『서울대학교 法學』 제53권 제1호 2012년 3월 669～719면
Seoul Law Journal Vol. 53 No. 1 March 2012. pp. 669～719

〈논문〉

계약이전의 연구*
- 상대방의 동의 요건의 기능과 위치를 중심으로 -

李 東 珍**

요 약

계약이전은 제법 빈번하게 행해지는 거래로서, 그 법적 구성에 관하여도 어느 정도 의견의 일치가 이루어져 있다. 세 당사자의 합의 또는 양도인과 양수인의 양도행위와 상대방의 동의에 의하여 면책적으로 이루어져야 한다는 것이 그것이다. 그러나 종래의 논의는 특히 상사거래에서 그 필요성이 증가하고 있는 상대방의 동의 없는 계약이전의 가능성에 관하여 충분히 배려하고 있지 아니할 뿐 아니라, 임대 목적 부동산을 양도하면서 하는 임대인지위의 이전, 임차권 양도, 영업양도에 수반한 고용계약상지위승계, 보험 목적물의 양도에 수반한 보험계약상 지위승계 등은 물론, 회사분할에 따른 계약당사자지위의 이전, 자산부채이전 등 다양한, 그리고 매우 중요한 거래유형에서 판례나 특별입법에 의하여 도입된 여러 특칙을 이론체계 내에 포섭하지 못하고 있다. 아울러 종래의 통설이 확립될 당시 논거로 쓴 여러 쟁점에 관한 이해가 다소 바뀌었고, 이후 여러 나라에서 계약이전에 관한 새로운 입법이 이루어졌거나 이루어지고 있다. 이 글에서는 이러한 여러 발전을 배경으로 개별 계약유형 및 이전사유 고유의 논의와 외국의 법 발전을 시야에 넣어 계약이전 법리의 재구성을 시도하였다.

핵심적인 결론은 다음과 같다. 총론적 논의와 각론적 논의를 매개하고, 계약이전에 관한 일반 법리의 해석·운용을 합리화하려면, 계약이전을 원칙적으로 양도인과 양수인 사이의 양도행위와 상대방의 동의로 구분하고, 상대방의 동의를, 삼면계약을 구성하는 한 의사표시가 아니라, 첫째, 양도가 허용되지 아니하는 계약의 경우 양도가능성을 부여하고, 둘째, 양도인의 상대방에 대한 채무를 면책시키며, 셋째, 양수인의 상대방에 대한 권리취득의 대항요건을 갖추어주는 장치로 파악할 필요가 있다. 종래의 논의가 상대방의 동의를 삼면 계약의 한 구성요소로 보는 계기가 된 법이론 및 도그마틱적 장애는 대부분 극복되었다. 이러

* 이 글의 초고에 대하여 유익한 지적을 해주신 심사위원들께 감사드린다. 이 연구는 서울대학교 2009년 하반기 신임교수 연구정착금으로 지원되는 연구비에 의하여 수행되었다.

** 서울대학교 법과대학/법학대학원 조교수.

한 기능구분은 어느 정도 근래의 법 발전 경향과도 들어맞는다. 위와 같은 동의의 기능구분을 통하여 판례와 특별입법상의 계약이전법리를 일반이론에 제대로 통합할 수 있을 뿐 아니라, 계약이전의 일반이론도 보다 간명하고 일관되게 설명할 수 있을 것으로 생각한다.

주제어: 계약이전, 계약인수, 상대방의 동의, 양도금지특약, 면책, 대항요건

Ⅰ. 서 론

1. 문제의 제기

계약이전(transfer of contract)은, 계약당사자 일방이 일체로서 계약관계를 그 동일성을 유지한 채 제3자에게 이전하는 것을 말한다. 계약인수(Vertragsübernahme), 계약상의 지위의 양도(·양수)(assignment of contractual position),[1] 또는 간단히 계약양도(cession de contrat)라고도 한다.[2] 보는 관점을 바꾸어 계약당사자의 교체라고 할 수도 있다.[3] 법률규정에 의한 경우도 있으나, 법률행위에 의하여 하는 경우도 적지 않다.

민법에는 계약이전을 정면에서 규율하는 규정이 없다. 기껏해야 임차권 양도에 관한 제629조[4]가 임차인이라는 계약당사자의 지위의 양도를 포함하여 규정하고 있다고 해석되고 있고, 제140조에서 법률행위의 취소권자로서 그 법률행위를 한 사람의 「승계인」을 들고 있는데서 이에 관한 법적 규율의 단서를 찾을 수 있을 뿐이다.[5] 그러나 계약이전은 제법 빈번하게 행해지는 거래이다. 임대 목적 부동산을 양도하면서 하는 임대인지위의 이전이나, 임차권 양도, 영업양도에 따른 고용계약상지위승계, 보험 목적물의 양도에 수반한 보험계약상지위승계, 수분양권의 양도는 실제로 어렵지 않게 볼 수 있다.[6]

---

1) 가령 양창수·권영준 공저, **민법 Ⅱ**. 권리의 변동과 구제, 博英社(2011), 216면.

2) 용어에 관하여 좀 더 상세한 것은, 徐敏, "契約引受", **厚巖郭潤直敎授華甲紀念 民法學論叢** 제1권, 博英社(1985), 394면; H. Pieper, Vertragsübernahme und Vertragsbeitritt. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Vertragsverhältnis, Köln und Berlin(1963), S. 79ff.

3) 野澤正充, "当事者の交代", 内田 貴·大村敦志 編, **民法の争點**, 有斐閣(2007), 170면. 양창수·권영준(주 1), 같은 곳도 참조.

4) 이하 법명의 지시 없이 인용하는 조문은 모두 민법의 그것이다.

5) 양창수·권영준(주 1), 216-217면.

계약이전 일반에 관하여는 이미 뛰어난 선행연구가 몇몇 있고, 부분적으로는 견해가 갈리지만 큰 틀에서는 결론에 일치를 보고 있다.[7] 그러나 첫째, 이들의 논의는 대체로 가장 논란의 소지가 없는, 세 당사자가 합의하거나 적어도 두 당사자가 합의하고 남은 한 당사자가 동의한 경우에 한하여 계약이전이 가능하다고 하고 있어, 계약이전거래가 빈번해져감에 따라 점차 증가하고 있는 상대방 동의 요건의 완화 필요성에 충분히 대응하지 못하고 있고, 이와도 관련되어 있는 문제이지만, 둘째, 소수의 연구를 제외하면[8] 갈수록 증가하고 있는 개별 계약 및 특별법 고유의 계약이전법리를 고려하지 아니하고 있으며, 셋째, 여전히 세 당사자 사이의 관계에 관하여 충분히 구체적으로 다루지 아니하고 있다. 다른 한편, 근래 계약이전의 요건과 효과에 관하여 명문 규정을 두는 입법례가 늘고 있고,[9] 우리나라에서도 계약이전에 관한 규정의 신설이 논의되고 있다.[10] 계약이전의 법리에 관하여

---

6) 양창수・권영준(주 1), 217면.

7) 金龍潭, "契約引受의 要件", **民事判例硏究[Ⅳ]**, 博英社(1982), 80면 이하; 徐敏(주 2), 393면 이하; 梁泰宗, "契約引受", **대법원판례해설** 제8호(87년 하반기), 법원도서관(1988), 47면 이하; 이준현, "계약인수와 임차권의 양도", **저스티스** 제89호, 한국법학원(2006. 2), 5면 이하 등.

8) 가령 이준현(주 7).

9) 계약이전에 관하여 일반적인 규율을 명문화한 최초의 입법은 1942년 이탈리아신민법(codice civile) 제1406조 내지 제1410조인 듯하다. 그 뒤를 이어 1967년 포르투갈민법(Código Civil) 제424조 내지 제427조가 이에 관한 규정을 두고 있었다. 그러나 2002년 네덜란드신민법(Burgerlijk Wetboek; NBW) 제6:159조와 같은 해 발표된 유럽계약법원칙 제3부(Principles of European Contract Law; PECL, Part III) 제12:201조 및 2004년 국제상사계약원칙 2판(Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2nd. ed. 2004; PICC 2004) 제9.3.1조 내지 제9.3.7조가 계약이전에 관한 규정을 두었고, 2005년 프랑스 법무부에 제출된 프랑스채권법개정시안(이른바 까딸라 개정시안(Avant-projet Catala)) 제1165조의3 내지 제1165조의5와, 유럽민법전연구회 등의 공통참조기준초안(Draft Common Frame of Reference Outline Edition 2009, Full Edition 2010; DCFR) 제5:301조 내지 제5:302조도 계약이전에 관하여 규정하고 있다(이미 2008년의 중간판(DCFR Interim Edition 2008) 제5:301조에 대체로 같은 취지의 규율이 포함되어 있었다). 그리고 2009년 일본의 民法(債権法)改正検討委員会에서 발표한 債権法改正の基本方針 제3.1.4.14항 내지 제3.1.4.A항도 계약이전에 관하여 일반적 규율을 정하고 있다.

10) 宋鎬煐, "채무인수, 이행인수 및 계약인수에 관한 입법론", **法曹** 제662호, 法曹協會(2011. 11), 92면 이하. 위 논문은 2010년 제2기 민법개정위원회 중 채무의 인수 등에 관한 개정기초작업을 담당한 제3분과위원회의 개정안을 소개하고 있다. 이 안은 민법 제3편 제4절 「채무의 인수」의 제3관으로 「계약인수」의 관을 두어 다음과 같은 규정을 신설하는 내용을 포함하고 있다.

제459조의3(계약인수) 계약당사자의 일방이 제3자와 계약상 지위를 이전하기로 합의

다시 검토해볼 필요가 있다고 생각하는 까닭이다.

2. 논의의 한정

이 글에서는 이러한 관점에서 계약이전의 법리를 각국의 판례·학설·입법의 진전과 특별법, 거래상 필요를 고려하여 새롭게 조명하여 보고자 한다. 무엇보다도 다수의 특별법, 판례와 학설상 가장 문제가 된 상대방의 동의 요건의 기능과 위치를 중심으로 이 법리를 재구성할 것이다. 이로부터 계약이전에 관한 일반법리와 특별법 및 그 상호관계에 대한 이해를 제고하고, 입법의 타당성을 평가하는 기준을 정립하며, 나아가 구체적 해석론에 관하여도 몇 가지 시사점을 도출하고자 한다.

다만, 논의의 대상은 종래 계약이전에 관한 논의의 중심을 이루었던 법률행위에 의한 계약이전, 그 중에서도 특정승계로 한정하기로 한다. 법률규정에 의한 계약이전, 특히 계약당사자지위의 상속에도 몇 가지 흥미로운 문제가 있으나, 이 글에서는 다루지 아니한다.[11] 또 법률행위에 의한 계약이전으로 볼 수 있다 하더라도 포괄승계에 해당하는 (법인 간) 합병은 논의에서 제외한다. 반면, 직접 계약이전을 목적으로 하는 법률행위에 의한 경우가 아니라 하더라도, 기초가 되는 자산의 이전에 관한 법률행위에 수반하여 계약이전이 이루어지는, 임대차 목적물 양도에 따른 임대인지위의 이전, 영업양도 등에 따른 사용자지위의 이전, 보험 목적물 양도에 따른 보험계약자지위의 이전은 논의에 포함한다. 이들은 넓은 의미에서 법률행위에 의한 계약의 특정승계의 일종으로 볼 수 있을 뿐 아니라, 이 글에서 취한 접근방법이 갖는 실천적인 의의를 잘 보여주는 예라고 생각되기 때문이다. (법인의) 분할에 의한 계약이전의 경우 포괄승계인지 특정승계인지 논란이 될 수 있으나,[12]

하고 다른 계약상대방이 이를 승낙한 경우에는 제3자가 계약상의 지위를 승계한다.
제459조의4(준용규정) 계약의 인수가 계약당사자 일방으로부터 제3자에게로 권리의 이전을 포함하는 범위 내에서는 제4절(채권의 양도)의 규정이 준용되고, 의무의 이전을 포함하는 범위 내에서는 제5절 제1관(면책적 채무인수)의 규정이 준용된다.
2012년 2월 현재까지 이 개정안은 위원장단 회의에 상정되지 못하고 있다.

11) 가령 계속적 보증계약에서 보증인지위의 상속성 문제가 있다. 우선 崔秀貞, "繼續的保證債務의 相續", **家族法研究** 제14호, 한국가족법학회(2000), 277면 이하 참조. 제목에도 불구하고 보증"채무"뿐 아니라 "보증인지위", 즉 보증계약당사자지위의 상속 문제도 다루고 있다. 공동상속의 경우에는 한 계약당사자의 지위를 여러 사람이 승계하는 문제가 생긴다. 까딸라 개정시안 제1165조의3은 이 두 문제 모두를 규율하고 있다.

12) 우리의 통설은 (부분적) 포괄승계로 보고 있다. 宋沃烈, **商法講義**, 弘文社(2011), 1118-

일단 고려의 대상에 넣는다. 그러나 조합원지위의 이전, 주주지위의 이전 등은 직접 다루지 아니한다. 이들도 계약이전과 관련되어 있으나 그 동안 주로 단체법적인 문제로 다루어져왔기 때문이다.

II. 우리의 판례・학설 및 비교법적 고찰

1. 우리의 판례・학설의 전개

(1) 계약이전법리 일반: 총론

우리나라에서 계약이전의 요건 일반을 다룬 공간된 최초의 재판례는 대법원 1981. 6. 9. 선고 80다3289 판결[13]로 보인다. 원고 등의 조부와 피고의 조부 사이에, 피고의 조부는 원고 선대의 분묘를 수호관리하고, 원고 등의 조부는 피고의 조부로 하여금 위토답(位土畓)의 무상 경작을 허락하는 내용의 위토경작계약이 체결되었고, 원고 등의 조부, 피고의 조부가 모두 사망하여 계약당사자지위를 원고, 피고

1119면; 李哲松, **會社法講義**, 第13版, 博英社(2006), 883면. 독일에서도 그렇게 본다. V. Rieble, "Verschmelzung und Spaltung von Unternehmen und ihre Folgen für Schuldverhältnisse mit Dritten", ZIP 1997, 301. 그러나 일본・스위스에서는 특정승계로 보는 견해도 주장되고 있다. 神田秀樹, **會社法**, 第八版(2006), 318면; R. Watter und U. Kägi, "Der Übergang von Verträgen bei Fusionen, Spaltungen und Vermögensübertragungen", SZW 2004, 231, 235ff. 반론의 핵심은, 개별 권리이전과 권한분배에 관하여 별도의 공시절차를 거치지 아니하여도 제3자에 대하여 권리이전으로 대항할 수 있다고 하는 것은 부당하다는 것이다. 프랑스에서도 적어도 특별한 공시가 필요한 자산에 대하여는 포괄승계효가 제한된다고 보고 있다. 노혁준, "프랑스의 회사분할 법제에 관한 연구: 분할의 효력을 중심으로", **법제연구** 제39호, 한국법제연구원(2010), 426면 이하. 이러한 논의는 우리 법의 해석에도 참고할 만하다.

13) 공661, 59. 金龍潭(주 7)이 그 평석이다. 같은 문헌, 82-83면은 위 판결 이전에도 "임대차계약상의 권리의무의 포괄적 양도에 있어서도 그 권리의무의 내용을 이루고 있는 채권의 양도부분에 관하여서는 일반지명채권의 양도에 있어서와 마찬가지로 양도인이 확정일자 있는 증서로써 이를 채무자에게 통지하거나 채무자가 확정일자 있는 증서로써 승인하지 아니하면 그와 같은 양도는 채무자 이외의 제3자에게 대항할 수 없다고 해석함이 타당하다 할 것인바, 본건에 있어 원심이, 원고는 소외 甲과 소외 乙 간의 본건점포 임대차계약에 관하여 소외 甲의 지위를 그대로 승계함을 목적으로 하는 이른바 계약인수를 한 것이므로, 그 계약내용의 일부를 이루고 있는 본건점포 임대차보증금채권의 양도에 있어서는 일반지명채권의 양도에 있어서와 같이 제3자에 대한 대항요건을 구비할 필요가 없다는 취지로 해석하였음은 위법"이라고 한 "서울高法 1963. 3. 18. 선고 62다222 判決"이 있었다고 하나, 위 판결은 찾을 수 없었다.

의 부가 각 상속하였다. 이후 피고의 부가 고령 등으로 분묘수호관리의무를 이행할 수 없게 되어 피고에게 위토경작인지위를 “양도”하였고, 원고가 피고와 사이에 위토경작계약을 “합의해지”한 뒤, 피고를 상대로 위토경작계약합의해지를 원인으로 토지인도 및 해지 후 계속 경작으로 수확한 백미의 인도 내지 그 대상(代償)청구를 하였다. 제1심과 원심은 계약이 해지되었다고 보아 원고의 청구를 인용하였으나, 대법원은 “위토경작계약을 그대로 유지하면서 위토경작인지위를 승계하는 일은 위토경작계약의 당사자변경에 해당하므로 위토소유자와 구경작자와의 합의 없이는 이루어질 수 없다”며, 피고의 부와의 합의가 없어 계약이전이 이루어지지 아니하였고, 따라서 피고와의 합의해지는 효력이 없다는 이유로 위 원심판결을 파기·환송하였다. 이 판결은 계약이전은 삼면(三面)계약, 즉 양도인, 양수인, 잔존당사자(이하 ‘상대방’이라 한다) 모두의 합의가 있어야 가능하다는 취지로 이해된다.[14]

이후 재판례로 중요한 것은 대법원 1987. 9. 8. 선고 85다카733, 734 판결[15]이다. 사안은 원고와 진주시 사이에 체결된 부동산매매계약상 매수인지위를 피고회사의 대표이사 X가 이전받고, 이후 진주시가 X의 매수인명의변경신청을 받아들여 매수인명의를 X로 변경한 다음, X 앞으로 소유권이전등기를 마쳐주었는데, 원고가 당초의 계약을 해제한바 없으므로 매수인이 X로 변경될 수 없다며 X 앞으로 된 소유권이전등기말소 및 원고 앞으로의 소유권이전등기 등을 구한 것이다. 대법원은 원고와 X 사이의 계약은 “이른바 계약당사자로서의 지위의 승계를 목적으로 하는 계약인수라고 보는 것이 마땅하고 이와 같은 계약인수는 그로부터 발생하는 채권·채무의 이전 외에 그 계약관계로부터 생기는 해제권 등 포괄적인 권리의무의 양도를 포함하는 것으로서 그 계약은 (…) 삼면계약으로 이루어지는 것이 통상적이라고 할 수 있으나 관계당사자 삼인(三人) 중 이인(二人)의 합의와 나머지 당사자가 이에 동의 내지 승낙하는 방법으로도 가능하”고, 이때 “양도인은 계약관계에서 탈퇴하게 되고 계약인수 후에는 특별한 사정이 없는 한 잔류당사자와 양도인 사이에는 계약관계가 존재하지 않게 되며 그에 따른 채권·채무관계도 소멸한다”면서, 원고의 상고를 기각하였다. 이 판결은 경개가 아닌, 계약의 이전이 가능하고, 삼면합의가 아닌 양도인과 양수인의 합의와 상대방의 동의로 계약을 이전할 수도 있음을 분명히 하고 있다.[16]

---

14) 金龍潭(주 7), 84면 이하.

15) 공811, 1514. 梁泰宗(주 7)이 이 판결에 대한 재판연구관의 해설이다.

이후 대법원 1992. 3. 13. 선고 91다32534 판결[17]은 원고와 소외인 사이에 호텔 오락실동업계약이 체결되었고, 소외인이 피고에게 그 동업계약상지위를 "양도"한 다음, 원고가 피고를 상대로 동업계약해지를 원인으로 한 정산금지급을 구한 사안에서 "원심은 원고가 피고에 대하여 위 동업계약상의 채무의 이행을 최고한 사실을 인정하고 있고, 기록에 의하면, 피고가 소외 ○○○으로부터 위 동업계약상의 ○○○의 지위를 인수하였음을 전제로 하여 원고가 위 동업계약을 해지하였음을 이유로 이 사건 청구를 하고 있음에 비추어, 원고가 피고와 위 ○○○ 사이의 인수약정을 사후에 승낙한 것이라고 인정할 수 있"으며, 동업계약에 양도금지특약이 있으나, 원고가 사후 승낙을 한 이상 원고와 피고 사이의 동업관계의 성립을 부정할 수 없다고 한다. 묵시적 승낙이 가능하고, 이행의 최고와 해지가 묵시적 승낙으로 해석될 수 있으며, 당초의 약정에 양도금지특약이 있었더라도 상대방이 동의한 이상 문제되지 아니한다는 점을 밝히고 있다.

