



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

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

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



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

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

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

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

[Disclaimer](#)

법학석사 학위논문

상속포기에 대한 채권자취소권
적용을 위한 입법론적 연구



2023년 8월

부 경 대 학 교 대 학 원

법 학 과

이 필 섭

법학석사 학위논문

상속포기에 대한 채권자취소권
적용을 위한 입법론적 연구

지도교수 최현숙

이 논문을 석사학위 논문으로 제출함.

2023년 8월

부경대학교 대학원

법학과

이필섭

이필섭의 법학석사 학위논문을 인준함.

2023년 8월 18일



위원장 법학 박사 김 두 진



위 원 법학 박사 김 성 호



위 원 법학 박사 최 현 숙



목 차

제1장 서론	1
제1절 연구의 필요성과 목적	1
제2절 연구의 범위 및 구성	3
제2장 상속포기	6
제1절 상속포기의 의의와 법적 성질	6
I. 상속포기의 의의	6
II. 상속포기의 법적 성질	7
제2절 상속포기의 방식	8
I. 상속포기 신고	8
1. 상속포기의 주체	8
2. 상속포기의 시적 한계	10
3. 상속포기 신고의 관할법원	10
4. 상속포기 신고의 방식	10
II. 가정법원의 심리 및 심판	11
1. 가정법원의 심리	11
2. 가정법원의 심판과 심판의 효력	12
제3절 상속포기의 효력	13
I. 서설	13
II. 상속포기의 효력	15
1. 상속포기의 소급효	15
2. 상속채무에 대한 면책	15
3. 상속포기의 효력이 미치는 범위	16
4. 포기한 상속재산의 귀속	17
5. 포기한 상속재산의 관리계속의무	19

제4절 상속포기와 상속재산분할협의의 비교	20
I. 상속재산분할협의의 개요	20
1. 의의	20
2. 무효와 취소	21
3. 해제	22
4. 효과	22
II. 양제도의 공통점	23
1. 상속재산의 불귀속	23
2. 포기한 상속재산의 귀속 대상	23
3. 소급효의 의제	24
III. 양제도의 차이점	24
1. 법률행위의 형식	24
2. 법률행위의 목적	25
3. 제3자의 권리침해 보호	25
4. 행사의 시기	27
IV. 검토	28
제3장 채권자취소권	30
제1절 채권자취소권의 의의 및 인정 근거	30
I. 채권자취소권의 의의	30
II. 채권자취소권의 인정 근거	31
1. 학설	31
2. 판례	32
3. 검토	32
제2절 채권자취소권의 법적 성질	33
I. 논의의 필요성	33
II. 우리나라의 학설과 판례	34

1. 학설	34
2. 판례	36
3. 검토	37
제3절 채권자취소권의 요건	38
I. 서설	38
II. 채권자의 피보전채권	39
1. 피보전채권	39
2. 피보전채권의 종류	39
3. 피보전채권의 성립 시기	42
4. 피보전채권의 범위	44
III. 채무자의 사해행위	44
1. 서설	45
2. 채무자가 행사한 법률행위	45
3. 재산을 목적으로 한 법률행위	47
IV. 채무자의 사해의사	48
1. 객관적 사해성	49
2. 채무자의 무자력	52
3. 주관적 사해성	54
V. 수익자 또는 전득자의 악의	56
1. 수익자·전득자의 ‘악의’의 의미	56
2. 판단의 기준시점	57
3. 입증책임	57
4. 입증의 정도 및 방법	58
VI. 가족법상 법률행위에 대한 채권자취소권 대상성 여부 ..	59
1. 상속의 포기	59
2. 유증의 포기	61

3. 이혼에 따른 재산분할	64
4. 상속재산분할협의	66
VII. 검토	71
제4장 상속포기에 대한 채권자취소권 적용	72
제1절 상속포기에 대한 채권자취소권 적용의 국내외 현황	72
I. 외국의 입법 및 판례	72
1. 프랑스	72
2. 독일	78
3. 일본	84
II. 우리나라의 학설과 판례	89
1. 학설	89
2. 판례	94
III. 검토	95
제2절 상속포기에 대한 채권자취소권 적용을 위한 입법 방안	99
I. 채권자취소권 행사의 요건	99
II. 채권자취소권의 범위	100
III. 채권자취소권의 행사기간	101
IV. 채권자취소권 행사의 일반적 효력	101
V. 원상회복의 방법과 범위	102
제5장 결론	104
【참고문헌】	108
Abstract	114

상속포기에 대한 채권자취소권 적용을 위한 입법론적 연구

이필섭

부경대학교 대학원 법학과

요 약

본 연구는 채무자인 상속인이 상속을 포기한 경우 채권자취소권의 대상이 되는지를 다루었다. 채권자취소권 제도는 채권자를 보호하기 위하여 채권자가 채무자의 책임재산을 원상으로 회복시킬 수 있는 제도이다. 상속포기 제도는 상속인의 의사에 반하여 포괄적으로 피상속인의 권리의무가 강제적으로 승계되는 것이 바람직하지 않기 때문에 상속의 일반적 효과를 부인할 수 있는 제도이다. 그간 상속포기 제도는 상속의 효과로서 당연승계 제도를 채택한 우리 민법 체계에서 상속인에게 상속의 효과를 부인할 수 있도록 하여 상속인의 의사를 존중함과 아울러 피상속인의 과도한 채무로부터 상속인을 보호하기 위한 순기능의 역할을 수행해 왔다.

그러나 상속재산에 적극재산이 많음에도 불구하고 채무자인 상속인이 자신의 채권자로부터 강제집행을 당할 것을 우려하여 형식적으로 상속을 포기하면서 실질적으로는 다른 공동상속인과 이면 약정을 체결하여 대가 혹은 보상을 받는 방법으로 제도의 취지를 벗어나서 자신의 이익만을 추구하는 사례가 종종 발생하고 있다. 이러한 경우까지 상속인의 채권자보다 채무자인 상속인을 보호해야 하는지 의문이 든다. 따라서 이러한 경우에 상속인의 채권자는 채무자인 상속인을 상대로 하여 상속포기를 원인으로 하여 채권자취소권을 행사할 수 있는지를 살펴볼 필요가 있다.

종래 우리나라는 상속포기에 대한 채권자취소권의 대상성을 부정하는 학설이 다수설이고, 대법원 판례도 부정설과 같은 입장이다. 이에 학설과 판례가 무엇을 근거로 하여 부정하는 입장을 가지고 있는지에 대해서 살펴보고, 종래의 입장을 변경할 만한 근거가 있는지를 학설과 판례 그리고 다른

나라의 입법과의 비교법적 고찰을 통해 살펴보았다. 그 결과 현행법상 상속포기에 대한 채권자취소권의 대상성을 인정하기에는 한계가 있음을 인정하고 해결 방법으로 입법안을 제시하였다.

구체적으로는 다음과 같다.

첫 번째로 상속포기의 경우에는 학설과 판례가 채권자취소권의 대상성을 부정하면서 그와 유사한 상속재산분할협의에서 상속포기를 한 경우에는 학설과 판례가 채권자취소권의 대상성을 인정하고 있는 점에 착안하여 상속포기의 경우에도 채권자취소권의 대상성을 인정할 여지는 없는지를 살펴보기 위해 상속포기와 상속재산분할협의에서 상속포기가 법리상 어떠한 차이점이 있는지에 대해서 검토하였다.

두 번째로 상속포기의 경우에 채권자취소권을 적용할 수 있는 가능성이 있는지를 살펴보기 위해서 채권자취소권의 요건을 살펴보았다. 그중에서 가장 쟁점이 되는 요건은 상속포기가 재산법상 법률행위인지 여부와 사해행위인지 여부에 관한 것이다. 이에 가족법상의 법률행위, 구체적으로는 상속포기에 대한 채권자취소권 인정여부에 관한 판례, 유증의 포기에 대한 채권자취소권 인정여부에 관한 판례, 이혼에 따른 재산분할에서 채권자취소권 인정여부에 관한 판례 등과의 비교를 통해서 상속포기가 재산법상 법률행위인지, 사해행위인지에 대해 검토하였다.

세 번째로 상속포기의 채권자취소권 대상의 인정 여부에 관하여 프랑스, 독일, 일본 순으로 입법, 학설 및 판례 등을 살펴보았다. 특히 프랑스는 다른 나라와 달리 민법에 명시적인 규정을 두고 있어 프랑스 민법이 상속포기의 경우 채권자취소권을 인정하기 위한 요건과 효과에 대해서 어떻게 입법을 하고 있는지에 대해서 구체적으로 살펴보았다.

네 번째로 우리나라의 경우 상속포기의 채권자취소권 대상의 인정 여부에 관하여 상속재산분할협의에서 상속포기시 채권자취소권의 대상성을 인정하고 있는 판례와의 비교를 통해서 상속포기의 경우 그 대상성을 부정하는 근거에 대해서 구체적으로 살펴보았다.

마지막으로 현행법상 상속포기가 채권자취소권의 대상이 될 수 없다고 하더라도 채무자인 상속인이 자신의 채무를 갚지 않을 목적으로 다른 공동상속인과 공모하여 계획적으로 상속포기를 하고, 다른 공동상속인과 이면

합의를 통해 이익을 누리려고 하는 자를 보호할 필요성은 없으므로 채무를 면탈할 목적으로 상속포기 제도를 이용하는 상속인인 채무자를 규제하기 위하여 입법 방안을 도출해 보았다.

주제어	상속포기, 채권자취소권, 상속재산분할협의
-----	------------------------



제1장 서론

제1절 연구의 필요성과 목적

채권자는 채무자에게 금전을 대여하면서 자신의 채권을 보다 확실하게 보장받기 위해서 미리 채무자의 재산 상태를 파악해 두거나 간혹 인적·물적 담보를 설정하기도 한다. 특히, 상속인이 적극재산을 상속받아 채권자에 대한 자신의 채무를 갚을 수 있음에도 불구하고 자신의 채무 이행을 회피할 목적으로 적극재산에 대한 상속을 포기하거나 상속재산분할협의에서 적극재산을 일부러 적게 받음으로써 상속인의 채권자로부터 자신의 채무를 받아내지 못하게 하는 경우가 실제로 자주 발생하고 있다. 만약에 상속포기가 일률적으로 채권자취소권의 대상이 되지 않는다면, 상속인이 사해의사를 가지고 고의로 상속을 포기하는 예도 있어서 이를 규제하는 공백이 발생할 우려가 크다.

우리 민법은 상속인의 의사에 반하여 포괄적으로 피상속인의 권리의무가 강제적으로 승계되는 것이 타당하지 않기 때문에 상속인의 상속 효과를 부인할 수 있는 상속포기의 제도¹⁾를 도입하였다. 즉, 상속포기는 상속인을 위하여 개시된 상속의 효력을 상속이 개시된 때에 소급하여 확정적으로 소멸시키는 제도로써 상속인이 상속재산에 속한 모든 권리의무의 승계를 부인하고 처음부터 상속인이 아니었던 것으로 하려는 법원에 대하여 하는 단독의 의사표시로서 포괄적·무조건적으로 하여야 한다.²⁾³⁾ 우리 대법원도

- 1) 원래의 상속포기 제도는 피상속인의 과도한 상속채무가 상속인에게 승계될 경우 오히려 채무를 상속한 상속인이 자신의 고유재산으로 갚아야 하는 부당한 피해를 막기 위하여 상속포기 제도가 도입되었다(오시영, “상속포기의 한계와 채권자취소권과의 관계”, 법학연구 통권 제49집, 전북대학교 법학연구소, 2016, 125면). 그런데 이러한 애초의 목적과 의도와 달리 상속인이 적극재산을 상속받을 수 있음에도 이를 포기하여 자신의 채권자에 대한 채무를 변제하지 않으려는 경우가 자주 발생하고 있다.
- 2) 우리 민법은 피상속인의 사망으로 상속이 개시되고(제997조), 상속인은 상속이 개시된 때로부터 피상속인의 재산에 관한 포괄적 권리의무를 승계한다(제1005조)고 규정하였다. 또 다른 한편으로, 상속인은 유언에 의한 분할방법의 지정이나 분할금지를 정한 경우 외에는 언제든지 그 협의에 의하여 상속재산을 분할할 수 있으며(제1012조, 제1013조), 상속재산의 분할은 상속개시된 때에 소급하여 그 효력이 있으나, 제3자의 권리를 해하지 못한다(제1015조)고 규정하고 있

상속포기는 상속의 효과로서 당연승계제도를 채택한 민법 체계에서 상속인을 보호하기 위하여 마련된 제도라고 실시한 바 있고, 특히 피상속인에게 채무가 많은 경우의 상속포기는 상속인으로 하여금 상속의 효과를 부인할 수 있도록 하여 상속인의 의사를 존중함과 아울러 상속인을 두텁게 보호하기 위한 기능을 함께 수행해 왔다.⁴⁾

한편 우리 민법은 채권자를 보호하기 위하여 채권자가 채무자의 책임재산을 원상으로 회복시킬 수 있는 제도를 마련해 두었다. 그것이 바로 채권자취소권이다. 즉, 민법 제406조 제1항⁵⁾에서 “채무자가 채권자를 해함을 알고 재산을 목적으로 한 법률행위를 한 때에는 채권자는 그 취소와 원상회복을 법원에 청구할 수 있다.”라고 규정하고 있다. 이 경우에 채무자의 어떠한 행위가 사해행위에 해당하는지는 그 행위의 종류와 사해성 판단을 둘러싼 매우 복잡하고 어려운 문제이었고, 그러한 까닭으로, 학설과 대법원 판례 등을 통해 채권자취소권의 대상과 그 범위, 취소방법 등에 관한 논의들이 꾸준히 이어져 왔다.

앞에서도 보았듯이 현실적으로 문제가 되는 것은 채무자인 상속인이 자신의 채권자로부터 강제집행을 회피할 목적으로 형식적으로는 상속을 포기하면서 실질적으로는 다른 공동상속인으로부터 이면 합의를 통하여 대가 혹은 보상을 받는 경우이다. 이러한 경우까지 상속인의 채권자보다 채무자인 상속인을 보호해야 하는지 의문이 든다. 즉 이 경우에 상속인의 채권자는 채무자인 상속인의 상속포기를 사해행위로 하여 채권자취소권을 행사할 수 있도록 하여야 할 것이다.

상속포기에 대해서 채권자취소권의 적용을 계속해서 부인하게 된다면 사실상 채무자인 상속인이 자신의 채무를 갚지 않을 목적으로 다른 공동상속인과 공모하여 계획적으로 상속포기를 하는 경우가 빈번히 발생하게 될 것이다. 이는 결국 상속재산 중 적극재산이 소극재산보다 더 많고, 상속인의 고유재산 중 소극재산이 적극재산 보다 많아 채무를 면탈하면서 우회하여

다. 나아가, 상속인은 상속개시 있음을 안 날로부터 3개월 내에 단순승인이나 한정승인 또는 포기를 할 수 있는데(제1019조), 이는 상속개시된 때에 소급하여 그 효력이 있다(제1042조)고 규정하고 있다.

3) 대법원 1995. 11. 14. 선고 95다27554 판결.

4) 대법원 2005. 1. 14. 선고 2003다38573, 38580 판결.

5) 이하에서 별도의 법률명을 기재하지 않은 경우는 「민법」을 가리킨다.

상속재산에 대한 이익을 향유하고자 하는 자를 보호하게 되는 결과를 야기할 뿐만 아니라 상속포기 제도의 입법취지를 벗어나고 사회질서 유지의 측면에서도 보호되어야 할 필요가 없다.

현재 실생활에서도 채무자인 상속인이 사해의사를 가지고 다른 공동상속인과 상속포기에 대한 대가나 보상을 받을 목적으로 이면 약정을 체결하여 이익을 누리는 사례도 적지 않게 발생하고 있음을 부인할 수는 없다. 결과적으로 상속재산분할협약과 달리 상속포기에 대해서만 채권자취소권의 대상성을 부정한다면, 상속포기 제도의 본래의 취지를 크게 훼손할 우려가 있을 뿐 아니라, 책임회피의 수단으로 변질하여 악용될 가능성도 있다.

따라서 채무를 면탈할 목적으로 상속포기 제도를 이용한 상속인을 규제하기 위한 입법 방안을 도출하는데 본 연구의 목적이 있다.

제2절 연구의 범위 및 구성

우리 대법원은 상속재산의 분할협약에 대하여는 채권자취소권의 대상이 된다고 하면서도 상속포기에 대하여는 채권자취소권의 대상이 되지 않는다는 이중적인 태도를 보이고 있다. 외국의 입법례에서도 채권자취소권의 대상성을 인정하는 입법례와 인정하지 않는 입법례로 나누어져 있다. 나아가 상속재산 분할협약의 경우 제한된 범위 내에서 채권자취소권의 행사를 판례가 인정함에 따라 최근 학계의 논제는 상속포기의 경우에도 채권자취소권을 확장해서 허용해야 한다는 견해가 있다.

본 연구는 상속포기와 채권자취소권의 법리, 학설 및 판례 등을 검토하고, 상속 관련 채권자취소권에 관한 비교법적인 검토를 거쳐서 상속포기에 대한 채권자취소권의 대상성을 부정한 대법원 2011. 6. 9. 선고 2011다29307 판결에서 제시한 주요 논거를 검토하는 것을 연구의 범위로 정한다. 나아가, 상속포기에 대한 채권자취소권 적용을 위한 입법 방안을 모색하는데 주안점을 두었다.

먼저 제2장에서는 상속포기에 관한 일반론을 다룬다. 제1절에서는 상속포기의 의의와 법적 성질을, 제2절에서는 상속포기의 방식을, 제3절에서는 상속포기의 효력을 각각 살핀다. 제4절에서는 상속포기와 상속재산분할협약의 비교를 살핀다. 대법원은 상속포기의 경우 채권자취소권의 대상성을

부정한 반면에, 상속재산분할협약에 대해서는 채권자취소권의 대상성을 긍정하고 있다. 상속포기와 협의에 의한 분할방법으로 사실상의 상속포기는 그 방법만 다를 뿐, 사실상 상속재산을 포기하는 효과에서는 동일하다. 양제도의 차이가 있다면, 고려기간 내의 행사 여부, 소급효와 관련하여 제3자의 권리나 이익에 관한 보호규정의 존재 여부 등에서 차이가 있을 뿐 상속인의 상속재산을 다른 상속인에게 이전시킨다는 점에서는 같고, 이로 인하여 공동상속인 중 채무자인 상속인이 채권자를 해할 의사를 가지고 다른 공동상속인과 공모하여 계획적으로 자신의 책임재산을 회피할 목적을 가지고 다른 공동상속인들의 상속지분을 늘려줄 의도를 가지고 있다는 점에서도 같다. 여기에서 상속포기와 상속재산분할협약의 공통점과 차이점에 대해서 자세하게 살핀다.

제3장에서는 상속포기의 경우에 채권자취소권을 적용할 수 있는 가능성이 있는지를 살펴보기 위해서 채권자취소권의 일반론을 다룬다, 제1절에서는 채권자취소권의 의의 및 인정 근거를, 제2절에서는 채권자취소권의 법적 성질을, 제3절에서는 채권자취소권의 요건을 각각 살핀다. 그중에서 가장 핵심적인 쟁점은 상속포기가 재산법상 법률행위인지 여부와 사해행위인지 여부에 관한 것이다. 대법원은 상속포기는 신분법상의 법률행위이며 사해행위가 되지 않는다는 입장을 고수하고 있다. 하지만 상속포기의 경우라고 하더라도 사회질서의 유지와 채무자의 도덕적 해이로부터 채권자를 보호할 필요가 있는 등의 일정한 경우에는 채권자취소권이 적용될 수 있는지를 다루어 본다.

제4장에서는 상속포기의 경우 대법원의 입장과 같이 채권자취소권을 적용할 여지가 전혀 없는지에 관해서 외국의 입법 및 판례, 우리나라의 학설과 판례를 통해서 그 적용 가능성을 다룬다. 제1절에서 상속포기에 대한 채권자취소권 적용의 국내외 현황을 살핀다. 일본의 경우 상속포기에 대해서 채권자취소권을 적용할 수 있다는 명문규정이 없을 뿐만 아니라 법리상 상속포기의 경우에는 채권자 취소권의 대상성을 인정할 수 없다는 것이 판례의 태도이다. 독일의 경우에도 이와 관련한 명문의 규정도 없고, 법리상 신분행위인 상속포기에 대해서 채권자취소권의 대상성을 인정할 수도 없다고 한다. 하지만 독일의 경우 상속포기 제도의 본래의 목적을 넘어서 상속인의 채권자의 권리를 침해하게 되는 경우에는 채권자취소권의 대상으로

보아야 한다는 견해가 있다는 점은 상속포기의 경우 어떠한 경우라도 채권자취소권의 대상이 되지 않는다는 우리나라의 판례의 태도가 수정될 필요가 있음을 확인할 수 있는 근거가 될 수 있을 것이다. 더욱 눈여겨보아야 할 점은 프랑스의 경우 상속포기에 대해서도 일정한 경우 채권자취소권을 적용할 수 있다는 명문의 규정을 두고 있다는 점이다. 프랑스는 상속포기를 채무자의 책임재산을 감소시키는 행위로 보아 상속포기의 경우에도 채권자취소권을 적용할 수 있다고 해석하면서도 상속포기가 신분행위로서 일신전속적인 것이기 때문에 채권자취소권의 대상이 될 수 없다는 점을 부인하지는 못하고 다만, 일신전속권의 행사가 비난받을 수 있는 사해의사 즉 채권자에게 손해를 끼치기 위한 주관적 요소가 있는 경우와 같이 아주 예외적인 경우에는 채권자취소권의 대상이 될 수 있다고 하여 이를 입법을 통해서 해결하고 있다. 한편 우리나라가 독일이나 일본과 같이 법리상 상속포기에 대해서 채권자취소권을 인정할 수 없다면 프랑스와 같이 입법을 통해서 상속포기의 경우에도 일정한 요건이 갖추어진다면 채권자취소권을 적용할 수 있을 것이다. 제2절 상속포기에 대한 채권자취소권 적용을 위한 입법 방안에서 채무를 면탈할 목적으로 상속포기를 이용하는 채무자를 규제하기 위한 입법 방안을 다루어 본다.

마지막 제5장은 결론으로 각 장에서 다루어진 중요사항을 정리하고, 우리나라의 경우 가족법상 법률행위가 채권자취소권의 대상이 되는지에 관한 아무런 규정이 없다. 앞으로 이에 대한 우리 학계의 논의와 입법을 통해 이를 명확히 할 필요가 있음을 밝힌다.

제2장 상속포기

제1절 상속포기의 의의와 법적 성질

I. 상속포기의 의의

상속인은 상속이 개시된 때로부터 일신에 전속한 것을 제외한 피상속인의 재산에 관한 포괄적 권리의무가 승계한다고 규정하고 있다(제1005조). 그러나 상속인의 의사를 무시하고 권리의무를 강제할 수 없으므로 상속의 승인 및 포기 제도를 두어서 상속인의 의사에 따라 일단 생긴 상속의 효과를 확정하거나 부인할 수 있는 선택의 자유를 주고 있다. 즉, 상속인은 상속개시 이후 단순승인을 통하여 잠정적으로 발생한 당연·포괄승계의 효과를 그대로 확정시킬 수도 있고, 한정승인을 통하여 얻을 재산의 한도에서 피상속인의 채무를 갚는 조건으로 상속을 승인할 수도 있으며, 상속의 포기를 통하여 피상속인의 재산상 권리의무 승계 자체를 거절할 수도 있다. 상속의 단순승인, 한정승인 및 포기는 상속인이 피상속인의 재산상 권리의무의 승계 여부에 관한 의사를 표시하는 법률행위이고, 그 결과로서 발생하는 상속의 형태를 말한다.⁶⁾

상속인은 자유롭게 상속을 포기할 수 있다. 즉, 상속재산 중 소극재산이 적극재산보다 많은 경우에도 상속을 포기할 수 있고, 적극재산이 소극재산보다 많은 경우에도 포기할 수 있다. 전자의 경우에 상속인에게 상속을 강제한다는 것은 상속인 자신과 관계없는 과도한 상속채무를 갚아야 하는 부담함을 해소할 수 있다는 측면에서 상속포기의 의의가 있다. 후자의 경우에도 상속포기를 인정하여 재산상의 수익을 바라지 않는 사람의 의사를 존중할 필요도 있다는 점에서 의의가 있다. 이는 ‘자기 의사에 반하여 이익을 강제하지 않는다’라는 자기 책임의 원칙과 개인 의사의 존중이라는 근대법의 이념에서 그 이유를 찾을 수 있다.⁷⁾

6) 민유숙(편집대표), 『주석민법』(상속), 한국사법행정학회, 2020, 362면(이화연 집필부분).

7) 곽윤직, 『민법총칙(민법강의 I)』(신정수정판) 박영사, 1999, 57면; 김용한, 『친족상속법』(보정판), 박영사, 2003, 364면.

원래 상속제도는 피상속인이 보유한 재산을 그와 일정한 신분관계에 있는 상속인에게 승계하도록 할 목적으로 도입된 제도이다. 그런데 피상속인의 과도한 부채가 상속인에게 승계될 경우 오히려 부채를 상속한 상속인이 자신의 고유재산으로 변제하여야 하는 부당한 피해를 막기 위하여 상속포기 제도가 도입되었다. 하지만 이러한 상속포기 제도의 도입 취지와 달리 채무자인 상속인이 적극재산을 상속받을 수 있음에도 이를 포기하여 자신의 채권자에 대한 채무를 변제하지 않으려는 경우가 발생하고 있다.

그러나 대법원은 이러한 상속포기인 경우에도 채권자취소권의 대상성을 부정⁸⁾한 반면에 상속재산분할협의를 대해서는 상속재산분할협의를 일종의 계약으로 보아 상속인의 채권자의 채권자취소권을 긍정하였다.⁹⁾ 양자는 고려기간 내의 행사 여부, 소급효와 관련한 제3자의 권리침해 금지 규정의 존재 여부, 상속포기의 취소 또는 상속재산분할협의를 재협의 불가 여부 등에서 차이가 있을 뿐, 실질적으로 채무자인 상속인의 상속분을 다른 공동상속인에게 이전시킨다는 점에서 같고, 이로 인하여 상속인의 채권자에 대한 책임 회피라는 사회적 부조리가 발생한다는¹⁰⁾ 점에서도 동일함에도 불구하고 채권자취소권 적용 여부를 달리하고 있다.

이에 상속포기에 대해서 살펴보고 상속재산분할협약에서의 상속포기와의 차이점에 대해서 검토해 보고자 한다.

II. 상속포기의 법적 성질

상속포기는 피상속인의 권리의무가 상속인에게 이전되는 상속의 효력을 부인하는 의사표시이다. 민법과 가사소송법이 정하고 있는 방식과 절차에 따라야만 그 효력이 있다. 상속인은 피상속인이 사망한 이후에 가정법원에 대한 신고로써 하여야 한다. 상속권은 기대권이므로 상속의 개시 전에는 상속포기의 의사표시를 할 수 없고, 상속개시 전에 한 상속포기약정 역시 효력이 없다.¹¹⁾ 상속인은 그와 같은 약정을 하였더라도 상속개시 후에 자신의 상속권을 주장할 수 있고, 그것이 신의칙에 반하는 것도 아니다.¹²⁾

8) 대법원 2011. 6. 9. 선고 2011다29307 판결.

9) 대법원 2001. 2. 9. 선고 2000다51797 판결.

10) 오시영, 앞의 글(상속포기의 한계와 채권자취소권과의 관계, 2016), 125면.

11) 대법원 1994. 10. 14. 선고 94다8334 판결.

상속포기는 상대방 없는 단독행위이다. 그러므로 그 내용이 확정적이어야 하고, 그렇지 않으면 상속재산의 귀속이 불명확하여 거래 안전을 해치고 나아가 이해관계인을 불안정한 상태에 놓이게 할 우려가 있다. 따라서 조건이나 기한을 붙여서 포기할 수 없고, 일단 상속포기를 한 후에는 이를 변경할 수 없다.

상속포기는 신고를 해야만 효력이 발생하게 되므로 요식행위이다. 따라서 민법과 가사소송법의 정함에 따라 가정법원에 상속포기의 신고¹³⁾를 함으로써 상속개시 시점에 소급하여 상속인의 지위를 상실하게 되고 그 결과 자신에게 상속재산이 귀속되지 않았던 것으로 된다.

제2절 상속포기의 방식

I. 상속포기 신고

1. 상속포기의 주체

상속포기의 신고는 상속인 또는 그의 대리인이 할 수 있다(「가사소송규칙(규칙 제2856호, 시행 2019. 8. 2.)」 제75조 제1항). 상속인이 아닌 사람의 신고는 허용되지 아니하므로 가정법원은 이를 취하하도록 권유하고 이에 응하지 않으면 부적법한 신청으로 각하한다. 다만 후순위 상속인은 상속인

12) 대법원 2011. 4. 28. 선고 2010다29409 판결.

13) 상속을 포기하고자 하는 사람은 고려기간 내에 피상속인의 마지막 주소지를 관할하는 가정법원에 상속포기 신고를 하여야 한다(「민법」 제1041조, 「가사소송법」 제44조 제6호, 「민법」 제998조). 상속포기는 상속인이 법원에 대하여 하는 단독의 의사표시로서 포괄적·무조건적으로 하여야 하므로, 재산목록을 첨부하거나 특정할 필요가 없다(대법원 1995. 11. 14. 선고 95다27554 판결). 조건이나 기한을 붙인 상속포기는 효력이 없고, 그 신고가 수리되었더라도 마찬가지이다. 상속을 포기하고자 하는 사람은 가정법원에 신고인 또는 대리인이 기명날인 또는 서명한 신고서를 제출하여야 하고, 그 신고서에는 ① 당사자의 등록기준지, 주소, 성명, 생년월일, 대리인이 신고할 때에는 대리인의 주소와 성명, ② 신고 취지와 신고 원인, ③ 신고연월일, ④ 가정법원의 표시(「가사소송법」 제36조 제3호) 외에 ⑤ 피상속인의 성명과 마지막 주소, ⑥ 피상속인과의 관계, ⑦ 상속개시 있음을 안 날, ⑧ 상속의 포기를 하는 뜻이 기재되어야 하고, 신고인 또는 대리인의 인감증명서를 첨부되어야 한다(「가사소송규칙」 제75조 제1항과 제2항).

개시된 이후 고려기간 내에는 선순위 상속인이 상속을 포기하기 전이라도 미리 포기신고를 할 수 있다.¹⁴⁾ 태아는 출생 후가 아니면 상속포기를 할 수 없다.

상속포기의 신고는 내용에 있어 재산적 성격을 가지고 있을 뿐만 아니라 가사비송 절차로서 소송행위의 성격도 가지고 있으므로, 상속인이 미성년자, 피성년후견인, 피한정후견인 등과 같은 제한능력자일 때에는 법정대리인이 이를 대리하여야 하고,¹⁵⁾ 법정대리인의 동의를 받더라도 제한능력자가 그 이름으로 단독으로 신고할 수 없다(제909조 제2항).

상속인이 미성년자인 경우 법정대리인이 공동친권자라면 공동으로 신고함이 원칙이다(제909조 제2항). 따라서 일방의 친권자만 신고한 때에는 가정법원은 보정을 명한 후 보정명령에 응하지 않으면 신고를 부적법 각하한다. 다만 부모의 일방이 친권을 행사할 수 없을 때는 다른 일방이 신고할 수 있다(제909조 제3항). 이와 달리 친권자의 정함이 있는 경우에는 지정된 친권자가 단독으로 신고할 수 있다(제909조 제4항, 제5항).

다만 제한능력자와 그 법정대리인 간에 공동상속 관계로 상속포기가 법정대리인과의 관계에서 이해상반행위에 해당하는 때에는 특별대리인을 선임하여 그 특별대리인이 제한능력자를 대리하여야 한다.¹⁶⁾ 법정대리인이 대리할 수인의 제한능력자 사이에 공동상속 관계가 있는 경우에도 마찬가지이다. 법정대리인이 제한능력자인 상속인을 대리하여 상속포기를 하는 것이 이해상반행위가 되는지는 형식적으로 판단할 것이 아니라, 친권자가 미성년자를 대리하는 때도 있어 미성년자의 포기로 인하여 친권자의 상속분이 증가하는지를 따져서 실질적으로 판단하여야 한다. 그러나 제한능력자와 그 법정대리인을 포함한 공동상속인 전원이 함께 상속포기를 신고하는 경우에는 이해상반행위가 될 여지가 없으므로 특별대리인을 선임할 필요가 없다.¹⁷⁾

14) 「상속포기의 신고에 관한 예규(재특 2003-1)(재판예규 제907호, 시행 2003. 9. 15.)」 제3조.

15) 「상속포기의 신고에 관한 예규(재특 2003-1)(재판예규 제907호, 시행 2003. 9. 15.)」 제2조 제1항.

16) 「상속포기의 신고에 관한 예규(재특 2003-1)(재판예규 제907호, 시행 2003. 9. 15.)」 제2조 제2항 본문.

17) 「상속포기의 신고에 관한 예규(재특 2003-1)(재판예규 제907호, 시행 2003. 9. 15.)」 제2조 제2항 단서.

2. 상속포기의 시적 한계

상속포기는 상속인 또는 그 대리인이 상속개시가 있음을 안 날로부터 3개월 이내에 하여야 한다. 이 기간을 고려기간이라 한다. 경우에 따라서 가정법원은 이해관계인 또는 검사의 청구에 따라 그 기간을 연장할 수 있다. 고려기간이 도과하기 전이라도 상속인이 상속재산에 대한 처분행위를 하여 제1026조 제1호에 따라 단순승인의 효력이 발생한 후에는 상속을 포기할 수 없다. 따라서 고려기간이 도과한 후 또는 법정단순승인이 된 후에 이루어진 상속포기는 가사 신고가 수리되었더라도 무효이다. 그러나 그와 같은 상속포기가 상속재산 전부를 공동상속인 중 1명에게 귀속시킬 목적으로 행해진 것이라면 이를 상속재산분할협의로 볼 수 있다.¹⁸⁾

상속포기의 효력이 문제되는 경우 상속포기가 위와 같은 시적 한계 내에 이루어졌다는 사정은 상속인이 증명하여야 한다.

3. 상속포기 신고의 관할법원

상속포기 신고를 하여야 할 법원은 상속개시지인 피상속인의 마지막 주소지의 가정법원이다(제998조). 그 마지막 주소지가 외국이면 대법원이 있는 곳의 가정법원인 서울가정법원이 관할한다(「가사소송법」 제35조 제2항, 제13조 제2항).

4. 상속포기 신고의 방식

상속인이 상속을 포기하려면 고려기간 내에 피상속인의 마지막 주소지를 관할하는 가정법원에 상속포기 신고를 하여야 한다. 상속포기는 상속인이 법원에 대하여 하는 단독의 의사표시로서 포괄적·무조건적으로 하여야 하므로, 재산목록을 첨부하거나 특정할 필요가 없다. 조건이나 기한을 붙인 상속포기는 효력이 없고, 그 신고가 수리되었더라도 마찬가지이다. 상속인은 가정법원에 신고인 또는 대리인이 기명날인 또는 서명한 신고서를 제출하여야 하고, 그 신고서에는 ① 당사자의 등록기준지, 주소, 성명, 생년월

18) 대법원 1989. 9. 12. 선고 88누9305 판결.

일, 대리인이 신고할 때에는 대리인의 주소와 성명, ② 신고 취지와 신고 원인, ③ 신고연월일, ④ 가정법원의 표시(「가사소송법」 제36조 제3호) 외에 ⑤ 피상속인의 성명과 마지막 주소, ⑥ 피상속인과의 관계, ⑦ 상속개시 있음을 안 날, ⑧ 상속의 포기를 하는 뜻이 기재되어야 하고, 신고인 또는 대리인의 인감증명서를 첨부되어야 한다(「가사소송규칙」 제75조 제1항과 제2항).

II. 가정법원의 심리 및 심판

1. 가정법원의 심리

가정법원은 상속포기 신고서를 심사하여 신고 자체가 고려기간을 지나 이루어진 것이 분명한 경우, 신고가 상속인 본인에 기한 것이 아니거나 신고할 수 있는 자에 의하여 이루어진 것이 아님이 분명한 경우, 신고서에 법정 첨부서류가 첨부되어 있지 않거나 법정 기재사항이 기재되어 있지 아니하고, 신고인이 보정명령에도 불응하는 경우, 상속포기가 상속분 일부에 대한 것이거나 조건이 붙어 있는 경우와 같이 신고가 적법하지 않음이 분명한 경우에는 그 신고를 각하한다. 다만 제출된 서면을 신고서로 볼 여지가 있는 이상, 사소한 하자가 있더라도 곧바로 신고를 각하할 것은 아니고 그 하자에 대하여 보정명령을 하여 될 수 있는 대로 유효한 신고서로 해석·처리하여야 한다.

가정법원은 신고의 적법성만 심리할 뿐, 그 내용의 타당성은 심리하지 아니한다. 적법성에 관한 심리는 신고서의 진정 성립 여부에 대해서만 심리하고,¹⁹⁾ 나머지는 요건이 명백히 모자랐는지를 심리하는 것이 일반적이다.

상속인이 상속포기 신고를 한 후 그 수리 전에 사망한 경우에는 그 절차가 종료되고 제1021조에 따라 그 상속인이 별개로 한정승인이나 상속포기 신고를 하여야 한다.²⁰⁾

19) 실제로 신고서에 날인된 인영과 인감증명서의 인감이 일치하는지 확인하는 방식으로 신고가 상속인 본인의 의사에 기한 것인지를 심리하고 있다.

20) 민유숙(편집대표), 앞의 책, 478면.

2. 가정법원의 심판과 심판의 효력

1) 심판

가정법원은 상속포기 신고가 형식적 요건을 갖춘 것으로서 적법하지 않은 이상 가정법원은 이를 수리하여야 하고, 실체적 요건을 갖추지 아니하였음이 분명한 때 외에는 이를 문제 삼아 받아들이지 않을 수 없다. 따라서 상속인은 심판에 있어서 실체적 요건이 갖추었다는 점을 적극적으로 증명할 필요가 없다.²¹⁾ 가정법원은 신고의 일자 및 대리인이 한 신고였으면 그 대리인의 주소와 성명을 적은 심판서를 작성하여야 한다(「가사소송규칙」 제75조 제3항).

2) 심판의 효력

심판의 효력은 상속포기 신고가 가정법원에 접수된 때가 아니라 심판서가 당사자인 신고인에게 고지된 때에 그 효력이 발생한다.²²⁾ 신고 수리의 심판은 일단 상속포기의 요건을 갖춘 것으로 인정한다는 것일 뿐 그 효력을 확정하는 것은 아니다. 따라서 상속포기의 효력이 있는지에 관한 최종적인 판단은 실체법에 따라 민사소송에서 결정될 문제이다.²³⁾ 일단 상속포기 신고가 수리된 때에는 철회할 수 없고, 제1024조에 따라 취소 기간 내에 민법 총칙편에 의한 취소가 가능할 뿐이다.²⁴⁾

21) 대법원 2006. 2. 13. 자 2004스74 결정.

