

채권양도에서 이익을 보류하지 않은 승낙 및 상계

- 대법원 2019. 6. 27. 선고 2017다222962 판결 -

한양대학교 법학전문대학원 교수 呂美淑

■ 논문요약 ■

대상판결은 채무자가 채권양도사실을 통지받은 후 그에 관하여 확인서를 발급한 것이 이익을 보류하지 않은 승낙에 해당하는지 여부가 쟁점인 사건에서, 이익을 보류하지 않은 승낙에 해당하는지 여부에 관한 판단기준을 제시하였다.

확인서는 채권양도사실에 대한 인식의 표명으로서 승낙에 해당하므로 이를 전제로 판단한 것은 타당하다. 이익을 보류하지 않은 승낙도 항변포기의 의사표시가 아니라 관념의 통지로서의 승낙인데, 민법 제451조 제1항이 대항사유 단절이라는 중대한 효과를 부여하는 근거에 대하여는 2017년 일본민법 개정 전의 일본의 통설, 판례와 마찬가지로 다수설과 판례는 공신설의 입장을 취하고 있고 대상판결도 이를 재확인하고 있다. 그러나 아무런 방식도 요구되지 않는 관념의 통지인 승낙에 공신력을 인정하는 것은 타당하지 않고, 채무자가 이익을 보류하지 않은 승낙을 함으로써 양수인에게 양수채권에 대항사유가 없다는 신뢰를 부여하였으므로 그 신뢰를 보호하고 거래의 안전을 보장하려는 것이 위 규정의 취지이자 대항사유 단절 효과의 근거라고 봄이 타당하다.

이익을 보류하지 않은 승낙이 있었는지 여부는 양수인으로 하여금 양수채권에 대항사유가 없을 것을 신뢰하게 할 정도에 이르렀는지에 따라 판단해야 할 것이고 대상판결이 이를 명시적으로 밝힌 점은 의미가 있다. 확인서가 양수인으로 하여금 신뢰하게 할 정도에 이르지 않았다고 본 것은 타당하나, 구체적으로 고려한 사정과 관련하여서는 확인서에는 채권양도사실을 알고 있다는 내용만 표시되어 있을 뿐 이익의 보류 여부에 관한 의사 표명은 없다고 할 수 있고, 이러한 부작위 또는 침묵을 통해 양수인으로 하여금 양수채권에 대항사유가 없을 것이라는 신뢰를 갖게 할 정도에 이른 것은 아니라고 보아야 할 것이며, 채무자가 상계할 수 있는 반대채권의 존재를 몰랐다는 사정이 그 신뢰형성에 영향을 주는 것은 아니라고 본다.

한편 대상판결은 채권양도 통지가 있는 경우 채무자가 양도인에 대한 채권에 의한 상계로서 양수인에게 대항할 수 있는지에 관하여 종전의 대법원판결과 동일한 판시를 하고 있는데, 채권양도에서도 채권압류와 마찬가지로 변제기기준설이 타당하고 판례도 변제기기준설을 취하고 있음에도 불구하고, 대법원의 입장을 명확히 밝히지 않고 그와 다르게 해석될 수 있는 여지를 남긴 것은 아쉬운 점이다.

[주제어] 채권양도, 이의를 보류하지 않은 승낙, 양수인의 신뢰보호, 공신설, 대항사유, 상계
assignment, protection of assignee's trust, public trust theory, recognition without objection, refusal ground, set-off

■ 목 차 ■

[사건의 개요]	
1. 사실관계	2. 확인서가 이의를 보류하지 않은 승낙인지 여부
2. 소송의 경과	Ⅲ. 상 계
3. 대상판결	1. 채권압류의 경우
[연 구]	2. 채권양도의 경우
Ⅰ. 서 론	3. 검 토
Ⅱ. 이의를 보류하지 않은 승낙	Ⅳ. 결 론
1. 확인서가 승낙인지 여부	

* 논문접수: 2021. 9. 23.

* 심사개시: 2021. 10. 7.

* 게재확정: 2021. 10. 25.

[사건의 개요]

1. 사실관계

원고 은행은 2014. 1. 20. 의사인 소외 A에게 9억 원을 대여하였다. A는 위 대출금채무를 담보하기 위하여 2014. 1. 17. 원고에게 자신이 피고 국민건강보험공단에 대하여 가지는 채권으로서 이미 발생하거나 장래 발생할 국민건강보험법에 근거한 요양급여비용 채권과 의료급여법에 근거한 의료급여비용 채권 중 210억 원에 달할 때까지의 금액을 양도하였다. A는 2014. 1. 17. 피고에게 내용증명우편으로 채권양도사실을 통지하였고 이는 그 무렵 피고에게 도달하였다.

피고는 2014. 1. 20. A에게 아래의 ‘압류진료비 채권압류 확인서’(이하 ‘확인서’라 한다)를 발급하여 원고에게 팩스로 송부하였다. 확인서에는 ‘발급목적’란에 ‘확인용’, ‘결정일자’란에 ‘2014. 1. 17.’, ‘접수일자’란에 ‘2014. 1. 20.’, ‘채권자’란에 ‘원고’, ‘압류유형’란에 ‘채권양도’로 기재되어 있고, 하단에 “본 자료는 개인정보보호법에 의거 엄격히 개인의 비밀이 유지되어야 하며, 기재된 발급목적 외 용도로 사용할 수 없으며, 타업무의

■ 법조 제70권 제5호(통권 제749호) 판례평석

증빙자료로 사용되어 발생하는 모든 책임은 본인에게 있으므로 공단에는 일체의 이의를 제기할 수 없습니다. 또한, 확인서 발행일 현재 압류채권자 접수등록 누락된 사건이 있을 수 있습니다.”라는 내용이 부동문자로 기재되어 있다.

요양기호	31205801	요양기호명	○○○○병원		
발급목적	확인용(V), 다른기관 제출용(기관명 :)				
압류접수 일자	1900.01.01 ~ 2014.01.23				
연번	접수일자	결정일자	법 원 명	사 건 번 호	채권청구금액 (단위 원)
			채 권 자 명	압 류 유 형	
1	2014.01.20	2014.01.17	(주)페퍼저축은행	내종제3460902007040 채권양도	21,000,000,000
합 계		1 건, 21,000,000,000원			
<p>본 자료는 「개인정보보호법」에 의거 엄격히 개인의 비밀이 유지되어야 하며, 기재된 발급목적외 용도로 사용할 수 없으며 타업무의 증빙자료로 사용되어 발생하는 모든 책임은 본인에게 있으므로 공단에는 일체의 이의를 제기할 수 없습니다. 또한, 확인서 발행일 현재 압류채권자 접수등록 누락된 사건이 있을 수 있습니다.</p>					

A는 원리금을 일부 상환하다가 자신이 운영하던 병원을 2015. 11. 19. 폐업하였다. A가 병원을 운영한 이후 2015. 11. 19.까지 발생한 양수채권 중 피고가 A에게 지급을 보류하고 있는 요양급여비용은 681,324,890원이다.

한편 A는 2008. 9. 5. ‘2007. 11. 1.부터 의료기관을 개설할 수 없는 비의료인과 동업으로 병원을 운영하기로 하고, 의사인 자신의 명의를 빌려주어 비의료인이 의료기관을 개설하도록 하였다.’는 범죄사실로 벌금 700만 원의 약식명령을 받았고, 이후 약식명령이 확정되었다. 피고는 2007. 11. 1.부터 위 약식명령 발령일인 2008. 9. 5.까지 A에게 요양급여비용으로 합계 914,284,680원을 지급하였다.

2. 소송의 경과

가. 제1심(서울서부지방법원 2016. 9. 28. 선고 2015가합39338 판결):¹⁾ 청구기각

원고는 양수채권 중 A의 잔존 대출금에서 일부 상환금을 변제충당하고 남은 돈

1) 대법원 홈페이지 ‘판결서 인터넷열람’ <https://www.scourt.go.kr/portal/information/finalruling/peruse/peruse_status.jsp>에서 열람하였다.

548,435,246원 및 지연손해금의 지급을 청구하였고, 이에 대하여 피고는 A가 2007. 11. 1.부터 의료법 위반하여 비의료인과 동업으로 병원을 운영하면서 피고로부터 보험급여를 수령하는 불법행위를 저질렀으므로 이로 인하여 피고가 입은 기지급 보험급여 상당액의 손해를 배상하여야 하는바, A에 대한 914,284,680원의 손해배상채권으로 원고의 양수채권과 상계한다고 항변하였다.

제1심법원은 피고의 상계항변을 받아들여 이 사건 양수채권이 모두 소멸하였다고 판단하고 원고의 청구를 기각하였다.

나. 항소심(서울고등법원 2017. 3. 28. 선고 2016나2072328 판결): 제1심판결취소 청구일부인용

원고는, 피고가 확인서를 발급·교부하고 채권양도 후 양수채권에 대하여 지속적으로 요양급여비 등을 지급하여 왔는바, 피고는 채권양도에 대하여 명시적 또는 묵시적으로 이의를 보류하지 않은 승낙을 하였으므로 위 손해배상채권으로 원고에게 상계로 대항할 수 없다고 주장하였고, 항소심판결은 아래와 같은 이유를 들어 원고의 주장을 받아들여 원고의 청구를 일부 인용하였다.²⁾

① 확인서가 민원업무 처리 과정에서 발급되었다고 하더라도 이는 피고가 A 또는 원고에게 A의 원고에 대한 채권양도사실에 관하여 인식하고 있음을 표명한 것으로서 민법 제451조 제1항에서 정한 ‘승낙’에 해당한다고 보아야 한다.

② 확인서에는 위와 같은 부등문자로 된 기재가 있을 뿐, 위 기재사항 이외에 당시에 이미 발생되어 있던 A에 대한 의료법 위반에 따른 손해배상채권에 기한 대항사유 등에 관하여는 기재되어 있지 않으므로 확인서에는 비밀유지, 발급목적 외 사용금지 및 다른 압류채권자 접수등록이 누락된 사건이 있을 수 있다는 취지는 표시되어 있다고 할 것이나, 이를 두고 피고가 발급신청자인 A에 대한 손해배상채권 등으로 이 사건 채권양도에 대하여 이의를 유보하였다고 보기는 어렵다.

③ 오히려 피고는 확인서를 발급한 이후 2014. 1. 23.경부터 2015. 3. 16.까지 지속적으로 원고에게 이 사건 양수채권에 대한 지급으로 합계 3,331,377,890원을 원고 명의의 계좌로 송금하여 지급하여 왔다.³⁾

2) 원고의 청구금액이 변제충당과정에서의 계산상 오류가 있어 잔존 대출금에서 일부 상환금을 변제충당하고 남은 돈 489,039,470원 및 지연손해금의 지급을 명하는 일부인용판결이 선고되었다.

3) 박설아, “채권양도에 대한 채무자의 이의를 유보하지 않은 승낙”, 대법원판례해설(제119호), 법원도서관(2

3. 대상판결: 파기환송

대법원은 아래 (1)과 같이 법리를 실시하고, (2)와 같은 사정을 종합하여 피고가 채권 양도에 대하여 이의를 보류하지 않은 승낙을 한 것으로 보기는 어렵다고 하여 원심판결을 파기환송하였다.⁴⁾

(1) 지명채권의 양도는 양도인이 채무자에게 통지하거나 채무자가 승낙하지 않으면 채무자에게 대항하지 못한다(민법 제450조 제1항). 채무자가 채권양도 통지를 받은 경우 채무자는 그때까지 양도인에 대하여 생긴 사유로써 양수인에게 대항할 수 있고(제451조 제2항), 당시 이미 상계할 수 있는 원인이 있었던 경우에는 아직 상계적상에 있지 않더라도 그 후에 상계적상에 이르면 채무자는 양수인에 대하여 상계로 대항할 수 있다(대법원 1999. 8. 20. 선고 99다18039 판결 참조).

민법 제451조 제1항 본문은 “채무자가 이의를 보류하지 아니하고 전조의 승낙을 한 때에는 양도인에게 대항할 수 있는 사유로써 양수인에게 대항하지 못한다.”라고 정하고 있다. 이 조항은 채무자의 이의를 보류하지 않은 승낙이라는 사실에 공신력을 주어 양수인을 보호하고 거래의 안전을 꾀하기 위한 것이다. 여기에서 양도인에게 대항할 수 있지만 양수인에게는 대항하지 못하는 사유는 협의의 항변권에 한정되지 않고 넓게 채권의 성립·존속 행사를 저지하거나 배척하는 사유를 포함한다(대법원 1997. 5. 30. 선고 96다22648 판결 등 참조).

채무자가 이 조항에 따른 이의를 보류하지 않은 승낙을 할 때에 명시적으로 항변사유를 포기한다거나 양도되는 채권에 대하여 이의가 없다는 뜻을 표시할 것까지 요구하지는 않는다. 그러나 이의를 보류하지 않은 승낙으로 말미암아 채무자가 양도인에 대하여 갖는 대항사유가 단절되는 점을 감안하면, 채무자가 이 조항에 따라 이의를 보류하지 않은 승낙을 했는지 여부는 문제 되는 행위의 내용, 채무자가 그 행위에 이른 동기와 경위, 채무자가 그 행위로 달성하려고 하는 목적과 진정한 의도, 그 행위를 전후로 채무자가 보인 태도 등을 종합적으로 고려하여 양수인으로 하여금 양도된 채권에 대하여 대항사유가 없을 것을 신뢰하게 할 정도에 이르렀는지를 감안하여 판단해야 한다.

(2) ① 확인서는 그 제목이 ‘압류진료비 채권압류 확인서’로 되어 있는 것처럼, 주된

019. 12.), 31면 주43에 의하면 원고는 피고에게서 지급받은 돈을 당시의 A의 미지급 대출원리금에 충당하고 나머지 돈은 A에게 지급한 것으로 보인다.

4) 환송 후 2019. 9. 17. 화해권고결정으로 확정되었다(서울고등법원 2019나2028629).

용도가 A의 요양급여 등 채권에 대하여 피고에게 접수된 확정일자 있는 채권양도 통지나 압류 등 내역을 확인하는 데 있다. 확인서는 피고의 민원업무를 신속하고 확일적으로 처리하기 위해서 발급목적과 용도가 채권압류 확인으로 제한되어 있고, 발급목적 외 다른 용도로 사용하는 것이 엄격히 금지되어 있다.

② 이 사건 채권양도의 대상이 된 채권은 장래 발생할 채권이 다수 포함된 집합채권으로서 확인서 발급 당시에는 210억 원이라는 한도만 정해져 있었을 뿐 대부분의 채권이 발생 시기나 금액이 불확실하였다. 그와 같은 상황에서 피고가 양도인에 대한 모든 대항사유를 포기한 채 채권양도를 승낙하였으리라고는 통상적으로 기대하기 어렵다.

③ 피고는 이 사건 채권양도 통지를 받은 다음 2014. 1. 23.부터 2015. 3. 16.까지 원고에게 약 33억 원이 넘는 돈을 지급하였으나, 2015. 4.경 다른 사건의 소송 수행 과정에서 A의 의료법 위반 사실을 비로소 알게 된 것으로 보이고, 이후 원고에 대한 지급행위를 중단하였다. 피고가 2007. 11. 1.부터 2008년까지 있었던 A의 의료법 위반 사실을 미리 알았다라면 의료법 위반에 따른 손해배상채권을 이유로 그 즉시 지급을 중단하거나 상계권을 행사하였을 것으로 보는 것이 자연스럽다. 이에 비추어 보면, 피고는 이 사건 채권양도 통지를 받고 양수인인 원고에게 변제한 것일 뿐, 이를 이유로 피고가 이 사건 채권양도에 대하여 이익을 보류하지 않은 승낙을 한 것으로 보기는 어렵다.

④ 피고가 위와 같이 A에 대한 손해배상채권이나 그에 따른 상계 가능성을 알지 못하였던 것으로 보이는 상황에서 확인서 발급 당시 A에 대한 대항사유를 구체적으로 보류할 것을 기대하기는 어렵다. 확인서에는 진료비채권에 대한 압류확인 외의 목적으로 확인서를 사용하는 것을 금지하고 확인서의 발급으로 인해서 어떠한 책임도 피고에게 물을 수 없다는 내용이 기재되어 있다. 피고는 위와 같은 기재내용을 통하여 대항사유의 단절이라는 법적 책임이나 불이익을 지지 않음을 포괄적으로 표시하였다고 볼 수도 있다.

[연 구]

I. 서 론

이 사건의 주요 쟁점은 피고가 A에게 확인서를 발급하여 주고, 원고에게 양수금의 일

■ 법조 제70권 제5호(통권 제749호) 판례평석

부를 지급한 행위가 민법 제451조 제1항 본문이 정한 이의를 보류하지 않은 승낙에 해당하는지 여부이고, 대상판결은 제451조 제1항 본문이 채무자의 이의를 보류하지 않은 승낙에 대항사유 단절 효과를 부여하는 근거에 관한 종래의 판례의 입장을 재확인하면서 이의를 보류하지 않은 승낙에 해당하는지 여부에 관한 판단기준을 제시하고 이 사건에서 피고가 이의를 보류하지 않은 승낙을 한 것으로 보기 어렵다고 판단하였다.

