

債權讓渡 禁止 特約의 제3자에 대한 效力

李 相 旭*

對象判決 : 1996.6.28. 宣告 96다18281(판례공보 16호, 2364-2366)

I. 事實概要

소의 주식회사 대성설비(이하 訴外 會社라고 한다)는 1993.7.9. 피고가 신축할 호텔 건물 공사 중 위생 및 냉난방설비 공사를 680,000,000원을 받고 완공하기로 피고와 도급계약을 체결하면서, 이 都給契約에 따르는 債權은 讓渡하거나 擔保 目的으로 할 수 없다는 특약을 하였다. 그런데 소의 회사는 이 공사대금 채권중 50,000,000원을 원고에게 양도하고 확정일자있는 통지로서 피고에게 통지하였다. 원고가 양수한 공사대금 채권의 지급을 구하자 피고는, 원고가 債權讓渡禁止特約이 있음을 알았거나 아니면 조금만 주의를 기울였다면 양도금지 특약이 있음을 쉽게 알 수 있었을 터인데 그러한 주의를 전혀 기울이지 아니한 過失로 알지 못하고 위 채권을 양수하였으므로 원고의 청구에 응할 수 없다고 항변하였다.

II. 原審判決(大邱 高法 1996.3.22. 宣告 95나2181判決)

민법 제449조 제2항 단서가 채권양도금지의 의사표시는 선의의 제3자

* 嶺南大學校 法科大學 教授. 法學博士

에게 대항할 수 없다고 규정하고 있을 뿐 그 제3자가 善意임에 無過失까지 요구하고 있지는 아니하여 債權의 讓受人이 그 채권에 관하여 讓渡禁止特約이 있음을 알지 못한 이상 이를 알지 못함에 과실이 있었다 하더라도 채권양도금지의 특약을 양수인에게 대항할 수 없다.

Ⅲ. 大法院 判決 要旨

민법 제449조 제 2항이 채권양도 금지의 특약은 선의의 제3자에게 대항할 수 없다고만 규정하고 있어서 그 문언상 제3자의 과실의 유무를 문제 삼고 있지는 아니하지만, 제3자의 중대한 과실은 악의와 같이 취급되어야 할 것이므로 특약의 존재를 알지 못하고 채권을 양수한 경우에 있어서 그 알지 못함에 중대한 과실이 있는 때에는 악의의 양수인과 같이 양도에 의한 채권을 취득할 수 없다고 해석하는 것이 상당하다.

Ⅳ. 評 釋

1. 이 判決의 問題點

이 판결은 當事者의 意思表示에 의한 債權讓渡禁止 特約을 위반하여 채권이 양도된 경우에 선의의 양수인에게는 특약으로 대항할 수 없다는 민법 제449조 제2항의 해석론과 관련된 것이다. 즉 양도금지의 특약은 특약의 존재를 알지 못한 선의의 제3자에게는 대항할 수 없는데, 특약으로 대항할 수 없는 善意者는 무과실임을 요하는가 아니면 문언에 따라 무과실까지 요구할 필요는 없는가에 관한 문제로 집약된다.

양도금지특약부채권이 양도된 경우 양수인의 보호요건으로서 중대한

과실이 없을 것을 요구하고 있는 이 판례의 논지에 대하여는 다음과 같은 문제점을 지적할 수 있다.

첫째는 채권의 양도성을 선언하고 있는 민법 제449조 제1항과 의사표시에 의한 제한을 인정하고 있는 제2항의 관계를 어떻게 정립할 것인가라는 점이다. 즉 어느 쪽에 더 비중을 두고 해석론을 전개할 것인가 하는 문제이다. 둘째는, 민법 제449조 제2항 단서는 선의의 제3자라고만 규정하고 있을 뿐인데 이처럼 명문규정에도 없는 제3자에게 중대한 과실이 없을 것 까지 요구하는 근거가 무엇인가라는 점이다. 선의의 제3자에게 대항할 수 없다는 다른 민법 규정(예컨대 민법 제492조 제2항 단서, 제108조 2항, 제109조 2항 등) 과의 해석론상의 형평성을 고려할 필요가 없는 그 어떤 특수성이 존재하는 것인지 의문을 제기하지 않을 수 없다. 셋째는 설령 해석론상 제3자의 중과실을 또 다른 요건으로서 요구한다고 하더라도 과연 구체적으로 어떠한 경우에 중대한 과실이 있다고 볼 수 있는지 그 기준이 무엇인지 명확하지 않다는 점이다.