22) 대법원 2004. 6. 25. 선고 2004다20401 판결.

23) 대법원 2002. 11. 8. 선고 2002다21882 판결; 대법원 2006. 2. 13. 자 2004스74 결정.

24) 서울가정법원 2007. 4. 25. 자 2007브14 결정(상속포기취소): 상속인은 민법 제1024조 제1항에 따라 상속을 포기한 경우에는 고려기간 내에라도 그 상속포기를 취소하지 못하도록 정하고 있다. 다만, 민법 제1024조 제2항에 따라 상속인은 다른 사람이 피상속인의 상속재산이 있다는 사실을 숨기고 오히려 채무가 많다고 기망하여 상속을 포기하게 된 경우라면 상속포기를 취소할 수 있다고 하였다. 덧붙여, 상속인이 피상속인의 채무가 상속재산을 초과하지 아니함을 확인한 날로부터 3개월 이내이었고, 상속포기를 한 날로부터 1년 이내에 상속포기취소신고를 하였기에, 이 사건 취소신고는 적법하다고 결정하였다.

3) 불복 가부

상속포기의 신고가 각하된 경우 또는 신고를 수리하지 않은 심판에 대해서는 신고인이 가사소송규칙 제27조에 따라 즉시항고를 할 수 있으나, 신고를 수리한 심판에 대해서는 불복할 수 없고, 별도로 상속인에 대하여 이행청구의 소송 등 민사소송을 제기하여 그 절차에서 선결문제로 다투거나 상속포기무효확인소송을 제기하여 다투어야 한다.

제3절 상속포기의 효력

I. 서설

상속인은 제1019조에서 정한 기간 내에 일정한 방식과 절차에 따라 가정법원에 포기의 신고를 하면, 가정법원은 이를 수리하여 신고서가 적법한지를 심사하고, 적법하다고 인정되는 때 심판서를 작성한다. 그리고 이 심판서의 고지에 따라 포기의 효력이 생긴다. 상속의 개시에 따라 잠정적으로 발생하였던 상속의 효과는 상속의 개시 시에 소급하여 확정적으로 소멸하고 상속을 포기한 상속인은 오로지 처음부터 상속인이 아니었던 것과 같은 지위에 놓이게 된다.²⁵⁾

제1042조에서 제1044조까지 상속포기의 효과에 관하여 규정하고 있다. 제1042조는 상속포기의 효과가 있음을 전제로 하여서 그 효력이 생기는 시점을 정하고 있고, 상속포기 효과의 내용에 대해서도 제1043조가 포기한 상속분의 귀속에 대하여만 규정하고 있을 뿐, 나머지는 해석에 맡기고 있다.

앞에서도 보았듯이 상속의 포기는 상속이 개시된 때에 소급하여 상속의 효력을 부인하는 것이고, 상속을 포기한 상속인은 법률적 의제인 소급효로 인하여 처음부터 상속인이 아니었던 것이 된다. 그 결과 상속채권자(피상속인의 채권자)가 상속포기를 한 상속인을 상대로 상속채무의 이행을 청구할 경우 그 상속인은 상속채권자에게 상속포기의 항변으로 다룰 수 있다. 그런데 상속을 포기한 상속인이 자신의 채권자로부터 강제집행을 당할 것

25) 대법원 2006. 7. 4. 자 2005마425 결정.

을 피하기 위해 다른 공동상속인과 공모하여 아예 상속을 포기하는 경우도 있다. 전자의 경우에는 당연히 상속을 포기한 상속인을 보호할 필요성이 있다고 할 것이나, 사해의사가 현저한 후자의 경우까지 상속인의 자유로운 의사를 존중할 필요가 있다는 이유를 내세워 그 상속인을 보호할 필요성이 있을까 싶다.

특히 제1005조 규정과 제1042조 규정을 서로 어떻게 정리하느냐²⁶⁾에 따라 상속포기가 채권자취소권의 대상성이 긍정될 수도 있고, 반대로 채권자취소권의 대상성이 부정될 수도 있을 것이다. 상속인은 자신의 의사와 관계없이 상속이 개시된 때에 상속이 개시되어 피상속인의 재산에 관한 권리의무가 모두 상속인에 포괄승계되어 상속인이 예상하지 못한 피상속인의 과다한 상속채무까지 책임지도록 상속을 강제하는 결과가 초래되어 부득이 제1042조를 통하여 상속인을 구제하기 위한 것으로 해석할 수 있지 않을까 싶다. 그런데 상속소극재산 보다도 훨씬 상속적극재산이 많아 상속인이란 그 누구라도 상속을 받아 자신의 채무를 갚을 수 있음에도 불구하고 상속인이 자신의 채권자로부터 강제집행을 당할 것을 피하고자 다른 공동상속인과 공모하여 계획적으로 상속을 포기하는 경우까지 제1042조를 통하여 그 상속인을 구제할 필요가 있을까에 대한 의문이 든다.

따라서 이러한 경우에는 상속포기의 소급효를 제한적으로 해석하여 상속의 포기으로써 책임재산이 적극적으로 감소하였다고 볼 여지도 있을 것이다.

이에 상속포기의 효력을 (i) 상속포기의 소급효, (ii) 상속채무자에 대한 면책, (iii) 포기한 상속재산의 귀속, (iv) 포기한 상속재산의 권리계속의무로 나누어서 기본적인 사항을 다루어 본다.

26) 상속을 포기하면 제1042조에 따라 상속인은 상속개시시에 상속인이 아닌 것으로 되므로 상속재산은 처음부터 책임재산에 해당하지 않게 되는 것이다. 이는 제1005조 보다도 제1042조의 규정을 우선하거나 중요한 의미를 부여한 입장이라고 할 수 있을 것이다. 이에 대하여 책임재산의 감소가 있다고 보는 입장은 제1005조를 우선하거나 중시한 입장이다. 즉 상속을 포기하면 제1042조에 따라 소급적으로 상속인이 아닌 것으로 되지만 이미 제1005조에 따라 포괄적으로 상속재산이 이전된 사실 자체는 부정할 수 없다는 것이다(윤진수, “상속법상 법률행위와 채권자취소권-상속포기 및 상속재산 협의분할을 중심으로-”, 사법연구 제6집, 청헌문화재단, 2001, 28면).

II. 상속포기의 효력

1. 상속포기의 소급효

상속인이 상속을 포기하면 우리 상속법이 취하고 있는 당연·포괄승계의 원칙에 따라 상속개시와 동시에 일단 상속인에게 귀속되었던 피상속인의 재산에 관한 포괄적 권리의무는 처음부터 상속을 포기한 상속인에게 귀속하지 않았던 것으로 된다. 따라서 상속재산과 고유재산의 혼합으로 인해 혼동으로 소멸하였던 피상속인과 상속인 간의 재산상 권리의무도 부활한다.²⁷⁾

상속포기의 소급효로 인하여 단독상속인 또는 공동상속인 전원이 상속을 포기하면, 상속포기자는 상속개시 시부터 상속인이 아니었던 것과 같은 지위에 놓이게 된다. 그러므로 같은 순위의 다른 상속인이 없어 차순위 상속인이 처음부터 상속인이었던 것으로 되고 그에 대하여 본위상속이 개시된다. 따라서 피상속인에게 가족으로 자녀와 손자녀가 있는 경우 제1순위 상속인인 자녀 모두가 상속을 포기하면 차순위 상속인인 피상속인의 손자녀가 제1001조에 따른 대습상속이 아닌 제1000조에 의한 본위상속을 하게 된다.²⁸⁾

한편 공동상속인의 일부만이 상속을 포기한 경우 상속포기의 소급효로 인하여 상속포기자들은 처음부터 공동상속인이 아니었던 것이 되고 다른 상속인들만이 공동상속인이었던 것으로 된다.

2. 상속채무에 대한 면책

상속인은 상속포기로 상속채무를 면한다. 특히 적법하게 상속을 포기한 자는 국세기본법 제24조 제1항이 피상속인의 국세 등 납세의무를 승계하는 자로 규정하고 있는 ‘상속인’에 포함되지 않는다고 한다.²⁹⁾ 즉 상속채권자가 상속포기를 한 상속인에 대하여 상속채무의 이행을 청구하는 소송을 제기하는 경우 상속인은 상속포기의 항변으로 다룰 수 있다. 유효한 상속포기가 있었던 것으로 인정되면 법원은 청구를 기각하는 판결을 내릴 것이

27) 대법원 2005. 1. 14. 선고 2003다38573, 38580 판결.

28) 대법원 1995. 4. 7. 선고 94다11835 판결; 대법원 1995. 9. 26. 선고 95다27769 판결.

29) 대법원 2013. 5. 23. 선고 2013두1041 판결.

다. 만약 상속인이 상속채권자가 제기한 소송의 사실심 변론종결일까지 상속포기 사실을 주장하지 아니하여 상속채권자의 청구를 인용하는 판결이 내려져 확정되면 상속인은 상속포기 사실을 내세워 청구이의의 소송으로 다룰 수 없다.³⁰⁾

상속인이 상속포기를 하였음에도 상속채권자 또는 수유자가 피상속인에 대하여 가지고 있던 집행권원에 상속인에 대한 집행을 위한 승계집행문을 부여받으면 그 상속인은 상속포기 사실을 내세워 집행문 부여에 대한 이의 신청을 하거나 집행문 부여에 대한 이의의 소송을 제기할 수 있다.

3. 상속포기의 효력이 미치는 범위

상속포기는 포괄적·무조건적으로 하여야 한다. 그러므로 상속인이 상속포기의 신고를 하면서 상속재산의 목록을 첨부했다라도 상속재산을 참고자료로 예시한 것에 불과하다고 보이는 이상, 상속포기의 효력은 포기 당시 첨부된 재산목록에 포함되어 있지 않은 상속재산에까지 미친다.³¹⁾

한편 상속인이 상속포기를 하더라도 그가 상속과 관계없이 취득한 재산상 권리에는 아무런 영향이 없다. 그 취득이 유증, 사인증여, 피상속인을 피보험자로, 상속인을 보험수익자로 한 생명보험 등과 같이 피상속인의 사망을 원인으로 하는 것이더라도 마찬가지이다.

30) 대법원 2009. 5. 28. 선고 2008다79876 판결: 채무자가 한정승인을 하였으나 채권자가 제기한 소송의 사실심 변론종결시까지 이를 주장하지 아니하는 바람에 책임의 범위에 관하여 아무런 유보 없는 판결이 선고·확정된 경우라 하더라도 채무자가 그 후 위 한정승인 사실을 내세워 청구에 관한 이의의 소를 제기하는 것이 허용되는 것은, 한정승인에 의한 책임의 제한은 상속채무의 존재 및 범위의 확정과는 관계없이 다만 판결의 집행 대상을 상속재산의 한도로 한정함으로써 판결의 집행력을 제한할 뿐으로, 채권자가 피상속인의 금전채무를 상속한 상속인을 상대로 그 상속채무의 이행을 구하여 제기한 소송에서 채무자가 한정승인 사실을 주장하지 않으면 책임의 범위는 현실적인 심판대상으로 등장하지 아니하여 주문에서는 물론 이유에서도 판단되지 않는 관계로 그에 관하여는 기판력이 미치지 않기 때문이다. 위와 같은 기판력에 의한 실권효 제한의 법리는 채무의 상속에 따른 책임의 제한 여부만이 문제가 되는 한정승인과 달리 상속에 의한 채무의 존재 자체가 문제가 되어 그에 관한 확정판결의 주문에 당연히 기판력이 미치게 되는 상속포기의 경우에는 적용될 수 없다.

31) 대법원 1995. 11. 14. 선고 95다27554 판결.

상속포기의 효력은 피상속인의 사망으로 개시된 상속에만 미치고 그 이후 피상속인을 피대습자로 하여 개시된 대습상속에는 미치지 아니한다.³²⁾ 대습상속은 상속과는 별개의 원인으로 발생하는 것인 데다가 대습상속이 개시되기 전에 이를 포기하는 것은 허용되지 않기 때문이다. 따라서 상속인이 피상속인의 사망으로 개시된 상속을 포기하였는데 그 후 피상속인의 직계존속이 사망하여 대습상속이 개시된 경우 상속인이 대습상속의 개시 있음을 안 날로부터 3월 내에 대습상속에 대한 별도의 한정승인이나 포기를 하지 아니하면 제1026조 제2호에 따라 단순승인을 한 것으로 간주한다. 이는 최초 상속포기 당시 상속인에게 피상속인의 직계존속 사망으로 개시될 대습상속도 포기하려는 의사가 있더라도 마찬가지이다. 상속인이 대습상속에 대해서는 민법이 정한 방식과 절차에 따른 상속포기를 하지 않았음에도 불구하고, 피상속인에 대한 상속포기를 이유로 대습상속 포기의 효력까지 인정한다면 상속포기의 의사를 명확히 하고 법률관계를 확실히 처리함으로써 법적 안정성을 도모하고자 하는 상속포기 제도가 침탈될 우려가 있기 때문이다.³³⁾

4. 포기한 상속재산의 귀속

공동상속인 중 일부 상속인들의 상속포기로 인한 상속분의 귀속방식은 상속적극재산과 상속소극재산의 귀속 모든 경우에 적용된다. 상속분의 귀속 효과는 법률상 당연히 행하여지는 것으로 귀속을 받은 상속인을 이를 거절할 수 없다. 상속인 역시 상속을 포기하면서 그의 상속분의 귀속방식을 제1043조가 정하는 바와 달리 정할 수 없다. 따라서 공동상속인 중 특정인의 상속분을 증가시키기 위하여 상속을 포기하는 것은 허용되지 아니한다. 그러한 효과를 달성하기 위해서는 상속분의 양도나 상속재산분할협의에 의하여야 할 것이다. 다만 상속분을 양도한 상속인도 채권자의 승낙 등 특별한 사정이 없으면 상속채무를 면할 수가 없다.

한편 공동상속인 중 일부의 상속포기로 인하여 다른 공동상속인에게 귀속되게 된 상속분은 상속포기자로부터 유증 또는 증여받은 것이라고 볼 수

32) 대법원 2017. 1. 12. 선고 2014다39824 판결.

33) 대법원 2017. 1. 12. 선고 2014다39824 판결.

없으므로 유류분 산정의 기초가 되는 재산에 포함되지 아니한다.³⁴⁾

피상속인의 배우자와 자녀 중 자녀 전부가 상속을 포기한 경우의 상속 관계에 관하여, 종래의 판례는 차순위인 피상속인의 손자녀 또는 직계존속이 존재하는 경우에는 그들이 본위상속을 함으로써 배우자와 공동상속인이 되고, 피상속인의 손자녀와 직계존속이 존재하지 아니하는 경우에만 배우자가 단독으로 상속인이 된다고 보았지만,³⁵⁾ 최근에 피상속인의 배우자와 자녀 중 자녀 전부가 상속을 포기한 경우 배우자가 단독상속인이 되는지, 배우자와 피상속인의 손자녀가 공동상속인이 되는지가 쟁점이 된 사건에서 배우자가 단독으로 상속인이 된다고 하였다.³⁶⁾

34) 대법원 2012. 4. 16. 자 2011스191, 192 결정.

35) 대법원 2015. 5. 14. 선고 2013다48852 판결.

36) 대법원 2023. 3. 23. 선고 2020그42 전원합의체 결정: (사안의 개요) 피신청인 서울보증보험 주식회사는 망 신청외 3(이하 ‘망인’이라 한다) 등을 상대로 구상금 청구의 소를 제기하여 2011. 2. 16. 승소판결을 받았고(부산지방법원 2010가단97798), 위 판결은 2011. 3. 31. 확정되었다. 망인은 아내와 사이에 4명의 자녀들을 두었고 2015. 4. 16. 사망하였는데 신청인들은 망인의 사망 당시 그의 손자녀들로서 만 18세 또는 만 10세였다. 망인이 사망하자 그의 아내는 상속한정승인 신고를 하여 2015. 8. 7. 수리심판을 받았고(창원지방법원 마산지원 2015느단279), 4명의 자녀들은 모두 상속포기 신고를 하여 2015. 8. 3. 수리심판을 받았다(창원지방법원 마산지원 2015느단278). 피신청인은 망인의 아내와 손자녀들인 신청인들이 망인을 공동상속하였다는 이유로 이들을 상대로 망인에 대한 위 확정판결에 관하여 승계집행문 부여신청을 하여 2020. 2. 6. 승계집행문을 부여받았다(이하 ‘이 사건 승계집행문’이라 한다). 신청인들은 망인의 상속인이 아니라는 이유로 이 사건 승계집행문 부여에 대한 이의를 신청하였다. (쟁점사항) 이 사건의 쟁점은 피상속인의 배우자와 자녀 중 자녀 전부가 상속을 포기한 경우 배우자가 단독상속인이 되는지, 배우자와 피상속인의 손자녀가 공동상속인이 되는지이다. 이 경우 대법원 2015. 5. 14. 선고 2013다48852 판결(이하 ‘종래 판례’라 한다)은 위 쟁점을 포함하여 피상속인에게 손자녀 또는 직계존속이 있으면 배우자가 그 손자녀 또는 직계존속과 공동상속인이 된다고 판시하였으므로, 종래 판례를 유지할 것인지, 변경할 것인지가 문제 된다. (판례 변경의 타당성) 대법원은 상속에 관한 입법례, 민법의 입법연혁, 민법 조문의 문언 및 체계적·논리적 해석, 채무상속에서 상속포기자의 의사, 실무상 문제 등을 종합하여 보면, 피상속인의 배우자와 자녀 중 자녀 전부가 상속을 포기한 경우에는 배우자가 단독상속인이 된다고 봄이 타당하다고 판시하였다. 이와 달리 피상속인의 배우자와 자녀 중 자녀 전부가 상속을 포기한 경우 배우자와 피상속인의 손자녀 또는 직계존속이 공동상속인이 된다는 취지의 종래 판례는 이 판결의 견해에 배치되는 범위 내에서 변경하기로 하였다.

5. 포기한 상속재산의 관리계속의무

상속포기에는 소급효가 있으므로 상속을 포기한 상속인은 처음부터 상속인이 아니었던 것이 되어 일단 제1022조가 정한 상속재산에 대한 관리의무도 면하게 된다고 볼 수 있다. 그러나 다른 공동상속인이나 후순위 상속인들이 해당 상속인의 상속포기 사실을 인식하지 못하는 경우도 있는바, 상속인이 상속을 포기하였다고 하여 곧바로 상속재산의 관리를 중단하게 되면 상속재산이 방치되어 없어지거나 훼손되는 등으로 인하여 다른 공동상속인, 그의 상속포기로 인하여 상속인이 된 후순위 상속인, 상속채권자 등에게 예기치 못한 손해를 발생시킬 우려가 있다. 이에 제1044조는 상속을 포기한 상속인에게 상속포기로 인하여 상속인이 된 자가 상속재산의 관리를 시작할 수 있을 때까지 계속하여 상속재산을 관리할 의무를 부과하면서 다른 한편으로는 이해관계인에게 가정법원에 상속재산의 보존을 위한 처분을 청구할 수 있도록 규정하고 있다.

상속인은 본래 상속이 개시된 때로부터 상속을 단순승인 혹은 포기할 때까지 제1022조에 따라 상속인의 고유재산에 대하는 것과 동일한 주의로 상속재산을 관리하여야 한다. 제1044조에 따른 관리계속의무는 상속인이 상속을 포기한 때부터 부담하게 된다. 그 종기는 그의 상속포기로 인하여 상속인이 된 다른 공동상속인 또는 차순위 상속인이 상속재산을 현실적으로 관리할 수 있을 때까지이다.

상속을 포기한 상속인의 상속재산 관리에 관하여는 제1022조가 준용되므로 상속을 포기한 상속인은 자기의 고유재산에 대하는 것과 동일한 주의로 상속재산을 관리하여야 하고, 자신의 주의능력에 상응한 통상의 주의가 모자란 관리로 인하여 상속재산의 가치가 감소하는 등으로 다른 이해관계인이 손해를 입었다면 그에 대하여 손해배상책임을 부담한다. 관리계속의무의 정도, 물적 범위와 인적 범위는 제1022조와 대부분 같으나, 상속을 포기한 상속인은 상속재산의 귀속 주체가 아니므로 상속재산에 관하여 그가 행사할 수 있는 권한은 관리계속의무를 이행하는 데 필요한 범위에 한정된다.

제4절 상속포기와 상속재산분할협의를 비교

I. 상속재산분할협의를 개요

1. 의의

우리 민법은 제1012조에서 제1018조까지 상속재산의 분할에 관하여 규정하고 있다. 상속재산분할협의를 상속재산에 속하는 개개의 재산의 귀속을 결정하는 공동상속인 간의 합의를 말하고, 상속재산의 전부 또는 일부를 각 상속인의 단독소유로 하거나 새로운 공유관계를 이행시킴으로써 상속재산의 귀속을 확정시키는 것을 의미한다.³⁷⁾³⁸⁾ 제1006조에서 “상속인이 수인인 때에는 상속재산은 그 공유로 한다.”라고 규정하고 있지만, 이것은 어디까지나 잠정적인 상태이고, 상속재산의 분할에 의하여 개별재산의 귀속이 정해지면서 공유상태가 해소된다. 상속재산의 분할방법으로는 유언에 의한 지정분할(제1012조), 협의에 의한 분할(제1013조 제1항), 심판에 의한 분할(제1013조 제2항) 등이 있는데, 이 중에서 협의에 의한 분할의 경우 공동상속인이 자유롭게 분할의 협의를 할 수 있고, 또 전원의 합의에 기한 것이므로 법정상속분과 다른 내용의 분할도 가능하다.³⁹⁾

우리나라처럼 상속재산분할협약에 소급효를 인정하는 입법주의를 ‘선언주의’라고 하고, 그 반대되는 입법주의를 ‘이전주의’라고 한다.⁴⁰⁾ 이전주의는 분할을 이전적 행위, 즉 일종의 양도행위 또는 교환행위로 본다. 상속재산에 대하여 지분을 가지고 있는 공동상속인은 분할을 통해 특정한 재산의 지분을 서로 교환함으로써 배타적인 권리자가 된다. 즉 상속재산의 분할은 공동상속인 간에 지분을 교환한다. 각 공동상속인은 분할에 따라 다른 공

37) 송덕수, 『친족상속법』 (제5판), 박영사, 2020, 351면.

38) 대법원 2001. 2. 9. 선고 2000다51797 판결.

39) 상속재산 분할협약의 내용은 공동상속인이 자유롭게 정할 수 있으며 어느 공동상속인의 취득분을 영(零)으로 하는 상속재산 분할협약도 유효하다(대법원 2003. 8. 22. 선고 2003다27276 판결).

40) 윤남근, “상속재산분할협의를 원인으로 한 부동산 물건변동의 성립요건과 소유권 관련 청구의 소송상 취급 -대상판결: 대법원 2011. 6. 30. 선고 2011다 24340 판결-”, 저스티스 통권 제150호, 한국법학원, 2015, 264면.

동상속인에 대한 특정승계인의 지위를 가지게 되고, 분할에는 소급효가 인정되지 않는다. 이전주의는 로마법에 기원을 두고 있고, 현재 독일 민법과 스위스 민법이 이전주의를 채택하고 있다. 선언주의는 분할을 양도 또는 교환이 아니라, 공동상속인이 상속을 통하여 권리를 취득하였음을 선언하여 주는 선언행위로 본다. 공동상속인은 분할을 통해 각자의 권리를 피상속인으로부터 직접 취득하는 것일 뿐, 다른 공동상속인의 특정승계인이 되는 것이 아니다. 그래서 상속재산분할협약에는 소급효가 인정된다. 선언주의는 게르만법에 기원을 두고 있고, 현재는 프랑스 민법이 선언주의를 채택하고 있다. 선언주의에 따른 효과를 살펴보면 다음과 같다. 상속이 개시됨으로써 개별 공동상속재산은 공동상속인의 공유가 되지만 상속재산분할이 이루어짐에 따라 각 공동상속인이 개별적으로 취득하는 재산은 다른 공동상속인을 거쳐서 취득하는 것이 아니라 상속이 개시된 때에 피상속인으로부터 직접 승계취득 하는 것으로 간주한다고 설명한다.⁴¹⁾ 이처럼 각 공동상속인은 개별 재산을 다른 공동상속인으로부터 이전받는 것이 아니므로, 제187조에 따라登記 없이 부동산의 소유권을 취득하고,⁴²⁾ 대항요건 없이 채무자에게 대항할 수 있으며, 공동상속의登記를 거치지 않고 바로 피상속인으로부터 직접 단독으로 상속登記를 할 수 있다.

2. 무효와 취소

상속재산분할협약의는 공동상속인들 간에 이루어지는 일종의 계약이므로 민법 총칙의 의사표시에 관한 규정이 적용된다. 따라서 상속인은 진의 아닌 의사표시(제107조), 통정한 허위의 의사표시(제108조), 착오로 인한 의사표시(제109조), 사기, 강박에 의한 의사표시(제110조) 등을 주장하여 재분할을 청구할 수 있다. 공동상속인 중 1인이 협의분할에 의한 상속을 원인으로 상속부동산에 관한 소유권이전登記를 마친 경우, 협의분할이 무효라는 이유로 다른 공동상속인이 구하는 소유권이전登記말소登記청구의 소송은

41) 김창중, “상속재산의 분할”, 재판자료 제78집, 법원도서관, 1998, 220-221면.

42) 상속재산인 부동산의 분할 귀속을 내용으로 하는 상속재산분할심판이 확정되면 민법 제187조에 의하여 상속재산분할심판에 따른登記 없이도 해당 부동산에 관한 물건변동의 효력이 발생한다(대법원 2020. 8. 13. 선고 2019다249312 판결).

상속회복청구의 소송에 해당한다.⁴³⁾ 공동상속인 중 1인이 제3자에게 상속 부동산을 매도한 뒤 그 앞으로 소유권이전등기가 경료되기 전에 그 매도인과 다른 공동상속인들 간에 그 부동산을 매도인 외의 다른 상속인 1인의 소유로 하는 내용의 상속재산 협의분할이 이루어져 그 앞으로 소유권이전 등기를 한 경우에, 그 상속재산 협의분할은 상속개시된 때에 소급하여 효력이 발생하고 등기를 경료하지 아니한 제3자는 제1005조 단서 소정의 소급효가 제한되는 제3자에 해당하지 아니하는바, 이 경우 상속재산 협의분할로 부동산을 단독으로 상속한 자가 협의분할 이전에 공동상속인 중 1인이 그 부동산을 제3자에게 매도한 사실을 알면서도 상속재산 협의분할을 하였을 뿐 아니라, 그 매도인의 배임행위(또는 배신행위)를 유인, 교사하거나 이에 협력하는 등 적극적으로 가담한 경우에는 그 상속재산 협의분할 중 그 매도인의 법정상속분에 관한 부분은 제103조 소정의 반사회질서의 법률행위에 해당한다.⁴⁴⁾

3. 해제

상속재산분할협의를 공동상속인들 사이에 이루어지는 일종의 계약으로서, 공동상속인들은 이미 이루어진 상속재산 분할협의를 전부 또는 일부를 전원의 합의에 의하여 해제한 다음 다시 새로운 분할협의를 할 수 있고, 상속재산 분할협약이 합의해제되면 그 협의에 따른 이행으로 변동이 생겼던 물권은 당연히 그 분할협약이 없었던 원상태로 복귀하지만, 제548조 제1항 단서의 규정상 이러한 합의해제를 가지고서는, 그 해제 전의 분할협의로부터 생긴 법률효과를 기초로 하여 새로운 이해관계를 가지게 되고 등기·인도 등으로 완전한 권리를 취득한 제3자의 권리를 해하지 못한다.⁴⁵⁾

4. 효과

상속재산분할협약이 성립되면 각 상속인이 취득한 재산은 상속개시된 때

43) 대법원 2011. 3. 10. 선고 2007다17482 판결.

44) 대법원 1996. 4. 26. 선고 95다54426, 54433 판결.

45) 대법원 2004. 7. 8. 선고 2002다73203 판결.

에 소급하여 분할받은 사람에 귀속한 것이 되나, 그 소급효로 제3자의 권리를 해하지 못한다. 상속재산분할에 의해 어느 공동상속인이 특정 부동산을 취득한 경우 원칙적으로 등기가 필요하지 않고, 그 부동산을 처분하기 위해서는 등기가 필요하다는 것이 실무의 입장이다.⁴⁶⁾ 협의 또는 심판에 의하여 상속재산분할이 일부에 관하여만 이루어진 경우, 과거의 상속재산분할협약에 따라 유효한 분할이 이루어진 상속재산은 후행 상속재산분할심판에서 분할의 대상이 되지 않으므로, 이를 고려하지 않은 채 구체적 상속분을 계산하여야 한다는 하급심 법원의 결정이 있었으나,⁴⁷⁾ 공동상속인들 사이에 이미 분할하여 나누어 가진 재산을 분할대상에서 제외하는 것에 대하여 명시적 또는 묵시적 합의가 있는 경우가 아니라면 나머지 상속재산의 분할에 있어서도 기존의 분할을 고려하는 하급심 법원의 결정이 더 일반적이다.⁴⁸⁾

II. 양제도의 공통점

1. 상속재산의 불귀속

상속포기와 상속재산협의분할에 따른 사실상의 상속포기는 그 방법만 다를 뿐, 사실상 상속재산을 포기하는 효과에서는 동일하다. 상속인들은 고려기간 이내이면 상속포기의 방법으로, 고려기간 이후에는 협의에 의한 분할 방법으로 상속재산에 대한 포괄승계를 포기하고 있으므로 양제도 모두 상속재산을 승계하지 않는다는 점에서 실질적으로 같다고 할 것이다. 그 이유는 양제도 모두 상속개시된 때로부터 포기의 소급효(제1042조)와 분할의 소급효(제1015조)를 인정하고 있기 때문이다.

2. 포기한 상속재산의 귀속 대상

포기한 상속재산의 귀속(제1043조)에 관하여, “상속인이 수인인 경우에

46) 대법원 법원행정처, 『상속등기실무』, 2012, 123면.

47) 서울가정법원 2012. 7. 19. 자 2010느합117, 252 심판(항고기각).

48) 서울고등법원 2014. 9. 18. 자 2013브36, 37 결정(재항고기각).

어느 상속인이 상속을 포기한 때에는 그 상속분은 다른 상속인의 상속분의 비율로 그 상속인에게 귀속된다.”라고 규정하고 있다. 상속재산분할협약에서도 마찬가지로 공동상속인 간에 상속재산 분할협약의 내용을 자유롭게 정할 수 있고, 어느 공동상속인이 자신이 취득한 상속분을 영(零)으로 하여 그 상속분을 다른 상속인의 법정상속분의 비율로 그 상속인에게 귀속시키는 내용의 분할협약을 자유롭게 정할 수 있을 것이다. 이 경우 상속포기의 효과와 상속재산분할협약의 효과가 다르다고 할 수 없을 것이다.

3. 소급효의 의제

포기의 소급효(제1042조)가 법률적 의제인 것과 마찬가지로 분할의 소급효(제1015조)도 법률적 의제이다. 예를 들어, 피상속인이 사망하여 공동상속인은 피상속인의 자녀인 갑과 을 두 사람만 있다고 가정하자, 이 경우에 갑과 을의 상속재산분할협약에 따라 을이 상속재산에 대한 단독으로 소유권을 취득하게 되었다면, 분할의 소급효에 따라서 을이 상속개시된 때로부터 소급하여 직접 피상속인으로부터 상속재산을 승계한 것이 된다. 갑의 입장에서 본다면, 갑은 상속개시된 때로부터 상속재산에 관하여 공유지분을 갖지 않았던 것으로 충분히 해석할 수 있을 것이다. 결국 상속포기와 같은 결론에 이르게 된다. 한편, 앞서서도 보았듯이, 상속포기나 상속재산분할협약의는 모두 소급효가 인정되는데, 이러한 소급효는 상속개시된 때로부터 상속포기 시까지 또는 상속개시된 때로부터 상속재산분할협약의 시까지 발생한 상속재산(상속분)의 변동에 대해 상속인에게 책임을 묻지 않기 위한 정책적인 이유에서 인정된 것이다. 따라서 상속포기 또는 상속재산분할협약의 법적 성질은 같다고 생각하지 않을 수 없다.

Ⅲ. 양제도의 차이점

1. 법률행위의 형식

상속포기와 상속재산분할협약의 차이가 있다고 한다면, 단독행위인지, 아닌지에 달려 있다. 즉 상속포기는 피상속인의 권리의무가 상속인에게 이전

되는 상속의 효력을 부인하는 의사표시이고, 민법과 가사소송법이 정하고 있는 방식과 절차에 따라 피상속인이 사망한 이후에 가정법원에 신고함으로써 이루어지고, 상속재산분할협의를 의한 상속재산(상속분)의 포기는 다른 공동상속인 상호 간의 협의에 따라 이루어진다는 점이다. 그러나 이것은 단순히 법률행위의 형식에 따른 차이라고 할 수 있고, 이 차이점만으로 상속포기와 상속재산분할협약이 “재산권을 목적으로 한 법률행위”인지 여부를 판단하는 기준으로 정하기에는 다소 부적절하지 않을까 싶다.

2. 법률행위의 목적

상속포기는 상속의 승인 여부를 결정하는 단계에서 피상속인과의 인격적 관계를 고려하여 결정하는 인적 결단이라고 하고, 상속재산분할협약은 이미 상속이 이루어진 상태에서 공동상속인 간에 상속재산의 종국적인 귀속을 정하는 법률행위라고 한다. 즉, 상속포기는 상속을 할지 여부 자체에 대한 상속인의 고유한 인격적 결정이므로 “재산권을 목적으로 한 법률행위”가 아니지만, 상속재산분할협약은 상속개시 이후에 공동상속인 간의 상속재산에 대한 법률관계를 정리하는 작업이므로 “재산권을 목적으로 하는 법률행위”라는 것이다.

3. 제3자의 권리침해 보호

상속재산분할의 소급효를 규정한 제1015조에는 “그러나 제3자의 권리를 해하지 못한다.”라는 단서규정이 있는데, 상속포기의 소급효를 규정한 제1042조에는 그러한 단서규정이 없다는 것이다. 이에 관하여 입법자가 상속포기의 소급효와 관련하여 제3자의 보호와 관련한 아무런 규정을 두고 있지 않았던 이유는 상속포기의 고려기간 내에 구체적인 이해관계를 가진 제3자가 있다 하더라도 그러한 제3자의 이익을 위해 상속인의 상속포기의 자유를 제한하지 않겠다는 입법자의 의사를 표현한 것으로 이해할 수 있다는 것이다.⁴⁹⁾ 그런데 상속포기의 소급효에 제3자를 보호하는 규정을 두지 않

49) 박근웅, “상속의 포기와 채권자취소권 -대법원 2011. 6. 9. 선고 2011다29307 판결-”, 법학연구 제21권 제3호, 연세대학교 법학연구원, 2011, 372-373면.

은 것은 당연한 결과이다. 제1015조 단서규정에 의해 보호되는 제3자⁵⁰⁾⁵¹⁾는 적어도 상속재산분할의 대상이 된 상속재산에 관하여 상속재산분할 전에 매매 등의 원인으로 새로운 이해관계를 가진 사람이 등기, 인도, 승낙 및 확정일자부 채권양도통지 등의 방법으로 상속인으로부터 권리를 취득한 경우이거나 채권자가 집행권원에 터 잡아 채무자인 상속인의 상속재산(상속분)에 관하여 강제경매를 신청하여 강제경매개시결정을 받아 해당 상속재산(상속분)에 강제경매개시결정의 기입등기가 이루어진 경우이거나 혹은 과세당국이 국세나 지방세 체납을 원인으로 체납자인 상속인의 상속재산

50) 여기서 제1015조 단서규정에 의해 보호되는 제3자는 일반적으로 상속재산에 속하는 개별 재산에 대한 상속인의 지분에 관한 권리를 취득하고 효력발생요건(제186조(부동산물권변동의 효력), 제188조(동산물권양도의 효력, 간이인도))과 대항요건(제450조(지명채권양도의 대항요건))을 갖춘 사람에 한정된다고 이해된다. 대법원 1992. 11. 24. 선고 92다31514 판결과 대법원 1996. 4. 26. 선고 95다54426 판결은 공동상속인 중 1명으로부터 부동산을 매수하였을 뿐 등기를 마치지 않은 사람은 제1015조 단서에서 정한 소급효가 제한되는 제3자에 해당하지 않는다고 판시하였고, 대법원 2020. 8. 13. 선고 2019다249312 판결 역시 민법 제1015조 단서에 의해 보호되는 제3자는 상속재산분할 전에 새로운 이해관계를 가졌을 뿐만 아니라 등기, 인도 등으로 권리를 취득한 사람이라고 판시하고 있다. 생각건대, 민법 제1015조 단서규정에 의해 보호되는 제3자 혹은 상속재산분할의 소급효에 의하여 보호되는 제3자는 상속인으로부터 개별 상속재산에 관한 상속지분을 양수하고, 등기, 인도 등 권리변동의 효력발생요건 내지 확정일자부 채권양도통지, 승낙 등 대항요건을 갖춘 사람으로 이해하는 것으로 보인다.

51) 대법원 2020. 8. 13. 선고 2019다249312 판결: 이 판결은 공동상속인 간에 상속재산분할이 이루어지기 전 공동상속재산을 구성하는 개별 부동산 중 공동상속인 1명의 지분에 관하여 가처분기입등기, 소유권이전등기 및 압류등기가 마쳐졌는데, 그 후 해당 부동산을 다른 공동상속인 1명의 소유로 하는 내용의 상속재산분할심판이 확정됨에 따라 그 공동상속인이 가처분기입등기, 소유권이전등기 및 압류등기를 마친 사람들을 상대로 등기의 말소 내지 상속재산분할등기에 대한 동의의 의사표시를 구한 사건이다. 원심은 위와 같이 등기를 마친 사람들의 선의, 악의에 관한 판단 없이 모두 민법 제1015조 단서에 따라 보호되는 제3자에 해당한다고 판단하였으나(의정부지방법원 2019. 6. 28. 선고 2018나212918 판결), 대법원은 상속재산인 부동산의 분할 귀속을 내용으로 하는 상속재산분할심판에 따른 등기가 이루어지기 전에 상속재산분할의 효력과 양립하지 않는 법률상 이해관계를 갖고 등기를 마쳤으나 상속재산분할심판이 있었음을 알지 못한 제3자는 민법 제1015조 단서에 따라 보호되므로 제3자가 상속재산분할심판이 있었음을 알았는지 여부에 대하여 다시 심리하라는 취지로 원심판결을 파기환송하였다. 이 판결은 선의의 제3자만 보호하겠다는 취지의 판결이면서 제3자의 범위를 축소시킨 판결이라고 할 수 있다.