이 글에서는 우선 피고의 확인서 발급이 승낙에 해당하는지 여부를 살핀 후, 이의를 보류하지 않은 승낙이 대항사유 단절이라는 효과를 가져오는 근거에 대한 고찰을 통해 이의를 보류하지 않은 승낙을 판단하는 기준 및 확인서가 이의를 보류하지 않은 승낙에 해당하는지 여부에 관하여 검토하고자 한다.⁵⁾

한편 대상판결은 이 사건의 주요 쟁점은 아닌,⁶⁾ 채권양도 통지가 있는 경우 채무자가 양도인에 대한 채권에 의한 상계로써 양수인에게 대항할 수 있는지에 관하여 종전의 대법원판결에서와 동일한 판시를 하고 있는데, 채권양도 통지가 있는 경우⁷⁾ 상계로 대항할 수 있는 범위에 관한 검토를 통하여 그 판시내용이 적정한지 여부에 대하여도 살펴보겠다.

II. 이의를 보류하지 않은 승낙

1. 확인서가 승낙인지 여부

대상판결은 확인서가 이의를 보류하지 않은 승낙인지 여부에 관하여 판시할 뿐 확인서가 '승낙'인지 여부에 관하여는 별도로 판시하고 있지 않은데 이는 확인서가 승낙에 해당된다는 것을 당연한 전제로 한 것으로 보인다. 우선 확인서가 승낙에 해당하는지 여부를 살펴본다.

-
- 5) 피고의 변제행위가 이의를 보류하지 않은 승낙에 해당하는지 여부도 문제되나, 대상판결이 판시하는 바와 같이 피고는 원고의 채권양도 통지를 받고 그에 응하여 상계 가능성을 알지 못한 채 원고에게 일부 금액을 변제한 것으로 그러한 변제행위가 이의를 보류하지 않은 승낙에 해당한다고 보기 어려우나, 이 사건에서 해석상 문제가 된 확인서에 관하여 중점적으로 살핀다.
 - 6) 대상판결에 대한 해설논문인 박철아, 앞의 논문(주3), 3면 이하도 채무자의 이의를 보류하지 않은 승낙에 대하여만 검토하고 있고 상계에 대하여는 언급이 없다.
 - 7) 채권양도 통지와 같은 효력이 있는 이의를 보류한 승낙이 있는 경우 및 이의를 보류하지 않은 승낙이 있었으나 양수인에게 악의 또는 (중)과실이 있는 경우도 마찬가지이다.

가. 승낙의 의미 및 법적 성질

(1) 학 설

지명채권의 양도는 양도인이 채무자에게 통지하거나 채무자가 승낙하지 않으면 채무자에게 대항하지 못하는바(제450조 제1항), 채권양도의 대항요건으로서 채무자의 승낙은 채권양도사실에 대한 인식을 표시하는 행위로 청약에 대한 승낙이 아니며 그 법적 성질은 관념의 통지로서 의사표시에 관한 규정이 유추적용된다는 것이 통설이다.⁸⁾

이에 반해 승낙은 통지와 달리 채권양도에 대한 승낙으로서 의사표시라는 견해도 있는데 원래 민법에서 승낙이라는 것은 상대방이 청하는 바를 들어주는 것이고 어떤 사실이 있다는 것을 알리는 것이 아니므로 그것은 의사표시이지 관념의 통지가 아니며, 제450조 제1항이 채권의 '양도를 승낙'하는 것으로 규정하고 있고 채권양도사실을 알고 있다거나 양도사실을 승낙하는 것으로 규정하고 있지 않으므로 채권양도를 승낙하는 것은 채권양도라는 법률행위를 승낙하는 것이지 채권양도사실에 관한 인식을 표명하는 것이 아니어서 의사표시라는 것이다.⁹⁾

승낙의 사전적 의미는 청하는 바를 들어주는 것이고,¹⁰⁾ 민법에서 승낙이라 함은 청약에 응하여 계약을 성립시킬 것을 목적으로 청약자에 대하여 행하는 의사표시를 말하므로

8) 곽윤직, 『채권총론(제6판)』, 박영사(2003), 216면; 곽윤직 편집대표, 『민법주해X 채권(3)』, 박영사(1995), 582면(이상훈 집필부분); 김상용, 『채권총론(제3판)』, 화산미디어(2016), 379면; 김용덕 편집대표, 『주석민법 채권총칙3(제5판)』, 한국사법행정학회(2020), 564면(최수정 집필부분); 김용한, 『채권법총론』, 박영사(1983), 443면; 김주수, 『채권총론(제3판)』, 삼영사(1999), 383면; 김중환 저, 김학동 증보, 『채권총론(제6판)』, 박영사(1998), 303면; 김형배, 『채권총론(제2판)』, 박영사(1998), 586면; 송덕수, 『채권법총론(제5판)』, 박영사(2020), 389면; 양창수·권영준, 『민법II 권리의 변동과 구제(제4판)』, 박영사(2021), 199면; 윤철홍, 『채권총론(개정판)』, 법원사(2012), 400면; 지원림, 『민법강의(제18판)』, 홍문사(2021), 1289면. 한편 이은영, 『채권총론(제4판)』, 박영사(2009), 618면은 승낙이 양도행위에 대한 사전동의 또는 사후승인을 의미하고 계약체결의 요소로서의 승낙이 청약과 합쳐서 계약을 체결시키는 효과를 가져오는 것과 구별된다고 하면서 그 법적 성질이 관념의 통지인지 여부에 관해서는 언급이 없는데, 이에 관해서는 채권양도의 승낙을 마치 미성년자의 법률행위에 대한 법정대리인의 사전동의 또는 사후승인(추인)처럼 이해하는 것으로 보이는데 미성년자의 행위에 대한 동의·승인은 모두 의사표시이며 관념의 통지가 아니어서 문제라는 지적이 있다(송덕수, “지명채권 양도에 대한 채무자의 승낙 등 -대상판결: 대법원 2011. 6. 30. 선고 2011다8614 판결-”, 법학논집(제18권 제4호), 이화여자대학교 법학연구소(2014. 6.), 480면).

9) 오수원, “채무자의 이의를 보류하지 아니한 채권양도승낙의 법적 성질과 그 채권양도의 포섭범위”, 저스티스(제166호), 한국법학원(2018. 6.), 96면 이하. 채권양도계약을 제3자의 부담을 위한 계약으로 보고 채무자의 승낙을 채무부담의 의사표시라고 한다.

10) 국립국어원 표준국어대사전<<https://stdict.korean.go.kr>>.

■ 법조 제70권 제5호(통권 제749호) 판례평석

이러한 승낙이라는 용어에 주목하면 위와 같이 해석될 여지도 있으나 이는 타당하지 않다. 채권양도를 양도인, 양수인, 채무자 사이의 3면계약에 의하거나 양도인과 양수인의 양도계약에 채무자의 승낙을 조건으로 하는 등 채무자의 승낙이 있어야 비로소 채권양도의 효력이 발생하는 경우에는 채무자의 승낙이 권리변동에 직접 영향을 주는 의사표시에 해당하겠지만, 민법상 채권양도는 특별한 사정이 없는 한 양도인과 양수인의 합의에 의하여 효력이 발생하므로 채무자의 승낙은 채권양도의 효력에 영향을 미치지 못하고 대항요건을 갖추는 방법의 하나로서 채권양도사실에 대한 인식을 표명하는 것이어서 관념의 통지라고 봄이 타당하다.¹¹⁾

또한 승낙이 그 본질에서 채무자가 능동적인 지위에서 채권양도사실을 승인하는 의사를 표명하는 행위로서 채무자가 스스로 채권양도에 수반되는 불이익을 인수하는 위험인 수행위이므로 승낙은 언제나 관념의 통지인 것이 아니라 경우에 따라 진정한 의사표시가 될 수 있고, 통설과 같이 승낙이 채권양도의 사실에 대한 단순한 인식에 지나지 않는다고 새기기 위하여는 입법자가 일반적·보편적 승낙과 다른 의미·내용의 승낙을 특별히 제450조에 규정하였다는 것을 인정할 수 있어야 하는데 채권양도 어디에서도 이러한 예외를 받아들일 수 있는 증거는 물론 심지어 정황마저도 발견할 수 없다고 하며 대항요건에서 승낙을 삭제하여야 한다는 견해¹²⁾도 있으나, 앞서 본 바와 같이 사적 자치의 원칙상 채권양도의 당사자가 채권양도의 효력 발생 자체를 채무자의 승낙에 의존하게 할 수 있고 이때의 채무자의 승낙은 의사표시로서 의사표시에 관한 규정과 이론이 적용될 것이지만 그 승낙은 제450조 제1항이 규정하고 있는 채권양도의 대항요건으로서의 승낙이 아니라¹³⁾ 점에서 타당하지 않다. 즉 채무자가 ‘채권이 양도된 사실에 대하여 알고 있다’라고 하면 관념의 통지가 되고 ‘채권이 양도된 것을 승인한다’라고 하면 승인의 의사를 표명하고 있다는 이유로 의사표시가 되는 것은 아니다. 후자의 경우도 양도인과 양수인의 양도계약에 채무자의 승낙을 조건으로 하는 등 채무자의 승낙이 있어야 비로소 채권양도의 효력이 발생하는 경우가 아닌 한 채무자가 승인의 의사를 표명하고 있다고 해서 그 의사가 채권양도의 효력에 영향을 미쳐 채무자가 의욕하는 효과가 발생하는 것이 아니라

11) 그리하여 통설은 채권양도에 있어서의 승낙은 청약에 대한 승낙이 아니라고 설명하고 있으며, 특히 최수정, “채권양도에 있어서 채무자의 승낙”, 서강법률논총(제10권 제1호), 서강대학교 법학연구소(2021. 2.), 210~211면; 송덕수, 앞의 논문(주8), 485면은 이 점을 강조하고 있다.

12) 이진기, “지명채권의 양도 -제450조 대항요건에 관하여”, 민사법학(제81호), 한국민사법학회(2017. 12.), 18~19면.

13) 송덕수, 앞의 논문(주8), 485면.

민법이 정하는 채권양도의 대항요건으로서의 효과가 발생하므로 이 역시 전자의 경우와 마찬가지로 의사표시가 아니라 관념의 통지에 해당하는 것이다.¹⁴⁾

(2) 판례

판례는 승낙은 채무자가 채권양도사실에 관한 인식을 표명하는 것으로서 그 법적 성질이 관념의 통지라고 한다.¹⁵⁾ 한편 대법원판결 중에는 승낙이 채권양도사실을 채무자가 ‘승인하는 뜻’이라고 하거나,¹⁶⁾ ‘승인하는 의사를 표명하는 채무자의 행위’라고 하여,¹⁷⁾ 마치 채무자의 승낙이 의사표시인 것처럼 표현한 것도 있다. 승낙의 법적 성질을 의사표시라고 하는 견해는 승낙의 법적 성질에 관하여 판례를 채권양도사실의 승인이라고 한 판결과 양도사실의 인식의 승인이라고 한 판결로 나누고 이들 판결을 전자에 해당하는 것으로 설명하고 있으나,¹⁸⁾ 위 대법원판결 중 전자의 판결은 승낙이 있었는지 여부가 쟁점이었던 사건으로 승낙의 법적 성질을 통설과 다르게 본 것은 아니라고 해석되고, 후자의 판결의 사안은 채권양도의 효력이 발생하기 위하여 채무자의 승낙이 필요하였던 것으로 이때의 승낙은 대항요건으로서의 승낙이 아니라 의사표시에 해당하는 것이므로,¹⁹⁾ 이들 판결에도 불구하고 승낙을 관념의 통지로 보는 것이 판례의 입장이라고 하겠다.²⁰⁾

14) 김선석, “지명채권양도의 증명책임”, 사법논집(제23집), 법원행정처(1992. 12.), 235면이 채권양도에 있어서의 대항요건이 채무자의 관념의 통지로서의 승낙이라고 하여 채무자의 ‘채권양도에 대한 동의’ 또는 ‘채권양도의 청약에 대한 승낙’을 금하거나 그 효력이 부정되어야 할 것은 아니고, 만약 채권양도에 있어서 채무자가 그와 같은 의미의 승낙 즉 의사표시를 했다면 그에 따른 효력을 인정해야 한다고 하는데, 만약 그 취지가 채무자의 승낙이 채권양도에 동의한다는 내용이면 의사표시로서 그 효력이 발생한다는 것이라면 마찬가지로 이유로 타당하지 않고, 다만 항변포기의 의사표시에 해당한다면 그에 따른 효력은 인정될 것이다.

15) 대법원 1978. 3. 28. 선고 77다2513 판결; 대법원 2013. 6. 28. 선고 2011다83110 판결.

16) 대법원 1986. 2. 25. 선고 85다카1529 판결.

17) 대법원 2011. 6. 30. 선고 2011다8614 판결; 대법원 2014. 11. 13. 선고 2012다52526 판결.

18) 오수원, 앞의 논문(주9), 96면.

19) 송덕수, 앞의 논문(주8), 484면은 위 2011다8614 판결에서 채무자의 승낙에 대하여 정의하고 있는 부분은 부적절하며, 그 부분은 다른 판결들에서처럼 ‘채권양도사실에 대한 인식을 표명하는 행위’라고 했어야 한다고 적절히 지적하고 있다.

20) 오영준, “이의를 보류하지 않는 채권양도에 대한 승낙의 법적 성질과 효과 등”, 대법원판례해설(제95호), 법원도서관(2013. 12.), 120면도 위 2011다8614 판결 이후의 위 2011다83110 판결이 이의를 보류하지 않은 ‘승낙’의 법적 성질이 관념의 통지라고 명확히 밝히고 있다고 해설하고 있다.

나. 승낙의 판단기준

단순히 채무자로부터 채권양도와 관련한 표명이 있었다고 해서 곧 승낙이 인정되는 것은 아니고, 채무자의 승낙이 있었는지 여부는 구체적인 경우 여러 가지 사정을 고려하여 판단하여야 할 것인데,²¹⁾ 채무자의 채권양도와 관련한 표명이 채권양도사실에 대한 인식이 표시된 것으로 해석할 수 있다면 승낙에 해당할 것이다.

대법원은 채무자가 공사대금채권의 양수인에게 보낸 “시공자가 위임한 것은 인정하나... 시공자와 타협하여 공사가 하자 없이 완공될 경우 시공자의 입회하에 공사대금을 지불하겠으며... 본인으로서의 시공자와의 계약대로 처리할 것이며 귀하의 통고내용에 책임이 없는 것으로 인정합니다.”라는 답변서가 승낙에 해당하는지 여부가 다투어진 사안에서, 답변서의 전반부에서 채무자가 ‘채권양도’한 것을 인정한다고 하지 않고 채권자가 ‘위임’한 것을 인정한다고 하여 채권자로부터 양수인에게로 공사대금채권의 귀속이 달라지지 아니한 것으로 이해하는 듯한 표현을 쓰고 있고 후반부에서 채권양도를 받아들이지 않겠다는 취지가 있다는 점을 들어 답변서가 승낙이라고 보기 어렵다고 판시한 바 있다.²²⁾

그러나 승낙은 채권양도를 승인하는 것이 아니라 채권양도사실을 인식했다는 것을 표명하면 족한 것으로, 위 답변서는 채권양도 통지를 받은 채무자가 이를 ‘위임’이라고 표현하면서 채권양도를 인정할 수 없다는 취지를 담고 있는데, 채권양도를 승인한 것은 아니나 적어도 채권이 양도된 사실을 인식했다는 것을 표명한 것으로는 볼 수 있으므로 승낙에 해당한다고 보았어야 할 것이다.²³⁾

다. 검토

이 사건에서 확인서가 승낙에 해당하는지를 보면, 우선 단지 원고의 채권양도통지서가 피고에게 도달했다는 내용의 문서로 볼 여지는 없는가 하는 의문이 들 수 있는데, 만약 ‘접수증’이라는 명칭으로²⁴⁾ 원고가 보낸 문서가 피고에게 접수되었다는 내용만 들어있다

21) 김용덕 편집대표, 앞의 책(주8), 565면(최수정 집필부분).

22) 대법원 1993. 4. 27. 선고 92다43784 판결.

23) 원심(서울고등법원 1992. 9. 9. 선고 92나18834 판결)은 비록 위 답변서 후반부에서 채권양도를 받아들이지 않겠다는 취지가 있다고 하더라도 전반부에서 채권양도사실을 알면서 그 양도사실을 인정한 이상 이의를 유보한 ‘승낙’에 해당한다고 판단하였다.

24) 문서의 성격이 그 명칭에 따라 결정되는 것은 아니지만 문서의 명칭이 문서의 성격을 판단하는 데 중요한 요소가 될 수 있다.

면 그것은 단순히 채권양도통지서의 도달을 확인하는 문서에 지나지 않는 것으로 아예 승낙이라고도 볼 수 없을 것이다. 그러나 확인서는 민원처리과정에서 채권양도인 등의 요청에 응하여 채권압류현황을 확인해주기 위해 발급된 것인데,²⁵⁾ 그 내용이 단순히 채권양도통지서라는 문서를 접수했다는 것뿐만 아니라 A가 원고에게 채권을 양도했다는 내용의 채권양도통지서를 받아서 그 채권양도사실을 인식했다는 내용을 담고 있어 이는 채권양도사실에 대한 인식의 표명으로서 승낙에 해당한다고 봄이 타당하다.²⁶⁾

2. 확인서가 이의를 보류하지 않은 승낙인지 여부

대상판결의 주요 쟁점인, 확인서가 ‘이의를 보류하지 않은’ 승낙에 해당하는지 여부를 살펴본다.

