

債權者取消權의 法的 性質

金天秀* · 李尙珍**

I. 序說
II. 外國의 論議
III. 國內의 論議
IV. 結語

I. 序說

채무자가 채권자를 해함을 알면서 자기의 일반재산을 감소시키는 법률행위를 한 경우에 채권자가 그 법률행위를 취소하고 재산을 원상회복하는 것을 내용으로 하는 채권자취소권 또는 사해행위취소권¹⁾은, 채무자의 책임재산을 유지할 목적으로, 채무자와 제3자 사이에 행하여진 채무자의 재산을 감소시키는 법률행위를 취소하고 아울러 채무자의 책임재산으로부터 빠져나간 재산을 채무자의 책임재산으로 회복시키는 권리라고 보는 것이 국내의 일반적인 견해이다.²⁾

* 성균관대학교 법과대학 교수

** 성균관대학교 대학원 박사과정 수료, 중소기업은행 여신관리부 팀장

1) 이를 프랑스 民法典의 action révoatoire의 번역용어인 廢罷訴權이라고도 한다. 佐藤岩昭, 詐害行爲取消權의理論, 東京大學出版會(2003), 81面.

2) 郭潤直, 債權總論, 博英社(2003), 138面; 金亨培, 債權總論, 博英社(1998), 376面; 李銀榮, 債權總論, 博英社(2002), 456面; 池元林, 民法講義, 弘文社(2004), 895面; 庾炳賢, “債權者取消訴訟에 관한 研究”, 高麗大學校 博士學位論文(1993), 24面; 金大貞, “債權者取消權의 法的 性質”, 韓國民法理論의 發展(무에이영준박사화갑기념논문집), 博英社(2000), 672面; 金斗年, “債權者取消權에 관한 研究”, 建國大學校 博士學位論文(1995), 6面; 金載亨, “債權者取消權의 本質과 效果에 관한 研究”, 人權과

이 권리와 유사한 목적을 가지는 권리로 파산법³⁾에서 규정하는 부인권이 있지만,⁴⁾ 파산절차는 그 절차가 매우 신중하게 개시되므로 그 개시 이전에 신속하게 채무자의 책임재산의 보전이 필요한 경우에 그 파산 절차 밖에서 그 보전이 가능하게 하는 채권자취소권은 여전히 필요한 것이다.⁵⁾

민법은 채권자취소권을 반드시 재판상으로만 행사하도록 규정하고 있어 이를 근거로 채권자취소권을 소권으로 파악할 것은 아니고, 이 규정은 권리행사의 방법을 규율하는 것에 지나지 않는 것이며, 채권자취소권은 어디까지나 그 본질상 ‘實體法上の權利’라고 보는 것이 국내의 일반적인 견해이다.⁶⁾ 또한 채권자취소권은 責任財産을 保全하기 위한 제도라는 점에서 보전절차 등 強制執行의 節次와 관련성이 있지만, 채권자 취소의 절차가 강제집행절차 그 자체인 것은 아니다.

그리고 채권자취소권은 채무자의 사해행위에 의하여 일탈된 재산을 원상으로 회복시키는 것을 내용으로 하는 권리이나, 민법은 채권자취소권의 내용인 취소 및 원상회복의 구체적 내용에 대해서는 자세히 규정하지 않고 있으므로 많은 논란이 있다. 이는 결국 채권자취소권의 기본적인 성질 및 그 행사의 효과의 문제이다. 이하에서는 이들에 대한 외국의 논의와 국내의 학설 및 판례에 대해 서술하기로 한다.

II. 外國의 論議

1. 프랑스의 境遇

가. 債權者取消權의 起源

正義 제329호(2004. 1), 109面; 民法注解(IX) 債權(2), 博英社(1995), 799面; 註釋民法 債權總則(2), 韓國司法行政學會(2000), 33面.

3) 이 법은 「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」(제정 2005.3.31 법률 7428호)에 통합되어 2006. 4. 1부터 시행된다.

4) 양자의 비교에 대하여 자세한 것은 朴性哲, 파산법상 부인권, 파산법상의 제문제(하)(83집), 237面 以下 參照.

5) 이러한 필요성은 대체로 인정되는 바이다. 가령 郭潤直, 前揭書, 139面; 鄭淇雄, 債權總論, 法元社(1996), 202面; 民法注解(IX) 債權(2), 801面; 註釋民法 債權總則(2), 36面 등 參照. 후술하는 독일 채권자취소법에서도 파산절차 외에서의 채권자취소를 인정한다. http://www.mwe.com/index.cfm/fuseaction/publications.nldetail/object_id/2df80680-9b4b-488b-8d84-cee97b391f66.cfm 참조.

6) 가령 郭潤直, 前揭書, 139面; 金亨培, 前揭書, 383面; 李銀榮, 前揭書, 457面 등 참조.

프랑스 민법전 제1167조에서 규정하고 있는 債權者取消權은 채무를 이행하지 않는 채무자에 대한 파산절차의 일종으로서 형성된 로마법의 *actio Pauliana*에 기원을 찾는 것이 일반적이다.⁷⁾ 그러나 프랑스 학자 중에는 프랑스의 債權者取消權이 로마법에 기원한다는 것을 부정하면서 프랑스 관습법상의 사해행위취소권이 로마법상의 *actio Pauliana*와 전혀 유사하지 않다는 주장을 하는 견해도 있다.⁸⁾ 하지만 절대다수설⁹⁾은 프랑스 古法의 廢罷訴權(*action révocatoire*)이 로마법에 기원한다는 해석하고 있다는 것이다.¹⁰⁾ 즉 유스티니아누스 대제의 법학제요에 있어서의 *actio Pauliana*가 Azo, Accrusius 등 중세 주석학과를 통해 프랑스 古慣習法으로 수계되었다고 한다.¹¹⁾

나. 債權者取消權의 性質에 관한 學說

(1) 프랑스 民法典 制定 以前의 學說

프랑스 채권자취소권에 대하여 처음으로 상세한 해설을 했던 학자는 관습법학과의 대표적인 학자인 Domat라고 한다.¹²⁾ 그 이전의 프랑스 학자들 사이에서도 채권자취소권의 성질을 둘러싸고 論議가 있었다고 한다.¹³⁾ 그 論議의 핵심은 주석학과 이래의 쟁점, 즉 채권자취소권이 대인소권인가 대물소권인가 하는 논쟁이다.¹⁴⁾

1) 對物訴權說

이 학설은 Azo가 채택한 것이라고 한다.¹⁵⁾ 이 學說은 채권자취소권의 목적을 사

7) 船田亨二, *로-마법* 第三卷(1994), 489-496면; 原田慶吉, *로-마법(改訂版)*, 233면 參照. 佐藤岩昭, 前掲書, 60面에서 再引用.

