

## 채권자대위권 행사 통지 후 계약이 해제된 경우 민법 제405조 제2항의 '처분'에 해당하는지 여부\*

The matter on whether it can be considered as 'the measure or execution' defined in the 2nd clause of Article 405 in the Civil Law in case of the cancellation of the contract after the notice for exercising creditor's subrogation is sent

배 성 호(Bae Sung Ho)\*\*

### ABSTRACT

This paper will examine the history and the purpose to legislate the 2nd clause of Article 405 in the Civil Law, the other institutions or systems for limiting the execution or measure. Also, it will review the legal status of a third-party debtor and other issues in obligee's subrogation. By doing so, I will cast light on whether the change of attitude in the cases is appropriate.

In regards to whether the cancellation can be considered as the measure or the execution defined in the 2nd clause of Article 405 in the Civil Law in case of the cancellation of a contract after the notice for the exercising of obligee's subrogation right is sent, if obligee's subrogation right is concerned as no change is made as to who has the right, the change of attitude in the case concerned here is believed to be appropriate because it is to be considered as the consistent interpretation as compared to many different kinds of institutions and systems in the Civil Law.

The case stated that "By the use of the cancellation of a contract, a third-party debtor may defy the exercise of obligee's subrogation right in case that a sales contract is automatically cancelled by the stipulation agreed upon before the notice when a debtor does not perform his liabilities after receiving the notice for the exercising of obligee's subrogation right or that a third-party debtor cancels a sales contract for the failure of a debtor to carry out his liabilities after he is informed of the notice for the exercising of obligee's subrogation right."

Key words: subrogation right, notification, restriction effect of disposition, act of disposition, rescission, rescission of agreement

## I. 서론

채권자가 채무자를 대위하여 보존행위 이외의 권리를 행사한 때에는 채무자에게 통지하여야 한다(민법<sup>1)</sup> 제405조 제1항). 채권자가 채무자의 권리를 소송상 행사한 경우에

\* 본 연구는 2013학년도 영남대학교 학술연구조성비에 의한 것임

\*\* 영남대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사

는 단순한 통지만으로는 부족하고 소송고지(민사소송법 제84조 이하)를 하여야 할 것이다. 피보전채권의 이행기 전에 법원의 허가를 얻어 재판상 대위권을 행사한 경우에는 법원이 직권으로 채무자에게 고지하여야 한다(비송사건절차법 제49조 제1항).

채무자가 통지를 받은 후 또는 채권자의 대위권 행사 사실을 다른 방법으로 알게 된 후<sup>2)3)</sup>에는 그 권리를 처분하여도 이로써 채권자에게 대항하지 못한다(제405조 제2항, 비송 제49조 제2항). 제3채무자 역시 채무자의 위 처분으로 인하여 생긴 사유로 채권자에게 대항할 수 없다.

여기서 말하는 금지되는 처분행위에는 채권 자체에 대한 처분행위(예: 채권의 포기, 채권양도 등)뿐만 아니라 채권 발생의 기초가 되는 법률관계에 대한 처분행위(예: 계약의 합의해제<sup>4)</sup>)도 포함된다. 특히 채권발생의 기초가 되는 법률관계에 대한 처분행위와 관련하여 그동안 판례는 “갑이 을로부터 매수한 부동산을 다시 갑으로부터 매수한 병이 채무자인 갑, 을에 대하여 순차 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 소를 제기하여 그 중 을에 대한 채권자대위소송이 상고심에 계속중 갑이 을의 매매잔대금 지급 최고에 응하지 아니하여 을로 하여금 매매계약을 해제할 수 있도록 한 경우, 이는 채무자인 갑이 을에 대한 소유권이전등기청구권을 처분하는 것에 해당하여 갑과 을은 병에게 그 계약해제로써 대항할 수 없다”고 하여, 채무자의 채무불이행을 이유로 당해 계약을 해제하는 것도 제405조 제2항의 처분에 해당한다는 입장을 취하고 있었다.<sup>5)</sup>

- 1) 이하에서 법률의 명칭없이 인용하는 조문은 민법의 것이다.
- 2) 이에 대하여는 견해가 대립하고 있다. 우선 채권자가 적극적인 통지행위를 하지 않더라도 채무자가 채권자의 대위 사실을 안 경우에는, 채무자는 처분으로서 채권자에게 대항하지 못한다는 부정설이 있다. 이에 반하여 민법이 채권자의 통지의무를 규정하여 통지의 효과로서 처분금지의 효과를 인정하고 있는바, 통지가 있어야 분쟁의 소지가 적으므로, 채권자의 적극적인 통지가 필요하다는 긍정설이 있다. 이 긍정설에 의하면 채권자가 통지를 하지 않는한, 악의 채무자는 처분을 채권자에게 대항할 수 있다고 한다.(남효순, 채권자대위권의 개정에 관한 연구, 민사법학 제55호, 2011.9., 44) 한편 판례는 비록 채권자로부터 대위권행사의 통지가 없더라도 채무자가 그 사실을 알았을 때에는 마찬가지로 다루어야 한다는 태도를 취하고 있다. 대판 1962.5.24, 4294민상251 등.
- 3) 대판 1988.1.19, 85다카1792; 대판 1993.4.27, 92다44350.
- 4) 대판 1993.4.27, 92다44350; 대판 1996.4.12, 95다54167 “채권자대위권의 행사에 있어서 채무자가 채권자대위권을 행사한 점을 알게 된 이후에는 채무자가 그 권리를 처분하여도 이로써 채권자에게 대항할 수 없으므로, 채권자가 채무자를 대위하여 제3채무자의 부동산에 대한 처분금지가처분을 신청하여 처분금지가처분 결정을 받은 경우, 이는 그 부동산에 관한 소유권이전등기청구권을 보전하기 위한 것이므로 피보전권리인 소유권이전등기청구권을 행사한 것과 같이 볼 수 있어, 채무자가 그러한 채권자대위권의 행사 사실을 알게 된 이후에 그 부동산에 대한 매매계약을 합의해제함으로써 채권자대위권의 객체인 그 부동산의 소유권이전등기청구권을 소멸시켰다 하더라도 이로써 채권자에게 대항할 수 없다.”: 대판 2007.6.28, 2006다85921.
- 5) 대판 2003.1.10, 2000다27343 사안의 사실관계는 개략적으로 다음과 같다. 소외 A는 甲(피고)로부터, 을(원고)은 위 A로부터 이 사건 토지를 순차 매수하였는데, 乙은 1989.1. 초순경 법원에 A에 대하여는 위 매매를 원인으로, 甲에 대하여는 A를 대위하여, 위 토지에 관한 순차의 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 소를 제기하였다. 1심 법원은 1990.5.31. A에 대하여는 을의 청구를 일부 인용하고, 甲에 대하여는 이 사건 매매계약은 A가 1989.11.11. 무렵 甲으로부터 계약해제의 통지를 받고 그 최고기일까지 전존채무를 이행하지 않고 있었다가 갑이 매매계약 해제로 인한 원상회복의무의 이행으로서 공탁한 매매대금 반환금 111,960,000원을 공탁의 취지에 따라 이의 없이 수령함으로써 적법하게 해제되었다는 甲의 항변을 받아들여 乙의

