

무역상무연구
제71권
2016. 8, pp. 59~84.

논문접수일 2016. 07. 29.
심사완료일 2016. 08. 25.
게재확정일 2016. 08. 26.

금전채권의 국제적 양도에 관한 연구

- 채권양도금지특약을 중심으로 -

류창원*

-
- I. 서론
 - II. 우리나라 민법상 채권양도에 관한 개괄적 고찰
 - III. 채권양도 금지특약에 대한 비교법적 검토
 - IV. 채권양도제도 개선방안
 - V. 결론
-

주제어 : 채권양도, 채권의 양도성, 채권양도의 대항요건, 채권양도금지특약

I. 서론

어느 기업이든 경영활동에 필요한 자금을 적기에 조달하는 것은 기업의 사활이 걸린 중요한 문제이다. 기존의 방식으로는 기업이 조달하는 자금은 유상증자를 통한 자기자본이나 금융기관 대출 또는 유가증권 발행에 의한 타인자본이 대부분이었다. 이에 더하여 세계경제의 글로벌화의 속도가 높아짐에 따라 자본의 이동뿐만 아니라 채권의 이동도 증가하고 있는 추세이다. 이러한 이유로 현대무역에서 금전채권 양도의 중요성이 대두되고 있다.

하지만 이에는 제도적 한계점이 있다. 즉, 우리나라의 경우에는 채권양도에 대하

* 한생컨설팅 책임전문위원, e-Mail : rcwrcw9@naver.com

여 민법이 적용되는데,¹⁾ 우리나라 민법상 채권양도는 채무자를 보호하는 경향이 강해 채권의 양수인이 되는 금융기관 및 채권양수 기업에게 불리하게 작용하기 때문이다.²⁾ 이러한 제도적 제약으로 인하여 채권양도가 활용이 되지 못하는 단점을 갖고 있다.

한편 UNIDROIT 국제팩토링협약³⁾, UNCITRAL의 국제채권양도협약⁴⁾, 국제상사계약원칙(PICC)⁵⁾, 미국의 UCC⁶⁾ 등은 채권양도금지 특약이 있는 채권이 양도되었을 경우에도 채권양도를 인정하고 있다. 이는 채무자를 과보호함으로써 거래의 원활화에 제약을 주면 안 된다는 글로벌화 추세를 반영한 결과라고 할 것이다. 국제적인 채권양도 관련 협약에서는, 채무자와 채권자가 채권양도에 관한 주요 국제규범인 UNIDROIT 국제팩토링협약, UNCITRAL 국제채권양도협약, UNIDROIT 국제상사계약원칙(PICC), 그리고 미국 UCC에 따른다면 채무자는 선의의 신양수인(제3의 선의취득자)에게 대항할 수 없다⁷⁾고 하고 있다.

이와 같이 한국 민법상 채권양도 관련 규정이 국제규범과 다소 차이가 있을 뿐만 아니라 이러한 차이로 인하여 한국은 채권양도를 국제거래에서 활용하는데 어려움이 있었다.

국제상사계약상 채권양도에 관한 연구는 오원석·한기문의 “수출금융에 있어서 채권양도계약의 준거법에 대한 소고(무역상무연구)”, 한기문의 “수출중소기업을 위한 외상매출채권 금융기법에 대한 연구(관세학회지)” 등이 있다. 또한 채권양도

1) 한국민법 제450조 제1항.

지명채권의 양도는 양도인이 채무자에게 통지하거나 채무자가 승낙하지 아니하면 채무자 기타 제3자에게 대항하지 못한다.

2) 한기문, “수출중소기업을 위한 외상매출채권 금융기법에 대한 연구”, 관세학회지 제16권 제3호, 관세학회, 2015, p. 9.

3) UNIDROIT(International Institute for the Unification of Private Law in Rome, 사법통일 국제연구소)는 국제연맹의 지원으로 이태리정부에 의해 1926년 설립된 국제기구이다. 동 기구는 세계 각 국간의 사법의 조화를 촉진하는 데에 그 설립목적이 있으며, 특히 운송과 상법에 관하여 연구를 하고 있다.

4) 유엔국제거래법위원회(United Nations Commission on International Trade Law : UNCITRAL). 국제상거래 관련법에 대한 점진적 조화와 통일을 추진하고, 국제거래에 영향을 미치는 개별 국가의 관련 법률의 차이로 인한 국제거래상의 장애요인을 제거하기 위하여 UN총회에서 1966년 12월 17일 창설되었다. UNCITRAL의 국제채권 양도협약의 원문은 UN Convention on the Assignment of Receivables in International Trade, 2004 에 있다.

5) UNIDROIT에서는 1994년 국제물품매매계약에 관한 UN 협약의 내용을 기초로 하여 국제상사계약에 관한 UNIDROIT 원칙을 제정하였다. 이에 2004년에 개정이 되었고, 2010년에 또 다시 개정되었다.

6) Uniform Commercial Code. 즉, 미국의 통일상법전을 의미한다. 채권양도에 대해서는 UCC Art 19. Secured Transactions에 언급되어 있다.

7) 한기문, 상개논문, p. 11.

관련 연구로는 한기문의 “국제팩토링제도의 이용에 관한 연구(성균관대 박사학위 청구논문)”, 송정남의 “한국 팩토링제도운용의 활성화 방안에 관한 연구(성균관대 박사학위청구논문)”, 이운창의 “우리나라의 포페이팅 활성화 방안에 관한 연구(성균관대 박사학위청구논문)” 등이 있다. 선행연구들의 경우 채권양도를 간접적으로 다루고 있고, 제도적인 개선사항으로 민법개정을 제안하고 있다. 하지만 2013년 민법개정시안에 대한 검토를 하지 못하였다는 한계를 갖고, 또한 채권양도에 관한 타국의 제도를 비교연구하지 않아서 채권양도제도의 개선방안을 제시하지 못하였다는 한계를 갖는다.

이에 본 연구에서는 채권양도금지특약을 중심으로 하여 금전채권의 국제적 양도에 관하여 살펴보고자 한다. 이를 위하여 본고에서는 독일·일본·미국 및 국제규범을 비교고찰을 하고자 하는바 우리 민법개정시안의 검토 및 개선방안을 모색하고자 한다. 이에 이하에서는 먼저 우리 민법상 채권양도에 관하여 개괄적으로 고찰하고, 이에 구체적으로 제3장에서 채권양도에 관하여 비교고찰을 한 후 제4장에서 채권양도에 관한 법리적 해석의 한계를 검토하고 민법개정시안에 관한 검토 및 개선방안을 제시하고자 한다. 금전채권의 국제적 양도에 관한 각국의 입장과 제도차이를 비교하여 분석함으로써, 금전채권의 국제적 양도에 따른 제도적 대처방안에 도움이 될 것으로 보인다.

II. 우리나라 민법상 채권양도에 관한 개괄적 고찰

1. 채권양도의 의의

채권양도란 법률행위⁸⁾에 의하여 채권의 동일성을 유지하면서 이전하는 것, 즉 법률행위에 의한 채권자의 교체를 의미한다.⁹⁾ 채권양도는 채권자¹⁰⁾와 양수인간의 계약으로 채권자의 채권을 양수인에게 이전하는 것을 의미한다. 본래 채권은 채권

8) 채권양도의 법률행위는 계약이 일반적이다.

9) 한국 민법 제 449조 이하는 채권의 양도성을 선언함과 동시에 이와 관련한 대항요건 및 그 효과 등에 관한 기본적인 법적인 틀을 제시하고 있다. 여기서 채권은 채권자가 특정되어 있는 지명채권을 의미하는 것으로, 지시채권이나 무기명채권과 같이 본래 채권의 양도성 확보와 거래안전의 보장을 목적으로 하는 증권적 채권과는 구분된다(최수정, 주석민법 제4판, 채권총칙3, 한국사법행정학회, 2014. p. 314).

10) 여기서 채권자는 양도인을 의미한다.

자와 채무자 두 주체를 잇는 권리이므로, 채권의 양도는 결국 채권자의 변경을 가져온다.¹¹⁾ 채권양도에 의해 채권은 그 동일성을 유지하면서 양수인에게 이전된다.¹²⁾ 따라서 채권에 종속하는 권리도 원칙적으로 양수인에게 이전된다.¹³⁾¹⁴⁾

국제거래에서 사용되는 채권양도는 첫째 채권자가 채권의 변제기 도래 전에 현금화할 목적으로 채권의 매매방식으로 금융기관에 채권양도를 하는 경우, 둘째 금융기관으로부터 차입을 위한 담보제공의 목적으로 채권양도를 하는 경우, 셋째 추심을 위하여 채권양도를 하는 경우가 있다.¹⁵⁾ 여기에서 추심을 위한 채권양도는 두 가지 경우가 있다. 하나는 양수인에게 단순히 추심의 기능을 주는데 그치는 것이고, 다른 하나는 채권을 신탁적으로 양도하는 경우이다. 우선 추심기능만을 주는 채권양도는 진정한 의미에서의 채권양도는 아니다. 이 경우의 양수인은 그 채권을 취득하지 않으며 다만 자기의 이름으로 채권을 추심할 수 있는 기능을 취득할 뿐이다. 따라서 양도인은 그 채권의 처분권을 잃지 않는다. 채권의 신탁적 양도는 채권의 추심이라는 경제적 목적의 범위 안에서 양수인으로 하여금 채권을 행사하게 하는 것이다.¹⁶⁾

2. 채권양도의 법적 성질

1) 채권양도의 법적 성질

채권양도¹⁷⁾는 채권의 귀속주체에 변경을 가져오는 처분행위이다.¹⁸⁾ 채권양도의 법적 성질이 처분행위라고 하는 것은 단순히 채권을 양도할 채권·채무를 발생시키는 것이 아니라 곧 권리관계의 변동을 가져온다는 의미이다.¹⁹⁾ 때문에 채권에 대해서도 양도인은 그러한 처분을 가지고 있어야 하며²⁰⁾, 양도인과 양수인간의 원

11) 김준호, 채권법 제7판, 법문사, 2016, p. 208.

