

저당권부 채권양도 一瞥* **

배 성 호

영남대학교 법학전문대학원 교수

< 목 차 >

- I. 서설
- II. 저당권부 채권양도에 있어 채권양도의 대항요건을 갖추었으나 저당권 이
전등기를 하지 않은 경우 저당권의 효력 여부
- III. 저당권부 채권양도에 있어 저당권의 이전등기만 있는 경우의 채권양수인
의 채권 및 저당권의 행사가부
- IV. 결론에 갈음하여

I. 서설

저당권부 채권양도에 있어 저당권의 양도는 채권양도와 함께 행하여진다. 이 경우에 판례는 “저당권부 채권의 양도는 민법 제186조의 부동산물권변동에 관한 규정과 민법 제449조 내지 제452조의 채권양도에 관한 규정에 의해 규율된다”고 하여,¹⁾ 저당권부 채권의 양도에 관해서는 물권법과 채권법이 공동으로 적용된다고 하였다. 채권은 양도인과 양수인 사이의 합의만으로 이전되지만 대항요건을 갖추지 않는 한 채권양도를 가지고 채무자나 제3자에게 대항할 수 없

* 심사위원 : 이상욱, 배병일, 이동형

투고일자 : 2010. 2. 11 심사일자 : 2010. 3. 16 게재확정일자 : 2010. 3. 23

** 이 연구는 2010학년도 영남대학교 학술연구조성비에 의한 것임

1) 대판 2005.6.10, 2002다15412·15429

으며, 저당권이전의 부기등기를 경료한 때 비로소 양수인은 원래의 의도한 바와 같이 저당권에 의하여 담보되는 채권을 취득하게 된다. 그러나 채권양도는 그 합의시에 효력이 발생하고 저당권의 이전은 그 등기시에 효력이 발생하기 때문에, 채권양도와 저당권이전 사이에 시간적 간극이 발생한다. 이와 같은 경우에 물권변동에 관한 규정과 채권양도에 관한 규정이 독립적으로 적용되는지, 아니면 서로 영향을 미치는지 여부가 문제된다. 이와 관련하여 초기의 학설 중에는 채권양도의 요건과 저당권이전의 요건의 양자가 모두 갖추어져야 비로소 저당권부 채권이 일체로서 이전된다는 해석론이 제기되기도 하였다.²⁾³⁾ 이에 대하여 판례는 “피담보채권과 근저당권을 함께 양도하는 경우에 채권양도는 당사자 사이의 의사표시만으로 양도의 효력이 발생하지만 근저당권이전은 이전등기를 하여야 하므로 채권양도와 근저당권이전등기 사이에 어느 정도 시차가 불가피한 이상 피담보채권이 먼저 양도되어 일시적으로 피담보채권과 근저당권의 귀속이 달라진다고 하여 근저당권이 무효로 된다고 볼 수는 없으나, 위 근저당권은 그 피담보채권의 양수인에게 이전되어야 할 것에 불과하고, 근저당권의 명의인은 피담보채권을 양도하여 결국 피담보채권을 상실한 셈이므로 집행채무자로부터 변제를 받기 위하여 배당표에 자신에게 배당하는 것으로 배당표의 경정을 구할 수 있는 지위에 있다고 볼 수 없다.”고 하여,⁴⁾ 저당권부 채권의 양도에서 채권의 이전과 저당권의 이전을 따로 떼어 보고 따라서 그 요건도 각각 별개로 파악하는 기본태도를 보이고 있다.⁵⁾

또한 저당권의 피담보채권과 함께 저당권을 양수하였으나 채권양도의 대항요건을 갖추지 못한 양수인의 저당권실행의 가부 및 배당 여부와 관련하여 판례는 “피담보채권을 저당권과 함께 양수한 자는 저당권이전의 부기등기를 마치고 저당권실행의 요건을 갖추고 있는 한 채권양도의 대항요건을 갖추고 있지 아니하더라도 경매신청을 할 수 있으며, 채무자는 경매절차의 이해관계인으로서 채

2) 김증한, 물권법, 1981, 520면 이하.

3) 이러한 해석론에 따르면 채권양도의 합의를 하고 그 양도통지를 하였어도 저당권의 이전등기까지를 하지 아니한 이상 채권에 대하여도 아직 양도의 효력이 발생하지 아니하였으므로, 여전히 양도인이 저당권부 채권의 보유자라고 할 것이고, 이렇게 되면 채권양도의 통지 또는 저당권의 이전등기 중 하나만이 행하여진 단계에서는 피담보채권이나 저당권의 귀속에 대하여 공시된 바와 실체의 권리귀속 사이에 괴리가 생기는 문제가 있다는 지적도 있다. 양창수, 민법연구 제8권, 2005, 391.

4) 대판 2003.10.10. 2001다77888

5) 양창수(주3), 391.

권양도의 대항요건을 갖추지 못하였다는 사유를 들어 경매개시결정에 대한 이의나 즉시항고절차에서 다룰 수 있고, 이 경우는 신청채권자가 대항요건을 갖추었다는 사실을 증명하여야 할 것이나, 이러한 절차를 통하여 채권 및 근저당권의 양수인의 신청에 의하여 개시된 경매절차가 실효되지 아니한 이상 그 경매절차는 적법한 것이고, 또한 그 경매신청인은 양수채권의 변제를 받을 수도 있다.”⁶⁾고 한다.

이하 본 연구에서는 피담보채권의 양도와 저당권이전등기 여부에 따른 당사자들의 법률관계에 관하여 크게 저당권부 채권양도에 있어서 채권양도에 대한 합의만 있는 경우 저당권의 효력여부(Ⅱ)와 저당권부 채권양도에 있어서 저당권의 이전등기만 있는 경우 채권양수인의 채권 및 저당권 행사가부(Ⅲ)로 나누어, 채권양도의 대항요건과 저당권이전등기의 관계에 대한 판례와 학설의 검토를 통하여 구체적인 해석론을 전개하고자 한다.

Ⅱ. 저당권부 채권양도에 있어 채권양도의 대항요건을 갖추었으나 저당권 이전등기를 하지 않은 경우 저당권의 효력여부

1. 피담보채권의 양도와 저당권의 효력 일반

1) 저당권의 부종성과 수반성

저당권의 부종성이란 저당권은 채권의 담보를 목적으로 하여 성립하므로 독립성을 갖지 못하고 언제나 피담보채권에 종속하게 된다는 성질, 즉 피담보채권의 존재를 전제로 하여서만 존재할 수 있게 되는 성질을 말한다. 민법⁷⁾ 제369조는 ‘부종성’이라 하여, “저당권으로 담보한 채권이 시효의 완성 기타 사유로 인하여 소멸한 때에도 저당권은 소멸한다”고 규정하고 있다. 저당권의 부종성은 저당권의 성립과 소멸에 관련되고, 특히 피담보채권과의 분리와 관련되어 논의된다.

6) 대판 2005.6.23. 2004다29279

7) 아래 범명의 지칭이 없는 것은 민법을 말한다.

또한 저당권의 수반성이란 저당권이 피담보채권의 이전에 따라서 이전하고 피담보채권 위에 부담이 설정되면 역시 그 부담에 복종하는 성질을 말한다. 제 361조는 '저당권의 처분제한'이라 하여, "저당권은 그 담보한 채권과 분리하여 타인에게 양도하거나 다른 채권의 담보로 하지 못한다"고 규정하고 있다. 저당권의 수반성은 저당권의 피담보채권의 이전과 관련되어 논의된다.

구민법에는 없던 제361조의 입법취지는 "담보채권과 저당권을 같이 이전할 수 있는 것과 채권과 분리하여 저당권만 이전할 수 없다는 두 가지 점을 입법으로 해결하는 의미"라고 한다.⁸⁾ 이와 관련하여 제361조는 구민법과 달리 저당권만의 분리 양도를 금하는 외에, 피담보채권과 저당권을 같이 이전할 수 있다는 것을 염두에 두었지, 피담보채권을 저당권과 같이 이전하여야만 한다는 것으로 생각한 것은 아니다.⁹⁾

또한 물권변동에 있어 구민법의 대항요건주의에서 독법계의 성립요건주의로 변화되었지만, 이것이 민법의 입법자에게는 채권만의 양도 가능성이라는 문제에는 어떤 영향을 미친 것은 아니라고 할 수 있다. 오히려 저당권의 수반성이란, 구민법의 경우와 마찬가지로 저당권부채권에 있어 피담보채권을 양도하는 의사 표시에는 저당권도 함께 양도한다는 의사표시가 포함되어 있다는 의미 정도로 보면 될 것이다.¹⁰⁾

2) 저당권과 분리된 피담보채권만의 양도가능성

통설¹¹⁾과 판례¹²⁾는 피담보채권의 처분을 수반하지 않는 저당권만의 양도는 무효가 되며, 이는 한편으로 피담보채권의 처분이 있으면 저당권의 처분도 이에 따르게 된다는 것을 의미한다는 것으로 보고 있다. 즉 피담보채권의 처분이 있으면 반드시 저당권과 함께 처분된다는 것을 의미하지는 않지만 저당권이 담보물권인 점에 비추어 특별한 사정이 없는 피담보채권의 처분에는 저당권의 처분

8) 민법안심의록(상권), 민의원 법제사법위원회 민법안 심의소위원회, 1957, 216; 민법안심의록, 제26회 국회정기회의속기록 제22호(부록), 국회사무처, 1957, 223 참조.

