정적 승인론을 취한 것이다.

일본 학자들은 빌딩 개보수 사건 판결이 제시한 “무상취득” 요건을 두고 활발한 평석을 내놓았다. 우선 비판론은 이 판결이 종전의 불도저 사건 판례를 제한하면서 “본인과 중간자 사이에 아무런 대가관계가 없는 경우”로 전용물소권을 한정된 점에 주목한다. “무상취득에 의한 이득반환 청구를 확장한 판결”에 대해, 무상성 여부만을 기준으로 삼을 경우 부당이득 반환 범위가 모호해질 수 있다고 비판한 것이었다.²³⁾ 실제로 “무상취득” 개념의 불명확성에 대한 지적이 있는데, 가령 판례 사안과 같은 권리금 면제처럼 간접적 대가 제공을 어떻게 평가할지 불투명하다는 것이다. 전용물소권 인정 여부를 무상/유상의 이분법에만 의지할 경우, 계약법 원칙과 부당이득법 원칙 사이의 균형을 유지하기 어렵다는 견해로 정리할 수 있다.

한편 内田貴는 한걸음 더 나아가 전용물소권 자체를 원칙적으로 부정하는 견해를 견지한다. 内田貴는 “전용물소권은 인정되어서는 안 된다”라며, 계약 상대방이 아닌 제3자에 대한 직접 청구는 계약법의 기본원리에 어긋난다고 명시하고 있다.²⁴⁾ 설령 무상취득의 예외를 둔다 해도 이러한 특수한 청구권을 별도 조문 없이 인정하는 것은 부당하므로, 입법적 근거 없이 판례법으로 창설하는데 신중해야만 한다고 비판하기도 하였다. 内田貴의 입장은 결과적으로 1995년 판례의 예외 인정 범위가 지나치게 넓어지는 것을 경계하고, 원칙적 계약 관계로의 해결을 중시하는 시각이라고 하겠다.²⁵⁾

이에 대하여 부당이득에 관한 통설·판례의 입장인 공평설은 “공평원칙” 측면에서 위 판례를 긍정적으로 평가하였다. 이들은 중간자가 무자력인 상황에서 본인이 무상의 이익만 얻는 것은 형평에 반하므로, 전용물소권을 “최후의 보루”로 인정할 필요성을 강조한다.²⁶⁾ 특히 관련 당사자 간에 아무런 대가관계가 없는 경우라면, 부당이득법 고유의 이념에 따라 예외적으로 제3자의 직접 청구를 허용함이 타당하다고 설명한다. 이는 본 판례가 궁극적으로 부당이득 법리

23) 山口幹雄, “轉用物新權と騙取金による弁済”, 『末川民事法研究』 第3号, 立命館ロー・レビュー, 2018, 5頁.

24) 内田貴, 『民法Ⅱ 債權各論』 [第3版], 東京大學出版會, 2011, 581頁 이하.

25) 이러한 입장은 우리 다수설과도 궤를 같이하나, 본고는 이미 앞에서 이러한 입장에 대해 계약법 원리와 법정채권 원리의 혼동이 있음을 비판한 바 있다.

26) 潮見佳男, 『基本講義 債權各論I—契約法・事務管理・不当利得』 [第4版], 新世社, 2022, 332頁, 371頁, 383頁.

의 보충성에 입각한 공평 조정을 시도한 것으로 평가하는 시각이다. 다시 말해 계약상 아무런 장치로도 구제되지 못하는 경우, 부당이득법이 개입하여 손실자(B)와 이익자(C) 사이의 형평을 맞추는 역할을 해야 한다는 것이다.²⁷⁾ 공평설은 일본 판례의 무상취득 요건이 이러한 프랑스의 “법률상 원인 없는 이득(sans cause)” 개념과 통한다고 보고, 계약관계나 법규상 원인 없이 얻은 이익만 반환 대상으로 한정된 점을 긍정적으로 평가하였다.