계약이전의 효과와 관련하여 판례는, 삼면계약이나 양도인과 양수인 사이의 양도합의에 상대방의 동의를 받아 계약이전이 이루어지면, 양수인에 대하여 계약의 이행을 구할 수 있고,[18] 해지 등 계약관계의 해소는 양수인만이 할 수 있으며,[19] 양도인은 "특별한 사정이 없는 한" 면책되어, 더는 그에게 계약의 이행을 구할 수는 없다고 본다.[20] 근래의 대법원 2007. 9. 6. 선고 2007다31990 판결[21]도, 원고가

---

16) 梁泰宗(주 7), 53-54면. 이를 상대방의 동의를 "성립요건"이 아닌 "유효요건"으로 보는 쪽에 접근한 것이라고 설명한다.

17) 공919, 1300. 대법원 1996. 2. 27. 선고 95다21662 판결(집44(1)민, 207)도, 연립주택 등을 신축하여 분양하려던 소외회사가 부도가 나자 그 채권자들이 피고회사를 설립하여 소외회사로부터 위 연립주택 등 신축 및 분양에 관한 일체의 권리의무를 이전받고, 그 수분양자들인 원고들로부터 "준공검사 동의서"를 받았는데, 이후 원고들이 분양받은 주택 등을 제3자에게 넘겨주어, 원고들이 피고를 상대로 소유권이전등기의무의 이행불능을 이유로 손해배상청구를 한 사안에서, 소외회사와 피고 사이의 분양계약이전의 합의만으로는 원고들에게 그 효력이 미치지 아니하고, "준공검사 동의서"만으로 원고들이 계약이전에 동의하였다고 볼 수 없다고 한 원심판결을, 피고가 "원고들을 비롯한 피분양자들에게 이 사건 공사를 인수하였다면서 준공검사가 나면 소유권이전등기를 해주겠으니 준공검사 동의서에 날인해 달라고 요청하여 원고들이 이에 응한 행위는 바로 소외 회사와 피고 회사 사이의 계약인수에 동의한 것으로 볼 수 있다"는 이유로 파기·환송하였다.

18) 대법원 1992. 3. 13. 선고 91다32534 판결(주 17); 1996. 2. 27. 선고 95다21662 판결(주 17).

19) 대법원 1981. 6. 9. 선고 80다3289 판결(주 13); 1992. 3. 13. 선고 91다32534 판결(주 17).

20) 대법원 1987. 9. 8. 선고 85다카733, 734 판결(주 15).

21) 공2007, 1540. 김진우, "도급계약에 있어 계약 당사자의 확정과 계약인수", **사법** 제3

피고1로부터 여관신축공사를 수급하여 공사를 진행하던 중 건축주명의가 피고1로부터 그 딸인 피고2로 변경되었고, 이에 따라 "공사도급(변경)계약서"를 작성한 다음, 공사를 마무리하여 이를 피고들에게 인도하였는데 공사대금을 지급받지 못하여 피고들을 상대로 각자 공사대금을 지급할 것을 구한 사건에서, 양도인과 양수인의 합의와 상대방의 동의 등으로 계약이 이전되는 경우, 상대방이 "동의 내지 승낙을 함에 있어 양도인의 면책을 유보하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 양도인은 계약관계에서 탈퇴하고, 따라서 나머지 당사자와 양도인 사이에는 계약관계가 존재하지 아니하게 되어 그에 따른 채권·채무관계도 소멸"한다고 하면서, 피고1이 건축주명의를 피고2로 변경한 이후에도 지체상금과 건축주가 직불한 공사자재비 등에 관하여 합의하는 자리에서 도급인 측으로 참석하여 원고로부터 각서를 교부받았고, 여관건물에서 피고2와 함께 숙박업을 운영해오고 있으며, 건축주 측이 3회에 걸쳐 원고 등에게 보낸 우편물에 건축주로 피고들이 함께 기재되어 있다는 사정을 들어 피고들에게 병존적 채무인수인으로서 연대책임을 지운 원심을 파기·환송함으로써, 원칙적으로 양도인이 면책됨을 확인하고 있다. 한편, 위 판결의 문면만 보면 마치 양도인이 일방적으로 면책을 유보할 수 있는 것처럼 읽히기도 하나,[22] 단정하기는 어렵다.

상대방의 동의를 받지 못한 경우는 어떠한가? 판례는 양수인에게 계약의 이행을 청구할 수 없고, 계약의 해소 등 처분권한도 양도인에게 유보되어 있다는 입장으로 보인다. 반드시 명백한 것은 아니나, 대법원 1981. 6. 9. 선고 80다3289 판결(주 13), 1992. 3. 13. 선고 91다32534 판결(주 17), 1996. 2. 27. 선고 95다21662 판결(주 17) 등 동의 유무가 쟁점이 된 재판례는 모두 이러한 논리를 전제하고 있다고 여겨진다.

계약은 이전되기 전의 계약과 동일성을 유지한 채 이전 당시 상황 그대로 양수인에게 이전된다. 대법원 2005. 3. 10. 선고 2004다51153 판결[23]은, 소외1이 원고

호, 사법연구지원재단(2008), 261면 이하가 그 평석이다.

22) 양창수·권영준(주 1), 218면은 그러한 취지로 이해하는 듯하다. 한편, 李愚宰, "저당부동산이 제3자에게 양도되면서 근저당권자와의 합의하에 채무자 지위 승계를 내용으로 하는 계약인수가 이루어진 경우 양수인에 대한 조세채권과 근저당권부채권과의 우선순위", **대법원판례해설** 제54호(2005년 상반기), 법원도서관(2006), 551-552면은 양도인의 책임이 병존한다고 본 판례가 있다면서, 대법원 1982. 10. 26. 선고 82다카508 판결(공695, 61); 1996. 9. 24. 선고 96다25548 판결(공1996, 3184); 2002. 9. 4. 선고 2002다36051 판결(미공간); 2002. 10. 25. 선고 2001다48422 판결(미공간)을 들고 있으나, 위 판결들은 어느 것이나 그러한 취지로 보기 어렵다.

은행으로부터 대출을 받으면서 그 소유의 부동산에 관하여 근저당권을 설정해주었고, 이후 소외2가 위 부동산을 매수하면서 위 대출계약상의 채무자지위를 인수하였는데, 이후 대출금이 상환되지 아니하자 원고가 위 근저당권을 실행하여, 피고들이 소외2에 대한 당해세에 관하여 원고보다 우선하여 배당받자, 원고가 배당이의를 한 사안에서, 계약인수로 마치 처음부터 원고와 소외2 사이에 근저당권설정계약을 체결한 것과 같게 되었다는 이유로 청구를 기각한 원심을, 위 근저당권설정 당시 설정자에게 당해 저당권에 우선하여 징수할 조세의 체납이 없었다면, 계약인수가 이루어졌다 하더라도 양수인에 대하여 부과한 국세·지방세를 법정기일이 앞선다거나 당해세라 하여 우선 징수할 수는 없다는 이유로 파기·환송하고 있는데, 대체로 이러한 취지로 이해된다.

이러한 판례의 태도는 학설과도 대체로 일치한다. 종래부터 학설은 계약이전이 삼면계약, 또는 양도인과 양수인 사이의 합의에 상대방이 동의 또는 승낙하여 이루어진다고 보고 있었고, 그 효과로 양도인은 원칙적으로 면책된다고 하고 있었다. 또한 상대방이 동의하지 아니하는 경우 아무런 효력도 생기지 않는다는 것이 일반적인 해석이었다.[24] 다만, 학설이 주로 삼면계약을 기본형으로 보는데 비해, 실무가들 사이에서는 상대방의 동의를 조건으로 한 양도인과 양수인 사이의 계약이전을 기본형으로 보는 시각이 우세하고,[25] 상대방의 동의를 받지 못한 경우에도 양수인의 책임을 긍정하고,[26] 더러는 동의를 받은 경우에도 상대방의 의사가 명백하지 아니하면 양도인의 책임존속을 긍정하는[27] 견해까지 주장되고 있었다.

(2) 개별 계약유형 및 계약이전사유별 고유의 계약이전법리: 각론

그러나 계약이전에 관한 우리 법의 태도는 이러한 총론적 고찰만으로 완전히 파악될 수 없다. 계약유형별 및 계약이전사유별로 독자적인 법리가 전개되고 있는

---

23) 공2005상, 545. 해설: 李愚宰(주 22). 또한 대법원 1998. 7. 14. 선고 96다17202 판결(공64, 2103)도 방론이지만, 임대차보증금반환채권이 가압류 또는 압류된 후 임차권이 양도되고 임대차보증금반환채권도 양도된 경우 "위 양도의 효력은 위 압류권c자 등에게 대항할 수 없다"고 한다.

24) 김진우(주 21), 283-284면; 徐敏(주 2), 412면; 宋鎬煐(주 10), 95-96면.

25) 金龍潭(주 7), 88면; 梁泰宗(주 7), 53-54면; 郭潤直 編輯代表 **民法注解[X]**: 債權(3)-李尙勳, 博英社(1992), 544면 등.

26) 郭潤直 編輯代表 **民法注解[X]**: 債權(3)-閔亨基, 博英社(1992), 628면; 朴駿緖 編輯代表 **註釋民法[X]**: 債權總則(2)-金滉植, 제3판, 韓國司法行政學會(2000), 627면.

27) 李愚宰(주 22), 552-553면.

경우가 있기 때문이다.

먼저, 민법에서 정하는 예로 임대차계약에서 임대인 또는 임차인지위의 이전이 있다. 제621조 제2항, 주택임대차보호법 제3조 제1항 또는 상가임대차보호법 제3조 제1항에 의하여 대항력이 있는 임대차의 경우 임대 목적물이 제3자에게 양도되더라도 임차인은 양수인에 대하여 임차권으로 대항할 수 있고, 이때는 양수인이 양도인의 임대인지위를 승계한다.[28] 그 대신 "임차인이 임대인의 지위승계를 원하지 않는 경우에는 임차인이 임차주택의 양도사실을 안 때로부터 상당한 기간 내에 이의를 제기함으로써 승계되는 임대차관계의 구속으로부터 벗어날 수 있다고 봄이 상당하고, 그와 같은 경우에는 양도인의 임차인에 대한 보증금 반환채무는 소멸하지 않는다."[29]고 한다. 또한 대법원 1998. 9. 2.자 98마100 결정[30]은, 대항력 없는 임대차의 임대인과 임대 목적물의 양수인 사이에 임대인지위를 "양도"하자, 임차인이 이를 이유로 임대차계약을 해지하고 임차보증금반환청구권을 담보하기 위한 근저당권을 실행한 사건에서, "임대인의 의무는 임대인이 누구인가에 의하여 이행방법이 특별히 달라지는 것은 아니고, 목적물의 소유자의 지위에서 거의 완전히 이행할 수 있으며, 임차인의 입장에서 보아도 신 소유자에게 그 의무의 승계를 인정하는 것이 오히려 임차인에게 훨씬 유리할 수도 있으므로 임대인과 신 소유자와의 계약만으로써 그 지위의 양도를 할 수 있다 할 것이나, 이 경우에 임차인이 원하지 아니하면 임대차의 승계를 임차인에게 강요할 수는 없는 것이어서 스스로 임대차를 종료시킬 수 있어야 한다는 공평의 원칙 및 신의성실의 원칙에 따라 임차인이 곧 이의를 제기함으로써 승계되는 임대차관계의 구속을 면할 수 있고, 임대인과의 임대차관계도 해지할 수 있다"고 한다. 앞의 것은 임대 목적물의 양도만으로 임대인지위양도가 이루어는 경우이고, 뒤의 것은 양도인과 양수인 사이에 별개의 합의가 필요한 경우이지만, 어느 쪽이든 상대방, 즉 임차인의 동의 내지 승낙을 요구하지 아니하고, 대신 해지권만을 부여하고 있는 것이다.

임차인지위의 양도에 관하여도 같다. 제629조 제1항은 "임차인은 임대인의 동의 없이 그 권리를 양도하(중략)지 못한다."고 규정하고, 판례·통설은 여기에서 "권

---

28) 이준현, "賃貸人에 의한 임차목적물의 讓渡와 賃貸借關係에 대한 영향", **比較私法** 제11권 제2호, 한국비교사법학회(2004. 6), 176면. 주택임대차보호법 제3조 제2항 및 상가임대차보호법 제3조 제2항은 이를 명문으로 규정한다.

29) 대법원 2002. 9. 4. 선고 2001다64615 판결(공2002, 2319).

30) 공1998, 2498. 이준현, "賃貸人의 地位의 讓渡와 賃借人의 同意 또는 承諾", **人權과 正義** 제329호, 대한변호사협회(2004. 1), 149면 이하가 그 평석이다.

리"의 양도를 임차인지위의 양도로 보고 있다. 위 규정만 놓고 보면 상대방, 즉 임대인의 동의를 요구하므로 계약이전의 일반법리와 일치하는 것처럼 보인다. 그러나 제2항이 "임차인이 전항의 규정에 위반한 때에는 임대인은 계약을 해지할 수 있다."고 규정하고 있으므로, 제1항의 권리를 임차인지위로 보는 한, 이 규정은 임차인이 양수인과의 합의로 일방적으로 임차인지위를 양도할 수 있고, 상대방, 즉 임대인이 동의하지 아니하였다 하더라도 효력이 없는 것이 아니라, 단지 임대차계약을 해지할 수 있을 뿐이라고 읽을 수 있다. 실제로 판례·통설은 그와 같이 이해하고 있다.[31] 나아가 대법원 1993. 4. 27. 선고 92다45308 판결[32]은, 소외인이 원고로부터 토지를 임차하여, 소외인 이름으로 건물을 신축·소유하면서 그 처인 피고와 공동주거 및 공동영업소로 사용해오던 중, 피고와 협의이혼을 하면서, 그 위자료 명목으로 위 토지임차인지위와 그 지상건물을 피고에게 양도하자, 원고가 피고를 상대로 건물철거 등을 구한 사건에서, 위 임차인지위의 양도가 "실질적으로 임대인인 원고의 인적 신뢰나 경제적 이익을 해치는 것도 아니고, 이와 같은 경우에는 임대차관계를 계속시키기 어려운 배신적 행위라고 인정할 수 없는 특별한 사정이 있는 경우에 해당한다고 봄이 상당하므로 원고에게는 계약해지권이 발생하지 아니하고, 피고는 위 임차권의 양수나 이에 터 잡은 사용·수익을 임대인인 원고에게 주장할 수 있다고 보는 것이 옳"다고 판시하여, 예외적으로 상대방, 즉 임대인의 해지권이 제한될 수 있고, 그때에는 임차인지위의 이전으로 임대인에 대하여 대항할 수 있음을, 그리하여 결과적으로 상대방의 동의 없이 임대차계약이 이전함을 분명히 하고 있다.

다음, 영업양도에 수반한 근로계약상 사용자지위의 이전을 본다. 대법원 1994. 6. 28. 선고 93다33173 판결[33]은, 원고가 소외회사에 입사하였다가 해고처분을 받아 부당노동행위구제명령을 받았으나 복직이 이루어지지 아니하던 중, 소외회사가 피고에게 영업을 양도하면서 원고를 제외한 나머지 근로자와의 근로관계만 승계하는 것으로 약정하자, 영업양수인인 피고를 상대로 임금지급을 구한 사건에서, "영업양도 당사자 사이에 근로관계의 일부를 승계의 대상에서 제외하기로 하는 특약이 있는 경우에는 그에 따라 근로관계의 승계가 이루어지지 않을 수 있으나,

---

31) 이준현(주 7), 25면. 그러나 양수인은 임대인의 동의를 받지 아니한 이상 임대인의 권리, 가령 물권적 청구권을 대위 행사할 수는 없다고 한다. 대법원 1985. 2. 8. 선고 84다카188 판결(집33(1)민, 42).

32) 공947, 1553.

33) 공973, 2082. 같은 취지: 대법원 1996. 4. 26. 선고 95누1972 판결(공1996, 1736) 등.

그러한 특약은 실질적으로 해고나 다름이 없다 할 것이므로, 근로기준법 제27조 제1항 소정의 정당한 이유가 있어야 유효하다 할 것이며, 영업양도 그 자체만을 사유로 삼아 근로자를 해고하는 것은 정당한 이유가 있는 경우에 해당한다고 볼 수 없"다는 이유로, 원고의 청구를 인용한 원심을 확정하였다. 그리고 대법원 2002. 3. 29. 선고 2000두8455 판결[34]은, "근로자가 반대의 의사를 표시함으로써 양수기업에 승계되는 대신 양도기업에 잔류하거나 양도기업과 양수기업 모두에서 퇴직할 수도 있는 것이고, 영업이 양도되는 과정에서 근로자가 일단 양수기업에의 취업을 희망하는 의사를 표시하였다고 하더라도 그 승계취업이 확정되기 전이라면 취업희망 의사표시를 철회하는 방법으로 위와 같은 반대의사를 표시할 수 있"다고 한다. 이때에도 상대방의 동의 없이 양도인과 양수인의 (기초가 되는 자산 양도의) 합의만으로 일단 계약이전이 이루어지고, 상대방에게는 해지권만이 부여되어 있는 셈이다.

그 이외에 계약이전에 직접 관계되는 특별법 규정도 있다. 몇 가지 예를 든다.

첫째, 주식회사가 분할하는 경우, 분할 또는 분할합병으로 설립되거나 존속하는 회사는 분할하는 회사의 권리의무를 분할계획서 또는 분할합병계약서가 정하는 바에 따라 승계한다(상법 제530조의10, 제530조의5 제1항 7호·제2항 3호, 제530조의6 제1항 6호·제2항 1호). 이로써 계약도 이전된다. 특히 주목할 점은, 이때 두 회사 모두 분할 또는 분할합병 전 채무에 관하여 연대책임을 지되(상법 제530조의9 제1항), 연대책임의 배제, 즉 면책적 이전을 정할 수 있고(상법 제530조의9 제2항·제3항, 제530조의5 제1항 8호, 제530조의6 제1항 7호·제2항 1호), 그 경우에는 채권자보호절차를 거치도록 되어 있어, 채권자에게 통지 또는 공고하고 사채권자의 결의 및 이의를 받으며, 이의하는 경우 그 채무에 대한 담보를 제공하여야 한다는 것이다(상법 제530조의9 제4항, 제439조 제3항, 제527조의5, 제232조 제2항·제3항). 즉, 연대책임을 부담하는 경우 상대방, 즉 채권자의 동의를 요하지 아니하고, 면책적으로 이전하는 경우에는 동의 대신 이의권만 부여하며 담보제공에 의하여 이를 무력화시킬 수 있도록 하는 구성이 취해진 셈이다.

이와 관련하여 흥미를 끄는 재판례로 대법원 2011. 8. 25. 선고 2010다44002 판결[35]이 있다. 이 사건에서는 갑, 을 회사가 공동수급체로 피고와 공사도급계약을 체결한 후, 갑의 일부 사업부문이 원고와 분할합병하면서, 위 공사도급계약이 원

34) 집49(2)특, 359.
35) 공2011하, 1925.

고에게 이전하는 것으로 정해지자, 원고가 피고를 상대로 계약당사자지위확인을 구하였다. 대법원은 "공동수급체는 기본적으로 민법상의 조합의 성질을 가지고, 공동수급체의 구성원 사이에서 구성원 지위를 제3자에게 양도할 수 있기로 약정하지 아니한 이상, 공동수급체의 구성원 지위는 상속이 되지 않고 다른 구성원들의 동의가 없으면 이전이 허용되지 않는 귀속상의 일신전속적인 권리의무에 해당하므로, 공동수급체의 구성원 지위는 원칙적으로 회사의 분할합병으로 인한 포괄승계의 대상이 되지 아니"한다는 이유로, 원고의 청구를 인용한 원심판결을 파기·환송하였다. 당해 사안에서는 피고도 다른 공동수급체 구성원들의 동의가 없었다는 이유로 계약이전에 대한 동의를 거절하고 있었다.

