

# 법무부 <민법 일부개정법률안>의 분석과 비판\*

이진기\*\*

## 목 차

[시작하며]

[마치며]

[개정안 비판 개요]

## [시작하며]

### I. '민법 일부개정법률안'의 현황

2025년 2월 7일 법무부는 '민법 일부개정법률안'을 입법예고(공고번호 제2025-35호)하였다. 이는 2023년 6월 28일 법무부 훈령 제1476호로 제정된 「법무부 민법개정위원회 운영규정」에 근거하여 조직된 양창수 전 대법관을 위원장으로 하는 민법개정위원회(이하 개정위원회)가 마련한 <계약법 관련 규정에 대한 개정안>이다(이하 개정안 또는 <안>).<sup>1)</sup>

민법개정안은 1. 변화된 사회·경제·문화적 현실과 글로벌 스탠더드를 반영하고, 2. 법적 안정성과 우리 사회·경제의 안정적 발전을 위하여 경제활동의 기본법을 형성하는 민법개정이 시급하고 중대한 국가적 과제이므로 “국민이 쉽고 유용하게 쓸 수 있는 민법”을 만드는 것을 개정이유로 한다. 이를 바탕으로 민법개정은 관례와 학설로 형성된 해석과 법리를 조문화하여 민법의 규범력을 높이고 불명확한 법률문제를 입법적으로 해결하며, 그 과정에서 세계의 입법동향을 반영하여 규율내용을 현대화하고 ‘쉬운 글 바른 말’을 사용하여 국민의 접근성과 신뢰성을 높이는 것을 목적으로 한다.

민법은 대한민국의 기본법률이다. 이는 현재의 법률생활에 쓰고 적용함에 그다지 불편이 없다. 이럼에도 개정안은 타협적인 일반론을 제시하는 정도에 그칠 뿐 개정이 절박한 이유를 제대

\* 이 글은 2025년 4월 11일 (사) 한국법령정책연구원과 (사) 한국사법학회가 공동주최한 (사) 한국법령정책연구원 2025년도 제4회 학술대회 <법무부 민법개정법률안의 검토와 평가>에서 발표한 글을 보완하여 정리한 것입니다.

\*\* 성균관대학교 법학전문대학원 교수

1) 위원회방식의 공동작업에 의한 법률의 제·개정에 관하여 ‘위원회는 책임과 자기비판을 희석하고 연령이 높은 층에서의 의문과 고집을 유리하게 하고 높은 법학수준을 가진 젊은 구성원을 중간 이하로 낮추는 부작용에 노출된다. 그럼에도 공동작업자의 객관성과 열정, 그리고 개인역량이 결핍없는 법률소재의 협업에 대한 담보로 작동한다’고 평가한 Fr.Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2.Aufl., 1967, §23 (474) 참조.

로 밝히지 않는다. 또한 첨부된 (조문별 제·개정 이유서)만으로는 개정이유를 온전히 파악하기 어렵다. 개정안에 관하여 민법학계와 법원, 변호사협회와 경제계의 의견을 폭넓게 수렴하고 깊은 검토와 토론을 거쳐야 한다. 그러나 개정안은 공청회 등 적절하고 객관적인 최소한의 평가절차조차 거치지 않고 기습예고된 법률안이다. 더구나 개정작업에 참여한 25명 안팎의 인원이 민법학계와 실무를 대표하지도 않는다.<sup>2)</sup> 물론 지금의 정국 아래에서 ‘설마 개정안이 입법될 수 있을 까’라고 낙관한 민법학자들의 잘못을 부정할 수 없다. 아무튼 민법의 개정은 그에 걸맞은 무르익은 입법역량, 즉 성숙한 민법학과 축적된 실무의 판결례, 그리고 열정적이고 신중한 입법자세를 요구한다. 나아가 민법을 지엽적으로 조금씩 손댈 것이 아니라 이론과 체계로 무장하여 제대로 바꾸어야 한다.

개정위원회는 “개정안에 따른 민법의 현대화는 민사적 법률생활에서 타당한 해결 및 법적 안정성을 모두 크게 개선하여 국민의 편익을 높이는 동시에 분쟁 비용의 저감에 기여할 것으로 기대된다.”고 결론짓고, “민법의 개정은 그 자체로 대한민국 법문화 전반의 진작에 기여할 뿐 아니라, 수준높은 민법으로 대표되는 국제사회에서의 위상을 제고하는 효과를 수반할 것으로 예상된다.”고 한다. 이는 우리 모두가 바라는 희망사항이지만, 유감스럽게도 우리 눈앞에 둔 개정안은 이와 거리가 있어 보인다. 무엇보다 ‘수준높은 민법’의 판단은 개정위원회가 아니라 일반 시민과 법률가의 몫이다.

## II. 〈민법개정안〉, 무엇이 문제인가?

민법은 자유와 평등을 기본가치로 하고 민법학의 성과에 터잡아 합리화와 체계화를 추구하는 근대민법전이다. 그런데 2004년의 개정안, 2013년의 개정안과 2024년의 개정안은 모두 민법이 ‘잘 만들어진 법전’이라는 평가에서 출발한 것으로 판단된다. 그렇지 않다면 신민법전의 편찬이 화두가 되었어야 할 것이다. 개정위원회는 이전의 개정안들이 “국회의 일정 기타 여러 가지 이유로 아쉽게도 법률로 성립하지 못하였다”고 하지만, 이는 개정이 좌절된 핵심원인이 이들이 미완성의 작품인 탓임을 희석한 것이다.

개정위원회는 민법총칙편, 물권편과 채권편의 “근본적인 개정을 통하여 민법을 현대화함으로써 확립된 해석을 민법에 반영하는 동시에 입법자가 예상할 수 없었던 다종·다양한 법적 문제에 대하여 선제적으로 대응할 입법의 필요성이 대두”하였다고 설명한다. 하지만 이는 개정의도를 합리화·정당화하는 충분한 사유가 되기에 모자란다.

개정위원회의 선량한 의도에도 불구하고 개정안은 걸작품과 거리가 멀고 영원하고 자랑스러

2) 이밖에 법률전문가로 제정위원회를 채우고 그 성과물을 공개 논의하여야 한다는 G.Filangieri, *La scienza della legislazione*, Venezia, 1780-1785의 주장과 1인, 그것도 가능하면 지역적·민족적 이해관계와 무관한 외국인인 법률을 기초하여야 한다는 J.Bentham, *A Fragment on Government*, ed. with an Introduction by F.C.Montague, 1891의 입법이론을 소개한 H.Coing, *Europäisches Privatrecht Bd.II: 19.Jh.*, 1989, §2 (9f.) 참조.

운 대한민국의 민법전*monumentum aere perennius*이 되기에 모자란다. 그럼에도 가능하면 단기간 내에 높아진 민법학의 수준과 현대사회의 요구를 수용하여 개선된 민법전을 바라는 우리의 욕구도 또한 부정할 수 없다. 다음에서는 일단 개정안이 놓이거나 앞으로의 개선에 반영되어야 할 기본사항을 일반화하여 서술하고, 이어서 독일민법전의 법률규정을 주로 참조하여 개정안의 개별 개정·신설규정을 검토·평가한다.

**1. 민법의 체계화?** 현행법제는 ‘市民의 法’인 민법과 「상법」을 비롯한 민사특별법을 준별한다. 개정위원회가 기꺼이 인용한 1980년의 국제물품매매계약에 관한 국제연합협약CISG과 2002년에 최종완결된 유럽계약법원칙PECL 등의 모델규칙은 -비록 매매와 계약으로 규율대상을 한정하지만- 이름과 달리 민·상법통일규칙으로서 최상의 이성있는 행위주체를 전제하는 ‘商人의 法’이다.<sup>3)</sup> 미국의 리스테이트먼트Restatement와 통일상법전UCC도 같다. 이들의 조항을 민법전에 수용하는 작업은 ‘민법이 어떻게 되어야 하는가’와 ‘무엇을 어떻게 개정할 것인가’에 관한 기본철학과 개정방향의 설정과 불가분의 관계를 이룬다. 이를 포기한 개정은 전통적인 근대민법전의 체계를 파괴하고 그 대열에서 이탈할 위험에서 결코 자유로울 수 없다. 이밖에 최근 소비자관계·과 디지털제조물 관련규정 등 유럽연합 차원의 명령과 입법지침을 민법에 담으려는 경향도 주목된다. 양창수 위원장은 유럽의 사법통일흐름이 소기의 성과(?)를 거두었다고 하지만, 이는 여전히 그 공과가 다 투여되는 영역이다. 더구나 「소비자기본법」과 「전자상거래법」 등 특별법으로 가득한 현행법제에서 이들을 굳이 민법에 편입할 급박한 사정도 없다.

좋은 민법을 위하여 우선 확실하고 설득력 있는 개정이념을 제시하고 민법이론과 실무를 반영하여 좋은 규정과 고쳐야 할 규정을 가리는 일관되고 일목요연한 기준을 수록하는 改正要綱을 작성하여야 한다.<sup>4)</sup> 이정표의 부재는 개정안을 편의적·임의적이고 들쭉날쭉한 체계부조화로 만드는 주범이다. 예를 들면, 개정위원회는 §§404-526의 120여개 조항 중에서 §153과 통합되는 §468만을 유일한 개정대상으로 하고 1998년의 외환유동성위기 이후 활용빈도가 급증한 채권자대위권과 -취소권, 현대사회의 거래생활에서 빠질 수 없는 다수당사자의 채권관계와 채권양도·채무인수를 전혀 손대지 않으며, 심지어 1999년 구성된 법무부 <법무자문위원회 민법(재산법)개정특별분과위원회>가 심도있게 다룬 보증채무까지 빠뜨린다. 그 반면에 비용상환청구권 등 부당이득관련 조항들이 민법의 곳곳에 산재함에도 개정위원회는 §141 단서만을 삭제하고 <안> §748 III으로 옮긴다. 이러한 불균형은 원칙없는 임의개정을 증언하는 자료이다. 이러한 자세는 1999년의 개정위원회가 민법전의 기본체제와 편서를 건드리지 않고 검토사항을 미리 못박지 않고 규정 전반을

3) 특히 J.O.Honnold/H.M.Flechtner, Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention, 4.ed., 2009, 48-49 참조.

4) 한편 양창수 위원장이 언급한 ‘개정 작업의 기본방침’은 요강Grundsätze이 아니라 개정계획 또는 -순서Arbeitsprogramm이다. 그리고 현행민법의 제정에 관하여 1948년의 법전편찬위원회는 같은 해 민법기초위원회가 재산편에 관하여 완성한 민법기초요강을 계승한 사실(양창수, 민법연구 3, 1994, 자료(84-115)와 민법전의 역사적 성립과정(117-157, 특히 124 이하 참조)에 미루어 최소한의 개정기준은 갖추었던 것으로 짐작된다.

전반적으로 음미하여 개정사항을 점차 정하여 갈 것을 개정의 기본방침으로 한 것의 연장(?)으로 여겨진다.)<sup>5)</sup> 이와 연결하여 -그 실현 여부는 묻지 않고- 1999년 개정위원회가 ‘민법(재산법)개정작업(안)’이라는 문건에서 현실적합성의 강화, 민법전의 포괄성과 통일성의 확보와 제고, 국민이 쉽게 이해·접근할 수 있고 논리적으로 탄탄한 구성을 가진 민법을 개정목표로 하여 후대에 부끄럽지 않은 민법전을 만들어 나갈 것을 천명한 사실이 주목된다.<sup>6)</sup> 개정의 결과물이 언제나 긍정 효과를 가지는 것이 아니고 바랄 수도 없지만, 적어도 법률을 다루는 사람과 법률을 알기 바라는 사람 모두가 납득할 정도가 되어야 한다.

**2. 민법의 현대화와 글로벌 스탠더드?** 개정위원회가 강조하는 ‘현대화’와 ‘변화된 사회·경제·문화적 현실과 글로벌 스탠더드’가 몹시 막연하다. 개정안이 중점인용하는 CISG는 1980년, 네덜란드민법은 1990년에 만들어진 것으로 이제 더 이상 새롭지 않다. 이를 본받는 것은 낡은(?) 차를 버리고 중고차를 사면서 이전 차보다는 새 차니까 괜찮다는 것과 다르지 않다. 또 새 차가 언제나 좋은 것도 아니다. 반면에 개정안은 조합에 법인격을 부여하는 독일민법 §706 등 진정한 의미의 현대적 조항을 아예 검토하지도 않는다. 이밖에 개정안이 설정한 과제를 긍정할 경우에도 개정 또는 신설하는 법률조항에 대한 수요가 실증조사로 뒷받침되어야 하나, 그 노력은 치명적 약점이다. 이와 함께 <안> §3-2(의사능력, 독일민법 §105 I) 또는 §399-2(대상청구권, 독일민법 §285[개정전 §281]) 등 이미 19세기부터 존치하지만 그 효용가치가 떨어지는 규정을 있는 그대로 -그것도 때로는 거칠고 조악하게- 번역·수용한 경우도 흔하다. 하지만 개정위원회는 이러한 역전 상황을 제대로 해명하지 않는다.

개정위원회는 공허한 정체불명의 구호를 외치지 말고 조문으로 제시하여야 한다. 민법은 세계화와 친하지 않은 국내법이다. 따라서 남의 개정이 우리의 개정을 합리화하지도 않는다. 하지만 이성을 함께하는 시민의 법이라는 사실에서 민법은 이성에서 출발하는 다른 민법전과 이념과 법률규정을 공유한다: 민법이론과 거래실정을 반영하여 우리의 요구에 충실한<sup>tailor-made</sup> 민법이 현대 민법이고, 잘 만들어진 모범이 되는 민법이 글로벌민법이다.

세상은 넓고 크다. 네덜란드민법전, 개정전의 프랑스민법전과 중복되는 이탈리아민법전<sup>7)</sup>과 심지어 법률후진국인 중공민법전(중화인민공화국 민법전을 말한다. 1930년 국민당정부가 제정·시행한 중화민국[중국]민법전과 구별하기 위함이다)의 입법동향까지 주시·인용하여야 할 부득이한 사정이 없다. 허물며 벨기에민법전은 여전히 개정중이다. 여러 민법전을 두루 섭렵할 것이 아니라 독일민법전과 프랑스민법전과 같은 우수한 주요 근대민법전의 민법이론과 규정을 하나하나 정확하게 검토·이해하여 개정에 반영하는 치밀하고 배려깊은 노력이 수반되어야 한다. 이러한 비교법

5) 양창수, 민법개정작업의 경과와 채권편의 개정검토 사항 (채권총칙), 민사법학 19 (2001) 11-38, 특히 13.

6) 양창수, 민사법학 19 (2001) 14-17.

7) 19세기 프랑스민법전의 영향과 프랑스법권에 관한 개관은 H.Coing, *Europäisches Privatrecht* 2, §3 II (13f.)와 §6 (29ff.).

적 접근과 고찰을 위하여 매의 눈으로 현행법률을 정확하고 철저히 이해·인식하고 그 입법을 반영하는 작업이 선행되어야 한다. 개정은 개선이어야 하고, 개정민법은 갖 담은 포도주가 아니라 묵은 장이 되어야 한다.

이밖에 개정안은 ‘다중·다양한 법적인 문제에 대하여 선제적으로 대응할 입법의 필요성’까지 언급한다. 그러나 성급한 예방입법은 법률의 속성에 반하고 그러한 조항도 확인되지 않으며, 오히려 <안> §110-2 등은 정반대이다.

**3. 불명확한 법률문제의 입법적 해결?** 개정위원회는 <안> §3-2, §106, §387, §468, §535, §539 II 등 일반적·주의적 선언규정과 정리규정을 신설한다. 그러나 <안> §3-2와 같이 민법체계에 적합하지 않거나 이를 파괴하는 조항, 원칙과 예외가 역전된 <안> §106 II과 §546, 폐지된 고정환율제에 천착하는 <안> §378, 개정실익이 의문인 <안> §535, 그리고 겉으로는 괜찮지만 실제로는 2% 부족한 <안> §§395 II와 544 II, §569 등 쉬운 이해를 가로막는 장애물이 적지 않다. 여기에 덧붙여 <안> §106 III과 §379에서와 같이 규범적 해석의 이름으로 미화된 지침의 제공은 사적자치를 위축하게 하고 국가의 개입을 규범화하는 사실관계지향적·계몽적 후견입법을 만들 위험이 상당하다. 나아가 <안> §395-2, §542-2 등 민법이론과 실무의 관례법리를 제대로 인식하지 않은 조항도 드물지 않고, <안> §§527-534와 같이 구성이 몹시 복잡하여 이해를 저해하는 규정마저 발견된다. 이들은 너무나 기교적·인위적이어서 법학전공자조차 한 호흡으로 읽을 수 없을 정도이다. 알 수 없는 법률규정은 명확할 수 없다.

나아가 개정안은 ‘합리적으로 인정되는 때에는’(<안> §§109 I, 110-2), ‘이미 그 채무를 이행할 수 없었다는 사정은’(<안> §535), ‘합리적으로 예견할 수 없었던 경우에’와 ‘사회관념상’(<안> §538-2), ‘그러한 전제가 없는 경우에는’(<안> §570) 등과 같이 민법학과 실무의 해석의 확정을 기다리는 열린 개념을 선호하는 경향이 뚜렷하다. 그러나 이는 입법을 맡은 담당자로서의 책임을 회피하고 스스로 불명확의 문을 열고 시민으로부터 멀어지는 기만이 될 수 있다.<sup>8)</sup> 적당한 타협적인 법률개념을 피하고 단순·명쾌하게 법문을 구성하여야 한다.

**4. ‘쉬운 글 바른 말’의 사용?** 개정안은 또한 “민법의 문언을 한글화하고 어려운 한자어, 어색한 표현, 어법에 맞지 않는 문장을 쉬운 글과 바른 말로 수정함”을 개정이유로 한다. 그러나 정작 개정·신설된 <안> §530 II, §539 I 등 아름다운 우리말과 거리가 먼 비문이 확인되고, 심지어 <안> §395-2와 §544-2, §399-2 등과 같이 낱선 번역투의 법문과 <안> §538-2 I, II 등 좋은 우리말과 거리가 먼 표현이 도처에 출현한다. 심지어 <안> §395-2와 §544-2는 모순된 내용을 담은 실패

8) 학문에 의한 날카로운 각인과 법형성을 장래의 숙제로 남길 때에는 지배적 견해가 입법자가 의도하거나 예견한 범위를 압도하는 ‘제정안의 수축’이 일어날 수 있다는 정확한 비판으로 이미 E.I.Bekker, *System und Sprache des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich* [= Beiträge zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 2.Heft], 1888, 77f.

한 조항이다. 이밖에 신설한 <안> §106 II 본문 등 심지어 법학을 전공한 사람에게조차 암호문과 같이 이해가 힘든 조항들이 개정이유를 무색하게 하며, <안> §110-2 I 등도 다르지 않다. ‘쉬운 글 바른 말’은 ‘읽기 쉬운 말’이어야 한다. 내용은 차지하고 쉽게 읽을 수 없는 법률은 결코 좋은 법률이 아니다.

