

채권침해에 의한 불법행위의 성립*

Die Deliktshaftung wegen der Forderungsverletzung durch Dritte

허 명 국**
Heo, Myeong-Guk

목 차

- I. 들어가며
- II. 채권침해의 개념 및 체계적 지위
- III. 채권침해에 의한 불법행위의 성립
- IV. 채권침해의 유형적 검토
- V. 마치며

국문초록

제3자의 채권침해에 관한 논의는 상대권의 침해를 통하여 불법행위가 성립할 수 있는가에 대한 논의로서 소위 채권의 대외적 효력의 문제가 아니라 불법행위의 특수한 유형으로서 바라보아야 한다. 그리고 채무불이행은 채무자에 의한 채권침해가 아니라 채무자의 채권관계상의 의무의 불이행으로서 불법행위와는 구별되는 것이므로 채권침해와 구별하여야 할 것이다.

특정의 채무자에 대해서만 급부의 이행을 요구할 수 있는 채권은 상대권으

논문접수일 : 2011. 12. 29

심사완료일 : 2012. 01. 21

게재확정일 : 2012. 01. 25

* 이 논문은 2010년도 한림대학교 연구지원비에 의하여 연구되었음.

** 법학박사·한림대학교 법행정학부 조교수

로서 그것이 제3자에 의하여 침해되는 경우 절대권의 침해의 경우와는 달리 엄격한 요건하에서만 불법행위의 성립을 인정하여야 할 것이다. 불법행위의 성립요건 중 채권침해의 경우에 특별히 문제되는 것은 침해행위의 위법성과 손해의 발생이다. 채권은 상대권으로서 그 침해결과로부터 위법성이 도출될 수 없으므로 그 침해행위의 태양을 살펴보아야 하며 채권시장에서는 자유경쟁이 허용되므로 그 침해행위가 허용되는 자유경쟁의 한계를 넘고 있는지에 대한 면밀한 검토가 필요하다.

재산권으로서의 채권은 채무자의 급부행위에 의존하여 이행이익을 누릴 수 있는 지위라고 파악된다. 그런데 이러한 지위는 채무자의 급부행위에 의존할 수밖에 없고 결국 유동적인 채무자의 재산상태 등 외부요인에 의해서 그 가치가 좌우될 수밖에 없는 한계를 가지고 있다. 따라서 채권침해가 있는 경우에 바로 채권자에게 손해가 있다고 해서 안 될 것이고 채권자의 이행이익에 대한 불이익한 변화의 발생여부에 대한 면밀한 검토가 필요하다고 생각된다. 특히나 채무자의 책임재산을 감소케 하는 경우에 책임재산 변동의 위험은 채권자가 부담하는 것이 원칙이므로 채무자의 책임재산이 종국적으로 감소하여 회복할 가능성이 없는 경우에만 손해의 발생을 인정해야 할 것이다.

주제어 : 제3자의 채권침해, 불법행위, 위법성, 이행이익, 손해의 발생

1. 들어가며

채권침해라 함은 채권의 목적의 실현이 방해되는 것을 말하고 그 침해자가 누구인가에 따라서 채무자에 의한 채권침해와 제3자에 의한 채권침해로 나눌 수 있다고 설명하는 것이 일반적인 태도이다.¹⁾ 이 중 채무자에 의한 채권침해는 채무불이행으로 따로 다루어지고 보통 채권침해라 함은 제3자에 의한 채권침해를 가리키고 채권침해에 의하여 불법행위가 성립할 수 있는지 그리

1) 대표적으로 권윤직, 「채권총론」, 박영사, 2009, 68면; 김상용, 「채권총론」, 화산미디어, 2009, 85면; 송덕수, 「신민법강의」, 박영사, 2011, 931면.

고 채권의 효력으로서 그러한 방해의 배제를 청구할 수 있는지에 관하여 논의하고 있다.²⁾ 채권침해를 둘러싼 이러한 논의는 소위 채권의 대외적 효력의 부분에서 이루어지고 있다.

이러한 기존의 논의방향은 몇 가지 점에서 문제가 있다고 생각된다. 우선 채권침해를 채무자에 의한 채권침해와 제3자에 의한 채권침해로 나누고 채무자에 의한 채권침해는 채무불이행책임을 발생시키고 제3자에 의한 채권침해는 불법행위책임을 발생시킨다고 설명하나 과연 채무불이행을 채권자의 채권이 침해되었다는 시각에서 바라보아야 하는지 의문이다. 오히려 채무자가 채권관계에서 발생하는 의무를 위반(Pflichtverletzung)하였다는 점이 채무불이행의 핵심요소라고 보아야 할 것이다. 따라서 채무자에 의한 채권침해와 제3자에 의한 채권침해를 대별시켜 설명하는 태도는 바람직하지 못하다고 생각된다.

다음으로 채권의 효력을 채권자와 채무자 사이에서 인정되는 효력인 대내적 효력과 제3자에 대한 관계에서 인정되는 대외적 효력으로 나누고 제3자에 의한 채권침해의 경우에 제3자가 채권자에 대하여 불법행위책임을 부담하는 것은 채권의 대외적 효력 때문이라는 설명방법의 문제이다. 채권의 효력이라는 것은 채권관계를 통하여 채권자가 누릴 수 있는 이익을 보호하기 위하여 주어진 힘이라고 이해된다.³⁾ 그런데 제3자가 채권을 침해하는 경우에는 민법 제750조에 의하여 불법행위책임을 발생하게 되는 것이지 채권자가 자신에게 주어진 힘을 이용하여 손해배상책임을 발생하도록 할 수 있는 것이 아니다. 따라서 채권침해의 경우에 불법행위책임을 발생하는 것을 채권의 대외적 효력으로 설명하는 것은 받아들이기 어렵다.

마지막으로 채권침해를 통한 불법행위의 구체적인 성립요건과 그 효과를 정확하게 밝히지 않고 널리 채권침해를 이유로 한 불법행위의 성립을 인정하고 있는 태도에 대해서도 비판하지 않을 수 없다. 이러한 여러 가지 문제점에 대하여 이하의 II에서는 채권침해의 개념 및 체계적 지위에 대하여 자세히 살펴보고 III에서는 채권침해에 의한 불법행위의 성립요건에 대하여 검토하기

2) 박윤직, 전거서, 68면 이하; 김상용, 전거서, 85면. 이 글에서는 채권침해로 인한 불법행위의 성립여부에 관한 논의만을 대상으로 하며 방해배제청구권에 관한 논의는 제외하기로 한다.

3) 김형배, 「채권총론」, 박영사, 1993, 113면; 송덕수, 전거서, 921면.

로 한다. 그리고 마지막으로 IV에서는 채권침행의 유형을 최근의 판례의 태도를 중심으로 검토하고 V에서 결론을 내려보기로 한다.

II. 채권침해의 개념 및 체계적 지위

1. 채권침해의 개념

채권침해라 함은 채권의 목적의 실현이 방해되는 것을 말하고 그 침해자가 채무자인 경우에는 채무불이행책임이 발생하고 제3자인 경우에는 불법행위책임이 발생한다고 설명하는 것이 일반적이다.⁴⁾ 즉 채무불이행을 채권침해의 일종으로 파악하고 있다.

그러나 이러한 설명은 타당하지 못하다. 채무불이행이라는 개념의 사전적 의미에서 알 수 있듯이 채무자가 책임을 지는 것은 자신이 해야하는 바 채무를 이행하지 않았기 때문이지 채권자의 채권을 침해하였기 때문이 아니다. 채권관계를 통하여 채무자는 급부의무 외에도 다른 의무를 부담한다고 하는 점에 관하여는 이설이 없다.⁵⁾ 그런데 급부의무 이외의 의무 중 특히나 채무자가 채권자의 신체나 재산 또는 종래의 법익에 대하여 해를 끼치지 않도록 주의를 다하여야 할 의무, 소위 보호의무를 위반하는 경우에도 채무불이행이 성립하게 되는데 채무불이행을 채권침해로 이해하는 경우에는 이를 설명할 수 없게 된다. 왜냐하면 보호의무는 급부의무와는 달리 채권자에게 이행을 강제할 수 있는 권리가 주어지지 않기 때문이다. 채권자는 자신의 이행이익(Erfüllungsinteresse)을 확보하기 위하여 채무자의 급부의무의 이행을 청구할 수 있는 채권을 가지고 있을 뿐이지 채권자의 완전성 이익(Integritätsinteresse)을 보호하기 위한 보호의무의 이행을 청구할 수 있는 권리는 가지고 있지 못하다. 따라서 소위 보호의무의

4) 대표적으로 곽윤직, 전계서, 68면.

5) 급부의무 이외의 의무를 가리키는 명칭으로 기본채무 이외의 용태의무, 부수적 주의의무, 부수의무, 보호의무 등이 사용되고 있으나 채권관계로부터 채무자에게 급부의무 외에 다른 의무가 발생한다는 점에 대해서는 이견이 없다.

위반이 있는 경우에는 채무불이행은 있지만 채권의 침해는 존재하지 않게 된다.

