

나. 채권자대위

채권자대위소송의 요건사실은 ‘① 피보전채권의 존재, ② 피보전채권의 변제기 도래(보전행위나 법원 허가 시에는 불요),²¹⁰⁴⁾ ③ 보전의 필요성(≒ 무자력), ④ 채무자의 권리 불행사, ⑤ 대위할 채권의 존재’ 등 5가지인데, 판례에 따르면, ①~④는 소송요건 사실로서 이를 함결한 채권자대위소송은 부적법하여 ‘각하’하게 되고, ⑤는 본안의 요건사실로서 이를 함결한 채권자대위소송은 ‘청구기각’하게 된다.

2104) 민법 제404조(채권자대위권) ① 채권자는 자기의 채권을 보전하기 위하여 채무자의 권리를 행사할 수 있다. 그러나 일신에 전속한 권리는 그러하지 아니하다. ② 채권자는 그 채권의 기한이 도래하기 전에는 법원의 허가 없이 전항의 권리를 행사하지 못한다. 그러나 보전행위는 그러하지 아니하다.

1) 의무이행의 상대방

채권자대위의 경우, 제3채무자로 하여금 채무자에게 일정한 급부행위를 하라고 청구하는 것이 원칙이나, 예외적으로 금전의 지급이나 물건의 인도 등과 같이 급부의 수령이 필요한 경우²¹⁰⁵⁾나 말소등기절차의 이행과 같이 이행의 상대방이 별다른 의미를 갖지 못하는 경우 등에는 채권자(원고)에게 이행할 것을 청구할 수도 있다. 특정채권 보전을 위하여 불법점유자에 대하여 부동산 인도를 대위청구하는 경우 채권자에게 직접 이행할 것을 청구할 수도 있다.²¹⁰⁶⁾

채무자가 제3채무자에게 채권의 양도를 구할 수 있는 권리를 가지고 있는 경우, 채권자는 제3채무자에 대하여 채무자에게 채권양도절차를 이행하도록 청구하여야 하고, 직접 자신에게 채권양도절차를 이행하도록 청구할 수 없다.²¹⁰⁷⁾ 소유권이전등기를 대위하

2105) ◎ 대위 채권자의 변제 수령 권능

① 대법원 2016. 9. 28. 선고 2016다205915 판결: “채권자가 자기의 금전채권을 보전하기 위하여 채무자의 금전채권을 대위행사하는 경우 제3채무자로 하여금 채무자에게 그 지급의무를 이행하도록 청구할 수도 있지만, 직접 대위채권자 자신에게 이행하도록 청구할 수도 있는데, 채권자대위소송에서 제3채무자로 하여금 직접 대위채권자에게 금전의 지급을 명하는 판결이 확정되더라도, 대위의 목적인 권리, 즉 채무자의 제3채무자에 대한 피대위채권이 그 판결의 집행채권으로서 존재하는 것이고 대위채권자는 채무자를 대위하여 피대위채권에 대한 변제를 수령하게 될 뿐 자신의 채권에 대한 변제로서 수령하게 되는 것이 아니므로, 그 피대위채권이 변제 등으로 소멸하기 전이라면 채무자의 다른 채권자는 이에 대하여 압류 또는 가압류, 처분금지처분을 할 수 있다.” ● 대위채권자의 제3채무자에 대한 위와 같은 추심권능 내지 변제수령권능은 그 자체로서 독립적으로 처분하여 환가할 수 있는 것이 아니어서 압류할 수 없는 성질의 것이므로, 이러한 추심권능 내지 변제수령 권능에 대한 압류명령 등은 무효이고, 채권자대위소송에서 확정된 판결에 따라 대위채권자가 제3채무자로부터 지급받을 채권에 대한 압류명령 등도 무효이다(대법원 2016. 8. 29. 선고 2015다236547 판결). ② 대법원 2014. 7. 10. 선고 2012다89832 판결: “채권자대위소송에서 대위채권자가 제3채무자를 상대로 직접 이행을 청구할 수 있다고 하여 채무자의 대위채권자에 대한 채무와 제3채무자의 채무자에 대한 채무가 동일한 경제적 목적을 가지고 있거나 서로 중첩되는 부분에 관하여 일방의 채무가 변제 등으로 소멸할 경우 타방의 채무도 소멸하는 관계에 있다고 볼 수 없다는 점에서 원심이 피고들의 각 채무가 연대채무 또는 부진정연대의 관계가 아니라고 판단한 것은 정당하다.”

2106) ○ 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 점포 사용청구권을 보전하기 위하여 점포 소유자인 시가 불법점유자들에 대하여 가지는 인도청구권을 대위행사할 수 있고, 이 경우 불법점유자들에 대하여 직접 자기에게 그 점포들을 인도할 것을 청구할 수도 있다고 한 예(93다59502). 원고가 미등기 건물을 매수하였으나 소유권이전등기를 하지 못한 경우 위 건물을 원시취득한 매도인을 대위하여 불법점유자에 대하여 인도청구를 할 수 있고 이때 원고는 불법점유자에 대하여 직접 자기에게 인도할 것을 청구할 수도 있다고 한 예(79다1928).

○ 한편, 임대차보증금반환채권을 양수한 채권자가 그 이행을 임대인에게 청구하기 위해서는 임차인의 건물 인도가 이행되어야 할 필요가 있는데, 임대인이 임차인에 대하여 인도 청구를 하지 않고 있다면, 양수 채권자인 원고로서는 임대인을 대위하여 임차인으로 하여금 ‘임대인’에게 그 건물을 인도할 것을 청구할 수 있다(대법원 1989. 4. 25. 선고 88다카4253, 4260 판결).

2107) 대법원 2024. 3. 12. 선고 2023다301682 판결(제3채무자에 대하여 채무자에게 채권을 양도하는 절차를 이행하도록 하면 그 채권이 바로 채무자에게 귀속하게 되어 별도로 급부의 수령이 필요하지 않을 뿐만 아니라, 만약 제3채무자가 직접 채권자에게 채권을 양도하는 절차를 이행하도록 하면 그 채권은 채권자에게 이전된다고 볼 수밖에 없어 대위행사의 효과가 채무자가 아닌 채권자에게 귀속하게 되기 때문이다). ➡ 2004다70024 판결 중 피고로 하여금 무자격자인 소의 회사를 대위한 원고들에게, 부당이득 반환으로서 전부채권 중 실제로 추심하지 아니한 부분에 관하여는 그 채권 자체를 양도하여 반환하도록 명한 부분은 타당치 않게 되었다.

여 청구하는 경우에는 채무자 앞으로의 이행만을 청구할 수 있고, 청구취지나 주문에서 채무자는 당사자에 준하여 특정되어야 한다.²¹⁰⁸⁾

2) 채권자 자신의 권리에 기한 직접 청구와의 관계

가) 직접청구와 대위청구의 구분

자신의 권리에 기한 직접 청구와 채권자대위권에 기한 청구는 법률효과에 관한 요건사실이 다르다 할 것이고(자신의 권리에 기한 직접 청구권 등 다른 권리구제수단이 있었다는 사정이 채권자대위권의 행사요건인 '채권보전의 필요성'을 부정할 사유가 될 수 없고, '소의 이익'이 인정된다²¹⁰⁹⁾), 법원은 변론주의의 원칙상 법률상의 요건사실에 해당하는 주요사실에 관한 한

2108) 채권자대위소송에 있어서 채무자가 어떤 경위로든지 간에 소송이 제기된 사실을 알았을 경우에는 그 판결의 효력이 채무자에게도 미치므로, 판결의 효력이 미치는 주관적 범위를 확정하기 위하여도 판결 주문에 기재된 채무자는 당사자에 준하여 특정되어야 할 필요성이 있고, 이를 위하여 판결주문상 채무자의 주소나 주민등록번호를 보충하여 달라는 판결정정신청은 허용된다(95그226).

2109) ① 대법원 2007. 5. 10. 선고 2006다82700, 82717 판결; 토지 소유권에 근거하여 그 지상 건물의 임차인들을 상대로 건물에서의 퇴거를 청구할 수 있었더라도, 퇴거청구와 건물 임대인을 대위하여 임차인들에게 임대차계약의 해지를 통고하고 건물의 인도를 구하는 청구는 그 요건과 효과를 달리하는 것이므로 별개로 청구가 가능하고, 위와 같은 퇴거청구를 할 수 있었다는 사정이 채권자대위권의 행사요건인 채권보전의 필요성을 부정할 사유가 될 수 없다고 한 사례. ② 대법원 2017. 12. 5. 선고 2017다237339 판결; "취득시효 완성을 원인으로 하는 소유권이전등기청구권을 피보전권리로 하는 부동산처분금지가처분 등기가 마쳐진 후에 가처분채권자가 가처분채무자를 상대로 가처분의 피보전권리에 기한 소유권이전등기를 청구함과 아울러 가처분 등기 후 가처분채무자로부터 소유권이전등기를 넘겨받은 제3자를 상대로 가처분채무자와 그 제3자 사이의 법률행위가 원인무효라는 사유를 들어 가처분채무자를 대위하여 제3자 명의 소유권이전등기의 말소를 청구하는 경우, 가처분채권자가 채무자를 상대로 본안의 승소판결을 받아 확정되면 가처분에 저촉되는 처분행위의 효력을 부정할 수 있다고 하여, 그러한 사정만으로 위와 같은 제3자에 대한 청구가 소의 이익이 없어 부적법하다고 볼 수는 없다. 가처분채권자가 대위 행사하는 가처분채무자의 위 제3자에 대한 말소청구권은 가처분 자체의 효력과는 관련이 없을 뿐만 아니라, 가처분은 실체법상의 권리관계와 무관하게 그 효력이 상실될 수도 있어, 가처분채권자의 입장에서는 가처분의 효력을 원용하는 외에 별도로 가처분채무자를 대위하여 제3자 명의 등기의 말소를 구할 실익도 있기 때문이다." ③ 대법원 2019. 4. 11. 선고 2017다269862 판결; "국세기본법 ... 제28조 제3항 제5호에서 '민법 제404조에 따른 채권자대위 소송을 제기하여 그 소송이 진행 중인 기간'에는 소멸시효가 진행되지 않는 것으로 규정하고 있다. 국가가 채권자대위 소송의 요건을 갖추어 납세의무자의 제3자에 대한 채권을 대위하여 행사하는 것은 납세의무 없는 그 제3자에게 조세채무를 부담하게 하거나 이를 보증하게 하는 것이 아닐 뿐만 아니라, 그로 인하여 조세채권의 성립이나 행사의 범위가 임의로 확대되는 것도 아니다. 한편 국세기본법 제41조 제2항은 '세무서장이 채권압류의 통지를 한 때에는 체납액을 한도로 하여 체납자인 채권자를 대위한다'고 규정하고 있으나, 위 규정에 의한 압류금 지급청구소송은 채권자대위 소송과는 그 근거와 요건을 서로 다르다. 위와 같은 국세기본법의 규정, 채권자대위 소송의 목적과 근거, 효과 등에 비추어 보면, 국가는 조세채권의 보전을 위하여 납세의무자의 제3자에 대한 채권을 대위하여 행사할 수 있다." ⇨ 조세법률주의 원칙에 비추어 허용될 수 없다는 원심 판단을 배척하면서 피대위권리 부존재를 이유로 원심과 결론을 같이 한 예. ④ 한편, 원고가 부동산의 매수인으로서 매도인을 대위하여 피고 명의의 등기말소를 구하는 소를 제기하였다가 패소확정된 후, 별소로서 자신이 소유권자임을 내세워 그 등기의 말소를 구하는 소를 제기한 경우, 두 소송은 그 쟁점이 서로 다르다고 할 것이어서 원고가 전소에서 소유권자임을 적극적으로 주장하지 아니하고도 후소로 별소를 제기하였다고 하는 사정만으로는 특별한 사정이 없는 한 그 소가 신의칙에 반하여 권리보호이익이 없는 부적법한 소라고까지 할 수는 없다(84다카197). ⑤ 제1심에서 원고들이 소의 1에 대한 피보전채권을 근거로 사해행위취소 및 원상회복청구를 하였다가 항소심에서 동일한 채권을 근거로 소의 1을 대위하여 가동기 및 소유권이전등기의 말소등기청구를 하는 것으로 청구를 변경한 것은 동일한 생활사실이나 경제이익에 관한 것으로서 분쟁의 해결방법만 달리하는 것에 불과하여 청구의 기초에 관한 동일성이 인정된다(2018다260565).

⇨ 대법원 2020. 5. 21. 선고 2018다879 전원합의체 판결의 다수의견은, "채권자가 자신의 금전채권을 보전

당사자가 주장하지 아니한 사실을 기초로 판단할 수 없으므로, 자신의 권리에 기한 직접 청구만 하고 있을 뿐임에도 채권자대위권에 기한 청구를 인용하여서는 아니 되고, 가사 변론 전체의 취지 등에 의하여 채권자대위권에 기한 청구를 한 것이라고 본다고 하더라도 법원은 당사자가 명백히 간과한 것으로 인정되는 법률상의 사항에 관하여는 당사자에게 의견진술의 기회를 주어야 하므로, 피고가 채권자대위청구에 관하여 아무런 답변이나 항변을 하지 아니하고 있는 상황에서 법원으로서에는 그에 관한 피고의 견해를 묻고 법률상 및 사실상의 반대 주장을 할 수 있는 기회를 부여한 다음 채권자대위청구에 관한 판단에 나아가야 한다.^{2110) 2111)}

하기 위하여 채무자를 대위하여 부동산에 관한 공유물분할청구권을 행사하는 것은, 책임재산의 보전과 직접적인 관련이 없어 채권의 현실적 이행을 유효·적절하게 확보하기 위하여 필요하다고 보기 어렵고 채무자의 자유로운 재산관리행위에 대한 부당한 간섭이 되므로 보전의 필요성을 인정할 수 없다. ... 이는 채무자의 공유지분이 다른 공유자들의 공유지분과 함께 근저당권을 공동으로 담보하고 있고, 근저당권의 피담보채권이 채무자의 공유지분 가치를 초과하여 채무자의 공유지분만을 경매하면 남을 가망이 없어 민사집행법 제102조에 따라 경매절차가 취소될 수밖에 없는 반면, 공유물분할의 방법으로 공유부동산 전부를 경매하면 민법 제368조 제1항에 따라 각 공유지분의 경매대가에 비례해서 공동근저당권의 피담보채권을 분담하게 되어 채무자의 공유지분 경매대가에서 근저당권의 피담보채권 분담액을 변제하고 남을 가망이 있는 경우에도 마찬가지이다.”라고 판시하였고, 이에 대하여 반대의견은, “금전채권 보전을 위한 채권자대위권 행사에서 채무자의 무자력 외에 추가적인 것을 요구하며 보전의 필요성을 엄격하게 인정하려는 다수의견의 태도는 무자력 요건을 완화하여 채권자대위권 행사를 허용하는 범위를 확대해 온 판례의 기본적인 방향과 배치된다.”라고 비판하였다.

2110) 대법원 2007. 7. 26. 선고 2007다19006, 19013 판결: 소유권에 기한 건물인도청구와 채권자대위권에 기한 건물인도청구는 법률효과에 관한 요건사실이 다름에도 불구하고, 건물 소유권을 취득하였음을 전제로 건물인도를 구하는 청구가 그 건물을 원시취득한 매도인을 대위하여 건물인도를 구하는 취지가 포함되어 있다고 보아 사실상 변론종결 시까지 주장하지도 아니한 채권자대위권에 기한 건물인도청구에 기초하여 상대방에게 의견진술의 기회조차 주지 아니한 채 청구를 인용한 원심을 파기한 예.

