

## 債權者代位訴訟의 실천적 의미

- 당사자의 지위 및 소송요건을 중심으로 -

### A Study on the Practical Meaning of Creditor's Subrogated Suit

- Focused on the Status of Parties and Condition -

오 창 수\*

Oh, Chang-Soo

#### 목 차

- I. 서 설
- II. 채권자대위소송의 실천적 의미
- III. 당사자의 지위
- IV. 채권자대위소송의 소송요건과 요건사실
- V. 결 론

#### 국문초록

실무상 채권자대위권을 소의 방법으로 행사하는 채권자대위소송이 많이 제기되고 있고, 그 동안 채권자대위권 및 채권자대위소송에 관하여 실체법 및 절차법의 영역에서 상당히 많은 연구가 행해졌다. 그러나 그간의 논의가 과연 채권자대위제도의 본질과 정합성이 있는 논의였는지는 검토를 요한다. 채권자대위에 관한 판례, 이론, 실무가 상호 체계정합성을 가질 때만이 채권자대위제도의 실천적 의미를 포착할 수 있다.

특히 판례가 채무자의 자력 유무를 불문하고 등기청구권 등 특정채권의 보전을 위한 채권자대위권의 행사를 허용함으로써 채권자대위제도 본래의 취지가 변용되고 있고, 오히려 특정한 채권자만의 특정한 채권을 보전하기 위한 변용된 채권자대위권의 행사가 일반화되었다고 해도 과언이 아니다. 특정채권 보전을 위하여 무자력 요건과 무관

논문접수일 : 2009.12.30

심사완료일 : 2010.1.29

게재확정일 : 2010.2.1

\* 제주대법학전문대학원 교수, 변호사

하게 채권자대위권의 행사범위를 넓혀가는 것이 채권자대위제도의 오용 내지 남용인지 아니면 거래계의 수요에 부응한 제도의 변용 내지 전용으로 볼 것인지는 논란이 계속되고 있다.

채권자대위소송에서는 채권자, 채무자, 제3채무자 등 관여하는 3자간의 이해관계가 상충하는 관계에 있고, 이들의 이해관계를 합리적으로 조정할 필요가 있다.

본고는 채권자대위소송에 관한 연구의 일환으로 채권자대위소송 관련 당사자의 지위 및 소송요건을 중심으로 채권자대위소송의 실천적 의미를 고찰한 것이다. 이를 위해 먼저 실체법상의 채권자대위권의 법적 성질을 명확히 한 후에 채권자대위소송의 실천적 의미를 포착한 다음, 채권자대위소송에 관여하는 채권자, 채무자, 제3채무자의 지위를 고찰하였다. 여기서는 특히 채권자의 지위와 관련하여 채권자대위소송의 법적 성질 및 피보전채권의 존부와 당사자적격의 문제를 규명하였다. 이어서 채권자대위소송의 소송요건과 요건사실을 명확히 함으로써 채권자대위소송의 실무와 이론의 체계정합성을 모색하였다. 관련 쟁점인 중복된 소재기의 금지, 기판력, 재소금지의 문제에 관하여는 후속연구가 이어질 것이다.

주제어 : 채권자대위권, 채권자대위소송, 당사자적격, 소송요건, 요건사실, 피보전채권, 피대위채권

## 1. 서설

실무상 채권자대위권을 소의 방법으로 행사하는 채권자대위소송이 많이 제기되고 있고, 그 동안 채권자대위권 및 채권자대위소송에 관하여 실체법 및 절차법의 영역에서 상당히 많은 연구가 행해졌다. 그러나 그간의 논의가 과연 채권자대위제도의 본질과 정합성이 있는 논의였는지는 검토를 요한다. 채권자대위에 관한 판례, 이론, 실무가 상호 체계정합성을 가질 때만이 채권자대위제도의 실천적 의미를 포착할 수 있다.

특히 판례가 채무자의 자력 유무를 불문하고 등기청구권 등 특정채권의 보전을 위한 채권자대위권의 행사를 허용함으로써 채권자대위제도 본래의 취지가 변용되고 있고, 오히려 특정한 채권자만의 특정한 채권을 보전하기 위한 변용된 채권자대위권의 행사가 일반화되었다고 해도 과언이 아니다. 특정채권 보전을 위하여 무자력 요건과 무관하게 채권자대위권의 행사범위를 넓혀가는 것이 채권자대위제도의 오용 내지 남용인지 아니면 거래계의 수요에 부응한 제도의 변용 내지 전용으로 볼 것인지는 논란이 계

속되고 있다.

채권자대위소송에서는 채권자, 채무자, 제3채무자 등 관여하는 3자간의 이해관계가 상충하는 관계에 있고, 이들의 이해관계를 합리적으로 조정할 필요가 있다.

이하에서 채권자대위권을 소의 방법으로 행사하는 채권자대위소송에서 제기되는 쟁점 중 채권자대위소송 관련 당사자의 지위와 소송요건을 중심으로 채권자대위소송의 실천적 의미를 검토해보기로 한다. 이를 위해 먼저 실체법상의 채권자대위권의 법적 성질을 명확히 한 후(Ⅱ) 채권자대위소송의 실천적 의미를 포착한 다음(Ⅲ), 채권자대위소송에 관여하는 채권자, 채무자, 제3채무자의 지위를 고찰한다(Ⅳ). 여기서는 특히 채권자의 지위와 관련하여 채권자대위소송의 법적 성질 및 피보전채권의 존부와 당사자적격의 문제가 규명되어야 할 것이다. 이어서 채권자대위소송의 소송요건과 요건사실을 명확히 함으로써 소송실무와 이론의 체계정합성을 시도하고(Ⅴ), 결론에 이르고자 한다(Ⅵ).

## Ⅱ. 채권자대위권의 의의 및 법적 성질

### 1. 채권자대위권의 의의

우리는 법률실무에서 '代位'라는 용어를 자주 접하게 된다. 物上代位(민법 제342조), 손해배상자의 대위(민법 제399조), 채권자대위(민법 제404조), 변제자대위(민법 제480조 이하), 보험자대위(상법 제681조) 등이 그것이다.<sup>1)</sup> 통상 '代位'라고 함은 스스로 권리의 주체가 되는 것이 아니라 타인의 권리를 자기의 이름으로 자기 목적을 위하여 대신 행사하는 것을 말한다.<sup>2)</sup>

그러나 채권자대위권에 있어서는 피대위채권의 주체인 채무자도 스스로 권리를 행할 자격이 있으나, 다른 대위에 있어서는 질권자나 저당권자, 손해배상자, 변제자, 보험자 등만이 권리를 행사할 수 있고, 피대위채권의 주체인 채무자는 권리행사가 금지되는 점에서 차이가 있다.<sup>3)</sup> 이 점에서 채권자대위를 임의대위, 나머지 대위를 법정대위

1) 이 이외에도 고용보험법, 산업재해보상보험법, 국민연금법, 근로기준법, 임금채권보장법, 자동차손해보상보장법 등에서 '청구권 등의 대위'에 관하여 규정하고 있다. 실무상 이러한 대위에 따른 구상금청구소송이 상당히 많은 편이다.

2) 이은영, 「채권총론」, 박영사, 1991, 139면.

3) 예컨대, 보험자가 피보험자에게 보험금을 지급하면 피보험자가 제3자에 대해 갖는 손해배상 청구권은 법률상 당연히 보험자에게 이전하여 보험자만이 제3자에 대한 권리를 취득한다.

로 부를 수도 있을 것이다.<sup>4)</sup>

채권자대위권은 본래 채권자취소권과 함께 채무자의 책임재산을 보전하고 강제집행을 준비하기 위하여 채권자에게 인정된 법적 수단이다. 채권은 원래 채무자에 대한 청구권에 불과할 뿐 채무자의 재산에 대한 권리가 아니다. 채권의 상대효 원칙에 따라 채무자의 재산에 대하여는 채무자만이 그 주체이고 채권자나 제3자는 채무자의 권리행사에 개입할 수 없는 것이 원칙이다. 그러나 채무자의 자유로운 재산처분으로 인해 채무자의 책임재산이 없거나 부족한 경우 채권의 실질적 가치를 확보하기 위하여 예외적으로 채권자가 채무자의 책임재산에 대하여 간섭을 허용하는 것이 바로 채권자대위권과 채권자취소권이다.

채권자대위권은 채권자가 자기의 채권을 보전하기 위하여 채무자의 권리를 대신 행사할 수 있는 권리를 말한다(민법 제404조 제1항). 그러나 채권자대위권은 채권의 대외적 효력으로 인정되는 것이기는 하나<sup>5)</sup> 채권의 상대효의 원칙에 대한 예외적인 권리라는 점이 우선적으로 고려되어야 한다. 이 채권자대위권은 채권에 대한 강제집행제도가 불비된 프랑스 민법상의 '간접소권(action indirecte, 대위소권)'에서 유래한 것이고,<sup>6)</sup> 강제집행절차가 완비된 독일은 민법에 채권자대위권에 관한 규정이 없고 민사소송법에 대위소권제도와 유사한 추심소송제도를 두고 있을 뿐이라고 한다.<sup>7)</sup>

우리나라는 독일법과 같이 강제집행제도가 비교적 완비되어 있음에도 불구하고 일

피보험자가 보험자로부터 보험금을 지급받은 후에도 제3자에 대한 청구권을 보유·행사하게 하는 것은 피보험자에게 손해의 전보를 넘어 오히려 이득을 주는 결과가 되기 때문이다. 상세는 오창수, "보험자대위에 관한 판례이론의 검토-청구권대위를 중심으로-", 「변호사(제31집)」, 서울지방변호사회, 2001, 84~85면 참조.

- 4) 여기서 임의대위는 법률에 규정이 없는 대위라는 뜻이 아니라 채무자의 권리와 채권자의 대위권이 병존하며 대위권행사 여부가 채권자의 의사에 달려있다는 의미이다.
- 5) 채무불이행의 경우 채권자에게 인정되는 강제이행청구권(민법 제389조)과 손해배상청구권(민법 제390조)을 채권자와 채무자간에 발생하는 채권의 대내적 효력이라고 한다면, 채권자대위권은 채권자취소권과 함께 채권자에게 그의 피보전채권을 위하여 채무자와 제3채무자 사이의 대외관계에까지 간섭을 허용하는 권리라는 점에서 이를 채권의 대외적 효력이라고 할 수 있다.
- 6) 프랑스 민법상의 간접소권에 관한 상세는 명순구, "채권자대위제도의 오용과 남용: 그 원인분석과 대안", 「고려법학(제39호)」, 고려대학교법학연구원, 2002, 184면 이하; 오수원, "프랑스에서의 채권자대위소송 판결의 채무자에 대한 효력", 「무등춘추(제7호)」, 광주지방변호사회, 2002, 9면 이하; 오수원, "프랑스의 채권자대위권에 있어서 채권자의 채권과 특정물채권자-1980년대 이후의 새로운 경향-", 「법조(제49권 제9호)」, 법조협회, 2000, 49면 이하 각 참조.
- 7) 강봉석, "채권자대위권에 있어서 채권보전의 필요성", 「민사판례연구[X X IV]」, 박영사, 2002, 174~175면; 남동현, "채권자대위소송과 채무자의 절차권 보장", 「민사소송(제8권 제1호)」, 한국사법행정학회, 2004, 183~185면 참조.

본법을 계수하여 민법에서 채권자대위권을 규정하고 있다(민법 제404조, 제405조). 채권자대위권은 강제집행을 하기 위하여 필요한 집행권원이 없어도 되고, 권리행사가 간편하며, 채무자의 권리에 대한 시효중단과 같은 보전행위뿐만 아니라 취소권·해제권 등 형성권도 채권자대위권의 대상이 되는 점에서 채권자대위권제도의 유용성이 크다고 할 수 있다. 또한 채권자대위권이 책임재산의 보전을 넘어 사실상 채권의 간이추심 제도로서의 기능도 한다.<sup>8)</sup> 민사보전절차로서 가압류·가처분, 강제집행절차로서의 채권압류 및 추심명령이나 전부명령과 더불어 실무상 채권자대위소송이 활발히 제기되는 이유가 바로 여기에 있다.

특히 판례가 특정한 채권자만의 특정한 채권을 보전하기 위하여 채권자대위권의 행사범위를 넓혀가면서 모든 채권자를 위하여 채무자의 일반재산을 확보함을 목적으로 하는 채권자대위권 본래의 취지는 탈색되고, 채무자의 자력 유무를 불문하고 등기청구권 등 특정채권의 보전을 위한 채권자대위권의 행사가 허용됨으로써 제도 본래의 취지가 변용되고 있다. 예컨대, 부동산의 전전매도된 경우(A→B→C) 매수인(C)이 매도인(B)에 대한 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 매도인(B)을 대위하여 전 매도인(A)을 상대로 소유권이전등기청구권을 대위행사 하는 경우가 많다. 오히려 특정한 채권자만의 특정한 채권을 보전하기 위한 변용된 채권자대위권의 행사가 일반화되었다고 해도 과언이 아니다. 채권자대위권은 강제집행절차와는 별개로 독자적인 존재의의를 가지고 채권자의 권리실현에 이바지하는 중요한 역할과 기능을 담당하고 있다.

## 2. 채권자대위권의 법적 성질

채권자대위권의 법적 성질에 관하여는 이를 일종의 법정대리권이나 특수한 대리권으로 보거나 법정 포괄적 담보권으로 보는 견해가 있으나, 채권자가 법률의 규정에 의

8) 예컨대 채무자가 제3채무자에게 금전채권을 가지고 있는 경우 채권자는 제3채무자에 대해 채무자에게 이행할 것을 청구하는 대신 자신에게 직접 이행할 것을 청구하여 이를 직접 수령할 수 있고, 이 경우 채권자는 채무자에 대해 가지고 있는 금전채권과 채무자가 채권자에 대해 가지고 있는 변제수령금의 반환청구권을 상계함으로써 다른 채권자보다 실질적으로 우선변제를 받는 결과를 얻을 수 있다. 판례는 원고가 미등기 건물을 매수하였으나 소유권이전등기를 하지 못한 경우에는 위 건물의 소유권을 원시취득한 매도인을 대위하여 불법점유자에 대하여 명도청구를 할 수 있고 이때 원고는 불법점유자에 대하여 직접 자기에게 명도할 것을 청구할 수도 있다고 한다. 대판 1980. 7. 8. 선고 79다1928 판결; 대판 1995. 5. 12. 선고 93다59502 판결 등 참조.

하여 사실상 또는 법률상의 행위를 통하여 채무자의 재산을 관리하는 권리로 보고 이를 일종의 법정재산관리권으로 보는 것이 통설이다.<sup>9)</sup> 채권자대위권 행사의 효과가 채무자에게 귀속한다고 하더라도 채권자대위권은 채무자의 이름이 아닌 채권자의 이름으로 행사하는 것이므로 채권자대위권을 일종의 법정대리권이나 특수한 대리권으로 볼 수는 없다. 채권자대위권은 채권자의 채권을 보전하기 위해 채권자에게 부여된 채권자의 고유권이다.

채권자대위권은 본래 책임재산의 보전을 위한 순수한 실체법상의 권리이고, 채권자는 이를 통해 채무자의 권리를 대위행사할 수 있다. 채무자의 책임재산은 모든 채권자에 대해 평등한 지위에 있으므로 피보전채권이 금전채권인 경우 채권자는 그 대위권 행사로부터 직접적으로 자기채권의 만족을 얻을 수는 없고, 법원으로부터 추심명령이나 전부명령을 얻은 경우에 대위권행사의 객체인 채권으로부터 만족을 얻을 수 있다.<sup>10)</sup> 이 경우 채권자가 자기의 채권을 보전하기 위하여 채무자의 권리를 행사하는 채권자대위권은 법률의 규정에 의하여 채무자의 재산을 관리할 수 있는 일종의 법정재산관리권으로 이해할 수 있다.

채권자대위권을 채권자가 자신의 채권의 보전을 위하여 채무자의 책임재산 전체에 대하여 가지는 일종의 포괄적 담보권과 사적인 실행방법의 성질을 가진 것으로 보는 견해가 있다.<sup>11)</sup> 이 견해는 채권자대위권이 소극적인 책임재산 보전기능을 넘어서서 집행권원을 얻지 않고 집행할 수 있는 적극적인 채권만족기능을 가진 채권추심제도로서의 의의를 강조하고 있다. 이 견해가 채권자대위권의 행사를 통해 채권자의 채권을 실현하는 실재를 잘 포착한 것으로 볼 수는 있으나, 피보전채권이 금전채권인 경우 채권자가 상계에 의하여 실제로 우선변제를 받는 결과를 가져오는 점을 비유적으로 표현한 것을 넘어서서 우리 법제상 포괄담보권이나 사적 실행방법을 인정하기에는 무리가 있다.<sup>12)</sup> 또한 포괄적 담보권이라는 담보권의 의미가 분명하지 아니하고, 이를 인정하

9) 강봉석, 전계논문, 179~180면; 곽윤직, 「민법주해(IX)[김능환 집필부분]」, 박영사, 1995, 749면.

10) 강봉석, 전계논문, 177면 참조.

11) 김형배, 「민법학연구」, 박영사, 1986, 182면 이하; 동, 「채권총론」, 박영사, 1998, 346면 이하 참조. 이 견해에 의하면 피보전채권이 금전채권인지 특정채권인지 여부와 관계없이 채무자의 무자력을 채권자대위권행사의 요건으로 보지 않는다.

12) 명순구, 전계논문, 198~199면은 채권자대위권이 채권의 상대효 원칙에 대한 증대한 예외이고, 채무자의 무자력은 이러한 예외적 성격을 정당화시켜주는 핵심요소로 보아야 하는 점에서 포괄적 담보권설에는 찬성할 수 없다고 한다. 오수원, “채권자대위권 행사에 따른 효과의 범위”, 「무등춘추(제1호)」, 광주지방변호사회, 1988, 109면은 법정포괄담보권설은 담보권의 의미가 우선변제적 효력에 의한 것이거나 유치적 효력에 의한 것이거나 실질적으로 우선변제를 받는데 있다고 할 것인데, 채권자대위권을 행사한 경우 대위수령한 목적물이

게 되면 물권법정주의에 반하며, 피보전채권이 금전채권이 아닌 특정채권인 경우에는 담보와는 직접 관련이 없다는 점에서 포괄담보권설은 그 이론적 한계를 지니고 있다고 할 것이다.

