

6) 채무자의 제3채무자에 대한 권리(피대위권리)

가) 채권자대위권의 목적인 권리

채무자의 일반재산을 구성하는 재산권은 채권자대위권의 목적이 될 수 있으나, 채무자의 ‘행사상 일신전속권’은 채권자대위권의 목적이 될 수 없다(민법 제404조 제1항 단서).

계약의 청약이나 승낙,²¹⁷⁰⁾ 유류분반환청구권,²¹⁷¹⁾ 친족회의 동의 없는 후견인의 행위에 대한 취소권,²¹⁷²⁾ 공공임대주택 임차인의 임대차계약 중도 해지권²¹⁷³⁾ 등은 채권자대위권의 목적이 될 수 없으나, 채무자의 이행인수인에 대한 청구권,²¹⁷⁴⁾ 임대인의 임대차계약 해지권,²¹⁷⁵⁾ 상계권,²¹⁷⁶⁾ 채권자취소권,²¹⁷⁷⁾ 농지취득자격증명 발급신청권²¹⁷⁸⁾은 채권자대

2170) 대법원 2012. 3. 29. 선고 2011다100527 판결: “계약의 청약이나 승낙과 같이 비록 행사상의 일신전속권은 아니지만 이를 행사하면 그로써 새로운 권리의무관계가 발생하는 등으로 권리자 본인이 그로 인한 법률관계 형성의 결정 권한을 가지도록 할 필요가 있는 경우에는, 채무자에게 이미 그 권리행사의 확정적 의사가 있다고 인정되는 등 특별한 사정이 없는 한, 그 권리는 채권자대위권의 목적이 될 수 없다고 봄이 상당하다. 그리고 이는 일반채권자의 책임재산의 보전을 위한 경우뿐만 아니라 특정채권의 보전이나 실현을 위하여 채권자대위권을 행사하고자 하는 경우에 있어서도 마찬가지라고 할 것이다.”

2171) 대법원 2010. 5. 27. 선고 2009다93992 판결: “유류분반환청구권은 그 행사 여부가 유류분권리자의 인격적 이익을 위하여 그의 자유로운 의사결정에 전적으로 맡겨진 권리로서 행사상의 일신전속성을 가진다고 보아야 하므로, 유류분권리자에게 그 권리행사의 확정적 의사가 있다고 인정되는 경우가 아니라면 채권자대위권의 목적이 될 수 없다.” ☞ 유류분반환을 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 채권자대위청구를 ‘기각’한 1심판결이 항소기각, 상고기각으로 확정된 사례.

2172) 대법원 1996. 5. 31. 선고 94다35985 판결.

2173) 대법원 2022. 9. 7. 선고 2022다230165 판결.

2174) 대법원 2009. 6. 11. 선고 2008다75072 판결.

2175) 대법원 2007. 5. 10. 선고 2006다82700, 82717 판결. 매매약정상 해제권의 대위 행사를 긍정한 예로는 2014다89355이 있다.

2176) 대법원 2010. 8. 26. 선고 2009다95769 판결: “채무자가 제3자에 대하여 갖는 상계권도 채권자대위권의 목적이 될 수 있지만, 채권자대위권을 행사하기 위해서는 원칙적으로 채권의 존재 및 보전의 필요성, 기한의 도래 등의 요건을 충족하여야 함에 비추어, 어느 부진정연대채무자가 현실적으로 자신의 부담부분을 초과하는 출재를 하여 채무를 소멸시킴으로써 다른 부진정연대채무자에 대하여 구상권을 취득한 상태에 이르지 아니한 채 단지 장래에 출재를 할 경우 취득할 수 있는 다른 부진정연대채무자에 대한 구상권을 보전하기 위하여 다른 부진정연대채무자가 채권자에게 갖는 상계권을 대위 행사하는 것은 허용되지 아니한다.” ☞ 원고에게 대여금채무를 지는 소외 회사 중 한 부분을 피고 회사가 분할합병함으로써 부진정연대채무를 부담하게 된 사안에서, 원고의 피고 회사에 대한 이행청구에 대하여, 설령 소외 회사가 원고에 대하여 채권을 갖고 있더라도 민법 제418조 제2항(다른 연대채무자의 상계권 행사)을 적용 내지 유추적용하여 그 채권을 가지고 피고 회사가 스스로 상계를 할 수 있다고 볼 수 없고, 또한 피고 회사가 현실적으로 출재를 하여 원고에 대한 채무를 소멸시키지 아니한 채 장래 소외 회사에 대하여 취득할 수 있는 구상권을 채권자대위권의 피보전권리로 삼아 소외

위권의 목적이 될 수 있다.