그러나 최근 “민법 제405조 제2항은 ‘채무자가 채권자대위권행사의 통지를 받은 후에는 그 권리를 처분하여도 이로써 채권자에게 대항하지 못한다’고 규정하고 있다. 위 조항의 취지는 채권자가 채무자에게 대위권 행사사실을 통지하거나 채무자가 채권자의 대위권 행사사실을 안 후에 채무자에게 대위의 목적인 권리의 양도나 포기 등 처분행위를 허용할 경우 채권자에 의한 대위권행사를 방해하는 것이 되므로 이를 금지하는 데에 있다. 그런데 채무자의 채무불이행 사실 자체만으로는 권리변동의 효력이 발생하지 않아 이를 채무자가 제3채무자에 대하여 가지는 채권을 소멸시키는 적극적인 행위로 파악할 수 없는 점, 더구나 법정해제는 채무자의 객관적 채무불이행에 대한 제3채무자의 정당한 법적 대응인 점, 채권이 압류·가압류된 경우에도 압류 또는 가압류된 채권의 발생원인이 된 기본계약의 해제가 인정되는 것과 균형을 이를 필요가 있는 점 등을 고려할 때 채무자가 자신의 채무불이행을 이유로 매매계약이 해제되도록 한 것을 두고 민법 제405조 제2항에서 말하는 ‘처분’에 해당한다고 할 수 없다. 따라서 채무자가 채권자대위권행사의 통지를 받은 후에 채무를 불이행함으로써 통지 전에 체결된 약정에 따라 매매계약이 자동적으로 해제되거나, 채권자대위권행사의 통지를 받은 후에 채무자의 채무불이행을 이유로 제3채무자가 매매계약을 해제한 경우 제3채무자는 계약해제로써 대위권을 행사하는 채권자에게 대항할 수 있다.”고 하여 그 태도를 변경하였다(이하 본 판결을 ‘대상판결’이라 한다).<sup>6)</sup>

청구를 기각하였다. 乙이 이에 불복하여 항소하였으나 항소심 법원은 1992.8.26. 위 1심과 같은 이유로 을의 항소를 기각하였다. 이에 乙이 상고하여 상고심에서 대법원은 1993.4.27. 선고 92다44350 판결로 위 A에 대한 乙의 상고를 기각하였고, 甲에 대한 乙의 상고를 받아들였다. 그 내용을 보면 甲이 이 사건 매매계약을 해제하기 위한 원상회복의 방법으로 그 매매대금을 공탁하였고 A가 이의 없이 이를 수령함으로써 甲과 A 사이의 위 매매계약이 해제되는 효과를 발생하도록 승인하였다 하더라도 이는 채권자인 乙이 위 소송에서 채무자인 A를 대위하여 행사하고 있는 A의 甲에 대한 위 매매계약에 따른 이 사건 토지에 관한 소유권이전등기 청구권을 처분하는 것에 해당한다고 할 것이므로 이로써 채권자인 乙에게는 대항할 수 없다는 이유로, 甲과 A 사이의 위 매매계약이 적법하게 해제된 것으로 판단한 갑에 대한 항소심 판결 부분을 파기하고 이 부분을 항소심 법원으로 환송하였다. 한편 甲은 위 판결이 확정되기 전인 1997.7.25. A에게 다시 이 사건 토지에 관한 소유권이전등기 소요서류를 법률사무소에 보관시켜 놓겠으니 1997.8.11.까지 A의 잔존채무금 58,533,809원을 지급하라고 최고함과 동시에 위 기한 내에 이행하지 않으면 이 사건 매매계약은 별도의 계약 해제의 의사표시 없이 해제된 것으로 간주하겠다는 내용의 통고서를 보내는 한편, 위 통고서의 취지대로 소유권이전등기 소요서류를 법률사무소에 맡기면서 위 A의 위 잔존채무금을 가지고 오면 이를 받아 놓고 그에게 위 서류 등을 교부하도록 부탁하여 놓았으나 A는 1997.7.25. 위 통지서를 받고도 최고된 기간이 지나도록 甲에게 위 잔존채무금을 지급하지 않았고, 이에 甲은 1997.8.14. A에게 다시 이 사건 매매계약을 해제한다는 내용의 통고서를 보내어 그 무렵 위 통고서가 A에게 도달하였다. 그 후 甲은 甲과 A와의 매매계약이 적법하게 해제되었음을 이유로 하여 乙을 상대로 채무부존재확인소송을 제기하였다. 이 사건의 사실관계 및 경과에 관한 자세한 것은 김학동 외, 로스쿨 채권총론, 2012, 169-172면; 오시영, 채권자대위권행사시 채무자의 처분권 제한을 중심으로, 판례연구 제17집(상), 서울지방변호사회, 2003, 234면 이하; 오창수, 채권자대위소송의 실천적 의미-당사자의 지위 및 소송요건을 중심으로-, 법과 정책 제16집 제1호, 제주대학교 법과 정책연구소, 2010, 141면 이하 참조

- 6) 대판(전) 2012.5.17. 2011다87235 사안의 사실관계는 개략적으로 다음과 같다. 원고는 2007.12.10. 소외 甲에게 4억 원을 대여하였고(변제기 2008.2.28.) 이 채무를 연대보증한 乙회사는 이 사건 토지 중 일부를 위 차용금에 대한 이자 명목으로 원고에게 2008.2.28.까지 이전

이상의 판례에서의 쟁점은 채권자대위권행사로 인한 처분금지효가 계약의 해제에도 미치는지가 문제되었다. 대상판결은 채무불이행으로 인한 해제에 관하여 기존의 판례를 변경하여 채무자가 자신의 채무불이행을 이유로 매매계약을 해제하도록 한 것은 제405조 제2항에서 말하는 처분에 해당하지 않는다고 하였다. 따라서 합의해제는 제405조 제2항의 처분에 해당하지만, 채무불이행으로 인한 해제는 처분에 해당하지 않게 되었다.

이에 본 연구에서는 제405조 제2항의 연혁과 입법취지를 살펴보고, 다음으로 다른 처분제한제도와 비교한 후, 채권자대위에서 제3채무자의 지위 등에 관하여 살펴봄으로써, 판례의 태도변화가 타당한지 여부를 살펴보고자 한다.

## II. 민법 제405조 제2항의 연혁과 취지

### 1. 제405조 제2항의 연혁

제405조는 의용민법에는 규정이 없는 신설조문이다. 의용민법하에서는 재판상 대위에 관하여 허가사실의 고지(의용비송사건절차법 제76조)를 받은 채무자는 그 권리를 처분할 수 없다는 규정(동법 제77조 제2항)이 있을 뿐이고 재판외 대위의 경우 채무자가 대위권행사를 통지받은 경우에도 처분제한효가 있는지에 관하여 학설이 나뉘어져 있었

하여 주기로 약정하였다. 乙회사는 2007.12.12. 피고로부터 이 사건 토지를 대금 15억 원에 매수하는 계약을 체결하고, 계약금 1억 원을 지급하였다. 이 사건 매매계약 당시 특약으로 양도소득세는 매수인인 乙회사가 부담하며, 위 허가 후 1월 내에 잔금 등의 지급과 동시이행으로 허가명의를 乙회사로 이전하기로 하였다. 피고는 2008.5.9. 자신 명의로 공장설립허가를 받았고, 2008.6.9. 매매대금 잔금 및 양도소득세 상당액의 지급기일로 정하였다. 그러나 乙회사는 위 변제기까지 돈을 마련하지 못하여 2008.6.17. 피고로부터 2008.7.20.까지 잔금 및 양도소득세의 지급기일을 연장받으면서, 이를 지키지 못할 경우 계약금과 공장설립에 관한 인허가 비용 등 모든 권리를 포기하기로 하였다. 乙회사는 2008.7.경 매매대금 중 2억 2천만 원만 지급하였고, 피고에게 다시 변제기의 유예를 요청하였다. 乙회사는 2008.11.25. 피고로부터 매매대금 잔금 등의 변제기를 2009.2.28.로 연장받으면서 위 변제기까지 이 사건 매매계약상 의무를 이행하지 아니하면 계약에 따른 모든 매수인이 권리를 포기하기로 약정하고 이러한 내용의 각서를 작성하여 교부하였다. 乙회사는 2009.2.25. 피고에게 잔금을 모두 지급하였으나, 양도소득세 상당액은 지급하지 못하였다. 이에 乙회사는 2009.2.25. 피고로부터 다시 양도소득세 상당액의 지급기일을 2009.8.31.로 하면서 피고에게 위 지급기일까지 양도소득세 상당액을 지급하지 아니하면 이 사건 매매계약과 관련된 乙회사의 모든 권리를 포기하고, 원고가 입은 모든 손해를 배상하겠다는 각서를 작성교부하였다. 그러나 乙회사는 2009.4.14. 乙회사를 상대로 문제가 된 위 토지 중 일부에 대한 소유권이전등기를 구하고, 피고를 상대로 乙회사를 대위하여 乙회사로부터 양도소득세 상당액을 수령함과 동시에 乙회사에 위 토지 중 일부에 대한 2007.12.12. 매매를 원인으로 하는 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 이 사건 소를 제기하였다. 이 사건에서는 본문에서도 언급되고 있는 채무자가 채무를 불이행하여 계약이 해제되도록 한 것도 채권자대위권 행사 통지 후 제한되는 처분행위에 해당하는지 여부 이외에도 채권자의 부당한 수령거절이 있었는지 여부와 부수적 채무의 불이행을 이유로 계약을 해제할 수 있는지 여부 등이 쟁점이 되었다. 본 연구에서는 이상의 쟁점 중 채무자가 채무를 불이행하여 계약이 해제되도록 한 것도 채권자대위권 행사 통지 후 제한되는 처분행위에 해당하는지 여부에 관하여만 논의하기로 한다.