가. 이의를 보류하지 않은 승낙의 의미 및 법적 성질

제451조 제1항 본문은 “채무자가 이의를 보류하지 아니하고 전조의 승낙을 한 때에는 양도인에게 대항할 수 있는 사유로써 양수인에게 대항하지 못한다.”라고 규정한다. 위 조항에서 이의를 보류하지 않은 승낙이라 함은 양도인에 대하여 항변사유를 가지고 있음을 밝히지 않고서 하는 단순승낙을 말하는 것으로 위 조항이 ‘전조의 승낙’이라고 규정하고 있으므로 이의를 보류하지 않은 승낙도 제450조의 승낙 즉 관념의 통지로서의 승낙이라는 것이 통설이다.²⁷⁾

이는 항변포기의 의사표시와는 구분된다. 사적자치의 원칙에 따라 채무자는 양수인에 대항할 수 있는 자신의 양도인에 대한 항변을 포기할 수 있는바, 채무자가 양도인에 대한 대항사유를 인식하면서 이를 양수인에게 행사하지 않겠다는 의사를 표시한 경우 이는 항변포기의 의사표시로서 그 의욕한 바에 따른 효력이 발생한다.²⁸⁾

25) 박설아, 앞의 논문(주3), 23~24면.

26) 권영준, “2019년 민법 판례 동향”, 서울대학교 법학(제61권 제1호), 서울대학교 법학연구소(2020. 3.), 549면; 최수정, 앞의 논문(주11), 238면도 확인서가 승낙에 해당한다고 한다.

27) 곽윤직 편집대표, 앞의 책(주8), 594면(이상훈 집필부분); 김상용, 앞의 책(주8), 381면; 김용덕 편집대표, 앞의 책(주8), 590~591면(최수정 집필부분); 김용한, 앞의 책(주8), 448면; 김주수, 앞의 책(주8), 386면; 김증한 저, 김학동 증보, 앞의 책(주8), 306면; 김형배, 앞의 책(주8), 591면; 송덕수, 앞의 책(주8), 393면; 양창수·권영준, 앞의 책(주8), 200면; 윤철홍, 앞의 책(주8), 402면. 한편 곽윤직, 앞의 책(주8), 219면은 이의를 보류하지 않은 승낙을 ‘항변을 양도인에 대하여 가지고 있음을 보류하지 않고서 행하는 단순승인’이라고 하여 승인이라는 표현을 사용하고 있으나 이의를 보류하지 않은 승낙을 대항요건으로서의 승낙과 다르게 해석하는 취지는 아닌 것으로 보인다.

나. 대항사유 단절 효과의 근거

제451조 제1항은 민법제정 당시 시행되던 일본민법 제468조 제1항²⁹⁾을 그대로 계수한 것이고,³⁰⁾ 일본민법 제468조 제1항은 보아소나드(Boissonade)가 당시 시행되던 프랑스민법을 바탕으로 하여 작성한 일본구민법초안 재산편 제367조 제2항³¹⁾에서 유래하는데, 프랑스민법 제1295조³²⁾가 이의를 보류하지 않은 승낙을 한 채무자는 상계로 대항할 수 없다고 규정하고 있었으나 보아소나드가 당시의 프랑스에서의 소수설에 따라 대항할 수 없는 항변을 상계항변에 한하지 않고 그 외의 항변에도 확장하여 규정한 것으로,³³⁾ 제451조 제1항은 같은 내용의 일본민법 제468조 제1항 이외에는 유례를 찾기 어려운 특이한 규정이다.

그리하여 이의를 보류하지 않은 승낙의 대항사유 단절이라는 중대한 효과의 근거에 대하여도 일본에서의 논의가 우리나라의 논의에도 영향을 미쳐 견해의 대립 상황이 유사하므로 먼저 종전의 일본에서의 논의를 살펴본다.

(1) 일본의 논의

일본에서는 이의를 보류하지 않은 승낙³⁴⁾의 대항사유 단절 효과의 근거에 대하여 주로

-
- 28) 권영준, 앞의 논문(주26), 553면; 김용덕 편집대표, 앞의 책(주8), 594면(최수정 집필부분); 이동진, “지명채권양도에서 채무자의 이의보류 없는 승낙에 의한 항변차단”, 재산법연구(제36권 제3호), 한국재산법학회(2019. 11.), 77면; 전원열, “채권양도에 대한 이의보류 없는 승낙에 있어서 대항사유의 단절”, 재산법연구(제33권 제3호), 한국재산법학회(2016. 11.), 11~12면(채무자가 ‘이의보류 없음’을 표현하는 데에는 그 강도에 차이가 있다고 하며, ‘항변권을 가지고 있지 않고 이를 주장하지 않을 것을 확인한다’라고 가장 강하게 표현한 것은 항변권 포기의 의사표시로서 사적 자치의 정신에 비추어 채무자가 항변을 주장하지 못한다고 해석하여도 무방하다고 한다).
- 29) “채무자가 이의를 보류하지 아니하고 전조의 승낙을 한 때에는 양도인에게 대항할 수 있었던 사유가 있어도 이를 양수인에게 대항할 수 없다. 이 경우에 채무자가 그 채무를 소멸하게 하기 위하여 양도인에게 지급한 것이 있는 때에는 이를 회수하고, 양도인에 대하여 부담한 채무가 있는 때에는 이를 성립하지 아니한 것으로 볼 수 있다.”
- 30) 일본민법 제468조와 동일한 내용의 민법안 원안 제442조가 별다른 의견 없이 합의에 이르러 제451조가 되었다(민의원 법제사법위원회 민법안심소의위원회 편, 『민법안심의록 상권』, (1955), 266~267면).
- 31) “채무자의 승낙은 그가 양도인에게 대항할 수 있었던 모든 항변 및 소송불수리사유를 양수인에게 대항하는 것을 방해한다. 송달만으로는 채무자로 하여금 그 송달 후에 생긴 항변을 상실하게 하는 데 그친다.”
- 32) “채권자가 그의 권리에 대하여 제3자에게 양도하는 것을 순수하고 단순하게 승낙한 채무자는 승낙 전에 양도인에게 대항할 수 있었던 상계로 양수인에게 대항하지 못한다.”
- 33) 池田眞朗, 『債權讓渡の研究(増補二版)』, 弘文堂(2004), 348면; 西村信雄 編, 『注釋民法(11) 債權(2)』, 有斐閣(1965), 387면(明石三郎 執筆部分).

이의를 보류하지 않은 승낙의 법적 성질이 무엇인가 하는 주제로 논의되었다.

처음 나온 학설은 石坂音四郎이 주장한 것으로, 일본민법 제468조 제1항의 ‘전조의 승낙’이 일본민법 제467조의 승낙과는 다른 것으로 해석하여 이의를 보류하지 않은 승낙이 단순한 양도사실의 승인인 관념의 통지가 아니라 양수인에 대한 채무승인 즉 새로운 채무의 부담행위인 의사표시라고 하는 채무승인설이다.³⁵⁾

이를 비판하며 鳩山秀夫가 금반언설³⁶⁾을 주장하였는데, 일본민법 제468조 제1항은 양수인의 이익을 보호하고 거래의 안전을 보호하기 위하여 법률이 양도의 무조건적 승낙에 대하여 특히 부여한 법률효과라고 해석하며 위 규정이 ‘전조의 승낙’이라고 하여 단순한 양도사실에 대한 승인을 규정하고 있고 그 이유는 영미법의 금반언(estoppel)과 동일한 취지에서 나온 것이라고 한다.³⁷⁾

다음으로 我妻榮이 공신설(또는 공신력설)을 주장하였고 이후 일본의 통설이 되었다. 공신설은 이의를 보류하지 않은 승낙이 특수한 효과를 발생하는 것은 채무자의 승낙-채권의 양도라고 하는 사실의 승인-이라고 하는 사실에 ‘공신력’을 부여하여 양수인을 보호하고 채권양도의 안전을 보장하려고 하는 취지에 기한 것이라고 한다.³⁸⁾ 이어서 於保不二雄이 양수인보호설³⁹⁾을 주장하였는데, 양수인의 신뢰를 보호하고 채권양도의 안전을 보장하기 위하여 이의를 보류하지 않은 승낙에 법률이 특별히 항변상실의 효과를 부여한

34) 이의를 ‘유보’하지 않은 승낙이 보다 정확한 번역이라고 것이나 이를 구분하지 않고 이의를 ‘보류’하지 않은 승낙으로 통칭한다.

35) 西村信雄 編, 앞의 책(주33), 388면(明石三郎 執筆部分).

36) 鳩山秀夫가 주장한 학설을 금반언설이라고 부르며 我妻榮이 주장한 공신설과 구분하여 설명하고 있는 다수의 문헌과 달리 西村信雄 編, 앞의 책(주33), 389면(明石三郎 執筆部分)은 ‘公信說(鳩山說)’이라고 하나 그 내용으로 鳩山秀夫는 법리적 근거를 금반언칙에서 구함에 비하여 그 후 我妻榮은 공신의 원칙에서 구했다고 설명하고 있고, 武久征治, “債權讓渡の承諾: 異議を留めない債權讓渡の承諾は, どのような效力をもつか”, 民法學4: 債權總論の重要問題, 有斐閣(1976), 269~270면은 공신설을 ‘鳩山-我妻說’이라고 명명하면서 공신설이 영미법의 금반언칙적 사고(鳩山)에서 공신설적 사고(我妻)로 변화가 있었다고 설명하고 있으며, 近江幸治, 『債權總論(第3版補訂)』, 成文堂(2009), 266면은 공신설을 외관신뢰보호설이라고 하며 이에 鳩山秀夫의 견해와 我妻榮의 견해 등을 포함시키면서 공신설이 금반언적 관념(鳩山)으로부터 순수한 공신력 관념(我妻)으로 변천하였다고 설명하고 있다.

37) 鳩山秀夫, 『日本債權法(總論)(增訂改版)』, 岩波書店(1925), 360~361면.

38) 我妻榮, 『債權總論』, 岩波書店(1940), 375면.

39) 池田眞朗, 앞의 책(주33), 335~336면; 西村信雄 編, 앞의 책(주33), 389면(明石三郎 執筆部分)은 양수인 보호설이라 부르면서도 공신설의 범주에 포함시켜 설명하고 있는데, 이는 양수인보호설이 공신력이라는 표현을 사용하는 것에 비판적이기는 하나 그 실질은 공신설과 같다고 보는 것으로 생각된다. 近江幸治, 앞의 책(주36), 266면도 공신설(외관신뢰보호설)에 於保不二雄의 견해를 포함시키고 있다.

■ 법조 제70권 제5호(통권 제749호) 판례평석

것은 인정하지만, 공신력이라는 용어는 권리존재의 표상, 예를 들면 점유·등기·증권 등에 부여되는 권리취득의 적극적 효력에만 한정된 것이 타당하고, 이의를 보류하지 않은 승낙에는 소극적으로 항변절단의 효력이 부여되는 것뿐이고 승낙의 공신력에 의해 적극적으로 권리의 선의취득이 행해지는 것은 아니므로 공신력이라는 용어를 사용하는 것은 부당하다고 주장하였다.⁴⁰⁾

그 후 安達三季生이 공신설을 비판하며 이의를 보류하지 않은 승낙은 단순한 관념의 통지가 아니라 의사표시이며 독일민법상의 Anweisung을 인수하는 무인의 채무약속이라고 하는 지도인수설(指図引受説, 또는 처분수권설)을 주장하였다.⁴¹⁾

또한 단순한 관념의 통지에 공신력을 인정하는 공신설을 비판하며 새롭게 등장한 학설로 池田眞朗의 이중법정효과설이 있는데, 일본민법 제468조 제1항의 입법의도를 보면 위 규정이 채무자의 항변을 절단시키는 것은 채무자의 의사적 행위 즉 단순한 관념의 통지나 의사표시가 아닌 ‘양도계약절차에의 사실적 관여에 향해진 적극적 지향성’이 있기 때문으로, 단순히 양수인의 외관신뢰보호만이 아니라 양수인을 신뢰하도록 의사적 행위를 한 채무자에 대한 제재로서의 의미를 가지는 법정 효과라고 주장한다.⁴²⁾

그 밖에 이중법정효과설의 발상에 동조하면서 항변절단의 효과는 채무자가 한 행위(이의를 보류하지 않은 승낙)와 모순하는 행위(이의를 말하지 않으면서 대항을 주장한 것)에는 효과를 인정하지 않는다고 하는 일반원칙이 나타난 것이고 그 근거는 신의칙(일본민법 제1조 제2항)이라고 하는 견해⁴³⁾도 있다.

이와 같이 학설이 변천함에 따라 판례도 변천해왔다. 오래 전에 이의를 보류하지 않은

40) 於保不二雄, 『債權總論(新版)』, 有斐閣(1972), 316~317면. 奥田昌道, 『債權總論(增補版)』, 悠悠社(1992), 444면도 공신력에 의한 보호는 권리존재의 표상을 신뢰한 자에게 권리를 취득하게 하는 반면 진정한 권리자의 권리를 잃게 하는 것이고, 항변절단이라고 하는 소극적 효력의 반사로서 선의자가 권리를 취득하는 결과가 되는 경우도 있지만 於保不二雄의 견해가 말하는 바와 같이 공신력과는 구별하는 것이 타당하다고 한다.

41) 安達三季生, “指名債權讓渡における債務者の異議を留めない承諾(-)”, 法学志林(五九卷三・四号), 法学志林協會(1962), 35면 以下. 武久征治, 앞의 논문(주36), 270면은 이 설이 채무승인예의 새로운 차원에서의 복귀라고도 할 수 있다고 하여 ‘지도인수설적 채무승인설’이라고 한다.

42) 池田眞朗, 앞의 책(주33), 413~422면. 일본민법 제468조 제1항은 항변사유가 있는 채권을 양도한 채권자와 이의를 보류하지 않은 승낙이라고 하는 의사적 행위를 한 채무자 어느 쪽이나 책임이 있다는 것으로 전단은 채무자와 양수인 사이에서는 채무자에게 책임을 부담시키고 후단은 양도인과 채무자 사이에서는 양도인에게 책임을 부담시킴으로써 위 조항은 전단과 후단 전체로 이중의 법정효과를 규정한 것이라고 한다.

43) 平井宜雄, 『債權總論(第2版)』, 弘文堂(1994), 143면; 中田裕康, 『債權總論(新版)』, 岩波書店(2011), 525면은 위 견해를 신의칙설이라고 부른다.

승낙을 항변의 포기로 해석한 판결⁴⁴⁾이 있었고, 채무승인설의 영향을 받아 이익을 보류하지 않은 승낙의 법적 성질을 채무의 승인이라고 하며 그 채무의 승인에 의해 항변절단의 효과가 생기는 것을 특별히 규정한 것이라고 한 판결⁴⁵⁾이 있었다가, 그 후 금반언설에 따라 채무자가 아무런 이익을 보류하지 않은 승낙을 한 경우 양수인은 그 채권에 붙은 하자가 없다고 하는 신념을 가지는 것이 당연하므로 법률이 예외적으로 위 양도승낙인 법률사실에 특수한 효력을 인정함이 상당하고 그 경우 채무자가 양도인에게 대항할 수 있는 사유로 양수인에게 대항할 수 없다는 취지의 특칙을 두어 양수인을 보호하려는 것이라고 한 판결⁴⁶⁾이 나왔다. 그 후 공신설이 등장한 후 그에 따른 판결이 계속되어 일본의 판례는 공신설을 취하는 것으로 해석되는데,⁴⁷⁾ “일본민법 제468조 제1항 본문이 지명채권의 양도에 대하여 채무자가 이익을 보류하지 않은 승낙에 항변상실의 효과를 인정하고 있는 것은 채권양수인의 이익을 보호하고 일반 채권거래의 안전을 보호하기 위하여 법률이 부여한 법률상의 효과로서 해석하여야 하고”라고 한 판결⁴⁸⁾이 대표적이다.

‘오늘날 민법학에 있어 가장 어려운 문제 중 하나’⁴⁹⁾라고까지 평가되던 이 문제는 2017년 일본민법 개정⁵⁰⁾에 의해 일본민법 제468조 제1항을 삭제하는 것으로 해결되었다. 채무자가 항변을 포기할 의사가 없이 단지 채권이 양도되었다는 것을 인식했다는 취지의 통지를 한 것만으로 항변상실이라고 하는 채무자가 예견하지 못한 중대한 효과가 발생하는 것은 합리성이 인정될 수 없다는 학설상의 비판을 수용한 것이다.⁵¹⁾ 명문규정은 없으나 의사표시에 의한 항변포기가 가능함은 당연하고, 개정 일본민법 하에서는 채무자가 양수인에 대하여 항변을 주장할 수 없게 되는 것은 항변포기의 의사표시에 한하게 된다.⁵²⁾

44) 大判 大正5(1916).8.18. 民錄22輯 1657면.

45) 大判 大正6(1917).10.2. 民錄23輯 1510면.

46) 大判 昭和9(1934).7.11. 民集13卷 1516면.

47) 池田眞朗, 앞의 책(주33). 346면은 대심원, 최고재판소 판결을 통틀어 ‘공신’ 또는 ‘공신력’이라는 표현을 사용한 것은 하나도 없다는 점을 강조하여 판례가 공신설을 취한 것은 아니라고 볼 여지가 있는 듯이 주장하나, 대부분의 학자들은 최고재판소 판결이 공신설의 입장이라고 이해하고 있다.

