

통정허위표시에 있어서 파산관재인 제3자성

김 상 찬* · 이 충 은**

목 차

- I. 머리말
- II. 통정허위표시에서의 제3자
- III. 파산관재인 제3자성
- IV. 맺음말

국문초록

파산재단에 대한 관리처분권을 가지고 파산재단에 관하여 소송의 당사자가 되는 등 채무자의 일반승계인의 지위에 서고 채권자의 이익을 대표하기도 하는 등 공적 수탁자의 지위도 갖고 있는 파산절차를 수행하는 기관을 파산관재인이라 한다. 과거 IMF를 겪게 되면서 많은 금융기관들이 파산을 하게 되었고, 이 때 이른바 '차명대출'을 한 명의대여자들은 대출계약이 민법 제108조의 통정허위표시에 해당하여 무효라고 주장하였다. 민법 제108조는 "통정허위표시는 무효이고, 그 무효는 선의의 제3자에게 대항하지 못한다"라고 규정한다. 여기서 제3자라함은 허위표시에 의하여 외형상 형성된 법률관계를 토대로 실질적으로 새로운 법률상 이해관계를 맺은 자를 말한다. 파산관재인과 관련하여 대법원은 "파산관재인은 파산선고에 따라 파산자와 독립하여 그 재산에 관하여 이해관계를 가지게 된 제3자로서의 지위도 가지게 된다"라고 판시하여 파산관재인의 제3자성을 인정하였다. 그러나 파산선고가 있었다 하더라도 파산채권자의 파산자 또는 파산재단에 대한 권리의무관계는 실질적으로 아무런 변화가 없고, 파산관재인이 파산채권자 전체의 이익을 위하여 선량한 관리자의 주의로써 그 직무를 행하게 되는 것은 파산관재인이 파산채권자들을 위하여 파산재단을 관리하기 때문에 부과하는 것일 뿐이므로 파산관재인은 새로운 법률상 이해관계를 갖게 되었다고 보기 어려운 것

논문접수일 : 2008.06.30 / 심사완료일 : 2008.07.21 / 게재확정일 : 2008.07.24

* 제주대학교 법학부 교수

** 제주대학교 법학과 박사과정

이다. 따라서 파산관재인은 민법 제108조 제2항의 통정허위표시에 있어서의 제3자라고 할 수 없다.

주제어 : 통정허위표시, 민법 제108조, 파산관재인, 선의의 제3자, 포괄승계인, 법률상 이해관계인

1. 머리말

파산관재인이란 파산재단에 대한 관리처분권을 가지고 파산재단에 관하여 소송의 당사자가 되는 등 채무자의 일반승계인의 지위에 서고 채권자의 이익을 대표하기도 하는 등 공적 수탁자의 지위도 갖고 있는 파산절차를 수행하는 기관을 말한다.¹⁾ 과거 우리나라는 제3자의 명의를 빌려 대출을 받는 이른바 '차명대출'이 많았는데, 외환위기를 겪고 많은 금융기관들이 파산을 하게 되자 명의대여자들과 파산관재인 사이에 민사소송이 빈번하였다. 이에 명의대여자들은 대출계약이 민법 제108조의 통정허위표시에 해당하여 무효라고 주장하였다.²⁾

민법 제108조는 "①상대방과 통정한 허위의 의사표시는 무효로 한다. ②전항의 의사표시의 무효는 선의의 제3자에게 대항하지 못한다"라고 규정한다. 여기에서 파산관재인이 민법 제108조 제2항에 규정한 선의의 제3자에 해당한다면 명의대여자들은 파산관재인에게 대항을 할 수 없게 된다. 즉, 파산관재인의 제3자성과 관련하여 파산관재인의 법적지위가 문제 된다. 이러한 논의는 파산관재인이 본래는 파산자의 포괄승계인의 성격을 가지고 있고, 채권자에 대하여도 공평하고 평등한 변제의 실현을 위해 채권자의 이익을 대표하고 있다는 양면성을 어떻게 해석하는가의 문제라고 할 수 있다.³⁾

이에 관해 하급심 판례는 일관된 태도를 보이지 않고, 파산관재인의 제3자성을 인정한 판례⁴⁾가 있는가 하면 부정판례⁵⁾도 있었다.⁶⁾ 반면 대법원은 2003년 판결⁷⁾에

- 1) 김기진, 「통합 도산법」, 한국학술정보(주), 2007, 350면.
- 2) 권영준, "통정허위표시로 인한 법률관계에 있어서 파산관재인의 제3자성", 「법조」 통권 제608호, 법조협회, 2007.5. 46면.
- 3) 문방진, "파산관재인의 법적 지위와 제3자성", 「재판실무연구」, 광주지방법원, 2004, 19면.
- 4) 대구고등법원, 2002.7.19. 선고 2001나8807 판결 : 대전고등법원 2002.9.6. 선고 2002나3714(본소), 3721(반소) 판결 : 대전고등법원 2002.4.26. 2001나4789 판결.
- 5) 대구지방법원 2003.2.12. 2002나15298 판결 : 대구지방법원 2002.9.25. 2002나5895 판결.
- 6) 송경호, "파산관재인이 통정허위표시의 법률관계에 있어 보호되는 제3자에 해당하는지 여부", 「재판과 판례」 제13권, 대구판례연구회, 2005.1, 275면.

서 처음으로 이 문제에 대하여 파산관재인의 제3자성을 인정한 후, 이후에도 파산관재인의 제3자성을 다시 한번 확인하였다.⁸⁾ 이처럼 파산관재인의 제3자성에 대한 대법원의 태도는 확립되었다고 할 수 있다. 그러나 이러한 대법원의 판결 이후 많은 학자들의 비판을 받게 되었고, 견해도 대립하게 되었다. 한편, 민법 제108조 제2항은 제3자의 구체적 범위에 대하여는 언급하지 않고 통정허위표시의 무효는 선의의 제3자에게 대항하지 못한다고만 규정하고 있다. 이는 민법의 다른 제3자 보호규정에서도 마찬가지이다. 결국 통정허위표시에 있어서 제3자의 범위를 정하는 것은 해석론의 몫이라 할 수 있다.⁹⁾

따라서 본고에서는 통정허위표시의 제3자의 범위에 파산관재인을 포함시킬 수 있는가를 살펴본다.