2111) [석명권 불행사의 위법이 없다고 한 예] ① ‘등기명의자에 대하여 직접 등기말소등기청구권을 갖는다는 것과 진정한 소유자의 등기말소청구권을 대위행사 하여 등기명의자에게 대하여 말소를 구한다는 것은 청구원인이 다르므로, 원고에 대하여 진정한 소유자를 대위하여 등기명의자에게 등기의 말소를 구하는 것인지 여부를 심리하지 않았더라도 석명권을 행사하지 아니한 잘못이 될 수 없다’고 한 예(98다56782). ② ‘단독 소유라고 주장하면서 점포인도를 구하는 경우, 법원이 소송과정에서 전혀 주장된 바 없는 공유자임을 전제로 공유물보존행위의 일환으로 구하는 것인지 또는 점포의 원시취득자를 대위하여 구하는 것인지에 관하여 석명할 의무는 없다’고 한 예(96다5001). ③ ‘점유자가 소유명의자에게 대하여 직접 취득시효 완성이로 인한 소유권이전등기청구권을 갖는다는 것과 점유자가 전점유자를 대위하여 그가 소유명의자에게 대하여 갖는 이전등기청구권을 대위행사한다는 것은 청구원인이 다르므로, 점유자가 소유명의자를 상대로 직접 취득시효 완성을 원인으로 한 이전등기청구하고 있음이 명백한 경우, 그 점유자에 대하여 전점유자를 대위하여 소유명의자에게 취득시효 완성을 원인으로 한 소유권이전등기청구를 하는 것인지의 여부에 관하여 심리하지 않았다 하여 석명권 불행사의 위법이 있다고 할 수 없다’고 한 예(95다22078, 22085). ➡ [석명권 불행사의 위법이 있다고 한 예] ① ‘원고가 청구취지에서는 피고 명의의 등기의 말소등기절차의 직접 이행을 구하고 있으나, 청구원인 사실로 대위권 행사의 전제가 되는 사실관계를 모두 주장하고 있는 경우, 법원이 그 주장 형식에만 얽매어 구체적인 취지가 무엇인지에 관하여 전혀 석명을 하지 않은 채, 원고의 주장 취지를 직접 등기말소를 구하는 것으로만 보아 청구를 기각하는 것은 석명권 행사를 제울리 한 위법을 저지른 것’이라고 한 예(99다35393). ② ‘원고는 소외인에 대하여 1,100만 원의 금전채권자이고 소외인은 수익의 채무를 지고 있는 자인데 그의 유일한 재산인 부동산을 매매를 가장하여 제3자(피고)에게 이전등기하였다고 주장하면서 그 말소를 구하는 경우 원고의 청구는 그의 위 금전채권을 보전하기 위하여 채무자인 소외인을 대위하여 이전등기의 말소등기청구권을 행사(채권자 대위권 행사)하는 것이라고 보아야 할 것’이라고 한 예(87다카1489).

나) 채권의 상대효 원칙에 대한 예외인 제3채무자에 대한 직접청구권 규정

채권자가 채무자를 대위함이 없이 제3채무자에 대하여 직접 권리를 행사하는 '직접청구권'은 채권의 상대효 원칙에 대한 중대한 예외로서, 이를 허용하는 개별 법률의 규정에 의하여 극히 예외적으로 인정되는 것이 원칙이고, 그러한 명시적 법률 규정 없이는 이를 인정할 수 없다.²¹¹²⁾

채권자의 직접청구권을 명시적으로 법률에 규정한 예로는, 전대에 동의한 임대인의 전차인에 대한 직접청구권,²¹¹³⁾ 책임보험에서 피해자의 보험자에 대한 직접청구권,²¹¹⁴⁾ 집합건물 구분소유자의 시공자에 대한 하자보수를 갈음하는 손해배상채권,²¹¹⁵⁾ 하도급거래 공정화에 관한 법률 제14조와 건설산업기본법 제35조 제2항의 하수급인(수급사업자)의 도급인(발주자)에 대한 하도급대금 직접지급 청구권²¹¹⁶⁾ 등이 있다.

3) 피보전채권의 존재

가) 소송요건

채권자대위소송에 있어서 대위에 의하여 보전될 채권자의 채무자에 대한 권리

2112) 대법원 2022. 8. 25. 선고 2019다229202 전원합의체 판결의 다수의견: “채권은 원칙적으로 상대적 효력만을 갖는 것이어서 법률에 특별한 규정이 없는 한 채권자는 채무자의 제3채무자에 대한 권리를 직접 행사할 수 없다. 직접청구권은 채권의 상대효 원칙에 대한 중대한 예외로서 특정한 권리관계에서 발생하는 채권자의 이익을 두텁게 보호하기 위하여 개별 법률에 특별한 규정을 두어 채권자로 하여금 채무자의 제3채무자에 대한 특정 청구권을 직접 행사할 수 있는 권한을 부여함으로써 발생한다. 우리 법제상 민법과 상법 등에서는 전대에 동의한 임대인의 전차인에 대한 직접청구권(민법 제630조)과 책임보험에서 피해자의 보험자에 대한 직접청구권(상법 제724조 제2항, 자동차손해배상 보장법 제10조)을 규정하고 있고, 「하도급거래 공정화에 관한 법률」(이하 ‘하도급법’이라 한다) 제14조와 건설산업기본법 제35조 제2항은 직불함의 등의 법정 요건을 갖춘 경우 수급사업자(하수급인)의 발주자에 대한 직접청구권을 인정하고 있다. 이와 같이 직접청구권은 이를 허용하는 개별 법률의 규정에 의하여 극히 예외적으로 인정되는 것이 원칙이고, 그러한 명시적 법률 규정 없이 이를 인정할 수 없다.”

2113) 민법 제630조(전대의 효과) ① 임차인이 임대인의 동의를 얻어 임차물을 전대한 때에는 전차인은 직접 임대인에 대하여 의무를 부담한다. 이 경우에 전차인은 전대인에 대한 차임의 지급으로서 임대인에게 대항하지 못한다. ② 전항의 규정은 임차인의 임차인에 대한 권리행사에 영향을 미치지 아니한다.

2114) 상법 제724조(보험자와 제3자와의 관계) ② 제3자는 피보험자가 책임을 질 사고로 입은 손해에 대하여 보험금액의 한도내에서 보험자에게 직접 보상을 청구할 수 있다. / 자동차손해배상 보장법 제10조(보험금등의 청구) ① 보험가입자에게 제3조에 따른 손해배상책임이 발생하면 그 피해자는 대통령령으로 정하는 바에 따라 보험회사들에게 「상법」 제724조 제2항에 따라 보험금등을 자기에게 직접 지급할 것을 청구할 수 있다. ■ 병존적 채무인수 관계, 연대채무관계.

2115) 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제9조(담보책임) ① 제1조 또는 제1조의2의 건물을 건축하여 분양한 자(이하 ‘분양자’라 한다)와 분양자와의 계약에 따라 건물을 건축한 자로서 대통령령으로 정하는 자(이하 ‘시공자’라 한다)는 구분소유자에 대하여 담보책임을 진다.

2116) 대법원 2017. 4. 26. 선고 2014다38678 판결: “구 하도급거래 공정화에 관한 법률 … 에 따른 직접지급제도는 직접지급 합의 또는 직접지급의 요청에 따라 도급인(즉 발주자)에게 하도급대금의 직접지급의무를 부담시킴으로써 하수급인(즉 수급사업자)을 수급인(즉 원사업자)과 그 일반채권자에 우선하여 보호하는 것이다. 이 경우 도급인은 도급대금채무의 범위에서 하수급인에 대한 직접지급의무를 부담하고 하도급거래 공정화에 관한 법률 시행령 제9조 제3항, 이와 동시에 하수급인의 수급인에 대한 하도급대금채권과 도급인의 수급인에 대한 도급대금채무가 소멸한다(하도급법 제14조 제2항).”

(피보전채권)가 인정되지 아니할 경우에는 채권자가 스스로 원고가 되어 채무자의 제3채무자에 대한 권리를 행사할 당사자적격이 없게 되므로 그 대위소송은 부적법하여 각하된다.²¹¹⁷⁾

피보전채권 흠결로 채권자대위청구가 부적법하여 각하되어야 함에도 원심이 이를 간과하여 그 청구를 기각한 경우, 대법원은 원심판결을 파기, 자판하여 소를 각하한다.²¹¹⁸⁾

나) 직권조사사항인지 여부

판례는, “당사자적격의 존부는 소송요건으로서 법원의 직권조사사항이기는 하나, 채권자대위소송의 피보전채권에 대한 주장·증명책임이 채권자대위권을 행사하려는 자에게 있으므로, 사실심 법원은 원고가 피보전채권으로 주장하지 아니한 권리에 대하여 서까지 피보전채권이 될 수 있는지 여부를 판단할 필요가 없다.”라고 하는 한편, 법원의

2117) 대법원 2021. 7. 21. 선고 2020다300893 판결. 2008다37223은 상고심 계속 중 피보전채권이 대위변제로 소멸함으로써 원심판결을 파기, 자판하여 소를 각하한 예이다.

2118) 92다48857 판결은, 92다11046 판결(상속회복청구의 소 제척기간 도과 후에 제기된 소로 그 흠결이 보정될 수 없는 것이므로 부적법한 소로서 이를 각하하여야 할 것인데도 제1심이 동일한 이유에 기하면서 청구를 기각하였고 원심이 이를 유지한 경우, 청구의 본안에 대한 기판력이 발생하는 것이 아니므로 원심의 위와 같은 조치를 들어 원심판결 파기의 사유로 주장할 수 없다고 한 예), 79다575 판결(확인의 소에 있어 법원이 확인의 이익이 없다는 이유로 청구를 기각한다는 판결을 한 경우에도 그 청구의 본안에 대한 기판력은 발생하는 것이 아니므로 원심판결의 위와 같은 주문의 표현을 들어 원심판결 파기의 사유로 주장할 수는 없는 것이라고 한 예)을 참조판결로 하여, “망 한OO과 망 한OO 사이의 명의신탁사실이 인정되지 아니하여 채권자대위권 행사의 요건인 피보전권리가 인정되지 아니하였다면 이 부분 청구에 관한 소를 각하하였어야 할 것인데, 원심이 이를 간과하고 위 명의신탁사실을 인정할 수 없다고 하면서도 이 부분 원고들의 청구를 기각한 것은 잘못이라 할 것이나, 이러한 경우에도 그 청구의 본안에 대한 기판력이 발생하는 것이 아니므로 판결의 위와 같은 주문의 표현을 들어 특별히 파기할 것은 아니라고 할 것이다.”라고 하여, 원고의 상고를 기각한 바 있다.

그러나 94다14339 판결은, “원고는 위 입OO 내지 그의 재산상속인들에 대한 관계에서 위 각 부동산에 관하여 명의신탁관계의 해지를 원인으로 한 소유권에 관한 등기결차의 이행을 청구할 권리를 전혀 가지지 못한다고 할 것이므로, 원고가 위 입OO의 재산상속인들에 대한 위와 같은 소유권에 관한 등기청구권을 보전하기 위하여 위 재산상속인들의 피고들에 대한 소유권이전등기의 말소등기청구권을 대위행사하는 이 사건 소는 결국 부적법하여 각하하였어야 마땅함에도 불구하고, 원심이 이를 간과하고 본안에 들어가 심리판단하여 원고의 이 사건 청구를 기각한 제1심판결을 그대로 유지하였음은 위법하다고 말하지 않을 수 없다. 그러므로 상고이유에 대한 판단을 거칠 필요 없이 원심판결을 파기하고, 민사소송법 제407조에 의하여 당원이 자판하기로 하는바, 원고의 이 사건 청구를 기각한 제1심판결 또한 위에서 설시한 바와 같이 위법함이 명백하므로 제1심판결을 파기하고, 이 사건 소를 각하 …”라고 판시하였고, 이어서 2005다27188 판결은, 위 92다48857 판결과 위 94다14339 판결을 참조판결로 하여, “원고는 더 이상 민OO에 대하여 위 매매계약에 기한 소유권이전등기를 청구할 수 없으므로, 원고가 민OO에 대한 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 민OO를 대위하여 피고에게 위 소유권이전등기의 말소를 구하는 이 사건 소는 대위에 의하여 보전될 원고의 민OO에 대한 소유권이전등기청구권이 인정되지 아니하는 이상 원고에게 당사자적격이 없어 부적법하다고 할 것이다. 그렇다면 원심으로서서는 원고의 청구를 인용한 제1심판결을 취소하고 이 사건 소를 각하하여야 할 것임에도 불구하고, 제1심판결을 취소하고 원고의 청구를 기각한 것은 위법하다고 할 것이다. 그러므로 원심판결을 파기하되, 이 사건은 대법원이 직접 재판하기에 충분하므로 제1심판결을 취소하고 이 사건 소를 각하하며 …”라고 판시하였는바, 위 2005다27188 판결이 92다48857 판결과 94다14339 판결 둘 다를 참조판결로 하면서 92다48857 판결의 예외적 논리를 취하지 않고 94다14339 판결의 원칙론을 취했다는 점, 92다48857 판결 이후에는 위 예외적 논리를 취한 판례가 발견되지 않는다는 점에서, 92다48857 판결의 예외적 논리는 ‘대법원이 원심판결을 파기하고 민사소송법 제437조에 의하여 자판하여 소를 각하’하는 원칙론으로 사실상의 판례 변경이 이루어졌다고 볼 수 있다.

석명 또는 지적의무를 강조한다.²¹¹⁹⁾

다) 피대위자의 특정·생존

채피대위자인 채무자가 실존인물이 아니거나 사망한 사람인 경우, 피보전채권인 채권자의 채무자에 대한 권리를 인정할 수 없는 경우에 해당하므로, 그러한 채권자대위소송은 당사자적격이 없어 부적법하다.^{2120) 2121)}

채권자대위소송에서 피대위자인 채무자의 특징이 필요한 사항이기는 하나, 채무자가 제대로 특정되었는지 여부는 구체적·개별적으로 결정하면 될 일이지, 반드시 모든 경우에 일률적으로 채무자 개개인의 인적 사항을 통상의 소송당사자와 같은 정도로 상세히 특정하여야 하는 것은 아니다.²¹²²⁾

2119) 대법원 2014. 10. 27. 선고 2013다25217 판결. 그 전에 같은 취지로, 98다17183 판결은, '당사자가 피보전권리로 주장하지 아니한 권리에 대하여서까지 피보전권리로서의 적격성 여부를 판단하는 것은, 채권자대위소송에 있어서 피보전권리에 대한 주장·입증책임이 채권자대위권을 행사하려는 자에게 있다는 점에 비추어 볼 때 법률상 허용되지 않는 것'이라고 하였고, 95다6885 판결은 '피보전채권의 주장·입증책임은 채권자대위권을 행사하려는 자에게 있으므로, 원고가 사실상의 대표이사 또는 주주의 지위에서 채권자대위권을 행사한다고 하였을 뿐 달리 구체적인 채권을 피보전채권으로 주장하지도 않은 경우 법원이 나아가 구체적인 채권의 존부에 관하여 석명권을 행사하지 않았다고 하여 위법이라 할 수 없다'고 한 바 있다.

하지만 대법원 2009. 4. 23. 선고 2009다3234 판결은, "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 제출된 모든 소송자료를 통하여 살펴봐도 피보전채권의 존부에 관하여 의심할 만한 사정이 발견되면 직권으로 추가적인 심리·조사를 통하여 그 존재 여부를 확인하여야 할 의무가 있다."라고 하였는바, 이러한 판시가 타당하다고 볼 것이다.

2120) 대법원 2021. 7. 21. 선고 2020다300893 판결.

2121) 일반적으로 원고가 내세우는 피고나 피대위자 등이 실존인물임이 인정되고 그러한 연령의 사람이 생존한다는 것이 매우 이례적이라고 보이는 고령에 해당되지 않는 이상 특별한 사정이 없는 한 그들은 생존한 것으로 추정함이 상당하고, 오히려 그가 사망하였다는 점을 피고가 적극적으로 증명하여야 한다【① 사람이 110세까지 생존한다는 것은 매우 희귀한 예에 속하므로 이에 제반 사정을 종합하여 피대위자 또는 피고가 소 제기 이전에 이미 사망하였을 것으로 쉽게 짐작되는 경우에는 그 사망 사실을 추인할 수 있다고 한 예(2002다5873). ② 피대위자가 1938년에 함경북도로 전격한 후 호적, 주민등록 등 생존을 증명할 증거가 없다 하더라도 그가 허무인이 아닌 실존인물임이 명백하고, 또한 오늘날에 있어서 사람이 95세까지 생존한다는 것이 매우 희귀한 예에 속한다고도 할 수 없는 것이어서, 특별한 사정이 없는 한 현재 생존하고 있는 것으로 추정된다 할 것이고, 오히려 그가 사망하였다는 점은 상대방이 이를 적극적으로 증명하여야 한다고 한 예(94다42679)].

2122) 대법원 2004. 11. 26. 선고 2004다40986 판결: "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 개개인의 인적 사항을 통상의 소송당사자와 같은 정도로 상세히 특정하여야 하는 것은 아니다."(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).

라) 피보전채권의 증명

채권자대위소송의 원고는 피보전채권의 존재 및 그 기한의 도래를 증명하여야 한다.

