

상계로써 압류채권자에게 대항할 수 있는 채권의 범위

The Range of Obligations that Resist to An Execution Creditor as The Set-Off

배성호(Bae Sung Ho)*

ABSTRACT

Between the creditor, who took the set-off actions, and another creditor, who has same debtor, Prioritizing the range of legal status or how they decide the content of those range is problem; especially, When there is another creditor who seizes the obligation of the original creditor (passive obligation).

Setting the regulations on the legal action between execution creditor and the creditor, who took the set-off actions, is when the problem concretes the shape of the set-off and seizure. These are the main problems of "The range of obligations that resist to an execution creditor as the set-off."

If there is a 3rd person with opposite obligation on the debtor, before the seizure takes actions, that person expect to settle the obligation as the set-off, and those expectation should be protected by under range of due process law.

Even though it is time of seizure, the 3rd debtor also expect to take the set-off actions, when the set-off period comes.

In conclusion, the court takes appropriate measures.

Key words : 상계(Set-off), 압류(Seizure, Active obligation), 수동채권(Passive obligation), 제한설(Theory of restriction), 무제한설(Theory of unrestricted)

1. 서설

상계라 함은 채권자와 채무자가 서로 동종의 채권·채무를 가지고 있는 경우에 그 채권·채무를 대등액에서 소멸시키는 당사자 일방의 일방적 의사표시를 말한다(민법 제492조 제1항). 상계의 의사표시에 의하여 의사표시를 한 자가 부담하는 채무(수동채권)가 소멸함과 동시에, 그 자가 갖는 채권(자동채권)도 소멸한다.

상계는 쌍방 당사자의 채권·채무를 대등한 금액에서 소멸케 하므로, 채권자와 채무

* 영남대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사

자가 동일한 종류의 채권·채무를 따로따로 청구하고 집행하는 번거로운 노력과 비용 부담을 피할 수 있다. 또한 상대방의 자산상태가 악화된 경우에 일방적 의사표시인 상계로써 다른 채권자에 우선하여 채권의 회수를 확보할 수 있다. 즉 상계권을 행사하려는 자에게 사실상 수동채권의 존재가 자동채권에 대한 담보로서 기능한다.¹⁾

그리고 다음과 같은 두 경우에 당사자간의 공평을 도모한다.²⁾ 즉 채무자는 그의 채권자가 압류당한 경우에 압류당한 채권과 자기채무를 상계함으로써 상대방에 대한 채권의 만족을 얻을 수 있다. 만약 상계하지 못한다면 압류채권자에게 자기채무를 변제하고 상대방으로부터 자기채권은 별도로 변제받아야 하는데, 그렇게 할 경우에 상대방에게 변제자력이 없으며 만족가능성이 희박하게 될 것이어서 부당하다. 또한 채무자가 파산한 경우에도 채권자는 파산자에 대한 자기채무와 상계함으로써 강제집행을 통하지 않고 상대방채무로부터의 만족을 확보할 수 있으므로, 동일 채무자에 대한 다른 채권자와의 관계에서, 우선적 지위가 확보된다.³⁾ 즉 일정한 경우에는 상계가 금지되지만,⁴⁾ 이

- 1) 대판 2003.4.11, 2002다59481 자신이 상대방에 대하여 부담하는 채무와 상계할 목적으로 상대방 발행의 약속어음을 액면가의 40%에도 미치지 못한 가격으로 할인취득하고 어음금채권을 자동채권으로 하여 상계한 경우가 권리남용에 해당한다고 한 사례 “일반적으로 당사자 사이에 상계적상이 있는 채권이 병존하고 있는 경우에는 이를 상계할 수 있는 것이 원칙이고, 이러한 상계의 대상이 되는 채권은 상대방과 사이에서 직접 발생한 채권에 한하는 것이 아니라, 제3자로부터 양수 등을 원인으로 하여 취득한 채권도 포함한다 할 것인바, 이러한 상계권자의 지위가 법률상 보호를 받는 것은, 원래 상계제도가 서로 대립하는 채권, 채무를 간이한 방법에 의하여 결제함으로써 양자의 채권채무관계를 원활하고 공정하게 처리함을 목적으로 하고 있고, 상계권을 행사하려고 하는 자에 대하여는 수동채권의 존재가 사실상 자동채권에 대한 담보로서의 기능을 하는 것이어서 그 담보적 기능에 대한 당사자의 합리적 기대가 법적으로 보호받을 만한 가치가 있음에 근거하는 것이므로 당사자가 상계의 대상이 되는 채권이나 채무를 취득하게 된 목적과 경위, 상계권을 행사함에 이른 구체적·개별적 사정에 비추어, 그것이 위와 같은 상계 제도의 목적이나 기능을 일탈하고, 법적으로 보호받을 만한 가치가 없는 경우에는, 그 상계권의 행사는 신의칙에 반하거나 상계에 관한 권리를 남용하는 것으로서 허용되지 않는다고 함이 상당하고, 상계권 행사를 제한하는 위와 같은 근거에 비추어 볼 때 일반적인 권리 남용의 경우에 요구되는 주관적 요건을 필요로 하는 것은 아니다.”
- 2) 아래의 상계와 파산과의 관계 및 상계와 압류와의 관계에 대한 논의가 상계의 현대적 기능이라고 하여 적극적 의미를 부여할 수 있고, 특히 상계와 압류에 대한 논의는 상계의 현대적 기능을 논함에 있어 피할 수 없는 문제라고 한다. 山田誠一, 相殺の現代的機能, 民法の争點, Jurist 増刊 新・法律學の争點シリーズ1, 2007, 215.
- 3) 채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제416조 (상계권) 파산채권자가 파산선고 당시 채무자에 대하여 채무를 부담하는 때에는 파산절차에 의하지 아니하고 상계할 수 있다.
- 4) 채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제422조 (상계의 금지) 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 때에는 상계를 할 수 없다.
 1. 파산채권자가 파산선고 후에 파산재단에 대하여 채무를 부담한 때
 2. 파산채권자가 지급정지 또는 파산신청이 있었음을 알고 채무자에 대하여 채무를 부담한 때. 다만, 다음 각목의 어느 하나에 해당하는 때를 제외한다.
 - 가. 그 부담이 법정의 원인에 의한 때
 - 나. 파산채권자가 지급정지나 파산신청이 있었음을 알기 전에 생긴 원인에 의한 때
 - 다. 파산선고가 있는 날부터 1년 전에 생긴 원인에 의한 때
 3. 파산선고를 받은 채무자의 채무자가 파산선고 후에 타인의 파산채권을 취득한 때
 4. 파산선고를 받은 채무자의 채무자가 지급정지 또는 파산신청이 있었음을 알고 파산채권을 취득한 때. 다만, 제2호 각목의 어느 하나에 해당하는 때를 제외한다.

