

〈논문〉

## 양도채권 · 피압류채권 채무자의 상계주장\*

金宇星\*\*

### 요약

채권이 양도되거나 압류되었을 때, 채무자는 채권양수인 또는 압류채권자에게 상계를 주장할 수 있는가? 민법 제498조, 제451조의 해석에서 상계주장이 가능하다는 점에 이론은 없으나, 그 범위에 대해서는 다양한 견해가 있다. 본 논고는 채권양수인에 대한 상계주장의 근거인 민법 제451조와 압류채권자에 대한 상계주장의 근거인 민법 제498조는 달리 해석되어야 한다고 본다. 통상 반대급부를 한 채권양수인의 이익과 채권유통(거래)안전의 보호는, 기존의 채권자 중 1인이 압류를 한 경우보다 중하다. 민법 제498조는 다른 일반채권자들보다 반대채권을 가진 제3채무자에게 피압류채권에서의 우선 변제를 예정하고 있다. 이는 양 채권들 사이에 건련관계를 의제한 것으로 볼 수 있으나, 민법 제451조의 해석에 있어서까지 이를 관철할 필요는 없다. 이때 건련관계는 의제될 것이 아니라 입증될 것이다.

민법 제498조에 관해서는, 한때 압류명령 송달 당시 양 채권이 모두 변제기에 도달해있을 것을 요하였다가, 수동채권의 기한이익은 포기할 수 있음을 이유로 자동채권만 변제기에 도래하여 있기만 하면 된다는 견해가 자리 잡았다. 이후 상계의 담보적 기능이 강조됨에 따라, 대립하는 채권이 존재하기만 하면 변제기가 통지나 송달 이후에 도래하더라도 상계를 인정하여야 한다는 논의가 구축되었고, 대법원은 민법 제498조의 해석에 있어 수동채권보다 자동채권의 변제기가 먼저 도래하는 경우는 상계가 가능하다는 태도를 취하기에 이르렀다. 그 반대편에는 변제기 선후를 묻지 않고 채권이 존재하기만 하면 모두 상계가 가능하다는 입장이 자리하고 있다. 변제기 선후가 채무자의 상계주장 가부를 가르는 절대적 기준이 될 수 있을까. 오히려 채무자회생법의 상계는 회생개시결정 또는 파산선고 당시에 채권이 성립되어 있기만 하면 상계가 가능한 것으로 보고 있다.

기준시점에 이미 상계적상에 있었던 경우가 아닌 이상, 그 이후의 상계의 가부는 양 채권 사이에 건련관계가 인정될 수 있는가에 달려있다. 따라서 상계의 추급력에 해당하는 민법 제451조는 채권양도통지 당시 자동채권의 변제기가 도래하지 않으면

\* 본 논고에 대해 의견을 주신 익명의 심사위원분들과 경희대학교 법학전문대학원에 재학 중인 陳旻聖 군에게 感謝드립니다.

\*\* 삼성전기 주식회사 변호사.

채무자가 양 채권 사이에 견련관계를 입증할 경우에만 상계가 허용될 것이다. 반면 일반채권자들에 대한 우선변제적 지위를 정한 민법 제498조에서 양 채권 사이의 견련관계는 의제될 수 있으며, 별도 규정이 없는 이상 채권이 존재하기만 하면 수동채권이 소멸하기 전에는 양 채권의 상계를 주장할 수 있다고 봄이 상당할 것이다. 우리 법은 상계의 추급력과 우선변제적 지위를 규정하고 있을 뿐, 상계를 담보물권과 같은 것으로 정하고 있지 않다. 그렇다면 상계의 담보적 기능을 일반화하여 마치 상계를 물권과 유사한 것으로 취급하는 것은 이를 간과한 것은 아닐까?

주제어: 상계, 압류, 채권양도, 파산, 회생

## I. 서 론

민법은 쌍방의 동종 채무가 이행기에 도래한 때 의사표시만으로 대등액의 채무를 소멸할 수 있는 권리로 상계를 규정하고, 상계할 수 있었던 시점에서의 소급효를 인정한다(민법 제492조, 제493조). 이는 의사표시를 요하지 않는 프랑스나 소급효를 인정하지 않는 영국과는 다른 방식으로,<sup>1)</sup> 독일민법에 그 연원이 있다.<sup>2)</sup> 상계를 한 자는 ① 자신의 (자동)채권으로 (수동)채무를 ‘간이하게 변제’하는 동시에, ② (자동)채권의 만족을 위해 상대방의 (수동)채권을 ‘압류·전부’하는 효과를 얻는다.<sup>3)</sup> 일방의 의사표시로 위 법률효과를 야기한다는 점에서 상계는 제한되는데, 자동채권에 동시이행항변 등의 상대방 권리가 존재하는 경우는 ①의 측면에서, 수동채권의 압류가 불가능하거나 현실적인 이행이 요구되는 경우는 ②의 측면에서 상계가 금지된다(민법 제496조, 제497조). 한편, 상계의 소급효는 의사표시 전에 수동채권에 이해관계 있는 제3자의 이익을 해칠 수 있어,<sup>4)</sup> 특히 그 보호가 논의

1) 프랑스민법 제1347조(프랑스(구)민법[2016. 2. 10.자 개정 이전 민법] 제1290조). 영국법상 상계는 이헌묵, “영국법상 상계제도와 영국법이 적용되는 채권의 상계와 관련한 국내법상의 문제”, **저스티스**, 제142호(2014. 6), 42-43면; 김기환, “채무의 견련관계가 상계에 미치는 영향”, **민사법학**, 제67호(2014. 6), 77-81면 참조.

2) 일본(구)민법 재산편 제520조는 프랑스민법에 따라 법정상계를 규정하였으나, 일본민법 제506조에서 의사표시에 의한 상계로 전환하였으며, 민법 제493조는 이를 계수했다(민의원 법제사법위원회 편, **민법안심의록**(1957), 297-298면).

3) 이들을 상계의 ‘간이결제기능’, ‘자기(사적)집행기능’이라 한다(이동진, “상계의 담보적 기능”, **민사법학**, 제70호(2015. 3), 448면).

4) 자동채권을 제3자에게 양도하거나 제3자가 자동채권을 (가)압류한 경우 자동채권의 채권자는 상계할 수 없다. 채권을 양도한 이상 상계적상은 소멸하여 수동채무만 부담할

된다.<sup>5)</sup> 양도채권·피압류채권의 채무자가 채권양수인이나 지급금지명령 신청채권자에게 상계를 주장할 수 있는지의 문제이다.

채권양수인 보호에 관하여, 민법 제451조는 채무자에 대한 대항요건을 구비하였는지의 문제로 접근한다. 대법원은 채무자가 이의를 보류하지 않고 승낙을 한 경우라도, 양수인이 그 사유에 대해 악의·중과실이라면 승낙 당시까지 생긴 사유로써 대항할 수 있고, 채무자의 승낙 당시 이미 상계를 할 수 있는 원인이 있었다면 비록 상계적상에 있지 아니하였더라도 그 후 상계적상이 생기면 채권양수인에게 상계를 주장할 수 있다고 한다. 이는 양수인의 악의·중과실을 요건으로 민법 제451조 제1항의 적용을 배제하면서, 대항할 수 있는 사유에 승낙 당시 ‘원인이 있었다면’ 변제기가 도래하지 않은 채권으로의 상계를 포함한 것이다.<sup>6)</sup> 양도인이 채권양도 통지를 한 경우에 있어서는, 채무자에게 통지가 도달한 때 (1) 양 채권이 상계적상에 있거나 (2) 자동채권의 변제기가 도래하지 않았다면 양도된 수동채권의 변제기와 동시에 또는 그보다 먼저 도달하는 경우에 상계주장이 가능하다는 고등법원 판결이 있다.<sup>7)</sup> 한편 지급금지명령 신청채권자의 보호에 관하여는, 민법 제498조에서 채무자는 지급금지명령이 효력을 발생한 후에 취득한 채권으로 상계를 주장할 수 없다고 규정한다. 문언에 충실한 반대해석은 지급금지명령의 효력이 발생하기 전에 채권을 취득하지만 하면 상계가 가능할 것이나, 대법원은 (1) 압류의 효력발생 당시 상계적상에 있었거나, (2) 채무자의 반대채권이 압류 당시 변제

---

뿐이며(대법원 2011. 4. 28. 선고 2010다101394 판결), (가)압류로 인해 채권자의 추심권한이 국가로 귀속되어 상계는 불허되기 때문이다.

- 5) 권윤직 편집대표, **민법주해[XI] 채권(4)**(박영사, 1995), 347-349면(윤용섭 집필부분); 김용담 편집대표, **주석 민법 채권총칙(4)**(한국사법행정학회, 2014), 520-523면(조용구 집필부분); 권태상, “채권의 압류와 상계: 대법원 2012. 2. 16. 선고 2011다45521 전원합의체 판결”, **법학논집**, 제20권 제1호(2015. 9), 339면.
- 6) 대법원 1999. 8. 20. 선고 99다18039 판결. 동 판결이 무제한설을 취한 것이라 전제하거나(홍준호, “지명채권양도에 대한 이의 보류 없는 승낙의 효과와 상계항변의 단절 여부”, **민사판례연구**, 제23권(2011), 285면; 장재현, “상계에서 몇 가지 문제”, **법학논고**, 제28집(2008), 519면), 무제한설과 변제기선도래설 중 어떤 입장인지 정확히 알 수 없다는 평석도 있다(이상주, “압류된 채권에 대한 상계의 허용요건”, **자유와 책임 그리고 동행**(안대희 대법관 재임 기념 논문집)(2012), 396-399면; 이동진(주 3), 461면). 그러나 동 판결은 양도채권과 반대채권 사이의 실질적인 관계(원인)가 예정되어 있을 수 있음을 이유로 승낙 당시 양수인의 악의 등에 대한 추가심리가 필요하다는 입장으로, 오히려 실질관계기준설에 가깝다고 본다. 자세한 내용은 후술한다(III. 3. 나. 참조).
- 7) 서울고등법원 1997. 12. 26. 선고 97나23473 판결. 채권양도와 상계에 있어서도 명시적으로 변제기선도래설을 따른 판례이다.

기에 달하지 아니한 경우에는 피압류채권인 수동채권의 변제기와 동시에 또는 그보다 먼저 변제기에 도달하는 경우로 상계의 범위를 제한한다.<sup>8)</sup> 흥미로운 부분은 제3자 보호에 관한 민법 제451조, 제498조는 상계규정과 달리 프랑스민법에 연원이 있다는 점이다.

지난 2세기 동안 독일, 일본, 한국에서 양도채권·피압류채권 채무자의 상계 가능 범위는 확대되었다. 이들 국가에서 상계는 소급효가 있어, 채무자는 (1) 상계적상 이후에는 동일범위에서 쌍방의 채권이 소멸할(한) 것을 기대하고, (2) 상계적상에 이르기 전이라도 향후 채권이 모두 변제기에 도래하면 수동채권을 자신의 채권 만족 수단으로 삼을 수 있다는 일정한 신뢰를 가지게 된다. 여기서 상대방뿐만 아니라 제3자에 대해서도 수동채권 채무자의 신뢰를 보호할 필요성이 논의되었는데, 이것이 상계의 담보적 기능의 출발점이다. 그런데 돌이켜보면 그 보호는 수동채권에 대해 적극적 권리행사에 나아간 제3자의 희생을 대가로 하는 것으로, 제3자는 공시조차 되지 않는 사정으로 그의 권리행사를 제한받게 된다. 이러한 결과에 충분한 근거는 있는가? 최근 상계의 담보적 기능 자체에 의문이 제기되었으며,<sup>9)</sup> 본 논고는 그 연장에서 수동채권 채무자의 상계에 관한 관례의 태도를 비판적으로 검토하고자 한다. 이를 위해 제3자에 대한 상계주장의 근거를 살피고(II.), 채권양수인에 대한 상계주장(III.)과 지급금지명령을 신청한 채권자에 대한 상계주장의 타당성을 차례로 검토한다(IV.). 끝으로 파산상계의 특수성을 분석한 후(V.), 논의를 정리한다(VI.).

## II. 제3자에 대한 상계주장의 근거

### 1. 채권양수인에 대한 상계의 추급력

민법 제450조는 채무자의 승낙과 양도인의 통지를 지명채권양도의 대항요건으로 규정하고, 민법 제451조에서 대항요건의 효과를 이의를 보류하지 않은 승낙과 채권양도통지로 분설한다. 통설은 이의를 보류한 승낙의 효과를 양도통지와 동일하게 본다.<sup>10)</sup> 민법 제451조 제1항은 이의를 보류하지 않은 승낙의 효과로, 채무자

8) 대법원 1982. 6. 22. 선고 82다카200 판결; 대법원 2012. 2. 16. 선고 2011다45521 전원합의체 판결; 대법원 2015. 1. 29. 선고 2012다108764 판결.

9) 이동진(주 3), 447면 이하 참조.

는 “양도인에게 대항할 수 있는 사유(㉔)”로 양수인에게 대항하지 못한다고 규정한다. 한편, 이의를 보류한 승낙이나 채권양도통지를 한 경우, 채무자는 동조 제2항에 근거해 “통지를 받은 때(또는 승낙을 한 때)까지 양도인에 대하여 생긴 사유(㉔)”로써 양수인에게 대항할 수 있다. 그런데 판례와 학설은, 채무자가 이의를 보류하지 않은 승낙을 했더라도 양수인이 해당 사정을 알았거나 모른 데 중대한 과실이 있는 경우, 채무자는 ㉔의 사유를 대항할 수 있다고 해석한다.<sup>11)</sup> 여기서 두 대항할 수 있는 사유인 ㉔와 ㉔의 관계에 의문이 있을 수 있다. 前者는 채무자가 이의를 보류하지 않았음에도 양수인의 악의 등을 고려해 일정부분 대항할 수 있는 권리를 허용한 것으로, 채무자가 일방적인 통지를 받거나 이의를 보류한 승낙을 한 後者에 비해 대항의 범위가 넓어져서는 곤란하다. 채무자의 행동과 주어진 효과 사이에 평가모순이 발생하기 때문이다.<sup>12)</sup> 이에 이의를 보류한 승낙의 대항범위를 달리 보는 견해도 있다.<sup>13)</sup> 본 논고는 ㉔, ㉔의 관계를 주된 논점으로 하지 않는바 다수설과 같이<sup>14)</sup> 양자를 같은 것으로 전제하고 논의를 전개한다. 채무자의 상계주장은 다른 사유와 달리 채권 자체가 아닌 채권자의 지위로부터 연유한다는 특수성이 있으나,<sup>15)</sup> 그것이 대항할 수 있는 사유에 포함된다고 해석하는 데 판례와 학설에 이견은 없다. 결국 상계의 원인은 ‘통지를 받은(승낙을 한) 때까지 양도인에게 생긴 사유’이어야 하며, 이후에 취득한 채권으로의 상계는 원칙적으로 허용되지 않는다.<sup>16)</sup>

채무자의 양수인에 대한 상계는 타인인 양도인에 대한 채권으로 양수인이 보유한 채권과의 소멸을 주장하는 것이다. 이는 상계의 추급력(追及力)으로 앞서 살핀

10) 박윤직 편집대표, **민법주해[X] 채권(3)**(박영사, 1995), 594면(이상훈 집필부분).

11) 이른바 공신설(公信說)로서 우리나라의 通說이다. **민법주해 채권(3)**(주 10), 594면. 대법원 1999. 8. 20. 선고 99다18039 판결.

12) 예컨대 앞서 언급한 고등법원 판결처럼 상계에 관한 ㉔의 범위를 변제기 선도래어부로 제한하여 해석할 경우, ㉔의 범위는 그와 같거나 좁게 보아야 할 것이다.

13) 홍준호(주 6), 302-303면은 “전조 1항의 승낙이 있는 경우에는 그 승낙 당시에 적어도 그 기초가 되는 법률관계가 성립되어 있으며 채무자가 상계의 의사표시를 한 채권에 한하여 채권양수인이 그 채권의 존재 및 상계 의사표시의 존재에 관하여 알고 있었던 경우에만 상계의 항변을 할 수 있다”고 하여, ㉔의 범위를 좁게 해석한다.

14) **민법주해 채권(3)**(주 10), 591, 594면 참조.

15) 정병호, “지급 금지된 채권 또는 양도된 채권을 수동채권으로 하는 상계에 관한 민법개정안”, **서울법학**, 제24권 제1호(2016), 220면(상계항변에 대해 별도의 조항을 신설한 민법개정안에 대해서는 246-247면 참조).

16) 양수인이 해당사유를 알았거나 알 수 있었더라도, 이의를 보류하지 않은 승낙 이후에 발생한 사유로 채무자가 대항할 수 없다(대법원 1984. 9. 11. 선고 83다카2288 판결 참조).

민법 제451조에 근거하나 그 주장이 허용되는 범위는 명확하지 않다. “양도인에 대하여 생긴 사유”는 해석이 필요한 부분이기 때문이다. 이에 대해, (1) 대항요건 당시 상계적상에 있을 것을 요구하거나(상계적상설), (2) 수동채권의 기한이익은 포기할 수 있으므로 자동채권만 변제기에 도래하면 된다고 하거나(완화된 상계적상설), (3) 그 전에 채권을 취득하기만 하면 족하고 변제기 도래여부는 무관하다거나(무제한설),<sup>17)</sup> (4) 상계적상에 없었을 경우는 자동채권의 변제기가 수동채권의 그것보다 동시에 또는 먼저 도래하여야 한다(변제기선도래설)<sup>18)</sup>는 등의 견해들이 제기된 바 있다. 오늘날 양 채권이 모두 변제기에 도래해야 한다는 엄격한 의미의 상계적상설은 더 이상 주장되지 않는다. 고등법원 판결 중에 명시적으로 변제기선도래설을 따른 것이 있고, 대법원은 무제한설의 입장을 취했다고 평가되기도 하나 의문이다.<sup>19)</sup>

## 2. 채권자 평등에 대한 예외의 근거

가. 지급금지명령 신청채권자에 대한 우선변제적 지위

피압류채권의 채무자(제3채무자)는, 그 채권에 지급금지명령을 신청한 채권자와 마찬가지로 반대채권을 보유한 채권자일 뿐이다. 그럼에도 불구하고, 제3채무자는 다른 채권자의 지급금지명령이 있어도, 반대(자동)채권의 실현을 위해 상계로써 피압류(수동)채권을 집행할 수 있다. 지급금지명령의 효력이 발생한 후에는 집행에 참여한 일반채권자들 사이에 평등배당이 예정되는 것과 달리, 제3채무자에게 질권과 유사한 우선변제적 지위를 인정한 것이다. 이는 민법 제498조에 명문의 근거를 두고 있다. 본 규정상 제3채무자는 지급금지명령을 받은 후에 취득한 채권으로는 신청채권자에게 상계로 대항할 수 없으나, 반대해석으로 그 전에 취득한 채권에 의한 상계로는 대항이 가능하다. 위 지급금지명령에는 압류뿐만 아니라 가압류,<sup>20)</sup> 국세징수법상 체납처분으로 이루어지는 압류<sup>21)</sup>가 포함된다. 이 경우는 상계의 추

17) **민법주해 채권(3)**(주 10), 574면(이상훈 집필부분); 장재현(주 6), 521면.

18) 김용담 편집대표, **주식 민법 채권총칙(3)**(한국사법행정학회, 2014), 394-395면(최수정 집필부분); 홍준호(주 6), 289면; 최영덕, “채권양도에 있어 채무자의 상계항변”, **원광법학**, 제24권 제3호(2008. 9), 74면; 서울고등법원 1997. 12. 26. 선고 97나23473 판결.

19) 주 6, 주 7, III. 3. 나. 참조.

20) 일본민법 제551조는 일본 구민법 제528조의 압류[差押]를 지급금지명령으로 바꾸어 가압류가 포함됨을 분명히 하였다.

급력이 아닌 채무자와의 상계를 다른 채권자들에게 우선하여 주장할 수 있는지의 문제로, 지급금지명령의 효력이 발생하기 전에 취득한 채권으로의 상계를 예정하고 있음은 명백하나, 상계가 가능한 채권 범위에 대해서는 침묵하고 있다.

