임의 비급여 진료 사건에서 보험자의 채권자대위권 행사 가부
- 대법원 2022. 8. 25. 선고 2019다229202 전원합의체 판결을 중심으로 -

고 은 민 · 이 예 주 ·정 지 우

초록

그동안 무효인 임의 비급여 진료행위로 인하여 발생한 피보험자의 실손보험금 반환채권을 보험자가 피보험자를 대위하여 요양기관에 대해 직접 행사할 수 있는지 여부에 관해 하급심 판결은 서로 다른 결론을 내려왔다. 그러나 대법원 2022. 8. 25. 선고 2019다229202 전원합의체 판결에서 대법원은 그러한 경우 보전의 필요성이 부정된다는 입장을 명확히 하고 대위청구를 각하하였다.

구체적으로 다수의견은 ① 채권자대위권 제도는 강제집행 제도에 대해 보완적 역할을 수행하고, ② 피보전채권이 금전채권인 경우 채무자의 무자력은 채권자대위권의 행사가 허용되기 위한 원칙적 요건이며, ③ 밀접관련성은 엄격하게 인정되어야 하고, ④ 부당간섭배제성은 단독 요건으로서 실질적 평가를 요한다는 입장을 취하였다. 그리고 이에 비추어 대상판결에서는 피보전채권이 금전채권임에도 채무자의 무자력이 인정되지 않으므로 채권자대위권의 행사가 허용되어서는 안된다고 판단하였다. 더불어 다수의견은 대상판결에서 밀접관련성 및 부당간섭배제성 역시 인정되지 않는다고 보았다.

대상판결은 타당한 결론을 내렸으나, 그 논증 과정에서 각 요건의 인정 여부에 관해 잘못된 전제를 취하거나 불충분한 논리 전개를 보였다는 한계를 가진다. 이에 본 평석은 ① 채권자대위권 제도는 강제집행 제도와 구별되는 독자적 의의를 가지므로, ② 보전의 필요성 판단에서 피보전채권이 금전채권인 경우에도 채무자의 무자력 여부에 구속될 필요가 없음을 밝혔다.

따라서 본 평석은 채무자의 자력 여부는 필요수단성 판단을 위해 종합적으로 고려되어야 하는 하나의 요소에 불과하며, 대상판결에서 채권자대위권 행사가 허용되어야 하는지 판단하기 위해서는 오히려 밀접관련성이 인정되는지를 검토하여야 한다고 보았다. 이에 본 평석은 ③ 종래 논의에서 나아가 밀접관련성이 인정된 기존 판례들을 유형화하여 밀접관련성 판단을 위한 일종의 기준을 정립하였으며, 구체적 논증이 부재했던 다수의견과 달리 여러 유형에 비추어 대상판결에서 밀접관련성이 인정될 수 없는 이유를 설명하였다. 한편 본 평석은 ④ 부당간섭배제성 요건에 관하여 이는 다수의견의 주장과 달리 실질적인 요건으로 기능하기 어려우며, 극히 예외적인 상황에서만 문제될 수 있으나 대상판결은 그러한 예외에 해당하지 않음을 보였다. 결론적으로 본 평석은 대상판결에서 피보전권리와 피대위채권 간 밀접관련성이 인정되지 않으므로 이 사건 채권자대위권 행사가 허용되어서는 안된다고 보았다.

다수의견과 같이 금전채권이 피보전채권인 경우 채무자가 무자력인지 여부에 따라 채권자대위권 행사의 허용 여부를 판단하는 법리는 본 평석이 전개한 논의에 비하여 훨씬 간명하고 편리하다. 그러나 다수의견이 고수하였던 법리는 ‘일반적’인 것을 ‘원칙적’인 것으로 승격시키고, 이에 따라 명확한 기준 없이 불필요한 예외를 확장하게 된다는 뚜렷한 한계를 가진다.

이에 본 평석은 구체적 사례들에 맞는 적실한 판단이 가능하도록 보전의 필요성의 각 요건들을 판단할 수 있는 기준을 세밀하게 분석하였다. 이 과정에서 채권자대위권의 행사가 허용되었던 다양한 종래 판례들을 통합하여 설명하고자 하였으며, 이를 통해 다수의견과 달리 대상판결에서 채권자대위권의 행사가 허용되어서는 안됨을 보다 구체적으로 논증하였다는 의의를 가진다. 이처럼 실질적인 보전의 필요성 판단을 통해 채권자대위권이 독자적 제도로서 합리적으로 운용될 수 있기를 기대한다.

주제어: 채권자대위권, 보전의 필요성, 채무자의 무자력, 밀접관련성, 부당간섭배제성, 임의 비급여, 보험자 대위청구

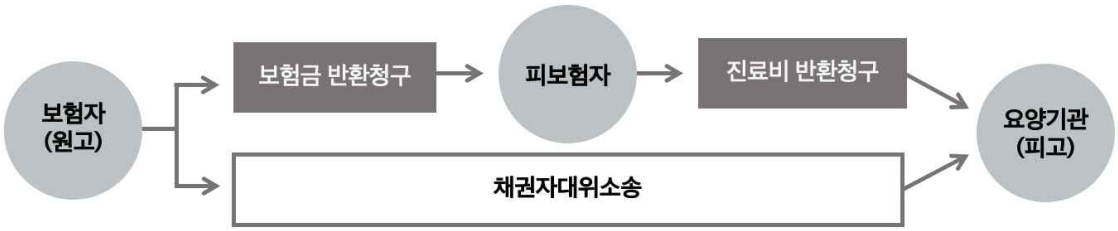
[사실관계 및 판결요지]

I. 사실관계

원고는 다수의 피보험자들과 실손의료보험계약을 체결한 보험자(보험회사)이다. 위 보험계약의 피보험자들은 피고가 운영하는 병원에서 비염 개선을 위한 트리암시놀른 주사 치료(이하 '이 사건 진료행위')를 받았다. 피보험자들은 진료계약에 따라 피고에게 진료비를 지급하였고, 원고는 피보험자들의 청구에 따라 피보험자들에게 진료비 전액이나 일부에 해당하는 보험금을 지급하였다.

그러나 이후 원고는 이 사건 진료행위가 임의 비급여 진료행위에 해당하여 무효이므로 피보험자들이 수령한 보험금은 법률상 원인 없이 지급된 것이라 주장하며, 피보험자들에 대한 보험금 상당의 부당이득반환채권을 피보전채권으로 삼아 피보험자들을 대위하여 피고에게 진료비 상당의 부당이득반환을 구하는 소송을 제기하였다.

<그림 1> 채권자대위소송의 흐름



II. 제1심 및 원심의 판단(대전지방법원 2018. 5. 17. 선고 2015가단210771 판결, 대전지방법원 2019. 4. 4. 선고 2018나107877 판결)

1. 부당이득의 성립 여부

제1심 및 원심은 피고가 피보험자들에게 행한 이 사건 진료행위가 임의 비급여 진료행위로서 무효라 판단하였다. 피보험자가 피고에게 유효한 진료행위에 따라 진료비를 지급한 것이 아니므로, 이를 전제로 원고가 피보험자에게 지급하였던 보험금 역시 부당이득에 해당한다고 보았다.

피고와 피보험자들 사이 체결된 진료계약이 무효인 이유는 트리암시놀른 주사치료가 이른바 '임의 비급여' 진료행위에 해당하기 때문이다. 국민건강보험을 규율하는 법령은 요양기관의 진료행위를 급여와 비급여로 구분하는데,[1] 판례는 법에 정하지 않은 비급여 유형을 '임의

1) '요양급여 대상'은 국민건강보험 요양급여의 기준에 관한 규칙과 보건복지부 장관의 고시에서, '법정 비급여 진료행위'는 국민건강보험 요양급여의 기준에 관한 규칙 제9조 제1항의 별표2에서 각각 정하고 있다.

비급여 진료행위’로 분류하여 ‘법정 비급여’와 구별하고 있으며[2] 국민건강보험법상 요양급여와 관련된 규정들을 강행규정으로 보고 있다.[3] 제1심 및 원심은 피고 요양기관과 피보험자들 사이의 진료계약은 이러한 강행규정을 위반한 임의비급여 진료행위에 해당하여 무효이므로, 피고는 법률상 원인 없이 원고로부터 진료비 상당의 이익을, 피보험자들 역시 무효인 진료계약에 기초하여 법률상 원인 없이 보험금 상당의 이익을 얻었다고 보았다.

2. 채권자대위권 행사 가부

제1심과 원심 모두 “채권자가 보전하려는 권리와 대위하여 행사하려는 채무자의 권리가 밀접하게 관련되어 있고, 채권자가 채무자의 권리를 대위하여 행사하지 않으면 자기 채권의 완전한 만족을 얻을 수 없게 될 위험이 있어 채무자의 권리를 대위하여 행사하는 것이 자기 채권의 현실적 이행을 유효·적절하게 확보하기 위하여 필요한 경우에는 채권자대위권의 행사가 채무자의 자유로운 재산관리행위에 대한 부당한 간섭이 된다는 등의 특별한 사정이 없는 한 채권자는 채무자의 권리를 대위하여 행사할 수 있어야 한다(대법원 2001. 5. 8. 선고 99다38699 판결 등 참조).”라는 법리를 전제로 원고의 채권자대위권 행사 가부를 판단하였다.

제1심은 위 법리를 인용할 뿐 당해 사안에 위 법리가 어떻게 적용되는지에 관해 논하지 않았으나, 결론적으로 이 사건에서 채권자대위권의 행사를 허용하여야 한다고 판단하였다. 원심은 ① 피대위채권과 피보전채권 사이의 밀접한 관련성을 인정하였고, ② 원고가 피보험자들을 대위하여 위 진료비 상당의 부당이득금의 반환을 구하는 것이 원고 채권의 현실적 이행을 유효·적절하게 확보하기 위하여 필요하며, ③ 원고의 채권 행사가 피보험자들의 자유로운 재산관리행위에 관한 부당한 간섭으로도 보이지 않으므로, 이 사건에서 피보험자들이 무자력이어야 한다는 요건을 엄격하게 적용할 수 없다고 보았다. 따라서 원심은 원고가 피보험자들의 피고에 대한 부당이득반환청구권을 대위하여 행사할 수 있다고 판단하였다.

Ⅲ. 대법원의 판단(대법원 2022. 8. 25. 선고 2019다229202 전원합의체 판결, 이하 ‘대상판결’)

대법원은 부당이득반환청구권이 성립함을 전제로 채권자대위권의 행사 가부만을 논하였다.

---

2) 국민건강보험을 규율하는 법령은 ① 원칙적으로 모든 진료행위를 요양급여 대상으로 삼고, 요양급여의 구체적인 적용기준과 방법은 요양급여기준규칙과 보건복지부장관의 고시에 의하도록 하며, ② 규정되지 아니한 새로운 형태의 진료행위가 이루어지거나 기존 요양급여기준에 불합리한 점이 있으면 요양급여기준규칙이 정하는 여러 신청절차를 통하여 이를 요양급여대상으로 포섭하게 하고, ③ 요양급여기준규칙 제9조 제1항에 규정된 이른바 ‘법정 비급여 진료행위’는 이를 건강보험 적용대상에서 제외하여 그 부분에 한하여 요양기관과 가입자 등의 사적 자치에 비용 부담을 맡기고 있다. 따라서 요양기관은 ‘법정 비급여 진료행위’가 아닌 한 원칙적으로 요양급여의 인정기준에 관한 법령에서 정한 기준과 요양기관과 가입자 등으로부터 요양급여비용을 지급받을 때에도 그 산정기준에 관한 법령에서 정한 기준과 절차에 따라야 한다. 그러므로 요양기관이 그 기준과 절차에 따르지 아니하고 임의로 비급여 진료행위를 하고 가입자 등과 사이에 요양 비급여로 하기로 상호 합의하여 그 진료비용 등을 가입자 등으로부터 지급받은 경우는 위 기준에 위반되는 것으로서, 원칙적으로 국민건강보험법 제57조 제1항, 제98조 제1항 제1호 등에서 규정한 ‘속임수나 그 밖의 부당한 방법으로 가입자 등에게 요양급여비용을 부담하게 한 경우’에 해당한다. 대법원 2012. 6. 18. 선고 2010두27639,27646 전원합의체 판결 참조.

3) 대법원 2001. 7. 13. 선고 99두12250 판결 참조.

제1심 및 원심이 대법원 2001. 5. 8. 선고 99다38699 판결의 법리를 근거로 하였던 것과 달리, 대상판결은 대법원 2020. 5. 21. 선고 2018다879 전원합의체 판결의 법리를 근거로 삼았다. 즉 대법원은 "보전의 필요성은 채권자가 보전하려는 권리의 내용, 채권자가 보전하려는 권리가 금전채권인 경우에는 채무자의 자력 유무, 채권자가 보전하려는 채권과 대위하여 행사하려는 권리의 관련성 등을 종합적으로 고려하여 채권자가 채무자의 권리를 대위하여 행사하지 않으면 자기 채권의 완전한 만족을 얻을 수 없게 될 위험이 있어 채무자의 권리를 대위하여 행사하는 것이 자기 채권의 현실적 이행을 유효·적절하게 확보하기 위하여 필요한지 여부를 기준으로 판단하여야 하고, 채권자대위권의 행사가 채무자의 자유로운 재산관리행위에 대한 부당한 간섭이 되는 등 특별한 사정이 있는 경우에는 보전의 필요성을 인정할 수 없다(대법원 2020. 5. 21. 선고 2018다879 전원합의체 판결 참조)." 라는 법리에 입각하여 이 사건 채권자대위권 행사의 가부를 판단하였다.

그러나 다수의견과 반대의견은 동일하게 위 법리에 기초하면서도 채무자의 자력과 무관하게 보전의 필요성을 인정할 수 있는지에 관하여는 의견을 달리하였다. 8인의 다수의견[4] 및 다수의견에 대한 보충의견[5]은 보전의 필요성을 인정하기 위해 원칙적으로 채무자가 무자력이어야 하며, 결론적으로 이 사건에서는 채무자의 무자력이 인정되지 아니하여 보전의 필요성이 인정되지 않으므로 각하한다는 판단을 내렸다. 한편, 5인의 반대의견[6]은 이 사건 채무자의 자력 여부와 무관하게 보전의 필요성을 인정하였다.

1. 다수의견

다수의견은 보전의 필요성이 적극적 요건("채권자가 채무자의 권리를 대위하여 행사하지 않으면 자기 채권의 완전한 만족을 얻을 수 없게 될 위험이 있어야 하고, 채무자의 권리를 대위하여 행사하는 것이 위와 같은 위험을 제거하여 줌으로써 자기 채권의 현실적 이행을 유효·적절하게 확보하는 데에 필요함")과 소극적 요건("채권자대위권의 행사가 채무자의 자유로운 재산관리행위에 대한 부당한 간섭이 되는 등 특별한 사정이 없을 것")으로 구분됨을 명확히 하고, 이 사건에서는 양자 모두 충족되지 않으므로 보전의 필요성이 부정된다고 판단하였다.

적극적 요건과 관련하여, 다수의견은 금전채권이 피보전채권인 경우 원칙적으로 채무자가 무자력이어야만 보전의 필요성이 인정된다고 보았다. 채무자에게 자력이 있다면, 채무자의 책임재산에 대한 강제집행을 통해 채권의 만족을 얻을 수 있기 때문이다. 이와 달리 채무자의 자력 여부와 무관하게 채권자대위권의 행사를 허용한다면 대위채권자에게 사실상의 담보를 취득하는 특권을 부여하고, 법적 근거 없이 채권의 상대효 원칙에 반해 직접청구권을 인정하게 되며, 대위채권자의 채권이 다른 채권자보다 우선적으로 실현되어 채권자평등주의에 기반한 민사집행법 체계와의 조화를 이루지 못할 수 있다.

---

4) 대법관 김명수, 대법관 김선수, 대법관 노정희, 대법관 노태악, 대법관 민유숙, 대법관 오경미, 대법관 조재연, 대법관 천대엽.
5) 대법관 오경미.
6) 대법관 김재형, 대법관 박정화, 대법관 안철상, 대법관 이동원, 대법관 이흥구.

다수의견에 따르면 피대위채권과 피보전채권 간 밀접한 관련성이 인정되는 등 특수한 사정이 인정될 경우 채무자의 자력 여부와 무관하게 적극적 요건이 인정될 여지가 있다. 그러나 이는 예외적인 경우로서 엄격한 판단을 요하며, '사실상의 관련성'만으로 밀접한 관련성이 인정될 수는 없다. 다수의견은 이 사건에서 피보험자의 무자력이 주장·증명되지 아니하였고, 피보험자들에 대한 보험금 상당의 부당이득반환채권과 피고들에 대한 진료비 상당의 부당이득반환채권 간 밀접한 관련성이 인정되지도 않으므로 적극적 요건이 충족되지 않는다고 보았다.

한편 다수의견은 '피보전채권에 발생한 위험을 제거하여 자기 채권을 실현하려는 채권자의 이익'과 '고유의 재산관리권 행사를 간섭받지 않을 채무자의 이익'을 비교형량하여 소극적 요건을 판단하였다. 구체적으로, 이 사건에서 피보험자가 실제로 요양기관을 상대로 부당이득반환채권을 행사할 것이라고 단정할 수 없으므로 소극적 요건 역시 충족되지 않는다고 판단하였다.

2. 반대의견

반대의견은 보전의 필요성을 '채권자가 채무자에 대한 채권의 실현을 확보할 필요성'으로 정의하고, 구체적 타당성을 고려하여 판단하여야 하는 탄력적인 개념이라고 보았다. 이에 따르면, '채권자가 채무자의 권리를 대위하여 행사하지 않으면 자기 채권의 완전한 만족을 얻을 수 없게 될 위험이 있어 채무자의 권리를 대위하여 행사하는 것이 자기 채권의 현실적 이행을 유효·적절하게 확보하기 위하여 필요한 경우'에만 보전의 필요성이 인정되는 것은 아니며, 이는 보전의 필요성이 인정되는 하나의 예에 불과할 뿐이다.

