



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

법학석사학위논문

대항요건을 갖추기 전
지명채권양수인의 법적 지위

2013년 2월

서울대학교 대학원

법 학 과

임 하 나

대항요건을 갖추기 전 지명채권양수인의 법적 지위

지도교수 尹 眞 秀

이 논문을 법학석사 학위논문으로 제출함

2012년 12월

서울대학교 대학원
법 학 과
임 하 나

임하나의 법학석사 학위논문을 인준함

2013년 2월

위 원 장 김 재 형 (인)

부 위 원 장 이 증 진 (인)

위 원 윤 진 수 (인)

국문 초록

지명채권의 양도는 양도인과 양수인 사이의 諾成契約에 의하므로 채권양도에 관여하지 않은 채무자와 제3자는 채권양도의 사실을 알지 못하기 때문에 예측하지 않은 손해를 입을 염려가 있다. 이러한 채무자 등을 보호하기 위하여 우리 민법 제450조 제1항은 ‘指名債權의 讓渡는 讓受人이 債務者에게 通知하거나 債務者가 承諾하지 아니하면 債務者 其他 第三者에게 對抗하지 못 한다’라고 규정함으로써 대항요건주의를 따르고 있다.

‘대항하지 못 한다’라는 조문 규정의 의미에 대해 기존의 학설은 채무자에 대하여는 채권양도의 효력이 없다고 보는 상대적 무효설이 다수설이었고, 판례도 대체적으로 이 설을 따랐다. 그러나 최근 대법원 판례는 대항요건을 갖추지 못한 채권의 양수인이라고 하더라도 채무자를 상대로 재판상의 청구를 하였다면 이는 소멸시효 중단사유인 재판상의 청구에 해당한다고 보아야 한다고 판시하는 등 더 이상 대법원 판례가 상대적 무효설의 입장을 취하고 있다고 잔정하기 어렵게 되었고, ‘대항하지 못 한다’는 의미가 어떻게 해석되는지에 따라 채무자 및 채권양도인, 양수인의 권리구제의 범위가 달라질 수 있으므로 이 의미를 새롭게 재조명해보아야 할 필요성이 대두되었다.

우리 민법은 물권변동에 관하여서만 성립요건주의를 취하고 있고 채권양도에 관하여는 단지 양도통지 등을 대항요건으로만 규정하고 있을 뿐이다. 채권양도에서는 채권양도인과 양수인 당사자의 합의만으로 그 양도의 효력을 인정하되, 채권양도 과정에서 관여할 수 없었던 채무자 및 제3자를 보호하기 위하여 대항요건을 규정하여 놓았을 뿐이므로 대항요건은 물권의 재산권변동에 있어서 공시 기능을 가지고 있는 것이 아니다. 때문에 채무자에 대한 관계에서도 대항요건을 갖추지 못

한 채권양수인은 채권양도의 효력에 의하여 채권자로서의 지위를 가지게 되며, 단지 채무자 측에서 대항요건의 불비를 이유로 하여 채권양수인의 청구를 거절할 수 있는 권리가 있는 것이라고 보는 것이 타당하고 이것이 바로 민법 제450조 제1항에서 규정하고 있는 ‘대항하지 못 한다’라는 의미라고 할 것이다.

따라서 대항요건을 갖추지 못한 채권양수인이라고 하더라도 채무자가 대항요건의 불비를 이유로 하여 채권양수인의 청구를 거절하는 권리 등을 행사하지 않는 한 채권양수인은 채권양도의 시점부터 채무자에게 채권자로서의 지위를 가지게 되고, 그에 따라 시효중단 행위, 담보권의 실행 등을 할 수 있다고 보아야 하는 것이며, 판례 역시 지금의 혼재된 입장에서 채권양수인의 적극적인 채권자의 지위를 인정하는 방향으로 나아가야 하는 것이 타당할 것이다.

주요어 : 채권양도, 대항요건, 채권양수인의 법적지위

학 번 : 2003-22043

目次

제1장 서론	1
I. 논의의 필요성	1
1. 채권양도에 관한 우리 민법의 규정	1
2. 채무자 등에 대한 보호방안	2
3. 판례의 변화와 논의의 필요성 대두	3
II. 논의의 전개와 구성	4
제2장 외국의 입법례	7
I. 프랑스법에서의 논의	8
1. 계약상대효의 원칙	8
2. 폭넓은 예외의 인정	9
가. 일정한 요건 하의 이행청구	9
나. 보존행위	10
II. 일본법에서의 논의	11
1. 일본의 학설	12
가. 상대적 무효설	12
나. 부인권설	13
2. 일본의 판례	14
가. 대심원	14
나. 최고재판소[最高裁第3小法定 昭和56年(1981년) 10月13日, 昭56(オ)483号 判決]	15
3. 소결	16
제3장 우리나라에서의 논의	18
I. 학설의 논의	18
1. 효력불발생설	18
2. 상대적 무효설	19

3. 효력발생설	20
II. 판례의 입장	21
1. 대법원 1992. 8. 18. 선고 90다9452 판결	21
2. 대법원 2000. 12. 12. 선고 2000다1006 판결	22
가. 효력불발생설과 상대적 무효설, 효력발생설 모두로 해석 가능하다고 보는 견해	23
나. 효력발생설을 취하였다고 보는 견해	23
3. 대법원 2005. 11. 10. 선고 2005다41818 판결	24
4. 대법원 2009. 2. 12. 선고 2008두20109 판결	25
5. 그 밖의 저당권부 채권양도에 관한 판례	26
III. 검토	27
1. 효력불발생설에 대한 비판	27
2. 상대적 무효설에 대한 비판	28
3. 소결	29
제4장 저당권부 채권양도와 채권양수인의 법적 지위	30
I. 서	30
1. 저당권의 부종성	30
2. 저당권 실행가능성	31
가. 담보권 실행을 위한 경매신청을 비송사건이라고 보는 견해	32
나. 절차법적인 성격과 실체법적인 성격 모두 지닌다고 보는 견해	32
다. 소결	33
II. 판례의 태도	34
1. 대법원 1964. 4. 28.자 63마216 결정	34
2. 대법원 2005. 6. 23. 선고 2004다29279 판결	35
가. 사실관계	35
나. 원고의 이중경매 신청 주장	37
다. 원심의 판단	38
라. 대법원의 판단	39

3. 대법원 2005. 6. 23. 선고 2004다29279 판결에 대한 검토	40
III. 관련 민사집행법 규정의 검토	42
1. 관련 규정 개관	42
2. 민사집행법 제264조	42
3. 경매개시결정 이후 이해관계인의 대응방법	44
가. 경매개시결정에 대한 이의	44
나. 매각허가에 대한 이의 및 매각허가결정에 대한 항고	45
IV. 결	45
제5장 채권양수인의 재판상 청구와 시효중단	47
I. 서	47
1. 소멸시효제도 개관	47
가. 시효의 의의	47
나. 시효제도의 존재이유	48
2. 소멸시효중단의 의의 및 근거	49
가. 시효중단의 의의	49
나. 시효중단의 근거	49
3. 재판상 청구와 시효중단의 근거	50
가. 시효중단 사유로서의 재판상 청구	50
나. 시효중단의 근거	51
다. 시효중단효과의 소멸 - 민법 제170조 제1항의 청구기각 문제 ..	52
II. 판례의 입장	56
1. 대법원 2005. 11. 10. 선고 2005다41818 판결	56
2. 대법원 2009. 2. 12. 선고 2008두20109 판결	57
3. 위 양 판례의 문제점	57
III. 판례에 대한 검토	58
1. 대항요건을 갖추기 전의 채권양수인의 재판상 청구가 시효중단 사유에 해당하는지 여부	58
2. 채권양도인이 대항요건을 갖추기 전에 재판상 청구하는 경우 시효중단사유에 해당하는지 여부	59

가. 채권양도인이 양도 전 재판상 청구를 한 경우	59
나. 채권양도인이 양도 후 재판상 청구를 한 경우	59
IV. 결	61
제6장 장래이행의 소와 채권양수인의 법적 지위	63
I. 서	63
1. 채권양도 통지권자의 문제	63
2. 채권양수인의 권리보호 필요성	64
II. 판례의 태도	66
1. 대법원 1992. 8. 18. 선고 90다9452 판결	66
가. 사실관계	66
나. 판시내용	66
III. 판례의 태도에 대한 비판	67
1. 서	67
2. 장래이행의 소	68
가. 의의	68
나. 청구의 대상	68
다. 권리보호의 이익	69
3. 최근 판례와의 모순점	70
4. 조건부 권리 조항의 준용 문제	71
가. 조건부권리의 의의	71
나. 소결	72
IV. 결	73
제7장 결어	75
참고문헌	78
Abstract	81

제1장 서론

I. 논의의 필요성

1. 채권양도에 관한 우리 민법의 규정

채권양도에 관하여는 2가지의 입법례가 있는데 그 하나는 ‘우선주의’로 당사자의 의사표시 외에 다른 요건을 요하지 않는 것이다. 독일민법과 스위스채무법 등이 이러한 제도를 가지고 있으며, 이 경우에는 채권의 중복양도가 불가능하고 먼저 이루어진 채권양도만이 유효하다. 또 다른 하나는 ‘대항요건주의’로 당사자 사이에서는 양도계약만으로 양도의 효력이 발생하고 이를 채무자에게 통지하거나 채무자가 승낙하지 아니하면 채무자에게 대항하지 못하도록 하는 것이다.¹⁾

우리 민법 제450조 제1항은 ‘指名債權의 讓渡는 讓受人이 債務者에게 通知하거나 債務者가 承諾하지 아니하면 債務者 其他 第三者에게 對抗하지 못 한다’라고 규정함으로써 대항요건주의를 따르고 있다.

‘대항하지 못 한다’라는 조문 규정의 의미에 대해 기존의 학설은 상대적 무효설이 다수설이었다. 이 설은 ‘대항한다’는 것은 채무자에 대하여 양수한 채권을 주장한다는 것을 말하므로 대항요건이 갖추어지지 아니하면 채무자에 대한 관계에서는 채권양도가 아직 효력을 발생하지 않아 양수인이 채권을 취득하지 않은 것과 같이

1) 오수원, “통지·승낙이 없는 지명채권양도의 채무자에 대한 효력”, 민사법학 제47호, 2009, 700-701쪽.

2 대항요건을 갖추기 전 지명채권양수인의 법적 지위

되어 채무자는 양도사실에 관한 선, 악의를 묻지 않고 양수인에 대하여 변제를 거절할 수 있음을 물론 양수인은 채무자에 대하여 시효의 중단, 담보권의 실행 등의 행위를 할 수 없다²⁾고 해석하였고, 판례도 대체적으로 이 설을 따랐다.

2. 채무자 등에 대한 보호방안

지명채권의 양도는 양도인과 양수인 사이의 諾成契約에 의한다. 곧 양도인과 양수인 사이에 채권을 양도하기로 하는 합의에 의하여 그 효력은 발생하여 채권은 동일성을 잃지 아니하고 양도인으로부터 양수인에게 이전되는 것이다. 따라서 채권양도에 관여하지 않은 채무자와 제3자는 채권양도의 사실을 알지 못하기 때문에 예측하지 않은 손해를 입을 염려가 있다.³⁾

여기서 채무자와 제3자를 보호할 필요가 있고, 그 보호방안과 관련하여도 입법례가 두 가지로 나뉘는데 ‘선의보호주의’와 ‘대항요건주의’가 그것이다. 선의보호주의는 앞선 ‘우선주의’에서 취하고 있는 보호방안으로 채무자가 선의인 경우 양도인 또는 제2양수인에 대한 변제를 유효한 것으로 하는 입법주의이다.⁴⁾ 우선주의 입법례의 대표인 독일민법에서는 양도계약만에 의하여 채무자 및 제3자에게 채권양도의 효력이 그대로 발생하게 되는데⁵⁾, 채무자가 채권양도 사실을 알지 못하여 양도인에게 급부하거나 면책행위를 한 때에는 양수인은 그 효력을 인정하여야 하며⁶⁾, 채무자가 제2의 양수인을 진정한 권리자로 믿고 변제 기타 면책행위를 한 때

2) 박윤직 편집대표, 민법주해 제10권, 박영사, 1995, 577쪽(이상훈 집필부분).

3) 박윤직, 채권총론, 제6판, 박영사, 2009, 제220쪽.

4) 박준서 편집대표, 주석민법 채권총칙(2), 제3판, 한국사법행정학회, 2000, 549-550쪽(서민 집필부분).

5) BGB § 398

6) BGB § 407

에는 선의의 채무자를 보호하기 위하여 그 면책행위의 유효를 진정한 권리자인 제1양수인에게도 주장할 수 있다.⁷⁾⁸⁾

대항요건주의는 당사자 사이에서는 양도계약만으로 채권양도의 효력이 생기나 제3자에 대한 관계에서는 채무자에 대한 통지 또는 채무자의 승낙이 없으면 채권양도를 제3자에게 대항할 수 없도록 하는 입법주의로서 대표적으로 프랑스 민법이 이를 따르고 있다.⁹⁾

3. 판례의 변화와 논의의 필요성 대두

그러나 최근 대법원 판례는 소멸시효 중단 문제와 관련하여 『대항요건을 갖추지 못한 채권의 양수인이라고 하더라도 채무자를 상대로 재판상의 청구를 하였다면 이는 소멸시효 중단사유인 재판상의 청구에 해당한다고 보아야 한다』¹⁰⁾고 판시하였다.

또한 대항요건을 갖추지 아니한 저당권부 채권양수인이 담보권 실행을 위한 경매를 신청할 수 있는지에 대하여 원심에서는 채권양도의 대항요건을 갖추지 못한 채권양수인은 담보권 실행을 위한 경매 신청의 권한이 있는 자가 아니라고 판시¹¹⁾하였으나, 대법원에서는 『저당권이전의 부기등기를 마치고 저당권실행의 요건을 갖추고 있는 한 채권양도의 대항요건을 갖추고 있지 아니한 채권양수인도 경매신청을 할 수 있다』고 판시¹²⁾하였다.

7) BGB § 408

8) 오수원, 앞의 논문, 701-702쪽 참조 — 이때에 선순위 양수인은 후순위 양수인에 대하여 독일민법 제816조에 따라 부당이득반환청구를 할 수 있다.

9) 박준서 편집대표, 앞의 책, 550-551쪽(서민 집필부분).

10) 대법원 2005. 11. 10. 선고 2005다41818 판결 참조.

11) 서울고등법원 2004. 5. 18. 선고 2003나66969 판결.

4 대항요건을 갖추기 전 지명채권양수인의 법적 지위

이와 같은 대법원 판례의 태도는 대항요건을 갖추기 전의 채권양수인이 채무자에 대하여 시효의 중단, 담보권 실행의 행위를 하지 못한다고 본 상대적 무효설로는 설명되기 어렵고, 기존 상대적 무효설의 입장에 비해 대항요건을 갖추지 못한 채권양수인의 권한을 상대적으로 넓게 인정해주었다고 볼 수 있어서 최근 판례의 입장이 기존의 상대적 무효설을 벗어나고 있는 것인지에 대한 논의가 이루어지고 있다.

대항요건의 의미에 대해서는 기존에도 학설상 많은 논의가 있어왔으나 판례의 입장이 기존 통설의 상대적 무효설에서 위와 같이 변화한 것은 최근의 현상이다. 대항요건이란 본디 채권양도에 관여하지 못한 채무자 등을 보호하기 위하여 만들어진 요건이므로 ‘대항하지 못 한다’의 규정이 어떻게 해석되는지에 따라 채무자 및 채권양도인, 양수인과 그들의 채권자 등의 권리구제의 범위가 달라질 수 있으므로 판례의 입장이 변화하고 있는 이 시점에서 민법 제450조 제1항의 ‘대항하지 못 한다’는 규정을 어떻게 해석하여야 하는지 다시 한 번 논의를 할 필요성이 대두되고 있다고 할 것이다.

II. 논의의 전개와 구성

2장에서는 우리보다 앞서 ‘대항하지 못 한다’는 규정의 해석에 관한 의미에 대하여 논의가 활발히 진행되었고 판례도 변화를 보였던 프랑스와 일본 양국의 입법례를 살펴본다.

우리 민법은 채권양도의 대항요건에 관해 프랑스, 일본의 입법례를 계수하였다.

12) 대법원 2005. 6. 23. 선고 2004다29279 판결.

대항요건의 대표적인 입법례인 프랑스 민법에서는 기존에 우리의 상대적 무효설과 유사하게 대항요건을 갖추지 못한 채권양수인은 채무자에 대해 어떠한 권리도 주장할 수 없다고 해석하다가 보존행위 등을 할 수 있다는 입장으로 변화되었고, 프랑스의 입법례를 계수한 일본의 입법례도 일찍부터 상대적 무효설을 벗어나 좀 더 적극적으로 대항요건을 갖추지 않은 채권양수인의 채무자에 대한 권리행사를 인정하고 있다. 우리의 판례가 변화를 겪고 있는 이 시점에서 우선 우리가 계수한 프랑스, 일본의 입법례들이 어떠한 변화를 겪었는지를 살펴 이를 통하여 우리 판례가 나아가야 할 방향성을 검토할 기초로 삼아본다.

3장에서는 우리나라에서 진행된 학설에 관한 논의 및 대항요건과 관련된 주요한 판례의 내용을 개략적으로 살펴본다. 우리나라는 기존에 대항요건을 갖추지 않은 채권양수인의 채무자에 대한 채권양도의 효력을 인정하지 않는 상대적 무효설이 다수설이었으나 지금 현재에는 어느 한 설이 절대적인 다수설이라고 할 수 없을 정도로 견해의 대립이 있고, 판례도 기존의 상대적 무효설로 해석하기 어려운 것들이 존재하므로 판례를 어떠한 학설의 입장에서 해석할 수 있는지를 검토한 뒤 대항요건을 갖추지 아니한 채권양수인의 법적 지위를 최종적으로 어떻게 해석하여야 할 것인지에 대해 살펴본다.

4장에서부터는 3장의 논의를 바탕으로 하여 이제까지 판례가 대항요건을 갖추기 전의 채권양수인의 지위에 관하여 판시한 주제에 대해 3가지로 세분하여 논의를 전개한다.

4장에서는 저당권부 채권양수인이 대항요건을 갖추지 아니하였을 경우 저당권을 실행할 수 있는지 여부에 대하여 원심은 이를 인정하지 않았던 반면 대법원 판례

6 대항요건을 갖추기 전 지명채권양수인의 법적 지위

는 인정함으로써 그 입장을 달리하였는바, 입장이 달라지게 된 이유에 대해 대법원이 대항요건을 갖추지 않은 채권양수인의 지위를 기존과 달리 해석한 것인지 여부 대해 검토하여 본다.

5장에서는 채권양도 후 대항요건을 갖추지 아니한 시점에 시효중단 사유로서의 재판상 청구를 할 수 있는 권리자를 누구로 해석하여야 하는지에 관하여 논의한다. 최근 판례에서는 대항요건을 갖추지 않은 채권양수인과 채권양도 후 대항요건을 갖추지 않은 상태에서의 채권양도인 모두를 재판상 청구로써 시효를 중단시킬 수 있는 자로 판시하였다. 전자의 경우 기존의 상대적 무효설과는 배치되는 것이므로 판례의 입장이 기존과 달리 어떻게 변화된 것인지, 또한 판례가 취하고 있는 위 두 가지 입장이 타당한 것인지에 대해 살펴본다.

6장에서는 장래이행의 소와 관련하여 대항요건을 갖추지 않은 채권양수인이 채무자에 대해 채권양도인으로부터 양도통지를 받은 뒤에 채무를 이행하라는 형식의 장래이행의 소를 제기할 수 있는지에 대하여 판례의 입장은 부정적인바, 이러한 판례의 입장이 타당한 것인지에 대해 장래이행의 소의 성질과 채권양수인의 지위에 대한 앞의 논의를 바탕으로 하여 검토한다.

마지막으로 7장에서는 이제까지의 논의를 종합하여 민법 제450조 제1항이 어떻게 해석되어야 하는지, 결과적으로 대항요건을 갖추지 않은 채권양수인의 법적 지위는 어떻게 해석되어야 하는지에 대하여 방향성을 제시하는 것으로 논의를 마무리하기로 한다.

제2장 외국의 입법례

서론에서 살펴본 것처럼 채권양도에 관하여는 ‘우선주의’와 ‘대항요건주의’ 2가지의 입법례가 있고, 대항요건주의는 프랑스 민법 제1690조¹³⁾와 일본 민법 제467조¹⁴⁾가 이를 따르고 있다.¹⁵⁾ 우선주의의 경우 당사자 사이에서만 아니라 제3자에 대한 관계에서도 아무런 특별한 요건을 요구함이 없이 당사자 간의 합의만으로 양도의 효력 발생을 인정하지만 채권양도 사실을 알지 못하는 ‘선의’의 채무자와 제3자의 보호를 위하여 특별한 규정을 두고 있는 반면, 대항요건주의의 경우에는 대항요건을 갖추어야 채무자 등에게 대항할 수 있도록 하고 있는 것인데 우리 민법은 프랑스, 일본과 같이 대항요건주의를 취하고 있다.¹⁶⁾¹⁷⁾

13) 프랑스 민법 제1690조 양수인은 채무자에게 이전의 통지를 행한 때에만 제3자에 대하여 대항할 수 있다.