마지막으로 개정안의 개정·신설규정에서 특히 時制에 대한 배려가 부족하다. 법의 세계에서 시제는 법률효과를 결정하는 중요한 기준이므로, 이를 정확히 적시하는 것이 입법의 시작이다. 지금도 법문을 다듬는 작업을 시작하기에 늦지 않았다.

양창수 위원장은 2024년 9월부터 10월까지 법률신문에 ‘아직 정부내부의 것’(미공개안)으로 소개하면서 ‘민법 중 계약관련 규정에 대한 개정안 개요’ [I]-[6]을 연속게재하였다. 그런데 이는 이제 입법예고로 ‘모두의 것’이다. 다음에서는 “개정안에 대하여 기탄 없는 의견 개진을 바란다.”는 양창수 위원장의 격려에 용기를 얻고 동료교수들에게 자문하여 법률신문의 연재순서에 대응하여 개정안의 개별조항을 검토·평가한다(로마 숫자로 매겨진 번호는 법률신문의 목차이다).

## [개정안 비판 개요]

### 제1. 계약관련 규정에 대한 ‘민법 일부개정법률안’ 비판 [I]

#### I. 개정안 제3조의2 (의사능력)의 신설

현행 민법	개정안
	<b>제3조의2 (의사능력)</b> 의사능력이 없는 사람의 의사표시는 무효로 한다.

1. <안> §3-2는 독일민법 §105를 모방하여 의사능력이 없는 사람의 의사표시[법률행위]를 무효로 선언한다.<sup>9)</sup> 그러나 첫눈에 신선하게 보이는 <안> §3-2는 제한행위능력자의 의사표시를 무효로 하는 민법전(독일민법 §104, §105 I)과 어울리는 조항으로서 현행민법의 체계와 조화되지 않는다. 민법은 의사무능력자와 행위무능력자의 의사표시를 무효로 하는 규정을 알지 못하며, 법정대리인의 동의없는 미성년자의 의사표시와 피성년후견인이 단독으로 한 의사표시는 취소할 수 있는 의사표시일 뿐이다(§5, §10 I).

9) 이에 관한 해설로 이병준, 2024년 민법개정가안 중 법률행위 총칙(강행규정, 법률행위 해석 등)에 관한 분석, 민사법학 108 (2024) 57-91 참조

2. <안> §3-2은 ‘의사능력’과 ‘의사능력이 없는 사람’을 개념정의하지 않고 그 기준도 제시하지 않는다. 이 때문에 이를 원용하는 사람이 스스로 이를 증명하여야 하므로 규정이익이 현저히 훼손된다. 의사능력은 의사표시의 의미·내용을 인식하고 자기결정을 할 수 있는 지위로서 정상적인 인식력과 예기력을 바탕으로 자신의 행위의 의미와 결과를 합리적으로 판단할 수 있는 정신적 능력 또는 지능이고, 그 유무는 구체적 법률행위에 관하여 개별확정된다(대판 2022.05.26., 2019다213344). 다만 제한능력자의 법률행위가 취소되는 경우 그 효과(원상회복)에 관한 §141 단서를 대체하여 신설한 <안> §748 III이 의사무능력자를 개념화한 사실에서 의사능력이 없는 사람을 행위무능력자(독일민법 §105 I)와 무의식과 일시적 정신활동의 장애상태에 있는 사람(독일민법 §105 I)을 묶은 넓은 개념으로 이해할 수 있다.

법률거래에 참여할 능력이 없는 의사무능력자는 원칙적으로 절대보호되어야 한다. §1063 I는 유언에 관하여 의사능력을 가지는 사람만이 유언할 수 있도록 하여 의사무능력자의 유언기회를 처음부터 배제한다. 이를 두고 양창수 위판장은 “통설과 판례는 의사능력이 없는 자의 법률행위는 무효로 보고 있다.”고 하지만 이는 처음부터 의사표시를 할 수 없는 능력의 부존재라는 실질이 아니라 법률효과에서 접근한 설명에 지나지 않는다: ‘없는 것은 효과를 가질 수 없다.’ 의사무능력자의 의사는 실재하지 않고 -호의관계에서와 같이- 설령 표시되더라도 법적 고려의 대상이 될 수 없으므로 규정가치도 없다.

3. 「정신적 제약으로 사무를 처리할 능력의 지속적 결여」로 성년후견개시가 심판된 피성년후견인의 의사표시[법률행위]는 언제나 취소할 수 있다(§9 I과 §10 I). §9 I과 <안> §3-2의 의사무능력자의 관계가 명확하지 않지만, 전자가 후자를 포함하는 것은 명백하다. 그런데 정작 법정절차를 밟아 성년후견개시의 심판을 받은 사람의 의사표시는 취소로 비로소 무효가 되지만, 그렇지 않은 의사무능력자의 의사표시는 즉시 무효가 되어야 하는 기이한 불합화음을 피할 수 없다. 이 때문에 빚어지는 혼란을 해소하기 위하여 청구권과 권리구제방법의 경합을 인정하여 무효와 취소의 이중효를 받아들여야 하지만, 이는 간단한 것을 복잡하게 만들 수 있다.

<안> §3-2을 신설할 것이 아니라 쉽고 간단하게 -지금과 같이- 의사능력이 없는 사람의 의사표시를 불성립으로 취급하고 그 효과에 무효의 법리를 적용하면 그만이다.

4. 개정위원회는 <안> §3-2의 신설에 따르는 후속조치로 §141 단서를 삭제하고 <안> §748 III로 「의사무능력자와 제한능력자는 그 행위로 인하여 받은 이익이 현존한 한도에서 제747조의 책임이 있다.」를 신설한다. 그러나 이는 <안> §3-2의 신설이 없으면 불필요하고, 더구나 비용상환 청구권을 비롯한 부당이득반환규정이 민법 곳곳에 산재함에도 유독 §141 단서만을 <안> §748 III으로 옮길 정당한 이유도 없다.<sup>10)</sup> 나아가 이는 제한능력자의 일반 시민에게 법률행위가 취소되

10) 이밖에 <안> §748 III이 침해부당이득까지 포괄할 수 있다는 지적과 함께 그 신설을 지지하는 이병준, 민사법학 108 (2024) 67 이하.

는 경우 §141만이 아니라 <안> §141 I과 <안> §748 III을 엮어서 살펴야 하는 부담을 주는 현학적·고압적 입법이다.

민법의 기본틀을 벗어나고 §1063 I과 모순되는 <안> §3-2는 굵어 부스럼 만드는 공허한 조항이므로 신설할 정당한 이유가 없다.

## 제2. 계약관련 규정에 대한 ‘민법 일부개정법률안’ 비판 [II]

### II. 개정안 제106조

현행 민법	개정안
<p><b>제106조(사실인 관습)</b> 법령 중의 선량한 풍속 기타 사회질서에 관계없는 규정과 다른 관습이 있는 경우에 당사자의 의사가 명확하지 아니한 때에는 그 관습에 의한다.</p>	<p><b>제106조 (의사표시의 해석)</b></p> <p>① 당사자가 합의한 공통의 의사가 있는 경우 이와 다른 표시는 법률행위의 내용에 영향을 미치지 아니한다.</p> <p>② 상대방 있는 의사표시는 상대방이 알았거나 알 수 있었을 표시자의 의사에 따라 해석하여야 한다. 표시자의 의사를 알 수 없는 때에는 상대방이 합리적으로 이해하였을 내용에 따라 해석하여야 한다.</p> <p>③ 법률행위는 그 성질, 목적 및 경위, 당사자의 언행, 거래관행, 그 밖의 사정을 고려하여 신의성실에 좇아 해석하여야 한다.</p>

1. 양창수 위원장은 (임의규정)을 조문제목으로 하는 §105가 법률행위 해석의 기준이라는 차원에서 규율하므로 여기에서 강행적 성질을 가지는 법규정이 법률행위의 효력에 미치는 영향을 정면에서 규정하는 것이 바람직하다고 한다. 이는 오해이다. §105는 사적자치의 범위를 정하는 규정이다. 그리고 이미 §103와 §104만으로 사회질서에 관한 규정, 즉 강행규정을 위반하는 법률행위의 효력(무효)를 규율하기에 넉넉하다. 이밖에 <안> §105 I 「법률행위가 법령 중 강행규정을 위반하는 경우에는 법령에 달리 정한 바가 없으면 이를 무효로 한다.»는 §103의 반복이므로 이를 둘 실익이 없고 심지어 법문마저 투박하다. 중복규정하는 것이 개정자의 뜻이 아니라면 강행규정의 확정과 사회질서와의 관계를 민법학과 실무에 맡길 것이 아니라 개정에서 그 의미·내용을 구체화하여야 한다.

2. 개정위원회는 사실인 관습만이 해석의 결정적 기준이 되는 것이 아니라는 이유로 §106을 의의가 크지 않은 것으로 평가절하한다. 그러나 §106은 해석의 기준을 제시하는 조항이 아니라 §105와 한 몸을 이루어 ‘주관적 법’을 만드는 의사요소를 규범화하고 사적자치의 범위를 정하는

조항이다. 사실인 관습은 의사의 부분을 형성하며, 이들은 사회질서를 일탈할 수 없다. 여기에서 사실인 관습은 §532, §568, §656과 §674-5에서와 같이 어느 법률행위가 속하는 거래영역에서 표시된 의사를 보충하는 보편화된 관행을 말한다. 거래에 참여하는 사람은 낮은 비용으로 높은 효율을 추구하며, 사실인 관습이 그 틈새를 채운다: 우리는 그냥 ‘짜장면 주세요’라고만 하고, 식탁과 의자, 수저, 물과 단무지, 그리고 지급방법을 말하지 않는다.

3. <안> §106은 의사표시의 해석기준으로 규범적 해석을 조문화한 사실에서 나름 의미를 가진다. 그러나 이는 법학을 배운 사람이 당연히 가져야 하는 해석방법이다.

(1) 먼저 오표시무해의 원칙(*falsa demonstratio non nocet*)을 조문화한 <안> §106 I은 합의를 전제하는 계약조항이므로 -의사표시와 계약을 분별하는 민법의 체계를 존중할 때- <안> §533 언저리에 위치하는 것이 나올 것이다. 그리고 I의 범문이 바로 읽고 해석하기에 몹시 난해하다. II를 참고하면 아마도 ‘합의한 공동의 의사’가 아니라 ‘공동의 인식’이 적절하게 보인다.

(2) 다음으로 독일민법 §133을 본받은 <안> §106 II는 총체적 난국이다. 1문은 표의자의 주관적 의사를 앞세운다. 그러나 의사표시는, 다른 사정이 없으면, 표의자의 진의를 알 수 없는 수령자의 시각<sup>aus Empfängershorizont</sup>에서 해석하는 것이 원칙이다. 이를 고려하여 2문을 1문으로 옮겨야 한다. 2문에서 ‘수령자의 시각에서’를 범문화하여 「상대방이 합리적으로 이해하였을 내용에 따」른 해석을 요구하는 단서는 수동적 지위에 있는 수령자에게 기대할 수 없는 과중한 부담이며, 이는 증명책임에 관한 다툼만을 부를 뿐이다. 그리고 「표의자의 의사를 알 수 없는 때에는」을 「표의자의 의사가 명확하지 않는 때에는」으로 고쳐야 한다: 알 수 없는 의사는 의사가 될 수 없다. 아무튼 <안> §106 II 1문이 이미 2문의 규정내용을 포함하므로 2문을 삭제하더라도 문제되지 않는다.

(3) I과 II의 관계에서 II가 원칙이고 I이 예외이다. 그리고 상대방이 이미 표의자의 의사를 안 때에는 I만으로 충분하고 II 1문의 「알았거나」는 일정 부분 I의 규정내용과 중첩된다.

(4) 마지막으로 대법원판례에 일상화된 용례를 조문화한 III은 이미 친족 상속편에 일반화 보편화된 입법양식(§908-2 III, §909-2 IV, §936 IV 등)과 결을 같이 한다. 그러나 이처럼 법원을 대상으로 하는 후견조항을 구태여 법조범으로 분류되는 민법에 둘 것인지는 의문이다.

4. <안> §106은 사적자치의 가치와 범위를 담은 §105와 §106의 의미·내용을 왜곡한 과잉개정이다. 설령 이를 개정할 때에도 세련되고 일의적인 범문으로 다듬어야 한다.

이에 덧붙여 개정안은 의사표시와 법률행위를 구분하지 않으며, 법률행위도 의사표시를 요건 사실로 하므로 구별의 실익이 크지 않다.<sup>11)</sup> 다만 취소의 객체는 적어도 의사표시로 제한되어야 한다.

11) 또한 Motive zum BGB I, 1897, 126.

Ⅲ. 착오에 관한 개정안 제109조

현행 민법	개정안
제109조 (착오로 인한 의사표시) ① 의사표시는 법률행위의 내용의 중요부분에 착오가 있는 때에는 취소할 수 있다. 그러나 그 착오가 표의자의 중대한 과실로 인한 때에는 취소하지 못한다.	제109조 (착오로 인한 의사표시) ① 다음 각 호의 착오로 인한 의사표시는 의사표시자가 착오 없이 사실을 알았다면 그러한 의사표시를 하지 아니하였을 것이라고 합리적으로 인정되는 때에는 취소할 수 있다.
<신 설>	1. 의사표시의 내용에 상응하는 의사가 없는 경우 2. 법률행위의 필수적인 기초가 된 사정에 관한 착오 3. 상대방이 유발한 착오
<신 설>	② 착오가 의사표시자의 중대한 과실로 인한 때에는 취소하지 못한다. 다만 상대방이 그 착오를 알았거나 중대한 과실로 알지 못한 때에는 그러하지 아니하다.
<신 설>	③ 제1항의 의사표시 취소는 선의의 제3자에게 대항하지 못한다.

1. 현행 §109와 마찬가지로 <안> §109도 착오를 개념정의하지 않고 이를 당연한 것으로 전제하고 그 확정을 법학과 실무에 맡긴다. 대판 2011.06.09., 2010다99798에 따르면 착오는 표시된 의사와 진의가 일치하지 않는 의사표시로서 표의자가 이를 알지 못하는 것, 즉 표의자의 인식과 그 대조사실이 어긋나는 것이다. §109 I에서 착오는 그 종류를 가리지 않고 그것이 법률행위의 내용에 관한 것으로 그것이 없었다면 의사표시를 하지 않았을 중요한 것이어야 하며, 그 증명책임은 착오를 이유로 취소하는 표의자에게 있다(대판 2008.01.17., 2007다74188; 대판 2020.03.26., 2019다288232).

2. 대판 2028.08.01., 206760의 판시사항을 되풀이하는 <안> §109는 법률을 배운 사람조차 쉽게 이해할 수 없을 정도로 고압적·추상적이고 좋은 우리 말과 거리있는 불친절한 개정이다.

(1) I 본문에서 「착오 없이 사실을 알았다면」은 일종의 중복표현으로서 이를 ‘진의와 표시된 의사의 불일치를 알았다면’으로 대체하여야 한다. 또한 I 단서에서 「합리적으로」가 모호하다. 합리는 객관과 같은 뜻이므로 그 판단의 주체는 표의자가 아니라 이성인이다. 이는 표의자의 보호를 이념으로 하는 착오취소와 조화되지 않는다. 더욱이 II 본문이 중대한 과실을 취소를 배제하는 요건으로 하기 때문에 이는 불필요하다. 다음으로 1호부터 3호는 I 본문을 적용하기 위한 요건인 동시에 착오의 모습을 구체화한 것이다. 그런데 1호(‘경우’)와 2호와 3호(‘착오’)의 범문이

일관되지 않는다.

(2) 1호 「의사표시의 내용에 상응하는 의사가 없는 경우」는 착오의 정의이므로 없어도 좋은 사족이다. I 본문과 1호를 이으면 ‘착오가 있는 경우 착오를 이유로 취소할 수 있다.’로 정리된다. 다만 2호와 대비하여 「의사표시의 내용」을 내용의 착오로 제한규정한 것으로 선택할 여지도 있으나, 굳이 현행 §109에 관한 민법학과 실무의 해석을 버리고 제한규정할 정당한 이유가 없고 시민에게 이를 이해할 것을 바라는 것도 무리이다.

(3) 2호는 스위스채무법(OR) §24 I Nr.4의 eine notwendige Grundlage des Vertrages를 「법률행위의 필수적인 기초가 된 사정」으로 옮겨서 동기의 착오를 법률행위의 내용으로 객관화·규범화한 것이다. 그러나 「필수적인 기초가 된 사정」, 특히 ‘필수적’과 ‘기초’가 막연하다. 착오취소의 취지를 고려하면 이는 원칙적으로 표의자에게 가치있는 주관적 사정이어야 하지만, 공동착오까지 기초에 관한 착오에 포섭하는 개정안에서 이는 확실하지 않다.

동기를 법률행위의 내용으로 삼는 합의까지는 필요없지만 동기가 알려지거나 표시되어 그 내용이 된 경우 이를 무효사유(§103) 또는 취소사유(§109)로 새긴 대판 1996.04.26., 94다34432와 대판 1998.02.10., 97다44737을 따르면, 동기의 착오도 내용의 착오이다. 그런데 2호와 II 단서를 조합하면, 중과실이 없는 표의자는 동기가 알려지지 않은 때에도 법률행위를 취소할 수 있다는 결론에 이른다. 아무리 표의자의 보호가 착오취소의 목적이더라도 표의자가 스스로 초래하고 상대방이 알 수 없는 사정까지 취소사유로 삼는 것은 기울어진 입법이다. 이밖에 개정안은 상대방의 보호를 위하여 신뢰손해 또는 이행이익의 상실손해의 배상을 언급하는 민법학의 성과를 전혀 돌아보지 않는다.<sup>12)</sup>

개정안은 주된 급부에 영향을 주는 공동착오를 기초에 관한 착오로 파악한다. 하지만 경제적 불이익이 없으면 내용의 중요부분의 착오가 아니라는 대판 1999.02.23., 98다47924를 따를 경우 민법에서 공동의 착오를 논할 이익이 없다. 표의자와 상대방이 동시에 경제적 불이익을 입는 경우는 거의 상상할 수 없기 때문이다.

(4) 대판 1991.03.27., 90다카27440을 수용하여 신설한 3호에서 상대방이 유발한 착오는 그에게 알려진 착오이므로 이는 II 단서에 포섭된다. 시민에게 민법을 교육할 목적이 아니라면 3호는 없어도 그만이다. 이처럼 판결이 있다고 하여 언제나 신설·개정으로 이어질 것은 아니다. 이밖에 개정안에서 과실에 의한 유발의 인정 여부는 법학과 실무에 맡겨진다. 결론적으로 <안> I 1호부터 3호는 불필요하거나 독립의 규정 가치가 거의 없는 반복입법이다.