반대의견은 다음과 같은 이유에서 피보전채권이 금전채권인 경우에도 채권자대위권의 행사를 위해 채무자의 무자력이 원칙적으로 요구되지는 않는다고 보았다. 다수의견의 태도는 ① 채권자대위권의 행사요건을 단순하게 정하고 있는 민법 제404조 제1항 본문의 문언 해석에 부합하지 않으며, ② 채권자대위권 행사의 허용 범위를 확대하여 법문언에 부합하는 해석을 전개해 온 판례의 흐름과도 배치된다. 또한 ③ 민법이 민사집행법에 따른 채권 실현의 방법과 별도로 채권자대위권을 규정하고 있으므로, 민사집행법상 강제집행의 가능성을 이유로 채권자대위권의 행사를 금지 또는 제약할 수는 없다. 특히 반대의견은 ④ 대상판결에서 채권자대위권의 행사를 허용하지 않는다면 보험자는 수백 명의 피보험자들에게 개별적으로 부당이득의 반환을 구하여야 하고, 피보험자는 다시 요양기관을 상대로 부당이득의 반환을 구하여야 하므로 과도한 시간적·금전적 비용이 소요될 수 있다는 것도 지적한다.[7] 나아가 요양기관을 상대로 진료비 반환을 구할 유인이 없는 피보험자를 분쟁의 당사자로 불러내는 것 역시 비합리적이다.

반대의견은 이 사건에서 채무자의 무자력이 인정되지 않지만, 채권의 발생 근거, 내용과 목적 등을 고려해보았을 때 피보전채권과 피대위채권 간 밀접한 관련성이 인정된다고 판단하였다. 또한 당사자들의 이익 상황, 거래관념, 법령의 목적 등을 고려하여 당사자들의 의사를 추단해보았을 때, 채권자대위권의 행사가 당사자들에 대한 부당한 간섭이 되는 것도 아니므로 보전의 필요성이 인정된다고 판단하였다.

---

7) 반대의견은 그동안 보험자가 각각의 피보험자를 상대로 임의 비급여와 관련하여 부당이득반환을 구한 사례가 극히 드물었다는 것이 이를 방증한다고 한다.

종합하여, 각 요건에 대한 다수의견과 반대의견의 견해를 표로 정리하면 다음과 같다.

<표 1> 각 요건에 대한 다수의견·반대의견의 견해

	적극적 요건		소극적 요건	채권자대위권 행사 가부
	채무자의 무자력	피보전권리와 피대위권리 간 밀접한 관련성		
다수의견	X	X	X	X
반대의견	X	O	O	O

3. 보충의견

보충의견은 다수의견을 보충하며 반대의견의 논거들을 다음과 같이 반박하였다.

우선 적극적 요건과 관련하여, ① 법문언이 채무자의 무자력 요건을 규정하고 있지 않다는 반대의견의 주장은 타당하지 않다. 민법 제404조 제1항 본문의 '보전(保全)'의 필요성이란 채권에 대한 위험의 존재와 채권자대위권의 행사를 통한 위험 제거의 효용성을 그 개념적 요소로 내포한다. 그런데 피보전채권이 금전채권이고 채무자가 자력이 있다면, 채권자는 채무자의 책임재산에 대한 집행을 통해 채권을 만족시킬 수 있으므로 피보전채권에 대한 위험은 존재하지 않는다. ② 종래 대법원은 피보전채권의 실현을 위하여 피대위채권의 실현이 필수적으로 요구되는 경우,[8] 등기청구권인 피보전채권과 피대위채권이 이행불능에 따라 금전채권으로 변형된 경우[9] 등 극히 특수한 사안에서만 채무자가 자력이 있음에도 보전의 필요성을 인정해 왔을 뿐이다. ③ 반대의견이 채권자대위권 성립의 근거로 삼고 있는 피보전채권과 피대위채권 간 발생원인, 내용, 목적 등의 관련성은 사실적이고 상대적인 개념으로, 이렇듯 불분명한 기준으로는 거래 현실에 존재하는 다양한 형태의 다수당사자 간 법률관계를 합리적으로 규율할 수 없다.

또한 소극적 요건과 관련하여, 피보험자가 보험자의 채권자대위권 행사에 반대할 의사가 없다고 단정할 수도 없다. 따라서 피보험자가 무자력이 아닌 이상, 피보험자의 의사 또는 이익과 보험자의 그것이 같다고 추정하여 보험자의 채권자대위권 행사를 허용하는 것은 피보험자의 권익을 부당하게 침해할 수 있다.

8) 대법원 1968. 6. 18. 선고 68다663 판결 참조.
9) 대법원 2006. 1. 27. 선고 2005다39013 판결 참조.

[평석]

Ⅰ. 서론

우리 국민건강보험법은 요양기관의 진료행위를 급여와 비급여로 나누어 규정하며, 이에 속하지 않는 의료행위를 허용하지 않는다.[10] 이른바 '임의 비급여'란 법에 규정되지 않은 비급여 유형으로, 법정 비급여와 달리 원칙적으로 허용되지 않는 의료행위를 일컫는다. 임의 비급여 진료행위를 할 것을 계약하는 진료계약은 특별한 사정이 없는 한 강행규정인 요양급여기준에 위배되어 무효이며,[11] 실손의료보험의 보상 대상에도 해당하지 않는다.

그런데 일부 요양기관은 실손의료보험의 피보험자들에게 맘모툼 절제술, 트리암시놀른 주사 등 임의 비급여 진료행위를 행한 후 진료비를 지급받았고, 이에 따라 보험회사들은 피보험자들에게 진료비 상당의 보험금을 지급하였다. 추후 보험회사들은 당해 진료행위가 임의 비급여에 해당함을 확인한 후 보험금 반환청구 소송을 진행하였는데, 특히 대형 보험회사들을 중심으로 피보험자들을 대위하여 요양기관들에 대해 직접 진료비의 반환을 구하는 소송이 다수 제기되었다. 실제로 대형 보험회사들 다섯 곳의 임의 비급여 소송가액은 900억 원 정도로, 보험업계는 총 1,000억 원 이상 규모의 임의 비급여 소송가액이 문제되고 있다고 추산하고 있다. 이에 따라 보험업계는 채권자대위권 제도를 통해 부당이득을 반환받지 못하는 경우 고객인 보험 가입자를 상대로 소송을 제기해야한다는 점에서 운영상의 부담을 토로하기도 한다.[12]

그러나 이는 단지 이해관계가 상충하는 두 이익집단 중 누구의 손을 들어줄지에 관한 문제라고만 할 수 없다. 환자들의 수요에 발맞추어 발전하는 의료 기술이 기존의 급여 체계에 편입되는 데에는 시간이 소요될 뿐 아니라 국민건강보험으로 요양기관의 모든 의료행위의 비용을 보전할 수 없는바, 실손의료보험은 사경제 영역에서 그 공백을 메우는 역할을 하기 때문이다. 가입자 수를 보더라도 2022년도를 기준으로 3,997만 명의 국민이 실손의료보험을 통해 국민건강보험으로 보장되지 않는 치료비를 보장받고 있는데,[13] 보험의 공공성을 고려해보았을 때 보험회사의 채권자대위권 행사가 허용되지 않는다면 관련 비용이 궁극적으로 보험 가입자 전체에게 전가되는 것 역시 우려된다.

위와 같은 보험회사의 요양기관에 대한 채권자대위권 청구에 대하여 하급심은 서로 다른 결론을 내려왔다. 이에 대법원은 2022. 3. 17. 맘모툼 절제술과 트리암시놀른 주사가 문제된 두 사건에 대한 공개변론을 진행하였으며, 그 결과 트리암시놀른 주사가 문제된 사건에 대해 대상판결을 선고하였다. 대상판결의 다수의견은 대법원 판결로는 최초로, 보험자가 임의 비급여 진료행위를 이유로 발생한 실손보험금 반환채권을 피보험자를 대위하여 요양기관에 대해 직접 행사할 수 없다고 결정하였다.

본 평석은 이 사건 채권자대위권의 행사가 허용되어서는 안된다는 다수의견의 결론에는 찬성하나, 다수의견이 채권자대위권 행사의 각 요건의 인정 여부에 관해 구체적으로 논증하지 않

---

10) 이에 관해서는 각주1과 각주2의 내용 참조.
11) 대법원 2001. 7. 13. 선고 99두12250 판결 참조.
12) 신도, "보험사, 실손보험 1000억원대 소송… 임의비급여·채권자대위 뭐길래", 아시아타임즈, 2022. 3. 22, https://www.asiatime.co.kr/article/20220322500110 (최종접속일 2023. 8. 31.).
13) 김혜주, "'4세대 실손 보험' 갈아탈까? … 세 가지 따져 보세요", KBS 뉴스, 2023. 6. 1, https://news.kbs.co.kr/news/view.do?ncd=7689497#:~:text=지난해%20말%20기준%20실손의료,만큼%20가입자%20규모가%20큽니다. (최종접속일 2023. 8. 31.).

았거나 잘못된 논증을 전개하였다는 점을 지적한다. 구체적으로, 다수의견이 강제집행 제도와 구별되는 채권자대위권의 역할이 부정된다는 전제 하에 논의를 전개하여 채권자대위권의 독자적 의의와 법적 성격을 규명하는 데 한계를 가짐을 보인다(Ⅱ). 위 전제를 토대로 다수의견은 피보전채권이 금전채권인 경우 채무자가 무자력이어야만 보전의 필요성이 인정된다는 원칙을 고수하였는바, 이러한 원칙은 보전의 필요성 법리 운용에 있어 타당하지 않다는 점을 지적한다(Ⅲ). 결과적으로, 대상판결에서 보전의 필요성이 부정되는 이유는 채무자의 무자력이 인정되지 않기 때문이 아니라 피보전권리와 피대위채권 간 밀접한 관련성이 인정되지 않기 때문임을 논하며(Ⅳ), 다수의견의 주장과 달리 이 사건 채권자대위권 행사가 부당한 간섭에 해당하는지 여부는 실질적인 판단 기준으로 작용하지 않음을 보인다(Ⅴ).

Ⅱ. 채권자대위권의 의의와 법적 성격

채권자대위권의 의의 및 법적 성격에 관한 논의는 보전의 필요성 법리에 관한 중요한 선행 논의로서 기능하며, 특히 채권자대위권 제도와 민사집행법상 강제집행 제도의 관계가 문제된다. 만약 채권자대위권 제도가 민사집행법상 강제집행 제도의 보조적 수단이라 본다면, 채무자가 자력을 가지지 않아 강제집행이 불가능한 경우에만 보전의 필요성이 인정된다. 이와 달리 채권자대위권 제도가 강제집행 제도와 구별되는 고유한 역할을 가진다고 본다면, 보전의 필요성의 판단 기준은 강제집행 제도의 운영에 구속되지 않는다. 이 경우 보전의 필요성은 채권자대위권 제도의 독자적 논리에 따라 구성될 수 있으며, 따라서 그 기준을 완화하여 해석하는 것도 가능하다. 실제로 대상판결에서 다수의견과 반대의견의 보전의 필요성에 대한 견해 대립 역시 채권자대위권의 의의와 법적 성격에 대한 입장의 차이에서 기인한다. 따라서 이하에서는 양자 간 관계에 관한 학설들을 살펴본 후 대상판결의 견해를 검토함으로써, 채권자대위권의 제도적 독자성을 인정하는 것이 타당함을 논한다.

1. 학설

종래 채권자대위권의 법적 성격과 관련하여 법정재산관리권설, 법정포괄담보권설, 대위권설 등의 학설이 대립해왔다.[14] 통설인 법정재산관리권설[15]은 채권자대위권을 채권 자체와는 별개인 종된 권리이자 채권의 효력의 일종으로서, 채권자가 자기 명의로 채무자의 자유에 간섭하여 채무자의 권리를 행사하는 관리권으로 본다. 이에 따르면 채권자는 대위권의 행사를 통해 모든 채권자를 위한 채무자의 책임재산을 보전할 뿐 자기 채권의 직접적인 만족을 얻을 수는 없다. 따라서 금전채권의 경우 채무자의 무자력이 채권자대위권 행사의 요건이 되어야 하고, 특정채권의 보전을 위해 대위권을 행사하는 것은 소위 채권자대위권의 ‘전용(轉用)’이 된다.

그 외에도 대위권설(고유권설)[16]은 채권자대위권에서 채권자가 채무자의 권리를 대위행사하는 것이 아니며, 채권자 자신의 권리인 ‘대위권’을 행사하는 것이라 본다. 또 포괄적 담보권

---

14) 주석 민법 채권총칙(2), 제5판, 한국사법행정학회, 2020, 192-196면(한애라 집필) 참조.
15) 주석 민법 채권총칙(2)(주 14), 192-193면; 곽윤직, 채권총론(민법강의Ⅲ), 제6판, 박영사, 2014, 134-135면; 양창수·김형석, 민법3(권리의 보전과 담보), 제3판, 박영사, 2018, 156면; 지원림, 민법강의, 제19판, 홍문사, 2022, 1162면; 송덕수, 신민법강의, 제12판, 박영사, 2019, 825면 참조.
16) 노종천, “채권자대위권의 법적성질”, 민사법학 제58권(2012), 271-272면 참조.

설[17]은 채권자대위권을 채권자가 자기 채권의 보전을 위하여 채무자의 책임재산에 대해 가지는 법률상의 포괄적 담보권으로 파악한다. 즉, 채권자대위권이 책임재산의 보전이라는 소극적 기능뿐 아니라 채권자 자신의 특정채권을 실현하기 위한 적극적인 기능까지 수행한다고 보는 것이다. 대위권설은 채권자대위권의 성질을 담보적 성격으로 한정짓지 않는다는 점에서 포괄적 담보권설과 구분된다. 그러나 두 학설은 채권자대위권의 행사가 일반채권자 모두를 위한다기보다 대위채권자의 자기 채권 보전을 목적으로 한다고 보므로, 구체적 사안에의 적용에서 양자 간 실질적인 차이는 없다.

각 학설에 따라 강제집행 제도와 채권자대위권 간 관계는 다르게 정립된다. 어떠한 학설이든 채권자대위권의 기능으로 책임재산의 보전, 특정채권의 실효성 확보, 사실상의 채권 회수를 인정한다.[18] 그러나 법정재산관리권설은 채권자대위권 제도의 본래적 기능을 책임재산의 보전에 한정하므로, 채권자대위권 제도가 강제집행 제도와 구별되어 가지는 독자적 의의는 약화된다. 이에 따르면 특정채권의 실효성 확보는 예외적인 경우에만 허용되는 채권자대위권의 전용에 불과하다. 상계적상에 따라 대위채권자가 금전채권에 대해 사실상 우선변제를 받는 경우 역시, 상계의 효력에 의해 발생하는 결과일 뿐 채권자대위권이 본래 예정한 효과는 아니다.

반면 포괄적 담보권설과 대위권설의 경우 채권자대위권의 독자적 의의는 특정채권을 보전하는 동시에 채권추심제도로 기능한다는 데에 존재한다. 특히 대위채권자가 상계를 활용해 우선변제를 받을 수 있다는 점은, 채권자대위권 제도가 강제집행의 보조적 수단에 불과하지 않으며 집행권원을 필요로 하지 않는 채권추심제도로서 추심소송과 구별되는 독자적인 의의를 가짐을 보여준다.[19]

2. 대상판결의 견해

다수의견과 반대의견은 채권이란 채권자가 채무자에 대해 이행을 청구할 수 있는 권리이므로, 채권자가 민사집행법에 따라 채무자에 대한 채권을 집행채권으로 하여 채무자의 제3자에 대한 채권을 압류·추심함으로써 자기 채권의 만족을 얻는 것이 '원칙'임에는 동의하였다.

그러나 반대의견은 민법 제404조가 위 원칙의 중대한 예외를 규정한 것이며, 특히 민사집행법상 강제집행 제도와 구별되는 채권자대위권의 독자적 의의를 명시한 것이라고 해석하였다. 반대의견은 포괄적 담보권설 내지는 대위권설과 같이, 사실상의 우선변제기능이 채권자대위권의 독자적 기능이라 파악하고 있는 것으로 보인다.

이처럼 채권자대위권 제도가 독자적 효용을 가지므로, 반대의견은 민사집행법상 강제집행 제도의 논리로 채권자대위권의 행사를 금지 또는 제약할 수 없다고 보았다. 채권자대위권 행사의 허부는 채권자대위권의 독자적 논리에 따라 '채권자의 현실적 이행을 유효·적절하게 확보하는 데에 필요한지'에 따라 판단하여야 한다는 것이다.

반대의견에 따르면, 이 사건에서는 채권자대위권 행사가 허용되지 않는 경우 보험자가 수백명의 피보험자들에게 일일이 부당이득반환을 구하여야 한다는 문제가 존재한다. 특히 피보전채권액이 소액인 경우 보험자가 각각의 피보험자에 대해 소를 제기하여 이행을 구하는 것은 현실적으로 어려우므로, 대상판결은 '채권자대위권의 행사가 채권자의 현실적 이행을 유효·적

17) 김형배, 채권총론, 제2판, 박영사, 1998, 345-352면 참조.
18) 주석 민법 채권총칙(2)(주 14), 192면 참조.
19) 김형배(주 17), 346-347면 참조.

절하게 확보하는 데에 필요한 경우’에 해당한다.

반면 다수의견은 채권자대위권 제도 역시 채권자평등주의에 기반한 민사집행법 체계와 조화를 이루어야 함을 강조하며 채권자대위권 제도의 독자성을 부정하였다. 강제집행 제도의 경우 다른 일반채권자들도 배당에 참여하는 만큼 당해 채권자가 채권 전액을 회수하지 못할 위험이 존재하며, 이 경우 채권자는 채무자의 다른 일반재산에 대한 추가적 집행을 통해 자기 채권의 보전을 꾀하여야 한다. 그런데 다수의견에 따르면 강제집행 제도 하에서 채권자가 이러한 절차적 번거로움을 감수해야 하는 것은 우리 민법이 압류선착주의를 취하지 않은 결과에 불과할 뿐이다

따라서 다수의견은 채권자가 채권자대위권 제도를 통해 절차적 번거로움 없이 효율적으로 자기 채권을 보전할 수 있더라도 단순히 채권 회수의 편의성을 근거로 보전의 필요성을 인정할 수는 없다고 보았다. 채무자가 자력을 가짐에도 사실상의 관련성을 이유로 금전채권의 대위행사를 허용한다면, 채권자대위권 제도는 채권자의 상계권 행사라는 사실상의 기능과 결합하여 민사집행법상 채권자평등주의 원칙을 무력화시킬 수 있기 때문이다. 또한 이는 부동산·동산에 대한 집행절차와 달리 채권 집행의 영역에서만 사실상의 우선주의가 적용되는 불균형한 결과를 발생시켜, 민사집행 제도 전반의 균형과 안정을 깨뜨릴 수 있기도 하다.