9) 정병호, 저당권부 채권의 양도에 관한 하나의 시론, 민사법학 제36호, 2007, 423.

10) 정병호(주9), 424.

11) 박윤직, 물권법 제7판, 2008, 357; 이영준, 한국민법론[물권법](신정2판), 2004, 852; 송덕수, 신민법강의, 2008, 685.

12) 대판 1968.2.20, 67다2543; 대판 1972.7.25, 72다971; 대판 1974.2.26, 72다2560

도 포함된다고 보는 것이 당사자의 의사에 부합한다.¹³⁾

저당권의 수반성은 당사자의 의사에 의한 피담보채권의 양도가 있는 경우뿐만 아니라, 피담보채권이 법률의 규정에 의하여 이전되는 경우에도 발생한다. 다만 피담보채권이 법률의 규정에 의하여 이전되는 경우에는 등기 없이도 저당권이 이전된다는 점에서 차이가 있다.

그렇다면 피담보채권이 처분되는 경우 항상 저당권의 처분이 따르게 되는지 문제된다. 본조가 강행규정으로서 저당권을 유보하고 피담보채권만을 양도 또는 입질하는 행위가 무효라는 견해가 있으나,¹⁴⁾ 피담보채권의 처분이 있음에도 저당권의 처분이 따르지 않는다는 특약이 가능하다고 하는 것이 통설이다.¹⁵⁾ 따라서 피담보채권이 저당권과 분리되어 양도될 경우 피담보채권은 무담보채권이 되고, 저당권은 피담보채권의 소멸로 인하여 소멸한다.¹⁶⁾ 따라서 통상 저당권부채권의 양도 또는 저당권부채권의 (가)압류라 하면 이는 저당권으로부터 분리된 피담보채권만을 이전 또는 (가)압류하는 것이 아니라 저당권에 의하여 담보되는 그대로 이전 또는 (가)압류하는 것을 뜻하는 것으로 이해되고 있다.¹⁷⁾

한편 물상보증인이 설정한 저당권은 물상보증인의 이익을 보호하기 위하여 그의 동의가 없으면 피담보채권의 처분에 수반하지 않고, 저당부동산이 제3취득자에게 취득된 경우에도 이와 동일하게 해석하여야 한다는 것이 다수설이지만, 판례는 그러하지 않다.¹⁸⁾

13) 주석민법[물권(4)], 149(여상훈 집필부분).

14) 김증한(주2), 431; 김석우, 저당권의 처분에 관한 소고, 김증한박사화갑기념논문집 현대민법학의 제문제, 1981, 404.

15) 민법주해[VII] 물권(4), 75(남표순 집필부분); 주석민법[물권(4)], 149(여상훈 집필부분); 이영준, 799.

16) 전세권에 관련된 판례이지만 대판 1999.2.5. 97다33997은 “전세권이 담보물권적 성격도 가지는 이상 부종성과 수반성이 있는 것이므로 전세권을 그 담보하는 전세금반환채권과 분리하여 양도하는 것은 허용되지 않는다고 할 것이나, 한편 담보물권의 수반성이란 피담보채권의 처분이 있으면 언제나 담보물권도 함께 처분된다는 것이 아니라 채권담보라고 하는 담보물권 제도의 존재 목적에 비추어 볼 때 특별한 사정이 없는 한 피담보채권의 처분에는 담보물권의 처분도 당연히 포함된다고 보는 것이 합리적이라는 것일 뿐이므로, 피담보채권의 처분이 있음에도 불구하고 담보물권의 처분이 따르지 않는 특별한 사정이 있는 경우에는 채권양수인은 담보물권이 없는 무담보의 채권을 양수한 것이 되고 채권의 처분에 따르지 않은 담보물권은 소멸한다.”고 하였다.

17) 노만경, 근저당권부 채권이 양도되었으나 근저당권의 이전등기가 경료되지 않은 상태에서 실시된 배당절차에서 근저당권의 명의인이 배당이익을 할 수 있는지 여부, 대법원판례해설 제46호, 2008, 471.

2. 저당권부 채권양도에 있어 채권양도의 대항요건을 갖추었으나 저당권 이전등기를 하지 않은 경우 저당권의 효력여부

1) 학설

저당권부채권의 양도에는 채권양도에 관한 규정과 저당권양도에 관한 규정이 모두 적용된다는 것이 통설의 입장이다.¹⁸⁾ 따라서 채권양도는 당사자 사이에 의사표시만으로 양도의 효력이 생기지만 채무자 기타 제3자에게 대항하기 위하여는 양도인이 채무자에게 통지하거나 또는 채무자가 승낙하여야 한다(제450조 제1항). 또한 저당권은 물권이므로 그 이전은 물권변동의 일반원칙(제186조)에 따라 물권적 합의와 저당권 이전의 (부기)등기를 하여야 효력이 생긴다(부동산 등기법 제142조 참조). 저당권 양도의 물권적 합의는 일반적으로 채권양도의 의사표시와 합체되어 이루어진다.

그런데 저당권부채권 양도와 동시에 저당권이전등기를 한다든가, 저당권부 채권양도의 대항요건을 갖추어 동시에 저당권이전등기를 하는 것은 현실적으로 시간적 간극이 발생할 수밖에 없다. 따라서 저당권부 채권양도에 있어서 채권양도에 대한 합의만 있고, 아직 저당권의 이전등기가 종료되지 않은 경우 저당권의 효력이 문제된다. 즉 채권양도는 그 합의시에 효력이 발생하고 저당권의 이전은 그 등기시에 효력이 발생하기 때문에, 채권양도와 저당권이전 사이에 시간적 간극이 발생한다. 이와 같은 경우에 물권변동에 관한 규정과 채권양도에 관한 규정이 독립적으로 적용되는지, 아니면 서로 영향을 미치는지 여부가 문제된다. 담보물권의 부종성을 엄격히 새기면 피담보채권과 분리된 저당권은 소멸한다고 하여야 할 것이다.

이에 관하여는 채권양도와 저당권이전의 효력이 저당권이전등기시에 발생한다는 견해(이하 “견해[1]”이라 한다)가 있다.²⁰⁾ 원래 제186조의 적용을 받는

18) 대판 1994.9.27. 94다23975 저당권의 양도에 있어서도 물권변동의 일반원칙에 따라 저당권을 이전할 것을 목적으로 하는 물권적 합의와 등기가 있어야 저당권이 이전된다고 할 것이나, 이 때의 물권적 합의는 저당권의 양도, 양수받은 당사자 사이에 있으면 족하고 그 외에 그 채무자나 물상보증인 사이에까지 있어야 하는 것은 아니라고 한다.

19) 박윤직(주11), 357; 이영준(주11), 852.

것은 저당권의 양도뿐이고 채권의 양도는 채권양도의 합의만으로 효력이 생기는 것이지만, 이를 긍정하는 것은 제361조에 반하기 때문에 그렇게 할 수 없으므로, 결국 채권양도와 저당권의 양도는 등기를 함으로써 함께 효력을 발생한다고 해석하여야 한다는 것이다.

반면 저당권은 그 존속에 있어서도 피담보채권에 부종하므로, 피담보채권이 양도되면 일반적으로 저당권도 이전되는데, 이 같은 저당권의 이전은 저당권의 존속에 있어서의 부종성에 기한 것이므로, 법률행위에 의하지 않는 부동산 물권 변동에 해당하고, 따라서 저당권 이전등기를 요하지 않고 피담보채권의 양도 시에 이전되는 것이어서 저당권 이전의 물권행위 시에 저당권이 이전되는 것은 아니라고 새겨야 한다는 견해(이하 “견해[2]”라 한다)도 있다.²¹⁾

2) 판례

판례는 저당권부 채권양도의 요건과 관련하여 저당권부 채권양도에 있어서 채권양도에 대한 합의만 있고, 아직 저당권의 이전등기가 경로되지 않은 경우 저당권의 효력을 인정하고 있다.²²⁾

이 사건에서 원고는 은행으로부터 甲과의 사이에 어음할인거래약정 및 신용카드거래약정을 맺고, 그 각 거래상의 채권을 담보하기 위하여 甲소유의 이 사건 부동산에 채권최고액 3억 원의 근저당권을 설정받았다. 이 근저당권의 피담보채권의 발생원인인 각 약정상의 거래는 1998년 4월경에 종료되어 위 근저당권은 보통의 저당권과 같이 되었는데, 그 당시의 채권액은 모두 2억 6천여만 원이었다. 그 후 원고는 1999년 9월에 당시 시해되던 금융기관 부실자산 등의 효율적 처리 및 성업공사의 설립에 관한 법률 제4조에 따라 위 2억 6천여만 원의 채권을 한국자산관리공사(원고 보조참가인)에 양도하고, 그 채무자 甲에게 확정일자 있는 서면으로 양도통지를 하였다. 그러나 원고는 위의 근저당권에 대하여는 끝내 이전등기절차를 밟지 않았다. 그 이유는 대법원 판결에 의하면 “단지 등록세 등의 비용을 절약하기 위”한 것이었다. 그런데 2000년 2월에 다른

20) 김중환·김학동, 물권법, 1997, 551; 오시정, 근저당권의 이론과 실무, 2004, 499; 지원림, 민법강의 제6판, 2007, 739.