채무불이행의 요건으로서 위법성이 필요하다는 것이 일반적인 견해이다.⁶⁾ 그런데 채무불이행의 위법성은 채무자가 해야 하는 바를 이행하지 않았다는 점, 즉 채권관계에서 발생하는 의무를 위반하였다는 점에서 찾을 수 있으므로 이러한 의무위반을 정당화하는 사유가 존재하지 않는 한 위법성이 확정된다고 한다.⁷⁾ 채무불이행의 본질을 채권침해로 이해하는 경우에는 채무불이행의 위법성 판단의 근거도 채권의 침해에서 찾아야 할 것이다. 그러나 채무불이행을 채무자에 의한 채권침해라고 설명하는 견해는 모두 채무불이행의 위법성을 채권관계상의 의무의 위반에서 찾고 있다.

채무불이행을 채무자에 의한 채권침해가 아니라 채무자의 채권관계상의 의무위반으로 보는 것은 채무불이행과 불법행위의 구별과도 관련되어 있다. 채무자가 채무를 불이행하는 경우에는 위법하게 타인에게 손해를 가하게 된다. 이에 대하여 채무자에게 귀책사유가 존재한다면 불법행위의 성립요건 역시 충족되는가? 즉 채무불이행은 원칙적으로 불법행위에 해당하는가? 이에 대하여 논하고 있는 국내의 문헌은 많지 않으나 민법이 채무불이행과 불법행위를 별도로 규정하고 있는 점, 하나의 사실관계가 채무불이행의 요건과 불법행위의 요건을 모두 충족시키는 경우에 양 책임의 관계에 관하여 논의하고 있는 점을 볼 때 양 제도의 본질을 다른 것으로 보고 있는 것은 분명하다.⁸⁾ 추측건대 채무불이행의 경우에는 채권관계에 있는 당사자만이 부담하고 있는 의무를 불이행하여 상대방에게 생긴 손해를 배상케 하여 채권관계의 당사자 간의 이해관계를 조절하려는 제도임에 반해서 불법행위는 일반인 사이에서 위법한 방법으로 타인의 완전성이익을 침해하는 자에게 손해를 배상케 하는 제도라는 점에서 양자의 본질을 구별하고 있는 듯하다.⁹⁾ 그런데 채무불이행을 채무자에 의한 채권의 침해로 이해하게 되면 재산권으로서 채권자에게 귀속되어 있는 채권을 침해하여 채권자의 완전성이익을 침해하는 것처럼 오해될

6) 박윤직, 전계서, 78면; 김상용, 전계서, 99면.

7) 박윤직, 전계서, 78면; 김상용, 전계서, 99면.

8) 이은영, 「채권총론」, 박영사, 1999, 64면.

9) 이은영, 전계서, 64면 참조.

수 있고 이에 기초하여 채무불이행과 불법행위의 본질을 같은 것으로 오해하게 될 가능성이 커지게 된다는 점에서 문제가 있다고 생각된다.

이상의 논의에서 채무불이행은 채권침해와 본질적으로 다르다는 점이 분명해진다. 그리고 채무자가 채권관계에서 발생하는 의무를 위반함이 없이 채권자의 채권을 침해하는 경우가 존재할 수 있는지 의문이다. 따라서 채권침해를 채무자에 의한 것과 채무자가 아닌 제3자에 의한 것으로 나누어 전자는 채무불이행책임을 발생시키고 후자는 불법행위책임을 발생시킨다고 설명하는 것은 지양해야 할 것이라고 생각된다.¹⁰⁾

2. 채권침해의 체계적 지위

채권의 효력을 정의하고 있는 문헌은 많지 않으나 일부는 채권의 효력이란 채권의 내용을 실현하게 하기 위하여 채권에 대하여 법이 인정하는 힘이라고 한다.¹¹⁾ 그리고 채권의 효력은 채권관계의 당사자인 채권자와 채무자 간의 관계에서 인정되는 대내적 효력과 채권관계의 당사자와 제3자 사이에서 인정되는 대외적 효력으로 나눌 수 있고 제3자의 채권침해의 경우에는 채권의 대외적 효력에 의해서 불법행위가 성립하게 된다고 설명한다.¹²⁾

이러한 견해에 반하여 채권침해의 경우에 불법행위가 성립하는 것은 채권의 효력으로서 이해해서는 안 되며 오히려 재산으로서 채권자에게 귀속되어 있는 채권은 법질서에 의하여 보호되어야 할 법익이며 이와 같은 법률상 보호할 가치있는 이익을 위법한 침해로부터 보호하기 위해 불법행위책임을 인정하고 있는 것이라고 이해해야 한다는 주장도 있다.¹³⁾

10) 같은 견해: 이은영, 전계서, 65면.

11) 김형배, 전계서 113면; 송덕수, 전계서, 921면.

12) 박윤직, 전계서, 60면; 송덕수, 전계서, 921면.

13) 대표적으로 김형배, “제3자에 의한 채권침해”, 『법학논집』 제22집, 고려대학교출판부, 1984. 12., 133면 이하; 김상용, “제3자에 의한 채권침해”, 『고시연구』 21권 6호, 고시연구사, 1994. 6., 136-7면; 어인의, “제3자에 의한 채권침해”, 『한국민사법학의 현대적 전개(배경숙교수화갑기념논문집)』, 박영사, 1991. 2., 544면; 이재진, “제3자에 의한 채권침해”, 『법학논총』 제1집, 조선대학교 법학연구소, 1995. 6., 361면.

생각건대 채권의 효력을 채권의 내용을 실현하기 위하여 법이 채권에 대하여 인정하는 힘이라고 정의하면서 제3자에 의한 채권침해가 채권의 대외적 효력에 의해서 불법행위가 된다는 설명은 적절하지 못하다. 채권침해가 불법행위가 되는 것은 불법행위의 성립요건을 갖추었기 때문이지 채권자에게 채권침해를 불법행위로 만들 '힘'이 주어져 있기 때문이 아니다. 또한 채권의 효력은 채권의 목적인 급부의 온전한 이행을 통하여 채무자가 소위 이행이익을 얻을 수 있도록 인정한 힘을 말하는 것으로 이해하는 것이 타당할 것이다. 그런데 채권침해에 의한 불법행위의 경우에는 재산권으로서의 채권이 침해되어 채권자에게 귀속되어 있던 일반적 재산권인 채권의 완전성이 침해됨으로 인한 손해의 전보를 그 목적으로 하는 것으로 이해하는 것이 타당할 것이다. 따라서 채권침해는 채권의 효력으로서가 아니라 불법행위의 한 유형으로서의 체계적 위치를 가지는 것으로 설명하는 것이 타당하다.¹⁴⁾

III. 채권침해에 의한 불법행위의 성립

1. 소위 채권침해에 의한 불법행위 성립의 근거에 관하여

채권이 침해된 경우에 불법행위책임이 발생할 수도 있다는 점에 관하여는 견해가 일치하나 그 근거에 관하여는 견해가 대립하고 있다고 설명하는 것이 일반적이다.¹⁵⁾ 채권침해에 의한 불법행위의 성립근거에 관한 학설로서 설명되는 것은 다음과 같다. 첫째, 모든 권리는 누구든지 이를 침해하여서는 아니 된다는 일반적 성질을 가지고 있는데 채권도 이와 같은 대세적 불가침성이 있는 권리이므로 채권침해의 경우에 불법행위가 성립한다고 한다.¹⁶⁾ 둘째, 상대방인 채권은 원칙적으로 제3자에 의해서 침해될 수 없는데 예외적으로 채권

14) 제3자에 의한 채권침해를 논하는 것은 결국 쉽게 인식되지 못하는 채권이라는 재산권이 침해되어 손해가 발생한 경우에도 불법행위가 성립한다는 점을 분명히 하는 점에 그 의의가 있다고 보아야 할 것이다.

15) 박윤직, 전계서, 69면 이하; 송덕수, 전계서, 931면.

16) 김기선, 「한국채권법총론」, 법문사, 1987, 169면; 현승중, 「채권총론」, 일신사, 1982, 97면.

의 성질상 제3자에 의해서도 침해될 수 있으며 이 경우 어느 정도의 보호를 줄 것인지는 입법정책상의 문제인데 법률에 특별한 규정을 두고 있지 않으므로 불법행위의 요건을 갖춘 경우에는 불법행위가 성립한다고 설명한다.¹⁷⁾

그런데 여기서 불법행위의 '성립근거'가 의미하는 바가 무엇인지 불분명하다. 불법행위를 논하는 어떤 문헌에서도 특정한 경우에 불법행위의 성립근거를 논하지 않고 있고 우리 민법도 요건·효과구조에 따라서 고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다고 규정하여 불법행위의 요건이 갖추어지면 그 효과로서 손해배상책임이 발생함을 규정하고 있을 뿐이어서 불법행위의 성립근거를 논할 필요성을 찾을 수 없다. 그리고 불법행위의 성립근거로서 논의되는 내용도 결국 상대권인 채권이 제3자에 의해서 침해될 수 있는지 여부에 관한 것과 그러한 침해가 위법한 것인지의 여부에 집중되어 있다. 논의의 내용이 이러한 방향으로 전개된 것은 불법행위의 성립을 위하여 권리침해를 요구하던 의용민법 제709조의 영향을 받은 것이라고 한다.¹⁸⁾ 그러나 현행 민법 제750조는 불법행위의 성립을 위하여 더 이상 권리침해를 요하지 않고 행위의 위법성만을 요하고 있다. 따라서 채권침해에 의한 불법행위의 성립근거에 관한 논의내용 중 채권이 제3자에 의해서 침해될 수 있는지 여부에 관한 것은 이제는 불필요한 것이라고 할 것이고 채권침해 행위가 위법한 것인지에 관한 것만 그 의미가 있다고 할 것이다. 이렇게 본다면 결국 불법행위의 성립의 근거로서 위법성에 관하여 논하고 있는 것이어서 이는 부당하며 채권침해로 인한 불법행위의 성립요건으로서 위법성을 어떻게 인정할 수 있는가에 관한 논의로 이해하는 것이 타당하다고 생각된다.¹⁹⁾

2. 채권침해에 의한 불법행위의 성립요건

17) 박윤직, 전계서, 70면.

