

債權者取消訴訟에 있어서의 主張・立證責任에 관한 研究

梁炳晦・金斗年

(建國大學校 法科大學 法學科)

目 次

- | | |
|-----------------------------|-------------------------------|
| I. 머리말 | IV. 客觀的 要件事實에 관한 主張・立證責任 |
| II. 外國의 立法例 | 1. 法律行爲에 대한 要件 |
| 1. 로마법 | 2. 詐害行爲에 대한 要件 |
| 2. 이탈리아법 | V. 主觀的 要件事實에 관한 主張・立證責任 |
| 3. 프랑스 | 1. 債務者의 惡意에 관한 主張・立證責任 |
| 4. 獨逸 | 2. 受益者 또는 傳得者의 惡意에 관한 主張・立證責任 |
| 5. 日本 | VI. 立證責任의 分配에 관한 檢討 |
| III. 債權의 發生原因事實에 관한 主張・立證責任 | VII. 맺음말 |
| 1. 債權의 種類 | |
| 2. 債權의 發生時期 | |
| 3. 債權額 | |

I. 머리말

債權者取消訴訟에 있어서의 主張・立證責任은 要件事實에 대한 主張・立證責任 및 원고인 取消債權者와 피고인 상대방과의 사이에서의 立證責任의 分配 내지 轉換에 관한 문제이다. 이러한 主張・立證責任의 문제는 債權者取消權의 本質을 어떻게 파악하는가, 즉 債權者取消權에 대하여 어떠한 역할을 담당시킬 것인가 하는 관점에 따라서 여러 가지 차이가 있다. 債權者取消權의 本質에 관하여는 종래부터 법적 성질을 달리하는 여러 가지 견해가 있고, 그 법적 구성의 차이는 訴訟類型(형성소송인가 이행소송인가 양자를 합친 소송인가), 訴訟物(사해행위의 취소와 말소등기 절차의 이행청구를 별개의 소송물로 볼 것인가 동일한 소송물로 볼 것인가), 原告適格(취소채권자의 채권의 요건), 被告適格(受益者, 轉得者 외에 債務者도 피고로 할 수 있는가), 取消의 效力(絶對效인가 相對效인가), 請求趣旨와 判決主文의 表示方法(행위의 취소인가, 원상회복의 청구인가) 등에 있어서 차이가 있고 그 중 어느 입장을 취하는가에 따라서 원고와 피고의 主張・立證責任에도 차

이가 있다. 하지만 이러한 점을 모두 설명하기는 어려우므로 아래에서는 우리나라의 통설·판례를 중심으로 검토하기로 한다.

우리 민법 제406조는 제1항에서 「채무자가 채권자를 해함을 알고 財産權을 목적으로 한 法律行爲를 한 때에는 채권자는 그 取消 및 原狀回復을 법원에 청구할 수 있다」고 규정하고, 동조 단서에서는 「그러나 그 행위로 인하여 이익을 받은 자나 전득한 자가 그 행위 또는 전득 당시에 채권자를 해함을 알지 못하는 경우에는 그러하지 아니하다」고 규정하고 있다. 이 법문의 문언을 통하여 債權者取消權의 行使에 관한 요건사실을 살펴보면, 첫째는 取消請求者는 債權者이어야 한다는 債權의 發生原因事實에 관한 사항, 둘째는 詐害行爲에 관한 客觀的 要件事實로서 채무자가 채권자를 해하는 재산권을 목적으로 한 법률행위를 한 사실에 관한 사항, 셋째는 詐害意思에 관한 主觀的 要件事實로서 債務者는 그 행위가 채권자를 해함을 알고 있었을 것과 受益者 또는 轉得者는 사해행위 또는 전득 당시에 채권자를 해한다는 사실을 알고 있었을 것을 요건으로 한다.¹⁾

아래에서는 위와 같은 債權者取消權의 要件事實에 관한 主張·立證責任 중에서 채권의 발생 원인사실에 관한 사항과, 客觀的 要件事實에 관한 사항은 간단하게 언급하고, 主觀的 要件인 債務者의 惡意와 受益者 또는 轉得者의 惡意에 관하여 원고인 取消債權者와 피고인 受益者 또는 轉得者와의 主張·立證責任에 관한 사항과 이들의 立證責任의 分配에 관한 사항을 중점적으로 검토한다.

II. 外國의 立法例

1. 로마 법

로마법에 있어서 actio Pauliana는 債務者가 채권자를 해하는 意思(consilium fraudandi)를 가지고 재산적 이익을 제3자에게 讓渡함으로써 채권자의 이익을 해한 때(eventus fraudis)에는 그 사해행위의 상대방인 受益者로부터 逸脫한 재산적 이익을 회복하도록 하였다. 取得原因이 有償行爲인 경우에는 양도된 물건의 取得者 즉 受益者가 惡意일 것을 요구하였지만, 無償行爲인 경우에는 受益者가 善意인 경우에도 現存하는 이익의 返還을 청구할 수 있도록 하였다.²⁾ 또한 같은 이유에서 양도된 물건의 間接取得者인 轉得者에 대하여도 그가 惡意이거나 無償인 경우에는 取消의 訴를 허용하였다.

1) 金亨培, 「債權總論」(서울:博英社, 1995), 451面: 鄭圭相, 「詐害行爲取消訴訟에 있어서의 受益者·轉得者의 善意的 立證責任問題」, 月刊考試(1993. 5), 88面.

2) 奥田昌道(編), 「註釋 民法(10) 債權(1)」(東京:有斐閣, 1987), 781面.

2. 이탈리아법

로마법에서의 主觀主義的인 색채는, 그 후 14세기 중엽의 이탈리아에서는 商業의 繁昌에 따라 信用去來에 안전을 기하려는 요청에 의하여³⁾ 債務者의 財産惡化라고 하는 客觀的인 事實⁴⁾만을 요구하는 이른바 「客觀主義」로 확대되었다.

이탈리아 都市法의 일반적인 특색은 債務者의 詐害意思의 推定에 의하여 그 立證을 용이하게 한 점이다. 즉 債務者가 일정한 親族關係에 있거나 同居하는 者와의 사이에서 破産開始後에 한 행위와 破産開始前 또는 逃亡前 일정기간 내에 한 행위, 기타 일정한 행위에 대하여는 詐害意思가 推定되고 이러한 행위는 詐害行爲의 立證을 필요로 하지 않고 무효로 하였다.

또한 無償行爲의 取消에 관하여는 로마법에서는 債務者의 詐害意思를 요구하였으나 이탈리아 都市法에서는 債務者의 詐害意思마저도 요구하지 않았고, 辨濟에 있어서도 이것이 특정의 채권자에게 특히 유리하게 되는 때에는 이것을 취소할 수 있도록 하였다.

3. 프랑스

프랑스의 債權者取消權은 債務者의 惡意의 財産減少行爲를 制裁하는 제도로서 債務者의 악의와 受益者 내지 轉得者의 惡意를 債權者取消權 行爲의 요건으로 하였다. 다만 詐害行爲가 無償行爲인 경우에는 그 惡意에 관계없이 그가 수익한 범위 내에서 責任을 지도록 하였다.⁵⁾

債務者의 惡意는 모든 경우에 있어서 取消權行使의 要件인가에 관하여 일부 학설은 無償行爲의 경우 특히 無償의 拋棄行爲일 경우에는 債務者의 惡意가 필요없다고 하였지만,⁶⁾ 通說은 債務者의 惡意는 無償行爲를 포함한 모든 경우에 있어서 취소권행사의 요건이 된다고 하였다. 債務者의 惡意(la fraude)는 債務者를 해하려는 적극적인 意慾(intention)으로 볼 것인가 債務者의 자산감소행위가 채권자를 해친다는 데에 대한 認識(connaissance)으로 볼 것인가에 대하여는 有償行爲와 無償行爲로 구분하여 그 행위가 有償行爲인 경우에는 積極的인 詐害의 意慾을 필요로 하고 無償行爲인 경우에는 단순한 詐害의 認識만으로 충분하다고 한다. 오늘날의 유력설과 다수 판례는 債務者의 惡意는 항상 「詐害의 意慾」을 필요로 하지만 이러한 사해의 의욕은 債權者를 해한다는 詐害의 認識에 대한 입증으로 추정되고 합리적인 동기의 입증으로 顛覆될 수 있다고 한다.⁷⁾

3) 詐害意思의 입증이 困難함을 救濟하기 위한 것이었다.

4) 近親者에 대한 財産讓渡나 支拂停止 3個月前에 행한 財産讓渡는 無效로 하였다.

5) 金旭坤, “佛蘭西民法에 있어서의 債權者取消權制度,” 「崇田大學校 論文集」, 第11集(社會科學編, 1981), 364-367面.

