

양도금지특약을 위반한 채권양도의 효력*

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

한양대학교 법학전문대학원 교수 呂美淑

■ 논문요약 ■

대상판결은 양도금지특약의 효력에 관하여 다수의견이 물권적 효력설을, 반대의견이 채권적 효력설을 취하고 있다. 제449조 제2항은 제1항의 채권의 양도성이 당사자의 의사표시에 의해 제한될 수 있다는 규정으로서 문언의 의미상 양도금지특약을 위반한 채권양도는 무효이고 다만 거래의 안전을 보호하기 위하여 선의의 제3자에게는 그 무효를 주장할 수 없다는 의미로 해석하는 것이 타당하다. 또한 입법자가 수용한 것으로 볼 수 있는 일본민법 제466조에 관한 입법자의 의사가 물권적 효력설이었고, 당시 참고한 입법례도 물권적 효력설을 취한 것이었음을 볼 때 입법자는 물권적 효력설을 채택한 것으로 볼 수 있다. 채권의 양도성을 제고하는 것이 국제적 흐름이라고 할 수 있으나 판례변경을 통해 채권적 효력설로 전환하여 그 흐름에 따르는 반대의견은 해석론의 범위를 벗어나는 것이다. 따라서 종래의 판례인 물권적 효력설을 견지한 다수의견이 타당하다.

한편 피고는 채권이 양도되었음을 이유로 원고의 이행청구를 거절함으로써 채권양도를 승낙하고 있다. 채무자의 사후승낙은 유동적 무효행위의 추인이고, 이에 대하여는 무권대리행위의 추인에 관한 규정이 유추적용되어 소급효가 발생한다고 본다. 그러나 그 승낙이 제3자의 권리를 침해할 수는 없다. 파산관재인은 파산채권자 전체를 위해 포괄적 압류를 한 것과 마찬가지로의 지위에 있으므로 채권양도의 대항요건에 있어서 압류채권자와 마찬가지로 제3자에 해당한다. 이러한 점에서 파산관재인은 채무자의 사후승낙에 의해 권리를 침해받지 않는 제3자에 해당한다고 할 것이다. 따라서 피고의 승낙에도 불구하고 이 사건 채권양도는 무효이므로 양도인을 채권자로 본 다수의견의 결론은 타당하다. 그러나 다수의견이 채권양도가 양도금지특약을 위반하여 무효라는 것에서 곧바로 양도인이 채권자라고 판단하여 결론을 내렸을 뿐, 일반적인 경우와 달리 양도인이 채권양도의 무효를 주장함에 대하여 오히려 피고가 채권양도가 유효함을 주장함으로써 생기는 위와 같은 법적 쟁점에 대하여 판단하지 않은 것은 타당하지 않다.

[주제어] 양도금지특약, 물권적 효력설, 채권적 효력설, 채무자의 사후승낙, 파산관재인의 제3자성
non-assignment agreement, obligatory effect theory, proprietary effect theory, debtor's post-approval, status of trustee in bankruptcy as a third party

* 이 논문은 한양대학교 교내연구지원사업으로 연구되었음(HY-202100000003515).

■ 목 차 ■

[사건의 개요]	2. 제449조 제2항의 체계 및 문언의 해석
1. 사실관계	3. 입법자의 의사
2. 소송의 경과	4. 국제적 흐름 및 해석론의 범위
3. 대상판결	Ⅲ. 채무자의 사후승낙
[연 구]	1. 사후승낙의 허용 여부
Ⅰ. 서 론	2. 사후승낙의 법적 성질 및 소급효
Ⅱ. 채권양도금지특약의 효력	3. 파산관재인인 제3자 여부
1. 학설 및 판례 개관	4. 이 사건의 해결
	Ⅳ. 결 론

* 논문접수: 2022. 6. 14.

* 심사개시: 2022. 8. 5.

* 게재확정: 2022. 8. 22.

[사건의 개요]¹⁾

1. 사실관계

피고(도급인)는 2009. 5. 27. A회사(수급인)와 건축공사 도급계약을 체결하였는데, 이 사건 도급계약에 포함된 공사계약 일반조건에는 “A회사는 이 계약에 의하여 발생한 채권(공사대금청구권)을 제3자에게 양도하지 못한다.”라는 내용이 있다. A회사는 2010. 10. 21. 이 사건 공사를 완료하지 못한 상태에서 부도처리되었고, 피고는 2010. 11. 25. 이를 이유로 이 사건 도급계약을 해제하였다.

A회사는 2010. 10. 15. 하수급인인 B회사에, 2010. 10. 22. 하수급인인 C회사에 공사대금채권 중 일부씩을 각 양도하고(이하 B회사와 C회사를 ‘채권양수인’이라 한다), 피고에게 위 각 양도사실을 통지하였다.

한편 A회사에 대하여 2010. 12. 10. 회생절차가 개시되었고, 채권양수인은 A회사에 대하여 보유하고 있던 채권을 회생채권으로 신고하였다. 그 후 A회사에 대하여 2017. 1. 25. 회생절차폐지결정이 내려지고, 2017. 3. 17. 폐지결정 확정과 동시에 파산선고가 내려졌다.

원고(제1심과 항소심에서의 원고는 회생채무자 A회사의 관리인이, 상고심에서의 원고는 그 소송수계인인 파산관재인이다)는 피고를 상대로 기성공사대금과 추가공사대금 등의

1) 양도금지특약을 위반한 채권양도의 효력과 관련되는 부분만으로 한정한다.

지급을 구하는 이 사건 소를 제기하였고, 이에 대하여 피고는 채권양수인에게 양도된 부분에 관하여는 공사대금채권이 이전되었다는 이유로 그 부분 청구에 응할 수 없다고 다투었다.

2. 소송의 경과

가. 제1심(서울중앙지방법원 2014. 11. 28. 선고 2012가합69321, 2014가합41006 판결)

채권양수인이 A회사에 대한 채권을 회생채권으로 회생절차 내에서 행사하고 있고, 채권양도에 따른 피고에 대한 권리를 행사하지는 않고 있는 사실을 인정한 다음, 피고가 채권양도통지를 받았다고 주장하며 위와 같은 통지를 받은 증거를 제출할 뿐 위 청구에 응하여 양수금을 지급하였다고 주장하거나 그 증거를 제출하지 않는 점, 이 사건 도급계약에서는 A회사가 공사대금채권을 양도하고자 하는 경우 미리 연대보증인 등의 동의를 얻어 피고의 승낙을 얻어야 한다고 정하고 있는바 피고가 채권양도의 효력을 부정할 수 있는 점 등에 비추어 볼 때, 피고가 채권양수인의 양수금 청구를 거절하여 채권양수인이 피고에 대한 권리행사를 포기하고 회생절차에서 자신들의 A회사에 대한 채권을 회생채권으로 신고하여 이를 행사하고 있다는 원고의 주장이 설득력이 있다고 하며, 이 사건 공사대금채권이 채권양수인에게 이전되었다는 피고의 주장을 배척하였다.

나. 항소심(서울고등법원 2016. 4. 7. 선고 2015나4353, 4360 판결)

A회사는 피고의 동의 없이 채권양수인에게 이 사건 공사대금채권을 양도하였는데 양도금지특약에 반하여 이루어진 채권양도는 효력이 없고 채권양수인이 선의임을 인정할 증거가 없고 오히려 중과실이 인정되므로 이 사건 공사대금채권자는 여전히 A회사라 할 것이고 피고 주장과 같이 이 사건 공사대금채권이 채권양수인에게 이전되었다고 보기 어렵다고 하였다. 또한 양도금지특약의 존재로 인하여 채권양도의 효력을 부인할 수 있는 (나아가 실제로 채권양수인에 대하여 그와 같은 사유를 들어 양수금의 지급을 거절할 것으로 예상되는) 피고가, 본래의 채권자인 원고가 그 지급을 구하는 이 사건에서는 그 입장을 바꾸어 채권양도의 유효 내지 이에 따른 채권의 이전을 주장하는 것은 금반언의 원칙 내지 신의성실의 원칙에 반하는 것으로 볼 여지도 있다고 하며 피고의 주장을 배척하였다.

3. 대상판결

대상판결의 요지는 아래와 같다.

가. 양도금지특약을 위반한 채권양도의 효력

(1) 다수의견: 물건적 효력설

(가) 당사자가 양도금지특약을 한 경우 채권은 양도성을 상실한다. 양도금지특약을 위반하여 채권을 제3자에게 양도한 경우에 양수인이 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 그 채무 이행을 거절할 수 없다. 양수인의 악의 내지 중과실은 양도금지특약으로 양수인에게 대항하려는 자가 주장·증명하여야 한다.

(나) 근 거

① 민법²⁾ 제449조 제2항 본문이 당사자가 양도를 반대하는 의사를 표시한 경우 채권을 양도하지 못한다고 규정한 것은 양도금지특약을 위반한 채권양도의 효력을 부정하는 의미라고 해석하여야 한다. 나아가 제449조 제2항 단서는 본문에 의하여 양도금지특약을 위반하여 이루어진 채권양도가 무효로 됨을 전제로 거래의 안전을 보호하기 위하여 선의의 제3자에게 그 무효를 주장할 수 없다는 의미로 해석함이 그 문언 및 본문과의 관계에서 자연스럽다.

② 이처럼 해석하는 것이 유통성을 본질로 하는 증권적 채권과 달리 채권자와 채무자 사이의 인격적 연결이라는 측면과 채권자의 재산이라는 측면을 동시에 지니고 있는 지명채권의 본질과 특성을 보다 잘 반영할 수 있다.

③ 물건법정주의(제185조)와 달리 채권관계는 사적 자치와 계약자유 원칙이 적용되어 계약 당사자는 원칙적으로 합의에 따라 계약 내용을 자유롭게 결정할 수 있다. 따라서 채권자와 채무자가 채권의 양도를 금지하는 특약을 하였다면 이는 그 채권의 내용을 형성할 뿐만 아니라 그 속성을 이루는 것이어서 존중되어야 한다.

④ 계약당사자가 그들 사이에 발생한 채권을 양도하지 않기로 약정하는 것은 계약자유

2) 이하 민법 규정은 ‘민법’을 생략하고 조문만 표시한다.

원칙상 당연히 허용되는 것인데, 민법에서 별도의 규정으로 양도금지특약에 관하여 규율하는 것은 이러한 특약의 효력이 당사자 사이뿐만 아니라 제3자에게까지 미치도록 하는 데 그 취지가 있다.

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

⑥ 양도금지특약이 있는 경우 채권의 양도성이 상실되어 원칙적으로 채권양도가 일어나지 않는다고 보는 것이 악의의 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 악의라고 하더라도 전득자가 선의인 경우 채권을 유효하게 취득한다는 기존 판례는 채권의 양도성을 제한하려는 당사자의 의사보다 거래의 안전을 도모하려는 제449조 제2항 단서의 취지를 중시하여 그 제3자의 범위를 넓힌 것으로 볼 수 있다.

⑧ 채권의 재산적 성격과 양도성을 제고하는 것이 국제적 흐름이라 하더라도 대부분 제한적 범위 내에서 해석이 아닌 법규정을 통해 달성되고 있음에 유의하여야 한다. 그러므로 문언상 양도금지특약을 위반한 채권양도의 효력이 부인된다는 의미가 도출되는 제449조 제2항에도 불구하고, 양도금지특약을 위반한 채권양도를 원칙적으로 유효하다고 보는 새로운 해석을 도입하는 데에는 신중할 필요가 있다.

(2) 반대의견: 채권적 효력설

(가) 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 좌우되지는 않는다. 따라서 양수인이 채무자에게 채무이행을 구할 수 있고 채무자는 양도인이 아닌 양수인에게 채무를 이행할 의무를 진다고 보아야 한다.

(나) 근 거

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 제449조 제2항 본문의 문언과 체계에 비추어 볼 때 양도금지특약은 당사자 사이에만 효력이 미치는 것으로 보는 것이 합리적이다. 양도금지특약은 채권자가 채무자에 대해 '채권을 양도하지 않을 의무'를 부담하는 취지로 해석함이 타당하다. 이에 반하는 채권양도는 무효라고 해석하는 것은 문언의 통상적 의미를 벗어난다.

③ 민법은 채권의 양도가 가능함을 원칙으로 삼고 예외적인 경우에 이를 제한하므로, 양도금지특약은 채권양도의 자유를 침해하지 않는 범위 내에서만 인정되어야 한다. 계약자유 원칙에 근거하더라도 대세적인 효력을 갖는다고 보아서는 안 된다.

④ 전통적으로 지명채권양도는 채권회수수단으로 기능하였으나, 자본의 신속하고 원활한 순환이 요구되는 현대사회에서는 채권양도의 자금조달수단 기능과 가치가 확산되고 있다. 채권거래의 형태가 다양해지고 그 규모와 빈도가 점진적으로 증가하면서 재산권의 귀속주체인 채권자에게 투자자본의 조기회수가 가능하도록 양도성이 보장되어야 한다는 관점에서 도 채권적 효력설을 채택하는 것이 타당하다.

⑤ 채권자, 채무자, 양수인, 세 당사자의 이익을 비교해 보더라도 채권적 효력설이 합리적이다. 물권적 효력설에 의하면 채권자는 채권양도를 통한 자금조달수단을 상실하고 채권 활용범위가 축소되며, 양수인도 채권 자체를 취득하지 못할 법적 위험에 직면하게 되는데, 양도금지특약의 존재를 인식하기 쉽지 않고 계약 내용을 확인하려면 불필요한 거래비용이 증가한다. 반면 양도금지특약에 채권적 효력만 인정해도 채무자는 채권자에 대해 특약 위반의 책임을 물을 수 있고, 채권자가 변경되어도 원래 이행하여야 할 채무를 이행하면 된다는 점에서 그 불이익이 크지 않다.

⑥ 양도금지특약을 위반한 채권양도에 채권적 효력만 인정하는 입법례가 많아지고, 우리 민법과 유사한 규정을 두고 있는 나라에서도 판례를 통하여 채권적 효력설을 채택하고 있다. 이는 채권의 재산적 성격과 양도성을 제고할 필요성 때문이고, 우리 민법 조항에 관한

해석이 열려 있다면 이러한 국제적 흐름을 반영함이 바람직하다.

⑦ 채권적 효력설을 따를 때 양도금지특약을 위반한 채권양도에 대한 증명책임의 분배와 선의의 전득자 보호에 관한 기존 판례를 합리적으로 설명할 수 있다.

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

나. 이 사건의 결론

(1) 다수의견

A회사가 피고의 동의 없이 공사대금채권을 채권양수인에게 양도한 것은 양도금지특약을 위반한 채권양도로서 그 효력이 없다는 원심의 판단은 정당하다. 채권양수인이 양도금지특약을 알지 못한 데에 중대한 과실이 있다는 원심의 판단도 정당하다.

