

채권자대위권 행사에 있어 보전의 필요성 요건으로서
‘채무자의 무자력’과 ‘밀접 관련성’
— 대법원 2022. 8. 25. 선고 2019다229202 전원합의체 판결 —

박 준 규

초록

본고는 대법원 2022. 8. 25. 선고 2019다229202 판결 다수의견이 그 논리와 결론에 있어 타당하지 않음을 지적하면서, 보험회사와 실손의료보험계약을 체결한 피보험자들이 의료기관으로부터 임의 비급여 진료행위를 받고 보험회사에 진료비 상당의 보험금을 수령한 경우에, 보험회사가 자신의 피보험자들에 대한 부당이득반환채권을 보전하기 위해 피보험자들의 부당이득반환채권을 대위하여 행사할 수 있는지 여부를 재검토한다.

이를 위해 본고는 우선 채권자대위제도의 연혁, 법적 성질에 관한 논의를 살펴본다. 대상판결 다수의견은 채권자대위권 제도는 그 연혁상 채무자의 책임재산을 보전이라는 목적에 국한되는 것이며, 법정재산관리권설과 유사한 입장에서 판단해야 함을 주장한다. 하지만 우리 민법이 계수한 프랑스 민법 및 이론 민법의 입법례 등을 고려하면 채권자대위권 제도의 목적을 책임재산의 보전에 한정지으려는 다수의견의 태도는 타당하지 않다. 나아가, 다수의견이 법정재산관리권설과 유사한 입장에서 채권자대위권의 성격을 파악하는 것 역시, 법정재산관리권설에 내재한 논리적 흠결을 고려하면 수긍하기 어렵다.

이어서 본고는 대상판결 다수의견과 반대의견이 제시하는 종래 대법원 판례 태도에 대한 이해를 검토한다. 그리고 보전의 필요성 요건에 대한 종래 대법원 판례 태도의 변천을 추적한 결과, 다수의견의 분석보다 반대의견의 분석에 따라 종래 대법원 판례의 흐름을 분석하는 것이 보다 타당함을 검증한다. 아울러, 본고는 이와 같이 다수의견과 반대의견의 견해 대립이 발생하는 것은 보전의 필요성 요건을 해석함에 있어 채무자의 무자력 여부에 집중하여 파악하였기 때문임을 지적하면서, 그와 달리 채권자대위권 행사에 있어 피보전채권과 피대위채권 간 밀접 관련성을 기준으로 파악하는 경우 종래 판례 태도를 보다 통일적으로 해석할 수 있음을 지적한다.

결론적으로, 이상의 점을 근거로, 본고는 대상판결 사안에서 보험자가 피보험자를 대위하여 부당이득반환채권을 행사하는 것이 허용되어야 한다고 주장한다. 본고의 주장과 같이 피보전채권과 피대위채권 사이의 밀접 관련성에 주목하여 보전의 필요성을 해석하더라도 대상판결 사안에서는 보험자의 채권자대위권 행사가 허용된다고 봄이 상당하며, 설령 다수의견의 주장에 따라 채무자의 무자력의 측면에서 보전의 필요성을 해석하더라도 마찬가지로 대상판결 사안에서 보험자의 대위행사를 허용하는 것이 타당하다. 즉, 보전의 필요성 요건에 관한 어느 입장에 기해 판단하더라도, 대상판결 사안에서 보험자의 채권자대위권 행사는 허용되어야 하는 것으로 보인다.

주제어: 실손의료보험계약, 채권자대위권, 보전의 필요성, 채무자의 무자력, 밀접 관련성, 2019다229202

[사실관계 및 판결요지]

I. 사실관계

원고는 다수의 보험계약자들과 실손의료보험계약을 체결한 보험회사이다. 실손의료보험계약의 피보험자들은 피고 운영 병원에서 비염개선을 위해 트리암시놀론 주사 치료(이하 ‘이 사건 진료행위’라 한다)를 받고 진료계약에 따라 피고에게 진료비를 지급하였다. 원고는 실손의료보험계약에 따라 피보험자에게 진료액 전액 또는 일부에 해당하는 보험금을 지급하였다. 그런데 이 사건 진료행위는 「국민건강보험 요양급여의 기준에 관한 규칙」(이하 ‘국민건강보험법’이라 한다)에서 규정하는 요양급여 대상이 아니며, 비급여 대상에도 해당하지 않는 소위 ‘임의 비급여’ 진료행위에 해당하였다.

원고는, 피고가 피보험자들에게 행한 임의 비급여 진료행위는 국민건강보험법 관련 규정에 의해 무효인바, 피보험자들이 수령한 보험금은 법률상 원인 없이 지급된 것임을 이유로, 원고의 피보험자들에 대한 보험금 상당 부당이득반환채권을 피보전채권으로 하여 피보험자들을 대위하여 피고를 상대로 진료비 상당의 부당이득반환을 구하는 채권자대위 소송을 제기하였다.

II. 제1심 및 원심의 판단

1. 제1심 판결

제1심법원은, “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 채권자 대위권의 행사가 채무자의 자유로운 재산관리행위에 대한 부당한 간섭이 된다는 등의 특별한 사정이 없는 한 채권자는 채무자의 권리를 대위하여 행사할 수 있어야 한다”고 판시한 대법원 2001. 5. 8. 선고 99다38699 판결을 인용하면서, 원고의 채권자대위권 행사가 적법하다고 보고, 원고의 청구를 일부 인용하였다.

2. 원심 판결

원심법원은 피고가 행한 이 사건 진료행위는 임의 비급여 진료행위에 해당하므로, 피고가 피보험자들로부터 진료비를 받은 것은 원칙적으로 국민건강보험법 제57조 등에서 정한 ‘속임수 그 밖의 부당한 방법으로 가입자 등에게 요양급여비용을 부담하게 한 경우’에 해당하고, 임의 비급여 진료행위가 허용되는 예외적인 경우에 해당한다고 볼 수도 없다고 판단하였다.

나아가 원심법원은, 국민건강보험법상 요양급여 관련 규정들은 강행규정이므로¹⁾, 이를 위반하여 체결된 피고와 피보험자들 사이의 진료계약은 무효라 할 것이어서, 피고는 법률상 원인 없이 피보험자들로부터 진료비 상당의 이익을 얻었다 할 것이고, 마찬가지로 피보험자들은 법

1) 대법원 2001. 7. 13. 선고 99두12250 판결

를상 원인 없이 원고(보험회사)로부터 보험금 상당의 이익을 얻었다고 봄이 상당하다고 보았다. 따라서 피고는 피보험자들에 대하여 진료비 상당의 부당이득을, 피보험자들은 원고에게 보험금 상당의 부당이득을 반환할 의무가 있다고 보았다.

이를 종합하여, 원심법원은, 원고가 채권자대위에 의하여 보전하려는 피보험자들에 대한 부당이득반환채권은 피보험자들이 피고에 대하여 가지는 부당이득반환채권과 서로 밀접하게 관련되어 있고, 원고가 피보험자들을 상대로 일일이 반환청구를 한다면 그 보험금의 회수가 제대로 이루어지지 않을 수 있으므로, 원고가 피보험자들을 대위하여 피고가 부당하게 수령한 진료비 상당의 부당이득금의 반환을 구하는 것이 원고 채권의 현실적 이행을 유효·적절하게 확보하기 위하여 필요하다고 보이며, 원고의 채권 행사가 피보험자들의 자유로운 재산관리행위에 관한 부당한 간섭으로도 보이지 않는 점 등의 사정을 감안하면, 채무자인 피보험자들이 무자력이어야 한다는 요건을 엄격하게 적용할 수는 없고, 원고는 피보험자들의 피고에 대한 부당이득 반환청구권을 대위하여 행사할 수 있다고 판단하였다.

Ⅲ. 대법원의 판단

대법원 2022. 8. 25. 선고 2019다229202 전원합의체 판결(이하 ‘대상판결’이라 한다)은 우선 채권자대위권 행사에 있어 ‘보전의 필요성’을 인정하기 위해서는, 적극적 요건으로서 채권자가 채권자대위권을 행사하지 않으면 피보전채권의 완전한 만족을 얻을 수 없게 될 위험의 존재가 인정되어야 하고, 나아가 채권자대위권을 행사하는 것이 그러한 위험을 제거하여 피보전채권의 현실적 이행을 유효·적절하게 확보하여 주어야 하며, 소극적 요건으로서 채권자대위권의 행사가 채무자의 자유로운 재산관리행위에 대한 부당한 간섭이 된다는 사정이 없어야 하는 것이며, 이러한 적극적 요건과 소극적 요건은 채권자가 보전하려는 권리의 내용, 보전하려는 권리가 금전채권인 경우 채무자의 자력 유무, 피보전채권과 채권자가 대위행사하는 채무자의 권리와 관련성 등을 종합적으로 고려하여 인정 여부를 판단하여야 한다고 판시하였다.

다만 대법원은 구체적인 사례 포섭에 있어서는 견해가 대립하였다. 다수의견은 대상판결 사안에서 원고가 피보험자들에 대하여 가지는 부당이득반환채권은 금전채권이므로 이를 보전하기 위해서는 원칙적으로 피보험자들의 무자력이 요구되는 것인데, 이 사건의 경우 피보험자들이 무자력이라는 주장·증명이 없고, 또한 피보전권리의 실현 또는 만족을 위하여 대위권리의 행사가 긴밀하게 필요하다는 등의 밀접한 관련성을 인정할 수도 없으며, 원고가 피보험자들의 피고에 대한 권리를 대위하여 행사하지 않으면 자기 채권의 완전한 만족을 얻지 못할 위험이 있다고 보기도 어렵다고 보았다. 나아가 채권자대위권의 행사가 피보험자의 자유로운 재산관리행위에 대한 부당한 간섭이 될 소지가 있어 소극적 요건 역시 충족하지 못하므로, 원고의 채권자대위권 행사의 요건으로서 보전의 필요성을 인정할 수 없다고 보았다.

반면 대상판결 반대의견은, 보험자의 피보험자에 대한 부당이득반환채권과 피보험자의 의료기관에 대한 부당이득반환채권 사이에 밀접 관련성을 인정할 수 있고, 채권자인 보험자가 그 부당이득반환채권을 보전하기 위해 피보험자를 대위하여 진료비 상당의 부당이득반환채권을 대위행사하는 것은 보험자 자신의 채권의 현실적 이행을 위한 유효·적절한 수단으로서 채무자의 자유로운 재산관리행위에 대한 부당한 간섭이라 보기 어렵다고 판단하였다. 따라서 대상판결 사안의 경우, 채무자의 자력 유무를 불문하고, 채권자대위권의 행사요건인 보전의 필요성이 인정된다고 봄이 타당하다고 보았다.

[연구]

I. 서론

국민건강보험법상 의료기관의 진료행위는 급여와 비급여로 구분된다. 이 중 비급여는 다시 법정 비급여와 임의 비급여로 구분된다. 법정 비급여는 의료기관이 환자에게 행할 수 있도록 국민건강보험법 등이 허용한 진료행위²⁾를 말하고, 임의 비급여는 그 외의 비급여 진료행위를 의미한다. 법정 비급여 진료행위는 국민건강보험법상 요양급여대상과 달리 의사와 환자 사이의 사적(私的) 계약에 따라 이루어지는 것이고, 따라서 그 진료비는 환자가 전액 부담한다. 판례도 법정 비급여 진료행위는 건강보험 적용대상에서 제외하여 그 부분에 한하여 비용 부담을 요양기관과 가입자 등 사이의 사적 자치에 맡기고 있는 것이라 한다.³⁾ 반면 임의 비급여는 법정 비급여와 달리 원칙적으로는 허용되지 아니하는 것이며, 설사 의료기관이 환자의 사전 동의를 받아 임의 비급여 진료행위를 하고 진료비를 징수하였더라도 그 동의는 강행법규에 위반되어 효력이 없다는 것이 대법원의 일관된 입장이다.⁴⁾

국민건강보험의 부족분을 보완하기 위해 고안되어 ‘제2의 국민건강보험’⁵⁾으로도 불리는 실손의료보험은 국민건강보험상 요양급여 외 본인부담금 및 비급여 의료비를 보장하는 보험을 말한다. 실손의료보험은 의무가입대상인 국민건강보험과 달리 민영보험이기는 하나, 국민건강보험과 마찬가지로 법정 비급여 의료비만을 보장하고, 임의 비급여 의료비는 보장하지 아니한다. 그럼에도 일부 의료기관에서는 환자에게 임의 비급여 진료를 행한 뒤, 법정 비급여 진료행위를 한 것과 같이 진료명세서와 영수증을 발급하여 환자에게서 그 비용 전액을 징수하고 환자가 그 자료를 보험자에게 제출하게 하여, 그 자료를 신뢰한 보험자가 피보험자인 환자에게 실손보험금을 지급하게 하는 경우가 빈발하고 있다.⁶⁾ 보험회사가 의료기관의 임의 비급여 진료행위 여부를 확인하기 어려운 사정을 이용하는 것이다.⁷⁾

이러한 문제가 수면 위로 부상한 것이 대상판결 ‘트리암시놀론 주사’ 사건이다. 대상판결의 트리암시놀론 주사는 비염 개선을 위해 처방되는 스테로이드제 주사로서 국민건강보험법상 요양급여에 해당하지 않고 법정 비급여에도 해당하지 않는 임의 비급여에 해당한다. 그럼에도 다수의 의료기관에서 환자인 실손의료보험 피보험자들에게 트리암시놀론 주사를 처방한 후 진료비를 지급받았고, 보험회사들은 피보험자들의 요청에 따라 그들에게 보험금을 지급하였다. 이후 보험회사들이 트리암시놀론 주사가 임의 비급여에 해당함을 확인하게 되자, 보험회사는 기지급한 보험금을 환급받고자 피보험자들의 부당이득반환채권을 대위하여 의료기관에 대하여

2) 보건복지부장관은 제3항에 따라 요양급여의 기준을 정할 때 업무나 일상생활에 지장이 없는 질환에 대한 치료 등 보건복지부령으로 정하는 사항은 요양급여대상에서 제외되는 사항(이하 “비급여대상”이라 한다)으로 정할 수 있다. (국민건강보험법 제41조 제4항)

법 제41조제4항에 따라 요양급여의 대상에서 제외되는 사항(이하 “비급여대상”이라 한다)은 별표 2와 같다.(국민건강보험 요양급여의 기준에 관한 규칙 제9조 제1항)

3) 대법원 2012. 6. 18. 선고 2010두27639, 27646 전원합의체 판결

4) 대법원 2005. 10. 28. 선고 2003두13434; 대법원 2001. 7. 13. 선고 99두12250 판결

5) 정책프리핑, “이참에 4세대 실손보험으로 바뀌볼까?”, 인터뉴스, 2021. 7. 22,

http://internews.co.kr/bbs/board.php?bo_table=news&wr_id=61136 (최종접속일 2023. 8. 24.).

6) 임웅찬·이상강·박형호·김형진, “임의비급여 부당이득반환청구소송에서의 채권자 대위법리 적용에 관한 고찰 - 맘모통 절제술 관련 판례의 검토를 중심으로”, 경영법률 제31권 제2호(2021), 270-271면

7) 병원이 발급하는 영수증에는 급여·비급여 구분만이 표시되어 있다. 여기서 ‘급여’는 다시 일부 본인부담과 전액본인부담으로 세분화되고, ‘비급여’는 선택진료료와 선택진료료 외로 나누어진다. 즉, 병원이 발급하는 영수증에는 법정 비급여와 임의비급여의 구분은 표시되어 있지 않다.

보험금의 반환을 청구하였다.

국민건강보험공단이 임의 비급여 진료행위를 한 의료기관에 환자로부터 수령한 진료비의 반환을 요청하는 경우, 이는 행정법적인 문제인 것이어서 당해 진료비가 국민건강보험법상 부담이득징수의 대상인지 여부만이 문제된다. 반면, 이와 달리 대상판결은 민영회사인 보험회사가 의료기관에 그 피보험자(환자)로부터 수령한 진료비의 반환을 구하는 것이어서 민사법에 기해 그 당부를 판단하여야 한다. 즉, 임의 비급여 진료행위에 대한 요양기관과 환자 사이의 진료계약은 강행법규에 위반되는 것으로서 무효이다. 이 경우, 의료기관은 법률상 원인 없이 진료비를 수령한 것이므로 환자를 상대로 부담이득반환채무를 지게 되고, 만약 환자가 보험회사로부터 보험금을 수령하였다면 환자는 보험회사를 상대로 보험금 상당 부담이득반환채무를 지게 된다.⁸⁾ 그렇다면 문제는, 대상판결 보험회사의 주장과 같이, 보험회사의 피보험자에 대한 부담이득반환채권을 피보전채권으로, 피보험자의 의료기관에 대한 부담이득반환채권을 피대위채권으로 하여 보험회사가 의료기관을 상대로 채권자대위권을 행사할 수 있는지 여부이다.

