

양도금지특약에 반한 채권양도의 효력* **

- 대법원 2019. 12. 19. 선고 2016다24284 전원합의체 판결 -

배 성 호***

< 목 차 >

- I. 서설
- II. 채권양도 금지특약의 효력에 관한 학설과 판례의 입장
- III. 일본의 채권양도 금지특약에 반하는 채권양도의 효력에 대한 논의와 개정 민법
- IV. 대상판결의 검토
- V. 결론

[사건개요]

1. 사실관계

① 2009.5.27. A(피고, 도급인)는 B(수급인)와 건축공사 도급계약을 체결하면서, B는 “이 공사의 이행을 위한 목적 이외의 목적을 위하여 이 계약에 의하여 발생한 채권(공사대금청구권)을 제3자에게 양도하지 못한다”는 채권양도금지특약이 포함되어 있는 계약을 체결하였다.

② 2010.10.21. B는 이 사건 공사를 완료하지 못한 상태에서 부도처리되었다.

③ 2010.11.25. A는 B의 부도를 이유로 이 사건 도급계약을 해제하였다.

* 이 연구는 2021년도 영남대학교 학술연구조성비에 의한 것임.

** 존경하는 은사이신 이상욱 교수님과 김세진 교수님의 정년퇴임을 진심으로 축하드립니다.
항상 건강하시고 행복하시길 기원합니다.

*** 영남대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사.

④ 2010.12.10. B에 대하여 회생절차가 개시되었으나 2017.3.17. 파산선고가 내려지면서 원고가 파산관재인으로 선임되었다.

⑤ 한편 위 도급계약 해제 전 B는 이 사건 공사대금채권 중 일부씩을 C·D에게 양도하였다.

⑥ 원고는 A에게 기성공사대금을 청구하였고, A는 채권양수인들에게 양도된 부분에 대하여는 더 이상 채무자가 아니라는 이유로 그 이행을 거절하였다.

이에 대하여 원고는 이 사건 도급계약에 채권양도금지특약이 있고 이에 위반하여 이루어진 채권양도는 무효이기 때문에 A가 여전히 기성공사대금을 지급하여야 한다고 하였다.

2. 소송의 경과

가. 1심¹⁾과 원심²⁾은 A의 주장을 배척하고 원고의 청구를 받아들였다. 원심은 다음과 같이 판단하였다. “민법 제449조 제2항 본문은 ‘채권은 당사자가 반대의 의사를 표시한 경우에는 양도하지 못한다.’라고 규정하고 있는바, 갑 제1호증의 기재에 의하면 이 사건 도급계약에서는 수급인인 B가 피고에 대하여 가지는 이 사건 공사대금채권을 양도하고자 할 때 피고의 동의를 받아야 한다는 취지로 약정(이하 ‘양도금지특약’이라 한다)하고 있는데, B는 피고의 동의 없이 위 채권자들에게 이 사건 공사대금채권을 양도한 것으로 보인다. 따라서 위 양도금지특약에 반하여 이루어진 채권양도는 그 효력이 없고, 이에 따라 이 사건 공사대금채권자는 여전히 B라 할 것이며, 피고 주장과 같이 이 사건 공사대금채권이 위 채권자들에게 이전되었다고 보기도 어렵다(위 조항 단서가 ‘그러나 그 의사표시로써 선의의 제3자에게 대항하지 못한다.’라고 규정하므로, 만약 위 채권자들이 B로부터 채권을 양수할 당시 양도금지특약에 대하여 선의였다면 그와 같은 채권양도가 유효하고 이에 따라 피고 주장과 같이 이 사건 공사대금채권이 위 채권자들에게 이전되었다고 볼 여지도 있다. 그러나 그와 같이 위 채권자들이 양도금지특약에 대하여 알지 못하였다고 인정할 만한 별다른 증거가 없고, 오히려 갑 제1호증의 기재에 변론 전체의 취지를 보태어 보면, 채권양수의 대상이 된 채권의 증서인 이 사건 도급계약서 자체에 양도금지특약이

1) 서울중앙지판 2014. 11. 28., 2012가합69321(본소), 2014가합41006(독립당사자참가의소).

2) 서울고판 2016. 4. 7., 2015나4353·4360.

명시되어 있으므로, 위 채권자들이 양도금지특약이 있음을 비교적 손쉽게 알 수 있었던 상태였던 것으로 보일 뿐이다).”

이에 대하여 피고가 상고하였다.

나. 대법원은 양도금지특약에 위반한 채권양도가 무효라고 보고, 피고의 상고를 기각하였다.

3. 대상판결의 요지

[다수의견] (가) 채권은 양도할 수 있다. 그러나 채권의 성질이 양도를 허용하지 아니하는 때에는 그러하지 아니하다(민법 제449조 제1항). 그리고 채권은 당사자가 반대의 의사를 표시한 경우에는 양도하지 못한다. 그러나 그 의사표시로써 선의의 제3자에게 대항하지 못한다(민법 제449조 제2항).

이처럼 당사자가 양도를 반대하는 의사를 표시(이하 ‘양도금지특약’이라고 한다)한 경우 채권은 양도성을 상실한다. 양도금지특약을 위반하여 채권을 제3자에게 양도한 경우에 채권양수인이 양도금지특약이 있음을 알았거나 중대한 과실로 알지 못하였다면 채권 이전의 효과가 생기지 아니한다. 반대로 양수인이 중대한 과실 없이 양도금지특약의 존재를 알지 못하였다면 채권양도는 유효하게 되어 채무자는 양수인에게 양도금지특약을 가지고 채무 이행을 거절할 수 없다. 채권양수인의 악의 내지 중과실은 양도금지특약으로 양수인에게 대항하려는 자가 주장·증명하여야 한다.

(나) 양도금지특약을 위반하여 이루어진 채권양도는 원칙적으로 효력이 없다는 것이 통설이고, 이와 견해를 같이하는 상당수의 대법원판결이 선고되어 재판실무가 안정적으로 운영되고 있다. 이러한 판례의 법리는 다음과 같은 이유에서 그대로 유지되어야 한다.

① 민법 제449조 제2항 본문이 당사자가 양도를 반대하는 의사를 표시한 경우 채권을 양도하지 못한다고 규정한 것은 양도금지특약을 위반한 채권양도의 효력을 부정하는 의미라고 해석하여야 한다. 법조문에서 ‘양도하지 못한다’고 명시적으로 규정하고 있음에도 이를 ‘양도할 수 있다’고 해석할 수는 없다. 나아가 민법 제449조 제2항 단서는 본문에 의하여 양도금지특약을 위반하여 이루어진 채권양도가 무효로 됨을 전제로 하는 규정이다. 따라서 양도금지특약을

위반한 채권양도는 당연히 무효이지만 거래의 안전을 보호하기 위하여 선의의 제3자에게 무효를 주장할 수 없다는 의미로 위 단서규정을 해석함이 문언 및 본문과의 관계에서 자연스럽다.

② 이처럼 해석하는 것이 지명채권의 본질과 특성을 보다 잘 반영할 수 있다.