3. 검토

채권자대위권 제도는 민사집행법상 강제집행 제도와 구별되는 고유한 역할을 가지는가? 즉, 민법 제404조는 그 자체로 강제집행 제도에 대한 중대한 예외를 규정하고 있는가?

우선 조문을 살펴보면, 민법 제404조 제1항은 “자기의 채권을 보전하기 위하여”라 규정하고 있다. 이처럼 문언에서 ‘자기의 채권’이 보전의 대상이 된다고 언급한 것은 채권자대위권 제도를 통한 보전의 대상이 채무자의 전체 책임재산이 아닌 당해 채권자의 채권임을 보여준다.[20] 즉, 문언적 해석에 입각하였을 때 채권자대위권은 법정재산관리권보다 대위권 내지는 포괄적 담보권에 가깝다. 그러나 “자기의 채권을 보전하기 위하여”라는 문언이 책임재산 보전 기능을 명시적으로 배제하고 있지는 않은바, 이하에서는 책임재산 보전 기능 및 특정채권의 실효성 확보 기능과 관련하여 채권자대위권이 강제집행 제도와 구별되는 고유한 역할을 가진다고 볼 수 있을지 검토한다.

첫째, 책임재산 보전에 있어 채권자대위권은 민사집행법상 강제집행 제도와 달리 집행권원을 필요로 하지 않고, 그 요건과 절차도 상대적으로 간단하다. 채권자대위권제도의 독자성을 부정하는 입장에서는 이러한 집행의 편리성이 채권자 입장에서의 장점일 뿐이며, 채권자대위권 제도 하에서 사실상의 우선변제권을 인정하는 것은 다른 채권자들과의 형평을 해치고 채무자에 대한 부당한 간섭이 될 수 있다고 지적한다.[21] 다수의견 역시 강제집행 제도를 통해 채권을 보전할 수 있음에도 채권자대위권의 행사를 허용하는 것은, 대위채권자에게만 사실상의 담보를 취득하는 특권을 부여함으로써 채권자평등주의를 해한다고 비판하였다. 강제집행 제도에서 집행에 관해 엄격한 요건들을 정해두고 이러한 요건을 충족하였을 때에만 집행이 이루어지도록 하는 것

---

20) 민법 제404조의 ‘자기의 채권의 보전의 필요’가 ‘자기 채권의 확보’의 의미로서 입법되었기 때문에 채권자대위권이 채권의 효력 중 하나라고 보는 견해가 있다. 오수원, 민법연구 제1권 채권자대위권, 박영사, 2016, 197-200면 참조.

21) 이은영, 채권총론, 개정판, 박영사, 2002, 422면 참조.

은 법적 안정성을 제고하는 한편 집행에 신중함을 기하기 위함인 만큼, 절차의 편리성을 장점으로만 인식하기는 어렵다는 것이다.

그러나 채권자대위권 제도 하에서도 보전의 필요성의 각 요건을 통해 집행의 적정성을 담보할 수 있다는 점에 주목해 보아야 한다. 보전의 필요성이라는 채권자대위권 제도 내의 독자적 기준은 대위채권자와 다른 이해관계인들의 이해관계를 조정함으로써 채권자대위권의 행사가 부적절한 집행으로 이어지는 것을 막는다. 구체적으로 채무자의 자력 여부, 피보전채권과 피대위채권 간 관련성 등을 종합적으로 고려하는 적극적 요건은 대위채권자가 다른 채권자들에 비해 부당한 특혜를 받지 않도록 조정한다. 또한 소극적 요건은 채권자대위권의 행사가 채무자나 제3채무자의 자유를 부당하게 해치는 것을 방지한다. 이러한 보전의 필요성 법리는 채권자대위권의 행사가 과다하거나 부당한 집행으로 이어지는 것을 막는다. 즉, 보전의 필요성 법리는 대위채권자의 권리 행사가 대위채권자에게 부여된 불합리한 특권이 되지 않도록 조정함으로써 채권자평등주의라는 대원칙에 위배되지 않게 한다. 따라서 절차의 편리성이 가지는 부작용을 이유로 채권자대위권 제도의 독자적 의의를 평가절하하는 주장은 타당하지 않다.

둘째, 채권자대위권은 청구권뿐 아니라 형성권 등 강제집행의 목적으로 되지 않는 권리도 피대위채권에 포함시켜 피보전채권의 실효성을 확보하는 데 기여한다.[22] 이러한 역할에 대해서는 채권자대위권의 독자성을 인정하는 측과 부정하는 측 모두 동의한다. 다만 전자는 이를 채권자대위권의 본래적 기능으로 보는 반면, 후자는 이를 채권자대위권의 전용에 해당한다고 보는 점에서 구별된다.

그러나 강제집행 제도를 통해 보전할 수 없는 권리를 채권자대위권으로 보전할 수 있을 뿐 아니라 현재 채권자대위권이 행사되는 대부분의 사례가 그러한 경우에 해당함을 고려하면, 강제집행 제도와 구별되는 채권자대위권 제도의 독자적 기능을 인정하는 것이 타당하다. 실제로 우리나라가 채권자대위권 제도를 계수한 일본, 그리고 그 기원이 된 간접소권(action oblique) 제도를 탄생시킨 프랑스에서는 강제집행 제도의 완비에 따라 특정채권의 실효적 만족을 위한 채권자대위권의 기능에 대한 논의가 확대되었고, 최근 민법 개정을 통해 그러한 논의를 반영하기도 하였다.[23]

구체적으로 프랑스는 1980년대 이후 금전채권 이외의 채권을 보전하기 위한 간접소권의 행사를 허용해왔고, 2000년대에 들어서는 '채권자의 채권이 만족을 얻지 못하게 될 위험에 처해 있을 때'라는 일반적 표현을 사용하여 채무자의 무자력뿐 아니라 다양한 상황에서 '간접소권을 행사할 이익'이 인정될 수 있음을 인정하였다.[24] 즉 프랑스는 책임재산의 보전과 무관한 경우에도 '행사할 이익'을 인정하여, 채권자가 간접소권의 행사를 통해 별도의 집행절차 없이도 특정채권의 만족을 얻을 수 있도록 해왔다. 나아가 프랑스의 2016년 개정 민법은 채무자가 "채권자의 권리를 위태롭게 할 경우" 간접소권을 행사할 수 있다고 규정하였는데,[25] 이는 채무자의 무자력과 관계없이 채권자의 권리가 위태롭게 되었다고 평가할 수 있으면 간접소권

---

22) 주석 민법 채권총칙(2)(주 14), 190면 참조.

23) 주석 민법 채권총칙(2)(주 14), 190-192면 참조.

24) Civ. 1re 17 mai 1982, *Gaz. Pal.* 1982. 2. pan. 301; *JCP* 1982. IV. 263 참조. 여하윤, 채권자대위권 연구, 경인문화사, 2007, 69면에서 재인용.

25) 프랑스 민법 제1341-1조. "Lorsque la carence du débiteur dans l'exercice de ses droits et actions à caractère patrimonial compromet les droit 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." (채무자가 그의 재산적 권리와 소권 행사를 태만히 함으로써 채권자의 권리를 위태롭게 할 경우, 채권자는 채무자의 계산으로 채무자의 일신에 전속한 권리를 제외한 채무자의 권리와 소권을 행사할 수 있다.)

을 행사할 수 있다는 기존 판례 이론을 반영한 것으로 평가된다.[26]

한편, 일본은 2017년 민법 개정을 통하여 채권자대위권을 '책임재산 보전형'과 '개별적 권리실현 준비형'의 두 가지 유형으로 나누어 입법화하였다.[27] 이 역시 소위 채권자대위권의 전용형에 해당하는 사례들이 크게 증가한 데에서 비롯한 변화였으며, 일본은 개정을 통해 채권자대위권의 목적이 책임재산 보전에만 국한되지 않는다는 점을 명확히 하였다. 즉 일본 개정 민법은 채권자대위권이 특정채권의 실효성 확보 및 채권 회수 기능을 수행하고 있음을 확인하는 한편, 그러한 기능의 실효성을 확보하고자 하였다.[28]

우리 법체계에서도 채권자대위권은 실질적으로 금전채권보다 특정채권의 보전에서 중요한 역할을 수행하고 있다. 이처럼 소위 채권자대위권의 전용이라 불렸던 사례들이 크게 증가하고 주류를 이루어가고 있는 만큼, 현 시점에서 특정채권의 보전을 위한 채권자대위권의 행사를 단순히 '전용'으로만 구분하는 의미는 퇴색되었다고 할 수 있다. 특히 애초에 우리나라의 채권자대위권 제도가 일본과 마찬가지로 이미 독일 민사소송법에 따라 강제집행 제도가 완비된 후 만들어진 것이라는 점[29] 역시, 채권자대위권 제도가 반드시 강제집행 제도와 동일한 기능을 수행할 필요는 없음을 잘 보여준다.

결국 반대의견과 마찬가지로 민법 제404조는 그 자체로 강제집행 제도와 구분되는 역할 및 기능을 가진다고 할 수 있으며, 따라서 채권자대위권은 민사집행법상 강제집행이 가능한 경우에도 행사될 수 있다. 다만 보전의 필요성의 각 요건을 합리적으로 제한하여 민사법 전반과 조화를 꾀할 수 있는 방식으로 채권자대위권 제도가 해석 및 운용되도록 하는 것이 중요할 것이다.

Ⅲ. 보전의 필요성 법리

대상판결의 다수의견과 반대의견은 모두 대법원 2020. 5. 21. 선고 2018다879 전원합의체 판결이 설시한 보전의 필요성 법리에 기초하고 있으나, 해당 법리의 해석에 있어 결정적 차이를 보였다. 그 차이는 근본적으로 채권자대위권 제도의 독자적 의의에 대한 견해대립에서 비롯한 것이며, 특히 피보전채권이 금전채권인 경우 채무자의 무자력이 원칙적 요건인지를 두고 양자의 대립은 분명하게 가시화된다. 이에 본 평석은 보전의 필요성 법리, 특히 피보전채권이 금전채권인 경우 채무자의 무자력이 원칙적 요건인지에 관한 학설 및 판례의 변천을 검토한 후, 채무자의 무자력을 원칙으로 고수하는 다수의견의 입장이 타당하지 않음을 밝힌다.

1. 학설

26) 안문희, "프랑스민법상 채권자대위권의 법적 성격 및 적용 범위", 중앙법학 제22집 제3호(2020), 95-96면; 여하윤, "채권자대위권(action oblique)에 관한 프랑스에서의 최근 입법 동향", 재산법연구 제34권 제4호(2018), 174-176면; 여하윤, "채권자대위권에 있어서 '채권보전의 필요성'의 의미", 법조 제71권 제6호(2022), 479면 참조.
27) 김철수, "개정 일본민법상의 채권자대위권과 한국 민법의 개정", 동북아법연구 제13권 제2호(2019), 32면 참조.
28) 박태신, "일본의 개정 민법에 있어서 채권자대위권에 관한 연구", 연세법학 제31호(2018), 48면 참조.
29) 주석 민법 채권총칙(2)(주 14), 190면; 지원림(주 15), 1161면 참조.

채권자대위권의 법률상 근거인 민법 제404조 제1항은 문언상 “일신전속권은 채권자대위권 행사가 불가능하다”는 예외를 설정하는 것 외에는 “자기의 채권을 보전하기 위하여”의 의미가 무엇인지 규정하고 있지 않으며, 따라서 보전의 필요성이 무엇을 의미하는지에 대해 다양한 논의가 전개되어왔다. 특히 피보전채권이 금전채권인 경우 종래 논의는 주로 채무자의 무자력이 보전의 필요성 판단에서 원칙적 요건인지 여부에 집중되었다. 이에 관해 크게 세 가지 학설이 대립하고 있다.

첫째, 무자력 필요설은 채권자대위권 제도의 목적을 일반채권자를 위한 채무자의 책임재산 보전에서 찾으며, 따라서 채권자대위권의 행사를 위해서는 채무자의 무자력이 요구된다고 본다.[30] 이에 따르면 채무자가 무자력이 아닌 상황에서 채권자대위권의 행사를 허용하는, 소위 채권자대위권의 전용에 해당하는 사례들은 채권자대위권 제도가 본래 의도했던 경우가 아니므로 가능한 채권자대위권이 아닌 다른 법리로 해결하여야 한다. 예컨대, 입법적으로 직접청구권 제도를 도입하는 등 전용형 채권자대위권과 같은 효과를 추구하는 것이 바람직하다는 것이다.[31]

둘째, 무자력 불요설[32]은 민법 제404조의 법문상 채무자의 무자력이 채권자대위권 행사의 요건으로 규정되어 있지 않으므로, 피보전채권이 금전채권인 경우에도 채무자의 무자력이 요구되지 않는다고 본다. 무자력 불요설은 이외에도 현재 채권자대위권 제도가 강제집행, 특히 가압류의 준비행위로서 이용되는 경향이 있으므로 실무상 채무자의 무자력을 입증하기 지극히 곤란하다는 점,[33] 채무자는 스스로의 권리를 행사하는 데 아무런 제한이 없으나 채권자가 채무자의 권리를 대위행사하는 경우에만 무자력을 요구하는 것은 부당하다는 점 등을 논거로 삼는다.[34] 대신 무자력 불요설은 채권 그 자체의 ‘이행청구를 위하여 필요한 때’에 보전의 필요성을 인정하여야 한다고 본다. 이에 따르면 채무자의 무자력은 양자택일적으로 무조건 요구하거나 요구하지 아니할 대상이 아니며, 피대위채권과 피보전채권의 간 관련성 등과 함께 종합적으로 고려되어야 한다.[35] 즉 무자력 불요설은 채권자대위권의 권리성을, 즉 채권자대위권 제도가 채권의 실현을 구하는 제도임을 강조하고 있다.[36]

셋째, 통설인 절충설은 피보전채권이 금전채권인 경우를 ‘기본형(본래형)’으로, 특정채권인 경우를 ‘전용형’으로 구분하여, 전자에서는 후자와 달리 무자력 요건이 요구된다고 본다.[37] 통설에 따르면, 기본형(본래형) 채권자대위권의 경우 채무자의 책임재산이 부족해지는 것을 방지하는 데에 그 의의가 있으므로 채무자가 무자력인 경우에만 보전의 필요성을 인정할 수 있다. 금전채권은 특정채권과 달리 대체성이 있어 채무자의 일반재산을 통해 그 만족을 얻

---

30) 주석 민법 채권총칙(2)(주 14), 221면 참조.
31) 명순구, “프랑스 민법 연구의 성과 및 향후의 전망 -채권자대위제도의 운용을 중심으로-”, 비교사법 제12권 제1호(2005), 78-81면 참조.
32) 주석민법 채권총칙(2)(주 14), 222면; 김형배, “채권자대위권에 있어서 무자력 요건의 재검토”, 법학논집 23권(1985), 352-357면; 정기웅, 채권총론(제2전정판), 법문사, 2014, 230-232면; 오수원, “채권자대위권에 있어서 채무자의 무자력 요건론의 재검토”, 인권과 정의 통권 443호(2014), 25면 참조.
33) 박종윤, “채권자대위권 ―무자력이론과 기판력에 관한 재검토―”, 사법논집, 제6집(1975), 49-50면 참조.
34) 김주수, 채권총론, 삼영사, 2003, 215-220면 참조.
35) 주석민법 채권총칙(2)(주 14), 223면; 정기웅(주 31), 232면 참조.
36) 주석민법 채권총칙(2)(주 14), 221면 참조.
37) 곽윤직(주 14), 135-138면; 송덕수(주 15), 831-832면; 이은영(주 21), 435-436면; 강봉석, “채권자대위권에 있어서 채권보전의 필요성”, 민사판례연구 24권, 박영사(2002), 195면 참조.

을 수 있으므로, 채무자가 무자력이 아님에도 채권자대위권의 행사를 허용하면 채무자의 자유로운 재산관리권에 대한 부당한 간섭이 될 수 있기 때문이다.[38] 한편 통설은 피보전채권이 금전채권인 경우에도 피보전채권과 피대위채권 간 관련성 등을 근거로 채무자의 자력 여부와 무관하게 채권자대위권의 행사가 허용될 수도 있다고 보며, 이를 '기본형의 예외(전용형의 확장)'라고 일컫는다.[39]

2. 판례의 변천

초기 대법원은 통설과 마찬가지로 피보전채권을 금전채권과 특정채권인 경우로 나누는 형식적 이분법에 입각하여 각기 다른 기준에 따라 보전의 필요성을 판단하였다(1단계). 그러나 이후 피보전채권이 금전채권인 경우에도 채무자의 자력 여부와 무관하게 보전의 필요성을 인정하는 예외가 축적되었고, 대법원 2001. 5. 8. 선고 99다38699 판결에서 최초로 피보전채권이 금전채권과 특정채권인 경우를 포괄하는 일반 기준을 설시하였으며(2단계), 대법원 2020. 5. 21. 선고 2018다879 전원합의체 판결은 이러한 법리를 구체화하는 한편 각 요건 간 위치를 재정립하였다(3단계).[40]

가. 1단계 - 금전채권과 특정채권의 구분

종래 대법원은 보전의 필요성이 무엇인지 일반적인 법리를 설시하지 않은 채 개별 사안을 판단하였으나, 통설과 같이 채권자대위권의 피보전채권을 특정채권과 금전채권으로 나누어 각 유형에서 무자력 요건의 요부를 달리 판단하였다.[41] 즉 대법원은 피보전채권이 금전채권인 경우에는 채무자가 무자력이어야 보전의 필요성이 인정된다고 보았던 반면, 피보전채권이 특정채권인 경우에는 채무자의 무자력을 요구하지 않고 보전의 필요성을 인정하였다.