6) 佛民法 제622조, 제788조, 제1053조 등에서 債權者取消權의 요건을 단지 「債權者의 損害」만을 들고 있는 점을 이유로 들고 있다(金旭坤, 上揭論文, 364面).

7) 金旭坤, 上揭論文, 17面.

受益者の 行爲에 대하여도 취소권의 대상이 되는 債務者の 行爲가 有償行爲(acte titre on reux)인가 無償行爲(acte titre on reux)인가에 따라서 惡意의 要件이 달라진다. 詐害行爲가 有償行爲인 경우에는 受益者가 그 사해행위의 共謀者(complice)일 것을 필요로 하고 다만 그가 善意이면 取消權의 追及을 면할 수 있지만, 無償行爲일 경우에는 사해행위의 公모성을 필요로 하지 않고 그가 善意인 경우에도 取消權의 追及을 면할 수는 없다. 轉得者의 경우에는 受益者 및 轉得者가 모두 惡意일 때에는 轉得者도 취소권의 추급을 받는다. 受益者가 善意이고 有償取得인 경우에는 어떤 경우에도 轉得者에 대한 取消權의 追及은 차단된다. 受益者가 惡意이거나 無償取得인 경우에도, 轉得者가 善意이거나 有償取得인 경우에는 轉得者는 취소권의 추급을 받지 않는다.⁸⁾

4. 獨 逸

독일에서는 債權者取消權制度를 하나의 특별법으로 발전시킨 점이 특징이다. 독일의 債權者取消權은 「詐害行爲의 取消」와 「贈與의 取消」로 크게 나누어진다. 「詐害行爲의 取消」는 채권자를 해할 意思(Absicht)를 필요로 함으로써 消極的인 認識(Wissen)이 아니라 積極的인 意慾(Wollen)이 있을 것을 요한다.⁹⁾ 또한 취소의 상대방인 受益者 또는 轉得者도 債務者の 詐害意思를 알고 있었을 것을 요한다. 債務者の 詐害意思와 상대방의 詐害認識에 대하여는 취소권을 행사하는 채권자가 모두 입증하여야 하는 것이 원칙이지만,¹⁰⁾ 取消前 1년 이내에 행한 配偶者나 일정한 親族과 행한 有償行爲에 대하여는 채무자의 詐害意思는 입증할 필요가 없고 受益者の 詐害認識만을 입증하면 된다. 受益者가 책임을 면하려면 債務者の 詐害意思를 몰랐다는 것을 자신이 입증하여야 한다.

贈與나 債務者の 無償的 處分의¹¹⁾ 경우에는 그것이 관습상 의례적인 贈物行爲가 아닌한 1년 이내에 취소할 수 있다(債權者取消法第3條 第1項 第3號). 그리고 배우자에 대한 無償處分의 경우에는 2년 이내에 취소할 수 있다. 그 사해행위가 無償的 處分이었다는 것은 取消債權者가 立證責任을 부담하지만, 그것이 儀禮的인 贈物이었다는 예외적 요건은 상대방인 受益者가 입증하여야 한다.

5. 日 本

日本 民法 第424條는 우리 民法 第406條와 거의 같은 내용을 규정하고 있기 때문에 그 解釋論이나 判例는 우리나라와 거의 차이가 없다. 원고인 取消債權者는 債權者取消權의 적극적 요건

8) 山口俊夫, 「フランス債權法」(東京:東京大學出版部, 1990), 273面.

9) 金相容, 「債權者取消權」, 「月刊考試」(1993. 9), 120面.

10) 岡日榮, 「獨逸의 債權者取消權制度」, 「外國司法研修論集(8)」(서울:法院行政處, 1989), 18面; 松坂佐一, 「債權者取消權の研究」(東京:有斐閣, 1976), 151-153面.

11) 贈與는 契約이지만, 無償的 處分은 無償의 所有權拋棄行爲와 같은 일방적 행위를 포함하므로 贈與보다 넓은 개념이다.

으로서, 자신이 被保全債權을 갖고 있다는 점, 債務者의 행위가 詐害行爲라는 점, 債務者의 惡意가 있었다는 점을 청구원인으로서 主張・立證하여야 한다. 피고인 受益者 또는 轉得者는 위의 청구원인을 부인하는 경우 필요에 따라 반증을 제출하여야 한다. 하지만 請求原因이 인정되는 경우에는 사해행위 또는 전득의 당시에 채권자를 해한다는 사실을 알지 못하였다는 점(日民法 424條 但書)을 항변으로서 주장할 수 있다. 자신들의 善意에 대한 主張・立證責任은 受益者 또는 轉得者측에 있다.¹²⁾

Ⅲ. 債權의 發生原因事實에 관한 主張・立證責任

債務者에 대한 債權의 存在는 債權者取消訴訟의 訴訟物은 아니지만 債權者取消權 행사의 전제가 되기 때문에 원고는 우선 자기의 債權의 發生原因事實을 主張・立證하여야 한다. 특히 채권의 발생시기는 사해행위와의 先後에 따라서 취소권의 成立與否와 관계가 있고, 債權額은 債務者의 無資力이나 惡意의 유무, 그리고 취소의 범위에 관한 판단자료가 되기 때문에 원고는 이것을 명확하게 主張・立證하여야 한다. 제3자로부터 채권을 양도받은 경우에는 그 제3자의 채권의 발생원인 이외에 채권양도 사실 및 대항요건을 구비한 사실을 取消債權者가 입증하여야 한다.¹³⁾

1. 債權의 種類

債權은 처음부터 금전채권일 필요는 없지만 취소권을 행사하는 때에는 손해배상청구권 즉 금전채권으로서의 효력을 보전할 필요가 있는 경우에 한한다. 債權者取消權은 共同擔保의 보전을 목적으로 하기 때문에 特定物債權은 債權者取消權의 피보전 채권이 될 수 없다.¹⁴⁾ 하지만 債務者가 특정물채권을 처분하는 것에 의하여 무자력이 되는 경우에만 特定物債權의 被保全債權性이 부정되지는 않는다.¹⁵⁾ 特定物債權이 被保全債權이 되기 위하여는 취소권을 행사할 때까지 금전채권으로 轉化되어야 하는가,¹⁶⁾ 그렇지 않아도 되는가¹⁷⁾에 대하여는 의문이 있다.

物的・人的 擔保를 수반하는 채권도 債權者取消權의 피보전채권이 될 수 있는가에 대하여는 債務者가 제공한 물적 담보를 수반하는 경우에는 擔保物 價格이 채권액에 부족한 경우에 한하여 피보전채권이 된다.¹⁸⁾

12) 荒木新五, 「判例便覽, 詐害行爲取消權」(東京:商事法務研究會, 1989), 49-50面; 村上博巳, 「民事裁判における證明責任」(東京:判例タイムズ社, 1980), 286面.

13) 飯原一乘, 「判例を中心した詐害行爲取消權の研究」, 司法研究報告書 第18輯 第2號(東京:司法研修所, 1967), 199面.

14) 大判 1954. 11. 18, 4286 民上 37; 同 1965. 3. 30, 64 다 1483.

15) 日最判 1961. 7. 19, 民集 15卷 7號, 1875面.

16) 我妻榮, 前掲書, 179面.

17) 水本浩, 「債權總論」(東京:有斐閣, 1989), 109面.

2. 債權의 發生時期

取消債權者의 채권은 사해행위보다 먼저 발생한 것이어야 한다. 채권액은 사해행위 당시의 債權額을 기준으로 하고 사해행위 이후에 발생한 채권에 대하여는 債權者取消權이 발생하지 않는다.¹⁹⁾ 왜냐하면 詐害行爲 이후에 권리를 취득한 채권자는 이미 사해사실을 알고 있었기 때문에 당해 사해행위에 의하여 침해되지 아니하였다는 것을 이유로 한다.²⁰⁾ 하지만 詐害行爲 후에 발생한 채권이라도 取消權 행사시에 사해행위의 성립요건을 갖추고 있으면 취소권 행사를 허용하여야 한다는 주장도 있다. 그 이유는 취소권 행사의 결과 반환된 재산은 채무자의 責任財産으로 복귀하는 것이기 때문에 사해행위 후에 발생한 채권을 갖고 있는 자도 強制執行 및 配當節次에 참가할 수 있기 때문에 사해행위의 선후를 구분할 필요가 없다고 한다.²¹⁾

3. 債權額

取消債權者 이외에 다른 채권자가 존재하는 경우에도 판례는 取消債權者의 債權額을 초과하는 취소를 허용하지 않는다.²²⁾ 하지만 民法 第407條의 규정에 의하여 취소와 원상회복의 효력은 모든 채권자의 이익을 위하여 미치고, 取消債權者에게 優先辨濟權이 없기 때문에 다른 채권자가 있는 경우 이들의 채권액을 감안하지 않을 수 없다. 판례는 일반채권자가 존재하고 그들의 配當參加가 확실한 경우에는 예외적으로 取消債權者의 채권액을 초과하여 取消權을 행사하는 것을 인정하고 있다.²³⁾

이러한 경우에는 다른 채권자가 다수 있다는 단순한 주장만으로는 안되지만, 取消債權者는 일반채권자가 존재한다는 사실과 그 채권액을 主張・立證하면 상대방인 受益者 또는 轉得者는 이들이 執行參加나 配當要求를 해오지 않을 만한 사정이 있으면 이를 主張・立證하면 된다.²⁴⁾

18) 日大判 1932. 6. 3, 民集 11卷, 1163面; 我妻榮, 前掲書, 181面; 於保不二雄, 「債權總論(新版)」(東京:有斐閣, 1980), 192面.