논리적으로 명제가 참이더라도 역은 참이 아닐 수 있어 반대해석은 다양한 해석의 가능성을 낳는다. 민법 제498조 문언에 충실한 반대해석으로는, (1) 지급금지명령의 효력 발생 전에 취득한 채권이기만 하면 상계가 가능할 것이나(무제한설),<sup>22)</sup> (2) 효력 발생 당시에 상계적상에 도래해있어야 한다거나(상계적상설), (3) 자동채권이 변제기에 있으면 족하다는 견해(완화된 상계적상설),<sup>23)</sup> (4) 상계적상이 없더라도 자동채권의 변제기가 선도래하거나(변제기선도래설),<sup>24)</sup> (5) 거래의 객관적·실질적 관계에 비추어 상계에 대한 합리적 기대가 있어야 상계가 가능하다는 견해(실질관계기준설)<sup>25)</sup>도 모두 민법 제498조에 저촉되지 않는다. 연혁상으로 민법 제498조는 일본민법 제511조(일본(구)민법 재산편 제528조 제1항)에, 다시 일본(구)민법은 프랑스(구)민법 제1298조 제2문에 각기 뿌리를 두고 있는데, 프랑스(구)민법 제1290조는 의사표시가 필요 없는 법정상계를 전제하고 제1298조 제1문 또한 “상계는 제3자의 권리를 해하지 못한다”고 정하고 있어, 제2문은 압류 후 상계적상이 발생한 모든 경우가 금지되는 것으로 해석되었다.<sup>26)</sup> 그리하여 일본(구)민법 계수 당시 위 규정은 프랑스(구)민법의 취지를 좇아 상계적상설로 해석되었으나, 학설과 판례는 상계의 담보적 기능을 고려해 (가)압류 이후 상계적상에 이른 경우에

21) 대법원 1979. 6. 12. 선고 79다662 판결; 대법원 1985. 4. 9. 선고 82다카449 판결.

22) 김병재, “제3채무자가 가압류채무자에 대한 반대채권으로써 상계할 수 있는 요건”, **민사판례연구**, 제10권(1998), 87면 이하; 김영진, “지급이 금지된 채권을 수동채권으로 하는 상계”, **민사판례연구**, 제35권(2013), 303면 이하; 이상훈, “압류된 채권과 상계”, **사법연수원논문집**, 제5집(2008), 156-157면; 김시수, “피압류채권을 수동채권으로 한 제3채무자의 상계”, **대법원판례해설**, 제10호(1989), 17면; 임상민, “상계와 채권압류의 우열”, **판례연구**, 제24집(2013), 370-375면; 윤진수, “금융기관의 수신거래와 여신거래(2)”, **BFL**, 제11호(2005. 5), 74-75면; 대법원 2012. 2. 16. 선고 2011다45521 전원합의체 판결 중 대법관 김능환, 안대희, 이인복의 반대의견.

23) 강구욱, “금전채권의 압류와 상계”, **외법논집**, 제38권 제2호(2014), 111면 이하.

24) 이재성, “전부명령과 제3채무자의 지위”, **대한변호사협회지**, 제106호(1985. 4), 60면; 정구태, “피압류채권을 수동채권으로 한 제3채무자의 상계권 행사의 허용범위”, **고려법학**, 제66호(2012. 9), 381면; 양창수, “은행거래와 상계”, 김건식·남효순 공편, **금융거래법강의**(법문사, 1999), 103면; 대법원 2012. 2. 16. 선고 2011다45521 전원합의체 판결 중 다수의견 및 보충의견.

25) 이범주, “전부명령과 상계항변”, **재판의 한길**(김용준헌법재판소장 화강기념)(1998), 663면.

26) 개정 프랑스민법 1347조의7은 상계는 제3자의 권리를 해하지 못한다고만 규정한다.

도 상계가 가능한 것으로 확대하였고, 이후 일본 최고재판소는 무제한설을 취하기에 이른 것이다.<sup>27)</sup> 이렇게 민법 제498조의 상계주장 범위는 법 해석의 영역으로 남겨졌다.

#### 나. 채무자회생법상 우선변제적 지위

채무자 회생 및 파산에 관한 법률(이하, ‘채무자회생법’이라 함) 제144조, 제417조, 제578조에서는, 파산 및 회생, 개인회생 절차에서 채권자의 상계권을 규정하고 있다. 특히 파산 및 개인회생에서는 파산(개인회생)채권의 현재화(現在化), 금전화(金錢化)로 인해, 제3채무자는 파산선고 이전에 성립된 일체의 채권으로 수동채권과 상계할 수 있다(채무자회생법 제417조, 제578조). 이는 민법 제498조에 대해 무제한설을 취한 것과 유사하나, 금전화로 인해 동종의 채권임을 요하지 않고 수동채권자의 모든 재산을 둘러싼 전방위적인 상계가 진행된다는 점에서 본질적 차이가 있다. 이를 소위 ‘파산상계’라 한다. 그 기원인 공화정 말기 로마법에서는 파산재단매수자가 파산재단에 속하는 소권을 행사할 경우 상대방이 파산자에 대하여 파산채권을 가지고 있다면 상계한 잔액만을 청구하도록 강제되었는데, 상계에 있어서 동종의 채권임을 요하지 않았고 기한부 채권인 경우도 가능했다.<sup>28)</sup> 이러한 연원에 따라 오늘날에도 많은 법제에서는 파산절차에서의 상계요건을 완화하고 있다. 파산선고 시 파산채권자는 채무자 재산을 통한 채권실현에 곤란을 겪는다. 이와 같은 상황적 특수성에서, 특정 채권자가 수동채권 전부를 파산재산에 제공하면서도 자신의 자동채권은 극히 일부만을 변제받고, 향후 채권실현 가능성을 사실상 상실하는 것은 공평에 반한다는 사고가 파산상계에는 전제되어 있다. 반면에, 기업회생의 경우는 회생개시결정이 있더라도 채권신고 시점까지 상계적상이 있을 때 상계가 가능하도록 하여, 민법 제498조에 대해 무제한설을 취한 것과 동일한 결과를 취한다(채무자회생법 제144조, 파산상계도 실질적으로 무제한설과 동일한 결과가 된다). 다만 그 행사시점이 제한되는데, 기업회생에 있어서는 회생계획안에 따른 기업의 계속이 전제되고 회생절차를 통한 채권의 만족을 예정하고 있어, 일정시기까지 채권채무의 범위를 명확히 하고자 한 것이다.<sup>29)</sup> 회생절차에서는 현재화, 금전화가 되지 않으므로 파산상계와 달리 상계범위가 확장되지는 않는다. 한편, 채무자회생법은 채

27) 민법 제498조의 입법연혁은 이동진(주 3), 462면 참조.

28) 최병조, “로마법상의 상계”, 서울대학교 법학, 제43권 제1호(2002. 3), 219-229면.

29) 서울중앙지방법원 파산부 실무연구회, 회생사건실무[상](박영사, 2008), 321면.



권자 평등의 요청을 반영해 파산절차, (개인)회생절차에서 상계를 제한하는 별도의 규정을 두고 있다(채무자회생법 제145조, 제422조, 제587조).

### 3. 상계의 담보적 기능

모든 자동채권의 변제기가 파산선고 시점으로 현재화되는 파산 또는 개인회생절차상의 상계나, 회생채권 신고시점까지 상계적상에 도달하는 채권에 한해 상계를 허용하는 명시적인 규정이 있는 기업회생절차상의 상계 이외에는 제3자와의 관계에서 상계가 가능한 자동채권의 범위(민법 제451조, 제498조)는 해석의 영역으로 남겨져 있다. 이 해석에서 중추적 기준으로 작동하는 것이 채무자가 수동채권에 대해 가지는 신뢰를 이유로 한 “상계의 담보적 기능”이다. 일반채권자는 압류·전부로서 권리를 실행할 때조차도 경합하는 다른 압류 채권자를 배척할 수 없는 것을 고려하면, 민법 제498조는 압류경합과 무관하게 제3채무자의 상계를 통한 우선변제를 예정하고 있다는 점에서 상계권자의 일반채권자에 대한 우선적 지위가 확인되며, 상계의 담보적 기능은 여기에서 착안된다. 학설은 상계의 담보적 기능의 본질을 형평 관념<sup>30)</sup> 또는 채무자의 신뢰에서 찾는다. 형평은 상호간에 채권·채무를 부담하고 있는 이상, 일방에게 자신의 채권 만족 가능성을 묻지 않고 상대방에게 변제하도록 함으로써 결과적으로 쌍방의 채무 이행의 정도에 불균형을 낳는 것은 부당하다는 인식에서 출발한다. 이는 쌍무계약에 있어 동시이행의 관계에 있거나 불안의 항변권이 인정되는 경우가 아니더라도, 상호간 공평을 추구하여 동종채권들에 대해서 담보력을 의제하는 것이다. 다만, 상계의 결과가 제3자에게도 항상 공평할 것인지는 의문이 있다.<sup>31)</sup> 특히, 파산 및 개인회생의 경우는 현재화, 금전화로 인해 동종채권이 아니더라도 광범위한 영역에서 일괄적인 상계가 예정되는데, 그 결과가 정당한 것인지는 추가적인 검토가 필요하다(후술하는 V. 참조). 다음의 근거인 채무자의 신뢰는, 반대채권의 존재만으로 수동채권의 채무자는 상계에 대한 정당한 기대를 예정한다는 점이다. 이것이 물권적인 권리로 고양되지는 않으나, 상계적상에 이르면 특정한 방식을 요하지 않는 의사표시만으로도 언젠

30) 미국판례도 상계의 근거를 형평 관념에서 파악한다. Carr. v. Hamilton, 192 U.S. 252, 255 (1889); J. Butler Studley v. Boyston Nat'l Bank of Boston, 229 U.S. 523, 33 S.Ct. 806, 808 (1913).

31) 이동진(주 3), 454면; **민법주해 채권(4)**(주 5), 348-349면(윤용섭 집필부분)도 같은 취지이다.

지 대등액의 소멸을 주장할 수 있으므로, 상계적상에 이르기 전이라도 대립되는 채권을 통해 자신의 채권 실현이 가능하다는 점에 일정한 기대가 형성된다. 이와 같은 신뢰 내지 기대는 정당한 것으로서 보호되어야 하는데, 상계는 이를 배려한 제도로써 ‘공평유지기능’을 수행한다고 평가된다.<sup>32)</sup> 다만, 위와 같은 상계의 담보적 기능의 정당성에 대해서는 의문이 제기되고 있다.<sup>33)</sup>

### Ⅲ. 채권양도와 상계

#### 1. 제451조의 해석

##### 가. 대항요건으로서의 통지와 승낙

우리 법상 상계가 독일민법을 계수하였음은 앞서 살핀 바와 같으나, 채권양수인에 대한 채무자 상계의 근거규정은 프랑스민법에 연원이 있다. 독일민법에서는 양도인과 양수인 사이의 채권양도 의사표시만으로 채권양도의 효력은 발생하며, 필요한 경우 선의의 채무자를 보호하는 형식을 취한다. 독일민법 제406조는 채무자에게 양수인을 상대로 상계할 권리를 규정하고, 다만 (1) 채무자가 양도사실을 알고 반대채권을 취득하거나, (2) 양도채권의 이행기가 반대채권의 이행기보다 먼저 도래할 경우에는 그 권리를 제한한다. 반면, 프랑스(구)민법 제1690조는 통지와 승낙을 채무자에 대한 대항요건으로 규정하고, 그 종류에 따라 채무자에 대한 효과를 달리 정함으로써 쌍방의 균형을 모색한다. 민법 제451조는 後者の 방법에 의한다.<sup>34)</sup>

프랑스민법은 법정상계(*ipso jure operation of set-offs*)를 취하므로,<sup>35)</sup> 채권양도 당시 상계적상이 이미 도래하였을 경우 해당 채권은 소멸되어 양도가 불가능하다.

32) 민법주해 채권(4)(주 5), 349면(윤용섭 집필부분); 주석 민법 채권총칙(4)(주 5), 519-520면(조용구 집필부분).

33) 상계의 담보적 기능에 있어, 형평과 신뢰 논변에 대한 분석과 비판으로는 이동진(주 3), 447면 이하.

34) 프랑스민법과 독일민법의 관련 규정은 정병호(주 15), 240-243면; 민법주해 채권(3)(주 10), 574면(이상훈 집필부분) 참조.

35) 프랑스민법 제1347조. 나폴레옹 민법초안이 로마법상 *compensatio*를 받아들여 법정상계를 취하게 된 과정은 Michael E. Tiger, “Automatic Extinction of Cross-Demands: *Compensatio* from Rome to California”, *California Law Review*, Vol. 53 (1965. 3), pp. 226-247. 한편 최근 개정된 프랑스민법 제1348조는 재판상 상계 또한 규정하고 있다.

이에 프랑스(구)민법 제1295조 제1항은 양도인이 채권을 양도하는데 채무자가 아무런 이의를 보류하지 않고 승낙을 했다면, 채무자는 그 전의 상계로 양수인에게 대항할 수 없다는 특별규정을 두어 양자의 균형을 꾀하고 있다. 한편, 통지에 관해 프랑스(구)민법 제1295조 제2항이 양도통지는 그 통지 이후의 상계를 방해한다고 정하는데, 이는 i) 통지 이후에 취득하거나 ii) 확정되어 이행기가 도래한 채권으로 양수인에게 상계를 주장할 수 없다고 해석된다. 법정상계 및 대항요건을 취한 논리적 귀결이다.<sup>36)</sup> 민법 제451조는 위 프랑스(구)민법 제1295조를 상계 이외의 항변으로 범위를 확대하여 계수한 것인데, 민법은 법정상계가 아니라 채무자의 상계의 의사표시로 상계적상 시점으로 소급될 뿐이어서 단순히 상계적상에 있었다는 사정만으로 채권양수인에게 대항할 수 있는가에 의문이 있을 수 있다.<sup>37)</sup> 해당 규정은 프랑스민법을 계수한 것이나, 법정상계가 인정되지 않는 우리 법제에서는 달리 해석할 필요가 생긴 것이다. 본디 채권양도에 대항할 수 있는 사유란, 양도된 채권의 불성립, 무효나 취소, 해제 또는 변제, 공탁, 경개, 면제 등 채권 자체와 관련된 것으로, 상계적상을 이유로 한 상계항변은 채권 자체가 아닌 채권자·채무자의 지위와 관련된 특수성이 있음을 지적하면서 별도 규정의 신설이 입법론으로 주장되기도 한다.<sup>38)</sup> 그러나 적어도 해석론으로 상계항변이 대항할 수 있는 사유에 해당함에 이론(異論)은 없다.<sup>39)</sup>

#### 나. 대항할 수 있는 사유로서 상계

이의를 유보하지 않은 승낙이 있을 때는, 이미 상계적상에 있었다라도 채무자가 양수인에게 상계를 주장할 수 없음은 민법 제451조 제1항 규정상 명백하다. 우리

36) 승낙과 통지는 대항요건이므로 그 이후의 법정상계만을 차단하는 것이나(제1항, 제2항), 이의를 유보하지 않은 승낙의 경우에는 양수인의 보호를 위해 예외적으로 승낙 이전의 법정상계까지 주장하지 못하게 한 것이다(제1항). 개정 프랑스민법은 제1347조의5에서 제1항의 내용만을 규정하고 있다.

37) 얼마 지나지 않아 바로 폐기되었으나, 대법원 1972. 12. 26. 선고 72다2117 판결은 압류 당시 이미 상계의 의사표시를 하지 않았으면 압류 및 전부명령을 얻은 집행채권자에게 대항할 수 없다고 하여, 의사표시가 있을 것을 설시하기도 했다.

38) 윤철홍, “채권양도의 승낙과 통지의 효력(민법 제451)에 대한 개정론”, **동아법학**, 제52호(2011), 522-525면; 정병호(주 15), 220-221면. 항변을 권리 부작형과 권리 비부작형으로 구분한 후 상계를 후자의 것으로 보아, 상계에 대한 입법조치가 필요하다고 한다.

39) **민법주해 채권(3)**(주 10), 592-593면(이상훈 집필부분); **주석 민법 채권총칙(3)**(주 18), 394-395면(최수정 집필부분).

는 법정상계를 취하고 있지 않으므로, 프랑스와 달리 권리포기 및 채권의 부활과 같은 별도의 구성을 취할 필요도 없다. 오히려 문제는 채무자가 양수인에게 양도인에 대한 채권으로 상계주장을 하는 경우에 있다. 판례와 학설은 채무자가 이의를 유보하지 않은 승낙이 있었다더라도, 양수인이 대항할 수 있는 사유가 있었다는 점을 알았거나 모르는 데 중과실<sup>40)</sup>이 있을 경우는 채무자는 이를 주장할 수 있다고 해석한다.<sup>41)</sup> 또한 제451조 제2항의 단순 통지가 있을 경우에도 채무자는 그 통지를 받기 전에 양도인에게 생긴 사유를 양수인에게 주장할 수 있다. 이의를 유보한 승낙의 경우도 같다. 그렇다면 제1항과 제2항의 대항할 수 있는 사유에 해당하는 채무자의 상계주장의 범위는 어디까지인가?<sup>42)</sup> 승낙 또는 통지가 있었던 시점을 기준으로<sup>43)</sup> 경우의 수를 나누어보면, (1) 상계의 의사표시까지 있었던 경우(범주 ①), (2) 채권양도 통지 시에 상계적상에 있는 경우(범주 ②), (3) 채권양도 통지 시에 반대채권은 변제기에 도래했으나 양도채권의 변제기는 변제기에 도래하지 않은 경우(범주 ③), (4) 채권양도 통지 후에 반대채권이 변제기에 도래하나 양도채권보다 변제기가 앞서거나 동시인 경우(범주 ④), (5) 통지 후에 반대채권의 변제기가 도래하나 양도채권보다 뒤인 경우(범주 ⑤), (6) 채권양도 통지 후에 반대채권을 취득하는 경우(범주 ⑥)로 점차 확대할 수 있다.

범주 ①은 채권의 소멸사유이므로 대항할 수 있는 사유에 당연히 포함되고, 범주 ⑥은 제451조 제2항의 반대해석상 허용되지 않음이 명백하다.<sup>44)</sup> 한편, 범주 ②는 쌍방의 채권이 상계적상에 있어 법률규정에 의해 채무자에게 상계권이 발생하는 사정이 된다. 행사에 달리 특별한 방식을 요구하지도 않는다. 그렇다면 채무자는 의사표시만으로 자신의 채권만족을 위해 수동채권을 집행할 수 있는 권리를 취득한 것인데, 채권자가 일방적으로 제3자에게 수동채권을 양도함으로써 이를 박탈하는 것은 부당하다. 상계적상으로 상계권이 발생하였다는 사정은 취소나 해제와 동일하게 채무자의 일방적 의사표시만으로 채권 자체의 존립을 결정할 수 있는 권리를 보유한 것으로 평가할 수도 있다. 이에 상계적상이 있었던 경우, 채무자가 채권 양수인에게 대항할 수 있다는 데 이견은 없다. 채무자가 양도채권에 관한 자신의

40) 중과실에 대한 비판으로 홍준호(주 6), 280-283면 참조.

41) 대법원 1999. 8. 20. 선고 99다18039 판결.

42) 양자가 같은 것으로 전제한다는 점은 앞서 언급한 바와 같다.

43) 이하의 논의에 있어, 지급금지명령 송달시점, 회생개시결정 시점, 파산선고 시점을 기준으로 본문의 경우의 수는 동일하다.

44) 다만, 후술하는 III. 3. 나. 참조.

기한의 이익을 포기함으로써 같은 효과를 누릴 수 있었던 범주 ③ 역시 동일한 법적 평가가 가능하다.<sup>45)</sup> 그런데 판례와 학설은 여기서 더 나아가, 범주 ④, 범주 ⑤에 있어서도 채무자가 채권양수인에게 상계주장을 할 수 있는 것으로 해석하려는 경향이 있다. 앞서 언급한 서울고등법원 97나23473 판결은 양도통지 당시에 반대채권이 변제기에 이르지는 않았으나 향후 반대채권이 변제기에 도래하면 해당 시점에 양도채권에 대한 자신의 기한의 이익을 포기하고 상계할 것을 기대한다는 이유로, 범주 ④의 경우에도 채무자의 상계주장을 허용한다. 독일민법은 명문으로 이를 정하고 있다(변제기선도래설). 그 보호의 범위를 더욱 확대하여 반대채권이 양도채권보다 먼저 변제기에 도래하였는지 여부를 묻지 않고 범주 ⑤의 경우도 채무자를 보호해야 한다는 입장도 있다. 일본 최고재판소는 그와 같은 태도를 취한다(무제한설). 그런데 채무자가 상계를 기대하였으리라는 가정은 항상 옳지는 않을 것인데, 상계적상에 이르기 전에 수동채권이 양도된 경우까지 이를 의제하여 채무자의 상계를 일률적으로 허용하는 것이 타당할까? 그러한 채무자의 기대는 항상 보호되어야 하는 것인가?