채권자가 채무자를 상대로 그 보전되는 청구권에 기한 이행청구의 소를 제기하여 승소 판결을 선고받고 그 판결이 확정되었다면(화해·인낙 등의 경우도 마찬가지다), '특별한 사정이 없는 한' 그 청구권의 발생원인이 되는 '사실관계'가 '제3채무자에 대한 관계'에서도 '증명'되었다고 볼 수 있다. 그러나 그 청구권의 취득이, 채권자로 하여금 채무자를 대신하여 소송행위를 하게 하는 것을 주목적으로 이루어진 경우²¹²³⁾와 같이, 강행법규에 위반되어 무효라고 볼 수 있는 경우 등에는 위 확정판결에도 불구하고 채권자대위소송의 '제3채무자에 대한 관계'에서는 피보전권리가 존재하지 아니한다고 보아야 한다. 이는 위 확정판결 또는 그와 같은 효력이 있는 재판상 화해조서 등이 재심이나 준재심으로 취소되지 아니하여 '채권자와 채무자 사이'에서는 그 판결이나 화해가 무효라는 주장을 할 수 없는 경우라 하더라도 마찬가지이다.²¹²⁴⁾

2123) 대법원 2015. 9. 24. 선고 2014다74919 판결; "채권자대위권을 행사함에 있어서 채권자가 채무자를 상대로 하여 그 보전되는 청구권에 기한 이행청구의 소를 제기하여 승소판결을 선고받고 그 판결이 확정되면 제3채무자는 그 청구권의 존재를 다툴 수 없다고 보는 것이 원칙이나, 그 청구권의 취득이 소송행위를 하게 하는 것을 주목적으로 이루어진 것으로서 신탁법 제6조가 유추적용되어 무효인 경우 등에는 제3채무자는 그 존재를 다툴 수 있다고 보아야 할 것이다."

2124) 대법원 2019. 1. 31. 선고 2017다228618 판결; "이 사건 화해는 강행법규 위반으로 확정적으로 무효가 된 이 사건 제1매매계약에 따른 법률효과를 발생시키려는 목적에서 단지 재판상 화해의 형식을 취하여 위 매매계약의 이행을 약정한 것에 불과하다고 보이므로, 위 매매계약과 마찬가지로 무효라고 봄이 타당하다. 즉, ① 원고는 소외 1 등과 토지거래허가구역 내에 있던 이 사건 각 부동산 등에 관하여 2003. 4. 2. 이 사건 제1매매계약을 체결한 뒤 토지거래허가를 받을 수 없다는 것을 알고, 2003. 11. 29. 허가요건을 갖춘 소외 8을 매수인으로 한 매매계약을 작성한 뒤 소외 8 명의로 토지거래허가를 받아 소유권이전등기를 마쳤다. ② 이 사건 각 부동산이 토지거래허가구역에서 해제되자, 원고는 ... 소외 1 등에 대하여 이 사건 각 부동산에 관한 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 소를 제기하였고, 2014. 11. 13. '원고에게, 소외 1 등은 각 그 소유자분에 관하여 2014. 11. 13.자 매매를 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행한다'는 내용으로 이 사건 화해가 성립하였다. ③ 이 사건 화해의 기판력 범위와 관련이 있는 원고의 청구원인은 이 사건 제1매매계약에 기한 소유권이전등기청구이다. ④ 이 사건 화해의 내용은 소외 1 등이 원고에게 2014. 11. 13.자 매매계약에 근거하여 소유권이전등기절차를 이행한다는 내용이기기는 하나, 이는 이 사건 화해가 성립한 날짜를 조정조항에 새로운 매매계약일로 기재한 것으로 보이고, 새로운 계약 내용은 전혀 존재하지 아니한다. ⑤ 이 사건 화해에는 이 사건 제1매매계약에 따른 매매대금을 쌍방이 인정함을 전제로 '이 사건 제1매매계약의 이행불능, 집행불능 등으로 인한 매매대금 반환이나 손해배상 청구 등 일체의 금전적 청구를 포기한다'는 내용이 포함되어 있다. 이처럼 이 사건 화해가 강행법규 위반으로 무효인 이상, 이 사건 화해의 당사자가 아닌 피고들에 대한 관계에서 원고의 소외 1 등에 대한 소유권이전등기청구권이 존재한다고 볼 수는 없다. 이는 이 사건 화해가 준재심절차에 의하여 취소되지 아니하여 그 당사자인 원고와 소외 1 등과 사이에서는 위 소유권이전등기청구권이 존재한다고 하더라도 마찬가지이다. 결국 원고의 이 사건 소는 채권자대위소송의 피보전권리가 존재하지 아니하므로, 당사자적격이 없는 자에 의하여 제기된 소로서 부적법하다고 할 것이다." ● 종래의 "제3채무자는 채권자와 채무자 사이에 확정된 그 청구권의 존재를 다툴 수 없다"(2010다43597 판결, 2006다82700, 82717 판결, 2003다1250 판결, 98다18155 판결 등)는 판시가 "청구권의 발생원인이 되는 사실관계가 제3채무자에 대한 관계에서도 증명되었다"로 수정되었다. 확정판결 자체의 효력이 아니라, 관련 확정판결서의 증명력에 근거한 판시로 볼 수 있다.

한편, 채권자가 채무자를 상대로 소유권이전등기절차이행청구의 소를 제기하여 패소 확정판결을 받은 경우, 그 소유권이전등기청구권을 보전하기 위한 채권자대위소송은 피보전채권 보전의 필요성이 없어 부적법하다.²¹²⁵⁾

환송판결이 채무자의 제3채무자에 대한 청구에 관해서만 판단하였더라도, 그 판단은 채권자가 채무자에 대한 피보전채권으로 채무자를 대위할 수 있어 소송요건을 구비하였다는 판단을 당연한 논리적 전제로 하고 있으므로, 환송판결의 기속력은 채권자의 청구가 소송요건을 구비한 적법한 것이라는 판단에 대하여도 미친다.²¹²⁶⁾

협의·심판 전 이혼으로 인한 재산분할청구권,²¹²⁷⁾ 면책 파산채권,²¹²⁸⁾ 대표이사의 업무집행권이나 주주권²¹²⁹⁾은 피보전채권이 될 수 없다.

2125) ① 대법원 2003. 5. 13. 선고 2002다64148 판결: “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.”

② 대법원 2002. 5. 10. 선고 2000다55171 판결: “채권자가 채권자대위권의 범위에 의하여 채무자에 대한 채권을 보전하기 위하여 채무자의 제3자에 대한 권리를 대위행사하기 위하여는 채무자에 대한 채권을 보전할 필요가 있어야 할 것이므로, … 보전의 필요가 인정되지 아니하는 경우에는 이 사건 소는 부적법하므로 법원으로서 이를 각하하여야 할 것인바, 만일 위 종전 소송의 청구원인이 이 사건 피보전권리의 권원과 동일하다면 원고로서는 위 종전 확정판결의 기판력으로 말미암아 더 이상 위 소외1에 대하여 위 확정판결과 동일한 청구원인으로는 소유권이전등기청구를 할 수 없게 되었고, 가사 원고가 이 사건 피고에 대한 소송에서 승소하여 피고 명의의 소유권이전등기가 말소된다 하더라도 원고가 위 소외1에 대하여 동일한 청구원인으로 다시 소유권이전등기절차의 이행을 구할 수 있는 것도 아니므로, 원고로서는 위 소외1의 피고에 대한 권리를 대위행사함으로써 위 소유권이전등기청구권을 보전할 필요가 없게 되었다고 할 것이어서 원고의 이 사건 소는 부적법한 것으로서 각하되어야 할 것이기 때문이다.”

2126) 대법원 2012. 3. 29. 선고 2011다106136 판결: 환송 전 원심이 甲(종중)이 乙 등에게 부동산을 명의신탁하였고, 그 후 丙이 부동산을 증여받았음을 원인으로 구 임야소유권 이전등기에 관한 특별조치법(구 특조법)에 따라 소유권이전등기를 마친 사실 등을 인정한 다음, 위 증여에 대하여는 구 특조법이 적용되지 않음을 전제로 丙 명의 등기의 추정력이 깨어졌으므로 甲은 乙 등에 대한 명의신탁을 해지하고 乙 등을 대위하여 부동산에 경료된 등기의 말소를 청구할 수 있다는 취지로 판단하였고, 이에 대하여 환송판결이 丙이 등기원인으로 내세웠던 사실에 대하여도 구 특조법이 적용된다는 이유로 환송 전 원심판결을 파기환송하였는데, 환송 후 원심이 甲이 부동산을 乙 등에게 명의신탁하였음을 인정할 증거가 없다는 이유로 甲의 소를 각하한 사안에서, 채권자대위소송에서 대위에 의하여 보전될 채권자의 채무자에 대한 권리(피보전채권)가 존재하는지는 소송요건으로서 법원의 직권조사사항이므로, 환송판결이 구 특조법에 의하여 경료된 등기의 추정력이 반복되는 경우인지에 관해서만 판단하였더라도, 그 판단은 甲이 乙 등에 대하여 명의신탁 해지에 따른 이전등기청구권을 가지고 이를 피보전채권으로 하여 乙 등을 대위할 수 있어 소송요건을 구비하였다는 판단을 당연한 논리적 전제로 하고 있으므로, 환송판결의 기속력은 甲의 청구가 소송요건을 구비한 적법한 것이라는 판단에 대하여도 미치지 못한다. 환송 후 원심이 甲의 청구가 소송요건을 구비하지 못한 부적법한 소라고 본 것은 환송판결의 기속력에 반하여 위법하다고 한 사례.

2127) 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 수는 없다(98다58016).

2128) 대법원 2022. 9. 7. 선고 2022다230165 판결.

2129) 대표이사의 업무집행권 등은 대표이사의 개인적인 재산상의 권리가 아니며, 주주권도 어떤 특정된 구체적인 청구권을 내용으로 하는 것이 아니므로, 특별한 사정이 없는 대표이사의 업무집행권 등이나 주주의 주주권에 기하여 회사가 제3자에 대하여 가지는 특정물에 대한 물권적 청구권 등의 재산상의 청구권을 직접 또는 대위행사할 수 없다(95다6885).

마) 피보전채권 소멸 등 주장의 인정 여부

제3채무자는 채무자가 채권자에 대하여 가지는 ‘항변권’이나 ‘형성권’ 등과 같이 그 ‘권리자에 의한 행사를 필요로 하는 사유’를 들어 채권자의 채무자에 대한 권리가 인정되는지 여부를 다룰 수는 없지만, 채권자의 채무자에 대한 권리의 발생원인이 된 법률행위가 ‘무효’라거나 위 권리가 ‘변제 등으로 소멸’하였다는 등의 사실을 주장하여 채권자의 채무자에 대한 권리가 인정되는지 여부를 다투는 것은 가능하고, 이 경우 법원은 제3채무자의 위와 같은 ‘주장을 고려’하여 채권자의 채무자에 대한 권리가 인정되는지 여부에 관하여 ‘직권으로 심리·판단’하여야 한다.²¹³⁰⁾

채권의 소멸시효가 완성된 경우 이를 원용할 수 있는 자는 원칙적으로는 시효이익을 직접 받는 자뿐이고, 채권자대위소송의 제3채무자는 이를 행사할 수 없다.²¹³¹⁾

바) 파산채권자의 채권자대위권 행사

파산채권자가 파산자에 대한 채권을 보전하기 위하여 파산재단에 관하여 파산관재인에 속하는 권리를 대위하여 행사하는 것은 법률상 허용되지 않고,²¹³²⁾ 파산채권자가 제기한 채권자대위소송이 채무자에 대한 파산선고 당시 법원에 계속되어 있는 때에는 그 소송절차는 중단되고 파산관재인이 수계하며,²¹³³⁾ 채무자가 파산절차에서 면책결정을 받은 파산채권을 피보전채권으로 하여 채권자대위권을 행사하는 것도 허용되지 않으나,²¹³⁴⁾ 특정채권을 가진 재단채권자가 자기 채권의 현실적인 이행을 확보하기 위하여

2130) 대법원 2015. 9. 10. 선고 2013다55300 판결: 원고(명의신탁자)와 피고(명의수탁자) 사이의 계약명의신탁약정 등이 부동산신탁명법에 의하여 무효이므로, 원고가 채권자대위권 행사의 피보전채권으로 내세우는 원고의 피고에 대한 지분이전등기청구권을 인정할 수 없다고 판단한 예. ■ 따라서 피보전채권에 대한 제3채무자의 ‘소멸시효 항변’ 인정 여부에 관한 2007다64471 등에서, “제3채무자는 채무자가 채권자에 대하여 가지는 항변으로 대항할 수 없고”라고 판시한 것은 일반론으로서는 타당하지 않다.

2131) 그러나 채권자대위소송으로 채권자가 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 하였다면 법원으로서서는 채권자대위소송의 피보전채권의 소멸시효가 완성되었는지에 대하여 심리·판단하여야 하고, 그 결과 실제로 피보전채권의 소멸시효가 적법하게 완성된 것으로 판단되면, 채권자는 채무자를 대위할 권한이 없게 되므로, 채권자대위소송은 당사자적격의 흠결로 부적법하여 각하된다(대법원 2008. 1. 31. 선고 2007다64471 판결).

2132) 대법원 2000. 12. 22. 선고 2000다39780 판결: “직권으로 살피건대, 파산법 제7조는 ‘파산재단을 관리 및 처분할 권리는 파산관재인에게 속한다.’고 규정하고 있어 파산자에게는 그 재단의 관리처분권이 인정되지 않고, 그 관리처분권을 파산관재인에게 속하게 하였으며, 그 법 제15조는 ‘파산채권은 파산절차에 의하지 아니하고는 이를 행사할 수 없다.’고 규정하고 있는바, 이는 파산자의 자유로운 재산정리를 금지하고 파산재단의 관리처분권을 파산관재인에 공정·타당한 정리에 일임하려는 취지임과 동시에 파산재단에 대한 재산의 정리에 관하여는 파산관재인에게만 이를 부여하여 파산절차에 의해서만 행하여지도록 하기 위해 파산채권자가 파산절차에 의하지 않고 이에 개입하는 것도 금지하려는 취지의 규정이라 할 것이므로, 그 취지에 부응하기 위하여는 파산채권자가 파산자에 대한 채권을 보전하기 위하여 파산재단에 관하여 파산관재인에 속하는 권리를 대위하여 행사하는 것은 법률상 허용되지 않는다고 해석해야 할 것이다.”

2133) 대법원 2019. 3. 6.자 2017마5292 결정(소송의 결과가 파산재단의 증감에 아무런 영향을 미치지 못하는 파산채권자들 사이의 배당이의소송처럼 채무자의 책임재산 보전과 관련 없는 소송은 수계의 대상이 아니다).

파산재단에 관하여 파산관재인에 속하는 권리를 대위하여 행사하는 것은 법률상 허용된다.²¹³⁵⁾

4) 보전의 필요성(= 채무자의 무자력)

가) 소송요건(직권조사사항)

채권자대위소송에서는 채무자에 대한 채권을 보전할 필요가 있어야 하고, 그러한 보전의 필요가 인정되지 아니하는 경우에는 소가 부적법하므로 법원으로서 이를 각하하여야 한다.²¹³⁶⁾

나) 적극적 요건과 소극적 요건

보전의 필요성이 인정되기 위하여는 우선 ❶ ‘적극적 요건’²¹³⁷⁾으로서 채권자가

2134) 대법원 2009. 6. 23. 선고 2009다13156 판결; “채권자대위권은 채권자가 자기의 채권을 보전하기 위하여 채무자의 권리를 행사할 수 있는 권리로서 채무자에 대하여 채권을 행사할 수 있음이 전제되어야 할 것인바, 채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제566조 본문은 ‘면책을 받은 채무자는 파산절차에 의한 배당을 제외하고는 파산채권자에 대한 채무의 전부에 관하여 그 책임이 면제된다’고 규정하고 있고, 다만 그 단서에서 들고 있는 일정한 채무의 경우에만 책임이 면제되지 아니한다는 예외규정을 두고 있으므로, 채무자가 파산절차에서 면책결정을 받은 때에는 파산채권을 피보전채권으로 하여 채권자대위권을 행사하는 것은 그 채권이 위 법률 제566조 단서의 예외사유에 해당하지 않는 한 허용되지 않는다.” ☞ 그 결론 부분에서, ‘원고의 청구를 기각한 원심의 판단은 정당하다’ 하고 ‘원고의 상고를 모두 기각’하였으나, ‘채권자대위권 행사의 요건인 피보전권리가 인정되지 아니하면 그 청구는 부적법하여 각하되어야 할 것임에도 원심이 이를 간과하여 그 청구를 기각한 경우’에 해당하므로, 대법원으로서 원심판결을 파기, 자판하여 소각하판결을 하였어야 할 것이다.