19) 大判 1962. 2. 15, 4294 民上 378; 同 1967. 11. 14, 66 다 2007; 同 1978. 11. 28, 77 다 2467; 1995. 2. 10, 94 다 2534(公 988, 1285).

20) 大判 1995. 2. 10, 94 다 2534(公 988, 1285).

21) 飯原一乘, 前掲書, 30面.

22) 朝高判 1918. 4. 16, 民集 5卷, 282面; 同 1924. 7. 29, 民集 11卷, 146面; 同 1927. 7. 29, 民集 11卷, 146面.

23) 朝高判 1933. 7. 14, 民集 20卷, 51面.

24) 朝高判 1933. 7. 25, 民集 20卷, 30面; 金斗年, 「債權者取消權에 관한 研究」, 博士學位論文, 建國大學校大學院, 1995. 11), 163面; 金壽洙, 「債權者取消權에 관한 考察(下)」, 「月刊考試」122號(1984. 3), 91面; 金曾漢, 「債權總論(民法講義Ⅲ)」(서울:博英社, 1988), 110面; 玄勝鍾, 「債權總論」(서울:日新社, 1982), 215面.

IV. 客觀的 要件事實에 관한 主張·立證責任

民法 第406條 第1項의 要件事實에 대하여는 일반적으로 채무자의 「사해행위」를 그 客觀的 要件으로, 「債務者의 惡意」를 그 주관적 요건으로서 한다.²⁵⁾ 그 중 객관적 요건인 「詐害行爲」에 대한 要件事實은 法律行爲에 대한 요건과 詐害行爲에 대한 요건으로 구분한다. 아래에서는 그 要點만을 간단히 서술한다.

1. 法律行爲에 대한 要件

민법 제406조는 취소의 대상이 되는 행위를 재산권을 목적으로 하는 법률행위라고 규정하고 있으므로, 법률행위가 아닌 사실행위, 불법행위, 소송행위 등은 원칙적으로 債權者取消權의 대상이 되지 아니한다. 하지만 소송상의 화해, 상계 등과 같이 소송행위인 동시에 법률행위인 경우와,²⁶⁾ 準法律行爲, 追認, 拒絕 등과 같이 法律行爲와 동일한 효과가 주어지는 경우에도 재산감소의 효과를 가져오는 것이면 취소권을 행사할 수 있다.²⁷⁾ 법률행위는 유효한 것이어야 한다. 通情虛僞表示와 같은 無效인 法律行爲의 取消은 이론상으로는 許容되지 않지만 채권자가 債權者取消訴訟을 제기하고 그 취소권의 요건을 主張·立證하는 이상 피고는 사해행위가 虛僞表示임을 이유로 取消權行使를 저지할 수는 없다.²⁸⁾

法律行爲는 財産權을 목적으로 한 행위이어야 한다. 간접적으로 재산상의 이익에 영향을 미치는 법률행위, 즉 債務者의 勞務를 목적으로 하는 행위, 贈與나 遺贈을 拒絕하는 행위는 詐害行爲로 되지 않는다. 婚姻이나 相續의 承認이나 拋棄와 같은 身分行爲도 사해행위가 되지는 않는다. 離婚에 의한 財産分與行爲는 사해행위가 아니지만 그 財産分與行爲가 상당 정도를 넘는 과도한 것이고 債務者의 잔류재산이 원고의 채권액보다 적은 경우에는 詐害行爲가 된다.²⁹⁾ 마찬가지로 離婚을 假裝한 財産分與行爲도 詐害行爲가 된다.

2. 詐害行爲에 대한 要件

債務者가 財産權에 관한 法律行爲를 한 경우에 어떠한 행위가 債權者를 해한다는 詐害行爲에 해당하는가에 대한 要件事實이다. 채권자를 해한다고 함은 사해행위에 의해서 債務者가 무자력

25) 金亨培, 前掲書, 441面.

26) 李太載, “債權者取消權行使의 效果,” 「考試研究」(1979. 3), 132面.

27) 金亨培, 前掲書, 441面.

28) 大判 1963. 11. 28, 63 다 493; 同 1964. 4. 14, 63 다 827; 同 1975. 2. 10, 74 다 334; 同 1977. 2. 8, 76 다카 2659; 同 1984. 7. 24, 84 다카 68; 同 1988. 4. 25, 87 다카 1380.

29) 大判 1984. 7. 24, 84 다카 68; 倉田卓次(監修), 「要件事實의 證明責任」(東京:西神田編輯室, 1986), 189面.

이 된다든지 그 결과 채권자가 손해를 입게 된다는 사실을 말하며 立證責任은 取消債權者가 부담한다.

(1) 無資力の 判斷

無資力の 判斷基準은 債務者의 재산적 법률행위로 말미암아 債務者의 消極財産인 債務總額이 積極財産인 資産總額을 초과하게 되는 경우를 일컫는다.³⁰⁾ 債務者가 無資力이 되는 것이면 적극 재산의 감소나 소극재산의 증가를 묻지 않는다. 무자력에 대한 立證責任은 원고인 取消債權者에게 있고 원고의 주장을 다투고자 할 때에는 피고인 受益者 또는 轉得者가 債務者의 재산을 구체적으로 提示·立證하여야 한다.³¹⁾

債務者가 保證債務나 連帶債務를 부담하는 경우에도 이를 消極財産에 포함시킬 것인지에 대하여 保證債務의 경우에는 원고가 主債務者에게 辨濟資力이 없다는 사실을 主張·立證하면 消極財産에 포함된다. 하지만 피고가 主債務者에게 충분한 자력이 있다는 사실을 反證으로 證明한 경우에는 消極財産에 포함하지 않는다. 連帶債務의 경우에는 연대책무 전액을 소극재산에 산입하여야 한다는 것이 통설이지만, 求償權이 확실하다는 被告側의 反證이 있으면 그 負擔部分만을 消極財産에 산입한다.³²⁾

(2) 詐害性 判定의 基準時

債務者의 詐害性에 대한 判定基準이 되는 시기는 그 법률행위가 있는 때이다. 만약 債務者가 단일한 詐害意思를 가지고 垆地, 建物, 田畓 등을 차례차례로 매각하였다면 각 매각시마다 개별적으로 매각행위의 사해성을 판정한다.³³⁾ 債務者가 그 법률행위에 의해 무자력이 되었어도 그 후에 債權者取消權을 행사하는 시점인 사실심의 구두변론 종결시까지 資力을 回復한 때에는 取消權을 행사할 수 없다. 하지만 그 詐害性이 詐害行爲의 행위시뿐만 아니라 그 후의 구두변론 종결시까지 계속해서 詐害性이 유지되어야 하는가, 일단 자력을 회복하면 債權者取消權은 소멸하는가에 대해서는 다툼이 있다.³⁴⁾

30) 大判 1962. 11. 15, 62 다 634.

31) 朝高判, 1934. 6. 15, 民集 21卷, 219面.

32) 金曾漢(編), 「註釋 債權總則(上)」(서울:韓國司法行政學會, 1984), 420面.

33) 於保不二雄, 前掲書, 185面.

34) 倉田卓次(監修), 前掲書, 191面.

V. 主觀的 要件事實에 관한 主張·立證責任

1. 債務者の 惡意에 관한 主張·立證責任

(1) 債務者の 惡意의 要件

우리 민법 제406조 제1항은 「債務者が 채권자를 해함을 알고 재산권을 목적으로 하는 법률행위를 한 때」라고 규정하여, 債務者は 財産減少行爲를 할 당시에 그 행위로 인하여 「채권자를 해함을 알고 있어야 할 것」을 요건으로 한다. 이러한 요건을 「채무자의 惡意」라고 한다. 그런데 「채무자의 악의」는 精神的·心理的 상태를 의미하기 때문에 이것이 단순히 채권자를 해함을 아는 것(認識)을 의미하는 것인지 채권자를 해하는 의도(意思)를 의미하는 것인지가 문제로 된다.

