

프랑스 민법 연구의 성과 및 향후의 전망

- 채권자대위제도의 운용을 중심으로 -

명 순 구*

<차 례>	
I. 서설	III. '채권자대위권 전용'의 근원과 이론적 난점
1. 논의의 기본방향	1. 채권자대위제도 오·남용 : 일본법의 영향
2. 한국민법전의 형성사적 특성과 문제점	2. 문제상황의 재인식
3. 논의 대상의 한정 : 채권자대위제도	IV. 새로운 해결책의 모색 : 직접청구권에 의한 해결
II. 소위 '채권자대위권의 전용'의 실상	1. 직접청구권의 의미
1. 논의의 방향	2. 실정법에 나타난 직접청구권
2. 피보전채권이 특정채권인 경우	3. 문제해결을 위한 대안
3. 피보전채권이 금전채권인 경우	V. 맺음말
4. 논의의 정리	

I. 서 설

1. 논의의 기본방향

이 글은 '외국법 연구의 성과 및 향후의 과제'라는 대주제¹⁾ 아래에서 프랑스 민법 분야를 논의하기 위한 것이다. 이에 관해서는 여러 가지 방향에서 논의가 이루어질 수 있다. 그런데 여기에서는 한국민법의 형성사적 특성을

* 고려대학교 법대 교수.

1) 이것은 한국비교사법학회 제42회 학술대회(2004년 10월 16일 인하대학교 정석학술정보관 6층 국제회의실에서 개최)의 주제이다.

출발점으로 하여 논의를 전개하고자 한다. 왜냐하면 프랑스 민법에 대한 비교법적 연구의 성과를 반성하고 미래의 과제를 설정함에 있어서 이러한 방향에서의 논의가 매우 효율성을 가진다고 생각하기 때문이다.

2. 한국민법전의 형성사적 특성과 문제점

우리나라 私法制度 近代化의 본격적 계기는 유감스럽게도 자율적이지 못했다. 19세기 중반 이후부터 서서히 萌芽를 보이기 시작한 私法近代化를 위한 주체적 작업은 이미 20세기 초에 막을 내리고 日帝가 그 작업의 이니셔티브를 가지게 되었다. 1912년의 ‘朝鮮民事令’에 따라 소위 ‘依用民法時代’를 맞이하게 되었는데, 이는 비록 타율적인 것이었기는 하였으나 우리나라가 본격적으로 근대민법을 접하는 계기가 되었다. 우리 민법과 일본 민법의 길고 깊은 인연이 시작된 것이다.

우리 민법전의 형성사적 특성은 무엇인가? 이 물음에 대하여 단순하고 일률적으로 답을 하기는 곤란하다. 그러나 이 글의 연구목적에 유의하면서 판단한다면 다음과 같은 특성이 중요성을 가진다: 우리 민법전의 직접적 母法인 일본 내지 만주 민법전은 주로 대륙법계(특히 독일, 프랑스) 법제도를 수입하면서 부분적으로는 코먼로법계의 法制度를 함께 수용하였다. 그 결과, 우리 민법전은 일본 민법전과 함께 ‘複合繼受’라는 특성을 공유하면서 동시에 일본을 매개로 한 법계수라는 측면에서 ‘間接繼受’라는 또 다른 특성을 보유하고 있다. 복합계수와 간접계수라는 특성은 많은 면에서 우리 민법학에 긍정적인 영향도 미쳤다고 판단되는데, 그 예로써 외국법에 대한 개방적 태도라든가 법운용에 있어서의 비용절감 같은 것을 들 수 있다. 그러나 우리 민법전의 계수법적 특질은 경우에 따라서는 민법학의 원활한 전개에 난점으로 작용하기도 한다. 여기에서는 복합계수와 간접계수로 인한 부정적인 측면에 주목하고자 한다.

우선, 복합계수로 인한 부작용은 대체로 이런 것이다: 어떠한 두 제도가 상호 연관적으로 기능할 수밖에 없는 경우에 이들 두 제도의 연원이 상이함으로 인하여 규범 운용상의 수월성이 방해받는다. 다음으로, 간접계수로 인

한 부작용은 대강 이런 것이다: 우리가 계수한 법제도가 일본에 의하여 변형된 것이라면 그 변형이 일본에게는 편리한 것일지 모르나 우리에게는 법제도의 왜곡을 초래할 가능성이 있다.

앞에서 복합계수와 간접계수로 인한 부작용을 지적하였다. 그런데 이 글에서는 특히 간접계수로 인한 부작용에 유의하고자 한다. 왜냐하면 간접계수로 인한 부작용은 복합계수로 인한 부작용에 비하여 훨씬 고질적이고 심지어는 그 문제점조차 인식하지 못하는 경우도 있기 때문이다. 간접계수로 인한 부작용의 극단적 결과는 우리 민법학을 영원히 일본 민법학의 부정적 그늘에 머물러 있도록 하는 것이다.

3. 논의 대상의 한정: 채권자대위제도

앞에서의 문제제기에 합치하는 방향으로 논의를 전개함에 있어서 거시적인 접근도 의미있는 작업이다. 그러나 이 글은 미시적인 시각에서 논의를 이끌어 가고자 한다. 즉 하나의 구체적인 법제도를 선택하여 앞에서 제시한 논의의 목적을 추구하고자 한다. 그리고 논의의 대상인 구체적인 법제도로써 채권자대위제도를 선택하였다. 채권자대위라는 제도는 ‘채권자의 권리보장’과 ‘채무자의 자기 재산권에 대한 자유로운 운용’의 조화점에 위치하고 있는 것으로 법체계론과 밀접하게 연관되어 있을 뿐만 아니라, 우리 민법의 형성사적 특성을 중심으로 논의하고자 하는 이 글의 목적에도 부합하기 때문이다.

채권자대위제도의 원형은 프랑스 민법이다. 이 제도는 일본 민법전에 계수되었고 그 운용과정에서 일본 민법학은 이 제도의 원형에 상당한 변경을 가했는데, 그러한 사정이 우리나라에까지 영향을 미친 것이다. 이와 관련하여 소위 ‘채권자대위권의 전용’으로 일컬어지는 문제에 주목하고자 한다. 이와 같은 문제인식을 토대로 아래의 논의를 통하여 프랑스 민법 연구의 성과와 미래의 과제를 검토하기 위한 계기로 삼고자 한다.

II. 소위 ‘채권자대위권의 전용’의 실상

1. 논의의 방향

우리 민법상의 채권자대위제도의 모법에 해당하는 프랑스 민법상 채권자대위권의 실체적 행사요건 중에서 핵심적인 두 요소는 ‘채무자의 권리불행사(inaction du débiteur)’와 ‘채무자의 무자력(insolvabilité du débiteur)’이다.²⁾ 우리나라의 학설과 판례는 ‘채무자의 권리불행사’ 요건에 대하여는 이견 없이 이를 채권자대위권의 행사요건으로 유지하고 있어³⁾ 프랑스법과 차이가 없으나, ‘채무자의 무자력’ 요건에 대하여는 프랑스법과 비교해 볼 때 뚜렷한 시각차가 존재한다. 우리의 다수설과 판례는 대위채권자가 특정채권을 보전하고자 하는 경우 등에 있어서는 채무자의 무자력을 요건으로 하지 않는다는 입장이기 때문이다.⁴⁾ 더욱이 오늘날 한국에 있어서 채권자대위제도의 주된 활용영역은 특정채권을 보전하기 위한 것이라고 평가할 수 있을 정도이다. 프랑스에서는 채권자대위권 행사의 효과는 채무자의 일반재산으로 귀속하여 모든 채권자를 위한 일반재산에 귀속한다는 원칙을 고수하고 있음에 반해⁵⁾, 한국에 있어서는 이와 같은 효과귀속원리를 일탈하게 되는 경우를 상당히 폭넓게 인정함으로써 양 법제 사이의 편차는 상당히 크다고 할 수 있다.⁶⁾

2) 프랑스 채권자대위권의 행사요건에 대해서는 G. Legier, *Juris-Classeur Civil*, art. 1166, Paris, Ed. Techniques, 1986, n. 133 이하 참조.

3) 박윤직, 채권총론, 박영사, 1994, 256면; 김형배, 채권총론, 박영사, 1998, 364면, 이은영, 채권총론, 박영사, 1992, 361면; 김상용, 채권총론, 법문사, 2000, 238면; 박윤직 편/김능환 집필, 민법주해 제IX권, 박영사, 1995, 760면. - 관련 판례로서는 대법원판결 1963. 11. 21. 63다634; 대법원판결 1971. 10. 25. 71다193; 대법원판결 1979. 3. 27. 78다2342; 대법원판결 1980. 5. 27. 80다735; 대법원판결 1981. 7. 7. 80다2751; 대법원판결 1992. 11. 10. 92다30016; 대법원판결 1993. 3. 26. 92다32876 등 참조.

