■ 논 단

보험소송에의 채권자대위법리 적용에 대한 小考*
- 대법원 2022. 8. 25. 선고 2019다229202 전원합의체 판결 -

임 수 민

충북대학교 법학전문대학원 조교수, 법학박사

요 약 문

채권자대위권의 행사요건인 '보전의 필요성'에 관해 주목할 만한 대법원 판결들이 최근 몇 년 동안 차례로 선고되었다. 이러한 일련의 판결들을 통해서 대법원은 채권자대위권의 피보전채권이 금전채권인 경우에 대위권의 행사요건으로서의 보전의 필요성에 대해 채무자의 무자력을 뜻하는 것으로 해석하던 중전의 입장에서 한 단계 발전하여 피보전채권과 피대위권리 사이의 밀접한 관련성을 근거로 보전의 필요성을 인정하는 법리를 전개하였다. 그러나 채무자의 무자력 요건을 폐기하지는 않았다. 본고에서 다루는 대상판결 역시 최근의 이러한 흐름을 벗어나지 않는다.

그런데 대상판결은 채권자대위제도와 국민건강보험 및 민영보험사의 실손의료비보장보험이 교차하는 영역에 놓여 있는 사안에 관한 것이라는 점에서 특수성이 있다. 피보전채권인 보험금 부당이득반환청구권은 대법원이 최근 전원합의체 판결에서 실시하였듯이 보험계약의 이행과 밀접하게 관련되어 있어 그 이행청구권에 대응하는 것이다. 또한, 피보전채권의 발생은 국민건강보험법령의 해석론에서 기원한 것으로서 피대위권리의 발생 원인과 공통된다. 따라서 최근 대법원의 밀접 관련성 법리에 근거하여 채무자(제3채무자의 환자인 동시에 채권자의 피보험자임)에게 자력이 있었다고 하더라도 채권자의 채권자대위권행사가 허용되었어야 한다. 이 점에서 대법원 다수의견에 반대하고 대법원 반대의견에 찬성한다.

더 나아가서 최근의 판례의 발전방향과 프랑스 민법 개정 동향 및 집행권원이 필요한 추심명령을 활용해야 하는 불편함 등에 비추어 볼 때 금전채권대위권 행사 시에도 채무자의 무자력을 요구하지 않는 것이 타당하다고 본다. 보험계약의 다수성과 보험의 단체성 및 건강보험제도의 목적과 기능을 고려해보면 대상판결 사안과 같은 실비보험소송에서만이라도 채무자의 무자력을 채권자대위권 행사요건으로 삼지 않는 것이 타당하다.

주제어 : 임의 비급여 진료행위, 트리암시놀론 주사, 실손의료비보장보험(실비보험), 채권자대위, 보전의 필요성, 채무자의 무자력

* 이 논문은 2022학년도 충북대학교 학술연구영역 사업의 연구비 지원에 의하여 연구되었음.

— <目 次> —

I. 序	3. 요양기관이 임의 비급여 진료행위를 하고 가입자와의 상호합의 하에 진료비를 수 령한 경우에 관한 전원합의체판결
II. 판결 개요	
1. 사실관계	
2. 쟁점별 판시 사항	IV. 채권자대위권
	1. 보전의 필요성
III. 국민건강보험법과 임의 비급여	2. 검토
1. 건강보험요양급여규칙 [별표 2]의 비급여 대상과 법정 비급여 진료행위	V. 結
2. ‘국민건강보험법상 공단의 요양기관에 대한 부당이득징수권’과 ‘임의 비급여 진료행위’	

I. 序

채권자대위권의 행사요건인 ‘보전의 필요성’에 관해 주목할 만한 대법원 판결들이 최근 몇 년 동안 차례로 선고되었다. 대상판결은 채권자대위제도와 국민건강보험 및 제2의 건강보험으로 불리는 민영보험사의 실손의료비보장보험(실비보험)과 교차하는 영역에 놓여 있는 판결로서, 법학적 관점에서뿐 아니라 사회적·정책적 의미에서도 깊이 숙고해볼 만한 가치가 있는 판결이다. 5인의 대법관의 반대의견의 논리구성도 주목할 만하다.

대상판결에 대해서는 금전채권자가 채무자를 대위해서 공유물분할청구권을 행사할 수 있는지 여부에 관한 2020년 전원합의체 판결¹⁾을 비롯한 채권자대위권 행사에 관한 일련의 대법원 판결들, ‘임의 비급여 진료행위’가 원칙적으로 구 국민건강보험법 제52조 제1항, 제4항 등에서 정한 ‘사위 기타 부당한 방법으로 가입자 등으로부터 요양급여비용을 받거나 가입자 등에게 이를 부담하게 한 때’에 해당하는지 여부에 관한 전원합의체 판결²⁾과 같은 국민건강보험법의 해석에 관한 판결들 및 보험계약이 민법 제103조에 따라 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하여 무효인 경우 보험자의 보험금에 대한 부당이득반환청구권에 5년의 상사소멸시효가 적용되는

1) 대법원 2020. 5. 21. 선고 2018다879 전원합의체 판결.

2) 대법원 2012. 6. 18. 선고 2010두27639, 2010두27646(병합) 전원합의체 판결.

지 여부에 대한 2021년 전원합의체 판결³⁾과 같은 보험소송 판결들과 함께 비교·분석해 볼 필요가 있다.

의학의 진보가 빠른 속도로 이루어지고 있는데 비해 국민건강보험법상 보장되는 법정 비급여 인정절차는 경직되어 있어서, 의료현장에서 행해지고 있는 치료 및 시술이 법정비급여로 인정되지 않는 경우가 종종 발생한다. 맘모툼 절제술 관련 하급심 판결⁴⁾ 및 대상판결(트리암시놀론 주사)은 이러한 의학과 건강보험제도 간의 시간적 간극 속에서 발생한 분쟁이다. 이 글에서 다루고자 하는 대상판결의 트리암시놀론 주사⁵⁾는 스테로이드제로서 비염 개선을 위해 의료현장에서 처방되고 있으나 요양급여기준상 요양급여도 법정 비급여도 아닌 임의 비급여에 해당한다. 임의 비급여는 국민건강보험의 보장대상에 포함되지 않는다.

대상판결과 유사한 사례에 관한 하급심 판결들이 최근에 다수 선고된 바 있고 그 중 다수는 대법원에 계류 중인 것으로 확인된다.⁶⁾ 대상판결의 타당성 여부에 대한 논의는 이러한 사안의 해결에도 영향을 미치게 될 것이라는 점에서 중요하다. 대상판결의 타당성을 검토하기에 앞서 사실관계를 소개하고 쟁점별로 각급 법원의 판시사항을 살펴본다(II). 대상판결을 이해하기 위해서는 임의 비급여 진료행위와 관련된 국민건강보험법령 및 최신 대법원 판결을 살펴볼 필요가 있다. 이에 대해서는 목차III에서 서술한다. 대상판결로 돌아와서 채권자대위권 행사요건으로서 보전의 필요성에 대한 대법원 다수의견과 보충의견 및 반대의견을 분석한 후 다수의견의 타당성 여부를 검토(IV)하고, 글을 마무리한다(V).

3) 대법원 2021. 7. 22. 선고 2019다277812 전원합의체 판결

4) 수원지방법원 2020. 11. 3. 선고 2019가단559565 판결.

5) 미국 식품의약국(FDA)은 스테로이드제인 트리암시놀론을 경막(뇌와 척수를 둘러싸고 있는 3겹의 뇌막 중 가장 바깥에서 둘러싸는 막) 외 주사제로 사용하는 것을 금지한 바 있다. 국내에서도 트리암시놀론의 사용상 주의사항에서 경막 외 주사 약제로 권장하지 않는 것으로 변경하는 사안과 관련하여 식품의약품안전처가 2013. 1. 8.경 국내제약업체 등을 상대로 의견제출을 요청하는 절차를 거쳐 2013. 2. 15. 국내 제약업체 등에게 2013. 3. 15.까지 위와 같은 내용으로 주의사항을 변경하도록 지시했다. 대한의사협회장도 2013. 3. 14. 개원의 협회장 등을 상대로 위와 같은 변경사항을 안내하였다.

6) 대상판결과 유사한 구조의 사안에서 보험회사가 의료인을 상대로 주위적으로 불법행위에 기한 손해배상책임을 주장하고 예비적으로 채권자대위권을 행사한 사건에서, 파기환송심인 서울중앙지판 2017. 3. 30. 선고 2016나 81057 판결은 주위적 청구를 기각하고 예비적 청구를 인용하면서, “피보전채권과 피대위권리 사이에 밀접한 관련성이 있고 채권자대위권의 행사가 피보전채권의 현실적 이행을 유효, 적절하게 확보하기 위해 필요한 경우로서 채무자의 자유로운 재산관리행위에 대한 부당한 간섭으로 보이지도 않는 사정 등이 있으므로, 환자들이 무자력이어야 한다는 요건을 엄격하게 적용할 수 없다고 하면서 보전의 필요성이 인정된다”고 실시하였다. 이에 의료인이 상고하였으나 대법원이 2017. 7. 27. 선고 2017다222450 판결로 심리불속행 기각하였다. 이에 하급심 판결들은 피보전채권의 존재를 부정하여 소를 각하하거나, 보전의 필요성을 부정하여 소를 각하한 판결들이 있는가 하면, 피보전채권과 보전의 필요성을 모두 긍정하여 채권자대위권 행사의 적법성을 긍정하고 피대위권리를 인정하여 보험회사의 청구를 인용한 판결들도 있다(박태신, “채권자대위권에 관한 이해의 변화 모색-보전의 필요성 및 채무자의 무자력과 관련하여.”, 「저스티스」 통권 제186호(2021.10.), 한국법학원, 121-122면); 임의 비급여 진료행위 관련한 최근 하급심 판례의 경향에 대해서는 임웅찬/이상강/박형호/김형진, “임의비급여 부당이득반환청구소송에서의 채권자대위법리 적용에 관한 고찰-맘모툼 절제술 관련 판례의 검토를 중심으로”, 「경영법률」 제31집 제2호, 한국경영법률학회, 2021, 272, 278~287, 299~303면도 잘 소개하고 있다.

