

채권양도가 해제된 경우의 제452조 제1항 유추적용

- 대법원 2012. 11. 29. 선고 2011다17953 판결에 대한 검토를 중심으로 -

강 승우

I. 들어가는 말	III. 대상판결에 대한 다른 방향에서의
II. 대법원 2012. 11. 29. 선고 2011다 17953 판결에 대한 검토	이해 IV. 판례법리의 방향 제언 V. 맺는 말

I. 들어가는 말

법학을 공부하는 입장에서 교과서를 보다 보면, 문득 내용 간의 모순과 충돌을 느끼고 의문점을 품게 되는 순간이 여러 번 있게 마련이다. 이는 독자의 불완전한 법학 지식 또는 경솔함으로 인한 오해에 바탕을 둔 경우가 많을 것이지만, 어떠한 부분에 대해 의문이 제기될 만함에도 그에 대한 논의가 별반 제시되지 않고 있는 경우 역시 존재함을 부정할 수는 없다. 이는 법학의 방대함에서 오는 불가피한 일일 것이다. 이 글에서 다루고자 하는 채권양도의 해제에 관한 판례법리 역시 이러한 부분에 속한다.

널리 알려져 있듯이 우리의 판례는 채권양도계약의 해제, 취소 등을 일종의 새로운 채권양도로 보고 있다. 이러한 입장을 이해함에 있어서 큰 어려움은 없으나, 최근 대법원 2012. 11. 29. 선고 2011다17953 판결이 등장함으로써 복잡한 문제가 발생하였다. 동 판결은 제452조가 채권양도계약의 (합의)해제의 경우에 유추적용될 수 있다고 하면서도, 그러한 입장이 정확히 어떤 의미인지, 기존에 판례가 취하고 있던 법리와는 어떠한 관계에 있는지 등에 대하여는 침묵하였고 이에 따라 혼란스러운 해석의 문제가 야기되었다. 이후에 동 판결을 인용한 판례가 나왔지만, 이 역시 동 판결을 종래의 판례 법리에 대한 논거로서만 언급함으로써 그것이 새로이 들고 나온 제452조 제1항의 유추적용 법리의 이해에는 도움이 되지 않고 있다.

뒤에서 자세히 보듯이 2011다17953 판결은 기존의 판례법리와는 정면으로 배치되는 법리를 내세운 것으로서, 이것이 어떤 의미를 가지는 것인지에 대하여는 분명한 정리가 필요한 것이다. 그러나 문헌들을 살펴보아도, 소수의 문헌들 외에는 이에 대한 직접적인 연구결과가 제시되지 않고 있다. 대부분의 교과서들에서는 채권양도의 해제에 관한 부분에서 별다른 설명 없이 이를 관련판례의 하나로 인용하고 있을 뿐이지만, 동 판결이 촉발시키고 있는 것은 채권양도의 해제에 제452조를 유추적용하는 새로운

법리 구성과 해제를 채권의 재양도로 보는 기존 법리 구성 간의 대립이며, 이에 대해 어떤 해석론을 취하는지에 따라 종래의 설명은 대폭 수정될 여지가 있다.

이러한 문제의식 하에 이 글에서는, 2011다17953 판결에 대한 검토를 중심으로 관련 논점들을 함께 생각하며 앞서 언급한 문제들에 대한 답을 찾으려 시도해보도록 하겠다. 그리고 앞으로 채권양도의 해제에 관하여 판례가 어떠한 입장으로 나아가는 것이 바람직한지에 대하여도 제언하고자 한다. 다만 이 부분에 대하여는 상기하였듯 직접적인 선행 연구들이 적기 때문에, 그로부터 큰 도움을 받았음에도 불구하고 때로는 오로지 필자의 생각만으로 채워넣은 부분이 있을 수 있음을 밝힌다.

II. 대법원 2012. 11. 29. 선고 2011다17953 판결에 대한 검토

1. 판결 내용

이 판결의 구체적인 사실관계, 소송의 경과, 상고이유 등까지 포함한 상세한 내용 소개는 이미 선행 연구에서 이루어진 바 있으므로,¹⁾ 여기서는 무의미한 중복을 피하기 위해 판결의 요지만 소개하기로 한다. 사실관계 등 기타 필요한 부분들은 본 글을 진행해 나가면서 필요한 부분에서 그때그때 언급하며 서술하도록 하겠다.

“민법 제452조는 ‘양도통지와 금반언’이라는 제목 아래 제1항에서 ‘양도인이 채무자에게 채권양도를 통지한 때에는 아직 양도하지 아니하였거나 그 양도가 무효인 경우에도 선의인 채무자는 양수인에게 대항할 수 있는 사유로 양도인에게 대항할 수 있다’고 하고, 제2항에서 ‘전항의 통지는 양수인의 동의가 없으면 철회하지 못한다’고 하여 채권양도가 불성립 또는 무효인 경우에 선의인 채무자를 보호하는 규정을 두고 있다. 이는 채권양도가 해제 또는 합의해제되어 소급적으로 무효가 되는 경우에도 유추적용할 수 있다고 할 것이므로, 지명채권의 양도통지를 한 후 양도계약이 해제 또는 합의해제된 경우에 채권양도인이 해제 등을 이유로 다시 원래의 채무자에 대하여 양도채권으로 대항하려면 채권양도인이 채권양수인의 동의를 받거나 채권양수인이 채무자에게 위와 같은 해제 등 사실을 통지하여야 한다. 이 경우 위와 같은 대항요건이 갖추어질 때까지 양도계약의 해제 등을 알지 못한 선의인 채무자는 해제 등의 통지가 있는 다음에도 채권양수인에 대한 반대채권에 의한 상계로써 채권양도인에게 대항할 수 있다고 봄이 타당하다.”

2. 판결의 특징

1) 송덕수, “채권양도가 해제 또는 합의해제된 경우의 민법 제452조의 유추적용 - 대상판결: 대법원 2012. 11. 29. 선고 2011다17953 판결 -”, 이화여대 법학논집 제17권 제3호, 2013, 422~428면.

(1) 기존의 판례 태도

위에서 이미 언급한 바와 같이 종전 판례는 채권양도가 해제된 경우에 이를 ‘채권양수인’으로부터 ‘채권양도인’에의 새로운 채권양도로 파악한 후,²⁾ 이를 제450조의 대항요건 법리를 통해 규율하여 왔다(이러한 판례의 태도를 이하 ‘대항요건 법리’라고 칭한다). 즉, ‘양도인이 채무자에게 통지하거나 채무자가 승낙’하여야 채무자에게 대항할 수 있다는 법리를 그대로 이 경우에 적용하여, 기존의 채권양수인이 채무자에게 통지하거나 채무자가 승낙을 하여야 비로소 기존의 채권양도인이 채무자에 대하여 권리를 행사할 수 있다고 본 것이다. 따라서 만약 해제가 있었다라도 채권양수인이 이를 채무자에게 통지하지 않는 한, 채무자는 자신이 이에 대해 악의이더라도 채권양도인의 이행청구에 대하여 거절할 수 있었고, 채권양도인은 이러한 결과를 감수할 수밖에 없었다. 다만 해제의 효과로서 채권양수인은 원상회복을 위해 해제 사실을 채무자에게 통지해주어야 할 의무를 지게 되고(제548조 제1항)³⁾, 통지는 그 법적 성질이 관념의 통지로서⁴⁾ 의사표시에 준하여 취급될 수 있기 때문에 채권양도인으로서의 제389조 제2항의 ‘의사표시에 갈음할 재판’을 구하여 결국 자신의 권리를 실현시킬 수는 있었다.⁵⁾

(2) 제452조의 유추적용

그런데 이 판결은 민법 제452조 제1항이 채권양도가 합의해제⁶⁾된 경우에도 유추적용될 수 있다고 밝혔다는 점에 특색이 있다. 물론 동 판결에서는 제452조 제1항과 제2항 모두를 언급하고 있으나, 여기서 의미가 있는 것은 바로 제1항이다. 왜냐하면 이 중 제2항과 관련하여서는 이미 예전부터 판례가 채권양도의 해제의 경우에 그 적용을 인정하고 있었기 때문이다.

즉, 채권양도가 해제된 경우에 대항요건 법리가 적용되므로 채권양수인이 채무자에게 통지하면 채권이 완전히 채권양수인으로부터 채권양도인에게 넘어간 것이 되고 채권양도인이 그 권리를 자유롭게 행사할 수 있음은 물론이지만, 판례는 그 외에 채권양도인이 채권양수인의 동의를 받아 채무자에게 통지의 철회를 함으로써 같은 결과를 얻을 수 있음을 인정하고 있었던 것이다.⁷⁾ 따라서 판례에 따르면 채권양도 해제의 경우에 일반적인 대항요건 법리의 결과로서 ① 채권양도인(기존의 채권양수인)의 채무자에의 통지, ② 채무자의 승낙이라는 두 요건 중 하나가 필요했지만, 이들 외에도 제

2) 이에 대해 판례는 “양도계약의 해제로 말미암아 채권 양수인이었던 사람은 이를테면 지명채권을 새로 양도하는 사람의 지위에 놓이”는 것이라고 하고 있다. 대법원 1962. 4. 26. 선고 62다10 판결.

3) 대법원 2011. 3. 24. 선고 2010다100711 판결 참조.

4) 대법원 1994. 12. 27. 선고 94다19242 판결.

5) 김준호, 민법강의, 법문사, 2018, 649면.

6) 후술하듯이 필자는 채권양도의 합의해제 역시 해제와 마찬가지로 다루어야 한다고 생각하고, 이 판결에서 대법원도 “해제 또는 합의해제”라고 하여 양자를 구별하지 않고 있기 때문에, 이하의 논의에서는 채권양도의 해제와 합의해제를 엄격히 구분하지 않고 서술하기로 한다.

7) 대법원 1978. 6. 13. 선고 78다468 판결; 대법원 1993. 7. 13. 선고 92다4178 판결 등.

452조 제2항에 의해 ③ 채권양수인의 동의를 얻은 채권양도인의 통지 철회 역시 동일한 요건으로 기능할 수 있었다. 즉, 판례는 채권양수인의 동의를 얻은 채권양도인의 통지철회 역시 일종의 대항요건처럼 취급하고 있었다. 대법원 1993. 8. 27. 선고 93다17379 판결은 채권양도 해제의 경우에 “양수인이 채무자에게 위와 같은 해제사실을 통지하여야” 한다고 하면서 참조조문으로 제452조 제2항을 들고 있고, 78다468 판결은 “**민법 제452조 제2항은 구민법하에서 ‘채권양도계약의 (양도의 대항요건 구비 이후) 해제는 양도인이 일방적으로 할 수 있는 것이 아니고 양수인으로부터의 채무자에 대한 통지가 없으면 그 효력이 발생하지 아니한다’는 판례가 있었던 것을 성문화한 조항**”이라고 하고 있는바, 판례의 이러한 태도를 보면 결국 판례는 실질적으로 제452조 제2항의 ‘채권양수인의 동의를 받은 통지철회’를 대항요건 법리에서의 ‘채권양도인(기존의 채권양수인)의 채무자에의 통지’와 동일한 것으로 여겨온 것이 아닌가 생각된다.⁸⁾ 이하에서 본격적으로 살펴볼 여기의 2011다17953 판결 역시 “... **양도채권으로 대항하려면 채권양도인이 채권양수인의 동의를 받거나 채권양수인이 채무자에게 위와 같은 해제 등 사실을 통지하여야 한다. 이 경우 위와 같은 대항요건이 갖추어질 때까지 ...**”라고 하여 채권양수인의 동의를 받은 통지 철회를 대항요건으로 표현하고 있는바, 이는 위와 같은 분석을 뒷받침해 주는 것이라고 볼 수 있을 것이다.⁹⁾

그러나 제452조 제1항의 경우에는, 이 판례 이전에는 (적어도 명시적으로는) 채권양도의 해제의 경우에 적용 내지 유추적용된다는 언급이 나온 적이 없고 이 판례에서 최초로 이러한 태도를 밝힌 것이라는 점¹⁰⁾에서 의미가 있다.

3. 판결 내용에 따른 때 발생하는 현상 - 채무자 보호범위의 기존 대비 축소

8) 최준규, “채권양도계약의 해제와 채무자 보호”, 저스티스 제156호, 2016, 94면은 제452조 제2항과 관련하여, 대법원은 동 조항이 채권양도의 해제를 채권 재양도로 보는 구민법 하의 판례법리를 ‘아직 양도하지 않았거나 양도가 무효인 경우’에 확대적용하기 위해 입법된 것으로 파악한 것이라고 추측하고 있다.

9) 다만, 판례는 이와 같이 제452조 제2항의 통지철회를 대항요건으로 보면서도, 본래의 대항요건과는 다른 효과를 인정하고 있다. 즉, 대법원 1977. 5. 24 선고 76다2325 판결, 위의 78다468 판결 등에서는 채권양도 해제 후 채권양도인이 채권양수인의 동의 없이 통지철회를 하였다라도 이를 ‘채권양수인에게’ 대항할 수 없다고 하면서, 채권양수인이 채무자에게 청구를 하면 채무자로서는 거절하지 못한다고 하고 있다. 그러나 원래 대항요건을 갖추지 않으면 ‘채무자에게’ 대항하지 못하는 것일 뿐 채무자로서는 스스로 그 양도를 인정하여 그러한 법률관계대로 행위할 수 있다(송덕수, 신민법강의, 박영사, 2016, 1160면). 따라서 채권양도의 해제를 새로운 채권양도로 파악하는 기존 판례의 법리대로라면 이 경우에도 채무자는 얼마든지 채권양수인이 아니라 채권양도인에게 변제할 수 있다고 해야 할 것이다. 판례가 이 경우에만 특이하게 ‘채무자가 채권양수인에게’ 대항하지 못하고 채권양수인의 청구에 응해야 한다고 하는 것은 기존의 대항요건에 관한 법리와는 어긋나는 것으로서 타당하지 않다. 이와 관련하여 최준규, 앞의 글, 103면은 78다468 판결을 들며 동 판결은 채권양수인이 통지철회에 동의하는 것을 채권의 재이전을 위한 ‘성립요건’으로서 파악한 것이라고 비판하는바, 같은 취지로 볼 수 있다.

10) 송덕수, 앞의 글(각주 1), 433면. 다만 동 글에서는 ‘제452조’라고 표현하여 제1항과 제2항을 구분하지 않고 있으나, 이 판결에서 최초로 언급된 것은 상술하였듯 제1항에 한정된 것이다.

그러나 이러한 판결의 내용을 그대로 받아들여 생각해보면, 이상한 점이 생기게 된다. 대법원이 유추적용을 긍정하고 있는 제452조는 후술하듯이 채무자의 보호를 위한 것인데, 오히려 동조의 유추적용 결과 채무자의 보호는 기존보다 후퇴하는 모습이 나타나기 때문이다.

구체적으로 살펴보자. 먼저 대항요건 법리에 따를 때, 채권양도가 이루어진 후 해제되었다면 ① 채권양도가 일어났다가 ② 해제되면서 반대 방향의 새로운 채권양도가 일어난 것이 된다. 그렇다면 ②의 채권양도, 즉 기존 채권양도의 해제로 인해 채권이 기존의 채권양도인에게 결국 돌아간다 하더라도 채무자로서는 그때의 ‘채권양도인’, 즉 기존의 채권양수인으로부터의 통지를 받지 않는 이상 선의이든 악의이든 기존의 채권양수인에게 변제할 수 있고 이로써 ‘채권양수인’, 즉 기존의 채권양도인에게 대항할 수 있게 된다(제451조 제2항 참조). 다시 말해 채무자가 보호되는 것은 설령 채무자가 그 사실을 ‘알고 있었더라도’ 마찬가지이다.¹¹⁾

다음으로 제452조 제1항에 관하여 보면, 이는 본래 채권양도인이 채무자에게 채권양도를 통지하였지만 실제로는 ‘아직 양도하지 아니하였거나 그 양도가 무효인 경우’에 관한 조문이다. 즉, 채권양도인이 양도통지를 하긴 하였으나 사실 채권양도가 없었거나 효력이 없는 경우에, 채권양도인이 여전히 채권자임에도 불구하고 채무자가 양도통지로 인해 채권양수인(정확히는 채권양수인으로 통지된 자)이 채권자인줄 알고 그에 대해 변제 등의 행위를 하였다면 이러한 선의의 채무자가 채권양도인으로부터 다시 변제 청구를 받아 이에 응해야 한다고 하는 것은 채무자에게 너무 가혹하다는 인식 하에서 규정된 조문이라고 할 것이다.¹²⁾ 여기의 ‘무효’에 해제, 취소 등으로 인해 무효가 된 경우도 포함되는지에 대하여는 견해 대립이 있으나,¹³⁾ 2011다17953 판결처럼 제452조가 해제 등의 경우에 유추적용될 수 있다고 본다면 위와 같은 조문의 취지상 채무자가 채권양도인에게 변제 등의 행위를 해야 하지만 그가 ‘모르고’ 채권양수인에게 행위했을 때에 한하여 이를 진정한 채권자인 채권양도인에게 대항할 수 있게 된다.¹⁴⁾ 만약 채무자가 채권양도인이 채권자라는 사실을 알면서도 채권양수인에게 변제했을 때에는 그 보호가치가 없으므로 당연히 보호되지 않는다.