4) 예컨대, 대법원판결 1992. 10. 27. 91다483: “채권자는 자기의 채무자에 대한 부동산의 소유권이전등기청구권 등 특정채권을 보전하기 위하여 채무자가 방치하고 있는 그 부동산에 관한 특정권리를 대위하여 행사할 수 있고 그 경우에는 채무자의 무자력을 요건으로 하지 아니하는 것이다.”

5) 이러한 의미에서 채권자대위권은 행사에 있어서는 개별적이나 효과에 있어서는 공동적(L'action oblique est individuelle dans son exercice mais collective dans ses effets)이라고 할 수 있다(Cf. G. Marty/P. Raynaud, *Droit civil*, t. 2, 1er vol., *Les obligations*, Paris, Sirey, 1962, n. 684).

6) 이 문제에 대해서는 명순구, 채권자대위제도의 오용과 남용: 그 원인분석과 대안 - 원

채권자대위권의 행사에 있어서 무자력 요건이 요구되지 않는 경우를 가리켜 ‘채권자대위권의 전용’이라고 한다. 다음에서는 채권자대위권 전용에 관한 판례의 경향을 살피기로 한다. 판례의 입장은 학설상 다수설의 입장이기도 하다.

2. 피보전채권이 특정채권인 경우

판례이론에 따르면, 채권자가 자신의 특정채권을 보전하기 위하여 채권자대위권을 행사할 수 있으며 이때에는 채무자의 무자력을 요구하지 않는다. 여기에서 말하는 특정채권이란 채권의 내용이 금전의 급부가 아닌 특정의 행위인 경우를 말한다. 채무자의 무자력을 요건으로 하지 않는 판례이론의 지배적 적용영역은 부동산등기청구권과 임차인의 무단점거자에 대한 방해배제청구의 경우이다.

(1) 부동산등기청구권의 대위행사

채권자가 자기의 등기청구권을 보전하기 위하여 채무자가 제3채무자에 대하여 가지고 있는 등기청구권을 대위행사하는 경우이다. 이에 해당하는 구체적인 주요 사례를 들어보기로 한다.

1> 첫째, 부동산이 전전매매된 경우이다. 예컨대, 부동산이 A로부터 B에게, 다시 B로부터 C에게 전전매매되었으나 등기명의를 여전히 A에게 남아 있는 경우에, C는 B를 대위하여 B의 채무자 A에게 A로부터 B에게로의 이전등기를 청구할 수 있다.⁷⁾

2> 둘째, 무효등기의 말소청구의 경우이다. 예컨대, A가 B에게 부동산을 매도하고 B 명의로 이전등기까지 완료되었으나 그 등기가 원인무효로 된 경

형추적을 통한 채권의 상대효원칙의 한계설정을 위한 이론모델, 고려법학, 제39호 (2002), 고려대학교 법학연구원, 183-190면 및 197-199면 참조.

7) 대법원판결 1956. 12. 1. 4289민상 343, 344; 대법원판결 1966. 1. 18. 65다1313; 대법원판결 1969. 10. 28. 69다1351; 대법원판결 1976. 10. 12. 76다1591, 1592; 대법원판결 1996. 2. 9. 95다27998 등 참조.

우에 A로부터 동일 부동산을 매수한 C는 A를 대위하여 B에게 대하여 원인 무효등기의 말소를 구할 수 있다.⁸⁾ 또한 판례에 따르면, 채권담보의 목적으로 채권자에게 소유권이전등기를 해 준 채무자는 등기명의인인 채권자로부터 제3자에게로 행해진 원인무효의 소유권이전등기에 대하여 채권자를 대위하여 말소등기를 청구할 수 있다고 한다.⁹⁾

3> 셋째, 미등기의 법정지상권이 있는 건물이 양수된 경우이다. 판례에 따르면, 등기되어 있지 않은 법정지상권이 있는 건물을 양수한 사람은 양도인을 대위하여 대지 소유자에 대하여 법정지상권의 설정등기 및 이전등기청구를 할 수 있다.¹⁰⁾

(2) 방해배제청구권의 대위행사

임차인의 무단점거자에 대한 방해배제청구의 경우이다. 판례에 따르면, 부동산 임대차에 있어서 제3자가 임차인의 목적물 사용·수익을 방해하는 경우에 임차인이 임차권의 보전을 위하여 임대인이 제3자에 대하여 가지고 있는 소유권에 기한 물권적 청구권을 대위할 수 있다고 한다.¹¹⁾

-
- 8) 대법원판결 1963. 1. 24. 62다825; 대법원판결 1965. 2. 16. 64다1630; 대법원판결 1965. 11. 23. 65다1669; 대법원판결 1966. 4. 6. 66다254, 255; 대법원판결 1966. 6. 21. 66다417; 대법원판결 1966. 6. 28. 66다569; 대법원판결 1966. 9. 27. 66다1150; 대법원판결 1970. 7. 24. 70다805; 대법원판결 1970. 7. 28. 69다443, 444; 대법원판결 1996. 2. 9. 95다27998 등 참조.
- 9) 대법원판결 1970. 7. 24. 70다805; 대법원판결 1973. 8. 31. 72다2066; 대법원판결 1976. 4. 27. 73다1306; 대법원판결 1988. 1. 19. 85다카1792 등 참조.
- 10) 대법원판결 1988. 9. 27. 87다카279; 대법원판결 1989. 5. 9. 88다카15338; 대법원판결 1991. 5. 28. 91다6658; 대법원판결 1992. 6. 12. 92다7221; 대법원판결 1992. 7. 14. 92다527; 대법원판결 1993. 12. 10. 93다42399; 대법원판결 1995. 4. 11. 94다39925 등 참조.
- 11) 대법원판결 1955. 10. 13. 4288민상364; 대법원판결 1962. 1. 25. 4294민상607; 대법원판결 1964. 12. 29. 64다804; 대법원판결 1985. 2. 8. 84다카188등 참조. 보다 최근의 판례로는 대법원판결 1995. 5. 12. 93다59502: “지하도상가의 운영을 목적으로 한 도로점용 허가를 받은 자로서 그 상가의 소유자 겸 관리주체인 시에 대하여 그 상가 내 각 점포의 사용을 청구할 수 있는 권리를 가지는 자는, 시에 대한 위 각 점포사용청구권을 보전하기 위하여 그 점포들의 소유자인 시가 불법점유자들에 대하여 가지는 명도청구권을 대위행사할 수 있고, 이러한 경우 불법점유자들에 대하여 직접 자기에게 그 점포들을 명도할 것을 청구할 수도 있다.”

또한 유사한 취지의 판결로 대법원은, 미등기건물의 매수인이 부동산의 불법점거자에 대하여 매도인이 불법점거자에 대해 가지는 건물의 명도청구권을 대위행사하여 그를 배제할 수 있다고 한다.¹²⁾

3. 피보전채권이 금전채권인 경우

위에서 본 바와 같이, 채무자의 무자력을 요건으로 하지 않는 경우의 지배적 적용영역은 부동산 등기청구권과 부동산의 무단점거자에 대한 방해배제 청구의 경우이다. 그러나 이와 같은 판례이론은 이미 오래 전부터 이들 유형에 한정되지 않았다는 점에 유의할 필요가 있다. 즉 판례는 일정한 비금전채권자 뿐만 아니라 금전채권자의 대위권 행사에 있어서도 무자력 요건을 요구하지 않는 경우를 인정하고 있다. 다음에서 주요 유형을 보기로 한다.

1> 첫째, 1964년 4월 3일의 대법원 판결이다.¹³⁾ 이 사안에서 대법원은 금전채권자에 대하여 그의 채무자가 국가에 대하여 가지는 상속등기청구권의 대위행사를 허용하였다.

2> 둘째, 1968년 6월 18일의 대법원 판결이다.¹⁴⁾ 이 사안에서 대법원은 유실물법에 의한 보상금청구권의 보전을 위하여 채무자의 보상금청구권의 대위행사를 인정하였다. 사안의 내용은 이러하다: A는 B가 운영하는 주점의 종업원이다; 주점에서 일하는 과정에서 A는 C가 유실한 물건을 습득하여 C에게 반환하였다; 이 경우에 법률상의 습득자와 보상금청구권자는 B이다(유실물법 제10조 제1항, 제2항); 그러나 A도 보상금의 절반에 대하여 권리가 있다(유실물법 제10조 제3항); A가 B를 대위하여 C에게 보상금을 청구한 것이다.

3> 셋째, 1981년 6월 23일의 대법원 판결이다.¹⁵⁾ 이 사안에서 대법원은 피해자를 치료한 의료인이 그 피해자에 대한 치료비청구권을 보전하기 위하여 피해자의 국가에 대한 국가배상청구권을 대위행사하는 것을 허용하였다.

