

채권자대위권에 관한 연구

박종렬[○]

[○]광주여자대학교 경찰법학과

e-mail: park3822@kwu.ac.kr[○]

A study on the subrogation right of a obligee

Jong-Ryoel Park[○]

[○]Department of Police & Law, Kwangju Women's University

● 요 약 ●

채권자대위권은 채권자가 자기의 채권을 보전하기 위하여 채무자에 속하는 권리를 행사할 수 있는 권리이다(민법제404조). 채무자의 권리는 채무자가 행사함이 원칙이나 채무자가 제3채무자에 대한 권리를 행사하지 아니함으로써 채무자의 책임재산을 제대로 보전하지 않아 총채권자의 공동담보에 부족한 부분이 생길 때에는 채권자로 하여금 채무자의 권리를 행사하여 책임재산의 보전을 꾀할 수 있도록 할 필요가 있고, 이러한 목적을 위한 제도가 바로 채권자대위권제도이다. 그러나 채권자대위권제도는 채권자 취소권에 비해 상대적으로 주목받지 못하고 있는 것이 현실이다. 즉 실제와 현행민법 규정사이에 커다란 괴리가 존재하고 있고, 행사의 범위, 효과에 관한 규정을 두고 있지 않고 있다. 이는 전적으로 학설과 판례에 위임되어 있는 실정이므로 따라서 본 논문에서는 채권자대위권에 관한 문제점을 검토해보고, 정확한 명문규정이나 제도적 장치를 마련하는 제도의 취지 및 목적에 합당할 수 있도록 합리적인 방안을 제시하고자 한다.

키워드: 채권자대위권(the subrogation right of creditor), 책임재산(collateral), 공동담보(The synergic security), 법정재산 관리권설(the property right of management which law prescribes,) 관리권(The right of management)

I. 서 론

우리나라 민법은 채권자대위권에 관하여, 제404조 제1항에서 “채권자는 자기의 채권을 보전하기 위하여 채무자의 권리를 행사할 수 있다. 그러나 일신에 속한 권리는 그러하지 아니하다”라고 규정하고 있고, 제2항에서는 “채권자는 그 채권의 기한이 도래하기 전에는 법원의 허가 없이 전항의 권리를 행사하지 못한다. 그러나 보존행위는 그러하지 아니하다”라고 규정하고 있다. 일반적으로 채권자대위권에 관한 우리나라 민법 제404조는 일본민법 제423조를 계수한 것이고, 일본민법 제423조는 프랑스민법 제1166조를 본받은 것이므로, 결국 채권자대위권에 관한 우리민법 제404조는 프랑스민법 제1166조의 간접소권에 유래한 것이라고 한다[1].

채권자대위권의 본래 제도적 목적은 채무자의 책임재산 보전에 있다. 채권자가 채권자대위권을 행사하여 채무자의 제3채무자에 대한 권리를 행사한다 하더라도 그 행사의 효과는 채권자대위권을 행사하는 채권자에게 귀속되는 것이 아니라 채무자에게 귀속함으로써 채무자의 책임재산의 충실을 도모하고, 한편 채권자대위권을 행사 하더라도 그 채권자가 우선변제를 받는 것이 아니라 채무자의 총채권자를 위한 공동담보가 될 뿐이다. 결국 이 행사는 행사한 자만을

위한 채무자의 책임재산의 보전이 그 목적이 아니라 총채권자를 위한 공동담보의 충실, 즉 총채권자를 위한 책임재산 보전에 있다. 그러나 이러한 책임재산보전에 있어서 채권자대위권제도의 기능적인 문제점을 검토하고, 이에 개선방안을 제시해 보고자 한다.

II. 채권자대위권의 법적 성질

1. 개념

우리나라의 채권자대위권은 채권자가 자기채권의 보전을 위하여 채무자의 권리를 대위 행사하는 권리이지만, 그 효과는 모든 채권자를 위한 채무자의 책임재산 내지 공동담보에 귀속되는 것이다. 즉 채권자대위권이 프랑스에서 기원하여 일본을 통하여 우리나라에 계수되었지만, 우리나라의 채권자대위권제도는 과거 프랑스에서의 책임재산보전에 충실했던 간접소권과는 다른 제도로 정착되었다고 볼 수 있다.

