

하자보증보험에 따른 보험사의 구상권을 담보하기 위해 예금채권에 질권이 설정된 경우의 법적 쟁점

-대법원 2021. 2. 25. 선고 2020다248698 판결의 평석-*

To Guarantee the Insurance Company's Right to Indemnification under Defect Warranty Insurance Legal Issues

When a Pledge is Established on Deposit Claims

- A Comment on the Supreme Court Decision 2020Da248698 -

이 재 형**

Lee, Jae-Hyoung

김 제 완***

Kim, Jewan

목 차

- | | |
|----------------------------------|---------------------------|
| I. 대상판결의 사실관계 및 쟁점 | IV. 보증보험에서 하자담보책임기간 판단 기준 |
| II. 예금채권에 대한 근질권-전부명령 간 관계에서의 쟁점 | V. 결론 |
| III. 포괄근저당권 금지사례와 근질권에의 함의 | |

<https://doi.org/10.35148/ilsilr.2024..58.145>

투고일: 2024. 7. 14. / 심사완료일: 2024. 8. 5. / 게재확정일: 2024. 8. 9.

* 이 논문은 고려대학교 법학전문대학원 인성특별연구비에 의하여 수행되었음

** 주저자: 기업은행 준법지원부 법규팀 팀장 / 고려대학교 일반대학원 민법 박사과정 수료

Lead Author: Chief Deputy General Manager, Industrial Bank of Korea, Legal & Compliance Dept.
/ Ph.D. Candidate, Graduate School, Korea University

*** 교신저자: 고려대학교 법학전문대학원 교수

Co-Author: Ph.D., Professor, Korea University Law School

대상판결은 보증보험에서의 하자담보기간 및 예금에 설정된 질권과 전부명령 간의 관계에 대한 리딩케이스로서, 직전 심급의 판결이 계속 뒤집히는 등 치열하게 논의되었다. 대법원에서 원심내용을 파기환송하면서 내린 최종 결론은, 우선 보험약관에 다른 특별한 약정이 없다면, 비록 청구시점이 하자담보책임기간 이후라 하더라도 발생시점이 하자담보책임기간 내인 경우 보증보험사는 그 책임을 부담해야 한다고 판시했다. 또한, 예금채권에 질권이 설정된 경우의 전부명령은, 단순히 권리 간 우선순위 문제로 볼 것이 아니라, 채권의 존부여부를 먼저 살펴본 뒤 그 결과에 따라 사실관계와 권리관계를 판단해야 한다고 보았다. 그리고 포괄근질권이 적용되는 피담보채권의 범위가 과도하게 확장되지 않도록 하였다.

지금까지 보증보험에 있어 하자담보책임기간 관련 논의는 보험사가 작성한 약관의 문언 내용을 중심으로 이루어졌는데, 보험사측의 항변 등 반론이 적지 않았다. 그러나 금융소비자 보호가 강조되면서 하자담보책임기간에 대해서도 특별한 사정이 없는 한 피보험자 중심으로 해석되고 있으며, 포괄근질권의 피담보채권 범위 역시 구체적으로 특정되도록 하고 있다. 보증보험사가 예금채권에 설정한 질권과 전부명령 간의 관계도 각 제도에 대한 정확한 이해를 바탕으로 그 실질을 따져야 한다.

본고에서는 이와 관련, 분쟁 예방을 위해 보완되어야 할 법리로서 세 가지를 제시하였다. 첫째, 하자담보책임기간은 구조적 정보비대칭 해소 및 금융소비자보호 취지를 감안해 해석해야 하고, 둘째, 근질권의 피담보채권에 대해서는 포괄근질권은 원칙적으로 금지하되 범위를 특정하도록 해야 하며, 셋째, 예금채권에 설정된 근질권과 전부명령 간 권리관계는 근질권의 추급효를 인정하여 해석해야 한다. 그렇게 함으로써 기존 법령 및 금융실무와 정합성을 확보할 수 있고, 분쟁 예방 효과도 높일 수 있다.

[주제어] 하자담보책임기간, 손해사고기준, 배상청구기준, 질권, 전부명령, 포괄근질권

I. 대상판결의 사실관계 및 쟁점

1. 사실관계 및 쟁점

A회사는 2012. 6.경 신축공사 한 건을 도급받아 2013. 1.경 공사를 완료하였는데, 그 과정에서 발주처에 제공할 이행보증보험증권을 피고 G보증보험으로부터 발급받았다. 그 과정에 A회사는 G에게 차후 구상채무를 담보하기 위하여 적절한 담보를 제공해야 했는데, A명의로 예금에 대한 질권을 설정해 주기로 하였고, 2013. 2.경 피고 주식회사 B은행의 확정일자 있는 증서에 의한 승낙 하에 피고 G보증보험 주식회사와 A명의로 예금채권에 관한 질권설정계약을 체결하였다. 한편, A는 2012. 9.경 다시 증축공사 한 건을 도급받아 2012. 12.경 공사를 완료하였는데, 마찬가지로 2012.

12. 피고 B은행의 확정일자 있는 증서에 의한 승낙 하에 피고 G보증보험과 예금채권에 관한 질권설정계약을 체결하고, 피고 G보증보험으로부터 건설공사계약 관련 이행보증보험증권을 또다시 발급받았다.

그 후 A회사는 회생절차에 들어갔고, 원고 X는 A회사에 대한 이 사건 회생절차의 회생채권자로서, 창원지방법원은 X의 회생채권자표에 기초한 채권 압류 및 전부명령 신청에 따라 2015. 7. 피압류 및 피전부채권을 상기 질권이 설정된 A 명의의 예금채권으로 한 채권압류 및 전부명령을 하였다. 이 사건 전부명령은 2015. 7. 피고 B은행에 송달되었고, 2015. 9. 확정되었다. 이에 대상판결의 소로써 원고 X는 피고 B은행에 대하여 위 전부금을 청구하는 한편, 예금채권에 대한 질권자인 피고 G보증보험사에 대하여는 그 질권의 피담보채무가 소멸하였음을 전제로 그 질권설정계약 해지의 통지를 구하였다. 원고 X의 주장은, 이 사건 각 질권의 피담보채권은 피고 G보증보험이 이 사건 각 하자보증보험계약에 기하여 A회사에 대해 가지는 각 구상채권인데, 피고 G보증보험의 각 구상채권은 이 사건 각 공사의 하자담보책임기간의 경과로 A회사의 하자담보책임이 소멸함에 따라 모두 소멸되었고, 따라서 이 사건 각 질권은 부종성으로 소멸하였다는 것이다. 이에 원고 X는, 피고 G보증보험에 대하여 채무자인 A를 대위하여 이 사건 각 질권설정계약을 해지하고, 피고 B은행에 대한 이 사건 각 질권설정계약 해지의 통지를 구하는 한편, 피고 B은행에 대하여 이 사건 전부명령에 따른 전부채권자로서 전부금 지급을 구한 것이다.

이에 대한 피고 B은행의 주요 항변으로서, 우선 이 사건 예금채권에는 확정일자에 의한 승낙으로 질권이 설정되었을 뿐 아니라 제3자에 대한 대항요건도 갖추었으므로, 이 사건 전부명령은 효력이 없다고 주장하였다. 즉, 전부명령이 제3채무자인 피고 B은행에 송달된 때 이미 A와 피고 G보증보험은 피고 B은행의 확정일자 있는 증서에 의한 승낙 하에 각 예금채권에 관하여 이 사건 각 질권설정계약을 체결하였으므로, 원고 X를 포함한 제3자에 대한 질권설정의 대항요건을 갖추었다는 것이다. 따라서 이 사건 전부명령은 예금채권에 효력이 미치지 않는다는 것이다. 설령 그렇지 않다고 하더라도 질권설정계약이 적법하게 해지될 때까지는 피고 G보증보험이 각 예금채권에 관하여 우선변제권이 있는 질권자이므로, 피고 B은행은 질권설정계약에 대한 적법한 해지의 통지 없이는 원고 X의 전부금 청구에 응할 수 없다는 것이다.

한편, 피고 G보증보험사의 주요 항변으로서, 우선 A의 이 사건 각 공사에 관한 하자담보책임은 소멸하지 아니하였으므로, 질권의 피담보채권인 피고 G보증보험의

A에 대한 장래의 구상채권은 확정적으로 소멸하지 아니하였다고 주장하였다. 그 이유는, 피고 G보증보험사의 주장에 따르면, 이 사건 각 공사의 하자담보책임기간은 ‘하자담보에 대한 청구 기간’이 아니라 ‘하자의 발생 기간’이기 때문이라는 것이다. 따라서 ‘그 기간 내에 발생’한 하자에 관하여 도급인이 그 기간 이후에도 권리를 행사할 수 있는 것이고, 그렇게 되면 피고 G보증보험으로서는 그 이후라고 하더라도 보증책임을 부담하게 될 수 있다는 것이다. 다음으로 피고 G보증보험사는 본건 질권이 ‘근질권’임을 들어 피담보채무가 소멸되지 않았다고 다투었다. 즉, A는 본건 구상금채무 이외에도 피고 G보증보험에 부담하는 다른 회생채무가 있는데(즉, 이 사건 회생절차에서의 회생계획인가결정 당시 피고 G보증보험의 A회사에 대한 회생채권인 확정된 다른 구상채권이 추가적으로 존재한다.), 그것이 변제 등으로 소멸되지 않고 있음을 지적한 후, 이 사건 각 질권은 이와 같은 다른 피담보채무도 담보하는 ‘근질권’이므로 소멸되지 아니한 것일 뿐 아니라 이 사건 각 질권설정계약은 해지 사유가 없다는 것이다. 그러므로 원고 주장의 해지는 적법한 것이 아니므로, 피고 G보증보험사로서는 원고 X의 이 사건 각 질권설정계약 해지 통지 청구에 응할 수 없다는 것이다.

2. 소송경과 및 판시사항

2.1 제1심판결

제1심에서는 전부명령의 효력을 부정하면서 원고의 피고들에 대한 청구를 모두 기각하였다.¹⁾ 즉, 전부명령이 제3채무자인 피고은행에게 송달되기 전에 이미 소외 회사가 회생법원의 허가 및 피고은행의 확정일자 있는 증서에 의한 승낙 하에 피고 보증보험과 예금채권에 관하여 이 사건 각 질권설정계약을 체결함으로써 원고를 포함한 제3자에 대한 질권설정의 대항요건을 갖춘 사실은 인정되는 바, 전부명령은 효력을 미칠 수 없고, 원고가 소외회사를 대위하여 이 사건 각 질권설정계약을 해지하였다고 하더라도 동일하다고 판단했다. 이 판결에 대해 원고 측에서 항소하였다.

1) 창원지방법원 2019. 8. 21. 선고 2018가단122260 판결

2.2 원심판결

대상판결의 원심인 항소심에서는 원고항소를 받아들여 제1심판결을 취소하고 원고청구를 인용하였다. 즉, 피고 보증보험에 대하여는 피고은행에게 각 예금채권에 관한 질권설정 계약해지를 통지하라고 명하고, 피고은행은 피고 보증보험으로부터 위 해지통지를 받은 다음 원고에게 전부금을 지급하라고 판결했다.²⁾ 그 이유는 다음과 같다.

우선 원심판결은, 질권설정에도 불구하고 전부명령은 유효하다고 보았다. 즉, 전부채권에 대한 질권설정은 향후 채무자가 채무를 변제하지 아니하는 경우 질권자에게 질권의 목적인 채권에 관한 추심권능이 유보되는 것일 뿐, 질권설정으로 인하여 곧 채권이 질권자에게 양도 또는 이전되는 것이라고 보기 어려운 점을 지적하면서, 질권의 목적인 채권의 양도행위는 민법 제352조에서 정한 질권자의 이익을 해치는 변경에 해당되지 않는다고 판단하였다. 그 이유로는, ① 질권의 목적인 채권을 피전부채권으로 하는 전부명령의 경우 질권의 목적인 채권을 양도하는 경우와 마찬가지로 질권이 설정된 채권을 그대로 이전하는 것이어서 선순위 질권자의 우선변제적 효력 등 정당한 이익을 해할 우려는 없고, 압류가 경합된 채권에 대한 전부명령의 경우처럼 채권자 평등주의를 관철할 필요성이 없는 점, ② 질권이 설정된 채권에 대한 압류·전부명령을 제한하는 규정은 없는 점 등에 비추어 볼 때, ③ 이미 양도된 채권 또는 압류가 경합한 채권에 대한 전부명령과 달리, 질권의 목적인 채권을 피전부채권으로 하는 전부명령은 유효하다고 보았다. 단, 질권의 목적인 채권에 대한 전부채권자는 질권자의 질권 행사로 집행채권을 변제받지 못할 수 있는 위험을 감수하게 된다는 것이다.

둘째, 이 사건 각 하자보증보험계약에 의한 피고 보증보험의 도급인에 대한 보험기간, 즉, ‘하자보증기간’은 기간 제한의 취지에 비추어 도급인의 하자 발생에 따른 보험금지급청구 등 권리의 ‘행사기간’으로 보아야 한다고 판단했다. 이 사건의 경우 각 하자보증보험계약에서 정한 보험기간 내에 소외 회사 또는 피고 보증보험에 하자 발생에 따른 권리를 행사하지 아니한 채 그 기간이 모두 도과되었는데, 그렇다면 소외 회사의 이 사건 각 공사에 관한 하자담보책임은 제척기간의 경과로 모두 소멸하였다는 것이다. 따라서 피고 보증보험의 소외 회사에 대한 이 사건 각 하자보증보험계약에 따른 장래 구상채권 역시 확정적으로 발생하지 않게 되었다고 보았다.

2) 창원지방법원 2020. 6. 19. 선고 2019나61523 판결

마지막으로, 그다음 피고 보증보험의 소외 회사에 대한 별개의 확정된 구상채권이 이 사건 각 질권의 피담보채권인지 여부에 관하여는, 전반적인 사실관계 등을 비추어 볼 때, 이 사건 각 질권은 피고 보증보험의 소외 회사에 대한 별개의 확정된 구상채권까지 담보하는 것은 아니라고 판시하였다. 이 판결에 대해 피고 측에서 상고하였다.