## 2. 향후 상계적상이 있을 것이라는 기대

### 가. 민법 제498조와의 구분

앞의 범주 ④까지 상계를 인정하는 견해[변제기선도래설]나 범주 ⑤까지의 보호를 주장하는 견해[무제한설]는 채권양도 통지 당시 향후 상계적상이 발생할 것이라는 채무자의 신뢰를 보호해야 한다고 주장한다. 그러나 이것이 보호할 만한 신뢰인지, 단순한 기대인지에 대해서는 숙고가 필요하다. 민법 제498조는 지급금지 명령을 신청한 일반채권자들에 대해 제3채무자의 상계를 인정함으로써 우선변제적 지위를 인정하고 있다. 그러나 위 우선변제적 지위와 채권양수인에 대한 상계의 추급력 문제인 제451조는 구분되어야 한다고 믿는다.<sup>46)</sup> (1) 제451조의 해석에 있어서는 채권유통의 안전(양수인의 보호)과 채무자의 이익(양도에 의해 채무자에게 각별히 불이익을 주어서는 안 된다는 요청) 사이의 조화에 본질이 있는데, 이는 잠정적 처분에 해당하는 지급금지명령의 실효성 확보요청과는 차이가 있다. (2)

45) 과거 일본에서 기한이익의 포기에는 소급효가 없음을 이유로 이를 부정하고, 엄격한 상계적상설을 취한 시기도 있었다(III. 4. 참조).

46) 奥田昌道, 法學講義[民法4 債權總論](悠々社, 2007), 347면.

채권의 양수인은 수동채권 자체의 이전을 목적으로 할 뿐이어서, 양도인이 반대채무를 가지고 있는 것은 양 채권 사이에 견련관계<sup>47)</sup>가 있다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 채권양도의 거래목적에서 고려할 필요가 없다. 이는 채권 자체가 아닌 양도인에 대한 고려이기 때문이다. 반면에 지급금지명령을 신청한 채권자는 자기채권의 실현을 위해 채무자 보유채권에 잠정적 조치를 요청한 자로, 이때 피압류채권은 채권 자체보다는 채무자의 책임재산이라는 측면에 그 본질이 있다. 그리하여 수동채권에 대해 제3채무자의 우선적인 집행방법(상계를 의미한다)이 인정되면, 지급금지명령 신청채권자는 채무자의 다른 책임재산에 대한 집행을 모색한다. (3) 특히 채권양수인은 양도의 대가로 실질적인 반대급부를 출연함으로써 새로운 이해관계를 형성한다는 점을 고려하면, 이미 존재하는 채권의 실현을 위해 지급금지명령을 신청한 채권자의 지위는 그보다 상대적으로 낮다. 민법 제451조는 채권양도의 대항력의 문제로 채무자의 이익과 채권유통의 안전 사이의 조화로운 해석을 모색하는 데 집중해야 할 것이며, 채권양도와 지급금지명령은 위와 같은 차이를 가지고 있는바 민법 제498조 규정 취지는 그 해석에 있어 하나의 고려가 될 뿐이다.<sup>48)</sup>

민법 제451조를 기준으로 경우를 수를 검토하면, 통지나 승낙 당시 상계적상에 있거나 이에 준하는 경우(범주 ②, 범주 ③)는 채무자에게 양도채권을 집행할 수 있는 구체적 권리인 상계권이 발생한 것으로, 이는 해제권, 취소권과 마찬가지로 채권의 존립자체를 결정할 수 있는 구체적 권리로 볼 수 있다. 이때 채무자의 위권리는 양도인이 채권을 양도하더라도 채권 자체에 잔존한다. 그리하여 승낙 당시 양수인이 이 사실을 알았거나, 채무자가 이를 유보했거나, 채권의 존재를 사전에 채무자로부터 확인하지 않고 단순 통지만으로 양도해버린 경우에 있어, 채권양수

47) 견련관계 또는 견련성은 같은 거래 또는 밀접하게 연관된 거래에서 발생한 채권들 사이에 인정되는데, 양 채무가 동일한 법률관계에서 발생하였고, 같은 기회에 소멸하는 것이 부당하다고 볼 특별한 사정이 없거나, 두 채무가 다른 법률관계에서 발생하였더라도 관련 법률관계를 종합적으로 고찰하여 하나의 법률관계로 볼 수 있거나, 다른 법률관계라 하더라도 같은 기회에 소멸시켜야 할 밀접한 경제적 연관성이 있는 경우를 말한다. 단순히 상계예약이 있다고 하여 인정되는 것은 아니며, 제반사정을 고려하여 양 채무 사이에 경제적 연관성을 인정할 수 있는지를 판단하여야 한다. 이상의 견련관계에 관한 정의 및 용어사용의 적절성은 김기환(주 1), 108-112면 참조.

48) 정구태(주 24), 413면도 일본에서의 흐름을 소개하고 있는데, 1) 압류와 달리 채권양도는 대가를 수반하므로 거래안전을 도모할 필요가 크다는 점, 2) 양도금지특약의 유효성을 인정하는 것으로 보호될 수 있다는 점을 밝히고 있다.

인이 인식할 수 있었던 위 사정을 감내하는 것에 큰 불합리는 없다. 그러나 통지나 승낙 당시 상계적상이 없었던 범주 ④, 범주 ⑤에서는 채무자에게는 양도채권을 장래 반대채권의 변제 수단으로 삼을 수 있다는 가능성이 있었을 뿐, 아직 상계권과 같은 구체적인 권리가 발생한 것은 아니다. 상계의 담보적 기능을 강조하는 견해는 “반대채권의 변제에 양도채권 집행을 예정하였다는 신뢰”를 이에 준하는 것으로 평가하나, 실제 거래에서 당사자들이 그와 같은 신뢰를 항상 부여하는지 의문이다. 서로 다른 거래관계에서 이러한 담보가 예정되지 않는 경우도 적지 않다. 예컨대, 甲이 乙에게 휴대폰과 TV를 제조하여 공급하면서 휴대폰 제작과 관련해 乙이 甲에게 유상 사급자재(賜給資材)를 공급한 경우, 채권채무관계가 복잡해져 이를 제거할 특별한 필요가 발생했을 때에 이르러서야 TV 대금과 휴대폰 사급자재 대금 사이에 별도의 (상계)계약을 맺어 이를 단순화한다. 그 다른 거래가 매매계약이라는 동종(同種)의 거래일 때도 이러한데, 임대차와 소비대차와 같은 이종(異種)의 거래관계에서는 어떠할까? 그도 그럴 것이, 각 채권은 성립과 존립에 있어 거래관계의 상황적 요소에 구속을 받는데, 당사자가 이를 무시하고 채권을 무색의 것으로 보아 상이한 거래의 채권들 사이에 담보적 관계를 예정한다는 점은 사실 쉽게 의제될 성격은 아니다. 그나마 후술하듯 민법 제498조에서는 혹시나 있었을 그 신뢰를 의제해 “다른 채권자에 대한 관계에서 우선적 변제가능성을 인정”하는 것은 일면 수궁할 부분이 있으나,<sup>49)</sup> 민법 제451조의 대항력 판단에 있어서는 당사자 사이의 합의를 통한 권리변동이 전제된다는 점에서, 상계적상에 있지 않은 양 채권 사이에 건련관계를 의제하여 “채권양수인에게 채권 자체의 범위를 제한”하는 사유로 일률적으로 확장하는 법리는 재고를 요한다. 이는 당사자가 실제 담보를 예정하지 않은 경우에 대해서까지 신뢰를 의제해 불측의 이익을 채무자에게 부여하고, 다시 채권 자체에 예정되지 않았던 불측의 손해를 채권양수인에게 부과하는 결과가 되어 사적자치에도 어긋나기 때문이다. 만일 그 결과를 당사자가 의도했을 경우는 채권양도 금지약정을 체결할 수 있다는 점에서도 그러하다(민법 제449조 제2항 참조). 민법 제451조는 권리변동에 있어 채무자와 채권양수인 사이의 균형을 찾는 것인데, 채권 자체의 이전에 주된 목적을 둔 채권양수인에게 채권과 무관하게 양도인에 대해 발생한 사유를 일률적으로 확장하는 것은 조화로운 해석으로 보기는 어렵다.

요컨대 민법 제451조는 원칙적으로 상계적상이 발생하여 수동채권을 소멸시킬

49) 이에 대해서는 IV.와 V.에서 자세히 다룬다.

수 있는 상계권이 발생한 범주 ③까지로 제한함이 옳다. 채권양도 통지 당시에 이행기가 도래하지 않은 반대채권이 존재한다는 사실은, 수동채권 자체의 효력을 좌우할 정도로 채권에 접근했다기보다는 아직 채무자와 양도인 사이에 존재하는 별개의 사정에 지나지 않는다. 반대채권의 성립 당시, 채무자가 양수채권에 대해 어떠한 신뢰를 부여하는지, 그 신뢰가 보호할 만한 것인지는 일률적으로 확정될 수는 없으며, 실제 신뢰를 부여하였다면 그것이 표시되거나 신뢰에 근거가 되는 사정이 있어야 한다. 그 입증을 통해 양 채권 사이에 견련성이 인정될 경우에는 채권양수인에게 그 제한을 주장하는 것이 정당화될 수 있으므로 채무자의 채권양수인에 대한 상계가 허용된다(실질관계기준설). 만일 채무자의 신뢰를 보편적인 것으로 의제해 범주 ④나 범주 ⑤에까지 채무자의 상계주장을 허용하려면, 그 결과가 제451조에서 정한 채무자의 이익과 양수인의 이익 사이의 조화에 부합하여야 할 것인데, 앞서 살펴보았듯이 그 결과는 오히려 실망스럽다. 이는 거래안전 측면에서도 그러하다.

#### 나. 채권유통(거래)의 안전

상계적상에 이르지 않은 시점에 수동채권의 권리변동과 통지가 있었는데(범주 ④ 및 범주 ⑤), 채무자에게 통지 후 변제기에 이른 반대(자동)채권으로 채권양수인에 대한 상계주장을 허용하는 것은 양수인의 이익뿐만 아니라 거래안전의 측면에서도 적지 않은 혼란을 야기한다. 대법원 2014. 10. 27. 선고 2013다91672 판결의 원고는 전세권자 겸 임차인인 소외인으로부터 전세권설정자 겸 임대인인 피고에 대한 임대차보증금반환채권을 양수받으면서 전세권에 관해 근저당권을 설정하였는데, 소외인과 피고 사이의 임대차 관계가 합의 해지되어 임대차보증금반환채권이 발생하였고, 근저당권자는 전세금반환채권에 물상대위를 행사하였다. 이에 대해 피고는 “근저당권 설정 이전”에 소외인에 대해 발생한 대여금반환채권을 반대채권으로 상계를 주장하였다.<sup>50)</sup> 채권에 대한 물상대위를 위해서는 압류가 필요한데, 압류가 있으면 저당권설정시점을 기준으로 다른 저당권자나 권리자들 사이의 우열을 판단한다.<sup>51)</sup> 위 판결은 ‘압류된 때’ 전세권설정자가 전세권자에 대해

<sup>50)</sup> 원심(대구지방법원 2013. 10. 31. 선고 2013나353 판결)은 전세권은 임대차계약에 기한 임대차보증금반환채권을 담보하기 위해 설정된 것이고, 임대차보증금반환채권은 당연히 발생하는 임대인의 채권만을 담보하는 것이므로, 전세권설정자인 피고는 임차인인 소외인에 대한 대여금채권으로 전세금반환채권에 대하여 물상대위권을 행사하는 원고에 대해 상계로 대항할 수 없다고 하였다. 그러나 대법원은 이를 부정하였다.



여 반대채권을 가지고 있다 하더라도 그러한 사정만으로는 전세권설정자가 전세권저당권자에 대항할 수는 없다고 하여, 채권자가 상계로 이미 설정된 물권인 전세권저당권에 우선할 수 없음을 명확히 하였다.<sup>52)</sup> 그러나 ‘근저당권 설정 당시’ 상계적상에 이르지 않았으나 반대채권이 있었고 변제기가 수동채권보다 먼저 도래할 경우에는 저당권설정자의 상계주장이 허용된다고 판시하였다. 판례의 태도는 찬동하기 어렵다. 원고의 근저당권설정은 전세권이 가지는 고유한 가치에 대해 물권으로서 저당권을 설정한 것이고, 전세금반환채권은 전세권의 변형이므로 압류로 인한 물상대위의 효력은 일반채권자로서의 압류가 아닌 물권의 설정으로서 채권질(債權質)의 실질을 가진다. 그렇다면 채무자의 상계주장은 압류와 상계에 관한 민법 제498조를 적용할 것이 아니라,<sup>53)</sup> 전세금반환채권에 대해 질권을 설정 받은 자에 대한 상계주장의 가부로 평가되었어야 한다.

민법 제349조는 지명채권에 대한 질권의 대항요건으로 민법 제451조를 준용한다.<sup>54)</sup> 그 결과 채권질권은 승낙과 통지로 대항력을 취득하며, 앞서 살핀 논의가 적용된다. 상계적상이 발생한 후 질권이 설정된 경우 질권자는 상계권의 제한을 받는 채권을 담보로 취득한 것으로서 이때 담보채권의 채무자는 상계로써 질권자에 대항할 수 있을 것이다. 반면에 담보채권의 채무자와 질권설정자(채권자) 사이에 상계적상이 발생하지 않은 상태에서 담보채권에 질권을 설정한 경우는, 채권 자체에 구체적 권리[相計權]가 인정되기 전이다. 이 경우에도 채무자가 상계로써 질권자의 청구에 대항할 수 있게 하는 것은, 향후 담보채권의 실행에 있어 ‘물권(채권질권)에 비해, 질권설정자에 대한 채권(자동채권)을 앞세우는 결과’가 된다.<sup>55)</sup> 이는 특별규정이 없는 한, 일반적인 집행절차에서 예정하지 않은 것으로 거래안전에 미치는 영향은 작지 않다. 상계의 담보적 기능을 강조하는 견해는, 채무자는 담보채권을 자신의 질권설정자에 대한 반대채권의 집행에 공여하겠다는 신뢰를 형성하였음을 주장할 것이다. 그러나 위 판결 사안에서 임대인은 임차인에게 임대차보증금을 받기 이전에 대여금반환채권이 성립하였음에도 임대차계약을 체결하면서 위

51) 대법원 2014. 9. 25. 선고 2012다58609 판결; 대법원 2009. 11. 26. 선고 2006다37105 판결; 대법원 2004. 12. 24. 선고 2004다52798 판결 참조.

52) 같은 취지의 일본판례는 最高裁判所 平成 13(2001). 3. 13. 判決(民集 第55卷 2号 363頁).

53) 판결은 참조법령으로 민법 제498조를 명기하고 있다.

54) 장재현(주 6), 519면은 질권과 상계에 대해 민법 제498조를 유추적용하나, 이는 민법 제349조의 명문의 규정에 반하는 해석이다.

55) 같은 취지에서 동 판결을 비판하는 견해로 조경임, “담보물권의 목적인 채권의 상계”, **민사법학**, 제73호(2015. 12), 9면 이하 참조.

채권을 임대차보증금으로 경개(更改)한 것이 아니라, 별도 금원을 받고 임대차보증금반환채권 및 전세권을 성립시켰다. 그것은 임대차보증금이 향후 임대차 계약에서 연채차임이나 손해배상 청구권의 담보로 기능한다는 실질을 고려하였기 때문일 것이다.<sup>56)</sup> 가사 대여금반환채권이 변제기에 도래하더라도 임대차보증금반환채권은 목적물인도와 동시이행관계에 있는데, 이를 소비대차채권으로 상계한다는 것은 임대인의 임차인에 대한 목적물인도채권에 대한 담보(동시이행항변권)를 포기하는 것이 된다. 그렇다면 위 판결 사안에서 임대차보증금반환채권이 대여금반환채권의 담보로 예정되었다는 것은 당사자의 의사에 반하는 지나친 의제가 아닐까? 특히, 본 판결에서 저당권자는 공시된 전세권의 담보가치를 신뢰하여 물권을 설정한 것인데, 그것이 사후적으로 금전이라는 동종 채권이 된 사정에 의해 담보가치가 감소하는 결과가 된다. 저당권자가 가졌을 명료한 신뢰가 담보채권의 채무자가 어찌면 가졌을지 모르는 신뢰보다 덜 보호될 성격의 것인가. 더군다나 그 보호여부가 변제기 선후로 결정된다면 거래안전에 미치는 파장은 어떠한가. 이러한 점을 고려하면 질권자에 대항할 수 있는 담보채권 채무자의 상계주장은 질권설정의 통지(본 사안에서는 근저당권 설정 시점) 당시에 상계적상 및 그에 준하는 경우인 범주 ③까지로 한정하고, 범주 ④, 범주 ⑤는 예외적으로 양 채권 사이의 견련관계가 입증될 경우에 한하여 상계를 허용하는 것이 채무자 및 질권자의 이익, 채권유통(거래)의 안전을 조화롭게 해석하는 것일 터이다(민법 제349조, 제451조).

담보물권에 해당하는 채권질권 설정이 그러하다면, 그보다 중한 권리변동인 채권양도도 마찬가지이다. 독일민법은 채권양수인에 대한 상계주장 여부를 변제기 기준으로 법정하며, 일본에서의 유력한 견해도 변제기기준설이 양 이익을 조화롭게 해석한 것이라 한다. 그러나 채무자의 상계에 대한 기대라는 관점만을 볼 때는 당사자는 변제기에 따라 다른 의사를 예정하지는 않았을 것이므로 무제한설이 오히려 논리적이며,<sup>57)</sup> 수동채권 자체에서 가늠조차 할 수 없는 변제기 선후를 기준으로 질권이나 소유권 취득 등의 물권에 대항할 수 있을지를 결정하는 것은 거래안전과는 거리가 있다. 당사자가 실제 그 결과를 의도하였는지는 묻지 않고 무단히 양 채권의 견련관계를 의제한 후, 당사자들에게 불측의 이익과 손실을 주는 권

56) 원심인 대구지방법원 2013. 10. 31. 선고 2013다353 판결도 이 점에서 대여금 채권은 임대차관계에서 당연히 발생하는 채권이 아니고 따라서 보증금에 의하여 담보되지 않으므로, 전세권저당권자인 원고에게 ‘공제’로써 대항할 수 없고, 이에 더하여 ‘상계’로써도 대항할 수 없다고 하였다.

57) 이동진(주 3), 470면.

리변동(상계)을 인정하는 것은 사적자치 요청에도 어긋난다. 민법 제451조의 연원을 이루는 프랑스민법을 보아도, 통지나 승낙으로 대항력을 취득한 시점 이전의 (법정)상계만을 주장할 수 있는 것으로 해석하며, 그 이후 변제기가 도래한 것은 대항력 취득 후에 발생한 상계로 취급될 뿐이다. 판례 및 학설에서 동 규정을 변제기가 도래하지 않은 채권에까지 확장하는 것은 독일에서 촉발된 상계의 담보적 기능에 기초하고 있으나, 그것이 대항요건을 통해 대립되는 이익의 균형을 도모하는 제451조 규정에 앞설 수는 없다. 비록 의사표시는 없었더라도 상계적상을 인정할 수 있는 범주 ②, 범주 ③을 대항할 수 있는 사유로 인정함으로써 프랑스(구)민법이 동 규정으로 본디 예정하고 있던 바는 충분히 조정된 것으로,<sup>58)</sup> 범주 ④, 범주 ⑤에 대해서 원칙적으로 상계를 허용하지 않는다고 하여 그것이 부당하지 않다. 오히려, 이 경우에는 실질적으로 양 채권 사이에 상계를 인정할 필요가 있을 때에만 예외적으로 상계 허용범위를 확대하는 것이 거래안전 및 사적자치를 모두 존중하는 해석이다. 예컨대, 쌍방 간에 기한이익상실의 특약이 있거나 상계를 인정할 만한 합리적 견련성이 있는 경우가 그것이다.

### 3. 당사자 특약 및 채권사이의 견련성

#### 가. 당사자의 특약

채권양도에 반대의사를 표시함으로써(민법 제449조 제2항 참조), 채무자는 수동채권이 제3자에게 양도되는 것에 제한을 둘 수 있다. 그러나 당사자들이 자동채권과 수동채권의 견련관계를 예정하는 방법으로 기한이익상실의 특약이 보다 직접적이며 빈번하게 사용된다. 은행은 대출거래 약관에서 특정사유(파산 및 회생 신청, 예금채권에 대한 압류 등)가 발생할 경우 자동채권인 대출금반환채권의 변제기가 도래한다는 특약을 삽입함으로써, 수동채권인 예금반환채권과의 상계가 용이하

58) 김기환, 상계에 관한 연구, 서울대학교 법학박사 학위논문(2014), 167-168면; 이동진(주 3), 462면 참조. 이 점에서 **민법주해 채권(3)**(주 10), 592-593면(이상훈 집필부분)은, “明文의 규정이 있으면 더욱 좋겠으나 現行法の 해석으로도 (상계적상이 후에 생기는 경우도 상계주장이 가능하다는) 通說의 견해가 타당한 것으로 본다. [...] 佛蘭西民法의 해석상으로도 相計는 가능한 것으로 보는 것이 多數說과 判例의 態度이다.”라고 적고 있으나, 프랑스(구)민법에서 통지 전 상계가 가능한 것은 법정상계의 당연한 귀결이고 통지 후에 변제기가 도래하더라도 상계는 원칙적으로 허용되지 않는 것이므로, 마치 통설의 근거로 프랑스(구)민법을 인용한 서술 구성은 의문이다.