(2) 반대의견

A회사가 양도금지특약을 위반하여 채권을 양도하더라도 A회사는 피고에 대해 채권을 양도하지 않을 의무를 위반한 것일 뿐 채권양도 자체는 유효하다. 피고는 제449조 제2항 단서에 따라 채권양수인에게 이행거절의 항변을 할 수 있는데 이를 행사하지 않고 채권양도가 유효하다고 주장하고 있으므로 이는 양도금지특약에도 불구하고 채권양수인에게 채무를 이행하겠다는 의사표시로 보아야 한다. 따라서 채권양수인이 양도금지특약의 존재를 알았거나 중대한 과실로 알지 못하였는지 여부와 상관없이 이 사건 공사대금채권은 채권양수인에게 유효하게 이전되었다고 보아야 한다. 따라서 채권양수인에 대한 채권양도의 효력을 부정한 원심의 판단에는 양도금지특약을 위반한 채권양도의 효력에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

[연 구]

I. 서 론

민법은 채권의 양도성을 선언하면서(제449조 제1항 본문), 채권의 양도성이 채권의 성질 뿐만 아니라 당사자의 의사표시에 의하여도 제한될 수 있다고 규정한다(제449조 제1항 단

■ 법조 제71권 제4호(통권 제754호) 판례평석

서, 제2항 본문). 민법이 양도금지특약의 효력에 관하여 명시적으로 규정하지 않고 있어 물권적 효력설과 채권적 효력설³⁾이 대립한다. 대상판결은 다수의견이 물권적 효력설을, 반대의견이 채권적 효력설을 취하면서 각기 치밀하게 그 논거를 제시하고 있다. 채권의 양도성이 점차 강조되면서 국제적인 흐름도 변화하는 상황이라 논의가 더욱 치열했던 것으로 보인다. 그런데 이는 입법론적으로 어느 견해가 더 나은지의 문제가 아니라 민법의 해석상 어느 견해가 타당한지의 문제인바, 양도금지특약에 관한 규정의 체계 및 문언의 해석, 입법자의 의사 등을 통하여 민법이 어느 입장을 취하고 있는지를 살펴보고자 한다.

한편 양도금지특약을 위반한 채권양도에 있어 양수인과 채무자 사이의 분쟁, 즉 양수인의 양수금 청구에 대하여 채무자가 양도금지특약 및 양수인의 악의 또는 중과실⁴⁾을 들어 채무이행을 거절하는 형태가 일반적인 데 비하여, 이 사건에서는 양도인 측이 채무자를 상대로 채무의 이행을 구하고 채무자가 이에 대하여 다투고 있다. 원고는 이 사건 도급계약의 양도금지특약을 위반하여 이루어진 채권양도는 무효이므로 A회사가 여전히 채권자라고 주장하고, 피고는 양도금지특약을 위반한 채권양도도 유효하다고 주장하며 채무이행을 거절하였다. 대상판결의 다수의견(이하 ‘다수의견’이라 한다)은 물권적 효력설에 따라 양도금지특약을 위반한 채권양도는 무효임을 이유로 원고의 청구를 인용하는 결론을 내리고 있고, 대상판결의 반대의견(이하 ‘반대의견’이라 한다)은 채권적 효력설에 따라 양도금지특약을 위반한 채권양도도 유효하고 또한 피고가 채권양수인에게 채무를 이행하겠다는 의사를 표시하고 있으므로 원고의 청구를 기각해야 한다는 결론에 이르고 있다. 그러나 대상판결, 특히 다수의견은 물권적 효력설의 타당성에 관하여만 논의를 집중할 뿐 일반적인 경우와 달리 양도인이 채권양도의 무효를 주장하고 오히려 채무자가 채권양도의 유효를 주장하는 이 사건의 특수한 문제에 관하여는 답하고 있지 않은바, 이 점에 관하여도 살펴보겠다.

3) 물권적 효력설과 채권적 효력설이라는 용어는 잘못된 것이라고 하며, 절대적 효력설(또는 절대효력설)과 상대적 효력설(또는 상대효력설), 또는 당연무효설과 항변설로 칭하는 견해도 있다(오수원, “채권양도금지특약의 법적 성질과 양도금지채권양도의 사후승낙의 소급효”, 인권과 정의(제465호), 대한변호사협회(2017), 14면; 이진호, “채권양도금지 특약의 효력”, 사법행정(제27권 제10호), 한국사법행정학회(1986. 10.), 9면; 전우정, “채권양도금지 특약에 대한 비교법적 연구 및 법경제학적 분석”, 비교사법(제26권 제2호), 한국비교사법학회(2019. 6.), 117, 119면; 지원림, “지명채권양도에서 양수인의 지위”, 비교사법(제24권 제3호), 한국비교사법학회(2017. 8.), 962면). 그러나 학설이 일반적으로 사용하고 대상판결에서도 사용된 물권적 효력설과 채권적 효력설이라는 용어를 사용하기로 한다.

4) 채무자는 선의의 제3자에게 대항할 수 없는바(제449조 제2항 단서), 채무자가 양도금지특약으로 대항할 수 있는 제3자의 과실 여부에 관하여 판례는 중과실을 악의와 동일하게 평가하여 채무자는 악의 또는 중과실의 양수인에게 대항할 수 있다고 하고(대법원 1996. 6. 28. 선고 96다18281 판결; 대법원 1999. 2. 12. 선고 98다49937 판결 등), 대상판결도 같은 입장이다. 이 문제에 관하여는 더 검토하지 아니한다.

II. 채권양도금지특약의 효력

채권양도금지특약의 효력에 관하여 학설 및 종래의 판례 입장을 간략히 살펴보고, 다수의 견과 반대의견 중 어느 견해가 타당한지를 살펴보겠다. 판례는 법률의 해석은 문언의 통상적인 의미에 충실하게 해석하는 것을 원칙으로 하고, 나아가 법률의 입법 취지와 목적, 그 제정·개정 연혁, 법질서 전체와의 조화, 다른 법령과의 관계 등을 고려하는 체계적·논리적 해석방법을 추가적으로 동원함으로써 구체적 사안에 맞는 가장 타당한 해석이 되도록 하여야 한다고 하는바,⁵⁾ 제449조 제2항의 체계 및 문언의 해석, 입법자의 의사, 국제적 흐름 등의 측면에서 어떤 해석이 타당한지를 검토한다.

1. 학설 및 판례 개관

민법 제449조 제2항은 “채권은 당사자가 반대의 의사를 표시한 경우에는 양도하지 못한다. 그러나 그 의사표시으로써 선의의 제3자에게 대항하지 못한다.”라고 규정한다. 이때 양도금지특약에 반하는 채권양도의 효력에 관하여는 물권적 효력설과 채권적 효력설이 대립한다. 종래의 다수설인 물권적 효력설은 양도금지특약은 채권의 양도성을 박탈하므로 양도금지특약을 위반한 채권양도는 무효이고, 다만 그 양도성 상실은 절대적이 아니고 상대적이어서 양수인이 선의인 경우에는 채권이전의 효과가 생긴다고 한다.⁶⁾ 반면 근래의 유력설인

5) 대법원 2009. 4. 23. 선고 2006다81035 판결.

6) 곽윤직, 『채권총론(제6판)』, 박영사(2003), 213면; 곽윤직 편집대표, 『민법주해X 채권(3)』, 박영사(1995), 567면(이상훈 집필부분); 김동훈, “채권양도금지특약의 효력과 채무자의 보호 -대법원 2019. 12. 19. 선고 2016다24284 전원합의체 판결에 대한 평석-”, 법학논총(제34권 제1호), 국민대학교 법학연구소(2021. 6.), 41면; 김용환, 『채권법총론』, 박영사(1983), 437면; 김주수, 『채권총론(제3판)』, 삼영사(1999), 378면; 김증한 저, 김학동 증보, 『채권총론(제6판)』, 박영사(1998), 291면; 김형배, 『채권총론(제2판)』, 박영사(1998), 577면; 박효관, “채권 양도금지 특약과 선의의 양수인”, 판례연구(제8집), 부산판례연구회(1998. 1.), 231면; 서민, 『채권양도에 관한 연구』, 경문사(1985), 58면; 양창수, 『민법입문(제8판)』, 박영사(2020), 51면; 오수원, 앞의 논문(주3), 16~18면; 이동진, “양도금지특약에 반하는 채권양도, 회생절차와 민법 제434조 -대법원 2019. 12. 19. 선고 2016다24284 전원합의체 판결-”, 법조(제69권 제5호), 법조협회(2020. 10.), 468~470면; 이상욱, “채권양도 금지 특약의 제3자에 대한 효력”, 영남법학(제4권 제1·2호), 영남대학교 법학연구소(1998. 2.), 254~255면; 이은영, 『채권총론(제4판)』, 박영사(2009), 613면; 이재성, “채권양도금지의 특약과 전부명령의 효력”, 민사재판의 이론과 실제(제3권), 법조출판사(1978), 334면; 이창현, “채권양도금지특약의 효력 -대법원 2019. 12. 19. 선고 2016다24284 전원합의체 판결을 중심으로-”, 서울대학교 법학(제61권 제4호), 서울대학교 법학연구소(2020. 12.), 266~268면; 추신영, “채권양

■ 법조 제71권 제4호(통권 제754호) 판례평석

채권적 효력설은 양도금지특약은 채권자에게 채권을 양도하지 않을 의무를 지을 뿐이므로 이를 위반한 채권양도도 유효하다고 한다.⁷⁾ 이들 견해가 제시하는 논거는 다수의견과 반대 의견이 제시한 논거와 대체로 같다.

종래 판례는 당사자의 양도금지의 의사표시로써 채권은 양도성을 상실한다고 하며 물권적 효력설을 취해 왔다.⁸⁾ 한편 골프회원권과 관련하여 양도금지특약에 반하는 양도계약 자체는 유효하지만 양수인은 채무자나 제3자에 대해 양도를 가지고 대항할 수 없다고 한 대법원판결이 있고,⁹⁾ 간척지분배에 수반하여 수물지구 이재농민에 대한 이주대책으로 전라북도가 이주민에 대해 장래 간척지공사 완공 시 일정 논토를 분배받는 기대권 내지 지위를 부여함에 있어서 그 양도를 금지한 경우에도 양수인이 그 권리를 전라북도에 대해 주장할 수 있는가의 문제와는 별개로 제3자에 대한 양도행위가 당연 무효가 되는 것은 아니라고 한 대법원판결도 있다.¹⁰⁾ 이 판결들을 들어 판례가 때로는 채권적 효력설을 취하기도 한다거나 채권적 효력설에 가까운 태도를 취하기도 한다고 보는 견해가 있다.¹¹⁾ 반면에 위 판결들이 채권적 효력설을 취한 것으로 보기 어렵다는 견해도 있다.¹²⁾ 골프장회원권에 관한

도금지특약과 전부명령”, 영남법학(제43집), 영남대학교 법학연구소(2016. 12.), 37면.

7) 권영준, “2019년 민법 판례 동향”, 서울대학교 법학(제61권 제1호), 서울대학교 법학연구소(2020. 3.), 574~582면; 김상윤, “양도금지특약을 위반한 채권양도의 효력”, 재판과 판례(제29집), 대구판례연구회(2020), 133면; 김선석, “지명채권양도의 증명책임”, 사법논집(제23집), 법원행정처(1992. 12.), 219면 주43; 배성호, “양도금지특약에 반한 채권양도의 효력 -대법원 2019. 12. 19. 선고 2016다24284 전원합의체 판결-”, 영남법학(제52호), 영남대학교 법학연구소(2021. 6.), 19면; 윤철홍, “채권양도의 금지특약에 관한 소고”, 법조(제59권 제12호), 법조협회(2010. 12.), 17면; 윤진수, 『민법기본판례(제2판)』, 홍문사(2020), 373면, 이진호, 앞의 논문(주3), 9면; 전우정, 앞의 논문(주3), 122면; 지선경, “채권양도금지특약과 이를 위반한 채권양도의 효력”, 민사판례연구(XLIII), 민사판례연구회(2021), 350면; 지원림, 앞의 논문(주3), 973~974면; 최수정, “지명채권의 양도금지특약 재고”, 민사법학(제38호), 한국민사법학회(2007. 9.), 159면.

8) 대법원 2000. 4. 7. 선고 99다52817 판결; 대법원 2009. 10. 29. 선고 2009다47685 판결.

9) 대법원 1989. 11. 10. 선고 88다카19606 판결; 대법원 2000. 3. 10. 선고 99다70884 판결.

10) 대법원 1981. 6. 23. 선고 80다2664 판결.

11) 권영준, 앞의 논문(주7), 574면; 김선석, 앞의 논문(주7), 219면 주43; 김용담 편집대표, 『주석민법 채권총칙3(제4판)』, 한국사법행정학회(2014), 351~352면(최수정 집필부분), 351~352면; 윤철홍, 앞의 논문(주7), 14~15면, 이동진, 앞의 논문(주6), 466면.

12) 고상현, “채권양도의 요건 -양도제한특약과 이에 반하는 양도의 효력을 중심으로-”, 민사법학(제82호), 한국민사법학회(2018. 2.), 368면; 김윤중, “양도금지특약을 위반한 채권양도의 효력”, 사법(제53호), 사법발전재단(2020. 9.), 850면; 오수원, 앞의 논문(주3), 16면; 전원열, “채권양도금지 특약의 효력”, 민사법학(제75호), 한국민사법학회(2016. 6.), 170면 주9; 지선경, 앞의 논문(주7), 324면 주23. 한편 이창현, 앞의 논문(주 6), 259면은 판례가 골프장회원권의 양도에 관하여 채권적 효력설을 견지하고 있는데 이는 골프장회원권의 양도가 단순히 지명채권양도와는 법적 성질이 다르기 때문이라는 취지로 설명

위 판결의 사안은 회원권양도를 금지하는 특약이 있는 것이 아니라 회원권 양도·양수에 있어 절차상 회사의 승인을 받도록 한 경우이다. 또한 위 판결은 양도인과 양수인 사이의 양도계약이 유효하지만 이로써 당사자 이외의 자, 즉 채무자뿐 아니라 제3자에게도 대항할 수 없다고 판시하고 있다. 이와 달리 채권적 효력설은 기본적으로 채권자가 채무자에 대하여 채권을 양도하지 않을 의무를 부담할 뿐 양도금지특약을 위반한 채권양도도 양도인과 양수인 사이뿐만 아니라 채무자 및 제3자에 대하여도 유효하다는 것인바, 이 점에서도 위 판결이 채권적 효력설을 취하였다고 보기는 어렵다. 또한 수몰지구 이재농민의 토지분배 기대권 내지 지위에 관한 판결은 위 기대권 내지 지위의 법적 성질에 관한 것으로 채권양도에 있어서의 물권적 효력설 또는 채권적 효력설이 문제되는 사안도 아니어서 위 판결이 채권적 효력설을 취하였다고 보기 어렵다. 더욱이 반대의견이 채권적 효력설로의 전환을 주장하면서도 위 판결들에 대하여는 언급하지 않고 있다. 다수의견은 양도금지특약을 위반하여 이루어진 채권양도는 원칙적으로 효력이 없다는 통설과 견해를 같이하는 상당수의 대법원판결이 선고되어 재판실무가 안정적으로 운영되고 있고, 이러한 판례의 법리는 그대로 유지되어야 한다고 하며 물권적 효력설의 입장을 명확히 하고 있다.

2. 제449조 제2항의 체계 및 문언의 해석

가. 제449조 제1항과의 관계

(1) 견해의 대립

(가) 물권적 효력설

다수의견은 지명채권은 유통성을 본질로 하는 증권적 채권과는 달리 채권자와 채무자 사이의 인격적 연결이라는 측면과 채권자의 재산이라는 측면을 동시에 지니고 있고, 민법은 이러한 특성을 고려하여 제449조 제1항에서는 채권양도의 자유를 원칙으로 선언하면서도 제2항 본문에서 당사자의 의사표시에 의하여 양도를 금지할 수 있다고 한다.

이에 대하여 물권적 효력설의 입장에서 양도의 자유와 양도금지의 자유는 둘 다 사적자치의 발현으로 대등한 위치에 있다고 하며 다수의견이 원칙이라는 단어를 쓰기는 하였지만 그 실질은 제449조 제1항과 제2항은 원칙과 예외가 아니라 병존하는 2개의 원칙이라고 보

하고 있다.