이러한 공평설의 입장에 대한 다른 학설의 비판은 여전히 유력하다. 공평설의 내재적 입장으로 보더라도 손실자(B)를 보호하는 것이 공평의 입장에 부합하는지의 문제가 제기되는 것이다. 이들은 기본적으로는 계약 상대방인 A의 무자력 위험은 B가 져야 하는 것인데, A와 C 사이에 아무런 기본관계가 없다는 우연한 점으로 인하여 B를 보호해야 한다고 보는 것이 과연 공평원칙에 부합하는지에 대한 근본적인 난점을 지적한다.²⁸⁾

그러나 계약 상대방이 무자력인 경우, 위의 기본관계에 대해 채권자대위권 등 보전을 위한 소권을 활용하여 채권의 만족을 얻을 수 있다고 하는 기대가 있다고 보는 것이 일반적이지 않은가 하는 반박 또한 유효하다. 오히려 아무런 기본관계가 없어 계약법의 어떠한 구체책을 강구하더라도 해결할 길이 전혀 없는 것이 예외적인 상황이라는 비판도 가능하다. 이 경우 이득자(C)에게 그 이익을 그대로 보유하게 하는 것은 현저히 형평의 관념에 반한다고 볼 수 있을 것이다.

종합하자면, A-C 사이에 아무런 계약관계가 없고, 명문의 규정에 의하여 비용상환청구권 등 법정채권이 발생할 가능성도 전혀 없으며(즉 양자 사이에 아무런 기본관계가 없으며), C가 어떠한 대가 출연도 없이 명백한 이익을 얻었고, A의 무자력으로 B가 구제받을 길이 전혀 없는 극단적인 상황에서는 C로 하여금 그 이익을 보유하게 두는 것이 정의 관념에 반한다는 근본적인 문제가 제기되는 것을 부정하기는 어려운 것으로 보인다. 결국 일본 판례의 태도는 계약법의 원칙을 최대한 존중하면서도 형평의 이념을 구현하기 위한 최소한의 안전장치로서 전용물소권을 활용한 것이라고 평가할 수 있겠다.

물론 일본 판례는 “무상”이라는 다소 모호한 요건을 제시하여 이를 해석하는

27) 窪田充見·森田宏樹編, 「民法判例百選Ⅱ 債權」, [第8版], 有斐閣, 2018年, 160頁 .

28) 油納健一 「不当利得：轉用物訴權」, 千葉恵美子·潮見佳男·片山直也編 「Law Practice 民法」, [第5版], 有斐閣, 2023年, 300頁 .

데에 난점이 있는 것은 부인할 수 없다. 다만 중간자(A)와 이득자(C) 사이에 아무런 기본관계가 존재하지 않아 손실자(B)가 계약법의 어떠한 방안을 강구하여도 아무런 해결책을 찾지 못하는 때에만 전용물소권을 인정한다면 위 요건의 해석론에 대한 난점을 어느 정도 타개할 수 있을 것으로 보인다.

IV. 결론 및 제언

본고는 수급인, 도급인, 소유자 사이의 삼각관계에서 발생하는 구제 공백의 문제를 “부진정 전용물소권”과 “진정 전용물소권”이라는 이원적 틀로 나누어 심층적으로 분석하고, 각 유형에 맞는 합리적인 해결책을 모색하였다. 첫째, “부진정 전용물소권” 사안, 즉 도급인과 소유자 사이에 대위할 기본관계가 존재하는 경우에 대한 다수설의 해결책(채권자대위권 및 취소권 행사)은 우리 대법원의 확고한 “상대적 효력설”로 인해 실무상 심각한 교착상태에 빠짐을 밝히고자 하였다. 채권양도 등이 사해행위로 취소되더라도 그 권리가 채무자에게 실제 법적으로 복귀하지 않아, 취소채권자가 승소 판결을 받고도 후속 집행 절차로 나아가지 못하는 현행 제도의 구조적 모순을 비교법적 검토를 통해 명확히 하고자 시도하였다. 이는 다수설의 제안이 실효성을 갖기 위해서는 반드시 채권자 취소권의 집행 모델에 대한 근본적인 재설계가 선행되어야 함을 의미한다.