③ 물권에 관하여는 물권법정주의에 따라 법이 규정하는 바에 의하여 물권의 종류와 내용이 정해지는 반면(민법 제185조), 채권관계에서는 사적 자치와 계약 자유의 원칙이 적용되어 계약당사자는 원칙적으로 합의에 따라 계약 내용을 자유롭게 결정할 수 있다. 따라서 채권자와 채무자가 그들 사이에 발생한 채권의 양도를 금지하는 특약을 하였다면 이는 채권의 내용을 형성할 뿐만 아니라 그 속성을 이루는 것이어서 존중되어야 한다.

④ 계약당사자가 그들 사이에 발생한 채권을 양도하지 않기로 약정하는 것은 계약자유 원칙상 당연히 허용되는 것인데, 민법에서 별도의 규정까지 두어 양도금지특약에 관하여 규율하는 것은 이러한 특약의 효력이 당사자 사이뿐만 아니라 제3자에게까지 미치도록 하는 데 그 취지가 있다고 보아야 한다.

⑤ 채권은 이전되더라도 본래 계약에서 정한 내용을 그대로 유지함이 원칙이고 양도금지특약도 이러한 계약의 내용 중 하나에 속하므로, 원칙적으로 채무자는 지명채권의 양수인을 비롯하여 누구에게도 양도금지특약이 있음을 주장할 수 있다고 보아야 하고, 민법 제449조 제2항 본문은 명문으로 이를 다시 확인한 규정이라 볼 수 있다.

⑥ 양도금지특약이 있는 경우 채권의 양도성이 상실되어 원칙적으로 채권양도가 일어나지 않는다고 보는 것이 약의 양수인과의 관계에서 법률관계를 보다 간명하게 처리하는 길이기도 하다.

⑦ 양도금지특약이 있는 채권에 대한 압류나 전부가 허용되는 것은 양도금지특약의 법적 성질과 상관없이 민사집행법에서 압류금지재산을 열거적으로 규정한 데에 따른 반사적 결과에 불과하다. 나아가 양수인이 약의라고 하더라도 전득자가 선의인 경우 채권을 유효하게 취득한다는 기존 판례의 입장은 채권의 양도성을 제한하려는 당사자의 의사보다는 거래의 안전을 도모하려는 민법 제449조 제2항 단서의 취지를 중시하여 제3자의 범위를 넓힌 것으로 받아들여야 한다.

⑧ 채권의 재산적 성격과 양도성을 제고하는 것이 국제적 흐름이라 하더라도 이는 대부분 제한적 범위 내에서 해석이 아닌 법규정을 통해 달성되고 있음에

유의하여야 한다. 그러므로 문언상 양도금지특약을 위반한 채권양도의 효력이 부인된다는 의미가 도출되는 민법 제449조 제2항에도 불구하고, 양도금지특약을 위반한 채권양도를 원칙적으로 유효하다고 보는 새로운 해석을 도입하는 데에는 신중할 필요가 있다.

[대법관 권순일, 대법관 김재형, 대법관 안철상, 대법관 노정희의 반대의견] 채권자와 채무자의 양도금지특약은 채권자가 채무자에게 채권을 양도하지 않겠다는 약속이다. 채권자가 이 약속을 위반하여 채권을 양도하면 채권자가 그 위반에 따른 채무불이행책임을 지는 것은 당연하다. 그러나 이것을 넘어서서 양도인과 양수인 사이의 채권양도에 따른 법률효과까지 부정할 근거가 없다. 채권양도에 따라 채권은 양도인으로부터 양수인에게 이전하는 것이고, 채권양도의 당사자가 아닌 채무자의 의사에 따라 채권양도의 효력이 좌우되지 않는다는. 따라서 양수인이 채무자에게 채무 이행을 구할 수 있고 채무자는 양도인이 아닌 양수인에게 채무를 이행할 의무를 진다고 보아야 한다. 상세한 이유는 다음과 같다.

① 양도금지특약의 당사자는 채권자와 채무자이므로 그 약정의 효력은 원칙적으로 채권자와 채무자만을 구속한다. 양도금지특약이 당사자뿐만 아니라 양수인을 비롯한 제3자에게 대세적으로 효력을 미치기 위해서는 명백한 근거가 있어야 한다. 계약은 당사자만을 구속하는 것이 원칙이기 때문에, 단순히 채권관계의 당사자가 반대의 의사를 표시한 경우에는 양도하지 못한다는 모호한 규정만으로는 채권의 양도성 자체를 박탈하는 근거가 될 수 없다. 양도금지특약의 효력은 특약의 당사자만을 구속하고 제3자에게 미치지 않는다는 채권적 효력설이 계약법의 기본원리에 부합한다.

② 민법 제449조 제2항 본문의 문언과 체계에 비추어 볼 때 양도금지특약은 당사자 사이에만 효력이 미치는 것으로 보는 것이 합리적이다. 민법 제449조 제2항 본문에서 ‘양도하지 못한다’고 한 부분은 문언 그대로 당사자가 채권의 양도성에 반하여 양도를 금지하는 약정을 한 경우 채권자가 약정에 따라 채무자에 대하여 ‘채권을 양도하지 않을 의무’를 부담한다는 취지로 해석함이 타당하다.

③ 민법은 채권의 양도가 가능함을 원칙으로 삼고(제449조 제1항 본문), 예외적인 경우에 한하여 이를 제한하고 있으므로(제449조 제2항), 양도금지특약은

채권양도의 자유를 침해하지 않는 범위 내에서만 인정되어야 한다. 당사자 사이의 양도금지특약으로 제3자에 대한 관계에서까지 채권의 양도성을 박탈하는 합의를 인정하는 것은 채권의 양도성을 인정하는 원칙을 무의미하게 만들 수 있다. 계약자유 원칙에 근거하여 양도금지특약이 인정된다고 하더라도 이를 제한 없이 대세적인 효력을 갖는다고 보아서는 안 된다. 따라서 양도금지특약은 당사자만을 구속할 뿐이고 이를 위반하는 채권양도는 원칙적으로 유효하다고 보아야 한다.

④ 재산권의 귀속주체인 채권자가 투자자본의 조기회수라는 경제적 목적을 달성할 수 있도록 더욱 자유로운 양도가능성이 보장되어야 한다는 관점에서도 채권양도금지특약에 관해서 채권적 효력설을 채택하는 것이 타당하다.

⑤ 채권자와 채무자 그리고 양수인 세 당사자의 이익을 비교해 보더라도 채권적 효력설이 타당하다. 양도금지특약으로 채권의 양도성이 상실된다고 보면, 채권자는 채권양도를 통한 자금조달수단을 상실하고 자산으로서의 채권 활용범위가 축소되는 불이익을 입는다. 양도금지특약에 반하는 채권양도를 원칙적으로 무효로 보면 양수인으로서도 채권 자체를 취득하지 못할 법적 위험에 직면한다. 양수인이 양도금지특약의 존재를 인식하기 쉽지 않고 그로 하여금 일일이 원래의 계약 내용을 확인하도록 하는 것은 불가피하게 불필요한 거래비용을 증가시킨다.