대상판결 사안과 유사한 경우 보험회사의 채권자대위권 행사 가부에 관하여, 기존 판례는 명확한 입장을 내놓지 못하는 상황이었으며 하급심 역시 사안에 따라 서로 다른 결론을 내려왔다. 그런 와중 등장한 대상판결은 임의 비급여 진료행위로 인한 피보험자의 의료기관에 대한 부담이득반환채권을 보험자가 대위하여 행사할 수 없다고 한 최초의 판례이다.

본고는 대상판결과 결론을 달리하여, 반대의견과 유사한 입장에서, 보험자가 피보험자의 부담이득반환채권을 대위행사할 수 있다고 보아야 함을 논하고자 한다. 논의는 크게 세 단계로 구성된다. 첫째, 본격적 논의에 앞서, 채권자대위권 제도의 연혁 및 법적 성질을 살펴본다(본문 II). 둘째, 대상판결 다수의견과 반대의견이 인용한 판례들을 검토하여, 채권자대위권의 ‘보전의 필요성’ 요건에 관한 법리의 변천을 추적한다(본문 III). 셋째, 대상판결 다수의견이 실시한 내용의 흠결을 지적하고, 반대의견과 유사한 입장에서 대상판결 사안에서 보험자가 피보험자의 불법이득반환채권을 대위행사하는 것을 허용할 것인지 여부를 검토한다(본문 IV, V).

II. 채권자대위권 제도와 ‘보전의 필요성’

민법 제404조 제1항은 “채권자는 자기의 채권을 보전하기 위하여 채무자의 권리를 행사할 수 있다. 그러나 일신에 전속한 권리는 그러하지 아니하다.” 고 규정한다. 이로부터 민법이 채권자대위권 행사 요건으로 ‘보전의 필요성’을 요구함은 알 수 있다. 그러나 ‘보전의 필요성’의 구체적 의미가 무엇인지에 관하여 민법은 침묵하고 있어, 채권자대위권을 둘러싼 논의의 핵심은 ‘보전의 필요성’ 요건의 해석론에 있어 왔다.⁹⁾

8) 대법원은 의료기관이 임의비급여 진료행위에 해당하는 진료행위를 하고 비용을 가입자 등으로부터 지급받은 경우라도 ① 당해 진료행위를 요양급여 또는 비급여 대상으로 편입시키는 등의 절차가 마련되어 있지 않은 상황 또는 그 절차가 마련되어 있으나 구체적 사정을 고려해 볼 때 이를 회피하였다고 보기 어려운 상황이고, ② 진료행위가 의학적 안전성과 유효성뿐 아니라 요양급여 인정기준 등을 벗어나 진료해야 할 의학적 필요성을 갖추었으며, ③ 가입자 등에게 미리 내용과 비용을 충분히 설명하여 본인 부담으로 진료받는 데 대하여 동의를 받았다면, 의료기관의 진료비 수령이 예외적으로 허용된다는 입장이다.(대법원 2012. 6. 18. 선고 2010두27639,27646 전원합의체 판결) 상기 ‘트리암시놀론 주사’가 이에 해당하는 경우 의료기관에게 부담이득반환채무가 존재한다고 보기 어렵다. 따라서 부담이득반환채무의 존부 자체 역시 대상판결의 중요한 쟁점이기는 하나, 이는 본고의 범위에서 벗어나므로 여기서 논하지는 않기로 한다.

9) 곽윤직, 채권총론, 제6판, 박영사, 2007, 135면; 강봉석, “채권자대위권에 있어서 채권보전의 필요성”, 민사판례연구 제24권(2002), 184면; 이소은, “금전채권자의 공유물분할청구권 대위행사와 보전이 필요성 - 대법원 2020. 5.21. 선고 2018다879 전원합의체 판결을 중심으로 -”, 법조 제69권 제5호(2020), 529면;

‘보전의 필요성’ 요건 해석론 관련 논의는, 특히 ‘보전의 필요성’ 과 ‘채무자의 무자력’ 간의 관계를 밝히는 것에 주력해 왔다. 이에 관하여 크게 세 가지 입장이 제시되었다. 무자력 필요설, 무자력 불요설, 절충설 등의 대립이 바로 그것이다. 먼저, 무자력 필요설은 채권자대위권 제도의 목적을 ‘채무자의 책임재산 보전’으로 파악하여 그 목적과의 관계상 채권자대위권의 행사에는 반드시 채무자의 무자력이 전제되어야 한다는 입장이다. 다음으로, 무자력 불요설은 민법 제404조가 ‘보전의 필요성’만을 요건으로 요구할 뿐 ‘채무자의 무자력’을 요건으로 규정하고 있지 아니함을 근거로, 채권자대위권의 행사에 채무자의 무자력이 반드시 필요한 것이 아니라는 입장이다. 이 입장에 의하면, 채무자의 무자력은 피보전채권과 피대위채권 간 관련성 등과 함께 종합적으로 고려되어야 하는 요소에 해당한다.¹⁰⁾ 마지막으로 절충설은 채권자대위권의 행사에 있어 피보전채권이 금전채권인 경우와 특정채권¹¹⁾인 경우를 구분하여, 피보전채권이 금전채권인 경우 무자력 요건을 요하고 피보전채권이 특정채권인 경우에는 그렇지 아니하다는 견해이다.

이러한 견해의 대립은, 채권자대위권 제도의 목적에 대한 다양한 이해에 기인하는 것으로 보인다. 연혁적으로, 민법상 채권자대위권 제도는 본디 모든 채권자들을 위한 채무자 책임재산의 보전을 목적으로 하는 제도로 고안되었다.¹²⁾ 그러나 현실에서 채권자가 특정채권을 보전하기 위해 채권자대위소송을 제기하는 경우가 다발하여 채권자대위권 제도가 특정채권을 확보하기 위한 사실상의 수단으로 기능하는 현상이 나타나기 시작하고, 그에 따라 채권자대위권 제도의 목적을 채무자 책임재산의 보전에 국한하여 볼 것은 아니라는 견해가 늘어나기 시작한 것이다.¹³⁾ 그에 발맞추어, 특정채권이 아닌 피보전채권의 실현 확보를 위해 채권자대위권의 행사를 긍정하는 판례도 등장하기 시작했다.

즉, 현실에서 채권자대위권은 크게 두 가지 목적에서 행사되어 왔다.¹⁴⁾ 첫째는 일반 채권자를 위해 채무자의 책임재산을 확보할 필요가 있는 경우이고, 둘째는 채권자 자신의 피보전채권의 이행을 확보할 필요가 있는 경우이다. 채권자대위권에 관한 종래 논의에서는 이 중 전자를 ‘본래형’ 채권자대위권이라 부르고, 후자를 ‘전용형’ 채권자대위권이라 불러 왔다.¹⁵⁾ 이 중 채권자대위권 제도의 목적을 무엇으로 파악하는지에 따라 ‘보전의 필요성’ 요건에 대한 해석이 달라졌다고 할 것이다. 만약 채권자대위권 제도의 목적이 채무자 책임재산 보전에 있는 것으로 파악한다면, 채권자대위권을 행사하는 것은 채무자의 책임재산이 부족하여 채무자의 무자력이 인정되는 경우에 한정된다고 보는 것이 타당할 것이다. 이러한 이해에 의하면, ‘보전의 필요성’은 곧 채무자의 무자력을 의미한다.¹⁶⁾ 반면 채권자대위권 제도의 목적이 피보전채권의 이행 확보에 있는 것으로 파악한다면, 채권자대위권을 행사하는 것은 채권자가 자신의 피

10) 박윤직, 민법주해 IX 채권 (2), 박영사, 1995, 756면(김능환 집필); 이은영, 채권총론, 박영사, 2009, 435면; 김덕중, “채권자대위권에서 보전의 필요성에 관한 판례상 판단기준”, 법학연구 제30권 제2호 (2022), 139-146면; 남효순, “채권자대위권의 개정에 관한 연구”, 민사법학 제55호(2011), 22면

11) 채권자대위권 관련 논의에서, ‘특정채권’의 다양한 용례를 발견할 수 있다. 금전채권에 대비되는 비금전채권만을 의미하는 것으로 보는 견해가 대표적이나, 금전채권과 비금전채권 양자를 포함하는 개념으로 보는 견해도 있다. 본 고에서는 ‘특정채권’의 일반적인 용례에 따라, 비금전채권만을 의미하는 용어로 사용한다.

12) 강봉석(주 9), 173면; 남효순(주 10), 4면

13) 노종천, “채권자대위권의 법적 성질”, 민사법학 제58호(2012), 268-269면; 여하윤, “채권자대위권의 책임재산 보전 기능으로부터의 일탈 현상에 관하여”, 비교사법 제14권 제2호 (2007), 2면;

14) 남효순(주 10), 22-23면

15) 박태신, “채권자대위권에 관한 이해의 변화 모색 - 보전의 필요성 및 채무자의 무자력과 관련하여 -”, 저스티스 통권 제186호(2021), 125면; 오경미 “채권자대위권에서 ‘보전의 필요성’과 채권자평등주의의 문제 - 대법원 2018다 879 전원합의체 판결과 관련하여”, 사법 통권 55호(2021), 341면

16) 남효순(주 10), 22면

보전채권을 실행하지 못할 우려가 있는 경우에 허용된다고 보는 것이 타당할 것¹⁷⁾이다. 나아가 채무자의 무자력이 대위권 행사의 필수적 요건이 되지 않는다면, 채권자대위권 제도가 채무자의 책임재산 보전만을 그 핵심적인 기능으로 하지 않는다는 근거로 해석할 수 있다.¹⁸⁾

대상판결 다수의견과 반대의견이 충돌하는 지점이 이 부분인 것으로 보인다. 대상판결 다수의견은 채권자대위권 제도를 “채무자의 일반재산의 감소를 방지하여 책임재산을 보전하기 위한 제도”로 정의하면서, 채권자대위권 행사 요건으로서 “보전의 필요성의 인정 여부는 책임재산 보전이라는 채권자대위권의 목적을 바탕으로 판단”하여야 함을 주장한다. 이는 곧 채권자대위권 제도의 취지 및 과거 판례의 태도를 고려하여, 채권자대위권 제도의 목적을 채무자 책임재산의 확보로 파악하고자 하는 태도로 보인다. 다수의견은 이러한 전제 위에서 피보전채권이 금전채권인 경우 원칙적으로 채무자가 무자력인 경우에만 보전의 필요성이 인정된다고 판단한다. 반면, 반대의견은 “보전의 필요성은 채권자가 채무자에 대한 채권의 실현을 확보할 필요성”이라 판시하면서, 보전의 필요성은 ‘탄력적인 개념’으로서 “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”를 의미한다고 본다. 이러한 반대의견의 태도는, 채권자대위권 제도의 목적을 채권자의 피보전채권 이행 확보로 파악하는 입장에 가깝다고 할 것이다.

이와 같은 상이한 시각 가운데, 채권자대위권 제도의 목적을 무엇으로 파악하는 시각이 타당한지 일의적으로 결정하기는 어렵다고 보아야 할 것이다. 대상판결 다수의견은 과거 대법원 판례들이 ① 피보전채권이 금전채권인 경우 원칙적으로 채무자의 무자력이 있어야 보전의 필요성이 인정된다는 입장¹⁹⁾이었고 ② 피보전채권과 피대위채권 간 밀접관련성이 인정되는 예외적 사안에 한하여 채무자의 무자력과 무관하게 보전의 필요성을 인정해왔다²⁰⁾는 점을 근거로, 대법원이 채권자대위권 제도의 목적을 책임재산 보전으로 파악해 온 것이라 단언한다. 대상판결 다수의견은 이와 같은 판단에 근거하여 채권자대위권 제도의 목적을 책임재산의 보전으로 보는 것이 타당하다는 주장으로까지 나아간다.

그러나 이와 같은 대상판결 다수의견의 주장은, 이하의 두 지점에서 의심스럽다. 첫째, 대상판결 다수의견의 주장은 오히려 최근 판례의 태도와 배치되어 보인다. 대상판결 반대의견이 적절하게 지적하듯, 다수의견 스스로가 인용하는 최근의 전원합의체 판결²¹⁾은 보전의 필요성 판단 기준으로 ① 적극적 요건으로서 채권자가 채권자대위권을 행사하지 않으면 피보전채권의 완전한 만족을 얻을 수 없게 될 위험이 존재하고 채권자대위권을 행사하는 것이 그러한 위험을 제거하여 피보전채권의 현실적 이행을 유효·적절하게 확보하기 위해 필요한지 여부 ② 소극적 요건으로서 채권자대위권의 행사가 채무자의 자유로운 재산관리행위에 대한 부당한 간섭이 되는 사정이 없을 것을 제시하고 있을 뿐이고, ‘채무자의 무자력’을 ‘보전의 필요성’ 판단에 있어 유일한 판단기준으로 제시하는 것은 아니어서, 대상판결 다수의견 주장과 같이 최근의 대법원이 채무자의 책임재산을 보전하는 것이 채권자대위권 제도의 목적이라는 인식 위

17) 남효순(주 10), 22면

18) 김형배, 채권총론, 박영사, 1999, 348면

19) 대법원 1963. 4. 25. 선고 63다122 판결; 대법원 1976. 7. 13. 선고 75다1086 판결; 대법원 1993. 10. 8. 선고 93다28867 판결; 대법원 2015. 5. 14. 선고 2013다96783 판결 등 참조

20) 대법원 1968. 6. 18. 선고 68다663 판결; 대법원 2006. 1. 27. 선고 2005다39013 판결; 대법원 2017. 7. 11. 선고 2014다89355 판결 등 참조

21) 대법원 2020. 5. 21. 선고 2018다879 전원합의체 판결

에서 ‘보전의 필요성’ 요건을 해석해 온 것인지는 다소 의문스럽다. 오히려 위 전원합의체 판결은 ‘보전의 필요성’ 충족여부를 일의적으로 판단하는 것이 난이함을 보여주는 것이라 해석함이 타당해 보인다. 둘째, 설사 기존 대법원 판례에 대한 다수의견의 해석이 타당하더라도, 기존 판례 태도의 경향성만을 근거로 채권자대위권 제도의 목적을 채무자 책임재산의 보전으로 제한하는 것은 그 근거가 부실하다 할 것이다. ‘보전의 필요성’ 요건이 추상적으로 규정되어 그 의미에 대한 다양한 해석을 허용하고 있는 이상, 그 중 하나의 해석이 당위성을 확보하기 위하여는 기존 판례의 태도 이외에 풍부한 근거를 함께 제시할 필요가 있어 보인다.

본고는 채권자대위권 제도의 목적에 관한 입장 중 무엇이 타당한지를 판단하기 위해 두 가지 지점을 검토해 보고자 한다. 채권자대위권 제도의 연혁과 채권자대위권의 법적 성질이 그것이다. 이를 통해, 대상판결 다수의견과는 달리 채권자대위권 제도의 목적을 채권자의 피보전채권의 이행 확보로 판단하는 것이 보다 더 합리적인 입장이며, ‘보전의 필요성’ 요건을 판단함에 있어 ‘채무자의 무자력’을 핵심 요건으로 간주하는 대상판결 다수의견은 타당하지 않음을 보이고자 한다.

1. 채권자대위권에 관한 연혁

가. 프랑스 민법상 간접소권 제도

우리 민법상 채권자대위권 제도는 프랑스 민법 간접소권(l' action oblique)에 기초하여 제정되었던 일본 민법 제423조에 기원을 둔 것으로 알려져 있다.²²⁾ 나아가 프랑스 민법과 일본 민법 모두 우리 민법상 채권자대위권과 같이 그 행사 요건이 추상적으로 규정되어 있던 탓에 관련 논의가 활발히 전개되었다는 점에서, 프랑스 및 일본 민법과 우리 민법과의 비교는 채권자대위권 제도의 ‘보전의 필요성’ 요건의 이해에 관하여 많은 시사점을 낳는다.