12) 지원림, 민법강의 제13판, 홍문사, 2015, p. 1263.

13) 김준호, 전제서, p. 208.

14) 무역에서 활용되는 예를 들자면, 채권양도는 공급자가 구매자에게 외상공급이후 운전자금이 여의치 않을 때 금융기관에 채권을 양도하고 채권을 현금화하는 금융의 순기능적 역할을 하게 된다. 채권을 양수받은 금융기관은 양수인과 신탁권자의 지위를 갖게 된다.

15) 오원석·한기문, "수출금융에 있어서 채권양도계약의 준거법에 대한 소고", 무역상무연구 제49권, 한국무역상무학회, 2011, p. 5.

16) 박윤직, 채권총론, 박영사, 2007, p. 215.

17) 채권양도는 채권의 이전을 내용으로 하는 양도인과 양수인간의 계약으로서, 채무자는 계약의 당사자가 아니다.

18) 지원림, 상제서, p. 1263.

19) Esser/Schmidt, Schuldrecht I, 8. Aufl., 2000. S.304.

20) 처분(Verfügung)이란 권리주체가 권리의 귀속이나 그 내용을 변경하는 모든 행위를 가리키

인된 법률행위의 이행으로써 처분이 이루어진다. 따라서 물권의 변동을 목적으로 하는 행위를 물권행위라고 부르는 것에 상응하여 채권의 귀속변경을 목적으로 하는 채권양도를 준물권행위라고 부른다.

2) 채권양도에 관한 민법상 규정

채권은 채권자가 정해지는 방법과 유통성의 보장등과 같은 특성을 기준으로 지명채권²¹⁾과 증권적 채권으로 구분할 수 있다. 우리나라 민법은 이 두 모습의 채권의 양도를 같은 곳에서 규율하지 않고, 지명채권의 양도는 한국민법 제449조 내지 제452조에서, 증권적 채권의 양도는 한국민법 제508조 내지 제526조에서 규정하고 있다.²²⁾

우선 지명채권의 양도에 관한 규정을 살펴보면, 한국민법은 지명채권의 양도에 관하여 상세하게 규율하지 아니하고, 4개의 조문을 두어 중요한 사항만을 규정하고 있다. 제449조는 채권의 양도성을, 제450조는 채권양도의 효력발생요건을, 제451조는 채권양도의 효력 중 승낙과 통지의 효력을, 제452조는 양도통지와 관련된 금반언의 원칙을 규정하고 있다.

이에 반하여 증권적 채권의 양도에 관한 규정을 살펴보자면, 한국민법은 증권적 채권에 관하여 지시채권과 무기명채권만을 규정하고 있으며, 규정의 내용은 현대 유가증권법의 이론을 대부분 받아들였다. 지시채권에 관해서는 제508조 내지 제522조에서, 무기명채권에 관해서는 제523조 내지 제525조에서 규정하였다.

3. 채권양도의 제한

지명채권은 양도성을 그 본질로 하는 증권적 채권과는 달리 그 양도가 제한되는 수가 있다.²³⁾ 한국민법 제449조는 그러한 경우로서 채권의 성질상 양도를 허용하지 않는 것과 당사자가 반대의 의사를 표시한 것을 들고 있지만, 그 밖에 법률의 규정에 의해 양도가 제한되는 채권이 있다. 채권은 양도할 수 있는 것이 원칙이므로, 양도할 수 없는 채권이라는 사실은 채무자가 입증하여야 한다.

며(Larenz, Schuldrecht I, 14. Aufl., 1987, S.570), 처분권(Verfügungsmacht)은 재산권의 중요한 구성요소로서 법률규정이나 법원의 판단에 의한 예외적인 경우가 아닌 한 당해 귀속주체에게 보유된다.

21) 특정인을 채권자로 하는 것이 지명채권이다.

22) 서민, 주석민법 제3판, 채권총칙2, 한국사법행정학회, 2000, p. 513.

23) 일반적으로 우리 민법이 채권의 양도에 제한이 있다고 하는 것은 지명채권을 말하는 것이다. 증권적 채권은 양도성을 본질로 하는 채권이므로 채권에 제약이 존재하지 않는다.

1) 채권성질에 의한 제한

채권의 성질이 양도를 허용하지 아니하는 때에는 그 채권은 양도할 수 없다(한국민법 제449조 제1항 단서). 「채권의 성질이 양도를 허용하지 않는다」는 것은 채권자가 변경되면 그 동일성을 잃게 되거나 채권의 목적을 이루지 못하게 되는 것을 의미한다. 예를 들자면, 채권자가 변경되면 급부내용이 전혀 달라지는 채권²⁴⁾, 채권자가 변경되면 채권의 행사방법에 큰 차이가 생기는 채권²⁵⁾, 특정의 채권자와의 사이에서 결제되어야 할 채권²⁶⁾, 주된 채권에 대한 종된 채권²⁷⁾ 등은 각각 채권자의 변경에 의하여 채권의 동일성을 잃든가 또는 채권의 목적을 달성할 수 없기 때문에 양도성이 제한될 수 있다.

반면에 국제거래 관계에서 발생하는 팩토링 및 포페이팅의 대상이 되는 채권양도는 금전채권이므로 채권의 성질에 의한 양도제한을 받지 않게 된다.

2) 의사표시에 의한 제한

채권은 당사자가 반대의 의사를 표시한 경우에는 양도하지 못한다(한국민법 제449조 제2항). 의사표시에 의한 양도의 금지는 채권이 계약으로부터 발생한 때에는 계약당사자의 합의에 의해서, 또 단독행위로부터 발생한 때에는 단독행위에 의한다.²⁸⁾ 이러한 의사표시는 명시적으로 또는 묵시적으로도 가능하다. 채권성립시 뿐만 아니라 그 이후에도 유효하게 할 수 있다. 그리고 판례도 양도금지뿐만 아니라 양도제한도 법적으로 동일하게 평가하는 입장을 취하고 있다.²⁹⁾ 또한 양도금지특약은 의사표시에 의한 제한에 해당된다.

의사표시에 의한 양도제한에도 예외가 존재하는데, 채권양도를 금지 또는 제한하는 의사표시는 선의의 제3자에게 대항하지 못한다(한국민법 제449조 제2항 단서). 선의의 제3자를 양도인으로부터 그 채권을 취득한 자로 한정하는 것은 아니므로, 악의의 양수인으로부터 선의로 전득한 자도 포함된다. 또한 선의의 양수인을 보호하고자 하는 입법취지상 선의의 양수인으로부터 다시 채권을 양수한 전득자는 선의·악의를 불문하고 채권을 유효하게 취득한다.³⁰⁾ 제3자는 선의면 충분한지

24) 예컨대, 특정인을 가르치게 할 채권, 특정인의 초상을 그리게 할 채권 등을 말한다.

25) 예컨대, 사용대차나 임대차에서 목적물의 사용을 누가 사용하는가에 따라 방법이 다를 수 있다.

26) 예컨대, 상호계산에 산입된 채권이나 당좌대월계약상의 채권 등을 말한다.

27) 예컨대, 보증채권은 주채권과 분리해서 이를 따로 양도하지는 못한다.

28) 의사표시에 의한 제한이 주로 문제되는 것은 양도금지특약이 있는 채권이다. 이는 일방적인 의사표시에 의한 제한은 이에 준하여 판단한다고 보면 될 것이다.

29) 대법원 1980. 1. 29. 선고 78다1237 판결

30) 대법원 2015. 4. 9. 선고 2012다118020 판결

아니면 무과실도 필요한지에 관하여, 채권의 양도성은 법이 인정한 대원칙이며 이를 특약으로 제한하는 것은 예외적인 것이므로 무과실까지 요구하는 것은 타당하지 않고 다만 중과실은 악의와 동일하게 다루어도 무방하기 때문에, 중과실에 한해 악의로 취급하는 것이 타당하다고 본다.³¹⁾

일반적인 채권양도에서 국내법이 적용되면 위와 같이 접근하여야 할 것이다. 하지만 국제결제 시스템상 팩토링 거래에서 채권양도가 이루어지면 위와 같이 보편되지만, 포페이팅 거래에서는 원인거래와 독립적으로 거래되기 때문에 채권양도 금지특약 등의 채권양도 금지 또는 제한은 적용되지 않는다는 점을 유의해야 할 것이다. 즉 연불조건의 수출이나 용역거래에 있어서 환어음이나 약속어음이 발행된 경우에는 이러한 환어음이나 약속어음을 배서양도함으로써 해외의 채무자에 대한 채권이 확실히 이전하므로 별도로 해외의 채무자에 대한 대항요건이 문제되지 않는다.³²⁾

3) 법률규정에 의한 제한

한국민법 제449조는 민법이나 특별법에 의한 양도제한에 대해 일반적으로 정하고 있지 않지만, 법률규정에 의해 개별적으로 채권의 양도성이 제한되기도 한다. 양도를 제한함으로써 당해 채권자로 하여금 변제를 받도록 하는 이유는 법제도나 법률의 목적에 따라 상이하다.³³⁾ 그리고 제한의 형태도 각각의 법률규정에 따라 차이가 있다.