3. II 단서는 표의자에게 착오에 관하여 중과실이 있더라도 상대방의 악의 또는 중과실이 있는 때에는 취소를 허용한다. 그러나 이는 취소를 원칙으로 하는 <안> §109에는 부적절한 사항이다. 의사표시의 수령 외에 아무 것도 하지 않은 상대방의 심리상태는 원칙적으로 취소기준이 될

12) 신뢰손해의 배상을 지지하면서 이를 계약책임으로 인식하는 최근의 연구로 문헌과 함께 박희호, 착오로 인한 취소와 손해배상책임 -착오에 관한 제109조 개정안과 관련하여-, 비교사법 32/1 (2025) 127-157, 149 이하.

수 없고 이는 특히 일방적 의사표시로 성립하는 단독행위에는 처음부터 적용될 수 없다. 다만 예외무효를 예정하는 진의 아닌 의사표시(§107)에 관하여는 그렇지 않다.

4. 현행 §109로 착오의 법률문제에 대처하기에 부족함이 없다. <안> §109는 -민법이론과 실무를 구체화하려는 의욕에도 불구하고- ‘합리적으로’, 필수적인 기초‘ 등 모호하고 현학적인 불확정 개념, 꼬인 법문과 중복되는 내용, 그리고 ‘취소할 수 있다>없다>다시 있다’로 연결되는 복잡한 논리구조 때문에 오히려 시민의 접근을 가로막는 혼란스러운 조항이다.<sup>13)</sup> 법률규정은 간단하고 명확하여야 한다. 이밖에 <안> §§107-110과 이를 준용하는 신설 §110-2가 전혀 손대지 않은 「의사표시의 무효[취소는] ... 선의의 제3자에게 대항하지 못한다.」는 예쁜 우리말과 거리가 멀다. ‘표의자는 무효로[취소로] ... 대항하지 못한다.’고 고쳐야 한다.

#### IV. 부당간섭에 의한 법률행위의 취소에 관한 개정안 제110조의2의 신설

현행 민법	개정안
<p>&lt;신 설&gt;</p>	<p><b>제110조의2 (부당한 간섭에 의한 의사표시)</b>                      ① 심리적 의존 상태 또는 긴밀한 신뢰관계에 의하여 의사의 형성에 부당한 간섭을 받아 행하여진 의사표시는 그러한 간섭이 없었다면 이를 아니하였을 것이라고 합리적으로 인정되는 때에는 이를 취소할 수 있다.                      ② 제1항의 경우 제110조 제2항, 제3항을 준용한다.</p>

1. <안> §110-2는 현대사회의 수요를 반영하여 사기·강박의 모델에 준하여 부당한 간섭을 제도화하는 신설규정이다.<sup>14)</sup> 지금까지 현행민법, 독일민법과 스위스민법전은 <안> §110-2 I의 규정 내용을 양속위반 또는 폭리로 규율한다. 이에 대하여 개정위원회는 양속위반의 적용이 ‘일반조항

13) 이미 Ch. de Montesquieu. L'esprit des lois, 1758, L.29 Chap.16(여기에서는 Paris, 1844, 401-403을 인용함) ‘법의 제정에서 준수할 사항.’(Choses à observer dans la composition des lois.)에서 법의 문체가 간결(consis)-단순(simple)하여야 한다는 것, 법의 언어가 모든 사람에게 같은 생각을 일깨우는 것이 필수적(II est essentiel que les paroles des lois réveillent chez tous les hommes les mêmes idées.)이고 ‘중대한 사항은 전적으로 상대적’(une chose considérable est entièrement relative)일 수밖에 없다는 이유로 ‘중대한’(considérable)과 ‘불안’(inquiétude) 등 모호한 열린 개념의 폐단을 지적하고, 법은 중간의 지적 능력을 가진 사람(gens de médiocre entendement)을 위하여 제정되어야 하고 결코 ‘현학적’(inquiétude)이어서는 안되며, 끝으로 부당한 억압이 되지 않도록(같은 뜻에서 또한 I.Kant, Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung, in: Berlinische Monatschrift, 1784, Heft 12, 481-494 [Nachdr. Frankfurt, 2015], 488f.) 확실한 순결함(정의, une certaine candeur)이 법 안에 있어야 한다고 역설한다.

14) 또한 김형석, 민법 개정안에서 의사표시의 유효성, 민사법학 108 (2024) 93-122, 111 이하.

에 의한 해결이 가지는 법적 불명확함과 절대적 무효의 효과 때문에 “다루기 무거운” 도구라고 비판한다. 이밖에 <안> §110-2의 규율내용을 §104로 대체하는 것도 가능하지만, 표의자의 ‘경솔, 무경험 또는 궁박’을 요건사실로 하고 유상행위만을 규율대상으로 하는 §104는 「부당한 간섭」과 일치하지 않는다. 한편 민법은 친권의 행사와 후견사무에 관하여 선관주의의무를 법정하므로 (§921, §949-3) 표의자는 제한적으로 그 위반에 대하여 손해배상으로 구제될 수 있다(독일민법 §825 참조). 이밖에, 필요한 경우, 의사능력에 관한 민법이론을 부당한 간섭에 유추적용하는 해결 방안도 가능할 것이다. 그러나 이들만으로는 타인의 부당한 간섭으로 의사를 형성·표시한 표의자의 완벽한 구제에는 모자란다. 이것이 <안> §110-2의 도입이유이다.

<안> §110-2 I은 무엇보다 민법학과 실무에 의한 구체화를 기약하는 일반조항이다: 「심리적 의존 상태 또는 긴밀한 신뢰관계에 의하여 의사의 형성에 부당한 간섭을 받아 행하여진 의사표시」(§104 참조). 양창수 위원장도 「심리적 의존 상태 또는 긴밀한 신뢰관계」가 일종의 개방개념임을 인식하고 법적 안정성의 시각에서 이를 엄격해석할 것을 강조한다. 아무튼 민법의 피적용자인 시민을 시험대에 올리는 것은 적절하지 않다.

2. <안> §110-2의 「부당한 간섭」은 표의자의 심리상태와 불가분의 관계에 있는 개념이다. 그런데 이것이 의사표시를 하지 않았을 것으로 「합리적으로 인정될 때」와 결합하는 순간 <안> §110-2는 그 효용가치를 상당 부분 잃을 수밖에 없다. 부당위압의 신설취지와 표의자의 주관을 객관의 눈으로 판단하는 것은 서로 모순되기 때문이다. 나아가 「부당한 간섭」과 사회질서의 위반 (§104), 신의칙(§2 I), 그리고 강박(§110, 대판 2010.02.11., 2009다72643 참조)과의 상호관계의 해명과 경계의 확정이 여전히 숙제로 남는다. 이를 단순히 청구권의 경합으로 넘기는 것은 궁색하다.

아무튼 <안> §110-2는 §103과 부분적으로 §104, 그리고 §110을 압도하는 수퍼一般條項이 될 수밖에 없다. 타협적이고 적당한 「부당한 간섭」은 그 개방성과 포용성 때문에 표의자가 쉽게 기댈 수 있는 ‘쓰기 좋은 무기’로 가장 적합하기 때문이다. 마지막으로 <안> §110-2 I은 의사표시의 상대방을 특정하지 않지만, II이 §110 II를 준용하는 사실에서 간섭인이 아닌 제3자도 상대방이 될 수 있다. 이 때문에 제3자의 지위가 침해될 위험에서 자유로울 수 없다.

3. 개정위원회는 부당한 간섭으로 유언하거나 채무에 관하여 이해관계가 없음에도 밀접한 가족관계의 영향으로 담보를 제공하는 행위 등을 <안> §110-2의 적용대상으로 예시한다. 유언은 언제든지 철회할 수 있으므로(§1108) 취소가 불필요하고 민법도 특별한 취소규정을 알지 못한다. 이밖에 상속인과 수증자 등 유언자의 승계인도 §140에 따라 유언을 취소할 수 있다. 그러나 징표해석(Auslegung)으로 유언자의 의사를 추단할 수 있는 사정이 없으면 유언에 최상의 가치를 두어야 하고 함부로 취소를 허용할 것이 아니다.

4. <안> §110-2의 요건이 충족하는 경우에도 표의자는 §146에 따라 추인할 수 있는 날부터 3년,

법률행위[의사표시]를 한 날부터 10년이 지나면 더 이상 취소권을 행사할 수 없다(§110 III을 준용하는 <안> §110-2 II 참조). 이들은 그 성질상 법률행위를 한 때부터 장기간을 전제할 수밖에 없는 <안> §110-2의 규정가치를 떨어뜨려 사실상 쓸 수 없게 만들 수 있다. 반대로 상대방과 제3자의 보호는 비록 입법의 몫이지만, 강박에는 일반제척기간을 적용하면서 그보다 정도가 약한 ‘부당한 간섭’에 장기의 취소기간을 법정하는 것도 부담스럽다. 아무튼 취소기간규정의 흠결은 결정적인 입법의 결함이다. 이와 함께 부당한 간섭의 존재에 관한 증명책임을 법정하여야 한다.

선량한 입법의도와 사회·경제적 수요에도 불구하고 이를 규범체계에 수용하는 실정법률화와 입법능력은 별개의 문제이다. <안> §110-2은 의욕이 앞서 새로운 분쟁의 불씨를 만드는, 득보다 실이 큰 입법이다. 이는 -§1004-2로 신설된 상속권상실제도와 「양성평등기본법」의 ‘성희롱’ 등과 비슷하게, 법률체계를 흐리고 이미 적지 않은 일반조항에 새로운 일반조항을 더하는 무리한 입법이다. 신중에 신중을 더하여 진정으로 ‘쓸 수 있는 규정’이 아니면 묵히는 여유가 필요하다.

현행 민법	개정안
第137條(法律行爲の一部無效) 法律行爲의一部分이無效인때에는그全部를無效로한다. 그러나 그無效部分이없더라도法律行爲를하였다것이라고認定될때에는나머지部分은無效가되지아니한다.	제137조 (법률행위의 일부무효) 법률행위의 일부분이 무효인 때에는 나머지 부분은 효력이 있다. 그러나 그 나머지 부분만으로는 법률행위를 하지 아니하였을 것이라고 인정될 때에는 전부를 무효로 한다.

1. 개정위원회는 “법률행위 일부가 무효이더라도 일단 나머지 부분을 유효하게 존속시키려는 것이 당사자의 일반적인 의사이고, 효율성의 관점에서 법률행위 전체를 무효로 보는 것보다는 나머지 부분만이라도 유효로 보아 존속시키는 것이 타당”하다는 근거로 §137의 전부무효 원칙을 ‘일부무효 원칙’으로 개정한다. 이는 법률행위의 효과에 관한 민법규정의 합리성을 제고하고 전부무효 원칙으로 인한 사회적 비용을 절감하는 것을 정당화사유로 한다.

2. 일부무효의 원칙화는 민법체계를 깨뜨릴 위험에서 자유롭지 않다. §137은 §103과 §151 I, 즉 사회질서의 위반으로 인한 무효를 주된 규율대상으로 하며, 이는 강행법규를 포함하여 현행 법질서의 법적 확신이 실현하려는 사회의 가치를 말한다. §103에 따라 법률행위의 일부를 무효로 선언하는 사실을 외면하고 나머지 부분을 유효로 하는 것은 현행법체계가 수호하는 기본가치를 부정하는 것이다. 한편 진의 아닌 의사표시와 통정허위표시(§107과 §108)의 무효는 §137까지 끌어들이 필요 없이 그 해결을 당사자의 자유의사에 맡기면 충분하다.

3. <안> §137 본문은 동시에 §103과 함께 사법의 기저를 이루는 큰 이상을 표현하는 불법원인

급여에 관한 §746(대판 [전] 1979.11.13., 79다483)을 부정하는 폐해를 수반한다. §746은 불법의 원인으로 재산을 급여하거나 노무를 제공한 경우 이익의 반환을 배제하여 소극적으로 법적 정의를 유지하는 것을 취지로 한다. 그러나 잔여부분의 유효를 원칙으로 하는 <안> §137은 입법자와 실무가 애써 금지한 일부반환의 문을 여는 잘못된 결과를 부른다.

4. 개정규정만을 떼어놓으면 얼핏 그럴듯하게 보이더라도 민법체계와 -질서와 화합하지 않는 즉흥적인 개정은 결코 옳을 수 없으며, <안> §137이 바로 그 경우이다. 눈앞에 아른거리는 성급한 개정이 아니라 민법 전체를조망하는 진지하고 사려깊은 법학적 접근방법이 절실하다. 끝으로 일부무효의 원칙에 대한 수요는 「약관법」 §16, 「이자제한법」 §2 III과 「대부업법」 §8 IV 등 특별법률로 얼마든지 충족될 수 있다.

### 제3. 계약관련 규정에 대한 ‘민법 일부개정법률안’ 비판 [III]

#### V. 자기계약(자기행위) · 쌍방대리에 관한 규정보완(<안> 제124조 단서)

현행 민법	개정안
제124조(자기계약, 쌍방대리) [본문] 그러나 채무의 이행은 할 수 있다.	제124조 (자기계약, 쌍방대리) [본문] 그러나 채무의 이행 또는 권리만을 얻거나 의무만을 면하는 행위를 하는 때에는 그러하지 아니하다.

1. 본인을 위하는 의사(본인의 이름과 계산으로)와 대리인의 자기를 위한 의사가 충돌하는 자기계약과 쌍방대리는 무권대리로서 대리가 될 수 없다. 다만 §124 단서는 이른바 중립적 법률행위에 해당하는 채무이행을 그 예외로 한다. 독일민법 §181도 자기행위를 채무의 이행으로 제한한다.

2. (1) 개정위원회는 <안> §124 단서에서 부담없는 증여 등 본인이 권리만을 얻거나 면제계약 등 채무를 면하는 절대적 이익행위로 예외사유를 확장한다. 이는 이익충돌의 위험이 없음을 근거로 한다. 그러나 절대적 이익행위의 일반규범화는 경계하여야 한다. 이는 본인에게 이익이 강제되는 결과를 동반할 위험에서 자유롭지 않다. 그러나 “어느 누구도 그의 의사에 반하여 이익이 강제되어서는 안 된다.”(제3자를 위한 계약에 관한 §539<sup>15)</sup>와 제3자의 변제에 관한 §469 II, 그리고 아래의 <안> §542-2의 설명 참조).

15) 또한 계약의 당사자가 제3자에 대하여 가진 채권에 관한 채무를 면제하는 계약도 제3자를 위한 계약에 준하는 것으로서 유효하다는 대판 2004.09.03., 2002다37405 참조.

이와 비교하여 §5 I 단서는 미성년자가 이익만을 얻는 절대적 이익행위에 확정적 효력을 부여하는 조항이다. 그러나 이때에는 본인의 지위를 가진 미성년자가 행위자라는 사실에서 대리인이 본인을 대리하여 행위하는 <안> §124 단서와 구분된다.

(2) 백 보 양보하여 설령 <안> §124 단서를 그대로 둘 경우에도 단서를 ‘대리인이 본인의 채무를 이행하는 때 또는 본인이 권리만을 얻거나 의무를 면하는 행위를 하는 때에는 그렇지 않다.’로 풀어써야 한다.

## VI. 대리권의 남용에 관한 제124조의2의 신설

현행 민법	개정안
<신 설>	<p><b>제124조의2 (대리권의 남용)</b> ① 대리인이 자신 또는 제3자의 이익을 위하여 그 권한을 남용하여 대리행위를 한 경우에 상대방이 그 사정을 알았거나 중대한 과실로 알지 못한 때에는 대리행위는 본인에 대하여 효력이 생기지 아니한다.</p> <p>② 제1항의 경우에 제130조부터 제133조까지의 규정을 준용한다.</p> <p>③ 제1항의 무효는 선의의 제3자에게 대항하지 못한다.</p>

1. <안> §124의2은 민법학의 연구성과와 대판 1987.10.13., 86다카1522 등 실무의 대리권남용이론을 수용하고 비교법적 상황을 고려하여 신설하는 조항이다.

2. 대리는 본인의 이익을 위한 제도이며, 대리행위는 대리인이 본인의 이름과 계산으로 하는 법률행위[의사표시]이다. 본인을 위하는 의사가 없이 대리권을 남용하는 행위는 본인과의 관계에서 결코 대리행위가 될 수 없으므로 그 효과가 직접 대리인에게 귀속되어야 한다. 하지만 그 사정을 모르는 상대방과의 관계에서는, 그것이 대리권의 범위 내의 것일 때에는, 이는 적법한 대리행위의 외관을 가지므로 대리의 효과를 부여하여야 한다. 위험은 그로부터 이익을 얻는 사람[본인]에게 귀속되어야 하기 때문이다. 이때 상대방이 대리권의 남용을 알았거나 알 수 있었던 경우가 문제된다. 그 해결을 위하여 다수견해와 실무는 이익상황이 비슷한 §107 I 단서를 유추적용한다. 그러나 이는 진의의 부존재를 의제하여야 하는 인위적인 논리조작이 될 수 있다. 끝으로 일반조항은 가능하면 최후에 적용되어야 하므로 §2 II의 권리남용을 적극동원하는 것은 자제하여야 한다.<sup>16)</sup>

16) 별개의 대리권남용 법리를 구축하는 것이 더 체계적이라는 이동진, 대리권남용소고, 민사법학 109 (2024)

3. 대리권남용은 적법한 대리권이 전제된 사실에서 무권대리와 구분된다. 그러나 대리권남용은 본인을 위하는 의사가 없어 대리의 실질을 가질 수 없기 때문에 무권대리와 이익상황을 같이 한다. 이것이 무권대리에 관한 §§130-135의 규정을 그 성질이 허용하는 범위에서 대리권남용에 유추적용하기 위한 계기이고, 개정위원회도 “무권대리에 준하는 법률효과”라고 한다. 그런데 개정위원회는 §135를 적용하지 않는다고 하지만 <안> §124의2 I은 -경과실을 중대한 과실로 바꾼 것 외에는- 실제로는 현행 §130과 §135 I과 II 전단을 묶은 것이고 무권대리에 관한 §§131-133은 사적자치의 원칙에 따르는 당연한 조항이므로 II는 별 규정이익이 없다.

(1) <안> §124의2 I은 ‘대리권을 남용하는 행위는 본인에 대하여 효력이 있다.’는 원칙을 생략하고 그 효력이 배제되는 예외만을 담는다. 원칙과 예외로 이어지는 친절한 입법이 아쉽다.

I은 약의와 -§135 II 전단을 벗어나서 추상적 경과실이 아닌- 중대한 과실의 부존재를 상대방의 보호요건으로 하여 그의 보호를 강화한다. 이 때문에 추상적 경과실의 부존재를 기준으로 하는 표현대리에 관한 조항은 더 이상 대리권남용에 적용될 수 없다. 이에 관하여 양창수 위원장은 “단순한 과실이 있다는 이유만으로 대리의 효력을 부정하는 것은 대리 제도의 기능과 신뢰성의 관점에서 적절하다고 말하기는 어렵다”고 한다. 그러나 실무에서 대리권남용은 주로 친권행사(대판 2011.12.22., 2011다64669)와 상행위(대판 1997.08.26., 96다36753)에 집중되므로 중대한 과실의 법제화가 가져올 이득이 그다지 크지 않을 것으로 짐작된다. 그렇지 않다면 중대한 과실을 채용하는 이익이 실태조사에 의하여 증명되어야 한다.