프랑스 민법에서 역시 간접소권 제도는 본디 채무자의 책임재산²³⁾을 보전하기 위한 수단으로 출발하였다. 과거 프랑스 법에서는 채권의 실행을 위한 강제집행 제도가 미비하였기에, 강제집행 제도를 보완하기 위한 제도로써 간접소권 제도가 도입되었던 것이다.²⁴⁾ 따라서 원칙적으로 간접소권 제도는 채권자가 채무자의 권리를 행사할 수 있도록 하여 강제집행의 준비를 위한 제도로 이해되었다. 그러나 이후 프랑스 민법에서도 강제집행 제도가 고도로 발전함에 따라, 간접소권 제도는 채무자의 책임재산을 보전하기 위한 제도로써의 고유성을 상실하기 시작하였다. 그에 따라 채권자가 자신의 특정채권을 보전하기 위해 채권자대위권을 행사하는 것을 허용하는 판례가 등장하기 시작하였다.²⁵⁾ 결국 프랑스 민법에서도 간접소권 제도는 채무자 책임재산의 보전과 더불어 채권자의 피보전채권을 확보를 위한 제도로써 기능하고, 오히려 후자가 보다 중요한 기능으로 인식되게 되었다.²⁶⁾

간접소권 제도의 이와 같은 변천은, 우리 민법상 채권자대위권 제도와 유사하게, 간접소권의 행사 요건이 추상적으로 규정되어 있는 점에 기인한다. 프랑스 민법은 간접소권에 대하여 2016년 민법 개정 전 제1166조에서 “채권자는 채무자의 일신에 전속한 권리를 제외하고

22) 강봉석(주 9), 173면; 남효순(주 10), 3면; 노종천(주 13), 247면; 여하운(주 13), 2면;

23) 프랑스 민법상 표현으로는 일반재산(gage general)이라 한다.

24) 김용담, 주석 민법 채권총칙 (2), 한국사법행정학회, 2018, 112면(손진홍 집필)

25) 여하운(주 13), 13-15면

26) 오수원, 민법연구 제1권 채권자대위권, 박영사, 2016, 151면; 여하운(주 13), 23면;

는 채무자의 모든 권리와 소권을 행사할 수 있다”²⁷⁾고 규정하고 있었고, 개정 이후에는 제 1341-1조에서 “채무자의 재산적 성격의 권리와 소권의 행사에 있어서 그의 태만이 채권자의 권리를 위태롭게 하는 경우, 채권자는 채무자의 일신에 전속하는 권리와 소권을 제외하고 그의 채무자를 위하여 이를 행사할 수 있다”²⁸⁾고 규정한다.²⁹⁾ 즉, 간접소권 제도는 개정 전후를 불문하고 채무자의 책임재산 보전 외에 채권자 자신의 채권을 보전하기 위한 제도로서도 해석될 수 있는 여지를 남겨두고 있었다.

특기할 것은 개정 후 프랑스 민법이 간접소권 행사의 핵심적인 요건으로서 ‘태만’을 요구한다는 점이다. 채무자의 태만은, 채무자가 제3채무자에게 행사하여야 하는 권리를 성실히 행사하지 않는 것을 의미한다. 따라서 채권자의 권리를 위태롭게 하는 ‘태만’이 곧 채무자의 무자력을 의미한다고 보기는 어렵다. 채무자의 태만으로 채무자의 무자력이 발생하여 채권자의 권리를 위태롭게 만드는 것도 가능할 것이나, 채무자의 태만이 다른 경로를 통해 채권자의 권리를 위태롭게 만드는 것도 가능하기 때문이다.³⁰⁾ 즉, 개정 민법에 의하더라도 채무자의 무자력이 인정되어야 채권자대위권을 행사할 수 있는 것이 아니다.

이러한 점을 고려하면, 2016년 개정에 앞서 간접소권 제도의 기능을 채무자의 책임재산 보전에 제한하여 볼 것인지에 관해 다툼이 존재하였음에도, 간접소권의 행사 요건으로 ‘채무자의 무자력’을 명시하여 그 기능을 제한하지 아니한 것임을 알 수 있다. 개정 전 민법을 해석하며 간접소권 제도의 특정채권 보전 기능을 인정하였던 기존 판례의 태도를 반영하였던 것이다.³¹⁾

나. 일본 민법상 채권자대위권 제도

일본 민법이 독일식 강제집행 제도를 구비하고 있기는 하였지만, 일본에서도 채권자대위권은 본디 채무자의 책임재산을 보전하기 위한 제도로 이해되었다.³²⁾ 그로 인해 채권자대위권 제도의 기능에 관한 논의는, 일본 민법을 계수한 우리나라에서의 논의와 비슷하게 전개되었다. 특정채권을 보전하기 위해 채권자대위권을 행사하는 사례가 점차 늘어남에 따라, 채권자대위권 제도의 성격을 어떻게 이해할 것인지에 관한 논의가 진행되었던 것이다. 프랑스와 달리 일본의 경우 일찍부터 강제집행 제도를 마련하고 있었으므로, 채권자대위권 제도를 폐지해야 한다는 주장이 등장하기도 하였다. 채권자로서는 채권의 실행을 위해 강제집행 제도를 활용하면 족하고, 채권자대위권 제도를 통한 채권의 실행을 허용한다면 이는 강제집행 제도를 형해화하는 것일 뿐더러, 채권자대위권을 행사하는 경우 강제집행 제도와 달리 채권자와 채무자 외 다른 이해관계인의 절차 참여권이 보장되지 않는다는 문제가 발생하기 때문이다.³³⁾ 그러나 지금 시점에서는, 채권자대위권 제도는 채무자의 책임재산 보전을 위한 제도

27) Néanmoins, les créanciers peuvent exercer tous les droits et actions de leur débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne

28) Lorsque la carence du débiteur dans l'exercice de ses droits et actions à caractère patrimonial compromet les droits de son créancier, celui-ci peut les exercer pour le compte de son débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement rattachés à sa personne

29) 여하운, “채권자대위권(action oblique)에 관한 프랑스에서의 최근 입법 동향”, 재산법연구 제34권 제4호(2018), 170면

30) 예컨대 기한의 이익을 상실하게 되는 경우 등을 생각해 볼 수 있겠다.

31) 한불민사법학회, 개정 프랑스채권법 해제, 박영사, 2021, 553면(김태희 집필)

32) 潮見佳男, 新債権総論1, 信山社, 2017, 635면

33) 潮見佳男(주 32), 647-648면

이면서 채권자의 특정채권을 확보하기 위한 제도로서의 성격을 겸유한다고 보는 것이 통설인 것으로 보인다.³⁴⁾

프랑스 민법과 마찬가지로, 일본 민법 역시 채권자대위권 제도의 기능에 관한 논의가 제시된 이후, 2017년에 들어 채권법을 개정하였으므로 채권자대위권에 관한 종래의 논의가 어떻게 반영되었는지 개정법을 살펴볼 필요가 있다. 개정 이전 일본 민법 제423조³⁵⁾는 우리 민법 제404조와 내용을 대부분 같이 하였다. 그러나 2017년 개정 이후, 제423조의2 부터 제423조의7에 이르기까지 총 6개 조문을 신설하여 기존 일본 판례에서 형성되어 왔던 채권자대위권에 관한 법리를 명문으로 추가하였다. 그중 특기할만한 것은 제423조의7이다. 제423조의7은 “등기·등록을 하지 않으면 권리의 득실 내지 변경을 제3자에게 대항할 수 없는 재산을 양수한 자는, 그 양도인이 제3자에 대하여 등기·등록의 이행을 청구할 권리를 행사하지 않는 때에는 그 권리를 행사할 수 있다. 이 경우 전3조의 규정을 준용한다”³⁶⁾고 규정하고 있는 바, 특정채권인 등기·등록 청구권을 채권자대위권 행사 대상으로 명시하고 있기 때문이다. 즉, 2017년 개정을 통해 채권자대위권 제도는 폐지되지 않았고, 오히려 채권자대위권 제도가 특정채권을 보전하기 위한 기능 역시 수행한다는 이해를 수용하여 민법 개정이 이뤄진 것으로 보인다.

개정 민법에서도 채권자대위권에 관한 요건은 그 표현을 수정하는 외에 달리 변화한 것이 없으나, 제423조의7 등 기타 조문과의 체계적 해석을 고려하면 이제 일본 민법상 채권자대위권 제도의 기능을 책임재산의 보전으로 제한하려는 시도는 성공하기 어렵게 되었다 할 것이다. 특정채권의 보전을 위한 채권자대위권 행사를 책임재산의 보전이라는 본래의 목적에서 이탈하여 이루어진 채권자대위권 제도의 예외적인 ‘전용’으로 평가하기 어려워진 것이다.³⁷⁾

다. 검토

프랑스 민법, 일본 민법, 우리 민법 모두 채권자대위권 행사 요건을 구체적으로 정하고 있지 않아 그 요건에 대한 폭넓은 해석을 허용하고 있다. 따라서 채권자대위권 제도의 목적을 채무자의 책임재산 보전으로 제한해야 할 논리적인 근거는 발견되지 않는 것으로 보인다. 오히려 연혁적으로는 프랑스, 일본, 우리나라에서 모두 책임재산의 보전을 위해 고안되었던 제도가, 현실에서는 채권자의 피보전채권의 확보를 위한 제도로서 사실상 운영되어 왔다는 점이 특기할 만하다. 나아가 프랑스와 일본의 경우 특정채권을 피보전채권으로 하는 대위권

34) 潮見佳男(주 32), 635면

35) 第423条 1. 債権者は、自己の債権を保全するため、債務者に属する権利を行使することができる。ただし、債務者の一身に専属する権利は、この限りでない。

2. 債権者は、その債権の期限が到来しない間は、裁判上の代位によらなければ、前項の権利を行使することができない。ただし、保存行為は、この限りでない。

(제423조 ① 채권자는 자기의 채권을 보전하기 위하여 채무자에 속한 권리를 행사할 수 있다. 단, 채무자의 일신전속에 속하는 권리는 그러하지 아니하다.

② 채권자는, 그의 권리의 기한이 도래하지 않은 동안은 재판상의 대위에 의하지 않으면 전항의 권리를 행사할 수 없다. 단, 보존행위는 그러하지 아니하다)

36) 登記又は登録をしなければ権利の得喪及び変更を第三者に対抗することができない財産を譲り受けた者は、その譲渡人が第三者に対して有する登記手続又は登録手続をすべきことを請求する権利を行使しないときは、その権利を行使することができる。この場合においては、前三条の規定を準用する。

37) 潮見佳男(주 32), 636면

행사를 허용하거나 채무자의 무자력이 인정되지 않음에도 금전채권을 보전하기 위한 대위권 행사를 허용하는 판례가 축적되어 왔고, 채권자대위권의 성격에 관한 논의의 끝에 결국 피보전채권의 실행 확보를 위한 채권자대위권의 행사 가능성을 인정하는 방향으로 민법이 개정되었다는 점 등을 고려하면, 그 연원을 공유하는 다른 법제와 차이를 두어 우리 법제에서만 유달리 채권자대위권의 기능을 채무자의 책임재산 보전으로 제한할 합당한 이유는 보이지 아니한다고 할 것이다.

비록 채권자대위권이 그 연혁에 있어 채무자의 책임재산을 보전하기 위한 수단으로 출발한 것은 사실이지만, 대부분의 경우 채권자대위권이 채권자의 피보전채권의 실현을 확보하기 위해 행사되는 사정을 고려하면, 적어도 오늘날에 이르러서는, 피보전채권의 실현 확보를 채권자대위권 제도의 예외적인 기능으로 파악할 것이 아니라, 책임재산의 보전과 동등한 정도로 채권자대위권 제도의 중핵을 이룬다고 판단함이 상당해 보인다.³⁸⁾ 달리 표현한다면, 채권자대위권 제도는 오늘날 채무자의 책임재산 보전이라는 소극적 기능에 제한되었던 그 연혁에서 벗어나, 채권의 이행 확보를 위한 적극적인 제도로 변화하고 있다고도 할 수 있을 것이다. 즉, 채권자대위권 제도의 목적을 책임재산 보전으로 제한하여 그 행사를 본래형과 전용형으로 구분하는 견해는 채권자대위권 제도에 관한 발생사적인 의미가 있을 뿐이고, 더 이상의 의미는 없다고도 할 수 있다.³⁹⁾

2. 채권자대위권의 법적 성질

가. 학설

채권자대위권은 채권자에게 인정되는 민법상의 권리로서 실체법상의 권리이다. 채권자는 피보전채권의 보전을 위해서 채권자대위권을 행사하는 것일 뿐이지만, 그 결과 채무자의 책임재산을 보전하여 모든 채권자의 이익을 도모하게 된다. 이와 같은 채권자대위권의 독특한 성질 탓에, 그 법적 성질에 관한 논의가 일찍부터 전개되었고, 현재 그 법적 성질에 관하여 법정재산관리권설, 포괄적담보권설 등의 학설이 대립한다.

통설은 법정재산관리권설이다.⁴⁰⁾ 이 입장은 채권자대위권을 채권자가 자기 명의로 채무자의 재산권 내지 거래관계에 간섭할 수 있는 관리권으로 이해한다. 이에 따르면 채권자대위권은 채권이 가지는 효력의 하나로써, 채권 자체와는 별개의 권리이며, 채권의 보전을 위해 채권자에게 주어지는 채권의 종된 권리라고 한다.⁴¹⁾ 즉, 채권자대위권은 소송법상의 권리가 아니라 실체법상의 권리에 불과한 것이고, 채권자가 이를 행사하더라도 채권자가 제3채무자를 대상으로 추심을 할 수 있는 소송법적 효력을 갖는 것은 아니라고 본다.⁴²⁾ 따라서 이 견해에 의하면, 채권자는 채권자대위권을 행사하여 모든 채권자를 위하여 채무자의 책임재산을 보전할 수는 있지만, 그 대위권행사를 통해 자기 채권의 직접적인 만족을 얻을 수는 없다.⁴³⁾ 채권자가 채권자대위권을 행사하여 승소하였더라도, 그 채권자는 자신을 포함한 모든

38) 이소은(주 9), 548면; 노종천(주 13), 265면; 박태신(주 15), 138면

39) 남효순(주 10), 22면 역시 같은 취지이다.

40) 곽윤직(주 9), 245면; 이은영(주 10), 423면; 김상용, 채권총론, 화산미디어, 2009, 220면

41) 곽윤직(주 9), 170면

42) 김상용(주 40), 220면

43) 김상용(주 40), 220면

채권자를 위해 채무자의 책임재산을 확보한 것에 불과하고 그 자신이 채권의 만족을 얻기 위해서는 다시 법원에서 추심 또는 전부명령을 받아 강제집행 절차에 의하는 수 밖에 없다. 채권자대위권을 재판상 행사하는 경우에 민사소송법상의 근거 없이 대위권행사에 채권압류의 효력을 부여하거나 제3채무자로 하여금 채권자에게 직접 변제할 것을 명하는 것은 현행 민사소송법에 위배되는 것이기 때문이다.⁴⁴⁾ 즉, 채권자대위권은 강제집행 제도의 전체적 행위로서 그를 보완하는 제도로 정의된다. 채권의 상대효를 고려하면, 채권자가 대위권을 행사하여 제3채무자로부터 직접 만족을 얻는 것은 원칙적으로 인정되지 않는 것이고, 채권자대위권의 본지에서 벗어나는 예외에 해당한다는 것이다.⁴⁵⁾

포괄적담보권설은, 채권자대위권을 채권자가 자기 채권의 보전을 위하여 채무자의 책임재산에 대해 갖는 포괄적 담보권으로 이해한다.⁴⁶⁾ 이 견해에 의하면, 채권자대위권 제도는 모든 채권자를 위한 책임재산의 보전이라는 소극적 기능만을 수행하는 것이 아니라, 채권자 자신의 채권을 실현하기 위한 적극적인 기능까지 수행하는 것이다. 따라서 이 견해에서는, 채권자대위권을 순수한 실체법적 권리로만 이해하지 아니하고, 실체법적 권리와 함께 소송법적 권리도 함께 가지고 있는 것이라 본다. 즉, 채권자대위권은, 채권자가 채무자의 제3채무자에 대한 권리를 대위행사하여 채권자 자신의 채권을 실현할 수 있도록 하는 기능을 갖는다.⁴⁷⁾ 특히 피보전채권과 피대위채권이 모두 금전채권인 경우, 채무자가 제3채무자에 대한 채권 이외에 다른 재산을 가지고 있지 않다면 채권자는 채무자의 채권을 대위하여 제3채무자에게 금전의 인도를 청구하고 금전을 수령할 수 있다. 이 경우 채권자는 상계를 통해 사실상의 우선변제를 받는 결과를 가져오는데, 이는 채권자대위권 제도가 그저 강제집행 제도를 보완하는 전제적 제도에 그치는 것이 아니라, 강제집행 제도와 병존하는 간이채권추심제도로써 독자적 고유성을 가지고 있음을 보여주는 것이라 할 수 있다.⁴⁸⁾

두 견해는 채권자대위권 행사에 있어 ① 채무자의 무자력 요건 요부, ② 채권자대위권의 형태에 관하여 입장의 차이를 보인다. 법정재산관리권설에 의하면, 채권자대위권은 일반 채권자를 위해 채무자의 책임재산을 보전하기 위한 제도이다. 따라서 이 견해에 의하면 채권자대위권은 채무자가 무자력인 경우 채권자의 금전채권을 보전하기 위해 행사되는 것이 본래의 형태이고, 따라서 원칙적으로 ‘채무자의 무자력’이 채권자대위권이 행사되기 위한 요건이다. 나아가 채권자의 특정채권을 보전하기 위해 채권자대위권이 행사되는 것은 채권자대위권의 ‘전용’에 불과하다. 반면 포괄적담보권설에 의하면 채권자대위권이 본래 형태와 그 ‘전용’을 구분하는 것은 무의미하다. 채권자대위권은 채권자 자신의 채권을 보전하기 위한 제도일 뿐이고 그 채권의 성질이 금전채권인지 특정채권인지는 아무런 차이를 낳지 않기 때문이다. 따라서 피보전채권이 금전채권일 것을 요구하지도 아니하므로, ‘채무자의 무자력’을 채권자대위권 행사의 요건으로 요구하지도 않는다.