8) Guillaouard, *De l'action paulienne en droit romain et en droit français*, pp. 123-128(1868); Demolombe, *op.cit.*, n°144. 佐藤岩昭, 前掲書, 60面에서 再引用.

9) Domat, Denizart, Guyot, Merlin 등. Guillaouard, *op. cit.*, pp.123-128. 佐藤岩昭, 前掲書, 60面에서 再引用.

10) 佐藤岩昭, 前掲書, 60面.

11) 佐藤岩昭, 前掲書, 69-70面.

12) 佐藤岩昭, 前掲書, 61面.

13) 松坂, 「Action Paulienneについて」, “債權者取消權の研究”, 所收) 85-66面. 佐藤岩昭, 前掲書, 62面에서 再引用.

14) 佐藤岩昭, 前掲書, 62面.

15) 佐藤岩昭, 前掲書, 62面.

해적으로 양도된 물건을 현재 그것을 보유하고 있는 제3자로부터 되돌려 받아 그 물건을 사해행위 전의 상태로 되돌리는 것에서 구하는바, 채권자취소권을 행사한 채권자는 사해행위의 목적물에 대하여 추급권(droit de suite)을 가지고 있는 것이며, 이 추급권은 목적물을 되찾는 기능을 갖는 物權이라고 한다.¹⁶⁾

이 대물소권설은 그 근거를 유스티아누스의 법학제요의 문언을 근거로 하고 있다. 즉 법학제요 4.6.6.에 기록되어 있는 문언¹⁷⁾ 가운데, 채권자가 장관의 판결에 의해 그 인도를 취소하고 그 사해행위 목적물의 반환을 청구할 수 있다는 부분을 그 근거로 한다는 것이다.¹⁸⁾

그리고 이 대물소권설은 프랑스에 계수되어 프랑스의 채권자취소권이 사해행위의 목적물 자체를 추급하는 對物訴權이라고 주장하는 것이다.¹⁹⁾ Derrupé는 債權者取消權으로 보호하고자 하는 채권자의 일반담보권은 채권이 아니고 물권이기 때문에 채권자취소의 소는 대물소송이라고 하는바, 오늘날 프랑스 대다수 학자들은 Derrupé의 이론은 프랑스 실정법상 허용될 수 없는 것이라고 배척하고, 판례도 같은 견해라고 한다.²⁰⁾

2) 對人訴權說

대인소권설은 주석학과 가운데 Accrusius가 채택한 학설이라고 한다.²¹⁾ 이 학설에서는 債權者取消權을 채무자의 사기 및 수익자의 공모에 의해 야기된 채권자에 대한 損害의 賠償을 목적으로 하는 訴權으로 보는데,²²⁾ 그 이유로는 로마법에서도 최종적으로는 채권자취소권이 사해행위에 의해 손해를 입은 채권자 자신의 손해를 배상하기 위한 대인소권이었던다는 점을 들고 있다는 것이다.²³⁾ 나아가서 만약 채권자취소권

16) 佐藤岩昭, 前掲書, 62面.

17) “마찬가지로 어떤 사람이 채권자를 사해하여 그 물건을 다른 사람에게 인도했을 때는 채권자는 장관의 판결에 의해서 채권자 자신을 위하여 인도를 취소하고 그 사람의 재산을 점유하여 위의 물건을 청구하는 것, 즉 위의 물건이 인도된 적이 없고 채무자의 재산중에 그대로 존속해 왔다고 주장하는 것이 허용된다.” 船田亨二, 로마法 第3卷, 494-495面 參照.

18) Guillouard, o.p. cit., p.139. 佐藤岩昭, 前掲書, 63面에서 再引用.

19) 佐藤岩昭, 前掲書, 63面.

20) Amiens, 16 mars 1832, D.1840,2,40. 金旭坤, “佛蘭西民法에 있어서 債權者取消制度”, 崇田大論文集 제11집(1981), 352面에서 再引用.

21) 佐藤岩昭, 前掲書, 63面.

22) Guillouard, o.p. cit., p.139. 佐藤岩昭, 前掲書, 73面에서 再引用.

이 대물소권이라면 사해행위의 목적물을 현실에서 채무자의 수중에 돌려준다고 하는 효과 혹은 채권자에게 목적물을 인도한다고 하는 효과를 발생시킬 것이라고 한다.²⁴⁾ 그러나, 채무자는 이미 그 목적물을 수익자에게 양도해 버렸으므로 다시 소유자가 될 수는 없고 그렇기 때문에 그 목적물을 수취할 수는 없으며, 채권자는 단지 그 목적물을 압류 및 매각하여 그 매매대금에서 손해배상을 받을 권리를 가질 뿐 그 목적물 자체에 대해서는 어떠한 권리를 갖지 않으므로 채권자취소권은 대물소권으로서의 요소를 전혀 인정할 수 없다고 한다.²⁵⁾ 아울러 채권자취소권을 행사함으로써 사해행위의 목적물을 채무자의 재산으로 되돌린다고 서술하는 것은 정확하지 않으며, 목적물의 반환이란 단지 채권자가 그 목적물을 압류할 수 있다는 것을 의미하는 것에 지나지 않는다고 설명하고 있다.²⁶⁾

3) 損害賠償訴權說

Domat는 채권자취소권을 대인소권으로서 손해배상소권이라고 하는 견해를 17세기 후반에 수립하였는데, 그 이전에 주석학과, 프랑스 관습법학과, 인문주의 학과를 통해 대인소권인가 아니면 대물소권인가 라고 하는 관점에서 반복되어 왔으며, 그 결과 수립된 Domat의 손해배상소권설 내지 대인소권설은 적어도 일정한 시기까지²⁷⁾ 통설이었다고 한다.²⁸⁾

Acher에 의하면,²⁹⁾ Domat는 사해행위로 발생되고 채무자 및 공모자에게 부과되는

23) Guillaud, o.p. cit., p.25. 佐藤岩昭, 前掲書, 73面에서 再引用.

24) Guillaud, o.p. cit., p.142. 佐藤岩昭, 前掲書, 63面에서 재인용.

25) 佐藤岩昭, 前掲書, 63面.