2135) 대법원 2016. 4. 15. 선고 2013다211803 판결; 원고가 파산관재인과의 토지 매매약정에 따른 소유권이전등기청구권 보전을 위하여 파산관재인을 대위하여 피고에 대하여 신탁계약 종료로 원인으로 하여 신탁등기말소 및 파산자 앞으로의 소유권이전등기 절차의 이행을 구하는 것이 허용된다고 한 예.

2136) 대법원 2012. 8. 30. 선고 2010다39918 판결.

2137) 대법원 2022. 8. 25. 선고 2019다229202 전원합의체 판결의 다수의견; “적극적 요건을 인정하기 위해서는 단순히 채권자가 보전하려는 채권과 대위하여 행사하려는 권리 사이에 사실상의 관련성이 있다는 사정만으로는 부족하고 두 권리의 내용이나 특성상 보전하려는 권리의 실현 또는 만족을 위하여 대위하려는 권리의 행사가 긴밀하게 필요하다는 등의 밀접한 관련성이 요구된다. … 채권자가 보전하려는 채권과 대위하여 행사하려는 권리가 사실상 목적과 수단의 관계를 가지고 있거나 서로 담보적 기능을 하고 있을 때, 또는 대위하여 행사하려는 권리나 그 목적물이 궁극적으로 대위채권자에게 귀속될 성질의 것이라고 볼 수 있는 특수한 관계가 있는 경우 등에서, 두 권리의 내용이나 특성상 채권자가 보전하려는 권리의 만족이 대위하여 행사하려는 권리의 실현 여부에 달려 있기 때문에, 채무자의 권리를 대위하여 행사하지 않으면 채권자가 보전하려는 권리의 완전한 만족을 얻을 수 없게 될 위험이 발생한다고 볼 수 있고, 채권자대위권의 행사를 통하여 채무자의 권리를 실현하는 것이 이러한 위험을 제거하여 채권자가 보전하려는 권리의 목적을 달성하는 데에 긴밀하게 필요하다는 점을 인정할 수 있어, 이를 바탕으로 두 채권 사이에 밀접한 관련성이 있다고 할 수 있다. 이와 달리 채권자가 보전하려는 채권과 대위하여 행사하려는 권리의 종류, 발생원인, 목적 등에 동일성 또는 유사성이 있다는 사정은 사실상의 관련성일 뿐이므로 그 자체만으로는 채권자대위권의 보전의 필요성을 인정하기 위한 근거가 될 수 없다. 특히 금전채권을 보전하기 위하여 채무자의 금전채권을 대위행사하는 경우, 금전채권자는 채무자의 책임재산에 대한 집행을 통해 채권을 실현하는 것이 우리 법체계상 원칙적인 방법이고, 채권자대위권은 채무자의 일반재산의 감소를 방지하여 책임재산을 보전하기 위한 제도인 점을 고려하여 볼 때, 채무자의 자력 유무에 관계없이 금전채권인 피보전채권과 대위채권 사이의 관련성 등을 이유로 보전의 필요성을 인정하려면 채권의 상대방 원칙에도 불구하고 일반채권자로 하여금 채무자의 금전채권을 행사하도록 허용하는 것을 정당화할 수 있는 정도의 밀접한 관련성이 요구된다. … 피보전채권과 대위채권 사이에 사실상의 관련성이 있다는 사정이나 채권회수의 편의성과 실효성을 이유로 피보험자의 자력 유무와 관계없이 피보험자가 가지는 권리를 대위하여 행사할 수 있다고 보면 이는 명시적인 법률의 규정 없이 채권자의 제3자에 대한 직접청구권을 인정하는 결과를

채권자대위권을 행사하지 않으면 피보전채권의 완전한 만족을 얻을 수 없게 될 위험의 존재가 인정되어야 하고, 나아가 채권자대위권을 행사하는 것이 그러한 위험을 제거하여 피보전채권의 현실적 이행을 유효·적절하게 확보하여 주어야 하며(적극적 요건을 인정하기 위해서는 피보전채권과 피대위권리 사이에 '밀접한 관련성'이 요구된다), 다음으로 ② '소극적 요건'²¹³⁸⁾으로서 채권자대위권의 행사가 채무자의 자유로운 재산관리행위에 대한 부당한 간섭이 된다는 사정이 없어야²¹³⁹⁾ 한다.²¹⁴⁰⁾

다) 피보전채권이 금전채권인 경우

채권자대위에서 피보전채권이 '금전채권'인 경우(이른바 '본래형' 채권자대위권 행사의 경우)에는, 채무자가 자력이 없으면, '특별한 사정'이 없는 한, 보전의 필요성이 인정된다(즉, 원칙적으로 '보전의 필요성' = '채무자의 무자력'이다). 채무자가 자력이 있다면, 채권자가

조래하여 채권의 상대효 원칙에 반할 우려가 있다. ... 자력 유무를 따지지 아니한 채 보전의 필요성을 인정한다면 채권자대위권 행사를 통한 사실상의 우선변제 효과로 인해 채권집행에 있어 채권자평등주의 원칙에 기반을 둔 현행 민사집행법 체계와 조화를 이루지 못할 우려가 있다. ... 현재 실효법 영역에 규정된 채권자대위권 제도는 금전채권을 보전하기 위하여 금전채권을 대위행사하는 사안에서 사실상 채권집행 제도의 역할을 수행함과 동시에 채권자의 상계권 행사와 결합하여 채권자에게 사실상 우선변제의 권능을 부여하는 현상으로 나타나고 있다. 채무자의 자력이 있음에도 사실상의 관련성을 이유로 금전채권을 보전하기 위하여 금전채권을 대위행사할 수 있는 범위를 확장하게 되면, 채권자대위권 제도의 위와 같은 사실상의 기능과 결합하여 민사집행법상 채권집행절차가 취하고 있는 채권자평등주의 원칙을 무력화하고, 부동산, 동산 등에 대한 집행절차와 달리 채권집행 영역에서만 사실상 우선주의가 적용되는 불균형한 결과를 발생시킴으로써 민사집행 제도 전반의 균형과 안정을 깨뜨리는 위험을 야기할 수 있다."

2138) 2019다229202 전원합의체 판결의 다수의견: "소극적 요건의 판단은, 피보전채권에 발생한 위험을 제거하여 자기 채권을 실현하려는 채권자의 이익과 고유의 재산관리권 행사를 간섭받지 않을 채무자의 이익을 비교衡量하는 것을 핵심으로 한다. ... 대법원은 채무자가 자력이 있는 사안에서, ① 명의수탁자가 명의신탁자에 대하여 부담하는 소유권이전등기의무가 이행불능이 되어 그에 따른 손해배상을 하여야 하는 상황에서, 채권자인 명의신탁자가 채무자인 명의수탁자의 손해배상에 갈음하여 위 이행불능에 책임이 있는 제3채무자에 대한 채무자의 손해배상채권을 대위행사하여 지급받는 것이 채무자의 의사에도 부합한다고 보았고(2005다39013), ② 채권자(수분양자)의 분양계약 해제로 채무자(분양자)나 제3채무자(신탁회사)는 분양 목적물인 부동산을 제3자에게 다시 분양하거나 처분하여 그 대금으로 사업비나 채무의 변제 등에 충당할 수 있으므로, 분양계약을 해제한 수분양자인 채권자가 분양자인 채무자의 신탁회사에 대한 사업비 지출 요청권과 같은 대리사무 약정상의 권리를 대위하여 행사하는 것이 채무자의 경제적 이익에 반하지 않는다고 하여(2013다71784) 일정한 경우에 한하여 보전의 필요성을 위한 소극적 요건을 인정하였다. 한편 대법원은, 채권자가 자신의 금전채권을 보전하기 위하여 무자력인 채무자를 대위하여 부동산에 관한 공유물분할청구권을 행사하는 것은, ... 채무자의 자유로운 재산관리행위에 대한 부당한 간섭이 된다고 판단하기도 하였다(2018다879 전원합의체 판결). 보전의 필요성의 소극적 요건에 관한 이러한 판단은 채권자와 채무자 사이의 이익衡량의 결과이기도 하다."

2139) 대법원 2020. 5. 21. 선고 2018다879 전원합의체 판결의 다수의견은, "채권자대위권의 행사가 채무자의 자유로운 재산관리행위에 대한 부당한 간섭이 되는 등 특별한 사정이 있는 경우에는 보전의 필요성을 인정할 수 없다."라고 판시하여, '부당한 간섭이 되는 특별한 사정'의 존재가 '보전의 필요성 인정의 장애사유'로서 피고(제3채무자)에게 증명책임이 있는 듯한 판시를 하였으나, 2019다229202 전원합의체 판결의 다수의견은 "보전의 필요성이 인정되기 위하여는 ... 소극적 요건으로서 ... 부당한 간섭이 된다는 사정이 없어야 한다."라고 판시하여, '부당한 간섭이 된다는 사정'의 부존재가 '보전의 필요성 인정의 하나의 요건'으로서 원고(채권자)에게 증명책임이 있는 듯한 판시를 한 차이점을 보이고 있다.

2140) 이러한 적극적 요건과 소극적 요건은 채권자가 보전하려는 권리의 내용, 보전하려는 권리가 금전채권인 경우 채무자의 자력 유무, 피보전채권과 채권자가 대위행사하는 채무자의 권리와 관련성 등을 종합적으로 고려하여 그 인정 여부를 판단하여야 한다(2019다229202 전원합의체 판결의 다수의견).

보전하려는 채권과 대위하여 행사하려는 권리 사이에 밀접한 관련성이 인정되는 등의 특수한 사정이 없는 한, 원칙적으로 보전의 필요성이 인정될 수 없다.²¹⁴¹⁾

채권자가 자신의 '금전채권'을 보전하기 위하여 채무자를 대위하여 '부동산에 관한 공유물분할청구권'을 행사하는 것은, 채무자가 무자력이더라도 보전의 필요성이 인정되지 않는 위 '특별한 사정'의 예에 해당한다.²¹⁴²⁾

특정채권 보전을 위한 다음 항의 이른바 '전용형' 채권자대위권 행사의 경우에는 피보전채권이 금전채권이더라도 채무자의 무자력을 요건으로 하지 않는다.²¹⁴³⁾ 즉, 채무자의 자력이 있는 경우에도 예외적으로 채권자가 보전하려는 채권과 대위하여 행사하려는 권리 사이에 밀접한 관련성이 인정되는 등 특수한 사정이 있는 경우에는 보전의 필요성이

2141) 2019다229202 전원합의체 판결의 다수의견: "피보전채권이 금전채권인 경우 '채권자가 채무자의 권리를 대위하여 행사하지 않으면 자기 채권의 완전한 만족을 얻을 수 없게 될 위험'은 채권자가 민사집행법이 정한 강제집행의 방법으로는 구제받을 수 없거나 구제받지 못할 위험이 있을 때를 의미한다. 일반적으로 금전채권자가 채권의 완전한 만족을 얻을 수 없게 될 위험은 채무자에게 책임재산이 부족하거나 없는 경우에 발생한다. 채무자인 피보험자가 자력이 있다면, 채권자인 보험자는 피보험자의 책임재산에 대한 집행을 통해 채권을 실현할 수 있으므로 특별한 사정이 없는 한 자기의 채권의 완전한 만족을 얻지 못할 위험이 없는 것이고, 따라서 피보험자의 일반재산의 감소를 방지할 필요도 인정되지 않는다. ... 금전채권자가 단순히 채권회수의 편의나 실효성을 위하여 채무자의 제3채무자에 대한 금전채권을 대위행사하는 경우에는, 보전의 필요성의 적극적 요건을 충족하였다고 볼 수 없다." ■ 결국 피보전채권이 금전채권인 경우 '보전의 필요성'이란 통상 채무자의 책임재산이 부족한 경우, 즉 채무자가 자력이 없는 경우를 의미하게 된다(보충의견).

2142) 대법원 2020. 5. 21. 선고 2018다879 전원합의체 판결의 다수의견: "공유물분할청구권은 공유관계에서 수반되는 형성권으로서 공유자의 일반재산을 구성하는 재산권의 일종이다. 공유물분할청구권의 행사가 오로지 공유자의 자유로운 의사에 맡겨져 있어 공유자 본인만 행사할 수 있는 권리라고 볼 수는 없다. 따라서 공유물분할청구권도 채권자대위권의 목적이 될 수 있다. ... 채권자가 자신의 금전채권을 보전하기 위하여 채무자를 대위하여 부동산에 관한 공유물분할청구권을 행사하는 것은, 책임재산의 보전과 직접적인 관련이 없어 채권의 현실적 이행을 유호·적절하게 확보하기 위하여 필요하다고 보기 어렵고 채무자의 자유로운 재산관리행위에 대한 부당한 간섭이 되므로 보전의 필요성을 인정할 수 없다. 또한 특정 분할방법을 전제하고 있지 않는 공유물분할청구권의 성격 등에 비추어 볼 때 그 대위행사를 허용하면 여러 법적 문제들이 발생한다. 따라서 극히 예외적인 경우가 아니라면 금전채권자는 부동산에 관한 공유물분할청구권을 대위행사할 수 없다고 보아야 한다. 이는 채무자의 공유지분이 다른 공유자들의 공유지분과 함께 근저당권을 공동으로 담보하고 있고, 근저당권의 피담보채권이 채무자의 공유지분 가치를 초과하여 채무자의 공유지분만을 경매하면 남을 가망이 없어 민사집행법 제102조에 따라 경매절차가 취소될 수밖에 없는 반면, 공유물분할의 방법으로 공유부동산 전부를 경매하면 민법 제368조 제1항에 따라 각 공유지분의 경매대가에 비례해서 공동근저당권의 피담보채권을 분담하게 되어 채무자의 공유지분 경매대가에서 근저당권의 피담보채권 분담액을 변제하고 남을 가망이 있는 경우에도 마찬가지이다." ■ 이에 대하여 반대의견은, "대법원은 채권자대위권의 행사로 채권자가 보전할 채권이 금전채권인 경우에는 채무자가 자력이 없어 일반재산의 감소를 방지할 필요가 있으면 원칙적으로 보전의 필요성을 인정하였다. ... 대법원은 채권자가 보전할 채권이 소유권이전등기청구권과 같은 특정채권인 경우 채권자가 대위할 권리와 밀접한 관련이 있는 때에는 채무자의 무자력을 요건으로 하지 않고 채권자대위권 행사를 넓게 허용함으로써 채권자대위권의 행사 요건을 완화해 왔다. 특정채권을 보전하는 것은 채무자의 무자력과는 상관없는 문제이기 때문이다. 이후 대법원은 채권자가 보전할 채권이 금전채권인 경우에도 그 채권과 채권자가 대위할 권리 사이에 밀접한 관련성이 있는 예외적인 사안에서 채무자의 무자력을 문제삼지 않고 채권자대위권 행사를 인정하였다. 금전채권 보전을 위한 채권자대위권 행사에서 채무자의 무자력 외에 추가적인 것을 요구하며 보전의 필요성을 엄격하게 인정하려는 다수의견의 태도는 무자력 요건을 완화하여 채권자대위권 행사를 허용하는 범위를 확대해 온 판례의 기본적인 방향과 배치된다."라고 비판한다.

2143) 판례가 특정채권 사안에서 인정한 밀접한 관련성 개념과 금전채권 사안에서 인정한 밀접한 관련성 개념은 별개의 것이 아니다(2019다229202 전원합의체 판결 다수의견의 보충의견).