둘째, “진정 전용물소권” 사안, 즉 도급인과 소유자 사이에 어떠한 기본관계도 존재하지 않는 경우에 대하여, 우리 대법원이 “계약법의 기본원리”를 내세워 이를 일률적으로 부정하는 것은 “계약법”과 “법정채권으로서의 부당이득법”을 혼동한 논리적 오류임을 비판하였다. 계약상 위험 배분 원칙은 계약 당사자 사이에서 적용될 문제이지, 계약 관계 밖에 있는 제3자가 아무런 법률상 원인 없이 무상으로 취득한 이득의 정당성을 논하는 부당이득의 영역에 기계적으로 적용될 수 없다. 이러한 비판적 분석을 통해, 진정 전용물소권은 계약법의 예외가 아니라 부당이득법의 고유한 원리가 적용되는 독립된 문제 영역임을 보이하고자 하였다.

결론적으로 본고의 논의는 삼각관계에서의 구제 공백 문제가 단일한 법리로 해결될 수 없으며, 각 사안의 법률관계 유무에 따라 상이한 접근이 필요함을 보여준다. 또한, 두 유형의 문제 모두에서 형식논리에 치우친 현행 판례의 태도가 실질적 정의 구현에 실패하고 있음을 지적하고, 보다 정합적이고 실효성 있

는 법리 구성을 위한 구체적인 대안을 제시하고자 하였다.

다수설에 근거한 해결책의 실효성을 담보하려면 현행 “재산 회복 모델”의 구조적 모순을 극복하여야 하므로, 입법적 결단을 통해 다음 두 가지 대안 중 하나를 선택하는 것이 이상적이다. 첫째, 일본식 “절대적 효력설” 도입 방안이다. 2017년 개정 일본 민법과 같이, 사해행위 취소의 효력이 채무자에게도 미치도록 민법 제406조를 개정하는 방안이다. 이 모델은 취소된 권리가 채무자에게 실제법적으로 복귀하므로 채권자대위권 행사가 가능해져 집행의 교착상태를 명쾌하게 해결한다는 장점이 있다. 그러나 이미 사해행위를 저지른 채무자에게 회복된 재산에 대한 완전한 처분권을 다시 부여함으로써, 채무자에 의한 2차적 재산은닉 또는 처분(재산면탈)의 위험을 야기한다는 중대한 약점을 내포한다. 결국 취소채권자는 회복된 재산에 대해 별도의 가압류 등 보전처분을 신청해야 하는 추가적인 절차적·비용적 부담을 지게 된다.

둘째, 독일·프랑스·미국식 “직접 집행 모델” 도입이다. 현행 상대적 효력설의 이론적 틀을 유지하면서도, 취소채권자가 승소 판결에 기해 수익자에게 귀속된 상태의 책임재산에 대해 직접 강제집행(압류, 경매 등)을 개시할 수 있도록 명문 규정을 신설하는 방안이다. 직접 집행 모델과 같이, 사해행위취소 판결을 수익자에 대한 집행권원으로 기능하게 하고, 민사집행법상 담보권 실행을 위한 경매 규정(민사집행법 제264조 등)을 유추 적용하는 것이 구체적인 방안이 될 수 있다. 이 모델은 일본식 절대적 효력설이 야기하는 “2차적 재산면탈”의 위험을 원천적으로 차단하고, 공식적인 집행절차를 통해 다른 채권자들의 배당 참가를 보장함으로써 민법 제407조의 채권자 평등 이념을 실질적으로 구현할 수 있다는 장점이 있다.

결국 두 대안은 장단점이 뚜렷하므로, 이는 입법정책적 선택의 문제로 귀결된다. 해석의 명료성과 절차의 단순화를 중시한다면 절대적 효력설이, 채무자의 2차적 위험 방지와 채권자 평등의 실질적 구현을 중시한다면 직접 집행 모델이 더 나은 선택이 될 것이다.

마지막으로, 계약법의 원리가 적용될 수 없는 영역에서 발생하는 현저히 부당한 결과를 시정하기 위해, 진정 전용물소권을 예외적으로 인정하는 부당이득에 관한 특칙을 민법에 신설할 것을 제안한다. 일본 최고재판소의 “빌딩 개보수 사건” 판결 법리를 참고하여, 수익자가 아무런 대가관계 없이 무상으로 이익을 얻고, 급부자가 다른 구제수단을 통해 채권을 회수하기 현저히 곤란한 때

에만, 현존이익의 한도에서 직접 반환을 청구할 수 있도록 명문화하는 것이다. 이는 계약법의 안정성을 훼손하지 않으면서도, 법의 공백 상태에서 발생하는 부당한 이득을 방지하지 않겠다는 부당이득법의 형평 이념을 실현하는 조화로운 해결책이 될 것이다.