26) 佐藤岩昭, 前掲書, 64面. 이 說은 債權者 取消의 본질을 取消되는 行위에 의한 취득의 물적인 無效나 債權關係拘束力에서 찾는 것이 아니라 債務者 재산으로부터 일탈한 재산이 지닌 責任(Haftung)의 回復에서 찾는다는 것으로 債權者는 債務者의 재산으로부터 충분한 만족을 얻지 못한 경우에 債務者에게서 떠나 제3자에게 귀속된 재산을 그것이 여전히 債務者 것인 양 強制執行할 수 있고 그에 따라 제3자는 債權者에 대하여 아무런 채무를 負擔하고 있지 아니하면서도 위 재산으로 責任(즉 채무 없는 책임)을 진다는데 債權者 取消의 本質이 있다는 獨逸의 責任說과 유사하다.

27) 1913년에 Grouber가 actio Pauliana에 대한 논문을 발표하기까지.

28) 佐藤岩昭, 前掲書, 70面. 나아가서 Domat의 견해는 나폴레옹 민법전의 편찬에 매우 큰 영향을 주었다고 한다. 同書, 64面.

29) 佐藤岩昭는 Domat의 견해를 Acher의 논문(Essai sur la nature de l'action paulienne, Rev. trim. de droit civil, 1906)에 의존하여 소개하는바, 그의 논문이 Domat의 견해를 제대로 해설한 유일한 문

의무를 인적의무(engagement personnel)라는 관념으로 파악해야 함을 강조하였다고 한다.³⁰⁾ Acher에 따르면 Domat는 사해행위의 폐파(revocation)와 사해행위로 공모자가 수령했던 물건의 반환(restitution) 그리고 사해행위로 채권자에게 생긴 손해에 대한 배상(la reparation du dommage cause)이라는 3가지 점을 언급하고 있으며, 사해행위의 취소(annuler)라는 언급은 없었다고 한다.³¹⁾

그리하여 Acher는 Domat의 학설이 채권자취소권을, 사해행위라는 불법행위(tort)에 의하여 채권자에게 생긴 손해를 배상한다고 하는 ‘순수하게 인적인 의무(engagement purement personnel)’를 발생시키기 위한 대인소권이라고 하는 견해를 확립한 학설이라고 평가하는 것이다.³²⁾ 그리고 Acher는 Cujas³³⁾가 Domat 이전에 Domat의 설과는 반대의 학설을 주창하고 있었지만, 프랑스에서 진정으로 전통적인 학설은 Domat의 대인소권설이며 또한 이 대인소권설은 사해행위의 무효(nullite)라는 관념에 반대하는 학설이라고 한다.³⁴⁾

(2) 프랑스 民法典 제1167조에 대한 解釋

프랑스민법전 제1167조는 채권자 권리가 재판상 행사되어야 한다고 명시하고 있지 않으나 프랑스의 학자들은 그 action Paulienne가 재판상으로만 행사된다는 것을 당연한 전제로 하여 동조에 대한 해석론을 전개하고 있다.³⁵⁾ 이처럼 동조가 규정하는 사해행위취소권은 訴에 의하여서만 행사될 수 있다는 점에서 소송법적인 요소를 내포하고 있는 권리라고 할 수 있으며, 또한 전술한 Domat 학설 이래 그 권리가 갖는 기

현이라고 한다. 前掲書, 64面.

30) Acher, op. cit., n°11, p.103. 佐藤岩昭, 前掲書, 65面에서 再引用.

31) Acher, op. cit., p.104. 佐藤岩昭, 前掲書, 66面에서 再引用.

32) Acher, op. cit., p.103. 佐藤岩昭, 前掲書, 66面에서 再引用.

33) Cujas는 인문주의(휴머니즘)의 대표적인 학자로 1522년 툴루즈에서 태어나 1590년에 사망하였다. 佐藤岩昭, 前掲書, 74面, 각주51 參照.

34) Acher, op. cit., p.103. 佐藤岩昭, 前掲書, 66面에서 再引用.

35) 가령 François Terré의 Droit Civil, Les obligations에서 채권자취소권의 행사주체가 原告(demandeur)로 표시되어 있는 점과 채권자취소권의 상대방인 제3자가 被告(defendeur)로 되어 있는 점, 채권자취소권의 행사방법에 대해서도 “... 채권자만이 이 訴權(action)을 ...”이라고 서술되어 있는 점 등이 프랑스민법 제1167조의 권리가 소권임을 전제로 하고 있다는 것이다. 이 외에, Louis Josserand의 Cours de droit civil positif français, 1939의 기술도 그러하며, 이들에 대하여 보다 자세한 소개는 佐藤岩昭, 前掲書, 78-79面 參照. 한편 Murad Ferid의 Das Französische Zivilrecht, Bd. 1, 1971에서의 기술도 마찬가지이다.

능의 핵심이 채권자에게 발생한 손해를 배상시키는 것에 있다는 것이 인정되고 있다는 점에서 피고의 손해배상의무라고 하는 실체법상의 효과를 발생시키는 권리이기도하다는 것이다.³⁶⁾ 이처럼 소송법상의 권리와 실체법상의 권리, 쌍방의 성질을 겸하는 권리라고 해도 무방하다는 것이다.³⁷⁾

2. 獨逸의 境遇

독일에서도 채무자의 사해행위에 대한 채권자의 취소를 파산절차 외에서도 허용하며 그를 규율하는 단행법을 가지고 있다. 그것이 1879년 공포 및 시행된 ‘Gesetz betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners ausserhalb des Insolvenzverfahrens’(이하에서는 독일 舊 채권자취소법이라고 한다)이었고 이것이 1994년 공포되어 1999년부터 시행되고 있는 ‘Gesetz über die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners ausserhalb des Konkursverfahrens’로 대체되었다고 한다.³⁸⁾ 이하에서 소개되는 독일 학설은 구법을 기준으로 한 것이다.

가. 債權說

독일 債權者取消權의 효과 및 행사방법에 관한 독일의 전통적이며 지배적인 학설인 債權說은 채권자취소권의 효과를 채권적으로 해석하여, 그 행사는 執行認容訴訟에 의하는 것이라고 해석한다.³⁹⁾

즉 채권자취소권은 물권적이지 않으며, 그저 債權의으로만 그 효과를 발생시키는 것이고, 취소된 법률행위는 채권자취소소송의 원고에 대한 관계에서 그 효력을 유지한다는 것이다.⁴⁰⁾ 취소할 수 있는 수익물의 반환(Rückgewähr)은 그 수익물이 원상태 그대로 아직 채권자취소소송의 피고에 귀속되어 있을 경우에는 그 수익물에 대한 집행인용소송에 의하며, 그리고 그 수익물이 이미 원상태 그대로 피고에 귀속되어 있지

36) 佐藤岩昭, 前掲書, 80面.