12) 대법원판결 1973. 7. 24. 73다114; 대법원판결 1980. 7. 8. 79다1928 등 참조.

13) 대법원결정 1964. 4. 3. 63마54.

14) 대법원판결 1968. 6. 18. 68다663.

15) 대법원판결 1981. 6. 23. 80다1351.

4> 넷째, 1968년 1월 23일의 대법원 판결이다.¹⁶⁾ 이 사안에서 대법원은 타인 소유의 토지가 전전매매된 경우에 최후의 매수인은 앞의 매수인을 대위하여 최초의 매도인에게 손해배상을 청구할 수 있다고 하였다.

4. 논의의 정리

위에서 본 바와 같이 판례는 채권자대위권 행사에 있어서 채무자의 무자력 요건이 완화되는 것은 특정채권 보전의 경우로 한정하지 않고 있다. 이와 관련하여 2001년의 대법원¹⁷⁾ 판결에 주목하고자 한다. 이 판결은 다음과 같이 판시하고 있다: “채권자는 채무자에 대한 채권을 보전하기 위하여 채무자를 대위해서 채무자의 권리를 행사할 수 있는 바, 채권자가 보전하려는 권리와 대위하여 행사하려는 채무자의 권리가 밀접하게 관련되어 있고 채권자가 채무자의 권리를 대위하여 행사하지 않으면 자기 채권의 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 하고, 피보전채권이 특정채권이라 하여 반드시 순차매도 또는 임대차에 있어 소유권이전등기청구권이나 명도청구권 등의 보전을 위한 경우에만 한하여 채권자대위권이 인정되는 것은 아니다.”

이 판결은 채권자대위권의 행사요건 중 ‘채권보전의 필요성’이라는 요건과 관한 종래의 판례이론을 염두에 두면서 이에 대하여 일반이론을 제시한 것으로 평가된다. 그러므로 이 판결의 의미를 분석하는 것은 소위 ‘채권자대위권의 전용’에 관한 판례의 기본입장을 이해하는 일이기도 하다. 이러한 시각에서 이 판결의 의미를 사항별로 정리하면 다음과 같다: ① 특정채권의 보전을 위한 채권자대위권의 경우에는 채무자의 무자력을 요하지 않는다는 점을 확인하고 있다; ② 채권자대위권을 행사하기 위한 요건에 관한 일반원칙

16) 대법원판결 1968. 1. 23. 67다2440.

17) 대법원판결 2001. 5. 8. 99다38699.

을 제시하였다. 이 일반원칙을 정리하면 다음과 같다: ① 채권자가 보전하려는 권리와 대위하여 행사하려는 채무자의 권리가 밀접하게 관련되어 있을 것(제1기준); ② 채권자가 채무자의 권리를 대위하여 행사하지 않으면 자기 채권의 만족을 얻을 수 없게 될 위험이 있어 채무자의 권리를 대위하여 행사하는 것이 자기 채권의 현실적 이행을 유효·적절하게 확보하기 위하여 필요한 경우일 것(제2기준); ③ 채권자대위권의 행사가 채무자의 자유로운 재산관리행위에 대한 부당한 간섭이 된다는 등의 특별한 사정이 없을 것(제3기준). 이 원칙을 제시함에 있어서 대법원은 채권자대위권의 행사요건으로서 채무자의 무자력이 요구되는가에 관해서 직접적인 언급은 없다. 그러나 전반적인 판결의 취지에 비추어 볼 때 대법원이 제시한 세 가지 기준이 충족된 때에는 비록 피보전채권이 금전채권인 때에도 채권자대위를 허용하겠다는 뜻으로 평가된다.

만일 이러한 평가가 사실이라면 판례는, 채권자대위권의 행사에 있어서 ‘채무자의 무자력’이라는 요건은, 피보전채권이 금전채권인 경우 중에서 앞에서 말한 세 가지 기준을 충족시키지 못한 경우에만 고려되는 요건으로 전락하고 마는 결과가 된다. 여기에서 다음과 같은 의문들이 제기된다. 채권자대위권의 행사에 있어서 ‘채무자의 무자력’이라는 요건의 비중을 그렇게 경시하는 것이 법리적 또는 법체계적 관점에서 정당하다고 할 수 있는가? 결론부터 말한다면 정당하지 않다. 무자력 요건을 완화함으로써 소위 ‘채권자대위권의 전용’이 확대되는 판례의 경향에 대하여 일부 학설에서는 무자력 요건이 완화되는 경우를 등기청구권의 대위행사와 부동산임차인의 임차권 보전에 한정하여야 할 것이라고 한다.¹⁸⁾ 그러나 이 입장에 대해서는 다음과 같은 비판이 가능하다: 특정채권이라는 것이 등기청구권이나 임차권에 그치는 것도 아닌데, 무슨 근거로 이들 경우에 한하여만 무자력 요건이 완화된다고 할 수 있겠는가? 무자력 요건이 무질서하게 완화되는 것도 문제이나 특별한 논거없이 무자력 요건이 완화되는 경우를 제한하는 것도 수궁하기 어렵다고 본다. 그렇다면 어떠한 방법으로 해결의 실마리를 찾아야 할 것인가? 다음에서는 항을 바꾸어 이 문제에 대하여 논의하고자 한다.

18) 김상용, 앞의 책, 237면.

III. ‘채권자대위권 전용’의 근원과 이론적 난점

1. 채권자대위제도 오·남용: 일본법의 영향

채권자대위제도의 오·남용에 대한 대안을 모색하기 위하여 우선 그 근원을 탐색할 필요가 있다. 채권자대위권 행사요건으로서 핵심적인 요소이어야 할 무자력 요건을 폐기하면서까지 채권자대위제도를 고집하고 이로 인하여 이 제도가 비정상적으로 비대하게 된 원인은 우리 민법의 형성사적 특성과 밀접한 관련이 있다고 판단된다. 여기에서 우리 민법전의 간접계수성에 유의하고자 한다.

어떤 법제도를 계수함에 있어서 일본이 그 제도의 원형을 그대로 수용하지 않고 일정한 이유에 따라 일본식으로 윤색된 경우가 있다; 그 경우에 일본법은 그 모법상의 원형적 제도와 상당한 편차를 보이게 된다; 간접계수의 결과 우리가 수용한 것은 원형이 아니라 일본식으로 윤색된 것일 가능성이 크다; 일본이 어떠한 제도를 계수함에 있어서 그 원형과 일정한 편차를 나타내게 한 것과 동일한 요인이 우리에게도 공통적으로 존재한다면 우리가 일본식으로 윤색된 제도를 계수했다 하더라도 문제가 없겠으나, 그 편차의 요인이 일본만의 특유한 것이라면 우리가 일본식으로 윤색된 제도 또는 개념을 그대로 운용한다는 것은 문제가 있다.¹⁹⁾

이러한 사실을 채권자대위제도와 관련지어 살펴보기로 한다. 이를 위하여는 일본민법의 입법자가 채권자대위제도를 어떻게 관념하고 있었는가²⁰⁾를 살필 필요가 있는데, 일본의 입법자는 일정한 경우에 채권자는 채무자의 권리를 행사할 수 있다는 것에는 깊은 관심을 보였던 반면, 채권자대위권

19) 명순구, 불법원인급여에 관한 민법 제746조의 규범의미 - 일본법이론 답습으로부터의 탈피와 새로운 시각의 모색 -, 한일법학연구, 제16집(1997), 한일법학회, 26면 참조.

20) 일본민법상 채권자대위제도의 입법과정에 대하여는 김형배, 채권자대위제도에 있어서 무자력요건의 재검토, 법학논집, 제23집(1985), 고려대학교 법학연구소, 406-409면 참조.

(action oblique) 내지 간접청구권(action indirecte)과 직접청구권(action indirecte)의 구별에 대하여 유의한 흔적은 선명하지 않다. 이러한 일본민법 입법자의 태도는 간접청구권과 직접청구권을 준별하여 온 프랑스민법의 태도와는 상당한 거리가 있다. 결국 일본의 입법자는 행사요건에서는 물론 효과에 있어서도 큰 차이를 보이는 채권자대위권과 직접청구권을 혼합하여 계수하였고²¹⁾, 그러다 보니 채권자대위권의 본질과 합치하지 않는 해석론이 대두되고, 그 결과 채권자대위제도에 관한 통일적인 이론구성을 어렵게 하였던 것이다. 일본의 입법자는 물론 그 후의 학설도 채권자대위권과 직접청구권의 구별을 명확히 하지 못했는데 — 심지어 일본에서는 자동차사고 피해자가 보험회사에 대하여 직접 보험금을 청구할 수 있는가 하는 문제를 채권자대위제도의 문제로 논의할 정도이었다²²⁾ —, 이러한 사실은 채권자대위권의 본질을 설명함에 있어서 이를 직접청구권으로 보고자 하는 학설²³⁾이 존재하는 것으로도 알 수 있다. 이러한 채권자대위제도에 관한 일본식 관념이 우리나라에 그대로 전수된 것이다.

