

대 법 원

판 결

사 건 2016다24284 공사대금
원고, 피상고인 회생채무자 주식회사 엘드건설의 관리인 소외인의 소송수계인
주식회사 엘드건설의 파산관재인 원고
소송대리인 법무법인(유한) 광장
담당변호사 정영훈 외 1인
원고보조참가인 신용보증기금
소송대리인 법무법인 자연수
담당변호사 최재원
피고, 상고인 농업협동조합중앙회
소송대리인 법무법인(유한) 한별
담당변호사 한상민 외 1인
피고보조참가인 건설공제조합
원 심 판 결 서울고등법원 2016. 4. 7. 선고 2015나4353, 4360(독립당사자참가
의 소) 판결
판 결 선 고 2019. 12. 19.

주 문

상고를 기각한다.

상고비용은 각 보조참가로 인한 부분을 포함하여 피고가 부담한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 기본적 사실관계

원심판결 이유와 기록에 의하면 다음 사실을 알 수 있다.

가. 피고는 2009. 5. 27. 농협 ○○ 농산물 종합유통센터 신축공사에 관하여 총 계약 금액 24,900,000,000원(그중 건축공사 부분 계약금액은 23,245,600,000원이다. 이하 건축공사 부분을 '이 사건 공사'라고 한다), 착공일 2009. 6. 1., 준공예정일 2010. 11. 30. 로 정하여 도급계약(이하 '이 사건 도급계약'이라고 한다)을 체결하였는데, 이 사건 공사에 관하여는 주식회사 엘드건설(이하 '엘드건설'이라고 한다)을, 나머지 소방공사 부분에 관하여는 진성산업 주식회사를 각 계약상대자로 하였다.

나. 이 사건 도급계약에 포함된 공사계약 일반조건에는 다음과 같은 내용이 있다.

1) 계약상대자인 엘드건설 등은 이 공사의 이행을 위한 목적 이외의 목적을 위하여 이 계약에 의하여 발생한 채권(공사대금청구권)을 제3자에게 양도하지 못한다(제5조 제1항, 이하 '이 사건 채권양도금지특약'이라고 한다).

2) 피고는 '계약상대자인 엘드건설 등의 책임 있는 사유로 인하여 준공기한까지 공사를 완성하지 못하거나 완성할 가능성이 없다고 인정되는 경우', '계약상대자인 엘드건설 등의 부도발생 등으로 정상적인 공사수행 가능성이 없다고 판단될 경우'에 해당하면 이 사건 도급계약의 전부 또는 일부를 해제 또는 해지할 수 있다(제37조 제1항 제2호, 제4호).

다. 엘드건설은 2010. 10. 21. 이 사건 공사를 완료하지 못한 상태에서 부도처리되었다. 피고는 2010. 11. 25. 엘드건설을 상대로 위 공사계약 일반조건 제37조에 따라 이 사건 도급계약을 해제한다는 의사를 표시하였고, 그 의사표시가 2010. 11. 29. 도달하였다.

라. 엘드건설에 대하여 2010. 12. 10. 회생절차가 개시되고 회생계획인가결정이 있은 후 2017. 1. 25. 회생절차폐지결정을 받아 2017. 3. 17. 그 폐지결정이 확정됨과 동시에 파산선고가 내려지고 원고가 파산관재인으로 선임되었다.

2. 기성공사대금 인정에 관한 채증법칙 위반 여부 등(상고이유 제1점)

가. 건축공사도급계약이 수급인의 채무불이행을 이유로 해제될 당시 공사가 상당한 정도로 진척되어 이를 원상회복하는 것이 중대한 사회적·경제적 손실을 초래하고 완성된 부분이 도급인에게 이익이 된다면, 해당 도급계약은 미완성 부분에 대하여만 실효되어 수급인은 해제한 상태 그대로 그 건물을 도급인에게 인도하고 도급인은 특별한 사정이 없는 한 인도받은 미완성 건물에 대한 보수를 지급하여야 하는 권리의무관계가 성립한다(대법원 1992. 3. 31. 선고 91다42630 판결 등 참조). 이와 같은 경우 도급인이 지급하여야 할 미완성 건물에 대한 보수는 특별한 사정이 없는 한 당사자 사이에 약정한 총 공사비에 기성고 비율을 적용한 금액이 되는 것이지, 수급인이 실제로 지출한 비용을 기준으로 할 것은 아니다(대법원 1992. 3. 31. 선고 91다42630 판결, 대법원 1993. 11. 23. 선고 93다25080 판결 등 참조). 이때의 기성고 비율은 공사대금 지급의 무가 발생한 시점, 즉 수급인이 공사를 중단할 당시를 기준으로 이미 완성된 부분에 들어간 공사비에다 미시공 부분을 완성하는 데 들어갈 공사비를 합친 전체 공사비 가운데 완성된 부분에 들어간 비용이 차지하는 비율을 산정하여 확정하여야 한다(대법원

1989. 12. 26. 선고 88다카32470, 32487 판결, 대법원 1996. 1. 23. 선고 94다31631, 31648 판결 등 참조). 다만 당사자 사이에 기성고 비율 산정에 관하여 특약이 있는 등 특별한 사정이 인정되는 경우라면 그와 달리 산정할 수 있다(대법원 1993. 11. 23. 선고 93다25080 판결, 대법원 2013. 5. 24. 선고 2012다39769, 39776 판결 등 참조).

나. 원심은 기성고 비율을 산정하는 데 필수적인 기시공 부분에 소요된 공사비를 산출하는 것이 불가능하거나 현저하게 곤란한 특별한 사정이 있다고 인정한 다음, 아래와 같이 기성공사대금을 산정하였다.

엘드건설이 공사를 중단할 당시까지 시공한 공사 중 5회 기성공사대금은 감리단이 작성한 감리업무일지에 기재된 공정률을 기초로 산정할 수밖에 없고, 피고가 제출한 증거만으로는 위 감리업무일지의 증명력을 배척할 수 없다. 피고 주장과 같이 약정된 총 공사비에서 미시공 부분의 완성에 소요될 공사비를 공제하는 방식으로 기성고를 산정할 수는 없다. 따라서 건축공사와 소방공사를 합한 5회 기성 부분의 전체 공사대금은 감리업무일지에 기재된 공정률인 13.59%를 기초로 3,383,910,000원(= 약정 총 공사비 24,900,000,000원 \times 13.59%)으로 산정되고, 그중 엘드건설이 시공한 이 사건 공사 부분에 관한 대금은 위 기성 부분에 관한 건축공사와 소방공사의 공사대금 청구비율에 따른 2,818,458,639원(= 3,383,910,000원 \times 83.29%)이다.

다. 이 부분 상고이유 주장은 기성공사대금의 산정에 관하여 사실심인 원심의 전권에 속하는 증거의 취사선택과 사실인정의 당부를 다투는 것이므로 적법한 상고이유가 될 수 없다. 나아가 원심의 판단을 앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보더라도, 거기에 필요한 심리를 다하지 않은 채 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 기성고 비율과 기성 부분 공사대금 산정에 관한 법리를 오해한 잘못

이 없다.

3. 회생절차개시 후 보증인의 상계권 행사 가부(상고이유 제3점)

원심은, 그 판시와 같은 이유로 주채무자에 대하여 채무자 회생 및 파산에 관한 법률에 따른 회생절차가 개시된 경우에는 보증인이 주채무자의 채권에 의한 상계로 채권자에게 대항할 수 없으므로, 회생채무자인 엘드건설의 보증인인 피고보조참가인이 원고의 피고에 대한 공사대금채권을 자동채권으로 하여 피고의 피고보조참가인에 대한 계약보증금채권과 상계할 수 없다고 판단하였다.

원심판결 이유를 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 피고보조참가인의 상계를 허용하지 아니한 원심의 판단에 회생절차 개시 후 보증인에 의한 상계권 행사 가부에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

4. 기성공사대금 채권의 이전 여부(상고이유 제2점)

가. 원심판결 이유와 기록에 의하면 다음 사실을 알 수 있다.

1) 원고보조참가인은 2009. 6. 18. 엘드건설이 이 사건 공사와 관련하여 농협은행 △△△지점으로부터 대출받은 3,150,000,000원 상당액의 대출금 채무를 보증금액 2,992,500,000원, 보증기한 2010. 6. 17.까지로 정하여 보증하였다. 원고보조참가인은 위와 같이 보증하면서 '엘드건설이 이 사건 공사대금채권 중 보증부대출금액 이상을 농협은행의 △△△△지점에 양도하고, 발주처인 피고로부터 확정일자 있는 채권양도 승낙을 받아서 이 사건 공사대금을 그 대출금의 변제에 충당하도록 한다.'는 특약사항을 정하였다. 이에 따라 엘드건설은 2009. 7. 7. 농협은행에 이 사건 공사대금채권 중 3,150,000,000원 부분을 양도하였고, 피고는 같은 날 위 채권양도를 승낙하였다.

2) 엘드건설의 회생절차개시신청 등으로 보증사고가 발생하자 원고보조참가인은

2010. 11. 30. 엘드건설의 농협은행에 대한 대출원리금 채무액 3,025,749,621원을 대위 변제하였다. 농협은행은 같은 날 원고보조참가인에게, 엘드건설로부터 양수하였던 이 사건 도급계약에 따른 공사대금채권을 양도하였고, 피고에게 그 양도사실을 통지하였다.

3) 이후 원고보조참가인은 엘드건설의 회생절차에서 원고보조참가인의 엘드건설에 대한 구상금채권은 엘드건설의 피고에 대한 이 사건 공사대금채권으로 담보되어 있다며 3,025,749,621원의 회생담보권을 신고하였으나, 원고는 원고보조참가인의 회생담보권에 관하여 이의하였다. 회생담보권 조사확정재판에서 전주지방법원은 2014. 11. 28. 원고보조참가인의 회생담보권이 3,025,749,621원임을 확정하는 결정을 하였다.