도록 한다. 판례와 다수설은 위 기한이익상실 특약의 유효성을 인정하고 있다.<sup>59)</sup> 그 결과 수동채권에 (가)압류 등의 사유가 있으면 자동채권은 변제기가 도래하며, 이후 전부명령 등에 의해 권리이전이 되더라도 양 채권은 이미 상계적상에 있게 된다. 이는 수동채권의 양도를 사유로 설정한 경우도 마찬가지이다. 위 특약은 수동채권에 관하여 특정 사유가 발생할 경우, 채무자에게 상계권을 행사할 수 있는 상태를 창출하는 것을 주된 내용으로 하며, 이로써 채무자는 수동채권에 대해 구체적인 권리(상계권)를 취득하고 실질적으로 변제기 미도래 채권으로도 양수인에게 상계를 주장하게 된다.<sup>60)</sup> 위 약정은 상계의 담보적 기능을 강조하던 견해가 범주 ④, 범주 ⑤에 대해 의제하였던 당사자의 의사가 표명된 경우이다. 채권양도인과 채무자 사이의 특약이 채권양수인에게 불리함은 자명한데, 대항요건으로서 채무자가 승낙을 한 경우에는 그와 같은 특약에 대해 채무자가 이익을 보류하였거나 이익을 보류하지 않은 때는 양수인이 약의에 준하는 경우에만 상계주장이 가능할 것이어서, 양수인은 이를 알면서도 자기의 책임 하에 수동채권을 취득한 것으로 볼 수 있다. 물론, 대항요건이 양도통지인 경우는 채권양수인의 약의가 고려되지 않는다. 이 점에서 해당 약정의 대외효를 부정하거나, 약정의 합리성을 따져야 한다는 견해<sup>61)</sup>가 주장된다. 그러나 당사자가 합의로 수동채권에 발생한 사유로 자동채권의 기한상실을 예정하였다면, 이로써 채무자는 해당 사유가 발생하기만 하면 언제든지 자동채권으로 상계할 수 있게 된다. 이는 채무자가 수동채권에 채권담보를 설정한 것과 마찬가지인데, 제3자가 개입되기 전에 채권자가 그와 같은 담보력을 취득하는 것은 오롯이 사적자치의 영역이고,<sup>62)</sup> 채권양수인은 그와 같은 제한이 설정되어 있던 채권을 자신의 이익에 기초해 목적했을 뿐이다.<sup>63)</sup> 다만, 거래안전의

59) 대법원 1989. 9. 12. 선고 88다카25120 판결. 기한이익상실의 특약은 내용에 따라 정지조건부 기한이익상실의 특약과 형성권적 기한이익상실의 특약으로 나누어볼 수 있다. 은행 여신거래기본약관 제7조 제1항 제1호는 정지조건부 기한상실의 특약을 예정하면서 압류통지가 발송된 때나 파산, 회사정리절차 등의 개시신청이 있을 때를 정지조건으로 하고 있는데, 그 타당성에 대해서 의문이 제기되기도 한다(윤진수(주 22), 69-70면).

60) 기한이익상실의 특약을 전제로, 의사표시 없이 상계를 예정하는 상계예약의 효력 또한 문제되나, 일반적으로 그 효력은 인정되고 있다. 상계예약과 관련된 한국 및 일본에서의 논의는 **민법주해 채권(4)**(주 5), 356-360면(윤용섭 집필부분), 김상수, “압류와 상계”, **민사법학**, 제60호(2012), 289-294면 참조.

61) 정경근, “의사표시 없는 상계에 관한 연구”, **법학연구**, 제21권 제1호(2010), 60면.

62) 최준규, “상계계약의 대외적 효력에 관한 고찰 - 2자간 상계계약을 중심으로”, **법조**, 제690호(2014. 3), 76면 이하.

63) 채권양수를 하는 자는 수동채권의 가치를 전제로 하므로, 해당 채권의 성립 및 존속을

측면에서 채무자가 그와 같은 약정의 존재를 주장할 때는 수동채권 자체나 거래정황 등을 고려하여 그 범위와 요건을 엄격히 살피는 것이 타당하다.<sup>64)</sup>

#### 나. 채권들 사이에 합리적 견련관계가 있는 경우

채권들 사이에 합리적 견련관계가 있는 경우는 상계를 폭넓게 인정해야 한다는 논의는 지속적으로 제기되었다.<sup>65)</sup> 법정상계를 취하는 프랑스에서도, 채권양도 통지 후라도 관련된 채권으로의 상계가 인정되고 있으며,<sup>66)</sup> 이는 개정 프랑스민법에 반영되어 있다.<sup>67)</sup> 이는 재판상 상계가 원칙인 영국에서도, 재판 외에서 (1) 같은 거래 또는 (2) 밀접한 거래에서 발생한 채권 사이의 형평상 상계(equitable set-off)를 인정한다는 점에서도 알 수 있다.<sup>68)</sup> 우리 법원도 견련관계가 있는 두 채권 사이의 상계를 민법 제498조 범문의 한계를 넘어 허용하는데, 예컨대 대법원 1993. 9. 28. 선고 92다55794 판결은 압류 및 전부명령을 받은 제3채무자의 자동채권이 수동채권인 피압류채권과 동시이행관계에 있는 경우는, 그 자동채권이 압류의 효력이 생긴 후에 발생한 것이더라도 피압류채권과 상계할 수 있으며, 민법 제498조에 해당하지 않는다고 판시한 바 있다.<sup>69)</sup> 특히 대법원 2005. 11. 10. 선고 2004다37676 판결은 공사대금채권이 발생한 다음에 생긴 하자 확대손해로 인한 손해배상채권을 자동채권으로 인정하였고,<sup>70)</sup> 대법원 2010. 3. 25. 선고 2007다35152 판결

---

살피는 것은 그에게 기대되는 합리적 행동이다. 그렇다면 수동채권 자체나 거래정황 등에서 그 특약을 인식할 수 있었다면, 이에 구속받도록 하는 것이 거래안전의 근간을 흔들지는 않을 것이다.

64) 예컨대, 대법원 1988. 2. 23. 선고 87다카472 판결의 사안에서 상계특약이 주장되었으나, 명문의 규정에도 불구하고 특약 조항의 취지나 다른 조문과의 관계 등을 고려하여 특약의 효력 범위를 엄격히 해석함으로써 문제된 자동채권의 변제기는 도래하지 않은 것으로 판단하고 있다.

65) 김기환(주 1), 73면 이하.

66) 김기환(주 1), 82면 참조.

67) 프랑스채권법 까탈라 개정시안 제1257조 제3항은, “채무자는 양수인에 대하여 양도인과의 관계에서 관련된 채무를 가지고 상계를 주장할 수 있다”고 명시적으로 규정하였고(정태윤, “프랑스채권법 개정시안에서의 합의의 제3자에 대한 효력과 채권의 거래”, **민사법학**, 제45-2호(2009), 165면 참조), 개정 프랑스민법은 제1324조에서 관련된 채권 사이의 상계를 채권에 내재된 제한으로 보아 채무자가 주장할 수 있는 것으로 하고, 관련되지 않은 채권은 채권양도 전에 기간이 도래하는 등으로 대항할 수 있을 때 주장 가능한 것으로 하여 이를 반영하고 있다. 프랑스에서 견련채무의 재판상 상계와 관련하여 상계의 담보적 기능을 의식하였다는 점은 이동진(주 3), 459면 참조.

68) 영국의 형평상 상계에 관하여는 김기환(주 1), 77면 이하 참조.

69) 이와 같은 취지로 대법원 2001. 3. 27. 선고 2000다43819 판결.

은 고유한 대가관계가 아닌, 서로 동일한 경제적 목적을 위해 밀접한 관련을 맺고 있어 이행상 견련관계를 인정할 수 있는 경우에 대해 상계를 허용하였다.

채권양도에 있어 무제한설을 취한 것으로 평가되는 대법원 1999. 8. 20. 선고 99다 18039 판결도 오히려 채권들 사이에 밀접한 관련성이 있는 거래에 있어서 당사자들이 상계를 예정하였는지, 이를 양수인에게 대항할 수 있는지를 심리하여야 한다는 취지로 보인다. 동 사안에서 임차인은 소외인으로부터 금전을 차용하여 임대인에게 임대차보증금을 지급하였는데, 임대인이 위 차용금을 연대보증 하되 임차인이 소외인에게 변제를 하지 않아 임대인이 연대보증 의무를 이행할 경우 발생하는 구상채권을 담보하기 위해 임차인과 임대차보증금반환채권에서 해당 금원을 공제하는 합의를 하였다. 그런데 위 차용금이 변제기가 도래하기 전에 임대차보증금반환채권이 제3자에게 양도되었는바, 임대인은 채권양수인에 대해서도 해당 공제(상계) 주장을 할 수 있는지가 문제되었다. 이에 대해 대법원은 채권양도에 대해 채무자의 승낙 당시 이미 상계를 할 수 있는 원인이 있었다면 비록 상계적상에 있지 아니하였더라도 그 후 상계적상이 생기면 채권양수인에게 상계를 주장할 수 있음을 전제로 임대인이 이의를 유보하였는지, 하지 않았더라도 채권양수인이 이를 알았거나 중대한 과실로 알지 못하였는지를 추가 심리할 것을 이유로 파기환송하였다. 만일 그 추가 심리 후 임대인이 대항할 수 있다고 판단되면, 그의 상계 주장은 “원인이 있었다” 부분에 한하는데, 본 사안에서의 원인이란 ‘발생되는 구상채권을 임대차보증금반환채권과 공제(또는 상계)하기로 한 구체적인 합의’이다. 그렇다면 본 판결은 변제기 도래 여부에 따라 일괄적인 상계를 인정하였다기보다는, 양도채권에 존재하는 당사자들의 이해관계를 확인한 후 그 반대채권사이에 합리적 견련관계로써 원인이 설정되었는지에 대한 추가심리를 이유로 환송한 것으로 봄이 상당하며, 결국 앞서 살핀 판결들과 크게 다르지 않다.

#### 4. 소결

학설은 채권양도의 대항요건 취득 당시에 상계의 의사표시가 있었거나(범주 ①), 상계적상에 있던 경우(범주 ②), 자동채권이 변제기에 도래하여 상계적상에 준하는

70) 본 판결에 대한 평석으로는 박관근, “수급인의공사대금채권이 발생한 다음 이른바 하자 확대손해로 인한 손해배상채무 등도 발생한 경우, 도급인이 위 공사대금채권에 관하여 압류 및 전부명령을 받은 전부채권에 대하여 위 손해배상채권을 자동채권으로 내세워 상계로써 대항할 수 있는지 여부”, **대법원판례해설**, 제57호(2006), 272면 이하 참조.

사정이 있는 경우(범주 ③)뿐만 아니라, 자동채권의 변제기가 도래하지 않은 범주 ④와 범주 ⑤에도 채권양수인에 대한 상계의 추급력을 확대하려는 경향이 있다. 일본판례의 동향을 보면,<sup>71)</sup> 1905년(明治 38년)에 채권양도에 있어 채권양도 통지 전에 기한의 이익을 포기하는 것은 가능하나 그 이후에는 기한의 이익을 포기하더라도 이에 소급효가 없어 효력이 없다고 하여 엄격한 의미의 상계적상설을 취하다가,<sup>72)</sup> 1933년(昭和 8년)부터 범주 ③을 포함하는 완화된 상계적상설을 취하였다.<sup>73)</sup> 1964년(昭和 39년) 이후<sup>74)</sup> 후술하는 압류[差押]와 상계[相殺]의 관계에 대해 변제기준설을 취한 일련의 판례가 계속되다, 1970년(昭和 45년) 무제한설로 확립된다. 그러던 중 1975년(昭和 50년)에 채권양도와 상계[相殺]가 정면에서 문제되었는데,<sup>75)</sup> 다수의견 및 보충의견은 채무자의 상계에 대한 기대를 보호하여야 하므로, 압류와 상계에서의 논의가 채권양도에도 그대로 적용되어야 한다며 무제한설에 따라 이를 판단한다. 그러나 재판관 후지바야시(藤林益三)는 반대의견에서 채권양도인에 대한 상계권 행사를 압류와 상계에서의 논의와 구분한 후, 채권양도에 대해서는 변제기선도래설을 취한다. 이와 같이 일본에서 채권양도에서 채무자가 양수인에게 주장할 수 있는 상계의 범위는, (가)압류 신청인에 대한 상계의 효력 범위와 함께 논의되면서 발전되어 왔고, 1975년 판결에서 명시적으로 동일한 기준의 적용을 확인하였다. 그러나 상계의 담보적 기능과 채무자의 보호만을 강조하여 민법 제498조와 제451조에 동일한 기준을 적용하는 것은, 사적자치와 거래안전이 보다 강조되는 민법 제451조 취지에 비추어 볼 때 채무자를 과잉보호하는 것이다.

압류와 채권양도는 구분되어야 하며, 후지바야시의 반대의견은 경청되어야 한다. 프랑스(구)민법에 연원을 둔 민법 제451조의 해석은 채무자의 이익과 양수인의 이익 및 거래안전 사이에 조화에 본질이 있다. 상계의 담보적 기능은 형평과 공정을 판단함에 있어 하나의 고려일 뿐이다. 현재 일본에서는 채권양도에 있어 무제한설과 변제기선도래설의 다툼이 있으나, 앞서 살펴보았듯이 본 규정은 원칙적으로 상계적상을 요한다고 해석함이 옳다고 생각한다. 대항요건 취득 후 자동채권의 변제

71) 일본최고재판소 판례의 흐름에 대해서는, 김상수(주 60), 289-294면 참조.

72) 大審院 明治 38(1905). 3. 16. 判決(大審院民事判決錄 11輯 367頁); 大審院 大正 1(1912). 11. 8. 判決(大審院民事判決錄 18輯 951頁).

73) 大審院 昭和 8(1933). 5. 30. 判決(大審院民事判例集 12卷 1381頁).

74) 最高裁判所 昭和 39(1964). 12. 23. 判決(民集 第18卷 10号 2217頁).

75) 最高裁判所 昭和 50(1975). 12. 8. 判決(民集 第29卷 11号 1864頁).

기가 도래하는 사안이라도 기한이익상실의 특약과 같은 당사자의 합의나, 채권 사이에 합리적 견련관계가 있다는 구체적인 사정을 채무자가 입증한 경우에 상계를 인정한다면,<sup>76)</sup> 위 결론이 채무자에게 그리 부당하지는 않다(실질관계기준설). 우리 재판례 중에는 채권양도에 대해 명시적으로 변제기선도래설을 실시한 서울고등법원 판결이 있다. 그러나 그 외에는 채권양도에 대해서까지 범주 ④, 범주 ⑤로 일반적인 상계 가능성을 확장하였는지는 분명하지 않다. 채권양도에 대해, 대법원은 1960년에 상계적상설을,<sup>77)78)</sup> 1980년에는 자동채권만 변제기에 있으면 가능하다는 완화된 상계적상설을 취하였고,<sup>79)</sup> 1982년부터 민법 제498조의 해석에 변제기선도래설이 대두되었으나, 이들은 주로 가압류의 경우로 전부명령이 있기 전에 상계적상이 도래해 상계의 의사표시가 있었거나 기한이익상실의 특약이 있었던 경우이다. 위에서 언급한 바와 같이 대법원 99다18039 판결이 채권양도에 무제한설을 취한 것으로 평석되고 있으나, 오히려 양도채권 자체에 채무자의 상계를 예정한 특별한 사정이 있는지(양 채권 사이의 견련성)가 문제된 사안으로, 판결의 문구만으로 이를 무제한설 또는 변제기선도래설로 분류하는 것은 적절치 않다고 보인다. 그렇다면 대법원이 민법 제451조의 해석에 있어서까지 범주 ④, 범주 ⑤에 상계의 추급력을 인정하였다고 단언하기는 힘들지 않을까?

당사자들에게 대립되는 동종의 채권이 성립한 것만으로 항상 상계를 기대할 것 인지도 의문이나, 가사 그러한 기대가 있더라도 이는 (수동)채권의 존립에 영향을 미치는 사유는 아니다. 자동채권이 변제기에 이르기 전에는 수동채권을 관철하는 것을 상계주장으로 막지 못하며,<sup>80)</sup> 수동채권을 자동채권에 연결시켜 그 양도에 제

76) 견련성이 있는 경우, 법문(제498조)을 넘어서까지도 상계가 허용되고 있다.

77) 대법원 1964. 4. 14. 선고 63다813 판결; 대법원 1964. 4. 28. 선고 63다658 판결. 그러다가 대법원 1972. 12. 26. 선고 72다2117 판결에서, 전부명령에 대해 압류 전에 상계의 의사표시를 하지 않는 한 압류채권자에게 상계로 대항할 수 없고 하였으나, 이는 대법원 1973. 11. 13. 선고 73다518 전원합의체 판결에서 폐기되었다. 한편, 대법원 1974. 2. 12. 선고 73다1052 판결에서 기한이익상실의 특약을 압류 및 전부명령을 받은 채권자에게 주장할 수 있음을 확인하였다.

78) 구민법 당시의 판결 역시 상계적상설을 취하고 있다. “민법(구) 제468조 제2항에 의하여 채무자가 양도인에 대하여 생긴 사유로써 양수인에게 상계를 주장함에는 쌍방의 채권이 변제기에 있을 것을 요하므로, 채무자의 채권이 양도의 통지 전에는 아직 변제기에 있지 않았을 때에는 이로써 양수인에 대하여 상계사유로써 대항하지 못한다”(조고판 26. 11. 2 민집 13권 363면(총합 §451. 7)).

79) 대법원 1980. 9. 9. 선고 80다939 판결.

80) 이동진(주 3), 415, 473면.



한을 가하면서 자신의 자동채권은 자유롭게 양도 기타 처분할 수 있다는 것은 모순이다. 독일민법의 초안을 작성한 퀴벨은 채권양도에 있어서 비록 상계적상에 있지 않더라도 채무자가 어찌면 가졌을지도 모르는 신뢰를 보호하기 위해 양 채권 사이의 견련관계를 의제하는 법적 구성을 하였다. 그러나 이는 당사자들 사이에 그와 같은 예정이 없었던 경우, 침해될 수 있는 채권양수인의 이익과 채권유통의 안전을 간과하였을 뿐만 아니라, 오히려 당사자의 의사를 왜곡하여 사적자치에도 반할 수도 있다. 퀴벨이 우려한 양도인의 악의적인 처분행위로부터의 채무자를 보호하는 문제는 반대채권과 양도채권 사이에 견련관계가 있어 보호할 만한 기대임을 입증한 경우에 상계를 허용함으로써 달성될 수 있다. 요컨대, 민법 제451조에서 상계주장은 범주 ③까지만 보호되며, 범주 ④, 범주 ⑤에 대해서는 채권들 사이의 합리적인 견련관계를 입증할 경우에 한하여 허용함이 상당하다(실질관계기준설).

#### IV. 지급금지명령과 상계

##### 1. 전부채권자에 대한 상계의 근거 규정

###### 가. 논의의 배경

민사집행법 제223조는 채권에 대한 강제집행은 집행법원의 압류명령에 의하여 개시된다고 규정하고, 동법 제229조는 압류명령에 의하여 확정된 채권에 대하여 추심명령이나 전부명령으로 구체적인 실행에 나아가도록 한다(이를 ‘환가절차’라 한다). 압류명령과 추심·전부명령은 통상적으로 함께 하나, 그 목적 및 법적 취급은 독립적이며 경우에 따라 법원은 압류명령만을 발할 수도 있다.<sup>81)</sup> 그 중 전부명령에서 전부채권자, 채무자, 제3채무자 사이의 관계는 채권양도에서의 채권양수인, 양도인, 채무자와 다르지 않고, 제3채무자는 집행명령의 송달로 해당 사실을 고지 받는다는 점에서 채권양도 통지와 유사하다. 이에 과거 전부채권자에 대한 상계는 제451조 제2항과 같은 차원에서 다루어져 왔는데, 상계의 담보적 효력의 중요성이 부각되면서 제3채무자의 상계가능성에 대한 합리적 기대를 보호할 것인지 여부에 관한 논의로 발전되었다고 설명된다.<sup>82)</sup> 그러나 채권양도는 양도인과 양수인 사이

81) 대법원 2000. 10. 2.자 2000마5221 결정.