그렇다면 여기서 의문점이 발생한다. 일단 종전에 판례가 취해 오던 대항요건 법리에 따를 때, 위에서 보았듯 악의의 채무자까지도 보호된다. 그런데 대법원은 이 판결을 통해 제452조 제1항이 유추적용될 수 있다고 하였으므로 제452조 제1항을 적용할

11) 송덕수, 앞의 책, 1160면.

12) 김용담(편집대표), 주석 민법 [채권총칙(3)], 한국사법행정학회, 2014, 396면.

13) 이에 대하여는 송덕수, “채권양도가 해제된 경우에 있어서 채무자의 보호”, 민사판례연구[XXVII], 2005, 226~227면 참조. 한편 김용담(편집대표), 앞의 책, 397면은 76다2325 판결, 78다468 판결, 93다17379 판결 등을 들며 판례가 여기의 무효에 사후적으로 해제된 경우도 포함되는 것으로 보고 있다고 하고 있으나, 2011다17953 판결은 제452조가 해제 등의 경우에 ‘유추적용’될 수 있다고 하고 있으므로, 적어도 이제는 판례가 처음부터 무효인 경우만 제1항의 ‘무효’에 포섭되는 것으로 보고 있다고 해야 할 것이다.

14) 즉, 채무자가 진정한 채권자가 아닌 채권양수인에게 변제를 하였다면 본래 이는 유효하지 않지만, 채무자로서는 진정한 채권자인 채권양도인에게 선의였음을 내세워 채무 소멸을 주장할 수 있게 된다. 이은영, 채권총론, 박영사, 2009, 626면.

수도 있는 것인바, 그에 따를 때에는 채무자는 ‘선의’일 때에만 보호받게 된다. 즉, 이 판결을 통해 대법원이 그 가능성을 인정하고 있는 제452조의 유추적용을 할 경우, 오히려 기존 판례법리에 의할 때보다 채무자 보호범위가 축소되는 상황이 발생한다. 따라서 이에 대해 비판이 제기될 수 있을 것이다. 다만 만약 채무자 보호범위가 축소되어야 하는 것이 맞다면(이에 대하여는 후술한다) 보호범위의 축소 자체는 문제가 없다고 볼 수도 있다. 그렇더라도, 어쨌든 간에 이 판결 및 그 이전의 대법원의 태도에 비추어볼 때 조문의 취지와 맞지 않는 판시를 했다는 점에서는 여전히 비판의 여지가 있다 할 것이다.

4. 동 판결의 의미

동 판결의 의미를 파악하기 위해 제452조 제1항이 적용될 경우의 효과를 구체적으로 살펴볼 필요가 있다. 만약 판례의 기존 대항요건 법리에 따를 경우, 채권양도가 해제되었을 때 채무자는 설령 그가 악의일지라도 채권양수인으로부터의 통지가 없는 한 적법하게 채권양도인의 이행청구를 거절할 수 있고 채권양수인에게 변제할 수 있다. 이와 같은 결과는 채권양도의 대항요건을 규정하고 있는 제450조 제1항의 법리 그대로이다. 그러나 이는 악의의 채무자까지도 보호한다는 점에서 바람직하다고 할 수 없다. 판례가 채권양도 해제를 채권의 재양도와 동일하게 파악한 이상 법리적으로는 자연스러운 결론이지만, 법정책적으로 본다면 굳이 이 경우에 악의의 채무자까지 보호할 이유는 없을 것이다.¹⁵⁾

반면에 채권양도의 해지에 제452조 제1항이 적용된다고 하면, 동조의 취지상 채권양도의 해제가 있을 시 당연히 채권은 채권양도인에게 속할 뿐만 아니라(물권적 효과설)¹⁶⁾ 채권양도인은 별다른 절차 없이도 이를 채무자에 대해 행사할 수 있다는 상황에서 출발하게 된다.¹⁷⁾ 이때 채무자가 여전히 채권양수인을 채권자로 알고 그에게 변제했다면 이러한 ‘선의의 채무자’는 보호된다. 그러나 채무자가 악의였다면 그는 채권양수인에게 변제한 사실을 채권양도인에게 주장하지 못하고 결국 채권양도인의 청구에 응할 수밖에 없다. 즉, 선의의 채무자는 보호되면서도 보호가치 없는 악의의 채무자는 보호되지 않는 적절한 결론이 도출되게 된다. 채무자의 보호범위는 줄어들지만

15) 최준규, 앞의 글, 106면 역시 거래안전을 보호하는 것이 필요하다 하더라도 악의인 채무자를 포함하는 보호가 법정책적으로 타당한지 의문이라고 하고 있다.

16) 해제의 효과에 대한 이론구성과 관련하여 직접효과설(이는 채권적 효과설과 물권적 효과설로 나뉜다)과 청산관계설이 대립하고 있다. 이에 대한 상세한 논의는 지원림, 민법강의, 홍문사, 2016, 1333~1345면 참조. 또한 이와 관련하여 채권양도 해제의 경우에 (판례의 대항요건 법리를 취하지 않을 때) 그 효과가 구체적으로 어떻게 나타나는지에 관하여는 송덕수, 앞의 글(각주 1), 437~438면 참조.

17) 다만 판례는 제452조 제1항뿐만 아니라 제2항도 유추적용하고 있는바, 제2항 때문에 채권양도인이 채무자에 대하여 이행을 청구하려면 채권양수인의 동의를 받아 통지의 철회를 해야 한다고 할 수도 있다. 이에 관하여는 글의 마지막 부분에서 필자의 주장에 따른 판례사안의 해결을 서술하면서 자세히 다루도록 하겠다. 다만 일단 이하의 서술은 모두 기존 판례와 달리 제452조 제1항을 적용할 때에는 채권양도의 해제 시 채권양도인은 (통지의 철회를 포함하여) 아무런 절차 없이도 곧바로 채무자에게 청구할 수 있음을 전제로 하고 있다는 것을 밝혀둔다.

그 줄어드는 부분은 보호가치 없는 부분에 불과하고, 반대로 그러함으로써 채권양도인의 보호는 확대되는 것이다(이상의 법리를 이하 ‘제452조 제1항 법리’라고 칭한다).

사정이 이와 같다면 대법원이 동 판결에서 제452조 제1항을 채권양도의 해제에 유추적용할 수 있다고 실시한 이유를 짐작할 수 있다. 아마도 판례는 기존의 대항요건 법리가 초래하는 문제점, 즉 채무자의 보호범위가 지나치게 넓어 오히려 채권양도인의 정당한 권리 행사가 제약을 받게 되는 바람직하지 못한 상황을 인식하고 이에 대한 조심스러운 대안 제시로서 제452조 제1항의 유추적용 가능성을 내세운 것이 아닐까? 물론 앞에서 언급하였듯이 판례가 기존에 계속하여 대항요건 법리를 취해 오다가 갑자기 채무자의 보호범위를 축소시키는 방안으로서 ‘채무자 보호를 위한 규정’을 활용한다는 것에 대해 비판의 여지는 있으나, 동조의 유추적용을 통해 법정책적으로 타당한 결론을 추구했다는 것에 대하여는 긍정적 평가가 가능할 것이다.

5. 동 판결의 문제점

그러나 이 판결은 제452조 제1항의 유추적용을 인정했다는 점에 있어서는 긍정적이지만, 이로 인한 문제점 역시 야기하고 있다. 하나씩 살펴보도록 한다.

(1) 모순된 두 법리의 충돌

이 판결에서 대법원은 위에서 살펴본 제452조 제1항 법리를 도입하는 모습을 보이면서도 동시에 기존의 대항요건 법리를 취하고 있는 것처럼 보이는 실시를 하고 있다. 즉, 동 판결에는 두 법리가 모두 전개되어 있어서, 아래에서 보는 것처럼 매우 혼란스럽고 이해하기 어려운 양상이 나타나고 있다.

동 판결의 판결요지를 크게 전반부와 후반부로 나눈다고 할 때, 전반부는 제452조가 채권양도의 해제 등의 경우에도 유추적용 가능하다는 일반론에 관한 부분이고(“**민법 제452조는 … 경우에도 유추적용할 수 있다고 할 것이므로,**” 부분) 후반부는 이러한 일반론을 바탕으로 구체적인 적용을 언급하고 있는 부분이라고 파악할 수 있다. 그리고 위에서 이 판결에 깔려 있는 대법원의 의도가 채권양도인의 보호범위를 확대하려는 것이라고 추측한 부분은 전반부의 일반론을 바탕으로 서술한 것이다. 그러나 대법원은 후반부에서 전반부의 일반론과는 어긋나는 내용을 서술하고 있다. 즉, 전반부에서는 제452조 제1항을 유추적용할 수 있다고 해 놓고서 후반부에서는 기존의 대항요건 법리가 채권양도의 해제를 채권의 재양도로 파악한 결과 요구하던 요건인 ‘채권양도인, 즉 기존의 채권양수인의 채무자에의 통지’ 및 ‘채권양수인의 동의를 받은 채권양도인의 통지 철회’를 여전히 요구하고 있는 것이다.¹⁸⁾ 설령 판례가 대항요건 법리

18) 종래 판례가 채권양도 해제 등의 경우에 있어서 제452조 제2항에 근거한 ‘채권양수인의 동의를 받은 채권양도인의 통지 철회’를 ‘채권양도인, 즉 기존의 채권양수인의 채무자에 대한 통지’와 실질적으로 동일한 것으로 보아 오고 있었다는 것은 위에서 본 바와 같다.

와 제452조 제1항 법리를 둘 다 인정하고 있는 것으로 본다 하더라도, 전반부에서 제452조 제1항을 들며 이를 ‘유추적용할 수 있다고 할 것이므로’라고 표현한 이상 그 뒤에 나오는 내용은 당연히 대항요건 법리가 아닌 제452조 제1항 법리인 것이 자연스럽다. 그러나 동 판결에서는 이상하게도 후반부에서 전통적인 대항요건 법리상의 위와 같은 대항요건들을 언급한 후 이를 갖추어야 비로소 채권양도인이 해제 등을 이유로 채무자에 대하여 양도채권으로 대항할 수 있다고 하고 있다. 그렇다면 ‘~므로’라는 문언상 제452조 제1항이 유추적용될 수 있기 때문에 이러한 대항요건이 필요하다는 것이 되는데 이는 혼란스러운 판시가 아닐 수 없다.¹⁹⁾ 만약 제452조 제1항 법리에 의한다면 그러한 대항요건을 갖추 필요없이 곧바로 채권양도인은 채무자에게 대항할 수 있고, 다만 채무자가 ‘선의’로 변제 등의 행위를 한 경우에 한하여 채권양도인이 채무자에게 대항할 수 없을 뿐이기 때문이다.²⁰⁾

또한 애초에 이 두 법리는 서로 내용이 전혀 다른 것으로서, 양립할 수 없는 것이다. 위에서 보았듯 채권양도의 해제 시 만약 제452조 제1항을 적용한다면 별다른 조치 없이도 채권은 채권양도인에게 복귀하게 되고, 채권양도인이 채무자에게 이행을 청구하면 채무자는 당연히 응해야 하나 ‘선의로’ 채권양수인에게 이미 변제를 한 경우에는 동조에 의해 그 변제 사실을 채권양도인에게 대항할 수 있게 된다. 반면에 만약 기존의 대항요건 법리를 적용할 때에는 아무리 해제가 있었다 하더라도 채권양수인이 채무자에게 통지를 하지 않는 한 채권양도인은 채무자에게 자기의 권리를 행사할 수 없어 결국 채무자는 ‘선의, 악의를 불문하고’ 채권양도인의 청구를 거절할 수 있고 설령 자신이 해제 사실을 알면서 채권양수인에게 변제하였다 하더라도 이를 여전히 채권양도인에게 대항할 수 있다. 즉, 채무자의 선의·악의 여부에 따라 구체적인 결과도 전혀 달라질뿐더러, 애초에 제452조 제1항을 적용한다는 것은 기존의 대항요건 법리에서와 달리 해제가 있으면 채권양도인은 별다른 조치 없이도 당연히 채권양수인에 대한 관계에서나 채무자에 대한 관계에서나 채권자로서의 완전한 지위를 갖는다는 데에서 출발하는 것이기 때문에,²¹⁾²²⁾ 제452조 제1항을 (유추)적용하면서 또 기존의 대항요건 법리도 인정하고 있는 것은 모순이다.

그런가 하면 동 판결은 또 그 바로 뒤에서 “**대항요건이 갖추어질 때까지 양도계약의 해제 등을 알지 못한 선의인 채무자는 해제 등의 통지가 있는 다음에도 채권양수인에 대한 반대채권에 의한 상계로써 채권양도인에게 대항할 수 있다**”고 함으로

19) 송덕수, 앞의 글(각주 1), 442면 역시 판례가 제452조의 유추적용을 긍정하면서도 뒤에서 대항요건을 요구하는 것은 “대단히 부당”하다고 지적하고 있다.

20) 송덕수, 앞의 글(각주 1), 430면 역시 판결 문언상 이와 같은 원인-결과 관계를 실시한 것으로 보아야 하지만 이론상으로는 타당하지 않다고 하고 있다.

21) 송덕수, 앞의 글(각주 1), 441면.

22) 사실 대항요건 법리를 취할 때에는 채무자가 선의이든 악의이든 이미 보호되는데, 구태여 채무자를 보호하기 위해 제452조 제1항을 유추적용할 필요가 전혀 없다. 송덕수, 앞의 글(각주 1), 442면 역시 이를 지적하고 있다. 그러나 위에서 보았듯 판례는 채무자 보호보다는 오히려 (채무자의 보호범위를 줄임으로써) 채권양도인의 보호를 도모하기 위해 동조를 활용하고 있는 것으로 보이는데, 그렇게 본다면 적어도 기존의 대항요건 법리를 취하는 입장에서도 동조의 유추적용을 인정할 ‘필요성’은 존재한다.

써 이번에는 다시 전반부에서 말한 제452조 제1항의 법리를 내세우고 있다. 이 역시 혼란스러운 부분이나, 이는 상계와 관련된 부분으로서 다른 논의가 추가적으로 필요하므로 항을 바꿔 뒤에서 설명한다.