2. 當事者の 意思表示에 의한 債權讓渡의 制限

1) 債權의 讓渡性과 制限

채권은 원칙적으로 양도할 수 있다(민법 제449조 제1항). 법문화가 발달하지 못한 단계에서는 양도인측의 관념적 권리와 양수인측의 관념적 권리는 그 주체와 분리되어서는 동일성을 식별할 수 있는 방법을 찾기 어려웠으므로, 이러한 상황에서는 채권자나 채무자가 바뀌게 되는 것은 更改에 의하여 구채무를 소멸시키고 신채무를 성립시키는 방법을 취하지 않을 수 없었다. 그러나 채권의 재산적 가치를 승인하게 된 근대민법에서는 채권은 원칙적으로 양도할 수 있는 것으로 규정하고 있으며, 또한 이는 계약자유 원칙과도 부합되는 것이다. 즉 채권의 양도성은 특정한 채권자와 채무자간의 인적결합관계의 개성을 고려하지 않더라도 그 의미를 가진다는 채

권의 財貨性에 주목한 것이므로 채권의 처분대상성을 승인하는 점에 그 기초를 두고 있다. 그러나 채권중에는 특정인간의 개인적 신뢰관계나 사회정책적인 고려에서 특정한 채권자에게만 급부가 이행되도록 요구되는 경우도 있다. 이러한 경우마저 채권의 재화로서의 측면만을 강조하여 처분의 자유를 인정할 수는 없기 때문에 예외적으로 채권의 양도성을 제한할 수 있는 것이다. 대부분의 근대 민법이 채권의 양도성을 인정하면서 일정한 경우에 채권의 양도성을 제한하는 규정을 두고 있듯이¹⁾ 우리 민법도 채권의 성질이나 당사자의 의사표시에 의한 채권의 양도성을 제한하고 있다. 다만 프랑스에서는 일반적으로 모든 채권은 양도할 수 있다고 하여²⁾ 채권의 양도성을 제한하는 민법상의 명문규정을 두고 있지는 않지만, 일정한 경우에는 채권의 양도성이 제한될 수 있음을 인정하고 있다.³⁾

2) 讓渡禁止特約의 立法 背景

채권의 양도성은 당사자의 의사표시로서 배제되거나 제한할 수 있다(민법 제449조 제2항). 채권의 발생원인이 계약인 경우에는 채권자와 채무자간의 계약으로, 그 채권이 유언과 같은 단독행위인 경우에는 그 단독행위에 의하여 양도금지의 의사표시를 할 수 있다. 이 양도금지의 의사표시는 반드시 채권이 성립할 때 하여야 하는 것은 아니며 채권이 성립된 뒤에 해도 무방하다. 또한 민법은 양도금지에 대해서만 규정하고 있으나 채권을 양도하려면 채무자의 사전동의가 있어야 한다는 등의 제한을 당사자가 약정한 경우에도 양도금지의 이론이 적용된다.⁴⁾ 양도금지는 해제조건

1) 독일 민법 제399조 이하, 스위스 채무법 제104조 ①, 일본 민법 제466조 등

2) Ph.Malaurie/L.Aynès, Droit Civil(Les Obligations), 1996, n°1221, p.725.

3) 예컨대 빈털털이가 되는 무분별한 행위로 부터 권리자를 보호할 가치있는 양육채권(la créance alimentaire)이나 일정한 금액까지의 임금채권(la créance de salaires)등은 양도할 수 없다.

4) 徐敏, 債權讓渡에 관한 研究, 56면; 郭潤直, 債權總論, 416면; 李銀榮, 債權總論, 453면; 金曙洙, 債權總論, 358면; 金相容, 債權總論, 455면; 大判 1980.1.29. 78다1237.

이나 終期를 붙이는 것도 가능하다.⁵⁾

그런데 양도금지특약을 규정하고 있는 우리 민법 제449조는 일본 민법 제446조를 그대로 본받은 것으로서, 우리 민법은 입법자의 의도를 알 길이 없으나 일본의 경우 입법 배경을 다음과 같이 설명하고 있다.