II. 판결 개요

1. 사실관계

원고는 삼성화재해상보험 주식회사이고 피고는 이 사건 트리암시놀론 주사를 처방한 병원을 운영하는 의사이다. 이 사건의 피보험자들은 원고와 의료실비보험계약을 체결하였다. 피고의사는 이 사건 피보험자들의 비염치료를 위해 트리암시놀론 주사를 처방하는 진료행위를 한 후 비급여 진료비를 청구하여 피보험자들로부터 합계 약 3,850만원을 지급받았고, 피보험자들이 원고 삼성화재에게 보험금 지급청구를 하자 원고 삼성화재는 피보험자들에게 진료비 상당의 약 3,850만원을 보험금으로 지급하였다.⁷⁾

1심에서 원고는 피고가 환자들(피보험자들)에게 신의료기술로 평가 받지 못한 '트리암시놀론 주사' 진료행위를 하고 이들로부터 비급여 진료비를 받은 행위는 국민건강보험법령을 위반한 행위이므로 피고에 대한 환자들(피보험자들)의 부당이득반환채권이 성립하고, 원고는 환자들(피보험자들)에게 지급한 보험금에 대한 부당이득반환채권이 성립한다고 주장하면서, 피고는 환자들(피보험자들)의 부당이득반환채권을 대위하여 행사하는 원고에게 진료비 상당의 금액을 부당이득금으로 반환할 의무가 있음을 주장하였다.

이러한 원고의 채권자대위권 행사에 대해 피고는 ① 비염치료를 위한 트리암시놀론 주사는 신의료기술로 평가를 받지 않았다고 하더라도 의료법상 위법한 의료행위가 아니며, ② 의사가 받은 진료비가 국민건강보험법령상의 요양급여 기준을 벗어났다고 하더라도 그것은 보험계약과는 무관하고, ③ 진료비는 합의에 의하여 정해진 것으로서 의사가 환자로부터 받은 진료비가 부당이득이 될 수 없다고 항변하였다.

1심 법원은 피고(의사)의 부당이득과 피보험자들(국민건강보험 가입자인 동시에 원고 보험사의 보험가입자)의 부당이득 성립을 각각 인정한 후, 원고의 피고에 대한 채권자대위권 행사를 인정하여 피고는 원고에게 약 3,846만원과 지연손해금을 지급하라는 판결을 선고하였다.⁸⁾

2심에서 원고가 청구취지를 감축(약 3,846만원→약 2,730만원)하였기 때문에 그 한도에서 1심 판결이 변경되었을 뿐이고, 피고의 부당이득반환채무 성립여부 및 원고의 채권자대위권 행사요건 충족여부에 관한 법리적 판단에 있어서는 1심과 동일한 판시를 하였다.⁹⁾ 다만, 세부적 쟁점에 관해 다소 상세한 법리적 판단을 하고 있으므로 아래에서 살펴보기로 한다.

7) 2심에서는 원고가 청구취지를 감축(약 3,846만원→약 2,730만원)하였다.

8) 대전지방법원 2018. 5. 17. 선고 2015가단210771 판결.

9) 대전지방법원 2019. 4. 4. 선고 2018나107877 판결.

2. 쟁점별 판시 사항

가. 피고(의사)의 부당이득반환채무 성립여부

1심 법원은 피고의 부당이득반환채무와 피보험자들의 부당이득반환채무가 각각 성립한다고 보았다. 1심법원에 따르면 국민건강보험법령은 원칙적으로 모든 진료행위를 요양급여대상으로 삼고 ‘관련 법령에 규정되지 아니한 새로운 형태의 진료행위’는 신의료기술 등의 급여대상 여부의 결정 절차 등을 통하여 급여대상으로 포섭하게 되는데, 이 사건 피고가 비염치료를 위한 트리암시놀론 주사 진료행위를 요양급여의 대사에 포섭시키기 위한 어떠한 신청절차를 진행한 바가 없다고 한다. 또한 트리암시놀론 주사 진료행위가 의학적 안전성과 유효성 및 요양급여 인정기준 등을 벗어나 진료하여야 할 의학적 필요성을 피고가 입증하지 아니한 이상, 피고가 임의로 비급여 진료행위를 하고 국민건강보험가입자(이 사건 소외 피보험자)와 요양 비급여로 하기로 상호 합의하여 진료비용을 가입자로부터 받은 것은 국민건강보험법 제57조 제1항¹⁰⁾11) 등에서 규정한 속입수나 그 밖의 부당한 방법으로 가입자 등으로부터 요양급여비용을 받거나 가입자 등에게 이를 부담한 때에 해당한다고 설시했다. 피고가 피보험자들로부터 진료비를 비급여금액으로 지급받았고 이 사건 피보험자들 역시 원고로부터 비급여금액 상당액을 보험금으로 지급받았으므로 (피고-피보험자-원고), 피고는 피보험자들에게 부당이득금을 반환할 의무가 있고 피보험자들도 원고에게 부당이득금을 반환할 의무가 있다고 판시하였다.

2심 법원은 1심 법원과 마찬가지로 피고의 부당이득반환채무와 피보험자들의 부당이득반환채무가 각각 성립한다고 보았다. 판시이유의 논리적 틀은 동일하며, 다만 국민건강보험법상 요양급여 관련 규정들이 ‘강행규정임’을 강조하고 피고와 피보험자들 사이의 진료계약이 강행규정을 위반하였기 때문에 무효이어서 피고가 법률상 원인 없이 진료비 상당의 이익을 얻었다고

10) 구 국민건강보험법 제52조(부당이득의 징수) ① 공단은 사위 기타 부당한 방법으로 보험급여를 받은 자 또는 보험급여비용을 받은 요양기관에 대하여 그 급여 또는 급여비용에 상당하는 금액의 전부 또는 일부를 징수한다.
④ 제1항의 경우에 있어 요양기관이 가입자 또는 피부양자로부터 사위 기타 부당한 방법으로 요양급여비용을 받은 때에는 공단은 당해 요양기관으로부터 이를 징수하여 가입자 또는 피부양자에게 지체없이 지급하여야 한다.

제85조(업무정지) ① 보건복지부장관은 요양기관이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 때에는 1년의 범위 안에서 기간을 정하여 요양기관의 업무정지를 명할 수 있다.

② 제1항에 따라 업무정지처분을 받은 자는 해당 업무정지기간 중에는 요양급여를 행하지 못한다.

1. 속입수나 그 밖의 부당한 방법으로 보험자·가입자 및 피부양자에게 요양급여비용을 부담하게 한 때

11) 현행 국민건강보험법 제57조(부당이득의 징수) ① 공단은 속입수나 그 밖의 부당한 방법으로 보험급여를 받은 사람·준요양기관 및 보조기기 판매업자나 보험급여 비용을 받은 요양기관에 대하여 그 보험급여나 보험급여 비용에 상당하는 금액의 전부 또는 일부를 징수한다. <개정 2020. 12. 29.>

⑤ 요양기관이 가입자나 피부양자로부터 속입수나 그 밖의 부당한 방법으로 요양급여비용을 받은 경우 공단은 해당 요양기관으로부터 이를 징수하여 가입자나 피부양자에게 지체 없이 지급하여야 한다. 이 경우 공단은 가입자나 피부양자에게 지급하여야 하는 금액을 그 가입자 및 피부양자가 내야 하는 보험료등과 상계할 수 있다. <개정 2013. 5. 22.>

설시하였다. 피보험자가 원고로부터 수령한 보험금이 부당이득인 근거도 강행규정인 국민건강보험법상 요양급여 관련 규정들을 위반하여 무효인 진료계약에 기초하였다는 점에서 찾았다.

대법원¹²⁾ 역시 피보험자의 요양기관에 대한 진료비 상당액의 부당이득반환채권을 인정하였다. 대법원은 ‘피보험자가 임의 비급여 진료행위에 따라 요양기관에 진료비를 지급한 다음 실손의료보험계약상의 보험자에게 청구하여 진료비와 관련된 보험금을 지급받은 것’에 대하여 “진료행위가 위법한 임의 비급여 진료행위로서 무효”인 동시에 “실손의료보험계약상의 보험금 지급사유에 해당하지 아니”하여, “보험자가 피보험자에 대하여 보험금 상당의 부당이득반환채권”을 갖고 “피보험자가 요양기관을 상대로 진료비 상당의 부당이득반환채권”을 갖는 것을 전제로 하여 채권자대위소송에서 채무자의 자력유무와 관계없이 보전의 필요성에 관해 판단하였다.

이 사건 각급 법원은 공통적으로 피고의 피보험자에 대한 부당이득반환청구권과 피보험자의 원고에 대한 부당이득반환청구권을 인정하였다.

나. 채권자대위권 행사 가부

피고가 피보험자에 대한 부당이득반환청구권을 피보전채권으로 하여 피보험자의 원고에 대한 부당이득반환청구권을 대위행사할 수 있는지에 대해서 1심과 2심은 동일한 판단을, 대법원은 다른 판단을 하였다.