그러나 양수인은 채무자가 공정증서에 의하여 행한 이전의 승낙에 의해서도 또한 제3자에게 대항할 수 있다. — 명순구, 프랑스민법전, 법문사, 2005, 668-669쪽 참조하여 번역.

14) 일본 민법 제467조 ① 지명채권의 양도는 양도인이 채무자에게 통지를 하거나 채무자가 승낙을 하지 않는 경우, 채무자 기타 제3자에게 대항할 수 없다.

② 전항의 통지 또는 승낙은 확정일자 있는 증서에 의하지 아니하면 채무자 이외의 제3자에게 대항할 수 없다.

15) 오수원, 앞의 논문, 700-701쪽.

16) 곽윤직 편집대표, 민법주해 제10권, 박영사, 1995, 574쪽(이상훈 집필부분).

17) 이상주, “채권의 양수인이 채권양도의 대항요건을 갖추지 못한 상태에서 채무자를 상대로 재판상의 청구를 한 경우, 소멸시효 중단사유인 재판상의 청구에 해당하는지 여부(적극)”, 대법원판례해설, 2005년 하반기(통권 제57호), 법원도서관, 2006, 264쪽.

I. 프랑스법에서의 논의¹⁸⁾

1. 계약상대효의 원칙

프랑스 민법 제1690조에 의해 대항요건이 갖추어지지 않는 한 양수인은 제3자에게 대항하지 못한다. 제1690조는 양수인이 제3자에게 대항할 수 있게 되는 대항요건으로 두 가지를 규정하고 있는데 하나는 채무자에 대한 양도통지¹⁹⁾이고, 다른 하나는 채무자의 공정증서에 의한 양도승낙²⁰⁾이다. 위 조문에 의해 보호되는 제3자에게는 양도된 채권의 채무자도 포함된다.²¹⁾

양수인이 채무자에게 대항하지 못한다는 것은 채권양도가 효력을 발생하지 않는다는 것을 말하며 대항요건이 갖추어지기까지는 채권양도의 효력은 계약의 상대효를 규정한 프랑스 민법 제1165조²²⁾에 의하여 규율된다. 따라서 양수인은 채무자에 대하여 채권자의 지위를 갖지 못하므로 어떠한 권리도 주장할 수 없는 것이 원칙이다.²³⁾

18) 남효순, “대항요건을 갖추지 못한 동안 채권양도의 채무자에 대한 효력 —양수인의 재판상청구를 중심으로—”, 민사판례연구[XXXI], 민사판례연구회, 박영사, 2009, 289-292쪽 참조.

19) 프랑스 민법 제1690조 제1항.

20) 프랑스 민법 제1690조 제2항.

21) Jurisclasseur civil, Art. 1689 à 1695, Fasc. 3, *Vente, Transport des créances et autres droits incorporels, Cession de créance effets*, par L. Cadiet, 1988, 10쪽.

22) 프랑스 민법 제1165조.

23) 남효순, 앞의 논문, 289쪽.

2. 폭넓은 예외의 인정

그러나 이러한 원칙은 이미 프랑스 내에서도 상당 기간 전부터 완화되고 있었으며, 그러한 경향은 현재로 갈수록 더 증대되었다.²⁴⁾ 제1690조는 채무자를 포함하는 제3자를 보호하기 위한 규정이다. 채권이 어느 한 쪽으로 넘어가는 시점이 제대로 정해지지 않는다면 채권양도의 과정은 제3자에게 큰 혼란을 줄 수 있기 때문이다. 양도인의 채권자들은 채권자 대위권을 행사하든지 그들의 채무자 재산을 압류할 수 있어야 하고, 양수인의 채권자들은 양도된 채권이 그들 고유의 채무자(양수인)의 자산에 포함된 것인지에 대해 이의를 제기할 수 있어야 한다. 결과적으로 제1690조는 양도인에 대해 訴因을 가지는 자들 사이의 충돌을 해결하기 위하여 마련된 조문이므로²⁵⁾ 그 해결과정에서 일종의 예외 — 대항요건을 갖추기 전이라고 하더라도 사실상 양수인에게 채권자로서의 지위를 인정하는 것이 채무자 기타 제3자에게는 피해가 없거나 적은 경우 — 가 발생하는 것이다.

가. 일정한 요건 하의 이행청구

그러한 대표적인 예로 파기원 판례는 채권양도 후 제1690조의 요건을 갖추기 전에도 채무자 또는 제3자에게 발생한 권리를 침해하지 않는 한 양수인의 이행청구를 인정하고 있다.²⁶⁾ 채무자가 양도인에게 변제²⁷⁾하는 것은 물론 양수인에게 변제할 수 있도록 하는 것이다. 이 경우 양도인은 이에 대해 이의를 제기할 수 없으

24) Jurisclasseur civil, 앞의 논문, par L, Cadiet, 11쪽.

25) Jurisclasseur civil, 앞의 논문, par L, Cadiet, 9-10쪽.

26) Cass. civ. 1re., 18 mars 1969, Bull. civ., I, n. 116, 오수원, 앞의 논문, 706-707쪽.

27) 이 때 양수인은 채무자에게 이중의 변제를 요구할 수 없고, 통지나 승낙 전에 행하여진 양도인에 대한 변제는 양수인에게 대항할 수 있다. — Jurisclasseur civil, 앞의 논문, par L, Cadiet, 10쪽.

며, 이러한 변제는 채무자에 의한 묵시적 승낙의 의미로 받아들여진다. 그러나 이러한 승낙은 제3자(원칙적으로는 양도인의 채권자)에게 대항할 수 있지 아니다.²⁸⁾ 양도인의 채권자들의 권리가 위협을 받는 상황에서 제1690조 제2항의 명문의 규정에 반하여 채무자의 묵시적 승낙으로 이들에게 대항한다고 해석할 수는 없기 때문이다.

나. 보존행위

또한 양수인은 보존행위(les actes conservatoires)를 할 수 있다. 양수인에게도 보존행위를 할 수 있도록 하는 취지는 통지절차를 취하는 데에 있어서 양도인의 무관심으로 인한 부당한 결과를 회피할 수 있도록 하는 것이 형평에 부합하고, 양도인과의 관계에서는 양수인이 이미 채권자라는 점에 있다.²⁹⁾

때문에 양수인은 자신의 이름으로 저당권등기의 이전등기를 할 수 있고, 시효를 중단시킬 수 있다.³⁰⁾ 또한 양수인은 채무자에게 자기의 권리를 알리지 아니하고 유효한 소 제기 전에 채무자에 대한 압류 및 처분금지명령(saisie-arrêt)을 받을 수 있다.³¹⁾

28) Jurisclasseur civil, 앞의 논문, par L, Cadiet, 10-11쪽.

29) 남효순, 앞의 논문, 290-291쪽.

30) 예를 들면 양수인은 채무자와 새 권원을 작성할 목적으로 그에게 공증인과 공정증서 작성 일시를 합의하여 줄 것을 제안할 수 있다. 만일 채무자가 이를 거절할 경우에는 자신의 주소지 법원에 채무자를 소환하여 위 목적을 달성할 수 있다. 또 양수인은 채무자에 대하여 압류를 할 수 있고, 저당부동산의 제3취득자가 부동산의 취득대금 또는 부동산의 가액을 제공하여 저당권을 소멸시키는 경우 재경매(la surenchère)를 신청할 수 있다. — Cass. civ. 19 mars, 1919, *D. P.* 1919, 1, 86., 남효순, 앞의 논문, 291쪽 재인용.

31) Cass. civ. 1er mai 1889. *D. P.*, 90, 1, 264, 오수원, 앞의 논문 705쪽.

II. 일본법에서의 논의

일본 민법 제467조는 Boissonade가 기초한 일본 구민법 제347조³²⁾를 수정·계수한 것이고, 구민법 제347조는 다시 프랑스 민법 제1690조에 기초하여 Boissonade가 작성한 일본제국민법초안(Projet de Code civil pour l'Empire du Japon, accompagné d'un commentaire) 제367³³⁾조에 기초를 두고 있다. 즉 일본민법은 프랑스 민법의 대항요건주의를 수용한 것이고³⁴⁾, 우리 민법은 그 일본민법을 계수한 것이다.

일본민법 제467조는 우리 민법 제450조와 거의 유사한 내용으로, 제1항은 '지명채권의 양도는 양도인이 이를 채무자에게 통지하거나 채무자가 이를 승낙하지 아니하면 이로써 채무자 기타의 제3자에게 대항하지 못 한다'고 규정하고, 제2항은

32) 구민법 재산편 제347조 ① 지명채권의 양수인은 채무자에게 그 양수를 정식으로 고지하거나 또는 채무자가 공정증서 또는 사서증서로 이를 수락한 후가 아니면 자기의 권리를 가지고 양도인의 승계인 내지 채무자에게 대항할 수가 없다. — 남효순, 앞의 논문, 293쪽 참조.

33) 일본제국민법초안 제367조 ① 지명채권의 양수인은 양도가 채무자에게 정식으로 송달되었거나 또는 채무자에 의하여 공정증서 또는 확정일자 있는 증서로 승낙된 이후가 아니면, 자기의 권리를 채권자의 승계인 또는 채무자에 대하여 대항할 수 없다.

② 채무자의 승낙은 그가 양도인에게 대항할 수 있었던 모든 항변 혹은 불수리의 이유를 양수인에게 대항하는 것을 막는다. 송달만으로는 채무자는 그 송달 후에 발생한 항변을 상실하게 할 뿐이다.

③ 위 행위 중의 하나가 있기까지는 채무자의 변제, 채무면제의 합의, 양도인의 채권자가 한 지불금지나 이의, 또는 정식으로 송달 또는 승낙된 채권의 신규취득은 모두 선의로 한 것으로 추정되고, 동시에 이를 해태한 양수인에 대항할 수 있다.

④ 승계인의 악의는 그의 자백 또는 법정에서의 선서거절에 의하지 않으면 증명할 수 없다. 그러나 양도인과 공모한 사기가 있는 경우에는 이 공모는 모든 통상의 증거방법으로 증명할 수 있다.

⑤ 이서를 가지고 하는 상업수표의 양도에 관한 특별규정은 상법에 규정한다. — 남효순 앞의 논문, 293쪽 참조.

34) 남효순, 앞의 논문, 292-293쪽.

‘전항의 통지나 승낙은 확정일자 있는 증서로써 하지 아니하면 이로써 채무자 이외의 제3자에게 대항하지 못 한다’라고 규정하고 있다.

제467조 제1항의 ‘대항하지 못 한다’는 규정의 의미에 대하여 일본에서도 이를 해석함에 있어 견해대립이 있고, 판례의 입장도 혼재되어 있으므로 이를 살펴본다.

1. 일본의 학설

이에 대해 일본의 대표적인 학설은 상대적 무효설, 부인권설이 있다.

가. 상대적 무효설

상대적 무효설은 통지, 승낙이 있을 때까지 채무자와의 사이에서는 채권 이전의 효력이 생기지 않는다고 본다. 채무자가 악의일 때에도 마찬가지인데 대항요건의 효력을 획일적으로 취급하는 것이 거래의 안전을 위하여 필요하기 때문이다. 따라서 채무자는 양수인에 대하여 변제를 거절할 수 있음은 물론, 양수인은 채무자에 대하여 시효의 중단, 담보권의 실행, 파산 신청 등의 행위를 유효하게 하지 못한다. 또한 통지 또는 승낙 전에 채무자가 양도인에 대하여 한 변제 그 밖의 면책행위는 모두 유효하고, 양도인이 채무자에 대하여 한 상계, 면제 또한 유효하다.³⁵⁾ 그러나 양도인의 청구에 대해서는 채무자는 거절할 수 있다고 본다(단, 채무자가 양수인으로부터의 청구를 거절한 이상에는 양도인의 청구에 대해 거절할 수 없다고 보는 견해도 있다).³⁶⁾

35) 오수원, 앞의 논문, 708-709쪽 참조.

36) 平野裕之, 債權總論, 信山社出版株式會社, 1995, 414쪽.

나. 부인권설

부인권설은 현재 일본의 통설로 대항요건이 없는 한 채무자는 채권양도의 효력을 부인할 수 있다고 주장한다.³⁷⁾ 부인권설은 원래 우리 민법과 달리 물권법에서 대항요건주의를 취하고 있는 일본 물권법에서 물권변동에 있어서의 대항력 문제에서 논의된 것으로, 등기가 없다고 하더라도 물권변동은 당사자와 제3자와의 관계 모두에서 완전한 효력을 발생하고 오로지 제3자 측에서 등기의 결함을 주장하여 부인권을 행사하는 경우 제3자에 대한 관계에서 그 효력이 상실한다는 이론인데 이 이론이 채권양도 분야에도 차용된 것이다. 다만, 채권양도 분야에서는 제3자에 대한 대항요건이 문제되는 것은 아니고 양수인이 채무자에 대하여 유효하게 양도 받은 권리를 행사할 수 있는지가 문제된다고 본다.³⁸⁾ 결국 부인권설은 채권이전의 효력 자체는 인정하되 대항요건이 갖추어지지 않았을 경우에 채무자에게 양수인의 권리행사를 부인할 수 있는 권리를 주는 것이다.

부인권설의 대표적인 학자로는 中島와 我妻栄이 있는데, 我妻栄은 ‘통지 또는 승낙은 양수인이 채권을 행사하기 위한 적극적인 요건은 아니고, 채무자가 그 결함을 주장하며 양수인의 채권행사를 저지할 수 있을 뿐이다’라고 주장한다.³⁹⁾ 대항요건을 갖추지 아니한 양수인의 청구에 대해 我妻栄은 채무자가 부인권을 행사하여 그 변제를 거절할 수 있고, 그 경우 양수인의 청구에 의해 시효중단의 효력이 생기지 않는다고 본다. 대항요건은 채권양도와 동시에 갖추어져야 할 필요성은 없고 채권양도 뒤에 갖추어져도 무방하지만, 그러한 경우에도 대항력은 소급하지 아니하므로, 대항요건을 갖추기 전에 양수채권의 소멸시효가 완성되면 그 뒤에 대항요건을 갖추었다고 하더라도 시효중단의 효력이 마찬가지로 생기지 않는다고 보면

37) 남효순, 앞의 논문, 294쪽.

38) 池田真朗, 債權讓渡の研究, 弘文堂, 1993, 201-202쪽.

39) 池田真朗, 앞의 논문, 202쪽.

서 양수인에 의한 소의 제기는 대항요건을 갖추지 아니하는 이상 부적법하다고 보고 있다.⁴⁰⁾

결국 현재 일본의 통설인 부인권설에 따르면 채무자가 대항요건이 갖추어지지 않음을 이유로 양수인의 채권행사에 대해 결함을 주장하여 저지하면, 그 때에 양수인의 청구에 대한 시효중단의 효력은 부정되는 것이고, 채무자가 부인권을 행사한 이상 그 뒤에 대항요건이 갖추어지더라도 마찬가지로 시효중단의 효력은 부정된다. 그러나 대항요건을 갖추었다는 것이 양수인이 채권을 행사하기 위한 적극적인 요건은 아니기 때문에 채무자가 부인권을 행사하지 않는다면 양수인의 청구에 대해 시효중단의 효력이 부정된다고 보기 어려울 것이다.

2. 일본의 판례

가. 대심원

대심원은 『채권양도 통지 전에 한 채권양수인의 시효중단 행위는 그 통지가 시효 완성 후 행하여졌다고 하여 거슬러서 그 효력이 생기지 않는다』⁴¹⁾, 『채권양도가 대항요건이 없는 경우에는 채무자 그 밖의 제3자에 대한 관계에서 무효이다』⁴²⁾라고 판시하였다. 또 『저당권부 채권양수인의 경매신청에 따라 경매개시결정을 함에 있어서는 이미 채권양도의 통지가 있었는지 여부를 심사해야 한다』⁴³⁾고 판시하면서 경매개시결정 당시 채권양도 통지가 없다면 그 후에 통지가 있어도 위법하다고 하였으며, 같은 취지에서 『저당권부 채권양수인이 저당권의 실행으로 경매를

40) 我妻榮, 新訂債權總論, 岩波書店, 1965(昭和40), 533-534쪽.

41) 大審院 大正 8年(1919년) 10月15日, 大8(オ)768号 判決.

42) 大審院 昭和 12年(1937년) 10月26日, 昭12(オ)687号 判決.

43) 大審院 大正 6年(1917년) 8月21日, 大6(ク)189号 判決.

신청하려면 채권양도를 채무자에게 대항할 수 있는 경우임을 요한다』⁴⁴⁾고 판시하면서 저당권부 채권양수인이 피담보채권의 양도 통지가 없는 상태에서 한 경매신청에 대하여는 채무자가 그 취소를 신청할 수 있다고 보았다.⁴⁵⁾ 이러한 대심원의 입장은 원칙적으로 대항요건을 갖추지 못한 채권양도는 채무자 등에게 효력을 발생하지 않은 것으로 보는 상대적 무효설의 입장이라고 할 것이다. 그러나 한편 채권양도의 통지 또는 승낙의 흠결에 기한 항변이 2심까지 이루어지지 않은 상태에서 상고심에서 처음으로 다투어진 사례에서는 『채권양도에 대해 채무자에 대한 통지 또는 승낙이 없는 경우 채무자는 대항요건의 흠결에 따른 항변권이 있다』고 판시⁴⁶⁾하여 부인권설을 취한 판결도 존재한다.⁴⁷⁾

나. 최고재판소[最高裁第3小法定 昭和56年(1981년) 10月13日, 昭56(オ)483号 判決]

1) 사실관계(이하 시간 순서대로 기술함)

- ① 원고X(피항소인, 피상고인)의 남편 A는 피고Y(항소인, 상고인)에게 이 사건 건물을 임대하였고, 이후 임대료를 증액하기로 합의
- ② Y는 증액 합의에도 불구하고 A에게 기존 임대료만 지급
- ③ A는 증액된 임대료 미지급을 이유로 Y에게 임대차계약 해지 의사표시
- ④ A는 X에게 이 사건 건물을 증여하고 이에 따른 소유권이전등기 경료
- ⑤ X는 Y에게 임대인지위 승계를 이유로 하여 이 사건 건물 명도청구, 미지급임대료 및 계약해제 이후의 임대료 상당의 손해배상금 청구
- ⑥ 원심은 X의 청구를 인용

44) 大審院 大正 10年(1921년) 2月 9日, 大9(オ)915号 判決.

45) 오수원, 앞의 논문, 710-711쪽 참조하여 서술.

46) 大審院 昭和 2年(1927년) 1月28日, 大15(オ)1223号 判決.

47) 남효순, 앞의 논문, 295쪽.

- ⑦ Y는 ‘임대료채권 및 손해배상채권은 모두 A의 지명채권이며, 설사 A가 이 채권을 X에게 양도했다고 하더라도 민법 제467조 제1항에 의하여 X가 채권양도의 대항요건인 통지 또는 승낙을 갖추었다는 사실을 주장, 입증하여야 함에도 그러한 주장, 입증이 없었는데 X의 청구를 인용한 원심은 심리미진 등의 위법이 있다’는 이유로 상고함

2) 판시내용

최고재판소는 위 판결에서 『민법 제467조 제1항의 통지 또는 승낙은 채권양수인이 채무자에 대하여 채권을 행사하기 위한 적극적인 요구 사항이 아니라, 채무자가 통지 또는 승낙이 결여되었다는 주장을 하면서 양수인의 채권행사를 저지할 수 있음에 지나지 않는다. 그러나 상고인은 원심에서 통지 또는 승낙의 흠결을 주장하지 아니하였으므로 피상고인의 청구를 인용한 원심의 판단은 정당하다.』고 판시하였다.

3) 검토

이 판결은 최고재판소 최초로 부인권설을 취한 판결이라고 이해되고 있다.⁴⁸⁾ 통지 또는 승낙이 양수인의 채권 행사를 위한 적극적인 요건이 아니고 채무자가 그 흠결을 주장하면서 양수인의 권리행사를 저지할 수 있다고 보았기 때문이다.

3. 소결

우리의 민법은 앞서 살펴본 것과 같이 프랑스 민법을 계수한 일본의 민법을 다

48) 池田眞朗, 判例タイムズ主要民事判例解説505号 69頁 臨時増刊, 判例タイムズ, 1982, 69-71쪽 참고. 이에 대해 池田眞朗는 부인권설이라는 표현보다는 항변권설이나 행사저지설이라고 부르는 것이 적당하다는 입장이나 실질적으로 부인권설과 큰 차이가 없으므로 일본의 통설적 표현인 부인권설로 정리한다.

시 계수하였다. 따라서 우리의 母法이라고 할 수 있는 프랑스, 일본의 학설들과 판례의 변화가 어떻게 이루어져왔는지는 우리 민법의 발전방향과 무관하지 않을 것이다.

프랑스와 일본 모두 기존에는 대항요건을 갖추지 아니한 채권양수인에게 채무자에 대한 관계에서 채권자의 지위를 인정하지 않는 상대적 무효설을 취하였다고 볼 수 있다.