현행 일본 민법을 기초할 당시의 법제에서는 채권양도의 자유는 부정되고 있었을 뿐만 아니라 양도의 자유를 인정하는데 대한 반대론이 강경하였다고 한다. 일본 구민법이 채권양도의 자유를 당연한 것으로 규정하면서(구 민법 제333조 제1항) 양도금지특약에 대한 일반 규정을 두지 않게 되자 이는 채권양도를 인정하지 않던 종래의 관습에 반하는 것이라고 하여 법전시행을 연기하도록 한 법전논쟁의 중요한 쟁점으로 되었다는 것이다. 이러한 연혁에 비추어 볼 때, 현행 일본 민법 제446조(우리 민법 제449조)의 입법취지는 먼저 채권양도의 가능성을 인정하는 원칙을 선언하고(1항), 채권양도의 자유를 승인한데 대한 당시 일본 국민의 강한 저항을 고려하여 당사자의 특약으로 양도성을 배제할 수 있는 규정(2항)을 둔 것으로 풀이하고 있다.⁶⁾ 즉 특약에 의한 양도금지를 인정하게 된 것은 양도의 자유를 인정한데 대한 타협의 산물이라고 할 수 있는 것이다.⁷⁾

그런데 우리나라의 경우는 그 양상이 사뭇 다름을 엿볼 수 있다. 먼저 梅謙次郎이 주도한 1910년 당시의 慣習調査報告書에 의하면 「金穀의 貸借에 의한 채권양도에 대해서는 채무자의 승낙이 필요하고, 채무자는 승낙을 거절할 수 없는 것이 통설이며, 그 승낙의 의사표시는 굳이 채권자에게 할 필요는 없는 것으로서, 실제로는 채권자가 승낙을 요구하는 예는 오히려 희귀하고 대부분 양수인이 그 채권을 변제할 것인가를 확인하는 것이 常例」⁸⁾ 라고 한다. 또한 당사자가 의사표시로 채권양도를 금지하는 것은 그 예를 거의 찾아볼 수 없으며 이에 대한 관습도 명확하지 않다고 하였다.⁹⁾

5) Münch Komm-Roth § 399 Rd Nr 28 ; Staudinger-Kaduk § 399 Rz 96-97.

6) 平井宜雄, 債權總論, 90면.

7) 奥田昌道, 債權總論(下), 428~429면.

8) 慣習調査報告書(1912), 199면.

9) 위의 책, 200면.

그런데 이와 같은 입법배경에도 불구하고 현재 일본에서는 일본 민법 제466조 2항의 예외규정을 고려할 것인가 아니면 제1항의 원칙을 중시할 것인가 결정하기 어려운 문제라고 지적되고 있다. 양도금지 특약의 합리성에 의문이 제기되고 있는 상황에서 제1항의 원칙을 중시하므로써 야기될 폐해는 (일본) 변호사법 제73조, (일본)신탁법 제11조 등의 해석으로 대처할 수 있다는 점, 뿐만 아니라 채권이 가지는 재산적 가치의 중요성에 비추어 본다면 결국 제 1항의 원칙을 중시하여야 한다는 유력한 견해가 제기되고 있다.¹⁰⁾

오늘날 이 양도금지 특약은 양도에 수반되는 사무의 번잡을 피하고(사무처리의 간이화), 과오에 의한 지불위험을 예방하며, 양도되는 채권의 채무자(은행)가 채권자(예금자)에 대하여 가지는 상계 가능성의 이익을 확보하기 위하여 이용되는 경우가 많다고 한다.¹¹⁾

3. 讓渡禁止特約의 效力

양도금지특약을 위반하여 이루어진 양도에 대한 효력은 다음 두가지의 법리로 구성될 수 있다. 그 하나는 단지 양도해서는 안된다는 채권적인 구속을 받을 뿐(債務負擔), 위반해서 양도된 경우에 그 양도는 일응 유효한 것으로 되어 채권은 양수인에게 이전되며, 양도인인 구채권자는 채무자에게 채무불이행책임을 부담하게 되는데 불과하다는 이론구성이다(債權의效力說). 생각컨대 채권의 양도성을 승인한 취지를 강조한다면 이와 같은 해석도 가능하다고 하겠으나 그렇게 되면 양도를 금지한 목적을 관철할 수 없게 되고, 특히 선의의 제3자에게 대항하지 못한다는 규정(민법 제449조 제2항 단서)과 모순되는 문제가 있다.