21) 강태성, 물권법, 2000, 1015; 조성민, 저당권부 채권의 양도—대법원 2003.10.10. 선고 2001다77888 판결, Jurist(제410호), 2006, 526.

22) 대판 2003.10.10. 2001다77888

근저당권자의 신청에 의하여 이 사건 부동산에 대한 임의경매절차가 개시되었는데, 원고는 갑에 대한 채권액이 3억 2천여만 원이라는 채권계산서를 제출하였다. 그러나 집행법원은 배당기일에 선순위의 근저당권자들에게, 그리고 이어서 확정일자 있는 주택임차인인 피고에게 경매대금을 배당하였고, 원고에게는 전혀 배당하지 않았다.

이 사건에서 원고는 자신이 위 근저당권의 권리자이고, 피고는 가장임차인이라고 주장하면서 배당이의의 소를 제기하였다. 원심법원(서울고판 2001나 35534)은 원고의 청구를 인용하였는데, 그 이유는 저당권부 채권의 양도에서는 그 채권을 양도하는 당사자 사이에 저당권의 양도를 배제하는 특약이 있는 등의 사유가 존재하는 경우에만 저당권이 없는 무담보의 채권을 양수한 것이 되고 피담보채권의 처분에 따르지 않은 저당권은 소멸하는데, “이 사건의 경우에는 원고와 참가인 사이에 이 사건 근저당권의 양도를 배제하는 특약이 있었다고 인정할 증거가 없어 원고와 원고 보조참가인 사이에 저당권 양도의 약정이 있었다고 봄이 상당하므로 피담보채권의 양도로 인하여 이 사건 근저당권이 소멸한다고 볼 수 없”고, 나아가 피고가 체결한 임대차는 가장행위로 무효라고 하였다.

대법원은 이에 대하여 다음과 같이 판시하며 원심판결을 파기하였다. 우선 대법원은 “피담보채권과 근저당권을 함께 양도하는 경우에 채권양도는 당사자 사이의 의사표시만으로 양도의 효력이 발생하지만 근저당권이전은 이전등기를 하여야 하므로 채권양도와 근저당권이전등기 사이에 어느 정도 시차가 불가피한 이상 피담보채권이 먼저 양도되어 일시적으로 피담보채권과 근저당권의 귀속이 달라진다고 하여 근저당권이 무효로 된다고 볼 수는 없다”고 하여 원심판결이 피담보채권의 양도로 이 사건 근저당권이 소멸한 것은 아니라고 본 것은 타당하다고 하였다.

저당권부 채권의 경우 저당권자가 채권만을 타에 양도하고 채권양도에 간한 대항요건을 갖추었으나, 저당권이전등기를 하지 않은 상태에서도 채권의 양도 자체는 효력이 있으나, 그렇다고 해서 이러한 채권과 저당권의 귀속의 분리가 곧바로 저당권의 소멸을 초래하는 것은 아니라는 취지로 이해된다.²³⁾

그러면서도 대법원은 그와 같이 근저당권이 소멸하지 않았다고 하여 원고가 그 피담보채권의 변제를 수령할 수 있다고는 할 수 없다고 하였다. 즉 원고는

23) 정병호(주9), 418.

이와 같은 피담보채권의 양도로 그 채권을 상실하였으므로, “위 근저당권은 그 피담보채권의 양수인에게 이전되어야 할 것에 불과하고, 근저당권의 명의인은 피담보채권을 양도하여 결국 피담보채권을 상실한 셈이므로 집행채무자로부터 변제를 받기 위하여 배당표에 자신에게 배당하는 것으로 배당표의 경정을 구할 수 있는 지위에 있다고 볼 수 없다.”고 하여, 앞서 본 이유로 장기간 저당권의 이전동기를 게을리한 끝에 결국 그의 저당권이 말소된 이 사건에서 양도인인 원고가 양수인인 피고를 대신하여 변제를 수령할 수 있다고 볼 아무런 근거가 없다는 것이다.

3) 피담보채권과 저당권이 귀속을 달리하고 있는 상태에서 실시된 경매에서 배당요구권자와 배당이의의 소의 원고적격

이상의 학설과 판례에서 살펴 본 바와 같이, 피담보채권이 양도되었는데도 아직 저당권이 이전등기 되지 아니하여 피담보채권과 저당권이 귀속을 달리하고 있는 동안의 피담보채권과 저당권과의 관계 및 그로 인한 효력에 관한 문제는, 저당권의 효력과는, 논의의 평면을 달리하는 문제이다. 이 문제는 집행절차에서 원고의 지위와 관련된 문제이다.²⁴⁾

채권양도 합의만 있고 저당권이전등기를 하지 않은 경우 저당권이 무효가 아니라고 하는 것은 단지 양도인이 배당이의를 할 수 있다거나 배당이이의 원고적격이 있다는 것을 긍정하는 사유일 뿐 본안에 있어서 청구가 이유 있음을 긍정할 만한 사유까지 되지는 못한다.²⁵⁾ 저당권의 효력을 인정할 경우에도 아직 이전되지 않은 저당권등기의 명의만 가지고 있게 되므로, 양도인은 더 이상 채권자가 아니다.²⁶⁾ 따라서 저당권이 무효가 아니라고 하더라도 처음부터 저당권과 채권을 분리하여 그 피담보채권만을 양도하려던 것이 아닌 한, 양도인은 양수인에게 저당권이전등기를 해 주어야 할 의무만을 부담할 뿐, 피담보채권을 양수인에게 완전히 양도함으로써 채권을 상실하게 된다.

그리고 아직 양수인이 저당권이전등기를 받지 못한 경우 배당요구와 관련하

24) 노만경(주17), 474-475.

25) 노만경(주17), 476.

26) 최수정, 피담보채권의 양도와 저당권이전, 한국민사법학회 2009년 동계학술대회 자료집, 2009, 39.

여 양도인이 대신 배당요구, 배당이의 등을 할 수 있는가와 관련하여, 원래 배당요구는 민법 및 상법 기타 법률에 의하여 우선변제청구권이 채권자, 집행력 있는 정본을 가진 채권자 및 경매신청의 등기 후에 가압류를 한 채권자만이 할 수 있다(민사집행법 제88조 제1항). 그런데 저당권이전등기를 하지 아니한 피담보채권의 양수인은 저당권이전등기를 하지 아니한 동안에는 저당권자라고 볼 수 없으므로 우선변제청구권이 있는 채권자라고 볼 수 없어 등기부를 첨부하여 배당요구를 할 수 없고, 또 따로 배당요구를 할 수 있는 판결 등의 집행력 있는 정본을 소지하고 있지 않다면 채권양수인으로서 배당요구를 할 수도 없다.²⁷⁾

또한 배당요구라는 것은 자기채권의 만족을 위하여 변제를 구하는 행위이므로, 당연히 실제채권자인 채권양수인이 하여야 할 것이지, 피담보채권을 양도하여 채권이 없는 양도인이 할 수 있다고 볼 수도 없다. 더구나 저당권의 이전에 아무런 장애가 없는 우리 법제하에서 이러한 경우 양수인 앞으로 즉시 저당권이전등기를 갖춘 후 배당요구를 하고, 배당기일에 배당표에 대하여 이의를 하며 배당이의의 소를 제기하면 될 것이고, 양도인이 채권을 양수받은 자를 위하여 자기 이름으로 그 권능을 대신 행사할 수 있다고 볼 아무런 근거도 없으며, 양도인의 배당요구를 인정하여야 할 보편적인 사회적 필요성도 없다.²⁸⁾

4) 검토 및 정리

이상의 논의와 관련하여²⁹⁾ 먼저 채권양도와 저당권이전의 효력이 저당권이전 등기시에 발생한다는 견해[1]은 저당권의 부종성 및 수반성과 관련하여서는 간명하지만, 다음과 같은 이유에서 우리 법체계와는 맞지 않는 해석이라고 생각된다.