37) 上掲面.

38) 金載亨, 前掲論文, 113面. 그 바뀐 내용에 대한 간략한 소개에 대하여 동면 참조. 대체로 책임설 내지 소권설의 견해에 입각한 듯한 변화로 여겨진다. 하지만 김재형, 위 논문, 118면은 채권설의 입지가 강화되었다고 한다.

39) Warneyer-Bohnenberg, Anfechtungsgesetz, 4 Aufl., 1955. S. 11. 佐藤岩昭, 前掲書, 151面에서 再引用.

40) 佐藤岩昭, 前掲書, 151面.

않은 경우에는 가격배상청구에 따라 이루어진다고 한다.⁴¹⁾

또한 독일 舊 채권자취소법 제7조가 규정한 ‘返還請求權’은 執行認容訴訟(die Klage der Duldung des Zwangsvollstreckung)에 행사된다고 하고 있고 동법 제9조를 근거로 채권자취소권은 공격방법으로서는 소송에 의해서만 행사할 수 있으며 그 소송은 執行認容訴訟이라고 해석하고 있다.⁴²⁾

나. 物權說

독일의 物權說은 실체법인 독일 民法典(BGB)의 시행(1900년)과 밀접한 관련을 가지고 등장하였다고 한다.⁴³⁾ 이하에서는 物權說을 주창한 Hellwig의 견해, 그리고 Hellwig 이후에 나타난 학설로서 物權說의 일종인 強制執行擴張說을 살펴본다.⁴⁴⁾

(1) Hellwig의 物權說⁴⁵⁾

Hellwig는 독일 民法典(BGB)의 제정 그리고 그에 따른 독일 民事訴訟法(ZPO)개정으로, 실체법과 소송법과의 분화가 기본적으로 확립되었다고 생각했다. 그리고 Hellwig는 실체법과 소송법을 완전히 분화시킨 법체계 이론을 정립하여 그 이론을 독일 民法典이라는 구체적인 법체계에도 적용하려고 하였다. 더욱이, 民事訴訟法 분야에서는 역시 실체법과 소송법과의 체계적인 구별을 기초로 하여 訴訟物(Streitgegenstand) 개념을 확립한 것이다. 이러한 생각을 기초로 Hellwig는 債權者取消權을 訴權(actio)으로 해석하는 債權說에 대하여 정면으로 대립하는 이론을 주창하여 ‘實體法上の 形成權’이라고 주장한 것이다.

즉, 그는 전통적인 債權說에 반대하여 독일 채권자취소법 제1조의 ‘取消’라는 개념은 독일 民法典 제142조 1항이 규정한 取消와 같은 의미를 가진다고 주장한다. 그러나 그는 독일 舊 채권자취소법 제1조의 取消의 효과는 이 조문의 문언이 “... 債權者에 대하여 무효로서 取消할 수 있다.(Können als den Gläubigern unwirksam angefochten werden)”라고 규정하는 까닭에, 독일 民法典 제135조가 규정하는 相對的 無效(relative Unwirksamkeit)라고 해석하였다.

41) 上掲面.

42) 佐藤岩昭, 前掲書, 152面.

43) 佐藤岩昭, 前掲書, 155面.

44) 이하는 佐藤岩昭, 前掲書, 155-158面를 참고한 것이다.

45) 佐藤岩昭, 前掲書, 155面 이하를 참고하여 소개하기로 한다.

위에서 서술한 바와 같이 Hellwig는 독일 舊 채권자취소법 제1조가 규정하는 債權者取消權을 實體法上的 形成權(Gestaltungsrecht)으로 해석한 것이다. 따라서 그의 學說에 따르면, 債權者取消權은 독일 民法典 제143조의 규정에 의거하여 ‘私法上的 形成表示(der privatrechtlicher Gestaltungserklärung)’에 따라 행사되는 것이다.

Hellwig의 物權說은 독일 舊 채권자취소법 제1조가 정한 채권자취소권을 실체법상의 形成權이라고 해석한 점에 큰 특색이 있는 것이다. 그 결과 詐害行爲의 효력은 取消의 의사표시에 따라 詐害行爲 당사자간에서도 처음부터 무효가 된다고 그는 생각하였다. 그리고 독일의 다른 學說은 取消의 의사표시에 따라 詐害行爲의 당사자간에서도 詐害行爲가 무효로 된다는 위 효력을 가리켜 ‘物權的 效力’ 혹은 ‘權利 滅却의 效力(rechtsvernichtender Wirkung)’이라고 불렀던 것이다.

(2) Hellwig 見解에 대한 批判

이 Hellwig의 學說에 대해 債權說로부터는 다음과 같은 비판이 가해졌다.⁴⁶⁾ 비판의 요지는 Hellwig의 견해가 독일 舊 채권자취소법 제5조 및 동법 제9조의 문언을 완전히 무시하고 있다는 것이다. 즉, 동법 제5조와 제9조에 따르면 債權者取消權 행사는 항변 혹은 소송에 의할 것으로 규정하고 있는데, 그럼에도 불구하고 Hellwig는 재판 외의 사법상의 의사표시에 의한 債權者取消權 行使를 인정하고 있는데, 이와 같은 해석은 위에서 언급한 두개 조문의 문언에 반한다고 하는 비판이다. 그리고 債權說에 입각한 라이히 법원에서도 재판외의 債權者取消權 行使를 일관되게 부정해 왔던 것이다. 이와 같이 그의 物權說은 전통적인 債權說로부터 비판을 받았으며 그리고 전통적인 債權說과 같은 입장을 채용한 라이히최고재판소의 판결에서도 배척된 것이다.

(3) 強制執行擴張說

Hellwig의 物權說이 갖는 결점은 결국 수정되어, 새로운 물권설로서 強制執行擴張說이 제창되기에 이르렀다.⁴⁷⁾

強制執行擴張說을 주창한 대표적인 학자는 Alfred Lenhard 및 Geip이다. 強制執行擴張說은 Hellwig의 물권설과는 달리, 채권자취소권의 행사에 있어서는 독일 民法典 제143조에 의한 취소의 의사표시는 필요하지 않다고 해석하고 있다. 요컨대, 詐害行

46) 이하의 내용은 佐藤岩昭, 前掲書, 156-157面에서 인용한 것이다.

47) 이하는 佐藤岩昭, 前掲書, 157-159面을 인용한 것이다.