와 같이 상계가 금지되지 않는한 파산채권자는 대등액에 대하여 파산채권(자동채권)의 전액의 만족을 실현할 수 있고, 상계를 행한 파산채권자는 다른 파산채권자와의 관계에서 우선적인 지위가 인정된다.

상계를 행한 채권자가 동일한 채무자에 대한 다른 채권자와의 관계에서 우선적인 지위가 인정될 수밖에 없다든가, 또는 우선적인 지위가 인정된다면, 어느 정도 어떠한 내용으로 인정될 것인가라는 것이 문제된다. 이는 특히 상계를 하는 채권자가 부담하는 채무(수동채권)에 대하여 다른 채권자가 압류를 한 경우, 즉 상계를 할 채권자와 압류채권자와의 법률관계를 어떻게 규율할 것인가라고 하는 문제에 있어서 더욱 구체화된다. 이 문제가 압류와 상계라고 하는 문제이고, 본 연구의 주제인 “상계로써 압류채권자에게 대항할 수 있는 채권의 범위”의 문제이다.

따라서 아래에서는 압류와 상계에 관한 판례와 학설의 검토를 통하여 상계로써 압류채권자에게 대항할 수 있는 채권의 구체적 범위를 확정해 보고자 한다.

II. 상계로써 압류채권자에게 대항할 수 있는 채권의 범위에 관한 판례와 학설

1. 서

지급을 금지하는 명령을 받은 제3채무자는 그 후에 취득한 채권에 의한 상계로 그 명령을 신청한 채권자에게 대항하지 못한다(제498조). 여기서 지급금지명령을 받은 채권이란 압류 또는 가압류된 채권을 가리키며, 그러한 채권의 채무자는 그 채권을 수동채권으로 하여 지급금지 후에 취득한 채권과 상계할 수 없다. 이는 압류 또는 가압류의 효력을 유지하기 위한 것이다.

가령 甲에 대하여 乙이 가지는 5,000만원의 채권을 乙의 채권자 丙이 압류하였으나, 그 후 甲(丙의 입장에서는 제3채무자)이 乙에 대하여 1억원의 채권을 취득하였다고 하자. 이 경우에 甲이 乙에 대한 채권을 가지고 압류된 채권을 수동채권으로 하여 상계할 수 있다고 하면, 丙이 힘들여 확보한 압류의 효력을 배제하는 것이 되어 丙에 대하여 공평하지 않은 결과를 가져온다. 따라서 甲·乙 사이에 채권·채무가 맞서 있더라도 甲이 乙에 대한 채권을 甲에 대한 乙의 채권이 丙에 대하여 압류된 후에 취득하였다면 甲이 이를 자동채권으로 하여 행하는 상계는, 압류의 효력을 유지하기 위하여, 허용되지 않는다(제498조).⁵⁾

그러나 제498조의 반대해석으로서 압류 전에 가지고 있던 채권(자동채권)을 가지고 하는 상계는 허용된다. 가령 甲이 乙에 대하여 1억원의 채권을 가지고 있고, 乙은 丙에

5) 김형배, 채권총론 제2판, 1998, 768.

대하여 5,000만원의 채권을 가지고 있다. 이때 甲이 그의 채권을 확보하기 위하여 丙에 대한 乙의 채권을 압류하였다면, 이러한 압류 후에 丙이 乙에 대하여 5,000만원의 채권을 취득하여 자기의 채권을 자동채권으로 하여 상계하더라도 丙은 乙의 채권이 소멸되었음을 甲에게 항변할 수 없다. 그러나 제3채무자 丙이 지급금지명령이 있기 전에 이미 乙에 대하여 채권을 가지고 있었다면 그 채권으로써 유효한 상계를 할 수 있다(제498조의 반대해석).⁶⁾

그렇다면 압류 이전에 제3채무자가 취득한 채권이면 그 변제기가 압류 이후에 도래하더라도 상계할 수 있는지가 문제된다. 이는 지급금지 전에 취득한 채권(즉 자동채권)이 압류 또는 가압류 당시에 상계적상에 있어야 하는지의 문제이다. 즉 제498조를 단순히 문리해석하면 (가)압류명령이 송달되기 전에 취득한 반대채권이 있으면 무조건 상계로서 (가)압류채권자에게 대항할 수 있다고 새겨야 하지만, (가)압류명령의 송달시기 및 양 채권의 변제기의 선후와 관련하여 다양한 모습이 있을 수 있다. 이를 유형화하면 다음과 같이 나누어 볼 수 있다.