으나, 다만 통설과 판례<sup>7)</sup>는 재판상의 재판상의 대위에 대해서 신청을 허가한 재판이 직권으로 채무자에게 고지를 하고 고지를 받은 채무자는 그 권리의 처분을 할 수 없다고 규정하는 동법 제76조를 유추하여, 재판외의 대위에 대해서도 채무자에게 통지를 하면 채무자의 처분권이 제한된다고 해석하고 있었다. 원안은 이러한 학설을 받아들인 민법전편찬요강을 반영한 것으로, 만주민법 제392조와 같은 취지이다.<sup>8)</sup>

## 2. 제405조 제2항의 입법취지

제405조 제2항의 입법취지는 채권자대위권이 행사되면 채무자의 권리처분권이 제한된다는 것을 전제로 하여 선관의무를 부담하고 있는 채권자로 하여금 대위권 행사 사실을 채무자에게 통지하도록 함으로써 채무자가 대위권행사에 저촉되는 행위를 하는 것을 사전에 방지하여 법률관계가 복잡하여지는 것을 막고, 또 채무자의 협력을 통하여 대위에 의한 권리행사가 적절히 이루어질 수 있도록 함과 동시에 이에 위반한 채무자의 행위로써 채무자에게 대항하지 못하게 함으로써 채권자대위권의 실질적 효과를 확보하고,<sup>9)</sup> 채무자와 제3채무자의 합의 내지는 단독적 처분행위에 의하여 채권자의 권리침해가 되는 것을 막자는 데 있다.<sup>10)</sup>

또한 판례에 나타난 입법취지를 간추려 보면, “민법 제405조 제2항은 채무자가 하는 처분행위의 효력에 관한 것으로서 채무자는 같은 조 제1항의 채권자에게 대위의 목적인 권리에 대하여 대위행사를 방해하는 권리처분권을 잃는 것을 규정한 것이지 다른 사람이 채무자의 처분권을 대위 수행할 수 있는 권능(관리권)에 기하여 행사하는 소송행위까지 금지시키는 것은 아니다.”<sup>11)</sup>라고 하거나 “채권자가 대위권에 기하여 일단 채무자의 권리를 행사하기 시작하였을 때 채무자에게 대위의 목적인 권리의 양도나 포기 등 처분행위를 허용하는 것은 채권자에 의한 대위권행사를 방해하는 것이 되므로 이를 금지하는 것이 민법 제405조 제2항의 취지라 할 것이니, 대위권의 행사를 방해하는 것으로 되지 아니하는 권리의 관리, 보존행위는 금지되는 것이 아니므로 채권자 갑이 채무자 을을 대위하여 을의 제3 채무자 병에 대한 소유권이전등기청구권을 대위행사함은 권리의 관리, 보존행위이지 처분행위라 할 수 없으므로 채무자 을의 다른 채권자 정이 대위권의 행사로 얻은 병에 대한 처분금지가처분명령에 의하여 위 소유권이전등기청구권의 행사가 금지된다고 할 수 없다.”<sup>12)</sup>라고 하여, 채권자의 대위권행사를 방해하는 것을 막기 위한 것으로 파악하는 입장으로 보인다.<sup>13)</sup>

7) 日大判 1939.5.6. 民集 18, 557면.

8) 민법안심의록(상), 1957, 242면; 명순구, 실록 대한민국 민법 3, 2010, 82면; 주석민법[채권총칙(1)], 1999, 770면(이상경 집필부분).

9) 주석민법[채권총칙(1)], 770면(이상경 집필부분).

10) 오시영, 채권자대위권행사시 채무자의 처분권 제한을 중심으로, Jurist 396호, 2003.9., 49면.

11) 대판 1989.4.11, 87다카3155.

12) 대판 1990.4.27, 88다카25274-25281.

따라서 이러한 입법취지를 고려한다면 제405조 제2항이 전제하고 있는 처분행위는 채무자와 제3채무자가 또 다른 제3자에게 채권자대위권의 목적인 채권관계를 처분해 버림으로써 채권자의 대위권 행사가 무위로 돌아가는 것에 한정된다고 해석하여야 할 것이다.<sup>14)</sup> 그러므로 제3채무자가 채권자대위권 행사의 통지를 받은 후 채무자의 채무불이행을 이유로 매매계약을 해제한 경우, 채무자의 의사적 관여는 존재하지 않았고, 제3채무자가 자신의 정당한 권리를 행사한다는 측면에서 제405조 제2항에서 말하는 처분에는 해당하지 않는다고 하는 것이 타당하다고 본다.

### III. 민법 제405조 제2항의 처분의 구체적 범위

#### 1. 처분의 구체적 범위와 한계

가. 제405조 제2항에서 말하는 금지되는 처분행위에는 무효행위의 추인,<sup>15)</sup> 채권의 포기, 채권양도 등과 같이 채권 자체에 대한 처분행위뿐만 아니라 계약의 합의해제<sup>16)</sup>와 같이 채권 발생의 기초가 되는 법률관계에 대한 처분행위도 포함된다.

변제의 수령과 관련하여서는 학설의 대립이 있다. 즉 변제수령이 처분행위가 아닐 뿐만 아니라 채권자가 채무자의 제3채무자에 대한 채권을 압류하여 강제집행하는 경우에 제3채무자는 채무자에게 지급이 금지되고, 채무자는 이를 타에 처분하거나 변제를 수령하여서는 안 되지만, 채권자대위권을 행사하는 경우는 이런 채권압류의 효력이 발생하지 않기 때문에 통지 후에도 제3채무자의 변제가 금지되지 않는다는 것이 학설<sup>17)</sup>

13) 김상훈, 채권자대위권행사 통지 후의 해제와 민법 제405조 제2항의 ‘처분’, 자유와 책임 그리고 동행 : 안대희 대법관 재임기념, 사법발전재단, 2012, 431면.

14) 오시영, 채권자대위권행사시 채무자의 처분권 제한을 중심으로, 49면.

15) 대판 1975.12.23, 73다1086 “민법 405조에 의하여 채무자는 그의 권리에 관한 채권자의 대위권행사 사실을 안 때에는 채권자로부터의 통지가 없는 경우에도 그 권리처분을 가지고 채권자에게 대항하지 못하고 채권자가 부동산 소유권이전등기의 말소등기청구권을 대위행사하는 경우에 채무자는 위 소유권이전등기의 원인된 매매계약을 이미 추인하였다 하여 민법 405조 2항에 의하여 그 추인의 유효를 주장할 수 없다.”; 대판 1977.3.22, 77다118; 대판 1989.3.14, 88다카112 “명의수탁자로서는 명의신탁자가 수탁자의 말소등기청구권을 대위행사하고 있는 소송의 계속 중에는 그 말소등기청구권을 포기하여 권리를 처분하는 의미의 추인권을 행사할 수 없다.”