爲는 채권자에 의한 취소의 의사표시에 의하여 비로소 무효가 되는 것은 아니라는 것이다. 사해행위가 독일 舊 채권자취소법 제3조 및 동법 제11조의 要件에 해당할 때에는 당연히 처음부터 채권자에 대한 物權的 效力을 가지지 않는다고 해석하는 것이다. 나아가서 사해행위가 법률상 동법의 요건에 해당하면 당연히 物權的·相對的 無效이기 때문에, 동법 제1조가 규정하는 債權者取消權이 발생한다는 것이다.

나아가서 強制執行擴張說은 위와 같은 物權的·相對的 無效에 따라 발생한 동법 제1조의 取消權은 確認訴訟(Feststellungsklage)에 의하여 행사된다고 설명하고 있다. 그리고 동법 제9조가 정한 소송이란 受益者를 피고로 하는 確認의 訴를 의미한다고 주장하였고, 또한 그 確認의 訴의 내용은 사해행위가 독일채권자취소법의 요건에 해당하는 경우에는 당해 행위는 처음부터 物權的·相對的 無效라는 취지를 확인하는 것에 있다는 것이다.

위에서 서술한 바와 같이 동법 제1조가 규정하는 債權者取消權이 受益者를 피고로 하는 確認의 訴에 따라 행사된다고 해석함으로써, 強制執行擴張說은 Hellwig의 物權說에 향해졌던 비판, 즉 동법 9조의 문언을 무시하였다는 비판을 회피하려고 하였다. 그리고 이 學說은 사해행위의 物權的·相對的 無效를 확인한 후에 동법 제2조가 정하는 채무자에 대한 債務名義를 근거로 하여⁴⁸⁾ 債務者에 대한 強制執行으로서 사해행위의 목적물을 압류할 수 있다고 주장하는 것이다.⁴⁹⁾

이 學說은 동법 제1조의 채권자취소권을 確認의 訴에 의하여 행사된다고 해석함으로써 동법 제9조의 문언에 적합한 해석론이 되었고, 그 때문에 분명히 Hellwig의 物權說이 가지는 약점을 극복할 수 있었다. 그러나 종래의 通說인 債權說은 동법 제9조가 규정하는 소는 給付의 訴이며, 確認의 訴라고 해석하는 것은 허용할 수 없다고 반론하였으며, 또한 債權說에 입각한 라이히 법원도 동법 제9조의 소송을 確認의 訴라고 해석하는 것은 허용할 수 없다고 판시하여, 強制執行擴張說의 주장을 배척하였던 것이다.

獨逸의 物權說은 獨逸民法典의 시행과 밀접하게 관련되어 출현하였으나, 결국 라이히 법원의 지지를 얻지 못하였다. 그 이유는 라이히 법원이 독일 보통법시대 이후의 전통에 따라 독일 舊 채권자취소법을 일관되게 소권법적으로 해석하는 태도를 계

48) 동법 제9조의 판결에 따라 債務者와 受益者의 사이에서도 詐害行爲가 무효라고 확인되므로 그 판결은 채무자에 대한 채무명의가 된다.

49) 위에서 설명한 바와 같이 이 學說은 그에 의하면 債務者에 대한 強制執行의 가능성이 확장된다고 하여 ‘強制執行擴張說(Vollstreckungsverweiterungstheorie)’로도 불리운다.

속하여 취하였던 점에 있다. 그리고 독일의 學說에서도 物權說은 현재 거의 주장되지 않고 있다.⁵⁰⁾

다. 責任說

責任說은 채권자취소권의 본질을 取消되는 행위에 의하여 이루어진 취득 자체의 物權的 效力의 否認이나 債權關係의 拘束力에서 찾는 것이 아니라 채무자 재산으로부터 일탈한 재산이 지녔던 責任(Haftung)⁵¹⁾의 回復에서 찾는 견해로, 채권자는 채무자의 재산으로부터 충분한 만족을 얻지 못한 경우에 채무자로부터 제3자에게 귀속된 재산을 여전히 채무자의 것인 양 強制執行할 수 있고 그에 따라 제3자는 채권자에 대하여 아무런 채무를 부담하고 있지 아니하면서도 위 재산으로 責任, 즉 채무 없는 책임을 진다는 데 채권자 취소의 본질이 있다는 것이다.⁵²⁾

Paulus는 責任說을 독자적인 학설로 확립한 학자로 평가되는데, 그의 주장에 의하면 채권자취소권은 채권자에게 과거의 채무자 재산으로부터 채권을 변제받는 것이 가능케 하는 것으로, 채권자는 채무자로부터 충분한 변제를 받을 수 없는 경우에 제3자 즉 수익자의 수중에 들어가 있으나, 원래는 채무자의 책임재산이었던 목적물에 대하여 強制執行을 행하여, 그 매매대금에서 그 채권에 대한 변제를 받을 수 있게 되고, 受益者는 타인의 채무 즉 채무자가 취소채권자에 대하여 가지는 채무를 변제하기 위하여 위 사해행위의 목적물로서 책임을 부담하게 된다고 한다.⁵³⁾

3. 日本의 경우⁵⁴⁾

債權者取消權의 성질에 대해서는 일본의 民法學者 간에도 종래부터 열띤 논의가

50) Gerhardt에 의하면 채권설과 물권설의 논쟁은 債權說의 승리로 귀결되었다고 한다. Gerhardt, Die systematische Einordnung der Gläubigeranfechtung, 1969, S. 1.

51) 責任이란 債權의 執行力에 상응하는 채무의 속성이다.

52) Blomeyer, Zivilprozessrecht, Vollstreckungsverfahren, 2 Aufl. 1985, 29 V 3-5; Bruns-Peters, Zwangsvollstreckungsrecht, 2 Aufl. 1976, 17 II; Costede-Kaehler, Haftungszuweisung und Haftungszugriff Dritten gegenüber, ZZP 84, 395; Gerhardt, a.a.O., S. 11 ff. 関日榮, 前掲論文, 11面에서 再引用.

53) 佐藤岩昭, 前掲書, 161面.

54) 債權者取消權의 法的 性質에 관한 이하의 일본 논의는 中野正俊, “詐欺目的の信託と債權者の取消權”, 法學志林 第99卷 第1號, 法政大學(2001.11.), 242面에서 인용한다.

있어 왔고, 學說上 가장 오래된 것은 詐害行爲의 효력을 取消하는 것이 取消權의 내용이라고 하는 견해로서 物權說이라고도 불리는 形成權說이고, 그 후 詐害行爲로 일탈된 책임재산을 되돌리는 것이 取消權의 내용으로 하는 견해로서 債權說이라고도 불리는 請求權說이 주장되게 되었지만 이 兩說은 현재는 거의 존재하지 않는다고 한다.