직접청구권은 채권자가 채무자의 권리를 행사한다는 면에서는 채권자대위권과 유사하나 채권자가 자신의 이름으로(en son nom propre) 행사한다는 점, 그 행사의 효과가 채무자의 일반재산에 귀속하는 것이 아니라 직접청구권 행사자에게 직접 귀속한다는 점, 행사요건으로서 채무자의 무자력이 요구되지 않는다는 점 등에서 채권자대위권과 엄격히 구별되는 것이다. 요컨대,

21) 프랑스에 있어서도 채권자대위권과 직접청구권에 대하여 명확한 구별을 한 것은 19세기 중반이다. 파기원 판결(Cass. Req., 18 janvier 1854, D.P., 1854. 1. 121)이 있기까지는 프랑스민법 1798조(하수급인의 도급인에 대한 직접청구권)을 단순히 채권자대위권에 관한 제1166조의 구체적인 형태로 이해하였기 때문이다(Ph. Malaurie/L. Aynès/Ph. Stoffel-Munck, *Droit civil, Les Obligations*, Defrénois, Paris, 2004, n. 1154 참조).

22) 박윤직 편/김능환 집필, 앞의 책, 755면 참조.

23) 이 학설의 소개에 대하여는 박윤직 편/김능환 집필, 앞의 책, 748면 참조. - 이 학설은 채권자대위권을 인정된 민법의 규정에 의하여 채권자는 채무자의 권리와 동일한 내용의 별개·독립의 청구권을 취득하고 이를 제3채무자에게 행사하는 것이며, 그 효과 역시 채권자에게 직접 귀속한다고 설명한다. 또한 채무자의 무자력은 채권자대위권의 요건이 아니라고 한다. 그러나 이 설명은 엄밀한 의미에서의 직접청구권을 설명한 것일 뿐 채권자대위권을 설명한 것으로 보기 곤란하다.

무자력 요건을 폐기하면서까지 채권자대위제도에 의한 해결을 고집하고 이로 인하여 이 제도가 비정상적으로 비대하게 된 원인은 직접청구권의 문제로 보아야 할 문제를 채권자대위권의 틀에서 해결하고자 했던 사실에 기인한 것으로 판단된다.

이러한 기본인식을 토대로 이 글에서는 종래 다수설과 판례에서 소위 ‘채권자대위권의 전용’으로 파악되는 것을 직접청구권의 관점에서 재조명하고자 한다.

2. 문제상황의 재인식

위에서 본 판례이론은 구법시대의 판례이론을 그대로 승계한 것이다. 구법시대의 판례이론²⁴⁾은 이러하다. 피보전채권이 금전채권 또는 채무불이행으로 인하여 손해배상채권으로 변하게 되는 경우에는 채권자대위권의 행사요건으로서 채무자의 무자력이 요구되나, 특정의 채권을 보전하려는 경우에는 대위채권자가 채권자대위권을 행사하는 것이 채권의 보전에 적절하고 또한 필요한 때에 채무자의 자력과 상관없이 대위권 행사를 허용할 수 있다는 것이다. 이러한 입론의 논거로는, ① 채권자대위권에 관한 법문(제404조 제1항)에 ‘자기의 채권을 보전하기 위하여’라고만 규정할 뿐 채권에 제한을 두고 있지 않으며, ② 채권자취소권과 달리 채권자대위권 행사의 효과는 모든 채권자의 이익으로 돌아간다는 규정(민법 제407조)이 없고, ③ 채권자대위권은 채무자의 권리를 행사하는 것이므로 무자력을 요건으로 하지 않더라도 제3자에게 영향을 미치는 일이 적다는 것 등을 들었다.

이와 같은 판례이론에 대하여, 학설은 그 결론에 대하여는 이를 지지하는 쪽으로 일치되어 있다. 그런데 이 판례이론을 보는 시각은 학설에 따라 차이가 있다. 이러한 시각차는 채권자대위제도의 취지를 채무자의 일반재산의 보전에 있는 것으로 보는가 아니면 특정의 채권을 보전하는 것도 채권자대위제도의 테두리 안에 포함시킬 것인가 하는 점으로부터 비롯되는 것이다. 다수설은 채권자대위제도의 취지를 채무자의 일반재산의 보전에 있는 것으로

24) 이에 대한 소개에 대하여는 박윤직, 앞의 책, 247면 참조.

보므로 특정의 채권을 보전하기 위하여 채권자대위권을 허용하는 판례이론을 설명하는 데에 난점이 있다. 이런 이유에서 다수설은 무자력과 무관하게 채권자대위권이 인정되는 경우를 ‘채권자대위권의 전용’이라는 용어로 표현해 왔다.²⁵⁾ 한편, 소수설은 채권자대위제도의 취지를 채권자의 채권의 보전에 있는 것으로 보게 되므로, 판례에 의하여 무자력 요건과 무관하게 채권자대위권이 허용되는 경우를 본래적 의미의 채권자대위권의 범주 내에서 이해하고 있다.²⁶⁾ 결국, 민법 제404조 제1항의 ‘채권을 보전하기 위하여’라는 요건에 대하여 다수설은 채무자의 책임재산이 부족하여 무자력이 될 염려가 있는 경우로 보며, 소수설은 ‘채권자의 채권의 보전을 위하여’ 정도의 의미로 보게 되는 것이다.

일정한 경우에 판례가 무자력과 상관없이 채권자가 채무자의 제3채무자에 대한 권리를 행사하는 것을 허용하는 태도는 실용성이 인정된다고 생각하며, 바로 이런 이유에서 종래 학설이 최소한 판례이론의 결과에 대하여는 이를 지지해 왔던 것으로 판단된다. 그러나 판례이론의 논거에 대하여는 수긍할 수 없는 부분이 있다. 위에서 지적한 판례이론의 논거에 대응하여 판례이론의 문제점을 생각해 보기로 한다.

첫 번째의 문제점은 이러하다. 무자력과 무관하게 채권자대위권을 행사할 수 있는 경우와 그 이외의 경우를 구분하는 기준으로서 판례는 피보전채권이 금전채권 또는 채무불이행으로 인하여 손해배상채권으로 변하게 되는 경우와 그 이외의 경우를 제시하고 있다. 그러나 이러한 구분은 법리적 관점에서 용인되기 곤란하다. 왜냐하면 민법에서 문제될 수 있는 채권 중 채무불이행으로 인하여 손해배상채권으로 변하게 되지 않는 경우는 거의 없다고 보아야 하기 때문이다. 판례가 무자력 요건을 요구하지 않아 소위 ‘채권자대위권의 전용’으로 볼 수 있는 경우에서의 대위채권자의 채권도 채무불이행으로 인하여 금전채권의 하나인 손해배상채권으로 변하게 되는 채권의 범주에 속하는 것이었다.

두 번째 문제점은 이러하다. 채권자대위권에 관한 법문(제404조 제1항)에

25) 특히 광윤직, 앞의 책, 254면 참조.

26) 특히 김형배, 앞의 책, 360면 참조.

‘자기의 채권을 보전하기 위하여’라고만 규정할 뿐 채권에 제한을 두고 있지 않으므로 특정의 채권을 보전하기 위해서도 채권자대위권을 행사할 수 있다고 하는데, 이것은 논거라기보다는 오히려 결론을 정해 놓고 이를 설명하는 것에 지나지 않는다. 금전채권뿐만 아니라 특정의 채권을 가진 사람도 채권자대위권 고유의 요건을 갖추었다면 이를 행사할 수 있는 것이다. 그러므로 굳이 특정채권자의 채권자대위권만을 겨냥하여 민법규정이 명문으로 채권의 유형을 구별하고 있지 않다는 것을 말할 필요는 없다고 본다.

세 번째 문제점은, 채권자대위권 행사의 효과는 모든 채권자의 이익으로 돌아간다는 규정(민법 제407조)이 없다는 논거에 대한 것이다. 물론 법률에 그러한 규정은 없다. 그러나 모든 제도를 운용하고 해석함에 있어서는 문제된 제도의 본질적 취지를 고려한 해석이 요구된다. “채권자대위권 행사의 효과는 모든 채권자의 이익으로 돌아간다”라는 규정이 없다고 해서 당해 제도의 내재적 한계를 일탈하는 해석이 허용될 수 있는 것은 아니다. 그 연혁적인 측면에서나 우리 법체계 안에서의 위상에 비추어 볼 때, 채권자대위권은 채무자의 책임재산보전을 기본취지로 하는 제도임에 분명하다. 채권자취소권에 관한 제407조와 같은 규정이 없더라도 채권자대위권의 본질상 그 행사의 효과는 모든 채권자의 이익으로 귀속되는 것으로 해석하여야 할 것이다. 이런 면에서 보면 채권자대위권의 행사효과의 귀속에 관하여 오히려 제407조를 유추적용하여야 한다고 본다. 왜냐하면 채권자취소권과 채권자대위권 양자 모두 채무자의 책임재산 보전을 위한 제도라는 점에서 공통점을 가지며, 이런 점에서 유추적용 요건으로서의 기초사실의 동일성이 인정되어 유추적격이 있다고 볼 수 있기 때문이다.