둘째, 손해보험의 피보험자가 보험의 목적을 양도한 때에는 양수인은 보험계약상의 권리와 의무를 승계한 것으로 추정하고, 보험의 목적의 양도인 또는 양수인은 보험자에 대하여 지체 없이 그 사실을 통지할 의무만을 진다(상법 제679조). 이 규정은 보험 목적이 양도되는 경우 보험계약도 승계하는 합의가 있는 것으로 양수인의 의사를 추정하는 임의규정으로써, 보험자의 동의 없이 일단 보험계약이 이전됨을 긍정하고, 통지의무만을 부여하고 있다. 이때 판례는 보험자가 약관 등에 의하여 보험계약을 해지할 수 있도록 하면서도 피보험자 보호의 관점에서 일정한 경우 그 해지권을 제한하고 있다.[36]

셋째, 이른바 자산부채이전(Purchase of asset and Assumption of liabilities; P&A)에 의한 기업구조조정이 있다. 대표적인 예는 보험업법상의 계약이전이다. 이는 보험회사가 다른 보험회사와의 계약의 방법으로 책임준비금 산출의 기초가 동일한 보험계약의 전부를 포괄하여[37] 다른 보험회사에 이전하는 것을 말한다(보험업법 제140조 제1항). 주의할 점은, 이때에도 상대방, 즉 보험계약자의 동의는 필요 없고, 대신 일정기간 내에 일정 수 또는 일정보험금액 이상의 보험계약자가 이의를 제기하는 경우에는 계약이전이 무산되도록 하고 있다는 것이다(보험업법 제141조). 나아가 1990년대 금융위기 이후 보험사, 은행, 증권회사 등 금융기관이 부실화되면 금융감독위원회는 이른바 적기시정조치(適期是正措置)의 일환으로 계약이전을 권고 등 할 수 있을 뿐 아니라(금융산업의 구조개선에 관한 법률 제10조

---

36) 대법원 1996. 7. 26. 선고 95다52505 판결(미공간). 宋沃烈(주 12), 285-287면.

37) 이는 보험계약의 단체성을 유지하면서 보험계약자 간 공평을 확보하기 위한 것으로, 계약이전 자체에 대한 법률상의 제한의 한 예라고 할 수 있다. 노혁준, "보험업의 구조조정: 계약이전제도의 개선방안을 중심으로", BFL 제29호, 서울대학교 금융법센터(2008. 5), 35-36면.

제1항, 제11조 제1항), 계약이전결정을 할 수 있게 되었다(같은 법 제14조 제2항). 판례는 이 계약이전결정이 "금융감독위원회의 일방적인 결정에 의하여 금융거래상의 계약상의 지위가 이전되는 사법상의 법률효과를 가져오는 행정처분"이라고 이해한다.[38] 그러나 우리 법에는 이들 규정을 넘어 금융기관 이외의 일반 기업도산에 적용되는 자산부채이전에 관한 특별규정까지 두고 있지는 아니하다.[39]

그러나 이들 개별 계약유형 또는 계약이전사유에 고유한 법리와 관련하여서도 여러 쟁점이 남아있다. 대항력이 있는 임대차의 임대인지위양도에 관해서는 양도인이 당연히 면책된다고 해석하는 것이 타당한지에 관하여 논란이 있고,[40] 대항력이 없는 임대차의 임대인지위양도나, 영업양도에서 근로관계승계의 법리에 관하여는 명문의 규정이 없어 계약이전의 일반법리와 달리 취급하는 근거에 관하여 논란이 있다.[41] 계약이전결정에 관하여 대법원 2002. 12. 26. 선고 2002다12727 판결은, 양도금지제한특약이 있어도 계약이전의 효력이 생긴다고 하나,[42] 그 당부는 물론, 그 이외에도 별도의 공시방법이 있는 권리의무는 그 절차를 밟아야 하는지, 상대방 보호절차가 없어도 되는지 등이 여전히 논란의 대상이 되고 있다.

2. 각국의 판례・학설・입법의 진전

(1) 계약이전 일반: 총론

계약이전의 요건으로 양도인・양수인・상대방 사이의 삼면계약 또는 양도인과

---

38) 대법원 2003. 5. 30. 선고 2002다23826 판결(공2003, 1429) 등 다수.

39) 이 이외에 실무상 자주 문제되는 특별법 규정으로 체육시설의 설치・이용에 관한 법률 제27조가 있다. 같은 조 제1항은 "체육시설업자가 사망하거나 그 영업을 양도한 때 또는 법인인 체육시설업자가 합병한 때에는 그 상속인, 영업을 양수한 자 또는 합병 후 존속하는 법인이나 합병(합병)에 따라 설립되는 법인은 그 체육시설업의 등록 또는 신고에 따른 권리·의무(제17조에 따라 회원을 모집한 경우에는 그 체육시설업자와 회원 간에 약정한 사항을 포함한다)를 승계한다."고 규정하고, 제2항에서 이를 다른 경우에 준용하여, 체육시설이용에 관한 계약이 영업양도 등에 수반하여 이전됨을 규정한다. 이에 관하여는 우선, 이철송, "體育施設의 讓渡와 會員權 承繼의 法理: 관련 判例의 소개를 중심으로", **人權과 正義** 제372호, 대한변호사협회(2007. 8), 91면 이하.

40) 閔日榮, "賃貸住宅의 讓渡人에 대한 賃借保證金의 返還請求", **民事判例研究[IX]**, 博英社(1987), 104면 이하. 또한 이준현(주 28), 195면 이하도 참조.

41) 이준현(주 30), 158면 이하; 이준현(주 7), 25면 이하; 이용구, "영업양도와 근로관계", **노동법연구** 제6호, 서울대학교 노동법연구회(1997), 109면 이하 등.

42) 미간행. 임채웅, "금융기관의구조개선에관한법률에 의한 계약이전결정의 효과", **대법원 판례해설** 제42호(2002 하반기), 법원도서관(2003), 308면 이하가 그 재판연구관 해설이다. 또한 노혁준(주 37), 39면, 45면.

양수인 사이의 양도합의와 상대방의 동의를 요구하고, 그 효과로 면책적 계약이전을 인정하는 우리의 판례·통설은 대체로 일본, 거슬러 가면 독일의 판례·학설의 영향을 받아 형성되었다고 생각된다. 일본민법의 경우 채권양도와 채무자변경을 목적으로 하는 경개에 관한 규정은 있었으나, 채무인수에 관한 규정은 없었으며, 제정 당시에는 채무인수는 물론 계약이전 일반도 염두에 두지 아니하였다.[43] 그러나 이후 제정된 독일민법에 채무인수에 관한 규정이 포함되면서, 일본의 학설도 면책적 및 중첩적 채무인수, 계약이전을 수용하였다. 특히 계약이전의 학설상 수용에 결정적으로 기여한 것은 와가쯔마(我妻 榮)이다. 그는 계약이전이 현실적으로 필요하다는 점과 함께 채권양도와 채무인수만으로는 취소권·해제권 등이 이전하고 장래채권이 양수인에게서 발생하는 것을 설명할 수 없다는 점을 강조하면서, 개개의 채권·채무와 별도로 하나의 계약상 지위를 양도하는 계약상 지위의 양도가 인정되어야 하고, 채권자의 승인을 정지조건으로 그 효력이 생긴다고 하여 계약이전의 일반이론을 확립하였다.[44]

이는 독일의 판례 및 지배적인 학설과 일치한다. 독일민법에는 채권양도와 채무인수에 관한 규정은 있으나, 계약이전 일반에 관하여는 별도의 규정이 없었다. 그러나 독일민법 시행 후 계약이전은 채권양도와 채무인수로 분해할 수 있고, 따라서 채권양도와 채무인수를 결합하여 계약을 이전할 수 있다는 이른바 분해설(分解說)이 주장되었고,[45] 다시 채권양도와 채무인수의 결합으로는 계약관계에 부대하는 취소권·해제권 등 형성권까지 이전할 수는 없다는 등의 이유로 채권양도와 채무인수 대신에 고유한(sui generis) 하나의 법률행위에 의하여 계약관계를 이전할 수 있다고 보아야 한다는 이른바 통일설(統一說)이 힘을 얻어 통설로 확립되었다.[46] 이 견해도 일반적으로 삼면계약과 양도합의 및 상대방의 동의의 두 이전방법을 인정하고, 원칙적으로 그 효과로 계약이 면책적으로 이전한다고 보고 있다. 관련 규정이 대체로 비슷한 오스트리아일반민법과 스위스채무법의 해석에 관하여도 거의 비슷한 법적 발전이 이루어졌다.[47]

---

43) 野澤正充, **契約譲渡の研究**, 弘文堂(2002), 10-25면.

44) 我妻 栄, **債権総論(民法講義Ⅳ)**, 岩波書店(1940), 396면 이하. 또한 野澤正充(주 43), 25-60면도 참조.

45) H. Demelius, “Vertragsübernahme”, IhJr 72 (1922), 241.

46) 이러한 통일설을 결정적으로 관철시킨 것은, H. Pieper(주 2)이다.

47) RummelKommABGB-G. Ertl, 3. Aufl., Wien(2002), § 1406 Rz. 2(오스트리아); Basler-KommOR-R. Tschäni, 3. Aufl., Basel(2003), Art. 175, N2(스위스). 위 두 나라에서 학설의 전개과정에 관하여는 아울러 H. Krejci, Betriebsübergang und Arbeitsvertrag. Zugleich

프랑스의 주류적 학설·판례와 이탈리아신민법도 대체로 비슷하다. 먼저, 프랑스민법은 채권양도에 관하여는 규정을 두고 있으나, 채무를 그 동일성을 유지한 채 이전하는 채무인수에 관하여는 아무런 규정도 두지 아니하였다. 그리하여 초기의 학설은 분해설에 입각하여 채권양도와 채무자 변경의 경개로서의 효력을 갖는 지시(délégation) 내지 제3자를 위한 계약을 결합함으로써 계약이전을 인정하려 하였다.[48] 그러나 경개 등으로는 채무가 그 동일성을 유지한 채 이전될 수 없다는 비판이 제기되어, 해석에 의하여 채무인수를 인정하고, 이것과 채권양도를 결합하여 계약을 이전할 수 있다는 견해가 등장하였다.[49] 이 견해는 상대방의 승낙이 필요하고, 승낙이 있는 한 채권양도의 대항요건으로서 통지(프랑스민법 제1690조 제1항)는 불필요하며, 승낙은 양도인의 면책의 요건이나, 승낙이 거절되면 원칙적으로 계약이전이 무효가 된다고 한다.[50] 근래의 판례도 상대방의 동의 없이는 계약이전이 이루어질 수 없다는 입장을 취하고 있다.[51] 이탈리아에서도 1942년 신민법전이 제정되기 전까지는 분해설과 통일설의 대립이 있었으나, 점차 통일설이 우세해져, 1942년 신민법을 제정하면서 제1406조 이하에 통일설에 입각하여 계약이전 일반에 관한 규정을 두게 되었다.[52] 같은 법은 제1406조에서 계약이전의 요건으로 상대방의 동의를 요구하고, 제1408조 제1항·제2항에서 원칙적으로 양도인이 면책되나, 상대방이 면책을 유보할 수 있다고 규정한다.[53]

---

ein Beitrag zur Lehre von der Vertragsübernahme, Wien(1972), S. 179ff.(오스트리아), 271-274(스위스)도 참조.

48) Ch. Lapp, Essai sur la cession de contrat synallagmatique à title particulier, Strasbourg (1950)이 그 최초의 논의라고 한다(筆者 未見). 野澤正充(주 43), 201면 이하; H. Krejci(주 47), S. 255ff. 독일에서도 독일민법 제정 전 비슷한 구성이 시도된 바 있다. O. Bähr, “Ueber die s.g. Verträge zu Gunsten Dritter”, IhJr 6 (1863), 182.

49) 대표적인 연구는 Ch. Larroumet, Les operations juridique à trois personnes en droit prive, Bordeaux(1968)이다. 특히 같은 책, n° 99 et s.

50) 다만, 승낙도 거절도 하지 아니하고 있는 동안은 양도인과 양수인이 연대하여 책임을 진다. 또한 의사해석상 양도인이 보증인으로서 책임을 질 수도 있다고 한다. Ch. Larroumet(주 49), n° 125 et s.

51) Cass. com. 6 mai 1997, D. 1997, 588. 계약이전의 효력이 있는지와 관련하여 상대방이 동의하였는지 여부를 심리하지 아니하였다는 이유로 파기·환송한 사건이다.

52) S. Bernasconi, Vertragsübertragung nach italienischem Recht. Konsequenzen für das schweizerische Recht, Zürich(1978), S. 4ff.; H. Krejci(주 47), S. 262ff.

53) codice civile 제1406조(개념) 각 당사자는 상대방이 동의하는 한 미이행 쌍무계약으로부터 생긴 법률관계에 자기를 제3자로 교체할 수 있다.
제1408조(피양도인과 양도인 사이의 관계) ① 교체가 상대방과의 관계에서 유효하게 된 때로부터 양도인은 피양도인과의 계약상 채무관계에서 면제된다. ② 그러나 상대

그 이외에 1967년 포르투갈민법 제424조 제1항,[54] 2002년 네덜란드신민법 제6:159조 제1항,[55] PECL 제12:201조,[56] DCFR III.-5:302 제1항[57] 등 계약이전에 관하여 명문의 규정을 둔 입법례는 대부분 상대방의 동의를 요건으로 하고 있고,[58] 원칙적으로 양도인은 면책된다는 태도를 취한다.

물론 이들 사이에도 약간의 차이가 있다. 예컨대 이탈리아신민법과 포르투갈민법의 계약이전에 관한 규정은 미이행 쌍무계약만을 대상으로 한다. 이는 편무계약이나 일방이 이행을 마친 쌍무계약의 당사자변경은 채권양도나 채무인수에 맡기면 된다는 인식에 터 잡은 것이다.[59] 또한, 어느 나라에서나 상대방의 사전 동의를 인정하지만, 이탈리아신민법,[60] 포르투갈민법,[61] 네덜란드신민법,[62] PICC 2004,[63]

방이 양도인을 면제시키지 않겠다는 표시를 한 경우에 양수인이 그가 부담한 채무관계를 이행하지 아니하면 양도인을 상대로 소(제1218조; 채무불이행책임에 관한 규정이다. 筆者註)를 제기할 수 있다. ③ 전항의 경우에 피양도인은 불이행이 발생한 날로부터 15일 이내에 양수인의 불이행을 양도인에게 통지할 것을 요한다. 통지하지 아니한 경우에는 손해배상책임(제1223조)을 진다.

54) Código Civil 제424조(개념・요건) ① 쌍무적 급부로 된 계약에서 각 계약 당사자는 상대방 당사자가 계약을 체결하기 전 또는 그 후에 양도에 승낙한 경우에, 그 계약상 지위를 제3자에게 양도할 권리를 가진다.
제426조(계약상 지위의 존재에 대한 담보) ② 채무의 이행의 담보는 그것이 합의된 때에만 생긴다.
K. H. Neumayer, “La transmission des obligations en droit comparé”, in: La transmission des obligations, Paris(1980), pp. 254ff.

55) NBW 제6:159조(계약상 지위의 이전) ① 합의의 당사자는, 그의 상대방의 협력 하에, 그와의 법률관계를, 이를 위하여 그와 제3자 사이에 작성된 사문서 또는 공증문서에 의하여 제3자에게 이전할 수 있다.

56) PECL 제12:201조(계약양도) ① 계약의 일방 당사자는 제3자와의 사이에 그 제3자가 자신의 계약상 지위를 대체하기로 합의할 수 있다. 이때 대체의 효력은 타방 당사자의 동의로 종전 당사자가 계약상 지위를 벗어나는 경우에만 발생한다.
번역은 梁彰洙, “「유럽계약법원칙」 제3부”, **法學** 제44권 제4호, 서울대학교(2003. 12), 397면 참조.

57) DCFR III.-5:302(계약상 지위의 이전) ① 계약관계의 당사자는 제3자와 사이에, 계약관계의 상대방의 동의하에, 그가 그 관계의 당사자로 대체될 것을 합의할 수 있다.
이 규정은 양도인이 면책되지 아니하는 상황에 관하여는 직접 규정하지 아니한다. Ch. von Bar and E. Clive (ed.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR) Full Edition, Volume 2, New York(2010), p. 1104.

58) 이 점은 PICC 2004도 같다. PICC 2004 제9.3.3조(상대방의 동의요건): “계약양도는 상대방의 동의를 요한다.”

59) K. H. Neumayer(주 54), pp. 254ff. 이 점은 앞서 소개한 프랑스의 학설도 마찬가지이다.

60) codice civile 제1407조(방식) ① 당사자의 일방이 계약으로부터 생기는 법률관계에 자

DCFR[64]은 양도인과 양수인 사이에 계약이전의 합의가 이루어진 뒤 이를 상대방에게 통지하여야 그때부터 계약이전의 효력이 생긴다고 규정한다. 프랑스 판례[65]도 대체로 그러하다.

나아가 프랑스의 판례[66]와 PICC 2004는[67] 상대방이 계약이전에 동의하는 경우에도 면책의사를 명시하지 아니하면 양도인이 면책되지 아니한다고 보고 있다. 그리고 근래 여러 나라에서 양도인이 면책되지 아니함을 전제로 상대방의 동의 없이도 계약이전이 가능하거나 가능한 경우가 있다는 취지의 학설 또는 입법제안이 나오고 있다.

가령 일본의 시노미야(四宮和夫)는, 계약이전에 상대방의 동의가 필요한 것은 상대방의 동의가 있어야 채무가 인수되기 때문인데, 임대차의 경우 누가 임대인으로서 의무를 부담하는가가 중요하지 아니하므로 판례에서 임대인지위이전에서 임차인의 승인이 경시되는 것이라면서, 일반적으로 계약이전에 상대방의 의사를 얼마나 고려할지는 이전되는 법률관계의 실체에 따라 달라질 수 있다고 주장하였고,[68] 2009년 일본 민법(채권법)개정검토위원회에서 발표한 채권법개정 기본방침의 제3.1.4.14항(계약상지위의 이전의 의의)도, "계약당사자의 일방(이하 양도인이

기를 대신하여 제3자를 교체시키는 것에 미리 타방 당사자가 동의한 경우에는 그 교체는 교체의 통지를 받거나 교체를 승인한 때로부터 그에 대한 관계에서 유효하다.

61) Código Civil 제424조(개념・요건) ② 상대방 당사자의 승낙이 양도보다 먼저 이루어진 경우, 양도는 그 뜻을 통지하거나 승낙한 때부터 효력이 생긴다.

62) NBW 제6:159조(계약상 지위의 이전) ③ 제6:156조와 제6:157조 제1항 내지 제3항은 본조의 계약상 지위의 이전에 준용된다.
제6:156조(채무인수에 대한 채권자의 사전 동의) ① 채권자가 채무인수에 대하여 미리 동의한 때에는 채무는 채무자가 제3자와 채무인수에 관하여 합의하고 그들이 그 사실을 채권자에게 통지한 때에 이전한다. ② 채권자는 철회권을 유보하지 아니한 이상 미리 한 동의를 철회할 수 없다.

63) PICC 2004 제9.3.4조(상대방의 사전 동의) ① 상대방은 사전에 동의할 수 있다. ② 상대방이 사전 동의를 한 때에는 계약양도는 상대방에게 양도사실이 통지되거나 상대방이 그것을 승인한 때에 효력이 생긴다.

64) DCFR III.-5:302(계약상 지위의 이전) ② 상대방의 동의는 미리 할 수 있다. 그러한 경우 이전은 그 당사자에게 그 점이 통지되었을 때에 한하여 효력이 있다.

65) Cass. civ. 7 juill. 1993, D. 1994, 597.

66) Cass. civ. 12 déc. 2001, D. 2002, 984.

67) PICC 2004 제9.3.5조(양도인의 면책) ① 상대방은 양도인을 면책할 수 있다. ② 상대방은 또한 양수인을 양수인이 적법하게 이행하지 아니하는 경우에 채무를 지도록 할 수 있다. ③ 달리 정함이 없으면 양도인과 양수인이 공동으로(jointly and severaly) 책임을 진다.

68) 四宮和夫, "債務の引受", **總合判例研究叢書民法**(14), 有斐閣(1965), 27-28면, 85-91면.