1심 법원은 피고는 이 사건 피보험자들의 부당이득반환청구권을 대위행사하는 원고에게 부당이득금을 지급할 의무가 있다고 판시하였고, 그 근거로서 “① 채권자가 보전하려는 권리와 대위행사하려는 채무자의 권리가 밀접하게 관련되어 있고, ② 채권자가 채무자의 권리를 대위행사하지 않으면 자기 채권의 완전한 만족을 얻을 수 없게 될 위험이 있어 채무자의 권리를 대위행사하는 것이 자기 채권의 현실적 이행을 유효·적절하게 확보하기 위하여 필요한 경우에는 ③ 채권자대위권의 행사가 채무자의 자유로운 재산관리행위에 대한 부당한 간섭이 된다는 등의 특별한 사정이 없는 한 채권자는 채무자의 권리를 대위하여 행사할 수 있어야 한다”고 판시한 대법원 2001. 5. 8. 선고 99다38699판결¹³⁾을 원용하였다.

2심 법원도 1심이 원용한 위 99다38699판결을 원용하면서, 이 판결이 실시한 채권자대위권

12) 대법원 2022. 8. 25. 선고 2019다229202 전원합의체 판결.

13) 이 판결의 의미에 대해서, 여하운, “채권자대위권에 있어서 ‘채권보전의 필요성’의 의미-대법원 2022. 8. 25. 선고 2019다229202 전원합의체 판결-”, 「법조」 제71권 제6호(2022. 12.), 법조협회, 478-479면은 “우리 대법원은 대법원 2001. 5. 8. 선고 99다38699판결에 이르러 우리 민법상 채권보전의 필요성의 의미를 적극적 요건과 소극적 요건으로 나누어 상세하면서도 예리하게 실시하기 시작하였고, 이는 기존에 피보전채권이 ‘금전채권이든 비금전채권이든’ 채무자의 무자력을 요하지 않고 채권자대위권을 허용해왔던 사례들에 대한 법이론적 근거를 잘 설명하여 주고 있으며, 이후 채권보전의 필요성의 의미에 대한 우리 대법원 판례의 주요한 논지가 되고 있다”고 분석한다.

에 관한 법리에 비추어 이 사건을 다음과 같이 판단한다고 하였다. 첫째, 이 사건 원고가 채권자대위에 의하여 보전하려는 피보험자들에 대한 부당이득반환채권(즉, 피보전채권)과 피보험자들이 피고에 대하여 가지는 부당이득반환채권(즉, 피대위권리)의 밀접한 관련성이 인정된다. 밀접한 관련성이 인정되는 근거에 대해서는 언급하지 않았다. 둘째, 원고가 원고 채권의 현실적 이행을 유효·적절하게 확보하기 위해 원고가 피보험자를 대위할 필요성이 인정된다. 왜냐하면 원고가 다수의 피보험자들을 상대로 일일이 반환청구를 한다면 보험금 회사가 제대로 이루어지지 않을 수 있기 때문이다. 셋째, 원고의 채권자대위권 행사가 피보험자들의 자유로운 재산관리행위에 대한 부당한 간섭으로 보이지 않는다. 재판부는 이 세 가지 점을 들어서 원고가 대위행사하려는 채권이 금전채권이기는 하지만 '채무자의 무자력 요건'을 엄격하게 적용할 수 없다고 보고 원고의 피보험자들의 피고에 대한 부당이득반환청구권 대위 행사를 허용하였다.

대법원 다수의견은 채권자(원고 보험회사)가 금전채권인 부당이득반환채권을 보전하기 위하여 채무자(피보험자)를 대위하여 제3채무자인 요양기관을 상대로 진료비 상당의 부당이득반환채권을 행사하는 형태의 채권자대위소송에서 채무자가 자력이 있는 때에는 보전의 필요성이 부정된다고 판시했다. 다수의견이 보전의 필요성을 부정하는 논거에 대해서는 후술한다.

다. 비채변제

피보험자들이 피고에게 진료비를 지급한 것이 비채변제(민법 제742조)나 도의관념에 적합한 비채변제(민법 제744조)에 해당되어 피고는 진료비를 반환할 필요가 없다는 피고의 주장에 대해, 2심 법원은 피보험자들이 진료비 지급 당시 진료계약이 무효라는 점을 알았다고 볼만한 증거가 없고, 진료계약이 강행규정(국민건강보험법상 요양급여 관련 규정)에 반하여 무효인 이상 그 급부를 피고로 하여금 보유하게 하는 것이 일반인의 법감정에 부합한다고 볼 수도 없다는 이유로, 피고의 비채변제 주장을 배척하였다.

Ⅲ. 국민건강보험법과 임의 비급여

1. 건강보험요양급여규칙 [별표 2]의 비급여대상과 법정 비급여 진료행위

「국민건강보험법」은 요양급여대상(요양급여의 범위)을 진찰·검사, 치료재료의 지급, 처치·수술 및 그 밖의 치료로 정하고(제41조 제1항), 보건복지부장관이 비급여대상으로 정한 것은 요양급여대상이 아님을 밝히고 있다(제41조 제2항 제1호). 보건복지부장관은 요양급여의 기준을 정할 때 업무나 일상생활에 지장이 없는 질환에 대한 치료 등 보건복지부령(「국민건강

보험 요양급여의 기준에 관한 규칙」¹⁴⁾ 제9조 및 동 규칙의 [별표 2])으로 정하는 사항은 요양급여대상에서 제외되는 사항(이하 “비급여대상”이라 한다)으로 정할 수 있다(제41조 제4항)(이하에서는 「건강보험요양급여규칙」이라고 지칭함). 이 규정에 따라서 보건복지부장관이 위 규칙의 [별표 2]가 열거하는 사항 중에서 요양급여대상에서 제외되는 사항으로 정한 경우 이를 법정 비급여대상이라고 한다. 비급여대상 중에서도 진료행위를 ‘법정 비급여 진료행위’라고 일컫는다.

법정 비급여 진료행위는 국민건강보험의 보장대상이 아니기 때문에 그 진료비는 의사와 환자 사이의 사적 계약에 따라 환자가 전액 부담한다. 우리 판례도 “법정 비급여 진료행위는 건강보험 적용대상에서 제외하여 그 부분에 한하여 비용 부담을 요양기관과 가입자 등 사이의 ‘사적 자치’에 맡기고 있는 것으로 해석된다.”고 한다.¹⁵⁾

참고로 요양급여대상 또는 비급여대상으로 결정되지 아니한 진료행위에 대하여, 요양기관은 요양급여대상 여부의 결정을 보건복지부장관에게 신청하여야 하고(「국민건강보험법」 제41조의3 제1항), 요양기관의 신청을 받은 보건복지부장관은 정당한 사유가 없으면 보건복지부령으로 정하는 기간 이내에 요양급여대상 또는 비급여대상의 여부를 결정하여 신청인에게 통보하여야 한다(동법 동조 제3항). 요양기관이 법 제41조의3 제1항에 따른 진료행위에 대한 요양급여대상 여부의 결정신청을 하려는 경우에는 「신의료기술평가에 관한 규칙」 제4조제2항에 따른 신의료기술의 안전성·유효성 등의 평가결과 고시(이하 “평가결과 고시”라 한다) 이후 가입자에게 최초로 실시한 날 등으로부터 30일 이내에 보건복지부장관에게 신청해야 한다(「건강보험요양급여규칙」 제10조 제1항). 보건복지부장관은 이러한 신청이 없는 경우에도 환자의 진료상 반드시 필요하다고 보건복지부령으로 정하는 경우에는 직권으로 행위·치료재료 및 약제의 요양급여대상의 여부를 결정할 수 있다(동법 동조 제4항).

2. ‘국민건강보험법상 공단의 요양기관에 대한 부당이득징수권’과 ‘임의 비급여 진료 행위’

공단이 부당이득징수권을 갖는 경우는 제57조 이외에도 여러 경우가 있으나, 대상판결 및 대상판결이 인용하는 2010년 전원합의체 판결 사안이 제57조에 관한 것이므로 동 조항을 살펴 보기로 한다. 현행 「국민건강보험법」 제57조16)에 의하면, 속임수나 그 밖의 부당한 방법으로 보험급여비용을 받은 요양기관에 대하여 보험급여나 보험급여비용에 상당하는 금액의 전부 또는 일부를 징수한다(동조 제1항). 요양기관이 가입자로부터 속임수나 그 밖의 부당한 방법으

14) 개정 전 「요양급여기준규칙」.

15) 대법원 2012. 6. 18. 선고 2010두27639, 2010두27646(병합) 전원합의체 판결.

16) 구 「국민건강보험법」 제52조에 상응하는 조문임.

로 요양급여비용을 받은 경우 공단은 해당 요양기관으로부터 이를 징수하여 가입자에게 지체 없이 지급하여야 한다(동조 제5항).

그런데 실무에서는 요양기관이 임의로 비급여 진료행위를 한 경우에도 공단이 요양기관에 대해 부당이득징수를 할 수 있는지가 종종 문제된다. '임의 비급여 진료행위'란 어떠한 진료행위를 말하는 것인가? 요양기관이 요양급여대상에도 해당되지 않고 법정 비급여 대상에도 해당되지 아니한 진료영역에서 가입자 등에게 요양급여기준을 벗어나 진료행위를 하고 진료비를 가입자 등으로부터 지급받는 것을 말한다.¹⁷⁾ 요양급여 진료행위를 하고 요양급여비용산정기준을 벗어나 치료재료 비용을 가입자 등으로부터 지급받은 것도 임의 비급여 진료행위라고 부를 수 있다.¹⁸⁾ 그 밖에도 신기술 등의 결정 절차를 거치지 아니하고 새로운 진료행위를 하거나 약제·치료재료 등을 사용하고 그 비용을 환자 측으로부터 지급받은 행위, 요양급여대상 요양급여비용(보험수가)이 낮게 책정되었다는 이유로 가입자 등에게 본인부담금을 초과하여 비용을 부담시킨 행위 등도 비급여 진료행위의 유형에 해당한다.¹⁹⁾

3. 요양기관이 임의 비급여 진료행위를 하고 가입자와의 상호합의 하에 진료비를 수령한 경우에 관한 전원합의체판결

요양기관이 가입자(피보험자)에 대하여 임의 비급여 진료행위를 하고 진료비를 수령한 경우 요양기관이 취득한 진료비가 부당이득에 해당하여 요양기관이 이를 공단 또는 가입자에게 반환하여야 하는지 문제된다.