II. 통정허위표시에서의 제3자

1. '제3자'의 의미

민법 제108조 제2항은 '통정허위표시는 선의의 제3자에게 대항하지 못한다.'고 규정하고 있다. 즉, 허위표시는 원칙적으로 제3자에 대하여도 무효이고, 특별한 사정이 없는 한 제3자는 선의로 추정된다.¹⁰⁾ 다만 허위표시임을 알지 못하고 허위표시를 기초로 하여 새로운 이해관계를 맺은 선의의 제3자에 대하여만 예외적으로 허위표시의 무효를 대항하지 못하는 것이다.¹¹⁾

일반적으로 제3자라 하면 당사자와 그의 포괄승계인 이외의 자를 모두 포함하지만, 여기서 말하는 제3자라 함은 허위표시를 기초로 하여 별개의 법률원인에 의하여 고유한 법률상의 이익을 갖는 법률관계에 들어간 자를 보호한다는 취지에 따라 허위표시에 의하여 외형상 형성된 법률관계를 토대로 실질적으로 새로운 법률상 이해관계를 맺은 자로 한정된다는 것이 통설과 판례의 입장이다.¹²⁾ 이러한 제3자로 인정되는 예로는,

7) 대법원 2003.6.24. 선고 2002다48214 판결.

8) 대법원 2006.11.10. 선고 2004다10299 판결.

9) 권영준, 전제논문, 50면.

10) 대법원 2006.3.10. 선고 2002다1321 판결.

11) 박준서, 「주해 민법총칙(2)」, 한국사법행정학회, 2001, 595면.

12) 대법원 2004.1.15. 선고 2002다31537 판결 : 대법원 2003.3.28. 선고 2002다72125 판결 : 대법원 2000.7.6. 선고 99다51258 판결 : 대법원 1996.4.26. 선고 94다12074 판결 : 대법원 1983.1.18. 선고 82다594 판결 :

가장매매의 매수인으로부터 목적부동산을 양수한 자,¹³⁾ 가장저당권설정행위에 기한 저당권의 실행에 의하여 부동산을 경락받은 자,¹⁴⁾ 가장매매의 매수인으로부터 매매계약에 의한 소유권이전청구권 보전을 위한 가등기를 취득한 자,¹⁵⁾ 가장매매의 매수인으로부터 저당권을 설정받은 자,¹⁶⁾ 가장행위에 기한 근저당부 채권을 가압류 한 자,¹⁷⁾ 가장소비대차에 기한 채권의 양수인,¹⁸⁾ 허위의 보증채무를 이행하여 구상권을 취득한 보증인¹⁹⁾ 등이 있다. 반면, 채권의 가장양수인으로부터 추심을 위하여 채권을 양수한 자, 가장 양수인의 일반채권자, 가장매매에 의한 손해배상청구권의 양수인, 채권의 가장양도에서의 채무자²⁰⁾ 등은 이에 해당하지 않는다. 한편, 민법 제108조 제2항의 제3자에 해당한다는 사실은 제3자가 이를 주장·입증하여야 한다.²¹⁾

2. 제3자의 보호요건

(1) 서설

대법원은 제3자에 대하여 “상대방과 통정한 허위의 의사표시는 무효이고 누구든지 그 무효를 주장할 수 있는 것이 원칙이나, 허위표시의 당사자와 포괄승계인 이외의 자로서 허위표시에 의하여 외형상 형성된 법률관계를 토대로 실질적으로 새로운 법률상 이해관계를 맺은 선의의 제3자에 대하여는 허위표시의 당사자뿐만 아니라 그 누구도 허위표시의 무효를 대항하지 못하는 것인바, 허위표시를 선의의 제3자에게 대항하지 못하게 한 취지는 이를 기초로 하여 별개의 법률원인에 의하여 고유한 법률상의 이익을 갖는 법률관계에 들어간 자를 보호하기 위한 것이므로, 제3자의 범위는 권리관계에 기초하여 형식적으로만 파악할 것이 아니라 허위표시 행위를 기초로 하여 새

대법원 1982.5.25. 선고 80다1403 판결 : 판윤지·송덕수, 「민법주해Ⅱ」, 박영사, 1995. 371면 : 지원림, 「민법강의(제6판)」, 홍문사, 2008. 214면.

13) 대법원 1996.4.26. 선고 94다12074 판결 : 대법원 1970.6.30. 선고 70다415 판결.

14) 대법원 1957.3.23. 선고 4289민상580 판결.

15) 대법원 1970.9.29. 선고 70다466 판결.

16) 대법원 1998.9.4. 선고 98다20981 판결 : 이은영, 「민법총칙」, 박영사, 2005. 502면 : 이영준, 「민법총칙」, 박영사, 2003. 343면.

17) 대법원 2004.5.28. 선고 2003다70041 판결.

18) 대법원 2005.5.12. 선고 2004다68366 판결.

19) 대법원 2000.7.6. 선고 99다51258 판결.

20) 대법원 1983.1.18. 선고 82다594 판결.

21) 지원림, 전거서, 216면.

로운 법률상 이해관계를 맺었는지 여부에 따라 실질적으로 파악하여야 한다.”라고 판시한다.²²⁾ 학설도 제3자는 “당사자와 그의 포괄승계인 이외의 자 중에서 허위표시행위를 기초로 하여 새로운 법률상 이해관계를 맺은 자”를 말한다고 하여 판례와 같은 취지로 본다.²³⁾

즉, 판례와 학설에서 말하는 제3자 보호요건은 ①‘새로운 법률상 이해관계가 존재할 것’, ②‘그 이해관계가 허위표시로 형성된 외형상 법률관계를 토대로 생성되었을 것’이라고 할 수 있다.²⁴⁾

(2) 당사자와 그 포괄승계인

일반적으로 제3자라고 하면 당사자와 그 포괄승계인 이외의 자 모두를 가리킨다. 법률행위에서의 제3자는 법률행위의 당사자 본인 이외의 자를 말하므로, 당사자는 제3자에 포함되지 않는다는 것은 당연하고, 포괄승계인은 당사자가 가지고 있던 권리의 동일성을 그대로 유지하므로 제3자로 취급하지 않는다. 그러나 허위표시를 기초로 하여 별개의 법률원인에 의하여 고유한 법률상의 이익을 갖는 법률관계에 들어간 자를 보호한다는 민법 제108조 제2항의 취지에 따라 여기서 말하는 제3자에는 당사자와 그의 포괄승계인은 포함되지 않는다. 대리인의 경우도 대리인에 대한 의사표시는 본인에 대하여 직접적인 효력이 미치게 되므로 대리인은 본인에 준하는 지위에 있는 것으로 볼 수 있기 때문에 대리인의 행위는 결국 본인의 행위와 동일한 의미를 가지는 것으로 이해할 수 있다.²⁵⁾ 이러한 대리인이나 대표기관이 상대방과 허위표시를 한 경우의 본인이나 법인은 제3자가 아니다.²⁶⁾ 또한 포괄승계는 상속, 회사의 합병, 영업양도 등의 경우에 발생하는데, 이는 법률행위로 인한 권리의무를 개별적으로 양도·양수하는 것이 아니라 당사자로서의 지위를 승계하는 것이기 때문에 포괄승계인은 제3자로 취급하게 되면 불공평한 결과가 발생할 수 있기 때문에 제3자로 취급되지 않는다.²⁷⁾

22) 대법원 2000.7.6. 선고 99다51258 판결 : 동지 대법원 2003.3.28. 선고 2002다72125 판결 : 대법원 1996.4.26. 선고 94다12074 판결 : 대법원 1983.1.18. 선고 82다594 판결 : 대법원 1982.5.25. 선고 80다1403 판결.

