

법정채권관계와 채권의 활용 책임재산 보전제도

I. 불법행위

1. 불법행위책임법 개관

제750조는 “고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다”고 규정한다. 불법행위란 “고의·과실에 기한 위법한 가해행위”로서, 피해자에 대한 “손해배상책임”의 성립을 그 법률효과로 가지는 법률(요건)사실이다. 즉, 불법행위는 법률사실 중 외부적 용태인 위법행위에 해당하며, 불법행위라는 법률요건이 충족되면 가해자와 피해자 사이에는 후자의 전자에 대한 손해배상청구권을 주된 급부로 하는 법정채권관계가 발생한다. 제750조는 불법행위에 관한 포괄적一般條項이다. 현행 민법은 과실책임을 원칙으로 하면서 개별적으로 무과실책임을 인정하고 있다.

2. 채무불이행책임과 불법행위책임

채무불이행책임은 채권관계의 존재를 전제로 하여 채무자가 그 채무를 이행하지 않는 경우에 발생하는 책임이라면, 불법행위책임은 채권관계를 전제로 하지 않은 채 일반인들 사이의 문제라는 점에서 근본적 차이를 갖고 있다.

채무불이행책임은 채무자의 계약위반 등 채무불이행에 따른 채권자의 이행에 대한 기대이익을 전보해 주려는데 1차적인 목적이 있는 반면, 불법행위책임은 사회인 누구에게나 요구되는 ‘타인을 해쳐서는 안 된다’는 일반적 의무를 위반하여 발생한 손해를 전보하는데 주목적이 있다. 채무불이행책임은 일반인 사이의 관계를 전제로 하는 불법행위책임과 비교해 할 때 그 불이행 이전에 채권관계라는 특별결합관계가 존재하기 때문에 그 책임이 보다 엄격한 특성을 갖는다고 한다.

위와 같은 본질적 차이에 따라, 채무불이행책임과 불법행위책임은 개별적으로 다음의 차이를 갖고 있다. ① 고의·과실의 증명책임에서 차이를 갖고 있다. 즉, 채무불이행과 불법행위책임은 모두 채무자 및 가해자의 고의·과실을 필요로 하는데, 그 증명책임을 부담하는 자는 동일하지 않다. 채무불이행책임에서는 채무자가 채무불이행에 자기의 고의·과실이 없었음을 입증하지 못하는 한 채무불이행을 면하지 못하는 반면, 불법행위책임에서는 피해자가 가해자의 고의·과실을 입증하여야 한다. ② 이행보조자나 피용자와 같은 제3자 행위에 대한 책임에서도 차이가 있다. 즉, 채무불이행책임과 불법행위책임은 모두 채무자나 가해자 이외의 제3자의 행위에 대한 책임을 규정하고 있다. 그런데 채무불이행책임에서는 제391조가 이행보조자의 고의·과실을 채무자의 고의·과실로 귀속시키

고 청구권 자체는 제390조에서 주어지는 반면, 불법행위책임에서는 제756조에서 피용자의 불법행위에 대한 사용자의 책임을 피해자의 고유한 배상청구권 기초로서 규정해 두고 있다. 또한 면책가능성의 여부, 이행보조자와 피용자의 인정표지 등에서 차이가 있다고 지적되고 있다.

계약상의 의무위반 등의 채무불이행이 동시에 불법행위책임의 요건을 충족하는 경우가 있을 수 있다. 이와 관련해 통설은 양 책임이 각각 독립한 책임이므로 양 책임의 경합을 인정하고자 한다(청구권경합설). 즉, 이 견해에 따르면 피해자는 채무불이행으로 인한 손해배상청구권과 불법행위로 인한 손해배상청구권을 선택적으로 행사할 수 있다.

3. 불법행위책임의 요건

피해자와 가해자 사이에 손해배상채무를 내용으로 하는 법정 채권관계의 성립을 법률 효과로 가지는 법률요건으로서 불법행위가 성립하려면 첫째, 손해가 발생하여야 하며(손해), 둘째 가해자의 행위와 손해 사이에 인과관계가 있어야 하며(인과관계), 셋째 이러한 가해행위는 객관적으로 위법해야 하며(위법성), 넷째 책임능력(=불법행위능력)이 있는 가해자에게 고의 또는 과실이 있어야 한다(고의·과실).

(1) 違法性

위법성이란 법질서가 명하는 금지(‘하지 말아라’) 또는 행위규범에 반하는 인간의 행위로서 이에 관하여 현행 민법은 제750조에서 보여주듯이 일반개념, 규정의 방식으로 정하고 있을 뿐이며 따라서 그 구체화는 판례와 학설에 맡겨져 있다. 일단 위법성은 전통적 입장에 따르면 ‘고의·과실’의 유책성과는 구별되어 일정한 행위 자체에 대하여 그 행위를 누가 수행했는지를 묻지 않는다는 점에서 객관적 反價値判斷이라고 할 수 있다.

[판례] 일반적으로 채권에 대하여는 배타적 효력이 부인되고 채권자 상호간 및 채권자와 제3자 사이에 자유경쟁이 허용되는 것이어서 제3자에 의하여 채권이 침해되었다는 사실만으로 바로 불법행위로 되지는 않는 것이지만, 거래에 있어서의 자유경쟁의 원칙은 법질서가 허용하는 범위 내에서의 공정하고 건전한 경쟁을 전제로 하는 것이므로, 제3자가 채권자를 해한다는 사정을 알면서도 법규에 위반하거나 선량한 풍속 또는 사회질서에 위반하는 등 위법한 행위를 함으로써 채권자의 이익을 침해하였다면 이로써 불법행위가 성립한다고 하지 않을 수 없고, 여기에서 채권침해의 위법성은 침해되는 채권의 내용, 침해행위의 태양, 침해자의 고의 내지 해의의 유무 등을 참작하여 구체적, 개별적으로 판단하되, 거래자유 보장의 필요성, 경제·사회정책적 요인을 포함한 공공의 이익, 당사자 사이의 이익균형 등을 종합적으로 고려하여야 한다.

한편, 위법성 배제사유로서 제761조는 정당방위, 긴급피난을 규정하고 있으며, 이 외에 법령에 기초한 정당행위, 사회질서에 위반되지 않는 피해자의 승낙이 인정되고 있다. 자력구제의 허용 여부에 대해서는 논란이 되고 있다.

(2) 故意.過失(=有責性判斷)

(가) 責任能力(=不法行爲能力)

책임능력이란 일정한 행위의 (객관적으로 보아 법적으로 의미가 있을 수 있는) 결과를 예측하여, 그 행위를 수행할지 여부를 판단할 수 있을 정도의 사리분별가능성을 말한다. 이는 고의·과실을 기준으로 하는 행위자 개인에 대한 비난가능성의 전제가 된다. 미성년자(제753조)와 심신능력을 상실한 자는 책임무능력자로서 그 행위에 대하여는 일정한 경우 감독자가 책임을 부담한다.(제755조)

(나) 故意

고의란 자신의 행위가 타인에게 손해를 발생시키리라는 것을 인식하고, 또한 이를 의도하는 심리상태이다. 민사책임의 성립에 관한 한 고의와 과실은 차별이 없다. 다만, 고의의 불법행위의 경우 배상액감액청구가 허용되지 않으며(제756조), 고의불법행위에 기한 상대방의 손해배상청구권을 수동채권으로 하는 상계는 금지된다(제496조). 또한 고의의 불법행위자는 과실상계를 주장할 수 없다는 것이 판례이다.

(다) 過失

과실이란 ‘요구되는 注意’를 기울여 일정한 행위(작위 또는 부작위)를 하였다면 타인에게 손해가 발생하지 않았을 것이라는 가정 아래 그와 같은 주의를 결여한, 즉 不注意한 심리상태를 말한다. 행위자가 현실적으로 기울인 주의를 ‘주의현실’이라고 표현한다면, 과실이란 ‘요구되는 주의’로서 ‘주의당위’(=주의의무)와 ‘주의현실’이 일치하지 않는 상태라고 할 수 있다. 원칙적으로 피해자가 가해자의 고의·과실을 증명해야 한다.

(3) 因果關係

불법행위가 성립하려면 그 손해가 가해자의 행위로 ‘인하여’ 발생한 것이어야 한다. 즉 가해자의 행위와 손해 사이에는 ‘인과관계’가 있어야 한다. 가해자의 행위가 없어도 손해라는 결과가 발생할 수 있는 것이면 행위와 손해 사이에는 인과관계가 없는

것이 된다.

인과관계의 증명책임은 원고 즉 피해자에게 있다는 것이 통설과 판례의 태도이다. 자기에게 유리한 법적 결과를 주장하는 자는 그 전제가 되는 사실을 증명하여야 하는 것이 원칙이기 때문이다. 다만 민법은 피해자를 보호하기 위한 정책적 관점에서 증명 책임을 전환하거나(제755조 1항, 제756조 1항), 인과관계의 존재를 의제한다(제760조 2항). 또한 의료과오, 공해사고, 의약품의 부작용 등에 의한 불법행위에 있어서는 개연성 설이나 사실상의 추정 등을 이용하여 입증 책임을 완화하고 있다.