인정된다.²¹⁴⁴⁾

라) 피보전채권이 특정채권인 경우

피보전채권이 '특정채권'인 경우(이른바 '전용형' 채권자대위권 행사의 경우)에는 채무자의 무자력을 요건으로 하지 않지만,²¹⁴⁵⁾ 보전의 필요성이 인정되기 위해서는 앞서 본 적극적·소극적 요건이 구비되어야 한다.²¹⁴⁶⁾ 피보전채권이 특정채권이라 하여 반드시 순차 매도 또는 임대차에 있어 소유권이전등기청구권이나 인도청구권 등의 보전을 위한 경우에만 한하여 채권자대위권이 인정되는 것은 아니고,²¹⁴⁷⁾ 금전채권이라도 무방하며(앞

2144) 2019다229202 전원합의체 판결의 다수의견: "대법원은 피보전채권이 금전채권인 경우에도, ① 유실물의 실제 습득자가 법률상의 습득자에게 보상금의 절반을 청구할 수 있는 채권의 보전을 위하여 법률상 습득자를 대위하여 유실자를 상대로 보상금청구권을 행사한 사안과 같이 피보전채권의 실현을 위하여 대위채권의 실현이 필수적으로 요구되는 경우(68다663), ② 부동산의 소유권이전등기가 국가의 강박행위로 말미암아 명의수탁자(채무자)로부터 제3채무자(국가)와 그 외 제3자로 전전 이전되었는데 제3자가 선의여서 명의신탁자와 명의수탁자의 각 등기청구권이 모두 이행불능이 된 사안과 같이 등기청구권인 피보전채권과 대위권리가 이행불능에 따라 금전채권으로 변형된 경우(2005다39013), ③ 채권자가 채무자에게 골프장 신축 사업과 관련하여 투자하고 채무자는 그 투자금으로 제3채무자로부터 사업 부지를 매수하고 매매대금을 지급하면서 회원제 골프장 관련 인허가를 받지 못하면 투자약정과 토지 매매계약을 각각 해제하기로 정하였는데, 채무자가 그 인허가를 받지 못하였음에도 불구하고 토지에 대한 매매계약을 해제하지 않자 채권자가 채무자의 해제권을 대위행사하면서 원상회복으로 토지 매매대금의 반환을 구한 사안과 같이 피보전채권과 대위권리가 동일한 경제적 목적과 동일한 해제 사유를 매개로 결합된 특수한 경우(2014다89355) 등에서 피보전채권과 채권자가 대위행사할 권리 사이의 밀접한 관련성 등 그 밖의 특수한 사정에 비추어 채무자의 자력 유무와 관계없이 보전의 필요성을 인정하기도 하였다." ➡ ❶ '분양계약을 해제한 수분양자 원고가 분양대금 반환채권을 보전하기 위해 분양자 회사를 대위하여 그로부터 분양수입금 등의 자금관리를 위탁받은 수탁자 회사를 상대로 사업비 지출 요청권을 행사할 수 있다' 하여, '분양자 회사가 무자력이라고 할 수 없어 보전의 필요성이 인정되지 않는다는 이유로 원고의 채권자대위 청구가 부적법하다'고 본 원심판결은 위법하다고 판단한 예(2013다71784). ❷ 채권자가 양수한 임차보증금의 이행을 청구하기 위하여 임차인의 가족인도가 선 이행되어야 할 필요가 있어서 그 인도를 구하는 경우에는 그 채권의 보전과 채무자인 임대인의 자력유무는 관계가 없는 일이므로 무자력을 요건으로 한다고 할 수 없다(88다가4253, 4260). ❸ 수임인이 가지는 민법 제688조 제2항 전단 소정의 대변제청구권은, 통상의 금전채권과는 다른 목적을 갖는 것이므로, 수임인이 이 대변제청구권을 보전하기 위하여 채무자인 위임인의 채권을 대위행사하는 경우에는 채무자의 무자력을 요건으로 하지 아니한다(2001다52506).

2145) 91다483; "채권자는 자기의 채무자에 대한 부동산상의 소유권이전등기청구권 등 특정채권을 보전하기 위하여 채무자가 방치하고 있는 그 부동산에 관한 특정권리를 대위하여 행사할 수 있고 그 경우에는 채무자의 무자력을 요건으로 하지 아니하는 것이다."

2146) 대법원 2013. 5. 23. 선고 2010다50014 판결; "경우에 따라서는 매수인이 토지거래허가 신청절차의 협력의무 이행청구권을 보전하기 위하여 매도인의 권리를 대위하여 행사하는 것도 허용된다고 할 수 있지만, 위에서 본 법리에 따라 그 보전의 필요성이 인정되어야 한다. ... 보전의 필요성을 판단할 때에는, 위와 같은 협력의무 이행청구권의 특수한 법적 성격과 아울러 매도인의 권리 미행사가 협력의무의 현실적 이행에 뚜렷한 장애가 되는지, 매도인이 권리를 행사하지 않는 사유는 무엇인지, 오히려 매수인의 협력의무 이행청구권의 행사가 조건 등의 장애 사유 때문에 장기간 지연되었는지 및 그 지연에 매수인에게 귀책사유가 없는지, 그리고 매도인의 권리 행사를 강제하는 것이 매도인의 재산권행사에 커다란 불이익을 가져오거나 자유로운 재산관리행위에 대한 부당한 간섭이 될 수 있는지 등의 해당 사안에서의 구체적인 여러 사정을 종합적으로 고려하여야 한다." ➡ 매수인 원고가 매도인을 대위하여 피고 신탁회사를 상대로 신탁가등기의 말소를 구하는 소 부분은, 매도인의 자유로운 재산관리행위에 대한 부당한 간섭이 된다고 볼 수 있는 특별한 사정이 있다 하여, 채권자대위권 행사에 관한 보전의 필요성을 인정할 수 없어 부적법하다고 직권으로 판단한 예.

2147) 대법원 2001. 5. 8. 선고 99다38699 판결.; 원고(정유업체)는 도로공사와의 계약에 따라 고속도로상의 특정 주유소에 자사의 상표를 표시하고 자사의 석유제품을 공급할 권리가 있고, 도로공사는 위 주유소에 관한 운영 계약을 체결한 피고에 대하여 그 계약에 따라 주유소에 원고의 상표를 표시하고 원고의 제품 외에 다른 제품을

의 다)항 참조), 소유권에 기한 철거청구권 등 '물권적 청구권'에 대하여도 채권자대위권에 관한 규정과 위와 같은 법리가 적용될 수 있다.²¹⁴⁸⁾

채권자가 채무자에 대한 공유지분 소유권이전등기청구권을 피보전채권으로 하여 제3채무자를 상대로 채무자의 제3채무자에 대한 소유권이전등기청구권, 말소등기청구권을 대위 행사하는 경우, 채권자는 그의 지분 범위 내에서만 채무자의 제3채무자에 대한 소유권이전등기청구권, 말소등기청구권을 대위 행사할 수 있고, 그 지분을 초과하는 부분에 관하여는 채무자를 대위할 보전의 필요성이 없다.²¹⁴⁹⁾

공급받지 않을 것을 청구할 권리가 있으므로, 원고가 도로공사에 대한 위 석유제품공급권 및 상표표시권을 보전하기 위하여 도로공사의 피고에 대한 운영계약상의 위 권리를 대위행사한다는 원고의 주장에 대하여, 원심이, '원래 채권자대위권은 채무자의 책임재산을 보전함으로써 채권자 일반의 이익을 도모하기 위하여 인정된 것이고 특정채권의 보전을 위한 경우에는 순차 매도 또는 임대차에 있어 소유권이전등기청구권이나 명도청구권 등의 보전을 위한 경우에 한하여 예외적으로 그 행사가 허용되는데 원고의 도로공사에 대한 피보전권리 및 도로공사의 피고에 대한 피대위채권은 모두 이러한 유형의 권리에 해당하지 아니한다'는 이유만으로 원고의 채권자대위권 행사를 허용할 수 없다고 판단한 것은 잘못이라고 한 예. ▮ 처음으로 피보전채권과 대위채권 사이의 밀접한 관련성 등을 이유로 보전의 필요성을 인정한 판결인데, 피보전채권과 대위채권은 모두 특정 주유소의 운영과 관련된 것으로서 대체성이 없는 작위채권 또는 부작위채권이고 두 채권은 목적과 수단의 관제를 가지고 있다. 즉, 대위채권을 행사하는 것이 피보전채권의 실현이라는 목적 달성을 위한 수단적 성격을 가지고 있다(2019다229202 전원합의체 판결의 다수의견).

2148) 대법원 2007. 5. 10. 선고 2006다82700, 82717 판결; 원고는 1심에서 주위적으로 건물 소유자로서 피고들에게 건물의 인도를, 예비적으로 그 대지 소유자로서 건물 소유자인 소외 회사에게 철거청구권, 그 점유자인 피고들에게 퇴거청구 및 소외 회사를 대위한 건물 인도청구권을 하여, 소외 회사에 대한 철거청구에 대하여는 차액간주에 의한 원고 승소판결을 받고 확정되었고, 피고들에 대한 퇴거청구에 대하여는 소외 회사가 건물에 관한 법정지상권을 취득하였다는 피고들의 항변이 받아들여져 원고 패소판결을 받아 항소하였다가, 원고의 피고들에 대한 퇴거청구권 기각한 부분에 대하여는 원심에서 소를 취하하였으나, 원심은, '특정채권의 보전을 위한 채권자대위권은 순차 매도 또는 임대차에 있어 소유권이전등기청구권이나 인도청구권 등의 보전을 위한 경우에 한하여 예외적으로 그 행사가 허용되는데 원고의 건물에 관한 철거청구권은 이러한 유형의 권리에 해당하지 아니할 뿐만 아니라, 임대차계약상의 해지권은 이른바 행사상의 일신전속권으로서 채권자대위권의 목적이 될 수 없다'는 등의 이유로, 원고의 건물 소유권 또는 소외 회사를 대위한 건물 인도청구 모두를 기각하였으나, 대법원은, '① 임대인의 임대차계약에 대한 해지권을 오로지 임대인의 의사에 행사의 자유가 맡겨져 있는 행사상의 일신전속권에 해당하는 것으로 보기 어렵고, ② 소외 회사에 대한 철거청구에 대하여 원고 승소 확정판결을 받은 이상 피고들이 채권자대위권을 행사하는 원고를 상대로 그 피보전채권인 철거청구권의 존재를 다툴 수 없으며, ③ 원고가 토지 소유권에 근거하여 직접 피고들을 상대로 건물에서의 퇴거를 청구할 수 있었다고 하더라도, 그와 같은 청구와 원고가 소외 회사를 대위하여 피고들에 대하여 임대차계약의 해지를 통고하고 건물 인도를 구하는 청구는 그 요건과 효과를 달리하는 것이므로, 퇴거청구를 할 수 있었다는 것이 채권자대위권의 행사요건인 보전의 필요성을 부정할 사유가 될 수 없고, 이 사건의 경우에는 원고가 피고들을 상대로 한 퇴거청구에 대하여 패소판결을 선고받은 후 그에 대한 소를 취하함으로써 다시 같은 소를 제기할 수 없게 되었으므로 더더욱 그러하다.'라고 하여, 원고의 청구는 채권자대위권의 행사요건을 모두 갖춘 것으로 보므로, 원심판결에 위법이 있다고 한 예.

2149) ① 대법원 2014. 10. 27. 선고 2013다25217 판결; "채무자 소유의 부동산을 시효취득한 채권자의 공동상속인이 채무자에 대한 소유권이전등기청구권을 피보전채권으로 하여 제3채무자를 상대로 채무자의 제3채무자에 대한 소유권이전등기의 말소등기청구권을 대위행사하는 경우, 그 공동상속인은 자신의 지분 범위 내에서만 채무자의 제3채무자에 대한 소유권이전등기의 말소등기청구권을 대위행사할 수 있고, 그 지분을 초과하는 부분에 관하여는 채무자를 대위할 보전의 필요성이 없다." ② 甲이 乙의 丙에 대한 점유취득시효를 원인으로 한 소유권이전등기청구권 중 6/84 지분을 상속받았다고 주장하면서 丁을 상대로 丙의 丁에 대한 소유권이전등기의 말소등기청구권을 대위하여 전부 말소를 구한 사안에서, 甲의 상속지분을 넘는 부분에 관하여는 보전의 필요성이 없다는 점을 지적하거나 甲이 주장한 상속지분(6/84)이 증거에 의하여 인정되는 상속지분(7/84)과 일치하지 아니함에도 아무런 석명을 하지 아니한 채 甲이 주장하는 지분을 초과하는 부분에 관하여 보전의

마) 무자력 산정의 구체적 기준

채권자대위권의 행사로서 채권자가 채권을 보전하기에 필요한 여부는 변론종결 당시를 표준으로 판단되어야 하고, 채무자의 무자력 사실은 채권자가 증명하여야 한다.²¹⁵⁰⁾ 기업의 당좌부도 사실로부터 채무초과 사실을 추인할 수는 없다.²¹⁵¹⁾

사해행위취소의 요건으로서의 무자력과 마찬가지로,²¹⁵²⁾ 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.²¹⁵³⁾

채무자의 소극재산은 실질적으로 변제의무를 지는 채무를 기준으로 하여야 한다.²¹⁵⁴⁾ 채무자의 적극재산을 산정함에 있어서는 다른 특별한 사정이 없는 한 실질적으로 재산적

필요성이 없다는 이유로 소를 각하한 원심판결에 석명의무를 다하지 아니하여 심리를 제대로 하지 않은 잘못이 있다고 한 사례. ㉠ 부동산을 공동매수한 채권자가 채무자에 대한 소유권이전등기청구권을 피보전채권으로 하여 제3채무자를 상대로 채무자의 제3채무자에 대한 소유권이전등기청구권을 대위행사하는 소를 제기한 사안에서, 위 채권자는 공동매수인 중 1인에 불과하므로 그의 매수지분 범위 내에서만 채무자의 제3채무자에 대한 소유권이전등기청구권을 대위행사할 수 있고, 그 지분을 초과하는 부분에 관하여는 채무자를 대위할 보전의 필요성이 없다 하여, 원심취소·소각하로 파기자판한 예(2010다43597). ㉡ 원고가 피고 2에게 사건 토지 중 472.96/1,705 지분에 관하여 소유권이전등기청구권을 갖고 있다고 주장하며, 그 청구권을 보전하기 위하여 피고 2를 대위하여 피고 1을 상대로 피고 2에게 897.03/1,705 지분에 관하여 소유권이전등기절차를 이행할 것을 청구한 사안에서, 원심이, 원고가 피고 2를 대위하여 피고 1에 대하여 472.96/1,705 지분을 초과한 지분에 관하여 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 청구 부분을 기각하는 본안판단을 한 데 대하여, 대법원은, '채권자대위권은 채무자의 채권을 대위 행사함으로써 채권자의 채권이 보전되는 관계가 존재하는 경우에 한하여 이를 행사할 수 있으므로, 원고는 피고 2에게 소유권이전등기청구권이 있다고 주장하는 472.96/1,705 지분의 범위 내에서만 피고 2의 피고 1에 대한 소유권이전등기청구권을 대위하여 행사할 수 있고, 그 범위를 초과하는 지분에 관하여는 보전의 필요성이 있다고 볼 수 없으므로, 그 초과 지분에 관한 대위 청구 부분의 소는 부적법하다.'고 하고 원심취소·소각하로 파기자판한 예(2010다39918).

2150) 75다1086, 72다187,188, 69다1665. 위 판결들은, 채권자가 채무자의 무자력을 '주장입증'하여야 한다는 취지로 판시하고 있으나, 채무자의 무자력 역시 채권자대위소송의 소송요건으로서 법원의 직권조사사항에 해당하므로 채권자로서는 그 증명책임만 문제된다고 함이 옳다.

2151) 기업이 거래금융기관으로부터 부도처리를 받은 경우에는 이미 채무초과의 상태에 이르렀을 가능성이 많다고 할 것이나, 당좌부도는 어음, 수표 등이 지급거절됨에 따라 어음교환소로부터 당좌거래정지처분을 받는 것으로서 이는 기업의 유동성자금에 부족하여 발생하는 것이고, 당좌거래정지처분과 기업의 채무초과 상태가 반드시 일치하는 것은 아니므로 기업의 당좌부도 사실로부터 채무초과 사실을 추인하는 것은 옳지 못하다(99다55656).

2152) 대법원 2006. 2. 10. 선고 2004다2564 판결.

2153) 채무자의 적극재산인 부동산에 이미 제3자 명의로 소유권이전청구권보전의 가등기가 경료되어 있는 경우에는 강제집행을 통한 변제가 사실상 불가능하므로, 위 가등기가 가등기담보 등에 관한 법률에 정한 담보가등기로서 강제집행을 통한 매각이 가능하다는 등의 특별한 사정이 없는 한 위 부동산은 실질적으로 재산적 가치가 없어 적극재산을 산정함에 있어서 이를 제외하여야 한다(2008다76556). 채무자 소유의 재산이 다른 채권자의 채권에 물상담보로 제공되어 있다면, 물상담보로 제공된 부분은 채무자의 일반 채권자들을 위한 채무자의 책임재산이라고 할 수 없으므로, 그 물상담보에 제공된 재산의 가액에서 다른 채권자가 가지는 피담보채권액을 공제한 잔액만을 채무자의 적극재산으로 평가하여야 한다(2010다64792).

2154) 처분행위 당시에 가집행신고 있는 판결상의 채무가 존재하고 있었다고 하더라도 그것이 나중에 상급심의 판결에 의하여 감액된 경우에는 그 감액된 판결상의 채무만이 소극재산이다(2004다2564).