4) 한편 이 사건 공사대금채권 중, ① 주식회사 신일은 2010. 11. 2. 1,709,970,000원에 관하여, ② 주식회사 선이앤씨는 2010. 11. 2. 1,571,145,600원에 관하여, ③ 유한회사 성우이앤씨는 2010. 11. 4. 75,800,000원에 관하여, ④ 주식회사 영창개발은 2011. 1. 26. 118,800,000원에 관하여, 피고에게 엘드건설의 하수급업체로서 엘드건설의 부도 등의 사유로 구 하도급거래 공정화에 관한 법률(2011. 3. 29. 법률 제10475호로 개정되기 전의 것) 제14조 제1항 등에 근거한 하도급대금의 직접지급을 구하였다(이하 주식회사 신일, 주식회사 선이앤씨, 유한회사 성우이앤씨, 주식회사 영창개발을 통틀어 '하수급채권자들'이라고 한다).

5) 또한 엘드건설은, ① 2010. 10. 15. 현대개발 주식회사에 이 사건 공사대금채권 중 90,876,280원 부분을 양도하였고, ② 2010. 10. 22. 주식회사 아이디에프이앤씨에 이 사건 공사대금채권 중 499,230,000원 부분을 양도하였으며(이하 현대개발 주식회사와 주식회사 아이디에프이앤씨를 통틀어 '채권양수인들'이라고 한다), 피고에게 위 각

양도사실을 통지하였다.

6) 하수급채권자들과 채권양수인들은 엘드건설의 회생절차에서 자신들이 엘드건설에 대하여 보유하고 있던 채권을 회생채권으로 신고하였다.

나. 먼저 하수급채권자들에 대한 채권 이전에 관하여 살펴본다.

원심은 판시와 같은 이유로 하수급채권자들이 하도급대금 직접지급청구에 따른 권리를 묵시적으로 포기한 것으로 봄이 타당하다고 판단하였다.

원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 이러한 판단에 공사대금채권의 이전에 관한 법리를 오해하는 등의 잘못이 없다.

다. 다음으로 채권양수인들에 대한 채권양도에 관하여 살펴본다.

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

이처럼 당사자가 양도를 반대하는 의사를 표시(이하 '양도금지특약'이라고 한다)한 경우 채권은 양도성을 상실한다. 양도금지특약에 위반하여 채권을 제3자에게 양도한 경우에 채권양수인이 양도금지특약이 있음을 알았거나 중대한 과실로 알지 못하였다면 채권 이전의 효과가 생기지 아니한다. 반대로 양수인이 중대한 과실 없이 양도금지특약의 존재를 알지 못하였다면 채권양도는 유효하게 되어 채무자는 양수인에게 양도금지특약을 가지고 그 채무 이행을 거절할 수 없다. 채권양수인의 악의 내지 중과실은 양도금지특약으로 양수인에게 대항하려는 자가 주장·증명하여야 한다(대법원 1999. 12. 28. 선고 99다8834 판결, 대법원 2000. 12. 22. 선고 2000다55904 판결, 대법원

2009. 10. 29. 선고 2009다47685 판결 등 참조).

2) 양도금지특약을 위반하여 이루어진 채권양도는 원칙적으로 그 효력이 없다는 것이 통설이고 앞서 본 바와 같이 이와 견해를 같이하는 상당수의 대법원판결이 선고되어 재판실무가 안정적으로 운영되고 있다. 이러한 판례의 법리는 다음과 같은 이유에서 그대로 유지되어야 한다.

가) 민법 제449조 제2항 본문이 당사자가 양도를 반대하는 의사를 표시한 경우 채권을 양도하지 못한다고 규정한 것은 양도금지특약을 위반한 채권양도의 효력을 부정하는 의미라고 해석하여야 한다. 법조문에서 '양도하지 못한다'고 명시적으로 규정하고 있음에도 이를 '양도할 수 있다'고 해석할 수는 없다.

나아가 민법 제449조 제2항 단서는 본문에 의하여 양도금지특약을 위반하여 이루어진 채권양도가 무효로 됨을 전제로 하는 규정이다. 따라서 양도금지특약을 위반한 채권양도는 당연히 무효이지만 거래의 안전을 보호하기 위하여 선의의 제3자에게 그 무효를 주장할 수 없다는 의미로 위 단서규정을 해석함이 그 문언 및 본문과의 관계에서 자연스럽다.

나) 이처럼 해석하는 것이 지명채권의 본질과 특성을 보다 잘 반영할 수 있다. 지명채권은 유통성을 본질로 하는 증권적 채권과는 달리 채권자와 채무자 사이의 인격적 연결이라는 측면과 채권자의 재산이라는 측면을 동시에 지니고 있다. 민법은 이러한 특성을 고려하여 제449조 제1항에서는 채권양도의 자유를 원칙으로 선언하면서도 제2항 본문에서 당사자의 의사표시에 의하여 양도를 금지할 수 있다고 하고, 같은 항 단서에서 선의의 제3자에 대해서는 대항할 수 없다고 하여 거래의 안전을 보호하고 있는 것이다.

다) 물권에 관하여는 물권법정주의에 따라 법이 규정하는 바에 의하여 물권의 종류와 내용이 정해지는 반면(민법 제185조), 채권관계에서는 사적 자치와 계약자유 원칙이 적용되어 계약당사자는 원칙적으로 합의에 따라 계약 내용을 자유롭게 결정할 수 있다. 따라서 채권자와 채무자가 그들 사이에 발생한 채권의 양도를 금지하는 특약을 하였다면 이는 그 채권의 내용을 형성할 뿐만 아니라 그 속성을 이루는 것이어서 존중되어야 한다. 채권의 재산화와 상품화 경향에 따라 채권의 양도성이 점차 중시되는 추세에 있다고 하더라도 사적 자치의 원칙이 적용되는 영역에서 당사자의 의사에 반하면서까지 그 양도성을 인정할 수는 없다.

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

마) 한편 채권양도에 따라 채권은 그 동일성을 유지하면서 양수인에게 이전되고 채무자는 양도통지를 받을 때까지 채권자에게 대항할 수 있는 사유로 양수인에게 대항할 수 있다(민법 제451조 제2항). 여기서 '채권자에게 대항할 수 있는 사유'란 채권의 성립·존속·행사저지·배척 등 모든 사유를 말한다. 채권은 이전되더라도 본래 계약에서 정한 내용을 그대로 유지함이 원칙이고 양도금지특약도 이러한 계약의 내용 중 하나에 속하므로, 원칙적으로 채무자는 지명채권의 양수인을 비롯하여 누구에게도 양도금지특약이 있음을 주장할 수 있다고 보아야 하고, 민법 제449조 제2항 본문은 명문으로 이를 다시 확인한 규정이라 볼 수 있다.

바) 양도금지특약이 있는 경우 채권의 양도성이 상실되어 원칙적으로 채권양도가 일

어나지 않는다고 보는 것이 악의의 양수인과의 관계에서 법률관계를 보다 간명하게 처리하는 길이기도 하다. 이와 달리 양도금지특약을 어긴 채권양도의 경우에도 채권양도 자체는 유효하되 양도인인 원래의 채권자가 채무자에 대해서 채권을 양도하지 않을 채권적 의무를 위반하였을 뿐이라고 보게 되면, 악의의 양수인에게도 채권이 유효하게 양도된 것임에도 채무자는 위 양수인에게 이행을 거절할 수 있는 반면, 양도인은 채권의 유효한 이전으로 인해 더 이상 권리를 갖지 않게 되었음에도 여전히 채무자에게 적법하게 채무 이행을 구할 수 있다는 것이 되어, 지명채권의 귀속과 그 권리행사 가부가 서로 괴리되는 현상이 일어나게 된다. 나아가 양수인이 악의라 하더라도, 양도인에게 채권적 의무를 지도록 하는 데 불과한 양도금지특약이 채권관계 바깥에 있는 제3자인 위 양수인에게까지 효력을 미치는 이유를 이론적으로 설명하기 곤란하다.

사) 양도금지특약이 있는 채권에 대한 압류나 전부가 허용되는 것은 양도금지특약의 법적 성질과 상관없이 민사집행법에서 압류금지재산을 열거적으로 규정한 데에 따른 반사적 결과에 불과하다. 또한 민법 제449조 제2항에서 말하는 양도는 임의양도를 뜻하므로 이를 금지하는 특약이 있더라도 압류 등 강제집행 자체가 금지되는 것은 아니라는 점에서 논리적 모순이 없다. 나아가 양수인이 악의라고 하더라도 전득자가 선의인 경우 채권을 유효하게 취득한다는 기존 판례(대법원 2015. 4. 9. 선고 2012다 118020 판결 참조)의 입장은 채권의 양도성을 제한하려는 당사자의 의사보다는 거래의 안전을 도모하려는 민법 제449조 제2항 단서의 취지를 중시하여 그 제3자의 범위를 넓힌 것으로 받아들여야 한다.

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

한다. 그러므로 문언상 양도금지특약을 위반한 채권양도의 효력이 부인된다는 의미가 도출되는 민법 제449조 제2항에도 불구하고, 양도금지특약을 위반한 채권양도를 원칙적으로 유효하다고 보는 새로운 해석을 도입하는 데에는 신중할 필요가 있다. 즉, 채권 거래의 규모와 빈도가 점진적으로 증가하여 채권의 재산적 성격과 담보로서의 가치가 중시되고 채권을 이용한 자금유통이 활성화되면서 현대 계약법상 채권의 유동화 확보를 통한 자본의 신속한 순환이 강력히 요구되고 있다 하더라도, 민법 제449조 제2항 문언의 합리적 해석 범위를 넘어 양도금지특약을 위반한 채권양도를 원칙적으로 유효하다고 인정할 수는 없다.

3) 원심판결 이유를 앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴본다.

엘드건설이 피고의 동의 없이 이 사건 공사대금채권을 채권양수인들에게 양도한 것은 이 사건 채권양도금지특약에 위반한 채권양도로서 그 효력이 없다는 원심의 판단은 앞서 본 법리에 따른 것으로 정당하다. 한편 채권양수인들이 이 사건 채권양도금지특약에 대하여 알지 못하였음을 인정할 증거가 없다고 한 원심판결의 이유설시 부분은 부적절하나, 판시와 같은 사정에 비추어 채권양수인들이 양도금지특약을 알지 못한 데에 중대한 과실이 있다는 원심의 판단은 결과적으로 정당하다. 따라서 원심 판단에 이 부분 상고이유 주장과 같이 판결에 영향을 미친 잘못이 있다고 할 수 없다.