18) 송덕수, 전계서, 931면; 윤진수, "제3자의 채권침해와 부동산의 이중양도", 「사법논집」 제16집, 법원행정처, 1985. 12., 104면 이하.

19) 같은 견해: 이은영, 전계서, 64면 각주1); 서광민, "제3자에 의한 채권침해, 현대민법의 과제와 전망"(남송 한봉희교수화갑기념논문집), 밀알출판사, 1994. 6., 1011면 이하.

(1) 채권침해의 위법성

위에서 살펴본 바와 같이 우리 민법 제750조는 불법행위의 성립을 위하여 권리침해를 요구하지 않고 가해행위의 위법성만을 요하고 있다. 이러한 민법의 태도는 어떠한 권리 또는 법익이 침해되었는가는 묻지 않고 위법한 행위를 통하여 타인에게 손해가 발생한 경우에는 그 손해를 배상하도록 하겠다는 것으로 이해된다. 따라서 채권이 침해되는 경우에 불법행위가 성립하는가에 관한 논의는 침해행위의 위법성 여부로 집중될 수밖에 없다.²⁰⁾

채권침해의 위법성을 판단함에 있어서는 채권은 상대권이라는 점과 채권을 둘러싼 자유경쟁의 원칙을 주의하여야 할 것이다.²¹⁾ 일반적으로 권리를 분류할 때 의무자의 범위를 표준으로 하여 특정의 상대방이 없고 일반인을 의무자로 하여 모든 사람에게 주장할 수 있는 권리를 절대권이라 하고 특정인을 의무자로 하여 그 자에 대해서만 주장할 수 있는 권리를 상대권이라고 한다.²²⁾ 채권이 상대권이라는 점에 대하여는 큰 의문은 없다.²³⁾ 절대권을 침해하는 행위의 위법성은 절대권의 침해결과로부터 추단되며 특별한 위법성조각 사유가 없으면 위법한 것으로 확정된다고 설명한다.²⁴⁾ 그러나 특정인만을 의무자로 파악하는 상대권을 제3자가 침해한 경우에는 그 침해의 결과로부터 위법성이 도출될 수는 없을 것이다.²⁵⁾ 위법성이란 침해행위에 대한 사회의 부

20) 박윤직, 전거서, 72면; 송덕수, 전거서, 935면에서 “채권침해에 의한 불법행위의 성립에 있어서 특히 주의할 것은 고의 또는 과실과 위법성에 관하여서이다”라고 하는 것도 같은 의미로 이해된다. 이은영, “제3자의 채권침해와 경쟁질서”, 「채권법에 있어서의 자유와 책임 (김형배교수화갑기념논문집)」, 1994. 10., 347면.

21) 서광민, 전거논문, 1013면.

22) 대표적으로 박윤직, 전거서, 14면.

23) 채권의 상대성의 의미 및 그 제한가능성에 관하여는 김상중, “채권관계의 상대성원칙과 제3자의 재산상 손해”, 「재산법연구」 제20권 제1호, 2003. 8., 한국재산법학회, 15면 이하 참조. 이에 따르면 채권관계는 원칙적으로 당사자 간에만 효력을 미치는 상대적 관계이나 분업화된 사회 속에서 채권관계가 연속 또는 중첩되어 채권관계가 사회적 의미를 갖는 경우에는 채권관계의 상대성을 제한하거나 부인하여야 할 필요가 있다고 한다.

24) 박윤직, 「채권각론」, 박영사, 1994, 653면; 김상용, 「채권각론」, 화산미디어, 2009, 632면.

25) 서광민, 전거논문, 1014면; 박영규, “‘제3자의 채권침해’이론 비판”, 「법률행정논집」 제13호, 서울시립대학교 법률행정연구소, 2006. 2., 58면은 제3자는 채권을 침해할 수도 없을 뿐만 아니라 제3자가 채권자의 이익을 침해하였다고 해서 손해배상책임을 묻는 것은 채권의 성질과 조화될 수 없는 반법질서적이고 반사회질서적인 요구라고 강하게 비판한다.

정적 가치판단을 의미하는 것인데 상대권의 경우에는 의무를 부담하고 있지 않은 제3자가 이를 침해하였다는 결과로부터 그 행위의 부정적 가치판단을 바로 이끌어 낼 수는 없기 때문이다.²⁶⁾ 절대권을 침해하는 경우에는 그 손실이 사회전체적인 관점에서 파악할 때도 손실로서 남기 때문에(예컨대, 타인의 소유물을 멸실시킨 경우에는 그 소유물만큼 사회전체의 재산이 감소하게 된다) 타인의 절대권을 침해하는 것은 사회 전체적으로도 바람직하지 못한 것으로서 부정적인 가치판단을 할 수 있다.²⁷⁾ 이에 반하여 채권이 침해되는 경우에는 항상 사회전체적인 부가 감소하는 것이 아니고 경우에 따라서는 그러한 행위가 사회전체적인 부의 증대에 기여할 수도 있으므로 채권침해의 결과로서 침해행위의 위법성을 도출하기 어렵다.²⁸⁾

채권이라는 것은 지배권이 아니라 채무자의 이행에 의해 좌우되는 불안정한 재산적 지위일뿐만 아니라 재산적 가치가 있는 대상에 대하여 아직 지배권을 취득하지 아니한 자들은 그 대상을 둘러싸고 자유경쟁이 허용되고 한 사람이 채권을 취득하였다는 것만으로는 이러한 자유경쟁을 막을 수 없다고 할 것이다.²⁹⁾ 만약 제3자의 채권침해 행위의 위법성을 널리 인정한다면 거래에 임하는 사람들은 자신이 취득하려고 하는 재화에 대하여 이미 타인이 채권관계를 형성하고 있는지 항상 확인하여야 할 것이고 이는 사회전체적으로 거래를 위축시키게 될 것이다.³⁰⁾ 하지만 다른 한 편으로는 계약을 통하여 확보되어 채권자가 정당하게 그 이행을 기대할 수 있는 채권을 제3자의 경쟁으로부터 보호하는 것이 거래질서의 안정에 기여하게 되어 결국 거래의 활성화에 기여할 수 있다는 점도 간과하여서는 아니 될 것이다.³¹⁾

이상의 논의를 종합해 보면 다음과 같다. 우리 민법은 불법행위 성립을 위하여 권리침해를 요구하지 않고 행위의 위법성만을 요구하고 있으므로 채권

26) 서광민, 전계논문, 1013면; 이은영, 전계논문, 347면.

27) Hein Kötz/Gehard Wagner, *Deliktsrecht*, 10. Aufl., S. 42.

28) A.a.o., S. 42 f.

29) 이은영, 전계논문, 347면; 김동훈, "제3자의 채권침해와 불법행위의 성립", 「정보와 법 연구」 제4호, 정보와 법 연구소, 2002. 2., 137면.

30) 이은영, 전계논문, 374-8면.

31) 김동훈, 전계논문, 140면.

침해로 인하여 불법행위가 성립하는지 여부를 검토함에 있어서도 위법성의 요건이 중심이 된다. 그런데 채권은 상대권이므로 절대권의 침해와는 달리 채권침해의 결과만으로 행위의 위법성을 도출할 수는 없게 된다. 결국 침해행위의 행태로부터 위법성을 도출하여야 하는데 채권을 둘러싼 시장에서는 자유경쟁이 허용되므로 이미 채권을 취득한 자와 다투는 것 자체를 위법하다고 평가할 수는 없으며 결국 그 행위의 태양이 자유경쟁의 한계를 넘어서는 부당한 경쟁행위이거나 사기나 강박 등의 위법한 수단을 사용하는 경우에 한하여 채권침해 행위의 위법성을 인정할 수 있다고 할 것이다. 우리 대법원도 “제3자에 의한 채권침해가 불법행위를 구성할 수는 있으나 제3자의 채권침해가 반드시 언제나 불법행위가 되는 것은 아니고 채권침해의 태양에 따라 그 성립 여부를 구체적으로 검토하여 정하여야 하는바, 독립한 경제주체간의 경쟁적 계약관계에 있어서는 단순히 제3자가 채무자와 채권자간의 계약내용을 알면서 채무자와 채권자간에 체결된 계약에 위반되는 내용의 계약을 체결한 것만으로는 제3자의 고의·과실 및 위법성을 인정하기에 부족하고, 제3자가 채무자와 적극 공모하였다거나 또는 제3자가 기망·협박 등 사회상규에 반하는 수단을 사용하거나 채권자를 해할 의사로 채무자와 계약을 체결하였다는 등의 특별한 사정이 있는 경우에 한하여 제3자의 고의·과실 및 위법성을 인정하여야 한다”고 하여 이러한 태도를 따르고 있는 것으로 이해된다.³²⁾

(2) 고의 또는 과실

불법행위가 성립하기 위해서는 주관적 요건으로서 가해자의 고의 또는 과실을 요한다. 채권침해의 경우에 고의가 인정되기 위해서는 가해자가 채권의 존재를 알았다는 것만으로는 부족하고 채권침해를 적극적으로 의욕했어야 한다고 한다.³³⁾ 과실이란 가해자가 사회생활상 요구되는 주의의무를 게을리 하여 타인의 채권을 침해한다는 사실을 인식하지 못하는 것을 말하는데 현재 타인의 채권을 침해하지 아니할 주의의무를 부과하는 경우는 드물고 특히 채

32) 대법원 2001. 5. 8. 선고 99다38699 판결.