채권자대위권의 목적인 재산권의 행사를 위하여 필요한 때에는 채무자가 가지는 소송상의 권리도 대위행사할 수 있다. 청구이의의 소 제기,²¹⁷⁹⁾ 가압류·가처분결정에 대한 본안의 제소명령 신청, 제소기간의 도과를 이유로 한 가압류·가처분의 취소 신청, 또는 사정변경에 따른 가압류·가처분의 취소 신청²¹⁸⁰⁾은 채권자대위권에 기하여 할 수 있으나, 채권자대위에 의한 재심의 소제기는 재심당사자적격의 흠결로 부적법하여 각하된다.²¹⁸¹⁾

채무자의 수익자에 대한 채권양도가 사해행위로 취소되고 그 원상회복으로 제3채무자에게 채권양도가 취소되었다는 취지의 통지가 이루어지더라도, 채권자가 채무자를 대위하여 제3채무자에게 그 채권에 관한 지급을 청구할 수는 없다.^{2182) 2183)}

회사가 원고에 대하여 행사할 수 있는 상계권을 대위 행사할 수도 없다고 한 예.

2177) 대법원 2001. 12. 27. 선고 2000다73049 판결.

2178) 대법원 2018. 7. 11. 선고 2014두36518 판결.

2179) 대법원 1992. 4. 10. 선고 91다41620 판결.

2180) 대법원 2011. 9. 21.자 2011마1258 결정; “가압류결정이나 가처분결정에 대한 이의신청은 그 결정에 대한 소송법상의 불복방법으로서, 이미 개시된 가압류·가처분의 소송절차에서 그 소송을 수행하기 위한 절차상의 권리에 지나지 않는 것이므로, 그 소송절차의 주체인 소송당사자(또는 그의 일반승계인이나 소송에 참가한 특정승계인)만이 그 권리를 행사할 수 있다고 보아야 할 것이다. 그러나 민사집행법 제301조에 의하여 가처분 절차에도 준용되는 같은 법 제287조 제1항에 따라 가압류·가처분결정에 대한 본안의 제소명령을 신청할 수 있는 권리 또는 같은 조 제2항 및 제3항에 따라 제소기간의 도과에 의한 가압류·가처분의 취소를 신청할 수 있는 권리 또는 같은 법 제288조 제1항에 따라 사정변경에 따른 가압류·가처분의 취소를 신청할 수 있는 권리는 가압류·가처분신청에 기한 소송을 수행하기 위한 소송절차상의 개개의 권리가 아니라 가압류·가처분신청에 기한 소송절차와는 별개의 독립된 소송절차를 개시하게 하는 권리라고 할 것이므로, 이는 채권자대위권의 목적이 될 수 있는 권리라고 봄이 상당하다.”

2181) 대법원 2012. 12. 27. 선고 2012다75239 판결; “채권을 보전하기 위하여 대위행사가 필요한 경우는 실제법상의 권리뿐만 아니라 소송법상의 권리에 대하여서도 대위가 허용된다 할 것이나, 채무자와 제3채무자 사이의 소송이 계속된 이후의 소송수행과 관련한 개개의 소송상의 행위는 그 권리의 행사를 소송당사자인 채무자의 의사에 맡기는 것이 타당하므로 채권자대위가 허용될 수 없다고 보아야 하고, 같은 취지에서 볼 때, 상소의 제기와 마찬가지로 종전 재심대상판결에 대하여 불복하여 종전 소송절차의 재개, 속행 및 재심판을 구하는 재심의 소제기는 채권자대위권의 목적이 될 수 없다고 봄이 상당하다. … 재심의 소제기는 채권자대위권의 목적이 될 수 없으므로 재심원고는 이 사건 재심소송을 제기할 재심당사자적격이 없다고 보아야 하고, 재심당사자적격이 없는 재심원고가 제기한 이 사건 재심의 소는 부적법하다.”