(2) 마지막으로 <안> §124의2 III의 「제3자」는 I의 「제3자」와 달리 대리행위를 기초로 새로운 이해관계를 맺고 인도·등기 등의 방법으로 확정적 권리를 취득한 사람을 의미한다. 이는 신뢰보호를 대입한 것으로, 표의자로부터 유래하는 잘못된 의사표시, 즉 진의 아닌 의사표시(§107), 통정허위표시(§108)와 착오로 인한 의사표시(§109)에 관하여 각 II가 선의를 제3자를 보호하는 것과 형평을 유지하는 입법이다.

4. <안> §124의2의 신설은 그 동안 민법학과 실무에서 무르익은 대리권남용을 제도화하고 대립되는 해석을 정리하여 무권대리에 근접한 해결방식을 정비한 측면에서 일응 설득력을 가진다. 그러나 복잡한 구성의 <안> §124의2를 반드시 독립신설하여야 하는 것은 아니다. 이를 §130 II 또는 §135 III으로 하여 -‘중대한 과실’을 별론으로 하고- 「대리인이 대리권을 남용하는 경우 무권대리에 관한 규정을 적용한다. 그러나 본인은 그 무효로 선의의 제3자에게 대항할 수 없다.」로 경제적으로 재구성할 수 있다.

3-55는 <안> §124의2를 지지하면서 “대리권·대표권남용의 근거는 권리남용에서 찾아야 한다”고 하고 대리인 측 요건을 보다 넓힐 필요가 있다고 덧붙인다.

Ⅶ. 외화채권에서 채권자의 급부대용권 확인(제378조)

현행 민법	개정안
<p><b>제378조(동전)</b> 채권액이 다른 나라 통화로 지정된 때에는 채무자는 지급할 때에 있어서의 이행지의 환금시가에 의하여 우리나라 통화로 변제할 수 있다.</p>	<p><b>제378조 (외화채권)</b> 채권액이 다른 나라 통화로 지정된 때에는 지급시 이행지의 환율에 의하여 채무자는 우리나라 통화로 변제할 수 있고, 채권자는 우리나라 통화로 지급할 것을 청구할 수 있다.</p>

1. <안> §378은 고정환율제에 터잡은 대관(전) 1991.03.12., 90다2147을 모범으로 하여 대용청구권을 입법한 개정규정이다. 그러나 이는 환율제도와 자유시장경제질서를 돌보지 않은 탁상개정의 전형으로서 관리변동환율제를 채택한 현대사회의 거래생활에 쓸 수 없는 조항이다. 이는 동시에 대법원판례를 비판없이 기계적으로 입법에 수용하는 위험을 경고한다.

2. <안> §378에서

(1) 「환율」이 개정취지를 퇴색하게 한다. 외환유동성위기가 고조되었던 1998년 고정환율제를 포기하고 관리변동환율제를 채용한 정부와 중앙은행의 조치로 환율은 이제 지역별, 금융기관별, 그리고 외환시장이 열리는 아침부터 저녁까지 끊임없이 움직이는 유동개념이다. 그러한 불확정개념은 기준이 될 수 없고 되어서도 안 된다. 한편 시중에 사용되는 기준환율은 매도·매수가확정의 출발이 되는 그때그때의(일별) 환율을 뜻하는 편의적·기능적 용어로서, 분기별로 확장·유지되는 기준이율[금리]과 성질을 완전히 달리 한다.

(2) <안> §378에서 ‘이행지’는 약정하거나 법정된 이행지와 현실이행지의 이중적 의미가 될 수 있으므로 이를 명확히 하고, ‘지급시’도 가능하면 ‘현실제공하는 때’로 정비하여야 한다.

3. 다음으로 채무자는 그의 선택으로 「우리나라 통화로 변제할 수 있다」. 그 결과 채권자는 꼼짝없이 채무자가 변제제공하는 원화를 수령하여야 한다. 채권자의 이익은 뒷전이다. 그러나 쿠바에서 원화를 지급하는 것은 아무런 소용도 없다. 일정한 요건 아래 수령을 거부할 수 있는 길을 채권자에게 열어야 한다. 반대로 채권자가 우리나라 통화로 지급할 것을 청구하는 경우 그 비용은 채권자의 부담으로 하여야 한다(§473 단서 참조).

4. 지난 시대의 고정환율제에 적합한 <안> §378은 -임의규정임을 감안하더라도- 좌표를 잃은 시대착오적 개정조항이다. 관리변동환율제와 맞도록 §378을 ‘다른 의사표시기[약정이] 없으면, 채무자는 현실제공할 때의 환율에 의하여 이행지의 통화로 변제할 수 있다.’로 고치고, 금융실무에 자문하여 환율확정을 위한 기준시기와 기준장소를 완비하여야 한다.

Ⅷ. 법정이율에서 변동이율제의 도입(제379조의 개정과 상법 제54조의 삭제)

현행 민법	개정안
제379조(법정이율) 이자있는 채권의 이율은 다른 법률의 규정이나 당사자의 약정이 없으면 연 5푼으로 한다.	제379조 (법정이율) 이자 있는 채권의 이율은 다른 법률의 규정이나 당사자의 약정이 없으면 한국은행에서 정하는 기준금리, 시장에서 통용되는 이율, 그밖의 경제 사정의 변동을 고려하여 대통령령으로 정한다.
상법 제54조(상사법정이율) 상행위로 인한 채무의 법정이율은 연 6푼으로 한다.	<삭 제>

1. 민법 §379는 연 5%, 상법 §54는 연 6%의 고정이율을 법정이율로 한다. <안> §379는 이를 포기하고 변화하는 경제사정에 적합하게 경제현실과 이율을 연동하는 변동이율을 채용하는 획기적 전환으로서 일견 매력있는 개정이다.

2. 그러나 이율의 확정이, 말[법문]과 달리, 경제사정을 제때에 반영하지 못하고 뒷북치는 경우가 허다하고 이 때문에 <안> §379의 규정목적이 현저히 훼손될 수 있다. 비슷한 현상이 「주택임대차법」 §7과 「상가건물임대차법」 §11, 「이자제한법」 §2 I과 「이자제한법 제2조제1항의 최고이자율에 관한 규정」, 「대부업법」 §8 I과 「동 시행령」 §5 I 등의 현황에서 확인된다. 또한 지연이자와 중간이자의 공제 등에 관하여 이율변동에 따른 계산의 복잡화도 피할 수 없는 불편이다. 이를 인식한 양창수 위원장도 “실무의 범형성을 기대하는 것이 적절하다”고 한다. 끝으로 대통령령을 가르치는 「한국은행에서 ... 경제 사정의 변동을 고려하여」는 계몽적·후견적 사족이므로 다른 법률과 같이 「대통령령으로 정한다」로 줄이면 그만이다. 지나침은 모자람보다 못할 수 있다.

Ⅸ. 채권자의 이행청구권에 관한 규정 신설(제387조)

현행 민법	개정안
<신 설>	제387조 (채권자의 이행청구권) 채권자는 채무자에 대하여 채무의 이행을 청구할 수 있다.

1. 개정위원회는 2013년 개정시안에 따라 §387을 신설하고 현행 §387을 §388로, 그리고 현행 §388을 §388의2로 개정한다. 그런데 <안> §387은 후견의 강박관념에 사로잡힌 정립입법의 전형이다.<sup>17)</sup>

법률개념의 정의는 입법자가 그의 말을 직접 설명·확정하여 그의 말과 관념, 즉 규범목적을 연결하는 다리이다. 하지만 고도로 추상화된 민법전에서 입법자는 정의하여야 할 것만을 정의하는 것으로 만족하여야 한다. 그렇지 않으면 신의성실, 관습법, 법률행위, 무효와 취소, 동의와 승낙 등 법률효과의 확정요구에 요구되는 기본개념 전부를 일일이 정의하여야 할 것이지만, 이는 지나치다.<sup>17)</sup> 또한 법전은 교과서가 아니므로 별로 정의할 것도 없다. 다만 특별법령의 경우, 대체로 §2에서, 독립의 정의규정을 두는 것이 일반화된 사례이다.

2. 이행청구권은 채권의 본질적 내용이며 효력이다(대판 2015.10.29., 2012다14975 참조). 그러나 이의 규정화는 민법 전체의 체계에서 균형을 잃은 과잉조치가 될 수 있다. 민법은 물권, 상속권 등 기본개념을 정의하는 규정을 알지 못한다. 개정작업이 개념을 정리하는 조항의 신설에 몰두할 정도로 한가하지도 않다.

3. 양창수 위원장은 채권의 효력(제3편 제1장 제2절)에서 이행청구권을 규정하고 그 예외 또는 소멸은 학설의 추이에 맡기는 것이 적절하다고 서술한다. 그런데 이행청구권의 예외와 소멸의 의미가 분명하지 않은 탓에 학설의 뭉이 무엇인지 알 수 없지만, 개정이유는 답을 제시하지 않는다. 다만 민법 제3편 제1장 제6절(§§460-507)이 채권소멸을 위한 기본요건과 효과를 법정하므로 적어도 소멸에 관하여 민법학의 역할이 제한될 것으로 보인다.

4. 변제에 관한 민법 §§460-486의 규정은 ‘법률원인(왜)’와 ‘누가, 누구에게, 어디서, 무엇을, 어떻게’, 그리고 ‘법률효과’(채무의 소멸)를 규정하면서도 유독 ‘언제’만을 빠뜨리고 단지 §468에서 변제기 전의 변제만을 규범화하는 정도에 그친다.

이 기회에 현행 §387을 §468로 옮기고 변제기 전의 변제에 관한 현행 §468의 조문번호를 §468의2로 바꾼 다음, 그 예외로서 기한의 이익의 상실에 관한 현행 §388을 <안> §468의3의 자리로 위치변경하는 것이 훨씬 합리적이다. 이처럼 §387과 §388을 묶어 변제의 節로 옮기는 것이 ‘변제기(이행기)→변제기 전의 변제(기한의 이익의 포기)→기한의 이익의 박탈’의 순서로 ‘언제’를 채워서 육하원칙을 완성하는 동시에 시민들의 이해를 쉽게 하는 正道이다.

#### 제4. 계약관련 규정에 대한 ‘민법 일부개정법률안’ 비판 [IV]

현행민법전은 의사표시와 법률행위(민법총칙 [§§103-113])→채권관계법(채권총칙[§§373-526])→채권의 발생원인과 그 내용(계약[§§527-733]→법정채권관계[§§734-766])의 순으로 입법된 법전이

17) 종전의 채권편의 개정규정에 관한 평가는 이진기, 민법 채권편의 개정안에 대한 비판적 고찰, 재산변연구 21/2 (2005) 63-93과 이진기, 민법중 개정법률안에 대한 의견, 민사법학 42 (2008) 3-42 참조.

18) 이미 Bekker, System und Sprache des Entwurfes, 21f., 46ff.

며, <개정안>도 같다. 반면에 같은 판택텐체계를 취하는 독일민법전은 제1권 총칙에서 일단 법률행위와 계약성립을 함께 묶어 규율한 다음 제2권에서 채권관계를 규정하는 특징을 가진다. 이러한 사정을 돌보지 않고 낭만적으로 독일민법전의 체계를 본받거나 이를 그대로 수용하는 채무불이행에 관한 개정안 규정들은 우리 민법의 체계와 엇박자를 빚을 수밖에 없다.

X. 손해배상방법으로 원상회복의 예외적 허용과 정기금배상의 확장(제394조 등)

현행 민법	개정안
제394조(손해배상의 방법) 다른 의사표시가 없으면 손해는 금전으로 배상한다.	제394조 (손해배상의 방법) ① 다른 의사표시가 없으면 손해는 금전으로 배상한다. 그러나 손해가 금전배상만으로 전보되지 아니하는 경우에는, 채권자는 금전배상에 같음하거나 그와 함께 손해전보에 적절한 작위 또는 부작위를 청구할 수 있다.  ② 법원은 신체 또는 건강 침해, 그 밖의 필요한 경우 손해를 정기금으로 배상할 것을 명할 수 있고 그 이행을 확보하기 위하여 상당한 담보를 제공하게 할 수 있다.
제751조(재산 이외의 손해의 배상) ② 법원은 전항의 손해배상을 정기금채무로 지급할 것을 명할 수 있고 그 이행을 확보하기 위하여 상당한 담보의 제공을 명할 수 있다.	제751조 (재산 이외의 손해의 배상)  <삭 제>
제764조(명예훼손의 경우의 특칙) 타인의 명예를 훼손한 자에 대하여는 법원은 피해자의 청구에 의하여 손해배상에 같음하거나 손해배상과 함께 명예회복에 적당한 처분을 명할 수 있다.	<삭 제>

1. <안> §394는 §394를 계승하면서 금전배상에 같음하거나 손해전보에 필요한 작위 또는 부작위를 입법화한 조항이다. 개정위원회는 추상적으로 막연하게 표현되어 정체가 불명확한 「작위 또는 부작위」 청구에 원상회복을 포괄한다. 한편 손해배상과 직접 관계없는 작위- 또는 부작위 청구는 채권자의 고유한 권리이다. 그런데 §394는 흔히 금전배상을 원칙화한 것으로 해석되지만 사적자치가 손해배상의 원칙이다: 「다른 의사표시가 없으면」. 이처럼 현행민법에서 손해배상의 방법으로 원상회복은 의사영역에 해당하는 사항이다.<sup>19)</sup>

19) 대판 2022.03.11., 2018다231550: “우리나라 손해배상제도의 근본이념은 피해자 등이 실제 입은 손해를 전보

2. (1) 신설한 <안> §394 I 단서, 특히 「금전배상만으로 전보되지 않으면」이 본문의 「다른 의사표시가 없으면」과 어울리지 않는다. 민법은 손해배상의 방법과 내용을 채권자와 채무자의 의사에 유보한다. 단서는 입법자가 깊숙이 관여한 후견적·계몽적 예시조항이 될 수 있다.

(2) I 단서에서 「작위 또는 부작위」의 이해가 몹시 곤란하다.<sup>20)</sup> 작위가 원상회복을 포함하는 것은 부정할 수 없지만, ‘부작위’의 의미와 그 효용가치는 여전히 의문이다. 개정위원회는 「부작위」의 목적을 해명하지 않지만, 이를 금지청구권(?)을 내용으로 하는 것으로 새길 여지가 있다. 그러나 채권은 대개 절대적 법익이 아니다. 또한 금지청구권은 피보호채권이 이른바 절대적 법익에 해당하는 경우로 제한되어야 하고 다시 §214와의 관계가 심도있게 구명되어야 할 것이다.

한편 금전배상을 같음하거나 손해전보에 적절한 작위 또는 부작위를 청구하는 경우 금전배상의 배제 여부에 관한 판단은 민법학과 실무에 맡겨진다(<안> §395와 그의 입법이유 참조). 양창수 위원장은 “원상회복 배상은 금전배상이 불충분한 경우에 한정하여 허용하는 것이 적절하다.”고 하면서 이를 “금전배상만으로는 채권자의 손해가 충분히 전보될 수 없는 사례”로 설명하므로, 이들은 금전배상과 병존하고 이를 보완하는 구제수단이다(<안> §395 참조). 그러나 예컨대 사용대차와 임대차에서 원상회복이 기본구제수단이다(§615 본문 참조). 아무튼 단서는 ‘손해배상을 같음하여 또는 이와 함께 작위 또는 부작위를 청구할 수 있다.’가 제대로이다. 그럼에도 채권자의 보호를 그 정도까지 확장할 것인지는 계속 의문으로 남는다.

3. 채권자는 채무자가 이행하지 않을 수 있다는 사실을 알 수 있었고 알아야 하며, 스스로 채무불이행의 위험을 대비하여야 한다. 이처럼 예견가능성이 지배하는 채무불이행의 세계와 그렇지 않은 불법행위는 처음부터 출발을 달리한다. 그럼에도 중복규정이 될 수 있다는 이유에서 §751과 §764를 통합하는 형태의 <안> §394는 이를 돌아보지 않는다. 또한 §763이 채무불이행에 관한 규정을 준용하는 사실이 <안> §394 II의 신설을 정당화하지 않는다. 무리한 결합은 오히려 법률의 이해에 부담을 가중할 뿐이다.

4. 채무불이행에서 정기금배상은 상례가 아니다. 실무도 또한 명예훼손과 생명과 신체, 그리고 건강침해의 대표사례를 이루는 의료사고를 불법행위로 규율한다. II의 신설은 -개정위원회가 채권법의 불법행위법화를 의도한 것이 아니라면- 청구권의 경합을 일반화하고 민법체계를 파괴하는 부정효를 가진다. 그리고 채무자에 대한 징계효는 채무불이행책임의 본질이 될 수 없다. 그리고 판결로 -심지어 일반채무를 담보부채권으로 바꾸면서까지- 손해배상을 정기금의 형태로 지급하게 하는 것은 ‘한번 채무자를 영원한 채무자’로 만들고 채무자의 지위를 악화하는 불명예스럽고 나쁜 처분이다. 더욱이 II의 강행을 위하여 개정위원회는 채무를 이행하지 않은 모든 채무자

함으로써 손해가 발생하기 전 상태로 회복시키는 것이었다.”

20) 같은 문제의식으로 김현수, 손해배상에 관한 민법 개정 예비초안 검토, 민사법학 108 (2024) 177-220, 특히 193: “재고의 여지가 있다.”

가 아니라 유독 금전채무자만을 특별취급하는 근거를 제시하여야 한다. 끝으로, 개정안 전반에 두드러진 현상이지만, II와 같이 법원의 개입권한을 끝없이 확장하는 입법은 재고하여야 한다.

XI. 전보배상에 관한 규정 정비(제395조)

현행 민법	개정안
<p><b>제395조(이행지체와 전보배상)</b> 채무자가 채무의 이행을 지체한 경우에 채권자가 상당한 기간을 정하여 이행을 최고하여도 그 기간내에 이행하지 아니하거나 지체후의 이행이 채권자에게 이익이 없는 때에는 채권자는 수령을 거절하고 이행에 갈음한 손해배상을 청구할 수 있다.</p>	<p><b>제395조 (전보배상)</b> ① 채무자가 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니하는 경우에 채권자가 상당한 기간을 정하여 이행을 최고하였음에도 채무자가 그 기간내에 이행하지 아니하는 때에는 채권자는 이행에 갈음하는 손해배상을 청구할 수 있다.</p>
	<p>② 다음 각 호의 경우에는 제1항의 최고를 요하지 아니한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 채무를 이행할 수 없는 경우</li> <li>2. 제1항의 최고에도 불구하고 기간 내에 이행되지 아니할 것이 명백한 경우</li> <li>3. 채무자가 미리 이행을 거절하는 경우</li> <li>4. 지체 후의 이행이 채권자에게 이익이 없는 경우</li> </ol>
	<p>③ 제2항 제1호부터 제3호까지의 경우 채권자는 이행기가 도래하기 전이라도 이행에 갈음하는 손해배상을 청구할 수 있다.</p>
	<p>④ 채권자가 이행에 갈음하는 손해배상을 청구한 경우에는 이로써 이행청구권은 소멸한다.</p>

1. <안> §395는 전보배상의 요건과 효과를 명확히 하는 측면에서 개정가치를 가진다. 이는 §390을 전제하며, I의 「채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니하는 경우」(또한 §460)가 이를 확인한다. 이것이 <안> §395 I이 채무자의 유책사유를 요건으로 하면서도 이를 명문화하지 않은 이유로 추측된다. 현행민법에서와 마찬가지로 <안> §395는 <안> §544와 불가분의 관계를 이루는 조항이므로 이들은 지적사항을 공유한다.