채권자대위권의 법적성질에 관하여 현재는 크게 두가지 학설이 전개되고 있다.

2. 학설

2.1 포괄적담보권설

채권자대위권은 채권자가 자기 채권의 만족을 위하여 채권자가 채무자의 재산에 대하여 가지는 법률상의 포괄적담보권으로서의 성격을 갖는다. 채권자대위권은 강제집행의 보조적 수단에 있는 것이 아니고 채권의 보전을 위한 제도로서 집행권원을 요하지 않는 독자적인 담보제도라고 주장한다[2]. 예컨대 채권자대위권의 기능을 단순히 책임재산의 보존에만 있는 것이 아니라 채권확보를 위한 집행적 기능까지 가지는 것으로 보는 것이다.

2.2 법정재산관리설

채권자대위권을 채무자의 무자력으로 총채권자의 공동담보로서의 책임재산에 부족이 생겼을 경우에 채무자의 재산권 내지 거래관계에 간섭할 수 있는 일종의 법정재산관리권이라는 견해[3], 우리나라의 대부분의 학자들이 지지하는 학설이다. 이에 따르면 채권자가 채무자의 권리를 행사함에 있어서 채무자의 이름이 아니라 그 자신의 이름으로 하는 것이고, 보존행위 뿐만 아니라 관리에 필요한 범위 내에서 적극적으로 처분행위를 할 수 있다고 해석한다[4]. 이학설은 우리나라와 일본의 통설이고 판례의 견해이다.

2.3 판례

채권자대위권은 채권자의 고유 권리이지만 이것은 채무자가 제3채무자에 대하여 가지고 있는 권리를 채권자가 대위하여 행사하는 데 불과하므로, 채권자가 대위권을 행사한 경우에 제3채무자에 대하여 채무자에게 일정한 급부행위를 하라고 청구하는 것이 원칙이라고 판시[4]하여 대리권설과는 차이가 있다. 따라서 판례는 채권자 자신의 이름으로 보존행위 뿐만 아니라 처분행위, 실체법상의 행위, 소송법상의 행위를 할 수 있다는 점에서 법정재산관리설의 입장을 취하는 것 같지만 반드시 명백하지는 않다는 것이다.

3. 사건

지금까지 채권자대위권의 법적 성질에 대한 내용을 살펴보았다. 법정재산관리권 또는 포괄적담보권으로 볼 것인가 하는 것은 채권자대위권 취지와 기능을 어떻게 보느냐에 따라 달라질 것이며 채권자대위권의 적용 영역을 어느 정도 인정할 것인가와 관련되어 문제가 되는 것이다. 예컨대 두 학설 모두 각각의 장점을 가지고 있으나, 특히 포괄적담보권이 무엇인지도 문제가거니와 우리 민법상 그러한 권리가 인정될 수 있는지 의문이다.

III. 채권자대위권의 행사요건

1. 개념

채권자대위권이 행사되기 위하여 첫째 채권자가 채무자에 대하여 채권을 가지고 있을 것 둘째 채권자가 자기의 채권을 보전할 필요가 있는 것이 요구되며, 셋째 채무자가 스스로 자기의 권리를 행사하지 않고 있을 것 넷째 채권자의 채권이 이행기에 있을 것 등의 요건이 요구된다.

상기 요건들 중에서 특별한 문제는 없으나, 둘째요건과 관련하여 판례를 중심으로 문제가 있음을 주목해 볼 필요가 있다. 종래의 학설로는 채권자대위권의 행사요건으로서 무자력 요건을 엄격하게 인정해야 한다는 견해[5]와, 금전채권보전의 경우와 특정채권의 보전의 경우를 나누어 특정채권을 보전하기 위하여 채권자대위권이 행사되는 경우에는 무자력 요건이 요구되지 않는다는 다수설[6] 및 판례[7]의 입장이 대립하고 있으며, 나아가서 금전채권을 보전하기 위하여 채권자대위권이 행사된 경우에도 무자력 요건이 요구되지 않는다고 보아 무자력 요건이 채권자대위권의 행사요건으로서 반드시 필요한 것은 아니라는 견해[8]도 주장되고 있다.