2.3 대상판결

그러나 대법원에서는 원심판결 중 피고 보증보험에 대한 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하였다. 그 이유는 다음과 같다.

먼저 대상판결에서는 이 사건 각 하자보증보험계약의 보험기간 내에 발생한 하자에 대하여는 설령 보험기간이 지난 후에 보수 또는 보완청구가 이루어졌을지라도 소외 회사가 주계약에 따라 이를 이행하지 아니하였던 이상 피고 보증보험 역시 이러한 하자에 관하여 보험가입금액의 범위 내에서 보험자로서의 책임을 부담하는 것이 원칙이라고 보았다. 그 이유는, 우선 이 사건 각 하자보증보험계약에서 정한 보험사고란 보험계약자(주계약상의 채무자)인 소외 회사가 5년의 각 보험기간 내에 발생한 하자에 대하여 그 보수 또는 보완청구를 받았음에도 이를 이행하지 아니하는 것 자체를 의미한다고 해석하였기 때문이다. 그리고 이때의 보험기간은 소외 회사가 한 이 사건 각 공사의 ‘하자발생’에만 걸리는 것이지 소외 회사가 그에 대한 ‘보수 또는 보완청구’를 받는 것에는 걸리지 아니함이 보험약관 제6조의 문언상 분명하다고 보았다.³⁾

나아가 이와 같이 피고 보증보험이 보험자로서 책임을 지는지 여부가 미확정인 상태에서는 이 사건 각 질권의 피담보채권인 피고 보증보험의 소외 회사에 대한 각 구상채권이 소멸하였다고 단정할 수 없다고 판시하였다. 즉, 보험계약자의 하자보수 의무 불이행으로 인한 손해를 보상하기 위한 것임에도 보험기간을 주계약의 하자담보책임기간과 동일하게 정한 경우, 위 보증보험계약은 ‘보험기간 내에 발생한 하자에 대하여 보험기간 종료 후 보험사고가 발생하였더라도 보험자로서 책임을 지기로 하

3) 이 사건 보증보험약관 제6조는, “회사는 채무자인 계약자가 도급계약 또는 매매계약에 대하여 준공 검사 또는 검수를 받은 후 하자담보책임기간 안에 발생한 하자에 대하여 그 보수 또는 보완청구를 받았음에도 불구하고 보험증권에 기재된 주계약에 따라 이를 이행하지 않음으로써 채권자인 피보험자가 입은 손해를 보험증권에 기재된 내용과 이 약관에 따라 보상하여 드립니다.”라고 명시돼 있다. 전한덕, “보증보험계약상 보험사고의 판단에 관한 연구”, 외법논집 제46권 제1호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2022, 248쪽. 동 논문은 대상판결에 대하여, 본 논문과는 달리, 판단결과에 반대하는 취지로 정리하였다.

는 내용의 계약'이라고 해석해야 하며, 위 보험계약의 보험기간과 같은 기간인 주계약 상 하자담보책임기간이 권리행사 없이 지났다는 사정만으로 장래 구상채권이 확정적으로 발생하지 않게 되었다고 단정하여 위 질권이 소멸했다고 판단해서는 안된다고 판시하였다.

3. 문제의 제기

이 평석에서 주로 살피고자 하는 대상판결 사안에서의 주요 쟁점은 다음과 같다.

첫째, 대상판결에서 예금채권에 대한 질권설정과 전부명령과의 관계에 관하여 판시한 부분에 관하여, 필자는 그 결론에 공감한다. 대상판결과 같이 확정일자에 의한 승낙을 통하여 질권이 설정되고 제3자에 대한 대항요건까지 갖춘 경우, 이에 대해 전부명령이 이루어진다면 그와 같은 전부명령이 효력이 있는지 하는 점이 문제인데, 제3자에게로의 채권양도에 관한 확정일자가 있거나 채권에 대한 압류가 이루어진 상황에서는 그 후 이루어진 전부명령은 효력이 없다. 그런데 대상판결의 사안과 같이 양도나 압류가 아닌 질권설정을 위한 확정일자에 의한 승낙이 있는 후 전부명령이 이루어진 경우도 이와 마찬가지로 문제될 것이다. 다만, 필자는 이 부분 주요 쟁점에 관한 기존의 논의와 판례의 동향을 정리해 함의를 도출해보고자 한다.

둘째, 대상판결에서는 이른바 포괄근질권에 있어서 피담보채권의 범위 문제도 주요 쟁점으로 되었다. 이에 관하여, 포괄근저당권에서 이미 확립돼 있다고 할 수 있는 이른바 예문의 법리가 근질권에도 적용될 수 있는지가 문제된다. 필자는 이 문제를 은행의 약관과 거래관행 등을 참고해 금융소비자보호의 시각에서 분석해 보고자 한다.

셋째, 대상판결에서 질권의 피담보채무의 전제가 되는 '하자담보책임기간'이 경과하였는가 하는 점에 관하여, 필자는 그 결론에 공감하지만, 법적 근거와 관련 법리가 충분히 제시되지 않았다고 생각한다. 만일 이 기간을 '하자담보에 대한 청구기간'이라고 본다면, 그 기간 중 청구가 없었으므로 하자담보책임기간은 별다른 하자의 청구 없이 경과한 것이고, 따라서 A사는 물론이고 G보증보험사로서도 책임을 부담할 여지가 없게 된다. 반면, G보증보험사의 항변과 같이 이 기간이 '청구기간'이 아니라 '하자의 발생기간'이라고 본다면, 구상권의 존부에 관한 사정은 완전히 달라진다.

좀 더 정확히 말하자면, 이 기간은 두 가지로 나누어 살펴야 한다. 첫째는, 건설사인 A사가 담보책임을 부담하는 기간으로서의 '하자담보책임기간'에서, 이를 A의 책임

기간을 합리적으로 제한한다는 점에 공감하더라도, 그 의미가 ① 그 기간 중에 피보증인인 도급인이 A사에 대해 하자담보로 인한 책임을 ‘청구 또는 행사’하는 경우로 A의 책임기간을 제한하는 것으로 해석할 것인지 또는 ② 청구 또는 행사 시기와 관계없이 그 기간 중에 하자가 ‘발생’한 경우에는 A가 담보책임을 부담하는 의미로 그 책임기간을 제한하는 것으로 해석할 것인지의 문제이다. 둘째는, G보증보험사가 A사의 책임에 대한 보증보험자로서 책임을 부담하는 이른바 ‘부보(負保)기간’으로서의 ‘하자담보책임기간’의 문제이다. 이는 건설사의 책임기간과 이에 대한 보증보험사의 책임기간으로는 서로 성격이 다를 수 있음을 의미한다. 후자의 경우에도 마찬가지로 이를 ① 그 기간 중에 A사 또는 G사에 대한 ‘청구’하는 경우에 보증책임을 지는 것으로 해석할 것인지 또는 ② 그 기간 중에 하자가 ‘발생’한 경우에 보증책임을 지는 것으로 해석할 것인지의 문제를 나누어 생각할 필요가 있다. 필자는 결론적으로 이 부분을 금융거래 약관해석의 법리에 근거하여 금융소비자보호의 시각에서 살펴보고자 한다.

II. 예금채권에 대한 근질권-전부명령 간 관계에서의 쟁점

절차법인 민사집행법에 따르면, 우선 압류·가압류·추심명령 과정에서 채권자가 경합하는 경우에는 압류채권자에 의해 개시된 집행절차에서 그 배당요구의 종기까지 참가한 모든 채권자를 평등하게 취급하고 각 채권자가 가지는 채권의 비율에 따라 배당하는 평등주의가 적용된다.⁴⁾ 그런데 이러한 평등주의는 채권자들의 배당요구로 인해 절차 진행과정에서 복잡해질 수밖에 없고, 그로 인해 시간, 비용 등이 증가할 수밖에 없다. 또한 이 과정에서 절차에 불복하여 배당이의, 배당에 불복하는 소제기 등으로 분쟁이 증가하는 경우도 있다. 반면에 전부명령은 평등주의 원칙 하에서 예외적인 금전채권 현금화 방법인데 압류채권자가 독점적으로 채무액을 변제받을 수 있는 바, 평등주의 하에서 우열관계를 따질 때 혼동하지 않아야 한다. 한편 근질권은 은행 예금채권의 경우에는 실무상 처분제한 목적으로 사용되는 경우도 많아, 자칫 근질권을 담보물권보다는 보전제도로 오해하기 쉽다. 이에 이하에서는 실무에 기반 하되 각 제도의 본질에 유의하며 상호 정합성 있도록 이해해 보고자 한다.

4) 성덕근, “민사집행법상 평등주의에 대한 재검토”, 한국법학원 연구보고서, 2023, 24쪽.

1. 민사집행법상 평등주의 원칙과 적용

압류·가압류·추심명령에 평등주의 원칙이 적용되는 가운데, 예외적인 전부명령과 경합시 권리관계가 오독되지 않도록 유의해야 한다. 전부명령에서는 피압류채권이 지급에 갈음하여 채무자로부터 채권자에게 이전되고, 채권자는 피전부채권 처분에 있어 채무자의 간섭을 받지 않기 때문이다. 추심명령, 전부명령, 채권양도 순으로 경합시 쟁점을 중심으로 특징을 정리해보면 다음과 같다.

우선 압류·가압류·추심명령 관련 경합시 채권자평등주의가 구현되도록 관련 절차가 진행된다. 추심명령을 얻은 추심채권자가 제3채무자로부터 피압류채권을 추심하면, 그때까지 다른 압류·가압류 또는 배당요구가 없는 경우 그 추심한 범위 내에서 피압류채권은 소멸한다. 그러나 압류·가압류 또는 배당요구 등의 경합이 있으면 압류·배당에 참가한 모든 채권자를 위하여 제3채무자로부터 채권을 추심해야 하며, 제3채권자로부터 추심금을 지급받으면 바로 공탁·사유신고를 함으로써 압류·배당에 참가한 모든 채권자들이 배당절차에 의한 채권의 만족을 얻도록 해야 한다. 한편 배당요구의 종기까지는 다른 채권자들이 배당절차에 참가할 수 있도록 기회를 보장한다.⁵⁾

다음으로 압류·가압류·전부명령 관련 경합시에는 채권자평등주의를 예외 없이 적용하되, 제3채무자에게 송달된 때를 기준으로 경합여부를 따진 후, 전부명령이 유효하면 그 특권을 인정한다. 전부명령이 제3채무자에게 송달될 때까지 그 금전채권에 관해 다른 채권자가 압류·가압류 또는 배당요구를 한 경우 전부명령은 효력이 없고, 추심명령 신청 후에 또다시 전부명령을 신청하는 것도 압류경합에 해당되어 무효이다. 다만, 동일한 채권에 대하여 중복해 압류가 되어 있다고 하더라도 이를 합산한 결과 총채권액에 미치지 아니하면 압류경합이라고 할 수 없고, 이 경우에는 채권 일부에 대하여 발령된 전부명령이라도 유효하게 된다. 따라서 이러한 경우에는 추심명령 후에도 전부명령을 신청해 채권회수하는 것이 가능하다.⁶⁾

마지막으로 추심명령·전부명령·채권양도 간 경합시에는 이 역시 채권자 평등주

5) 성덕근, 위의 보고서, 80쪽.

6) 전부명령에서 다른 채권자에 의한 압류·가압류가 경합되거나 배당요구가 있을 경우, 그러한 경합 채권자를 배제하고 압류채권자에게만 독점적 만족을 주는 것은 민사집행법상의 채권자평등주의 원칙에 어긋나기 때문이다. 서인겸, “전부명령의 실제법상 효과에 관한 몇 가지 쟁점”, 경희법학 제54권 제4호, 경희대학교 법학연구소, 2019, 380쪽.

의 하에서 송달·도달 시점을 기준으로 경합여부를 따지되, 채권양도가 우선하면 인정된다.⁷⁾ 그리고 추심명령의 송달이 확정일자 있는 채권양도 통지보다 빠른 경우에는 추심명령이 우선이다. 채권이 이중으로 양도된 경우의 양수인 상호간의 우열은 통지 또는 승낙에 붙여진 확정일자의 선후에 의하여 결정할 것이 아니라, 채권양도에 대한 채무자의 인식, 즉 확정일자 있는 양도통지가 채무자에게 도달한 일시 또는 확정일자 있는 승낙의 일시의 선후에 의하여 결정된다.⁸⁾ 한편 제3채무자에 대한 확정일자 있는 채권양도통지 이후의 압류 및 전부명령은 무효이다. 마지막으로 제3채무자에 대해 압류 및 전부명령이 송달된 이후 채권양도 통지가 이루어진 경우에는, 채권양도로써 전부채권자에게 대항하지 못한다.⁹⁾

이상의 내용을 정리해보면, 압류·가압류·추심명령은 채권자평등주의에 따라 운용 중이되, 채권양도·전부명령은 유효성이 인정되는 경우에만 독점적 권한을 부여 받는다. 그리고 그 유효성을 따질 때에는 어떤 것이 먼저 도달·송달되었는지 선후관계에 따라 판단한다. 그런데 실무상으로는 절차법상 제도에 대한 본질적 이해보다는 선후관계에 따른 신속한 업무절차 진행에만 매몰되어 피상적인 이해에 그치기 쉬우며, 특히 은행의 예금채권에 대해서는 더욱 그러하다.¹⁰⁾ 보전·집행제도를 둘러싼 이같은 인식이 강한 가운데, 담보물권인 근질권도 그 본질적 특성은 간과된 채 보전·처분제도처럼 간주되어 정합성 있는 해석이 이루어지지 못하기도 한다. 이하에서는 세부적으로 관련내용을 살펴보고자 한다.