16) 대판 1993.4.27, 92다44350; 대판 1996.4.12, 95다54167 “채권자대위권의 행사에 있어서 채무자가 채권자대위권을 행사한 점을 알게 된 이후에는 채무자가 그 권리를 처분하여도 이로써 채권자에게 대항할 수 없으므로, 채권자가 채무자를 대위하여 제3채무자의 부동산에 대한 처분금지가처분을 신청하여 처분금지가처분 결정을 받은 경우, 이는 그 부동산에 관한 소유권이전등기청구권을 보전하기 위한 것이므로 피보전권리인 소유권이전등기청구권을 행사한 것과 같이 볼 수 있어, 채무자가 그러한 채권자대위권의 행사 사실을 알게 된 이후에 그 부동산에 대한 매매계약을 합의해제함으로써 채권자대위권의 객체인 그 부동산의 소유권이전등기청구권을 소멸시켰다 하더라도 이로써 채권자에게 대항할 수 없다.”; 대판 2007.6.28, 2006다85921.

의 일반적 입장이다.<sup>18)</sup>

그러나 금전채권의 경우 채무자가 변제로서 급부를 수령한 후 임의로 소비해버리거나 채권자의 이전등기청구권을 보전하기 위하여 제3채무자에게 이전등기 또는 말소등을 청구하여 채무자명의로 이전등기를 받은 후 곧바로 이를 제3자에게 처분해 버린 경우 대위채권자의 대위권은 공허한 것이 되어 버리기 때문에 고지 또는 통지를 받은 후에는 처분행위가 아니더라도 대위채권자의 권리실현에 방해의 우려가 있는 채무자의 권리의 행사까지는 금지시켜야 하고 같은 맥락에서 채무자는 사실상의 수령행위까지도 금지효를 확장할 필요성이 있다는 견해<sup>19)</sup>도 있다.

나. 대상판결에서는 제3채무자의 채무자에 대한 법정해제도 채권자대위권 행사 통지 후 제한되는 처분행위인지 여부가 문제되었는데, 모두에서 언급한 바와 같이 2000다27343 판결에서는 “채권자가 채권자대위권에 기하여 채무자의 권리를 행사하고 있는 경우에, 그 사실을 채무자에게 통지하였거나 채무자가 그 사실을 알고 있었던 때에는, 채무자가 그 권리를 처분하여도 이로써 채권자에게 대항하지 못한다.”라고 판시하여, 제3채무자가 채무자의 채무불이행을 이유로 매매계약을 해제하는 경우, 즉 법정해제의 경우에도 채권자대위권 행사에 의한 처분금지효가 미친다는 태도를 취하고 있었다.

이러한 판례의 태도를 지지하는 견해<sup>20)</sup>는 채권자대위소송이 계속중임에도 채무자와 제3채무자간의 계약의 해제를 인정하면 피대위채권과 처분을 제한하는 제405조 제2항의 규정에 반하고, 해제는 채권자대위권제도의 목적달성을 방해하는 행위로 채권자대위권을 행사한 채권자에게는 대항할 수 없다고 한다. 특히 위 판례에서 원고인 제3채무자의 해제는 선행행위에 모순되는 거동으로서 신의칙에도 반하는 것이고, 위 판결에서 처

17) 지원림, 민법강의, 2012, 1139면[4-244].

18) 판례는 채무자명의로의 이전등기를 경료하는 것은 변제의 수령이지 처분행위가 아니라고 한다. 대판 1990.4.27, 88다카25274·88다카25281; 대판 1991.4.12, 90다9407 “채권자가 채무자를 대위하여 채무자의 제3채무자에 대한 권리를 행사하고 채무자에게 통지를 하거나 채무자가 채권자의 대위권 행사사실을 안 후에는 채무자는 그 권리에 대한 처분권을 상실하여 그 권리의 양도나 포기 등 처분행위를 할 수 없고 채무자의 처분행위에 기하여 취득한 권리로서는 채권자에게 대항할 수 없으나, 채무자의 변제수령은 처분행위라 할 수 없고 같은 이치에서 채무자가 그 명의로 소유권이전등기를 경료하는 것 역시 처분행위라고 할 수 없으므로 소유권이전등기청구권의 대위행사 후에도 채무자는 그 명의로 소유권이전등기를 경료하는 데 아무런 지장이 없다.… 부동산의 전득자(채권자)가 양수인 겸 전매인(채무자)에 대한 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 양수인을 대위하여 양도인(제3채무자)을 상대로 처분금지가 처분을 한 경우 위 가처분은 전득자가 자신의 양수인에 대한 이전등기청구권을 보전하기 위하여 양도인이 양수인 이외의 자에게 그 소유권의 이전 등 처분행위를 못하도록 하는 데에 그 목적이 있는 것이므로 그 피보전권리는 양수인의 양도인에 대한 소유권이전등기청구권이 고, 그 가처분결정에서 제3자에 대한 처분을 금지하였다 하여도 그 제3자 중에는 양수인은 포함되지 아니하며, 따라서 그 가처분 후에 양수인이 양도인으로부터 소유권이전등기를 넘겨 받았다고 해서 위 가처분에 위배되는 것은 아니다. 그리고 위 가처분의 피보전권리에 전득자의 양수인에 대한 소유권이전등기청구권까지 포함되는 것이 아님은 물론이다.” 참조.

19) 주석민법[채권총칙(1)], 774면(이상경 집필부분).

20) 오창수, 147-148면.

분이라는 개념을 다소 확장하였으나, 위 사안의 해결을 위한 구체적 타당성 있는 해석이라고 한다.<sup>21)</sup>

그러나 채무자의 채무불이행으로 인한 법정해제는 제405조 제2항의 처분에 해당하지 않는다는 입장을 취하는 견해<sup>22)</sup>는 ① 채권압류·가압류와의 비교, ② 채권양도와의 비교, ③ 법정해제는 채무자의 객관적 채무불이행에 대한 제3채무자의 정당한 법적 대응이고, 해제계약은 채무자의 의사행위를 하나의 필수적 요소로 하여 채권관계를 소멸시키는 것이므로, 합의해제와 법정해제는 구별할 필요가 있다는 점, ④ 채무자가 제3채무자의 이행최고에 아무런 조치를 취하지 아니하여 제3채무자로 하여금 해제할 수 있도록 한 것을 처분이라고 보는 것은 처분개념의 부당한 확장이라는 점, ⑤ 상황이행판결이 확정된 후에도 채무자가 계속 매매대금을 지급하지 않는다면 제3채무자로서는 그때 이행최고를 하고 계약을 해제할 수 있고, 위 확정판결의 집행력을 배제하기 위하여 청구이의의 소도 제기할 수 있을 것이나, 어차피 채무자가 채무를 불이행하고 있는 이상 채권자가 채무자를 대위하여 제기한 소유권이전등기청구소송에서 제3채무자로 하여금 원래대로 해제를 허용하고 이로써 채권자에게 대항할 수 있도록 하는 것이 간명하다는 논거를 제시한다.

이러한 논의와 관련하여 특히 처분행위의 개념을 보면,<sup>23)</sup> 일반적으로 처분행위란 관리행위에 대립되는 개념이다. 그러므로 처분행위가 아닌 관리행위나 보존행위는 금지효

21) 다만 이 견해도 이 사건과 같이 채무자가 매매잔대금을 지급 않는 상황에서 제3채무자에게 채무자의 잔금지급과 상환으로 채무자에게 소유권이전등기철차를 명한 판결이 확정된 경우에도 채무자가 잔금을 지급하지 않는다면 제3채무자로서는 그때 이행최고를 하고 계약을 해지할 수 있고, 결국 그는 확정판결의 집행력을 배제하기 위하여 청구이의의 소(민사집행법 제44조)를 제기해야 하는 문제점도 있고, 채권자로는 동시이행의 조건성취가 어려워서 결국 등기를 받지 못하게 되는 경우가 있음은 긍정하고 있다. 오창수, 148면 주 58).