⑥ 채권거래가 증가함에 따라 양도금지특약을 위반한 채권양도에 관하여 채권적 효력만 인정하는 입법례가 많아지고 있다. 뿐만 아니라 우리 민법과 유사한 규정을 두고 있는 나라에서도 판례를 통하여 채권적 효력설을 채택하고 있다.

⑦ 양도금지특약을 위반한 채권양도의 효력에 대한 증명책임의 분배와 선의의 전득자 보호에 관한 판례도 채권적 효력설을 따를 때 합리적으로 설명할 수 있다.

⑧ 양도금지특약이 있는 경우에 채권양도에 따른 채권의 이전은 금지되면서도 전부명령에 따른 채권의 이전을 허용하는 것은 불필요한 혼란을 가져온다.

[평석]

I. 서설

민법은 원칙적으로 채권의 양도성을 인정하면서도, 당사자의 특별한 의사표시에 의하여 채권양도를 제한할 수 있다는 태도를 취하여, “채권은 당사자가 반대의 의사를 표시한 경우에는 양도하지 못한다”(제449조 제2항 본문)라고 규정하고 있다.

양도금지특약을 인정하는 원래의 목적과 취지는 채권자의 변경방지와 번잡한 법률관계의 회피 등을 위하여 변제의 상대방을 고정시킴으로서 불확실성을 제거하여 채무자를 보호하기 위한 것이다. 실무에서는 금융기관에 대한 예금채권이나 국가 기타 공공단체에 대한 채권 등은 물론이고 다양한 방면에서 이러한 특약이 사용되는 경우가 많아졌다. 그 이유는 대체로 채권양도가 행하여짐으로써 지급사무가 번잡하게 되는 것을 막고, 진정한 채권자 아닌 사람에의 지급 등으로 인한 분쟁의 발생을 미연에 방지하며, 상계가능성을 확보하기 위함이다. 그러나 근래 채무자가 오히려 채권자에 비하여 우월한 경제적 지위를 누리는 위치에 있는 경우도 많아졌다. 양도금지특약의 유효성을 논할 때 이 점도 고려할 필요³⁾가 있다.

채권양도 금지특약을 위반하여 채권양도가 행하여지는 사안의 일반적인 구조는 채무자가 양수인의 악의 또는 중과실을 주장하며 양수인에게 채무이행을 거절하는 형태이다. 특이하게도 대상판결은 이러한 일반적인 양수금청구사건의 구조와는 달리 양도인인 채권자가 양도금지특약에 반하여 공사대금채권을 제3자에게 양도한 후 그 채권양도의 효력을 스스로 부인하면서 채무자인 피고를 상대로 공사대금채무의 이행을 구하고, 채무자인 피고는 양도금지특약을 위반한 채권양도의 유효를 주장하면서 채권자에 대한 채무이행을 거절한 사안이다. 1심과 원심은 피고의 주장을 배척하면서 원고의 청구를 받아들였고, 피고가 상고하였다. 이에 대하여 대법원은 소위 ‘물권적 효력설’에 입각하여 양도금지특약에 위반한 채권양도가 무효라고 보고, 피고의 상고를 기각하였다.

3) 양창수·권영준, 「민법Ⅱ-권리의 변동과 구제-」 제3판, 박영사, 2017, 180면.

아래에서는 먼저 채권양도 금지특약의 효력에 관한 학설과 판례의 입장을 확인한다. 그리고 채권양도 금지특약에 대하여 규정하고 있는 우리 민법 제449조 제2항과 규정 형식이 유사한 일본 개정 민법 제466조의 새로운 규율내용을 자세히 살펴봄으로써 채권양도 금지특약의 효력에 관한 우리 민법의 해석에 참고하고자 한다. 그리고 이를 바탕으로 대상판결의 당부를 검토함으로써 어떠한 입장이 민법의 기본원리 및 논리에 더 적합한 해석인지를 궁구해 보고자 한다.

Ⅱ. 채권양도 금지특약의 효력에 관한 학설과 판례의 입장

1. 학설

가. 물건적 효력설과 채권적 효력설

채권양도 금지특약이 있음에도 불구하고 채권자가 채권을 양도한 경우의 법적 효과에 관하여는 크게 물건적 효력설과 채권적 효력설이 대립하고 있다.

물건적 효력설에 의하면 양도금지의 합의에 의하여 채권의 양도성 자체가 상실된다. 따라서 특약의 당사자가 아닌 채권양수인에게도 그 효력을 미쳐 채권양도는 무효이지만, 거래의 안전을 위하여 선의양수인을 보호한다.⁴⁾

이에 반하여 채권적 효력설⁵⁾에 의하면 양도금지특약은 채권자와 채무자 사이에 상대적으로 채권을 양도할 수 없는 권리의무관계를 발생시킬 뿐이고, 만약 양도금지특약에 위반하여 채권을 양도하면 그 채권양도는 원칙적으로 유효하지만, 채권자는 채무자에 대하여 특약 위반으로 인한 채무불이행책임을 질뿐

-
- 4) 박윤직, 「채권총론」, 박영사, 2004, 216면; 김동훈, “채권양도금지특약에 반한 채권양도의 효력”, 법률신문 2020.4.6.; 김중환·김학동, 「채권총론」, 박영사, 1998, 291면; 서민, “양도금지특약 있는 채권의 양도에 대한 사후승낙의 효력”, 「민사판례연구」 XXIII, 민사판례연구회, 2001, 310면; 이상욱, “채권양도금지특약의 제3자에 대한 효력”, 「영남법학」 제4권 제1·2호, 영남대학교 법학연구소, 1998, 254면; 오수원, “채권양도금지특약의 법적 성질과 양도금지채권 양도의 사후승낙의 소급효”, 「인권과 정의」 제465호, 대한변호사협회, 2017, 18면; 추신영, “채권양도금지특약과 전부명령”, 「영남법학」 제43호, 영남대학교 법학연구소, 2016, 37면.
- 5) 고상용, “채권질의 설정과 채권양도금지특약”, 「고시연구」 제16권 제2호, 고시연구사, 1989, 208면; 윤철홍, “채권양도의 금지특약에 관한 소고”, 「법조」 제651호, 법조협회, 2010, 17면; 지원립, “지명채권양도에서 양수인의 지위”, 「비교사법」 제24권 제3호(통권 제78호), 한국비교사법학회, 2017, 974면; 최수정, 「채권양도론」, 진원사, 2007, 46-47면.

이다. 다만 채무자는 악의의 양수인에 대하여만 양도의 무효를 주장할 수 있다.

나. 각 학설의 근거

물권적 효력설의 근거는 대상판결의 다수의견과 같다. 반면 채권적 효력설은 양도금지특약의 당사자는 채권자와 채무자로서, 계약은 그 당사자만을 구속하는 것이 원칙이기 때문에 단순히 채권관계의 당사자가 반대의 의사를 표시한 경우에는 양도하지 못한다는 모호한 규정만으로는 채권의 양도성 자체를 박탈하는 근거가 될 수 없고, 채권적 효력설이 계약법의 기본원리에 부합한다는 것이다. 또한 채권적 효력설은 양도금지특약을 위반하여 채권양도가 이루어진 경우 채무자는 양도금지특약의 존재를 알고 있는 양수인에게 채무 이행을 거절할 수 있으나, 채무자는 악의의 양수인을 상대로 채권양도의 효력을 그대로 인정할 수도 있고, 양도금지특약을 위반하여 채권을 양도한 채권자는 양수인이 특약의 존재를 알고 있다는 이유로 채권양도의 효력을 부정할 수는 없다고 한다.