33) 송덕수, 전게서, 935면; 이은영, 전게서, 67면. 이에 반하여 박윤직, 전게서, 72면은 가해자가 침해되는 채권의 존재를 알고 있으면 고의가 인정된다고 한다.

권은 일반적으로 공시방법이 없으므로 제3자가 채권의 존재를 인식할 수도 없어 채권침해가 일어난 경우 과실이 있다고 할 수 없는 것이 보통의 경우라고 한다.³⁴⁾ 결국 채권침해에 의한 불법행위의 성립은 고의에 의한 채권침해에 한정된다고 한다.³⁵⁾

(3) 손해의 발생

채권침해로 인한 불법행위가 성립하기 위해서는 채권자에게 손해가 발생하여야 한다. 일부 견해는 채권이 침해되었다는 것은 필연적으로 손해가 발생할 것을 의미하므로 채권침해의 사실만 입증하면 족하다고 한다.³⁶⁾ 그러나 이러한 견해에는 동의할 수 없다. 오히려 채권침해로 인한 불법행위의 경우에도 채권자가 적극적으로 손해를 주장하고 이를 입증하여야 할 것이다. 모든 채권은 그 재산적 가치가 확정적인 것이 아니고 채무자의 이행을 통하여 그 가치가 현실화되어야 한다. 따라서 제3자에 의한 채권의 현실화에 대한 방해가 있는 경우에도 바로 채권자의 손해를 인정할 것이 아니라 이행이익의 현실화가 종국적으로 방해된 경우에만 손해를 인정하여야 할 것이다. 예컨대 제3자에 의하여 채무자의 책임재산이 감소된 경우에도 본래 책임재산은 변동하는 것이고 그 위험은 채권자가 감수하여야 하는 것이므로 그 책임재산이 제3자의 행위에 의해서 종국적으로 감소되어 회복할 수 없는 정도에 이르러야 채권자에게 손해가 있다고 하여야 할 것이다.³⁷⁾ 또한 계약의 성격상 투기적 성질의 채권인 경우에는 어떤 이익이 채권자에게 보장되어야 하고 따라서 어떠한 손해가 발생하였는지를 확정하는 것이 어려운 경우도 있을 수 있다.³⁸⁾ 채권침해로 인한 손해를 산정함에 있어서 한 가지 더 고려할 것은 채권의 재산적 가치

34) 박윤직, 전게서, 72면; 송덕수, 전게서, 935면; 이은영, 전게서, 67면.

35) 박윤직, 전게서, 73면.

36) 이은영, 전계논문, 359면.

37) 대법원 2009. 11. 26. 선고 2008다24494 판결은 채무자의 형이 채무자와 짜고 채무자 소유의 집과 채무자 점포의 일체의 시설을 허위로 양수받아 덩핑처분한 경우에 채무자의 형은 채권자에 대하여 책임재산 감소행위에 대하여 불법행위 책임을 진다고 보았다. 이러한 경우처럼 채무자의 책임재산이 종국적으로 감소한 경우에만 채권자의 손해를 인정하여야 할 것이다.

38) 김동훈, 전계논문, 139면.

는 여러 가지 외부의 조건에 의존하는 정도가 강하다는 점이다. 이와 같이 채권이 가지고 있는 재산적 가치의 불확실성이라는 위험은 제3자가 채권을 침해하는 경우에도 제3자에게 전가되어서는 안 될 것이다. 이런 점에서 채무자와 제3자가 공동으로 채권을 침해한 경우에 채무자가 채무불이행책임을 부담하지만 채무자의 자력이 충분하지 못한 때에는 별로 의미가 없으므로 제3자의 불법행위 책임을 인정해야 한다는 견해³⁹⁾는 타당하지 못하다.⁴⁰⁾

채권자는 채무자의 급부행위를 매개하여서 재산상의 이익을 누리는 것이다. 이러한 채권자의 이익을 이행이익(Erfüllungsinteresse)이라 한다. 그렇다면 제3자의 채권침해로 인하여 불법행위가 성립하기 위하여 요구되는 손해는 채권자의 이행이익에 대한 침해에 한정된다고 할 것이다. 이렇게 해석하여야만 채권침해에 의한 불법행위의 성립이라는 불법행위의 유형을 논하는 실익이 있게 된다. 따라서 제3자의 행위에 의하여 채권자의 급부이익이 아닌 다른 이익에 손해가 발생한 경우에는 채권이라는 재산권 침해에 의한 불법행위가 아니라 일반적인 불법행위가 성립하는지 여부를 검토하여야 할 것이다. 예컨대 학교와 통학버스의 운영을 위한 계약을 맺은 운송업자는 학교와 통학버스 운영을 위한 계약없이 학생들로부터 운임을 받고 임의로 통학버스를 운영한 제3자에 대하여 채권침해로 인한 불법행위의 성립을 주장할 수 없다. 이 때 운송업자가 학교와의 계약을 통하여 얻을 수 있는 이행이익에는 특정한 지역에 대하여 독점적으로 통학버스를 운영할 수 있는 지위가 포함되어 있지 않기 때문에 채권에 대한 침해가 존재하지 않는다고 할 것이기 때문이다.⁴¹⁾

39) 예컨대 판윤직, 전계서, 72면.

40) 이러한 견해에 의한다면 만약 제3자에게도 재산이 없으면 불법행위책임을 인정하는 것도 의미가 없게 되는 것은 마찬가지이다.

41) 대법원 2008. 12. 15. 자 2006마689 결정은 “채권자가 설령 ... 통학버스 운행계약에 기하여 한림고등학교 통학생들을 평온하고 안정적으로 통학을 시키고 통학버스 이용요금을 징수할 수 있는 독점적 권리를 취득하였다고 인정된다 하더라도, 이는 채권적 권리에 불과하여 대세적인 효력이 없으므로, 채무자가 위 통학버스운영위원회와 체결한 통학버스 운행계약이 기간만료로 종료되었음에도 여전히 한림고등학교 통학생을 대상으로 한 통학버스를 운행함으로써 채권자의 위 권리가 사실상 침해되고 있다고 하더라도, 그러한 사정만으로 곧 제3자인 채무자에 대하여 통학버스의 운행금지 등을 구할 수는 없다 할 것이다”라고 판시하였다. 그 결론에 있어서는 타당하나 통학버스 운행계약의 채권자에게는 그 통학버스를 독점적으로 운행할 수 있는 이행이익이 주어진 것이 아니므로 채권침해 자체가 존재하지 않는

Ⅳ. 채권침해의 유형적 검토

1. 전통적 유형구분

제3자에 의한 채권침해로서 불법행위가 성립하는 모습에 관하여 제3자가 채권의 귀속자체를 침해한 경우와 채권의 목적인 급부를 침해한 경우로 나누고 후자는 다시 급부의 침해로 채권이 소멸한 경우와 급부의 침해로 채권이 소멸하지 않는 경우로 나누어 설명하는 것이 일반적인 문헌의 태도이다.⁴²⁾

가. 채권의 귀속 자체를 침해한 경우

제3자의 행위로 인하여 채권자가 채권 자체를 상실하는 경우 제3자의 행위는 채권침해로서 불법행위가 될 수 있다고 한다. 그리고 그 예로서 타인의 무기명채권증서를 훼손하거나 이를 선의의 제3자에게 취득하게 한 경우, 채권을 양도하고서 양수인이 대항요건을 갖추기 전에 양도인이 그 채권을 2중으로 양도하고 제2의 양수인으로 하여금 먼저 대항요건을 갖추게 한 경우, 채권의 준점유자 또는 영수증소지자로서 유효한 변제를 받은 경우, 표현대리인이 본인의 채권을 처분한 경우를 들고 있다.⁴³⁾

한편 지명채권의 채권증서를 훼손한 경우에는 채권의 귀속 자체에 영향이 없으므로 불법행위가 성립하지 않고 이증양도나 이증계약의 경우에는 자유경쟁의 원칙상 원칙적으로 위법성이 없어 불법행위가 성립하지 않으나 예외적으로 제2매수인이 매도인의 배임행위에 적극가담하거나 사기나 강박 등의 부정한 수단을 사용하는 경우에는 위법성을 인정할 수 있고 따라서 채권침해로 인한 불법행위가 성립하게 된다고 한다.⁴⁴⁾ 그러나 이증계약 특히나 부동산의

다고 보는 것이 보다 타당한 태도라고 판단된다.

42) 박윤직, 전계서, 71면 이하; 송덕수, 전계서, 933면 이하; 김상용, 전계서, 89면 이하는 채무자의 책임재산을 감소케 하는 경우를 추가하고 있다.

43) 박윤직, 전계서, 71면; 김상용, 전계서, 89면; 송덕수, 전계서, 933면.

44) 박윤직, 전계서, 73면; 김상용, 전계서, 91면; 송덕수, 전계서, 935면.