5. 결론

그러므로 상고를 기각하고, 상고비용은 각 보조참가로 인한 부분을 포함하여 패소자가 부담하도록 하여, 주문과 같이 판결한다. 이 판결에는 양도금지특약을 위반한 채권 양도의 효력 부분(위 4.다.)에 대하여 대법관 권순일, 대법관 김재형, 대법관 안철상, 대법관 노정희의 반대의견이 있는 외에는 관여 법관의 의견이 일치하였고, 다수의견에

대한 대법관 민유숙, 대법관 이동원의 보충의견과 반대의견에 대한 대법관 김재형의 보충의견이 있다.

6. 양도금지특약을 위반한 채권양도의 효력에 관한 대법관 권순일, 대법관 김재형, 대법관 안철상, 대법관 노정희의 반대의견

가. 다수의견은 양도금지특약을 위반하여 이루어진 채권양도는 원칙적으로 그 효력이 없다는 이른바 물권적 효력설을 지지하고 있다. 그러나 이러한 태도는 타당하지 않다.

채권양도에서는 채권자(양도인)와 채무자, 그리고 양수인이라는 세 당사자 사이의 삼각관계를 구분해서 살펴보아야 한다. 양도금지특약의 당사자는 채권자와 채무자이고, 채권양도의 당사자는 양도인, 즉 채권자와 양수인이다. 채권자와 채무자 사이의 양도금지특약이 양도인과 양수인 사이의 채권양도에 영향을 줄 수 있는가가 문제의 핵심이다.

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

1) 계약은 원칙적으로 두 당사자의 의사표시 합치로써 성립하고 합의 내용을 실현하

기 위해 두 당사자를 구속하는 규범이다. 양도금지특약의 당사자는 채권자와 채무자이므로 그 약정의 효력은 원칙적으로 채권자와 채무자만을 구속한다.

양도금지특약을 위반한 채권양도가 효력이 없다고 보는 것은 양도금지특약이 직접적인 법형성력을 가지고 채권의 양도성을 대세적으로 박탈하는 효력을 갖는다는 의미이다. 양도금지특약에 따라 채권이 물권과 같이 대세적으로 양도할 수 없는 성질을 갖게 되었다고 보아 이러한 견해를 물권적 효력설이라고 부른다.

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

2) 민법 제449조 제2항 본문의 문언과 체계에 비추어 볼 때 양도금지특약은 당사자 사이에만 효력이 미치는 것으로 보는 것이 합리적이다. 민법 제449조 제2항 본문에서 '양도하지 못한다'고 한 부분은 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 타당하다. 반대로 단지 '양도하지 못한다'고 한 것을 양도금지특약으로 채권의 양도성이 상실되어 그 특약에 반하는 채권양도는 무효라고 해석하는 것은 문언의 통상적 의미를 벗어난다.

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

를 침해하지 않는 범위 내에서만 인정되어야 한다.

지명채권의 법률관계에 인적 신뢰를 기초로 한 특별한 결합관계가 있는 경우도 있으나, 금전채권과 같이 인적 결합관계가 희박한 경우가 대부분이다. 채권의 재산적 가치는 다른 재화와 다르지 않고, 사회경제적 변화에 상응하여 채권자와 채무자의 인적 결합의 정도는 더욱 희박해지고 있다. 근대 민법에서 채권의 양도성을 전면적으로 승인한 것은 이러한 변화를 반영한 것이다. 당사자 사이의 양도금지특약으로 제3자에 대한 관계에서까지 채권의 양도성을 박탈하는 합의를 인정하는 것은 채권의 양도성을 인정하는 원칙을 무의미하게 만들 수 있다. 계약자유 원칙에 근거하여 양도금지특약이 인정된다고 하더라도 이를 제한 없이 대세적인 효력을 갖는다고 보아서는 안 된다. 따라서 양도금지특약은 그 당사자만을 구속할 뿐이고 이를 위반하는 채권양도는 원칙적으로 유효하다고 보아야 한다.

4) 전통적으로 지명채권양도는 경제적 위기에 처한 채무자로부터 제3채무자에 대한 채권을 양도받는 채권회수수단으로 기능하였으나, 자본의 신속하고 원활한 순환이 요구되는 현대사회에서는 채권양도의 자금조달수단 기능과 가치가 확산되고 있다. 사회경제적으로 새로운 금융기법이 개발되고 금융산업 발전이 전체산업 발전을 선도하는 상황에 이르러 채권거래의 형태가 다양해지고 그 규모와 빈도가 점진적으로 증가하면서 채권의 재산적 성격과 담보로서의 중요성이 강조될 수밖에 없다. 재산권의 귀속주체인 채권자가 이를 처분하여 투자자본의 조기회수라는 경제적 목적을 달성할 수 있도록 더욱 자유로운 양도가능성이 보장되어야 한다는 관점에서 채권양도금지특약에 관해서 채권적 효력설을 채택하는 것이 타당하다.

5) 채권자와 채무자 그리고 양수인 세 당사자의 이익을 비교해 보더라도 채권적 효

력설이 타당하다. 양도금지특약으로 채권의 양도성이 상실된다고 보면, 채권자는 채권 양도를 통한 자금조달수단을 상실하고 자산으로서의 채권 활용범위가 축소되는 불이익을 입는다. 양도금지특약에 반하는 채권양도를 원칙적으로 무효로 보면 양수인으로서도 채권 자체를 취득하지 못할 법적 위험에 직면한다. 양수인이 양도금지특약의 존재를 인식하기 쉽지 않고 그로 하여금 일일이 원래의 계약 내용을 확인하도록 하는 것은 불가피하게 불필요한 거래비용을 증가시킨다. 반면 채권양도금지특약에 채권적 효력만을 인정하더라도 채무자로서는 채권자에 대하여 특약 위반에 따른 책임을 물을 수 있고, 채권자가 변경되더라도 원래 이행하여야 할 채무를 이행하는 것이라는 점에서 그 불이익이 크지 않다. 따라서 채권양도금지특약에 채권적 효력만을 인정하는 것이 채권자, 채무자, 양수인 사이의 이익관계에 균형을 맞출 수 있다.

6) 채권거래가 증가함에 따라 양도금지특약을 위반한 채권양도에 관하여 채권적 효력만 인정하는 입법례가 많아지고 있다. 뿐만 아니라 우리 민법과 유사한 규정을 두고 있는 나라에서도 판례를 통하여 채권적 효력설을 채택하고 있다. 이것은 채권의 재산적 성격과 양도성을 제고할 필요성에서 나온 것이다. 민법 제449조 제2항에 관한 해석이 열려 있다면 채권의 재산적 성격을 중시하는 현대사회의 흐름을 반영하는 해석이 바람직하다.

7) 양도금지특약을 위반한 채권양도의 효력에 대한 증명책임의 분배와 선의의 전득자 보호에 관한 판례도 채권적 효력설을 따를 때 합리적으로 설명할 수 있다. 대법원은 민법 제449조 제2항을 적용할 때 제3자가 악의인 경우는 물론 양도금지특약을 알지 못한 데에 중대한 과실이 있는 경우에도 그 특약으로써 대항할 수 있고, 제3자의 악의 또는 중대한 과실은 그 특약으로 양수인에게 대항하려는 자가 이를 주장·증명하

여야 한다고 판단하고 있다(대법원 1999. 12. 28. 선고 99다8834 판결 등 참조). 양도 금지특약에 채권적 효력만을 인정하면, 그 특약을 위반한 채권양도도 유효하고, 다만 채무자는 민법 제449조 제2항 단서에 따라 양수인에 대해 그 악의 또는 중대한 과실을 이유로 채무 이행을 거절할 수 있게 된다. 제3자의 악의·중과실에 대한 주장·증명책임에 관한 판례는 양도금지특약에 채권적 효력만을 인정하는 경우에 일관되게 설명할 수 있다. 물권적 효력설에 따른다면 채무자가 특약의 존재를 증명하고 양수인이 자신의 선의와 중대한 과실이 없다는 것을 증명해야 할 것이므로 이에 관한 판례에 반하는 결과가 된다.

대법원은 민법 제449조 제2항 단서가 채권양도금지특약으로써 대항할 수 없는 자를 '선의의 제3자'라고만 규정하고 있어 채권자로부터 직접 양수한 자만을 가리키는 것으로 해석할 이유는 없으므로, 악의의 양수인으로부터 다시 선의로 양수한 전득자도 위 조항에서 말하는 선의의 제3자에 해당한다고 판단하고 있다(대법원 2015. 4. 9. 선고 2012다118020 판결 참조). 양도금지특약으로 채권의 양도성이 상실된다고 하면, 양수인이 악의여서 취득한 바 없는 채권을 전득자가 비록 선의라고 해서 어떻게 양수인으로부터 이를 승계하여 취득하는지를 설명하지 못한다. 반면 채권양도금지특약에 채권적 효력만을 인정하면 채권은 그 특약과 상관없이 승계되어 유효하게 양도되므로 선의의 전득자는 당연히 보호받을 수 있다.

8) 양도금지특약이 있더라도 압류·전부명령에 따라 해당 채권은 이전이 가능하고 압류채권자의 선의 여부는 그 효력에 영향을 미치지 못한다(대법원 1976. 10. 29. 선고 76다1623 판결, 대법원 2003. 12. 11. 선고 2001다3771 판결 등 참조). 양도금지특약이 있는 경우에 채권양도에 따른 채권의 이전은 금지되면서도 전부명령에 따른 채권의 이

전을 허용하는 것은 불필요한 혼란을 가져온다. 채권자가 양수인에게 집행력 있는 공정증서정본을 작성해 주고 양수인이 이에 기초하여 양도금지특약이 있는 채권에 대하여 압류·전부명령을 받으면 악의의 양수인도 얼마든지 채권을 취득할 수 있게 된다. 이 점에서도 굳이 물권적 효력설을 고수할 필요가 없다.

나. 채권양도금지특약에 관하여 채권적 효력설을 채택할 경우 민법 제449조 제2항 단서를 어떻게 보아야 할 것인지 문제된다. 이 문제에 관해서는 여러 가지 방안 중에서 다음과 같은 해결방안이 타당하다.