네 번째 문제점은, 채권자대위권은 채무자의 권리를 행사하는 것이므로 무자력을 요건으로 하지 않더라도 제3채무자에게 불리할 것이 없다는 어차피 채무를 이행하여야 할 제3채무자로서는 채무자에게 이행하든 채권자에게 이행하든 별다른 차이가 없는데, 무자력을 요건으로 함으로써 채권자에게만 불이익을 주게 되어 균형이 맞지 않는다는 것이다. 물론 채권자대위권은 채무자의 제3채무자에 대한 권리를 행사하는 것이므로 대위채권자와 채무자를 당사자로 한 채권관계에서의 제3자에 해당하는 제3채무자로서는 채권자대위

권 행사로 인하여 법적 지위에 큰 변화가 없다. 그러나 채무자에게 대위채권자 이외에 다른 채권자가 존재한다면 이들 채권자의 법적 지위는 대위채권자의 대위권 행사 사실에 의하여 영향을 받게 되며, 특히 문제되는 것은 대위채권자가 아무런 제한없이 채무자의 재산권을 행사하는 것을 허용한다는 사실이다. 채권자대위제도에 있어서 ‘채무자의 무자력’이라는 요건은 대위채권자에게 채무자의 재산권을 행사하는 권한을 허용하기 위한 전제적 요건이라는 점에 유의하여야 한다. 그러므로 만일 채무자가 무자력이 아님에도 불구하고 채권자에게 채무자의 재산권을 행사할 수 있는 권한이 존재한다고 하기 위해서는 그것을 정당화하는 사유가 있어야 한다.

통설에서 말하는 소위 ‘채권자대위권의 전용’에 해당하는 사안에 대하여 판례가 무자력 요건을 완화한 것 자체에 대하여는 충분히 수긍이 간다. 왜냐하면 이들 사안의 경우에 무자력 요건을 요구하게 되면 대위채권자의 채권의 실효성이 부당하게 약화되며, 또한 채권에 대한 보전절차 및 강제집행절차가 완비된 현행법 아래에서 금전채권의 보전을 위한 채권자대위권이라는 것은 사실상 의미를 상실하였다는 점에서 그러하다.²⁷⁾ 그러나 종래 학설에

27) 프랑스에서도 채권자대위권은 거의 이용되지 않고 있는데, 그 이유는 다음과 같다. 첫째, 채권자가 채권자대위소송에서 승소했다 하더라도 그 결과가 대위채권자에게 귀속하는 것이 아니라 채무자의 일반재산(gage commun)에 귀속함으로써 대위채권자에게 별다른 실익이 없다는 점이다. 이런 측면에서 어떤 학자는 “채권자가 대위소송을 통하여 일정한 결과를 얻으려고 하는 것은 불 속에서 밤을 굶고자 하는 것이다.”라고 표현한다(H.-L.-J. Mazeaud/F. Chabas, *Leçon de Droit Civil, Obligations théorie générale*, 8e éd., Paris, Montchrestien, 1991, n. 975). 둘째, 지급금지(saisie-arrêt)제도가 도입되면서 채권자대위제도를 이용하는 것보다 훨씬 간편하게 목적을 달성할 수 있게 되었다는 것이다. 지급금지의 경우에 있어서도 지급금지를 신청한 채권자에게 우선변제권이 부여되는 것은 아니지만 실제로 있어서는 우선변제권이 부여되는 경우가 많은데, 그 이유는 이러하다(이에 관하여는 H.-L.-J. Mazeaud/F. Chabas, *op. cit.*, n. 977 참조): 채권자가 과대한 액에 대하여 지급금지를 신청한 경우에 채무자는 급속심리절차에 따라 지급금지의 감액(cantonement de la saisie-arrêt)을 신청할 수 있는데, 이 신청에 대하여 법원이 감액결정을 한 때에는 감액되고 남은 부분에 대하여는 민사소송법의 규정에 의하여 지급금지를 신청한 채권자에게 배타적 우선특권(privilege exclusif)이 있는 것으로 되기 때문이다. 바로 이러한 이유에서 지급금지를 신청하는 채권자는 채권액보다 많은 액수를 신청하는 것이 대부분이라 한다. 프랑스 현행법상 지급금지(saisie-arrêt)제도는 1991년 7월 9일 법률 제650호(loi n. 650 du 9 juillet 1991)에 의하여 ‘saisie-attribution’, ‘saisie-vente’ 및 ‘saisie-appréhension’으

서의 이론구성과 판례이론은 민법의 전반적 체계에 어울리지 않는 측면이 있다는 것을 확인하였다. 그 이유는 어디에 있는 것일까? 채권자대위권의 차원에서 접근하지 말았어야 할 문제를 채권자대위권의 문제로 접근한 것은 아닌가 하는 의문이 들며, 바로 이 점에서 채권자대위제도의 비대화 또는 이 제도의 오·남용이 있었지 않은가 하는 평가가 가능하다. 즉 종래 통설에서 말하는 소위 ‘채권자대위권의 전용’은 단순히 채권자대위권을 전용한 것이 아니라 처음부터 채권자대위권이 행사될 수 있는 경우가 아닌 것으로 보아야 하지 않았을까 하는 생각이 든다. 이렇게 보게 되면 채권자대위권은 원형을 그대로 유지하면서도²⁸⁾, 일정한 경우에는 특정채권을 보전하기 위하여 채권자가 채무자의 권리를 행사할 수 있다는 현실적 수요를 충족시킬 수 있게 된다.

IV. 새로운 해결책의 모색: 직접청구권에 의한 해결

1. 직접청구권의 의미

외형적 측면에서 보면 직접청구권은 채권자대위권과 유사하다. 직접청구권에 있어서도 채무자와 제3채무자 사이에서 설정된 채무자의 권리를 채권자가 행사하는 것이기 때문이다. 그러나 직접청구권은 일정한 채권자에게 그러한 청구권을 부여함으로써 그의 개인적 이익을 직접적으로 보호²⁹⁾하고자 하는 것을 본질적 취지로 한다는 점에서 채권자대위권과 구별된다. 채권자대위권의 경우에는 채무자의 책임재산을 보강함으로써 간접적으로 채권자의 채권실현을 용이하게 하려는 데 불과한 것이다. 채권자의 개인적 이익을 직접적으로 보장하는 직접청구권의 이러한 특성으로 인하여 직접청구권은 간이한 집행수단의 성격이 강하다고 할 수 있다. 또한 직접청구권의 이러한 성격

로 분화·대체됨으로써 보다 정비되었다.

28) 여기에서 말하는 채권자대위권의 원형적 요소로 핵심적인 것은 채무자의 무자력 요건 및 채권자대위권 행사효과의 채무자의 일반재산으로의 귀속이다.

29) Ph. Malaurie/L. Aynès/Ph. Stoffel-Munck, *op. cit.*, n. 1153 참조.

으로 인하여 채권자대위권은 프랑스 법계에 특유한 제도임에 반하여 직접청구권은 독법계(독일법에서의 직접청구권: 'Direktanspruch')에서는 물론 영미 법계에서도 인정되는 유니버설한 제도이다.³⁰⁾

용어 사용에 대하여 보기로 한다. '직접청구권'이라는 용어 대신에 '직접소권'이라는 용어를 사용하는 경우도 있는데, 이는 프랑스의 'action directe'를 직역한 것으로 생각된다. 그러나 '직접소권'보다는 '직접청구권'이라는 용어를 사용하는 것이 바람직스럽다고 본다. 왜냐하면 우리 상법 제724조 제2항의 용어사용 방법도 그러하거니와 '직접소권'이라고 하게 되면 마치 재판상으로만 행사하는 권리라는 식으로 받아들여져 제도의 실제와는 차이가 벌어지기 때문이다.³¹⁾

프랑스에 있어서 법률의 규정에 의하여 인정되는 직접청구권의 주요 유형은 다음과 같다: ① 민법 제1798조(하수급인의 도급인에 대한 직접청구권); ② 민법 제1753조(임대인의 전차인에 대한 직접청구권); ③ 민법 제1994조 제2항(위임인의 복수임인에 대한 직접청구권); ④ 1966년 6월 18일 법률 제14조(선박임대인의 재용선자에 대한 직접청구권); ⑤ 보험법전 L.124-3조(피해자의 보험사에 대한 직접청구권). 한편, 프랑스의 판례는 법률의 규정이 없는 경우에 대해서도 직접청구권을 인정하는 입장을 보여 왔는데, 인정 기준으로 핵심적인 것은 채권자에 대한 보호 필요성 및 복수의 채권 상호간의 긴밀한 견련성(étroite connexité)³²⁾이다.³³⁾

2. 실정법에 나타난 직접청구권

30) 각국의 입법례에 대해서는 朴晋泰, 被害者の 保險者에 대한 直接請求權의 法理, 『法大論叢』 제20집(1982), 경북대학교, 245면 이하; 金星泰, 直接請求權의 本質, 『保險法研究』 제1권(1995), 三知院, 181면 이하 등 참조. 출처: 保險法研究會

31) 프랑스에 있어서도 'action directe'라는 용어를 사용하고 있기는 하나 이는 재판외의 행위로도 행사할 수 있는 권리(F. Terré/P. Simler/Y. Lequette, *Droit Civil Les Obligations*, 5e éd., Paris, Dalloz, 1993, n. 1090)라는 점에서(채권자대위권을 재판상으로만 행사하여야 하는 프랑스에 있어서는 이 점에서도 직접청구권은 채권자대위권과 차이가 있음) 적합한 용어로 보기는 힘들다고 생각한다.