우리나라의 通說과 判例은 債務者の 惡意에 관하여 민법 제406조 제2항의 法文에서와 같이 債務者が 자기의 법률행위가 사해행위가 된다는 사실, 즉 共同擔保의 부족이 생긴다는 사실에 대한 소극적인 「認識」만 있으면 충분하고, 그 이상으로 특정한 채권자를 해한다는 것을 적극적으로 「意慾」할 필요는 없다고 하여 채무자의 악의는 「詐害의 認識」만을 필요로 한다.³⁵⁾ 대부분의 판례는 「채권자를 해함을 알고……」라고 하여 통설과 같은 입장을 취하고 있다. 債務者が 사해의 사실을 알지 못한 데 대해 過失이 있었어도 債務者が 사해의 사실을 알지 못하였다면 취소권이 성립하지 않는다는 데에는 학설과 판례가 일치하고 있다.

(2) 客觀的 要件과의 相關關係

이에 대하여 일부 학설과 판례는 債務者の 惡意라고 하는 「주관적 요건」을 객관적 요건과의 상관관계에서 파악하고, 債務者の 惡意는 객관적 요건이 어떠한가에 따라서 단지 「詐害의 認識」만으로 충분한 경우도 있고 「積極的인 意慾」을 필요로 하는 경우도 있다고 한다. 즉, 상당한 대가로 행하여진 부동산의 매각이나 대물변제와 같이 그 사해성의 판단이 애매한 경우에는 債務者の 惡意는 채권자를 해한다는 인식만으로는 부족하고 일부 채권자와의 通謀 등 채권자를 해한다는 적극적인 認識 내지는 意圖로 파악한다.³⁶⁾ 하지만 증여라든가 부당한 염가매각과 같이 그 행위 자체가 강한 사해성을 갖는 경우에는 債務者の 主觀的 要素는 채권자를 해함을 안다는 認識만으로도 충분하다고 한다. 우리나라의 일부 판례도 「채권자를 해할 목적으로……」³⁷⁾ 또는 「債務者が 사해의 의사로서……」³⁸⁾라고 하여 채권자를 해할 적극적인 의욕 내지는 意思를 必要로 하는 것도 있다.

35) 金亨培, 前掲書, 448面; 金曾漢(編), 前掲書, 428面.

36) 大判 1964. 4. 14, 63 다 827; 同 1975. 2. 10, 74 다 334; 同 1977. 6. 28, 77 다 105.

37) 大判 1977. 2. 8, 76 다 2659.

38) 大判 1965. 6. 29, 65 다 477.

이러한 판례를 지지하는 학설은 그 밖에도 債務者의 주관적 요건으로서 債務者에게 誠實義務違反에 대한 認識을 요한다든가, 행위 당시의 債務者의 재산상태, 처분재산이 債務者의 자산중에서 차지하는 중요성, 行爲의 態樣, 行爲의 動機나 目的의 정당성, 수단방법의 타당성, 상대방이 債權者中的 1인인가 제3자인가 하는 여러 가지를 고려하여 債務者의 詐害意思의 유무 및 행위의 詐害性을 判斷하려고 한다. 이러한 해석은 우리나라의 판례가 일정한 親族間의 거래라든가 無償處分과 같은 詐害性이 강한 경우나, 정상적인 대가관계인 재산이전거래 등 詐害性이 약한 경우를 구분하지 않고 있는 데에 기인하는 것이다.

외국의 입법례에서와 같이 그 행위의 유형에 따라서 債務者의 惡意가 강하게 추정되는 경우에는 債務者의 惡意를 法律上 推定하는 규정을 설치할 필요가 있다고 본다.

(3) 債務者의 惡意에 관한 立證責任

債務者의 惡意에 대한 立證責任의 分配에 관하여 通說과 判例³⁹⁾는 債務者의 惡意는 債權者取消權의 성립요건이기 때문에 債務者의 惡意에 대한 主張·立證責任도 채권자가 부담한다고 한다고 하는 데에 이론이 없다.⁴⁰⁾ 그 이유는 債務者의 惡意가 債權者取消權의 成立要件이라는 것, 또는 民法 第406條 第1項의 本文이 條文의 구조상 債權者取消權의 根據規定이라는 것을 이유로 한다. 判例도 마찬가지이다.

債務者의 惡意에 대한 입증의 정도에 대하여는 어떤 행위가 債務者의 惡意가 되는가에 대하여 「意思說」을 취하는가 「認識說」을 취하는가에 따라서 立證責任의 경중이 달라지게 된다. 일반적으로 債務者의 惡意라는 主觀的인 要件은 內面的·心理的인 要素를 포함하기 때문에 債務者의 惡意에 대한 내심의 動機를 직접 증명한다는 것은 어려운 일이므로 取消債權者는 債務者의 惡意를 추정할 수 있는 간접사실을 입증함으로써 債務者의 惡意를 추정할 수 있는 것이다. 그리고 債務者는 항상 자신의 債權·債務에 대하여 직접적인 利害關係를 갖고 있으며 자신이 無資力이 되는 것이 債權者에게 어떠한 영향을 주는가는 자신이 명확하게 알 수 있는 것이기 때문에, 결국 어느 학설을 따르더라도 債務者의 惡意에 대한 입증은 그다지 어려운 것은 아니다. 判例에 의해서 惡意가 추정되는 사례는 다음과 같은 것이 있다.

1) 債務者의 資力の 有無

「債務者의 資力の 有無」는 債務者가 채권자를 해하는 의사를 갖고 있었는가를 판단할 수 있는 유력한 자료가 된다. 즉 債務者의 處分行爲時에 그의 財産이 全債權을 辨濟하기에 부족한 경우, 즉 무자력을 초래하는 경우에는 사해행위가 된다.⁴¹⁾

39) 大判 1969. 1. 28, 68 다 2022; 同 1965. 4. 6, 64 다 1743.

40) 다만, 무상행위의 경우에는 債務者의 惡意가 추정된다는 등의 이유로 통설의 증명책임의 분배에 약간의 문제가 있다고 하고 입법론으로서는 오히려 반대로 債務者가 惡意가 아니라는 점에 대하여 債務者가 주장증명하여야 한다고 한다(星野英一, 「民法概論Ⅲ(債權總論)」(東京:良書普及會, 1980), 112면).

2) 唯一한 財産의 處分

債務者が 채무 있음을 알면서 자기의 유일한 재산을 매각하는 행위는 채권자에 대하여 사해 행위가 된다고 볼 것이므로 債務者の 詐害意思는 추정된다.⁴²⁾

3) 相當한 價格에 의한 處分

판례는 債務者の 惡意의 요소로서 「相當한 價格」은 詐害意思의 유무를 판단하는 데에 중요한 기준이 되고 있다. 예를 들면 대물변제의 경우에도 「상당한 가격」으로 이루어진 것이라면 사해 행위로 되지 않고,⁴³⁾ 유일한 재산을 매각하는 경우에도 「상당한 가격」으로 이루어졌다는 특단의 사정이 있으면 사해행위로 되지 않는다.⁴⁴⁾ 債務者が 係爭不動産을 다른 채권자에게 양도하였을 경우에도 既存債務의 이행을 위하여 「정당하게 평가」되었으면 詐害意思가 없다고 한다.⁴⁵⁾ 학설도 詐害意思의 유무를 결정하는 데에 대가의 유무나 가격이 표준이 된다고 한다.

4) 消費하기 쉬운 金錢으로 바꾸는 行爲

債務者が 자기의 유일한 재산을 매각하여 소비하기 쉬운 금전으로 바꾸는 행위는 채권자에 대하여 사해행위가 된다.⁴⁶⁾

2. 受益者 또는 傳得者の 惡意에 관한 主張·立證責任

(1) 受益者 또는 轉得者の 惡意

우리 민법 제406조 제1항 단서에서 「그 행위로 인하여 이익을 받은 자나 전득한 자가 그 행위 또는 전득 당시에 채권자를 해함을 알지 못한 경우에는 그러하지 아니하다」라고 규정하고 있다. 여기에서 「債權者를 해함을 알지 못한 경우」를 일반적으로 受益者 또는 轉得者の 「惡意」라고 한다.

受益者 또는 轉得者の 惡意의 要素를 어떻게 파악하느냐가 문제로 된다. 이 문제에 관하여 通說·判例는 受益者 또는 轉得者の 惡意의 경우에도 債務者の 경우와 마찬가지로 受益者 또는 轉得者가 그 수익 또는 전득 당시에 각각 채권자를 해한다는 事實(詐害의 事實)을 몰랐다는 것(認識의 缺如)으로 충분하고 詐害의 意圖 내지 意慾까지는 필요없다고 한다.⁴⁷⁾ 하지만 행위의 사해성을 債務者の 惡意와 受益者の 惡意를 상관적으로 이해하는 입장에서는 債務者와의 통모도 필요한 것으로 이해하고, 債務者の 詐害意思를 적극적으로 이해하는 입장에서는 受益者나 轉得

41) 大判 1956. 10. 27, 4289 民上 208.