(2) 두 법리의 모호한 병존

한편, 동 판결은 채권양도의 해제 등의 경우에 제452조 제1항을 유추적용할 수 있다고만 판시하고 유추적용을 반드시 하여야 하는지, 즉 그에 따라 기존의 대항요건 법리는 폐기된 것인지에 대하여는 언급하지 않고 있다. 그렇기에 판례에 따르면 일단은 두 법리가 모두 적용될 수 있다고 볼 여지가 있다.²³⁾ 또한 동 판결은 뒷부분에서 ‘... **대항하려면 채권양도인이 채권양수인의 동의를 받거나 채권양수인이 채무자에게 위와 같은 해제 등 사실을 통지하여야 한다.**’고 하고 있는바, 여기서 ‘채권양도인이 채권양수인의 동의를 받’아야 한다고 하는 것은 제452조 제2항을 유추적용한 것으로 보이고,²⁴⁾ ‘채권양수인이 채무자에게 해제 사실을 통지하여야’ 한다고 하는 것은 기존의 대항요건 법리에서의 ‘채권양도인의 채무자에의 통지’ 요건을 실시한 것으로 보인다.²⁵⁾²⁶⁾ 나아가, 이후에 나온 대법원 2014. 4. 10. 선고 2013다76192 판결은 ‘**한편 지명채권의 양도통지를 한 후 그 양도계약이 해제 또는 합의해제된 경우 채권양도인이 그 해제를 이유로 다시 원래의 채무자에 대하여 양도채권으로 대항하려면 채권양수인이 채무자에게 위와 같은 해제 등 사실을 통지하여야 한다.**’고 하면서 이 판결과 93다17379 판결을 참조판례로 인용하고 있는데, 이는 그 문언으로 보나 이 판결과 함께 참조판례로 인용하고 있는 93다17379 판결의 내용으로 보나 전형적인 기존 대항요건 법리를 표현하고 있는 것이다. 즉, 2013다76192 판결은 여기의 2011다17953 판결 후에 나온 판결로서 제452조 제1항을 유추적용할 수 있다고 한 2011다17953 판결의 존재를 명확히 인식하면서도 여전히 기존의 대항요건 법리를 따르고 있고, 오히려 대항요건 법리를 언급하면서 2011다17953 판결을 인용하고 있다.²⁷⁾ 이상과 같은 점들을 종합해보면, 대법원은 제452조 제1항의 유추적용 가능성을 인정하면서도 그에

23) 송덕수, 앞의 글(각주 1), 440면은 이에 대해 두 법리가 “동일한 경우의 해결방안에 해당하는데, ... 때에 따라 그것들 중에 어느 하나를 선택해서 적용할 수 있게 하면 다툼에서의 결론이 다르게 된다. 이는 용인될 수 없다.”라면서 동 판결은 제452조 제1항을 반드시 유추적용해야 한다는 입장인 것으로 파악해야 한다고 한다.

24) 그러나 이는 정확하지 못한 표현이다. 제452조 제2항은 양도인이 양수인의 동의를 얻어 철회하는 것을 말하고 있는데, 이 판결에서는 동의를 얻는 것까지만 언급하고 있다. 불필요한 오해가 생기지 않도록 ‘채권양도인이 채권양수인의 동의를 받아 통지를 철회하거나’라고 정확하게 표현할 필요가 있어 보인다.

25) 송덕수, 앞의 글(각주 1), 441면 역시 그렇게 보고 있다.

26) 한편 대법원재판연구관실무연구회(편), 법과 정의 그리고 사람, 사법발전재단, 2017, 54~55면은 이 판례 문구에 대하여 채권양도 해제를 실질상 채권 재양도로 보는 것이라고 하고 있으나, 동시에 이를 “선의의 채무자를 악의의 채무자로 전환시키는 방법에 관한 판시 부분”이라고 소개하고 있는바, 동 판결의 입장을 구체적으로 어떻게 보고 있는 것인지 명확하지 않다.

27) 이상오, “채권질권설정계약 해지통지와 관련하여 민법 제452조 ‘채권양도통지와 금반언’ 규정을 유추적용할 수 있는지 여부”, 대법원판례해설 제99호, 2014, 112면도 대상판결을 채권양도가 (합의)해제된 경우에 채권양수인이 채무자에게 통지해야 한다는 대법원의 입장을 보여주는 판례로 인용하고 있다.

따라 기존의 대항요건 법리를 폐기하지 않고 여전히 굳게 유지하고 있다고 판단할 수 있다. 위에서 보았듯 양 법리는 서로 양립 불가능한 관계에 있다는 점에서, 이러한 판례의 태도는 문제가 있다.

참고로, 판례의 입장에 따른다면 실제의 경우에 어떠한 상황이 나타날 것인가? 만약 채권양도가 있는 후에 해제가 있었고, 채권양수인이 이를 채무자에게 통지하지 않고 채권양도인이 채권양수인의 동의를 얻어 통지를 철회하지도 않고 있는 사이에 채무자가 ‘이 사실을 알면서도’ 채권양수인에게 변제를 해버렸다고 해보자. 이때 판례와 민법 법리에 밝은 채권양도인(또는 그의 유능한 소송대리인)이라면 여전히 채무자로부터 급부를 받아내기 위해 판례가 새로이 언급한 제452조 제1항의 법리를 이용해야겠다고 생각할 것이다. 그는 채권양도의 해제가 되었으니 채무자는 자신에게 채무를 이행해야 한다고 소를 제기하면서 채무자의 악의를 입증하려 할 것이고,²⁸⁾ 입증에 성공한다면 목적을 달성할 수 있게 된다. 따라서 판례가 대항요건 법리만을 인정하고 있었을 때보다 채권양도인이 구제를 받을 기회가 확대되게 된다. 비록 법리상 모순·충돌되는 부분은 있을지라도, 실제에 있어서 대법원이 의도했을 것으로 추정되는 채권양도인의 보호범위 확대라는 목적은 달성될 여지가 있는 것이다.

(3) 상계와 관련된 법리의 혼란

상계와 관련하여서는 제451조 제2항과 관련하여 약간의 논의가 있다. 다만 이는 채권양도 후 해제가 된 경우에 관한 것이 아니라, 일반적인 채권양도의 경우를 전제로 한 논의이다. 제451조 제2항은 ‘양도인이 양도통지만을 한 때에는 채무자는 그 통지를 받은 때까지 양도인에 대하여 생긴 사유로써 양수인에게 대항할 수 있다.’고 하여 통지의 효력을 규정하고 있는데, 이에 따르면 만약 채권이 양도되었는데 채권양도인이 채무자에게 통지를 하지 않은 상태에서 채무자가 (선의이든 악의이든 간에) 채권양도인에게 변제 등을 한 경우에는 채무자는 이러한 사정을 채권양수인에게 주장할 수 있다.²⁹⁾ 따라서 만약 채권양도인으로부터의 통지가 있기 전에 채무자가 채권양도인에게 갖고 있던 반대채권이 상계적상에 있어 이를 상계해버린 때에 채무자가 이를 채권양수인에게 대항할 수 있음은 당연하다. 또한 비록 채무자가 통지가 있기 전 상계를 하지 않았더라도, 상계적상이 있었던 이상 채무자가 채권양수인에게도 상계를 할 수 있다는 데에 이견이 없다.³⁰⁾ 상계와 관련하여 견해 대립이 생기는 것은 ‘통지 전에 채무자가 채권양도인에 대하여 반대채권을 가지고 있었지만 상계적상은 아니었을 때’에

28) 이때 채무자는 보통 선의일 것이므로, 채무자 스스로 그가 선의라는 점을 증명할 필요는 없으며 채무자가 악의라고 주장하는 쪽에서 악의를 증명해야 할 것이다. 송덕수, 앞의 글(각주 13), 231면. 2013다 76192 판결 역시, 지명채권에 대한 질권자가 제3채무자에게 질권설정계약의 해지 사실을 통지하였다면 그 해지 사실은 추정되고, 그렇다면 해지 통지를 믿은 제3채무자의 선의 또한 추정된다고 볼 것이어서 제3채무자가 악의라는 점은 그 선의를 다투는 질권자가 증명할 책임이 있다고 하고 있다.

29) 곽윤직(편집대표), 민법주해[X] 채권(3), 박영사, 2013, 591면.

30) 송덕수, 앞의 책, 1160면; 곽윤직(편집대표), 앞의 책, 592면.

관한 것이나, 여기서는 논하지 않는다.³¹⁾

이러한 논의는 관례의 기존 대항요건 법리에 따를 때에는 채권양도의 해제 시에 그대로 적용될 수 있다. 즉, 채권양도의 해제는 채권양수인으로부터 채권양도인에게로의 채권양도와 같으므로, 채권양수인이 채무자에게 해제 사실을 통지함으로써 대항요건을 갖출 때까지 채무자가 채권양수인에 대한 상계적상의 반대채권을 가지고 있다면 채무자는 채권양도인에 대하여 상계를 할 수 있고, 이러한 때 채무자의 선의·악의 여부는 따질 필요가 없다. 그럼에도 불구하고 대법원은 위의 판결의 후반부에서 분명히 전반부와는 달리 ‘채권양도인은 대항요건을 갖추어야 양도채권으로 채무자에게 대항할 수 있다’고 하여 다시 대항요건 법리를 말하고 있으면서도 그 바로 뒤에 이어지는 문장에서는 “**위와 같은 대항요건이 갖추어질 때까지 양도계약의 해제 등을 알지 못한 선의인 채무자는 해제 등의 통지가 있는 다음에도 채권양수인에 대한 반대채권에 의한 상계로써 채권양도인에게 대항할 수 있다**”고 함으로써 뜬금없이 채무자의 선의 여부를 따지고 있는바, 이 역시 혼란스러운 전개이다. 대항요건 법리를 일관하자면, 사안에서 만약 대항요건이 갖추어질 때까지 채무자가 채권양수인에 대하여 상계적상에 있는 반대채권을 가지고 있었는지를 따져보아 그것이 긍정된다면 설령 채무자가 악의였더라도 채권양도인에게 대항할 수 있다고 해야 할 것이다. 동 판결의 실제 사안에서는 채무자가 합의해제의 통지가 있기 전(구체적으로는 더 나아가 합의해제가 있기 전)에 상계적상에 있는 반대채권을 가지고 있었고,³²⁾ 제1심³³⁾과 원심³⁴⁾은 채권양도의 (합의)해제에는 제452조 제1항이 적용되지 않으므로 대항요건 법리에 의하여야 한다는 채무자(피고)의 주장을 받아들여 원고의 청구(양도채권에 기한 청구)를 배척하였다. 즉, 원심과 제1심은 기존의 대항요건 법리에 입각하여 합의해제 전에 상계적상이 있었던 이상 굳이 채무자의 선의 여부를 문제삼지 않고 채무자는 상계로써 채권양도인에게 대항할 수 있다고 판시한 것이다. 대법원 역시 일단 결론적으로는 채무자가 채권양도인에게 대항할 수 있다고 하여 원심의 결론을 수긍하였다. 다만, 그 판결이유를 읽어보아도 대법원이 정확히 어떠한 법리에 따라서 판단을 하고 있는 것인지 알기 어려운바, 이러한 결론의 가능한 법리 구성에 대하여는 뒤에서 자세히 살펴해보도록 하겠다.

31) 이에 관한 논의는 김형배·김규완·김명숙, 민법학강의, 신조사, 2016, 1093면; 송덕수, 채권법총론, 박영사, 2015, 365면 참조.

32) 참고로 송덕수, 앞의 글(각주 1), 423면은 이 사안의 제1심 사실관계에 여기의 통지를 채권양수인이 한 것인지가 분명히 표현되어 있지 않아 아쉽다고 하면서, 상고이유서에는 채권양수인의 위임 하에 채권양도인이 통지했다고 나와 있지만 채권양도인이 대리권에 의해 정상적으로 통지했는지는 알 수 없다고 하고 있다. 그러나 제1심 사실관계의 문언, 만약 통지가 유효한 대항요건이 아니었다면 대항요건 법리를 주장하고 있던 피고, 즉 채무자 측에서 당연히 이를 주장하였을 가능성이 큰데 그러지 않았다는 점 등에 비추어보면 이는 적법한 대항요건으로서의 통지였다고 판단된다. 즉, 채권양수인에 대한 유효한 대리권에 기해 채권양도인이 채무자에게 통지함으로써 결국 채권양수인의 통지로 인정되었을 것이고, 그게 아니더라도 최소한 채권양수인의 위임이 있었다면 채권양수인이 동의한 것으로 볼 수 있으므로(제452조 제2항의 ‘채권양수인의 동의를 받은 채권양도인의 통지철회’를 대항요건으로 인정하는 관례의 입장에 따르면) 적법한 통지철회로라도 인정되었을 여지가 있을 것이다.

33) 서울남부지방법원 2010. 7. 7. 선고 2009가단96421 판결.

34) 서울고등법원 2011. 1. 13. 선고 2010나72078 판결.

Ⅲ. 대상판결에 대한 다른 방향에서의 이해

1. 유추적용의 범위에 대한 관점의 전환

그런데 필자는 위의 내용을 서술하다가 문득 새로운 생각이 떠오르게 되었다. 대법원이 제452조 제1항 법리와 대항요건 법리를 혼동하는 잘못을 범한 것이 아니라, 어쩌면 둘을 섞어서 기존과 다른 새로운 법리를 제시하려는 것이 본래 대법원의 의도가 아닐까 하는 의문이 바로 그것이다. 만약 기존 법리의 틀에서 벗어나 대법원의 판시 문언을 그대로 받아들여 생각해보면, 적어도 당해 판결 자체에 있어서는 별다른 모순이 발생하지 않게 된다.

일단 당해 판결이 제452조 제1항의 법리와 기존의 대항요건 법리를 번갈아가며 말함으로써 혼란을 일으켰다는 비판은, 두 법리가 서로 양립불가능한 것이라는 전제에 서 있는 것이다. 위에서 보았듯 두 법리는 그 구체적인 결과뿐만 아니라 취지나 시작 상황 자체에서 큰 차이가 있으므로 이러한 생각은 어쩌면 지극히 당연한 것이고, 판례를 비판하는 선행 연구문헌들 역시 이러한 관점에 서 있는 것이라고 할 수 있다. 그런데, 대법원이 동 판결에서 제452조 제1항의 유추적용을 언급한 것이 위에서 설명한 동조의 법리 전체를 유추적용하려는 것은 아니라고 볼 여지는 없을까? 만약 대법원이 특정 부분에 한해서만 유추적용을 시도한 것이라면, 두 법리의 충돌이 일어나지 않을 수도 있을 것이다. 따라서 먼저 대법원이 제452조의 유추적용 가능성을 긍정한 것이 도대체 어떤 범위, 어떤 내용의 유추적용 가능성을 긍정한 것일지에 대하여 자세히 따져볼 필요가 있다.

2. 제452조를 유추적용한다 함의 의미 및 기존 입장과의 충돌 여부

(1) 제1항의 유추적용

제1항은 ‘양도인이 채무자에게 채권양도를 통지한 때에는 아직 양도하지 아니하였거나 그 양도가 무효인 경우에도 선의인 채무자는 양수인에게 대항할 수 있는 사유로 양도인에게 대항할 수 있다.’고 규정하고 있다. 이 규정은 위의 논의에서 이미 본 바 있듯이, 애초에 채권이 채권양도인에게 있고 채권양도인이 채무자에 대하여도 완전하게 그 권리를 행사할 수 있는 상황에서 채무자가 예상치 못한 피해를 입지 않도록 하기 위해 적어도 그가 선의인 경우에는 보호받을 수 있도록 하는 규정이다. 일반적으로 채권양도에 있어서 채무자가 선의이든 악의이든 따지지 않고 대항요건을 통해 보호하는 대항요건 법리와는 차이가 있다. 이러한 제452조 제1항 법리 전체를 채권양도 해제 등의 경우에 유추적용한다면, 상술하였듯 기존에 판례가 취하고 있었고 이 판결 이후에도 여전히 취하고 있는 대항요건 법리와 근본적인 충돌이 일어나게 된다. 그러

나 만약 판례가 제1항의 유추적용을 이야기한 것이 제1항의 법리 전체가 아니라 단지 ‘선의인 채무자는 대항할 수 있다’는 부분만을 가져온 것이라면 어떨까?

이와 같이 볼 경우, 대항요건 법리에 따르면 채무자 보호범위를 좀더 엄격하게 설정함으로써 채무자는 ‘선의’여야만 보호될 수 있다고 하게 될 것이다. 즉, 기본적으로 여전히 기존의 대항요건 법리가 적용되는 결과 채권양도의 해제는 채권양수인으로 부터 채권양도인에게로의 새로운 채권양도로 파악되고, 결국 제450조 제1항에 의해 채권양수인이 채무자에게 해제 사실을 통지하여 대항요건을 갖추어야 채권양도인이 완전히 채권을 회복할 수 있게 되지만, 제452조 제1항의 ‘선의인 채무자는 대항할 수 있다’는 부분이 유추적용되는 결과 실령 채무자가 채권양수인의 통지를 받기 전이라도 이제 채무자가 ‘악의’라면 보호받지 않게 된다.³⁵⁾

(2) 제2항의 유추적용

위에서 보았듯 동 판결에서 제2항을 유추적용할 수 있다고 하는 부분은 크게 새로운 의미를 갖지 않는다. 다만 이 판결에서는 판례가 제452조 제2항의 (유추)적용 가능성을 아예 명시적으로 일반론으로서 제시하였다는 점에서 의미를 찾을 수 있을 것이다.