본고의 대상판결의 1심 법원과 2심 법원이 공통적으로 제시한 대법원 2010두2769, 2010두27646(병합) 전원합의체 판결은 임의의 비급여 진료행위에 대해 공단의 부당이득징수권을 인정하였다. 즉, 요양기관이 임의로 비급여 진료행위를 하고 가입자 등과 사이에 요양 비급여로 하기로 상호 합의하여 진료비용을 가입자로부터 지급받은 것이 구 「국민건강보험법」 제52조 제1항 및 제4항 등에서 규정한 '사위 기타 부당한 방법으로 가입자로부터 요양급여비용을 받거나 가입자에게 이를 부담하게 한 때'에 해당하는지가 문제되었는데, 대법원은 아래와 같이 판시하였다.

(1) 국민건강보험을 규율하는 법령은 ① 원칙적으로 모든 진료행위를 요양급여대상으로 삼고, 요양급여의 구체적인 적용기준과 방법은 요양급여기준규칙과 보건복지부장관의 고시에 의

17) 김정중, 국민건강보험법상 '임의 비급여 진료행위'의 부당성, 「사법」 제1권 제21호, 사법발전재단, 2012, 359-360면.

18) *Id*

19) 현두룡, "건강보험에 있어서 의사와 환자 간의 법률관계: 임의 비급여 문제를 중심으로", 의료법학 제8권 제2호, 2007, 80면; 김용익 등, "임의 비급여 관리방안 연구 최종보고서", 서울대학교 의과대학 의료관리학교실, 2000, 4면.

하도록 하며, ② 거기에 규정되지 아니한 새로운 형태의 진료행위가 이루어지거나 기존 요양급여기준에 불합리한 점이 있으면 요양급여기준규칙이 정하는 여러 신청절차를 통하여 이를 요양급여대상으로 포섭하게 하고, ③ 요양급여기준규칙 제9조 [별표 2]에 규정된 이른바 '법정 비급여 진료행위'는 이를 건강보험 적용대상에서 제외하여 그 부분에 한하여 비용 부담을 요양기관과 가입자 등 사이의 사적 자치에 맡기고 있는 것으로 해석된다. 따라서 요양기관은 '법정 비급여 진료행위'가 아닌 한 원칙적으로 요양급여의 인정기준에 관한 법령에서 정한 기준과 절차에 따라 요양급여를 제공하고, 보험자와 가입자 등으로부터 요양급여비용을 지급받을 때도 그 산정기준에 관한 법령에서 정한 기준과 절차에 따라야 한다. 그러므로 요양기관이 그러한 기준과 절차를 위반하거나 초과하여 가입자 등으로부터 요양급여비용을 받은 경우 뿐 아니라, 그 기준과 절차에 따르지 아니하고 임의로 비급여 진료행위를 하고 가입자 등과 사이에 요양 비급여로 하기로 상호합의하여 그 진료비용 등을 가입자 등으로부터 지급받은 경우도 위 기준에 위반되는 것으로서 원칙적으로 국민건강보험법 제57조 제1항, 제98조 제1항 제1호 등에서 규정한 '속임수나 그 밖의 부당한 방법으로 가입자 등에게 요양급여비용을 부담하게 한 경우'에 해당한다.

(2) 요양기관이 국민건강보험의 틀 밖에서 임의로 비급여 진료행위를 하고 그 비용을 가입자 등으로부터 지급받은 경우라도 ① 그 진료행위 당시 시행되는 관련 법령상 이를 국민건강보험 틀 내의 요양급여대상 또는 비급여대상으로 편입시키거나 관련 요양급여비용을 합리적으로 조정할 수 있는 등의 절차가 마련되어 있지 아니한 상황에서, 또는 그 절차가 마련되어 있다 하더라도 비급여 진료행위의 내용 및 시급성과 함께 그 절차의 내용과 이에 소요되는 기간, 그 절차의 진행 과정 등 구체적 사정을 고려해 볼 때 이를 회피하였다고 보기 어려운 상황에서, ② 그 진료행위가 의학적 안전성과 유효성뿐 아니라 요양급여 인정기준 등을 벗어나 진료하여야 할 의학적 필요성을 갖추었고, ③ 가입자 등에게 미리 그 내용과 비용을 충분히 설명하여 본인 부담으로 진료받는 것에 동의를 받았다면, 이러한 경우까지 '속임수나 그 밖의 부당한 방법으로 가입자 등에게 요양급여비용을 부담하게 한 경우'에 해당한다고 볼 수는 없다.

(3) 다만, 요양기관이 임의로 비급여 진료행위를 하고 그 비용을 가입자 등으로부터 지급받더라도 그것을 부당하다고 볼 수 없는 사정은 이를 주장하는 측인 요양기관이 증명하여야 한다.

위 사안에서는 임의로 비급여 진료행위를 한 요양기관이 가입자(환자)로부터 받은 진료비가 국민건강보험법상의 부당이득징수 대상인지 여부가 문제된 데 비해(행정법적 문제), 대상판결 사안에서는 가입자(환자)의 요양기관에 대한 진료비 상당금액의 부당이득반환청구권이 성립하여 이것이 민영보험회사의 채권자대위권의 피대위권리가 되는지 여부가 문제되었다(민사법적

문제). 두 판례 사안이 공유하는 쟁점은 임의 비급여 진료행위에 대한 대가로 수취한 진료비가 부당이득인지 여부이다.

IV. 채권자대위권

1. 보전의 필요성

대법원은 채무자가 스스로 권리를 행사하지 않는데도 채권자가 채무자를 대위하여 채무자의 권리를 행사할 수 있으려면 그러한 채무자의 권리를 행사함으로써 채권자의 권리를 보전해야 할 필요성이 있어야 한다. 여기에서 보전의 필요성은 채권자가 보전하려는 권리의 내용, 채권자가 보전하려는 권리가 금전채권인 경우 채무자의 자력 유무, 채권자가 보전하려는 채권과 대위하여 행사하려는 권리의 관련성 등을 종합적으로 고려하여 채권자가 채무자의 권리를 대위하여 행사하지 않으면 자기 채권의 완전한 만족을 얻을 수 없게 될 위험이 있어 채무자의 권리를 대위하여 행사하는 것이 자기 채권의 현실적 이행을 유효·적절하게 확보하기 위하여 필요한지 여부를 기준으로 판단하여야 하고, 채권자대위권의 행사가 채무자의 자유로운 재산 관리행위에 대한 부당한 간섭이 되는 등 특별한 사정이 있는 경우에는 보전의 필요성을 인정할 수 없다고 실시하였다.²⁰⁾

다수의견은 보전의 필요성의 적극적 요건으로서 ‘채권자가 채권자대위권을 행사하지 않으면 피보전채권의 완전한 만족을 얻을 수 없게 될 위험의 존재’와 ‘채권자대위권을 행사하는 것이 그러한 위험을 제거하여 피보전채권의 현실적 이행을 유효·적절하게 확보해 주는 것일 것’을 제시하고, 보전의 필요성의 소극적 요건으로서 ‘채권자대위권의 행사가 채무자의 자유로운 재산관리행위에 대한 부당한 간섭이 된다는 사정이 없을 것’을 제시하였다. 그리고 보전하려는 권리가 ‘금전채권’일 경우에는 이러한 적극적 요건과 소극적 요건을 판단함에 있어서 ① 채무자의 자력 유무, ② 피보전채권과 채권자가 대위행사하는 채무자의 권리와 관련성을 종합적으로 고려하여야 한다고 실시했다.

반대의견도 보전의 필요성은 채권자가 채무자에 대한 채권의 실현을 확보할 필요성을 뜻한다. 채권자가 채무자의 권리를 대위하여 행사하지 않으면 자기 채권의 완전한 만족을 얻을 수 없게 될 위험이 있어 채무자의 권리를 대위하여 행사하는 것이 자기 채권의 현실적 이행을 유효·적절하게 확보하기 위하여 필요한 경우가 이에 해당한다고 보아, 보전의 필요성의 요건을 구성하는 항목에 대해서는 다수의견과 별반 다르지 않은 입장을 취한다. 차이점은 보전의 필

20) 대상판결 및 대법원 2020. 5. 21. 선고 2018다879 전원합의체 판결.

요성의 인정범위를 다수의견에 비해 포괄적으로 설정한다는 점이다.

가. 피보전채권이 금전채권의 경우 보전의 필요성의 세부요건을 판단하는 기준

이 사건 대법원은 보전하려는 권리가 '금전채권'일 경우에는 보전의 필요성의 적극적 요건과 소극적 요건을 판단함에 있어서 ① 채무자의 자력 유무, ② 피보전채권과 채권자가 대위행사하는 채무자의 권리와 관련성을 종합적으로 고려하여야 한다고 하였다.

대법원 다수의견은 보전하려는 권리가 '금전채권'일 경우 채권자대위권 행사요건으로서 채무자의 무자력을 요구한다. 그러나 반대의견은 채무자의 무자력을 채권자대위권의 행사요건으로 보아서는 안 된다고 보았다. 반대의견이 제시하는 근거는 크게 두 가지이다. 첫째는 민법 조항의 문언해석이고, 둘째는 공유물분할청구권을 대위할 수 있는지에 관한 최근 대법원 전원합의체 판결이다.