42) 大判 1966. 10. 4, 66 다 1535.

43) 大判 1962. 11. 15, 62 다 634.

44) 大判 1966. 10. 4, 66 다 1535.

45) 大判 1981. 7. 7, 80 다 2613.

46) 大判 1966. 10. 4, 66 다 1535.

47) 郭潤直, 「(新訂版)債權總論(民法講義Ⅲ)」(서울:博英社, 1995), 284面; 金曾漢, 前掲書, 107面; 玄勝鍾, 前掲書, 211面.

者の 詐害意思를 債務者の 詐害意思에 가담하는 의사로 파악하여 단순한 인식의 범위를 넘어서 적극적인 의도를 요한다고 한다.

立證의 程度에 대하여도 債務者와 동일하게 생각한다. 그리고 債務者の 惡意가 입증되면 受益者 또는 轉得者가 그 善意를 입증하지 못하는 한 惡意로 추정된다.⁴⁸⁾

(2) 受益者の 惡意와 轉得者の 惡意와의 관계

受益者와 轉得者가 모두 惡意인 경우에는 取消債權者는 轉得者를 상대로 원상회복을 청구할 수도 있고 受益者를 상대로 이득의 배상을 청구할 수도 있으며 그 중 어느 쪽에 대하여 청구할 것인가는 채권자의 자유로운 선택에 맡겨진다는 것이 통설과 판례이다. 그런데 受益者가 善意이고 轉得者만이 惡意인 경우에는 轉得者에게 債權者取消權을 행사하는 것이 옳은 것인가 하는 점이다. 왜냐하면 취소의 대상이 되는 것은 債務者の 행위이다. 受益者の 善意에 의하여 일단 유효하게 성립한 財産行爲가 그 후의 轉得者の 행위에 의하여 무효화되는 것은 거래의 안전에도 문제가 있다.⁴⁹⁾ 결국 受益者가 善意이면 詐害行爲의 成立은 부정되고 그 후의 轉得者에 대한 取消權의 支給은 중단되어야 할 것이다. 하지만 惡意의 轉得者가 고의로 善意의 受益者를 개재시키는 경우를 생각하면 轉得者에 대한 支給을 인정 못 할 바는 아니다.

그런데 이를 立證責任의 배분 측면에서 본다면 轉得者가 많을수록 취소채권자에게 유리할 것으로 보인다. 예를 들면 수명의 受益者와 轉得者를 상대로 소송을 제기하고 그 중에서 어떤 이유로 자기의 善意를 입증하지 못하는 자가 생기면 그 자에 대해서 취소권의 支給을 할 수 있을 것이기 때문이다.

(3) 立證責任의 分配에 대한 學說 및 判例

學說은 受益者 또는 轉得者の 惡意에 대한 立證責任에 대하여 取消債權者가 수익자 또는 전득자의 악의에 대한 立證責任을 負擔한다는 입장과, 受益者 또는 轉得者가 자신의 善意를 입증해야 한다는 입장으로 나뉘어진다. 전자의 입장에서는 민법 제406조의 단서규정도 債權者取消權의 成立要件에 포함되는 것이기 때문이라는 입장이고,⁵⁰⁾ 후자의 입장에서는 민법 제406조의 단서의 규정은 詐害意思가 없다는 소극적 사실의 입증이 詐害意思가 있었다는 적극적 입증보다 어려운 점을 감안하여 立證責任을 轉換한 것이므로 受益者·轉得者가 자신의 善意를 立證해야 한다고 한다.⁵¹⁾

48) 大判 1966. 10. 18, 66 다 1447; 同 1988. 4. 25, 87 다카 1380 等.

49) 姜東湖, “債權者取消權小考,” 慶尙大論文集 第15輯(1976), 340面.

50) 金曾漢(編), 前掲書, 435面; 李銀榮, 「債權總論」(서울:博英社, 1994), 376面.

51) 金曾漢(編), 前掲書, 435面.

1) 原告가 立證責任을 진다는 說

受益者 또는 轉得者의 惡意에 대하여도 원고인 取消債權者가 그 立證責任을 부담하여야 한다는 입장이다.⁵²⁾ 이 학설은 受益者 또는 轉得者의 惡意를 債權者取消權의 성립요건으로 본다. 그 이유는 취소의 대상이 되는 행위는 債務者의 행위이기 때문에 원칙적으로는 債務者의 행위를 중심으로 판단되어야 하지만, 민법 제406조 제1항 단서에서 受益者 또는 轉得者가 善意인 경우에는 취소할 수 없다고 규정하고 있기 때문에 결국은 受益者 또는 轉得者의 惡意까지를 債權者取消權의 성립요건으로 본다는 것이다.⁵³⁾ 그리고 학설·판례가 受益者 또는 轉得者의 詐欺意思는 추정되는 것이라 함을 결국 受益者 또는 轉得者의 詐欺意思도 역시 債權者取消權의 성립요건으로 인정하는 것이라고 한다.⁵⁴⁾ 원고에게 立證責任을 지우는 학설의 내용을 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 債權者取消權의 성립요건에 있어서 債務者와 受益者 또는 轉得者의 惡意는 절대적 요건이다. 우리 민법 제406조 제1항은 비록 단서의 형식을 취하고 있지만, 그 내용에 있어서는 受益者 또는 轉得者의 詐欺意思가 없으면 취소를 청구할 수 없다는 뜻을 규정한 것이라고 한다. 이 학설은 현행법의 규정태도에 대하여는 의문을 제기한다. 요컨대 立證責任 내지 거증책임은 일반적으로 어떤 사실의 존재의 입증도 부존재의 입증도 불가능할 때에는 부존재로 결론지어야 하는 것이기 때문에, 債權者取消訴訟에 있어서도 객관적 요건인 사해사실이나 주관적 요건인 詐欺意思나 다같이 取消債權者가 입증을 해야 할 것이라고 한다.⁵⁵⁾ 그리고 受益者 또는 轉得者의 惡意를 取消債權者가 지는 데에 대하여 債務者의 惡意도 통설에서와 같이 債權者에게 입증시킬 것이 아니라 債務者의 惡意는 推定되는 것으로 하고 債務者 자신에게 자신의 善意에 대한 立證責任을 지우는 것이 타당하다고 한다.⁵⁶⁾

둘째, 통설과 같이 受益者 또는 轉得者의 惡意에 관하여 채권자에게는 立證責任을 지우지 않고 受益者 또는 轉得者에게 그 자신의 善意의 立證責任을 지우는 것은 立證責任이 顛倒된 것이라고 한다. 일반적으로 詐欺意思가 없었다는 소극적인 입증은 사해행위가 있었다는 적극적인 입증을 하기보다 훨씬 곤란한 것이므로 受益者 또는 轉得者에게 자신의 善意에 대한 立證責任을 지우는 것은 너무 치우친 것이라고 한다. 입법자의 의도가 채권자측의 입증이 용이하지 않으리 하는 것을 고려한 것인지는 모르지만 사실을 주장하는 자에게 立證責任을 지우는 일반원칙에도 위배된다고 한다. 또한 거래의 현실에 있어서 무자력자와 거래한 상대방에 대하여 그 무자력의 인식만을 가지고 惡意의 추정을 받는다는 것은 너무 가혹한 것이라고 한다. 위와 같은 점을 이

52) 姜東湖, 前揭論文, 340面; 金曾漢(編), 前揭書, 435面.

53) 金亨培, 前揭書, 449面.

54) 金曾漢(編), 前揭書, 434面.

55) 객관적 立證責任은 결과책임, 주관적 立證責任은 행위책임이라고 한다(金洪奎, 「民事訴訟法(第4版)」(서울:三英社, 1995), 554面; 宋相現, 「(全訂版)民事訴訟法」(서울:博英社, 1993), 638面).

56) 姜東湖, 前揭論文, 341面.

유로 이 학설은 受益者 또는 轉得者에 대한 立證責任의 경우에도 債務者와 마찬가지로 채권자에게 입증책임이 있다고 보고, 受益者 또는 轉得者의 惡意에 대한 입증은 債務者의 財産減少行爲가 채권자를 해하게 된다는 사실에 대한 認識의 立證만으로 추정되는 것이고 이 추정은 다른 정당한 입증으로 顛覆될 수 있는 것이라고 한다.⁵⁷⁾

셋째, 受益者 또는 轉得者의 詐害意思를 추정되는 것으로 한다면 債務者와 법률행위를 하거나 전득행위를 하는 자들은 사전에 債務者의 재산상태를 면밀하게 조사하지 않으면 나중에 不測의 손해를 입게 될 위험을 부담하게 되어 거래의 안전을 크게 해친다고 한다. 통상적으로 재산상태가 악화된 債務者가 재산의 처분행위를 하는 것은 사해행위가 수반되는 것이 상례이고, 특히 유상계약의 상대방인 경우에는 일일이 매도인의 재산상태를 파악하고 나서 계약을 한다는 것은 현실적으로 기대하기 힘들다고 한다.