양도금지특약을 위반하여 채권양도가 이루어진 경우 민법 제449조 제2항 단서에 따라 채무자는 양도금지특약의 존재를 알고 있는 양수인에게 채무 이행을 거절할 수 있다. 물론 채무자는 악의의 양수인을 상대로 이행거절의 항변권을 행사하지 않고 채권 양도의 효력을 그대로 인정할 수도 있다. 그러나 양도금지특약을 위반하여 채권을 양도한 채권자는 이러한 항변권을 행사할 수 없으므로 양수인이 특약의 존재를 알고 있다는 이유로 채권양도의 효력을 부정할 수는 없다. 즉, 양도인은 채무자를 상대로 양도금지특약을 주장하여 채권양도의 효력을 부정하면서 자신에게 이행하라고 청구할 수 없다. 이는 양수인의 선의 여부가 채권양도에 따른 채권의 귀속 변동에 영향을 미치지 못하기 때문에 악의의 양수인도 채권자의 지위에 있게 되고 양도인은 무권리자가 되기 때문이다.

채무자가 양도인에게는 채권양도 사실을 들어 채무 이행을 거절한 다음, 양수인을 상대로는 그 악의를 주장하면서 채무 이행을 거절하는 경우와 같은 교착상태가 문제될 수 있다. 그러나 채무자가 양수인의 이행청구에 이행거절의 항변을 하고 그러한 항변이 정당한 경우에는 양도인이 채무자에 대하여 이행을 청구할 수 있다고 보면 되고,

양도인의 이행청구에 대하여 채권양도의 효력이 유효하다고 주장하는 경우에는 채무자가 이행거절의 항변권을 포기하고 양수인에게 채무를 이행하겠다는 의사표시로 해석하여 양수인이 악의더라도 채무자에게 이행을 청구할 수 있다고 보면 된다. 채무자가 양수인과 양도인 모두에 대해 이행을 거절한다면 이러한 행위는 선행행위에 모순되는 행동으로서 신의칙에 반하여 허용될 수 없을 것이다.

다. 이 사건에 대하여 살펴본다.

1) 원심은 다음과 같은 이유로 이 사건 채권양도의 효력을 부정하였다. 채권양수인들에 대한 채권양도에 관하여 이 사건 채권양도금지특약을 위반한 채권양도는 효력이 없다. 채권양수인들이 이 사건 채권양도금지특약에 대하여 알지 못하였다고 인정할 만한 별다른 증거가 없다. 오히려 채권양수의 대상이 된 채권의 증서인 도급계약서 자체에 이 사건 채권양도금지특약이 명시되어 있으므로 채권양도금지특약이 있음을 비교적 손쉽게 알 수 있었던 상태로 보인다.

2) 그러나 위에서 본 법리에 따라 살펴보면, 이 사건 공사대금채권에 관한 양도금지특약은 엘드건설이 피고에 대하여 채권을 양도하지 않을 의무를 부담하는 것일 뿐이므로 이에 반하는 채권양도도 유효하다. 다만 민법 제449조 제2항 단서에 따라 채무자인 피고가 채권양수인들이 양도금지특약의 존재를 알았거나 중대한 과실로 이를 알지 못하였음을 주장하면서 채권양수인들에게 지급을 거절할 수 있다. 그런데 피고는 양도금지특약을 문제 삼지 않고 오히려 이 사건 공사대금채권이 채권양수인들에게 유효하게 양도되었음을 이유로 원고의 지급청구를 거절하고 있다. 이처럼 피고가 이행거절의 항변권을 행사하지 않고 채권의 양도를 이유로 양도인의 청구를 거절하는 경우에는 양도금지특약에도 불구하고 채권양도가 유효함을 전제로 양수인에게 채무를 이행하겠다는

의사표시로 해석해야 한다. 따라서 채권양수인들이 이 사건 양도금지특약의 존재를 알았거나 중대한 과실로 알지 못하였는지 여부와 상관없이 이 사건 공사대금채권은 채권양수인들에게 유효하게 이전되었다고 보아야 한다. 따라서 채권양수인들에 대한 채권양도의 효력을 부정한 원심의 판단에는 양도금지특약을 위반한 채권양도의 효력에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 결국 원심은 파기되어야 한다.

3) 나아가 원심은 채권양수인들이 양도금지특약에 관하여 알지 못했고 이에 대하여 중대한 과실이 없음을 증명해야 하는 것처럼 판단하였다. 이러한 원심 판단에는 양도금지특약에 대한 증명책임에 관하여 판례(대법원 1999. 12. 28. 선고 99다8834 판결 등)에 배치되는 판단을 한 잘못도 있음을 지적한다.

이상과 같은 이유로 다수의견에 찬성할 수 없음을 밝힌다.

7. 다수의견에 대한 대법관 민유숙, 대법관 이동원의 보충의견

양도금지특약을 위반한 채권양도의 효력에 관하여 반대의견이 근거한 이른바 채권적 효력설은 그 개념과 내용이 다의적이고, 그에 따라 파생되는 법률적인 문제 역시 복잡하게 나타날 수 있다. 입법 과정에서 채권적 효력설이 선택된 것이 맞는다면 이에 따른 문제점들까지 마땅히 함께 정리되었을 것임에도 그에 관한 규정을 전혀 마련하지 않았다는 것은 입법자가 다수의견과 같은 이른바 물권적 효력설을 택하였음을 방증한다. 앞으로 보다 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 곤란하다. 이와 같은 관점에서 다수의견을 보충한다.

가. 앞서 본 바와 같이 민법 제449조 제2항은 본문에서 당사자가 반대의 의사를 표

시한 경우에는 채권을 양도하지 못한다고 규정함으로써 당사자의 합의에 의하여 채권의 양도성을 상실시킬 수 있도록 하고, 다만 그 단서에서 선의의 제3자에게는 대항할 수 없다고 하여 거래의 안전을 도모하고 있다. 의용민법, 그리고 동일한 내용으로 제정된 현행 민법 제449조 제2항의 입법 과정에서 채권적 효력설에 관한 논의가 있기는 하였으나 그 내용은 반대의견이 취하고 있는 현재의 채권적 효력설과는 상당한 차이가 있어 보인다. 현행 민법의 제정 전에는 물론 제정 후에도 상당한 기간 동안 반대의견과 같은 내용의 채권적 효력설은 개진되지 않았다. 이와 같은 상황에서 반대의견과 같은 내용의 채권적 효력설이 입법에 반영되었다고 보는 것은 타당하지 않다. 따라서 반대의견이 취하고 있는 채권적 효력설은 장차 현행법에 관한 대안을 모색하게 될 때 입법론으로 참고할 수 있을 뿐 현행법 자체의 해석으로 삼기에는 적절하지 아니하다.

나. 양도금지특약을 위반한 채권양도의 효력에 관하여 대세적 효력을 부인하고 그 효력범위를 당사자로 한정하는 채권적 효력설은 의미가 일의적이지 않고 그 스펙트럼 역시 매우 폭넓고 다양하다. 다만 채권적 효력설의 부류에 속하는 이러한 견해들은 대체로 다음과 같은 공통된 입장을 보이고 있기는 하다. 즉, 양도금지특약을 위반한 채권양도는 그대로 유효하고, 양도금지특약은 단지 채권자와 채무자 사이에 채권을 양도하지 못하도록 하는 권리의무관계만 발생시킬 뿐이므로, 채무자를 제외한 나머지 이해관계인들 사이에서는 양수인을 채권자로 보아야 한다는 것이다.

채권적 효력설이 가진 위와 같은 공통분모에 의하면 양도금지특약을 위반한 채권양도는 양수인의 선의·악의를 불문하고 유효하여야 한다. 그런데 현행 민법 제449조 제2항 단서는 양수인이 선의인 경우에만 채권양도가 유효하다는 취지로 규정하고 있으므로, 채권적 효력설의 당초 원형이 되는 내용과는 상당한 거리가 있다.

여러 나라의 입법례와 학설을 살펴보면 채권적 효력설이라는 동일한 명칭을 취하더라도 매우 다양한 내용의 규율과 주장으로 자리 잡고 있음을 알 수 있다. 즉, 각 국가의 입법례를 보면 채무자에 대한 관계에서 누구를 채권자로 삼을 것인지, 채무자가 양도인에게 변제한 경우 이를 유효한 변제로 볼 것인지, 양수인이 특약의 존재를 알았을 경우에 채무자에게 이행거절의 항변권을 부여할 것인지, 양수인의 선의·악의가 채권양도에 어떤 영향을 미치는지 등에 관하여 각기 다르게 규율하고 있고, 마찬가지로 학설도 다양한 견해를 취하고 있다.

이처럼 채권적 효력설이라고 막연히 통칭되기는 하지만 양도금지특약을 위반한 채권양도가 유효하다는 것의 의미는 매우 다양한 형태로 발현된다. 그런데 그 효력범위뿐만 아니라 증명책임이나 다수의 이해관계인들 사이에서 채권양도의 우열관계, 대항요건의 구비 여부, 집행관계 등 상정 가능한 법률적인 문제를 종합적으로 검토함으로써 다양한 이해관계가 충돌하는 재판 현장에서 적용 가능한 법리가 될 정도로 수미일관하게 완결적으로 정리한 논의는 찾아보기 어렵다.

요컨대 양도금지특약을 위반한 채권양도의 효력에 관하여 아직까지 법적으로 정연한 논리가 갖추어지지 않은 상태인 이상, 채권적 효력설은 현행법에 대한 종전 해석 및 이에 따라 확립되어 온 실무관행을 대체하기에 적절하지 않다.

다. 반대의견은 양도금지특약을 위반한 채권양도를 유효하다고 보면서도 민법 제449조 제2항 단서를 채무자에게 악의의 양수인에 대한 이행거절의 항변권을 준 것으로 이해한다. 이에 따라 채무자와 달리 위와 같은 항변권이 없는 양도인으로서의 채무자를 상대로 양도금지특약을 내세워 채권양도의 효력을 부정하고 자신에 대한 채무 이행을 청구할 수 없게 된다. 그러면서도 채무자가 양수인에게 양도금지특약에 대한 악의 등

을 이유로 이행청구를 거절하는 경우와 같이 채무자가 양도인, 양수인 모두에 대하여 채무 이행을 하지 않는 부당한 결과를 피하기 위하여 이러한 경우에는 신의칙상 양도인의 청구를 거절할 수 없다고 설명한다.