첫째, 만약 채권양도와 저당권이전의 효력이 저당권이전등기시에 발생한다고 한다면, 저당권이전등기전에는 채권양도 자체가 효력이 없으므로, 가령 양도인

27) 노만경(주17), 476-477; 동지 손홍수, 근저당권부 채권의 양도와 집행에 관한 이의—근저당권부 채권이 양도되었으나 근저당권 이전등기가 경료되지 않은 상태에서 실시된 배당절차에 대하여 근저당권 명의인이나 채권양수인이 배당금이 채권양수인에게 배당되어야 한다는 이유로 집행에 관한 이의를 할 수 있는지 여부—, 법조 626호, 2008.1., 254.

28) 노만경(주17), 477.

29) 이와 관련된 입법례에 대한 검토는 정병호(주9), 419 이하 참조.

이 통지하여 채무자 기타 제3자에 대한 대항요건 또는 더 나아가 채무자 이외의 제3자에 대한 대항요건을 갖추었다고 하더라도 양수인은 채무자에 대해 변제를 청구할 수 없게 된다. 즉 양수인이 채무자에게 변제를 청구하기 위하여는 저당권이전등기와 관련된 수고와 비용을 들여야만 한다는 것이 된다.³⁰⁾

둘째, 이 견해에 의하면 이중양도의 경우, 즉 제1양수인이 채권양수 뒤 채무자에게 통지하였다고 하더라도 저당권이전등기를 얻지 못하는 사이, 제2양수인이 다시 채권을 양수하고 저당권이전등기를 얻고 채무자에게 통지한 경우에는, 저당권이전등기전에는 채권양도 자체의 효력이 발생하지 않으므로 제1양수인보다 제2양수인을 우선시키지 않을 수 없게 된다. 제1양수인이 채무자 이외의 제3자에 대한 대항요건을 갖춘 경우에도 마찬가지라고 보아야 한다.³¹⁾

셋째, 민법 제361조는 ‘저당권의 처분제한’이란 제목 하에, “저당권은 그 담보한 채권과 분리하여 타인에게 양도하거나 다른 채권의 담보로 하지 못한다.”고 규정하고 있는바, 이는 저당권을 피담보채권과 분리하여 처분하지 못하도록 제한하는 규정이지 피담보채권을 저당권과 분리하여 처분하는 것을 제한하는 규정이 아니다. 즉, 채권의 처분은 제한이 없는 것이므로 그 양도의 효력이나 방식을 저당권에 얽매이게 해석할 수는 없다.³²⁾

30) 정병호(주9), 424.

31) 정병호(주9), 425.

32) 노만경(주17), 473-474에 의하면 “민사집행법 제228조는 “저당권이 있는 채권을 압류할 경우 채권자는 채권압류사실을 등기부에 기입하여 줄 것을 법원사무관 등에게 신청할 수 있다. 이 신청은 채무자의 승낙 없이 법원에 대한 압류명령의 신청과 함께 할 수 있다. 법원사무관 등은 의무를 지는 부동산 소유자에게 압류명령이 송달된 뒤에 제1항의 신청에 따른 등기를 촉탁하여야 한다.”고 규정하는데, 법원실무제요는 위 규정에 대하여 다음과 같이 기술하고 있다. 즉, “저당권이 있는 채권을 압류할 경우에 채권자는 채권압류의 사실을 등기부에 기입하여 줄 것을 법원사무관 등에게 신청할 수 있다. 이 신청은 채무자의 승낙 없이 법원에 대한 압류명령의 신청과 함께 할 수 있다(민집 제228조 제1항). 저당권의 피담보채권이 압류되면 담보권의 수반성에 의하여 종(從)된 권리인 저당권에도 압류의 효력이 미치는데, 이 경우 채권의 압류를 공식하기 위해서는 등기부에 그 사실이 기입되어야 한다. 또 압류사실을 등기부에 기입함으로써 압류채권자가 저당권의 실행을 쉽게 하는 의미도 있다. (중략) 신청 여부는 신청채권자의 자유의사에 달려 있다. 신청은 압류명령의 신청과 함께 할 수도 있으나(민집 제228조 제1항), 압류명령신청이 있는 뒤에 별도로 하더라도 무방하다.”위와 같은 민사집행법 규정은 우리 집행법이 저당권의 수반성에 착안하여 채권 자체의 압류에 중점을 두고 저당권에 대한 압류까지를 규율하고 있음을 보여주는 것으로서, 소수설처럼 저당권에 중점을 두어 피담보채권에 대한 법률효과까지 구성하려고 하였다면 저당권부채권의 압류통지는 제3채무자에게 먼저 하도록 하고, 또한 저당권에 대한 압류등기를 신청채권자의 자유의사에 맡길 수는 없었을 것으로 보인다.”라고 한다.

넷째, 민법의 해석상 채권양도의 효력이 저당권등기시에 발생한다고 볼 근거는 존재하지 않는다.³³⁾

또한 저당권의 수반성에 관한 제361조를 등기 없이 물권취득이 가능한 제187조가 말하는 법률의 규정이라고 보는 견해[2]도 제187조의 '기타 법률의 규정' 부분이 확실, 판례에 의한 구체화를 예정하고 있는 개괄규정이라는 점을 심분 고려하더라도, 법문의 의미를 지나치게 확대해석하는 것이어서 따르기 어렵다.³⁴⁾

채권양도와 저당권이전등기 사이의 시차로 인하여 피담보채권과 저당권이 실질적으로 동일인에게 귀속되지 않는 현상은 기술적인 문제로 인하여 발생하는 것이므로, 이로 인하여 분리되는 순간 저당권이 무효가 된다거나 피담보채권이 무담보채권으로 확정된다고 하는 것은 지나친 형식논리에 불과하다. 따라서 채권이 양도되었는데도 아직 저당권이 이전되지 아니하여 일시적으로 피담보채권과 저당권이 권리자를 달리하여 분리되었더라도 당사자의 의사가 저당권을 분리하여 피담보채권만 양도하려는 것이었다는 등의 특단의 사정이 있는 것이 아니고, 상당한 기간 내에 저당권이전등기가 이루어져서 양자의 귀속이 일치되었다면 굳이 일시적으로 피담보채권과 저당권이 분리되었다고 하여 피담보채권과 저당권이 이전되기 전의 관계와 효력에 변동이 있다고 볼 것은 아니다.³⁵⁾

따라서 양도계약의 당사자들이 저당권에 의하여 담보된 채권을 계약목적으로 하였음에도 불구하고 아직 이전등기가 행하여지지 않은 사실만으로 곧바로 저당권을 무효라고 하는 것은 타당치 않다.

또한 이후에 이전등기가 행하여지면 그 효력을 인정하지 않을 수 없는 바, 소멸한 저당권의 부활을 인정할 만한 근거도 없다. 따라서 당사자들이 피담보채권과 함께 저당권의 이전을 의욕하였음에도 불구하고 아직 이전등기가 행하여지지 않는 한 저당권은 소멸하지 않고 존속한다고 할 수밖에 없다.³⁶⁾ 그러나 피담보채권이 양도되었는데도 아직 저당권이전등기가 되지 아니하여 피담보채권과 저당권이 귀속을 달리하고 있는 동안의 피담보채권과 저당권과의 관계 및

33) 여상훈, 근저당권의 확정 전의 피담보채권의 양도와 근저당권의 이전, 재판과 판례 제11집, 2002, 274.

34) 손흥수(주27), 254. 특히 주19)에서 가령 자산유동화에 관한 법률 제8조 제1항과 민법 제361조의 법문을 비교하여 보라고 한다.

35) 노만경(주17), 474.

36) 최수정(주26), 39.

그로 인한 효력은, 뒤에서 보는 바와 같이, 저당권의 효력과는 전혀 별개의 문제이다.³⁷⁾

III. 저당권부 채권양도에 있어 저당권의 이전등기만 있는 경우의 채권양수인의 채권 및 저당권의 행사가부

1. 채권양도의 대항요건의 의미

1) 서

지명채권양도는 낙성·불요식계약인 채권양도의 합의의 효력으로 발생하는 것이므로, 채권양도의 합의에 관하여 관여할 기회를 갖지 못하는 채무자 또는 제3자는 채권양도사실을 알 수가 없고, 이로 인하여 양도인에게 변제하는 등의 뜻하지 않은 손해를 볼 개연성이 크다. 이에 민법은 채무자 또는 제3자가 이러한 손해를 입지 않도록 하기 위하여, 양도인이 일정한 대항요건을 갖춘 경우에 한하여 채권양도의 효력을 채무자 기타 제3자 또는 채무자 이외의 제3자에게 주장할 수 있도록 하고 있다. 즉 지명채권의 양도는 양도인이 이를 채무자에게 통지하거나 채무자가 이를 승낙하지 않으면 채무자 기타 제3자에게 대항하지 못한다(제450조 제1항). 그리고 전항의 통지나 승낙은 확정일자 있는 증서에 의하지 아니하면 채무자 이외의 제3자에게 대항하지 못한다(동항 제2항).