그러나 프랑스에서는 통지절차에 있어서 양도인의 무관심으로 인한 부당한 결과를 회피하고 양도인과 양수인 사이의 관계에서는 양수인이 이미 채권자로서 보호받아야 할 권리자라는 것을 주된 이유로 하여 대항요건을 갖추기 전의 채권양수인도 채무자에게 이행청구를 할 수 있도록 — 제3자에게 발생한 권리를 침해하지 않는 한 — 하고 있고, 양수인이 채권을 보존시키는 행위 폭넓게 역시 인정하고 있다.

또한 일본의 경우에도 최고재판소는 채권양수인이 채권을 행사하기 위하여 대항요건을 갖추었음을 적극적인 요건으로 하는 것이 아니라, 단지 채무자가 대항요건 불비를 이유로 하여 양수인의 채권행사를 저지할 수 있음에 지나지 않는다고 보고 있고, 현재 일본의 통설 역시 부인권설이다.

이렇게 양국 모두 현재로 올수록 엄격한 상대적 무효설의 입장에서 벗어나 채권양수인의 대항요건 불비가 채무자 및 제3자에게 불리한 영향을 끼치지 않는 한 채권양수인의 권리 행사를 용인하고 있는 방향으로 나아가고 있다고 볼 수 있다.

제3장 우리나라에서의 논의

우리 민법 제450조 제1항에 의해 대항요건을 갖추지 못하면 지명채권의 양도로 채무자 기타 제3자에게 대항하지 못하게 되는데, '대항할 수 없다'의 의미와 관련하여 여러 가지 견해가 대립되어 있고 판례도 앞에서 살펴 본 프랑스, 일본의 경우와 마찬가지로 입장의 변화가 있었다. 이에 대하여 살펴본다.

I. 학설의 논의

우리나라의 학설을 분류하는 방법으로는 여러 가지 형태가 있으나 크게 나누어 보면 채권양도의 효력이 발생하였는지 여부 및 채권양도의 효력이 발생하였다고 하더라도 채무자와의 관계에서 양수인이 채권자의 지위를 갖는가에 대해 견해가 대립하고 있다.⁴⁹⁾

1. 효력불발생설

이 견해는 대항요건이 갖추어지지 않는 한 채권양도의 효력은 전혀 발생하지 않는다고 본다. 이 설은 채권은 채무자에 대한 급부소급력을 본질적인 내용으로 가진다고 전제한다. 그런데 대항요건을 갖추지 못하면 양수인은 양도인과의 내부관계에서 채권자로 인정받을 뿐 채무자에 대한 관계에서는 급부청구권을 가지지 못

49) 남효순, 앞의 논문, 298-303쪽 참조.

하고, 급부청구권이 없는 채권이란 개념은 있을 수 없으므로 결국 양수인은 양도인에 대하여 채무자로부터 받은 급부를 자기에게 이전해 줄 것을 청구할 수 있는 ‘양도인’에 대한 채권을 취득할 뿐이므로 ‘채무자’에 대한 채권은 취득하지 못하는 것이라고 보는 것이다.⁵⁰⁾

2. 상대적 무효설

이 견해는 양도인과 양수인 사이에서는 양도계약의 합의만으로 채권양도의 효력이 발생하지만, 대항요건이 갖추어지지 아니하면 ‘채무자’에 대한 관계에서는 채권양도가 아직 효력을 발생하지 않아 양수인이 채권을 취득하지 않은 것과 같게 된다고 본다.⁵¹⁾

때문에 채무자는 양도사실에 관한 선, 악의를 묻지 않고 양수인에 대하여 변제를 거절할 수 있고, 양수인은 채무자에 대하여 시효의 중단, 담보권의 실행, 파산신청 등의 행위를 할 수 없다. 또한 채무자에 대한 대항요건이 갖추어지기 전에 채무자가 양도인에 대하여 한 변제 기타의 면책행위는 모두 유효하며 양도인이 채무자에 대하여 행한 상계, 면제 등도 유효하다. 다만 대항요건은 오로지 채무자를 보호하기 위한 것이기 때문에 채무자 스스로가 채권양도의 효력을 받아들이는 것은 무방하고, 따라서 채무자가 양수인에게 변제하면 이는 유효한 변제가 되는 것으로 본다.⁵²⁾⁵³⁾

50) 이은영, 채권총론, 제3판, 박영사, 2006, 616-617쪽.

51) 박윤직 편집대표, 민법주해 제10권, 577쪽(이상훈 집필부분).

52) 박윤직 편집대표, 앞의 책, 577-578쪽(이상훈 집필부분).

53) 이에 반해 같은 상대적 무효설이라고 하더라도 대항요건을 갖추지 아니하는 동안 채무자에 대한 관계에서 양도인만이 채권자의 지위에 있으므로 채무자는 양수인에게 변제하여서는 안 되고, 다만 채무자가 양수인에게 변제함으로써 채권양도를 승낙한 것으

3. 효력발생설⁵⁴⁾

이 학설에 의하면 우선 대항요건이 갖추어지지 않은 경우에도 양도인과 양수인 사이에서만 아니라 채무자에 대한 관계에서도 일단 채권양도의 효력은 발생한다고 본다. 다만 ‘대항하지 못 한다’의 법적 의미에 대해서는 다양한 해석이 있는데, 양수인은 대항요건이 없는 동안 채무자에 대하여 채권양도의 효력을 주장하지 못하여 채무자는 양수인에게 채무이행을 거절할 수 있게 된다고 보는 견해, 대항요건을 갖추지 못하였더라도 양수인은 채무자에게 채권의 이행을 청구할 수 있으며 다만 채무자가 대항요건을 갖추어지지 않았음을 이유로 항변하여 이행을 거절할 수 있을 뿐이라는 견해 등이 있다.

효력발생설과 상대적 부인설은 양수인과의 관계에서 채권양도의 효력을 인정하는 것은 동일하나, ‘채무자’와의 관계에서 채권양도의 효력을 인정할 것인지, 곧 양수인이 채무자와의 관계에서도 채권자의 지위를 가지는 것인지에 대해 관점을 달리한다. 효력발생설은 상대적 부인설에 대해 우리 민법에 물권과 채권을 나누고 있는 취지를 망각하고 있다고 비판한다. 즉, 우리 민법은 물권변동에 관하여만 성립요건주의를 취하고 있고, 채권양도에 관하여는 양도통지 등을 단지 대항요건으로만 규정하고 있음에도 대항요건이 갖추어지지 않았다는 이유로 채무자에 대한 관계에서 아직 채권양도의 효력이 발생하지 아니하였다고 해석한다면, 마치 대항

로 볼 여지가 있을 뿐이라고 보는 견해도 있다(문준섭, “債務者에 대한 對抗要件을 갖추지 못한 경우 債權讓受人의 法的地位 — 대법원2005. 6. 23. 선고2004다29279판결 —”, 法曹 2009.(통권 제628호), 224-225쪽). 그러나 원칙을 무엇으로 보느냐의 차이가 있을 뿐 사실상 채무자가 양수인에게 변제를 하는 경우 채권양도에 대한 묵시의 승낙으로 해석할 수 있을 것이기 때문에 결과에 있어서는 양 설이 사실상 차이가 없다고 할 것이다.

54) 남효순, 앞의 논문, 300쪽부터 제302쪽까지 참조하여 전개.

요건을 물권의 재산권변동에 있어서 공시 기능과 같이 해석하는 것이 되므로 대항요건주의의 근본취지와도 부합하지 않는다고 보는 것이다.⁵⁵⁾

II. 판례의 입장

판례는 채권양도에서 대항요건을 갖추지 아니하였을 경우에도 양도인과 양수인 사이에서는 채권이 동일성을 잃지 않고 이전된다고 보고 있으나⁵⁶⁾, 양수인과 채무자 사이의 관계를 명시적으로 정의하고 있지는 아니다. 다만 위에서 살펴본 각 학설들의 입장에 각각 부합하는 듯한 태도를 취한 판례들이 보이고 있으므로 이 장에서는 우선 일련의 판례와 그 판례를 분석하는 각각의 학설을 간략하게 소개한 뒤 다음 장에서부터 각 주제별로 판례의 입장을 구체적으로 살펴보기로 한다.

1. 대법원 1992. 8. 18. 선고 90다9452 판결

대항요건을 갖추지 못한 채권양수인이 채무자에 대하여 채권양도인으로부터 양도통지를 받은 다음 채무를 이행하라고 한 양수인의 청구에 대하여 『대항요건을 갖추지 못한 채권양수인은 채무자와 사이에 아무런 법률관계가 없어 피고(채무자)

55) 이우재, “가. 근저당권의 피담보채권과 함께 근저당권을 양수하였으나 채권양도의 대항요건을 갖추지 못한 양수인의 저당권실행의 가부(적극) 및 배당여부(적극), 나. 선순위의 근저당권부채권을 양수한 채권자가 채권양도의 대항요건을 갖추지 아니한 경우 후순위의 근저당권자가 채권양도로 대항할 수 없는 제3자에 포함되는지의 여부(소극)”, 대법원판례해설 통권 제54호(법원도서관, 2005), 166-167쪽 참조.

56) 대법원 2002. 4. 26. 선고 2001다59033 판결, 대법원 2005. 11. 10. 선고 2005다41818 판결 등 다수.

에 대하여 아무런 권리주장을 할 수 없기 때문에 이러한 청구는 장래이행의 소로서의 요건을 갖추지 못하여 부적법하다』라고 판시하였다.

이 판결에 대하여 명백히 판례가 상대적 무효설의 시각을 취하였다고 보는 견해⁵⁷⁾가 있는 반면, 효력불발생설의 입장을 따른 것이라고 분석하는 견해도 있다.⁵⁸⁾ 생각건대 어느 학설에 의하더라도 채무자와 대항요건을 갖추지 아니한 양수인 사이에 아무런 법률관계가 없다고 해석할 수 있으나, 판례가 기본적으로 대항요건을 갖추지 못한 상태라고 하더라도 채권양도의 합의 자체로 채무자에 대한 채권이 양도인으로부터 양수인에게 이전된다는 입장⁵⁹⁾이므로 위 판례는 상대적 효력설을 취하였다고 분석하는 것이 좀 더 타당하다고 할 것이다.

2. 대법원 2000. 12. 12. 선고 2000다1006 판결

대항요건을 갖추지 못한 상태에서의 소 제기가 제척기간을 준수한 것인지 여부에 대하여 대법원은 『채권양도에 있어서 채권의 양도 자체는 양도인과 양수인간의 의사표시만으로 이루어지고 다만 양도사실을 채무자에게 대항하기 위해서는 양도인이 채무자에게 통지를 하거나 채무자로부터 승낙을 받아야 하는데, 여기서 채무자에게 대항할 수 있다는 의미는 양수인이 채무자에게 채권을 주장할 수 있다는 것이므로, 대항요건을 갖추지 아니한 양수인은 채무자에게 채권을 주장할 수 없게 되지만, 그렇다고 하여 그러한 양수인이 채무자를 상대로 소 제기 자체를 못한다거나 소 제기가 무효라고는 볼 수 없고, 소가 제기된 이후에 변론종결시까지 대항

57) 남효순, 앞의 논문, 304쪽.

58) 장지용, “저당권부 채권양도에 관한 연구”, 서울대학교 법학석사학위논문, 2008, 20-21쪽.

59) 양도효력불발생설에 따르면 대항요건을 갖추기 전에 양수인이 양도인에 대하여 취득하는 채권은 채무자에 대한 본래의 채권이 아닌, 채무자로부터 받은 급부에 대한 이 전 청구권에 불과하다.

요건을 구비하지 못하면 청구가 이유 없는 것으로 될 뿐이므로, 위와 같이 제척기간을 둔 취지와 대항요건을 갖추지 아니한 양수인과 채무자와의 법률관계에 비추어볼 때 양수인은 그 기간 내에 채무자를 상대로 제소만 하면 제척기간을 준수한 것으로 보아야 할 것이고 채무자에 대한 대항요건까지 갖출 필요는 없다』고 한 원심을 옳다고 판단하였다.

가. 효력불발생설과 상대적 무효설, 효력발생설 모두로 해석 가능하다고 보는 견해⁶⁰⁾

이 판례에 대해 양수인은 채무자에게 채권을 ‘주장할 수 없다’고 하였으므로 어느 견해에서든 해석이 가능하다고 보는 견해⁶¹⁾가 있다.

나. 효력발생설을 취하였다고 보는 견해⁶²⁾

반면 소송법상 당사자 개념은 형식적 개념이며 이행의 소에 있어서 당사자적격은 주장자체에 의하여 자기에게 이행청구권이 있음을 주장하는 자가 원고적격을 자기는 것인데, 이 판결은 채권양도에 있어서 변론종결시까지 채무자에 대한 대항요건의 구비를 입증하지 못한 경우에도 소를 각하한다고 있지 않으며, 대항요건을 구비하지 못한 소 제기도 무효라고 보지 않았다는 점을 고려할 때 양도효력발생설의 입장에 가까운 태도를 취한 것이라고 보는 견해가 있다.

60) 이우재, 앞의 논문, 169-170쪽.

61) 이우재, 앞의 논문, 169-170쪽.

62) 장지용, 앞의 논문, 21-22쪽 참조.

4. 대법원 2009. 2. 12. 선고 2008두20109 판결

채권양도의 대항요건을 갖추기 전에 양도인이 채무자를 상대로 제기한 재판상 청구가 소송 중에 채무자가 채권양도의 효력을 인정하는 등의 사정으로 인하여 기각되고, 그 후 6월내에 양수인이 재판상 청구 등을 한 경우, 양도인의 최초의 재판상 청구로 인하여 시효가 중단되는지 여부에 대해 대법원은 『채권양도 후 대항요건이 구비되기 전의 양도인의 채무자에 대한 관계에서는 여전히 채권자의 지위에 있으므로 채무자를 상대로 시효중단의 효력이 있는 재판상의 청구를 할 수 있고, 이 경우 양도인이 제기한 소송 중에 채무자가 채권양도의 효력을 인정하는 등의 사정으로 인하여 양도인의 청구가 기각됨으로써 민법 제170조 제1항에 의하여 시효중단의 효과가 소멸된다고 하더라도, 양도인의 청구가 당초부터 무권리자에 의한 청구로 되는 것은 아니므로, 양수인이 그로부터 6월 내에 채무자를 상대로 재판상의 청구 등을 하였다면, 민법 제169조 및 제170조 제2항에 의하여 양도인의 최초의 재판상 청구로 인하여 시효가 중단된다』고 판시하였다.

이 판례에 대해 대항요건을 갖추기 전에는 양도인이 권리자임을 밝히고 있는 것이고, 지명채권양도에 있어서 양도인의 양도통지나 채무자의 승낙은 그 효력발생요건이기 때문에 판례는 효력불발생설을 따른 것으로 타당하다고 보는 견해⁶⁴⁾가 있다.

64) 오수원, 앞의 논문, 696-698쪽.

5. 그 밖의 저당권부 채권양도에 관한 판례⁶⁵⁾

저당권부 채권의 양도는 민법 제186조의 부동산물권변동에 관한 규정과 민법 제449조에서 민법 제452조 사이에 있는 채권양도에 관한 규정에 의하여 규율된다. 그러므로 채권양도의 시기(또는 대항요건을 갖추는 시기)와 근저당권이전시기 사이에 시차가 발생하여 저당권의 효력 유무 및 이전 여부가 문제된다.⁶⁶⁾

판례는 저당권의 피담보채권과 함께 저당권을 양수하였으나 채권양도의 대항요건을 갖추지 못한 양수인의 저당권 실행의 가부 및 배당여부에 관하여 『채권양도에 있어서 채권의 양도 자체는 양도인과 양수인간의 의사표시만으로 이루어지고, 다만 대항요건을 갖추지 아니한 양수인은 채무자 또는 제3자에게 채권을 주장할 수 없을 뿐이며, 집행법원은 담보권의 존재 및 승계에 관하여 (법령에 기재된) 서류의 한도에서 심사를 하지만, 그 밖의 실체법상 요건인 피담보채권의 존재 등에 관해서는 신청서에 기재하도록 하는 데 그치고, 담보권실행을 위한 경매절차의 개시요건으로서 피담보채권의 존부를 입증하게 할 것은 아니므로, 피담보채권을 저당권과 함께 양수한 자는 저당권이전의 부기등기를 마치고 저당권실행의 요건을 갖추고 있는 한 채권양도의 대항요건을 갖추고 있지 아니하더라도 경매신청을 할 수 있으며, 채무자는 경매절차의 이해관계인으로서 채권양도의 대항요건을 갖추지 못하였다는 사유를 들어 경매개시결정에 대한 이의나 즉시항고 절차에서 다룰 수 있고, 이 경우는 신청채권자가 대항요건을 갖추었다는 사실을 증명하여야 할 것이나, 이러한 절차를 통하여 채권 및 근저당권의 양수인의 신청에 의하여 개시된 경매절차가 실효되지 아니한 이상 그 경매 절차는 적법한 것이고, 또한 그 경매신청

65) 그 밖의 더 자세한 점은 별도의 장에서 살펴보기로 하고, 여기에서는 간략히 판례를 소개하는 것에 그친다.

66) 문준섭, 앞의 논문, 227쪽 참조.

인은 양수채권의 변제도 받을 수 있다』고 판시⁶⁷⁾하였다.

위 대법원 판례의 입장에 관하여 ‘상대적 무효설을 따르면 채무자에 대한 채권이 없게 되는 것이고 그렇다면 부종성으로 인하여 담보권이전의 공시가 되어 있더라도 담보권은 무효이며 무효인 담보권에 기한 경매 또한 무효’이므로 효력발생설을 취한 것이라고 보는 견해⁶⁸⁾도 있으나, 이는 민사집행법 제264조⁶⁹⁾에 의하여 담보권실행을 위한 경매신청의 단계에서는 저당권승계의 증명으로서 저당권이전의 부기등기가 기재된 등기부등본 등을 제출하면 적법하게 경매신청을 할 수 있으므로, 대항요건이 없이도 저당권 실행을 인정한 것일 뿐, 판례가 채권양도의 대항요건에 관하여 효력발생설의 입장을 취한 것이라고 보기는 어렵다는 견해가 있다.⁷⁰⁾

Ⅲ. 검토

1. 효력불발생설에 대한 비판

이 설은 급부청구권을 채권의 본질적인 내용이라고 전제한다. 그런데 대항요건

67) 대법원 2005. 6. 23. 선고 2004다29279 판결.

68) 이우재, 앞의 논문, 173-174쪽. 이우재는 상대적 무효설을 ‘효력불발생설’, 효력발생설을 ‘효력발생설’로 표현하고 있으나, 용어의 정의가 다를 뿐이므로 앞서 정의한 내용에 따라 상대적 무효설과 효력발생설로 표현하기로 한다.

69) 제264조(부동산에 대한 경매신청) ① 부동산을 목적으로 하는 담보권을 실행하기 위한 경매신청을 함에는 담보권이 있다는 것을 증명하는 서류를 내야 한다.

② 담보권을 승계한 경우에는 승계를 증명하는 서류를 내야 한다.

③ 부동산 소유자에게 경매개시결정을 송달할 때에는 제2항의 규정에 따라 제출된 서류의 등본을 붙여야 한다.

70) 남효순, 앞의 논문, 306-307쪽, 손홍수, “저당권부 채권양도와 민사집행 —성립요건주의와 대항요건주의의 교차—” 민사집행법학회 하계세미나 발표자료, 2009, 12-13쪽 참조.

을 갖추지 못한 채권양수인은 채무자에게 급부를 청구할 수 없으므로(즉, 급부청구권을 가지지 못하므로) 결국 대항요건이 갖추어지지 않는 한 채권양도의 효력은 발생하지 않았다고 보는 것이다.

그러나 채권양수인이 아직 채무자에게 어떠한 급부청구권을 취득하지 못하였는지는 별론으로 하고, 설사 급부청구권을 취득하지 못하였다고 하더라도 이로 인해 전혀 채권양도의 효력이 발생하지 않았다고 보는 것은 타당하지 않다. 채권양수인은 양도인에게 채권양도를 채무자에게 통지하여 줄 것을 청구할 수 있는 급부청구권이 있는데, 이는 채권양도계약에 따른 효과이기 때문이므로 대항요건을 갖추지 아니한 상태라고 하더라도 최소한 채권양수인과의 관계에 있어서는 채권양도의 효력이 있는 것이므로 채권양도효력이 전혀 無인 상태라고 볼 수는 없다.

2. 상대적 무효설에 대한 비판

이 학설은 기존 판례와 학설의 통설로서 대항요건을 갖추기 전에는 채권양도인과 양수인 사이에서는 채권양도의 효력을 인정하지만, 채권양수인과 채무자 사이에서는 채권양도가 아직 효력을 발생하지 아니하여 양수인이 채무자에 대한 채권을 취득하지 않은 것으로 보는 것이다.

우리 민법에서 채권의 의의나 본질에 대해 별도의 규정을 두고 있지는 않으나 일반적으로 채권이란 '특정인(채권자)이 다른 특정인(채무자)에 대해 일정한 행위(급부)를 청구할 수 있는 권리'⁷¹⁾라고 정의되고 있다. 그런데 대항요건을 갖추지 아니한 채권양수인이 채무자에게 급부를 청구할 경우 채무자가 그 청구를 거절하지 않고 이에 응한다면(이러한 때에는 일종의 묵시적 승낙으로 볼 수 있는 여지가

71) 박준서 편집대표, 주석민법, 채권총칙(1), 제3판, 2000, 33-34쪽(조성민 집필부분).