2. 판례

판례는 양도금지특약에 반하는 채권양도의 경우, 양도인의 채무자에 대한 통지만으로는 채무자에 대한 대항력이 생기지 않으며,⁶⁾ 제3자의 악의 내지 중과실은 채권양도 금지의 특약으로 양수인에게 대항하려는 자가 이를 주장·입증하여야 할 것⁷⁾이라고 한다.

또한 판례는 은행이 회사의 매출채권 일체를 집합채권양도담보로 하여 대출을 하면서, 양도금지특약을 하였으나 이에 반하여 제3채무자의 승인 없이 양도한 사안에서, “당사자의 양도금지의 의사표시로써 채권은 양도성을 상실하며 양도금지의 특약에 위반해서 채권을 제3자에게 양도한 경우에 악의 또는 중과실의 채권 양수인에 대하여는 채권 이전의 효과가 생기지 아니하나, 악의 또는 중과실로 채권양수를 받은 후 채무자가 그 양도에 대하여 승낙을 한 때에는 채무자의 사후 승낙에 의하여 무효인 채권양도행위가 추인되어 유효하게 되며 이 경우 다른 약정이 없는 한 소급효가 인정되지 않고 양도의 효과는 승낙시부터 발생한다”⁸⁾고

6) 대판 1996. 2. 9., 95다49325.

7) 대판 1999. 12. 28., 99다8834.

하였다. 이와 같이 판례⁹⁾는 물권적 효과설을 취한 것으로 이해되고 있다.¹⁰⁾

Ⅲ. 일본의 채권양도 금지특약에 반하는 채권양도의 효력에 대한 논의와 개정 민법

1. 일본 개정 전 민법에서 채권양도 금지특약의 규율 및 해석

일본 개정 전 민법 제466조 제1항은 “채권은 양도할 수 있다.”라고 하여 채권양도자유의 원칙을 규정하고, 동조 제2항 본문에서 “전항의 규정은 당사자가 반대의 의사표시를 한 경우에는 적용되지 않는다.”라고 하여, ‘반대의 의사표시’(즉 양도금지특약)에 의한 예외를 규정하고 있었다. 또한 동조 제2항 단서는 “그 의사표시는 선의의 제3자에게 대항할 수 없다.”라고 규정하고 있었다. 판례는 양수인의 중과실을 악의와 동일시하였다.¹¹⁾

양도금지특약에 반하여 채권양도가 행해진 경우, 통설¹²⁾인 물권적 효력설에 의하면, 특약의 존재에 대하여 양수인이 중과실없이 알지 못하였다면 채권양도는 유효하다. 이에 반하여 양수인이 특약의 존재에 대하여 악의 또는 선의무중과실이라면 채권양도는 채무자의 승낙을 얻지 않는 한 무효이고, 채권은 양수인에게 이전하지 않는다. 판례도 양도금지특약부채권의 양도 후에 채무자가 승낙한 경우, “채권양도는 양도시에 소급하여 유효하게 된다”¹³⁾는 판시로 미루어 볼 때 물권적 효력설을 전제하고 있는 것으로 이해된다.¹⁴⁾ 물권적 효력설에 의하면 양수인이 악의중과실인 한, 목적채권은 양도인의 책임재산으로 머물게 되고, 양수인의 책임재산을 구성하지 않게 되며, 양수인이 금융기관인 경우에는

8) 대판 2009. 10. 29., 2009다47685.

9) 대판 2000. 4. 7., 99다52817; 대판 2009. 10. 29., 2009다47685.

10) 김윤중, “양도금지특약을 위반한 채권양도의 효력”, 「사법」 제53호, 사법발전재단, 2020, 848면.

11) 最判 1973.7.19. 民集 27卷7号, 823면. 우리 판례도 양수인이 중과실인 경우 악의인 경우와 마찬가지로 본다. 대판 1996. 6. 28., 96다8281; 대판 1999. 2. 12., 98다49937.

12) 我妻榮, 「新訂債權總論(民法講義Ⅳ)」, 岩波書店, 1964, 524면; 西村信雄 編, 「註釋民法(11) 債權(2)」, 有斐閣, 1965, 365면(植林弘 집필부분).

13) 最判 1977.3.17. 民集 31卷2号, 308면.

14) 栗田口太郎, “債權讓渡制限特約の未來”, 「民法と金融法の新時代」(池田眞朗先生古稀記念論文集), 慶應義塾大學出版會, 2020, 103면.

선의일지라도 중과실이 인정될 수 있기 때문에, 양도금지특약부채권은 진정채권거래·양도담보거래를 묻지 않고, 채권양도에 의한 자금조달에 쉽지 않은 결과를 초래¹⁵⁾하였다.¹⁶⁾ 물권적 효력설 외, 양도당사자간에는 채권양도는 유효하지만 채무자는 악의의 양수인에 대하여 악의의 항변권을 주장할 수 있다는 채권적 효력설이 있다.

채권양도금지특약은 본래는 채무자보호를 위한 제도였지만, 물권적 효력설에 의하면 양수인이 악의중과실인 경우에는 양도인의 책임재산으로 머물게 된다. 그러므로 양도금지특약부채권의 양도인, 압류채권자, 파산절차에서 파산관재인·청산인 등은 양수인의 악의중과실을 주장하고, 채권양도를 무효라고 하고, 목적채권을 책임재산으로 취급함에 있어 유인을 갖게 된다.¹⁷⁾ 이에 대하여 판례는 “채권의 양도성을 부정하는 의사를 표시한 양도금지특약은 채무자의 이익을 보호하기 위하여 부여된 것이라고 해석된다. 그렇다면 양도금지특약에 반하여 채권을 양도한 채권자는 그 특약의 존재를 이유로 양도의 무효를 주장할 독자적 이익을 갖고 있지 않을 것이고, 채무자에게 양도의 무효를 주장할 의사가 있다는 것이 명백하다는 등의 특단의 사정이 없는 한, 그 무효를 주장할 수는 없다”고 판시하고, 특별청산 중의 회사인 양도인에 의한 무효주장을 배척하였다.¹⁸⁾ 이에 따라 양도금지특약위반의 무효는 누구라도 주장할 수 있다는 의미에서 절대적 무효가 아니라 상대적 무효라는 것이 명백해지면서, 물권적 효력설도 동요하게 되었다.¹⁹⁾

2. 일본 개정 민법에서 채권양도 제한특약의 규율

가. 양도제한특약이 있는 채권의 양도와 그 유효성

개정 민법 제466조 제1항은 종전과 같이 “채권은 양도할 수 있다.”라고 하여,

15) 일본 개정 민법 제466조에서 양도제한의 의사표시의 물권적 효력을 부정한 것은 그것이 채권양도에 의한 자금조달에 지장을 준다고 평가하였기 때문이다. 정태윤, “일본 개정민법(채권관계) 중 주요 부분에 관한 개관”, 『민사법학』 제82호, 한국민사법학회, 2018, 317면.