첫째, 반대의견은 민법 제404조 제1항은 본문에서 "채권자는 자기의 채권을 보전하기 위하여 채무자의 권리를 행사할 수 있다."라고 정함으로써 채권자대위권의 행사요건을 아주 단순하게 정하고 있고, 그 단서에서 '일신에 전속한 권리'에 대해서는 채권자대위권을 행사할 수 없다는 예외를 정하고 있을 뿐, '채무자의 무자력'을 요건으로 정하고 있지 아니한데, 이와 같은 법률의 문언과 달리 채권자대위권이라는 권리를 제한하기 위해서는 헌법이나 법률을 비롯하여 정당한 근거가 있어야 한다고 설명한다.

둘째, 보전의 필요성에 관한 기존 판례의 흐름을 정리하여 채권자가 채무자의 권리를 대위하여 행사하는 것이 채권의 현실적 이행을 유효·적절하게 확보하기 위하여 필요한지 여부를 기준으로 판단하여야 하고 그 고려사항으로 금전채권인 경우 채무자의 자력 유무와 채권자가 보전하려는 권리와 대위하여 행사하려는 권리의 관련성 등을 종합하여 고려하여야 한다고 판시한 대법원 2018다879 전원합의체 판결의 태도는 피보전채권이 금전채권이더라도 '보전의 필요성'을 판단할 때 '채무자의 자력 유무'가 유일한 판단 기준이 아니라는 점을 명백히 한 것이라고 설명한다. 이러한 판례의 태도는 '무자력'을 채권자대위권 행사의 요건으로 정하지 않은 민법 제404조 제1항 문언에 좀 더 가까워진 것으로 평가될 수 있고 채무자가 자력이 있더라도 피보전채권과 대위할 권리 사이의 밀접한 관련성 등을 이유로 보전의 필요성을 긍정할 수 있다는 의미라고 한다.

나. 보전의 필요성의 세부요건

(1) 피보전채권의 완전한 만족을 얻을 수 없게 될 위험의 존재 (적극적 요건 1)

채권자대위권이 인정되기 위해서는 채권자가 채무자의 권리를 대위하여 행사하지 않으면

자기 채권의 완전한 만족을 얻을 수 없게 될 위험이 존재할 것이 요구된다. 대상판결의 다수의 견과 반대의견은 공통적으로 이 요건을 요구하고 있다.

(2) 피보전채권의 완전한 만족을 얻을 수 없게 될 위험을 제거하여 피보전채권의 현실적 이행을 유효·적절하게 확보해 줄 것 (적극적 요건 2)

대법원 다수의견은 보험자가 피보험자에 대하여 갖는 보험금 상당의 부당이득반환채권과 피보험자가 요양기관에 대해 갖는 진료비 상당의 부당이득반환채권 사이에 밀접관련성을 부정하면서 채권자인 보험자의 채권자대위권 행사가 채권의 현실적 이행을 위한 유효·적절한 수단이라고 보기 어렵다고 하였다.

반면 반대의견은 채권자대위권의 요건을 정한 민법 제404조 제1항 본문에서 말하는 ‘자기의 채권을 보전하기 위하여’, 즉 보전의 필요성이란 채권자가 채무자에 대한 채권의 실현을 확보하기 위한 것을 뜻하고, 그간 대법원은 금전채권인 경우에 그 채권과 채권자가 대위할 권리 사이에 밀접한 관련성이 있는 사안에서 채무자의 무자력을 문제 삼지 않고 보전의 필요성을 넓게 인정하였다고 설명하였다. 그러므로 이 사안에서 갑자기 보전의 필요성을 엄격하게 인정하려는 다수의견의 태도는 ① 채권자대위권에 관한 문언해석에 맞지 않을 뿐만 아니라 ② 무자력 요건을 완화하여 채권자대위권 행사의 허용 범위를 확대해 온 판례의 기본적인 방향과 배치된다고 지적했다.

이어서 반대의견은 보험자가 피보험자에 대하여 갖는 보험금 상당의 부당이득반환채권과 피보험자가 요양기관에 대하여 갖는 진료비 상당의 부당이득반환채권 사이에는 밀접한 관련성이 있고, 이 사건에서 채권자인 보험자의 채권자대위권 행사는 피보전채권의 현실적 이행을 위한 유효·적절하게 확보하기 위하여 필요하다고 보았다. 또한, 다수의견이 제시한 채권의 상호원칙에 대해서는 이 원칙은 채권자대위권의 국면에서는 그대로 적용할 수 없다고 하였다. 채권자는 채무자가 제3자에 대해 채권을 가지고 있는 경우에는 민사집행법에 따라 채무자에 대한 채권을 집행채권으로 하여 채무자의 제3자에 대한 채권을 압류·추심하는 등의 방법을 통하여 만족을 얻는 것이 원칙이나, 이러한 원칙에 대한 중대한 예외(채권자가 제3자를 상대로 권리를 행사할 수 있도록 하는 특별한 법률 규정)가 채권자대위권에 관한 민법 제404조라는 것이다. 따라서 채권자대위권을 적용하는 단계에서 마치 채권자대위권에 관한 규정이 없는 것처럼 채권의 상호원칙을 들어 채권자대위권의 적용 범위를 줄이려고 해서는 안 된다고 보았다.

(3) 피보험자의 자유로운 재산관리행위에 대한 부당한 간섭이 없을 것 (소극적 요건)

대법원 다수의견은 보험자가 피보험자에 대하여 갖는 보험금 상당의 부당이득반환채권과 피보험자가 요양기관에 대해 갖는 진료비 상당의 부당이득반환채권 사이에 밀접관련성을 부정하면서 채무자의 자유로운 재산관리행위에 대한 부당한 간섭에 해당한다고 하였다.

그러나 반대의견은 보험자가 피보험자에 대하여 갖는 보험금 상당의 부당이득반환채권과 피보험자가 요양기관에 대하여 갖는 진료비 상당의 부당이득반환채권 사이에는 밀접한 관련성이 있고, 채권자인 보험자의 채권자대위권 행사는 채무자의 자유로운 재산관리행위에 대한 부당한 간섭에 해당한다고 볼 수 없다고 보았다. 반대의견은 보험자가 대위행사 하려는 권리가 피보험자의 일반 채권이 아니라 '보험자가 보전하려는 채권의 발생 원인이 된 위법한 임의 비급여 진료행위에 대한 진료비를 반환받을 채권'이라는 점에 주목했다. 다시 말해 피대위권리가 피보전권리의 발생원인이라는 점에 주목했다.

다. 보전의 필요성의 인정 범위에 대한 다수의견과 반대의견의 차이점

대법원 다수의견은 보전의 필요성을 부정했다. 금전채권을 보전하기 위한 채권자대위소송에서 채무자가 자력이 있는 때에는 보전의 필요성이 인정된다고 볼 수 없다고 판시했다.

대법원 반대의견은 보험자가 피보험자에 대하여 갖는 보험금 상당의 부당이득반환채권과 피보험자가 요양기관에 대하여 갖는 진료비 상당의 부당이득반환채권 사이에는 밀접한 관련성을 인정한 후 이를 근거로 채권자인 보험자의 채권자대위권 행사는 채권의 현실적 이행을 위한 유효·적절한 수단이라는 적극적 요건을 충족하였고 채무자의 자유로운 재산관리행위에 대한 부당한 간섭에 해당하지 않을 것이라는 소극적 요건도 충족하였다고 판단하였다. 보전의 필요성을 구성하는 요건들이 충족되었음을 근거로 하여 채무자의 자력 유무와 관계없이 채권자대위권 행사요건인 보전의 필요성이 인정된다고 봄이 타당하다고 밝혔다. 즉, 반대의견은 「피보전채권과 피대위권리 간의 밀접한 관련성 인정 → 보전의 필요성을 구성하는 적극적·소극적 요건 충족 → 피보전채권이 금전채권이더라도 채무자의 무자력 요건은 불필요함 → 보전의 필요성 인정」이라는 논리를 전개하였다. 따라서 보전의 필요성을 인정하는 범위가 다수의견에 비해 넓다.

반대의견은 이와 같은 논리적 흐름을 취하는 외에도, 보전의 필요성의 개념과 인정범위에 대해 “보전의 필요성은 탄력적인 개념이기 때문에, 위와 같은 경우에 한정하여 보전의 필요성을 인정해야 하는 것은 아니고, 그 인정 범위가 좀 더 포괄적으로 설정될 수 있음은 물론”이라고 밝혔다.

2. 검토

가. 피대위권리의 특수성

대상판결 사안의 피대위권리인 진료비반환청구권의 발생원인은 의사와 환자 간의 진료계약의 무효로 판명되었기 때문이다. 의사와 환자 간의 진료계약은 사적자치에 기한 것으로서 유효인 것이 원칙이다. 요양급여 뿐 아니라 법정 비급여를 제공하고 진료비를 수수하는 계약도 유효이다. 그런데 유독 임의 비급여 진료계약이 무효인 것은 국민건강보험법령의 해석론에 의한 것이다. 피대위권리는 국민건강보험법령에 의해 임의 비급여 진료계약이 무효가 되었기 때문에 발생하였다. 이처럼 이 사건은 피대위권리의 발생원인이 어느 채권자대위권이 문제된 사안에서와는 달리 매우 특수하다. 대상판결의 반대의견이 주목한 바와 같이 피대위권리가 피보전권리의 발생원인이라는 점에서 특수할 뿐만 아니라, 피대위권리의 무효원인이 된 국민건강보험법령의 목적과 기능이 단순히 사적 영역에 관한 것이 아니라 국민 전체의 건강권과 관련된 공법적이고 사회보장적 성격을 띠고 있다는 점에서도 특수하다. 대법원 다수의견은 이러한 두 가지 특수성을 간과하고 채권자대위권 행사를 부정하였다.