채권자대위권을 채권자가 채무자의 권리를 대위하는 것이 아니라 채무자의 자력과 관계없이 채무자의 권리와 동일한 독립의 청구권을 취득하고 그 효과 역시 채권자에게 귀속되는 것으로 파악하는 직접청구권설이 있다.<sup>13)</sup> 그러나 책임보험에서의 피해자의 보험자에 대한 직접청구권,<sup>14)</sup> 수급사업자의 발주자에 대한 하도급공사대금 직접청구권<sup>15)</sup> 등의 명문의 특별규정도 없는데 일반적으로 특정채권보전을 위한 채권자대위권행사를 직접청구권의 행사로 규율할 수 있는지는 의문이다. 채권자대위권을 직접청구권의 행사로 보게 되면 오히려 채권의 상대효원칙에 대한 예외로 인정된 채권자대위제도가 궤도 이탈을 할 우려가 있다. 일반 채권자에게 채무자의 권리에 대한 직접청구권을 인정하게 되면 채권의 상대성은 무너진다. 특정 채권보전을 위하여 무자력 요건과 무관하게 채권자대위권을 전용하는 것이라고 하더라도 이를 채권자대위제도에 대한 오용 내지 남용으로 보기보다는 특정채권보전을 위한 거래의 수요에 부응하기 위한 판례의 법 창조기능으로 볼 수 있다. 채권자대위권을 채권자의 고유권으로 본다고 하더라도 이는 채무자가 제3채무자에게 대하여 가지고 있는 권리를 채권자가 대위하여 행사하는 기본 구조를 무시할 수는 없다.

판례는 채권자대위권의 법적성질을 명백히 밝힌 것은 없으나, 채권자대위권을 행사하는 경우 채권자와 채무자는 일종의 법정위임의 관계에 있으므로 채권자는 민법 제 688조를 준용하여 채무자에게 그 비용의 상환을 청구할 수 있다고 함으로써<sup>16)</sup> 채권자대위권을 법정재산관리권으로 파악하는 것으로 새길 수 있다.

채권자의 채권의 목적물과 동종의 것이고 상계적상이 있어서 상계함으로써 우선변제를 받는 것과 같은 결과가 생기는 경우를 제외하고는 채권자대위권행사의 효과는 직접 채권자에게 귀속되는 것이 아니고 모든 채권자를 위하여 채무자에게 귀속되는 것이므로 담보권이라고 보는 것은 의미가 없다고 한다.

13) 명순구, 전계논문, 211면 이하는 판례가 채권자대위권이 전용된 사례에 해당하는 것들을 직접청구권 이론으로 해결하여 직접청구권의 행사요건을 충족하면 채무자의 무자력과 상관없이 채권자가 채무자의 제3채무자에 대한 권리를 행사하고 그 효과는 채권자에게 귀속하는 것으로 이론구성 하는 것이 타당하다고 한다.

14) 상법 제724조 제2항, 자동차손해배상보장법 제10조 참조.

15) 하도급거래 공정화에 관한 법률 제14조 참조.

16) 대판 1996. 8. 21. 자 96그8 결정.

### 3. 채권자대위소송의 실천적 의미

채권자대위권은 실체법상의 권리이지 소송법상의 권리가 아니다. 따라서 채권자대위권을 재판상 또는 재판외에서도 행사할 수 있고, 채권자대위권을 반드시 소로써만 주장할 수 있는 것은 아니다.<sup>17)</sup> 실무상 채권자가 채무자인 상속인을 대위하여 채무자 앞으로 상속등기를 하는 예가 많다.<sup>18)</sup> 이 점이 실체법상의 권리인 채권자취소권을 형성의 소의 형태로 반드시 소로써만 주장하도록 되어 있는 것(민법 제406조)과 다른 점이다.

채권자대위권을 재판외에서 행사할 경우 채권자가 채권자대위권을 행사한 것인지, 대위행사의 구체적 내용이 무엇인지에 관하여 채무자가 알 수 없는 상황이 발생할 수 있으므로 민법은 원칙적으로 피보전채권(대위채권)이 이행기에 있어야 하고(제404조 제2항), 채권자가 채권자대위권을 행사한 때에는 채무자에게 통지하여야 하고 채무자가 이 통지를 받은 후에는 그 권리를 처분하여도 채권자에게 대항하지 못하도록 하여(제405조) 실체법적 요건을 규정하고 있다.<sup>19)</sup>

그러나 채권자대위권을 재판외에서 행사할 경우 법률관계의 불명확성과 피보전채권 및 피대위채권의 존부 등에 관하여 당사자간의 다툼을 피할 수 없으므로 채권자대위권을 소송상 행사하는 경우가 많고, 실무상 채권자대위권을 소의 방법으로 행사하는 채권자대위소송이 많이 제기되고 있다.<sup>20)</sup> 재판외에서 채권자대위권을 행사한 경우에도 대위권행사의 목적을 달성할 수 없는 경우에는 다시 채무자를 대위하여 행사된 채권자대위권의 법률효과를 바탕으로 채권자대위소송을 제기할 수밖에 없는 경우도 있다. 채권자대위권을 소로써 주장하는 경우 실체법상의 채권자대위권과 채권자대위소송을 어떻게 규율할 것인지가 문제의 관건이 된다. 실체법상의 권리를 소송상 행사할 경우 실체법과 절차법의 관계설정의 문제는 채권자대위소송 뿐만 아니라 민사법 전 영역에서 문제된다.<sup>21)</sup>

17) 이 점에서 채권자대위권을 재판상 행사하여야 하는 권리로 규정한 프랑스 민법과 다르다. 명순구, 전제논문, 184면 참조.

18) 부동산등기법 제52조는 채권자가 민법 제404조에 따라 채무자를 대위하여 등기를 신청할 때에는 신청서에 채권자와 채무자의 성명 또는 명칭, 주소 또는 사무소와 대위원인을 적고 대위원인을 증명하는 서면을 첨부하도록 하고 있다.

19) 명순구, 전제논문, 184~186면 참조.

20) 엄격히는 소를 제기하는 것이지 소송을 제기하는 것이 아니고, 소(Klage)와 소송(Prozess)을 구별하여야 하겠지만[호문혁, 「민사소송법(제7판)」, 법문사, 2009, 71면 각주1] 참조] '소송'의 약어로 '소'를 쓰기도 하고 관례와 실무는 '소'와 '소송'을 혼용하고 있으므로 본고에서는 '채권자대위의 소'라는 용어 대신에 '채권자대위소송'이라는 용어를 쓰고자 한다.

21) 예컨대, 호문혁, 전제서, 51면은 제소 그 자체는 실체법상의 권리행사의 한 방법이므로 제



그 동안 채권자대위권 및 채권자대위소송에 관하여 실체법 및 절차법의 영역에서 상당히 많은 연구가 행해졌지만 그간의 논의가 과연 채권자대위제도의 본질과 정합성이 있는 논의였는지는 검토를 요한다. 채권자대위에 관한 판례, 이론, 실무가 상호 체계정합성을 가질 때만이 채권자대위제도의 실천적 의미를 포착할 수 있다.

이하에서 채권자대위권을 소의 방법으로 행사하는 채권자대위소송에서 제기되는 쟁점 중 우선 당사자의 지위 및 소송요건을 중심으로 채권자대위소송의 실천적 의미를 검토하고, 채권자대위소송과 중복된 소제기의 금지, 기판력, 재소금지 등의 쟁점에 관하여는 별도로 살펴보기로 한다.

### Ⅲ. 當事者의 地位<sup>22)</sup>

#### 1. 채권자의 지위 : 당사자적격

##### 가. 채권자대위소송의 법적 성질

채권자대위권의 법적 성질과 별도로 채권자대위소송의 법적 성질에 관하여 이를 법정소송담당으로 보는 통설과 채권자는 단지 민법상의 채권자대위권이라는 실체법상의 권리를 소송상 행사하는 것에 불과하다는 독자적 권리행사설이 있다.

특정의 소송사건에서 정당한 당사자로서 소송을 수행하고 본안판결을 받기에 적합한 자격을 당사자적격 또는 정당한 당사자라고 하고, 이를 권한의 측면에서 파악하면 소송수행권(관리처분권)이 된다.<sup>23)</sup> 통설은 채권자대위소송을 하는 채권자(민법 제404

소가 신의칙에 위반되면 그것은 실체법상의 신의칙 위배이지 소송법상 신의칙 위배가 되는 것은 아니라고 한다. 이 견해에 의하면 신의칙위배의 제소는 청구가 실체법상 이유가 없는 것이 되어 청구기각판결을 하여야 한다고 한다. 생각건대 실체법상의 권리행사의 방법이 아닌 제소는 거의 있을 수 없으므로 어떠한 경우가 소송법상의 신의칙 위배에 해당 하는지 의문이 있다. 우리 법제는 실체법과 절차법을 체계적으로 분리하고 있고, 민사소송법 제1조 제2항에서 신의칙에 관한 명문의 규정을 두고 있는 이상 실체법상의 신의칙이 아닌 소송법상의 신의칙을 탐구할 필요가 있다. 그렇다고 하여 통설·판례와 같이 신의칙 위반을 다른 소송요건과 동일한 반열에 놓고 소의 이익흡결로 부적법각하 하는 것도 옳지 않다. 소송법상 신의칙 위배를 청구(본안)의 당부판단에 흡수하여 청구기각판결을 하는 것이 소송심리의 체계와도 부합한다고 생각한다.

22) 채권자대위소송에서는 (대위)채권자, 채무자(피대위자), 제3채무자(채무자의 채무자) 등 3자가 관여하고, 채권자의 채무자에 대한 권리를 피보전채권(대위채권)이라고 하고, 채무자의 제3채무자에 대한 권리를 피대위채권이라고 한다.

조)를 회사대표소송의 주주(상법 제403조), 공유자전원을 위해 보존행위를 하는 공유자(민법 제265조), 채권추심명령을 받은 압류채권자 등과 같이 제3자가 권리관계의 주체와 함께 소송수행권을 갖는 경우로 보고 이를 법정소송담당으로 보고 있다.<sup>24)</sup>

이에 대하여 채권자대위소송의 채권자는 민법상 자신에게 인정된 실체법상의 권리를 소송상 행사하는 것이고, 단순히 채무자의 권리를 행사하는 것이 아니라 책임재산보전 또는 특정채권의 보전이라는 자신의 고유의 이익을 위하여 소송을 수행하는 것이므로 이러한 경우를 소송담당이라고 보는 것은 타당하지 않다는 소수설이 있다.<sup>25)</sup>

생각건대 채권자가 채무자에 대한 피보전채권(대위채권)이 없음에도 불구하고 채무자의 권리(피대위채권대)를 행사하게 되면 채무자의 권리에 대한 부당한 간섭이 된다. 채권자대위권은 타인인 채무자의 권리(피대위채권)를 채권자가 행사하는 것이므로 권리자가 스스로 권리를 행사한다는 원칙에 대한 예외가 되고,<sup>26)</sup> 이러한 예외적인 채권자대위권의 행사는 엄격하게 제한적으로 허용하는 것이 제도의 취지에 부합한다.

따라서 채권자에게 채권자대위권이 인정되는 것은 자기 채권을 보전하기 위한 것이기 때문이고, 이러한 피보전채권이 없으면 채권자대위권을 행사할 정당한 원고가 될 수 없다고 보아야 할 것이다. 피보전채권이 없는 자가 단지 채권자라고 주장한다는 이우만으로 채권자대위권의 원고적격을 부여할 수는 없는 것이다.<sup>27)</sup>

채권자대위권이 실체법상의 권리라는 이유로 이를 소송상 행사하는 것을 자신의 고

- 23) 이시윤, 「민사소송법(제5판)」, 박영사, 2009, 132~133면; 정동윤/유병현, 「민사소송법(제3판)」, 법문사, 2009, 189면 참조.
- 24) 송상현/박익환, 「민사소송법(신정5판)」, 박영사, 2008, 138면; 이시윤, 전게서, 135면; 정동윤/유병현, 전게서, 193~194면 참조. 다만 통설은 채권질의 질권자(민법 제353조)도 병행형 법정소송담당으로 보고 있으나, 채권질의 질권자는 질권의 효력에 의해 우선변제권을 행사하는 것이 제3자의 소송담당으로 볼 것이 아니다. 이와 같은 병행형 법정소송담당 이외에 파산재단에 관한 소송을 하는 파산관재인, 회생회사의 관리인, 채권추심명령을 받은 압류채권자, 유언집행자 등과 같은 갈음형 법정소송담당이 있다.
- 25) 호문혁, 전게서, 237~238면; 호문혁, “채권자대위소송에 있어서의 피보전채권과 당사자적격”, 「민사판례연구」, 박영사, 1990, 26면; 호문혁, “채권자대위소송과 중복제소”, 민사판례연구[XVI], 박영사, 1994, 377~378면 참조.
- 26) 채권자대위소송을 소송담당이 아니라는 호문혁, 전계논문 “채권자대위소송과 중복제소”, 373면도 권리는 본래 권리자 자신이 행사하는 것이 타인이 행사하는 것이 아니라는 대원칙을 인정하고 있다.
- 27) 이시윤, 전게서, 135면 각주3)은 소수설과 같은 입장에 선다면 1회적 채무를 질뿐인 제3채무자가 여러 채권자들이 있을 때에 그들에 의하여 두 번 세 번 소제기를 당하게 되는 파상공격의 시달림을 피할 수 없게 된다고 비판하나, 이는 정확한 비판이 아니다. 채권자대위소송을 제3자의 소송담당으로 보느냐 여하에 따라 제3채무자의 소송상 지위가 달라지는 것은 아니다. 호문혁, 전게서, 237~238면 각주8) 참조.

유의 권리행사로 보고 소송담당이 아니라고 보는 것은 일반 채권과 채권자대위권의 본질적 차이를 간과한 것이다. 채권자대위소송이 채권자가 자신의 고유의 이익을 위해서 자신의 권리를 행사하는 것이라고는 하지만 채권자 자신의 피보전권리가 인정되지 않는다면 더 이상 채무자의 피대위채권에 개입하여 채권자대위소송을 제기할 수 없는 것이다. 일반 이행의 소와 마찬가지로 당사자의 주장 자체를 그 판단기준으로 삼아서 원고가 스스로 채권자라고 주장하면 그가 정당한 당사자이고, 과연 그가 진정한 채권자인가는 본안심리와 본안판단에서 밝혀야 할 것이라는 주장<sup>28)</sup>은 일반 채권과 채권자대위권을 동일시하고, 채권자대위소송에서 주장하는 채권자대위권이 채권의 상대효에 대한 증대한 예외로 인정된 권리라는 점을 도외시한 견해이다.

민사소송의 장(場)에서는 실체법상의 권리를 소송상 행사하는 것이 주된 목적이지만, 소송법상의 절차적 권리만 소송상 행사하는 것이 아니다. 권리자가 실체법상의 권리를 행사한다는 이유로 소송담당이 아니라고 단정할 수는 없다. 채권자대위권이 실체법상의 권리고, 실체법상의 모든 청구권이 소구할 수 있는 것이라고 하여 채권자대위권을 일반 채권과 동일한 실체법상의 권리로 파악할 수는 없다. 특정채권의 보전을 위하여 대위권을 행사하는 경우 채권자의 채무자에 대한 이전등기나 말소등기청구를 함께 한다고 하여 채권자대위소송을 소송담당이 아니라고 할 수는 없다.<sup>29)</sup> 이 경우에는 채무자에 대한 청구와 채권자대위소송인 제3채무자에 대한 청구가 병합된 것이기 때문이다. 채권자대위소송이 제3자의 소송담당이 아니라면 더 이상 채권자대위소송과 관련한 당사자적격은 문제될 것이 없고 일반 채권자의 이행소송과 동일하게 처리하면 될 것이다. 이 견해에 의하면 채권자대위권 행사로 인한 효과가 채무자에게 귀속한다는 사실을 설명하기에 난점이 있다.<sup>30)</sup>

채권자대위소송에서 채권자는 원래 제3채무자에 대한 실체법상의 권리자가 아니면서 자신의 채무자에 대한 채권(피보전채권)을 보전하기 위하여 자신의 이름으로 피대위채권을 행사할 수 있는 권능을 부여받은 것이므로 이는 대리인과 구별되며, 다른 제3자의 소송담당과 마찬가지로 권리관계의 주체 이외의 제3자가 소송수행권을 갖는 경우와 다르지 않다. 소수설과 같이 채권자대위소송을 소송담당이 아니라고 보게 되면 채

28) 호문혁, 전제논문, “채권자대위소송에 있어서의 피보전채권과 당사자적격”, 32면.

29) 호문혁, 전제논문 “채권자대위소송과 중복제소”, 378면은 대위청구를 할 때에는 채권자의 채무자에 대한 이전등기나 말소등기청구를 함께 하는데 이러한 경우에는 대위권 행사가 채권자 자신을 위한 청구라는 것이 더욱 뚜렷이 부각되므로 채권자대위소송을 소송담당이 라고 하는 것은 타당하지 않다고 한다.

30) 명순구, 전제논문, 192면.

권자대위소송에서 피대위채권의 존부뿐만 아니라 대위채권(피보전채권)도 소송물이 된다는 결론이 되는데 채권자대위소송의 소송물은 채무자의 제3채무자에 대한 청구 즉 피대위채권의 존부라는 점에서도 타당하지 않다.<sup>31)</sup>

결국 채권자대위소송은 피보전채권이 있는 자'만'이 제기할 수 있는 것이지, 피보전채권이 있다고 '주장하는 자'는 누구나 채권자대위소송을 제기할 수 있는 것이 아니다. 여기서 이 문제는 피보전채권의 존부와 소송요건의 문제로 흡수된다.