2182) 대법원 2015. 11. 17. 선고 2012다2743 판결; “채무자의 수익자에 대한 채권양도가 사해행위로 취소되는 경우, 수익자가 제3채무자로부터 아직 그 채권을 추심하지 아니한 때에는, 채권자는 사해행위취소에 따른 원상회복으로서 수익자가 제3채무자에 대하여 채권양도가 취소되었다는 취지의 통지를 하도록 청구할 수 있다. 그런데 사해행위의 취소는 채권자와 수익자의 관계에서 상대적으로 채무자와 수익자 사이의 법률행위를 무효로 하는 데에 그치고, 채무자와 수익자 사이의 법률관계에는 영향을 미치지 아니한다. 따라서 채무자의 수익자에 대한 채권양도가 사해행위로 취소되고, 그에 따른 원상회복으로서 제3채무자에게 채권양도가 취소되었다는 취지의 통지가 이루어지더라도, 채권자와 수익자의 관계에서 그 채권이 채무자의 책임재산으로 취급될 뿐, 채무자가 직접 그 채권을 취득하여 권리자로 되는 것은 아니므로, 채권자는 채무자를 대위하여 제3채무자에게 그 채권에 관한 지급을 청구할 수 없다.” ⇨ 소외인(채무자)은 피고 2(수익자)에게 피고 1(제3채무자)에 대한 자신의 정산금채권을 양도하였는데, 소외인의 채권자인 원고는 위 정산금채권의 양도가 사해행위라는 이유로 채권양도의 취소 및 원상회복으로서 피고 1에게 채권양도가 취소되었다는 취지의 통지를 하도록 청구하는 한편, 소외인을 대위하여 피고 1에게 위 정산금채권의 지급을 구하고 있으나, 소외인의 피고 2에 대한 정산금채권의 양도가 사해행위로 취소되고 그에 따른 원상회복이 이루어지더라도, 소외인이 직접 정산금채권을 취득하는 것은 아니어서 피대위채권이 존재한다고 할 수 없으므로, 원고는 소외인을 대위하여 피고 1에게 위 정산금채권의 지급을 구할 수 없다고 한 사례.

나) 기판력 저촉 여부에 대한 직권조사

채권자대위 소송에서도 채무자와 제3채무자 간 기판력 있는 확정판결의 존부는 당사자의 주장이 없더라도 법원(상고심 포함)이 이를 직권으로 조사하여 판단하여야 한다(상세한 내용은 앞서 본 '소유권이전등기의 말소등기청구'-'기판력 저촉의 항변' 부분 참조).^{2184) 2185)}

채권자가 채권자대위권을 행사하는 방법으로 제3채무자를 상대로 소송을 제기하고 판결을 받은 경우에는 '어떠한 사유로 인하였든 적어도 채무자가 채권자 대위권에 의한 소송이 제기된 사실을 알았을 경우'에는 그 판결의 효력은 '채무자'나 그의 '다른 채권자'에게 미친다.^{2186) 2187)} 이때 채무자에게도 기판력이 미친다는 의미는 채권자대위소송의 소송물인 '피대위채권의 존부'에 관하여 채무자에게도 기판력이 인정된다는 것이고, 채권자대위소송의 소송요건인 '피보전채권의 존부'에 관하여 당해 소송의 당사자가 아닌 채무자에게 기판력이 인정된다는 것은 아니다.²¹⁸⁸⁾ 부동산 소유자를 대위하여 권리취득명

2183) 같은 취지에서, 어느 채권자가 수익자를 상대로 사해행위 취소 및 원상회복으로 소유권이전등기의 말소를 명하는 판결을 받았으나 말소등기를 마치지 아니한 상태라면 그 소송의 당사자가 아닌 다른 채권자는 위 판결에 기하여 채무자를 대위하여 그 말소등기를 신청할 수 없다. 다만, 그 말소등기는 그 등기절차상의 흠에도 불구하고 실제관계에 부합하는 등기로서 유효하다(대법원 2015. 11. 17. 선고 2013다84995 판결).

2184) 대법원 1992. 5. 22. 선고 92다3892 판결(부동산의 점유자가 취득시효완성을 원인으로 한 소유권이전등기절차이행의 확정판결을 받아 소유권이전등기를 한 후, 부동산 점유자가 원래의 등기명의인에 대한 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 동인을 대위하여 위 확정판결의 기판력에 저촉되는 제3자 명의의 소유권이전등기의 말소를 구한 사건) ⇨ 이미 채무자가 피대위권리를 재판상 행사하여 본안 패소의 확정판결을 받은 경우에는 '채무자의 권리 불행사' 요건 충족의 문제임은 앞서 본 바와 같다.

2185) 후소가 전소의 기판력을 받는지 여부는 직권조사사항이고 이에 관한 당사자의 주장은 직권발동을 촉구하는 의미밖에 없으므로, 다른 채권자의 선행 채권자대위소송의 기판력에 저촉된다는 본안전항변에 대하여 사실심이 명시적으로 판단하지 아니한 채 본안에 관하여만 판단하였더라도 위 항변이 이유 없는 것인 이상 판단유탈의 상고이유로 삼을 수는 없다(대법원 1994. 8. 12. 선고 93다52808 판결).

2186) ○ 대법원 1975. 5. 13. 선고 74다1664 전원합의체 판결: "채권자가 채권자대위권을 행사하는 방법으로 제3채무자를 상대로 소송을 제기하고 판결을 받은 경우에는 채권자가 채무자에 대하여 민법 405조 1항에 의한 보존행위 이외의 권리행사의 통지, 또는 민사소송법 77조에 의한 소송고지 혹은 비송사건절차법 84조 1항에 의한 법원에 의한 재판상 대위의 허가를 고지하는 방법 등을 위시하여 어떠한 사유로 인하였든 적어도 채권자대위권에 의한 소송이 제기된 사실을 채무자가 알았을 경우에는 그 판결의 효력은 채무자에게 미친다고 보는 것이 상당하다 할 것이다." ⇨ 이에 대하여 소수의견은 '채권자가 한 대위소송을 채무자가 알든 모르든(지, 부지간에) 그 기판력이 있다'고 해석하였다.