16) 栗田口太郎, 앞의 논문, 103면.

17) 栗田口太郎, 앞의 논문, 104면.

18) 最判 2009.3.27. 民集 63卷 3号, 449면. 이 판례에 대한 자세한 소개와 설명은 전원열, “채권양도금지 특약의 효력”, 『민사법학』 제75호, 한국민사법학회, 2016, 180-182면 참조.

19) 栗田口太郎, 앞의 논문, 104면.

채권양도 자유의 원칙을 천명하고, 동조 제2항 본문에서 “당사자가 채권양도를 금지하거나 제한한다는 의사표시를 한 경우일지라도, 그 채권양도는 효력이 있다.”라고 규정하여, 양도제한의 의사표시, 즉 양도제한특약이 있는 채권을 양도한 경우에도 원칙적으로 그 양도는 유효하다고 규정하였다. 가령 양도인이 양도제한의 특약이 있는 채권을 양수인에게 양도한 경우, 진정채권양도·양도담보거래의 구별 없이 또한 양수인이 그 양수한 시점에 양도제한특약에 대한 선의 또는 악의를 묻지 않고, 당해 채권은 양수인에게 유효하게 이전하고, 양수인의 책임재산이 된다. 이는 개정 전에는 양수인이 악의·중과실이라면 채무자의 승낙이 없는한 무효였던 양도제한의 특약이 있는 채권의 양도에 있어서 개정 후에는 양수인의 선의·악의를 묻지 않고 유효하게 되었다.²⁰⁾

나. 악의의 양수인에 대한 이행거절권과 그 상실

개정 민법 제466조 제1항, 제2항에 의하면 채권양도는 양도제한특약의 유무에 관계없이, 양도인·양수인간의 채권양도계약으로 직접적으로 효력이 발생하고, 채권은 양수인에게 귀속하기 때문에, 양수인이 대항요건을 구비한다면, 채무자에게 이행청구를 할 수 있다.

개정 민법은 양도제한특약을 체결한 채무자의 이익을 배려하고, 양도제한특약의 효력을 유지함과 동시에, 개정 전 민법이 양수인의 선의·악의에 따라 구별하던 바에 따라 채권을 양수받은 양수인의 이익과 채무자의 이익을 조정하는 제466조 제3항²¹⁾을 두었다. 즉 개정 민법 제466조 제3항에 의하여 양도제한특약에 대하여 악의중과실인 양수인으로부터 채무자에 대한 청구가 있다할지라도 채무자는 그 채무의 이행을 거절할 수 있고, 양도인에 대하여 변제 기타 채무를 소멸시키는 사유로써 제3자인 양수인에게 대항할 수 있게 되었다.²²⁾

한편 양도인·양수인간의 채권양도가 유효하게 됨으로서, 양도인은 양도 후에는 채권자가 아니기 때문에, 양도인은 채권자인 양수인으로부터 위임받지 않

20) 栗田口太郎, 앞의 논문, 106면.

21) 일본 개정 민법 제466조 제3항 “전항의 경우, 양도제한의 의사표시가 되었음을 알았거나 중대한 과실로 알지 못한 양수인 기타의 제3자에 대하여 채무자는 그 채무의 이행을 거절할 수 있다. 또한 양도인에 대한 변제 기타 채무를 소멸시키는 사유로써 그 제3자에게 대항할 수 있다.”

22) 栗田口太郎, 앞의 논문, 106면.

는 한, 채무자에 대하여 이행을 청구할 수 없다.²³⁾ 또 다른 한편 양수인이 양도 제한특약에 대하여 악의중과실이라면 채무자는 양수인에게 이행을 거절할 수 있고, 양도인에 대하여도 이행을 거절할 수 있다. 즉 채무자가 임의로 양도인에게 변제할 것인가 또는 채무자가 임의로 양도인·양수인간의 채권양도를 승낙하고 양수인에게 변제한다면 별론이지만, 그렇지 않다면 양도인도 양수인도 채무자에게 청구할 수 없게 된다. 이와 같은 상황을 해소하기 위하여 개정 민법 제466조 제4항²⁴⁾은 채무자가 채무를 이행하지 않는 경우, 양수인이 상당한 기간을 정하여 양도인에게 이행을 최고하고, 그 기간 내에 이행을 하지 않는 때에는, 채무자는 제3항이 규정하는 이행거절권을 상실한다고 규정하고 있다.²⁵⁾

IV. 대상판결의 검토

1. 서

대상판결의 다수의견은 물권적 효력설에 기초하여, “문언상 양도금지특약을 위반한 채권양도의 효력이 부인된다는 의미가 도출되는 민법 제449조 제2항에도 불구하고, 양도금지특약을 위반한 채권양도를 원칙적으로 유효하다고 보는 새로운 해석을 도입하는 데에는 신중할 필요가 있다.”고 한다.

이에 반하여 반대의견은 채권적 효력설에 기초하여, 양도금지특약의 효력은 특약의 당사자만을 구속하고 제3자에게 미치지 않는다고 해석하는 것이 계약법의 기본원리에 부합하며, 재산권의 귀속주체인 채권자가 투하자본의 조기회수라는 경제적 목적을 달성할 수 있도록 더욱 자유로운 양도가가능성이 보장되어야 한다는 관점에서 양도금지특약에 관해서 채권적 효력설을 채택하는 것이 타당하다고 한다.

아래에서는 이와 같은 채권양도금지특약의 유효성에 관한 다수의견과 반대의견의 논거를 살펴보고, 그 타당성을 논구해 보기로 한다.

23) 栗田口太郎, 앞의 논문, 106-107면.

24) 일본 개정 민법 제466조 제4항 “전항의 규정은 채무자가 채무를 이행하지 않는 경우, 동항에 규정하는 제3자가 상당한 기간을 정하여 양도인에게 이행하라는 최고를 하고 그 기간 내에 이행이 없는 때에는, 그 채무자에 관하여는 적용하지 않는다.”

25) 栗田口太郎, 앞의 논문, 107면.

2. 민법 제449조 제2항의 해석

다수의견은 양도금지특약이 있으면 채권은 양도성을 상실한다고 보는 것이 제449조 제2항이 “양도하지 못한다”고 하는 문언에 부합하고, 명시적인 규정에도 불구하고 이를 ‘양도할 수 있다’고 해석할 수는 없다고 한다. 다만 양도금지 특약을 위반한 채권양도는 당연히 무효이지만 거래의 안전을 위하여 선의의 제3자에게는 양도금지특약으로써 대항하지 못한다고 해석함이 문언 및 제449조 제2항 본문과의 관계에서 자연스럽다고 설명한다.