22) 양창수, 채권자대위에 의한 처분금지효가 제3채무자가 채무자의 채무불이행을 이유로 매매 계약을 해제하는 것에도 미치는가?—대법원 2003년 1월 10일 판결 2000다27343사건(판례공보 2003상, 562면), 민법연구 제7권, 2003, 357면 이하; 오시영, 채권자대위권행사시 채무자의 처분권 제한을 중심으로, 47면 이하.

23) 처분행위의 의의와 관련하여 자세히 보면 다음과 같다. 법률행위는 그 효력에 따라 의무부담행위와 처분행위로 구분할 수 있고, 여기서 처분행위는 현존하는 권리의 직접적인 이전·변경·소멸을 가져오는 법률행위이다. 처분행위는 그 대상을 기준으로 하여 권리에 한정하는 견해, 권리 및 법률관계에 한정하는 견해, 권리, 법률관계 이외에 내용변경을 포함하는 견해가 있다. 여기서 좁은 의미의 처분행위는 일반적으로 권리의 양도, 즉 권리의 이전·변경·소멸을 가져오는 법률행위를 말하며, 넓은 의미의 처분행위는 취소, 상계, 해지 등 형성권의 행사와 같이 법률관계의 변동을 가져오는 법률행위를 포함하며, 넓은 의미의 처분행위는 점유이전, 청약의 거절, 급부의 승낙 등 내용변경을 포함한다. 현재 우리나라에서 처분행위 개념은 권리주체의 변경을 가져오는 양도와 연계하여 규정하고 있는데, 주로 소유권양도, 채권양도, 질권의 양도 등에서 사용되고 있다. 그러나 양도가 아닌 또 다른 처분행위, 예컨대 형성권의 행사나 현존하는 권리와 관계없는 법률관계의 변경이 존재한다. 판례(대판 2002.2.8, 2001다17633)도 “이주자 택지공급계약에 관한 청약의 의사표시는 이주대상자가 가지는 청약권의 법률적 변경에 해당하는 처분행위”라고 하여 법률관계의 변동을 가져오는 법률행위로 처분행위로 인정하고 있다. 그러므로 처분행위의 개념을 현존하는 권리의 출연과 관련된 개념으로 한정할 것인가 아니면 유효를 전제로 하는 처분개념과 연계할 것인가 문제되는데, 구체적으로 처분행위의 목적의 유효성과 관련하여 채무인수계약, 경계계약, 채무면제 등이 문제된다. 정진명, 처분행위, 고시계 2004.10., 5-6면 참조.



가 미치지 아니한다.<sup>24)</sup> 구체적으로 처분행위는 재산을 파취, 소비하는 것과 같이 재산을 손상 또는 멸실하게 하는 사실적 처분행위와 직접 재산권의 변동이라는 법률효과를 생기게 하는 법률행위 또는 준법률행위와 같은 법률적 처분행위가 포함되는데,<sup>25)</sup> 채무자의 채무불이행 사실 그 자체로는 권리변동의 효력이 발생하지 아니하여 이를 처분행위로 볼 수 없다고 할 것이다.

또한 채무자가 계약상 의무를 불이행하여 계약이 해제되도록 함으로써 권리의 변동이 생긴다고 하여, 그 권리의 변동은 법정해제의 경우에는 제3채무자의 해제,<sup>26)</sup> 실권약관이 체결된 경우에는 실권약관에 의한 권리변동이 발생하는 것이지, 채무자의 법률행위로 발생하는 것은 아니다. 채무자가 아무런 조치를 취하지 아니하여 제3채무자로 하여금 채무자의 채무불이행을 이유로 매매계약을 해제할 수 있도록 한 것을 채무자가 제3채무자에 대하여 가지는 채권을 소멸시키는 적극적인 행위로 파악할 수는 없고, 이를 두고 채무자의 처분행위로 보는 것은 처분행위의 일반적 개념과는 일치하지 않는다고 할 것이다.<sup>27)</sup>

다. 판례는 원래의 의미의 처분에 해당하지 않는 경우에도 그 행위가 대위권행사의 목적을 좌절시키는 결과를 초래하는 경우에는 이를 채권자에 대하여 주장할 수 없다는 태도를 취한다. 가령 채권자인 甲이 채무자 乙로부터 무효인 매매계약에 기하여 소유권 등기를 이전해 간 丙에 대하여 가지는 말소등기청구권을 대위행사한 경우에 乙이 매매계약을 추인하는 것은 대위의 대상인 말소등기청구권을 처분하는 것과 같은 것이 되므로 그 효과를 甲에게 주장할 수 없다고 한다.<sup>28)</sup>

그러나 채무자가 할 수 없는 처분의 범위에 변제의 수량은 포함되지 않는다. 즉 변

24) 그러나 이러한 보존행위, 관리행위, 처분행위라고 하는 개념은 개념이 확정되어 선행하는 것이 아니라 그것이 일의적으로 해석될 수 는 없어 확정적이고 절대적 개념이 아니다. 그러므로 상대적 불확정적 다의적 개념이다. 과연 어떤 행위가가 그러한 어떠한 행위에 해당하는지는 채권자대위권의 경우 채무자처분을 제한하는 이유, 즉 채권자의 대위권행사 이후에 채무자에게 대위의 목적인 권리의 처분을 허용하면 대위의 목적을 달성할 수 없는 상충되는 권리라고 일응 정의할 수 있다. 그러나 한편으로 채무자의 재산관리의 자유와 제3채무자가 대위채권자로 인하여 채무자가 권리를 행사하는 경우보다 불리해서도 아니된다는 이해조절범위에서의 조화점에서 그 한계를 획하지 아니하면 아니된다. 주석민법[채권총칙(1)], 773면(이상경 집필부분).

25) 김상훈, 439면.

26) 다만 형식적으로는 채무자의 채무불이행을 이유로 한 계약해제인 것처럼 보이지만 실질적으로는 채무자와 제3채무자 사이의 합의에 따라 계약을 해제한 것으로 볼 수 있거나, 채무자와 제3채무자가 단지 대위채권자에게 대항할 수 있도록 채무자의 채무불이행을 이유로 하는 계약해제인 것처럼 외관을 갖춘 것이라는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는 채무자가 그 피대위채권을 처분한 것으로 보아 제3채무자는 그 계약해제로써 대위권을 행사하는 채권자에게 대항할 수 없다고 할 것이다. 대판 2001.6.1. 98다17930도 채권가압류의 경우 원칙적으로 채무자와 제3채무자간에 채권발생원인인 계약의 합의해제가 허용되지만, 예외적으로 채무자와 제3채무자가 아무런 합리적 이유 없이 채권의 소멸만을 목적으로 계약관계를 합의해제한다는 등의 특별한 경우“에는 허용될 수 없다고 판시한 바 있다. 김상훈, 443-444면.

27) 김상훈, 439면.

28) 대판 1975.12.23, 73다1086.

제의 수량은 채권의 소멸이라는 결과를 가져오기는 하여도 이는 원래의 의미의 처분에 해당하지 않을 뿐만 아니라, 채권압류에 있어서와 같이(민사집행법 제227조 제1항) 제3채무자에 대하여 채무자에 대한 지급을 금지하는 명령이 송달되는 것도 아니다. 그리고 무엇보다도 변제의 수량은 채무자의 일반재산을 보전한다는 대위권제도의 목적을 해하지 않는다.<sup>29)</sup>

또한 채권자는 채무자를 대위하여 소유권이전등기 청구권을 대위할 수 있다.<sup>30)</sup> 이는 처분행위만이 금지될 뿐 권리의 관리·보존행위까지 금지되는 것은 아니므로, 채권자대위권 행사의 목적에 반하지 않기 때문이다.<sup>31)</sup> 한편 금지되는 것은 처분행위만이 아니며, 권리의 행사도 허용되지 않는다고 하여야 한다. 따라서 통지 등이 있는 후에는 채무자는 소제기도 하지 못한다.<sup>32)</sup>

## 2. 채권의 압류 또는 가압류의 경우와의 비교

또한 채권에 대한 처분제한의 전형적인 사유인 채권의 압류 또는 가압류의 경우와 비교하여 보면 이상의 처분의 범위확정이 조금 더 명확해 진다.<sup>33)</sup> 이는 대상판결에서도 언급하고 있는 바이다.