48) 最判 昭和42(1967).10.27. 民集21卷8号 2161면.

49) 池田眞朗, 앞의 책(주33), 330면.

50) 현행 일본민법은 2017. 6. 2. 법률 제44호로 개정되어 2020. 4. 1.부터 시행되고 있다.

51) 大村敦志·道垣内弘人 編, 『解説 民法(債權法)改正のポイント』, 有斐閣(2017), 290면(加毛明 執筆部分); 中田裕康 外, 『講義 債權法改正』, 商事法務(2017), 327면(沖野眞已 執筆部分); 松岡久和 外 編, 『改正債權法コンメンタル』, 法律文化社(2020), 433~434면(石田剛 執筆部分).

52) 潮見佳男, 『新債權總論Ⅱ』, 信山社(2017), 451면; 中田裕康 外, 講義 債權法改正, 商事法務, 2017, 327~

(2) 학 설

우리나라는 공신설이 다수설로서, 채무자가 이익을 보류하지 않은 승낙을 한 경우 양수인은 양수채권에 아무런 항변도 없다고 믿는 것이 보통이므로 양수인의 신뢰를 보호하고 채권양도의 안전을 보장하기 위해 공신의 원칙을 기초로 이익을 보류하지 않은 승낙에 대해 항변상실의 효과를 부여한 것이라고 한다.⁵³⁾

이에 대하여 양수인보호설은 공신력이란 등기·점유와 같은 권리존립의 표상에 주어지는 권리취득의 적극적 효력을 의미하는 것인데 이익을 보류하지 않은 승낙을 표상이라고 하기 어렵고 그에 권리취득의 적극적 효과가 주어지는 것이 아니므로 제451조 제1항은 공신력을 인정한 것이 아니라 양수인의 이익을 보호하고 채권거래의 안전을 보장하기 위해 소극적인 항변절단의 효과를 규정한 것이라고 한다.⁵⁴⁾

또한 이익을 보류하지 않은 승낙이 공신의 대상이라고 할 수 없고, 채무자가 기왕에 적극적으로 승낙을 함에 있어서 실제와 다르게 양도인에 대해 가진 항변사유를 표명하지 않았다면 그에 따른 불이익은 피할 수 없는 반면 양수인으로서 채무자가 이익을 보류하지 않은 채 승낙을 하였다면 별도의 항변사유가 없는 것으로 믿게 될 것이므로 채무자에 대한 일종의 제재라고 하는 측면과 양수인의 신뢰보호라고 하는 측면에서 이익을 보류하지 않은 승낙에 대해 항변의 단절이라고 하는 무거운 효과를 부여한 것이라는 견

328면(沖野眞己 執筆部分); 松岡久和 外 編, 위의 책, 435면(石田剛 執筆部分); 民法(債權法)改正檢討委員會 編, 『詳解 債權法改正の基本方針Ⅲ』, 商事法務(2009), 310면. 한편 채무자의 항변포기의 의사표시는 일방적 이익상실행위이므로 신중하게 행해질 필요가 있다는 이유에서 서면에 의하도록 하는 것이 제안되었으나 논의를 거쳐 이를 규정하지 않기로 하였다.

53) 박윤직, 앞의 책(주8), 219면; 박윤직 편집대표, 앞의 책(주8), 594면(이상훈 집필부분); 김용한, 앞의 책(주8), 449면; 김증한 저, 김학동 증보, 앞의 책(주8), 306면; 윤철홍, 앞의 책(주8), 402면; 진흥기, “채권양도에 대한 이익을 보류하지 않은 승낙과 제 항변의 승계·절단효”, 비교사법(제18권 제1호), 한국비교사법학회(2011.3), 105면.

54) 김동훈, “이익의 보류 없는 채권양도 승낙의 효력 -대상판결: 대법원 2002. 3. 29. 선고, 2000다13887 판결-”, 고시연구(제31권 제1호), 고시연구사(2004), 273면; 김상용, 앞의 책(주8), 382면; 김형배, 앞의 책(주8), 592면; 송덕수, 앞의 책(주8), 394면. 공신력에 대한 언급이 없이 무보류승낙에 대한 양수인의 신뢰를 보호하는 것을 목적으로 하는 것이라는 견해(김주수, 앞의 책(주8), 386면)와 이익을 보류하지 않은 승낙에 항변 단절효과를 부여하는 이유는 양수인을 보호하고 거래의 안전을 피하기 위한 것이라고 하는 견해(양창수·권영준, 앞의 책(주8), 200면)도 양수인보호설로 볼 수 있을 것이다. 한편 이은영, 앞의 책(주8), 621~622면은 인적 항변의 절단제도는 채권양도에 공신의 원칙을 도입하여 양수인을 보호하려는 취지에서 마련된 것이라고 하면서도 지명채권의 양도에까지 공신의 원칙을 인정하는 것은 바람직하지 못하다고 하며 민법이 채무자에게 승낙 당시에 양수인에게 항변사유를 모두 고지할 의무를 간접 의무로서 부과하고 있다고 설명하고 있는데, 이 역시 양수인보호설의 입장인 것으로 보인다.

해⁵⁵⁾가 있다.

자기구속에서 그 근거를 찾는 견해도 있는데, 채권양도에서 정보센터라 할 수 있는 채무자가 승낙을 할 때 자기의 이익을 위하여 대항사유의 존재를 알리는 것이 보통이고 합리적임에도 불구하고 대항사유의 존재에 대하여 아무런 이익을 보류하지 않은 채 승낙하였다면 온전한 채권을 신뢰한 양수인을 보호하기 위하여 그러한 선행사실과 모순되는 항변의 주장은 신의칙상 허용되지 않으므로 항변의 절단이라는 효과는 스스로 이익을 보류하지 않은 승낙을 한 채무자의 자기구속에 그 근거가 있다는 것이다.⁵⁶⁾

또한 제451조 제1항을 양수인의 신뢰보호를 위한 권리의관책임으로 보는 견해는 위규정은 채무자의 결정 내지 귀책사유만으로 정당화될 수 없고 양수인 측의 신뢰를 보태어야 비로소 정당화될 여지가 생기며, 권리의관책임은 대개 본래의 권리자에게 책임을 돌릴 만한 근거를 요구하므로 채무자에 대한 제재라는 측면도 그 일면이라고 할 수 있다고 한다.⁵⁷⁾

(3) 판례

대법원 1997. 5. 30. 선고 96다22648 판결이 ‘제451조 제1항은 채무자의 승낙이라는 사실에 공신력을 주어 양수인을 보호하고 거래의 안전을 꾀하기 위한 규정’이라고 하여 공신설의 입장을 취하였고, 이후의 대법원판결들이 위 판결에 따라 동일하게 판시하여⁵⁸⁾ 공신설이 확고한 판례가 되었다. 대상판결도 판례의 입장을 재확인하고 있다.

(4) 검토

다수설과 판례는 이익을 보류하지 않은 승낙에 대항사유 단절의 효과를 인정하는 이유는 채무자가 이익을 보류하지 않은 승낙을 하였다는 사실에 공신력을 주어 양수인을 보호하고 거래의 안전을 꾀하기 위한 것이라고 하고, 대상판결도 종래의 판례의 입장에 따라 동일하게 판시하고 있는데, 과연 채무자의 이익을 보류하지 않은 승낙에 공신력을 인정할 수 있는지는 의문이다. 앞서 양수인보호설이 주장하듯이 공신력은 등기·점유 등에

55) 김용덕 편집대표, 앞의 책(주8), 594면(최수정 집필부분).

56) 지원림, 앞의 책(주8), 1292면; 지원림, “지명채권양도에서 양수인의 지위”, 비교사법(제24권 제3호), 한국비교사법학회(2017. 8.), 1000면. 이호행, “상계와 제3자”, 홍익법학(제21권 제4호), 홍익대학교 법학연구소(2020), 194면도 자기결정의 원칙과 자기책임의 원칙상 이 견해가 타당하다고 한다.

57) 이동진, 앞의 논문(주28), 79면.

58) 대법원 2002. 3. 29. 선고 2000다13887 판결; 대법원 2013. 6. 28. 선고 2011다83110 판결; 대법원 2018. 7. 24. 선고 2016다205687 판결.

■ 법조 제70권 제5호(통권 제749호) 판례평석

권리의 존재를 추측하게 하는 표상에 그 표상대로의 권리를 인정하는 효력이므로 제451조 제1항이 이의를 보류하지 않은 승낙에 공신력을 부여하였다고 보는 것은 부당하다. 부동산등기에 대하여도 공신력을 인정하고 있지 않은데 아무런 방식도 요구되지 않는 관념의 통지인 승낙에 의해 아무런 대항사유가 없는 채권의 존재가 공시되었다고 보아 이에 공신력이 주어졌다고 하기는 어렵다. 이 점은 비단 양수인보호설뿐 아니라 다른 설을 취하는 학자들에 의해서도 비판을 받고 있다.⁵⁹⁾

이러한 비판에 대하여 일본에서는 채권양도의 대항요건의 기본구조가 등기·점유와 같지 않다는 것은 자명한 이치로 그와 같은 공신이론을 사용하는 것은 아니고, 공신설에서 말하는 ‘공신’이라 함은 신뢰하는 것이 지당하다고 생각되는 외형사실(이의를 보류하지 않은 승낙이라고 하는 외관)이 있는 경우에 그것을 신뢰한 양수인은 일정한 요건(선의·무과실)을 전제로 하여 보호된다는 것이라고 하는 넓은 이해이고 그 실질이 외관신뢰보호법리라는 것은 더 말할 필요가 없으며, 공신설이 주장된 당시는 그 외관신뢰보호법리가 성숙되지 않아 ‘공신’ 이외에 설명할 용어를 가지지 못하여서 ‘공신’이라는 용어가 사용된 것일 뿐이고, 이러한 외관보호법리의 효과로서 권리취득 외에 권리주장의 부정 또는 항변의 상실도 있을 수 있으므로 공신설에 대한 위와 같은 비판은 타당하지 않다고 하는 견해가 있고,⁶⁰⁾ 우리나라에도 제451조 제1항을 양수인의 신뢰보호를 위한 권리외관책임으로 보는 견해가 금반언이나 공신력은 모두 권리외관책임을 설명하는 근거, 방식 내지 용어에 불과하며, 점유·등기 등 공시방법이 없고 권리취득이 문제되지 아니하는 이의보류 없는 승낙에 의한 항변상실에서는 공신의 원칙을 이야기할 수 없다는 주장은 핵심에서 벗어난 것이라고 한다.⁶¹⁾ 또한 이의를 보류하지 않은 승낙에 대항사유 단절의 효과를 인정하는 것은 채권거래의 안전을 위하여 양수인의 신뢰 내지 신뢰이익을 보호하기 위하여 마련된 것으로 공신설과 양수인보호설은 근본적으로 다른 것이 아니라 표현의 차이에 불과하다는 주장도 있다.⁶²⁾

채무자가 이의를 보류하지 않은 승낙을 하는 행위를 함으로써 양수인에게 양수채권에

59) 김용덕 편집대표, 앞의 책(주8), 593면(최수정 집필부분); 오수원, “채무자의 이의를 보류하지 아니한 채권양도 승낙에 의한 대항불능의 취지와 양수인의 선의·무중과실”, 법학연구(제29권 제1호), 충북대학교 법학연구소(2018.6), 229~231면; 전원열, 앞의 논문(주28), 12면.

60) 近江幸治, 앞의 책(주36), 267면. 공신설을 외관신뢰보호설이라고 하며 이에 鳩山秀夫의 견해와 我妻榮의 견해 및 於保不二雄의 견해를 모두 포함시키고 있다.

61) 이동진, 앞의 논문(주28), 79면.

62) 박준서 편집대표, 『주석민법 채권총칙2(제3판)』, 한국사법행정학회(2000), 575~576면(서민 집필부분).

대항사유가 없다는 신뢰를 부여하였으므로 그 신뢰를 보호하고 거래의 안전을 보장하려는 것이 이의를 보류하지 않은 승낙에 대항사유 단절의 효과를 부여하는 규정의 취지이자 대항사유 단절효의 근거로 봄이 타당할 것인데, 위와 같은 반론은 오히려 ‘공신력’이라는 용어를 사용하여 위 규정이 이의를 보류하지 않은 승낙에 ‘공신력’을 준 것이라고 하는 것이 적절하지 않음을 보여준다고 할 수 있다. 더욱이 ‘공신’ 이외에 설명할 용어를 가지지 못하여서 ‘공신’이라는 용어가 사용된 것일 뿐이라면 적절하지 못한 용어를 계속 사용할 이유가 없는 것이다. 채무자의 이의를 보류하지 않은 승낙이 공신의 대상이 된다고 보기 어려우므로 제451조 제1항 본문이 이의를 보류하지 않은 승낙에 공신력을 주었다고 해석할 것인지 여부가 단지 표현의 차이에 불과한 것이라고 볼 수 없다. 일본의 판례가 공신설을 취한 것이라고 이해되지만 ‘공신’ 또는 ‘공신력’이라는 용어를 사용하고 있지 않은 점도 주목할 필요가 있다. 공신설을 취한 대표적인 판결⁶³⁾도 상고대리인의 상고 이유는 “일본민법 제468조 제1항 본문은 채무자의 이의를 보류하지 않은 승낙이라고 하는 사실에 ‘공신력’을 주어 양수인을 보호한 것”이었으나 그 판시에서 ‘공신력’이라는 용어를 사용하지 아니하였다.

한편 공신설에 대한 비판으로 채권양도 후에 이의를 보류하지 않은 승낙이 있는 경우에는 양수인이 그 승낙을 신뢰하여 채권을 양도받는 것이 아니므로 공신이라고 하는 의미에서의 양수인의 신뢰보호가 성립할 수 없다는 주장⁶⁴⁾도 있으나, 이미 양수인이 채권을 양도받은 경우에도 그 후에 채무자가 이의를 보류하지 않은 승낙을 하여 그로 인하여 양수인이 양수채권에 대항사유가 없을 것이라고 신뢰하게 되었다면 채무자의 이의를 보류하지 않은 승낙에 의해 형성된 양수인의 신뢰를 보호할 필요가 있다고 할 것이므로 위 주장은 타당하지 않다고 본다.

다. 이의를 보류하지 않은 승낙의 판단기준

채무자가 채권양도에 대하여 승낙을 하면서 이의를 보류하지 않았다는 단순한 부작위가 대항사유 단절이라는 중대한 효과를 발생시키는데 이는 채무자의 입장에서는 예견하지 못한 과도한 불이익이므로 이를 해석상 제한할 필요성이 있었으나, 종래 그 제한방법으로 대항사유 단절의 효과를 얻기 위하여 양수인에게 선의·무(중)과실을 요구하는, 즉 양

63) 最判 昭和42(1967).10.27. 民集21卷8号 2161면.

64) 김용덕 편집대표, 앞의 책(주8), 593면(최수정 집필부분); 野村豊弘 外, 『債權總論(第3版補訂)』, 有斐閣(2012), 182면(池田眞朗 執筆部分).

수인의 주관적 사정에 의해 효과를 축소해석하는 문제에 논의가 집중되었을 뿐이고, 어떠한 채무자의 승낙이 이의를 보류하지 않은 승낙에 해당하는가 하는 근본적인 문제에 대하여는 별다른 논의가 없었다고 할 수 있다.⁶⁵⁾⁶⁶⁾

아마도 이는 이의를 보류하지 않은 승낙에서 우선 ‘승낙’이란 양도사실의 인식에 대한 표명으로서 관념의 통지에 해당하고, 따라서 단순히 양도사실을 안다는 것을 나타내면 충분하다는 점, 그리고 ‘이의를 보류하지 않았다’라는 것은 이의를 보류하지 않는다는 취지를 적극적으로 표시할 필요가 없다는⁶⁷⁾ 점에서 결국 단순히 양도사실을 안다는 표시만 있으면 이의를 보류하지 않은 승낙이 있다는 결론이 당연히 도출된다는 사고에 기인하는 것이 아닌가 한다.⁶⁸⁾

65) 다만 이은영, 앞의 책(주8), 622면이 단순승낙은 채무자에게 인적 항변을 절단시키는 효과를 가져오므로 승낙 여부의 인정에 있어서 이를 감안하여 신중하게 판단하여야 하고, 묵시의 승낙을 광범위하게 인정하여 채무자의 인적 항변의 권리를 박탈하는 것은 옳지 못하다고 한다.

66) 일본에서의 종래의 논의상황도 마찬가지로였다가 규정을 삭제하는 개정으로써 문제를 해결함에 따라 우리나라에서도 개정 일본민법과 같이 삭제하거나 단절되는 항변을 상계로 제한하는 프랑스민법 또는 개별·구체적인 신뢰보호를 도모하는 유럽민사법 공통기준안(DCFR)과 같은 규정을 두는 방식으로 개정하자는 입법론이 주장되었다(권영준, 앞의 논문(주26), 553면; 김기환, “채권양도의 승낙과 상계”, 민사법학(제94호), 한국민사법학회(2021. 3.), 202면; 김용덕 편집대표, 앞의 책(주8), 597면(최수정 집필부분); 이동진, 앞의 논문(주28), 86면; 이진기, 앞의 논문(주12), 22면; 전원열, 앞의 논문(주28), 21~22면).