■ 법조 제71권 제4호(통권 제754호) 판례평석

는 것이 더 합당할 것이라고 하며 다수의견이 양자 사이의 원칙과 예외론을 부정하는 것이라고 보는 견해가 있다.¹³⁾ 한편 제449조 제2항이 제1항에 대한 예외라는 것은 제449조 법문의 형식과 구조에 의해 명백하다고 하면서 이는 물권적 효력설을 바탕으로 한 것이라는 견해도 있다.¹⁴⁾ 또한 문언해석의 관점에서 보면 제449조의 표제(채권의 양도성)에서 보는 바와 같이 채권의 양도성 원칙이 당사자의 약정에 의하여 제한될 수 있음을 상정하고 있다고 설명하기도 한다.¹⁵⁾

(나) 채권적 효력설

반대의견은 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 한다고 본다. 따라서 당사자 사이의 양도금지특약으로 제3자에 대한 관계에서까지 채권의 양도성을 박탈하는 합의를 인정하는 것은 채권의 양도성을 인정하는 원칙을 무의미하게 만들 수 있으므로 양도금지특약은 그 당사자만을 구속할 뿐이고 이를 위반하는 채권양도는 원칙적으로 유효하다고 보아야 한다는 것이다.

채권적 효력설을 취하는 견해는 위 반대의견과 같이 제449조 제1항과 제2항이 원칙과 예외의 관계에 있음을 강조하며 양도금지특약은 양도성을 파괴하지 않는 범위에서 인정되어야 하므로 양도금지특약이 대세적 효력을 갖는다고 볼 수 없다고 한다.¹⁶⁾

(2) 검토

제449조가 채권의 양도성이라는 표제 하에 제1항 본문에서 채권양도의 자유를 원칙으로 선언하면서 제2항에서 당사자의 의사표시에 의하여 채권의 양도성 원칙이 제한될 수 있음을 규정하고 있다. 채권의 양도가 가능함이 원칙이고 양도금지특약이 있는 경우가 예외라고 볼 수 있으나, 그렇다고 하여 채권적 효력설과 같이 양도금지특약에 의해 채권의 양도성이 상실될 수 없다고 보아 이를 위반하는 채권양도도 원칙적으로 유효하다고 해석하는 것은 위 규정의 체계 및 문언의 해석상 타당하지 않다. 제449조 제1항은 채권은 양도할 수 있음이 원칙이라는 것을 규정하면서, 제2항은 채권 양도성의 원칙이 예외적으로 당사자의 의사

13) 김동훈, 앞의 논문(주6), 29~30면.

14) 오수원, 앞의 논문(주3), 18면.

15) 이창현, 앞의 논문(주6), 266면(주199에서 한국민사법학회 2020년 제3회 판례연구회에서 양창수 교수님이 지적하여 준 것임을 밝히고 있다).

16) 김상윤, 앞의 논문(주7), 122~123면; 최수정, 앞의 논문(주7), 153~154면.

표시에 의해 제한될 수 있다는 것, 즉 채권은 양도성이 있으나 양도금지특약에 의해 그 양도성을 상실할 수 있음을 규정하고 있다고 해석하는 것이 타당하다.

나. 제449조 제2항 본문의 해석

(1) 견해의 대립

(가) 물권적 효력설

다수의견은 제449조 제2항 본문이 당사자가 양도를 반대하는 의사를 표시한 경우 채권을 양도하지 못한다고 규정한 것은 양도금지특약을 위반한 채권양도의 효력을 부정하는 의미라고 해석하여야 하고, 법조문에서 ‘양도하지 못한다’고 명시적으로 규정하고 있음에도 이를 ‘양도할 수 있다’고 해석할 수는 없다고 한다.

물권적 효력설을 취하는 견해는 문언의 일반적인 의미로 볼 때 ‘양도하지 못한다’는 문구는 양도할 수 없다는 뜻이고 따라서 양도하더라도 효력이 발생하지 않는다는 뜻으로 해석되는 것이 자연스럽고, 법문에서 양도하지 못한다고 한 것을 양도할 수 있다고 해석할 수도 없다고 한다.¹⁷⁾

(나) 채권적 효력설

반대의견은 제449조 제2항 본문의 문언과 체계에 비추어 볼 때 양도금지특약은 당사자 사이에만 효력이 미치는 것으로 보는 것이 합리적이라고 한다. 즉 제449조 제2항 본문에서 ‘양도하지 못한다’고 한 부분은 그 문언 그대로 당사자가 채권의 양도성에 반하여 양도를 금지하는 약정을 한 경우 채권자가 그 약정에 따라 채무자에 대하여 ‘채권을 양도하지 않을 의무’를 부담한다는 취지로 해석함이 타당하고, 반대로 단지 ‘양도하지 못한다’고 한 것을 양도금지특약으로 채권의 양도성이 상실되어 그 특약에 반하는 채권양도는 무효라고 해석하는 것은 문언의 통상적 의미를 벗어난다고 한다.

채권적 효력설을 취하는 견해는 위 반대의견과 같이 ‘양도하지 못한다’와 ‘양도의 효력이 없다’는 같은 의미가 아니라고 한다. ‘양도하지 못한다’는 양도금지의 당위를 선언한 것일 뿐이고, 그 금지에 반하는 행위의 효력은 별도 문제로 다루어져야 하며, 이는 강행규정과 임의규정의 논의에서와 같이 마치 어떤 행위를 금지하는 규정이 있다고 하여 그 금지에 반하는 행위의 효력이 언제나 부정되지는 않는 것과 같다고 한다.¹⁸⁾

17) 김동훈, 앞의 논문(주6), 27면; 오수원, 앞의 논문(주3), 17면.

(2) 검토

‘양도하지 못한다’는 문언이 반드시 ‘양도할 수 없다’, 따라서 ‘양도는 효력이 없다’라고 해석되는 것은 아닐 것이다. 그러나 문언의 의미상 양도금지특약이 있는 경우 채권자가 채권을 양도하지 않을 의무를 부담할 뿐 그에 반하여 채권을 유효하게 양도할 수 있다는 것보다 채권자는 채권을 양도할 수 없어 그에 반하는 양도는 무효라고 보는 것이 자연스럽다.¹⁹⁾ 더욱이 아래에서 살펴보는 바와 같이 제449조 제2항 단서의 해석을 보태어 보면 물건적 효력설이 더욱 타당하다.

이에 대하여 만약 민법이 물건적 효력설과 같이 양도금지특약에 제3자에 대한 대세효를 인정할 의도였다면 ‘양도는 효력이 없다’라고 규정하는 것이 옳았을 것이라고 하며 ‘양도하지 못한다’는 문언이 반드시 ‘양도의 효력이 없다’는 의미와 동일한 의미라고 단정하여 해석할 수는 없다는 견해도 있는데,²⁰⁾ 물론 ‘양도는 효력이 없다’라고 규정했다더라면 양도금지특약에 반하는 양도는 무효라는 것이 명확하겠지만 그렇지 않더라도 ‘양도는 효력이 없다’는 의미로 보는 것이 문언에 충실한 해석이다.²¹⁾

다. 제449조 제2항 단서의 해석

(1) 견해의 대립

(가) 물건적 효력설

다수의견은 제449조 제2항 단서는 본문에 의하여 양도금지특약을 위반하여 이루어진 채권양도가 무효로 됨을 전제로 하는 규정이고, 따라서 양도금지특약을 위반한 채권양도는 당연히 무효이지만 거래의 안전을 보호하기 위하여 선의의 제3자에게 그 무효를 주장할 수 없다는 의미로 해석함이 그 문언 및 본문과의 관계에서 자연스럽다고 한다.

18) 권영준, 앞의 논문(주7), 575면; 김상윤, 앞의 논문(주7), 123면; 배성호, 앞의 논문(주7), 14면.

19) 전우정, 앞의 논문(주3), 117면은 채권적 효력설을 취하면서도 제449조 제2항의 본문의 규정에 의하면 현행 민법상으로는 물건적 효력설이 유력한 것으로 보인다고 한다.

20) 김상윤, 앞의 논문(주7), 124면.

21) 김대휘, “법률해석의 방법”, 판례연구(제34집 1권), 서울지방변호사회(2020), 279면도 모든 법 규정의 해석의 출발점은 법률의 문언이고, 법률 문언에 대한 주의 깊은 분석과 인식은 적합한 해석의 제1보라고 하며, 채권은 당사자가 반대의 의사를 표시한 경우에는 양도하지 못한다는 제449조 제2항의 규정의 문언은 명백해 보이고, 따라서 다수의견은 양도금지특약이 있는 채권의 양도는 단서의 양수인이 선의인 경우 이외에는 무효라고 하여 문언에 충실한 해석을 하였다고 평가하고 있다.

물권적 효력설을 취하는 견해는 제449조 제2항 단서를 선의의 양수인을 ‘보호’하는 규정으로 이해한다. 양도금지특약으로 채권은 양도성을 잃게 되나 위 단서 규정에 의해 그 비양도성은 절대적이 아니라 상대적이고, 따라서 악의의 양수인에 대하여는 채권이전의 효과가 발생하지 않으나 선의의 양수인에 대하여는 채권이전의 효과는 생기고 다만 양도인이 채무자에 대하여 특약불이행의 책임을 지게 될 뿐이라고 한다.²²⁾

(나) 채권적 효력설

반대의견은 양도금지특약의 효력은 원칙적으로 특약의 양 당사자만을 구속하므로 이를 위반하여 이루어진 채권양도도 양수인의 선의·악의와 상관없이 유효하나, 제449조 제2항 단서가 특별히 채무자에게 이행거절의 항변권을 부여하여 악의의 양수인에게는 대항할 수 있도록 하였다고 해석하는 것이 채권적 효력설의 본질에 가장 부합한다고 한다.

채권적 효력설을 취하는 견해는 제449조 제2항 단서는 악의의 양수인의 보호를 ‘배제’하는 규정으로 이해한다. 양도금지특약을 위반한 채권양도도 양수인의 선의·악의와 상관없이 유효하나, 제449조 제2항 단서에 의해 정책적으로 악의의 양수인에 대한 보호가 배제되어 채무자는 악의의 양수인에 대하여 대항할 수 있다고 한다.²³⁾

(2) 검토

채권적 효력설 중에는 제449조 제2항 단서에 의하여 채무자는 악의의 양수인에게 악의의 항변에 의해 ‘양도행위의 무효’를 주장할 수 있다고 하는 견해가 있다.²⁴⁾ 이에 의하면 악의의 항변은 악의의 양수인에 대한 양도행위가 무효임을 주장하는 것을 의미한다고 이해될 수 있는데, 그렇다면 양수인의 선의·악의를 불문하고 채권양도가 유효하다는 것을 전제로 하는 채권적 효력설의 설명으로는 적절하다고 보기 어렵다. 따라서 물권적 효력설의 입장에서 위와 같은 채권적 효력설의 악의의 양수인에 대한 양도무효의 항변은 양도무효라는 물권적 효과를 주장하는 것에 지나지 아니하므로 결국 양도금지의 효과를 물권적으로 파악하고 있는 것이라든가,²⁵⁾ 채권적 효력설에서도 악의의 제3자에 대한 양도무효의 항변은 양

22) 박윤직, 앞의 책(주6), 213면; 박윤직 편집대표, 앞의 책(주6), 567면(이상훈 집필부분); 김용한, 앞의 책(주6), 437면; 김주수, 앞의 책(주6), 378면; 김증한 저, 김학동 증보, 앞의 책(주6), 291면; 김형배, 앞의 책(주6), 577면; 오수원, 앞의 논문(주3), 17~18면.

23) 김용덕 편집대표, 『주석민법 채권총칙3(제5판)』, 한국사법행정학회(2020), 527면(최수정 집필부분); 이건호, 앞의 논문(주3), 9면; 지선경, 앞의 논문(주7), 341면; 지원림, 앞의 논문(주3), 972면.

24) 김선석, 앞의 논문(주7), 219면; 김용덕 편집대표, 위의 책, 527면(최수정 집필부분).

25) 서민, 앞의 책(주6), 58면.

■ 법조 제71권 제4호(통권 제754호) 판례평석

도무효라고 하는 물권적 효과를 주장하는 것이 될 것이라는²⁶⁾ 등의 비판이 설득력이 있다.²⁷⁾

반대의견은 제449조 제2항 단서가 채무자에게 악의의 양수인에 대한 이행거절의 항변권을 부여한 것이라고 한다. 즉 제449조 제2항 본문에 의해 양도금지특약이 있는 경우 채권자는 채무자에 대하여 채권을 양도하지 않을 의무를 부담할 뿐 이에 반하는 채권양도는 유효하나 단서에 의해 채무자는 악의의 양수인에 대하여 이행을 거절할 항변권을 가진다는 것이다. 결국 제449조 제2항 단서에 의해 채무자는 악의의 양수인에게 대항할 수 있다는 것인데, '선의의 제3자에게 대항하지 못한다'라는 문언을 바로 '악의의 제3자에게 대항할 수 있다'로 해석할 수 있는지는 의문이다. 채권적 효력설 중에는 위와 같이 해석하는 것이 문언의 본래 의미에 가까운 해석이라고 하는 견해도 있다.²⁸⁾ 그러나 '선의의 제3자에게 대항하지 못한다'라고 하는 것은 양도금지특약을 위반한 채권양도가 무효이나 이를 선의의 양수인에게 대항하지 못한다는 의미로 해석하는 것이 자연스럽고 논리적이다. 만약 채권적 효력설이 주장하는 것처럼 채권자가 채무자에 대하여 채권을 양도하지 않을 의무를 부담할 뿐 채권양도가 유효하다면 채무자는 선의의 제3자에게 무엇을 대항하지 못한다는 것인지를 설명하기 어렵게 된다.²⁹⁾ 제449조 제2항 본문이 채권양도금지특약이 있는 경우에는 채권은 양도성을 상실하고 그에 반하는 양도가 무효라는 의미이므로 단서에서 '악의의 제3자에게 대항할 수 있다'라고 규정하지 않고 '선의의 제3자에게 대항하지 못한다'라고 규정하고 있는 것이다.³⁰⁾³¹⁾ 따라서 제449조 제2항 단서의 체계 및 문언의 해석상 물권적 효력설이

26) 이재성, 앞의 논문(주6), 334면. 박효관, 앞의 논문(주6), 231면도 악의의 양수인에 대한 항변권이 채권적 효과 그 자체에는 없는 반면 악의의 양수인이 채권을 취득할 수 없는 것은 물권적 효과에 내포되어 있는 결과라고 한다.

27) 제449조와 같은 내용의 규정을 두고 있는 일본에서도 종래의 통설인 물권적 효력설이, 채권적 효력설에서의 악의의 제3자에 대한 양도무효의 항변은 양도무효라고 하는 물권적 효과를 주장하는 것에 지나지 않고 결국 물권적 효력설과 채권적 효력설이 모두 악의의 제3자에 대한 관계에서는 양도금지의 효과를 물권적으로 파악하고 있다는 점을 지적하고 있다(西村信雄 編, 『注釋民法(11) 債權(2)』, 有斐閣(1965), 365면(植林弘 執筆部分)).

28) 지선경, 앞의 논문(주7), 341면.

29) 김상윤, 앞의 논문(주7), 125면은 채권적 효력설의 입장에서 제449조 제2항 단서가 그 문언상 본문의 양도금지특약에 따라 '채권자가 채무자에 대하여 부담하는, 해당 채권을 양도하지 않을 의무'를 발생시키는 약정으로써 선의의 제3자에게 대항하지 못한다는 취지로 이해하는 것이 불가능한 것은 아니라고 하나, 이미 언급한 바와 같이 채권자와 채무자 사이에 위와 같은 약정이 있더라도 그에 반하는 채권양도를 유효한 것으로 본다면 채무자는 그 약정으로써 선의의 제3자에게 대항할 것이 없으므로 위와 같은 설명은 적절하지 않다.