그러나 채권자와 채무자는 양도금지특약을 체결한 당사자인데 채권자가 채무자에게 특약의 효력을 주장할 수 없다는 것은 타당하지 않다. 하나의 양도금지특약을 가지고서 채권자는 단지 특약을 위반하지 않을 의무를 부담하는 지위에 있을 뿐이므로 그 효력을 채무자에게 주장할 수 없다고 하면서, 채무자는 악의의 양수인에 대하여 양도금지특약의 존재를 들어 채무 이행을 거절할 수 있다는 식으로 당사자별로 구분지어 해석하는 것은 그 자체로 부자연스러울 뿐만 아니라 당사자들이 만약 특약의 내용을 달리 정할 경우에는 어떻게 다를 것인지에 대한 의문을 야기한다.

그리고 채권적 효력설에 기한 앞선 설명에 의하면, 채무자가 악의의 양수인을 상대로 이행거절의 항변권을 행사할 것인지 여부는 전적으로 채무자의 의사에 달려 있으므로, 이행거절의 항변권을 행사하지 않고 악의의 양수인에게 그대로 채무를 이행할 것인지, 아니면 이행거절의 항변권을 행사한 후 종전 채권자인 양도인이 신의칙을 내세워 직접 채권행사에 나서기를 기다렸다가 이에 응할 것인지를 채무자가 자유로이 선택할 수 있게 된다. 이는 하나의 채권을 놓고 채무자가 이행의 상대방을 별다른 제약 없이 고를 수 있는 구조로서, 통상 하나의 채권·채무에는 채권자와 채무자가 각각 1인씩 존재한다는 인식에서 상당히 벗어난 결론일 뿐만 아니라, 채권의 양도성을 상실시키는 데에 동의하였던 채무자의 당초 의사에 반함은 물론 법적 근거도 없이 해당 채권이 양도인과 양수인에게 공동적으로 귀속되는 것과 유사한 법률관계를 창설하게 된다는 점에서 타당하다고 보기 어렵다. 특히 채권적 효력설에 의할 경우, 양도인과 양수인

사이에서는 양도금지특약에도 불구하고 양도인에 귀속되었던 채권은 유효하게 이전되어 오직 양수인에게만 귀속된다고 보아야 하는데, 이는 채권이 양도인과 양수인에게 공동적으로 귀속되는 듯한 현상을 허용해야 한다는 취지의 앞선 설명과도 모순된다.

나아가 채무자가 양수인에게 특약의 존재에 대한 악의를 이유로 채무 이행을 거절하는 경우 이에 따른 후속으로 양도인과의 관계에서 신의칙상 이행의무를 지게 된다는 설명은, 채권의 양도를 마친 종전 채권자는 양수인의 선의·악의를 불문하고 무권리자가 되어 더 이상 채무자를 상대로 이행청구를 할 수 없다는 채권적 효력설이 입각한 최초의 논리적 전제와도 모순된다.

채권적 효력설에 의하면 종전 채권자는 양수인에게 채권양도를 함으로써 채권에 관하여 더 이상 아무런 권리도 가지지 아니한다고 보게 되는데, 채무자가 악의의 양수인을 상대로 이행거절의 항변권을 행사하는 사정이 나중에 생긴다고 하여, 채무자와 양수인 간의 관계 바깥에 놓인 양도인이 채무자의 항변권 행사 여부에 연동되어 자신이 보유하지도 않은 채권을 채무자에게 행사할 수 있다는 해석은, 과연 신의칙이 적용되는 범위 및 그 한계는 어디까지인지에 관한 근본적인 의문마저 불러일으킨다. 신의칙은 법률관계의 당사자가 상대방의 이익을 배려하여 형평에 어긋나거나 신뢰를 저버리는 내용 또는 방법으로 권리를 행사하거나 의무를 이행하여서는 아니 된다는 추상적 규범이다. 이미 구체적인 형태로 구현된 실정법의 개별 조항을 해석·적용한 결과가 구체적 타당성에 부합하지 않는다고 하여 이를 바꾸기 위한 용도로, 그것도 항변이 아니라 청구권원으로서 일반조항인 신의칙을 내세우는 데에는 신중을 기할 필요가 있다. 또한, 채권적 효력설에 기한 앞선 설명은 종전 채권자가 무권리자임에도 불구하고 신의칙에 기하여 채무자에게 채무 이행을 구하여 급부를 수령할 수 있다고 봄으로써, 해

당 채권이 과연 변제로 유효하게 소멸하게 되는 것인지, 종전 채권자가 수령한 급부 목적물의 소유관계는 어떻게 되는지 등과 같이 쉽게 해답을 도출하기 어려운 문제들을 연쇄적으로 야기한다.

이상과 같이 양도금지특약에도 불구하고 채권양도가 유효하다는 입장을 일단 취하게 되면, 채권을 양도한 채권자와 채무자 및 양수인 세 당사자 간의 관계를 논리적 모순 없이 완결적으로 설명하기란 불가능해진다.

라. 양도금지특약이 있는 채권이 양도된 후 채무자가 민법 제487조 후단에 따라 채권자 불확지를 원인으로 변제공탁하는 경우에도 채권적 효력설에 의해서는 다음과 같이 쉽게 해결하기 어려운 문제가 발생한다. 앞서 본 대법원판례는 양도금지특약을 위반한 채권양도의 효력과 관련하여 채무자가 양수인의 악의 또는 중과실에 관한 증명책임을 부담하도록 하고 있다. 그러면서 채무자가 양수인의 악의 유무를 알 수 없거나 증명할 수 없는 경우에는 채권이 적법하게 양도된 것인지 의문이 제기될 수 있다며 채무자가 한 채권자 불확지 변제공탁을 유효하게 본다(대법원 2000. 12. 22. 선고 2000다55904 판결 등 참조).

그러나 채권적 효력설에서는 양도금지특약을 위반한 채권양도라 하더라도 특약에 관한 양수인의 선의·악의와 상관없이 채권양도는 일응 유효한 것이기 때문에 논리적으로 채권은 언제나 양수인에게 귀속된다는 결론에 이르게 되고, 그 결과 '채권자를 알 수 없는 경우'가 아닌 것이 되어 채무자는 채권자 불확지 변제공탁을 할 수 없는 것이 아닌가 하는 의문이 생긴다. 이와 같이 채권적 효력설을 취하면서도 채권자 불확지 공탁이 허용된다고 보게 되면, 논리적으로는 공탁금의 출급청구권이 양수인에게 귀속된 것임이 분명함에도 현실적으로는 공탁금출급청구권 확인소송까지 거쳐서 채권이 귀속

된 자를 확정지어야 한다는 모순적인 상황이 연출된다. 반대로 채권적 효력설을 취하면서 채권자 불확지 공탁의 요건을 충족하지 못하였으므로 채무자는 변제금을 공탁할 수 없다고 보게 되면, 채무자는 현실적으로 다수의 채권양수인이 존재하여 각각의 대항요건의 구비 여부를 살펴보아야 하는 난감한 상황에 처할 수 있게 되는데, 이러한 채무자를 보호하기 위하여 새로운 공탁원인 규정을 신설하여야 하는 것은 아닌지 진지하게 고민해야 할 필요성이 대두된다.

따라서 양도금지특약을 위반한 채권양도의 효력에 관하여 채권적 효력설을 취할 경우에는 어느 쪽으로든 채권자 불확지 변제공탁에 관한 입법 또는 해석의 변경을 통한 정리가 필요하게 된다.

마. 한편, 민법 제449조 제1항은 본문에서 채권은 양도할 수 있다고 규정하면서, 그 단서에서는 채권의 성질이 양도를 허용하지 아니하는 때에는 그러하지 아니하다고 정하고 있다. 이러한 민법 제449조 제1항 단서 규정에 따라, 채권의 성질 자체가 양도를 허용하지 않는 것이 분명함에도 이를 양도하였다면 해당 채권의 양도는 무효라고 보아야 할 것이다. 이와 견주어 보면, 지금까지 살펴본 민법 제449조 제2항의 성격이 보다 선명하게 드러난다. 즉, 민법 제449조 제1항 단서가 채권의 성질 자체로 인하여 양도가 허용되지 아니할 경우에 관한 규정이라면, 같은 조 제2항 본문은 당사자 간의 양도금지특약에 의하여 채권의 양도성을 상실시키는 규정으로서 위 제1항 단서와 대등한 위상 및 효력을 지닌다고 볼 수 있다. 그러므로 민법 제449조 제1항 단서에 따라 채권의 성질 자체로 양도가 허용되지 않는 것임이 분명한 채권을 양도한 경우 이를 무효라고 보는 것과 마찬가지로, 양도금지특약이 있는 채권을 양도한 경우에도 같은 조 제2항 본문에 따라 무효라고 보는 것이 민법 제449조의 전체 조문 구조 및 체계적 해석에

도 부합한다.

이는 성질상 양도가 허용되지 않는 채권인지 여부가 불분명한 관계로 채권자와 채무자가 채권양도가 허용되지 않는다는 것을 명확히 하고자 의도적으로 양도금지특약을 추가한 경우를 상정해보더라도 그러하다. 즉, 채권의 형태나 채권자와 채무자의 결합관계, 채무자의 보호 필요성 등에 비추어 성질상 채권양도가 허용되지 않는 것인지, 성질상 양도가 가능하여 당사자의 특약으로만 이를 제한할 수 있는지를 명확히 구분하기 어려운 경우, 채권자와 채무자가 양도금지특약을 부가함으로써 채권양도가 금지된다는 점을 분명하게 할 수 있는데, 채권적 효력설에 의하면 이러한 때에도 법원이 다시 그 채권이 성질상 양도가 허용되지 않는 것인지, 성질상 양도가 허용되기는 하지만 양도금지특약에 의하여 양도가 제한될 뿐인지를 엄밀히 가려서 양자를 달리 취급하여야 한다는 결론에 이르게 된다. 법률관계를 간명하게 규율·처리한다는 측면에서 이와 같은 일은 바람직하지 않다.

따라서 성질상 채권양도가 허용되지 않는 경우와의 균형을 위해서라도 양도금지특약이 있는 채권양도 역시 원칙적으로 무효이고, 단지 이 경우에는 민법 제449조 제2항 단서가 적용됨에 따라 상대적 무효에 그칠 뿐이라고 보아야 한다.