가. 折衷說

일본 判例⁵⁵⁾는 取消權의 내용을 形成權과 請求權이 결합된 것으로 보는 折衷說을 채용하고 있고, 현재의 학설도 기본적으로는 이 判例의 입장인 절충설을 취하는 것이 통설이다.

이 설은 債權者取消權의 본질을 債權者에 의한 詐害行爲取消과 일탈된 재산을 되돌리는 것 양자에서 구하고 있다. 즉 債權者取消權은 詐害行爲의 取消과 財産返還請求가 일체가 되어 있기 때문에 詐害行爲를 取消하고 일탈된 재산의 返還을 청구하는 권리라고 해석하는 입장인 것이다. 이 說에 따르면 債權者는 債務者의 詐害行爲를 取消하고 또 일탈된 재산의 返還도 청구할 수 있으므로, 取消權은 形成權이자 請求權이고 취소를 요구하는 訴訟의 성질은 形成訴訟과 給付訴訟이 병합된 것이라고 하며 소송의 상대방은 受益者 또는 轉得者이며 債務者를 피고로 할 필요가 없다고 한다.

이 折衷說에 의하면 債權者는 詐害行爲의 取消을 청구함과 동시에 일탈된 責任財産의 返還을 청구할 수 있고, 또한 일탈재산의 返還을 청구하는 것을 전제로 단순히 詐害行爲의 취소만을 청구할 수 있다고 한다. 즉 이 說은 일탈한 재산의 返還을 청구하지 않고 단순히 詐害行爲의 取消만을 청구하는 것이 허용되어 피고를 受益者로 할 것인가, 轉得者로 할 것인가는 債權者가 자유로 선택할 수 있다고 한다. 그리고 取消權行使의 효과는 債權者가 受益者 또는 轉得者로부터 債務者의 責任財産의 返還을 청구하는 것에 필요한 범위에 한하여야 하므로 相對的 效力만 발생한다고 한다.

나. 責任說

責任說은, 折衷說이 사행행위 취소의 효력을 相對的 效力으로 하면서 또한 詐害行爲의 取消만을 목적으로 하는 소송도 가능하다고 하는 것은 논리적으로 일관성이 없다고 비판한다. 책임설에 의하면, 채권자에 의한 취소권의 행사로 사해행위 자체는

55) 日大判 明治44(1910)年3月24日(民錄 17輯, 117) 參照.

무효가 되지 않고, 수익자 또는 전득자는 그 소유 명의의 일탈 재산이 채무자의 책임 재산으로 되어, 채권자의 강제집행을 용인해야 한다는 것이다.

이 견해에 의하면 채권자취소권은 일종의 形成權이지만, 채무자의 詐害行爲에 의해 수익자 또는 전득자의 소유로 된 재산을 채무자에게로 되돌리는 것이 아니라, 채권자에게 強制執行을 가능하게 하는 권리인 것이다. 이 때 수익자 또는 전득자는 일종의 物上保證人이 되는 것이다. 그래서 채권자취소권의 성질은 形成權과 強制執行認容權을 가지며 소송의 성질은 取消訴訟과 責任訴訟(強制執行認容訴訟)이 되고 소송의 상대방(피고)은 受益者 또는 轉得者가 된다고 한다.

다. 訴權說

訴權說은 責任說이 발전된 것으로서 取消權을 訴權으로 해석하는 입장이다. 이 說은 日本民法 제424조⁵⁶⁾ 제1항 본문이 취소권을 裁判上 행사해야만 한다는 뜻을 규정하고 있는 점을 중시한 것이다. 그 취소판결의 결과, 일탈 재산을 수익자 명의로 둔 채 이에 대해 強制執行을 할 수 있다는 것이다. 債權者取消權을 訴權으로 해석하므로 사해행위 취소의 판결은 사해행위의 責任法的 無效를 가져오며, 채권자의 집행에는 責任說과 같이 집행인용판결이 필요 없이 그 取消 訴訟으로 충분하다는 것이다.

같은 견지에서 비교법적으로나 일본법의 연혁 내지 입법과정에 대한 검토 결과 일본 민법 제424조의 취소권은 소권이며 그 내용은 집행인용소송이고, 일본 민법 제425조는 사해행위 취소 판결의 판결효를 원고 채권자 외의 채권자에게도 확장하는 법기술적 의의를 가진 것이라는 견해도 있다.⁵⁷⁾ 이 견해에 의하면 일본 판례가 말하는 상대적 취소의 이론도 기판력의 상대성을 명시한 것에 불과하며 실체법상의 의미는 전혀 없다고 한다.⁵⁸⁾

라. 新形成權說

신형성권설은 채권자취소권을 일탈재산을 債務者의 責任財産으로 회복시켜 債權者

56) 제424조(채권자취소권) ① 채권자는 채무자가 그 채권자를 해하는 것을 알고 한 법률행위의 취소를 재판소에 청구할 수 있다. 그러나 그 행위로 인하여 이익을 받은 자 또는 전득자가 그 행위 또는 전득 당시 채권자를 해하는 사실을 알지 못한 때에는 그러하지 아니하다. ② 전항의 규정은 재산권을 목적으로 하지 아니하는 법률행위에는 이를 적용하지 아니한다.

57) 佐藤岩昭, 前掲書, 285面 이하 참조.

58) 佐藤岩昭, 前掲書, 438面.

로 하여금 強制執行을 통한 만족을 얻게 하는 권리로 파악하는 종래의 형성권설을 취한다. 즉 取消에 絕對的 效力을 인정하여 債務者와 受益者 모두를 상대방으로 하여야 하고(必要的 共同訴訟), 판결에서는 詐害行爲의 取消와 債務者의 債權者에 대한 채무의 履行을 명하여야 하며, 부동산인 경우에는 그 취소판결의 결과 受益者 명의의 登記抹消에 의하여 債務者 명의로 회복시킨 후 強制執行을 할 수 있고, 價額賠償은 不法行爲에 기한 損害賠償의 일종이라고 보는 견해이다. 이를 絕對的 效力說이라고도 한다.⁵⁹⁾

III. 國內의 論議

채권자취소권의 성질에 대한 논의는 민법 제406조 제1항이 채권자취소권의 내용으로 규정한 “취소”와 “원상회복”에 대한 해석론이다. 즉 채권자취소권의 본질과 그 행사의 효과에 대한 논의가 연계되어 있는 것이다. 하지만 종래 국내의 논의는 양자가 연계되지 못한 실정이다. 나아가서 그 본질론에 대하여 병합설만 존재하였고, 효과론에 대하여 상대적 무효설만 존재하였던 실정에서, 책임설, 절대적 무효설 그리고 채권설이 등장한 것이다. 이들 책임설과 채권설에는 본질론과 효과론이 비교적 연계되어 있지만 절대적 효과설은 여전히 그러하지 아니하다.