이에 대하여 현재 일반적인 이해는 讓渡禁止特約에 法形成力을 인정하여

10) 米創明, 債權讓渡, 21면 이하 ; 平井宜雄, 앞의 책, 90면.

11) 平野裕之, 債權總論, 391면 ; 奥田昌道, 앞의 책, 429면.

채권의 양도성을 물권적으로 박탈하는 효력을 부여하고 있다(物權의效力說). 즉 특약을 위반한 양도에 의해서는 채권이 이전되지 않는다는 것이다.¹²⁾

그런데 사실상 우리 민법의 해석으로서는 제449조 제2항 단서 규정으로 말미암아 어느 설에 따르든지 결과적으로 큰 차이는 없다. 즉 양도금지를 위반하여 채권이 양도된 경우에 선의의 양수인에게는 양도금지로서 대항할 수 없고, 악의의 양수인에게만 양도금지의 효력을 주장할 수 있는데(양도금지 효력의 상대성), 이 경우에 物權의效力說에 의하면 채권양도의 무효를 이유로 채권이전의 효과가 발생하지 않았음을 주장할 수 있으나, 債權의效力說에 따르면 악의를 이유로 양도무효 내지 악의의 항변을 주장할 수 있을 뿐이라는 점에서 그 효과 주장의 이론적 근거에 차이가 있을 뿐, 양수인이 채권을 취득할 수 없다는 점에서는 차이가 없는 것이다.¹³⁾ 또한 양도금지특약이 있는 채권을 양수인이 악의로 양수한 후 채무자가 사후승낙을 한 경우에, 物權의效力說에 의하면 다른 약정이 없는 한 소급효가 생기지 않고 승낙시부터 양도의 효과가 발생한다고 새긴다.¹⁴⁾ 債權의效力說에 의하면 양도 자체는 양도시부터 유효하고 채무자의 승낙은 항변권의 포기가 되는 동시에 채권양도는 대항요건을 갖추게 되는 것이다. 그렇지만 물권적효력설을 취하면서도 채무자의 승낙에 소급효를 인정할 수 있다.¹⁵⁾

4. 讓渡禁止 特約의 對抗要件

1) 善意的 제3자

양도금지특약은 선의의 제3자에게는 대항할 수 없다(민법 제449조 제2항 단서). 원칙적으로 채권의 양도성을 인정한 이상 당사자간의 내부적인

12) 郭潤直, 앞의 책, 416면 ; 金容漢, 債權總論, 437면 ; 金嘯洙, 앞의 책, 358면.

13) 徐敏, 앞의 책, 58면.

14) 李銀榮, 앞의 책, 455면.

15) 金亨培, 債權總論, 641면 ; Medicus, Schuldrecht I, §62 I 4d.

금지특약에 의하여 선의의 제3자를 해하는 것은 타당하지 않다는 취지이다. 앞에서 살펴보았듯이 입법당시 채권양도의 자유를 인정한데 대한 타협책으로서 양도금지 특약 규정을 두게 되었으며, 그로 인한 거래안전을 보호하기 위하여 금지특약은 선의의 제3자에게 대항할 수 없다고 한 것이다.¹⁶⁾

2) 無過失 認定 與否

그런데 문제는 민법449조 제2항 단서의 내용을 보면, 양도금지특약은 「선의의 제3자에게는 대항할 수 없다」 고만 되어 있는데 다시 또 하나의 요건으로서 제3자의 무과실까지 필요한 것인가라는 점이다.

이 점에 대하여 학설은 나누어 지고 있다.

① 제1설(過失不問說)

제3자는 선의이면 족하고 과실의 유무는 묻지 않는다는 설이다. 민법 제449조 제1항의 원칙을 제2항보다 더욱 중시하는 입장에서는 특약으로 대항할 수 없는 제3자의 범위를 확대해야 되므로 무과실에 의한 요건을 가증할 필요가 없다는 점,¹⁷⁾ 또는 양도제한 약정을 무시하고 양도한 채권자에 대한 약정위반의 책임은 내부적으로 처리하면 족하고, 선의의 제3자에게 까지 그 약정의 효력을 확대하는 것은 타당하지 않다¹⁸⁾는 데 그 근거를 두고 있다.