① 압류할 때에 이미 자동채권과 수동채권이 모두 변제기에 도달한 경우, 즉 상계적상에 있는 경우, ② 압류시에 자동채권의 변제기는 도래하였으나 수동채권의 변제기는 아직 도래하지 않은 경우, ③ 압류시에 자동채권의 변제기는 도래하지 않았으나 수동채권의 그것은 이미 도래한 경우, ④ 압류시에 자동·수동 양채권의 변제기가 모두 도래하지 않았으나, 자동채권의 변제기가 수동채권의 그것보다 먼저 도래하는 경우, ⑤ 압류시에 자동·수동 양채권의 변제기가 모두 도래하지 않았으나, 자동채권의 변제기가 수동채권의 그것보다 나중에 도래하는 경우가 그러하다.⁷⁾

따라서 (가)압류채권자와 제3채무자⁸⁾의 이해관계를 어떻게 조절할 것인지가 문제되는 것이다. 상계으로써 (가)압류채권자에게 대항할 수 있는 채권의 범위에 관하여, (가)압류채권자를 보호하기 위하여 이를 좁게 새길 수 있고, 제3채무자의 상계권을 보호하기 위하여 넓게 새길 수도 있다.

2. 판례

6) 전부명령이 있는 채권에 대하여도 지급금지채권에 대한 법리가 그대로 적용된다고 하는 견해가 있다(김상용, 채권총론 개정판증보, 2003, 527; 김형배, 769). 그러나 전부명령이 있는 때에는 압류된 채권이 지급에 갈음하여 압류채권자에게 이전되는 것이므로(민사집행법 제229조 제3항), 전부명령이 있는 이후에는 제3채무자가 이를 수동채권으로 상계하는 것 자체가 불가능하므로, 상계의 대항력의 문제는 발생하지 않는다. 김대정, 채권총론, 2006, 437 참조.

7) 그런데 압류되어 지급이 금지된 채권은 양도된 채권(제451조 제2항 참조)과 동일하게 취급되며, 또 채권의 전부명령은 채권의 양도와 동일한 효력이 있으므로(대판 1964.11.24, 64다864), 전부명령을 받은 채권의 상계에 있어서도 피압류채권의 상계의 경우와 동일한 문제가 발생한다는 점을 유의하여야 한다. 김형배, 769.

8) 상계의 담보적 기능과 관련하여, 제498조의 적용에서는 (가)압류명령의 송달 당시에 장래 상계으로써 자신의 채무를 면할 수 있다고 하는 제3채무자의 합리적 기대

판례는 여러 단계의 변화를 거쳐 왔는데, 크게 1982년 82다카200⁹⁾을 기준으로 나누어 고찰하기로 한다.

가. 1982년 82다카200 판결 이전 판결례

채권의 압류 또는 가압류의 효력이 발생할 당시, 즉 그 명령이 제3채무자에게 송달될 당시에 제3채무자가 집행채무자가 반대채권(자동채권)을 가지고 있는 경우에 그는 어떠한 요건 아래서 그 반대채권에 기한 상계로 집행채권자에게 대항할 수 있는가에 대하여 1982년 대법원 판결 이전에는 다음과 같은 판결례가 있었다.¹⁰⁾

(1) 이와 관련된 최초의 판결인 대판 1964.4.14, 63다813은, “전부명령 송달 전에 제3채무자의 채무자에 대한 자동채권이 변제기에 있었다는 것이 확정되지 아니하면” 전부채권자에게 상계를 대항 할 수 없다고 하고 있다. 이는 압류의 효력발생 당시에 자동채권이 변제기에 있어야 한다는 취지라고 볼 수 있다.

다음으로 대판 1964.4.21, 63다658도 “제3채무자가 전부명령을 받을 때까지 채무자에 대하여 상계를 할 만한 반대채권을 가지고 있는 경우”에는 그는 전부채권자에 대하여 상계로써 대항할 수 있다고 한다. 여기에서 ‘상계를 할 만한 반대채권’을 상계적상에 있는 반대채권이라고 이해한다면, 이는 위의 63다813과 같은 태도라 할 수 있다.¹¹⁾

이상의 두 판결은 압류의 효력발생 당시 상계적상에 있는 반대채권이 있으면 족하다는 것이고 상계의 의사표시까지 하였을 것을 요구하지는 않는다.¹²⁾

(2) 그런데 대판 1972.12.26, 72다2117은 그 당시 이미 상계의 의사표시를 하지 않았으면 압류 및 전부명령을 얻은 집행채권자에게 대항할 수 없다는 태도를 취하였다.

그러나 이 판결의 논리는 대판(전) 1973.11.13, 73다518에서 “압류 및 전부명령이 송달되기 전에 채무자에 대하여 상계적상에 있었던 반대채권을 가지고 있었다면 그 명령이 송달된 후에 상계로써 전부채권자에게 대항할 수 있다”고 하여, 변경되었다.

그 후의 대판 1979.6.12, 79다662; 대판 1980.9.9, 80다939도 전원합의체 73다518의 논리를 유지하여, 압류의 효력발생 당시에 자동채권의 이행기가 도래한 이상 수동채권의 이행기가 도래하지 아니하더라도 그 기한의 이익을 포기하여 상계함으로써 집행채권자에게 대항할 수 있다고 하였다.

전원합의체 73다518의 논리를 유지하는 상기의 세 판결은 오히려 상계적상을 요구하는 종전의 판례태도를 유지하고 있다.

(3) 본고의 고찰을 위하여 판례를 나누는 기준이 되는 1982년 82다카200은 상계적상

9) 대판 1982.6.22, 82다카200

10) 김병재, 제3채무자가 가압류채권자에 대한 반대채권으로써 상계할 수 있는 요건, 민사판례연구 X, 1988, 78 이하; 양창수, 채권압류에서 제3채무자가 채무자에 대한 반대채권에 기한 상계로서 압류채권자에게 대항할 수 있는 범위, 고시연구 2000.11., 209 이하.