라고 한다)이 제3자(이하 양수인이라고 한다)와 계약상지위를 양도하는 취지의 합의를 하고, 이 합의에 대하여 계약의 상대방이 승낙을 한 때에는, 양수인은 양도인의 계약상지위를 승계한다. 다만, 계약의 성질상, 상대방의 승낙을 요하지 아니하는 때는, 양도인과 양수인과의 합의에 의하여, 양수인은 양도인의 계약상지위를 승계한다"고 하여 비슷한 입장을 취하고 있다.[69] 2005년의 프랑스채무법 개정시안 제1165조의5도, "① 법률에 의하여 규정된 경우는 이 원칙에 대하여 예외가 된다. ② 그 경우 이외에도, 계약이, 회사의 합병 또는 분열, 그리고 자산의 일부의 다른 회사에의 투자 등과 같이, 불가분의 일체를 이루는 거래의 구성부분인 경우에, 계약당사자의 변경이 발생한다. ③ 반대의 합의가 없으면, 계약당사자의 변경이 상대방의 동의 없이 발생하였을 경우에, 상대방은 상당한 예고기간의 경과 후에 그 계약으로부터 탈퇴할 수 있다"고 하여, 상대방 동의 없이 계약이전이 이루어지고 상대방에게 해지권만을 부여하는 경우를 예정하고 있다.[70] 나아가 시노미야(四宮和夫)는 상대방의 동의가 필요한 때에도 동의가 없으면 무효행위의 전환으로 이른바 병존적 계약인수가 이루어진다고 하고, 츠바사(椿 寿夫)도 상대방이 동의하지 아니하면 양도인이 면책되지는 아니하나, 계약가입이 성립하여 양수인은 의무를 부담함은 물론, 형성권을 포함한 권리까지 취득한다고 주장하고 있다.[71] 독일에서도 소수설이지만 일찍이 레만(H. Lehmann)이 상대방이 동의하지 아니하는 경우 양도인이 면책되지 아니할 뿐 계약가입(Vertragsbeitritt)이 이루어져 계약이 양수인에게 이전되는 것과 같게 된다고 한 바 있고,[72] 오스트리아의 판례·통설도 계약이전에 상대방이 동의하지 아니하면 양도인이 면책되지는 아니하나, 양수인이 형성권을 포함한 계약상 권리를 취득하고, 또 의무도 부담하는 이른바 불완전계약이전(unvollständige Vertragsübernahme)이 이루어진다고 본다.[73] 스위스의

---

69) 民法(債権法)改正検討委員会 編, **詳解 債権法改正の基本方針** III. 契約および債権一般(2), 商事法務(2009), 331-332면. 초안에는 본문만 있고 단서는 없었는데, 2009년 1월 10일 전체회의에서의 지적에 따라 단서가 추가되었다. 의사록(http://www.shojihomu.or.jp/saikenhou/shingiroku/oboegaki012.pdf) 참조.

70) 번역은 정태윤, "프랑스채권법 개정시안에서의 "합의의 제3자에 대한 효력"과 "채권의 거래"", **民事法學** 제45-2호, 한국민사법학회(2009. 6), 152-154면 참조.

71) 四宮和夫(주 68), 西村信雄 編輯, **注釋民法(11)**: 債権(2) 多数当事者の債権·債権の譲渡 §§ 427-473, 有斐閣(1965), 430면 이하(椿 寿夫 執筆).

72) L. Enneccerus und H. Lehmann, Rechts der Schuldverhältnisse, 15. bearb. Aufl., Tübingen (1958), S. 351f.

73) OGH RdW 1998, 334. G. Ertl(주 47), Rz. 2; P. Bydlinski, Die Übertragung von Gestaltungsrechten, Wien(1986), S. 98ff.

학설 가운데에는 채권양도와 채무인수를 결합하여 계약을 이전할 수도 있고, 제3자의 가정적 동의 의사 또는 법정계약이전에 관한 규정의 유추를 통하여 제3자의 (실제) 동의 없는 계약이전이 가능한 경우가 있다는 견해가 있다.[74] 또한 프랑스의 에이네스(L. Aynès)는 하는 채무를 목적으로 하는 계약 등 인적 신뢰관계에 터잡은 계약(intuiti personae)은 상대방의 동의가 있어야 양도할 수 있게 되지만, 그 이외에는 채무와 일체불가분으로 그 꼬즈(cause)를 이루는 채권이 양도되면 상대방의 동의 없이 계약도 이전되고, 다만, 양도인은 원칙적으로 면책되지 아니한다고 하고,[75] 일본의 노자와(野澤正充)도 계약은 원칙적으로 양도할 수 없으나, 양도할 수 있는 경우에는 양도인이 양수인과 함께 병존적으로 책임을 지되 상대방의 승낙으로 면책된다고 하여, 비슷한 견해를 취하고 있다.[76] 미국에서도 인적 용역계약(personal service contract)이 아닌 한,[77] 일반적으로 양도인과 양수인 사이의 채권양도(assignment)와 채무인수(delegation and assumption)의 결합만으로 양수인이 "진정한" 계약당사자가 되고, 양도인은 상대방으로부터 면책을 받지 아니하는 한 보증책임(assuarance)을 진다고 본다.[78]

---

74) R. Watter und U. Kägi(주 12), S. 232ff. 이 견해는 계약이전이 채권양도와 채무인수로 분해된다는 분해설과 달리 거꾸로 채권양도와 채무인수를 결합하여 계약을 이전할 수도 있다는 취지라는 점에서 스스로를 결합설(Kombinationstheorie)이라고 한다.

75) L. Aynès, La cession de contrat et les opéraions juridique à trois personnes, Paris(1984). 이는 통일설의 일종으로 이해된다. 그는 이러한 방법, 즉 꼬즈(cause)를 매개로 한 권리와 의무의 이전을 통하여, 채무인수를 인정하지 아니하는 프랑스민법에서 계약이전이 가능하다고 주장하였다. J. Carbonnier, Droit civil, tome II, 2e partie, Les obligation, Paris(1957), n° 210도 비슷하다. 이러한 견해를 앞의 라루메의 절충적 주관설(주 49)과 뒤에 소개할 빌리오(M. Billiau), 자망(Ch. Jamin) 등의 순수한 주관설에 대하여 객관설이라고 할 수 있다.

76) 野澤正充(주 43), 361면 이하.

77) L. A. Dimatteo, "Depersonalization of Personal Sevice Contrats: The Search for a Modern Approach to Assignability", Akron L. Rev. 27 (1994), 407.

78) 이는 진정한 보증책임으로서, 양수인과 상대방이 계약내용을 변경하는 경우 양도인의 책임이 소멸한다. 한편, 일반적으로 단순한 채무이행의 위임(delegation)으로는 상대방은 양수인의 변제를 수령할 책임만 질뿐, 양수인에 대하여 직접 채권을 취득하지는 못하며, 직접 책임을 지려면 나아가 양수인이 양도인에게 직접 상대방에 대하여 책임을 지겠다는 의사를 표시하여야 한다(assumption). Rose v. Vulcan Materials Cp., 194 S.E.2d 521 (N.C. 1973). 그러나 묵시적 책임인수도 가능한데, 그 전형적인 예가 계약이전이다. Imperial Ref. Co. v. Kanotex Ref. Co., 29 F.2d 193 (8th Cir. 1928); Winkle-black v. Murphy, 811 S. 2d 521 (Ala. 2001). E. A. Farnsworth, On Contracts, 3rd. ed., Vol. III, New York(2004), pp. 137-143.

(2) 개별 계약유형 및 계약이전사유별 고유의 계약이전법리: 각론

그 이외에 계약유형별 및 계약이전사유별로 고유한 독자적 계약이전법리가 전개되고 있다는 점 또한 다른 나라에서도 어느 정도 보편적인 현상이다.

먼저, 임대차 목적 부동산이 양도되는 경우 대다수의 입법례가 이른바 대항력을 인정하고 있고, 이를 양수인이 양도인의 임대인지위를 면책적으로 승계하는 법정계약이전에 해당한다고 본다. 계약이전에 상대방, 즉 임차인의 동의는 요구되지 아니한다.[79] 나아가 몇몇 국가에서는 임차인에 의한 일방적인 부동산 임차권양도, 즉 계약이전을 인정한다. 프랑스, 오스트리아, 스위스 등이 그 예이다.[80]

다음, 영업양도 등이 있을 때에 근로관계, 즉 사용자지위의 승계도 대다수의 입법례가 인정하는 바이다. 이들 입법례는 그 대신 대체로 근로자에 의한 이의 내지 해지를 허용한다.[81] 우리나라와 마찬가지로 명문의 규정을 두고 있지 아니하였던

---

79) 프랑스민법 제1743조(그 해석론의 전개에 관하여는 우선, 野澤正充(주 43), 106면 이하 참조), 이탈리아민법 제1600조, 독일민법 제571조 제1항, 오스트리아일반민법 제1120조 및 임차권법(Mietrechtgesetz) 제2조 제1항, 스위스채무법 제261조. 또한 동산에 관한 규정이지만 DCFR IV. B -7:101도 같다. Ch. von Bar and E. Clive(주 57), pp. 1589f.

80) 프랑스민법 제1717조(건물임차권)·1964년 12월 19일 법률 제3조(토지임차권)(그 해석론의 전개에 관하여는 우선, 野澤正充(주 43), 231면 이하 참조), 오스트리아일반민법 제1098조・임차권법 제12조 이하(임대인의 동의 없이 일정한 근친 등에게 이전할 수 있도록 하고 그 효과로 계약이전을 인정한다. RummelKommABGB-H. Würth, 3. Aufl., Wien(2002), § 1098 Rz. 12ff.; Wien(2003), § 12 MRG Rz. 3ff.). 한편 스위스채무법 제263조는 영업소 임대차의 제3자에의 양도에 관하여 임대인의 서면동의를 요구하고 있으나, 임대인은 "중대한 사유"가 있을 때에만 동의를 거절할 수 있다고 한다. 이 규정도 임차인지위의 이전을 인정하는 것인데, 종전의 임차인도 종전의 의무에 관하여는 새로운 임차인과 연대책임을 진다(제3항). 이때 중대한 사유란 신의칙상 수인할 수 없는 경우, 가령 양수인이 무자력이라거나, 영업허가를 받지 아니하였다거나, 계약에 반하는 사용을 할 의도를 갖고 있는 경우 등을 말한다. 이 규정은 스위스민법 제121조에 의하여 이혼 등의 경우에 주거임대차에도 준용된다. BaslerKommOR-R. Weber, Art. 263 N1ff. 간단한 소개로, 梁彰洙, "賃借人의 無斷轉貸를 理由로 하는 賃貸人의 權利", **民法散考**, 博英社(1998), 191-192면, 개관은 Ch. von Bar and E. Clive(주 57), pp. 1592f.

81) 프랑스의 경우 1928년 7월 19일 법률 제5조 이래 당연승계가 입법화되어 현재는 프랑스노동법(Code du travail) 제L.1224-2조로 이어지고 있고, 이탈리아에서도 비슷한 시기에 비슷한 입법이 있었다가, 이후 신민법 제2112조로 승계되었다. 독일은 1972년 개정 민법 제613조a에서, 유럽차원에서는 1977년의 EC지침 77/187로, 영국은 1981년의 "기업의 이전(고용보장) 규칙"으로 당연승계를 입법화하였고, 스위스는 1993년 개정 채무법 제333조로 당연승계를 입법화하였다. 오스트리아 근로계약법동화법(Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz) 제3조도 같은 취지의 규정을 두고 있다. 미국판례도

일본에서도 해석상 같은 결과를 인정해오다가,[82] 2000년 근로계약승계법을 제정하여 당연승계와 근로자에 의한 이의라는 위의 구도를 입법적으로 수용하였다.

그 이외에 회사분할제도를 두고 있는 나라에서는 일반적으로 상대방의 동의 유무를 묻지 아니한 채 분할계획과 분할계약서에 따라 계약이전이 이루어진다고 보고, 상대방은 연대책임, 담보제공, 상대방의 이의권 등으로 보호하고 있으며,[83] 손해보험의 보험 목적이 양도되는 때에는 보험회사의 동의 여부를 묻지 아니하고 보험계약의 당연이전을 인정하되, 양수인에게 해지권을 부여하는 입법례도 있다.[84] 또한, 미국파산법은 일반적으로, 프랑스상법은 일정한 경우에 파산기업의 관재인이나 회생기업의 관리인이 채무자의 미이행 쌍무계약에 관하여 이행, 거절 이외에 "이전"을 선택할 수 있도록 하고 있고, 특히 프랑스상법은 이전을 선택하면 그에 따라 계약이전이 이루어진다고 규정한다.[85]

이미 본 바와 같이, 위 특별법 내지 개별계약유형 고유의 법리 대부분에서 상대방의 동의를 회피하거나 상대방의 이의 내지 해지권으로 바꾸려는 시도가 행해지고 있다. 그 이외에 또 하나 특기할만한 점은, 이처럼 상대방의 동의 없이 일단 계약이 이전된다고 보는 한, 거의 예외 없이 그 성질상 이전할 수 없는 계약이라는 개념범주가 필요해진다는 것이다. 예컨대 독일, 스위스, 프랑스 등에서는 회사

일정한 범위에서 종전 근로계약의 효력이 영업양수인에게 미친다고 본다고 한다. 金亨培・河京孝・金永文, **營業讓渡와 勤勞關係의 承繼**, 新朝社(1999), 136-193면; 이용구(주 41), 106면 이하; Krejci(주 47), S. 237ff.도 참조.

82) 일본의 판례・학설의 개관은 이용구(주 41), 109면 이하.

83) 프랑스상법 제236-21조・제236-14조, 이탈리아신민법 제2503조・제2504조・제2506조, 독일기업구조재편법(Umwandlugsgesetz) 제22조・제133조, 오스트리아 분할법(Spalttungsgesetz) 제15조 등. 노혁준(주 12), 437면 이하; V. Rieble(주 12) 참조. 한편, 스위스법상 분할 또는 영업양도는 권리와 의무를 모두 이전시킨다. 스위스합병법(Fusionsgesetz) 제52조・제73조 등. 그러나 계약관계 자체가 이전되는지에 관하여는 논란이 있고, 이전된다고 보는 경우에도 상대방의 동의 요건을 회피하기 위한 여러 해석상 시도가 행해지고 있다. R. Watter und U. Kägi(주 12) 참조.

84) 이러한 예로, 프랑스보험법(Le code des assurances) 제L.121조의10, 이탈리아신민법 제1918조, 독일보험계약법(Versicherungsvertragsgesetz) 제69조・제70조, 오스트리아보험계약법 제70조, 스위스보험계약법 제54조 등. 비교법의 개관은, J. Basedow et al. (ed.), Principles of European Insurance Contract Law (PEICL), München(2009), pp. 278f.

85) 2000년 파산법(Bankrupcty Code, 11 U.S.C.) § 365, 프랑스상법 제L.621-88조. B. Thullier, "Cession judiciaire des contrats et loi de sauvegarde des entreprises: moins de pouvoir pour le juge", D. 2006, n° 2도 참조. 이 이외에 여행계약에 관한 규정을 두고 있는 나라에서는 여행계약에서 여행자에 의한 일방적인 계약이전을 인정하고, 여행주최자에게는 제한적으로 승계에 이의할 권한만 주는 경우가 있다. 가령 독일민법 제651조b.

분할시 인적(höchstpersönlich)인 계약(instuitu personae)은 이전될 수 없다고 해석되고 있고, 양도금지특약이 있는 계약의 경우에 이전될 수 있는지 논란이 되고 있으며, 미국파산법에서도 인적 용역계약(personal service contract) 등은 성질상 양도할 수 없다고 보아, 가령 지적재산권이용허락계약이 이에 해당하는지, 양도금지특약이 있으면 어떻게 되는지 등에 관하여 논란이 제기되고 있다.[86] 이는 상대방의 동의 없는 계약이전이 문제되는 경우, 채권의 양도가능성에 관하여 전개되는 것과 비슷한 문제가 제기될 수밖에 없음을 잘 보여준다.

III. 계약이전법리의 재구성

1. 계약이전의 대상, 법적 성질 및 그 구조

(1) 계약이전의 대상

종래 계약이전 일반에 관하여 규정을 둔 입법례 중에는 쌍방 미이행의 쌍무계약만을 계약이전의 대상으로 규정한 것이 많았다.[87] 외국의 논의로는, 계약이전의 대상은 계속적 계약에 한한다는 것이 있고,[88] 재판실무에 관한 관찰로서도, 적어도 쌍방 미이행의 쌍무계약 또는 계속적 계약이 아닌 한 채권양도나 채무인수의 문제로 다룰 뿐 계약이전의 문제로 다루지는 아니한다는 지적이 있다.[89]

이러한 지적에는 경청할 만한 부분이 있다. 계약이전은 계약의 동일성을 유지하면서 계약관계를 그대로 제3자에게 이전하는 것을 말한다. 그런데 종전 당사자들 사이에서 계약을 해소하고 새로운 당사자들 사이에서 새로운 계약을 체결하는 대신 계약을 「이전」하는 까닭은 무엇인가? 계약은 대개 안 하는 것보다 하는 것이 더 이익이 되기 때문에 체결된다. 즉, 계약 자체가 대개 계약당사자 모두에게 일종의 이익을 가져다준다. 특히 계속적 계약은 그 계약당사자의 삶의 기본적인 구

86) 노혁준(주 12), 427면; V. Rieble(주 12), S. 305ff.; R. Watter und U. Kägi(주 12), S. 244ff.; N. S. Hirshman, M. G. Fatall and P. M. Spingola, “Is Silence Really Golden? Assumption and Assignment of Intellectual Property Licenses in Bankruptcy”, Hast. Bus. L. J. 3 (2007), 197.

87) 이탈리아신민법 제1406조(주 53), 포르투갈민법 제424조 제1항(주 54). Ch, Larroumet (주 49), n° 81 et s.

88) L. Aynès(주 75), n° 255, 259.

89) 野澤正充(주 43), 361면.

성요소 내지 장기간의 계획에 속하는 경우가 많다. 따라서 그 이익 내지 이해가 특히 크다. 만일 계약당사자 일방의 사정으로 그 계약관계가 해소되어야 한다면 적어도 당사자 일방은 적지 않은 손해를 입을 가능성이 있다.[90] 계약이전은 계약(상 이익)을 유지·존속시켜 이러한 손해를 피할 수 있게 해준다.[91] 그런데 이처럼 계약을 존속시킬 필요와 효용은 쌍방 미이행의 계속적 쌍무계약에서 두드러진다. 다른 한편, 쌍무계약이라 하더라도 이미 일방이 이행을 마친 계약의 이전은 채권양도나 채무인수로 다루어지기 쉽고, 실제로 그렇게 흔히 다루어지고 있다. 가령 소비대차계약상 채무자의 지위를 승계하는 경우에는 재판례에서도 보통 채무인수로 다루어지고 계약이전으로 접근하는 경우는 드물다.[92]

그러나 일방이 이행을 마친 계약의 경우에도 채권양도나 채무인수 이외에 계약이전이 문제될 수 있고, 양자는 마땅히 구별되어야 한다. 부동산매매계약의 매도인이 매수인으로부터 중도금까지만 지급받은 상태에서 자신의 소유권이전 및 인도의무를 선이행하고, 매도인지위를 제3자에게 양도한 경우를 생각해보자. 매수인에게 의사표시를 취소할 수 있는 사유가 있어, 이를 취소하였다면, 매수인은 계약을 이전받은 제3자에게 계약금 및 중도금의 반환을 구할 수 있게 된다. 즉, 매도인과 제3자 사이의 계약이전은 채권양도에 그치는 것이 아니라, 잠재적으로는 채무인수의 성격도 가질 수 있고, 이 점에서 단순한 채권양도와는 구분된다는 것이다.[93] 논리적으로도 쌍방 미이행의 계속적 계약관계에 관하여 계약이전을 생각할 수 있다면, 그 이외의 계약에 대하여도 계약이전을 허용하지 아니할 까닭이 없다.

(2) 계약이전의 법적 성질과 그 구조

계약이전의 법적 성질과 그 구조에 관하여 여러 나라의 판례·학설상 일종의 분해설과 통일설이 다투어졌고, 대체로 분해설에서 통일설로 옮겨갔다는 점은 앞서 본 바와 같다. 가장 강력한 형태의 통일설은 계약이전의 원형을 삼면계약으로 파악한다. 통일설-삼면계약설이 분해설과 양도행위와 동의의 결합에 의한 계약이전에 대하여 제기한 비판은 대체로 다음과 같이 정리할 수 있다.

---

90) 이동진, "과도하게 긴 계약상 경업금지기간에 대한 규율: 근로계약상 퇴직 후 경업금지조항을 중심으로", **民事法學** 제54-1호, 韓國民事法學會(2011. 6), 70면 이하; Ch. Larroumet(주 49), pp. 178-179.

91) 이준현(주 7), 6, 9, 13면; 野澤正充(주 43), 102면.

92) 가령 崔秀貞(주 11). 그러나 대법원 2005. 3. 10. 선고 2004다51153 판결(주 23)도 참조.

93) H. Pieper(주 2), S. 180ff.