이와 같이 다수의견은 제449조 제2항의 “양도하지 못한다”를 “양도의 효력이 없다”라는 의미로 파악하였다. 그러나 “양도하지 못한다”와 “양도의 효력이 없다”는 동일한 의미가 아닐 뿐만 아니라 문언의 합리적 해석 범위를 벗어났다. “양도하지 못한다”는 양도금지 원칙을 선언한 것일 뿐이고, 그 금지에 위반한 행위의 효력은 별개의 문제²⁶⁾로 보아야 한다.²⁷⁾

또한 왜 채권자와 채무자 간의 특약이 제3자인 양수인에게까지 효력이 미치는지가 불분명하다.²⁸⁾ 다수의견은 사적 합의에 불과할 뿐만 아니라 공시되지도 않은 특약이 원칙으로서 양도성을 박탈하는 근거를 제대로 설명하지 못한다는 점에서 그 한계를 가질 수밖에 없다.²⁹⁾ 즉 다수의견은 계약은 당사자에게 효력이 미친다는 계약법의 일반원리에 반하고, 그 실정법적 근거가 명확하지 않다.³⁰⁾

또한 물권적 효력설은 채권양도가 양도금지특약으로 인하여 무효가 되더라도 그 후에 채무자가 그 양도를 사후승낙하면 무효행위의 추인이 되어 그 양도는 다시 유효하게 되고 양도의 효력은 승낙시부터 장래효가 발생한다고 한다. 그런데 이미 양도성을 상실한 채권의 양도가 채무자의 승낙으로 유효하게 된다는 것 역시 물권적 효력설의 입장에서 그 이유가 명확하지 않다.³¹⁾

26) 김용담 편, 「주석민법 채권총칙(3)」 제4판, 한국사법행정학회, 2014, 349면(최수정 집필부분); 권영준, “2019년 민법 판례 동향”, 「법학」 제61권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2020, 575면.

27) 강행규정과 임의 규정의 논의에서와 같이, 마치 어떤 행위를 금지하는 규정이 있다고 하여 그 금지에 위반한 행위의 효력이 언제나 부정되지는 않는 것과 같다. 권영준, 앞의 논문, 575면.

28) 윤진수, 「민법기본판례」 제2판, 홍문사, 2020, 372면; 전원열, 앞의 논문, 172면.

29) 지원림, 앞의 논문, 973면.

30) 권영준, 앞의 논문, 579면; 지원림, 앞의 논문, 973면.

31) 전원열, 앞의 논문, 172면.

3. 사적 자치와 계약 자유의 원칙의 한계

다수의견은 채권관계에서는 사적 자치와 계약자유 원칙이 적용되어 계약당사자는 원칙적으로 합의에 따라 계약 내용을 자유롭게 결정할 수 있으므로 채권자와 채무자가 그들 사이에 발생한 채권의 양도를 금지하는 특약을 하였다면 이는 채권의 내용을 형성할 뿐만 아니라 그 속성을 이루는 것이어서 존중되어야 한다고 한다.

양도금지특약은 채권자와 채무자 사이에서만 채권·채무의 존재를 받아들이는 채권자와 채무자의 계약이다. 채권은 특정인이 특정 상대방에 대하여 특정 행위를 청구할 수 있는 권리, 즉 급부청구권이다. 채권·채무의 발생은 특정인과 특정 상대방을 이어주는 법률관계, 즉 채권관계의 유효한 성립을 전제사실로 하며, 이는 대개 채권계약을 그 원인으로 한다. 물권과 달리 채권관계는 그 당사자들 간의 관계 내지 약속이고, 양도금지특약이 채무자와 양도인간의 채권적 약속이라면 양도금지특약을 위반한 채권양도의 효력이 양자간에 무효라는 결론이 곧바로 도출될 수는 없다.³²⁾ 이는 사적 자치의 한계를 정하는 제105조의 규정범위를 벗어난다. 개인은 법률의 범위 내에서 또는 강행법규의 틀 안에서 그를 지배하는 법을 만들 권리를 가지며, 이를 사적 자치 또는 계약자유라고 부르는데, 제105조는 개인이 사적 자치의 범위를 넘어 모두를 구속하는 법, 즉 강행법규를 만들 수 없다는 소극적 의미를 동시에 가진다. 이 때문에 개인이 자유의사로 만드는 권리에는 법률에 규정이 없으면 물권과 동일한 효력이 주어질 수 없다.³³⁾

4. 악의의 양수인에 대한 이행거절의 항변권의 부여와 그 상실

다수의견은 양도금지특약이 있는 경우 채권의 양도성이 상실되어 원칙적으로 채권양도가 일어나지 않는다고 보는 것이 악의의 양수인과의 관계에서 법률관계를 보다 간명하게 처리하는 길이라고 한다. 또한 다수의견에 대한 보충의견은 반대의견에 대하여 채권적 효력설에 의하면 채무자가 악의의 양수인을 상대

32) 이진기, “2019년도 대법원 민법 채권편 판결례의 소개와 약간의 첨언”, 『안암법학』 통권 제60호, 무지개출판사, 2020, 213면; 전원열, 앞의 논문, 172면, 194면.

33) 이진기, 앞의 논문, 212면.

로 이행거절의 항변권을 행사할 것인지 여부는 전적으로 채무자의 의사에 달려 있으므로, 이행거절의 항변권을 행사하지 않고 악의의 양수인에게 그대로 채무를 이행할 것인지, 아니면 이행거절의 항변권을 행사한 후 종전 채권자인 양도인이 직접 채권행사에 나서기를 기다렸다가 이에 응할 것인지를 채무자가 자유로이 선택할 수 있게 되나, 이는 하나의 채권을 놓고 채무자가 이행의 상대방을 별다른 제약 없이 고를 수 있는 구조로서, 채권의 양도성을 상실시키는 데에 동의하였던 채무자의 당초 의사에 반함은 물론 법적 근거도 없이 해당 채권이 양도인과 양수인에게 공동적으로 귀속되는 것과 유사한 법률관계를 창설하게 된다는 점에서 타당하다고 보기 어렵다고 비판한다.

그러나 채무자가 이행 상대방을 선택하는 것은 채권적 효력설을 취할 경우에만 문제되는 국면이라기보다는 채권양도법제가 취하는 대항요건주의 하에서 발생할 수 있는 상황이라고 보아야 한다.³⁴⁾ 반대의견에 대한 보충의견도 채권적 효력설을 취할 경우 채무자가 이행거절권을 행사하거나 포기하는 방법으로 채무 이행의 상대방을 선택하는 것은 양도금지특약에 따른 정당한 권한 행사이며, 채무자의 이러한 권한 행사로 채무자와 채권자 간, 채권자와 양수인 간, 채무자와 양수인 간의 각 법률관계에 합리적으로 해결할 수 없는 어떠한 문제가 발생하는 것도 아닐뿐 아니라 이러한 법률관계는 유효한 채권양도가 이루어졌으나 채무자에 대한 대항요건을 갖추지 못하여 채무자에게 대항할 수 없는 경우와 유사하므로, 민법이 이미 예정하고 있는 유형의 법률관계라 할 수 있다고 한다.