#### 나. 피보전채권의 존부와 당사자적격

##### (1) 소각하설

판례는 채권자대위소송이 제3자의 소송담당임을 전제로 채권자대위소송에서 대위에 의하여 보전될 채권자의 채무자에 대한 권리(피보전채권)가 존재하는지 여부는 소송요건으로서 법원의 직권조사사항이므로, 법원으로서 그 판단의 기초자료인 사실과 증거를 직권으로 탐지할 의무까지는 없다 하더라도, 법원에 현출된 모든 소송자료를 통하여 살펴보고 피보전채권의 존부에 관하여 의심할 만한 사정이 발견되면 직권으로 추가적인 심리·조사를 통하여 그 존재 여부를 확인하여야 할 의무가 있다고 한다.<sup>32)</sup>

판례는 채권자대위소송에 있어서 피보전채권이 소멸하거나<sup>33)</sup> 인정되지 아니할 경우에는 채권자가 스스로 원고가 되어 채무자의 제3채무자에 대한 권리를 행사할 당사자적격이 없게 되므로 그 대위소송은 부적법하여 각하할 수밖에 없다는 입장이다.<sup>34)</sup>

31) 실무상 채권자대위소송의 청구취지나 판결주문에는 소송물인 피대위채권의 존부에 대한 결론이 표시되고, 피보전채권의 존부에 대한 판단은 없다. 주문 기재례 : (이전등기) 별지 목록 기재 부동산에 관하여 피고 乙은 피고 甲에게 2009. 6. 1. 매매를 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행하라. (말소등기) 별지목록 기재 부동산에 관하여 피고 甲에게 피고 乙은 서울중앙지방법원 2009. 6. 1. 접수 제12345호로 마친 소유권이전등기의 말소등기절차를 이행하라.

32) 대판 2009. 4. 23. 선고 2009다3234 판결. 원고가 A에 대한 8,750만 원의 대여금채권(이하 '이 사건 피보전채권'이라 한다)을 보전하기 위하여 A를 대위하여 피고를 상대로 근저당권설정 등기의 말소를 구하는 이 사건 채권자대위소송에 관하여, 원고가 2005. 8.경 이 사건 피보전채권을 B에게 양도하였으므로, 원고가 채무자인 A에 대하여 이 사건 피보전채권을 보유하고 있음을 전제로 하는 이 사건 채권자대위소송은 부적법하다고 보아 이를 각하한 원심에 대하여 기록상 이 사건 피보전채권의 확정판결에 대한 승계집행문을 원고에게 다시 부여하는 취지가 나타나 있는 점에 비추어 원심으로서 직권으로 추가적인 심리·조사를 통하여 이 사건 피보전채권의 존재 여부를 확인하여야 할 의무가 있음에도 이를 소홀히 하여 원고의 이 사건 채권자대위소송이 부적법하다고 속단한 위법이 있다고 판시한 사례.

33) 대판 2008. 10. 23. 선고 2008다37223 판결; 대법원 1988. 6. 14. 선고 87다카2753 판결 참조.

## (2) 청구기각설

채권자대위소송을 법정소송담당이 아니라는 견해는 당사자적격은 본래 원고의 주장 자체로만 판단하는 것이고, 채권자 스스로 채무자에 대한 채권자라고 주장하면 그 자체로 채권자에게는 당사자적격이 인정되는 것이며, 채권자대위권이 민법이 인정한 실체법상의 권리이고 단순한 소권이 아닌 이상 민법상의 대위권 행사의 요건인 '피보전채권이 존재할 것'은 실체법상의 법률요건이지 소송요건이 될 수 없다는 이유로 이 경우에는 실체법상의 법률요건의 불비로 보아 청구기각판결을 하는 것이 타당하다고 한다.<sup>35)</sup>

## (3) 각하설에 대한 비판

각하설에 대하여는 채권자대위소송에서 피보전채권의 존부가 당사자적격의 전제가 되는 소송요건이라면 이는 법원의 직권조사사항에 속하는 것으로서 이에 대한 제3채무자의 자백이나 인낙이 허용되지 않는 것으로 해석해야 논리적이고, 피보전채권의 존부가 법원의 직권조사사항이라면 피보전채권이 채무자의 변제에 의하여 소멸한 경우 이

- 34) 대판 2004. 2. 13. 선고 2003다46475 판결 등 참조. 대법원 2005. 9. 29. 선고 2005다27188 판결 : 원심은 원고가 2000. 1. 8. A로부터 동인 소유의 이 사건 부동산을 1억 8,600만 원에 매수하되 다만 피고가 이를 담보로 대출을 받을 수 있도록 하기 위하여 그 소유 명의를 피고에게 신탁하기로 하여 같은 달 15. 피고 명의로 소유권이전등기를 경료한 것임을 전제로, 원·피고 사이의 명의신탁약정 및 이에 따른 위 소유권이전등기는 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률에 의하여 무효이나 원고와 A 사이의 위 매매계약은 여전히 유효하여 원고는 A에 대하여 위 매매계약에 기한 소유권이전등기를 청구할 수 있으므로, 원고는 A에 대한 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 A를 대위하여 피고에게 무효인 위 소유권이전등기의 말소를 구한다는 원고의 주장에 대하여, 판시 각 증거들만으로는 피고 명의의 위 소유권이전등기가 원·피고 사이의 명의신탁약정에 기하여 경료된 것이라는 점을 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없으며, 오히려 그 채택증거들에 의하여 인정되는 판시와 같은 사실들을 종합하여 보면 위 소유권이전등기는 원고의 피고에 대한 투자행위의 일환으로 경료된 것으로 원고는 이 사건 부동산을 피고에게 귀속시키려 한 것이라고 봄이 상당하다는 이유로, 원고의 청구를 인용한 제1심판결을 취소하고 원고의 청구를 기각하였으나, 대법원은 피고 명의의 위 소유권이전등기가 원·피고 사이의 명의신탁약정에 기하여 경료된 것이라는 점이 입증되지 아니하는 이상 위 소유권이전등기는 무효라 할 수 없고, 결국 원고는 더 이상 A에 대하여 위 매매계약에 기한 소유권이전등기를 청구할 수 없으므로, 원고가 A에 대한 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 A를 대위하여 피고에게 위 소유권이전등기의 말소를 구하는 이 사건 소는 대위에 의하여 보전될 원고의 A에 대한 소유권이전등기청구권이 인정되지 아니하는 이상 원고에게 당사자적격이 없어 부적법하다고 판시하고 원심판결을 파기하여 소각하의 자판을 하였다.
- 35) 호문혁, 전제서, 238면; 박철우, "채권자대위권", 「판례연구(제5집)」, 서울지방변호사회, 1992, 214면. 상세는 호문혁, 전제논문, "채권자대위소송에 있어서의 피보전채권과 당사자적격", 27~32면 참조.

에 대한 제3채무자의 주장·입증이 없음에도 법원이 직권으로 피보전채권의 변제여부를 조사·판단하도록 하는 것은 심히 불합리하다는 비판이 있다.<sup>36)</sup>

(4) 검토

청구기각설은 본안심리 결과 당사자들이 권리자나 의무자가 아닌 것이 밝혀지더라도 그 이전에는 일응 원고가 자기 스스로 권리자임을 주장하고 피고는 의무자라고 주장하면 그 자체로 당사자적격이 인정되고, 본안심리의 결과가 나오기 이전에 밝혀지는 경우라야 당사자적격이 부정된다고 한다.<sup>37)</sup> 그러나 이는 일반 채권자의 이행청구소송과 채권자대위소송의 차이를 간과한 것이고, 실체법상의 권리라고 하여 원고의 청구 자체에서 당사자적격이 판가름되는 일반 이행의 소와 소송물에 대한 관리처분권을 전제로 하는 채권자대위소송을 동일한 반열에서 평가할 수 없다고 생각한다. 그리고 소송요건 중에서도 본안심리 결과 밝혀지는 것이 있으며, 소송요건 구비여부는 사실심 변론종결시를 표준으로 하므로 본안심리 후 당사자적격 여부가 가려진다고 하여 반드시 본안판결을 하여야 하는 것은 아니다.

청구기각설은 피보전채권의 존재도 채권자대위소송의 소송물에 포함되는 것으로 보고, 그 채권이 존재하지 않는 것으로 밝혀지면 당사자적격이 없다고 하여 그 소를 각하할 것이 아니라 청구를 이유가 없다고 하여 기각하여야 한다고 주장한다.<sup>38)</sup> 소송물에 관하여 구이론이나 신이론 어느 것에 의하여도 피보전채권의 존부와 피대위채권의 존부는 별개의 소송물이다. 청구기각설에 의하면 채권자대위소송은 소송물을 복수로 하는 병합소송이라는 결론이 되는데 이는 채권자대위소송의 실제와 맞지 않는다. 병합소송이라면 병합의 형태도 불분명하고, 피보전채권이 소송물에 포함된다고 하는 의미가 분명치 않다.<sup>39)</sup>

여기서 피보전채권의 부존재를 이유로 소를 각하할 경우와 청구를 기각할 경우의 차이를 보자. 소각하설에 의하면 소송요건의 흠결을 이유로 소각하판결을 하게 되고 소송판결에는 원칙적으로 기판력이 인정되지 않으므로 채권자는 소송요건을 구비하여

36) 원유석, “채권자대위소송에 있어서 피보전권리의 존부에 대한 판단기준”, 『민사판례연구[X X II]』, 박영사, 2000, 472~473면 참조.

37) 호문혁, 전계논문, “채권자대위소송에 있어서의 피보전채권과 당사자적격”, 27면.

38) 호문혁, 전계논문, “채권자대위소송에 있어서의 피보전채권과 당사자적격”, 32면.

39) 원유석, 전계논문 474~475면은 청구기각설이 설득력이 있다고 하면서도 채권자대위소송의 소송물은 채무자의 제3채무자에 대한 청구의 당부라고 하고 있다. 그러나 이는 소송물에 대해서만 청구의 당부를 판단할 수 있는데, 소송물이 아닌 피보전채권의 부존재에 대하여 청구기각판결을 할 수 있다는 것으로 논리적 흠결이 있다.

별소의 제기가 가능하다. 그러나 청구기각설에 의하면 피보전채권의 부존재를 이유로 청구를 기각할 경우 피대위채권의 존부에 대한 판단은 어떻게 되고 기판력의 범위는 어떻게 되는 것인지 분명하지 않다.<sup>40)</sup>

채권자대위소송의 소송물은 피보전채권의 존부가 아니라 피대위채권의 존부로 보는 것이 옳다. 피보전채권의 존부는 원고의 당사자적격을 인정하기 위한 전제요건 내지 소송요건으로 보는 판례와 실무의 태도가 타당하다고 본다.

## 2. 채무자(피대위자)의 지위

### 가. 채무자의 특정

채권자대위소송에서 판결의 효력이 미치는 주관적 범위를 확정하기 위하여 채무자인 피대위자를 특정하여야 한다. 예컨대 부동산 순차매도의 사례에서 소유권이전등기 청구권을 대위행사하는 경우 피대위자인 채무자가 피고로 되지 아니한 경우에는 그의 주소와 주민등록번호 등을 표시하여야 한다.<sup>41)</sup>

피대위채권이 금전채권인 경우 채권자는 제3채무자에 대하여 채무자에게 이행을 하라고 청구하여야 할 것이나, 채권자에게 직접 이행을 하도록 하여도 된다.<sup>42)</sup> 채권자가 제3채무자로부터 급부를 수령한 경우 그 급부의 채무자에 대한 반환의무와 자기의 채권을 상계하거나 채무자가 그 급부로서 변제한다는 의사표시를 함으로써 대위권을 행

40) 호문혁, 전게논문 “채권자대위소송과 중복제소”, 381면은 채권자대위소송은 채권자가 실제 법상 인정한 대위권이라는 권리를 행사하는 소송이므로 그 소송물은 채권자의 ‘실체법상의 대위권의 소송상 주장’이라고 하여야 한다고 한다.

41) 주문 기재례 : “피고는 소외 甲(610409-1234567, 주소 : 제주시 아라동 100)에게 별지목록 기재 부동산에 관하여 2009. 9. 1. 매매를 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행하라.” 대판 1995. 6. 19. 자 95그26 결정 : 채권자대위소송에 있어서 채무자가 어떤 경우로든지 간에 소송이 제기된 사실을 알았을 경우에는 그 판결의 효력이 채무자에게도 미치므로, 채권자대위소송에 있어서는 판결의 효력이 미치는 주관적 범위를 확정하기 위하여도 판결주문에 기재된 채무자는 당사자에 준하여 특정되어야 할 필요성이 있고, 이를 위하여 판결주문상 채무자의 주소나 주민등록번호를 보충하여 달라는 판결경정신청은 허용되어야 한다.

42) 대판 2005. 4. 15. 선고 2004다70024 판결 : 집행채무자의 채권자가 그 집행채권자를 상대로 부당이득금 반환채권을 대위행사하는 경우 집행채무자에게 그 반환의무를 이행하도록 청구할 수도 있지만, 직접 대위채권자에게 이행하도록 청구할 수도 있다고 보아야 하는데, 이와 같이 채권자대위권을 행사하는 채권자에게 변제수령의 권한을 인정하더라도 그것이 채권자 평등의 원칙에 어긋난다거나 제3채무자를 이중 변제의 위험에 빠뜨리게 하는 것이라고 할 수 없다.

사한 채권자가 사실상 우선변제를 받는 결과가 된다.<sup>43)</sup>

피대위채권이 특정채권인 경우 부동산 이중양도의 사례에서 채권자대위권을 행사하여 말소등기청구를 한 경우 말소등기의 이행상대방을 피대위자(채무자)로 특정하여야 하나,<sup>44)</sup> 판례는 피대위자가 아닌 채권자(원고)에게 말소등기절차를 이행하라고 하여도 무방하다는 입장이다.<sup>45)</sup>

판례는 피대위자 특정의 정도와 관련하여 채권자대위소송에서 피대위자인 채무자의 특징이 필요한 사항이기는 하나, 이는 피보전채권과 대위행사할 채권의 존부를 판단하고, 판결의 효력이 미칠 주관적 범위와 집행력이 미치는 범위를 정하며 채무자 본인이 제기할 소송이 중복소송에 해당하는지 여부를 판단하기 위하여 요구되는 것이므로, 채무자가 제대로 특정되었는지 여부는, 당해 채권자대위소송의 소송물이 갖는 성격과 채무자 특정의 난이도 및 소송 과정에서 드러난 사안의 특성 등에 비추어, 그 특정한 정도가 위에서 든 목적들을 달성하는 데 충분한지 검토한 후 그 결과에 따라 구체적·개별적으로 결정하면 될 일이지 반드시 모든 경우에 일률적으로 채무자 개인의 인적 사항을 통상의 소송당사자와 같은 정도로 상세히 특정하여야 하는 것은 아니라고 한다.<sup>46)</sup>

또한 일반적으로 원고가 내세우는 피고나 피대위자 등이 실존인물임이 인정되고 그러한 연령의 사람이 생존한다는 것이 매우 이례적이라고 보여지는 고령에 해당되지 않는 이상 특별한 사정이 없는 한 그들은 생존한 것으로 추정함이 상당하므로, 채권자대위소송에서 원고가 내세우는 피대위자가 실존인물이고, 오늘날 그 나이가 될 때까지 생존한다는 것이 매우 희귀한 예에 속한다고도 할 수 없는 것이어서 생존하였을 가능성이 극히 희박하다고 할 정도는 아닌 것으로 인정되는 이상 특별한 사정이 없는 한

43) 박윤직, 전제서, 772면 참조.

44) 대판 1983. 4. 26. 선고 83다카57 판결 : 매도인의 매수인에 대한 배임행위에 가담하여 중여를 받아 이를 원인으로 소유권이전등기를 경료한 수증자에 대하여 매수인은 매도인을 대위하여 위 등기의 말소를 청구할 수는 있으나 직접 청구할 수는 없다는 것은 형식주의 아래의 등기청구권의 성질에 비추어 당연하다.

45) 대판 1995. 4. 14. 선고 94다58148 판결 : 채권자대위권을 행사함에 있어서 채권자가 제3채무자에 대하여 자기에 직접 급부를 요구하여도 어차피 그 효과는 채무자에게 귀속되는 것이므로, 채권자대위권을 행사하여 채권자가 제3채무자에게 그 소유권이전등기의 말소절차를 직접 자기에 이행할 것을 청구하여 승소하였다고 하여도 그 판결에 기한 말소등기에 따른 등기상태는 채무자 명의로 돌아가는 것이니, 채권자대위권을 행사하는 채권자에게 직접 말소등기절차를 이행할 것을 명한 판결에 위법이 있다고 할 수 없다.

46) 대판 2004. 11. 26. 선고 2004다40986 판결. 소유권이전등기의 말소등기를 구하는 채권자대위소송에 있어서 피대위자인 채무자들을 개인별로 상세히 특정하지 아니한 채 그 상속인들 또는 그 중 한 사람만을 채무자로 특정·제기한 소송이 부적법하다고 한 원심판결을 파기한 사례.



그 피대위자는 현재 생존하고 있는 것으로 추정되고, 오히려 그가 사망하였다는 점을 피고가 적극적으로 입증하여야 한다고 한다.<sup>47)</sup>

### 나. 채무자의 처분권 제한

채권자가 채무자의 권리를 적법하게 대위행사한 경우 그 법률효과는 직접 채무자에게 귀속된다. 채권자가 채권자대위권을 행사하고 채무자가 채권자로부터 그 통지를 받은 경우에는 그 권리를 처분하지 못한다(민법 제405조 제2항).<sup>48)</sup>

다음의 사례에서 채무자의 처분권이 제한되는지를 판례를 통해 검토해본다.

쟁점은 채무자 乙이 제3채무자 丙으로부터 매수한 부동산을 다시 乙로부터 매수한 채권자 甲이 乙, 丙에 대하여 순차 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 소를 제기하여 그 중 丙에 대한 채권자대위소송이 상고심에 계속중 乙이 丙의 매매잔대금 지급 최고에 응하지 아니하여 丙으로 하여금 매매계약을 해제할 수 있도록 한 경우, 이는 채무자가 채권자에 대한 소유권이전등기청구권을 처분하는 것에 해당하여 乙과 丙은 甲에게 그 계약해제로써 대항할 수 없는가 하는 점이다.