(상속분)에 압류한 경우를 말한다. 만약에 상속포기를 행사하기 위한 제 1019조의 고려기간 내에 매도인인 상속인이 자신의 상속재산(상속분)에 관하여 매수인인 제3자 간에 부동산매매계약을 체결하여 그 제3자에게 소유권이전등기까지 마쳐준 경우이었다면, 이것은 제1026조 제1호 “상속인이 상속재산에 대한 처분행위를 한때”에 해당하여 상속포기가 아닌 법정단순승인으로 간주하기 때문에 그 상대방인 제3자는 당연히 보호받는 것이다. 따라서 상속포기에 대한 소급효를 제한하는 단서규정을 별도로 둘 필요가 없었다고 생각한다.

4. 행사의 시기

상속포기는 상속인 또는 그 대리인이 상속개시가 있음을 안 날로부터 3개월 이내에 하여야 한다. 따라서 고려기간이 도과한 후 또는 법정단순승인이 된 후에 이루어진 상속포기는 가사 신고가 수리되었더라도 무효이다. 그러나 그와 같은 상속포기가 상속재산 전부를 공동상속인 중 1명에게 귀속시킬 목적으로 행해진 것이라면 이를 상속재산분할협의로 본다.⁵²⁾

52) 대법원 1989. 9. 12. 선고 88누9305 판결: (사실관계) 망 소외 1이 1984. 10. 22. 아들인 원고와 딸들인 소외 2, 소외 3, 소외 4, 소외 5, 소외 6, 소외 7, 소외 8을 남겨둔 채로 배우자 없이 사망하였는데, 위 소외인들은 위 망인의 상속재산 전부를 원고에게 상속시킬 방편으로 마침 원고가 위 망인의 사망신고 및 호주상속신고를 하면서 그 사망일을 1985. 7. 9.로 잘못 신고하여 놓았음을 기화로 상속포기의 기간을 도과한 후인 같은 해 10. 2.에야 뒤늦게 서울가정법원에 상속포기신고를 하였고, 원고가 1986. 1. 7. 피고(광화문세무서장)에게 이 사건 상속세과세가액과 세액 등을 신고하면서 위 소외인들의 상속포기로 자신이 위 망인의 재산을 단독상속한 것이라고 신고함에 따라 피고는 원고가 단독상속인임을 전제로 한 이 사건 상속세 등 부과처분을 하였다. (대법원의 판단) 상속재산 전부를 상속인 중 원고에게 상속시킬 방편으로 그 나머지 상속인들이 상속포기신고를 하였으나 그 상속포기가 민법 제1019조 제1항 소정의 기간을 초과한 후에 신고된 것이어서 상속포기로서의 효력이 없더라도 원고와 나머지 상속인들 사이에는 원고가 고유의 상속분을 초과하여 상속재산 전부를 취득하고 나머지 상속인들은 그 상속재산을 전혀 취득하지 않기로 하는 의사의 합치가 있었다고 할 것이므로 그들 사이에 위와 같은 내용의 상속재산의 협의분할이 이루어진 것이라고 보아야 하고 공동상속인 상호간에 상속재산에 관하여 협의분할이 이루어짐으로써 공동상속인 중 원고가 고유의 상속분을 초과하여 상속재산을 취득하는 것은 상속개시 당시에 피상속인으로부터 상속에 의하여 직접 취득한 것으로 보아야 한다.

IV. 검토

앞에서 살펴본 바와 같이, 상속포기와 협의에 의한 분할방법으로 사실상의 상속포기는 그 방법만 다를 뿐, 사실상 상속재산을 포기하는 효과에서는 동일하다. 양제도의 차이가 있다면, 고려기간 내의 행사 여부, 소급효와 관련하여 제3자의 권리나 이익에 관한 보호규정의 존재 여부 등에서 차이가 있을 뿐 상속인의 상속재산을 다른 상속인에게 이전시킨다는 점에서는 같고, 이로 인하여 공동상속인 중 채무자인 상속인이 채권자를 해할 의사를 가지고 다른 공동상속인과 공모하여 계획적으로 자신의 책임재산을 회피할 목적을 가지고 다른 공동상속인들의 상속지분을 늘려줄 의도를 가지고 있다는 점에서도 같다.

대법원은 공동상속인 간에 상속재산분할협의를 따라 채무자인 상속인의 상속지분을 영(零)으로 하는 사실상의 상속포기와 다를 바가 없는 상속재산분할협의로 사해행위를 구성한다고 판단하였고,⁵³⁾ 또한 상속재산을 공동상속인 1명에게 상속시킬 방편으로 나머지 상속인들이 한 상속포기의 신고가 제1019조 제1항 소정의 고려기간(또는 숙려기간)을 지난 후에 신고된 것이어서 상속포기의 효력이 없고, 공동상속인들 사이에서는 1명이 고유의 상속분을 초과하여 상속재산 전부를 취득하고 나머지 상속인들은 이를 전혀 취득하지 않기로 하는 내용의 상속재산에 관한 협의분할이 이루어진 것으로 보았다.⁵⁴⁾

그런데, 비록 공동상속인 중 채무자인 상속인과 다른 공동상속인들과 공모가 있었다고 하더라도, 고려기간이 지나기 전의 상속포기의 신고는 사해행위를 구성하지 않는다. 즉, 같은 사안에서 고려기간의 도과 여부에 따라 결론이 달라지므로 상속인의 채권자로서는 매우 부당한 결과에 이르게 된다.

사해의사를 가진 채무자인 상속인으로서의 자신의 채무상환을 회피할 목적을 가지고 다른 공동상속인에게 상속재산을 넘겨주고 다른 공동상속인으로 부터 상속포기에 대한 대가나 보상을 받을 목적으로 이면 약정을 체결하여 상속포기에 대한 혜택을 누린다면 채권자취소권 제도를 악용하는 처사라고

53) 대법원 2001. 2. 9. 선고 2000다51797 판결.

54) 대법원 1991. 12. 24. 선고 90누5986 판결; 대법원 1996. 3. 26. 선고 95다45545, 45552, 45569 판결.

할 것이다. 그래서 때로는 구체적인 사안에 따라 채무자인 상속인의 이익보다도 채권자의 이익을 보호할 필요성이 있음을 충분히 존재하기 때문에 상속재산분할협약과 상속포기를 구별할 실익이 크지 않다고 생각한다.

따라서 상속인의 채권자는 채무자인 상속인의 상속포기로 인해 상속재산(상속분)이 증가된 다른 공동상속인 또는 후순위 상속인을 상대로 하여 그 증가된 비율의 부분을 한도로 하여 피담보채권의 범위 안에서 채권자취소권을 예외적으로 허용함이 옳지 않을까 싶다.



제3장 채권자취소권

제1절 채권자취소권의 의의 및 인정 근거

I. 채권자취소권의 의의

채권자취소권은 채무자가 채권자를 해함을 알면서 일반채권자의 공동담보가 되는 채무자의 총재산을 감소하게 하는 법률행위(사해행위)를 한 경우 그 감소행위의 효력을 부인하여 채무자의 재산을 원상으로 회복함으로써 채권의 공동담보를 유지, 보전하게 하기 위하여 채권자에게 부여된 권리를 말한다.⁵⁵⁾ 즉, 채권은 종국적으로 채무불이행으로 인한 손해배상채권으로 귀착되어 채무자의 책임재산에 대한 강제집행에 의하여 채권만족을 얻게 되므로 불성실하고 악의적인 채무자가 그 책임재산을 감소시키는 경우에 채권자 보호를 위하여 그 행위에 개입하여 채권자의 공동담보가 되는 채무자의 책임재산을 유지, 보전할 수 있는 권리를 채권자에게 인정한다는 의미이다.⁵⁶⁾ 따라서, 채권자취소권은 강제집행에 의한 채권의 만족을 위한 전제조건으로 작용한다.⁵⁷⁾

채권자취소권은 이미 이루어진 채무자의 재산처분행위의 효력을 취소하고 수익자 또는 전득자가 취득한 재산을 채무자 앞으로 원상회복하는 것이어서 제3자에게 미치는 영향이 상대적으로 크고 거래의 안전을 저해할 우려가 매우 높다. 채권자취소권 제도는 채권·채무관계에 있어서의 책임재산을 유지하기 위한 공동담보의 보전 필요성과 채무자의 재산처분행위의 자유 그리고 제3자의 이해관계 내지는 거래의 안전이라고 하는 규범 원리가 서로 대립되는 곳이라고 할 수 있다. 따라서, 채권자취소권을 행사할 경우 그와 같은 대립되는 규범 원리가 서로 조화될 수 있도록 노력해야 한다.

55) 대법원 1988. 4. 25. 선고 87다카1380 판결; 대법원 1995. 2. 10. 선고 94다2534 판결.

56) 박윤직(편집대표), 『민법주해 IX』 채권(2), 박영사, 1995, 798-799면.

57) 이은영, “채권자취소권과 판례발전”, 고시계 제47권 제4호, 국가고시학회, 2002, 20면.

II. 채권자취소권의 인정 근거

1. 학설

채권자취소권을 인정하는 근거, 즉 채권자가 채무자가 행한 법률행위의 취소를 주장하여 수익자 또는 전득자로부터 재산의 반환을 청구할 수 있는 법적 근거는 채권자가 수익자에 대하여 수익자가 얻은 이익의 반환을 청구할 수 있는 부당이득반환의 일종이라는 견해,⁵⁸⁾⁵⁹⁾ 불법행위에 기초한 손해배상청구권의 일종으로 보아 재산반환을 불법행위로 인한 원물에 의한 손해배상으로 보는 견해,⁶⁰⁾⁶¹⁾ 채무자의 채무불이행의 효과로서 채권자취소권이 부여된다는 견해,⁶²⁾ 형평의 견지에서 법이 특별히 인정한 반환청구권이라는 견해⁶³⁾ 및 책임재산의 유지를 위하여 특히 법이 인정한 제도라는 견해⁶⁴⁾ 등이 있다.

-
- 58) 채무자와 수익자(또는 전득자) 사이에 유상행위로 법률관계가 체결된 것이라면 수익자(또는 전득자)에게 부당이득이 있을 수 없으므로, 채무자가 재산처분행위를 하였더라도, 이로 인하여 수익자(또는 전득자)에게 부당한 이익이 생기고 그 결과 채권자에게 손해가 발생한 사실을 이해시킬 수 없는 어려움이 있다. 오늘날 무상행위(증여행위)의 취소를 제외하고는 이 학설에 찬성하는 학자는 없다.
- 59) 下森定, “債權者取消權と不當利得”, 不當利得・事務管理の研究(3), 谷出知平教授還曆記念, 有斐閣, 1972, 171면; 장정호, “채권자취소권에 관한 연구-수익자 및 전득자의 보호를 중심으로-”, 박사학위논문, 창원대학교 대학원, 2013, 37면에서 재인용.
- 60) 山中康雄, “詐害行爲取消權の本質”, 訴訟法學と實體法學(中村宗雄教授還曆祝歌論文集), 有斐閣, 1955, 361면; 소병직, “채권자취소권의 요건과 행사에 관한 연구”, 전북대학교 박사학위논문, 2007, 19면에서 재인용.
- 61) 오시영, “채권자취소권의 실제법상의 성질에 대한 고찰”, 민사법학 제46권, 한국민사법학회, 2009, 163면; 김두년, “채권자취소권에 관한 연구-법적성질 및 효과를 중심으로-”, 박사학위논문, 건국대학교 대학원, 1995, 14-15면.
- 62) 飯原一乘, “判例を中心とした詐害行爲取消權の研究”, 司法研究報告書 第18集 第2号, 日本司法研究所, 1967, 8면; 장정호, 앞의 글, 38면에서 재인용.
- 63) 이 학설은 채권자취소권의 법적 근거를 “형평의 견지에서 특별히 법이 인정한 것”이라는 데에서 구하는 것이다. 오늘날 우리나라의 통설이다(김능환, 『민법주해(IX)』 채권(2), 박영사, 1995, 802면).
- 64) 星野英一, 『民法概論Ⅲ 債權總論』 良書普及會, 1980, 106면; 소병직, 앞의 글, 20면에서 재인용.

2. 판례

대법원 판례⁶⁵⁾는 원래 채권자와 아무런 채권·채무관계가 없었던 수익자가 채권자취소에 의하여 원상회복의무를 부담하는 것은 형평의 견지에서 법이 특별히 인정한 것이라고 판시하고 있어서, 형평의 입장에서 법이 특별히 인정한 권리라는 견해를 취하고 있다.

3. 검토

채권자취소권을 행사함에 있어서 가장 중요한 일은 채권자를 너무 우선적으로 보호하게 되면 그와 직접적인 거래관계가 없는 수익자(또는 전득자)를 희생시키게 되므로, 채권자와 수익자(또는 전득자) 간의 이익형량을 고려할 필요가 있다. 채무자의 사해행위는 채권자를 해하는 행위이지만, 채무자와 거래한 수익자(또는 수익자와 거래한 전득자) 사이에서 행하여진 유효한 법률행위는 보호되어야 한다. 그러나 이러한 이해가 상반되는 이해관계인 사이의 이익 조정을 사적자치의 원칙에서만 의존하게 한다면 더 복잡한 문제만 발생하여 그 해결의 실마리를 찾을 수 없게 될 것이다.

우리나라의 경우 채권자취소권 자체가 제3자의 거래안전에 미치는 영향이 커서 반드시 법원을 통하여 그 권리를 행사할 수 있도록 하고 있으며, 형평의 견지에서 법이 특별히 인정한 제도라고 보는 것이 타당하다.

한편 채권자취소권 제도가 상속포기 제도를 만나 서로 경합할 경우 상속인의 채권자의 이익보호와 채무자인 상속인의 자유의사를 존중이라는 두 가지 가치 중 어느 것을 우선할 것인가를 결정함에 있어서 구체적 사실관계를 토대로 비교·형량하여 타당한 결론을 도출할 필요가 있다고 본다.

다만, 채무자인 상속인을 지나치게 보호함으로써 상속인의 채권자의 권리 보호가 미흡해지는 일이 없는지, 그리고 상속포기 제도의 본래의 취지를 크게 훼손할 우려가 없는지를 살펴야 할 것이다. 나아가 상속포기 제도가 채무자인 상속인이 책임회피의 수단의 탈출구로 악용하는 일이 발생하지 않아야 할 것이다.

65) 대법원 1998. 5. 15. 선고 97다58316 판결; 대법원 2009. 6. 11. 선고 2007다4004 판결.

제2절 채권자취소권의 법적 성질

I. 논의의 필요성

채권자취소권의 법적 성질 내지 본질을 무엇으로 볼 것인지에 대하여 과거부터 오늘에 이르기까지 활발한 논의가 전개됐다. 독일의 경우 채권자취소법⁶⁶⁾에서 채권자취소권의 대상, 요건, 상대방 및 내용 등에 관하여 상세히 규정하고 있는 반면에, 우리의 경우 제406조와 제407조에서 개괄적인 규정만을 두고 있을 뿐이다. 채권자취소권의 본질을 어떻게 이해하느냐에 따라 채권자취소소송의 형태, 내용, 상대방 및 효과가 모두 달라지는 결과가 발생하기 때문에 채권자취소권의 법적 성질의 논의는 필요성을 가진다고 할 것이다.

채권자취소권이 채권자에게 사해행위를 취소할 수 있는 권리만을 부여한 것인지, 아니면 원상회복청구까지도 할 수 있는지에 관하여⁶⁷⁾ 학설상 다툼이 있어 왔다. 우리 학계에서 논의된 채권자취소권의 법적 성질과 판례의 입장에 관하여 정리해 본다.⁶⁸⁾

- 66) 독일의 채권자취소권 제도는 도산절차 밖에서는 채권자취소법((Gesetz, über die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Insolvenzverfahrens: AnfG)에 의해 규율되고, 도산절차 내에서는 도산법(Insolvenzordnung(InsO)에 의해 규율된다. 여기에서는 채권자취소법에 관하여 간략하게 소개하면 다음과 같다. 이 법에서 “채권자취소”라고 함은 취소채권자가 채무자에 대한 채권의 만족을 위해 취소상대방에 대하여 재산의 처분을 구할 수 있도록 하는 권리행사이고, 이 법에서 채권자취소권을 행사하더라도 채무자의 재산처분이 무효로 되는 것이 아니고, 해당 재산은 여전히 취소상대방의 수중에 있다. 취소채권자는 취소상대방을 상대로 강제집행 수인의 소송에서 승소 판결을 받아 취소상대방에게 귀속된 해당 재산에 대해 강제집행을 할 수 있으며, 취소채권자가 만족을 얻을 수 있는 범위 내에서 채무자의 책임재산을 회복시킨다.
- 67) 우리 민법 제406조 본문규정에서 “채무자가 채권자를 해함을 알고 재산권을 목적으로 한 법률행위를 한 때에는 채권자는 그 취소 및 원상회복을 법원에 청구할 수 있다.”라고 규정한 반면에, 일본 민법 제424조 본문규정에서는 “채권자는 채무자가 그 채권자를 해함을 알면서 한 법률행위의 취소를 재판소에 청구할 수 있다(日本 民法 第四百二十四條 債權者は、債務者が債權者を害することを知ってした行爲の取消しを裁判所に請求することができる。).”라고 규정함으로써 채권자에게 사해행위의 취소권만을 부여한 것인지 아니면 원상회복청구까지도 할 수 있는지에 관하여 학설상 다툼이 있었다.
- 68) 채권자취소권의 법적 성질에 대한 자세한 내용은 이상경, “채권자취소소송에

II. 우리나라의 학설과 판례

1. 학설

1) 상대적 무효설

이 학설은 채권자취소권의 본질을 사해행위의 취소와 재산의 반환청구가 합쳐진 것으로 본다. 채권자는 사해행위의 취소와 동시에 원상회복(재산반환)을 청구할 수 있다. 우리나라의 통설⁶⁹⁾은 대법원 판례⁷⁰⁾가 취하고 있는 상대적 무효설을 지지하고 있다.

상대적 무효설의 요지는 첫째, 당사자 적격의 한정이다. 즉 채권자취소의 효과는 목적물의 반환에 필요한 범위 내에서 그 상대방에 대한 관계에서만 상대적인 효력이 있을 뿐이다. 그러므로 수익자 또는 전득자만이 피고가 되고 채무자는 피고가 될 수 없다. 둘째, 형성소송과 이행소송의 병합이다. 원칙적으로 재산반환과 함께 사해행위의 취소를 청구하여야 한다. 셋째, 상대방 선택의 자유이다. 즉 전득자가 있는 경우에 수익자와 전득자 중 누구를 상대방으로 하여 채권자취소권을 행사할 것인가는 채권자의 자유로운 선택에 달려 있다. 넷째, 판결의 상대적 효력이다. 즉, 취소 및 원상회복의 효력은 소송당사자인 채권자와 수익자(전득자 포함) 사이의 상대적인 관계

있어서 원상회복방법과 채권의 만족방법”, 중앙법학 창간호, 중앙법학회, 1999, 525-528면; 정차영, “채권자취소권 행사의 효과에 관한 연구”, 법조 제66권 제3호, 법조협회, 2017, 707-720면; 고상룡, “채권자취소권의 법적 성질”, 고시계 제26권 제4호, 고시계사, 1981, 21-27면; 김가을, “일본민법제정사에 있어서 채권자취소권에 대한 검토”, 홍익법학 제13권 제2호, 홍익대학교 법학연구소, 2012, 55면; 김두년, 앞의 글, 143-144면; 김재형, “채권자취소권에 관한 민법 개정안-개정안에 관한 기본구상과 민법개정위원회의 논의 과정을 중심으로-”, 민사법학 제68호, 한국민사법학회, 2014, 117-118면; 김홍규, “채권자취소권의 효과”, 재산법연구 제5권 제1호, 한국재산법학회, 1988, 225면 등에서 찾아 볼 수 있다.

69) 광윤직, 『채권총론 (민법강의Ⅲ)』, 박영사, 2018, 145-147면; 김능환, 앞의 책, 807-808면; 윤철홍, 『채권총론』 (제3전정판), 법원사, 2018, 268면; 정기웅, 『채권총론』 (제2전정판), 법문사, 2014, 251면.

70) 대법원 1980. 7. 22. 선고 80다795 판결; 대법원 1984. 11. 24. 자 84마610 결정; 대법원 1988. 2. 23. 선고 87다카1989 판결; 대법원 1991. 8. 13. 선고 91다13717 판결.

에서만 발생하기 때문에 채무자와 수익자, 또는 수익자와 전득자 사이의 법률관계에는 영향을 미치지 않는다. 다섯째, 취소 및 원상회복에 따른 불이익은 수익자가 스스로 감수하여야 하므로 채무자에 대해 손해배상을 청구하지 못하는 것이 원칙이나, 채무자가 그로 인해 부당이득을 얻었을 때 채무자에 대해 부당이득반환을 청구할 수 있고, 채무자는 수익자에 대해 부당이득반환의무를 부담하게 되지만 그 경우에도 수익자는 부당이득반환 청구권을 가지고 취소채권자에게 대항할 수 없다.⁷¹⁾

2) 책임설

이 학설은 채권자가 채무자와 수익자 간의 법률행위를 실체법적으로 무효화시키지 않고 채무자의 재산을 강제집행할 수 있도록 책임을 지는 ‘책임법적으로 무효화’시키는 것이라고 한다.⁷²⁾ 따라서 채권자취소권을 행사하면 수익자 혹은 전득자는 채무를 지는 것이 아니라 책임을 지는 자로 물상보증인과 동일한 지위에 있게 되어 그들을 피고로 하여 채권자취소소송을 제기하면 되고 이를 반환받기 위해서는 강제집행수인의 소송을 별도로 제기하여야 한다고 설명한다.⁷³⁾

이 학설에 대한 비판으로, 실체법상 법적 근거가 없는 효력을 인정하는 것으로 집행적 관점에 치중하여 무리하게 만들어진 견해라는 문제가 있고, 실제로 채권자가 권리 실현을 하려면 강제집행수인의 소송을 제기하여야 하는데 책임설이 제기된 독일의 경우 근거법인 채권자취소법에 이에 대한 제도가 마련되어 있는 반면에, 우리 민사집행법에서는 존재하지 않은 소송 형태이어서 적절하지 않다.⁷⁴⁾

3) 절대적 효력설

이 학설은 채권자취소에서 채무자도 법률행위의 당사자가 되고, 선의의

71) 이순동, 『채권자취소권』 (제3판), 육법사, 2017, 121-122면; 김용덕(편집대표), 『주석민법』 채권총칙 2, 한국사법행정학회, 2020, 337면(이백규 집필부분).

72) 고상룡, 앞의 글, 27면.

73) 김형배, 『채권총론』 (제2판), 박영사, 1998, 389면.

74) 송덕수, 『신민법강의』 (제8판), 박영사, 2015, 1068면.

상대방과 같이 취소의 효과로부터 보호되어야 할 자가 아니므로 취소의 효력 범위에 포함되어야 한다고 본다.⁷⁵⁾ 고유 필요적 공동소송의 형태로 채무자 역시 소송에 포함되어야 한다고 본다.⁷⁶⁾ 또한, 이 학설은 채무자와 수익자 간의 법률행위를 소급하여 무효로 한다.

이 학설에 대한 비판으로, 법률행위의 취소와 채권자취소권의 취소를 구분하여야 한다는 점을 간과한 것이고, 채권자취소권 본래의 목적에 맞게 제한하여 무효화시키는 것이 아니므로 상대적 무효설이나 채권설보다 거래의 안전을 더욱 해칠 수 있다.⁷⁷⁾

4) 채권설

이 학설은 채무자와 수익자 사이에 법률행위는 유효하고 단지 채권자가 강제집행을 할 수 있는 상태로 만들기 위해 채무자의 책임재산을 확보하기 위한 것으로 반드시 그 효력을 무효로 할 필요가 없는 것으로 파악한다.⁷⁸⁾ 따라서 채권자취소소송은 형성의 소송이 아니라 이행의 소송으로 파악하며, 소송의 상대방도 수익자나 전득자를 상대로 하면 되는 것이지 채무자를 포함할 필요가 없다고 본다.⁷⁹⁾

이 학설에 대한 비판으로, 채권자취소권은 책임재산의 보전을 위하여 실제적 권리변동 자체를 취소하는 실체법상의 권리이므로, 소송법적으로 구성하는 데에는 무리가 있다.⁸⁰⁾

2. 판례

대법원 판례는 상대적 무효설을 취하고 있다. 즉, 판례에 따르면, 채권자는 사해행위의 취소와 동시에 원상회복을 청구할 수 있다.⁸¹⁾ 둘째, 채무자

75) 이은영, 『채권총론』 (제4판), 박영사, 2009, 481면.

76) 이은영, 앞의 책, 481면.

77) 김재형, “채권자취소권의 본질과 효과에 관한 연구”, 인권과 정의 제329호, 대한변호사협회, 2004, 116면.

78) 김재형, 앞의 글(채권자취소권의 본질과 효과에 관한 연구, 2004), 114면.

79) 김준호, 『채권법』 (제7판), 법문사, 2017, 172면.

80) 서달주, “채권자취소권의 법적 성질”, 사법행정 제39권 제11호, 한국사법행정학회, 1998, 42면.

와 수익자만을 상대로 한 사해행위취소소송에서 채무자와 수익자 간의 법률행위를 취소하고 수익자 명의로 된 소유권이전등기의 말소를 명하는 판결이 확정되었다고 하여도 그 판결의 효력은 전득자에게 미치지 아니한다.⁸²⁾ 셋째, 채무자는 사해행위취소소송의 피고적격이 없다.⁸³⁾

3. 검토

채권자취소권의 해석과 그 운용에서는 책임재산 보전의 필요성과 채무자의 재산처분 자유, 거래당사자의 이익 및 거래 안전의 보호라는 서로 대립하는 규범 원리 사이에 적정하게 조화를 기할 수 있는 해석론의 수립이 필요하다.⁸⁴⁾ 그러한 측면에서 보았을 때, 절대적 효력설은 채무자와 수익자 간의 법률행위를 소급하여 무효화 하여 거래의 안전을 해칠 우려가 있어서 배제하는 것이 타당해 보인다. 반대로 책임설은 채무자와 수익자의 효력보다는 책임재산 보전에 초점이 맞추어져 거래 안전에 이바지하는 측면이 있으나, 강제집행수인소송이 현행 민사소송법과 민사집행법에서 인정되지 않고 있으며, 채권자취소권의 행사에 집행권원이 필요하지 않은 우리 채권자취소권에 대한 해석론으로서 받아들이기 어렵다. 책임설은 형성소송이 아니라 이행소송으로 보아 거래 안전에는 이바지하는 측면이 있으나, 제407조에서 “취소 및 원상회복”이라는 법문에 합치되지 않아 배제하는 것이 타당해 보인다.⁸⁵⁾ 결국, 채권자의 이익과 거래 안전을 가장 잘 조화를 이룰 수 있는 학설은 상대적 효력설이 될 것이다. 그러나 이러한 상

81) 대법원 1980. 7. 22. 선고 80다795 판결.

82) 대법원 1984. 11. 24. 자 84마610 결정; 대법원 1988. 2. 23. 선고 87다카1899 판결; 대법원 2001. 5. 29. 선고 99다9011 판결; 대법원 2005. 11. 10. 선고 2004다49532 판결; 대법원 2009. 6. 11. 선고 2008다7109 판결; 대법원 2016. 11. 25. 선고 2013다206313 판결; 대법원 2015. 11. 17. 선고 2012다2743 판결; 2017. 3. 9. 선고 2015다217980 판결; 대법원 2017. 9. 21. 선고 2016다8923 판결.

83) 대법원 1991. 8. 13. 선고 91다13717 판결: 사해행위취소청구소송의 피고적격에 관하여, 채권자가 채권자취소권을 행사하려면 사해행위로 인하여 이익을 받은 자나 전득한 자를 상대로 그 법률행위의 취소를 청구하는 소송을 제기하여야 하는 것으로서, 채무자를 상대로 그 소송을 제기할 수 없다.

84) 김증한 편집대표, 『(주식)채권총칙』(上), 한국사법행정학회, 1984, 387면(김육곤 집필부분).

85) 김준호, 『민법강의』(제18판), 법문사, 2012, 1137면.

대적 효력설에 대해 반환의 대상인 재산은 채무자와의 관계에서는 여전히 수익자 또는 전득자 소유의 재산이므로, 채권자가 채무자 소유의 재산으로서 강제집행하는 것 자체가 이론상 불가능하다고 비판하는 견해가 있다.⁸⁶⁾ 하지만 이에 대해 수익자 또는 전득자로부터 반환받은 재산은 취소채권자와의 관계에서만 상대적으로 채무자 소유의 재산으로 본다는 것이어서, 취소채권자가 수익자 또는 전득자로부터 반환받은 재산을 채무자 소유의 재산으로서 강제집행하는 것이 오히려 당연하다고 보는 견해도 있다.⁸⁷⁾ 또한, 취소의 효력이 취소채권자와 수익자 혹은 전득자 사이에서만 미치므로, 취소채권자 이외의 채권자는 반환된 재산으로부터 배당받을 근거가 없게 되는데, 이는 “취소와 원상회복은 모든 채권자의 이익을 위하여 그 효력이 있다.”라고 규정한 제407조와 모순된다고 비판한다.⁸⁸⁾ 더 나아가 채권자취소권은 채권자라는 지위에서 채권자에게 고유하게 인정되는 하나의 특권으로서 채권자는 자기 고유의 이름으로 개별적으로 이를 행사하는 것이라고 결론을 내린 후, 이와 같은 채권자취소권 제도의 취지와 기능을 고려할 때, 채권자취소권 행사의 효과는 모든 채권자의 이익을 위하여 그 효력이 있다고 규정하고 있는 제407조는 그 타당성을 결하고 있다고 비판하고 이 조항을 삭제하여야 한다는 입법론을 전개하기도 한다.⁸⁹⁾ 그러나 채권자취소권은 채무자의 책임재산인 일반재산을 보전하기 위한 제도이어서 다른 채권자가 반환재산에 대하여 강제집행할 수 있는 것은 당연하다고 보는 것이 타당하다고 생각한다.

제3절 채권자취소권의 요건

I. 서설

채권자가 채권자취소권을 행사하기 위해서는 (i) 피보전채권이 존재하여야 하고, (ii) 채무자가 채권자를 해하는 재산권을 목적으로 하는 법률행위

86) 서달주, 앞의 글, 71면.

87) 김대정, “채권자취소권의 법적 성질”, 한국민법이론의 발전: 무암 이영준 박사 회갑 기념 논문집Ⅱ 채권편, 박영사, 1999, 693면.

88) 서달주, 앞의 글, 71면.

89) 김증한 편집대표, 앞의 책, 448면.

가 있어야 하며, (iii) 채무자가 채권자를 해하는 재산권을 목적으로 하는 법률행위(사해행위)가 있어야 하며(객관적 사해성) (iv) 채무자의 사해의사(주관적 사해성)가 있어야 하고, (v) 수익자 또는 전득자에게 악의가 있어야 한다.

본 연구는 상속포기의 경우에도 채권자취소권을 행사할 수 있는지에 대한 가능성 여부를 확인하기 위한 것을 일차적 목표로 하고 있으므로 채권자취소권을 행사하기 위한 위 요건들에 대한 검토를 통해서 상속포기의 경우에도 채권자취소권을 적용할 수 있는지에 대해서 구체적으로 살펴보기로 한다.

II. 채권자의 피보전채권

1. 피보전채권

피보전채권은 채권자취소권을 행사하는 채권자의 채무자에 대한 채권을 말한다. 채권자취소권이 채권에 수반되는 권리인 이상, 채권자취소를 위해서는 채권자가 먼저 채무자에 대하여 유효한 채권을 가지고 있을 것이 당연한 전제가 된다. 즉, 채권자취소권은 채권에 종된 권리이므로 피보전채권의 존재는 당연하다.⁹⁰⁾ 따라서 그 존부의 판단을 하지 아니한 채 인용을 한 때에는 이유불비의 위법이 있다고 한다.⁹¹⁾ 독일과 달리 우리의 경우 채권자가 채권자취소권을 행사할 때 피보전채권에 관한 집행권원을 취득하고 있을 것을 요구하지 않는다. 따라서 채무자를 상대로 한 피보전채권에 관한 소송이 진행 중에 있다고 해도 채권자는 이와 별도로 수익자 또는 전득자를 상대로 채권자취소소송을 제기할 수 있다. 피보전채권의 존재가 인정되면 그 액수나 범위가 구체적으로 확정되지 않은 경우라고 하더라도 피보전채권이 될 수 있다.

2. 피보전채권의 종류

90) 대법원 1962. 2. 15. 선고 4294민상378 판결.

91) 대법원 1961. 8. 10. 선고 4293민상436 판결.

1) 금전채권과 불특정물채권

채권자가 채권자취소권을 행사하기 위해서는 피보전채권이 금전채권⁹²⁾⁹³⁾이거나 금전 이외의 급부를 목적으로 하는 채권이라도 특정물이 아닐 것⁹⁴⁾을 원칙으로 한다. 한편, 채권자취소권은 총채권자의 공동담보인 채무자의 재산의 감소를 방지하기 위하여 부여된 것이고, 특정물채권⁹⁵⁾의 보전을 목적⁹⁶⁾으로 하는 것이 아니므로 특정물의 소유권이전등기청구권을 가진 채권자는 채권자취소권을 행사할 수 없다.⁹⁷⁾⁹⁸⁾ 다만, 특정물채권도 중국적으로는 채무불이행에 의한 손해배상채권으로 변할 수 있는 것이라면 그 손해배상채권은 채무자의 일반재산에 의하여 담보되는 것이므로 그 손해배상채권을 보전하기 위해서 채권자취소권을 행사할 수 있다.⁹⁹⁾ 부동산

92) 채권자취소권이 책임재산을 보존하기 위한 것이어서 피보전채권은 원칙적으로 금전채권이여야 한다(대법원 1961. 8. 10. 선고 4293민상436 판결).

93) 대법원 1977. 6. 28. 선고 77다105 판결: 담보제공 약정한 특정물의 통모 이중 처분은 사해행위취소의 대상이 되는지에 관하여, 금전채권의 담보로 특정물(선박)에 관한 이전등기를 하여 주기로 약정한 후 채무자가 채권자를 해함을 알면서 또 제3자와 통모하여 현저히 부당한 가격으로 위 선박에 관하여 제3자 앞으로 소유권이전등기를 경료한 경우에 있어서는 채권자는 그 본래의 금전채권을 사해당한 것으로 수익자인 제3자를 상대로 그 사해행위의 취소를 구할 수 있다.

94) 대법원 1965. 6. 29. 선고 65다477 판결; 대법원 1996. 9. 20. 선고 95다1965 판결; 대법원 1999. 4. 27. 선고 98다56690 판결.

95) 특정물채권은 책임재산의 보전, 즉 공동담보의 유지와 관계가 없으므로 채권자취소권의 피보전채권이 될 수 없음이 원칙이다. 대법원 1995. 2. 10. 선고 94다2534 판결에서도 “채권자취소권은 채무자가 채권자를 해함을 알면서 자기의 일반재산을 감소시키는 행위를 한 경우에 그 행위를 취소하여 채무자의 재산을 원상회복시킴으로써 모든 채권자를 위하여 채무자의 책임재산을 보전하는 권리로서, 특정물채권을 보전하기 위하여 행사하는 것은 허용되지 않는다.”는 입장을 취하고 있다.

96) 이 점에서 채권자취소권은 특정채권의 보전을 위해 널리 활용되는 채권자대위권과 구별된다.

97) 대법원 1965. 3. 30. 선고 64다1483 판결; 대법원 1988. 2. 23. 선고 87다카1586 판결; 대법원 1991. ; 7. 23. 선고 91다6757 판결; 대법원 1995. 2. 10. 선고 94다2534 판결; 대법원 1996. 9. 20. 선고 95다1965 판결; 대법원 1999. 4. 27. 선고 98다56690 판결; 대법원 2001. 12. 27. 선고 2001다32236 판결.

98) 그 밖에 취득시효가 완성된 후에 부동산 소유자가 목적물을 제3자에게 처분한 경우 시효취득자는 소유권이전등기청구권이 침해되었음을 이유로 채권자취소권을 행사할 수 없다.

99) 박윤직, 앞의 책(채권총론 (민법강의Ⅲ)), 152면; 이순동, 앞의 책, 132-134면;

의 이중매매의 경우 제1매수인인 채권자는 자신의 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 채무자(매도인)와 제2매수인 간에 이루어진 제2차 매매계약을 취소하여 그 소유권이전등기의 말소를 구하는 채권자취소권을 행사할 수 없고, 이 경우 채무자(매도인)의 이중양도로 인하여 취득한 채무자(매도인)에 대한 손해배상채권은 이중양도행위에 대한 채권자취소권을 행사할 수 있는 피보전채권에 해당하지 않는다.¹⁰⁰⁾

2) 기한부 및 정지조건부채권

피보전채권이 이행기에 있어야 하는 것이 아니므로 기한부 또는 정지조건부 채권도 채권자취소권의 피보전채권이 될 수 있다.¹⁰¹⁾ 대법원 판례¹⁰²⁾도 “채권자취소권 행사는 채무 이행을 구하는 것이 아니라 총채권자를 위하여 이행기에 채무 이행을 위태롭게 하는 채무자의 자력 감소를 방지하는데 목적이 있는 점과 민법 제148조 및 제149조에서 조건부권리의 보호에 관한 규정을 두고 있는 점을 종합해 볼 때, 취소채권자의 채권이 정지조건부채권이라 하더라도 장래에 정지조건이 성취되기 어려울 것으로 보이는 등 특별한 사정이 없는 한, 이를 피보전채권으로 하여 채권자취소권을 행사할 수 없다.”는 입장을 취하고 있다.

3) 담보가 있는 채권

채권자의 채권에 보증인, 연대채무자 등 인적 담보가 붙어 있더라도 그것과 관계없이 채권자취소권을 행사할 수 있다. 인적 담보가 있다고 하여 채권자가 인적 담보자로서 우선변제를 받는다는 보장이 없기 때문이다.¹⁰³⁾

김증한·김학동, 『채권총론』, 박영사, 1998, 200-201면; 강영호, “특정물채권자는 채권자취소권을 행사할 수 없는가”, 사법논집 제34집, 법원도서관, 2002, 303면.

100) 대법원 1999. 4. 27. 선고 98다56690 판결: 이중매매의 채권자(제1매수인)는 이중매매에 의한 소유권이전등기가 경료됨으로써 비로소 이행불능에 의한 손해배상채권을 취득하게 된다. 따라서 이중매매 당시 채권자(제1매수인)는 채무자(매도인)의 변제자력과 관계없는 특정물채권자에 불과하다.