(3) 기존 대법원 입장과의 충돌 여부

여기의 2011다17953 판결 사안은 원고(채권양도인)가 제452조 제1항의 적용을 주장하면서 피고(채무자)가 악의라고 주장한 사안이다. 위에서 보았듯 동조의 적용에 있어 채무자의 선의는 추정되므로 이를 다투는 채권양도인이 채무자의 악의를 주장·증명해야 한다. 이 점은 상술한 새로운 관점에 따라 동조의 선의 요건만을 가져오는 것으로 볼 때에도 달라질 이유가 없다. 따라서 변론주의 원칙상 굳이 채권양도인이 제452조 제1항(정확히는 그 중 선의 요건)의 적용을 주장하면서 채무자의 악의 여부를 문제삼지 않는다면 법원으로서 채무자의 선의 여부를 따지지 않고 그저 기존의 대항요건 법리에 따른 판단만 하면 되고, 바로 이런 점에서 위의 새로운 관점은 종래 판례가 취해 오던 입장과 모순되지 않는다. 즉, 대법원이 여기의 2011다17953 판결에 이르러 위의 새로운 이해에 따른 법리, 다시 말해 대항요건 법리에 (제452조 중) 채무자의 선의 요건만을 더한 법리를 내세웠다 하더라도, 기존에 이 사안에서처럼 채권양도인이 제452조 제1항의 적용 및 채무자의 악의를 주장하며 다투는 경우가 있고 그에 대해 대

35) 앞에서 보았듯이, 2013다76192 판결은 전형적인 대항요건 법리를 설명하면서 참조판례의 하나로 2011다17953 판결을 들고 있고, 이에 대해 송덕수, “이른바 질권설정계약의 합의해지와 제3채무자 보호 - 대상판결: 대법원 2014. 4. 10. 선고 2013다76192 판결 -”, 이화여대 법학논집 제20권 제1호, 2015, 314면은 동 법리는 2011다17953 판결과 차이가 있다고 하고 있다. 동 문헌이 어떠한 측면에서 차이가 있다고 하는 것인지 반드시 명확하지는 않으나, 아마도 동 판결이 제452조 제1항의 유추적용을 긍정하기 때문에 그러하다는 취지일 것으로 추측되는바, 상술한 내용과 같이 이해할 때에는 대상판결은 기본적으로 대항요건 법리를 취하고 있는 것이 맞으므로 적절한 참조판례 인용이라고 할 수 있을 것이다.

법원이 다른 판단을 내렸던 적이 있는 경우가 아니라면 기존의 입장을 변경하는 것이 아닌 것이다. 또한 이론적으로는 아예 대법원이 애초부터 여기의 새로운 법리를 취하고 있었지만 2011다17953 판결의 경우 외에는 당사자들이 채무자의 선의 요건에 대해 굳이 주장하지 않았기 때문에 그저 대항요건 법리만을 따져서 해결해온 결과 제452조의 선의 요건이 드러나지 않았던 것이라고 볼 여지도 있다. 실무상 어떠한 사실의 증명책임을 지는 당사자가 굳이 그에 대해 따지지 않으면 아예 판결문에서 그 요건에 대해 언급하지 않기 때문에 이는 충분히 가능한 상황이다. 종래의 판례 사안들은, ① 채권양도의 해제 등이 된 경우에 채권양도인이 원고로서 채무자에 대해 이행 청구하는 상황에서 ‘양도인이 아니라 양수인이 통지해야 한다’는 점, ② 양도인이 양도통지를 철회했는데 ‘그 철회에 양수인의 동의가 있어야 한다’는 점 등이 쟁점이 되고 이에 대해 법원이 판단한 사례들이기에, ‘채권양도인이 제452조 제1항의 적용 및 채무자의 악의를 주장하고 그것이 쟁점이 된 사안’들은 거의 없었을 것으로 보인다. 즉, 대법원의 태도를 새로운 이해에 따라 파악하더라도 종래의 대항요건 법리를 실시한 판결들과 이 판결은 변론주의 원칙에 의해 모순·충돌되지 않는다. 여기의 2011다17953 판결이 전원합의체 판결이 아니었음 역시 이러한 맥락에서 이해할 수 있을 것이다.

한편 위의 2013다76192 판결 역시, 여기의 2011다17953 판결과 구도가 전혀 달랐던 사안이다. 비록 제452조 제1항이 문제되긴 하였으나, 이 판결과는 달리 동 조문이 대항요건 법리의 제한요소로서 작용한 상황이 아니라 (채권양도의 합의해지를 채권의 재양도로 봤다는 점을 제외한다면) 순수한 제452조 제1항의 적용 상황에서의 사안이었기 때문이다. 즉, 2013다76192 판결은 오로지 순수한 대항요건 법리와 순수한 제452조 제1항의 적용이 문제되었던 사안이었기에 이 판결의 ‘대항요건 법리’ 측면만을 끌어와 참조판례로 인용한 것으로서, 역시 문제는 없다.

3. 새로운 이해에 따른 판결의 검토

이제 이러한 해석 하에서 판결문을 검토해보면, 앞서 본 바와는 달리 판결문 앞뒤의 모순은 발생하지 않게 된다. 판결의 전반부에서 제452조의 유추적용을 긍정한 후 “... 유추적용할 수 있다고 할 것이므로 ... 채권양도인이 해제 등을 이유로 다시 원래의 채무자에 대하여 양도채권으로 대항하려면 채권양도인이 채권양수인의 동의를 받거나 채권양수인이 채무자에게 위와 같은 해제 등 사실을 통지하여야 한다.”고 하고 있지만, 여기서 ‘~므로’라는 문구는 제452조 제2항을 유추적용하여 채권양수인의 동의를 받은 채권양도인의 통지철회를 대항요건들 중 하나로 언급하는 데 걸리는 것으로 이해할 수 있다. 또한 상술하였듯 여전히 기본 틀은 기존의 대항요건 법리이므로 대항요건을 요구하는 것 역시 자연스러운 논리적 흐름이다.

그 바로 뒤에서 “이 경우 위와 같은 대항요건이 갖추어질 때까지 양도계약의 해제 등을 알지 못한 선의인 채무자는 해제 등의 통지가 있는 다음에도 채권양수인에 대한 반대채권에 의한 상계로써 채권양도인에게 대항할 수 있다고 봄이 타당하

다.”고 하고 있는 부분은 앞의 ‘~므로’라는 문구가 제1항의 ‘선의인 채무자’ 부분과 관련하여 연결되는 것으로 이해할 수 있다. 즉, 제452조 제1항 법리 중 채무자에게 선의를 요구하는 부분이 유추적용되는 결과 이와 같은 문장이 나타나게 된 것이다. 이러한 이해 하에 살펴보면, 먼저 대항요건 법리상 위에서 보았듯 대항요건이 갖추어질 당시에 채무자가 채권양도인에 대하여 상계적상에 있는 반대채권을 가지고 있었다면 채무자는 채권양수인에 대하여 상계할 수 있다는 것이 분명하다.³⁶⁾ 그러므로 이 판결에서도 채권양수인의 채무자에의 해제 통지가 있을 때까지 채무자가 채권양수인에 대하여 상계적상에 있는 반대채권을 가지고 있다면 상계로 채권양도인에게 대항할 수 있는 것이고 실제 사안도 그러하였으며, 다만 제452조 제1항을 유추적용한 결과 해제 통지 시까지 상계적상이 있어야 할 뿐만 아니라 채무자는 ‘선의’여야 하는 것이다. 이를 대법원이 함축적으로 앞뒤 생략하여 표현한 것이 위와 같은 문언으로 나타난 것이라고 볼 여지가 있다.

4. 판결의 문제점

이와 같은 새로운 방향에서의 이해에 따를 경우, 종래의 판례가 취하고 있던 태도를 그대로 수용하면서도 구체적 타당성을 고려하여 일정한 경우 채권양도인의 보호를 도모할 수 있는 길이 열리게 된다. 그러나 이때 비록 판결 내 각 부분 간의 모순점은 해소된다고 하더라도 여전히 문제점은 존재한다. 이하에서 하나씩 살펴본다.

(1) 채무자 선의 요건 추가의 이론적 부정합성

우리 민법이 대항요건주의를 취하는 이유에 대하여는 일반적으로, 양도인과 양수인 간의 합의에 의해 지명채권 양도가 일어나므로 “채권양도에 관여하지 않는 채무자와 제3자는 채권양도의 사실을 알지 못하기 때문에, 예측하지 않은 손해를 입을 염려가 있”고 따라서 이들을 보호해야 할 필요성이 있기 때문이라고 설명되고 있다.³⁷⁾

그런데 채권양도가 있는 줄 모르는 채무자를 보호하기 위해서는 반드시 대항요건주의를 취해야만 하는 것은 아니다. 별다른 요건을 설정하지 않고 그저 채권양도인과 채권양수인의 합의만으로 채권이 이전하도록 하되 다만 ‘선의의 채무자’는 보호되도록 규정할 수도 있는 것이기 때문이다. 이러한 태도를 선의보호주의라고 하는데, 대표적으로 독일민법이 이러한 태도를 취하고 있고 대항요건주의는 우리 외에 프랑스민법, 일본민법 등이 취하고 있다.³⁸⁾ 대항요건주의를 찬성하는 견해들은 거래안전이 도모된다는 점, 선의·악의에 따라 법적 효과가 달라지게 되면 확실성의 결여가 초래된다는

36) 이는 채무자가 가지는 상계에 대한 기대를 보호할 필요가 있기 때문이다. 양창수, 민법연구 제8권, 박영사, 2006, 251면.

37) 대표적으로 곽윤직, 채권총론, 박영사, 2013, 220면.

38) 양창수, 민법연구 제1권, 박영사, 2004, 370면.

점 등을 내세우고 있으나,³⁹⁾ 권리관계의 획일적 처리가 항상 이상적이라고 보기는 어렵고, 선의인 채무자를 보호하는 쪽으로 규정을 두면 족하다는 등의 이유로 이를 비판하는 견해 역시 존재하는바,⁴⁰⁾ 이에 비추어 본다면 결국 대항요건주의의 특징은 채권양도인의 통지나 채무자의 승낙과 같은 대항요건의 구비 여부 외에 채무자의 선의 여부는 따지지 않는다는 것이고, 양 주의의 차이점은 선의의 채무자만 보호하느냐 악의의 채무자까지 보호하느냐 하는 데에 있다고 할 수 있을 것이다.

그런데 대법원은 기존에 대항요건주의에 입각하여 판시하여 오다가, 이 판결에서 갑자기 ‘추가적으로’ 채무자의 선의를 요구하고 있다. 이는 아마도 대항요건 법리에 의할 때에는 악의의 채무자까지도 보호되는 결과 채권양도인의 불이익 범위가 불필요하게 커진다는 문제의식에서 비롯된 것일 것이다. 그러나 기존의 대항요건 법리를 폐기하지 않고 그 위에 어정쩡하게 제452조 제1항 법리를 일부 발취하여 올린 결과, 체계적으로 다소 어색한 모습이 나타나게 되었다. 대항요건을 요구하면서도 채무자의 선의·악의를 따지게 된다면 과연 이는 대항요건주의를 취한 것인가 아니면 선의보호주의를 취한 것인가? 대법원이 스스로 두 주의를 섞은 법리를 입법이 아닌 해석으로서 만들어 낼 수 있는 것인가? 이러한 측면에서 의문점 내지 비판이 제기될 수 있을 것으로 보인다. 그러나 더 큰 문제는, 채무자가 선의일 때만 보호한다는 법리를 추가할 것이라면 도대체 채권양도의 해제에 있어서 대항요건 법리를 유지할 필요가 무엇이냐는 것이다. 상술하였듯 대항요건주의의 특징은 ‘악의의 채무자’까지 보호된다는 점인데 채권양도 해제를 새로운 반대방향의 채권양도로 보아 대항요건주의를 적용하면서도 그 위에 선의 요건을 추가한다면 결국 결론에 있어서 제452조 제1항의 법리를 온전히 적용하는 것과 다를 바 없게 된다. 그렇다면 굳이 대항요건 법리를 유지하여 대항요건의 유무를 따지고 그 위에서 채무자의 선의 여부도 또 따지는 식으로 불필요하게 무거운 법리구성을 채택할 필요가 있을지 의문이다.⁴¹⁾

39) 이러한 견해들은 곽윤직(편집대표), 앞의 책, 575면에 잘 정리되어 있다.

40) 서민, 채권양도에 관한 연구, 경문사, 1985, 116~117면.

41) 다만 이러한 평가는 ‘채무자’만을 고려한 것이고, 채무자 이외의 제3자까지 고려한다면 차이가 있을 여지도 있다. 예컨대 채권양도인이 양도 통지를 하였으나 그 양도가 처음부터 무효였을 경우, 채권은 계속하여 채권양도인에게 있는 것이므로 채권양수인의 채권자가 선의로 그 채권을 압류하더라도 그러한 압류는 무효가 되며, 이는 채권의 선의취득이 인정되지 않는 이상 부득이한 결과이다. 최준규, 앞의 글, 100면. 만약 제452조 제1항이 채권양도가 처음부터 무효인 경우뿐만 아니라 채권양도가 해제된 경우에도 적용된다면 그때도 이와 같은 제3자 보호의 문제가 발생할 수 있을 것이다. 즉, 채권양도의 해제를 채권의 재양도로 본다면 해제가 있어도 채권양수인의 통지가 없는 한 이를 채무자 기타 제3자에게 대항하지 못하는 결과(제450조 제1항) 별다른 문제가 없지만, 이를 제452조 제1항 법리에 따라 규율한다면 앞의 예에서와 같이 제3자, 즉 채권양수인의 채권자가 보호받지 못할 여지가 생기게 되는 것이다. 이러한 제3자 관련 문제는 별도의 주제로 다루어져야 할 만한 부분이므로 여기서 그에 대하여 따로 검토하지는 않겠다. 그러나 후술하듯이 제452조 제1항 법리는 채권양도의 해제, 취소 등의 경우에도 적용되는 것이 타당한데, 그 경우의 제3자 보호 문제에 관하여 민법은 이미 각각 제109조 제2항(착오 취소의 경우 제3자 보호규정), 제548조 제1항 단서(해제의 경우 제3자 보호규정) 등 조문들을 두고 있으며, 동 문제는 바로 이러한 규정들에 의하여 해결하려고 해야 할 것이다. 이미 적용될 수 있는 법리나 규정이 존재하는데 어떤 뚜렷한 근거도 없이 다른 법리의 일부분만을 떼어 와서 기존 법리에 합체시키는 인위적·발취적인 법리 설계는 바람직하지 않다. 물론 대법원이 과연 제3자 보호까지 생각하여 의도적으로 이렇게 ‘선별적으로 혼합된’ 법리를 고안해 낸 것인지는 불분명하나, 만약 그러하더라도 지나치게 작위적인 법리 구성이라고 하지 않을 수 없으며, 기존의 법리로 제3자의 보호가 적절한 수준에서 이루어질 수 있

(2) 상계와 관련한 채무자의 선의 시점 문제

제452조 제1항의 유추적용에 의해 채무자의 선의가 요구됨은 문제가 없으나, 동 판결에서는 “위와 같은 대항요건이 갖추어질 때까지 양도계약의 해제 등을 알지 못한 선의인 채무자”라고 판시함으로써 적어도 그 문언에 따르면 채무자는 해제 통지가 있을 때까지 선의여야 비로소 상계로써 채권양도인에게 대항할 수 있을 것으로 보인다. 그러나 이에 따르면 채무자의 선의가 시간적으로 과하게 요구되는 측면이 있다.