첫째, 채권양도와 채무인수의 결합만으로는 계약을 이전할 수 없다. 분해설은 채권·채무와 구분되는 「계약관계(Vertragsverhältnis)」를 고려하지 아니하고 있다는 것이다.[94] 계약관계에는 급부의무와 그 청구권 이외에, 부수의무 내지 책무, 취소권·해제권과 같은 형성권과 그 수령권한(Empfangszuständigkeit)도 포함된다. 또한 장래 발생할 채권·채무도 있다. 이러한 것들은 채권양도와 채무인수만으로는 이전할 수 없고, 오직 계약관계 자체가 이전되어야 그에 수반하여 이전될 수 있다고 한다.[95]

둘째, 계약당사자가 누구인가 하는 점은 계약의 내용 중 하나이고, 계약내용을 변경함에는 그로 인하여 직접 영향을 받는 사람이 모두 참여해야 하므로, 계약이전은 양도인, 양수인, 상대방의 삼면계약에 의하여야 한다.[96] 그렇게 하지 아니하면 계약상대방선택의 자유를 침해하게 된다고 한다.[97]

분명, 계약관계는 채권·채무의 총합을 넘어 형성권과 그 수령권한, 부수의무 및 책무 등을 포괄한다. 이것이 채권양도나 채무인수에 의하여 모두 다 이전되는 것은 아니다. 일반적으로 채권 또는 채무관련적(forderungs- oder schuldbezogene) 형성권은 채권·채무의 이전에 수반하여 이전하지만, 취소권·해제권 등 계약관련적(vertragsbezogene) 형성권은 그렇지 아니하다고 이해되고 있다.[98] 또 당사자의 의사도 채권양도·채무인수만을 의도하는 경우와 계약이전을 의도하는 경우가 서로 구분될 수 있다. 이 점은 가령 계약당사자가 계약상 권리·의무 중 일부를 제3자에게 이전하는 경우와 계약당사자지위를 제3자에게 이전하면서 권리·의무 중 일부를 자신에게 유보하는 경우,[99] 주된 급부의무와 그 청구권의 귀속은 같아

94) H. Pieper(주 2), S. 11ff., 136ff.

95) 徐敏(주 2), 403면 이하; H. Pieper(주 2), S. 160ff. 이러한 지적을 상세히 개관한 것으로는, Ch. Bauer, Parteiwechsel im Vertrag: Vertragsübertragung und Vertragsübergang unter besonderer Berücksichtigung des allgemeinen Vertragsrechts und des Fusionsgesetzes, Zürich und St. Gallen(2010), S. 45ff.

96) 특히 이를 강조하는 것으로 F. Fabricius, “Vertragsübernahme und Vertragsbeitritt”, JZ 1967, 144. 독일에서 이에 관한 논의의 개관으로는 D. Klimke, Die Vertragsübernahme, Tübingen(2010), S. 37ff.

97) H. Pieper(주 2), S. 150ff.; H. Krejci(주 47), S. 191ff.

98) 金龍潭(주 7), 85-86면(“계약당사자인 지위와는 불가분의 관계에 있게 되는 형성권”). 이 개념의 소개는 우선, 김영희, **형성권 연구**, 景仁文化社(2007), 146면 이하.

99) 계약당사자지위를 이전한 뒤 일부 권리·의무를 재이전할 수 있는 이상, 처음부터 일부 권리·의무의 이전을 유보하고 계약당사자지위를 이전하는 것도 가능하다는 점에는 이론(異論)이 없다. 우선, 徐敏(주 2), 416면.

도, 당사자의 의사와 그 효과, 가령 취소권·해제권 등이 누구에게 귀속하는지는 다를 수 있다는 점을 생각해보면 분명해진다.[100]

그러나 이러한 비판을 과대평가할 것도 아니라고 생각된다. 가령 채권·채무가 이전된다 하여 계약관련적 형성권이 당연히 함께 이전되는 것은 아니지만, 그것이 하나의 단일한 행위로서 계약이전에 의하지 아니하고서는 형성권을 이전할 수 없음을 뜻하는 것도 아니다. 실제로 계약관련적 형성권도 (채권양도와 같이 일방적으로) 독자적으로 양도할 수 있다는 견해가 점차 유력해져가고 있다. 계약이전을 하고자 하는 경우라면 당연히 그러한 형성권을 이전할 의사도 있다고 보아야 할 것이다.[101] 의사표시의 수령권한도 마찬가지이다. 채권은 원칙적으로 채무자의 동의 없이 양도할 수 있고, 채무자는 이로 인한 급부상대방의 변경을 감수해야 한다. 그렇다면 그 반면인 수령권한의 일방적인 이전도 반드시 금지해야 할 까닭도 없을 것이다. 이미 채권양도·채무인수의 경우에도 수령권한이 이전되는지 논의되고 있기도 하다. 부수의무와 책무도 형성권과 마찬가지로 채권 내지 채무관련적인 것과 계약관련적인 것으로 나눌 수 있다. 어느 쪽이든 형성권에 관하여 앞서 설명한 것이 여기에도 적용된다.[102] 장래채권의 양도도 마찬가지이다. 독일의 통설은 계약이전이 이루어지면 처음부터 양수인에게 채권이 발생하고, 이로써 경제적으로 장래채권이 이전되는 것과 같은 결과를 얻을 수 있다고 한다. 그러나 오늘날에는 적어도 그 기초가 되는 계약이 성립된 경우 장래채권의 양도는 널리 허용되어, 이러한 구성이 필요하지 아니하게 되었을 뿐만 아니라 반드시 처음부터 양수인에게서 채권이 발생한다고 보아야 하는지에 관하여도 상당한 비판이 제기되고 있다.[103]

또한, "모든" 계약상 채권·채무를 이전하는 거래가 그 자체 허용된다는 점에는 의문이 없다. 그런데 이때 채권양도·채무인수에 직접 포섭되지 아니하는 형성권과 그 수령권한 등이 양도인에게 남아있고, 따라서 여전히 양도인이 계약당사자라고 한다면 이는 터무니없는 결론이 될 것이다. 종래 분해설도 이러한 경우 당연히 형성권이 수반하여 이전된다고 보고 있었다.[104] 통일설에서는 분해설이 왜, 어떻

100) D. Klimke(주 96), S. 22ff.
101) 김영희(주 98), 157면 이하; P. Bydlinski(주 73), S. 95ff.
102) 이에 관하여는, 결론적으로 통일설을 지지하는 문헌이지만, Ch. Bauer(주 95), S. 52ff. 참조.
103) D. Klime(주 96), S. 163ff.; R. Watter und U. Kägi(주 12), S. 233.
104) H. Demelius(주 45), S. 757f.; H. Dörner, Dynamische Relativität. Der Übergang

게 형성권 등이 수반하여 이전하는가를 해명하지 아니하고 있다고 비판한다.[105] 그러나 분해설에서 주목할 만한 것은 오히려, 채권·채무를 포함하는 개개의 권리·권능·의무·책무의 총합이 곧 계약당사자지위라는 통찰이다.[106] "모든" 권리와 의무를 다 이전하고도 독자적으로 남을 수 있는 계약당사자지위란 생각하기 어렵다. 단지 (모든) "권리와 의무"가 승계된다고 규정하고 있는 특별법 규정을 계약이 이전되는 것으로 해석하는 까닭이 여기에 있다.[107]

달리 보면, 계약이전의 기능이 계약 내지 그 가치를 존속시킨 채 이전하는 데 있는 한 그것을 종료시키는 취소권·해제권 등의 귀속이 핵심쟁점을 이루는 것은 꼬리가 머리를 흔드는 격이라는 비판도 가능하다.[108] 비교법적으로도 계약이전의 법적 구성에 관하여 형성권의 귀속 문제가 중요 논거로 쓰이는 것은 독일, 이탈리아 정도에 불과하다.

다른 한편, 계약당사자가 누구인지가 계약의 내용을 이룬다는 점도 분명하다. 현실적으로 중요한 의미를 갖는 계약은 대부분 계약서에 의하여 체결되는데, 이러한 경우에는 이 점이 특히 뚜렷하게 드러난다.[109] 계약내용의 결정과 마찬가지로 계약상대방선택도 계약자유의 핵심내용을 이룬다. 계약자유는 본래 가령 법관의 객관적 평가보다 자신의 주관적 평가를 우선하는 것이고,[110] 이는 어떤 계약의 당

---

vertraglicher Rechte und Pflichten, München(1985), S. 189f.

105) H. Krejci(주 47), S. 183ff.

106) H. Dörner(주 104), S. 190.

107) 상법 제530조의10, 제679조, 금융산업의 구조개선에 관한 법률 제14조의2 제1항, 체육시설의 설치·이용에 관한 법률 제27조는 모두 계약 자체를 이전시킨다. 비슷한 이유로, 계약당사자가 "모든 권리의무"를 제3자에게 이전하는 행위를 하였을 경우 이는 계약이전으로 해석되어야 할 가능성이 높다. 나아가 계약당사자가 "모든 권리"를 제3자에게 이전한 경우에도 계약이전으로 해석될 가능성이 있다. 미국계약법에서 그러한 취지를 정한 규정으로, UCC § 2-210(4)(아직 어느 주에서도 채택되지 아니한 개정판에서는 § 2-210(3)); Restatement (Second) of Contracts, § 328(1). 그럼에도 임채웅(주 42)은 계약이전결정의 효력을 채권양도와 채무인수로 분해하여 설명할 뿐 계약이전에 관하여는 별달리 언급하지 아니한다.

108) 비슷한 비판으로 이준현(주 7), 13면.

109) 이동진, "차명계약의 법리: 차명예금 및 차명대출을 중심으로", **BFL** 제46호, 서울대학교 금융법센터(2011. 3), 17면, 19면 이하. 계약당사자가 누구인지가 계약의 내용에 속한다는 점에 관하여는 또한, D. Klimke(주 96), S. 33ff., 46ff. 계약당사자확정의 문제를 계약해석보다는 대리법 등 의사표시의 귀속규범에 의하여 해결하려는 김진우(주 21), 290면 이하에 따를 수 없는 까닭이다. 누가 계약당사자인지가 이미 계약의 내용에 해당하는 이상, 그것을 확정하지 아니한 채 곧바로 귀속규범을 적용할 수 없고, 그 확정은 곧 계약해석의 일부인 것이다.

사자로 이 사람보다 저 사람이 더 나은지는 오직 그 상대방당사자가 결정해야 함을 의미한다.

그러나 이러한 주관적 평가가 언제나 절대적인 것은 아니다. 계약당사자가 누구인지에 관한 주관적 결정은, 계약상 채권자가 누구인지에 관한 결정을 포함한다. 채권자가 바뀌면 많든 적든 의무의 내용 자체도 바뀌고, 그것은 많은 경우 상대방이 원하는 바가 아니다. 금전채권에서도 채권이 양도되면 채무이행의 장소(제467조 제2항)와 재판관할(민사소송법 제8조)이 바뀌게 된다. 그로 인한 부담이 반드시 가볍다고 할 수는 없다. 그럼에도 불구하고 제449조 제1항 본문은 채권이 원칙적으로 양도될 수 있다고 정한다. 이는 일정한 정도의 객관화를 전제한다. 계약자유와, 계약관계의 상대성 침해는, 경제적으로 비슷한 효과를 거두는 대안적 기법이 아닌, 법적인 의미의 채권양도의 허용 여부가 처음 문제되었을 때에도 이미 문제된 바 있다.[111] 채권양도를 허용하는 것은 이러한 정적 상대성을 동적 상대성으로 바꾸기 위해 객관적으로 상대방의 이익침해가 적을 때에는 상대방의 관여 없이 채권자를 변경할 수 있도록 해주고, 그 한도에서 계약자유를 제한함을 의미한다. 이러한 논리가 계약이전에 대하여 배제되어야 할 까닭은 없다.[112]

프랑스에서는 근래 계약이 원칙적으로 양도인과 양수인 사이의 합의만으로 이전가능하다는 에이네스(L. Aynès)의 주장(객관설)에 대하여, 반대로, 계약이전은 사실은 계약당사자의 변경 내지 교체이고, 이는 종전 계약의 해소와 새로운 계약의 체결, 즉 경개에 의하지 아니하고서는 불가능하다는 반론(순수한 주관설)이 제기되고 있다.[113] 계약이전이 가능하지만, 상대방의 동의가 있어야 한다는 라루메(Ch. Larroumet)의 주장은 위 두 주장의 중간으로 평가된다(절충적 주관설). 계약당사자의 변경은 계약내용의 변경이므로 삼면계약이 필요하다는 학설의 논리의

110) 이동진(주 90), 79면 참조. 특히 계약이전의 맥락에서는 野澤正充(주 43), 272면도 참조.

111) 閔亨基(주 26), 606면 이하. Ch. F. Mühlenbruch, Lehre von der Cession der Forderungsrechte: nach den Grundsätzen des Römischen Rechts, Greifswald(1817, 筆者는 1836년의 제2판을 참조)은 바로 이러한 비판을 가하며 채권양도를 권리양도가 아닌 그 행사권한의 이전으로 파악하였다. 역사적 전개에 관하여는 金滉植(주 26), 532, 608-609면도 참조.

112) H. Dörner(주 104), S. 103ff.

113) Ch. Jamin, “Cession de contrat et consentement du cédé”, D. 1995, chr. 131; M. Billiau et Ch. Jamin, “La cession conventionelle de contrat exige le consentement du cédé”, D. 1997, jur. 588. 전체로서 계약관계의 이전은 대상관련적이라기보다는 인(人)관련적이라는 Staudinger-V. Rieble, Berlin(2005), §414 Rz. 97도 비슷하다고 보인다.

위치가 바로 이곳, 즉, 계약을 양도의 대상으로 받아들이는 것과 법쇄(法鎖; iuris vinculum) 관념에 묶여 경개 이외의 계약이전 가능성을 부정하는 것 사이에 있다고 보인다. 경개의 효과를 계약의 동일성을 유지하도록 수정한 것에 지나지 아니한다는 것이다. 계약이 정말 이전가능하다면 여기에 머무를 일은 아니다. 계약이전에 원칙적으로 양수인의 동의가 필요하다 하더라도, 그 근거를 계약의 변경에 세 당사자의 합의가 필요하다는 점에서 찾을 것은 아니라는 것이다.

결국 계약이전은 단순한 채권양도와 채무인수의 결합은 아니지만, 여전히 권리·의무와 권능·책무의 이전이 결합된 행위로서의 성격을 가지고 있고, 그 고유성·통일성을 인정하더라도, 그 안에 포함되어 있는 권리·의무 등의 이전에 관한 법리가 계약이전과 전혀 별개라고 볼 것은 아니라는 생각이다.[114] 재판례 중에 계약이전을 문제 삼을 수 있는 경우에도, 특히 쌍방 미이행의 쌍무계약이 아니면, 채권양도 또는 채무인수의 관점에서 다룬 것이 적지 아니한 것도, 이처럼 계약이전과 그 일부를 이루는 채권양도, 채무인수 등이 전혀 별개의 것은 아니라고 볼 때 쉽게 이해할 수 있다.[115] 한편, 당사자와 법원이 병존적 채무인수인가 계약인수인가의 문제로 접근한 대법원 2007. 9. 6. 선고 2007다31990 판결(주 21)의 경우, (채무인수든 계약이전이든) 병존적인가 면책적인가를 묻는 것이 더 나았으리라고 생각된다.

2. 상대방의 동의 요건의 기능과 위치

(1) 상대방의 동의의 기능과 위치의 구분

그럼에도 불구하고, 계약이전에는 원칙적으로 상대방의 동의가 필요하다. 그 까닭은 어디에 있을까? 이는 상대방의 동의의 기능과 위치에 관한 문제이다. 주로 세 가지를 생각할 수 있다.

첫째, 상대방의 동의는 계약의 양도가능성을 확보해준다.

채권양도의 경우 제449조 제1항 단서와 제2항은 각각 성질상 양도할 수 없는 채권과 당사자의 약정에 의하여 양도할 수 없는 채권의 양도를 제한하고 있다. 앞의 것이 객관적 관점에서 양도를 허용하고 항변대항을 할 수 있게 하는 것만으로

114) MünchKommBGB-W. Möschel, 5. Aufl., München(2007), Vor §414 Rn. 8.

115) 이러한 관점에서 계약인수 내지 계약상지위의 양도라는 용어가 불필요할 뿐 아니라 유해하다는 주장으로, 加藤一郎, "債務引受と契約引受", **判例演習 債權法 I**, 有斐閣(1963), 167면 이하(野澤正充(주 43), 80면 이하에서 재인용).

는 채무자의 이익을 보호할 수 없다고 보아 양도를 제한하는 경우라면, 뒤의 것은 주관적 관점에서 당사자 스스로 계약상대방선택이 중요함을 밝힌 경우 양도를 제한한다. 논의가 많지는 않으나, 채무인수도 원칙적으로 채무자가 아닌 인수인이 이행할 수 있는 성질의 채무에 한하여 가능하고, 인수제한의 특약도 할 수도 있다(제453조 제1항 단서・제2항).[116] 마찬가지로 계약도 성질상 양도가 금지될 수 있고, 특약에 의하여 양도가 제한될 수도 있다. 가령 대법원 2011. 8. 25. 선고 2010다44002 판결(주 35)은 "공동수급체의 구성원의 지위"는 "귀속상의 일신전속적인 권리의무"로서, 분할로 인한 승계의 대상이 되지 아니한다고 한다. 공동수급체의 구성원의 지위가 공동수급체로서 수급 받은 계약과 분리하여 생각하기 어려우므로, 여기에는 도급계약당사자지위도 포함된다. 이 점에서 위 판결과 그 "귀속상의 일신전속적인 권리의무"라는 표현을 성질상 이전할 수 없는 계약을 가리키는 것으로 이해해볼 수 있다. 계약의 양도가능성을 인정하는 한 이러한 개념범주의 도입은 불가피하다(주 86 참조).[117] 구체적으로 어느 정도에 이르러야 성질상 이전할 수 있는 계약이 되는지는 그때그때의 거래관념・경제조직에 따라 달라진다. 그러나 전체적으로는 점차 양도가능성이 확대되는 경향을 보이게 마련이다.[118] 그리고 대법원 1992. 3. 13. 선고 91다32534 판결(주 17)의 경우와 같이 계약의 인수금지특약도 실제로 종종 쓰이고 있다. 계약이 아니라 계약상 채권만이 양도금지의 대상이 되는 경우는 어떠한가? 이것이 당연히 계약의 양도금지를 포함한다고 볼 수는 없다. 계약관계와 분리된 채 채권만 양도됨으로써 생기는 불이익(항변차단 등)을 피하기 위함일 수도 있기 때문이다. 어느 쪽인지는 결국 계약해석의 문제이다.[119]

---

116) 金滉植(주 26), 617면(병존적 채무인수), 620면(면책적 채무인수); 閔亨基(주 26), 611면 이하.

117) 계약의 이전가능성에 관하여 이러한 접근을 하는 것으로, 李尙勳(주 25), 544면. "계약당사자의 인적 요소가 문제되지 않는 계약에 있어서는 계약상의 지위도, 상대방에게 부당한 불이익을 주지 않는 한, 자유로이 이전할 수 있다"고 한다. 金龍潭(주 7), 86면은 대법원 1981. 6. 9. 선고 80다3289 판결(주 13)의 계약이 성질상 양도할 수 없는 것이 아닌가 하는 의문을 제기한다. 이러한 문제에 관한 경제적 분석으로는 J. G. Kramer, When Should Contracts be Assignable? An Economic Analysis. The Harvard John M. Olin Discussion Paper No. 484(2004).

118) 金滉植(주 26), 536면. 채권양도에 관한 서술이지만, 계약이전에 관하여도 타당하다고 생각된다. 미국계약법에 관하여 이러한 시도로는 L. A. Dimatteo(주 77).

119) R. Watter und U. Kägi(주 12), S. 242f.; Ch. Bauer(주 95), S. 87ff. 대법원 2002. 12. 26. 선고 2002다12727 판결(주 42)이 이러한 사안이었는데, 위 판결이나 임채웅(주 42)은 양도금지특약이 계약이전을 포함하는지에 관하여는 관심을 보이지 아니하였다.

그러나 성질상의 제한이든 약정에 의한 제한이든, 그것이 상대방을 보호하는데 목적이 있는 이상, 상대방이 동의하면 양도가 가능해진다는 점에는 이론(異論)이 없다.[120] 이때 동의는 양도금지의 해제라고 할 수 있다. 대법원 1992. 3. 13. 선고 91다32534 판결(주 17)을 일응 그러한 취지로 이해할 수 있다. 대법원 2011. 8. 25. 선고 2010다44002 판결(주 35)의 사안에서도, 다른 공동수급체 구성원과 피고가 모두 동의하였다면 승계의 효력이 인정될 수 있었을 것이다.