4. 민법상의 특수한 불법행위

민법 제755조부터 제759조는 과실책임원칙에 따르면서도 자신의 직접적인 가해행위가 아니라 타인의 위법행위 또는 물건의 감독소홀로 인하여 발생한 손해에 대한 책임이다. 이들 규정에 따른 책임의 경우 피해자의 입증책임 완화를 위해 입증 책임을 전환하고 있다는 특색도 있다. 제760조의 공동불법행위 책임도 입증책임의 완화를 그 내용으로 하고 있다.

(1) 책임무능력자의 감독자책임

위법한 가해행위가 있었으나 그 행위자가 책임무능력(미성년자 또는 심신상실자)임을 이유로 책임을 지지 않을 경우 책임무능력자의 감독의무자가 직접 피해자에 대하여 손해배상의무를 지는 것을 감독자책임이라고 한다(제755조). 이러한 감독자책임은 피해자에 대한 손해전보적 역할 뿐만 아니라 미성년자나 심신상실자 등의 법정·약정 감독자로 하여금 감독의무를 충실히 이행하도록 함으로써 책임무능력자의 가해행위를 미연에 방지하는 예방기능도 담당한다. 감독자책임은 감독자가 책임무능력자의 가해행위 자체에 대한 과실을 근거로 한 것이 아니라 책임무능력자의 행위에 관한 일반적인 감독행위를 게을리 함에 따른 책임인데, 감독의무의 소홀을 인정하는 범위에 따라 사실상 무과실책임에 근접하여 운영될 수 있다.

(2) 공작물책임

공작물의 점유자 및 소유자가 공작물의 설치 또는 보존의 하자로 인하여 타인에게 입힌 손해를 배상할 의무를 지는 것을 말한다. 공작물책임은 공작물의 설치·보존의 하자와 손해 사이의 관련성에 비롯하며, 책임주체의 고의·과실 또는 가해행위를 요하지 않아 일종의 위험책임으로 구성된다. 공작물책임은 1차책임과 2차책임으로 나누어 볼 수 있는데, 1차책임은 공작물의 점유자의 손해방지의무해태로 인한 중간책임으로 구성되고 2차책임은 공작물소유자의 주의의무해태와 관련 없는 무과실책임으로 구성되어 있다. 위험성이 많은 공작물을 관리·소유하는 자는 위험방지에 필요한 충분한 주의

를 하여야 하므로 이처럼 책임을 가중하고 있다. 공작물책임이 적용되는 경우에도 가령 공작물 시공자의 시공상의 부주의로 피해자에게 손해가 발생한 때에는 제750조에 따른 일반불법행위책임의 적용을 배제하지는 않는다.

(3) 사용자책임

타인을 사용하여 어느 사무에 종사하게 한 자 및 그 자에 갈음하여 그 사무를 감독하는 자는 피용자가 사무집행에 관하여 제3자에게 가해행위를 한 경우 피해자에 대해 그로 인한 손해배상책임을 부담하는데 이를 사용자책임이라고 한다(제756조). 타인의 활동에 의한 보조를 받는 경우, 특히 기업 활동 중에 생긴 제3자의 손해에 대하여 기업활동을 하면서 이익을 얻는 사용자에게 배상책임을 지움으로써 피해자에게 충분한 손해 전보를 받을 수 있도록 해 줌으로써 손해의 공평한 분배라는 손해배상법의 이념을 실현하고 있다. 물론 사용자책임은 후술하는 바와 같이 피용관계를 넓게 해석하는 바에서도 잘 알 수 있듯이 기업활동에 대해서만 한정되지는 않는다. 사용자책임은 기본적으로 사용자의 피용자에 대한 선임·감독상의 과실을 이유로 한다. 따라서 과실책임의 구성을 취하고 있는데, 다만 일반불법행위책임에서와 같이 피해자가 아니라 사용자 스스로 자신에게 피용자의 선임·감독에 관하여 과실이 없음을 면책사유로서 입증하여야 한다는 점에서 입증책임이 전환된 중간책임에 해당한다. 이런 면책사유의 규범적 심사라는 방법에 의해 사용자책임은 무과실책임과 같이 운용될 수 있으며, 우리 판례의 경향이 그러하다.

(4) 共同不法行爲

여러 명이 가해행위를 하여 타인에게 손해를 발생시키는 형태의 불법행위를 공동불법행위라고 하는데, 예를 들어 A.B.C 세 사람이 D에게 폭행을 가한 경우가 이에 해당한다. 우리 민법상 불법행위유형(제750조, 제754조 내지 제759조)은 원칙적으로 한 명의 행위자가 하나의 손해를 발생시킨 단독의 불법행위를 상정하여 규정하고 있으면서 행위자가 여러 명인 공동불법행위에 대해서는 제760조에서 별도로 규정을 하고 있다. 공동불법행위에 대한 제760조는 그 형태에 따라서 수인이 공동으로 타인에게 손해를 가한 경우(동조 1항, “협회의 공동불법행위”) 뿐만 아니라, 공동 아닌 수인의 행위 중 어느 자의 행위가 손해를 가했는지를 알 수 없는 경우(동조 2항, “가해자불명의 공동불법행위”), 그리고 교사·방조의 경우(제760조 3항)로 구분할 수 있다.

공동불법행위에 대한 민법 제760조에서는 공동불법행위자들은 “연대하여”(각자 일정한 비율만의 책임이 아닌 전 책임을 부담함) 그 손해를 배상할 책임이 있다고 규정하고 있다. 그러나 여러 명이 가해행위를 통하여 타인에게 손해를 발생시킨 경우 각자가 불법행위자로서 가해행위와 인과관계 있는 손해에 대해서 책임을 지는 것은 불법

행위법 일반원칙에 따라서 당연하다. 그럼에도 불구하고 민법 제760조에서 공동불법행위를 별도로 규정한 것은 무엇보다도 손해배상에 있어서 공동불법행위자 간에 손해배상채무에 대한 연대책임을 인정함으로써 피해자를 보호하기 위한 것이다. 즉, 민법상 다수의 채권자나 채무자가 존재하는 경우 분할채권·채무관계(민법 제408조)가 되는 것이 원칙이므로, 공동불법행위에 있어서는 이러한 원칙에 대한 예외로서 공동불법행위자들에 대하여 연대채무를 부과하여 피해자로 하여금 손해배상채권의 실현을 확실하게 한 것이다. 특히 공동불법행위자 중 1인이 무자력인 경우에도 그들은 부진정연대채무관계에 있게 되므로, 피해자는 자력이 있는 가해행위자에게 손해배상액 전부를 청구할 수 있어 공동불법행위자 중 1인의 무자력의 위험은 다른 공동불법행위자들이 부담하게 되는 결과가 된다.

5. 불법행위책임의 효과 : 손해배상의 책임

(1) 손해

손해란 법익에 대한 비자발적 손실로서 전통적으로 차액설의 방법에 의해 파악된다. 즉, 가해행위가 없었더라면 있었을 가정적 상태와 가해행위로 인해 발생한 현재의 상태를 비교함으로써 손해를 확정하게 된다. 이러한 태도는 판례에서도 “불법행위로 인한 재산상 손해는 위법한 가해행위로 인하여 발생한 재산상 불이익, 즉 그 위법행위가 없었더라면 존재하였을 재산상태와 그 위법행위가 가해진 현재의 재산상태의 차이를 말하는 것”이라고 판시해 오므로 오랜 동안 확립되어 있다. 이를 통해 차액설은 아주 다양한 모습으로 발생하는 손해의 파악을 위한 일반적 기준을 제공해 주고 있다.

* 손해의 분류 : 재산적 손해와 비재산적 손해, 신뢰이익과 이행이익

(2) 損害賠償의 請求權者와 그 相對方

(가) 손해배상 청구권자

불법행위에 의한 손해배상청구권자는 피해자 자신인 것이 원칙이다. 이 때 불법행위로 인한 직접 피해자가 손해배상의 청구권자임은 당연하다. 여기에는 자연인은 물론 법인, 태아도 포함되며 비법인사단 및 비법인재단도 불법행위의 직접 피해자가 될 수 있다. 다만 주의할 것은 제752조는 이 원칙의 예외가 아니라는 것이다. 왜냐하면 제752조가 규정하고 있는 생명피해자의 직계존·비속 또는 배우자의 손해배상청구권은 이들 자신이 입은 손해에 대한 배상이기 때문이다. 피해자의 직계존·비속 또는 배우자의 정신적 손해배상은 750조 및 751조의 일반원칙에 의하더라도 가능한 것임에도 굳

이 제752조를 규정한 이유는 이들에게 있어서는 정신적 고통이 있다는 입증이 없이도 배상청구를 인정한 것으로 보아야 한다.