가치가 없어 채권의 공동담보로서의 역할을 할 수 없는 재산은 제외하여야 한다.^{2155) 2156)}

5) 채무자의 권리 불행사

가) 소송요건

채권자대위권은 ‘채무자가 제3채무자에 대한 권리를 행사하지 아니하는 경우’²¹⁵⁷⁾에 한하여 채권자가 자기의 채권을 보전하기 위하여 행사할 수 있는 것이기 때문에, 채권자가 대위권을 행사할 당시에 이미 ‘채무자가 그 권리를 재판상 행사’하였을 때 (사원총회 결의 없이 총유재산에 관한 소가 제기되었다는 이유로 각하 확정판결을 받은 경우는 이에 해당하지 않는다.²¹⁵⁸⁾)에는 채권자는 채무자를 대위하여 채무자의 권리를 행사할 당사자적격이 없어 그 채권자대위소송은 부적법 각하된다.²¹⁵⁹⁾

2155) ◎ **채권**; 채권의 경우 그것이 용이하게 변제받을 수 있는 확실성이 있다는 것이 합리적으로 증명되는 경우에 한하여 적극재산에 포함시켜야 하고(대법원 2021. 6. 10. 선고 2017다254891 판결), **압류금지재산**은 공동담보가 될 수 없으므로 이를 적극재산에 포함시켜서는 아니 된다(2004다58963). 채무자 명의의 정기예금에 관하여 무기명 양도성예금증서가 발행되었고, 그 양도성예금증서를 채무자가 아닌 제3자가 소지하다가 다른 사람에게 처분한 경우, 그 정기예금은 양도성예금증서의 소지인에게 지급될 것이므로 채무자의 적극재산으로 보기 어렵고, 그 양도성예금증서도 채권자들이 그 존재를 쉽게 파악하고 이를 집행의 대상으로 삼을 수 있었다는 특별한 사정이 있는 경우라야만 그 양도성예금증서가 표창하는 예금채권 상당액을 위 채무자의 적극재산으로 볼 수 있다(2004다2564). **임차인의 보증금반환채권**은 ‘장차 임대차관계가 종료되는 등으로 그 권리가 실제로 성립하는 때에 선순위권리의 존재 또는 임차인의 차임지급의무 불이행 등으로 임차인이 이를 현실적으로 반환받을 가능성이 없거나 제한되는 것으로 합리적으로 예측되는 등의 특별한 사정’이 없는 한 이를 애초의 보증금액 상당의 가치대로 적극재산에 포함된다고 평가하는 것이 그 권리의 성질이나 내용 등에 부합한다(2012다118334).

2156) ◎ **주식**; 회사 경영상황이 악화되어 전체 자본이 잠식된 상태여서 그 주식의 적극재산으로서의 가치는 없다고 판단한 예(2005다76753). ‘실질적으로 재산가치가 있는 재산을 강제집행이나 현금화의 용이성이 다소 떨어진다는 이유만으로 적극재산에서 제외할 수는 없다’ 하여, 소규모 비상장법인인 회사의 주식은 강제집행하여 쉽게 현금화할 수 있다고 보기 어렵다는 이유만으로 채무자의 적극재산 산정에서 제외한 원심판결이 위법하다고 한 예(2010다85102).

2157) 대법원 1992. 2. 25. 선고 91다9312 판결: “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 있어야 한다는 뜻이고 채무자 자신에 관한 현실적인 장애까지 없어야 한다는 뜻은 아니며 채무자가 그 권리를 행사하지 않는 이유를 묻지 아니한다 할 것이므로, 피고 윤○○ 명의의 소유권보존등기의 추정력이 깨어져서 원인무효라 하여 그 등기의 말소를 구하고 있는 이 사건에 경우에 채무자인 진정한 소유자가 소외 성명불상자라 하여도 그가 위 등기의 말소를 구하는데 어떤 법률적장애가 있다고 할 수는 없는 것이어서 원고의 이 사건 채권자대위권 행사에 장애가 될 수 없다 할 것이며, 이 사건 토지 부분이 당초의 소유자로부터 정당하게 피고에게로 권리가전된 것이어서 위 등기가 실체관계에 부합한다는 점에 대하여는 피고 측에 그 주장 및 입증책임이 있으므로 원고가 성명불상자의 권리를 대위하는 것을 인정한다고 하더라도 이로써 피고들로 하여금 이 사건 토지 부분에 관한 피고 윤○○ 명의의 소유권보존등기가 실체관계에 부합한다는 항변을 할 수 있는 기회를 박탈한 것이라고 할 수도 없다.”

2158) 대법원 2018. 10. 25. 선고 2018다210539 판결: “비법인사단이 사원총회의 결의 없이 제기한 소는 소제기에 관한 특별소권을 결하여 부적법하고, 그 경우 소제기에 관한 비법인사단의 의사결정이 있었다고 할 수 없다. 따라서 비법인사단인 채무자 명의로 제3채무자를 상대로 한 소가 제기되었으나 사원총회의 결의 없이 총유재산에 관한 소가 제기되었다는 이유로 각하판결을 받고 그 판결이 확정된 경우에는 채무자가 스스로 제3채무자에 대한 권리를 행사한 것으로 볼 수 없다.”

2159) 대법원 1992. 11. 10. 선고 92다30016 판결 등. 2008다65839 판결은, 원심이, ‘채무자가 원고보다 앞서 피고에 대하여 공사대금 지급 청구의 소를 제기하였기 때문에 원고로서는 채무자를 대위하여 채무자의 채권을

나) 채무자 제소에 의한 본안패소 확정판결이 있는 경우

채권자대위권 행사 당시에 이미 채무자가 피대위권리를 재판상 행사하여 본안 패소의 확정판결을 받은 경우, 전소 패소확정판결의 기판력에 따라 그와 모순되는 판단을 할 수 없다 하여 후소인 채권자대위소송을 기각할 것이 아니라, 채권자대위소송의 요건 중 ‘채무자의 권리 불행사’ 요건의 흠결로 채권자는 채무자를 대위하여 채무자의 권리를 행사할 당사자적격이 없다 하여 채권자대위소송을 각하하여야 한다.²¹⁶⁰⁾

다) 중복제소와의 관계

소가 중복제소에 해당하지 아니한다는 것은 소극적 소송요건으로서 법원의 직

행할 수 없다'고 하면서도 원고의 채권자대위청구 부분을 '이유 없다' 하여 '기각'한 데 대하여, 92다30016 판결을 참조판결로 하여 "채권자가 대위권을 행사할 당시에 이미 채무자가 그 권리를 재판상 행사하였을 때에는 채권자는 채무자를 대위하여 채무자의 권리를 행사할 수 없다."라고 일반론을 실시한 다음, "원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 ... 채권자대위권에 관한 법리오해 등의 위법이 없다"라고 판시하였는데, '채무자의 권리 불행사' 요건의 흠결을 원고 당사자적격 흠결로 인한 채권자대위소송의 부적법 사유로 본 92다32876 판결, 92다30016 판결의 판시 부분까지 의식하고서 그와 달리 위와 같이 판시하였는지에 관하여는 의문이 있다.

2160) 76다688 판결은, "원고가 소외 OO회사를 대위하여 피고에 대하여 제기한 이 사건 소송과, 이미 확정된 위 대법원 76다773호 사건의 소송은, 비록 그 당사자는 다르지만 실질상 동일 소송이라고 할 것이므로, 위 대법원 76다773호 사건의 확정판결의 효력이 이 사건에 미친다고 보아야 할 것이어서, 결국 이 사건 소는 확정판결에 저촉되어, 그와 모순되는 판단은 이를 할 수 없다고 할 것이므로 배척되어야 할 것이다. 따라서 원고의 청구를 기각한 원심판결은 결과적으로 정당하고, 원고의 이 사건 상고는 상고이유에 대한 판단을 가할 필요 없이 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여"라고 판시함으로써, 기판력 저촉의 문제로 보았으나,

그 후 92다30016 판결은, 채무자의 제3채무자에 대한 소유권이전등기 말소등기청구가 기각, 확정된 후 채권자가 채무자를 대위하여 제3채무자에 대하여 소유권이전등기 말소등기청구를 한 사안에서 원심이 원고적격 흠결로 부적법 각하한 데 대하여, "채권자가 대위권을 행사할 당시에 이미 채무자가 그 권리를 재판상 행사하였을 때에는 설사 패소의 본안판결을 받았더라도, 채권자는 채무자를 대위하여 채무자의 권리를 행사할 당사자적격이 없는 것"이라고 일반론을 판시하고 원심의 판단에 위법이 없다 하여 원고의 상고를 기각하였고(채무자의 제3채무자에 대한 소유권이전등기 말소 청구가 기각, 확정된 후 채권자의 소유권이전등기 말소 대위 청구 → 원심 원고적격 흠결 부적법 각하 → 대법원 상고기각).

92다32876 판결은, 채무자의 제3채무자에 대한 소유권이전등기 말소등기청구가 기각, 확정된 후 채권자가 채무자를 대위하여 제3채무자에 대하여 소유권이전등기 말소등기청구를 한 사안에서, 원심이 기판력에 의하여 채권자가 채무자를 대위하여 제3채무자에게 말소등기를 청구할 수 없다 하여 원고의 청구를 기각한 데 대하여, "원심이 위와 같이 전소의 기판력에 저촉된다고 한 판단 자체에는 위법이 없다. 그러나 원심이 판시한 것처럼 소송물이 동일하다고 본다면 이 사건에서 원고가 채권자 대위소송으로서의 대위요건을 갖추었는가 하는 점을 살펴 볼 필요가 있다."라고 하고, 위 92다30016 판결을 참조판결로 하여 위 92다30016 판결의 일반론을 반복하여 실시한 다음, 원고는 채무자의 권리를 행사할 당사자적격이 없다 하여 원심판결을 파기, 재판하여 소를 각하함으로써(채무자의 제3채무자에 대한 소유권이전등기 말소 청구 기각 확정 후 채권자인 원고의 소유권이전등기 말소 대위 청구 → 원심은 기판력에 의하여 청구 기각 → 대법원은 당사자적격 흠결로 파기 재판, 소 각하), 기판력 저촉의 문제로 본 76다688 판결의 판시를 명시적으로 배척하고, 채권자대위소송의 요건 중 '채무자의 권리 불행사' 요건 흠결의 문제로 보아 채권자대위소송을 원고 당사자적격의 흠결로 각하하는 사실상의 판례 변경이 이루어졌다. 위 일반론은 2019다218684 판결에서 다시금 확인되었다.

한편, 2008다65839 판결도, 채권자대위권 행사 당시 이미 채무자가 피대위권리를 재판상 행사하여 본안 패소의 확정판결을 받은 사안인데, 앞서 본 바와 같이 '채무자의 권리 불행사' 요건의 흠결을 원고 당사자적격 흠결로 인한 채권자대위소송의 부적법 사유로 본 92다32876 판결, 92다30016 판결과는 달리 판시한 부분이 있지만, 기판력 저촉의 문제로 보지 않고 채권자대위소송의 요건 중 '채무자의 권리 불행사' 요건 흠결의 문제로 본 점에서는 92다32876 판결, 92다30016 판결과 동일하다.

권조사사항이다.²¹⁶¹⁾

채권자가 채무자를 대위하여 제3채무자를 상대로 제기한 채권자대위소송이 계속 중 채무자와 제3채무자 사이에 채권자대위소송과 소송물을 같이하는 내용의 소송이 제기된 경우(채권자대위의 전소+채무자의 후소), 후소는 채무자가 전소의 계속 사실을 ‘알든 모르든’ 상관없이²¹⁶²⁾ 중복제소금지원칙에 위배되어 제기된 부적법한 소송이다.²¹⁶³⁾ 이 경우 채무자는 계속 중인 채권자대위소송에 ‘공동소송적 보조참가’²¹⁶⁴⁾를 할 수 있다고 보는 것이

2161) 대법원 1990. 4. 27. 선고 88다카25274, 25281 판결.

민사소송법 제259조(중복된 소제기의 금지) 법원에 계속되어 있는 사건에 대하여 당사자는 다시 소를 제기하지 못한다. ㉠ 중복제소금지는 소송요건에 관한 것으로서 사실심의 변론종결 시를 기준으로 판단하여야 하므로, 전소가 후소의 변론종결 시까지 취하·각하 등에 의하여 소송계속이 소멸되면 후소는 중복제소금지에 위반되지 않는다(대법원 2021. 5. 7. 선고 2018다259213 판결). 전소, 후소의 판결기준은 소송계속의 발생시기의 선후에 의하고, 소의 추가적 변경에 따라 추가된 소의 소송계속의 효력은 그 서면을 상대방에게 송달하거나 변론기일에 이를 교부한 때에 생기며, 중복제소금지는 소송계속으로 인하여 당연히 발생하는 소송요건의 하나로서 이미 동일한 사건에 관하여 전소가 제기되었다면, 설령 그 전소가 소송요건을 흠결하여 부적법하다고 할지라도 후소의 변론종결 시까지 취하·각하 등에 의하여 그 소송계속이 소멸되지 아니하는 한 후소는 중복제소금지를 위배하게 된다(대법원 2021. 5. 13. 선고 2020다71690 판결). 보전처분 신청에 관하여도 중복된 소제기에 관한 규정이 준용되어 중복신청이 금지된다. 이 경우 보전처분 신청이 중복신청에 해당하는지 여부는 후행 보전처분 신청의 심리종결 시를 기준으로 판단하여야 하고, 보전명령에 대한 이의신청이 제기된 경우에는 그 이의소송의 심리종결 시가 기준이 된다(2017마6308).

2162) 기판력과 재소금지원칙의 적용에서는 채무자가 ‘알았을 때’ 한하여 인정하는 것과는 다르다.

2163) 대법원 1992. 5. 22. 선고 91다41187 판결. [동일 취지] 73다351, 94다29256(채권자대위의 전소+채무자의 후소 사건 → 이 사건 후소 = 중복제소). ㉡ 이 경우 채권자대위의 전소는 ‘채무자의 권리불행사’ 요건 흠결로 부적법한 것인지 의문이 있으나, ‘채무자의 권리불행사’ 요건의 기준시점을 대위권 행사 당시로 본다면, 채권자대위의 전소가 부적법하다고 볼 수는 없다.

2164) 민사소송법 제78조(공동소송적 보조참가) 재판의 효력이 참가인에게도 미치는 경우에는 그 참가인과 피참가인에 대하여 제67조 및 제69조를 준용한다.

① 대법원 2017. 10. 12. 선고 2015두36836 판결: “행정소송 … 판결의 효력이 참가인에게까지 미치는 점 등 행정소송의 성질에 비추어 보면 그 참가는 … 공동소송적 보조참가라고 볼 수 있다. … 공동소송적 보조참가에는 필수적 공동소송에 관한 민사소송법 제67조 제1항, 즉 ‘소송목적의 공동소송인 모두에게 합일적으로 확정되어야 할 공동소송의 경우에 공동소송인 가운데 한 사람의 소송행위는 모두의 이익을 위하여서만 효력을 가진다.’라고 한 규정이 준용되므로, 피참가인의 소송행위는 모두의 이익을 위하여서만 효력을 가지고, 공동소송적 보조참가인에게 불이익이 되는 것은 효력이 없으므로, 참가인이 상소를 할 경우에 피참가인이 상소취하나 상소포기를 할 수는 없다.” ② 대법원 2015. 10. 29. 선고 2014다13044 판결: “파산관재인이 파산재단에 관한 소송을 할 때 그 재판의 효력이 미치는 채무자는 통상의 보조참가는 물론 공동소송적 보조참가를 할 수도 있다. … 재심의 소를 취하하는 것은 통상의 소를 취하하는 것과는 달리 확정된 공국판결에 대한 불복의 기회를 상실하게 하여 더 이상 확정판결의 효력을 배제할 수 없게 하는 행위이므로, 이는 재판의 효력과 직접적인 관련이 있는 소송행위로서 그 확정판결의 효력이 미치는 공동소송적 보조참가인에 대하여는 불리한 행위라고 할 것이다. 따라서 재심의 소에 공동소송적 보조참가인이 참가한 후에는 피참가인이 재심의 소를 취하하더라도 공동소송적 보조참가인의 동의가 없는 한 효력이 없다. 이는 재심의 소를 피참가인이 제기한 경우나 통상의 보조참가인이 제기한 경우에도 마찬가지이다.” ③ 대법원 2013. 3. 28. 선고 2011두13729 판결: “공동소송적 보조참가는 그 성질상 필수적 공동소송 중에서는 이른바 유사필수적 공동소송에 준한다 할 것인데, 유사필수적 공동소송에서는 원고들 중 일부가 소를 취하하는 경우에 다른 공동소송인의 동의를 받을 필요가 없다. 또한 소취하는 판결이 확정될 때까지 할 수 있고 취하된 부분에 대해서는 소가 처음부터 계속되지 아니한 것으로 간주되며(민사소송법 제267조), 본안에 관한 종국판결이 선고된 경우에도 그 판결 역시 처음부터 존재하지 아니한 것으로 간주되므로, 이는 재판의 효과와는 직접적인 관련이 없는 소송행위로서 공동소송적 보조참가인에게 불이익이 된다고 할 것도 아니다. 따라서 피참가인이 공동소송적 보조참가인의 동의 없이 소를 취하하였다고 하더라도 이는 유효하다.” ④ 대법원 2018. 11. 29. 선고 2018두14210 판결 [친생자부인]: “통상의 보조참가인은 참가 당시의 소송상태를 전제로 피참가인을 보조하기 위하여 참가하는 것이므로 참가할 때의 소송 진행

일반적이다.