23) 좌윤직, 「민법총칙」, 박영사, 2006, 235면 : 김상용, 「민법총칙」, 법문사, 2003, 467면 : 고상룡, 「민법총칙」, 법문사, 2003, 402면 : 이은영, 전게서, 502면 : 이영준, 전게서, 333면 : 지원림, 전게서, 214면.

24) 권영준, 전계논문, 51면.

25) 대법원 1999.2.23. 선고 98다60828·60835 판결 : 대법원 1998.1.23. 선고 96다41496 판결.

26) 좌윤직·송덕수, 전게서, 374면 : 김주수, 「민법총칙」, 삼영사, 2001, 362면.

27) 이동형, 전계논문, 128-129면.

(3) 새로운 법률상 이해관계

법률상의 이해관계는 외형행위 무효를 승계함으로써 법적인 권리를 잃거나 일정한 의무를 부담하는 지위를 말한다.²⁸⁾ 이는 무효 또는 취소할 수 있는 의사표시에 따른 외형행위의 성립과 별개의 법률원인으로 인한 제3자에게 고유한 이해관계임을 필요로 한다.²⁹⁾

법률상의 이해관계와 허위표시의 관계를 살펴보면, 허위표시로 인하여 형성된 소유권이전등기, 계약서 등과 같은 외관과 직·간접적인 모든 법률상 이해관계를 외형상 형성된 원인에 포함하는 것은 무리이다. 물론 민법 제108조 제2항은 거래의 안전을 위하여 허위표시의 무효를 선의의 제3자에게 대항할 수 없도록 하고는 있으나, 이를 위하여 그 범위를 무한정 확대 해석해서는 안 된다고 할 것이다. 왜냐하면 허위표시의 당사자에게 예기치 못한 손해를 입힐수 있기 때문이다. 물론 허위표시를 하여 사실과 다른 외관을 보임으로써 그 상대방이 이를 원용할 수 있는 원인을 제공한 잘못은 있다고 하겠으나, 그러한 이유만으로 모든 책임을 감수하게 한다는 것은 심히 부당한 결과를 초래할 수 있다.³⁰⁾

허위표시를 선의의 제3자에 대하여 대항할 수 없다고 한 취지는, 기본적으로 그러한 허위표시가 유효한 것이라고 신뢰하여 새로운 이해관계를 맺은 사람을 보호하려고 하는데 있다.³¹⁾ 다시 말하여 이러한 제3자에 해당하기 위하여는 제3자에게 보호의 필요성이 존재하여야 한다. 이른바 제3자의 처분, 즉 신뢰투자가 있어야 하는 것이다.³²⁾

법규정의 형식적인 면에서 보더라도 허위표시는 무효로 하는 것이 원칙이고, 선의의 제3자 보호 규정은 예외조항이다. 예외조항이 너무 넓게 해석되어 그것이 마치 원칙인 것처럼 해석·적용되어서는 안 될 것이고, 따라서 여기서의 제3자 범위는 한정적으로 해석되어야 할 것이다. 즉, 새로운 법률상 이해관계를 맺게 된 법률원인은 허위표시로 인하여 형성된 외관상의 권리관계를 대상으로 하거나 허위표시와 직접적인 관계를 갖는 경우로 한정하여 해석하여야 할 것이다.³³⁾

이와 관련하여 판례는 “보증인이 주채무자의 기망행위에 의하여 주채무가 있는 것으

28) 김중길, “흠 있는 의사표시에서의 제3자”, 영남대학교 석사학위논문, 2007, 66면.

29) 주재황·김중환 편집대표, 「주석민법총칙(하)」, 한국사법행정학회, 1986, 230면.

30) 이하 이동형, 전제논문, 129-130면 참조.

31) 곽윤직, 전제서, 235면.

32) 실효(Verwirkung)의 원칙이 적용되기 위하여 신뢰투자가 필요하다는 점에 관하여는 곽윤직, 「민법주해Ⅲ」, 박영사, 1992, 407-408면 참조.

33) 이동형, 전제논문, 129-130면.

로 믿고 주채무자와 보증계약을 체결한 다음 그에 따라 보증채무자로서 그 채무까지 이행한 경우, 그 보증인은 주채무자에 대한 구상권 취득에 관하여 법률상의 이해관계를 가지게 되었고 그 구상권 취득에는 보증의 부종성으로 인하여 주채무가 유효하게 존재할 것을 필요로 한다는 이유로 결국 그 보증인은 주채무자의 채권자에 대한 채무 부담행위라는 허위표시에 기초하여 구상권 취득에 관한 법률상 이해관계를 가지게 되었다고 보아 민법 제108조 제2항 소정의 '제3자'에 해당한다"고 판시하고 있다.³⁴⁾

(4) 외관기초성

'외관의 존재'에 관하여는 별다른 논의가 되고 있지 않지만, '외관에 기초를 둔 법률원인'이 어떠한 의미를 갖는지에 대하여는 많은 논의가 있다. 이러한 의미의 법률원인이 존재한다고 하려면, 단지 외관과 법률원인 사이에 상관관계가 있다는 것만으로는 부족하고, 그 법률원인이 외관의 존재를 신뢰하여 이루어진 것이라야 할 것이다. 즉 외관과 법률원인 사이에 신뢰가 개입되어야 한다.³⁵⁾ 이와 관련하여 국내 문헌들은 민법 제108조 제2항의 목적을 허위표시의 외관을 신뢰한 제3자를 보호하기 위한 것으로 설명하고 있다.³⁶⁾ 또한 지금까지 판례 및 학설에서 인정한 제3자는 예외 없이 외관을 신뢰하여 새로운 법률상 이해관계를 취득한 자들이다. 이처럼 외관에 대한 신뢰의 존재는 외관기초성의 핵심적인 요소로 생각되고 있다.³⁷⁾

3. 제3자에 관한 외국의 입법례

(1) 프랑스민법

프랑스 민법 제1321조는 '반대증서³⁸⁾는 계약당사자 사이에만 효력을 가진다. 반대증서는 제3자에 대하여는 어떠한 효력도 없다'라고 규정하고 있다. 이 조항은 체계상 채무 및 변제의 증거(De la preuve des obligations et de celled du paiement)의 장(章)

34) 대법원 2000.7.6. 선고 99다51258 판결.

35) 권영준, 전계논문, 57면.

36) 김상용, 전계서, 467면 : 박윤직, 전계 「민법총칙」, 235면 : 고상룡, 전계서, 401면 : 이은영, 전계서, 501면 등.

37) 윤진수, "차명대출을 둘러싼 법률문제(하)", 「법조」 통권 604호, 2007.1. 229면에서는 제3자로서 보호되기 위하여는 신뢰투자가 있어야 한다고 설명한다.