둘째, 양도인과 양수인, 즉 채무자와 인수인의 계약에 의한 (면책적) 채무인수가 효력이 생기려면 원칙적으로 채권자의 승낙, 즉 상대방의 동의가 필요하다(제454조 제1항). 계약이전에 채무인수가 포함되는 이상, 상대방의 동의는 (면책적) 채무인수의 효력요건으로 기능한다. 이 점은 이미 일부 학설에 의하여 지적된 바이기도 하다.[121] 이 경우의 동의는 면책에 대한 동의이다. 채권자의 입장에서 양도인을 면책하는 것은 그의 채권의 처분행위이므로, 무권리자의 처분행위에 대한 (사후) 추인의 의미를 갖는다.[122]

셋째, 계약이전에는 채권양도가 포함된다. 우리 법은 채권양도에 관하여 대항요건주의를 취하고 있어(제450조), 채무자에게 통지하거나 채무자로부터 승낙을 받지 아니하면 양도사실로 채무자에게 대항하지 못한다. 이를 계약이전의 맥락으로 그대로 옮겨보면, 양도인이 상대방에게 채권양도사실을 통지하거나, 상대방이 채권양도를 승낙하지 아니하면 양수인이 상대방에 대하여 계약상 채권을 행사하지 못한다는 뜻이 된다. 대항요건주의는 일본민법을 통하여 프랑스민법의 태도를 계수한 것으로서, 독일법과 크게 다른 점이다.[123] 통일설은 분해설과 같이 채권양도와 채무인수에 관한 규정이 「적용」된다고 주장하지는 아니하나, 그것이 「유추」되어야 한다고 주장하고,[124] 근래의 계약이전에 관한 입법례도 대체로 그러한 태도를 취하고 있다.[125] 그럼에도 불구하고 제450조가 계약이전에 대하여 적용되는지

120) 野澤正充(주 43), 272면 이하, 361-363면. 채권양도에 관하여는 金湜植(주 26), 534면, 544면 이하, 채무인수에 관하여는 閔亨基(주 26), 634면 참조.

121) 가령 金亨培, **債權總論**, 제2판, 博英社(1998), 635면.

122) 閔亨基(주 26), 634-635면.

123) 최수정, **채권양도론**, 진원사(2007), 68면.

124) H. Dörner(주 104), S. 189, 특히 Fn. 193, 196, 197의 문헌지시 및 D. Klimke(주 96), S. 30ff.

125) NBW 제6:159조(계약상 지위의 이전) ③ 제6:156조와 제6:157조 제1항 내지 제3항(각 채무인수에 관한 규정이다. 筆者註)은 본조의 계약상 지위의 이전에 준용된다.
PICC 2004 제9.3.6조(항변과 상계권) ① 계약양도가 권리양도를 포함하는 한 제9.1.13

에 관하여 우리나라에서는 별다른 논의가 없었다.[126]

반면, 일본민법과 프랑스민법에서는 이에 관하여 논의가 있다. 학설상으로는 대항요건이 적용되지 아니한다는 견해도 없지 아니하나,[127] 판례와 다수의 학설은 오히려 적용된다는 입장이다.[128] 이 입장이 타당하다고 생각된다. 채권양도·채무인수와 계약이전이 이론적으로도 전혀 별개의 것이 아니라면 그 귀속에 관한 핵심법리가 여기에 적용되지 아니하는 것은 평가모순을 초래할 우려가 있다. 채권양도·채무인수와 계약이전의 현실적 구별이 언제나 분명한 것은 아니라는 점에 비추어 보아도(주 114의 본문) 두 경우의 규율에 불필요한 차이를 둘 것은 아니라고 생각된다.

이처럼 보는 경우, 상대방의 동의는 제450조의 대항요건을 갖추어 계약이전에 포함된 권리이전으로 자신에게 대항할 수 있게 해주는 의미도 갖게 된다.[129]

이러한 상대방의 동의의 세 기능 중 어느 것도 삼면계약을 성립시키는 한 의사표시는 아니다. 즉, 이러한 이해에서 계약이전은 양도인과 양수인 사이의 양도행

조가 준용된다. ② 계약양도가 채무이전을 포함하는 한 제9.2.7조가 준용된다. 제9.3.7조(계약과 함께 이전되는 권리) ① 계약양도가 권리양도를 포함하는 한 제9.1.14조가 준용된다. ② 계약양도가 채무이전을 포함하는 한 제9.2.8조가 준용된다.
DCFR III.-5:302(계약상 지위의 이전) ③ 제3자의 대체가 권리의 이전을 포함하는 한, 이 장 제1절의 권리의 양도에 관한 규정들이 적용된다.; 의무가 이전되는 한, 이 장 제2절의 새로운 채무자로의 대체에 관한 규정들이 적용된다.
우리나라의 2010년 제2기 민법개정위원회 제3분과위원회 개정시안도 대체로 같은 태도이다(주 10 참조).

126) 다만, 金龍潭(주 7), 82-83면(앞의 주 13). 이 판결은 마치 통일설을 취하면 제450조가 유추되지도 아니한다는 취지로 읽힌다. 그러나 본문에서 보듯이, 통일설을 취한다 하여 곧바로 그러한 결론으로 나아갈 수는 없다. 금융산업의 구조개선에 관한 법률 제14조의2 제4항이 "제2항에 따른 공고가 있는 경우에는 그 공고로써 「민법」 제450조에 따른 지명채권양도(指名債權讓渡)의 대항요건을 갖춘 것으로 본다. 다만, 이해관계인은 공고 전에 그 부실금융기관과의 사이에 발생한 사유로 인수금융기관에 대항할 수 있다."고 규정하는 것도 참조.

127) L. Aynès(주 75), n° 242 et s. 또한, Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munch, Les obligations, 5e éd., Paris(2011), n° 917. 대항요건이 필요한 제3자가 아니라고 한다.

128) 일본의 경우 最判 1976(昭和 51). 6. 21. 判時83号67頁, 野澤正充(주 43), 363면, 프랑스의 경우 Cass. ass. plén., 14. févr. 1975, D. 1975, 349, Ch. Larroumet(주 49), p. 246, note (6) 등 참조.

129) 이때의 동의는 의사표시가 아니라 계약이전(에 포함된 권리이전)을 알고 있다는 관념의 통지라는 점에서 앞의 두 동의와 법적 성격에 차이가 있다. 李尙勳(주 25), 582면. 그러나 특정 계약이전에 대한 동의의 의사표시에는 그러한 계약이전을 알고 있다는 점의 통지가 수반된다고 볼 수 있으므로, 별 문제는 없다.

위와 상대방의 동의로 구성되게 된다. 이러한 구성이 합리적이라는 점은, 무엇보다도 사전 동의를 받은 경우를 생각하면 쉽게 이해될 수 있다. 상대방의 사전 동의, 특히 계약을 이전할지 여부와 누가 양수인이 될지를 모두 양도인에게 맡기는 사전 동의가 가능하다는 점에는 별 이론(異論)이 없다.[130] 이러한 사전 동의는 양도계약의 상대방조차 특정하고 있지 아니하여 계약의 청약으로 보기 어렵다. 계약이전에 관하여 원칙적으로 삼면계약설을 취하는 피퍼(H. Pieper)가 사전 동의가 있는 경우에는 상대방의 동의를 독일민법 제182조 이하의 동의(Zustimmung)로 보는 까닭이 여기에 있다.[131] 그러나 이것이 타당하다면 그 이외의 경우라 하여 삼면계약이라고 볼 까닭은 무엇일까? 상대방에게는 자신이 계약이전거래의 당사자라는 의식은 없는 것이 오히려 보통일 것이다.[132]

(2) 상대방의 동의의 기능·위치와 계약이전의 일반이론

이러한 상대방의 동의의 기능·위치에 관한 이해는 우선 계약이전의 일반이론을 구축하는데 도움을 준다.

먼저, 양도행위와 상대방의 동의를 구분함으로써, 개별 계약유형 및 계약이전사유별 고유의 계약이전법리의 특수성을 체계적으로 파악할 수 있다. 가령, 대항력 있는 임대차에서 임대인지위의 당연이전이나, 영업양도 등에서 고용관계의 당연이전은, 임대 목적물 내지 고용관계의 기초가 되는 영업의 양도에 임대차관계, 고용관계가 당연히 수반하여 양도되도록 하고, 임대차관계, 고용관계만을 떼어서 양도하지 아니하는 것을 막는다. 이는 「양도행위에 대한」 제한이다. 금융산업의 구조개선에 관한 법률상의 계약이전결정은 양도인은 물론, 양수인에 대하여도 「강제된 양도행위」에 해당한다. 앞의 것은 「존속보호」의 대상이 되는 임대차관계나 근

130) 김진우(주 21), 284면; 閔亨基(주 26), 628면; 徐敏(주 2), 411-412면 등.

131) H. Pieper(주 2), S. 199ff. 전면적으로 삼면계약설을 취하는 Ch. Bauer(주 95)가 사전 동의를 설명하기 위해 상대방 및 불특정의 양수인을 위한 옵션약정이라는 구성을 제안하고 있는 것도 비슷하다(S. 122ff.). 아울러 그가 전면적으로 삼면계약설을 취하는 핵심근거가 스위스채무법상 채무인수가 오로지 계약설에 따라 입법되었고 독일이나 오스트리아와 달리 처분설 내지 승인설에 따른 인수는 예정하고 있지 아니하다는 점에 있음에 유의할 필요가 있다.

132) H. Dörner(주 104), S. 137ff. 이론적으로 양도행위와 상대방의 동의의 결합에 의한 계약이전과 삼면계약에 의한 계약이전 모두 가능하다고 보는 D. Klimke(주 96)도 특히 세 당사자가 함께 모여 계약이전문서에 서명한 경우가 아닌 한 원칙적으로 앞의 것으로 "해석"하여야 한다고 한다(S. 68ff.).

로관계에서 임대인이나 사용자가 스스로 주관적 불능상태를 만들어냄으로써 존속보호(의무)를 회피하는 것을 차단하기 위함으로 이해할 수 있다. 근로관계에 관하여는 명문규정이 없으나, 영업양도로 정리해고사유가 생김으로써 근로관계의 존속보호라는 법질서의 평가가 좌절되는 것을, 마찬가지로 존속보호가 인정되는 대항력 있는 임대차에 관한 규율을 끌어와 대응하였다고 볼 수 있다. 뒤의 것은 금융시스템의 안정성과 금융소비자의 보호를 위한 일종의 공적 제한이다.[133] 한편, 손해보험 목적물의 양도에 따른 보험계약의 승계는 「양도행위의 추정」이다. 보험계약은 피보험이익이 없으면 존속할 수 없다는 점에 비추어 보면, 이는 당사자의 추정적 의사에 부합한다.[134] 그리고 임차인지위양도에 관한 판례법리(주 32)는 계약이전에 대한 상대방의 관여를 제한한 것이다. 이는 임차인에게 임차권이 가지는 경제적 가치를 계약이전에 의하여 실현할 수 있도록[135] 계약이전의 자유를 확장시킨다. 손해보험의 목적물의 양도에 따른 보험계약이전에서 보험자의 해지권을 제한하는 것(주 36) 역시 비슷하다. 회사분할에 의한 계약이전, 자산부채이전에서 연대책임, 담보제공, 다수결 등으로 상대방의 관여를 제한하고 있는 것은 특히 기업구조조정을 용이하게 하기 위함일 것이다. 아울러 이러한 구별로부터 동의 내지 삼면계약에의 청약·승낙 이외에 해지, 이의, 다수결 등 다양한 구성을 취하는 까닭도 이해할 수 있다. 상대방은 계약당사자가 아니므로, 상대방의 이익을 필요한 범위에서 보호할 수 있는 한 그의 관여방식은 어떠한 것이든 별 관계가 없다. 특히 상대방(들) 사이에 일종의 공통의 이해관계가 존재하는 경우 다수결과 같은 단체법적 관여방식을 끌어들일 수도 있다. 기초가 되는 자산의 양도로 계약관계가 실효할 가능성이 있는 계속적 계약의 경우 상대방의 동의를 요구하는 것보다 일응 승계를 인정하고 상대방에게 해지권을 부여하는 것이 계약이전의 시기를 명확히 하고 법률관계를 더 간명하게 할 것으로 생각된다.[136]

---

133) 특히 부실금융기관이 아닌 양수인에게 사적 자치에 맡겨져야 할 양수를 강제하는 것이 헌법에 부합하는지에 관하여는 의심이 있다. 대체로 같은 취지: 노혁준(주 37), 43면.

134) 그 이외에 보험에 부쳐지는 기간의 공백을 막는 기능도 갖고 있다.

135) 앞서도 언급한 바와 같이 계약은 당사자, 가령 임차인에게도 그 자체 (경제적) 이익이다. 그런데 임차인이 다른 사정으로 더는 직접 임차 목적물을 사용할 수 없게 되었다면, 임대차의 이익도 포기하여야 하는가하는 문제가 생긴다. 이는 이익형량의 문제인데, 일부 입법례가, 그리고 우리 판례가 일정 범위에서 임차권의 자유양도를 인정한 것은, 통상 임차인, 또는 그의 재산에서 임차권이 갖는 중대한 의미에 비추어 임대인의 이익을 다소간 제한하겠다는 취지라고 볼 수 있다.

136) 2005년 프랑스채무법개정시안 제1165조의5 제2항·제3항(주 70의 본문)이 이러한 취지

다음, 상대방의 동의를 다시 세 가지로 구분함으로써, 상대방의 관여의 기능을 체계적으로 이해할 수 있게 해준다. 이는 무엇보다도 법률이 계약이전에 대한 상대방의 관여에 대하여 일정한 특칙을 마련하고 있는 경우, 그 특칙이 위 세 기능 중 무엇에 대한 특칙인지라는 문제를 제기한다. 가령 임대인지위가 임차인의 (해지권의 유보 하에) 동의 없이 양도될 수 있다 하더라도, 또한 적어도 보증금이 없는 토지임대차의 경우, 임대인의 의무는 토지의 소유자의 지위에 있으면 별 어려움 없이 이행할 수 있고, 양도인에게 병존적으로 책임을 지우는 것이 별 의미가 없으므로 토지양도에 수반하는 임대인지위의 양도가 이루어졌다면 양도인의 면책을 위한 상대방의 동의는 필요하지 아니하다고 볼 수 있다 하더라도, 그것이 임차인의 해지권도 배제한거나,[137] 대항요건으로서 승낙 없이도 양수인이 임차인에 대하여 권리를 주장할 수 있다는 의미까지 포함하는지는 또 다른 문제임이 드러난다(주 127). 분할로 계약이 이전되는 경우 연대책임, 담보제공 등에 의하여 회피할 수 있는 것은 양도인의 면책을 위한 상대방의 동의뿐이고, 약정 또는 성질상 양도할 수 없는 계약을 양도하기 위한 동의는 필요하며, 분할절차에서 상대방에게 개별 통지한 경우는 별론, 공고만 한 경우 권리를 행사하기 위한 대항요건으로서 동의가 없어도 되는지 또한 검토가 필요하다. 다른 예로, 계약이전결정의 경우 공고로 갈음할 수 있는 것은 대항요건으로서 통지뿐이고, 가령 양도인의 면책을 위한 승낙은 없어도 되는 것인지는 별도의 논의가 필요할 것이다.[138]

이와 같이 본다면, 양도행위와 상대방의 승낙의 위치와, 상대방의 승낙의 세 기능을 구분하는 것은, 계약이전법리 일반과 개별 계약유형 내지 계약이전사유별 고유의 계약이전법리를 매개하여, 포괄적이고 체계적으로 접근할 수 있게 해준다는 장점이 있다.

이다.

137) 사법연수원 편, **요건 사실론**, 사법연수원(2011), 112면은 대항력 있는 임대차의 경우 임대목적물이 양도되면 임대인지위도 승계되므로 새로이 소유권을 취득한 제3자로부터 인도청구가 있었다더라도 계약해지를 할 여지는 없다고 한다. 그러나 대항력은 일차적으로는 임대인에 의한 존속보호의 무력화를 방지하고자 하는 것이고, 나아가 임차인에게 계약상대방인 임대인의 일방적 변경을 감수하게 하는 것까지 포함하는지는 임대인지위의 승계라는 법적 구성만으로 간단히 답할 수 없는 문제라고 생각된다.

138) 물론, 기업구조조정을 위한 제도라는 특성, 양도인이 부실금융기관이어서, 상대방으로서 양도인에 대한 책임을 유지하여야 할 실질적인 이익이 크지 아니하다는 점 등에 비추어 보면, 이때에는 상대방의 승낙 없이 양도인을 면책시킬 수도 있을 것이다. 이러한 취지로 보이는 것으로 노혁준(주 37), 45면.

3. 해석론적 귀결

(1) 계약이전의 성립, 해석 및 효력

앞서 본 계약이전의 법적 구조, 특히 상대방의 동의의 기능구분은 계약이전의 일반 법리의 해석론적 쟁점을 해명하는데도 도움이 된다. 이하에서는 그 중 몇 가지를 중심으로 계약이전 법리의 구체적인 쟁점들을 다루기로 한다.

계약이전이 성립하기 위해서는 원칙적으로 양도인과 양수인 사이에 양도행위가 성립하고, 상대방이 이에 동의하여야 함은 앞서 본 바와 같다.

양도인·양수인 사이에 계약이전의 합의가 있었는지, 이전대상이 되는 권리·의무의 범위는 어떠한지는 양도행위의 해석 문제로서, 양도인과 양수인의 시계(視界)만을 고려하여 판단한다.[139] 당사자의 명시적 의사표시 기타 특별한 사정이 없는 한 1회적 급부를 목적으로 하는 계약의 경우 계약 전체를 양도하였다고 해석하는 것이, 계속적 계약은 통상 이전시 이후의 계약관계만을 양도하였다고 해석하는 것이 합리적일 것이다.[140]

상대방의 동의는 양도인·양수인 모두에 대하여 행해질 수 있고, 둘 중 어느 한 사람에 대하여 행해지면 효력이 있다.[141] 상대방이 양도행위 전에, 특히 양도의 대상이 되는 계약(이하 양도대상계약이라 한다)을 할 때 미리 동의할 수도 있다. 실제로도 제법 흔한 경우라고 생각된다. 이때에는 양도인에 대한 의사표시로 행해

---

139) D. Klimke(주 96), S. 43. 이와 달리 삼면계약으로 구성하는 경우 양도인·양수인 사이에 falsa demonstratio가 있더라도 상대방이 이를 알지 못하였고 알 수도 없었다면, 단순히 계약이전이 성립하지 아니하거나 양도인이 면책되지 아니하는 것을 넘어서서 상대방이 이해한 바대로 계약이전이 이루어질 수가 있다. 계약이전에서 그것이 자신에게 불리하지 않다고 본 상대방의 지위가 그 정도까지 보호될 필요가 있는지는 의문이다.

140) 대법원 2008. 10. 9. 선고 2008다3022 판결(미간행)도 “임대인 지위가 양수인에게 승계된 경우 이미 발생한 연체차임채권은 따로 채권양도의 효력을 갖추지 않는 한 승계되지 않고, 따라서 양수인이 연체차임채권을 양수받지 않은 이상 승계 이후의 연체차임액이 3기 이상의 차임액에 달하여야만 비로소 임대차계약을 해지할 수 있”다고 한다. 金龍潭(주 7), 84면; 閔亨基(주 26), 629면; 양창수·권영준(주 1), 218면도 참조. 대차형계약이나 보험계약 등 계속적 계약의 경우 급부가 시간의 경과와 불가분적으로 결합되어 있어, 소급적 청산이 불가능한 만큼 급부를 원래의 형태대로 소급하여 양수할 수도 없으므로, 결국 과거의 급부에 대하여는 가액정산하는 수밖에 없는데, 이는 당사자들이 원하는 바가 아닐 것이다. 이동진(주 90), 71면. Ch. Bauer(주 95), S. 179ff.도 참조.

141) 徐敏(주 2), 411-412면; D. Klimke(주 96), S. 42f. 삼면계약으로 구성하는 경우 둘 다에게 도달해야 한다.

지는 것이 보통이고, 특정한 양도행위에 동의하는 것이 아니라 장차 양도인이 할지도 모르는 불특정의 양도에 대하여 동의하는 것인데, 이 또한 유효하다. 동의의 범위를 제한하거나 일정한 조건 하에 동의할 수도 있다.[142] 이와 같이 사전 동의가 있었던 경우 상대방에게 사후 통지를 할 의무가 있는가? 학설 가운데에는 별다른 근거는 제시하지 아니한 채 이를 인정하는 것이 있다.[143] 타당하다고 생각된다. 특히 상대방의 사전 동의가 있다 하더라도, 그것이 계약의 양도가능성을 확인하고, 양수인의 면책에 동의하는 취지를 넘어서, 권리행사의 대항요건까지 포기하는 취지가 아니라고 해석되는 경우에는 통지가 계약이전의 효력요건이 될 수도 있을 것이다.