이중매매의 경우에는 제2매수인이 매도인의 배임행위에 적극가담한 경우라 할지라도 채권자의 급부이익에 대한 침해가 발생하지 않기 때문에 불법행위가 성립하지 않는다고 하여야 할 것이다. 판례에 따르면 위법한 이중매매는 제103조에 따라 무효가 되며 따라서 그에 기하여 이루어진 소유권이전등기도 무효가 된다고 한다. 결국 채권자는 채무자(매도인)가 제3자(제2매수인)에 대하여 가지는 소유물반환청구권을 채권자대위권을 통하여 대위행사하여 매도인에게 반환케 한 후에 다시 매도인을 상대로 자기에게 소유권을 이전할 것을 청구할 수 있다고 한다.⁴⁵⁾ 이러한 판례의 태도에 따르면 채권자는 결국 채무자에게 이행을 청구하고 그 이행행위로부터 급부이익을 누릴 수 있는 채권의 본래의 이익형태에 있어서 어떠한 불리한 변화도 겪지 않게 된다. 따라서 채권침해에 의한 불법행위가 성립하지 않는다고 하여야 할 것이다.⁴⁶⁾

나. 급부를 침해한 경우

채권의 목적인 급부를 제3자가 침해하여 그 급부가 불가능하게 되는 경우 제3자는 채권자에 대하여 불법행위책임을 부담한다고 한다. 이러한 침해유형을 다시 급부의 침해로 채권이 소멸하는 경우와 급부의 침해로 채권이 소멸하지 않는 경우로 나누어 설명하는 것이 일반적이다.⁴⁷⁾

(1) 급부의 침해로 채권이 소멸하는 경우

이러한 유형의 채권침해의 예로서 특정물채권에 있어서 제3자가 목적물을

45) 대법원 1975. 11. 23. 선고 75다1311 판결; 대법원 1977. 1. 11. 선고 76다2083 판결; 대법원 1994. 11. 18. 선고 94다37349 판결 등. 김상용, 전게서, 91면. 이 경우 채권자는 제3자(제2매수인)에 대하여 직접 불법행위책임을 물을 수 있고 불법행위의 효과로서 원상회복청구권을 갖는 데 이를 통하여 직접 채권자 앞으로 소유권이전등기를 할 것을 청구할 수 있다고 하는 견해도 있다. 윤진수, 전계논문, 156면 이하 참조.

46) 이은영, 전게서, 74면은 "제3자가 채무자의 배임행위에 적극적으로 가담한 경우에 매매계약이 사회질서위반의 법률행위로서 무효가 된다는 이론에 의하면 이 경우에 불법행위책임을 추궁할 실익이 적다"고 설명하는데 이는 필자와 같은 취지로 이해된다.

47) 박윤직, 전게서, 71면; 김상용, 전게서, 90면; 김형배, 전게서, 358면 이하; 송덕수, 전게서, 934면.

멸실시킨 경우와 채무자의 행위를 목적으로 하는 채권에 있어서 제3자가 채권을 침해할 의도로 채무자를 감금 또는 협박하거나 채무자를 사망 또는 부상케 하여 채무를 이행하지 못하게 한 경우를 든다.⁴⁸⁾ 이러한 경우에 채무자에게 귀책사유가 없으면 채무자는 급부의무를 면하게 되고 따라서 채권자는 급부이익에 손해를 입게 된다고 한다. 이러한 설명은 대상청구권과 관련하여 약간의 의문이 있다. 우리 민법은 대상청구권을 명문으로 인정하고 있지 않으나 다수의 견해와 판례는 해석상 대상청구권을 긍정하고 있다.⁴⁹⁾ 대상청구권이 인정되기 위해서는 급부가 후발적으로 불능하게 되어야 하고, 급부를 불능하게 하는 사정의 결과로 채무자가 채권의 목적물에 관하여 '대신하는 이익'을 취득하여야 한다고 한다.⁵⁰⁾ 이에 따르면 대상이란 급부에 대신하는 이익을 말하는 것이므로 채권자가 대상청구권을 취득하는 경우에는 채무자의 이행행위를 통하여 급부이익을 누리게 된다는 채권의 본래의 이익형태에 불이익한 변화가 발생한다고 할 수 없다. 따라서 채권자가 대상청구권을 취득하는 경우에는 제3자에게 불법행위에 기한 손해배상을 청구할 수 없다고 하여야 할 것이다.⁵¹⁾

한편 쌍무계약에서 채무자에게 귀책사유없이 급부가 불가능하게 된 경우에는 채무자위험부담주의에 따라 채무자도 반대급부채권을 상실하여 양 당사자의 이익조정이 완료되므로 채권자가 제3자에 대하여 손해배상청구권을 갖지

48) 박윤직, 전계서, 71면; 김상용, 전계서, 90면; 김형배, 전계서, 216면; 송덕수, 전계서, 934면; 이은영, 전계서, 72-3면.

49) 대표적으로 박윤직, 전계서, 159면; 김상용, 전계서, 123면; 이은영, 전계서, 227면 이하; 대법원 1992. 5. 12. 선고 92다4581,92다4598 판결; 대법원 2002. 2. 8. 선고 99다23901 판결; 대법원 2003. 11. 14. 선고 2003다35482 판결 등.

50) 대법원 2003. 11. 14. 선고 2003다35482 판결.

51) 같은 견해: 박윤직, 「채권총론(재정정판)」, 박영사, 1991, 113면. 반대의 견해: 김상용, 전계서, 90면; 김형배, 전계서, 359면; 송덕수, “제3자의 채권침해와 불법행위”, 「고시계」 제39권 10호, 국가고시학회, 1994. 9., 197면은 대상청구권이 발생하는 경우 채권자는 자신의 고유한 손해배상청구권을 행사할 수도 있고 채무자로부터 이전받은 손해배상청구권을 행사할 수도 있다고 한다. 그리고 이 두 권리 중 어느 하나를 행사하면 그 범위에서 다른 권리도 소멸하고 채권자가 대상청구권을 행사하지 않아서 채무자에게 손해배상청구권이 머물러 있는 때에도 채권자가 손해배상을 받으면 채무자의 손해배상청구권도 소멸한다고 한다. 그러나 채권자의 손해배상청구권과 채무자의 손해배상청구권은 별개의 권리인데 채권자가 자신의 손해배상을 받으면 채무자의 손해배상청구권도 소멸한다는 설명은 설득력이 떨어진다. 결국 대상청구권이 인정되는 경우에는 채권자의 제3자에 대한 손해배상청구권을 부인하는 것이 문제를 간명하게 해결하는 방법이 될 것이다.

못한다고 하는 견해도 있다.⁵²⁾ 그러나 채권자가 자신의 반대급부의무를 면한다고 하여 자신이 상실한 이행이익에 대한 이해관계의 조정이 이루어지는 것은 아니다. 이러한 점은 임차목적물을 제3자가 임차인을 해할 목적으로 멸실시키는 경우에 분명해진다.⁵³⁾ 이 경우 임차인은 반대급부인 임차료지급의무를 면하게 되나 그렇다고 하여 임차목적물의 사용으로부터 얻을 수 있었던 이행이익의 상실에 대한 이해관계의 조정이 이루어지는 것은 아니다. 따라서 채무자위험부담주의에 따라 채권자가 반대급부의무를 면하는 경우에도 제3자에 의한 채권침해를 이유로 한 불법행위 책임을 부정할 것은 아니라고 생각된다.⁵⁴⁾

(2) 급부의 침해로 채권이 소멸하지 않는 경우

채무자와 제3자가 함께 채권의 목적물을 파손하는 등 채무자에게 귀책사유가 인정되는 경우에는 채무자의 채무는 소멸하지 않고 손해배상채무로 바뀌어 존속하게 된다. 그러나 이러한 경우에도 제3자의 불법행위책임이 성립한다는 점에는 변화가 없다고 한다.⁵⁵⁾ 이러한 해석의 근거로서 채무자에게 손해배상책임이 인정된다고 하더라도 채무자의 자력이 충분하지 못한 때에는 별로 의미가 없으며 실제로 그러한 경우가 많을 것이므로 불법행위의 성립을 긍정하는 것이 타당하다고 한다.⁵⁶⁾ 그러나 채무자의 무자력의 위험을 제3자에게 전가하는 것은 그 근거가 없으며 채권자는 여전히 변화된 형태로 급부이익을 실현할 수 있으므로 제3자에 대하여 불법행위 책임을 인정하지 않는 것이 타당하다고 생각된다.⁵⁷⁾

52) 이은영, 전게서, 72면.

53) 같은 견해: 김형배, 전게서, 359면.

54) 송덕수, 전계논문, 197면은 민법 제537조에 의하여 의무를 면하는 때에는 제3자에 대한 손해배상청구권을 행사할 수 없다고 하여야 하며, 반대로 채권자가 손해배상청구권을 행사하는 경우에는 상응하는 비율로 제3자에게 반대급부의무를 부담한다고 설명한다. 그러나 채권자에게 이러한 선택권을 주어야 할 근거가 없을 뿐만 아니라 제3자에 대하여 반대급부의무를 부담하게 되면 결국 채권자와 제3자 사이에 채권관계가 있었던 것처럼 다루어져 불법행위의 효과로 채권자와 제3자 간에 마치 채권관계가 성립하는 것과 동일한 결과에 이르게 되어 부당하다. 같은 견해: 박영규, 전계논문, 65면.