판례는 채권 압류 또는 가압류의 처분금지효는 그 채권의 발생원인인 법률관계<sup>34)</sup>에

29) 대판 1983.3.22, 80다1416.

30) 대판 1991.4.12, 90다9407는 부동산의 전득자(채권자)가 양수인 겸 전매인(채무자)에 대한 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 양수인을 대위하여 양도인(제3채무자)을 상대로 처분금지가처분을 한 경우의 피보전권리 및 그 가처분 후 양수인이 양도인으로부터 넘겨 받은 소유권이전등기의 효력에 대하여, “부동산의 전득자(채권자)가 양수인 겸 전매인(채무자)에 대한 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 양수인을 대위하여 양도인(제3채무자)을 상대로 처분금지가처분을 한 경우 그 피보전권리는 양수인의 양도인에 대한 소유권이전등기청구권일 뿐, 전득자의 양수인에 대한 소유권이전등기청구권까지 포함되는 것은 아니고, 그 가처분결정에서 제3자에 대한 처분을 금지하였다 하여도 그 제3자 중에는 양수인은 포함되지 아니하므로 그가 처분 후에 양수인이 양도인으로부터 넘겨받은 소유권이전등기는 위 가처분의 효력에 위배되지 아니하여 유효하다.”고 하였다.

31) 대판 2007.9.6, 2007다34135는 채권자가 채무자와 제3자 사이의 근저당권설정계약이 통정허위표시임을 이유로 채무자를 대위하여 그 말소를 구하는 소송을 제기하였는데, 그 후 채무자가 제3자가 신청한 지급명령에 이의를 제기하지 않아 강제경매절차에서 부동산이 매각됨으로써 위 근저당권설정등기가 말소된 경우에, 채무자가 지급명령에 이의를 제기하지 않은 것이 대위채권자가 행사하고 있는 권리의 처분이라고 할 수 없어 제3자는 위 근저당권설정등기의 말소로 채권자에게 대항할 수 없다고 하였다.

32) 대판 1962.5.24, 4294민상251·252.

33) 민법상 채권자대위권 제도는 채권자가 채무자를 상대로 채권자대위권을 행사하는 것과 채권에 대해 압류·추심하는 것은 그 기능과 성격에서 채권압류제도와 유사한 면을 갖고 있다. 제405조 제2항에서 채권자대위권행사의 통지를 받은 후 채무자의 권리처분에 대하여 효력을 부인하는 것에 대하여 민사집행법 제227조 제1항에서의 금전채권 압류후의 채무자의 처분을 금지하는 구조는 -동일하다. 자세한 것은 김형배, 채권총론, 1998, 342-343면, 352면 참조.

34) 압류된 채권의 기초가 되는 계약관계를 청하는 개념으로 기초적 법률관계, 원인된 법률관계, 기본적 계약관계, 발생원인인 채권채무관계 등 학설과 판례에서 다양하게 상황에 따라 사용된다. 김동훈, 채권압류 후 기초적 법률관계의 처분의 효력, 민사법학 제61호, 2012, 133면 주

대한 채무자의 처분까지 구속하는 효력은 없다고 한다.<sup>35)</sup> 구체적으로 판례는 “채권에 대한 가압류는 제3채무자에 대하여 채무자에게의 지급 금지를 명하는 것이므로 채권을 소멸 또는 감소시키는 등의 행위는 할 수 없고 그와 같은 행위로 채권자에게 대항할 수 없는 것이지만, 채권의 발생원인인 법률관계에 대한 채무자의 처분까지도 구속하는 효력은 없다 할 것이므로 채무자와 제3채무자가 아무런 합리적 이유 없이 채권의 소멸만을 목적으로 계약관계를 합의해제한다는 등의 특별한 경우를 제외하고는, 제3채무자는 채권에 대한 가압류가 있는 후라고 하더라도 채권의 발생원인인 법률관계를 합의해제하고 이로 인하여 가압류채권이 소멸되었다는 사유를 들어 가압류채권자에 대항할 수 있다.”<sup>36)</sup>고 하거나, 소유권이전등기청구권의 압류 또는 가압류 후 채무자 또는 제3채무자가 매매계약 자체를 해제할 수 있는지 여부가 문제된 사안에서 판례는 “소유권이전등기청구권의 가압류나 압류가 행하여지면 제3채무자로서는 채무자에게 등기이전 행위를 하여서는 아니되고, 그와 같은 행위로 채권자에게 대항할 수 없다 할 것이나, 가압류나 압류에 의하여 그 채권의 발생원인인 법률관계에 대한 채무자와 제3채무자의 처분까지도 구속되는 것은 아니므로 기본적 계약관계인 매매계약 자체를 해제할 수 있다.”고 한다.<sup>37)</sup> 따라서 원칙적으로 채권이 압류된 후에도 기초가 된 계약을 당사자, 즉 채무자와 제3채무자가 합의해제 또는 해지를 통하여 소멸시키는 것이 가능하고, 이로 인해 압류는 그 대상물이 없어져서 실효된다는 것이 판례의 논리이다.

이와 같은 채권 압류 또는 가압류의 경우에 제3채무자가 채무자의 채무불이행을 이유로 계약을 적법하게 해제할 수 있음과 비교하여, “채권자대위권이 행사된 경우에 제3채무자가 채무자의 채무불이행을 이유로 계약을 적법하게 해제한 것을 채권자에게 대항할 수 없다고 한다면, 이는 채권자가 집행권원에 기하여 정식의 강제집행절차를 통하여 채무자의 채권을 압류하는 것보다도 더욱 강력한 효력을 채권자대위에 인정하는” 것이 되어 균형이 맞지 않다는 견해가 있다.<sup>38)</sup> 이 견해는 그러면서 “이와 같이 채권자대위에서는 일반적으로 채권압류에서보다 채무자가 행할 수 있는 처분의 범위가 넓다. 물론 변제의 수령은 엄밀한 의미에서는 처분이라고 할 수 없으나, 이로 인하여 채권이 소멸된다는 점에서 이 맥락에서는 통상 처분에 준하여 처리된다. 그런데 하필 피대위채권의 발생원인이 되는 기본적 계약관계의 해제에 관하여 채무자의 처분을 더욱 제한하여야 할 이유는 없”다고 한다.<sup>39)</sup>

1) 참조.

35) 대판 1982.10.26, 82다카508; 대판 1998.1.23, 96다53192; 대판 2001.6.1, 98다17930; 대판 2006.1.26, 2003다29456 등.

36) 대판 2001.6.1, 98다17930.

37) 대판 2000.4.11, 99다51685; 대판 2006.1.26, 2003다29456 등.

38) 양창수, 360면.

39) 양창수, 361면.

### 3. 채권양도와 비교

채권자대위권 행사 통지 후 계약이 해제된 경우의 법률관계와 비교되는 예로 채권양도의 경우를 들 수 있다. 채권양도는 채권의 귀속 자체가 변경되기 때문에 처분의 제한을 문제삼기 전에 이미 채권, 더 나아가 그 처분권 자체가 다른 사람에게 이전되는 제도인데, 양수인은 채무자에게 채권양도로 대항할 수 있는데(양수채권의 이행청구), 이 경우 채무자가 양도인에 대한 사유로 양수인에게 대항할 수 있는지 문제된다.