#### [사안의 개요]<sup>49)</sup>

- △ 乙이 1987. 8. 8. 소유자 丙으로부터 X부동산 매입
- △ 乙이 1987. 12. 22. 甲에게 X부동산을 전매함
- △ 甲이 1989. 1. 19. 乙 및 乙을 대위한 丙을 공동피고로 하여 소유권이전등기청구의 소제기
- △ 위 소송계속중 丙은 乙을 상대로 1989. 11. 11.경 매매잔대금 일부 미지급을 이유로 1989. 12. 10.까지 지급하지 않으면 계약해제를 할 것임을 통고

47) 사람이 110세까지 생존한다는 것은 매우 희귀한 예에 속하므로 위와 같은 사실에 제반 사정을 종합하여 피대위자 또는 피고가 이 사건 소 제기 이전에 이미 사망하였을 것으로 쉽게 짐작되는 경우에는 그 사망 사실을 추인할 수 있다. 대판 2002. 4. 26. 선고 2002다5873 판결; 대판 1994. 10. 25. 선고 94다18683 판결; 대판 1978. 7. 25. 선고 77다1555, 1556 판결 참조.

48) 비송사건절차법은 채권자는 자기의 채권의 기한 전에 채무자의 권리를 행사하지 아니하면 그 채권을 보전할 수 없거나 이를 보전함에 곤란이 생길 우려가 있는 때에는 재판상의 대위를 신청할 수 있고(제45조), 대위의 신청을 허가한 재판은 직권으로 이를 채무자에게 고지하여야 하며(동법 제49조 제1항), 위 고지를 받은 채무자는 그 권리의 처분을 할 수 없도록 규정하고 있다(동조 제2항).

49) 오시영, “채권자대위권행사시 채무자의 처분권 제한을 중심으로”, 「판례연구 제17집(상)」, 서울지방변호사회, 2003, 234면 이하 참조.

- △ 丙은 乙이 위 일자까지 일부 잔대금을 지급하지 않자 1989. 12. 증순경 계약금과 증도금 전 액을 변제공탁함과 동시에 계약해제의 의사표시를 함. 乙은 이의 없이 위 공탁금을 수령함
- △ 원심(광주고등법원 1992. 8. 26. 선고 90나3309 판결) : 피고 乙과 피고 丙 사이의 위 매매계약은 피고 丙이 주장하는 바와 같이 피고 乙이 위 공탁금을 공탁의 취지에 따라 수령함으로써 적법하게 해제되었다고 할 것이고, 따라서 원고는 위 매매계약이 유효하게 존속함을 전제로 피고 乙을 대위하여 피고 丙에 대하여 피고 乙에게 이 사건 부동산에 관하여 1987. 8. 8.자 매매를 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행하고 그 부동산을 인도할 것을 청구할 수 없으므로, 원고의 피고 丙에 대한 청구는 이유가 없다. 원고(甲) 불복상고[피고 乙에 대하여는 일부승소판결 확정].

[1차 대법원판결] 대법원 1993. 4. 27. 선고 92다44350 판결

매도인인 제3채무자가 매매계약을 해제하려고 원상회복의 방법으로 지급받은 매매대금을 공탁한 데 대하여, 매수인인 채무자가 아무런 이의 없이 공탁의 취지에 따라 공탁금을 수령함으로써 계약당사자 사이의 합의에 의하여 매매계약이 해제되는 효과를 발생하게 하는 것은 채권자가 채무자를 대위하여 행사하고 있는 채무자의 제3채무자에 대한 매매계약에 따른 소유권이전등기청구권을 처분하는 것에 해당하므로 채권자대위소송의 소장 부분이 채무자에게 송달된 이후 채무자가 제3채무자가 공탁한 매매대금을 이의 없이 수령함으로써 매매계약이 해제되는 효과를 발생하도록 승인하였다고 하더라도 이로써 채권자에게는 대항할 수 없다[원심판결 파기환송].

- △ 환송 후 광주고등법원 1994. 1. 19. 선고 93나3355 판결 : 丙의 대리인 A는 1989. 7. 16. 최종적으로 乙에게 같은 해 7. 6. 자로 다시 발급받은 丙명의로 인감증명서 등을 제시하고 피고(丙)가 외국에 유학중이어서 인감증명서 등을 재발급받기 어려운 사정 등을 감안하여 인감증명서 유효기간 내인 같은 해 7. 31.까지 잔존채무를 이행할 것을 최고하였는바, 이때 乙은 그날까지는 틀림없이 위 잔존채무를 이행할 것이며 만일 그때까지 이를 이행하지 못할 때에는 위 계약을 해제하여도 이의 없다는 내용의 각서를 작성, 교부하였으나 그 기일까지도 위 잔존채무를 이행하지 아니한 사실, 그 후 乙은 甲측의 고소로 구속되어 있는 등으로 위 계약을 이행할 능력이 거의 없었고, A는 丙명의로 인감증명서를 다시 발급받으려고 시도하였으나 재외국민인 丙이 양도소득세를 납부하고 세무서장의 납세확인을 받아오기 전에는 발급하여 줄 수 없다는 이유로 거절당하자 1989. 11. 11. 乙에게 같은 해 12. 10.까지 잔존채무를 이행할 것을 최고하면서 그 기간 도과시에는 별도의 통지없이 위 매매계약을 해제한다는 내용의 의사표시를 하여 그 무렵 위 의사표시가 乙에게 도달된 사실, 乙은 위 최고기일까지도 위 잔존채무를 이행하지 아니한 사실 등을 인정된 다음, 乙이 丙을 대리한 A로부터 위와 같이 1988. 6. 23.까지 2회에 걸쳐 적법한 이행의 제공을 받고도 자신의 채무를 이행하지 못한 후 다시 같은 해 7. 16. 이행의 제공을 받자 같은 해 7. 31.까지 위 잔존채무를 이행할 것을 약속하고 이를 이행하지 못할 때에는 위 계약을 해제하여도 이의 없다는 내용

의 위 각서를 제공한 것은 자신이 위 기한을 다시 해태하면 그 이후에는 새로운 이행의 제공 없이 위 계약을 해제할 수 있는 권리를 부여하는(즉 동시이행의 항변권을 포기하는) 취지의 약정을 한 것으로 보아야 할 것이고, 따라서 그 후 위 A가 1989. 11. 11. B에게 같은 해 12. 10.까지 위 잔존채무의 이행을 최고하고 그 기간 도과시에는 별도의 통지 없이 위 매매계약을 해제한다는 내용의 조건부 계약해제의 의사표시를 하였으나 B이 이를 이행하지 아니함으로써 丙과 B 사이의 위 매매계약은 B의 채무불이행으로 인하여 적법하게 해제되었다고 판단하고 다시 원고(甲) 패소판결. [甲 재상고]

[2차 대법원판결] 대법원 1994. 11. 25. 선고 94다12234 판결

위 각서의 내용은 위 B이 1988. 7. 31.까지는 틀림없이 위 잔존채무를 이행할 것을 약속하며 만일 그때까지 이를 이행하지 못할 때에는 피고(丙)측에서 위 매매계약을 해제하여도 이의 없다는 것에 불과하지 B이 위 기한을 다시 해태하면 그 이후에는 피고측에서 새로운 이행의 제공 없이 위 매매계약을 해제할 수 있는 권리를 부여한다는 내용이 포함되어 있는 것은 아니고, B이 위 각서 작성 이전에 피고를 대리한 A로부터 2회에 걸쳐 적법한 이행의 제공을 받고도 자신의 채무를 이행하지 못한 사정이 있었다는 것만으로 위 각서가 새로운 이행의 제공 없이 위 매매계약을 해제할 수 있는 권리를 부여한다는 취지에서 작성된 것이라고 인정하기는 부족하다

일반적으로 권리의 행사는 신의에 좇아 성실히 하여야 하고 권리는 남용하지 못하는 것이므로, 해제권을 갖는 자가 상당한 기간이 경과하도록 이를 행사하지 아니하여 상대방으로서도 이제는 그 권리가 행사되지 아니할 것이라고 신뢰할 만한 정당한 사유를 갖기에 이르러 그 후 새삼스럽게 이를 행사하는 것이 법질서 전체를 지배하는 신의성실의 원칙에 위반하는 것으로 인정되는 결과가 될 때에는 이른바 실효의 원칙에 따라 그 해제권의 행사가 허용되지 않는다고 보아야 할 것인 바, 원심이 채용하고 있는 을제20호증의 1, 을제36호증의 각 기재와 원심 증인 B의 증언 및 제1심 법원의 B에 대한 본인신문결과 등 기록에 나타난 자료에 의하면, B이 위 1988. 7. 31.까지 위 잔존채무를 이행하지 아니하였으나 그 후에도 피고측에서는 이를 이유로 위 매매계약을 즉각 해제하지 아니하고 오히려 B에 대하여 위 잔존채무의 이행을 계속 최고하여 왔으며, 원고가 1989. 1. 14. 위 매매계약이 유효하게 존속하고 있음을 전제로 이 사건 대위소송을 제기하여 10여 차례의 변론기일이 열려 심리가 진행되고 있는데도 피고측은 해제권을 행사하지 아니하고 나아가 1989. 9.경에는 위 B이 위 잔존채무를 이행할 경우에 대비하여 피고 명의의 인감증명서를 다시 발급받으려고 시도하기도 하다가 B이 1988. 7. 31.까지 위 잔존채무를 이행하지 아니함으로써 해제권이 발생한 때로부터 무려 1년 4개월 가량이나 경과하고 원고가 이 사건 소송을 제기한 때로부터도 10개월 가량이나 경과한 1989. 11. 11.에 이르러서야 비로소 해제의 의사표시를 하기에 이르렀고, 위 해제의 의사표시가 있기 이전에는 물론 거기서 정해진 최고기한인 같은 해 12. 10.까지만 하여도 B은 위 잔존채무만 이행하면 소유권이전등기를 경료받을 수 있는 것으로 믿어 왔던 사실을 알 수 있는바, 사실관계가 이와 같다면, 위 해제의 의사표시가 있는 무렵을 기준으로 볼 때, 피고측에서 1988. 7. 31. 발생한 해제권을 장기간 행사

하지 아니하고 오히려 위 매매계약이 여전히 유효함을 전제로 위 잔존채무의 이행을 최고함에 따라 乙로서는 위 해제권은 더 이상 행사되지 아니할 것으로 신뢰하였다 할 것이고, 또 위 매매계약상의 매매대금 자체는 거의 전부가 지급된 점 등을 더하여 보면 乙이 그와 같이 신뢰한 데에는 정당한 사유도 있었다고 봄이 상당하다 할 것이므로, 그 후 피고측에서 새삼스럽게 위 해제권을 행사한다는 것은 신의성실의 원칙에 반하여 허용되지 아니한다 할 것이고, 따라서 이제 와서 피고측이 위 매매계약을 해제하기 위하여는 다시 이행제공을 하면서 최고를 할 필요가 있다 할 것인데 위 해제의 의사표시를 함에 있어서 피고측에서 이행의 제공을 하였다고 볼 만한 자료는 찾아 볼 수 없기 때문이다[원심판결 재파기환송].

△ 재환송 후 원심 광주고등법원 1997. 5. 22. 선고 95나527판결 : 丙은 乙로부터 58,533,809원을 지급받음과 동시에 乙에게 X부동산에 관하여 1987. 8. 8. 매매를 원인으로 한 소유권이전등기질차를 이행하라는 판결을 선고하여 채권자 甲 승소판결. [피고(丙) 상고]

### [3차 대법원판결] 대법원 1998. 10. 13. 선고 97다2565 판결

乙이 매매계약해제를 위한 원상회복의 방법으로 공탁된 매매대금을 수령하여 원고와 乙 사이의 위 매매계약이 해제되는 효과를 발생하도록 승인하였다 하더라도 이는 채권자인 원고가 위 소송에서 채무자인 乙을 대위하여 행사하고 있는 乙의 피고에 대한 위 매매계약에 따른 이 사건 부동산에 관한 소유권이전등기청구권을 처분하는 것에 해당한다고 할 것이므로 이로써 채권자인 원고에게는 대항할 수 없다[상고기각].

△ 丙은 위 대법원판결이 선고된 후 1998. 11. 5. 1심법원에 甲을 상대로 丙의 적법한 매매계약의 해제로 甲이 전소에서 대위행사하였던 甲의 소유권이전등기청구권은 존재하지 않는다는 이유로 채무부존재확의 소를 제기하여 1999. 6. 10. 승소판결을 선고받음. 피고 甲 항소

△ 광주고법 2000. 5. 3. 선고 99나5407 판결 : 원고(丙)는 위 판결(광주고법 95나527판결)이 대법원에서 확정되기 전인 1997. 7. 25. 乙에게 다시 이 사건 부동산에 관한 소유권이전등기소요서류를 1997. 8. 5.부터 1997. 8. 11.까지 서울 서초구 서초동 소재 B 법률사무소에 보관시켜 놓았으나 1997. 8. 11.까지 위 광주고등법원 95나527호 사건에서 확정된 乙의 잔존채무금 58,533,809원을 B 법률사무소에서 지급하라고 최고함과 동시에 위 기한 내에 이행하지 않으면 이 사건 매매계약은 별도의 계약 해제의 의사표시 없이 해제된 것으로 간주하겠다는 내용의 통고서를 보내는 한편, 위 통고서의 취지대로 1998. 8. 4. 원고(丙) 명의의 인감증명서, 주민등록등본, 등기권리증 등 소유권이전등기소요서류를 B 법률사무소에 맡기면서 乙이 위 잔존채무금을 가지고 오면 이를 받아놓고 그에게 위 서류 등을 교부하도록 부탁하여 놓았으나 乙은 1997. 7. 25. 위 통지서를 받고도 최고된 기간이 지나도록 원고에게 위 잔존채무금을 지급하지 않았고, 이에 원고는 1997. 8. 14. 乙에게 다시 이 사건 부동산에 관한 소유권이전등기소요서류를 제공하면서 乙의 위 잔존채무금의 불이행을 이유로 이 사건 매매계약

을 해제한다는 내용의 통고서를 보내어 그 무렵 위 통고서가 乙에게 도달한 사실을 확정  
 후, 원고가 이 사건 매매계약을 해제하기 위하여 乙에게 그 매매대금을 공탁한 것을 乙이  
아무런 이의 없이 수령한 사실이 있어 원고가 乙에게 위 계약에 따른 매매대금의 지급을  
 최고하더라도 乙로부터는 그 이행을 기대할 수 없었던 점, 원고와 피고는 이 사건 전의 소  
 송에서 위 계약의 해제 여부에 관하여 치열하게 다투고 있었으며 원고가 乙에게 이행의 최  
 고를 할 당시는 위 사건이 상고되어 확정되지 않은 상태에 있었기 때문에 피고로서는 원고  
 가 위 乙에게 확정되지도 않은 위 판결에 표시된 대로 이행의 제공 및 최고를 하리라는 것  
 을 전혀 예견할 수도 없었던 점, 원고는 乙이나 피고로부터 위 매매계약의 본지에 따르는  
 이행 즉, 이 사건 매매계약의 잔대금을 지급받는다면 乙에게 이 사건 부동산에 관하여 소유  
 권이전등기절차를 이행하여야 하는 것이므로 원고가 乙을 대위하는 피고에게 그 매매대금  
 의 지급을 최고한다고 하여도 그것이 원고에게 특별히 불리해진다고 볼 수도 없는 점 등의  
 여러 사정을 고려하여 보면, 원고가 대위채권자인 피고에게는 이행제공의 사실을 통지하지  
 않은 채 乙에 대하여만 소유권이전등기를 위하여 필요한 서류의 이행을 제공한 다음, 乙의  
 채무불이행을 이유로 위 매매계약을 해제하였다고 주장하는 것은 신의칙에 반하는 것이어  
 서 피고에 대한 관계에 있어서는 그 효력이 없다고 판단함. 1심판결 취소, 원고청구 기각[원  
 고 상고].

[4차 대법원판결] 대법원 2003. 1. 10. 선고 2000다27343 판결<sup>50)</sup>

채권자가 채권자대위권에 기하여 채무자의 권리를 행사하고 있는 경우에, 그 사실을 채무자  
 에게 통지하였거나 채무자가 그 사실을 알고 있었던 때에는, 채무자가 그 권리를 처분하여도  
 이로써 채권자에게 대항하지 못하는 것인바(대법원 1993. 4. 27. 선고 92다44350 판결 등 참조),  
 원고가 피고의 채권자대위권 행사에 의한 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 종전 소송의 재  
 파기환송 후 그 청구를 인용한 항소심판결에 대하여 상고를 제기하여 그 사건이 상고심에 계속  
 되어 있던 중에, 채무자인 乙에게 반대의무의 이행을 최고하였으나 乙이 아무런 조치를 취하지  
 아니하여 원고로 하여금 乙의 채무불이행을 이유로 매매계약을 해제할 수 있도록 한 것 역시  
채무자인 乙이 원고에 대한 소유권이전등기청구권을 처분하는 것에 해당한다고 할 것이므로 이  
 를 채권자인 피고에게 대항할 수 없고, 그 결과 제3채무자인 원고 또한, 그 계약해제로써 피고  
 에게 대항할 수 없다고 할 것이다.

원심판결의 이유 설시에 다소 적절하지 아니한 점이 있지만, 원고와 乙 사이의 매매계약이  
 적법하게 해제되었음을 전제로 하는 원고의 이 사건 청구를 배척한 결론에 있어서는 정당하고,  
 상고이유의 주장은 모두 받아들일 수 없다.[상고기각]

50) 본 판결의 평석으로는 양창수, “채권자대위에 의한 처분금지효가 제3채무자가 채무자의 채  
 무불이행을 이유로 매매계약을 해제하는 것에도 미치는가?”, 「민법연구(제7권)」, 박영사,  
 2007, 357면 이하; 오시영, 전계논문, 249~251면 참조.