38) 명순구 역, 프랑스민법전, 2004에서는 이를 '비밀증서'라고 번역하고 있다.

증서증(De la preuve littérale)에 관한 절(節)에 위치한다. 또한 문언상으로도 반대증서의 효력에 관하여 규정하고 있다. 그러므로 위 조항은 법률행위가 아니라 증서의 효력에 관한 것으로 축소해설될 여지도 있다. 그러나 일반적으로 위 조항은 반대증서 자체가 아니라 그러한 내용을 담고 있는 합의의 효력에 관한 것이라고 해석한다.³⁹⁾ 말하자면 프랑스에서는 우리 민법 제108조 제2항에 해당하는 위 조항의 후문을 대체로 외관이론의 관점에서 이해하고 있는 것이다.⁴⁰⁾

구체적으로 어떠한 제3자가 여기에 해당이 되는가에 관하여 프랑스의 학설과 판례는 허위표시의 당사자의 일반승계인은 은닉행위의 효력을 부인할 수 없다고 한다. 상속인과 포괄명의의 소유자 등이 이에 해당한다. 또한 허위표시가 대리인에 의하여 이루어진 경우에 본인도 제3자에 해당하지 않는다. 다만 유류분 권리자와 같이 자신의 고유한 권리를 주장할 수 있는 경우에는 제3자로 취급된다.⁴¹⁾

그러나 허위표시의 당사자로부터의 전득자나 저당권부 채권자와 같은 특정승계인은 제3자에 해당하고, 나아가 무담보의 일반채권자도 제3자에 해당한다.⁴²⁾ 한편, 일반채권자가 허위표시의 당사자에 대한 채권자대위권을 행사하는 경우에 당사자가 은닉행위로서 대항할 수 있는가에 관하여는 논란이 있으나, 판례는 채권자대위권을 행사하는 채권자는 제3자가 아니라고 한다.⁴³⁾

(2) 독일민법

가장행위에 있어서 제3자를 보호할 것인가 하는 문제는 독일 민법전 제정 이전부터 논란의 대상이었다.⁴⁴⁾ 독일 민법전 제정 이전에는 독일 제국대법원(RG)이 가장행위가 선의의 제3자에 대하여는 유효하게 취급된다는 판결⁴⁵⁾을 선고하기도 하였다. 그러나 1887년말 완성된 독일 민법 제1초안에서는 가장행위에 대한 제3자 보호규정을 별도로 두지 않았다. 이는 실제의 의사만이 권리를 발생시키는 힘이 있다는 의사주의의 원칙

39) 윤지현, "프랑스 민법상 외관이론에 관한 연구", 서울대학교 석사학위논문, 2000, 8면 : H..L..J. Mazeaud et F. Chabas. Lecons de Droit civil. Tome II. premiere volume. n° 808

40) 윤지현, 상계논문, 10면 : J. Ghestin et G. Goubeaux. Droit civil. Introduction générale. n° 779, 780 : Encyclopédie Dalloz. Apparence. n° 4.

41) 윤진수, "허위표시와 제3자", 「저스티스」 통권 제94호 한국법학원, 2006.10. 245면 : J. Ghestin. "Simulation", Encyclopédie Dalloz. 1975. n° 18.

42) Ghestin. n°. 55

43) 윤진수, 전제 「허위표시와 제3자」, 245면 참조.

44) MünchKomm/Kramer. §117 Rn. 19.

45) RGZ 20. 336 ff., 340.

에 입각한 것이었다.⁴⁶⁾ 그런데 그 뒤 독일민법 제2초안의 작성과정에서 가장행위에 있어서 선의의 제3자를 보호하는 규정을 두어야 한다는 의견들이 제기되었다.⁴⁷⁾ 그러나 선의의 제3자 보호에 관한 다른 민법 규정들을 적용하는 것으로도 충분하다는 이유로 제1초안의 태도는 그대로 유지되었다.⁴⁸⁾

독일 민법 제117조 제1항에서는 가장행위가 무효라고 규정하고, 제2항에서는 은닉된 법률행위의 유효 여부는 그 법률행위에 관한 규정에 따라 정하여진다고 규정할 뿐 별도로 이에 관한 선의의 제3자 보호규정은 두고 있지 않다. 따라서 허위표시의 무효는 원칙적으로 제3자에게도 미치는 절대적인 것으로서, 허위표시가 유효하다고 믿은 제3자도 특별히 보호받는 것은 아니다.⁴⁹⁾ 그러나 동산의 선의취득에 관한 제932조, 부동산 등기부의 공신력에 관한 제892조, 채무증서가 작성·교부된 가장채권의 양수인 보호에 관한 제405조, 채권자가 양도통지를 한 경우 채무자 보호에 관한 제409조 등 선의의 제3자 보호를 위한 다른 개별적 규정들은 가장행위에 있어서 제3자 보호에도 원용될 수 있다. 그런데 위 규정들은 외관을 신뢰하여 거래한 제3자를 보호하기 위한 것들이므로 결국 독일에서도 가장행위에 있어서 제3자 보호는 외관신뢰보호 차원에서 행하여진다고 볼 수 있다.⁵⁰⁾

(3) 오스트리아 민법

허위표시와 관련하여 오스트리아 민법(ABGB) 제916조는 “①다른 사람에게 대하여 그 사람의 이해 하에 허위로 행하여진 의사표시는 무효이다. 그 의사표시에 의하여 다른 의사표시가 은닉되어 있으면 그 의사표시는 그 진정한 성질에 따라 판단되어야 한다. ②그 의사표시를 신뢰하여 권리를 취득한 제3자에 대하여는 허위표시의 항변으로 대항할 수 없다”라고 규정하고 있다.

즉 오스트리아 민법은 허위표시가 유효하다고 신뢰를 한 제3자에 관하여 일반적으로 보호를 하고 있다. 이는 제3자가 허위표시를 고려하고 진실하게 의욕된 것이라고 하여 자신의 권리 취득에 있어서 기초로 삼았을 때에는 허위표시를 한 사람은 허위표시를 자신에 대하여도 유효한 것으로서 받아들여야 한다.⁵¹⁾ 여기서의 제3자란 그의 법적 영

46) Mugdan. Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Band I. S. 458.

47) Mugdan. S 711.

48) 권영준. 전제논문. 59면.

49) 윤진수. 전제 「허위표시와 제3자」. 247면.

50) 권영준. 전제논문. 59면 참조.