30) 물권적 효력설 중에는, 제449조 제2항 단서는 양도금지특약의 효력으로 악의의 제3자에게 대항할 수

타당하다.

3. 입법자의 의사

가. 견해의 대립

다수의견은 제449조 제2항은 의용민법과 동일한 내용으로 제정된 것으로 그 입법 과정에서 민법 제정 후로도 반대의견과 같은 내용의 채권적 효력설이 개진되지 않았으므로 채권적 효력설이 입법에 반영되었다고 볼 수 없고, 또한 입법 과정에서 채권적 효력설이 선택된 것이 맞다면 그에 따라 파생되는 복잡한 법률적인 문제들까지 함께 정리되었을 것임에도 그에 관한 규정을 전혀 마련하지 않았다는 것은 입법자가 물권적 효력설을 택하였음을 방증한다고 한다.

반대의견은 민법 제정 과정에서 양도금지특약을 위반한 채권양도의 효력에 관한 논의는 전혀 없었고, 제정 전은 물론 제정 후에도 한동안 학계나 실무에서 논의가 없었으므로 입법자가 물권적 효력설을 채택하였다고 볼만한 자료는 없고, 또한 민법에 채권적 효력설을 채택할 경우에 발생할 것으로 예상되는 여러 법적 쟁점들을 규율하는 규정이 전혀 없다는 점만으로 입법자가 물권적 효력설을 채택하였다고 평가할 수는 없으며 오히려 양도금지특약을 위반한 행위의 효력을 법원의 해석에 맡긴 것으로 볼 수 있다고 한다.

민법 제정 당시 입법자가 양도금지특약의 효력에 관하여 논의하거나 어떠한 입장인지를 명시적으로 밝힌 자료가 없어 위와 같이 해석을 달리하고 있는바, 먼저 제449조 제2항의 입법 경위를 살펴본다.

있음을 명문으로 규정하는데 이는 선의의 제3자에게는 대항할 수 없다는 뜻이기도 하다고 하여 양자가 전혀 차이가 없다는 취지로 설명하는 견해도 있다(이동진, 앞의 논문(주6), 467~468면). 그러나 오수원, 앞의 논문(주3), 18면은 제449조 제2항 단서는 '선의의 제3자'를 규정하고 있고, '악의의 제3자'를 규정하고 있지 아니하는 점을 물권적 효력설의 근거로 들고 있고, 이상욱, 앞의 논문(주6), 254면은 채권적 효력설은 선의의 제3자에게 대항하지 못한다는 제449조 제2항 단서와 모순되는 문제가 있다고 하며, 이창현, 앞의 논문(주6), 257면도 채권적 효력설에 의하면 양도금지특약을 위반한 채권양도가 유효하므로 채무자가 악의의 양수인에게 대항할 수 있다는 식으로 규율되어야 한다는 등 적절한 지적을 하고 있다. 또한 권영준, 앞의 논문(주7), 575면은 채권적 효력설을 지지하면서도 선의의 양수인 보호에 관한 제449조 제2항 단서는 물권적 효력설과 좀 더 자연스럽게 어울린다는 점을 인정하고 있다.

- 31) 반면에 채권적 효력설을 채택한 2013년 법무부 민법개정시안 제449조의2 및 개정 일본민법(2017. 6. 2. 법률 제44호, 2020. 4. 1. 시행) 제466조 제2항은 '악의의 제3자에게 대항할 수 있다'고 규정하고 있다.

■ 법조 제71권 제4호(통권 제754호) 판례평석

나. 제449조 제2항의 연혁

제449조는 민법초안 제440조였는데, 민법초안 제440조는 제2항에 ‘채권은’이라는 단어가 없는 것 외에는 제449조와 표제 및 내용이 같다. 민법초안 제440조는 당시 적용되던 일본민법 제466조와 같은 내용을 규정하고 있고, 독일민법 제398조, 제399조, 스위스채무법 제164조, 중국민법 제294조, 만주민법 제437조를 참고하였는데, 만주민법 제437조는 민법초안 제440조와 동일하다. 한편 국내의 입법의견, 비판 및 심의경과에 있어서는 특별한 사항이 없이 원안에 대한 합의에 이르렀다.³²⁾

따라서 민법의 제정과정에서 양도금지특약의 효력에 관한 입법자의 의사가 어떠하였는지는 명확히 드러나 있지 않은데, 이는 입법자가 수용한 것으로 볼 수 있는 일본민법 제466조에 관한 입법자의 의사 및 민법 제정 당시 참고했던 다른 나라의 관련 규정들에 대한 검토를 통하여 추단해 볼 수 있을 것이다.

다. 일본민법 제466조의 입법취지

일본민법 제466조의 입법취지는 다음과 같이 요약할 수 있다. 일본구민법³³⁾ 재산편에는 채권의 양도성 및 양도금지특약에 관한 명문의 규정이 없었으나 채권의 양도에 관한 일본구민법의 규정(재산취득편 제169조, 재산편 제27조, 제29조 등)을 보면 채권의 양도는 허용되는 것이고 이는 다른 나라의 법률에서 취하고 있는 입장과 동일한데, 일본의 관습이 채권의 자유로운 양도를 인정하지 않고 또 채권의 양도를 금지해야 한다는 견해도 있어 채권의 양도를 명백하게 허용하는 조문을 두어 그 허부에 관해서 어떤 의문도 없게 하기 위하여 이를 명문으로 규정하게 되었다. 일본민법 제466조는 채권은 자유롭게 양도할 수 있음을 원칙으로 하고, 다만 당사자가 특별계약으로써 양도를 금하는 채권은 그 예외로서 양도할 수 없게 되는 것이며, 그에 따른 피해를 막기 위하여 당사자의 계약으로써 선의의 제3자를 해할 수 없게 한 것이다.³⁴⁾ 이를 보면 원칙적으로 채권은 자유롭게 양도할 수 있으나 예

32) 민의원 법제사법위원회 민법안심의회 소위원회 편, 『민법안심의회 상권』, (1955), 265면(현행법 및 판례, 학설 란에는 ‘현행법 제466조와 동일하다’라고만 기재되어 있고, 국내 입법의견, 비판 및 심의경과 란에는 아무런 내용도 기재되어 있지 않다).

33) 明治23(1890). 3. 27. 법률 제28호 및 明治23(1890). 10. 6. 법률 제98호.

34) 梅謙次郎, 『民法要義 卷之三 債權編(訂正增補第29版)』, 有斐閣(1909), 204~205면; 廣中俊雄 編, 『民法修正案(前三編)の理由書』, 有斐閣(1987), 447~448면. 입법연혁의 상세는 米倉明, “債權讓渡禁止特約の効力に関する一疑問(-)”, 北大法學論集(22卷 3号), 北海島大學大學院法學研究科(1971), 36면 이하 참조.

외적으로 당사자의 의사표시으로써 양도할 수 없도록 하는 것을 허용하여 양도금지특약으로 채권의 양도성을 없앨 수 있다는 것이 입법자의 의사라고 볼 수 있다.

이에 반하여 일본민법 제466조 제2항은 당시의 다수의 입법례와 달리 특약으로써 채권 양도를 금지하는 것을 허용하는 독일민법, 스위스채무법과 같은 소수의 입법례에 따른 것으로 이는 채권양도제도를 도입하는 데 따른 저항을 완화하려는 당시의 일본의 상황을 반영한 과도기적 입법이고, 따라서 그 입법취지가 채권양도거래가 발달된 현대사회에 반드시 적합한 것은 아니고 또 입법자도 현재와 같은 시대에서까지 그 규정을 고집할 의사가 있었다고 할 수도 없다고 하며 채권적 효력설을 주장하는 견해가 있다.³⁵⁾ 이 견해는 채권양도금지특약의 효력을 해석함에 있어 과도기적이었던 입법 당시의 입법취지에 따를 필요는 없다는 것인데 이 견해 역시 일본민법 제466조의 입법취지는 위에서 본 바와 같이 채권의 양도성을 명시적으로 인정하면서 예외적으로 양도금지특약으로 양도성을 배제하려는 것이었음을 수긍하고 있다.

우리나라에서도 채권적 효력설을 취하는 견해는 일본민법 제466조 제2항의 입법과정에서 입법자는 특약에 반하는 양도의 효력에 대해 직접 입장을 표명하지는 않았다는 점을 지적하기도 하고,³⁶⁾ 그 점과 함께 설령 그때 어떤 의도가 분명히 존재하였더라도 19세기 후반 일본에서의 입법 논의가 오늘날의 한국 법 해석론을 과도하게 좌우해서는 안 되며, 더구나 그 당시에는 채권의 양도성 자체를 놓고도 치열한 논쟁이 벌어지던 시기였는데 이제 채권의 양도성은 당연하게 받아들여질 뿐만 아니라 세계적으로는 그 양도성을 강화하려는 움직임이 발견되므로 입법자의 의도는 이러한 흐름에 비추어 재해석되어야 한다고도 한다.³⁷⁾

그러나 입법자가 양도금지특약의 효력에 관하여 물권적 효력설과 채권적 효력설을 논의하며 그중 어느 입장을 취하는지를 명시적으로 밝힌 것은 아니지만, 입법자는 채권의 양도성에 관하여 채권의 자유로운 양도가 인정되는지, 당사자의 의사표시 양도할 수 없도록 하는 것이 허용되는지에 관하여 논의하고 이에 관한 명문의 규정을 둔 것이다. 따라서 입법자의 양도금지특약의 효력에 관한 입장은 채권의 양도성을 상실하게 하는 것 즉 물권적 효력설이라는 것을 충분히 알 수 있다. 오히려 양도금지특약에 반하는 채권양도도 여전히 유효하고 채권자가 채무자에 대하여 특약에 반하여 채권을 양도하지 않을 의무를 부담할 뿐이라고 해석하는 것은 입법 당시 논의되거나 예상된 바가 아니다. 그리하여 일본의 통설과 판

35) 池田真朝, 『債權讓渡法理の展開』, 弘文堂(2001), 326~331면.

36) 최수정, 앞의 논문(주7), 146~147면.

37) 권영준, 앞의 논문(주7), 581면.

■ 법조 제71권 제4호(통권 제754호) 판례평석

례는 오랫동안 물권적 효력설을 취해 왔다.³⁸⁾ 법규정을 해석함에 있어 입법 당시의 입법자의 의사에만 함몰되어서는 안 되겠지만 그 규정을 둘러싼 문제에 관하여 국제적 흐름이 달라졌다고 하여 입법자의 의도를 달리 해석할 수는 없을 것이다.

라. 참고 입법례

민법 제정 당시 참고한 독일민법 제399조는 “채권은 내용을 변경하지 아니하고는 원래 채권자 이외의 자에게 급부를 할 수 없는 경우 또는 채무자와의 약정에 의하여 양도가 금지된 경우에는 이를 양도할 수 없다.”라고 규정하고 있다. 위 규정의 연혁³⁹⁾을 살펴보면, 당초 독일민법 제1초안 제295조 제2항은 “법률행위에 의하여 채권의 양도성을 배제하더라도 이는 제3자에 대해서는 효력이 없다.”라고 하였고, 이유서에도 계약상의 양도금지는 단지 의무로서만 작용한다고 기재하고 있었는데, 만약 양도금지특약에 물권적 효력을 인정하게 되면 채권양수인이 채무자에 대하여 강제집행을 하려고 할 때 채무자가 그 양도를 부정함으로써 손쉽게 강제집행을 차단해버릴 수 있다는 점이 채권적 효력설의 입장을 취한 주된 이유였다. 그런데 법률안 논의과정에서 양도금지특약에 의해 채권은 양도불가성을 그 채권의 내용 중 일부로 포함하게 되는 것이라는 물권적 효력설의 입장이 받아들여져 독일민법 제2초안 제343조는 제1초안 제295조에서 제2항을 삭제하고 채권의 성질에 따른 양도불능 외에 당사자의 합의에 의한 양도금지를 부가하였고, 이로써 독일민법 제399조가 되었다. 입법자들은 양도금지특약에 의해 거래안전이 침해되지 않을 뿐더러 강제집행상의 문제는 그에 상응하는 절차법 규정을 통해 해결될 수 있다고 보았다. 이와 같은 입법경위에 기하여 독일의 종래의 통설적 견해는 독일민법 제399조는 입법자들이 양도금지특약의 효력에 대하여 물권적 효력설을 취한 것이고, 따라서 양도금지특약은 채권자에게 단순히 양도하지 않을 의무를 부담시키는 것에 그치지 않고 채권으로부터 양도성을 박탈하게 되어 특약에 반하는 양도는 누구에 대한 관계에서든 무효가 된다는 것이다.

이에 관하여 위 다수설과는 달리 양도금지특약의 효력에 대한 입법자의 의사가 명확하지 않다고 하며 채권적 효력설을 취하는 견해가 독일에서 유력하게 제기되고 있고 이는 근래의 입법동향과도 맞닿아 있음을 지적하는 견해가 있다.⁴⁰⁾ 그러나 위와 같이 입법자가 채권

38) 西村信雄 編, 앞의 책(주27), 365면. 最判 昭和52(1977).3.17. 民集31卷2号, 308면; 最判 平成9(1997).6.5. 民集51卷5号, 2053면.

39) 상세 내용은 이창현, 앞의 논문(주6), 234~235면; 전원일, 앞의 논문(주12), 174~175면; 최수정, 앞의 논문(주7), 147~148면 참조.

40) 최수정, 앞의 논문(주7), 148~149면.

적 효력설을 취한 제1초안을 버리고 물권적 효력설을 취한 제2초안을 채택한 입법경위를 보면 입법자의 의사는 물권적 효력설의 입장이 명확하다고 하겠다. 더욱이 국제적인 입법 동향에 맞춰 채권적 효력설을 입법론 또는 해석론으로 주장할 수도 있겠으나 위 규정에 대한 입법자의 의사가 명확하지 않다고 보는 것은 타당하지 않다.

스위스채무법 164조 제1항은 “법률, 약정 또는 법률관계의 성질에 반하지 않는 한 채권자는 자신의 채권을 채무자의 동의가 없더라도 양도할 수 있다.”라고 규정한다. 판례와 통설은 채권법을 지배하는 계약자유의 원칙에 근거하여 양도금지특약의 제3자효를 긍정하며, 따라서 채무자는 양도금지특약으로 양수인에게 대항할 수 있고, 양도금지특약에 반하는 채권양도는 무효이다.⁴¹⁾

이렇듯 민법 제정 당시 참고한 입법례는 물권적 효력설을 취하고 있었다.

마. 소 결

양도금지특약의 효력에 관하여 입법자가 수용한 것으로 볼 수 있는 일본민법 제466조와 입법자가 참고한 독일민법 제399조, 스위스채무법 164조 제1항에 관한 입법자의 의사는 물권적 효력설이다. 따라서 민법의 입법자가 양도금지특약의 효력에 관하여 어느 설을 취할 것인지를 논의한 바가 없다고 하더라도 입법자는 물권적 효력설을 취한 입법례를 따름으로써 물권적 효력설을 채택한 것이라고 볼 수 있다.⁴²⁾ 이 점에서 반대의견이 입법자가 물권적 효력설을 채택하였다고 볼 만한 자료가 없다는 이유로 채권적 효력설을 취하는 데에는 동의하기 어렵다.