(나) 손해배상청구의 상대방

일반적 경우에 손해배상의 의무를 부담하는 자는 불법행위자, 즉 “타인에게 손해를 가한 자(제750조)”이다. 다만 가해자의 위법한 행위로 인해 가해자와 일정한 관계에 있는 자, 예컨대 감독의무자, 사용자, 도급인 등이 불법행위책임을 부담하는 경우도 있다(제2강 참조). 또 법인의 대표기관이 불법행위책임을 부담하는 경우에 있어서 대표기관이 부담하는 책임과는 별도로 법인이 불법행위책임을 부담하는 경우도 있다. 그 외에 공동불법행위에 대해서는 제3강에서 설명하였다. 불법행위자가 책임능력이 없는 경우에는 배상책임이 없다(제753조, 제754조 참조). 이 경우 감독자의 책임이 인정된다.

[보론 : 손해악기행위의 금지청구권의 인정 여부 (불법행위 중지 또는 금지청구권; 유지청구권)]

“명예는 생명·신체와 함께 매우 중대한 보호법익이고 인격권으로서의 명예권은 물권의 경우와 마찬가지로 배타성을 가지는 권리라고 할 것이므로 ... 손해배상 또는 명예회복을 위한 처분을 구할 수 있는 이외에 인격권으로서 명예권에 기초하여 가해자에 대해 현재 이루어지고 있는 침해행위를 배제하거나 장래에 생길 침해를 예방하기 위하여 침해행위의 금지를 구할 수도 있다.

[대법원 결정] 경쟁자가 상당한 노력과 투자에 의하여 구축한 성과물을 상도덕이나 공정한 경쟁질서에 반하여 자신의 영업을 위하여 무단으로 이용함으로써 경쟁자의 노력과 투자에 편승하여 부당하게 이익을 얻고 경쟁자의 법률상 보호할 가치가 있는 이익을 침해하는 행위는 부정한 경쟁행위로서 민법상 불법행위에 해당하는바, 위와 같은 무단이용 상태가 계속되어 금전배상을 명하는 것만으로는 피해자 구제의 실효성을 기대하기 어렵고 무단이용의 금지로 인하여 보호되는 피해자의 이익과 그로 인한 가해자의 불이익을 비교·교량할 때 피해자의 이익이 더 큰 경우에는 그 행위의 금지 또는 예방을 청구할 수 있다.

(3) 손해배상의 방법 : 금전배상의 원칙

손해배상의 방법에 대해 민법 제763조는 제394조를 준용하고 있으므로 원칙적으로 금전배상의 방법에 의하게 된다. 여기서 금전배상이란 손해를 금전의 지급에 의하여 전보하는 것을 의미한다. 재산적 손해는 물론 정신적 손해도 금전으로 평가하여 배상

하게 된다. 손해의 전보라는 점에서 본다면 피해자에게는 원상회복방법이 이상적일 것이나 이는 혼잡을 가져올 우려가 있으므로, 손해를 측정하는데 가장 편리한 금전으로 배상하는 것이 현대의 상품교환사회에 있어서 보다 합리적이라는 취지에서 규정된 것이다.

다만 당사자 사이에 특약이 있는 경우에는 금전으로 배상하지 않고 다른 방법에 의하여 배상할 수 있다(제763조, 제394조). 즉 당사자가 불법행위 후에 금전배상 이외의 방법으로 배상하기로 약정한 경우에 그 약정은 유효하다. 따라서 그 약정이 강행법규 등 사회질서에 반하지 않는 한 그 약정에 의한 배상방법에 따라 손해를 배상하여야 한다. 또한 법률의 규정에 의하여 금전배상 이외의 방법에 의해 배상하도록 하는 경우가 있다. 더 나아가 민법 제764조는 “타인의 명예를 훼손한 자에 대하여는 법원은 피해자의 청구에 의하여 손해배상에 갈음하거나 손해배상과 함께 명예회복에 적당한 처분을 명할 수 있다”고 하고 있다. 이는 금전배상의 원칙에 대한 특칙이다. 제764조가 적용되기 위해서는 ‘피해자의 청구’가 있어야 한다. 즉 ‘적당한 처분’을 법원이 직권으로 할 수는 없다. 왜냐하면 명예회복처분을 통해 오히려 명예훼손 사실이 일반인에게 알려질 수 있는데, 이는 오히려 피해자에게 정신적 고통을 줄 수 있기 때문이다. 따라서 법원은 피해자가 청구한 경우에 그 청구의 범위 내에서 위 처분을 명할 수 있다. 제764조의 ‘명예회복에 적당한 처분’으로 종래에 사죄광고의 방법이 활용되었다. 그러나 이 방법은 억지로 사죄를 강요하는 결과가 되어 양심의 자유에 저촉된다는 점이 지적되었고, 결국 1991년 헌법재판소는, 민법 제764조의 ‘명예회복에 적당한 처분’에 사죄광고를 포함시키는 것은 헌법에 위반된다는 취지의 결정을 하였다.

(4) 손해배상의 범위

손해배상의 요건이 충족되어 책임이 성립한다 하더라도 손해배상의 범위 문제는 계속 남게 된다. 손해배상 규범에 있어서 배상범위는 성립요건 이상으로 까다롭고 예민한 문제이다. 손해배상의 범위에 관하여 민법은 계약위반으로 인한 손해배상에 관한 제393조를 불법행위책임에 준용하고 있다(제763조). 이러한 명문의 규정을 두지 않았던 구민법 아래에서도 불법행위로 인한 손해배상의 범위에 관하여는 채무불이행으로 인한 손해배상의 범위에 관한 규정을 준용하였다. 따라서 불법행위로 인한 손해배상은 불법행위로 인한 통상의 손해를 그 한도로 하며, 특별한 사정으로 인한 손해는 가해자가 그 사정을 알았거나 알 수 있었을 때에 한하여 배상의 책임이 있다.

[판례] 공무원이 그와 같은 직무상 의무를 위반하므로 인하여 피해자가 입은 손해에 대하여는 상당인과관계가 인정되는 범위 내에서 국가배상책임을 지는 것이고, 이 때 상당인과관계의 유무를 판단함에 있어서는 일반적인 결과발생의 개연성은 물론, 직무상 의무를 부과하는 법령 기타 행동규범의 목적이나 가해행위의 태양 및 피해의 정도 등을 종합적으로 고려하여야 할 것이다(...)

손해배상은 통상의 손해를 그 한도로 한다(제763조·제393조 1항). 통상의 손해란 당사자들이 일반적·객관적으로 당연히 그 채무불이행/불법행위로부터 발생하리라고 예상하였어야 할 손해를 의미한다. 통상손해에 관하여는 채무자의 예견가능성 유무를 묻지 않고 그 전부에 대해 배상을 청구할 수 있다. 반면, 특별손해란 채무불이행/불법행위로 인해 일반적으로 발생하는 손해가 아닌 것, 즉 채권자/피해자에게 존재하는 특별한 사정에 기초하여 발생하는 손해를 말한다. 특별손해에 대해서는 채무자/가해자가 원칙적으로 손해배상책임을 부담하지 않는다. 다만 채권자/피해자에게 존재하는 특별한 사정의 존재에 관해 채무자가 ‘알았거나 알 수 있었을 때’에는 예외적으로 배상책임을 진다(제763조·제393조 2항).

(5) 손해배상액의 조정 : 과실상계와 손익상계

(가) 가해자와 피해자 쌍방의 과실: 과실상계

B의 폭행으로 A가 부상을 입었음에도 치료를 게을리 하여 상처가 악화된 경우에서와 같이 피해자 자신이 손해의 발생이나 확대에 유책적으로 共動(기여)하였음에도 불구하고, 가해자에게 손해 전부의 배상을 청구할 수 있게 한다면 이것은 손해배상법의 목적에 반할 것이다. 그래서 제396조(제763조에 의하여 불법행위에도 준용된다)는 “채무불이행에 관하여 채권자에게 과실이 있는 때에는 법원은 손해배상의 책임 및 그 금액을 정함에 이를 참작하여야 한다”(즉 법원의 재량이 반드시 참작해야만 함. 다만 그 비율은 법원의 재량이 인정될 수 있음)고 규정하고 있다. 주의할 것은, 제396조가 가해자(채무자)에게 독립된 청구권의 기초를 부여하는 것이 아니라 피해자의 손해배상 청구권에 대한 이익을 인정하는 규정이라는 점이다.