역이 허위표시에 의하여 영향을 받는, 당사자로서 관련되지 않은 모든 사람을 말한다.⁵²⁾ 압류채권자와 같은 강제집행 권리자도 제3자에 속한다.⁵³⁾ 그러나 허위표시상의 권리자로부터 단순한 채권적인 양도 청구권을 취득한 사람은 진정한 권리자에 대하여 인도를 청구할 수 없는데, 왜냐 하면 채권적 청구권은 허위표시를 신뢰하여 취득한 것이 아니기 때문이라고 한다.⁵⁴⁾ 파산관재인은 제3자에 속하지 않는다.⁵⁵⁾

(4) 스위스 채무법

스위스 채무법(OR)은 허위표시가 무효라는 점에 대하여는 따로 규정이 없으나 이를 당연한 것으로 전제하고서, 제18조 제2항에서 채무자는 서면에 의한 채무승인을 신뢰하여 채권을 취득한 제3자에게 가장행위의 항변으로 대항할 수 없다고 규정한다. 여기에서 채무승인의 서면이란 채권이 존재한다는 인상을 불러일으키는 의사표시가 담긴 서면이면 충분하고, 따라서 쌍무계약에 의한 상호간의 채무의 약속도 여기에 해당한다고 한다.⁵⁶⁾

따라서 스위스 민법에서는 허위표시의 무효는 원칙적으로 제3자에 대하여 주장할 수 있는 것이고, 제3자도 무효를 주장할 수 있다. 다만 동법 제2항의 규정에 의해 제한된 경우에는 채무자가 선의의 제3자에 대하여 허위표시의 무효를 주장할 수 없는 것이다. 그러나 이 규정은 그 적용범위가 제한되어 있어서 판례와 학설은 그 적용범위를 넓히려고 한다. 즉, 허위표시에 의한 채권에 대하여 물권을 설정하는 경우에 이 규정이 유추적용 된다는 데 대하여는 오늘날 이견이 없다고 한다.⁵⁷⁾ 나아가 채권의 양도가 허위표시인 경우에 그 양수인으로부터 다시 양수받은 제3자가 있는 경우에도 이 규정이 유추 적용되며 제3자가 양도된 채권이 존재한다는 채무자의 구두 의사표시를 신뢰한 경우에도 마찬가지라고 한다.⁵⁸⁾

(5) 일본 민법

51) Schwimann/Binder. Praxiskommentar zum ABGB. 2. Aufl. 1997, §916 Rdnr. 15

52) 윤진수, 전제 「허위표시와 제3자」, 250면.

53) Koziol/Welser. Grundriß des Bürgerlichen Rechts. Bd. Im 8. Aufl., 1988, S. 115

54) Rummel in Rummel Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch. 3. Aufl., 2000, §916 Rdnr. 4.

55) 이하 윤진수, 전제 「허위표시와 제3자」, 250면 : Schwimann/Binder. §916 Rdnr. 18.

56) Basler Kommentar/Wiegand. OR Art. 18 Rdnr. 129.

57) Basler Kommentar/Wiegand. OR Art. 18 Rdnr. 135.

58) 윤진수, 전제 「허위표시와 제3자」, 251면 : Basler Kommentar/ Wiegand. OR Art. 18 Rdnr. 135.

일본 민법 제94조는 “①상대방과 통모하여 행한 허위의 의사표시는 무효로 한다. ② 전항의 의사표시의 무효는 선의의 제3자에게 대항하지 못한다”라고 규정한다. 우리 민법도 이 규정의 영향을 받고 있다.

일본의 구민법은 “당사자는 비밀로 둘 수 있는 반대증서로써 공정증서 또는 사서증서의 효력의 전부 또는 일부를 변경 또는 소멸시킬 수 있지만 그 반대증서는 공정증서인 때에도 서명자 및 그 상속인에 대하여서만 효력을 가지지 않는다. 그러나 당사자의 채권자 및 특정승계인이 당사자와 약정할 당시에 반대증서 있음을 안 것을 증명되면 그 채권자 및 승계인에게 대항할 수 있다”라고 규정하고 있는데, 이 규정은 일본 민법을 기초한 Boissonade가 대체로 앞에서 살펴본 프랑스 민법 제1321조의 해석론과 같은 내용을 명문화한 Boissonade 초안 제1386조를 토대로 한 것이다.⁵⁹⁾

현행 일본 민법 제94조는 대체로 위 구민법의 규정과 같은 내용이나, 구민법의 규정이 반대증서라는 표현을 쓰고 있지만 구두의 의사표시의 경우에도 그 법리를 달리 할 이유가 없다고 하여 그 표현을 바꾼 것이다. 다만, 일본 민법 제94 제1항은 형식적으로는 구민법 그리고 프랑스 민법의 흐름을 받아들인 것이라고는 하지만, 기본사상에 있어서는 독일법, 특히 독일민법 제1초안의 강한 영향 아래에서 허위표시가 무효라고 하는 것은 의사를 증시하는 입장으로부터의 해석상 당연한 귀결이라고 주장도 있다.⁶⁰⁾

이러한 일본 민법 제94조의 해석론은 우리 민법 제108조의 해석론과 큰 차이가 없다.⁶¹⁾

III. 파산관재인의 제3자성

1. 서설

파산선고가 있으면 파산재단의 관리처분권은 전부 파산관재인에게 귀속하게 되고, 이후 파산재단에 대한 법률상의 문제도 파산관재인이 처리하게 된다.⁶²⁾

대법원은 “파산자가 파산선고시에 가진 모든 재산은 파산재단을 구성하고 그 파산재단을 관리 및 처분할 권리는 파산관재인에게 속하므로, 파산관재인은 파산자의 포괄승계인과 같은 지위를 가지게 되지만, 파산이 선고되면 파산채권자는 파산절차에 의하지

59) 稻本洋之助, 「注釋民法(3)」, 有斐閣, 2003, 320面.

60) 稻本洋之助, 前掲書, 320-323面.

61) 윤진수, 전거 「허위표시와 제3자」, 252면.

62) 전병서, 「최신 파산법」, 법문사, 2003, 63면.

아니하고는 파산채권을 행사할 수 없고, 파산관재인이 파산채권자 전체의 공동의 이익을 위하여 선량한 관리자의 주의로써 그 직무를 행하므로, 파산관재인은 파산선고에 따라 파산자와 독립하여 그 재산에 관하여 이해관계를 가지게 된 제3자로서의 지위도 가지게 되며, 따라서 파산자가 상대방과 통정한 허위의 의사표시를 통하여 가장채권을 보유하고 있다가 파산이 선고된 경우 그 가장채권도 일단 파산재단에 속하게 되고, 파산선고에 따라 파산자와는 독립한 지위에서 파산채권자 전체의 공동의 이익을 위하여 직무를 행하게 된 파산관재인은 그 허위표시에 따라 외형상 형성된 법률관계를 토대로 실질적으로 새로운 법률상 이해관계를 가지게 된 민법 제108조 제2항의 제3자에 해당한다”고 판시하고 있다.⁶³⁾