채무자가 제3채무자를 상대로 제기한 소송이 계속 중인데 채권자가 채무자를 대위하여 제3채무자를 상대로 동일한 소송을 제기한 경우(채무자의 전소+채권자대위의 후소), 후소는 채권자대위소송 특유의 소송요건인 '채무자의 권리불행사' 요건이 흠결되어 부적법할 뿐만 아니라, 일반적인 소송요건인 중복소송 금지 규정에도 저촉되어 부적법한 소송이다.²¹⁶⁵⁾

채권자대위소송이 이미 법원에 계속 중인데 같은 채무자의 다른 채권자가 동일한 소송물에 대하여 채권자대위권에 기한 소를 제기한 경우(채권자대위의 전소+다른 채권자대위의 후소), 후소는 중복제소금지의 원칙에 위배하여 제기된 부적법한 소송이다.²¹⁶⁶⁾ 이 경우 다른 채권자는 계속 중인 채권자대위소송에 '공동소송참가'²¹⁶⁷⁾를 할 수 있고,²¹⁶⁸⁾ 각 채권

절도에 따라 피참가인이 할 수 없는 행위는 할 수 없다(민소법 제76조 제1항 단서). 공동소송적 보조참가인도 원래 당사자가 아니라 보조참가인이므로 위와 같은 점에서는 통상의 보조참가인과 마찬가지로이다. 판결 확정 후 재심사유가 있을 때에는 보조참가인이 피참가인을 보조하기 위하여 보조참가신청과 함께 재심의 소를 제기할 수 있다. 그러나 보조참가인의 재심청구 당시 피참가인인 재심청구인이 이미 사망하여 당사자능력이 없다면, 이를 허용하는 규정 등이 없는 한 보조참가인의 재심청구는 허용되지 않는다. 이는 신분관계에 관한 소송에서 소송의 상대방이 될 자가 존재하지 않는 경우 이해관계인들의 이익을 위하여 공익의 대표자인 검사를 상대방으로 삼아 소송을 할 수 있도록 하는 경우(민법 제849조, 제864조, 제865조, 가사소송법 제24조 제3항, 제4항, 90조1135)와는 구별된다. 보조참가인의 재심청구 당시 재심청구인 소의 2가 이미 사망하였음은 앞에서 본 바와 같고, 이 사건 재심청구인의 지위가 상속되는 것도 아니므로, 보조참가인의 재심의 소는 부적법하다." ㉠ 상고하지 않은 공동소송적 보조참가인의 상고이유서·상고이유주장 제출의 적법 여부에 관하여는 대법원 2020. 10. 15. 선고 2019두40611 판결 참조.

2165) 대법원 1981. 7. 7. 선고 80다2751 판결(채무자 전소+채권자대위 후소 사안) ㉡ 채권자대위의 후소를 중복제소 위반으로 부적법 각하하고, '채무자의 권리불행사' 요건 흠결을 문제삼지는 않았으나, 이는 '채무자의 권리불행사' 요건의 흠결을 부정한 것이라기보다는, 채권자대위소송의 특유의 소송요건인 권리불행사 요건보다는 일반적인 소송요건인 중복제소금지 요건이 판단순서상 선행되는 사유라는 점에서 양자의 소송요건 흠결이 중첩될 경우 중복제소 위반의 부적법 사유가 우선함을 나타낸 것으로 선택할 수 있다. [비고] 채무자가 제3채무자를 상대로 제기한 이행의 소가 법원에 계속되어 있는 상태에서 압류채권자가 제3채무자를 상대로 추심의 소를 제기하는 것은 중복된 소제기에 해당하지 않는다(대법원 2013. 12. 18. 선고 2013다202120 전원합의체 판결).

2166) 대법원 2021. 5. 13. 선고 2020다71690 판결.

2167) 민사소송법 제83조(공동소송참가) ① 소송목적이 한 쪽 당사자와 제3자에게 합일적으로 확정되어야 할 경우 그 제3자는 공동소송인으로 소송에 참가할 수 있다. ② 제1항의 경우에는 제72조의 규정을 준용한다. 회사의 주주대표소송에의 참가는 공동소송참가에 해당하고, 항소심에서도 할 수 있다(2000다9086). 추심의 소에 집행력 있는 정보 소지자가 원고 쪽에 참가하는 것도 공동소송참가에 해당한다(민사집행법 제249조②).

2168) 대법원 2015. 7. 23. 선고 2013다30301, 30325 판결; "채권자대위소송이 계속 중인 상황에서 다른 채권자가 동일한 채무자를 대위하여 채권자대위권을 행사하면서 공동소송참가신청을 할 경우, 양 청구의 소송물이 동일하다면 민사소송법 제83조 제1항이 요구하는 '소송목적이 한쪽 당사자와 제3자에게 합일적으로 확정되어야 할 경우'에 해당하므로 그 참가신청은 적법하다. 이때 양 청구의 소송물이 동일하지는 채권자들이 각기 대위행사하는 피대위채권이 동일한지에 따라 결정되고, 채권자들이 각기 자신을 이행 상대방으로 하여 금전의 지급을 청구하였더라도 채권자들이 채무자를 대위하여 변제를 수령하게 될 뿐 자신의 채권에 대한 변제로서 수령하게 되는 것이 아니므로 이러한 채권자들의 청구가 서로 소송물이 다르다고 할 수 없다. 여기서 원고가 일부 청구임을 명시하여 피대위채권의 일부만을 청구한 것으로 볼 수 있는 경우에는 참가인의 청구금액이 원고의 청구금액을 초과하지 아니하는 한 참가인의 청구가 원고의 청구와 소송물이 동일하여 중복된다고 할 수 있으므로 소송목적이 원고와 참가인에게 합일적으로 확정되어야 할 필요성을 인정할 수 있어 참가인의 공동소송참가신청을 적법한 것으로 보아야 할 것이다." ㉢ 이 경우, 참가인들의 청구를 인용할 경우에도 원고의 청구금액을 초과할 수는 없다(대법원 2018. 10. 25. 선고 2016다42800, 42817, 42824, 42831 판결).

자대위권에 기하여 공동하여 채무자의 권리를 행사하는 다수의 채권자들은 ‘유사필수적 공동소송’ 관계에 있다.²¹⁶⁹⁾

6) 채무자의 제3채무자에 대한 권리(피대위권리)

가) 채권자대위권의 목적인 권리

채무자의 일반재산을 구성하는 재산권은 채권자대위권의 목적이 될 수 있으나, 채무자의 ‘행사상 일신전속권’은 채권자대위권의 목적이 될 수 없다(민법 제404조 제1항 단서).

계약의 청약이나 승낙,²¹⁷⁰⁾ 유류분반환청구권,²¹⁷¹⁾ 친족회의 동의 없는 후견인의 행위에 대한 취소권,²¹⁷²⁾ 공공임대주택 임차인의 임대차계약 중도 해지권²¹⁷³⁾ 등은 채권자대위권의 목적이 될 수 없으나, 채무자의 이행인수인에 대한 청구권,²¹⁷⁴⁾ 임대인의 임대차계약 해지권,²¹⁷⁵⁾ 상계권,²¹⁷⁶⁾ 채권자취소권,²¹⁷⁷⁾ 농지취득자격증명 발급신청권²¹⁷⁸⁾은 채권자대

2169) 제1심에서 유사필수적 공동소송 관계에 있는 다수 채권자들의 대위청구가 모두 기각되고 그 중 1인만이 항소한 경우, 민사소송법 제67조 제1항은 필수적 공동소송에 있어서 공동소송인 중 1인의 소송행위는 공동소송인 전원의 이익을 위하여서만 효력이 있다고 규정하고 있으므로 공동소송인 중 일부의 상소제기는 전원의 이익에 해당된다고 할 것이어서 다른 공동소송인에 대하여도 그 효력이 미치고, 사건은 필수적 공동소송인 전원에 대하여 확정이 차단되고 상소심에 이실된다(91다23486).

2170) 대법원 2012. 3. 29. 선고 2011다100527 판결: “계약의 청약이나 승낙과 같이 비록 행사상의 일신전속권은 아니지만 이를 행사하면 그로써 새로운 권리의무관계가 발생하는 등으로 권리자 본인이 그로 인한 법률관계 형성의 결정 권한을 가지도록 할 필요가 있는 경우에는, 채무자에게 이미 그 권리행사의 확정적 의사가 있다고 인정되는 등 특별한 사정이 없는 한, 그 권리는 채권자대위권의 목적이 될 수 없다고 봄이 상당하다. 그리고 이는 일반채권자의 책임재산의 보전을 위한 경우뿐만 아니라 특정채권의 보전이나 실현을 위하여 채권자대위권을 행사하고자 하는 경우에 있어서도 마찬가지라고 할 것이다.”

2171) 대법원 2010. 5. 27. 선고 2009다93992 판결: “유류분반환청구권은 그 행사 여부가 유류분권리자의 인격적 이익을 위하여 그의 자유로운 의사결정에 전적으로 맡겨진 권리로서 행사상의 일신전속성을 가진다고 보아야 하므로, 유류분권리자에게 그 권리행사의 확정적 의사가 있다고 인정되는 경우가 아니라면 채권자대위권의 목적이 될 수 없다.” * 유류분반환을 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 채권자대위청구를 ‘기각’한 1심판결이 항소기각, 상고기각으로 확정된 사례.

2172) 대법원 1996. 5. 31. 선고 94다35985 판결.

2173) 대법원 2022. 9. 7. 선고 2022다230165 판결.

2174) 대법원 2009. 6. 11. 선고 2008다75072 판결.

2175) 대법원 2007. 5. 10. 선고 2006다82700, 82717 판결. 매매약정상 해제권의 대위 행사를 긍정한 예로는 2014다89355이 있다.

2176) 대법원 2010. 8. 26. 선고 2009다95769 판결: “채무자가 제3자에 대하여 갖는 상계권도 채권자대위권의 목적이 될 수 있지만, 채권자대위권을 행사하기 위해서는 원칙적으로 채권의 존재 및 보전의 필요성, 기한의 도래 등의 요건을 충족하여야 함에 비추어, 어느 부진정연대채무자가 현실적으로 자신의 부담부분을 초과하는 출제를 하여 채무를 소멸시킴으로써 다른 부진정연대채무자에 대하여 구상권을 취득한 상태에 이르지 아니한 채 단지 장래에 출제를 할 경우 취득할 수 있는 다른 부진정연대채무자에 대한 구상권을 보전하기 위하여 다른 부진정연대채무자가 채권자에게 갖는 상계권을 대위 행사하는 것은 허용되지 아니한다.” * 원고에게 대여금채무를 지는 소외 회사 중 한 부분을 피고 회사가 분할합병함으로써 부진정연대채무를 부담하게 된 사안에서, 원고의 피고 회사에 대한 이행청구에 대하여, 설령 소외 회사가 원고에 대하여 채권을 갖고 있었다고 민법 제418조 제2항(다른 연대채무자의 상계권 행사)을 적용 내지 유추적용하여 그 채권을 가지고 피고 회사가 스스로 상계를 할 수 있다고 볼 수 없고, 또한 피고 회사가 현실적으로 출제를 하여 원고에 대한 채무를 소멸시키지 아니한 채 장래 소외 회사에 대하여 취득할 수 있는 구상권을 채권자대위권의 피보전권리로 삼아 소외

위권의 목적이 될 수 있다.

채권자대위권의 목적인 재산권의 행사를 위하여 필요한 때에는 채무자가 가지는 소송상의 권리도 대위행사할 수 있다. 청구이의의 소 제기,²¹⁷⁹⁾ 가압류·가처분결정에 대한 본안의 제소명령 신청, 제소기간의 도과를 이유로 한 가압류·가처분의 취소 신청, 또는 사정변경에 따른 가압류·가처분의 취소 신청²¹⁸⁰⁾은 채권자대위권에 기하여 할 수 있으나, 채권자대위에 의한 재심의 소제기는 재심당사자적격의 흠결로 부적법하여 각하된다.²¹⁸¹⁾

채무자의 수익자에 대한 채권양도가 사해행위로 취소되고 그 원상회복으로 제3채무자에게 채권양도가 취소되었다는 취지의 통지가 이루어지더라도, 채권자가 채무자를 대위하여 제3채무자에게 그 채권에 관한 지급을 청구할 수는 없다.^{2182) 2183)}

회사가 원고에 대하여 행사할 수 있는 상계권을 대위 행사할 수도 없다고 한 예.

2177) 대법원 2001. 12. 27. 선고 2000다73049 판결.

2178) 대법원 2018. 7. 11. 선고 2014두36518 판결.

2179) 대법원 1992. 4. 10. 선고 91다41620 판결.

2180) 대법원 2011. 9. 21.자 2011마1258 결정; “가압류결정이나 가처분결정에 대한 이의신청은 그 결정에 대한 소송법상의 불복방법으로서, 이미 개시된 가압류·가처분의 소송절차에서 그 소송을 수행하기 위한 절차상의 권리에 지나지 않는 것이므로, 그 소송절차의 주체인 소송당사자(또는 그의 일반승계인이나 소송에 참가한 특정승계인)만이 그 권리를 행사할 수 있다고 보아야 할 것이다. 그러나 민사집행법 제301조에 의하여 가처분 절차에도 준용되는 같은 법 제287조 제1항에 따라 가압류·가처분결정에 대한 본안의 제소명령을 신청할 수 있는 권리나 같은 조 제2항 및 제3항에 따라 제소기간의 도과에 의한 가압류·가처분의 취소를 신청할 수 있는 권리 또는 같은 법 제288조 제1항에 따라 사정변경에 따른 가압류·가처분의 취소를 신청할 수 있는 권리는 가압류·가처분신청에 기한 소송을 수행하기 위한 소송절차상의 개개의 권리가 아니라 가압류·가처분신청에 기한 소송절차와는 별개의 독립된 소송절차를 개시하게 하는 권리라고 할 것이므로, 이는 채권자대위권의 목적이 될 수 있는 권리라고 봄이 상당하다.”

2181) 대법원 2012. 12. 27. 선고 2012다75239 판결; “채권을 보전하기 위하여 대위행사가 필요한 경우는 실체법상의 권리뿐만 아니라 소송법상의 권리에 대하여서도 대위가 허용된다 할 것이나, 채무자와 제3채무자 사이의 소송이 계속된 이후의 소송수행과 관련한 개개의 소송상의 행위는 그 권리의 행사를 소송당사자인 채무자의 의사에 맡기는 것이 타당하므로 채권자대위가 허용될 수 없다고 보아야 하고, 같은 취지에서 볼 때, 상소의 제기과 마찬가지로 종전 재심대상판결에 대하여 불복하여 종전 소송절차의 재개, 속행 및 재심판을 구하는 재심의 소제기는 채권자대위권의 목적이 될 수 없다고 봄이 상당하다. … 재심의 소제기는 채권자대위권의 목적이 될 수 없으므로 재심원고는 이 사건 재심소송을 제기할 재심당사자적격이 없다고 보아야 하고, 재심당사자적격이 없는 재심원고가 제기한 이 사건 재심의 소는 부적법하다.”