나. 피보전채권과 피대위권리의 밀접 관련성

(1) 서

대법원은 이 사건 피보전채권과 피대위권리가 금전채권 대위권 행사의 적극적 요건인 밀접한 관련성이 없다고 판시했다. 그러나 실비보험과 국민건강보험 간의 관련성을 숙고해볼 때 양 채권 간에는 밀접한 관련성이 있다고 보아야 한다. 이 사건 피보전채권은 민영영리보험사인 원고(삼성화재 주식회사)가 실비보험계약에 의해 지급했던 보험금에 대한 반환채권이고, 피대위권리는 의사와 환자 간의 진료계약의 효력이 무효라는 이유로 발생한 진료비 반환채권이다. 위의 가.에서 살펴본 것처럼 피대위권리의 발생근거는 국민건강보험법령의 해석론에서 찾을 수 있다. 피보전채권인 보험금반환채권의 채권자는 국민건강보험공단이 아니라 민영보험회사로서 국민건강보험 그 자체와 직접 관련된 것은 아니지만, 제2의 국민건강보험으로 기능하고 있는 실비보험계약과 직접적 관련성이 있는 채권으로서 국민건강보험법령이 직접 적용되는 않지만 간접적 영향권 하에 놓여 있다고 볼 수 있을 것이다.

(2) 피보전채권

이 사건 피보전채권인 보험금 부당이득반환채권에 대해 단계적으로 분석해보자. 첫째, 이 사건 피보전채권은 보험계약의 이행과 밀접하게 관련되어 있어 그 이행청구권에 대응하는 것

이다. 최근 대법원은 보험계약이 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하여 무효인 경우 보험회사가 보험계약자 등을 상대로 이미 지급한 보험금의 반환을 구하는 사건(대법원 2021. 7. 22. 선고 2019다277812 전원합의체 판결)에서 보험계약이 무효인 경우 보험자가 반환을 구하는 것은 기본적 상행위인 보험계약(상법 제46조 제17호)에 기초하여 그에 따른 의무 이행으로 지급된 보험금이고, 이러한 반환청구권은 보험계약의 이행과 밀접하게 관련되어 있어 그 이행청구권에 대응하는 것이라고 판시한 바 있다.

둘째, 피보전채권에 대응하는 보험계약의 이행청구권은 실비보험계약의 보험자인 보험사와 환자 간에 체결했던 실비보험계약(상법상의 질병보험계약(제739조의2 및 제739조의3))이 무효인 이유는 피대위권리의 발생원인인 환자와 의사 간의 진료계약이 강행규정인 국민건강보험법 관련 법령을 위반하였기 때문이다. 그런데 대법원은 임의 비급여 진료행위를 금지하고 임의 비급여 진료계약을 무효로 해석하는 근거를 건강보험제도의 기능과 가입자의 수급권 보호에서 찾고 있다(대법원 2012. 6. 18. 선고 2010두27639, 2010두27646 전원합의체 판결). 만약 건강보험의 틀과 병존하여 그 틀을 벗어난 임의 비급여 진료행위를 허용한다면, 요양기관은 환자와의 계약에 따라 진료비를 정할 수 있어서 상대적으로 이윤추구가 용이한 비급여 진료행위를 요양급여 진료행위보다 선호할 가능성이 커져서 건강보험제도의 기반이 붕괴될 수 있다.²¹⁾ 한편 환자는 건강회복에 대한 절박성과 의료지식의 부족으로 인해 요양급여 진료와 비급여 진료의 선택에 관하여 실질적인 의사결정권을 갖기 어려워 임의 비급여 진료행위가 만연할 가능성이 크다.²²⁾ 이 경우 건강보험의 보장률²³⁾이 낮아지고 가입자의 의료비 부담이 늘어나서 사적 의료보험에 대한 수요가 커질 것이다.

(3) 피보전채권과 피대위권리의 관련성

이처럼 이 사건 피대위권리의 발생원인은 국민건강보험제도의 유지 필요성에서 찾을 수 있고 국민건강보험 보장률 하락은 사적 의료보험인 민영보험사의 실비보험에 대한 수요 증가로 이어진다. 그런데 바로 이 실비보험계약은 이 사건 피보전채권의 발생원인이다.

대법원 다수의견과 보충의견은 피보전채권과 피대위권리 간의 관련성을 부정하였는데 이는 위 (2)에서 살펴본 논리적 연결고리에 비추어 볼 때 수긍하기 어렵다. 보다 근본적으로 대법원은 이 사건 피대위권리가 국민건강보험제도 및 법령에 연원한다는 점과 피보전채권이 제2의 국민건강보험으로 기능하는 실손보험계약의 이행과 밀접하게 관련되어 있어 이행청구권에 대응한다는 점을 간과하였다. 관련성을 인정한 대법원 반대의견이 타당하다.

21) 김정중, 앞의 논문, 375면.

22) *Id*

23) 의료비 중 공단이 부담하는 요양급여비용의 비율.

(4) 검토

피보전채권이 금전채권인 경우에도 피보전채권과 채권자가 대위행사할 권리 사이의 밀접한 관련성이 인정되면 채무자의 자력 유무와 관계없이 보전의 필요성을 인정하여 채권자대위권 행사를 허용하는 것이 대법원의 일관된 판단이다. 대법원의 이러한 논리에 따르면, 이 대상 판결 사안에서는 피보전채권과 피대위권리 간에 밀접한 관련성이 인정되므로 채무자인 피보험자(환자)에게 자력이 있는 경우라고 할지라도 원고(채권자)의 채권자대위권 행사를 각하하지 말았어야 한다. 이 점에서 이 사건 대법원 판단은 재고(再考)되어야 한다.

다. 채무자의 무자력

(1) 서

앞에서는 채권자대위권의 피보전채권이 금전채권인 경우에 채무자가 자력이 있다면 채권자는 채무자의 권리를 대위하여 책임재산을 보전할 필요성은 인정되지 않는 것이 원칙이나, 예외적으로 피보전채권의 실현을 위하여 대위채권의 실현이 필수적으로 요구되는 경우(대법원 68다663 판결), 등기청구권인 피보전채권과 대위권리가 이행불능에 따라 금전채권으로 변형된 경우(대법원 2005다39013 판결), 피보전채권과 대위권리가 동일한 경제적 목적과 동일한 해제사유를 매개로 결합된 특수한 경우(대법원 2014다89355 판결) 등에서 피보전채권과 채권자가 대위행사할 권리 사이의 밀접한 관련성 등 그 밖의 특수한 사정에 비추어 채무자의 자력 유무와 관계없이 보전의 필요성을 인정하는 대법원의 판시가 타당하다는 전제에서 대상판결의 타당성을 검토하였다.

그런데 피보전채권이 금전채권인 경우 채권자의 무자력을 요구하는 대법원의 논지가 타당한지를 검토해 볼 필요가 있다. 민법 제404조 제1항의 ‘채권 보전의 필요성’에 관하여 종래 학설과 판례는 ‘채무자의 무자력’을 뜻하는 것으로 해석해왔다.²⁴⁾ 대법원은 2002. 5. 8. 선고 99다38699 판결에서 보전의 필요성의 의미에 관하여 채무자의 무자력 개념을 벗어나 전통적인 법리와는 다른 내용의 새로운 판시를 하였고²⁵⁾ 이후 유사한 판결을 이어나가다가 대법원 2020. 5. 21. 선고 2018다879 전원합의체 판결을 통하여 위 법리를 구체화하였다.²⁶⁾ 그러나 2018다

24) 오경미, “채권자대위권에서 ‘보전의 필요성’과 채권자평등주의의 문제-대법원 2018다879 전원합의체 판결과 관련하여-”, 『사법』 제1권 제55호, 사법발전재단, 2021, 341면.

25) 이 판결은 소극적 기준으로 ‘채권자 대위권의 행사가 채무자의 자유로운 재산관리행위에 대한 부당한 간섭이 된다는 등의 특별한 사정이 없을 것’을 제시하여 채권자대위권의 남용가능성 방지를 도모하고 있는데, 피보전채권의 만족과 관련한 위험까지 갖추어야 보전의 필요성이 인정된다고 본다면, 피대위권리와 밀접한 관련성 있는 금전채권이 피보전채권인 경우에도 채무자의 무자력이 인정되지 않으면 보전의 필요성을 인정하기 어려울 것인데, 이는 종래 판례가 채무자의 무자력을 요구하지 않고 보전의 필요성을 인정한 것과 모순된 것으로 보인다. 판례평석으로, 박태신, 앞의 논문, 135면이 있다.

879 전원합의체 판결은 여전히 채무자의 자력 유무가 금전채권을 피보전권리로 하는 대위소송에서 여전히 보전의 필요성을 판단하는 주요한 기준임을 확인하였다.²⁷⁾ 대상판결 역시 이러한 맥락에서 벗어나지 않는다.

(2) 국민건강보험법령에의 위배 및 사회적 비효율성 초래

피보전채권이 금전채권인 경우 채무자의 무자력을 요하는 대법원 판시에 따라 채권자대위소송의 소각하 여부를 판단하면, 대상판결에서와 같은 불합리가 발생한다. 대상판결에 의하는 경우 실비보험자가 제기하는 수많은 채권자대위소송이 소각하 될 것이고, 그 결과 보험자는 그와 보험계약을 체결한 수많은 보험계약자들의 책임재산에 대한 집행을 통해 채권을 만족을 도모해야 하는 비효율에 직면한다. 또한 일반 개인인 보험계약자들에게 요양기관을 상대로 한 진료비부당이득반환청구의 소제기를 현실적으로(시간과 비용의 문제 등으로 인하여) 기대할 수 없기 때문에 그로 인해 보험계약자는 지급받는 보험금을 보험자에게 반환하였지만 요양기관(병원 등)은 임의 비급여 진료행위를 한 대가로 취득한 진료비를 계속 보유하게 되는 문제점이 발생한다.