여기에서의 대항요건의 의미에 관하여 통설³⁸⁾은, 먼저 '채무자에 대항한다'는 것은 양수인이 채무자에 대하여 양수한 채권을 주장하는 요건이 된다는 것을 의미하고(권리행사), '기타의 제3자에게 대항할 수 있다'는 것은 그 채권을 2중으로 양수하거나 또는 압류한 자들 사이에서 그 우열을 결정하는 표준이 된다는 것을 의미하므로(권리귀속) 그 취지가 다르다고 한다.³⁹⁾ 민법이 이와 같이

37) 노만경(주17), 474.

38) 박윤직, 채권총론, 2003, 215면; 김대정, 채권총론, 2006, 870, 884면; 김상용, 채권총론, 2003, 397면; 김주수, 채권총론, 1999, 81면; 김형배, 채권총론, 1998, 584면; 송덕수, 신민법강의, 2008, 937면; 윤철홍, 채권총론, 2006, 387면; 정기웅, 채권총론, 2000, 375면; 지원림, 민법강의, 2008, 1130면.

채무자에 대한 대항요건과 기타의 제3자에 대한 대항요건의 형식을 달리하는 이유도 전자는 오로지 채무자를 보호하기 위한 것임에 반하여, 후자는 제3자와의 관계에서 우선적 지위를 확정함으로써 거래의 안전을 꾀하는 데에 있으므로 양자를 따로 나누어 고찰하는 것이 타당할 뿐만 아니라 양자의 성질도 동일하게 볼 수 없다고 한다.

특히 기타의 제3자에 대한 대항요건과 관련하여 통설에 의할 경우 제450조 제2항의 대항요건을 우선 갖춘 양수인만이 유일한 채권자가 된다.⁴⁰⁾ 따라서 저당권이전등기를 경료하였음에도 불구하고 채무자 기타 제3자에 대항하기 위하여는 대항요건을 갖추지 않으면 아니되기 때문에, 양수인은 저당권이전등기를 하였더라도 채권을 실현할 수 없고 저당권이전등기도 효력을 잃게 된다.⁴¹⁾ 이 문제는 저당권이전과 관련된 것이라 하기보다는 대항요건주의에 따른 결과이다. 따라서 아래에서는 본 연구의 주제와 관련하여 채무자에 대한 대항요건을 전제로 논의를 전개하기로 한다.

2) 채무자에 대한 대항요건의 의미

통설(이하 ‘전해[3]’이라 한다)은 양수인이 채권의 양도를 채무자에게 대항한다는 것은 채무자에 대하여 양수한 채권을 주장함으로 말한다고 해석하면서, 대항요건이 갖추어지지 아니하면 채무자에 대한 관계에서는 채권양도가 아직 효력을 발생하지 않아 양수인이 채권을 취득하지 않은 것과 같다고 한다.

이에 대하여 채권양도가 양도인과 양수인 사이에서 완성되고 채무자에의 통지는 대항요건일 뿐이라고 해석하는 통설을 채권양도의 본질에 어긋나는 해석

39) 그러나 이러한 통설의 입장에 대하여 반대하는 견해도 있다. 양창수, 민법연구 제1권, 1991, 375면 이하; 김선석, 지명채권양도의 증명책임, 사법논집 제23집, 1992, 231면. 이 견해는 제450조 제1항과 제2항 모두가 채권의 귀속에 관한 공시방법이며, 제2항이 원칙규정으로서 확정일자 있는 통지 등을 갖추지 못한 자는 원칙적으로 채무자에 대해서도 채권양도를 주장할 수 없고, 다만 채권의 귀속에 관하여 양립할 수 없는 이해관계를 가진 자가 없을 경우에만 제1항의 요건으로 채무자에게 채권양도를 주장할 수 있다고 한다. 이 견해에 의하면 동조 제1항과 제2항이 모두 강행규정이며, 채권양수인은 양도인에 대하여 확정일자 있는 통지를 할 것을 청구할 수 있다.

40) 대판 1972.1.31, 71다2697

41) 저당권이전등기를 한 양수인이 경매신청을 하는 데는 장애가 없다고 하더라도, 우선하는 양수인은 대항요건의 불비를 들어 경매개시결정에 대한 이의나 즉시항고절차에서 다툴 수는 있다.

이라고 비판하는 견해(이하 ‘견해[4]’이라 한다)가 있다.⁴²⁾ 즉 이 견해는 채권양도의 대항요건주의는 물권변동에 관한 대항요건주의와는 그 성질이 전혀 다르고, 채권양도의 대항요건주의하에서 채무자에 대한 통지는 채권양도행위의 효력요건으로서의 성격을 갖는다고 한다. 채권이란 채무자에 대한 급부소구력을 본질적 내용으로 가지므로, 양수인에게 급부청구권이 부여되지 않는 경우에는 채권양도가 완결되었다고 할 수 없다는 것이다. 따라서 채무자에 대한 대항요건을 갖춘 채권양도행위만이 채권양도의 효과를 가져온다고 한다.

또 다른 견해는 제450조 제1항의 채권양도에 관하여 채무자에게 대항할 수 없다는 의미는 채권양도의 당사자인 양도인과 양수인뿐만 아니라 채무자에 대한 관계에서도 일단 채권양도의 효력은 발생하며, 다만 통지나 승낙이 없는 동안은 양수인은 채무자에 대하여 채권양도의 효력을 주장할 수 없다고 한다.⁴³⁾ 이 견해는 견해[3]에 대하여 채권양도가 당사자인 양도인과 양수인의 합의에 의하여 성립하고 채무자의 동의 또는 승낙을 필요로 하지 않는다고 하는데, 그러면서도 채무자에 대한 관계에서 채권양도의 통지 또는 승낙이 있어야만 채권양도의 효력이 발생한다고 해석하는 것은 대항요건주의의 근본취지와도 부합하지 아니하고, 특히 채무자의 승낙에 의하여 효력이 발생하는 것으로 보게 되면 양도합의의 당사자가 아닌 제3자의 행위로 인하여 효력이 발생하는 것이 되어 이상하고, 채권양도의 대항요건이 갖추어지지 않더라도 채무자가 임의로 양수인에게 변제하면 양수인은 그 급부를 적법하게 수령하고 채권은 소멸하게 되는데, 이러한 법률효과를 설명함에 있어서 채무자가 아직 효력이 발생하지 않은 채권양도에 대하여 묵시적으로 승낙함으로써 비로소 효력이 발생하였다고 해석하는 것보다는 채무자에 대한 관계에서도 이미 발생한 채권이전의 효력에 근거하여 양수인이 급부를 적법하게 수령할 수 있다고 해석하는 것이 간명하다고 한다.⁴⁴⁾ 또한 이 견해는 견해[4]에 대하여 양수인의 채무자에 대한 급부소구력이 없다는 점을 강조하고 있으나, 채권양도의 중국적인 목적이 양수인의 채무자에 대한 급부청구라고 하더라도 그것만이 채권양도의 전부는 아니고, 양도인과 양수인 사이에 채권양도가 성립하면 적어도 둘 사이에서는 채권양도의 원인관계

42) 이은영, 채권총론, 2001, 618.

43) 이현중, 채권양도의 대항요건을 갖추지 못한 저당권부 채권양수인의 저당권 실행, 민사판례연구XIX, 2007, 214.

44) 이현중(주43), 213-214.

가 성립하고 양수인이 채권자의 지위에 있게 되므로 양도인이 채권을 행사할 경우 양수인에 대한 관계에서 채무불이행, 부당이득반환 등의 책임을 지게 되기 때문에 채권양도에 대한 통지 또는 승낙은 대항요건이 아니라 효력요건이라고 파악할 수는 없다고 한다.⁴⁵⁾

2. 통지나 승낙이 없는 동안의 법률관계

통설은 채권양도의 대항요건인 통지 또는 승낙이 없는 동안의 법률관계에 대하여 채무자에 대한 대항요건을 갖추기 전에는 채무자는 양도사실에 관한 선악의를 묻지 않고 양수인에 대하여 변제를 거절할 수 있음은 물론이고, 양수인은 채무자에 대하여 시효의 중단, 담보권의 실행, 파산신청 등의 행위를 할 수 없다고 한다. 다만 채무자에 대한 대항요건은 오로지 채무자를 보호하기 위한 것이므로 채무자가 스스로 채권양도의 효력을 받아들이는 것은 무방하다고 한다.