나아가 양도인과 양수인은, 양도인을 면책하려고 하는 이상, 상대방에게 동의 여부를 최고할 수 있다. 상대방이 기간 내에 확답을 발송하지 아니한 경우 거절한 것으로 본다(제455조). 그러나 상대방이 동의를 거절하는 경우 당연히 계약이전이 전부 무효가 된다고 볼 것은 아니다. 계약이 성질 및 약정상 양도할 수 없는 것이 아닌 한, 권리행사를 위한 대항요건은 통지로 갈음할 수 있고(제450조 제1항), 상대방의 승낙 없이도 병존적 채무인수는 가능하므로, 양도인의 책임이 존속하는 형태의 계약이전도 가능할 수 있기 때문이다.[144] 문제는 당사자의 추정적 의사, 즉, 양도인・양수인이, 상대방으로부터 동의를 받지 못하는 경우 이러한 형태의 계약이전이라도 의도하였을까 하는 점이다. 독일의 판례・통설은 채무인수에서와는 달리, 계약이전의 경우에는 통상 이러한 의도가 없다고 해석하여야 한다고 본다. 계약이전의 경우 채권양도라는 처분이 이미 양도인의 면책과 대가관계로 얽혀있으므로, 양도인이 면책되지 아니하는 한 채권양도도 일어날 수 없고, 따라서 이행인수도 원칙적으로 있을 수 없다거나, 상대방에게 청구는 하지 못하면서 그의 청구를 당하는 것을 의도하지는 않았을 것이라고 한다.[145] 그러나 이것이, 특히 상사거래에서 당사자의 추정적 의사인지는 다소 의문이다. 거래의 실제에 있어서는 양도인이 자신의 법적 면책이 아니라, 양수인에 의한 경제적・실질적 부담으로 만

142) Ch. Bauer(주 95), S. 119ff.

143) 徐敏(주 2), 414-415면. 독일과 스위스에서는 통지가 있어야 비로소 계약이전이 효력이 있는 견해와 통지가 없어도 계약이전은 유효하다는 견해가 대립하고 있다. 그러나 뒤의 견해도 신의칙상 통지의무는 인정한다. Ch. Bauer(주 95), S. 252ff. 프랑스와 계약이전에 관한 명문 규정을 두고 있는 입법례의 다수는 사전 동의의 경우 통지가 있어야 계약이 이전된다고 규정한다. 앞의 주 60 내지 65 참조.

144) L. Enneccerus und H. Lehmann(주 72), S. 351f.; D. Klimke(주 96), S. 175f.

145) D. Klimke(주 96), S. 176f.; H. Dörner(주 104), S. 213. 徐敏(주 2), 412면도 같다.

족하는 경우도 적지 않은 듯하다. 그때에는 상대방이 계약이전에 대한 동의를 거절하더라도 양수인이 계약당사자가 되고, 다만 양수인이 면책되지 아니할 뿐이라고 보아야 할 것이다.[146] 물론, 양도인·양수인이 양도인이 면책되지 못하면 양도가 효력이 생기지 않도록 합의할 수는 있다.

묵시적 동의가 가능하다는 점에 대하여는 별 이론(異論)이 없다. 문제는 어떠한 경우에 묵시적 동의가 있는가 하는 점이다. 통설과 같이 상대방의 동의를 삼면계약의 구성요소로, 하나의 단일한 기능을 하는 것으로 파악하면, 계약이전, 즉 양수인의 책임인수와 관련하여서는 묵시적 동의를 쉽게 인정하고 싶은 유혹을 느끼게 되는 반면, 양도인의 면책과 관련하여 묵시적 동의를 쉽게 인정하기는 어렵다. 우리의 판례[147]·학설[148]은 이러한 상황에서 묵시적 동의를 쉽게 인정하는 경향을 보인다. 양도인의 면책보다 계약이전을 조금이라도 원활하게 하는 데 초점을 맞춘 탓이라고 생각된다. 그러나 양수인의 권리·의무 내지 계약당사자지위의 취득에는 상대방의 동의를 문제 삼지 아니하고 양도인의 면책에 관하여는 가급적 명시적 의사표시를 요구하여 동의의 두 차원을 분리하는 것이 보다 나은 접근이라고 생각된다.[149] 이렇게 본다면, 이는 상대방의 동의의 기능을 분리하는 해석론적인 이

---

146) 앞의 주 26 참조.

147) 묵시적 동의를 인정하기 위해서는 당사자의 행태가 일의적으로 해석될 수 있어야 하므로, 해제나 해지, 기간을 정한 최고 등을 양수인에게 한 경우에는 계약이전에의 동의로 해석될 수 있지만 급부를 청구하거나 급부를 하는 경우에는 채권양도, 제3자를 위한 계약, 채무인수 등에의 동의로 해석될 수도 있어 계약이전에의 동의로 볼 수 없다. W. Pöggeler, “Vertragsübernahme und Privatautonomie”, JJZ 1996, 81, 110ff.; D. Klimke(주 96), S. 230f.; Ch. Bauer(주 95), S. 131ff. 이러한 점에 비추어 보면, 묵시적 동의가 문제될 수 있는 사안 중 대법원 1992. 3. 13. 선고 91다32534 판결(주 17)만이 묵시적 동의가 인정될 만한 사건이고, 대법원 1996. 2. 27. 선고 95다21662 판결(주 17)은 묵시적 동의가 인정되기에 부족하며, 오히려 계약이전을 부정한 대법원 1981. 6. 9. 선고 80다3289 판결(주 13)이 묵시적 동의가 인정되어야 할 사안이었다고 보인다. 묵시적 동의를 둘러싼 이러한 혼란은 묵시적 동의라는 하나의 개념에 지나치게 많은 것을 의존하는 경우, 이 개념이 개별 분쟁의 타당한 해결을 위하여 다소간 자의적으로 운용될 위험이 있고, 따라서 법률관계의 명확성을 해할 것임을 시사한다.

148) 徐敏(주 2), 410면: “특히 계약당사자의 인적 요소가 문제되지 아니하고, 계약인수에 의하여 잔류당사자에게 부당한 불이익을 줄 염려가 없는 경우에는 이 동의의 요건은 엄격하게 파악될 필요가 없게 되며, 따라서 묵시적 동의가 추정될 가능성이 높아지게 된다.” 참고로 BGH WM 1984, 93; NJW 1961, 453은 상대방에게 아무런 권리도 없음에도 동의를 거절하는 것은 권리남용이라고 한다. Ch. Bauer(주 96), S. 144ff. 그러나 상대방에게 정말 아무런 권리도 없다면 그의 동의 없이 계약을 이전할 수도 있지 않을까?

점 중 하나가 될 것이다.

한편, 학설상으로는 상대방이 면책을 유보한 동의를 한 경우 양도인의 책임이 원칙적으로 존속하고, 양도인이 면책되지 아니하면 계약이전을 하지 아니하겠다는 의사가 있었던 경우에 한하여 전부 무효가 된다는 주장이 있다.[150] 대체로 타당하다고 생각된다. 양도인·양수인이 상대방이 동의를 거절하더라도 계약을 이전할 의사라면 이는 상대방의 동의거절의 문제에 불과하고, 위 학설이 말하는 바와 같이 양도인과 양수인의 책임이 병존하게 된다. 다만, 상대방이 동의를 거절하면 계약을 이전하지 아니할 의사일 때에는 양도행위도 효력이 생기지 아니한다.[151] 대법원 2007. 9. 6. 선고 2007다31990 판결(주 21)의 판시도, 상대방이 면책을 유보하여 제한적 동의를 한 경우 언제나 양도인의 책임이 존속하는 형태로 계약이전이 유효하게 성립한다는 뜻이라고 읽을 것은 아니다.

계약이전에 채권양도가 포함되는 경우 대항요건을 갖추어야 함은 앞서도 언급한 바와 같다.[152] 계약상 「채권」이 이미 양도된 경우 우열은 어떻게 되는가? 독일의 판례·학설은 계약이 이전되면 장래의 채권은 양수인과 상대방 사이에서 직접 발생하므로 언제나 채권양수인보다 계약양수인이 우선한다고 본다.[153] 그러나 이는 계약이 동일성을 유지한 채 이전된다는 계약이전의 기본관념에 반하고, 채권의 이중양도의 경우와 평가모순을 피할 수 없다. 그리하여 근래에는 채권의 이중양도와 같은 기준으로 판단해야 한다는 견해가 유력하게 주장되고 있고,[154] 타당하다고 생각된다.[155] 나아가, 흔치는 않은 일이지만, 계약 자체가 이중으로 이전되는

149) 양도인을 면책시키는 동의는 상대방의 입장에서 권리를 포기하는 것에 해당하기 때문이다. 프랑스 판례(주 66)와 PICC 2004(주 67)의 입장이 대체로 그러하다. 李愚宰(주 22)도 비슷하다.

150) 閔亨基(주 26), 628면; 徐敏(주 2), 413-414면.

151) 이는 계약이전 전체를 삼면계약으로 구성하는 것과는 조화되지 아니한다. 이때 제한적 동의는 변경을 가한 승낙(제534조)에 해당하여, 양도인·양수인에게 양도인을 면책시키지 아니하는 형태의 계약이전이라도 할 추정적 의사가 인정되는지 여부(제137조)를 묻지 아니하고 삼면계약의 성립 자체를 좌절시킨다.

152) 대법원 2008. 10. 9. 선고 2008다3022 판결(주 140)도 "임대인 지위가 양수인에게 승계된 경우 이미 발생한 연체차임채권은 따로 채권양도의 효력을 갖추지 않는 한 승계되지 않"는다고 한다.

153) BGHZ 88, 205, 206f. 문헌의 지시는 D. Klimke(주 96), S. 169f.

154) D. Klimke(주 96), S. 170ff. 또한 Ch. Bauer(주 95), S. 227f.도 참조.

155) 대법원 1998. 7. 14. 선고 96다17202 판결(주 23)도 "임대차보증금반환채권이 가압류 또는 압류된 후 임차권이 양도된 경우에 임대인이 위 임차권의 양도를 승낙하였다면 임대인과 구 임차인과의 임대차관계는 종료되어 구 임차인은 임대차관계로부터 이탈

경우 우열의 문제가 있다. 이에 대하여는 채권양도의 대항요건의 우열에 따라야 한다는 견해만이 주장되고 있다.[156]

(2) 계약이전의 양도대상계약에의 영향

계약이전이 이루어지면 계약관계는 그 동일성을 유지한 채 양도인과 상대방 사이에서 양수인과 상대방 사이로 이전한다. 그러므로 양도대상계약의 해석은 양수인이 아니라 양도인과 상대방의 시계(視界)에서, 그 체결 당시를 기준으로 이루어져야 한다. 종전에 진행된 시효기간, 항변 등도 모두 양수인에게 승계된다(제458조).[157] 양수인의 권리를 위하여 담보가 설정되어 있었던 경우는 그 담보도 계약이전 당시의 상태 그대로 양수인에게 승계된다.[158] 대법원 2005. 3. 10. 선고 2004다51153 판결(주 23)도 같은 취지이다. 그러나 그의 의무를 위하여 담보가 설정되어 있었던 경우에는 그것이 누가 제공한 담보인가에 따라 달리 취급되어야 한다.

하게 되고, 구 임차인의 임대차보증금반환채권은 구 임차인과 임대인과의 임대차관계의 종료로 인하여 임대인의 임차권 양도 승낙시에 이행기에 도달"한다면서도, "신 임차인에 대하여 임대차보증금반환채권을 양도하기로 한 때에도 그 이전에 임대차보증금반환채권이 제3자에 의하여 가압류 또는 압류되어 있는 경우에는 위와 같은 합의나 양도의 효력은 위 압류권자 등에게 대항할 수 없다 할 것"이라고 하여, 결론적으로 같은 태도를 취하고 있다.

156) 宋鎬熀(주 10), 99면. 그러나 현행법은 물론, 같은 문헌의, 채권양도와 채무인수에 관한 규정을 포괄적으로 준용하는 개정시안에서도, 이러한 해석이 일의적으로 도출될 수 있는지는 의문이다. 계약이전에는 채권양도와 채무인수가 불가분적으로 결합되어 있는 경우가 많다. 계약이 이중으로 이전되고, 제1양수인이 확정일자 없는 승낙을 받은 후 제2양수인이 확정일자부 승낙을 받은 경우를 생각해보자. 계약상 채권이 제2양수인에게 귀속되므로 제1양수인에 대한 채권이전은 무효이고, 따라서 그에 대한 채무이전도 효력이 없으며, 이로부터 채무는 여전히 당초의 양도인에게 남아 있다가 제2양수인에게 이전된다는 결론을 내릴 수도 있지만, 거꾸로 채무는 별도의 우열기준이 없으므로 시간에서 앞선 제1양수인에게 이전되었고, 제2양수인은 채무를 이전받지 못하며 그와 불가분의 관계에 있는 채권도 이전받지 못하므로, 대항요건의 우열을 따질 것 없이 제1양수인만이 채권도 취득할 수 있다는 추론도 가능한 것이다. 입법론적으로 확정일자부 승낙을 계약이전의 대항요건으로 제안한 것으로, 池田真朗, "契約当事者論-現代民法における契約当事者象の研究", **債權法改正の課題と方向-民法100周年を契機として**. 別冊NBL no. 51, 商事法務研究会(2001), 177면.

157) 異說 없음. D. Klimke(주 96), S. 245ff.; Ch. Bauer(주 95), S. 182ff. 또한 codice civile 제1409조, Código Civil 제426조 본문. PICC 2004 제9.3.6조・제9.1.13조・제9.2.7조 등.

158) 이때에는 채권양도에 준하여 부종적 담보, 가령 저당권, 질권 등은 당연히 양수인에게 이전된다. 다만, 계속적 계약관계로서 담보계약도 법정(부종적)이전되는지가 문제될 수 있다. Ch. Bauer(주 95), S. 204ff.

제3자가 제공한 담보는 그로부터 동의를 받지 아니하는 한 계약이전으로 소멸한다(제459조).[159]

나아가 계약이전으로 양도대상계약의 흠이 치유되는 경우가 있을 수 있다. 가령 양도대상계약이 허위표시에 의한 것이라 하더라도 양수인이 선의라면 양수인에 대하여는 더는 그것이 허위표시임을 주장할 수 없다(제108조 제2항). 또한 상대방이 계약당사자의 동일성에 대하여 착오(error in persona)한 경우에도, 계약이전이 이루어지고 상대방이 동의하였다면 그 흠은 치유되게 마련이다. 상대방 측 무권대리인에 의하여 체결된 계약도 계약이전에의 동의에 의하여 묵시적으로 추인되었다고 볼 수 있다.[160] 그러나 그 이외에 일반적으로 항변이 차단되는 것은 아니다. 이는 특히 이의의 유보 없는 승낙을 한 때에도 그러하다. 계약이 양수인에게 이전된 이상, 계약상 항변은 상대방의 양도인에 대한 항변이 아니라 양수인에 대한 항변이므로, 그것으로 대항하기 위해 권리자・의무자가 아닌 제3자에 대한 항변을 연장하는 제451조・제458조를 적용(또는 유추)할 필요는 없는 것이다.[161]

반대로 가령 관할관청의 허가 등이 계약의 효력요건인데, 양도인은 허가를 받았으나, 양수인은 허가를 받지 못한 경우에는 계약이전으로 양도대상계약에 새로운 흠이 생길 수 있다.[162]

---

159) NBW 제6:159조 제2항・제3항・제6:157조, PICC 2004 제9.3.7조, 일본 債権法改正の基本方針 제3.1.4.15항. 이 점에서 "제2항에 따른 공고가 있는 경우에는 그 계약이전과 관련된 채권자・채무자・물상보증인(物上保證人) 및 그 밖의 이해관계인과 해당 부실금융기관 사이의 법률관계는 인수금융기관이 동일한 내용으로 승계한다."고 정한 금융산업의 구조개선에 관한 법률 제14조의2 제3항 본문은 민법 제459조에 대한 특칙이 된다.

160) Ch. Bauer(주 95), S. 223ff.; D. Klimke(주 96), S. 316ff. 특히, S. 317, Fn. 212는 가령 계약기간이 지나치게 장기간이어서 양속에 반하여 무효가 되는 맥주공급계약이라도, 계약이전 당시 잔여계약기간만 놓고 보면 무효가 될 정도로 장기간이라고 할 수 없는 경우에는, 계약이전이 없었더라면 이미 계약이 (양적) 일부무효가 되어 구속력이 없었을 것이라 하더라도 계약이전 후 양수인에게는 잔여기간에 대하여 구속력이 있다고 한다. 이는 계약당사자 일방을 보호하기 위한 공서양속 위반에 대하여 무효행위의 추인을 인정한 결과라고 보인다. 이에 관하여는 李東珍, **公序良俗과 契約 當事者 保護**, 서울대학교 법학박사학위논문(2011. 2), 179-180면.

161) 그러나 D. Klimke(주 96), S. 293은 독일민법 제417조 제1항・제404조를 여기에 준용하여야 한다고 한다.

162) Ch. Bauer(주 95), S. 223. 이와 달리 D. Klimke(주 96), S. 294f.는 계약이전 자체가 유동적 무효가 되어야 한다고 한다. 당사자의 (추정적) 의사가 무엇인지의 문제인데, 허가가 양수인의 책임이고, 상대방이 이로 인한 법적 불안을 감수한 경우에는 계약이전은 확정적으로 유효하고, 양수인과 상대방 사이의 양도대상계약이 유동적 무효

상대방이 양도인에 대한 별개의 법률관계에 터 잡은 항변으로 양수인에게 대항할 수 있는가? 가령 별개의 법률관계에서 생긴 채권으로 상계할 수 있는가? 독일에서는 과거 항변연장에 관한 규정은 일방적으로 행해지는 채권양도에서 채무자, 즉 상대방을 보호하기 위한 것이므로, 상대방이 동의하여야 효력이 생기는 계약이전에 유추될 수 없고, 계약이전에 대한 상대방의 동의는 항변의 포기로 볼 수 있다는 견해가 유력하였다.[163] 그러나 채권양도·채무인수와 계약이전을 이처럼 달리 취급할 까닭은 없다. 독일에서도 근래에는 항변연장에 관한 규정이 계약이전에도 유추된다는 견해가 지배적이다.[164] 이에 따르더라도, 대부분의 경우에는 다시 항변차단에 관한 규정(제451조)이 적용되므로 별도의 법률관계에 터 잡은 항변으로 대항할 수 있는 경우는 많지 않을 것이다.

(3) 계약이전·양도대상계약의 흠과 그 청산

양도행위에 흠이 있는 경우, 가령 강행법규 위반이 있거나,[165] 비진의표시·허위표시인 경우(제107조·제108조)에는 무효가 되고, 착오(제109조) 또는 사기·강박(제110조)에 의한 양도인 경우에는 취소사유가 생긴다. 사기의 경우 양도인이 양수인을 또는 양수인이 양도인을 기망하였다면, 상대방은 양도의 당사자가 아니므로 선의인지 여부와 관계없이 양도행위를 취소할 수 있다. 반면, 상대방이 양도인 또는 양수인을 기망하여 양도행위를 하게 한 경우에는 그가 양도의 일방 당사

가 될 수도 있다.

163) H. Pieper(주 2), S. 214. 우리의 문헌 중 같은 견해로 徐敏(주 2), 416면.

164) 가령 H. Dörner(주 104), S. 251f.; D. Klimke(주 96), S. 296ff. 계약이전에 관한 규정을 둔 근래의 입법례들도 대체로 비슷한 태도이다. 가령 PECL 제12:201조 제2항, PICC 2004 제9.3.6조, DCFR III.-5:302 제3항 등은 모두 채권양도, 채무인수에 관한 규정을 준용한다. Código Civil 제427조도 "계약의 상대방은 양수인에 대하여 계약으로부터 생긴 항변을 대항할 수 있다. 그러나 양도할 때 합의로 유보하지 아니한 이상 양도인과 사이의 다른 관계에서 생긴 항변권에 대하여는 그러하지 아니하다"고 하여, 다른 법률관계에서 생긴 항변을 유보할 수 있도록 하고 있고, codice civile 제1409조도 같은 취지를 정하고 있다.

165) 가령 부동산등기 특별조치법 제4조는 "부동산의 소유권을 이전받을 것을 내용으로 제2조 제1항 각호의 계약을 체결한 자는 그 부동산에 대하여 (중략) 제3자에게 계약당사자의 지위를 이전하는 계약을 체결하고자 할 때에는 먼저 체결된 계약의 계약서에 제3조의 규정에 의한 검인을 받아야 한다."고 정하고, 보험업법 제140조 제1항은 "보험회사는 계약의 방법으로 책임준비금 산출의 기초가 같은 보험계약의 전부를 포괄하여 다른 보험회사에 이전할 수 있다."고 정한다(주 37). 그 이외에 채권양도 또는 채무인수를 제한하는 법률규정이 계약이전에까지 효력이 미치는 것으로 해석될 수 있는 경우도 있을 것이다.