55) 박윤직, 전게서, 72면; 김상용, 전게서, 90면; 송덕수, 전게서, 934면; 김형배, 전게서, 360면은 이러한 경우 채무자와 제3자는 부진정연대채무를 부담한다고 한다.

56) 박윤직, 전게서, 72면.

2. 최근의 판례의 태도분석

제3자에 의한 채권침해의 가능성을 인정한 최초의 판례는 대법원 1953. 2. 21. 선고 4285민상129 판결이다. 그 후 제3자의 채권침해에 관한 판결이 잘 나오지 않다가 2000년 이후 다수의 판결들이 나왔다.⁵⁸⁾ 이하에서는 2000년 이후에 선고된 대법원 판결들을 채권자의 독점적 지위에 대한 침해행위, 채무자의 책임재산 감소행위 그리고 기타의 유형으로 나누어 분석하고자 한다.

가. 채권자의 '독점적 지위'에 대한 침해행위

(1) 대법원 2001. 5. 8. 선고 99다38699 판결

한국도로공사와 정유업체 甲사이에 고속도로상의 특정 주유소에 대한 甲의 석유제품공급권을 부여하는 계약이 체결되었으나, 한국도로공사로부터 위 주유소의 운영권을 임차한 자가 甲과의 관계가 악화되자 다른 정유업체로부터 석유제품을 공급받아 판매하고 다른 정유업체의 상호와 상표를 사용하여 주유소를 운영하면서, 한국도로공사의 고속도로 주유소에 대한 석유제품 공급업체 지정행위가 불공정거래행위라는 공정거래위원회의 시정권고에 따라 한국도로공사와 석유제품 공급업체 지정조항을 삭제하는 주유소운영계약을 체결하자 정유업체 甲이 임차인에 대하여 채권자대위권을 행사하여 타 정유업체의 상호·상표의 말소와 폴사인의 철거 및 판매금지를 청구한 사례이다. 이에 대하여 대법원은 주유소 운영자의 위와 같은 주유소 운영행위 및 계약체결행위가 甲의 석유제품공급권을 침해하기 위해 한국도로공사와 적극적인 공모에 의해 이루어진 것도 아니고 그 수단이나 목적이 사회상규에 반하는 것도 아니어서 위법하지 않아서 제3자에 의한 채권침해를 인정할 수 없다고 판시하였다.

생각건대 한국도로공사와 정유업체 甲 사이에 체결된 계약으로부터 甲에게

57) 다만 판윤직, 전게서, 72면: 이은영, 전게서, 73면은 이 경우 제3자의 행위는 채무불이행에 의 가담행위에 지나지 않으므로 위법성 인정에 있어서 신중한 고려를 베풀어야 한다고 설명하나 불법행위의 성립을 부정하는 것이 타당할 것이다.

58) 아마도 대법원 1993. 3. 26. 선고 91다14116 판결이 제3자의 채권침해에 관한 그간의 유일한 대법원 판결인 듯하다.

인정되는 이행이익에는 특정주유소에 대한 독점공급권이 포함되어 있지 않으며 그러한 내용을 담고 있다 하더라도 이는 채무자인 한국도로공사가 그 실현을 보장해 줄 수 있는 성질의 것이 아니라고 할 것이다. 따라서 주유소 운영권자가 한국도로공사와 석유제품 공급업체의 지정조항을 삭제하는 계약을 체결하고 다른 정유업체로부터 석유제품을 공급받은 행위는 채권자의 급부이익에 대한 침해행위라고 볼 수 없다. 결국 판결의 태도는 정당하다고 생각된다.

(2) 대법원 2003. 3. 14. 선고 2000다32437 판결

특정기업으로부터 자동차부품의 제작을 주문받아 그 자동차부품을 그 특정기업에게만 공급하기로 약정한 자(피고)가 그 특정기업이 공급받은 자동차부품에 대하여 제3자(원고)에게 독점판매권을 부여함으로써 제3자가 독점판매자의 지위에 있음을 알면서도 위 약정에 위반하여 그 물품을 다른 곳에 유통하여 제3자의 독점판매권을 침해하였다면, 이러한 행위는 특정기업에 대한 계약상의 의무를 위반하는 것임과 동시에 제3자가 특정기업으로부터 부여받은 독점판매인으로서의 지위 내지 이익을 직접 침해하는 결과가 되어, 그 행위가 위법한 것으로 인정되는 한, 그 행위는 그 특정기업에 대하여 채무불이행 또는 불법행위가 된과는 별도로 그 제3자에 대한 관계에서 불법행위로 된다고 판단한 사례이다.

위 (1)의 사례와 마찬가지로 이 사례에서도 특정기업으로부터 자동차부품의 독점판매권을 부여받기로 하는 계약을 체결한 원고가 누리는 이행이익은 대세적인 독점적 판매권의 보장이 될 수 없음은 명백하다 할 것이고 다만 채무자인 특정기업이 납품받은 자동차 부품을 제3자를 통하여 유통하지 아니하는 것을 주장할 수 있을 뿐이다. 따라서 특정기업으로부터 납품을 받지 않는 피고가 자동차부품을 유통시키는 행위는 원고의 급부이익을 침해하는 것은 아니라고 판단된다. 그렇다면 결국 원고는 채무자인 특정기업이 피고에 대하여 가지고 있는 판매금지청구권을 대위행사하는 것은 가능하겠지만 자신의 채권, 즉 이행이익에 대한 침해를 이유로 손해배상을 요구하는 것은 불가능하다고 판단된다. 이 사례에서 대법원은 피고가 자동차부품을 유통시키는 것이 "특정기업의 상표권을 침해하는 행위여서 상업거래의 공정성과 건전성을 해하고

사회통념상 요구되는 경제적 질서에 반하는 위법한 행위로 평가된다”고 하고 있으나⁵⁹⁾ 상표권을 침해하는 행위는 상표권자인 특정회사에 대해서는 위법한 행위가 되지만 채권침해의 위법성을 판단하는 기준으로 적용하는 것은 무리가 있다고 생각된다.⁶⁰⁾

(3) 대법원 2007. 5. 11. 선고 2004다11162 판결

방송법에 의한 중계유선방송사업 허가를 받지 아니한 甲이(피고) 적법한 중계유선방송사업자인 乙(원고)과 아파트 입주자대표회의 사이의 계약갱신을 방해하고, 적법한 방송사업자인 것처럼 가장하여 위 아파트 입주자와 계약을 체결함으로써 乙의 재계약 체결이 무산되자 원고가 피고에 대하여 수신료 수입상실로 인한 손해의 배상을 청구한 사건이다. 이 사례에서 대법원은 제3자에 의한 채권침해의 범리는 제3자가 위법한 행위를 함으로써 다른 사람 사이의 계약체결을 방해하거나 유효하게 존속하던 계약의 갱신을 하지 못하게 하여 그 다른 사람의 정당한 법률상 이익이 침해되기에 이른 경우에도 적용된다고 하여 원고의 불법행위에 기한 손해배상청구권을 인정하였다.⁶¹⁾ 그 근거로서 “방송법은 중계유선방송사업의 허가요건, 기준, 절차에 관하여 엄격하게 규정함으로써 중계유선방송사업의 합리적인 관리를 통하여 중계유선방송사업의 건전한 발전과 이용의 효율화를 기함으로써 공공복리를 증진하려는 목적과 함께 엄격한 요건을 통과한 사업자에 대하여는 사실상 독점적 지위에서 영업할 수 있는 지역사업권을 부여하여 무허가업자의 경업이나 허가를 받은 사업자간 과당경쟁으로 인한 유선방송사업 경영의 불합리를 방지함으로써 사익을 보호하려는 목적도 있다고 할 것이므로, 허가를 받은 중계유선방송사업자의 사업상 이익은 단순한 반사적 이익에 그치는 것이 아니라 방송법에 의하여 보호되는 법률상 이익이라고 보아야 한다”고 설시하였다.⁶²⁾

59) 대법원 2003. 3. 14. 선고 2000다32437 판결.

60) 서광민, 전계논문, 1016면은 특정물의 멸실이나 채무자의 감금은 채무자에 대해서는 위법한 침해행위가 되나 채권자에 대해서는 위법한 침해가 되지 못한다고 설명한다.

61) 대법원 2007. 5. 11. 선고 2004다11162 판결.

62) 대법원 2007. 5. 11. 선고 2004다11162 판결.

이 판결은 제3자에 의한 채권침해의 법리를 제3자에 의하여 재계약 체결가능성 및 재계약을 통하여 달성할 수도 있었을 이행이익에 대한 침해에 까지 확장하고 있다는 점에서 그 의의를 찾을 수 있을 것이다. 일반적으로 시장에서 사실상의 독점적 지위를 누리고 있는 자에게 재계약체결에 관한 기대권과 그를 통한 이행이익이 보호된다고 할 수 없다. 하지만 방송법 제9조 제2항은 중계유선방송사업을 하고자 하는 자는 대통령령이 정하는 기준에 적합하게 시설과 기술을 갖추어 방송통신위원회의 허가를 받아야 한다고 규정하고 있고, 동법 제105조 제3호는 제9조 또는 제17조의 규정에 의한 허가 또는 재허가를 받지 아니하거나 승인 또는 재승인을 얻지 아니하거나 등록을 하지 아니하고 중계유선방송사업을 한 자에 대하여 2년이하의 징역 또는 3천만원이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있어 이 사례에서 원고가 누리고 있는 사실상의 독점적 지위는 법률에 의하여 보호되는 이익이라고 할 수 있을 것이다.⁶³⁾ 또한 방송법상의 형벌조항에 위반하고 있는 피고의 행위의 위법성도 승인될 수 있을 것으로 판단된다.