② 제2설(無過失必要說)

선의 이외에 제3자의 무과실을 요구하는 견해이다. 그 이유는 양도금지특약에 대한 선의 양수인의 대항을 인정한 것은 表見的인 것에 대한 양수인의 신뢰를 보호해서 거래안전을 보호하려는데 있다고 한다.¹⁹⁾

③ 제3설(無重過失必要說)

善意的 讓受人에게 無過失을 요구하는 것은 타당하지 않으나, 중대한

16) 平野裕之, 앞의 책, 391면 ; 奥田昌道, 앞의 책, 429면.

17) 平井宜雄, 앞의 책, 95면.

18) 李銀榮, 앞의 책, 454면.

19) 郭潤直, 앞의 책, 416면 ; 金容漢, 앞의 책, 438면 ; 我妻榮, 債權總論, 524면.

과실이 있는 선의의 양수인에게는 대항할 수 있다는 입장이다. 채권의 양도성은 법이 인정한 대원칙이며, 특약에 의한 양도제한은 예외적인 것이므로 양수인의 대항요건으로서 무과실까지를 요구하는 것은 타당하지 않으나, 다만 중대한 과실은 악의와 동일하게 다루어도 무방하기 때문에 중과실이 있는 선의자에게는 대항할 수 있다는 것이다.²⁰⁾

종래 「無過失必要說」이 우리나라의 다수설로 이해되고 있었으나, 이제는 「無重過失必要說」이 다수의 지지를 받고 있는 듯하다. 이는 일본에서와 동일한 추세이다.²¹⁾ 또한 본 판례 역시 바로 이 입장에서 판시하고 있고, 이는 일본 판례의 내용이기도 하다.²²⁾

④ 私見

그러나 다음과 같은 점을 고려할 때 제3자는 선의이면 족하고 無過失이나 無重過失을 부가하여 요구할 필요는 없다고 생각한다.

그 첫째 이유는 우리 민법이 그대로 본받은 일본 민법상의 양도금지특약과 선의의 제3자에 대한 대항요건을 규정하게 된 입법배경을 살펴볼 때, 일본에서의 해석론을 그대로 원용할 수 없다는 점이다.

둘째, 우리 민법상의 선의자 보호규정은 ㉠ 「善意」만을 요하는 경우(민법 제107조 제2항, 제108조 제2항, 제109조 제2항, 제110조 제3항, 제449조 제2항, 제492조 제2항 등)와 ㉡ 「善意·無過失」을 요하는 경우(민법 제129조, 제249조, 제471조 등)를 분명하게 분리하여 밝히고 있다. 그런데 민법 제492조 제2항의 상계금지의 특약에 대한 선의의 제3자 보호규정에 대한 해석이나 민법 제108조의 허위표시등에서의 선의의 제3자에 대한 해석에서는 선의이면 족하고 무과실은 요건이 아니라고 하면서 유독 이 경우에만 무과실이나 무중과실을 요구한다는 것은 해석론상의 형평성에도

20) 徐敏, 앞의 책, 60면 ; 金嘯洙, 앞의 책, 359면 ; 金亨培, 앞의 책, 639면 ; 金相容, 앞의 책, 456면 ; 張庚鶴, 債權總論, 436면 ; 林正平, 債權總論, 376면 ; 鄭基雄, 債權總論, 322면.

21) 平野裕之, 앞의 책, 392면.

22) 日本 最判 1973.7.19. 民集27.7.823.

어긋나며, 굳이 그렇게 해야 할 합리적인 이유도 발견되지 않는다. 그러나 일본의 경우는 사정이 다르다. 일본 민법상 선의만 요구되고 있더라도 해석상 무과실이 요구되는 경우도 있고(일본 민법 제478조:우리 민법 제471조), 민법 조문에는 선의마저 요건으로 되어 있지 않음에도 불구하고 해석에 의하여 선의·무과실을 요하는 경우(일본 민법 제109조:우리민법 제125조)도 있다는 점은 주의를 요한다. 사실 일본에서 선의의 양수인에게 중과실이 없을 것을 주장하게 된 배경에는 이처럼 민법 조문상 선의만 요구되고 있는 경우에도 해석상 무과실을 인정해야 할 경우가 있음을 지적하면서 입법자가 합리적인 기준으로 선의와 선의·무과실을 구별했다고 생각하지 않는다는不信에서 비롯되고 있다는 주장도 있다.²³⁾ 그러나 일본과 달리 우리 민법은 위와 같은 경우에 선의·무과실을 요건으로서 명백히 규정하고 있다(민법 제471조, 제125조). 또한 중과실을 요하는 경우도 분명하게 밝히고 있다(민법 제109조, 제401조, 제735조, 제757조 등).