4. 국제적 흐름 및 해석론의 범위

가. 견해의 대립

다수의견은 채권의 재산적 성격과 양도성을 제고하는 것이 국제적 흐름이라 하더라도 이

41) 이창현, 앞의 논문(주6), 247면; 전우정, 앞의 논문(주3), 133면.

42) 한편 이상욱, 앞의 논문(주6), 253면은 민법 제정 당시 우리나라의 관습이 일본의 경우와 다르다는 점을 지적한다. 우리나라의 관습이 금전이나 곡식의 대차에 의한 채권은 자유롭게 양도할 수 있고 당사자의 의사표시로 채권양도를 금지하는 예는 거의 볼 수 없으며 이에 대한 관습도 불분명하여(정공식 편역, 『관습조사보고서 개역판』, 한국법제연구원(2000), 240면) 일본의 관습과 다른 점이 있기는 하지만, 이러한 관습이 민법 제정에 어떠한 영향을 미쳤다고 볼 만한 자료가 없으므로 이로써 민법의 입법자의 의사를 달리 파악할 것은 아니다.

■ 법조 제71권 제4호(통권 제754호) 판례평석

는 대부분 제한적 범위 내에서 해석이 아닌 법규정을 통해 달성되고 있으므로 문언상 양도 금지특약을 위반한 채권양도의 효력이 부인된다는 의미가 도출되는 제449조 제2항에도 불구하고 양도금지특약을 위반한 채권양도를 원칙적으로 유효하다고 보는 새로운 해석을 도입하는 데에는 신중할 필요가 있고, 심도 있는 논의를 거쳐 채권적 효력설을 구체화한 후 관련 쟁점들에 관하여 논리적으로 일관되고 정치한 내용을 입법에 반영하는 것은 별론으로 하고, 현재와 같은 상태 하에서의 채권적 효력설을 현행 민법의 해석으로 채택하기는 곤란하다고 한다.

반대의견은 채권거래가 증가함에 따라 양도금지특약을 위반한 채권양도에 관하여 채권적 효력만 인정하는 입법례가 많아지고 있을 뿐만 아니라 우리 민법과 유사한 규정을 두고 있는 일본이 판례를 통하여 채권적 효력설을 채택하고 있는바, 채권의 재산적 성격을 중시하는 현대사회의 흐름을 반영하는 해석이 바람직하고, 채권적 효력설이 그 개념과 내용이 다의적이어서 그로 인해 파생되는 여러 법률문제를 법적으로 정연한 논리에 따라 해결할 수 없다는 이유로 입법을 통해서만 채택될 수 있다는 지적은 옳지 않다고 한다. 채권적 효력설을 취하는 견해는 국제적인 입법동향이 채권적 효력설이라는 점을 그 주된 근거 중 하나로 들고 있다.⁴³⁾

나. 국제적 입법동향⁴⁴⁾

UNIDROIT의 국제팩토링에 관한 협약(Convention on International Factoring) 제6조 제1항, 유엔국제채권양도협약(United Nations Convention on the Assignment of Receivables in International Trade) 제9조, UNIDROIT의 국제상사계약원칙(Principle of International Commercial Contracts) 제9.1.9조는 일정 범위의 채권에 대하여 양도 금지특약에 반하는 채권양도가 유효하다고 규정하고 있다. 또한 유럽계약법원칙(Principles of European Contract Law) 제11:203조는 양도금지특약에 반하는 양도가 양도인과 양수인 간의 법률관계에 영향을 미치지 않는다고 규정하고, 유럽민사법 공통기준안(Draft

43) 권영준, 앞의 논문(주7), 575, 578~579면(채권양도처럼 속성상 국경을 뛰어넘어 이루어지는 법 현상에 관한 좋은 법 해석론은 국제적 흐름을 합리적으로 반영한 해석론이라야 하는데 채권적 효력설이 국제적 흐름과 더 가깝다고 한다); 지원립, 앞의 논문(주3), 974면(국제적인 입법동향에서 채권적 효력설이 대세인 점을 들어 채권적 효력설에 찬성하고 있다); 최수정, 앞의 논문(주7), 153면(근래의 입법이 특약에 반하여 채권을 양도할 채권자의 정당한 이익과 양수인의 보호에 주목하면서 특약의 효력을 가능한 한 그 당사자에게 제한하려는 경향을 보인다는 점을 채권적 효력설을 취하는 근거로 들고 있다).

44) 각국의 입법례에 관한 상세 내용은 김용덕 편집대표, 앞의 책(주23), 520~526면(최수정 집필부분); 전우정, 앞의 논문(주3), 122~149면; 전원열, 앞의 논문(주12), 174~187면 참조.

Common Frame of Reference) III. 제5:108조 제1항은 양도금지특약이 채권의 양도성에 영향을 미치지 않는다고 규정한다.

이와 같이 국제거래에 있어 양도금지특약에 반하는 양도에 대하여 효력을 인정하여 채권의 양도성을 제고하려는 경향은 국내법에서도 보인다. 그 예로 미국의 통일상법전(Uniform Commercial Code) 제2A-303조(2), 제9-401조(b)는 양도금지특약이 채권양도의 효력에 영향을 미치지 않는다고 규정하고 있고, 1994년 개정된 독일상법 제354a조 제1항은 상행위로 인한 금전채권 등의 양도금지특약에 반하는 양도에 대하여 그 효력을 인정하고 있으며, 2005년 개정된 오스트리아민법은 제1396조의a를 신설하여 쌍방적 상행위로부터 발생하는 금전채권에 대하여 채권적 효력설을 채택하였다.

반대의견을 비롯하여 채권적 효력설을 취하는 견해는 양도금지특약을 위반한 채권양도에 대하여 채권적 효력만 인정하는 입법례가 많아지고 있다는 점을 그 근거로 들고 있다. 그러나 채권의 재산적 성격과 양도성을 제고하는 것이 국제적 흐름이라고 할 수 있겠으나 국제 물품거래나 국내의 상거래로 인한 채권이나 금전채권 등 일정한 범위의 채권을 넘어 지명채권 일반에 대하여 채권적 효력설로 전환하는 것이 국제적 흐름이라고까지 보기는 어렵다.⁴⁵⁾ 일본민법이 2017년 개정을 통해 채권적 효력설을 명시적으로 채택하였으나, 반면 스위스채무법은 채권적 효력설을 채택하는 개정안이 마련되었으나 입법에 이르지 못하는 못하였고, 독일민법도 여전히 물권적 효력설을 견지하고 있다.

다. 일본판례의 태도

채권의 재산적 성격과 양도성을 제고하는 국제적 흐름은 해석이 아닌 법규정을 통해 달성되고 있다는 점을 지적하는 다수의견에 대하여 반대의견은 일본민법 개정 전에 판례가 채권적 효력설을 채택하였다는 점을 강조하는데 과연 그러한지를 살펴본다. 반대의견에서 말하는 판례는 最判 平成21(2009).3.27.⁴⁶⁾인 것으로 보인다. 위 판결의 사안은 양도인이 양도금지특약에 반하여 양수인에게 공사대금채권을 양도하였는데 양수인이 채무자에게 이행을 구하자 그 사이에 특별청산절차가 개시된 양도인(대표자: 특별청산인)이 채권양도의 무효를 주장하여, 채무자가 불확지 공탁을 하였고, 이에 양도인이 양수인을 상대로 공탁금

45) 이창현, 앞의 논문(주6), 265면 주196은 범통합작업의 결과물인 유럽계약법원칙(PECL)이나 공동참조초안(DCFR)과 국제협약보다는 단일 국가의 대법전이 보다 무겁게 고려되어야 할지도 모른다고 하며, 독일, 스위스, 네덜란드가 지명채권 일반에 대하여 물권적 효력설을 취하고 있는 점을 강조하고 있다.

46) 民集63卷3号, 449면.

■ 법조 제71권 제4호(통권 제754호) 판례평석

출급청구권확인을 청구한 것이다.

제1심은 물권적 효력설에 따라 채권양도가 무효라고 하여 원고의 청구를 인용하였고, 원심판결은 항소를 기각하였는데, 최고재판소는 다음과 같은 이유로 원심판결을 파기하고 제1심판결을 취소하고 원고의 청구를 기각하였다. ①채권의 양도성을 부정하는 의사를 표시한 양도금지특약은 채무자의 이익을 보호하기 위하여 붙여지는 것이다. 그렇다면 양도금지특약에 반하여 채권을 양도한 채권자는 그 특약의 존재를 이유로 양도의 무효를 주장할 독자적인 이익을 갖지 않는 것이고, 채무자에게 양도 무효를 주장할 의사가 있는 것이 명백하다는 등의 특단의 사정이 없는 한 그 무효를 주장하는 것은 허용되지 않는다고 해석함이 상당하다. ②원고는 스스로 양도금지특약에 반하여 이 사건 채권을 양도한 채권자이고, 채무자는 이 사건 채권양도의 무효를 주장하지 아니한 채 채권자 불확지를 이유로 이 사건 채권의 채권액에 상당한 금원을 공탁하고 있다. 그렇다면 원고에게는 양도금지특약의 존재를 이유로 하는 이 사건 채권양도의 무효를 주장할 독자적인 이익은 없고, 위 특단의 사정의 존재도 인정되지 아니하므로 원고가 채권양도의 무효를 주장하는 것은 허용되지 않는다.

위 판결에 대하여는 양도금지특약에 반하여 채권을 양도한 양도인이 스스로 채권양도의 무효를 주장하는 것은 신의칙(금반언원칙)에 반한다는 일반법리의 적용일 뿐이라는 견해도 있으나,⁴⁷⁾ 위 판결은 그와 같은 구성을 취하지 않고 양도의 무효를 주장할 독자적인 이익이라는 개념을 들어 양도인을 무효주장자에서 배제한 것으로 봄이 타당하다. 그 배경에는 특별청산인은 회사, 주주 및 채권자에 대하여 공평하고 성실하게 청산사무를 행할 의무를 부담하므로 중립적인 입장에 있다고 할 수 있어 양도인과 일체적 관계에 있다고 할 수 없는 특별청산인의 무효 주장을 신의칙에 반한다고 평가하기 곤란하다는 점이 있다고 할 수 있다.⁴⁸⁾

위 판결에 관여한 재판조사관은 위 판결이 채권적 효력설을 취한 것이라는 취지로 판례 해설을 하였다.⁴⁹⁾ 그 이후 위 판결의 취지는 양도금지특약의 효력을 가장 약한 채권적 효

47) 池田真朗, “債權讓渡禁止特約と讓渡人からの援用の否定 -最二小判平21.3.27をめぐって-”, 金融法務事情(1873号), 金融財政事情研究会(2009.7). 9면, 12면(특별청산인이 선임되기는 했으나 동일 법인이 행하는 모순행위에 대하여는 신의칙(금반언원칙)이 적용되는 것이 적절하고 위 판결도 그 일례로서 평가되어야 하며, 따라서 위 판결의 결론을 도출하는 결정적인 요소는 신의칙위반이고, 위 판결을 형식적으로 착오 등에서와 같은 무효주장자의 범위라고 하는 기준을 세워 이해하는 것은 적절하지 않다고 한다.

48) 関武志, “讓渡禁止特約に反して債權を讓渡した債權者が讓渡の無効を主張することの可否”, 判例時報(2063号), 判例時報社(2010.3), 167면.

49) 高橋讓, “讓渡禁止の特約に反して債權を讓渡した債權者が同特約の存在を理由に讓渡の無効を主張することの可否”, 最高裁判所判例解説 民事篇 平成21年度, (2012), 257~259면(위 판결은 양도금지특약에 반하는

력으로 이해하는 것이라고 하는 견해도 있고,⁵⁰⁾ 위 판결에 의해 물권적 효력설에 동요가 있었다고 하는 견해도 있다.⁵¹⁾ 한편 일본민법 개정 논의 과정에서, 위 판결의 구성을 한 방향으로 밀고 나가면 물권적 효력설을 취한 종래의 판례를 부정하는 것이 될 수도 있다는 취지의 발언도 있었다.⁵²⁾

그러나 위 판결 역시 여전히 물권적 효력설의 입장이라고 보는 것이 다수의 견해이다.⁵³⁾ 다수의 견해가 적절히 해석하고 있는 바와 같이 위 판결은 양도금지특약에 반하는 채권양도는 무효임을 전제로 하고 있고, 다만 채무자가 채권양도의 무효를 주장하지 않은 상황에서 양도인의 특별청산인이 채무자가 아닌 양수인을 상대로 채권양도의 무효를 주장하는 것이 제한될 수 있다는 것일 뿐이며, 더욱이 채권양도의 무효를 주장할 수 있는 자를 채무자에 한정하는 취지가 아니므로 채권적 효력설에 입각한 것이라고 할 수 없다.⁵⁴⁾

그럼에도 불구하고 우리나라에는 물권적 효력설을 비판하면서, 위 판결로써 일본의 판례가 채권적 효력설을 취하였다는 취지로 설명하거나,⁵⁵⁾ 위 판결로써 최고재판소의 입장은 채권적 효력설을 취한 것이라고 정리되어 일본의 판례는 채권적 효력설을 취한 것이라고 일반적으로 이해되고 있다거나,⁵⁶⁾ 위 판결에 따르면 양도인은 악의의 양수인에게도 채권양

양도의 효력에 있어서는 상대적 무효 내지 취소적 무효라고 여겨지는 것의 특징을 많이 갖고 있고, 무효주장자의 범위에 있어서도 법의 취지가 채무자 보호를 목적으로 하고 있는 것에서 보면 채무자에게 무효를 주장할 의사가 없는 경우에는 원칙적으로 다른 사람이 무효를 주장할 이익은 없다고 판단한 것으로 추측된다고 하면서, 이는 일본민법 제466조 제2항에서 말하는 무효주장자의 범위를 한정적으로 해석해야 한다고 판단한 것이고 민법에 있어서의 무효의 해석에 대하여 하나의 법리를 제시한 것이라는 점에 의의가 있다고 한다).

- 50) 我妻榮 外, 『我妻·有泉コンメンタル 民法 -總則·物權·債權-(第5版)』, 日本評論社(2018), 906면(다만 그러한 판례의 취지에 대하여는 의문을 표시하고 있다).
- 51) 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), 104면; 中田裕康 外, 『講義 債權法改正』, 商事法務(2018), 208면.
- 52) 債權法研究會 編, 『詳說 改正債權法』, 金融財政事情研究會(2017), 218면(小野傑 執筆部分).
- 53) 石田剛, 『債權讓渡禁止特約の研究』, 商事法務(2013), 99면; 石田剛, “讓渡禁止特約に違反して債權を讓渡した債權者が讓渡の無効を主張することの可否”, 法学教室(353号), 有斐閣(2010.2), 19면; 潮見佳男, 『新債權總論Ⅱ』, 信山社(2017), 391~393면; 関武志, 앞의 논문(주48), 167면; 赫高規, “債權讓渡禁止特約と債權法改正”, NBL(987号), 商事法務研究會(2012.10), 12~14면; 中田裕康, 『債權總論(新版)』, 岩波書店(2011), 511면, 513면; 吉永一行, “禁止特約に反した債權讓渡の無効主張權者”, 法学セミナ(655号, 日本評論社(2009.7), 120면.
- 54) 특히 石田剛, 위의 책, 99면 및 赫高規, 위의 논문, 13~14면 주13은 만약 위 판결이 채권적 효력설로의 전환을 의도한 것이라면 그 취지를 명시했어야 하고 물권적 효력설을 취한 最判 平成9(1997).6.5. 民集51卷5号, 2053면과의 관계를 명확히 밝혔어야 한다고 지적하고 있다.
- 55) 김용덕 편집대표, 앞의 책(주23), 522면(최수정 집필부분).