○ 대법원 1994. 8. 12. 선고 93다52808 판결: "어느 채권자가 채권자대위권을 행사하는 방법으로 제3채무자를 상대로 소송을 제기하여 판결을 받은 경우에는 어떠한 사유로든 채무자가 위 채권자대위소송이 제기된 사실을 알았을 경우에 한하여 그 판결의 효력이 채무자에게 미치므로, 이러한 경우에는 그 후 다른 채권자가 동일한 소송물에 대하여 채권자대위권에 기한 소를 제기하면 전소의 기판력을 받게 된다고 할 것이지만, 채무자가 전소인 채권자대위소송이 제기된 사실을 알지 못하였을 경우에는 전소의 기판력이 다른 채권자가 제기한 후소인 채권자대위소송에 미칠 수는 없다 할 것이다."

2187) 따라서 채권자대위권에 의한 소송이 제기된 사실을 피대위자가 알게 된 이상, 위 대위소송에 관한 종국판결이 있을 후 그 소가 취하된 때에는 피대위자도 '채소금지' 규정의 적용을 받아 위 대위소송과 동일한 소를 제기하지 못한다(93다20177, 20184). 피보전채권이 없어 대위자격이 없는 자가 제기한 채권자대위소송에서, 채무자가 청구를 인낙하고 제3채무자에 대하여는 승소판결이 있을 후 소가 취하된 경우, 채무자에게 채소금지의 효력이 미친다(95다18406).

2188) 따라서 채권자가 채권자대위권을 행사하는 방법으로 제3채무자를 상대로 소송을 제기하였다가 채무자를 대위

의자를 상대로 처분금지가처분등기를 마치고 말소등기청구의 승소 확정판결을 받은 채권자를 상대로 가처분등기자임을 이유로, 소유자나 다른 채권자가 말소등기에 대한 승낙의 의사표시를 구하는 것이 위 확정판결의 기판력에 저촉되지는 않는다.²¹⁸⁹⁾

다) 공격방어방법의 범위

채권자대위권은 채무자의 제3채무자에 대한 권리를 행사하는 것이므로, 제3채무자는 채무자에 대해 가지는 모든 항변사유로 채권자에게 대항할 수 있으나,²¹⁹⁰⁾ 채권자는 채무자 자신이 주장할 수 있는 사유의 범위 내에서 주장할 수 있을 뿐 자기와 제3채무자 사이의 '독자적인 사정'에 기한 사유를 주장할 수는 없다.²¹⁹¹⁾

채무자에 대한 일반 채권자는 자기의 채권을 보전하기 위하여 필요한 한도 내에서

할 피보전채권이 인정되지 않는다는 이유로 소각하 판결을 받아 확정된 경우 그 판결의 기판력이 채권자가 채무자를 상대로 피보전채권의 이행을 구하는 소송에 미치는 것은 아니다(대법원 2014. 1. 23. 선고 2011다 108095 판결).

2189) 대법원 2008. 7. 24. 선고 2008다25510 판결; “부동산의 소유자가 그 부동산상의 권리취득명의자를 상대로 구하는 말소등기청구와 그 등기상 이해관계 있는 제3자를 상대로 구하는 승낙의 의사표시 청구는 당사자와 소송물을 달리하는 것이므로, 소유자의 채권자가 이미 채권자대위권을 행사하는 방법으로 권리취득명의자를 상대로 말소등기청구의 소를 제기하여 승소 확정판결을 받음으로써 그 기판력이 소유자나 그의 다른 채권자에 게까지 미친다 하더라도, 소유자나 다른 채권자로서는 등기상 이해관계 있는 제3자를 상대로 승낙의 의사표시를 청구할 수 있고, 이는 그 제3자가 이미 전소에서 승소 확정판결을 받은 채권자라 하여 달리 볼 것이 아니다.”

2190) 대법원 2023. 4. 13. 선고 2022다244836 판결. 예컨대, 임차인이 임대인의 동의를 얻어 전대한 경우에 전차인은 임대인에 대하여 그 사용의 편의를 위하여 임대인의 동의를 얻어 시설한 부속물의 매수청구권을 행사할 수 있고, 임대인을 대위하여 인도청구를 하는 원고에 대하여도 부속물 매수대금 지급 시까지의 연기적 항변권을 주장할 수 있다(81다378).