101) 곽윤직, 앞의 책(채권총론(민법강의Ⅲ)), 152면; 김증한·김학동, 앞의 책, 202면; 김주수, 『채권총론』, 삼영사, 2003, 248면.

102) 대법원 2011. 12. 8. 선고 2011다55542 판결.

한편, 채권자가 저당권, 질권 등의 담보권을 가지고 있는 경우 채권자취소권을 행사할 수 있는가에 관해 견해가 대립하고 있다. 우리의 통설은 담보 제공자가 누구인가를 묻지 아니하고 그 담보물로부터 우선변제 받을 금액을 공제한 나머지 채권액에 대하여서만 채권자취소권을 행사할 수 있다고 본다.¹⁰⁴⁾ 채권자의 우선변제권이 확보되어 있는 범위 내에서는 채무자의 재산처분행위가 채권자를 해하는 결과로 될 수 없기 때문이다. 대법원 판례¹⁰⁵⁾도 “주채무자 또는 제3자 소유의 부동산에 대하여 채권자 앞으로 근저당권이 설정되어 채권자에게 우선변제권이 확보되어 있다면 그 범위 내에서는 채무자의 재산처분행위는 채권자를 해하지 아니하므로 그 담보물로부터 우선변제받을 액을 공제한 나머지 채권액에 대하여만 채권자취소권이 인정된다.”고 하여 통설과 같은 입장을 취하고 있다.

3. 피보전채권의 성립 시기

1) 원칙

채권자취소권의 피보전채권은 사해행위 이전에 성립되어 있어야 한다.¹⁰⁶⁾ 즉, 채권자는 채권이 발생한 당시 채무자의 자력을 기초로 하여 채권을 취득하였기에 사해행위 당시에 아직 존재하지 아니한 채권은 그 사해행위에 의하여 침해당하였다고 할 수 없고, 채무자로서도 당시 존재하지 않는 채권자에 대하여 그 책임재산의 부족이 초래되었거나 심화되었다는 것을 인식하였다고 볼 수 없으므로 아직 성립하지도 않은 채권에 대하여는 채무자의 사해의사를 인정할 수 없다.¹⁰⁷⁾

채권자의 채권이 사해행위 이전에 성립한 이상 사해행위 이후에 양도되

103) 곽윤직, 앞의 책(채권총론 (민법강의Ⅲ)), 152면.

104) 곽윤직, 앞의 책(채권총론 (민법강의Ⅲ)) 152면; 이순동, 앞의 책, 135면.

105) 대법원 2002. 4. 12. 선고 2000다63912 판결.

106) 대법원 1978. 11. 28. 선고 77다2467 판결; 대법원 1995. 2. 10. 선고 94다2534 판결: 사해행위로 인하여 사해행위 이후에 권리를 취득한 채권자를 해친다고 할 수 없으므로 채권자취소권의 채권은 사해행위가 있기 이전에 발생하고 있어야 함은 채권자취소권의 성질상 당연한 요건이다.

107) 조영철, “채권자취소권에 있어서의 피보전채권의 성립시기”, 재판실무연구 제 1권, 수원지방법원, 1996, 89-117면.

었다고 하더라도 양수인은 채권자취소권을 행사할 수 있다.¹⁰⁸⁾ 채권양도·양수일에 채권자취소권의 피보전채권이 새로이 발생되었다고 할 수 없다. 한편, 이 경우 채권양도의 대항요건을 사해행위 이후에 갖추었다더라도 상관 없다.¹⁰⁹⁾

2) 예외

채권자취소권에 의하여 보호될 수 있는 채권은 원칙적으로 사해행위라고 볼 수 있는 행위가 행하여지기 전에 발생한 것임을 요하지만, 그 사해행위 당시에 이미 채권 성립의 기초가 되는 법률관계가 성립되어 있고 가까운 장래에 그 법률관계에 기초하여 채권이 성립되리라는 고도의 개연성¹¹⁰⁾이 있으며, 실제로 가까운 장래에 그 개연성이 현실화되어 채권이 성립된 경우¹¹¹⁾에는 그 채권도 채권자취소권의 피보전채권이 될 수 있다.¹¹²⁾ 여기에

108) 대법원 2012. 2. 9. 선고 2011다77146 판결: 이 사건 채권자취소권의 피보전채권인 매매대금 반환채권은 적어도 2008. 4. 1. 이전에 성립하였고, 피고 1은 2008. 4. 20. 그 소유의 유일한 재산인 이 사건 부동산에 관하여 피고 2와 매매계약을 체결하고 2008. 5. 28. 소유권이전등기를 마쳐주었으므로, 위 매매대금 반환채권을 양수한 원고로서는 이 사건 채권자취소권을 행사할 수 있다.

109) 대법원 2006. 6. 29. 선고 2004다5822 판결.

110) 사해행위 당시 아직 성립되지 않은 채권이 채권자취소권의 피보전채권이 되기 위한 요건 및 채권자취소권에 의하여 보호될 수 있는 채권이 성립할 고도의 개연성이 있는지 판단하는 기준(대법원 2018. 3. 27. 선고 2017다287730 판결): 채권자취소권에 의하여 보호될 수 있는 채권은 원칙적으로 사해행위라고 볼 수 있는 행위가 이루어지기 전에 발생하여야 하지만, 사해행위 당시에 이미 채권성립의 기초가 되는 법률관계가 발생되어 있고, 가까운 장래에 그 법률관계에 기하여 채권이 성립되리라는 점에 대한 고도의 개연성이 있으며, 실제로 가까운 장래에 그 개연성이 현실화되어 채권이 성립된 경우에는 그 채권도 채권자취소권의 피보전채권이 될 수 있다. 여기서 채권이 성립되리라는 점에 대한 고도의 개연성은 채권자와 채무자 사이의 기초적 법률관계의 내용, 채무자의 재산 상태 및 그 변화 내용, 일반적으로 그와 같은 상태에서 채권이 발생하는 빈도 및 이에 대한 (채무자의 인식의 정도가 아닌) 일반인의 인식의 정도, 채무자의 재산처분행위와 채권 발생과의 시간적 간격 등 여러 사정을 종합하여 객관적으로 판단하여야 한다.

111) 따라서 실제로 가까운 장래에 고도의 개연성이 현실화되어 채권이 발생한 경우라 함은 기초적 법률관계가 존재하고, 채권 성립의 고도의 개연성이 있으며, 나아가 실제로 현실화되어 채권이 발생한 경우를 말한다. 대법원 1995. 11. 28. 선고 95다27905 판결 이래로 현재까지 다수의 판례에서 이러한 법리를 전개하고 있다. 즉, 기초적 법률관계, 채권 성립의 고도의 개연성, 채권의 실제 발생이라는 3가지 요건을 갖춘 경우에는, 사해행위 당시 이미 성립하지

서 ‘채권 성립의 기초가 되는 법률관계’에 채권 성립의 개연성이 있는 준법률관계나 사실관계 등도 포함될 수 있다.¹¹³⁾

4. 피보전채권의 범위

채권자가 채권자취소권을 행사할 때에는 원칙적으로 자신의 채권액을 초과하여 취소권을 행사할 수 없고, 이때 채권자의 피보전채권액에는 사해행위 이후 사실심 변론종결 시까지 발생한 이자나 지연손해금도 포함된다.¹¹⁴⁾¹¹⁵⁾¹¹⁶⁾ 왜냐하면 이자나 지연손해금은 원본채권의 당연한 확장이기 때문이다.

피보전채권이 인정되지 아니하는 경우 당사자적격의 문제로 보아 소를 각하할 여지가 있다는 견해¹¹⁷⁾가 있으나, 피보전채권의 존재는 청구원인을 이유 있게 하는 요건사실 중 하나로서 본안에 관한 판단사항이므로, 피보전채권의 존재가 인정되지 않더라도 당사자적격이 없다는 이유로 소를 각하할 것이 아니라 청구를 기각하는 것이 타당하다는 견해가 지배적이고,¹¹⁸⁾ 대법원도 같은 입장이다¹¹⁹⁾

Ⅲ. 채무자의 사해행위

않은 채권도 피보전채권이 될 수 있다는 것이다.

112) 대법원 1995. 11. 28. 선고 95다27905 판결; 대법원 2021. 11. 25. 선고 2016다263355 판결.

113) 대법원 2022. 7. 14. 선고 2019다281156 판결: 당사자 사이에 채권 발생을 목적으로 하는 계약의 교섭이 상당히 진행되어 계약체결의 개연성이 고도로 높아진 단계도 ‘채권 성립의 기초가 되는 법률관계’에 포함될 수 있다.

114) 조해섭, 『채권자취소권법』, 법문사, 2019, 62면.

115) 채권성립의 고도의 개연성이 있는 경우 아직 피보전채권이 성립하기 전의 사해행위도 취소될 수 있다고 한다면 피보전채권의 범위에 사해행위 후에 사실심 변론종결 시까지 발생한 이자와 지연손해금도 포함된다고 보는 것이 타당하다고 설명한다(이순동, 앞의 책, 154면).

116) 대법원 2001. 9. 4. 선고 2000다66416 판결; 대법원 2001. 12. 11. 선고 2001다64547 판결; 대법원 2002. 4. 12. 선고 2000다63912 판결; 대법원 2002. 10. 25. 선고 2002다42711 판결.

117) 김능환, 앞의 책, 833면.

118) 이순동, 앞의 책, 159면; 조해섭, 앞의 책, 74면.

119) 대법원 1999. 4. 27. 선고 98다56690 판결.

1. 서설

채무자가 한 법률행위는 재산권을 목적으로 하는 법률행위로서 채권자를 해하는 행위이어야 한다. 이를 사해행위라고 하는데, 여기에서 ‘채권자를 해한다’는 의미는 채무자의 법률행위로 인해 그의 일반재산이 감소하여 채권의 공동담보에 부족이 생겨 채권자에게 완전한 변제를 할 수 없게 되는 것을 말한다.

채권자취소권의 대상이 되는 법률행위는 재산권을 목적으로 하는 법률행위이어야 한다. 재산권을 목적으로 한 법률행위이라 함은 일응 재산행위라고 말할 수 있겠으나, 어느 행위가 재산행위인지 아니면 신분행위인지 불분명한 경우도 많고, 경우에 따라서는 재산행위와 신분행위의 성질을 겸유하고 있는 경우도 있다. 상속포기는 신분법상의 법률행위라고 이해되고 있는데, 상속포기의 결과 상속재산이 상속인인 채무자에게 귀속되지 않는 결과를 가져오기 때문에 재산권을 목적으로 하는 법률행위로 볼 여지는 없는지 검토해 보고자 한다.

2. 채무자가 행사한 법률행위

1) 원칙

우리 민법상 채권자취소권의 대상이 될 수 있는 것은 오로지 채무자가 행사한 법률행위이어야 하고,¹²⁰⁾ 비록 사해행위취소소송의 상대방이 전득자라고 하더라도, 수익자와 전득자 사이의 법률행위를 취소하는 것은 아니다.

채권자취소권의 대상이 되는 법률행위는 법률행위에 한정하지 않고 준법률행위¹²¹⁾도 포함된다. 즉 계약은 물론 권리의 포기¹²²⁾나 채무면제와 같은

120) 채무자의 대리인이 한 법률행위는 채무자에 대하여 직접 그 효력이 발생하므로 채권자취소의 대상이 될 수 있다.

121) 채권자취소권 제도는 채권의 공동담보를 보전하기 위한 제도이므로 채무자의 재산감소효과를 가져오는 채무자의 행위이면 모두 취소의 대상이 된다고 보아야 하므로 법률행위에 한하지 않고 준법률행위도 포함하는 것으로 해석하는 데에 이설이 없다. 따라서 최고나 변제, 채권양도 통지 등의 준법률행위도 모두 채권자취소권이 대상이 된다고 설명한다(김용덕(편집대표), 앞의 책,

단독행위이든, 공익법인의 설립의 경우와 같이 재산출연이 있는 행위도 취소의 목적이 될 수 있다. 한편, 무상행위는 물론이고 유상행위도 취소의 대상이 된다. 채무자가 제3채무자에게 기한의 유예를 주는 행위도 취소의 대상이 된다고 설명한다.¹²³⁾ 하급심 판결에서 많이 접하는 사해행위의 유형으로는 매매, 증여, 담보의 제공(제3자를 위한 물상보증도 포함한다), 변제 및 대물변제, 상계, 채권양도를 비롯한 권리의 양도 및 계약상의 지위의 양도, 채무인수, 채무면제, 상속재산분할협의 등이 있다.

채무자의 소송행위에 관하여는, 순수한 소송행위는 법률행위가 아니기 때문에 채권자취소권을 행사할 수 없다 할 것이나, 재판상의 화해¹²⁴⁾, 청구의 포기(기일불출석으로 인한 의제자백¹²⁵⁾), 청구의 인낙¹²⁶⁾과 같은 소송행위인 동시에 실제법상의 법률행위로서의 성격도 함께 가지고 있는 경우, 이들 행위가 채권자취소권의 대상이 되지 않는다는 견해¹²⁷⁾¹²⁸⁾가 있지만, 채권자취소권의 대상이 된다는 견해가 우리 학계의 다수의견이다.¹²⁹⁾ 한편, 무자력 상태의 채무자가 소송절차를 통해 수익자에게 자신의 책임재산을 이전하기로 하여, 수익자가 제기한 소송에서 자백하는 등의 방법으로 패소 판결 또는 그와 같은 취지의 화해권고결정 등을 받아 확정시키고, 이에 따라 수익자 앞으로 책임재산에 대한 소유권이전등기 등이 마쳐졌다면, 이러

369면)의 내용을 인용하여 재구성하였다). 다만, 채권양도의 경우, 채권자취소의 대상은 채권양도계약이고, 그 대항요건을 구비하는 양도통지행위는 별도의 취소의 대상이 되지 않는다는 것이 대법원의 입장(대법원 2012. 8. 30. 선고 2011다32785, 32792 판결)이다.

122) 대법원 2013. 5. 31. 자 2012마712 결정.

123) 이순동, 앞의 책, 177면.

124) 서울중앙지방법원 2003. 7. 28. 선고 2002가합28338 판결.

125) 광주고등법원 1984. 3. 16. 선고 83나329 판결.

126) 인천지방법원 1996. 12. 18. 선고 96가합4356 판결.

127) 채무자가 재판상 사해의 법률행위를 한 경우에 채권자는 민사소송법 제79조 제1항의 후단에서 규정하고 있는 독립당사자로서 사해행위방지 참가의 기회가 부여되어 있기 때문이라고 한다.

128) 가사 사해행위가 소송행위의 방법으로 이루어졌고, 그 소송행위가 실제법상의 법률행위의 성질도 아울러 가지고 있다고 하더라도 그 소송의 제3자인 채권자의 의사에 따라 사후에 이를 취소할 수 있다고 하는 것은 소송절차의 안정과 소송의 결과를 신뢰하고, 그 후 이루어진 거래의 안전을 심각하게 해치는 것이 되므로, 이를 부정하여 소송행위에 대한 사해행위 취소는 인정되지 않는다고 하여야 할 것으로 생각한다(김용덕(편집대표), 앞의 책, 372면).

129) 이순동, 앞의 책, 182면; 김능환, 앞의 책, 816-817면.

한 일련의 행위의 실질적인 원인이 되는 채무자와 수익자 사이의 이전합의는 다른 일반채권자의 이익을 해하는 사해행위가 될 수 있다는 것이 대법원의 입장¹³⁰⁾이다.

2) 통정한 허위의 의사표시

채무자의 법률행위가 통정허위표시에 의하여 책임재산을 은닉하는 경우에 이를 취소할 수 있는가에 대한 논의가 있다. 이론적으로 통정허위의 의사표시는 무효이므로 취소할 수 없다. 그러나 무효인 법률행위로 이루어진 당사자 사이의 법률관계가 소유권이전등기의 공시방법을 갖추고 있으면서 외관상으로는 유효한 법률행위의 모습을 갖추고 있는 경우에는, 채무자의 재산이 책임재산에서 일탈될 가능성이 있다. 대법원 판례¹³¹⁾는 채무자가 제3자와 통모하여 행한 채권자를 해하는 허위표시를 취소할 수 있다고 판시하였다.

학설은 판례의 태도와 같은 입장을 취하고 있으나, 그 이론 구성에 있어서 약간의 견해 차이가 있다. 무효인 법률행위도 일반적으로 취소할 수 있다는 이중효 이론에 의하여 설명하고자 하는 견해¹³²⁾도 있고, 무효인 법률행위를 취소할 수 있는 것은 아니고 채무자가 행한 법률행위가 사해행위의 요건을 갖추고 있을 때에 채권자취소권의 대상으로 삼을 수 있을 뿐이라는 견해¹³³⁾도 있다.

3. 재산권을 목적으로 한 법률행위

채권자취소권 제도는 채무자의 재산감소 효과를 가져오는 채무자의 재산 처분행위의 효력을 부인하여 채무자의 일반재산을 보전함으로써 채권자를

130) 대법원 2017. 4. 7. 선고 2016다204783 판결.

131) 대법원 1964. 4. 14. 선고 63다827 판결; 대법원 1977. 2. 8. 선고 76다2659 판결; 대법원 1984. 7. 24. 선고 84다카68 판결; 대법원 1975. 2. 10. 선고 74다334 판결; 대법원 1988. 4. 25. 선고 87다카1380 판결; 대법원 1999. 11. 26. 선고 99다40999 판결.

132) 이은영, 앞의 책, 466면.

133) 김상용, 『채권총론』, 법문사, 2004, 244면.

보호하기 위한 제도이다. 그러므로 채권자취소권 행사의 대상이 되는 채무자의 법률행위는 채무자의 재산관리의 자유를 부당하게 침해하거나 제한할 우려가 있기 때문에 직접 채무자의 일반재산을 구성하는 권리에 관한 것이어야 한다.

채권자취소권의 대상이 되는 법률행위는 채무자의 행위 중 ‘재산권을 목적으로 하는’ 법률행위에 한정된다. 우리 민법 제406조 제1항에서 채무자가 한 ‘재산권의 목적으로 하는 법률행위’가 취소의 대상이 된다고 규정함으로써 이 요건을 명확하게 하고 있다.

채권자취소권 제도가 채무자의 사해적 재산감소행위의 효력을 부인하여 채무자의 일반재산을 보전함으로써 채권자를 보호하기 위한 제도이므로, 여기에서 채무자의 행위는 직접 채무자의 일반재산을 구성하는 권리에 관한 것이어야 한다. 그렇지 않으면 채무자의 재산관리의 자유를 부당하게 제한할 염려가 있기 때문이다.

따라서, 간접적으로 채무자의 재산상의 이익에 영향을 미칠 수 있는 법률행위라 하더라도 직접 재산권 자체를 목적으로 하지 않은 혼인·입양·과양 또는 상속의 승인이나 포기¹³⁴⁾와 같은 가족법상의 법률행위는 취소의 대상이 되지 않는 것이 원칙이다. 그러나 이혼에 따른 재산분할은 원칙적으로 채권자취소권의 대상이 되지 않지만, 그러한 재산분할이 지나치게 과다하거나 재산분할을 핑계로 한 재산처분행위라고 인정될 수 있는 정도라면 채권자취소권의 대상이 되고, 그 경우 취소의 범위는 상당 부분을 초과하는 부분에 한정한다.¹³⁵⁾

채무자의 부작위나 노무를 목적으로 하는 법률행위 또는 증여나 유증을 거절하는 행위 등과 같이 재산행위라 할지라도, 직접 일반재산의 감소를 초래하는 것이 아니며, 또 채무자의 자유의사에 맡겨져야 할 성질의 법률행위는 취소의 대상이 되지 않는다.¹³⁶⁾

IV. 채무자의 사해의사

134) 대법원 2011. 6. 9. 선고 2011다29307 판결; 대법원 2001. 2. 9. 선고 2000다51797 판결의 제1심 판결(부산지방법원 1999. 12. 16. 선고 99가단51766 판결)

135) 대법원 2005. 1. 28. 선고 2004다58963 판결.

136) 김증한·김학동, 앞의 책, 196면.

1. 객관적 사해성

1) 사해성의 의미

채권자취소권의 대상이 되는 채무자의 법률행위는 ‘채권자를 해하는’ 것 이어야 한다. 여기서 채권자를 해한다는 것은 채무자의 재산처분행위에 의하여 일반재산이 감소되어 채권의 공동담보에 부족이 생기거나, 이미 부족 상태에 있는 공동담보가 한층 더 부족하게 됨으로써 채권자의 채권을 완전하게 만족시킬 수 없게 되는 것을 말한다. 즉 채무자의 소극재산이 적극재산보다 많아지거나 그 부족 정도가 심화되는 것을 말한다.¹³⁷⁾

2) 사해성의 판단

사해성의 판단은 채무자의 재산처분 당시 이미 채무자가 채무초과상태에 있었는지 및 그 처분행위로 인해 채무초과상태가 심화되었거나 새로 유발되었는지를 검토하여 유발 또는 심화가 확인되면 사해성이 있는 것으로 판단하게 된다. 따라서 그 판단은 객관적인 요소들을 증거에 의해 심리·확정하는 과정을 통해 진행된다.¹³⁸⁾ 채무자의 일반재산은 적극재산과 소극재산으로 구성된다. 대부분 재산감소행위는 적극재산을 감소시키는 처분행위이지만, 소극재산을 증가시키는 채무부담행위도 포함한다. 그 결과 소극재산의 총액이 적극재산의 총액을 초과하는 것, 즉 채무초과 또는 무자력이 되거나 그것이 심화되는 경우에도 사해성이 인정된다. 사해행위에서 공동담보의 이탈로 인한 채권자의 손해는 단순히 그러한 손해 발생의 위험이 있는 것만으로는 부족하고 현실적인 것임을 요한다.¹³⁹⁾ 채무자가 무자력이라는 사실에 대한 입증책임은 사해행위취소소송의 원고인 취소채권자에게 있다.

채무자가 책임재산을 감소시키는 행위를 함으로써 일반채권자들을 위한 공동담보의 부족상태를 유발 또는 심화시킨 경우에 그 행위가 채권자취소

137) 대법원 2017. 10. 26. 선고 2015다254675 판결.

138) 김용덕(편집대표), 앞의 책, 381면.

139) 대법원 2007. 7. 12. 선고 2007다24954 판결.

의 대상인 사해행위에 해당하는지 여부는, 행위목적물이 채무자의 전체 책임재산 가운데에서 차지하는 비중, 무자력의 정도, 법률행위의 경제적 목적이 갖는 정당성 및 그 실현수단인 당해 행위의 상당성, 행위의 의무성 또는 상황의 불가피성, 채무자와 수익자 간 통모의 유무와 같은 공동담보의 부족 위험에 대한 당사자의 인식의 정도 등 그 행위에 나타난 여러 사정을 종합적으로 고려하여, 그 행위를 궁극적으로 일반채권자를 해하는 행위로 볼 수 있는지 여부에 따라 최종 판단하여야 한다.¹⁴⁰⁾¹⁴¹⁾

사해행위의 성립 여부는 사해행위 당시를 기준으로 판단할 것이므로, 연속하여 수 개의 재산처분행위를 한 경우에도 원칙으로 각 행위별로 그로 인하여 무자력이 초래되었는지 여부에 따라 사해성 여부를 가려야 한다.¹⁴²⁾ 다만 그 일련의 처분행위를 하나의 행위로 보아야 할 특별한 사정이 있는 때에는 이를 일괄하여 전체적으로 사해성이 있는지 여부를 판단하여야 하고, 그러한 특별한 사정이 있는지는 그 각 처분행위가 상대방이 동일한지, 시간적으로 근접한지, 상대방과 채무자가 특별한 관계가 있는지, 각 처분의 동기 내지 기회가 동일한지 등을 참작하여 판단할 것이지만,¹⁴³⁾ 그 각 처분행위가 동일한 목적을 달성하기 위한 일련의 법적 처리과정에서 상호 연계하여 이루어진 것이라는 등 특별한 연관관계가 없는 경우까지도 그 범위를 함부로 넓혀서 하나의 행위인 것처럼 일괄 평가할 것은 아니다.

3) 사해성 판단의 기준시점

사해성 판단의 기준시점은 첫째로 처분행위 시이고, 둘째로 취소권 행사시, 즉 사실심의 변론종결시이다. 즉, 사해행위 당시는 물론 채권자취소권 행사인 사실심 변론종결시까지 사해성을 갖추고 있어야 한다. 채무자의 재산처분행위가 사해행위가 되는지 여부는 처분행위 당시를 기준으로 판단해야 한다.¹⁴⁴⁾ 따라서 채무자의 처분행위 시 채권자를 해하는 행위가 아니라

140) 대법원 2010. 9. 30. 선고 2007다2718 판결.

141) 먼저, 채무자의 무자력이라는 객관적 요소를 중심으로 사해성을 판단하고, 통모 등의 주관적 요소나 그 밖의 종합적 사정은 보충적으로 고려하는 것이 타당하다고 생각한다.

142) 대법원 2001. 4. 27. 선고 2000다69026 판결.

143) 대법원 2002. 9. 24. 선고 2002다23857 판결.

144) 대법원 2001. 7. 27. 선고 2000다73377 판결; 대법원 2009. 10. 29. 선고 2009

면 그 후 채무자의 재산상태가 악화되더라도 사해행위는 성립하지 아니한다. 그리고 사해성의 요건은 행위 당시는 물론 채권자가 취소권을 행사할 당시(사해행위취소소송의 사실심 변론종결시)에도 갖추고 있어야 하므로, 처분행위 당시에는 채권자를 해하는 것이었더라도 그 후 채무자가 자력을 회복하거나 채무가 감소하여 취소권 행사시에 채권자를 해하지 않게 되었다면, 채권자취소권에 의하여 책임재산을 보전할 필요성이 없으므로 채권자취소권은 소멸한다.¹⁴⁵⁾

4) 가액의 산정

사해행위의 성립 여부를 판단하기 위하여서는 취소채권자의 채권액 및 채무자의 총재산액이 파악되어야 하고, 그 산정의 기준 시기는 사해행위 당시이다. 즉, 채무자의 재산처분행위가 사해행위가 되는지 여부는 처분행위 당시를 기준으로 판단하여야 하므로 담보로 제공된 부동산이 사해성 여부가 문제되는 재산처분행위가 있는 후에 임의경매 등 절차에서 환가가 진행된 경우에는 그 재산처분행위의 사해성 여부를 판단하기 위한 부동산 가액의 평가는 부동산 가액의 하락이 예상되는 등 특별한 사정이 없는 한 사후에 환가된 가액을 기준으로 할 것이 아니라 사해성 여부가 문제되는 재산처분행위 당시의 시가를 기준으로 하여야 한다.¹⁴⁶⁾

한편, 저당권이 설정되어있는 부동산이 사해행위로 양도된 경우에 그 사해행위는 부동산의 가액, 즉 시가(공시지가와 일치하는 것은 아니다)에서 저당권의 피담보채권액을 공제한 잔액의 범위 내에서 성립하고, 피담보채권액이 부동산의 가액을 초과하는 때에는 당해 부동산의 양도는 사해행위에 해당한다고 할 수 없는바,¹⁴⁷⁾ 여기서 피담보채권액이라 함은 근저당권의 경우 채권최고액이 아니라 실제로 이미 발생하여 있는 채권금액이라고 할 것이다.¹⁴⁸⁾

다47852 판결; 대법원 2017. 10. 26. 선고 2015다254675 판결.

145) 대법원 2009. 3. 26. 선고 2007다63102 판결.

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

147) 대법원 1996. 10. 29. 선고 96다23207 판결; 대법원 1997. 9. 9. 선고 97다10864 판결; 대법원 2001. 6. 12. 선고 99다20612 판결.

148) 대법원 2001. 10. 9. 선고 2000다42618 판결.

2. 채무자의 무자력

1) 무자력의 의의

사해행위취소소송의 핵심 쟁점사항은 사해행위 당시 채무자가 무자력 상태에 있었는지 여부를 판단하는 것이다. 사해행위란 채무자의 재산처분행위로 인해 책임재산이 감소하여 채권의 공동담보에 부족이 생기거나 이미 부족상태에 있는 공동담보가 한층 더 부족하게 되어 채권을 완전하게 만족시킬 수 없게 된 것을 말한다.¹⁴⁹⁾

사해행위취소의 요건으로서의 무자력이란 채무자의 변제자력이 없음을 뜻하는 것이고 특히 임의 변제를 기대할 수 없는 경우에는 강제집행을 통한 변제가 고려되어야 하므로, 소극재산이든 적극재산이든 위와 같은 목적에 부합할 수 있는 재산인지 여부가 변제자력 유무 판단의 중요한 고려요소가 되어야 한다.¹⁵⁰⁾

그런데 채무자의 소극재산은 실질적으로 변제 의무를 지는 채무를 기준으로 하여야 할 것이므로¹⁵¹⁾ 처분행위 당시에 가집행선고 있는 판결서의 채무가 존재하고 있었다고 하더라도 그것이 나중에 상급심의 판결에 의하여 감액된 경우에는 그 감액된 판결서의 채무만이 소극재산이라 할 것이다.

2) 적극재산의 산정

일반적으로 적극재산은 채무자의 부동산, 동산 및 채권 등으로 구성된다. 조건부나 기한부 권리도 적극재산에 포함될 수 있다.

채무자 소유의 재산에 저당권이 설정되어 있는 경우, 그 재산의 가액에서 다른 채권자가 가지는 피담보채권액을 공제한 잔액만이 채무자의 적극재산으로 평가되어야 한다.¹⁵²⁾ 전세권 또는 우선변제적 효력이 있는 임차권이 설정되어 있는 경우에도 마찬가지로 부동산의 가액에서 전세금 또는

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

150) 대법원 2006. 2. 10. 선고 2004다2564 판결.

151) 대법원 2006. 2. 10. 선고 2004다2564 판결.

152) 대법원 2012. 1. 12. 선고 2010다64792 판결.

임차보증금을 공제한 잔액만을 채무자의 적극재산으로 평가하여야 한다.

채무자의 적극재산은 강제집행이 가능한 재산이어야 하고, 압류가 금지된 재산은 제외된다.¹⁵³⁾ 또한 자본잠식 상태인 회사의 주식은 실질적으로 재산적 가치가 없어 채권의 공동담보가 될 수 없는 재산도 제외된다.¹⁵⁴⁾ 다만, 실질적으로 재산가치가 있는 재산을 강제집행이나 현금화의 용이성이 다소 떨어진다는 이유만으로 채무자의 적극재산에서 제외할 수는 없다.¹⁵⁵⁾

적극재산이 채권인 경우에는 그것이 용이하게 변제를 받을 수 있는 확실성이 있는 것인지 여부를 합리적으로 판정하여 그것이 긍정되는 경우에 한하여 적극재산에 포함시켜야 할 것이다.¹⁵⁶⁾

3) 소극재산의 산정

채무자의 소극재산에 포함되는지 여부는 실질적으로 변제 의무를 지는 채

153) 대법원 2005. 1. 28. 선고 2004다58963 판결; 대법원 2014. 1. 23. 선고 2013다71180 판결; 대법원 2022. 2. 11. 선고 2019다250831, 250848 판결: 채무자의 재산처분행위가 사해행위가 되기 위해서는 그 행위로 말미암아 채무자의 총재산의 감소가 초래되어 채권의 공동담보에 부족이 생기게 되는 것, 즉 채무자의 소극재산이 적극재산보다 많아져야 하는 것인바, 채무자의 적극재산을 산정함에 있어서는 다른 특별한 사정이 없는 한 실질적으로 재산가치가 없어 채권의 공동담보로서의 역할을 할 수 없는 재산은 제외하여야 한다.

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

155) 대법원 2012. 10. 11. 선고 2010다85102 판결: 피고 1은 자기 소유의 이 사건 부동산과 분당오피스텔을 피고 주식회사 솜코리아에게 현물출자하고 피고 주식회사 솜코리아 앞으로 이 사건 현물출자를 원인으로 하는 소유권이전등기를 마쳐주었고, 그 대가로 피고 주식회사 솜코리아 발행의 보통주 80,172주를 취득하였는데, 소규모 비상장법인인 피고 주식회사 솜코리아의 이 사건 주식이 강제집행하여 쉽게 현금화할 수 있다고 보기 어렵다는 이유만으로 피고 1의 적극재산을 산정함에 있어서 이 사건 주식을 포함시켜야 한다는 피고 주식회사 솜코리아의 주장을 배척함으로써 이 사건 현물출자로 인하여 피고 1이 채무초과상태가 되었다고 판단한 원심을 파기한 사례이다.

156) 대법원 2001. 10. 12. 선고 2001다32533 판결: 이 판결은 사해행위 당시 소외 회사에 대해 채권을 가지고 있었지만 소외 회사는 폐업한 채무초과 상태에 있었고, 별도의 물적 담보 등을 가지고 있지 아니하였으며, 2년이 넘도록 변제받지 못하고 있었던 점 등을 들어 위 채권은 적극재산에 포함되지 않는다는 취지로 판시하였다.

무인지의 여부를 기준으로 판단하여야 한다. 소극재산의 산정에 있어서, 채무자의 채무가 보증채무이거나, 채무자 외 제3자가 채권자에게 물상담보를 제공하고 있거나, 제3자가 공동보증인 또는 연대채무자로 되어 있다고 하더라도 원칙적으로 이를 고려함이 없이 피담보채무 전액을 소극재산으로 산정하여야 한다.

채무자의 처분행위 당시에 가집행선고 있는 판결서의 채무가 존재하고 있었다고 하더라도 그것이 나중에 상급심의 판결에 의하여 감액된 경우에는 그 감액된 판결서의 채무만이 소극재산이 된다.

3. 주관적 사해성¹⁵⁷⁾

1) 채무자의 사해의사

채무자는 채권자를 해하는 것을 알고 재산처분행위를 하여야 한다. 채무자의 채권자를 해하는 의사가 바로 사해의사이다. 사해의사는 채무자의 재산처분행위에 의하여 채권의 공동담보에 부족이 생기거나 이미 부족한 상태에 있는 공동담보가 한층 더 부족하게 됨으로써 채권자의 채권을 완전하게 만족시킬 수 없게 된다는 사실을 인식하는 것을 말한다.

학설은 사해행위의 객관적 요건에 관한 인식으로 충분하다는 인식설과 그러한 인식을 넘어 그 결과에 대한 의도 내지 의욕이 필요하다는 의사설이 대립하고 있으나, 통설은 인식설을 취하고 있다.¹⁵⁸⁾

또한 대법원은 “사해의사란 채무자가 법률행위를 함에 있어 그 채권자를 해함을 안다는 것이다. 여기서 ‘안다’고 함은 의도나 의욕을 의미하는 것이 아니라 단순한 인식으로 충분하다. 결국 사해의사란 공동담보 부족에 의하여 채권자가 채권변제를 받기 어렵게 될 위험이 생긴다는 사실을 인식하는 것이며,¹⁵⁹⁾ 이러한 인식은 일반 채권자에 대한 관계에서 있으면 족하고, 특정의 채권자를 해한다는 인식이 있어야 하는 것은 아니다.”라고 판시하여

157) 주관적 사해성이란 객관적 사해성에 대한 인식과 의욕을 말한다.

158) 곽윤직, 앞의 책(채권총론(민법강의Ⅲ)), 153면; 김중환·김학동, 앞의 책, 202-203면; 김주수, 앞의 책, 248면.

159) 대법원 1998. 5. 12. 선고 97다57320 판결; 대법원 1999. 11. 12. 선고 99다29916 판결.

인식설을 취하고 있다.¹⁶⁰⁾

2) 판단의 기준

사해의사의 판단 기준은 그 사해행위가 대리인에 의하여 이루어진 때에는 사해의사의 유무는 대리인을 표준으로 결정하여야 하고, 특정한 법률행위를 위임받은 대리인의 경우에 본인에게 사해의사가 있으면 대리인에게 그 인식이 없더라도 사해행위는 성립한다.¹⁶¹⁾ 같은 맥락에서 대법원 판례도 수익자 또는 전득자의 악의에 관하여 “대리인이 한 법률행위가 사해행위인지를 판단함에 있어 수익자 또는 전득자의 사해행위에 대한 악의의 유무는 대리인을 기준으로 판단하여야 한다.”¹⁶²⁾고 판시하여 같은 입장을 취하고 있다.

3) 판단의 기준시점

사해의사의 판단 기준시점은 사해행위의 객관적 요건인 무자력의 판단과 마찬가지로 사해행위 당시의 사정을 기준으로 하여야 할 것임은 물론이나, 사해행위라고 주장되는 행위 이후의 채무자의 변제 노력과 채권자의 태도 등도 사해의사의 유무를 판단함에 있어 다른 사정과 더불어 간접사실로 삼을 수도 있다.¹⁶³⁾ 그리고 사해의사의 판단 기준시점인 사해행위 당시에 사해의사가 없었던 이상 그 후에 채권자를 해함을 알았더라도 사해행위는 성립하지 않는다.

160) 대법원 2009. 3. 26. 선고 2007다63102 판결.

161) 민법(법률 제19069호, 2022. 12. 13. 시행) 제116조(대리행위의 하자) ① 의사 표시의 효력이 의사의 흠결, 사기, 강박 또는 어느 사정을 알았거나 과실로 알지 못한 것으로 인하여 영향을 받을 경우에 그 사실의 유무는 대리인을 표준하여 결정한다.

② 특정한 법률행위를 위임한 경우에 대리인이 본인의 지시에 좇아 그 행위를 한 때에는 본인은 자기가 안 사정 또는 과실로 인하여 알지 못한 사정에 관하여 대리인의 부지를 주장하지 못한다.

162) 대법원 2006. 9. 8. 선고 2006다22661 판결; 대법원 2013. 11. 28. 선고 2013다206986 판결.

163) 대법원 2000. 12. 8. 선고 99다31940 판결; 대법원 2003. 12. 12. 선고 2001다57884 판결.

4) 입증책임

채권자취소권의 주관적 요건인 채무자가 채권자를 해함을 안다는 이른바 채무자의 악의에 관한 입증책임은 사해행위취소소송을 제기한 취소채권자(원고)에게 있다고 한다.¹⁶⁴⁾ 다만, 사해의사는 채무자의 재산처분행위로 인해 일반 채권자의 공동담보가 되는 책임재산이 부족하게 되어 채무초과상태에 빠지게 되거나 이미 채무초과상태에 있던 것이 그 부족정도가 더 심화된다는 사정을 인식하는 것을 의미하는 것이다. 그러므로 채무자의 재산처분행위가 사해행위에 해당하는 것으로 객관적으로 입증되는 경우¹⁶⁵⁾에는 특별한 사정이 없는 한 채무자의 사해의사도 사실상 추정된다고 할 것이다. 실제 소송실무에서도 채무자의 사해의사 성부는 그다지 문제가 되지 않는 것으로 보인다.