이상과 같은 경과를 거쳐 원고가 소를 제기한지 14년 만에, 최초 매매계약이 있는지 15년 반 만에 사건은 종결되었다. 위와 같은 사건의 경과에서 이 사건 X부동산을 丙이 매각한 후 부동산가격이 폭등했을 것이고 미등기전매로 이를 취득한 甲이 자신의 권리를 확보하기 위하여 채권자대위권이라는 무기를 사용했고, 부동산을 싸게 판 丙이 계약해제라는 무기를 들이대고 팔아버린 부동산을 되찾아보고자 법정공방을 벌였고, 그 와중에서 눈치나 보는 중간취득자 乙의 행태를 읽을 수 있다.

채권자가 채권자대위권에 기하여 채무자의 권리를 행사하고 있는 경우 그 사실을 채무자에게 통지하였거나 채무자가 그 사실을 알고 있었던 때에는 채무자가 그 권리를 처분하여도 채권자에게 대항하지 못한다. 학설과 판례는 대체로 채권자로부터의 통지가 없더라도 채무자가 대위권행사의 사실을 알게 된 때에는 피대위채권을 처분하지 못하는 것으로 새기고 있다.<sup>51)</sup> 예컨대, 채권자가 채무자를 대위하여 제3채무자를 상대로 소유권이전등기청구의 소를 제기한 경우 채무자는 당해 부동산에 대한 소유권이전등기청구권을 포기하거나 그 기초가 되는 매매계약을 해제할 수 없다.<sup>52)</sup> 위 4차 대법원판결은 이 점을 분명히 하고 있다.

위 판결에 대하여는 민법 제405조 제2항의 입법취지는 채무자와 제3채무자의 합의 내지는 단독적 처분행위에 의하여 채권자의 권리침해가 되는 것을 막자는 데 있다고 본다면, 제405조 제2항이 전제하고 있는 처분행위는 채무자와 제3채무자가 또 다른 제3자에게 채권자대위권의 목적인 채권관계를 처분하여 버림으로써 채권자의 대위권행위가 무위로 돌아가는 것에 한정된다고 해석하여야 할 것이고, 계약해제권의 정당한 행사를 제한할 수 없다는 반론이 있다.<sup>53)</sup> 또 우리 판례는 일관하여 채권압류 또는 채권

51) 박윤직, 전거서, 775면; 대법원 1988. 1. 19. 선고 85다카1792 판결; 대법원 1993. 4. 27. 선고 92다44350 판결 : 민법 제405조에 의하면 채권자가 채권자대위권에 기하여 채무자의 권리를 행사하고 그 사실을 채무자에게 통지한 경우에는 채무자가 그 권리를 처분하여도 이로써 채권자에게 대항하지 못한다고 규정되어 있는데, 이 경우 채권자가 채무자에게 그 사실을 통지하지 아니하였더라도 채무자가 자기의 채권이 채권자에 의하여 대위행사되고 있는 사실을 알고 있었다면 그 처분을 가지고 채권자에게 대항할 수 없다.

52) 대판 2007. 6. 28. 선고 2006다85921 판결 : 채권자가 채권자대위권에 기하여 채무자의 권리를 행사하고 있다는 사실을 채무자가 알게 된 후에는 채무자가 그 권리를 처분하여도 이로써 채권자에게 대항하지 못하는 것인바, 채권자가 채무자와 제3채무자 사이에 체결된 부동산매매계약에 기한 소유권이전등기청구권을 보전하기 위해 채무자를 대위하여 제3채무자의 부동산에 대한 처분금지가처분을 신청하여 가처분결정을 받은 경우에는 피보전권리인 소유권이전등기청구권을 행사한 것과 같이 볼 수 있으므로, 채무자가 그러한 채권자대위권 행사 사실을 알게 된 후에 그 매매계약을 합의해제함으로써 채권자대위권의 객체인 부동산 소유권이전등기청구권을 소멸시켰다 하더라도 이로써 채권자에게 대항할 수 없고, 그 결과 제3채무자 또한 그 계약해제로써 채권자에게 대항할 수 없다.

가압류의 처분금지효는 그 채권의 발생원인인 법률관계에 대한 채무자의 처분까지도 구속하는 효력은 없다는 태도를 견지하고 있는데,<sup>54)</sup> 채권자대위권이 행사된 경우에 제3채무자가 채무자의 채무불이행을 이유로 계약을 적법하게 해제한 것을 채권자에게 대항할 수 없다고 한다면, 이는 채권자가 집행권원에 기하여 정식의 강제집행절차를 통하여 채무자의 채권을 압류하는 것보다도 더욱 강력한 효력을 채권자대위권에 인정하는 결과가 되고, 채권자대위에서는 제3채무자가 채무자에게 채무를 변제할 수 있으며 채무자는 이를 유효하게 수령할 수 있다고 하는데,<sup>55)</sup> 하필 피대위채권의 발생원인이 되는 기본적 계약관계의 해제에 관하여 채무자의 「처분」을 더욱 제한하여야 할 이유는 없을 것이라는 비판이 있다.<sup>56)</sup>

그러나 채권자대위소송이 계속중임에도 불구하고 채무자와 제3채무자간의 계약의 해제를 인정하면 피대위채권의 처분을 제한하는 민법 제405조 제2항의 규정에 반한다. 이는 채권자대위제도의 목적달성을 방해하는 행위로 채권자대위권을 행사한 채권자에게는 대항할 수 없다고 보아야 하는 점에서 판례의 태도에 찬성한다.<sup>57)</sup> 위 [4차 대법원판결]은 甲이 1989. 1. 19. 乙과 丙을 상대로 소유권이전등기청구의 소를 제기하여 소송계속중 丙이 乙을 상대로 잔금 일부 미지급을 이유로 지급받은 매매대금을 변제공탁함과 동시에 계약해제를 하자 乙이 이의 없이 위 공탁금을 수령함으로써 계약당사자 사이의 합의에 의한 계약의 해제효과를 발생케 한 것으로 乙의 丙에 대한 매매계약에 따른 소유권이전등기권을 처분하는 것에 해당한다는 [1차 대법원판결]과 丙의 해제권은 실효의

53) 오시영, 전제논문, 249면 참조.

54) 소유권이전등기청구권의 가압류나 압류가 행하여지면 제3채무자로서는 채무자에게 등기이전행위를 하여서는 아니 되고, 그와 같은 행위로 채권자에게 대항할 수 없다 할 것이나, 가압류나 압류에 의하여 그 채권의 발생원인인 법률관계에 대한 채무자와 제3채무자의 처분까지도 구속되는 것은 아니므로 기본적 계약관계인 매매계약 자체를 해제할 수 있다. 대판 2000. 4. 11. 선고 99다51685 판결

55) 채무자의 변제수령은 처분행위라 할 수 없고 같은 이치에서 채무자가 그 명의로 소유권이전등기를 경료하는 것 역시 처분행위라고 할 수 없으므로 소유권이전등기청구권의 대위행사 후에도 채무자는 그 명의로 소유권이전등기를 경료하는 데 아무런 지장이 없다. 대판 1991. 4. 12. 선고 90다9407 판결

56) 양창수, 전제서, 361~362면 참조.

57) 오시영, 전제논문, 250면은 대판 1991. 4. 12. 선고 90다9407 판결에서 가처분금지처분등기가 되어 있는 사건에서조차도 채무자의 변제수령은 처분행위라 할 수 없고, 같은 이치에서 채무자가 그 명의로 소유권이전등기를 경료하는 것 역시 처분행위라고 할 수 없으므로 소유권이전등기청구권의 대위행사 후에도 채무자는 그 명의로 소유권이전등기를 경료하는 데 아무런 지장이 없다는 점을 들고 있으나, 채무자로서의 원래의 채무의 이행이과 본래의 계약을 해제로 소멸케 하는 것을 동일한 평면에서 평가할 수는 없다.

원칙에 허용되지 않는다는 [2차 대법원판결]을 거쳐 1차 대법원판결과 같은 내용의 [3차 대법원판결]이 확정된 후에 지급받은 매매대금을 변제공탁까지 하고 계약해제를 즐기게 주장하던 丙이 들었던 태도를 바꾸어 乙을 상대로 매매계약 본래대로의 이행을 구하고 이를 빌미로 계약해제를 주장하는 것은 어느 모로 보나 용납될 수 없다고 할 것이다. 丙의 행위는 선행행위에 모순되는 거동으로서 신의칙에도 반하는 것이다. 대법원판결이 이 사건에서 '처분'이라는 법개념을 다소 확장하였으나, 이 사건 사안의 해결을 위한 구체적 타당성이 있는 해석이며 무리한 판결이라고는 할 수 없다.<sup>58)</sup>

채권자가 대위권에 기하여 일단 채무자의 권리를 행사하기 시작하였을 때 채무자에게 대위의 목적인 권리의 양도나 포기 등 처분행위를 허용하는 것은 채권자에 의한 대위권행사를 방해하는 것이 되므로 이를 금지하는 것이 민법 제405조 제2항의 취지라 할 것이므로 대위권의 행사를 방해하는 것으로 되지 아니하는 권리의 관리, 보존행위는 금지되는 것이 아니다.<sup>59)</sup> 여기의 처분행위에는 면제, 포기, 양도, 화해 등 채권을 소멸시키는 행위뿐만 아니라 권리의 행사나 소의 제기도 포함한다.<sup>60)</sup>

판례는 채권자가 채무자와 제3자 사이의 근저당권설정계약이 통정허위표시임을 이유로 채무자를 대위하여 그 말소를 구하는 소송을 제기하였는데, 그 후 채무자가 제3자가 신청한 지급명령에 이의를 제기하지 않아 강제경매절차에서 부동산이 매각됨으로써 위 근저당권설정등기가 말소된 경우, 채무자가 지급명령에 이의를 제기하지 않은 것이 대위채권자가 행사하고 있는 권리의 처분이라고 할 수 없어 제3자는 위 근저당권 설정등기의 말소로 채권자에게 대항할 수 있다고 한 사례가 있다.<sup>61)</sup>

58) 다만 이 사건과 같이 채무자가 매매잔대금을 지급하지 않는 상황에서 제3채무자에게 채무자의 잔금지급과 상환으로 채무자에게 소유권이전등기절차를 명한 판결이 확정된 경우에도 채무자가 잔금을 지급하지 않는다면 제3채무자로서는 그때 이행최고를 하고 계약을 해지할 수 있고, 결국 그는 확정판결의 집행력을 배제하기 위하여 청구이의의 소(민사집행법 제44조)를 제기해야 하는 문제점도 있고[양창수, 전계논문, 364~365면], 채권자로는 동시이행의 조건성취가 어려워져 결국 등기를 받지 못하게 되는 경우도 있다[오시영, 전계논문, 250면].

59) 예컨대 채권자 甲이 채무자 乙을 대위하여 乙의 제3채무자 丙에 대한 소유권이전등기청구권을 대위행사함은 권리의 관리, 보존행위이지 처분행위라 할 수 없으므로 채무자 乙의 다른 채권자 丁이 대위권의 행사로 얻은 丙에 대한 처분금지가처분명령에 의하여 위 소유권이전등기청구권의 행사가 금지된다고 할 수 없다. 대판 1990. 4. 27. 선고 88다카25274,25281(참가) 판결.

60) 채권자가 채무자를 대위하여 제3채무자를 상대로 소유권이전등기의 등기원인이 원인무효라는 이유로 그 등기의 말소를 구하는 소장이 송달된 후에 채무자가 그 무효인 등기원인행위를 추인하여도 채권자에게 대항할 수 없다. 대판 1968. 5. 28. 선고 68다460 판결 ; 대판 1989. 3. 14. 선고 88다카112 판결.

61) 대판 2007. 9. 6. 선고 2007다34135 판결



그렇다면 채권자가 채권자대위권을 행사한 결과 그 재산권이 채무자 명의로 귀속한 뒤에도 채무자가 그 재산을 처분하는 것이 제한되는가? 다음의 사례에 대한 판례의 입장을 검토해 보기로 한다.

[사례]

X부동산은 원래 甲소유이었는데 그 후 乙을 거쳐 丙에게 전전 매도되었고, 丙에 대하여 확정판결에 기한 손해배상채권을 가지고 있는 丁이 위 부동산에 관하여 甲을 상대로 丙, 乙을 순차 대위하여 처분금지가처분신청을 하여 가처분등기가 기입되었다.<sup>62)</sup>

丁이 丙에 대한 확정판결의 집행을 위하여 X부동산을 피대위자인 丙앞으로 소유권이전등기를 받기 위하여 丙 등을 대위하여 甲과 乙을 상대로 한 소유권이전등기청구의 소를 제기하였다. 이 소송의 계속중 乙이 위 소송과 관계없이 소송 외에서 甲으로부터 소유권이전등기를 받고 이어서 丙 앞으로 소유권이전등기가 마쳐진 뒤에 戊가 X부동산을 취득하여 戊 앞으로 소유권이전등기를 마쳤다.

甲은 戊를 상대로 소유권이전등기의 말소를 구할 수 있는가? 이 경우 戊의 X부동산 취득은 위 가처분에 저촉되는 것인가? 피대위자인 丙의 X부동산 처분이 제한되어 채권자인 丁에게 대항할 수 없는 것인가?

[대법원판결]

甲 소유의 부동산이 乙, 丙에게 전전매도되어 丙에 대하여 확정판결에 기한 손해배상채권을 가지고 있는 丁이 위 부동산에 관하여 甲을 상대로 乙, 丙을 순차 대위하여 처분금지가처분을 한 경우, 위 가처분의 피보전권리는 乙의 甲에 대한 그 소유권이전등기청구권의 보전에 있을 뿐이고 丁의 丙에 대한 손해배상채권의 보전까지 포함하는 것은 아니므로 丁이 위 丙 등을 대위하여 甲, 乙을 상대로 한 소유권이전등기청구소송의 계속 중 위 丙으로부터 취득한 戊의 등기는 그가 위 가처분등기 있음을 알았는지 여부에 관계없이 유효하다.<sup>63)</sup>

판례는 채권자가 채무자를 대위하여 채무자의 제3채무자에 대한 권리를 행사하고 채

62) 채권자가 채무자명의로 등기되지 아니한 부동산을 압류할 목적으로 또는 그 부동산에 대한 등기청구권을 보전하기 위하여 등기명의자에게 소유권이전등기를 청구하는 경우 현행 부동산등기제도하에서는 등기명의자에 대한 처분금지처분만 등기할 수 있고 등기부에 나타나있지 아니한 채무자(피대위자)에 대한 처분금지명령은 등기할 방법이 없다. 이재성, "채권자대위권의 행사가 채무자에게 미치는 효과", 「이재성판례평석집(제10권)」, 법률문화원, 1989, 423면 이하 참조.

63) 대판 1986. 11. 25. 선고 86다397 판결. 본 판결의 평석으로는 이재성, 전게논문, 419면 이하 참조.

무자에게 통지를 하거나 채무자가 채권자의 대위권 행사사실을 안 후에는 채무자는 그 권리에 대한 처분권을 상실하여 그 권리의 양도나 포기 등 처분행위를 할 수 없고 채무자의 처분행위에 기하여 취득한 권리로서는 채권자에게 대항할 수 없으나, 채무자의 변제수령은 처분행위라 할 수 없고 같은 이치에서 채무자가 그 명의로 소유권이전등기를 경료하는 것 역시 처분행위라고 할 수 없으므로 소유권이전등기청구권의 대위 행사 후에도 채무자는 그 명의로 소유권이전등기를 경료하는 데 아무런 지장이 없다고 하여<sup>64)</sup> 채무자 앞으로 소유권이전등기를 마친 후 채무자가 이를 처분하는 것을 제한할 수 없다는 입장이다.

다만 판례는 위와 같은 사례에서 甲에 대한 처분금지가처분 후 가처분채무자인 甲으로부터 丙 앞으로 경료된 소유권이전등기는 비록 그 등기가 가처분채권자인 丁에 대하여 소유권이전등기의무를 부담하고 있는 자에게로의 처분이라 하여도 위 처분금지가처분의 효력에 위배되어 가처분채권자인 丁에게 대항할 수 없고, 따라서 丁의 말소신청에 따라 처분금지가처분의 본안에 관한 확정판결에 기하여 丙 명의의 소유권이전등기를 말소한 것은 적법하다고 한다.<sup>65)</sup>

판례의 입장에 대하여는 채무자에게 환원된 권리를 채무자가 처분하지 못한다고 한다면 채권자대위권은 채무자에게 권리를 환원시키기 위한 제도로서의 의미가 없고, 따라서 채무자는 자기에게 환원된 권리를 처분할 수 있다는 이유로 판례에 찬성하는 견해<sup>66)</sup>와 피대위자에 대한 처분권제한의 근거가 피대위자의 자의적 행위에 의하여 채권자의 대위권행사의 목적달성이 방해되어서는 아니 된다는 점에 있는 것이라면 채권자가 대위권을 행사하여 그 재산을 채무자 명의로 돌려놓은 후에도 피대위자의 처분권제한은 계속된다는 이유로 판례에 반대하는 견해<sup>67)</sup>가 있다.

64) 대판 1994. 3. 8. 선고 93다42665 판결; 대법원 1991. 4. 12. 선고 90다9407 판결. 본 판결의 평석으로는 김광태, "전득자의 대위에 의한 처분금지가처분의 효력", 『민사판례연구[XIV]』, 박영사, 1992, 359면 이하 참조. 이재성, 전계논문, 427~428면은 채권자 甲이 채무자 乙을 대위하여 제3채무자 丙에게 금전의 지급을 구하는 소를 제기한 경우 乙은 丙에 대하여 그 금전의 지급을 구하는 소를 제기할 수 없음은 물론 丙으로부터 그 금전의 지급을 수령할 수도 없고, 甲이 乙을 대위하여 丙에게 특정 부동산의 소유권이전등기를 청구한 경우에도 乙은 丙으로부터 그 소유권이전등기를 받을 수 없다고 한다. 이 경우 乙은 그 등기에 관한 관리처분권을 상실하였기 때문에 甲이 丙으로부터 乙명의로 소유권이전등기를 할 수밖에 없다고 한다.

65) 대판 1998. 2. 13. 선고 97다47897 판결.