11) 양창수, 209.

12) 양창수, 209.

을 요구하던 종전 판례의 태도에서 벗어나, 그 외에도 “반대채권, 즉 자동채권이 압류의 효력발생 당시 변제기에 달하지 아니한 경우에도 피압류채권인 수동채권의 변제기와 동시에 또는 그보다 먼저 변제기에 도달하였으면” 그 후에 제3채무자가 행한 상계로써 집행채권자에게 대항할 수 있음을 판시하였고, 그 이후의 판결은 현재까지 이러한 논리를 유지하고 있다. 따라서 판례의 분류기준인 1982년 82다카200에 대하여 항을 바꾸어 구체적으로 살펴보기로 한다.

나. 1982년 82다카200

(1) 사실관계

원고는 1980년 12월에 소의 甲에 대한 금 400만원의 약속어음금채권의 집행을 보전하기 위하여 甲이 피고 은행에 대하여 가지는 별단예금반환채권(약속어음사취부도제재금 반환채권: 이 사건 수동채권)에 대하여 가압류결정을 얻었고, 이 결정은 동월 23일에 피고에게 송달되었다. 그 후 원고는 집행력 있는 판결정본에 기하여 1981년 4월 10일에 위 가압류를 본압류로 전이함과 동시에 위 채권에 대한 전부명령을 받았다.

한편 甲은 1980년 12월 15일에 피고 은행과의 사이에 일정한 금액을 한도로 하는 당좌대월약정을 하였고, 그에 있어서 甲이 부도를 내어 거래정지처분을 당하는 경우에는 대월약정기한이 만료하기 전이라도 피고 은행이 임의로 그 당좌대월약정을 해지하고 그 대월원리금채권을 그 기한의 도래 여부와는 상관없이 甲이 피고에 대하여 가지는 각종의 예금반환채권 기타의 채권과 사전 통지 기타의 절차를 생략하고 대등액에서 상계할 수 있다는 내용의 특약(소위 상계예약)을 하였다.

甲은 위 가압류명령이 송달된 1980년 12월 23일 현재 46,992,436원의 당좌차월채무를 부담하고 있었는데, 동월 29일에 당좌부도를 내어 서울어음교환소의 거래정지처분을 받았다. 이에 피고 은행은 동월 31일 상기 특약에 기하여 당시의 금 84,978,776원의 당좌대월채권과 甲의 자신에 대한 위 별단예금반환채권을 대등액에서 상계처리하였다. 그런데 이 별단예금은 甲이 1980년 12월 8일에 입금한 것으로서, 그 별단예금의 반환기한에 대하여는 “사고 해소의 확인, 별도의 부도발생에 의하여 거래정지처분이 되고 입금 후 1개월이 경과된 경우 등의 사유가 생기거나 또는 일정기간이 경과한 다음 환급청구가 있을 때 반환”하는 것으로 약정되어 있었다.

원고는 이 사건에서 자신이 전부받은 위 별단예금의 반환을 청구하였고, 피고은행은 이에 대하여 그 별단예금반환채권은 위에서 본 상계에 의하여 이미 소멸하였다고 주장하였다.

(2) 대법원 판결요지

민법 제498조에 의하면, 지급을 금지하는 명령을 받은 제3채무자는 그 후에 취득한 채권에 의한 상계로 그 명령을 신청한 채권자에게 대항하지 못한다고 규정하고 있고,

이 규정을 상계의 요건에 관한 동법 제492조 제1항의 규정과 관련하여 볼 때, 가압류명령을 받은 제3채무자가 가압류채무자에 대한 반대채권을 가지고 있는 경우에 상계로써 가압류채권자에게 대항하기 위하여는 가압류의 효력 발생 당시에 양 채권이 상계적상에 있거나, 반대채권이 압류 당시 변제기에 달하지 않은 경우에는 피압류채권인 수동채권의 변제기와 동시에 또는 보다 먼저 변제기에 도달하는 경우이어야 된다고 할 것이다. 왜냐하면 이와 같은 경우 피압류채권의 변제기가 도래하여 압류채권자가 그 이행을 청구할 수 있는 상태에 이른 때에는 그 이전 또는 그와 동시에 제3채무자는 자동채권에 의하여 피압류채권과 상계할 수 있는 관계에 있어 이러한 제3채무자의 자기의 반대채권으로 장래의 상계에 관한 기대는 정당하게 보호되어야 하기 때문이다. 원심이 위에서 인정한 바에 의하면, 원고가 소외인의 피고에 대한 별단예금의 가압류 당시 피고의 소외인에 대한 당좌대월채권이나 소외인의 피고에 대한 별단예금의 반환채권의 변제기가 도래하지는 아니하였으나 피고의 자동채권은 피고와 소외인 간의 당좌대월약정에 따르는 판시와 같은 특약의 효과로서 소외인이 거래정지처분을 당한 1980.12.29 기한의 이익을 상실하여 변제기에 이르게 되었다 할 것인즉, 그 특약에 의하여 수동채권 역시 변제기에 이르렀건, 어음교환소규약에 의하여 입금 후 1개월이 경과한 후에야 변제기가 도래하건 간에 피고가 같은 달31.한 상계조치에 의하여 양 채권은 대등액에서 소멸하였다고 할 것인즉, 같은 취지에서 피고의 상계의 항변을 인용한 원심판결은 정당하고, 자동채권의 이행기는 먼저 변제기에 도달하였으나 수동채권의 변제기가 도래하지 아니하였음을 이유로 양 채권이 상계적상에 이르지 아니하였다는 논지는 독자적 견해이어서 채용할 수 없다.