32) 채권자의 채무자에 대한 채권과 채무자의 제3채무자에 대한 채권 사이의 관계를 말함.

33) Ph. Malaurie/L. Aynès/Ph. Stoffel-Munck, *op. cit.*, n. 1154.

비교법적으로 볼 때, 직접청구권의 지배적 적용영역은 책임보험에 있어서의 피해자의 보험자에 대한 직접청구권³⁴⁾인데, 이는 직접청구권의 근본취지(즉 일정한 채권자의 이익보호)와 밀접한 관련을 가진다. 책임보험관계에 있어서 피해자를 단순한 보험계약에서의 제3자로 보게 되면 피해자의 지위는 극히 열악한 것으로 되는데, 책임보험의 본질을 고려해 볼 때 피해자를 보험계약과 무관한 제3자로 보기는 곤란하다. 우리나라에서 1991년 상법 개정을 통하여 상법 제724조 제2항을 삽입하여 피해자의 직접청구권을 모든 책임보험계약에 인정한 것은 책임보험제도의 근저에 흐르는 제도의 취지를 입법의 형식으로 표현한 것으로 볼 수 있다.

직접청구권의 지배적 적용영역이 책임보험 분야인 것은 사실이나 여기에 그치는 것은 아니다. 우리 민사법에 있어서도 직접청구권의 성질을 가지는 규정을 찾아볼 수 있는데, 그 중요한 예를 들어보면 다음과 같다.

1> 첫째, 민법 제410조 제2항이다. 이에 따르면, 불가분채권자 중의 1인과 채무자간에 경계나 면제가 있는 경우에 채무전부의 이행을 받은 다른 채권자는 그 1인이 권리를 잃지 아니하였으면 그에게 분급할 이익을 채무자에게 상환하여야 한다. 이 규정의 구체적 의미를 사례를 들어 보기로 하자. A와 B가 X에 대하여 자동차의 인도를 내용으로 하는 불가분채권을 가지고 있는데, 불가분채권자 중 한 사람인 A와 채무자 X 사이에 경계 또는 채무면제가 있었다고 가정해 보자. 이로 인하여 A는 X에 대한 자동차인도채권을 잃게 된다. 그러나 경계나 면제는 상대적 효력사유에 불과하기 때문에 이로 인하여 다른 불가분채권자 B는 영향을 받지 않는다. 따라서 만일 B의 청구에 응하여 X가 이를 이행하였고 A에게 자동차소유권이 분급된다면 X는 A에 대하여 부당이득반환청구를 할 수 있다. 왜냐하면 A의 이득은 법률상 원인없는 이득이기 때문이다. 이 경우에 원칙논리대로 한다면 X는 B에게 자동차를 인도하여야 하고, 만일 X가 B에게 자동차를 인도하였다면 B는 A에게 귀속하여야 할 이익을 분배하여야 하며, B로부터 이익을 분배받은 A는 X에게 그 이득을 반환하여야 한다. 이러한 우회적인 방법 대신에 민법은 X가 B에

34) 피해자의 보험자에 대한 직접청구권에 대하여는 이광복, 책임보험에 있어서 피해자의 직접청구권, 석사학위논문, 고려대학교 대학원, 1995, 39면 이하 참조.

게 직접청구권을 행사할 수 있도록 하여 채무자의 상환청구권을 보호하는 한편, 법률관계의 청산을 간략하게 할 수 있도록 한 것이다.

2> 둘째, 민법 제447조이다. 이 규정에 따르면, 어느 연대채무자 또는 어느 불가분채무자를 위하여 보증인이 된 사람은 다른 연대채무자나 다른 불가분채무자에 대하여 그 부담부분에 한하여 구상권이 있다. 이 경우 또한 어느 연대채무자 또는 어느 불가분채무자를 위하여 보증인이 된 사람의 구상권을 보호해 주는 한편, 법률관계의 간이화를 꾀하기 위한 규정이다.

3> 셋째, 환매권의 대위행사와 매수인의 권리를 규정한 민법 제593조이다. 이 규정은 환매권자의 채권자와 매수인의 이익을 조정하기 위한 규정이다.

4> 넷째, 민법 제630조 제1항이다. 이 규정은 임차인이 임대인의 동의를 얻어 임차물을 전대한 때에는 전차인은 직접 임대인에 대하여 의무를 부담하는 것으로 하고 있다. 이 규정은 전대차관계에 있어서 임대인의 차임청구권을 보호하는 한편, 차임지급에 있어서 ‘전차인→전대인→임대인’의 과정이 아니라 ‘전차인→임대인’으로 함으로써 법률관계의 간략화를 도모한 규정이다.³⁵⁾

5> 다섯째, 가등기담보등에 관한 법률 제5조 제1항이다. 이 규정은 가등기담보의 목적이 된 부동산에 대하여 후순위의 담보권을 가진 사람을 보호하고 법률관계의 청산을 간략하게 하기 위하여 후순위권리자는 그 순위에 따라 채무자가 지급받을 청산금을 자신에게 지급할 것을 채권자(즉 가등기권리자)에게 청구할 수 있는 것으로 규정하고 있다.

6> 여섯째, 하도급거래공정화에 관한 법률 제14조이다. 이 규정에 따르면, 발주자는 일정한 사유가 발생한 경우로서 수급사업자가 제조·수리 또는 시공한 분에 상당하는 하도급 대금의 직접지급을 요청한 때에는 해당 수급사업자에게 직접 지급하여야 한다(제1항 참조).

35) 제630조 제1항에 대하여 일부 학설은 이러한 규정은 임대인의 권리를 보호하기 위한 것으로 외국의 민법에서는 그 예를 찾아볼 수 없는 것으로 공평성을 잃은 입법이라는 비판을 면하기 어려운 규정이라고 설명하고 있다(김형배, 채권각론[계약법], 박영사, 1997, 468면, 주2). 이 규정이 임대인에게만 일방적으로 유리한 것이어서 불공평하다는 것은 모르겠으나 유례가 없는 입법례라는 지적은 타당하지 않다. 왜냐하면 프랑스 민법 제1753조에 이와 유사한 규정이 있으며, 이 규정은 직접청구권의 전형적인 예에 해당하는 것이기 때문이다.

위에서 살핀 바와 같이 우리 민법 및 여러 특별법에도 이미 직접청구권의 개념에 기초한 규정이 산재해 있다. 그러므로 직접청구권을 도구로 하여 구체적인 법률문제에 관한 이론구성을 할 수 있는 가능성이 열려있는 것으로 판단된다.

직접청구권은 일정한 채권자의 채권에 대한 직접적 보호를 내용으로 하기 때문에 직접청구권을 행사하여 얻은 이익은 직접청구권을 행사한 사람에게만 귀속하게 되어 다른 채권자의 이익과 경합하지 않는 것이 원칙이다. 이런 점에서 직접청구권은 선취특권과 유사한 측면이 있으며, 바로 이런 이유에서 프랑스 학설은 직접청구권은 법률상의 근거가 있어야 하는 것으로 설명한다.³⁶⁾ 이와 같이 직접청구권이 우선변제적 성격을 가진다고 하여 이를 선취특권과 동일하게 볼 것은 아니라는 점에 유의하여야 한다. 즉 직접청구권의 우선변제적 성격은 직접청구권을 행사하기 전에 채무자의 제3채무자에 대한 자유로운 권리실행을 방해하는 사유(예: 압류, 가압류 등)가 없는 경우로 한정된다. 그러나 일정한 때에는 직접청구권에 완전한 우선권이 부여되는 경우도 있는데, 보험법전 L. 124-3조의 규정내용이 그 대표적인 예이다.³⁷⁾ 이와 같은 경우에는 직접청구권을 행사하는 자는 우선특권자와 같은 지위에 있게 된다. 프랑스에서는 직접청구권자에게 우선변제권이 인정되는 경우를 ‘완전 직접청구권’(action directe parfaite)이라 하고 그 이외의 경우를 ‘불완전직접청구권’(action directe imparfaite)이라 한다.³⁸⁾ 그런데 종래 우리나라에 있어서 통설이 ‘채권자대위권의 전용’으로 들고 있는 경우들은 우선변제권이 없는 불완전직접청구권에 해당하는 것으로 보아야 할 것이다.