이러한 결과는 사회적으로 불필요한 비용의 발생, 환자의 진료를 받을 권리와 진료를 통해 건강을 회복할 권리 침해, 임의 비급여 진료행위를 제도의 틀 안으로 포섭하지 않으려는 국민건강보험법령과 제도에 위배되는 것으로서 매우 부당한 것이다. 채무자의 무자력을 요구하는 견해는 다음과 같은 맥락에서도 부당하다.

(3) 보험계약의 다수성과 보험의 단체성

채무자가 무자력자가 아닌 이상 채권자는 채무자의 책임재산에 대한 강제집행을 통해 채권의 만족을 도모할 수 있다는 대상판결의 대법원 다수의견은 논리는 1:1 계약관계인 민법상 계약관계에서는 타당한 경우가 많을 것이지만, 동일한 보험상품에 관하여 하나의 법인(보험사)이 수많은 당사자들과 1:1계약을 체결하는 보험계약관계에서는 타당하지 않다.

대법원 다수의견에 따라서 채권자인 보험사로 하여금 수많은 채무자의 일반재산(책임재산)에 대한 집행을 통하여 보험금 부당이득반환청구권의 만족을 얻도록 한다면, 소송비용과 집행

26) 오경미, 앞의 논문, 341면.

27) 오경미, 위의 논문, 359면; 박태신, 앞의 논문, 136-137면은 이 판결에 대해서 '채무자의 무자력'을 피보전채권이 금전채권인 경우에 '보전의 필요성' 판단을 위한 고려요소의 하나로 판시하여 채무자의 무자력이 갖는 의미를 정리하였다고 하면서, 대법원은 채무자의 무자력이 보전의 필요성을 인정하기 위한 충분조건이 아니라 필요조건으로 보고 있는듯하다고 분석한다. 또한, 이 판결의 다수의견이 대위행사가 책임재산의 보전과 직접적인 관련이 없다는 점을 보전의 필요성을 부정하는 이유로 제시한 점에 비추어 보면, 대법원은 피보전채권이 일반금전채권인 경우에는 여전히 채권자대위권을 (일반)책임재산보전제도로 인식하고 있는 것으로 보인다 한다.

비용 등 엄청나 비용이 소요되는데 이는 결국 실비보험계약의 보험료 인상으로 이어질 것이다. 보험료 인상은 보험금 부당이득반환청구의 상대방인 보험계약자들 뿐만 아니라 해당 보험 상품을 구매한 모든 보험계약자들에 대해서도 이루어질 것이다. 개별 보험계약자들이 관념상의 보험단체를 구성하여 단체 내에서 위험을 서로 이전하고 떠안는 보험의 특성으로 인한 당연한 귀결이다. 이로 인해 선의의 보험계약자들이 불측의 손해를 입을 뿐 아니라 국민건강보험공단과 함께 질병보험시스템을 떠받치는 실비보험의 기능이 훼손된다.

다수의견에 대한 보충의견은 채권 보전의 필요성은 채권자대위권제도의 고유한 목적을 기준으로 판단하여야 하고, 실손의료보험제도가 국민건강보험제도와 관련된 정책적 목적을 위하여 채권자대위권제도가 당초 예정하지 않은 영역에까지 보전의 필요성을 확대하는 것은 바람직하지 않다고 설시하다. 그러나 채권자대위권은 피보전채권과 피대위권리 자체가 당사자가 주장하는 권리에 따라 달라지는 것을 전제로 하는 제도이므로 피보전채권과 피대위권리가 속한 제도가 가지는 취지를 함께 고려해야 하므로 보충의견에 찬성할 수 없다는 견해²⁸⁾에 공감한다. 실제로 대상판결사안과 같은 보험소송사건에서 다수의견과 보충의견의 논리를 고수할 경우에는 앞의 (2)와 (3)에서 논증한 바와 같은 문제점이 여실히 드러난다.

(4) 집행권원이 필요한 추심명령을 활용해야 하는 불편함

다수의견 및 보충의견과 같이 이 사건 원고(보험사)의 채권자대위권 행사를 부정하면 보험사로서는 자신의 채권 만족을 위해 민사집행법상의 방법을 취해야 한다. 우선, ① 피보험자(환자)를 상대로 보험금반환청구의 소를 제기하여 집행권원을 확보한 다음, ② 피보험자(환자)의 의료인(의료기관)에 대한 진료비반환채권에 대한 압류 및 추심 또는 전부명령을 받음으로써 추심권자로서 의사로부터 압류채권을 추심하거나, 전부권자로서 직접 압류채권을 변제받을 수 있고, ③ 의료인(의료기관)이 임의변제를 거절할 경우 의료인(의료기관)을 상대로 추심금 또는 전부금청구의 소를 제기하고 이를 바탕으로 다시 의료인(의료기관)의 일반재산에 강제집행을 하여야 한다. ④ 보험사가 추심명령을 받은 경우에는 의료인(의료기관)으로부터 임의변제를 받거나 강제집행을 통해 변제받거나 어느 경우에도 이를 자신의 채권에 우선적으로 충당할 수 없고 이를 공탁하여 배당에 참가한 다른 채권자들과 채권액에 비례하여 평등하게 배당받아야 한다.

이처럼 보험사로 하여금 민사집행법상 금전채권의 실현을 위한 집행권원 확보, 압류 및 추심·전부명령, 임의변제 또는 추심금 소송, 공탁, 배당절차를 차례로 거치게 함으로써 오지급된 실비보험금 회수를 불편하고 어려우며 많은 비용이 소요되도록 할 만큼 채권자 평등주의

28) 여하운, “채권자대위권에 있어서 ‘채권보전의 필요성’의 의미-대법원 2022. 8. 25. 선고 2019다229202 전원합의체 판결-”, 『법조』 제71권 제6호(2022. 12.), 법조협회, 487-488면.

원칙이 반드시 관철되어야 하는 원칙인지 의문이 든다. 우리 민사집행법상의 평등주의는 유례를 찾아볼 수 없는 '극단적인' 평등주의이고, 이러한 평등주의를 취하고 있는 나라는 우리와 일본 이외의 국가에서는 찾아보기 어렵다.²⁹⁾ 평등주의는 때때로 집행채권자의 노력을 헛수고에 가깝게 만든다.³⁰⁾ 필자는 민사집행법이 개정되지 않고 있는 현재의 상황에서 평등주의를 부정하고 채권자대위소송의 요건을 무조건 완화할 것을 주장하지는 않는다. 다만, 대상판결 사안과 같은 제2의 국민건강보험의 기능을 하는 실비보험을 제공하는 보험사의 오지급 보험금 반환채권을 실현하기 위한 채권자대위소송과 같은 특수한 사안에서만만큼은, 채권자평등주의의 원리를 내세워 채권자대위권 행사를 부정하지는 말았어야 한다고 생각한다.

(5) 프랑스 개정 민법

우리 민법 제404조의 채권자대위권은 그 제도적 뿌리를 프랑스 민법에의 간접소권(action oblique)에 두고 있다.³¹⁾ 그런데 2016년에 프랑스 채권법이 전면적으로 개정되면서 채무자의 무자력은 간접소권의 행사요건이 아님이 선언되었다.³²⁾ 간접소권에 관한 프랑스의 개정 동향과 채권자대위권에 관한 우리 판례상의 현실적인 흐름³³⁾에 비추어 '채권 보전의 필요성'의 의미를 '채무자의 무자력'으로 이해하는 것으로부터 탈피해야 한다는 견해³⁴⁾는 경청할 만하다.

이 문제에 관해서 여전히 무자력 필요설이 학계의 다수설이며,³⁵⁾ 무자력 요건을 약화 또는 폐지해야 한다는 문제의식을 가지더라도 민법의 해석론으로 불가능하고 입법을 통해서만 무

29) 전원열, "민사집행법상 평등주의의 재검토", 「법조」 제69권 제3호(2020.6.), 법조협회, 9면, 29면.

30) 위의 논문, 7면.

31) 우리나라의 채권자대위권제도가 법제사적으로 로마법상의 간접소권에서 유래한 것인지 프랑스 고대법에서 유래한 것인지 명확하지는 아니하나, 일반적으로 프랑스고대법에서 발전한 프랑스민법 제1166조가 일본민법을 거쳐 우리나라에 계수된 것으로 이해된다(민의원법사위민법안심소의위, 「민법안심소의(상)」, 241면; 「주석민법 채권총칙(2)」 제4판, 한국사법행정학회, 2013, 111면).

32) 여하운, "채권자대위권(action oblique)에 관한 프랑스에서의 입법 동향", 「재산법연구」 제34권 제4호, 한국재산법학회, 2018, 170면, 173, 174면에 따르면, 2016년 개정 프랑스 민법은 개정 전의 '채무자의 권리를 행사할 이익'이라는 문구를 '채무자의 소홀함이 채권자의 이익을 위태롭게 한 경우에 한하여 간접소권이 행사될 수 있다'고 개정하였는데, 어떠한 경우에 채권자의 권리가 '위태롭게' 되었다고 볼 수 있을 것인지에 대하여 대다수의 프랑스 학자들은 입법자가 포괄적인 표현을 사용하였다는 것으로부터 채무자가 무자력 상태가 아닐지라도 채권자의 권리가 위태롭게 되었다고 평가할 수 있다고 해석한다.

33) 우리 대법원도 피보전채권이 금전채권인 경우에도 채무자의 무자력을 요하지 않고 채권자대위권 행사를 허용한 사례(임대차보증금을 양수한 채권자가 임차인의 가옥명도를 구하는 경우 그 채권의 보전과 채무자인 임대인의 자력유무와는 관계가 없으므로 무자력을 요건으로 하지 않는다는 대법원 88다카4253, 4260 판결 등)가 적지 않다.