2. 예금채권에 대한 근질권의 특징

근질권의 목적이 된 금전채권에 대하여 근질권자가 아닌 제3자의 압류로 강제집행

-
- 7) 채권압류 효력발생 전에 채무자가 그 채권을 처분한 경우에는 그보다 먼저 압류한 채권자가 있어 그 채권자에게 대항할 수 없는 사정이 있더라도 그 처분 후에 집행에 참가하는 채권자에 대하여는 처분효력을 대항할 수 있다. 전병서, 민사집행법 제4판, 2023, 397쪽.
- 8) 이러한 법리는 채권 양수인과 동일채권에 대하여 가압류명령을 집행한 자 사이의 우열을 결정하는 경우에 있어서도 마찬가지이다. 서인겸, 앞의 논문, 378쪽.
- 9) 서인겸, 위의 논문, 380쪽.
- 10) 예금채권에 대한 보전처분을 많이 다루는 은행 실무관행으로는, 본점 전문부서에서 일관성 있는 대처를 위해 집중 관리한다. 그리고 은행별 해석에 차이가 없도록 은행연합회를 통한 개별협이나 가이드라인 제정 등을 통해 통일성 있게 대응하도록 노력하고 있다. 법원 결정에 따른 신속·정확한 절차진행이 중요하며, 절차지연에 따른 민원예방에 주력하고 있다.

절차가 개시된 경우, 제3채무자가 그 절차의 전부명령이나 추심명령에 따라 전부금 또는 추심금을 제3자에게 지급하거나 채권자의 경합 등을 사유로 위 금전채권의 채권액을 법원에 공탁하게 되면 그 변제의 효과로서 위 금전채권을 소멸하고 그 결과 바로 또는 그 후의 절차진행에 따라 종국적으로 근질권도 소멸하게 되므로, 근질권자는 위 강제집행절차에 참가하거나 아니면 근질권을 실행하는 방법으로 그 권리를 행사할 것이 요구된다.¹¹⁾ 근질권은 채권자평등주의가 적용되는 보전·집행제도인 압류·가압류·추심명령과 경합시 시점 선후를 따짐으로써 우열을 판단하고 그에 따라 채권회수순위가 정해진다. 다만 전부명령의 경우에는 근질권과 경합시 근질권과의 관계 설정을 어떻게 할 것인지 문제된다.

그런데 담보목적물을 예금채권으로 한정해서 근질권을 생각해보면, 이는 담보취득 및 실행 측면에서 법원보다는 은행에서의 실무거래가 중심이라 하겠다. 상업은행¹²⁾의 경우에는 예금담보대출 목적의 내부질권이나 외부질권¹³⁾ 등에서 많이 사용되고, 투자은행의 경우에는 PF대출과 같은 복잡한 현금흐름에 전제된 거래에서의 자금력 확보 및 자금관리 목적으로 주로 활용된다.¹⁴⁾ 즉 해당 자금관리계획에 대한 자금집행을 통제하기 위한 수단으로서 근질권을 이용하는 것이다.¹⁵⁾

근저당권과 비교해보면, 특히 예금채권에 대한 근질권에 있어서는 양도나 이전 관련 쟁점 논의가 발견되지 않는다. 이는 담보권에 대하여 은행이 보수적인 입장에서 복잡한 권리관계를 지양하는 데에서 기인한다고 생각된다. 우선 근저당권의 경우를 살펴보면, 1순위 근저당권이 아닌 경우에는 대출을 취급하지 않으며, 2순위·3순위 대출의 경우에도 동일사업자에 대한 추가 대출이 아니라면 거의 이루어지지 않는

11) 오시영, “채권질권의 강제집행에 대한 연구”, 재산법연구 제32권 제2호, 한국재산법학회, 2015, 120쪽.
 12) 상업은행은 개인이나 기업을 상대로 예금을 받고 이 예금을 자금원으로 여신을 제공함으로써 예대마진을 통해 수익을 창출하는 은행을 의미한다. 반면 투자은행은 장기자금을 필요로 하는 기업들을 투자자에게 연결시켜주는 역할을 한다.
 13) 내부질권은 내구상 엄밀한 정의는 없지만, 금융거래 실무관행으로는 은행 내부에서 은행의 예금채권을 담보로 질권을 설정하는 것을 의미한다. 주로 예금담보대출에서 사용된다. 한편 외부질권은 기업 간 거래에서 은행 예금채권에 대한 외부질권을 설정하기도 하는데, 거래회사의 담보력을 믿고 이를 담보하기 위해서 취하는 조치로서, 담보물권으로 기능하나, 임의적인 처분을 막기 위한 보전처분 성격이 강하다.
 14) 서울중앙지방법원 2014가합558023. 대주단이 은행과 사전에 별도의 약정을 맺은 다음, 근질권자로서 약정에 근거하여 필요시 자금지급지시서를 수령한 경우에는 그 내용에 따라 일시적으로 자금관리계획에 대한 근질권을 해제하고 자금을 이체한 뒤, 다시 근질권을 설정하는 방식을 취한다.
 15) 부동산PF에서 부속약정서로서 대출금계좌, 운영 및 사업관리계좌 등에 대해서 근질권을 설정하기 위해 예금근질권설정계약을 체결한다.

게 현실이다.¹⁶⁾ 이는 은행의 담보대출 관리에 있어 금융감독당국의 감독규정에 따라 담보회수율의 안정적인 관리가 중요하고 이는 간단명료한 권리관계에 기반해야만 정확하게 계산될 수 있기 때문이다. 그런데 예금채권에 대한 근질권의 경우에는 더욱 보수적으로 접근하게 된다. 즉 2순위·3순위 등 후순위까지 있는 복잡한 권리관계를 방치할 경우, 권리분석이 어려워져 소매금융을 대량으로 취급하는 상업은행의 경우에는 제도적으로 이를 지양하도록 하고 있다.¹⁷⁾ 더욱이 건전성 관리 목적으로 거액대출에 대한 리뷰가 리스크감리부서·대외기관 등을 통해 정기적으로 이루어지는데, 은행으로서는 예금채권에 대한 근질권을 이전받기보다는 해지후 새로 설정해 권리관계를 최대한 간단명료하게 정리한다. 이에 은행 실무상 예금채권의 근질권에 대한 이전 및 취급사례는 드물다.

한편 담보권인 근질권은 압류·가압류 등과는 다르게 피담보채권인 예금채권과 연결돼 있어 그 확정시기가 문제될 수 있다. 근질권자가 압류사실을 알고서도 채무자와 거래를 계속해 추가로 발생시킨 채권까지 근질권의 피담보채권에 포함시킨다면, 그로 인해 근질권자가 얻을 수 있는 실익은 별다른 것이 없는 반면 제3자가 입게 되는 손해는 위 추가된 채권액만큼 확대되는 바, 이는 사실상 채무자 이익으로 귀속돼 부당하다.¹⁸⁾ 그런데 이러한 문제점은 일반적인 근질권에서는 논란이 될 수 있으나, 은행의 예금채권에 대한 근질권인 경우에는 실무상 개연성이 매우 낮다. 은행에서는 금융소비자보호가 강조되어 금융회사에 유리한 포괄근담보가 행정지도 차원에서 엄격히 통제되고 있는 바, 포괄근질권은 매우 제한적으로 운용되기 때문이다.¹⁹⁾

16) 금융감독당국의 창구 행정지도로 인해, 개인대출의 경우에는 1순위 대출이 아니라면 아예 취급 자체가 어려운 상황이다.

17) 은행의 금융거래 실무관행에 따르면, 부동산담보대출에서 1순위를 타행에서 대출받고 2순위를 신규 취급 하는 경우는 극히 드물다. 설령 2순위 대출을 취급한다고 하더라도 아파트담보 등 통계적으로 명확하게 계산이 가능한 경우에만 예외적으로 취급된다. 근질권의 경우에는 근저당권보다 관리체계가 더욱 엄밀한 바, 거의 대부분 1순위 예금담보대출만 취급된다. 한편 거액 PF대출의 경우에는, 로폼이 확인해 준 기본적인 구조도를 기반으로 자금흐름과 담보관계가 명확해야, 즉 복잡한 권리관계가 체계적으로 확인되어야만 대출이 진행될 수 있다.

18) 최준규, “근질권이 설정된 채권을 다른 채권자가 압류한 경우 발생하는 경우 발생하는 법적문제에 관한 고찰”, 민사법학 제67권, 한국민사법학회, 2014, 173쪽. 동 논문은 대법원 2009. 10. 15. 선고 2009다43621 판결에 대한 평석인 바, 본 논문은 그 판시내용을 참고하였다.

19) 금융거래 실무관행에 따르면, 바젤III 건전성 규제를 준수하기 위해 상업은행에서는 근질권설정계약서를 징구한 뒤, 담보물에 대한 평가에 기반해 회수율을 정확하게 계산하기 위해 신용리스크 관리 차원에서 전산등록 및 관리하게 된다. 포괄근질권을 사용하더라도 피담보채권이 추가·삭제될 때마다 근질권설정변경계약서를 작성하고 이를 전산등록하여 관리하도록 하기 때문에 사실관계 확인이

3. 담보물권으로서 근질권의 추급효

추급효는 물권의 객체인 물건이 누구의 수중에 들어가더라도 그 소재를 추적하여 권리를 주장할 수 있는 효력을 말한다.²⁰⁾ 그런데 이것은 채권자평등주의 하에서 선후 관계를 따져 우열을 판단하는 압류·가압류·추심명령 등과 같은 보전·처분제도와는 어울리지 않는다. 추급효를 인정할 경우, 권리관계가 따라오게 되어 향후 우열을 따지는 것이 복잡해질 가능성이 높기 때문이다. 추급효는 이전·추급 사례가 적은 근질권보다는 주로 근저당권이나 물상대위권을 중심으로 관련 논의가 발견되는데, 금융권에서는 토지보상으로 담보 제공된 부동산이 멸실되는 경우에 이를 둘러싼 물상대위권 행사조치가 대표적이다. 한편 해외 사례를 살펴보면, 우리나라에서의 추급효는 영미법상 영미 특유의 제도인 대체물추급에 의해 물상대위권을 취득한 것과 동일한 효과를 얻는 것으로 이해된다.²¹⁾ 대체물추급이란 본래의 재산을 처분한 대가로 취득한 대체적 재산이 있는 경우 원물에 대하여 행사할 수 있었던 권리를 대체적 자산에 확장하여 행사하는 것을 말한다. 원 소유자는 원물에 대하여 권리를 보유하고 있었고, 원물 자체가 아닌 원물에 내재돼 있던 가치가 사라지지 않고 대체물에도 남아있기 때문에 원물에 대한 권리를 바탕으로 추급을 할 수 있다. 즉 대체물추급은 기존의 재산이 새로운 재산으로 대체된 경우 기존 권리자가 그 가치를 추급하는 과정으로서, 대체된 재산의 외형적인 면이 아닌 내재된 가치를 추급할 수 있다.²²⁾

우리 민법과 판례 등을 살펴보면 추급효가 인정될 수 없을 정도로 목적물이 멸실, 공용징수, 훼손된 경우에만 물상대위권을 행사할 수 있다. 그러므로 우리나라에서는 근저당권을 중심으로 물상대위와 추급효 논의가 활발하다. 채무자의 유일한 재산을 소비하기 쉬운 금전으로 바꾼 경우, 금전은 등기로 담보권이 공시되어 우선변제적

용이하고 논란 가능성은 낮다.

- 20) 우리 민법 체계에서는 담보권의 객체가 존속할 경우 담보권의 추급력에 의하여 여전히 담보권의 내용을 실현할 수 있다. 또한 담보목적물에 대해서 추급할 수 있으면 물상대위를 행사할 수 없다. 박정일, “매각대금채권에 대한 저당권의 물상대위”, 토지법학 제32권 제2호, 한국토지법학회, 2016, 31쪽.
- 21) 영미법상 추급은 원물추급과 대체물추급의 두 가지 종류로 나뉘볼 수 있는데, 원물추급은 자신의 물건을 절취당한 경우 그 절취된 물건에 대하여 자신의 소유임을 확인하며 절취물을 보유한 자와 우선권 경합이 이루어지는 과정을 의미하며 우리나라 법상의 물권적 청구권과 유사한 면이 있다. 박지현, “권리의 추급과 물상대위”, 중소기업과 법 제6권 제1호, 아주대학교 법학연구소, 2014, 77쪽.
- 22) 박지현, 앞의 논문, 77쪽.

효력이 확보되어 있는 부동산과는 달리 처분이 용이해 우선변제받기가 어려워 저당권자는 피담보채권이 무담보채권이 되는 것과 동일한 결과를 맞게 되는 바, 이러한 위험을 방지하기 위하여 저당권자에게 기존의 저당권 대신 물상대위권을 인정한다. 즉 기존 권리의 연장으로서 원 권리를 확장하여 행사하는 것이다. 저당권과 마찬가지로 저당권자와 채무자간의 채권계약에 의한 피담보채권이 존재하는 한, 피담보채권을 담보하기 위한 권리의 계속적인 연장선에서 인정되는 것이며 형태가 달라졌을 뿐이다.²³⁾ 다만 저당권의 추급력 행사와 물상대위권의 행사는 각각 다른 형태로 이루어지는데,²⁴⁾ 저당권의 추급력 행사는 임의경매의 실행을 통하고, 물상대위권의 행사는 그 대상이 금전채권일 경우 채권압류 및 추심명령으로 가는 것이다.²⁵⁾

그런데 근질권의 경우에는 추급효에 대한 논의를 찾아보기 힘들다. 민법 제342조는, “질권은 질물의 멸실, 훼손, 또는 공용징수로 인하여 질권설정자가 받을 금전 기타 물건에 대하여도 이를 행사할 수 있다”고 규정하고 있는 바, 질물이 예금채권인 경우에는 멸실, 훼손의 경우를 가정하기는 힘들기에 쟁점화 가능성이 낮기 때문이다. 한편 민법에서는 질권 외에 저당권 역시 근저당권설정자가 받을 금전 기타 물건에 대하여 저당권을 행사할 수 있다고 규정한다. 즉 근질권의 추급효 사례는 적더라도 실체법상 저당권과 동일한 담보물권으로서, 그 유효성을 인정받고 있는 것이다.