바. 민법 제449조 제2항 단서는 '선의의 제3자에게 대항하지 못한다'는 문구를 담고 있는데, 이러한 문구를 포함하고 있는 규정들은 민법 제449조 제2항 단서 외에도 민법에서 상당수 발견된다. 이 중 대표적으로 민법 제108조는 제1항에서 "상대방과 통정한 허위의 의사표시는 무효로 한다."라고 규정하고, 제2항에서는 "전항의 의사표시의 무효는 선의의 제3자에게 대항하지 못한다."라고 정하고 있는데, 위 규정에 따라 통정한 허위의 의사표시가 원칙적으로 무효라는 점에 대해서는 별다른 의문의 여지가 없다. 다

만 민법 제108조 제2항은 제449조 제2항 단서와 마찬가지로 '선의의 제3자에게 대항하지 못한다'는 표현을 포함하고 있는데, 위 규정은 통정허위표시의 외관을 신뢰한 제3자의 이익을 보호하기 위한 것으로서 제3자가 악의라는 주장·증명책임은 통정허위표시의 무효를 주장하는 자에게 있다는 것이 대법원의 확립된 입장이고(대법원 2006. 3. 10. 선고 2002다1321 판결, 대법원 2007. 11. 29. 선고 2007다53013 판결, 대법원 2014. 12. 24. 선고 2014다39671 판결 등 참조), 나아가 제3자로부터 목적물 또는 권리를 양수한 전득자도 민법 제108조 제2항에서 보호되는 제3자에 해당하여 제3자가 악의였다고 하더라도 선의의 전득자는 보호를 받아 통정허위표시의 당사자는 선의의 전득자에 대하여 통정허위표시의 무효를 주장할 수 없다(대법원 2013. 2. 15. 선고 2012다49292 판결 취지 참조).

이렇게 본다면 반대의견이 들고 있는 대법원판례들, 즉 민법 제449조 제2항의 적용과 관련하여 제3자의 악의 또는 중과실은 양도금지특약으로 양수인에게 대항하려는 자가 주장·증명하여야 한다거나, 악의의 양수인으로부터 다시 선의로 양수한 전득자는 민법 제449조 제2항 단서에서 말하는 선의의 제3자에 해당한다는 판례들은 채권적 효력설을 직접적으로 뒷받침하는 논거가 된다고 보기 어렵다. 이러한 대법원판례들은 채권양도가 유효하다고 신뢰한 제3자의 이익을 보호하고 거래의 안전을 도모하기 위한 고려에 따라 증명책임의 소재를 정하면서 '제3자'의 범위를 넓혀서 해석한 것일 뿐, 민법 제449조 제2항을 반드시 채권적 효력설에 입각하여 해석해야만 합리적으로 설명할 수 있게 된다고 볼 것은 아니기 때문이다.

사. 우리나라에서 실무상 양도금지특약이 활용되는 영역은 주로 건설업·제조업 등에서 이루어지는 도급 및 하도급거래이고, 국가를 당사자로 하는 공사도급계약 등에서

도 계약상 양도금지특약을 두는 경우가 적지 않다. 이들 분야에서는 주로 표준계약서식을 이용하여 계약을 체결하고 있는데, 계약교섭력이 강한 발주자가 변제의 상대방을 고정시켜 불확실성을 제거하고 이해관계인들 사이의 법률관계를 간명하게 처리하고자 원사업자를 상대로 양도금지특약을 요구하는 경우가 보통이고, 이러한 양도금지특약은 대부분 약관의 형태로 되어 있다. 이러한 활용실태에 비추어 볼 때, 설령 채권적 효력설을 채택하더라도 거래상 우월한 지위에 있는 발주자가 양도금지특약이 적용되는 이해관계인의 범위를 확장하거나 양도금지특약을 위반한 채권양도에 관하여 채무자가 면책되는 근거를 계약에 별도로 포함시키는 등의 방법으로 채권적 효력설에 따른 긍정적 효과를 무력화시킬 우려가 있어, 채권적 효력설을 취할 실익은 그만큼 반감된다고 볼 수 있다.

아. 채권의 재산적 성격과 양도성을 제고함으로써 자산유동화를 장려하는 것 역시 다른 방법으로 모색되어야 한다. 앞서 본 바와 같이 채권적 효력설이라고 통칭되기는 하나 그 구체적인 개념과 내용이 명확히 확립되어 있지도 않고 이를 통해 달성될 수 있는 실익도 뚜렷하지 아니한 상황이라면, 현행 민법 규정의 해석에 관하여 새로운 견해를 채택하기보다는 좀 더 충분한 시간을 가지고 사회경제학적으로 채권거래의 실제와 실무에 대한 정확한 분석을 바탕으로 필요 적절한 방안을 찾는 편이 바람직하다. 양도금지특약의 효력을 일률적으로 정할 것이 아니라 유통성 확보가 필요한 영역의 채권을 중심으로 양도금지특약이 있더라도 채권이 완전히 유효하게 양도되는 거래분야를 특정하거나 그 효력을 구체화, 개별화하는 것도 하나의 방법이 될 수 있을 것이다.

자. 따라서 양도금지특약을 위반한 채권양도의 효력에 관하여 채권적 효력설을 취하기 위해서는 이를 채택할 경우에 파생적으로 발생할 수 있는 제반 법률적인 문제들에

대한 충분한 인식과 해결방안을 보다 고심한 다음 관련 법령과 제도의 통일적 정비에 나서는 것이 바람직하다. 이러한 순리를 뚫어나가지 않고 현행 민법 제449조에 관하여 종전과 다른 새로운 시각에서 해석론을 제기하는 것만이 능사가 아니다.

이상의 이유로 다수의견의 논거를 보충한다.

8. 반대의견에 대한 대법관 김재형의 보충의견

가. 다수의견, 특히 그 보충의견은 채권양도금지특약을 위반한 채권양도의 효력에 관하여 채권적 효력설을 입법에서 반영하는 것은 별론으로 하고 현행 민법의 해석으로 채택하는 것은 곤란하다고 한다. 그러나 채권양도에 관한 현행 민법의 해석론으로도 채권적 효력설이 물권적 효력설보다 우월하고 채권적 효력설의 채택을 입법으로 미룰 이유가 없다.

어떤 법적 쟁점을 현행법의 해석론으로 풀어갈 것인지 장래의 입법에 맡길 것인지는 대법원판결의 방향을 정하는 핵심적인 문제이다. 입법으로 해결해야만 할 문제를 사법부가 무리하게 해결하려고 해서는 안 되지만, 현행법의 해석을 통하여 충분히 해결할 수 있는 문제인데도 막연히 입법적 조치를 기다리는 것 역시 바람직하지 않다. 입법과 사법의 역할에 대한 올바른 이해를 토대로 법률의 해석에 관한 입장을 정하는 것이 중요하다.

대법원은 법률의 해석에 관하여 다음과 같은 법리를 채택하고 있다. 법률은 가능한 한 법률에 사용된 문언의 통상적인 의미에 충실하게 해석하는 것을 원칙으로 한다. 나아가 법률의 입법취지와 목적, 그 제정·개정 연혁, 법질서 전체와의 조화, 다른 법령과의 관계 등을 고려하는 체계적·논리적 해석방법을 추가적으로 동원하여 타당한 해석을 해야 한다(대법원 2009. 4. 23. 선고 2006다81035 판결 등 참조).

이러한 법률해석론을 바탕으로 채권적 효력설을 채택하여 양도금지특약을 위반한 채권양도의 효력을 보다 합리적으로 해석할 수 있는데도 이를 입법으로 미루는 것은 부당하다는 관점에서 반대의견을 보충한다.

나. 법원은 민법 제449조 제2항의 해석을 통하여 양도금지특약을 위반한 채권양도의 효력에 관하여 물권적 효력설이나 채권적 효력설 중 어느 하나를 채택하여 구체적 사건을 해결할 수 있다고 보아야 한다. 그 이유는 다음과 같다.

1) 민법 제정 과정에서 양도금지특약을 위반한 채권양도의 효력에 관한 논의는 전혀 없었고, 제정 전은 물론 제정 후에도 한동안 학계나 실무에서 논의가 없었다. 즉, 입법자가 물권적 효력설을 채택하였다고 볼 만한 자료는 없다. 민법에 채권적 효력설을 채택할 경우에 발생할 것으로 예상되는 여러 법적 쟁점들을 규율하는 규정이 전혀 없다는 점만으로 입법자가 물권적 효력설을 채택하였다고 평가할 수는 없다. 반대로 위와 같은 법적 쟁점들은 법원의 해석을 통하여 합리적으로 해결할 수 있다는 점에서, 입법자가 양도금지특약에 관하여 민법에 단지 1개의 조문만 둔 것은 그 특약을 위반한 행위의 효력을 법원의 해석에 맡긴 것으로 볼 수 있다.

2) 민법 제449조 제2항은 양도금지특약이 있는 경우 '(채권을) 양도하지 못한다'고 정하고 있을 뿐 양도금지특약을 위반한 채권양도가 유효인지 무효인지를 직접 규정하고 있지 않다. 민법은 제449조 제2항 외에도 제629조 제1항, 제657조 제1항 등에서 '(권리를) 양도하지 못한다'고 정하고 있는데, 아래에서 보듯이 이러한 양도금지 규정을 위반한 권리 양도가 유효인지 무효인지는 개별 조항의 취지 등을 근거로 하여 권리 양도의 유형마다 달리 판단되고 있다. 이러한 점에서 다수의견과 같이 민법 제449조 제2항의 '(채권을) 양도하지 못한다'는 문구가 당연히 채권양도의 효력을 부정하는 의미라

고 볼 수 없다. 오히려 법원은 민법 제449조 제2항의 문언 외에도 입법취지와 목적, 민법의 체계 등을 바탕으로 현대사회에서 채권양도가 갖는 의미와 효용 등을 종합적으로 고려하여 양도금지특약을 위반한 채권양도의 효력을 해석으로 정할 수 있다고 보아야 한다.