한편 대법원은 위 이분법을 인정하면서도 피보전채권이 금전채권인 경우에도 채무자의 자력 여부와 무관하게 피대위채권과 피보전채권 간 밀접한 관련성 등을 이유로 채권자대위권의 행사가 허용된다고 보는 예외, 즉 '기본형의 예외'를 확장해갔다.[42]

나. 2단계 - 일반기준의 제시

상술하였듯 1단계 판례들에서 대법원은 피보전채권이 특정채권인 경우 채무자의 무자력이 요구되지 않는다고 하였을 뿐, 보전의 필요성을 인정하기 위한 요건을 구체적으로 설시하지는

---

38) 대법원 1963. 4. 25. 선고 63다122 판결; 대법원 1969. 7. 29. 선고 69다835 판결 등 참조; 정병호, "채권자대위권에 있어서 금전채권을 보전할 필요성 -판례의 내용 확인을 중심으로", 재산법연구 제25권 제3호(2009), 245면; 송덕수(주 15), 831-832면; 이은영(주 21), 434-435면; 추신영, "채권자대위권과 보전의 필요성", 법학연구 제23권 제1호(2015), 242면 참조.

39) 여하윤, "채권자대위권에 있어서 '채권보전의 필요성'의 의미", 법조 제71권 제6호(2022), 477-478면 참조.

40) 김덕중, "채권자대위권에서 보전의 필요성에 관한 판례상 판단기준", 법학연구 제30권 제2호(2022), 139-146면 역시 유사한 취지에서 판례의 변천 및 대법원 2020. 5. 21. 선고 2018다879 전원합의체 판결의 의의를 서술한 바 있다.

41) 피보전채권이 금전채권인 사례로는 대법원 1963. 4. 25. 선고 63다122 판결, 대법원 1969. 11. 25. 선고 69다1665 판결, 대법원 1993. 10. 8. 선고 93다28867 판결 등 참조. 피보전채권이 특정채권인 사례로는 대법원 1992. 10. 27. 선고 91다483 판결, 대법원 1995. 5. 12. 선고 93다59502 판결 등 참조.

42) 대법원 1968. 6. 18. 선고 68다663 판결; 대법원 1989. 4. 25. 선고 88다카4253,4260 판결 등 참조.

않았다. 그러나 상표 표시 및 제품공급권의 보전을 위한 채권자대위권의 행사 가부가 문제된 사안[43]에서 대법원은 최초로 ① 채권자가 보전하려는 권리와 대위하여 행사하려는 채무자의 권리가 밀접하게 관련되어 있고(이하 '밀접관련성'), ② 채권자가 채무자의 권리를 대위하여 행사하지 않으면 자기 채권의 완전한 만족을 얻을 수 없게 될 위험이 있어 채무자의 권리를 대위하여 행사하는 것이 자기 채권의 현실적 이행을 유효·적절하게 확보하기 위해 필요하며(이하 '필요수단성'), ③ 채권자대위권의 행사가 채무자의 자유로운 재산관리행위에 대한 부당한 간섭이 된다는 등의 특별한 사정이 없다면(이하 '부당간섭배제성') 채권자대위권을 행사할 수 있다는 일반론을 설시하였다.[44] 이후 위 법리는 피보전채권이 금전채권인 사안[45]에 원용되며 피보전채권의 종류를 불문하고 보전의 필요성을 규율하는 일반론으로 자리잡았다.[46] 즉 위 법리의 설시 이후, 채무자의 무자력이 인정되지 않음에도 금전채권의 보전을 위해 채권자대위권의 행사를 허용하는 것은 더 이상 예외가 아닌 일반론의 적용 결과로 이해되었다.

다만 2단계 판례 법리에서는 채권자대위권 행사의 세 가지 요건을 단순히 병렬적으로 나열하였기에, 요건 간 상호 관계 및 층위가 불확실하다는 문제가 있었다. 이러한 문제는 특히 피보전채권이 금전채권인 경우에 두드러졌다. 이 경우 채무자의 무자력 요건과 밀접관련성 요건 간 우선순위가 전면적으로 충돌하기 때문이다. 구체적으로 판례는 피보전채권이 금전채권인 경우 밀접관련성이 인정된다면 채무자가 무자력이 아니라도 보전의 필요성을 인정할 수 있다는 점을 분명히 하였다.[47] 그러나 반대로 밀접관련성이 인정되지 않는 경우 채무자의 무자력만으로 보전의 필요성이 인정되는지, 혹은 필요수단성과 부당간섭배제성이 모두 인정되어야 하는지에 대해서는 명확한 입장을 밝히지 않았다.[48]

다. 3단계 - 판단 기준의 재정립

이후 대법원은 2단계 판결들을 원용하여 세 가지 기준이 보전의 필요성에 관한 일반적 판단 기준임을 명확히 하는 한편 보전의 필요성과 관련하여 세부적 판단 기준의 지위 및 기능을 다음과 같이 재정립하였다.[49] 보전의 필요성은 채권자가 보전하려는 권리의 내용, 채권자가 보전하려는 권리가 금전채권인 경우 채무자의 자력 유무, 채권자가 보전하려는 권리와 대위하여 행사하려는 권리의 관련성 등을 종합적으로 고려하여 ① 채권자가 채무자의 권리를 대위하여 행사하지 않으면 자기 채권의 완전한 만족을 얻을 수 없게 될 위험이 있어 채무자의 권리를

---

43) 대법원 2001. 5. 8. 선고 99다38699 판결. 당해 판례는 최초로 보전의 필요성의 일반론을 설시하였을 뿐 아니라, "피보전채권이 특정채권이라 하여 반드시 순차매도 사안 또는 임대차에서 소유권이전등기청구권이나 명도청구권 등의 보전을 위한 경우에만 채권자대위권의 행사가 인정되는 것은 아니다."라고 설시함으로써 피보전채권으로 인정되는 특정채권의 범위가 확장될 수 있음을 명확히 하였다.

44) 저자에 따라 보전의 필요성의 각 판단기준을 다르게 축약하여 명명하고 있다. 가령, 주석 민법 채권총칙(2)(주 14), 220-221면에서는 각 판단기준을 '관련성', '필요성', '정당성'이라고 명명하고, 오경미, "채권자대위권에서 '보전의 필요성'과 채권자평등주의의 문제 - 대법원 2018다879 전원합의체 판결과 관련하여", 사법 제55권 제1호(2021), 358-359면에서는 각 판단기준을 '밀접관련성', '필요수단성', '부당간섭배제성'이라 명명한다. 본 평석은 후자의 용어 사용이 의미를 보다 명확하게 나타낼 수 있다고 생각하여 이에 따른다.

45) 대법원 2006. 1. 27. 선고 2005다39013 판결 참조.

46) 대법원 2013. 5. 24. 선고 2010다33422 판결; 대법원 2013. 5. 23. 선고 2010다50014 판결; 대법원 2013. 6. 13. 선고 2011다83820 판결; 대법원 2014. 12. 11. 선고 2013다71784 판결 등 참조.

47) 대법원 2006. 1. 27. 선고 2005다39013 판결 참조.

48) 박태신, "채권자대위권에 관한 이해의 변화 모색 - 보전의 필요성 및 채무자의 무자력과 관련하여 -", 저스티스 통권 제186호(2021), 131면; 김덕중(주 40), 142-144면 참조.

49) 대법원 2020. 5. 21. 선고 2018다879 판결 등 참조; 김덕중(주 40), 145-146면 참조.

대위하여 행사하는 것이 자기 채권의 현실적 이행을 유효·적절하게 확보하기 위하여 필요한지 여부를 기준으로 판단하여야 하고(2단계 법리의 '필요수단성'에 대응한다.), ② 채권자대위권의 행사가 채무자의 자유로운 재산관리행위에 대한 부당한 간섭이 되는 등 특별한 사정이 있는 경우에는 보전의 필요성을 인정할 수 없다(2단계 법리의 '부당간섭배제성'에 대응한다).

즉 2단계에서 다소 불명확했던 밀접관련성, 필요수단성, 부당간섭배제성의 관계는 3단계의 판례 법리로써 분명하게 정립되었다. 3단계 판례 법리에 따르면, 보전의 필요성의 판단 기준이 되는 두 축은 적극적 요건인 필요수단성과 소극적 요건인 부당간섭배제성이며, 두 요건의 충족 여부는 피보전권리의 내용, 채권자가 보전하려는 권리가 금전채권인 경우 채무자의 자력 유무, 피보전권리와 피대위권리의 관련성 등을 종합하여 판단한다. 밀접관련성은 필요수단성을 판단하기 위한 하위 판단 기준으로 하향된 것이다. 또 3단계 판례 법리는 실질적으로 부당간섭배제성의 판단은 채무자의 자유로운 재산관리권과 채권자의 이익을 비교형량하는 것을 핵심으로 함을 보여주었다.

3. 대상판결의 견해

앞서 보았듯, 다수의견은 채권자대위권 제도가 강제집행 제도에 대한 보완적 수단이라는 전제에 기초하였다. 이에 입각해 다수의견은 보전의 필요성의 전제가 되는 위험을 "채권자가 민사집행법이 정한 강제집행의 방법으로는 구제받을 수 없거나 구제받지 못할 위험"이라고 정의하며, '법률상 장애'가 없다면 보전의 필요성이 부정된다고 보았다. 결과적으로, 피보전채권이 금전채권인 경우 채무자가 무자력이어야만 채권자대위권의 행사가 허용되는 것이 '중대한 원칙'이 되며, 예외는 극히 특별한 사정이 있는 경우에만 인정될 뿐이다.

이와 달리 반대의견에 따르면, 채권자대위권 제도는 강제집행 제도에 대한 '중대한 예외'이므로 보전의 필요성이라는 독자적 논리에 따라 그 행사의 허용 여부가 결정될 수 있다. 심지어 반대의견은 보전의 필요성을 "채권자가 채무자에 대한 채권의 실현을 확보할 필요성"으로 정의하고, 이를 필요수단성보다 큰 개념으로 보았다. 즉 반대의견에 따르면 보전의 필요성은 강제집행 가부에 따라 일률적으로 정해지는 것이 아니라, 구체적 타당성에 따라 탄력적으로 판단되어야 하는 개념이다.

엄격한 이분법을 고수한 1단계 판결들에서 피보전채권이 금전채권인 경우 채권자대위권의 행사 가부가 채무자의 무자력 여부에 의해 결정되었던 점, 그러나 시간의 흐름에 따라 채무자의 자력과 무관하게 채권자대위권 행사가 허용되는 경우 역시 점차 축적되어온 점은 모두 사실이다. 다만 채권자대위권 제도의 의의에 대한 상이한 시각으로 인해, 다수의견 및 보충의견과 반대의견은 이러한 1~3단계의 흐름 및 3단계 판결인 대법원 2020. 5. 21. 선고 2018다879 전원합의체 판결의 의의에 대해서도 서로 다른 해석을 보였다.

반대의견은 피보전채권이 금전채권인 경우 채무자의 무자력 요건은 구체적 타당성을 위해 점차 완화되어 왔으며, 대법원 2020. 5. 21. 선고 2018다879 전원합의체 판결은 이러한 맥락에서 등장한 것이라 보았다. 반대의견에 따르면 위 판결은 피보전채권이 금전채권인 경우에도 채무자의 무자력이 보전의 필요성의 인정 여부를 핵심적으로 결정하지 않으며 다만, 판단의 주요한 세부기준으로 기능할 뿐임을 명확히 한 것이다. 이에 따르면 대상판결에서 다수의견과 같이 채권자대위권의 행사를 허용하지 않기 위해서는 밀접관련성 등을 이유로 채권자대위권 행사를 허용한 기존

판례들[50]을 변경하였어야 한다.

반면 다수의견 및 보충의견은 반대의견이 원칙과 예외를 혼동하여 기존 판례의 흐름을 잘못 파악하였다고 보았다. 다수의견에 따르면, 대법원은 원칙적으로 금전채권의 대위행사에서 채무자가 무자력인 경우 특별한 사정이 없는 한 보전의 필요성을 긍정해왔다. 특히 보충의견에 따르면 대법원은 1~3단계 판결들에서 일관되게 피보전채권이 금전채권의 경우 채무자의 무자력이 원칙적 요건이라고 보아왔으며, '극히 예외적인' 경우에만 밀접관련성 등을 이유로 무자력 요건이 충족되지 않아도 보전의 필요성을 인정하였을 뿐이다. 이에 따르면 대법원 2020. 5. 21. 선고 2018다879 전원합의체 판결이 채무자의 무자력을 요건으로 삼은 다수의 판례뿐 아니라 이를 요건으로 삼지 않은 판례들[51] 역시 변경의 대상으로 삼지 않은 것은, 원칙과 예외의 기준에 따른 것으로 일관성을 가진다.[52]

<표 2> 보전의 필요성 법리와 관련된 판례의 변천 및 대상판결의 입장

<table>
<tr><th>단계</th><th colspan="2">보전의 필요성 법리</th></tr>
<tr><td>1단계</td><td colspan="2">- 원칙: 채무자의 무자력이 필요하나, 특정채권의 경우 예외적으로 불요함
- 예외: 피보전채권과 피대위채권 간 밀접관련성이 인정되면 채무자가 무자력이 아니어도 보전의 필요성이 인정됨</td></tr>
<tr><td>2단계</td><td colspan="2">- 금전채권인지 특정채권인지와 무관하게 ① 밀접관련성, ② 필요수단성, ③ 부당간섭배제성이 병렬적 요건으로 기능함</td></tr>
<tr><td>3단계</td><td colspan="2">- 금전채권인지 특정채권인지와 무관하게 필요수단성과 부당간섭배제성이 병렬적 요건으로 기능함
- 필요수단성: 피보전채권의 내용, 금전채권의 경우 자력 여부, 밀접관련성 등을 종합적으로 고려함
- 부당간섭배제성: 채권자가 보유하는 이익의 중대성 및 정당성, 그리고 채무자가 보유하고 있는 자유로운 재산관리권 간 이익형량이 요구됨</td></tr>
<tr><td rowspan="2">대상판결</td><td colspan="2">- 3단계의 법리를 재확인함</td></tr>
<tr><td>[다수의견 및 보충의견]
- 반대의견은 원칙과 예외를 혼동한 것임
- 채무자가 무자력이 아니어도 밀접관련성이 인정되는 경우 매우 예외적으로 보전의 필요성이 인정됨</td><td>[반대의견]
- 채무자의 자력 여부와 밀접관련성을 종합적으로 고려함
- 채무자의 자력 여부는 주요한 세부 요소가 될 수 있으나, 어느 하나가 핵심적인 판단 기준이 될 수는 없음</td></tr>
</table>

4. 검토

50) 대법원 2002. 1. 25. 선고 2001다52506 판결; 대법원 2006. 1. 27. 선고 2005다39013 판결 등.

51) 대법원 2006. 1. 27. 선고 2005다39013 판결; 대법원 2017. 7. 11. 선고 2014다89355 판결 등.

52) 다수의견이 극히 예외적인 경우의 예시로서 언급한 ① 피보전채권이 실현되기 위해 피대위채권의 실현이 필수적으로 요구되는 경우, ② 등기청구권인 피보전채권과 피대위채권이 이행불능에 따라 금전채권으로 변형된 경우, ③ 피보전채권과 피대위채권이 동일한 경제적 목적과 동일한 해제 사유를 매개로 결합된 특수한 경우를 비롯하여, 채무자의 무자력이 인정되지 않음에도 채권자대위권의 행사가 허용된 예외들이 구체적으로 어떤 취지에 입각한 것인지는 Ⅳ. 2.에서 살펴본다.

문제는 다수의견이 피보전채권의 종류에 따라 보전의 필요성의 판단 기준을 기계적으로 결정하는 경직적 이분법을 탈피하지 못하였다는 데 있다. 다수의견의 이분법에 따르면 보전의 필요성이 인정되는 데에는 총 두 번의 예외가 설정된다. 즉, 원칙적으로 피보전채권이 금전채권인 경우 채무자가 무자력이어야 보전의 필요성이 인정되나, 예외적으로 피보전채권이 특정채권인 경우는 채무자가 무자력이 아니어도 보전의 필요성이 인정되며, 다시 피보전채권이 금전채권인 경우에도 피대위채권과 피보전채권 간 밀접한 관련성이 인정되는 경우에는 무자력 요건의 예외가 인정된다. 이처럼 두 번의 예외를 설정하는 다수의견의 논리적 구조는 불필요할 뿐더러 상당히 부자연스럽다.[53]

나아가 다수의견이 피보전채권이 금전채권인 경우 채무자의 무자력이 원칙적으로 요구된다고 본 데에는 다음과 같은 두 가지 전제가 존재한다. 첫째, 채권자대위권 제도의 목적은 강제집행 제도의 보조적 수단으로서 '책임재산을 보전'하는 데 있고, 둘째, 피보전채권이 금전채권인 경우 피대위채권과 피보전채권이 '무관'할 것이라는 점이다. 이러한 전제에 따르면, 채무자가 무자력이 아니라면 대체성을 가지는 금전채권은 강제집행 제도를 통해 그 만족을 얻을 수 있으므로 채권자대위권의 행사는 허용되어서는 안된다. 그러나 Ⅳ. 1.에서 살펴볼 바와 같이, 피대위채권과 피보전채권 간 밀접한 '관련성'이 인정되는 다수의 사안들에서는 피보전채권이 금전채권인 경우에도 '피대위채권과 일정한 관련성이 있는 채권의 보전'이 채권자대위권 행사의 목적이 된 바 있다. 즉, 다수의견이 상정하고 있는 두 전제 자체가 항상 타당하다고 할 수 없다.