(3) 정리 및 문제제기

이 사건에서는 채권이 압류 또는 가압류되었는데 제3채무자가 집행채무자에 대하여 반대채권을 가지는 경우에 이를 자동채권으로 하여 피압류채권에 대하여 하는 상계로써 집행채권자에게 대항할 수 있는 것은 어떠한 요건이 필요한가라는 점이다.

판례는 이상에서 살펴본 바와 같이 그 동안 여러 단계의 변화를 거쳐왔으며, 상계자의 자동채권이 압류명령의 송달 전에 성립된 것이어야 하지만 반드시 변제기에 도래해 있을 필요는 없고, 단지 피압류채권인 수동채권과의 관계에서 그 변제기가 동시에 또는 그 보다 먼저 도래하면 충분하다고 한다.¹³⁾ 즉 (가)압류명령의 송달 당시 양채권이 이

13) 대판 1982.6.22, 82다카200 “가압류명령을 받은 제3채무자가 가압류채무자에 대한 반대채권을 가지고 있는 경우에 상계로써 가압류채권자에게 대항하기 위하여는 가압류의 효력 발생 당시에 양 채권이 상계적상에 있거나, 반대채권이 압류 당시 변제기에 이르지 않는 경우에는 피압류채권인 수동채권의 변제기와 동시에 또는 보다 먼저 변제기에 도달하는 경우이어야 된다.”(판례평석: 양창수, 205 이하); 대판 1987.7.7, 86다카2762; 대판 1988.2.23, 87다카472; 대판 1989.9.12, 88다카25120 “채권가압류명령을 받은 제3채무자는 그 후에 취득한 채권에 의한 상계로 그 가압류채권자에게 대항하지 못하지만 수동채권이 가압류될 당시 자동채권과 수동채권이 상계적상에 있거나 자동채권의 변제기가 수동채권의 그것과 동시 또는 그보다 먼저 도래하는 경우에는 제3채무자는 자동채권에 의한 상계로 가압류채권자에게 대항할 수 있다.”;

미 상계적상에 있는 경우는 물론, 그렇지 않더라도 자동채권의 변제기가 수동채권(피압류채권)의 변제기와 동시에 또는 그보다 먼저 도래하는 경우에, 제3채무자는 자기의 채권(자동채권)으로써 장래 상계할 기대이익을 가지고 있다고 보아야 하므로 보호되는 반면, 자동채권의 변제기가 수동채권의 변제기보다 나중에 도래하는 경우에는 제3채무자의 상계에 대한 기대가 보호되지 않는다고 한다.

그러나 판례는 제3채무자의 압류채무자에 대한 자동채권이 수동채권인 피압류채권과 동시이행관계에 있는 경우에는, 압류명령이 제3채무자에게 송달되어 압류의 효력이 생긴 후에 자동채권이 발생하였다고 하더라도 제3채무자는 동시이행의 항변권을 주장할 수 있고, 따라서 그 채권에 의한 상계로 압류채권자에게 대항할 수 있다고 한다.¹⁴⁾ 즉 동시이행관계에 있는 반대채권의 성립이 압류명령 송달 후라고 하여 제498조를 그대로 적용하면, 제3채무자의 지위를 현저히 불리하게 하므로, 이러한 경우에는 상계가 허용된다는 것이다.¹⁵⁾

결국 제498조는 “지급을 금지하는 명령을 받은 제3채무자는 그 후에 취득한 채권에 의한 상계로 그 명령을 신청한 채권자에게 대항하지 못한다”라고 규정하고 있기 때문에, 가압류명령이 송달된 후에 취득한 채권에 기하여 한 상계로서는 가압류채권자에게 대항하지 못한다는 것은 명백하다. 그렇다면 가압류명령 송달 당시 제3채무자가 집행채

대판 2003.6.27, 2003다7623

14) 제498조는 제451조에 기한 채무자의 권리를 해치지 않는 범위 내에서 인정되어야 한다. 지원림, 민법강의 제6판, 2008, 918.

15) 대판 1993.9.28, 92다55794 압류 및 전부명령을 받은 제3채무자의 채무자에 대한 자동채권이 수동채권인 피압류채권과 동시이행의 관계에 있는 경우에, 그 자동채권이 압류 후에 발생한 것이더라도 피압류채권과 상계할 수 있는지 여부 “금전채권에 대한 압류 및 전부명령이 있는 때에는 압류된 채권은 동일성을 유지한 채로 압류채무자로부터 압류채권자에게 이전되고, 제3채무자는 채권이 압류되기 전에 압류채무자에게 대항할 수 있는 사유로써 압류채권자에게 대항할 수 있는 것이므로 제3채무자의 압류채무자에 대한 자동채권이 수동채권인 피압류채권과 동시이행의 관계에 있는 경우에는, 압류명령이 제3채무자에게 송달되어 압류의 효력이 생긴 후에 자동채권이 발생하였다고 하더라도 제3채무자는 동시이행의 항변권을 주장할 수 있고 따라서 그 채권에 의한 상계로 압류채권자에게 대항할 수 있는 것으로서, 이 경우에 자동채권이 발생한 기초가 되는 원인은 수동채권이 압류되기 전에 이미 성립하여 존재하고 있었던 것이므로(밀줄은 필자), 그 자동채권은 민법 제498조 소정의 “지급을 금지하는 명령을 받은 제3채무자가 그 후에 취득한 채권”에 해당하지 않는다고 봄이 상당하다.”(판례평석: 양창수, 1993년 민법 판례 개관, 민법연구 제3권, 1995, 494 이하); 대판 2001.3.27, 2000다43819 가압류로부터 본압류로 전이하는 압류 및 추심명령을 받은 제3채무자의 압류채무자에 대한 자동채권이 수동채권인 피압류채권과 동시이행의 관계에 있는 경우, 그 자동채권이 가압류 후에 발생한 것이더라도 피압류채권과 상계할 수 있는지 여부(적극) “금전채권에 대한 가압류로부터 본압류로 전이하는 압류 및 추심명령이 있는 때에는 제3채무자는 채권이 가압류되기 전에 압류채무자에게 대항할 수 있는 사유로써 압류채권자에게 대항할 수 있으므로, 제3채무자의 압류채무자에 대한 자동채권이 수동채권인 피압류채권과 동시이행의 관계에 있는 경우에는, 그 가압류명령이 제3채무자에게 송달되어 가압류의 효력이 생긴 후에 자동채권이 발생하였다고 하더라도 제3채무자는 동시이행의 항변권을 주장할 수 있고, 따라서 그 상계로써 압류채권자에게 대항할 수 있다. 이 경우에 자동채권 발생의 기초가 되는 원인은 수동채권이 가압류되기 전에 이미 성립하여 존재하고 있었으므로(밀줄은 필자), 그 자동채권은 민법 제498조 소정의 “지급을 금지하는 명령을 받은 제3채무자가 그 후에 취득한 채권”에 해당하지 아니한다.”