82) 민법주해 채권(4)(주 5), 423-424면(윤용섭 집필부분); 이춘원, “수동채권이 압류된 경우

에 법률행위에 의해 권리변동이 발생하고 채무자에게 대항하기 위해 통지, 송낙이 요구되는 것이나, 전부명령은 법원의 집행명령이 제3채무자에게 송달된 때 효력이 발생하는 것이다. 따라서 엄밀히는 대항요건에 관한 민법 제450조는 직접 적용될 수 없고, 전부명령의 송달에 민법 제450조, 제451조를 적용하는 것은 유추에 해당한다.

제3채무자의 상계주장에 있어 전부명령을 독립된 기준으로 삼을 수 있을까? 우리 판례는 지급금지명령과 전부명령을 따로 구분하지 않고, 전부채권자의 전부금 청구에 대한 제3채무자의 상계주장의 근거를 민법 제498조에서 찾는다.<sup>83)</sup> 대법원은 1980년 초까지 완화된 상계적상설에 따라 압류·전부명령을 받은 자에 대한 상계 주장 가능여부를 통일적으로 판단하여 왔는데,<sup>84)</sup> 1982년 판결에서 가압류채권자에 대한 상계에 관한 제498조 해석에 대해 변제기선도래설의 입장으로 선회하였다.<sup>85)</sup> 그 이후 대법원 1988. 2. 23. 선고 87다카472 판결은 전부금 소송에서 “채권가압류 명령을 얻은 후에 위 가압류를 본압류로 이전하는 채권압류 및 전부명령을 받은 자에 대하여 제3채무자가 가압류채무자에 대해 가지고 있던 반대채권에 의한 상계로써 대항할 수 있기 위해서는 그 압류의 효력발생 당시에 양 채권이 상계적상에 있거나 반대채권이 그 가압류 효력발생 당시 변제기에 달하여 있지 않는 경우에는 그것이 피압류채권인 수동채권의 변제기와 동시에 또는 그보다 먼저 변제기에 도달”하여야 한다고 설시하였다.<sup>86)</sup> 동 사안에서 제3채무자는 전부명령 이전에 이미 상계적상 및 상계의 의사표시가 있어 이미 피압류채권은 소멸하였으므로

상계 여부”, **고시계**, 제57권 제5호(2012), 62-63면; 이범주(주 25), 656-657면.

83) 예컨대 대법원 1973. 11. 13. 선고 73다518 전원합의체 판결은, 채권압류 및 전부명령에 있어서는 제3채무자는 그 명령이 송달되기 이전에 상계적상에 있었던 반대채권을 가지고 있었다면 상계로써 “전부채권자”에게 대항할 수 있다고 하면서, 참조법령을 민법 제498조로 들고 있다.

84) 대법원 1964. 4. 14. 선고 63다813 판결; 대법원 1964. 4. 21. 선고 63다658 판결; 대법원 1973. 11. 13. 선고 73다518 판결; 대법원 1980. 9. 9. 선고 80다939 판결.

85) 대법원 1982. 6. 22. 선고 82다카200 판결.

86) 본 사안은 1985. 6. 26. 수동채권에 대해 가압류결정이 있었고, 1986. 1. 14. 집행력 있는 판결정본으로 가압류결정을 본압류로 전이하는 압류·전부명령을 받아, 같은 달 16. 제3채무자에 송달되었는데, 제3채무자가 85. 9. 27. 상계의 의사표시로 이미 채권은 소멸하였으므로 전부명령의 효력이 없다고 주장하였다. 그런데 수동채권은 같은 달 5., 자동채권은 같은 달 25.에 각 변제기가 도래하여 변제기가 수동채권이 앞서는 상황이었는데, 판례는 변제기선도래설에 따라 제3채무자는 동 상계주장을 가압류신청채권자에게 주장할 수 없으며, 따라서 압류·전부명령이 있더라도 제3채무자의 상계주장은 배척된다고 하였다.

로 전부명령 자체가 무효라 주장하였다. 이에 대해 법원은, 상계 전에 가압류가 설정되어 있었고 양도채권보다 반대채권의 변제기가 늦게 도래하는 사안이므로 가압류명령 신청채권자에게 상계주장을 할 수 없다는 점에서 그 주장을 받아들이지 않았다(변제기선도래설). 따라서 본 사안은 가압류명령과 상계의 문제일 뿐, 전부명령과 상계의 관계가 직접 문제된 사안은 아니었다. 다만, 법원은 “전부금 청구에 대한 상계항변은 본압류 당시를 기준으로 판단하여야 한다”는 상고이유를 명시적으로 배척했는데, 여기서 전부명령에 독립적인 기준을 설정하고 있지 않음을 추론할 수는 있다.

그런데 양 채권의 변제기가 전부명령이 송달된 이후에 도래하는 경우에서도 민법 제498조가 규율하는 것이 옳은가? 이때는 제3채무자가 타인인 채무자에 대한 채권으로 전부채권자에 대한 채무의 상계를 주장하는 것으로, 오히려 채권양도에서의 추급력 문제와 유사한 면이 있다. 만일 채권양도에 관한 제451조 제2항을 전부명령의 송달에 유추한다면 이는 채권양도 통지 시점에 범주 ④, 범주 ⑤에 해당하는데, 본 논고가 취한 실질관계기준설에서는 원칙적으로 제3채무자는 전부채권자에게 상계를 주장할 수 없다. 반면에, 전부명령 송달에 독립적인 기준을 설정하지 않고 민법 제498조의 연장으로 이를 바라본다면, 전부명령 이후에 양 채권의 변제기가 도래하는 경우도 (가)압류 당시를 기준으로 제3채무자의 전부채권자에 대한 상계주장 가부가 결정될 것이다. 전부명령과 상계의 관계를 명시적으로 실시한 판례는 없으며,<sup>87)</sup> 학계에서도 크게 논의되지 않았다.<sup>88)</sup> 그러나 i) 전부명령 이후의 당사자 관계는 채권양도와 크게 다르지 않다는 점, ii) 채권양수인에 대한 채무자의 상계주장은 민법 제451조의 해석에 의할 문제라는 점, iii) 제498조의 해석은 양 채권이 상계적상에 이를 것을 전제하고 있는데, 전부명령으로 피압류채권이 전부

87) 사법연수원, **민사집행법**(사법연수원출판부, 2011), 328면. 그러나 위 책에서 인용하고 있는 대법원 1973. 11. 13. 선고 73다518 판결, 대법원 1980. 9. 9. 선고 80다카939 판결은 상계적상설에 따른 재판례이고(①의 경우), 대법원 1982. 6. 22. 선고 82다카200 판결, 대법원 1987. 7. 7. 선고 86다카2762 판결은 전부명령 전에 상계의 의사표시가 있었던 사안이어서(②의 경우), 전부명령 후 상계적상이 되는 ③의 경우에 대한 판례의 인용은 없다.

88) **민법주해 채권(4)**(주 5), 423-424면(윤용섭 집필부분)은 전부명령에서 민법 제451조에서 민법 제498조로 논의가 전개되었다고 하나, 이는 일본에서의 동향으로 한국에서는 본격적인 논의는 없는 것으로 보인다. **주석 민법 채권총칙(4)**(주 5), 655면(조용구 집필부분)에서도 민법 제498조를 적용하고 있으나, 일본에서의 논의를 추가 소개하고 있는데 그 중 구별설은 본 논고에서 제시한 문제의식을 배경으로 한 것으로 보인다.

채권자에게 이전되면 채권자의 제3채무자에 대한 반대채권과는 더 이상 대립하지 않는다는 점에서 쟁점이 있을 수 있다.<sup>89)</sup> 이하에서 자세히 살핀다.

#### 나. 환가절차에서의 상계주장

지급금지명령의 효과로 피압류채권의 처분권은 국가로 이전된다. 그리하여 채무자는 지급금지명령이 송달된 이후에는 위 채권의 처분과 영수를 하지 못하고, 제3채무자 역시 채무자에게 채권의 지급을 할 수 없다. 민법 제498조는 이에 대한 예외로, 제3채무자가 채무자에게 반대채권이 있을 경우는 지급금지명령에도 불구하고 상계를 통한 간이변제를 허용하는데, 그 결과 제3채무자는 다른 채권자들에 대해 우선변제적 지위를 누린다. 그러나 민법 제498조는 제3채무자가 상계를 주장하기 위해서는 양 채권이 상계적상에 이르러야 한다는 대원칙을 벗어나지는 못한다(민법 제492조). 본디 민법 제498조는 프랑스(구)민법에 그 입법적 연원이 있고, 프랑스에서는 제3자에 의한 압류가 있을 때는 압류 당시 ‘상계적상에 있는 경우만’ 제3채무자에게 상계주장이 가능하다고 해석하였다. 그러던 것이, 동 조항을 계수한 일본과 한국에서 상계의 담보적 기능이 강조되면서 지급금지명령이 있더라도 향후 변제기에 도래하여 ‘상계적상에 이르면’ 그 상계로 지급금지명령 신청채권자에게 주장할 수 있다고 확대해석하였고, 민법 제498조 법문은 이러한 해석에 적합했다(전술한 II. 2. 가. 참조). 요컨대, 수동채권과 자동채권이 모두 변제기에 도래하지 않은 상태에서 압류명령이 있는 경우, 양 채권이 압류명령 전에 성립되었더라도 이후 자동채권이 변제기에 도래하여 상계적상이 발생하여야 제3채무자는 압류채권자에게 상계를 주장할 수 있는 것이다.<sup>90)</sup> 그렇다면 여기서 더 나아가 압류·추심명령을 신청한 채권자가 추심을 통해 채권의 만족을 얻은 후에도 상계를 주장할 수 있을까? 가령 압류명령 중 수동채권이 변제기에 이르러 제3채무자가 자동채권의 존재를 간과한 채 변제공탁을 하고, 압류신청채권자가 추심명령을 통해 해당 금원을 모두 수령한 경우, 제3채무자가 해당 추심금에 배당참가를 하는

<sup>89)</sup> 참고로 윤경, **보전처분(가압류·가처분)의 실무**[상](법률정보센타, 2001), 제551면은 제3채무자는 전부명령 송달 전에 채무자에 대하여 상계적상에 있었던 채권을 가지고 그 송달 이후에 상계할 수 있다고만 서술하는데, 이는 532면에서 압류명령 후 생긴 채권과의 상계[...]로 채권자에게 대항할 수 없다는 서술과는 차이가 있다.

<sup>90)</sup> 수동채권의 변제기가 도래하여 그 이행을 청구할 때, 상계적상에 이르지 못한 시점에서 제3채무자가 “향후 자동채권이 변제기에 도래할 것”이라는 항변을 주장할 수는 없다.

것 외에 압류 당시 변제기가 먼저 도래하는 자동채권이 존재했음을 이유로 수령한 금원의 반환을 구하는 경우이다. 이는 허용되지 않는다. 추심명령을 얻은 채권자가 피압류채권을 추심하면 수동채권인 피압류채권은 소멸하므로 더 이상 수동채권과 자동채권이 상계적상에 놓일 가능성은 없고, 상계적상에 놓이지 않는 이상 상계권은 발생하지 않으며, 수동채권이 소멸해버린 시점에서는 상계의 추급력 또한 문제되지 않기 때문이다. 그나마 법적 구성을 하려면 제3채무자가 위 채권자에게 부당이득반환청구를 구하는 것일 터이나, 상계적상의 기회를 상실한 것을 부당이득법상 손해로 보기는 어렵고, 채권자의 채권실현에 원인이 없는 것도 아니다.<sup>91)</sup> 결국 민법 제498조를 범주 ④, 범주 ⑤로 확장하더라도 이는 향후 상계적상에 이르면 압류 등의 지급금지명령에도 불구하고 상계주장을 통해 제3채무자가 채권의 간이 변제 및 우선변제를 받을 수 있는 기회를 제공할 뿐, 상계가가능성만으로 우선변제가 실현된 것도 아니고 그 기회를 활용하지 못하였다하여 다른 채권자에게 부당이득을 구할 수 있는 실체적 권리도 아니다.

추심명령에 있어서는 실제 추심이 있기 전까지는 환가절차는 계속되고 제3채무자와 채무자의 대립되는 채권관계는 유지되므로(추심채권자는 추심권을 가질 뿐이다), 제3채무자는 추심채권자에 대항할 수 있다.<sup>92)</sup> 문제는 전부명령에 있다. 일단 전부명령이 제3채무자에게 송달되면 채권의 환가방법으로 피압류채권이 전부채권자에게 이전되고 집행채권은 소멸한다. 양 채권이 변제기에 도래하기 전에 전부명령이 있으면 그 결과 자동채권과 수동채권은 더 이상 대립하지 않아 채무자와의 관계에서는 상계적상이 발생할 수 없는데,<sup>93)</sup> 이로써 제3채무자에게 민법 제498조에서 예정되었던 기회는 사실상 소실된다.<sup>94)</sup> 피전부채권은 (가)압류 시점에서의

91) 은행이 압류 및 가압류가 이루어진 예금계좌에서 실수로 금원을 인출하여 정당한 어음소지인에게 어음금을 지급한 경우, 어음소지인이 압류 및 가압류가 이루어진 예금계좌에서 인출된 금원으로 어음금을 지급받은 사실만으로는 법률상의 원인 없이 어음금을 지급받은 것이라고 단정할 수 없다는 판결(대법원 1996. 12. 10. 선고 95다51281 판결) 참조.

92) 추심채권자도 상계의 상대방이 되는가에 대해서는 견해의 대립이 있다(민법주해 채권(4) (주 5), 382-383면(윤용섭 집필부분) 참조).

93) 윤진수(주 22), 83면 참조.

94) 제3자가 자신이 채권자에 대해 가지고 있는 채권을 자동채권으로, 채권자의 채무자에 대한 채권을 수동채권으로 하는 상계가 가능한지에 대해서 긍정설과 부정설의 다툼이 있으나, 별도의 근거 규정이 없는 한 이는 허용되지 않는다고 봄이 상당하다. 상계는 상호 간에 채권의 맞물림을 전제로 하는 것이기 때문이다(김형석, “제3자의 변제·구상·부당이득”, 서울대학교 법학, 제45권 제1호(2005. 3), 344-346면 참조).

동일성을 가지고 이전되며 채권에 관해 제3채무자가 채무자에게 주장할 수 있는 항변이 유지될 것인데, 법정상계를 취하는 프랑스민법은 채권의 소멸사실을 주장하는 것으로 항변 내용이 명쾌하나, 우리 법에서 제3채무자가 주장하는 상계항변은 ‘전부채권자의 청구에 대해 채무자[他人]에 대한 반대채권으로 상계를 주장하는 것’으로써 오히려 피압류채권에 대한 상계의 추급력 문제이다. 그렇다면 이때 제3채무자의 전부채권자에 대한 상계주장의 근거를 민법 제498조의 연장에서 찾을 것인가,<sup>95)</sup> 아니면 채권양수인에 대한 추급력의 근거인 민법 제451조 제2항을 유추할 것인가?

#### 다. 검토

쉽지 않은 문제이나 민법 제498조를 참조 조문으로 인용한 판례의 태도에 찬동한다. 전부명령은 압류명령을 전제로 발령되는 것이므로 피압류채권에 관해 민법 제498조가 설정한 제한이 전부명령에 의해 복멸되지는 않는다. 따라서 제3채무자는 가압류명령 이후에 취득한 자동채권으로는, 압류·전부명령을 받은 전부채권자의 청구에 대해 상계를 주장할 수는 없다. 앞서 언급한 대법원 87다카472 판결은 이를 확인한 것으로 타당하다. 그런데 환가절차로서 전부명령에 나아가면 전부채권자는 제3채무자의 무자력 위험을 인수하고, 전부된 채권부분에 관하여 채무자의 다른 책임재산에 대해 채권자의 지위를 상실한다. 이로써 전부채권자는 채권에 대해 독립된 이해관계를 맺은 자로 볼 수 있는데, 여기에 채권양도에서 채권양수인의 보호와 유사한 측면이 있다. 그리하여 전부명령을 기점으로 제3채무자의 이익과 전부채권자의 이익 사이에 균형을 새로이 도모할 필요성이 있고, 이를 이유로 제3채무자의 상계주장을 제한하는 구성 또한 가능할 수 있다. 본 논고는 민법 제451조 제2항의 대항할 수 있는 상계의 범위를 상계적상에 있었거나 이제 준하는 경우(범주 ③까지)로 제한하였는바, 만일 민법 제451조 제2항을 유추적용한다면 전부명령 송달 이후에 상계적상에 이르는 경우(범주 ④, 범주 ⑤)에는 원칙적으로 제3채무자의 상계주장은 불가능할 것이다. 그 결과 제3채무자의 상계에 전부명령 전에는 민법 제498조의 제한이, 전부명령 후에는 위 설정된 제한을 전제로 다시 민법 제451조의 제한이 추가될 것이다. 전부채권자 역시 법원의 명령을 통해 우선

<sup>95)</sup> 이 또한 민법 제498조의 적용범위를 본디 전제된 상계적상이 발생한 경우가 아니라, 추급력이 문제되는 경우로 확장하는 것으로서 직접 적용이 아닌 유추에 해당한다.

변제적 지위를 얻은 자라는 점, 쟁점은 채무자의 무자력 위험을 누가 부담할 것인가로 귀착되는데 집행채권의 변제기가 먼저 도래해 구체적 집행에 나아간 이상 전부채권자의 이익을 보호할 필요가 있다는 점을 고려하면, 민법 제451조 제2항의 유추적용에도 합리성은 있다.

그러나 전부채권자는 피압류채권을 이전받기는 했으나 그 지위의 본질은 채권자이다. 채권양수인은 채권 자체에 대한 권리이전에 그 목적이 있으나, 전부채권자는 채무자의 책임재산에 대한 집행을 피하였던 것으로, 전부채권의 부존재가 확인될 경우 집행채권의 변제라는 전부명령의 효과는 발생하지 않고, 전부채권자는 전부금 소송의 패소판결을 집행권원으로 하여 채무자의 책임재산에 다시금 집행을 할 수 있다. 물론 전부채권자는 제3채무자의 무자력 위험을 인수하였으나, 이는 자신의 채권에 우선변제를 확보하기 위해 스스로가 취한 집행방법에 따른 결과일 뿐이다. 무엇보다 민법 제498조에서 제3채무자는 지급금지명령 신청 전에 취득한 반대채권에 의한 상계로 지급금지명령 신청채권자를 배제할 수 있는데, 전부명령이 지급금지명령의 경합으로 무효가 되는 것과 비교할 때 제3채무자의 우선변제적 지위는 보다 공고하다. 위 규정의 본지는 우리 민법이 집행단계에 있어서는 다른 채권자들과의 관계에서 피압류채권과 제3채무자의 반대채권 사이에 견련성을 의제하여 우선적 지위를 부여한 것으로 해석된다. 한편, 전부명령이 송달된 후 항고기간이 도과하면 전부채권자는 집행채권의 만족을 얻으나, 피압류채권은 전부채권자에 이전되어 여전히 존속한다. 그 근거와 범위에 다툼이 있을 뿐, 전부채권자에 대한 제3채무자의 상계의 추급력, 즉 채무자[他人]에 대한 채권으로 전부채권자에게 상계를 주장할 수 있다는 데 이견은 없다.<sup>96)</sup> 그렇다면 민법 제498조에서 제3채무자에게 예정되어 있던 상계의 기회는 채권의 이전에도 불구하고 아직 소멸하지 않은 것으로 볼 수 있지 않을까? 이는 전부명령이 압류명령을 전제로 한다는 점과 다른 환가절차인 추심명령을 고려할 때도 그러하다. 추심명령에서는 추심으로 피압류채권이 ‘소멸할 때까지’ 제3채무자는 제498조에 따라 상계주장이 가능한데, 채무자가 집행방법을 달리 선택하였다 하여 제3채무자의 상계가능성이 소실되는 것은 균형에 반한다.<sup>97)</sup>

96) 상계적상이 도래한 후 전부된 경우를 상정해보면, 상계의 의사표시는 전부채권자에게 이루어질 것이나 이는 제3채무자의 채무자에 대한 채권을 반대채권으로 한다. 이를 부정하는 견해는 없다.