2. II 1호부터 3호의 사정도 이행기가 도래한 이후에 발생하는 것이어야 하고, 이것이 III의 「이행기가 도래하기 전이라도」와 어울리는 해석이다. 2호와 연결하면 채무자의 주관적 불능에는 1호의 「채무를 이행할 수 없는 경우」가 아니라 2호가 적용되어야 할 것이다. 그런데 이행기 후의 객관적 불능에는 §392가 적용되어야 하므로 1호의 규정가치가 의문이다. 다음으로 3호에서

채무자가 이행을 거절하는 경우 전보보상을 청구할 수 있음은 물론이지만, 「미리」는 쓸모가 없다. 끝으로 4호는 이전과 달리 「지체 후의 이행」으로 법문을 개선하지만 이 또한 「채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니하는 경우」이므로 법문을 통일하여야 한다.

3. II 1호부터 3호를 전제하는 III에서 2호, 특히 「최고에도 불구하고」는 애당초 III와 어울릴 수 없으므로 이를 수정 또는 삭제하여야 한다. 이행기 전의 최고는 기한의 이익을 누리는 채무자를 구속하는 효력이 없다(§153 I = <안> §468 I 참조).

4. 전보배상의 청구로 이행청구권이 소멸한다는 IV는 I 후단 「채권자는 이행에 갈음하는 손해배상을 청구할 수 있다」와 겹치는 주의적 후견규정이다. 양창수 위원은 “전보배상청구권이 인정된다는 것만으로 채권자가 언제나 이행청구를 할 수 없게 되는 것은 아니”라고 한다. 하지만 IV는 손해배상을 청구할 수 있는 때가 아니라 이미 청구한 손해배상을 예정한다: 「손해배상을 청구한 경우」. IV는 시제를 실패한 대표사례이다.

IV는 이행청구권의 소멸을 명확히 하는 의미 외에 규정가치가 전혀 없다. 같음은 ‘다른 것으로 바꾸어 대신함’(표준국어대사전, <같음>)을 뜻한다. 더욱이 전보배상은 채무이행[1차적 급부]을 더 이상 기대할 수 없는 경우 인정되는 2차적 급부이므로 이를 청구한 채권자에게는 이행이익이 더 이상 인정될 수 없다. 법률은 단순·명쾌하여야 한다.

### XII. 지출 비용의 배상에 관한 규정 신설(제395조의2)

현행 민법	개정안
<신 설>	<p><b>제395조의2 (지출 비용의 배상)</b>                      채권자는 이행에 갈음하는 손해배상 대신 채무가 이행될 것을 믿고 지출한 상당한 비용의 배상을 청구할 수 있다.</p>

1. 신뢰손해의 배상의 내용으로 하는 <안> §395의2는 일종의 형평조항이다. 그런데 이는 계약에 전유한 조항이므로 -그 내용의 옳고 그름은 별론으로 하고- 채권관계를 규율대상으로 하는 채권총칙편의 규정으로 적합하지 않은, ‘자리를 잘못 잡은 조항’이다. 순수한 채권관계에서 이행을 위한 지출비용은 채무자의 관심사가 아니다. 채권자가 이행을 믿고 비용을 지출하는 경우는 보통 상상하기 어렵고, §473은 변제비용을 채무자의 부담으로 한다. 또한 채권자-채무자관계는, 특별한 사정이 없으면, 협력관계가 아니다.

2. 개정위원회는 독일민법 §284를 신설근거로 예시한다. 그러나 법이 다르면 그 체계와 해석도 달라져야 한다. <안> §395의2의 신설을 위하여는 우선 민법의 편제를 바꾸어야 한다.

독일민법전은 먼저 의사표시(법률행위)와 계약을 묶어 규정한 다음 채권관계로 넘어가는 체계를 가진다. 그 결과 계약과 관련된 규정을 채권관계에 편입하는 것이 자연스럽다. 이와 달리 현행민법은 의사표시와 법률행위를 §§103 이하에, 그리고 계약을 §§527 이하(채권각칙)에 별도로 둔다. 이 때문에 계약관계규정을 함부로 채권관계(채권총칙) 아래에 배치할 것이 아니다. 개정위원회가 인용한 대판 2006.02.10., 2003다15501도 순수한 채권관계가 아니라 위탁계약의 해지에 관한 판결례이다.

### XIII. 금전채무 불이행에 대한 특칙 정비(제397조)

현행 민법	개정안
<b>제397조(금전채무불이행에 대한 특칙)</b> ①금전채무불이행의 손해배상액은 법정이율에 의한다. 그러나 법령의 제한에 위반하지 아니한 약정이율이 있으면 그 이율에 의한다.	<b>제397조 (금전채무불이행에 대한 특칙)</b> ① 금전채무 불이행의 손해배상액은 법정이율에 의한다. 그러나 법정이율을 초과하는 약정이율이 있으면 법령의 제한에 위반하지 아니하는 범위에서 그 이율에 의한다.
<신 설>	③ 고의 또는 중대한 과실에 의한 채무불이행의 경우에 제1항의 손해배상은 채권자의 추가적인 손해배상 청구에 영향을 미치지 아니한다.

1. <안> §397 I은 금전지급을 고유한 급부내용으로 하는 채무로 제한 적용된다. 여기에서 I의 손해배상과 III의 손해배상의 관계가 의문이다. 개정위원회는 §§685, 705와 958을 들어 “민법에는 당해 금전채무에 관하여 지연이자 외에 추가적 손해배상을 명하는 규정이 없지 않다”고 한다. 그러나 이들은 일의 처리 또는 공동사업의 경영을 내용으로 하는 위임-와 조합관계의 본질을 이루는 주된 채무가 아니라 그에 부수하여 수임인 또는 각 조합원이 위임인 또는 조합에 반환하여야 할 금전이 있는 경우 그 반환의무에 보충 적용되는 조항이다. 이들을 III의 신설이유로 삼는 것은 부적절하며, 굳이 찾아야 할 때에는 §548 II와 §551의 관계를 들어야 할 것이다. 금전의 미반환이 주된 채무의 위반을 구성하는 경우 손해배상은 당연하다.

2. (1) <안> §397 III은 “중대한 과실은 고의이다.” *culpa lata dolus est*의 법리를 규범화한다. 그러나 이 공식의 일반화를 경계하여야 한다. 그리고 입법이유에 함께 언급된 스위스채무법 §106 I은 채무자가 그에게 유책사유가 없음을 증명하지 못하는 경우를 규율 대상으로 하므로 참고할 것이 아니다.

(2) 채무자의 고의 또는 중대한 과실로 인한 채무불이행의 경우 추가적 손해배상을 인정하는 III은 자칫 민사책임의 징벌화가 될 수 있다. 그리고 -옳고 그름은 별론으로 하고- 이를 금전채무

의 불이행으로 한정하여 특칙화할 사정도 없다. 독일민법 §288 IV도 고의 또는 중과실의 요건없이 “그밖의 손해의 주장이 배제되지 않는다.”고만 한다.

(3) 추가적 손해배상을 긍정하는 III은 §393 II의 적용을 가로막는 잘못이 될 수 있다. 채권자는 §393 II에 따라 채무자가 알았거나 알 수 있었던 경우 특별한 사정으로 인한 손해의 배상을 청구할 수 있고 이를 위하여 채무자의 추상적 경과실만이 요구된다.

(4) III은 또한 약정이율이 법정이율보다 낮은 경우에는 지연손해금은 법정이율을 따른다는 대판 2009.12.24., 2009다85342를 폐기할 때에만 정당화될 수 있다. 약정이율이 법정이율보다 높은 경우 이를 따른다는 §397 I과 이를 수정하는 대판 2009다85342가 이미 손해배상의 관념을 전제하기 때문이다. 이밖에 III이 신설하는 때에도 「소송촉진법」 §3, 「대부업법」 §8 등과의 관계설정이 여전히 미완의 과제로 남는다. 결론적으로 <안> §397 III과 같이 불완전한 입법은 하지 않으면 못하다.

#### XIV. 위약금 일반의 감액가능성 인정(제398조)

현행 민법	개정안
<b>제398조(배상액의 예정)</b> ① 당사자는 채무불이행에 관한 손해배상액을 예정할 수 있다.	<b>제398조 (위약금)</b> ① 당사자는 채무불이행에 관하여 위약금을 약정할 수 있다.
② 손해배상의 예정액이 부당히 과도한 경우에는 법원은 적당히 감액할 수 있다.	② 위약금 약정은 채무자에게 책임 있는 채무불이행으로 인한 손해배상액을 예정한 것으로 추정한다. 이 경우 다른 의사표시가 없으면 채권자는 실제의 손해와 관계없이 예정된 위약금액을 청구할 수 있다.
③ 손해배상액의 예정은 이행의 청구나 계약의 해제에 영향을 미치지 아니한다.	③ 위약금이 부당히 과도한 경우에는 법원은 적당히 감액할 수 있다.
④ 위약금의 약정은 손해배상액의 예정으로 추정한다.	④ 위약금 약정은 이행청구나 계약 해제에 영향을 미치지 아니한다.
⑤ 당사자가 금전이 아닌 것으로써 손해의 배상에 충당할 것을 예정한 경우에도 전4항의 규정을 준용한다.	⑤ 당사자가 금전이 아닌 것으로써 손해배상에 충당하기로 예정한 경우에도 제1항부터 제4항까지의 규정을 준용한다.

1. <안> §398 I-IV는 종전의 순서를 바꾸고 배상액의 예정조항을 위약벌과 손해배상액의 예정을 포괄하는 위약금조항으로 변경하는 개정이다. I은 사적자치의 원칙을 반영하는 조항이다. 그리고 II에서 「책임 있는 채무불이행」은 위약금을 청구할 수 있는 요건을 명확히 하는 가치가 인정된다.

2. (1) 위약금약정을 채무자의 책임있는 채무불이행으로 인한 손해배상액의 예정으로 추정하는 II 본문과 IV의 관계가 의문이다. 순수하게 논리적으로만 보면, 채무불이행을 원인으로 이미 위약금을 받은 채권자가 다시 이행을 청구하였으나 이를 따르지 않은 채무자는 §390에 따라 채무불이행을 원인으로 손해배상을 하여야 한다(또한 §551 참조). 그러나 이는 이중의 손해배상으로서 형평에 어긋나는 결과가 될 수 있다. 이러한 모순상황은 II 본문이 ‘채무자에게 책임 있는 채무불이행’을 요건화한 결과이다. 입법에 의한 해결이 바람직하다.

(2) V에서 「금전이 아닌 것으로써 손해배상으로 충당하기로 예정한 경우에도」를 ‘금전 이외의 것을 손해배상액으로 예정한 경우’로 줄일 수 있다. 그럼에도 사적자치를 반영하는 V를 ‘금전 또는 다른 물건으로’를 고쳐서 I과 결합하거나 ‘위약금은 금전일 것은 요구되지 않는다.’를 I의 2문으로 신설하는 방안도 얼마든지 가능할 것이다. 법률규정은 단순 명쾌하여야 하며, 괜히 길게 늘어놓는 규정은 낭비이다.

#### IV. 대상청구권에 관한 규정 신설(제399조의2)

현행 민법	개정안
<신 설>	<p><b>제399조의2 (대상청구권)</b></p> <p>① 이행을 할 수 없게 하는 원인에 기하여 채무자가 채권의 목적에 갈음하여 권리를 취득하거나 이익을 받은 경우에 채권자는 그 권리의 이전 또는 이익의 상환을 청구할 수 있다.</p> <p>② 채권자가 제1항에 따라 권리를 이전받거나 이익을 상환받는 경우에 채무불이행으로 인한 손해배상의 액수는 그 가액만큼 감축된다.</p>

1. 독일민법 §285를 본받은 <안> §399의2는 불완전한 번역과 추상적이고 막연한 열린 개념이 동반하는 이해와 적용의 곤란을 증언하는 조항이다.

2. 대상청구권은 채무자에게 아무런 불이익을 수반하지 않는다.<sup>21)</sup> 그런데 I에서 -아마도 상당 인과관계를 분명히 하기 위하여 집어넣은- 「이행을 할 수 없게 하는 원인」이 지나치게 추상적이어서 그 확정이 민법학과 실무에 맡겨진다. 해석의 다툼을 미리 막는 것이 입법자의 의무이다. 아무튼 이는 주관적·객관적 불능을 포함하는 사실상 불능을 의미하는 것으로 새겨야 한다(독일민법 §285 I→§275 I 참조).

21) 같은 취지에서 윤진수, 대상청구권의 경제적 분석, 비교사법 32/1 (2025) 271-296.

다음으로 「권리를 취득하거나 이익을 받은 경우」에서 ‘권리’와 ‘이익’의 관계가 불분명하다. 이와 비교하여 독일민법 §285 I은 ‘배상 또는 배상청구권을 취득하는 경우’로 구체화한다. 일반적으로 이익은 배상과 배상청구권은 물론 권리까지 포함하는 상위개념이다. 이들의 관계를 말끔하게 정리하여야 한다. 그리고 대상청구는 채권의 목적, 즉 급부 자체가 아니라 ‘주는 채무’에 관하여 급부목적물을 객체로 하는 경우가 일반적이므로 사용된 법문 「채권의 목적[급부]에 갈음하여」도 부정확하다.

3. 채무불이행상황을 전제하는 <안> §399의2 II는 발생시기의 확정이 없이 모호하게 막연히 「채무불이행으로 인한 손해배상」이라고만 하며, 특히 「채무불이행」(이행불능?)이 대단히 모호하다. 구체적인 사안을 제시·안내하는 친절한 개정태도가 아쉽다. 한편 민법에서 <안> §399의2의 위치를 고려하면 여기에서 채무불이행은 채무자의 고의·과실로 인한 채무불이행이어야 하지만, 이는 다시 조문제목 (**대상청구권**)과 맞지 않게 된다. 대상청구권은 채무자의 고의·과실을 발생요건으로 하지 않기 때문이다. 이러한 측면에서 II는 시작부터 실패한 조항이다.

(1) 아무튼 조문제목의 취지를 존중할 때에는 채무불이행으로 1. 주관적 불능으로 생기는 대상청구의 상황과 2. 이행지체 후의 이행불능의 사례를 고려할 수 있으며, 2.의 경우 §392가 직접 적용되어야 한다. 그리고 독일민법 §285 II(채권자가 급부를 갈음하여 손해배상을 청구할 수 있는 경우, 그가 제1항에 규정된 권리를 행사하는 때에는, 손해배상은 취득한 배상 또는 배상청구권의 가치의 정도로 감경된다.)도 1.만으로 한정하여 규율대상으로 한다. 이렇게 해석하지 않으면 <안> §399-2 II는 언제나 채권자에게만 이익을 주는 조항이 되어야 하지만, 이 또한 형평에 반하는 결과를 부를 수 있다.

(2) II의 법문은 동시에 비록 제한적이지만 -아직까지 그 의미·내용이 말끔하게 정리되지 않은- 대상급부의무[청구권]의 정신을 담은 §538 II의 법문과 그 해석<sup>22)</sup>을 연상하게 한다. 여기에서 이익을 ‘대상으로 취득하는 것’으로 새길 수 있다. 그럼에도 II는 여전히 독립의 존재가치가 없는 소모적·후견적 장치에 그친다. 채무불이행을 원인으로 손해의 일부를 배상받은 채권자가 여전히

22) 「전항의 경우에 채무자는 자기의 채무를 면함으로써 이익을 얻은 때에는 이를 채권자에게 상환하여야 한다.」 박윤직, 채권각론, 2000, [38] (85)는 그 이익이 부당이득이기 때문이라고 한다. 그러나 이 사정이 진정으로 부당이득의 요건을 충족하는지 의문이다. 이밖에 교과서는 ‘이익’을 적극이익과 소극이익을 포함하는 넓은 개념으로 새기며, 실부는 채무를 면하는 것과 이익 사이에 상당인과관계를 요구한다(대판 1993.05.25., 92다31125). 지출하지 않은 변제비용(\$473)이 소극이익의 대표사례이고(김형배, 채권각론 <계약법>, 2001, 174). 박윤직, 채권각론, 2000, [38] (84 이하)는 구체적 사례를 들지 않는다. 이와 달리 재취업과 같이 채무자의 적극행위에 의한 소득을 이익에 포함하는 문제는 상당인과관계의 판단에 따를 수 있으나, 이는 그 성질상 §538 II가 아니라 손익상계의 관할사항이 될 것이다. 나아가 고의로 이행불능을 일으킨 채권자에게 불능으로 아낀 비용을 지급하도록 강제하는 것은 오히려 신의칙에 반한다. 이것이 §496과 §746, 그리고 타인의 부주의를 이용하여 고의로 불법행위를 저지른 사람은 그 부주의를 이유로 책임감경을 주장할 수 없다는 대판 2010.07.08., 2010다21276 등, 그리고 고의의 불법행위는 미리 면책될 수 없다는 원칙과 이념을 같이 하는 해석이다.

나머지 부분의 손해에 대한 배상을 청구할 수 있음은 자명하다. 이 때문에 구태여 II를 명문화하지 않더라도 채권자는 나머지 부분의 이행에 청구할 권리를 잃지 않는다. 그리고 채무자에게 변제를 강제하거나 채권자에게 우선변제효를 부여하는 내용이 수반되지 않은 현재 상태로 이는 거의 쓸 수 없는 조항이다. 대상청구는 일반채권자를 우선변제권자로 만들지 않으며, 변제와 그 상대방의 선택은 채무자의 자유결정에 속하는 사항(대판 2015.10.29., 2012다14975 참조)이다.