앞서 살펴 본 바와 같이 일본 개정 민법의 경우도 이러한 상황을 감안하여 제466조 제4항을 신설하여 이를 입법적으로 해결하고 있다.

5. 채권의 유통성 확보의 고려와 국제적 동향

다수의견은 채권의 재산적 성격과 양도성을 제고하는 것이 국제적 흐름이라 하더라도 문언상 양도금지특약을 위반한 채권양도의 효력이 부인된다는 의미가 도출되는 민법 제449조 제2항에도 불구하고, 양도금지특약을 위반한 채권양도를 원칙적으로 유효하다고 보는 새로운 해석을 도입하는 데에는 신중할 필요가

34) 권영준, 앞의 논문, 580면.

있다고 한다.

채권은 인적 결합의 성질을 갖고 있어 당사자가 누구인지가 중요한 요소이지만, 재산권으로서의 가치도 함께 가진다.³⁵⁾ 채권양도는 채권을 자유로운 양도·처분의 객체로 파악하는 제도이다.³⁶⁾ 근자에 와서 더욱이 채권양도가 자금조달수단으로 활용성이 점점 높아짐에 따라 채권의 유통성 확보가 채권양도에 있어 중요한 과제로 대두되고 있다.³⁷⁾

비교법적으로도 앞서 살펴본 바와 같이 채권양도금지특약의 유효성에 관한 우리나라 민법 제449조 제2항과 규정 형식이 유사한 일본 민법 제466조의 경우, 2020년 4월부터 시행된 개정 민법 제466조 제2항에서 “당사자가 채권양도를 금지하거나 제한하는 의사표시를 한 경우라도, 채권의 양도는 그 효력이 있다”라고 개정하여, 채권양도 금지특약을 위반하여 채권양도가 행하여지더라도 채권양도 그 자체는 유효하다고 명문으로 규정하게 되었다. 이 개정은 채권양도 금지특약이 붙여진 거래의 채권자로 되는 경우가 많은 중소기업에게 자산인 채권에 대하여 유동성을 부여함으로써 기업의 자금조달 및 금융 환경 변화에 큰 영향을 줄 것으로 평가된다.³⁸⁾ 또한 UN채권양도협약(United Nations Convention on the Assignment of Receivables Contracts), PICC(Unidroit Principles of International Commercial Contracts), 독일상법(HGB), 미국통일상법전(UCC) 등이 양도금지특약이 채권양도에 영향을 미치지 않고 유효하다고 규정하거나 양도금지특약의 효력을 부정하여 채권적 효력설을 취한다. 다만 채권적 효력설을 취하고 있는 입법례들 사이에서도 채권적 효력설의 구체적 내용에 있어서는 다소 입장이 다르다. 가령 약의 양수인에게 채무자가 이행거절을 할 수 있는지 등에 대한 구체적인 국면에서는 서로 다른 다양한 입법형식을 취하고 있다.³⁹⁾

우리나라의 경우 2013년 법무부 민법개정위원회의 민법개정 논의에서는 양도금지특약에 관하여 제449조의2를 신설하고,⁴⁰⁾ 그 내용으로 채권적 효력설을 채

35) 지원림, 앞의 논문, 971면.

36) 이진기, 앞의 논문, 215면.

37) 지원림, 앞의 논문, 969면. 전원열, 앞의 논문, 167-168면에 의하면 1990년대 중반 이후 우리나라에서 자산유동화 거래를 통하여 채권 거래의 규모가 폭증하였고, 현재 우리나라 자산유동화 거래의 거의 전부가 채권양도로써 이루어지고 있다고 한다.

38) 정태윤, 앞의 논문, 315면.

39) 권영준, 앞의 논문, 578-579면; 전원열, 앞의 논문, 173면, 190-191면.

40) 민법 개정안 제449조의2 “채권양도를 금지하거나 제한하는 약정은 그에 반하여 행해진

택할 것을 제안하였다.⁴¹⁾

이와 같이 채권적 효력설이 채권양도가 자금조달수단으로 활용성이 점점 높아짐에 따라 채권의 유통성 확보 및 국제적 동향에도 부합할 수 있다.

6. 양도금지특약의 취지와 목적

양도금지특약의 취지와 목적은 통상 채권자가 모르는 제3자로 변경되는 것을 방지하고, 채권양도에 따른 복잡한 사후적 절차를 회피하며, 채권자 불확지 등에 따른 이중변제의 위험을 방지하기 위해서이다. 이는 변제의 상대방을 고정시켜 불확실성을 제거함으로써 채무자의 이익을 도모하기 위해서이다. 또한 수동채권의 양도를 방지하고 양도인에 대한 자동채권을 확보하여 상계 가능성을 확보하기 위해서이다.

채무자가 양도금지특약에 따라 만일 채권자가 양도금지특약을 위반하여 채권을 양수인에게 양도한 경우 채무자는 양수인에 대한 채무 이행을 거절하고 채권자에 대한 관계에서 채권·채무를 청산하려는 의사를 표명하였는데도, 채권자가 채무 이행을 청구하자 돌연 채권양도의 유효를 주장하면서 채권자에 대한 채무 이행을 거부하는 것은 허용되지 않는다. 이것은 당초 양도금지특약의 취지에 반하고 그 특약에 따라 이미 표명한 선행행위와 모순되는 행동이므로 이러한 번복 행위는 신의성실의 원칙상 결코 허용될 수 없다.⁴²⁾

V. 결론

채권양도금지특약에 관한 민법 규정은 모두에서 말한 바와 같이 채무자의 이익보호를 그 취지로 삼고 있다. 물권적 효력설이 양도금지특약의 실효성을 높이고 법적 안정성을 보장한다는 장점이 있긴 하지만 양도금지특약이 있는 채권이 양도된 경우 양수인의 선·악의 여부에 따라 채무자의 법적 지위가 달라지

채권양도의 효력에 영향을 미치지 아니한다. 다만, 양수인이 그 약정이 있음을 안 경우에는 양수인에게 대항할 수 있다.”

41) 법무부 민법개정자료발간팀(편), 「2013년 법무부 민법개정시안 채권편」 상, 법무부, 2013, 147-149면; 지원립, 앞의 논문, 974면 주25) 참조.

42) 반대의견에 대한 보충의견.

는 상황을 감안할 때 물건적 효력설을 취한다고 하더라도 채무자의 이익이 더욱 보호된다고도 할 수 없다.⁴³⁾ 물건적 효력설은 채무자 보호를 위하여 인정된 양도금지특약 위반의 효과에 대하여 채무자 보호에 필요한 범위를 넘어 대세효를 인정하여 채권양도를 무효로 봄으로써 여러 가지 문제점을 드러내고 있다.⁴⁴⁾ 계약은 당사자에게만 효력이 미친다는 계약법의 일반원리 측면에서도 채권적 효력설이 제449조 제2항의 해석에 더 적합하다. 즉 채권적 효력설이 민법 및 계약법의 기본원리와 논리에 더욱 충실한 해석이다.