V. 수익자 또는 전득자의 악의

1. 수익자·전득자의 ‘악의’의 의미

채무자의 사해행위로 인하여 이익을 받은 자를 수익자라고 하고, 사해행위의 목적물의 전부 또는 일부를 수익자로부터 다시 취득한 자를 전득자라고 한다. 수익자 또는 전득자의 악의는 민법 제406조 제1항의 단서규정에 따라 “채권자를 해함을 안다.”는 것, 즉 사해행위의 객관적 요건이 구비되었다는 점에 대한 인식을 말한다. 사해행위의 요건은 사해행위와 사해의사일 뿐이므로, 수익자 또는 전득자의 과실 여부는 선의 또는 악의 판단에 영향을 미치지 않는다.

먼저, 수익자의 선의 여부에 관한 판단의 기준이다. 법원은 일관되게 채무자의 법률행위가 사해행위로 인정된다면 수익자의 악의는 추정되고 결국

164) 대법원 2000. 2. 25. 선고 99다42384 판결.

165) 여기에서 채무자의 재산처분행위가 사해행위에 해당하는 것으로 객관적으로 입증된 경우라고 함은 무자력이 초래되거나 무자력 상태가 심화된 것으로 밝혀진 경우를 말한다.

수익자가 스스로 자신의 선의를 입증하여야 한다고 실시하고 있다.

문제는 수익자의 선의를 어떻게 판단할지 여부인 바, 대법원 2008. 7. 10. 선고 2007다74621 판결에서는 채무자와 수익자의 관계, 채무자와 수익자 사이의 처분행위의 내용과 그에 이르게 된 경우 또는 동기, 그 처분행위의 거래조건이 정상적이고 이를 의심할만한 특별한 사정이 있었는지 여부를 기준으로 판단하고 이에 대한 객관적인 자료를 요구하고 있다. 나아가 수익자로서는 선의로는 인정되지만 최소한의 주의만 기울였다면 이와 같은 사정을 알았을 수 있다고 판단되는 경우 즉 과실이 존재하는 경우 선의가 번복되는지가 문제가 되었는데 위 판결에서는 일단 선의로 평가된다면 이에 대한 과실이 있다고 하더라도 선의가 번복되지 않는다고 판시한 것이다.

생각건대, 민법 제406조에서도 수익자 또는 전득자에 대하여 ‘채권자를 해함을 알지 못한 경우’라고만 규정되어 있는 점을 고려하여 본다면, 위 판결은 타당해 보인다.

2. 판단의 기준시점

수익자 또는 전득자의 선의·악의의 판단 기준시점도 사해행위 당시이다. 수익자에 있어서는 채무자와의 법률행위 당시, 전득자에 있어서는 전득당시를 기준으로 선의·악의 여부를 판단하여야 한다. 따라서 사해행위 당시에 수익자 또는 전득자가 채무자의 행위가 사해행위가 된다는 점, 즉 사해성에 대한 인식이 없었다면 그 후 사해성을 인식하게 되었다고 하더라도 소급적으로 악의가 되는 것이 아니다.

3. 입증책임

수익자 또는 전득자의 악의에 관한 입증책임에 관하여, 통설은 민법 제406조 제1항의 규정 형식상 채무자의 악의가 입증되면 수익자·전득자의 악의도 추정되므로, 채권자취소권의 행사를 저지하기 위하여는 수익자 또는 전득자 스스로가 자신의 선의를 입증하여야 한다.¹⁶⁶⁾

166) 정규상, “사해행위취소소송에 있어서의 수익자·전득자의 선의의 입증책임

대법원도 사해행위취소소송에 있어서 수익자가 악의라는 사실에 관하여는 그 수익자 자신에게 선의임을 입증할 책임이 있다거나,¹⁶⁷⁾ 채무자의 악의라는 사실에 관하여는 그 취소를 주장하는 채권자에게 입증책임이 있으나, 수익자 또는 전득자가 악의라는 사실에 관하여는 그 입증책임이 채권자에게 있는 것이 아니고 수익자 또는 전득자 자신에게 선의라는 사실을 입증할 책임이 있다¹⁶⁸⁾고 하여 통설과 같은 입장을 취하고 있다.

4. 입증의 정도 및 방법

대법원은, 수익자 또는 전득자의 악의에 관한 입증의 정도 및 방법에 관하여, 사해행위취소소송에서 수익자의 악의는 추정되므로 수익자로서는 자신의 책임을 면하려면 자신의 선의를 입증할 책임이 있다 할 것인데, 이 경우 수익자의 선의 여부는 채무자와 수익자의 관계, 채무자와 수익자 사이의 처분행위의 내용과 그에 이르게 된 경위 또는 동기, 그 처분행위의 거래조건이 정상적이고 이를 의심할만한 특별한 사정이 없으며 정상적인 거래관계임을 뒷받침할만한 객관적인 자료가 있는지 여부, 그 처분행위 이후의 정황 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 논리칙·경험칙에 비추어 합리적으로 판단하여야 한다¹⁶⁹⁾는 입장이다.

대법원은, 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 더 잡아 사해행위 또는 전득행위 당시 수익자 또는 전득자가 선의였다고 선뜻 단정하여서는 아니 된다¹⁷⁰⁾는 입장도 견지하고 있다.

문제”, 월간고시 제20권 제5호, 법지사, 1993, 87면.

167) 대법원 1991. 2. 12. 선고 90다16276 판결; 대법원 1998. 2. 13. 선고 97다6711 판결; 대법원 2006. 4. 14. 선고 2006다5710 판결; 대법원 2006. 7. 4. 선고 2004다61280 판결; 대법원 2013. 11. 28. 선고 2013다206986 판결; 대법원 2015. 10. 29. 선고 2015다37504 판결.

168) 대법원 1997. 5. 23. 선고 95다51908 판결; 대법원 2006. 9. 28. 선고 2004다35465 판결; 대법원 2007. 7. 12. 선고 2007다18218 판결.

169) 대법원 2008. 7. 10. 선고 2007다74621 판결.

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

실제로 소송실무에서는, 수익자 또는 전득자가 채무자와 친인척 등의 인적 관계로 처음부터 잘 알고 지냈던 사이이었는지, 아니면 다른 거래관계로 평소 잘 알고 있었던 사이이었는지, 채무자의 재산상태나 신용상태(채권채무관계)에 대해 잘 알고 있었던 사이이었는지, 부동산 매매계약에 있어서 실수요자로서 공인중개사사무소를 통하여 통상적인 거래에 의하여 해당 부동산을 매수하였는지(적정한 시가에 상당한 거래이었던지), 매매대금의 지급이 실제로 이루어졌는지, 매매대금의 출처가 확실하게 밝혀졌는지,¹⁷¹⁾ 부동산 임대차계약에 있어서 월차임, 전기요금 및 상하수도요금 등의 납부가 정상적으로 이루어지고 있는지 등을 종합적으로 검토하여 수익자 또는 전득자의 선의 여부를 판단하고 있다.

VI. 가족법상 법률행위에 대한 채권자취소권 대상성 여부

이혼에 따른 재산분할에 관하여 그 재산분할이 상당한 정도를 벗어나는 과도한 것이라고 인정할 만한 특별한 사정이 없는 한 사해행위로서 취소할 것은 아니지만 상당한 정도를 벗어나는 초과부분에 관하여서는 사해행위에 해당하여 채권자취소권의 대상이 될 수 있고, 상속재산분할협약에 관해서는 그 성질상 재산권을 목적으로 하는 법률행위이므로 채권자취소권의 대상이 되지만 그 재산분할의 결과가 구체적 상속분에 상당하는 정도에 미달하는 과소한 것이라고 인정되지 않는 한 사해행위로서 취소되어야 할 것은 아니고, 구체적 상속분에 상당하는 정도에 미달하는 과소한 경우에도 사해행위로서 취소되는 범위는 그 미달하는 부분에 한정한다.

이와 같이, 이혼에 따른 재산분할이나 상속재산분할협약에서는 제한된 범위 내에서 채권자취소권의 대상성을 긍정하고 있음에도 상속의 포기나 유증의 포기에 관해서는 채권자취소권의 대상성을 부정하고 있다.

여기에서는 가족법상의 법률행위가 채권자취소권의 대상이 되는지에 관한 대법원의 입장을 정리해 보고자 한다.

1. 상속의 포기¹⁷²⁾

171) 대법원 2010. 2. 11. 선고 2009다80484 판결; 대법원 2011. 3. 10. 선고 2010다102632 판결; 대법원 2011. 11. 10. 선고 2011다53614 판결.

1) 사건의 개요

원고는 소외 1을 상대로 2억 8천만 원 및 그에 대한 지연손해금의 지급을 구하는 소를 제기하여 승소판결을 받았고, 그 판결은 그 무렵 확정되었다. 한편 그 이후에 소외 1과 피고들의 어머니인 망 소외2가 사망하자 망인의 공동상속인 중 소외 1은 상속포기기간 동안에 서울가정법원에 상속포기의 신고를 하였고, 위 신고는 그 무렵에 위 법원에 의하여 수리되었다. 소외 1을 제외한 채 망인의 상속재산인 이 사건 부동산의 망인 소유 지분에 관하여 상속재산분할협의를 한 다음, 협의분할로 인한 재산상속을 원인으로 하여 각 지분소유권이전등기를 마쳤다. 원고는 이미 채무초과상태에 있던 소외 1이 공동상속인들인 피고들과 사이에 이 사건 상속재산 중 자신의 상속분에 관한 권리를 포기하는 내용으로 행한 상속재산분할협의를 채권자인 원고를 해하는 사해행위에 해당하므로 취소되어야 하고, 위 각 지분소유권이전등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다고 주장하였다.

2) 대법원 판결의 요지

상속의 포기는 비록 포기자의 재산에 영향을 미치는 바가 없지 아니하나 상속인의 지위 자체를 소멸하게 하는 행위로서 순전한 재산법적 행위와 같이 볼 것이 아니다. 오히려 상속의 포기는 1차적으로 피상속인 또는 후순위 상속인을 포함하여 다른 상속인 등과의 인격적 관계를 전체적으로 판단하여 행하여지는 ‘인적 결단’으로서의 성질을 가진다. 그러한 행위에 대하여 비록 상속인인 채무자가 무자력 상태에 있다고 하여서 그에게 상속포기를 하지 못하게 하는 결과가 될 수 있는 채권자의 사해행위취소를 쉽사리 인정할 것이 아니다. 그리고 상속은 피상속인이 사망 당시에 가지던 모든 재산적 권리 및 의무·부담을 포함하는 총재산이 한꺼번에 포괄적으로 승계되는 것으로서 다수의 관련자가 이해관계를 가지는데, 위와 같이 상속인의 자격 자체를 좌우하는 상속포기의 의사표시에 사해행위에 해당하는 법률행위에 대하여 채권자 자신과 수익자 또는 전득자 사이에서만 상대적으로 그

172) 대법원 2011. 6. 9. 선고 2011다29307 판결.

효력이 없는 것으로 하는 채권자취소권의 적용이 있다고 하면, 상속을 둘러싼 법률관계는 그 법적 처리의 출발점이 되는 상속인 확정 단계에서부터 복잡하게 얽히게 되는 것을 면할 수 없다. 또한, 상속인의 채권자의 입장에서는 상속의 포기가 그의 기대를 저버리는 측면이 있다고 하더라도 채무자인 상속인의 재산을 현재의 상태보다 악화시키지 아니한다. 이러한 점들을 종합적으로 고려하여 보면, 상속의 포기는 제406조 제1항에서 정하는 ‘재산권에 관한 법률행위’에 해당하지 아니하여 사해행위취소의 대상이 되지 못한다.

3) 판결의 검토

상속인의 고유재산 중 소극재산이 더 많고 상속재산은 적극재산이 많아 상속을 승인하게 되면 자신의 채무를 변제할 수 있는 상속인이 상속을 포기하자, 상속인의 채권자가 상속포기에 대하여 채권자취소권을 행사한 사안이다. 구체적인 판결의 검토는 ‘제4장 상속포기에 대한 채권자취소권 적용 II. 우리나라의 학설과 판례’에서 자세하게 다룬다. 여기에서 판결의 검토를 생략한다.

2. 유증의 포기¹⁷³⁾

1) 사건의 개요

원고는 소외 1에게 2억 원을 대여하면서 소외 3이 소외 1의 원고에 대한 위 채무를 연대보증 하였다. 소외 1의 아버지인 망 소외 2는 자신의 소유인 이 사건 부동산을 소외 1에게 유증하고 유언의 집행자로 소외 4를 지정한다는 내용의 유언공정증서를 작성하였다. 망인이 사망하자, 소외 1의 채권자인 소외 5는 소외 1 등에 대한 서울중앙지방법원 2009가단148661호 대여금 확정판결을 대위 원인으로 삼아 이 사건 부동산에 관하여 망인으로부터 소외 1, 소외 7, 피고들 앞으로 각 1/4 공유지분씩 상속 이전하는 내용의 이 사건 지분이전등기를 마쳤다. 한편 소외 1은 망인의 사망 이후인

173) 대법원 2019. 1. 17. 선고 2018다260855 판결.

2015년 추석에 피고들을 포함한 망인의 상속인들에게 이 사건 유증을 받지 않고 상속 지분대로 상속하겠다는 의사를 표시하였다.

2) 판결의 요지

유증을 받을 자는 유언자의 사망 후에 언제든지 유증을 승인 또는 포기할 수 있고, 그 효력은 유언자가 사망한 때에 소급하여 발생하므로(제1074조), 채무초과 상태에 있는 채무자라도 자유롭게 유증을 받을 것을 포기할 수 있다. 또한, 채무자의 유증 포기가 직접 채무자의 일반재산을 감소시켜 채무자의 재산을 유증 이전의 상태보다 악화시킨다고 볼 수도 없다. 따라서 유증을 받을 자가 이를 포기하는 것은 사해행위취소의 대상이 되지 않는다.

3) 판결의 검토

이 판결은, 이 사건 유언공정증서에 이 사건 부동산이 망인 소유의 유일한 재산이었는지, 이 사건 부동산 외에 다른 재산이 있었는지가 불분명하고, 나아가 이 사건 대여금 채무가 이 사건 유언공정증서에 기재되어 있지 아니한 것으로 보이는바, 이 사건 유증이 포괄적 유증이 아닌 특정유증으로 보인다.¹⁷⁴⁾¹⁷⁵⁾

이 판결의 사안이 포괄적 유증이 아닌 특정유증이라 하더라도, 유증은 증여¹⁷⁶⁾와 달리 상대방 없는 단독행위이므로 유증을 받은 사람(수유자)의

174) 이미정, “가족법상 법률행위와 채권자취소권”, 판례연구 제32집, 부산판례연구회, 2021, 379-426면: 이 논문에서 제2대상판결이 그 사실관계에서 포괄적 유증인지 특정유증인지를 명확히 하고 있지는 않으나, 실질적으로 가장 의미 있는 재산인 부동산 전부를 상속인 중 한 명에게 유증한 것이므로 포괄적 유증이든, 특정유증이든 큰 차이가 없다고 한다.

175) 포괄적 유증 포기의 경우 제1078조, 제1041조에 따라 가정법원에 포기의 신고를 하여야 하는데, 유증을 받은 자가 제2대상판결의 제1심과 제2심의 소송절차에서 가정법원에 포괄적 유증에 대한 포기신고를 하였다는 사실에 대한 언급이 전혀 없고, 이 사건 소송절차에서 비로소 이 사건 유증을 명시적으로 포기한 사실이 있었다. 그렇다면, 이 사건 유증은 포괄적 유증이 아닌 특정유증이라고 해석함이 옳을 것 같다(대법원도 같은 판단이다).

176) 증여의 경우 계약이 성립하여야만 그 효력이 발생하는 것이므로, 증여를 받

의사와 관계없이 일단 유언자의 사망과 동시에 효력이 생기지만, 증여와 마찬가지로 수유자의 의사에 반해서까지 유증에 의한 권리취득을 강제하는 것은 부당하므로,¹⁷⁷⁾ 수유자는 유언자의 사망 후에 언제든지 유증의 포기를 할 수 있고 그 포기의 효력이 유언자의 사망한 때에 소급하여 발생한다고 규정하여, 수유자의 자유로운 유증 포기를 인정하고 있는 점(나아가, 수유자가 유증의 포기에 대한 자유의사는 수유자가 채무초과인 경우에도 존중할 필요가 있다는 점), 또한 수유자의 유증 포기가 직접 채무자의 일반 재산을 감소시켜 채무자의 재산을 유증 이전의 상태보다 악화시킨다고 볼 수 없는 점¹⁷⁸⁾을 들어 수유자가 유증을 포기하는 것은 사해행위취소의 대상이 되지 않는다고 해석함이 바람직하다고 생각한다.

이 판결은 채권자의 기대라는 측면에서 유증의 포기를 상속의 포기와 비교하여 판결 이유를 설명하여 제시하는 과정에서, 일반적으로 채권자는 채무자의 가족관계나 가족의 재산 관계 등을 파악하여 채무자의 상속지분에 따른 재산상속 가능성을 어느 정도 기대할 수 있지만, 유증의 경우는 유언장 등이 공개되기 전까지는 그 유증의 존재나 내용을 파악하기 어려워 채권자의 기대 형성에 이바지하는 바가 상속보다 오히려 적다고 볼 수 있다는 점을 언급하였다.

을 사람(수증자)은 증여의 청약에 대한 승낙의 의사표시를 하지 아니하는 방식으로 자유롭게 증여를 거부할 수 있는데, 위와 같은 증여의 거절은 사해행위취소의 대상이 될 수 없을 뿐만 아니라, 증여의 청약에 대한 승낙의 의사표시를 수증자의 채권자가 채권자대위권을 근거로 하여 행사하는 것도 원칙적으로 허용되지 않는다.

177) 유증은 그 자체가 완결된 법률행위이고 계약이 아니므로 수유자의 의사에 반해서까지 권리취득을 강제하는 것은 불합리하다.

178) 수유자의 유증 포기가 직접 채무자의 일반재산을 감소시켜 채무자의 재산을 유증 이전의 상태보다 악화시킨다고 볼 수 없다는 사유(논거)는 ① 유증의 효력 발생 시점이 유언자가 사망한 때라고 하더라도 그 효력은 수유자가 장차 그 유증을 승인하는 것을 전제로 하는 잠정적이므로, 유증에 따라 수유자의 일반채권자들을 위한 공동담보가 실질적으로 증가하였다가 유증 포기 때문에 감소한 것으로 보기는 어렵다는 점과 ② 채권자의 기대라는 측면에서 유증의 포기를 상속의 포기와 비교하여 보면, 일반적으로 채권자는 채무자의 가족관계나 가족의 재산 관계 등을 파악하여 채무자의 상속지분에 따른 재산상속 가능성을 어느 정도 기대할 수 있지만, 유증의 경우는 유언장 등이 공개되기 전까지는 그 유증의 존재나 내용을 파악하기 어려워 채권자의 기대 형성에 이바지하는 바가 상속보다 오히려 적다고 볼 수 있는 점이다.

즉, 일반적으로 상속인과 금전소비대차 약정 등을 체결한 채권자는 상속인이 가지고 있는 현재의 고유재산에 대한 신뢰뿐만 아니라 더 나아가 잠정상속인으로서의 기대권, 즉 상속을 많이 받아 장차 책임재산의 증가가 기대된다는 기대권을 신뢰하고 계약을 체결하는 경우가 있을 수가 있음을 드러냈다. 실생활에서도, 잠정적인 상속권자라는 신분에 대한 기대는 그와 법률관계를 맺는 채권자의 신뢰에 상당한 영향을 주고 있음을 부정할 수 없는 일이다.

3. 이혼에 따른 재산분할¹⁷⁹⁾

1) 사건의 개요

원고 주식회사 광주은행이 소외 우○종합건설 주식회사(이하 '우○종합건설'이라 한다)에게 기업일반자금 대출 명목으로 금 2억 원을 대출하였고, 기업당좌대출 명목으로 금 2억 원을 대출하여 주었는데 우○종합건설의 대표이사인 조종○의 조카이자 우○종합건설의 전무이사인 소외 조○우(피고의 남편을 말한다)는 우○종합건설의 원고에 대한 각 채무를 연대보증하였다. 그 후 우○종합건설은 자금 사정의 악화로 경영상 어려움을 겪던 중 부도가 났는데 그로부터 며칠 전에 위 조○우는 그의 유일한 재산인 이 사건 아파트를 당시 그의 처인 피고에게 증여를 원인으로 하여 그 소유권이 전등기를 마쳤다.

2) 판결의 요지

이혼에 따른 재산분할로 받은 것이라는 점에 대하여 이미 채무초과 상태

179) 대법원 2000. 7. 28. 선고 2000다14101 판결을 중심으로 정리하여 분석하고자 한다. 이 판결은, 이혼에 따른 재산분할은 특별한 사정이 없는 한 사해행위로서 채권자에 의한 취소의 대상으로 되는 것은 아니고, 다만 상당한 정도를 벗어나는 초과 부분만 적법한 재산분할이라고 할 수 없어 취소의 대상으로 될 수 있을 것이나, 이처럼 상당한 정도를 벗어나는 과대한 재산분할이라고 볼 특별한 사정이 있다는 점에 관한 입증책임은 채권자에게 있다고 본 사례이다.

에 있는 채무자가 이혼하면서 자신의 배우자에게 재산분할로 일정한 재산을 양도함으로써 결과적으로 일반채권자에 대한 공동담보를 감소시키는 결과로 되어도, 위 재산분할이 제839조의2 제2항 규정의 취지에 따른 상당한 정도를 벗어나는 과도한 것이라고 인정할 만한 특별한 사정이 없으면 사해행위로서 채권자에 의한 취소의 대상으로 되는 것은 아니라고 할 것이고, 다만 위와 같은 상당한 정도를 벗어나는 초과 부분에 관한 한 적법한 재산분할이라고 할 수 없으므로 그 취소의 대상으로 될 수 있다고 할 것인바, 위와 같이 상당한 정도를 벗어나는 과도한 재산분할이라고 볼 만한 특별한 사정이 있다는 점에 관한 입증책임은 채권자에게 있다.

3) 판결의 검토

재산분할행위는 단순한 재산적 법률행위는 아니고, 이혼급부로서 비재산적 성격을 가지고 있다. 따라서 재산분할이 일반채권자에 대한 공동담보를 감소시키는 결과로 되어도 제839조의2 제2항 규정의 취지에 따른 상당한 정도를 벗어나는 과도한 것이라고 인정할 만한 특별한 사정이 없는 한 사해행위로서 채권자취소권의 대상이 되지 않는다. 그러나 상당한 정도를 넘어서 다액의 급부가 행하여진 경우에는 그것이 재산분할의 명목으로 행하여졌다고 할지라도 초과부분에 관한 한 적법한 재산분할이라고 할 수가 없다. 그러므로 그 한도에서 취소의 대상이 되고, 재산분할이 상당한 것인지의 여부는 부부 쌍방이 그 협력에 의하여 얻은 재산의 가액과 그 밖의 일체의 사정을 고려하여 이를 결정하여야 한다. 판결의 설시를 살펴보면, 특별한 사정이 없으면 사해행위로서 취소되어야 할 것은 아니라고 밝히고 있으므로 원칙적으로 이혼에 따른 재산분할행위가 채권자취소권의 대상이 아니지만, 예외적으로 상당성을 넘은 과도한 재산분할은 책임재산 감소에 해당하므로 채권자취소권의 대상이 된다는 판례의 입장에 수긍할 수 있다.

한편, 이혼에 따른 재산분할이 채권자취소권의 대상성에 관하여 다음과 같은 일반론을 찾아볼 수 있다.

이혼에 따른 재산분할은 혼인 중 쌍방의 협력으로 형성된 공동재산의 청산이라는 성격¹⁸⁰⁾에 상대방에 대한 부양적 성격이 가미된 제도임에 비추

180) 현행 부부재산제도는 부부별산제를 기본으로 하고 있어 부부 각자의 채무는

어, 이미 채무초과 상태에 있는 채무자가 이혼하면서 배우자에게 재산분할로 일정한 재산을 양도함으로써 결과적으로 일반채권자에 대한 공동담보를 감소시키는 결과로 되어도, 그 재산분할이 상당한 정도를 벗어나는 과대한 것이라고 인정할 만한 특별한 사정이 없으면 사해행위로서 취소될 것은 아니다(제839조의2 제2항). 다만 상당한 정도를 벗어난다고 볼 특별한 사정이 있는 때에는 그 초과하는 부분은 적법한 재산분할이라고 할 수 없으므로 이는 사해행위로서 취소의 대상으로 될 수 있다.

이때 채무자의 재산분할이 상당한지 아닌지는 재산분할의 일반원칙에 따라 판단하되(제839조의2), 이혼한 당사자 일방의 이익과 채권자의 이익을 비교·형량하여 그 재산분할이 분할자의 채권자와의 관계에서도 상당한 것인지를 함께 고려하여야 한다.¹⁸¹⁾ 또한, 상당한 정도를 벗어나는 과대한 재산분할이라고 볼 만한 특별한 사정이 있다는 점에 관한 입증책임은 채권자에게 있다.

이혼에 따른 재산분할이 채권자취소권의 대상이 되는지에 관하여, 재산분할행위는 책임재산의 감소를 초래하는 재산권을 목적으로 하는 법률행위이며, 채무자인 일방 배우자와 타방 배우자의 합의에 따라 이루어질 때에는 쌍방의 합의를 거친다는 점에서 채무자와 수익자의 악의를 쉽게 인정할 여지가 크다. 그 결과, 재산분할행위가 사해행위로서 취소의 대상이 된다고 볼 수 있다.

5. 상속재산분할협의¹⁸²⁾

각자가 부담하는 것이 원칙이므로 부부가 이혼하는 경우 일방이 혼인 중 제3자에게 부담한 채무는 일상가사에 관한 것 이외에는 원칙적으로 그 개인의 채무로서 청산의 대상이 되지 않으나 그것이 공동재산의 형성·유지에 수반하여 부담한 채무인 때에는 청산의 대상이 되며, 그 채무로 인하여 취득한 특정 적극재산이 남아 있지 않더라도 그 채무부담행위가 부부 공동의 이익을 위한 것으로 인정될 때에는 혼인 중의 공동재산의 형성·유지에 수반하는 것으로 보아 청산의 대상이 된다(대법원 2006. 9. 14. 선고 2005다74900 판결). 나아가, 이혼위자료 명목으로 유일한 재산을 증여한 경우, 위 증여가 이혼에 따르는 재산분할의 성격을 포함하는 이혼급부로 볼 수 있다고 한 사례도 있다(대법원 2001. 5. 8. 선고 2000다58804 판결).

181) 대법원 1984. 7. 24. 선고 84다카68 판결; 대법원 2000. 9. 29. 선고 2000다25569 판결; 대법원 2006. 9. 14. 선고 2005다74900 판결.

182) 대법원 2001. 2. 9. 선고 2000다51797 판결.

1) 사건의 개요¹⁸³⁾

원고는 피고 박○덕을 상대로 부산지방법원 96가합22597호로 대여금청구의 소송을 제기하여 위 법원으로부터 “135,682,385원 및 이에 대한 지연손해금을 지급하라.”는 원고 승소판결을 받았고, 피고 박○덕의 항소와 상고를 거쳐 위 판결은 그 무렵에 대법원 98다36894호로 확정되었다. 피고 박○덕의 부(父)인 소외 망 박◎혁은 사망하였고 그 상속인으로는 위 박◎혁의 처(妻)인 피고 김△분, 자(子)인 소외 박□숙, 피고 박○덕, 피고 박○수가 있다(상속분: 피고 김△분 9분의 3, 소외 박□숙, 피고 박○덕, 피고 박○수 각 9분의 2). 그런데 피고들은 위 박◎혁의 소유로서 상속재산에 해당하는 별지 기재 부동산에 대하여 1998. 3. 15. 협의분할에 의한 상속을 원인으로 하여 피고 김△분, 피고 박○수 명의의 소유권이전등기를 경료하였다. 한편 피고 박○덕에게는 위 부동산에 대한 상속분을 제외하면 그 명의로 된 별다른 재산이 없다.

2) 판결의 요지 및 추가 대법원 판례 소개

(1) 판결의 요지

상속재산의 분할협의는 상속이 개시되어 공동상속인 사이에 잠정적 공유가 된 상속재산에 대하여 그 전부 또는 일부를 각 상속인의 단독소유로 하거나 새로운 공유관계로 이행시킴으로써 상속재산의 귀속을 확정시키는 것으로 그 성질상 재산권을 목적으로 하는 법률행위이므로 사해행위취소권

183) 이 사건은 피상속인인 소유이던 이 사건 부동산을 담보로 상속인 중 1인인 채무자가 8,000만 원을 대출받아 소비하고, 이후 피상속인이 사망하여 채무자가 이 사건 부동산에 대한 상속지분을 제외하면 별다른 재산이 없는 상태에서 그 상속지분을 포기하는 내용의 상속재산분할협의를 한 경우이다. 그런데 대법원은 협의 분할 이후 근저당권의 피담보채무인 8,000만 원을 실제로 갚은 사람이 누구였는지 살펴 만일 이를 다른 상속인들이 갚은 것이라면 소외인이 8,000만 원 상당 증여를 받은 것으로 추정하여 자기의 상속분에서 8,000만 원을 공제한 한도 내에서만 사해행위취소에 따른 지분 이전 또는 가액반환을 명하여야 한다며 사건을 원심법원에 환송하였다.

행사의 대상이 될 수 있다 할 것이다. 한편, 공동상속인의 상속분은 그 유류분을 침해하지 않는 한 피상속인이 유언으로 지정한 때에는 그에 의하고 그러한 유언이 없을 때는 법정상속분에 의하나, 피상속인으로부터 재산의 증여 또는 유증을 받은 자는 그 수증재산이 자기의 상속분에 부족한 한도 내에서만 상속분이 있고(제1008조), 피상속인의 재산 유지 또는 증가에 특별히 이바지하거나 피상속인을 특별히 부양한 공동상속인은 상속개시 당시의 피상속인의 재산가액에서 그 기여분을 공제한 액을 상속재산으로 보고 지정상속분 또는 법정상속분에 기여분을 가산한 액으로써 그자의 상속분으로 하므로(제1008조의2 제1항), 지정상속분이나 법정상속분이 곧 공동상속인의 상속분이 되는 것이 아니고 특별수익이나 기여분이 있는 한 그에 의하여 수정된 것이 재산분할의 기준이 되는 구체적 상속분이라 할 수 있다. 따라서 이미 채무초과 상태에 있는 채무자가 상속재산의 분할협의를 하면서 상속재산에 관한 권리를 포기함으로써 결과적으로 일반채권자에 대한 공동담보가 감소하였다 하더라도, 그 재산분할결과가 위 구체적 상속분에 상당하는 정도에 미달하는 과소한 것이라고 인정되지 않는 한 사해행위로서 취소되어야 할 것은 아니고, 구체적 상속분에 상당하는 정도에 미달하는 과소한 경우에도 사해행위로서 취소되는 범위는 그 미달하는 부분에 한정하여야 한다. 이때 지정상속분이나 기여분, 특별수익 등의 존재 여부 등 구체적 상속분이 법정상속분과 다르다는 사정은 채무자가 주장·입증하여야 할 것이다.¹⁸⁴⁾

184) 피고들은 제1심에서 1999. 11. 25.자 준비서면으로써 피고 박○덕이 피상속인의 생존시인 1997. 4. 10. 소외 부산국민상호신용금고에 피상속인의 소유이던 부산 ○○구 ○○동 소재 지하상가에 관하여 채권최고액 금 9,750만 원의 근저당권을 설정하고 피고 박○덕이 채무자가 되어 금 8,000만 원을 대출받아 소비함으로써 자기 상속분을 넘는 사전상속을 받았기 때문에 상속재산의 분할협의 과정에서 피고 박○덕이 상속재산을 받지 않기로 한 것이라고 주장하면서, 그 증거로 위 지하상가에 관한 등기부등본(을 제1호증)을 제출하였고, 위 을 제1호증에 의하면 위 점포에 관하여 피고들 주장과 같은 근저당권설정등기가 경료되었다가 이 사건 분할협의 후인 1998. 7. 31. 그 근저당권이 말소된 사실을 알 수 있는바, 사정이 이러하다면 피고 박○덕 자신이 위 대여금 채무를 변제하지 아니한 이상 위 박○덕으로부터 위 대여금 상당의 증여를 받았다고 추정할 수 있고 따라서 그는 위 수증액이 자기의 상속분에 부족한 한도 내에서만 상속분이 있다고 보아야 할 것이므로, 원심으로서 위 대여금 채무를 피고 박○덕이 변제한 것인지 여부를 밝혀보고 만일 그가 변제한 것이 아니라면 상속재산을 적절히 평가한 다음 피고 박○덕의 법정상속분

(2) 추가 대법원 판례 소개

채무자가 자기의 유일한 재산인 부동산을 매각하여 소비하기 쉬운 금전으로 바꾸거나 타인에게 무상으로 이전하여 주는 행위는 특별한 사정이 없으면 채권자에 대하여 사해행위가 되는 것이므로, 이미 채무초과 상태에 있는 채무자가 상속재산의 분할협의를 하면서 자신의 상속분에 관한 권리를 포기함으로써 일반채권자에 대한 공동담보가 감소한 때도 원칙적으로 채권자에 대한 사해행위에 해당한다는 사례¹⁸⁵⁾와 이미 채무초과 상태에 있는 채무자가 상속재산의 분할협의를 하면서 유일한 상속재산인 부동산에 관하여는 자신의 상속분을 포기하고 대신 소비하기 쉬운 현금을 받기로 하였다면, 이러한 행위는 실질적으로 채무자가 자기의 유일한 재산인 부동산을 매각하여 소비하기 쉬운 금전으로 바꾸는 것과 다르지 아니하여 특별한 사정이 없으면 채권자에 대하여 사해행위가 되고, 이와 같은 금전의 성격에 비추어 상속재산 중에 위 부동산 외에 현금이 다소 있다 하여도 마찬가지로 보아야 할 것이라는 사례¹⁸⁶⁾도 있다.

에서 위 수증액을 공제하고서도 나머지가 있는지를 판단하여 사해행위가 되는 범위를 확정 한 후 그에 따른 지분이전 또는 가액반환을 명하였어야 함에도, 이에 나아가 심리·판단하지 아니한 채 피고 박○덕의 법정상속분 전체에 대하여 사해행위가 성립한다고 판단한 원심판결에는 피고들의 위 주장에 관한 판단을 유탈하거나 상속재산의 분할협의를 이르게 된 사정에 관한 심리를 다하지 아니한 잘못이 있다 할 것이고 이는 판결 결과에 영향을 미쳤음이 분명하다. 이 점을 지적하는 상고이유의 주장은 이유 있다.

185) 대법원 2007. 7. 26. 선고 2007다29119 판결: 이 사건은 다른 사람들에게 임대하고 있던 피상속인 소유의 이 사건 부동산에 관하여 채무자(배우자)와 다른 상속인들이 피고에게 상속분을 모두 귀속시키기로 하는 상속재산분할협의를 하였고, 그 이후에 피고가 원심 공동피고에게 1억 2,500만 원에 매도하면서 기존 임차보증금반환채무 9,500만 원을 제외하고 나머지 3,000만 원만 받은 경우, 대법원은 원심 공동피고가 채무자의 상속지분을 선의로 전득한 자에 대하여 원물반환이 불가능하다는 이유로 수익자인 피고에게 그 가액 상당의 배상을 명하기에 앞서, 먼저 피고가 주장하는 임대차보증금 반환채권이 주택임대차보호법상의 요건을 갖춘 우선변제권 있는 채권인지를 심리함으로써 채무자의 상속지분 중 일반채권자들이 공동담보로 되어 있는 범위, 즉 사해행위가 성립하는 범위를 살펴본 후 그 부분만 피고에게 가액배상을 명하였어야 한다면 사건을 원심법원에 환송하였다.

186) 이 사건은 원고에 대하여 역대에 이르는 채무를 부담하는 등 거액의 채무초

4) 학설과 판결의 검토

(1) 학설¹⁸⁷⁾

상속재산 분할협약이 채권자취소권의 대상이 되는지에 관해서 대상이 된다는 입장을 취하는 긍정설¹⁸⁸⁾과 상속재산 분할협약에서 상속분과 달리 나누는 것은 유효하며, 나아가 상속재산분할의 소급효로 인하여 상속재산분할의 결과 각 상속인이 취득하는 재산은 피상속인으로부터 직접 취득하는 것이지 다른 공동상속인으로부터 양도받는 것이 아니어서 그 상속재산은 채권자취소권의 목적물이 될 수 없다는 부정설¹⁸⁹⁾도 있다.

(2) 판결의 검토

앞에서 본 대법원 판례에 대해 채무초과 상태에 있는 채무자가 상속재산의 분할협의를 통해 상속재산에 관한 권리를 포기함으로써 결과적으로 일반채권자에 대한 공동담보가 감소하였다 하더라도, 그 재산분할결과가 채무자의 구체적 상속분에 상당하는 정도에 미달하는 과소한 것이라고 인정되지 않는 한 사해행위로서 취소되어야 할 것은 아니고, 구체적 상속분에 상당하는 정도에 미달하는 과소한 경우에도 사해행위로서 취소되는 범위는

과 상태에서 별다른 재산이 없던 채무자가 피상속인으로부터 상속을 받게 되자, 피고를 포함한 다른 상속인들과 사이에 상속재산분할협의를 하면서 망인의 상속재산으로는 시가 3억 9,000만 원 상당의 부동산과 망인 명의의 예금 7,400만 원만이 있었음에도 위 부동산에 대한 상속지분(2/13)을 포기하고 대신 현금으로만 8,000만 원을 받기로 합의하였다. 원심은 채무자의 위와 같은 행위는 채무자가 유일한 부동산을 매각하여 소비하기 쉬운 현금으로 바꾸는 행위와 달리 볼 것이 아니므로, 이는 채권자인 원고를 해하는 것으로서 사해행위에 해당하고, 위 부동산에 대한 채무자의 상속지분에 대한 상속재산분할협이는 사해행위취소의 대상이 된다고 판단하였다. 대법원은 원심의 판단을 수긍하고 상고를 기각하였다.

187) 이미정, 앞의 글, 379-426면

188) 윤진수, 앞의 글, 10-11면.

189) 전경근, “상속재산의 분할과 채권자취소권-대법원 2001. 2. 9. 선고 2000다 51797 판결-”, 가족법연구 제15권 제1호, 한국가족법학회, 2001, 517-540면.