다수의견이 상정하는 전제가 타당하지 않은 만큼, 다수의견과 같이 '피보전채권의 종류'에 따라 소위 채권자대위권의 '기본형'과 '전용형'을 구분하는 것은 적절하지 않다. 대신 보전의 목적이 공동담보가 될 책임재산의 보전인지를 기준으로 채권자대위권의 유형을 구분하는 것이 보다 자연스럽다.[54] 이에 따라 보전의 목적을 일차적 기준으로, 피보전채권의 종류 및 피대위채권의 종류를 세부 기준으로 삼아 아래 <표 3>과 같이 채권자대위권의 행사 유형을 분류할 수 있다.[55] 이러한 분류체계는 피보전채권이 금전채권인 경우 아래의 제1·2유형과 같이 채무자의 무자력이 중요한 경우는 물론, 제3·4유형과 같이 채무자의 무자력이 중요하지 않은 경우 역시 존재함을 명확히 보여준다.

---

53) 주석 민법 채권총칙(2)(주 14), 226면 참조.

54) 실제로 일본의 판례 이론은 보전의 목적을 중심으로 채권자대위권 행사의 사례들을 구분하고, 피보전채권 및 피대위채권의 종류에 따라 보다 세부적인 사례들을 분류해왔다. 즉, 채권자대위권의 행사가 (i) 책임재산의 보전을 위해 기능하고 있는 경우를 ① 금전채권 보전을 위한 금전채권의 대위행사와 ② 금전채권 보전을 위한 특정채권 혹은 다른 권리(취소권, 해제권)의 대위행사의 두 가지 유형으로 나누고, (ii) 다른 목적을 위해 전용되는 경우를 ① 특정채권의 보전을 위한 특정채권 또는 다른 권리의 대위행사와 ② 금전채권의 보전을 위한 특정채권 또는 다른 권리의 대위행사, 그리고 ③ 금전채권의 보전을 위한 금전채권의 대위행사라는 세 가지 유형으로 나누어 구분하였다. 이재찬, "채권자대위소송과 민사집행법상 금전채권에 대한 강제집행 제도의 선후관계에 관한 연구", 사법논집 제63집(2016), 148면 참조.

나아가 일본의 이러한 판례 이론은 2017년 민법 개정을 통해서 입법화되었다. 구체적으로 일본 개정 민법 제423조 제1항은 "자기의 채권을 보전하기 위하여" 채권자대위권을 행사하는 경우인 기본형을 규정하고 있고, 제423조의7은 "등기 또는 등록청구권을 피보전채권으로 하는 채권자대위권", 즉 전용형을 규정하고 있다. 제423조의7에 관하여 일본 개정 민법은 등기 또는 등록청구권의 대위행사 이외의 전용사례를 부정하는 것이 아니며, 다만 이에 관해서는 판례·학설의 해석에 위임하고 있다. 박태신(주 28), 48면 참조.

55) 목혜원, "공유물분할청구권을 대위행사하는 경우 '보전의 필요성' 유무의 판단기준", 민사판례연구 44권(2022), 190-206면 참조.

<표 3> 채권자대위권 행사의 6유형[56]

유형	보전의 목적	피보전채권 종류	피대위채권 종류	학설의 분류
제1유형	공동담보가 될 책임재산의 보전	금전채권	금전채권	기본형(본래형)
제2유형			특정채권	
제3유형	피대위채권과 견련성 있는 특정채권자의 채권 보전	금전채권	금전채권	기본형의 예외 또는 전용형의 확장
제4유형			특정채권	
제5유형		특정채권	금전채권	전용형
제6유형			특정채권	

출처: 목혜원, “공유물분할청구권을 대위행사하는 경우 ‘보전의 필요성 유무의 판단 기준”, 민사판례연구 44권(2022), 206면 참조.

1~3단계를 거치며 발전해온 우리 판례의 법리는 채권자대위권의 유형을 위 여섯 가지 경우로 구체적으로 분류하지는 않았다. 그러나 우리 판례는 보전의 필요성 법리를 정교화함으로써 채권자대위권 행사의 다양한 유형을 포괄할 수 있는 일반론을 제시하였으며, 이를 통해 피보전채권의 종류에 따라 보전의 필요성을 다르게 판단하는 경직적 이분법으로부터 탈피하고자 하였다.

특히 3단계에 이르러 판례는 “채권자가 보전하려는 권리의 내용, 채권자가 보전하려는 권리가 금전채권인 경우 채무자의 자력 유무, 채권자가 보전하려는 권리와 대위하여 행사하려는 권리의 관련성 등을 ‘종합적으로’ 고려”[57]한다고 설시함으로써 <표 3>의 분류 기준들(보전의 목적, 피보전채권의 종류, 피대위채권의 종류)을 모두 고려할 것을 요구하는 일반론을 제시한 바 있다. 이와 달리 다수의견은 피보전채권이 금전채권이라는 데에만 중점을 두어, 3단계 판례 법리를 인용하면서도 실질적으로는 1단계 판례 법리에서 탈피하지 못하였다. 즉, 탄력적 해석이 가능하도록 점차 정교화된 종래 판례의 문언을 도외시하고 경직적 이분법에만 천착하였다는 데에서 다수의견의 한계가 드러난다.

특히 우리 판례는 2단계부터 3단계에 이르기까지 필요수단성의 정의를 그대로 유지하고 있는데, 이에 따르면 필요수단성이란 “채권자가 채무자의 권리를 대위하여 행사하지 않으면 자기 채권의 ‘완전한’ 만족을 얻을 수 없게 될 위험이 있어 채무자의 권리를 대위하여 행사하

56) 위의 논문, 206면 참조. (원문의 표를 바탕으로 저자가 수정한 것이다.) 본 평석은 목혜원의 채권자대위권 행사의 유형 구분에 동의하나, 대법원 판례의 흐름에 대한 목혜원의 분석에 대해서는 동의하지 않는다. 구체적으로 목혜원은 대법원 2020. 5. 21. 선고 2018다879 판결이 대법원 2001. 5. 8. 선고 99다38699 판결에 비해 채권자대위권의 행사 가능 범위를 축소시켰다고 보나, 본 평석은 이러한 해석이야말로 판결문의 문언과 배치된다고 본다.

57) 대법원 2020. 5. 21. 선고 2018다879 판결 참조. (강조를 위한 작은 따옴표는 저자가 표시하였다.)

는 것이 자기 채권의 '현실적' 이행을 유효·적절하게 확보하기 위해 필요"[58]한 경우를 의미한다. 이러한 필요수단성의 정의를 고려할 때, 보전의 필요성은 다수의견의 주장처럼 '법률상 장애'가 없다고 부정될 것이 아니며, 밀접관련성 등으로 인해 '현실적 이행'을 확보할 필요가 있는 경우 얼마든지 인정될 수 있다.[59]

실제로 다수의견이 논증 과정에서 "일반적으로"라는 표현과 "원칙적으로"라는 표현을 혼용하고 있다는 점에 주목해 보아야 한다. "일반적으로 금전채권자가 채권의 완전한 만족을 얻을 수 없게 될 위험은 채무자에게 책임재산이 부족하거나 없는 경우 발생한다."라는 다수의견의 설시에서 "일반적으로"라는 표현은 금전채권과 특정채권이라는 형식적 구분에 따라 피보전채권이 금전채권인 경우에는 채무자의 무자력이 원칙적으로 요구되지는 것은 아님을 보여주기 때문이다. 즉 다수의견은 '일반적'으로 발생하는 사항을 '원칙'으로 승격시켰다는 문제를 가진다. 더불어, 민법 제404조의 법문상 채무자의 무자력을 채권자대위권의 행사에서 본래 요구되는 요건으로 볼 수 없다는 점, 채무자가 피대위채권을 행사하는 데 아무런 제한이 없는 만큼 채권자가 이러한 채무자의 권리를 그대로 대위행사하는 경우에도 무자력이 요구될 필요는 없다는 점을 고려하였을 때에도, 피보전채권이 금전채권인 경우 채무자의 무자력이 원칙적으로 요구되어야 한다는 다수의견의 태도는 타당하지 않다.

결국 채무자의 무자력 여부는 하나의 '요건'이 아니라 필요수단성의 판단을 위해 다른 요소들과 함께 종합적으로 고려되어야 하는 '요소'에 해당할 뿐이다. 채무자의 무자력이 '요건'이라면, 해당 요건이 충족되지 않는 경우 원칙적으로 채권자대위권의 행사가 허용되어서는 안된다. 그러나 대법원 2020. 5. 21. 선고 2018다879 판결은 보전의 필요성의 적극적 요건과 소극적 요건을 병렬적으로 설시할 뿐, 채무자의 무자력을 별도의 요건으로 설정하고 있지 않다. 따라서 위 법리의 자연스러운 귀결로서 '필요수단성'이라는 큰 범주 내에서 개별 사안에 따른 구체적 요소들을 종합적으로 판단하는 것이 타당할 것이다.

Ⅳ. 밀접관련성에 관한 검토

종래 밀접관련성 기준은 채무자가 자력을 가짐에도 채권자대위권의 행사가 허용되는 예외적 사안을 판별해내는 보충적인 역할만을 수행해왔던바, 대법원 및 학계는 채무자의 무자력 요부에 중점을 두고 채권자대위권 제도에 대한 논의를 전개해왔다.[60] 또한 밀접관련성에 관한 대부분의 선행연구 역시 밀접관련성의 일반적 기준을 탐구하기보다 개별 사안들에서 밀접관련성이 인정되는지 여부에 주안점을 두었다.[61] 피보전채권과 피대위채권 사이 밀접관련성이 인정될 수 있는지 여부는 구체적 사실관계에 기대 판단할 수밖에 없는 상대적 개념이라 보았기 때문

58) 대법원 2022. 8. 25. 선고 2019다229202 전원합의체 판결 참조. (강조를 위한 작은 따옴표는 저자가 표시하였다.)
59) 편집대표 곽윤직, 민법주해(IX) 채권(2), 초판, 박영사, 1995, 759면(김능환 집필); 김주수(주 34), 207면; 양창수·김형석(주 15), 150면; 이재찬, "물권적 청구권이 채권자대위권의 피보전권리가 될 수 있는지 여부", 저스티스 통권 제133호, 한국법학원(2009), 255-256면 참조.
60) 오경미(주 44), 365면 참조.
61) 예컨대 이은영은 유실물 습득자의 보상금청구권 사건(대법원 1968. 6. 18. 선고 68다663 판결)이나 치료비청구권 사건(대법원 1981. 6. 23. 선고 80다1351 판결) 등을 설명하며 피대위채권과 피보전채권 간 직접적 관련성이 있는 경우 채무자의 무자력을 요건으로 삼을 필요가 없다고 하면서도, 채권 간 직접적 관련성의 유무를 판단할 수 있는 일반적 기준에 대해서는 설명하지 않고 구체적인 사례별로 밀접관련성을 판단하여야 한다고 보았을 뿐이다. 이은영(주 21), 436면 참조.

일 것이다. 판례 역시 개별 사안의 특수성에 따라 밀접관련성의 인정 여부를 판단해왔을 뿐, 밀접관련성 기준이 무엇을 의미하는지를 통합적으로 이해할 수 있는 법리를 세우는 데에는 미진하였다.[62]

대상판결에서 다수의견은 밀접관련성을 엄격하게 판단하여야 기존의 개별 판례 사안들을 포괄하여 설명할 수 있다고 보았고, 반대의견은 오히려 밀접관련성을 완화해 해석하여야 이것이 가능하다고 보았다. 이에 본 평석에서는 우선 채무자의 자력과 무관하게 밀접관련성을 인정하였던 기존 판례들을 유형화함으로써 대법원이 그동안 상정해온 밀접관련성 개념의 범주를 추적한다. 그리고 이에 비추어 대상판결의 견해를 검토하였을 때, 밀접관련성의 한계를 제시하지 못하는 반대의견에 비해 밀접관련성의 범주를 제한하여야 한다고 보는 다수의견이 일응 타당함을 보인다. 그러나 정작 포섭의 단계에서 다수의견은 밀접관련성이 인정되었던 기존 판례들[63]과 달리 대상판결에서는 밀접관련성을 인정할 수 없는 이유를 설명하지 못한다. 이에 본 평석은 밀접관련성 기준이 충족되지 않는다는 다수의견의 결론에는 찬성하되, 다수의견과 달리 대상판결과 기존 판례들의 차이점을 보다 구체적으로 논한다.[64]

1. 밀접관련성이 인정된 기존 판례들의 분류

Ⅲ. 2.에서 피보전채권이 금전채권이며 채무자의 자력이 주장·증명되지 않은 경우에도 채권자대위권의 행사가 허용되는 경우가 확대되고 있음을 살펴보았다. 그러나 밀접관련성이 보전의 필요성을 판단하는 하나의 요건으로서 판례 법리의 전면에 등장한 것은 대법원 2001. 5. 8. 선고 99다38699 판결이었던 만큼, 종래 판례에서 밀접관련성 기준에 대해 직접적으로 논한 경우는 많지 않았다. 그러나 후술할 여러 판례들의 취지를 면밀히 살펴보면, 밀접관련성은 보전의 필요성을 판단하는 데 있어 일관되게 중요한 고려 요소가 되어왔음을 알 수 있다. 이에 판례들이 어떠한 취지에서 채무자가 자력을 가짐에도 밀접관련성이 인정된다고 보아 채권자대위권의 행사를 허용하였는지 살펴보고자 한다.

본 평석은 피보전채권과 피대위채권 간 밀접관련성이 인정된 종래 판례들을 관련성이 발생한 원인에 따라 세 가지 유형으로 분류한다. 구체적으로, Ⓐ 특정채권이 그 실질이 같은 금전채권으로 전환된 경우, Ⓑ 법률 또는 법률의 해석으로 인해 밀접관련성이 인정되는 경우, Ⓒ 계약의 특수성으로 인해 밀접관련성이 인정되는 경우이다(이하 ‘Ⓐ~Ⓒ유형’). 각 유형별로 밀접관련성이 인정된 취지 및 그 인정 범위에는 차이가 존재하며, 대상판결 및 향후 새롭게 등장하는 채권자대위권 사안에서도 피보전채권과 피대위채권 간 관계성이 어떠한 원인에 의하여 발생하였는지 파악함으로써 밀접관련성의 인정 여부를 판단할 수 있을 것이다.

첫째, Ⓐ 특정채권이 그 실질이 같은 금전채권으로 변형된 경우이다. 대법원은 부동산의 소유권이전등기가 국가의 강박행위로 말미암아 명의수탁자(채무자)로부터 제3채무자(국가)와

62) 예컨대 대상판결에서도 대법원은 밀접한 관련성에 대한 일반론을 설시하기보다는 세 가지 예를 들어 이를 구체화하는 방식을 택하였다

63) 아래에서 살펴보겠지만, 특히 대법원 2014. 12. 11. 선고 2013다71784 판결과 대법원 2017. 7. 11. 선고 2014다89355 판결이 문제된다.

64) 특히 대법원 2014. 12. 11. 선고 2013다71784 판결과 대법원 2017. 7. 11. 선고 2014다89355 판결과 대상판결의 차이점을 규명하는 데 집중한다.

선의의 제3자로 전전 이전된 사안에서, 명의신탁자(채권자)의 명의수탁자에 대한 명의신탁해지를 원인으로 하는 소유권이전등기청구권과 명의수탁자의 국가에 대한 소유권이전등기말소청구권이 모두 이행불능 상태가 되어 각 손해배상채권으로 전환되었으므로, 양 채권이 발생원인에 있어 직접적 관련성을 가진다는 이유로 명의신탁자가 명의수탁자를 대위하여 국가에 대해 직접 손해배상을 구하는 것을 허용하였다.[65] 위 판례는 단순히 채권 발생원인의 동일성만을 고려하여 대위행사의 가능성을 인정한 것이 아니라, 등기청구권인 피보전채권과 피대위채권이 이행불능에 따라 모두 금전채권으로 변형되었다는 구체적 특수성을 고려하였다. 즉, 원래 대위행사가 허용되는 특정채권[66]과 그 실질이 같은 금전채권에 대해서는 대위행사가 보다 폭넓게 허용될 수 있다는 논리이다.

둘째, Ⓑ 법률 또는 법률의 해석으로 인해 밀접관련성이 인정되는 경우이다. 여기에서 법률은 '피보전채권'이 발생한 원인 내지는 근거가 되는 법률을 말한다. 우선 대법원은 법률 또는 법률의 해석상 피보전채권의 실현을 위해 피대위채권의 실현이 논리필연적으로 요구되는 경우 밀접관련성이 인정된다고 보았다. 가령, 유실물의 실제 습득자가 법률상의 습득자에게 보상금의 절반에 대하여 보상금청구권을 행사한 사안에서, 법률상 습득자가 유실자에 대한 보상금청구권을 행사하여야만 실제 습득자의 보상금청구권이 실현될 수 있으므로[67] 채권자대위권 행사를 허용하였다.[68] 또, 임차보증금반환채권을 양수한 채권자가 임차보증금의 반환을 구하기 위해서는 임차인의 가옥명도가 선이행되어야 한다는 이유로, 채권자가 채무자(임대인)의 명도청구권을 대위행사할 수 있다고 보았다.[69]

한편 대법원은 법률 그 자체의 해석으로는 피보전채권의 실현을 위해 피대위채권의 실현이 반드시 전제되지 않는 경우에도, 피보전채권의 발생 근거가 된 법률의 입법 취지를 실현하기 위해 밀접관련성을 인정한 바 있다. 구체적으로 대법원은 의사가 환자(피해자)에 대한 치료비청구권을 보전하기 위해 피해자의 국가배상청구권의 대위행사를 구하는 사안에서 국가배상법의 취지를 고려하여 대위행사를 허용하였다.[70] 이때 대법원은 치료비청구권의 압류를 금지하는 취지는 배상청구권자를 실질적으로 구제하는 데 있으나, 사안에서는 의료인이 국가에 대해 채권자대위권을 행사하거나 국가의 재산을 압류할 수 있도록 하는 것이 오히려 자력이 없는 피해자에게 치료의 기회를 보장한다고 보았다. 다른 한편 수임인의 위임인에 대한 민법 제688조 제2항 전단 소정의 대변제청구권을 보전하기 위하여 위임인이 가지고 있는 상계권을 대위행사할 수 있다고 한 판결[71] 역시 해당 조항의 입법 목적을 고려하였다. 대법원에 따르면, 수임인이 가지는 민법 제688조 제2항 전단 소정의 대변제청구권은 통상의 금전채권과는 다른 목적을 가지므로, 이가 피보전채권인 경우 채무자의 무자력이 요구되지 않는다.