4. 소결

우리 법은 평등주의를 채택하고 있는바, 우선주의는 선후관계상 허용되는 경우에만 제한적으로 효력을 가질 수 있다. 그런데 전부명령에서의 질권의 추급효 관련해서는 참고할만한 대법원 판례가 있는데, 근질권의 목적이 된 금전채권에 대하여 제3자의 압류로 강제집행절차가 개시된 경우, 제3채무자가 절차상 전부명령에 따라 전부금을 제3자에게 지급하면 그 변제의 효과로서 위 금전채권은 소멸한다고 판시한 대법원 판결이다.²⁶⁾ 그런데 동 판결에 대하여 학계에서는 근질권이 설정된 금전채권에 대하여 전부명령이 있다고 하더라도 근질권이 우선하므로 전부채권자는 근질권이 설정된 채권을 이전받은 것으로 보아야 하고, 제3채무자가 근질권자의 동의 없이 채무를

23) 박지현, 위의 논문, 78쪽.

24) 민법 제370조의 준용규정에 따라, 저당권에 있어서도 민법 제342조 물상대위 조항이 적용된다.

25) 박정일, 앞의 논문, 51쪽.

26) 대법원 2009. 10. 15. 선고 2009다43621 판결

전부채권자에게 변제하는 경우에 근질권자에 대항할 수 없는 점에 비추어 타당하지 못하다는 비판이 있었다.²⁷⁾ 동 판시내용은 근질권이 설정된 금전채권에 대하여 제3자의 압류로 강제집행절차가 개시된 경우, 여러 사정을 적정·공평이란 관점에 비추어 살펴봄으로써 근질권의 피담보채권 확정시기를 정해야 한다는 내용으로서,²⁸⁾ 법리해석 시 실무상 문제점이 없도록 정합적인 해석을 시도한 점에 주목할 필요가 있다.

근질권에 대한 이같은 법리 변화에도 불구하고, PF 등 금융실무에서 예금채권에 대한 근질권은 처분금지 기능이 강조된다는 점, 예금채권에 대한 근질권 이전은 희소한 점 등으로 인해 근질권을 담보물권으로 이해하기보다는 압류·가압류·추심명령과 같은 보전·집행제도로서 오인하고 추급효 등 특성을 간과하는 경우가 많다. 그러나 근질권은 근저당권과 마찬가지로 담보물권으로서 근저당권의 이전 및 물상대위권에서 보듯 당연히 추급효가 인정되는 바, 근질권의 실행에 있어서도 권리가 이전된 경우에는 담보물권으로서의 추급효를 가진다고 보아야 한다. 즉, 절차법상 보전·집행제도 뿐만 아니라 실체법상 담보물권에 대한 법리도 균형 있게 고려돼 정합성 있게 해석되어야만 법리오해가 없게 된다. 근질권은 담보물권으로서 이전시에도 그 권리 관계가 그대로 보존되는 바, 근질권이 설정된 금전채권에 대하여 전부명령이 있다고 하더라도 근질권이 우선하므로 전부채권자는 근질권이 설정된 채권을 이전받은 것으로 보아야 한다.

III. 포괄근저당권 금지사례와 근질권에의 함의

대상판결에서는 포괄근질권의 피담보채권의 범위에 대해서 논란이 있었는데, 선행 사례로서 금융당국의 주도로 은행 및 저축은행에 대해 내려졌던 2012년의 포괄근저당권 금지 행정지도 사례가 많은 시사점을 줄 것으로 사료되는 바, 이를 중심으로 관련 쟁점을 정리해보고 함의를 도출해보고자 한다.

27) 지원림, 민법판례, 박영사, 2021, 29쪽.

28) 김영주, “임대차보증금반환채권에 설정된 질권의 효력과 질권자의 우선변제권”, 재산법연구 제36권 제4호, 한국재산법학회, 2020, 252쪽; 김제완, “임대주택 양도시 임차인의 지위와 임대인의 통지의무-강동주택·전세사기로부터 주택임차인을 보호하기 위한 법제 개선방안-”, 법조 제72권 제4호 통권 제760호, 법조협회, 2023, 52쪽.

1. 포괄근저당권 전면금지 배경과 내용

금융당국이 2012년 금융소비자보호를 위해 은행의 포괄근저당권을 전면금지한 취지를 살펴보면, 근저당권은 근본적으로 그 사용빈도가 많음에도 불구하고, 소비자가 쉽게 이해하기 어렵고, 설명이 충분하지 않은 상황에서 은행이 관행적으로 포괄근저당권을 사용하여 관련 민원이 지속되었기 때문이다. 2007년 금융당국은 행정지도를 통해 포괄근저당권을 원칙적으로 금지하고 포괄·한정·특정근저당권 간 차이에 대한 대고객설명 의무를 부과했음은 물론, 2010년에는 은행법상 포괄근저당권 설정을 원칙적으로 금지하였지만, 관련 민원은 계속되었다.²⁹⁾ 당시 문제됐던 은행 실무관행은 포괄근저당권에 대한 충분한 설명 없이 고객으로부터 동의를 받은 후, 향후 은행의 채권관리에 필요하면 고객에게 상세한 설명 없이 카드채권이나 신용대출을 피담보채권에 임의적으로 추가시킴으로써, 부실채권을 임의적으로 관리하는 것이 대표적이다. 대출시 고객 금리인하 차원에서 특정 신용대출을 피담보채권에 추가하는 등 일부 설명이 있기도 하였으나, 은행 내부적으로 표준화된 매뉴얼 등 기준이 없고 직원별 편차가 심한 상황이었는 바, 고객 민원을 체계적으로 감축시키기에는 한계가 있었다. 결국 세밀한 행정지도 없이 은행권의 자율에만 맡겨서는 금융소비자보호체계가 실효성 있게 작동되기 어렵다는 판단 하에, 금융당국은 담보제공자에게 과도한 담보책임을 부과하려고 하는 구조적인 문제점을 해결하기 위해 조치에 나선 것이다.³⁰⁾

2. 정보 불균형 해소와 금융소비자 보호

그런데 포괄근저당권 전면 금지로 인해 오히려 금융소비자에게 예상치 못한 불편함이 제기되는 등 감독당국의 획일적인 기준에 대한 비판이 지속되었다. 금융소비자의 개별적인 요구를 반영하지 않은 채 획일적으로 포괄근저당권을 말소할 경우, 금융소비자가 향후 다시 담보대출이 필요한 경우에 다시 근저당권을 설정하는 데에 추가

29) 금융위원회 [보도자료], “금융소비자 보호를 위한 은행의 근저당 제도 개선”, 2012, 1쪽.

30) 우선 신규대출시 뿐만 아니라 만기연장·재약정·대환과 같이 기존 대출을 갱신하는 경우에도 은행의 포괄근담보 요구금지를 명확히 했고, 제도 시행 전 설정되어 만기가 많이 남은 포괄근저당권에 대해서도 일반근저당권(한정·특정)으로 전환하도록 유도하였다. 그리고 한정근저당권의 담보범위를 과도하게 확대시켜 포괄근저당권과 유사하게 운용하는 사례도 있었는바, 피담보 여신거래 지정시 여신의 종류가 구체적으로 표시된 서면을 담보제공자에게 제공하여 선택하도록 개선하였다. 금융위원회, 위의 보도자료, 2쪽.

적으로 비용이 들어가는 등 여러 실무상의 문제점이 제기되었다.³¹⁾ 이는 결국 금융소비자에 대한 충분한 설명의무 이행을 통해 은행이 금융소비자에게 충분히 설명하고 정확하게 소통하는 것이 중요함을 일깨워주는 사례라고 할 수 있는 바, 궁극적으로는 금융소비자-은행 간 정보 불균형을 해소하여 금융소비자의 권리를 강화하는 것으로 이어져야 한다. 이하에서는 포괄근저당권 금지시 세부내용을 살펴봄으로써 근질권에의 함의를 도출하고자 한다.

우선, 개인에 대해서는 포괄근저당권을 전면금지하되, 극히 예외적으로 개인사업자는 포괄근저당권을 이용할 수 있는 길을 터주어 예기치 못한 금융애로가 없도록 했다. 개인의 경우에는 특정근저당권만을 허용했는데, 가계대출 영업실적을 위해 신용대출을 한 후, 이를 포괄근저당권의 피담보채권으로 충분한 설명 없이 연결시켜 놓는 관행을 근절하기 위함이었다.³²⁾ 법인이나 개인사업자는 사업상 이유로 추가대출이 필요할 경우에는 포괄근저당권이 유용할 수도 있지만,³³⁾ 개인의 경우에는 불필요하고 과도한 근저당권 설정으로 인한 재산상의 피해를 막는 것이 더 중요하다. 특히 신용정보회사로 채권이 넘어가 추심활동이 이어지면, 피담보채권을 임의적으로 확장해 과도한 추심활동으로 개인채무자가 어려워지고 사회문제로 비화하는 경우가 많은 바, 은행권은 표준화된 업무절차를 통해 개인대출에서의 자의식 해석 가능성과 오류율을 줄이고자 아래와 같은 다양한 절차를 마련하였다.

첫째, 고객에게 핵심설명서 및 서면동의서를 제공토록 하고, 설명의무를 부과하였다. 전문적인 부동산지식을 보유한 사람이 아니라면 아무래도 근저당권 개념이 쉽지는 않은 바, 은행으로 하여금 대고객 설명 강화로 완전판매가 이루어지도록 절차를 세분화하였다. 핵심설명서를 활용한 세부적인 설명을 통해 금융소비자가 제대로 이해하도록 하였고, 그 내용을 서면 동의서를 통해 최종 확인토록 하였다.³⁴⁾ 둘째, 은행

31) 금융위원회 [보도자료], “아시아경제(’12.4.27) 「‘포괄근저당 전면금지’한다는데...개인사업자 대출 걱정 커졌다」 제하의 기사 관련”, 2012, 1쪽.

32) 당시 은행의 금융거래 실무관행에 따르면, 피담보채권으로 연결시 고객에게는 금리인하 가능성 등을 들어 설득하곤 했지만, 향후 채권회수시 고객에게 불리할 수 있다는 점이 정확하고 충분하게 설명되진 못했다.

33) 법인 외에 개인사업자의 경우에도 하나의 근저당을 근거로 여러 개의 대출이 필요할 수 있는 바, 최초에는 포괄근저당을 원천금지했으나, 감독당국은 이후 예외를 허용하였다. 금융위원회 [보도자료], “아시아경제(’12.4.27) 「‘포괄근저당 전면금지’한다는데...개인사업자 대출 걱정 커졌다」 제하의 기사 관련”, 1쪽.

34) 금융위원회 [보도자료], “금융소비자 보호를 위한 은행의 근저당 제도 개선”, 2012, 3쪽.

이 임의적으로 한정근저당권을 포괄근저당권처럼 확대적용할 가능성을 방지하기 위해 세부요건정의를 사전에 마련토록 함으로써 금융소비자보호장치를 마련하였다. 즉, 은행이 임의적으로 확장해석할 수 있는 여지를 원천적으로 차단한 것인데, 건전성과 금융소비자보호라는 두 가지 목표 중 은행은 자율규제 하에서 전자에 매몰되는 경향을 보여왔는 바, 행정지도를 통해 예외적으로 포괄근저당권이 허용 가능한 경우를 특정하였다.³⁵⁾ 셋째, 포괄근저당권 전면금지조치에서 다양한 절차적 강제수단들도 주목할 만 하지만, 실제 강력한 영향력을 발휘하는 것은 입증책임의 전환이다. 다양한 보호장치 마련에도 불구하고 유형화·세분화만으로는 금융소비자보호에 한계가 있는 바, 고객에게 유리함을 은행이 증명하도록 함으로써 입증책임 부담을 전가한 것은 실효성을 담보할 수 있는 가장 강력한 조치였다. 핵심설명서 제시와 서면동의서 징구를 통해 금융소비자이 실질의사를 정확하게 확인하였는지 감독당국은 감사를 통해 확인하였는 바, 이후 은행의 기존 관행은 크게 개선되었다.³⁶⁾ 이러한 조치들은 결국 정보 불균형을 체계적으로 해소하도록 함으로써 금융소비자보호에 크게 기여했다고 평가할 수 있다.

3. 예금채권에 대한 근질권의 특징

그런데 이상에서 논의한 포괄근저당권 금지사례에서 함의를 따지기 전에, 담보물권으로서 근저당권과 근질권 간의 차이를 고려할 필요가 있다. 우선 근저당권은 부동산에 대해 설정되는 반면, 근질권은 동산이나 채권 등에 설정된다. 근저당권은 부동산 등기를 통해 설정되며, 부동산의 소유권은 채무자에게 남아있다. 반면 근질권은 이론상 담보목적물을 채무의 변제시까지 유치하지만, 은행의 기계담보대출 등 실무에서는 동산의 인도(물리적 이전)를 필요로 하지 않는 게 보통이다. 단, 채권 등의 경우에는 권리증서의 인도나 등록이 필요할 수 있다. 근저당권은 주로 부동산을 담보로

35) ① 차주가 장기·지속적인 거래관계가 있는 사업자(개인사업자 포함)이고, ② 은행이 포괄근담보의 설정효과를 충분히 고지한 후, ③ 차주에게 객관적으로 편리하다는 것을 은행이 입증하는 경우”에 한해 허용하였다. 금융위원회 위의 보도자료, 2쪽. 실제 세부조치는 은행에 대한 행정지도를 통해 진행되었고, 은행은 자체적으로 관련 내규 및 업무절차를 마련한 후, 그 결과를 금융감독원에 보고하였다.

36) 전면금지 이후 일부 변칙적인 운용이 발견되기도 했다. 뉴스웨이, 조계원, “금융사 포괄근저당 행위 현장경보 발령”, 2015. 10. 20, <<https://www.newsway.co.kr/news/view?ud=2015102016413757443>>, 검색일: 2024. 7. 14. 그러나, 현재에는 은행권 실무관행상 포괄근저당 금지조치가 잘 준수되고 있다.