또한 채권양도가 자금조달수단으로 활용성이 점점 높아짐에 따라 채권의 유통성 확보 및 국제적 동향에도 들어맞는다. 따라서 양도금지특약이 있는 채권양도에 관한 현행 민법의 해석으로서도 채권적 효력설이 더 적합해 보인다.

투고일 : 2021.4.23. / 심사완료일 : 2021.6.6. / 게재확정일 : 2021.6.10.

43) 권영준, 앞의 논문, 576-577면.

44) 반대의견에 대한 보충의견.

[참고문헌]

- 곽윤직, 「채권총론」, 박영사, 2004.
- 김용담 편, 「주식민법 채권총칙(3)」 제4판, 한국사법행정학회, 2014.
- 김증한·김학동, 「채권총론」, 박영사, 1998.
- 법무부 민법개정자료발간팀(편), 「2013년 법무부 민법개정시안 채권편」 상, 법무부, 2013.
- 양창수·권영준, 「민법Ⅱ-권리의 변동과 구제-」 제3판, 박영사, 2017.
- 윤진수, 「민법기본판례」 제2판, 홍문사, 2020.
- 최수정, 「채권양도론」, 진원사, 2007.
- 고상용, “채권질의 설정과 채권양도금지특약”, 「고시연구」 제16권 제2호, 고시연구사, 1989.
- 권영준, “2019년 민법 판례 동향”, 「법학」 제61권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2020.
- 김윤종, “양도금지특약을 위반한 채권양도의 효력”, 「사법」 제53호, 사법발전재단, 2020.
- 서 민, “양도금지특약 있는 채권의 양도에 대한 사후승낙의 효력”, 「민사판례연구」 X XⅢ, 민사판례연구회, 2001.
- 오수원, “채권양도금지특약의 법적 성질과 양도금지채권 양도의 사후승낙의 소급효”, 「인권과 정의」 제465호, 대한변호사협회, 2017.
- 윤철홍, “채권양도의 금지특약에 관한 소고”, 「법조」 제651호, 법조협회, 2010.
- 이상욱, “채권양도금지특약의 제3자에 대한 효력”, 「영남법학」 제4권 제1·2호, 영남대학교 법학연구소, 1998.
- 이진기, “2019년도 대법원 민법 채권편 판결례의 소개와 약간의 첨언”, 「안암법학」 통권 제60호, 무지개출판사, 2020.
- 전원열, “채권양도금지 특약의 효력”, 「민사법학」 제75호, 한국민사법학회, 2016.
- 정태윤, “일본 개정민법(채권관계) 중 주요 부분에 관한 개관”, 「민사법학」 제82호, 한국민사법학회, 2018.
- 지원림, “지명채권양도에서 양수인의 지위”, 「비교사법」 제24권 제3호(통권 제78호), 한국비교사법학회, 2017.
- 추신영, “채권양도금지특약과 전부명령”, 「영남법학」 제43호, 영남대학교 법학연구소, 2016.

김동훈, “채권양도금지특약에 반한 채권양도의 효력”, 법률신문 2020.4.6.

栗田口太郎, “債權讓渡制限特約の未來”, 『民法と金融法の新時代』(池田眞朗先生古稀
記念論文集), 慶應義塾大學出版會, 2020.

我妻榮, 『新訂債權總論(民法講義Ⅳ)』, 岩波書店, 1964.

西村信雄 編, 『註釋民法(11)債權(2)』, 有斐閣, 1965.

[국문초록]

양도금지특약에 반한 채권양도의 효력

- 대법원 2019. 12. 19. 선고 2016다24284 전원합의체 판결 -

배 성 호*

물권적 효력설에 의하면 양도금지의 합의에 의하여 채권의 양도성 자체가 상실된다. 따라서 특약의 당사자가 아닌 채권양수인에게도 그 효력을 미쳐 채권양도는 무효이지만, 거래의 안전을 위하여 선의양수인을 보호한다. 이에 반하여 채권적 효력설에 의하면 양도금지특약은 채권자와 채무자 사이에 상대적으로 채권을 양도할 수 없는 권리의무관계를 발생시킬 뿐이고, 만약 양도금지특약에 위반하여 채권을 양도하면 그 채권양도는 원칙적으로 유효하지만, 채권자는 채무자에 대하여 특약 위반으로 인한 채무불이행책임을 질뿐이다. 다만 채무자는 약의의 양수인에 대하여만 양도의 무효를 주장할 수 있다.

대법판결의 다수의견은 물권적 효력설에 입각하여 양도금지특약을 위반한 채권양도는 효력이 없다는 원심판단은 정당하다고 판단하였다. 다수의견은 채권적 효력설의 다의적 해석의 여지를 지적하고 권리의 분열적 귀속으로 인한 복잡한 법률관계의 전개 등으로 인하여 이러한 해석론은 현행 민법의 해석론으로 부적절하다고 하였다.

그러나 물권적 효력설은 채무자 보호를 위하여 인정된 양도금지특약 위반의 효과에 대하여 채무자 보호에 필요한 범위를 넘어 대세효를 인정하여 채권양도를 무효로 봄으로써 여러 가지 문제점을 드러내고 있다. 계약은 당사자에게만 효력이 미친다는 계약법의 일반원리 측면에서도 채권적 효력설이 제449조 제2항의 해석에 더 적합하다. 즉 채권적 효력설이 민법 및 계약법의 기본원리와 논리에 더욱 충실한 해석이다. 또한 채권양도가 자금조달수단으로 활용성이 점점 높아짐에 따라 채권의 유통성 확보 및 국제적 동향에도 들어맞는다. 따라서 양도금지특약이 있는 채권양도에 관한 현행 민법의 해석으로서도 채권적 효력설이 더 적합해 보인다.

* 영남대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사.

주제어 : 민법 제449조 제2항, 채권양도, 채권양도금지특약, 물권적 효력설, 채권적 효력설,
이행거절 항변권

[Abstract]

Validity of the Assignment of Claims in Violation of
Non-Assignment Agreement

Sung-Ho, Bae*

The majority of the opinions of the target judgment were judged to be justified that the transfer of bonds in violation of the prohibition of transfer was not effective based on the theory of real rights. Many opinions pointed out the possibility of multiple interpretation of the bond validity theory and said that such interpretation theory is inappropriate due to the development of complex legal relations due to the divisional attribution of rights.

However, the theory of the real rights effect reveals various problems by recognizing the general effect beyond the scope necessary for the protection of the debtor and invalidating the transfer of the bond in the effect of the violation of the prohibition of transfer special agreement recognized for the protection of the debtor. In terms of the general principle of the contract law that the contract is effective only to the parties, the claimable effect is more suitable for the interpretation of Article 449 (2). In other words, the bond effect theory is more faithful to the basic principles and logic of civil law and contract law. In addition, as the transfer of bonds becomes more and more useful as a means of financing, it also meets the distribution of bonds and international trends. Therefore, the interpretation of the current civil law on the transfer of bonds with the prohibition of transfer is also a superior interpretation of the bond effect.

Key words : Article 449(2) of the Civil Act, assignment of claim,
non-assignment agreement, in rem effect theory, in personam
effect theory, defense of repudiation

* Professor, Yeungnam University Law School.