나. 채무자의 책임재산 감소행위

(1) 불법행위 책임을 부정한 사례

제3자가 채무자의 책임재산을 감소시키는 행위를 하여 채권의 실행을 불가능 내지 곤란하게 한 경우에 우리 대법원은 제3자에 의한 채권침해로서 불법행위가 성립할 수 있지만 명의신탁으로써 채권자의 채권의 실현을 곤란하게 한다는 점을 알면서 채무자의 강제집행면탈행위에 공모 가담하였다는 등의 사정이 입증되어 그 채권침해에 대한 고의·과실 및 위법성이 인정되어야 한다고 판시하고 있다.⁶⁴⁾ 예컨대 강제집행면탈 목적을 가진 채무자가 제3자와 명의신탁약정을 맺고 채무자 소유의 부동산에 관하여 제3자(피고) 앞으로 소

63) 이러한 이론구성은 독일민법 제823조 제2항의 보호법규위반에 의한 불법행위의 성립과 매우 유사한 점이 있다.

64) 대법원 2007. 9. 6. 선고 2005다25021 판결; 대법원 2009. 6. 11. 선고 2007다68862 판결; 대법원 2009. 7. 23. 선고 2008다81534 판결.

유권이전등기를 경료하였는데, 그 부동산이 피고의 채권자에 의하여 경매된 경우 원고가 피고에 대해서 채권침해를 이유로 손해배상을 청구한 사례에서 대법원은 “피고의 명의수탁에 의하여 원고의 채권이 침해되었음을 이유로 불법행위책임을 지우려면, 피고가 채무자와 공모하여 명의수탁을 하였다는 사정만으로는 부족하고, 그 명의수탁으로써 채무자에 대한 채권자의 채권 실현을 곤란하게 한다는 점을 알면서 채무자 소외 1의 강제집행면탈 목적의 명의신탁행위에 공모 가담하였다는 등의 사정이 별도로 입증되어야만 한다”고 하여 불법행위의 성립을 부정하였다.⁶⁵⁾

그 외에도 원고가 채무자의 제3채무자(피고)에 대한 채권을 가압류를 신청하여 인용되었는데 피고가 그 가압류결정문의 수취인이 이미 사망한 자로 기재되어 피고 회사에 근무하고 있지 않다는 이유로 그 수령거절을 한 뒤 채무자에게 자신의 채무를 변제한 경우 역시 “원고의 채권행사를 방해할 의도로 사회상규에 반하는 부정한 수단을 사용하였다고도 볼 수 없어, 앞서 본 법리에 비추어 볼 때 피고들의 이 사건 가압류결정문의 송달 거절 지시만으로는 원고에 대하여 채권침해의 고의·과실 및 위법성이 인정된다고 보기 어렵다”고 하여 불법행위의 성립을 부정하였다.⁶⁶⁾

(2) 불법행위 책임을 긍정한 사례

제3자가 채무자의 책임재산을 감소시킨 경우에 채권자에 대하여 불법행위 책임을 긍정한 판결로는 대법원 2009. 11. 26. 선고 2008다24494 판결을 들 수 있다. 이 사례에서 원고는 신발도매상으로서 신발소매업을 하는 채무자에게 신발을 공급하고 그 매매대금채권을 가지고 있었다. 채무자가 재정적으로 어려워지자 채무자의 형(피고)은 채무자 소유의 주택에 피고를 채권자로 하여 근저당권을 설정하고 채무자의 신발소매점 내의 물품과 시설물 일체를 피고에게 양도한다는 허위의 양도약정서를 작성한 후 피고가 동 약정을 근거로 채고 신발을 모두 덤핑 판매하자 원고는 피고를 상대로 손해배상을 청구하였

65) 대법원 2007. 9. 6. 선고 2005다25021 판결.

66) 대법원 2009. 6. 11. 선고 2007다68862 판결.

다. 이에 대법원은 “피고의 위와 같은 허위양수 및 처분행위는 원고들의 채무자에 대한 물품채권에 관한 침해의 고의 및 위법성이 인정되는 경우라서 불법행위를 구성하고, 위 허위양수로 인하여 채무자 책임재산이 감소되었을 뿐만 아니라, 원고들로서는 채무자와의 사이에 신발공급계약을 해제하여 원고들이 공급하였던 신발 중 일부를 반환받을 기회도 박탈당하였으므로, 특별한 사정이 없는 한 피고는 원고들에 대하여 잔존 물품대금 상당액의 손해를 배상하여야 할 것이다”라고 판시하였다.

생각건대 채권자가 채무자의 책임재산을 통하여 채권의 만족을 얻을 수 있는 힘은 채권자에게 주어진 이행이익에 포함되는 것이며 위 사례에서 피고는 이러한 채권자의 이행이익을 해치려는 의도를 가지고 형법 제327조에 의하여 처벌되는 강제집행면탈행위를 한 것이므로 그 행위의 위법성도 인정된다고 할 것이다.⁶⁷⁾ 그리고 피고의 행위에 의해서 채무자의 책임재산이 회복가능성 없이 종국적으로 감소하였으므로 채권자에게 손해가 존재한다고 판단된다. 따라서 판례의 태도는 정당하다고 할 것이다.

다. 기타의 유형

(1) 채무불이행 강요행위

시민단체의 간부들이 청소년에 대한 도덕적 해악 등 공익상의 이유로 특정 가수의 공연에 반대하기 위하여 그 공연기획사와 입장권판매 대행계약을 체결한 공연협력업체에게 불매운동을 하겠다고 하여 계약을 파기하는 결과에 이르도록 한 경우, 시민단체 간부들의 공연기획사에 대한 불법행위 책임의 성립을 긍정한 판결이 있다.⁶⁸⁾ 그 근거로서 대법원은 “피고들이 위 각 은행에게 공연협력의 즉각 중지, 즉 원고와 이미 체결한 입장권판매 대행계약의 즉각적인 불이행을 요구하고 이에 응하지 아니할 경우에는 위 각 은행의 전 상품에 대한 불매운동을 벌이겠다는 경제적 압박수단을 고지하여 이로 말미

67) 실제로 이 사건의 피고는 강제집행면탈죄로 기소되어 유죄판결을 받았고 그 형이 확정되었다. 대법원 2009. 11. 26. 선고 2008다24494 판결.

68) 대법원 2001. 7. 13. 선고 98다51091 판결.

압아 위 각 은행으로 하여금 불매운동으로 인한 경제적 손실을 우려하여 부득이 본의 아니게 원고와 체결한 입장권판매 대행계약을 파기케 하는 결과를 가져왔다면 이는 원고가 위 각 은행과 체결한 입장권판매 대행계약에 기한 원고의 채권 등을 침해하는 것으로서 위법하다고 하여야 할 것이고, 그 목적에 공익성이 있다 하여 이러한 행위까지 정당화될 수는 없는 것이다"라고 판시하였다.⁶⁹⁾

우선 이 사례에서 은행들이 원고와 체결한 입장권판매 대행계약은 은행에 의하여 일방적으로 해소될 수는 없다고 할 것이다. 따라서 피고는 결국 채무자의 채무불이행을 요구한 것이고 이러한 피고의 요구가 원고의 채권을 침해하는 것인지가 문제된다고 할 것이다. 생각건대 은행은 결국 고의적으로 자신의 채무를 불이행한 것이므로 원고는 은행에 대하여 채무불이행을 근거로 손해배상을 청구할 수 있을 것이고 이를 통하여 자신의 이행이익을 확보하게 된다. 결국 원고의 이행이익에 대한 조정은 채무자인 은행과의 관계에서 정산되는 것이므로 피고의 행위는 채무자인 은행에 대한 관계에서는 불법행위가 성립할 수 있을지 모르나 원고의 채권을 침해한 것으로 불법행위가 성립한다고 판단하는 것은 무리가 있다고 생각된다. 대법원은 은행들이 피고의 경제적 압박수단으로 말미암아 경제적 손실을 우려하여 부득이 본의 아니게 원고와의 계약을 파기하였다고 설명하나 그렇다면 은행들은 원고에 대하여 채무불이행책임을 부담하지 않게 되는 결과에 이르게 되어 이는 부당하다.⁷⁰⁾

(2) 채권감액행위

추심명령에 기한 집행채권자의 추심금 청구에도 불구하고 제3채무자가 집행채무자에 대하여 구 회사정리법(2005. 3. 31. 법률 제7428호 채무자 회생 및 파산에 관한 법률 부칙 제2조로 폐지)에 의한 회사정리절차의 개시가 임

69) 대법원 2001. 7. 13. 선고 98다51091 판결.

70) 박윤직, 전게서, 72면은 이러한 경우에 피고의 행위는 채무불이행의 가담행위에 지나지 않으므로 그 위법성의 인정에 있어서 신중하여야 할 것이라고 지적하고 있으나 오히려 불법행위 책임을 부정하는 것이 타당할 것이다. 이에 반하여 김상용, 전게서, 90면은 채무자가 채무불이행책임을 부담한다고 하여 제3자의 불법행위의 성립이 방해되는 것은 아니라고 한다.