하는 대규모 금융거래나 프로젝트에 사용되나, 근질권은 동산, 채권, 주식 등을 담보로 하여 보다 다양한 형태의 금융거래에 적용될 수 있다. 그런데 근질권의 담보물을 예금채권으로 한정하면 그 특징을 구체화 및 특정할 수 있는데, 이하에서 세 가지로 정리해보고자 한다.

3.1 질권의 목적물 대부분은 공시 통한 유형화 시도가 곤란

근저당권의 담보물이 부동산으로 한정되므로, 부동산을 둘러싼 권리관계의 우열은 민사집행법 조항, 법원 판례, 등기소의 등기선례 등을 통해 기준을 확립해 갈 수 있다. 또한 법원 경매를 통해 관리체계가 어느 정도 일원화될 수 있다는 점은 관련 통계의 작성이나 논의시 쟁점이 합의에 도달하는 데에 상당부분 도움이 된다. 근저당권은 부동산등기부에 표제부, 압구, 을구로 구분되어 권리관계가 체계적으로 공시되므로, 비록 모든 권리관계를 자세히 담지 못하는 한계가 있지만, 근질권에 비해서는 체계가 잡혀 있다고 할 수 있다. 그러나 근질권의 경우에는 등기부와 같은 공식적인 공시절차가 없는 바, 집행절차를 통한 평균적인·합의된 견해의 확립이 쉽지 않다. 근질권의 대상이 되는 담보물은 예금·채권·주식 외에 동산에 이르기까지 범위가 다양한데, 예금채권의 경우 은행 내규나 감독당국 규정 등으로 일정 수준 표준화가 가능하지만, 다양한 동산에 대한 관리체계가 공시체계 논의는 아직 미흡하다고 할 수 있다.³⁷⁾

3.2 질권이 목적물로서 예금채권만의 특징

그러나 대상판결에서는 근질권의 담보물로서 예금채권이 특정되었는 바, 관련 쟁점을 예금채권에 국한해보면 금융소비자 보호 측면에서 시사점을 얻을 수 있는데, 예금채권이 예금거래기본약관의 제약을 받는다는 점이 다른 질물과는 상이하다.³⁸⁾ 예금채권에서는 채권자가 계좌명의인으로 특정돼 있고, 계좌명의인은 예금채권을

37) 금융위원회 주도로 IoT 기술에 기반한 동산담보대출 활성화가 적극 추진되었다. 금융위원회 [보도자료], “최종구 금융위원장, 동산금융 활성화 추진전략 발표”, 2018. 그러나, 현재 금융거래 실무관행상 여전히 동산담보대출은 활성화되진 못하고 있는 바, 동산담보물의 재고관리 등에 어려움이 있기 때문이다.

38) 근질권의 목적물인 예금채권은 계좌개설은행과 그 이용자로서 계좌명의인 사이에 예금거래기본약관을 체결하고, 이에 따라 은행에 개설된 계좌에 계좌명의인 등이 금원을 입금하면 그에 따라 발생하는 예금의 반환채권을 의미한다.

양도함에 있어서 특별히 배서 등의 방법으로 양도하지 않으므로 지명채권의 성격을 가진다. 예금채권은 그 양도시 채무자인 계좌개설은행의 승낙이 필요하여 양도가 제한되어 있는 채권에 해당하느바, 예금채권에 대한 근질권 설정 또한 채권의 양도에 관한 방법에 의하므로(민법 제346조), 예금채권 근질권 설정에 관한 당사자 합의 및 예금거래기본약관에 의한 요건이자 그 대항요건으로서의 의미를 가지는 제3채무자로서 계좌개설은행에 대한 질권설정사실의 승낙을 구비하며, 그 채권증서로서 해당 계좌에 관한 통장을 근질권자에게 교부함으로써 근질권 설정이 완료된다(민법 제347조). 그렇다면 예금채권에 관한 근질권 설정을 위해서는 예금채권 근질권 설정 관련 당사자 사이의 합의의 의미로서 ‘예금채권 근질권 설정계약’의 체결, 예금거래기본약관에 의한 승낙 요건 및 근질권 설정에 관한 대항요건으로서의 의미를 가지는 확정일자 있는 증서에 의한 계좌개설은행의 승낙 등을 구비해야 한다.

실무상 은행이 승낙서를 청구하거나 예금채권 근질권 설정계약의 당사자로 참여하는 경우가 대부분이고, 은행 내부적으로는 예금업무 담당부서 외에도 필요시 법무부서 소속 변호사의 검토를 거치느바, 예금채권을 둘러싼 기존의 권리관계를 관련 증빙 자료를 통해 검증하고, 필요시 추가자료를 통해 확인한다. 이렇듯 은행에서의 근질권은 개별계약의 세부내용에 대한 확인을 거치므로, 일정수준 표준화된 서식에 따라 공시되는 근저당권의 경우보다 세부 요건정의를 반영해 관리가 더욱 엄밀하게 이루어질 수 있다.

3.3 예금채권 관리기술의 발전

이상에서 살펴보았듯이 예금채권을 둘러싼 권리관계는 매우 복잡하므로, 은행의 경우에는 영업점-지원부서-법무부서를 거치면서 1선부서(현업부서) 및 2선부서(사전 내부통제 부서)의 복수점검을 거치면서 특이사항을 점검하고 있다.³⁹⁾ 게다가 회계감사 측면에서 3선 부서(사후 내부통제 부서)가 추후 결산시점에 검증을 또 한다.⁴⁰⁾ 이처럼 금융회사에 대한 고도의 내부통제체계가 요구되고 이를 뒷받침하기 위해 각종 절차들이 1선·2선·3선 부서별로 마련돼 있는 상황에서, 포괄근질권은 극히 예외적인 경우로서 약관에 명문화할 정도의 일반화된 논의로 보기는 어렵다. 또한 은행은

39) 금융감독원 [보도자료], “금감원, 은행권과 함께 국내은행 내부통제 혁신방안 마련”, 2022.

40) 금융감독원 [보도자료], “금융회사 내부통제 개선 관련 회계법인 간담회 개최”, 2023.

최대로 감내가능한 익스포저(대출한도)를 계산해서 그 범위 내로 관리해야 하는데, 포괄근질권은 피담보채권의 사전 특정이 어려워 정확한 담보능력 계산이 어렵다는 단점도 있다.

그런데 예금채권은 보유사실만으로도 예금주의 자금력을 증명할 수 있다는 점에서 중요한 신용판단기준이 되고 있는바, 이를 악용해 자금력을 부풀리는 금융사고도 끊이지 않고 있어, 은행은 이에 대한 대비책을 꾸준히 마련, 발전시키고 있다. 우선 근질권이 설정된 예금채권은 예금주의 자금력을 증명할 수 없는데 예금잔액증명서 발급시점에 근질권을 일시 해제하는 등 편법을 동원해 건설사 자금력을 부풀리는 사례가 계속되는 점을 감안, 잔액증명서 발급시에 최근 1년간 질권설정 해제 내역을 전산으로 반드시 표기되도록 하는 등 각종 안전장치도 계속 마련되고 있다.⁴¹⁾ 또한 여러 은행에서 여러 예금이 복잡하게 권리관계로 얽여있어 파악이 어려운 경우에 대비하기 위해, 자체 감사부서 및 외부감사인인 복잡한 권리관계를 한눈에 조회, 판단할 수 있도록 예금잔액증명서를 통합데이터베이스(DB)를 통해 인터넷으로 손쉽게 파악가능하도록 하였다. 즉 이미 발급한 증명서 내용을 전산수록(DB화)하여 인터넷을 통해 바로 질권설정현황 등을 조회가능하도록 한 것이다.⁴²⁾ 즉, 예금채권은 질권 유무 및 피담보채권 여부가 종합적으로 정확하게 파악되어야만 금융거래의 안정성이 보장되기 때문에 즉각적인 현황파악 등 관리기술이 꾸준히 발전하였고, 이는 사전예측가능성이 낮은 포괄근질권의 활용도를 더욱 감소시키게 되었다.

3.4 소결

이상에서 보듯이 근질권을 둘러싼 권리관계 파악이 용이해지고, 설정 및 해지 관련 절차나 비용이 근저당권에 비해 부담되지 않은 상황에서, 피담보채권 특정을 둘러싸고 논란이 가능한 포괄근질권을 굳이 채택한다는 것은 바람직하지 않다. 그보다는 금융소비자와 은행 간에 약관상 세부조건을 명확히 하거나, 은행이 설명의무를 충분

41) 머니투데이, 주명호, “은행 예금잔액증명서로 자금력 뺨튀기 못한다”, 2017. 5. 4, <<https://news.mt.co.kr/mtview.php?no=2017050407510515107&outlink=1&ref=https%3A%2F%2Fsearch.naver.com>>, 검색일: 2024. 7. 14.

42) 계좌별 기준만이 아니라 사업자별, 법인별 잔액증명서 조회/발급시스템을 구축함으로써 권리관계를 체계적으로 파악할 수 있도록 하였다. 금융감독원 [보도자료], “예금잔액증명서, 내년부터 감사인이 인터넷으로 확인”, 2005.

히 이행토록 함으로써 의사표시 명확화 차원에서 해결하는 방법 등을 생각해 볼 수 있다.

내부통제절차가 이미 상당수준 고도화된 상황에서 굳이 포괄근질권을 통해 보험계약자와의 관계에서 거래안정성과 건전성을 확보하려고 하는 것도 바람직하지 않다. 내부검토절차에서의 분석보고서를 통해 담보가능한 부분을 파악하고 이에 대한 익스포저를 계산할 정도로 정교하게 대응함에도, 외부관계에서는 무작정 포괄근질권을 요구하는 것은 합리적이지 않다. 즉 최대한 예측해서 대응력을 높여려는 취지와 포괄근질권은 양립하기 어렵다. 관련 계약·약관에서의 해석문제에 있어서도, 작성자 불리원칙에 따라 포괄근질권을 가급적 배제하는 해석을 하되, 당초 상호간의 의사표시가 명확하게 잘 반영되도록 유형화를 지속하고 문구를 개량해 표준화함으로써, 즉 정확한 소통을 지향함으로써 분쟁발생 가능성을 꾸준히 낮추어야 한다. 이는 포괄근저당보다는 세부요건정의를 반영한 업무절차 고도화를 통해 해결해야 한다.

더욱이 디지털기술의 발전으로 금융소비자-은행 간 합의내용의 전산수록 및 즉시조회가 훨씬 용이해진 상황에서는, 일방적으로 금융회사에 유리한 제도를 고집하기 보다는, 금융소비자 니즈와 의사를 정확하게 파악해서 이에 기반해 정당하고 공정한 협상을 통해 민원 없이 원활하게 거래가 이루어지도록 초점을 맞추어야 한다. 근질권 설정이 근저당권 설정처럼 고비용이 소요되지도 않고, 심지어 디지털기술로 간편하게 진행되는 것도 가능한 상황에서, 부족한 부분은 기존의 거래방식에 얽매이지 않고 새로운 기술을 통해 풀어나가야 한다. 한편 포괄근질권은 개인정보보호법상 동의 관련 제도·절차와도 부합하지 않는다. 특히 비대면 디지털 거래가 활성화되는 과정에서 각각의 거래단계에서 관련정보를 충분히 제공하고 이에 대한 단계별 동의를 구하도록 하는 것이 기본적인 업무절차가 돼 있는 상황에서, 백지수표처럼 사전에 동의를 미리 다 받아놓는 것과 동일한 효과를 발휘하는 포괄근질권은 적절하지 않다.

IV. 보증보험에서 하자담보책임기간 판단기준

1. 책임기간과 부보기간

보증보험이란 채무자인 보험계약자가 주계약에서 정한 채무를 이행하지 아니하거

나 법령에서 정한 의무를 이행하지 아니함으로써 채권자인 피보험자가 입은 손해를 보상하려는 것을 목적으로 하는 특수한 형태의 손해보험이다.⁴³⁾ 보증보험에 있어서 보험사고는 일반적으로 채무자인 보험계약자의 채무불이행으로 정의된다.⁴⁴⁾ 그런데 실제법상 책임기간은, 소멸시효는 권리를 행사할 수 있을 때로부터 진행한다는 일반 원칙에 따라 보험사고 발생일로부터 진행된다고 할 것이다. 그러나 이러한 법상 원칙을 보증보험종목별로 구체적인 사안에 적용함에 있어 보험금청구권의 소멸시효는 언제부터 진행해야 하는지, 즉 보험기간을 판단하는 것은 어려운 문제이다. 그런데 보험계약상 부보기간을 중심으로 보면, 일반적으로 무엇을 보험사고로 할 것인가에 따라 크게 손해배상청구를 발생시키는 사고를 보험사고로 하는 방식(occurrence basis: 손해사고기준)과 손해배상청구 그 자체를 보험사고로 하는 방식(claims-made basis: 배상청구기준)으로 나눌 수 있다.⁴⁵⁾ 이렇게 실무계약상 요건정의를 세분화되는 가운데 법해석상 실제법상 개념과 혼동 없이 적용되도록 하느냐가 중요하게 되었다.

대상판결에서는 배상청구기준 대신 손해사고기준을 적용함으로써 실제법상 개념과 혼동 없이 해석되었다.⁴⁶⁾ 그런데 원고 측이 주장한 배상청구기준은 전문직배상책임보험에서 일반적으로 채택하고 있는데 임원배상책임보험이 대표적이다. 이 같은 보증보험종목에서 손해사고기준을 채택한 이유는, 의사·변호사 등 전문가책임이 문제되는 경우에는 당해 전문가의 과실행위가 발견될 때까지는 장기간이 걸리는 경우가 많으며, 전문가의 과실 있는 행위가 어떻게 되는지가 확실하지 않은 경우가 많기 때문이다. 특히 부작위에 의한 책임이 문제되는 경우에 더욱 그러하다.⁴⁷⁾ 이때 손해사고기준을 적용하면 보험사고가 보험기간 중에 발생했는지 판단하기 어렵고, 보험료를 받은 후 몇 년이 경과해서 보험금이 청구되는 사태도 발생할 수 있어 보험자

43) 박세민, 보험법 제5판, 2019, 813쪽.