4. 없는 것보다 나올 수 있지만 -순수한 민법이론의 관심이 아니라면- 대상청구권의 법제화는 절박하지 않고 그 효용가치도 뚜렷하지 않다. 그리고 현행민법에서도 대상의 이념은 분명히 확인된다. 게다가 대판 1996.12.10., 94다42825으로 본격화된 대상청구권의 논의도 주로 수용보상공탁금의 출급청구권(대판 2002.02.28., 99다23901) 등 토지수용관계로 한정된다. 이밖에 1. 대상청구권의 명문규정이 없는 현재에도 법률분쟁의 해결에 불편이 없고 2. 대상청구권의 행사가 일반채권자를 우선변제효 있는 채권자로 만들지 않고, 3. 가압류 등 「민사집행법」의 구제수단이 정비된 상태이며, 4. -비록 바람직하지는 않지만- 사실상 우선변제권을 확보할 수 있는 채권자대위권 (§404)의 적용을 끊임없이 확장하는 실무관행을 고려할 때 그 신설을 재검토하여야 한다.<sup>23)</sup>

## 제5. 계약관련 규정에 대한 ‘민법 일부개정법률안’ 비판 [V]

### XVI. 계약 성립에 관한 규정 정비(제529조 이하 및 상법 제51조)

현행 민법	개정안
제527조(계약의 청약의 구속력) 계약의 청약은 이를 철회하지 못한다.	<삭 제>
제528조(승낙기간을 정한 계약의 청약) ① 승낙의 기간을 정한 계약의 청약은 청약자가 그 기간 내에 승낙의 통지를 받지 못한 때에는 그 효력을 잃는다. ② 승낙의 통지가 전항의 기간후에 도달한 경우에 보통 그 기간내에 도달할 수 있는 발송인 때에는 청약자는 지체없이 상대방에게 그 연착의 통지를 하여야 한다. 그러나 그 도달전에 지연의 통지를 발송한 때에는 그러하지 아니하다. ③ 청약자가 전항의 통지를 하지 아니한 때	<삭 제>

23) 문헌소개와 함께 대상청구권에 관한 명문규정이 없는 것이 여전히 민법의 흠이라는 이동진, 이행청구, 강제이행, 전보배상 및 대상청구 개정안 관건, 민사법학 108 (2024) 147-175, 특히 167.

현행 민법	개정안
<p>에는 승낙의 통지는 연락되지 아니한 것으로 본다.</p>	
<p><b>제529조(승낙기간을 정하지 아니한 계약의 청약)</b> 승낙의 기간을 정하지 아니한 계약의 청약은 청약자가 상당한 기간내에 승낙의 통지를 받지 못한 때에는 그 효력을 잃는다.</p>	<p><b>제529조 (청약의 철회)</b></p> <p>① 청약은 계약이 성립하기까지 철회할 수 있다. 철회의 의사표시는 상대방이 승낙의 의사표시를 발송하기 전에 상대방에게 도달하여야 한다.</p> <p>② 다음 각 호의 경우에는 청약을 철회할 수 없다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 청약자가 승낙기간을 정하였거나 청약을 철회하지 아니하겠다고 표시한 경우</li> <li>2. 청약이 철회되지 아니하리라고 믿을 만한 정당한 이유가 상대방에게 있는 경우</li> </ol>
<p><b>제530조(연착된 승낙의 효력)</b> 전2조의 경우에 연착된 승낙은 청약자가 이를 새 청약으로 볼 수 있다.</p>	<p><b>제530조 (격지자 사이 청약의 실효)</b></p> <p>① 청약은 그에 대한 거절이 청약자에게 도달하면 그 효력을 잃는다.</p> <p>② 청약은 승낙이 청약자가 정한 승낙기간 안에, 그 기간을 정하지 아니한 경우에는 상당한 기간 안에 청약자에게 도달하지 아니하면 그 효력을 잃는다.</p>
<p><b>제531조(격지자간의 계약성립시기)</b> 격지자간의 계약은 승낙의 통지를 발송한 때에 성립한다.</p>	<p><b>제531조 (대화자 사이 청약의 실효)</b></p> <p>대화자 사이에서 계약의 청약은 상대방이 즉시 승낙하지 아니하면 그 효력을 잃는다. 다만 청약자의 다른 의사표시가 있는 경우에는 그러하지 아니하다.</p>
<p><b>제532조(의사실현에 의한 계약성립)</b> 청약자의 의사표시나 관습에 의하여 승낙의 통지가 필요하지 아니한 경우에는 계약은 승낙의 의사표시로 인정되는 사실이 있는 때에 성립한다.</p>	<p><b>제532조 (연착한 승낙)</b></p> <p>① 승낙이 연착하였어도 청약자가 상대방에게 승낙으로서 효력이 있다는 뜻을 지체없이 통지한 경우에는 승낙은 연착하지 아니한 것으로 본다.</p> <p>② 연착한 승낙이라도 통상적으로 제530조 제2항의 기간 안에 도달할 수 있도록 발송된 경우에는 승낙을 연착하지 아니한 것으로 본다. 다만, 청약자가 상대방에게 청약이 효력을 잃었음을 지체없이 통지한 경우에는 그렇지 아니하다.</p>
<p><b>제533조(교차청약)</b> 당사자간에 동일한 내용의 청약이 상호교차된 경우에는 양청약이 상대방에게 도달한 때에 계약이 성립한다.</p>	<p><b>제533조 (변경된 승낙)</b></p> <p>① 승낙자가 청약에 대하여 조건을 붙이거나 변경을 가하여 승낙한 때에는 그 청약의 거</p>

현행 민법	개정안
	절과 동시에 새로 청약한 것으로 본다. ② 제1항에도 불구하고 그 조건이나 변경으로 인하여 청약의 내용이 실질적으로 변경되지 아니하는 경우에는 다음 각 호에 해당하지 아니하는 한 승낙으로 본다. 1. 청약자가 그 조건이나 변경을 허용하지 아니하겠다고 미리 표시한 때 2. 청약자가 그 조건이나 변경에 대하여 지체 없이 이의를 제기한 때
<b>제534조(변경을 가한 승낙)</b> 승낙자가 청약에 대하여 조건을 붙이거나 변경을 가하여 승낙한 때에는 그 청약의 거절과 동시에 새로 청약한 것으로 본다.	<b>제534조 (계약의 성립시기)</b> ① 계약은 승낙이 청약자에게 도달한 때에 성립한다. ② 청약자의 의사표시나 관습에 의하여 승낙의 통지가 필요하지 아니한 경우에는 계약은 승낙의 의사표시로 인정되는 사실이 있는 때에 성립한다. ③ 당사자 사이에 동일한 내용의 청약이 서로 교차된 경우에는 각 청약이 상대방에게 모두 도달한 때에 계약이 성립한다.
<b>상법 제51조 (대화자간의 청약의 구속력)</b> 대화자간의 계약의 청약은 상대방이 즉시 승낙하지 아니한 때에는 그 효력을 잃는다.	<삭 제>

1. <안> §§527-534는 개정형식을 빌린 재편으로서 그야말로 개악이며 재앙이다. 개정안은 청약의 구속력을 법정하는 §527을 대체하여 1980년의 CISG §16 I과 2002년에 최종완성된 PECL 2:202 I 전단을 있는 그대로 번역하여 <안> §529 I로 옮기고 발신주의를 채택한 §531을 도달주의로 대체하는 것을 골자로 한다. 하지만 CISG는 결모습과 달리 상인을 주된 피적용자로 하는 협약이고, PECL도 유럽상법 *European Lex Mercatoria*의 일부이다. 이와 달리 민법은 시민의 법이다. 개정안은 대화자 사이의 계약성립에 관하여 「상법」 §51을 수용한다.

2. (1) §527의 삭제와 청약철회를 허용하는 <안> §529 I의 신설은 §111 I을 기본규정으로 하여 도달에 의사표시의 구속력을 일반화하는 민법의 기본태도(§382 II, 383 II, 452 II, 543 II, 679 I, 취소에 관한 §§143, 733, 1024, 1075 등)를 벗어난다. 이를 정당화하는 사유를 밝혀야 한다. 이밖에 사업자가 청약하는 경우 그에게 임의철회를 허용하는 것은 일반 소비자에게 손해가 견잡을 수 없이 확대될 수 있는 위험을 막기 어렵다.

한편 <안> §529 I은 법문의 표현에서 §456을 연상하게 한다: 「채무자와 제3자간의 계약에 의

한 채무인수는 채권자의 승낙이 있을 때까지 당사자는 이를 철회하거나 변경할 수 있다.」 이때 채무자와의 계약에 의한 계약인수는 -제3자를 위한 계약(§539)의 성립 여부와 관계없이(대판 1997.10.24., 97다28698 참조)- 채권자가 승낙하지 않으면 효력이 생기지 않는다. 이처럼 처음부터 유효한 청약의 철회와 아직 효력이 생기지 않은 채무인수의 철회는 이익상황을 완전히 달리하므로 이들을 서로 연결할 것이 아니다.

(2) §527의 삭제근거는 건강부회식으로 프랑스민법의 해석을 그르친 허구이다. 개정위원회는 “프랑스에서도 [청약이] 구속력이 없는 것이 원칙”이라고 강변하지만, 이는 프랑스민법을 오해한 것이다. 프랑스민법도 현행민법과 마찬가지로 청약의 구속력을 법정하고 그 철회를 허용하지 않는다(§§1115, 1116 P4). 다만 -일방예약에 관하여 판례를 중심으로 형성된 이론을 수용하여- 청약자가 위법하게 함부로 청약을 철회하는 경우 계약체결을 인정하지 않고 손해배상의무를 지운다(§1116 II<sup>25</sup>). 이 해법은, 위법한 청약의 철회를 무효화하고 계약성립을 인정하는 경우와 비교하여, 기능상 효율적·합리적이고 법률관계를 단순화하는 이익을 가지는 동시에 사적자치를 극대화하는 장점이 있다. 청약의 철회를 의욕하는 청약자는 계약이 체결되더라도 어차피 이를 이행하지 않을 것이기 때문이다.

그런데 <안> §529 I을 채택할 때에는 -손해배상을 대가로 하여- 청약이 아닌 다른 의사표시에도 구속력을 배제하고 자유철회를 일반화하여 허용하지 않을 이유가 없다. 그러나 이것은 민법의 존재를 부정하는 것과 다름 아니다. 이밖에 <안> §529 II 2호 「청약이 철회되지 아니하리라고 믿을 만한 정당한 이유가 상대방에게 있는 경우」가 처음부터 법관의 판단에 방치된, 애매하기 그지없는 열린 조항이다. 제대로 만들어야 한다.

3. (1) <안> §534 I은 현행 §531에 따른 계약성립의 발신주의를 폐지하고 §111 I의 원칙으로 회귀하여 도달주의를 일원화하는 개정조항이다.

(2) 그런데 계약의 성립시기를 발신하는 때로 앞당기는 §531이 반드시 시대착오적인 것은 아니며, 나름의 이익을 가질 수 있다. 발신주의는 승낙자에게 그 위험으로 이행을 준비하는 시간을 주고 특히 보험계약 등의 경우 승낙자의 이익보호에 훨씬 기여한다. 더욱이 우리는 디도스사태 또는 블랙아웃과 같은 비상사태의 위험에서 자유롭지 않고 도서산간지역과 같이 아직도 미흡한 통신수단 때문에 우편을 이용하는 지역도 상당하다.

(3) 도달주의의 원칙화는 무엇보다 <안> §529 I 「상대방이 승낙의 의사표시를 발송하기 전에」 앞에서 좌절될 수밖에 없다. 철회위험에서 벗어나려는 승낙자는 꼼짝없이 승낙사실과 그 내용을

24) Art.1115 C.c. Elle peut être librement rétractée tant qu'elle n'est pas parvenue à son destinataire.

Art.1116 I C.c. Elle ne peut être rétractée avant l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, l'issue d'un délai raisonnable.

25) Art.1116 II C.c. La rétractation de l'offre en violation de cette interdiction empêche la conclusion du contrat.

증명하여야 한다. 이는 격지자 사이의 계약에 관하여 형식적 발신주의의 입법에도 불구하고 사실상 도달주의로 운용되던 현행 §531에 관한 지금까지의 관행을 벗어나 보다 엄격화된 ‘실질적 발신주의’를 강제하는 획기적 혁명(?)이다. 이는 다시 도달주의를 원칙화하려는 <안> §534 I의 개정의도와도 정면충돌한다.

(4) 이밖에 개정안은 청약의 임의철회를 허용하므로 청약에 기초하여 계약성립을 의제하는 교차청약(<안> §534 III)이 문제될 수 있다. 철회의 기회가 각 청약자에게 유보되기 때문이다.

4. <안> §§527-534은 아름다운 우리말과 거리가 멀고 중복이 현저하다. 먼저 <안> §532 II 단서는 <안> §529 I과 중복이다. 그리고 법률언어의 시각에서 <안> §530 II<sup>26)</sup>와 §531 단서는 좋은 우리 말과 작별한 꼬인 법문이다.<sup>27)</sup> 이밖에 예컨대 <안> §530 I과 II를 함께 묶을 수 있고 <안> §531<sup>28)</sup>은 단문화가 가능하다. 법률규정이 이 정도까지 복잡할 필요는 없다.

### VIII. 원시적 불능 법리의 폐지(제535조)

현행 민법	개정안
<p><b>제535조(계약체결상의 과실)</b></p> <p>① 목적이 불능한 계약을 체결할 때에 그 불능을 알았거나 알 수 있었을 자는 상대방이 그 계약의 유효를 믿었음으로 인하여 받은 손해를 배상하여야 한다. 그러나 그 배상액은 계약이 유효함으로 인하여 생길 이익액을 넘지 못한다.</p> <p>② 전항의 규정은 상대방이 그 불능을 알았거나 알 수 있었을 경우에는 적용하지 아니한다.</p>	<p><b>제535조 (계약체결시의 불능)</b></p> <p>계약을 체결하는 때에 이미 그 채무를 이행할 수 없었다는 사정은 계약의 효력에 영향을 미치지 아니한다.</p>

1. 법률의 제·개정을 위하여 수요와 이익이 있어야 한다. 현행민법에서 주관적 원시적 불능은 계약의 성립을 방해하는 사유가 될 수 없다(§§569, 570 본문 참조). 따라서 §535 I의 「목적이 불능한 계약」은 -경제적 불능과 같이 경험칙 또는 거래관념에 비추어 채권자가 채권만족을 기대할 수 없는 경우를 포함하여- 원시적 객관적 불능으로 제한된다. 같은 이유에서 <안> §535의 「이행할 수 없었다는 사정」도 마찬가지로 새겨야 한다.

26) ‘청약자가 승낙기간을 정한 경우 그 기간 안에, 그렇지 않은 경우 상당한 기간 안에 승낙이 청약자에게 도달하지 않으면, 청약은 효력을 잃는다.’

27) ‘다만 청약자가 다른 의사를 표시한 때에는 그렇지 않다.’

28) ‘다른 의사표시가 없는 때에는 대화자 사이의 청약은 상대방이 즉시 승낙하지 않으면 그 효력을 잃는다.’ 이와 관련하여 상대방도 또한 다른 의사표시를 할 수 있다고 새겨야 한다.

「계약의 효력」을 ‘계약의 유효’로 대체하여야 한다. 이는 이행청구와 그 불이행에 따르는 이행이익의 상실에 관하여 의미를 가진다. 그러나 원시적 객관적 불능의 경우 이행이익이 있을 수 없고 따라서 그 상실손해의 배상도 상상할 수 없어 계약의 유효를 인정하여야 할 정당한 근거가 존재하지 않는다.<sup>29)</sup> 처음부터 객관적으로 불능인 것은 어느 누구도 이행할 수 없고(독일민법 §275 I 참조), 의사가 불능을 가능으로 만들지 않는다.

2. PECL 4:102 전단만을 옮긴 <안> §535는 원시적 객관적 불능의 급부를 목적으로 하는 계약을 무효로 예정하는 §535를 폐지하고 이를 유효화한다.<sup>30)</sup> 그뿐이다. 실무에서, 강행법규위반의 급부를 목적으로 하는 계약사안(대판 2011.07.28., 2010다1203·1210; 대판 2017.08.29., 2016다212524[채무이행이 법률로 금지되어 그의 실현이 법률상 불가능한 경우] 등)과 약간의 교과서 사례를 제외하면, 객관적 원시적 불능이 쟁점화된 사례가 거의 없다.

3. 개정위원회는 개정근거로 급부장애(Leistungshindernis)에 관한 독일민법 §311a을 적시하지만, 이는 <안> §535과 규정내용을 완전히 달리한다. 독일민법 §311a I이 적용지시하는 §275에서 급부장애는 객관적 불능만이 아니라 주관적 불능, 신의칙에 반하여 이행에 과도한 비용이 드는 경우, 그리고 반대급부와 비교하여 채무자가 직접 이행하여야 하는 급부가 기대불가능한 경우를 아우르는 넓은 개념이다. 비교는 비교할 수 있는 것을 대상으로 하여야 한다.

4. 결론적으로 <안> §535은 법률효과가 흠결되고 법률현실에서 적용가치가 거의 없는 미완성의 규정으로서 고치지 않는 것만 못하다. 민법은 민법이론을 논의하는 장이 아니다.

### XVIII. 불안의 항변권에 관한 규정 정비(제536조 제2항)

현행 민법	개정안
<p><b>제536조(동시이행의 항변권)</b>                      ② 당사자 일방이 상대방에게 먼저 이행하여야 할 경우에 상대방의 이행이 곤란할 현저한 사유가 있는 때에는 전항 본문과 같다.</p>	<p>② 당사자 일방이 상대방에게 먼저 이행하여야 할 경우에 상대방에게 이행이 곤란한 현저한 사유가 있음을 계약 성립 전에 과실 없이 알 수 없었던 때에는 자기의 채무 이행을 거절할 수 있다. 그러나 상대방이 상당한 담보를 제공한 때에는 그러하지 아니하다.</p>

29) 이와 달리 이계정, 원시적 불능과 민법 제535조의 개정, 민사법학 109 (2024) 57-89, 78은 “원시적 불능인 계약의 불이행으로 인한 이행이익의 손해는 특별손해로도 인정될 수 있다.”고 하지만 이는 특정의 법적 의미·내용을 이해하고 원시적 불능에도 불구하고 급부목적물이 본래 종류물인 경우에 제한인용될 수 있는 주장에 그친다. 이때에는 차라리 §393 II를 원칙규정화하는 것이 정공법일 것이다.

30) 원시적 불능과 후발적 불능이 같은 결과를 부른다는 것을 들어 <안> §535를 지지하는 이계정, 민사법학 109 (2024) 특히 72 이하 참조.

1. 양창수 위원장은 실무를 참조하여 ‘계약 성립 후’ 발생한 사정(대판 1990.11.23., 90다카24335)만이 아니라 원시적 사정을 이행이 곤란한 현저한 사유에 포함(대판 1997.07.25., 97다5541)하는 것이 정책적으로 타당하다는 것을 <안> §536 II의 개정이유로 든다. 그러나 선량한 의도에도 불구하고 마치 원시적 사유만을 담는 것처럼 「계약 성립 전에 과실 없이 알 수 없었던 때에는」으로 명문화한 <안> §536 II를 개선하여야 한다. 이 때문에 현행 §536 II를 그대로 두는 것이 차라리 나을 것이다. 이밖에, 위험인수의 의사가 명확히 표시되지 않은 때까지, -백보 양보하여 일방의 약의를 넘어- 그의 선의·무과실까지 불안의 항변의 행사요건화하는 입법태도는 의문이다. 끝으로 「상당한 담보를 제공한 때에는」는 ‘제공하는 때에는’이 되어야 한다.