제451조 제2항에는 “양도인이 양도통지만을 한 때에는 채무자는 그 통지를 받은 때까지 양도인에 대하여 생긴 사유로서 양수인에게 대항할 수 있다”고 규정하고 있다. 이는 채무자가 채권자에 대하여 일정한 권리 내지 정당한 이익을 갖고 있던 경우에는 그것을 채권자가 멋대로 채권을 양도하는 것만으로 빼앗길 수는 없기 때문이다.

이를 항변의 대항이라 하는데, 대항이 인정되는 항변은 다음과 같다.: ① 변제에 의해 채권이 전부 혹은 일부 소멸되어 있는 경우, ② 채권에 무효·취소 원인이 있는 경우,<sup>40)41)</sup> ③ 해제에 의해 채권이 소멸된 경우,<sup>42)43)</sup> ④ 상계가능성이 있는 경우, ⑤ 동시

40) 제451조 제2항에서 말하는 “양도인에게 대항할 수 있는 사유”란 채권의 성립, 존속, 행사를 저지, 배척하는 사유를 가리킨다(대판 1994.4.29, 93다35551). 동조 제2항의 “양도인에 대하여 생긴 사유”도 제1항의 “대항할 수 있는 사유”와 차이가 없다고 할 것이다. 만약 가장채권이 양도된 경우 제451조 제2항이 적용된다고 하면, 가장채무자는 양도인에 대한 항변사유(가장채권이어서 무효라는 것)로서 대항할 수 있다고 할지도 모른다. 그러나 제108조 제2항이 적용되면 가장채권의 양수인에 대해서는 가장채무자가 대항하지 못하고 채권양수인에게 채무를 이행하여야 하기 때문에, 결국 제108조 제2항이 적용될 사안에서는 제451조 제2항의 적용은 배제된다고 해석하게 된다. 가령 채무자가 채권이 가장채권이어서 무효라고 주장하며 이행을 거절하는 경우, 채권이 가장채권이어서 무효라는 사유는 제451조 제2항에 정하여진 ‘양도통지를 받기 전에 생긴 사유’이지만, 가장채권의 양수인은 제108조 제2항의 제3자에 해당하기 때문에 제451조 제2항이 그대로 적용되지 않는다. 즉 채권양수인이 악의인 경우에만 제451조 제2항이 적용된다. 따라서 채무자는 채권양수인의 악의를 입증한 경우에만 가장채권이라는 이유로 채권양수인에게 대항할 수 있다.

41) 대판 2011.4.28, 2010다100315 갑이 대부업체에게서 대출금에 대한 담보제공 요구를 받자, 을 소유 주택에 전입신고한 후 을 명의의 제1임대차계약서를 위조하여 대부업체에 교부하면서 그 업체에 대출금 상당액을 실제 투자하였던 병에게 임대차보증금 반환채권을 양도한다는 취지의 채권양도계약서를 작성해 주었다가, 나중에 을과 임대사실을 부인하지 않기로 통보하여 을이 대부업체 직원의 전화 문의에 임대사실을 시인하는 답변을 하였는데, 그 후 갑이 제1임대차계약서와 계약일자, 임대차기간 등이 전혀 다른 제2임대차계약서와 채권양도계약서, 채권양도통지서를 다시 작성하여 병에게 교부하였고 병이 채권양도통지서를 을에게 발송하여 다음날 도달한 사안에서, 위 채권양도통지서에 기재된 보증금반환채권은 제1임대차계약의 보증금반환채권이 아니라 제2임대차계약의 보증금반환채권으로 보아야 하고, 제2임대차계약에 관하여는 갑과 을 사이에 어떠한 통보가 있었다거나 그로 인해 허위표시가 성립되었다고 볼 수 없음에도, 제1임대차계약의 보증금반환채권에 관한 채권양도계약이 제2임대차계약의 보증금반환채권에 관한 양도통지를 통해 대항요건을 갖추게 되었다는 취지로 판단하여 갑과 을 사이의 임대차계약은 통정허위표시로서 무효이나 선의의 제3자인 병에게 대항할 수 없다고 본 원심판결에는 지명채권양도와 대항요건에 관한 법리오해의 위법이 있다고 한 사례.

42) 가령 양도통지를 받은 후에 매매계약을 채권양도인이 채무불이행을 이유로 해제한 경우, 계약이 해제되어 채권이 소급적으로 무효라는 사유 또한 제451조 제2항에 정하여진 ‘양도통지를 받기 전에 생긴 사유’에 해당한다. 해제의 원인(채무불이행) 또는 해제권 행사가 양도통지

이행의 항변권이 있는 경우, ⑥ 채권에 조건·기한이 붙어 있는 경우

채권이 양도될 때까지 반대급부를 이행한다고 하는 채무가 이미 존재하고 있는 이상, 계약이 해제되어 채권이 소멸하는 원인이 늘 존재하고 있다고 볼 수 있다. 해제 자체는 양도통지 후 행해져도 양도통지를 받을 때까지 존재했던 사유에 해당한다.<sup>44)</sup>

이와 같이 본다면 권리의 귀속 자체에 아무런 변경이 없는 채권자대위권의 경우에 “채무자가 채권자대위권행사의 통지를 받은 후에 채무를 불이행함으로써 통지 전에 체결된 약정에 따라 매매계약이 자동적으로 해제되거나, 채권자대위권행사의 통지를 받은 후에 채무자의 채무불이행을 이유로 제3채무자가 매매계약을 해제한 경우 제3채무자는 계약해제로써 대위권을 행사하는 채권자에게 대항할 수 있다”고 하는 대선험결의 논리는 민법상의 여러 제도와 정합성 있는 해석이라고 판단된다.

#### 4. 채권자대위에서 제3채무자의 지위

제3채무자는 채무자에게 대항할 수 있는 항변(예: 동시이행의 항변권과 같은 본래의 의미의 항변권뿐만 아니라 채권성립의 원인되는 행위의 무효 또는 취소 등의 사유, 변제나 해제로 인한 채권의 소멸 등)으로 대위행사하는 채권자에 대해서도 대항할 수 있다. 대위권 행사로 인하여 제3채무자의 지위가 열악하게 될 수는 없기 때문이다.

그러나 제3채무자는 채무자의 채권자에 대한 항변<sup>45)</sup>으로 채권자에게 대항할 수 없

뒤에 있는 경우에도 마찬가지이다. 계약이 일방의 채무불이행으로 해제될 수 있다는 것은 계약 자체에 처음부터 내재하는 고유한 위험이기 때문이다. 한편 채권의 양수인은 제548조 제1항 단서가 정한 제3자에 해당하지도 않는다. 따라서 제451조 제2항이 그대로 적용된다. 그러므로 채무자는 해제로써 채권양수인에게 대항할 수 있다. 대판 2003.1.24, 2000다22850에서는 민법 제548조 제1항 단서 소정의 제3자의 의미 및 계약해제로 인하여 소멸되는 채권을 양수한 자는 채무자로부터 이행받은 급부를 원상회복할 의무가 있는지 여부가 문제되었는데, 판례는 “민법 제548조 제1항 단서에서 규정하고 있는 제3자란 일반적으로 계약이 해제되는 경우 그 해제된 계약으로부터 생긴 법률효과를 기초로 하여 해제 전에 새로운 이해관계를 가졌을 뿐 아니라 등기·인도 등으로 완전한 권리를 취득한 자를 말하고, 계약상의 채권을 양수한 자는 여기서 말하는 제3자에 해당하지 않는다고 할 것인바, 계약이 해제된 경우 계약해제 이전에 해제로 인하여 소멸되는 채권을 양수한 자는 계약해제의 효과에 반하여 자신의 권리를 주장할 수 없음은 물론이고, 나아가 특단의 사정이 없는 한 채무자로부터 이행받은 급부를 원상회복하여야 할 의무가 있다.”고 하였다.