2. 채권의 보전필요성

채권보전의 필요성은 총채권자의 공동담보에 부족이 생길 우려가 있는 경우, 즉 채무자의 무자력으로 채권의 만족을 얻지 못하게 될 염려가 있는 경우에만 을 의미하는 것인지, 아니면 채무자의 자력유무와는 상관없이 특정채권의 만족을 얻기 위하여 채무자의 권리를 행사할 필요가 있는 경우라도 좋은 것인가에 대하여 무자력 필요설과 무자력 불필요설의 견해가 대립된다.

2.1 무자력 필요설

이 설에 의하면 채권자가 대위권을 행사하기 위하여서는 그 채무자의 자력이 불충분함으로서 만약 이것을 행사하지 않는다면 총채권자를 위한 공동담보에 부족이 생길 염려가 있는 경우가 아니면 안 된다고 한다. 비록 채무자가 권리를 행사하지 않더라도 그 자력이 충분하여 채권의 만족을 해칠 염려가 없는 경우라면 대위권의 행사는 허용할 수 없다고 한다. 다만, 채권자의 특정물채권을 확보할 필요가 있는 경우로서 예외적으로 판례로 인정된 몇 개의 사례에 한해 채무자의 자력에 관계없이 보전필요성을 긍정한다.

2.2 무자력 불필요설

이 설에 의하면 채무자의 무자력이 필요하다는 견해로서, 그 근거로 채권자대위권의 연혁과 채무자의 재산관리자유에 대한 간섭의 최소화를 제시하고 있다[9]. 이는 결과적으로 법원의 판례와 입장을 같이하고 있는 견해로서 현재의 통설적 입장이다. 연혁적으로 볼 때 채권자대위권은 그 본래의 목적이 채무자가 총채권자의 공동담보인 일반재산이 감소되는 것을 방지하는 경우에 채권자가 채무자에 갈음하여 공동담보인 채무자의 책임재산을 유지하게 하려는데 있는 것이므로, 채권자가 채권자대위권을 행사함에는 자기의 채권을 실현하기 위한 강제집행의 대상인 채무자의 일반재산이 부족하다는 것, 즉 채무자의 무자력을 그 요건으로 한다는 견해이다.

3. 사건

채권자대위권을 행사하는 이유는 궁극적으로 자신의 채권에 대한 만족가능성을 높이고자 하는 것 이라고 볼 수 있다. 이러한 채권의 만족가능성의 확보를 위해 채권자는 채권자대위권을 다양하게 활용할 수 있어야 할 것이다. 그러나 채무자의 입장에서는 자신의 권리행사자유에 대한 지나친 간섭 내지 권리실현의 방해가 될 수도 있다. 따라서 채권자대위권의 행사는 채무자의 권익을 보호하기 위해 일정한 요건 아래에서만 이루어 져야 할 것으로 본다. 다만 이러한

요건은 채권자대위권제도에 대한 현실의 요구 내지 필요성을 해치지 않는 범위내에서 논의되어야 할 것이다. 채무자의 무자력을 채권자대위권 행사의 요건으로 해야될 지 여부도 이러한 관점에서 재검토가 되어야 할 것이다.

IV. 채권자대위권의 행사 및 효과

1. 행사의 방법

채권자대위권의 요건이 갖추어지면 채권자는 채무자의 권리를 행사할 수 있는데, 그 때 채권자는 채무자의 이름으로가 아니라 자기의 이름으로 행사한다. 그리고 채권자대위권은 채권자취소권과 달리 반드시 재판상 행사할 필요는 없다.

대위하는 권리가 실현되기 위하여 “변제의 수령”이 필요한 경우에 채권자가 채무자에게 인도할 것을 청구할 수 있음은 물론이나, 직접 자기에게 인도할 것을 청구할 수도 있다. 이를 인정하지 않으면 채무자가 수령을 하지 않을 때에는 대위권은 목적을 달성할 수 없게 되고, 또 채권을 행사하는 권한에는 당연히 수령권한도 포함된다고 해석하기 때문이다. 통설과 판례도 같은 입장이고, 이러한 범리는 등기청구권을 대위행사하는 때에도 마찬가지다. 그러나 이것이 채권자 명의로 등기가 회복되거나 그의 명의로 이전등기가 된다는 의미는 아니다[10].