2. 민법은 쌍무계약으로 제한하여 동시이행의 항변과 불안의 항변, 그리고 위험부담에 관한 §§536-538을 둔다. 그런데 §567에 의하여 유상계약에 적용되는 매매에 관한 §568 II와 §585도 또한 동시이행관계를 내용으로 한다. 그리고 불안의 항변은 본래 -급부와 반대급부의 이행기가 동일한 순수한 쌍무계약이 아니라- 유상계약에 고유한 제도이다(§588 참조). 효율적인 법학교육과 원활한 실무의 운용을 위하여 서구민법전에서 유례를 찾기 어려운 유상계약 쌍무계약의 이원구조를 깨고 이들의 관계를 조화롭게 통합·정비하여 단일화하는 작업이 절실하다.<sup>31)</sup>

**XIX. 사정 변경으로 인한 계약 수정 및 해제의 규정(제538조의2)**

현행 민법	개정안
<신 설>	<p><b>제538조의2 (사정 변경)</b></p> <p>① 계약 성립의 기초가 된 사정이 현저히 변경되었고 당사자가 계약 성립 당시 이를 합리적으로 예견할 수 없었던 경우에, 그로 인하여 계약을 그대로 유지하는 것이 당사자의 이해에 중대한 불균형을 초래하는 때에는 당사자 일방은 상대방에 대하여 계약의 수정을 청구할 수 있다.</p> <p>② 계약의 수정이 가능하지 아니한 때 또는 그 수정이 변경된 사정 아래에서 사회관념상 당사자에게 기대될 수 없는 때에는 당사자는 계약을 해제 또는 해지할 수 있다.</p>

1. 사정변경의 원칙은 채권계약을 체결할 때 예견할 수 없었던 계약의 기초가 된 사정의 현저한 변경이 일어나는 경우 계약준수가 어느 당사자에게 기대될 수 없는 경우 그의 이익을 위하여

31) 자세한 내용은 이진기, 기본개념의 가치와 계약의 종류에 관한 약간의 제언 -우리가 잇는 법률조항, 특히 민법 제568조 제2항을 중심으로, 성균관법학 32/4 (2020) 51-96 참조.

계약의 수정 또는 해제·해지를 인정하는 제도이다(독일민법 §313 I<sup>32</sup>). 개정위원회는 대법원이 비교적 근자에 이르러 사정변경으로 인한 계약의 해제·해지를 인정하는 것을 ‘성문화되지 않은 제도’로 기정사실화하고 이를 “민법에 수용할 때에 그 내용을 구체적으로 어떻게 마련할 것인가 하는 것”을 입법과제로 설정하여 <안> §538-2를 신설하는 것이다.

사정변경은 법률행위의 당사자와 무관한 外的 事情의 變更이어야 하며, 천재지변, 2020년에 시작한 코로나19 팬데믹사태와 러시아-우크라이나전쟁 등이 전형적인 사례를 형성한다. 그런데 민법이 시행된 1960년 1월 1일부터 지금까지 진정한 의미에서 예견불가능한 사정변경을 법률쟁점화한 사례는 정작 눈에 띄지 않는다.<sup>33</sup> 한편 대판(전) 2013.09.26., 2013다26746(키코사건)과 포기한 소유권의 사용·수익권능의 회복에 관한 대판(전) 2019.01.24., 2016다264556 등은 오직 번거로운 민법이론의 도입·적용을 회피하고 피해를 구제하고 분쟁을 해결할 목적으로 ‘韓國的(?)’ 事情을 동원한 것에 불과하다. 그러나 ‘사정’은 좁게 새겨야 하고 함부로 인용할 것이 아니다.

2. (1) I의 법문은 대판 2020.05.14., 2016다12175의 판시사항과 거의 그대로이다. 그런데 사정은 객관적이고 계약체결시에 당사자들에게 공동되는 관념으로서 그에 대한 예견은 계약당사자를 기준으로 판단한다. 이 때문에 I의 「합리적으로」가 매우 부적절하고 II의 「사회관념상」도 마찬가지이다. 이들을 삭제함이 마땅하다. 그리고 계약은 성립하는 것이 아니라 체결하는 것임으로 I의 「계약 성립」을 「계약체결」로 고쳐야 한다. 화려한 법률개념이 아니라 적절한 법률개념이 좋은 법률을 만든다.

(2) 사정변경의 원칙은 대부분 민법이 적용대상으로 하는 일반 시민이 아니라 商人을 위한 法領域에 속한다. 상인은 최상의 이성적 존재이며, 이들을 위한 사정변경을 제도화할 정도로 한가하지도 않고 설령 제도로 수용하더라도 반드시 민법에 두어야 할 정당한 이유도 없다. 이밖에 교통과 통신의 발달로 정보의 공유와 위협의 대비가 가능한 현대사회에서 경험칙 또는 사회통념상 사정변경의 의미가 현격히 축소된 상태이다.

3. <안> §538-2에서 수정청구가 기본구제수단이고 해제·해지는 보충적 구제수단이다. 양창수 위원장은 수정청구권이 형성권의 성질을 가진다고 새긴다. 그러나 이를 청구권으로 새겨야 한다.<sup>34</sup> 1. 이를 형성권으로 볼 때에는 그 행사의 구속력 때문에 후속의 해제·해지가 배제되어야

32) 독일민법 §313 ① 계약의 기초가 된 사정이 계약체결 후에 현저히 변경되고 당사자들이 그 변경을 예견하였더라면 계약을 체결하지 않았거나 다른 내용으로 체결하였을 경우, 개별사안의 모든 사정, 특히 계약의 또는 법률의 위험분배를 참작하면 일방에게 변경되지 않은 계약의 준수가 기대될 수 없는 때에는 계약의 조정이 청구될 수 있다. ③ 계약의 조정이 가능하지 않거나 일방에게 기대할 수 없는 때에는 불이익을 입는 당사자는 계약을 해제할 수 있다. 계속적 채무관계의 경우 해지권이 해제권을 대체한다.

33) 이와 비교하여 정작 코로나19 사태를 맞은 국토교통부의 조치에 의한 국제선운항의 중단으로 면세점사업을 위하여 입차한 목적물의 사용·수익이 불가능하게 된 사안에서 사정변경의 원칙을 외면하고 §537의 적용으로 대응한 대판 2025.05.01., 2024다293580 참조.

34) 같은 견해로 안병하, 계약의 해제, 민사법학 109 (2024) 91-119, 100.

하고, 2. 수정청구로 수정이 언제나 실현되는 것도 아니며, 3. 수정요구가 좌절될 때에는 이는 손해배상으로 제재되어야 (4) 개정안도 재교섭을 당사자의 자율에 맡기기 때문이다. 이처럼 수정권의 내용과 그 행사의 효과가 미확정으로 열려 있는 막연한 권리는 형성권이 될 수 없다. 이밖에 수정의 판단과 내용확정에 관한 최종권한이 법원의 손으로 넘어가지만, 수정의 구체화를 둘러싸고 논문을 작성할 정도의 논란이 여전히 속세로 남는다.

마지막으로 개정안은 팬데믹상태와 같이 변경된 사정이 다시 일상으로 돌아가는 경우 사정변경을 인정하여야 하는 기간, 그 사정이 종료하여 정상화되는 종료시기와 그에 따른 효과, 즉 본래로의 복귀 또는 재수정에 관한 규율을 조금도 해명하지 않는 반쪽의 개정이다.

4. 사정변경의 원칙을 담은 <안> §538-2는 아직 현실화되지 않은 장애의 발생가능한 사건을 대비하는 규정이다. 그런데 현행민법은 채무자의 고의·과실을 채무불이행요건(§390)으로 하면서도 신의칙(§2 I; 또한 대판 2024.02.15., 2023다295442 등), 동시이행과 불안의 항변(§536), 채무자 위험부담주의(§573<sup>5)</sup>), 채무자의 고의·과실없는 계약의 해제·해지(§§538, 601, 673) 등 그 기능과 효과에서 사정변경에 관한 규정을 원용하지 않고 이를 대응하거나 보완할 수 있는 제도를 가진 좋은 법률이다. 이들은 앞으로 생길 수 있는 사정변경에 대처하기에 완전히 부족하지 않다.

입법[개정]은 현실의 장이며, 현실의 법률상태와 연계되지 않은 법학연구는 기껏해야 찾잔 속의 태풍일 뿐이다. 법률분쟁의 해결에 필요한 경우 때로는 법학논의를 옆으로 밀어두는 독일민법 입법자의 결단은 이를 보여주는 훌륭한 자료이다.

**XIX. 제3자를 위한 계약에 관한 규정 보완(제539조 제2항, 제3항 및 제542조의2)**

현행 민법	개정안
<b>제539조(제삼자를 위한 계약)</b> ② 전항의 경우에 제삼자의 권리는 그 제삼자가 채무자에 대하여 계약의 이익을 받을 의사를 표시한 때에 생긴다.	<b>제539조 (제3자를 위한 계약)</b> ② 제1항의 계약은 장애에 특정될 수 있는 자를 위하여서도 할 수 있다. ③ 제1항의 경우에 제3자의 권리는 그가 채무자에 대하여 계약 이익을 받을 의사를 표시함으로써 발생한다. 제3자의 권리는 제1항의 계약에 관한 당사자 사이의 권리·의무에 영향을 미치지 아니한다.
	<b>제542조의2 (준용규정)</b> 제539조부터 제542조까지의 규정은 제3자가 채무자에 대한 관계에서 이행청구권 외에 다른 권리를 취득하거나 의무를 면하는 경우에 준용한다.
<신 설>	

35) 앞의 대판 2025.05.01., 2024다293580 참조.

1. 본래의 §539 II를 III 본문으로 하고 II과 III 단서를 신설하는 <안> §539는 제3자를 위한 계약<sup>36)</sup>의 기본틀을 유지하면서 법적 안정과 명확을 목적으로 민법학과 실무가 도달한 내용을 적절하게 규범화하는 개정이다. 다만 II의 「장래에 특정될 수 있는 자를 위하여서도 할 수 있다」가 몹시 거슬린다. 이를 ‘제1항의 계약을 체결한 후에 제3자를 확정할 수 있다.’ 등 읽기 쉽게 고쳐야 한다. 다음으로 신설한 III 단서는 법률관계를 명확하게 하는 소득과 함께 개정의도와 반대로 - 제3자의 권리가 생긴 후에는 당사자는 이를 변경·소멸할 수 없다는 내용의 §541과의 관계를 흐리는 폐단을 동반한다. 자초위난이다. 장래의 해석으로 떠넘길 것이 아니라 당사자 사이의 권리·의무의 효력과 그 한계를 명확히 하여야 한다.

2. <안> §542-2는 제3자가 채권취득을 넘어 그 이외의 권리를 취득하거나 의무를 면하는 경우로 §§539-542의 적용을 확장하는 조항이다. 실무는 낙약자가 제3자에 대하여 가지는 청구권을 행사하지 않도록 하는 경우(대판 2005.01.12., 2004다46922)와 그가 제3자에 대하여 가지는 채권에 관한 채무를 면제하는 내용의 계약에 §539를 적용한다(대판 2003.09.03., 2003다37405). 그러나 <안> §542-2를 낙약자가 제3자와 채무면제계약을 체결하는 경우로 제한적용하여야 한다(<안> §124 참조). 낙약자가 그가 제3자에 대하여 가지는 권리를 행사하지 않을 의무를 지거나 단독의 의사표시로 제3자에게 채무면제의 의사를 표시할 의무를 지는 때(§506)에는 제3자의 이익을 위하여 <안> §542-2는 적용이 없다고 할 것이다(<안> §124와 그 해설 참조).

## 제6. 계약관련 규정에 대한 ‘민법 일부개정법률안’ 비판 [VI · 끝]

### XXI. 계속적 계약의 해지에 관한 일반규정 신설(제546조)

현행 민법	개정안
<신 설>	<b>제546조 (계속적 계약의 해지)</b> ① 계속적 계약에서 당사자 일방이 계약상 의무를 위반하여 상대방이 계약을 그대로 유지할 것을 기대하기 어려운 경우에는 상대방은 즉시 이를 해지할 수 있다.
	② 계속적 계약에서 존속기간을 정하지 아니한 경우에는 당사자 일방은 언제든지 계약을 해지할 수 있다. 이 경우 상대방이 해지의 통고를 받은 날부터 상당한 기간이 경과하면 해지의 효력이 생긴다.

36) 자세한 내용은 이진기, 제3자를 위한 계약의 재인식을 위한 시론, 민사법학 71 (2015) 365-400 참조.

1. §543 I를 전제로 계속적 계약의 해지를 규율대상으로 하는 <안> §546은 -독일민법 §313 III 과 §314 I을 조합하여- 통상해지와 특별해지를 실정법률화한 것이다. 그런데 흔히 임대차, 고용 등 일정기간 동안 계속하는 급부의무를 지는 계약으로 정의되는 「계속적 계약」은 사실 절대적 기준이 아니라 모호한 편의적·기능적 개념이다. 일시적·계속적 계약의 구별은 완전할 수 없고 민법도 해제와 해지를 철저하게 구분하지도 않는다(특히 여행계약에 관한 §§674-2 이하 참조).<sup>37)</sup> 또한 해지의 일반규정화는 해제에 관한 <안> §544 II에 대응하는 특별해지에 관한 내용을 동반하여야 할 것이지만, 이는 계속 입법의 공백으로 남는다.

2. 다음으로 <안> §546 II는 존속기간을 정하지 않은 계속적 계약의 해지에 관한 조항이다. 양창수 위원장은 신뢰관계의 파괴를 해지사유로 설명하지만, II 본문의 경우 이는 전혀 문제되지 않는다. 한편 <안> §546 II의 신설로 §635, §660와 §699가 존재가치를 잃게 되므로 이를 반영하는 후속입법이 수반되어야 한다. 그렇지 않으면 통상해지에 관한 일반조항으로서 II의 가치가 반감될 수밖에 없다.

다음으로 II 단서에서 부자연스러운 「해지의 통고를 받은 날부터」은 임대차(§635 II)와 고용(§§639 II, 660 II) 등에서 일상화된 표현이다. 그러나 이를 §111 I과 같이 「해지의 통지가 도달한 날부터」로 통일할 수 있다.

3. <안> §546 I에서는 상대방이, 그리고 II에서는 일방이 해지의 주체이다. 일목요연한 개념의 사용이 어렵다. 그리고 I의 법문이 한눈에 와닿지 않도록 꺾꺾롭게 축조된 상태이다.<sup>38)</sup> 이밖에 II 단서는 「해지의 효력이 생긴다.」고 하여 다시 해지의 효과에 관한 §550의 적용을 간접지시하는 복잡한 다층구조를 가진다.

4. <안> §546은 <안> §387 등과 함께 일반규정을 선호하는 개정위원회의 태도를 보이는 규정이다. 입법정책적으로 <안> §546을 신설하는 때에는 §543 I과 §550을 한군데로 모으고 법문을 깨끗하게 운문하는 지혜가 요청된다. 그리고 I과 II를 바꾸어 통상해지[원칙]와 특별해지[예외]의 순서로 재배치하는 것이 훨씬 자연스럽다.

이밖에 -양창수 위원장도 인정하듯이- 계속적 채권관계의 유형에 따라 해지의 모습도 제각각 이고, 이는 단순히 <안> §546의 신설만으로 극복될 성질의 것이 아니다. 이러한 사정을 종합하면 <안> §546을 두더라도 그 규정이익이 의문이다.

37) 박윤직, 채권각론, 2000, [17] (34 이하)도 “이 구별은, 계속적 채권관계가 무엇이며 어떠한 특질이 있는냐에 의미가 있는 것”이며 “이 나뉘는 표준은 ... 급부가 ... 어떤 시간 동안[시간적 계속성] 계속해서 행하여져야 하느냐에 있다.”고 서술한다.

38) ‘계속적 계약에서 당사자 일방이 계약에서부터 생기는 의무를 위반하는 경우, 상대방이 계약을 유지하기 어려운 때에는, 그는 이를 즉시 해지할 수 있다.’

XXII. 법정해제의 요건에 관한 규정 정비(제544조)

현행 민법	개정안
<p><b>제544조(이행지체와 해제)</b> 당사자 일방이 그 채무를 이행하지 아니하는 때에는 상대방은 상당한 기간을 정하여 그 이행을 최고하고 그 기간내에 이행하지 아니한 때에는 계약을 해제할 수 있다. 그러나 채무자가 미리 이행하지 아니할 의사를 표시한 경우에는 최고를 요하지 아니한다.</p> <p><b>제545조(정기행위와 해제)</b> 계약의 성질 또는 당사자의 의사표시에 의하여 일정한 시일 또는 일정한 기간내에 이행하지 아니하면 계약의 목적을 달성할 수 없을 경우에 당사자 일방이 그 시기에 이행하지 아니한 때에는 상대방은 전조의 최고를 하지 아니하고 계약을 해제할 수 있다.</p>	<p><b>제544조 (계약불이행과 해제)</b></p> <p>① 당사자 일방이 그 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때에는 채권자는 상당한 기간을 정하여 그 이행을 최고하고 그 기간내에 이행하지 아니한 때에는 계약을 해제할 수 있다. 다만, 불이행이 경미하여 계약의 목적을 달성할 수 있는 경우에는 그러하지 아니하다.</p> <p>② 다음 각호의 경우에는 제1항의 최고를 요하지 아니한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 채무를 이행할 수 없는 경우</li> <li>2. 제1항의 최고에도 불구하고 기간 내에 이행되지 아니할 것이 명백한 경우</li> <li>3. 채무자가 미리 이행을 거절하는 경우</li> <li>4. 일정한 시일 또는 기간 내에 이행하지 아니하면 그 목적을 달성할 수 없는 계약에서 채무자가 그 시기에 이행하지 아니하거나 그 밖에 지체 후의 이행이 채권자에게 이익이 없는 경우</li> </ol> <p>③ 제2항 제1호부터 제3호까지의 경우 채권자는 이행기가 도래하기 전이라도 계약을 해제할 수 있다.</p>

1. 해제는 유상계약의 당사자 일방이 상대방의 채무불이행을 이유로 계약의 구속력에서 벗어나는 길을 여는 제도이다. 현행민법에서와 동일하게 <안> §544<sup>39)</sup>는 채무불이행에 관한 <안> §395와 불가분의 관계를 형성하는 조항이므로 <안> §544는 그에 관한 설명을 공유한다.

2. <안> §544는 해제에 관한 일반조항이다: 채권자는 채무불이행한 채무자가 최고에도 불구하고 완전하게 이행하지 않은 경우 또는 II의 사유가 있는 경우 최고없이 해제할 수 있다. 개정위원회는 채무불이행만을 해제요건으로 하고 채무자의 책임있는 사유를 여기에서 제외한다. 의도하여 변경한 조문제목 (**계약불이행과 해제**)가 이를 확인한다.

그럼에도 유책사유는 여전히 법정해제권의 실질적 요건이다<sup>40)</sup>: II 1호를 제외하면, 이행기가 지난 후에 여전히 이행이 가능함에도 채권자의 최고에도 불구하고 이행을 제공하지 않거나 정하

39) <안> §544의 해설은 안병하, 민사법학 109 (2025) 특히 100 이하 참조.