나. 검토

민법 제404조 제1항은 “채권자는 자기의 채권을 보전하기 위하여 채무자의 권리를 행사

44) 이은영(주 10), 424면

45) 이은영(주 10), 425면

46) 김형배(주 18), 352면

47) 김형배(주 18), 352면

48) 김형배(주 18), 347면

할 수 있다.”고 규정하므로, 단순한 문언적 해석에 의하는 경우 우리 민법상 채권자대위권 제도는 법정재산관리권보다 포괄적담보권에 가깝게 규정되어 있다고 해석할 수 있어 보인다. 채권자는 총채권자의 공동담보를 위해 대위권을 행사하는 것이 아니라, “자기의 채권”을 보전하기 위해 대위권을 행사하는 것이기 때문이다. 나아가 민법 제405조 제2항은 “채무자가 전항의 통지를 받은 후에는 그 권리를 처분하여도 이로써 채권자에게 대항하지 못한다.”고 하는바, 채권자대위권을 행사하는 것만으로 민사집행법상 추심명령이 발하는 것이 아님에도 그와 달리 채무자의 처분효를 제한하는 점을 고려하면, 우리 민법상 채권자대위권 제도가 법정 재산관리권설과 반드시 일치한다고도 보기 어려워 보인다. 또한 현실에서도, 판례는 채권자가 제3채무자에게 직접 이행하게 함으로써 자신의 채권에 관해 추심할 수 있다고 하여 채권자의 변제수령권을 인정하고 있고, 채권자대위권 제도를 추심명령에 대한 대체재로 활용될 수 있다는 입장이며, 다수설이 상계를 통한 우선변제를 긍정한다는 점 등을 고려하면, 대위채권자가 단순히 채무자를 위해 책임재산을 관리해주는 데 그친다고 보기 어려워, 결국 채권자대위권이 실제로 운용되는 현실은 포괄적 담보권설의 입장에 가까운 측면이 있다고 평가할 수 있다.⁴⁹⁾

그럼에도 여전히 민법 제404조 제1항을 총채권자를 위한 책임재산의 확보를 위한 제도로서 해석하는 것이 불가한 것은 아니고, 채권의 상대효를 고려하면 채무자 보호를 위해 채권자대위권의 기능을 책임재산 보전으로 제한해야 함을 근거로 법정재산관리권설을 견지하는 입장은 존재한다. 채권자의 채권행사가 의무 아닌 권리인 것과 같이, 채무자의 제3채무자에 대한 채권 역시 채무자 자신이 권리이므로, 채무자 아닌 자가 채무자의 권리를 대신 행사하기 위하여는 상당히 엄격한 요건을 충족할 것을 요하는 것인바, 원칙적으로 권리자 아닌 자가 타인의 권리를 행사하기 위하여는 피침해자의 권리 보호를 위한 절차적 장치를 구비한 강제집행 제도에 의해야 하는 것이며⁵⁰⁾, 채권자대위권 제도의 채권자의 피보전채권 보전 기능을 인정하는 것은 채권자 평등주의에 위배되어 다른 채권자들과의 형평을 해치고 채무자에 대한 부당한 간섭이 될 수 있다는 것이다.⁵¹⁾

이 절에서는 채권자대위권의 성질을 어느 입장에서 규명하는 것이 타당한지를 논한다. 구체적으로는, 이하의 이유에서 포괄적담보권설에 찬성하고, 법정재산관리권설에 반대한다.

나.1. 법정재산관리권설 입장에서의 문언적 해석

전술한 바와 같이, 법정재산관리권설은 채무자가 제3채무자에 대한 권리를 행사하지 아니하여 책임재산의 부족이 생길 것을 대비하기 위해 채무자의 책임재산을 보전하려는 목적에서 채권자대위권이 행사되는 것이라 본다. 그에 따라 법정재산관리권설에서는 채권자대위권의 행사 요건으로 채무자의 무자력을 요구한다. 만약 채무자의 무자력을 요건으로 검토하지 않고 대위권의 행사를 허용한다면, 이는 채무자의 권리를 부당히 침해하게 되는 것이고, 채권자의 대위권 행사로부터 채무자를 보호해주기 어렵게 되기 때문이다.

허나 그와 같이, 민법 제404조 제1항이 명문으로 요구하지 않는 채무자의 무자력을 채권자대위권 행사의 요건으로 제시하는 점은 수긍하기 어렵다. 제404조 제1항의 문리해석에 관

49) 정다영, “채권자대위권의 기능 및 행사의 효과”, 재산법연구 제34권 제2호(2017), 7면

50) 정다영(주 49), 8면

51) 이은영(주 10), 422면

하여 법정재산관리권설이 제시해볼 수 있는 대응으로서 이하의 방식을 고려해볼 수 있다. 즉, 민법 제404조 제1항이 “채권자는 자기의 채권을 보전하기 위하여 채무자의 권리를 행사할 수 있다.” (강조는 필자)고 규정하고 있으므로 동 조항이 법문에 명시하지 아니한 암묵적인 전제로서 채무자의 무자력을 요구하고 있다고 주장하는 것이다. 즉 이들의 주장을 선택하면 이하와 같다. 민사집행법과의 관계를 고려하면, 채권자대위권 제도는 원칙적으로 채권자는 채무를 불이행하는 채무자를 상대로 강제집행 제도를 통해 채권을 실현하는 것이라는 전제 위에서 규정된 것이라 볼 것이다. 그렇다면 채권자로서는 우선 총채권자의 공동담보를 보전하고, 그 후에 개별적으로 자신의 채권을 실현하는 것을 원칙으로서 전제하고 있다고 봄이 타당하다. 헌데 채권자평등주의 원칙상 채무자에게 총채권자의 채권 실현에 필요한 만큼의 재산이 없다면(즉, 채무자가 무자력 상태에 있는 경우), 결국 개별 채권자는 총채권액에서 자기 채권액이 차지하는 비율에 따라 비례적으로 자신의 채권을 실현하지 못하게 되는 결과가 발생한다. 즉, 채권의 ‘보전’은 이와 같이 강제집행 제도를 통한 채권의 추심 전 과정을 염두에 두고 보아야 오롯이 이해될 수 있는 것이므로⁵²⁾, 상기 조항 소정 ‘보전의 필요성’ 역시 이와 같이 채무자의 무자력 상태를 전제한 것이라 파악해야 한다는 것이다.

그러나 이와 같이 채권자대위권 행사의 요건으로서 채무자의 무자력을 제시하는 해석은, 곧바로 이하와 같은 논리적 난점을 낳는다. 즉 민법 제404조 제1항이 명문으로 요구하지 않는 채무자의 무자력을 그 요건으로 요구하는 법정재산관리권설의 태도는, 강제집행 제도를 통한 채권추심이 원칙이라는 바탕 위에서 채권자대위권 제도가 성립하는 것임을 전제하고 있다.

이는 두 가지 문제를 야기한다. 첫째는 이와 같은 법정재산관리권설의 이해가 타당한 것이라면, 법정재산관리권설은 순환논증에 갇혀 있다는 점이다. 앞서 언급하였듯, 법정재산관리권설은 채권자대위권 제도가 소송법적 효력을 지니지 아니함을 주장한다. 따라서 이들은 채권자의 채권 추심 방법은 강제집행 제도를 원칙으로 하는 것이고, 채권자대위권 제도는 이를 보완하는 역할만 수행하는 것이므로, 이는 곧 강제집행 제도의 바탕 위에서만 채권자대위권 제도가 성립한다는 주장과 진배없다. 그런데 이들은 그러한 주장의 근거로서 민법 제404조 제1항의 문언을 제시하고 그 문언에 드러나지 않는 암묵적 요건이 존재함을 내세우는 것인데, 그 근거를 뒷받침하는 근거가 다시금 ‘강제집행 제도의 바탕 위에서만 채권자대위권 제도가 성립한다’ 인 것이라면, 그 논리적 흠결이 심대하다고 보아야 한다.

둘째는, 우리 판례의 태도가 이들의 전제와는 다른 전제 위에서 있는 것으로 보인다는 점이다. 이들의 논리는 ① 채무자가 무자력인 경우 ② 강제집행을 통해 채권을 추심할 수 없게 되므로 ③ 채권의 보전의 필요성이 인정된다는 것이다. 그렇기에, 채권자가 채권을 추심할 수 없는 상황일 것(=채권자가 무자력일 것)이 채권자대위권 행사의 필수적 요건이 된다. 그런데 이와 같은 강제집행제도에 대한 채권자대위권 제도의 보충성은, 우리 판례가 견지하고 있는 입장이 아니다. 판례는 보전의 필요성을 판단함에 있어 채권자대위권 행사가 유일한 권리구제수단일 것을 요하지 않음을 반복하여 판시하고 있다.⁵³⁾

52) 그러한 점에서, 이는 민사집행법상 ‘판결의 집행 또는 권리의 실행이 불가능하거나 현저히 곤란할 염려가 있는 때’(같은 법 제277조, 제300조 제1항)를 의미하는 ‘보전의 필요’와 민법 제404조 제1항 소정 보전의 필요를 통일적으로 해석하고자 하는 태도라 할 것이다.

53) 대법원 2007. 5. 10. 선고 2006다82700, 82717 판결; 대법원 2020. 5. 21. 선고 2018다879 전원합의체 판결

따라서 이러한 점을 고려한다면, 법정재산관리권설이 제시하는 논증은 순환논증이거나, 순환논증이 아니더라도 그 전제가 타당하지 못하여 수용하기 어렵다 할 것이다. 따라서 민법 제404조 제1항의 문언적 해석으로부터 근거를 획득하려는 이들의 시도는 실패하였다고 봄이 상당하다.

나.2. 법정재산관리권에 따르는 경우의 문제점

법정재산관리권설에 의하면, 채무자에게 충분한 자력이 있는 경우 채권자대위권 행사 요건 중 채무자의 무자력 요건이 충족되지 아니하므로, 채무자가 제3채무자에게 금전채권을 가지고 있고 나아가 채권자 역시 채무자에게 금전채권을 가진 경우라 하더라도 채무자의 금전채권을 대위행사할 수 없다. 이와 같이 채무자의 무자력을 그 행사 요건으로 도입한 결과 채권자가 대위행사할 수 있는 권리의 범위가 좁아지게 되는 것에 대하여, 법정재산관리권설의 논지는 채무자의 보호를 위해 감수해야 한다는 것이나, 이하의 점을 고려하면 법정재산관리권설은 채무자 보호를 강조한 나머지 채권자의 권리를 과도하게 침해하는 불공정한 귀결에 이르렀다고 볼 수 있다.

첫째, 채권자대위권 제도에 의하는 경우와 강제집행 제도에 의하는 경우 채권자가 져야하는 부담이 불공평하게 편향되어 있다. 법정재산관리권설은 채무자의 무자력을 기준으로 채권자가 채권자대위권 제도와 강제집행 제도 중 무엇에 의하여야 하는지를 구분한다. 따라서 이 경우, 채무자의 무자력이 인정된다면 채권자는 채무자의 권리를 대위행사하여 집행권원에 의하지 않고 간편하게 자신의 채권을 실현할 수 있게된다. 반면 채무자에게 충분한 재산이 있어 채무자의 무자력이 부정된다면, 채권자는 채권자대위권을 행사할 수 없게 되고, 소를 제기하여 집행권원을 갖추고 그에 기하여 채무자의 재산을 압류 후 환가하는 번잡한 절차를 거쳐야 한다. 이는 크게 두 가지 지점에서 문제를 야기하는바, 먼저, 채무자의 무자력이라는 요건의 충족 여부 만을 기준으로 채권자에게 커다란 부담을 전가하는 것은 이 두 제도가 채권의 실현이라는 비슷한 결과를 가져오는 제도라는 점을 고려하면 이러한 부담의 차이는 불균형한 것으로서 수용하기 어렵고,⁵⁴⁾ 나아가 법정재산관리권설에 의하면 채무자가 그 적극재산이 부족하여 무자력 상태에 있다는 이유만으로 채권자에게 많은 노력과 비용을 소비하여 복잡한 절차를 처리할 것을 강요하게 되는 것인데, 이는 채무자의 귀책사유라 할 것이고 채무자에게 불가피한 사정이 있었던 것이라 하더라도 이는 적어도 채권자의 책임으로 인한 상황은 아닌 점을 고려하면, 채무자가 무자력에 빠진 결과 발생하는 부담을 채무자가 아닌 채권자에게 일방적으로 귀속시키는 합당한 이유를 발견하기 어렵다. 즉, 채권자는 본디 변제기에 채무자의 변제를 통해 손쉽게 변제받을 지위에 있는 자인 것이고, 채무자의 채무불이행이 발생하였다면 그 원인은 채무자에게 있다고 볼 것인데, 채무자에게 다른 재산이 있다는 사정만으로 채권자에게 강제집행 제도를 강요하는 것은 부당하다는 것이다.⁵⁵⁾

둘째, 법정재산관리권설은 채권자가 채무자 자신의 권리를 대위행사하는 것은 채무자의 의사에 반하는 것이고, 따라서 채무자의 보호를 위해 채무자의 무자력 요건을 수용해야 한다고 주장한다. 그러나 채권자가 채무자의 권리를 대위행사하는 경우, 채권자의 채권으로 인해 중국적으로 자신에게 귀속되지 않으므로 채무자 자신에게는 사실상 아무런 득이 되지 않

54) 김형배(주 18), 347면

55) 김형배(주 18), 351면

는 제3채무자에 대한 채권 추심이라는 번거로운 절차를 채권자가 나서 대신 진행하여 주는 것이고, 채무자 자신이 이미 소유하고 있던 기존의 재산권을 강탈당하는 것보다는 아직 자신의 손에 확정적으로 들어오지 않은 제3채무자에 대한 채권을 이전하는 것이 채무자 자신이 보다 선호할 결과라고 보는 것이 합리적이므로, 채무자가 무자력에 빠진 상황에서 채권자의 대위행사를 일률적으로 금지하는 것이, 반드시 채무자 자신의 의사에도 합치된다고 보기도 어렵다.

Ⅲ. 대상판결 인용 판례 분석 및 비판

대상판결 다수의견은 채권자대위권 행사를 청구하는 원고의 피보전채권이 금전채권이므로 그 대위행사가 허용되기 위하여 원고에 대해 채무자 지위에 있는 피보험자들의 무자력이 요구됨에도, 대상판결 사안의 경우 피보험자들의 무자력 요건이 충족되지 않았으므로 원고의 채권자대위권 행사를 허용할 수 없다고 판단하였다. 그러나 II. 에서 검토한 바와 같이 채권자대위권 제도의 연혁과 그 법적 성질을 고려한다면, 채무자의 무자력을 필수적 요건으로 고려하는 다수의견의 태도는 타당하지 않다고 볼 것이다.

앞선 II.에서의 논의가 타당하다면, 대상판결 다수의견의 타당성 존부는 채권자대위권의 행사에 있어 채무자의 무자력을 요구하는 일관된 판례 태도가 실제로 존재하는지의 여부에 있다. 우리 법 질서가 판례의 법원(法源)성을 인정하는 것은 아니면서도 그것이 우리 법제에서 사실상의 구속력을 지니고 작용함을 고려하면, 민법 제404조 제1항과 같이 그 요건을 구체적으로 명시하지 않아 다의적인 해석을 가능케 하는 조문을 마주하여, 종래 판례의 일관된 입장을 확인하고 그것을 근거로 해석을 도출해 내려하는 것이 타당성을 잃은 작업이라 평가하기는 어렵다. 오히려 법문의 불확정성으로부터 발생하는 공백을 일관된 판례 법리로써 채워 넣어, 법적 안정성이 제고되는 결과를 얻게 된다 할 것이다. 다수의견도 이러한 점을 인식하고 있었기에, “보전의 필요성 인정 여부에 관한 판단”이라는 제목 하에 다수의 대법원 판례를 인용하며 그 결론에 이른 것으로 보인다.