66) 오수원, 전계논문, "채권자대위권 행사에 따른 효과의 범위", 111면 참조.

67) 이재성, 전계논문, 428면 이하; 이재성, "채권자대위권의 행사와 채무자의 처분권 제한", 『이재성판례평석집(제10권)』, 법률문화원(1989), 458면 이하 참조.

위 사례에서 채권자가 적법한 채권자대위권을 행사한 후에 피대위자의 처분행위나 권리행사를 용인하게 되면 채권자는 아무런 소득 없이 시간과 비용만 허비하게 되고 채권자대위제도는 유명무실하게 될 것이고, 피대위자의 처분행위를 처분금지가처분의 효력문제로만 다루고 채권자대위권 행사 후 채무자의 처분권제한의 문제를 다루지 않은 것은 타당치 않다는 점에서 판례의 태도를 수긍할 수 없다.<sup>68)</sup>

채권자가 채권자대위소송을 제기하면 피대위채권의 시효가 중단됨은 물론 피보전채권의 시효도 중단되는 것으로 본다.<sup>69)</sup>

### 3. 제3채무자의 지위

채권자대위소송에서 제3채무자의 지위는 제3채무자가 피대위채권의 존재를 인정하는가 여부에 따라 달라질 수 있다. 제3채무자가 피대위채권의 존재를 인정하는 경우에는 본래의 채권자인 채무자나 대위채권자에게 채무를 이행하여야 하고, 이 경우 제3채무자의 공탁의 방법으로 제3채무자의 지위에서 벗어날 수 있다.

제3채무자가 피대위채권의 존재를 다투는 경우 피보전채권의 존재도 다툴 수 있는지 문제된다.

채권자대위권은 채무자의 제3채무자에 대한 권리를 행사하는 것이므로, 제3채무자는 채무자가 스스로 그 권리를 행사하는 경우에 비하여 불리한 지위에 놓일 이유가 없으므로 채무자에 대해 가지는 모든 항변사유(변제, 소멸시효완성, 상계항변, 동시이행의 항변 등)로 채권자에게 대항할 수 있다. 그러나 채권자는 채무자 자신이 주장할 수 있는 사유의 범위 내에서 주장할 수 있을 뿐 자기와 제3채무자 사이의 독자적인 사정에 기한 사유를 주장할 수는 없다. 예컨대, 채권자가 무효인 소유권이전등기청구권의 보전을 위한 가등기의 유용 합의에 따라 부동산 소유자인 채무자로부터 그 가등기 이전의 부기등기를 마친 제3채무자를 상대로 채무자를 대위하여 가등기의 말소를 구한 경우, 채권자가 그 부기등기 전에 부동산을 가압류한 사실을 주장하는 것은 채무자가 아닌 채권자 자신이 제3채무자에 대하여 가지는 사유에 관한 것이어서 허용되지 않는다.<sup>70)</sup>

판례는 채권자가 채권자대위권을 행사하여 제3자에 대하여 하는 청구에 있어서, 제3채무자는 채무자가 채권자에 대하여 가지는 항변으로 대항할 수 없고, 채권의 소멸시효가 완성된 경우 이를 원용할 수 있는 자는 원칙적으로는 시효이익을 직접 받는 자뿐

68) 이재성, 전제논문, “채권자대위권 행사가 채무자에게 미치는 효과”, 435면 이하.

69) 이재성, 전제논문, “채권자대위권 행사가 채무자에게 미치는 효과”, 429~430면.

70) 대판 2009. 5. 28. 선고 2009다4787 판결.

이고, 채권자대위소송의 제3채무자는 이를 행사할 수 없다고 한다.<sup>71)</sup>

그러나 채권자가 채무자에 대한 채권을 보전하기 위하여 제3채무자를 상대로 채무자의 제3채무자에 대한 채권에 기한 이행청구의 소를 제기하는 한편, 채무자를 상대로 피보전채권에 기한 이행청구의 소를 제기한 경우, 채무자가 그 소송절차에서 소멸시효를 원용하는 항변을 하였고, 그러한 사유가 현출된 채권자대위소송에서 심리를 한 결과, 실제로 피보전채권의 소멸시효가 적법하게 완성된 것으로 판단되면, 채권자는 더 이상 채무자를 대위할 권한이 없게 된다.<sup>72)</sup>

#### N. 債權者代位訴訟의 소송요건과 要件事實

채권자대위소송에서 심리되어야 할 사항은 ① 피보전채권(대위채권)의 존재, ② 피보전채권의 이행기 도래, ③ 채권보전의 필요성, ④ 피대위채권에 대한 채무자의 권리불행사, ⑤ 피대위채권의 존재이다.<sup>73)</sup> 이들 중에서 채권자대위소송의 소송물은 피대위채권의 존부가 된다. 판례는 이 중 ① ② ③ ④를 당사자적격에 관계되는 소송요건으로 파악하고, ⑤는 실체법적인 요건사실로 본안판단의 문제로 파악한다. 판례를 중심으로 채권자대위소송의 소송요건과 요건사실을 살펴보기로 한다.

##### 1. 被保全債權(대위채권)의 存在

채권자가 채권자대위권을 행사하려면 채권자의 채무자에 대한 채권, 즉 피보전채권(대위채권)이 존재해야 함은 선결과제가 된다. 피보전채권은 널리 청구권을 의미하고 채권의 종류나 발생원인을 불문한다.<sup>74)</sup> 피보전채권이 피대위채권보다 먼저 성립하여야

71) 대판 2004. 2. 12. 선고 2001다10151 판결 등 참조.

72) 대판 2000. 5. 26. 선고 98다40695 판결; 대법원 2008. 1. 31. 선고 2007다64471 판결 : 원고는 채무자인 A에 대한 양수금채권의 보전을 위하여 채무자인 A의 제3채무자인 피고에 대한 부당이득반환청구권의 이행을 구하는 이 사건 채권자대위소송을 제기함과 아울러 채무자인 A를 상대로 양수금청구의 별소를 제기하였는데, 채무자인 A가 양수금청구 소송절차에서 원고의 양수금채권은 10년의 소멸시효기간이 도과함으로써 소멸하였다는 항변을 원용한 사실을 알 수 있는바, 원고의 양수금채권이 시효의 완성으로 소멸된 것이라면, 원고는 더 이상 채무자인 A의 제3채무자인 피고에 대한 권리를 행사할 당사자적격이 없게 되고, 원고의 채권자대위소송은 부적법하여 각하할 수밖에 없으므로, 원심으로서서는 우선 양수금채권의 소멸시효가 적법하게 완성되었는지에 대하여 심리·판단하였어야 할 것이라고 판시한 사례.

73) 사법연수원, 「민사실무Ⅱ」, 2008, 119~120면 참조.

하는 것도 아니다. 금전채권뿐만 아니라 노무공급채권, 물권적 청구권 등도 피보전채권이 될 수 있다.<sup>75)</sup> 판례는 금전채권 또는 채무불이행에 의하여 손해배상채권으로 전환될 채권뿐만 아니라 등기청구권 등 특정채권<sup>76)</sup>도 피보전채권이 될 수 있다고 한다. 실제로는 특정채권 본래의 목적달성을 위하여 채권자대위권이 행사되는 경우가 많다.

예컨대, 甲이 乙로부터 부동산을 매수한 경우에는 매매의 효력으로서 乙에게 위 부동산에 대한 소유권이전등기절차 이행청구권이 있고 乙은 甲으로부터 대금지급이 있을 때까지 그 의무이행을 거절할 수 있을 뿐이나 甲은 乙에 대한 소유권이전등기 청구권을 보전하기 위하여 채권자대위권을 행사할 수 있다.<sup>77)</sup>

판례는 다음의 사례에서와 같이 채무자에 대한 피보전채권이 확정판결로 인정된 이상 제3채무자로서는 더 이상 피보전채권의 존재를 다룰 수 없고[사례 1의 판결], 채권자가 채무자를 상대로 한 피보전채권에 대한 이행청구의 소에서 패소확정판결을 받은 채권자 대위소송은 그 요건을 갖추지 못하여 부적법 각하할 것이라고 한다[사례2의 판결].

[사례 1]

원고가 주위적 청구로, 피고 A에 대하여는 원고에게 X토지에 관하여 1996. 5. 30. 명의신탁해지를 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을, 피고 B에 대하여는 피고 B가 피고 A 명의의

- 74) 판례는 이혼으로 인한 재산분할청구권은 협의 또는 심판에 의하여 그 구체적 내용이 형성되기까지는 그 범위 및 내용이 불명확·불확정하기 때문에 구체적으로 권리가 발생하였다고 할 수 없으므로 이를 보전하기 위하여 채권자대위권을 행사할 수 없고, 위자료청구권을 피보전권리로 하는 경우에도 채무자의 무자력이 인정되지 아니하는 한 보전의 필요성이 있다고 할 수 없어 권리보호의 자격이 없다고 한다(대법원 1999. 4. 9. 선고 98다58016 판결). 다만 이혼 및 재산분할의 소를 제기하면서 재산분할청구권을 피보전권리로 하여 상대방의 재산을 가압류할 수는 있다.
- 75) 판례는 토지거래규제구역 내의 토지를 허가 없이 매수한 경우 매수인 甲은 매도인 乙에 대하여 가지는 토지거래허가신청 절차의 협력의무의 이행청구권을 보전하기 위하여 乙을 대위하여 그에게 토지를 매도한 丙을 상대로 乙과 丙 사이의 토지 매매에 대한 토지거래허가 신청절차에 협력할 것을 청구할 수 있고(대법원 1996. 10. 25. 선고 96다23825 판결), 甲이 명의신탁자인 乙을 대위하여 명의수탁자인 丙을 상대로 명의신탁 해지를 원인으로 하는 소유권이전등기 절차의 이행을 구할 수 있으며(대법원 1995. 9. 5. 선고 95다22917 판결), 미등기 토지인 경우 甲이 乙을 대위하여 국가를 상대로 소유권확인을 구할 수 있다(대법원 1993. 3. 9. 선고 92다56575 판결)고 한다.
- 76) 특정채권은 금전채권 이외의 특정의 채권을 가리키는 의미이고, 특정물의 인도를 목적으로 하는 채권인 '특정물채권'과는 구별하여야 한다. 판윤직, 전게서, 753면.
- 77) 대판 1976. 10. 12. 선고 76다1591,1592 판결. 피보전채권이 이행기에 있는 이상 동시이행청구권이 붙어있더라도 대위권을 행사할 수 있다.

등기관계 서류를 위조하여 위 토지에 관하여 소유권이전등기를 경료하였음을 이유로 피고 A를 대위하여 피고 A에게 피고 B 명의의 소유권이전등기의 말소등기절차를 이행할 것을 각 구하고, 예비적 청구로서, 피고 A에 대하여는 원고에게 위 토지에 관하여 1996. 5. 30.자 증여를 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을, 피고 B에게는 위와 같은 이유로 피고 A를 대위하여 피고 A에게 이 사건 소유권이전등기의 말소등기절차를 이행할 것을 각 구하였는바, 제1심법원은 원고의 피고 B에 대한 주위적 청구 부분에 관한 소를 각하하고, 피고 A에 대한 주위적 청구 및 피고 B에 대한 예비적 청구를 각 기각하고, 피고 A에 대한 예비적 청구를 인용하여 피고 A는 원고에게 X토지에 관하여 1996. 5. 30. 증여를 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행하라는 내용의 판결을 선고하였다.

이 사건 제1심판결에 대하여 피고 A는 항소하지 아니하였고, 원고는 피고 A와 피고 B 모두를 상대로 항소를 하였다가 2002. 8. 29. 원심법원에서 피고 A에 대한 항소를 취하함으로써 이 사건 제1심판결 중 원고의 피고 A에 대한 주위적 청구는 기각하고, 예비적 청구를 인용하는 부분이 확정되었다.

이 경우 위 예비적 청구에 대한 승소 확정판결에 의하여 원고는 피고 A에 대하여 원고 주장과 같은 소유권이전등기청구권이 있다는 점이 입증되었다는 이유로 피고 B로서는 위 소유권이전등기청구권의 존재를 다툴 수 없는가?

### [대법원판결]

민법 제404조에서 규정하고 있는 채권자대위권은 채권자가 채무자에 대한 자기의 채권을 보전하기 위하여 필요한 경우에 채무자의 제3자에 대한 권리를 대위행사할 수 있는 권리를 말하는 것으로서, 이 때 보전되는 채권은 보전의 필요성이 인정되고 이행기가 도래한 것이면 족하고, 그 채권의 발생원인이 어떠한든 대위권을 행사함에는 아무런 방해가 되지 아니하며, 또한 채무자에 대한 채권이 제3채무자에게까지 대항할 수 있는 것임을 요하는 것도 아니라고 할 것이므로, 채권자대위권을 재판상 행사하는 경우에 있어서도 채권자인 원고는 그 채권의 존재사실 및 보전의 필요성, 기한의 도래 등을 입증하면 족한 것이지, 채권의 발생원인사실 또는 그 채권이 제3채무자인 피고에게 대항할 수 있는 채권이라는 사실까지 입증할 필요는 없으며, 따라서 채권자가 채무자를 상대로 하여 그 보전되는 청구권에 기한 이행청구의 소를 제기하여 승소판결이 확정되면 제3채무자는 그 청구권의 존재를 다툴 수 없다.<sup>78)</sup>

### [사례 2]

원고는 1971. 3. 1. X로부터 이 사건 토지를 매수하여 이를 점유하고 있는데 피고 A가 1994.

78) 대판 2003. 4. 11. 선고 2003다1250 판결. 同旨 : 대판 2000. 6. 9. 선고 98다18155 판결; 대판 1998. 3. 27. 선고 96다10522 판결; 대판 1995. 2. 10. 선고 94다39369 판결 등 참조.

8. 17. 원고를 상대로 이 사건 토지가 자신의 소유라고 주장하면서 그 인도를 구하는 소를 제기 하자 원고는 1994. 9. 14. 시효취득을 원인으로 하여 그 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 반소를 제기하였는데, 위 소송의 제1심은 본소청구를 인용하고, 반소청구를 기각하였고, 제2심은 본소에 관한 원고의 항소를 받아들여 본소청구를 기각하고, 반소에 관한 원고의 항소를 기각하였으며, 대법원은 1997. 5. 28. 본소에 관한 피고 A의 상고를 받아들여 본소에 관한 부분을 파기환송하고, 반소에 관한 원고의 상고를 기각하였으며, 환송 후 제2심은 원고의 항소를 기각하여 피고 A의 토지인도를 구하는 본소를 받아들인 제1심을 유지하였고, 원고가 이에 불복하여 상고하였으나 대법원은 1998. 2. 16. 원고의 상고를 기각하였다.

그 후 원고는 위 소송의 제1심 증인이 위증을 하였다라는 유죄의 확정판결을 근거로 위 각 제2심판결에 대한 재심의 소를 제기하였는데, 법원은 1999. 8. 19. 재심사유가 있지만, 본소청구에 대하여는 이 사건 토지의 소유권이 1998. 9. 21. 피고 B에게 이전되었다는 이유로 기각하고, 반소청구에 대하여도 취득시효가 완성하였으나 재심대상판결 후에 피고 A로부터 피고 B 앞으로 소유권이전등기가 넘어가 피고 A의 소유권이전등기의무가 이행불능이 됨에 따라 재심대상판결은 결과에 있어서 정당하다는 이유로 기각하였으며, 이 판결은 그 무렵 확정되었다.

원고는 다시 피고 A에 대하여 이 사건 토지 부분에 관한 소유권이전등기절차의 이행을 구하고, 원고에게 그 청구권이 있음을 전제로 하여 피고 B에 대하여 먼저 그 명의의 소유권이전등기가 통정한 허위의 의사표시이거나 사회질서에 반하는 증여계약을 원인으로 하여 무효라는 이유로 피고 A를 대위하여 그 말소와 아울러 위 담장의 철거 및 이 사건 토지 부분의 인도를 구하고, 한편으로 말소등기절차의 이행과 선택적으로 진정등기명의회복을 원인으로 하여 소유권이전등기절차의 이행을 구할 수 있는가?

### [대법원판결]

채권자가 채무자를 상대로 소유권이전등기절차이행의 소를 제기하여 패소의 확정판결을 받게 되면 채권자는 채무자의 제3자에 대한 권리를 행사하는 채권자대위소송에서 그 확정판결의 기판력으로 말미암아 더 이상 채무자에 대하여 동일한 청구원인으로 소유권이전등기청구를 할 수 없으므로 그러한 권리를 보전하기 위한 채권자대위소송은 그 요건을 갖추지 못하여 부적법하다.<sup>79)</sup>

## 2. 被保全債權의 이행기 도래

79) 대판 2003. 5. 13. 선고 2002다64148 판결. 同旨 : 대판 2002. 5. 10. 선고 2000다55171 판결 참조. 참고로 위 사례에서 피고 A에 대한 청구는 재심소송의 반소와 소송물과 당사자가 모두 동일하므로 확정된 재심판결의 기판력이 미치나, 피고 B가 전소의 변론종결 후에 전소의 반소피고이었던 피고 A로부터 소유권이전등기를 넘겨받았다 하더라도 피고 B는 어느 모로 보나 전소의 기판력이 미치는 변론종결 후의 제3자가 되지 아니한다.

채권자가 채권자대위권을 행사할 수 있기 위하여는 피보전채권의 이행기가 도래하여야 한다. 다만 채권보전이 긴급한 경우에는 법원의 허가를 얻어 이행기 전이라도 채권자대위권을 행사할 수 있고,<sup>80)</sup> 시효중단 목적의 이행청구나 보존등기 등 보존행위는 법원의 허가가 없더라도 이행기 전에 채권자대위권을 행사할 수 있다(민법 제404조 제2항).

### 3. 채권보전의 필요성

채권자가 채권자대위권의 법리에 의하여 채무자에 대한 채권을 보전하기 위하여 채무자의 제3자에 대한 권리를 대위행사하기 위하여는 채무자에 대한 채권을 보전할 필요가 있어야 할 것이고, 그러한 보전의 필요가 인정되지 아니하는 경우에는 소가 부적법하므로 법원으로서 이를 각하하여야 한다.<sup>81)</sup> 채권보전의 필요성만 있으면 되고 채무자가 대위권행사에 반대하더라도 채권자는 채권자대위권을 행사할 수 있다.