무자에 대하여 반대채권을 가지고 있었던 경우에는 아무런 제한없이 이를 자동채권으로 하는 상계로써 어떠한 경우에도 가압류채권자에게 대항할 수 있는지가 판례에서 문제되었다. 이에 관하여 항을 바꾸어 학설을 살펴보기로 한다.

3. 학설

피압류채권을 수동채권으로 하는 상계에 관하여 학설은 다음의 네 가지로 분류될 수 있다.

① 압류시에 양채권이 모두 상계적상에 있을 때(변제기가 모두 도래한 때)에 한하여 상계를 인정하는 견해(상계적상설), ② ①의 경우를 포함하여 압류시에 수동채권의 변제기는 도래하지 않았더라도 자동채권의 그것만 도래하면 상계를 인정하는 견해(기대이익설), ③ ①②의 경우를 포함하여 압류시에 양채권이 모두 그 변제기에 도래하지 않았더라도 자동채권의 변제기가 수동채권의 그것과 동시에 또는 그보다 먼저 도래하는 경우에는 상계를 인정하는 견해(제한설 또는 변제기선도래설), ④ 압류 전에 자동채권이 취득(발생)된 것이면 압류시에 상계적상 여부, 양채권의 변제기도래의 선후에 불구하고 상계를 인정하는 견해(무제한설) 등이 그것이다.

우리 나라에서는 이에 대하여 그다지 활발한 논의를 하고 있지 않으나, 현재로서는 제한설¹⁶⁾과 무제한설¹⁷⁾만이 주장되고 있다. 무제한설은 자동채권이 압류명령 전에 취득된 것이면 압류 전에 그 변제기가 도래한 것이든 아니든 이에 상관없이, 그리고 수동채권과의 관계에서 그 변제기의 선후를 묻지 않고 후에 상계적상이 되면 그때 상계로써 압류채권자에게 대항할 수 있는 것으로 새기는 것이 제498조에 대한 충실한 태도라고 한다. 이 견해는 제3채무자를 위한 상계의 담보적 효력을 압류채권자의 공취력보다 우선시키는 결과를 가져온다. 무제한설은 일본에서 판례와 다수의 학설에 의하여 지지를 받고 있다.

여기에서 구체적으로 검토하기에 앞서 비교법적 검토를 위하여 일본에서의 학설과 판례의 상황을 살펴보기로 한다.

16) 김상용, 529; 김형배, 772; 이은영, 채권총론 개정판, 2001, 762; 양창수, 212.

17) 이재성, 전부명령과 상계의 항변, 이재성판례평석집 제7권, 1988, 353 이하.

Ⅲ. 상계로써 압류채권자에게 대항할 수 있는 채권의 범위에 관한 일본에서의 학설과 판례 상황

1. 논의의 상황

가. 일본에서 현재 압류와 상계에 관한 규율은 중첩적 구조를 갖고 있다. 즉 첫째, 어떤 채권(甲채권)에 압류가 행하여진 후에 제3채무자는 甲채권을 수동채권으로 하여, 제3채무자가 채무자에 대하여 가지고 있는 채권(乙채권)을 자동채권으로 상계하는 것이 가능한가에 대한 규율이 그 하나이다. 보다 구체적으로 어떠한 경우에는 상계로 압류채권자에게 대항할 수 있고, 어떠한 경우에는 상계로 압류채권자에게 대항할 수 없는가에 대한 규율이 그것이다.

다음으로 둘째, 압류채권자에 의한 甲채권에 대한 압류에 앞서 미리, 채무자와 제3채무자간에, 일정한 사유가 생긴 경우의 乙채권의 기한의 이익상실 등에 대한 특약이 있는 경우에, 어떻게 해결할 것인가에 대한 규율이다.

첫 번째에 관한 규율을 법정상계의 문제, 두 번째에 관한 규율을 상계예약의 문제라고 한다. 이하에서는 본고의 주제와 관련하여 법정상계의 문제에 대하여 검토해 보기로 한다.

나. 법정상계에 대한 논의는 여러 가지가 있지만, 이를 단순화시키면, 다음과 같다. ① 자동채권의 성립 또는 취득이 수동채권의 압류 전이라면, 수동채권의 압류후에도, 양채권이 상계적상에 있다면, 제3채무자는 상계에 의한 수동채권의 소멸을 압류채권자에게 대항할 수 있다고 하는 견해와 ② 자동채권의 성립 또는 취득이 수동채권의 압류 전이고, 나아가 자동채권의 변제기가 수동채권의 변제기 보다 빨리 도달한 경우에 한하여 수동채권의 압류 후에도 양채권이 상계적상에 있다면, 제3채무자는 상계에 의한 수동채권의 소멸을 압류채권자에게 대항할 수 있고, 반대로 자동채권의 성립 또는 취득이 수동채권의 압류 전일지라도, 자동채권의 변제기가 수동채권의 변제기 보다 빨리 도래하지 않는 경우에는 수동채권의 압류후에는 양채권이 상계적상이 되어도 제3채무자는 상계에 의한 수동채권의 소멸을 압류채권자에게 대항할 수 없다고 하는 견해로 나뉘어진다. ①을 무제한설이라고 하고, ②를 제한설이라 한다.