위와 같이 受益者 또는 轉得者의 惡意를 추정하여 取消債權者에게 立證責任을 부담시키는 입장을 취하는 學者는 우리나라에도 상당히 있지만,⁵⁸⁾ 일본의 오래된 판례⁵⁹⁾를 제외하고는 오늘날의 판례는 채권자에게 立證責任을 부담시키는 경우가 없는 실정이다.

2) 被告가 立證責任을 진다는 說

學說과 判例는 원고인 채권자에게는 受益者 또는 轉得者에 대한 惡意의 立證責任이 없고 반대로 피고인 受益者 또는 轉得者에게 자기의 善意에 대한 立證責任이 있다고 한다. 다만 피고에게 立證責任이 책임이 있다고 하는 입장에서도 그 이유에 대해서는 학설이 나누어진다. 아래에서는 이에 대한 학설을 자세히 살펴본다

① 推定說

受益者 또는 轉得者의 惡意는 法律이 추정하기 때문이라는 설이다. 일반적으로 受益者 및 轉得者는 債務者와 共謀하는 경우가 대부분이고, 또한 受益者 또는 轉得者의 惡意는 債權者가 입증하기 곤란하기 때문에 취소권의 효력을 확실하게 하기 위하여 立證責任의 轉換을 인정한 것이라고 한다. 우리나라의 판례⁶⁰⁾도 債務者의 惡意가 입증된 이상 受益者 또는 轉得者의 惡意는 추정되므로 受益者 또는 轉得者가 그 法律行爲 당시 善意임을 입증할 책임이 있다고 하여 推定說과 같은 입장을 취하고 있다. 그리고 학설도 대부분 이 설을 채용하고 있다.⁶¹⁾

② 權利發生障礙說(抗辯說)

詐害行爲는 債務者의 행위이기 때문에 그 요건은 모두 債務者의 행위에 의해 결정되어야 하

57) 金曾漢(編), 前掲書, 435面.

58) 姜東湖, 前掲論文, 340-342面; 姜永華, “債權者取消權과 舉證責任,” 「考試界」(1958. 4), 128面 以下; 金曾漢(編), 前掲書, 435面; 李銀榮, 前掲書, 376面.

59) 日大判 1905. 3. 17, 民錄 11輯 372面; 飯原一乘, 前掲書, 209面.

60) 大判 1962. 4. 12, 4293 民上 1138; 同 1965. 4. 6, 64 다 1743; 同 1965. 5. 31, 65 다 548; 同 1966. 10. 18, 66 다 1447.

61) 郭潤直, 前掲書, 284面; 張庚鶴, 「債權總論」(서울:教育科學社, 1992), 311面; 鄭圭相, 前掲論文, 95面.

지만 受益者 또는 轉得者가 善意인 때에는 取消할 수 없다고 하기 때문에 受益者 또는 轉得者의 惡意는 취소권의 성립요건으로 볼 수 있다. 그러나 受益者나 轉得者의 善意(제406조 제1항 단서)는 취소채권자에 대하여 取消權의 行使를 저지하는 사유가 되기 때문에 權利發生의 障礙事由가 된다고 한다. 요컨대 權利發生障礙說을 취할 경우에는 受益者 또는 轉得者 중에서 한 사람이 善意인 때에도 惡意인 轉得者가 受益者의 善意를 주장하여 債權者取消權의 不成立을 주장하여 자기에 대한 返還請求를 排斥할 수 있는지가 문제로 된다. 이 설은 일본의 소수 학설⁶²⁾의 입장이다.

③ 權利抗辯說

受益者·轉得者의 惡意를 債權者取消權의 消滅의 要件으로 하거나, 혹은 그것을 免責의 事由로 하는 등 權利行使의 沮止事由라고 보는 입장에서는, 受益者·轉得者가 자기의 善意에 대하여 主張·立證責任을 지는 것은 당연한 것이다. 또한 受益者·轉得者의 善意를 債權者取消權의 權利行使의 沮止事由라고 하는 입장에서는 그것은 權利抗辯이기 때문에 受益者·轉得者는 그 主張·立證 이외에 取消請求를 拒絕하는 뜻의 主張을 하여야 한다.^{63, 64)}

④ 判例支持說

수익자 또는 전득자의 악의의 입증책임에 대하여 受益者 또는 轉得者가 자신의 善意를 입증할 것이 아니라 取消債權者가 그들의 惡意를 입증해야 한다고 하는 우리나라의 小數說은 이미 앞에서 소개한 바 있다.⁶⁵⁾ 이와 같이 원고가 수익자 또는 전득자의 악의의 입증을 하여야 한다는 입장(以下「原告立證說」이라 한다)에 대하여는 그 학설이 제시한 내용에 대하여 조목 조목 비판하면서 결론적으로는 受益者나 轉得者의 善意에 대한 立證責任은 이들 각자에게 있다고 하는 판례의 입장을 지지한다(이하「判例支持說」이라 한다). 이하에서는「原告立證說」의 내용에 대한「判例支持說」의 批判을 소개한다.

첫째, 「原稿立證說」은 민법 제406조의 本文과 但書라는 형식을 단순히 형식 논리적으로 해석한 것이라고 하고 결국은 원고가 惡意의 立證責任을 부담하여야 한다고 한다. 이에 대하여「판례지시설」은 단서 형식의 예외적 법률요건규정을 두는 이유는 입법자가 일정한 사정의 예외적 성격, 즉 證據窮乏, 去來安全, 公平한 節次의 保障 등의 제반사정을 고려한 것이다. 이를 절차법적 관점에서 본다면 本文·但書의 規定은 立證責任分配의 중요한 기준이 되고, 당사자인 권리 주장자의 立證責任을 완화하여 상대방에게 입증책임을 부담시키는 역할을 하는 것이다. 따라서

62) 奥田昌道, 「債權總論」(東京:悠久社, 1992), 312面.

63) 受益者·轉得者의 惡意가 債權者取消權의 성립요건인가, 그 善意가 債權者取消權 소멸 등의 원인인가를 명확히 하지 않은 채로, 受益者·轉得者가 자기의 善意에 관하여 증명책임을 부담한다고 한다(於保不二雄, 前掲書, 195面; 林良平/石田喜久夫/高木多喜男, 「現代法律學全集8(改訂版)債權總論」(東京:青林書院, 1982), 183面).

64) 星野英一 教授는 受益者·轉得者가 채권자를 해함을 알지 못했다는 데에 대한 主張·立證責任을 부담하는 것은 약간의 문제가 있고 적어도 입법론으로서는 오히려 受益者·轉得者의 惡意에 관하여 채권자가 主張·立證責任을 져야 할 것이라고 한다(星野英一, 前掲書, 166面).

65) 金曾漢(編), 前掲書, 433-435面; 姜東湖, 前掲論文, 340面 以下; 反對說: 鄭圭相, 前掲論文, 92-95面.

本文・但書의 규정에 의한 形式論理에 起因한 것이라는 비판은 설득력이 없다.

둘째, 「原告立證說」은 민법 제406조 제1항 단서의 규정은 受益者나 轉得者의 善意를 요구하는 형식을 취하고 있지만 이는 결국 本文上의 債務者의 惡意와 但書上의 受益者 또는 轉得者의 惡意라는 두 가지 요건을 모두 충족하지 않으면 취소를 청구할 수 없다는 취지이므로, 受益者나 轉得者의 惡意의 存在는 債權者取消權의 성립요건이 되고 그 결과 立證責任도 取消債權者가 저야 한다고 한다. 이에 대하여 「판례지시설」은 제406조 제1항 단서의 규정형식이 「채권자를 해함을 알지 못한 경우에는 그러하지 아니하다」라고 하였을 뿐 「채권자를 해함을 알고 취득한 경우에 한한다」고 규정하지 않는다는 점을 들어 성립요건으로 볼 수 없다고 한다. 또한 債務者와 受益者 사이에서는 그대로 유효한 것으로 보기 때문에(相對的 無效說) 債權者取消權의 성립요건도 債務者의 행위만을 기준으로 해야 할 것이며, 따라서 受益者 또는 轉得者의 惡意는 債權者取消權의 成立要件이 아니고, 오히려 자신들의 善意가 債權者取消權의 行使阻止事由가 된다고 한다.