자의 체약보조자였다는 등 특별한 사정이 없는 한 제3자의 사기(제110조 제2항)가 된다.[166] 취소의 의사표시는 양도의 당사자 사이에 행해지면 족하고, 상대방에게 할 필요는 없다.[167] 강박의 경우도 마찬가지이다.

양도행위 자체에 흠이 없더라도 그 원인행위가 효력을 잃으면 양도도 효력을 잃는다(有因說).[168] 가령 계약을 이전하기로 하는 계약(가령 영업양도약정)이 해제되는 경우를 들 수 있다(직접 효과설・물권적 효과설).[169]

어느 경우든 계약관계는 당연히 양도인과 상대방 사이에서 존속한다. (상대방의 동의를 받아) 재이전할 필요는 없다.[170] 다만 채권양도의 경우 그러한 사정을 통

166) 독일의 학설도 대체로 같다. 나아가 이들은 양도방법에 따른 차별취급은 피하여야 한다는 이유로 삼면계약에 의한 계약이전에 대하여도 같은 법리가 적용되어야 한다고 한다. D. Klimke(주 96), S. 117ff. 한편, 스위스채무법에 관하여 Ch. Bauer(주 95), S. 170은 이와 달리 전적으로 삼면계약으로 취급하여 상대방을 포함한 세 당사자 모두가 기망하였거나, 기망 당하였거나, 그와 같은 사정을 알았거나 알 수 있을 때에 한하여 취소할 수 있다고 한다. 그러나 계약이 이전되어도 "차이가 없다"고 판단한 상대방의 계약이전의 효력이 그 정도로 보호되어야 하는지는 다소 의문이다.

167) 이와 달리 독일의 판례・통설은 삼면계약은 물론, 양도행위와 상대방의 동의에 의한 계약이전의 경우에도 나머지 두 당사자 모두에게 취소의 의사표시를 하여야 한다는 입장이다. BGHZ 96, 203, 309f.; 137, 255, 260. D. Klimke(주 96), S. 149ff. 우리나라에서 같은 입장으로 양창수・권영준(주 1), 218면. 그러나 취소의 효력을 두 의사표시에 의존시키는 경우 법률관계는 더 불안정해지고, 사전 동의가 있는 경우 양수인은 상대방의 주소 등을 알지 못할 수 있어 제척기간 내에 취소하는데 어려움이 생길 수 있다. 상대방에게도 취소의 의사표시를 하여야 한다고 보는 근거는 주로 상대방의 보호 내지 정보제공의 필요에 있는데, 이는 제452조 제1항을 유추하여 통지하지 아니하면 상대방이 한 행위에 대하여 양도의 취소로 대항할 수 없다고 봄으로써 더 잘 달성될 수 있다. 독일 판례는 채권양도와 채무인수의 경우 상대방, 즉 각각 채무자, 채권자에게 취소의 의사표시를 할 필요가 없다고 하는데, 이것과의 균형도 고려되어야 한다. H. Dörner, "Anfechtung und Vertragsübernahme", NJW 1986, 2916; V. Rieble(주 113), Rz. 122. 나아가 뒤에 보는 바와 같이 유인설을 취하는 이상, 원인행위가 양도인・양수인 사이에서만 행해진 경우 이 원인행위의 취소에 상대방에 대한 의사표시가 필요하지 아니하다는 점에는 별 의문이 없고, 이로써 양도행위도 효력을 잃게 된다는 점도 고려하여야 한다. 이때야말로 제452조 제1항의 유추가 보다 적절한 보호방법이 될 것이다.

168) 徐敏(주 2), 406면. 독일에서는 무인으로 해석하는데 별 이론(異論)이 없다. 오스트리아와 스위스에서는 견해가 대립한다. D. Klimke(주 96), S. 90ff.(독일); H. Krejci(주 47), S. 174ff.(오스트리아); Ch. Bauer(주 95), 151ff.(스위스).

169) 무인설을 취하는 독일에서 원물반환이 재인수에 의해 이루어져야 하고, 상대방이 이에 동의하지 아니하는 경우 가액반환에 의하는 수밖에 없다는 설명으로 V. Rieble(주 113), Rz. 136. 이때에는 차액설(Saldotheorie)을 삼각관계에 적용하는 난제가 생긴다고 한다.

170) Ch. Bauer(주 95), S. 171f.

지하여야 할 수 있다(제452조 제1항 유추). 또 상대방은 보호의 대상이 되는 제3자(제107조 제2항・제108조 제2항・제109조 제2항・제110조 제3항・제548조 제1항 단서)가 될 수 있다. 이와 같은 경우에 상대방이 이미 급부하였다면 계약이전의 무효로 상대방에게 대항할 수 없다. 상대방의 급부는 유효하고, 그 범위에서 양도대상계약이 이행되어 종료하였다. 그 청산은 양도인과 양수인 사이의 부당이득반환에 의하여야 한다. 이렇게 되면 가액상환에 의하여야 하는 경우가 많을 것이다.[171]

한편, 상대방의 동의에 흠이 있어 무효 또는 취소되는 경우, 양도인의 면책만이 취소되므로, 양수인은 제3자로 취급된다. 이때 양도행위도 효력을 잃는지 여부는 상대방으로부터 동의를 거절당한 경우와 같은 기준으로 판단하여야 할 것이다.

양도행위는 완전히 효력이 생기지 아니하였으나, 원인행위는 흠이 없이 유효한 경우에는 원인행위에 따른 책임이 문제된다. 양도인에 대하여 도산절차가 개시되었다거나 양도인이 양도대상계약의 당사자가 아니라는 등 양도인이 처분권한을 갖고 있지 아니한 경우에는 타인 권리의 매매로 인한 담보책임(제570조)을 물을 수 있다. 상대방이 동의를 하지 아니하는 경우에는 (신의칙상 부수의무로) 상대방의 동의를 위하여 필요한 협력을 할 의무가 있을 것이나, 결과적으로 상대방의 동의를 얻지 못하였다 하여 계약을 해제할 수 있는지, 또 권리하자가 존재한다고 할 수 있는지는 개별 사안에 따라 달리 판단된다.[172]

그 이외에 양도대상계약이 무효이거나, 취소・해제된 경우의 청산이 문제된다. 1회적 급부의 교환을 목적으로 하는 계약과 같이 잠재적 청산관계까지 모두 이전되었다고 볼 수 있을 때에는 부당이득반환 내지 원상회복은 양수인과 상대방 사이에서 이루어진다. 계속적 계약관계도 통상 비소급적으로 청산이 이루어지므로 결과는 같다.[173] 이때 양수인은 양도인을 상대로 채무불이행책임을 물을 수 있을 것이다.[174]

---

171) 이러한 경우를 생각해보면, 양도대상계약 자체를 부당이득반환의 대상으로 보는 것이 불합리함을 곧 알 수 있다. 양도대상계약은 양도인의 입장에서 권리 이외에 의무도 포함하고 있고, 경우에 따라서는 그 자체 양도인에게 불리한, 즉 순 재산가치가 음(-)일 수도 있다. 그러므로 양도가 무효가 된다 하여, 급부행위자인 양도인만이 부당이득반환청구권을 가진다고 보아서는 곤란하고, 그 구성부분에 해당하는 개개의 채권, 채무에 관하여 - 물론 상호 견련관계를 유지한 채 - 양도인과 양수인이 그로 인한 이득의 반환 내지 이전을 청구할 수 있다고 하여야 한다. D. Klimke(주 96), S. 393ff.

172) 이에 관한 독일의 논의는 D. Klimke(주 96), S. 376ff. 참조. 의심스러울 때는 보증을 하지 않았다고 보아야 한다고 한다. 찬성할 만하다고 생각한다.

IV. 결 론

계약이전에 관한 논의의 전개과정에는 채권양도와 채무인수에 관한 논의의 전개과정과 비슷한 점이 있다. 처음에는 그 허용가능성과 법적 구성이 논의되지만, 점차 구체적인 요건과 효과로 논의가 집중되게 된다. 그 과정에서 드러난 한 가지 귀결은, 분해설을 취하든 통일설을 취하든 그 차이는 크지 아니하고, 결국 채권양도와 채무인수에 관하여 발전해온 법리가 여기에도 적절하게 활용되어야 한다는 것이다. 계약이전에 관한 근래의 입법은 대체로 이러한 방향으로 가고 있다. 이 점은 2010년 제2기 민법개정위원회 제3분과위원회의 개정시안도 마찬가지이다.

이러한 입법 방향 자체에는 대체로 찬성할 만하다. 그러나 이러한 입법이 이루어지든 그렇지 않든 계약이전의 요건과 효과의 구체화는 여전히 해석의 과제이다. 대표적으로 분해설과 통일설의 대립이 이처럼 정리된 이후에는 삼면계약구성과, 양도행위와 상대방의 동의의 결합구성 사이에 논란이 이어지고 있다. 이 글에서는 이러한 관점에서 채권양도 및 채무인수에 관한 규정과, 우리나라에 최초로 계약이전에 관한 논의가 소개된 후 계약관련 형성권의 양도가능성 등 관련 제도를 둘러싼 이론적 발전 및 특별법, 개별 계약유형에 고유한 계약이전법리를 참조하여 계약이전의 요건과 효과의 구체화를 시도하고자 하였다. 핵심은 양도인·양수인 사이의 양도행위와 상대방의 동의를 구분하고, 상대방의 동의를 다시 양도제한을 해제하는 동의, 양도인을 면책시키는 동의, 대항요건으로서의 동의로 세분하는 것이다. 이러한 문제 틀은 특별법과 개별 계약유형 고유의 계약이전법리를 체계적으로 이해하고, 계약이전의 일반법리에 통합하는 데는 물론, 계약이전의 일반법리의 발전에도 도움이 되리라고 생각한다.

투고일 2012. 2. 15. **심사완료일** 2012. 2. 29. **게재확정일** 2012. 3. 9.

173) Ch. Bauer(주 95), S. 192ff. 특히 이미 급부가 행해진 계약이 소급적으로 이전된 후 무효임이 밝혀진 경우 (유인주의를 취하는 스위스법에서) 청산의 특수문제에 관하여는 Fn. 1018 및 그 본문 참조.

174) Código Civil 제426조는 "양도인은 양수인에 대해 양도시 양도된 계약상지위의 존재를 담보한다. 그 범위는 계약이 무상인가 유상인가에 따라 정한다"고 한다. codice civile 제1410조 제1항, D. Klimke(주 96), S. 382ff.도 참조.

참고문헌

金龍潭, “契約引受의 要件”, **民事判例硏究[Ⅳ]**, 博英社(1982).

金亨培, **債權總論**, 제2판, 博英社(1998).

金亨培・河京孝・金永文, **營業讓渡와 勤勞關係의 承繼**, 新朝社(1999).

김영희, **형성권 연구**, 景仁文化社(2007).

김진우, “도급계약에 있어 계약 당사자의 확정과 계약인수”, **사법** 제3호, 사법연구지원재단(2008).

노혁준, “보험업의 구조조정: 계약이전제도의 개선방안을 중심으로”, **BFL** 제29호, 서울대학교 금융법센터(2008. 5).

_____, “프랑스의 회사분할 법제에 관한 연구: 분할의 효력을 중심으로”, **법제연구** 제39호, 한국법제연구원(2010).

閔日榮, “賃貸住宅의 讓渡人에 대한 賃借保證金의 返還請求”, **民事判例硏究[Ⅸ]**, 博英社(1987).

사법연수원 편, **요건 사실론**, 사법연수원(2011).

徐 敏, “契約引受”, **厚巖郭潤直敎授華甲紀念 民法學論叢** 제1권, 博英社(1985).

宋沃烈, **商法講義**, 弘文社(2011).

宋鎬煥, “채무인수, 이행인수 및 계약인수에 관한 입법론”, **法曹** 제662호, 法曹協會(2011. 11).

梁彰洙, “「유럽계약법원칙」 제3부”, **法學** 제44권 제4호, 서울대학교(2003. 12).

_____, “賃借人의 無斷轉貸를 理由로 하는 賃貸人의 權利”, **民法散考**, 博英社(1998).

양창수・권영준 공저, **민법 Ⅱ.** 권리의 변동과 구제, 博英社(2011).

梁泰宗, “契約引受”, **대법원판례해설** 제8호(87년 하반기), 법원도서관(1988).

이동진, “과도하게 긴 계약상 경업금지기간에 대한 규율: 근로계약상 퇴직 후 경업금지조항을 중심으로”, **民事法學** 제54-1호, 韓國民事法學會(2011. 6).

_____, “차명계약의 법리: 차명예금 및 차명대출을 중심으로”, **BFL** 제46호, 서울대학교 금융법센터(2011. 3).

李東珍, **公序良俗과 契約 當事者 保護**, 서울대학교 법학박사학위논문(2011. 2).

이용구, “영업양도와 근로관계”, **노동법연구** 제6호, 서울대학교 노동법연구회(1997).

李愚宰, “저당부동산이 제3자에게 양도되면서 근저당권자와의 합의하에 채무자 지

위 승계를 내용으로 하는 계약인수가 이루어진 경우 양수인에 대한 조세채권과 근저당권부채권과의 우선순위", **대법원판례해설** 제54호(2005년 상반기), 법원도서관(2006).

이준현, "계약인수와 임차권의 양도", **저스티스** 제89호, 한국법학원(2006. 2).

_____, "賃貸人에 의한 임차목적물의 讓渡와 賃貸借關係에 대한 영향", **比較私法** 제11권 제2호, 한국비교사법학회(2004. 6).

_____, "賃貸人의 地位의 讓渡와 賃借人의 同意 또는 承諾" **人權과 正義** 제329호, 대한변호사협회(2004. 1).

이철송, "體育施設의 讓渡와 會員權 承繼의 法理: 관련 判例의 소개를 중심으로", **人權과 正義** 제372호, 대한변호사협회(2007. 8).

李哲松, **會社法講義**, 第13版, 博英社(2006).

임채웅, "금융기관의구조개선에관한법률에 의한 계약이전결정의 효과", **대법원판례해설** 제42호(2002 하반기), 법원도서관(2003).

정태윤, "프랑스채권법 개정시안에서의 "합의의 제3자에 대한 효력"과 "채권의 거래"", **民事法學** 제45-2호, 한국민사법학회(2009. 6).

崔秀貞, "繼續的 保證債務의 相續", **家族法研究** 제14호, 한국가족법학회(2000).

최수정, **채권양도론**, 진원사(2007).

Aynès, L., La cession de contrat et les opéraions juridique à trois personnes, Paris(1984).

Bähr, O., "Ueber die s.g. Verträge zu Gunsten Dritter", IhJr 6 (1863), 182.

von Bar, Ch. and E. Clive (ed.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR) Full Edition, Volume 2, New York(2010).

Basedow, J. et al. (ed.), Principles of European Insurance Contract Law (PEICL), München(2009).

Bauer, Ch., Parteiwechsel im Vertrag: Vertragsübertragung und Vertragsübergang Unter besonderer Berücksichtigung des allgemeinen Vertragsrechts und des Fusionsgesetzes, Zürich und St. Gallen(2010).

Bernasconi, S., Vertragsübertragung nach italienischem Recht. Konsequenzen für das schweizerische Recht, Zürich(1978).

Billiau, M. et Ch. Jamin, "La cession conventionelle de contrat exige le

consentement du cédé", D. 1997, jur. 588.

Bydlinski, P., Die Übertragung von Gestaltungsrechten, Wien(1986).

Carbonnier, J., Droit civil, tome II, 2e partie, Les obligation, Paris(1957).

Demelius, H., "Vertragsübernahme", IhJr 72 (1922), 241.

Dimatteo, L. A., "Depersonalization of Personal Sevice Contrats: The Search for a Modern Approach to Assignability", Akron L. Rev. 27 (1994), 407.

Dörner, H., "Anfechtung und Vertragsübernahme", NJW 1986, 2916.

_____, Dynamische Relativität. Der Übergang vertraglicher Rechte und Pflichten, München(1985).

Enneccerus, L. und H. Lehmann, Rechts der Schuldverhältnisse, 15. bearb. Aufl., Tübingen(1958).

Fabricius, F., "Vertragsübernahme und Vertragsbeitritt", JZ 1967, 144.

Farnsworth, E. A., On Contracts, 3rd. ed., Vol. III, New York(2004).

Hirshman, N. S., M. G. Fatall and P. M. Spingola, "Is Silence Really Golden? Assumption and Assignment of Intellectual Property Licenses in Bankruptcy", Hast. Bus. L. J. 3 (2007), 197.

Jamin, Ch., "Cession de contrat et consentement du cédé", D. 1995, Chr. 131.

Klimke, D., Die Vertragsübernahme, Tübingen(2010).

Kramer, J. G., When Should Contracts be Assignable? An Economic Analysis. The Harvard John M. Olin Discussion Paper No. 484(2004).

Krejci, H., Betriebsübergang und Arbeitsvertrag. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Vertragsübernahme, Wien(1972).

Larroumet, Ch., Les operations juridique à trois personnes en droit prive, Bordeaus (1968).

Malaurie, Ph., L. Aynès et Ph. Stoffel-Munch, Les obligations, 5e éd., Paris(2011).

Mühlenbruch, Ch. F., Lehre von der Cession der Forderungsrechte: nach den Grundsätzen des Römischen Rechts, 2. Aufl., Greifswald(1836).

Neumayer, K. H., "La transmission des obligations en droit comparé", in: La transmission des obligations, Paris(1980).

Pieper, H., Vertragsübernahme und Vertragsbeitritt. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Vertragsverhältnis, Köln und Berlin(1963).

Pöggeler, W., “Vertragsübernahme und Privatautonomie”, JJZ 1996, 81.

Rieble, V., “Verschmelzung und Spaltung von Unternehmen und ihre Folgen für Schuldverhältnisse mit Dritten”, ZIP 1997, 301.

Thullier, B., “Cession judiciaire des contrats et loi de sauvegarde des entreprises: moins de pouvoir pour le juge”, D. 2006, n° 2.

Watter, R. und U. Kägi, “Der Übergang von Verträgen bei Fusionen, Spaltungen und Vermögensübertragungen”, SZW 2004, 231.

民法(債權法)改正檢討委員會 編, **詳解 債權法改正の基本方針** III. 契約および債權一般(2), 商事法務(2009).

四宮和夫, “債務の引受”, **總合判例研究叢書民法**(14), 有斐閣(1965).

西村信雄 編輯, **注釋民法**(11): 債權(2) 多數當事者の債權·債權の讓渡 §§ 427～473, 有斐閣(1965).

神田秀樹, **會社法**, 第八版(2006).

我妻 榮, **債權總論(民法講義IV)**, 岩波書店(1940).

野澤正充, “當事者の交代”, 內田 貴・大村敦志 編, **民法の爭點**, 有斐閣(2007).

_____, **契約讓渡の研究**, 弘文堂(2002).

池田眞朗, “契約當事者論-現代民法における契約當事者象の研究”, **債權法改正の課題と方向-民法100周年を契機として**. 別冊NBL no. 51, 商事法務研究會(2001).

<Abstract>

Transfer of Contract

Lee, Dong-Jin*

By transfer of contract, or substitution of contract party, a party to a pre-existing contract can be replaced by a previously uninvolved third party without destroying the contractual relationship itself. It was introduced in and has been acknowledged by both jurisprudence and legal academics for a long time, and is being used frequently in daily commercial or non-commercial transactions. It's legal framework, however, still remains not only uncertain. It is also unsatisfactory in many aspects, especially in view of commercial needs.

In this article, a clear, concrete and comprehensive legal framework of transfer of contract would be developed. It can be achieved by distinguishing the consent of the remaining party to the transfer, from the agreement to transfer between the exiting party and the new party, and by discerning three different functions of the remaining party's consent, each of which relates to the transferability of the contract, the requirement of discharging the exiting party, and the requirement for the new party to “oppose” the transferred contract to the remaining party.

The approach presented in this article is expected to contribute to integrate scattered provisions concerning specific types of contracts, legal relationship or transactions such as lease, employment relationship, corporation spin-off and P&A into a coherent system or framework of transfer of contract. Resolutions to some legal issues related to contract transfer, like the interpretation of the scope of transfer, validness of it and others, would be inferred more easily and properly, from the approach above. This approach as well as the consequences of it can be supported in comparative law perspective, also.

* Assistant Professor, College of Law/School of Law, Seoul National University.

Keywords: transfer of contract, substitution of contract party, consent of the remaining party to the transfer, transferability of the contract, the requirement of discharging the exiting party, the requirement for the new party to “oppose” the transferred contract to the remaining party