(2) 손익상계

가해적 사태가 피해자에게 손해뿐만 아니라 이익도 가져다준 경우에, 그 한도에서 손해가 감소되므로 이 이익은 손해를 산정함에 있어서 참작(공제)되어야 한다. 이러한 법리는 「입은 손해가 전보되어야 하지만, 피해자는 가해적 사태가 없었더라면 그가 있었을 (가정적) 상태보다 더 나은 상태에 놓여서는 안 된다」라는 손해배상법의 의미로부터 나온다. 이러한 법리를 損益相計라고 한다. 그런데 손익상계의 법리가 피해자에 대한 이익반환청구권을 가해자에게 부여하는 것은 아니다. 즉 피해자가 얻은 이익은 손해를 산정함에 있어서 공제되어야 할 計算項目에 불과하다. 따라서 가해자는 손해(피해자에게 발생한)와 이익(피해자가 얻은)의 차액을 배상하면 된다. 그리고 당사자의 주장 여부에 관계없이 법원은 손해를 산정함에 있어서 이익을 공제하여야 한다.

II. 부당이득과 사무관리

1. 부당이득 제도

(1) 부당이득 제도 개관

부당이득은 가령 채무를 이중으로 변제받거나 부합으로 인하여 타인의 소유물이 자기 소유로 되는 경우에서와 같이 법률상 원인 없이 타인의 재산이나 노무로 인하여 얻은 이득으로, 손실자의 수익자에 대한 부당이득반환청구권을 발생시키는 법정채권관계의 발생원인이다(제741조). 즉 재화가 정당한 권리자에게 귀속되지 않는 경우에 그 부당성을 시정하기 위한 일반적 제도가 부당이득이다.

부당이득반환이 문제되는 경우는 ① 일정한 채무의 이행을 위하여 급부가 행하여졌으나 그 채무가 존재하지 않거나 후에 무효로 된 경우, ② 주로 반환의무자의 행위(예: 소비, 처분, 부합, 혼화, 가공 등)에 의하여 반환청구자의 권리가 침해된 경우, ③ 타인의 채무를 변제하거나 타인 소유의 물건에 비용을 지출(예: 수리, 확장, 미화 등)하였으나 비용지출자가 사무관리의 요건(특히 본인을 위하여 하는 의사, 본인의 의사나 이익에의 명백한 불일치가 없을 것)을 충족하지 못하는 경우에 문제된다.

(2) 不當利得의 一般的 成立要件

(가) 利得

부당이득이 성립하기 위하여 우선 수익자, 즉 반환의무자가 타인의 재화 또는 노무로부터 이득을 취하여야 한다. 소유권과 같은 물권의 취득뿐만 아니라 채권의 취득이나 점유의 취득 나아가 등기명의를 취득도 수익에 해당한다. 또한 자기 재산으로부터 지출하였어야 할 비용의 절약도 수익이다.

(나) 손실

부당이득이 성립하기 위하여 나아가 수익자의 이득에 의하여 손실자, 즉 반환청구자가 손실을 입었어야 한다. 손실은 손실자의 급부에 의할 수도 있지만, 다른 자의 불법점유 등에 의하여 발생할 수도 있다.

(다) 이득과 손실 사이의 인과관계

부당이득이 성립하기 위하여 반환의무자의 이득이 반환청구자의 손실에 의하여 생길

것, 즉 이득과 손실 사이에 인과관계가 있어야 한다고 한다.

(라) 법률상 원인의 흠결

부당이득이 성립하기 위하여 수익이 법률상 원인 없는 것이어야 한다. 여기서 法律上原因이란 반환의무자에 의한 일정한 이익의 취득을 법률상 정당화하는 사유 내지 그 이득을 보유할 권원을 말한다.

[판례] ① 타인 소유의 토지에 대한 무단점유의 경우 그 자체로 토지 차임 상당액의 부당이득이 인정됨. 다만 침해하는 대상 자체가 소유자에게 아무런 이득이 될 수 없는 예외적인 경우에 부당이득을 인정하지 않는 경우가 있기는 함. ② 임대차계약 기간이 종료한 후 보증금을 반환받기 위하여 목적물의 반환을 거절하는 경우 그 자체로는 차임 상당의 부당이득이 인정되지 않음. 다만 임차인이 여전히 목적물을 사용, 수익하는 경우에는 부당이득반환의 대상이 됨. ③ A와의 계약관계를 이행하는 과정에서 그 의무이행이 A 이외에 B에게 이득이 되는 경우 B에 대한 부당이득반환의 권리는 인정되지 않음이 원칙임. ④ 타인의 금전을 편취하여 자신의 채무를 이행한 경우 채권자는 금전을 편취당한 자와의 관계에서 이에 대하여 알았거나 모르는데 중과실이 없는 한 부당이득반환의무를 지지 않는다.

(3) 부당이득의 효과

(가) 부당이득이 성립하면 수익자는 손실자에 대하여 부당하게 취득한 이익을 반환할 의무를 부담한다.

(나) 부당이득은 수익자가 받은 이익의 모습 그대로 반환함이 원칙이다. 반환되어야 할 원물은 당초 취득한 대상으로부터 수익자에게 발생한 果實이나 使用收益도 포함한다. 한편 運用利益, 즉 수익자의 행위가 가하여짐으로써 얻어진 수익의 반환범위에 관하여 판례의 입장에 따르면 수익자가 취득한 대상으로 인하여 취득한 것 전부가 아니라 부당이득한 재산의 「통상의 가치」를 반환하면 족하다고 할 것이다.

(다) 한편, 부당이득반환의무와 관련하여 민법은 선의수익자와 악의수익자를 구별하여 정하고 있는 바, 먼저 선의수익자란 자기가 얻은 이익이 법률상 원인 없음을 알지 못하는 수익자로서(과실 유무는 문제되지 않음) “그 받은 이익이 현존한 한도에서” 반환 의무를 부담한다(다만 계약이 해제된 경우에는 특칙인 제548조가 적용되어, 받은 이익 전부를 반환하여야 한다). 이처럼 현존이익으로 반환범위를 제한하는 것은 법률상 원인 없는 이득을 유효하다고 믿은 수익자의 신뢰를 보호하기 위해서이다. 반면, 악의수익자는 당초 취득한 구체적 대상에 생긴 변화, 즉 이득의 소멸이라는 사정은 원칙적으로 고려되지 않으며, 「받은 이익」 전부를 반환하여야 한다. 또한 「利子」를 붙여 반환하여야 하며, 나아가 손해배상책임을 진다.

4. 부당이득에 관한 민법상의 개별규정

(1) 비채변제

비채변제란 누군가 채무의 변제를 목적으로 누군가에게 급부를 하였으나, 법적으로는 그런 채무가 존재하지 않는 경우로서의 객관적 사실을 말한다. 경우를 나누어, (1) 錯誤로 인한 非債辨濟의 경우, 즉 채무가 없음에도 이를 있다고 착각하여 변제한 경우, 변제수령자(‘외관 채권자’인 동시에 ‘부당이득반환채무자’)에게 실현한 급부의 반환을 청구할 수 있는 것이 원칙이다(제741조). 반면 (2) 惡意의 非債辨濟, 다시 말해 채무 부존재를 알면서도, 즉 악의로 비채변제를 한 경우에는 이를 원인으로 부당이득의 반환을 소구하는 것이 허용되지 않는다(제742조). 그러나 이에겐 적어도 두 가지 명백한 예외가 있는바, 첫째는 악의의 비채변제가 道義觀念에 적합한 경우(제744조)이며, 둘째는 악의의 비채변제가 강요되거나 또는 불이익을 면하기 위하여 부득이하게 비자발적으로 이루어진 경우이다.

(2) 불법원인급여

민법은 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하는 법률행위를 무효로 규정하고 있다(제103조). 무효인 법률행위에 기초하여 상대방이 급부를 청구할 수 없음은 당연하다. 그러나 만일 사회질서에 반하는 법률행위에 기하여 급부가 이미 실행된 경우 급부자가 그 급부의 반환을 청구할 수 있다고 한다면, 이는 사회질서에 반하는 법률행위를 한 자에게 법이 오히려 조력하는 결과가 됨으로써 사회적 타당성이 없는 법률행위를 무효로 규율하는 제103조의 취지와 모순된다. 이를 차단하기 위하여 제746조 본문은 불법원인에 의하여 급여된 것의 반환청구를 불허하고 있다. 다시 말해서 불법원인급여의 부당이득반환청구권을 부인하는 제746조는 불법원인행위를 무효로 하는 제103조와 표리관계를 이루어 私法の 理想을 표현하고 있다. 즉, 제103조가 사회적 타당성을 결한 행위를 무효로 선언함으로써 사전에 급부의무 내지 급부청구권을, 따라서 급여의 실현 자체를 봉쇄하는 기능을 수행함으로써, 제746조는 사회적 타당성을 결한 행위에 기초하여 이미 실행된 급여의 반환청구권을, 따라서 실현된 급여의 원상회복을 봉쇄하는 기능을 수행함으로써 사회적 타당성을 결한 자에 대한 법적 보호를 거절하고 있다.