있다) 채권양수인은 채무자에게 그 급부를 받을 수 있다. 따라서 대항요건을 갖추지 않은 채권양수인이라고 하더라도 채무자에게 급부를 청구할 수 있는 권리가 없다고 말할 수는 없고, 단지 채무자 측에 채권양수인의 청구를 거절할 수 있는 권리가 있다고 보는 것이 타당하다. 또한 우리 민법이 물권변동에 관하여서만 성립요건주의를 취하고 있고 채권양도에 관하여서는 단지 양도통지 등을 대항요건으로만 규정하고 있는바, 대항요건이 갖추어지지 않은 상태에서 채권양수인이 채무자에 대한 관계에서 아직 채권양도의 효력이 발생하지 아니하였다고 해석하는 것은 물권과 채권을 혼동한 태도이다.

3. 소결

따라서 채무자와의 관계에서도 일단 채권양도의 효력이 발생한다고 보는 효력발생설이 타당하다. 다만 채무자는 채권양수인이 대항요건을 갖추지 아니하였음을 이유로 항변하여 이행을 거절할 수 있는 것이 민법 제450조 제1항에서 규정하고 있는 ‘대항하지 못 한다’의 의미라고 할 것이다.

이러한 관점에서 대항요건을 갖추지 아니한 양수인의 법적 지위에 관하여 앞에 언급한 판례에서 문제된 각 주제별로 검토해보기로 한다.

제4장 저당권부 채권양도와 채권양수인의 법적 지위

I. 서

저당권부 채권의 양도는 민법 제186조의 부동산물권변동에 관한 규정과 민법 제449조 내지 제452조의 채권양도에 관한 규정에 의해 규율되는⁷²⁾ 채권의 양도와 물권의 양도의 결합이다.

1. 저당권의 부종성⁷³⁾

부종성이란 저당권이 채권의 담보를 목적으로 하여 성립하므로 독립성을 갖지 못하고 언제나 피담보채권에 종속하게 된다는 성질, 즉 피담보채권의 존재를 전제로 하여서만 존재할 수 있게 되는 성질을 말한다.⁷⁴⁾

민법 제361조에서는 저당권의 처분제한이라는 제목 하에 ‘저당권은 그 담보한 채권과 분리하여 타인에게 양도하거나 다른 채권의 담보로 하지 못 한다’고 규정하고 있다.

현행 민법은 구민법⁷⁵⁾과는 달리 저당권은 반드시 피담보채권과 결합하여 일체

72) 대법원 2005. 6. 10. 선고 2002다15412, 15429 판결.

73) 박준서 편집대표, 주석민법 물권법(4), 제3판, 한국사법행정학회, 2000, 147-154쪽(여상훈 집필부분), 김재형, “유엔채권양도협약의 국내법적 수용문제”, 국제거래법연구 제15집 제1호, 국제거래법학회, 2006. 참조.

74) 이은영, 물권법, 개정신판, 박영사, 2002, 563쪽.

75) 구민법 제375조 제1항에서는 저당권을 저당권자의 채무의 담보로 제공하는 轉저당을 인정하고, 저당권 또는 그 순위의 양도나 포기를 인정하고 있었다.

로만 처분할 수 있는 것으로 하여 저당권의 처분에 대하여 엄격한 제한을 두고 있다. 이에 따라 피담보채권의 처분을 수반하지 않는 저당권만의 양도는 당연히 무효가 된다.

이러한 저당권의 부종성 때문에 채권양도의 효력이 양수인에게 인정되지 않는다면 설사 양수인이 저당권이전등기를 마쳤다고 하더라도 양수인의 등기가 무효라고 보아야 하는 것이 원칙이므로⁷⁶⁾, 양수인은 저당권을 실행하지 못할 것이다.

그러나 앞서 살펴본 바와 같이 대항요건을 갖추지 아니한 경우에도 효력발생설에 따라 채권양도의 효력이 발생한다고 봄이 타당하므로, 비록 채권양수인이 대항요건을 갖추지 못하여 채무자 등에게 대항할 수 없다고 하더라도 양수인에게 채권자로서의 지위는 인정되고 이에 따라 저당권 이전등기 자체의 효력도 인정된다.⁷⁷⁾

2. 저당권 실행가능성

저당권 이전등기 자체의 효력이 인정된다고 하더라도 담보권 실행을 위한 경매 신청을 할 수 있는지에 대하여는 담보권 실행을 위한 경매신청의 법적 성질을 어

76) 이에 대하여 설사 대항요건을 갖추지 못한 채권양수인에게 채무자에 대하여 채권양도의 효력이 발생한 것인지에 대해 부정적인 입장을 취하더라도 채권양도의 합의가 있는 경우 양수인을 실질적 채권자로 보아 저당권이전등기가 유효하다고 해석할 여지가 있다는 입장(장지용, 앞의 논문, 60쪽 이하 참조)이 있고, 이 입장은 대법원 2001. 3. 15. 선고 99다48948 판결 등에서 『제3자를 근저당권 명의인으로 하는 근저당권을 설정하는 경우 그 점에 대하여 채권자와 채무자 및 제3자 사이에 합의가 있고, 채권양도, 제3자를 위한 계약, 불가분적 채권관계의 형성 등 방법으로 채권이 그 제3자에게 실질적으로 귀속되었다고 볼 수 있는 특별한 사정이 있는 경우에는 제3자 명의의 근저당권설정등기도 유효하다고 보아야 할 것』이라고 판시한 것과 관련하여 이 판례가 제3자에게 실질적으로 채권이 귀속되었다고 보는 예로 들고 있는 채권양도란 채권양도의 합의만 있고 대항요건을 갖추지 못한 경우를 의미한다고 해석하는 데에 기인한다.

77) 장지용, 앞의 논문, 66-67쪽.

떻게 보는가에 따라서 그 실행가능성에 대한 논의의 초점이 달라진다.

가. 담보권 실행을 위한 경매신청을 비송사건이라고 보는 견해

이 견해는 소송사건이란 법의 판단 그 자체를 목적으로 하여 당사자의 권리 유무에 관하여 판단하는 작용을 말하는 것이고, 비송사건은 실체권의 존재 또는 실체법상의 법률요건을 전제로 행하여지는 민사행정을 뜻하므로, 일반적으로 담보권 실행을 위한 경매는 비송사건이라고 해석되고 있다는 것을 전제로 한다.⁷⁸⁾ 따라서 그 경매신청은 비송사건을 담당하는 국가에 대한 재판청구권이고 그 절차를 통하여 신청채권자가 청구채권의 만족을 얻는다고 하더라도 채무자에 대한 채권행사라고 할 수 없어 이 부분에 대해 채무자에 대한 관계에서 대항요건을 규정한 민법 제450조 제1항 부분이 적용될 수 없다고 보고 있다.⁷⁹⁾

따라서 이 견해는 채권양도의 대항요건을 갖추지 못한 채권양수인의 경매신청 허용여부에 대하여 민법 제450조가 아닌 경매절차에 관한 민사집행법의 내용 및 그 해석 여부에 따라서 결정되어야 할 문제이므로 결국 구 민사소송법 제724조가 규율하고 있고 현행 민사집행법 제264조가 계수한 부동산에 대한 경매신청 규정으로 해결해야 한다고 본다.⁸⁰⁾

나. 절차법적인 성격과 실체법적인 성격 모두 지닌다고 보는 견해⁸¹⁾

이 견해는 담보권 실행을 위한 경매의 저당권 실행이 일용 비송절차적 성격이

78) 서기식, 박삼봉 편집대표, 주석 민사집행법(V), 한국사법행정학회, 2004, 192쪽(박삼봉 집필부분).

79) 이현중, “채권양도의 대항요건을 갖추지 못한 저당권부 채권양수인의 저당권 실행”, 민사판례연구, 2007, 218-220쪽.

80) 이현중, 앞의 논문, 220-222쪽 참조. 민사집행법 규정에 관하여는 후술한다.

81) 장지용, 앞의 논문, 63-65쪽 참조.

강조되는 것은 맞으나, 담보권자의 담보권에 내재하는 현금화하는 권능의 실행을 국가기관이 대행하는 것에 불과하고, 강제경매와는 달리 공신적 효력이 없어서 실체상의 흠도 이의사유로 주장할 수 있는 점⁸²⁾ 등을 고려할 때 담보권 실행을 위한 경매에 절차법적인 성격만을 지나치게 강조할 수 없다고 본다. 따라서 민법 제450조 제1항의 규정과 민사집행법상의 규정을 모두 고려하여 채권양도의 대항요건을 갖추지 못한 채권양수인의 경매신청 허용여부에 대해 결정하여야 한다고 본다.

다. 소결

민사집행법 제265조에서 규정하고 있는 실체상의 이의사유로는 경매의 기본이 되는 저당권의 부존재·무효(저당권설정등기의 원인무효), 피담보채권의 불성립, 무효 또는 변제, 변제공탁 등에 의한 소멸 등이 있다.⁸³⁾ 이러한 실체상의 흠도 경매절차에 영향을 미치므로 이해관계인은 실체상의 흠을 이유로 하여 경매개시결정에 대한 이의를 할 수 있음은 물론 매각허가에 대한 이의 및 매각허가결정에 대한 항고를 할 수 있다.⁸⁴⁾ 이해관계인이 위 사유들로 매각허가에 대한 이의신청을 하는 경우 이의가 정당한 때에는 매각불허가의 결정을 하고⁸⁵⁾, 나아가 이를 간과하여 매각허가결정이 확정되고 매수인이 매각대금을 다 내고 소유권이전등기를 넘겨

82) 민사집행법 제265조(경매개시결정에 대한 이의신청사유) 경매절차의 개시결정에 대한 이의신청사유로 담보권이 없다는 것 또는 소멸되었다는 것을 주장할 수 있다.

83) 민사집행법, 사법연수원, 2009, 138쪽.

84) 대법원 1991. 1. 21.자 90마946 결정 『부동산의 임의경매에 있어서는 강제경매의 경우와는 달리 경매의 기본이 되는 저당권이 존재하는 여부는 경매개시결정에 대한 이의사유가 됨은 물론 경락허가 결정에 대한 항고사유도 될 수 있는 것이므로, 그 부동산의 소유자가 경락허가 결정에 대하여 저당권의 부존재를 주장하여 즉시항고를 한 경우에는 항고법원은 그 권리의 부존재 여부를 심리하여 항고이유의 유무를 판단하여야 한다.』

85) 민사집행법 제268조, 제123조 제1항.

받았다고 하더라도 매수인은 목적물의 소유권을 취득하지 못한다.⁸⁶⁾ 이러한 점들을 고려할 때 강제경매와는 달리 임의경매에서는 절차법의 규정과 아울러 실체법상의 규정도 같이 적용된다고 보는 것이 타당할 것이다.

II. 판례의 태도

1. 대법원 1964. 4. 28.자 63마216 결정

채권양수인이 경매신청을 한 사안에서 채무자가 채권양도의 통지를 받은 사실이 없으므로 경락허가결정에 대하여 항고를 하였고, 항고법원은 이에 대해 아무런 판단을 하지 않아 채무자가 재항고를 한 사안에서 대법원은 『경매신청인이 근저당권과 함께 채권을 양수하여 근저당권 이전등기까지 끝냈다고 하더라도 그 채권 및 근저당권 양도에 관하여 채무자의 승낙을 얻은 사실이 없으면 채무자에게 대하여 채권 및 근저당권 양수를 주장할 수 없으며 따라서 그 채권 및 근저당권 양수를 원인으로 하여 저당권 실행을 할 수 없다』고 결정하였다.

이 결정에 대하여 ‘저당권 실행을 할 수 없다’고 한 의미는 경매개시결정조차 안 된다는 의미인지, 아니면 일단 경매개시결정은 할 수 있으나 채무자나 다른 이해

86) 민사집행법, 앞의 책, 224-225쪽 참조. 대법원 1999. 2. 9. 선고 98다51855 판결 등, 다만 예외적으로 실체상 존재하는 저당권에 터 잡아 경매개시결정이 내려진 이상 그 뒤에 저당권이 소멸하거나 변제 등으로 피담보채권이 소멸하게 되었다라도 경매절차가 취소 또는 정지되지 아니한 채 진행된 결과 매각허가결정이 확정되고 매각대금이 모두 지급된 경우에는 매수인이 적법하게 매각부동산의 소유권을 취득한다(대법원 1992. 11. 11.자 92마719 결정 등).

관계인이 채권양도의 대항요건을 갖추지 못하였음을 이유로 경매개시결정에 대한 이의나 항고를 할 수 있다는 것인지 알 수 없으므로⁸⁷⁾ 이 결정이 상대적 무효설이나 효력발생설 어느 견해에 의하든 해석이 가능하다는 견해가 있는 반면⁸⁸⁾, ‘채권 및 저당권의 양수를 주장할 수 없고 따라서 저당권을 실행할 수 없다’라는 표현은 저당권등기서류만으로는 저당권의 존재를 증명할 수 없다는 것을 말하는 것임을 미루어 볼 때 상대적 무효설을 취하고 있다고 볼 수 있다는 견해도 있다.⁸⁹⁾

2. 대법원 2005. 6. 23. 선고 2004다29279 판결

가. 사실관계

이 사안의 사실관계는 다음과 같다(이하 시간 순서에 따라 기술한다).

소외 망 전○학(1997. 3. 9. 사망, 상속인 전○정)이 자기 소유인 이 사건 부동산에 관하여,

- ① 1996. 9. 19. 쌍용캐피탈과 강○열 사이의 팩토링거래 약정에 기한 강○열의 채무를 담보하기 위하여 채권최고액 56억원, 채무자 강○열, 근저당권자 쌍용캐피탈로 된 1순위 근저당권 설정
- ② 1997. 1. 28. 쌍용캐피탈과 자신 사이의 팩토링거래 약정에 기한 채무를 담보하기 위해 채권최고액 71억원, 채무자 전○학, 근저당권자 쌍용캐피탈로 된 2순위 근저당권 설정

87) 이 설은 위 대법원 결정이 양수인의 경매신청에 대하여 채무자가 채권양도의 통지를 받지 않았다는 사유를 주장하여 경락허가결정에 대한 항고를 제기하였으나 항고법원이 그 주장에 대해 판단하지 않은 것이 부당하다는 결론을 이르면서 그 이유를 설명한 것이라는 데에 그 이유를 둔다.

88) 이우재, 앞의 논문, 170쪽.

89) 남효순, 앞의 논문, 306쪽.

- ③ 1997. 1. 28. 피고(현대해상화재보험 주식회사) 대한 대출금채무를 담보하기 위하여 채권최고액 123억 2,000만원, 채무자 전○학, 채권자 피고로 된 3순위 근저당권 설정
- ④ 쌍용캐피탈이 강○열, 전○학에 대한 대출원금 등을 완제받지 못하자 경매신청서에 신청금액을 ‘금 11,500,000원’으로 기재하여 서울동부지방법원에 담보권실행을 위한 경매신청(이하 ‘제1경매’라 함)하여 2001. 7. 28. 경매개시결정
- ⑤ 2002. 3. 15.(위 경매 절차 진행 중) 쌍용캐피탈은 원고(○○○○건설 주식회사)에게 전○학과 강○열에 대한 채권을 양도, 같은 날 원고 앞으로 위 각 근저당권의 이전등기 경료, 2002. 3. 22. 경매법원에 채권양도통지서 제출
- ⑥ 쌍용캐피탈이 전○정과 강○열에 대해 채권양도통지서 내용증명우편으로 발송하였으나 ‘수취인부재’ 등의 사유로 모두 반송
- ⑦ 2002. 4. 2. 원고가 경매법원에 쌍용캐피탈로부터 전○학, 강○열에 대한 각 채권 및 이 사건 각 근저당권을 모두 양수하였다는 취지의 권리신고서와 쌍용캐피탈이 2002. 3. 22. 경매법원에 제출한 채권양도통지서와 동일한 내용의 채권계산서(양도일 기준 원리금 합계 15,907,488,618원)를 각 제출
- ⑧ 2002. 6. 11. 원고가 이 사건 각 부동산에 대하여 제1경매 신청금액 115억원과 이 사건 각 근저당권의 채권최고액 합계 127억의 차액인 12억원을 추가 청구금액으로 서울동부지방법원에 이중경매(이하 ‘제2경매’라 함)를 신청하여 경매개시결정
- ⑨ 2002. 6. 17. 이 사건 각 부동산은 ○○○○○건설 주식회사에 135억 5,000만원에 낙찰, 낙찰대금 완납
- ⑩ 2002. 8. 14. 원고는 채권양도인인 쌍용캐피탈을 대리하여 서울동부지방법원에 전○정, 강○열에 대한 위 채권양도통지서의 송달을 공시송달로 하여 줄 것을 신청, 위 법원이 2002. 8. 20. 이를 허가하여 위 채권양도통지서가 공시

송달의 방법으로 전○정과 강○열에게 송달

- ⑪ 2003. 2. 14. 경매법원은 배당기일 열어 1순위로 송파구청에게 282,851,440 원, 2순위로 원고에게 115억원, 3순위로 피고에게 1,624,610,992원을 각 배당하는 내용의 배당표를 작성하였고, 원고는 위 배당기일에 출석하여 피고에 대한 배당금액에 관하여 이의를 진술

나. 원고의 이중경매 신청 주장⁹⁰⁾

1) 이중경매 신청 전에 이미 채권양도의 대항요건을 취득하였다는 주장
원고는 전○정, 강○영이 이 사건 각 팩토링거래 약정 당시 쌍용캐피탈이 자신들에 대한 채권의 전부 또는 일부를 제3자에게 양도하는 경우 그 제3자에 대하여도 원고에게 부담하던 것과 동일한 의무와 책임을 부담하겠다고 약정함으로써 ① 사전에 채권양도에 대한 승낙을 하였거나 승낙의 이익을 포기하였고, 또한 원고의 이중경매 신청 전에 이미 경매기록 열람 등을 통하여 쌍용캐피탈이 원고에게 채권을 양도한 사실을 알았으면서도 고의로 채권양도통지서의 수령을 거부하였던 것이므로 이러한 경우에는 ② 채권양도통지가 의제되며 신의칙상 동인들은 채권양도통지 없음을 이유로 채권양수인인 원고에게 대항할 수 없어, 원고의 이중경매 신청은 채권양수인으로서의 대항요건을 갖춘 상태에서 신청된 적법한 신청이므로 그 이중경매 신청서에 기재된 추가 청구금액 12억원에 해당하는 금액은 원고에게 배당되어야 할 것이라고 주장하였다.

2) 이중경매 신청 후에 채권양도통지 흠결의 하자가 치유되었다는 주장
원고는, 이중경매 신청 전에는 채권양도의 대항요건을 갖추지 못하였다고 하더라도 채권양도통지는 채권양도의 효력발생요건이 아니고 채무자에 대한 대항요건

90) 원고는 이 주장 이외에 청구금액 확장에 관하여도 주장하였으나 이 부분은 논의의 대상이 아니므로 제외하기로 한다.

에 불과한 것이므로, 이중경매 신청 후에 경매법원이 원고의 이중경매 신청사실을 전○정과 강○열에게 통지하였고, 전○정과 강○열에 대한 채권양도통지가 공시송달의 방법으로 이루어진 이상 이로 인하여 채권양도통지의 흠결이라는 하지는 보정되거나 치유되어 원고의 이중경매 신청이 적법하게 되었으므로 그 이중경매 신청서에 기재된 추가 청구금액 12억원에 해당하는 금액은 원고에게 배당되어야 한다고 주장하였다.

다. 원심의 판단⁹¹⁾

원심은 이중경매 신청 전에 이미 대항요건을 취득하였다는 원고의 주장에 대하여 배척⁹²⁾한 뒤, 채권양도통지 흠결의 하자 치유 주장에 대하여 『경매법원이 전○정, 강○열에게 송달한 원고의 이중경매 신청사실에 대한 통지는 이 사건 각 부동산에 관하여 최초 신청된 제1경매 외에 추가로 이중경매로서 제2경매가 신청되었다는 사실을 통지한 것에 불과하므로 이를 가리켜 채권양도의 통지에 해당한다고 볼 수 없다. 또한, 원고의 이중경매 신청 후에 채권양도의 통지가 공시송달의 방법으로 실행되었다고 하더라도 채권양도통지의 효력은 그 공시송달에 의한 송달의 효력이 생겼을 때 발생하였다고 보아야 할 것이고 그 통지의 효력이 채권양도가 이루어진 때나 이중경매 신청 당시로 소급한다고 볼 수 없다. 따라서 원고의 이 사건 이중경매 신청은 신청 권한 있는 자에 의해 낙찰기일까지 제기된 적법한 신청이라 할 수 없으므로 이와 다른 전제에 선 원고의 주장도 이유 없어 원고의 이 사건 청구는 이유 없어 이를 기각할 것인바,』라고 판시하였다.

91) 서울고등법원 2004. 5. 18. 선고 2003나66969 판결.

92) 관련 약관 조항에 비추어 원고의 주장대로 해석할 수 없다고 본 뒤, 원고의 채권양도 통지의 흠결 및 효력 발생 의제 주장 역시 받아들이지 아니하였다.