■ 법조 제71권 제4호(통권 제754호) 판례평석

도의 무효를 주장할 수 없고, 개정 일본민법 제466조 제3항이 제3자에게 대항할 수 있는 주체가 채무자임을 명확하게 규정한 것은 위 판결을 반영한 것으로 채무자는 악의 또는 중과실의 양수인 기타 제3자에게 채권양도금지특약으로 대항할 수 있지만 양도인은 양수인에게 채권양도의 무효를 주장할 수 없다고 하는⁵⁷⁾ 견해들이 있다.⁵⁸⁾ 그러나 앞서 본 바와 같이 위 판결이 채권적 효력설을 취한 것이 아닐 뿐만 아니라 일본의 학자들 사이에서 일반적으로 그렇게 이해되지도 않고 있으며, 또한 개정 일본민법 제466조 제3항⁵⁹⁾은 위 판결을 반영한 결과라기보다 제466조 제2항⁶⁰⁾에서 채권적 효력설을 취함으로써 채권양도금지특약을 위반한 채권양도는 유효하므로 양수인이 악의 또는 중과실인 경우에도 채권자는 양도인이 아니라 양수인이라는 것을 바탕으로 한 규정이라고 보는 것이 타당할 것이다. 따라서 일본이 일본민법 개정 전에도 판례를 통하여 채권적 효력설을 채택하였다고 하는 반대의견은 타당하지 않다.

라. 해석론의 범위

양도금지특약의 효력에 관한 국제적 흐름이 채권적 효력설 쪽으로 가고 있어 그 흐름을 따르고자 한다면 그것은 어디까지나 입법을 통해서 그 목적을 이룰 것이지 판례변경을 통한 것은 아니다. 더욱이 규정의 체계와 문언의 해석 및 입법자의 의사를 통해서 물권적 효력설을 취한 것을 명백히 알 수 있는 상황에서 입법이 아닌 판례변경을 통해 채권적 효력설로 전환하는 것은 타당하지 않고, 그것은 오히려 국제적 흐름에 반하는 것이 될 것이다.

이에 대하여 민법은 쉽게 바꿀 수 있는 법이 아니고 두 차례의 민법(재산법) 개정 시도가 좌절된 것을 들며 입법을 통한 해결은 민법에서는 어려운 일이고 법의 문언의 의미를 구체화하는 법원의 역할이 중요하므로 민법의 문언이 중립적이고, 입법자의 의도도 명확하지 않다면 변화된 사회상과 세계적 논의 흐름을 반영하여 채권적 효력설을 입법론이 아닌 해석

56) 전원열, 앞의 논문(주12), 182면.

57) 전우정, 앞의 논문(주3), 129~130면.

58) 이창현, 앞의 논문(주6), 264면 주189는 물권적 효력설의 입장에 서면서도 위 판결을 들어 일본 최고재판소의 판례는 채권양도금지특약이 채무자의 이익을 위한 것이므로 채무자만이 채권양도의 무효를 주장할 수 있다고 한다고 설명한다.

59) “전항에 규정하는 경우에는 양도제한의 의사표시가 있음을 알거나 또는 중대한 과실로 알 수 없었던 양수인 기타 제3자에 대해서는 채무자는 그 채무의 이행을 거절할 수 있고, 또한 양도인에 대한 변제 기타의 채무를 소멸시키는 사유로써 그 제3자에게 대항할 수 있다.”

60) “당사자가 채권의 양도를 금지하거나 제한하는 취지의 의사표시를 하였을 때라도 채권의 양도는 그 효력을 방해받지 않는다.”

론으로 채택할 수 있다고 하며 반대의견에 찬성하는 견해가 있다.⁶¹⁾ 그러나 앞서 본 바와 같이 문언이나 입법자의 의도는 물권적 효력설임이 명확하고, 입법을 통한 해결이 어렵다는 이유로 입법에 맡겨야 할 문제를 법원이 해석을 통하여 해결하려는 것은 타당하지 않다.

한편 물권적 효력설에서 채권적 효력설로 전환하는 입법을 한 일본의 경우 양도금지특약을 위반한 채권양도를 유효한 것으로 인정함으로써 문제 될 수 있는 개별적인 법률관계에 관하여 상세한 조문을 두고 있다.⁶²⁾ 채권적 효력설은 입법례에 따라 그 내용이 다양한데, 개정 일본민법은 채권적 효력설을 취하면서 그로 인하여 생길 수 있는 여러 쟁점에 관한 규정을 두어 입법적으로 보완조치를 취한 것이다. 이렇듯 채권적 효력설을 채택한 명문의 규정을 두더라도 다양한 쟁점들에 대하여 해석이 나뉠 수 있어 세부규정을 두는 상황에서 그와 달리 물권적 효력설로 해석되는 규정을 둔 우리 민법 하에서 채권적 효력설로 전환하는 것은 해석론으로 채택할 수 있는 것은 아니라고 본다.⁶³⁾

III. 채무자의 사후승낙

이 사건에서 피고는 채권이 양도되었다는 이유로 지급을 거절하고 있는데 이는 양도금지특약이 있는 채권의 양도를 사후에 승낙한 것으로 볼 수 있다. 양도금지특약에도 불구하고 채권이 양도된 경우에 채무자가 이를 승낙할 수 있는지, 그 법적 성질은 무엇이며 소급효가 있는지 및 양도인에 대하여 회생 또는 파산절차가 진행된 경우는 어떠한지를 살펴보고, 이 문제에 관한 다수의견의 태도가 타당한지를 검토한다.

1. 사후승낙의 허용 여부

우선 여기서 말하는 승낙은 채권양도의 대항요건으로서의 승낙과는 구분된다.⁶⁴⁾ 대항요

61) 권영준, 앞의 논문(주7), 582면.

62) 개정 일본민법은 제466조 제3항이 약의 또는 중과실인 양수인 기타 제3자에 대하여 이행을 거절할 수 있음을, 제466조 제4항이 제3자 보호를 위하여 제3자의 채무자에 대한 최고권을, 제466조의2가 양도금지특약 있는 금전채권이 양도된 경우 채무자가 공탁으로써 채무를 벗어나는 방법을, 제466조의3이 제466조 제2항이 정한 채권적 효력설을 보충하는 차원에서 양도인에 관한 파산절차가 개시되는 경우의 절차를, 제466조의4가 집행채권자와의 우선순위를, 제466조의5가 예금채권의 특례를 각 규정하고 있다.

63) 양창수, 앞의 책(주6), 51면도 일본과 같이 다양한 입법적 보완조치를 행함이 없이 현행 민법의 해석으로 채권적 효력설로 입장의 전환을 행하는 것이 바람직인가에 의문이 크다고 한다.

64) 물론 채무자의 사후승낙 행위에 대항요건으로서의 승낙의 의미가 포함될 수 있다.

■ 법조 제71권 제4호(통권 제754호) 판례평석

건으로서의 채무자의 승낙은 양도인과 양수인의 합의에 의하여 효력이 발생하는 채권양도의 효력에 영향을 미치지 못하고 대항요건을 갖추는 방법의 하나로서 채권양도사실에 대한 인식을 표명하는 것이어서 그 법적 성질은 관념의 통지인 반면 양도금지특약 있는 채권양도에 대한 채무자의 사후승낙은 그에 따른 법률효과를 발생시키는 의사표시이다.⁶⁵⁾

양도금지특약이 있는 채권을 양수인이 악의 또는 중과실로 양수한 후 채무자가 그 양도에 대하여 승낙을 할 수 있다는 것에는 학설과 판례⁶⁶⁾가 일치한다.

한편 물권적 효력설이 채무자의 사후승낙을 인정하는 것은 합리적인 근거가 없다고 비판하는 견해가 있다.⁶⁷⁾ 대상판결의 반대의견도 종래 판례가 채무자의 일방적인 사후승낙에 따라 무효인 채권양도행위가 추인되어 유효하다고 하는데 이는 두 당사자의 합의로 형성한 채권의 내용이나 속성을 어떻게 채무자 일방의 의사표시로 변경할 수 있는 것인지에 관하여 합리적인 설명이 없으며 양도금지특약 위반의 효과는 특약의 당사자인 채권자도 주장할 수 있다고 하는 물권적 효력설의 견해와 배치된다고 한다.

양도금지특약은 채권양도가 행하여짐으로써 지급사무가 번잡하게 되는 것을 막고, 진정한 채권자 아닌 사람에의 지급 등으로 인한 분쟁의 발생을 봉쇄하며, 채무자가 가지는 채권으로 할 상계의 가능성을 확보하는 등 특정한 채권자에게 채무를 이행하고자 하는 채무자의 이익을 위하여 활용된다.⁶⁸⁾ 이렇듯 협상력이 강한 채무자는 자신의 이익을 위하여 채권자에게 양도금지특약 체결을 요구하여 채권자와 채무자 사이에 양도금지특약이 체결되는바, 자신의 이익을 위하여 양도금지특약을 체결한 채무자가 사전에 채권양도를 승낙할 수 있음

65) 고상현, 앞의 논문(주12), 373면은 대법원 1989. 7. 11. 선고 88다카20866 판결을 근거로 판례가 양도금지특약이 있는 채권의 양도를 승낙하는 것은 관념의 통지라고 해석한다고 하고, 김윤중, 앞의 논문(주12), 841면도 채무자의 사후승낙이 관념의 통지에 해당한다고 하며 위 판결을 근거로 들고 있다. 이는 위 판결이 “지명채권의 양도를 승낙함에 있어서는 이익을 보류하고 할 수 있음은 물론이고 양도금지의 특약이 있는 채권양도를 승낙함에 있어 조건을 붙여서 할 수도 있다고 보아야 할 것이며 승낙의 성격이 관념의 통지라고 하여 조건을 붙일 수 없는 것은 아니라고 본다.”라고 실시한 것에 기한 것으로 보인다. 그러나 위 판결의 사안은 채무자가 채권양도승인서에 “본 양수도승인 후 양수인은 양도인에게 용자의 담보로만 취득하여야 한다.”라고 명시하여 그 승인의 조건으로 하기로 하고 채권양도에 대하여 양도인, 양수인, 채무자가 합의한 것으로, 이러한 채무자의 행위는 단순히 채권양도사실에 대한 인식을 표명하는 대항요건으로서의 승낙이 아니라 채권양도의 효력에 관한 의사표시에 해당한다고 할 것이다. 따라서 위 판결의 설시가 적절한 것은 아니며, 이를 근거로 채무자의 사후승낙이 관념의 통지에 해당한다고 할 수도 없다.

66) 대법원 2000. 4. 7. 선고 99다52817 판결; 대법원 2009. 10. 29. 선고 2009다47685 판결.

67) 배성호, 앞의 논문(주7), 14면; 전원열, 앞의 논문(주12), 172면.

68) 김용덕 편집대표, 앞의 책(주23), 517면(최수정 집필부분); 박효관, 앞의 논문(주6), 235~238면; 양창수·권영준, 『민법Ⅱ 권리의 변동과 구제(제4판)』, 박영사(2021), 180면.

은 물론 양도금지특약을 위반한 채권양도가 있는 후에도 그 채권양도를 승낙함으로써 양도성을 회복할 수 있는 것이 양도금지특약을 체결하는 당사자의 합리적인 의사에 부합하며, 이것이 물권적 효력설의 견해와 배치된다고 할 수 없다.⁶⁹⁾ 오히려 양도금지특약을 위반한 채권양도가 무효라고 하여 채권양도가 있는 후에는 자신의 이익을 보호하기 위하여 양도금지특약을 체결한 채무자조차 그 채권양도를 승낙하여 양도금지를 해소시킬 수 없다고 해석할 합리적인 근거가 없다. 다만 양도금지특약에 반하여 무효였던 채권양도를 유효하게 하는 채무자의 사후승낙은 제3자의 권리를 침해하지 않는 한도에서 인정될 수 있을 것이다.

2. 사후승낙의 법적 성질 및 소급효

가. 학설 및 판례

(1) 항변권의 포기

채권적 효력설은 채무자의 사후승낙을 항변권의 포기로 본다.⁷⁰⁾ 즉 양도금지특약을 위반한 채권양도에 있어 양수인이 악의 또는 중과실인 경우 채무자는 양수인에게 대항할 수 있는데 채무자의 승낙이 있으면 양수인에게 대항하지 못하게 되고 이는 양도금지특약에 의한 항변권을 채무자가 포기한 것으로 본다. 한편 채권적 효력설에 의하면 이미 채권은 양수인에게 유효하게 이전하였으며 양수인의 채권행사를 저지하던 특약이 채무자의 승낙에 의해 해소된 것에 지나지 않기 때문에 물권적 효력설에서와 같이 승낙에 따른 양도효력의 발생 시점의 소급 문제는 발생하지 않는다.⁷¹⁾

(2) 무효행위의 추인

양도금지특약을 위반한 채권의 양도는 무효이지만 채무자의 승낙에 의하여 무효행위가 추인되어 유효하게 된다고 보는 견해이다.⁷²⁾ 그중에는 다른 약정이 없는 한 소급효가 인정되지 않고 양도의 효과는 승낙 시부터 발생한다는 견해가 있고,⁷³⁾ 사후승낙을 하는 채무자

69) 이창현, 앞의 논문(주6), 253~254면.

70) 김용덕 편집대표, 앞의 책(주23), 536면(최수정 집필부분); 이건호, 앞의 논문(주3), 11면.

71) 최수정, 앞의 논문(주7), 163면.

72) 이동진, 앞의 논문(주6), 474면도 이 견해인 것으로 보인다.

73) 곽윤직 편집대표, 앞의 책(주6), 568면(이상훈 집필부분); 박효관, 앞의 논문(주6), 233면; 양창수·권영준, 앞의 책(주68), 179면; 이은영, 앞의 책(주6), 614면.

■ 법조 제71권 제4호(통권 제754호) 판례평석

의 진의는 양도의 효력을 양도 시부터 인정하는 것으로 추정되고 또한 그렇게 해석하는 것이 양도 후에 발생하는 채권이전관계를 간편하게 처리할 수 있어 소급효를 인정하는 것이 승낙의 취지에 부합한다는 이유로 소급효를 인정하는 견해가 있다.⁷⁴⁾ 판례는 전자의 견해를 취하고 있다.⁷⁵⁾

(3) 유동적 무효행위의 추인

양도금지특약이 있는 채권의 양도는 무효이지만 그 양도는 채무자의 사후승낙에 의하여 유효로 될 수 있는 유동적 무효행위이고, 채무자가 사후에 그 채권양도에 대하여 승낙한 경우에 그 법적 성질은 이와 같은 유동적 무효행위의 추인이며, 그에 관해서는 제133조의 무권대리행위의 추인에 관한 규정을 유추적용해야 하므로 그 채권양도는 승낙이 있으면 양도시에 소급하여 효력이 발생한다는 견해이다.⁷⁶⁾

(4) 해제계약의 승낙

양도의 승낙을 요청하는 양도인의 의사표시는 양도금지특약을 해제하려는 해제계약의 청약이고 채무자의 승낙은 이 청약에 대한 승낙의 의사표시라고 보는 견해이다. 채무자의 승낙에 의해 양도금지특약이 합의해제 되는데 계약해제의 직접효과설에 따라 양도금지특약은 소급적으로 소멸되고, 또한 양도금지특약의 효력을 소멸시키려는 당사자의 의사, 특히 사후의 승낙을 하는 채무자의 진의는 이미 이루어진 양도가 양도 시부터 유효하도록 하려는 것으로 추정되고, 승낙 시까지의 중간의 처분을 보호하기 위해서도 소급효가 인정된다고 한다.⁷⁷⁾

또한 양도금지특약의 구속력으로부터 당사자가 벗어나기 위해서는 채무자 일방의 승낙으로는 충분하지 않고, 양도금지특약을 실효시키기 위한 당사자 사이에 청약과 승낙의 의사표시의 합치가 존재해야 하는데, 채권자의 양도동의의 요청이나 양도통지가 있을 경우 통상 양도금지특약의 합의해제의 묵시적 청약이 있는 것으로 추단되고, 채무자의 명시적·묵시

74) 김상용, 『채권총론(제3판)』, 화산미디어(2016), 374면; 김형배, 앞의 책(주6), 578~579면.