44) 보증보험계약은 보험계약자(채무자), 피보험자(채권자)와 보증보험자로 구성된다. 계약당사자는 보험계약자와 보험자이며 피보험자는 채권자로서 보험금을 수익하는 지위에 있다. 보험계약자와 피보험자는 이해가 대립되는 자로서 동일인이 될 수 없다. 박세민, 위의 책, 825쪽.

45) 홍진희, “임원배상책임보험에서의 보험사고에 관한 고찰”, 한국보험법학회 학술발표회 논문집 제 2007권 3호, 한국보험법학회, 2007, 2쪽.

46) 보증보험계약에서는 보험사고발생일, 즉 보험계약자의 채무불이행일이나 의무불이행일로부터 보험금청구권의 소멸시효가 진행된다는 손해사고기준을 따르는 것이 민법의 소멸시효에 대한 일반원칙과 주계약을 전제로 하는 보증보험계약에서는 합리적인 적용이라 하겠다. 정성욱, “보증보험상 보험금청구권 소멸시효의 기산점에 관한 연구”, 고려대학교대학원 석사학위 논문, 2017, 22쪽.

47) 홍진희, “임원배상책임보험의 청구기준에서 담보범위의 확장과 제한”, 한양법학 제31권 제3호, 한양법학회, 2020, 175쪽.

의 위험산정에 지장을 주기 때문이다. 보험자는 대수의 법칙에 따라 통계적으로 유의미하게 위험산정을 한다는 전제하에 보험계약은 유지가능하다. 이를 구조적인 정보 불균형 측면에서 보면, 배상청구기준은 보험자 대비 피보험자가 상대적인 정보우위에 있는 상황에서 피보험자의 충분한 정보제공을 통해 정확한 위험산정이 가능하게 되는 구조이다. 그런데 대상판결의 보증보험 사례를 보면, 피보험자가 보증보험사 대비 정보우위에 있다고 판단하기에는 무리가 있어 보인다. 대형건설사도 아닌 중소형 건설사로서 국가계약법에 따른 소규모 관급공사에서 발생한 분쟁인바, 보험사고에 관련한 정보에서 우위를 점하고 있다고 하기는 어렵다.

그렇다면 배상청구기준으로 간주하여 보험기간이 끝났다고 생각하고 있다가 수년이 경과한 후에 갑자기 손해사고기준으로 보험금이 청구되는 사태가 발생할 경우에는 어떻게 해야 할 것인지에 대한 반론이 계속될 수 있다. 만일 사고발생시점과 배상청구시점 간의 이러한 갭이 예측 불가능한 수준에서 빈도가 많아진다면 보험자 입장에서도 합리적인 위험산정이 어려울 것이다. 그런데 이 문제는 보험실무상 과연 위험산정의 측면에서 그러한 갭이 실질적으로 합리적인 관리가 가능한 수준에 있는지 여부에 따라 판단되어야 한다. 즉, 만일 갭이 유의미하지 않은 드문 경우로서 극히 일부에 불과하다면 손해사고기준을 적용하더라도 무리가 없을 것이다. 반면 갭이 어느 정도 유의미하다고 판단되어 사고발생 기준만으로는 정확한 파악이 어렵다고 판단되는 경우라면, 세부요건정의를 통해 배상청구기준을 명시적으로 적용해야 할 것이다.

그런데 일반적인 배상청구기준 요율체계 발전양상을 보면, 초기에는 본연의 특성을 반영하기보다는 손해사고기준 요율에 가중치를 적용해 활용하는 방식을 이용하다가, 이후에는 사고접수 지연별로 요율산출을 차등화해 적용하는 방식으로 발전하는 모습을 보인다.⁴⁸⁾ 이는 보험기간별 위험의 크기에 맞는 사고접수지연별 요율을 보험자가 산출하여 피보험자에게 적용되도록 해야 함을 의미한다. 즉, 손해사고기준에 따라 요율 계산 방식이 구비되어 있듯이, 배상청구기준에 따른 요율계산 및 판단기준도 별도로 체계화시켜야 할 것인 바, 둘을 구분해서 논의해야 한다. 이렇듯 실무에 기반한 과학적 근거를 통해 구분해서 체계적으로 접근해야 함에도, 막연하게 피보험자에게 불리할 수 있는 주장만을 내세운다면 이는 보험자-피보험자 간의 정보 불균형

48) 오창수/이재득, “배상청구기준 요율산출에 관한 연구”, 계리학연구 제6권 제2호, 한국계리학회, 2014, 9쪽.

을 합리적으로 관리하지 않고 피보험자에게 불리하게 운용함으로써 피보험자가 과도하게 위험분담하게 되는 결과를 초래할 수 있기에 불합리하다.

2. 작성자 불이익원칙과 실무상 세부요건 간 정합성

이상 손해사사고기준-배상청구기준 논의에서 보듯, 실제법상의 책임기간과 보험계약상의 부보기간 사이의 간극을 합리적으로 해소하려면 금융실무상 실제로 계산된 요율 등 세부요건이 실제 기존 법률과도 정합성 있게 해석되도록 고민할 필요가 있다. 그런데 “약관의 규제에 관한 법률”(이하 약관법)이나 2021년 제정·시행된 “금융소비자 보호에 관한 법률”(이하, 금융소비자보호법) 취지를 보면, 대고객 설명의무를 강화하는데 이는 소비자의 니즈를 정확하게 파악하고 소통해야 하는 점을 강조하고 있다. 이는 보험자의 입장에서 보면, 일견 소비자에게 유리하도록 강제적인 규제 장치를 도입한 것으로 보여지기는 하나, 근본적으로는 보험자-피보험자 간 관계에서 보험자에게 일방적으로 유리한 구조에서 불균형을 보완함으로써 상호 동등하게 구조를 개선하기 위한 노력의 일환으로 볼 수 있다. 즉, 강제적·의무적으로 금융소비자인 피보험자를 보호하도록 하는 규제로서 작성자 불이익 원칙하에 해석하는 것이 아니라, 보증보험계약상 위험을 합리적으로 관리·배분하도록 하는 차원에서 접근할 필요가 있다. 그동안 과도하게 피보험자에게 불리한 조건에 균형을 맞추는 과정으로 해석함으로써, 보험자에게 무리한 요구를 하는 게 아니라 보험자도 감당 가능한 범위 내에서 합리적인 수준에서 보정하는 의미를 부여함으로써 보험자의 수용성도 높아질 수 있다.

그런데 보험업계를 중심으로 이 같은 작성자 불이익 원칙에 대한 비판이 계속 이어지고 있다. 동 원칙이 전가의 보도처럼 사용되고 있다며 약관해석의 방법으로 불명확성을 해결할 수 없는 예외적인 경우에만 제한적으로 적용해야 한다는 주장이다.⁴⁹⁾ 특히 분쟁이 첨예하고 결론을 내리기 어려울 사안일수록 동 원칙이 자주 거론되고, 판단에 결정적 잣대가 되고 있다고 지적한다. 이는 복잡한 사안일수록 다양한 시각에서 쟁점이 검토되어야 하는데, 법원 판결은 복잡함을 해결하는 과정을 거치면서 상호간의 수용성을 높이기보다는, 단순하게 작성자 불이익원칙만 내세우는 것으

49) 손민숙/황현아, “보험약관 해석 기준 연구: 작성자 불이익 원칙을 중심으로”, 보험연구원 연구보고서, 2022, 4쪽.

로 이해되기 때문이다. 그러한 연장선상에서 다양한 이해관계에 대한 고민 없이 피보험자에게만 유리한 판단이 계속 내려진다면, 단체성을 띄는 보험상품의 특성상 보험금 지급이 과도하게 이루어지게 되고, 이는 보험사의 재정적 부담이 급격하게 증가하는 결과를 초래할 수 있다고 비판한다. 또한 이는 보험료를 납부하는 전체 보험자의 부담 증가로 이어져서 전체 소비자 후생에 부정적인 영향을 끼친다는 점도 강조하고 있다.⁵⁰⁾

더욱이 민법상 수급인의 하자담보책임기간에 대하여 제척기간으로 판시하고 있고, 이를 근거로 건설산업기본법상의 하자담보책임기간도 다르게 해석할 이유가 없다는 주장도 있다. 즉 하자담보책임기간에 하자보수청구가 없으면 수급인의 하자담보책임은 제척기간의 경과로 소멸하게 되고, 이를 전제로 하는 보증보험금 채권도 소멸한다는 것이다. 이같은 해석 하에서는 보험사고 발생시점을 도급인의 하자보수청구가 있고 이에 대해 수급인이 채무불이행을 한 시점으로 판단하게 된다. 그러나 대상판결의 경우에는, 보험분야 실무에서 실제로 요율관리가 어떻게 이루어지는지를 감안해야와 정합성 있게 법해석이 되도록 고민할 필요가 있다. 그러한 세부요건에 대한 고민 없이 차이를 두지 않고 적용하게 되면, 금융실무와의 정합성을 결여하게 될 뿐만 아니라, 궁극적으로는 금융소비자보호 취지와도 부합하지 않게 된다. 보험회사와 보험계약자·피보험자 사이에서 정보우위를 점하고 있는 보험회사의 위치를 감안해본다면, 계량적인 판단근거를 제시하기 않고 단지 법적 안정성을 해친다는 논리를 실무고려나 세부요건 확인 없이 용인하기보다는, 보험자-피보험자 간에 보험계약에 따른 위험이 균형 있게 배분될 수 있도록 해석하는 것이 바람직하다.

이는 하자담보책임기간에 대한 실무상의 구분사례와도 부합한다. 건설산업기본법 시행령에 따르면, 건설공사의 종류별로 하자담보책임기간을 구분해서 명시하고 있다.⁵¹⁾ 세부공정별로 잠재돼 있던 하자가 밖으로 시현되기 위해서는 일정기간이 필요하고 그 기간은 공정별로 상이하다는 점을 잘 보여주고 있다. 이는 보험실무와 연결해서 해석해 보면, 손해사고기준-배상청구기준 간 겹에 대해서 사고접수지연에 대한 통계적 분석을 한 것과 연결지어 생각해 볼 수 있다. 즉, 각 유형별로 사고접수지연이 어느 정도 이루어지는지를 감안해서 이에 따라 하자담보책임기간을 부여한 것이라는 취지로 이해할 수 있다. 개별 특별법에서조차 실무의 이런 세부요건들을 감안해 시행

50) 전한덕, 앞의 논문, 299쪽.

51) 건설산업기본법 시행령 [별표4] 건설공사의 종류별 하자담보책임기간 (제30조 관련)

령 이하 세부규정에 담고 있는데, 하물며 보증보험계약에서는 이러한 특성을 잘 감안해 반영할 필요가 있는 것이다. 이러한 실무상의 기준에도 불구하고, 발생했지만 단지 주어진 기간 내에 청구하지 않았다는 이유로 하자담보책임기간에서 배제해버린다면, 이는 보험회사에만 유리한 절차만을 내세워 보험계약자 다수를 일방적으로 불리하게 대우하는 결과를 초래하고 만다.

3. 보험자·피보험자간 위험분담과 금융소비자 보호

약관법이 약관을 사용하는 거래 일반에서 구조적으로 발생하기 쉬운 상품·제도 가입자의 불리함을 개선하기 위한 장치라고 한다면, 금융소비자보호법은 금융분야에 특화해 금융상품에 있어서 상대적으로 불리한 상황에 처하기 쉬운 금융소비자를 제도적으로 보호하기 위한 입법이다. 세부적으로 보면, 적합성·적정성 의무, 설명의무 등을 통해 정보열위에 처하여 불리할 수 있는 금융소비자를 보호하고자 하였다.⁵²⁾ 이는 대등하게 정보를 가진 상황에서 이루어지는 이상적인 민사관계를 실질적으로 보장하기 위해서 특별법 형태로 구조를 보강한 것이라고 할 수 있다. 그런데 이러한 보정 노력은 궁극적으로는 보험자·피보험자 간에 위험분담을 균형 있게 하도록 하기 위한 측면이 강하다. 그간 감독당국의 규제는 금융사의 건전성 확보에 무게를 두고 진행돼온 측면이 있었다. 그렇다보니 보험자 건전성에 불리할 수 있는 내용들에 대해서는 그동안 세부적인 규제가 부재한 경우가 많았다. 그러나 금융소비자보호법 이후 소비자보호에 대한 인식이 강화되면서 양자 간 균형을 맞추려는 노력이 증가하게 된다.

금융소비자보호법 역시 금융소비자를 무조건 보호하려하기보다는, 보호적용대상으로서 일반금융소비자와 전문금융소비자를 구분함으로써 금융회사와 금융소비자 간에 합리적인 위험분담이 가능하도록 규율해주는 측면이 강하다. 일반금융소비자에 대해서는 복잡하고 위험한 금융상품 가입시 적합성 심사를 통해 일반금융소비자의 개별특성을 정확하게 이해하고 그에 맞게 설명의무를 이행하여 판매절차상 완전판매를 달성해야 하지만, 법인고객 등 스스로 전문성을 상당히 보유하고 있는 경우에는

52) 금융소비자보호법에서는 금융상품 판매원칙으로서 6대 판매원칙을 확대 적용하였는 바, 적합성·적정성 확인 및 설명의무 준수, 불공정영업행위·부당권유행위 및 허위·과장광고 금지 등이다. 금융위원회 [보도자료], “금융소비자보호에 관한 법률, 국회 본회의 통과”, 2020, 5쪽.