예를 들어 보자. 여기서는 대법원이 기본적으로 기존 대항요건 법리의 바탕 위에서 있다는 전제 하에서 논의하는 것인바, 채권양도가 있고 그 해제가 있었을 경우 대항요건인 해제의 통지가 있기 전에 채무자가 채권양수인에 대하여 상계적상에 있는 반대채권을 가지고 있었다면 통지 후에도 채무자는 채권양도인에 대하여 상계할 수 있다. 그런데 판례가 여기에 제452조 제1항을 유추적용하여 채무자가 선의일 것을 요구하고 그 선의는 ‘대항요건이 갖추어질 때까지’ 유지되어야 한다고 하므로 만약 해제 전에 상계적상이 있었는데⁴²⁾ 해제가 있는 뒤에 어떤 우연한 기회로 채무자가 해제 사실이 있다는 것을 알게 되고 그 후 해제 통지가 있었다면(아래 표의 ①), ‘대항요건, 즉 해제 통지가 갖추어질 때’에는 이미 채무자가 악의이므로 이때의 채무자는 보호받지 못한다. 그러나 이러한 결과가 타당한가? 제451조 제2항의 적용에 있어서 학설이 일치하여 ‘양도 통지가 있기 전에 채무자가 상계적상에 있는 반대채권을 가지고 있었을 때에는 채무자는 보호된다’고 하고 있는 것은 채무자가 이미 상계적상에 있는 자신의 채권을 상계하여 채무를 면할 수 있다는 기대를 가지고 있었고 이러한 기대는 보호할 가치가 있기 때문이다. 그런데 위의 경우 해제가 있기 전에 채무자는 채권양수인에 대한 상계적상에 있는 반대채권을 가지고 있었으므로 일정한 기대를 가지고 있었는데, 그 후에 해제가 있어 원래부터 채권이 채권양도인에게 있었던 것으로 취급된다는 사실을 우연히 알게 되었다 하여 갑자기 그 기대가 침해되어도 좋다고 보는 데에는 어떠한 합리적인 이유가 있는가? 채무자가 우연히 그 후 해제 사실을 알게 되었다는 데에서 채무자의 기대를 박탈해야 할 만한 채무자의 귀책사유나 기타 정당화 근거를 찾아보기 어렵다. 따라서 이때에도 채무자는 여전히 보호받아야 할 것이다.⁴³⁾

을 것으로 보이는 상황에서 굳이 그렇게 법리를 만들어내야 할 필요성도 약해 보인다. 또한, 채무자를 선의자만 보호하려고 하는 판례의 태도에 비추어볼 때 제3자의 경우에도 선의자만 보호하는 것이 자연스러우며, 그렇다면 더욱 온전한 제452조 제1항 법리로 가서 제3자 보호를 민법의 개별 규정들에 의하게 하는 것이 악의자 보호 배제의 가능성을 높인다는 점에서 타당할 것이다.

참고로, 채권양도 해제 사안에서 채권을 압류한 채권양수인의 채권자는 채권을 압류한 채권자를 제548조 제1항 단서상의 제3자로 인정하지 않는 판례의 태도(대법원 2000. 4. 11. 선고 99다51685 판결)에 비추어 동조에 의해 보호되지 않을 가능성이 크다. 그러나 이는 그러한 결과가 타당하다는 대법원의 가치판단에 의한 것으로서, 동조가 아닌 다른 규정(경우에 따라서는 신의칙도 고려될 수 있을 것이다)에 의한 보호를 검토하거나 아니면 대법원의 판례 변경에 의하여 해결되어야 할 문제이지 채권양도 사안에서만 특별히 압류권자를 보호하기 위해 별도 법리를 구성해야 하는 것은 아니다. 한편 맨 앞에서 들었던 예의 경우에는 제108조 제2항 등에 의하여 제3자가 보호될 가능성이 있을 것이다.

42) 여기서 선의·악의라는 것은 해제가 일어났다는 사실에 대한 인식 여부이기 때문에, 해제가 일어나기 전에는 당연히 선의·악의의 개념이 있을 수 없다.

43) 송덕수, 앞의 글(각주 1), 443~444면 역시 이와 같이 설명하고 있다.

그런데 만약 ‘해제 후(그리고 해제 통지 전)’에 상계적상이 나타났다고 하면 어떻게 할 것인가? 우선 이런 질문을 던지려면 과연 그런 상황이 나타날 수 있는지를 먼저 검토해 봐야 할 텐데(이는 뒤에서 설명하듯이 상계적상이 되기 위하여는 상계자와 피상계자가 서로 상대방에 대해 채권이 있어야 하기 때문이다), 이에 대하여는 아마도 대항요건이 가지는 의미와 연관지어서 살펴보아야 할 것으로 생각된다. 제450조의 대항요건의 의미에 관하여는, 이것이 대항요건을 갖추지 못하면 채무자에 대한 관계에 있어서는 아예 채권양도의 효력이 일어나지 않는다는 것인지, 아니면 채무자에 대하여도 채권양도의 효력은 채권양도인·채권양수인 간의 합의만으로 일어나지만 다만 채권양수인이 채무자에 대하여 그 권리의 행사를 하지 못하는 것에 불과한 것인지 등에 대하여 견해의 대립이 일어나고 있으며, 판례 역시 어느 한 쪽이라고 명확히 단정짓기 어려운 상황이다.⁴⁴⁾ 이러한 상황에서 이를 채권양도 해제 상황에서의 구체적인 법률관계와 연관지어 논의한 문헌은 별로 없어 보여 조심스러우나, 필자의 생각으로는 만약 대항요건 없이는 채무자와의 사이에서 아예 채권양도의 효력이 발생하지 않는다는 견해에 따른다면 판례처럼 채권양도의 해제를 새로운 채권양도로 볼 경우 채무자와의 관계에 있어서는 해제의 효력이 발생하지 않는 결과 여전히 채권양수인이 채권자의 지위에 있게 되고, 따라서 해제 후에도 해제 통지 전까지는 채무자가 채권양수인에 대하여 새로이 상계적상에 있는 반대채권을 보유하게 되는 것이 가능할 것이다.⁴⁵⁾ 그렇게 본다면 이제 해제 후에 그 사실을 모른 상태에서 대항요건이 갖추어지기 전에 상계적상에 이른 채무자(아래 표의 ③, ④)에 대한 처리 문제가 생겨난다. 이때 설령 상계적상 후 우연한 사정으로 해제 사실을 알게 된 상태에서 대항요건이 갖추어졌다 하더라도(④), 이러한 채무자의 상계에 대한 기대 역시 충분히 보호할 만한 가치가 있는 것이라고 해야 하지만, 판례의 문언대로 ‘대항요건이 갖추어질 때까지 선의’여야 한다고 본다면 이러한 채무자는 보호받지 못하게 되는 문제점이 생기게 된다. 이상의 설명을 포함하여 이 경우에 나타날 수 있는 총 경우의 수 및 그에 대한 이 판결 문언대로의 결과를 정리해보면 아래 표와 같다.

44) 이에 대한 자세한 논의로는 오수원, “통지·승낙이 없는 지명채권양도의 채무자에 대한 효력 - 대상판결 : 대법원 2009.2.12. 선고 2008두20109 판결 -”, 민사법학 제47호, 2009, 686~700면; 문준섭, “채무자에 대한 대항요건을 갖추지 못한 경우 채권양수인의 법적지위 -대법원 2005. 6. 23. 선고 2004다29279 판결-”, 법조 제58권 제1호, 2009, 215~216면 참조. 이를 정면으로 다루고 있는 가장 최신의 문헌으로는 이동진, “대항요건을 갖추지 아니한 지명채권양도의 효력”, 민사법학 제90호, 2020 참조.

45) 이동진, 앞의 글, 277~278면은 채무자와의 관계에서 채권양도의 효력이 발생하지 않는다는 견해에 의하면 양도 통지 전에 채권양도인이 하는 상계가 유효하다고 볼 여지가 있으나 효력이 발생한다는 견해에 의하면 채권양도인은 (통지 전이라도) 더 이상 권리자가 아니어서 상계를 인정할 수 없다고 하고 있다. 대항요건 법리에 따를 때 이러한 서술은 채권양도의 해제 후 해제의 통지가 있기 전의 채권양수인과 채무자 간 상계적상 도달 가부의 문제에 동일하게 적용될 수 있을 것이다.

		해제	시간의 경과		양수인의 해제 통지(대항요건)	결과	
①	상계적상 발생		악의			비보호	
②	상계적상 발생		선의			보호	
③			상계적상 발생(선의)			선의	보호
④			상계적상 발생(선의)			악의	비보호
⑤			상계적상 발생(악의)			악의	비보호

표 1 2011다17953 판결에 따른 때 발생할 수 있는 경우의 수

채권양도에 있어 채무자가 통지 이후에도 상계로 대항할 수 있게끔 하는 이유는 바로 채무자가 자신의 상계권을 행사하여 채무를 면할 수 있으리라고 기대하고 있었는데 그에게 아무런 잘못 없는 우연한 사유로 인하여 그러한 기대가 침해되는 것은 부당하다는 이유에서이다. 그리고 예컨대 변제에 있어서는 그러한 면책의 기대가 채무자가 변제행위를 하는 시점에 생성되지만 상계에 있어서는 상계권을 직접 행사하기 전에 이미 상계적상이 된 시점에서 면책에 대한 기대가 생겨난다. 따라서, 상계에 있어서는 상계적상에 이른 시점에 채무자가 해제 사실을 알고 있었느냐를 채무자의 선의 여부 판단 기준으로 삼아야 한다. 만약 채무자가 상계적상에 이른 시점에 이미 해제 사실을 알고 있었다면(위 표의 ⑤), 그러한 채무자는 채권양도인에 대하여 상계로 대항할 수 있다고 굳이 보호할 필요가 없을 것이다. 결론적으로 위의 표에서 ⑤를 제외한 나머지 경우는 모두 채무자가 보호되어야 함에도, 대법원은 무슨 이유에서인지 채무자가 ‘대항요건이 갖추어질 때까지’ 계속 선의여야 함을 요구하고 있으므로 일부 보호받아야 할 채무자까지 보호받지 못하는 문제점이 발생하게 된다.⁴⁶⁾ 이러한 판례의 태도는 부당하며, 채무자가 대항요건이 갖추어질 때까지 선의가 아니더라도 상계적상이 생길 때 선의였다면 그는 보호받아야 할 것이다(물론 만약 위 표의 ①, ②와 같이 아예 해제가 있기 전에 상계적상이 생기게 된다면 이때는 선의 여부를 따질 필요 없이 채무자를 보호해야 할 것이고, 만약 위에서 전제한 것과 달리 대항요건이 없을 때에도 채무자와의 사이에서 채권양도의 효력은 발생한다는 입장에 따른 때에는 어떻게 될지 반드시 명확하지는 않다).⁴⁷⁾

46) 송덕수, 앞의 글(각주 1), 442면은 이 판결이 대항요건 구비 시점을 기준으로 삼아 선의 여부를 따지는 것에 대하여 그 근거가 없으며 그것이 왜 중요한 의미를 갖는지도 이해하기 어렵다고 하고 있다.

47) 참고로, 순수한 대항요건 법리에 의한다면 위의 5가지 경우 모두 채무자는 보호될 것이다. 이때는 채무자의 선의 여부를 불문하기 때문이다.

(3) 대항요건 법리를 유지하는 것 자체의 부당성

나아가 이 판결을 위에서 본 것과 같이 새로운 관점에서 이해한다 하더라도, 채권양도의 해제에 있어서는 온전히 제452조 제1항 법리를 적용해야 함에도 동 판결은 기본적으로 대항요건 법리를 취하고 있다는 점에서 근본적인 문제가 있다. 이 판결에서처럼 제452조 제1항 중 ‘선의의 채무자’ 부분만 끌어올 것이 아니라, 아예 전면적으로 제452조 제1항 법리를 활용할 필요가 있다. 이에 대하여는 후술한다.

IV. 판례법리의 방향 제언

1. 동 대법원 판결의 법리 구성 검토

먼저 필자가 생각하는 바람직한 판례법리를 서술하기 전에, 2011다17953 판결이 취하고 있는 법리를 어떻게 이해할 수 있을지에 대하여 간략히 정리해보기로 한다. 위에서 언급하였듯 동 판결의 이유 부분을 살펴보아도 도대체 어떠한 법리에 의하여 그와 같은 결론이 도출된 것인지가 명확하지 않은데, 과연 채무자가 상계로써 대항할 수 있다는 결론에 다다르기까지 대법원은 어떠한 판단 과정을 밟아 간 것일까?

동 판결의 판결이유 중 판결요지와 동일한 부분을 제외한다면, 다음과 같다.

위와 같은 법리와 기록에 비추어 원심판결 이유를 살펴보면, 원심의 이유설시에 다소 적절하지 않은 부분이 있기는 하지만, 원심이 원고가 피고에 대한 이 사건 공탁금반환채권을 아천세양건설에게 양도하고 그 양도사실을 피고에게 통지한 후 원고와 아천세양건설이 위 채권양도계약을 해제하기로 합의하고 이를 피고에게 통지하였으나, 그 통지가 있기 전에 피고가 아천세양건설에 대하여 상계적상에 있는 반대채권을 가지고 있었다고 인정하고, 나아가 피고는 위 합의해제 이후 원고에게 상계로써 대항할 수 있다고 본 판단한 조치는 결과적으로 정당하고, 거기에 민법 제452조 제1항의 적용 범위에 관한 법리를 오해하거나 채권양도계약의 합의해제에 관한 법리를 오해하는 등으로 판결에 영향을 미친 위법은 없다.

이에 상고를 기각하고 상고비용은 패소자가 부담하도록 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

여기서 ‘원심의 이유설시에 다소 적절하지 않은 부분이 있다’는 것은 채권양도의 합의해제에는 제452조 제1항이 적용되지 않는다고 한 제1심 판결을 원심이 그대로 인용한 부분에 관한 것으로 판단된다. 대법원은 앞부분에서 제452조 제1항이 채권양도의 해제 등의 경우에도 유추적용될 수 있다고 밝혔으므로, 원심이 동조의 적용을 배척한 부분에 대해 적절치 않다고 언급한 것이다. 그러면서 대법원은 원심이 ① 채권양도인(원고)이 채무자(피고)에 대한 채권을 채권양수인(아천세양건설)에게 양도하고 이를

채무자에게 통지한 사실, ② 그 후 채권양도인과 채권양수인이 채권양도계약을 합의 해제하고 이를 채무자에게 통지한 사실, ③ 그 통지가 있기 전에 채무자가 채권양수인에 대하여 상계적상에 있는 반대채권을 갖고 있었던 사실을 인정하고 그에 따라 채무자가 채권양도인에게 상계로 대항할 수 있다고 판단한 결론 자체는 정당하다고 하고 있다. 이는 대법원 자신의 판단 과정을 소개한 것이라기보다는 원심과 제1심의 판단 과정을 소개한 것으로 보인다. 즉, 이 판단 과정은 대항요건(채권양도 사실의 통지)이 갖추어지기 전에 채무자가 채권양도인에 대하여 상계적상에 있는 반대채권을 갖고 있는 경우에는 (채무자의 선의 여부를 묻지 않고) 채무자의 상계에 대한 기대를 보호하는 논리구조를 채권양도의 해제 등의 경우에 그대로 적용한 것으로서, 제1심과 원심이 채택한 전형적인 대항요건 법리의 내용이다. 이 법리에 따라 도출된 결론이 어쨌든 대법원이 다른 법리에 의해 도출한 결론과 동일하다는 것이다.

대법원은 어떤 판단 과정을 거쳐 이러한 결론을 도출했을까? 대법원은 판결이유의 앞부분에서 설명한 일반론 외에 실제로 그 일반론을 어떠한 사실관계에 어떻게 적용하여 결론을 이끌어낸 것인지에 대해 아무런 언급을 하고 있지 않으므로, 이에 대하여는 그 일반론을 기초로 추측해보는 수밖에 없다. 일단 위에서 살펴본 두 번째 관점, 즉 대법원이 제452조 제1항 중 ‘선의의 채무자’ 부분만을 유추적용한 것이라고 보는 관점에서 판결의 문언 그대로 이해해볼 수 있을 것이다. 위에서 보았듯 실제 동 판결의 대상이 된 사실관계에서는 채권양도인과 채권양수인 사이에 합의해제가 있기 전에 이미 채무자가 채권양수인에 대하여 상계적상에 있는 반대채권을 보유하고 있었고, 그 후에 합의해제 사실의 통지도 있었다. 그리고 채무자는 이러한 통지에 의하여 비로소 악의로 되었으므로⁴⁸⁾ 결국 채무자는 ‘대항요건(합의해제 사실의 통지)이 갖추어질 때까지 양도계약의 해제 등을 알지 못한 선의인 채무자’에 해당하게 되고, 결국 동 판결이 제시한 법리에 따라 상계로써 채권양도인에게 대항할 수 있게 된다.