약혼해제로 인한 위자료청구권(한국민법 제806조 제3항) · 이혼으로 인한 위자료청구권(한국민법 제843조) · 파양으로 인한 위자료청구권(한국민법 제908조) · 부양청구권(한국민법 제979조)이 그러하고, 특별법에서 정하는 것으로 근로기준법에 의한 보상권(한국근로기준법 제86조) 등이 그 예이다.³⁴⁾

4. 지명채권양도의 대항요건

지명채권의 양도는 양도인과 양수인의 계약만으로 그 효력이 생기고, 처분행위에 속한다. 즉, 채무자는 채권양도의 당사자가 되지 않는다. 그런데 이를 관철하게 되면 양도계약에 관여하지 않은 채무자가 이중변제를 하게 될 위험이 있고, 또 채

31) 대법원 1996. 6. 28. 선고 96다18281 판결; 대법원 1999. 2. 12. 선고 98다49937 판결

32) 오원석 · 한기문, 전계논문, p. 7.

33) 주로 경제적 양자를 위한 사회정책적 배려에 기한 것이라고 볼 수 있다.

34) 김준호, 전게서, p. 219.

권양도의 사실을 모르고 그 채권에 대해 이해관계를 가지게 된 제3자에게 불측의 피해를 줄 수 있다. 여기서 채무자와 제3자를 보호할 필요가 있는데, 그 보호방법에 관해서는 입법례가 크게 두 방향으로 나뉘어 있다. 「선의보호주의」와 「대항요건주의」가 그것이다. 이를 비교분석하자면 다음과 같이 정리할 수 있다.

<표 1> 선의보호주의와 대항요건주의 비교

<p>선의보호 주의</p>	<p>양도계약만으로 당사자뿐만 아니라 채무자 및 제3자에 대해서도 양도의 효력이 발생하는 것으로서, 독일민법이 이에 속한다. 다만 채무자가 선의인 경우와 악의인 경우를 구별하여, 채권양도의 사실을 모르는 선의의 채무자 또는 제3자만을 보호하는 것으로서, 이를 「선의보호주의」라 부른다. 예컨대 채권의 이중으로 양도된 경우에는 제1양수인만이 채권을 취득하고, 제2양수인은 무권리자와 양도계약을 체결한 자이므로 채권을 취득하지 못한다(독일민법 제298조).³⁵⁾ 다만, 채무자가 제2양수인을 진정한 권리자로 믿고 변제 기타 면책행위를 한 때에는 선의의 채무자를 보호하기 위해 그 면책행위의 유효를 진정한 권리자인 제1양수인에게도 주장할 수 있는 것으로 규정한다(독일민법 제408조). 이 경우 제2양수인은 그가 받은 급부를 제1양수인에게 부당이득으로 반환하여야 한다.³⁶⁾ 독일민법과 유사한 입법례로는 오스트리아민법 제1395조와 스위스채무법 제167조가 있다.</p>
<p>대항요건 주의</p>	<p>당사자간에는 양도계약만으로 양도의 효력이 생기지만, 이를 채무자 또는 제3자에게 대항하기 위해서는 통지나 승낙을 요구하는 것으로서, 이를 「대항요건주의」라 부른다. 프랑스민법(프랑스민법 제1690조)이 이를 정하고, 일본민법(일본민법 제467조)과 한국민법(한국민법 제450조)이 이를 따르고 있다. 특히 한국민법은 일본민법과 동일하게 대항요건을 이원적으로 규율하여, “채무자에 대한 대항요건”으로는 보통의 통지 또는 승낙을(한국민법 제450조 제1항), 채무자 이외의 “제3자에 대한 대항요건”으로는 확정일자 있는 증서에 의한 통지 또는 승낙을 요건으로 정하고 있다(한국민법 제450조 제2항).</p>

우리나라 민법은 대항요건주의 입장을 취하고 있다. 세계적인 추세는 거래의 활성화 및 거래계약의 최소화를 위하여 양도계약만으로 당사자뿐만 아니라 채무자 및 제3자에 대해서도 양도의 효력이 발생하는 선의보호주의 입장에서 법리적 해석을 하는 경우가 증가하는 추세이다.

35) Munchener Komm./Roth, zu §398 Rdnr. 19.

36) Munchener Komm./Roth, zu §408 Rdnr. 9.

(1) 채무자에 대한 대항요건

채권양도는 양도인의 통지나 채무자의 승낙이 없으면 채무자 기타 제3자에게 대항하지 못한다(한국민법 제450조 제1항). 통지는 채권양도 사실을 채무자에게 알리는 것이며 승낙은 채권양도 사실에 대한 인식을 표명하는 것으로 모두 관념의 통지에 해당한다. 이처럼 채무자에게 채권양도 사실을 인식시키는 것은, 등기나 등록과 같은 별도의 채권공시제도를 갖지 않은 법제도하에서 채권의 귀속이나 그 내용이 채무자의 인식을 통해서 밖에 공시될 수 없다고 하는 공시방법의 한계에 기인한다. 양도통지를 채무자 기타 제3자에 대한 대항요건으로 정한 것은, 채권을 양수 받고자 하는 제3자는 우선 채무자에 대하여 채권의 존부 및 귀속을 확인하며, 채무자는 채권이 이미 양도되었다라도 통지가 없는 한 제3자에 대해 채권의 귀속에 변동이 없음을 표시할 것이고, 제3자는 통상 그러한 채무자의 표시를 신뢰하여 채권을 양수할 것이기 때문이다.³⁷⁾

한국민법상 채권양도의 합의를 하였으나 통지나 승낙이 없는 동안에는, 양수인은 채무자에 대하여 채권양도의 효력을 주장할 수 없다. 따라서 채무자는 양수인에 대하여 변제를 거절할 수 있다.

그러나 국제규범의 입장은 다르다. 거래의 활성화라는 입장을 고수하고 있다. 채권양도에 관한 주요 국제규범인 UNIDROIT의 국제팩토링협약, UNCITRAL의 국제채권양도협약, UNIDROIT의 국제상사계약원칙(PICC), 그리고 미국의 제정법인 UCC에 따르면 채무자는 선의의 신양수인에게 대항할 수 없다. 즉, 채무자는 본인에게 통지여부와 상관없이 또는 통지에 대한 승낙여부와 관계없이 채무자는 신양수인에게 채무를 이행하여야 한다.

(2) 채무자 이외의 제3자에 대한 대항요건

양수인이 채권양도의 효력을 채무자 이외의 제3자에게 대항하기 위한 요건으로 통지나 승낙을 확정있는 일자 증서에 의할 것을 요구한다(한국민법 제450조 제2항). 채권양도의 제3자에 대한 대항요건은 양도된 채권이 존속하는 동안에 그 채권에 관하여 양수인의 지위와 양립할 수 없는 법률상의 지위를 취득한 제3자가 있는 경우 그 우위를 정하는 기준이 된다.³⁸⁾ 예컨대 양수인이 대항요건을 갖추기 전에 양도채권이 가압류되었다면 양수인은 가압류에 의해 권리가 제한된 상태의 채권을 양수한 것이 되고, 채권가압류결정의 채권자가 본안소송에서 승소하는 등 채무명의를 얻게 되면 양수인에 대한 채권양도는 효력을 잃게 되는 것이다.³⁹⁾ 이처럼

37) 주기동, “지명채권양도 통지의 요건과 효력”, 민사재판의 제문제 제7권, 1993, p. 33.

38) 대법원 1983. 2. 22. 선고 81다134, 135, 136 판결

채권의 이중양도 등에서 대립하는 양수인들간에는 확정일자 있는 증서에 의한 통지나 승낙여부 및 그 선후를 기준으로 우위를 정하게 되고, 우위에 있는 양수인만이 유일한 채권자로서 다른 양수인이나 채무자에 대해 채권을 주장할 수 있다.

채권의 이중양도가 이루어진다면 이를 해결하여야 하는데 이에 대한 해결방법을 비교분석하자면 아래와 같이 정리할 수 있다.