이러한 절차적 의무사항의 적용이 배제된다.⁵³⁾ 즉 법인 스스로 위험을 관리하고 판단해서 무리 없이 의사결정할 수 있다고 판단되는 경우에는 굳이 금융소비자 보호를 위한 별도 장치를 적용하지 않는 것이다. 그런데 대상판결의 하자보증보험에서는 보증보험사와 건설사 중 어느 당사자가 실제로 위험분담 측면에서 불리한 지가 문제되는데, 건설사가 보증보험사보다 더 정보우위에 있다고 생각하는 것도 일견 타당해 보일 수 있지만 이는 단견에 불과하다. 건설업분야 실무에 대해서는 건설회사가 상대적으로 정보우위에 있다고 하겠지만, 하자보증보험에서 하자발생을 등에 대한 데이터와 그 해석에 있어서는 보증보험회사가 훨씬 더 전문적이라고 할 수 있다. 개별사안에 대해서는 건설회사가 전문이겠지만, 대수의 법칙에 근거해 다수사례에 대한 통계적인 분석과 확률적인 판단에 근거해서 위험을 과학적으로 계산·관리 가능한 것은 보증보험회사가 우위에 있다. 건설회사가 해당 업종에서의 경험이 많을 수는 있겠지만, 그것은 한 회사의 업무이력에 국한되는 것일 뿐이며, 위험관리 측면에서 건설업종 일반에 대한 판단능력은 보증보험회사가 정보우위에 있다고 하겠다. 한편, 개인사업자이거나 규모가 작은 법인일수록 이러한 경우에 정보수준은 개인과 대동소이하다고 판단하는 게 합리적이다. 개인이 아니라는 이유로 전문금융소비자에 준해 판단하기 보다는 실질적인 정보불균형 여부에 주목해야 한다.

민법과는 달리 금융소비자보호법에서 가장 특징적이라고 판단할만한 것이 바로 입증책임의 전환이라 하겠다. 금융소비자는 본인이 제대로 이해하지 못하거나 의문점 등이 발생한 경우에는, 금융회사로 하여금 충분한 설명을 하도록 요구할 수 있다. 가입 후에 추가적인 설명을 요구하되, 만일 그러한 설명이 충분하지 않을 경우에는 별도 조치를 통해 심지어 계약을 해지할 수도 있다.⁵⁴⁾ 약관법상 작성자 불이익 원칙 또한 입증책임을 명시하지는 않았지만 결과적으로 보험회사에 명확한 해석의 부담을 지움으로써 책임을 전가한 것이라고 할 수 있다. 해석의 모호성으로 인해 의견이 갈리는 경우, 명확화를 위해 노력해야 하는 쪽을 금융회사이기 때문이다. 특히 선례가 없거나 예상치 못한 새로운 상황이 발생하는 경우에는 금융회사의 부담이 늘어나기 마련이다. 이는 구조적인 문제를 정보열위에 처한 금융소비자에 전가하기보다는 단체성에 대한 관리능력을 보유한 금융회사가 부담토록 하는 제도적인 장치이다.

53) 금융위원회 [보도참고], “금융소비자보호법 시행 후 원활한 금융상품거래를 위해 판매자·소비자가 알아야 할 중요사항을 알려드립니다”, 2021, 2쪽.

54) 금융소비자보호법에서는 판매원칙 위반 관련 위법계약해지권, 소비자 선택권 확대·피해방지 차원에서 청약철회권을 보장하고 있다. 위의 보도참고자료, 5쪽.

대상판결은 약관법상 작성자 불이익 원칙에 따른 해석이며, 금융소비자보호법상 분쟁 발생시 입증책임이 금융소비자인 보험계약자가 아니라 보험회사에 있다는 점과 부합된다. 그러나 이러한 금융소비자보호법의 취지가 보험회사의 책임부분을 구조적으로 증대하려는 것은 아니며, 각종 위험을 체계적으로 분석·관리하도록 함으로써 금융소비자가 불합리하게 위험을 더 부담하는 것을 막으려는 것이다. 위험관리에 관한 금융회사 일반이론에 따르면, 분산가능위험과 분산불가위험을 구분한 뒤, 금융회사는 분산가능위험은 다양한 업무절차 마련을 통해 위험을 더욱 낮추고, 분산불가 위험은 자본 등을 통해 금융회사가 그 충격을 흡수할 수 있을 정도로 건전성을 확보해야 한다.⁵⁵⁾ 즉 구조적인 위험부담을 금융소비자에게 개별책임 지우기 전가하기보다는, 금융회사가 부담하도록 함으로써 금융거래의 안정성을 체계적으로 확보할 수 있기 때문이다. 지속적인 위험분석 및 유형화를 통해 위험을 체계적으로 관리해야 한다.

4. 영국 보험법 제정사례와 시사점

영국에서는 1906년 해상보험법에 대한 비판이 계속되었는 바, 보험계약자에 대해서는 부당하고 보험사에 지나치게 유리하다는 논란이 핵심이었다. 여러 차례의 시도 끝에 보험계약자와 보험자 간의 이해상충 문제를 조정할 목적으로 2012년 소비자보험법(The Consumer Insurance Act 2012)이 제정되었고, 뒤이어 2015년 보험법(The Insurance Act 2015)⁵⁶⁾ 또한 제정되었다.⁵⁷⁾ 2015년 보험법의 개정 취지는 상대적으로 취약한 보험계약자를 보호하기 위함이며, 실제 세부내용은 보험회사-보험계약자 간에 정보 불균형 해소를 위한 구체적인 대안들이 열거돼 있다.⁵⁸⁾ 그중 금융소비자

55) 원래 금융기관 자기자본 규제에서 기인한 말로, 비체계적위험·체계적위험이라고도 하는 바, 현실적으로 회피하기 어려운 체계적 위험을 감당가능하도록 적정 수준의 자기자본을 보유하도록 하고 있다. 보험연구원 [금융보험해설] “금융기관 자기자본제도(6): 시장리스크”, 2011, 13-14쪽.

56) 2015년 보험법은 보험계약 전반에 적용되는 일반법으로 추정될 수 있는 법명과는 달리, 영국에서 보험계약상 문제가 되었던 쟁점에 관한 내용을 다루고 있다. 김신영/임수민/정우영, “최근 해외 보험법 개정 동향”, 법무부 연구보고서, 한국법학원, 2018, 6쪽.

57) 제정 작업을 위해 2006년 법률위원회가 구성되었으며, 12건의 Papers와 2건의 Reports를 발간하는 등 노력 끝에 2012년 소비자보호법과 2015년 보험법이 탄생하였다. 김신영/임수민/정우영, 위의 보고서, 20쪽.

58) 영국 법률위원회에 따르면, 2012년 소비자보험법의 제정 목적이 소비자보호에 초점을 두고 있는 반면, 기업보험에 적용되는 2015년의 보험법 제정목적은 계약당사자의 이익균형 달성 및 상호적인

보호 측면에서 정보제공·입증책임 등과 관련된 주요 내용으로는 계약체결 전 고지의무 관련 조문의 명확화, 워런티 위반시 보험자 면책 제한 등이 있는데, 우선 계약체결 전 고지의무의 경우, 기존의 최대선의에 따른 완전한 고지의무를 위험의 적절한 표시의무로 대체하며 그 세부요건을 명문화하였다. 즉 보험자와 보험계약자가 알고 있거나 알아야 하는 또는 알 것으로 추측되는 사실을 세분화하였는 바, 이는 중요한 사실에 대한 판단이 보험자에 의해 자의적으로 이루어질 수 있는 측면이 있었기 때문이다.⁵⁹⁾ 한편, 워런티는 보험계약자가 어떤 사실의 존재 또는 부존재와 관련하여 보험자에게 행하는 약속인데, 이는 1906년 해상보험법에 규정돼 있었던 바, 워런티의 위반과 보험사고 발생 사이의 인과관계에 대해 논란이 계속되었다. 왜냐하면 보험계약자가 워런티를 위반하면 그 위반과 보험사고발생 사이에 인과관계의 존부를 묻지 않고 보험회사가 면책되는 효과가 생겼기 때문이다. 이에 2015년 보험법에서는, 워런티 위반시 보험자의 보험금지급의무가 위반일로부터 장래에 대해 자동적으로 면책된다는 기존의 법리를 폐지하고, 위반일로부터 치유될 때까지 한시적으로 정지시키는 것으로 변경되었다. 기존에는 워런티는 중요성 여부와 상관없이 반드시 준수되어야 하며, 위반할 경우 발생한 손해와 인과관계가 없더라도 보험자는 면책되었는데, 법제정을 통해 워런티 위반과 보험손해 사이 인과관계를 요구하는 요건이 신설된 것이다.⁶⁰⁾ 영국 보험법에서는 보험기간 중 위험의 증가에 관하여 우리보험법과는 달리 위험증가의 통지의무가 없고, 위험증가를 이유로 보험계약을 해지할 수 없으며, 이를 워런티로 규율하고 있었는데, 2015년 보험법 제11조는 워런티나 조건이 충족되지 아니한 경우에도 (1) 당해 워런티나 조건의 충족이 특정한 유형의 손해, 특정한 장소에서의 손해, 특정한 시점에서의 손해를 감소시키는 것이고, (2) 피보험자가 워런티나 조건의 불충족이 손해가 발생한 상황에서 실제로 손해발생의 위험을 증가시키지 아니하였음을 증명한 경우에는 피보험자는 손해에 대해 보상받을 수 있음을 규정하였다.⁶¹⁾ 요약하면, 2015년 제정 보험법은 보험계약자의 개개의 과실이나 부작위에 초점을 맞추기 보다는 전체적인 의무의 준수를 고려하는 데에 초점을 두었다. 이러한 변화는 그동안 최대선의 및 고지의무의 문제점으로 지적되어 온 불공정성 및 비형평

의무의 부과를 통한 중립적인 법률의 모색이라고 하였다. 김신영/임수민/정우영, 위의 보고서, 21쪽.
59) 정인영, “영국의 새로운 보험계약법 주요내용”, 보험연구원 연구보고서, 2016, 1쪽.

60) 정인영, 위의 보고서, 2쪽.

61) 한창희, “영국의 2015년 보험법상 워런티 또는 조건의 위반과 손해사이의 관계”, 법학논총 제31권 제1호, 국민대학교 법학연구소, 2018, 251쪽.

성을 상당히 해소하는 데에 기여하였다.

이상과 같이 영국 보험법은 보험자-피보험자 간에 해석을 둘러싼 불균형을 해소하는 데에 기여한 데에 비해,⁶²⁾ 우리 보험법(상법 제655조) 및 판례⁶³⁾에 따르면, 객관적 위험증가의 통지의무와 위험유지의무 위반의 경우 보험사고가 발생한 후에 보험계약을 해지한 때에도 보험자는 그 사고가 위험변경·증가의 사실과 인과관계가 없다는 증거가 없는 한 보험금지급책임을 지지 않는다. 여기서 인과관계가 없다는 사실에 대한 증명책임은 보험계약자가 진다. 이렇듯 영국에 비해 우리 보험법은 여전히 보험계약자의 입증책임을 과도하게 부과하는 측면이 있긴 하지만, 2021년 금융소비자보호법 제정 및 각종 금융사고를 거치며 계속 확립되고 있는 금융당국의 행정해석과 분쟁조정 관행은 금융소비자 보호 측면을 강조하고 있다.⁶⁴⁾ 그렇다고 일방적으로 피보험자나 보험계약자를 보호하자는 것이 아니라, 보험자·보험계약자·피보험자 간에 약관의 해석과 적용에 있어 불균형을 해소하는 방안을 지속적으로 모색하고 있는 것이다.

5. 소결

민사상 분쟁에서 약관에 의한 계약조항 해석논란을 다루는 경우, 가장 중요한 것은 계약 당시의 당사자간 실제적 의사를 정확히 확인하고, 그 해석에 따라 한쪽이 부당하게 불리해지는 경우를 방지하는 것이다. 지금까지 살펴본 약관법, 금융소비자보호법, 그리고 영국 보험법 제정사례 등을 통해 보았듯이, 관련 법조항 해석에서 금융회사 대비 정보 불균형으로 구조적 열위에 처한 금융소비자보호를 보호하기 위한 취지가 갈수록 구체적으로 반영되고 있다. 법률해석에서 금융소비자 보호 취지를 분명히 하고, 이를 약관해석에 반영하는 과정에서 일정수준의 유형화가 진행되는 것이 통상

62) 보험자의 정보접근성은 고지의무 제도가 처음 만들어졌을 때보다 전문성·수월성 측면에서 크게 향상되었는바, 법 제정 이후 고지의무를 자발적으로 중요한 사실을 고지해야 하는 의무에서 질문에 대한 답변의무 즉 수동의무적 성격으로 바꾸었고, 고지의무위반이 되기 위해서는 보험계약자 측의 고의 또는 과실을 요구하게 되었다. 박세민, 앞의 책, 223쪽.

63) 대법원 1992. 10. 23 선고 92다28259

64) 2019년 DLF 사태 이후 계속되고 있는 사모펀드 사태에서, 금융당국은 실효성 있는 내부통제체계 구축을 금융회사에 요구하고 있다. 불안전판매가 원천적으로 불가능하도록 적합성의무, 설명의무 등에 대한 체계적인 업무절차 마련 및 준수를 요구하고 있는 바, 금융소비자가 정보 불균형에 처하지 않도록 장치를 마련토록 한 것이다.

적인 패턴이다. 이에 금융회사는 사안별 개별성에 주목해서 분류상의 한계를 지적하며, 유형화 및 그에 따른 금융회사의 책임명시·부담증가로 이어지는 과정에서 반대의견을 개진하곤 한다. 그러나 금융회사에 불리하지만 금융소비자 보호 필요성이 인정되는 사고사례와 해석례가 쌓이고, 유관법령에서 이러한 취지가 적극적으로 반영되고 있다면, 약관해석에서도 이를 분명히 할 필요가 있다.