다만, 그러한 다수의견의 시도에도 불구하고 기존 대법원 판례를 해석함에 있어 다수의견과 반대의견이 견해를 달리하고 있다는 점이 중요하다. 대상판결 다수의견과 반대의견은, 각자의 결론의 주된 근거로서 수 개의 종래 대법원 판례와 더불어 동일한 대법원 전의합의체 판례를 제시하였으나 그 해석에 있어 차이를 보인다. 다수의견에 의하면 기존 대법원 판례는 두 집단으로 분류된다. 피보전채권이 금전채권인 경우 채무자의 무자력 요건을 요구한 원칙적인 판례들이 하나이고, 피보전채권이 금전채권임에도 피보전채권과 피대위채권의 밀접한 관련성 등 특별한 사정에 비추어 채무자의 무자력 요건을 요구하지 않은 예외에 해당하는 판례들이 다른 하나이다. 다수의견은 1960년대 대법원 판례부터 최근에 이르기까지 이러한 구분이 유지되었음을 지적하며, 이러한 구분이 대상판결에서도 유지되어야 함을 주장한다. 반면 반대의견이 파악하는 기존 대법원 판례의 흐름은 다르다. 반대의견의 시각에서 파악하기에, 기존 대법원 판례의 태도는 일관적이지 않다. 반대의견은 종래 대법원이 피보전채권이 금전채권인 경우 채무자의 무자력을 엄격하게 요구하였으나, 점차 무자력 요건은 완화하고 피보전채권과 피대위채권의 밀접한 관련성을 근거로 채권자대위권 행사의 허용 범위를 확대해 왔다고 판단한다.

이러한 의견 대립은, 대상판결이 언급하였던 판례들에 대한 재검토를 요청하는 것으로 보인다.

다. 따라서 이 절에서는 대상판결 다수의견과 반대의견이 언급하였던 판례들을 다시 검토하여, 종래 대법원 판례의 태도가 어느 견해에 더 가깝게 평가되는지 살펴보고자 한다. 그를 통해 다수의견과 반대의견 중 후자의 견해가 기존 대법원 판례들에 대한 보다 정확한 견해임을 주장한다. 다만 다수의견과 반대의견 모두 무자력 요건에 집중하여, 무자력 요건을 엄격히 요구하는 경우와 그렇지 아니하는 경우를 ‘원칙과 예외’로 구분하거나 ‘과거의 기준과 최근의 기준’으로 구분하고 있는바, 결국 무자력 요건을 기준으로 같은 구분을 공시적으로 배치하느냐 통시적으로 배치하느냐의 차이만이 있을 뿐 동일하게 무자력 요건에 주목하고 있다고 할 것인데, 실제 대법원 판례에서 채권자대위권 행사의 허부를 가른 핵심 요건은 피보전채권과 피대위채권의 관련성 자체에 있는 경우가 많아 보임을 함께 지적하고자 한다.

대상판결 다수의견과 반대의견이 인용하는 판결들은 이하와 같다.

〈표 1〉 대상판결 다수의견 및 반대의견 인용 판례

다수의견		반대의견	
원칙	대법원 1963. 2. 14, 62다884 대법원 1963. 4. 25, 63다122 대법원 1976. 7. 13, 75다1086 대법원 1993. 10. 8, 93다28867 대법원 2015. 5. 14, 2013다96783	초기	대법원 1963. 4. 25, 63다122 대법원 1969. 7. 29, 69다835
예외	대법원 1968. 6. 18, 68다663 대법원 2006. 1. 27, 2005다39013 대법원 2017. 7. 11, 2014다89355	후기	대법원 2002. 1. 25, 2001다52506 대법원 2014. 12. 11, 2013다71784

1. 보전의 필요성 판단 기준에 관한 판례의 변천

이론의 예측에서 벗어나는 사례가 한 두 가지 존재한다고 하여 곧바로 그 이론의 신빙성이 탄핵되는 것은 아니다. 하지만 그렇듯 예상치 못한 이례(異例)는 이론의 진실성을 의심해보기 시작할 좋은 증거가 되며, 그러한 반례가 여러 번 반복적으로 확인된다면, 주장된 이론의 타당성을 받아들이기 어려울 것이다. 상기 대상판결 다수의견과 반대의견의 주장에 관하여도 마찬가지이다. 양 의견의 주장에서 벗어나는 판례는, 그 주장을 의심해보기 시작할 좋은 증거가 된다. 다수의견의 경우, 어느 시점에서든 ‘원칙과 예외’라는 기준이 모호해진 판례의 존재가 그 반례가 될 것이다. 반대의견의 경우, 초기부터 밀접 관련성 요건을 고려하여 무자력 요건을 엄격하게 요구하지 않는 판례가 존재하거나 후기에도 무자력 요건을 엄격히 요구하는 판례가 존재하는 경우가 그 반례가 될 것이다.

예컨대, 반대의견에 대한 반례로 아래 판결을 꼽을 수 있다.

대법원 1968. 6. 18. 선고 68다663

원고는 D 경영 E 주점의 종업원이다. 피고는 동 주점을 방문한 손님이다. 원고는 피고가 E 주점을 방문하였다 분실한 금 300만 원 상당의 수표를 습득하였다. 당시

유실물법에 따르면 실제 유실물 습득자는 원고이지만 법률상 습득자는 D인 것이어서, D만이 피고를 상대로 보상금을 청구할 수 있을 뿐이고 원고는 D를 상대로 보상금의 반액을 청구할 수 있을 뿐이었다. 원고는 D에 대한 금전채권을 보전하기 위해 채권자대위권을 행사하여 피고를 상대로 보상금의 반액을 청구하였다.

대법원은, 피고가 상기 수표를 반환받을 때 그 보상금을 지급하지도 아니하였고 D 역시도 그 보상금의 청구를 하지 않고 있는 상황임을 근거로, 원고의 채권자대위권 행사를 허용하였다. 채무자 지위에 있는 D의 무자력 여부는 심리하지 아니하였으나, D가 주점을 경영하고 있는 점 등을 고려하면 자력이 충분한 상황에 있었을 가능성이 크다.

상기 판결은, 반대의견이 ‘초기’ 대법원 판례라고 명시한 두 판결⁵⁶⁾과 시간적 차이를 거의 두지 않은 판결이므로 반대의견의 입장에서 ‘초기’ 판례라고 인정함에 부족함이 없어 보인다. 만약 반대의견의 주장이 타당하다면, 대법원은 위 사안에서도 채무자의 무자력 요건을 엄격히 적용하여 무자력 존부를 기준으로 대위행사의 허용여부를 판단하였어야 할 것이다. 그러나 무자력 요건만을 간결히 검토하고 그것이 주장·입증되지 않았음을 이유로 대위행사를 허용하지 않은 ‘초기’ 판례들⁵⁷⁾과 달리 상기 판결은 채무자의 무자력 요건에 대하여는 언급하지 아니하고, 피고와 채무자 D가 그 보상금을 지급 혹은 청구하지 않고 있다는 사정을 근거로 대위행사를 허용하고 있을 뿐이다. 후술하겠으나, 그 근거에는 피보전채권과 피대위채권 간 밀접한 관련성을 인정할 수 있기 때문이라는 판단이 전제된 것으로 보이는데, 그 구체가 무엇이든 이는 반대의견의 분석에는 합치하지 않는 판례로 보인다.

하지만, 전술하였듯, 이러한 이례에 속하는 사례를 하나씩 지적하는 것만으로는 어느 의견이 타당한지를 검토함에는 부족하다 할 것이고, 보다 방대한 사례 분석을 통해 판례의 전반적인 경향을 검토하는 것이 필수적일 것이다. 그 점에서 많은 판례를 시야에 두고 이를 통시적으로 파악하고자 하는 시도는 큰 도움이 된다.

선행연구는 민법 시행 이전 사례부터 시작하여 최근의 전원합의체 판결에 이르기까지 크게 3단계에 걸쳐 보전의 필요성에 관한 판례의 태도가 변화해 왔음을 지적한다.⁵⁸⁾ 동 연구에 의하면, 1단계의 전통적인 판례들은 피보전채권의 성격이 금전채권인지 특정채권인지 여부에 주목하고자 했다. 금전채권은 대체성이 있으므로 특정채권과는 사안을 달리하여 판단하고자 했던 것이다. 따라서 피보전채권이 금전채권인 경우, 원칙적으로는 채무자의 무자력을 요구하되 예외적인 경우에는 밀접한 관련성만이 인정되어도 대위행사를 허용했다. 특정채권의 경우에는 무자력 요건을 요구하지 않았다. 이 단계에서는 피보전채권의 종류에 따라 그 요건을 달리 보고 있었으므로 보전의 필요성에 관한 일반적 판단기준이 정립되지 않았다.

2단계 판례들에서는 피보전채권의 종류를 불문하고 보전의 필요성을 판단하는 세 가지 일반적인 판단기준이 제시되었다.⁵⁹⁾ ① 채권자가 보전하려는 권리와 대위하여 행사하려는 채무자의 권리가 밀접하게 관련되어 있고(밀접 관련성) ② 채권자가 채무자의 권리를 대위하여 행사하지 않으면 자기 채권의 완전한 만족을 얻을 수 없게 될 위험이 있어 채무자의 권리를 대위하여

56) 대법원 1963. 4. 25. 선고 63다122 판결; 대법원 1969. 7. 29. 선고 69다835 판결

57) 대법원 1963. 2. 14. 선고 62다884 판결; 대법원 1963. 4. 25. 선고 63다122 판결; 대법원 1976. 7. 13. 선고 75다1086 판결;

58) 김덕중(주 10), 139-146면

59) 대법원 2001. 5. 8. 선고 99다38699 판결

행사하는 것이 자기 채권의 현실적 이행을 유효·적절하게 확보하기 위하여 필요한 경우(필요수단성)이며 ③ 채권자대위권의 행사가 채무자의 자유로운 재산관리행위에 대한 부당한 간섭이 된다는 등의 특별한 사정이 없을 것(부당간섭 배제성)이 그것이고, 나아가 위 일반적 판단기준을 판단함에 있어 고려해야 하는 세부적 판단기준⁶⁰⁾이 함께 제시되었다.⁶¹⁾

마지막으로 3단계에 해당하는 대법원 2020. 5. 21. 선고 2018다879 전원합의체 판결에서는, 앞서 제시된 보전의 필요성의 일반적·세부적 판단기준이 재정립되었다. 판례는 보전의 필요성의 ① 적극적 요건으로 필요수단성을, ② 소극적 요건으로 부당간섭 배제성을 요구하였고, 필요수단성 요건을 판단하기 위한 하위 세부적 판단기준으로 피보전채권의 내용, 피보전채권이 금전채권인 경우 채무자의 무자력여부, 밀접관련성을 제시하였다. 즉, 2단계 판례들에서는 필요수단성 및 부당간섭배제성 요건과 대등한 지위에 있던 밀접관련성 요건이 필요수단성 요건의 하위 판단기준으로 격하되었다.

이를 표로 정리하면 이하와 같다.

〈표 2〉 보전의 필요성 법리에 관한 판례의 변천

	기준	보전의 필요성 법리
1단계	금전채권인 피보전채권	원칙: 채무자 무자력 인정시, 보전필요성 인정 예외: 밀접 관련성 등 인정시, 무자력 없이 보전필요성 인정
	특정채권인 피보전채권	밀접 관련성 등 인정시 보전필요성 인정
2단계	보전의 필요성에 관한 일반적 판단기준 ⁶²⁾	채권 종류 불문 ① 밀접관련성 ② 필요수단성 ③ 부당간섭배제성 인정 시, 보전의 필요성 인정
3단계	보전의 필요성에 관한 일반적 판단기준 재정립	채권 종류 불문 ① 필요수단성 ② 부당간섭배제성 인정 시, 보전의 필요성 인정 ⁶³⁾ - ① 필요수단성 요건 판단시 하위 세부적 판단기준으로 i) 피보전채권의 내용, ii) (금전채권의 경우) 채무자의 무자력 여부, iii) 밀접관련성 등을 고려

60) 피보전채권인 협력의무 이행청구권의 법적성격, 채무자의 피대위채권 미행사의 사유, 그 미행사가 피보전채권에 미치는 영향, 채무자의 권리행사의 강제가 채무자의 재산권 행사에 커다란 불이익을 가져오는지, 이것이 채무자의 자유로운 재산관리행위에 대한 부당한 간섭이 될 수 있는지 등

61) 대법원 2013. 5. 23. 선고 2010다50014 판결

62) 채권자는 채무자에 대한 채권을 보전하기 위하여 채무자를 대위해서 채무자의 권리를 행사할 수 있는바, ① 채권자가 보전하려는 권리와 대위하여 행사하려는 채무자의 권리가 밀접하게 관련되어 있고(밀접 관련성) 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 위하여 필요한 경우(필요수단성) ③ 채권자대위권의 행사가 채무자의 자유로운 재산관리행위에 대한 부당한 간섭이 된다는 등의 특별한 사정이 없는 한(부당간섭 배제성), 채권자는 채무자의 권리를 대위하여 행사할 수 있어야 한다.

63) 채권자는 채무자에 대한 채권을 보전하기 위하여 채무자를 대위해서 채무자의 권리를 행사할 수 있는바, ① 채권자가 보전하려는 권리와 대위하여 행사하려는 채무자의 권리가 밀접하게 관련되어 있고(밀접 관련성) ② 채권자가

채무자의 무자력을 엄격한 기준으로 고려하였던 것은 ‘초기’ 판례인 1단계 판례들 뿐이고, 2단계와 3단계에 이르러 보전의 필요성에 관한 일반적 판단기준이 정립되며 보다 복합적인 사정이 고려되기 시작하였다는 점을 고려하면, 선행연구는 종래 대법원 판례의 태도가 일관되지 않고 변화해 왔음을 지적하는 반대의견에 보다 부합하는 것으로 보인다. 다수의견의 주장과 달리, 채무자의 무자력 요건을 엄격히 적용하려는 태도가 1단계 판례들 이외의 후기 판례들에서 까지 유지되는 것으로 보이지는 않기 때문이다.

대상판결에서 명시된 최근의 판례⁶⁴⁾ 중 다수의견이 주장하는 ‘원칙과 예외’ 법리를 유지한 것으로 보이는 판례는 대법원 2015. 5. 14. 선고 2013다96783 판결이 유일하다.

대법원 2015. 5. 14. 선고 2013다96783

원고는 농산물 도·소매업을 하는 사람이고, B는 농산물을 생산하는 자로부터 농산물을 수집하여 원고와 같은 도·소매상에게 판매하는 사람이며, 피고는 콩을 재배하는 농민이다. B는 피고로부터 콩을 매수하기로 하는 매매계약을 체결하였고, 원고는 B로부터 동일한 품목을 매수하기로 하는 매매계약을 체결하였다. 원고와 B 사이 매매계약과 B와 피고 사이 계약은 모두 이행되었는데, 최종적으로 원고가 수령한 농산물에 하자가 있어, 원고는 B와의 매매계약을 해제하였고, 그에 따라 B 역시 피고와의 매매계약을 해제하였다. 원고는 B와의 매매계약의 해제에 따르는 자신의 매매대금반환채권을 보전하기 위해 B가 피고에게 갖는 매매대금반환채권의 대위행사를 청구하였다.

원심 법원과 대법원 모두 이 사안에서 채무자의 무자력 요건이 충족되어야 한다는 점에는 의견을 같이하였다. 다만 B의 무자력 여부가 충분히 입증되지 않았다고 판단한 원심 법원과 달리, 대법원은 B의 무자력 여부가 충분히 심리되지 않았음을 이유로 원심 판결은 파기환송하였다.

하지만 선행연구에 의하면, 대법원 2015. 5. 14. 선고 2013다96783 판결 이외의 최근 판례들은 모두 2단계에 속하는 판결들이라 할 수 있다. 대법원이 보전의 필요성에 관한 세 가지 일반적 판단 기준을 제시한 이후, 대법원 2006. 1. 27. 선고 2005다39013 판결은 피보전채권이 금전채권인 경우에도 보전의 필요성 판단은 당해 일반 기준에 의하는 것이며, 특히 밀접 관련성만을 근거로 보전의 필요성이 인정될 수 있음을 명시하였다. 대법원 2014. 12. 11 선고 2013다71784 판결, 대법원 2017. 7. 11. 선고 2014다89355 판결은 위 법리를 인용하면서, 각 사안의 구체적 사실관계를 위 일반 기준에 대입하여 판단하였던 사안들이었다.