라. 대법원⁹³⁾의 판단

이에 대해 대법원은 채권양도 및 이중경매신청에 의한 배당요구에 관한 법리오해의 점에 관하여 『채권양도에 있어서 채권의 양도 자체는 양도인과 양수인 간의 의사표시만으로 이루어지고, 다만 대항요건을 갖추지 아니한 양수인은 채무자 또는 제3자에게 채권을 주장할 수 없을 뿐이며, 한편 구 민사소송법(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 전문 개정되기 전의 것)은 부동산에 대한 담보권실행을 위한 경매의 개시요건으로서 구 민사소송규칙(2002. 6. 28. 대법원규칙 제1761호로 전문 개정되기 전의 것) 제204조에 정해진 채권자·채무자 및 소유자(제1호), 담보권과 피담보채권의 표시(제2호), 담보권의 실행 대상이 될 재산의 표시(제3호), 피담보채권의 일부에 대하여 담보권을 실행하는 때에는 그 취지 및 범위(제4호)를 기재한 신청서와 민사소송법 제724조에 정해진 담보권의 존재를 증명하는 서류(제1항)와 담보권에 관하여 승계가 있는 경우에는 승계를 증명하는 서류(제2항)를 제출하면 되는 것이고, 집행법원은 담보권의 존재 및 승계에 관하여 위 서류의 한도에서 심사를 하지만, 그 밖의 실체법상 요건인 피담보채권의 존재 등에 관해서는 신청서에 기재하도록 하는 데 그치고, 담보권실행을 위한 경매절차의 개시요건으로 피담보채권의 존부를 입증하게 할 것은 아니므로, 피담보채권을 저당권과 함께 양수하는 저당권이전의 부기등기를 마치고 저당권실행의 요건을 갖추고 있는 한 채권양도의 대항요건을 갖추고 있지 아니하더라도 경매신청을 할 수 있으며, 채무자는 경매절차의 이해관계인으로서 채권양도의 대항요건을 갖추지 못하였다는 사유를 들어 경매개시결정에 대한 이의나 즉시항고절차에서 다툴 수 있고, 이 경우는 신청채권자가 대항요건을 갖추었다는 사실을 증명하여야 할 것이나, 이러한 절차를 통하여 채권 및 근저당권의 양수인의 신청에 의하여 개시된 경매절차가 실효되지 아니한 이상 그 경매절차는 적법한 것이고, 또한 그 경매신청인은 양수채권의 변

93) 대법원 2005. 6. 23. 선고 2004다29279 판결.

제를 받을 수도 있다고 할 것이며, 이러한 법리는 양수인은 경매신청이 이중경매로서 선행경매절차가 취소되지 아니하고 종료되어 실제로 매각절차로 나아가지 못한 채 종결되었다고 하더라도 달리 볼 것이 아니다.

또한, 채권양도의 대항요건의 흠결의 경우 채권을 주장할 수 없는 채무자 이외의 제3자는 양도된 채권자체에 관하여 양수인의 지위와 양립할 수 없는 법률상 지위를 취득한 자에 한하므로 선순위의 근저당권부 채권을 양수한 채권자보다 후순위의 근저당권자는 채권양도의 대항요건을 갖추지 아니한 경우 대항할 수 없는 제3자에 포함되지 않는다고 할 것이니, 원고가 피고보다 우선하여 양수채권의 변제를 받는 데 이 사건 채권양도의 대항요건을 갖추지 아니한 것이 장애가 된다고 할 수도 없다.』고 판시하였다.

3. 대법원 2005. 6. 23. 선고 2004다29279 판결에 대한 검토

이에 대해 ‘상대적 무효설에 의하면 채권양도의 대항요건이 갖추어지지 아니한 상태에서는 피담보채권의 양도효력 자체가 없는 것이고, 그렇다면 채무자에 대한 관계에서는 피담보채권의 이전이 없는 상태로서 담보물권의 부종성 때문에 근저당권이전의 효력도 없는 것이어서, 양수인에게는 담보권이 부존재하는 것이고, 따라서 채권양도의 대항요건을 갖춘 사실의 증명 없이 오로지 등기부등본만으로는 담보권의 승계를 증명하는 서류가 제출된 것이라고 볼 수 없으므로 경매개시결정도 허용되어서는 안 될 것이기 때문에 채권양도의 대항요건을 갖추지 아니한 양수인의 경매는 신청권한 없는 자에 의한 신청으로서 부적법한 것이고, 설령 법원이 간과하고 경매개시결정을 하였더라도 거기에 배당요구의 효력을 부여할 수는 없는 것이므로 위 대법원 판례의 입장은 효력발생설⁹⁴⁾을 취한 것이다’라고 보는 견해가

있다.⁹⁵⁾

그러나 한편 이 판례는 민사집행법에 의하여 담보권실행을 위한 경매신청의 단계에서 저당권승계의 증명으로서 저당권이전의 부기등기가 기재된 등기부등본 등을 제출하면 적법하게 경매신청을 할 수 있으므로 대항요건이 없어도 저당권실행을 인정한 것일 뿐이지 효력발생설로의 변경을 보여주는 것은 아니라고 보는 견해가 있다.⁹⁶⁾

살피건대, 저당권부 채권이 양도되었으나 대항요건을 갖추지 못한 상태에서 채무자에 대하여 채권양도의 효력 자체가 없다고 파악한다면 채무자에 대한 관계에서는 피담보채권의 이전이 없는 상태로서 근저당권이전의 효력도 없는 것이어서 양수인에게는 담보권이 부존재하는 것이므로 양수인의 경매신청에 의한 경매개시결정을 허용하여서는 안 되고, 설사 경매절차가 진행되어 배당이 이루어졌더라도 이러한 경매절차 자체가 무효로 된다고 보는 것이 타당한데⁹⁷⁾, 이 판결은 『채무자가 경매개시결정에 대한 이의나 즉시항고절차에서 다투는 등의 절차로 채권 및 근저당권의 양수인의 신청에 의하여 개시된 경매절차가 실효되지 아니한 이상 그 경매절차는 적법한 것』이라고 판시하고 있는 점을 고려할 때 이 판결은 대항요건을

94) 이우재의 앞의 논문에서는 민법 제450조 제1항의 '대항하지 못한다'에 대한 학설을 채무자에 대한 관계에서 아직 채권양도의 효력이 발생하지 않는다는 의미인 양도효력 불발생설과 채무자에 대한 관계에서도 일단 채권양도의 효력은 발생하나 대항요건을 갖추기 전에는 양수인이 채무자에 대하여 채권양도의 효력을 주장할 수 없어 채무자는 양수인에게 변제할 의무를 가지기 않는다는 의미인 양도효력 발생설로 구분하고 있다(앞의 논문 166-167쪽 참조). 그러나 이는 앞에서 살펴본 학설에서의 상대적 무효설 및 효력발생설과 사실상 같은 내용이고 그 용어에 대한 정의 부분이 다른 것이므로 이 논문의 기존 정의에 따라 서술한다.

95) 이우재, 앞의 논문, 173-175쪽.

96) 남효순, 앞의 논문, 306-307쪽.

97) 장지웅, 앞의 논문, 68-69쪽 참조.

갖추기 전의 채권양도도 채무자에 대하여 그 효력이 발생한다고 보는 효력발생설을 전제로 한 것이라고 보는 것이 타당하다.

Ⅲ. 관련 민사집행법 규정의 검토

1. 관련 규정 개관⁹⁸⁾

1990. 1. 13. 민사소송법 개정 전에는 집행권원에 기한 강제경매와 담보권에 기한 담보권 실행경매는 민사소송법 중 강제집행편과 담보물권법의 일부로 제정된 경매법⁹⁹⁾에 의하여 별도로 규율되어 있었다. 그러나 1990. 1. 13. 개정된 민사소송법은 강제집행편의 제5장에 담보권실행을 위한 경매절차에 관한 규정을 흡수, 통합하여 규정하였다가 2002. 1. 26. 민사소송법 중 강제집행 부분을 분리하여 민사집행법(법률 제6626호)을 제정하게 되어 지금에 이르렀다. 위 민사집행법은 2002. 7. 1.부터 시행되었고, 위 법 부칙 제2조 제1항은 법 시행 전에 신청된 집행사건에 관하여는 종전의 규정을 따르도록 규정하고 있다.

2. 민사집행법 제264조

담보권 실행을 위한 경매신청에 관하여는 구 민사소송법 제724조 이하에서 규율하고 있었고, 이는 현행 민사집행법 제264조 이하에 계수되었다.

98) 서기석, 박삼봉 편집대표, 앞의 책, 185-205쪽(박삼봉 집필부분) 참조.

99) 1990. 1. 13. 법률 제4201호로 폐지됨.

민사집행법 제264조¹⁰⁰⁾ 제1항, 민사집행규칙 제192조¹⁰¹⁾에 의하면 부동산에 대한 담보권실행을 위한 경매의 개시를 위하여 필요한 서류로서 ‘채권자·채무자·소유자, 담보권과 피담보채권의 표시, 담보권 실행의 대상인 재산의 표시를 기재한 신청서’와 ‘담보권의 존재를 증명하는 서류’를 들고 있다. 집행법원은 담보권의 존재에 관해서 위 서류의 한도에서 심사를 하는 것이고 그 외에 담보권실행을 위한 경매절차의 개시요건으로서 피담보채권의 존재를 증명하도록 요구하고 있는 것은 아니므로 경매개시결정을 함에 있어서 채권자에게 피담보채권의 존재를 입증하게 할 것은 아니다.

실제로 저당권이 기재된 등기만으로 피담보채권의 존재가 입증되었다고 단정할 수는 없지만, 신속한 경매절차의 진행을 위하여 피담보채권의 존재에 관하여는 심사하지 아니하거나 형식적 심사에 족하도록 한 것이다.¹⁰²⁾ 따라서 민사집행법 제

100) 민사집행법 제264조(부동산에 대한 경매신청)

- ① 부동산을 목적으로 하는 담보권을 실행하기 위한 경매신청을 함에는 담보권이 있다는 것을 증명하는 서류를 내야 한다.
- ② 담보권을 승계한 경우에는 승계를 증명하는 서류를 내야 한다.
- ③ 부동산 소유자에게 경매개시결정을 송달할 때에는 제2항의 규정에 따라 제출된 서류의 등본을 붙여야 한다.

101) 민사집행규칙 제192조(신청서의 기재사항) 담보권 실행을 위한 경매, 법 제273조의 규정에 따른 담보권 실행이나 권리행사 또는 제201조에 규정된 예탁유가증권에 대한 담보권 실행(다음부터 “경매등”이라 한다)을 위한 신청서에는 다음 각호의 사항을 적어야 한다.

1. 채권자·채무자·소유자(광업권·어업권, 그 밖에 부동산에 관한 규정이 준용되는 권리를 목적으로 하는 경매의 신청, 법 제273조의 규정에 따른 담보권 실행 또는 권리행사의 신청 및 제201조에 규정된 예탁유가증권에 대한 담보권 실행 신청의 경우에는 그 목적인 권리의 권리자를 말한다. 다음부터 이 편 안에서 같다)와 그 대리인의 표시
2. 담보권과 피담보채권의 표시
3. 담보권 실행 또는 권리행사의 대상인 재산의 표시
4. 피담보채권의 일부에 대하여 담보권 실행 또는 권리행사를 하는 때에는 그 취지와 범위

264조 제2항에서 규정하고 있는 ‘담보권의 승계를 증명하는 서류’도 저당권이전등기가 마쳐진 등기부등본으로 족하고, 피담보채권의 양도 및 이에 대한 대항요건의 구비사실까지 증명하는 서류를 제출할 것은 요구되지 않는다고 보는 것이 타당하다.

3. 경매개시결정 이후 이해관계인의 대응방법

가. 경매개시결정에 대한 이의

민사집행법 제265조¹⁰³⁾에 의하여 채무자 등의 이해관계인은 채권양도에 대한 대항요건이 갖추어지지 아니한 실체상의 흠을 이유로 경매개시결정에 대한 이의를 할 수 있다.

담보권 실행을 위한 경매는 강제경매와는 달리 집행권원이 없이 담보권이라는 실체권에 내재하는 환가권능에 기하여 실시되는 것이고 단순히 담보권의 존재를 증명하는 서류의 제출만에 의하여 일응 경매절차가 개시된다. 따라서 경매신청의 기본인 피담보채권의 존재 등의 요건에 이상이 있으면 그 경매절차에 영향을 바로 미치는 것이므로 이러한 사유를 경매절차 안에서 주장하는 데 있어서 강제경매와 같은 제약이 있어서는 안 된다.¹⁰⁴⁾

따라서 이해관계인은 매각대금이 모두 지급될 때까지¹⁰⁵⁾ 경매개시결정에 대한 이의신청을 할 수 있다.

102) 문준섭, 앞의 논문, 230쪽.

103) 민사집행법 제265조(경매개시결정에 대한 이의신청사유)

경매절차의 개시결정에 대한 이의신청사유로 담보권이 없다는 것 또는 소멸되었다는 것을 주장할 수 있다.

104) 서기석, 박삼봉 편집대표, 앞의 책, 264-265쪽(박삼봉 집필부분).

105) 민사집행법 제268조, 제86조.

나. 매각허가에 대한 이의 및 매각허가결정에 대한 항고

이 밖에도 채무자는 이해관계인으로서 매각기일의 종료 후 매각허가결정이 선고되기 전까지 매각결정기일에 출석하여 채권양도의 대항요건 흠결을 이유로 하여 매각허가에 관한 의견을 진술할 수 있고, 매각허가에 대한 이의는 독립한 신청이 아니므로 법원이 대항요건 흠결을 간과하고 매각허가의 결정을 선고하게 되면 채무자는 매각허가결정에 대한 즉시항고¹⁰⁶⁾를 할 수 있다.¹⁰⁷⁾¹⁰⁸⁾

IV. 결

비록 저당권부 채권양수인이 담보권 실행을 위한 경매를 신청할 수 있는지 여부에 대하여 1차적으로 민사집행법의 규정에 따라 진행이 된다고 하더라도 앞서 살펴본 바와 같이 담보권 실행을 위한 경매에는 공신적인 효력이 없어 실제상의 흠도 이의사유가 되는 점 등을 고려하여 볼 때에 저당권부 채권양수인은 민사집행법상의 관련규정과 민법 제450조 제1항의 규정을 모두 고려하여 경매신청 허용여부가 결정되어야 한다.

따라서 판례에서 실시하고 있는 바와 같이 대항요건을 갖추지 아니한 저당권부 채권양수인이라도 일단 민사집행법 제264조에 따라 저당권이 기재된 등기 등의 담

106) 이의는 독립한 신청이 아니므로 이의가 정당하지 않다고 인정되면 법원은 이의신청 자체에 대한 응답을 할 필요는 없고, 매각허가의 결정을 선고하면 되며, 채무자 등 이해관계인은 이의가 받아들여지지 아니한 데에 대하여 별도로 불복할 수는 없고, 매각허가결정에 대하여 즉시항고를 하면 되는 것이다.

107) 사법연수원, 앞의 책, 225쪽, 176-178쪽 참조.

108) 민사집행법 제268조, 제120조, 제123조.

보권의 존재를 증명하는 서류를 제시하면 담보권 실행을 위한 경매를 신청할 수 있는 것이고, 경매가 개시되고 난 뒤에 채무자 등의 이해관계인이 경매개시결정에 대한 이의나 즉시항고 등의 절차로 다투어 채권양수인의 신청에 의해 개시된 경매 절차가 실효되지 아니하는 이상 그 경매절차는 적법한 것이 되는 것이다.

제5장 채권양수인의 재판상 청구와 시효중단

I. 서

지명채권을 양도하고 대항요건을 갖추지 못한 경우 양도인과 양수인 중 양도계약의 목적이 된 채권을 행사하여 시효를 중단시킬 수 있는 권리자가 채권양도인인지, 아니면 아직 대항요건을 갖추지 아니한 채권양수인인지에 대하여 최근 판례는 일견 일관되지 못한 입장을 취하고 있는 것으로 보인다.

기존의 상대적 무효설에 의하면 시효중단의 행위를 할 수 있는 자는 채무자에 대한 관계에서 유일한 채권자인 채권양도인이다. 그러나 앞에서 살펴본 바와 같이 우리 판례도 더 이상 상대적 무효설만으로 해석될 수 없게 그 입장이 변화되고 있는 단계에 있는바 최근의 두 판례를 중심으로 살펴보기로 한다.

1. 소멸시효제도 개관

가. 시효의 의의

시효란 일정한 사실상태가 오랜 기간 계속된 경우 그것이 진실한 권리관계와 일치하는가의 여부를 가리지 않고 그 사실상태대로 권리관계를 인정하려는 제도이다.¹⁰⁹⁾ 시효에는 취득시효와 소멸시효가 있으며 의용민법에서 시효제도에 관하여 총칙편의 시효에 관한 장에서 소멸시효와 취득시효를 아울러 규정하고 있었던 것과는 달리 현행민법은 소멸시효만을 총칙에서 규정하고 취득시효에 관한 규정은

109) 박준서 편집대표, 주석민법 총칙, 제3판, 한국사법행정학회, 2001, 527쪽(정지형 집필부분).

물권편에서 규정하면서 소멸시효의 중단에 관한 총칙규정을 취득시효에 관하여도 이를 준용하고 있다.¹¹⁰⁾

나. 시효제도의 존재이유¹¹¹⁾

종래의 학설은 시효제도의 존재이유에 대하여 법적 안정성, 입증곤란의 구제, 권리행사의 해태에 대한 제재 3가지를 들고 있다.

진실한 권리관계와 다른 사실상태라고 하더라도 이러한 사실상태가 오랫동안 계속되면 이에 기초하여 많은 새로운 법률관계들이 발생하게 되므로 이러한 사실관계를 부인한다면 사회질서가 흔들리게 된다. 여기에서 법은 일정한 기간 계속된 사실상태를 권리관계로 인정함으로써 사회질서를 안정시키고 제3자의 신뢰를 보호하려고 하고 있다는 것이다.

또한 일정한 사실상태가 오래 계속되면 그 동안에 진정한 권리관계에 대한 증거가 없어지기 쉽다. 이때에는 어떤 사실상태가 오래 계속되었다는 것 자체가 그것이 상당한 권리관계에 기하여 유지되어 왔다는 개연성이 대단히 높다는 증거라고 볼 수 있다. 이러한 개연성에 기하여 사실상태를 그대로 진정한 권리관계로 인정하는 것이 입증곤란에 빠진 당사자를 구제하는 것이라는 취지이다.

마지막으로 권리행사의 해태는 오랫동안 자기의 권리를 행사하지 아니한 채 방치한 자는 이른바 ‘권리 위에 잠자는 자’로서 보호받을 가치가 없다는 것에 대한 근거이다. 이 이유는 소멸시효에서 주된 논의가 되는 것인데 한편 교활하고 태만한 채무자가 채무를 면하게 되는 것을 법이 바리는 바가 아니며 다만 시효제도의 취지를 살리기 위하여 참아야 하는 필요악에 불과하다는 의견도 있다.

110) 윤진수, 앞의 논문, 199쪽 참조.

111) 윤진수, 앞의 논문, 201-202쪽, 박준서 편집대표, 앞의 책, 527-528쪽(정지형 집필부분) 각 참조.

재산권의 행사 여부는 민법의 대 원칙인 사적 자치의 원칙상 권리자의 자유에 맡겨져 있는 것이다. 따라서 시효제도는 권리자라고 주장하는 자들 사이에 다툼이 있을 때에 가장 피해를 줄이고 경험칙상 타당한 방식으로 문제를 해결하기 위하여 만들어진 제도라고 보는 것이 타당하지 재산권 행사를 하지 않는 권리자의 행위 자체를 제재하기 위하여 만들어진 것이라고 보기에는 어렵다. 그러므로 이 사유는 시효제도의 독립적인 존재이유라고 들 수는 없고, 다만 법에서 시효제도를 인정함으로써 인하여 최종적으로 권리를 잃을 권리자가 그 불이익 상태를 감수할 수밖에 없는 이유에 불과하다고 해석하는 것이 타당하다.

2. 소멸시효중단의 의의 및 근거

가. 시효중단의 의의

법이 정하는 일정한 사유의 발생에 의하여 그때까지 진행된 시효기간을 無로 돌리고 시효기간이 전혀 진행하지 않았던 것으로 만드는 것을 시효중단이라고 한다.¹¹²⁾ 민법은 소멸시효중단과 관련하여 제168조에서 제178조까지 규정하고 있고, 그 중 제168조¹¹³⁾가 일반적인 시효중단사유를 정해놓고 있다.

나. 시효중단의 근거

시효제도 자체에 대한 근거로는 통상 종래의 학설은 시효제도에 대한 근거¹¹⁴⁾로

112) 양창수, “消滅時效의 中斷”, 고시계, 1995, 85쪽.

113) 제168조(소멸시효의 중단사유) 소멸시효는 다음 각호의 사유로 인하여 중단된다.

1. 청구
2. 압류 또는 가압류, 가처분
3. 승인

앞에서 본 바와 같이 사회질서의 안정, 입증곤란의 구제, 권리행사의 해태에 대한 제재를 들고 있었다. 이에 맞추어 시효중단의 근거로는 통상 권리자의 권리행사로 말미암아 권리불행사의 상태가 없게 되었다는 점, 의무자 측에서 의무를 승인하였으면 그에게 시효제도의 이익을 부여하여 보호할 필요가 없다는 점을 들고 있다. 생각건대 시효제도는 정당한 권리자의 권리를 박탈하는 것이기 때문에 되도록 제한적으로 해석하는 것이 바람직한 반면, 시효중단 사유는 넓은 범위에서 인정되도록 하는 것이 타당하며 통설적인 입장이다.