구체적으로는 채권양도의 대항요건을 양수인이 채무자에 대한 관계에서 채권양도의 효력을 주장하기 위한 요건으로 파악하는 경우, 채권양도에 기한 양수인의 구체적이고 개별적인 행위는 그 행위의 효과가 채권양도의 성립과 동시에 발생하고, 다만 행위의 효과를 채무자에 대하여 주장할 수 없다고 하여야 한다.⁴⁶⁾ 가령 양수인은 채권양도 당사자인 양도인에 대한 관계에서 채권양도의 효력을 주장할 수 있으므로 채무자에게 채무 이행을 강제할 수 없겠지만 적법한 채권양도 이후에 양도인이 채권을 행사하여 급부를 수령하는 경우 양도인에 대하여는 채무불이행, 부당이득반환 등을 주장하여 수령한 급부의 반환 또는 그 상당액의 배상 등을 청구할 수 있다.⁴⁷⁾

채권양도는 양도인과 양수인 사이의 합의만으로 성립하고 양도인의 통지나 채무자의 승낙은 그 요건이 아니라고 할 것이다. 그렇게 해석함이 재산권변동에 있어서의 공시의 기능에 관한 대항요건주의의 개념에 부합한다. 즉 채권양도에 있어서 대항요건은 부동산물권변동에 있어서의 등기와 같은 권리변동요건으로서의 공시와는 명백히 다른 것이다. 우리 민법이 물권변동에 관하여는 성립요건주의를 취하고 있으나 채권양도에 관하여는 양도통지 등을 대항요건으로 규정

45) 이현종(주43), 213.

46) 이현종(주43), 217, 224.

47) 이현종(주43), 217.

하고 있다는 점을 감안하면 더욱 그러하다. 또한 그렇게 해석하여야만 채무자가 채권양도를 스스로 주장하는 경우의 효과를 설명하는 데에 어려움이 없다.⁴⁸⁾ 따라서 채권양도의 효력은 대항요건의 구비여부와 무관하게 양도계약의 성립, 즉 당사자의 합의에 의하여 곧바로 발생한다고 하여야 할 것이다.

그러나 구체적으로는 통설과 같이 채무자에 대한 대항요건을 갖추기 전에는 양수인은 채무자에 대하여 시효의 중단, 담보권의 실행, 파산신청 등의 행위를 할 수 없다고 하게 되면, 종국적으로 양수인은 채권의 실현을 방해받게 된다. 그 이유는 양수인은 대항요건을 갖추지 못하는 한, 청구인용의 판결을 받을 수 없고 그 결과 종국적으로 채권을 실현받을 수 없기 때문이다.⁴⁹⁾

양도인과 양수인의 양도계약의 합의만으로 채권양도는 그 효력을 발생하여, 양수인은 대항요건이 구비되지 않은 상황에서도 채무자에 대하여서도 채권을 취득한다. 따라서 양수인은 대항요건을 갖추지 못한 동안에도, 채권을 실현받기 위한 준비로서, 채무자에게 재판상 청구를 할 수 있다고 할 것이다. 이러한 점에서는 대항요건을 갖추지 못한 양수인도 권리를 행사할 수 있다고 할 것이다.⁵⁰⁾

3. 채권양도의 대항요건을 갖추지 못한 저당권부 채권양수인의 저당권실행

1) 저당권실행의 법적 성질

먼저 채권양도의 대항요건을 갖추지 못한 저당권부 채권양수인의 저당권실행의 법적 성질이 소송사건이나 그렇지 않으면 비송사건이나에 따라 전자로 해석된다면 저당권실행이 채무자에 대한 채권행사가 될 것이기에 채권양수인은 저당권실행을 할 수 없을 것이다.

이에 관하여는 견해의 대립이 있으나, 일반적으로 담보권실행을 위한 경매는

48) 이우재, 가. 근저당권의 피담보채권과 함께 근저당권을 양수하였으나 채권양도의 대항요건을 갖추지 못한 양수인의 저당권실행의 가부(적극) 및 배당 여부(적극), 나. 선순위의 근저당권부채권을 양수한 채권자가 채권양도의 대항요건을 갖추지 아니한 경우 후순위 근저당권자가 채권양도로 대항할 수 없는 제3자에 포함되는지 여부, 대법원 관례해설 2005년 상반기(통권 제54호), 2006, 166-167.

49) 남효순, 대항요건을 갖추지 못한 동안 채권양도의 채무자에 대한 효력, 민사판례연구 XXXI, 2009, 282, 319-320.

50) 남효순(주49), 319-320.

비송사건이라 할 것이다.⁵¹⁾ 그 이유는 다음과 같다. 소송사건은 법의 판단 그 자체를 목적으로 하여 당사자의 권리 유무에 관하여 판단하는 작용을 말하고, 비송사건은 실체권의 존재 또는 실체법상의 법률요건을 전제로 행하여지는 민사행정을 뜻한다. 담보권 실행을 위한 경매신청은 비송사건을 담당하는 국가에 대한 재판청구이고, 비록 그 절차를 통하여 신청채권자가 청구채권의 만족을 얻는다고 하더라도 채무자에 대한 채권행사라고 할 수 없기 때문이다. 따라서 담보권 실행을 위한 경매신청은 채권양도에서의 대항요건과는 관계가 없다고 할 것이다.⁵²⁾

2) 채권양도의 대항요건을 갖추지 못한 저당권부 채권양수인의 저당권실행의 가부

(1) 담보권실행을 위한 경매의 신청조건과 저당권실행의 가부

이상과 같이 담보권 실행을 위한 경매신청이 채권양도에서의 대항요건과는 관계없다 하더라도, 채권양도의 대항요건을 갖추지 못한 채권양수인의 경매신청과 관련하여 민사집행법의 관련 규정의 요건과 내용을 살펴, 저당권부 채권양수인의 저당권실행의 가부를 판단하여야 한다.

이는 민사집행법 제264조⁵³⁾와 관련되는데, 담보권승계자가 제출하여야 할 민사집행법 제264조 제2항의 "담보권의 승계를 증명하는 서류"로서 저당권의 경우 저당권이전등기가 된 등기부등본만을 제출하면 되는가, 아니면 피담보채권의 양도 및 이에 대한 대항요건의 구비사실까지 증명하는 서류를 제출하여야 하는지가 문제 된다.

담보권의 승계를 증명하는 서류는 다음과 같다.⁵⁴⁾ 먼저 일반승계의 경우 상

51) 김삼원 외 3인 집필, 주석 민사집행법(V), 2004, 192(박삼봉 집필부분).

52) 이현중(주43), 218.

53) 민사집행법 제264조(부동산에 대한 경매신청) ① 부동산을 목적으로 하는 담보권을 실행하기 위한 경매신청을 함에는 담보권이 있다는 것을 증명하는 서류를 내야 한다. ② 담보권을 승계한 경우에는 승계를 증명하는 서류를 내야 한다. ③ 부동산 소유자에게 경매개시결정을 송달할 때에는 제2항의 규정에 따라 제출된 서류의 등본을 붙여야 한다.

54) 실무제요 민사집행 [II], 662면; 같은 책, 643면도 "통상 등기부등본을 제출받으며, 등기없이 법률의 규정에 의하여 당연히 담보권이 이전되는 경우(변제자대위로 인한

속, 회사합병 등 일반승계에 있어서는 호적등본과 제적등본, 회사등기부등본을 첨부한다. 다만, 이미 담보권 이전의 등기가 되어 있는 경우에는 등기부등본을 제출하는 것만으로 족하다. 그리고 특정승계의 경우는 경우에 따라 다르다. 우선 저당권부채권의 양도와 같은 법률행위로 인한 특정승계의 경우에는 저당권 이전의 부기등기를 하지 않고서는 경매신청을 할 수 없으므로 양수인 앞으로 담보권 이전의 등기가 된 등기부등본을 붙여야 하며, 그 밖에 따로 그 승계의 원인을 증명하는 서류를 붙여야 하는 것은 아니다.

이와 관련하여서는 다음의 두 견해로 나뉜다. 먼저 저당권부 채권이 법률행위에 의하여 이전되는 경우에는 채권양수인은 저당권이전의 부기등기를 경료하여야만 경매신청을 할 수 있고, 그 밖에 저당권의 부종성으로 말미암아 채권양도의 대항요건을 구비하였다는 점에 관한 소명자료도 내야 한다는 견해⁵⁵⁾와 저당권부 채권의 양도와 같이 법률행위로 인한 특정승계의 경우에는 저당권이전의 부기등기를 하지 않고서는 경매신청을 할 수 없으므로 양수인 앞으로 담보권 이전의 등기가 된 등기부등본을 붙여야 하며, 그 밖에 따로 그 승계의 원인을 증명하는 서류를 붙여야 하는 것은 아니라는 견해⁵⁶⁾⁵⁷⁾가 그것이다.

민사집행법이나 구민사소송법은 담보권의 실행을 위한 경매의 신청요건으로 강제경매신청의 경우 집행권원을 첨부하게 하는 것에 대응하여, 담보권이 있다는 것을 증명하는 서류를 첨부하면 되는 것으로 하고 피담보채권의 존재나 변제기의 도래사실은 경매신청 단계에서 그 증명을 요하지 않는 것으로 하여 담보권 실행을 강제경매의 경우와 같이 간이·신속하게 할 수 있도록 배려하고 있다.⁵⁸⁾

이전 등)에는 대위변제사실을 증명하는 공정증서 등을 첨부한다.”고 한다.

55) 박삼봉 집필부분, 전거서, 217-218.

56) 법원실무제요[민사집행(Ⅱ)], 2003, 662. 다만 이 견해도 실무에서는 저당권부채권 양도증서와 양도승낙서 등도 함께 첨부하고 있다고 한다.