1.1 채권자 명의

채권자대위권의 행사요건을 구비하면 채권자는 채무자의 권리를 행사할 수 있다. 채권자대위권의 법적성질은 법정재산관리설로 보는 통설은 채권자가 채무자의 이름으로 행사하는 것이 아니라 자기의 이름으로 행사하는 것이라고 보고 있다. 채권자가 자기의 이름으로 채무자의 권리를 행사한다는 것은 소송에 있어서 당사자가 채권자임을 의미한다.

1.2 재판상 행사여부

채권자대위권은 채권자취소권과 달리 반드시 재판상 행사하여야 할 필요는 없고, 재판외에서도 행사할 수 있다. 다만 채권자의 채권 이행기가 아직 도래하지 않은 경우에, 법원의 대위허가를 필요로 할 뿐이다. 이 설에 의하면 채무자의 무자력이 필요하다는 견해로서, 그 근거로 채권자대위권의 연혁과 채무자의 재

2. 행사의 범위

채권자대위권은 채권의 보전을 위하여 채무자의 권리를 채권자가 행사하는 것으로 채권보전에 필요한 범위 내에서 한정하고 있다. 따라서 채권자는 관리행위는 허용되나 처분행위는 할 수 없으며, 채무의 면제, 권리의 포기, 기한의 유예 등의 행위는 처분행위로서 허용되지 않으나, 채권의 추심 해제권, 환매권, 채권자취소권 등은 재산보존을 위하여 관리행위로서 허용되는 것이다.

3. 행사의 효력

3.1 채무자의 처분권의 제한

재판상 대위신청을 허가한 경우에는 법원은 직권으로 이를 채무

자에게 고지하여야 하며, 고지를 받은 채무자는 그 권리를 처분하지 못한다.

재판 외의 대위에 관하여는 민법이 규정하고 있다. 그에 의하면, 채권자가 보존행위 이외의 권리를 행사한 때에는 채무자에게 이를 통지하여야 하고, 채무자가 그 통지를 받은 후에는 그 권리를 처분하여도 채권자에게 대항하지 못한다.

3.2 제3자의 항변권

채권자가 대위권을 행사하는 경우에 제3채무자는 채무자가 그 권리를 행사하는 경우보다 더 불이익한 지위에 놓이지 않아야 한다. 따라서 제3채무자는 채무자에게 대하여 가지는 모든 항변으로 채권자에게 대항할 수 있다. 그러나 채무자가 채권자에게 주장할 수 있는 사유를 주장할 수 없음은 물론이다.

4. 행사의 효과

재판상의 대위와 재판외의 대위를 불문하고 채권자대위권의 행사 사실이 채무자에게 통지된 이후에는 “채무자는 그 권리의 처분을 할 수 없다”는 규정으로 채무자의 처분권을 제한하는 것은 채권자의 대위권 행사이후에 채무자의 권리의 처분을 허용하면 채권자의 대위권행사가 방해를 받기 때문이다.

4.1 효과의 귀속

채권자대위권 행사는 직접 채무자에게 귀속하고, 모든 채권자를 위하여 공동담보가 된다. 즉 채권자는 설사 그가 목적물을 변제받았더라도 우선변제권을 갖지 않으며, 그가 채권의 변제를 받으려면 채무자로부터 임의변제를 받거나 강제집행절차를 밟아야 한다.

다만, 상계의 요건이 갖추어진 때에는 상계함으로써 사실상 우선 변제권을 받을 수 있다.

4.2 비용상환청구권

채권자대위는 일종의 법정위임관계이므로, 채권자는 대위를 위하여 비용을 지출하였을 경우 그 비용의 상환을 청구할 수 있다. 그리고 만약 채권자가 채무자 대신 목적물을 수령하여 그 목적물의 보관 비용을 지출한 경우에는, 그 비용의 상환청구권이 그 목적물에 관하여 생긴 채권이므로, 채권자는 그 목적물에 유치권을 취득한다.