---

65) 대법원 2006. 1. 27. 선고 2005다39013 판결 참조.
66) 대법원은 등기청구권 사안에서 채권자대위권의 행사를 폭넓게 인정하는 경향을 보였다. 대법원 1964. 12. 19. 선고 64다804 판결; 대법원 1992. 10. 27. 선고 91다438 판결; 대법원 2001. 5. 8. 선고 99다38699 판결 등 참조.
67) 유실물법상 선박, 차량, 건축물 등의 점유자만 법률상 습득자로서 유실자에 대해 보상금을 청구할 수 있고, 실제 유실물을 습득한 자는 보상금의 50%에 해당하는 권리(피보전채권)가 있으나(유실물법 제10조 제3항) 유실자에 대하여는 이를 직접 청구할 수 없고 법률상 습득자에게 청구할 수 있을 뿐이다. 이는 법률상 습득자가 유실자에게 보상금을 청구하지 않으면 보상금의 절반을 지급받을 수 없는 경우, 즉 피대위채권의 실현이 피보전채권의 실현을 위해 필수적으로 요구되는 경우에 해당한다. 대법원 1968. 6. 18. 선고 68다663 판결 참조.
68) 대법원 1968. 6. 18. 선고 68다663 판결 참조.
69) 대법원 1989. 4. 25. 선고 88다카4253,4260 판결 참조.
70) 대법원 1981. 6. 23. 선고 80다1351 판결 참조.
71) 대법원 2002. 1. 25. 선고 2001다52506 판결 참조.

마지막으로, Ⓒ 계약의 특수성으로 인해 밀접관련성이 인정되는 경우이다. 대법원은 Ⓑ유형에서 특정 피보전권리가 법률상 보전되어야 할 필요성에 방점을 두었던 것과 달리, Ⓒ유형에서는 '피대위채권'의 발생 원인 또는 근거가 되는 계약의 특수성에 주목하였다. 이는 채무자와 제3채무자가 체결한 계약의 해석상 당사자들에게 채권자대위권의 행사를 예견하거나 수인하는 의사가 인정된다면 피대위채권과 피보전채권 간 밀접관련성을 인정할 수 있다는 취지인 것으로 보인다.

우선 대법원은 계약의 해석상 피대위채권이 피보전채권을 담보하고 있는 것으로 볼 수 있는 경우 밀접관련성을 인정하였다. 대표적으로 분양계약을 해제한 수분양자가 분양대금반환채권을 보전하기 위해 분양회사의 자금관리위탁사에 대한 사업비 지출 요청권을 대위행사할 수 있다고 본 사안에서, 대법원은 자금관리위탁사와의 약정에 따른 사업비에는 분양계약이 해제될 경우 수분양자에게 반환하여야 할 분양대금 역시 포함되어 있으므로 밀접관련성이 인정된다고 보았다.[72]

대법원은 최근 위 판례와 같이 피대위채권이 피보전채권을 담보하는 것을 넘어 계약의 해석상 피보전채권과 피대위채권이 사실상 동일한 경제적 목적을 달성하기 위한 일련의 법률관계에 있다고 판단되는 경우에도 밀접관련성을 인정한 바 있다.[73] 해당 사안에서 대법원은 밀접관련성 기준에 대해 구체적으로는 논하지 않았으나, 환송 후 원심법원은 피보전채권인 대여금채권과 피대위채권인 매매약정 해제로 발생한 원상회복청구권이 사실상 동일한 경제적 목적을 달성하기 위한 일련의 법률관계에 있다고 보아 밀접관련성을 인정하였다.[74] 즉, 당사자들은 처음부터 해제조건 성취시 매매대금을 사실상의 담보로 하여 채권자의 대여금을 회수하게 하려는 의사를 가지고 있었으므로 양 채권 간 밀접관련성이 인정된다고 본 것이다. 그럼에도 불구하고 제3채무자와 경제적 이해관계를 같이하게 된 채무자는 이미 발생한 해제권을 행사하지 않고 있으므로, 보전의 필요성이 인정된다고 보았다.

Ⓒ유형의 특징은 계약 내용의 해석에 따라 밀접관련성의 인정 여부가 결정된다는 데 있다. 이에 대해서는 Ⓒ유형에 해당하는 대법원 2014. 12. 11. 선고 2013다71784 판결과 대법원 2017. 7. 11. 선고 2014다89355 판결의 결론을 함께 비판하거나 후자가 전자에 비해 채권자대위권의 행사 범위를 지나치게 확대시켰다고 비판하는 입장이 존재하는 한편,[75]

---

72) 계약의 해석상 피대위채권이 피보전채권을 담보하고 있는 것으로 해석되는 경우에 해당한다. 같은 사안에서 대법원은 분양회사나 자금관리위탁사는 분양계약이 해제된 상가를 제3자에게 다시 분양하거나 이 사건 담보신탁계약에 따라 처분하여 그 대금으로 사업비나 분양회사의 채무의 변제 등에 충당할 수 있다는 점을 고려하여 부당간섭배제성을 인정하였다. 대법원 2014. 12. 11. 선고 2013다71784 판결 참조.

73) 피대위채권이 피보전채권을 담보하는 것을 넘어 계약의 해석상 피보전채권과 피대위채권이 사실상 동일한 경제적 목적을 달성하기 위한 일련의 법률관계에 있다고 판단되는 경우를 의미한다. 이 사건에서 채무자는 제3채무자와 사이에 토지매매계약을 체결하며 채권자로부터 차용한 돈 30억 원으로 계약금을 지급하고, 위 토지에 회원제 골프장 관련 인허가를 기한 내에 얻지 못하면 매매계약을 해제하기로 약정하였다. 이후 채무자는 제3채무자의 공동대표이사가 되어 채무자 본인 및 제3채무자의 대표이사 자격에서 채권자와 위 30억 원에 대한 투자약정을 체결하며 기한 내에 해당 토지에 회원제 골프장 관련 인허가를 얻지 못하면 투자약정을 해제하고 이를 반환하기로 약정하고 추가로 3억 원을 지급받았다. 이후 골프장 인허가를 받지 못하게 되었음에도 채무자가 제3채무자에 대하여 매매계약을 해제하지 않자, 채권자는 채무자에 대한 대여금채권을 보전하기 위하여 채무자의 제3채무자에 대한 매매계약의 해제권을 대위행사하여 원상회복으로 위 33억 원의 반환을 구하였다. 대법원 2017. 7. 11. 선고 2014다89355 판결; 서울고등법원 2018. 6. 21. 선고 2017나19434 판결 참조.

74) 구체적으로 양 채권은 모두 골프장 사업을 시행한다는 동일한 경제적 목적을 달성하기 위한 것이라는 점, 투자 목적으로 받은 금원은 골프장을 개설하는 사업 용도로만 사용하도록 특정하여 지급되었다는 점, 채무자가 매매약정과 관련하여 제3채무자에게 지급한 33억 원 전액은 채권자로부터 마련한 돈이라는 점 등이 고려되었다. 대법원 2017. 7. 11. 선고 2014다89355 판결; 서울고등법원 2018. 6. 21. 선고 2017나19434 판결 참조.

75) 박광서, "채권자대위권 행사요건 중 보전의 필요성에 관한 판례이론", 청연논총 제15집(2019), 90-91면 참조.

밀접관련성을 피보전채권을 행사하기 위해 피대위권리를 먼저 행사해야 하는 법률상·계약상 관계로 한정하여 해석할 필요가 없다고 유연하게 이해하는 입장 역시 존재한다.[76]

그러나 정도의 차이가 있더라도 판례와 통설 모두 밀접관련성을 무자력 요건에 대항하는 중요한 기준으로 인정하는 이상, 밀접관련성의 경계를 명확하게 할 필요가 있다. 구체적으로, Ⓒ유형에서 대법원 2017. 7. 11. 선고 2014다89355 판결은 밀접관련성의 외연을 '한계 짓는' 사례로 분류되어야 한다. 즉 Ⓒ유형에서 밀접관련성이 인정되는 경우란, 채무자와 제3채무자 간 계약의 해석상 ① 피대위채권으로 하여금 피보전채권을 '담보'하게 하는 당사자들의 의사가 인정되거나,[77] 최소한 ② 당사자들이 피대위채권과 피보전채권이 동일한 경제적 목적을 달성하기 위한 일련의 법률관계에 있는 것으로 보고 피대위채권을 피보전채권의 실현을 위한 '사실상의 담보'로 하려는 의사를 가졌음이 확인되는 경우에 준해야 한다.[78]

통상 금전채권은 특정채권과 달리 대체성이 있어 채무자가 무자력이 아닌 경우 강제집행을 통해 해당 채권의 만족을 얻을 수 있으므로, 이 경우 채권자대위권의 행사는 허용되지 않는다. 그런데 Ⓐ~Ⓒ유형을 포괄하여 생각건대, 피보전채권이 금전채권이고 피보전채권과 피대위채권 간 밀접관련성이 인정되는 사안들에서는 '피대위채권과 견련성 있는 특정채권자의 채권 보전'이라는 보전의 목적이 전면에 등장하였다.[79] 즉, Ⓐ 특정채권이 그 실질이 같은 금전채권으로 전환되었거나, Ⓑ 법률상 피대위채권의 실현을 통해 금전채권을 보전할 필요성이 인정되거나, Ⓒ 계약의 해석상 피대위채권의 실현으로써 금전채권의 보전을 담보하고자 하는 의사가 인정되는 경우 채권자는 채무자의 자력 여부와 무관하게 채권자대위권을 행사하여 자신의 '특정한' 금전채권을 보전할 필요성이 인정된다고 할 것이다.

2. 대상판결의 견해

다수의견은 피보전채권의 실현 또는 만족을 위해 피대위채권의 행사가 "긴밀하게 필요"한 경우에만 밀접관련성 기준이 충족된다고 하며, 다음과 같은 세 가지 예시를 제시하였다. ① 피대위채권과 피보전채권이 사실상 목적과 수단의 관계를 가지고 있는 경우, ② 피대위채권과 피보전채권이 서로 담보적 기능을 수행하고 있는 경우, ③ 대위하여 행사하려는 권리나 그 목적물이 궁극적으로 대위채권자에게 귀속될 성질의 것이라고 볼 수 있는 특수한 관계가 있는 경우이다. 이 경우 "채권자가 보전하려는 권리의 만족이 대위하여 행사하려는 권리의 실현 여부에 달려 있"으므로, 피대위채권을 대위하여 행사하지 않으면 피보전채권의 완전한 만족을

76) 임웅찬 외, "임의비급여 부당이득반환청구소송에서의 채권자 대위법리 적용에 관한 고찰 - 맘모톰 절제술 관련 판례의 검토를 중심으로", 경영법률 제31권 제2호(2021), 301면; 추신영(주 38), 240면 참조.
77) 대법원 2014. 12. 11. 선고 2013다71784 판결이 이에 해당한다.
78) 대법원 2017. 7. 11. 선고 2014다89355 판결이 이에 해당한다.
79) 앞서 <표 3>에서 금전채권이 피보전채권인 경우에도 보전의 목적이 '공동담보가 될 책임재산의 보전'에 국한되지 않으며 '피대위채권과 견련성 있는 특정채권자의 채권 보전'일 수 있음을 확인하였는데, Ⓐ~Ⓒ유형에서 밀접관련성이 인정되는 경우가 바로 그러한 목적이 전면에 등장하는 경우라고 할 수 있다.

얻을 수 없게 될 위험이 발생한다. 따라서 채권자대위권의 행사를 통해 피대위채권을 실현하는 것이 이러한 위험을 제거하여 피보전채권의 목적을 달성하는 데 긴밀하게 필요함을 인정할 수 있어, 밀접관련성이 인정된다.

위 기준에 비추어 다수의견은 대상판결에서는 '사실상의 관련성'만 인정될 뿐 밀접관련성은 부정된다고 판단하였다. 다수의견은 피보전채권(보험자의 피보험자에 대한 부당이득반환채권)과 피대위채권(피보험자의 요양기관에 대한 부당이득반환채권)은 모두 위법한 임의 비급여 진료행위의 효력 유무를 매개로 발생하였다는 점에서 발생원인이 되는 사실관계에 일부 동일성이 있다는 점을 인정한다.[80] 그러나 동시에 다수의견은 위 두 채권은 "각자의 의사에 따라 체결한 완전히 독립된 별개의 계약에서 정해진 내용에 기초하여 실현된 급부가 그 원인이 무효가 되어 각각 발생한 것"일 뿐임을 지적하였다. 즉 전자는 실손의료보험계약에서 정한 보험금 지급요건을 충족하지 못하였다는 것을 요건으로 하는 반면, 후자는 임의 비급여 진료행위가 강행규정인 국민건강보험법 관련 법령을 위반하였다는 법리적 판단에 기초하므로, 양 채권은 분명하게 구분된다는 것이다. 따라서 대상판결의 사안은 다수의견이 제시한 세 가지 예시[81]에 준한다고 볼 수 없으며, 밀접관련성 기준은 충족되지 않는다.

한편 반대의견은 채권의 발생원인, 내용, 그리고 목적을 살펴 피보전채권과 피대위채권 간 밀접관련성이 존재한다고 보았다. 보험자와 피보험자 사이의 보험계약은 진료행위를 대상으로 이를 보상하기 위해 체결된 것이고, 피보험자와 요양기관 사이의 진료계약은 진료를 받기 위해 체결된 것으로서, 모두 진료행위의 실현을 목적으로 한다. 그런데 두 계약관계에 따른 부당이득반환채권은 모두 진료행위가 무효임을 원인으로 하여 발생하였다. 따라서 피보험자가 요양기관으로부터 부당이득으로 반환받을 진료비 중 보험금에 해당하는 부분은 결국 보험자에게 귀속되어야 하므로, 밀접관련성 기준이 충족된다고 본 것이다.[82]

3. 검토

본 평석은 Ⅲ.에서 다수의견이 채무자가 무자력이어야 한다는 요건에만 주안점을 두어 보전의 필요성을 판단하는 것이 타당하지 않음을 지적한 바 있다. 다수의견이 그러한 경직적 판단기준을 고수하게 된 것은 밀접관련성의 개념 및 세부적 판단기준이 확립되지 않은 데 기인한

---

80) 다수의견은 다음과 같이 동일성의 실체를 규명한다. "위 두 채권의 발생원인에 일부 동일성이 있는 것은, 보험자가 실손의료보험계약의 약관을 작성하면서 피보험자가 특정 진료비를 지출함으로써 입은 손해를 보험사고로 구성하였기 때문에 보험사고의 발생을 구성하는 기초적 사실관계가 보험금 지급의 원인이 되는 진료계약의 사실관계와 직접적으로 연동되어 원인관계에서 관련성을 갖게 될 수밖에 없고, 나아가 보험자가 진료계약의 무효 사유를 파악하지 못한 채 단순히 피보험자의 진료비 지출에 따라 보험금을 잘못 지급함으로써 당초의 보험계약관계가 이른바 급부 부당이득관계로 전환되면서 실손의료보험계약과 진료계약관계에서 발생한 일부 관련성이 부당이득관계에서도 여전히 나타나기 때문이다."

81) ① 피대위채권과 피보전채권이 사실상 목적과 수단의 관계를 가지고 있는 경우, ② 피대위채권과 피보전채권이 서로 담보적 기능을 하고 있는 경우, ③ 대위하여 행사하려는 권리나 그 목적물이 궁극적으로 대위채권자에게 귀속될 성질의 것이라고 볼 수 있는 특수한 관계가 있는 경우 등을 의미한다.

82) 반대의견의 입장이 사실상의 관련성만으로 충분하다는 것인지, 혹은 다수의견의 일반론을 완화하여 적용하여야 한다는 것인지는 다소 불분명하다. 반대의견의 "채권의 발생원인, 내용, 목적 등을 살펴 밀접관련성을 인정할 수 있다"는 설시는 사실상의 관련성만으로 밀접관련성이 인정될 수 있다는 취지로 읽히나, "피보험자가 요양기관으로부터 부당이득으로 반환받을 진료비 중 보험금에 해당하는 부분은 결국 보험자에게 귀속되어야 한다"는 설시는 대상판결이 다수의견이 설시한 세 가지 예시 중 "대위하여 행사하려는 권리나 그 목적물이 궁극적으로 대위채권자에게 귀속될 성질의 것이라고 볼 수 있는 특수한 관계가 있는 경우"에 해당함을 주장하는 취지로 읽히기도 하기 때문이다.

측면이 있는 것으로 보인다. 밀접관련성의 인정 기준이 불분명하다보니, 채무자가 무자력이어야 한다는 기준을 강조하지 않으면 보전의 필요성이 과도하게 넓게 인정될 우려가 존재하기 때문이다. 무엇보다 밀접관련성은 채무자의 무자력과 달리 '존부'의 문제가 아니라 '정도'의 문제인만큼 그 범위를 명확하게 확정하는 데 어려움이 있는 것은 사실이다.[83]

그러나 그렇다고 하더라도 밀접관련성 기준을 채무자의 무자력 요건에 대한 보충적 기준으로만 파악하는 다수의견의 태도는 타당하지 않다. 특히 밀접관련성 기준이 '존부'가 아니라 '정도'의 문제라는 사실은 구체적인 사안의 맥락을 고려하는 유연한 판단을 가능하게 하므로,[84] 오히려 해당 기준의 한계가 아니라 장점으로 인식되어야 한다. 다수의견의 우려는 밀접관련성 기준을 도외시하는 대신, 밀접관련성 기준의 개념과 판단기준에 대해 논하고 관련 법리를 세움으로써 해결해야 할 일이다.

밀접관련성 기준이 무자력 요건에 비해 보충적 역할만을 수행한다고 보았던 것은 다수의견의 한계이나, 다수의견은 밀접관련성 기준 판단의 일반론을 최초로 설시했다는 점에서 의의를 가지기도 한다.[85] 또한 다수의견이 이러한 일반론 하에서 대법원 2017. 7. 11. 선고 2014다89355 판결에서는 밀접관련성이 인정되고 대상판결에서는 밀접관련성이 부정된다고 보아, 사실상 대법원 2017. 7. 11. 선고 2014다89355 판결이 밀접관련성이 인정되는 '한계 사례'에 가깝다고 본 것 역시 타당하다. 이와 달리, 반대의견은 밀접관련성의 한계에 대해서는 침묵하고 있으며 그 범위가 무한히 확장될 위험성을 제거하지 못하고 있다. 즉 다수의견은 밀접관련성이 인정되는 한계를 뚜렷하게 제시하고 있지 못하나, 그 범주를 제한하여야 할 필요성을 상정하고 있다는 점에서는 타당하다.