75) 대법원 2009. 10. 29. 선고 2009다47685 판결; 대법원 2000. 4. 7. 선고 99다52817 판결.

76) 오수원, 앞의 논문(주3), 22면. 김용덕 편집대표, 『주석민법 총칙3(제5판)』, 한국사법행정학회(2019), 319~320면(이규용 집필부분)은 양도금지특약이 붙은 채권의 양도가 유동적 무효라고 명시하지는 않으나 채무자의 사후승낙의 소급효에 대하여 무권대리행위의 추인을 유추적용해야 한다고 하여 같은 견해로 보인다.

77) 서민, “양도금지특약 있는 채권의 양도에 대한 사후승낙의 효력”, 민사판례연구(XXIII), 민사판례연구회(2001), 316~317면.

적 승낙이 있으면 해제계약은 성립하며, 그 효과로서 장래를 향하여 양도금지특약은 효력을 상실하며 그 결과 양도행위는 그 시점으로부터 유효하게 된다고 보는 견해도 있다.⁷⁸⁾

나. 검토

먼저 무효행위의 추인으로 보는 견해를 살펴본다. 제139조는 무효인 법률행위는 그 효력이 발생하지 않는 것으로 확정되어 있으므로 그 후에 당사자가 이를 추인하여도 효력이 발생하지 아니하나, 해당 법률행위가 무효임을 알고도 당사자가 그 법률행위를 추인하였다면 그러한 경우에는 당사자의 의사를 존중하여 새로운 법률행위를 한 것으로 본다는 것으로, 무효행위의 추인은 확정적 무효를 전제로 한다.⁷⁹⁾ 그리고 추인권자는 무효행위의 당사자이다.⁸⁰⁾ 그러나 양도금지특약이 있는 채권의 양도는 사후승낙으로 유효하게 될 수 있으므로 확정적 무효가 아니고, 또한 사후승낙을 하는 채무자가 채권양도의 당사자가 아니므로 이에 무효행위의 추인이론을 적용하는 것은 적절하지 않다.⁸¹⁾ 판례가 무효행위의 추인으로 보는 견해를 취하여 소급효를 인정하지 않는 것에 대하여, 이러한 비소급적 해석은 채무자가 승낙을 하는 시점에 비로소 양수인을 채권자로 받아들여려는 의사를 갖고 있다고 추정되는 점, 나아가 채권양도인에 대한 보증인 등의 제3자가 무효인 채권양도 이전에 보증채무 이행 등에 따라 갖게 된 이해관계를 보장하려는 점에서 비롯되었다고 보는 견해가 있다.⁸²⁾ 그러나 승낙 시부터 채권양도를 인정하려는 것이 채무자의 의사라고 볼 수 있다는 등의 이유만으로 확정적 무효라고 볼 수 없는 양도금지특약에 반하는 채권양도에 확정적 무효에 관한 규정을 적용하는 것은 타당하지 않다.

채무자의 승낙을 해제계약의 승낙으로 보는 견해는 양도금지특약이 있는 채권의 양도에 대한 채무자의 사후승낙은 채무자의 일방적인 단독행위로도 가능하고 반드시 채권자와 채무자가 합의해야 하는 것은 아니므로 이를 해제계약의 승낙의 의사표시라고 보는 것은 타당하지 않다.⁸³⁾ 또한 합의해제에는 소급효가 인정되므로 채무자의 승낙에 의해 해제계약이

78) 고상현, 앞의 논문(주12), 374~375면.

79) 김용덕 편집대표, 앞의 책(주76), 466면(권순민 집필부분).

80) 김용덕 편집대표, 위의 책, 477면(권순민 집필부분).

81) 고상현, 앞의 논문(주12), 374면; 김용덕 편집대표, 위의 책, 320면(이균용 집필부분), 483면(권순민 집필부분); 서민, 앞의 논문(주77), 319면; 오수원, 앞의 논문(주3), 20면.

82) 김상중, “2000년대 민사판례의 경향과 흐름: 민법총칙”, 민사판례연구(XXXIII-하), 민사판례연구회(2011), 86~87면; 김용덕 편집대표, 위의 책, 482~483면(권순민 집필부분).

83) 오수원 앞의 논문(주3), 20면.

■ 법조 제71권 제4호(통권 제754호) 판례평석

성립한다고 하면서도 승낙 시부터 그 효과가 생긴다고 보는 견해는 타당하지 않다.

결국 채무자의 사후승낙은 유동적(비확정적) 무효행위의 추인이고, 이에 대하여는 제133조의 무권대리행위의 추인에 관한 규정이 유추적용되어 소급효가 발생한다고 보는 것이 타당할 것이다.⁸⁴⁾

한편 채무자의 사후승낙에 소급효를 인정하는 견해도 그 승낙이 제3자의 권리를 침해할 수 없다는 데에는 의견이 일치한다. 따라서 채무자가 승낙하기 전에 채권을 압류한 자가 있다면 양수인은 압류채권자에 우선할 수 없으므로 그 경우 채무자의 사후승낙의 법적 성질에 관하여 어느 설을 취하든 차이가 없을 것이다. 또한 채권양도 시부터 채무자의 승낙 시까지 위와 같은 제3자가 없는 경우에도 마찬가지로 어느 설을 취하든 별다른 차이가 없게 된다. 이러한 점에서 이 사건에서는 채무자의 사후승낙의 법적 성질을 어떻게 볼지 또는 소급효가 인정되는지 여부보다 양도인의 파산관재인이 제3자에 해당하는지 여부가 더 문제된다.

3. 파산관재인의 제3자 여부

파산선고가 있으면 채무자의 재산은 파산재단을 구성하고 파산재단의 관리처분권은 파산관재인에게 속하므로 파산관재인은 채무자의 일반승계인과 같은 지위를 갖게 된다. 한편 파산선고가 있으면 파산채권자는 파산절차에 의하지 않고는 파산채권을 행사할 수 없고 파산관재인이 파산채권자 전체의 공동의 이익을 위하여 선량한 관리자의 주의로써 직무를 행하고, 파산선고는 파산채권자 전체를 위한 압류로서의 성격이 있으므로 파산재단에 속하는 재산에 대한 압류채권자로서의 지위를 가지게 된다. 이러한 파산관재인의 지위는 희생절차에서의 관리인에 있어서도 마찬가지이다.⁸⁵⁾

파산선고 전에 파산재단이 될 재산에 대하여 파산선고를 받은 채무자가 행한 실제법상의 행위가 파산선고 후에 파산관재인과의 관계에 있어서 어떻게 평가될 것인가, 즉 파산관재인이 채무자와 독립하여 그 재산에 관하여 이해관계를 가지게 된 제3자로서의 지위를 가지는지가 문제 된다. 일반적으로 파산관재인은 채무자의 법률적 지위에 대한 일반승계인이라는 측면과 제3자라는 측면을 겸유하고 있는데, 구체적 문제의 해결에 있어서 일응의 기준은 일

84) 일본의 판례도 채무자가 사후승낙한 경우 그 채권양도의 효력은 양도 시에 소급하여 유효로 된다고 하고(最判 昭和52(1977).3.17. 民集31卷2号, 308면), 다만 무권대리행위의 추인에 관한 일본민법 제116조의 취지에 비추어 제3자의 권리를 해할 수 없다고 한다(最判 平成9(1997).6.5. 民集51卷5号, 2053면).

85) 제3자성에 관한 논의가 파산관재인을 중심으로 이루어져 있으므로 이하 파산관재인을 중심으로 검토한다.

차적으로 파산관재인을 채무자의 일반승계인으로 보되, 실체법이 법률관계의 처리에 있어서 압류채권자를 특별히 보호하고 있다고 인정되는 경우에 한하여 제3자성을 인정할 수 있을 것이다.⁸⁶⁾⁸⁷⁾

채권양도의 대항요건에 있어서 파산관재인이 제3자에 해당하는지에 관하여 보면, 우선 제450조 제2항의 제3자는 양도채권에 대하여 양수인의 지위와 양립하지 않는 법률상의 지위를 가진 자 또는 양도채권에 대하여 법률상의 이익을 가진 자를 의미하고, 여기에는 양도인으로부터 이증으로 채권을 양수한 자, 양도된 채권의 질권자, 양도된 채권을 압류한 양도인의 채권자, 양도인이 파산한 경우 파산채권자 등이 포함된다는 데에 견해가 일치한다.⁸⁸⁾ 판례도 양도인으로부터 이증으로 채권을 양수한 자,⁸⁹⁾ 양도된 채권을 압류한 양도인의 채권자⁹⁰⁾를 제3자로 본다. 파산관재인은 파산채권자 전체를 위해 포괄적 압류를 한 것과 마찬가지로 파산관재인도 제3자에 해당한다고 할 것이다.⁹¹⁾⁹²⁾ 그러므로 양수인은 양도인이 파산선고를 받

- 86) 윤남근, “파산관재인 -그 법률상 지위와 권한을 중심으로-”, 재판자료(제82집), 법원도서관(1999), 191면; 전대규, 『채무자회생법(제5판)』, 법문사(2021), 1049~1050면 주23. 반면 전병서, 『도산법(제3판)』, 문우사(2016), 97면은 파산관재인이 가지는 채무자의 일반승계인이라는 측면과 파산관재인이 파산채권자의 이익을 지키는 측면의 양쪽을 잘 조화시켜 살펴보아야 하고, 결국 개별적 법률관계에 있어서 구체적으로 판단해야 한다고 한다.
- 87) 판례가 파산관재인을 제3자로 본 경우로는 통정허위표시(대법원 2003. 6. 24. 선고 2002다48214 판결), 사기에 의한 의사표시(대법원 2010. 4. 29. 선고 2009다96083 판결), 이사회 결의 없는 거래행위(대법원 2014. 8. 20. 선고 2014다206563 판결) 등이 있다.
- 88) 곽윤직, 앞의 책(주6), 221면; (주6), 곽윤직 편집대표, 앞의 책(주6), 585면(이상훈 집필부분); 김상용, 앞의 책(주74), 383면; 김용덕 편집대표, 앞의 책(주23), 578면(최수정 집필부분); 김용한, 앞의 책(주6), 453면, 김준호, 『채권법: 이론·사례·판례(제13판)』, 법문사(2022), 290면; 김주수, 앞의 책(주6), 392면; 김증한 저, 김학동 증보, 앞의 책(주6), 310면; 김형배, 앞의 책(주6), 599면; 송덕수, 『채권법총론(제5판)』, 박영사(2020), 396~397면; 양창수·권영준, 앞의 책(주68), 205~206면; 윤철홍, 『채권총론(개정판)』, 법원사(2012), 405면; 이은영, 앞의 책(주6), 628면.
- 89) 대법원 1972. 1. 31. 선고 71다2697 판결.
- 90) 대법원 1986. 2. 11. 선고 85다카1087 판결.
- 91) 윤남근, 앞의 논문(주86), 192면; 전대규, 앞의 책(주86), 1049면 주19; 전병서, “파산법상 환취권 고찰”, 법조(제48권 제3호), 법조협회(1999. 3.). 165면; 최수정, 앞의 논문(주7), 162면.
- 92) 일본의 통설(池田真朗, 『債權讓渡の研究(増補2版)』, 弘文堂(2004), 219면; 坂本恵三, “破産管財人の第三者性(2)-民法467条2項の第三者”, 別冊ジュリスト(163号), 有斐閣(2002), 37면; 櫻井孝一, “破産管財人の第三者的地位”, 裁判實務大系6(破産訴訟法), 青林書院(1985), 176~178면; 潮見佳男, 『債權總論(第5版補訂)』, 信山社(2020), 517면; 高田裕成, “破産管財人の第三者性(2)-民法467条2項の第三者”, 別冊ジュリスト(252号), 有斐閣(2021), 34~35면; 平野裕之, 『債權總論』, 信山社(2005), 502면; 三森仁, “破産管財人·再生債務者·更生管財人の第三者性”, ジュリスト増刊 実務に効く事業再生判例精選, 有斐閣(2015), 19~20면; 我妻榮 外, 앞의 책(주50), 915면)과 판례(大判 昭和8(1933).11.30. 民集12卷 2781면; 最判 昭和58(1983).3.

기 전에 대항요건을 갖추지 않으면 파산관재인에게 대항할 수 없다.

이러한 파산관재인과 양수인 사이의 우열의 문제는 양도금지특약이 있는 채권이 양도된 후 채무자가 채권양도를 승낙한 경우의 파산관재인과 양수인 중 누구를 채권자로 볼 것인가 하는 문제와 이익상황이 유사하다. 양도인이 파산한 경우 파산관재인과 양수인 중 누가 우선하느냐의 문제는 결국 그 채권이 파산재단에 속하는 재산이 되는지 아니면 양수인의 책임재산이 되는지의 문제가 된다. 파산관재인의 지위가 압류채권자와 마찬가지로는 점, 다른 이해관계인들에 대하여 파산채권자들의 이익을 보호할 필요가 있다는 점 등에서 보면 파산관재인은 채무자의 사후승낙에 의해 권리를 침해받지 않는 제3자에 해당한다고 볼 것이다.

4. 이 사건의 해결

가. 사후승낙에 따른 이 사건 채권양도의 효력

위에서 살펴본 바와 같이 이 사건 채권양도는 무효인데, 피고가 채권양도가 있었음을 들어 원고의 이행청구를 거절함으로써 사후승낙을 하였으나 그 승낙에 소급효가 없든지 소급효가 있더라도 제3자인 파산관재인의 권리를 침해할 수 없으므로 양도인이 채권자임을 전제로 한 원고의 청구는 인용될 것이다. 다수의견은 양도인이 채권자라고 한 결론은 타당하나,⁹³⁾ 이 사건 채권양도가 양도금지특약을 위반하여 무효라는 점에서 곧바로 양도인이 채권자라고 판단하였을 뿐, 피고의 사후승낙 여부, 그 소급효 및 파산관재인의 제3자 여부에 대하여 판단하지 않은 것은 타당하지 않다. 피고가 채권양도를 사후에 승낙하였다거나 추인하였다는 등의 법률용어를 사용하지 않았다고 하더라도 변론주의의 원칙상 피고는 사후승낙 주장을 한 것이므로 이에 관하여 판단할 필요가 있다. 설령 다수의견이 채무자의 사후승낙의 법적 성질 또는 파산관재인의 제3자 여부에 관하여 견해를 달리하여 피고의 승낙이 있어도 원고의 청구가 인용되는 동일한 결론에 이른다고 하더라도 피고가 채권이 양도되었음을 이유로 원고의 이행청구를 거절하고 있는 것이 이 사건의 특수한 상황임에도 불구하고 그 점을 전혀 고려하지 않은 것은 적절하지 않다. 반대의견이 물권적 효력설을 취

22. 判時1134号, 75면)도 파산관재인은 압류채권자와 마찬가지로 제3자에 해당한다고 한다.