40) 이러한 취지로 이미 이진기, 법정해제의 효과에 관한 연구 -요건론과 관련하여-, 비교사법 11/2 (2004) 113-143, 특히 124 이하 참조.

여진 기간에 이행을 제공하지 않은 채무자는 잘못을 저지른 것이다. 그리고 2호부터 4호와 연결하면, II 1호의 「채무를 이행할 수 없는 경우」는 주관적·객관적 불능을 포함한다. 주관적 불능의 경우 채무자의 잘못이 인정되며, 다만 채무불이행상태에서의 객관적 불능의 경우 §392가 적용된다. 아무튼 II 1호는 이때에도 해제를 허용하는 것으로 보이지만, 이는 §537의 적용과 효과에 아무런 영향도 미치지 않는다. 이처럼 이행기 이후의 이행불능으로 인한 법정해제는 결국 채무자의 잘못으로 의제된다. 한편 채권자의 책임있는 사유에 의한 채무불이행은 <안> §545의 관건으로 넘겨진다.

3. III에서 이행기의 경과를 내용으로 하는 II 2호를 적용하는 부분은 완전히 잘못된 입법이다. 다만 : ‘제1항의 최고에도 불구하고’ 이는 의욕을 앞세운 성급한 입법의 결과로 추측된다.

4. <안> §545 (채권자에게 책임있는 경우) 「채무불이행이 채권자의 책임 있는 사유에 의한 경우 채권자는 제544조에 따른 해제를 할 수 없다.」는 채무불이행이 채권자의 책임있는 사유로 인한 경우 채권자의 해제를 배제한다. 이는 채무자가 계약의 1차적 목적으로 삼은 현실만족을 확보할 수 있도록 하기 위함이다. 그러나 <안> §545는 없어도 그만인, 문외한을 교육하는 주의규정 또는 전시용의 확인규정이다.

그러나 유채채권자에게 해제권을 인정하더라도 사정이 달라지지 않는다. 채권자의 책임있는 사유로 이행할 수 없게 된 채무자는 급부의무에서 벗어나고(§538), 채무자는 대체로 금전채권자이므로 그 채무불이행과 해제로 취득하는 손해배상청구권(§551)이 사실상 차이가 없다. 또한 스스로 중대한 채무불이행을 일으킨 채권자가 그 사유로 해제하는 것은 신의칙에 반하므로(대판 1987.04.28., 85다카971 등 참조) 마땅히 그의 해제기회가 봉쇄되어야 한다. 될 수 있으면 복잡한 법률의 논리구조를 최대한 피하여야 한다.

XXIII. 해제의 효과에 관한 규정 정비(제548조)

현행 민법	개정안
<p><b>제548조(해제의 효과, 원상회복의무)</b>                      ② 전항의 경우에 반환할 금전에는 그 받은 날로부터 이자를 가하여야 한다.</p>	<p><b>제548조 (해제의 효과, 원상회복의무)</b>                      ② 제1항에 따라 금전을 반환하여야 할 경우에는 그 받은 날부터 이자를 붙여 반환하여야 하고, 목적물을 반환하여야 할 경우에는 그로부터 수취한 과실도 반환하여야 한다.</p>
	<p>③ 각 당사자가 상대방으로부터 받은 목적물 또는 그로부터 수취한 과실을 반환할 수 없는 때에는 그 가액을 반환하여야 한다. 그러나 상대방에게 책임 있는 사유로 반환할 수 없는 범위에서는 그러하지 아니하다.</p>

1. <안> §548 II와 III은 해제의 효과를 구체화하는 조항이다. 양창수 위원장은 “해제의 효과에 대해서는 종래 그것이 소급효를 가지는지 여부와 관련해 논의가 있었지만, 이는 법률구성 차원의 논의이고 실제 결과에서 큰 차이를 가져오는 경우는 거의 없었다.”라고 하지만, 이는 의문이다.

2. II는 현재의 민법해석을 수용하여 반환범위에 수취한 과실을 포함하는 입법이다. 그러나 1. ‘수취할 수 있었으나 수취하지 않은 과실’가치의 반환에 관한 판단과 2. 매매에서 과실귀속에 관한 §587와의 관계가 계속 공백으로 남는다.<sup>41)</sup> 그 결과 II는 반환범위에 관한 일반규정(?)이 되기에 아주 모자란다.

#### XXIV. 담보책임의 계약책임화 및 체계 재구성(제569조 이하)

개정위원회에 따르면, 담보책임의 개정은 매도인의 담보책임을 법정책임에서 하자없는 권리를 이전·인도할 계약책임으로 전환·일원화하는 것을 목적으로 한다.<sup>42)</sup> 다만 진정한 통합은 채무불이행으로 인한 손해배상채무(§390)에서 고의·과실요건을 들어낼 때에만 비로소 가능할 것이지만, 이는 현행민법의 체계와 맞지 않을 뿐 아니라 채무불이행책임과 불법행위책임을 묶어 규율하기 위하여 애쓰는 개정안에서는 고의·과실요건을 배제하는 것은 실현불가능한 임무이다. 이밖에 개정안은 현행 §577과 §§580-582를 삭제한다. 담보책임에 관한 개정안은 법정해제에 관한 개정안과 함께 2002년 독일의 「채무법의 현대화법률」을 연상하게 한다.<sup>43)</sup>

##### A. 권리의 하자<sup>44)</sup>로 인한 책임

현행 민법	개정안
<b>제569조(타인의 권리의 매매)</b> 매매의 목적이 된 권리가 타인에게 속한 경우에는 매도인은 그 권리를 취득하여 매수인에게 이전하여야 한다.	<b>제569조 (하자없는 권리의 이전)</b> ① 매매의 목적인 권리가 타인에게 속한 경우에 매도인은 그 권리를 취득하여 매수인에게 이전하여야 한다.
	② 매도인은 매수인에게 대항할 수 있는 제3자의 권리가 없는 상태로 매매의 목적인 권리를 이전하여야 한다.

41) 또한 안병하, 민사법학 109 (2025) 109: “‘최종안’은 침묵을 택했다.”

42) 이에 관한 비개정위원회에 의한 최근연구로 백경일, 매도인의 담보책임에 관한 민법개정안 검토 II -효과, 권리행사기간, 민사법학 108 (2024) 221-256, 이는 ‘책임구조의 단순화’와 구체수단으로서 ‘추완청구권의 일반화’를 개정안의 특징으로 언급하지만 아래의 논의와 같이 그 성과는 미미하다.

43) Schuldrechtsmodernisierung 2002: Becksche Gesetzesdokumentationen, zusammengestellt und eingeleitet v. C.-W.Canaris, 2002, 특히 XX-XXVIII 참조.

44) 현행민법에서 권리의 하자담보책임의 구조와 내용에 관하여 이진기, 권리의 하자담보책임 다시 읽기, 민사법학 104 (2023) 151-186 참조.

1. 양창수 위원장은 §569를 “대표적 권리 하자 유형(?)인 타인 권리의 매매”에 관한 것으로 설명하지만, 이는 민법이론과 다르다. 자유시장경제질서와 물권변동의 형식주의를 원칙으로 하는 현행민법 아래에서 타인 권리의 매매는 하자가 아니다. §569는 순수한 담보규정이 아니라 §568 I의 매도인의 권리와전 의무의 내용을 구체화하는 당연조항이다. 따라서 §570의 「전조의 경우에」의 의미·내용을 과장할 정당한 사유도 없다. 권리의 하자는 권리를 이전하지 못하는 때 또는 온전하게 이전하지 않은 때에 인정되는 책임이므로 차라리 §568 I을 근거로 제시하여야 한다.

2. 양창수 위원장은 <안> §569 II가 “권리의 하자과 관련된 매도인의 재산권이전 의무를 일반적으로 정한다”고 설명한다. 그러나 §569 II는 가까이는 완전한 권리의 이전을 내용으로 하는 I의, 그리고 멀리는 §568 I의 채현이며, 그 존재가치도 명확효과 교육효과 그친다. 이뿐이다. 구태여 중복조항을 또 두어야 하는 이유가 무엇인가?

이와 함께 개정위원회는 II의 신설로 현행 §575를 대체한다. 그러나 바로 이것이 중대한 입법의 하자이다. §575의 삭제로 「제3자의 권리가 없는 상태」에서 지역권 또는 임차권과 같이 매매목적의 권리를 위한 권리가 없는 경우(§575 II)를 규율하는 조항이 실종되기 때문이다.<sup>45)</sup> 이밖에 채권을 비롯하여 매수인에게 대항할 수 없는 권리는 어차피 법적 고려에서 제외되므로 II의 「매수인에게 대항할 수 있는」이 그야말로 여유로운 과잉친절이다(§386 단서 등 참조).<sup>46)</sup>

B. 물건의 하자로 인한 책임(제570조)

현행 민법	개정안
<p><b>제570조(동전-매도인의 담보책임)</b> 전조의 경우에 매도인이 그 권리를 취득하여 매수인에게 이전할 수 없는 때에는 매수인은 계약을 해제할 수 있다. 그러나 매수인이 계약당시 그 권리가 매도인에게 속하지 아니함을 안 때에는 손해배상을 청구하지 못한다.</p>	<p><b>제570조(하자 없는 물건의 인도)</b> 매도인은 매수인에게 종류, 수량, 품질 등에 관하여 합의된 성상(性狀)을 갖춘 매매 목적물을 인도하여야 한다. 그 성상이 합의되지 아니한 경우에는 계약의 전제가 되는 사용에 적합한 성상을 갖추어야 하며, 그러한 전제가 없는 경우에는 통상적인 사용에 적합한 성상을 갖추어야 한다.</p>

1. 물건의 하자에 관한 <안> §570 1문은 계약당사자의 의사(사적자치)에 따른 물건의 성질을 [주관적 하자], 2문은 이에 보충하여 합의가 없는 경우 가정적 또는 객관적 물건의 인도[객관적 하자]의 순으로 규율한다. 이는 주관적 하자개념을 원칙화하는 동시에 ‘성상’을 물건의 종류, 수량, 품질 등으로 정의하는 조항으로 이해된다. 그런데 ‘숨은 하자’와 ‘보증한 성상의 결여’가 물건의 하자를 구성하므로 주관적 하자개념이 이미 관철된 상태이다.

45) 이와 함께 §584의 권리를 「양도한 행위」를 구체화하여야 한다.

46) 「매수인에게 대항할 수 있는 제3자의 권리가 없는 상태」는 곧 ‘부담이 없는 완전한 권리’를 뜻한다.

2. <안> §570에 관하여는 앞의 A. 1.의 서술이 그대로 유효하다. 정리하면, 개정위원회의 성량한 의도에도 불구하고 현재의 모습에서 <안> §§571-584만이 실질적인 의미에서 고유한 담보책임규정을 구성한다. 그리고 <안> §569와 §570은 계약 또는 담보책임규정이 아니라 매도인의 의무를 자세히 하는 이상이 될 수 없다.

### C. 책임의 내용

다음에서는 주요한 담보책임규정을 대상으로 핵심사항만을 제시·평가한다.

1. <안> 제571조 (추완이행) ① 매매의 목적인 권리 또는 물건에 하자가 있는 경우에 매수인은 매도인에 대하여 하자의 제거 또는 하자 없는 권리의 이전이나 물건의 인도를 청구할 수 있다.

② 매수인이 청구하는 추완이행의 방법이 목적물의 가치, 하자의 정도 등을 고려하여 매도인에게 과도한 불이익을 야기하는 때에는 매도인은 이를 거절할 수 있다.

(1) I은 추완청구권과 완전물급부청구권을 내용으로 한다. 그런데 하자담보책임은 그 본질에서 이행을 선행사실로 하는 불완전이행이므로 I의 「매매의 목적인 권리 또는 물건」은 「이전된 권리 또는 인도된 물건」이 되어야 한다.

(2) II는 불확정개념으로 가득찬 조항이다. 마치 매수인이 추완방법까지 지정할 수 있는 것처럼 표현하는 「매수인이 청구하는 추완이행의 방법」을 개선하여야 한다. 그리고 「매도인에게 과도한 불이익을 야기하는 때」에서 과도한 불이익의 의미·내용이 몹시 모호하다. 「과다한 비용?」 마지막으로 거절의 효과가 실종된 상태이다. 이를 <안> §572 I 단서(해제)와 §574 2문(전보배상)과 연결하여 부드럽게 통합할 필요가 있다.

2. <안> 제572조 (해제) ① 매매의 목적인 권리 또는 물건에 하자가 있는 경우에 매수인은 제543조, 제544조 및 제547조에 의하여 계약을 해제할 수 있다. 이 경우 매도인의 추완이행이 부적절하게 행하여진 때에는 매수인은 제544조 제1항 본문의 최고 없이 계약을 해제할 수 있다.

② 매수인이 매매 당시 그 목적인 권리의 일부가 타인에게 속한다는 사정을 알고 있었던 때에는 계약을 해제할 수 없다. 매매의 목적인 권리 또는 물건에 지상권, 지역권, 전세권, 질권, 유치권 또는 대항력 있는 임차권이 존재한다는 사정을 알고 있었던 때에도 같다.

(1) I 1문의 「제543조, 제544조 및 제547조에 의하여」는 「제544조의 요건이 충족되는 때에는」 또는 「제544조에 따라」로 축약할 수 있다. 그러나 I 2문에서 「부적절」한 추완이행만으로는 해제요건이 되기에 부족하고, <안> §574 2문에서도 같다.

(2) II에서 「알고 있었던 경우」를 「알았거나 중대한 과실로 모른 경우」로 고쳐야 한다. 부동산 매수인이 부동산등기부를 열람하지 않은 것은 중대한 과실이다. 부동산등기부를 열람하지 않은

사람까지 보호할 정당한 이유는 없다. 특히 II는 <안> §575와 그대로 겹치므로 법문을 재조정하여야 한다.

3. <안> 제573조 (대금감액) ① 매매의 목적인 권리 또는 물건에 하자가 있는 경우에 매수인은 대금의 감액을 청구할 수 있다. 이 경우 제543조, 제547조를 준용한다.

② 제1항의 경우에 대금은 하자로 인하여 매매 당시 목적물의 가치가 감소되는 비율에 따라 감액된다.

③ 상당하게 산정된 하자 제거의 비용은 제2항에 따라 감액되는 금액으로 추정한다.

(1) 대금감액과 해제는 서로 어울릴 수 없으므로 I 단서 「이 경우 제543조, 제547조를 준용한다.」의 의미·기능을 파악하기 힘들다. 만일 개정위원회가 대금감액을 일부해제로 구성하는 것을 의도하였다면, 이를 <안> §573이 아니라 §572 아래에 통합하였어야 할 것이다.

(2) II과 III에서 가치감소를 산정하는 주체가 특정되지 않는다. 감정인 또는 법관이 확정하는 경우 「상당한」은 불합리·불필요하다.

4. <안> 제574조 (손해배상) 매매의 목적인 권리 또는 물건에 하자가 있는 경우에 매수인은 제390조에 의하여 손해배상을 청구할 수 있다. 이 경우 매도인의 추완이행이 부적절하게 행하여진 때에는 매수인은 제395조 제1항의 최고 없이 이행에 갈음하는 손해배상을 청구할 수 있다.

지배적 견해에 따라 수량부족과 일부멸실에 관한 §574를 수정하여 물건의 하자에 편입하는 개정안은 정당하다.

그러나 1문이 역시 계몽적·훈시적 주의규정이다. 그리고 분명하지는 않지만 -해석으로 구체화되어야 하는- 2문의 부적절한 추완이행과 <안> §544의 채무불이행이 중첩된다. 해제를 위하여 부적절한 추완이행만으로는 부족하고 부적절의 판단이 계속 해석의 과제로 남는다.

5. <안> 제575조 (매수인의 악의) 매매 당시 그 목적물에 물건의 하자가 있다는 사정을 알았던 매수인은 제571조부터 제574조까지의 규정에 따른 권리를 행사할 수 없다.

앞의 <안> §572에 관한 해설 (2) 참조.

## [마치며]

‘잘 될 거야’라는 장미빛 낙관론으로 가득 찬 개정위원회의 태도는 결코 타할 것이 아니다. 그러나 그것이 개정방향과 개정- 또는 신설규정의 옳음을 보장하지도 않는다. 간략히 요약하면,

1. 개정요강이 없어 개정의 무게가 개정위원회의 ‘자유로운’ 시각에 따라 좌우된다.
2. 정의규정과 계몽적·후견적 주의규정의 신설, 그리고 대세에 영향을 주지 않는 잔가지를 건드리는 개정·신설조항이 개정안의 도처에서 확인된다. 민법은 법조법이며, 민법을 쓰는 사람들도 지속적으로 후견교육을 받을 정도로 어리석지는 않다.
3. 개정작업을 위한 기간이 길지 않은 탓인지 알 수 없으나, 과다하게 반복되는 조항과 지나친 압축으로 구체적인 내용이 실종된 조항이 곳곳에서 눈에 띈다. 이해하기 쉬운 친절한 입법을 상기하여야 한다.
4. 열린 개념의 사용과 모호한 개정태도로 법률규정의 내용확정을 민법학과 특히 실무, 즉 법관에 의한 규범적(?) 해석에 유보하는 경우가 압도한다. 좋은 법률규정의 표현방식은 결코 쉽지 않으며 그를 위한 기준도 없다. 이 때문에 개정에 앞서 법률개념과 법률용어를 선행적으로 정비하여야 한다.<sup>47)</sup> 이들이 개정위원회의 세심한 배려가 더욱 절실한 이유이다.
5. <안> §394와 §544 등 법문의 구성이 복잡하고 현학적이어서 법학을 배운 사람의 능숙한 손이 개입하지 않으면 규정의 이해가 곤란한 경우도 적지 않다.
6. 난해하거나 지나치게 복잡하게 축조된 법문과 심지어 좋은 우리 말로 볼 수 없는 경우도 상당하다. 화려한 수식으로 장식되는 험란한 법문이 좋은 법률규정과 동의어는 아니다.

대한민국 국민은 ‘우리의 법’이 되는 민법개정안에 대한 정당한 가치인정에 중대한 이해관계를 가진다. 잘 만들어진 개정규정은 쓰레기더미에서 자라는 기생식물로부터 민법을 보호한다. 그리고 좋은 민법개정안은 개정위원회에도 좋은 일이다. 그러나 개정안은 ‘만들다 만 법률안’이다. 이밖에 개정규정의 법문을 세련되게 다듬는 작업을 후일로 미루는 것은 개정하지 않겠다는 다짐과 다르지 않다. 말이 바뀌면 뜻도 달라지기 때문이다. 개정은 완전을 추구하면서 정리하는 개선이 되어야 하고 숙제를 남겨서는 곤란하다.

47) 대표적으로 완성된 법률개념을 구분하지 않는 학문은 이성체계(Vernunftsystem)가 아니라는 I.Kant, Anhang, erläuternder Bemerkungen zu den metaphysischen Anfangsgründen der Rechtslehre, in: Metaphisik der Sitten, 1797, Nr.1 참조.