[판례] ① 비록 불법원인이라 할지라도 부동산을 급여의 대상으로 하는 때에는 등기를 경유하지 않았거나 등기를 이행한 경우에도 그것이 소재지관서의 증명없는 농지양도로서 그 원인이 무효인 경우에는 "재산의 급여"가 있었다고 볼 수 없다. ② 민법 제746조는 단지 부당이득제도를 제한하는 것이 아니라 동법 제103조와 함께 사법의 기본이념으로서, 결국 사회적 타당성

이 없는 행위를 한 사람은 스스로 불법한 행위를 주장하여 복구를 그 형식 여하에 불구하고 요구할 수 없다는 이상을 표현한 것이므로, 급여를 한 사람은 그 원인행위가 법률상 무효라 하여 상대방에게 부당이득반환청구를 할 수 없음은 물론 급여한 물건의 소유권은 여전히 자기에게 있다고 하여 소유권에 기한 반환청구도 할 수 없고 따라서 급여한 물건의 소유권은 급여를 받은 상대방에게 귀속된다.

2. 事務管理

사무관리는 법률상 또는 계약상 의무 없이 타인을 위하여 그의 사무를 처리하는 행위이다(제743조). 예를 들어 A의 부재중에 폭우가 쏟아져서 그의 집의 지붕이 파손될 염려가 있는 경우에 이를 발견한 이웃 B가 그의 돈을 들여 A의 집의 지붕을 수리해 주었다면, B는 법률상 또는 계약상 아무 의무 없이 A를 위하여 A의 사무를 처리해 주었으므로 이 경우 사무관리라고 할 수 있다. 사무관리는 이러한 행위를 적법한 행위로 인정할 뿐 아니라 더 나아가 여기에 소요된 비용 등에 관하여 이를 채권의 성립 원인으로 인정한다는 데에 있다. 이는 타인의 생활영역에 대한 원칙적인 개입금지에 대하여 사회공동생활의 상부상조 및 연대의 원리에 기초한 예외를 인정함으로써 균형을 유지하기 위한 것으로 이해할 수 있다.

III. 다수당사자의 채권관계

1. 다수당사자 채권관계의 개념과 기능

(가) 채권·채무의 귀속은 1인의 채권자와 1인의 채무자 사이의 관계를 전형적 모습으로 하고 있다. 그런데 거래생활상 채권자 또는(와) 채무자가 수인인 경우가 발생한다. 가령 (i) 가옥을 수인이 매수하는 경우에 목적물인도와 등기이전청구와 관련한 수인의 채권자, 그리고 대금지급과 관련한 수인의 채무자가 발생하는 경우, (ii) 수인의 공동임차인이 차임지급의무를 부담하는 관계, 그리고 끝으로 (iii) 수인이 우연히 공동으로 손해를 야기함으로써 부담하는 손해배상 의무의 관계 등 다양한 모습으로 나타날 수 있다. 이와 같이 동일한 급부에 관하여 복수의 채권자나 채무자가 등장하는 경우에 그 채권·채무의 귀속형태를 정하여야 할 것이다.

(나) 다수당사자의 채권관계란 채권관계의 목적인 하나의 급부를 중심으로 채권자 또는 채무자의 일방 또는 쌍방이 2인 이상인 채권관계를 총칭하는 개념이다. 여기서 유의할 것은 하나의 동일한 급부를 목적으로 하지만 채권·채무의 주체의 수만큼 채권관계가 성립한다는 점이다.

① 하나의 급부가 양적으로 분할되어 복수의 주체에게 독립적으로 분속하는 형태 (분

할채권관계) ex. 공동매수인의 대금지급의무

② 채권자를 위하여 하나의 급부실현 목적으로 급부 전부를 내용으로 하는 다수의 채권.채무관계의 발생 형태 (불가분채권관계, 연대채무, 보증채무) ex. 목적물인도의무, 공동차주의 차임지급의무, 보증의무

(다) 다수 당사자 채권관계의 담보적 기능

다수 당사자 채권관계, 특히 불가분채무, 연대채무와 보증채무는 다수 채무자의 총자력을 집결하여 채무자 1인이 자신의 고유한 부담부분을 넘는 변제나 보충적 채무이행의 의무를 부담함으로써 인적 담보의 기능을 한다. 따라서 불가분채무, 연대채무, 보증채무에 대한 학습에 있어서는 특히 담보적 기능에 초점을 맞추어 생각하여야 한다.

(라) 다수 당사자의 채권관계에서 세 가지 문제

(a) 다수의 채권자.채무자와 상대방 사이의 이행 청구 또는 변제의 효력 (대외적 효력) 가령 공동매수인 중 1인의 목적물인도청구에 따른 매도인의 인도에 따른 변제 효력, 임대인이 공동차주 1인에게 차임 전액에 대한 지급을 청구할 수 있는지의 효력이 문제된다.

(b) 1인 채권자나 채무자에게 발생한 사유가 다른 채권자 또는 채무자에 대한 효력 예를 들어 공동불법행위의 피해자인 채권자가 가해자인 채무자 중 1인에 대해 채무 면제한 경우 또는 채무자 1인에 대한 소멸시효가 완성된 경우 다른 채무자에 대한 효력이 다루어진다.

(c) 1인 채무자가 행한 출재(出財)를 다른 채무자에게도 부담케 할 수 있는가 문제 (대내적 효력)

끝으로 민법 제408조 이하에서는 분할채권.채무관계, 불가분채권.채무관계, 연대채무, 보증채무를 규율하고 있는데, 그 구분은 다수당사자 상호간의 결합관계의 내용에 따른 것이다.

2. 분할채무, 연대채무, 보증채무의 개요

(1) 분할채권관계

(a) 하나의 가분급부에 관해 수인의 채권자 또는 채무자가 있는 경우 그 급부가 채권자 또는 채무자 사이에 균등하게 분할되는 다수당사자의 채권관계로서 가령 ① 수인이 공동으로 금전을 대여하여 대여금반환채권을 갖는 경우, ② 공유자가 공유물을 매도하여 대금채권을 취득하는 경우, ③ 수인이 채권을 공동으로 상속하는 경우 (다수설) (분할채권), ④ 할인혜택을 위해 2인이 공동으로 구입한 경우 (강학상 예) - cf.

§§ 616, 654, ⑤ 수인이 공동으로 변호사를 선임한 경우의 보수지급의무 (분할채무)가 해당한다. 그리고 ⑥ 공동불법행위자 상호간의 구상채무의 관계도 마찬가지이다.

(b) 각 채권 또는 채무의 분량적으로, 그러나 독립해 귀속; 각 채권.채무는 개별적이며 상호 영향을 받지 않는다. (양도의 가능 및 개별적 결제의 가능을 의미함)

(c) 분할채권자의 경우 단독으로 권리를 행사하거나 변제 받을 수 있으며, 이 때 채무자에 대해 자기가 갖는 비율에 상당하는 채권(비율) 이상을 청구할 수 없다. 반면 분할채무자 역시 그가 부담하는 비율에 상응하는 채무 이상을 이행할 필요가 없다.(대외)

(d) 각 채권.채무가 독립된 채권.채무이므로 1인의 채무자에게 발생한 사유는 다른 채무자에게 영향을 주지 않는다. (1인에게 발생한 사유의 효력 - 예외. 계약관계에 기해 발생하는 분할채권관계의 경우 제536, 제547조)

(e) 각 분할채무 사이에는 특별한 약정이 없는 한 균등한 비율에 따라 권리와 의무를 부담한다. 따라서 원칙적으로 구상의 문제가 발생할 여지가 없다. 다만 부담부분 이상을 변제한 채무자가 구상할 수 있음은 당연하다.(대내적 관계 - 명시적 규율 결여 및 연대채무의 구상관계 유추)

(나) 연대채무관계

(a) 채권자가 수인의 채무자 중 일인(一人)의 채무자에 대해, 또는 동시나 순차로 모든 채무자에 대하여 채무의 전부나 일부의 이행을 청구할 수 있는 채무로서, 가분급부이지만, 당사자의 약정 또는 법률규정에 의하여 수인의 채무자가 연대하여 채무를 부담하는 경우

(b) 불가분채무에 비하여서는 담보적 기능이 낮으나 분할채권관계에 비하여서는 훨씬 높은 담보적 기능을 갖는다. ex. 채권자와 채무자 1인 사이에서 발생한 사유 (이행청구의 효력이나 이행지체 책임, 면제 등의 사유)의 경우 절대적 효력 유무

(다) 보증채무관계

채권자가 수인의 채무자에 대해 급부의 전부 또는 일부를 청구할 수 있고, 한 사람의 변제가 있을 경우 그 범위에서 모든 채무자의 채무 소멸 (연대채무와 유사한 측면); 채무자 사이의 주종(主從)의 구별

[不真正連帶債務] 부진정연대채무란 서로 별개의 원인으로 발생한 독립된 채무이나 동일한 경제적 목적을 가진 채무로서 서로 중첩되는 부분에 관하여는 일방의 채무가 변제 등으로 소멸하면 타방의 채무도 소멸하는 채권관계를 말한다. 부진정연대채무는 출연분담에 관한 주관적인 밀접한 연관관계가 없고 단지 채권만족이라는 목적만을 공통으로 하고 있다는 점에서 연대채무와 구별된다.