이번에는 대법원이 아예 완전한 제452조 제1항 법리에 따라 동 사건을 판단했다고 해 보자. 그래도 여전히 동일한 결론이 나온다. 동 법리는 채권양도의 해제 등을 채권의 재양도로 보지 않기 때문에, 채권양도인과 채권양수인 사이에 채권양도계약의 합의해제가 있으면 즉시 채권이 채무자에 대한 관계에서도 채권양도인에게 완전히 속하게 된다.⁴⁹⁾ 이때 채무자가 채권양수인에 대하여 상계적상인 반대채권을 가진 것은 합의해제가 있기 전이므로 상계적상 당시의 채무자의 선의·악의 개념은 등장하지 않으며, 다만 이미 형성된 상계에 대한 채무자의 기대를 보호하기 위하여 (그 후 채무자가 악의로 되었는지는 상관하지 않고) 채무자는 상계로 대항할 수 있게 된다고 해야 할 것이다(이는 ‘선의인 채무자’를 보호하는 제452조 제1항의 적용으로 인한 결과가 아님).⁵⁰⁾ 결국 이 판결의 대상이 되는 사실관계에 대하여는 대법원이 어떤 판단 과정을

48) 이 사건의 제1심에서 원고는 ‘이 사건의 경우 원고와 아천세양건설은 2009. 3.경 공탁금반환채권의 양도계약을 합의해제하고 2009. 3. 12.경 피고에게 위 합의해제사실을 통지하였고, 이로써 피고는 악의의 채무자가 되었는바, ...’라고 주장하고 있다. 앞의 서울남부지방법원 판결 참조.

49) 최준규, 앞의 글, 105면은 이러한 이해에 대하여 “양도통지 철회에 대한 양수인의 동의가 없더라도 양도인이 대내, 대외적으로 채권자라는 전제 하에 제452조를 유추하는 견해”라고 표현하고 있다.

거쳤든 간에 동일한 결론이 도출되게 된다. 심지어 기존의 대항요건 법리를 취한 제1심 및 원심도 똑같은 결론에 이르게 됨은 앞에서 본 바와 같다.

2. 기존 대항요건 법리 폐기의 필요성

판례가 기존에 취해오던 대항요건 법리는, 일반적인 채권양도에 있어 채무자의 승낙이나 채권양도인의 통지라는 대항요건을 요구하는 제450조를 채권양도 해제의 경우에도 적용한 것으로서, 채권양도 해제의 법적 성격을 채권양수인으로부터 채권양도인으로서의 채권 재양도로 파악한 결과 나타나게 된 이론이다. 그런데 대법원은 이 판결에 이르러 채권양도 해제의 경우에 제452조 제1항을 유추적용할 수 있는 가능성을 언급하고 있다. 그리고 이러한 결과 제452조 제1항 법리와 대항요건 법리가 뒤섞여 서로의 모순과 충돌, 또는 비효율성을 노정하고 있음은 위에서 본 바와 같다. 이를 해결하고 채권양도 해제에 대해 보다 적절한 규율을 추구하기 위하여, 대항요건 법리를 폐기하고 완전한 제452조 제1항 법리를 채택할 필요가 있다. 그 이유는 여러 측면에서 생각해볼 수 있는데, 아래에서 간략히 살펴보기로 한다.

(1) 채권양도 해제와 채권양도와의 비동일성

채권양도의 해제를 채권의 양도로 구성하는 것이 적절하지 않은 가장 기본적인 이유는 무엇보다도 둘이 ‘서로 다른 것’이라는 점에 있다. 말 그대로 채권양도의 해제는 일단 일어난 채권의 양도계약을 사후적으로 해제하는 것이지 채권을 양도하는 것이 아니다. 채권양도의 해제를 채권의 재양도로 보는 것은, 어쩌면 단지 채권이 A로부터 B에게 갔다가 다시 A에게 복귀한다는 점에만 착안하여 서로 다른 것을 작위적으로 같게 취급하는 것일 수 있다. 이는 실제적으로도 불합리한 결과를 발생시키는데, 예컨대 채권양도 후 채무자가 양수인에게 변제한 상태에서 해제가 일어난 경우에, 해제를 반

50) 송덕수, 앞의 글(각주 1), 443~445면 역시 결론에 있어서 같다. 다만 동 문헌에서는 이러한 결론을 ‘상계’의 특수성에 기인하는 것이라고 하며 이를 ‘상계’의 경우에만 인정되는 것이라는 취지로 서술하고 있으나, 필자의 생각으로는 이는 상계를 포함한 일반적인 신뢰보호 필요성의 문제이며 제452조 제1항의 적용 결과인지 여부 역시 단순히 동조의 규율 상황에 들어맞는지 여부의 문제가 아닌가 한다. 일단 동 문헌은 상계의 경우에 이 사안을 논하며 상계적상 시의 채무자의 기대를 보호해야 한다는 것을 근거로 채무자의 선의 여부를 불문해야 하고 제452조와 상관없는 것이라고 하고 있다. 그러나 만약 해제 전에 상계적상이 아니라 채무자의 채권양수인예의 변제가 있었다 하더라도, 이러한 변제 당시의 채무자의 기대 및 그 보호 필요성은 상계적상이 있었던 경우보다 오히려 더 강하면 강했지 약하지 않다. 이 경우에 상계와는 달리 변제에 관한 채무자의 기대는 보호되지 않는다고 할 이유는 없으므로, 동 문헌이 파악하고 있는 것과는 다르게 이러한 결론은 ‘상계’에 특유한 것이 아니다. 한편 제452조 제1항과 관련하여 채무자를 보호할 필요가 있는지 여부는 채무자의 변제나 상계적상이 발생하는 시점을 기준으로 하여야 하며(동 문헌은 동조의 선의 판단 시점을 ‘양도인이 채무자에게 원래의 채권을 주장하는 때’로 보고 있는데, 이는 부당하다. 이에 관하여는 후술한다.), 이렇게 볼 때 이 사안의 선의 판단시점은 상계적상 시이고 이는 해제 전에 발생하였다. 그런데 해제 전에는 선의·악의 개념이 있을 수가 없으므로 당연히 이는 제452조 제1항의 영역이 아니다. 즉, 관건은 상계적상 또는 변제가 ‘해제 전’에 있었는지 아니면 ‘해제 후’에 있었는지이며, 전자는 제452조의 적용영역이 아닌 것이다.

대 방향의 채권양도로 본다면 애초에 해제는 불가능하다고 해야 한다는 문제가 생긴다. 이미 변제되어서 소멸한 채권의 양도는 불가능하기 때문이다.

채권양도의 해제는 이미 이루어진 채권양도계약을 소급적으로 무효화시키는 것이고, 채권의 양도는 채권의 주체를 새로이 변경하는 합의로서 그 내용이나 효력도 다르므로 해제를 가리켜 채권양도라고 할 수 없다.⁵¹⁾ 그럼에도 불구하고 이를 채권양도 내지 채권의 재양도로 보는 것은 그 구조적 유사성을 과도하게 평가하여 채권양도에 적용되는 법리를 채권양도의 해제에 그대로 적용하는 것이고, 기존에 판례가 이러한 입장을 취해 온 것은 채무자를 보호하기 위한 이유에서일 것이다. 그러나 굳이 이러한 작위적 규율을 하지 않는다 하더라도 제452조 제1항 법리에 의할 때 채무자는 충분히 보호될 수 있으므로 이를 유지할 필요가 없다. 목차를 바꿔 살펴본다.

(2) 제452조 제1항 법리의 충분한 채무자 보호 가능성

채권양도의 해제를 채권양도로 보아 규율할 경우에는 채권양수인으로부터 통지를 받지 않는 한 채무자는 (선의·악의를 불문하고) 완전히 보호되고, 또 채무자가 보호받기 위해 어떠한 행동을 적극적으로 할 필요도 없다. 그러나 제452조 제1항 법리를 취하더라도 (보호가치 있는) 채무자가 보호되는 것은 마찬가지이다. 동조가 선의의 채무자는 보호된다고 하고 있기 때문이다. 채무자는 그저 자신이 알고 있는 바에 따라 자유롭게 행동하면 되고, 설령 그것이 채권의 귀속에 대한 잘못된 인식에 기초한 것이었더라도 제452조 제1항에 의하여 보호되므로 결국 채무자로서는 그 법적 지위가 대항요건 법리에 의할 때보다 나빠질 것이 없다. 다만, ‘선의의’ 채무자만이 보호되므로 법리를 떠나 실제로 소송이 진행되는 상황을 생각해볼 때 채무자가 자신이 선의임을 입증해야 하는 부담이 생긴다면 채무자 보호가 약화된다고 볼 여지가 있겠지만, 위에서 보았듯 채무자는 통상 선의자라고 추정되어 상대 측에서 채무자가 악의임을 입증해야 할 것이므로 역시 채무자로서는 특별히 더 나빠질 것이 없다.

(3) 악의자 보호의 정책적 부당성

또한 대항요건 법리에 따를 때의 가장 큰 문제점은, 선의의 채무자만이 아니라 악의의 채무자까지도 일률적으로 보호된다는 것이다. 위에서 보았듯 대항요건주의는 법률관계의 획일적 처리에 그 특징이 있는바, 채권양도의 해제를 채권양도와 동일하게 보아 대항요건주의에 따라 처리한다면 대항요건이 갖추어지지 않는 한 해제 사실을 뻔히 알면서도 채권양수인에게 변제한 채무자까지 보호되게 된다. 채권양도인과 채권양수인 사이에서 일어나는 일을 채무자가 알기 어려우므로 채무자를 보호하는 것은 필요하지만, 악의인 채무자까지도 보호하는 것은 앞서서도 이야기했듯 정책적으로 타당

51) 윤진수, 민법기본판례, 홍문사, 2016, 322면.

하다고 할 수 없다. 따라서 악의의 채무자까지 보호하는 대항요건 법리 대신 선의의 채무자만을 보호하는 제452조 제1항 법리를 취하는 것이 바람직하다.⁵²⁾

다만 이러한 주장에 대하여는, 그러한 논리를 일관한다면 일반적인 채권양도에서 악의의 채무자까지 보호하도록 하는 우리 민법의 제450조 역시도 잘못된 것이라고 해야 하느냐는 비판이 제기될 수도 있을 것이다. 물론 아예 대항요건주의 자체가 잘못된 것이라고 주장하는 견해가 있을 수도 있으나, 반드시 채권양도에서 일률적인 채무자 보호를 하는 것을 비판해야만 여기서 제452조 제1항 법리 적용을 긍정할 수 있다고 볼 것은 아니라 할 것이다. 왜냐하면 채권양도와 여기의 채권양도 해제는 일반과 특별 관계로 볼 수 있을 것이기 때문이다. 즉, 사회에서 빈번히 일어나는 채권양도에 있어서 채무자를 보호하고 거래안전을 확보하기 위해 획일적인 대항요건 제도를 이용하는 것 자체는 나름의 타당성을 긍정하더라도, 이에 악의의 채무자까지 보호된다는 정책적 단점이 존재함을 부정할 수 없으므로 채권양도의 무효나 해제와 같은 특별한 상황에서는 악의자 보호 배제라는 정책적 목적을 좀더 강하게 반영시키자는 생각 역시 충분히 나올 수 있을 만한 것으로 보인다.⁵³⁾

(4) 제452조 제1항의 입법적 결단 측면에서의 무효와 해제 간 동질성

위에서 보았듯 대항요건주의와 선의보호주의는 어느 한 쪽의 옳고 그름의 문제라기 보다는 각국의 선택의 문제이다. 즉, 채무자의 선의·악의를 불문하고 획일적으로 처리 하든 선의의 채무자만 보호하든 결국 입법적인 결단의 영역인데, 우리 민법은 채권양도에 있어서 제450조를 두어 대항요건주의를 취하고 있다. 그러면서도 이러한 대항요건주의에 대하여 한 가지 예외가 설정되어 있는바, 그것이 바로 채권양도의 통지가 있었지만 사실 채권양도가 일어나지 않았거나 무효인 경우에 선의자만 보호하는 제452조 제1항이다. 우리의 입법자들은 기본적으로 대항요건주의를 취하면서도 채권양도가 아예 효력이 없는 경우였다면 채무자가 선의로 채권양수인(으로 보이는 자)에게 변제 등을 했을 경우에만 보호받아야 한다는 입법적 결단을 하고 있는 것이다. 그리고 이러한 입법적 결단의 측면에서 볼 때 처음부터 무효인 경우와 해제 등으로 인해 소급적으로 무효가 되는 경우를 다르게 이해해야 할 이유가 없다.⁵⁴⁾ 즉, 해제나 취소

52) 송덕수, 앞의 글(각주 13), 232면 역시 판례가 대항요건 법리를 취하는 것에 대하여 “이론상으로는 실제적으로나 보호할 필요가 없는 채무자를 불필요하게 과대보호하는 것”이라고 하면서 제452조 제1항 법리의 적용을 주장하고 있다.

53) 서민, 앞의 책, 117면은 거래에 대한 사회적 신뢰가 없는 불안정한 사회가 아니라 안정적으로 신뢰 정착이 이루어진 사회라면 대항요건주의를 취하지 않고 선의인 채무자를 보호한다는 측면에서 문제에 접근하는 방식이 “관계당사자의 이익을 가장 공평하게 조절할 수 있는 바람직한 규율”이라고 하고 있다.

54) 물론 제452조 제1항의 ‘무효’에 해제, 취소 등으로 인한 무효가 포함되는지 여부에 대하여는 앞에서 보았듯 견해 대립이 있는바, 만약 포함된다고 본다면 당연히 해제의 경우에 제452조 제1항 법리가 적용되어야 할 것이고(다만 제452조 제1항에 채권양도의 해제가 포함된다고 하는 견해들이 반드시 이렇게 이해하고 있는지는 불확실하다), 포함되지 않는다고 본다면 유추적용이 문제될 것이다. 그런데 여기서 ‘제452조 제1항에 해제 등이 포함된다고 보아야 하는지 여부’와 ‘제452조 제1항이 해제 등의 경우에 유추 적용된다고 보아야 하는지 여부’는 결국 제452조 제1항 법리가 채권양도 해제 등의 경우에 적용되어야

가 있었을 경우 법률행위는 소급적으로 무효가 되는데, 소급적으로 무효가 된다는 것은 결국 처음부터 무효인 것과 마찬가지로 된다는 것이고 따라서 애초에 양도가 무효인 경우와 동일하므로, 법적 규율도 동일하게 하여야 한다.⁵⁵⁾

또한 더 근본적으로 생각해보면, 제452조 제1항은 결국 ‘채권양도의 통지’를 신뢰한 채무자를 보호하는 규정이다. 채권의 양도가 일어났는지를 채무자가 알 방법이 없기 때문에 채무자를 위해 민법은 제450조에서 채권양도인으로 하여금 통지를 하도록 하고 있고, 채권자로부터 그러한 통지를 받은 때에 그 통지대로의 법률관계가 실제 이루어진 것인지를 채무자가 알 수 없으므로 민법은 역시 채무자를 위해 제452조 제1항을 두어 채무자는 채권자의 양도 통지를 믿으면 실제 법률관계가 어떠한지 보호되도록 하고 있다. 즉, 민법은 일단 채권양도가 일어났다는 것에 대한 정보 제공 측면은 제450조로 규율하고, 그러한 정보 제공이 이루어진 뒤에 그 제공된 정보에 기해 행위한 채무자의 보호 측면은 제452조로 규율하고 있는 것이다. 이렇게 본다면 채권양도의 해제, 취소뿐만 아니라 해지의 경우에도 결국 문제의 본질은 처음에 채권양도인이 채권양도가 일어났다고 알려준 그 정보, 즉 양도 통지에 기하여 움직인 채무자의 보호와 관련된 것이고, 따라서 채권양도가 처음부터 무효이거나 아예 일어나지 않았던 경우와 본질적으로 동일하다. 채무자 입장에서 채권이 누구에게 있는지 내지는 채권양도의 효력이 어떠한지 여부를 잘 알 수가 없다는 점도 해제 등의 경우와 처음부터 무효인 경우가 동일하다. 문제의 trigger가 채권양도의 무효인지, 사후적 무효인지, 아니면 해지인지는 부수적인 것에 불과하다고 할 수 있다. 그러한 표면적 현상에 따라 법리 구성을 다르게 해야 할 이유는 없을 것이다.⁵⁶⁾ 따라서 제452조 제1항의 입법적인 결단은 채권양도가 처음부터 무효인 경우뿐만 아니라 취소, 해제, 해지 등의 경우를 모두 포괄한다고 하여야 한다.⁵⁷⁾

한편 해제가 아니라 합의해제의 경우에는 어떻게 보아야 할지 의문이 생길 수 있다. 이에 대하여 합의해제도 채권양도를 소급적으로 무효화하므로 해제와 함께 다루어야 한다는 견해⁵⁸⁾도 있고, 합의해제는 “양도되었던 채권이 다시 양도인에게 양도된 것과 마찬가지로” 대항요건 법리를 적용해야 한다는 견해⁵⁹⁾도 있다.⁶⁰⁾ 그러나 이 역시

하느냐에 대한 논의이므로 딱히 큰 차이는 없다고 보아도 무방할 것이다. 윤진수, 앞의 책, 321면 역시 위의 견해 대립을 언급하면서 “직접 적용되는 유추적용되는 결과적으로 차이가 있는 것은 아니”라고 하고 있다.