67) 김주수, 앞의 책(주8), 386면. 이동진, 앞의 논문(주28), 61면도 이의를 보류하지 아니한 승낙은 항변사유를 보유하고 있음을 밝히지 아니한 채 단순히 승낙한 것을 가리킨다고 하는 통설에 따르면 승낙 시 적극적으로 이의가 없거나 항변이 없다고 표시하여야 하는 것은 아니라고 한다. 이에 반하여 윤진수, 『민법기본판례(제2판)』, 홍문사(2020), 392면은 항변절단의 효과가 인정되는 이의를 보류하지 않은 승낙이라고 하려면 단순히 이의를 하지 않았다는 것만으로는 부족하고 명시적·묵시적으로 항변사유를 포기한다거나 양도채권에 대하여 이의가 없다는 뜻을 표시해야 한다고 주장하나, 채권양도의 대항요건으로서 관념의 통지인 이의를 보류하지 않은 승낙의 법적 성질에 비추어 볼 때 항변포기의 의사표시에 해당할 수 있는 의사가 표시되어야만 한다고 해석하기는 어려울 것이다. 한편 일본에서는 양수인을 보호하고자 하는 규정의 취지상 특정의 채권이 양도된 것에 대한 명료한 승낙이 있으면 반드시 항변을 하지 않는다거나 이의를 진술하지 않는다는 적극적인 표시를 수반할 필요가 없다고 하는 견해(我妻榮, 『新訂 債權總論』, 岩波書店(1964), 538면)가 있는 반면 이의를 보류하지 않은 승낙에 의해 발생하는 효과의 중대성을 고려하면 이의를 보류하지 않은 것에 대한 명시를 필요로 하는 것이 적절하므로 단순히 승낙을 한 경우는 이의를 보류한 승낙이 행해졌다고 해석하여야 한다는 견해(我妻榮 外, 『我妻·有泉コンメンタル民法 -總則-物權·債權-(第2版)』, 日本評論社(2008), 864면)도 있다.

68) 특히 전원열, 앞의 논문(주28), 11~12면, 22면은 채무자가 ‘이의보류 없음’을 표현하는 데에는 ‘항변권을 가지고 있지 않고 이를 주장하지 않을 것을 확인한다’라는 표현에서부터 ‘채권의 양도사실을 안다’라는 표현까지 그 강도에 큰 차이가 있다고 하며 후자의 단순인식의 표시에 양도통지와 달리 채무자가 포괄적으로 항변을 잃는 것에 의문을 제기하면서도 후자도 이의를 보류하지 않은 승낙에 해당하므로 그에 상응하도록 효과를 가능한 한 축소해석할 필요가 있다고 하며 그 방안으로 양수인이 선의일 뿐만 아니라 무과실인 경우에만 대항사유 단절의 효과를 인정하여야 한다고 주장한다.

단순히 양도사실에 대한 인식을 표명하면서 대항사유에 대하여는 언급이 없었다는 단순한 부작위가 모두 이의를 보류하지 않은 승낙에 해당된다고 하여 대항사유가 단절되는 중대한 법적 효과가 부여되는 것은 채무자에게 지나친 불이익이고, 또한 양수인의 선의·무과실을 요구하는 쪽으로 양수인의 주관적 요건을 강화하는 것으로 문제가 해결되는 것도 아니다.⁶⁹⁾

앞서 살펴보았듯이 이의를 보류하지 않은 승낙에 대항사유 단절 효과를 부여하는 근거는 채무자의 이의를 보류하지 않은 승낙에 의해 양수채권에 대항사유 없다고 믿은 양수인의 신뢰를 보호하는 것이므로 근본적으로 이의를 보류하지 않은 승낙을 했는지 여부는 양수인으로 하여금 양수채권에 대하여 대항사유가 없을 것을 신뢰하게 할 정도에 이르렀는지에 따라 판단해야 할 것이고 대상판결이 이를 명시적으로 밝히면서 그와 같은 기준으로 대상사건에서 이의를 보류하지 않은 승낙이 있었는지를 판단한 것은 타당하다고 하겠다.⁷⁰⁾ 대상판결이 제시한 추상적인 기준이 향후 채무자의 승낙이 있는 때 과연 그것이 항변단절의 효과를 발생시키는 이의를 보류하지 않은 승낙인지 아닌지를 둘러싸고 법률관계를 불안하게 만들고 분쟁을 야기할 수 있다는 점에서 우려를 표하면서 기준을 유형화하여 보다 명확히 할 필요가 있다는 견해⁷¹⁾도 있으나, 대상판결이 양수인의 신뢰형성을 기준으로 하여 채무자의 이의를 보류하지 않은 승낙이 양수인의 신뢰를 불러온 경우에만 제451조 제1항 본문이 규정한 대항사유 단절의 효과를 발생시키는 이의를 보류하지 않은 승낙에 해당한다고 본 것은 위 규정이 적용되는 경우를 합리적으로 제한하여 채무자의 보호와 양수인의 신뢰보호 사이에 적절한 균형을 이룰 수 있도록 한다는 점에서 의미가 있고, 구체적인 적용 문제는 실제 사건에서 그 문제에 대한 판단이 쌓이면서 해결될 것으로 본다.

69) 대상사건에서 채무자인 피고가 상계가 가능한 반대채권이 있음을 알지 못했으므로 양수인인 원고도 이를 알지 못하였고 알지 못한 데 과실이 있다고 할 수 없을 것이어서 양수인의 주관적 요건에 따라 채무자의 대항사유 단절 효과의 발생 여부가 달라지지 아니한다.

70) 대상판결 이후 양창수·권영준, 앞의 책(주8), 200면은 이의를 보류하지 않은 승낙의 의미에 대하여 이는 채무자가 채권양도를 승낙하면서 그가 양도인에게 어떠한 대항사유를 가지고 있음을 밝히지 않은 경우를 말하고, 침묵이 언제나 곧바로 이의 무보류로 해석되는 것은 아니며, 이의 무보류인지 여부는 여러 가지 사정을 종합적으로 고려하여 양수인으로 하여금 양도된 채권에 대하여 대항사유가 없을 것을 신뢰할 정도에 이르렀는지를 감안하여 판단해야 한다고 설명하고 있다.

71) 최수정, 앞의 논문(주11), 240~241면.

라. 검토

대상판결은 여러 사정을 종합하여 이의를 보류하지 않은 승낙이 있었다고 할 수 없다고 판단하였는데, 대상사건에 나타난 사정들을 고려할 때 확인서가 양수인으로 하여금 양수채권에 대하여 대항사유가 없을 것을 신뢰하게 할 정도에 이르지 않았다고 본 것은 타당하다. 아래에서 대상판결이 들고 있는 판단의 근거가 타당한지 여부에 관하여 살핀다.

(1) 피고가 대항사유 단절에 관하여 표시하였는지에 관하여

대상판결은 확인서가 민원업무를 신속하고 획일적으로 처리하기 위해서 발급목적과 용도가 채권압류 확인으로 제한된 것으로 발급목적 외 다른 용도로 사용하는 것이 금지되어 있고, 확인서의 발급으로 인해서 어떠한 책임도 피고에게 물을 수 없다는 내용이 기재되어 있으므로 이를 통하여 대항사유의 단절이라는 법적 책임이나 불이익을 지지 않음을 포괄적으로 표시하였다고 볼 수도 있다고 한다.

이의를 보류한다는 것은 채무자가 양도인에 대하여 대항사유를 가지고 있음을 나타내 보이는 것인데, 확인서에는 이러한 내용이 없다. 다만 확인서에 “...기재된 발급목적 외 용도로 사용할 수 없으며 타업무의 증빙자료로 사용되어 발생하는 모든 책임은 본인에게 있으므로 공단에는 일체의 이의를 제기할 수 없습니다.”라는 내용이 기재되어 있는데, 이는 확인서의 발급목적인 압류채권 확인 외에 다른 용도로 사용되는 경우에 피고에게 책임을 물을 수 없다는 내용일 뿐이다. 따라서 확인서의 발급목적 외에 증빙자료로 사용하는 것과 관련이 없는, 원고가 양수한 채권에 대한 대항사유가 단절되는 법적 책임을 포함한 모든 책임을 피고에게 물을 수 없다는 내용을 표시하였다고 보기는 어렵다.

이에 관하여 이의의 보류가 구체적 항변의 존재를 개시하는 것으로 제한될 필요는 없고, 항변의 존재를 보류하는 대신 다른 방법으로 양수인의 신뢰를 차단한 경우에도 항변대항을 허용할 필요가 있으므로 이의보류를 확장 해석하여 항변의 부존재 내지 그 포기 와 부합하지 아니하는 사정이 있으면 이의보류가 아니어도 이의보류에 준하는 효력을 부여하여야 한다고 하면서, 대상판결이 확인서에 그 이용목적이 제한되어 있고 다른 용도로 사용하는 것이 금지된다고 기재되어 있는 점 등을 들어 이의보류 없는 승낙이 아니라고 한 것을 이러한 관점에서 이해할 수 있다는 견해⁷²⁾가 있다. 채무자가 구체적 대항사유의 존재를 개시하지 않고도 양수인의 신뢰를 차단한 경우라면 대항사유 단절의 효과가 발생

72) 이동진, 앞의 논문(주28), 85면.

하지 않는다고 보는 데에는 동의하나, 확인서에 발급용도 외의 사용을 금지한다고 기재되어 있는 것이 항변의 부존재 내지 그 포기과 부합하지 아니하는 사정에 해당한다고 보아 이의보류에 준하는 효력을 부여할 수 있는지는 의문이다. 확인서에 발급용도를 명시하며 그 외의 용도로 사용하는 것을 금지한다는 문구가 기재되어 있는 것은 항변의 부존재 내지 포기와의 부합하는 사정인지 여부를 떠나 아예 항변의 부존재 내지 포기와는 관련이 없는 내용이라고 할 수 있다.

결국 확인서에는 이의의 보류 여부에 관한 아무런 의사 표명이 없다고 할 수 있고, 이러한 승낙을 이의를 보류하지 않은 승낙으로 볼 것인가가 문제이고 앞서 보았듯이 양수인으로 하여금 양수채권에 대항사유가 없다는 신뢰를 갖게 하였는지를 기준으로 판단해야 하는 것이다. 이런 점에서 볼 때 채무자의 침묵이 이의 무보류로 평가되어 항변 단절 효를 발생시키려면 단순한 침묵 또는 모든 형태의 침묵이 아니라 더 이상 양수인에게 항변권을 행사하지 못하게 되어도 무방하다는 의미의 침묵이라야 한다는 주장⁷³⁾은 채무자가 대항사유에 관하여 아무런 의사를 표명하지 않은 것이 으레 이의를 보류하지 않은 것에 해당하게 되는 것이 아니라 양수인의 신뢰를 형성한 경우에만 이의를 보류하지 않은 것에 해당한다고 볼 수 있다는 의미에서 타당하다.⁷⁴⁾

확인서는 그 제목과 내용에서 보듯이 피고의 민원업무를 신속하고 확일적으로 처리하기 위해서 발급목적과 용도가 채권압류 확인으로 제한되어 있고, A의 요양급여 등 채권에 대하여 피고에게 접수된 확정일자 있는 채권양도 통지나 압류 등 내역을 확인하는 내용으로 단지 피고가 채권양도통지서를 접수하여 원고의 채권양수사실을 알고 있다는 내용만 표시되어 있을 뿐 그 외에 다른 내용은 없고, 특히 양도채권에 관한 내용은 전혀 기재되어 있지 않은바, 확인서를 통해 원고는 단지 피고가 채권양도통지서를 받아 원고의 채권양수사실을 인식하고 있다는 것을 확인할 수 있을 뿐 더 이상의 신뢰가 형성되었다고 보기는 어려울 것이다. 피고가 A에 대하여 상계할 수 있는 반대채권이 있음을 알지 못한 상태였기도 하지만, 채권양도통지서를 언제 받았다는 내용과 함께 그와 같은 종류의 채권압류확인서에 통상적으로 기재되는 문구가 부동문자로 기재되어 있을 뿐인 확인서는

73) 권영준, 앞의 논문(주26), 551면.

74) 윤진수, 앞의 책(주67), 392면은 특별한 부가적 설명 없이 단순히 승낙을 하였다는 것만으로는 양수인이 대항사유가 없을 것을 신뢰하게 되는 것은 아니므로 항변절단의 효과가 인정되는 이의를 보류하지 않은 승낙이라고 하기 위하여는 단순히 아무런 이의를 하지 않았다는 것만으로는 부족하다고 하나, 채무자가 아무런 이의를 하지 않고 단순히 승낙한 경우에도 그 승낙으로 인하여 양수인이 대항사유가 없을 것을 신뢰할 정도에 이르렀다면 이의를 보류하지 않은 승낙에 해당한다고 할 것이다.

상계할 수 있는 반대채권이 있다는 등의 내용이 기재될 만한 문서도 아니어서 원고가 확인서로 인하여 양수채권에 아무런 대항사유가 없을 것이라는 신뢰를 갖게 되었다고 볼 수도 없다. 이와 달리 만약 채무자가 양도채권의 내용에 관하여 구체적으로 기재하면서 대항사유에 대하여는 언급이 없었던 경우라면 그러한 침묵은 양수인으로 하여금 대항사유가 없다는 신뢰를 갖게 하였다고 보아도 좋을 것이다.

(2) 피고가 상계할 수 있음을 알지 못한 점에 관하여

대상판결은 피고가 A에 대한 손해배상채권이나 그에 따른 상계 가능성을 알지 못하였던 것으로 보이는 상황에서 확인서 발급 당시 A에 대한 대항사유를 구체적으로 보류할 것을 기대하기는 어렵다는 점을 고려할 사정 중 하나로 들고 있다.

이에 대하여 상계를 할 수 있다는 사실 자체를 몰랐던 경우에는 이의를 보류하지 않은 승낙을 하였다는 것만으로 상계로 대항할 수 없다고 하는 것은 가혹하다고 하며 피고가 원고에 대하여 상계로 대항할 수 있다고 본 판례의 입장에 찬성하는 견해가 있고,⁷⁵⁾ 양수인의 신뢰의 대상은 채무자가 알고 있는 항변을 숨기지 아니하였을 것이라는 점에 국한된다는 카나리스(Canaris)의 주장에 기초하여 채무자가 알지 못하는 항변을 포기할 수는 없고, 양수인도 채무자가 알지 못하는 항변을 유보하여 개시하리라고 기대할 수도 없다고 하며 판례의 입장에 찬성하는 견해⁷⁶⁾도 있다.

채무자의 입장에서 보면 승낙 시 양도인에 대하여 상계할 수 있는 반대채권이 있다는 사실을 알지 못하여 그에 관해 이의를 보류할 수 없었음에도 불구하고 그로 인하여 양수인에 대하여 상계로 대항할 수 없는 결과가 생기는 것은 부당하다고 할 수 있는데, 반면 양수인의 입장에서 보면 채무자의 이의를 보류하지 않은 승낙에 의해 대항사유가 없을 것을 신뢰하였는데 그 후 채무자가 상계할 수 있음을 몰랐다는 이유로 상계로 대항할 수 있다고 한다면 이는 양수인의 신뢰에 반하는 것으로 이 또한 부당하다고 할 수 있다. 대항사유 단절의 효과를 발생시키는 이의를 보류하지 않은 승낙의 범위는 채무자의 보호와 양수인의 신뢰보호 사이에 균형을 이룰 수 있도록 합리적으로 제한되어야 한다는 점에서 보면, 채무자가 상계할 수 있는 반대채권이 있음을 몰랐다는 사정만으로 양수인에 대하여 상계로 대항할 수 있다고 보기는 어려울 것이다. 이때 양수인의 신뢰가 채무자가 알고 있는 항변을 숨기지 아니하였을 것이라는 점에 대한 것이라고 볼 근거가 없고 오히려 양

75) 윤진수, 앞의 책(주67), 392면.

76) 이동진, 앞의 논문(주28), 84면. 권리외관에 대한 책임은 책임주체 즉 채무자가 외관창출에 기여하여 그에게 책임을 귀속시킬 수 있어야 정당화될 수 있다고 한다.

수인의 신뢰는 양수채권에 대항사유가 없을 것이라는 점에 대한 것이라고 보아야 할 것이다. 채무자는 채권양도에 대하여 승낙할 의무가 없는데 그럼에도 승낙을 함으로써 양수인으로 하여금 대항사유가 없을 것이라고 신뢰하게 하였다면 그렇게 신뢰한 양수인의 이익을 보호하여야 하는 것이고 그것이 이의를 보류하지 않은 승낙이 대항사유 단절의 효과를 가지는 근거이다. 또한 채무자가 항변을 포기할 의사로 이의를 보류하지 않은 승낙을 한 경우에 한하여 대항사유 단절의 효과가 생긴다고 볼 근거도 없으므로 채무자가 대항사유가 있음을 알지 못했다고 하는 주관적 사유에 의해 이의를 보류하지 않은 승낙인지 여부가 달라진다고 보기는 어렵다.⁷⁷⁾

(3) 채권양도의 대상인 채권이 장래 발생할 채권이 다수 포함된 집합채권이라는 점에 관하여

대상판결은 채권양도의 대상이 된 채권은 장래 발생할 채권이 다수 포함된 집합채권으로서 확인서 발급 당시에는 210억 원이라는 한도만 정해져 있었을 뿐 대부분의 채권이 발생 시기나 금액이 불확실하였으므로 그와 같은 상황에서 피고가 양도인에 대한 모든 대항사유를 포기한 채 채권양도를 승낙하였으리라고는 통상적으로 기대하기 어렵다는 점도 고려사유로 들고 있다.