또한 판례는 “파산관재인은 파산선고에 따라 파산자와는 독립된 지위에서 파산채권자 전체의 공동이익을 위하여 직무를 행하게 된 자이므로, 파산자가 상대방과 통정한 허위의 의사표시를 통하여 가장채권을 보유하고 있다가 파산이 선고된 경우 그 허위표시에 따라 외형상 형성된 법률관계를 토대로 실질적으로 새로운 법률관계를 가지게 된 민법 제108조 제2항의 ‘제3자’에 해당한다. 그리고 이 경우 파산관재인의 선의·악의는 위와 같은 파산관재인의 지위에 비추어 볼 때 파산관재인 개인의 선의·악의를 기준으로 판단할 것이 아니라 총 파산채권자를 기준으로 판단하여야 할 것이므로, 파산채권자 모두가 악의로 되지 않는 한 파산관재인은 ‘선의의 제3자’라고 할 수밖에 없다.”라고 판시하고 있다.⁶⁴⁾

위의 판결들의 요지를 살펴보면 파산관재인은 파산선고시 파산자가 가진 모든 재산의 관리처분권을 이전받아 파산자의 ‘포괄승계인’으로서의 지위를 가지고, 파산채권자 전체의 공동이익을 위하여 직무를 행한다는 점에서 파산자와 독립하여 그 재산에 관하여 이해관계를 가지는 ‘제3자’로서의 지위도 가지며, 한편 통정허위표시로 인한 가장채권은 파산선고시 일단 파산재단에 속하게 된다. 따라서 파산관재인은 파산자와 독립하여 그 가장채권에 관하여 외관을 토대로 한 새로운 이해관계를 가지는 민법 제108조 제2항의 제3자에 해당한다는 것이다. 이처럼 대법원은 전통적인 통정허위표시의 제3자 보호요건을 그대로 유지하고 있다. 그러나 문제는 파산관재인이 이러한 요건을 갖추어 민법 제108조 제2항의 제3자에 해당하는 것이다.⁶⁵⁾

이하에서는 파산관재인이 민법 제108조 제2항 소정의 제3자로서의 요건을 갖추고 있는지 여부를 검토하고자 한다.

63) 대법원 2003.6.24. 선고 2002다48214 판결.

64) 대법원 2006.11.10. 선고 2004다10299 판결.

65) 권영준, 전계논문, 62면.

2. 파산관재인의 지위

(1) 파산관재인의 법적지위

파산관재인이 갖는 법적 지위와 관련하여 ①파산관재인은 파산자 또는 채권자의 대리인으로서 그 파산절차 상의 직무권한을 행사한다는 견해(대리설)⁶⁶⁾, ②파산관재인은 법원의 선임에 의해 법률상 직무로서 파산재단에 관한 관리처분권을 자기 이름으로 행사한다고 하는 견해(직무설),⁶⁷⁾ ③파산재단을 파산적 청산을 위한 독립한 목적 재산으로서의 법주체성 또는 법인격을 인정하고, 파산관재인은 그 대표자 또는 대리인이라고 하는 견해(파산재단대표설),⁶⁸⁾ ④파산자와 파산채권자로 구성되는 권리 능력없는 사단인 파산단체를 인정하고, 관계인간의 이해의 조정을 직무로 하는 파산관재인을 그 대표기관이라고 하는 견해(파산단체대표설),⁶⁹⁾ ⑤파산관재인은 파산재단의 관리기구 및 그 담임자로서의 이중적 지위를 가지고, 관리기구로서의 파산관재인은 파산재단의 관리처분권이 귀속되는 법주체이고, 개인인 파산관재인은 그 담임자라고 하는 견해(관리기구인격설),⁷⁰⁾ ⑥파산선고와 동시에 파산재단이 신탁재산으로 되고, 파산관재인은 파산자의 재산관계를 자기 고유의 재산관계와 분리하면서 자기의 이름으로 수익자인 파산채권자를 위하여 관리, 처분하는 권한을 파산자 내지 국가로부터 신탁받은 수탁자라고 파악하고, 파산자 또는 국가와 파산관재인 사이에 파산자의 재산관계 정리를 목적으로 하는 일종의 법정신탁관계가 성립한다는 견해(법정신탁설)로 나누어진다.⁷¹⁾

이처럼 파산관재인의 법적지위에 관하여 많은 학설의 대립이 있다. 그러나 이들

66) 이 견해는 또다시 누구를 대리하는가에 따라 파산자를 대리한다고 보는 파산자대리설, 파산채권자 또는 채권자단체를 대리한다고 보는 채권자대리설, 그 양자를 대리한다고 보는 파산자 및 채권자대리설로 구분된다. 그러나 이는 과거의 학설들로서 현재는 지지를 못 받고 있다.

67) 파산관재인의 직무성격을 파악하는 관점에 따라 파산관재인이 국가의 집행기관으로서 그 직무권한을 행사한다는 국가기관설(공법상의 직무설)과 파산절차에 있어서 법적 권한에 기하여 직무를 수행하는 일종의 국가사무를 위탁받은 사인이라는 사법상의 직무설로 나누어 진다(윤남근, "파산관재인-그 법률상 지위와 권한을 중심으로-", 「파산법의 재문제(상)」, 1999, 183면 ; 이해우·이재화, 「파산법(이론과 실무)」, 법률문화사, 2001, 407면).

68) 이는 파산재단법인대표설, 파산재단주체설이라고도 하는 것으로, 일본의 다수설이다(兼子一, 「民事法研究(第1卷)」, 酒井書店, 1950, 423면).

69) 宗田親彦, 「破産法概説(全訂版)」, 法學書院, 1983, 57면.

70) 이동형, 전계논문, 136면.

71) 이 외에도 파산관재인은 국가기관임과 동시에 채권자단체를 대표하는 지위와 파산자를 대리하는 지위를 겸유하고 있다는 견해(국가기관 겸 사인대표설) 등이 있다(윤남근, 전계논문, 186면).

전해 중 파산자대리설 내지 법정신탁자설을 취하는 경우를 제외하고는 파산관재인에게 제3자적 지위를 부여할 수 있을 것이다.⁷²⁾ 파산관재인에 대한 법적 지위 일반론은 파산절차상의 파산재단 및 파산관재인을 둘러싼 법률관계를 이론상 통일적으로 설명하기 위하여 주로 논의된 것이므로 파산관재인과 파산자가 파산선고 이전에 법률관계를 맺은 자와의 관계 등을 해결하기 위한 것이 아닐 뿐만 아니라, 파산자대리설이나 법정신탁자설 이외의 학설을 취하는 경우라고 하더라도 파산관재인에게는 종전 파산자의 재산에 대한 관리처분권이 귀속되는 이상 파산관재인이 파산자의 일반승계자적 지위를 가지는 것을 부인할 수는 없는 것이기 때문이다. 따라서 반드시 위 파산관재인의 법적지위 일반론만으로 파산관재인의 제3자적 지위를 바로 끌어낼 수 없을 것이다.