① 및 ②와는 달리, 자동채권과 수동채권의 변제기의 선후라고 하는 형식적 기준이 아니라, 제3채무자에게 상계에 의하여 자동채권의 만족을 얻을 수 있다는 기대가 있고, 그것이 합리적인 경우에는 상계를 압류채권자에게 대항할 수 있지만, 그렇지 않은 경우에는 상계로 압류채권자에게 대항할 수 없다는 견해도 있다. 이를 합리적 기대설이라고 하고, 경우에 따라서는 제한설로 분류하여 논하기도 한다. 여기에서도 법정상계에 관한 문제에 보다 집중하기 위하여 합리적 기대설을 제외한 ②만을 제한설로 보고, 그것과

①(무제한설)을 비교하여, 양자의 차이를 분명히 하고자 한다.¹⁸⁾

2. 무제한설

무제한설이란 제3채무자는 그 채권이 압류후에 취득한 것이 아닌한, 자동채권 및 수동채권의 변제기의 전후를 묻지 않고, 상계적상에 도달하면 압류후일지라도, 이것을 자동채권으로 하여 상계할 수 있다는 견해이다.¹⁹⁾ 특히 무제한설은 수동채권과 자동채권의 변제기의 전후는 우연한 사정에 의한 것도 많음을 이유로 하고 있다.²⁰⁾

그 이유는 압류의 효력과 관련하여 “압류는 채무자의 행위와 관계없는 객관적 사실 또는 제3채무자만의 행위에 의하여, 그 채권이 소멸하고 또는 그 내용이 변경되는 것을 방해하는 효력을 가지지 않고, 제3채무자가 그의 일방적 의사표시를 갖고 하는 상계권의 행사도, 상대방의 자기에 대한 채권이 압류당하였다는 것에 의하여, 당연히 금지된다고 할 수는 없다”라고 하고, 일본 민법 제511조에 대하여는 “동조는 제3채무자가 채무자에 대하여 가진 채권을 갖고 압류채권에 대하여 상계를 할 수 있다는 것을 당연한 전제로 하고서, 압류후에 발생한 채권 또는 압류후에 타로부터 취득한 채권을 자동채권으로 한 상계만을 예외적으로 금지함으로써 그 한도에서 압류채권자와 제3채무자 간의 이익의 조절을 도모한 것”이라고 한다.²¹⁾

이 무제한설에 근거할 지라도 수동채권의 변제기가 먼저 도래한 후, 자동채권의 변제기가 도래할 때까지는 상계적상에 있지 않는 이상, 제3채무자는 상계할 수 없으므로, 압류채권자에 의한 채권회수에 대하여 이행을 거절할 수 없는 것은 주의할 필요가 있다.

3. 제한설

가. 제한설이란 압류당시 양채권이 이미 상계적상에 있는 경우는 물론, 반대채권이 압류당시 아직 변제기에 도달하지 않은 경우에도, 피압류채권인 수동채권의 변제기보다 앞서 그 변제기가 도달하는 경우에는, 상계로써 압류채권자에게 대항할 수 있다고 하고, 이와 달리 반대채권의 변제기가 피압류채권의 변제기보다 후에 도달하는 경우에는 상계를 갖고 압류채권자에게 대항할 수 없다고 하는 견해이다.²²⁾

그 이유는 압류의 효력과 관련하여 “압류의 결과, 피압류채권의 채권자 및 채무자는 위 채권에 대한 변제, 채권회수 등 일절의 처분이 금지된다”고 보고, 일본 민법 제511

18) 일본에서의 학설과 판례에 대하여 山田誠一, 216 참조.

19) 最大判 昭和45(1970).6.24 民集24卷6号 587.

20) 奥田昌道, 債權總論(増補版), 1992, 589.

21) 最大判 昭和45(1970).6.24 民集24卷6号 587.

22) 最大判 昭和39(1964).1.2.23 民集18卷10号 2217.

조에 대하여는 “그 반대해석으로서 압류전에 제3채무자가 취득한 채권에 의한 상계는 예외적으로 압류채권자에 대항할 수 있다”고 보고, 더욱이 장래의 상계에 관한 기대를 고려하여 자동채권의 변제기가 수동채권의 변제기보다 먼저 도래한 경우에는 제3채무자의 장래의 상계에 관한 기대는 정당하게 보호되어야 하고, 자동채권의 변제기가 수동채권의 변제기보다 늦게 도달하는 경우에는 제3채무자는 장래의 상계에 대한 정당한 기대를 갖고 있지 않은 것으로 본다.²³⁾ 즉 채권자평등의 원칙을 배척하고 압류채권자를 해하면서까지 보호하여야 할 제3채무자는 정당한 상계의 기대를 가진 자이어야 한다는 것이다. 압류의 효력에 대해서도 무제한설의 이해와 확연히 다를 수 있다.