그 미달하는 부분에 한정하여야 한다는 판시에 비취 구체적 상속분을 고려할 뿐만 아니라, 상속인이 소유한 그 밖의 자산을 고려하여 재산총액과 채무총액을 구체적으로 검토한 점에서 이혼에 따른 재산분할 협의와 같이 상당성기준설의 입장으로 보는 것이 옳다는 견해¹⁹⁰⁾도 있다.

따라서 이혼으로 인한 재산분할의 경우 원칙적으로 채권자취소권의 대상성을 부정하지만 상당한 범위를 초과하는 경우에는 아주 예외적으로 채권자취소권의 대상성을 인정하여 사안별로 구체적 타당성을 도모하였다는 점에 눈여겨 볼 필요가 있다고 생각한다.

Ⅶ. 검토

상속포기의 경우에 채권자취소권을 적용할 수 있는 가능성이 있는지를 살펴보기 위해서 채권자취소권의 요건을 살펴보았다. 그중에서 가장 쟁점이 되는 요건은 상속포기가 재산법상 법률행위인지 여부와 사해행위인지 여부에 관한 것이다. 앞서 살펴본 바와 같이 대법원은 상속포기는 신분법상의 법률행위이며 사해행위가 되지 않는다는 입장을 고수하고 있다. 즉 상속포기의 경우에는 채권자취소권을 적용할 수 없다는 태도를 취하고 있는 것이다.

하지만 상속포기의 경우라고 하더라도 사회질서의 유지와 채무자의 도덕적 해이로부터 채권자를 보호할 필요가 있는 등의 일정한 경우에는 채권자취소권이 적용되어야만 하는 경우가 있음은 분명하다.

따라서 상속포기의 경우 대법원의 입장과 같이 채권자취소권을 적용할 여지가 전혀 없는지에 대해서 다음 장에서 외국의 입법례와 우리나라의 학설과 판례를 통해서 적용가능성을 검토해 보기로 한다.

190) 장창민, “상속재산의 협의분할과 채권자취소권에 관한 연구”, 성균관법학 제 20권 제2호, 성균관대학교 법학연구원, 2008, 94-98면.

제4장 상속포기에 대한 채권자취소권 적용

제1절 상속포기에 대한 채권자취소권 적용의 국내의 현황

I. 외국의 입법 및 판례

1. 프랑스

1) 민법

프랑스 민법(Code civil)¹⁹¹⁾ 제779조¹⁹²⁾¹⁹³⁾ 제1항에서, “채무자가 상속을 승인하지 않거나 상속을 포기함으로써 채권자의 권리에 손해가 되는 경우, 채권자는 법원의 허가를 받아서 채무자를 대신하여 상속을 승인할 수 있다.”라고 규정하고 있고,¹⁹⁴⁾ 제2항에서 “이 경우에 상속의 승인은 그 채권자의 이익 그리고 그가 가진 채권액을 한도로 한다. 이 승인의 효과는 상속인에 대하여 다른 효과를 발생시키지 않는다.”라고 규정하고 있다. 나아가, 프랑스 민법 제1341조의²¹⁹⁵⁾에서, “채권자는 또한, 채무자가 채권자의

191) 이 글에서 언급하는 프랑스 현행 민법은 2023. 1. 1. 자로 최종 개정된 민법을 가리킨다.

192) Code civil Article 779: Les créanciers personnels de celui qui s'abstient d'accepter une succession ou qui renonce à une succession au préjudice de leurs droits peuvent être autorisés en justice à accepter la succession du chef de leur débiteur, en son lieu et place.

L'acceptation n'a lieu qu'en faveur de ces créanciers et jusqu'à concurrence de leurs créances. Elle ne produit pas d'autre effet à l'égard de l'héritier.

193) 프랑스 민법 제779조는 채권자취소권의 일반규정이라고 한다. 프랑스 민법 제1341조의²⁾와 달리 채무자의 사해의사를 규정하고 있지 않다.

194) 피상속인의 사망과 동시에 상속이 개시되어 피상속인의 일신에 전속한 재산을 제외한 피상속인의 모든 권리의무(프랑스 민법 제724조: 법률에 따라 상속인으로 된 자는 피상속인의 재산(biens)·권리(droits)·소권(actions)에 대하여 당연히 유산점유를 한다)는 상속인의 수중에 있으므로 상속인이 상속포기를 하면 상속재산은 상속인의 책임재산에서 이탈된다. 한편, 상속포기에 대한 채권자취소권을 행사할 수 있는 사람은 피상속인의 채권자가 아닌 상속인의 채권자(프랑스 민법 제779조 제1항)이다.

권리를 해(害)한 행위의 효력을 자신에게 대항할 수 없음의 확인을 구하는 소를 자신의 이름으로 제기할 수 있다. 이때, 채무자의 행위가 유상행위(有償行爲)인 경우, 채권자는 수익자가 사해행위임을 알고 있었음을 증명하여야 한다.”라고 규정하고 있다.

특히 우리나라와 달리, 상속포기의 경우에도 채권자취소권을 적용할 수 있는 명문의 규정이 있다는 점에서 큰 차이가 있다. 프랑스 민법 제1341조의2는 이른바 ‘파울루스 소권(action Paulienne: 詐害訴權)’으로서 우리 민법 제406조에 해당한다. 그리고 프랑스 민법 제779조는 상속포기에 관한 사해(詐害, fraude)에 관하여 개별적으로 규정한 것이다. 그러나 개별규정으로 별도 요건을 갖추어야 하는 것은 아니고, 프랑스 민법 제1341조의2의 요건이 충족될 때에만 채권자취소권을 행사할 수 있다.¹⁹⁶⁾¹⁹⁷⁾

프랑스 민법은 채권자취소권을 허용하지 않았던 로마법과 다르게 이를 허용하고 있는데, 그 차이는 상속포기를 사해행위가 될 수 있는 재산의 양도로 볼 수 있는지 여부에 따른 것이라고 보인다. 즉, 로마법¹⁹⁸⁾에서는 상

195) Code civil Article 1341-2: Le créancier peut aussi agir en son nom personnel pour faire déclarer inopposables à son égard les actes faits par son débiteur en fraude de ses droits, à charge d'établir, s'il s'agit d'un acte à titre onéreux, que le tiers cocontractant avait connaissance de la fraude.

196) A. M. Demante et E. Colmet de Santerre, Cours analytique de Code Napoléon, t. V (Art. 1101-1386), Paris, 1865, n°82 bis III, p. 129; F. Laurent, Principes de Droit Civil Français, t. XVI, 1878, n°439, p. 506; G. Baudry-Lacantinerie et L. Barde, Traité théorique et pratique de Droit Civil, Des Obligations, T. III, 2e éd., 1900, n°656, p. 590; 김가을, “상속포기와 채권자취소권-독일과 프랑스법과 비교에 따른 우리법의 위치-”, 비교사법 제21권 제3호(통권 제66호), 한국비교사법학회, 2014, 965면에서 재인용.

197) Alain Sériaux, Art. 784 à 781 in: Juris-Classeur Civil, 2010, n°67; 김가을, 앞의 글(상속포기와 채권자취소권-독일과 프랑스법과 비교에 따른 우리법의 위치-, 2014), 965면에서 재인용.

198) 로마법에 있어서 상속은 가외(家外)상속인(heredes extranei)은 임의상속인으로서 그 상속분 취득을 게을리 함으로써 포기할 수 있었다. 왜냐하면 가외상속인(또는 임의상속인)의 경우 자동으로 상속인이 되는 것이 아니라 상속의 승인(aditio)이 필요하였기 때문이다. 그리고 그 승인은 상속재산이 다른 상속인에게 이전되기 전(hereditas iacens)에 해야 유효하다. 반면에 가내(家內)상속인(heres domesticus)은 법률상 당연(ipso iure)상속인으로 피상속인의 사망으로 인하여 그 재산에 대하여 자주권자((自主權者), sui iuris)는 가(家)에서 누구의 권력에도 복종하지 않으며 완전한 권리를 가지는 자를 말한다. 반

속재산의 포기를 재산의 양도로 보지 아니한 반면에, 프랑스 민법 제711조¹⁹⁹⁾에서 “물건의 소유권은 상속 내지 생전증여 내지 유증에 의하거나 채권의 효력에 의해 양도되어지거나 취득한다.”라고 규정함으로써 상속개시에 의해 피상속인의 재산은 이미 채무자인 상속인의 재산이 된다는 것이다.

프랑스 민법 제2284조²⁰⁰⁾에서 “스스로 채무를 부담하는 자는 그의 현재의 재산 그리고 장래에 취득할 모든 동산 및 부동산으로 채무를 이행해야 할 의무를 부담한다.”라고 규정하고 있다. 즉 상속포기는 이 규정에서 말하는 “장래에 취득할 모든 동산 및 부동산”에 해당하기 때문에 사해행위가 되어 취소 가능한 것으로 보인다.

2) 학설 및 판례

대로 타주권자(他主權者, *alieni juris*)는 가장권(家長權)에 복종하는 그 자녀와 처를 말한다)이기 때문에 별도의 승인이 필요 없었다. 이러한 원칙이 근대법에 들어와 피상속인의 ‘사망’을 원인으로 그의 재산이 상속인에게 이전되는 것으로 의제됨으로써 이 재산적 이동을 어떻게 평가하는지에 따라 채권자취소권의 대상 여부가 문제된 것이다. 그렇다면 로마법에 있어서 상속포기는 채권자취소권의 대상이 되었는지가 문제가 될 것이다. 먼저 파울루스 소권(*actio Pauliana*(*action Paulienne*))을 행사하기 위해서는 사해행위로 인정이 되어야 하는데, 이를 위해서는 손해의 발생(*eventus damni*)이 요구된다. 즉 적극적 재산 이동을 통하여 무자력(*solvendo non esse*)의 상태를 유발하거나, 또는 이미 그러한 채무자가 자신의 재산을 감소시키는 행위가 있어야만 이를 인정할 수 있었다. 그 행위의 태양은 대표적으로 재산의 양도뿐만 아니라 특정채권자에 대한 우대, 새로운 채무부담, 소송에 있어서 법정 불출석 또는 항소포기에 따른 고의적 패소, 채권을 행사하지 않음에 따른 시효완성 등이 사해행위 취소를 다루어 졌다. 반면에 채무자가 스스로 재산을 증가하지 않는 경우, 이를테면 증여의 거절은 파울루스 소권의 대상이 되지 않았다. 따라서 상속포기의 경우도 마찬가지로 적극재산을 양도한 것으로써 자신의 재산을 감소시키는 행위가 아니기 때문에 채권자취소권의 대상이 되지 않았다(김가을, 앞의 글(상속포기와 채권자취소권-독일과 프랑스법과 비교에 따른 우리법의 위치-, 2014), 951면).

199) Code civil Article 711: La propriété des biens s’acquiert et se transmet par succession, par donation entre vifs ou testamentaire, et par l’effet des obligations.

200) Code civil Article 2284: Quiconque s’est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir.

프랑스 민법에서는 피상속인의 사망과 아울러 상속인에게 재산이 이전한다고 규정되어 있다.²⁰¹⁾²⁰²⁾ 즉, 프랑스 민법에서는 피상속인의 사망이라고 하는 사건에 의해 상속이 개시하고 재산을 승계하는 것이기 때문에 상속의 포기는 상속인의 재산을 감소시키는 것이 된다고 설명한다.²⁰³⁾

개정 전 프랑스 민법 제1166조²⁰⁴⁾(현행 프랑스 민법 제1341조의1)에 규정된 간접소권(action oblique)²⁰⁵⁾은 우리 민법 제404조의 채권자대위권으로서, 개정 전 프랑스 민법 제1167조(현행 프랑스 민법 제1341조의2)에 규정된 채권자취소권과 함께 채권행사 권한을 부여하는 일반규정으로 자리매김하였다. 그러나 채권자대위권의 경우 명시적으로 일신전속권의 대위행사를 배제하고 있는 반면, 채권자취소권의 경우 이러한 제한이 명시적으로 규정되어 있지 아니하여 상속포기 또한 채권자취소권의 대상이 되지 않는다고 해석할 여지가 있다.

201) Code civil Article 720: Les successions s'ouvrent par la mort, au dernier domicile du défunt.

202) Code civil Article 724: Les héritiers désignés par la loi sont saisis de plein droit des biens, droits et actions du défunt.

203) 大島俊之, “相續放棄と債權者取消權1”, 法律時報 通卷698号(第57卷 第8号), 日本評論社, 1985, 119면; 석진국, “상속포기와 채권자취소권의 범리에 관한 연구”, 동국대학교 박사학위논문, 2019, 287면에서 재인용.

204) 채권자대위권에 관한 개정 전 프랑스 민법 제1166조는 “그럼에도 불구하고(néanmoins), 채권자는, 채무자의 일신에 전속한 것을 제외한, 모든 권리와 소권을 행사할 수 있다.”라고 규정했으나, 현행 프랑스 민법 제1341조의1은 “채무자가 권리 및 소권 행사의 태만으로 채권자의 권리를 위태롭게 할 경우, 채권자는, 채무자의 일신에 전속한 것을 제외한, 재산상의 권리와 소권을 채무자를 위해서(또는 채무자를 대신해서) 행사할 수 있다(Code civil Article 1341-1: Lorsque la carence du débiteur dans l'exercice de ses droits et actions à caractère patrimonial compromet les droits de son créancier, celui-ci peut les exercer pour le compte de son débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement rattachés à sa personne).”라고 개정하여 채권자가 채권자대위권을 행사할 수 있는 근거로 채무자의 태만을 비롯해 이로 인한 채권자의 재산상의 권리를 위태롭게 한다는 요건을 추가했다는 점에서 의미가 있다. 그리고 현행 프랑스 민법 제1341조의1은 개정 전 프랑스 민법 제1166조와 같이 “채무자의 일신에 전속한 권리에 대해서는 채권자대위권의 대상이 되지 못한다.”고 규정하고 있다.

205) ‘간접소권’이라 함은 채권자가 제3채무자에 대하여 직접적 권리가 없기 때문에 채무자의 이름으로(au nom de son débiteur), 채무자의 제3채무자에 대한 권리를 간접적(oblique)으로 행사하는 권리를 말한다.

프랑스 민법에서는 채무자의 법률행위가 일신전속적인 경우 사해를 이유로 취소할 수 없고,²⁰⁶⁾²⁰⁷⁾ 상속인이 피상속인 사망으로 그 즉시 피상속인의 재산과 권리가 포괄적이고 당연히 이전(승계)되며, 이에 대한 선택권의 행사가 상속인과 그 가족 간의 관계에 의해 결정되는 일신전속권에 해당하지만, 그 선택권의 행사에 비난받을 수 있는 ‘사해의사’, 즉 채권자에게 손해를 끼치기 위한 주관적 요소가 있는 경우에는 예외적으로 상속포기가 채권자취소권의 대상성이 인정된다고 한다.²⁰⁸⁾

앞서 살펴본 바와 같이, 프랑스 민법 제779조에서는 ‘손해(préjudice)’만을 규정하였고, 같은 법 제1341조의2에서는 ‘사해(fraude)’만을 규정하였다. 즉, 프랑스 민법 제779조는 상속인인 채무자가 상속을 포기함으로써 무자력(無資力)을 초래하고 그로 인하여 채권자에게 ‘손해’가 발생하여야 한다. 특히 지급불능을 초래하는 행위로서 ‘포기’는 자신의 재산을 감소시키기 위한 것으로서 인정되어야 한다.

그러므로 상속포기의 경우 피상속인의 사망으로 상속이 개시되고 그것으

206) William Dross, Art. 1167 in: *Juris-Classeur Civil*, 2011, n° 36-37; 김가을, 앞의 글(상속포기와 채권자취소권-독일과 프랑스법과 비교에 따른 우리법의 위치-, 2014), 970면에서 재인용.

207) 여기서 말하는 일신전속권은 인격권(le droit de la personnalité), 가족권(le droit de famille)으로서 거래의 대상이 될 수 없는 것뿐만 아니라, 일신상에 속하는 재산적 권리도 포함된다. 즉 그 재산권의 행사에 있어서 채무자의 지극히 개인적인 고려(d'ordre moral)에 의해서만 할 수 있는 것을 말한다. 가령 채무자가 비재산적 법의침해에 따른 손해(dommage moral)에서만 할 수 있는 것을 말한다. 이를테면 프랑스 민법 제9조에 규정된 사생활(vie privée)의 침해를 이유로 가해자에 대한 손해배상청구권을 포기한 경우 이를 프랑스 민법 제1341조의2를 근거로 취소할 수 있다고 하면 채권자대위권을 통하여 행사할 수 있는 것과 같은 결과가 뒤따르기 때문이다. 그러나 만약 예외적으로 가해자로서 채무자가 그 비재산적 손해의 피해자와 관련하여 과도한 계약, 즉 과도한 손해액을 지급하기로 약정한 경우에는 이는 사해행위로 취소할 수 있다(김가을, 앞의 글(상속포기와 채권자취소권-독일과 프랑스법과 비교에 따른 우리법의 위치-, 2014), 970면).

208) F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Droit civil : les obligations*, 10e éd., Dalloz, 2009, n°1162, p. 1151. 권리의 행사가 오로지 개인적, 가족적 고려에 의한 결정일지라도 재산적 권리에 속한다면 채권자취소권 뿐만 아니라 채권자대위권에 있어서도 채무자의 상속에 관한 권리의 대위행사를 허용하고 있다. Pierre Voirin et Gilles Goubeaux, op. cit.(note 95), n° 427, p. 210; 여하윤, 『채권자대위권 연구』, 경인문화사, 2007, 169면과 김가을, 앞의 글(상속포기와 채권자취소권-독일과 프랑스법과 비교에 따른 우리법의 위치-, 2014), 971면에서 재인용.

로 채무자인 상속인에게 이익이 있음에도 이를 포기한 것은, 채권자에게 손해가 발생한 결과가 되어 사해행위가 성립한다.

나아가, 주관적 요건으로 사해의사²⁰⁹⁾가 요구되는데, 프랑스 민법 제1341조의2에 대한 판례 흐름은 단순한 손해에 대한 인식만으로 족하다고 하면서도 사해의 범위를 넓혀 나가는 추세라고 한다.²¹⁰⁾ 아울러, 프랑스 민법 제779조²¹¹⁾에 따른 채권자취소권의 행사에서도 채권자에게 상속인인 채무자의 사해의사에 관한 입증을 요구하고 있고, 사해의사에 관한 입증 정도는 적극적인 사해의도까지는 아니고 단순한 인식이면 족하고, 이 또한 소송 과정에서 알면 족하다고 한다.²¹²⁾

209) 사해의사와 관련하여 채무자가 채권자를 해할 의도를 필요로 하는지, 아니면 그 인식으로 족한지에 관하여 프랑스의 다수 학자들의 견해와 판례는 다음과 같다(오수원, “프랑스 채권자취소권에서의 사해의사”, 민사법연구 제10권 제1호, 대한민사법학회, 2002, 177-181면에서 인용하여 재구성하였다).

가) 학설

① 의도설 또는 목적설: 사해의사를 엄격하게 해석하여 채무자의 해할 의도 내지 목적을 요구하고 있다. 즉, 법률행위에 있어서 채무자가 채권자에게 손해를 가할 의도가 있을 때 사해의사가 있다고 한다.

② 인식설: 사해의 의도가 필요한 것이 아니고 단순한 정신상태로서 채무자가 채권자에게 야기하려고 하는 손해의 인식, 즉 채무자가 어떠한 행위를 함으로써 자기를 무자력하게 하거나, 그 무자력을 증대하게 하는 것을 알고 있으면 족하다고 한다.

③ 절충설: 사해의사에 관하여 절충적인 입장을 취한다. 유상행위(有償行爲)와 무상행위(無償行爲)를 구별하여, 유상행위에 관해서는 해할 의사가 필요하지만 무상행위에 관하여는 채무자가 사해행위 당시에 그가 채권자에게 발생시킨 손해에 대하여 단순히 인식으로 하는 것만으로 족하다고 한다.

나) 판례: 프랑스 판례는 유상행위와 무상행위를 구별하지 않고 취소행위의 원인이 된 손해에 대한 인식만으로 족하다는 입장과 채권자를 해하려는 의욕이 필요하다고 하는 입장이 있으나, 프랑스 대법원은 채권자가 입은 손해를 채무자가 인식하는 것으로 족하다는 입장이다.

210) F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, loc. cit.; 석진국, 앞의 글, 70-71면에서 재인용.

211) 프랑스 민법 제779조에서 “그들의 권리를 침해하여(au préjudice de leurs droits)”라는 뜻에는 “해할 목적으로(en vue de préjudice)”라는 의미인 로마법의 “in praejudicium”에 해당하고, 이는 채무자가 채권자를 해할 목적을 포함하고 있다고 볼 수 있다. 따라서 상속의 포기인 경우 사해의사가 요구된다고 한다.

212) Cass. 1re civ., 17 juin 1986 : JCP G(La Semaine Juridique) 1987, II, 20816, note Ph. Simler; Alain Sériaux, op. cit.(note 79), n°72; 김가을, 앞의 글(상속포기와 채권자취소권-독일과 프랑스법과 비교에 따른 우리법의 위치-, 2014), 975면과 석진국, 앞의 글, 70-71면에서 재인용.

프랑스 민법학에서의 ‘사해’라는 뜻은 본래 유효한 수단을 통하여, 다시 말해 실정법의 영역에 있어서 권리행사에 따른 결과에 대해 소추할 수 없는 유효한 수단을 의도적으로 사용하여 범주체자(여기에서는 상속인인 채무자를 말한다)가 부담하는 의무규정의 이행을 회피하고자 하는 것이다.²¹³⁾ 따라서 ‘사해’가 있는 경우 법률은 그 의사에 비난 가능성이 존재함을 이유로 원칙에 대한 예외를 인정하고,²¹⁴⁾ 그 유효한 행위에 대한 제재의 수단으로 채권자취소권을 허용하는 것이다.

2. 독일

1) 민법

독일 민법(Bürgerliches Gesetzbuch(BGB))²¹⁵⁾ 제1922조 제1항²¹⁶⁾의 규정에 따르면, “피상속인이 사망한 때(상속개시)에 피상속인의 재산(상속재산)은 전부 한 사람 내지 여러 사람(법정상속인)에게 이전(양도)한다.”고 규정하고 있다. 즉, 법정상속인은 상속재산을 어떠한 매개체 없이 포괄승계 되고, 이를 당연하게 취득한다. 독일 민법 제1942조 제1항²¹⁷⁾에 따르면, “상속은 권리를 침해하지 않고(상속재산을 포기할 수 있는 것과 관계없이), 법

213) J. Ghestin, et G. Goubeaux, *Traité De Droit Civil T. I : Introduction Générale*, 4e éd., L.G.D.J., 1999, n°816, p. 807; 김가을, 앞의 글(상속포기와 채권자취소권-독일과 프랑스법과 비교에 따른 우리법의 위치-, 2014), 971면에서 재인용.

214) 프랑스의 경우 명시적으로 상속포기를 채권자취소권의 대상으로 인정한 규정이 있기 때문에 가능한 것이겠지만, 오직 그것만으로 정당성을 갖는 것은 아니고, ‘사해(fraud)’라는 개념의 객관적 요소를 발견함으로써 인하여 상속포기라는 개인적 결단의 보호라는 원칙에 대한 예외적 정당성(혹은 예외적 허용)을 확보하였기 때문이라고 설명한다(김가을, 앞의 글(상속포기와 채권자취소권-독일과 프랑스법과 비교에 따른 우리법의 위치-, 2014), 984면).

215) 이 글에서 언급하는 독일 민법은 2022. 11. 7. 자로 최종 개정된 법을 가리킨다.

216) Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) 1922 Gesamtrechtsnachfolge: (1) Mit dem Tode einer Person (Erbfall) geht deren Vermögen (Erbschaft) als Ganzes auf eine oder mehrere andere Personen (Erben) über.

217) Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) 1942 Anfall und Ausschlagung der Erbschaft: (1) Die Erbschaft geht auf den berufenen Erben unbeschadet des Rechts über, sie auszuschlagen (Anfall der Erbschaft).

정상속인에게 이전된다.”라고 규정하고 있다.

즉, 피상속인의 사망으로 인하여 개시된 상속재산의 이전(귀속)의 효과는 그 개념상 잠정적인 것으로 오로지 상속인의 의사에 관련되어 있다고 할 수 있다. 독일 민법 제1953조 제1항²¹⁸⁾에 따르면, “상속을 포기한 경우에는 포기한 자에 대해서 상속재산이 귀속하지 않았던 것으로 본다.”라고 규정하고 있다. 즉, 승인이 있기까지는 상속재산의 귀속은 잠정적인 것임을 명시적으로 나타내고 있다.

따라서, 피상속인의 사망으로 인하여 개시된 상속재산의 취득은 확정적이지 않고 잠정적인 상태이며, 이를 승인해야지만 귀속이 결정된다.

한편, 독일 민법 제516조 제1항²¹⁹⁾에서 “한 사람이 자신의 재산으로 다른 사람에게 이득을 얻게 하는 출연(出捐, 증여)에 대하여 양 당사자가 그것이 무상(無償)으로 이루어지는 것으로 의사가 합치한 때에는 그 출연은 증여이다.”라고 규정하였고, 독일 민법 제517조²²⁰⁾에서 “다른 사람의 이익을 위해 자산 취득을 자제하거나, 아직 확정되지 않은 권리를 포기하거나, 상속 또는 유산을 거부하는 경우 증여가 존재하지 않는다.”라고 규정하였다. 즉, 피상속인의 사망으로 인하여 상속이 개시되었다고 하더라도, 이를 승인하기 전까지 잠정적인 상태이고, 오로지 상속인의 승낙의사에 의해 최종적으로 귀속이 결정된다는 것이다.

따라서, 채권자는 상속포기에 관하여, 무상급부(無償給付)인 증여를 이유로 채권자취소권을 행사할 수 없다.

한편, 독일 민사소송법(Zivilprozessordnung, ZPO)²²¹⁾ 제778조(상속승인

218) Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) 1953 Wirkung der Ausschlagung: (1) Wird die Erbschaft ausgeschlagen, so gilt der Anfall an den Ausschlagenden als nicht erfolgt.

219) Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) 516 Begriff der Schenkung: (1) Eine Zuwendung, durch die jemand aus seinem Vermögen einen anderen bereichert, ist Schenkung, wenn beide Teile darüber einig sind, dass die Zuwendung unentgeltlich erfolgt.

220) Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) 517 Unterlassen eines Vermögenserwerbs: Eine Schenkung liegt nicht vor, wenn jemand zum Vorteil eines anderen einen Vermögenserwerb unterlässt oder auf ein angefallenes, noch nicht endgültig erworbenes Recht verzichtet oder eine Erbschaft oder ein Vermächtnisausschlägt.

221) 민사소송법은 2005. 12. 5. 전면 개정되고 2019. 6. 21. 최종 개정된 것으로서 2019. 11. 1. 현재 시행 중인 법이다.

전의 강제집행) 제1항에서 “상속인이 상속을 승인하지 않는 한 상속재산에 대한 청구권에 기초한 강제집행은 상속재산에만 할 수 있다.”라고 규정하고 있고, 같은 조 제2항에서 “상속의 승인 전에는 상속인의 고유채무(상속인 자신의 채무)에 기초한 상속재산에 대한 강제집행은 허용되지 않는다.”라고 규정하고 있다.²²²⁾ 특히 같은 법 제778조 제2항은, “상속절차가 시작하기 전에 상속개시에 관한 승인 또는 포기를 할 수 있다”라고 한 근거로 보이고, 상속인의 상속재산의 포기는 “상속인의 채권자들에게 대해 유효하며 상속재산의 포기를 취소할 수 없다.”라고 해석할 수 있으며, 나아가 “상속의 승인 여부가 확정되지 않은 상태에서는 여전히 상속재산이 상속인의 책임재산에 편입되지 않았다.”라고 해석할 여지가 있다.

또한, 현행 독일 도산법²²³⁾ 제83조 제1항²²⁴⁾에서, “도산절차개시 전 또는 절차진행 중에 채무자가 상속이나 유증을 받은 경우에는 승인 또는 포기는 채무자만이 할 수 있다. 계속적 재산공동체의 거절도 같다.”라고 규정하고 있다. 따라서 이 규정은 상속인인 채무자만이 상속재산을 포기할 수 있다고 해석할 수 있다.²²⁵⁾²²⁶⁾

222) Zivilprozessordnung 778 Zwangsvollstreckung vor Erbschaftsannahme: (1) Solange der Erbe die Erbschaft nicht angenommen hat, ist eine Zwangsvollstreckung wegen eines Anspruchs, der sich gegen den Nachlass richtet, nur in den Nachlass zulässig.

(2) Wegen eigener Verbindlichkeiten des Erben ist eine Zwangsvollstreckung in den Nachlass vor der Annahme der Erbschaft nicht zulässig.

223) 이 글에서 언급하는 독일 도산법(파산법)은 2021. 8. 10. 자로 최종 개정된 법을 가리킨다. 참고로, 독일의 도산법은 구(舊) 파산법 및 화의법과 통일 이후 동독지역에서 적용되었던 포괄집행법(Gesamtvollstreckungsordnung)을 통합하여 1994. 10. 5. 새로운 도산법으로 제정된 것이다.

224) Insolvenzordnung(InsO) 83 Erbschaft. Fortgesetzte Gütergemeinschaft: (1) Ist dem Schuldner vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens eine Erbschaft oder ein Vermächtnis angefallen oder geschieht dies während des Verfahrens, so steht die Annahme oder Ausschlagung nur dem Schuldner zu. Gleiches gilt von der Ablehnung der fortgesetzten Gütergemeinschaft.

225) 즉 파산자에 의한 상속재산의 포기는 파산채권자에 대하여 유효하고 취소할 수 없다는 것을 명백히 하기 위한 것으로 보인다.

226) 우리 「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」 제386조 제1항에서 “파산선고 전에 채무자를 위하여 상속개시가 있는 경우 채무자가 파산선고 후에 한 상속포기도 파산재단에 대하여는 한정승인의 효력을 가진다.”라고 규정하고 있고, 같

2) 학설 및 판례

프랑스와 달리 독일의 경우, 상속인의 상속포기가 채권자취소권²²⁷⁾의 대상성이 인정되는가에 대해 독일 민법 또는 다른 법률에 별도의 규정은 없으나, 통설과 판례는 상속의 포기에 관하여 채권자취소권을 행사할 수 없다는 입장이다.²²⁸⁾ 오늘날 독일 통설의 대표적인 입장을 정리하면, 상속의 포기는 “재산법적 의미를 가지는 의사표시이자 동시에 강한 인격적 성질을 가진다. 그 이유는 상속을 승인할 것인지 포기할 것인가를 단지 그의 재산적 이익에 좇아서가 아니라 그의 상속인에 대한 관계 그리고 만약 상속재산을 포기하는 경우에 상속재산을 취득할 사람과의 관계도 고려하여 판단하고 여기에 상속인의 인격적인 자유의사가 존중되어야 한다. 나아가 상속

은 조 제2항에서 “파산관재인은 제1항의 규정에 불구하고 상속포기의 효력을 인정할 수 있다. 이 경우 포기가 있는 것을 안 날부터 3월 이내에 그 뜻을 법원에 신고하여야 한다.”라고 규정하고 있어서, 독일법과는 달리 상속포기에 대해 채권자취소권을 인정하는 것이 논리적으로 일관된 태도라고 볼 수 있다. 즉, 파산선고 후에는 파산자가 상속포기를 하더라도 파산재단에 대하여는 한정승인의 효력만이 있도록 함으로써 파산자의 상속포기의 자유를 제한하고 있다. 다만, 대법원은 상속포기가 파산절차에서 면책불허가사유의 대상이 되는 재산의 은닉에 해당하지 않는다고 판시하였으나(대법원 2012. 1. 12. 자 2010마1551, 1552 결정), 유사한 사안에서는 상속을 포기한 사정을 하나의 근거로 하여 면책불허가사유를 인정한 예(대법원 2011. 1. 25. 자 2010마1554, 1555 결정)도 있다.

227) 독일의 채권자취소권 제도는 도산절차 밖에서는 채권자취소법((Gesetz, über die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Insolvenzverfahrens: AnfG)에 의해 규율되고, 도산절차 내에서는 도산법(Insolvenzordnung(InsO)에 의해 규율된다. 여기에서는 채권자취소법에 관하여 간략하게 소개한다. 이 법에서 “채권자취소”라고 함은 취소채권자가 채무자에 대한 채권의 만족을 위해 취소상대방에 대하여 재산의 처분을 구할 수 있도록 하는 권리행사이다. 이 법에서 채권자취소권을 행사하더라도 채무자의 재산처분이 무효로 되는 것이 아니고, 해당 재산은 여전히 취소상대방의 수중에 있다. 취소채권자는 취소상대방을 상대로 강제집행수인의 소송에서 승소판결을 받아 취소상대방에게 귀속되어 있는 해당 재산에 대해 강제집행을 할 수 있으며, 취소채권자가 만족을 얻을 수 있는 범위 내에서 채무자의 책임재산을 회복시킨다.

228) Jaeger/Henckel, Konkursordnung, Großkommentar, §§1-42, 9. Aufl., De Gruyter, 1997, §29, Rn. 59; MünchKomm/BGB-Leipold, 2. Aufl., §1942 Rn. 14; 김가을, 앞의 글(상속포기와 채권자취소권-독일과 프랑스법과 비교에 따른 우리법의 위치-, 2014), 953면에서 재인용.

인의 상속포기에 대한 결단은 그의 채권자에 의하여 영향을 받아서는 아니 된다는 사고에서 출발한 것이다.”²²⁹⁾라고 한다.

(1) 부정설

상속포기가 채권자취소권의 대상이 아니라고 주장한 조이퍼트(lothar v. Seuffert), 키프(Theoder Kipp)가 있다. 이 학자들의 견해를 간략하게 소개하고자 한다.

조이퍼트(Seuffert)는 상속의 승인이 있기까지는 상속인의 고유채무(상속인 자신의 채무)에 기초한 상속재산에 대한 강제집행을 허용되지 않는²³⁰⁾ 것은 상속포기가 상속인의 책임재산을 감소시키지 않는 것이기 때문이라고 한다. 또한, 독일 민법 이유서에서도, 상속포기가 있으면 포기자는 전혀 상속인이 아니었던 것으로 되기 때문에 상속인이 아직 상속포기를 하지 않은 상태에서 상속재산이 상속인에게 이전된다는 것은 하나의 형식적인 의미밖에 없다고 설명한다.²³¹⁾ 즉 독일 민법에서의 상속재산의 취득 및 포기는 로마법에서의 상속의 승인 및 거절에 대한 의사표시와 동일한 의미를 갖는다는 것이다. 따라서 상속재산의 포기가 로마법상의 상속의 거절에 대한 의사표시이어서 채권자취소권의 대상이 될 수 없다고 설명한다. 그럼에도 불구하고, 그는 상속재산의 양도를 포기으로써 가장(假裝)한 경우에 한해서만 채권자취소권을 인정할 수 있다고 한다.²³²⁾

키프(Kipp)는 단순히 형식적 논리 구성만으로 상속포기를 채권자취소권의 대상이 될 수 없다고 한다. 즉, 상속의 포기에 관한 독일 민법의 실질적

229) 윤진수, 앞의 글(상속법상의 법률행위와 채권자취소권-상속포기 및 상속재산 협의분할을 중심으로-, 2001), 10-11면; 김가을, 앞의 글(상속포기와 채권자취소권-독일과 프랑스법과 비교에 따른 우리법의 위치-, 2014), 953면에서 재인용.

230) 독일 민사소송법 제778조 제2항을 말한다.

231) 독일 민법에서의 상속포기는 상속인이 상속재산을 취득하려면 별도의 행위를 하여야 한다는 규정을 두고 있기 때문에, 이는 이미 취득한 재산의 포기로서가 아니라 상속으로 제시된 재산을 받지 않는 것과 같은 의미로 볼 수 있다는 것이다.

232) L. v. Seuffert, “Erschaftsausschlagung und Gläubigeranfechtung”, LZ (Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- and Versicherungsrecht, No. 1, 1912. ss. 22-23.; 김가을, 앞의 글(상속포기와 채권자취소권-독일과 프랑스법과 비교에 따른 우리법의 위치-, 2014), 961-962면에서 재인용.

인 입장은 “채무자는 자신의 채권자에 대한 관계에서 상속재산을 받아들여야 할 채무가 있는 것이 아니며, 자신의 채권자로부터 간섭을 받지 않고 상속재산의 포기에 대하여 결정할 수 있어야 한다.”라고 설명한다.²³³⁾

(2) 긍정설

최근 독일에서도 프랑스와 같이 상속포기도 채권자취소권의 대상이라고 주장한 학자(Ernst Stampe²³⁴⁾)가 있는데, 이 글에서 이 학자의 견해를 간략하게 소개하고자 한다.

이익법학자인 슈탐페는 “법은 인간의 이기주의로 인해 발생하는 이익투쟁을 조정하는 강제규범이라는 전제 하에 이익형량을 통하여 분쟁을 해결하자.”고 주장하였고, 독일 제국법원의 판례²³⁵⁾에 관하여 비판적인 입장²³⁶⁾

233) T. Kipp, “Erbschaftsausschlagung und Gläubigeranfechtung”, JW(Juristische Wochenschrift), J. 41, 1912, ss. 11, 14; 윤진수, 앞의 글(상속법상의 법률행위와 채권자취소권-상속포기 및 상속재산 협의분할을 중심으로-, 2001), 14-15면; 김가을, 앞의 글, 962면에서 재인용.

234) Stampe, “Rechtsfindung durch Konstruktion”, DJZ(Deutsche Juristen-Zeitung), NO. 9, 1905, ss. 417-422; 김가을, 앞의 글, 956면에서 재인용.

235) 1903. 4. 17. 선고한 독일 제국법원의 판례(RGZ., 54, 289-297)에 대한 사실관계와 소송의 경과 : 1901. 12. 4. 상인 A가 사망하였고, 법률에 따라 그의 처(妻)인 B가 단독 상속인이 되었다. 그러나 같은 날 피상속인 A의 유일한 상속인 B가 상속을 포기하였다. 그 결과 B의 하나뿐인 아들 C가 대습상속하였다. 이 때, B의 채권자인 원고는 이미 상속인 B에 대해 집행권원을 갖고 있었고, 상속된 재산의 강제집행을 통하여 만족을 얻지 못하게 됨에 따라 B의 상속포기는 독일 사법법(司法法)에 속하는 특별법인 「파산절차 밖에서의 변제자력이 없는 채무자의 법적행위의 취소에 대한 채권자의 권한에 관한 법률(Gesetz, betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens)」 제7조에 규정된 무상의 처분으로서 이는 원고 채권자 자신에 대해 무효로 해 줄 것을 법원에 청구한 사건이다. 이 소송은 제1심 Metz 지방법원 및 제2심 Colmar 고등법원에서 패소하였고, 독일 제국법원 상고심에서도 기각되었다. 이 판례는 기본적으로 상속포기의 소급효를 중시하여, 상속개시에 의하여 상속인이 상속재산을 취득하는 것은 상속의 승인이나 포기가 있을 때까지에 한하는 잠정적인 것에 불과하므로, 상속을 포기하더라도 상속재산을 처분하거나 책임재산을 감소시키는 것은 아니라는 이유로 상속의 포기가 사해행위가 되지 않는다고 보았다(윤진수, “상속포기의 사해행위 취소와 부인”, 가족법연구 제30권 3호, 한국가족법학회, 2016, 194-195면).