3. 문제해결을 위한 대안

36) F. Terré/P. Simler/Y. Lequette, *op. cit.*, n. 1090; H.-L.-J. Mazeaud/F. Chabas, *op. cit.*, n. 978; M. Cozian, *L'action directe*, Paris, L.G.D.J., 1969, n. 100.

37) 이 규정은 다음과 같이 규정하고 있다: “보험자는 보험사고의 피해자가 전보를 받지 않는 한 피해자 이외의 타인에게 보험금의 전부 또는 일부를 지급할 수 없다...(L'assureur ne peut payer à un autre que le tiers lésé tout ou partie de la somme due par lui tant que ce tiers n'a pas été désintéressé...)”

38) 특히 F. Terré/P. Simler/Y. Lequette, *op. cit.*, n. 1093.

여기에서는 이 글에서 문제된 소위 ‘채권자대위권의 전용’에 해당하는 사안들이 어떠한 방법으로 직접청구권에 의한 해결이 가능한가 하는 점을 논의하기로 한다.

우선, 소위 ‘채권자대위권의 전용’에 해당하는 사안들에 대하여는 법률에 근거 규정이 없음에도 불구하고 이를 직접청구권으로 해결하는 것이 가능한가 하는 문제이다. 이미 언급한 바와 같이, 직접청구권은 직접청구권이 귀속되는 자의 개인적 이익을 보호할 필요가 있는 경우에 채권의 상대효 원칙과 채권자평등의 원칙에도 불구하고 인정되는 것이다. 그러므로 직접청구권이 인정되기 위하여는 법률상의 근거가 있어야 함이 원칙이다. 그러나 법률에 직접적인 규정이 없다는 이유 하나만으로 직접청구권에 의한 해결을 부정할 수는 없다고 본다. 그 이유는 다음과 같다. 첫째, 프랑스의 경우를 본다 하더라도 처음부터 법전에 규정되어 있던 것 이외의 것들은 우선 판례에 의하여 인정된 후에 법률에 의하여 명문으로 인정된 것(예: 피해자의 보험자에 대한 직접청구권³⁹⁾)과 입법에 반영되지 못하고 계속하여 판례에 의하여 인정되고 있는 것들이 있기 때문이다. 둘째, 직접청구권은 법률상의 근거가 있어야 한다는 것은 다음과 같은 이유 때문이다: 즉 일정한 채권자에게 직접청구권을 부여하게 되면 직접청구권의 개념 자체에 의하여 그 채권자에게 우선변제권이라는 과도한 권리를 주는 것 아닌가? 그러나 이러한 입론은 설득력이 없다. 왜냐하면 종래의 통설과 판례는 민법 제404조를 근거로 그러한 결과를 이미 용인⁴⁰⁾하고 있기 때문이다. 결국, 직접청구권 이론으로 해결한다면 채권의 상대효 또는 채권자평등의 원칙에 대한 침해 정도는 종래의 확설과 동일하게 유지하면서도 이론적 정합성을 기할 수 있다는 이점이 있다.

법률 규정이 없는 경우에 직접청구권이 인정될 수 있는 요건으로는 어떠한 것을 들 수 있는가 하는 것을 검토하기로 한다. 직접청구권의 행사요건으

39) 이를 인정한 판례는 Cass. Req. 30 novembre 1926: *D.H.* 1933, 393; *D.* 1927, 1, 57, *Rapp. Colin*.

40) 예: ① 대위채권자에게 변제수령권을 인정하고 대위권 행사로 얻은 이익과 그의 채무자에 대한 채권에 대한 상계를 인정하는 것; ② 등기청구권, 임차권 보전 또는 특수한 금전채권자에게 무자력과 상관없이 채무자의 권리를 행사할 수 있게 하고 그 결과를 대위채권자에게 귀속시키는 것.

로는 종래 판례에 나타난 요건들을 고려하여 판단하는 것이 타당하다고 본다. 왜냐하면 종래의 판례이론은 이론구성의 측면에서는 결함이 있었다고 할 수 있으나 그 실용성에 있어서는 일반적으로 수긍할 수 있는 면이 많기 때문이다.

첫째, 채권자의 채권이 직접청구권에 의하여 보호되어야 특별한 보호법의 영역 내에 있어야 한다. 채권자대위권과 달리 직접청구권은 일정한 채권자의 채권을 보호하고자 하는 것을 취지로 하는 것이기 때문이다.

둘째, 직접청구권을 인정함으로써 채무자의 자기 재산에 대한 자유로운 운용권에 대한 중대한 침해가 있어서는 아니 된다는 것이다. 왜냐하면 직접청구권이라는 것도 형평관념을 기초로 하여⁴¹⁾ ‘채권자의 권리보장’과 ‘채무자의 자기 재산권에 대한 자유로운 운용’의 조화하기 위한 것이기 때문이다. 이러한 측면은 이미 판례에도 반영되어 있다. 즉 판례는, 무자력을 요건으로 하는 금전채권자의 대위의 경우와 달리, 특정채권을 보전하기 위한 소위 ‘채권자대위권의 전용’에 해당하는 사안에 있어서는 다른 권리구제 방법이 있다면 그것에 의할 것이라고 하여 보충성을 요구하고 있는 것으로 평가된다.⁴²⁾

셋째, 채권자가 보전하려는 권리와 대위하여 행사하려는 채무자의 권리 사이에 건련관계가 존재하여야 한다는 것이다. 이와 같은 건련관계는 직접청구권의 실정법적 근거로서 예시한 법률규정뿐만 아니라 종래 소위 ‘채권자대위권의 전용’에 해당하는 모든 사안의 경우에 있어서는 전제되어 있는 요건이다.

넷째, 소극적 요건으로서, 직접청구권 행사의 요건으로서 채무자의 무자력은 요구되지 않는다. 채권자대위권이라는 것이 채무자의 책임재산의 보전을 목적으로 하는 것이고, 그 결과 무자력 요건을 핵심요건으로 하는 제도임에도 불구하고 무자력 요건을 탈락시킨 소위 ‘채권자대위권의 전용’을 채권자대위권의 한 형태로 포섭하는 것은 채권자대위제도의 규범용량을 초과한 것이다. 게다가 아무런 고려 없이 무자력 요건을 완화한다는 것은 허용될 수 없는 일이다. 왜냐하면 소위 ‘채권자대위권의 전용’에 해당하는 경우도 채권

41) F. Terré/P. Simler/Y. Lequette, *op. cit.*, n. 1090.

42) 박윤직 편/김능환 집필, 앞의 책, 760면 참조.

의 상대효 원칙에 의한 제한에서 자유로울 수 없기 때문이다. 엄밀한 의미의 채권자대위권에 있어서는 무자력 요건이 채권의 상대효 원칙을 반영하였다고 할 수 있다. 그렇다면 무자력 요건이 필요하지 않은 소위 ‘채권자대위권의 전용’에 해당하는 경우에도 채권의 상대효 원칙을 반영할 수 있는 요소가 필요하다고 본다.⁴³⁾ 엄밀한 의미에서의 채권자대위권의 행사요건으로서의 무자력 요건은 앞에서 말한 세 가지의 요건으로 대체되는 것으로 보고자 한다.

다섯째, 직접청구권은 채권자가 자기 고유의 이름으로 행사하는 것이고, 그 효과도 아무런 우회 없이 그에게 직접 귀속한다. 그러므로 만일 직접청구권을 재판상으로 행사하는 경우에 채권자는 당사자적격을 가짐은 물론 본안적격도 그에게 있는 것이어서 이는 제3자의 소송담당이라 할 수 없다.