부진정연대채무는 주로 동일한 사실관계에 기한 하나의 손해를 수인이 각자의 입장에서 전보해 주어야 하는 경우에 발생한다. 즉 손해배상관계에서 주로 발생한다. 왜냐하면 진정연대와 부진정연대의 근본적 차이는 출연분담에 관한 주관적 공동관계인데, 손해배상에 있어서는 손해배상을 하려는 데에 대하여 공동관계가 있을 수 없기 때문이다. 판례와 학설에 의하여 부진정연대채무가 발생하는 경우로 보는 예는 다음과 같다: ① 법인의 불법행위책임과 그 이사 기타 대표자의 책임; ② 책임무능력자의 불법행위에 대하여 법정감독의무자와 감독대행자의 책임; ③ 피용자의 불법행위책임과 사용자책임; ④ 동물의 가해행위에 대하여 그 점유자와 보관자의 책임; ⑤ 공동불법행위의 책임.

IV. 채권양도와 채무인수

1. 채권양도

(1) 총설

A는 C에 대한 9억 원의 채무를 변제하기 위하여 A가 B에게 자신의 토지를 매각하고 아직 받지 못한 10억 원의 대금채권을 C에게 양도하는 경우와 같이, 채권양도란 채권의 동일성을 유지하면서 법률행위에 의하여 채권을 이전하는 채권 양도인과 양수인간의 계약을 말한다. 근대의 일상생활에서는 채권의 재산적 가치를 처분 및 유통하는 경우가 많지만, 과거 로마법시대에는 채권을 채권자와 채무자를 있는 法鎖로 이해하여 그 처분 및 유통을 금지하였다. (필요성이 인정되는 경우 가령 채권의 양도담보, 즉 어떤 자가 타인으로부터 금전을 차용하면서 그에 대한 담보로 자신이 제3자에게 물품매각대금의 채권을 이전하는 행위와 같이 '채권자가 자신의 채권을 그 동일성을 유지한 채 법률행위를 통하여 타인에게 채권을 이전하는 행위'(채권자의 변경 ↔ 채무인수; 계약인수 - 취소권자) 등을 생각할 수 있다)

사적 자치의 원칙에 따라 채권양도의 효과는 양도인과 양수인의 합의내용에 따른다. 별도의 합의가 없는 한 채권양도의 본질에 따라 그 동일성의 유지 및 채권'만'의 이전을 내용을 한다. (채권관계 자체와 구별)

(a) 채권을 위한 담보권, 채권에 대한 대항사유 등의 유지, 이자·위약금채권 및 종된 채권의 유지

(b) 종된 권리의 수반성: 다만 종된 권리 중에서 이미 변제기가 도래하여 독립성을 갖는 채권의 경우 수반성의 부정

(c) 담보권의 이전 여부: 주종의 관계에 따라 함께 수반하는 것으로 해석됨, 다만 별도의 요건 구비, 즉 질권과 저당권의 경우 인도 또는 등기의 요건 구비 (보증채무의 경우)

(d) 항변권의 유지

(aa) 채권불성립 (무효 + 취소, 해제), 채무소멸 (변제, 면제, 시효완성), 연기적 항변
(bb) 채권만의 이전일 뿐이며 채권관계 당사자의 지위는 여전히 유지되고 있음. 즉, 매도인이 매수인에 대한 채권을 양도한 경우, 매도인은 여전히 계약당사자로서 소유권을 이전할 의무를 매수인에 대하여 부담하며, 이 경우 매수인이 매도인에 대하여 갖는 항변은 양수인을 상대로 관철 여부가 검토되어야 할 것이다.

(2) 지명채권의 양도

(가) 指名債權의 讓渡性

지명채권이란 채권자가 특정되어 있고, 증권적 채권과 달리 그 채권의 성립·양도에 증서의 작성·교부가 필요하지 않은 채권이다. 지명채권은 일반적으로 그 양도성이 인정된다(제449조 1항 본문).

채권이 그 성질상 양도가 제한되는 경우이다(제449조 1항 단서). 채권이 그 성질상 채권자가 변경되면 그 목적을 달성할 수 없는 경우, 예를 들어 상호계산에 산입된 채권과 같이 특정채권자와의 사이에서 결제되어야 하는 채권은 그 양도가 제한된다. 또한 채권을 양도하는 경우에 그 채권의 동일성이 훼손되는 경우, 예를 들어 A를 부양하기로 약정한 B의 채무는 부양을 받는 부양채권자가 A에서 C로 바뀌면 그 채무의 내용이 구체적으로 변하게 되므로 양도가 제한된다. 제610조 2항의 사용차주의 채권과 같이, 채권이 당사자의 신뢰에 기초한 계속적 채권관계에서 발생하는 채권도 그 양도가 제한된다. 그러나 이러한 채권은 채무자의 승낙(동의)이 있다면 양도할 수 있고, 채무자의 승낙을 얻지 못한 채권양도는 채무자 및 제3자에게 대항할 수 없다. 다만, 채무불이행으로 손해배상채권으로 바뀐 경우에는 채무자의 승낙을 필요로 하지 않는다.

당사자가 반대의 의사를 표시한 경우에는 채권을 양도하지 못한다. 그러나 양도금지의 의사표시로 선의의 제3자에게 대항하지 못한다(제449조 2항). 채권의 양도성은 근대법의 일반적인 원칙이므로, 당사자의 의사표시로 이를 제한하는 경우에 이러한 특약을 선의의 제3자에게 주장할 수는 없다. 따라서 제3자는 악의와 같이 볼 수 있는 중과실이 아니라면 과실이 있는 경우에도 양도금지의 의사표시에 따른 제한을 받지 않는다. 압류 및 전부명령의 경우에는 양도금지의 특약에 대하여 압류채권자가 선의인가 악의인가가 전부명령의 효력에 영향을 미치지 않는다.

법률이 채권의 양도를 제한하고 있는 경우이다. 근로기준법상의 재해보상청구권(근기법 제86조), 국민연금법상의 수급권(국민연금법 제58조 1항), 공무원연금법상의 연금

청구권(공무원연금법 제32조) 등은 당사자가 합의하는 경우에도 양도할 수 없다.

(나) 指名債權讓渡의 對抗要件

(a) 민법 제450조는 지명채권의 양도는 양도인이 채무자에게 통지하거나 채무자가 승낙하지 아니하면 채무자 기타 제3자에게 대항하지 못하며(1항), 특히 채무자 이외의 제3자에게 대항하기 위해서는 확정일자 있는 증서에 의하여 통지나 승낙을 해야 한다고 규정하고 있다(2항). 채권양도는 양도인과 양수인간의 합의만으로 성립하는 법률행위이므로, 합의에 참여하지 않은 채무자에게 채권자가 변경되었음을 알리고 양수인과 제3자간 양도의 효력을 결정하기 위한 방법을 규정한 것이다.

(b) 債務者에 대한 對抗要件

(aa) 通知 또는 承諾

채권양도의 통지는 채권양도가 있었다는 사실을 알리는 것이다. 채권양도의 통지는 양도인이 채무자에게 하여야 하며, 양수인은 양도인을 대위해서도 채권양도의 통지를 할 수 없다. 그러나 양수인이 양도인의 사자 또는 대리인으로 통지하는 것은 가능하다. 채무자가 채권양도의 사실을 거짓 없이 알기 위해서는 양도인의 통지가 필요하다는 점과, 관념의 통지인 채권양도의 통지에 법률행위에 관한 규정이 유추적용되기 때문이다.

채권양도의 승낙은 채무자가 채권양도의 사실을 알고 있음을 양도인 또는 양수인에게 알리는 것이다. 승낙의 통지는 이의를 유보하고 할 수 있으며, 채권양도의 통지와는 달리 조건을 붙여 할 수 있고 사전 승낙도 가능하다. 양수인을 특정하지 않고 승낙의 통지를 하는 것도 가능하다.