97) 전부명령에 있어서도 피압류채권이 소멸하면 제3채무자의 상계는 불가능할 것이다. 일본 최고재판소는 “제3채무자가 상계의 의사표시를 하기 전까지 전부채권자가 전부

그런데 민법 제498조가 일반채권자들 사이에서 제3채무자의 우선변제적 지위를 인정한 것은 합리적인가? 본 논고는 민법 제451조의 해석에 있어, 양 채권 사이에 견련관계를 의제하는 것은 거래안전과 사적자치의 두 측면에서 문제가 있음을 들며 배척하였다. 그러나 민법 제498조는 이와 차원을 달리한다. 비록 채권자 평등의 요청이 대두되기는 하나, 채무자와 채권자 사이에 상호 대립되는 동종의 채권이 있을 때 양자의 견련성을 밝혀 상계가능성을 따지는 것보다 일률적인 기준을 설정하여 상계를 허용하는 것이 채권자들 사이의 책임재산 분배 측면에서 신속성과 효율성에 기여한다. 그 결과 지급금지명령을 신청한 채권자가 가졌던 평등배당에 대한 기대가 보호받지 못한 측면이 있으나, 이를 채권유통의 안전에 비할 바는 아니다. 특히, 채무자의 책임재산 중 다른 채권자(제3채무자)에게 우선변제적 지위가 예정된 채권을 집행의 대상으로 삼은 것으로 볼 수 있고 그 채권은 채무자의 책임재산의 하나일 뿐이므로, 그로 인해 침해되는 지급금지명령 신청채권자의 이익은 크지 않다. 양 당사자의 의사가 개입되어 특정 채권의 양도가 있는 경우와 달리, 전부명령은 채권자의 신청에 의한 집행이라는 점에서 피압류채권과 제3채무자의 반대채권 사이에 견련성을 의제함으로써 그의 우선변제권을 인정하더라도 사적자치가 크게 훼손되는 것은 아니다.<sup>98)</sup> 이와 같이 채권양도와 전부명령은 평가에 있어 실질적 차이가 있는바, 채권양도의 대항력 규정인 민법 제451조는 집행절차에 해당하는 전부명령 송달에 유추하기에 적절하지 않다. 비록 전부명령으로 인해 피압류채권이 이전되는 효과가 발생하였더라도, 전부금 소송에서 제3채무자에게 상계의 추급력이 인정되는 것은 ‘집행의 영역’이므로, 그 가치가 반영된 민법 제498조를 유추하여 상계주장의 가부를 판단하는 것이 옳다고 본다.

---

된 채권을 자동채권으로 제3채무자에 대한 수동채권을 상계할 수 있다(最高裁判所 昭和 54(1979). 7. 10. 判決(民集 第33卷 5号 533頁).”고 하여 소위 역상계(逆相殺)를 인정하고 학설도 이를 지지하는데, 동 판결은 위와 같은 관점에서 이해가능하다. 이는 상계의 경합 문제이나(이동진(주) 3, 451면), 수동채권의 소멸로 인한 추급력 상실에 본질이 있다.

<sup>98)</sup> 보다 자세한 논의는 V. 1. 가.에서 후술한다.



## 2. 민법 제498조의 해석

### 가. 전원합의체 판결과 견해의 대립

민법 제498조는 제3채무자가 지급금지명령 후 취득한 채권을 자동채권으로 상계하는 것을 금지하고 있을 뿐이어서, 상계가 가능한 자동채권의 범위는 법 해석의 영역으로 남겨져 있다. 해당 규정의 연혁, 판례 및 학설의 전개는 앞서 살핀 바와 같다(II. 2. 가. 참조). 그 중 대법원 2012. 2. 16. 선고 2011다45521 전원합의체 판결은 민법 제498조의 해석에 있어 기념비적 판결이다. 다수의견(10인)은 지급금지명령의 효력 발생 당시 대립하는 양 채권이 상계적상에 있거나, 반대채권이 변제기에 도래하지 않은 경우는 피압류채권의 변제기와 동시에 또는 그보다 먼저 도래하여야 한다며, 변제기선도래설을 취하였다. 반면에, 반대의견(3인)은 제3채무자의 상계가 금지되는 것은 지급금지명령 효력 발생 후 새롭게 취득한 채권을 자동채권으로 상계하는 것일 뿐 이행기의 선도래 여부는 문제될 여지가 없으며, 무제한설의 입장을 따랐다. 위 판결에도 불구하고, 제498조 해석을 둘러싼 대법원에서의 치열한 법리 논쟁은 학설에서 계속되고 있고 입법론도 주장되고 있다. 그 논거들은 다음과 같다.

변제기선도래설은 ① 민법 제498조는 일반채권자와 제3채무자의 조정을 예정한 것으로 ② 그 취지를 고려한 목적론적 제한해석이 이루어져야 하는데,<sup>99)</sup> ③ 제3채무자의 상계주장에 의해 침해될 수 있는 일반채권자의 이익과 ④ 제3채무자가 수동채권의 이행을 지체함으로써 상계적상을 주장하는 것은 부당하다는 점을 고려하면, ⑤ 수동채권이 먼저 변제기에 도래할 때는 상계주장이 제한되어야 한다고 한다.<sup>100)</sup> 반면 무제한설에서는 ① 민법 제498조는 명문에 충실히 해석되어야 하며, ② 제3채무자의 일반채권자에 대한 우월적 지위는 보장되어야 하는바, ③ 지급금지명령 이전에 성립되어 있기만 하면 상계는 가능하다고 한다. ④ 불성실한 채무자는 이행지체책임으로 충분하며 상계권 행사 자체를 제한하는 것은 과도하며, ⑤ 판례는 기한이익상실특약을 인정하는데 이는 변제기선도래설의 기준에 대한 인위

<sup>99)</sup> 정구태(주 24), 405-407면. 이에 대해 지급금지명령이 있는 경우는 상계가 일정부분 금지되는데, 변제기선도래설은 금지되는 지급금지명령 후에 취득한 채권의 범위를 넓히려는 규정으로써, 목적론적 확장해석에 해당한다는 지적이 있다(김영진(주 22), 333면 각주 64).

<sup>100)</sup> 그밖에 기한이익상실의 특약을 한 경우와는 차별적 취급을 하여야 한다는 점(정구태(주 24), 415면)을 근거로 든다.

적 회피를 허용하는 결과가 됨을 지적한다. 이들 논거에 대한 공방은 기존 논의들에서 충분히 검토되고 있는바,<sup>101)</sup> 본 논고에서는 사건을 제시하는 데 그치고자 한다.<sup>102)</sup>

#### 나. 검토

상계적상에 이르면 제3채무자는 대립되는 동종채권으로 채무자에 대해 상계를 주장할 수 있다. 그러나 채무자의 (수동)채권에 지급금지명령이 있으면 제3채무자는 채무자에게 지급을 할 수 없는데(민사집행법 제227조 제1항), 여기에는 상계 의사표시를 통한 간이변제가 포함된다.<sup>103)</sup> 결국 민법 제498조는 위 지급금지명령의 예외로 일정부분 상계를 허용하는 데 본질이 있다.<sup>104)</sup> 따라서 민법 제498조의 해석에는 지급금지명령 신청채권자와 제3채무자의 이익조정이 목적상 고려되어야 한다는 지적은 지극히 옳다. 그러나 이때 이익조정은 관계인들의 이익 사이에 적절한 타협점을 찾는 것이 아니라, 위 규정의 본질을 이해하는 것에서 시작되어야 한다. 민법 제498조에서 지급금지명령의 송달은 압류 신청채권자가 배척할 수 있는 제3채무자의 상계주장이 무엇인지를 판단하는 기준이 된다. 그리하여 이후 취득한 채권은 배제하고 이전의 채권은 허용하는데,<sup>105)</sup> 제3채무자는 일반채권자로서 평등배당에 참여할 수 있다는 점을 고려하면 위 조항이 상계를 통해 제3채무자에

101) 특히 권태상(주 5), 331면 이하; 정구태(주 24), 381면 이하; 김상수(주 60), 273면 이하; 김영진(주 22), 303면 이하 참조.

102) 일본에서의 논의 전개는 전술한 III. 4. 부분 및 奥田昌道(주 46), 343-344면 참조.

103) 이에 반대되는 독일에서의 논의로 채권압류는 채무자의 추심행위의 금지를 뜻하고, 제3채무자의 변제가 함께 금지되는 것은 채무자에게 금지된 행위의 수령(즉, 가담)이기 때문이므로, 상계는 제3채무자의 행위이고 채무자의 승낙을 요하지 아니하므로 금지되지 아니한다는 취지의 논리구성이 있었다(이동진(주 3), 464면 각주 58 참조). 허나 압류명령의 본질은 제3채무자의 지급에 있지 채무자의 영수에 있는 것은 아니므로(김능환·민일영 편집대표, **주석 민사집행법 민사집행법(5)**(한국사법행정학회, 2012), 420면(손진홍 집필부분)), 상계 또한 지급금지명령에서 금지되는 행위로 봄이 상당하다.

104) 동 해석이 민법 제498조가 민사집행법 제227조 제1항의 부분적(확인)규정에 불과하여 의미가 없다는 견해가 있으나, 위 규정의 취지를 지급금지명령에 대한 예외의 근거로 본다면 독자적인 의의를 가진다. 민사집행법 제227조의 지급금지명령의 취지를 관찰하면 어떤 채권으로든(그것이 이미 상계적상에 도래했던 것이라도) 제3채무자의 상계는 금지되나, 민법 제498조는 그 이후에 취득한 채권으로의 상계만을 불허하고 있는 것이어서, 적어도 일부 범위에 대해서는 제3채무자에게 상계를 통한 우선변제적 지위를 인정하고 있는 것이다.

105) **민법주해 채권(4)**(주 5), 422면(윤용섭 집필부분)도 민법 제498조는 지급금지명령 이후에 취득한 채권으로의 상계를 금지함으로써 지급금지명령의 실효성을 확보하는 데 규정의 취지가 있다고 한다.

계 우선권을 부여하는 데 그 본지가 있음은 명료하다. 이때 제3채무자의 우선변제적 지위의 근거로 통상 상계에 대한 기대를 언급하나, 보다 본질적으로는 제3채무자와 압류신청채권자가 모두 자신의 “채권”을 주장하는 상황에서 피압류채권과 제3채무자의 반대채권 사이에 견련성을 의제하여 제3채무자의 채권을 우선하는 것이다.<sup>106)</sup> 따라서 민법 제498조의 해석은 제3채무자가 피압류채권에 (가정적으로나마) 부여하였을 의사를 해석하는 데서 출발해야 한다. 이 점에서 생각해보면, 실제거래에서 당사자들은 양 채권의 변제기가 먼저 도래하였는지를 따진 후 상호간에 관련성을 달리 평가하지는 않는 것으로 보인다.<sup>107)</sup> 오히려 양 채권에 합의를 통해 상계를 예정할 때는 기한이익상실의 특약을 설정함으로써 판례의 변제기선도래 기준의 불확실성을 애써 제거하고 있는데, 여기서 당사자들이 채권들 사이의 견련성에는 변제기가 핵심적인 요소로 기능하지 않음을 추론할 수 있다. 그렇다면 민법 제498조가 지급금지명령의 송달시점을 기준으로 삼은 것은, 채권의 변제기 선후의 문제보다는 그 명령이 송달된 시점 이후에 취득한 자동채권에 대해서는 차마 그럴 수 없으나, 그 전에 취득한 채권에는 양 채권 사이에 견련성을 의제하겠다는 취지로 봄이 상당하다.<sup>108)</sup>

변제기선도래설은 위 당사자의 가정적 의사를 딛고, 이해관계인들의 이익조정 측면에서 상계법리에 기초한 ‘규범적 잣대’를 도출하여 변제기가 선도래하는 경우만이 보호할 만한 정당한 신뢰라는 제한을 가하는 것이다.<sup>109)</sup> 그런데 과연 무제한설의 결과에 조정이 필요한 것인가? 본디 민법 제498조는 프랑스(구)민법에 연원

106) 특히, 상계에 대한 기대를 권리로 평가하기는 곤란하다는 점에서 아직 상계적상에 도래하지 않은 채권 사이에 상계는 그 근거를 견련관계의 의제에서 찾는 것이 명료하다.

107) 이동진(주 3), 470면; 양창수, “채권압류에서 제3채무자가 채무자에 대한 반대채권에 기한 상계로서 압류채권자에게 대항할 수 있는 범위”, **고시연구**, 제27권 제11호(2000), 212면도 이 부분에서는 같다.

108) 그러나 결국 채권들 사이의 견련성을 의제하는 범위를 정하는 문제로, 변제기선도래설을 입법으로 규정하는 것은 불가능하지 않다. 그러나 그와 같은 명문의 규정이 없다면 법문의 취지를 고려해야 하는데, 이때는 당사자들이 양 채권의 관계에 부여했을 신뢰를 추론하여 판단함이 합리적이다.

109) 양창수(주 107), 212면도 “제3채무자에게 합리적인 상계기대가 있는가를 유일한 기준으로 하여 답하여야 한다고 하면, 무제한설도 수긍할 만[하나], [...] 그가 우선적으로 보호되려면, 그에게 정당한 보호이익이 있다는 것만으로는 부족하고, 그 이익이 반대당사자의 정당한 이익과 비교하여 적절한 것이어야 할 것[이므로], [...] 자신의 채무이행을 늦추어서야 비로소 상계적상에 이를 수 있는 제3채무자를 아직 그러한 상계적상이 도래하기 전에 압류에 착수한 채권자에 우선하여 보호할 가치는 없다”라 한다.

을 두어 압류 전 법정상계 된 부분은 압류채권자에게 주장할 수 있다는 규정이었다. 그것이 상계에 의사표시가 필요한 법체계에서 압류 당시 상계적상에 있으면 압류 후라도 의사표시를 할 수 있다고 해석되었고, 상계적상뿐만 아니라 채권을 보유하고 있었던 경우로 압류에 대한 예외의 범위가 확대되어 온 것이다.<sup>110)</sup> 그런데 이 범위에는 본질적인 제한이 내재되어 있는데, 그것은 수동채권의 소멸이다. 앞서 살핀 바와 같이, (가)압류의 환가절차인 추심명령과 전부명령에서는 수동채권이 소멸하기 전까지 (가)압류 전 취득한 반대채권이 상계적상에 도래하면 상계를 주장할 수 있으나, 그 전에 수동채권이 추심 등으로 소멸한다면 제3채무자가 가졌던 우선변제적 지위는 소실되고 만다. 위 판결의 다수의견이 염려하는 수동채권이 먼저 변제기에 도래할 경우를 보더라도, 수동채권의 변제기가 도래한 시점에 압류채권자는 피압류채권의 집행(추심 또는 변제)을 통해 제3채무자의 우선변제적 지위를 배제하고 추심명령 또는 전부명령의 목적을 달성할 기회가 주어지는데, 이를 실기함으로써 다시 채무자의 다른 책임재산을 물색하게 되는 결과가 될 뿐이다. 그로 인해 제3채무자는 지체책임을 지고, 압류채권자는 여전히 자신의 채권을 보유하며, 제3채무자는 자신의 반대채권을 상실한다. 따라서 이때 상계주장을 허여 하더라도, 법원이 제3채무자의 이행지체에 조력하거나 관망하는 것은 아니다. 이처럼 민법 제498조의 우선변제적 지위는 민법 제492조의 상계적상을 전제로 수동채권의 집행에 있어서의 지급금지명령 신청채권자에 대한 우선적 만족의 기회를 제공한 것일 뿐이다. 통상 지급금지명령이 발한 시점은 채무자의 자력이 문제되는 경우로 제3채무자의 상계를 허용하는 것이 압류채권자의 이익에 부당해 보일 수 있다. 그러나 자동채권이 먼저 변제기에 도래하는 경우에도 압류채권자는 동일한 위험에 노출되는데, 이는 민법 제498조가 제3채무자에게 우선변제적 지위를 인정한 결과일 뿐 변제기선도래를 상계 가부의 기준으로 삼지 않은 결과는 아니다. 그렇다면 제3채무자와 압류채권자 사이에서 도출되는 불편함은 제3채무자의 상계를 변제기 기준으로 제한을 설정하는 것으로 해결할 것이 아니라, 집행영역에서 제3채무자의 상계에 우선적 지위를 부여하는 까닭을 논증함으로써(후술하는 V. 1.

110) 그러나 본디 법 제정취지와 달리 본 규정의 정당한 해석의 문제로 바라보아야 할 것이다. 오늘날에도 민법 제498조에 대해 완화된 상계적상설을 취하는 견해(강구욱(주 23), 111면 이하)도 있으나, 채무자회생법 제144조가 회생개시결정 이후에도 그 이전에 취득한 채권이 변제기가 도래하면 상계를 인정하고 있는 것에 비추어 보면 우리 법은 잠정적 조치 이후에 변제기가 도래하는 채권으로의 상계도 허용하고 있다 할 것이다.

(1) 참조) 해소해야 하지 않을까? 이러한 점을 고려해보면 상계제한의 목적으로 도입된 ‘변제기가 선도래하는 경우만이 보호할 만한 정당한 신뢰’라는 규범적 잣대가 얼마만큼의 설득력을 가지는지는 의문이다.<sup>111)</sup> 변제기가 먼저 도래하는지 여부는 당사자의 (가정적) 의사를 고려하더라도 본질적인 부분은 아닐진대, 그것을 법적 평가를 달리하는 기준으로 삼는 것이 적절한가.<sup>112)</sup> 그보다는 독일민법 제392조 후단과 같은 명문의 규정이 없는 이상, 상계적상이 도래하면 잠정적 처분<sup>113)</sup>을 한 일반채권자에 대해서는 제3채무자의 상계를 허용함으로써 민법 제498조에서 인정한 우선변제적 지위를 관철하고, 양자 간에 발생할 수 있는 이익조정은 사해행위 취소, 상계권 남용, 압류채권자의 적시추심, 피전부채권자의 역상계(逆相計)<sup>114)</sup> 등으로 해결함이 우리 법의 해석론으로 옳다고 생각한다(무제한설).

### 3. 소결

학설은 민법 제498조의 해석에 있어, 지급금지명령이 송달된 시점에 이미 상계의 의사표시가 있었거나(범주 ①), 상계적상에 있었던 경우(범주 ②), 자동채권이 변제기에 도래하여 상계적상에 준하는 경우(범주 ③)뿐만 아니라, 자동채권의 변제기가 도래하지 않은 경우(범주 ④, 범주 ⑤)에도 향후 상계적상에 이르면 제3채무자의 상계를 허용하려는 경향에 있다. 과거 프랑스(구)민법에 연원을 둔 위 규정을

111) 이동진(주 3), 470면도 같다.

112) 오히려 변제기 기준은 개별적인 사안에서는 불편함을 야기하기도 한다. 예컨대, 앞서 살핀 대법원 2011다45521 전원합의체 판결의 원심판결에서 지적하듯, 동 사안에서 변제기선도래설에 따르면 두 대여금 채권(액면금 3,000만 원 약속어음, 액면금 1억 원 약속어음)의 변제기가 모두 수동채권인 공사대금채권보다 이후로, 한 달 남짓 차이가 있을 뿐인데 가압류가 전자의 변제기 이후, 후자의 변제기 이전에 이루어졌다는 외부적이고 우연한 사정으로 후자의 상계는 허용되지 않게 된다. 이것이 과연 공평한 결과일까? (김영진(주 22), 338면 참조)

113) 대법원 2012. 2. 16. 선고 2011다45521 전원합의체 판결의 반대의견에 대한 보충의견에서는 잠정적인 지위에 지나지 않는 우리 법과 압류채권자에게 법정질권을 인정하는 독일 법에는 차이가 있음을 지적하고 있다.

114) 전부채권자가 자기가 제3채무자에게 가진 자동채권으로, 피전부채권과 상계를 함으로써 제3채무자의 우선변제적 효력을 차단하는 것으로, 일본에서 허용됨은 앞서 살핀 바이다(最高裁判所 昭和 54(1979). 7. 10. 判決(民集 第33 卷5号 533頁)). 이는 피전부채권의 추심과 마찬가지로 그 소멸을 가져오는 행위로, 이로써 제3채무자의 우선변제적 지위를 배척할 수 있다. 그와 같은 효과는 전부채권자가 피전부채권을 제3자에게 양도하는 방식으로 처분하는 경우도 마찬가지라 생각한다. 아직 상계적상에 이르기 전이라면, 채권양도의 경우에 상계의 추급력은 미치지 않기 때문이다(실질관계기준설).

상계의 담보적 기능을 이유로 확대 해석하여 왔음은 앞서 확인한 바이다. 본 논고가 주목한 논점은 두 가지이다. 첫째, 전부명령이 있을 경우 양 채권은 더 이상 대립하지 않고 상계의 추급력 문제로 전환되는데, 제3채무자 상계의 근거규정을 어디서 찾을 것인가의 논의다. 학설상 크게 논의되지 않았던 부분으로, 본 논고는 민법 제451조 제2항이 아닌 민법 제498조의 유추에 무게를 두었다. 둘째, 지급금지명령 당시 자동채권의 변제기가 도래하지 않은 경우에 제3채무자의 상계주장이 허용되는 범위의 문제이다. 변제기선도래설과 무제한설이 첨예하게 대립되는 부분이나 본 논고는 무제한설을 지지하였다. 그 결과 제3채무자는 지급금지명령 이전에 취득한 반대채권이 향후 피압류채권과 상계적상에 이르기만 하면, 피압류채권이 소멸하지 않는 한 지급금지명령을 신청한 채권자에 대해 우선변제적 지위를 유지하게 된다. 이는 앞서 III.에서 살핀 채권양수인에 대한 추급력에서 실질관계기준설을 취한 것과는 차이가 있는데, 오히려 이 간극에 집행의 영역에서 제3채무자에게 다른 채권자들에 대한 “우선변제적 지위”를 인정한 민법 제498조의 존재의의가 있다고 생각한다.