2191) ○ 대법원 2019. 5. 16. 선고 2015다253573 판결; 이 사건 지분에 관한 피고 명의의 가등기는 소외 1이 피고와 소외 2 명의의 매매예약계약을 위조하여 마친 무효의 등기인데, 이후 피고는 소외 2로부터 위 지분을 매수하면서 소유권이전등기청구권의 보전을 위하여 무효인 위 가등기를 유용하기로 소외 2와 합의한 다음 위 가등기에 기하여 본등기를 마쳤으므로, 위 가등기 유용의 합의로써 그 합의의 상대방인 소외 2에 대하여는 위 가등기의 유효를 주장할 수 있고, 원고는 위 가등기 유용의 합의가 있기 전에 위 지분에 대하여 강제경매개시결정 기입등기를 마쳐 등기부상 이해관계를 가지게 되었으므로 피고는 원고에게 위 가등기 유용의 합의로써 대항할 수 없지만, 소외 2를 대위하여 위 가등기 및 본등기의 말소를 구하는 원고로서는 자기와 피고 사이의 독자적인 사정에 기한 위 사유를 주장할 수는 없다고 한 예. ◀ [동일 취지] 채권자가 무효인 소유권이전등기청구권의 보전을 위한 가등기의 유용 합의에 따라 부동산 소유자인 채무자로부터 그 가등기 이전의 부가등기를 마친 제3채무자를 상대로 채무자를 대위하여 가등기의 말소를 구한 경우, 채권자가 그 부가등기 전에 부동산을 가압류한 사실을 주장하는 것은 채무자가 아닌 채권자 자신이 제3채무자에 대하여 가지는 사유에 관한 것이어서 허용되지 않는다고 한 예(2009다4787).

○ 대법원 2020. 7. 9. 선고 2020다223781 판결; 원고가 피고(임차인, 근질권설정자)의 소외 공사(임대인, 제3채무자)에 대한 임대차보증금반환채권에 관한 근질권자로서 ‘임대차계약이 갱신되지 아니한 채 기간만으로 종료되었다’고 주장하며 소외 공사에 대한 직접청구권을 보전하기 위해 소외 공사를 대위하여 피고에게 임차아파트의 인도를 구한 사안에서, ① 원고와 피고 사이의 독자적인 사정에 해당하는 근질권설정계약 조항(“설정자는 채권자의 동의 없이 임대인과 임대차계약의 연장, 갱신이 불가하며 임대차계약의 연장, 갱신의 경우에는 반드시 채권자의 사전동의를 얻어야 효력이 발생합니다.”)을 들어 임대차계약의 묵시적 갱신을 원고에게 대항할 수 없다고 주장할 수는 없고, ② 임대인이 별도로 갱신거절을 하지 아니함에 따라 임대차계약이 묵시적으로 갱신되는 결과가 발생하는 것은, 질권의 목적인 임대차보증금반환채권 자체가 아니라 이를 발생시키는 기본적 계약관계에 관한 사유에 속할 뿐만 아니라, 질권설정자인 임차인이 위 채권 자체의 소멸을 목적으로 하거나 질권자의 이익을 해하는 변경을 한 것으로도 볼 수 없으므로 이 경우에는 민법 제352조(질권설정자의 권리처분 제한)의 제한을 받지 아니한다고 한 예.

채무자를 대위하여 소멸시효 주장을 할 수 있을 뿐, 채권자의 지위에서 독자적으로 소멸시효의 주장을 할 수 없다.²¹⁹²⁾ 채권자대위권 행사의 효과는 채무자에게 귀속되는 것이어서 채권자대위소송의 제기로 인한 소멸시효 중단 효과 역시 채무자에게 생기므로,²¹⁹³⁾ 제3채무자의 피대위권리에 대한 소멸시효 항변에 대하여 대위채권자는 이전의 다른 채권자의 대위소송 제기에 따른 시효중단효를 재항변으로 주장할 수 있다.

비법인사단의 채권자가 비법인사단의 총유재산에 관한 권리를 대위행사하는 경우, 사원총회의 결의 등 비법인사단의 내부적인 의사결정절차를 거칠 필요는 없으므로,²¹⁹⁴⁾ 그 흠결의 본안전항변은 유효하지 않다.

라) 채권자대위 후 채무자의 피대위권리 처분

채권자가 채무자를 대위하여 채무자의 제3채무자에 대한 권리를 행사하고 채무자에게 통지를 하거나(민법 제405조 제2항),²¹⁹⁵⁾ (통지에 의하지 않더라도 어떠한 경위에서건) 채무자가 채권자의 대위권행사 사실을 안 후에는, 채무자는 그 권리에 대한 처분권을 상실하며, 따라서 그 권리의 양도나 포기 등 처분행위를 할 수 없고, 채무자의 처분행위에 기하여 취득한 권리로서는 채권자에게 대항할 수 없으며, 제3채무자 또한 채권자에게

2192) 대법원 1997. 12. 26. 선고 97다22676 판결 등.