236) 슈탐페는 독일 제국법원의 판례에 관하여 “채무를 지고 있으며 그로 인해 강제집행을 하더라도 만족을 주지 못할 상황에 빠진 상속인(B)이 상속을 포기

을 취하였다. 그는 “통상적으로 장래에 상속이 일어날 것이라는 것은 적극 재산이 많아지는 것을 의미하는 것이며, 이로써 상속인에게 신용이 부여되는데, 이 때 상속인이 자신의 채권자를 괴롭히기 위하여 자신에게 부여된 결정의 자유를 이용하는 것은 보호가치가 없기 때문에 채권자취소권을 허용해야 한다.”라는 입장이었다.

또한, 그는 “독일 민법 제1942조와 같은 법 제1953조에서 규정된 상속 포기는 상속재산에 소극재산이 많은 경우 피상속인의 채권자로부터 벗어나기 위한 것이지, 적극재산이 많음으로 인하여 자신의 채권자에게 손해를 주기 위한 수단이 아니다.”라고 한다.

3. 일본

1) 민법

구 일본 민법 제339조는 “채권자를 사해할 의사로 행한 포기는 재산편 제341조 이하에서 규정하는 구별 및 기간에 따라 채권자 자기의 이익을 위하여 이를 폐파할 수 있다.”고 규정하였으나, 그 후 입법과정에서 위 규정이 삭제되어, 오늘날 일본 민법에서 상속의 포기가 채권자취소권의 대상이 되는지 여부에 대한 명문의 규정은 없다.²³⁷⁾

2) 학설 및 판례²³⁸⁾

(1) 부정설

이 학설의 근거로는 상속포기에 대한 채권자취소권을 인정하게 되면 상

하고 후순위 상속인인 자신의 아들(C)에게 그 이득을 준 행위에 대해 채권자가 취소할 수 없는 것은 일반인들에게 납득하기 어려운 결정”이라고 비판하였다.

237) 구(舊) 일본 민법 제339조는 “채권자를 사해할 의사로 행한 포기는 재산편 제341조 이하에서 규정하는 구별 및 기간에 따라 채권자 자기의 이익을 위하여 이를 폐파할 수 있다.”라고 규정하였으나, 그 후 입법 과정에서 이 규정이 삭제되었다.

238) 이미정, 앞의 글, 379-426면.

속채무가 상속재산을 초과하여도 상속인이 상속포기를 할 수 있는 자유가 침해되어 상속인에게 상속의 승인을 강제시키는 결과를 초래하므로 상속포기는 채권자취소권의 대상이 되지 못한다는 점,²³⁹⁾ 상속포기는 재산권을 목적으로 하지 않는 신분행위이므로 채권자취소권의 취소대상이 될 수 없다는 점,²⁴⁰⁾ 피상속인의 사망으로 상속이 개시되어도 상속인의 상속포기 여부에 대한 판단은 상속인의 채권자와 아무런 관련이 없는 요소도 포함되므로 채권자취소권의 취소대상이 될 수 없다는 점,²⁴¹⁾ 상속인의 상속포기는 소급효가 있어서 포기자는 피상속인의 사망으로 인한 상속개시의 시점부터 상속인이 아닌 상태로 되므로, 상속인의 상속포기는 상속인의 재산을 감소시키는 행위가 아니어서 채권자취소권의 대상이 될 수 없다는 점,²⁴²⁾ 상속인의 채권자는 채무자인 상속인의 고유재산만을 기대하였지 채무자인 상속인이 상속을 승인하는 것에 대한 기대는 없었기 때문에 상속인인 채권자의 기대가치는 보호할 가치가 없어 채권자취소권의 대상성이 될 수 없다는 점, 나아가 채무자인 상속인과 상속인의 채권자 사이의 이익조정은 재산분리에 의하여야 하므로²⁴³⁾ 채권자취소권은 개입될 여지가 없는 점²⁴⁴⁾ 등을 들고 있다.

(2) 긍정설

이 학설의 근거로는 일본 민법은 프랑스 민법과 달리 상속포기에 대한 채권자취소권을 적용할 명시적인 규정이 없으므로 상속포기에 대한 채권자취소권의 적용이 긍정되면 상속인의 상속포기의 자유는 침해받는다는 주장

239) 内山尙三, “相續放棄と債權者取消權”, 家族法判例百選(第3版), 有斐閣, 1980, 234면; 석진국, 앞의 글, 88면에서 재인용.

240) 西村信雄, 『家族法總論』, 有斐閣, 1958, 103면; 석진국, 앞의 글, 88면에서 재인용.

241) 星野英一, 『民法概論Ⅲ』, 有斐閣, 1985, 110면; 석진국, 앞의 글, 88면에서 재인용.

242) 我妻 榮, 『新訂債權總論』, 岩波書店, 1964, 177면; 석진국, 앞의 글, 88면에서 재인용.

243) 平野裕之, 『債權總論』(法律學講義案シリーズ21), 信山社, 1996, 317면; 석진국, 앞의 글, 88면에서 재인용.

244) 大島俊之, “相續拋棄と詐害行爲”, 判例タイムズ NO. 688, 1989, 15-16면; 석진국, 앞의 글, 88면에서 재인용.

에 관하여 상속포기에 대한 채권자취소권을 부정하면 채권자를 해하는 자유를 상속인에게 인정하는 것이어서 오히려 부당하다는 점,²⁴⁵⁾ 상속포기는 직접 재산권을 목적으로 하지 않는 법률행위인 신분행위이므로 채권자취소권을 인정해서는 아니 된다는 주장에 관하여 상속포기 자체는 재산권을 목적으로 하는 법률행위이지 신분행위로 볼 수 없는 점, 상속인에 대한 상속포기의 자유로운 의사 결정권은 상속인의 채권자와는 아무런 관련이 없다는 주장에 관하여 이러한 주장은 상속의 승인이나 포기에만 적용되는 요소가 아니므로 그 사정만으로는 채권자취소권의 대상성을 부정할 만한 근거가 될 수 없다는 점,²⁴⁶⁾ 상속포기의 소급효로 포기자는 상속개시의 시점으로 소급하여 상속인이 아닌 상태로 되므로 포기자에게 재산감소가 없어 채권자취소권의 대상이 아니라는 주장에 관하여 상속포기에 소급효를 두고 있는 개정 전 일본 민법 제939조 “상속포기를 한 자는 그 상속에 관해서는 처음부터 상속인이 되지 아니한 것으로 간주한다.”²⁴⁷⁾는 규정은 법률적 의제에 지나지 않는다는 점과 개정 전 일본 민법 제896조 “상속인은 상속개시 시부터 피상속인의 재산에 속한 일체의 권리의무를 승계한다.”²⁴⁸⁾는 규정은 상속인이 피상속인의 사망으로 인한 상속개시의 시점부터 피상속인의 모든 권리의무를 승계한다고 규정한 것으로 보아 소급효 규정을 둔 개정 전 일본 민법 제939조가 개정 전 일본 민법 제896조보다 더 중시될 수 없다는 점, 상속인의 채권자는 채무자인 상속인의 고유재산만을 기대한 것이므로 채무자인 상속인이 상속을 승인하는 것에 대한 상속인의 채권자의 기대가치는 보호할 필요성이 없다는 주장에 관하여 상속인의 채권자는 채무자인 상속인이 상속개시 후에 재산을 갖는 것은 채무자인 상속인의 상속승

245) 勝本正晃, 『債權總論(2-3)』, 巖松堂, 1936, 351면; 竹屋芳昭, “相續の放棄と詐害行爲取消權”, 民商法雜誌 第73卷 第1号, 1975, 91면; 석진국, 앞의 글, 89면에서 재인용.

246) 勝本正晃, 앞의 책, 408면; 吉田邦彦, “相續放棄と詐害行爲取消權”, 別冊ジュリット No. 99 家族法判例百選 第四版, 1988, 205면; 석진국, 앞의 글, 89면에서 재인용.

247) 개정 전 일본 민법 제939조: 相續の放棄をした者は、その相續に關しては、初めから相續人とならなかつたものとみなす.

248) 개정 전 일본 민법 제896조: 相續人は、相續開始の時から、被相續人の財産に屬した一切の權利義務を承継する ただし、被相續人の一身に專屬したものは、この限りでない.

인을 기대하는 것으로 이는 지극히 당연하고 정상적이며, 상속인의 채권자가 갖는 기대가치와 채무자인 상속인이 갖는 상속포기를 비교하면 그 가치 판단은 상속포기의 채권자취소권의 취소대상이 되는 쪽으로 기운다는 점, 또한 상속인의 채권자가 상속개시 전에 채권을 갖는 경우에도 상속개시 후 채무자의 상속승인을 기대하는 것은 당연하고, 상속개시 전부터 상속인의 채권자가 상속재산을 기대한 경우에도 가치판단을 달리 할 이유가 없다는 점, 재산분리²⁴⁹⁾에 관하여 개정 전 일본 민법 제950조²⁵⁰⁾ 제1항에서 “상속

249) 현행 일본 민법(2022. 12. 16. 공포되고, 같은 날 시행된 것) 제5장 재산분리(財産分離) 제941조(상속채권자 또는 수유자의 청구에 의한 재산분리)에서 제950조(상속인의 채권자의 청구에 의한 재산분리)까지 재산분리에 관한 규정을 두고 있다. 현행 민법 제941조와 제950조는 다음과 같다.

第五章 財産分離(제5장 재산분리)

(相續債權者又は受遺者の請求による財産分離) (상속채권자 또는 수유자의 청구에 의한 재산분리)

第九百四十一條 相續債權者又は受遺者は、相續開始の時から三箇月以内に、相續人の財産の中から相續財産を分離することを家庭裁判所に請求することができる。相續財産が相續人の固有財産と混合しない間は、その期間の満了後も、同様とする。(제1항 상속채권자 또는 수유자는 상속개시 시부터 3개월 이내에 상속인의 재산 중에서 상속재산을 분리할 것을 가정법원에 청구할 수 있다. 상속재산이 상속인의 고유재산과 혼합하지 아니하는 동안에는 그 기간의 만료 후에도 같다.)

2 家庭裁判所が前項の請求によって財産分離を命じたときは、その請求をした者は、五日以内に、他の相續債權者及び受遺者に對し、財産分離の命令があったこと及び一定の期間内に配当加入の申出をすべき旨を公告しなければならない。この場合において、その期間は、二箇月を下ることができない。(제2항 가정법원이 전항의 청구에 의하여 재산분리를 명한 때에는 그 청구를 한 자는 5일 이내에 다른 상속채권자 및 수유자에 대하여 재산분리 명령이 있었다는 사실 및 일정 기간 내에 배당가입 신청을 하여야 하는 취지를 공고하여야 한다. 이 경우, 그 기간은 2개월을 내려갈 수 없다.)

3 前項の規定による公告は、官報に掲載してする。(제3항 전항의 규정에 따른 공고는 관보에 게재한다.)

第九百五十條 相續人が限定承認をすることができる間又は相續財産が相續人の固有財産と混合しない間は、相續人の債權者は、家庭裁判所に對して財産分離の請求をすることができる。(제1항 상속인이 한정승인을 할 수 있는 동안 또는 상속재산이 상속인의 고유재산과 혼합하지 아니하는 동안에는 상속인의 채권자는 가정법원에 대하여 재산분리를 청구할 수 있다.)

2 第三百四條、第九百二十五條、第九百二十七條から第九百三十四條まで、第九百四十三條から第九百四十五條まで及び第九百四十八條の規定は、前項の場合について準用する。ただし、第九百二十七條の公告及び催告は、財産分離

인이 한정승인을 할 수 있는 동안 또는 상속재산이 상속인의 고유재산과 혼합하지 아니하는 동안은 상속인의 채권자는 가정법원에 대하여 재산분리의 청구를 할 수 있다.”고 규정하고 있고, 제2항에서 “제304조, 제925조, 제927조부터 제934조까지, 제943조부터 제945조까지 및 제948조의 규정은 전항의 경우에 준용한다. 다만 제927조의 공고 및 최고는 재산분리의 청구를 한 채권자가 하지 않으면 아니 된다.”고 규정하여 상속채무가 상속재산보다 많은 상속인의 채권자를 보호하기 위한 제도인 점(재산분리 제도만으로, 상속재산 중에서 적극재산이 소극재산보다 많은 상태에서 채무자인 상속인이 상속포기를 하게 되면 상속인의 채권자를 보호하기에는 충분하지 아니하여 채권자취소권이 인정해야 한다는 점) 등을 들 수 있다.

(3) 일본 최고재판소의 입장

일본 최고재판소의 판결²⁵¹⁾은 “상속의 포기과 같은 신분행위에 관하여는 채권자취소권 행사의 대상이 되지 않는다고 해석함이 상당하다. 왜냐하면 위 취소권 행사의 대상으로 되는 행위는, 적극적으로 채무자의 재산을 감소시키는 행위일 것을 요하고, 소극적으로 그 증가를 방해하는데 지나지 않는 것을 포함하지 않는다고 해석되는바, 상속의 포기는 상속인의 의사나 법률상의 효과에 있어서도 이를 기득재산을 적극적으로 감소시키는 행위라고 하기보다는 차라리 소극적으로 그 증가를 방해하는 행위에 지나지 않는다고 보는 것이 타당하다. 또한 상속의 포기과 같은 신분행위에 관하여는

の請求をした債権者がしなければならない。(제2항 제34조, 제925조, 제927조부터 제934조까지, 제943조부터 제945조까지 및 제948조의 규정은 전항의 경우에 대하여 준용한다. 다만, 제927조의 공고 및 최고는 재산분리를 청구한 채권자가 하여야 한다.)

250) 개정 전 일본 민법 제950조

제1항 相續人が限定承認をすることができる間又は相續財産が相續人の固有財産と混合しない間は、相續人の債権者は、家庭裁判所に對して財産分離の請求をすることができる。

제2항 第三百四條、第九百二十五條、第九百二十七條から第九百三十四條まで、第九百四十三條から第九百四十五條まで及び第九百四十八條の規定は、前項の場合について準用する。ただし、第九百二十七條の公告及び催告は、財産分離の請求をした債権者がしなければならない。

251) 最高裁判所 1974(昭和 49). 9. 20. 判決(民集 28-6, 1202면)

타인의 의사에 의하여 이를 강제하여야 할 것은 아니라고 해석되는바, 가령 상속의 포기를 사해행위라고 하여 취소할 수 있다고 한다면 상속인에 대하여 상속의 승인을 강제하는 것과 같은 결과가 되어 그 부당함이 명백하다.”고 판시하였다.

II. 우리나라의 학설과 판례

1. 학설

1) 부정설

상속의 포기는 채권자취소권의 대상성이 아니라는 태도가 과거부터 현재까지 일반적인 견해였고, 다수의견이다.²⁵²⁾ 대법원도 같은 입장이다.²⁵³⁾

그 근거로 첫째, 상속의 승인이나 포기 여부는 단순히 재산적 고려에 의하여서만 행하여지는 것이 아니고 일반적으로 피상속인과 상속인 간의 인격적 관계를 전체적으로 판단하여 정하여지는 ‘인적 결단’으로 파악되어야 하고, 그러한 인적 결단에 의한 상속인의 자유의사는 존중되어야 한다는 점이다. 예컨대, 상속승인의 경우 상속재산에 소극재산이 더 많다고 하여도 피상속인에 대한 감정상 공동상속인들 전원이 상속을 승인하였는데 그중 1인이 무자력 상태에 있다고 해서 그의 상속승인의 효력은 채권자에 대한 관계에서 부인되고 다른 자력 있는 공동상속인들의 상속승인은 그 효력이 유지될 수 없으며, 이러한 논리는 상속포기의 경우에도 마찬가지로 하는 것이다.²⁵⁴⁾ 둘째, 채권자는 재산분리, 상속과산에 따라 구제를 받을 수 있을 뿐이고, 채권자가 합리적으로 기대할 수 있는 책임재산은 채무자 개인의 고유재산뿐이며, 채권자가 자신의 채무자가 상속으로 인하여 얻을 재산의 감소 또는 증가에 대하여 가지는 기대는 법적으로 보호받을 수 없다는 점이다.²⁵⁵⁾ 셋째, 채권자취소권은 재산권을 목적으로 하는 것이어야 하는데, 상

252) 김주수·김상용, 『친족상속법』 (제16판), 법문사, 2019, 779면.

253) 대법원 2011. 6. 9. 선고 2011다29307 판결.

254) 양창수, “「가족법」상의 법률행위의 특성” 가족법연구 제19권 제1호, 한국가족법학회, 2005, 80면.

255) 양창수, 앞의 글, 329-330면.

속의 포기는 신분행위나 신분법상의 행위이기 때문에 그 대상이 되지 않는다는 점이다.²⁵⁶⁾ 넷째, 우리 민법은 고려기간을 제1019조 제1항에서 규정하고 그 기간 동안 상속인이 상속승인이나 포기를 하도록 함으로써 비교적 단기간에 상속재산을 둘러싼 권리관계를 확정 시키려고 하는데, 상속포기를 취소할 수 있다고 하면 이러한 신속하고 확정적인 상속재산의 안정을 추구하는 우리 민법 태도에 배치되며, 상속의 포기를 취소하기 전에 다시 후순위자가 상속포기를 하면 후순위 상속포기자를 수익자로 볼 것인지, 전득자로 볼 것인지 등 사해행위취소소송의 피고를 특정 하는 문제도 난해하게 된다는 점이다.²⁵⁷⁾ 다섯째, 상속포기는 언제든지 할 수 있는 것이 아니라 일정한 고려기간의 제한을 두고 있는데, 그 기간 동안은 상속재산의 상태는 유동적인 상태에 있으므로, 상속포기는 증여와 비교할 것이 아니라 증여의 거절과 견주어야 하는데, 증여를 승낙하지 않거나 거절하는 행위와 같은 수익의 거절행위는 책임재산을 감소시키는 것이라고 볼 수 없어 채권자취소권의 대상이 되지 않는다는 점이다.²⁵⁸⁾²⁵⁹⁾²⁶⁰⁾

256) 박윤직(편집대표), 앞의 책(민법주해 [IX]), 818면; 김용담(편집대표), 『주석민법』 채권총칙(2), 한국사법행정학회, 2013, 240-241면; 법무법인 해마루, 『사해행위취소소송연구』 신정판, 한국학술정보, 2011, 118면; 이은영, 앞의 책, 464면; 전경근, 앞의 글, 523면.

257) 최성경, “상속법상의 법률행위와 채권자취소권-상속의 승인·포기와 포괄적 유증의 승인포기를 중심으로-”, 법조 제56권 제9호(통권 제612호), 법조협회, 2007, 223면.

258) 김주수·김상용, 앞의 책, 780면; 최성경, 앞의 글, 224면; 박근용, 앞의 글, 370면.

259) 생각건대, 부정설의 입장에서는 상속포기를 증여의 거절과 비교하여 증여를 승낙하지 않거나 거절하는 행위와 같은 수익의 거절행위는 책임재산을 감소시키는 행위가 아니므로 채권자취소의 대상이 아니라고 하는데, 증여를 승낙하지 않거나 거절하는 행위가 채권자취소권의 대상으로 되지 않는 이유는, 채무자가 한 수증거절행위를 취소시킨다고 하더라도 채무자의 재산은 자동으로 증가하는 것이 아니고 별도로 채무자의 적극적인 승낙행위가 있어야 한다. 반면에 상속포기는 상속포기 자체를 취소시키면 별도의 승낙행위가 없이도 채무자의 재산은 자동으로 증가하게 된다.

260) 윤진수, 앞의 글(상속포기의 사해행위취소와 부인, 2016), 215-216면: “민법 제1005조에 의하면 상속인은 상속이 개시된 때로부터 피상속인의 재산에 관한 권리의무를 승계하고, 상속을 포기하면 소급적으로 상속재산을 상실하게 된다. 그러므로 상속의 포기는 상속인의 적극적인 행위에 의하여 상속재산의 상실이라는 법률효과를 발생시키는 것이고, 그에 의하여 책임재산이 감소되는 결과를 가져온다. 따라서 이를 증여를 승낙하지 않거나 거절하는 것과 같이 적극재산을 증가시키지 않는 행위와 같이 취급할 수 없다. 이 점은 우리

그러나 실제 상속포기 제도는 상속재산 중 소극재산이 많은 경우 피상속인의 채무를 상속인에게 승계시키는 부담함을 구제하기 위해 제정되었고, 현실에서도 상속인이 피상속인의 채무를 부담하는 것이 힘들어서 이 제도를 이용하고 있다. 앞에서 살펴본 이유는 현실을 외면한 주장이다. 이는 사실상 채무자인 상속인이 자신의 채무를 갚지 않을 목적으로 다른 공동상속인과 공모하여 계획적으로 상속포기를 하는 경우가 빈번히 발생할 것이고, 우리 사회가 이를 그대로 내버려 두는 결과를 맞이할 것이다. 현재 실생활에서도 채무자인 상속인이 사해의사를 가지고 다른 공동상속인과 상속포기에 대한 대가나 보상을 받을 목적으로 이면 약정을 체결하여 이익을 누리는 사례도 적지 않게 발생하고 있음을 부인할 수 없는 일이다. 결과적으로, 상속재산분할협의와 달리 상속포기에 대해서만 채권자취소권의 대상성을 부정한다면, 상속인의 채권자의 권리 보호가 미흡해짐을 물론 상속포기 제도의 본래의 취지를 크게 훼손할 우려가 있을 뿐 아니라, 책임회피의 수단으로 변질하여 악용될 가능성도 있다.

2) 긍정설

대법원 2011. 6. 9. 선고 2011다29307 판결 이후부터 현재까지 긍정설이 유력하게 제기되고 있다. 긍정설은 피상속인의 채권자와 달리 상속인의 채권자가 가지는 채권자취소권의 피보전채권은 상속과는 아무런 관련성이 없는 것이어서 채무의 승계를 강제하는 문제가 발생하지 않는다는 점을 근거로 상속의 포기를 취소할 수 있다는 견해이다.²⁶¹⁾

앞서 살펴본 바와 같이, 독일 민사소송법 제778조 제2항에서 “상속을 승계하기 전에는 상속인의 채권자는 아직 상속재산에 대하여 강제집행을 할 수 없다.”라고 규정하고 있어 상속의 승인 여부가 확정되지 않은 상태에서는 상속재산이 상속인의 책임재산에 편입되지 않았다고 볼 여지가 있지만, 이러한 규정이 없는 우리 민법 체계에서는 상속개시와 함께 상속재산이 이전되었다가 상속포기와 동시에 소급하여 상속의 효과가 소멸할 뿐이라고

나라와 마찬가지로 상속포기의 소급효를 인정하고 있는 프랑스 민법 제779조도 채권자에 의한 상속포기의 취소를 인정하고 있는 것을 보아도 알 수 있다”고 설명한다.

261) 이미정, 앞의 글, 379-426면.

해석할 여지가 있다는 점이다.

독일 도산법 제83조 제1항이 “파산선고 전에 파산자에게 귀속된 상속재산의 승인 또는 포기는 파산자만이 할 수 있다”라고 규정하고 있어 파산절차 내에서의 상속포기가 파산관재인에 의해 허용되지 않는다면 파산절차 밖에서의 채무자의 상속포기 역시 채권자의 개입을 허용하지 않는다는 것이 논리적으로 일관된 태도라고 보인다. 그러나 우리 「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」 제386조(파산선고 후의 상속포기)는 “① 파산선고 전에 채무자를 위하여 상속개시가 있는 경우 채무자가 파산선고 후에 한 상속포기도 파산재단에 대하여는 한정승인의 효력을 가진다. ② 파산관재인은 제1항의 규정에도 불구하고 상속포기의 효력을 인정할 수 있다. 이 경우 포기가 있는 것을 안 날부터 3월 이내에 그 뜻을 법원에 신고하여야 한다.”라고 규정하고 있다. 결국, 독일 도산법과는 달리 상속포기에 대해 채권자취소권을 인정하는 것이 논리적으로 더욱 일관된 태도라고 설명한다.²⁶²⁾²⁶³⁾ 대법원 2011. 6. 9. 선고 2011다29307 판결에서도 “상속의 포기는 비록 포기자의 재산에 영향을 미치는 바가 없지 아니하나”라고 실시하면서 그 바로 뒤에 “그러한 측면과 관련하여서는 ‘채무자 회생 및 파산에 관한 법률’ 제386조도 참조”라고 덧붙이고 있다.

한편 헌법재판소의 판결²⁶⁴⁾에서, “상속권은 재산권의 일종이므로 상속제도나 상속권의 내용은 입법자가 입법 정책적으로 결정하여야 할 사항으로서 원칙적으로 입법자의 입법 형성의 자유에 속한다.”라고 하여 재산상속권을 재산권의 일종으로 파악하였다.

다만 긍정설 역시 피상속인의 채권자의 경우에는 상속포기에 대해 채권자취소권을 행사할 수 없다고 한다. 상속채권자의 채권자취소권 행사를 부

262) 윤진수, 『민법논고V』(상속법), 박영사, 2011, 285-286면: 파산절차 내에서건 파산절차 외에서건 채무자가 자기 재산으로 채무변제를 하지 못한다는 점에서는 동일하다. 파산절차에서는 파산자의 상속포기 자유가 제한되는 반면, 채권자취소권 행사에서는 여전히 제한 없이 보장된다는 것은 모순이라는 것이다.

263) 윤진수, “상속포기의 사해행위 취소와 부인”, 가족법연구 제30권 제3호, 한국가족법학회, 2016, 232면: “우리나라 법은 상속포기의 일신전속성의 근거가 되는 독일 도산법 제83조 제1항과 같은 규정을 하고 있지 않고, 「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」 제38조 제3항은 오히려 그와는 반대되는 입법자의 평가를 담고 있다.”라고 설명한다.

264) 헌법재판소 1998. 8. 27. 선고 96헌가22, 97헌가2·3·9, 96헌바81, 98헌바24·25(병합) 전원재판부 판결.

정하는 이유에 대해 이를 인정하면 ‘상속채무를 승계하도록 강제하는 결과가 된다.’라고 하거나, ‘채무의 승계를 강제하는 것은 누구도 자신의 의사나 책임 있는 사유를 근거로 하지 않고 채무를 부담하여서는 아니 된다는 법의 기본원칙에도 어긋나는 것’이라고 한다.

3) 절충설

상속포기에 대한 채권자취소권의 대상성이 원칙적으로 부정되지만, 상속포기에서 채무자인 상속인의 사해의사가 확인되거나 이를 추단할 수 있는 사정이 있으면 제한적으로 채권자취소권의 대상성을 긍정하자는 견해이다.

이 견해는 원칙적으로 사해행위를 부정하지만, 상속인이 상속포기 여부를 결정하면서 재산적인 측면 외에 피상속인과의 인적 관계 등을 전체적으로 고려한다는 측면에서는 ‘인적 결단’으로서의 성질을 지닌다는 점, 상속재산분할협의의 경우 기간에 제한이 없음에 반하여 상속의 포기 경우에는 포기 기간에 제한이 있다는 점 등의 차이가 존재하지만, 채무자인 상속인이 오로지 자신의 채권자로부터 강제집행을 당하는 것에서 벗어날 목적으로 다른 상속인과 통모하여 상속포기를 하고 실질적으로 상속으로 인한 이익을 누리는 경우 상속포기도 채권자취소권의 대상성을 긍정하자는 것이다.²⁶⁵⁾

상속포기에 소급효가 있는 것은 상속재산분할협의의 경우도 마찬가지이므로 상속포기의 경우에만 상속재산분할협의를 다르게 책임재산의 감소가 없었다고 할 수 없다. 상속포기가 ‘인적 결단’의 성질을 지니고 있더라도, 채무자인 상속인이 자신의 채권자로부터 강제집행을 당하는 것에서 벗어나 자신의 재산적 이익을 도모하기 위하여 상속포기를 할 때에는 채권자취소권의 대상성이 전적으로 부정할 수 없다.

한편, 채권자와 수익자 또는 전득자 사이에서만 상대적으로 효력이 발생하는 채권자취소권을 상속포기에 인정할 경우 상속인의 확정단계부터 복잡하게 얽히게 된다는 점에 대해서는 채권자취소권의 적용을 전적으로 부인할 결정적인 이유가 된다고 보기 어렵다.²⁶⁶⁾

265) 이학승, “상속포기가 채권자취소권의 대상이 되는지 여부”, 재판과 판례 제21집, 대구판례연구회, 2012, 149면.

한편, 상속포기가 권리남용 혹은 신의칙 위반에 해당하는 경우 그 효력이 부인될 수 있다고 설명한다.²⁶⁶⁾ 즉 부당한 상황을 일으킨 상속의 포기는 권리남용 혹은 신의칙 위반 적용을 전혀 배제할 수 없고, 이럴 때 권리남용의 법리를 통한 해결의 실마리를 찾을 수 있을 것이다.

최근에는 채무자인 상속인이 오로지 자신의 채권자로부터 강제집행을 당하는 것에서 벗어날 목적으로 다른 상속인과 통모하여 상속포기를 하고 실질적으로 상속으로 인한 이익을 누리는 경우 상속포기도 채권자취소권의 대상성을 긍정하자는 견해가 새롭게 등장하고 있다. 즉, 상속포기에 소급효가 있는 것은 상속재산분할협의의 경우도 마찬가지이므로 상속포기의 경우에만 상속재산분할협의와 다르게 책임재산의 감소가 없었다고 할 수 없고, 비록 상속포기가 ‘인적 결단’의 성질을 지니고 있더라도, 채무자인 상속인이 자신의 채권자로부터 강제집행을 당하는 것에서 벗어나 자신의 재산적 이익을 도모하기 위하여 상속포기를 할 때에는 채권자취소권의 대상성이 전적으로 부정할 수 없다는 견해, 채권자와 수익자 또는 전득자 사이에서만 상대적으로 효력이 발생하는 채권자취소권을 상속포기에 인정할 경우 상속인의 확정단계부터 복잡하게 얽히게 된다는 점에 대해서는 채권자취소권의 적용을 전적으로 부인할 결정적인 이유가 된다고 보기 어렵다는 견해, 부당한 상황을 일으킨 상속의 포기는 권리남용 혹은 신의칙 위반 적용을 전혀 배제할 수 없고, 이럴 때 권리남용의 법리를 적용하여 해결하자는 견해 등이 등장하고 있다.

2. 판례

대법원은 “상속의 포기는 비록 포기자의 재산에 영향을 미치는 바가 없지 아니하나 상속인의 지위 자체를 소멸하게 하는 행위로서 순전한 재산법적 행위와 같이 볼 것이 아니다. 오히려 상속의 포기는 1차적으로 피상속인 또는 후순위 상속인을 포함하여 다른 상속인 등과의 인격적 관계를 전체적으로 판단하여 행하여지는 ‘인적 결단’으로서의 성질을 가진다. 그러한 행위에 대하여 비록 상속인인 채무자가 무자력 상태에 있다고 하여서 그에

266) 이학승, 앞의 글, 149면.

267) 박근웅, 앞의 글, 374면.

게 상속포기를 하지 못하게 하는 결과가 될 수 있는 채권자의 사해행위취소를 쉽사리 인정할 것이 아니다. 그리고 상속은 피상속인이 사망 당시에 가지던 모든 재산적 권리 및 의무·부담을 포함하는 총재산이 한꺼번에 포괄적으로 승계되는 것으로서 다수의 관련자가 이해관계를 가지는데, 위와 같이 상속인의 자격 자체를 좌우하는 상속포기의 의사표시에 사해행위에 해당하는 법률행위에 대하여 채권자 자신과 수익자 또는 전득자 사이에서만 상대적으로 그 효력이 없는 것으로 하는 채권자취소권의 적용이 있다고 하면, 상속을 둘러싼 법률관계는 그 법적 처리의 출발점이 되는 상속인 확정 단계에서부터 복잡하게 얽히게 되는 것을 면할 수 없다. 또한, 상속인의 채권자의 입장에서는 상속의 포기가 그의 기대를 저버리는 측면이 있다고 하더라도 채무자인 상속인의 재산을 현재의 상태보다 악화시키지 아니한다. 이러한 점들을 종합적으로 고려하여 보면, 상속의 포기는 제406조 제1항에서 정하는 ‘재산권에 관한 법률행위’에 해당하지 아니하여 사해행위취소의 대상이 되지 못한다.”고 판시하였다.²⁶⁸⁾

Ⅲ. 검토

대법원은 공동상속인 간에 상속재산분할협약에 따라 채무자인 상속인의 상속지분을 영(零)으로 하는 사실상의 상속포기와 다를 바가 없는 상속재산분할협약도 사해행위를 구성한다고 판단하였고, 또한 상속재산을 공동상속인 1명에게 상속시킬 방편으로 나머지 상속인들이 한 상속포기의 신고가 제1019조 제1항 소정의 고려기간(또는 숙려기간)을 지난 후에 신고된 것이어서 상속포기의 효력이 없고, 공동상속인들 사이에서는 1명이 고유의 상속분을 초과하여 상속재산 전부를 취득하고 나머지 상속인들은 이를 전혀 취득하지 않기로 하는 내용의 상속재산에 관한 협의분할이 이루어진 것으로 보았다.²⁶⁹⁾

그런데, 비록 공동상속인 중 채무자인 상속인과 다른 공동상속인들과 공모가 있었다고 하더라도, 고려기간이 지나기 전의 상속포기의 신고는 사해

268) 대법원 2011. 6. 9. 선고 2011다29307 판결.

269) 대법원 1991. 12. 24. 선고 90누5986 판결; 대법원 1996. 3. 26. 선고 95다45545, 45552, 45569 판결.

행위를 구성하지 않는다. 즉, 같은 사안에서 상속재산분할협의의 방식을 취하느냐, 아니면 상속포기의 방식을 취하느냐에 따라 결론이 달라지므로 채권자로서는 매우 부당한 결과에 이르게 된다.

사해의사를 가진 채무자인 상속인으로서의 자신의 채무상환을 회피할 목적을 가지고 다른 공동상속인에게 상속재산을 넘겨주고 다른 공동상속인으로부터 상속포기에 대한 대가나 보상을 받을 목적으로 이면 약정을 체결하여 상속포기에 대한 혜택을 누린다면 채권자취소권 제도를 악용하는 처사라고 할 것이다. 그래서 때로는 구체적인 사안에 따라 채무자인 상속인의 이익보다도 채권자의 이익을 보호할 필요성이 있음을 충분히 존재하기 때문에 상속재산분할협의와 상속포기를 구별할 실익이 크지 않다고 생각한다.

상속포기와 상속재산분할협의 모두 소급효를 인정하면서도 상속포기의 경우 책임재산의 감소가 없고, 상속재산분할협의의 경우 책임재산의 감소가 있다는 결론은 논리의 일관성과 형평성에서 미흡하다.

오히려 제1005조에 따라 상속의 개시로 인하여 상속재산이 일단 상속인의 책임재산으로 포함되었다가 그 이후에 상속인의 상속포기를 통해 자신에게 귀속된 권리·의무를 포기함으로써 비로소 상속재산만큼의 책임재산이 실질적으로 감소하였다고 봄이 타당하지 않을까 싶다.

나아가, 우리 대법원은 “이미 채무초과 상태에 있는 채무자가 상속재산의 분할협의를 하면서 유일한 상속재산인 부동산에 관하여는 자신의 상속분을 포기하고 대신 소비하기 쉬운 현금을 받기로 한 경우에도 사해행위가 된다.”라고 하였고,²⁷⁰⁾ “채무자가 소멸시효 완성 후에 한 소멸시효 이익의

270) 대법원 2008. 3. 31. 선고 2007다73765 판결: 이 사건의 원심법원은, 원고에 대하여 만도 역대에 이르는 채무를 부담하는 등 거액의 채무초과 상태에서 별다른 재산이 없던 소외 1이 망 소외 2의 상속을 받게 되자 다른 공동상속인들인 피고, 소외 3, 4, 5, 6과 사이에 상속재산분할협의를 하면서 망인의 상속재산으로는 시가 390,000,000원 상당의 원심판결 별지목록 기재 부동산과 망인 명의의 예금 74,751,574원만이 있었음에도 위 부동산에 대한 자신의 상속지분인 13분의 2 지분을 포기하고 대신 현금으로만 80,000,000원을 받기로 합의한 사실을 인정하 다음, 소외 1의 위와 같은 행위는 채무자가 유일한 부동산을 매각하여 소비하기 쉬운 현금으로 바꾸는 행위와 달리 볼 것이 아니므로, 이는 채권자인 원고를 해하는 것으로서 사해행위에 해당하고, 위 부동산에 대한 소외 1의 상속지분에 대한 상속재산분할협의를 사해행위취소의 대상이 된다고 판단하였다. 참고로, 상속재산의 분할협의를 상속이 개시되어 공동상속인 사이에 잠정적 공유가 된 상속재산에 대하여 그 전부 또는 일부를 각 상속인의 단독소유로 하거나 새로운 공유관계로 이행시킴으로써 상속

포기행위는 소멸하였던 채무가 소멸하지 않았던 것으로 되어 결과적으로 채무자가 부담하지 않아도 되는 채무를 새롭게 부담하게 되는 것이므로 채권자취소권의 대상인 사해행위에 해당한다.”라고 하였다.²⁷¹⁾

위 두 개의 대법원 판례는 책임재산의 감소가 일어나지 않았음에도 불구하고, 채권자를 해하려는 사해의사가 있다고 하여 적극적으로 채권자취소권을 인정한 경우이다.