<표 2> 채권의 양수인과 제3자간의 우열 비교

제1양도는 단순한 통지이고, 제 2 a) 양도는 확정일자 있는 증서에 의한 통지인 경우	제2의 양도가 우선한다. ⁴⁰⁾
제1·제2양도 모두 확정일자 있는 증서에 의한 통지인 경우 b)	통설은 「확정일자의 선후」에 의해 그 우열을 정하는 것으로 해석한다. 하지만 판례는 확정일자 있는 양도통지가 채무자에게 도달한 일시의 선후에 의해 결정한다. ⁴¹⁾
위 b) 통지가 동시에 도달한 경우 c)	위 판례는, 제1·제2양수인 모두 채무자에 대해 완전한 대항력을 갖추었으므로, 양수인 각자는 채무자에게 그 채권 전액에 대해 이행청구를 하고 그 변제를 받을 수 있으며, 채무자도 그에게 변제를 함으로써 다른 양수인에 대한 관계에서 면책되지만, 양수인간에는 그 지위가 대등하므로 변제를 받은 양수인은 공평의 원칙상 다른 양수인에 대해 그 채권액에 안분하여 정산할 의무를 진다고 한다.
제1·제2양도 모두 단순한 통지인 경우 d)	한국민법 제450조 제1항의 원칙규정에 따라 통지가 채무자에게 도달한 일시의 선후에 따라 그 우열을 정해야 할 것으로 본다. ⁴²⁾ 다만 채무자의 변제가 있기 전에 어느 양수인이 그 통지나 승낙을 확정일자 있는 증서로 하게 되면, 그때부터는 그가 제3자에 대한 대항력을 취득하므로, 그가 우선한다고 할 것이다.

한국의 경우에는 이와 같이 적용될 것이다. 만약 팩토링 채권의 채무자가 한국 이외의 국가에 소재한다면 해당국의 법률과 대항요건의 구비가 어떠한지를 살펴보아야 한다.

39) 대법원 2000. 4. 11. 선고 99다23888 판결; 대법원 2002. 4. 26. 선고 2001다59033 판결

40) 대법원 1972. 1. 31. 선고 71다2697 판결

41) 대법원 1994. 4. 26. 선고 93다24223 판결

42) 대법원 1971. 12. 28. 선고 71다2048 판결

주의해야 할 점으로는 채무자에 대한 대항요건과 채무자 이외의 제3자에 대한 대항요건은 원인거래와 부종적으로 작동되는 팩토링에는 시사점이 있지만 원인거래와 독립적으로 작동되는 포페이팅에는 해당되지 않는다는 점을 유념해야 할 것이다. 즉 어음보증과 신용장 독립성의 원칙은 수출상과 수입상 사이의 기초거래로부터 수입상이 일정한 항변권을 갖는 경우에 어음보증인/신용장개설은행이 어음소지인/혹은 선적서류를 무소구로 매입한 포페이터에 대하여 지급의무가 있는지에 대한 의문을 해결해준다. 예를 들자면, 수출상과 수입상이 어음보증/신용장개설 이후에 그들간 매매계약이 정당하게 해제되어 수입상이 수출상에 대하여 인적 항변사유를 갖는 경우가 발생할 수 있는데 포페이터가 그 계약해제의 사실을 모르고서 어음을 양수하거나 선적서류를 매입하였다면 수입상과 어음보증인/신용장 개설은행은 선의의 양수인인 포페이터에 대하여 어음상의 책임을 부담하여야 한다.⁴³⁾

5. 증권적 채권의 양도

증권적 채권이란 증권으로 화체되어 그 성립·존속·양도·행사 등이 원칙적으로 증권에 의하여 행해져야 하는 채권을 말한다.⁴⁴⁾ 주로 채권의 양도성을 증대시키고 채권거래의 안전을 꾀하기 위하여 고안된 것이므로, 양도성 있음을 본질로 하며 그것의 박탈은 생각할 수 없다.⁴⁵⁾ 이것은 채권자를 정하는 방법에 따라 「기명채권」·「지시채권」·「무기명채권」·「지명소지인출급채권」 네 가지로 나뉘는데, 한국 민법은 이 중 기명채권에 관해서는 규정하고 있지 않다.⁴⁶⁾ 증권적 채권은 양도성을 본질로 하며, 유통성의 확보와 거래안전을 위해 마련된 제도이다.

1) 지시채권의 양도

지시채권은 특정인 또는 그가 지시하는 자에게 변제해야 하는 증권적 채권을 말한다.⁴⁷⁾ 어음·수표·화물상환증·창고증권·선하증권 등은 지시채권이다. 반면 순수한 민법상의 지시채권의 예는 없다.⁴⁸⁾ 그러나 이것들은 우선적으로 상법·어음법·

43) 허해관, "어음을 이용한 포페이팅의 법적 원리", 무역상무연구 제43권, 한국무역상무학회, 2009, p. 19.

44) 지원림, 전게서, p. 1283.

45) 대법원 2001. 3. 27. 선고 99다17890 판결

46) 기명채권은 증권상에 지정되어 있는 채권자에게 변제해야 하는 채권으로서 유통성이 적기 때문이다.

47) 지원림, 전게서, p. 1284.

48) 지원림, 상게서, p. 1284.

수표법이 적용되고, 민법은 거의 적용되지 않는다.⁴⁹⁾ 그래서 민법의 지시채권에 관한 규정은 실질적으로 독자적인 존재의의를 갖지 못한다고 보아야 할 것이다.

지시채권의 양도는 그 증서에 배서하여 양수인에게 교부하는 방식으로 한다(한국민법 제508조). 증서의 배서와 교부는 지시채권 양도의 성립요건이다. 배서는 증서 또는 그 보충지에 그 뜻을 기재하고 배서인이 서명 또는 기명날인 함으로써 이를 한다(한국민법 제510조 제1항). 배서는 피배서인의 명칭을 기재하는 기명식 배서가 원칙이나, 피배서인을 지정하지 아니하고 배서를 할 수도 있는데 이를 약식 배서라고 한다(한국민법 제510조 제2항).

지시채권은 증서에 배서를 하고 이를 양수인에게 교부함으로써 그 채권이 양수인에게 이전된다(한국민법 제508조). 즉 배서만으로 지시채권의 이전되지는 않지만, 배서는 증서상의 권리를 양도하는 행위로서 권리이전적 효력은 기본적으로 배서로부터 나온다고 볼 수 있다. 또한 지시채권증서의 점유자가 배서의 연속으로 그 권리를 증명한 때에는 적법한 소지인으로 본다(한국민법 제513조 제1항). 즉 배서가 연속되어 있는 증서의 소지인은 그 증서상의 권리자로서의 자격이 인정되는데, 이를 자격수여적 효력이라고 한다.

소지인이 증서를 무권리자로부터 취득한 경우에도, 그가 양도인이 권리없음을 알지 못하고 또는 알지 못한 데에 중과실이 없으면 그 증권상의 권리를 취득한다(한국민법 제514조). 이것은 동산의 선의취득과 그 취지를 같이하지만, 경과실의 경우에도 선의취득이 인정되고 또 도품·유실물에 대한 특칙이 적용되지 않는 점에서 그 보호의 범위가 넓다. 즉, 지시채권의 양도에서 양수인의 선의취득에 대한 보호의 범위가 넓다고 보아야 한다.

2) 무기명채권의 양도

무기명채권은 특정의 채권자의 이름을 기재하지 않고 그 증권의 정당한 소지인에게 변제하여야 하는 증권적 채권이다. 무기명사채·상품권·승차권·극장입장권 등이 이에 속한다. 한편 증서에 특정한 채권자를 지명하면서 그 증서의 소지인에 대하여도 변제할 수 있다는 뜻을 기재한 것을 「지명소지인 출급채권」이라 하는데, 증서의 소지이닝 권리를 행사할 수 있는 점에서 무기명채권과 같은 효력이 있다(한국민법 제525조).

무기명채권은 양수인에게 그 증서를 교부함으로써 양도의 효력이 생긴다(한국민법 제523조). 그 밖에는 성질상 지시채권과 다를 것이 없으므로, 배서를 제외한 지시채권의 양도에 관한 규정은 무기명채권에 준용된다(한국민법 제524조).

49) 상법, 어음법, 수표법 등은 민법보다 특별법적인 지위에 있으므로 규정이 경합하는 경우 특별법은 일반법에 우선한다는 법구조의 대전제하에 민법보다 우선적용된다.

III. 채권양도금지특약의 비교법적 검토

채권양도의 법리는 법체계상 유사성을 갖고 있다. 하지만 우리나라 채권양도의 법리상 당사자간에 채권양도를 금지 또는 제한하였을 경우, 채권양도는 제약을 갖는다. 이는 우리나라 채권양도에 관한 법리는 독일 또는 일본의 법리를 무분별하게 계수함으로써 인하여 현대 국제상거래의 제도와 차이가 존재한다. 반면에 채권양도에 관한 제도를 운용·발전시켜왔던 영미법계 국가, 특히 미국의 경우 통일상법전(UCC) 등은 영향력있는 모델 규범을 제정함에 있어 채권양도금지 특약에 대해 명시적으로 부정적인 태도를 취하고 있다. 이는 UN 국제채권양도협약 및 UNIDROIT 국제상사계약원칙(PICC) 등에 영향을 직간접적으로 영향을 미쳤기 때문이다. 따라서 우리나라가 계수한 대륙법계의 독일·일본 제도를 비교하여 분석하고, 이러한 제도가 영미의 법제들과 어떠한 차이점이 존재하는지 검토하여야 할 것이다. 또한 국제규범이 채권양도를 다루는 방식에 어떠한 영향을 주었으며, 다양한 법제들을 통하여 우리나라의 채권양도에 관한 제도를 어떻게 개선해야 할 지 등을 비교분석해 보아야 할 것이다.