55) 최준규, 앞의 글, 106면은 채권양도가 취소된 경우에 제452조를 유추적용해야 한다고 하면서 그 이유로 무효사유와 취소사유는 입법정책에 따라 정해지는 것이며 양자 간에 선형적·본질적 차이가 있지는 않다는 점을 들고 있다.

56) 대법원재판연구관실무연구회(편), 앞의 책, 54면은 “민법 제452조 제1항의 배후에 있는 법 원리는 채무자에 대한 신뢰보호”이고, “이러한 법 원리는 채권양도의 효력이 발생하지 않게 된 사유가 무엇인지를 불문하고 적용되어야” 하는데, “채권양도와 관련된 위 사정들은 채무자와 무관하게 이루어진 것이어서 그 사정에 따라 채무자의 신뢰 보호 여부가 달라질 이유가 없기 때문”이라고 하고 있다. 이는 필자의 생각과 일치하는 설명이다.

57) 최준규, 앞의 글, 108면 역시 결론적으로 채권양도의 취소, 해제, 해지의 경우 제452조가 유추적용되어야 한다고 하고 있다.

58) 송덕수, 앞의 글(각주 1), 436~437면.

59) 윤진수, 앞의 책, 322면.

위에서 보았듯 제452조 제1항의 입법적 결단과 그 본질적 구조에 입각해 생각해 보아야 하고, 그렇다면 해제와 달리 취급할 이유가 없다. 따라서 해제든 합의해제든 모두 제452조 제1항 법리로 규율하여야 할 것이다.⁶¹⁾

(5) 대항요건 법리의 현실적인 난점

또한 대항요건 법리에 따를 때, 채권양도가 해제가 되면 반대 방향의 '채권양도인'의 지위에 서게 되는 기존의 채권양수인이 채무자에게 해제 사실을 통지해야 한다. 그런데 이때 채권양수인이 채무자에게 단순히 통지를 해줄 것인지가 문제이다. 채권양도의 경우에는 채권양도인이 채권양수인과의 합의를 통해 채권을 넘긴 것이므로 그에 수반되는 절차로서 기꺼이 채무자에게 통지를 해주리라고 기대할 수 있지만, 채권양수인이 채무를 불이행하여 이를 이유로 채권양도인이 해제를 한 경우에는 채권양수인이 이를 통지하지 않을 가능성이 크므로 현실적 측면에서 문제가 있다.⁶²⁾ 물론 이때는 채권양도인이 채권양수인을 상대로 채무자에게 통지할 것을 소로 구할 수 있지만, 굳이 채권양도인으로 하여금 그렇게 번잡한 절차적 노력을 감수하도록 하는 것은 타당치 않을 것이다.⁶³⁾ 따라서 대항요건 법리가 아니라 제452조 제1항 법리로 가서 채권양도인이 별다른 절차 없이도 채무자에게 청구할 수 있도록 할 필요가 있다.

3. 제452조 제1항 법리에 따른 판례 사안의 해결

(1) 제452조 제2항의 문제

여태까지 제452조 제2항에 대하여는 크게 언급하지 않았으나, 사실 제452조 제1항 법리를 적용할 때에는 제2항과 관련하여 문제가 있다. 제2항은 채권양도의 통지는 양수인의 동의가 없으면 철회하지 못한다고 하고 있는데, 만약 제452조 제2항이 채권양도 해제의 경우에 적용 내지 유추적용된다고 한다면 이로 인해 위에서 설명한 제452조 제1항 법리의 내용이 달라질 수도 있기 때문이다. 판례 사안을 다루기 전에 먼저 이에 대해 해명하고 가기로 한다.

위에서 보았듯 제452조 제1항 법리에 의하면 채권양도가 해제될 시 채권이 채권양수인으로부터 채권양도인에게 복귀되어 채권양도인은 별다른 절차 없이 채무자에게 채권을 행사할 수 있다. 그런데 여기서 채권양도인이 채무자에게 곧바로 이행청구를 할 수 있다는 것에 대하여는 사실 부정적으로 볼 여지가 존재한다. 제2항이 채권양수인

60) 한편 최준규, 앞의 글, 110~112면은 '합의해제의 효과를 달리 파악하는 전제 하에서' 채권양도의 합의해제는 채권의 재양도로 보아야 하며 따라서 제452조 제1항 법리가 아니라 대항요건 법리에 의하여야 한다고 하고 있다.

61) 대법원재판연구관실무연구회(편), 앞의 책, 54면도 같은 입장이다.

62) 송덕수, 앞의 글(각주 13), 231면.

63) 윤진수, 앞의 책, 322면.

의 동의를 받은 통지철회를 규정하고 있는 이상, 그러한 철회가 없다면 (비록 채권이 채권양도인에게 복귀하더라도) 채무자는 채권양도인의 청구를 거절할 수 있다고 해석할 수도 있기 때문이다. 즉, 해제 효과로 인하여 채권은 채권양수인의 통지 등 없이도 채권양도인에게 복귀한다는 것을 긍정하면서도, 제2항의 존재 때문에 채권양수인의 동의를 받은 통지철회 요건을 갖추지 못하는 한 (채무자의 선의·악의를 불문하고) 채권양도인은 채무자에게 자신의 권리를 실현하기 어렵게 된다고 보는 것이다.⁶⁴⁾ 그런데 이렇게 해석할 경우에는, 결국 채권양도인의 권리 행사 가능성의 측면에서는 사실 대항요건 법리를 취한 것과 크게 다를 바가 없게 된다. 대항요건 법리에 따를 때에는 채권양도가 해제된다 하더라도 채권양수인이 채무자에게 통지를 해야 비로소 채권양도인이 채무자에 대해 채권자로서의 권리를 행사할 수 있는바, 제452조 제1항 법리를 따르더라도 결국 또 채권양수인의 동의를 받아 통지의 철회를 하는 절차를 거쳐야만 채권양도인의 권리 행사가 가능하다고 한다면 실질적으로 차이가 없는 것이나 마찬가지이다. 이러한 결과는 바람직하지 않다. 채권양도의 해제로 인하여 채권이 채권양도인에게 복귀한다면 채권양도인이 채권자로서 권리를 행사할 수 있다고 보는 것이 자연스러우며, 악의인 채무자가 채권자의 청구를 거절할 수 있다고 보는 것은 불필요하게 채권양도인의 권리를 제약하는 것이기도 하다. 이와 같이 보더라도 아무런 조치 없이 채권양도인의 권리 행사가 긍정되는 것은 채무자가 악의인 경우에 한하고, 만약 채무자가 선의라면 그때는 제452조 제2항의 통지철회를 거쳐 채권양도인이 권리를 행사할 수 있는 것이므로 제2항의 존재의미는 여전히 긍정된다.

그런데 이때, 채무자가 선의인 상태에서 만약 채권양도인이 ‘양수인의 동의’ 없이 일방적으로 통지를 철회한 경우에 이러한 철회가 제452조 제2항의 통지철회에는 해당되지 않더라도 이로 인해 채무자가 악의로 변경된다고 본다면, 이제는 동조의 의미가 사라지게 된다. 채권양도인으로서 굳이 채권양수인의 동의를 받지 않아도 채무자를 악의로 만들어 권리를 행사할 수 있기 때문이다. 어쨌든 명문의 규정이 존재하는 이상 이런 식의 해석론은 받아들이기 어려움이 분명하다. 따라서 제452조 제2항은 채권양도인의 일방적인 통지철회는 채무자를 악의로 만들지 못한다는 의미를 내포하고 있는 것으로 해석하여야 한다. 즉, 제2항을 위에서와 같이 ‘채권양도인의 권리 행사를 제약하는 요건’으로 보지 않고, 단지 채권양도인이 채권양수인의 동의 없이 일방적 철회를 채무자에게 하더라도 그로 인해 채무자가 악의인 것으로 여겨지면 안 된다는 것을 규정하고 있는 것으로 해석하는 것이다.⁶⁵⁾⁶⁶⁾ 이때 동항의 의미는 채권양도인의

64) 최준규, 앞의 글, 100면은 제452조 제2항의 존재의미를 긍정하기 위해서는 채권양수인의 동의를 받은 통지의 철회가 없다면 채권양도인의 권리행사에 어떤 방식으로든 제동을 가해야 한다는 이유로 위와 같이 해석한다. 그러나 동 견해는 채권양도인이 진정한 권리자임에도 불구하고 악의인 채무자로 하여금 그 청구를 거절할 수 있게 하는 것이 정당한지 의문이라고 하며 입법론상으로는 제452조 제2항을 삭제하는 것이 바람직하다고 하고 있다. 최준규, 앞의 글, 114면.

65) 윤진수, 앞의 책, 322면.

66) 그리고 이 경우에는 제2항이 명시하는 ‘통지철회’의 경우에만 양수인의 동의 있어야 채무자가 악의로 된다고 볼 게 아니라 ‘해제 등을 채무자에게 알려주는 통지’의 경우에도 양도인의 일방적인 행위만으로는 채무자가 악의로 되는 것이 아니라고 해야 할 것이다.

(거짓일 수도 있는) 일방적인 통보가 아니라 채권양수인도 인정하는 진실된 정보만을 채무자의 인식 근거로서 고려하게 하는 조항이라는 데서 찾을 수 있다.

한편 채권양도가 해제된 경우에 제452조 제1항만을 유추적용하고 제2항은 유추적용하지 않아야 한다는 견해도 주장된다.⁶⁷⁾ 그러나 이에 대하여는, 입법론을 떠나서 해석론으로 보았을 때에는 이와 같이 선별적으로 유추적용을 시도하는 것이 타당한지 의문이라는 비판이 있고,⁶⁸⁾ 이러한 비판은 설득력이 있다. 또한 만약 제1항을 유추적용하면서 제2항은 유추적용하지 않게 되면 채권양도인의 일방적인 통지철회나 해제 등의 통지에 의해 채무자는 악의가 되는 결과 채권양도인은 채무자가 원래부터 악의였을 때는 물론이고 원래는 선의였던 경우라도 일방적 의사표시만 전달하면 되어서 그때도 사실상 별다른 절차 필요없이 바로 대항할 수 있게 되는데, 이는 아예 애초부터 채권양도가 ‘무효’였던 경우보다도 오히려 더욱 채권양도인을 보호하는 것이다. 굳이 그렇게 두 경우를 불균형하게 볼 필요가 있을지 의문이다.

정리해보자면, 채권양도인은 해제가 있는 후 채권양수인의 동의를 얻은 통지철회 여부와 상관없이 곧바로 (악의인) 채무자에게 이행을 청구하여 급부를 받아낼 수 있고 나아가 채무자가 채권양수인에게 변제를 했더라도 그 악의를 증명하여 자신에게 이행할 것을 청구할 수 있지만, 단지 자신이 채무자에게 (채권양수인의 동의 없이) 통지철회를 했다고 해서 채무자가 그로 인해 악의가 되었다고 주장할 수는 없다. 이러한 해석을 통하여 제2항을 무시하지도 않고 선별적으로 유추적용에서 배제하지도 않으면서 상술한 제452조 제1항 범리를 온전히 관철할 수 있을 것으로 보인다.

(2) 선의 여부 판단의 기준시점

제452조 제1항의 ‘양수인에게 대항할 수 있는 사유’란 채권양도의 통지를 받은 후에 채무자가 채권양수인에게 한 변제, 공탁이나 상계와 같은 것을 말하는 것으로서, 동조에 따르면 채무자가 채권양수인(정확히는 채권양수인으로 통지된 자)에게 변제 등 면책행위를 한 경우 이를 채권양도인에 대하여 유효하게 주장 가능하다.⁶⁹⁾ 채권양도의 해제의 경우에도 제452조 제1항 범리로 가야 함은 위에서 본 바와 같으므로, (합의)해제가 있는 후 채무자가 채권양도인이 아닌 채권양수인에게 변제를 하거나 채권양수인에 대한 채권으로 상계를 하더라도 채무자는 그가 선의인 한 보호받는다.

이때 채무자의 선의를 판단하는 시점은 크게 논의되고 있지 않은 것으로 보이는데, 이에 대하여는 위에서 이미 살핀 바 있으므로 간단히 적기로 한다. 앞서 보았듯 채권양도의 통지를 받은 채무자로서는 이를 신뢰하여 행동할 수 있을 뿐 구체적인 채권양도의 효력 등에 대해서는 알기 어렵기 때문에 채무자를 보호하기 위해 두어진 규정이 제452조이고,⁷⁰⁾ 동조에서 말하는 ‘선의인 채무자’라는 것은 결국 ‘채권양도의 통지를

67) 송덕수, 앞의 글(각주 1), 439~440면.

68) 최준규, 앞의 글, 109면.

69) 윤철홍, 채권양도의 개정론, 법원사, 2015, 38면.

신뢰하여 행동한 채무자'를 가리키는 것이다. 그러므로 여기서 채무자의 보호가치를 판단하는 기준은 그의 변제 등의 행동이 통지에 대한 신뢰에 기반한 것인지 여부이며, 채무자의 선의 여부를 판단하는 시점은 당연히 '그가 그러한 행동을 할 당시'가 되어야 한다. 다만 상계의 경우에는 실제로 상계라는 행위를 할 때가 아니라 그 전에 상계적상이 갖추어진 단계에서 이미 채무자는 상계를 통해 자신이 면책될 수 있다는 구체적인 기대를 가지게 되므로, 이를 보호하기 위해 상계에서는 상계적상이 형성된 시점에 채무자가 해제 등의 사실을 모르고 있었다면 그를 선의의 채무자로 보아야 한다. 즉, 상계는 '상계적상 시'가 채무자의 선의 여부 판단시점이 된다고 해야 한다. 이와 관련하여 채무자가 선의일 때 상계적상이 있었다라든가 그 후 채무자가 악의로 되면 채무자의 상계 항변이 인정되지 않는다는 견해가 있는바,⁷¹⁾ 이렇게 해석하여야 할 근거가 무엇인지 의문이다. 그런 경우라면 당연히 채무자가 상계로 채권양도인에게 대항할 수 있다고 하여야 할 것이다.⁷²⁾

(3) 대상판결 사안에의 적용

이제 위에서 논의한 바를 바탕으로, 제452조 제1항 법리에 입각해 대상판결의 사안을 생각해 봄으로써 글을 마무리하려 한다. 여태까지 오면서 이미 많이 다루어진 내용들에 관한 것이므로, 여기서는 간단히 결론 위주로 살펴보겠다.

사안에 대하여 정리하는 의미에서 필요한 것 위주로 간략히 나열하면 다음과 같다.

① 원고(채권양도인)가 피고(채무자)에 대해 갖고 있던 채권을 A(채권양수인)에게 양도하였다. 그리고 원고가 피고에게 채권양도의 통지를 하였다. ② 피고는 A에게 반대채권을 가지고, 이는 상계적상에 도달하였다. ③ 원고와 A는 채권양도를 합의해제하고, 피고에게 합의해제 사실을 통지하였다. ④ 피고는 A에 대한 반대채권과 양도채권을 대등액에서 상계한다는 뜻을 원고에게 통지하였다.⁷³⁾ 이러한 사실관계를 기초로 할 때, 제452조 제1항 법리에 의하면 먼저 원고와 A가 채권양도를 합의해제한 시점에 A에게 양도되었던 채권은 곧바로 원고에게 귀속되게 된다. 그런데 이때 합의해제가 있기 전에 이미 피고는 A에 대해 상계적상에 있는 반대채권을 갖고 있었다. 피고의

70) 김용담(편집대표), 앞의 책, 396면.