민법 제498조의 해석 중에는 지급금지명령 당시 피압류채권과 반대채권 사이에 합리적 견련성이 있는지를 기준으로, 제3채무자의 상계주장의 가부를 판단하여야 한다는 견해가 있다(제한설 중 실질관계기준설).<sup>115)</sup> 즉, 지급금지명령을 신청한 채권자에 대해 제3채무자의 우선변제적 지위가 인정되기 위해서는, 피압류채권을 담보로 확보하였다는 기대가 입증되어야 하며, 이는 변제기 선후관계는 물론 두 채권의 상호의존성 또는 견련성 유무 및 그 강도 등을 거래의 제반 사정을 종합하여 파악해야 한다는 것이다. 그러나 민법 제498조는 제3채무자가 상계로써 다른 채권자들과 달리 지급금지명령을 신청한 채권자를 배제할 수 있도록 하여 “일반채권자들에 대한” 우선변제적 지위를 인정하고 있는데, 이는 제3채무자의 피압류채권과 반대채권 사이에 일정한 관련성을 의제한 데 그 까닭이 있다. 그리하여 다른 채권자가 먼저 피압류채권으로부터 집행채권의 만족<sup>116)</sup>을 얻기 전에는 위 우선변제적 지위는 보장되는 것이다. 그렇다면 실질관계기준설은 이미 의제된 견련성을 범주 ④, 범주 ⑤에서 다시 입증토록 한다는 것인데 논리적인 모순이다.<sup>117)118)</sup> 결국 논

115) 이범주(주 25), 667-668면.

116) 전부명령의 경우, 전부이후에 현실적인 지급으로 피압류채권이 소멸되는 것을 말한다. 앞서 전부명령에 대해 민법 제451조가 아닌 민법 제498조를 유추하였기 때문이다.

117) 완화된 상계적상설을 취하지 않는 한 실질관계기준설은 입법론일 뿐이라는 평가로는 이동진(주 3), 제473면 각주 81 참조.

의는 ‘집행의 영역’에서 견련성의 의제에 합리성이 있는지에 집중될 수밖에 없는데, 통상 집행영역에서 상계제도의 의의로는 어느 일방의 자력이 악화된 경우, 타방 당사자가 자기의 채무는 전액 변제하면서, 자신의 채권의 실행이 곤란하다면 공평하다고 할 수 없다는 것으로 설명되고 있다. 그러나 본디 견련성이 있지 아니한 채권들에 대해서도 다른 채권자들과의 관계에서까지 일괄적인 의제를 정당화하기 위해서는 위 형평의 요청에 대한 추가적인 설명이 필요할 것이다. 이는 파산상계의 특수성과도 연결되어 있는 논의로 다음 장에서 살핀다.

## V. 파산상계의 특수성

### 1. 제3채무자의 우선변제적 지위

#### 가. 정당화 근거

다른 채권자들이 자신의 채권의 만족을 위해, 피압류채권을 대상으로 현실적인 집행절차를 개시하는 시점은 지급금지명령을 신청한 때이다. 해당 시점부터 채무자의 책임재산 중 피압류채권이 구체적으로 특정된다. 그럼에도 제3채무자가 상계를 주장함으로써 구체적인 권리실현에 나아간 지급금지명령 신청채권자에 우선할 수 있는 근거는 어디에 있는 것인가? 통상 그 근거로 형평이 언급되나, 상계의 당사자가 아닌 제3자인 다른 채권자에게도 형평한가에 관하여는 보다 상세한 설명이 요구된다.<sup>119)</sup> 이는 크게 지급금지명령 송달 당시 i) 반대채권의 변제기가 도래한

118) 이와 달리 채권양수인에 대한 상계의 추급력에 관한 민법 제451조는 채권양수인에게 채무자가 상계로 대항할 수 있는 정당한 범위의 해석 문제로, 이들 사이에서는 민법 제498조의 제3채무자와 같은 “우선적 지위”가 예정되어 있지 않다. 따라서 채권양도에 있어서는 양도채권과 반대채권 사이의 견련관계는 의제될 것이 아니므로, 대항요건 취득 당시 상호 변제기가 도래하지 않은 채권에 대해서는 채무자가 이를 입증함으로써 상계의 주장을 하여야 한다는 실질관계기준설이 가능하다(이에 관해서는 II. 내용 참조).

119) 장재현(주 6), 508면은 일방이 자력이 악화되어 상대방에게 채무의 일부만 이행하면 되고, 자기는 상대방으로부터 채무의 전액을 변제받는다든 것이 공평하지 않음은 말할 필요도 없다고 하고 있으나, 제3자가 개입될 경우 그것이 공평한 것인가에 대해서는 추가적인 분석이 필요하다. **민법주해 채권(4)**(주 5), 348-349면(윤용섭 집필부분)도 제3자와의 관계에서 상계의 담보적 기능에 한계가 있음을 서술하고 있다. 특히 미국연방파산법에서는 파산절차 전에 주법과 비파산연방법의 상계를 허용함으로써

때와 ii) 도래하지 않은 때로 구분할 수 있다.

반대채권의 변제기가 도래한 때는, 설사 피압류채권의 변제기가 도래하지 않아 상계적상에 있지 않더라도 제3채무자는 피압류채권에 대한 기한의 이익을 포기함으로써 상계를 주장할 수 있다. 우리 법은 상계주장에 특정한 방식을 요하지 않으며 재판 외에서도 행사할 수 있는데, 제3채무자는 상계적상만으로 상계권을 행사할 수 있는 고양된 법적 지위를 취득하게 된다. 상계권은 다른 채권자가 집행수단으로 삼은 피압류채권 자체를 소멸시킬 수 있는 권리로 볼 수 있고, 그와 같은 법적 지위를 사후에 제3자인 다른 채권자가 일방적으로 복멸시키는 것은 부당하다. 지급금지명령이 제3채무자에게 송달되기 전에 상계적상에 이른 경우의 형평은 이 관점에서 이해될 수 있을 것이다. 한편, 반대채권의 변제기가 도래하지 않은 때에는 그와 같은 구체적 법적 지위가 형성된 것은 아니며, 단지 향후에 그러한 지위가 형성될 것이라는 기대 내지 신뢰를 가지고 있을 뿐이다. 학설은 제3채무자가 피압류채권을 담보로 설정했을 것이라는 상계의 담보적 기능을 주장하나, 당사자들 사이에 반대채권과 피압류채권 사이에 그러한 관계를 설정하지 않았다면 이는 말 그대로 가정일 뿐이다. 앞선 II. 2. (1)에서는 그 가정에 의문을 제기하면서, 채권양수인에 대한 대항력 문제에서는 대항요건 구비당시 상계적상에 있지 않은 때는 원칙적으로 이를 부정하고, 제3채무자의 상계주장이 인정되기 위해서는 추가적인 입증이 필요하다고 보았다. 그러나 ‘집행의 영역’에 해당하는 민법 제498조의 해석에 있어서는, 양 채권 사이의 견련관계를 의제하여 다른 채권자들에게 제3채무자의 상계주장을 허용하는 것에 찬동하는데 그 이유는 다음과 같다.

첫째, 지급금지명령 신청채권자는 채권 자체보다는 채무자의 책임재산이라는 점에 무게를 둔다. 해당 채권으로부터의 집행이 용이하지 않을 때는, 다른 책임재산에 대한 집행을 예정하고 있다. 이는 채권 자체를 그 목적으로 하고 통상 반대급부를 제공하는 채권양도의 경우와는 차이가 있다. 둘째, 그 이면(裏面)에서 채무자는 피압류채권이 누구의 채권에 우선 변제되는지에 큰 관여가 없다. 채권양도에서는 양 채권 사이에 견련성이 예정되지 않았음에도 제3채무자의 상계주장을 인정

---

상계에 사실상 우선권을 허여하고 있으나, 이에 대하여는 그 실질적인 근거가 없음을 지적하거나(Lawrence Kalevitch, “Setoff and Bankruptcy”, *Cleveland State Law Review*, Vol. 41 (1993), pp. 601-605), 채권의 실질가치를 고려하지 않고 액면액을 기준으로 반대채권을 가진 자의 상계를 인정하는 것 자체에 음모론적 의문이 제기되기도 한다(John C. McCoid, “Setoff: Why Bankruptcy Priority?”, *Virginia Law Review*, Vol. 75, No. 1 (Feb, 1989), p. 43).



할 때, 양도인은 그의 의사에 따른 채권양도의 방해를 받는 결과가 된다. 그리하여 그가 제공받았을 (그것이 금전채권인지도 불명확한) 반대급부의 효력이나 이행자체가 문제된다. 그러나 지급금지명령과 제3채무자의 상계에는 채무자의 의사가 개입될 여지가 없어, 양자 중 누구를 우선하더라도 채무자의 사적자치를 해하지는 않는다. 거래관계에 따라 이자 등에 차이가 있을 수는 있으나 이들 채권은 모두 금전채권이다. 셋째, 지급금지명령의 송달은 제3채무자에게 채권의 집행사실을 주지시키고, 임의적인 채권의 변제로 구체화된 책임재산의 유실(遺失)을 막고자 하는 본질을 가진다. 따라서 그 송달 이전에 있었던 반대채권에 관하여 제3채무자의 우선변제적 권리를 인정하더라도, 그것이 제3채무자가 별도의 유실을 야기한 것은 아니다. 이 점에서 지급금지명령 송달 당시 반대채권이 이미 변제기에 도래한 것과 장래에 변제기에 도래할 것 사이에 채무자의 책임재산의 측면에서는 범위를 달리할 까닭은 없다. 지급금지명령의 송달은 잠정적 조치로 향후 환가를 예정하면서 책임재산의 변동을 방지하는 것으로써, 종국적인 권리변동 후 대항력 취득시점으로 기능하는 채권양도 통지와는 차이가 있다. 넷째, 집행절차의 신속성과 효율성 측면의 고려이다. 양 채권 사이에서 견련관계를 의제한 후 이를 통일적으로 처리함으로써 제3채무자와 지급금지명령을 신청한 채권자들 사이에 발생할 수 있는 분쟁을 사전에 해소하는 효과가 있다. 앞서 살핀 바와 같이 지급금지명령 신청채권자와 제3채권자의 채권변제에 있어 채무자 보호의 측면에서 차이는 없으므로, 그와 같은 의제를 통해 일괄적으로 처리하는 것이 정책상으로 불합리하지는 않다. 다섯째, 평등배당의 측면에서도 그러한 처리가 딱히 부당하지 않다. 단순히 형식적 측면에서 채권자 평등의 원칙을 관철한다면 제3채무자와 다른 채권자를 구분할 필요는 없고 피압류채권은 모든 채권자의 이익으로 관철되어야 할 것이나, 이를 대차대조표상의 차변과 대변의 문제로만 바라보는 것이 반드시 형평의 요청에 부합하는 것인지는 의문이다. 지급금지명령에 기초해 제3채무자가 피압류채권을 변제하면 다른 채권자들의 이익이 되나, 자신은 그 중 일부만을 반대채권의 만족으로 사용하게 되는 상황에 처하는데, 집행금지명령 등으로 채무자의 책임재산의 처분이 목전에 당한 상황에서 그와 같은 위험을 제3채무자에게 강요하는 것이 위 집행절차가 예정한 것일까? 특히, 채무자의 자력이 문제되는 상황에서 채권자들은 자신의 채권만족을 위해 사적 집행에 혈안이 되는데, 이는 관념화된 정적인 평온상태가 아니라 책임재산을 하나라도 더 확보하려는 동적인 혼돈상태에 가깝다. 그럼에도 채권자의 평등을 이유로 제3채무자의 상계를 불허하는 것은 그가 현재

확보한 채권 만족수단을 포기토록 하는 것이 된다. 그렇다면 피압류채권으로부터 구체적인 권리실현(추심 또는 전부 후 변제)이 있기 전까지는 특정채권에 관하여 제3채무자가 우선적인 사적 집행을 할 수 있었던 현 상태를 보장해주는 것이, 오히려 형평의 요청을 충족하는 것이지 않을까? 민법 제498조는 아직 잠정적 조치가 있을 뿐이어서 파산선고 등으로 채권자 평등의 요청이 전면이 부각되는 경우와도 차이가 있다. 이러한 점을 폭넓게 고려하면, 피압류채권과 반대채권의 건련 관계를 의제하여 상계권 행사를 다른 채권자들의 집행절차에 선행하는 것이 형평에 부합할 수 있다.

#### 나. 회생절차에서의 상계

채무자회생법의 회생절차에서도 제3채무자의 상계에 있어 위의 요청을 반영하고 있는데, 특히 민법 제498조에 대해 무제한설을 취한 것과 동일한 결론을 예정하고 있다. 채무자회생법 제144조는 회생절차개시 당시 채무자에게 채무를 부담하는 경우, 쌍방의 채권이 채권신고기간이 만료되기 전에 상계적상에 이르면, 회생절차에 의하지 않고 상계를 할 수 있도록 하고 있다. 이때 회생개시결정은, i) 채무자의 자력상태에 이상이 발생하였음을 법원이 확인하고, ii) 채권자들의 목록과 채무자의 재산목록을 확인한 후, iii) 이해관계인의 합의에 기초하여 회생계획안에 따른 기업의 계속존속을 모색하겠다는 법원의 판단이다. 그리하여 채권자들은 회생절차에 의해 회생채권을 신고하게 되는데, 위 제144조는 법원이 채무자의 자력에 이상이 있음을 인정한 시점이라도 그때까지는 제3채무자에게 사적 집행으로써 상계를 허용한 것이다. 또한 그 행사에 있어서는 자동채권의 변제가 수동채권보다 먼저 도래할 것을 묻지 않는다. 채권자들의 입장에서는 특정 채권에 대해 지급금지명령이 된 것보다 회생절차개시결정이 있는 시점이 채권확보에 보다 급박한 상황일 터인데, 이 경우에도 변제가 도래여부를 불문하고 제3채무자의 상계를 허용한 입법자의 의사는 주목할 만하다.<sup>120)</sup> 회생절차에서의 상계는, 집행의 영역에 있어 제3채무자의 우선변제적 지위와 형평을 고려하지 않고서는 설명이 어렵다.

회생절차에서 제3채무자의 상계가 허용되는 것은 민법 제498조와 같이 개시결정 이전에 보유하고 있던 자동채권이며(채무자회생법 제145조 제1호, 제3호), 상계

<sup>120)</sup> 이 점에서 제3자와의 관계에서 상계를 광범위하게 금지하고 있는 파산(회생)절차에 비해, 변제기선도래설은 민법 제498조의 상계범위를 좁게 해석하는 것으로서 부당하다는 비판이 제기된다(김영진(주 22), 335-336면).

주장은 채권신고기간 만료일까지만 인정된다. 그 외, 지급정지, 회생절차개시의 신청, 파산의 신청이 있음을 알고 자동채권을 취득한 경우에도 상계행사를 제한하고 있는데, 이는 민법 제404조의 채권자취소권에 해당하는 사안(채무자회생법 제145조 제2호), 상계권의 남용에 해당하는 사안(채무자회생법 제145조 제4호)을 구체화한 것에 해당한다. 지급금지명령이 피압류채권만을 대상으로 하는 것에 대해 회생개시결정은 채무자의 모든 책임재산을 대상으로 한다는 점에서 채권자보호를 목적으로 한 규정이다. 그 밖에 채무자가 제3채무자에 대해 추가 채무부담으로 다른 회생채권자를 해할 경우, 부인권(채무자회생법 제100조)의 적용이 있을 수 있다.<sup>121)</sup> 요컨대 채무자회생법은 회생절차에서 제3채무자의 상계를 민법 제498조와 동일한 틀 안에서 규율하되, 상계의 행사를 보다 제한한다.<sup>122)</sup> 이처럼 제3채무자는 회생개시결정 당시 자동채권의 변제기가 먼저 도래하는 경우가 아니더라도 향후 상계적상에 이르면 상계가 가능한데, 민법 제498조를 변제기선도래로 한정하는 것은 위 규정에도 반한다.

## 2. 파산상계의 확장

회생절차와 달리, 파산절차와 개인회생절차(이하 파산절차에 한하여 서술한다)의 파산채권은 현재화와 금전화를 거친다. 현재화(現在化)는 파산선고와 동시에 일률적으로 파산채권의 변제기가 도래하는 것으로 취급하는 것이며, 금전화(金錢化)는 비금전채권을 금전으로 평가하여 배당하는 것을 의미한다(채무자회생법 제425조, 제426조, 제581조). 양자를 합쳐 등질화(等質化)라 한다. 파산절차에서는 채무자의 자력 없음이 확정되어, 그가 보유하고 있던 책임재산 내에서 모든 채권자에 대한 배당을 예정하는데, 그 정리시점을 파산선고 시점으로 통일하는 과정을 거치게 된다. 등질화는 이를 위한 사전 작업에 해당한다. 그런데 문제는 파산절차에서도 파산선고 이전에 제3채무자가 이미 가지고 있던 채권으로의 상계를 허용하는데, 현재화로 인해 선고 당시 아직 변제기에 도래하지 않던 채권들이 상계적상

121) 서울중앙지방법원 파산부 실무연구회(주 29), 325면. “회생채권자의 상계권 행사 자체를 채무자의 행위와 동일시하기는 곤란하므로 부인권 행사의 대상으로 될 수 없다고 할 것이다. 다만, 상계적상을 가져오는 채무자의 행위를 부인대상으로 보게 되면, 실질적으로는 채권자의 상계 자체를 부인하는 것과 동일한 결과가 될 수 있다.”

122) 특히 파산절차의 등질화(等質化)를 고려하면 회생절차에서 상계권은 보다 제한되는데, 이는 담보권 일반에 대한 제한(채무자회생법 제58조 및 제141조 제3항)에 대응하는 규정으로 평가된다(전병서, **도산법**[제2판](법문사, 2007), 제322면; 윤진수(주 22), 78면).

에 이르고, 금전화의 결과 이종(異種)의 채권들 사이의 상계가 가능해진다. 이로써 파산절차에서는 제3채무자의 상계권이 확장되는 결과가 초래되는데(이를 “파산상계의 확장”이라 한다), 채무자회생법은 이를 전제로 명문의 규정을 두고 있다(채무자회생법 제417조). 파산채권을 등질화하여 제3채무자의 상계요건을 완화한 역사는 오래되었다. 고대 로마정 말기, 상계는 성의소송(誠意訴訟), 엄정소송(嚴正訴訟)에서 달리 고려되었는데, 당사자의 의사를 요하는 일반 엄정소송과 달리 은행업자의 상계와 파산재단매득자의 상계에는 특별규율이 적용되었다. 이 중 파산상계의 연원에 해당하는 것이 파산재단매득자의 상계이다.<sup>123)</sup> 제3채무자는 파산채권을 공제하고 남은 금액에 한하여 유책판결을 받게 되는데 공제되는 파산채권은 동일한 종류가 아닌 것도 용인되고 기한부채무도 용인되었다.<sup>124)</sup> 동 취지를 선택하면, 파산으로 채무자의 변제 자력이 곤란해진 상황에서 제3채무자의 모든 채권이 파산선고 시점에 금전으로 환가된 이상 그의 수동채권 변제 시에는 이러한 사정을 고려하는 것이 형평에 부합한다는 것일 터이다. 채무자의 작업대가 부서진 상황[破産]에서 제3채무자에게 민법 제498조의 우선변제적 지위는 더욱 절박해지는데, 파산상계의 특수성은 이러한 측면에서 이해될 수 있다.<sup>125)</sup>

그러나 오늘날 파산상계의 확장에 대해서는 비판적인 견해가 유력하게 제기되고 있고,<sup>126)</sup> 이를 반영한 입법례도 존재한다.<sup>127)</sup> 비판은 파산에서의 등질화가 민법 제498조에서 예정한 상계와 결합하여 우연히 생겨난 결과일 뿐, 등질화의 본디 목적에 부합하지 않는다고 한다. 허나 로마법의 파산재산매득자의 청구에 제3채무자에게 인정되었던 상계는 이미 등질화를 고려하고 있었고, 오히려 앞서 살펴본 이유에 따라 그것이 형평이라 여긴 것으로 보인다.<sup>128)</sup><sup>129)</sup> 다만 시대의 흐름에 따

123) 최병조(주 28), 219-229면.

124) 최병조(주 28), 230-231면.

125) 전병서(주 122), 321면 참조. 양형우, “채무자파산에 있어서 상계권”, **비교사법**, 제10권 제3호(2003. 9), 59면은 “파산절차의 종결로써 파산자에 대한 모든 채권·채무를 청산한다는 파산제도의 목적을 달성하고 또한 파산채권자의 이해를 고려한 것”이라고 설명한다.