1. 學說

가. 多數說: 折衷說 및 相對的 無效說

우리의 다수설은 채권자취소권의 본질에 대하여 折衷說 또는 併合說을 취하고 그 행사의 효과에 대하여는 상대적 무효설을 취한다.⁶⁰⁾ 즉 민법이 債權者取消權의 내용을 詐害行爲의 取消(形成의 訴)와 재산의 返還請求(履行의 訴)가 병합한 것으로 보아 구민법시대의 절충설의 입장을 취한 것으로 보는 것이다. 이에 따라 채권자취소 소송의 피고는 수익자 또는 전득자이며, 취소의 효과는 채권자와 그들 사이에서만 발생하여 상대적 무효라 한다. 즉 사해행위는 취소권자에 대해서만 무효이고, 채무자와 수

59) 前田達明, 債權總論, 241면. 金亨培, 前掲書, 392面에서 再引用.

60) 郭潤直, 前掲書, 187面; 金大貞, 前掲論文, 696面; 金相容, 債權總論, 法文社(2004) 251面; 金疇洙, 前掲書, 235面; 池元林, 前掲書, 396面; 民法注解(IX) 債權(2), 804面; 註釋民法 債權總則(2), 41面 등 參照.

익자, 수익자와 전득자 간에는 유효하다고 한다. 사해행위의 취소는 법률행위의 취소와는 성질이 다른 상대적 취소로서 소송의 상대방에 대해서는 無效이지만 소송에 관여하지 않은 자에 대하여는 여전히 有效라는 것이다. 취소소송의 피고는 受益者(또는 轉得者)이고 채무자가 아니며, 그 소송형태는 形成의 訴와 履行의 訴가 병합된 것이다. 채권자취소권을 인용하는 판결의 주문은 “피고와 소외 甲 사이의 계약을 취소한다. 피고는 원고에게를 이행하라”는 형식을 취하는데 여기서 원고는 채권자, 피고는 수익자이고, 소외 甲은 채무자라고 한다.⁶¹⁾

나. 形成權說⁶²⁾ 및 責任說

責任說이 국내에서 채택된 배경에는 채무자와 수익자 사이의 법률행위의 효력을 유지한채 채무자의 책임재산으로서 채권자가 강제집행할 수 있는 점에 대한 상대적 무효설의 이론적 난점이 지적된다.⁶³⁾ 하지만 이 견해에서도 상대적 무효설의 타당성은 인정한다.⁶⁴⁾ 그리고 채권자취소권을 實體法上的 形成權이라고 한다.⁶⁵⁾

이 說은 사해행위를 취소할 것도, 일탈된 재산을 채무자에게 반환할 것도 없이 受益者 또는 轉得者 앞으로 된 所有名義를 그대로 둔 채 債權者가 強制執行할 수 있는 것으로 이해한다고 한다. 또한 사해행위의 취소는 채무자와 수익자 또는 전득자 사이의 법률행위의 효력 그 자체에는 영향을 미치지 아니하고 단지 債權者의 권리실행에 필요한 한도 내에서 재산의 반환을 구할 수 있는 債權關係를 발생시키는 것이고, 그 返還은 現實的인 返還을 의미하는 것이 아니라 債權者가 그 재산에 대하여 強制執行하는 것을 受忍하는 것을 뜻할 뿐이므로, 채권자취소소송은 실질적으로는 강제집행 인용의 소가 되고, 피고는 수익자 또는 전득자이며, 취소의 효과는 相對的 無效가 아니라 責任法的 無效로 본다고 한다.⁶⁶⁾ 즉 채권자취소권제도는 詐害行爲에 의하여 일탈된 責任財産의 귀속의 회복을 목표로 하는 것이 아니라, 일탈된 재산의 責任法上的 地位回復을 목적으로 하는 제도이고, 채권자취소권은 책임법적 무효의 효과를 갖는

61) 池元林, 前掲書, 896面.

62) 이는 구민법상의 형성권설을 의미하는 것이 아니다. 책임설을 취하는 국내 견해는 채권자취소권을 형성권이라고 보고 취소소송을 형성의 소라고 본다.

63) 金亨培, 前掲書, 386面.

64) 上掲面

65) 上掲書, 389面.

66) 上掲書, 388面.

形成權이라고 한다.⁶⁷⁾ 결국 상대방은 취득한 재산을 갖되 채무자의 채무에 대한 責任을 負擔하는 상태로서 物上保證人과 유사한 지위에 놓이게 된다고 한다. 따라서 채권자취소권에 있어서의 취소는 責任法的 取消이다. 채무자와 책임재산의 관계를 分離하여 취소판결의 효력을 責任財産에 대해서만 인정하려는 것이다.

책임설을 취하는 견해에 의하면 판결 주문에는 ‘취소’라는 표현만이 쓰여지게 되고 수익자에게 이전된 부동산은 그 상태에서, 즉 수익자의 수중에서 채권자는 別訴로서 수익자에 대하여 ‘집행인용의 소’를 제기하여 승소 판결을 받은 다음 채무자를 피고로 하는 別소에 의해서 얻은 채무자에 대한 청구의 이행판결을 합해서 이를 채무명의(집행권원)로 하여 수익자 목적물에 대하여 강제집행을 할 수 있다고 하면서 집행인용의 소는 우리 민사소송법에 인정되지 않기 때문에 실정법과 조화를 이루지 못한 단점이 있음에도 불구하고 책임설의 입장에 찬동한다고 한다.⁶⁸⁾ 이 표현에서

책임설에 대한 비판으로, 詐害行爲 取消判決에 의하여 債務者의 責任財産으로 회복된 재산에 대하여 強制執行을 하기 위해서는 責任判決(強制執行認容判決)을 받아야 하는데 우리나라는 強制執行認容의 訴가 인정되지 않는다는 점 외에, “取消 및 原狀回復을 法院에 請求할 수 있다.”고 명백히 규정하고 있는 현행 民法 제406조 法文에 어긋난다는 점도 지적되고 있다.⁶⁹⁾

다. 絶對的 無效說

절대적 무효설을 주장하는 견해⁷⁰⁾는 채권자취소권의 행사를 법률행위의 취소와 다를 것 없다는 입장이다. 채무자를 취소의 효력범위에서 제외하는 것은 부당하며, 단지 기관력의 법리에 따라 소송에 참여하지 않는 채무자에게 취소 판결의 효력이 미치지 않는 것일 뿐이라고 한다. 그리고 취소소송을 고유필수적 공동소송으로 보아 채무자를 소송에 강제로 참여시키는 것이 필요하다고 한다.