판례는 피보전채권이 금전채권인 경우 채권보전의 필요성을 채무자의 무자력, 즉 채무자의 책임재산이 피보전채권을 만족하는 데 부족하게 되는 상태를 의미하고,<sup>82)</sup> 피보전채권이 특정채권인 경우에는 채무자의 자력과는 상관없이 피보전채권의 현실적 이행을 확보하기 위하여 채무자의 권리를 행사할 필요가 있는 경우를 의미하는 것으로 본다.<sup>83)</sup> 예컨대, 채권자 甲의 채무자 乙에 대한 X부동산의 소유권이전등기청구권이 피

80) 비송사건절차법 제45조에서 제52조까지 기한도래 전 재판상 대위의 신청 및 재판에 관한 절차를 규정하고 있다.

81) 대판 2002. 5. 10. 선고 2000다55171 판결 : 만일 채권자가 채무자를 상대로 소를 제기하였으나 패소의 확정판결을 받은 종전 소유권이전등기절차 이행 소송의 청구원인이 채권자대위소송에 있어 피보전권리의 권원과 동일하다면 채권자로서는 위 종전 확정판결의 기판력으로 말미암아 더 이상 채무자에 대하여 위 확정판결과 동일한 청구원인으로는 소유권이전등기청구를 할 수 없게 되었고, 가사 채권자가 채권자대위소송에서 승소하여 제3자 명의의 소유권이전등기가 말소된다 하여도 채권자가 채무자에 대하여 동일한 청구원인으로 다시 소유권이전등기절차의 이행을 구할 수 있는 것도 아니므로, 채권자로서는 채무자의 제3자에 대한 권리를 대위행사함으로써 위 소유권이전등기청구권을 보전할 필요가 없게 되었다고 할 것이어서 채권자의 채권자대위소송은 부적법한 것으로서 각하되어야 한다.

82) 채권자대위권의 행사로서 채권자가 채권을 보전하기에 필요한 것인지 여부는 변론종결당시를 표준으로 판단되어야 할 것이며 그 채권이 금전채권일 때에는 채무자가 무자력하여 그 일반재산의 감소를 방지할 필요가 있는 경우에 허용되고 이와 같은 요건의 존재 사실은 채권자가 주장, 입증하여야 하는 것이다(대판 1976. 7. 13. 선고 75다1086 판결).

83) 통설은 대체로 판례의 입장을 지지하면서 금전채권이 피보전채권인 경우를 채권자대위제도의 본래의 목적과 기능에 부합하는 것이라는 의미에서 “本來型”이라고 하고, 특정채권이 피보전채권인 경우를 채권자대위제도의 확대적용이라는 의미에서 “轉用型”이라고 부르기도 한다. 박윤직, 전계서, 753면 참조.



보전채권인 경우 채권자대위권의 객체가 되는 것은 乙의 채무자 丙에 대한 당해 X부동산의 소유권이전등기청구권이다. 이 경우에만 甲은 乙의 자력과 관계없이 乙에 대한 소유권이전등기청구권의 현실적인 이행을 확보할 수 있다.

채권자가 채무자를 대위함에 있어서 대위에 의하여 보전될 채권자의 채무자에 대한 권리가 금전채권인 경우에는 그 보전의 필요성 즉, 채무자가 무자력인 때에만 채권자가 채무자를 대위하여 채무자의 제3채무자에 대한 권리를 행사할 수 있는 것인바,<sup>84)</sup> 채권자대위의 요건으로서의 무자력이란 채무자의 변제자력이 없음을 뜻하는 것이고 특히 임의 변제를 기대할 수 없는 경우에는 강제집행을 통한 변제가 고려되어야 하므로, 소극재산이든 적극재산이든 위와 같은 목적에 부합할 수 있는 재산인지 여부가 변제자력 유무 판단의 중요한 고려요소가 되어야 한다.<sup>85)</sup> 따라서 채무자의 적극재산인 부동산에 이미 제3자 명의로 소유권이전청구권보전의 가동기가 경료되어 있는 경우에는 강제집행을 통한 변제가 사실상 불가능하므로, 위 가동기가 가동기담보 등에 관한 법률에 정한 담보가동기로서 강제집행을 통한 매각이 가능하다는 등의 특별한 사정이 없는 한 위 부동산은 실질적으로 재산적 가치가 없어 적극재산을 산정함에 있어서 이를 제외하여야 할 것이다.<sup>86)</sup>

다만 피보전채권이 금전채권인 경우에도 피보전채권과 피대위채권 사이에 밀접한 관련이 있거나 피대위채권이 피보전채권을 실질적으로 담보하고 있는 경우에는 채무자의 무자력을 요건으로 하지 않는다. 예컨대 임대차보증금반환채권을 양수한 자는 임대인의 임차인에 대한 건물명도청구권을 대위행사하는 경우에는 임대인의 무자력을 요건으로 하지 않는다.<sup>87)</sup> 예컨대, 임차인 乙로부터 임대차보증금반환채권을 양수한 채권자 甲은 임차인 乙이 임대인 丙에 대하여 가지는 임대차계약해지권을 대위행사하여

84) 대판 1993. 10. 8. 선고 93다28867 판결 등 참조.

85) 대판 2006. 2. 10. 선고 2004다2564 판결. 무자력의 입증정도와 관련하여 판례는 연립주택의 건설공사를 도급받은 주식회사가 건설공사의 일부씩을 제3자에게 하도급 주고 그 하도급금을 지급하지 못하여 하수급인들을 비롯한 채권자들이 채권을 확보하기 위하여 채권단까지 구성한 사실이 있다면 특별한 사정이 없는 한 일용 위 회사가 채무를 변제할 자력이 없었다고 볼 수 있을 것인데도 위와 같은 특별한 사정이 있었는지의 여부에 관하여도 전혀 심리하지 아니한 채 위 회사의 무자력을 인정할 증거가 없다고 판단한 원심판결에는 심리미진 또는 채증법칙위반의 위법이 있다고 한다(대법원 1990. 12. 7. 선고 90다카21886 판결).

86) 대판 2009. 2. 26. 선고 2008다76556 판결.

87) 대판 1989. 4. 25. 선고 88다카4253.4260 판결 : 채권자가 자기채권을 보전하기 위하여 채무자의 권리를 행사하려면 채무자의 무자력을 요건으로 하는 것이 통상이지만 임대차보증금 반환채권을 양수한 채권자가 그 이행을 청구하기 위하여 임차인의 가옥명도가 선 이행되어야 할 필요가 있어서 그 명도를 구하는 경우에는 그 채권의 보전과 채무자인 임대인의 자력유무는 관계가 없는 일이므로 무자력을 요건으로 한다고 할 수 없다.

임대차관계를 종료시키고,88) 위와 같이 양수한 임대차보증금반환채권의 보전을 위하여 丙이 乙에 대하여 가지는 건물명도청구권을 대위행사할 수 있다.89) 이 경우 채권자의 채권보전과 채무자인 임대인의 자력 유무는 관계가 없으므로 채무자의 무자력을 요건으로 하지 않는다.

판례가 종래 피보전채권이 특정채권인 경우 대위권행사의 대상으로 삼은 것은 부동산이 순차매도된 경우,90) 무효등기의 말소청구,91) 부동산 이중양도의 경우,92) 법정지상권을 양수한 경우93) 등에 인정되는 등기청구권의 대위행사와 임차인의 방해배제청구권의 대위행사94)를 들 수 있다.

- 88) 임대차계약 해지권은 오로지 임대인이나 임차인의 의사에 행사의 자유가 맡겨져 있는 행사상의 일신전속권에 해당하는 것으로 볼 수 없으므로 임대차계약해지권도 채권자대위권의 대상이 된다(대판 2007. 5. 10. 선고 2006다82700,82717 판결). 판례는 골프클럽회원의 회원가입계약 해지권이 일신전속적인 권리가 아니고 그 해지(탈퇴)에 특별한 제약이 없는 것인 이상, 입회금반환청구권은 비록 입회금반환사유가 발생할 것을 정지조건으로 하는 채권이라 할지라도 그에 대한 압류 및 전부명령이 제3자인 골프장운영회사에게 송달된 때에 채권자가 집행법원을 통하여 제3자에게 채무자를 대위하여 회원가입계약 해지권을 행사한 것이라고 볼 수 있으므로 입회금반환사유는 그 송달시에 이미 발생하였다고 볼 것이라고 한다. 대판 1989. 11. 10. 선고 88다카19606 판결.
- 89) 이 경우 임대인이 임대차보증금반환청구채권의 양도통지를 받은 후에는 임대인과 임차인 사이에 임대차계약의 갱신이나 계약기간 연장에 관하여 명시적 또는 묵시적 합의가 있더라도 그 합의의 효과는 보증금반환채권의 양수인에 대하여는 미칠 수 없다. 대판 1989. 4. 25. 선고 88다카4253,4260 판결[평석 : 한기택, “임차보증금반환채권을 양수한 자의 임대인의 임차인에 대한 목적물반환청구권의 대위행사”, 「민사판례연구」, 박영사, 1990, 33면 이하 참조]
- 90) 대판 1995. 12. 26. 선고 95다18741 판결 : 丙이 채권자대위소송으로 甲에 대하여는 乙에게 부동산에 관하여 매매 또는 명의신탁 해지를 원인으로 하는 소유권이전등기 절차를 이행할 것을 구하고, 乙에 대하여는 丙에게 그 부동산에 관하여 매매를 원인으로 하는 소유권이전등기 절차를 이행할 것을 구하는 소송에서, 乙이 丙의 청구를 인낙하였다면, 丙이 乙에 대하여 그 주장과 같은 등기청구권을 가진다는 점은 입증되었다고 할 것이므로, 甲이 그 등기청구권의 존재를 다툴 수는 없다.
- 91) 대판 1998. 3. 27. 선고 96다10522 판결 : 甲이 乙에 대해서는 소유권이전등기절차이행율, 丙에 대해서는 乙을 대위하여 말소등기절차이행을 청구하는 소송에서 乙에 대한 청구가 승소 확정된 경우, 甲의 乙에 대한 승소 확정판결에 의하여 甲이 乙에 대하여 소유권이전등기청구권을 가진다는 점은 입증되었다고 할 것이고 丙으로서는 그 등기청구권의 존재를 다툴 수 없다.
- 92) 대판 1983. 4. 26. 선고 83다카57 판결 : 매도인의 매수인에 대한 배임행위에 가담하여 증여를 받아 이를 원인으로 소유권이전등기를 경료한 수증자에 대하여 매수인은 매도인을 대위하여 위 등기의 말소를 청구할 수는 있으나 직접 청구할 수는 없다는 것은 형식주의 아래의 등기청구권의 성질에 비추어 당연하다.
- 93) 대판 1985. 4. 9. 선고 84다카1131,1132 전원합의체판결 참조.

그런데 판례는 다음과 같이 피보전채권이 특정채권인 경우에도 대위권행사의 범위를 넓히고 있다.

“채권자는 채무자에 대한 채권을 보전하기 위하여 채무자를 대위해서 채무자의 권리를 행사할 수 있는바, 채권자가 보전하려는 권리와 대위하여 행사하려는 채무자의 권리가 밀접하게 관련되어 있고 채권자가 채무자의 권리를 대위하여 행사하지 않으면 자기 채권의 완전한 만족을 얻을 수 없게 될 위험이 있어 채무자의 권리를 대위하여 행사하는 것이 자기 채권의 현실적 이행을 유효·적절하게 확보하기 위하여 필요한 경우에는 채권자대위권의 행사가 채무자의 자유로운 재산관리행위에 대한 부당한 간섭이 된다는 등의 특별한 사정이 없는 한 채권자는 채무자의 권리를 대위하여 행사할 수 있어야 하고, 피보전채권이 특정채권이라 하여 반드시 순차매도 또는 임대차에 있어 소유권이전등기청구권이나 인도청구권 등의 보전을 위한 경우에만 한하여 채권자대위권이 인정되는 것은 아니며, 물권적 청구권에 대하여도 채권자대위권에 관한 민법 제404조의 규정과 위와 같은 법리가 적용될 수 있다.”<sup>95)</sup>

#### 4. 채무자의 權利不行使

채권자대위권은 채무자가 피대위채권을 행사하지 않는 경우에만 인정된다. 채무자가 스스로 자신의 채무자(제3채무자)에 대한 권리를 행사하는 채권자는 채권자대위권이라는 이름으로 피대위채권에 간섭할 수 없다. 채권자대위권의 행사의 요건인 “채무자가 스스로 그 권리를 행사하지 않을 것”이라 함은 채무자의 제3채무자에 대한 권리가 존재하고 채무자가 그 권리를 행사할 수 있는 상태에 있으나 스스로 그 권리를 행사하고 있지 아니하는 것을 의미하고 여기서 권리를 행사할 수 있는 상태에 있다는 뜻은 권리 행사를 할 수 없게 하는 법률적 장애가 없어야 한다는 뜻이고 채무자 자신에 관한 현

94) 대판 1964. 12. 29. 64다804 판결 : 임대인이 그 소유 토지를 피고에게 임대하였다가 이를 해지한 뒤 다시 위 토지를 원고에게 임대한 경우에 그 뒤 임대인이 위 토지를 타에 매도하고 소유권이전등기를 완료함으로써 소유권을 상실하였다 하더라도 임대인으로서 임차인인 원고에게 임대물을 인도하여 그 사용수익에 필요한 상태를 제공유지하여야 할 의무가 있고 또 임대인은 피고와의 임대차계약을 해지함으로써 피고에게 임대물의 인도를 청구할 권리가 있다 할 것이므로 임대인이 타인에게 매도함으로써 소유권은 상실하였다 해도 위와 같은 권리의무는 있다 할 것인즉 임차인인 원고는 임대인의 피고에 대한 위와 같은 권리를 대위하여 행사할 수 있다.

95) 대판 2007. 5. 10. 선고 2006다82700,82717 판결[평석 : 송평근, “물권적 청구권인 철거청구권을 피보전권리로 하는 채권자대위권이 인정되는지 여부 및 임대인의 임대차계약 해지권이 채권자대위권 행사의 대상이 될 수 있는지 여부 등”, 「대법원판례해설 제67호(2007 상반기)」, 법원도서관, 2007, 240~251면]. 同旨 : 대판 2001. 5. 8. 선고 99다38699 판결[평석 : 강봉석, 전계논문, 164~198면].

실적인 장애까지 없어야 한다는 뜻은 아니며 채무자가 그 권리를 행사하지 않는 이유를 묻지 아니한다.<sup>96)</sup> 채무자가 피대위채권을 행사하지 않는 것으로 족하며, 그 유유나 채무자의 고의·과실은 문제되지 않는다.

채권자대위권은 채무자가 제3채무자에 대한 권리를 행사하지 아니하는 경우에 한하여 채권자가 자기의 채권을 보전하기 위하여 행사할 수 있는 것이기 때문에 채권자가 대위권을 행사할 당시 이미 채무자가 그 권리를 재판상 행사하였을 때에는 설사 패소의 확정판결을 받았더라도 채권자는 채무자를 대위하여 채무자의 권리를 행사할 당사자적격이 없다.<sup>97)</sup>

일단 채무자가 스스로 피대위채권을 행사하고 있는 이상 채무자와 제3채무자의 통모로 채권자를 해하거나 채무자의 권리행사가 불성실하고 허술하다고 하여도 채권자대위권은 허용될 수 없고, 이 경우에 채권자로서는 채권자취소권을 행사하거나 사해방지소송으로 자신의 권리를 확보할 수밖에 없다. 판례는 다음의 사례에 대한 판결에서 이와 같은 입장을 명백히 밝히고 있다.

[사례]

피고 B재건축주택조합은 2004. 5. 29. 피고 A건설 주식회사(이하 A건설)에게 이 사건 재건축공사를 도급하였고, A건설은 2004. 10. 13. 원고에게 이 사건 재건축공사 중 토공사 부분을 공사대금 487,000,000원에 하도급하여 원고가 2004. 12. 5.경 하도급받은 토공사를 완료하였다. A건설은 자금난에 봉착하여 원고를 비롯한 수급사업자에 대한 하도급대금을 제대로 지급하지 못하는 등의 사정으로 공사중단 및 재개를 반복하다가 2005. 4.경 공사를 완전히 중단하였고, 결국 2005. 4. 28.경 부도가 났다.

이에 피고 B조합은 2005. 5. 27. A건설의 채무불이행을 이유로 이 사건 도급계약을 해제하였으나, A건설은 부도날 당시 원고를 비롯한 수급사업자들에 대한 하도급대금 채무로 35억 원 이상을, 장비 및 자재사용료, 식대, 인건비 등 채무로 8억 원 이상을 부담하고 있었다. A건설은

96) 따라서 미등기 토지에 대한 시효취득자가 제3자 명의의 소유권보존등기가 원인무효라 하여 그 등기의 말소를 구하는 경우에 있어 채무자인 진정한 소유자가 성명불상자라 하여도 그가 위 등기의 말소를 구하는 데 어떤 법률적 장애가 있다고 할 수는 없어 그 채권자대위권 행사에 어떤 법률적 장애가 될 수 없다. 대판 1992. 2. 25. 선고 91다9312 판결 참조.

97) 대판 1993. 3. 26. 선고 92다32876 판결. 이 판결에 대하여는 채권자가 채무자에 대한 소유권이전등기청구권을 가지는 이상 대위권을 행사할 자격은 갖춘 것이고 따라서 당사자적격은 있으나 채무자가 대위행사할 채무자의 제3채무자에 대한 권리가 존재하지 아니하는 것으로 인정된 확정판결이 있으므로 채권자의 대위권행사가 그 확정판결의 기판력에 저촉되는 것이라고 보거나 대위에 의한 채권자의 권리주장이 이유없는 것으로 돌아간다고 보아 채권자의 청구를 기각함이 옳다는 견해가 있다. 박윤직, 전제서, 762면.