한편, 상속포기에 대한 채권자취소권을 인정할 경우, 상속 관계를 둘러싼 조속한 법률관계의 확정이라는 측면에서 다소 우려가 있는 것은 사실이다. 그런데 상속 관계를 둘러싼 조속한 법률관계의 확정은 상속채권자(피상속인의 채권자)가 피상속인에 대한 채권을 행사할 수 있는지, 또 누구를 상대로 행사해야 하는지를 조속히 확정함으로써 거래관계 내지 권리의무관계의 조속한 안정을 도모하기 위한 측면이 크다고 할 것이다. 그런데 제1045조에서 상속인의 분리청구권 제도를 인정하고 있어서 상속인의 채권자가 채권자취소권의 행사로 인해 구체적인 상속채권행사의 범위에 의문이 생기는 경우가 있다고 하더라도 이 제도를 유효적절하게 활용하여 상속 관계를 조속히 안정시킬 수 있고, 상속 관계를 둘러싼 법률관계의 복잡화나 확정문제도 해결할 수 있다고 본다.²⁷²⁾ 또한, 앞에서 살펴본 바와 같이, 사해행위취소소송에 따른 판결의 효력은 소송당사자인 취소채권자와 수익자(또는 전득자) 사이에서만 상대적으로 효력이 미치므로 채무자를 포함한 다른 이해관계자 사이에서는 상속포기의 효력이 이미 유효하게 확정될 것이고, 취소채권자와 수익자(또는 전득자) 사이에서만 일탈한 책임재산이 본래대로 회복이 된다고 본다면 위와 같은 우려가 상속포기에 대한 채권자취소권의 대상성을 전면 부인할 결정적인 이유가 된다고 보기 어렵다고 설명한다.²⁷³⁾

재산의 귀속을 확정시키는 것으로 그 성질상 재산권을 목적으로 하는 법률행위이므로 사해행위취소권 행사의 대상이 될 수 있다(대법원 2001. 2. 9. 선고 2000다51797 판결). 그리고 채무자가 자기의 유일한 재산인 부동산을 매각하여 소비하기 쉬운 금전으로 바꾸거나 타인에게 무상으로 이전하여 주는 행위는 특별한 사정이 없는 한 채권자에 대하여 사해행위가 된다(대법원 2001. 4. 24. 선고 2000다41875 판결; 대법원 2002. 6. 11. 선고 2002다17937 판결).

271) 대법원 2013. 5. 31. 자 2012마712 결정.

272) 조인영, “상속포기와 채권자취소권 - 대법원 2011. 6. 9. 선고 2011다29307 판결-”, 민사판례연구 제35권, 민사판례연구회, 2013, 623면.

상속포기와 상속재산분할협의에서 상속포기가 결과적으로 상속재산이 상속인에게 귀속되지 않는다는 결과적인 측면에서는 동일하다고 하더라도, 상속포기는 상속인의 지위를 포기하는 신분행위임에는 분명하고, 상속재산분할협의에서 상속포기의 경우에는 상속인의 신분을 유지하면서 상속재산만을 포기하는 것을 목적으로 하는 법률행위라는 점도 분명하다.

상속포기에 대해서 재산의 측면에서만 살펴볼 때 상속재산이 소급적으로 소멸하였다고 하더라도 상속개시 당시에 상속인에게 귀속된 적이 있고, 상속인이 상속인의 채권자를 해할 의사를 가지고 있어 채권자취소권의 대상성을 모두 갖추었다고 하더라도 상속승인이나 한정승인이 재산상의 행위가 아니듯 상속포기도 재산만을 포기하는 것이 아니라 상속인이라는 신분을 포기하는 것을 목적으로 하는 것이므로 채권자취소권의 대상이 될 수 없다고 생각한다.

상속포기에 대해서 채권자취소권의 적용을 계속해서 부인하게 된다면 사실상 채무자인 상속인이 자신의 채무를 갚지 않을 목적으로 다른 공동상속인과 공모하여 계획적으로 상속포기를 하는 경우가 빈번히 발생하게 될 것이다. 이는 결국 상속재산 중 적극재산이 소극재산보다 더 많고, 상속인의 고유재산 중 소극재산이 적극재산 보다 많아 채무를 면탈하면서 우회하여 상속재산을 누리하고자 하는 자를 보호하게 되는 결과를 야기할 뿐만 아니라 상속포기 제도의 입법취지를 벗어나고 사회질서 측면에서도 보호되어야 할 필요가 없다.

일본의 경우 상속포기에 대해서 채권자취소권을 적용할 수 있다는 명문 규정이 없을 뿐만 아니라 법리상 상속포기의 경우에는 채권자 취소권의 대상성을 인정할 수 없다는 것이 판례의 태도이고, 독일의 경우에도 이와 관련한 명문의 규정도 없고, 법리상 신분행위인 상속포기에 대해서 채권자취소권의 대상성을 인정할 수도 없다고 한다. 하지만 독일의 경우 상속포기 제도의 본래의 목적을 넘어서 상속인의 채권자의 권리를 침해하게 되는 경우에는 채권자취소권의 대상으로 보아야 한다는 견해가 있는 점은 상속포기의 경우 어떠한 경우라도 채권자취소권의 대상이 되지 않는다는 우리나라의 판례의 태도가 수정될 필요가 있음을 확인할 수 있는 근거가 된다고 생각한다.

273) 이미정, 앞의 글, 379-426면.

더욱 눈여겨보아야 할 점은 프랑스의 경우 상속포기에 대해서도 일정한 경우 채권자취소권을 적용할 수 있다는 명문의 규정을 두고 있다는 점이다. 프랑스는 상속포기를 채무자의 책임재산을 감소시키는 행위로 보아 상속포기의 경우에도 채권자취소권을 적용할 수 있다고 해석하면서도 상속포기가 신분행위로서 일신전속적인 것이기 때문에 채권자취소권의 대상이 될 수 없다는 점을 부인하지는 못하고 다만, 일신전속권의 행사가 비난받을 수 있는 사해의사 즉 채권자에게 손해를 끼치기 위한 주관적 요소가 있는 경우와 같이 아주 예외적인 경우에는 채권자취소권의 대상이 될 수 있다고 하여 이를 입법을 통해서 해결하고 있다.

우리나라도 독일이나 일본과 같이 법리상 상속포기에 대해서 채권자취소권을 인정할 수 없다면 프랑스와 같이 입법을 통해서 상속포기의 경우에도 일정한 요건이 갖추어진다면 채권자취소권을 적용할 수 있도록 하여야 할 것이다. 따라서 채무를 면탈할 목적으로 상속포기를 이용하는 채무자를 규제하기 위해서 입법 방안을 모색해보기로 한다.

제2절 상속포기에 대한 채권자취소권 적용을 위한 입법 방안

I. 채권자취소권 행사의 요건

현 행	개정안
<신 설>	<u>제1024조의2(사해행위의 취소 및 원상회복) ① 채무자인 상속인이 상속 재산으로 채무를 완전히 변제할 수 없는 상태에 있는데도 다른 공동상속인 또는 후순위 상속인과 통모하여 제1019조제1항에 따라 상속을 포기한 때에는 상속인의 채권자는 제406조제1항을 준용하여 그 취소 및 원상회복을 법원에 청구할 수 있다.</u>

채무자인 상속인이 다른 공동상속인과 후순위 상속인과의 관계에서 비롯되는 이타적²⁷⁴⁾인 행위로 다른 공동상속인 혹은 후순위 상속인과 통모 없

이도 상속을 포기하는 사례가 충분히 있을 수 있으므로, 개정안은 채무자인 상속인의 상속포기행위로 인해 책임재산이 감소하여 채권의 공동담보에 부족이 생기거나 이미 부족 상태에 있는 공동담보가 한층 더 부족하게 되어 채권을 완전하게 만족시킬 수 없게 되는 무자력 상태에서 채무자인 상속인과 다른 공동상속인 간에 통모가 있는 경우에만 ‘채무자가 행사한 법률 행위(채무자인 상속인이 행사한 상속포기)’에 포함하는 것으로 마련하였다.

II. 채권자취소권의 범위

현행	개정안
<p><u><신 설></u></p>	<p><u>제1024조의2(사해행위의 취소 및 원상회복)</u> <u>② 상속인의 채권자는 자기의 채권액의 한도에서만 상속포기를 취소할 수 있다. 다만, 다른 채권자가 배당요구를 할 것이 명백하거나 목적물이 불가분인 경우와 같이 특별한 사정이 있는 경우에 한하여 자기의 채권액을 초과하여 채무자인 상속인의 상속포기의 전부나 일부를 취소할 수 있다.</u></p>

채권자취소권은 채권의 공동담보를 보전하는 것을 목적으로 하므로, 그 취소의 범위는 공동담보의 보전에 필요하고 충분한 범위에 한정된다. 따라서 채무자가 사해행위에 의하여 비로소 채무초과상태에 이르게 되는 경우에, 채권자는 사해행위가 가분인 한 그 중 채권의 공동담보로 부족하게 되는 부분만을 자신의 채권액을 한도로 취소할 수 있도록 정하였고, 그 행위 전부를 취소할 수 없도록 정하였다.²⁷⁵⁾ 다만, 예외적으로, 다른 채권자가

274) 윤진수, “재산법과 비교한 가족법의 특성”, 민사법학 제36호, 한국민사법학회, 2007, 604면: 가족법이 재산법과 구별되는 가장 대표적인 성질이 이타주의라고 한다. 이타주의가 어느 정도 작용하는가에 따라 가족법과 재산법이 큰 차이를 보인다고 설명한다.

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

배당요구를 할 것이 명백하거나 목적물이 불가분인 경우와 같이 특별한 사정이 있는 경우에는 취소채권자의 채권액을 넘어서까지도 취소를 구할 수 있도록 정하였다.²⁷⁶⁾

Ⅲ. 채권자취소권의 행사기간

현행	개정안
<신 설>	<p><u>제1024조의2(사해행위의 취소 및 원상회복)</u></p> <p>③ 제1항의 소는 채권자가 취소원인을 안 날로부터 1년, 법률행위가 있는 날로부터 3년내에 제기하여야 한다.</p>

채권자취소권의 행사기간과 관련하여 우리 민법은 취소원인을 안 날로부터 1년, 법률행위 있는 날로부터 5년내에 제기하도록 규정하고 있다. 개정안에서는 상속을 둘러싼 법률관계의 조속한 안정을 도모한다²⁷⁷⁾는 측면을 고려하여 ‘취소원인을 안 날로부터 1년’은 그대로 유지하되, ‘법률행위 있는 날로부터’는 ‘5년’에서 ‘3년’으로 단축하여 운용하는 것으로 정하였다.

Ⅳ. 채권자취소권 행사의 일반적 효력

현행	개정안
<신 설>	<p><u>제1024조의2(사해행위의 취소 및 원상회복)</u></p>

276) 대법원 1997. 9. 9. 선고 97다10864 판결: 이 사건에 있어서, 대지와 건물이 동일인의 소유이므로 대지의 가격만으로도 채권자의 채권액보다 다액이라 하여 대지와 건물 중 그 일방만을 취소하게 되면 건물의 소유자와 대지의 소유자가 다르게 되어 그 가격과 효용을 현저히 감소시킬 것이므로 이 사건의 경우에는 경제적인 이유로 불가분의 관계에 있다하여 이를 전부 취소함이 정당하다.

277) 대법원 2011. 6. 9. 선고 2011다29307 판결.

	④ 제1항의 규정에 의한 취소 및 원상회복은 모든 채권자의 이익을 위하여 그 효력이 있다.
--	--

채권자취소권 제도의 ‘채권자 평등주의’를 반영하여 개정안은 현행 민법 제407조의 규정을 그대로 반영하였다.

V. 원상회복의 방법과 범위

현행	개정안
<신 설>	<p>제1024조의2(사해행위의 취소 및 원상회복)</p> <p>⑤ 상속인의 채권자가 제1항에 따라 취소와 원상회복을 행사하는 경우에 다른 공동상속인 또는 후순위 상속인을 상대로 채무자인 상속인으로부터 취득한 상속재산을 채무자인 상속인에게 반환할 것을 청구할 수 있다. 그러나 그 재산의 반환이 불가능하거나 현저히 곤란한 때에는 상속인의 채권자는 그 재산의 가액을 채무자인 상속인에게 반환할 것을 청구할 수 있다.</p>

개정안은 현행 민법 제406조 제1항이 “그 취소 및 원상회복을 법원에 청구할 수 있다.”라고만 규정되어 있어 원상회복의 구체적인 범위와 가액배상에 관하여 아무런 규정을 두고 있지 않아 이를 반영하기 위한 규정이다. 또한 개정안은 그간 대법원 판례를 통해서 그 존재가 인정된 ‘가액배상’의 법리를 명문화하고, 그 구체적 반환범위에 관해 기준을 제시하였다.

한편 상속포기에 대한 채권자취소권 적용에 따른 구체적인 원상회복 방법은 일반적으로 상속인의 채권자는 사해성이 있는 상속포기의 수익자라 할 수 있는 다른 공동상속인이나 후순위 상속인을 상대로 상속포기의 취소

를 청구하고, 다른 공동상속인이나 후순위 상속인이 상속을 원인으로 하여 취득한 재산 내지는 상속포기로 인하여 증가한 상속분의 반환을 청구하면 될 것이다.²⁷⁸⁾ 따라서 다른 공동상속인 혹은 후순위 상속인을 상대로 ‘원물 반환’이 아닌 ‘가액배상’의 방법으로 원상회복할 수 있도록 개정안을 마련해 보았다.



278) 윤진수, 앞의 책, 286면.

제5장 결론

상속포기가 신분행위이기는 하지만 그 효과면에서 볼 때 상속재산분할협의와 같이 상속포기도 ‘재산권에 해당하는 법률행위’에 해당한다고 볼 수 있고, 상속포기로 인한 책임재산의 감소가 인정되며, 채권자취소권의 상대적 효력에 따라 채무자인 상속인의 상속포기의 자유에 과도한 침해가 발생하지 않는다는 측면에서, 상속포기에 대한 채권자취소권의 대상성을 긍정할 필요가 있다고 생각한다. 또한 상속재산분할협의와 비교하면, 상속포기에 대한 채권자취소권의 대상성을 부정할 경우 상속인의 채권자 보호에 부족한 부분이 존재할 수 있다.

특히, 사해의사를 가진 채무자인 상속인이 자신의 채무상환을 회피할 목적으로 다른 공동상속인에게 자신의 상속지분을 넘겨주고(즉, 자신의 상속지분을 영(零)으로 하고) 다른 공동상속인으로부터 이면계약을 통해 상속포기에 대한 대가를 수수하는 등의 문제가 실제로 발생하고 있는 것도 사실이다. 이 경우에 다른 공동상속인과 공모한 채무자인 상속인보다 채권자의 권리나 이익을 먼저 보호할 필요가 있다고 생각한다.

따라서 원칙적으로 상속포기가 채권자취소권의 대상이 되지 않는다고 하더라도, 다른 공동상속인과 공모하여 계획적으로 상속을 포기하는 등 사해의사가 현저한 경우에는 예외적으로 채권자취소권을 긍정함이 타당하다고 본다.

다만, 상속포기와 같은 신분법적 법률행위 영역에 재산법적 법률행위의 논리로 접근하여 상속포기에 대한 채권자취소권의 대상성을 전면적으로 긍정하는 견해에 대해서 여전히 수긍하기 어렵다. 채무자인 상속인이 단순승인 혹은 한정승인이 아닌 상속포기를 선택하면서 단지 상속재산의 구성과 같은 경제적인 요인뿐만 아니라 피상속인, 다른 공동상속인 또는 후순위상속인과의 관계라든지, 상속에 관한 자신만의 가치관 그 밖의 여러 사정을 종합하여 판단을 내릴 것이다. 특히 피상속인의 적극재산이 소극재산보다 많은데도 채무자인 상속인이 상속을 포기하는 것은 피상속인이라든지 다른 공동상속인 또는 후순위 상속인과의 관계에서 비롯되는 고도의 인격적 결단으로 신분적·비재산적·이타적인 행위로 상속을 포기하는 경우가 충분히 있을 수가 있다. 따라서 이 경우에 그 무엇보다 상속인의 상속포기

의사가 존중되어야 할 것이다. 그리고 상속재산에 대한 포괄적 권리의무를 승계하도록 규정한 제1005조와 상속포기의 소급효를 규정한 제1042조 간에 관계 설정과 합리적인 해석의 문제도 존재한다. 또한, 소급효와 관련하여 상속재산의 분할을 규정한 제1015조에서는 제3자의 권리나 이익에 관한 보호규정을 따로 두고 있는 반면에 상속의 포기를 규정한 제1042조에서는 그러한 보호규정을 두고 있지 않아 이들 간의 관계를 어떻게 정리해야 하느냐의 문제도 안고 있다. 상속인의 신속한 확정과 상속을 둘러싼 법률관계의 조속한 안정을 도모해야 하는 목적도 있다.

비교법적 검토를 위해 상속포기와 관련 채권자취소권에 관한 국가별 입법, 학설 및 판례 등을 살펴보았다. 프랑스는 민법에 명시적인 규정이 있었고, 상속의 효력규정을 우선하여 상속인에 의한 상속포기는 이미 상속인의 수중에 있는 재산을 처분한 것으로 보고 채권자취소권의 요건인 사해의사, 무자력 및 책임재산감소 등을 적용하여 상속포기의 채권자취소권 행사를 긍정하였다. 반면에 독일과 일본은 민법에 명시적인 규정이 없었고, 학설과 판례에서 각각 상속인의 상속포기에 대한 자유로운 선택권으로 결정될 문제로 해석하여 상속포기의 채권자취소권 행사를 부정하거나 상속포기와 같은 신분행위에 관하여 채권자취소권 행사의 대상이 아니라는 태도였다.

한편, 상속포기와 상속재산분할협의에서 상속포기가 결과적으로 상속재산이 상속인에게 귀속되지 않는다는 결과적인 측면에서는 동일하다고 하더라도, 상속포기는 상속인의 지위를 포기하는 신분행위임에는 분명하고, 상속재산분할협의에서 상속포기의 경우에는 상속인의 신분을 유지하면서 상속재산만을 포기하는 것을 목적으로 하는 법률행위라는 점도 분명하다. 상속포기에 대해서 재산의 측면에서만 살펴볼 때 상속재산이 소급적으로 소멸하였다고 하더라도 상속개시 당시에 상속인에게 귀속된 적이 있고, 상속인이 상속인의 채권자를 해할 의사를 가지고 있어 채권자취소권의 대상성을 모두 갖추었다고 하더라도 상속증인이나 한정증인이 재산상의 행위가 아니듯 상속포기도 재산만을 포기하는 것이 아니라 상속인이라는 신분을 포기하는 것을 목적으로 하는 것이므로 채권자취소권의 대상이 될 수 없다. 상속포기에 대해서 채권자취소권의 적용을 종래와 같이 전면적으로 부인하게 된다면 사실상 채무자인 상속인이 자신의 채무를 갚지 않을 목적으로 다른 공동상속인과 공모하여 계획적으로 상속포기를 하는 경우가 빈번

히 발생하게 될 것이다. 이는 결국 상속재산 중 적극재산이 소극재산보다 더 많고, 상속인의 고유재산 중 소극재산이 적극재산 보다 많아 채무를 면탈하면서 우회하여 상속재산을 누리고자 하는 자를 보호하게 되는 결과를 야기할 뿐만 아니라 상속포기 제도의 입법취지를 벗어나고 사회질서의 측면에서도 보호되어야 할 필요가 없다. 현재 실생활에서도 채무자인 상속인이 사해의사를 가지고 다른 공동상속인과 상속포기에 대한 대가나 보상을 받을 목적으로 이면 약정을 체결하여 이익을 누리는 사례도 적지 않게 발생하고 있음을 부인할 수 없는 일이다. 결과적으로 상속재산분할협의와 달리 상속포기에 대해서만 채권자취소권의 대상성을 부정한다면, 상속포기 제도의 본래의 취지를 크게 훼손할 우려가 있을 뿐 아니라, 책임회피의 수단으로 변질하여 악용될 가능성도 있다. 따라서 채무를 면탈할 목적으로 상속포기를 이용하는 채무자를 규제하기 위한 입법 방안이 필요하다.

상속포기에 대한 채권자취소권의 적용을 위한 입법 방안으로, 전반적인 민법 체계를 감안하여 민법 제5편 상속 제1장 상속 제4절 상속의 승인 및 포기 제1관 총칙편에 조문명을 “사해행위의 취소 및 원상회복”으로 하여 제1024조의2를 신설하고, 그 내용으로, 첫째 채무자인 상속인이 다른 공동상속인과 후순위 상속인과의 관계에서 비롯되는 이타적인 행위로 다른 공동상속인 혹은 후순위 상속인과 통모 없이도 상속을 포기하는 사례가 충분히 있을 수 있기 때문에 개정안 제1항(채권자취소권 행사의 요건) “채무자인 상속인이 상속재산으로 채무를 완전히 변제할 수 없는 상태에 있는데도 다른 공동상속인 또는 후순위 상속인과 통모하여 제1019조제1항에 따라 상속을 포기한 때에는 상속인의 채권자는 제406조제1항을 준용하여 그 취소 및 원상회복을 법원에 청구할 수 있다.”와 같이 무자력상태에서 채무자인 상속인과 다른 공동상속인 혹은 후순위 상속인 간의 통모가 있는 경우에만 채권자취소권을 행사할 수 있도록 정하였다. 둘째, 채권자취소권은 채권의 공동담보를 보전하는 것을 목적으로 하기 때문에 개정안 제2항(채권자취소권의 범위) “상속인의 채권자는 자기의 채권액의 한도에서만 상속포기를 취소할 수 있다. 다만, 다른 채권자가 배당요구를 할 것이 명백하거나 목적물이 불가분인 경우와 같이 특별한 사정이 있는 경우에 한하여 자기의 채권액을 초과하여 채무자인 상속인의 상속포기의 전부나 일부를 취소할 수

있다.”와 같이 원칙적으로 채권자가 사해행위가 가분인 경우 그 중 채권의 공동담보로 부족하게 되는 부분만을 자신의 채권액을 한도로 취소하도록 정하였고, 그 행위 전부를 취소할 수 없도록 정하였다. 다만, 예외적으로 다른 채권자가 배당요구를 할 것이 명백하거나 목적물이 불가분인 경우와 같이 특별한 사정이 있는 경우에는 취소채권자의 채권액을 넘어서까지도 취소를 구할 수 있도록 정하였다. 셋째, 상속을 둘러싼 법률관계의 조속한 안정을 도모한다는 측면을 고려하여 개정안 제3항(채권자취소권의 행사기간) “제1항의 소는 채권자가 취소원인을 안 날로부터 1년, 법률행위가 있는 날로부터 3년내에 제기하여야 한다.”와 같이 ‘취소원인을 안 날로부터 1년’은 그대로 유지하고, ‘법률행위가 있는 날로부터’는 ‘5년’에서 ‘3년’으로 단축하여 운용하는 것으로 정하였다. 넷째, 채권자취소권 제도의 ‘채권자평등주의’를 반영하여 개정안 제4항(채권자취소권 행사의 일반적 효력) “제1항의 규정에 의한 취소 및 원상회복은 모든 채권자의 이익을 위하여 그 효력이 있다.”와 같이 정하였다. 다섯째, 현행 민법 제406조 제1항이 “그 취소 및 원상회복을 법원에 청구할 수 있다.”라고만 규정되어 있어 원상회복의 구체적인 범위와 가액배상에 관하여 아무런 규정을 두고 있지 않아 이를 반영하고 ‘가액배상’의 범리를 규정화하고 그 구체적인 반환범위에 관해 기준을 제시하기 위하여 개정안 제5항(원상회복의 방법과 범위) “상속인의 채권자가 제1항에 따라 취소와 원상회복을 행사하는 경우에 다른 공동상속인 또는 후순위 상속인을 상대로 채무자인 상속인으로부터 취득한 상속재산을 채무자인 상속인에게 반환할 것을 청구할 수 있다. 그러나 그 재산의 반환이 불가능하거나 현저히 곤란한 때에는 상속인의 채권자는 그 재산의 가액을 채무자인 상속인에게 반환할 것을 청구할 수 있다.”와 같이 마련하였고, 또한 통상 상속인의 채권자가 채무자인 상속인의 법정상속분에 과소하게 미달하여 사해성이 인정되는 부분이 될 것이므로 다른 공동상속인 혹은 후순위 상속인을 상대로 ‘원물반환’이 아닌 ‘가액배상’의 방법으로 원상회복할 수 있도록 개정안을 마련해 보았다.

끝으로, 우리나라의 경우 가족법상 법률행위가 채권자취소권의 대상이 되는지에 관한 아무런 규정이 없다. 앞으로 우리 학계의 논의와 입법을 통해 이를 명확히 할 필요가 있다고 본다.

【참고문헌】

I. 국내문헌

1. 단행본

- 곽윤직, 『채권총론 (민법강의Ⅲ)』, 박영사, 2018.
- _____, 『민법총칙 (민법강의 I)』 (신정수정판), 박영사, 1999.
- _____(편집대표), 『민법주해 IX』 채권(2), 박영사, 1995.
- 김능환, 『민법주해(IX)』 채권(2), 박영사, 1995.
- 김상용, 『채권총론』, 법문사, 2004.
- 김용담(편집대표), 『주석민법』 채권총칙(2), 한국사법행정학회, 2013.
- 김용덕(편집대표), 『주석민법』 채권총칙 2, 한국사법행정학회, 2020, (이백규 집필부분)
- 김용한, 『친족상속법』 (보정판), 박영사, 2003.
- 김주수, 『채권총론』, 삼영사, 2003.
- 김주수·김상용, 『친족상속법』 (제16판), 법문사, 2019.
- 김준호, 『채권법』 제7판, 법문사, 2017.
- _____, 『민법강의』 제18판, 법문사, 2012.
- 김증한·김학동, 『채권총론』, 박영사, 1998.
- 김증한(편집대표), 『(주석)채권총칙』 (上), 한국사법행정학회, 1984, (김육곤 집필부분)
- 김형배, 『채권총론』 (제2판), 박영사, 1998.
- 대법원 법원행정처, 『상속등기실무』, 2012.
- 민유숙(편집대표), 『주석민법』 (상속), 한국사법행정학회, 2020, (이화연 집필부분).
- 법무법인 해마루, 『사해행위취소소송연구』 신정판, 한국학술정보, 2011.
- 송덕수, 『신민법강의』 (제8판), 박영사, 2015.
- _____, 『친족상속법』 (제5판), 박영사, 2020.
- 여하운, 『채권자대위권 연구』, 경인문화사, 2007.

- 윤진수, 『민법논고 V』 (상속법), 박영사, 2011.
 윤철홍, 『채권총론』 (제3전정판), 법원사, 2018.
 이순동, 『채권자취소권』 (제3판), 육법사, 2017.
 이은영, 『채권총론』 (제4판), 박영사, 2009.
 정기웅, 『채권총론』 (제2전정판), 법문사, 2014.
 조해섭, 『채권자취소권법』, 법문사, 2019.

2. 논문

- 강영호, “특정물채권자는 채권자취소권을 행사할 수 없는가”, 사법논집 제 34집, 법원도서관, 2002.
 고상룡, “채권자취소권의 법적 성질”, 고시계 제26권 제4호, 고시계사, 1981.
 김가을, “일본민법제정사에 있어서 채권자취소권에 대한 검토”, 홍익법학 제13권 제2호, 홍익대학교 법학연구소, 2012.
 _____, “상속포기와 채권자취소권-독일과 프랑스법과 비교에 따른 우리법의 위치-”, 비교사법 제21권 제3호(통권 제66호), 한국비교사법학회, 2014.
 김대정, “채권자취소권의 법적 성질”, 한국민법이론의 발전: 무암 이영준 박사 회갑 기념 논문집Ⅱ 채권편, 박영사, 1999.
 김두년, “채권자취소권에 관한 연구-법적 성질 및 효과를 중심으로-”, 법학 박사학위논문, 건국대학교, 1995.
 김재형, “채권자취소권에 관한 민법개정안-개정안에 관한 기본구상과 민법개정위원회의 논의 과정을 중심으로-”, 민사법학 제68호, 한국민사법학회, 2014.
 _____, “채권자취소권의 본질과 효과에 관한 연구”, 인권과 정의 제329호, 대한변호사협회, 2004.
 김창중, “상속재산의 분할”, 재판자료 제78집, 법원도서관, 1998.
 김홍규, “채권자취소권의 효과”, 재산법연구 제5권 제1호, 한국재산법학회, 1988.
 박근웅, “상속의 포기와 채권자취소권 - 대법원 2011. 6. 9. 선고 2011다

- 29307 판결-”, 법학연구 제21권 제3호, 연세대학교 법학연구소, 2011.
- 서달주, “채권자취소권의 법적 성질”, 사법행정 제39권 제11호, 한국사법행정학회, 1998.
- 석진국, “상속포기와 채권자취소권의 법리에 관한 연구”, 동국대학교 박사학위논문, 2019.
- 소병직, “채권자취소권의 요건과 행사에 관한 연구”, 전북대학교 박사학위논문, 2007.
- 송효진, “상속의 승인과 포기에 관한 연구”, 이화여자대학교 박사학위논문, 2009.
- 양창수, “「가족법」상의 법률행위의 특성” 가족법연구 제19권 제1호, 한국가족법학회, 2005.
- 오수원, “프랑스 채권자취소권에서의 사해의사”, 민사법연구 제10권 제1호, 대한민사법학회, 2002.
- 오시영, “상속포기의 한계와 채권자취소권과의 관계”, 법학연구 통권 제49집, 전북대학교 법학연구소, 2016.
- _____, “채권자취소권의 실체법상의 성질에 대한 고찰”, 민사법학 제46권, 한국민사법학회, 2009.
- 윤남근, “상속재산분할협의를 원인으로 한 부동산 물권변동의 성립요건과 소유권 관련 청구의 소송상 취급 -대상판결: 대법원 2011. 6. 30. 선고 2011다24340 판결-”, 저스티스 통권 제150호, 한국법학원, 2015.
- 윤진수, “상속법상의 법률행위와 채권자취소권-상속포기 및 상속재산 협의 분할을 중심으로-”, 사법연구 제6집, 한학문화, 2001.
- _____, “재산법과 비교한 가족법의 특성”, 민사법학 제36호, 한국민사법학회, 2007.
- _____, “상속포기의 사해행위 취소와 부인”, 가족법연구 제30권 제3호, 한국가족법학회, 2016.
- 이미정, “가족법상 법률행위와 채권자취소권”, 판례연구 제32집, 부산판례연구회, 2021.
- 이상경, “채권자취소소송에 있어서 원상회복방법과 채권의 만족방법”, 중앙

- 법학 창간호, 중앙법학회, 1999.
- 이은영, “채권자취소권과 판례발전”, 고시계 제47권 제4호, 국가고시학회, 2002.
- 이학승, “상속포기가 채권자취소권의 대상이 되는지 여부”, 재판과 판례 제 21집, 대구판례연구회, 2012.
- 전경근, “상속재산의 분할과 채권자취소권-대법원 2001. 2. 9. 선고 2000다 51797 판결-”, 가족법연구 제15권 제1호, 한국가족법학회, 2001.
- 정규상, “사해행위취소소송에 있어서의 수익자·전득자의 선의의 입증책임 문제”, 월간고시 제20권 제5호, 법지사, 1993.
- 정차영, “채권자취소권 행사의 효과에 관한 연구”, 법조 제66권 제3호, 법조협회, 2017.
- 장정호, “채권자취소권에 관한 연구-수익자 및 전득자의 보호를 중심으로-”, 박사학위논문, 창원대학교 대학원, 2013.
- 장창민, “상속재산 협의분할과 채권자취소권에 관한 연구”, 성균관법학 제 20권 제2호, 성균관대학교 법학연구원, 2008.
- 조영철, “채권자취소권에 있어서의 피보전채권의 성립시기”, 재판실무연구 1권, 수원지방법원, 1996.
- 조인영, “상속포기와 채권자취소권 - 대법원 2011. 6. 9. 선고 2011다29307 판결-”, 민사판례연구 제35권, 민사판례연구회, 2013.
- 최성경, “상속법상의 법률행위와 채권자취소권-상속의 승인·포기와 포괄적 유증의 승인포기를 중심으로-”, 법조 제56권 제9호(통권 제612호), 법조협회, 2007.

II. 국외문헌

1. 프랑스

Alain Sériaux, Art. 784 à 781 in: Juris-Classeur Civil, 2010.

A.(Antoine) M.(Marie) Demante et E.(Édouard) Colmet de Santerre,
Cours analytique de Code Napoléon, t. V(Art. 1101-1386), Paris,

1865.

- A.(Alexandre). Duranton, Cours de droit français suivant le Code civil, 5^e éd., t. 6, Bruxelles, 1841.
- F. Laurent, Principes de Droit Civil Français, t.XVI, 1878.
- F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, Droit civil : les obligations, 10e éd., Dalloz, 2009.
- G. Baudry-Lacantinerie et L. Barde, Traité théorique et pratique de Droit Civil, Des Obligations, T. III, 2e éd., 1900.
- J. Ghestin, et G. Goubeaux, Traité De Droit Civil T. I : Introduction Générale, 4e éd., L.G.D.J., 1999.
- Pierre Voirin et Gilles Goubeaux, DROIT CIVIL : Régimes matrimoniaux - Successions, Libéralités, t. 2, 27e éd., L.G.D.J, 2012.
- William Dross, Art. 1167 in: Juris-Classeur Civil, 2011.

2. 독일

- Jaeger/Henckel, Konkursordnung, Großkommentar, §§1-42, 9. Aufl., De Gruyter, 1997.
- E. Stampe, “Rechtsfindung durch Konstruktion”, DJZ(Deutsche Juristen-Zeitung), NO. 9, 1905.
- L. v. Seuffert, “Erschaftsausschlagung und Gläubigeranfechtung”, LZ(Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- and Versicherungsrecht, No. 1, 1912.
- T. Kipp, “Erschaftsausschlagung und Gläubigeranfechtung”, JW(Juristische Wochenschrift), J. 4, 1912.

3. 일본

- 吉田邦彦, “相續放棄と詐害行為取消權”, 別冊 ジュリット No. 99 家族法判例百選 第四版, 1988.
- 飯原一乘, “判例を中心とした詐害行為取消權の研究”, 司法研究報告書 第18

- 集 第2号, 日本司法研究所, 1967.
- 山中康雄, “詐害行為取消權の本質”, 訴訟法學と實體法學(中村宗雄教授還曆祝歌論文集), 有斐閣, 1955.
- 西村信雄, 『家族法總論』, 有斐閣, 1958.
- 星野英一, 『民法概論Ⅲ』, 有斐閣, 1985.
- _____, 『民法概論Ⅲ 債權總論』 良書普及會, 1980.
- 勝本正晃, 『債權總論(2-3)』, 巖松堂, 1936.
- 我妻 榮, 『新訂債權總論』, 岩波書店, 1964.
- 平野裕之, 『債權總論』(法律學講義案シリーズ21), 信山社, 1996.
- 內山尚三, “相續放棄と債權者取消權”, 家族法判例百選(第3版), 有斐閣, 1980.
- 大島俊之, “相續放棄と債權者取消權1”, 法律時報 通卷698号(第57卷 第8号), 日本評論社, 1985.
- _____, “相續拋棄と詐害行為”, 判例タイムズ NO. 688, 1989.
- 竹屋芳昭, “相續の放棄と詐害行為取消權”, 民商法雜誌 第73卷 第1号, 1975.
- 下森定, “債權者取消權と不當利得”, 不當利得・事務管理の研究(3), 谷出知平教授還曆記念, 有斐閣, 1972.

A Legislative Study on the Application of the Creditor's Right of Revocation to the Renunciation of Inheritance

Pil-seop Lee

Department of Law, The Graduate School,
Pukyong National University

Abstract

This study deals with whether the heir, who is a debtor, is subject to the creditor's right of revocation if he or she renounces inheritance. The creditor's revocation system allows the creditor to restore the debtor's liability property to its original state in order to protect the creditor. The inheritance renunciation system can deny the effect of inheritance because it is undesirable for the inheritee's rights and obligations to be comprehensively inherited against the will of the heir. In the meantime, the inheritance renunciation system was intended to respect the will of the heir by allowing the heir to deny the effect of inheritance in the Korean civil law system that adopted the natural succession system as an effect of inheritance. In addition, the inheritance renunciation system has played a positive role in protecting heirs from the ancestor's excessive debt.

However, despite the large amount of active property in the inherited property, the heir who is the debtor formally gives up inheritance for fear of being compulsorily executed by his or her creditor, and in practice, enters into a backside agreement with another co-heir to receive compensation or compensation. As a result, there are often cases of pursuing only one's own interests beyond the purpose of the inheritance renunciation system. Until such a case, it is questionable

whether heirs who are debtors should be protected rather than the heir's creditors. Therefore, in this case, it is necessary to examine whether the heir's creditor can exercise the creditor's cancellation right against the heir, who is the debtor, on the ground of the renunciation of inheritance.

Previously, in Korea, the majority of theories denied the objectivity of the creditor's right to cancel the inheritance, and the Supreme Court precedents are also in the same position as the negative theory. Therefore, I looked at what the theories and precedents are based on to deny the position, and examined whether there is a basis for changing the conventional position through comparative legal considerations with theories, precedents, and legislation of other countries. As a result, it was recognized that there is a limit to recognizing the objectivity of the creditor's right to cancel the inheritance under the current law, and a legislative proposal was proposed as a solution.

Specifically, it is as follows.

First, in the case of inheritance renunciation, theories and precedents deny the objectivity of the creditor's right to cancel, while in the case of inheritance renunciation in a similar agreement on the division of inherited property, the theory and precedent recognize the objectivity of the creditor's right to cancel. In order to examine whether there is room for recognizing the objectivity of the creditor's right of revocation even in the case of relinquishment, we reviewed the differences in legal principles between the renunciation of inheritance and the consultation on the division of inherited property.

Second, in order to examine the possibility of applying the creditor's cancellation right in case of inheritance renunciation, the requirements of the creditor's cancellation right were examined. Among them, the most controversial requirement is whether the renunciation of inheritance is a legal act under the property law and whether it is a

fraudulent act. Accordingly, legal acts under family law, specifically, precedents on whether to recognize creditor's right to cancel inheritance, precedents on whether to recognize creditor's right to cancel legacy, and precedents on whether to recognize creditor's right to cancel property in divorce. Through comparison, it was reviewed whether inheritance renunciation is a legal act under the property law or a fraudulent act.

Third, with regard to whether the subject of the creditor's right to cancel inheritance was recognized, legislation, theory, and precedent were reviewed in the order of France, Germany, and Japan. In particular, unlike other countries, France has explicit regulations in its civil law, so we examined in detail how the French civil law legislates the requirements and effects for recognizing the creditor's right to cancel in case of inheritance renunciation.

Fourth, in the case of Korea, whether or not to recognize the object of the creditor's right to cancel the inheritance is compared with precedents that recognize the objectivity of the creditor's right to cancel when the inheritance is abandoned in the inheritance division agreement. We looked at the grounds in detail.

Lastly, even if inheritance renunciation cannot be subject to the creditor's right of revocation under the current law, the heir who is the debtor colludes with other co-heirs for the purpose of not repaying his/her debts, deliberately renounces inheritance, and gains through a backside agreement with other co-heirs. Since there is no need to protect those who are trying to enjoy the debt, a legislative plan was devised to regulate the heir, the debtor, who uses the inheritance renunciation system for the purpose of avoiding debt.

Key words	Renunciation of inheritance, Creditor's right of revocation, Consultation on the division of inherited property
-----------	---