126) 전병서(주 122), 327면.

127) 독일 도산법(Insolvenzordnung) 제95조 제1항.

128) 파산상계는 정의(Justice)와 형평(Equity)을 이유로 인정되는데, 영국에서는 Anonymous, 1 Mod. 215, 86 Eng. Rep. 837 (C.P. 1676); Chapman v. Derby, 2 Vern. 117, 117, 23 Eng. Rep. 684, 685 (Ch. 1689)에서, 미국에서는 Scott v. Armstrong, 146 U.S. 499, 510-11 (1892)에서 구체적인 논증은 없으나 그러한 결과가 형평이라 판시하고 있다.

129) 대립채권을 가진 채권자에 대한 정책적 고려의 결과라는 견해로 김영진(주 22), 67면.

라 법도 변화를 거듭하는데 파산분야 역시 마찬가지이며, 그 중 하나가 면책주의의 등장이고,<sup>130)</sup> 또 다른 하나는 채권자 평등의 강조이다. 파산절차 이후에도 계속 무한책임을 지던 독일법계의 비면책주의는 채권의 상계가 있더라도 실질적인 변제를 받지 못할 뿐 채권은 존속하나, 영미법계의 면책주의 하에서는 파산절차 이후 그 채권은 소멸하게 된다. 이에 파산절차에서는 채권자들에 대한 파산재산의 공평한 분배가 강조되며, 파산재산의 확보 및 상계의 제한이 중요한 화두가 된다. 우리 법은 면책주의를 취하고 있고(채무자회생법 제556조 이하),<sup>131)</sup> 파산절차에서는 개 개인의 채권만족보다 채권자의 평등한 처우가 강조되고 있다. 파산상계의 확장을 통해 제3채무자의 상계주장 범위를 확대하는 것은 채무자의 책임재산을 잃는 결과가 되는데, 이는 채권자 평등을 강조하고 있는 파산절차의 지향에 어긋난다. 이상의 점을 고려하면, 우리 채무자회생법이 취하고 있는 파산상계의 확장은 입법론적으로 재고될 필요가 있다고 생각한다.<sup>132)</sup>

집행의 영역에서 양 채권의 견련성은 의제되며, 반대(자동)채권의 변제기가 도래할 때까지 수동채권으로부터의 추심 등이 없다면, 일반채권자들에 대해 제3채무자의 우선변제적 지위는 인정된다. 위 지위의 핵심은 견련관계의 의제에 있다. 그러나 파산상계의 확장 중 금전화는 비금전 채권에 대해서도 상계적상을 인정하게 되는데, 이종의 채권 사이에까지 당사자의 상계의사를 가정하기란 쉽지 않다. 이에 더해 민법 제498조와 회생절차에서는 지급금지명령과 회생개시결정 이후에 자동채권이 변제기에 도래할 때 상계를 인정할 뿐이며, 추심이 있거나 채권신고기간이 만료하면 더 이상 상계는 불가능하다. 회생절차에서는 채권신고기간만료 시점을 한계로 이후 변제기에 도래하는 자동채권은 회생채권이 될 뿐 상계가 허용되지 않는다. 이처럼 제3채무자의 우선변제적 지위도 그것이 상계적상에 이른 상태를 전제로 한다. 그런데 파산상계의 확장 중 현재화는 이 시점을 인위적으로 조정하는데, 이는 파산절차에서의 면책주의, 채권자 평등의 요청, 회생절차와의 균형, 민법 제498조의 취지 등을 고려할 때 더 이상 타당하지 않다. 파산상계의 확장은 상계를 마치 별채권과 같이 평가하게 하나, 앞서 살핀 바와 같이 민법 제498조의 우선변제적 지위는 파산절차에서의 상계를 물권과 같이 처우하는 논리적 근거가 될 수

130) 면책주의의 정당화 근거로는 우세나, “채무자회생법상 파산면책의 정당화 근거”, **영남법학**, 제24호(2007. 4), 171면 이하 참조.

131) 독일도 면책주의를 도입하였다(전병서(주 122), 제23면 참조).

132) 이동진(주 3), 477면.

는 없다. 결국 입법론적으로 파산절차의 상계도 회생절차에서와 같이 시기적 제한을 두고, 그 이후에 변제기가 도래하는 자동채권은 원칙적으로 파산채권으로 의율되는 것이 옳다고 생각한다. 이는 상계에 관한 철학의 문제로, 특히 파산선고 시점을 기준으로 이후 변제기가 도래한 채권을 파산채권으로 평가하고 파산절차에서의 상계에는 추가 입증을 요구하는 외국의 입법례들을 참고할 필요가 있다.<sup>133)134)</sup>

## VI. 결 론

지금까지 양도채권·피압류채권의 채무자가 채권양수인 또는 지급금지명령 신청채권자에게 상계를 주장할 수 있는 기준에 대해 살펴보았다. 양도채권의 채무자는 채권양도 통지나 자신의 승낙시점에 따라 채권양도에 대항할 수 있는지가 결정되고(민법 제451조), 피압류채권의 채무자는 지급금지명령의 송달시점을 기준으로 다른 채권자에게 우선변제적 지위를 주장할 수 있는지가 결정된다(민법 제498조). 이 두 규정은 모두 법정상계가 허용되는 프랑스민법에 근거를 두고 있어, 통지(또는 승낙)나 송달 당시 상계적상에 있었을 경우 채무자의 상계주장이 가능하다는데 이견이 없다. 다만, 자동채권의 변제기가 도래하지 않은 경우에는 본 논고는

133) 이는 파산선고 이후 시점에서는 채권사이의 견련성이 의제되는 것이 아니라, 제3채무자가 직접 입증하는 것이 될 것이다. 독일의 신파산법도 변제기가 도래하지 않은 채권으로 상계하기 위해서는 상호 대립관계에 있었을 것임을 요하고, 미국의 파산법 또한 Post-setoff에서는 엄격한 요건을 요구하고 법원의 결정을 추가로 요하고 있다. 파산(개인회생)절차에서의 상계에도 회생절차와 유사한 제한이 있는데, 이에 대해서는 채무자회생법 제422조, 제587조 및 양형우(주 125), 76-91면 참조.

134) 채무자에 대한 영미법상 상계의 형평 관점에서 서술로 새라 워딩턴, 임동진 역, **형평법**(小花, 2009), 94-96면을 일부 인용한다.

“파산절차에서의 상계는 쌍방의 채권이 쌍무적mutual인 경우에만 허용되는데, 이는 두 채권의 당사자가 똑같고 또한 대상이 똑같아야 함을 의미한다. [...] 이런 형태의 파산절차상의 원칙은 좀 더 넓은 의미에서의, 파산 절차 외에서의 계약상의(즉 당사자 간의 합의에 의한), 성문법상의, 그리고 형평법상의 상계에 대체하게 된다. 이런 여러 가지의 상계 원칙 간에는 그 세부내역에서 분명히 차이가 있지만, 모두가 지향하는 바는 똑같다. 그 모두가 결국 상대방에 대하여 상계할 수 있는 채권의 형태에 어떠한 형식으로든 제한을 가하고 있는 것이다. 형평법적인 발상이 채용되고 또한 좀 더 정교화되어왔다고는 할 수 있겠지만, 그 세부내역에서 차이가 있든 없든 간에 그 지향하는 방향이나 방법에 있어서는 아무런 철학적 차별성이 없다고 보인다.”

양자에 서로 다른 결론을 취하였다. 채권양도의 통지에서는 이미 발생한 권리변동(채권양도)에 대항할 수 있는가가 쟁점으로, 이는 양도된 채권 자체에 관련된 항변임을 요한다. 따라서 구체적인 상계권이 발생하지 않은 변제기가 미도래한 반대채권을 항변으로 주장할 수 없고, 채무자는 양도채권과 그 반대채권 사이에 견련성이 있음을 추가로 입증하여야 한다(실질관계기준설). 반면에 지급금지명령에서의 송달은 다른 채권자가 피압류채권을 집행대상으로 삼을 수 있다는 잠정적 조치로, 피압류채권의 채무자인 제3채무자는 향후에 자동채권이 변제기에 도래하면 이를 지급금지명령을 신청한 채권자에 주장할 수 있다. 이는 권리변동에 관한 채권양도와 달리, 집행절차의 효율성과 신속성 및 현 상태의 유지가 형평에 부합할 수 있다는 측면에서, 다른 일반채권자와의 관계에서 양 채권 사이에 견련관계를 의제한 결과이다(민법 제498조). 그리하여 수동채권이 소멸할 때까지는 제3채무자는 상계를 주장할 수 있으며, 자동채권 변제기의 선도래 여부는 기준으로 적절하지 않다(무제한설).

집행의 영역에서의 민법 제498조는 채무자회생법이 규정하는 회생절차와 파산절차에도 유효하다. 그리하여 회생절차에서는 회생절차개시결정을 지급금지명령과 같이 보아, 그 이후에 상계적상에 도래하는 경우에도 상계주장을 허용한다(무제한설). 다만 회생절차 단계에서 채무자재산과 회생채권이 확정되어야 하므로, 채권신고만료 시점까지만 상계가 가능하다고 하는데, 이로써 그 시점 이후에는 회생채권으로 이전에는 채무자재산과의 상계로 처리된다. 파산채권에서도 마찬가지이다(무제한설). 오히려 파산채권에서 제3채무자는 파산신고 시점으로 현재화, 금전화된 모든 파산채권으로 상계가 가능한 것으로 규정한다. 그러나 회생절차에서 회생채권과 채무자재산이 확정되는 시점을 시기적 한계로 둔 점에 비추어, 파산절차에서도 시기적 제한이 입법론적으로 필요하다고 보이며, 이것이 오늘날 파산제도가 추구하는 이상에 부합한다고 본다. 이상의 내용을 표로 정리하면 다음과 같다.

	기준시점	쟁점	해석	시기적 한계	조문
채권양도	양도통지	상계의 추급력	실질관계기준설	양도통지 당시	민451
지급금지	명령송달	상계의 우선변제력 지위	무제한설	수동채권소멸시	민498
회생절차	개시결정			채권신고만료시	회144
파산절차	파산신고			파산신고시*	회417

\*채권자의 채권이 등질화(等質化)됨

독일에서 비롯된 상계의 담보적 기능으로 인해, 상계에 대한 신뢰를 채무자의 담보에 준하는 것으로 보호해야 한다는 논의가 주를 이루어 왔다. 그러나 채권양도에서 채무자의 상계를 넓게 허용하는 것은 그 반대편에 있는 거래안전에 부정적인 영향을 미친다. 현대의 복잡한 거래관계에서 채권양도는 빈번하게 사용되고 있으며, 거래의 목적이 된 채권에 내재되어 있지 않은 항변사유를 인정하는 것은 엄격하게 해석하여야 한다. 반면에 채무자가 가진 재산의 집행의 단계에 있는 지급금지명령에 있어서는, 원칙적으로 제3채무자가 다른 채권자에 비해 가지고 있는 우선변제적 지위나 현상을 존중하는 것이 합리적이라 할 것이어서 적어도 압류채권자가 실질적인 채권의 만족을 얻기 전까지는 제3채무자의 상계를 허용함이 상당할 것이다. 물론, 채권자의 압류 후 취득한 채권이나(민법 제498조), 그를 해할 목적에서 반대채권을 취득하는 등의 사정이 있을 경우(민법 제406조)는 상계가 제한될 것이다. 채무자회생법의 상계는 무제한설의 입장에서 그 범위가 규정되어 있다. 우리 법은 “상계의 담보적 기능”을 명문화하고 있지 않고, 민법 제451조에서 “상계의 추급력”을, 민법 제498조 등에서 “우선변제적 지위”를 규정하고 있을 뿐이다. 그렇다면 상계의 담보적 기능을 일반화하여 상계를 물권과 유사한 것으로 취급하는 것은 이와 같은 점을 간과한 것은 아닐까? 오히려 각 규정의 취지와 배경을 고려하고 분석하여, 구체적인 상황에 따라 적용 또는 유추함이 상당할 것이다. 다른 것은 달리 평가하는 것이 실질에 부합하기 때문이다.

투고일 2016. 9. 20	심사완료일 2016. 11. 21	게재확정일 2016. 11. 25
-----------------	--------------------	--------------------



## 참고문헌

- 강구욱, “금전채권의 압류와 상계”, **외법논집**, 제38권 제2호(2014).
- 곽윤직 편집대표, **민법주해[X] 채권(3)**(박영사, 1995).
- \_\_\_\_\_, **민법주해[XI] 채권(4)**(박영사, 1995).
- 권태상, “채권의 압류와 상계: 대법원 2012. 2. 16. 선고 2011다45521 전원합의체 판결”, **법학논집**, 제20권 제1호(2015. 9).
- 김기환, 상계에 관한 연구, 서울대 대학원 법학박사 학위논문(2014).
- \_\_\_\_\_, “채무의 견련관계가 상계에 미치는 영향”, **민사법학**, 제67호(2014. 6).
- 김능환·민일영 편집대표, **주석 민사집행법(5)**(한국사법행정학회, 2012).
- 김병재, “제3채무자가 가압류채무자에 대한 반대채권으로써 상계할 수 있는 요건”, **민사판례연구**, 제10권(1988).
- 김상수, “압류와 상계”, **민사법학**, 제60호(2012. 9).
- 김시수, “피압류채권을 수동채권으로 한 제3채무자의 상계”, **대법원판례해설**, 제10호(1989).
- 김영진, “지급이 금지된 채권을 수동채권으로 하는 상계”, **민사판례연구**, 제35권(2013).
- 김용담 편집대표, **주석 민법 채권총칙(3)**(한국사법행정학회, 2014).
- \_\_\_\_\_, **주석 민법 채권총칙(4)**(한국사법행정학회, 2014).
- 김형석, “제3자의 변제·구상·부당이득”, **서울대학교 법학**, 제46권 제1호(2005).
- 민의원 법제사법위원회 편, **민법안심의록**(1957).
- 박관근, “수급인의공사대금채권이 발생한 다음 이른바 하자 확대손해로 인한 손해 배상채무 등도 발생한 경우, 도급인이 위 공사대금채권에 관하여 압류 및 전부명령을 받은 전부채권에 대하여 위 손해배상채권을 자동채권으로 내세워 상계로써 대항할 수 있는지 여부”, **대법원판례해설**, 제57호(2006).
- 사법연수원, **민사집행법**(사법연수원출판부, 2011).
- 서울중앙지방법원 파산부 실무연구회, **회생사건실무[상]**(박영사, 2008).
- 양창수, “은행거래와 상계”, 김건식·남효순 공편, **금융거래법강의**(법문사, 1999).
- \_\_\_\_\_, “채권압류에서 제3채무자가 채무자에 대한 반대채권에 기한 상계로서 압류채권자에게 대항할 수 있는 범위”, **고시연구**, 제27권 제11호(2000).
- 윤진수, “금융기관의 수신거래와 여신거래(2)”, **BFL**, 제11호(2005. 5).

- 양형우, “채무자파산에 있어서 상계권”, **비교사법**, 제10권 제3호(2003. 9).
- 우세나, “채무자회생법상 파산면책의 정당화 근거”, **영남법학**, 제24호(2007. 4).
- 윤 경, **보전처분(가압류·가처분)의 실무**[上](법률정보센타, 2001).
- 윤철홍, “채권양도의 승낙과 통지의 효력(민법 제451)에 대한 개정론”, **동아법학**, 제52호(2011).
- 이동진, “상계의 담보적 기능”, **민사법학**, 제70호(2015. 3).
- 이범주, “전부명령과 상계항변”, **재판의 한길**(김용준헌법재판소장 화갑기념)(1998).
- 이상주, “압류된 채권에 대한 상계의 허용요건”, **자유와 책임 그리고 동행**(안대희 대법관 재임 기념 논문집)(2012).
- 이상훈, “압류된 채권과 상계”, **사법연수원 논문집**, 제5집(2008).
- 이재성, “전부명령과 제3채무자의 지위”, **대한변호사협회지**, 제106호(1985. 4).
- 이춘원, “수동채권이 압류된 경우 상계 여부”, **고시계**, 제57권 제5호(2012).
- 이현묵, “영국법상 상계제도와 영국법이 적용되는 채권의 상계와 관련된 국내법상의 문제”, **저스티스**, 제142호(2014. 6).
- 임상민, “상계와 채권압류의 우열”, **판례연구**, 제24집(2013).
- 장재현, “상계에서 몇 가지 문제”, **법학논고**, 제28집(2008).
- 전병서, **도산법**(제2판)(법문사, 2007).
- 정경근, “의사표시 없는 상계에 관한 연구”, **법학연구**, 제21권 제1호(2010).
- 정구태, “피압류채권을 수동채권으로 한 제3채무자의 상계권 행사의 허용범위”, **고려법학**, 제66호(2012. 9).
- 정병호, “지급금지된 채권 또는 양도된 채권을 수동채권으로 하는 상계에 관한 민법 개정안”, **서울법학**, 제24권 제1호(2016).
- 정태윤, “프랑스채권법 개정시안에서의 합의의 제3자에 대한 효력과 채권의 거래”, **민사법학**, 제45-2호(2009).
- 조경임, “담보물권의 목적인 채권의 상계”, **민사법학**, 제73호(2015. 12).
- 최병조, “로마법상의 상계”, **서울대학교 법학**, 제43권 제1호(2002).
- 최영덕, “채권양도에 있어 채무자의 상계항변”, **원광법학**, 제24권 제3호(2008. 9).
- 최준규, “상계계약의 대외적 효력에 관한 고찰 - 2자간 상계계약을 중심으로”, **법조**, 제690호(2014. 3).
- 홍준호, “지명채권양도에 대한 이의보류 없는 승낙의 효과와 상계항변의 단절 여부”, **민사판례연구**, 제23권(2001).

새라 워딩턴, 임동진 역, **형평법**(小花, 2009).

Kalevitch, Lawrence, “Setoff and Bankruptcy”, *Cleveland State Law Review*, Vol. 41 (1993).

McCoid, John C., “Setoff: Why Bankruptcy Priority?”, *Virginia Law Review*, Vol. 75, No. 1 (Feb, 1989).

Tiger, Michael E., “Automatic Extinction of Cross-Demands: Compensatio from Rome to California”, *California Law Review*, Vol. 53 (1965. 3).

奥田昌道, **法學講義[民法4 債權總論]**(悠々社, 2007).

<Abstract>

## The Debtor's Set-off Right on the Claim Being Transferred or Seized

Kim, Woo-Sung\*

When the claim is transferred or seized, can a debtor claim to set-off to the transferee or the creditor who seized the claim? There is a consensus that set-off claim is possible based on article 498, article 451 of the Korean Civil Code (hereinafter "KCC"). But there were different views about the range. This specification construes those articles discriminately. In assignment case, the transferee usually give a benefit in return, and the safety of transaction is more important than seizure one. Moreover, article 498 of the KCC has scheduled a priority reimbursement of the debt to the debtor of the seized claim with the opposition than any other general creditors. This can be seen that the agenda "reasonable relationship between the opposing claims is deemed", but there is no need to interpretate article 451 of the KCC based on this agenda. In assignment case, the reasonable relationship should be demonstrated, not to be deemed.

Regards the article 498 of the KCC, once upon a time, there was a consensus that the opposing claims should be due dated at the time the seized notification arrived (here, 'notification day') to operate the set-off claim. But depending on the collateral function of set-off is highlighted, if the claims exist as opposed at notification day it is possible to set-off, even if the due date comes after the notification day. The Supreme Court of Korea also states that, "if there is the opposing claims exist and the claimant claim's due date is prior than that of opposite claim, the claimant can insist the set-off." But opposite opinion in the Supreme Court said that, "If the opposing claims are exist, the set-off is possible, regardless of the priority in due date." Could the due date of the claims be an absolute criterion that separates the

---

\* Attorney, Samsung Electro-Mechanics Co., Ltd.

debtor's right or wrong in set-off claim? Rather, considering the set-off system in Debtor Rehabilitation Act, just the existence of opposing claims would be the basic requirement for set-off claim.

Unless already the due dates are established at notification day, the possibilities and reasons for set-off should be found in the “reasonable relationship” between the opposing claims. That relationship should be demonstrated in article 451 of the KCC, otherwise it is deemed in article 498 of the KCC. The laws in Korea, distinguish between the concepts of “set-off claims to transferee or assignee (article 451)” and “priority reimbursement than other creditors by set-off (article 498 and set-off clause in Debtor Rehabilitation Act).” The laws do not define the set-off as real rights such as mortgage or hypothec. Therefore, generalizing or interpreting the function of set-off as real rights might be impertinent and cause confusing in our legal system.

Keywords: set-off, assignment, seizure, bankruptcy, rehabilitation