나. 특히 제한설을 주장하는 견해는 변제 의무가 있는 수동채권의 변제를 거부하면서, 자동채권의 변제기의 도래로 상계한다고 하는 제3채무자의 기대를 보호한다는 것은 일본 민법 제511조의 해석으로서 타당하지 않기 때문이라고 한다.²⁴⁾

IV. 검토

제3채무자가 채무자에 대하여 반대채권(자동채권)을 가지고 있는 경우, 제3채무자는 장차 자동채권의 변제기가 도래하여 상계적상이 생기면 상계할 수 있는 기대를 가진다. 그리고 원칙적으로 이는 제3채무자가 관여할 수 없는 지급금지명령에 의하여 침해되어서는 아니되는 것이다. 그러나 한편으로 제3채무자의 이러한 상계에 대한 기대는 공시되지 않기 때문에 이를 보호하면 집행채권자가 불측의 손해를 입을 우려가 있다. 따라서 제3채무자의 상계에 대한 기대를 무제한으로 보호하는 것은 타당치 않다. 그러므로 그 기대가 합리적이어서 보호가치가 있는 경우에만 이를 보호함이 타당하다.

피압류채권(수동채권)의 변제기가 도래하였으나 제3채무자가 이를 이행하지 않고 있는 동안에 자동채권의 변제기가 도래한 경우에도, 제3채무자는 상계로써 압류채권자에게 대항할 수 있는지가 문제된다.

무제한설은 압류 당시 제3채무자가 자동채권을 가지고 있었던 이상에는 그 변제기의 도래여부나 그 선후관계를 가릴 것 없이 압류 후에 상계적상이 되면 상계로써 압류채권자에게 대항할 수 있다고 한다. 그러나 이러한 무제한설의 입장은 일견 타당한 면도 없지는 않다. 그것은 바로 제3채무자의 상대에 대한 합리적 기대를 그 기준으로 삼는다는 것인데, 이는 제3채무자로서는 자신이 가지는 자동채권의 변제기가 후에라도 도래하면 그 때에는 이로써 피압류채권과 상계할 수 있다는 정당한 기대를 가지기 때문이다.

그러나 이것만으로 제3채무자가 보호된다면 경우에 따라서는 다른 채권자들에게 중대한 불이익이 생길 것이고, 이 이유만으로는 제3채무자의 보호의 정당한 근거가 될 수

23) 最大判 昭和39(1964).1.2.23 民集18卷10号 2217.

24) 平井宜雄, 債權總論 第2版, 1994, 231.

도 없다할 것이다. 왜냐하면 압류라고 하는 법적 조치를 취하여 자신의 채권을 강제적으로 실현하려는 채권자가 있음에도 불구하고 단지 반대채권이 있었다는 것만으로 언제나 이를 배제할 수 있다면 압류제도의 법적 존립근거도 찾을 수 없을 것이기 때문이다.

또한 무제한설에 따르면 자동채권의 변제기가 수동채권의 변제기보다 뒤에 도래하는 경우에도 제3채무자는 수동채권의 이행을 지체하다가 자동채권의 변제기가 도래하면 상계로써 집행채권자에게 대항할 수 있다. 그러나 이는 제3채무자가 수동채권의 이행을 거절하고 자동채권의 변제기가 도래하기를 기다려 상계하겠다는 불합리한 기대를 보호하는 셈이 되고, 그렇게 되면 제3채무자의 채무불이행을 조장할 우려도 없지 않다.

수동채권의 변제기가 먼저 도래한 경우에 상계자가 변제를 거부하고 있다가 나중에 변제기에 도래한 그의 채권을 가지고 상계를 하는 것까지도 이를 인정하여야 한다는 문제한설은 제3채무자의 보호에 치우쳤다.²⁵⁾

따라서 제3채무자의 상계기대는 압류 당시 상계적상에 있었던 경우 외에는, 그의 자동채권이 수동채권의 변제기와 동시에 또는 그보다 먼저 도래하여 바로 상계할 수 있을 경우에만 위와 같은 압류채권자에 우선하여 보호받을 수 있고, 자신의 채무이행을 늦추어서야 비로소 상계적상에 이를 수 있는 제3채무자를 아직 그러한 상계적상이 도래하기 전에 압류에 착수한 채권자에 우선하여 보호할 가치는 없다고 할 것이다.²⁶⁾

V. 결론에 갈음하여

압류 전에 제3채무자가 채무자에 대하여 반대채권을 가지고 있는 경우에 그는 자신의 채무자에 대한 채무는 이를 상계로써 청산할 수 있다는 상계에 대한 합리적 기대를 갖고 있을 것이고, 이 기대는 정당한 법적 보호의 범위 내에서 보호되어야 할 것이다.

제3채무자는 압류 당시 그의 반대채권이 상계적상에 있지 아니한 경우에도 장차 상계적상이 되면 상계할 수 있다는 합리적 기대를 가지고 있으므로, 판례의 태도가 합당하다고 본다.

25) 김형배, 772.

26) 양창수, 212.

<참고문헌>

- 김병재, 제3채무자가 가압류채권자에 대한 반대채권으로써 상계할 수 있는 요건, 민사판례 연구 X, 1988
- 김대정, 채권총론, 2006
- 김상용, 채권총론 개정판증보, 2003
- 김형배, 채권총론 제2판, 1998
- 이은영, 채권총론 개정판, 2001
- 이재성, 전부명령과 상계의 항변, 이재성판례평석집 제7권, 1988
- 양창수, 채권압류에서 제3채무자가 채무자에 대한 반대채권에 기한 상계로써 압류채권자에 게 대항할 수 있는 범위, 고시연구 제27권 제11호, 2000.11.
- 지원림, 민법강의 제6판, 2008
- 山田誠一, 相殺の現代的機能, 民法の争點, Jurist 増刊 新・法律學の争點シリーズ1, 2007
- 潮見佳男, 債權總論Ⅱ 第3版, 2005
- 平井宜雄, 債權總論 第2版, 1994

투고일자 : 2010.05.13

수정완료 : 2010.06.11

개제확정 : 2010.06.18