그러나 다수의견이 말한 '① 피대위채권과 피보전채권이 사실상 목적과 수단의 관계를 가지고 있는 경우, ② 피대위채권과 피보전채권이 서로 담보적 기능을 하고 있는 경우, ③ 대위하여 행사하려는 권리나 그 목적물이 궁극적으로 대위채권자에게 귀속될 성질의 것이라고 볼 수 있는 특수한 관계가 있는 경우'가 구체적으로 어떤 경우를 의미하는 것인지는 다소 불분명하다. 가령 다수의견은 피보험자가 요양기관으로부터 부당이득으로 반환받을 진료비 중 보험금에 해당하는 부분은 결국 보험자에게 귀속될 성질의 것인데, 왜 해당 사안이 '③ 대위하여 행사하려는 권리나 그 목적물이 궁극적으로 대위채권자에게 귀속될 성질의 것이라고 볼 수 있는 특수한 관계가 있는 경우'에 해당하지 않는지에 대해서는 침묵하고 있다. 이에 본 평석은 대상판결이 Ⓐ~Ⓒ유형에 해당하는지를 세밀하게 분석함으로써 어떠한 이유에서 밀접관련성 기준을 충족하지 못하였는지 밝히고자 한다.

우선 대상판결의 사안은 특정채권이 그 실질이 같은 금전채권으로 전환된 경우에 해당하지 않는다(Ⓐ유형). 또, 이 사건에서 피보전채권의 발생 근거가 되는 법률 또는 법률의 해석상 밀접관련성을 인정할 수도 없다(Ⓑ유형). 문제된 피보전채권은 실손의료보험계약에서 정한

83) 이소은, "금전채권자의 공유물분할청구권 대위행사와 보전의 필요성", 법조 제69권 제5호(2020), 527-528면은 채권자대위권 행사의 다른 요건은 그 '존부'로써 충족 여부를 판단하면 되지만, 보전의 필요성 요건은 '어느 정도' 충족되었는지 여부를 판단하여야 하므로 보전의 필요성에 대해 활발한 논의가 전개되어 왔다고 설명한다. 그런데 보전의 필요성 중에서도 이렇듯 '정도'가 문제되는 것은 채무자의 무자력이 아니라, 밀접관련성 및 부당간섭배제성 요건이다.

84) 김덕중(주 40), 143면에서는 대법원 2014. 12. 11. 선고 2013다71784 판결과 대법원 2017. 7. 11. 선고 2014다89355 판결을 보전의 필요성의 각 요건을 구체적 사례의 맥락에 대입하여 포섭한 최초의 사례들로 평가하며, 동시에 각 요건별 세부 기준이 확립될 필요성을 강조한다.

85) 물론 대상판결에 앞서 대법원 2006. 1. 27. 선고 2005다39013 판결이 밀접관련성 요건에 대하여 '양 채권이 발생원인이 직접적으로 관련될 것'을 제시하기도 하였으나, 이는 Ⓐ유형의 특수한 사실관계에서 고려할 기준을 제시한 것에 불과하다. Ⓐ~Ⓒ유형을 포괄하여 밀접관련성의 일반론을 제시한 것은 대상판결이 최초인 것으로 보인다.

보험금 지급요건을 충족하지 못하였음을 요건으로 하여 발생한 급부 부당이득반환채권이나, 민법상 부당이득반환채권은 채권자가 채무자를 대위하여 자신의 부당이득반환채권을 실현할 것을 전제로 하고 있지 않기 때문이다.

한편 피대위채권의 발생 근거가 된 법률인 국민건강보험법 관련 법령의 입법 취지를 고려하여 밀접관련성을 인정할 수 있다는 주장이 가능하다. 대상판결에서 문제된 실손의료보험은 급여비용 중 국민건강보험이 보장하지 않는 부분과 법정 비급여 비용의 일부를 보장하는 보험이다. 이는 국민건강보험과 달리 사적 영역에서 운영되는 사보험이나, 국민의 약 3분의 2가량이 실손의료보험에 가입[86]하고 있어 '제2의 건강보험'으로 불릴 만큼 국민보건 향상 및 사회보장 증진과 직결되어 있다. 채권자대위권 행사의 허용 여부는 보험금이라는 이익을 보험자와 요양기관 중 누구에게로 귀속시킬지를 결정하는바, 요양기관이 위법한 임의 비급여 진료행위를 통해 얻은 부당이득을 보유하도록 하는 것은 국민건강보험법의 목적에 반한다는 주장이 가능하다.

그러나 Ⓑ유형에서 고려하는 입법 목적은 피보전채권과 관련된 것으로 제한해 해석하여야 하는 만큼, 이러한 주장은 타당하지 않다. 애초에 피대위채권의 근거가 된 법령은 채무자와 제3채무자의 관계를 규율할 뿐 채권자의 권리 행사 가부를 규율하지 않기 때문이다. 대상판결에서 피보전채권인 부당이득반환청구권은 보험계약에 의해 발생한 것이고, 해당 계약에서 '보험사고'를 구성하는 사실관계가 국민건강보험법 관련 법령을 위반하였다는 사정을 포함할 뿐이다. 따라서 대상판결은 Ⓑ유형의 밀접관련성이 인정되는 사안이라고도 볼 수 없다.

마지막으로, 대상판결에서 계약의 내용에 의해 밀접관련성이 인정될 수 있는가(Ⓒ유형)? 즉, 피대위채권 발생의 근거가 된 보험계약에서 당사자들은 피대위채권을 피보전채권의 담보 내지는 사실상의 담보로 삼을 의사를 가지고 있었는가?

다수의견이 적절히 지적한 바와 같이, 대상판결에서 피보전채권과 피대위채권은 완전히 독립된 별개의 계약인 보험계약과 진료계약에서 정해진 내용에 기초하여 실현된 급부가 각 무효가 됨에 따라 발생하였다. 이때 피보험자가 요양기관과 진료계약을 맺으며 진료행위가 임의 비급여에 해당할 경우 보험자가 요양기관에 대해 채권자대위권을 행사하도록 하는 것을 예정하였다고 볼 만한 특별한 사정은 보이지 않는다. 보험사고가 발생했을 때 보험자가 피보험자에게 일일이 소송을 제기하여 부당이득반환을 구하는 것은 당연히 예견된 일인데, 임의 비급여 진료행위를 이유로 한 보험사고에서만 그와 달리 보아 보험자가 계약당사자들의 의사에 반해 요양기관에 직접 부당이득반환을 구할 수 있도록 하는 것에는 합리적인 근거가 없기 때문이다. 보험자가 자신의 과실로 피보험자에게 보험료를 지급했다면, 채권의 상대효 원칙에 따라 피보험자에 대해 일일이 소송을 제기하는 것은 보험자가 당연히 감수해야 하는 일에 불과하다.

Ⓒ유형에 해당하는 다른 판례들과 비교해보았을 때에도, 대상판결에서 밀접관련성이

---

86) 2016년을 기준으로 중복 가입을 제외한 국내 실손보험 가입자는 3,456만 명으로, 전국민의 약 68.0%가 실손의료보험에 가입하였다. 한국신용정보원, "신용정보원빅데이터 분석결과", 2016. 11, https://www.google.co.kr/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwj8zq6NoMn7AhWEHXAKHZm_AYYQFnoECAwQAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.fsc.go.kr%2Fcomm%2FgetFile%3FsrvcId%3DBBSTY1%26upperNo%3D72437%26fileTy%3DATTACH%26fileNo%3D8&usg=AOvVaw0e-AQWBdhScRr5DB-HmZcB (최종 접속일 2023. 8. 31.).

인정되기는 어렵다. 물론 대법원 2014. 12. 11. 선고 2013다71784 판결과 대법원 2017. 7. 11. 선고 2014다89355 판결에서 피보전채권과 피대위채권이 서로 다른 계약에 근거한 두 채권임에도 양 채권 간 밀접관련성이 인정된 바 있었으나, 두 경우 양 채권 간 관련성은 대상판결에서의 채권 간 관련성에 비해 긴밀하다.

구체적으로 대법원 2014. 12. 11. 선고 2013다71784 판결에서는 자금관리위탁사와 분양자의 계약 내용 자체가 분양계약이 해제될 경우 수분양자에게 반환하여야 할 분양대금을 담보하는 것을 포함하고 있었으므로, 피보험자가 요양기관으로부터 부당이득으로 반환받을 진료비 중 상당 부분이 보험자에게 귀속되어야 한다는 대상판결의 사안에 비해 피보전채권과 피대위채권 간 긴밀한 관련성이 존재하였다.

한편 대법원 2017. 7. 11. 선고 2014다89355 판결은 피보전채권과 피대위채권이 사실상 동일한 경제적 목적을 달성하기 위한 일련의 법률관계에 있다고 판단된다는 사정을 고려하여 밀접관련성을 인정하였던 만큼, 대상판결과 유사한 정도의 관련성을 가지는 것으로 보일 여지가 있다. 그러나 위 사안에서는 무엇보다 채무자가 제3채무자에게 33억 원 중 30억 원을 지급할 당시 채권자의 측근이 동석하였다는 점, 양 채권은 모두 골프장 인허가를 받지 못하는 것을 해제조건으로 하여 성립하였다는 점 등으로 인해 채무자가 제3채무자와 경제적 이해관계를 같이하게 되었고 양자에게 피대위채권을 사실상의 담보로 삼겠다는 의사가 인정된다는 점이 인정되었다. 이와 달리, 대상판결에서 피보험자가 요양기관과 경제적 이해관계를 같이하였다거나 진료계약에 따른 부당이득을 사실상의 담보로 삼고자 하였던 의사는 확인되지 않으므로, 위 판결에서 밀접관련성이 인정되었음을 이유로 대상판결에서 밀접관련성이 인정되어야 한다고 보기는 어렵다. 결론적으로, 대상판결은 ⓒ유형에도 해당한다고 보기 어려우며 따라서 대상판결에서 밀접관련성은 인정될 수 없다.

V. 부당간섭배제성에 관한 검토

다수의견과 반대의견은 대상판결에서 부당간섭배제성 요건이 충족되는지에 관해서도 견해를 달리하였다. 다수의견은 보험자가 자력이 있는 피보험자를 대위하는 것이 피보험자의 자유로운 재산관리권에 대한 부당한 간섭이 된다고 보았던 반면, 반대의견은 보험자의 채권자대위권 행사가 부당한 간섭에는 이르지 않는다고 보았다. 이에 본 평석에서는 부당간섭배제성이 과연 실질적인 단독 요건으로 기능할 수 있는지를 살펴본 후, 부당간섭배제성은 보충적 요건으로서 매우 예외적인 경우에만 불충족되며 대상판결은 그러한 예외에 해당하지 않음을 보인다.

1. 부당간섭배제성의 성격

Ⅲ. 2.에서 부당간섭배제성은 보전의 필요성 법리 2단계에서 최초로 설시되었음을 살펴보았다. 해당 법리에서 부당간섭배제성은 밀접관련성 및 필요수단성과 병렬적으로 나열되어 판례 문언상 세 가지 요건 간의 관계가 명확하지 않았다. 이후 3단계 법리는 밀접관련성이 필요수단성의 하위 요건임을 명확히 하였으나, 부당간섭배제성과 필요수단성의 관계에 대해서는 분명하

게 밝히지 않은 채 양자를 단순히 나열하였기에 양자의 관계가 어떠한지 문제된다.

우선, 부당간섭배제성을 필요수단성과 대등한 요건으로 평가하는 견해가 존재한다.[87] 위 견해는 부당간섭배제성을 채권자와 채무자 간 이익형량을 통해 실질적으로 판단하여야 할 요건으로 본다. 채권자대위권 제도가 민법 체계 내에서 채권의 상대효 원칙에 대한 예외로서 가지는 위치나 기능을 고려할 때 채권자대위권의 행사로 채무자와 제3채무자 간 법률관계에 대한 간섭이 무제한 허용되지 않고, 채권자대위권 제도 역시 채권의 상대효와 사적 자치라는 민법상 대원칙의 범위 안에서 작동하기 때문이다.[88] 채권자대위권이 행사될 수 있는 범위가 무한정 확장되어서는 안된다는 위 견해의 주장에는 응당 동의할 수 있으나, 이는 부당간섭배제성 요건이 필요수단성 요건과 대등한 중요성을 갖는다는 주장의 근거가 될 수는 없다. 필요수단성 요건의 해석과 적용을 통해 채권자대위권이 행사될 수 있는 범위를 충분히 제한할 수 있기 때문이다.

한편, 부당간섭배제성은 필요수단성에 대해 보충적 요건으로만 기능한다는 견해가 존재한다.[89] 채권자대위권 제도 자체가 채무자의 재산관리행위의 자유를 제한하는 만큼,[90] 민법 제404조는 본질적으로 채권자의 이익이 채무자의 이익보다 우선한다는 전제에 서 있기 때문이다. 민법 제404조 문언이 "자기의 채권을 보전하기 위하여"라는 요건을 언급할 뿐 부당간섭배제성에 대해서는 언급하고 있지 않다는 점, 판례 역시 "부당한 간섭이 되는 특별한 사정"이라는 소극적인 표현을 사용하고 있다는 점은 이러한 견해에 설득력을 더한다.[91] 이에 따르면, 채무자의 재산관리행위에 대한 간섭이 된다는 이유로 보전의 필요성을 부정하는 데에는 매우 신중해야 한다.

생각건대, 채권자대위권은 본질적으로 채무자의 재산권에 대한 간섭을 전제로 하며 그 행사에 채무자의 동의를 필요로 하지 않는다[92]는 점에서 부당간섭배제성 요건의 중요성은 약화될 수밖에 없다. 또한 부당간섭배제성 요건의 충족 여부에 관한 요소들은 대부분 필요수단성 요건의 충족 여부를 판단할 때 고려하는 요소들에 흡수되거나 이와 중첩된다는 점에서 위 견해는 타당하다. 채권자대위권의 행사는 필연적으로 채무자에 대한 '간섭'을 수반하는바, 필요수단성은 "채권자가 채무자의 권리를 대위하여 행사하지 않으면 자기 채권의 완전한 만족을 얻을 수 없게 될 위험이 있어 채무자의 권리를 대위하여 행사하는 것이 자기 채권의 현실적 이행을 유효·적절하게 확보하기 위해 필요"한 경우 인정되므로 그러한 채권자대위권의 행사가 '부당한 간섭'이 되지 아니하게 하기 때문이다. 실제로 부당간섭배제성을 필요수단성과 대등한 요건으로 보는 견해가 제시하는 부당간섭배제성의 구체적 판단 기준들 중 다수는 필요수단성에서 이미 고려되는 요소들에 해당한다.[93]

---

87) 오경미(주 44), 368-372면 참조.
88) 오경미, 위의 논문, 374-375면 참조.
89) 이소은(주 83), 536면 참조.
90) 한편 채권자대위권은 채권자에게 법률상 인정되는 권리이므로 그 행사를 애초에 채무자의 자유에 대한 간섭으로 볼 수 없다는 견해도 있다. 노종천, "채권자대위권 행사요건 및 효과의 재구성", 외법논집 제40권 제4호, 한국외국어대학교 법학연구소(2016), 108면 참조.
91) 이소은(주 83), 534-536면 참조.
92) 대법원 2014. 9. 25. 선고 2014다211336 판결 참조.
93) 해당 견해는 채권자의 이익과 채무자의 자유로운 재산관리권을 이익형량하여 부당간섭배제성을 판단할 수 있다고 하며 다음과 같은 다섯 가지 기준을 제시한다. 첫째, 책임재산에 대한 영향이다. 즉, 채무자가 무자력이거나 채권 회수가능성이 불투명한 경우 부당한 간섭으로 평가될 가능성이 높다고 한다. 그러나 채무자의 무자력 등 책임재산에 대한 영향이야말로 필요수단성을 판단하는 핵심적인 요소에 해당한다. 둘째, 채무자의 의무위반성이다. 즉, 채무자가 피대위채권을 행사하지 않는 것이 채권자에 대해 계약상 의무위반행위를 구성하는 경우, 부당간섭배제성 요건이 인정되지 않을 가능성이 높다고 한다. 그러나 채무자의 권리 불행사로 인하여 계약상 의무 위반이 초래된 경우에 무조건 보전의 필요성이 인정되는 것이 아니라 그로 인하여 채권의 현실적 이행에 뚜렷한 장애가 초래된 경우에만 보전

종래 판례 역시 부당간섭배제성을 이유로 보전의 필요성을 부정하는 데에는 소극적이었다. 실제로 공간된 대법원 판례 중 부당간섭배제성 요건이 불충족되어 보전의 필요성을 부정한 사안은 다음의 두 가지 경우에 불과했다.[94] 첫째, 국토의 계획 및 이용에 관한 법률상 허가구역에 있는 토지의 매수인인 원고가, 토지거래허가 신청절차의 협력의무 이행청구권을 보전하기 위하여 매도인을 대위하여 피고에게 신탁가등기 또는 신탁등기의 말소를 청구한 경우이고,[95] 둘째, 공유물에 선순위채권자가 있어 공유지분만 경매한다면 그 경매대가가 선순위 피담보채권을 변제하고는 남을 가망이 없어 민사집행법 제102조에 따라 경매가 취소된 경우, 공유자의 금전채권자가 자신의 채권을 보전하기 위하여 공유자의 공유물분할청구권을 대위하려고 하는 경우였다.[96] 전자는 토지거래허가 신청절차의 협력의무 이행청구권이라는 특정채권의 보전이 문제가 된 경우였고, 후자는 금전채권을 보전하는 사안이었으나 피대위채권이 공유물분할청구권이라는 특수한 상황이 결정적으로 고려되었다. 이와 달리 금전채권을 보전하기 위해 금전채권을 대위하는 경우라면 특별한 사정이 없는 이상 부당간섭배제성이 충족될 것이다.