대법원 2002. 1. 25. 선고 2001다52506⁶⁵⁾

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(필요수단성) ③ 채권자대위권의 행사가 채무자의 자유로운 재산관리행위에 대한 부당한 간섭이 된다는 등의 특별한 사정이 없는 한(부당간섭 배제성), 채권자는 채무자의 권리를 대위하여 행사할 수 있어야 한다.

64) 대법원 2002. 1. 25 선고 2001다52506 판결; 대법원 2006. 1. 27. 선고 2005다39013 판결; 대법원 2014. 12. 11 선고 2013다71784 판결; 대법원 2015. 5. 14. 선고 2013다96783 판결; 대법원 2017. 7. 11. 선고 2014다89355 판결을 검토한다.

65) 피고가 원고에게 채권자대위권을 행사하는 사안이라는 점에서 특이하다.

피고 1은 피고 회사의 이사이고, 원고는 피고 회사에 C 공장을 양도하기로 한 협동조합이다. 피고가 C 공장 매수대금 일부를 마련하기 위해 원고로부터 1억 원을 차용하여 피고 회사에게 교부하였고, 그로써 피고 1은 피고 회사를 상대로 대변제청구권을 갖게 되었다. 이후 원고가 피고 1과 피고 회사를 상대로 대여금 반환을 청구하는 소를 제기하였는데, 피고 회사는 원고를 상대로 상계적상에 있는 확정판결⁶⁶⁾상 부당이득채권을 가지고 있었음에도 상계권을 행사하지 아니하고 있었다. 따라서 피고 1은 자신의 대변제청구권을 보전하기 위해 피고 회사의 원고에 대한 상계권을 대위행사하였다.

대법원은 제688조 소정의 대변제청구권이 통상의 금전채권과는 다른 목적을 갖는 금전채권이어서 채무자인 위임인의 채권을 대위행사하는 경우에는 채무자의 무자력을 요건으로 하지 아니함을 이유로 피고 1의 채권자대위권 행사를 허용하였다.

마지막으로 대법원 2002. 1. 25 선고 2001다52506 판결은 비록 보전의 필요성에 관한 일반적 판단 기준을 명시하지 않고 대변제청구권의 특수성에 기해 판단하였을 뿐이나, 그 사실관계를 바탕으로 파악하건대, 상기 상계권 행사의 근거가 되는 피고 회사의 원고에 대한 부당이득반환채권은 C 공장 매수에 관하여 원고가 피고 회사를 기망하여 계약을 체결하고 피고 회사가 대금을 지급하였다가, 이후 사정을 알게 된 피고 회사가 동 계약을 취소함으로써 발생한 것이고, 피고의 피고 회사에 대한 대변제청구권은 피고 회사의 C 공장 매수대금을 마련하기 위해 피고가 원고로부터 차용하여 발생한 것이어서, 이러한 사정을 고려한다면 양 채권 사이에는 관련성이 인정된다고 보는 것이 자연스럽고, 따라서 이를 2단계 판례로 포섭하는 것이 큰 무리가 있다고 보기는 어렵다고 할 수 있다.

따라서 이상의 점을 고려한다면, 보전의 필요성 판단 기준에 관해 대상판결 다수의견과 반대의견이 제시하는 주장에서 벗어나는 이례들이 일부분 존재하는 것은 사실이나, 거시적인 시점에서 보았을 때, 초기의 법리가 고착화되지 아니하고, 구분되어 있던 금전채권 및 특정채권의 보전의 필요성을 통합적으로 설명하는 일반 기준을 고안하는 등으로 변화하는 판례의 태도를 대상판결 반대의견이 보다 잘 포착하고 있는 것으로 보이므로, 종래 대법원 판례에 대한 다수의견과 반대의견의 해석 중 후자가 보다 더 타당하다고 볼 것이다.

2. 보전의 필요성 판단 기준으로서 ‘밀접 관련성’

대상판결 반대의견 혹은 선행연구와 같이 시간축을 기준으로 종래 대법원 판례의 흐름을 재구성하는 것은 분명 타당한 이론으로써 기능한다. 다만 대상판결 반대의견에 의하는 경우 그와 같은 도식에서 벗어나는 몇몇 반례들을 설명하기 어렵다는 난점을 갖는다. 앞서 살펴본 대법원 1968. 6. 18. 선고 68다663 판결이 그 한 예시일 것이고, 본고에서 검토하는 대상판결 역시도 반대의견의 입장에서는 말하자면 ‘반례’에 해당한다고 평가할 수 있을 것이다. 이와 같이 돌출된 판례들을 설명할 수 있는 이론적 자원이 반대의견에게는 없다. 또한 선행연구는 그와 같이 판례가 변해온 이유를 설명하기 어렵다는 난점을 갖는다. 판례가 2단계에서 3단계로 넘어가는 것은 2단계에서 제시한 일반적 판단기준을 보다 명료하게 다듬는 과정이라 설명할 수 있지

66) 울산지방법원 1999. 10. 28. 선고 98가합8918 판결

만, 1단계 판례들과는 단절되어 2단계에서 일반적 판단기준이 창발하게 된 것에 어떤 동인(動因)이 기한 것인지 불분명하다. 만약 보다 통일된 기준에 의한 단순한 설명으로 수렴되는 과정이라 한다면, 혹 애초에 1단계 판례들에서 그러한 통일된 기준을 미리 발견할 수는 없는가?

본고에서는 이 점에 착안하여, 대상판결 다수의견과 반대의견이 제시하는 구분에 구애되지 아니하고, 대상판결이 인용하는 판례들 중 채무자의 무자력을 요구한 판례들과 그렇지 아니한 판례들을 구분하는 통일적인 기준이 무엇인지를 검토하고자 한다. 그를 통해, 표면적인 모습과는 달리, 채무자의 무자력을 요건으로 요구하는지 여부는 피보전채권과 피대위채권 사이의 밀접 관련성에 의해 구분되는 것임을 보이고자 한다.⁶⁷⁾

다만 ‘밀접 관련성’ 개념에 관하여는, 그 의미가 명확하지 않고 이에 관한 일반적 정의를 구체화하기 어렵다는 점이 지적되어 왔다.⁶⁸⁾ 그 의미를 일의적으로 포착하는 것이 쉽지 않아, 구체적 사실관계에 기대어 개별 사안마다 밀접 관련성 인정 여부를 달리 판단할 수 밖에 없었던 것이다. 따라서 밀접 관련성에 관한 선행 연구들 역시 밀접 관련성의 일반 정의를 제시하려고 보다는 개별 사안들에서 밀접 관련성을 인정할 것인지 여부에 보다 초점을 맞추고 있었다. 본고 역시 그와 같은 지적에 동의하며, 여기서 밀접 관련성에 대한 일반 개념을 제시해 보고자 시도하는 것은 아니다. 다만, 여기서 지적하고자 하는 것은, 그러한 추상성 덕에 오히려 ‘밀접 관련성’은 상이한 사실관계를 마주하여서도 보전의 필요성 충족 여부를 판단하는 범용적 기준이 될 수 있는 것이며, 종래 대법원 판례가 2단계와 3단계를 거치며 필요수단성, 밀접관련성, 부당간섭배제성 등의 요건을 종합적으로 검토해야 한다는 태도에 이르게 되는 것은, 결국 대위행사를 위한 보전의 필요성 요건 충족 여부를 어떤 일반 개념을 통해 포착하는 것이 지난(至難)한 일임을 보여주는 방증이라는 점이다.

따라서 이 절에서는, 그러한 밀접 관련성을 기준으로 대상판결이 인용한 판례들을 재분류하고, 그 과정에서 관측되는 여러 공통점들을 짚어냄으로써, 밀접 관련성을 기준으로 보전의 필요성을 판단하는 작업의 유용성을 밝혀보고자 한다.

〈표 3〉 밀접관련성을 기준으로 한 대상판결 인용 판례 재구분

다수의견		반대의견
밀접관련성 X	대법원 1963. 2. 14. 62다884 대법원 1963. 4. 25. 63다122 대법원 1976. 7. 13. 75다1086 대법원 1993. 10. 8. 93다28867 대법원 2015. 5. 14. 2013다96783	대법원 1963. 4. 25. 63다122 대법원 1969. 7. 29. 69다835
밀접관련성 O	대법원 1968. 6. 18. 68다663 대법원 2006. 1. 27. 2005다39013 대법원 2017. 7. 11. 2014다89355	대법원 2002. 1. 25 2001다52506 대법원 2014. 12. 11 2013다71784

가. 채무자의 무자력을 요건으로 요구하지 않은 판례들(밀접관련성 O)

67) 유사한 취지에서, 오수원(주 26), 191면;

68) 김덕중(주 10), 138면; 오경미(주 15), 366-368면

앞서 III.1에서 검토하였던 ① 대법원 1968. 6. 18. 선고 68다663 판결을 검토한다. 이 사안에서 주점 종업원인 원고가 유실물의 실제 습득자였으나, 유실물법 관련 규정에 의하여, 주점 주인 D가 분실자인 피고에 대하여 보상금청구권을 갖고, 원고는 D에 대하여 보상금의 반액에 대한 청구권만을 갖게 되었다. 대법원은 이 경우 무자력 요건을 검토하지 아니하고 대위행사를 허용하였다. 이 경우, 주인 D는 자신의 보상금청구권에 대해 기여한 바가 없고, 오히려 채권자인 원고가 피대위채권의 발생시켰다고 볼 것이므로, 피대위채권의 사실상의 주인 혹은 사실상의 권리귀속주체를 원고로 봄이 타당해 보이고, 따라서 피보전채권과 피대의권리 사이의 밀접한 관련성을 인정하기에 어려움이 없어 보인다.

대법원 2014. 12. 11. 선고 2013다71784

S 회사는 피고 및 시공사, 대출금융기관들과 사이에 ‘사업 및 대리사무 약정’을 체결하면서, 피고가 A 상가의 분양수입금 등의 수납·관리·집행 등 자금관리업무를 위탁받아 S 회사를 대리하여 이를 처리하되, 대출금·분양수입금 등 목적사업과 관련한 수입금 일체를 피고 명의로 개설된 분양수입금 관리계좌에 입금하도록 하고, 분양개시 후 사업비의 지출은 시공사와 대출금융기관들의 확인을 받은 S 회사의 서면요청에 의하여 피고가 집행하기로 정하였다. 원고는 S 회사와 A 상가 내 점포에 관하여 분양계약을 체결한 수분양자로, 위 분양계약을 해제하고 S 회사를 상대로 분양대금 반환을 구하는 소를 제기하여 승소확정판결을 받았다. 원고는 S 회사에 대한 분양대금 반환채권을 보전하기 위하여 피고에게 S 회사의 사업비 지출요청권을 대위행사하였는데, 대법원은 이 경우 S회사의 무자력이 요구되지 않는다고 하면서 원고의 채권자대위권 행사를 허용하였다.

대법원 2017. 7. 11. 선고 2014다89355 판결

G는 피고와 사이에 피고가 골프장으로 개발하기 위해 매입해 두었던 E 토지를 150억 원에 매수하되, 계약 체결 시에 계약금으로 50억 원을 지급하고, 잔금 100억 원은 G가 골프장 인허가 사업에 필요한 자금을 조달하여 E 토지에 골프장 허가를 받은 후 그 명의를 이전해 감과 동시에 피고에게 이를 지급하기로 하였다. 한편 원고들은 G와 투자약정을 체결하며 33억 원을 대여하였다. 투자약정에 의하면 G가 2010. 10.까지 E 토지에 인허가를 받지 못하면 투자약정을 해제할 수 있다는 조건이 있었는데, 결국 2010. 10. 까지 G가 인허가를 받지 못하자, G에 대한 대여금채권을 보전하기 위해, G와 피고 간 매매약정에 대한 G의 해제권을 대위 행사하고 원상회복으로 33억 원의 반환을 청구하는 소를 제기하였다. 대법원은 원고들의 G에 대한 대여금채권과 G의 원상회복청구채권의 밀접 관련성을 인정하면서 원고들의 대위 행사를 허용하였다.

② 대법원 2002. 1. 25 선고 2001다52506 판결, ③ 대법원 2014. 12. 11 선고 2013다71784 판결, ④ 대법원 2017. 7. 11. 선고 2014다89355 판결은 유사한 방식에 의한 논증이 가능해 보인다. ② 판결에서는, 전술하였듯, 피고 1이 피고 회사에 대하여 대변제청구권을 갖고 있었고, 피고 회사는 원고에 대하여 공장양수도계약취소에 의한 부당이득반환채권을 가지고

있었다. 현대 피고 회사는 공장인수대금이 부족하여 피고 1로부터 1억원 상당을 교부받고 그를 합하여 원고에게 공장인수대금으로 지급하였다가 계약을 취소한 것이므로, 피고 회사의 원고에 대한 부당이득반환채권은 피고 1의 출연으로 구성되어 있다고 볼 수 있는 사안이었다. ③ 판결의 경우, S 회사가 A 상가 분양사업을 진행하면서 피고 등과 ‘사업 및 대리사무’ 약정을 체결하여, 대출금·분양수입금 등 목적사업 관련한 수입금 일체를 피고 명의로 개설된 분양수입금 관리계좌에 입금하고 S 회사의 지출 요청이 있는 경우 피고가 집행하기로 정한 상황에서, 수분양자였던 원고가 S회사와의 분양계약을 해제하고 분양대금반환을 청구하였다. 현대 이 경우 S 회사는 앞서 원고로부터 분양대금을 수령하여 이를 분양수입금 관리계좌에 입금하였을 것이므로, 당해 계좌에 입금된 사업비는 원고의 출연으로 구성되어 있다고 볼 수 있을 것이다. ④ 판결의 경우도 마찬가지로, 원고들이 G에게 대여한 금전이 E 토지의 매수를 위해 피고에게 전달되었다 할 것이어서, G가 피고에게 지급한 매매대금은 원고들의 출연으로 이루어졌다고 볼 것이다. 즉, 이 판결들의 경우 비록 채무자의 피대위채권의 발생에 채권자들의 기여가 결정적이었던 것은 아니지만, 공통적으로 채권자인 원고들은 채무자가 자기 목적의 사업 등의 법률행위를 영위함에 있어 필수적인 금원을 출연하였다고 볼 것이고, 그 금원이 다른 경로를 거치지 아니하고 피대위채권을 구성하는데 사용되었다는 점에서, 양 채권 간의 밀접 관련성을 인정할 수 있다고 보아야 할 것이다.

마지막으로 ⑤ 대법원 2006. 1. 27. 선고 2005다39013 판결의 경우, 원고가 A와 명의신탁 약정을 체결한 상황에서, 명의수탁자인 A가 피고의 강박으로 피고에게 부동산을 증여하였다가 민법 제110조 제3항 소정 선의의 제3자의 존재 등으로 인해 부동산의 소유권을 회복하지 못하고 대신 피고에 대한 가액배상청구권을 가지게 된 것인바, 이 경우 역시 마찬가지로, 명의수탁자의 피고에 대한 배상청구권의 발생에 원고가 개입한 것은 아니지만, 수탁자가 갖는 배상청구권은 원고가 신탁하였던 부동산이 사실상의 동질성을 유지하며 변화한 것으로서 원고에게 귀속되는 합당하다는 점에서, 피보전채권과 피대위채권의 밀접 관련성을 인정할 수 있다고 보아야 할 것이다.

나. 채무자의 무자력을 요건으로 요구한 판례들(밀접관련성 X)

먼저 ① 대법원 1969. 7. 29. 선고 69다835 판결과 ② 대법원 2015. 5. 14, 선고 2013다96783 판결을 같이 검토해 볼 수 있어 보인다. ① 판결은 피고가 A에게 부동산을 매도하고 A가 다시금 원고에게 동 부동산을 매도하였다가, 피고의 A에 대한 소유권이전채무가 이행불능이 되고, 나아가 A의 원고에 대한 소유권이전채무 역시 이행불능이 된 사안이다. 원고는 A에 대한 손해배상청구권을 보전하기 위해 A의 피고에 대한 손해배상청구권의 대위행사를 청구하였다. ② 판결은, 전술한 바와 같이, 피고가 A에게 농산물(콩)을 매도하고 A가 다시금 원고에게 농산물을 매도하였다가, 매매목적물의 하자를 이유로 원고와 A가 매매계약을 해제한 사안이다.