(bb) 통지 또는 승낙이 없는 동안의 효력

채권양도는 채권자(양도인)와 양수인사이의 합의만으로 효력이 발생한다. 따라서 채무자가 임의로 양수인에게 채무를 변제하는 경우 유효한 채무변제로 취급되며(면제, 상계의 경우도 마찬가지임은 물론) 따라서 양수인에 대한 부당이득 반환청구는 배제된다. 오히려 사후적 승낙으로 해석될 여지가 있다. 다만, 통지나 승낙이 없는 한 양수인은 채무자에 대해 “대항하지 못하”기 때문에 채무자에 대하여 이행을 주장할 수는 없다. 다시 말해 양수인은 채무자를 상대로 유효한 이행청구 및 담보권실행 등의 조치를 취할 수 없다. 이는 채무자가 우연한 사정으로 채권양도사실을 알았다고 하더라도 동일하게 취급한다(대항요건의 획일성 보장).

(cc) 통지 또는 승낙의 효력

① 통지의 경우 양도인이 양도통지만을 한 때에는 채무자는 그 통지를 받은 때까지 양도인에 대하여 생긴 사유로써 양수인에게 대항할 수 있다(제451조 2항). 예컨대 양도인 A가 채무자 B에 대한 채권 중 일부를 면제한 뒤에 이 채권을 C에게 양도하고 B에게 양도통지를 하였다면, 채무자 B는 자신의 채무중 일부가 면제되었음을 양수인 C에게 주장할 수 있다.

② 승낙의 경우 채무자는 채권양도에 대하여 양도인에게 주장할 수 있는 항변을 유보하여 양수인에게 주장할 수 있음을 밝히고 승낙을 할 수 있다. 이러한 이의를 유보한 승낙은 그 효력이 통지의 효력과 동일하다. 반면, 이의를 유보하지 않은 승낙은 채권양도에 대하여 양도인에게 주장할 수 있는 항변을 밝히지 않은 승낙으로, 양도인에게 대항할 수 있는 사유를 가지고 양수인에게 대항하지 못한다(제451조 1항 본문). 예컨대 양수인 C는 채무자 B를 통해서 채권의 존부와 내용을 확인하게 되는데, B의 이의를 유보하지 않은 승낙으로 C는 양수받은 채권이 어떠한 항변도 없는 채권임을 확신하게 되기 때문이다. 따라서 채무자 B는 이에 반하는 항변사유를 양수인 C에게 주장할 수 없다.

(c) 제3자에 대한 대항요건

채권자 A가 채무자 B에 대한 채권을 C에게 양도한 후에 이를 다시 D에게 이중으로 양도하는 경우와 같이, 채권자와 채무자가 아닌 제3자간의 우열이 문제되는 경우가 있다. 여기서 제3자란 양도된 채권에 법률상의 이익을 가지고 있거나 양수인의 지위와 양립할 수 없는 법률상의 지위를 갖는 자를 말한다. 이러한 문제는 채권에 대한 질권설정·압류·전부 등이 경합하여 발생한 경우에도 동일하게 문제된다. 지명채권은 이를 공시할 수 있는 방법이 없고 채권자 등은 채무자를 통해서 채권의 존부와 내용을 파악하게 되므로 채무자에 대한 통지·승낙의 방법으로 채권을 공시하게 된다. 따라서 제3자간의 우열의 문제도 채무자에 대한 통지·승낙의 방법으로 해결한다. 다만 이 통지나 승낙은 확정일자 있는 증서에 의하여 하여야 채무자 이외의 제3자에게 대항할 수 있다(제450조 2항). 확정일자는 공증인 또는 법원서기가 정해진 절차에 따라 찍은 확정일자인, 공정증서의 일자, 내용증명우편의 일자와 같이 당사자가 변경하지 못하는 확정된 일자로 법률상 인정되는 일자를 말한다. 제3자에 대한 대항요건으로 확정일자 있는 증서를 요구하는 이유는 양도통지 혹은 승낙을 명확히 하여 양수인의 권리를 확정적으로 정하여 혼란을 막기 위함이다. 확정일자는 채권양도증서가 아닌 채권양도의 통지서 또는 승낙서에 있어야 한다.

2. 債務引受

(1) 免責的 債務引受

채무인수는 채무의 동일성을 유지하면서 채무를 인수인에게 이전시키는 낙성, 불요식의 계약을 말한다. 채무자의 변경은 채권자의 채권에 중대한 사유이므로, 채권자의 의사와 상관없이 채무자와 인수인 사이의 계약만으로 채무인수가 일어나지는 않는다. 채무인수의 법적 성질은 인수계약의 당사자에 따라 다른데, 채권자가 인수인과 또는 채권자가 채무자 및 인수인과 인수계약을 체결하였다면 채권행위와 준물권행위가 합체되어 있는 것으로 본다. 즉, 인수인은 종래의 채무자의 채무와 같은 채무를 부담하고, 동시에 채권자는 종래의 채권을 처분하는 것으로 본다. 그러나 이러한 설명에 대하여 채무인수를 채무의 귀속주체를 변경시키는 처분행위 또는 준물권행위라고 보는 견해도 있다.

채무인수가 채무자와 인수인 사이의 계약으로 이루어진 경우에는 채권자의 승낙에 의하여 그 효력이 생긴다(제454조 1항). 채권자의 승낙 또는 거절의 상대방은 채무자나 제3자이다(제454조 2항). 채무자와 인수인 사이의 계약은 채권행위 또는 의무부담행위이나, 채권자의 승낙으로 준물권행위가 된다.

채무인수로 채무는 동일성을 유지하며 전채무자로부터 인수인에게 이전한다. 따라서 전채무자는 채무를 면하고 인수인이 이를 부담한다. 채무인수는 채권자·채무자·인수인간 또는 채권자·인수인간 채무인수계약과 동시에 이루어진다. 채무자·인수인간 채무인수계약은 채권자가 승낙을 하면 그 효력이 생긴다(제454조 1항). 다만, 채권자의 승낙은 다른 의사표시가 없으면 채무를 인수한 때에 소급하여 그 효력이 생긴다. 그러나 제3자의 권리를 침해하지 못한다(제457조). 전채무자가 채권자에게 항변할 수 있는 사유로 인수인은 채권자에게 대항할 수 있다(제458조). 그러나 전채무자의 채무에 대한 보증이나 제3자가 제공한 담보는 채무인수로 소멸한다. 그러나 보증인이나 제3자가 채무인수에 동의하였다면 소멸하지 않는다(제459조). 채무자의 변경으로 보증인이나 제3자에게 발생할 수 있는 불측의 손해를 막기 위한 것이다. 전채무자 자신이 제공한 담보는 인수계약이 채무자와 인수인 사이에서 체결된 경우에는 채무자가 동의한 것으로 보아 소멸하지 않지만, 인수계약이 채권자와 인수인 사이에서 체결된 경우에는 소멸한다. 채무인수로 채권을 발생하게 한 계약 자체의 취소·해제권이 인수인에게 이전하지는 않는다. 계약의 취소·해제권은 계약 당사자의 권리이기 때문이다. 또한 인수인은 전채무자의 채권자에 대한 채권으로 상계를 주장하지 못한다. 인수인에게 전채무자의 권리를 처분할 권한이 없기 때문이다.

(2) 並存的 債務引受

병존적 채무인수는 종래의 채무자를 면책시키지 않고, 인수인이 채무자와 동일한 채무를 새로이 부담하는 계약이다. 인수인의 채무는 부가적인 채무로 종래의 채무에 대하여 담보적 기능을 갖는다. 종래의 채무자가 면책되지 않으므로 면책적 채무인수와

달리 처분행위가 아니며, 인수인이 새로운 채무를 부담하는 채권행위 또는 의무부담 행위의 성질을 갖는다. 채무인수계약이 병존적 채무인수인지 면책적 채무인지는 채무 인수계약에 나타난 당사자의 의사에 의하여 결정된다. 그러나 당사자의 의사가 분명하지 않은 경우에는 병존적으로 인수한 것으로 볼 것이다.

[판례] 금전소비대차계약으로 인한 채무에 관하여 제3자가 채무자를 위하여 어음이나 수표를 발행하는 것은 특별한 사정이 없는 한 동일한 채무를 중첩적으로 인수한 것으로 봄이 타당하다.

[판례] 채무인수가 면책적인가 중첩적인가 하는 것은 채무인수계약에 나타난 당사자 의사의 해석에 관한 문제이고, 채무인수에 있어서 면책적 인수인지, 중첩적 인수인지가 분명하지 아니한 때에는 이를 중첩적으로 인수한 것으로 볼 것이다.

(3) 履行引受

부동산의 매수인이 매매목적물에 대한 근저당권의 피담보채무를 인수하면서 그 채무액만큼 매매대금을 공제하기로 하는 경우와 같이, 이행인수는 인수인이 채무자의 채무를 이행할 것을 약정하는 채무자·인수인 사이의 계약을 말한다. 따라서 이행인수는 제3자에 의한 변제가 가능한 채무여야 한다. 이행인수는 채무자와 인수인 사이의 계약이므로, 채무자는 자신의 채무를 이행할 것을 인수인에게 청구할 권리가 있으나 채권자는 그러한 권리를 갖지 못한다.