3. 재판상 청구와 시효중단의 근거

가. 시효중단 사유로서의 재판상 청구

앞에서 살펴본 바와 같이 민법 제168조에서는 일반적인 시효중단사유로 청구, 압류 또는 가압류, 가처분, 승인을 규정하고 있고, 구체적으로는 민법 제170조부터 제177조에서 시효중단의 구체적인 사유인 재판상의 청구, 파산절차참가, 지급명령, 화해를 위한 소환, 임의출석, 최고 및 그 효력요건 등에 대하여 규정하고 있다.¹¹⁵⁾ 이러한 시효중단사유 중 권리자의 권리행사를 가장 명확하게 표출하는 것이 재판상 청구이므로 재판상 청구가 가장 전형적이면서도 기본적인 시효중단 사유가 된다.¹¹⁶⁾

114) 윤진수, 소멸시효, 민법논고II, 박영사, 2008, 201쪽 참조.

115) 이 외에도 민사조정법 제35조 제1항에서는 조정신청도 시효중단의 사유로 규정하고 있다.

116) 김상훈, “소의 제기와 시효중단”, 연세법학회, 제6권 제1호, 연세법학연구, 1999, 225쪽 참조.

나. 시효중단의 근거

재판상 청구에 왜 시효중단의 효력이 인정되는지에 대하여 종래 일본에서 권리 확정설(청구권확정설)과 권리행사설(권리주장설)의 대립이 있었다. 권리확정설은 중단의 효력이 인정되려면 권리의 존재가 공권적으로 확정되어야 하므로 중단사유로서의 재판상 청구는 그 청구된 권리가 판결의 주문에서 판단되어 기판력이 발상하는 소송물이어야 한다고 주장하는 반면, 권리행사설은 시효중단의 본질은 권리자가 어떤 방법이나 형식에 의하더라도 그 권리를 주장함으로써 권리 위에 잠자지 않는 자임을 표명하는 한편, 시효의 기초인 사실상태를 파괴하는 것에 있으므로 시효중단사유인 재판상 청구는 권리자가 소송이라는 형식을 통하여 그 권리를 주장하면 족하고, 반드시 그 권리가 소송물이 되어 기판력이 발생할 것을 요하지 않는다고 본다.¹¹⁷⁾

우리나라에서는 일본과 같이 학설의 대립이 현저하지 않고 대체로 권리행사설과 결론을 같이 하며 판례도 『민법 제168조, 제170조에 규정된 재판상의 청구라 함은 시효취득의 대상인 목적물의 인도 내지는 소유권존부확인이나 소유권에 관한 등기 청구소송은 말할 것도 없고 소유권 침해의 경우에 그 소유권을 기초로 하여 하는 방해배제 및 손해배상 혹은 부당이득반환 청구소송도 이에 포함된다고 해석함이 옳은 것이다. 왜 그런고 하니 위와 같은 여러 경우는 권리자가 자기의 권리를 자각하여 재판상 그 권리를 행사하는 점에 있어 서로 다를 바 없고, 또 재판상의 청구를 기판력이 미치는 범위와 일치시켜 고찰할 필요가 없기 때문이다.』라고 판시하여 권리행사설을 따름을 명백히 하였다.¹¹⁸⁾¹¹⁹⁾

117) 윤진수, “소멸시효”, 민법논고II, 박영사, 2008, 214-215쪽 참조.

118) 윤진수, 앞의 책, 215쪽 참조.

119) 대법원 1979. 7. 10. 선고 79다569 판결 — 원심(대구고등법원 1979. 3. 8. 선고 77나430 판결)은 재판상의 청구에 의한 소유권취득시효 중단은 그 청구가 그 목적물에 대한 인도청구이거나 그 소유권 존부확인 청구 또는 소유권에서 파생된 물권적 청구

시효중단제도의 근거는 앞에서 살펴본 바와 같이 권리자의 권리행사로 인한 권리불행사 상태의 해소이고, 재판상의 청구는 권리자가 권리행사를 소송이라는 형식을 통하여 한 것인 점, 시효제도는 정당한 권리자의 권리를 박탈하는 것이므로 제한적으로 해석하는 것이 바람직한 것인 점 등을 고려할 때 재판상 청구는 권리자가 소송이라는 형식을 통하여 그 권리를 주장하면 충분하다고 할 것이다.

다. 시효중단효과의 소멸 — 민법 제170조 제1항의 청구기각 문제

재판상의 청구에 의하여 시효중단의 효과가 발생하면 그 중단의 효과는 소송이 계속 중인 동안에는 그대로 지속되다가 권리자의 승소에 의하여 권리의 존재가 확정되면 시효중단의 효과도 확정적으로 된다.¹²⁰⁾ 그러나 민법 제170조 제1항은 소송의 각하, 기각 또는 취하의 경우에는 재판상의 청구에 의한 시효중단의 효력이 없다고 규정하고 있다. 즉 청구권의 존재가 공권적 확인을 받지 못하였으면 시효중단의 효과는 처음부터 생기지 않는 것으로 되는 것이다.¹²¹⁾

이 중 소의 각하 및 취하의 경우에는 시효중단의 효과가 소멸된다는 결론에 대

권으로서 하는 등기말소 청구와 같이 명시적으로나 묵시적으로 시효가 진행되는 소유권을 소송물로 하는 경우에 생기는 것이기 때문에 비록 토지불법점유로 인한 부당이득반환청구 또는 손실보상청구소송 중 청구이유에서는 소유권을 주장하고 판결이 유에서도 이에 대해 판단을 하고 있기는 하나 그 소송물이 부당이득반환청구권 또는 손실보상청구권 및 불법행위로 인한 손해배상청구권에 그치고 명시적으로나 묵시적으로도 위 토지에 대한 소유권의 존재를 소송물로 포함하고 있지 아니함이 명백하므로 부당이득반환 또는 손실보상청구를 재판상의 청구로 한 경우 취득시효중단의 효력이 발생할 수 없다고 하여 시효중단 항변을 배척하였다.

120) 민법 제178조(중단 후의 시효진행)

- ① 시효가 중단된 때에는 중단까지에 경과한 시효기간은 이를 산입하지 아니하고 중단사유가 종료한 때로부터 새로이 진행한다.
- ② 재판상의 청구로 인하여 중단한 시효는 전항의 규정에 의하여 재판이 확정된 때로부터 새로이 진행한다.

121) 박윤직 편집대표, 민법주해 제3권, 박영사, 1992, 508쪽(윤진수 집필부분).

해 학설에 이견이 없었으나 청구가 기각된 경우를 민법 제170조에서 규정하고 있는 것이 바람직한 것인가에 대해 학설에 다툼이 있어왔다. 이 조항에 대해 일본의 판례를 무비판적으로 받아들인 입법의 오류¹²²⁾로 보고 청구 기각의 경우에는 시효중단의 효력을 전혀 인정하지 않거나, 본조의 기각을 소송법상으로는 청구기각의 판결이지만 실제법적으로는 형식적 각하에 해당하는 판결에 국한되는 것으로 해석하거나¹²³⁾, 원고가 소를 제기하여 주장한 권리가 존재하지 않는다는 이유로 패소 판결을 받은 경우에는 위 규정이 적용될 여지가 없지만 그 이외의 다른 사유로 원고의 청구가 기각된 경우에는 위 규정을 적용하여 6개월 내에 다른 강력한 시효중단조치를 취하면 최초의 소 제기시에 소급하여 시효중단의 효력이 발생하는 것으로 해석하는 것이 타당하다고 보는 견해 등 다양한 견해가 있으므로 이에 대해 살펴본다.

1) 입법상의 불비로 보는 견해

민법 제170조 제1항에 청구기각을 규정한 것은 입법상의 불비로 보는 견해는 청구가 이유 없어 기각되면 권리의 부존재가 공권적으로 확정되는 것이므로 애초부터 시효중단을 운위할 필요가 없고, 청구가 기각된 경우에 다시 재판상 청구나 파산절차참가, 압류 등을 한다는 것은 무의미하므로 민법 제170조 제2항¹²⁴⁾의 적용도 있을 수 없다는 것을 주된 근거로 한다.¹²⁵⁾

122) 민법 제170조의 원형이 된 독일민법 제212조는 실제적 사유로 인한 기각의 경우에는 포함하지 않고 있고, 민법 제170조 제2항과 같은 규정이 없는 일본의 종전 판례는 청구기각의 경우에도 시효중단의 효력이 없는 소의 각하에 포함된다고 하였는데, 이 점에 비추어 본다면 본조가 청구의 기각까지를 포함시킨 것은 본조 제2항이 신설된 것을 고려하지 아니하고 일본의 판례를 무비판적으로 받아들인 결과로 보는 것이다.
— 박윤직 편집대표, 민법주해 제3권, 박영사, 1992, 509쪽(윤진수 집필부분) 참조.

123) 한상호, “과세처분취소소송에서 피고의 응소행위와 소멸시효의 중단”, 대법원판례해설 제9호, 법원행정처, 1989, 351-352쪽 참조.

124) 민법 제170조 ② 전항의 경우에 6월내에 재판상의 청구, 파산절차참가, 압류 또는 가압류, 가처분을 한 때에는 시효는 최초의 재판상청구로 인하여 중단된 것으로 본다.

2) 의미있는 규정으로 해석할 여지를 두는 견해

그러나 이러한 학설에 대해 ‘소 제기 당시에는 적법한 권리자에 의한 재판상 청구로서 시효중단의 효력이 발생하였다면 그 후 소송계속 중 권리가 양도되었다는 등의 사유로 청구가 기각된 경우에는 본조가 적용되고 따라서 본조 제2항에 의하여 6월내에 다른 시효중단 수단을 취함으로써 최초의 소 제기에 의한 시효중단의 효력을 유지할 수 있다고 볼 수 있다’는 견해가 있다.¹²⁶⁾

이 견해는 주된 논거로 현행 민사소송법 제81조¹²⁷⁾를 들고 있다. 우리 법은 소송의 목적인 권리의 양도를 허용한다는 원칙을 취하면서도 당사자항정주의¹²⁸⁾를 취하지 아니하는 결과로, 소송당사자가 권리를 양도하여 버리면 그 이유만으로도 패소를 면할 수 없게 된다. 그러므로 위의 규정은 양수인으로 하여금 양도인의 소송상의 지위를 승계할 수 있도록 하고(소위 소송승계주의), 그 승계에 의하여 양수인의 소송행위로 인한 법률효과를 유지할 수 있게 한 것이다. 즉 소 제기에 의하여 시효의 진행이 중단된 채권을 승계한 자가 그 중단의 효과를 유지하려고 한다면, 스스로 그 권리를 주장하여 당사자로서 그 소송에 참가하면 되고, 이에 의하여 마치 처음부터 소 제기를 한 것과 같은 취급을 받도록 한 것이다.¹²⁹⁾

125) 양창수, “消滅時效의 中斷”, 고시계, 1995, 93쪽 참조.

126) 박윤직 편집대표, 민법주해 제3권, 박영사, 1992, 508-509쪽(윤진수 집필부분).

127) 제81조(승계인의 소송참가) 소송이 법원에 계속되어 있는 동안에 제3자가 소송목적의 권리 또는 의무의 전부나 일부를 승계하였다고 주장하며 제79조의 규정에 따라 소송에 참가한 경우 그 참가는 소송이 법원에 처음 계속된 때에 소급하여 시효의 중단 또는 법률상 기간준수의 효력이 생긴다.

128) 종전의 당사자가 양수인을 위하여 소송수행권을 계속 가지게 하고 그가 받은 판결의 효력이 양수인에게 미치게 하는 입법례. — 김기진, 민사소송법, 한국학술정보, 2011, 544쪽 참조.

129) 양창수, “흠 있는 訴提起와 時效中斷”, 서울대학교 法學 제37권 제1호, 1996, 162-163쪽.

민사소송법 제81조는 ‘소송계속 중’ 채권자가 채권을 제3자에게 양도한 경우 양수인이 ‘소송승계’를 하는 경우에 적용되는 법조항이다. 따라서 채권양도인이 소송을 제기한 뒤 채권을 양수하여 그 양수인이 소송계속 중 소송 참가를 한 경우에는 민사소송법 제81조에 의하여 양도인이 소를 제기한 시점으로 소급하여 시효의 중단 효력이 생긴다.

그러나 채권양도인이 소송 도중에 채권을 양수하였고, 채무자가 이를 승인하여 청구기각 된 이후 6월내에 채권양수인이 채무자에게 소송을 제기한 경우에는 민사소송법 제81조가 직접 적용되지는 않는다. 이 경우 시효중단의 효력을 받는 채권의 특정승계인인 채권양수인이 6월내에 소를 제기하는 등의 방식으로 시효중단 수단을 취하였다면 민법 제170조 제1항의 청구기각이 의미 있게 해석되어 최초 채권양수인의 소 제기에 의한 시효중단의 효력을 유지할 수 있다고 보는 것이다.

3) 검토

시효제도의 주된 취지가 진실한 권리관계와 다른 사실상태에 기초한 사회질서 및 제3자의 신뢰를 보호하는 것이므로 그 이외에는 정당한 권리자의 권리를 박탈하는 일이 없도록 해야 함이 타당하다고 할 것이다. 그런데 채권자가 채무자에게 재판상 청구를 한 뒤 채권양도를 하여 채무자의 승인 등으로 청구기각이 된다고 하더라도 최초 채권자가 재판상 청구를 할 당시에는 정당한 권리자가 채무자에게 청구를 한 것이므로 청구기각된 날로부터 6월내에 채권양수인이 시효중단 행위를 할 때에는 채무자가 자신의 채무가 시효 소멸될 이익에 비하여 채권양수인을 보호 해주어야 할 필요성이 더 크다고 할 수 있다. 또한 민법 제170조 규정에 의하더라도 ‘청구기각’을 명문화하고 있는 이상 당연히 시효중단의 효력을 받는 채권양수인은 양도인의 청구가 기각이 된 날로부터 6월내에 재판상의 청구 등을 하여 양도인의 재판상 청구 시점에 시효가 중단되는 것이라고 해석하여야 한다.

그러나 이와 달리 처음부터 채권양도인이 채권을 양도한 상태에서 재판상 청구를 하였고, 채무자가 채권양도를 승낙하여 양도인의 청구가 기각이 된 뒤 양수인이 6월내에 재판상 청구 등을 한 경우에도 과연 민법 제170조 제2항의 규정에 의하여 최초 양도인이 재판상 청구를 한 시점에 시효중단의 효력이 생길 것인지에 대해서는 이미 채권을 양수한 양도인이 채무자에 대하여 정당한 권리자로 볼 수 있는지에 따라 위의 논의가 그대로 적용될 수 있는지 여부가 결정될 것이다. 이에 대해 다음에서 살펴볼 판례와 함께 별도로 논의하기로 한다.

II. 판례의 입장

1. 대법원 2005. 11. 10. 선고 2005다41818 판결

앞에서 살펴본 바와 같이 대법원은 『채권양도는 구 채권자인 양도인과 신 채권자인 양수인 사이에 채권을 그 동일성을 유지하면서 전자로부터 후자에게로 이전시킬 것을 목적으로 하는 계약을 말한다 할 것이고, 채권양도에 의하여 채권은 그 동일성을 잃지 않고 양도인으로부터 양수인에게 이전되며, 이러한 법리는 채권양도의 대항요건을 갖추지 못하였다고 하더라도 마찬가지로, 민법 제149조의 “조건 성취가 미정한 권리의무는 일반규정에 의하여 처분, 상속, 보존 또는 담보로 할 수 있다.”는 규정은 대항요건을 갖추지 못하여 채무자에게 대항하지 못한다고 하더라도 채권양도에 의하여 채권을 이전받은 양수인의 경우에도 그대로 준용될 수 있는 점, 채무자를 상대로 재판상의 청구를 한 채권의 양수인을 ‘권리 위에 잠자는 자’라고 할 수 없는 점 등에 비추어 보면, 비록 대항요건을 갖추지 못하여 채

무자에게 대항하지 못한다고 하더라도 채권의 양수인이 채무자를 상대로 재판상의 청구를 하였다면 이는 소멸시효 중단사유인 재판상의 청구에 해당한다고 보아야 한다』고 판시하였다.

2. 대법원 2009. 2. 12. 선고 2008두20109 판결

채권양도의 대항요건을 갖추기 전에 양도인이 채무자를 상대로 제기한 재판상 청구가 소송 중에 채무자가 채권양도의 효력을 인정하는 등의 사정으로 인하여 기각되고, 그 후 6월내에 양수인이 재판상 청구 등을 한 경우, 양도인의 최초의 재판상 청구로 인하여 시효가 중단되는지 여부에 대해 대법원은 『채권양도 후 대항요건이 구비되기 전의 양도인의 채무자에 대한 관계에서는 여전히 채권자의 지위에 있으므로 채무자를 상대로 시효중단의 효력이 있는 재판상의 청구를 할 수 있고, 이 경우 양도인이 제기한 소송 중에 채무자가 채권양도의 효력을 인정하는 등의 사정으로 인하여 양도인의 청구가 기각됨으로써 민법 제170조 제1항에 의하여 시효중단의 효과가 소멸된다고 하더라도, 양도인의 청구가 당초부터 무권리자에 의한 청구로 되는 것은 아니므로, 양수인이 그로부터 6월내에 채무자를 상대로 재판상의 청구 등을 하였다면, 민법 제169조 및 제170조 제2항에 의하여 양도인의 최초의 재판상 청구로 인하여 시효가 중단된다』고 판시하였다.

3. 위 양 판례의 문제점

위 양 판례의 입장을 종합하여 보면, 결국 채권양도가 이루어지고 아직 대항요건이 갖추어지지 않은 상태에서는 채권양도인과 채권양수인 모두가 채무자에 대하

여 재판상 청구로서 시효를 중단시킬 수 있다는 것이다.

이는 채무자의 입장에서 보자면 일견 부당한 결과라고 보일 수 있다. 시효제도가 권리자의 권리를 최대한 보장하는 범위 내에서 인정되어야 할 필요성은 있으나, 결국 채권양도가 되고 대항요건이 갖추어지지 아니하여 채무자가 채권양도 사실 자체를 알지 못한 경우라고 하더라도 양도인 또는 양수인 모두가 채무자에게 권리를 행사하여 시효를 중단시킬 수 있어 채무자의 시효이익이 지나치게 제한을 받는 것은 아닌지에 대한 의문이 있을 수 있다.

Ⅲ. 판례에 대한 검토

1. 대항요건을 갖추기 전의 채권양수인의 재판상 청구가 시효중단 사유에 해당하는지 여부

위 대법원 2005. 11. 10. 선고 2005다41818 판결에서 판시한 바와 같이 대항요건을 갖추지 못하였다고 하더라도 채권양도에 의하여 채권은 동일성을 잃지 않고 양수인에게 이전된다. 따라서 채권양수인은 채무자에 대한 지위에서도 채권자의 지위를 가진다고 할 것이므로 채권양수인이 대항요건을 갖추지 못하였다고 하더라도 채무자를 상대로 재판상 청구를 하였다면 소멸시효 중단사유인 재판상의 청구에 해당한다고 보는 것이 타당하다.

지명채권의 양도는 양도인과 양수인 사이의 낙성계약에 의하여 성립하는 것이고, 다만 채권양도에 관여하지 않은 채무자 등이 예측하지 못한 손해를 입는 것을 방지하기 위하여 민법 제450조 제1항에서 대항요건주의를 채택하고 있을 뿐 대항

요건은 채권양도 효력의 성부와는 관계가 없는 것이기 때문이다.

2. 채권양도인이 대항요건을 갖추기 전에 재판상 청구하는 경우 시효중단사유에 해당하는지 여부

가. 채권양도인이 양도 전 재판상 청구를 한 경우

채권양도인이 양도 전 재판상 청구를 하고 그 뒤 채권을 양도하여 채무자가 승인하는 등의 이유로 청구가 기각되는 경우 채권양도인은 재판상 청구 당시 정당한 권리자임이 분명하므로 위에서 살펴본 바와 같이 민법 제170조, 민사소송법 제81조의 규정에 비추어 볼 때, 채권양도인이 채권양도 전 채무자에게 재판상 청구를 하였고 그 뒤에 재판 진행 과정에서 채권을 양도하여 기존 청구가 기각이 된 경우에는, 채권양수인이 그로부터 6월내에 다시 소를 제기하면 민법 제170조 제2항에 의하여 시효는 중단된다고 보아야 한다.¹³⁰⁾

나. 채권양도인이 양도 후 재판상 청구를 한 경우

그러나 채권양도인이 이미 채권을 양도한 경우 채권양도의 효력이 채무자에 대하여도 발생하므로 과연 이 경우에도 채권양도인이 채무자에 대하여 정당한 권리자로서 채무자에게 재판상 청구를 하여 시효를 중단시킬 수 있는지가 문제이다.