이 두 판례의 경우, 앞서 III.2.가.에서 살펴본 판례들과는 방향성을 달리한다고 볼 것이다. 앞선 판례들의 경우 피대위채권의 성립에 앞서 원고의 원인된 행위가 있거나, 원고의 금원출연이 있거나, 원고의 목적물 제공이 있었다. 반면 상기 두 판례의 경우, 피대위채권이 피보전채권에 앞서 발생하고, 피보전채권은 피대위채권의 결과로서 그 뒤를 이어 발생한 것으로 볼 수 있기 때문이다. 따라서 말하자면, 앞선 판례들의 경우에서의 채권자들은 피대위채

권 발생에 기여한 자로 볼 수 있어 그 피대위채권의 행사에 개입하는 것이 정당화될 수 있으나, ① 판결과 ② 판결의 경우 그 채권자는 오히려 피대위채권의 발생으로부터 영향을 받는 자에 불과하다 할 것이어서, 피대위채권의 행사에 개입하는 것이 정당화되기 어렵다고 볼 수 있는 것이다. 따라서 이들은 채무자를 상대로 채무의 이행을 청구할 수 있을 뿐이고 제3채무자를 상대로는 채무의 이행을 구할 수는 없을 것이나, 만약 채무자가 무자력의 상태에 있어 채무자로부터 채권의 만족을 받을 수 없는 상황이라면, 채권자대위권을 행사하여 제3채무자로부터 자기 채권의 만족을 구하는 것이 정당화될 수 있는 것이라 볼 수 있다.

마지막으로 ③ 대법원 1963. 2. 14 선고 62다884 판결과 ④ 대법원 1993. 10. 8 선고 93다28867 판결을 검토하는 바, ③ 판결에서는 피고가 X 다방을 D에게 매도하고, D가 다시 원고에게 X 다방을 매도하였는데, 피고가 그 이후 X 다방을 다시금 제3자에게 이중매매하자⁶⁹⁾, 원고는 D를 대위하여 피고에게 손해배상을 청구하였다. ④ 판결에서는 원고가 A 회사에 금전을 대여하면서 A 회사 소유인 X 부동산에 근저당권설정등기를 경료하였는데, B 회사가 A 회사와 상호가 동일한 사정을 이용하여 B 회사 명의 앞으로 X 부동산의 소유권이전등기를 마친 다음 피고 앞으로 근저당권설정등기를 마쳐 주었다. 따라서 원고는 A 회사에 대한 대여금채권을 보전하기 위해 피고를 상대로 근저당권등기말소청구를 하였다.

위 두 판결은 채권자인 원고 및 채무자로서는 전혀 예측할 수 없는 피고의 돌발적인 불법행위로 인해 채무자의 피고에 대한 권리가 발생하였다는 점에서 공통점을 갖는다. 즉, 위 ① 판결, ② 판결과 마찬가지로 채권자는 채무자의 피고에 대한 권리의 발생에 아무런 기여를 하지 못했다고 봄이 타당하므로, 채무자의 피고에 대한 권리행사에 채권자인 원고가 개입할 아무런 정당성을 확보하지 못하는 것이다.

IV. 대상판결 재검토

이 절에서는 여기까지의 논의를 정리하여, 보전의 필요성에 대한 다수의견의 판단을 비판하고, 대상판결에서 원고의 채권자대위권 행사를 허용 하는 것이 타당한지 여부에 관하여 검토한다.

1. 적극적 요건에 대한 판단

가. 대상판결 다수의견

대상판결 다수의견은 보전의 필요성의 적극적 요건으로, ① 채권자가 채권자대위권을 행사하지 않으면 피보전채권의 완전한 만족을 얻을 수 없게 될 위험의 존재하고 ② 채권자대위권을 행사하는 것이 그러한 위험을 제거하여 피보전채권의 현실적 이행을 유효·적절하게 확보하여 줄 것을 제시하고, 이를 위한 세부적 판단기준으로서 채권자가 보전하려는 권리의 내용, 보전하려는 권리가 금전채권인 경우 채무자의 자력 유무, 피보전채권과 채권자가 대위행사하는 채무자의 권리와 관련성 등을 고려하여 판단하여야 한다고 판시하였다.

그 이후 문단을 바꾸어 대법원이 원칙적으로 보전의 필요성의 인정 여부를 책임재산 보전

69) 구체적 사실관계가 드러나지는 않으나, 이로 인해 원고가 X 다방에 대한 권리를 회복하지 못하게 된 것으로 보인다.

이라는 채권자대위권의 목적을 바탕으로 판단하여 왔음을 근거로, 대법원은 금전채권을 피보전채권으로 하는 경우 채무자가 자력이 없으면 특별한 사정이 없는 한 보전의 필요성을 긍정하는 한편 채무자의 자력이 있는 경우에도 밀접한 관련성이 인정되는 등 특수한 사안에서 보전의 필요성을 인정하기도 하였다고 판시하였다.

나. 채무자의 무자력 요건에 관한 판단

대사판결 다수의견은 채권자대위권의 법적 성질에 관한 견해 대립 중 법정재산관리권설에 유사한 입장에서 보전의 필요성 요건을 판단하고 있는 것으로 보인다. 다수의견에 판단에 의하면, 채권자대위권은 원칙적으로 ‘채무자의 일반재산의 감소를 방지하여 책임재산을 보전하기 위한 제도’인 것이고, 따라서 피보전채권이 금전채권인 경우 전술한 첫번째 적극적 요건으로서 ‘채권자가 채무자의 권리를 대위하여 행사하지 않으면 자기 채권의 완전한 만족을 얻을 수 없게 될 위험’은 곧 “채권자가 민사집행법이 정한 강제집행의 방법으로는 구제받을 수 없거나 구제받지 못할 위험”을 의미하는 것으로 보기 때문이다. 즉, 대상판결 다수의견은 채권자가 자기 채권의 만족을 얻지 못하게 되는 ‘위험’을 매우 좁게만 인정한다고 할 수 있다.

허나 앞서 검토하였듯, 이와 같은 판례의 태도가 타당한 것이라 보기는 어렵다. 앞서 II.1.에서 채권자대위권 제도의 연혁을 살펴보며 논하였듯, 물론 연혁적으로는 채권자대위권 제도가 채무자의 책임 재산을 보전하여 강제집행 제도를 보완하기 위한 제도였던 점은 사실이나, 우리 민법이 계수한 프랑스 민법과 일본 민법상 채권자대위권 제도의 입법례 및 채무자의 책임재산 보전 수단이 아니라 채권자의 피보전채권 실현의 확보를 위한 수단으로써 더 활발히 운용되고 있는 현실을 고려하면, 채권자대위권 제도의 목적이 채무자의 책임 재산 보전에만 있다고 좁게 볼 필요는 없다. 애초에 채권자대위권 제도와 강제집행 제도는 서로 규율되는 법적 영역을 달리하는 것으로 둘 사이의 논리필연적 연관성이 있다고 보기는 어려운 것이어서, 대위채권자로 하여금 우선 민사집행법상 강제집행 제도를 활용하도록 하고, 강제집행 제도를 활용할 수 없는 경우에만 채권자대위권을 보충적으로 행사하도록 할 근거는 찾기 어렵다 할 것이다.⁷⁰⁾

또한 II.2.에서 검토한 바와 같이, 채권자대위권의 법적 성질을 법정재산관리권설의 입장에서 파악하려는 것은, 우선 민법 제404조 제1항에 대한 문언적 해석에 의하는 경우 타당하지 않으며, 이를 선행하려 하여도 법정재산관리권설은 논리적 모순에 직면하거나 종래 판례의 태도에 부합하지 않는 결과를 낳을 뿐이다. 그럼에도 법정재산관리권설을 견지하는 것은, 수용하기 어려운 불합리한 귀결에 이르게 된다.

설령 다수의견이 처음의 주장을 포기하고, 그저 기존 대법원 판례가 원칙적으로 채무자의 무자력을 요구할 뿐이었다는 입장으로 후퇴를 시도한다 하여도, III.1에서 검토하였던 선행연구의 주장 등을 고려하면 그와 같은 시도가 성공적이었다 평가하기는 어려워 보인다. 나아가, 대상판결 다수의견은 보전의 필요성에 대한 일반적 판단기준을 제시하였던 대법원 2001. 5. 8. 선고 99다38699 판결 이후 채권자대위권의 행사 요건을 통일적으로 정리해 온 판례의 태도와 부합하지 않는다는 점에서, 반대의견이 적절히 지적하듯, 오히려 다수의견 스스로가

70) 오경미(주 15), 384면

기존 대법원 판례의 경향에서 벗어나 있다⁷¹⁾고 봄이 타당하다.

즉, 다수의견이 대상판결 사안을 마주하여, 금전채권을 피보전채권으로 한다는 이유만으로 보전의 필요성 요건 충족 여부를 판단함에 있어 채무자의 무자력이 필요하다고 판단한 것은 이상의 이유에서 합당하다고 보기 어렵다고 할 것이다.

다. 밀접 관련성 요건에 관한 판단

대상판결 다수의견은, 피보전채권과 피대위채권 사이에 밀접한 관련성 등 특별한 사정이 있다면, 피보전채권이 금전채권임에도 채무자의 무자력 여부를 불문하고 채권자대위권의 행사가 예외적으로 허용될 수 있다는 입장이다. 여기서 밀접한 관련성이라 함은, 단순히 “피보전채권이 피대위권리 사이에 사실상의 관련성이 있다는 사정” 만으로는 충분하지 않고, 두 권리의 내용이나 특성상 보전하려는 권리의 실현 또는 만족을 위하여 피대위권리의 행사가 긴밀하게 필요하다는 등의 밀접한 관련성을 의미한다. 채권자대위권이 채무자의 일반재산의 감소를 방지하여 책임재산을 보전하기 위한 제도인 점을 고려하여 볼 때, 채무자의 자력 유무에 관계없이 금전채권인 피보전채권과 피대위채권 사이의 관련성을 이유로 보전의 필요성을 인정하려면 채권의 상대효 원칙에도 불구하고 대위채권자가 채무자의 금전채권을 행사하도록 허용하는 것을 정당화할 수 있는 만큼의 밀접한 관련성이 요구된다는 것이다. 예컨대 ① 채권자가 보전하려는 채권과 대위하여 행사하려는 권리가 사실상 목적과 수단의 관계를 가지고 있거나 서로 담보적 기능을 하고 있을 때, ② 또는 대위하여 행사하려는 권리나 그 목적물이 궁극적으로 대위채권자에게 귀속될 성질의 것이라고 볼 수 있는 특수한 관계가 있는 경우에 밀접 관련성이 인정 될 수 있다고 한다.

다수의견은 이 지점에서 대위채권 제도의 목적이 채무자 책임재산의 보전에 있다는 입장을 유지하고 있어 그 점에는 동의하기 어려우나, 채권자대위권 행사 요건으로서 피보전채권과 피대위채권이 밀접 관련성을 요구하는 것이 채권의 상대효 원칙을 위반하여 대위채권자가 채무자의 금전채권을 행사하는 것을 정당화하기 위한 것이라는 점은 타당하게 지적한 것으로 보인다. 앞서 III.2.에서 밀접 관련성에 주안을 두고 대상판결이 인용한 판례들을 검토하였던 경우에도, 그 밀접 관련성은 크게 세 유형으로 나누어 볼 수 있었던 것인바, ① 대위채권자의 행위가 피대위권리의 발생 원인이 된 경우⁷²⁾ ② 대위채권자들이 출연한 금원이 피대위권리의 내용을 구성하게 된 경우⁷³⁾ ③ 대위채권자가 제공한 목적물이 사실상의 동질성을 유지하며 금전채권인 피대위권리로 변한 경우로서, 금전채권인 피대위채권이 종국적으로 대위채권자에게 귀속되어야 할 것인 경우⁷⁴⁾인 것인데, 이들은 공통적으로 대위채권자가 피대위권리 발생의 원인 그 자체를 제공한 것이거나, 그 구성에 기여한 바가 있어, 피대위권리의 행사에 개입할 수 있는 정당성을 가지고 있다고 평가할 수 있기 때문이다.

대상판결 반대의견은 민법 제404조가 바로 채권의 상대효에 대한 예외⁷⁵⁾인 것이므로, 마치 채권자대위권에 관한 규정이 없는 것처럼 채권의 상대효 원칙을 들어 채권자대위권의 적

71) 김덕중(주 10), 136면; 오경미(주 15), 360면

72) 대법원 1968. 6. 18. 선고 68다663 판결

73) 대법원 2002. 1. 25 선고 2001다52506 판결; 대법원 2014. 12. 11 선고 2013다71784 판결; 대법원 2017. 7. 11. 선고 2014다89355 판결

74) 대법원 2006. 1. 27. 선고 2005다39013 판결

75) 오수원(주 26), 197면

용범위를 줄이려고 해서는 안 된다는 이유에서, 위 다수의견을 비판하는 것으로 보인다. 여기서 주의해야 하는 점은, 위 문단에서 언급하는 바와 같이 본고가 다수의견의 주장에 일부 동조한다고 한다고 하여, 필자가 민법 제404조가 채권의 상대효에 대한 예외가 아님을 주장하는 것은 아니라는 점이다. 필자는 민법 제404조가 채권의 상대효에 대한 예외를 조문으로써 특별히 규정해 놓은 것이라는 반대의견의 지적에는 동의한다. 여기서 강조하고자 하는 것은, 채권의 상대효의 예외로써 민법 제404조가 작동하기 위한 한계선을 긋는 기준 중 하나로써 ‘민사법의 중대한 원리 중 하나인 채권이 상대효 원칙을 위반해야 할 만큼 대위채권자에게 피대위권리의 행사에 개입할 수 있는 정당성이 있는지 여부’를 채택할 만하다는 것일 뿐이다.

필자는 이것이 다수의견과 반대의견의 견해가 치열하게 대립하는 채권자대위권의 행사 범위를 구체화하는 유용한 기준이 될 수 있을 것이라 기대한다. 즉, 다수의견의 주장과 같이 보전의 필요성을 채무자의 책임재산 보전으로 한정하여 본다면, 채권자대위권의 행사 범위는 과도하게 좁아진다. 따라서 그와 같이 행사 범위를 좁게 볼 것은 아니지만, 그럼에도 다수의견 및 보충의견이 우려하는 것과 같이, 채권자대위권이 ‘거의 제한 없이’ 행사될 수 있어 그 범위가 지나치게 광범위하게 확대되는 것 역시도 분명 경계해야 하는 현상이라고 할 것이다. 만약 제한없는 채권자대위권의 행사가 가능해진다면, 결국 채권의 상대효 원칙은 지켜지지 못하고 사실상 잠탈될 가능성이 크기 때문이다.

즉, 보전의 필요성 요건을 해석함에 있어, 이를 채무자의 무자력으로 보느냐, 밀접 관련성으로 보느냐의 문제는, 바꿔 말해 채권의 상대효 원칙의 예외로서 채권자대위권의 행사 범위를 어디에서 한계지를 것이냐의 문제인 것이며, ‘대위채권자에게 피대위권리의 행사에 개입할 수 있는 정당성이 있는지 여부’는 그 한계긋기를 위한 유용한 기준일 수 있다.

라. 대상판결 사안에 대한 검토

대상판결 다수의견에 의하면, 피보전채권이 금전채권인 경우 ‘채권자가 채무자의 권리를 대위하여 행사하지 않으면 자기 채권의 완전한 만족을 얻을 수 없게 될 위험’은, 채권자가 민사집행법이 정한 강제집행의 방법으로는 구제받을 수 없거나 구제받지 못할 위험이 있을 때를 의미하고, 금전채권자가 단순히 채권회수의 편의나 실효성을 위하여 채무자의 제3채무자에 대한 금전채권을 대위행사하는 경우에는, 보전의 필요성의 적극적 요건을 충족하였다고 볼 수 없다. 나아가 다수의견은 대상판결 사안의 경우 요양기관의 임의 비급여 진료행위가 무효인 경우에 보험자는 채권자대위권을 행사하지 않더라도 피보험자에 대하여 직접 보험금의 반환을 청구하여 변제받는 데 아무런 법률상 장애가 없고, 자신의 피보험자에 대한 부당이득반환채권을 집행채권으로 하여 피보험자의 요양기관에 대한 진료비 상당의 부당이득반환채권을 압류하여 추심·전부명령을 받는 등으로 채무자의 일반재산에 대한 강제집행을 통하여 채권의 만족을 얻을 수 있다 할 것이어서, 이 경우 보험자의 채권자대위권 행사를 허용하여도 이로써 보험자의 채권회수의 편의성과 실효성이 높아지는 것에 불과하므로 ‘피보험자의 권리를 대위하여 행사하지 않으면 자기 채권의 완전한 만족을 얻을 수 없게 될 위험’이 존재하는 것으로 보기 어렵다는 입장이다.