1. 독일의 경우

독일민법 제399조⁵⁰⁾는 채권의 양도가 금지되는 사유로 내용을 변경하지 않고는 원래의 채권자 이외의 자에게 급부를 할 수 없는 경우⁵¹⁾와 함께 채권자·채무자간 약정에 의하여 양도를 금지한 경우를 들고 있다.⁵²⁾ 이 조항은 독일민법에서 상징적인 역할을 한다. 즉, 원칙적으로는 채권양도를 중심으로 법리가 해석되나, 아주 특별한 경우에만 이 조항이 적용됨으로써 채권양도금지가 될 수 있는 최소한의 법근거를 남기고자 한 것이다. 독일민법 제399조는 원칙적으로 거의 적용되는 사례가 없을 정도로 유명무실한 조항이라고 보아도 될 것이다. 또한 이러한 양도금지 특약으로 인해 예상하지 못한 손실을 입을 수 있는 제3자, 특히 채권 양수인의 이

50) 독일민법 제399조.

채권은 내용을 변경하지 아니하고는 원래 채권자 이외의 자에게 급부를 할 수 없는 경우 또는 채무자와의 약정에 의하여 양도가 금지된 경우에는 이를 양도할 수 없다.

51) 채무 내용상의 이유로 인한 채권양도의 제한이 되는 경우 등을 말한다.

52) 양도금지특약의 일종으로 보여진다.

익을 보호하기 위한 별도 규정을 두고 있다. 즉, 독일민법 제405조⁵³⁾는 채무자가 교부한 증서의 제시를 통해 채권이 양도된 경우, 채무자가 양도금지특약이 있음을 들어 선의·무과실의 양수인에게 대항할 수 없도록 규정하고 있다.⁵⁴⁾

법제사적으로 볼 때 독일 민법전 제정을 통해 수용된 채권양도 자유의 원칙(현행 독일민법 제398조)은 18세기 및 19세기에 걸쳐 지속적으로 고도화되어 온 독일의 산업·신용경제를 배경으로 한 유통중시 사상의 한 반영이라고 볼 수 있다.

채권양도가 허용될 수 없는 것은 채권의 인적 성질상 당연하다고 보는 고대·중세의 법제도로부터, 채권의 인적 성질상 채권양도는 당사자의 의사에 의해 채권양도성이 변경될 수 있다고 하는, 사적자치의 원칙에 의해 완화되었다고 보아야 할 것이다. 독일에서는 이러한 시대적 흐름에 따라 채권이 양도될 수 있도록 규정하고, 만약의 경우 경제적 약자를 보호하기 위한 제한을 둔 것으로 보여진다.

독일에서는 채권을 발생시키는 거래의 당사자인 채권자와 채무자는 별도로 약정으로 채권양도를 배제하는 합의를 할 수 있다고는 한다. 하지만 채권자는 제3자와 양도금지 약정을 체결할 수도 있으나 이는 적용범위 외에 속하며 독일민법 제137조에 따라 대세적인 효력을 갖지는 못한다.⁵⁵⁾

독일상법전 제354조 제a항은 양도금지특약이 결부된 채권은 그것이 일정한 요건을 충족할 경우 양도는 유효하다고 규정하고 있다. 그 요건으로는 i) 금전채권일 것, ii) 거래당사자 모두에게 상행위에 해당하거나 채무자가 공법인 혹은 공공재단일 것을 요구한다. 단 은행 등 신용기관이 채권자인 대출계약은 동 조의 적용범위에서 제외된다. 그 결과 양수인은 적법한 채권의 보유자로서 자신의 법적 지위를 향유할 수 있다. 그는 채무자가 자신에게 이행한 급부를 적법하게 보유할 수 있으며, 스스로 채무자에게 자신 혹은 원래의 채권자(양도인)에게 이행할 것을 요구할 수 있다. 또한 양수인의 채권자들도 양수인에게 귀속되어 있음을 전제로 해당 채권을 공취할 수 있다.

이러한 독일상법전 제354조 제a항의 제정과 그 시행은 독일민법상 채권양도금지특약에 따르는 제도적 한계성을 극복하고자 하는 의도성이 내재되어 있다. 입법배경에 걸맞게 독일상법전 제354조 제a항은 채권양도의 효력을 보다 강화하고 양

53) 독일민법 제405조.

채무자가 채무에 관한 증서를 교부한 경우에 채권양도가 그 증서를 제시하여 행하여진 때에는, 채무자는 채무의 부담 또는 승인이 가장으로 행하여졌음을 또는 양도인과의 약정에 의하여 양도가 금지되었음을 양수인에 대하여 대항할 수 없다. 그러나 양수인이 양도 당시 그 사실을 알았거나 알았어야 했던 때에는 그러하지 아니하다.

54) 윤철홍, "채권양도의 금지특약에 관한 소고", 법조 제59권, 법조협회, 2010, p. 27.

55) Staudinger/Busche, §399 Rn. 51.

수인의 법적 지위를 보호하는데 목적을 두고 있으며, 거래의 활성화를 사회 저변에 뿌리내리도록 하는데 일조하고 있다. 또한 UNIDROIT 국제팩토링협약 등 국제적 입법 추세에도 부합하기 위한 입법적 노력으로 평가받고 있다.

2. 일본의 경우

일본민법 제466조 제1항은 채권의 성질이 이를 허용하지 않는 경우가 아닌 원칙적으로 양도가 허용됨을 규정하고 있다. 그러나 동조 제2항에 따를 때 당사자 간에 다른 합의가 있었던 경우 이러한 양도가능성의 원칙이 배제된다. 단 양도성을 배제하는 의사표시로 선의의 제3자에 대해서는 대항할 수 없다. 이 같은 채권의 원칙적인 양도가능성 선언과 당사자 특약을 통한 양도성 제한 가능성 그리고 선의의 제3자 보호라는 규정은 한국민법과 유사하다.⁵⁶⁾ 또한 한국민법과 비교하여 선의의 제3자를 폭넓게 보호하는 규정을 두고 있다는 점이 특성이다. 예컨대, 일본민법은 양도금지특약을 선의의 제3자에게 대항할 수 없다고 규정하고 있는데, 약의의 자에게 특약으로 대항할 수 있다. 이 경우 약의의 구체적인 범위가 문제된다. 일본 판례는 약의인 경우뿐만 아니라 선의이더라도 특약의 존재를 알지 못하는데 중과실이 있는 자에게도 특약으로 대항할 수 있다고 하고 있다.⁵⁷⁾ 판례의 논지는 약의와 중과실이 동일하게 취급되어야 한다는 일반론에 근거한다.

일본의 채권양도금지특약 제도는 비교법적으로 확고한 근거를 얻지 못하고 재산양도의 법리에 어긋날 수 있다는 의식에도 불구하고, 채권양도 제도가 야기할 현실의 리스크와 사회일반의 반감을 고려하여 일종의 타협안으로 의도된 사회적 책적 과도기로서의 규정 성격을 갖는다.

일본의 경우도 채권의 양도금지특약 제도에 관한 해석론에서 크게 문제되는 것은 양도금지특약의 효력에 관한 논의들이다. 통설적 견해는 물권적 효력설을 취하고 있다.⁵⁸⁾ 이에 따르면 양도금지특약으로 채권은 양도가능성을 물권적으로 박탈당하여 그 효력이 제3자에게도 미친다. 따라서 양도금지특약에 대항할 수 없는 약의의 양수인에게 채권이전 효과 자체가 발생하지 않는 것이다. 일본민법은 명문으로 규정하고 있지 않지만 판례⁵⁹⁾는 특약에 반한 양도일지라도 채무자가 승낙한 경우 유효하게 된다고 보고 있다.

56) 윤철홍, 전계논문, p. 24.

57) 最判 昭和 48年 7月19日, 日民集 27-7-8230[120]

58) 윤철홍, 전계논문, p. 27.

59) 最判 昭和 52年 3月17日, 日民集 31-2-308[121]

물권적 효력을 가진 것으로 해석되는 채권의 양도금지특약에 대해서 일본 학계에서는 지속적으로 비판을 해 왔다. 양도금지특약은 시대적으로 수정되어야 하고, 거래의 활성화를 이루기 위해서는 제도적 한계성이 있다고 본 것이다. 이를 극복하고자 일본은 민법개정을 통하여 이를 해결하고자 하였다. 民法(債權法)改正檢討委員會가 발표한 「債權法改正の基本方針」시안은 양도금지특약에 대해 보다 상세한 규정을 두고 있다. 이에 따르면 원칙적으로 양도금지특약은 채권양도의 효력을 방해하지 않는다. 그러나 채무자는 특약을 양수인에게 대항할 수 있도록 하고는 있지만, 그 범위를 많이 축소함으로써 거래의 원활화라고 하는 세계적인 추세를 반영한 결과라고 할 수 있다.

3. 미국의 경우

연혁적으로 영국 보통법(common law)은 채권의 양도를 원칙적으로 허용하지 않았다. 여기에는 채권의 개인과 개인간 인적 관계의 소산으로 양도가 곤란하다는 이론적 입장과 함께, 현실적으로 채권의 양도가 소송원자(maintenance)⁶⁰의 수단으로 사용될 수 있다는 우려가 크게 작용되었다. 그러나 채권양도를 원칙상 금지함에 도 불구하고 거래계에서 채권양도 거래에 대한 수요를 충족하고자 보통법의 양도금지 법리를 우회하는 각종 법적 장치들이 안출되었다.