절대적 무효설을 취한 국내 견해는 채권자취소권의 민법규정의 태도를 절충설을 취한 것으로 보기도 하고⁷¹⁾ 이를 부정하기도 한다.⁷²⁾ 한편 절충설을 취한 것으로 보

67) 上揭書, 389面. 이에 이 견해가 도입한 책임설이 해석론인지 아니면 입법론인지 명료하지 않다.

68) 金亨培, 前揭書, 389面.

69) 徐光民, “債權者取消權의 法的構成”, 考試界 第38권 第4호(1993), 73面 등 참조.

70) 徐光民, 上揭面; 李銀榮, 前揭書, 459面 및 482面 이하 등 참조.

71) 徐光民, 上揭論文, 76面.

72) 李銀榮, 前揭書, 459面.

는 견지에서도 절충설과 상대적 무효설이 논리필연적으로 연결되는 것이 아님을 강조한다.⁷³⁾

라. 債權說

채권자취소권의 이론구성이라는 측면에서 채권설을 취하는 견해⁷⁴⁾가 있다. 이에 의하면 채권자취소권의 행사에 따른 원상회복은 채권자가 공취력을 행사할 수 있는 상태로 책임재산을 회복시킨다는 의미로 파악한다.⁷⁵⁾ 이 점은 책임법설의 주장과 같다. 다만 책임설과는 달리 채권자 취소소송을 강제집행인용의 소로 인정할 수는 없으며 강제집행인용소송의 제도가 없는 현실에서 채권자는 수익자 앞으로 이전된 재산을 채무자 앞으로 이전할 것을 청구할 수 밖에 없을 것이라고 한다.⁷⁶⁾ 이는 결국 다수설의 입장과 같다. 다만 다수설과는 달리 이 견해에 의하면 취소의 청구없이 원상회복만을 청구할 수 있다는 것이다.⁷⁷⁾ 그리고 취소소송의 피고적격에 대하여 설명방식이 다를 뿐이고 피고는 수익자 또는 전득자에 한한다는 결론은 동일하다.⁷⁸⁾

2. 判 例

判例는 折衷說과 相對的 無效說을 취한다. 즉 판례는 折衷說에 입각하여 債權者取消權을 詐害行爲의 取消과 一탈된 재산의 返還을 청구하는 권리로 보고, 소송의 종류는 원칙적으로 形成의 訴와 履行의 訴가 합친 것으로 보며, 債權者는 詐害行爲의 取消을 구하는 동시에 一탈한 재산의 返還을 청구하여야 한다는 것이다. 그리고 판례는 소송의 상대방인 피고가 受益者 또는 轉得者이고 債務者는 被告適格을 갖지 않는다고 한다.⁷⁹⁾ 그러므로 債權者取消權의 효력은 소송의 상대방 사이에만 無效가 되고 기타의 관계에서는 有效인 相對的 無效의 효력이 발생할 뿐이라고 한다.⁸⁰⁾

73) 徐光民, 前揭論文, 76面.

74) 金載亨, 前揭論文, 125面.

75) 上揭論文, 121面.

76) 上揭論文, 122面.

77) 上揭論文, 118-9面.

78) 上揭論文, 119-20面.

79) 대법원 1988.2.23.선고 87다카1989판결 [집36(1)민, 64; 공1988.4.15.(822), 587]; 1991.8.13.선고 91다13717판결 [공1991.10.1.(905), 2347].

80) 대법원 1988.2.23.선고 87다카1989판결[집36(1)민, 64; 공1988.4.15.(822), 587].

IV. 結 語

1. 제1저자의 견해

국내에는 구민법 시대 통설 관례였던 절충설 및 상대적 무효설의 입장이 여전히 지배적인 채, 책임설, 절대적 무효설, 채권설 등이 등장하고 있다. 아직 소권설을 취한 견해는 보이지 않는다. 문제는 상대적 무효설, 책임설, 채권설 등의 공통된 주장은 채권자취소제도의 목적을 초과하는 채권자 취소 효과는 본질에 부합하지 않고 거래의 안전도 과도하게 침해한다는 점이다. 그러면서 현실의 민사소송제도의 한계를 둘러싼 문제를 극복하는 과정에서 이루어지는 학설의 분화라고 할 수 있다.

절대적 무효설의 논리적 우수성에도 불구하고 채권자 보호와 제3자 내지 거래 안전 보호의 형량에서 무리한 측면이 있음은 분명하다. 이 견해에서 이러한 측면을 보완하는 법리도 향후 검토할 가치가 있다. 한편 소권설이 주장하는 바, 채권자취소 소송으로 수익자나 전득자의 재산에 대한 채권자의 집행이 허용되는 법리를 검토하여 이를 민법의 해석론으로 수용할 수 있을 것인지 검토할 필요도 있다고 본다.

2. 제2저자의 견해

생각건대, 일탈한 재산의 債務者에게로의 原狀回復은 비록 債務者와 受益者와 轉得者간의 法律行爲가 유효한 측면이 있어도 取消債權者에게는 無效이므로 責任財産의 保全을 위한 목적의 범위 내에서 債務者에게로 原狀回復하는 것으로 이론구성을 할 수 있고, 수익자로부터 선의로 저당권을 설정 받은 경우와 같이 제3자가 선의로 취득한 지위를 보호할 수 있다는 점에서 상대적 무효설을 취하는 折衷說이 타당하다고 생각한다.



▶ 김천수 · 이상진

채권자취소권, 사해행위, 파산, 부인권, 취소

fraudulent preference, voidable preference, bankruptcy,

creditors' contestation

[Abstract]

The Nature and Effect of Creditors' Contestation of Transfers by the Debtors

Kim, Cheon-Soo · Lee, Sang-Jin

Creditors can contest dispositions including transfers by the debtors under certain circumstances. This paper refers to the arguments in Korea, Germany, France and Japan about the nature of the creditors' right to contest and the effect of the contestation. It is the very substantial point that the protection of the creditors should be balanced with the protection of the safe transaction and the third parties' interests.

The first author has the different opinion from the second author's position that the opinion of majority and precedent in Korea should be followed. It is the first author' argument that the opinion of majority and precedent has many logical defects. His point is that the opinion of majority and precedent should be abandoned and the new way to balancing the protection of the creditors and of the safe transaction and the third parties' interests under the present enforcement law system of Korea.