V. 맺음말

법제수에 있어서 수입의 대상은 인간이성의 표현양식으로서의 추상적 법이지 그러한 법을 형성하게 한 저변문화까지 포괄적으로 수입한 것은 아니다. 외래 법문화의 포괄적·총체적 수입은 영원히 불가능한 것인지도 모른다. 어느 특정국가의 법제를 계수하였다 하여 법의 운용까지 전적으로 모범과 동일할 수는 없으며, 오히려 각국은 자신의 법현실에 합치하는 법문화를 형성하여 운용하여야 한다. 그러다 보니 동일한 제도라 하더라도 母法 국가에서의 운용 모습과 法繼受國에서의 그것이 다를 수 있다. 동일한 제도의 운용 모습에 차이가 존재하는데, 만일 그 차이가 합리적인 이유에 기초한 것이라면 그것은 타당한 것이다. 그러나 그 차이에 합리적인 이유가 없다면 어떠한가? 개별 법제도는 스스로의 제도적 목적에 따라 고유의 규범기능을 수행한다. 또한 일정한 법제도는 전체 법체계 속에서 다른 법제도와 유기적 관련

43) 채권자대위권의 본질을 포괄적 담보권으로 보고 무자력 요건을 극히 완화하여 관념하고 있는 학설(‘채권자대위권의 전용’도 채권자대위권의 정규적 유형에 포함된다고 보는 입장)에서도 채무자에게 자력이 있음에도 불구하고 채권자대위권을 행사할 수 있는 범위에 대한 유형적 제한이 필요하다고 한다(김형배, 앞의 책, 351면).

을 가지고 있다. 그러므로 일정한 법제도에 대한 잘못된 인식과 그로부터 발생하는 개별 법제도의 오용과 남용은 그 제도와 직·간접적으로 연계되어 있는 다른 법제도의 순수성에까지 영향을 줌으로써 결국 전체 법체계의 완결성에 손상을 가할 수 있다.

이 글은 위와 같은 문제의식으로부터 출발한 것이다. 이 글에서는 채권자대위제도의 운용(특히 ‘채권자대위권의 전용’)에 대한 종래 판례와 학설의 입장의 근원을 분석하고 문제해결을 위한 구체적인 대안을 모색해 보았다. 채권자대위제도는 그 본질론, 요건론, 효과론의 모든 영역에서 학설의 입장에 편차가 매우 심한 분야이다. 그런데 이러한 학설상의 편차의 근본적인 원인은 채권자대위권과 직접청구권 양자의 경계설정을 명확히 하지 않은 점으로부터 비롯된 것으로 판단된다. 이에 관한 앞에서의 논의를 간단히 정리하면 다음과 같다. 채권의 상대효 원칙의 중요성에 비추어 볼 때, 채권자대위권은 단순히 현실적인 필요성을 이유로 합리적 기준 없이 확대운용 되어서는 안 된다. 그럼에도 불구하고 채권자대위권이 종래 학설과 판례에서 오용·남용된 경향이 있는데, 이러한 현상은 채권자대위권과 직접청구권을 준별하지 못한 데에 기인하는 것이다. 그리고 이들 양자의 경계가 선명하지 못하게 된 직접적인 원인은 일본 법학의 영향이다. 종래 소위 ‘채권자대위권의 전용’이라는 이름으로 채권자대위권의 울타리에서 논의되었던 것은 채권자대위권이 아닌 직접청구권의 유형으로 관념하여야 한다. 이렇게 함으로써 법체계의 정합성을 유지하면서 동시에 현실의 거래수요도 충족시킬 수 있게 된다.

우리 민법전은 그 구성체계와 내용에 있어서 일본 민법전의 영향이 강하다는 점을 부인할 수 없다. 그러나 일본법도 외국법 중의 하나라는 점 또한 분명한 사실이다. 그럼에도 불구하고 일본의 민법학 또는 판례가 충분한 여과과정 없이 마치 우리의 것인 양 우리나라에 유입되는 경향도 종래부터 존재하여 왔음을 부정할 수 없다. 이것은 일본을 통한 간접계수라는 우리 민법전의 형성사적 특성과 연관되어 나타나는 결과인데, 이와 같은 간접계수의 부정적인 모습은 채권자대위제도의 운용에서 잘 나타나 있다.

우리 민법전의 형성사적 특성은 변할 수 없는 사실이다. 그러나 형성사적

특성으로 인하여 비롯된 부정적인 결과들을 불가피한 것으로 보아서는 아니 된다는 점을 지적하고자 한다.

주제어 : 채권자대위권, 채권자대위권의 전용, 직접청구권, 채권보전, 한국민법전의 형성사, 채권의 상대효, 법계수, 무자력, 대위

[참고문헌]

- 곽윤직. 채권총론, 박영사, 1994.
- 곽윤직 편/김능환 집필. 민법주해 제IX권, 박영사, 1995.
- 김성태, 직접청구권의 본질, 『보험법연구』 제1권(1995), 삼지원.
- 김상용. 채권총론, 법문사, 2000.
- 김형배. 채권총론, 박영사, 1998.
- 김형배, 채권각론[계약법], 박영사, 1997.
- 김형배. 채권자대위제도에 있어서 무자력요건의 재검토, 『법학논집』 제23집(1985), 고려대학교 법학연구소.
- 명순구. 불법원인급여에 관한 민법 제746조의 규범의미 - 일본법이론 답습으로부터의 탈피와 새로운 시각의 모색 -, 『한일법학연구』 제16집(1997), 한일법학회.
- 명순구. 채권자대위제도의 오용과 남용: 그 원인분석과 대안 - 원형추적을 통한 채권의 상대효원칙의 한계설정을 위한 이론모델, 『고려법학』 제39호(2002), 고려대학교 법학연구원.
- 박진태, 피해자의 보험자에 대한 직접청구권의 법리, 『법대논총』 제20집(1982), 경북대학교.
- 이광복. 책임보험에 있어서 피해자의 직접청구권, 석사학위논문, 고려대학교 대학원, 1995.
- 이은영. 채권총론, 박영사, 1992.
- Cozian M. *L'action directe*, Paris, L.G.D.J., 1969.
- Legier G. *Juris-Classeur Civil*, art. 1166, Paris, Ed. Techniques, 1986.
- Malaurie Ph./Aynès L./Stoffel-Munck Ph. *Droit civil, Les Obligations*, Defrénois, Paris, 2004.
- Marty G./Raynaud P. *Droit civil*, t. 2, 1er vol., *Les obligations*, Paris, Sirey, 1962.
- Mazeaud H.-L.-J./ Chabas F. *Leçon de Droit Civil, Obligations théorie générale*, 8e éd., Paris, Montchrestien, 1991.
- Terré F./Simler P./Lequette Y. *Droit Civil Les Obligations*, 5e éd., Paris, Dalloz, 1993.

【Abstract】

The Fruition and Future Prospect of the Research of French Civil Law

- Focus on the Application of the Obligee's Right of Subrogation -
Soon-Koo Myoung

In the adoption of a legal institution from other country, the object of adoption is not the lowest stratum of culture that has formed the law, but the abstract law as a manner of expression of human rationality. Even though we adopt a legal institution from a particular country, it does not mean that we have to administer it completely in accord with the original one. Instead, each country has to administer the legal institution through forming a legal culture which meets with it's own legal reality. Therefore, the manner of the administration of a 'legal institution' in original country may be different from that of the country which adopts it even though they're the same one. In this case, there is a discrepancy between the manners of administrating the same legal institution. But if the discrepancy is based on the reasonable grounds, it will be justified. What if there are no reasonable grounds for this discrepancy? Each legal institution has to accomplish the original normative function according to the legal purpose of itself. Moreover, a legal institution is sometimes related to other legal institutions under the entire legal system. Therefore, the misunderstanding of a legal institution, and the misuse or misapplication resulted from the misunderstanding of a legal institution may damnify the integrity of the entire legal system by affecting the purity of other legal institutions with which the misunderstood legal institution directly or indirectly connected.

This article is written under the awareness of those problems as noted above. In this article, the roots of the standpoints of authorities and doctrines relating to the application of the obligee's right of subrogation(especially the diversion of the obligee's right of subrogation to other purpose) have been analyzed and the specific alternative has been groped to solve the problems. Doctrines relating to the obligee's right of subrogation severely differ from each other in every part of the controversy of its nature, requisite

and effect. However, the fundamental reasons for the differences among doctrines is caused by the fact that doctrines have not established a clear boundary between the obligee's right of subrogation and the right of direct claim(direct action). To sum up, in the light of the importance of the principle of relative effect of a claim, without a reasonable standard, the use of the obligee's right of subrogation should not be expanded simply on the ground of practical needs. In spite of the fact that the use of the obligee's right of subrogation should not be expanded, existing doctrines and authorities have been having a tendency of misusing or misapplying it. This tendency is caused by the fact that existing doctrines and authorities have not made a strict distinction between the obligee's right of subrogation and the right of direct claim(direct action). The reason that the boundary of those two rights is not clear is because of the influence of Japanese jurisprudence. A so-called "the diversion of the obligee's right of subrogation to other purpose" which has discussed under the realm of the obligee's right of subrogation should not be considered as a type of the obligee's right of subrogation but as a type of the right of direct claim(direct action). By considering as above, we can not only maintain the consistency of legal system but also meet the practical demands of transactions.

Key Words : the obligee's right of subrogation, the diversion of the obligee's right of subrogation to other purpose, the right of direct claim(direct action), the preservation of claim. historical formation of Korean Civil Code, the relative effect of claim, the introduction of law(legal system), insolvency, subrogation.