2193) 대법원 2011. 10. 13. 선고 2010다80930 판결; 채권자 甲이 채무자 乙을 대위하여 丙을 상대로 부동산에 관하여 부당이득반환을 원인으로 한 소유권이전등기절차 이행을 구하는 소를 제기하였다가 피보전권리가 인정되지 않는다는 이유로 소각하판결을 선고받아 확정되었고, 그로부터 3개월 남짓 경과한 후에 다른 채권자 丁이 乙을 대위하여 丙을 상대로 같은 내용의 소를 제기하였다가 丙과 사이에 피보전권리가 존재하지 않는다는 취지의 조정이 성립되었는데, 또 다른 채권자인 戊가 조정 성립일로부터 10여 일이 경과한 후에 乙을 대위하여 丙을 상대로 같은 내용의 소를 다시 제기한 사안에서, 채무자 乙의 丙에 대한 위 부동산에 관한 부당이득반환을 원인으로 한 소유권이전등기청구권의 소멸시효는 甲, 丁, 戊의 순차적인 채권자대위소송에 따라 최초의 재판상 청구인 甲의 채권자대위소송 제기로 중단되었다고 본 원심판단을 정당하다고 한 사례.

2194) 대법원 2014. 9. 25. 선고 2014다211336 판결; “비법인사단이 총유재산에 관한 소를 제기할 때에는 정관에 다른 정함이 있는 등의 특별한 사정이 없는 한 사원총회의 결의를 거쳐야 하지만, 이는 비법인사단의 대표자가 비법인사단 명의로 총유재산에 관한 소를 제기하는 경우에 비법인사단의 의사결정과 특별수권을 위하여 필요한 내부적인 절차이다. 채권자대위권은 채무자가 스스로 자기의 권리를 행사하지 아니하는 때에 채권자가 채무자에 대한 채권을 보전하기 위하여 채무자의 의사와는 상관없이 채무자의 권리를 대위하여 행사할 수 있는 권리로서 그 권리행사에 채무자의 동의를 필요로 하는 것은 아니므로, 비법인사단이 총유재산에 관한 권리를 행사하지 아니하고 있어 비법인사단의 채권자가 채권자대위권에 기하여 비법인사단의 총유재산에 관한 권리를 대위행사하는 경우에는 사원총회의 결의 등 비법인사단의 내부적인 의사결정절차를 거칠 필요가 없다.” ㉔ 원고들이 소의 비법인사단의 채권자로서 비법인사단을 대위하여 피고에 대한 운영비 채권 중 원고들의 보수 상당액의 지급을 구한 사안에서, 원심이, 운영규정에 총유재산에 관한 소를 제기하는 경우에 관하여 별다른 정함이 없으므로 소제기에 관하여 사원총회의 결의를 거쳐야 한다고 전제한 다음, 원고들의 대위청구는 사원총회의 결의 없이 제기된 것으로서 소송요건이 흠결되어 부적법하다고 판단한 데 대하여, 대법원은, 원고들이 채권자대위청구를 위하여 사원총회의 결의를 거칠 필요는 없다고 판단한 예.

2195) 민법 제405조(채권자대위권행사의 통지) ① 채권자가 전조 제1항의 규정에 의하여 보전행위 이외의 권리를 행사한 때에는 채무자에게 통지하여야 한다. ② 채무자가 전항의 통지를 받은 후에는 그 권리를 처분하여도 이로써 채권자에게 대항하지 못한다. ㉕ 이 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(2011다87235).

대항할 수 없다.²¹⁹⁶⁾

이는 채무자의 제3채무자에 대한 권리가 소멸하였다는 제3채무자의 항변에 대한 채권자의 재항변 사유로서, 채권자는 ‘채권자가 채무자에게 채권자대위 행사 사실을 통지한 사실’ 또는 ‘채무자가 채권자대위 행사 사실을 알고 있었던 사실’을 주장·증명하여야²¹⁹⁷⁾ 하지만, 통상의 경우처럼 채권자가 채권자대위청구와 함께 채무자에 대한 청구를 병합하여 청구한 경우라면 채무자에 대한 소장 부분의 송달로 위 재항변 사실은 기록상 분명한 것이므로, 소송 계속 후 채무자의 권리 처분으로 채무자의 제3채무자에 대한 권리가 소멸하였다는 제3채무자의 항변은 유효한 항변이 될 수 없고 그 자체로 배척되어야 한다.