셋째, 「原告立證說」은 債權者가 受益者나 轉得者의 惡意를 입증하지 아니하고 그들이 자신의 善意를 입증토록 한다면 거래의 안전이 크게 손상될 것이라고 하는 데 대하여, 「판례지시설」은 債權者取消權制度는 거래의 안전을 목적으로 설치한 규정이 아니라 責任財産의 보전을 목적으로 특별히 설치된 규정이기 때문에 거래의 안전과 결부시켜서는 안 된다고 한다. 즉 취소의 대상인 債務者의 행위가 사해행위로 판명된 이상 受益者뿐만 아니라 그 후의 轉得者에게까지 모두에게 取消權을 추급할 수 있지만, 거래의 안전을 고려하여 善意인 受益者 또는 轉得者에 대하여는 債務者의 惡意의 동기가 遮斷되고 그 결과 취소권의 추급을 면하게 되는 것이므로 그들의 善意에 대하여는 그들 스스로가 立證責任을 지는 것이라고 한다. 그리고 判例도 이러한 점을 고려하여 「推定」이라는 표현을 사용하고 있다고 한다.⁶⁶⁾ 또한 민법 제108조 제2항의 通情虛偽表示의 상대방의 「善意的 立證」과 수익자 또는 轉得者의 「善意的 立證」을 비교하면, 통정허위표시의 「善意」는 거래의 안전을 위한 규정이므로 통정허위표시자가 제3자의 惡意를 입증하여야 하지만, 債權者取消權에서의 惡意는 법률적으로 하자가 없는 거래를 취소하는 것이므로 채권자가 입증할 것이 아니라 상대방이 자신의 善意를 입증해야 한다고 한다.

넷째, 「原告立證說」에서는 詐害意思가 없다는 소극적 사실의 입증이 詐害意思가 있다는 적극적 사실의 입증보다 어렵기 때문에, 受益者 또는 轉得者에게 그들의 善意를 입증시켜서는 곤란하다고 하는 데에 대하여, 「판례지시설」은 受益者 또는 轉得者의 善意는 주요 사실이기는 하지만 심리적인 요소이므로 이를 직접 입증하기는 어렵지만, 결국 「故意」 등과 같이 이를 推斷시키는 간접 사실에 의해 입증을 할 수 있다. 오히려 직접 거래당사자인 受益者 또는 轉得者 쪽에서 證據에의 접근이 용이하고, 거래의 동기, 거래의 내용 등 간접 사실에 의하여 자신들의 행위가 정상적인 거래관념에 따른 선의의 거래행위라는 것을 쉽게 입증할 수 있을 것이라고 한다.

66) 鄭圭相, 前揭論文, 94面.

VI. 立證責任의 分配에 관한 檢討

債權者取消權의 立證責任의 分配에 관하여는 일반적으로 민법 제406조 제1항 本文의 요건인 詐害行爲의 존재 및 債務者의 惡意에 대하여는 詐害行爲의 취소를 주장하는 원고측에서 主張·立證하여야 하고, 민법 제406조 제1항 但書의 요건인 受益者·轉得者의 善意에 대하여는 사해행위의 취소를 면하고자 하는 被告側에서 입증하여야 한다고 한다.⁶⁷⁾ 그런데 민법 제406조의 단서의 法文을 보면 「채권자를 해함을 알지 못한 때에는」이라고 하여 受益者 또는 轉得者의 善意를 推定하고 있는 것으로 보인다. 이 但書規定의 性格을 둘러싸고 受益者·轉得者의 惡意도 債權者取消權의 「成立要件」의 일부인가, 또는 債權者取消權의 消滅要件인가, 行使阻止要件인가 또는 免責要件인가에 관하여 학설·판례상의 다툼이 있다. 이를 어떻게 이해할 것인가는 主張·立證責任의 分配과 관련해서 중요한 의미가 있을 것으로 보인다. 또한 學說·判例은 債務者의 惡意가 立證되면 受益者 또는 轉得者는 惡意로 推定된다거나,⁶⁸⁾ 그 根據가 되는 規定이 但書의 形式으로 규정되어 있음을 들어서 受益者·轉得者가 자기의 善意에 대한 立證責任을 부담한다고 한다.⁶⁹⁾ 그런데 판례가 債務者의 惡意가 입증되면 受益者 또는 轉得者는 「惡意」로 추정된다는 데에 대하여는, 법문상 惡意推定에 관한 명문규정이 없으므로 문제가 된다.

위와 같은 문제를 좀더 자세히 살펴보기 위하여 立證責任에 관한 일반원칙을 먼저 살펴보기로 한다. 일반적으로 權利發生의 要件事實에 관하여는 權利發生을 주장하는 측에서 立證責任을 지고, 權利發生의 障礙·阻止·滅却 事由에 관하여는 그 권리발생을 부인하는 측에서 각각 立證責任을 진다.⁷⁰⁾ 즉 權利의 發生을 다투는 상대방은 權利發生의 障礙規定(能力缺陷, 錯誤, 非眞意意思表示, 通情虛偽表示, 不公正法律行爲, 反社會秩序의 法律行爲, 正當防衛 等)의 要件事實에 대한 立證責任을 지고, 權利의 滅却을 주장하는 상대방은 權利滅却規定(辨濟, 代物辨濟, 供託, 相計, 取消, 解除, 拋棄, 消滅時效完成 等)의 要件事實에 대한 立證責任을 지며, 權利의 行使를 阻止하는 상대방은 權利行使阻止規定(抗辯權, 期限猶豫, 停止條件 等)의 요건사실에 관하여 각각 立證責任을 진다.⁷¹⁾ 그리고 특별한 경우 「法律上的 推定」이 있는 경우에는 법률상의 추정을 전제로 立證責任을 轉換하여 상대방에 대하여 그 요건사실의 반대사실에 대한 立證責任을 부담시키는 것으

67) 日大判, 1923. 5. 2, 民集 12卷 1050面; 星野英一, 前掲書, 112, 116面; 齊藤秀夫 外 3人(編), 「(第2版) 註解民事訴訟法(7)」(東京:第一法規出版, 1993), 219面; 倉田卓次(監修), 前掲書, 186面 以下.

68) 大判 1960. 7. 7, 4292 民上 786; 同 1960. 8. 18, 4293 民上 86; 同 1962. 2. 8, 4294 民上 722; 同 1964. 6. 23, 63 다 978; 同 1969. 1. 28, 68 다 2022; 同 1981. 11. 10, 81 다 536; 同 1988. 4. 25, 87 다카 1380; 同 1991. 2. 12, 90 다 16276; 權五乘, “債權者取消權,” 「考試研究」(1991. 6), 98面.

69) 大判, 1962. 1. 25, 4294 民上 529; 同 1962. 2. 8, 4294 民上 722; 吳錫洛, 「立證責任論(改訂版)」(서울: 日新社, 1992), 468面.

70) 金洪奎, 前掲書, 557-558面.

71) 金洪奎, 上掲書, 558面; 宋相現, 前掲書, 642-643面.

로 立證責任을 완화하는 경우에는 法條의 構成이 대부분 原則과 例外的 형태로 구성된다. 이에 대하여 「사실상의 추정」은 법률의 규정은 없지만 입증하기 쉬운 전제사실(간접사실)을 입증함으로써 이미 증명된 간접사실을 기초로 요건사실이 추정되는 경우이다. 이 「사실상의 추정」을 면하기 위하여는 그 추정사실에 대한 부존재를 입증할 필요에서 그 상대방이 立證責任을 지는 경우가 있고 이 경우는 「立證責任의 轉換」이 된 것은 아니고 「立證責任의 移轉」이 된 것이다.⁷²⁾ 아래에서는 위와 같은 立證責任의 일반원칙을 전제로하여 債權者取消訴訟의 立證責任에 관하여 살펴본다.

먼저 債權發生의 原因事實과 客觀的 要件인 「債務者의 惡意」에 대한 立證責任은 債權者取消權의 成立要件이므로 전적으로 取消債權者에게 있다는 데에는 수궁이 간다. 通說과 判例은 債務者의 惡意에 대하여 取消債權者는 債務者의 「無資力」과 이에 대한 「債務者의 認識」에 대한 間接事實만을 주장하면 되고 債務者는 惡意의 推定을 받는 것으로 한다. 그러나 學說 및 判例가 取消의 대상이 되는 행위의 유형을 구분하지 않고 모든 경우에 있어서 債務者의 「惡意」를 추정하고 있어 문제가 있다고 생각된다. 외국의 입법례와 같이 贈與나 無償處分과 같이 그 詐害성이 강하게 推定되는 경우에는 債務者의 惡意를 「法律上の 推定」으로 하여 立證責任을 相對方에게 전환하고,⁷³⁾ 辨濟나 代物辨濟와 같이 사해성이 애매한 경우에는 債務者의 惡意를 事實上の 推定으로 立證責任을 緩和하고, 有償의 對價關係인 財産移轉去來에 대하여는 사해의 추정을 배제하여 입증책임을 강화함으로써 거래의 안전을 기하도록 하는 입법론적인 해결이 요망된다.