이에 미국법 또한 채권양도에 부정적인 영국의 선례들을 받아들인 결과, 한동안 채권은 양도할 수 없다는 법리가 통용되었다. 그러나 미국경제의 발전에 따라 채권양도를 거래의 정상적 한 형태로 수용해야 할 현실적 필요성 앞에 과거의 양도금지법리는 폐기되어 갔으며, 특히 법과 형평간의 실체적·절차적 구분을 폐지하는 각 주(州)의 입법은 이러한 과정을 가속시켰다. 이러한 법의 변화는 채권의 양수인은 채권에 대한 실질적인 이해 당사자로서 채권이행을 할 수 있도록 하고 있다. 이러한 법리적 견해의 변화는 채권의 자유로운 양도성을 규정하고 있는 「계약법 리스태이트먼트(Restatement of Contract Law)」, 「통일상법전(Uniform Commercial Code)」 등의 통일 모델법에 반영되었다.⁶¹

통일상법전 제정 이전 미국의 판례법은 양도금지특약에 관한 규율을 형성함에 있어, 재산권의 자유로운 양도 보장이라는 법익에 대해 양도금지를 내용으로 하는

60) 영국법에서 maintenance란 소송 당사자에게 분쟁의 직접 이해관계자가 아닌 제 3자가 소송을 지원하는 형태를 말한다(Black's Law Dictionary, 9th Edition, p. 1039).

61) Restatement 2nd. of Contracts § 317 (2) (c), § 322; UCC §2-210(1), §9-406(d), §9-407(a), §9-408(a) 등.

계약 체결의 자유에 우월성을 인정하는 태도를 보였다. 이러한 판례법이 기준의 윤곽을 만들었지만, 통일상법을 제정함으로써 좀 더 구체적이고 명확한 기준을 제시하였다.

<표 3> 미국 통일상법전상 양도금지특약에 대한 규율

구 분	§ 9-406(d)	§ 9-407(a)	§ 9-408(a)
대상권리	<ul style="list-style-type: none"> • 금전채권 • 동산담보증권 • 지급용 무체재산 • 약속어음 	<ul style="list-style-type: none"> • 리스계약상 권리 	<ul style="list-style-type: none"> • 약속어음 • 의료보험금 수급권 • 일반 무체재산
규율되는 권리의 전 형식	<ul style="list-style-type: none"> • 매매 <ul style="list-style-type: none"> - 단 지급용 무체재산 및 약속어음 매매는 제외 (§9-406(e)) • 담보설정 · 집행 	<ul style="list-style-type: none"> • 매매 • 담보설정 	<ul style="list-style-type: none"> • 매매 • 담보설정 <ul style="list-style-type: none"> - 단 지급용 무체재산 및 약속어음은 제외 (§9-408(b))
규율되는 양도제한 · 금지의 내용	<ul style="list-style-type: none"> • 양도 등의 금지, 제한, 채무자의 동의요구 특약 • 양도 등이 계약위반이라는 특약 	좌동	좌동

계약자유 원칙과 권리의 유통이라는 법원칙 간의 상충문제 그리고 양도금지 특약 및 그에 위반한 양도의 효력을 둘러싼 복잡한 논의와 법적 불명료성을 실질적으로 해소하고 법적 안정성을 제공하고 있다는 점에서 미국통일상법전은 의미가 있다고 볼 것이다. 구체적으로 통일상법전은 권리의 유통성과 담보거래의 활성화라는 공공정책을 감안하여 양도금지특약이 무효되어야 할 범위를 명시하였다.

통일상법전은 규율방식에 있어 양도금지특약 및 그에 수반되는 법률관계를 일률적으로 규정하기 보다는, 양도대상 권리별로 세분화하여 규정하고 있다는 점이 특이하다. 예를 들자면, 매매계약상 재산이전에 대한 권리양도를 제한 · 금지하는 특약은 일정부분 허용하는 반면, 금전채권을 비롯하여 유통성이 보장될 필요가 있는 지급에 대한 권리 등에 대한 양도금지특약은 절대적으로 무효화하고 있는 것이다.⁶²⁾ 또한 후자의 영역 내에서도 대상 권리의 종류에 따라 무효화되는 범위를 미세하게 차별화하고 있다. 이 같은 복잡한 규율은 규율의 전모를 한 번에 개관하기

62) 이는 UN 국제채권양도협약 제정 당시 미국 측이 제안한 거래채권 및 기타 채권별 양도금지 특약 별도 취급 방안의 배경이 되었던 것으로 보인다.

어려울 정도로 복잡하게 여겨지기도 하나, 이해당사자의 이익과 권리의 유통성을 조화시키기 위한 정교한 입법이라는 점에서 의미를 두어야 할 것이다.

미국은 통일상법전 뿐만 아니라 채권양도의 법리적 접근방식을 법으로 제정하였으며, 이러한 방식을 국제규범을 제정할 때 직간접적으로 영향을 줌으로써 국제적인 추세를 리드해 나가고 있다고 보면 될 것이다.

4. UN 국제채권양도협약

2001년 12월 국제연합 총회는 국제거래에서 발생한 채권의 양도를 촉진하여 자금조달 상의 비용절감 및 효율성 증진을 목적⁶³⁾으로 UN 국제채권양도협약(UN Convention on the Assignment of Receivables in International Trade)을 채택한 바 있다. 그리고 이 같은 취지에서, 특히 양도거래에 있어 양수인이 양도대상 권리에 부가되어 있는 양도금지특약의 존재로 인해 지게 될 부담을 경감시켜 주기 위해, 일정 범위 내에서 채권양도 금지특약의 효력을 제한하는 별도의 규정을 두고 있다. 협약 제9조 제1항은 양도금지특약에도 불구하고 채권의 양도가 원칙적으로 유효함을 규정하고 있다.⁶⁴⁾ 여기서 양도금지특약에는 최초 양도인인 원채권자와 채무자 간의 특약뿐 아니라, 후속양도가 이루어진 경우 후속 양도인과 후속 양수인 간의 양도금지특약도 포함한다. 또한 채권양도의 유효성은 양수인이 특약 사실을 알고 있는가 여부와 상관없이 보장된다.⁶⁵⁾

이는 양도금지특약이 대세적 효력을 갖는 것을 부정하는 것으로, 1988년 채택된 UNIDROIT 국제팩토링 협약(UNIDROIT Conventions on International Factoring) 제6조가 규정하는 바와 취지를 같이한다.⁶⁶⁾ 협약 제9조는 채권의 양도성을 완전히 보장함으로써 얻을 수 있는 편익, 예를 들어 양도인의 자금조달 비용 감소, 양수인의 양도금지특약 확인 부담 경감, 채권의 유통성 보장 등의 법익이 양도금지특약을 통해 채무자 혹은 양도인이 누릴 수 있는 이익보다 더 클 것이며, 채무자 자신도 재화·용역 가격의 인하 등을 통해 그 편익 일부를 누릴 수 있을 것이라는 정책적 판단에 기초한 것이다.

UN 국제채권양도협약이 양도금지특약을 취급하는 방식은 크게 3가지 측면으로 볼 수 있다. 첫째로 양도금지특약의 효력제한을 명문화하고 있다는 점이다. 이를

63) 협약 전문(Preamble) 참조.

64) 석광현, 국제채권양도협약연구, 법무부, 2002, p. 10.

65) 석광현, 전게서, p. 10.

66) 석광현, 상게서, p. 84.

통해 미국 통일상법전과 마찬가지로 특약의 효력을 둘러싼 잠재적인 법적 불확실성을 제거하는 효과를 기대할 수 있을 것이다. 둘째로 양도금지특약과 관련된 채권관계의 측면에 착안한 점도 특징으로 볼 수 있다. 독일 등 다수 대륙법계 국가에서 양도금지특약에 대한 논의는 특약의 대세효와 특약 위반 양도의 효력문제 등에 치중하였다면, 협약은 특약 위반에 따른 특약 당사자 간의 책임은 물론 양수인 등 특약 당사자가 아닌 자의 책임 문제까지 염두에 두고 있다. 셋째로 채권양도의 원활화를 위해 특약의 효력 범위를 제한하는 방식 그 자체에도 주목할 필요가 있다. 양도금지특약에도 불구하고 양도의 유효성을 보장하는 규정을 어떤 양도거래 혹은 채권으로 제한할 것인가 하는 문제는 협약 초안 작성과정에서 가장 논란이 되었던 부분이다. 결국 여기서도 신용제도의 효율성 증진을 위해 채권의 양도성을 완전히 보장해야 할 필요성과 채권관계의 속성상 당사자의 합의에 의해 양도를 제한하는 것을 허용할 필요성이 상충하고 있다. 결국 양도금지특약에 대한 입법적 규율은 그 효력범위를 한정하는 식으로 모종의 절충방안을 모색할 수 밖에 없는데, 동 협약은 채권의 종류, 속성을 기준으로 삼는 방안을 택하였다.

UN 국제채권양도협약은 그 자체로 다양한 법계 및 산업계간의 타협의 산물이고 또한 상당한 정도의 합리성을 인정받고 있다. 동 협약이 국제거래에서 발생한 채권의 양도는 물론이고 국내 채권의 국제적 양도거래도 그 규율대상으로 삼고 있다는 점에서 협약이 채택한 양도금지특약의 규율방식은 국내거래상 채권에 영향을 줄 수 있다.