[판례] 사업이나 부동산을 매수하는 사람이 근저당채무 등 그 부동산에 결부된 부담을 인수하고 그 채무액만큼 매매대금을 공제하기로 약정하는 경우에, 매수인의 그러한 채무부담의 약정이 이행인수에 불과한지 아니면 병존적 채무인수 즉 제3자를 위한 계약인지를 구별하는 판별 기준은, 계약 당사자에게 제3자 또는 채권자가 계약 당사자 일방 또는 채무인수인에 대하여 직접 채권을 취득케 할 의사가 있는지 여부에 달려 있다. 구체적으로는 계약 체결의 동기, 경위 및 목적, 계약에 있어서의 당사자의 지위, 당사자 사이 및 당사자와 제3자 사이의 이해관계, 거래 관행 등을 종합적으로 고려하여 그 의사를 해석하여야 하는 것인데, 인수의 대상으로 된 채무의 책임을 구성하는 권리관계도 함께 양도한 경우이거나 채무인수인이 그 채무부담에 상응하는 대가를 얻을 때에는 특별한 사정이 없는 한 원칙적으로 이행인수가 아닌 병존적 채무인수로 보아야 한다.

V. 책임재산 보전제도

1. 책임재산 보전제도의 개관

채권은 채무자의 이행을 통하여 실현되는 바, 채무자가 자발적으로 이행하지 않는 경우, 특히 금전채무의 경우 채무자의 자발적 이행이 없을 경우 채무자의 재산을 통한 만족을 위하여 채무자의 재산상태를 유지할 필요가 있다. 이와 관련해, 현행 민법 제 404조 - 제407조는 채권자대위권과 채권자취소권에 관하여 규정하고 있다.

채권자대위권은 채권자가 “자기의 채권을 보전하기 위하여 채무자의 권리를 행사”하는 것이며, 채권자취소권은 “채무자가 재산을 목적으로 한 법률행위를 취소하고(하거나) 그 원상회복을 법원에 청구하는 것이다. 가령 자신의 채무자가 제3자에게 갖는 권리가 소멸시효에 걸려 소멸할 상태에 이른 경우 채권자가 일정한 요건에서 그 시효의 진행을 중단시키기 위하여 채권을 행사하고 이로써 채무자의 일반재산의 상태를 유지 또는 개선시키는 제도가 채권자대위권 제도이다. 채권자대위권은 이처럼 채무자의 책임재산 상태 유지 내지 강제집행의 준비를 목적으로 하며 최근 널리 특정채권의 확보 (전전매매의 경우)를 위해서도 기능한다(강제집행을 위하여 채무명의를 필요로 하는 반면, 대위권의 행사는 이를 필요로 하지 않으며 또한 그 대위행사의 객체가 반드시 채권 이외에 취소권, 해제권 등의 권리에 대한 대위도 가능할 뿐만 아니라 시효 중단과 같은 보존행위의 조치도 가능하다는 점에서 강제집행절차 이외에 채무자 책임재산 유지의 필요가 인정된다).

한편 채권자취소권은 채무자의 일반재산이 채무자의 법률행위에 의하여 감소되어 채무의 이행을 어렵게 만드는 경우 일정한 요건에서 채무자의 법률행위 자체를 취소하고 채무자로부터 벗어나게 되었던 재산을 다시 그 채무자에게로 회복케 하는 제도로서, 가령 채무자가 자신의 금전채무의 불이행에 따라 채권자에 의해 행해질 강제집행 등을 회피할 목적으로 타인에게 재산을 미리 이전시켜 버린 경우 그 재산을 채무자에게 회복시킴으로써 채권자에 의한 강제집행을 가능하게 하려는 경우를 목적으로 한다.

2. 채권자대위권

민법 제404조 제1항에서 “채권자는 자기의 채권을 保全하기 위하여 채무자의 권리를 행사할 수 있다. 그러나 일신에 전속한 권리는 그러하지 아니하다.”, 제2항에서는 “채권자는 그 채권의 기한이 도래하기 전에는 법원의 허가 없이 전항의 권리를 행사하지 못한다. 그러나 보전행위는 그러하지 아니하다.”고 규정하고 있다.

위와 같은 채권자대위권은 가령 A가 B에 대한 금전채권 실현을 위하여 C의 B에 대한 금전지급채무의 이행을 위한 소를 제기하는 경우와 같이 채권자가 자기 채권을 보전하기 위하여 채무자의 권리를 대신하여 행사하는 권능이다. 한편으로는 채권자의 권리행사의 측면과 더불어 다른 한편 채권자 이름으로 채무자의 재산을 관리하면서 그 효과가 채무자에게 귀속하는 특징을 갖고 있다(이 점에서 대리와 구별되는 점. 다

만 채무자의 권리 보존을 넘어서 변제수령 등 처분행위까지도 가능할 수 있다)

현행 민법전의 규정 해석상 채권자대위권은 크게 ① 채권자의 보전할 채권의 존재, ② 채권자에 의하여 대위행사할 수 있는 채무자의 권리, ③ 채권자의 채권보전의 필요성, ④ 채권자의 채권이 이행기에 있을 것, 끝으로 ⑤ 채무자가 자신의 권리를 행사하지 않고 있을 것을 요건으로 하고 있다.

[채권의 보전필요성] 통설과 주류적 판례에 의하면, 채권자대위권의 행사요건으로서 채권의 보전필요성은 채무자의 무자력 요건, 다시 말해 총채권자의 공동담보인 채무자의 책임재산이 부족하게 될 염려가 있을 경우에 인정된다. 다만 일정한 경우 무자력 요건이 완화되고 있다. 무엇보다 금전채권 이외의 특정채권의 보전을 위한 채권자대위권 전용의 경우로서 피보전채권이 비금전채권인 경우에 채무자의 무자력 요건과 관계없이 채무자의 제3채무자에 대한 채권에 대한 대위행사를 인정한다. 대표적으로 ① 채무자의 특정 부동산에 대한 등기청구권, ② 소유자인 임대인의 방해배제청구권을 임차인이 대위행사하는 경우이다.

3. 채권자취소권

민법 제406조가 규정한 채권자취소권은 채권자대위권과 마찬가지로 채권자에게 채무자의 책임재산을 보전할 수 있도록 부여된 권능이다. 따라서 채권자가 채무자가 자율적으로 형성한 거래관계에 개입하게 된다는 난점이 있는바, 이에 관한 법적 규율의 관점은 동일하다. 더욱이 채권자대위권은 제3 채무자가 채무자에게 마땅히 이행하여야 할 의무를 채무자가 제3 채무자에게 그 이행을 요구하지 않는 경우에 행사할 수 있는 것이므로 거래생활의 간섭이 두드러지지 않으나, 채권자취소권의 경우에는 채무자가 형성한 거래를 소급적으로 효력을 소멸시키는 점에서 채무자와 거래한 제3자에게 불이익을 초래할 여지가 적지 않다. 그러므로 현행 민법은 거래의 안정을 위해 그 요건과 효과, 그리고 그 행사 등에서 제한을 두고 있다.

우리 민법상 채권자취소권에 관한 해석상 법리구성은 다양하고 복잡하게 전개되고 있으나, 이하에서는 판례와 통설을 중심으로 서술하며, 관계된 주요 논점은 간략하게 학습과제로 제시한다. 채권자취소권은 통정허위표시, 파산법상의 부인제도와도 긴밀한 관련을 갖는다.

[예시상황] A는 B에 대하여 500만원의 대여금반환채권을 가지고 있다. 그런데 반환기일이 되어 B는 그 채무를 이행하지 않으면서 오히려 채무를 면탈(免脫)할 목적으로 자신의 유일한 재산인 시가 600만원 상당의 임야를 C에게 300만원에 매도하고 C는 이를 다시 D에게 600만원에 매도하여 각각 이전등기를 마쳤다. 채권자 A가 이 경우 B의 재산이었던 임야로부터 채권의 변제를 받을 수 있기 위해서는 어떠한 방법이 있으며 누구를 상대로 무슨 주장을 할 수 있는가 ?

채권자취소권은 ① 채권자의 피보전채권, ② 채무자의 재산을 목적으로 하는 법률 행위, ③ 채권자를 해하는 행위, ④ 채무자가 채권자를 해한다는 사실을 알고 행위할 것, ⑤ 채무자와 직접적으로 법률행위를 한 자(수익자) 또는 그 자와 재차 행해진 법률행위를 한 자(전득자)가 채권자를 해한다는 사실을 알고 있을 것을 요건으로 한다.

채권자취소권 행사의 효과는 총채권자의 공동담보로 기능한다는 점에서 모든 채권자들을 위한 관계에서 채무자의 책임재산의 보전이다. 취소에 따른 원상회복은 원물반환을 원칙으로 하며, 원물반환이 불능이거나 형평에 반하는 경우 가액반환이 허용된다.