2005. 10. 6. 피고 B조합을 상대로 이 사건 도급계약에 기한 공사대금 1,861,842,000원의 지급 등을 구하는 소를 제기하였는데, 서울북부지방법원은 2007. 2. 6. 피고 B조합이 A건설에 대하여 이 사건 도급계약에 기한 공사대금 등 합계 1,532,564,369원을 지급할 의무가 있으나 이미 2005. 4.경 A건설이 16억 원의 채권을 소외인에게 양도하였다는 이유로 A건설에 대해 패소판결을 선고한 사실, 반면 위 사건의 항소심인 서울고등법원은 2008. 5. 29. A건설이 피고 B조합에 대하여 공사대금 등 합계 1,702,755,465원의 채권을 취득하였음을 인정하고, 나아가 A건설이 소외인에게 이 사건 도급계약에 기한 공사대금 중 16억 원을 양도한 것은 통정허위표시로서 무효라고 판단한 다음, 위 공사대금 등 채권과 피고 B조합의 A건설에 대한 손해배상금 등 720,888,000원의 채권을 대등액에서 상계하여, 결국 '피고 B조합은 A건설에 대하여 981,867,465원 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.'는 내용의 판결을 선고하였고, 피고 등의 상고가 기각되어 위 서울고등법원의 판결은 그대로 확정되었다.

원고는 채무자인 A건설이 무자력 상태에 있다는 이유로 A건설을 대위하여 B조합을 상대로 공사대금 등의 지급을 구하는 소를 제기할 수 있는가?

### [대법원판결]

채권자대위권은 채무자가 제3채무자에 대한 권리를 행사하지 아니하는 경우에 한하여 채권자가 자기의 채권을 보전하기 위하여 행사할 수 있는 것이어서, 채권자가 대위권을 행사할 당시에 이미 채무자가 그 권리를 재판상 행사하였을 때에는 채권자는 채무자를 대위하여 채무자의 권리를 행사할 수 없다.<sup>98)</sup>

### 5. 被代位債權의 存在

채권자가 채권자대위권을 행사하기 위하여는 채무자의 제3채무자에 대한 피대위채권이 존재하여야 한다. 피대위채권의 존재사실은 채권자가 증명하여야 한다. 채권자대위권의 객체가 되는 피대위채권은 피보전채권이 금전채권인가 특정채권인가에 따라 차이가 있다. 금전채권이 피보전채권인 경우 채권의 공동담보의 보전에 필요한 재산권으로 강제집행이 가능한 것은 모두 피대위채권이 될 수 있으나, 다만 채무자의 행사상의 일신전속권<sup>99)</sup>이나 압류금지채권<sup>100)</sup>은 채권자대위권의 객체가 될 수 없다.<sup>101)</sup>

98) 대판 2009. 3. 12. 선고 2008다65839 판결. 同旨 : 대판 1992. 11. 10. 선고 92다30016 판결 등 참조.

99) 이혼청구권, 인지청구권, 친생부인권 등 가족법상의 권리가 이에 해당한다. 판례는 친족회 의의 동의 없는 후견인의 행위에 대한 취소권이 채권자대위권의 목적이 될 수 없다고 한다(대판 1996. 5. 31. 선고 94다35985 판결). 이혼당사자 사이의 재산분할청구권은 그들 사이의 협의나 법원의 심판 등에 의하여 그 범위 및 내용이 구체화되기 전에는 추상적인 권

특정채권이 피보전채권인 경우 특정채권의 실현을 위해 필요하고 적합한 권리가 피대위채권이 된다.<sup>102)</sup> 채권자대위권은 채무자의 채권을 대위행사함으로써 채권자의 채권이 보전되는 관계가 존재하는 경우에 한하여 이를 행사할 수 있으므로 특정물에 관한 채권자는 채권을 보전하기 위하여 채무자의 제3채무자에 대한 그 특정물에 관한 권리만을 대위행사할 수 있다.<sup>103)</sup>

구체적으로 채무자의 청구권뿐만 아니라 형성권이나 채권자대위권, 채권자취소권 등이 피대위채권이 된다. 판례는 민법상 조합원의 조합탈퇴권도 채권자대위권의 목적이 될 수 있다고 한다.<sup>104)</sup>

리에 지나지 않아 채권자대위권행사의 대상이 될 수 없다(서울가법 1993. 11. 11. 선고 93나2877 심판). 상속의 승인, 포기권, 상속회복청구권 등은 그 권리자의 의사를 존중하여야 하므로 대위권의 목적이 되지 않으나, 상속개시 후의 상속지분권, 상속재산분할청구권은 양도·처분할 수 있는 것으로서 재산권의 성질이 강하므로 대위권의 목적이 될 수 있다. 곽윤직, 전제서, 765면 참조.

- 100) 민사집행법 제246조, 공무원연금법 제32조 등 참조. 다만 교통사고 피해자를 치료한 의료기관이 피해자에 대한 진료비 청구권에 기하여 피해자의 보험사업자 등에 대한 직접청구권을 압류하는 것이 자동차손해배상보장법 제32조에 위반되는 것으로 볼 것은 아니며(대판 2004. 5. 28. 선고 2004다6542 판결), 피해자의 국가에 대한 국가배상(치료비) 청구권을 압류하거나 대위행사하는 것이 국가배상법 제4조에 위반되는 것은 아니다(대판 1981. 6. 23. 선고 80다1351 판결).
- 101) 앞서 본 바와 같이 판례는 임대인의 임대차계약 해지권은 오로지 임대인의 의사에 행사의 자유가 맡겨져 있는 행사상의 일신전속권에 해당하는 것으로 볼 수 없다고 하여 임대차계약해지권도 채권자대위권의 객체가 될 수 있다고 한다. 대판 2007. 5. 10. 선고 2006다82700.82717 판결.
- 102) 강봉석, 전제논문, 183면. 판례는 환매권은 재산권으로서 양도 및 채권자대위권행사의 대상이 되고, 채권자는 자기의 채무자에 대한 부동산의 소유권이전등기청구권 등 특정채권을 보전하기 위하여 채무자가 방치하고 있는 그 부동산에 관한 특정권리를 대위하여 행사할 수 있다고 한다. 대판 1992. 10. 27. 선고 91다483 판결.
- 103) 대판 1993. 4. 23. 선고 93다289 판결. 甲의 채권은 乙과의 매매계약으로 인한 이 사건 여관건물에 관한 소유권이전등기청구권임에 반하여 甲이 대위행사하는 乙의 권리는 이 사건 교환계약의 해제로 인한 乙의 丙에 대한 이 사건 상가부분에 관한 丙명의로의 소유권이전등기의 말소등기청구권이어서 甲이 이 사건 상가부분에 관한 위 청구권을 동시이행의 항변으로 대위행사하여 이 사건 상가부분에 관한 丙의 소유권이전등기가 말소되어 乙명의로 회복된다 하더라도 甲의 乙에 대한 이 사건 여관에 관한 소유권이전등기청구권이 보전될 리는 없다 할 것이므로 甲의 위 채권자대위권은 허용될 수 없다
- 104) 대판 2007. 11. 30. 자 2005마1130 결정 : 민법상 조합원은 조합의 존속기간이 정해져 있는 경우 등을 제외하고는 원칙적으로 언제든지 조합에서 탈퇴할 수 있고(민법 제716조 참조), 조합원이 탈퇴하면 그 당시의 조합재산상태에 따라 다른 조합원과 사이에 지분의 계산을 하여 지분환급청구권을 가지게 되는바(민법 제719조 참조), 조합원이 조합을 탈퇴할 권리는 그 성질상 조합계약의 해지권으로서 그의 일반재산을 구성하는 재산권의 일종이

소송상의 행위도 실제법상의 권리를 주장하는 형식의 소송상의 행위는 대위가 가능하다.<sup>105)</sup> 실무상 채권자대위권을 소송상 행사하는 방식으로 피대위채권과 관련한 이행의 소나 확인의 소를 제기하는 경우가 많다. 채권자는 채무자를 대위하여 피대위채권에 대한 가압류나 가처분을 신청할 수 있고, 집행권원에 채무자로 표시된 자 및 채무의 승계 기타 원인으로 채무자에 대신하여 집행력을 받는 자의 채권자도 채권자대위권에 기하여 청구이의의 소를 제기할 수 있다.<sup>106)</sup> 판례는 가처분결정에 대한 본안 제소명령의 신청권이나 제소기간의 도과에 의한 가압류·가처분의 취소신청권은 채권자대위권의 목적이 될 수 있는 권리라고 보고 있다.<sup>107)</sup> 다만 소송계속중 그 소송수행을 위한 소송당사자로서의 개개의 소송행위, 예컨대 공격방어방법의 제출, 상소나 항고의 제기, 집행방법에 대한 이의, 가압류에 대한 이의 등은 채권자대위권의 대상이 될 수 없다.<sup>108)</sup>

그런데 채권자대위권의 요건 중 피대위채권의 존재는 소송요건이 아니라 본안판단의 대상이다. 본안심리결과 피대위채권이 부존재하는 것으로 밝혀지면 대위소송은 각하되는 것이 아니라 청구기각판결을 받게 된다. 다만 채무자의 제소로 채무자 패소확정판결을 받은 경우에는 채무자의 권리불행사라는 요건을 결하여 대위소송을 각하하게 되고, 제3채무자가 채무자를 상대로 제소하여 채무자가 패소확정판결을 받은 경우에는 기판력의 작용에 의하여 대위소송은 청구기각판결을 받게 되는 차이가 있다. 예컨대, 부동산의 소유자에 대하여 소유권이전등기를 청구할 지위에 있기는 하지만 아직 그 소유권이전등기를 경로하지 않은 상태에서, 제3자가 부동산의 소유자를 상대로 그 부동산에 관한 소유권이전등기절차 이행의 확정판결을 받아 소유권이전등기를 경로한 경우, 그 확정판결이 당연무효이거나 재심의 소에 의하여 취소되지 않는 한, 종전의 소유권이전등기청구권을 가지는 자가 부동산의 소유자에 대한 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 부동산의 소유자를 대위하여 제3자 명의의 소유권이전등기가 원인무

라 할 것이고 채권자대위가 허용되지 않는 일신전속적 권리라고는 할 수 없다. 따라서 채무자의 재산인 조합원 지분을 압류한 채권자는, 당해 채무자가 속한 조합에 존속기간이 정하여져 있거나 기타 채무자 본인의 조합탈퇴가 허용되지 아니하는 것과 같은 특별한 사유가 있지 않은 한, 채권자대위권에 의하여 채무자의 조합 탈퇴의 의사표시를 대위행사할 수 있다 할 것이고, 일반적으로 조합원이 조합을 탈퇴하면 조합목적의 수행에 지장을 초래할 것이라는 사정만으로는 이를 불허할 사유가 되지 아니한다.

105) 강봉석, 전계논문, 183면.

106) 대판 1992. 4. 10. 선고 91다41620 판결.

107) 대판 1993. 12. 27. 자 93마1655 결정.

108) 박윤직, 전계서, 769면 참조.

효임을 내세워 그 등기의 말소를 구하는 것은 확정판결의 기판력에 저촉되므로 허용될 수 없다.<sup>109)</sup>

## V. 결 어

채권자대위소송은 실체법과 절차법이 교차하는 법 영역에 관한 소송이다. 채권자대위권이 책임재산의 보전을 위한 실체법상의 권리라고는 하지만 채권자대위권을 재판 외에서 행사할 경우 피보전채권과 피대위채권의 존부 등에 관하여 당사자간에 다툼이 있다면 결국 채권자대위권을 소의 방법으로 행사할 수밖에 없다.

특히 판례가 채무자의 자력유무를 불문하고 등기청구권 등 특정채권의 보전을 위한 채권자대위권의 행사를 넓혀가면서 실무상 채권자대위소송이 많이 제기되고 있다. 본고는 이와 같은 채권자대위소송의 법적 성질을 법정소송담당으로 보는 통설·판례에 대하여 민법상의 채권자대위권이라는 실체법상의 권리를 소송상 행사하는 것에 불과하다는 독자적 권리행사설이 있으나, 통설·판례의 입장이 타당함을 밝혔다. 아울러 채권자대위소송이 법정소송담당이 아니라는 전제하에 민법상의 '피보전채권이 존재할 것'은 실체법상의 법률요건이지 소송요건이 될 수 없다는 소수설의 견해보다는 피보전채권의 존부를 원고의 당사자적격을 인정하기 위한 전제요건 내지 소송요건으로 보는 판례와 실무의 입장이 채권자대위소송 심리체계의 면에서도 타당하다는 점을 밝혔다. 그리고 채권자대위소송과 관련하여 채무자의 처분권 제한을 둘러싼 논의를 판례의 사안을 중심으로 집중적으로 고찰하였다.

본고에서는 채권자대위소송의 실천적 의미를 포착하기 위하여 채권자대위소송의 소송요건과 요건사실을 명확히 함으로써 채권자대위소송의 이론, 실무, 판례의 체계정합성을 모색하였다.

실무상 채권자대위소송이 많이 제기되고 있는 이유는 그만큼 채권자대위권에 대한 거래계의 수요가 많다는 것을 보여주는 것이다. 앞으로 채권자대위권과 채권자대위소송의 이론체계를 확고히 함으로써 실체법과 절차법이 교차하는 영역에서의 실무가 확고한 법리에 바탕을 둔 관계설정이 이루어지기를 기대한다.

109) 대판 1999. 2. 24. 선고 97다46955 판결. 제소전화해에 기하여 제3자 앞으로 소유권이전등기가 마쳐진 경우도 같다. 대법원 2000. 7. 6. 선고 2000다11584 판결



## 참 고 문 헌

### [서적]

- 곽윤직 편, 「민법주해(IX)」, 박영사, 1995.  
 김형배, 「민법학연구」, 박영사, 1986.  
 김형배, 「채권총론」, 박영사, 1998.  
 사법연수원, 「민사실무Ⅱ」, 2008.  
 송상현/박익환, 「민사소송법(신정5판)」, 박영사, 2008.  
 이시윤, 「민사소송법(제5판)」, 박영사, 2009.  
 이은영, 「채권총론」, 박영사, 1991.  
 정동윤/유병현, 「민사소송법(제3판)」, 법문사, 2009.  
 호문혁, 「민사소송법(제7판)」, 법문사, 2009.

### [논문]

- 강봉석, “채권자대위권에 있어서 채권보전의 필요성”, 「민사판례연구[X X IV]」, 박영사, 2002.  
 김광태, “전득자의 대위에 의한 처분금지가처분의 효력”, 「민사판례연구[X IV]」, 박영사, 1992.  
 남동현, 채권자대위소송과 채무자의 절차권 보장, 「민사소송(제8권 제1호)」, 한국사법행정학회, 2004.  
 명순구, “채권자대위제도의 오용과 남용: 그 원인분석과 대안”, 「고려법학(제39호)」, 고려대학교법학연구원, 2002. 11.  
 박철우, “채권자대위권”, 「판례연구(제5집)」, 서울지방변호사회, 1992.  
 송평근, “물권적 청구권인 철거청구권을 피보전권리로 하는 채권자대위권이 인정되는지 여부 및 임대인의 임대차계약 해지권이 채권자대위권 행사의 대상이 될 수 있는지 여부 등”, 「대법원판례해설 제67호(2007 상반기)」, 법원도서관, 2007. 12.  
 양창수, “채권자대위에 의한 처분금지효가 제3채무자가 채무자의 채무불이행을 이유로 매매계약을 해제하는 것에도 미치는가?”, 「민법연구(제7권)」, 박영사, 2007.  
 오수원, “프랑스에서의 채권자대위소송 판결의 채무자에 대한 효력”, 「무등춘추(제7호)」,

- 광주지방변호사회, 2002.
- 오수원, “프랑스의 채권자대위권에 있어서 채권자의 채권과 특정물채권자-1980년대 이후의 새로운 경향-”, 「법조(제49권 제9호)」, 법조협회, 2000. 9.
- 오시영, “채권자대위권행사시 채무자의 처분권 제한을 중심으로”, 「판례연구 제17집(상)」, 서울지방변호사회, 2003.
- 오창수, “보험자대위에 관한 판례이론의 검토-청구권대위를 중심으로-”, 「변호사(제31집)」, 서울지방변호사회, 2001.
- 원유석, “채권자대위소송에 있어서 피보전권리의 존부에 대한 판단기준”, 민사판례연구 [X X II], 박영사, 2000.
- 이재성, “채권자대위권의 행사가 채무자에게 미치는 효과”, 「이재성판례평석집(제10권)」, 법률문화원, 1989.
- 이재성, “채권자대위권의 행사와 채무자의 처분권 제한”, 「이재성판례평석집(제10권)」, 법률문화원, 1989.
- 한기택, “임차보증금반환채권을 양수한 자의 임대인의 임차인에 대한 목적물반환청구권의 대위행사”, 「민사판례연구」, 박영사, 1990.
- 호문혁, “채권자대위소송에 있어서의 피보전채권과 당사자적격”, 「민사판례연구」, 박영사, 1990.
- 호문혁, “채권자대위소송과 중복제소”, 「민사판례연구[X VI]」, 박영사, 1994.

[Abstract]

## A Study on the Practical Meaning of Creditor's Subrogated Suit - Focused on the Status of Parties and Condition -

Oh, Chang-Soo

*Professor, Law school of Jeju National Univ.*

Practically creditors have filed creditor's subrogated suits frequently. Many research have been done on the creditor's subrogation right and creditor's subrogated suit in the substantive law and procedural law all the while.

This article deals with the practical meaning of creditor's subrogated suit, focused on the status of parties and condition of lawsuit.

This article is composed as follows :

In Chapter 1. I presented the purpose and scope of the context.

In Chapter 2. I presented the practical meaning of creditor's subrogated suit.

In Chapter 3. I clarified the legal status of parties, subrogee and subroger. In this Chapter I specially investigated the legal character and standing of creditor's subrogated suit.

In Chapter 4. I surveyed overview of condition of lawsuit and requirement fact.

In Chapter 5. I finally mentioned my conclusion on this subject.

**Key words** : subrogation right, Creditor's subrogation, Creditor's subrogated suit, subrogee, subroger