한편, 판례는 “파산관재인은 파산자나 파산채권자 등의 대리인이거나 그 이해관계인 단체의 대표자라 할 수 없고, 파산절차에서 법원에 의하여 선임되어 법률상의 직무로서 파산재단에 관한 관리처분의 권능을 자기의 이름으로 행사하는 지위에 있는 자”라고 판시하여 직무설에 가까운 태도를 보이고 있다.⁷³⁾

(2) 파산관재인의 실체적 지위

파산관재인의 이해관계 요건과 관련하여 파산관재인의 법적지위 보다는 실체적 지위가 중요시 되는 바, 파산절차에 있어서 파산관재인은 파산선고 당시 채무자가 보유한 재산에 대한 관리처분권을 그대로 이전받는다. 따라서 파산관재인은 채무자의 포괄승계인과 유사한 지위를 갖고,⁷⁴⁾ 파산관재인의 실체적 지위는 원칙적으로 채무자의 실체적 지위와 일치해야 한다. 판례도 파산관재인에게 이러한 승계적 지위를 인정하고 있다. 그렇다면 선의의 제3자를 보호하는 민법 제108조 제2항이 이와 같이 파산관재인의 실체적 지위를 인정할 수 있는가?

원칙적으로 파산관재인은 채무자가 가진 것과 같은 실체적 지위를 가진다. 파산선고로 파산관재인이 채무자의 재산에 대한 관리처분권을 가지더라도 파산재단에 속하는

72) 윤근수, 전계논문, 64면.

73) 대법원 1990.11.13. 선고 88다카26987 판결. 다만, 이 판례에 대하여 대리설을 취한 것으로 보는 견해(윤남근, 전계논문, 189면), 파산재단대표설 등 다른 설의 입장으로 보는 것도 가능하다는 견해(이동형, 전계논문, 136면) 등이 있다.

74) 물론 파산관재인은 포괄승계인과 구별되는 면이 있다. 파산관재인이 이전 받는 것은 관리처분권이 권리나 의무 그 자체가 아니다. 파산선고 이후에도 파산재단에 귀속하는 권리의무의 주체는 여전히 채무자 본인이다. 따라서 권리의무의 귀속 자체에 어떤 변동이 초래되는 것은 아니다.

권리의무의 주체는 여전히 채무자 본인이고, 이에 관한 항변도 채무자 본인을 기준으로 판단한다.⁷⁵⁾ 즉, 파산관재인은 원칙적으로 채무자가 주장할 수 없었던 사유를 주장할 수 없다는 것이다.⁷⁶⁾ 그러나 예외적으로 '채무자 희생 및 파산에 관한 법률(구 파산법)'⁷⁷⁾의 목적상 파산관재인이 채무자로부터 독립한 실체적 지위를 가질 필요가 있고, 그 목적달성을 위하여 법이 그 지위를 명시적으로 부여하는 경우에 한하여 파산관재인의 실체적 지위는 채무자의 지위를 넘어서서 확장된다. 예를 들면, 부인권제도가 있는데, 이러한 지위를 부여하는 법조항은 '채무자 희생 및 파산에 관한 법률(구 파산법)'의 목적⁷⁸⁾을 달성하는 것을 직접적인 지향점으로 삼아야 한다. 파산관재인은 파산 절차를 수행하기 위하여 선임되어 채무자가 보유하던 재산 그대로를 파산재단으로 관리하는 기관일 뿐이고, '채무자 희생 및 파산에 관한 법률(구 파산법)'의 목적을 효율적으로 달성하기 위한 경우 이외에는 새로운 실체적 지위를 취득해야 할 정당성이나 필요성이 없는 자이기 때문이다.⁷⁹⁾

따라서 민법 제108조 제2항은 파산관재인의 실체적 지위를 확장하는 근거조항이 될 수 없다고 할 수 있다.

3. 검토

판례 및 학설에서 인정한 제3자는 예외 없이 외관을 신뢰하여 새로운 법률상 이해관계를 취득한 자들이고, 이처럼 외관에 대한 신뢰의 존재는 외관기초성의 핵심적인 요소로 여겨지고 있음은 앞서 살펴보았다. 그렇다면 파산관재인이 외관에 대한 신뢰에 기하여 이해관계를 가지게 된 것인가? 이를 긍정하는 판례의 태도는 수증하기 어렵다. 파산관재인이 파산재단에 관하여 가지는 이해관계는 허위표시로 형성된 외관의 유무와 관계없이 파산선고 및 파산관재인 선임에 따라 자동적으로 발생된 것이기 때문이다.

따라서 파산관재인의 외관기초성 요건을 인정한 판례의 태도는 타당하지 않다고 생각된다.

75) 권영준, 전계논문, 65면.

76) 윤진수, 전계 차명대출을 둘러싼 법률문제(하), 231-232면.

77) 종전에는 도산법체계가 회사정리법, 화의법, 파산법, 개인채무자희생법으로 구성되어 있었으나, 2006년 4월부터 하나로 통합된 '채무자 희생 및 파산에 관한 법률'(일명 통합도산법)이 시행되고 있다.

78) 채무자 희생 및 파산에 관한 법률 제1조는 파산법의 목적을 희생이 어려운 채무자의 재산을 공정하게 환가·배당하는 것으로 규정한다.

79) 권영준, 전계논문, 71-72면 참조.

IV. 맺음말

민법 제108조 제2항의 선의의 제3자 보호규정은 허위표시를 기초로 하여 별개의 법률원인에 의하여 고유한 법률상의 이익을 갖는 법률관계에 들어간 자를 보호한다는 취지이다. 민법상 제3자 보호범위 확정은 실체보호와 외관보호 사이에서 균형을 찾는 작업이고, 또한 민법상 제3자의 보호는 외관신뢰보호를 통하여 거래의 안정성 및 원활성을 추구한다.⁸⁰⁾

통정허위표시의 무효는 당사자 사이에서는 언제나 타당하고, 제3자에 대하여서도 원칙적으로 타당하다. 그러나 거래의 안전을 위하여 허위표시의 무효는 선의의 제3자에게는 대항할 수 없도록 하고 있다. 허위표시의 제3자란 당사자와 그의 포괄승계인 이외의 자 모두를 가리키는 것으로 당사자와 그 포괄승계인 이외의 자 중에서 허위표시 행위를 기초로 하여 새로운 법률상 이해관계를 맺은 자만을 의미한다. 여기에서 말하는 제3자의 범위에 파산관재인이 포함될 것인가가 문제되는데, 대법원⁸¹⁾은 “파산이 선고되면 파산채권자는 파산절차에 의하지 아니하고는 파산채권을 행사할 수 없고, 파산관재인이 파산채권자 전체의 공동의 이익을 위하여 선량한 관리자의 주의로써 그 직무를 행하므로, 파산관재인은 파산선고에 따라 파산자와 독립하여 그 재산에 관하여 이해관계를 가지게 된 제3자로서의 지위도 가지게 된다”고 판시하고 있다.