57) 이우재(주48), 173에 의하면 “채권양도의 대항요건을 갖추지 않아도 일단 채무자에 대하여도 채권이전의 효력은 생기는 것이므로, 근저당권의 부종성 때문에 근저당권이 무효로 될 여지가 없고, 또한 저당권이전등기가 된 등기부만으로도 민사집행법 제264조 제1항에 정해진 담보권의 존재를 증명하는 서류, 같은 조 제2항의 담보권의 승계를 증명하는 서류에 해당한다고 보는데 아무런 문제가 없으며, 물건으로서의 담보권 행사의 상대방은 소유자이지 채무자가 아니라 할 것인데, 소유자는 대항요건불비를 다룰 수 있는 제3자가 아니므로 상대적으로 경매절차는 안정성을 유지하게 된다”고 한다.

58) 박삼봉 집필부분, 전거서, 208.

이러한 담보권 실행을 위한 경매신청의 간·신속화는 피담보채권의 존재와 범위를 확정하는 단계에서만 아니라 피담보채권의 양도가 있는 경우 양수인의 권리행사단계에서도 요구된다. 민사집행법과 구민사소송법은 담보권이 있다는 것을 증명하는 서류에 대응하여 담보권의 승계를 증명하는 서류를 규정하고 있는바, 담보권의 존재에 관한 증명에 관한 설명을 담보권의 승계를 증명하는 서류에 적용한다면 근저당권부 채권양도의 경우 담보권인 저당권 이전의 부기등기가 기재된 등기부등본의 제출로써 충분하다고 보인다.⁵⁹⁾ 따라서 채권을 저당권과 함께 양수한 양수인은 저당권이전의 부기등기를 마치고 담보권 실행을 위한 경매신청의 요건을 갖추고 있는 한 채권양도의 대항요건을 갖추고 있지 아니하더라도 경매신청을 할 수 있다고 할 것이다.⁶⁰⁾

이에 대하여 판례는 저당권부 채권양도에 있어 저당권의 이전등기만 있고, 채권양도의 대항요건을 갖추지 못한 경우, 저당권실행의 요건을 갖추고 있는 이상 대항요건을 갖추지 않았더라도 양수인은 경매신청을 할 수 있고, 채무자가 대항요건의 불비를 들어 경매개시결정에 대한 이의나 즉시항고절차에서 다투지 않는 이상 경매절차는 적법하며, 양수인은 양수채권의 변제를 받을 수 있다고 한다.⁶¹⁾

판례 중 2004마158 사건⁶²⁾을 중심으로 사실관계, 원심판단 및 대법원결정에 대하여 이 연구와 관련되는 한도 내에서 주요한 부분을 살펴보면 다음과 같다. 이 사건은 부동산경매의 매각목적물인 이 사건 토지들에 관하여 1997.3.10. 채권최고액 2억 5,000만 원, 채무자 甲, 근저당권자 乙로 된 근저당권설정등기가 경료되었다. 근저당권자 乙은 2000.1.12. 채무자 겸 근저당권설정자 甲, 丙과 3자 합의로 계약상의 지위를 丙에게 양도하고, 이에 따라 丙 앞으로 근저당권이전의 부기등기를 마친 후 丙은 2001.7.25. 신청채권자 丁에게 근저당권이 붙은 채권을 양도하고, 丁 앞으로 근저당권이전의 부기등기를 마쳤다. 재항고인은 2000.3.10. 甲으로부터 이 사건 토지를 매수하고, 이를 원인으로 하여 2000.4.6. 소유권이전등기를 마쳤다. 재항고인은 항고이유서에서 근저당권자 丙과 신청채권자 丁이 아무런 채권관계도 없이 허위로 채권양도와 근저당권을 양

59) 이현중(주43), 224.

60) 이현중(주43), 224.

61) 대결 2004.7.28, 2004마158; 대판 2005.6.23, 2004다29279; 대판 2006.6.23, 2004다29279

62) 공보불게제

도하여 재항고인의 부동산에 경매를 진행하면서 그와 같은 사유를 통지하지도 아니하였으므로 위법하다고 주장하였다.

원심(서울고판 2004.5.18, 2003나66969)은, 원고의 청구를 배척하였는데 그 이유는 신청채권자 丁은 채권양도의 대항요건을 갖추지 아니하였으므로 피담보채권을 근저당권과 함께 양수한 자에 해당하지 아니한다는 취지의 주장에 대하여, 신청채권자 丁은 재항고인에게 직접 이 사건 근저당권을 양수받은 후 경매신청을 하였음을 통지할 의무는 없다고 하였다.

대법원은 채권양도의 대항요건을 갖추지 못하였음을 다투는 취지이므로 신청채권자가 피담보채권에 대하여 채권양도의 대항요건을 갖추었는지를 원심으로 하여금 심리, 판단토록 하기 위하여 다음과 같이 판시하며 원심판결을 파기하였다. “피담보채권을 저당권과 함께 양수한 자는 저당권이전의 무기등기를 마치고 저당권실행의 요건을 갖추고 있는 한 채권양도의 대항요건을 갖추고 있지 아니하더라도 경매신청을 할 수 있으며, 채무자는 경매절차의 이해관계인으로서 채권양도의 대항요건을 갖추지 못하였다는 사유를 들어 경매개시결정에 대한 이의나 즉시항고절차에서 다툴 수 있고, 이 경우는 신청채권자가 대항요건을 갖추었다는 사실을 증명하여야 할 것이나, 이러한 절차를 통하여 채권 및 근저당권의 양수인의 신청에 의하여 개시된 경매절차가 실효되지 아니한 이상 그 경매절차는 적법한 것이고, 또한 그 경매신청인은 양수채권의 변제를 받을 수도 있다.”

(2) 배당의 적부

배당은 변제절차로서 채권 그 자체의 행사로 볼 수 있는바, 대항요건을 권리행사저지요건으로 본다면 대항요건불비의 양수인에게 배당하는 것도 크게 문제될 것이 없으나, 권리행사요건이라고 보면 배당을 위하여 집행법원이 직권으로 대항요건구비 여부를 심사하여 배당 여부를 결정하여야 하는 것이 아닌가 하는 의문이 있다.⁶³⁾

그러나 변제절차를 진행하는 국가는 채무자나 소유자의 대리인이 아닌 공권력을 행사하는 제3자이고, 한편 국가는 대항요건불비를 다툴 수 있는 제3자는 아니므로, 국가가 배당할 때 경매신청채권자이든 배당요구채권자인 대항요건구

63) 이우재(주48), 179.

비 여부를 따질 필요도 없다고 할 것이다.⁶⁴⁾ 만약 경매신청 단계에서 채권양도의 대항요건을 갖추었는지를 따져야 하고, 채권양도의 대항요건을 갖추지 아니한 양수인의 경매는 신청권한 없는 자에 의한 신청으로서 부적법하기 때문에, 법원이 이를 간과하고 경매개시결정을 하였더라도 거기에 배당요구의 효력을 부여할 수는 없다고 해석하는 것은 종국적으로 경매제도의 안정성을 해할 우려가 있다.

(3) 정리

당해 담보권실행을 위한 경매절차에서는 채무자가 이를 다투지 아니하여 경매절차가 취소되거나 실효되지 아니한 이상 경매신청채권자에게 배당을 하는 것이 타당하고, 만일 그렇지 아니하면 매각해놓고 배당을 하지 않는 기이한 결과가 될 것이다. 만일 이렇게 보지 않으면, 채무자와 담보부동산의 소유자가 다른 경우에 배당 여부가 달라지는 이상한 결과가 될 것이다. 즉 채무자와 소유자가 다른 경우, 소유자는 채무없이 책임만 부담하는 자로서, 일종의 대위변제를 하는 것이므로 대항요건불비를 주장할 수 없을 것이므로,⁶⁵⁾ 그 경매절차에서는 배당이 가능할 것이다. 또한 법원이 경매개시결정을 하였는데, 결국 채무자에 의한 양도의 대항요건불비에 대한 항변없이 매각절차가 종료되더라도, 대항요건은 항변사항이 아니라 권리발생요건이므로 법원은 직권으로 배당단계에서 대항요건구비 여부를 따져, 대항요건구비사실을 입증하지 못하는 경우에 양수인에게 배당을 하여서는 아니될 것이므로, 부동산을 매각해 놓고 배당은 안 해주는 기이한 결과가 생길 우려가 있다.⁶⁶⁾ 그러나 채무자와 소유자가 동일한 경우에는 배당을 할 수 없다면 이는 매우 이상한 결론이 될 것이다.⁶⁷⁾

따라서 경매제도의 안정과 실정법의 정합성 있는 해석을 위하여 채권양도에서 통지 또는 승낙이라는 대항요건을 갖추지 못한 양수인이 채무자 또는 제3자에게 채권양도를 대항할 수 없다는 것의 의미는 채권양도가 효력을 발생하지 않는다는 것이 아니라 채무자 또는 제3자에 대한 관계에서 이미 발생한 채권양

64) 이우재(주48), 179.