34) 여하운, "채권자대위권(action oblique)에 관한 프랑스에서의 최근 입법 동향", 「재산법연구」 제34권 제4호, 2018, 175~176면.

35) 곽윤직, 「채권총론」 제6판, 박영사, 2009, 135면; 김용한, 「채권법총론」, 박영사, 1990, 235-236면; 김중환/김학동, 「채권총론」 제6판, 박영사, 1998, 110면; 송덕수, 「채권총론」 제4판, 박영사, 2019, 223면; 김상용, 「채권총론」 제3판, 화산미디어, 2016, 225면; 추신영, "채권자대위권과 보전의 필요성", 「법학연구」 제23권 제1호, 경성대학교 법학연구소, 2015, 242면.

자력 요건을 없앨 수 있다는 견해도 있을 수 있다. 그러나 현행 대법원도 금전채권 대위소송에서 구체적 타당성을 기하기 위해서 채무자의 무자력을 무조건적으로 요구하던 과거의 판례에서 벗어나서 채권보전의 필요성과 관련하여 밀접한 관련성이 인정되는 경우에는 채무자에게 자력이 있더라도 채권자의 대위권 행사를 허용하는 등 금전채권대위소송에서 채무자 무자력 요건을 우회하려는 노력을 기울이고 있는 점을 고려하면, 무리해서 채무자의 무자력 요건을 고수하기보다는 채무자에게 자력이 있는 경우에도 금전채권대위를 허용하는 방향으로 민법을 해석하는 것이 바람직하다. 우리 민법 제404조는 채권자는 일신전속권을 제외한 채권을 보전하기 위하여 채무자의 권리를 행사할 수 있다고 규정하고 있을 뿐 채무자의 자력 유무에 대해서는 언급하지 않고 있다. 따라서 금전채권대위권의 행사요건으로서 채무자의 무자력을 요하지 않는다고 보더라도 문언해석의 한계를 벗어나지 않는다.

V. 結

대상판결 사안과 같이 채권자대위권의 피보전채권이 잘못 지급된 보험금에 대한 반환을 구하는 부당이득반환청구권이고, 피대위권리인 부당이득반환청구권의 발생 원인이 국민건강보험법령의 해석상 해당 계약이 무효가 되었기 때문인 사안은 대법원이 피보전채권이 금전채권인 경우에도 무자력을 요하지 않고 채권자대위권 행사를 허용하는 일련의 사례군에 포함되어야 한다. 그럼에도 대상판결에서 대법원은 피보전채권이 금전채권임을 이유로 채무자의 무자력을 요구하고 그것을 상쇄시킬만한 피보전채권과 피대위권리 간의 밀접관련성이 없다는 이유로 보전필요성을 부정하여 원고의 채권자대위권 행사를 허용하지 않았다. 이 판시로 인해서 (대상판결의 반대의견이 지적한 바와 같이) 보험자는 채무자인 피보험자를 상대로 개별적으로 부당이득반환을 청구해야 하고, 피보험자는 다시 요양기관을 상대로 부당이득반환을 청구해야 하게 되었다.

동일한 분쟁에 관련된 피보험자가 수백 명에 이르기 때문에 보험사가 수많은 피보험자를 상대로 직접 소액인 보험금의 부당이득반환을 구하는 데에는 시간적·금전적으로 많은 비용이 소요될 뿐만 아니라 이는 사법자원의 낭비로도 이어진다. 이러한 이유 때문에 특히 보전하고자 하는 채권액이 소액인 경우에 보험자로서는 각각의 피보험자를 상대로 채권의 이행을 위하여 소를 제기하는 것이 현실적으로 어려울 수 있다. 그동안 보험자가 각각의 피보험자를 상대로 임의 비급여와 관련하여 부당이득반환을 청구한 사례가 드물었다는 사실이 이를 방증한다. 나아가 이미 보험자로부터 보험금을 지급받아 요양기관을 상대로 위법한 임의 비급여 진료행위로 인한 진료비 반환을 구할 아무런 유인이 없는 피보험자를 분쟁의 당사자로 불러내는 것이

합리적인 분쟁의 해결수단이라고 보기도 어렵다.

향후 이 사건과 동일하거나 유사한 보험계약에 기초한 보험금 부당이득반환소송에서 대법원은 채무자의 무자력을 엄격히 요구하지 말아야 할 것이며, 설령 채무자의 무자력을 요하는 입장을 고수한다고 하더라도 피보전채권의 발생원인과 피대위권리의 발생원인을 구체적으로 분석하여 보험사의 채권자대위소송을 적극적으로 인정하는 것이 바람직하다. 각 권리의 발생원인을 분석함에 있어서는 보험계약의 특수성을 고려하여야 한다. 이를 통해 불필요한 사회적 비용의 지출을 막고 제2의 국민건강보험으로 기능하는 실비보험료의 인상을 저지함으로써 보험보장을 받을 목적으로 자발적으로 보험료를 지급하고 보험에 가입한 대다수의 국민들(피보험자들)에게 합당한 보험보장이 이루어지도록 배려하여야 한다. ☒

(논문접수 : 2023. 1. 2. / 심사개시 : 2023. 1. 5. / 게재확정 : 2023. 1. 13.)

참 고 문 헌

- 「주석민법 채권총칙(2)」 제4판, 한국사법행정학회, 2013.
- 곽윤직, 「채권총론」 제6판, 박영사, 2009.
- 김상용, 「채권총론」 제3판, 화산미디어, 2016.
- 김용한, 「채권법총론」, 박영사, 1990.
- 김증한/김학동, 「채권총론」 제6판, 박영사, 1998.
- 송덕수, 「채권총론」 제4판, 박영사, 2019.
-
- 김용익 등, “임의 비급여 관리방안 연구 최종보고서”, 서울대학교 의과대학 의료관리학교실, 2000.
- 김정중, 국민건강보험법상 ‘임의 비급여 진료행위’의 부당성, 「사법」 제1권 제21호, 사법발전재단, 2012.
- 박태신, “채권자대위권에 관한 이해의 변화 모색-보전의 필요성 및 채무자의 무자력과 관련 하여-”, 「저스티스」 통권 제186호(2021.10.), 한국법학원, 2021.
- 여하운, “채권자대위권(action oblique)에 관한 프랑스에서의 최근 입법 동향”, 「재산법연구」 제34권 제4호, 2018.
- 여하운, “채권자대위권에 있어서 ‘채권보전의 필요성’의 의미-대법원 2022. 8. 25. 선고 2019다229202 전원합의체 판결-”, 「법조」 제71권 제6호(2022. 12.), 법조협회, 2022.
- 오경미, “채권자대위권에서 ‘보전의 필요성’과 채권자평등주의의 문제-대법원 2018다879 전원합의체 판결과 관련하여-”, 「사법」 제1권 제55호, 사법발전재단, 2021.
- 임웅찬/이상강/박형호/김형진, “임의비급여 부당이득반환청구소송에서의 채권자대위법리 적용에 관한 고찰-맘모툼 절제술 관련 판례의 검토를 중심으로-”, 「경영법률」 제31집 제2호, 한국경영법률학회, 2021.
- 전원열, “민사집행법상 평등주의의 재검토”, 「법조」 제69권 제3호(2020.6.), 법조협회, 2020.
- 추신영, “채권자대위권과 보전의 필요성”, 「법학연구」 제23권 제1호, 경상대학교 법학연구소, 2015.
- 현두륜, “건강보험에 있어서 의사와 환자 간의 법률관계: 임의 비급여 문제를 중심으로”, 「의료법학」 제8권 제2호, 2007.

Abstract

The Creditor Subrogation Rights in Insurance Litigation

- Subject Case: Supreme Court en banc Decision 2019Da229202 -

Lim, Soo-Min

In recent years, it is notable that the Korean Supreme Court has made many decisions regarding 'the necessity of preservation' as a requirement for exercising creditor subrogation rights. Through these series of rulings, the Supreme Court has advanced one step from the previous position, which interpreted the necessity of preservation as the debtor's insolvency when the creditor's own claim is monetary. Now, the Supreme Court acknowledges the necessity of preservation based on the close relationship between the creditor's claim and the subrogated right. However, it does not abolish the debtor's insolvency requirement. The judgment mainly dealt with in this paper also remains consistent with these recent trends.

However, the subject judgment is unique in that it relates to an issue that lies in the area of intersecting the creditor subrogation system, the national health insurance system, and the private health insurance (medical expense insurance) called the second health insurance. The right to claim for return of unjust enrichment from insurance money, which is a compensation claim, is closely related to the performance of insurance contracts, as the Supreme Court recently explained in the enclave ruling, and thus corresponds to the claim for performance. Since the occurrence of the creditor's claim originated from the interpretation of the National Health Insurance Act, the cause of the creditor's claim is partially in common with that of the subrogated right. Therefore, based on the recent Supreme Court's jurisprudence of close relationship, even if the debtor (the third debtor's patient, the insured of the creditor) had his power, the creditor should have been allowed to exercise the right of subrogation to the creditor. On this point, I agree with the dissenting opinion of the Supreme Court.

Furthermore, given the recent development of precedents, the trend of revision of the

French Civil Code, and the inconvenience of a collection order that requires the executive titles, it is reasonable not to demand the debtor's insolvency even in monetary claims. Considering the multiplicity of insurance contracts, the collective nature of insurance, and the purpose and function of the health insurance system, it is reasonable not to consider the insolvency of the debtor as a requirement for exercising the creditor's right of subrogation in medical expense insurance lawsuits, at least as in the subject matter of the judgment.

Key Words : Voluntary non-benefit Treatment Act, Triamcinolone Injection, Private Health Insurance(Medical Expense Insurance), Creditor Subrogation Rights, Necessity of Preservation, Debtor's Insolvency