박하였음을 인식하면서 그 추심금 청구에 불응하여 추심금을 지급하지 아니하고 있던 중에 집행채무자에 대하여 회사정리절차가 개시되어 집행채권자가 받았던 추심명령이 취소되고 집행채권이 정리계획에 따라 감액된 사례에서 대법원은 “위와 같은 제3채무자의 추심금 지급거절을 가리켜 위법한 행위에 해당하는 것으로 볼 수 없고, 집행채권자가 받은 추심명령의 취소 또는 정리계획에 따른 집행채권의 감액 등으로 인한 집행채권자의 손해와 상당인과관계가 있는 것으로 볼 수도 없다”고 하여 불법행위의 성립을 부정하였다.⁷¹⁾ 채권자의 채권액이 감액된 것은 제3채무자가 추심금 지급을 지연하였기 때문이 아니라 회사정리절차의 개시로 인한 것이므로 대법원의 판단은 타당하다.

V. 마치며

우리 민법은 제750조에서 고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다고 규정하여 불법행위에 관한 일반규정을 두고 있다. 따라서 피침해자의 어떠한 권리 또는 법익이 침해되었는가를 묻지 않고 가해자의 위법행위로 인하여 손해가 발생하고 가해자에게 그에 대하여 귀책사유가 있으면 불법행위 책임을 물을 수 있다. 결국 불법행위 제도를 통하여 타인의 침해로부터 보호받을 수 있는 권리 또는 법익에는 아무런 제한이 없게 되어 채권도 불법행위에 의하여 보호될 수 있는 권리라고 설명함에 이론적 무리가 없다. 그런데 불법행위제도는 일반인의 행동의 자유를 제한하여 권리자의 권리를 보호하려는 제도이므로 이와 같이 불법행위에 의하여 보호되는 권리 또는 법익을 제한없이 인정하는 것이 반드시 바람직한 태도는 아니라고 할 것이다. 이런 점에서 사회의 구성원 모두로부터 존중되어야 할 절대권에 대하여는 원칙적으로 불법행위에 의한 보호를 인정하고 특정인에 의해서만 존중되는 상대권에 대하여는 제한적으로 불법행위에 의한 보

71) 대법원 2007. 9. 21. 선고 2006다9446 판결.

호를 인정할 필요가 있다고 생각된다.

독일처럼 절대권 침해에 의한 불법행위를 원칙적인 모습으로 하고 기타의 권리나 법익을 침해한 경우에는 보호법규의 위반이나 선량한 풍속위반 등의 추가적인 요건하에서만 불법행위의 성립을 인정하지 않고 불법행위의 성립에 관하여 일반규정을 두고 있는 우리나라에서는 결국 채권의 침해에 의한 불법행위의 성립을 판단하는 요건심사의 단계에서 엄격한 기준을 적용할 수밖에 없을 것이다.⁷²⁾ 따라서 채권침해로 인한 불법행위의 성립여부는 위법성요건과 손해의 발생요건에 대한 엄격한 심사를 요한다고 할 것이다. 채권은 상대권으로서 특정의 채무자만을 의무자로 하고 있으므로 제3자가 이를 침해하는 결과로부터 바로 침해행위의 위법성을 도출할 수는 없고 침해행위의 태양이 위법해야 할 것이다. 또한 채권관계에서는 타인의 자유로운 경쟁이 허용되고 채권자 평등의 원칙이 적용되므로 결국 제3자의 채권침해행위가 위법하기 위해서는 허용되고 있는 자유경쟁의 한계를 넘어서고 있어야 할 것이다.

재산권으로서의 채권은 채무자의 급부행위에 의존하여 이행이익을 누릴 수 있는 지위라고 파악된다. 그런데 이러한 지위는 채무자의 급부행위에 의존할 수밖에 없고 결국 유동적인 채무자의 재산상태 등 외부요인에 의해서 그 가치가 좌우될 수밖에 없는 한계를 가지고 있다. 따라서 채권침해가 있는 경우에 바로 채권자에게 손해가 있다고 해서 안 될 것이고 채권자의 이행이익에 대한 불이익한 변화의 발생여부에 대한 면밀한 검토가 필요하다고 생각된다. 특히나 채무자의 책임재산을 감소케 하는 경우에 책임재산 변동의 위험은 채권자가 부담하는 것이 원칙이므로 채무자의 책임재산 감소가 종국적으로 감소하여 회복할 가능성이 없는 경우에만 손해의 발생을 인정해야 할 것이다. 2000년 이후 채권침해에 관한 우리 대법원 판결이 늘어나고 있는데, 채권침해로 인한 불법행위의 성립을 판단함에 있어서 위법성과 손해발생의 요건을 보다 엄격히 심사하여야 할 것이다.

72) 독일에서는 채권이 침해되는 경우 불법행위에 의한 보호가 미흡하게 되어 결국 상대권인 채권이 언제 절대권적 성격을 갖게 되는가라는 방향의 논의가 전개되어 왔다. 이에 관하여는 김형배, 전계논문, 107면 이하 참조.

참고문헌

- 곽윤직, 「채권총론」, 박영사, 2009.
- 곽윤직, 「채권각론」, 박영사, 1994.
- 김기선, 「한국채권법총론」, 법문사, 1987.
- 김상용, 「채권총론」, 화산미디어, 2009.
- 김상용, 「채권각론」, 화산미디어, 2009.
- 김형배, 「채권총론」, 박영사, 1993.
- 송덕수, 「신민법강의」, 박영사, 2011.
- 이은영, 「채권총론」, 박영사, 1999.
- 현승중, 「채권총론」, 일신사, 1982.
- Kötz, Hein/Wagner, Gehard, *Deliktsrecht*, 10. Aufl., Luchterhand Verlag, 2005.
- 김동훈, “제3자의 채권침해와 불법행위의 성립”, 「정보와 법 연구」 제4호, 정보와 법 연구소, 2002.
- 김상용, “제3자에 의한 채권침해”, 「고시연구」 제21권 6호, 고시연구사, 1994.
- 김상중, “채권관계의 상대성원칙과 제3자의 재산상 손해”, 「재산법연구」 제20권 제1호, 한국재산법학회, 2003.
- 김형배, “제3자에 의한 채권침해”, 「법학논집」 제22집, 고려대학교출판부, 1984.
- 박영규, “‘제3자의 채권침해’이론 비판”, 「법률행정논집」 제13호, 서울시립대학교 법률행정연구소, 2006.
- 서광민, “제3자에 의한 채권침해”, 「현대민법의 과제와 전망(남송한봉희교수화갑기념논문집)」, 밀알출판사, 1994.
- 송덕수, “제3자의 계약침해와 불법행위”, 「고시계」 제39권 10호, 국가고시학회, 1994.
- 어인의, “제3자에 의한 채권침해”, 「한국민사법학의 현대적 과제(연남배경숙교수화갑기념논문집)」, 박영사, 1991.

- 윤진수, “제3자의 채권침해와 부동산의 이중양도”, 「사법논집」 제16집, 법원행정처, 1985.
- 이은영, “제3자의 채권침해와 경쟁질서”, 「채권법에 있어서 자유와 책임(김형배교수화갑기념논문집)」, 1994.
- 이재진, “제3자에 의한 채권침해”, 「법학논총」 제1집, 조선대학교 법학연구소, 1995.

[Zusammenfassung]

Die Deliktshaftung wegen der Forderungsverletzung durch Dritte

Heo, Myeong-Guk

Assistant Professor, Hallym University

Forderung ist ein relatives Recht und kann regelmäßig nur durch den Schuldner verletzt werden. In Korea seit langem ist es aber umstritten, ob der Gläubiger den Dritten deliktisch haftbar machen kann, der seine Forderung ausnahmsweise verletzt hat. Nach §750 KBGB ist, wer vorsätzlich oder fahrlässig einem anderen durch seine rechtswidrige Handlung Schaden zugefügt hat, dem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet. Wegen dieser Generalklausel für Deliktshaftung ist es unbedeutend, welche Rechte oder Rechtsgüter verletzt worden sind.

Nach meiner Meinung ist es richtiger, die Schadensersatzpflicht für die unerlaubten Handlung wegen der Forderungsverletzung nur dann zuzustimmen, wenn bestimmte rechtswidrige Handlungsweisen vorliegen, weil die Schutzwürdigkeit des absoluten Rechts und des relativen Rechts nicht gleich ist. Die

Forderungsverletzung kann die Rechtswidrigkeit der Verletzungshandlung nicht indizieren. Bei der Beurteilung sind die Relativität des Schuldverhältnisses und der ferie Wettweberb um die Forderungen von Bedeutung.

Der Schadensersatzanspruch soll auf Ersatz des Erfüllungsinteresse gerichtet sein, weil der Gläubiger durch Leistung des Schuldners nur Erfüllungsinteresse erlangen könnte. Forderungsverletzung stellen deshalb die Beeinträchtigung des Erfüllungsinteresse des Gläubigers dar. Wenn z.B. das Schuldnervermögen vermindert wird, Schaden nicht ohne weiteres eintritt. Lediglich kann die Verminderung des Schuldnervermögens, die nicht wiedergutzumachen ist, als Schaden bewertet werden.

Stichwörter : Deliktshaftung, Forderungsverletzung durch Dritte, Rechtswidrigkeit, Erfüllungsinteresse, Schaden