71) 곽윤직(편집대표), 앞의 책, 598면.

72) 한편 송덕수, 앞의 글(각주 1), 442면은 "양도인이 채무자에게 원래의 채권을 주장하는 때"가 채무자의 선의 여부를 판단하는 기준시점이 된다고 하고 있다. 이에 따르면 채권양도인이 채무자에게 이행청구를 할 때에 채무자가 악의라면 보호받지 못한다는 것이 되나, 이러한 결과가 타당한지는 의문이다. 예컨대 채권양도의 해제가 있었고 채무자는 그 사실을 모른 채 채권양수인에게 변제를 하였는데, 만약 그 후에 채무자가 어떠한 사정으로 인하여 사실은 이미 채권양도가 해제된 상태라는 것을 알게 된 상태에서 채권양도인으로부터 청구를 받을 경우 동 견해에 따르면 채무자는 '악의의 채무자'로 판단되어 다시 채권양도인에게 변제를 해야 하는 결과가 되지만, 이는 채무자를 보호하려는 동조의 취지에 어긋나는 것으로 보인다. 이는 결국 설령 채무자가 변제를 할 당시에 선의였더라도 그 후 우연히 해제 사실을 알게 되었다면 스스로 채권양수인에게 한 변제를 거둬들이고 채권양도인에게 다시 변제를 하거나 변제할 생각을 하고 있으라는 이야기가 되는바, 채무자에게 가혹한 것이고 그렇게 새겨야 할 이유도 분명치 않다.

73) 앞의 서울남부지방법원 판결의 판결이유 중 사실관계 부분을 필자가 정리한 것이다.

상계에 대한 기대는 보호되어야 하므로, 피고는 합의해제가 있는 후에도 A에 대한 반대채권에 기한 상계로 원고에게 대항할 수 있다고 할 것이다. 따라서 원고는 피고에게 이행을 청구할 수 없다.

이와 같은 설명은 앞에서 길게 이야기한 것에 비하면 다소 싱거운 결론일 수 있다. 그러나 이는 동 판결 사안의 특수성 때문이다. 위에서 상계적상이 있었던 시점은 합의해제가 일어나기도 전이므로, 그 당시에는 채무자의 합의해제 사실에 대한 선의·악의라는 개념 자체가 있을 수 없고, 이는 제452조 제1항의 적용범위가 아니다.⁷⁴⁾ 이는 그저 상계적상 당시의 채무자의 기대를 보호하려는 특별 고려가 적용된 결과일 뿐이고, 그 후에 채무자가 합의해제 사실을 알게 되었는지 여부는 결론과 상관이 없다.

(4) 판결 사안의 변형

그러나 만약 사안을 좀 바꿔서, 원고와 A가 합의해제를 하고 난 후 비로소 피고의 A에 대한 반대채권이 이행기에 도달하여 상계적상이 되었다고 가정한다면 어떨까? 이런 사안을 생각해보려고 하면 그 시작에서부터 문제가 생긴다. 우리 민법상 상계의 의사표시를 하려면 “상계자와 피상계자가 서로 상대방에게 채권이 있”을 것이 요구된다.⁷⁵⁾ 즉, 피고가 A에 대해 상계를 하려면 ‘A의 피고에 대한 채권’과 ‘피고의 A에 대한 채권’이 서로 대립하고 있어야 하고, 피고가 원고에 대해 상계를 하려면 마찬가지로 ‘원고의 피고에 대한 채권’과 ‘피고의 원고에 대한 채권’이 서로 대립하고 있어야 한다. 그런데 사안에서 피고는 A에 대하여 채권을 가지고 있었고, 합의해제가 있기 전에는 양도된 채권이 A에게 있었으므로 A의 피고에 대한 채권도 존재하여 위의 요건이 충족되고 있었지만, 이후 합의해제가 있는 순간에 제452조 제1항 법리에 따라 곧바로 채권이 A로부터 원고에게로 가 버리게 되어 문제되는 두 채권이 ‘피고의 A에 대한 채권’과 ‘원고의 피고에 대한 채권’이 됨으로써 서로 방향이 어긋나버리게 된다. 따라서 A에 대한 채권을 갖고 있는 피고로서는 일단 합의해제가 있으면 상계적상이라는 것을 생각할 수가 없게 된다. 이는 흔히 논하여지는 주제인 ‘채권양도 시 상계의 문제’와는 다른 것임을 주의하여야 한다. 채권양도의 경우에는 대항요건주의를 취하는 결과 甲으로부터 乙에게로의 채권양도 합의가 있었다 하더라도 채권이 乙에게 곧바로 완전히 넘어간다고 보다는 대항요건이 갖추어지기 전까지 (채무자에 대한 관계에서) 甲에게 잔류하거나 혹은 그와 같은 결과를 낳는 상태에 있게 된다. 그리고 바로 그런 상황을 전제로 대항요건이 갖추어지는 시점과의 관계에서 상계의 문제가 논하여지는 것이다. 그러나 여기서 논하고 있는 채권양도의 합의해제는, 제452조 제1항 법리를 취할 때 어떠한 요건도 필요 없이 합의해제가 있는 순간 곧바로 채권양도인에게 채권이

74) 다만 필자가 말하는 ‘제452조 제1항 법리’라는 것은 동 조항이 직접적으로 적용되는 상황뿐만 아니라 대항요건 법리를 취하지 않는 전제 하에서 해제 등의 효과로 즉시 채권이 채권양도인에게 복귀하는 시 작상황부터를 포함하는 개념이므로, 위의 판례사안 설명 역시 동 법리에 따른 것이다.

75) 박종미, “제3자의 상계권 행사”, 재산법연구 제33권 제2호, 2016, 7면.

완전히 이전하므로 그 논의와는 전혀 다른 성격을 띠게 된다.

이럴 때 바로 제452조 제1항이 등장하게 된다. 동조는 실제로 채권을 가지고 있지 않은 채권양수인에게 변제를 하더라도 채무자가 선의라면 이 효과를 인정해주는 규정이고, 역시 상계의 경우에도 채권양수인을 일응 채권자인 것처럼 취급해주는 규정이라고 할 수 있다. 따라서 비록 합의해제로 인하여 채권이 채권양도인에게 돌아갔다 하더라도 채무자가 이 사실을 몰랐다면 상계에 있어 채권양수인을 채권자로 취급하는 효과가 인정되며, 이때 위에서 본 것처럼 변제와는 달리 상계의 경우에는 채무자의 선의 판단 시점을 상계행위 시가 아니라 ‘상계적상이 되는 시점’으로 보아야 하므로, 채무자가 (합의해제가 없었더라면) 상계적상을 갖추었을 시점에 선의였다면 이는 유효한 상계적상이 되고 채무자는 추후 상계를 하여 이로써 채권양도인에게 대항할 수 있다. 이에 비추어 위에서 변형한 대로의 판결 사안을 살펴보면, 피고의 A에 대한 반대채권의 변제기가 합의해제 사실이 피고에게 통지되기 전(그리하여 피고가 악의로 되기 전)에 도달했다면 유효한 상계적상이 되어 원고에게 상계로 대항할 수 있을 것이고, 만약 변제기가 합의해제 통지 이후에 도달했다면 상계는 이루어질 수 없을 것이다.

V. 맺는 말

이상에서는 2011다17953 판결에 대한 검토를 중심으로 하여 관련된 논점들을 상세히 고찰해보았다. 중요한 것 위주로 결론을 간략히 언급해보자면 다음과 같다. 2011다17953 판결은 종래 판례가 취하고 있던 대항요건 법리와 모순·충돌하는 것이 아니라 기존의 대항요건 법리 위에 ‘선의’ 요건을 제452조에서 끌어다 붙여 보호받는 채무자의 범위를 제한한 것일 뿐이며, 이로 인해 보호가치 있는 채권양도인이 구제될 수 있는 길이 열리게 되었다. 그러나 궁극적으로는 기존의 대항요건 법리를 폐기하고 제452조 제1항의 법리를 온전히 취하는 것이 바람직하며, 또한 채무자의 선의 여부 판단의 기준 시점은 채무자가 변제 등 행위를 할 때 또는 상계적상 시가 되어야 한다.

이 부분은 일반적으로 채권양도에 있어서 비중있게 다루어지는 부분도 아니고, 글의 서두에서 언급하였듯 특히 동 판결 및 관련 쟁점들을 정면으로 다룬 문헌들은 그 수가 많지 않기 때문에 글의 내용 중 주로 필자의 생각에 의지하여 논리가 전개된 부분도 많다. 민법에 대한 지식과 이해가 보잘것없는 필자가 감히 여러 가지 대담한 추론을 제시한 부분에 대해서는 부끄럽지만, 근거가 필요한 부분에 대하여는 나름대로 기존의 논의를 많이 참조하고 이해한 뒤에 논리를 제시하려고 하였다는 점을 밝혀 둔다. 필자의 글에 잘못된 부분이 너무 많지 않기를 바라면서, 동시에 깊은 내공으로 필자의 글에 나침반을 제공해 주신 선행 연구문헌들의 저자들에게 존경을 보내면서 글을 맺는다.

<참고문헌>

- 곽윤직, 채권총론, 박영사, 2013.
- 곽윤직(편집대표), 민법주해[X] 채권(3), 박영사, 2013.
- 김용담(편집대표), 주식 민법 [채권총칙(3)], 한국사법행정학회, 2014.
- 김준호, 민법강의, 법문사, 2018.
- 김형배·김규완·김명숙, 민법학강의, 신조사, 2016.
- 대법원채판연구관실무연구회(편), 법과 정의 그리고 사람, 사법발전재단, 2017.
- 문준섭, “채무자에 대한 대항요건을 갖추지 못한 경우 채권양수인의 법적지위 -대법원 2005. 6. 23. 선고 2004다29279 판결-”, 법조 제58권 제1호, 2009.
- 박종미, “제3자의 상계권 행사”, 재산법연구 제33권 제2호, 2016.
- 서민, 채권양도에 관한 연구, 경문사, 1985.
- 송덕수, 신민법강의, 박영사, 2016.
- _____, “이른바 질권설정계약의 합의해지와 제3채무자 보호 - 대상판결: 대법원 2014. 4. 10. 선고 2013다76192 판결 -”, 이화여대 법학논집 제20권 제1호, 2015.
- _____, 채권법총론, 박영사, 2015.
- _____, “채권양도가 해제된 경우에 있어서 채무자의 보호”, 민사판례연구[X X VII], 2005.
- _____, “채권양도가 해제 또는 합의해제된 경우의 민법 제452조의 유추적용 - 대상판결: 대법원 2012. 11. 29. 선고 2011다17953 판결 -”, 이화여대 법학논집 제17권 제3호, 2013.
- 양창수, 민법연구 제1권, 박영사, 2004.
- _____, 민법연구 제8권, 박영사, 2006.
- 오수원, “통지·승낙이 없는 지명채권양도의 채무자에 대한 효력 - 대상판결 : 대법원 2009.2.12. 선고 2008두20109 판결 -”, 민사법학 제47호, 2009.
- 윤진수, 민법기본판례, 홍문사, 2016.
- 윤철홍, 채권양도의 개정론, 법원사, 2015.
- 이동진, “대항요건을 갖추지 아니한 지명채권양도의 효력”, 민사법학 제90호, 2020.
- 이상오, “채권질권설정계약 해지통지와 관련하여 민법 제452조 ‘채권양도통지와 금반언’ 규정을 유추 적용할 수 있는지 여부”, 대법원판례해설 제99호, 2014.
- 이은영, 채권총론, 박영사, 2009.
- 지원림, 민법강의, 홍문사, 2016.
- 최준규, “채권양도계약의 해제와 채무자 보호”, 저스티스 제156호, 2016.
- 서울남부지방법원 2010. 7. 7. 선고 2009가단96421 판결.
- 서울고등법원 2011. 1. 13. 선고 2010나72078 판결.
- 대법원 1962. 4. 26. 선고 62다10 판결.
- 대법원 1977. 5. 24. 선고 76다2325 판결.
- 대법원 1978. 6. 13. 선고 78다468 판결.
- 대법원 1993. 7. 13. 선고 92다4178 판결.
- 대법원 1993. 8. 27. 선고 93다17379 판결.
- 대법원 1994. 12. 27. 선고 94다19242 판결.

대법원 2000. 4. 11. 선고 99다51685 판결.

대법원 2011. 3. 24. 선고 2010다100711 판결.

대법원 2012. 11. 29. 선고 2011다17953 판결.

대법원 2014. 4. 10. 선고 2013다76192 판결.

<국문초록>

채권양도가 해제된 경우의 제452조 제1항 유추적용

- 대법원 2012. 11. 29. 선고 2011다17953 판결에 대한 검토를 중심으로 -

강 승우

대법원은 종래 채권양도의 해제를 새로운 채권양도로 보아 민법 제450조의 대항요건을 갖출 것을 요구하고 있었다. 그러나 최근 대법원 2012. 11. 29. 선고 2011다17953 판결은 채권양도가 해제 또는 합의해제된 경우에 민법 제452조를 유추적용할 수 있다고 판시하여 새로운 법리를 제시하였다. 이에 따르면 채권양도의 해제가 있는 후 그 해제 사실에 대하여 '선의인 채무자'가 채권양수인에게 변제, 상계 등의 행위를 한 경우에 그 채무자는 보호될 수 있다. 그러나 대법원은 제452조의 유추적용 가능성을 인정하면서도 기존의 법리, 즉 채권양도의 해제를 새로운 채권양도로 보던 법리를 폐기하지 않은 결과 두 법리 간의 모순과 충돌을 둘러싼 복잡한 해석 문제를 남겼다.

본 논문에서는 위의 2011다17953 판결을 중심으로 채권양도 해제 사안에의 민법 제452조, 특히 제452조 제1항의 유추적용과 관련된 제 문제들을 살펴본다. 구체적으로 우선 동 판결의 내용, 의미, 문제점 등을 살펴보고, 다음에 동 판결이 제452조를 유추적용한다는 것에 대해 관점을 전환하여 새로운 방향에서 동 판결의 내용을 검토해본다. 그 후 이와 같은 논의를 바탕으로 하여 판례가 채권양도 해제 사안에 있어 기존에 취하고 있던 대항요건 법리를 폐기해야 하는 이유를 밝히고, 앞으로 제452조 제1항을 적용하는 방향으로 나아갈 것을 제언한다. 마지막으로 제452조 제1항 법리를 적용하여 2011다17953 판결의 실제 사안을 판단해보며, 이때 제452조 제2항에 대한 해석과 채무자의 선의 여부 판단 시점에 대하여도 함께 논한다.

주제어 : 채권양도의 해제, 민법 제452조, 대항요건, 유추적용, 선의의 채무자, 채무자의 보호, 상계

<Abstract>

The Analogical Application of Article 452 I to the Case of Rescission of Assignment of Claim

- Focusing on the Analysis on the Supreme Court Decision
(2011da17953) -

Seungwoo Kang

The Supreme Court has previously deemed the rescission of an assignment of claim a new assignment of claim and demanded that it meet the opposable requisites of Article 450 of the Civil Code. However, a recent ruling, Supreme Court decision (2011da17953), has suggested a new legal theory by concluding that Article 452 of the Civil Code could be applied by analogy when an assignment of claim is rescinded. According to this, an obligor who has done a repayment or set-off to an assignee being unaware of any rescission may be protected. The Supreme Court, however, has failed to abandon the existing legal theory, or the theory that sees the rescission of an assignment of claim as a new assignment, leaving a complex interpretation problem in regard to the contradictions between the two theories.

This paper examines some issues related to the analogical application of Article 452, especially 452 I, on the case of the rescission of an assignment of claim, focusing on the above decision. Specifically, the content, meaning, and problems of the decision are examined first, then its contents are reviewed in a new light by changing the view regarding its analogical application of Article 452. Based on such discussions, the reasons why the existing legal theory the Supreme Court has taken so far should be abandoned are explained, and it is suggested that the Supreme Court should deal with the case of the rescission of an

assignment of claim using Article 452 I. Finally, the paper makes a legal judgment about the actual case of Supreme Court decision (2011da17953) by the new legal theory applying Article 452, discussing together the interpretation of Article 452 II and the point of time to determine an obligor's awareness of the rescission.

Key Words : rescission of assignment of claim, Article 452 of the Civil Code, opposable requisite, analogical application, obligor who acted in 'good faith', protection of obligor, set-off