다음으로 受益者와 轉得者의 惡意에 대한 立證責任의 분배에 대해 살펴본다. 이미 살펴본 바와 같이 受益者 또는 轉得者의 惡意가 債權者取消權의 成立要件이라고 하는 점에 대하여는⁷⁴⁾ 수궁하기 어렵다. 물론 「受益者 또는 轉得者의 惡意」를 권리발생의 성립요건으로 본다면 그 立證責任은 取消債權者가 지게 된다. 하지만 債權者取消權에 관한 우리 民法의 法文을 보면 原則規定에 대한 例外規定의 형식을 취하고 있는 점과, 이 규정이 상대방의 선의를 요건으로 취소권 행사를 배제하고 있는 점을 함께 보면 立證責任의 轉換을 규정한 것이라고는 하기 어렵고, 權利行使의 沮止事由, 즉 免責要件을 정한 것으로 보인다. 이 경우에 免責要件은 抗辯이기 때문에 受益者·轉得者는 그 主張·立證 이외에 取消請求를 拒絶하는 뜻의 主張을 하여야 한다.

또한 受益者 또는 轉得者는 善意의 추정을 받도록 하고 取消債權者 측에서 그 惡意의 입증을 하도록 하자는 주장도 받아들이기 어렵다. 왜냐하면 立證責任의 분배면에서 보더라도 그 행위책임인 주관적 요건에 대한 입증은 그 행위의 당사자가 하도록 하는 것이 형평에 맞는 것이기 때문이다. 그리고 더욱 중요한 것은 취소되어야 할 행위는 債務者의 행위이기 때문에 이는 어디까

72) 金洪奎, 前掲書, 562面.

73) 債務者에게 被告適格을 認定하지 않는 現행 訴訟構造上 債務者에게 立證責任을 轉換시키는 것이 가능한가에 대하여는 別論으로 한다.

74) 姜東湖, 前掲論文, 340面.

지나 債務者의 惡意가 있으면 債權者取消訴訟은 성립하는 것이고, 受益者 또는 轉得者의 惡意까지 입증되어야 소송이 성립한다고는 볼 수 없기 때문이다. 결국 受益者 또는 轉得者의 惡意의 추정도 법률상의 추정이 아니고 사실상의 추정에 불과하며, 따라서 이는 立證責任의 전환을 가져오는 추정이 될 수는 없다. 따라서 受益者 또는 轉得者의 惡意의 추정은 채무자의 악의가 입증된 결과 입증책임이 이전된 것이라고 볼 수 있다.⁷⁵⁾

VII. 맺 음 말

지금까지 이 논문에서는 債權者取消訴訟에 있어서 要件事實에 대한 主張·立證責任과 立證責任의 分配에 관한 문제를 검토하여 왔다. 이상의 검토에서 얻어진 결론을 요약하면 다음과 같다.

債權者取消權의 發生原因事實 및 客觀的 要件事實에 대하여는 그 구체적인 事案에 따라서 主張·立證責任에 차이는 있지만, 일반적으로는 그 權利를 주장하는 取消債權者가 그 모든 立證責任을 진다. 따라서 상대방인 受益者 또는 轉得者는 그 要件事實에 대한 反對事實이 있을 경우에는 이를 反證을 들어 주장하면 된다.

債權者取消訴訟의 主觀的 要件으로서의 첫번째 요건인 債務者의 惡意는 債權者取消權發生의 성립요건이므로 그 立證責任도 원고인 取消債權者가 부담하여야 한다는 것과, 債務者의 惡意에 대한 立證方法은 적극적인 詐害意思가 아니라 消極的인 詐害의 認識만으로 충분하다는 현행 通說·判例의 입장에 대하여는 원칙적으로 찬성한다. 그러나 學說 및 判例가 取消의 대상이 되는 행위의 유형을 구분하지 않고 모든 경우에 있어서 債務者의 「惡意」를 推定하고 있는 데에는 다소 문제가 있다고 생각된다. 외국의 입법례와 같이 贈與나 無償處分과 같이 그 詐害성이 강하게 推定되는 경우에는 債務者의 惡意를 「法律上の 推定」으로 하여 立證責任을 相對方에게 전환하고, 辨濟나 代物辨濟와 같이 사해성이 애매한 경우에는 事實上の 推定으로 立證責任을 緩和하며, 有償의 對價關係인 財産移轉去來에 대하여는 詐害의 推定을 排除하여 立證責任을 強化함으로써 去來의 安全을 기하도록 하는 입법론적인 보완이 필요하다고 본다.

債權者取消權의 主觀的 要件으로서의 두번째 요건인 受益者 또는 轉得者의 惡意에 대하여는 受益者 또는 轉得者가 자신의 善意를 입증하지 못하는 한 惡意로 推定하고 受益者 또는 轉得者들에게 자신의 善意에 대한 立證責任을 부담시키는 通說·判例의 입장은 원칙적으로 정당하다. 그리고 受益者 또는 轉得者에게 자신의 선의에 대한 입증책임을 지우는 근거규정은 민법 제406조 제1항 단서의 규정이다. 이 규정은 선의의 상대방에 대한 權利行使의 沮止事由, 즉 免責要件을 정한 규정이다. 이렇게 법적 구성을 하는 경우에는 善意의 受益者가 있는 경우에도 惡意의

75) 鄭圭相, 前揭論文, 92面.

轉得者에 대하여만 取消權을 행사하는 경우를 설명할 수 있다.

參 考 文 獻

I. 單行本

- 郭潤直, 「(新訂版)債權總論(民法講義Ⅲ)」, 서울:博英社, 1995.
 金曾漢(編), 「註釋 債權總則(上,下)」, 서울:韓國司法行政學會, 1984.
 金亨培, 「債權總論」, 서울:博英社, 1995.
 ———, 「詐害行爲 取消權·否認權の研究」, 東京:日本評論社, 1989.
 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輯2號, 東京:司法研修所, 1967.
 松坂佐一, 「債權者取消權の研究」, 東京:有斐閣, 1976.
 奧田昌道(編), 「註釋 民法 10卷(債權1)」, 東京:有斐閣, 1987.
 荒木新五, 「(判例便覽)詐害行爲取消權」, 東京:商事法務研究會, 1989.

II. 論 文

- 姜東湖, “債權者取消權 小考,” 慶尙大論文集 第15輯, 1976.
 金斗年, “債權者取消權에 관한 研究,” 博士學位論文, 建國大學校大學院, 1995.11.
 ———, “立證責任,” 考試界, 1987. 1.
 梁炳晦, “證明責任,” 考試界, 1987. 1.
 鄭圭相, “詐害行爲 取消訴訟에 있어서의 受益者·轉得者의 善意的 立證責任 問題,” 月刊考試, 1993. 5.
 Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, *ZPO-Kommentar*, 49. Aufl., München, C.H. Beck, 1991.
 Böhle, Stamschräder/Kilger, J., *Anfechtungsgesetz*, 7. Aufl., München, C.H. Beck, 1986.

SUMMARY

A Study on the Claim and Burden of Proof in a Procedure of Actio Pauliana

Yang, Byung-Hui and Kim, Doo-Nyeon

(Department of Law, College of Law, Kon-Kuk University)

This study deals with the issues pertinent to dividing the burden of proof among the three parties in law suit: the original creditor to a debtor, beneficiary from the debtor, third-party acquirer from the beneficiary, in terms of claim and burden of proof on the subjective and objective necessary facts in the procedure of actio Pauliana.

To begin with, the creditor who claims the right to the debtor should claim and bear the burden of proof on the subjective necessary facts, while the beneficiary and third-party acquirer should bear the burden of proof against the necessary facts.

Second, the plaintiff who is the original creditor to the debtor should bear the burden of proof on the mala fides of the debtor which constitute the subjective required facts in the trial of actio Pauliana. We agree with the current common opinion and precedents which maintain that sufficient means to prove the facts are not the intention of fraudulence but the recognition of fraudulence on the part of the debtor. However, as the foreign legislation shows, it is recommended to revise the pertinent laws in such a way that debtor's shows, it is recommended to revise the pertinent laws in such a way that debtor's mala fides are recognized repayment or payment in substitutes, and presumption of fraudulence is excluded in case of the property transaction for counter value.

Third, in terms of mala fides of the beneficiary and the third-party acquirer which constitute the subjective necessary facts in the trial of actio Pauliana, the current common opinion and cases are fundamentally rightful, saying that, as far as the beneficiary and the third-party acquirer do not prove their bona fides for themselves, their mala fides. The stipulation pertinent to it is the provision of the article 406, section 1 of the civil law. This article is to lessen the creditor's burden of proof and the bona fide requirements on the other parties are intended to restrain causes to obstruct the exercise of rights. which constitute the exemption requirements. IN accordance with such legal components, even if there are bona fide beneficiaries, we can explain a case in which revocation is exercised against mala fide third-party acquirers.