이러한 대법원의 입장은 파산관재인을 허위표시의 무효로 대항할 수 없는 제3자에 해당하는 것으로 봄으로써 파산재단에 속하는 재단인 것과 같은 외관을 보이게 한 책임이 있는 상대방보다는 파산채권자들을 보호하게 되었다는 점에서는 타당하다.⁸²⁾ 그러나 비록 파산선고가 있었다 하더라도 파산채권자의 파산자 또는 파산재단에 대한 권리의무관계는 실질적으로 아무런 변화도 없고, 파산관재인이 파산채권자 전체의 이익을 위하여 선량한 관리자의 주의로써 그 직무를 행하게 되는 것은 파산관재인이 파산채권자들을 위하여 파산재단을 관리하기 때문에 부과되는 것일 뿐이므로 파산관재인은 새로운 법률상 이해관계를 갖게 되었다고 보기 어려울 것으로 보인다.⁸³⁾ 또한 파산관재인이 파산재단에 관하여 가지는 이해관계는 허위표시로 형성된 외관의 유무와 관계없이 파산선고 및 파산관재인 선임에 따라 자동적으로 발생된 것이므로 파산관재

80) 권영준, 전계논문, 89면.

81) 대법원 2003. 6.24. 선고 2002다48214 판결.

82) 문방진, 전계논문, 30면.

83) 이동형, 전계논문, 146면.

인이 외관에 대한 신뢰에 기하여 이해관계를 가졌다고도 보기 힘들다.

파산선고로 파산자의 처분권이 박탈되더라도 파산재단에 속하는 권리·의무의 주체와 항변에 대한 기준은 역시 파산자 본인이며, 파산관재인은 법원의 파산선고 및 선임에 의하여 파산재단에 속하는 재산에 관하여 이해관계를 맺은 자에 불과하다 할 것이다.⁸⁴⁾

따라서 파산관재인은 민법 제108조 제2항의 통정허위표시에 있어서의 제3자라고 할 수 없다고 해석해야 한다.

참고문헌

- 고상룡, 「민법총칙」, 법문사, 2003.
 박윤직, 「민법총칙」, 박영사, 2006.
 _____, 「민법주해Ⅲ」, 박영사, 1992.
 박윤직·송덕수, 「민법주해Ⅱ」, 박영사, 1995.
 김기진, 「통합 도산법」, 한국학술정보(주), 2007.
 김상용, 「민법총칙」, 법문사, 2003.
 김주수, 「민법총칙」, 삼영사, 2001.
 박준서, 「주해 민법총칙(2)」, 한국사법행정학회, 2001.
 이영준, 「민법총칙」, 박영사, 2003.
 이은영, 「민법총칙」, 박영사, 2005.
 이해우·이재화, 「파산법(이론과 실무)」, 법률문화사, 2001.
 전병서, 「최신 파산법」, 법문사, 2003.
 주재황·김증한 편집대표, 「주석민법총칙(하)」, 한국사법행정학회, 1986.
 지원림, 「민법강의(제6판)」, 홍문사, 2008.
 兼一, 「民事法研究(第1卷)」, 酒井書店, 1950.
 稻本洋之助, 「注釋民法(3)」, 有斐閣, 2003.
 小林秀之·齋藤善人, 「破産法」, 弘文堂, 2007.
 宗田親彦, 「破産法概説(全訂版)」, 法學書院, 1983.
 권영준, “통정허위표시로 인한 법률관계에 있어서 파산관재인의 제3자성”, 「법조」 통권 제608호, 법조협회, 2007.5.

84) 성재형, 전계논문, 36면.

- 김중길, “흠 있는 의사표시에서의 제3자”, 영남대학교 석사학위논문, 2007.
- 문방진, “파산관재인 의 법적 지위와 제3자성”, 「재판실무연구」, 광주지방법원, 2004.
- 성재영, “파산관재인 의 제3자성에 대한 소고”, 「부산법조」 제21호, 부산지방변호사회, 2004.1.
- 송경호, “파산관재인 이 통정허위표시 의 법률관계에 있어서 제3자에 해당하는지 여부”, 「재판과 판례」 제13권, 대구판례연구회, 2005.1.
- 윤근수, “파산관재인 과 통정허위표시 의 제3자”, 「판례연구」 제16집, 부산판례연구회, 2005.
- 윤남근, “파산관재인-그 법률상 지위와 권한을 중심으로-”, 「파산법의 제문제(상)」, 법원도서관, 1998.
- 윤지현, “프랑스 민법상 외관이론에 관한 연구”, 서울대학교 석사학위논문, 2000.
- 윤진수, “차명대출을 둘러싼 법률문제(상)”, 「법조」 통권 603호, 법조협회, 2006.12.
- _____, “차명대출을 둘러싼 법률문제(하)”, 「법조」 통권 604호, 법조협회, 2007.1.
- _____, ‘허위표시와 제3자’, 「저스티스」 통권 제94호, 한국법학원, 2006.10.
- 이동형, “통정허위표시를 한 자의 파산관재인 이 민법 제108조 제2항의 제3자인지 여부”, 「법조」 통권 제573호, 법조협회, 2004.6.

[Abstract]

The Third Party Involvement of the Bankruptcy Trustee in False Simulations

Kim, Sang-chan

Professor, Faculty of Law, Cheju National Univ.

Lee, Choong-eun

Ph. D. Candidate, Dept. of Law, Cheju National Univ.

The organization which possesses the right to dispose of the bankrupted foundation, becoming the concerned party in regard to the said bankrupted foundation, standing as the general successor of the debtor or representing the benefits of the creditor as well as holding the position of consignee and carrying out the process of bankruptcy is called the trustee in a bankruptcy. In the past, many financial institutions declared bankruptcy while going through the IMF period in Korea. The people who loaned out their names for the so called 'borrowed name loans' during this period insists that this loan contract falls under the false simulation law as stated in civil law no. 108 and is therefore void. According to civil law no. 108, it stipulates that "false simulation becomes void and this void cannot be pitted against an innocent third party." The third party mentioned here refers to a party who has formed a new legal relationship with stakes in a realistic way based on the legal relationship formed outwardly followed by the false simulation. The problem here is whether the trustee in the bankruptcy falls under this third party category. In regard to this matter, the Supreme Court has acknowledged its third party involvement by ruling that "the trustee in the bankruptcy has gained the position of a third party forming an understanding about its assets by becoming independent from the bankrupted party followed by the declaration of bankruptcy." However, even if there was a declaration of bankruptcy, there is no realistic change in the rights and responsibilities relationship regarding the property divisible for distribution amongst creditors. The

fact that the trustee in the bankruptcy carries out his/her duty as an honorable manager for the benefit of all provable debtors in the bankruptcy is only because he/she has been entrusted with the responsibility for the benefit of the debtors. Therefore, it would be hard to regard the trustee as having any kind of stakes under the new law. As such, the trustee cannot be classified as the third party in any false simulation cases under civil law no. 108, clause no. 2.

Key words : false simulation, civil law no.108, trustee in a bankruptcy, innocent third party, general successor, legally involved stakeholder