5. UNIDROIT 국제상사계약원칙(PICC)

UNIDROIT 국제상사계약원칙(Principles of International Commercial Contracts; PICC)도 채권양도에 관한 장에서 양도금지특약에 관한 규율을 두고 있다.⁶⁷⁾ PICC 제9.1.9조는 우선 양도금지특약과 관련된 각 당사자의 이해관계 간 균형이 이루어져야 한다는 형평성에서 출발한다. 그리고 자신에 대한 권리자가 변경되기를 원하지 않는 채무자와 권리를 이전받고자 하는 양수인 그리고 상업계 일반의 이익을 조정하는 방편으로 PICC는 금전채권과 비금전채권을 구분하는 접근법을 취하고 있다.

PICC 제9.1.9조 제1항은 금전채권의 양도는 양도인과 채무자 간 양도제한 및 양도금지 약정에도 불구하고 유효하다고 규정하고 있다. 이에 대한 예외는 없다. 따

67) PICC Art. 9.1.9.

라서 본 조항은 양도인과 채무자가 권리의 이전가능성을 제약하고자 하는 의사를 입법으로 배제하고자 하는 것이다. 다만 양도인이 특약을 위반한 것에 대해 채무자에게 계약위반의 책임을 질 수 있다고 함으로써, 적어도 양도인과 채무자 간에는 특약이 채권적 약정으로서 유효함을 전제하고 있다.

PICC 제9.1.9조 제2항은 비금전 급부 채권에 대해 양도를 제한 및 금지하는 약정이 체결된 경우 그에 반한 양도를 무효화하고 있다. 비금전 급부 채권을 금전채권의 경우와 달리 취급하는 취지는 금전채권이 신용거래에서 담보로서 수행하는 정도의 역할을 비금전채권에까지 인정할 필요는 없다는 점에 있다.⁶⁸⁾ 이 경우 자신의 의도대로 권리를 취득하지 못한 양수인은 양도인에 대해서 양도계약 위반에 대한 책임을 추궁할 수 있으며,⁶⁹⁾ 그 근거는 채권양도계약에 있어 양도인이 스스로에게 양도의 권한이 있음을 보증했다는 사실에서 찾을 수 있을 것이다.⁷⁰⁾ 다만 비금전채권의 경우에도 양수인이 양도당시 양도금지특약의 존재를 알았거나 알았어야 하는 경우가 아니라면 양도는 유효하다. 이 때 양수인의 선의·무과실에 대한 입증책임은 양수인에게 있으나, 실제에 있어 몰랐다는 사실의 적극적 입증은 곤란하다는 점을 고려하여 채무자가 양도인의 악의 및 과실을 추정케 하는 사실을 주장하면 양수인이 이를 부인하는 입증을 하는 것으로 충분하다고 해석하고 있다.⁷¹⁾

IV. 채권양도제도 개선방안

1. 채권양도에 관한 법리적 해석의 한계성

제2장에서 보았듯이, 한국민법은 양도금지특약을 해석함에 있어서 허용범위를 포괄적으로 넓게 인정하고 있다. 한국민법 제449조 제2항에 근거한 양도금지특약에 대해 다수의 견해는 물권적 효력설에 입각하여 해석하고 있다. 이를 따를 때 양도금지특약은 직접적인 법형성력을 가지고 채권의 양도성을 물권적으로 박탈하는 효력을 갖는다.⁷²⁾ 때문에 채권자가 특약에 반하는 채권양도에 대해 채무자에게 채무불

68) Vogenauer and Kleinheisterkamp(ed)/Mazza, 2008, Art 9.1.9, p. 997 ; Article 9.1.9 UNIDROIT Principles 2004, p. 278, Comment 3.

69) Vogenauer and Kleinheisterkamp(ed)/Mazza, 2008, Art 9.1.9, p. 997.

70) PICC Art. 9.1.15(b)는 양도인의 이러한 양도권한 보유에 대한 약정을 명시하고 있다.

71) Vogenauer and Kleinheisterkamp(ed)/Mazza, 2008, Art 9.1.9, p. 998.

72) 서민, 채권양도에 관한 연구, 경문사, 1985, p. 57.

이행 책임을 지는 것은 물론, 양수인에 대해서는 채권양도의 효력도 발생하지 않는다고 본다. 이러한 법리적 해석은 채권양도를 활성화시키는데 한계를 갖는다.

예를 들어, 한국판례는 당사자의 양도금지의 의사표시로써 채권은 양도성을 상실한다고 명시하는 반면,⁷³⁾ 골프회원권과 관련한 일련의 판결들에서는 상반된 입장을 견지하기도 한다.⁷⁴⁾ 이처럼 판례는 때로는 물권적 효력설을 전제로 하지만, 경우에 따라서 양도금지특약에도 불구하고 채권 자체가 여전히 양도성을 갖는다고 하는 모순된 법리적 해석을 하고 있다.

양도금지특약이 있는 채권양도는 물권적 효력설에 의할 때 원칙적으로 채권양도가 될 수 없다. 판례는 이 원칙을 고수하려고 하였지만, 실제로 적용하는데 한계가 있었기 때문에 채권양도를 유효하게 판시하고자 할 때는 채권적 효력설을 취함으로써 논리적으로 통일성을 갖추지 못하고 있는 것이다. 상거래에서는 실제로 채권의 양도가 이루어지고 거래의 원활화를 위하여 채권양도의 유효성을 인정하여야 하는 경우가 있기 때문에, 학설상으로는 물권적 효력설이 통설이지만 판례는 채권적 효력설의 입장을 취하여 모순성을 갖는다. 이는 채권양도의 법리적 해석의 한계라고 볼 수 있다. 시대적인 흐름상 채권이 많이 거래되고 있고, 또한 국제적으로 거래가 활발히 이루어지는데 있어서 이러한 제도적 한계성으로 인하여 채권양도가 활발히 이루어지지 못하고 있는 실정이다.

앞장에서 보는 바와 같이, 한국제도와 가장 유사한 국가는 일본인데,⁷⁵⁾ 일본도 한국과 같이 양도금지특약제도에 관한 해석을 물권적 효력설에 입각하고 있다. 일본에서는 이러한 법리적 해석의 한계성을 시대적으로 극복하여야 한다는 취지에서 민법개정을 통하여 이를 해결하고자 하였다. 民法(債權法)改正檢討委員會가 발표한 「債權法改正の基本方針」시안은 양도금지특약에 대해 보다 상세한 규정을 두고 있다. 이에 따르면 원칙적으로 양도금지특약은 채권양도의 효력을 방해하지 않도록 한다. 그러나 채무자는 특약을 통해 양수인에게 대항할 수 있도록 하고는 있지만, 그 범위를 많이 축소함으로써 법리적 해석의 일관성을 갖추고 있다. 한국은 일본과 같이 상세한 규정을 갖춘 규정을 둬으로써 채권양도에 대한 법리가 일관되게 할 필요가 있다.

또한 독일은, 거래의 당사자인 채권자와 채무자는 별도 약정으로 채권양도를 배제하는 합의를 할 수 있지만 독일민법 제137조 규정을 두어 대세적인 효력을 갖지

73) 대법원 2000. 4. 7. 선고 99다52817 판결.

74) 대법원 1989. 11. 10. 선고 88다카19606 판결; 대법원 2000. 3. 10. 선고 99다70884 판결; 대법원 1981. 6. 23. 선고 80다2664 판결.

75) 윤철홍, 전게논문, p. 24.

는 못하도록 함으로써 채권양도에 관한 일관적인 법리적 해석을 하고 있다. 또한 독일은 독일민법상 채권양도금지특약에 따르는 제도적 한계성을 극복하고자 독일상법 제354조 제a항의 제정과 그 시행을 하고 있다. 한국민법은 독일민법 제137조와 같은 채권양도를 배제하는 합의를 하더라도 대세적인 효력에 제한을 두는 규정을 두거나 혹은 독일상법 제354조 제a항과 같은 상법상 규정을 둔다면, 채권양도에 관한 법리적 해석의 모순을 극복할 수 있을 것이다. 독일과 한국은 채권양도에 관한 제도상 유사성을 많이 갖고 있으므로, 이러한 제도적 보완을 통하여 법리적 해석의 모순을 극복하는데 도움이 될 것으로 보인다.

이와 같이 채권양도에 관한 제도적 모순이 있는 부분은 한국과 유사한 제도를 갖고 있는 국가들의 해결방식들을 참조하여 이를 개선시켜야 할 것이다. 또한 법리적 해석의 한계를 극복하여 채권의 국제적 양도를 활성화하는데 지원할 수 있는 메커니즘을 구축하여야 할 것이다.