대상판결의 경우에 하자담보책임기간에서 발생시점 기준으로 판단할 경우, 회사측이 입을 피해에 대한 재무적 피해를 가정해볼 수는 있겠지만, 그러한 논리가 설득력을 얻기에는 입증단계에서 한계가 있다. 이러한 상황에서 금융회사로서는 설득력을 높으려면 개별사안에 대한 세부유형화와 이에 대한 계량적 증빙이 필요하다. 전체를 몽둥그려 회사에 막대한 불이익이 예상된다는 식이 아니라, 구체적으로 얼마만큼의 불이익을 초래한다는 증명을 해내야 합리적인 위험분담 논의가 이어질 수 있다. 만일 대상판결 사안에서 하자담보책임기간에 대한 발생시점기준의 부당성을 증명할만한 내부자료를 축적해두었다면, 즉 요율 계산에서 감안되었고 검토가 있었다면 이를 토대로 보증보험회사는 새로운 법리를 내세우며 항변할 수 있었겠지만, 그러한 미시적인 접근노력이 없는 상황에서 단지 약관해석 원칙이 과도하다는 주장만으로는 설득력이 부족하다. 해석상의 반대법리를 무리하게 제시하기보다는, 금융회사는 처리한 업무를 세부 유형화하고 이에 대한 분석을 근거로 어떤 경우에는 적절하지 않다는 식으로 관련 데이터를 축적·검증해가는 과정이 중요하다. 세부 요건정정의에 기반한 일정수준의 유형화 등 분석·개선작업을 진행하지 못한다면, 별도의 예외를 인정할 수 없기에 금융회사로서는 금융소비자측 주장을 수긍할 수밖에 없다. 즉, 금융회사의 업무절차 고도화, 내부통제 고도화와도 연결돼 있는 문제인 것이다.

V. 결론

구조적으로 한쪽이 정보우위를 차지한 가운데 여러 법제가 중층적으로 적용됨에도 불구하고, 민법상 계약자유의 원칙만을 강조하다 보면, 여러 이해관계자가 엮이는 복잡한 권리관계에서 발생하는 제도이해·정보수준·위험분담 등에서의 구조적인 불균형 문제를 간과하기 쉽다. 약관법이나 금융소비자보호법은 이러한 문제점을 직시하고 금융회사의 건전성 위주 관행에서 벗어나 소비자보호 측면을 법제상 보완함

으로써 소비자의 권익을 개선하고자 하였다. 그런데 금융실무에서는 다양한 거래당사자와 복잡한 구조로 인해 여러 법률들이 중층적으로 적용되는바, 이를 종합적으로 고려하지 않으면 대상판결 이전의 1심과 원심에서 보듯 단편적인 판단에 머무를 수밖에 없고, 당사자 간에 수용성을 높이는 데에는 한계가 있다. 즉, 법 해석에 있어 실체법·절차법상의 여러 법률과 제도별 특성을 다양하게 고려하되, 정합성 있게 해석되도록 해야 한다. 거래구조에서 위험분담의 불균형은 결국 특정 개별 법률에 따른 해석에 매몰되어, 하나의 사건을 둘러싼 다양한 법률·제도들도 아울러 한 단계 높은 수준에서 종합적으로 정합성 있게 이해하지 못한 데에서 기인한다.

우선 근질권과 전부명령 간 관계를 보면, 채권자 평등주의 하에서 압류·가압류·추심명령을 중심으로 선후관계를 따지는 데에 익숙한 나머지, 근질권과 전부명령 간 법 해석에 있어서도 단순히 보전처분 간 선후문제로 쉽게 인식하려는 데에서 기인한다. 그런데 전부명령은 채권자평등주의의 예외로서 채권자에게 권리 이전을 통해 독점적인 권한을 부여하게 되고, 담보권 등 부수되는 권리 역시 이전하게 된다는 점을 간과해선 안된다. 한편 근질권은 담보물권으로서 전부명령을 통해 소멸되지 않고 이전되는 권리로서 이해되어야 함에도, 압류·가압류·추심명령의 연장선상으로 이해하게 되면 근질권은 소멸되는 권리로서 자칫 오해하기 쉽다. 특히 금융실무에서 예금채권에 대한 근질권은 보전제도처럼 많이 활용되고 있고, 강제집행에서는 근질권의 실행 역시 압류 및 추심명령을 통해 이루어지는 경우가 많아, 담보제도에 대한 이해가 부족할 경우 근질권의 취급효를 간과하기 쉽다. 즉, 실체법상 근질권의 담보물권 성격과 절차법상 추심명령·전부명령과의 차이점과 개별적 특성을 정확하게 이해하고 있어야만 정확한 권리분석이 가능해진다.

둘째, 포괄근질권과 피담보채권 범위에 대해서는 포괄근저당권 대비 실무상 활용 빈도 저조, 복잡한 권리관계에 대한 금융회사의 기피경향 및 관련 논의의 부재 등으로 인해 정보 불균형 측면의 접근보다는 문언내용에 따른 법리 해석과 제시되는 소명자료를 통해 개별적으로 판단되는 경향을 보인다. 그런데 피담보채권의 범위는 금융회사가 아닌 금융소비자 입장에서는 매우 민감한 문제일 수밖에 없고 이를 금융회사의 판단에만 맡긴 채 그대로 수용하기도 어렵다. 포괄근저당권 금지사례에서 보듯이 일정 수준 이상의 유형화와 이를 기반으로 세부적인 업무절차 마련을 통해 실질적인 금융소비자보호 조치가 이루어져야만 거래관계에서 금융소비자에 불리한 내용들이 삭제될 수 있다. 대상판결에서는 그간 발전해온 금융소비자보호 법리와 금융회사의

내부통제체계 발전 측면에 대한 고려 없이 법리적인 해석 차원에서의 논증만으로 결론을 내린 것이어서 다소 아쉬움이 있다. 포괄근저당권 금지조치를 둘러싼 배경과 법리를 참고한다면, 포괄근질권을 이용한 피담보채권 범위 확대를 위해 임의적으로 해석하는 것은 불합리하다. 금융회사 실무상 권리관계의 소명이 어렵고 복잡한 근질권 설정은 거의 이루어지지 않는 상황이며, 내부적으로 익스포져 관리 차원에서 권리관계를 명확하게 정리·관리해왔음을 충분히 이해하고, 이를 감안하여 임의적인 피담보채권 확장이 내부처리기준에 배치됨을 논증했다면 좋았을 것이다.

마지막으로, 대상판결에서는 법률해석상 하자담보청구기간 판단시 조항 해석을 근거로 하자발생시점을 기준으로 판단해야 한다고 실시하면서 약관법상의 법리해석 외에 별도의 상세한 법리해석을 첨부하지는 않았는바, 자칫 사실관계에 대한 다각적인 검토 없이 단순히 약관해석의 원칙만을 일률적으로 적용하는 것으로 비취질 수 있다. 한편 보험회사 측은 유사소송에서 그러하였듯이 중대한 경영상의 어려움을 주요 변론 근거로 활용하기도 한다. 그런데 중요한 것은 보증보험계약에서 정보우위에 있는 보증보험회사와 보험계약자·피보험자 간 불균형한 구조이다. 특히 2021년 금융소비자보호법이 제정된 이후로는 금융소비자보호법리가 계속 강화되고 여러 분쟁조정실무와 판례에서도 동일한 취지로 강조되는 가운데, 대상판결에서도 이러한 추세를 감안해 논리보강이 이루어졌다면 더욱 설득력이 높아졌을 것이고 보증보험회사 입장에서도 수용성이 높지 않았을까 생각해본다. 만일 보증보험회사 측에서 중대한 경영상의 어려움 등을 내세워 반박하더라도, 이에 대한 구체적인 증거제시를 통해 소명을 요구했다면 수용성은 높아졌을 것이다.

참고문헌

1. 단행본

박세민, 보험법 제5판, 박영사, 2019.

전병서, 민사집행법 제4판, 2023.

지원림, 민법판례, 박영사, 2021.

2. 학술지

김영주, “임대차보증금반환채권에 설정된 질권의 효력과 질권자의 우선변제권”, 재산법연구 제36권 제4호, 한국재산법학회, 2020, 231-262쪽.

김제완, “임대주택 양도시 임차인의 지위와 임대인의 통지의무 -강통주택·전세사기로부터 주택임차인을 보호하기 위한 법제 개선방안-”, 법조 제72권 제4호 통권 제760호, 법조협회, 2023, 38-77쪽.

박지현, “권리의 취급과 물상대위”, 중소기업과 법 제6권 제1호, 아주대학교 법학연구소, 2014, 75-87쪽.

박청일, “매각대금채권에 대한 저당권의 물상대위”, 토지법학 제32권 제2호, 한국토지법학회, 2016, 29-59쪽.

서인겸, “전부명령의 실체법상 효과에 관한 몇 가지 쟁점”, 경희법학 제54권 제4호, 경희대학교 법학연구소, 2019, 361-388쪽.

오시영, “채권질권의 강제집행에 대한 연구”, 재산법연구 제32권 제2호, 한국재산법학회, 2015, 119-145쪽.

오창수/이재득, “배상청구기준 요율산출에 관한 연구”, 계리학연구 제6권 제2호, 한국계리학회, 2014, 3-35쪽.

전한덕, “보증보험계약상 보험사고의 판단에 관한 연구”, 외법논집 제46권 제1호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2022, 281-302쪽.

최준규, “근질권이 설정된 채권을 다른 채권자가 압류한 경우 발생하는 경우 발생하는 법적문제에 관한 고찰”, 민사법학 제67권, 한국민사법학회, 2014, 169-217쪽.

추신영, “채권양도금지특약과 전부명령”, 영남법학 제43집, 영남대학교 법학연구소, 2016, 29-54쪽.

한창희, “영국의 2015년 보험법상 워런티 또는 조건의 위반과 손해사이의 관계”, 법학

- 논총 제31권 제1호, 국민대학교 법학연구소, 2018, 247-291쪽.
- _____, “영국법상 보험계약조건에 대한 연구”, 서울대학교 법학 통권 1501호, 서울대학교 법학연구소, 2009, 351-377쪽.
- 홍진희, “임원배상책임보험에서의 보험사고에 관한 고찰”, 한국보험법학회 학술발표회 논문집 제2007권 3호, 한국보험법학회, 2007, 11-34.
- _____, “임원배상책임보험의 청구기준에서 담보범위의 확장과 제한”, 한양법학 제31권 제3호, 한양법학회, 2020, 169-197쪽.

3. 학위논문

- 정성욱, “보증보험상 보험금청구권 소멸시효의 기산점에 관한 연구”, 고려대학교대학원 석사학위 논문, 2017.

4. 신문기사

- 뉴스웨이, 조계원, “금융사 포괄근저당 행위 현장정보 발령”, 2015. 10. 20, <<https://www.newsway.co.kr/news/view?ud=2015102016413757443>>, 검색일: 2024. 7. 14.
- 머니투데이, 주명호, “은행 예금잔액증명서로 자금력 뺏기기 못한다”, 2017. 5. 4, <<https://news.mt.co.kr/mtview.php?no=2017050407510515107>>, 검색일: 2024. 7. 14.

5. 연구보고서

- 김신영/임수민/정우영, “최근 해외 보험법 개정 동향”, 법무부 연구보고서, 한국법학원, 2018.
- 성덕근, “민사집행법상 평등주의에 대한 재검토”, 한국법학원 연구보고서, 2023.
- 손민숙/황현아, “보험약관 해석 기준 연구: 작성자 불이익 원칙을 중심으로”, 보험연구원 연구보고서, 2022.
- 정인영, “영국의 새로운 보험계약법 주요내용”, 보험연구원 연구보고서, 2016.

6. 정부/기관 발표자료

- 금융위원회 [보도자료], “금융소비자 보호를 위한 은행의 근저당 제도 개선”, 2012.
- 금융위원회 [보도참고], “아시아경제 「포괄근저당 전면금지」한다는데…개인사업자

대출 걱정 커졌다」 제하의 기사 관련”, 2012.

금융위원회 [보도자료], “최종구 금융위원장, 동산금융 활성화 추진전략 발표”, 2018.

금융위원회 [보도자료], “금융소비자보호에 관한 법률, 국회 본회의 통과”, 2020.

금융위원회 [보도참고], “금융소비자보호법 시행 후 원활한 금융상품거래를 위해 판매자·소비자가 알아야 할 중요사항을 알려드립니다”, 2021.

금융감독원 [보도자료], “예금잔액증명서, 내년부터 감사인이 인터넷으로 확인”, 2005.

금융감독원 [보도자료], “금감원, 은행권과 함께 국내은행 내부통제 혁신방안 마련”, 2022.

금융감독원 [보도자료], “금융회사 내부통제 개선 관련 회계법인 간담회 개최”, 2023.

보험연구원 [금융보험해설] “금융기관 자기자본제도(6): 시장리스크”, 2011.

[Abstract]

**To Guarantee the Insurance Company's Right to Indemnification
under Defect Warranty Insurance Legal Issues
When a Pledge is Established on Deposit Claims**
– A Comment on the Supreme Court Decision 2020Da248698 –

Lee, Jae-Hyoung^{*}

Kim, Jewan^{**}

The subject judgment is a leading case on the relationship between the defect coverage period in surety insurance and the pledge established on deposits and the assignment order. The conclusion of the Supreme Court is that, if there are no other special provisions in the insurance terms and conditions, even if the time of claim is after the defect coverage liability period, if the time of occurrence is within the defect coverage liability period, the guarantee insurance company bears the liability. In addition, it was held that in the case where a pledge is established on a deposit claim, the assignment order should not be viewed simply as a matter of priority between rights, but should first examine whether the claim exists and then judge the facts and rights relationship based on the results. In addition, the scope of secured claims to which comprehensive lien rights apply was prevented from being excessively expanded.

In this paper, three legal principles that need to be supplemented to prevent disputes are presented. First, the defect collateral liability period should be interpreted taking into account the purpose of resolving structural information asymmetry and protecting financial consumers; second, for secured claims with pledges, comprehensive pledges should be prohibited in principle but the scope should be specified; and third, for deposit claims, the scope should be specified. The rights relationship between the established pledge right

^{*} Lead Author: Chief Deputy General Manager, Industrial Bank of Korea, Legal & Compliance Dept.
/ Ph.D. Candidate, Graduate School, Korea University

^{**} Co-Author: Ph.D. Professor, Korea University Law School

and the assignment order must be interpreted by acknowledging the effect of collection of the pledge right. By doing so, consistency with existing laws and financial practices can be secured and the effectiveness of conflict prevention can be increased.

[Key Words] Defect coverage liability period, Occurrence Criteria, Claim criteria, Pledge, Assignment order, Comprehensive pledge