43) 양도통지를 받은 후에 매매계약을 합의해제하고 채권양수인에게 이행을 거절할 수 있는지가 문제되는데, 계약이 합의해제되어 채권이 소급적으로 무효라는 사유가 제451조 제2항에 정하 여진 ‘양도통지를 받기 전에 생긴 사유’에 해당하는지에 관하여, 특히 양도통지 뒤에 합의해 제 한 경우와 관련하여, 판례는 계약의 합의해제는 계약 자체에 내재하는 고유한 위험이라고 볼 수 없는바, 양도 통지 이후에 한 합의해제로 채무자가 채권의 양수인에게 대항할 수 있다는 것은 부당하므로 양수인에게 대항할 수 없다고 한다. 대판 1993.4.27, 92다44350; 대판 1996.4.12, 95다54167; 대판 2007.6.28, 2006다85921.

44) 대판 1993.7.13, 92다4178; 대판 1997.6.27, 95다40977-40984; 대판 2000.4.11, 2000다2627; 대 판 2004.2.13, 2003다43490; 대판 2008.1.10, 2006다41204.

45) 소멸시효 완성의 주장, 취소권, 해제권 등 그 권리의 행사가 채무자의 의사에 달려 있는 항 변을 말한다. 피보전채권이 이미 변제 등으로 소멸하였다는 항변은 할 수 있다는 점을 유의 하여야 한다.

다.<sup>46)</sup> 또한 대위권 행사 통지 후 채무자의 처분에 기하여 제3채무자가 취득한 항변사유로는 채권자에게 대항할 수 없다. 즉 대위권의 행사 또는 그 행사에 대한 허가의 재판이 채무자에게 통지 또는 고지되거나 채무자가 그 사실을 어떠한 사유로든 알고 있는 경우에는 채무자는 그 권리에 관한 처분권을 상실하므로, 그 후에 채무자가 한 그 권리에 관한 처분행위에 기하여 제3채무자가 취득한 항변사유로는 채권자에게 대항할 수 없다.

#### IV. 결론에 갈음하여

이상의 논의에서 살펴본 바와 같이 채권자대위권 행사 통지 후 계약이 해제된 경우 제405조 제2항의 처분에 해당하는지 여부와 관련하여, 권리의 귀속 자체에 아무런 변경이 없는 채권자대위권의 경우에 “채무자가 채권자대위권행사의 통지를 받은 후에 채무를 불이행함으로써 통지 전에 체결된 약정에 따라 매매계약이 자동적으로 해제되거나, 채권자대위권행사의 통지를 받은 후에 채무자의 채무불이행을 이유로 제3채무자가 매매계약을 해제한 경우 제3채무자는 계약해제로써 대위권을 행사하는 채권자에게 대항할 수 있다”고 하는 대상판결의 태도변화는 이상에서 살펴본 바와 같이 민법상의 여러 제도와 비교하여 볼 때 정합성 있는 해석으로서 타당하다고 본다.

그 구체적인 이유는 다음과 같다. 이상에서 살펴 본 바와 같이 제405조 제2항은 채무자와 제3채무자의 합의 내지는 단독적 처분행위에 의하여 채권자의 권리침해가 되는 것을 막자는데 그 입법취지가 있는 것으로서, 이러한 취지를 고려한다면 제405조 제2항이 전제하고 있는 처분행위는 채무자와 제3채무자가 또 다른 제3자에게 채권자대위권의 목적인 채권관계를 처분하여 버림으로써 채권자의 대위권 행사가 무위로 돌아가는 것에 한정된다고 해석하여야 할 것이다. 또한 처분제한의 전형적인 사유인 채권압류 또는 가압류의 경우에 제3채무자가 채무자의 채무불이행을 이유로 계약을 적법하게 해제할 수 있음과 비교하여 보더라도 채권자대위권이 행사된 경우에 제3채무자가 채무자의 채무불이행을 이유로 계약을 적법하게 해제한 것을 채권자에게 대항할 수 없다고 한다면, 이는 채권자가 집행권원에 기하여 정식의 강제집행절차를 통하여 채무자의 채권을 압류하는 것보다도 더욱 강력한 효력을 채권자대위의 경우에 인정하는 결과가 된다는 점에서 더욱 그러하다. 나아가 채권양도의 경우와의 비교 및 제3채무자의 지위 등에 비추어 대상판결의 결론은 타당하다 할 것이다.

46) 대판 1993.3.26, 92다25472; 대판 1995.5.12, 93다59502; 대판 2004.2.12, 2001다10151.

## 참 고 문 헌

- 김동훈, 채권압류 후 기초적 법률관계의 처분의 효력, 민사법학 제61호, 2012
- 김상훈, 채권자대위권행사 통지 후의 해제와 민법 제405조 제2항의 '처분', 자유와 책임 그리고 동행 : 안대희 대법관 재임기념, 사법발전재단, 2012
- 김학동 외, 로스쿨 채권총론, 2012
- 김형배, 채권총론, 1998
- 남효순, 채권자대위권의 개정에 관한 연구, 민사법학 제55호, 2011
- 민법안심의록(상), 1957
- 명순구, 실록 대한민국 민법 3, 2010
- 오시영, 채권자대위권행사시 채무자의 처분권 제한을 중심으로, 판례연구 제17집(상), 서울 지방변호사회, 2003
- 오시영, 채권자대위권행사시 채무자의 처분권 제한을 중심으로, Jurist 396호, 2003
- 오창수, 채권자대위소송의 실천적 의미-당사자의 지위 및 소송요건을 중심으로-, 법과 정책 제16집 제1호, 제주대학교 법과 정책 연구소, 2010
- 양창수, 채권자대위에 의한 처분금지효가 제3채무자가 채무자의 채무불이행을 이유로 매매 계약을 해제하는 것에도 미치는가?-대법원 2003.1.10. 판결 2000다27343사건(판례 공보 2003상, 562면), 민법연구 제7권, 2003
- 주석민법 제3판, 1999
- 정진명, 처분행위, 고시계, 2004

투고일자 : 2013. 11. 01

수정일자 : 2013. 12. 13

게재일자 : 2013. 12. 23

국문초록

## 채권자대위권 행사 통지 후 계약이 해제된 경우 민법 제405조 제2항의 ‘처분’에 해당하는지 여부

배성호(영남대)

본 연구에서는 제405조 제2항의 연혁과 입법취지를 살펴보고, 다음으로 다른 처분제한제도와 비교한 후, 채권자대위에서 제3채무자의 지위 등에 관하여 살펴봄으로써, 판례의 태도변화가 타당한지 여부를 살펴보고자 하였다.

채권자대위권 행사 통지 후 계약이 해제된 경우 제405조 제2항의 처분에 해당하는지 여부와 관련하여, 권리의 귀속 자체에 아무런 변경이 없는 채권자대위권의 경우에 “채무자가 채권자대위권행사의 통지를 받은 후에 채무를 불이행함으로써 통지 전에 체결된 약정에 따라 매매계약이 자동적으로 해제되거나, 채권자대위권행사의 통지를 받은 후에 채무자의 채무불이행을 이유로 제3채무자가 매매계약을 해제한 경우 제3채무자는 계약해제로써 대위권을 행사하는 채권자에게 대항할 수 있다”고 하는 대상판결의 태도 변화는 민법상의 여러 제도와 비교하여 볼 때 정합성 있는 해석으로서 타당하다고 본다. 그 구체적 이유는 제405조 제2항은 채무자와 제3채무자의 합의 내지는 단독적 처분행위에 의하여 채권자의 권리침해가 되는 것을 막자는데 그 입법취지, 처분제한의 전형적인 사유인 채권압류 또는 가압류의 경우에 제3채무자가 채무자의 채무불이행을 이유로 계약을 적법하게 해제할 수 있음과의 비교, 채권양도의 경우와의 비교 및 제3채무자의 지위 등에 비추어 대상판결의 결론은 타당하다 할 것이다.

주제어: 채권자대위권, 통지, 처분제한효, 처분행위, 해제, 합의해제