채권양도가 되면 그로써 채무자에 대하여도 채권양도의 효력이 인정된다. 그러나 채무자가 채권양수인의 채권행사를 거절하면서 대항요건을 갖추기 전에는 채권

130) 민법 제170조의 규정상 채무자가 채권양수인의 재판상 청구에 대하여 대항요건을 갖추지 아니하였음을 이유로 부인권을 행사한다면, 채권양수인이 변론종결시까지 대항요건을 갖추어야 제2항의 규정이 적용될 수 있다고 할 것이다.

양수인의 채권행사를 저지하고 채권양도인에게 변제를 하여 채권을 소멸시킬 수 있고, 혹은 승인을 함으로써 채권양수인으로 채권자를 고정시킬 수 있다. 또한 양도인은 대항요건을 갖추기 전에 채권을 이중으로 양도하여 다른 양수인에게 대항요건을 갖추게 하여 줌으로써 최초의 양수인이 채무자 등에게 대항할 수 없도록 할 수도 있다.

이렇게 대항요건을 갖추기 전의 상황에서는 채권양도인도 채무자의 선택에 따라 채권자로서 변제 등을 받을 수 있는 점¹³¹⁾ 등을 고려할 때 채권양도인이 채무자에

131) 채무자로부터 변제를 받은 채권양도인이 이를 양수인에게 건네주지 않고 임의로 소비한 경우 횡령죄가 성립함은 별론으로 한다. — 대법원 1999. 4. 15. 선고 97도666 판결 『채권양도는 채권 자체가 그 동일성을 잃지 아니한 채 양도인으로부터 양수인에게로 바로 이전하고, 이 경우 양수인으로서의 채권자의 지위를 확보하여 채무자로부터 유효하게 채권의 변제를 받는 것이 그 목적인바, 우리 민법은 채무자와 제3자에 대한 대항요건으로서 채무자에 대한 양도의 통지 또는 채무자의 양도에 대한 승낙을 요구하고, 채무자에 대한 통지의 권능을 양도인에게만 부여하고 있으므로, 양도인은 채무자에게 채권양도 통지를 하거나 채무자로부터 채권양도 승낙을 받음으로써 양수인으로 하여금 채무자에 대한 대항요건을 갖추 수 있도록 해 줄 의무를 부담하며, 양도인이 채권양도 통지를 하기 전에 타에 채권을 이중으로 양도하여 채무자에게 그 양도통지를 하는 등 대항요건을 갖추어 줌으로써 양수인이 채무자에게 대항할 수 없게 되면 양수인은 그 목적을 달성할 수 없게 되므로, 양도인이 이와 같은 행위를 하지 않음으로써 양수인으로 하여금 원만하게 채권을 추심할 수 있도록 하여야 할 의무도 당연히 포함되고, 양도인의 이와 같은 적극적·소극적 의무는 이미 양수인에게 귀속된 채권을 보전하기 위한 것이고, 그 채권의 보전 여부는 오로지 양도인의 의사에 매여 있는 것이므로, 채권양도의 당사자 사이에서는 양도인은 양수인을 위하여 양수채권 보전에 관한 사무를 처리하는 자라고 할 수 있고, 따라서 채권양도의 당사자 사이에는 양도인의 사무처리를 통하여 양수인은 유효하게 채무자에게 채권을 추심할 수 있다는 신임관계가 전제되어 있다고 보아야 할 것이고, 나아가 양도인이 채권양도 통지를 하기 전에 채무자로부터 채권을 추심하여 금전을 수령한 경우, 아직 대항요건을 갖추지 아니한 이상 채무자가 양도인에 대하여 한 변제는 유효하고, 그 결과 양수인에게 귀속되었던 채권은 소멸하지만, 이는 이미 채권을 양도하여 그 채권에 관한 한 아무런 권한도 가지지 아니하는 양도인이 양수인에게 귀속된 채권에 대한 변제로서 수령한 것이므로, 채권양도의 당연한 귀결로서 그 금전을 자신에게 귀속시키기 위하여 수령할 수는 없는 것이고, 오로지 양수인에게 전달해 주기 위하

게 아무런 권리가 없는 자라고 할 수 없다. 따라서 채권양도 후 채무자에게 재판상의 청구를 한 양도인이라고 하더라도 채무자에 대해서는 정당한 권리자로 보아야 하고 그가 한 재판상 청구에 대하여 시효중단의 효력을 인정하는 것이 타당하다.

IV. 결

위에서 살펴본 두 판례들은 일견 배치되는 것같이 보이나 결과적으로 모두 타당하다고 할 것이다. 채권양도의 대항요건이 갖추어지지 않은 상태에서는 채권양도인 역시 채무자에 대하여 정당한 권리자라고 하지 않을 수 없기 때문에 채권양도인의 청구 역시 민법 제 168조 제1호에 해당한다고 볼 것이고, 이후 채무자가 채권양도에 대하여 승인을 하여 양도인의 청구가 기각된 뒤 양수인이 그로부터 6월 내에 다시 재판상 청구를 하게 된다면 제170조 제2항에 의하여 최초 양도인이 재판상 청구를 한 시점에 시효가 중단되는 것이다.

또한 채권양수인의 경우 채무자에 대하여도 채권양도의 효력은 이미 발생한 것이므로 양수인의 청구로 인하여 소멸시효가 중단됨은 당연한 결과라고 할 수 있다.

이러한 결과가 일견 채무자에게 과도하게 부당한 것으로 보일 수 있다. 그러나 시효제도는 위에서 살펴본 바와 같이 권리자의 권리를 최대한 보장하는 범위 내에서 인정되어야 할 필요성이 있는 반면 대항요건을 갖추지 아니한 채권양도의 경우에 채무자는 변경된 사실관계에 기초하여 이를 신뢰하여 보호해 주어야 할 필요성이 있는 자라고 보기에 어려운 측면이 있다. 채무자는 채권양도의 대항요건을

여서만 수령할 수 있을 뿐이어서, 양도인이 수령한 금전은 양도인과 양수인 사이에서 양수인의 소유에 속하고, 여기에다가 위와 같이 양도인이 양수인을 위하여 채권보전에 관한 사무를 처리하는 지위에 있다는 것을 고려하면, 양도인은 이를 양수인을 위하여 보관하는 관계에 있다고 보아야 할 것이다』 참조.

갖추기 전에는 채권양수인의 청구를 거절할 수 있는 권리가 있으므로 사실상 자신을 보호할 수 있는 방안이 있기 때문이다.

그에 반하여 채권양수인은 우리 민법 하에서 채권양도 통지권도 없고 오로지 채권양도인의 통지 또는 채무자의 승낙에 의하여만 대항요건을 갖추 수 있는 불안정한 지위에 있는 자이므로 채무자에 비하여 채권양수인의 권리를 보호해 줄 필요성이 훨씬 크다고 할 것이다. 때문에 대항요건을 갖추지 아니한 상태에서 채권양도인과 양수인 모두 재판상의 청구로 일단 시효를 중단시킬 수 있다고 보는 것이 시효제도의 의의와도 합치한다고 할 것이다.

제6장 장래이행의 소와 채권양수인의 법적 지위

I. 서

1. 채권양도 통지권자의 문제

대항요건을 갖추기 전의 채권양수인이 채무자에게 채무의 이행을 청구하는 경우 채무자는 채권양수인이 대항요건을 갖추지 아니하였음을 이유로 그 청구를 거절할 수 있다. 채권양도의 대항요건인 통지는 민법 제450조 제1항에 의하여 채권양도인만이 채무자에게 할 수 있고 채권양수인은 통지권자가 아니다. 채권양수인을 통지권자로 인정하면 채권양도의 사실이 없는데도 허위로 양도받은 것으로 통지를 할 우려가 있기 때문에 양수인이 양도인을 대위하여 통지하는 것도 인정되지 아니한다.¹³²⁾¹³³⁾ 다만 양도통지는 양도인이 채무자에 대하여 당해 채권을 양수인에게 양도하였다는 사실을 알리는 관념의 통지이고, 법률행위의 대리에 관한 규정은 관념의 통지에도 유추적용되므로 양도인이 사자를 통하거나 대리인으로 하여금 통지하게 할 수는 있으므로¹³⁴⁾ 양수인이 양도인으로부터 채권양도 통지에 관한 대리권을

132) 박준서 편집대표, 주석민법 채권총칙(2), 제3판, 한국사법행정학회, 2000, 552쪽(서민 집필부분).

133) 동산·채권 등의 담보에 관한 법률 제35조 제2항에 의하여 법인 등이 담보약정에 따라 금전의 지급을 목적으로 하는 지명채권을 담보로 제공하면서 담보등기를 하는 경우, 담보권설정지뿐만 아니라 담보권자는 제3채무자에게 등기사항증명서를 건네주는 방법으로 그 사실을 통지할 수 있으나, 채권담보권은 인적 범위도 법인 등에 한정되고 대상채권 역시 금전 지급을 목적으로 하는 지명채권에 한정되므로 이 논문에서는 일반 민법상의 채권양도에 관하여만 논의하기로 한다.

134) 대법원 1994. 12. 27. 선고 94다19242 판결 등.

수여받아 채무자에게 양도사실을 통지하는 것은 가능하다.

때문에 채권양도통지에 관한 대리권을 수여받지 않은 양수인은 채무자에게 채무의 이행을 청구하려고 하는 경우 채무자의 거절을 미리 차단할 필요성이 있고, 유일한 통지권자인 채권양도인이 채무자에게 양도통지를 하지 않고 있는 경우 양수인은 양도인을 상대로 양도통지를 할 것을 청구할 수 있고, 그 불이행시에는 민법 제389조 제2항에 의한 강제를 할 수 있을 뿐이다. 그러나 양수인의 입장에서는 대항요건을 갖추기 위하여 통지가 필요한 반면 양도인의 입장에서는 적극적으로 통지를 하여 줄 동기가 크지 않다.¹³⁵⁾

2. 채권양수인의 권리보호 필요성

우리나라에서는 일부 특별법에서 채권양수인의 양도통지권을 인정하고 있을 뿐이나¹³⁶⁾, 프랑스 민법 제1690조에서도 양수인이 채권양도에 대한 통지권이 있음을 규정하고 있다. 또한 유엔국제상거래법위원회의 국제채권양도협약 제13조 제1항에서도 양도인 또는 양수인, 혹은 양자가 모두 통지할 수 있도록 하고 있으며, 동 협약 제17조 제7항은 양수인으로부터 통지를 받은 채무자에게는 양수인에 대해 적절

135) 최수정, “지명채권양도에서의 대항요건주의: 그 내재적 한계와 극복을 위한 과정”, 한 국민사법학회, 民事法學 特別號, 2010, 398-340쪽.

136) 자산유동화에관한법률 제7조 ① 자산유동화계획에 따른 채권의 양도·신탁 또는 반환은 양도인(위탁자를 포함한다. 이하 같다) 또는 양수인(수탁자를 포함한다. 이하 같다)이 채무자에게 통지하거나 채무자가 승낙하지 아니하면 채무자에게 대항하지 못한다.

한국금융주택공사법 제26조(주택저당채권 양도 등의 대항요건에 관한 특례) ① 채권 유동화계획에 따른 주택저당채권의 양도 등은 양도인(위탁자를 포함한다. 이하 같다) 또는 양수인(수탁자를 포함한다. 이하 같다)이 그 사실을 채무자에게 통지하지 아니하거나 채무자가 그 양도 등을 승낙하지 아니하면 채무자에게 대항하지 못한다.

한 증명을 요구할 수 있도록 함으로써 허위의 통지로부터 보호하고 있다.¹³⁷⁾

그러나 우리 민법에서는 앞서 살펴본 바와 같이 양수인에게 채권양도에 관한 통지권을 인정하지 않아 양수인의 보호에 매우 미흡한 부분이 있다. 양도인으로서의 채권양도 후 채권양도통지에 관하여 큰 이해관계가 없을 수 있는 반면 양수인은 채권양도통지로서 대항요건을 갖추어야 할 필요성은 큰데, 양도인의 무관심이나 통지불능 등의 사유로 인해 채권양도 통지가 채무자에게 이루어지지 않을 경우 현행 민법하에서는 양수인은 양도인을 상대로 양도통지를 하여 줄 것을 청구할 수 있을 뿐이다.

따라서 양수인의 입장에서는 채권양수인, 양도인, 채무자 3당사자의 분쟁을 일거에 모순 없이 해결하여 소송경제를 도모하고 판결의 모순·저촉을 방지하고자 채권양도인에게는 양도통지를 할 것을 청구함과 동시에 채무자에게는 채권양도인으로부터 양도통지를 받은 뒤에 채무를 이행할 것을 청구하는 방안에 대해 고려해 볼 수 있는데, 과연 아직 대항요건을 갖추지 못한 채권양수인이 채무자를 상대로 이러한 장래이행의 소를 청구할 수 있는지에 대해 현재 판례의 태도는 부정적이다. 이 판례의 입장이 타당한지에 관하여 앞서 살펴본 논의와 연결시켜 검토하여 보기로 한다.

137) 윤철홍, “채권양도의 ‘통지권자’에 관한 개정론”, 法曹, 2012.(통권 제664호), 10-15쪽, 최수정, 앞의 논문, 400-401쪽 참조.

II. 판례의 태도

1. 대법원 1992. 8. 18. 선고 90다9452 판결

가. 사실관계

이 사안은 사실관계는 다음과 같다(시간 순서에 따라 기술한다).

- ① 망 甲이 피고 주식회사 乙 상호신용금고(이하 '피고 금고')에 편의상 독립당사자참가인(이하 '참가인') 丙 외 2인들의 명의로 각 금 5,000,000원씩 예탁하였고,
- ② 망 甲이 위 각 예탁금반환채권을 그 예탁명의인인 참가인들에게 양도하였으나 채무자인 피고금고에 채권양도의 통지를 하지 아니하였으며,
- ③ 망 甲이 사망하여 남편과 자녀들인 원고 5인이 피고 금고에 대하여 예탁금 등의 반환을 구하는 본소를 제기하자,
- ④ 참가인들은 위 본소에 관하여 '원고들은 피고에게 각 채권을 독립당사자참가인들에게 각 양도하였다는 취지의 통지를 하라. 피고는 위 각 통지를 받은 후에 독립당사자참가인들에게 각 금 5,000,000원 및 그에 대한 지연손해금을 지급하라'는 청구취지로 참가신청을 하였다.

나. 판시내용

이 신청에 관하여 대법원은 『채권을 양수하기는 하였으나 아직 양도인에 의한 통지 또는 채무자의 승낙이라는 대항요건을 갖추지 못하였다면 채권양수인은 현재는 채무자와 사이에 아무런 법률관계가 없어 채무자에 대하여 아무런 권리주장을

할 수 없기 때문에 채무자에 대하여 채권양도인으로부터 양도통지를 받은 다음 채무를 이행하라는 청구는 장래이행의 소로서의 요건을 갖추지 못하여 부적법하다. 그렇다면 참가인들의 이 사건 독립당사자참가는 원고에 대하여는 승소가능성이 있으나 피고에 대하여는 승소가능성이 없어 부적법한 것이라 할 것이므로 이를 각하한다.』고 판시하였다.

판례가 참가인들의 참가신청을 각하한 근거는 결국 대항요건을 갖추기 전의 채권양수인인 참가인들이 채무자인 피고 금고에 대하여 제기한 장래이행의 소가 그 요건을 갖추지 못하여 부적법하다는 것이다.

Ⅲ. 판례의 태도에 대한 비판

1. 서

앞에서 살펴본 바와 같이 판례는 대항요건을 갖추기 전의 채권양수인은 『채무자와 사이에 아무런 법률관계가 없어 채무자에 대하여 아무런 권리주장을 할 수 없기 때문에 채무자에 대하여 채권양도인으로부터 양도통지를 받은 다음 채무를 이행하라는 청구는 장래이행의 소로서의 요건을 갖추지 못하여 부적법하다』고 판시하였다. 그러나 앞에서 살펴본 바와 같이 효력발생설의 입장에 따르면 채무자와 채권양수인 사이에 아무런 관계가 없다고 볼 수 없다. 장래이행의 소를 개관한 뒤 최근 판례와의 모순점을 통하여 위 판결의 타당성에 대해 살펴본다.

2. 장래이행의 소

가. 의의

민사소송법 제251조에서는 ‘장래에 이행할 것을 청구하는 소는 미리 청구할 필요가 있어야 제기할 수 있다’고 규정하고 있다.

장래의 이행의 소라 함은 변론종결시를 표준으로 하여 이행기가 장래에 도래하는 이행청구권을 주장하여 미리 그 이행을 구하는 이행의 소이다. 원래 이행의 소는 이행청구권의 이행기가 도래된 경우에 허용하는 것이 원칙이나, 미리 청구할 필요가 있을 때에는 채권자로 하여금 그 때에 가서 재판하기보다 이행기 전에 미리 집행권원을 얻어 두어 이행기가 도래된 경우에 즉시 강제집행을 할 수 있는 방안을 마련한 것이다.¹³⁸⁾

나. 청구의 대상

기한부청구권, 정지조건부청구권 혹은 장래 발생할 청구권이라도 그 대상이 되나, 청구권 발생의 기초가 되는 사실상, 법률상의 관계가 변론종결 당시에 존재하여야 하고, 또 그 상태가 계속될 것이 예상되어야 한다.¹³⁹⁾

조건부청구권의 경우 그 조건의 성취여부가 불분명하므로 어느 정도까지 장래이행의 소로써 청구할 수 있는지 문제되나, 조건부청구권에 있어서는 조건을 고려에 넣지 않아도 이행의무가 성립되어 있어서 조건이 성취되기만 하면 그 효력이 발생하게 되어 있는 경우일 것을 요하고, 조건성취의 개연성이 희박하기 때문에 현재로

138) 이호원, 조관행 편집대표, 주석 신민사소송법 (4), 한국사법행정학회, 2004, 193쪽(이호원 집필부분).

139) 김병하, “장래이행의 소”, 민사법연구, 제3집, 대한민사법학회, 1994, 151쪽.

서는 아무런 재산가치가 없는 경우는 장래이행의 소의 대상이 되지 않는다.¹⁴⁰⁾¹⁴¹⁾

다. 권리보호의 이익

장래의 이행을 청구하는 소는 ‘미리 청구할 필요’가 있는 때에 한하여 제기할 수 있다. 즉 ‘미리 청구할 필요’는 장래이행의 소에 특유한 권리보호의 요건으로서 이것이 없으면 장래이행의 소는 부적법하여 각하하여야 한다.

정기에 이행하지 않으면 목적을 달성할 수 없는 정기행위¹⁴²⁾나 이행지체시 회복할 수 없는 손해가 발생할 경우 등에는 당연히 그 필요성이 인정되고, 계속적·반복적 이행청구의 경우 주된 청구가 다투어지는 이상 이행기에 그 이행은 기대할 수 없기 때문에 미리 청구할 필요가 있다.¹⁴³⁾

이행기가 도래하지 아니하였거나 조건미성취의 청구권에 있어서 채무자가 미리부터 채무의 존재를 다투기 때문에 이행기가 도래되거나 조건이 성취되었을 때에 임의의 이행을 기대할 수 없는 경우에는 미리 청구할 필요성이 인정된다.¹⁴⁴⁾ 채무

140) 이호원, 조관행 편집대표, 앞의 책, 251-252쪽(이호원 집필부분).

141) 최근 판례는 ‘주채무자인 피고와 채권자인 원고 보조참가인 사이에서 그 채권의 존부와 범위를 놓고 분쟁이 있는 상태에서 이행보증보험회사인 보증인(원고)이 피고 주채무자를 상대로 하여 원고 보조참가인에게 보험금을 지급하면 피고는 원고에게 그 금액 및 그 지연손해금을 지급하라’는 조건부청구에 관하여 『피고가 원고 주장의 구상금채권의 존부에 대해 다투고 있어 원고가 보조참가인에게 보험금을 지급하더라도 피고의 채무이행을 기대할 수 없음이 명백하다고 보아 장래 이행보증보험지급을 조건으로 미리 구상금지급을 구하는 장래이행의 소가 적법하다』고 판시하였다(대법원 2004. 1. 15. 선고 2002다3891 판결).

142) 민법 제545조(정기행위와 해제) 계약의 성질 또는 당사자의 의사표시에 의하여 일정한 시일 또는 일정한 기간 내에 이행하지 아니하면 계약의 목적을 달성할 수 없는 경우에 당사자일방이 그 시기에 이행하지 아니한 때에는 상대방은 전조의 최고를 하지 아니하고 계약을 해제할 수 있다.

143) 이호원, 조관행 편집대표, 앞의 책, 195-197쪽(이호원 집필부분).

144) 대법원 2004. 9. 3. 선고 2002다37405 판결 — 수탁보증인인 원고가 주채무자인 피

자가 이행을 하지 않겠다는 명시적인 의사표시를 할 경우는 물론, 채무자의 태도로 보아 채무자가 이행하지 않으려 한다는 결론을 얻을 수 있는 경우라면 되고, 채무의 존재를 다투는 데 있어 반드시 채권자의 악의를 요하지 않으며 선의로 다룬다고 하여도 무방하다. 따라서 채무자가 임의로 변제할 것을 기대할 수 없는 사정이 있으면 비록 채무자가 자력이 충분한 경우라도 장래의 이행의 소를 제기할 수 있다.¹⁴⁵⁾

3. 최근 판례와의 모순점

또한 이 판결은 앞에서 살펴본 대법원 2005. 11. 10. 선고 2005다41818 판결과의 모순점도 존재한다.