4.3 대위소송의 판결의 효력

대위소송의 판결의 효력이 그 당사자인 대위채권자와 제3채무자에게 미치는 것은 당연하다. 그런데 채무자에게도 미치는지 문제된다.

대위소송이 제기된 경우에 채무자는 당사자로서 소송에 참가할 수 있다. 그런가하면 당사자가 채무자에게 소송고지를 할 수 있다. 그러한 때에는 대위소송판결이 채무자에게도 미친다.

채무자가 소송참가를 하지도 않았고 또 소송고지를 받지 않은 경우에는 어떤가? 여기에 관하여 판례[11]는 과거에는 채무자에게 효력이 미치지 않는다고 하였으나, 현재는 어떤 사유로 이하여서는 소송이 제기된 사실을 채무자가 알았을 경우에는 그 판결의 효력이 채무자에게 미친다고 한다[12].

5. 대위소송의 실제법상 문제점

채권자대위소송이 진행될 경우 당사자적격이나 기관력의 문제

등 소송법적 논점 등은 별론으로 하더라도, 채무자의 권익보호를 위한 장치를 마련할 필요가 있다는 문제, 대위소송 중 채무자가 과연 제3채무자에게 그 권리를 행사할 수 있는지 여부, 제3채무자가 채무자에게 변제할 수 있는가의 문제, 다른 채권자들은 과연 그 채권자대위소송에 참가할 수 있거나 압류할 수 있는가의 문제 등 채권자대위소송에서 파생될 실체법적 차원에서 문제점을 해결하기 위한 노력이 필요하다고 판단된다.

IV. 결 론

지금까지 살펴 본 채권자대위권은 기본적으로 총 채권자를 위한 책임재산 보존에 있다. 이 제도는 채권자의 자유선택에 의하여 행사할 수 있다는 것과 강제집행에서와 달리 대위권행사에 있어서 집행권원을 필요로 하지 않고, 복잡한 절차 없이도 간편하고 신속하게 행사할 수 있다는 차원에서 널리 이용되고 있다.

특히 채권자대위권의 실재와 우리나라 민법규정의 미흡으로 인해 많은 문제가 존재하고 있음을 알 수가 있고, 이러한 문제점을 해결하기 위해서는 프랑스민법에서 규정하고 있는 간접소권제도의 기능적인 부분을 면밀하게 검토함으로써 이러한 문제를 보다 더 쉽게 해결할 수 있을 것으로 본다. 그 외에도 채무자에게 기판력이 미치는 부분에 대해서도 여전히 많은 문제점이 있는바, 전반적인 검토가 필요할 수 있다고 생각된다.

참고문헌

- [1] Won Sang-Chul, "A study on the functions of the subrogation right of a obligee", Law Study, Vol. 49, Korea Law Association, 2003, p.435
- [2] Lee Jun-Hyeon, "A study on the subrogation right of a obligee", Ph.D. thesis, Soongsil University, 2012, p.160
- [3] Yeo Ha-Yoon, "A study on the subrogation right of a obligee", Ph.D. thesis, Seoul National University, 2006, p.29
- [4] Kang Bong-Seok, "A general theory of Obligations-3rd", Beop Yeong Sa, 2010, p.132
- [5] Lee Ho-Jeong, "A general theory of Obligations", Korea National University Press, 1991, p.151
- [6] Kim Ki-Seon, "Korean general theory of Obligations", Park Young Sa, 1987, p.177
- [7] Supreme court precedents, 2003. 4.11. 2003da1250.
- [8] Kim Hyeong-Bae, "A general theory of Obligations", Park Young Sa, 1995, p.382
- [9] Gwak Yoon-Jik, "A general theory of Obligations", Park Young Sa, 2009, p.134
- [10] Song Deok-Soo, "A general theory of Obligations", Park Young Sa, 2013, p.233
- [11] Supreme court precedents, 1967. 3.28. 67da212.
- [12] Supreme court precedents, 1995. 7.11. 95다9945.