이에 대하여 제451조 제1항의 규율근거가 항변포기에 있는 것은 아닐 뿐 아니라, 대상사건에서 문제된 상계항변은 장래 발생할 대항사유가 아닌 승낙 당시 이미 존재한 대항사유로서 단지 채무자가 알지 못하였을 뿐이라는 점에서 의문을 제기하는 견해⁷⁸⁾가 있다. 대상사건에서 문제된 대항사유는 발생 시기나 금액이 불확실한 장래채권에 관한 것이 아니라 승낙 당시 이미 발생한 반대채권에 기한 상계항변이므로 대상판결의 위와 같은 판단논거가 문제된 상계항변에 관해서는 타당하지 않은 면이 있으나, ‘포기’라는 표현은 채무자가 모든 대항사유를 일일이 인식하여 이에 관하여 이의가 없다는 의사를 가지기 어렵다는 의미로 해석할 수 있고, 집합채권양도담보의 경우 통상적으로 채무자가 모든 대항사유에 대하여 이의를 하지 않을 것을 기대하기는 어려우므로 대항사유에 관하여 아무

77) 한편 최수정, 앞의 논문(주11), 239면은 채무자가 이의를 보류할 것을 기대할 수 없어 제451조 제1항의 효과가 제한되는 경우는 이의의 보류를 객관적으로 기대할 수 없는 경우이고 단순히 채무자가 알지 못하였다는 사정은 이에 해당하지 않는다고 하며 대상판결이 ‘채무자의 단순승낙에 의한 양수인의 신뢰 형성’이라고 하는 스스로가 제시한 척도가 아니라 채무자의 사정에 더 귀기울인 듯한 인상을 지울 수 없다고 하며 대상판결을 비판한다.

78) 이동진, 앞의 논문(주28), 86면 주94; 최수정, 앞의 논문(주11), 239면.

런 표시가 없더라도 일반 채권의 양도와 달리 이의를 보류하지 않은 승낙이라고 판단함에 있어 보다 신중하여야 한다는 취지로 이해할 수 있다고 본다.

III. 상 계

채무자가 채권양도 통지를 받은 경우 채무자는 그때까지 양도인에 대하여 생긴 사유로써 양수인에게 대항할 수 있는바(제451조 제2항), 채무자가 대항할 수 있는 사유에 상계도 포함된다고 보는 것에 학설과 판례가 일치하며,⁷⁹⁾ 대상판결도 같은 입장이다. 대상사건에서 피고는 이의를 보류하지 않은 승낙을 한 것이 아니므로 원고에 대하여 상계항변으로 대항할 수 있는데, A에 대한 손해배상채권이 상계할 수 있는 채권인지 여부가 문제된다. 채권양도 통지가 있는 경우 채무자가 상계할 수 있는 범위에 관하여는 채권이 압류된 경우와 동일한 기준에 의하여 판단하여야 한다는 견해가 다수설⁸⁰⁾로서 타당한바, 우선 채권이 압류된 경우의 상계에 관하여 살펴본 후 채권이 양도된 경우의 상계범위와 대상판결의 상계에 관한 판시내용의 타당성에 관하여 검토한다.

79) 김용덕 편집대표, 앞의 책(주8), 603면(최수정 집필부분). 한편 상계항변에 관하여 명문으로 규정할 필요가 있다는 주장으로 박준서 편집대표, 앞의 책(주62), 581~582면(서민 집필부분)(다른 항변사유들은 채권 자체에 붙어 있는 사유이지만 상계의 항변은 채권자의 지위에서 받는 대항사유이므로 이들을 똑같이 볼 수 없다고 한다); 이은영, 앞의 책(주8), 623면(제451조의 항변사유와 상계의 항변은 그 성질이 다른 것이라고 한다); 최영덕, “채권양도에 있어서 채무자의 상계항변”, 원광법학(제24권 제3호), 원광대학교 법학연구소(2008.9), 72면(상계항변은 중요한 채무자 보호수단이기 때문이라고 한다)이 있다. 2004년 법무부 민법개정안은 채무자의 상계항변을 규정하는 제451조 제3항을 신설하였으며(양창수, “채권편에 대한 민법개정안 해설”, 민법연구(제8권), 박영사(2005), 250면), 2013년 법무부 민법개정시안은 제451조의2를 신설하여 채무자의 상계권에 관하여 규정하고 있다(법무부 민법개정자료발간팀 편, 『2013년 법무부 민법개정시안 -채권편 상-』, 법무부(2013), 55면).

80) 김선석, 앞의 논문(주14), 240면; 김용덕 편집대표, 앞의 책(주8), 604면(최수정 집필부분); 양창수, “은행거래와 상계”, 금융거래법강의, 법문사(1999), 103면; 장재현, “상계에서 몇 가지 문제”, 법학논고(제28집), 경북대학교 출판부(2008), 519면; 주기동, “지명채권양도 통지의 요건과 효력”, 민사재판의 제문제(제7권), 민사실무연구회(1993), 45면; 지원림, 앞의 논문(주56), 996면. 반면 김용한, 앞의 책(주8), 611~612면; 윤진수, “금융기관의 수신거래와 여신거래(II)”, BFL(제11호), 서울대학교 금융법센터(2005.5), 76면; 이호행, 앞의 논문(주56), 195~196면은 채권압류의 경우와 채권양도의 경우는 차이가 있다는 점을 지적하고 있고, 김우성, “양도채권·피압류채권 채무자의 상계주장”, 서울대학교 법학(제57권 제4호), 서울대학교 법학연구소(2016. 12.), 165~167면, 180면은 상계의 범위에 관하여 서로 다른 기준을 적용해야 한다고 주장한다.

1. 채권압류의 경우

지급을 금지하는 명령을 받은 제3채무자는 그 후에 취득한 채권에 의한 상계로 그 명령을 신청한 채권자에게 대항하지 못하는바(제498조), 제3채무자가 압류채무자에 대한 채권(반대채권)을 압류 전에 취득한 경우에는 어느 범위에서 피압류채권과 상계할 수 있는지가 문제되고, 이에 관하여, ① 압류 시점에서 피압류채권과 반대채권의 변제기가 모두 도래하여 상계적상에 있었던 경우에 한하여 상계로 대항할 수 있다는 상계적상설, ② 압류 시점에서 피압류채권과 반대채권이 상계적상에 있지 않더라도 반대채권이 변제기에 이르렀다면 피압류채권의 아직 변제기에 이르지 않았더라도 그 기한의 이익을 포기할 수 있는 때에는 상계로 대항할 수 있다는 완화된 상계적상설(상계적상수정설, 준상계적상설), ③ 압류 당시에 대립하는 두 채권이 상계적상에 있거나 반대채권의 변제기가 도래하지 아니한 경우에는 그것이 피압류채권의 변제기와 동시에 또는 그보다 먼저 도래하여야 한다는 변제기기준설(변제기선후관계설, 변제기선도래설), ④ 제3채무자의 합리적 기대이익을 판단기준으로 하여 변제기의 선후뿐만 아니라 피압류채권과 반대채권 사이의 상호의 존성 또는 견련성의 유무 및 그 강도 등 거래의 객관적 제반사정을 종합하여 두 채권 사이에 사실상 강한 담보적 기대관계가 있어서 상계에 의한 채권회수의 강한 기대 내지 이익이 있는 때에는 그 기대이익은 합리적이어서 보호되어야 하므로 상계로 대항할 수 있다는 기대이익설(실질관계기준설),⁸¹⁾ ⑤ 압류 시점에 반대채권이 성립 또는 취득되어 있는 한 반대채권과 피압류채권의 변제기 선후를 가릴 필요 없이 제3채무자는 상계로써 대항할 수 있다는 무제한설이 있다.⁸²⁾ 판례는 변제기기준설을 취하고 있다.⁸³⁾ 이는 압류와

81) 이범주, “민법 제498조와 상계예약 -압류와 상계의 우열의 측면에서-”, 민사재판의 제문제(제2집), 민사실무연구회(1980), 95면, 119면이 이 견해를 취하고 있다. 이 설은 일본에서 林良平에 의해 주장된 것으로 기대이익설로 불리는데(林良平·中務俊昌, “擔保的機能からみた相殺と假處分”, 60면 以下(이범주, 위의 논문, 95면에서 재인용)), 김용덕 편집대표, 『주석민법 채권총칙4(제5판)』, 한국사법행정학회(2020), 610면(강경구 집필부분)은 기대이익설 또는 합리적기대설이라는 명칭은 이 설을 포함하여 변제기기준설과 무제한설을 아우르는 의미로 사용되는 합리적 기대이익설과 혼동을 일으킬 수 있다는 이유에서 실질관계기준설이라고 부른다. 한편 林良平은 그 후 판례가 변제기기준설을 채택하였다(最判 昭和39(1964).12.23. 民集18卷10号 2217면) 다시 무제한설로 변경하는(最判 昭和45(1970).6.24. 民集24卷6号 587면) 과정에서 견해를 수정하여 오다가 상계예약과 달리 법정상계에서 합리적인 기대이익을 판단기준으로 삼는 것은 상계의 유효를 주장하는 자에게 입증부담을 지우게 되어 가혹하고, 법적 불안정과 예측의 곤란을 초래한다는 이유로 변제기기준설의 입장을 취하고 있다(林良平, “相殺の機能と効力”, 担保法大系(第5卷), 金融財政事情研究会(1984), 551면).

82) 각 학설의 상세 내용은 김용덕 편집대표, 위의 책, 603~613면(강경구 집필부분) 참조.

■ 법조 제70권 제5호(통권 제749호) 판례평석

상계의 우열관계에서 어느 이익을 어디까지 보호하는 것이 타당한가의 문제로서 제3채무자의 상계기대의 정당한 이익과 압류채권자의 채권 만족의 이익을 균형 있게 고려하여 그 범위를 적절하게 정할 필요가 있으므로 변제기를 기준으로 상계의 담보적 기능에 적절한 한계를 설정한 변제기기준설이 타당하다고 본다.

한편 판례는 피압류채권과 반대채권이 동시이행관계에 있는 경우에는 처음부터 채권발생의 기초관계가 존재하고 있어 상계를 할 수 있다는 기대가 존재하기 때문에 반대채권이 압류 후에 발생한 경우에도 상계로 대항할 수 있다고 한다.⁸⁴⁾ 이러한 판례의 입장은 학설의 지지를 받고 있고,⁸⁵⁾ 2013년 법무부 민법개정시안에도 반영되었다.⁸⁶⁾

두 채권이 동시이행관계와 같은 밀접한 관계가 있는 경우에는 반대채권이 압류 당시 구체적으로 발생하지 않았더라도 그 발생의 기초관계가 존재하고 있으면 제3채무자의 상계에 대한 기대가 있게 되고 그 기대는 보호되어야 하므로 이러한 판례의 태도는 타당한바, 이는 그와 관계가 없는 채권의 경우 반대채권이 압류 당시에 발생한 것을 당연한 전제로 하여 압류 당시 반대채권이 발생되어 있기만 하면 되는지 아니면 압류 당시 상계적 상에 있어야 하는지 등 어떠한 요건 하에서 상계로 대항할 수 있다고 볼 것인지에 관한 앞서 본 학설의 대립과는 다른 영역의 문제이고, 따라서 어느 범위에서 상계를 인정할

83) 대법원 1982. 6. 22. 선고 82다카200 판결에서 변제기기준설을 채택한 이래 대법원 2012. 2. 16. 선고 2011다45521 전원합의체 판결에서 이를 재확인하였고, 이후 현재까지 변제기기준설의 입장을 견지하고 있다.

84) 대법원 1993. 9. 28. 선고 92다55794 판결; 대법원 2001. 3. 27. 선고 2000다43819 판결; 대법원 2005. 11. 10. 선고 2004다37676 판결; 대법원 2010. 3. 25. 선고 2007다35152 판결.

85) 김상수, “압류와 상계”, 민사법학(제60호), 한국민사법학회(2012. 9.), 288면; 김용덕 편집대표, 앞의 책(주81), 621면(강경주 집필부분); 양창수, “1992년 민법 판례 개관”, 민법연구(제3권), 박영사(1995), 495면; 이동진, “상계의 담보적 기능”, 민사법학(제70호), 한국민사법학회(2015. 3.), 471면; 이범주, “전부명령과 상계항변: 압류 후에 발생한 자동채권이 동시이행의 관계에 있는 경우”, 재판의 한 길: 김용준 헌법재판소장 화갑기념논문집, 박영사(1998), 670면; 이상주, “압류된 채권에 대한 상계의 허용요건”, 자유와 책임 그리고 동행: 안대희 대법관 재임기념, 재판연구관 실무연구회(2012), 392~393면; 이호행, 앞의 논문(주56), 190면; 정병호, “지급금지된 채권 또는 양도된 채권을 수동채권으로 하는 상계에 관한 민법개정안”, 서울법학(제24권 제1호), 서울시립대학교 법학연구소(2016.5), 230면(‘채권발생의 기초관계설’이라고 이름 붙일 만하다고 한다); 지원림, 앞의 책(주8), 1043면. 한편 김기환, 『상계』, 경인문화사(2018), 280면은 견련관계 있는 채무 사이의 상계는 압류 시 반대채권이 발생하지 않은 경우에도 허용하여야 하므로 동시이행의 관계나 압류 시 반대채권의 발생원인이 있었다는 점을 거론할 필요는 없다고 주장한다.

86) 판례의 입장이 제498조의 문언의 한계를 넘어서는 것이어서 입법론적으로 재검토할 필요성이 제기되었고, 2013년 법무부 민법개정위원회에서는 판례가 합리적이라고 보고 제498조에 “다만 제3채무자가 취득한 채권이 지급이 금지된 채권과의 사이에 동시이행관계 그 밖에 밀접한 관련이 있는 때에는 그러하지 아니하다.”라는 단서를 두는 민법개정안을 마련하였다(정병호, 앞의 논문(주85), 220면, 236~237면).

것인가에 관한 변제기기준설, 기대이익설, 무제한설 등과 같은 선상에서 이해해서는 안 되며, 여기서 두 채권의 변제기의 선후는 아예 문제되지 않는 것이다.⁸⁷⁾

2. 채권양도의 경우

채권양도 통지가 있을 후에 양도인에 대하여 반대채권을 취득한 경우에는 그 채권을 가지고는 상계하지 못한다는 점에 대하여는 학설⁸⁸⁾과 판례⁸⁹⁾가 일치한다.

채무자가 양도인에 대한 반대채권을 채권양도 통지 전에 취득한 경우에 어느 범위에서 양도채권과 상계할 수 있는지에 관하여는 앞서 채권압류의 경우에서의 경우와 마찬가지로 완화된 상계적상설,⁹⁰⁾ 변제기기준설,⁹¹⁾ 기대이익설(실질관계기준설),⁹²⁾ 무제한설⁹³⁾이

87) 위 92다55794 판결에 관하여 김상수, 앞의 논문(주85), 288면은 동시이행의 항변권이 인정되면 변제기가 동시에 도달하는 것으로 설명하고 있는데 두 채권이 동시이행의 관계에 있다고 하여 변제기가 동시에 도달하는 것은 아니므로 이러한 설명은 타당하지 않다. 또한 이병주, 앞의 논문(주85), 673면은 기대이익설의 입장에서 변제기의 선후라는 형식에만 집착한 변제기기준설의 입장에서 한 걸음 나아가 이른바 상계의 담보적 기능에 대한 평가의 개별화를 강조하고 두 이익의 조화점을 탄력성 있게 추구하는 기대이익설에 접근하는 판결로 이해하고, 김영진, “지급이 금지된 채권을 수동채권으로 하는 상계”, 민사판례연구(XXXV), 민사판례연구회(2013), 337~338면은 변제기의 선후가 정당한 상계기대의 판단기준으로서 부적절하다는 점을 지적하면서 위 판결들을 들고 있으며, 이상주, 앞의 논문(주85), 392, 394면은 대법원이 기존의 변제기기준설의 예외를 인정한 것이고 이로써 무제한설보다 제3채무자가 상계로 대항할 수 있는 요건이 확대되었다고 하는데, 이는 위 판결의 입장을 변제기기준설, 기대이익설 및 무제한설과 같은 선상에 놓고 이해하고자 하는 것으로 보여 동의하기 어렵다. 한편 양창수, 앞의 논문(주85), 497~498면은 위 판결의 사안에서 반대채권이 피압류채권과 동시이행관계에 있으나 변제기는 피압류채권보다 나중에 도래하였으므로 변제기기준설과는 다른 새로운 시각을 도입한 것으로 이해될 수 있다고 한다.

88) 곽윤직, 앞의 책(주8), 218면; 곽윤직 편집대표, 앞의 책(주8), 592면(이상훈 집필부분); 김상용, 앞의 책(주8), 380면; 김선석, 앞의 논문(주14), 293면; 김용덕 편집대표, 앞의 책(주81), 642면(강경구 집필부분); 김주수, 앞의 책(주8), 385면; 김증한 저, 김학동 증보, 앞의 책(주8), 305면; 김형배, 앞의 책(주8), 590면; 지원림, 앞의 책(주8), 1291면.

89) 대법원 1984. 9. 11. 선고 83다카2288 판결.

90) 김기환, 앞의 책(주85), 321~322면.