방론으로 “부진정 전용물소권” 사안의 범위를 합리적으로 확대하고 법적 안정성을 제고하기 위해, 장기적인 과제로 준사무관리(準事務管理)를 명문으로 인정할 필요가 있다. 명시적 계약이 없더라도 실질적으로 타인의 이익을 위해 사무를 처리하였을 때 그 비용상환청구권을 인정함으로써, 채권자대위권의 활용 가능성을 높이고 “진정 전용물소권”이라는 예외적 구제수단에 의존해야 하는 경우를 줄일 수 있을 것이다.

본고는 “전용물소권”이라는 특정 쟁점을 중심으로 새로운 분석틀과 입법적 방향성을 제시하는 데 중점을 두었다. 따라서 본고의 제안을 제도적으로 완성하기 위해서는 다음과 같은 후속 연구가 필수적임을 밝힌다. 첫째, 본고에서 긍정적으로 검토한 “직접 집행 모델”(전원열)을 우리 민사집행법 체계와 정합적으로 도입하기 위한 구체적인 입법안(조문 설계 등)에 관한 심층적 연구가 필요하다.

둘째, “진정 전용물소권”의 핵심 요건인 “무상성”의 개념을 실무상 명확히 적용할 수 있도록, 법률상 대가 관계의 유무를 판단하는 구체적인 기준과 유형에 관한 연구가 보완되어야 한다.

셋째, 다수설과 판례의 계약 체계 안정성과 예측 가능성 논거는 본고의 주된 비판 대상이지만 중요한 가치임을 결코 부정할 수 없는데, 전용물소권을 예외적으로 인정하는 것이 오히려 장기적으로 거래 안전과 신뢰를 해치지 않고, 약간의 불안정성을 감수할 만한 법경제학적 이익이 있는지 정량적인 방법론을 활용해 검증되어야 한다.

본고의 제안이 복잡한 현대 사회의 법률 분쟁을 해결하는 유일한 정답이 될 수는 없으며, 구체적 타당성을 실현하기 위한 여러 가능한 방향 중 하나일 뿐이다. 앞으로 이 줄고보다 더 뛰어난, 다양한 관점의 후속 연구와 판례 정립으로 이어짐으로써 우리 민법이 형식적 안정성과 실질적 정의를 조화롭게 구현하는 법체계로 발전해 나가기를 기대한다.

[참고문헌]

- 김준호, 「민법강의」 제31판, 법문사, 2025.
- 송덕수, 「신민법강의」 제18판, 박영사, 2025.
- 강혜림, “채권자취소권 개정방향에 관한 담론”, 「경희법학」 제59권 제3호, 경희법학연구소, 2024.
- 김철수, “개정 일본민법상의 채권자취소권과 한국민법 개정의 시사”, 「법학연구」 제64집, 전북대학교 법학연구소, 2020.
- 신지혜, “사해행위취소권에 관한 일본 개정 민법상 쟁점과 시사점”, 「민사법학」 제83호, 한국민사법학회, 2018.
- 여하운, “프랑스 민법상 사해소권(action paulienne)에서의 사해의사 및 피보전채권”, 「서울대학교 法學」 제58권 제2호, 서울대학교 법학연구소, 2017.
- 이순동, “미국의 사해행위취소소송”, 「저스티스」 통권 제158호, 한국법학원, 2017.
- 이승섭, “일본 민법 채권자취소권 제도 개정과 절대적 효력설”, 「강원법학」 제60권, 강원대학교 비교법학연구소, 2020.
- 전원열, “채권자취소권의 효력론 비판 및 개선방안”, 「저스티스」 통권 제163호, 한국법학원, 2017.
- _____, “사해행위취소 제도의 새로운 설계”, 「민사법학」 제93호, 한국민사법학회, 2020.
- 정상현 · 박석일, “전용물소권에 관한 판례 동향과 그 인정근거 재검토”, 「민사법의 이론과 실무」 제23권 제2호, 민사법의 이론과 실무 학회, 2020.
- 정태윤, “전용물소권에 관한 일고찰”, 「비교사법」 제9권 제1호, 한국비교사법학회, 2002.
- 제철웅, “3자관계에서의 부당이득”, 「저스티스」 통권 제67호, 한국법학원, 2002.
- Davrados, Nikolaos, “Demystifying Enrichment Without Cause”, *Louisiana Law Review* Vol.78, LSU Law Center, 2018.
- Huber, *Anfechtungsgesetz*, 11. Aufl., C. H. Beck, 2016.
- Mercadal, Barthélemy, *Réforme du droit des contrats – Ordonnance du 10 février 2016*, Francis Lefebvre, 2016.
- Tuhr, Andreas von, *Actio de in rem verso, zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Geschäftsführung*, J.C.B. Mohr, 1895.