채권자가 대위행사한 권리를 채무자가 ‘처분’한 경우에 해당하는 ‘공정례’로는, ① 소멸시효 이익의 포기,²¹⁹⁸⁾ ② 합의 해제,²¹⁹⁹⁾ ③ 이의 유보 없는 공탁금 수령으로 인한 해제의 승인,²²⁰⁰⁾ ④ 채무자의 권리 포기나 추인,²²⁰¹⁾ ⑤ 피대위채권에 대한 전부명령²²⁰²⁾ 등이

2196) 대법원 1991. 4. 12. 선고 90다9407 판결, 대법원 2007. 6. 28. 선고 2006다85921 판결.

2197) 대법원 2018. 11. 9. 선고 2015다75308 판결: “원고는 이 사건 근저당권등기의 피담보채무가 시효소멸하였다고 주장하면서 소외 3 등을 대위하여 피고에게 이 사건 근저당권등기의 말소를 구하였을 뿐, ... 원고의 대위권 행사 사실을 알면서도 피고에게 채무승인서를 작성해 줌으로써 시효이익을 포기하였으므로 원고에게 대항할 수 없다는 주장을 하지 않았음을 알 수 있다. ... 원심이 소외 3 등의 시효이익 포기가 채권자에게 대항할 수 없는 민법 제405조 제2항에서 정한 처분에 해당하는지 여부에 대하여 심리하지 아니하고 원고에게 그에 대한 주장·증명을 촉구하지도 않았다고 하여, ... 변론주의에 관한 법리를 오해하거나 석명의무를 다하지 아니하는 등의 잘못이 있다고 할 수 없다.”

2198) 대법원 2018. 11. 9. 선고 2015다75308 판결.

2199) 대법원 2007. 6. 28. 선고 2006다85921 판결: “채권자가 채무자와 제3채무자 사이에 체결된 부동산매매계약에 기한 소유권이전등기청구권을 보전하기 위해 채무자를 대위하여 제3채무자의 부동산에 대한 처분금지처분을 신청하여 가처분결정을 받은 경우에는 피보전권리인 소유권이전등기청구권을 행사한 것과 같이 볼 수 있으므로, 채무자가 그러한 채권자대위권 행사 사실을 알게 된 이후에 그 매매계약을 합의해제함으로써 채권자대위권의 객체인 부동산 소유권이전등기청구권을 소멸시켰다 하더라도 이로써 채권자에게 대항할 수 없고, 그 결과 제3채무자 또한 그 계약해제로써 채권자에게 대항할 수 없는 것이다.”

2200) 대법원 1993. 4. 27. 선고 92다44350 판결: “피고 2가 위 매매계약을 해제하려고 원상회복의 방법으로 그 계약에 따라 지급받은 매매대금을 공탁한데 대하여, 피고 1이 아무런 이익 없이 공탁의 취지에 따라 그 공탁금을 수령함으로써 ... 계약당사자 사이의 합의에 의하여 위 매매계약이 해제되는 효과를 발생하게 하는 것은, 채권자인 원고가 이 사건 소송에서 채무자인 피고 1을 대위하여 행사하고 있는 위 피고의 피고 2에 대한 위 매매계약에 따른 이 사건 부동산에 관한 소유권이전등기청구권을 처분하는 것에 해당한다고 할 것인데, 원고가 피고 1을 대위하여 그의 권리를 행사한다는 사실이 청구원인으로 기재된 이 사건 소장의 부분이 위 피고에게 송달된 것이 1989. 1. 19.임은 기록상 분명하므로, 위 피고가 그후(빨라도 1989. 12. 10. 이후)에 위와 같이 피고 2가 공탁한 매매대금을 이익 없이 수령함으로써 위 매매계약이 해제되는 효과를 발생하도록 승인하였다고 하더라도, 피고들이 이로써 원고에게는 대항할 수 없을 것이 명백하다.”

2201) 대법원 1989. 3. 14. 선고 88다카112 판결: “피고 1로서는 원고가 이미 이 사건 소송에서 그의 말소등기청구권을 대위행사하고 있는 타이므로 소송 계속 중에 그의 말소등기청구권을 포기하여 권리를 처분하는 의미의 추인권을 행사할 수도 없는 것”

2202) 대법원 2016. 8. 29. 선고 2015다236547 판결: “채권자대위소송이 제기되고 대위채권자가 채무자에게 대위권 행사사실을 통지하거나 채무자가 이를 알게 되면 민법 제405조 제2항에 따라 채무자는 피대위채권을 양도하거나 포기하는 등 채권자의 대위권 행사를 방해하는 처분행위를 할 수 없게 되고 이러한 효력은 제3채무자에게도 그대로 미치는데, 그럼에도 그 이후 대위채권자와 평등한 지위를 가지는 채무자의 다른 채권자가 피대위채권에 대하여 전부명령을 받는 것도 가능하다고 하면, 채권자대위소송의 제기가 채권자의 적법한 권리행사방법 중 하나이고 채무자에게 속한 채권을 추심한다는 점에서 추심소송과 공통점도 있음에도 그것이 무익한 절차

있고, '부정례'로는, ① 채무자의 변제수령, 그 명의의 소유권이전등기 경로,²²⁰³⁾ ② 제3채무자 신청 지급명령에 대한 이의의 부제기,²²⁰⁴⁾ ③ 채무자가 자신의 '채무불이행'을 이유로 매매계약이 해제되도록 한 행위(실질적으로는 합의해제한 것으로 볼 수 있거나, 법정해제인 것처럼 외관을 갖춘 것이라는 등의 '특별한 사정'이 있는 경우에는 채무자의 '처분'행위에 해당한다)²²⁰⁵⁾ 등이 있다.