세째, 선의의 제3자에게 중과실이 없을 것을 요구할 경우, 중대한 과실이 구체적으로 어떠한 내용을 의미하는 것인지 문제된다. 물론 제3자의 직업이나 지위, 연령, 거래유형(은행상대의 거래등), 경험, 기타 구체적인 사정을 종합할 수 밖에 없을 것이지만, 그 추상성은 적용기준의 일관성을 상실할 우려를 면치 못할 것이다.

네째, 제3자의 무과실을 요하는 견해는 제3자 보호를 表見法理(權利外觀保護法理)에서 도출하고 있으나 적절하다고 볼 수 없다. 선의의 제3자가 보호되는 것은 그 제3자가 민법상의 원칙인 채권의 양도성이라는 외관을 신뢰한 결과라는 점은 의문이 없다. 그러나 법이 원칙으로 선언한 채권의 양도성과 그 제한 특약의 대외적 효력에 대한 평가 문제는 개별거래에서의 외관을 신뢰한 선의·무과실의 제3자 보호법리와는 동일하다고 볼 수 없기 때문이다.

끝으로 예외적인 사실로서의 양도금지 특약의 유무를 조사할 주의의무

23) 米創明, 民法學(4), 280~281면.

를 양수인인 제3자에게 부과한다는 것은 민법이 규정한 채권의 양도성 인정의 원칙에 비추어 볼 때 부당하다고 하지 않을 수 없다.

따라서 민법 제449조 제1항 채권 양도성의 원칙을 더욱 중시하여 양도금지 특약으로 대항할 수 없는 제3자는 선의이면 족하고, 그 밖에 무과실이나 무중과실등의 요건을 가중하여 과실의 유무를 논할 필요는 없다고 하겠다.²⁴⁾

5. 이 判決의 檢討

민법 제449조 제2항의 선의의 제3자에게 무과실을 요할 것인가의 문제는 앞에서 살펴보았듯이 그동안 학설의 대립이 있었을 뿐 판례는 발견되지 않고 있었는데,²⁵⁾ 이번에 이 판례는 양도금지 특약의 존재를 알지 못하고 채권을 양수한 경우에 그 알지 못함에 중대한 과실이 있는 때에는 악의의 양수인과 같이 취급하여 양도에 의한 채권을 취득할 수 없다고 판시함으로써 결국 양수인의 보호 요건으로서 「無重過失」을 요한다는 기준을 제시하고 있다는 점에서는 중요한 의의가 있다. 그러나 양도금지특약부 채권을 양수한 양수인은 선의이면서 중대한 과실이 없는 경우에만 유효하게 채권을 취득할 수 있다는 이 판결의 논지에는 찬성할 수 없다. 제3자가 선의임에 무과실까지 요구하는 것은 아니라고 한 원심판결에 대하여 채권양도에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 판시한 내용은 재고의 여지가 있다고 하겠다. 특히 이 판결은 원고가 채권양도 당시 소외 회사와 피고 사이에 채권양도를 금지하는 특약이 있음을 알지 못함에 중대한 과실이 있다고 인정할 만한 자료를 찾아볼 수 없다고 판시함으로써 피고의 상고를 기각하고 있는데, 구체적으로 어떠한 경우가 중대한 과실에 해당되는지 그 기준을 제시하고 있지도 않다. 그렇다면 민법 규정에도 없는 중대한 과실

24) 同旨, 李銀榮, 앞의 책, 454면.

25) 하급심 판결로서는 선의인데 중과실이 없어야 한다고 판시한 예가 있다(서울 고법 1991.4.26.90나33877).

이 없음을 요한다는 가중된 요건을 요구하면서도 그러한 사실이 발견되지 않는다는 우회적인 방법으로 선의의 제3자를 보호할 것이 아니라 곧바로 선의·악의의 유무만 판단하는 것이 더욱 합리적이지 않을까? 예컨대 채권 증서에 양도금지 특약이 기재되어 있다면 악의로 추정된다고 하면 될 것이 지 그기에 또 다시 과실의 유무를 고려할 필요는 없다고 본다. 요컨대 명문규정에도 없는 중대한 과실의 유무를 또 다른 요건으로서 가중할 여지는 없다고 하겠다.