2182) 대법원 2015. 11. 17. 선고 2012다2743 판결; “채무자의 수익자에 대한 채권양도가 사해행위로 취소되는 경우, 수익자가 제3채무자로부터 아직 그 채권을 추심하지 아니한 때에는, 채권자는 사해행위취소에 따른 원상회복으로서 수익자가 제3채무자에 대하여 채권양도가 취소되었다는 취지의 통지를 하도록 청구할 수 있다. 그런데 사해행위의 취소는 채권자와 수익자의 관계에서 상대적으로 채무자와 수익자 사이의 법률행위를 무효로 하는 데에 그치고, 채무자와 수익자 사이의 법률관계에는 영향을 미치지 아니한다. 따라서 채무자의 수익자에 대한 채권양도가 사해행위로 취소되고, 그에 따른 원상회복으로서 제3채무자에게 채권양도가 취소되었다는 취지의 통지가 이루어지더라도, 채권자와 수익자의 관계에서 그 채권이 채무자의 책임재산으로 취급될 뿐, 채무자가 직접 그 채권을 취득하여 권리자로 되는 것은 아니므로, 채권자는 채무자를 대위하여 제3채무자에게 그 채권에 관한 지급을 청구할 수 없다.” ⇨ 소외인(채무자)은 피고 2(수익자)에게 피고 1(제3채무자)에 대한 자신의 정산금채권을 양도하였는데, 소외인의 채권자인 원고는 위 정산금채권의 양도가 사해행위라는 이유로 채권양도의 취소 및 원상회복으로서 피고 1에게 채권양도가 취소되었다는 취지의 통지를 하도록 청구하는 한편, 소외인을 대위하여 피고 1에게 위 정산금채권의 지급을 구하고 있으나, 소외인의 피고 2에 대한 정산금채권의 양도가 사해행위로 취소되고 그에 따른 원상회복이 이루어지더라도, 소외인이 직접 정산금채권을 취득하는 것은 아니어서 피대위채권이 존재한다고 할 수 없으므로, 원고는 소외인을 대위하여 피고 1에게 위 정산금채권의 지급을 구할 수 없다고 한 사례.

나) 기판력 저촉 여부에 대한 직권조사

채권자대위 소송에서도 채무자와 제3채무자 간 기판력 있는 확정판결의 존부는 당사자의 주장이 없더라도 법원(상고심 포함)이 이를 직권으로 조사하여 판단하여야 한다(상세한 내용은 앞서 본 '소유권등기의 말소등기청구'-'기판력 저촉의 항변' 부분 참조).^{2184) 2185)}

채권자가 채권자대위권을 행사하는 방법으로 제3채무자를 상대로 소송을 제기하고 판결을 받은 경우에는 '어떠한 사유로 인하였든 적어도 채무자가 채권자 대위권에 의한 소송이 제기된 사실을 알았을 경우'에는 그 판결의 효력은 '채무자'나 그의 '다른 채권자'에게 미친다.^{2186) 2187)} 이때 채무자에게도 기판력이 미친다는 의미는 채권자대위소송의 소송물인 '피대위채권의 존부'에 관하여 채무자에게도 기판력이 인정된다는 것이고, 채권자대위소송의 소송요건인 '피보전채권의 존부'에 관하여 당해 소송의 당사자가 아닌 채무자에게 기판력이 인정된다는 것은 아니다.²¹⁸⁸⁾ 부동산 소유자를 대위하여 권리취득명

2183) 같은 취지에서, 어느 채권자가 수익자를 상대로 사해행위 취소 및 원상회복으로 소유권이전등기의 말소를 명하는 판결을 받았으나 말소등기를 마치지 아니한 상태라면 그 소송의 당사자가 아닌 다른 채권자는 위 판결에 기하여 채무자를 대위하여 그 말소등기를 신청할 수 없다. 다만, 그 말소등기는 그 등기절차상의 흠에도 불구하고 실제관계에 부합하는 등기로서 유효하다(대법원 2015. 11. 17. 선고 2013다84995 판결).

2184) 대법원 1992. 5. 22. 선고 92다3892 판결(부동산의 점유자가 취득시효완성을 원인으로 한 소유권이전등기절차이행의 확정판결을 받아 소유권이전등기를 한 후, 부동산 점유자가 원래의 등기명의인에 대한 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 동인을 대위하여 위 확정판결의 기판력에 저촉되는 제3자 명의의 소유권이전등기의 말소를 구한 사안) ⇨ 이미 채무자가 피대위권리를 재판상 행사하여 본안 폐소의 확정판결을 받은 경우에는 '채무자의 권리 불행사' 요건 흠결의 문제임은 앞서 본 바와 같다.

2185) 후소가 전소의 기판력을 받는지 여부는 직권조사사항이고 이에 관한 당사자의 주장은 직권발동을 촉구하는 의미밖에 없으므로, 다른 채권자의 선행 채권자대위소송의 기판력에 저촉된다는 본안전항변에 대하여 사실성이 명시적으로 판단하지 아니한 채 본안에 관하여만 판단하였더라도 위 항변이 이유 없는 것인 이상 판단유탈의 상고이유로 삼을 수는 없다(대법원 1994. 8. 12. 선고 93다52808 판결).

2186) ○ 대법원 1975. 5. 13. 선고 74다1664 전원합의체 판결: "채권자가 채권자대위권을 행사하는 방법으로 제3채무자를 상대로 소송을 제기하고 판결을 받은 경우에는 채권자가 채무자에 대하여 민법 405조 1항에 의한 보존행위 이외의 권리행사의 통지, 또는 민사소송법 77조에 의한 소송고지 혹은 비송사건절차법 84조 1항에 의한 법원에 의한 재판상 대위의 허가를 고지하는 방법 등을 위시하여 어떠한 사유로 인하였든 적어도 채권자대위권에 의한 소송이 제기된 사실을 채무자가 알았을 경우에는 그 판결의 효력은 채무자에게 미친다고 보는 것이 상당하다 할 것이다." ⇨ 이에 대하여 소수의견은 '채권자가 한 대위소송을 채무자가 알든 모르든(지, 부지간에) 그 기판력이 있다'고 해석하였다.

○ 대법원 1994. 8. 12. 선고 93다52808 판결: "어느 채권자가 채권자대위권을 행사하는 방법으로 제3채무자를 상대로 소송을 제기하여 판결을 받은 경우에는 어떠한 사유로든 채무자가 위 채권자대위소송이 제기된 사실을 알았을 경우에 한하여 그 판결의 효력이 채무자에게 미치므로, 이러한 경우에는 그 후 다른 채권자가 동일한 소송물에 대하여 채권자대위권에 기한 소를 제기하면 전소의 기판력을 받게 된다고 할 것이지만, 채무자가 전소인 채권자대위소송이 제기된 사실을 알지 못하였을 경우에는 전소의 기판력이 다른 채권자가 제기한 후소인 채권자대위소송에 미칠 수는 없다 할 것이다."

2187) 따라서 채권자대위권에 의한 소송이 제기된 사실을 피대위자가 알게 된 이상, 위 대위소송에 관한 종국판결이 있을 후 그 소가 취하된 때에는 피대위자도 '채소금지' 규정의 적용을 받아 위 대위소송과 동일한 소를 제기하지 못한다(93다20177, 20184). 피보전채권이 없어 대위자격이 없는 자가 제기한 채권자대위소송에서, 채무자가 청구를 인낙하고 제3채무자에 대하여는 승소판결이 있을 후 소가 취하된 경우, 채무자에게 채소금지의 효력이 미친다(95다18406).

2188) 따라서 채권자가 채권자대위권을 행사하는 방법으로 제3채무자를 상대로 소송을 제기하였다가 채무자를 대위

의자를 상대로 처분금지가처분등기를 마치고 말소등기청구의 승소 확정판결을 받은 채권자를 상대로 가처분등기자임을 이유로, 소유자나 다른 채권자가 말소등기에 대한 승낙의 의사표시를 구하는 것이 위 확정판결의 기판력에 저촉되지는 않는다.²¹⁸⁹⁾

다) 공격방어방법의 범위

채권자대위권은 채무자의 제3채무자에 대한 권리를 행사하는 것이므로, 제3채무자는 채무자에 대해 가지는 모든 항변사유로 채권자에게 대항할 수 있으나,²¹⁹⁰⁾ 채권자는 채무자 자신이 주장할 수 있는 사유의 범위 내에서 주장할 수 있을 뿐 자기와 제3채무자 사이의 '독자적인 사정'에 기한 사유를 주장할 수는 없다.²¹⁹¹⁾

채무자에 대한 일반 채권자는 자기의 채권을 보전하기 위하여 필요한 한도 내에서

할 피보전채권이 인정되지 않는다는 이유로 소각하 판결을 받아 확정된 경우 그 판결의 기판력이 채권자가 채무자를 상대로 피보전채권의 이행을 구하는 소송에 미치는 것은 아니다(대법원 2014. 1. 23. 선고 2011다108095 판결).

2189) 대법원 2008. 7. 24. 선고 2008다25510 판결: "부동산의 소유자가 그 부동산상의 권리취득명의자를 상대로 구하는 말소등기청구와 그 등기상 이해관계 있는 제3자를 상대로 구하는 승낙의 의사표시 청구는 당사자와 소송물을 달리하는 것이므로, 소유자의 채권자가 이미 채권자대위권을 행사하는 방법으로 권리취득명의자를 상대로 말소등기청구의 소를 제기하여 승소 확정판결을 받음으로써 그 기판력이 소유자나 그의 다른 채권자에 계까지 미친다 하더라도, 소유자나 다른 채권자로서는 등기상 이해관계 있는 제3자를 상대로 승낙의 의사표시를 청구할 수 있고, 이는 그 제3자가 이미 전소에서 승소 확정판결을 받은 채권자라 하여 달리 볼 것이 아니다."

2190) 대법원 2023. 4. 13. 선고 2022다244836 판결. 예컨대, 임차인이 임대인의 동의를 얻어 전대한 경우에 전차인은 임대인에 대하여 그 사용의 편익을 위하여 임대인의 동의를 얻어 시설한 부속물의 매수청구권을 행사할 수 있고, 임대인을 대위하여 인도청구를 하는 원고에 대하여도 부속물 매수대금 지급 시까지의 연기적 항변권을 주장할 수 있다(81다378).

2191) ○ 대법원 2019. 5. 16. 선고 2015다253573 판결: 이 사건 자문에 관한 피고 명의의 가등기는 소외 1이 피고와 소외 2 명의의 매매예약계약을 위조하여 마친 무효의 등기인데, 이후 피고는 소외 2로부터 위 지분을 매수하면서 소유권이전등기청구권의 보전을 위하여 무효인 위 가등기를 유효하기로 소외 2와 합의한 다음 위 가등기에 기하여 본등기를 마쳤으므로, 위 가등기 유효의 합의로써 그 합의의 상대방인 소외 2에 대하여는 위 가등기의 유효를 주장할 수 있고, 원고는 위 가등기 유효의 합의가 있기 전에 위 지분에 대하여 강제집행개시결정 기입등기를 마쳐 등기부상 이해관계를 가지게 되었으므로 피고는 원고에게 위 가등기 유효의 합의로써 대항할 수 없지만, 소외 2를 대위하여 위 가등기 및 본등기의 말소를 구하는 원고로서는 자기와 피고 사이의 독자적인 사정에 기한 위 사유를 주장할 수는 없다고 한 예. ⇨ [동일 취지] 채권자가 무효인 소유권이전등기청구권의 보전을 위한 가등기의 유효 합의에 따라 부동산 소유자인 채무자로부터 그 가등기 이전의 부가등기를 마친 제3채무자를 상대로 채무자를 대위하여 가등기의 말소를 구한 경우, 채권자가 그 부가등기 전에 부동산을 가압류한 사실을 주장하는 것은 채무자가 아닌 채권자 자신이 제3채무자에 대하여 가지는 사유에 관한 것이어서 허용되지 않는다고 한 예(2009다4787).

○ 대법원 2020. 7. 9. 선고 2020다223781 판결: 원고가 피고(임차인, 근질권설정자)의 소외 공사(임대인, 제3채무자)에 대한 임대차보증금반환채권에 관한 근질권자로서 '임대차계약이 갱신되지 아니한 채 기간만으로 종료되었다고 주장하며 소외 공사에 대한 직접청구권을 보전하기 위해 소외 공사를 대위하여 피고에게 임차자 파도의 인도'를 구한 사안에서, ① 원고와 피고 사이의 독자적인 사정에 해당하는 근질권설정계약 조항("설정자는 채권자의 동의 없이 임대인과 임대차계약의 연장, 갱신이 불가하며 임대차계약의 연장, 갱신의 경우에는 반드시 채권자의 사전동의를 얻어야 효력이 발생합니다.")을 들어 임대차계약의 묵시적 갱신을 원고에게 대항할 수 없다고 주장할 수는 없고, ② 임대인이 별도로 갱신거절을 하지 아니함에 따라 임대차계약이 묵시적으로 갱신되는 결과가 발생하는 것은, 질권의 목적인 임대차보증금반환채권 자체가 아니라 이를 발생시키는 기본적 계약관계에 관한 사유에 속할 뿐만 아니라, 질권설정자인 임차인이 위 채권 자체의 소멸을 목적으로 하거나 질권자의 이익을 해하는 변경을 한 것으로도 볼 수 없으므로 이 경우에는 민법 제352조(질권설정자의 권리처분 제한)의 제한을 받지 아니한다고 한 예.

채무자를 대위하여 소멸시효 주장을 할 수 있을 뿐, 채권자의 지위에서 독자적으로 소멸시효의 주장을 할 수 없다.²¹⁹²⁾ 채권자대위권 행사의 효과는 채무자에게 귀속되는 것이어서 채권자대위소송의 제기로 인한 소멸시효 중단 효과 역시 채무자에게 생기므로,²¹⁹³⁾ 제3채무자의 피대위권리에 대한 소멸시효 항변에 대하여 대위채권자는 이전의 다른 채권자의 대위소송 제기에 따른 시효중단효를 재항변으로 주장할 수 있다.

비법인사단의 채권자가 비법인사단의 총유재산에 관한 권리를 대위행사하는 경우, 사원총회의 결의 등 비법인사단의 내부적인 의사결정절차를 거칠 필요는 없으므로,²¹⁹⁴⁾ 그 흠결의 본안전항변은 유효하지 않다.

2192) 대법원 1997. 12. 26. 선고 97다22676 판결 등.

2193) 대법원 2011. 10. 13. 선고 2010다80930 판결: 채권자 甲이 채무자 乙을 대위하여 丙을 상대로 부동산에 관하여 부당이득반환을 원인으로 한 소유권이전등기절차 이행을 구하는 소를 제기하였다가 피보전권리가 인정되지 않는다는 이유로 소각하판결을 선고받아 확정되었고, 그로부터 3개월 남짓 경과한 후에 다른 채권자 丁이 乙을 대위하여 丙을 상대로 같은 내용의 소를 제기하였다가 丙과 사이에 피보전권리가 존재하지 않는다는 취지의 조정이 성립되었는데, 또 다른 채권자인 戊가 조정 성립일로부터 10여 일이 경과한 후에 乙을 대위하여 丙을 상대로 같은 내용의 소를 다시 제기한 사안에서, 채무자 乙의 丙에 대한 위 부동산에 관한 부당이득반환을 원인으로 한 소유권이전등기청구권의 소멸시효는 甲, 丁, 戊의 순차적인 채권자대위소송에 따라 최초의 재판상 청구인 甲의 채권자대위소송 제기로 중단되었다고 본 원심판단을 정당하다고 한 사례.

2194) 대법원 2014. 9. 25. 선고 2014다211336 판결: “비법인사단이 총유재산에 관한 소를 제기할 때에는 정관에 다른 정함이 있는 등의 특별한 사정이 없는 한 사원총회의 결의를 거쳐야 하지만, 이는 비법인사단의 대표자가 비법인사단 명의로 총유재산에 관한 소를 제기하는 경우에 비법인사단의 의사결정과 특별수권을 위하여 필요한 내부적인 절차이다. 채권자대위권은 채무자가 스스로 자기의 권리를 행사하지 아니하는 때에 채권자가 채무자에 대한 채권을 보전하기 위하여 채무자의 의사와는 상관없이 채무자의 권리를 대위하여 행사할 수 있는 권리로서 그 권리행사에 채무자의 동의를 필요로 하는 것은 아니므로, 비법인사단이 총유재산에 관한 권리를 행사하지 아니하고 있어 비법인사단의 채권자가 채권자대위권에 기하여 비법인사단의 총유재산에 관한 권리를 대위행사하는 경우에는 사원총회의 결의 등 비법인사단의 내부적인 의사결정절차를 거칠 필요가 없다.” ㉔ 원고들이 소외 비법인사단의 채권자로서 비법인사단을 대위하여 피고에 대한 운영비 채권 중 원고들의 보수 상당액의 지급을 구한 사안에서, 원심이, 운영규정에 총유재산에 관한 소를 제기하는 경우에 관하여 별다른 정함이 없으므로 소제기에 관하여 사원총회의 결의를 거쳐야 한다고 전제한 다음, 원고들의 대위청구는 사원총회의 결의 없이 제기된 것으로서 소송요건이 흠결되어 부적법하다고 판단한 데 대하여, 대법원은, 원고들이 채권자대위청구를 위하여 사원총회의 결의를 거칠 필요는 없다고 판단한 예.