91) 김상용, 앞의 책(주8), 381면; 김선석, 앞의 논문(주14), 240면; 김용덕 편집대표, 앞의 책(주8), 604면(최수정 집필부분); 김형배, 앞의 책(주8), 590면; 양창수, 앞의 논문(주80), 102~103면; 정구태, “피압류채권을 수동채권으로 한 제3채무자의 상계권 행사의 허용범위 -대법원 2012. 2. 16. 선고 2011다45521 전원합의체 판결-”, 고려법학(제66호), 고려대학교 법학연구원(2012.9), 411~414면; 지원림, 앞의 책(주8), 1290~1291면; 진흥기, 앞의 논문(주53), 96면; 최영덕, 앞의 논문(주79), 74면; 홍준호, “지명채권양도에 대한 이익보류 없는 승낙의 효과와 상계항변의 단절 여부”, 민사판례연구(XXIII), 민사판례연구회(2001), 291면.

92) 김우성, 앞의 논문(주80), 164~167면(실질관계기준설이라고 부른다).

대립하고 있다.⁹⁴⁾

판례의 입장을 살펴보면, 우선 대법원 1999. 8. 20. 선고 99다18039 판결이 임차인이 임대차계약 체결 직전 임대차보증금의 지급을 위하여 금전을 차용(변제기: 1996. 5. 30.)함에 있어 임대인이 연대보증을 하고 임대차보증금을 수수하면서, 임대인이 연대보증 책임을 지는 경우에는 임대차보증금반환채권에서 이를 공제하기로 약정하고, 임차인이 임대차보증금반환채권을 양도하여 임차인, 임대인 및 양수인이 함께 임대차계약을 체결하였는데(1996. 1. 29.), 임대차계약이 해지로 종료되고(1996. 10. 31.), 그 후 임대인이 연대보증인으로서 임차인을 대신하여 차용금채무를 변제한 사안에서, “채권양도에 있어서 채무자가 양도인에게 이의를 보류하지 아니하고 승낙을 하였다는 사정이 없거나 또는 이의를 보류하지 아니하고 승낙을 하였더라도 양수인이 악의 또는 중과실의 경우에 해당하는 한, 채무자의 승낙 당시까지 양도인에 대하여 생긴 사유로써 양수인에게 대항할 수 있다고 할 것인데, 승낙 당시 이미 상계를 할 수 있는 원인이 있었던 경우에는 아직 상계적상에 있지 아니하였다 하더라도 그 후에 상계적상이 생기면 채무자는 양수인에 대하여 상계로 대항할 수 있다고 할 것이다.”라고 판시하며, 임대차계약서 작성 당시 임대인이 이의를 보류하지 아니하고 승낙을 하였는지 또는 이의를 보류하지 아니하고 승낙을 하였더라도 양수인이 악의 또는 중과실의 경우에 해당하는지 여부를 심리가 미진하다고 하여 파기환송하였다.

위 판결이 어떤 입장을 취한 것인지에 관하여 다수의 견해는 ‘승낙 당시 이미 상계를 할 수 있는 원인이 있었던 경우에는 아직 상계적상에 있지 아니하였다 하더라도 그 후에 상계적상이 생기면 채무자는 양수인에 대하여 상계로 대항할 수 있다’는 판시에 근거하여 무제한설을 취한 것으로 보고 있는데,⁹⁵⁾ 위 판결의 실시만으로는 대법원이 채권양도의

93) 박윤직, 앞의 책(주8), 218면; 박윤직 편집대표, 앞의 책(주8), 592~593면(이상훈 집필부분); 김용한, 앞의 책(주8), 447면; 김주수, 앞의 책(주8), 385면; 김증한 저, 김학동 증보, 앞의 책(주8), 306면; 송덕수, 앞의 책(주8), 392면; 임상민, “상계와 채권 압류의 우열 -대법원 2012. 2. 16. 선고 2011다45521 전원합의체 판결-”, 판례연구(제24집), 부산판례연구회(2013), 383면; 장재현, 앞의 논문(주80), 521면.

94) 김용덕 편집대표, 앞의 책(주8), 603면(최수정 집필부분); 정병호, 앞의 논문(주85), 238면은 무제한설이 다수설이라고 한다.

95) 김영진, 앞의 논문(주87), 338면; 김용담 편집대표, 『주석민법 채권총칙4(제4판)』, 한국사법행정학회(2014), 654면(조용구 집필부분); 장재현, 앞의 논문(주80), 519면, 521면; 정구태, 앞의 논문(주91), 403면; 지원림, 앞의 논문(주56), 996면; 진흥기, 앞의 논문(주53), 96면; 최영덕, 앞의 논문(주79), 72면. 채권압류에 관하여 위 2011다45521 전원합의체 판결의 원심인 서울고등법원 2011. 4. 27. 선고 2010나86664 판결이 무제한설을 취하면서 그 근거 중 하나로 위 99다18039 판결이 채권양도에 관하여 변제기준설을 채택하지 않았다는 점을 들고 있다. 한편 김용덕 편집대표, 앞의 책(주8), 606~607면(최

경우에 압류와 마찬가지로 변제기기준설을 채택한 것인지 압류의 경우와 달리 무제한설을 채택한 것인지는 명확하지 않다는 견해,⁹⁶⁾ 기대이익설(실질관계기준설)에 가까운 것으로 보는 견해,⁹⁷⁾ 견련관계 있는 채권 사이에 변제기의 선후와 관계없이 상계로 대항할 수 있다고 본 것이라는 견해⁹⁸⁾도 있다.⁹⁹⁾

위 사건에서 상계로 대항할 수 있는지에 관하여 보면, 상계 여부가 문제될 수 있는 반대채권은 사후구상금채권으로 채권양도의 승낙 후에 발생한 것이므로 채권양도 통지 전에 발생한 채권의 경우와 같이 변제기 또는 기대이익을 기준으로 제한하거나 또는 그러한 제한 없이 상계할 수 있는지 여부를 따질 문제가 아니고, 어느 견해에 의하더라도 상계로 대항할 수 없게 된다.¹⁰⁰⁾ 다만 대법원은 채권압류의 경우와 마찬가지로 채무자의

수정 집필부분)은 판례가 무제한설의 입장이라고 보면서 대항요건구비 이후에 채권이 발생한 때에도 그 원인된 법률관계가 이전에 존재하였다면 자동채권이 양도채권과 견련관계에 있는 것인지를 묻지 않고 상계가 가능하다고 함으로써 채무자의 상계항변을 폭넓게 인정하고 있다고 해석하고, 홍준호, 앞의 논문(주91), 288면, 299~301면은 채권압류의 경우 변제기 선후에 따른 제한을 가하고 있는 기존 판례와 명확히 일치하지 않은 것이라고 하면서, 채권성립의 기초가 되는 법률관계(금원대여에 따른 공제약정)가 성립되어 있다면 승낙 이후에 그 법률관계로 인하여 성립된 채권(사후구상금채권)으로 상계할 수 있다고 해석한다.

- 96) 이동진, 앞의 논문(주85), 461면; 이상주, 앞의 논문(주85), 398~399면; 임상민, 앞의 논문(주93), 381면.
 97) 김우성, 앞의 논문(주80), 145면 주6, 164면; 이호행, 앞의 논문(주56), 194~195면.
 98) 김기환, 앞의 논문(주66), 185~186면, 213면은 구상금채권을 임대차보증금에서 공제하기로 하는 약정을 하였으므로 임대차보증금반환채권과 같은 법률관계에서 발생하였고 서로 견련관계에 있다고 한다.
 99) 한변 권영준, 2013년 민법 개정시안 해설(채권편), 법무부 연구용역 과제 보고서(2013), 80, 83면은 채권양도 시 채무자의 상계권과 관련한 판례로 위 판결을 적시하면서도 채권압류의 경우와 달리 채무자와 양수인 사이의 상계에 관하여 대법원 판례는 없고 서울고등법원 1997. 12. 26. 선고 97나23473 판결이 변제기기준설을 취하고 있다고 설명하고 있고, 정병호, 앞의 논문(주85), 239면도 위 99다18039 판결을 기재하면서도 위 판결이 어느 입장인지에 대하여는 언급이 없고, 위 97나23473 판결이 채권양도 통지가 있는 경우 변제기기준설을 따르고 있다고 설명하고 있다.
 100) 김기환, 앞의 논문(주66), 185면은 차용금채무의 변제기(1996. 5. 30.)에 보증채무의 사전구상권이 발생하고 그 후 임대차계약의 종료로 임대차보증금반환채무의 변제기가 도래하고(1996. 10. 31.), 그 후 피고의 보증채무 이행에 따른 사후구상금채권이 발생하였으므로 승낙 당시 자동채권의 이행기가 도래하지 않았고 자동채권의 이행기가 수동채권의 이행기보다 늦게 도래하고 있으므로 변제기기준설에 의하면 양수인에게 상계를 할 수 없게 되고, 자동채권인 사후구상금채권을 사전구상금채권의 변형이라고 보아 그 이행기 도래시기를 사전구상금채권의 이행기로 의제하는 경우에는 변제기기준설에 의하더라도 상계로 채권양도에 대항할 수 있게 된다고 설명하나, 사후구상금채권이 양도 후에 발생하였으므로 변제기기준설에 의하더라도 상계로 채권양도에 대항할 수 없고, 수탁보증인의 사전구상권과 사후구상권은 발생원인을 달리하고 법적 성질도 달리하는 별개의 독립된 권리이고, 사전구상권에는 담보제공청구권이 항변권으로 부착되어 있어 상계가 허용될 수 없으므로(대법원 2019. 2. 14. 선고 2017다274703 판결 참조), 사후구상금채권을 사전구상금채권의 변형이라고 보아 그 변제기를 사전구상금채권의 변제기로 의제할 수도 없다는 점에서 타당하지 않다.

■ 법조 제70권 제5호(통권 제749호) 판례평석

채권양도인에 대한 자동채권이 발생하는 기초가 되는 원인이 양도 전에 이미 성립하여 존재하고 자동채권이 양도채권과 동시이행의 관계에 있는 경우에는 자동채권이 양도통지 후에 발생하였다고 하더라도 채무자는 상계로 양수인에게 대항할 수 있다고 하고,¹⁰¹⁾ 두 채권이 동시이행관계는 아니지만 그와 같은 밀접한 관계가 있는 경우에는 반대채권이 채권양도 당시 구체적으로 발생하지 않았더라도 그 발생의 기초관계가 존재하고 있으면 채무자의 상계에 대한 기대를 보호할 필요가 있다고 할 것인바,¹⁰²⁾ 위 사건에서 구상금채권을 임대차보증금반환채권에서 공제하기로 하는 약정을 함으로써 두 채권이 밀접한 관계에 있게 되어 반대채권 발생의 기초관계가 양도 전에 존재하고 있었다고 본다면 비로소 상계로 대항할 수 있게 될 것이다.

위 사건에서 상계로 대항할 수 있는 범위는 주된 쟁점이 아니었음에도 ‘승낙 당시 이미 상계를 할 수 있는 원인이 있었던 경우에는 아직 상계적상에 있지 아니하였다 하더라도 그 후에 상계적상이 생기면 채무자는 양수인에 대하여 상계로 대항할 수 있다’고 판시함으로써 인하여 판례가 어떠한 입장인지에 관하여 견해가 분분한 것인데, 그 판시만 보면 ‘상계를 할 수 있는 원인이 있었던 경우’는 반대채권이 발생한 경우를 의미하는 것으로 보이고, 변제기에 의한 제한을 두지 않고 ‘그 후에 상계적상이 생기면’ 상계로 대항할 수 있다고 하므로, 승낙 당시 반대채권이 발생한 경우에는 그 후에 상계적상이 생기면 제한 없이 상계로 대항할 수 있다는 것, 즉 무제한설을 취한 것으로 해석되기에 무리가 없다. 그러나 앞서 살펴보았듯이 위 판결은 상계의 범위라는 쟁점에 대하여 어느 기준이 타당한지에 관하여 판시한 것이 아니고, 더욱이 이전에 채권압류의 경우에 취했던 견해와 다르게 변제기준설이 아닌 무제한설을 취하였다고 보기는 어렵다.

최근 대법원 2017. 3. 30. 선고 2015다200784 판결¹⁰³⁾은 원심판결¹⁰⁴⁾이 위 99다18039 판결의 판시내용에 더하여 “그러나 위의 경우 자동채권의 변제기가 수동채권의 변제기보다 먼저 도래하거나 동시에 도달할 것을 요한다.”라고 법리를 실시한 후 채무자의 반대채권의 변제기가 양도채권의 변제기보다 늦게 도래하였다는 이유로 채무자의 상

101) 대법원 2015. 4. 9. 선고 2014다80945 판결.

102) 2013년 법무부 민법개정시안 제451조의2 제2항은 “채무자는 양도인에 대한 채권이 양도된 채권과의 사이에 동시이행의 항변권 등 밀접한 관련이 있는 경우에는 양도인에 대한 채권이 양도통지 후에 발생한 때에도 양도인에게 행사할 수 있었던 상계권을 양수인에게도 행사할 수 있다.”라고 규정한다(법무부 민법개정자료발간팀 편, 앞의 책(주79), 55면).

103) ‘판결서 인터넷열람’에서 열람하였다.

104) 서울고등법원 2014. 12. 12. 선고 2013나2030217 판결(‘판결서 인터넷열람’에서 열람하였다).

계주장을 배척한 데 대하여 원심의 판단이 정당하다고 하여 상고를 기각하였고, 대법원 2017. 6. 15. 선고 2015다78123 판결¹⁰⁵⁾도 채무자의 반대채권의 변제기가 양도채권의 변제기보다 늦게 도달한 사건에서 채권양도 통지 당시 반대채권이 양도채권과 상계적상에 있었거나 그 변제기가 양도채권보다 먼저 혹은 동시에 도래한다고 볼 수 없다는 이유로 채무자의 상계주장을 배척한 원심판결을 정당하다고 하여 상고를 기각하였다. 위 판결들에 비추어 보면 판례가 명시적으로 판시하지 않았을 뿐 채권압류의 경우와 같이 채권양도에서도 변제기기준설을 취하고 있다고 이해할 수 있고, 이러한 판례의 입장은 타당하다.¹⁰⁶⁾

3. 검토

대상판결의 사안은 채권양도 통지 전에 채무자의 양도인에 대한 불법행위로 인한 손해배상채권이 발생함과 동시에 변제기도 도래한 경우이므로¹⁰⁷⁾ 완화된 상계적상설, 변제기기준설, 무제한설 중 어느 견해에 의하든 채무자는 양수인에 대하여 상계로 대항할 수 있다. 상계의 범위가 쟁점이 되지 않았고 어떠한 견해를 취하는가에 따라 상계 가능 여부가 달라지는 것도 아니므로 채권양도와 상계에 관한 법리를 상세히 설시할 필요는 없었을 것이다. 그러나 그에 관한 태도를 명확히 밝히지 않고 위 99다18039 판결을 참조

105) '판결서 인터넷열람'에서 열람하였다. 김용덕 편집대표, 앞의 책(주81), 642면(강경구 집필부분)은 이 판결이 채권양도와 상계의 관계에 관하여 변제기기준설을 취하였다고 설명하고 있다.

106) 서울고등법원 2017. 9. 29. 선고 2016나2063379 판결(미상고 확정, '판결서 인터넷열람'에서 열람하였다)은 가정적 판단이기는 하나 채권양도와 상계의 관계에 관하여 위 99다18039 판결의 판시내용에 더하여 “다만 이러한 경우에도 자동채권의 변제기가 수동채권의 변제기보다 먼저 도래하거나 동시에 도달하여야 한다고 봄이 상당하다(대법원 2012. 2. 16. 선고 2011다45521 전원합의체 판결 참조)”라고 판시하고 있는바, 채권양도에서도 채권압류의 경우와 마찬가지로 변제기기준설을 따르는 것이 정착된 실무례로 보인다. 또한 2013년 법무부 민법개정시안은 변제기기준설을 채택하여 제451조의2 제1항에서 “채무자는 양도통지를 받은 때에 양도인에 대한 채권이 아직 이행기에 이르지 아니하였더라도 그 이행기가 양도된 채권의 이행기 이전에 도래한 경우에는 양도인에게 행사할 수 있었던 상계권을 양수인에게도 행사할 수 있다.”라고 규정한다(법무부 민법개정자료발간팀 편, 앞의 책(주79), 55면).

107) 주지홍, “2019년 채권법 중요판례평석”, 인권과 정의(제489호), 대한변호사협회(2020. 5.), 240면은 대상판결에 관하여 통지가 있을 후에 채권자의 불법행위로 인해 채무자가 반대채권을 취득하였기 때문에 상계할 수 없는 것이 아닌가 하는 비판이 제기될 수 있으나 장래 발생할 채권이 다수 포함된 집합채권의 특성을 가지고 있으며 확인서 발급당시 최고금액 한도만 정해져 있지 대부분의 채권의 발생시기나 금액이 불확실하였으므로 이와 같은 경우에 획일적으로 통지 이후에 발생한 채권을 가지고 상계를 할 수 없다거나 단순 양도통지 확인서의 법적 의미를 피고가 양도인에 대한 모든 대항사유를 포기한 것으로 보기 어렵다는 점에서 대법원의 태도가 타당하다고 설명하나, 피고는 양도 통지 당시 채권자인 A의 불법행위로 인한 손해배상채권이 있음을 알지 못하였을 뿐 이미 채권을 취득하고 있었다.