3) 비교법적으로 보면, 채권양도금지특약을 아예 금지하는 입법례도 있고, 이를 허용하는 입법례나 국제규범에서도 대부분 그 특약을 위반한 채권양도에 관하여 채권적 효력설을 채택하고 있다. 일본 민법 제466조 제2항은 우리 민법 제449조 제2항과 거의 동일하게 규정하고 있어 그 해석론을 주목할 필요가 있다. 일본의 판례는 양도인이 양도금지특약을 이유로 채권양도의 효력을 부정할 수 없다고 하였는데, 이는 채권적 효력설을 따른 것으로 평가할 수 있다. 또 채권적 효력설을 따르고 있는 입법례나 국제규범에서 양도금지특약을 위반한 채권양도가 유효하다고 명시하고 있을 뿐이고 그에 따른 세부적인 법률관계에 관해서는 별도의 규정을 두지 않는 경우가 많다. 이러한 외국의 판례나 입법동향에 비추어 보면, 채권적 효력설은 그 개념과 내용이 다의적이어서 그로 인해 파생되는 여러 법률문제를 법적으로 정연한 논리에 따라 해결할 수 없다는 이유로 입법을 통해서만 채택될 수 있다는 지적은 옳지 않다.

다. 다수의견에 대한 보충의견은 민법 제449조 제1항 단서에 따라 채권의 성질 자체로 양도가 허용되지 않는 채권을 양도한 경우 이를 무효라고 보는 것과 마찬가지로, 양도금지특약이 있는 채권을 양도한 경우에도 같은 조 제2항 본문에 따라 무효라고 보는 것이 민법 제449조의 전체 조문 구조와 체계적 해석에도 부합한다고 한다. 또한 채권적 효력설을 취할 경우 채무자가 이행의 상대방을 자유로이 선택할 수 있으므로 통상 하나의 채권·채무에는 채권자와 채무자가 각각 1인씩 존재한다는 인식에서 벗어나

게 되고, 법적 근거도 없이 해당 채권이 양도인과 양수인에게 공동적으로 귀속되는 듯한 현상이 발생한다고 비판한다. 그러나 이러한 비판은 타당하지 않다.

1) 민법 제449조 제1항은 "채권은 양도할 수 있다. 그러나 채권의 성질이 양도를 허용하지 아니하는 때에는 그러하지 아니하다."라고 정하고 있다. 위 규정 단서에 따라 성질상 양도가 허용되지 않는 경우는 크게 두 가지로 나눌 수 있다. 하나는 주채권과 분리하여 보증채권만을 양도하는 경우와 같이 양도가 성질상 절대적으로 불가능하여 무효인 경우이다(대법원 2002. 9. 10. 선고 2002다21509 판결 등 참조). 다른 하나는 양도가 제한되기는 하지만 그러한 제한이 채무자의 동의로 해소될 수 있는 경우이다. 민법 제629조 제1항은 "임차인은 임대인의 동의 없이 그 권리를 양도하거나 임차물을 전대하지 못한다."라고 규정하고 있는데, 위 규정에 따른 임차권의 양도 제한은 후자에 해당한다. 위 규정은 임대인과 임차인의 특별한 결합관계를 고려하여 임차권의 양도를 제한하는 것이지만, 그 취지가 채무자인 임대인의 보호에 있으므로 임대인의 동의 없는 임차권 양도라고 하더라도 양도인과 양수인 사이에서 임차권 양도는 유효하며 다만 양수인은 임대인에 대하여 대항할 수 없을 뿐이라고 해석하는 것이 다수의 학설이다. 판례 역시 같은 입장을 취하면서 무단양도 시 오히려 임대인의 임대차계약 해지를 제한하면서 임차권 양수인의 사용·수익을 보장하는 법리를 적극적으로 제시하고 있다(대법원 2007. 11. 29. 선고 2005다64255 판결, 대법원 2010. 6. 10. 선고 2009다101275 판결 등 참조). 임차권의 무단양도가 이루어진 경우 임대인은 사후에 무단양도에 대하여 동의할 수도 있고 이를 동의하지 않을 수도 있으며, 어느 쪽을 선택할지는 전적으로 임대인의 권한에 속한다.

양도금지특약은 채무자를 보호하기 위하여 당사자의 특약으로 원래 양도 가능한 채

권의 양도를 제한하는 것이다. 이는 채권양도가 성질상 절대적으로 불가능하여 무효인 경우에 가까운 것이 아니라, 성질상 양도가 제한되기는 하지만 그러한 제한이 채무자의 동의로써 해소될 수 있는 경우에 가깝다. 임차권 무단양도의 예에서 보았듯이 후자의 경우 양도인과 양수인 사이의 채권양도는 유효하고, 다만 채무자에게 이를 대항할 수 없을 뿐이라는 점에서 채권적 효력설과 본질적으로 궤를 같이 한다. 채권적 효력설이야말로 양도금지특약 외에 성질상 채권양도가 제한되는 경우도 포함하여 채무자 보호를 위하여 채권양도가 제한되는 경우를 체계적으로 설명할 수 있는 이론이다. 반면 물권적 효력설은 채무자를 보호하기 위하여 채권양도를 금지한 특약의 효력을 성질상 절대적으로 채권양도가 불가능한 경우에 가까운 것으로 봄으로써 큰 오류를 범하고 있고, 이로 말미암아 채무자 보호에 필요한 범위를 넘어 대세적으로 채권양도를 무효로 봄으로써 민법 제449조 제1항 본문이 선언한 채권의 양도성 원칙을 크게 훼손한다.

양도금지특약이 있는 채권을 양도한 경우 무효라고 보는 것이 민법 제449조의 전체 조문 구조와 체계적 해석에도 부합한다는 지적은 민법 제449조에 대한 잘못된 이해를 바탕으로 하고 있어 타당하지 않다.

2) 민법 제449조 제2항 단서에 대해서는 채권적 효력설에서도 다양한 해석론이 제시될 수 있다. 그중 반대의견에서 제시한 내용을 요약하면 다음과 같다. 양도금지특약의 효력은 원칙적으로 특약의 양 당사자만을 구속하므로 이를 위반하여 이루어진 채권양도도 제3자에 대해서는 유효하다. 양수인의 선의·악의와 상관없이 채권양도는 유효하나, 위 단서가 특별히 채무자에게 이행거절의 항변권을 부여하여 악의의 양수인에게는 대항할 수 있도록 하였다고 해석하는 것이 채권적 효력설의 본질에 가장 부합한다.

채권적 효력설을 취할 경우 채무자가 이행거절권을 행사하거나 포기하는 방법으로

채무 이행의 상대방을 선택하는 것은 양도금지특약에 따른 정당한 권한 행사이다. 채무자의 이러한 권한 행사로 채무자와 채권자 간, 채권자와 양수인 간, 채무자와 양수인 간의 각 법률관계에 합리적으로 해결할 수 없는 어떠한 문제가 발생하는 것도 아니다. 만일 채무자가 양수인의 악의 등을 증명하여 정당하게 이행거절권을 행사한 경우 채무자는 채권자에게 채무를 이행하면 되고, 다만 이 경우 채권자와 양수인 간의 채권양도의 효력은 여전히 유효하므로 채권자는 변제 받은 금전 등을 양수인에게 교부할 의무를 부담한다. 이러한 법률관계는 유효한 채권양도가 이루어졌으나 채무자에 대한 대항요건을 갖추지 못하여 채무자에게 대항할 수 없는 경우와 유사하므로(대법원 1999. 4. 15. 선고 97도666 전원합의체 판결 참조), 민법이 이미 예정하고 있는 유형의 법률관계라 할 수 있다. 다른 한편 채무자가 이행거절권의 행사를 포기하고 양수인에게 채무를 이행하면, 양수인에게 설령 금지특약에 대한 악의 등이 인정된다고 하더라도 채무자로부터 유효하게 변제를 받을 수 있고, 이에 대하여 양도인은 아무런 이의를 제기할 권한이 없다.

반면 종래 물권적 효력설을 취한 판례는 당사자의 양도금지 의사표시으로써 채권은 양도성을 상실하며 양도금지특약을 위반하여 채권을 제3자에게 양도한 경우에 악의 등의 양수인에 대하여는 채권 이전의 효과가 생기지 않으나, 악의 등으로 양수를 받은 후 채무자가 그 양도에 대하여 승낙을 한 때에는 채무자의 사후 승낙에 따라 무효인 양도행위가 추인되어 유효하게 된다고 한다(대법원 2009. 10. 29. 선고 2009다47685 판결 등 참조). 이에 따르면, 물권적 효력설도 채무자가 양도금지특약을 위반한 채권양도에 대하여 사후적인 추인이라는 방법을 통하여 채무를 이행할 상대방을 일방적으로 변경·선택할 권한을 인정하고 있다. 그런데도 채권적 효력설을 취할 경우 채무자가 당

초 양도금지특약의 취지에 따라 이행거절권을 행사하거나 포기하는 방법으로 채무 이행의 상대방을 선택할 수 있다고 하여, 하나의 채권·채무에 채권자와 채무자가 각각 1인씩 존재한다는 인식에서 벗어나 법적 근거도 없이 해당 채권이 양도인과 양수인에게 공동적으로 귀속되는 듯한 현상이 발생한다고 비판하는 것은 타당하지 않다.

물권적 효력설은 양도금지특약이 있는 경우 '채권의 양도성'이 박탈되는데, 이는 채권의 내용을 형성하고 그 속성을 이루므로 양도금지특약을 위반한 채권양도는 무효이고, 그 무효는 채무자뿐만 아니라 양도금지특약의 당사자인 채권자도 주장할 수 있다고 한다. 물권적 효력설을 취하는 판례는 위에서 보았듯이 채무자의 일방적인 사후 승낙에 따라 무효인 채권양도행위가 추인되어 유효하게 됨을 인정하고 있다. 그러나 두 당사자의 합의로 형성한 채권의 내용이나 속성을 어떻게 채무자 일방의 의사표시로 변경할 수 있는 것인지에 관해서는 합리적인 설명이 없다. 더구나 물권적 효력설에 따르면, 양도금지특약 위반의 효과는 특약의 당사자인 채권자도 주장할 수 있다고 하는데, 채무자 일방의 사후적인 의사표시만으로 무효인 채권양도를 유효로 할 수 있다는 판례의 입장은 이러한 물권적 효력설의 견해와 배치된다.