위 학계의 논의와 판례의 태도를 종합하면, 채권자대위권의 행사 가부를 판단하는 데 있어 필요수단성이 핵심적인 역할을 수행하여야 하며, 이와 달리 부당간섭배제성은 필요수단성이 부정되는 경우에 한하여 보충적인 역할을 수행하여야 한다. 그리고 부당간섭배제성이 보충적인 역할을 수행하는 경우에도 특히 피보전채권이 금전채권인 경우 부당간섭배제성을 이유로 보전의 필요성을 부정하는 데에는 신중하여야 한다.

2. 대상판결의 견해 및 검토

다수의견은 “소극적 요건의 판단은, 피보전채권에 발생한 위험을 제거하여 자기 채권을 실현하려는 채권자의 이익과 고유의 재산관리권 행사를 간섭받지 않을 채무자의 이익을 비교형량하는 것을 핵심으로 한다”라며 최초로 부당간섭배제성 판단의 일반론을 설시하였고, 이로써 부당간섭배제성이 소극적 요건으로서 갖는 독자적 의의를 긍정하였다. 그러나 막상 구체적인 포섭의 단계에서는 “진료비 상당의 부당이득반환채권을 현실적으로 행사할지 여부는 피보험자의 의사에 달려 있고, 피보험자는 무자력이 아닌 한 그 행사 여부를 직접 결정할 권리를 가

의 필요성이 인정되는 것이며, 이 또한 필요수단성의 내용에 포함된다. 셋째, 대체수단의 유무이다. 즉, 피대위채권의 행사가 피보전채권을 실현하는 데 유효한 수단이고 이를 대체할 다른 수단이 없는 경우 부당간섭배제성 요건이 인정될 가능성이 높다고 한다. 그러나 이 역시 채권의 현실적 이행을 유효·적절하게 확보하기 위해 필요한 것인지를 판단하는 필요수단성의 내용에 해당한다. 넷째, 채무자의 경제적 이익 침해 정도이며, 다섯째, 채권자대위권 행사를 통해 얻는 특별한 이익의 유무이다. 즉, 채무자가 통상 수인하여야 하는 피해를 넘어서거나, 채권자가 통상 수준 이상의 우월한 지위를 얻게 된다면 부당간섭배제성 요건이 인정되지 않을 가능성이 높다고 한다. 그러나 ‘통상 수인하여야 하는 피해’나 ‘통상 수준 이상의 우월한 지위’에서 ‘통상’의 의미는 결국 필요수단성이 인정되지 않는 경우와 중첩되는 것으로 보인다. 오경미(주 44), 360-361면, 368-372면 참조.

94) 이소은(주 83), 550-551면 참조.

95) 대법원 2013. 5. 23. 선고 2010다50014 판결; 대법원 2013. 5. 23. 선고 2010다50021 판결; 대법원 2013. 5. 24. 선고 2010다33422 판결; 대법원 2013. 6. 13. 선고 2011다83820 판결. 위 판결들에서 피보전권리가 된 토지거래허가 신청절차의 협력의무 이행청구권은 정지조건부 매매계약에 기초하여 발생한 채권인데, 정지조건의 성취 여부가 오랫동안 확정되지 않은 상태였고, 앞으로도 성취될 가능성이 높지 않았다. 대법원은 이에 대해 “상당히 오랫동안 의무 발생 여부에 관하여 불안정한 상황에 있었던 이 사건 매도인들의 경제적 이익도 보호할 필요성이 있다고 할 수 있고, 이에 따라 유동적 무효상태에 있는 이 사건 제1매매계약의 매수인인 원고의 채권자대위권 행사가 이 사건 매도인들의 자유로운 재산관리행위에 대한 부당한 간섭이 되지 않도록 보전의 필요성 인정에 신중을 기할 필요가 있다.”라고 하였다.

96) 대법원 2020. 5. 21. 선고 2018다879 전원합의체 판결에서 다수의견은 채무자 및 공유자의 공유관계를 유지하고자 하는 의사를 존중하여 공유물분할청구권의 대위행사는 부당한 간섭이 된다고 판단하였다.

지고 있다”라며 지극히 형식적인 차원에서 채권자대위권의 행사가 채무자의 의사에 반할 수 있다는 사정을 추단하는 정도에 그쳤고, 그마저도 부당한 간섭에 해당할 “여지가 있다”고 방어적으로 판단하였을 뿐이다.

결국 다수의견은 대상판결에서 채권자대위권의 행사가 ‘채무자의 의사에 반하는지 여부’, 즉 ‘간섭’에 해당하는지 여부에 대해서만 논하였고, 이것이 ‘부당한 간섭’에 해당하는지 여부를 논하는 데까지는 나아가지 못하였다. 그런데 보전의 필요성을 인정함에 있어 채무자의 동의 여부는 중요하지 않으며,[97] 다만 이익형량의 요소 중 하나로 작용할 뿐이다. 게다가 대상판결에서 다수의견은 필요수단성 요건이 충족되지 못한다고 판단하였으므로, 이와 판단 기준의 상당수를 공유하는 부당간섭배제성 요건 역시 충족되지 않는다고 주장할 가능성이 크다. 그런데도 왜 다수의견은 실질적 이익형량에 이르지 아니하고 채무자의 의사를 추단하는 단계에서 논증을 멈추었으며, 소극적이고 잠정적인 판시를 내리는 데에 그쳤는가? 이는 대상판결에서 채권자대위권 행사가 애초에 채무자의 의사에 반한다고 보기 어려운 상황이었다는 데에 기인한 것으로 보인다. 채무자의 의사가 채권자의 이해관계와 괴리되지 않는 상황에서 이익형량은 아무런 의미가 없기 때문이다.

다수의견은 이 사건 피대위채권이 발생한 기초를 이루는 ‘진료계약’은 피보험자와 요양기관 간 관계에 따라 다양한 형태의 권리·의무를 발생시키며 사적인 개인정보의 수집과 생산을 필수적으로 수반하므로, 개인의 사정에 따라 부당이득반환채권의 행사 여부가 달라질 것이라 주장하였다. 개인정보를 소송자료로 사용하는 것에 거부감을 느끼는 피보험자가 있을 것이라는 지적은 타당한 측면이 있지만, 애초에 트리암시놀론 주사 치료의 임의 비급여성이 다투어지고 있지 않은 상황에서 “극히 사적이고 민감한 개인정보”의 취급이 문제될 것으로 보이지는 않는다. 또한 모든 계약은 각 계약에 특수한 권리·의무를 발생시키는바, 다수의견은 진료계약이 다양한 형태의 권리·의무를 발생시킨다는 사실이 어떠한 점에서 다른 종류의 계약에 비해 특수한지에 대해서는 설명하지 못한다.

무엇보다 반대의견이 적확히 지적하였듯, 피보험자가 요양기관에 부당이득반환채권을 행사하지 않을 것이라는 점이 피보험자가 보험자의 채권자대위권 행사에 반대하는 의사를 가짐을 의미하지는 않는다. 피보험자가 보험자로부터 채무를 이행할 것을 요구받은 이상, 피보험자 역시 요양기관에 대한 자신의 채권을 행사하고자 할 것임을 넉넉히 추단할 수 있다. 그렇지 않은 경우 피보험자는 지급받은 보험료를 보험자에게 반환하고 온전히 자기 비용으로만 진료비를 부담하여야 하기 때문이다.

피보험자가 요양기관으로부터 진료비를 반환받는 방법은 부당이득반환 소송을 제기하거나 국민건강보험법 제48조에 따라 건강보험심사평가원에 직접 확인 요청을 하는 것인데, 두 경우 모두 피보험자는 절차의 어려움, 개인적인 이유나 요양기관과의 관계 등으로 인해 진료비의 반환을 포기할 가능성이 높다. 이를 고려하였을 때, 채권자대위권의 행사를 통해 보험자가 요양기관에 대해 직접 부당이득반환을 구할 수 있도록 하는 것이 오히려 피보험자의 의사에도 부합할 수 있다. 또 채권자대위권의 행사가 허용되는 경우 피보험자는 보험자에게 직접 채권의 이행을 청구당하는 것을 피하고 분쟁에서 벗어날 수 있으므로, 채권자대위권의 행사를 허용하는 것이 피보험자의 의사에 반한다고 볼 수 없기도 하다.

따라서 대상판결에서 채권자대위권의 행사는 채무자의 의사에 반하지 않으며, 이 사건 채권

97) 대법원 2014. 9. 25. 선고 2014다211336 판결은 채권자대위권의 행사가 채무자의 동의를 필요로 하지 않는다는 점을 명확히 하고 있다.

자대위권의 행사에서 부당간섭배제성이 문제될 여지는 없다고 보아야 한다.

Ⅵ. 결론

대상판결의 다수의견은 ① 채권자대위권 제도는 강제집행 제도에 대해 보완적 역할을 수행하고, ② 피보전채권이 금전채권인 경우 채무자의 무자력은 채권자대위권의 행사가 허용되기 위한 원칙적 요건이며, ③ 밀접관련성은 엄격하게 인정되어야 하고, ④ 부당간섭배제성은 단독 요건으로서 실질적 평가를 요한다는 입장을 취하였다. 그리고 이에 비추어 대상판결의 사안은 피보전채권이 금전채권임에도 채무자의 무자력이 인정되지 않으므로 채권자대위권의 행사가 허용되어서는 안된다고 판단하였다. 다수의견은 밀접관련성 및 부당간섭배제성 역시 인정되지 않는다고 보았다.

대상판결은 일응 타당한 결론을 내렸으나, 그 논증 과정에서 잘못된 전제를 취하거나 불충분한 논리 전개를 보였다는 한계를 가진다. 이에 본 평석은 ① 채권자대위권 제도는 강제집행 제도와 구별되는 독자적 의의를 가지므로, ② 보전의 필요성 판단에 있어 피보전채권이 금전채권인 경우에도 채무자의 무자력 여부에 구속될 필요가 없음을 밝혔다. 채무자의 자력 여부는 필요수단성 판단을 위해 종합적으로 고려되어야 하는 하나의 요소에 불과하며, 이 사건 채권자대위권 행사가 허용되어야 하는지 판단하기 위해서는 오히려 밀접관련성이 인정되는지를 실질적으로 검토하여야 한다.

이에 관해 본 평석은 ③ 종래 논의에서 나아가 밀접관련성이 인정된 기존 판례들을 유형화하여 밀접관련성의 판단을 위한 일종의 기준을 정립하였으며, 구체적 논증이 부재했던 다수의견과 달리 위 유형화한 판례군에 비추어 대상판결에서 밀접관련성이 인정될 수 없는 이유를 보였다. 한편, ④ 부당간섭배제성 요건에 관하여 이는 다수의견의 주장과 달리 실질적인 요건으로 기능하기 어려우며, 극히 예외적인 상황에서만 문제될 수 있으나 대상판결은 그러한 예외에 해당하지 않음을 보였다. 결론적으로 본 평석은 대상판결에서 피보전권리와 피대위채권 간 밀접관련성이 인정되지 않으므로 이 사건 채권자대위권 행사가 허용되어서는 안된다고 보았다.

본 평석은 채권자대위권 제도의 법적 성격에서 시작하여 보전의 필요성을 판단하는 각 요건들을 종합적으로 설명함으로써 어떠한 기준에 입각하여 보전의 필요성을 인정할 수 있는지를 보다 명확하게 설명하고자 하였다. 이 과정에서 채권자대위권의 행사가 허용되었던 다양한 종래 판례들을 통합하여 설명하고자 하였으며, 이를 통해 다수의견과 달리 보다 구체적 논증을 통해 대상판결에서 채권자대위권 행사가 허용되어서는 안됨을 밝혔다는 의의를 가진다.

채권자대위권 제도는 다양한 맥락에서 채권자의 권리 실현을 위한 효과적인 제도로 기능하며, 보전의 필요성 요건은 채권자대위권 제도가 합리적으로 운용되는 데에 핵심적인 역할을 수행한다. 그러나 대상판결은 그동안 여러 판례들이 정교하게 발전시켜온 보전의 필요성 법리를 오히려 후퇴시킨 것으로 보인다. 다수의견과 같이 금전채권이 피보전채권인 경우 채무자가 무자력인지 여부에 따라 채권자대위권 행사의 허용 여부를 판단하는 법리는 본 평석이 전개한 논의에 비하여 훨씬 간명하고 편리하다. 그러나 다수의견이 고수하였던 법리는 ‘일반적’인 것을 ‘원칙적’인 것으로 승격시키고, 이에 따라 명확한 기준 없이 불필요한 예외를 확장하게 된다는 뚜렷한 한계를 가진다. 이에 본 평석은 밀접관련성을 중심으로 보전의 필요성의 각 요건들을 판단할 수 있는 기준을 세밀하게 분석하는 데 초점을 맞추었다. 이를 통해 채권자대위

권 제도의 합리적인 운용에 있어 보전의 필요성이 보다 실질적인 개념으로 활용될 수 있기를 기대한다.

참고문헌

국내문헌

단행본

곽윤직, 채권총론(민법강의Ⅲ), 제6판, 박영사, 2014.
김주수, 채권총론, 삼영사, 2003.
김형배, 채권총론, 제2판, 박영사, 1998.
송덕수, 신민법강의, 제12판, 박영사, 2019.
양창수・김형석, 민법Ⅲ(권리의 보전과 담보), 제3판, 박영사, 2018.
여하윤, 채권자대위권 연구, 경인문화사, 2007.
오수원, 민법연구 제1권 채권자대위권, 박영사, 2016.
이은영, 채권총론, 개정판, 박영사, 2002.
정기웅, 채권총론, 제2전정판, 법문사, 2014.
지원림, 민법강의, 제19판, 홍문사, 2022.

주석서

민법주해(Ⅸ), 박영사, 1995.
주석 민법 채권총칙(2), 제5판, 한국사법행정학회, 2020.

논문

강봉석, “채권자대위권에 있어서 채권보전의 필요성”, 민사판례연구 제24권, 박영사(2002).
김덕중, “채권자대위권에서 보전의 필요성에 관한 판례상 판단기준”, 법학연구 제30권 제2호 (2022).
김철수, “개정 일본민법상의 채권자대위권과 한국 민법의 개정”, 동북아법연구 13권 2호 (2019).
김형배, “채권자대위권에 있어서 무자력 요건의 재검토”, 법학논집 23권(1985).
노종천, “채권자대위권의 법적성질”, 민사법학 제58권(2012).
_____, “채권자대위권 행사요건 및 효과의 재구성”, 외법논집 제40권 제4호, 한국외국어대학교 법학연구소(2016).
명순구, “프랑스 민법 연구의 성과 및 향후의 전망 -채권자대위제도의 운용을 중심으로-”, 비교사법 제12권 1호(2005).
목혜원, “공유물분할청구권을 대위행사하는 경우 ‘보전의 필요성’ 유무의 판단기준”, 민사판례연구 제44권(2022).
박광서, “채권자대위권 행사요건 중 보전의 필요성에 관한 판례이론”, 청연논총 제15집(2019).
박종윤, “채권자대위권 －무자력이론과 기판력에 관한 재검토－”, 사법논집 제6집(1975).
박태신, “일본의 개정 민법에 있어서 채권자대위권에 관한 연구”, 연세법학 제31호 (2018).
_____, “채권자대위권에 관한 이해의 변화 모색 - 보전의 필요성 및 채무자의 무자력과 관련하여 -”, 저스티스 통권 제186호(2021)
안문희, “프랑스민법상 채권자대위권의 법적 성격 및 적용 범위”, 중앙법학 제22집 제3호(2020).

오경미, “채권자대위권에서 ‘보전의 필요성’과 채권자평등주의의 문제 - 대법원 2018다879 전원합의체 판결과 관련하여”, 사법 제55권 제1호(2021).
오수원, “채권자대위권에 있어서 채무자의 무자력 요건론의 재검토”, 인권과 정의 통권 제443호(2014).
여하윤, “채권자대위권(action oblique)에 관한 프랑스에서의 최근 입법 동향”, 재산법연구 제34권 제4호(2018).
_____, “채권자대위권에 있어서 ‘채권보전의 필요성’의 의미”, 법조 제71권 제6호 (2022).
이소은, “금전채권자의 공유물분할청구권 대위행사와 보전의 필요성”, 법조 제69권 제5호(2020).
이재찬, “채권자대위소송과 민사집행법상 금전채권에 대한 강제집행 제도의 선후관계에 관한 연구”, 사법논집 제63집(2017).
임웅찬・이상강・박형호・김형진, “임의비급여 부당이득반환청구소송에서의 채권자 대위법리 적용에 관한 고찰 - 맘모톰 절제술 관련 판례의 검토를 중심으로”, 경영법률 제31권 제2호(2021).
정병호, “채권자대위권에 있어서 금전채권을 보전할 필요성 -판례의 내용 확인을 중심으로”, 재산법연구 제25권 제3호(2009).
추신영, “채권자대위권과 보전의 필요성”, 법학연구 제23권 제1호(2015).

기타 자료

한국신용정보원, “신용정보원빅데이터 분석결과”, 2016. 11, https://www.google.co.kr/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwj8zq6NoMn7AhWEHXAKHZm_AYYQFnoECAwQAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.fsc.go.kr%2Fcomm%2FgetFile%3FsrvcId%3DBBSTY1%26upperNo%3D72437%26fileTy%3DATTACH%26fileNo%3D8&usg=AOvVaw0e-AQWBdhScRr5DB-HmZcB (최종 접속일 2023. 8. 31.).
신도, “보험사, 실손보험 1000억원대 소송… 임의비급여・채권자대위 뭐길래’”, 아시아타임즈, 2022. 3. 22, https://www.asiatime.co.kr/article/20220322500110 (최종접속일 2023. 8. 31.).
김혜주, “‘4세대 실손 보험’갈아탈까? … 세 가지 따져 보세요”, KBS 뉴스, 2023. 6. 1, https://news.kbs.co.kr/news/view.do?ncd=7689497#:~:text=지난해%20말%20기준%20실손의료,만큼%20가입자%20규모가%20큽니다. (최종접속일 2023. 8. 31.).