93) 윤진수, 앞의 책(주7), 373면 및 이동진, 앞의 논문(주6), 474면은 피고의 사후승낙에 의하여 이 사건 채권양도가 유효하게 되었으므로 다수의견의 결론이 잘못되었다고 하나, 피고의 사후승낙이 있었다는 점뿐만 아니라 파산관재인이 제3자에 해당하는지 여부도 고려할 필요가 있다.

하는 종래의 판례가 채무자의 일방적인 사후승낙에 따라 무효인 양도행위가 추인되어 유효하게 된다고 하는 것은 물권적 효력설과 배치된다고 비판하기까지 하는 상황이어서 더욱 그러하다.

나. 사후승낙의 신의칙 위반 여부

이 사건에서 피고가 채권이 양수인에게 이전되었음을 근거로 이행을 거절하는 것이 신의칙에 반하는 것이 아닌지가 문제 될 수 있다. 사실관계가 명확하지는 않지만 만일 피고가 양수인에 대하여는 양도금지특약을 위반한 채권양도가 무효임을 이유로 지급을 거절한 후에 이 사건에서는 그와 반대로 채권양도를 승낙하며 원고의 이행청구를 거절한다면 이는 신의칙에 반한다고 볼 수 있을 것이다. 그러한 상황까지는 아니더라도 원심판결이 설시한 바와 같이 양도금지특약의 존재로 인하여 채권양도의 효력을 부인할 수 있는, 나아가 실제로 채권양수인에 대하여 그와 같은 사유를 들어 양수금의 지급을 거절할 것으로 예상되는 피고가, 본래의 채권자인 원고가 그 지급을 구하는 이 사건에서는 그 입장을 바꾸어 채권양도의 유효 내지 이에 따른 채권의 이전을 주장하는 것은 금반언의 원칙 내지 신의성실의 원칙에 반하는 것으로 볼 여지도 있는 것이다.⁹⁴⁾ 그럼에도 앞서 본 바와 같이 다수의견이 양도금지특약에 반하는 채권양도의 효력에 관한 법리적 논쟁에만 몰두하여 피고가 이 사건 채권이 양도되었음을 들어 이행을 거절하고 있는 이 사건의 구체적인 사실관계에 대하여는 관심을 두지 않았으므로 그러한 피고의 사후승낙이 신의칙에 반할 여지가 있다는 점도 고려되지 않은 것은 아쉬운 점이다.

IV. 결 론

제449조 제2항은 제1항의 채권의 양도성이 당사자의 의사표시에 의해 제한될 수 있다는 규정으로서 문언의 의미상 양도금지특약을 위반한 채권양도는 무효이고 다만 거래의 안전을 보호하기 위하여 선의의 제3자에게는 그 무효를 주장할 수 없다는 의미로 해석하는 것이 타당하다. 또한 입법자가 수용한 것으로 볼 수 있는 일본민법 제466조에 관한 입법자의 의사가 물권적 효력설이었고, 당시 참고한 입법례도 물권적 효력설을 취한 것이었음을 볼

94) 김동훈, 앞의 논문(주6), 20~21면 및 이창현, 앞의 논문(주6), 251~252면도 원심판결과 같이 이 사건에서 피고의 이행거절이 신의칙에 반할 여지가 있다고 한다.

■ 법조 제71권 제4호(통권 제754호) 판례평석

때 입법자는 물권적 효력설을 채택한 것으로 볼 수 있다. 채권의 양도성을 제고하는 것이 국제적 흐름이라고 할 수 있으나 판례변경을 통해 채권적 효력설로 전환하여 그 흐름에 따르는 반대의견은 해석론의 범위를 벗어나는 것이다. 따라서 종래의 판례인 물권적 효력설을 견지한 다수의견이 타당하다.

한편 피고는 채권이 양도되었음을 이유로 원고의 이행청구를 거절함으로써 채권양도를 승낙하고 있다. 채무자의 사후승낙은 유동적(비확정적) 무효행위의 추인이고, 이에 대하여는 무권대리행위의 추인에 관한 규정이 유추적용되어 소급효가 발생한다고 본다. 그러나 그 승낙이 제3자의 권리를 침해할 수는 없다. 파산관재인은 파산채권자 전체를 위해 포괄적 압류를 한 것과 마찬가지로의 지위에 있으므로 채권양도의 대항요건에 있어서 압류채권자와 마찬가지로 제3자에 해당한다. 이러한 점에서 파산관재인은 채무자의 사후승낙에 의해 권리를 침해받지 않는 제3자에 해당한다고 할 것이다. 따라서 피고의 승낙에도 불구하고 이 사건 채권양도는 무효이므로 양도인을 채권자로 본 다수의견의 결론은 타당하다. 그러나 다수의견이 채권양도가 양도금지특약을 위반하여 무효라는 것에서 곧바로 양도인이 채권자라고 판단하여 결론을 내렸을 뿐, 일반적인 경우와 달리 양도인이 채권양도의 무효를 주장함에 대하여 오히려 채무자가 채권양도가 유효함을 주장함으로써 생기는 위와 같은 법적 쟁점에 대하여 판단하지 않은 것은 타당하지 않다.

■ abstract ■

Effect of the Assignment against Non-Assignment Agreement

- Supreme Court's en banc Decision of 2016Da24284 on Dec. 19, 2019 -

Yeo Mee Sook*

The Supreme Court's en banc Decision ruled on the effect of the assignment against non-assignment agreement. The majority opinion advocated the so-called proprietary effect theory while the minority opinion advocated the so-called obligatory effect theory.

Article 449(2) of the Civil Act provides that the assignability under Article 449(1) can be restricted by the contrary intention of the parties. The meaning of the wording of Article 449(2) is that the assignment against non-assignment agreement is null, however, to protect the safety of the transaction, the nullity cannot be claimed against a bona fide third party.

The intention of the legislator in Article 466 of the Japanese Civil Act was the proprietary effect theory, and the laws of other countries referenced by the legislator were also the proprietary effect theory. Therefore, it must be said the legislator has adopted the proprietary effect theory.

It can be said that improving the assignability is an international trend, but the minority opinion to follow the trend by changing the precedent is beyond the scope of the interpretation theory.

Therefore, the majority opinion maintaining the precedent that took the proprietary effect theory is valid.

The defendant approved the assignment by rejecting the plaintiff's claim for performance. The obligor's post-approval is the ratification of a provisional invalid act, and it has retroactive effect in accordance with the ratification of unauthorized representation. However, the right of a third party shall not be prejudiced thereby.

* Professor, Hanyang University School of Law.

■ 법조 제71권 제4호(통권 제754호) 판례평석

On the issue of the requisite for setting up assignment against the obligor, the trustee in bankruptcy falls under a third party like the seizing creditor. Accordingly, the trustee in bankruptcy shall be regarded as a third party who is not prejudiced by the obligor's post-approval.

In this case, the assignment is invalid despite the defendant's approval, so the conclusion of the majority opinion that the assignor has the claim is right. However, it is not justified that the majority opinion did not judge the above legal issues arising from the defendant's approval.

■ 참고문헌 ■

<국내문헌>

단행본

- 곽윤직, 『채권총론(제6판)』, 박영사(2003).
- 곽윤직 편집대표, 『민법주해 X 채권(3)』, 박영사(1995).
- 김상용, 『채권총론(제3판)』, 화산미디어(2016).
- 김용담 편집대표, 『주석민법 채권총칙3(제4판)』, 한국사법행정학회(2014).
- 김용덕 편집대표, 『주석민법 총칙3(제5판)』, 한국사법행정학회(2019).
- _____, 『주석민법 채권총칙3(제5판)』, 한국사법행정학회(2020).
- 김용한, 『채권법총론』, 박영사(1983).
- 김주수, 『채권총론(제3판)』, 삼영사(1999).
- 김준호, 『채권법: 이론·사례·판례(제13판)』, 법문사(2022).
- 김중환 저, 김학동 증보, 『채권총론(제6판)』, 박영사(1998).
- 김형배, 『채권총론(제2판)』, 박영사(1998).
- 민의원 법제사법위원회 민법안심의소위원회 편, 『민법안심의록 상권』, (1955).
- 서 민, 『채권양도에 관한 연구』, 경문사(1985).
- 송덕수, 『채권법총론(제5판)』, 박영사(2020).
- 양창수, 『민법입문(제8판)』, 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).
- 전대규, 『채무자회생법(제5판)』, 법문사(2021).
- 전병서, 『도산법(제3판)』, 문우사(2016).
- 정공식 편역, 『관습조사보고서 개역판』, 한국법제연구원(2000).

논문

- 고상현, “채권양도의 요건 -양도제한특약과 이에 반하는 양도의 효력을 중심으로-”, 민사법학(제82호), 한국민사법학회(2018. 2.).
- 권영준, “2019년 민법 판례 동향”, 서울대학교 법학(제61권 제1호), 서울대학교 법학연구소(2020. 3.).

■ **법조** 제71권 제4호(통권 제754호) 판례평석

- 김대휘, “법률해석의 방법”, 판례연구(제34집 1권), 서울지방법변호사회(2020).
- 김동훈, “채권양도금지특약의 효력과 채무자의 보호 -대법원 2019.12.19. 선고 2016다24284 전원합의체 판결에 대한 평석-”, 법학논총(제34권 제1호), 국민대학교 법학연구소(2021. 6.).
- 김상윤, “양도금지특약을 위반한 채권양도의 효력”, 재판과 판례(제29집), 대구판례연구회(2020).
- 김상중, “2000년대 민사판례의 경향과 흐름: 민법총칙”, 민사판례연구(XXXIII-하), 민사판례연구회(2011).
- 김선석, “지명채권양도의 증명책임”, 사법논집(제23집), 법원행정처(1992. 12.).
- 김윤중, “양도금지특약을 위반한 채권양도의 효력”, 사법(제53호), 사법발전재단(2020. 9.).
- 박효관, “채권 양도금지 특약과 선의의 양수인”, 판례연구(제8집), 부산판례연구회(1998. 1.).
- 배성호, “양도금지특약에 반한 채권양도의 효력 -대법원 2019. 12. 19. 선고 2016다24284 전원합의체 판결-”, 영남법학(제52호), 영남대학교 법학연구소(2021. 6.).
- 서민, “양도금지특약 있는 채권의 양도에 대한 사후승낙의 효력”, 민사판례연구(XXIII), 민사판례연구회(2001).
- 오수원, “채권양도금지특약의 법적 성질과 양도금지채권양도의 사후승낙의 소급효”, 인권과 정의(제465호), 대한변호사협회(2017).
- 윤남근, “파산관재인 -그 법률상 지위와 권한을 중심으로-”, 재판자료(제82집), 법원도서관(1999).
- 윤철홍, “채권양도의 금지특약에 관한 소고”, 법조(제59권 제12호), 법조협회(2010. 12.).
- 이건호, “채권양도금지 특약의 효력”, 사법행정(제27권 제10호), 한국사법행정학회(1986. 10.).
- 이동진, “양도금지특약에 반하는 채권양도, 회생절차와 민법 제434조 -대법원 2019. 12. 19. 선고 2016다24284 전원합의체 판결-”, 법조(제69권 제5호), 법조협회(2020. 10.).
- 이상욱, “채권양도 금지 특약의 제3자에 대한 효력”, 영남법학(제4권 제1·2호), 영남대학교 법학연구소(1998. 2.).
- 이재성, “채권양도금지의 특약과 전부명령의 효력”, 민사재판의 이론과 실제(제3권), 법조출판사(1978).
- 이창현, “채권양도금지특약의 효력 -대법원 2019. 12. 19. 선고 2016다24284 전원합의체 판결을 중심으로-”, 서울대학교 법학(제61권 제4호), 서울대학교 법학연구소(2020. 12.).
- 전병서, “파산법상 환취권 고찰”, 법조(제48권 제3호), 법조협회(1999. 3.).
- 전우정, “채권양도금지 특약에 대한 비교법적 연구 및 법경제학적 분석”, 비교사법(제26권 제2호), 한국비교사법학회(2019. 6.).
- 전원열, “채권양도금지 특약의 효력”, 민사법학(제75호), 한국민사법학회(2016. 6.).
- 지선경, “채권양도금지특약과 이를 위반한 채권양도의 효력”, 민사판례연구(XLIII), 민사판례연구회(2021).
- 지원립, “지명채권양도에서 양수인의 지위”, 비교사법(제24권 제3호), 한국비교사법학회(2017. 8.).
- 최수정, “지명채권의 양도금지특약 재고”, 민사법학(제38호), 한국민사법학회(2007. 9.).

추신영, “채권양도금지특약과 전부명령”, 영남법학(제43집), 영남대학교 법학연구소(2016. 12.).

〈외국문헌〉

단행본

- 池田真朗, 『債權讓渡の研究(増補2版)』, 弘文堂(2004).
 _____, 『債權讓渡法理の展開』, 弘文堂(2001).
 石田剛, 『債權讓渡禁止特約の研究』, 商事法務(2013).
 梅謙次郎, 『民法要義 卷之三 債權編(訂正増補第29版)』, 有斐閣(1909).
 債權法研究會 編, 『詳説 改正債權法』, 金融財政事情研究會(2017).
 潮見佳男, 『債權總論(第5版補訂)』, 信山社(2020).
 _____, 『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(2018).
 西村信雄 編, 『注釋民法(11) 債權(2)』, 有斐閣(1965).
 廣中俊雄 編, 『民法修正案(前三編)の理由書』, 有斐閣(1987).
 平野裕之, 『債權總論』, 信山社(2005).
 我妻榮 外, 『我妻·有泉コンメンタル 民法 -總則·物權·債權-(第5版)』, 日本評論社(2018).

논문

- 粟田口太郎, “債權讓渡制限特約의 未來”, 民法と金融法の新時代(池田真朗先生古稀記念論文集), 慶應義塾大學出版會(2020).
 池田真朗, “債權讓渡禁止特約と讓渡人からの援用の否定 -最二小判平21.3.27をめぐって-”, 金融法務事情(1873号), 金融財政事情研究會(2009.7).
 石田剛, “讓渡禁止特約に違反して債權を讓渡した債權者が讓渡の無効を主張することの可否”, 法学教室(353号), 有斐閣(2010.2).
 坂本恵三, “破産管財人の第三者性(2)-民法467条2項の第三者”, 別冊ジュリスト(163号), 有斐閣(2002).
 櫻井孝一, “破産管財人の第三者的地位”, 裁判實務大系6(破産訴訟法), 青林書院(1985).
 関武志, “讓渡禁止特約に反して債權を讓渡した債權者が讓渡の無効を主張することの可否”, 判例時報(2063号), 判例時報社(2010.3).
 高田裕成, “破産管財人の第三者性(2)-民法467条2項の第三者”, 別冊ジュリスト(252号), 有斐閣(2021).
 高橋讓, “讓渡禁止の特約に反して債權を讓渡した債權者が同特約の存在を理由に讓渡の無効を主張することの可否”, 最高裁判所判例解説 民事篇 平成21年度, (2012).

■ 법조 제71권 제4호(통권 제754호) 판례평석

赫高規, “債權讓渡禁止特約と債權法改正”, NBL(987号), 商事法務研究會(2012.10).

三森仁, “破産管財人・再生債務者・更生管財人の第三者性”, シュリスト増刊 実務に効く事業再生判例精選, 有斐閣(2015).

吉永一行, “禁止特約に反した債權讓渡の無効主張権者”, 法学セミナ(655号, 日本評論社(2009.7).

米倉明, “債權讓渡禁止特約の効力に関する一疑問(一)”, 北大法学論集(22卷 3号), 北海島大學大學院法學研究科(1971).