위 2005다41818 판결에서는 『채권양도에 의하여 채권은 그 동일성을 잃지 않고 양도인으로부터 양수인에게 이전되며, 이러한 법리는 채권양도의 대항요건을 갖추지 못하였다고 하더라도 마찬가지로 마찬가지로 민법 제149조의 “조건의 성취가 미정한 권리의무는 일반규정에 의하여 처분, 상속, 보존 또는 담보로 할 수 있다.”는 규정은 대항요건을 갖추지 못하여 채무자에게 대항하지 못한다고 하더라도 채권양도에 의하여 채권을 이전받은 양수인의 경우에도 그대로 준용될 수 있는 점 등에 비추어 보면, 비록 대항요건을 갖추지 못한 채권의 양수인이라고 하더라도 채무자를

고에게 채권자와 사이에 합의된 상환일자에 따라 향후 보증채무를 이행함에 따라 발생 사후구상권에 관하여 장래이행의 청구를 한 사안에서 『피고는 원고의 수탁보증인의 지위를 다투는 한편, 원고의 구상권행사의 범위에 관하여 다투고 있으므로 피고가 원고의 사후구상권에 응하여 임의적으로 이행할 것으로 기대할 수는 없는 상황 이므로 원고로서는 사후구상권에 기한 구상금채권을 미리 청구할 필요성이 있다』고 판시하였다.

145) 이호원, 조관행 편집대표, 앞의 책, 198쪽(이호원 집필부분).

상대로 재판상의 청구를 하였다면 이는 소멸시효 중단사유인 재판상의 청구에 해당한다고 보아야 한다』고 판시하였다.

이 판결에 따르면 대항요건을 갖추기 전의 채권양수인은 채무자에게 일종의 조건부 권리 — 대항요건을 갖출 것을 정지조건으로 하는 — 를 취득한 것과 유사한 지위¹⁴⁶⁾를 가지게 된다.

위 판결과 같이 대항요건을 갖추기 전의 채권양수인이 일종의 조건부 권리를 취득한 것이라고 한다면, 당연히 채권양수인은 대항요건을 갖추기 전에 채무자를 상대로 하여 장래이행의 소로써 채무를 이행하라는 청구를 할 수 있다고 보아야 한다. 위에서 살펴본 바와 같이 정지조건부 청구권도 장래이행의 소의 대상이 되고, 대항요건을 갖춘다는 조건은 조건성취의 개연성이 희박한 경우가 아니며, 채무자가 미리부터 채권양수인에 대한 채무의 존재를 다투므로 미리 청구할 필요 또한 인정될 수 있기 때문이다.

그러나 정지조건부 권리의 경우 조건이 성취한 때로부터 그 효력이 생기는 반면¹⁴⁷⁾, 대항요건은 효력발생요건이 아니므로 대항요건을 갖추기 전의 채권양수인이 과연 조건부 권리를 가졌다고 볼 수 있는지에 대하여 논의할 필요가 있다.

4. 조건부 권리 조항의 준용 문제

가. 조건부권리의 의의

민법 제147조 이하에서 규정하고 있는 ‘조건’은 법률행위 효력의 발생 또는 소멸

146) 대항요건을 갖추기 전의 채권양수인이 조건부권리를 취득한 것인지에 대해서는 뒤에서 별도로 논의하기로 한다.

147) 민법 제147조 ① 정지조건있는 법률행위는 조건이 성취한 때로부터 그 효력이 생긴다.

을 장래의 불확실한 사실의 성부에 매달리게 하는 법률행위의 부관이다.¹⁴⁸⁾ 또한 민법 제148조 이하에서 규정하고 있는 ‘조건부 권리’란 조건의 성부가 미정한 동안에 장래 조건이 성취되면 일정한 권리를 취득하거나, 이익을 받을 수 있다는 현재의 법률상의 지위 또는 기대를 의미한다.¹⁴⁹⁾ 따라서 정지조건이 성취되지 않는 경우 조건의 성취에 의하여 취득할 권리는 아직 발생하지 않은 것이 된다.

위 2005다41818 판결은 대항요건을 갖추지 못한 채권양수인의 경우에 민법 제149조가 그대로 준용될 수 있다고 판시하였다. 그러나 대항요건을 갖추지 못하였다고 하더라도 물권변동과 달리 성립요건주의가 아닌 대항요건주의를 취하는 채권양도에서 채권양도의 효력은 그대로 발생하여 채권양수인은 일단 채무자에 대한 채권 자체는 취득하는 것이다. 때문에 조건이 성취되지 아니한 경우 조건 성취에 의하여 취득할 권리의 효력은 발생하지 아니하는 조건부권리에 관한 규정을 그대로 대항요건을 갖추기 전의 채권양수인에게 준용할 수 있는 것인지 문제가 되는 것이다.

나. 소결

대법원 판결은 준용의 이유에 대하여 명확하게 밝히고 있지 않으나, 조건부 권리의 경우 조건이 성취될 경우에 발생할 권리가 아직 효력을 발생하지 아니한 것이라는 점에서 이미 채권양도의 효력이 발생하여 채무자에 대한 채권을 가지고 있는 채권양수인에게 조건부 권리에 관한 규정을 그대로 준용한다는 것은 적절치 않다고 할 수 있다.¹⁵⁰⁾

148) 박준서 편집대표, 주식민법 총칙, 제3판, 한국사법행정학회, 2001, 400쪽(조성민 집필 부분).

149) 박준서 편집대표, 앞의 책, 442-443쪽(조성민 집필부분).

IV. 결

그러나 비록 대항요건을 갖추기 전의 채권양수인이 일종의 조건부 권리를 취득하였다고 볼 수 없다고 하더라도, 조건부 청구권조차 장래이행의 소의 청구 대상이 되는 이상 채권양수인의 경우 채무자에게 채권양도의 통지를 받은 후 채무를 이행하라는 장래이행의 소를 제기할 수 있다고 보는 것이 합리적이다.

정지조건부 청구권은 아직 조건 성취 후에 발생할 청구권이 미존재한 상태임에도 불구하고 청구권 발생의 기초가 되는 사실상, 법률상의 관계가 변론종결 당시에 존재하고 그 상태가 계속될 것이 예상되어 있으면 장래이행의 소의 청구 대상이 될 수 있다. 하물며 현재 이미 효력을 발생하고 있는 채권양수인의 채무자에 대한 청구권은 현재 존재하는 청구권이므로 미리 청구할 필요만 인정된다면 장래이행의 소의 청구 대상이 된다고 봄이 당연한 해석일 것이다.

채무자에 대한 대항요건을 갖추기 전까지 채무자는 채권양수인의 청구에 관하여 대항요건을 갖추지 못하였으므로 이유로 거절할 수 있고, 이는 채무자가 미리부터 채무의 존재를 다투기 때문에 채권양수인의 입장에서는 대항요건을 갖추게 된다고 하더라도 그 시점에서 과연 채무자가 임의로 이행을 할 것인지에 대한 기대를 할 수 없다.¹⁵¹⁾ 그렇다면 채권양수인은 채무자의 거절을 미리 차단하기 위하여 현재

150) 조건부 권리는 장래 발생할 권리 자체를 가리키는 것이 아니라, 그것을 취득할 현재의 기대권이고, 그 기대권은 현재의 권리로서 존재하고 있으며, 기대권 역시 시효중단의 대상이 될 수 있으나 조건의 성취에 의하여 취득할 권리는 조건의 성취가 미정인 동안에는 소멸시효의 대상 자체가 되지 않고, 판례의 논지에 따라 민법 제149조를 준용하는 경우 시효중단의 대상이 되는 권리는 채권을 취득할 기대권이 아닌 채권 자체가 아닌 것이 되므로 위 판결이 민법 제149조를 준용하는 것은 바람직하지 않다는 견해가 있다 — 남효순, 앞의 논문, 317-319쪽 참조.

151) 앞에서 살펴본 바와 같이 채무의 존재를 다투는 데 있어 반드시 채무자의 악의를 요하지 않으며 선의로 다투는 데 있어도 무방하기 때문에, 채무자가 채권양수인의 대항요건 미비를 이유로 이행을 거절한다고 하더라도 미리 청구할 필요성은 인정되는 것

이행의 소가 아닌 장래이행의 소로써 채무자에 대하여 채권양도인으로부터 양도통지를 받은 다음 채무를 이행하라는 청구를 할 수 있는 것이다.

판례의 사안과 같이 채권양도인인 원고가 채무자인 피고에게 채무 이행을 청구하는 본소를 제기한 경우, 채권양수인은 원고와 피고에 대하여 각 승소가능성이 있음은 물론이고, 서로 이해관계가 대립되는 원·피고와 참가자 사이의 분쟁을 일거에 모순 없이 해결하여 소송경제를 이루게 하기 위하여서라도¹⁵²⁾ 채권양수인이 원·피고 간에 계속 중인 소송에 독립당사자참가를 할 수 있다고 보아야 한다.

이다.

152) 이시윤 외 2인 편집대표, 주석 민사소송법 (1), 한국사법행정학회, 2003, 467쪽-470쪽 (김능환 집필부분) 참조.

제7장 결어

민법 제450조 제1항의 ‘대항하지 못 한다’라는 의미에 관하여 프랑스, 일본은 처음에는 우리의 상대적 무효설과 유사하게 대항요건을 갖추지 못한 채권양수인은 채무자에 대하여 채권자의 지위를 가지지 못하고 어떠한 권리도 주장할 수 없는 것이 원칙인 것으로 해석하였다.

그러나 이러한 원칙은 현재로 올수록 완화되어 프랑스의 경우에는 채권양수인이 일종의 보존행위를 하는 것을 허용하는 쪽으로 해석이 되어왔으며, 일본의 경우 현재 부인권설이 통설로서 최고재판소 역시 통지 또는 승낙이라는 대항요건은 채권양수인이 채무자에 대하여 채권을 행사하기 위한 적극적인 요구 사항이 아니라, 채무자가 통지 또는 승낙이 결여되었다는 주장을 하면서 양수인의 채권행사를 저지할 수 있는 사유에 불과하다고 해석하고 있다.

우리의 판례도 프랑스, 일본의 변화와 다르지 않는 변화를 겪고 있다. 그 변화의 유형과 해석방법이 동일하다고 볼 수는 없지만 대법원 판례도 최초에는 상대적 무효설의 입장에서 대항요건을 갖추지 못한 채권양수인은 채무자에게 아무런 권리 주장을 할 수 없으므로 채무자에 대하여 채권양도인으로부터 양도통지를 받은 다음 채무를 이행하라고 한 청구는 장래이행의 소로서의 요건을 갖추지 못한 것으로 부적법하고, 근저당권부 채권양수인은 채무자에 대하여 채권양도 및 근저당권 양수를 주장할 수 없어 그 채권 및 근저당권 양수를 원인으로 하여 저당권 실행을 할 수 없다고 관시하는 등 채무자에 대한 관계에서 채권양도의 효력을 인정하지 않았다. 그러다가 최근 시효중단에 관한 판결에서 대항요건을 갖추지 아니한 채권양수인의 채무자에 대한 재판상 청구도 소멸시효의 중단사유에 해당한다고 관시하

였다가, 그 뒤 채권양도 후 대항요건을 갖추기 전 채권양도인은 채무자에 대한 관계에서 여전히 채권자의 지위에 있으므로 채권양도인의 재판상 청구가 시효의 중단사유에 해당한다고 판시하는 등 상대적 무효설과 효력발생설이 혼재된 입장을 취하고 있어 현재의 판례가 어느 한 설에 따라 정립되었다고 보기 어렵게 된 것이다.

이와 같이 기존 판례와 우리 학설의 통설은 이제까지 상대적 무효설이었다. 상대적 무효설은 채권양수인과 채무자 사이에서는 아직 채권양도가 효력을 발생하지 아니하여 양수인이 채무자에 대한 채권을 취득하지 아니한 것으로 본다.

그러나 우리 민법은 물권변동에 관하여서만 성립요건주의를 취하고 있고 채권양도에 관하여는 단지 양도통지 등을 대항요건으로만 규정하고 있을 뿐이며, 이는 채권양도에서는 채권양도인과 양수인 당사자의 합의만으로 그 양도의 효력을 인정하되, 채권양도 과정에서 관여할 수 없었던 채무자 및 제3자를 보호하기 위하여 대항요건을 규정하여 놓았을 뿐이며 대항요건은 물권의 재산권변동에 있어서 공시기능을 가지고 있는 것이 아니다. 때문에 채무자에 대한 관계에서도 대항요건을 갖추지 못한 채권양수인은 채권양도의 효력에 의하여 채권자로서의 지위를 가지게 되며, 단지 채무자 측에서 대항요건의 불비를 이유로 하여 채권양수인의 청구를 거절할 수 있는 권리가 있는 것이라고 보는 것이 타당하고 이것이 바로 민법 제 450조 제1항에서 규정하고 있는 ‘대항하지 못 한다’라는 의미라고 할 것이다.

따라서 대항요건을 갖추지 못한 채권양수인이라고 하더라도 채무자가 대항요건의 불비를 이유로 하여 채권양수인의 청구를 거절하는 권리 등을 행사하지 않는 한 채권양수인은 채권양도의 시점부터 채무자에게 채권자로서의 지위를 가지게 되고, 그에 따라 시효중단 행위, 담보권의 실행 등을 할 수 있다고 보아야 하는 것이며, 판례 역시 지금의 혼재된 입장에서 채권양수인의 적극적인 채권자의 지위를

인정하는 방향으로 나아가야 하는 것이 타당할 것이다.

【참고문헌】

국내문헌

[단행본]

- 김기진, 민사소송법, 한국학술정보, 2011.
- 곽윤직, 채권총론, 제6판, 박영사, 2009.
- 곽윤직 편집대표, 민법주해 제3권, 박영사, 1992.
- _____, 민법주해 제10권, 박영사, 1995.
- 명순구, 프랑스민법전, 법문사, 2005.
- 민사집행법, 사법연수원, 2009.
- 서기석, 박삼봉 편집대표, 주석 민사집행법(5), 한국사법행정학회, 2004.
- 박준서 편집대표, 주석민법 총칙, 제3판, 한국사법행정학회, 2001.
- _____, 주석민법 채권총칙(2), 제3판, 한국사법행정학회, 2000.
- _____, 주석민법 채권총칙(1), 제3판, 한국사법행정학회, 2000.
- _____, 주석민법 물권법(4), 제3판, 한국사법행정학회, 2000.
- 이은영, 채권총론, 제3판, 박영사, 2006.
- _____, 물권법, 개정신판, 박영사, 2002.
- 이시윤 외 2인 편집대표, 주석 민사소송법(1), 한국사법행정학회, 2003.
- 이호원, 조관행 편집대표, 주석 신민사소송법(4), 한국사법행정학회, 2004.

[논문]

- 김병선, “債權讓渡의 對抗要件과 消滅時效의 中斷 — 對象判決: 대법원 2005. 11. 10. 선고 2005다41818 판결 —”, 저스티스 통권 제104호, 韓國法學院, 2008.
- 김병하, “장래이행의 소”, 민사법연구, 제3집, 대한민사법학회, 1994.
- 김재형, “유엔채권양도협약의 국내법적 수용문제”, 국제거래법연구 제15집 제1호, 국제거래법학회, 2006.
- 김상훈, “소의 제기와 시효중단”, 연세법학회, 제6권 제1호, 연세법학연구, 1999.
- 남효순, “대항요건을 갖추지 못한 동안 채권양도의 채무자에 대한 효력 — 양수인의 재판상청구를 중심으로 —”, 민사판례연구[X X X I], 민사판례연구회, 박영사, 2009.
- 문준섭, “債務者에 대한 對抗要件을 갖추지 못한 경우 債權讓受人의 法的地位 — 대법원 2005.6. 23. 선고2004다29279판결 —”, 法曹, 2009.(통권 제628호)
- 심승우, “소 변경과 소멸시효의 중단”, 2010, 재판실무연구, 서울남부지방법원, 2010.

- 손홍수, “저당권부 채권양도와 민사집행 — 성립요건주의와 대항요건주의의 교차 —”, 민사집행법학회 하계세미나 발표자료, 2009.
- 오수원, “통지·승낙이 없는 지명채권양도의 채무자에 대한 효력”, 민사법학 제47호, 2009.
- 윤철홍, “채권양도의 ‘통지권자’에 관한 개정론”, 法曹, 2012.(통권 제664호)
- 이상주, “채권의 양수인이 채권양도의 대항요건을 갖추지 못한 상태에서 채무자를 상대로 재판상의 청구를 한 경우, 소멸시효 중단사유인 재판상의 청구에 해당하는지 여부(적극)”, 대법원판례해설, 2005년 하반기(통권 제57호), 법원도서관, 2006.
- 양창수, “消滅時效의 中斷”, 고시계 95년 8월호, 1995.
- , “흠 있는 訴提起와 時效中斷”, 서울대학교 法學 제37권 제1호, 1996.
- 이우재, “가. 근저당권의 피담보채권과 함께 근저당권을 양수하였으나 채권양도의 대항요건을 갖추지 못한 양수인의 저당권실행의 가부(적극) 및 배당여부(적극), 나. 선순위의 근저당권부채권을 양수한 채권자가 채권양도의 대항요건을 갖추지 아니한 경우 후순위의 근저당권자가 채권양도로 대항할 수 없는 제3자에 포함되는지의 여부(소극)”, 대법원판례해설 통권 제54호(법원도서관, 2005)
- 윤진수, “소멸시효”, 민법논고II, 박영사, 2008.
- 양창수, “흠 있는 訴提起와 시효중단”, 서울대학교 法學 제37권 제1호, 1996.
- 이현중, “채권양도의 대항요건을 갖추지 못한 저당권부 채권양수인의 저당권 실행”, 민사판례연구, 2007.
- 장지용, “저당권부 채권양도에 관한 연구”, 서울대학교 대학원 법학석사논문, 2008.
- 최수정, “지명채권양도에서의 대항요건주의: 그 내재적 한계와 극복을 위한 과정”, 한국민사법학회, 民事法學 特別號, 2010.
- 최수정, “피담보채권의 양도와 저당권 이전”, 민사법학 제48호, 2010.
- 한상호, “과세처분취소소송에서 피고의 응소행위와 소멸시효의 중단”, 대법원판례해설 제9호, 법원행정처, 1989.

외국문헌

[단행본]

- Jurisclasseur civil, Art. 1689 à 1695, Fasc. 3, *Vente, Transport des créances et autres droits incorporels, Cession de créance effets*, par L. Cadet, 1988.
- 池田真朗, 債權讓渡の研究, 弘文堂, 1993.
- 平野裕之, 債權總論, 信山社出版株式會社, 1995년
- 我妻栄, 新訂債權總論, 岩波書店, 1965년((昭和40년))

[논문]

池田眞朗, 判例タイムズ主要民事判例解説505号 69頁 臨時増刊, 判例タイムズ, 1982년

[Abstract]

The Legal Status of the Assignee of a Nominative Claim without Requisites for Recourse

Im, Hana
Graduate School of Law,
Seoul National University

The assignment of a nominative claim takes place by a simple agreement between assignor and assignee with nothing more required. Since the obligor and third parties not involved in the transaction are unaware of the assignment, they are vulnerable to unexpected losses. To protect the obligor and other interested parties, Article 450 (1) of the Korean Civil Act provides that “Those who claim the advantage from an assignment of a nominative claim shall have no recourse as against the obligor and other third parties unless the assignee notified the obligor or the obligor consented to the assignment,” thus setting forth the requisites for recourse.

The majority scholarly opinion interpreting the meaning of the phrase “have no recourse” in Article 450 (1) was the subjective invalidity theory, which states that the assignment is invalid as regards the obligor. Precedent in the courts followed this opinion as well. However, recent Supreme Court opinions deviate from subjective invalidity theory, for instance in a case where the Court ruled that the assignee of a claim without requisites for recourse tolled the statute of

limitations for the claim by bringing action against the obligor in a court of law. Since the scope of the remedy available for obligors, assignors, and assignees differs according to the interpretation of “shall have no recourse,” the time has come to revisit the meaning of this provision.

The Korean Civil Act takes the position of establishment requisite theory (that only parties, a meeting of the minds, and the expression of such are necessary for a legal transaction to be established) only in regard to changes in property rights. It does not separately list the requisites for the validity of claim assignment, simply listing the requisites for recourse such as notification of the assignment. The assignment is valid through the meeting of the minds between assignor and assignee; the requisites for recourse are only to protect the obligor and other third parties who did not participate in the assignment. These requisites, therefore, do not function as public notice of the change in property rights. The assignee who does not fulfill the requisites for recourse to the obligor nevertheless has the status of creditor due to the assignment, though the obligor has the right to refuse the assignee’s claim due to the lack of requisites for recourse. This is the reasonable interpretation of the phrase “shall have no recourse” under Article 450 (1) of the Civil Act.

It follows that an assignee without the requisites for recourse nevertheless has the status of creditor from the point of assignment in regard to the obligor unless the obligor exercises its right to refuse the claim due to the lack of requisites for recourse. Accordingly, the assignee may toll the statute of limitations and enforce on security rights. It is appropriate for the courts to

move from the current mixed position to a recognition of the assignee's positive status as creditor.

Keywords: Claim assignment, requisite for recourse, legal status of assignee

Student number: 2003-22043