内田貴, 「民法Ⅱ 債權各論」[第3版], 東京大學出版會, 2011.

窪田充見・森田宏樹編, 「民法判例百選Ⅱ 債權」[第8版], 有斐閣, 2018.

潮見佳男, 「基本講義 債權各論I—契約法・事務管理・不当利得」[第4版], 新世社, 2022.

千葉恵美子・潮見佳男・片山直也編, 「Law Practice 民法」[第5版], 有斐閣, 2023.

山口幹雄, “轉用物訴權と騙取金による弁済”, 「末川民事法研究」第3号, 立命館ロー・レビュー, 2018.

[국문초록]

전용물소권에 관한 한정적 승인론 - 채권자취소권의 집행 모델 검토를 통하여 -

안 성 준 · 박 욱 진

한국법상 삼각관계, 특히 급부를 이행한 당사자(B)가 자신의 계약 상대방(A)의 무자력으로 인해 대가를 받지 못하지만, 그 급부로 인한 이익이 제삼자(C)에게 귀속되는 경우, 채권자(B)를 위한 법적 구제수단은 충분하지 않다.

채권자대위권과 사해행위취소권에 의존하는 현행 지배적인 해결 방식은, 취소의 “상대적 효력”에 관한 경직된 관례의 태도로 인해 실무상 집행의 막다른 골목에 부딪혀 사실상 실패로 돌아간다. 또한 본 논문은 제3자에 대한 직접적인 부당이득반환청구를 일률적으로 부정하는 대법원의 입장은 부당이득 법리의 본질을 오해한 것이라고 비판한다.

이에 본 논문은 다음과 같은 이원적 접근법을 해결책으로 제시한다.

첫째, A와 C 사이에 법률관계가 존재하는 사안(“부진정 전용물소권”)에 대해서는, 실효성 있는 집행이 가능하도록 사해행위취소 제도를 개선할 것을 주장한다.

둘째, 그러한 법률관계가 없는 사안(“진정 전용물소권”)에 대해서는, 일본법의 논의와 유사하게, 특히 제삼자가 무상으로 급부를 얻었을 때 한하여 형평의 관점에서 직접 청구권을 예외적으로 인정할 방안을 주장한다.

주제어 : 전용물소권, 부당이득, 채권자취소권, 상대적 효력, 집행 모델

[Abstract]

A Limited Recognition of the “Actio de in rem verso”

Seongjun An* · Wookjin Park**

In Korean law, creditors have insufficient legal remedies in triangular relationships, particularly when a party performing a service (B) receives no payment due to the insolvency of their contractual partner (A), but the service benefits a third party (C).

The prevailing approach, which relies on statutory assignment of claims and avoidance due to creditor disadvantage, fails in practice due to the rigid Korean case law regarding the “relative effect” of this avoidance, leading to an enforcement dead end. This paper also criticizes the Supreme Court’s blanket rejection of a direct claim against the third party (actio de in rem verso) as a misapprehension of the principles of unjust enrichment.

A differentiated approach is proposed as a solution: For cases in which a legal relationship exists between A and C (a “pseudo-actio de in rem verso”), a reform of the law of avoidance is called for to enable effective enforcement.

For cases without such a legal relationship (a “genuine” actio de in rem verso), the exceptional recognition of a direct claim on equitable grounds is advocated—in line with Japanese law—particularly if the third party received the performance free of charge.

Key words : actio de in rem verso, unjust enrichment, creditor’s avoidance right, relative effect, execution model

* J.D. Candidate, Hanyang University (First Author).

** Attorney at Law (Corresponding Author, snuthevariable@snu.ac.kr).