65) 대판 1989.1.17, 87다카1814

66) 이우재(주48), 174-175.

67) 이우재(주48), 179.

도의 효력을 주장할 수 없다는 것을 의미한다고 이해하여야 한다. 따라서 대항요건을 갖추지 못한 채권양수인도 채무자 또는 제450조의 적용대상인 제3자를 제외하고는 채권양도의 효력을 주장할 수 있다고 보아야 한다.

그리고 민사집행법에 부동산에 관한 담보권 실행을 위한 경매신청서류를 규정하고 있는 '담보권 승계를 증명하는 서류'에는 담보권의 양도를 증명하는 서류가 포함될 뿐, 피담보채권의 양도에 대한 대항요건의 구비 여부에 관한 서류는 포함되지 않는다고 본다. 따라서 채권양도의 대항요건을 갖추지 못한 채권양수인이라 할지라도 채권양도에 관한 합의로써 채권양도의 효력은 발생하고, 저당권이전의 부기등기를 함으로써, 담보권승계의 증명으로써 저당권이전의 부기등기가 된 등기부등본을 제출하면 적법하게 담보권 실행을 위한 경매신청을 할 수 있다고 할 것이다.

한편, 경매절차가 취소되지 않고 종료되었더라도 채무자는 대항요건 불비를 이유로 배당이의를 할 수 있을 것이나, 이 경우에도 양수인은 배당이의소송의 사실심변론종결시까지 대항요건을 갖추어 자신에 대한 배당이 적법함을 주장할 수 있을 것이다.⁶⁸⁾

IV. 결론에 갈음하여

저당권부 채권의 양도문제는 저당권을 포함한 물권의 변동에 대하여는 독일식으로 등기나 인도를 요건으로 하는 소위 형식주의를, 채권양도에 대하여는 프랑스식으로 대항요건적 접근을 택한 우리 민법 아래서 그 접점에서 생겨나는 것으로서, 복합계수법인 우리 민법의 해석론에 있어서 기준이 될 수 있다.⁶⁹⁾

채권양도 계약의 당사자들이 저당권에 의하여 담보된 채권을 계약목적으로 하였음에도 불구하고 아직 이전등기가 행하여지지 않은 사실만으로 곧바로 저당권을 무효라고 하는 것은 타당치 않다. 또한 이후에 이전등기가 행하여지면 그 효력을 인정하지 않을 수 없는 바, 소멸한 저당권의 부활을 인정할 만한 근거도 없다. 따라서 당사자들이 피담보채권과 함께 저당권의 이전을 의욕하였음에도 불구하고 아직 이전등기가 행하여지지 않는 한 저당권은 소멸하지 않고

68) 이우재(주48), 179.

69) 양창수(주3), 391.

존속한다고 할 수밖에 없다. 그러나 피담보채권이 양도되었는데도 아직 저당권이 이전등기 되지 아니하여 피담보채권과 저당권이 귀속을 달리하고 있는 동안의 피담보채권과 저당권과의 관계 및 그로 인한 효력에 관한 문제는, 저당권의 효력과는, 논의의 평면을 달리하는 문제이다.

한편 저당권부 채권양도에 있어 저당권의 이전등기만 있는 경우의 채권양수인의 채권 및 저당권의 행사가부와 관련해서는 경매제도의 안정과 실정법의 정합성 있는 해석을 위하여 채권양도의 대항요건을 갖추지 못한 채권양수인이라 할지라도 채권양도에 관한 합의로써 채권양도의 효력은 발생하고, 저당권이전의 부기등기를 함으로써, 담보권승계의 증명으로써 저당권이전의 부기등기가 된 등기부등본을 제출하면 적법하게 담보권 실행을 위한 경매신청을 할 수 있다고 할 것이다.

주제어 : 채권양도, 대항요건, 당권부 채권의 양도, 담보권 실행을 위한 경매, 저당권의 수반성

참 고 문 헌

- 김증한, 물권법, 1981
- 곽윤직, 물권법 제7판, 2008
- 곽윤직, 채권총론, 2003
- 김석우, 저당권의 처분에 관한 소고, 김증한박사화갑기념논문집 현대민법학의 제문제, 1981
- 강태성, 물권법, 2000
- 김대정, 채권총론, 2006
- 김상용, 채권총론, 2003
- 김주수, 채권총론, 1999
- 김형배, 채권총론, 1998
- 김삼원 외 3인 집필, 주식 민사집행법(V), 2004
- 남효순, 대항요건을 갖추지 못한 동안 채권양도의 채무자에 대한 효력, 민사판례연구 X X XI, 2009
- 민법안심의록(상권), 민의원 법제사법위원회 민법안 심의소위원회, 1957
- 민법안심의록, 제26회 국회정기회의속기록 제22호(부록), 국회사무처, 1957
- 손흥수, 근저당권부 채권의 양도와 집행에 관한 이의—근저당권부 채권이 양도되었으나 근저당권 이전등기가 경료되지 않은 상태에서 실시된 배당절차에 대하여 근저당권 명의인이나 채권양수인이 배당금이 채권양수인에게 배당되어야 한다는 이유로 집행에 관한 이의를 할 수 있는지 여부—, 법조 626호, 2008
- 노만경, 근저당권부 채권이 양도되었으나 근저당권의 이전등기가 경료되지 않은 상태에서 실시된 배당절차에서 근저당권의 명의인이 배당이의를 할 수 있는지 여부, 대법원판례해설 제46호, 2008
- 법원실무제요[민사집행(Ⅱ)], 2003
- 송덕수, 신민법강의, 2008
- 이현중, 채권양도의 대항요건을 갖추지 못한 저당권부 채권양수인의 저당권 실행, 민사판례연구 X X IX, 2007
- 이우재, 가. 근저당권의 피담보채권과 함께 근저당권을 양수하였으나 채권양도

의 대항요건을 갖추지 못한 양수인의 저당권실행의 가부(적극) 및 배당 여부(적극), 나. 선순위의 근저당권부채권을 양수한 채권자가 채권양도의 대항요건을 갖추지 아니한 경우 후순위의 근저당권자가 채권양도로 대항할 수 없는 제3자에 포함되는지 여부, 대법원판례해설 2005년 상반기(통권 제54호), 2006

오시정, 근저당권의 이론과 실무, 2004

양창수, 민법연구 제8권, 2005

이영준, 한국민법론[물권법](신정2판), 2004

여상훈, 근저당권의 확정 전의 피담보채권의 양도와 근저당권의 이전, 재판과 판례 제11집, 2002

윤철홍, 채권총론, 2006

지원림, 민법강의, 2008

조성민, 저당권부 채권의 양도—대법원 2003.10.10. 선고 2001다77888 판결, Jurist(제410호), 2006

정기웅, 채권총론, 2000

정병호, 저당권부 채권의 양도에 관한 하나의 시론, 민사법학 제36호, 2007

최수정, 피담보채권의 양도와 저당권이전, 한국민사법학회 2009년 동계학술대회 자료집, 2009

[Abstract]

A Glimpse on the Assignment of an Obligation of the Hypothec

Bae, Sung-Ho

Professor, Law School, Yeungnam University

This study describes mainly about assignment of secured obligation and each parties' legal actions on the different situations base on the registration of mortgage transfer.

It basically divided into several parts to depict those each several situations, such as when there are only agreement on the assignment of receivables, what would happen to the legal force on the hypothec (II), and if there are only registration of transfer, what would happen to the transferee's receivables on the hypothec (III).

This study also demonstrates all the cases and methods about the relationship between the notification on the assignment of an obligation and the registration of mortgage transfer.

The problem of receivables on hypothec is the fact that Korean people use two different kind of methods, which Korea had adopted by Germany and France, when we interpret the assignment of receivables. When people interpret about the fluctuation on real right, people use German formalism methods. However, when people interpret about the assignment of receivables, then people intrepret by the french methods on the notification of assignment. Therefore, there must be a point of contact that when those two methods meet, when people interpret one hypothec issues.

That wouldn't be fair if the contracting parties' hypothec is cancelled, because of the fact that they didn't transfer the hypothec on the registration. even if they register the hypothec later, there is no reason for

the reinstatement of formal hypothec. Therefore, it is important to register the transfer in order to perform the hypothec's rights. However, the problem occurs when there must be a time period that hypothec has been transferred, but it has not yet registered. The legal force on that hypothec might be a problem to decide the ownerships of that hypothec's rights those situation,

Even the transferee without the qualification of the notification of assignment are able to request the auction for the implement of the security right, when they submit the certified copy of the register, same as a codicil to a registration on the mortgage transfer. This conclusion is for the safety and reconcilable interpretation of the auction system for the transferee's implement of hypothec .

Keywords : The assignment of receivables, The notification of assignment, Transfer of a maximal-hypothec claim, Auction for the implement of the security right, Concomitance of hypothec