2. 채권양도금지특약 제도에 관한 민법개정시안의 검토 및 개선방안

현행 한국민법 제449조 2p2항은 당사자의 특약으로 채권양도를 금지할 수 있으나, 그러한 특약으로 선의의 제3자에게 대항하지 못한다고 규정하고 있다. 그러나 채권양도성을 더 넓게 인정하려는 관점에서 이와 같이 의사표시에 의한 금지를 원칙적으로 인정하는 현행 민법의 태도에 관한 개선이 필요한 바, 2013년 민법개정안에서 채권양도금지의 약정효력에 대한 규정이 신설되었다. 제449조의 2에서 「채권양도를 금지하거나 제한하는 약정은 그에 반하여 행해진 채권양도의 효력에 영향을 미치지 아니한다. 다만, 양수인이 그 약정이 있음을 안 경우에는 양수인에게 대항할 수 있다.」고 규정하고 있다. 개정시안에서는 당사자의 약정에 의한 채권양도 금지나 제한은 원칙적으로 채권양도의 효력에 영향을 미치지 않는 점을 선언하면서, 약의 양수인에 대한 예외만 두고 있다.

개정안은 채권양도금지가 있다고 할 지라도 채권양도는 유효하다는 입장이다. 채권양도금지약정에 위반한 채권양도도 효력이 있다는 부분은 계약은 당사자에게만 효력이 미친다는 것은 채권일반 원칙에 비추어 보면 타당한 것이다. 채권양도금지약정은 양도인과 채무자가 체결하는 것이고, 채권양도약정은 양도인과 양수인이 체결하는 것으로서 서로 당사자가 다른 관계로 전자의 약정이 후자의 당사자인 양수인에게 당연히 효력이 미친다고 볼 수 없기 때문이다. 이러한 개선방안이 시행이 된다면 추후에 채권양도가 활성화되는데 제도적인 보완이 될 것으로 보인다.

하지만 이는 일본의 제도와 유사한 방식으로 도입한 것으로 보인다. 채권양도를 활성화시킨 미국 통일상법전의 입법 방식을 실례로 들자면, 채권양도의 효력을 채무자에게까지 주장할 수 있도록 하고 있다.⁷⁶⁾ 특히 금전채권의 경우 그 급부 내용의 단순성으로 인해 채권자가 누구인가 하는 문제는 채무자의 의무이행 양태에 특별한 의미를 갖지 않는 반면, 교환가치의 산정과 그 실현이 용이하여 기업의 원활한 자금조달을 위해 그 유통성을 절대적으로 보장될 필요가 있다는 취지에서 채권양도를 절대적으로 인정하고 있다.

미국은 이와 같은 법정책적 관점에서 양도금지특약에도 불구하고 채권양도를 절대적으로 유효화하고 있다. 일본은 현대의 흐름에 적합하지 않은 규정들을 개정 및 수정함으로써 금융의 원활화 및 채권양도의 활성화를 추구하고 있지만 이러한 방식은 일본의 제도적 보완을 계수함으로써 영미제도 및 국제규범과는 다소 차이를 지닌다. 채권양도에 대한 국제적 양도를 활성화시키기 위하여 채권양도를 절대적으로 인정하는 미국 및 국제규범 등의 국제적인 추세에 발맞추어 기존제도의 미진한 부분들을 발전시킬 수 있도록 하여야 할 것이다.

V. 결 론

세계는 현대에 들어서 글로벌화가 가속되고, 이에 따른 거래의 활성화가 이루어짐에 따라 금전채권이 국제적으로 양도되고 있다. 하지만 우리나라는 채권양도에 제약이 존재한다.

본고는 우선 우리나라 채권양도에 관한 개괄적 고찰을 함으로써, 채권양도에 관한 일반적인 법원리를 분석해보았다. 아울러 채권양도에 관한 비교법적 검토를 통하여 국내상 채권양도와의 차이를 분석해 보았다. 독일은 중세에는 채권양도 자체를 인정하지 않았으나, 현대에 들어서 독일의 산업발전·경제발전 등의 시대적인 흐름에 따라 양도금지특약을 제한적으로 인정함으로써 거래 활성화의 대세적 흐름에 맞는 제도를 정비하였다. 또한 독일은 민법보다 상위인 상법에 규정을 만들어 채권양도의 효력을 보다 강화하고 거래를 활성화하고자 하는 국제적 입법 추세에 부합하고 있다.

일본은 우리와 비슷한 법리적 해석을 하고 있다. 하지만 일본은 민법개정을 통

76) 미국 통일상법전은 일정 종류의 권리의 양도와 관련하여 양도금지특약을 무효로 한다. 더 나아가 의무자가 권리자에게 특약위반의 책임을 물을 수 없도록 규정하고 있다.

하여 양도금지특약이 채권양도의 효력을 방해하지 않도록 하고 있다. 즉, 거래의 활성화라고 하는 세계적인 추세에 흐름을 따르고 있다.

미국은 채권양도금지특약과 같은 채권이 유통에 방해되는 내용들을 법적으로 해결하였다. 계약자유의 원칙과 권리의 유통성이라는 법원칙 간의 상충문제를 둘러싼 복잡함과 불명료함을 해소하고자 통일상법전을 제정하였다. 명확한 기준을 제시함으로써 이를 바탕으로 법적 안정성을 제공하여 세계경제를 선도하는 국가로서 UN 국제채권양도협약 및 UNIDROIT 국제상사계약원칙 등에도 영향을 주었다.

우리나라는 이러한 채권양도에 제약을 두는 채권양도금지특약 등에 관한 부분을 입법론적으로 개선하고자 민법개정안을 시행하고자 한다. 하지만 이러한 방식은 일본의 제도적 보완 방식을 계수함으로써 국제적인 추세에 발맞추기에는 미진한 부분이 있다. 따라서 채권양도를 절대적으로 유효화하는 미국식 등의 방법으로 보완하면, 채권양도가 국제적으로 활성화되는데 기여할 수 있을 것으로 보인다.

본고는 선행연구에서 직접적으로 비교연구를 하지 않았기에 이에 대한 비교를 중심으로 고찰해보았다. 앞으로 채권양도에 관한 구체적인 연구가 있기를 기대해 본다.

참 고 문 헌

- 오원석 역, 국제물품매매계약법, 삼영사, 2001.
- 오원석·최준선·허해관, UNIDROIT 국제상사계약원칙 2004, 법문사, 2006.
- 석광현, 국제물품매매계약의 법리, 박영사, 2010.
- _____, 국제채권양도협약연구리, 법무부, 2002.
- 곽윤직·김재형, 민법총칙(민법강의 I), 박영사, 2015.
- 곽윤직, 채권총론, 박영사, 2007.
- 김준호, 채권법 제7판, 법문사, 2016.
- 지원림, 민법강의 제13판, 홍문사, 2015.
- 서 민, 주식민법 제4판, 채권총칙2, 한국사법행정학회, 2000.
- _____, 채권양도에 관한 연구, 경문사, 1985.
- 주기동, 민사채권의 제문제 제7권, 한국사법행정학회, 1993.
- 최수정, “채권양도론”, 진원사, 2007.
- 오원석·한기문, “수출금융에 있어서 채권양도계약의 준거법 대한 소고”, 무역상무연구 제49권 제1호, 한국무역상무학회, 2011.
- 오원석·박세훈, “국제대금결제에서의 신용위험 대처방안에 관한 연구”, 무역상무연구 제39권, 무역상무학회, 2008.
- 박세훈·한기문, “국제팩토링계약의 당사자의 권리와 의무에 관한 연구”, 무역상무연구 제43권, 무역상무학회, 2009.
- 허해관, “어음을 이용한 포페이팅의 법적 원리”, 무역상무연구 제43권 제3호, 한국무역상무학회, 2009.
- 한기문, “수출중소기업을 위한 외상매출채권 금융기법에 대한 연구”, 관세학회지 제16권 제3호, 관세학회, 2015.
- 이용식, “UN 금융채권양도협약안의 법적 고찰”, 통상법률 제29권, 1999.
- _____, “UN 금융채권양도협약안의 최근 논의동향”, 국제거래법연구, 제9호, 2000.
- 양창수, “장래채권의 양도”, 저스티스통권 제73호.
- 윤철홍, “채권양도의 금지특약에 관한 소고”, 법조 제59권, 법조협회, 2010.
- Zimmermann, The Law of Obligation, Roman foundations of the civilian tradition, 1992.
- Lando/Clive/Prum/Zimmermann, Principles of European Contract Law Part III, 2003.
- Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Teil, Das Rechtsgeschäft, 3. Aufl., 1979.
- Ghestin, Traite de droit civil Les obligations La formation du contract, 3 ed. 1993.

ABSTRACT

A Study on the International Assignment of Monetary Rights

- Focused on Special Contractual limitations on Assignment of Receivables -

Chang-Won RYU

Among various export financing, Receivable Assignment is very important. Various countries make use of this method. But Korean law system have shortage of legal structure.

This paper looks into Receivable Assignment relation to legal structure. And this paper analyze not only detail Korean civil law system about bond and receivable but also comparative other civil law system. Especially, Korean civil law of bond compare Germany civil law of bond or Japanese civil law of bond.

In the context, This paper compares Korean civil law system about bond with International standard rule about bond. For example, It is UN convention on the Assignment of Receivables in International Trade and Principles of International Commercial Contract(PICC).

This is good for the commercial party in terms of financing and receivable assignment.

Thus this paper will establish Korean legal system direction. There are argument on method of making article and modifying article.

The purposes of this paper is to examine revitalizing of Receivable Assignment. And this paper deals with improvement of International Commercial Activation.

Keywords : Receivable Assignment, Requisites for Counteraction of Receivable Assignment, Transferability of Receivable Assignment