우선 상기 ‘위험’을 다수의견 태도와 같이 좁게 해석하는 것이 정당화되기 어렵다는 점을 지적할 수 있을 것이나, 설령 다수의견 태도와 같이 ‘위험’을 좁게 해석하는 것을 수

용한다 하여도, 다수의견 판시와 같이 보험자에게 ‘자기 채권의 완전한 만족을 얻을 수 없게 될 위험’이 존재하지 않는 것으로 볼 수 있는지 여부 역시도 의심스럽다. 다수의견이 적절하게 지적하듯 보험자가 피보험자의 일반재산에 대한 강제집행을 통해 채권의 만족을 얻는 것에 법률상의 장애는 없다 할 것이지만, 현실적으로 강제집행을 위해 많은 시간적·금전적 비용을 요하는 소를 제기하여 보험자가 수많은 피보험자를 상대로 직접 소액인 보험금의 부당이득반환청구를 하는 것은 비경제적이라 할 것이고, 나아가 보험자가 실제로 그 고객인 피보험자를 상대로 소를 제기하는 경우, 이는 일반 소비자에게 부정적 이미지를 형성하여 보험자에게 영업상의 차질을 야기할 가능성이 클 뿐더러, 금융감독원이 보험회사의 고객 상대 소송 제기 기록을 종합하여 보험회사를 평가하는 ‘금융소비자보호 실태평가’ 제도를 실시하고 이를 근거로 보험회사에 각종 경영상 불이익을 부과하는 점 등⁷⁶⁾을 고려하면 현실적으로 보험자가 고객인 피보험자에 대하여 직접 보험금의 반환을 청구하기를 기대하기는 어렵다고 할 것이다. 그동안 보험자가 각각의 피보험자를 상대로 임의 비급여와 관련하여 부당이득반환을 청구한 사례가 드물었다는 사실이 이를 방증한다.⁷⁷⁾

밀접관련성에 관하여도 살펴보면, 다수의견은 대상판결 사안의 보험자와 피보험자가 가지는 각각의 부당이득반환채권의 내용이나 특성에 비추어 보면 두 채권 사이에 존재하는 관련성은 사실상의 것일 뿐이고 피보전채권의 실현 또는 만족을 위하여 대위채권인 피보험자의 부당이득반환채권의 행사가 긴밀하게 필요하다는 등의 밀접한 관련성이 인정된다고 볼 수 없다고 보았다.

허나 앞서 III.2.에서 검토하였던 대상판결 인용 판례들을 돌아보면, 대법원은 피보전채권과 피대위채권의 밀접 관련성이 문제가 된 사안에서 구체적으로 ㉠ 대위채권자의 행위가 피대위권리의 발생 원인이 된 경우⁷⁸⁾ ㉡ 대위채권자들이 출연한 금원이 피대위권리의 내용을 구성하게 된 경우⁷⁹⁾ ㉢ 금전채권인 피대위채권이 중국적으로 대위채권자에게 귀속되어야 할 것인 경우⁸⁰⁾ 밀접 관련성을 인정해 왔다고 할 것이다.

대상판결 사안의 경우, ㉢ 유형과 유사해 보인다. 물론 피보험자가 의료기관에 진료비를 지급하고 그 이후 보험자가 피보험자에게 보험금을 지급하였다는 점에서, 피대위채권의 성립이 피보전채권의 성립보다 시간적으로 앞선 것이어서, ㉢ 유형에 속하는 대법원 2006. 1. 27. 2005다39013 판결과는 구체적인 사실관계를 달리 한다고 할 것이다. 그러나 이들은 공통적으로 피대위권리의 성질상 그것이 중국적으로는 대위채권자에게 귀속되어야 한다고 평가할 수 있는 경우라 할 것인바, 대상판결 사안의 경우에도 보험자-피보험자-의료기관의 3자 관계에서 실질적으로 경제적 불이익을 얻는 것은 보험자이고, 경제적 이익을 얻는 것은 의료기관이므로 이들의 법률행위가 무효여서 종래의 경제적 상태가 회복되어야 하는 것이라면, 의료기관이 반환해야 하는 불법이득은 중국적으로는 보험자에게 돌아가는 것이라고 보는 것이 합당할 것이다. 반대의견도 피보험자가 요양기관으로부터 부당이득으로 반환받을 진료비 중 보험금에 해당하는 부분은 결국 보험자에게 귀속되어야 하고, 따라서 피보전채권

76) 박세민, “국민건강보험법상 임의비급여 진료비 부당이득반환채권에 대한 보험회사의 채권자대위 가능성 - ‘트리암 시놀론 주사’ 사건과 ‘맘모툼 절제술’ 사건을 중심으로 -”, 보험법연구 17.2(2023), 363면

77) 임수민, “보험소송에의 채권자대위법리 적용에 대한 小考 - 대법원 2022. 8. 25. 선고 2019다229202 전원합의체 판결 -”, 선진상사법률연구 101(2023), 237면

78) 대법원 1968. 6. 18. 선고 68다663 판결

79) 대법원 2002. 1. 25 선고 2001다52506 판결; 대법원 2014. 12. 11 선고 2013다71784 판결; 대법원 2017. 7. 11. 선고 2014다89355 판결

80) 대법원 2006. 1. 27. 선고 2005다39013 판결

과 피대위채권은 그 발생과 원인, 채권의 내용과 목적에서 밀접한 관련성이 있다고 한다.

이상의 점을 고려하면, 다수의견의 판단과 달리, 대상판결 사안에서 채권자대위권 행사의 적극적 요건이 인정된다고 봄이 상당해 보인다. 적극적 요건의 핵심을 피보전채권과 피대위채권의 밀접 관련성에 두고 판단하는 경우에도, 또한 다수의견의 주장을 일부 수용하여 적극적 요건의 핵심을 ‘채권자가 자기 채권의 완전한 만족을 얻을 수 없게 될 위험’에 두고 판단하는 경우에도, 보전의 필요성의 구체적 내용으로서 ‘위험’ 혹은 밀접 관련성을 인정하기에 부족하지 않다고 할 것이다.

2. 소극적 요건에 대한 판단

가. 대상판결 다수의견

대상판결 다수의견은 소극적 요건의 판단에 관하여, 피보전채권에 발생한 위험을 제거하여 자기 채권을 실현하려는 채권자의 이익과 고유의 재산관리권 행사를 간섭받지 않을 채무자의 이익을 비교형량하는 것을 핵심으로 한다는 일반론을 설시하면서, 대상판결 사안의 경우 피보험자가 의료기관에 대한 부당이득반환채권을 행사할 것인지 여부는 피보험자의 의사에 달린 문제인 것이고, 나아가 진료계약의 특수성 및 개인별 사정 등을 고려하면 피보험자가 당연히 요양기관에 대해 부당이득반환채권을 행사할 것이라고 단정할 수 없다고 판단하였다. 구체적으로 대상판결 사안에 관하여는, 보험자가 자력 있는 피보험자의 권리를 대위하여 행사하는 것은 피보험자의 재산관리행위에 대한 부당한 간섭에 해당한다고 판시하였다.

나. 대상판결 사안에 대한 검토

그러나 이와 같은 다수의견은 수용하기 어렵다. 다수의견이 보전의 필요성의 충족을 위해 소극적 요건이 필요함을 주장하고, 소극적 요건의 충족 여부는 채권자의 이익과 채무자의 이익을 비교형량하여 판단하는 것이라 설시하는 부분에는 동의할 수 있으나, 그 비교형량의 구체적 방법으로서 채무자의 피대위채권 행사 의사 침해 여부를 기준으로 판단하는 것에는 동의하기 어렵다.

가장 먼저 지적할 점은, 채무자의 피대위권리 행사 의사를 고려하는 다수의견의 태도가 채권자대위권 제도의 성질과 부합하지 않아 보인다는 점이다. 민법 제404조 제1항은 채무자의 행사 의사 존재 등을 요건으로 요구하지 않고 있고, 오히려 동 조항이 채권의 상대효를 예외적으로 규정한 조항이어서 채권자대위권 제도가 본래 채무자의 재산관리행위에 대한 간섭을 예정하는 제도⁸¹⁾임을 고려하면, 채무자의 권리 행사 의사가 없어야 한다는 다수의견의 설시에는 동의할 수 없다. 오히려 대위행사의 요건으로서 채무자가 자신의 권리를 행사하지 않고 있을 것만이 요구된다는 점을 고려하면, 권리의 불행사가 인정되는 한, 채무자가 향후 권리행사의 의사를 가지고 불행사하는 경우나 그러한 의사 없이 불행사하는 경우를 불문한다고 볼 것이다.

나아가, 대상판결 사안에서 보험자의 대위행사를 허용하는 것이 피보험자의 재산관리행위

81) 이소은(주 9), 536면

에 대한 부당한 개입으로 보아야 하는지 여부 역시 의문스럽다. 현실적으로 피보험자에게는 법적 지식이 부족할 가능성이 크고, 따라서 피대위채권을 행사하기 위해서는 피보험자가 의료기관을 상대로 시간적·경제적 비용을 소모하여 소를 제기해야 하는 부담을 져야 하는 것임을 고려하면, 피보험자 입장에서는 자기 스스로 의료기관에 부당이득반환을 청구하기 보다는 채권자인 보험자가 나서 피보험자 대신 의료기관을 상대로 부당이득반환청구를 해주는 것을 선호할 가능성이 커 보인다.

즉, 채권자대위권 제도의 성질 및 피보험자의 현실적 선호를 고려한다면, 보험자가 피보험자의 권리를 대위행사하는 것이 피보험자의 자유로운 재산관리행위에 대한 부당한 개입이라 보기 어려우므로, 대상판결 사안에서 채권자대위권 행사를 위한 소극적 요건 역시도 충족되었다고 보는 것이 타당하다.

V. 결론

본고는 대상판결의 논증을 검토하여, 실손의료보험계약을 체결한 보험계약자(피보험자)가 의료기관으로부터 임의 비급여 진료를 받고 무효인 진료계약에 따라 의료기관에 진료비를 지급하고 이후 보험회사로부터 진료비 상당의 보험금을 지급받은 경우, 보험회사가 피보험자에 대한 자신의 부당이득반환채권을 보전하기 위하여 피보험자의 의료기관에 대한 부당이득반환채권을 대위행사할 수 있는지 여부를 살펴보았다.

이를 위해, 첫째, 채권자대위권 제도의 연혁을 검토해 보았다. 우리 민법상 채권자대위권 제도는 프랑스 민법상 간접소권 제도를 일본 민법이 수용하였던 것을 다시 계수한 것인데, 채권자대위권 제도가 이들 법제 하에서도 더 이상 강제집행을 예비하는 제도로서만 이해되지 않는 상황이며, 우리 법제에서도 대부분의 경우는 채권자의 피보전채권의 실행을 확보하기 위해 채권자대위권이 행사되는 상황임을 지적하였다(본문 II.1). 둘째, 채권자대위권의 법적 성질을 검토하였다. 채권자대위권의 법적 성질에 관하여는 법정재산관리권설과 포괄적 담보권설이 대립하는데, 대상판결 다수의견은 통설인 법정재산관리권설과 유사한 입장에서 판단하는 것으로 보인다. 그러나 법정재산관리권설은 연혁적으로는 타당할 수 있으나, 몇 가지 심대한 논리적 결함을 지니고 있으며, 그 논리를 전개해 본 결과 불합리한 귀결에 이르게 되므로, 채권자대위권의 성질은 포괄적 담보권설의 시각에서 파악하는 것이 보다 타당함을 논증하였다(본문 II.2). 셋째, 보전의 필요성의 의미에 관한 종래 대법원 판례의 해석에 관하여 대상판결 다수의견과 반대의견이 대립하고 있으므로, 대상판결에서 인용된 판례들의 구체적 사실관계를 살펴본다. 다수의견과 반대의견의 견해 중 어느 해석이 보다 타당한 해석인지를 검토하였다. 그 결과 보전의 필요성 법리에 관한 대법원의 태도가 변화해왔음을 보이고, 대상판결 반대의견이 종래 대법원 입장에 대한 보다 더 적절한 해석임을 살펴보았다(본문 III.1). 넷째, 보전의 필요성을 해석함에 있어 채무자의 무자력에 집중하는 다수의견과 반대의견에서 벗어나, 피보전채권과 피대위채권의 ‘밀접 관련성’을 기준으로 기존 대법원 판례의 태도를 해석해 보았다. 그 경우, 비록 ‘밀접 관련성’ 요건을 일의적으로 정의하기는 어려우나, 채무자의 무자력 요건을 기준으로 판단하는 경우보다 보전의 필요성 요건의 의미를 보다 통일적으로 해석할 수 있음을 보였다(본문 III.2).

본고는 이와 같이 채권자대위권 제도의 연혁, 법적 성격, 기존 판례의 태도 등을 종합적으로 고려하여 채권자대위권 행사를 위한 요건으로서 보전의 필요성을 어떻게 해석해야 하는지를

검토하였다. 보전의 필요성 요건을 둘러싼 다양한 견해의 대립은, 추상적으로 규정되어 다양한 해석을 가능케 하는 민법 제404조의 문언으로부터 기인하는 것이고, 제시된 여러 견해 중 어떤 입장이 타당한 것인지를 판별할 논리·필연적인 방법은 존재하지 않는 것으로 보인다. 그러나 이상에서 살펴본 다양한 근거는, 대상판결 다수의견이 제시하는 법리는 그 신빙성을 의심해볼 충분한 근거가 된다고 할 것이다.

이상의 논의를 종합하여, 본고는 대상판결 사안에 있어 원고의 채권자대위권 행사가 허용되어야 하는 것인지 판단하기 위해서는 대상판결 다수의견과 같이 채무자의 무자력을 중심으로 검토할 것이 아니라, 피보전채권과 피대위채권 사이의 밀접 관련성에 주안을 두고 판단하는 것이 타당함을 보였다. 결론적으로 본고는 그러한 전제 위에서 대상판결 사안의 사실관계를 검토하는바, 대상판결 사안의 경우 보험자가 피보험자의 권리를 대위행사하는 것을 허용해야 한다고 판단하는 바이다.

참고문헌

국내 문헌

단행본

- 곽윤직, 채권총론, 제6판, 박영사, 2007.
김상용, 채권총론, 화산미디어, 2009.
김형배, 채권총론, 박영사, 1999.
오수원, 민법연구 제1권 채권자대위권, 박영사, 2016.
이은영, 채권총론, 박영사, 2009.

주석서

- 개정 프랑스채권법 해제, 박영사, 2021.
민법주해 IX 채권 (2), 박영사, 1995.
주석 민법 채권총칙 (2), 한국사법행정학회, 2018.

논문

- 강봉석, “채권자대위권에 있어서 채권보전의 필요성”, 민사판례연구 제24권(2002).
김덕중, “채권자대위권에서 보전의 필요성에 관한 판례상 판단기준”, 법학연구 제30권 제2호 (2022).
남효순, “채권자대위권의 개정에 관한 연구”, 민사법학 제55호(2011).
노종천, “채권자대위권의 법적 성질”, 민사법학 제58호(2012).
박세민, “국민건강보험법상 임의비급여 진료비 부당이득반환채권에 대한 보험회사의 채권자대위 가능성 - ‘트리암시놀론 주사’ 사건과 ‘맘모톰 절제술’ 사건을 중심으로 -”, 보험법연구 제17권 제2호(2023).
박태신, “채권자대위권에 관한 이해의 변화 모색 - 보전의 필요성 및 채무자의 무자력과 관련하여 -”, 저스티스 통권 제186호(2021).
여하윤, “채권자대위권(action oblique)에 관한 프랑스에서의 최근 입법 동향”, 재산법연구 제34권 제4호(2018).
_____, “채권자대위권의 책임재산 보전 기능으로부터의 일탈 현상에 관하여”, 비교사법 제14권 제2호 (2007).
오경미, “채권자대위권에서 ‘보전의 필요성’과 채권자평등주의의 문제 - 대법원 2018다879 전원합의체 판결과 관련하여”, 사법 통권 55호(2021).
이소은, “금전채권자의 공유물분할청구권 대위행사와 보전의 필요성 - 대법원 2020. 5.21. 선고 2018다879 전원합의체 판결을 중심으로 -”, 법조 제69권 제5호(2020).
임수민, “보험소송에의 채권자대위법리 적용에 대한 小考 - 대법원 2022. 8. 25. 선고 2019다229202 전원합의체 판결 -”, 선진상사법률연구 제101호(2023).

임웅찬·이상강·박형호·김형진, “임의비급여 부당이득반환청구소송에서의 채권자 대위법리 적용에 관한 고찰 - 맘모툼 절제술 관련 판례의 검토를 중심으로”, 경영법률 제31권 제2호(2021).

정다영, “채권자대위권의 기능 및 행사의 효과”, 재산법연구 제34권 제2호(2017).

기타 자료

정책프리핑, “이참에 4세대 실손보험으로 바뀌볼까?”, 인터뉴스, 2021. 7. 22, https://internews.co.kr/bbs/board.-php?bo_table=news&wr_id=61136 (최종접속일 2023. 8. 24.).

국외 문헌

단행본

潮見佳男, 新債權総論1, 信山社, 2017.