■ 법조 제70권 제5호(통권 제749호) 판례평석

판결로 인용하며 그와 동일하게 판시한 것은 앞서 본 바와 같이 판례가 채권압류의 경우와 같이 변제기기준설을 취하면서도 판례의 입장이 무엇인지를 둘러싸고 견해가 분분하고 심지어 판례가 무제한설을 취하는 것으로 잘못 이해되는 상황을 고려하면 여전히 그러한 상황이 계속되게 할 수 있다는 점에서 적절하지 않다.

또한 대상판결은 위 99다18039 판결에서의 '상계할 수 있는 원인이 있었던 경우'라는 표현도 그대로 사용하고 있는데 이는 반대채권이 발생한 경우 또는 채무자가 반대채권을 취득한 경우의 의미로 사용된 것으로 이해된다.¹⁰⁸⁾ 그러나 위 99다18039 판결에 대하여 특히 상계항변에 관하여는 승낙 당시 상계를 할 수 있는 원인만 있었다면 아직 반대채권이 발생하지 아니하였다고 하더라도 채무자는 양수인에게 상계적상이 발생한 후에 상계항변을 할 수 있다고 하는 취지의 판례의 문구는 양수인이 상계 가능성에 대하여 알았거나 중대한 과실로 알지 못하였다는 이유로 상계의 허용 범위를 지나치게 확장하고 있는 것이 되고, 이는 채권양도와 상계의 경합 문제에 대하여 무제한설에 의하는 것보다 더 나아가는 것이므로, 승낙 당시 상계를 할 수 있는 원인이 있었던 사안에서 폭넓게 상계를 허용하는 판례의 설시는 상계의 대상 채권이 같은 법률관계에서 발생한 사례와 같이 서로 관련관계에 있는 채무 사이의 상계에 국한하여 한정적으로 적용하여야 할 것이라고 하는 견해¹⁰⁹⁾도 있는바, 위 99다18039 판결에서는 상계할 수 있는 원인을 채권발생의 기초관계로 이해하여 반대채권이 채권양도 당시 아직 발생하지 않았더라도 그 발생의 기초관계가 존재하고 있으면 상계로 대항할 수 있다는 것으로 해석할 수 있으나 대상판결에서는 그러한 의미로 해석되는 것은 곤란하다. 따라서 대상판결이 의미하는 바와 달리 해석되지 않도록 '승낙 당시 채무자가 양도인에 대하여 반대채권을 가지고 있는 경우' 등 명확한 표현을 사용하는 것이 좋을 것이다.

108) 그러한 의미로 이 표현을 사용하고 있는 문헌으로는 곽윤직, 『채권총론(전정판)』, 박영사(1976), 359면 {그 후의 곽윤직, 앞의 책(주8)에서는 이 표현을 사용하고 있지 않다}; 곽윤직 편집대표, 앞의 책(주8), 592면(이상훈 집필부분); 김선석, 앞의 논문(주14), 240면; 김용담 편집대표, 앞의 책(주95), 652면(조용구 집필부분); 김용덕 편집대표, 앞의 책(주8), 603면(최수정 집필부분); 김용한, 앞의 책(주8), 447면; 김증한, 『채권총론(보정판)』, 박영사(1988), 281면(그 후의 김증한 저, 김학동 증보, 앞의 책(주8)에는 이 표현이 없다); 장재현, 앞의 논문(주80), 521면; 최영덕, 앞의 논문(주79), 72면; 홍준호, 앞의 논문(주91), 291면이 있다.

109) 김기환, 앞의 논문(주66), 212면.

IV. 결 론

항변포기의 의사표시가 아닌 관념의 통지에 불과한 채무자의 이의를 보류하지 않은 승낙에 대항사유가 단절되는 효과를 부여하는 제451조 제1항 본문 규정은 일본민법의 개정으로 이제는 유일한 입법례가 되었다. 대상판결은 어떠한 채무자의 승낙이 이의를 보류하지 않은 승낙에 해당하는가 하는 근본적인 문제에 관하여 이의를 보류하지 않은 승낙에 대항사유 단절의 효과를 인정하는 이유에 근거하여 채무자가 양수인으로 하여금 양수채권에 대하여 대항사유가 없을 것을 신뢰하게 할 정도에 이르렀는지를 판단기준으로 제시하여 그와 같은 과도한 효과를 제한한 점에서 의미가 있다. 다만 위 규정이 채무자가 이의를 보류하지 않은 승낙을 하였다든 사실에 공신력을 주었다는 판시는 채무자의 이의를 보류하지 않은 승낙이 공신의 대상이 된다고 볼 수 없다는 점에서 적절하지 않다고 본다.

대상판결이 제시한 판단기준에서 볼 때 확인서가 이의를 보류하지 않은 승낙에 해당하지 않는다고 한 것은 타당하나, 구체적으로 고려한 사정과 관련하여서는 확인서에는 채권양도사실을 알고 있다는 내용만 표시되어 있을 뿐 이의의 보류 여부에 관한 의사 표명은 없다고 할 수 있고, 이러한 부작위 또는 침묵을 통해 원고로 하여금 양수채권에 대항사유가 없을 것이라는 신뢰를 갖게 할 정도에 이른 것은 아니라고 보아야 할 것이며, 피고가 상계할 수 있는 반대채권의 존재를 몰랐다는 사정이 그 신뢰형성에 영향을 주는 것은 아니라고 본다.

한편 대상판결은 채권양도 통지가 있는 경우 채무자가 양도인에 대한 채권에 의한 상계로써 양수인에게 대항할 수 있는지에 관하여 종전의 대법원판결에서와 동일한 판시를 하고 있다. 채권양도에서의 상계의 범위에 관하여 판례는 채권압류의 경우와 마찬가지로 변제기기준설을 취하고 있는 것으로 보이고 이는 타당한바, 그에 관한 대법원의 입장을 명확히 밝히지 않고 그와 다르게 해석될 수 있는 여지를 남긴 것은 아쉬운 점이다.

■ abstract ■

Recognition without Objection and Set-off on Assignment

- Supreme Court's Decision of 2017Da222962 on Jun. 27, 2019 -

Yeo Mee Sook*

The Supreme Court's Decision(hereinafter 'the decision') provides the criteria for judging the recognition without objection in the case whether the debtor's issuance of a confirmation document(hereinafter 'the document') after being notified of the assignment is recognition without objection or not.

The document that expresses the awareness of the assignment is the recognition of the assignment. It is reasonable that the decision is based on that premise. The recognition without objection is not a manifestation of the intention of waiving the refusal ground. Article 451(1) of the Civil Act provides the significant effect that the debtor who recognizes assignment without objection cannot resist to the assignee with the refusal ground that she had to the assignor. The majority theory and precedents, similar to that of Japan before the revision of the Japanese Civil Act in 2017, take public trust theory, and the decision reconfirms it.

However, it is not reasonable to acknowledge public trust in the recognition of assignment that is not required any specific method. The purpose and basis of Article 451(1) are to protect the assignee's trust and ensure the safety of the transaction since the debtor has given the assignee the trust that there is no refusal ground to the assignor by recognizing without objection.

Whether or not there is the debtor's recognition without objection should be judged depending on whether the assignee has come to trust that there is no refusal ground, and it is meaningful that the decision explicitly stated it. However, I do not agree with the specific grounds for judging that the document did not arouse the trust of the assignee. The document only states that the debtor is aware of the assignment, and does not express an intention as to whether or not to withhold the objection. This

* Professor, Hanyang University School of Law.

kind of silence does not give the assignee the trust that there is no refusal ground to the assignor. Also, the fact that the debtor was unaware of the set-off does not affect the trust of the assignee.

The decision rules the same as the previous Supreme Court decision on whether the debtor can resist the assignee with the set-off to the assignor after being notified of the assignment. Regrettably, the decision leaves room for different understanding without clarifying the opinion of the Supreme Court that decides whether or not to allow set-off based on the date of payment.

■ 참고문헌 ■

〈국내문헌〉

단행본

- 곽윤직, 『채권총론(전정판)』, 박영사(1976).
_____, 『채권총론(제6판)』, 박영사(2003).
곽윤직 편집대표, 『민법주해 X 채권(3)』, 박영사(1995).
김기환, 『상계』, 경인문화사(2018).
김상용, 『채권총론(제3판)』, 화산미디어(2016).
김용담 편집대표, 『주석민법 채권총칙4(제4판)』, 한국사법행정학회(2014).
김용덕 편집대표, 『주석민법 채권총칙3(제5판)』, 한국사법행정학회(2020).
_____, 『주석민법 채권총칙4(제5판)』, 한국사법행정학회(2020).
김용한, 『채권법총론』, 박영사(1983).
김주수, 『채권총론(제3판)』, 삼영사(1999).
김증환, 『채권총론(보정판)』, 박영사(1988).
김증환 저, 김학동 증보, 『채권총론(제6판)』, 박영사(1998).
김형배, 『채권총론(제2판)』, 박영사(1998).
민의원 법제사법위원회 민법안심소위원회 편, 『민법안심의록 상권』, (1955).
박준서 편집대표, 『주석민법 채권총칙2(제3판)』, 한국사법행정학회(2000).
법무부 민법개정자료발간팀 편, 『2013년 법무부 민법개정시안 -채권편 상-』, 법무부(2013).
송덕수, 『채권법총론(제5판)』, 박영사(2020).
양창수·권영준, 『민법Ⅱ 권리의 변동과 구제(제4판)』, 박영사(2021).
윤진수, 『민법기본판례(제2판)』, 홍문사(2020).
윤철홍, 『채권총론(개정판)』, 법원사(2012).
이은영, 『채권총론(제4판)』, 박영사(2009).
지원림, 『민법강의(제18판)』, 홍문사(2021).

논 문

- 권영준, “2019년 민법 판례 동향”, 서울대학교 법학(제61권 제1호), 서울대학교 법학연구소(2020. 3.).
김기환, “채권양도의 승낙과 상계”, 민사법학(제94호), 한국민사법학회(2021. 3.).

- 김동훈, “이의의 보류 없는 채권양도 승낙의 효력 -대상판결: 대법원 2002. 3. 29. 선고, 2000다 13887 판결-”, 고시연구(제31권 제1호), 고시연구사(2004).
- 김상수, “압류와 상계”, 민사법학(제60호), 한국민사법학회(2012. 9.).
- 김선석, “지명채권양도의 증명책임”, 사법논집(제23집), 법원행정처(1992. 12.).
- 김영진, “지급이 금지된 채권을 수동채권으로 하는 상계”, 민사판례연구(XXXV), 민사판례연구회(2013).
- 김우성, “양도채권·피압류채권 채무자의 상계주장”, 서울대학교 법학(제57권 제4호), 서울대학교 법학연구소(2016. 12.).
- 박설아, “채권양도에 대한 채무자의 이의를 유보하지 않은 승낙”, 대법원판례해설(제119호), 법원도서관(2019. 12.).
- 송덕수, “지명채권 양도에 대한 채무자의 승낙 등 -대상판결: 대법원 2011. 6. 30. 선고 2011다 8614 판결-”, 법학논집(제18권 제4호), 이화여자대학교 법학연구소(2014. 6.).
- 양창수, “1992년 민법 판례 개관”, 민법연구(제3권), 박영사(1995).
- _____, “은행거래와 상계”, 금융거래법강의, 법문사(1999).
- _____, “채권변에 대한 민법개정안 해설”, 민법연구(제8권), 박영사(2005).
- 오수원, “채무자의 이의를 보류하지 아니한 채권양도 승낙에 의한 대항불능의 취지와 양수인의 선의·무중과실”, 법학연구(제29권 제1호), 충북대학교 법학연구소(2018. 6.).
- _____, “채무자의 이의를 보류하지 아니한 채권양도승낙의 법적 성질과 그 채권양도의 포섭범위”, 저스티스(제166호), 한국법학원(2018. 6.).
- 오영준, “이의를 보류하지 않는 채권양도에 대한 승낙의 법적 성질과 효과 등”, 대법원판례해설(제95호), 법원도서관(2013. 12.).
- 윤진수, “금융기관의 수신거래와 여신거래(II)”, BFL(제11호), 서울대학교 금융법센터(2005. 5.).
- 이동진, “상계의 담보적 기능”, 민사법학(제70호), 한국민사법학회(2015. 3.).
- _____, “지명채권양도에서 채무자의 이의보류 없는 승낙에 의한 항변차단”, 재산법연구(제36권 제3호), 한국재산법학회(2019. 11.).
- 이범주, “민법 제498조와 상계예약 -압류와 상계의 우열의 측면에서-”, 민사재판의 제문제(제2집), 민사실무연구회(1980).
- _____, “전부부령과 상계항변: 압류 후에 발생한 자동채권이 동시이행의 관계에 있는 경우”, 재판의 한 길: 김용준 헌법재판소장 화갑기념논문집, 박영사(1998).
- 이상주, “압류된 채권에 대한 상계의 허용요건”, 자유와 책임 그리고 동행: 안대희 대법관 재임기념, 재판연구관 실무연구회(2012).
- 이진기, “지명채권의 양도 -제450조 대항요건에 관하여”, 민사법학(제81호), 한국민사법학회(2017. 12.).
- 이호형, “상계와 제3자”, 홍익법학(제21권 제4호), 홍익대학교 법학연구소(2020).

■ 법조 제70권 제5호(통권 제749호) 판례평석

- 임상민, “상계와 채권 압류의 우열 -대법원 2012. 2. 16. 선고 2011다45521 전원합의체 판결-”, 판례연구(제24집), 부산판례연구회(2013).
- 장재현, “상계에서 몇 가지 문제”, 법학논고(제28집), 경북대학교 출판부(2008).
- 전원열, “채권양도에 대한 이익보류 없는 승낙에 있어서 대항사유의 단절”, 재산법연구(제33권 제3호), 한국재산법학회(2016. 11.).
- 정구태, “피압류채권을 수동채권으로 한 제3채무자의 상계권 행사의 허용범위 -대법원 2012. 2. 16. 선고 2011다45521 전원합의체 판결-”, 고려법학(제66호), 고려대학교 법학연구원(2012. 9.).
- 정병호, “지급금지된 채권 또는 양도된 채권을 수동채권으로 하는 상계에 관한 민법개정안”, 서울법학(제24권 제1호), 서울시립대학교 법학연구소(2016. 5.).
- 주기동, “지명채권양도 통지의 요건과 효력”, 민사재판의 제문제(제7권), 민사실무연구회(1993).
- 주지홍, “2019년 채권법 중요판례평석”, 인권과 정의(제489호), 대한변호사협회(2020. 5.).
- 지원림, “지명채권양도에서 양수인의 지위”, 비교사법(제24권 제3호), 한국비교사법학회(2017. 8.).
- 진흥기, “채권양도에 대한 이익을 보류하지 않은 승낙과 제 항변의 승계-절단효”, 비교사법(제18권 제1호), 한국비교사법학회(2011. 3.).
- 최수정, “채권양도에 있어서 채무자의 승낙”, 서강법률논총(제10권 제1호), 서강대학교 법학연구소(2021. 2.).
- 최영덕, “채권양도에 있어서 채무자의 상계항변”, 원광법학(제24권 제3호), 원광대학교 법학연구소(2008. 9.).
- 홍준호, “지명채권양도에 대한 이익보류 없는 승낙의 효과와 상계항변의 단절 여부”, 민사판례연구(XXIII), 민사판례연구회(2001).

기타자료

- 권영준, 2013년 민법 개정시안 해설(채권편), 법무부 연구용역 과제 보고서(2013).

<외국문헌>

단행본

- 池田眞朗, 『債權讓渡の研究(增補二版)』, 弘文堂(2004).
- 近江幸治, 『債權總論(第3版補訂)』, 成文堂(2009).
- 大村敦志·道垣内弘人 編, 『解説 民法(債權法)改正のポイント』, 有斐閣(2017).
- 奥田昌道, 『債權總論(增補版)』, 悠悠社(1992).
- 於保不二雄, 『債權總論(新版)』, 有斐閣(1972).

- 潮見佳男, 『新債權總論Ⅱ』, 信山社(2017).
- 中田裕康, 『債權總論(新版)』, 岩波書店(2011).
- 中田裕康 外, 『講義 債權法改正』, 商事法務(2017).
- 西村信雄 編, 『注釋民法(11) 債權(2)』, 有斐閣(1965).
- 野村豊弘 外, 『債權總論(第3版補訂)』, 有斐閣(2012).
- 鳩山秀夫, 『日本債權法(總論)(增訂改版)』, 岩波書店(1925).
- 平井宜雄, 『債權總論(第2版)』, 弘文堂(1994).
- 松岡久和 外 編, 『改正債權法 コメント』, 法律文化社(2020).
- 民法(債權法)改正檢討委員會 編, 『詳解 債權法改正の基本方針Ⅲ』, 商事法務(2009).
- 我妻榮, 『債權總論』, 岩波書店(1940).
- _____, 『新訂 債權總論』, 岩波書店(1964).
- 我妻榮 外, 『我妻·有泉コメントル 民法 -總則·物權·債權-(第2版)』, 日本評論社(2008).

논 문

- 安達三季生, “指名債權讓渡における債務者の異議を留めない承諾(一)”, 法学志林(五九卷三・四号), 法学志林協會(1962).
- 林良平, “相殺の機能と効力”, 担保法大系(第5卷), 金融財政事情研究會(1984).
- 武久征治, “債權讓渡の承諾: 異議を留めない債權讓渡の承諾は, どのような效力をもつか”, 民法學4: 債權總論の重要問題, 有斐閣(1976).