에 불과하게 될 뿐만 아니라, 대위채권자가 압류·가압류나 배당요구의 방법을 통하여 채권배당절차에 참여할 기회조차 가지지 못하게 한 채 전부명령을 받은 채권자가 대위채권자를 배제하고 전속적인 만족을 얻는 결과가 되어, 채권자대위권의 실질적 효과를 확보하고자 하는 민법 제405조 제2항의 취지에 반하게 된다. 따라서 채권자대위소송이 제기되고 대위채권자가 채무자에게 대위권 행사사실을 통지하거나 채무자가 이를 알게 된 이후에는 민사집행법 제229조 제5항이 유추적용되어 피대위채권에 대한 전부명령은, 우선권 있는 채권에 기초한 것이라는 등의 특별한 사정이 없는 한, 무효라고 보는 것이 타당하다.”²²⁰⁶⁾ 채권자대위 금지지급 청구 → 항변: 피대위 금전채권의 압류·전부 → 재항변: 채무자의 채권자대위소송 지득(知得) 후 전부명령 ∴ 무효 → 재재항변: 특별한 사정(우선변제채권에 기초한 전부명령)의 공방구조가 된다.

2203) 대법원 1991. 4. 12. 선고 90다9407 판결: “채무자의 변제수령은 처분행위라 할 수 없고 같은 이치에서 채무자가 그 명의의 소유권이전등기를 경로하는 것 역시 처분행위라고 할 수 없는 것이다. 따라서 채권자 대위권의 행사에 의하여 채무자의 소유권이전등기청구권 행사나 제3채무자의 그 의무이행이 방해되어야 할 이유가 없으며, 그 소유권이전등기는 채권자에게 오히려 목적을 이루게 하는 것이므로 소유권이전등기청구권의 대위 행사 후에도 채무자는 그 명의의 소유권이전등기를 경로하는 데 아무런 지장이 없다. ... 부동산의 전득자(채권자)가 양수인 겸 전매인(채무자)에 대한 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 양수인을 대위하여 양도인(제3채무자)을 상대로 처분금지가처분을 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 소유권이전등기청구권이고, 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.”

2204) 대법원 2007. 9. 6. 선고 2007다34135 판결: 채권자가 채무자와 제3자 사이의 근저당권설정계약이 통정허위 표시임을 이유로 채무자를 대위하여 그 말소를 구하는 소송을 제기하였는데, 그 후 채무자가 제3자가 신청한 지급명령에 이의를 제기하지 않아 강제경매절차에서 부동산이 매각됨으로써 위 근저당권설정등기가 말소된 경우, 채무자가 지급명령에 이의를 제기하지 않은 것이 대위채권자가 행사하고 있는 권리의 처분이라고 할 수 없어 제3자는 위 근저당권설정등기의 말소로 채권자에게 대항할 수 있다고 한 사례.

2205) 대법원 2012. 5. 17. 선고 2011다87235 전원합의체 판결: “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 이룰 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 채권자대위권 행사의 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 그 계약해제로써 대위권을 행사하는 채권자에게 대항할 수 있다고 할 것이다. 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.” ■ 이와 달리 '채무자가 채권자대위권 행사사실을 통지받은 후에 채무자의 채무불이행을 이유로 매매계약이 해제되도록 한 것이 언제나 채무자가 그 피대위채권을 처분하는 것에 해당하므로 이를 가지고 대위권을 행사하는 채권자에게 대항할 수 없고, 그 결과 제3채무자 또한 그 계약해제로써 채권자에게 대항할 수 없다'는 취지의 2000다27343 판결(甲이 乙로부터 매수한 부동산을 다시 甲으로부터 매수한 丙이 채무자인 甲, 제3채무자 乙에 대하여 순차 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 소를 제기하여 그 중 乙에 대한 채권자대위소송이 상고심에 계속 중 甲이 乙의 매매잔대금 지급 최고에 응하지 아니하여 乙로 하여금 매매계약을 해제할 수 있도록 한 사안)은 위 전원합의체 판결의 견해와 저촉되는 한도에서 변경되었다.