이러한 문제가 발생하게 된 가장 큰 원인은 판례가 당초 채무자 보호를 위하여 인정된 양도금지특약의 위반 효과를 채무자 보호를 위하여 필요한 범위를 넘어 대세적으로 무효라고 본 것에 있다. 이러한 문제점을 방지하기 위해서는 채권적 효력설을 채택하는 것이 필요하다. 채권적 효력설에 따르면, 양도금지특약의 취지에 맞게 채무자 보호에 필요한 범위 내에서만 특약 위반의 효과를 인정한다. 채무자가 양도금지특약을 위반한 채권양도에 대하여 특약 위반의 효과를 주장하지 않겠다고 하면 그 선택을 존중함으로써 이해관계를 합리적으로 조정하고 법률관계를 모순 없이 처리할 수 있다.

3) 반대의견에서 보았듯이 물권적 효력설에서는 설명하기 곤란한 기존의 여러 대법원판례들이 있다. 양도금지특약의 존부나 채권양수인의 선의·악의에 관한 증명책임, 선의의 전득자가 유효하게 채권을 양수받을 수 있는 근거, 압류·전부명령에 따른 채권의 이전 등에 관한 판례는 채권적 효력설을 채택함으로써 합리적으로 설명할 수 있다. 양도금지특약을 위반한 채권양도가 이루어진 경우 이를 둘러싼 다양한 이해관계인들의 법률관계를 논리적 일관성과 체계성을 유지하며 합리적으로 해결할 수 있다는 것은 채권적 효력설이 지닌 커다란 장점 중의 하나이다.

라. 양도금지특약을 위반한 채권양도가 이루어진 경우, 채무자가 양수인에 대해서는 양도금지특약에 대한 악의 등을 이유로 채무 이행을 거절하는 한편, 채권자에 대해서는 채권양도의 유효를 주장하면서 채무 이행을 거절하는 것이 과연 허용되는지 문제될 수 있다.

채무자와 채권자 사이의 양도금지특약의 취지가 무엇인지를 살펴볼 필요가 있다. 채무자가 채권자와 양도금지특약을 하는 이유는 만일 채권자가 양도금지특약을 위반하여 채권을 양수인에게 양도한 경우 채무자는 양수인에 대한 채무 이행을 거절하고 채권자에 대한 관계에서 채권·채무를 청산하려는 것이다. 그 특약의 당사자인 채무자와 채권자는 이러한 사정을 명확하게 인식할 수 있다. 따라서 채권자가 양도금지특약을 위반하여 양수인에게 채권을 양도하고, 양수인의 악의 등이 인정되어 채무자가 양도금지특약에 따라 양수인에게 정당하게 이행거절권을 행사하는 경우, 이는 양도금지특약의 취지에 따라 채권자에 대한 관계에서 채권·채무를 청산하겠다는 의사를 표명한 것에 다름 아니고, 이 점에 관해서는 양도금지특약 시 채무자와 채권자 사이에서 이미 합의한 것으로 볼 수 있다. 이처럼 채무자가 양도금지특약에 따라 이미 이러한 의사를 표

명하였는데도, 채권자가 채무 이행을 청구하자 돌연 채권양도의 유효를 주장하면서 채권자에 대한 채무 이행을 거부하는 것은 허용되지 않는다. 이것은 당초 양도금지특약의 취지에 반하고 그 특약에 따라 이미 표명한 선행행위와 모순되는 행동이므로 이러한 반복 행위는 신의성실의 원칙상 결코 허용될 수 없다.

이러한 결론은 채무자와 채권자 사이에 체결된 양도금지특약의 취지와 그 특약에 따라 표명된 선행행위와의 모순성을 근거로 자연스럽게 도출된다. 따라서 채권적 효력설이 단순히 구체적 타당성을 위해 만들어낸 논리라거나 일반조항인 신의칙만을 근거로 채권자에게 청구권원을 부여하는 것이어서 부당하다는 지적에는 동의하기 어렵다.

마. 채권자 불확지 변제공탁에 관한 문제를 살펴본다.

채권적 효력설에 따르면 양도금지특약을 위반한 채권양도가 이루어진 경우 채권양도는 유효하고 다만 채무자가 일정한 경우 양수인에 대한 이행거절권을 가질 뿐이므로, 채무자는 이행거절권을 포기하고 양수인에게 채무를 이행함으로써 안전하게 채무를 소멸시킬 수 있다. 이 경우 채무자는 이중변제의 위험이 없으므로 채권자 불확지 변제공탁을 고려할 필요가 없다. 이는 물권적 효력설에서 채무자가 양도금지특약을 위반한 채권양도에 대해 사후 승낙을 하고 양수인에게 채무를 이행하면 특별한 사정이 없는 한 이중변제의 위험이 없는 것과 마찬가지로이다.

그러나 채권적 효력설에서 채무자가 이행거절권을 행사하였거나 행사하려고 하는 때에는 채권자 불확지를 이유로 변제공탁을 할 수 있는지 여부가 문제될 수 있다.

민법 제487조 후문에서 정한 '변제자가 과실 없이 채권자를 알 수 없는 경우'란 객관적으로 채권자 또는 변제수령권자가 존재하고 있으나 채무자가 선량한 관리자의 주의를 다하여도 채권자 또는 변제수령권자가 누구인지 알 수 없는 경우를 말한다(대법

원 2015. 3. 26. 선고 2013다212226 판결 등 참조). 채무자가 양도금지특약 위반을 이유로 양수인에 대한 채무 이행을 거절하고 양도인에게 채무 이행을 하려는데 양수인의 악의 등에 대한 증거가 어렵거나 향후 소송 등에서 증거가 되었는지에 대한 판단이 달라질 우려가 있는 경우에는 채무자는 이중변제의 위험에 빠질 수 있다. 또한 채무자가 양수인이 악의라고 여기고 채무 이행을 거절할 듯한 언동을 한 경우, 그것이 이행거절권의 행사로 평가된다면 채무자는 위에서 보았듯이 양도인에게 채무를 이행하여야 한다. 그러나 그러한 언동이 이행거절권의 행사로 평가될 수 있는지는 항상 명확한 것은 아니므로 채무자는 이중변제의 위험에 빠질 수 있다. 물론 채무자가 이행거절권을 포기할 수 있지만, 이행거절권을 행사할지 여부는 전적으로 채무자의 권한에 속하고 채무자의 이러한 권한을 박탈한 채 채무자에게 항상 이행거절권의 포기만을 선택하라고 강요할 근거는 없으므로 채무자에게는 여전히 이중변제의 위험이 남아있다.

양도금지특약을 위반한 채권양도의 효력에 관하여 채권적 효력설을 취하더라도 채무자가 위와 같이 이중변제의 위험에 빠질 수 있는 경우라면 채무자는 채권자 불확지 변제공탁을 할 수 있다. 채권적 효력설을 취한 경우 양도인과 양수인 사이에 채권양도의 효력이 항상 유효하다는 사정만으로 채무자가 채권자 불확지 변제공탁을 할 수 없다거나 이를 위해서는 새로운 입법이나 공탁실무의 개정이 필요하다는 지적은 타당하지 않다.

바. 다수의견에 대한 보충의견은 현재 실무상 계약교섭력이 강한 채무자가 변제의 상대방을 고정시켜 불확실성을 제거하고 이해관계인들 사이의 법률관계를 간명하게 처리하고자 양도금지특약을 활용하고 있다고 한다. 이처럼 우월한 시장지배력을 갖는 채무자의 일방적인 요구(약관)에 따라 양도금지특약을 체결하는 경우에는 양도금지특약

으로 추구하려던 채무자 보호의 필요성이 더욱 약화된다. 뿐만 아니라 실무에서 양도인이 양수인에게 공정증서정본을 작성해 주고 대상 채권에 압류·전부명령을 실행하게 하는 등으로 양도금지특약을 우회하는 거래가 관행적으로 행해지고 있다는 점을 고려하면 양도금지특약을 체결할 실익이 적어지고 있다.

채권의 재산적 성격과 양도성을 제고하여 자산유동화를 장려하는 것은 다양한 방법으로 모색될 수 있다. 그러나 이와 별도로 채권의 양도성 원칙을 채택하고 있는 민법에서 예외적으로 채권의 양도성 제한을 논의할 때에는 가급적 국민이 자유로운 의사에 기초하여 유연하고 활발하게 경제활동과 사회생활을 할 수 있도록 뒷받침하는 것이 법원의 올바른 태도이다.

이러한 점에서도 양도금지특약에 대해 대세적 효력까지 인정할 필요가 없고 오히려 이를 인정하는 것은 바람직하지 않다.

사. 이상의 논의를 정리하면 다음과 같다. 채권적 효력설은 민법의 기본원리인 사적자치의 원칙과 그 파생원리인 계약자유의 원칙을 바탕으로 민법 제449조 제2항의 규정을 합리적으로 해석한 결과이다. 그리고 채권적 효력설을 취할 경우 발생할 수 있는 여러 법률관계나 문제점들은 민법 전체의 체계성과 정합성을 유지하며 합리적인 해석을 통하여 얼마든지 해결할 수 있다.

양도금지특약을 위반한 채권양도의 효력에 관하여 현행 민법 규정은 다수의견과 같은 결론을 명시하고 있지 않을 뿐만 아니라 채권의 양도성 원칙을 선언하고 있다. 물권적 효력설은 채무자 보호를 위하여 인정된 양도금지특약 위반의 효과에 대하여 채무자 보호에 필요한 범위를 넘어 대세적으로 채권양도를 무효로 봄으로써 여러 가지 문제점을 드러낸다. 이를 그대로 고수할 경우에는 채권양도의 자금조달수단 기능과 가치

가 확산되고 있는 현대 금융산업의 요구를 제대로 수용하지 못한 채 자산유동화거래나 담보거래에 불확실성을 가중시키는 위험요인으로 작용할 수 있다. 민법 제정 당시와는 달리 사회경제적으로 현격한 변화가 이루어진 현 시점에서는 물권적 효력설에 내재된 한계를 극복하고 채권의 양도성을 제고하는 채권적 효력설로 전환하는 것을 계속 미루어 둘 수 없다. 그런데도 그 실익이 적다거나 시기상조라는 이유로 만연히 입법으로 미루려는 다수의견의 태도에는 동의하기 어렵다.

이상의 이유로 반대의견의 논거를 보충한다.

재판장	대법원장	김명수
	대법관	조희대
	대법관	권순일
	대법관	박상욱
	대법관	이기택
주 심	대법관	김재형

대법관 박정화

대법관 안철상

대법관 민유숙

대법관 김선수

대법관 이동원

대법관 노정희

대법관 김상환